ספרים נוספים · ספריית דיקטה

חידושי הרי"ם על אבן העזר קידושין

הרב יצחק מאיר אלתר רוטנברג

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חידושי הרי"ם על אבן העזר קידושין

הרב יצחק מאיר אלתר רוטנברג

מקור הטקסט: אור ברסלב

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/חידושי-הרים-על-אבן-העזר-קידושין/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

סעיף א אם בא עליה לשם זנות ולא לשם קדושין אינו כלום ובטור כ' שלוקה משום לא תהיה קדשה והוא מדברי הרמב"ם תחילת הלכות אישות והראב"ד משיג עליו ומביא ראיה דאי נימא דלוקין איך משלם קנס במפותה הא אין לוקין ומשלמין והנה לכאורה יש להקשות אדברי רמב"ם אלו מהא דאמרי' במס' כתובות ר"פ אלו נערות נ"מ בעולה לכ"ג למ"ד יש בה הויה הא נמי יש בה הוי' משום דה"ל עשה שאינו שוה בכל ע"ש.

והנה בקדושין (דף נ) סובר רבא דקדושין שאין מסורין לביאה לא הוי קדושין והקשו בתוס' מפני מה קדושין תופסין בחייבי לאוין ועשה הא אינם מסורין לביאה ותירצו דדוקא היכא שהאיסור הביאה בא ע"י הקדושין הוי קשאמ"ל אבל היכא דגם בלא הקדושין היה הביאה אסורה מחמת זה האיסור לא הוי קשאמ"ל [ותי' זה הוא מוכרח לכ"ע כדי דלא תקשי קושית התוס'] והנה קי"ל דאין איסור חל על איסור ובאיסור קל על איסור חמור ודאי דלא חל ואף באיסור מוסיף [דעת התוס' ישנים בכריתות (דף יד ע"ב) דג"כ אינו חל ועי' ברמב"ם (פ"ד מה' שגגות) ובפרט די"ל דהכא לא הוי מוסיף כמובן] וא"כ גבי בעולה לכ"ג אם כ"ג בועל אשה בעולה בלא קדושין אין עובר על העשה דבתולה יקח כיון דמקודם שנבעלה היה עליה האיסור דלא תהיה קדשה ואחר שנבעלה אינו יכול לחול העשה דבתולה יקח על הלאו דלא תהיה קדשה וא"כ אין כאן כלל העשה דבתולה מחמת אין איסור חל על איסור רק אחר שמקדשה הכהן פקע האיסור דלא תהיה קדשה וחל העשה דבתולה יקח ומ"כ קשה קושית תוס' דהוי קשאמ"ל כיון דבלא הקדושין לא היה האיסור דבתולה יקח רק על ידי הקידושין נאסרה מחמת בעולה והוי קשאמ"ל כיון דכאיטור עשה בא ע"י הקדושין דמקודם לא היה חל [ובאמת גם בלא הך סברא דאין איסור חע"א ק' ג"כ קו' זו לפמ"ש הפ"י דעשה דבתולה לא הוי רק אם כ"ג קידש אשה בעולה אבל בלא קדושין אין כאן עשה דבתולה ועי' במנ"מ פ"א מהלכות מכירה ופי"א מה' א"ב.

רק דוזה אפשר לומר דאף דהעשה לא הוי בלא קדושין אבל עכ"פ איסור יש בכ"ג לבא על הבעולה בלא קדושין וכה"ג כתבו הפו' לענין חייבי לאוין בכה"ג. אבל להנ"ל דא"א חע"א ואין כאן שום איסור בודאי קשה שפיר כנ"ל] וליכא למימר כיון דגם מקודם היתה אסירה מחמת הלאו דלא תהיה קדשה אין האיסור בא מחמת הקדושין ז"א דא"כ לא משכחת לה קשאמ"ל להרמב"ם כיון דמקודם הקדושין הי' אסורה בלאו דלא תהיה קדשה.

אין האיסור בא מחמת הקדושין. וע"כ צ"ל דזה האיסור שיש עכשיו צריך להיות גם מקודם אז לא הוי קשאמ"ל וא"כ קשה כנ"ל ודוחק לומר דשאני הכא כיון [דאמרי' ביבמות ודף לבו באיסור חע"א דאיסור הראשון] מתלי תלי וקאי רק דאינו יכול לחול

ע"ש מש"ה חשיב שפיר דהאיסור היה בלא הקדושין] דזה דוחק: ונראה דהנה לכאורה אין טעם לתירוץ התוס' דמה חילוק יש אם האיסור בא ע"י הקדושין או לא.
אך הנה הפוסקים כתבו דבקדושי ביאה לא שייך קשאמ"ל כיון דילפינן מכי יקח אשם ובעלה וכי יקח הוא קדושי כסף ושטר. והקשו אמאי לא קתני הכא בש"ם חילוק זה ועוד מאי מקשו תוס' מחייבי לאוין ועשה דלמא איירי בקידשה בביאה.
ונראה דהנה בתמורה ודף ה) פריך הש"ס ארבא דסובר כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והרי אלמנה לכהן גדול דהוי חייבי לאוין וקדושין תופסין בהן ומשני דכתיב לא יקח ולא יחלל חלולין הוא עושה ואינו עושה ממזרים ע"ש. והקשו בם במפורשים הלא נשאר הקושיא על שאר חייבי לאוין ועשה דלא כתיב בהו לא יחלל.
ותירצו דבשאר חייבי לאוין ועשה אין האיסור הקדושין רק הביאה ולכך לא אמרינן אי עביד לא מהני בקדושין דאין הקדושין אסורין רק באלמנה לכ"ג גם הקדושין אסורים.
וא"כ מקשו תוס' שפיר דהוו קדושין שאמ"ל בחייבי לאוין ועשה וליכא לתרוצי בקדושי ביאה דא"כ לא הוי קדושין משום דאמר רחמנא לא תעביד ואי עביד לא מהני דהביאה אסורה בודאי.
ועל זה יש לתרץ שפיר דהנה בתשובת מהרי"ט וחלק א') כתב דלא אמרי' כל מה דאמר רחמנא ל"ת אי עביד לא מהני רק היכא דאם נאמר דלא מהני לא יהיה האיסור נעשה כמו בתמורה דאם נאמר דתמורתו אינו תמורה לא עשה איסור כלל אבל היכא דאף אי לא מהני כבר נעשה האיסור כמו גבי שוחט בשבת אז לכ"ע מסני ע"ש ולפ"ז א"ש תירוץ התוס' דיש חילוק אם האיסור ביאה בא ע"י הקדושין.
א"כ בקידשה בביאה אמרינן לא מהני דאם נאמר דלא מהני אין כאן איסור כיון דהקדושין בטלין ובלא הקדושין אין הביאה אסורה אבל בחייבי לאוין ועשה י"ל דאיירי שקדשה בביאה כקושית הפוסקים. וליכא למימר אי עביד לא מהני כיון דגם אם נאמר דלא מהני ואינו קדושין אעפ"כ נעשה האיסור דאין האיסור ביאה בא מחמת הקדושין.
וא"ש [ואף דקשה זה להעמיס בכונת התוס' בלשונם מ"מ הדבר בעצמו נכון וי"ל כן בדעת הרמב"ם דכן ס"ל לתרץ קושית תוס' הנ"ל]. ומיושב קושיא ראשונה כיון דכתבו הפוסקים דהיכא דהוי קדושי טעות בודאי אינו עובר בלאו דלא תהיה קדשה כיון שנתכוין לשם קדושין [ועיין בחדושינו לכתובות] א"כ א"ש גבי בעולה לכ"ג דיש בה הויה ולא הוי קשאמ"ל ויש בה הוי' בקדושי ביאה וליכא למימר אי עביד לא מהני כאן דאף אם נאמר דלא מהני ולא הוי קדושין אעפ"כ עובר על העשה דבעולה דלא שייך אין

איסור חע"א כיון דבועלה לשם קדושין אף דלא מהני אין עובר בלאו דלא תהיה קדשה וחל שפיר העשה.
[דעכ"פ כיון דנתכוין לקדושין יש כאן העשה] וא"ש דברי הרמב"ם: ובקושית הראב"ד ז"ל דאיך משכחת לה קנס במפותה הא אין לוקין ומשלמין. נראה דהנה בכל חייבי לאוין יש רבוי דקרא דחייב על העראה כגמר ביאה.
ובלאו דלא תהיה קדשה ודאי דאינו חייב רק על הגמר ביאה [ובזה יש לפלפל על דברינו הנ"ל באין איסור חל על איסור עשה דבתולה על לאו דלא תהיה קדשה] והנה תוס' כתבו בסנהדרין ודף עג ע"ב) דקנס חייב על העראה שהיא השרת בתולים וא"כ החיוב תשלומים בא קודם המלקות. ואח"כ ראיתי בספר הפלאה שכתב כן.
אך לענ"ד נראה דליתא דהנה בכתובות ר"פ א"נ פריך על זר שאכל תרומה דנימא הגבהה צורך אכילה היא כמו בעקירה צורך הנחה ומשני דאפשר לאכילה בלא הגבהה אבל היכא דלא אפשר פטור וא"כ הכא אי אפשר לגמר ביאה בלא העראה ואמאי פטור ודוחק לחלק בין מיתה למלקות. ועוד היה אפשר לחלק בדוחק דתירוץ הש"ס הוא דגבי הגבהה אין ההגבהה איסור כלל [ועיקר האיסור היא האכילה גם בלתי הגבהה] אבל בעקירה והנחה ובהנחה לבד אין איסור כלל והוי כמו חצי שיעור דחזי לאצטרופי.
אבל בגמר ביאה אם היה אפשר לגמר ביאה בלא העראה ג"כ היה חיוב מלקות. אך א"כ לא היה צרך לומר אי בעי גחין ואכיל.
וא"כ נשאר קושית הראב"ד: ונראה דהנה התוס' כתבו (בכתובות לב ע"א) אהא דאמרינן ואי ממונא לקולא. ומקשו תוס' הא אתגורי איתגר שנידון בקלה גבי חובל בחבירו ותירצו דהתורה חס אממונא של נחבל והקשה הפ"י הלא נשאר קושית תוס' אחייבי לאוין דאמרינן ממונא משלם מילקא לא לקי והא איתגור ונא שייך תירוץ תוס'.
ועוד הקשה לפי האמת דממון חמור וקי"ל דמילקא לקי ממונא לא משלם והא איתגור. ותירץ הפ"י דדוקא גבי חובל קשה קושיא הנ"ל דכיון דקי"ל דהכהו הכאה שאין בה שוה פרוטה חייב מלקות ולא הקילה התורה עליו ומחמת שהכהו עוד מכה עד ששוה פרוטה נקל עליו ונחייבו ממון שהוא קיל.
אבל גבי חייבי לאוין שבפעם אחת נתחייב מלקות וממון י"ל דהקילה התורה עליו שלא נעשה לו רק הקל כיון שבא בבת אחת כו' ע"ש. וא"כ לפ"ז א"ש הכא דברי הרמב"ם דחייב קנס דאף דחייב מלקות כיון דממון חמור צריך לשלם כקושית תוס' דאיתגור וליכא למימר כתירוץ הפ"י כיון דגם הכא חייב בתשלומי קנס על העראה ובשביל שגמר ביאתו נקל עליו ונחייבו מלקות והוי ממש כמו בחובל בחבירו ולכך חייב בתשלומין.

והנה הראב"ד לשיטתו משיג שפיר דאפשר להוכיח דהראב"ד ז"ל סובר דגם קנס אינו חייב רק בגמר ביאה כשיטה אחרונה שכתבו תוס' בסנהדרין דהנה מביא בשם הראב"ד שמסופק אהא דאמרינן ולו תהיה לאשה אשה הראויה לו אי בעינן אשה ראויה לו בשעת העמדה בדין או בשעת הביאה דהיינו בשעת חיוב התשלומין.

והנה אהא דאמרי' איכא בינייהו בעולה לכהן גדול מקשו תוס' הא הוי בעולה ואינו חייב קנס ותירצו תוס' דהפירוש הוא כיון דבא עליה עכשיו הוי בעילת עצמו ואינה ראויה לקיימה ע"ש. וא"כ אם נימא דצריך להיות בשעת ביאה ראוים לקיימה.

וא"כ הכא בשעת הביאה היתה ראויה לקיימה. אך אי נימא דקנס אינו חייב רק בגמר ביאה א"כ גם בשעת הביאה אינה ראויה לקיימה דכבר היתה הוראה ואינה ראויה לקיימה וא"כ מוכח דהראב"ד ז"ל סובר דגם קנס אינו חיוב רק בגמר ביאה ומשיג שפירעל הרמב"ם אבל הרמב"ם ז"ל סובר שפיר כשיטת תוס' ולא קשה כלל כנ"ל: אך לפ"ז קשה באמת לשיטת הראב"ד דגם קנם אינו חייב רק בגמר ביאה ובכל חייבי לאוין באמת חייב מלקות על הוראה.

וא"כ נשאר קושית תוס' והא איתגורי איתגור ואיך אמר עולא דממונא משלם ולא לקי ולא שייך תירוץ הפ"י כיון דממונא לקולא וחייב מלקות על הוראה וקנס על גמר ביאה והוי כחובל: ונראה לע"ד דהנה הפוסקים הקשו על הרמב"ם שפסק בכל חייבי לאוין בעל ולא קידש אינו לוקה והקשו ממתניתין דאלו נערות דקתני חייבי לאוין ואחר הקדושין אינו חייב קנס ותירצו דאתי כר"ע דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין וא"כ איירי שפיר בקידש מקודם ואעפ"כ כיון דלא תפסו קדושין חייב קנס וגם מלקות חייב אף דלא הוי קדושין ממש דרך ליקוחין מיקרי.

ולפמ"ש בלא זה אתי שפיר כיון דהטעם בכל חייבי לאוין דלא הוי קדושין שאינן מסורין לביאה כתבו תוס' דאין איסור הביאה בא ע"י הקדושין. ואם כן לדברי הרמב"ם כיון דבעל ולא קידש אינו לוקה א"כ הוי קדושין שאין מסורין לביאה דבלא הקדושין לא היתה אסורה הביאה וכיון דלא הוי קדושין חייב קנס ואעפ"כ חייב מלקות דהוי דרך ליקוחין וע"כ צ"ל כן גבי מחזיר גרושתו דדברי הכל מודים דבעל ולא קידש אינו לוקה א"כ הוי קשאמ"ל כמ"ש וא"כ כיון דלא הוי קדושין אינו חייב מלקות דהוי בעל ולא קידש וע"כ צ"ל דאף דלא הוי קדושין הוי דרך לקוחין וע' בתוס' ריש פ' אלו נערות ד"ה ועל הכותית והנה בין לתירוץ זה ובין לתירוץ הפוסקים קשה לכאורה לפי מה דפריך הש"ס בב"ק פ' מרובה (דף ע ע"ב) לר"ע דסבר דבר ולא חצי דבר עידי קדושין ועידי ביאה יהיה חצי דבר ומשני כיון דעידי קדושין לא צריכין לעידי ביאה שהם פועלים שתהיה

ארוסה הוי דבר שלם וא"כ הכא לדברי הרמב"ם דבעל ולא קידש אינו לוקה א"כ נשאר קושית הש"ס דעידי קדושין ועידי ביאה הוי חצי דבר וליכא למימר כתירוץ הש"ס, דעידי קדושין לא צריכין לעידי ביאה דפועלין שתהיה ארוסה דז"א כיון דבאמת אין קדושין תופסין בחייבי לאוין או דהוי קשאמ"ל רק דמלקות חייב דהוי דרך ליקוחין א"כ העידי קדושין אינם פועלין מאומה בלא העידי ביאה כיון דלא הוי קדושין רק דאם בועל אח"כ חייב מלקות יהוי חצי דבר ודוחק לומר דאיירי בכת אחת שמעידה על הקידושין ועל הביאה דסתמא קתני ואיירי בכל גוני ולכאורה היה נראה להוכיח דאיירי בשתי כתי עדים דהנה בב"ק (דף עג) פריך הש"ס היכא דעדים מעידים על הגנבה ועל הטביחה הוי עדות שאי, אתה יכול להזימו דאם יוזמו על הגנבה איגלאי מלתא דכי אסהידו אטביחה פסולין הוו ומשני שהעידו בבת אחת כיון דתוך כדי דיבור כדיבור והיו יכולין לחזור בשעה שהעידו אטביחה לא היו פסולין כיון שהיו יכולין לחזור מעדות גנבה.

והנה קי"ל דבכל התורה כולה תכ"ד כדיבור חוץ מקדושין וגירושין. וכתבו קצת הפוסקים דגם העדים שמעידין על הקדושין אינם יכולין לחזור תוך כדי דיבור דהטעם הוא שהוא דבר חמור ומתישב בדבר מקודם וגם בעדים שיך זה.

וא"כ קשה הכא שהעדים מעידין על הקדושין ועל הביאה הוי עדות שאי אתה להזימו שאם יוזמו איגלאי מלתא דכי אסהדי אביאה פסולין הוו ולא שייך תירוץ הש"ס כיון דאינם יכולין לחזור תוך כדי דיבור. אך ז"א חדא דאיירי שהעידו על הביאה קודם ומעדות זה יכולין לחזור ועוד כיון דהטעם הוא שאינם יכולין לחזור משום שהוא דבר חמור שאוסרה אכל העולם ומחייב מיתה הבא עליה והכא כיון דבאמת אין קדושין תופסין בחייבי לאוין אינו דבר חמור רק שיתחייב מלקות אח"כ ויכולין לחזור גם מעידי קדושין. אך לשיטת הפוסקים דתקנת חכמים הוא שיכולין לחזור תוך כדי דיבור. וא"כ מוכח דאיירי בשני כתי עדים וקשה קושיא ראשונה דהוי חצי דבר.

אך באמת הכא הוא בהיפך דעידי ביאה לא צריכין לעידי קדושין כיון דקנס חייב על הביאה לחוד בלא הקדושין ומיושב קושית התוס' דאיתגורי איתגור שנידון בקלה בממון ולפמ"ש מיושב דאם נאמר דחייב מלקות ולא קנס לא יתחייב כלל אף מלקות שיהיה חצי דבר אף דבלא עידי הקדושין היו מחויבים קנס כשלא היה חייב מלקות אעפ"כ כיון דעכשיו אינן פועלין כלל כת זו בלא זו הוי חצי דבר כמו גבי חזקת שלש שנים אף דהיו פועלין לענין פירות הוי עכשיו חצי דבר ע"ש ברמב"ן דלא כתוס', ומיושב קושית תוס' במתניתין דליתני במתני' אלמנה לכהן גדול ולפמ"ש מיושב דגבי אלמנה לכ"ג איתא ברמב"ם להדיא דלוקין על הביאה בלא קדושין ולא הוי חצי דבר.

וא"כ מילקא לקו וממונא לא משלם כקושית תוס' דאיתגורי איתגור ולפי זה מיושב מה שיש להקשות אדברי הראב"ד ז"ל, מאי משיג על הרמב"ם לפי מאי שהבאתי לעיל בשם הפוסקים א"כ משכחת לה שפיר קנס בחייבי לאוין וקדשה מקודם וכיון דבאמת אין הקדושין תופסין כמ"ש חייב קנס ואעפ"כ אינו עובר אלאו דלא תהיה קדשה כיון שקדשה מקוים.

והנה באמת משיג הראב"ד שפיר דא"כ מאי פריך הש"ס ר"פ א"נ אלו נערות פסולות פסולות אין כשרות לא ע"ש, ולפ"ז האמת הוא כך דוקא פסולות חייב קנס וכשרות לא מחמת לא תהי' קדשה. אך הראב"ד כתב דלא משכחת קנס במפותה ולפ"ז משכחת ובחייבי לאוין.

ולפמ"ש א"ש דנשאר הקושיא דהוי חצי דבר העידי קדושין ועידי ביאה וליכא למימר כמ"ש דעידי ביאה לא צריכין לעידי קדושין שמחייבים קנס בלתי עידי הקדושין דז"א כיון דבלא עידי קדושין אינם מחייבין קנס דאיכא הלאו דלא תהיה קדשה רק ע"י העידי קדושין והוי חצי דבר. ואין לומר דאעפ"כ לא הוי חצי דבר שמחייבים מלקות בלא העידי קדושין מחמת לא תהיה קדשה ז"א שראיתי בספר אחד שמקשה מאי מקשה הראב"ד דחייב מלקות הא הוי התראת ספק שמא קידשה קודם ותירץ דקושייתו למ"ד דחייבי מלקות שוגגים פטורים וא"כ הוי שפיר חצי דבר כיון שאין מחייבין מלקות מחמת לא תהיה קדשה דהוי התראת ספק וגם קנס אונס מחייבין בלא העידי קדושין דהוי חייב מלקות שוגגין והוי שפיר חצי דבר.

ומקשה הראב"ד שפיר לשיטתו. אך לכאורה היה קשה על הרמב"ם מדברי הש"ס שהבאתי דאמרינן התם דהוי חצי דבר העידי קדושין ועידי ביאה ולדברי הרמב"ם פועלים העידי ביאה בלא העידי קדושין לחייבו מלקות מחמת לא תהיה קדשה אבל לפמ"ש א"ש דאעפ"כ החיוב מיתה בא מחמת שתי הכיתות ואף דאם לא היו העידי קדושין היה חייב מלקות מ"מ עכשיו נעשה הדבר ע"י שניהם כמו גבי חזקת שלש שנים והוי חצי דבר וא"ש דברי הרמב"ם וגם הראב"ד לשיטתו מקשה שפיר כמ"ש דע"כ איירי בשתי כיתות כיון דתוך כדי דיבור הוא תקנת חכמים.

והראב"ד מקשה על התורה האיך משכחת לה ומה"ת תכ"ד לאו כ"ד והוי עשאי"ל כמ"ש וע"כ איירי בשתי כיתות והוי חצי דבר. והנה הדרישה ופרישה מתרץ זה הרמב"ם דבפעם ראשונה לא הוי קדשה ע"ש ולפי דבריו יש להקשות בריש פ' נערה שנתפתתה במתניתין דהאומר לחבירו אנסת ופתית את בתי סובר ר"ש דפטור מקרבן שבועה ורבנן סברי דחייב קרבן שבועה הש"ס פלוגתייהו דר"ש סבר דקנס קא תבע ולא בושת ופגם

ואינו חייב ק"ש על הקנס ורבנן סברי דבושת ופגם קא תבע והקשו המ' אמאי לא מוקי פלוגתייהו בהלואה אחר הלואה אי מצטרפין או לא דבקנס ודאי אין מצטרפין ולענין בושת ופגם פליגי וסבר ר"ש דמצטרפין ויש עדים על הבו"פ וע"כ קנס קא תבע ורבנן סברי דאין מצטרפין ותירצו דאי בממון מצטרפין הוא הטעם דעדים מעידין עכ"פ שהוא חייב לשלם וא"כ גם בקנס כן הלא שני עדים מעידין שחייב לשלם קנס והנה בש"ע חושן משפט כתבו הרבה פוסקים דתפיסה לא מהני בקנס אף שלא בעדים דאית ליה מינו אעפ"כ אינו מתחייב ואינו יכול להתחייב בקנס רק ע"י עדים ולא מהני שום ראי' שבעולם רק עדים דאין אנו צריכין ראי' גדולה מאם הוא מודה ואעפ"כ אינו יכול להתחייב רק ע"י עדים ואם כן הכא לפמ"ש הדרישה ופרישה דלכך חיוב קנס דלא תהיה קדשה לא שייך בביאה ראשונה וא"כ הכא בהלואה אחר הלואה היינו ע"כ שהעדים מעידין על הלואה אחר הלואה דהיינו שעד אחד מעיד שזינתה פעם אחד ועד האחר מעיד על זמן אחר שזינתה ואם כן כיון שזינתה פעם אחרת איכא הלאו דלא תהיה קדשה ואינו חייב כלל קנס על הפעם אחרת לדברי העד הראשון דבפעם אחרת איכא הלאו דלא תהיה קדשה. אך באמת חייב ממ"נ אם בעלה פעם ראשונה חייב מחמת פעם ראשונה ואם לא בעלה חייב מחמת פעם אחרונה דליכא הלאו דלא תהיה קדשה אך כיון דליכא אלא עד אחד כיון, שעד הראשון מעיד שאינו חייב על פעם האחרון ומחמת ראי' אין אנו יכולין לחייבו קנס רק ע"י עדים וא"כ נשאר קושית הפוסקים אך באמת רוב הפוסקים לא ס"ל כשיטה זו רק דתפיסה מהני בקנס שלא בעדים: ולפ"ז מיושב ממילא קושייתם דהנה קי"ל דהעדאת עדים מחייבשבועה מדר"ח קמייתא וא"כ הכא כיון דלענין בושת ופגם מהני העדים וא"כ צריך לישבע על הקנס מחמת העדאת עדים כיון דלענין ממון מצטרפין הלואה אחר הלואה וקי"ל דעבר עבירה שיש בה מלקות הוי חשוד וא"כ כיון דעבר אלאו דלא תהיה קדשה הוי חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל.

ואין לומר דאין נשבעין על הקנסות דהנה הטעם דאין נשבעין על הקנסות הוא משום דאי בעי מודה ומפטר והנה אם יש עד אחד והוא מודה אמאי פטור הלא אינו פטור רק היכא דהיה יכול לכפור והכא אם היה כופר היה חייב שבועה וע"כ הוא משום דהיה יכול לכפור ולשבע לשקר וא"כ הכא כיון דהוא חשוד אמרינן שפיר שכנגדו נשבע ונוטל אף דאין נשבעין על קנס הוא משום דאי מודה פטור והכא אף אם היה מודה היה חייב דאינו יכול לכפור דאם יכפור יהיה שכנגדו נשבע ונוטל.

אך נראי דגם לענין איסור שיהיה חשוד לא מהני עדות דהלואה אתר הלואה ועוד דאפשר דלא חייב שבועה כלל בכה"ג כיון דאם חייב הממון חייב קנס ואם אינו חייב הממון

אינו חייב הקנס ולא הוי מודה מקצת כלל: אמנם אם נימא כמש"ל דבכה"ג שייך העדאת עדים. הוי מיושב] (ולפ"ז מיושב) מה שיש להקשות בריש פ' המפקיד דפריך הש"ס איך יכול להקנות ארבעה וחמשה הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דמי יימר דמשתכח גנב ואי משתכח דלמא מודה ומיפטר ומקשו בתוס' כיון דאמרינן משתכח גנב ע"כ יש עדים [דלשון משתכח גנב משמע הכי וכמ"ש ג"כ מהר"ם לובלין שם] וכיון דיש עדים הוי מודה בקנס ואח"כ באו עדים ויש להקשות דילמא איירי שיש עדים דהלואה אחר הלואה ולפמ"ש או לפמ"ש הש"ך דבקנס בעינן וודאי דרישה וחקירה ובממון לא בעינן וי"ל דמשתכח גנב בעדים אא יודעין החקירות וצריך לשלם הקרן ואעפ"כ אי מודה דפטור דלענין קנס בעינן דרישה וחקירה ולפי מ"ש מיושב כיון דלענין הקרן מהני העדים אף שאין יודעין החקירות א"כ חייב שבועה על השאר מחמת העדאת עדים דר"ח קמייתא וכיון שגנב הוי חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל ולפטור משבועה כתב הריב"ש דאין צריך דרישה וחקירה דאף עד המסייע פוטר וא"כ הכא כיון שמהני אותו עדות לענין קרן אף דאין יודעין החקירות צריך לישבע על השאר דהיינו הכפל ואמרינן שכנגדו נשבע ונוטל ואם כן אינו צריך אף לישבע כיון דלפטור משבועה לא בעינן החקירות וגם בהלואה אחר הלואה אתי שפיר כיון דער אחד נשאר בוודאי ועד המסייע פוטר וא"כ נוטל בלא שבועה לשיטת הפוסקים דבחשוד פיטר עד המסייע לשכנגדו [ועי' בתומים סי' פ"ז סק"ט.

וס"ק י"ג], אך בל"ז ז"א כיון דלענין הקנס לא מהני שאינן יודעין החקירות ואמרינן בי' עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ובטל נמי לענין ממון אך באמת הוא בהיפך כיון דאמרינן סוף יבמות דאין בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה משום דאיכא כתובה הוי כממון ונאמנים אף להתירה וגם הכא כן כיון דלענין ממון נאמנים ממילא נאמנים אף על הקנס כמו התם.

ולדברי הראב"ד שפוסק דאם תבעו מלוה ופקדון והודה לו באחד מהן פטור משבוטה דהוי כטענו חטין והודה לו בשעורין ובעל התרומות כתב דגם קנס וממון הוי דינין חלוקין כמו מלוה ופקדון וא"כ הכא שתובעו קנס וממון והוו נתחייב בממון מחמת העדאת עדים אינו צריך לישבע על הקנס דהוי כמלוה ופקדון: הנה הראב"ד ז"ל כתב הכא דפילגש היינו שעיקרה למלאכת הבית ופעמים למשכב וכתב בס' המקנה דאם היא אצלו בתורת אישות דהיינו שהיה קידושי טעות עובר משום לא תהיה קדשה ותירץ מה שהקשו מהא דאמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלהראב"ד אין כאן איסור כלל ותירץ היא כיון שהיא אצלו אחר הקדושין והיה קדושי טעות עובר אלא תהיה קדשה.

והנה לכאורה קשה עלי' לרבא דסבר דקדושין שאין מסורין לביאה לא הוי קדושין וא"כ קשה בכל ספק קדושין אמאי הוי ספק קדושין הלא הוי קדושין שאונן מסורין לביאה דאסור לו לבעול אותה שמא היא פנוי' ולא היו הקדושין ואסורה מחמת לא תהיה קדשה וכיון דאסור לו לבעול אותה מספק לא הוי קדושין כלל דהוי קדושין שאינן מסורין לביאה ומה לי אם אין מסורין לביאה מספק או בודאי כמו דקי"ל בסי' כ"ח סעיף כ"א במקדש באיסורי הנאה דרבנן שכתב הב"ש דלא הוי קדושין כלל וגם הביא הב"ש בס"ק נ"ב בשם תשובת הרי"ף ראי, מקדש בפסולי עדות דרבנן לא הוי קדושין מדאורייתא ולהפוסקים דסברי דספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא, ודאי דהוי אינן מסורין לביאה כיון דאסור מדאורייתא בפרט היכא דאתחזק איסורא כן מודים דספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא ומוכח מאשם תלוי וא"כ הכא איתחזק איסורא דאית לה חזקת פנויה ואיתחזק האיסור דלא תהיה קדשה ובודאי מדאורייתא לחומרא וא"כ הוי ק קושין שאינן מסורין לביאה דאסור לו לבעול אותה מספק.

אך לכאורה ז"א דהכא וודאי אין האיסור הביאה בא מחמת הקדושין כיון דבלא הקדושין כלל וודאי יש הלאו דלא תהיה קדשה שהיא פנוי' לגמרי. אך לפי סברת ס' המקנה שהבאתי דבלא הקדושין אין איסור כלל רק היכא דהוא קדושי טעות וא"כ הוי שפיר קדושין שאינן מסורין לביאה דבלא הקדושין אין איסור כלל רק היכא דהוא קדושי טעות וא"כ הוין שפיר קדושין שאינן מסורין לביאה דבלא הקדושין אין איסור כלל רק אחר הקדושין אי לא הוי קדושין יש האיסור דלא תהיה קדשה וא"כ אסורה לו מספק שמא אינו קדושין ואעפ"כ כיון שקדשה אסורה לו וא"כ בא איסור הביאה מחמת הקדושין והוי קדושין שאינן מסורין לביאה ולפמ"ש לעיל אתי שפיר דמשכחת לה דקדשה בביאה ולא שייך קשאמ"ל ואין לומר כמ"ש לעיל דאי עביד לא מהני דז"א דאעפ"כ הוי ספק קדושין דאם באמת הוי קדושין איך נאמר ביה אי עביד לא מהני כיון שאין איסור כלל בשלמא לענין קשאמ"ל א"ש כיון דאסור לי' לבעול הוי אין מסורין לביאה אבל לענין אי עביד לא מהני וודאי נשאר הספק במקומו אך זה דוחק דבכל הש"ס מלא מספק קדושין בקדושי כסף ושטר אך י"ל דהוי מסורין לב אה שיכול לקדשה פעם אחרת אך זה דוחק דמ"מ בשעת קדושין אינן מסורין לביאה ויש להוכיח דהיכא דהוי ספק הוי קשאמ"ל דהנה בהלכות גיטין סי' קל"ז סעיף ג' שאם גירש אחד אשה ואמר לה חוץ אצא הוי ספק מגורשת ומביא הב"ש בשם הדרישה דאם בהיפך אם אמר לה שמתירה בזנות ואוסרה בנשואין הוי שייר ואינו גט והנה הפוסקים הקשו בכל תנאי שבעולם אם מוכר על תנאי

למ"ד תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי כיון דבלא התנאי משמע סתמא האיך יכול לחזור ולהתנות תוך כ"ד וכתבו משום דאין עוקר הדבר לגמרי וודאי תוך כדי דיבור כדבור.
והנה קי"ל דבכל מקום תכ"ד כ"ד חוץ מקדושין וגירושין ואם כן גה בקדושין וגירושין קשה האיך יכול לקדש ולגרש בתנאי וצ"ל כמ"ש כיון דאין עוקר התנאי וודאי תכ"ד כ"ד כיון דהטעם הוא בקדושין וגירושין דתכ"ד לאו כ"ד משום דגמר בלב שלם שלא יוכל לחזור כמ"ש הר"ן בנדרים וא"כ יכול לחזור ולהתנות כיון שאין עוקר דבריו וא"כ הכא במגרשה על תנאי שתהא מותרת בזנות ואסורה בנשואין וא"כ הדין הוא דאינו גט ועוקר דבריו לגמרי וא"כ לא מהני כלל דבגירושין תכ"ד לאו כ"ד אך באמת הא דתוך כדי דיבור לאו כדיבור בגירושין וקדושין הוא ספק כדאיתא בה' קדושין סי' ל"ח בב"ש ס"ק נ"ו בשם הרמב"ם ע"ש וא"כ כיון דאינו רק ספק כתב הב"ש שפיר דאינו גט כלל כיון דכל החילוק בין אם אינו גט כלל או הוא ספק גט כיון דבין כך ובין כך אסורה להנשא לאחר רק החילוק היא אם קבלה קדושין מאחר דאם הוא ספק גט תופשין הקדושין ולפמ"ש א"כ הכא אף אם הוא ספק לגירושין לא תפסי בה קדושין דהוי קדושין שאין משורין לביאה דאסור לו לבעול אותה מספק שמא אינו גט ואי"ל דאין איסור הביאה בא מחמת הקדושין דז"א כיון שהתנה שתהא מותרת בזנות ואסורה בנשואין וא"כ איסור הביאה בא ע"י הקדושין דבלא הקדושין היה הביאה מותרת כיון שהיא מותרת בזנות וא"כ הוי קדושין שאינן מסורין לביאה ואין חילוק אם הוא ספק גט א אם הוא ודאי אינו גט אבל אם גירשה בהיפוך שהתירה בנשואין ואסרה בינות דהוי ספק לא הוי קשאמ"ל כיון דהוא ספק אם מותרת בנשואין וגם לא הוי ספק ספיקא דכיון דהוא ספק לא הוי עיקר הדבר לומרי וודיזי תוך כדי דיבור כדיבור ואף דקי"ל כאביי דקשאמ"ל הוי קרושין אעפ"כ לפי סברת הרשב" שמובא בס' פ"י בקדושין בסוגיא דקשאמ"ל משמע דבכה"ג מודה אביי דלא הוי קדושין ע"ש אך באמת לא קי"ל כסברת הרשב"א זו ואינה מובא כלל בש"ע ועוד דיש עוד נפקא מינה לפוסלה לכהן ואם הוי חללה והקושיא בל"ז יש לדחות דכיון דהתנה זה התנאי ע"כ היה סובר שיהני זה התנאי וגבי גירושין הוא הטעם דתכ"ד לאו כ"ד שהוא דבר חמור וגמר בדעתו שלא יכול לחזור ולעקור הר ב הדברהדבר וכיון שהוא היה סובר שמהני זה התנאי וא"כ גמר בדעתו שיוכל להתנות זה התנאי שהיה סובר שאינו עוקר בזה לגמרי ודמי ליאוש שלא מדעת דקי"ל דלא הוי יאוש אך בגמרא שם איתא בהדיא דמחמת: [חסר] הנה דאם נאמר דלא תהיה קדשה חייב על הראה ג"כ לא קשה קושית הראב"ד דלפטור המלקות מתשלומין דיש לומר דהרמב"ם סבר כתירוץ שני של תוס' דקנס לא מחייב רק אגמר ביאה וא"כ חיוב התשלומין בא אחר המלקות

אך אבושת ופגם היה נשאר קושית הראב"ד דבו"פ וודאי חייב אהעראה ובא המלקות ותשלומי בו"פ בפעם אחת.
אך ז"א דהנה הפוסקים הקשו במתניתין דאלו נערות אמאי פוטר כרת ומיתה מתשלומין הא הוי מיתה לזה ותשלומין לזה דהתשלומין הוא לאב והמיתה לה. ותירצו דכיון דהאב אינו זוכה רק ממנה דאין זוכה רק משעת העמדה בדין כמ"ש הש"מ והוי מיתה ותשלומין לאחד כיון דזוכה ממנה וא"כ בושת ופגם ודאי אין האב זוכה ממנה שמגיע לו מחמת שהיה יכול למוכרה והוי מיתה לזה ותשלומין לזה וא"כ הכא לענין המלקות אין המלקות פוטרין מבו"פ דהוי מלקות לזה ותשלומין לזה.
ועוד לפי מה שתירץ בס' הפלאה אקושיא זו דהוי מיתה לזה ותשלומין לזה וכתב דהוי עשאאי"ל לגבי העדות יהיה מיתה ותשלומין לאחד רק גבי זר שאכל תרומה הוא ממון ולא בעינן עשאי"ל אבל לענין קנס הוי שפיר עשאאי"ל דבקנס בעינן עשאי"ל וא"כ לענין בושת ופגם א"ש דהוי מלקות לזה ותשלומין לזה דכיון דהיא ממון לא בעינן עשאי"ל וא"כ גם על הקנס מהימני כמ"ש לעיל דהוא כמו אין בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה משום דכי היכי דמהימני לענין ממון מהימני נמי לענין איסור והכי נמי דמהימני לענין ממון מהימני לענין קנס וע"כ צ"ל דזה לא הוי מיתה לזה ותשלומין לזה דבא מגוף אחד כמ"ש הפוסקים ומ"ש דתשלומי קנס בא אחר המלקות דהיינו על הגמר ביאה והמלקות על הערה אפשר לומר דקושית הראב"ד הוא ג"כ דהוי עדות שאי אתה יכול להזימו דלגבי העדות יהיה המלקות והתשלומין על מעשה אחד ודוחק היכא שאמרו קודם שהערה בה ואח"כ אמרו שגמר דזה דוחק.
אך באמת כיון דהבושת ופגם הוא ממון ולא בעינן בי' עשאי"ל וממילא נאמנין אף לענין הקנס כמ"ש אך באמת כיון דבו"פ חייב על הערה ופוטר המלקות מבו"פ אך הא דלא מקשה הראב"ד באמת מבו"פ. אך נראה דהנה בקדושין פ' האיש מקדש רוצה לאוקמי בפיתה לשם אישות וא"כ לא שייך כלל הלאו דלא תהיה קדשה אך באמת בקנס היכא דהיה יכול לפטור את עצמו הוי מודה בקנס וא"כ כיון שהיה יכול לומר שלא בעלה אישות ופוטר המלקות מתשלומין הוי עכשיו מודה בקנס שאומר שפיתה לשם אישות [ודוחק לומר משום אין אדם משים עצמו רשע] וא"כ על בושת ופגם לא קשה כלל שיכול להיות בפיתה לשם אישות כיון דבו"פ הוא ממון וא"כ לא קשה מ"ש דכיון דהעדים נאמנין על בו"פ דהוא ממון ממילא נאמנין אף על הקנ אף שאאי"ל.
ולפי מ"ש א"ש כיון דאם היה אומר שפיתה שלא לשם אישות היה פטור מבו"פ דחייב על הערה דהמלקות פוטרו והיה פטור גם על הקנס אף דלא בא בב"א דהוי עשאאי"ל

כיון דעל הבו"פ פטור ואין העדים מעידין רק אקנס ובעינן שפיר עשאי"ל וא"כ עכשיו שאומר שפיתה לשם אישות הוי מודה בקנס ומקשה הראב"ד שפיר.
אך פ"ז קשה הא דקתני במתניתין דאלו נערות ועל אשת אחיו דהוא חייב כריתות ומוקי לה בסנהדרין במפותה דמחלה דאי ל"ה ניתן להצילו בנפשו והכא מוקי להא דאשת אחיו בנערה שנתארסה ונתגרשה וקנסה לאביה דאל"ה מחלה והנה לקמן יליף לה דקנסה לאביה מכסף קדושין והקשה בספר פ"י הלא קנסא מממונא לא ילפינן ותירץ כיון דבו"פ הוא ממון וילפינן שפיר דלאביה וממילא גם הקנס לאביה דלמי שזה ניתן זה ניתן והנה אם פטור מבו"פ ממילא הקנס לעצמה דלא שייך נמי שזה ניתן כיון דפטור כמ"ש הפ"י בעצמו וכיון דהקנס לעצמה מחלה וא"כ אם פטיר מבו"פ פטור גם מקנס וא"כ קשה למה לו אשת אחיו חייבי כריתות הלא בכה"ג במפותה ונתארסה ונתגרשה בכל מקום אין לה קנס דהוי מודה בקנס שהיה יכול לומר שהיתה שלא לשם אישות והיה פטור מבו"פ דהוא על מעשה אחד והוא ממילא פטור מקנס דהוא לעצמה ומחלה דכיון דפטור מבו"פ הקנס לעצמה כמ"ש ומחלה וא"כ עכשיו שאומר שפיתה לשם אישות הוי מודה בקנס וגם זה יכול להיות היא קושית הראב"ד ולפ"ז מיושב מאי דקשה אי נימא כשיטה זו דקנס לא חייב רק אגמר ביאה והאיך הוכיח דלא כר' נחוניא דכרת פוטר דילמא הכא בא התשלומין אחר החיוב כרת דכרת חייב אהעראה ולפמ"ש א"ש דהוכיח מהא דעל אשת אחיו דכיון בו"פ חייב אהעראה ופוטר הכרת וא"כ הקנס לעצמה וכיון דאירי במפותה קשה דמחלה והנה לגבי כרת ותשלומין לא שייך לומר דהוי עדות שאאי"ל דלגבי לא יהיה כרת ותשלומין דאין חייבין כרת כלל כיון דזה הזוממין עונש לא היה הב"ד עושה רק בידי שמים וכיון שבאמת היה שקר לא היה נכרת כלל ולא רצו לחייבו כרת וכן מוכח מהא דכתבו תוס' דבתרומה דתשלומי דידיה כפרה אינו פוטר מיתה וקשה ג"כ דהוי עשאאי"ל דלגבי העדים לא יהיה כפרה וכן בהא דכתבו כיון דגלי גלי וקשה ג"כ כנ"ל וצ"ל דבמיתה בידי שמים לא שייך בזוממין דלא רצו לחייבו כלל שהיה שקר אך נראה לע"ד עוד דהנה בש"ס פריך ורמינהו אלו הן הלוקין ולפטור מלקות מתשלומין ומשני עולא ממונא משלם מילקא לא לקי והקשו בתוס' ד"ה ואי ממונא לקולא והא איתגורי איתגור שנידון בקלה דהיינו ממון ותירצו התורה חס אממונא של נחבל והקשה בס' מהר"מ שיף הלא בקנס לא שייך חס רחמנא ותירץ כיון דבבושת ופגם שייך שפיר חם רחמנא שהזיקו ממון וממילא משלם הקנס דאינו לוקה כיון שמשלם הבו"פ וא"כ הוכיח הש"ס שפיר לאפוקי מדר' נחוניא וליכא למימר דחיוב התשלומין בא אחר הכרת ז"א כיון דבו"פ חייב אהעראה וא"כ פוטר הכרת מבו"פ וא"כ ממילא פטור מקנס דאיתגורי

איתגור ופוטר המלקות מן הקנס דבמלקות הוי שפיר עדות שאי אתה יכול להזימו כמ"ש וא"כ פוטר המלקות מקנס ואמרינן איתגורי איתגורי וליכא למימר דחס רחמנא דבקנס לא שייך חס רחמנא ובו"פ ממילא פטור מחמת כרת ולא שייך תירוץ המהרמ"ש.

והנה נראה לי סברת המהרמ"ש דאין חייב מלקות משום איתגורי איתגור ואם התורה חס ישלם בו"פ ומשום הא לא יהיה איתגור וילקה ג"כ ולמה לא אמרה כך ונראה הטעם כיון דקי"ל דעדים זוממין קנסא וא"כ הוי הכא עדות שאאי"ל שאם יוזמו לא ישלמו דנימא איתגורי איתגור וילקו ולא ישלמו ואין לומר חס רחמנא אממונא של נחבל כיון דעדים זוממין קנסא ולא שייך חס רחמנא אממונא שלא הזיקו כלל כיון דהוא קנסא א"כ אף הוא אינו משלם בו"פ כיון דהוי עדות שאי"ל לדברי הש"ך דבממון בעינן עשאי"ל ואף אם עדים זוממין ממונא אתי שפיר כיון דבאמת לא הזיקו אותו כלל רק רצו לחייבו ואיך שייך חס רחמנא אממונא כיון שבאמת לא הזיקו לו כלל.

הנה לכאורה היה נראה לע"ד להוכיח כדברי הפ"י שהבאתי לעיל דלא כסברת המהרמ"ש דהנה קשה לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב איך חייב קנס דילמא לאו אביו הוא והרוב לא מהני דאין הולכין בממון אחר הרוב והכי קי"ל ואח"כ ראיתי בס' הפלאה שהקשה זה, אך נראה דהנה כתב הכה"ג שהקשה בברי ושמא יחזיר מספק גזל דהוא ספק דאורייתא ותירץ דספק גזל התורה התירה ואין כאן איסור כלל וא"כ בושת ופגם נראה דודאי חייב דבו"פ הוא משום שהיה יכול למכור אותה וא"כ לענין מכירתו היה מהני הרוב והיה יכול למוכרה בהיתר גמור דספק גזל מותר בפרט דאיכא רוב וא"כ צריך לשלם לו הבו"פ בודאי ועל הקנס אינו יודע אם הוא אבי' אי לא והוי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא והוי משואיל"מ והנה הכא נשאר, הקושיא דאין הולכין בממון אחר הרוב ודילמא לאו אביה הוא ואף דהיה יכול למוכרה כיון שאינה בתו א"כ פוטר שפיר המלקות מתשלומין כקו' התוס' דאיתגורי איתגור וליכא למימר דחס רחמנא אממונא של נחבל הא ליתא כיון דבאמת אינה בתו רק שהיה יכול למוכרה וא"כ איך שייך חס רחמנא אממונא דידיה כיון שבאמת אינה בתו רק שהיה יכול למוכרה מחמת הרוב.

וא"כ אמרינן שפיר אין הולכין בממון אחר הרוב. ובבא על אחותו א"ש כיון דלאו אביה אינה אחותה ואינו חייב מלקות.

ולפי סברת הפנ"י שהבאתי א"ש דהיכא דבאים בבת אחת לא שייך איתגורי איתגור רק בחובל משום דהכהו הכאה שאין בה שוה פרוטה לוקין ומשום דהוסיף והכה נקל עליו ולפ"ז ניחא ג"כ קשיא שהקשינו דחיוב התשלומין בא אחר הכרת ולמ"ש א"ש כיון דמבו"פ פטור דבא עם הכרת בב"א וכיון דפטור מבו"פ ממילא אין הולכין בממון

אחר הרוב ולא הוי משואיל"מ כיון דפטור מבו"פ וגם הראב"ד מקשה שפיר וגם הוי מודה בקנס כמ"ש כיון שיפטר מבו"פ יפטר ממילא גם מקנס שיהיה אין הולכיןבממין אחר הרוב.

אך להראב"ד בל"ז לא הוי משואיל"מ כיון דתבעו קנס וממון והוא נתחייב בממון הוי שני מינין כמ"ש לעיל. והנה לפי סברת פנ"י שהוכחתי לעיל דמש"ה בנערה שנתארסה ונתגרשה קנסה לאביה משום בו"פ דלמי שזה ניתן זה ניתן.

ויש ליישב לקמן דאמר ר"פ לאביי לרבה דאמר חידוש הוא שחידשה תורה בקנס אע"ג דמיקטל משלם מתניתין כמאן אי ר"מ קשיא בתו אמאי פטור הלא חידוש הוא שחידשה תורה בקנס והקשו תוס' ליקשי ר"פ לדידי' דהוא נמי סבר דחידוש הות. והנה תוס' מקשה ריש פ' ד"ה על אשת אחיו ממ"נ כמאן אתיא סיפא דהבא על בתו אי כר"ע דמתניתין דקנסא לאביה א"כ למי תתן ואי כר"ע דברייתא דקנסא לעצמה וע"כ איירי במפותה דאי באונס אף כרת פוטר דניתן להצילו בנפשו וע"כ במפותה ומחלה כיון דלעצמה.

ולפמ"ש א"ש כיון דחידוש הוא בקנס וא"כ בו"פ ודאי פוטר המיתה שהוא ממון וכיון דפטור מבו"פ הקנס לעצמה דלא שייך למי שזה ניתן זה ניתן כיון דפטור מבו"פ וכיון דלעצמה ומפותה ומחלה אבל בחייבי כריתות דאינו פוטר כלל אף מבו"פ והקנס לאביה ולא יכולה למחול ולכך ר"פ דמשני התם במפותה א"ש לדידיה רק לאביי דמשני התם תירוץ אחר מקשה ר"פ שפיר ולכך כתבו תוס' בסנהדרין דע"כ ר"פ סבר כר"ע דמתניתין ואחר כך ראיתי בס' פנ"י לקמן בסוגיא דנערה שנתארסה דפריך הש"ס ולרבה דאמר חידוש הוא בקנס וכתב הפ"י על דרך שכתבנו כיון דפטור מבו"פ ממילא הקנס לעצמה והניח שם בצ"ע.

והנה לפי דברי ס' הפלאה שמקשה דהוי מיתה לזה ותשלומין לזה ותירץ דהוי עשאי"ל וא"כ עכשיו אף אם נימא בעינן הממון עשאי"ל אעפ"כ יכול להזימן דאם יוזמו כיון דקי"ל דעדים זוממין קנסא וא"כ עכשיו דקיימינן דחידוש הוא בקנס דאינו פוטר מיתה מתשלומין א"כ גבי הזוממין לא יפטור מיתה מתשלומין דהוא קנסא.

ולפ"ז מיושב מה שמקשים דהוי בחייבי מיתות מיתה לזה ותשלומין לאב וגם איכא ב' מעשות הראה וגמר ביאה דקנס לא מחייב רק אגמר וכיון דאיכא ב' מעשות וב' אנשים הוי ודאי מיתה לזה ותשלומין לזה. ולפמ"ש א"ל כיון דבו"פ מיחייב אהראה ולא הוי ב' מעשות אבו"פ וכיון דפטור מבו"פ א"כ הקנס לעצמה והוי מיתה ותשלומין לאחד דליכא ב' אנשים אף שהוא שני מעשות וגם מבו"פ פטור דליכא ב' מעשות אף דאיכא

ב' אנשים ודו"ק: סעיף ב אם הכניס אשה לחופה אינה מתקדשת בכך וי"א שהוא ספק קדושין ע"ש.
והנה הוכיחו דאין חופה קונה כדקאמר הש"ס סתמא למעוטי חופה משמע דלית הלכתא כר"ה והרא"ש כתב שם דלכך אין חופה קונה משום דאיכא למיפרך הק"ו דשכן ישנן בע"כ כדאמרינן בש"ס ואף דאמרינן התם דכסף באישות מיהא לא אשכחן בע"כ מ"מ במה הצד פרכינן פירכא כל דהו ע"ש ברא"ש ובזה יש ליישב מה שכתב רש"י (דף ג ע"א) דאמרינן מניינא דרישא למעוטי חופה וכתב רש"י ז"ל אם אבי' מוסרה לחופה אינה מתקדשת בכך.
וקשה אמאי לא פי' רש"י אם היא עצמה נכנסה לחופה אינה מקודשת ואמאי נקט האב. ונראה דהנה (דף ב ע"ב) אמרינן האיש קונה משום דהוה אמינא בע"כ דאשה מתקדשת בע"כ.
והנה לכאורה קשה אעפ"כ ניתני האיש קונה וליכא למימר דמתקדשת בע"כ למה לי מנינא כקושית הש"ס וליכא למימר למעוטי חופה דבל"ז חופה אינה קונה דאיכא למימר מה להנך שכן ישנן בע"כ ואין לומר כסף באישות לא אשכחן בע"כ דעכשיו קיימינן דאשה מתקדשת בע"כ וא"כ גם באישות אשכחן בע"כ, אך באמת אנו רוצין ללמוד חופה מק"ו מכסף ושטר וביאה וא"כ אם הם קונין בע"כ גם חופה קונה בע"כ ואין כאן פירכא דזה אנו רוצין ללמוד אך באמת בתוס' ד"ה חופה שגומרת הקשו נימא דיו אסוף דינא דאין גומרת רק אחר כסף גם בחופה לא תקנה רק אחר כסף ותירצו היכא דמיפרך ק"ו לא אמרינן דיו והכא מיפרך ק"ו דאחר כסף לא איצטריך ע"ש וא"כ לענין דחופה קינה בע"כ אמרינן שפיר דיו וכיון דאינו גומר בע"כ ג"כ אינו קונה ולזה אינו מיפרך הק"ו וא"כ כיון דאין חופה קונה בע"כ א"כ ליכא למילף כלל מכסף ושטר ביאה דישנן בע"כ דאף באישות הוא בע"כ לפי הס"ד אבל חופה ודאי אינו בע"כ דאמרינן דיו.
אך ז"א כיון דלא נוכל ללמוד הק"ו דאיכא למיפרך שכן ישנן בע"כ וא"כ לא אמרינן דיו דמיפרך ק"ו וא"כ אף חופה קונה בע"כ דלא אמרינן דיו דמיפרך ק"ו. אך באמת קשה להיפוך מאי קאמר למעוטי חופה הלא אמאי אין חופה קונה כמ"ש הרא"ש דפרכינן פירכא כל דהו ופרכינן מה להצד השוה שכן ישנן בע"כ וקשה לפי הס"ד דמתקדשת בע"כ א"כ נלמוד חופה מקדושי כסף ושטר דקונה אף בע"כ וליכא למיפרך מה שכן בע"כ וא"כ נשאר הקושיא דליתני האיש קונה ולא היינו אומרים בע"כ דא"כ מנינא למעוטי מאי כיון דחופה קונה כמ"ש, אך באמת הס"ד דיכול לקדשה בע"כ הוא משום דהוה אמינא דתלוי' וזבין הוי זביני' זבינא ואם מקדשה בע"כ הוי תלוי' וזבין וקי"ל

דתלוי' [ויהיב לא מהני] (וקדיש לא הוי קדושין) כדאמרינן בב"ב (דף מט) וא"כ זה דוקא בקדושי כסף הוי תלוי' וזבין דנותן מעות אבל בחופה ממילא אינה מקודשת בחופה בע"כ דהוי תלוי' ויהיב ודאי לא הוי זבינא ואף לפי הס"ד לא היה חופה קונה בע"כ.
וממילא לא היה קונה כלל דאיכא למיפרך מה להנך שישנן בע"כ ושטר וביאה משכחת ה באישות וכסף ג"כ משכחת לה כיון דיכול לקדש בע"כ. אך לכאורה ז"א דהנה תוס' כתבו בב"ב (דף מח ע"ב) ד"ה קידש בביאה דאף דאין נותן לה כלל הוי תלוי' וזבין דמתחייב בשאר כסות וא"כ גם בחופה הוי תלויה וזבין, אך לפי מה שפי' רש"י ז"ל דלמעוטא חופה היינו שמוסר האב את בתו קטנה לחופה א"כ אתי שפיר אף אי אמרינן דנקנית בע"כ חופה אינה קונה דהוי תלויה ויהיב ואין לומר דמתחייב בשאר כסות דז"א כיון דשאר וכסות נותן לה והמכירה היא של אב וא"כ לגבי האב הוי תלויה ויהיב כיון שלו אינו נותן כלל והעיקר תלוי בדעת האב כמ"ש התוס' (דף ה' ע"א ד"ה שכן כו') אף דהאב מוסר בתו לחופה בע"כ מ"מ כיון שהוא מדעת אב אינו חשוב בע"כ וא"כ לגבי האב הוי תלויה ויהיב שאינו נותן לו בעבורה כלום דשאר כסות אינו נותן לאב רק לה ולכך כתב רש"י דהאב מוסרה לחופה והוי תלויה ויהיב כמ"ש.
ולפי סברא זו אפשר ליישב מאי שמקשים המפרשים אהא דאמר שמואל קדשה בתמרה מקודשת שמא שוה פרוטה במדי ופריך הש"ס למה ליה במתניתין פרוטה הלא אף בפחות מקודשת ומשני דאינה מקודשת רק קדושי ספק ובפרוטה מקודשת בודאי ע"ש.
והקשו המפרשים אעפ"כ אמאי לא קתני דהוי ספק קדושין שמא שוה פרוטה במדי והיה ממילא מוכח דבפרוטה מקודשת בודאי ולפמ"ש מיושב כיון דקי"ל באה"ע לקמן ס' נ' דבספק קידושין צריכה להחזיר הכסף קדושין וא"כ אם היה קתני במתניתין ספק קדושין לא היה מוכח דאינה מקודשת בע"כ שהיינו יכולים לומר דלכך לא הוי קידושין כיון דהוי ספק קידושין לא הוי קידושין כלל כיון דצריכה להחזיר הכסף קדושין מספק הוי תלויה ויהיב כיון דצריכה להחזיר הכסף לא לקחה כלל אך באמת אמרינן בשעת קידושין גמר ומקנה אף דצריכה להחזיר אח"כ הוי כמו שגזל אח"כ המעות בתלויה וזבין ומש"ה לא ליהוי מכירה ובאמת יש לחלק דהכא בשעת הקדושין היתה יודעת שתצטרך להחזיר והוי תלויה ויהיב ועוד לפי מה שכתבו המפ' בהא דקדשה בתמרה שהקשו הלא אינו נותן לה דבר דלענין גזל אף אי שוה פרוטה במדי אין צריך להחזיר וכתבו משום דהיא נתרצית באמת אף לפחות מש"פ רק דהתורה אמרה כסף דוקא ואמרינן שפיר שמא שוה פרוטה במדי והוי כסף וא"כ לענין תלויה ויהיב לא הוי ממין כלל והוי תלויה ויהיב.

ואין לומר כסברת תוס' בקידושי ביאה משום דחייב בשאר כסות דז"א דכיון דמספק אינו צריך ליתן שאר כסות דשמא אינו קדושין והוי תלויה ויהיב ולא הוי קידושין כלל ואף דבמגרש דבמגורשת ואינה מגורשת צריך ליתן לה מזונות היינו משום דהוי איני יודע אם פרעתיך שעד הגירושין היה חייב וספק אם נפטר אבל בספק קדושין דהוא ספק אם נתחייב ודאי פטור והוי תלויה ויהיב ולכך לא תני במתניתין ספק קדושין כמ"ש.

אך לפמ"ש היה קשה לכאורה בתוס' ד"ה ה"א אפילו בע"כ והקשו בתוס' איך קתני לקמן האיש מקדש דמשמע בע"כ ותירץ דכבר אשמועינן דאינה מקודשת בע"כ. והנה הפוסקים כתבו בב"ב דאם קידש ע"י שליח בע"כ יש סברא דמקודשת דלא שייך הוא עשה שלא כהוגן ואפקעינהו לקדושין דהוא לא עשה שלא כהוגן רק השליח רק באמת ליתא וא"כ נשאר קושית, תוס' דאמאי נקט לקמן האיש מקדש ומרישא לא מוכח רק הוא עצמו אינו יכול לקדש בע"כ אבל בשליח י"ל דיכול לקדש ואמאי קתני מקדש בו ובשלוחו.

אך נראה דהנה קשה אם מקדש ע"י שליח הוי מגביה מציאה לחבירו ואמאי קנה חבירו והיא מקודשת. אך ז"א כיון דמקדשה מדעתה והיא מתרצת לו לא הוי מגביה מציאה אך לפי מאי דס"ד השתא דיכול לקדשה בע"כ וא"כאם מקדשה ע"י שליח בע"כ הוי ודאי מגביה מציאה לחבירו דהוא כמו דבר אחר מציאה שיכול ליקח בע"כ וא"כ לכאורה לא קשה כלל קושית תוס' לקמן בהאיש מקדש בו ובשלוחו דליכא למיטעי דיכול לקדש בע"כ כיון דקתני התם בו ובשלוחו ודאי ליכא למימר בע"כ דהוי מגביה מציאה לחבירו ואינה מקודשת.

אך באמת אמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' וגם הכא אמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' וא"כ ממילא א"ש מאי שהקשינו דע"י שליח אפשר מהני אף דהוא לא עשה שלא כהוגן רק השליח ולפמ"ש מיושב דעל זה י"ל שפיר דהוי מגביה מציאה לחבירו וליכא למימר מיגו דזכי לנפשי' כיון דאם השליח בעצמו יקדשה בשביל עצמו בע"כ לא יהי' הקדושין שעשה שלא כהוגן וא"כ אף אי מקדש בשביל אחר הוי מגביה מציאה לחבירו ולא שייך מיגו דזכי לנפשי' דאם קדשה לעצמו לא היתה מקודשת.

אך באמת הטעם דמגביה מציאה לחבירו לא קנה הוא משום דהוי תופס במקום שחב לאחרים שאחרים היו יכולים להגביה המציאה וא"כ כיון שאם מקדשה אחר בע"כ בעצמו לא הוי ק שעשה שלא כהוגן וא"כ לא הוי כלל מגביה מציאה לחבירו דאין עושה היזק לשום אדם אך כיון דיכול לקדשה אחר ברצון הוי שפיר חב לאחרים.

וראיתי בספר אחד שכתב אהא דאמרינן הא תני איש קונה ה"א אפילו בע"כ וכ' דודאי שתהא מקודשת בע"כ לא ס"ד רק דה"א דתלויה וקדיש הוי קדושין וא"ש כל מה שכתבנו: הנה המשנה למלך נסתפק בחופה קודם קידושין אי גומר אי לא והנה לשיטת הפוסקים דבעינן חופה הראוי לביאה ולהרמב"ם דעובר אלא תהיה קדשה בביאת פנוי' וא"כ בחופה קודם קידושין הוי חופה שאינה ראוי' לביאה דאסורה מלא ת"ק.

אך באמת זו דעת הראב"ד דבעינן חופה הראוי' לביאה והראב"ד ז"ל סבר הכא דליכא לאיסור כלל בביאת פנויה: הנה המהרש"א כתב דחופה קונה וגומר בבת אחת ולפי דבריו היה מיושב מאי שהקשה לעיל בס' המקנה אהא דכי איקלע רב לבי אדרשי' הוי מכריז מאן הוי ליומא והקשה הא נתחייב בעונה בפרט בעילת מצוה דע"כ היה קדושין וחופה בעדים שיהא פת בסלו וא"כ ליכא למימר שהתנה ע"מ אם יבעול יהיה קדושין דז"א דאין תנאי בחופה כו' ע"ש.

והנה הטעם דאין תנאי בחופה הוא משום דאי אפשר לקיימו ע"י שליח ולא שייך איתקוש הויות להדדי כדאמרי' בכ' דף ע"ד דכיון דכבר קדשה רק בגמר ולא מהני בי' תנאי ותוס' כתבו הטעם באי אפשר לקיים ע"י שליח דאין בידו כח להטיל תנאי כיון שאין בידו לעשות שליח וא"כ י"ל הכא דרב קדשה בחופה ועל תנאי אם יבעול וא"ל דלא מהני תנאי בחופה דז"א כיון דחופה קונה וגומר ועל הקנין מהני תנאי וקי"ל דדבר שאין בידו כח לעשות ועושה עם דבר שיש בידו לעשות הוי קני את וחמור וקנה הכל וא"כ הכא כיון דעל הקנין מהני התנאי ממילא מהני אף על הגמר דהוי קני את וחמור ואף אי אינו חופה קונה וגומר רק קונה לבד נמי א"ל דקדשה וכנסה לחופה על תנאי אם יבעול וגם הקדושין הי' על תנאי ועל הקדושין מהני התנאי ולא הוי קדושין וכיון דלא הוי קדושין אין החופה גומרת רק קונה וכיון שקונה אמרינן איתקש הויות להדדי וגם על החופה מהני התנאי: (סעיף ד חכמים אסרו לקדש בביאה.

והנה אי לא תהיה קדשה הוא הראה בל"ז אסור כיון דסוף ביאה קונה ועובר אלא תהיה קדשה בהראה ואף על פי כן לא הוי קדושין): [חסר] סעיף ב'. אם הכנים אשה לחופה אינה מתקדשת בכך.

וי"א שהוא ספק. ס' ג' משנתקדשה נחשבת כא"א לחייב הבא עלי' וצריכה גט להתירה לשוק: (א) אם הכניס כו' היינו אף בעדים ואמר התקדשי לי בחופה זו כדין קדושין.

ולכאורה אם לא ראו העדים רק החופה מגרע גרע, דהא באתרא דמקדשי והדר מסבלי חיישינן לתוס' ושאר פ' דמסתמא היה כבר קדושין וכן בכתבו כתובה לחוד באתרא דמקדשי והדר כתבו מבואר בש"ס נ' ע"ב ובש"ע ס' מ"ה דחיישינן וממילא בחופה דודאי

רובא מקדשי והדר נושאין ומכניסין לחופה ואיכא למיחש שקדמו קדושין דאל"ה לא היה כנסה לחופה.
ונראה צריכה גט ואין נאמנים שלא נתקדשה. רק באמר התקדשי בחופה דניכר שטועה: ולשון הטור וש"ע תמי' לע"ד שכ' אם הכניס כו' ואח"כ כ' משנתקדשה.
משמע דמיירי בחופה סתם שלא אמר כלל שתתקדש בחופה זו ואעפ"כ הוי ספק ואין סברא כלל. ואף דביבמות נ"ז חופה נפסול מתרומה ס"ל לרש"י בלא קדושין ע"ש.
וכן למ"ד כמו דקדושין פסלו כן חופה ע"ש וא"כ לענין קנין אפשר ג"כ דיליף ר"ה אותה חופה שגומרת היינו אף שאינו אומר כלום רק נכנסה לקצר שלו לשם נשואין או יחוד זה עצמו מורה על הקדושין גם בלא אמירה שתתקדש והוי ידים מוכיחות. אך אינו נראה דעכ"פ שייך דיו דיליף מכסף ושטר ושם צריך אמירה ובזה לא מיפרך ק"ו ומ"מ אינו מוכרח דגם בכסף אם עוסקים באותו ענין וכה"ג דמוכח המעשה מהני כדבור ובחופה שמורה כמו אמירה שפיר קונה בכסף עם אמירה.
וכשאומר שמכניסה לחופה לשם נשואין למהרש"א דקונה וגומר י"ל ודאי דמהני להר"ח ז"ל רק אי נימא דקונה ואינו גומר בב"א מ"מ הוי כאומר הרי את נשואתי גם בכסף: לכאורה גם מסר האב לשלוחי הבעל ושאר המבואר במשנה אף שאינו חופה ממש ג"כ קונה דהא גומר. אמנם לע"ד דהא תמוה לישנא דר"ה חופה שמאכיל בתרומה כפירכת הש"ס הא מן התורה אוכלת ומשני אלא שגומר כו'.
ונראה דר"ה דס"ל כרב שם דמסירתה לכל חוץ מתרומה, א"כ י"ל דהגם דק"ו שלו הוא ממה שגומרת כדמשני מ"מ הזכיר אכילת תרומה להשמיענו דכונתו חופה קונה רק חופה ממש שמאכילה בתרומה לא מסירת אב כו' שאינו מאכיל אף שגומר כנ"ל: והטעם לע"ד דהא בקניני ממון שיש בהם קנין מסירה גם משיכה החילוק הוא דמשיכה מצד הקונה רק שנותן לו רשות למשוך ולקנות ובהפקר קני.
ומסירה מצד המקנה שמוסר אפשר כו' והבהמה מיד ליד לרשב"ם ולתוס' ג"כ הא בהפקר מאן מסר דליקני ע"ש. א"כ בחופה שנכנסת לרשות הבעל דהוזכר בש"ס רק לשון מסירה מסר אב כו' זכו לי' כו' למימסרה לחופה ע"ש משמע דהקנין מצד המקנה מסירת אב או שמוסרת עצמה להיות ברשותו.
וא"כ לא היה שייך ק"ו דר"ה שחופה יקנה. הא הוי כמו תלקח אשה לאיש דגם בכסף ושטר אינו קונה כשמקנית עצמה לו אך נראה דגם מסירה י"ל הוא ג"כ רק סילוק וביטול שיכניסנה לרשותו וכמ"ש ר"ן נדרים דלא חשיב דעת אחרת מקנה בקדושין שהוא רק ריצוי וסילוק שיוכל לקנותה ע"ש.

כן בחופה מסורת האב או מסירת עצמה הוא שיוכל להכניסה לרשותו א"כ גוף החופה היא מעשה שלו וחשיב כי יקח. ומ"מ לענין סקילה וכה"ג דאימעט מלזנות בית אבי' וכשמסר אינה בבית אבי' כו' ע"ש.
גם דלא נקרא בית אישה ג"כ ע"ש בש"ס דחופה בהדי' כו' בית אישה. ומסירה אימעט מבית אבי' כו'.
היינו דילפינן שזה שמוסר ומסלק שיכניסה הוא מהני להחשב יצאה מבית אבי'. וכמו יחוד הראוי לביאה מהני כאלו נבעלה.
וא"כ לענין קנין ליכא למילף רק שחופה יקנה שזה כי יקח אבל מסירה שהיא רק מצד המקנה נהי שגומר שאמרה תורה דמהני כאלו כבר הכניסה. מ"מ א"א שיהיה קונה סילוק זה לבד דחשיב כי תלקח כיון שהוא רק מצד המקנה כנ"ל: ואין להקשות דא"כ איך יליף דחופה קונה משום שגומר הא כבר נגמר משום הסילוק מצד מסירת אב או בעצמה וזה אינו קונה.
לא קשה כיון דמה שגומר המסירה הוא רק מצד שעומדת שיכניסה הוי כאלו כבר נכנסה לחופה. וא"כ מה שגומר הוא כניסתו לחופה ומש"ה גם העומד לכך גומר כנ"ל: וא"ל א"כ לעיל ג' מנין למעוטי חופה ופריך לר"ה דחופה קונה ולהנ"ל לימא למעוטי מסר אב כו' דגם לר"ה אינו קונה לא קשה דהא גם כסף כה"ג אינו קונה כשמקנית עצמה לו ולא צריך למעוטי וי"ל בזה לשון רש"י ז"ל שם למעוטי חופה שאם מסרה אב לחופה לשם קדושין ע"ש ומה צורך להזכיר מסר אב ולא בעצמה.
ולהנ"ל י"ל דהזכיר לשון המשנה מסר אב. ומ"מ ממעט חופה ממש לא המסירה דאב לחוד דגם לר"ה לא קני כנ"ל וי"א שהוא ספק.
לכאורה בכל מקום בש"ס דלמר פשיטא לי' ולמר מספקא ליה פוסקים כמאן דפשיטא, ליה שאין ס' כו' ולמה כ' רמב"ן כאן שמאחר שהר"ח מספק אותו עלינו א"א להתירה בלא גט ע"ש בר"ן אף שכ' בעצמו שרוב הגאונים דלא כר"ה ע"ש, וכן מוכח מש"ס סנהדרין דאותו שאומר א"י לא נחשב ואף טעמאלמה מסופק לא שמעינן ליה וכמאן דליתיה דמי ע"ש י"ז ע"א שפי' רש"י אמר טעמא כו' מראה פנים לזכות ומראה פנים לחובה מש"ה מספקא ליה ע"ש.
והא כיון דמראה מקום הספק ממילא הלה זכאי ומ"מ כמאן דליתי' נגד שודאי להם: אך הרמב"ם ושאר פוסקים ס"ל דוקא בד"נ אבל בד"מ כמאן דאיתא ע"ש בח"מ סי' י"ח. גם חילוק בין יושבים ביחד בטלה דעת א"י נגד היודעים וכמו ברוב משא"כ באין ביחד.

גם נראה דוקא שאומר א"י ואינו מוכרע אצלו שהוא ספק ויכול להיות שיתברר לו. אבל במוכרע אצלו ברור שהוא ספק י"ל דהוי כאומר זכאי דאל"כ כל הדיינים המזכים מטעם קים לי לא יחשבו.

גם יש חילוק בין חכמי ש"ס חשיב הודאי כרוב נגד א"י דגם הוא מודה שיש פנים להחולק. משא"כ אחר הש"ס להגאון שמוכיח מהש"ס דספיקא הוא לדעתו אין הכרעת החולק כלום.

ועוד אולי אי הוי שמיע להו טעם הר"ח הוי מודי לי' כנ"ל. שוב ראיתי נ"י פ"ב דב"ק בשם ריטב"א דדוקא כשהם בדור א' פסקינן כמאן דפשיטא ליה ע"ש.

רמב"ן ז"ל בס' המלחמות כ' סוף פ"ב דב"ק משם הגאונים דכ"מ דלמר פשיטא ולמר מספקא פסקינן כמאן דפשיטא לי' גם בתלמיד לרב ע"ש. ובעה"מ לא ס"ל כן ע"ש.

מ"מ י"ל באיסור ערוה אינו רוצה לסמוך או כשאר החלוקים שכתבתי: הנה המהרי"ק דחה ד' ר"ן כיון דאמר מה דלא כ' בהדיא לא קתני אין ראיה מהשמטת הרי"ף. ואינו מובן דזה שייך במשנה לא הרי"ף ז"ל ודאי ד' הר"ן ז"ל ברורים שכשפוסק ג' דרכים ס"ל חופה אינו קונה ומביא רק למעוטי חליפין דס"ד שבכלל כסף.

ומ"מ ודאי לא נעלם מהרמב"ן מ"מ נראה לו מלשון הרי"ף דלא ברירא לי' דכשהביא למעוטי חליפין היה לו להביא כל לשון הגמ' למעוטי חופה וגם חליפין. אולם אפשר אם היה מביא לשון הגמ' ה"א דאי דלא כר"ה ולמעוטי חופה אין הוכחה למעוטי חליפין וי"ל דקני.

ולכך הביא רק למעוטי חליפין היינו גם לדידן וס"ל כיין דקי"ל כרבא ג' תנן ד' לא תנן ולא ס"ל חילוק בין כתיבא בהדיא כו' וגם בלא מנינא מימעט חופה א"כ מנינא למעוטי חליפין והגמ' י"ל לאביי כנ"ל. מ"מ משמע כרמב"ן ז"ל: ובהרמב"ם ז"ל מ"ש לח"מ פ' ט' דמשמע דס"ל אינו קונה מדנקיט רק ג'.

אין טעם שאין דרכו להשמיט המפורש בש"ס ולסמוך על דיוק לשונו. וכן מ"ש הר"ן פ' הא"מ מדמחלק גבי תנאי נקט כנס ובפחות מש"פ בעל משום דחופה אינו קונה ע"ש ג"כ אינו תירוץ להשמטתו.

ואינו נראה דרי"ף ורמב"ם סמכו על מה שפסקו דחופה שא"ר לביאה אינו גומר כדבעי ר' אשי כתובות פ' אף על פי ואף דלא איפשט פסקו שאינו קונה,. וממילא למשמעות הפ' דלא כמהרש"א דחופה גם לר"ה אינו אלא קונה לחוד להיות ארוסה וא"ר לביאה.

וא"א כלל למילף ממה שגומר שהוא להיות נשואה ומותרת משא"כ לקנות לארוסה שאסורה דיין ולא הוי חופה כלל. וע"כ או דר"ה ס"ל גם שא"ר לביאה הויה חופה או אף דמספקא ליה לר"ה.

מ"מ אמר רק דחופה קונה מן התורה דראוי לביאה והוי ק"ו גמור דארוסה מותרת. ממילא מדרבנן ג"כ אי חופה שא"ר קונה מקודשת בחופה והוי ספק.

ולכך לדידן דחופה שא"ר לא מהני. ממילא אינו קונה.

אך עדיין ספק כיון דלא איפשיט פ' אע"פ רק לענין זכות ממון מספק לא קני אבל לענין קדושין ספק שמא גומר וממילא קני ומקודשת אף שא"ר לביאה. וי"ל דהרי"ף סמך על שהביא הבעי' והוי ס' כמו שכתב רמב"ן ז"ל: והנה כשיש צירוף קולא לכאורה היה להקל.

וא"כ לר"ח ז"ל שג"כ ספק ושוב א"ר לביאה מספק פנוי' וגם מס' חשיב אינו ראוי' דקדושין שא"מ לביאה הוא מספק. וממילא יש עוד ספק דלרוב הפ' חופה שא"ר לא מהני והוי כס"ס אי חופה קונה ואת"ל קני שמא אין ראויה לביאה לא מהני.

ולהנ"ל אין להצטרף קולא זו כלל וכן אפילו פירסה נדה. די"ל דהיינו הך ספיקא אם בעינן ראוי לביאה לא קני ואי לא בעי קני.

ואין אלא ס' אחד. ובאומר הרי את נשואתי דפ' רמ"א סי' כ"ז דלא מהני.

בחופה ג"כ ספק דלמהרש"א שקונה וגומר שייך לשון זה ואף אי דלא כמהרש"א י"ל ג"כ ששייך לשון זה גם שיקנה לקדושין כיון שענין החופה הוא ונשואין. וממילא גם שלא הזכיר לשון קדושין רק שאומר הריני כונסה לנשואין בחומה זו ג"כ ספק קדושין כמ"ש ס"ק א': יש להסתפק אם מקדש בחופה לאחר ל' אם הוי כק' ביאה דכלתה כו' כמו משוך כו' קני אחר ל' או אפשר דחשיב מקצת קנין קיים אז דברשותו היא אחר ל' ג"כ.

וקצת ראיה דא"כ גם בנדה וכונסה שתגמור אחר שתטהר. אך י"ל כיון דאין עתה חשיב חופה כלל כלא כנסה דמי.

ויש להוכיח מפ"ק דיומא בכ"ג ביתו כו' דכניס לה כו' ע"ש יקדש ויכניסה לחופה שיחול לאחר שתמות אשתו ויסולק כל החששות ומוכח דלא תועיל החופה כנ"ל וא"ל דלא מצי עביד עתה דז"א דיכול רק שאינו רשאי לעבוד י"ה ומוכח משם ג"כ דחופה קודם. רק לא מהני ע"ש במשנה למלך.

דא"כ יכול להכניסה לחופה ולקדשה לאחר מיתת אשתו שאם תמות תהיה זו נשואה וכשלא תמות אינו כלום. ומוכח כנ"ל.

וג"כ מטעם הנ"ל כיון דלאו כלום החופה עתה אינה מועלת על אחר הק'. ואפשר דתלי' ג"כ בס' אם בעינן חופה ראוי' לביאה: סימן כז סעיף א בכסף כיצד נותן לה בפני שנים פרוטה או ש"פ ואומר לה הרי את מקודשת לי בזה (וי"א שיש לומר לה כדת משה ויש' כו') וה"ה אם אמר לה הרי את מאורסת לי או ה"א לי לאשה וכן בכל שמשמעותו לשון קדושין ודאי באותו מקום ובלבד שהיא תבין לשון הקדושין.

ואם היה מדבר עמה תחלה על עסקי קדושי' ונתן לה אפילו בשתיקה הוי קדושין והוא שעדיין עסוקין באותו ענין וכל שכן אם אמר לשון קדושין ודאי אלא שאינה מבינה אותו דהוי קדושין י"א דלא בעינן מדברים באותו ענין ממש. אלא מדברים מענין לענין כו' וי"א דלא בעינן מדברים עמה אלא כל שמדברים לפני' סג): (א) נותן לה כו' יש לבאר אי בעי נתינה ממש מיד ליד כמו בגט והב"ש כ' בשם רש"ך דטלי קדושיך מע"ג קרקע הוי ספק כו'.

ומהרי"ל בתשובה סי' ע"ח כ' להדיא דטלי קדושיך מעג"ק לא הוי קדושין ע"ש. והנה לכאורה תלי' במחלוקת שהביא הר"ן ורשב"א ריש קדושין בקדש במחובר לקרקע כו' אי מקשינן גם קדושי כסף ליציאה או לא.

אמנם לע"ד דלא תלי' בהא ואף אי מקשינן גם קדושי כסף לגט מ"מ י"ל דמהני טלי מעג"ק בקדושין דהנה בש"ס פרק הזורק ע"ז קאמר תיזול ותיחוד ותפתח כו' שתקנה בחזקה חצר שהגט מונח בתוכו ומתגרשת בזה והקשו תוס' ד"ה ותיזול כו' הא דלא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע משום כיון דהגט בא מרשותו לרשותם הוי כבא מידו לידה ע"ש. ותמוה מאד זה שפיר דלא דמי למחובר לקרקע שהפסול מפני שאינו ניתן מיד ליד ובזה שבא מרשותו לרשותה מיקרי בא מידו לידה אבל טלי מעג"ק הפסול דכ' ונתן ולא שתטול כו' כדאמר בש"ס ע"ח וכשלוקחת הגט מידו ג"כ בא מידו לידה ואעפ"כ לא מהני משום שהיא עושית כל המעשה ולא מקרי ונתן וא"כ כיון דבחזקה דתיחוד כו' היא קונית החצר ובא מידו לידה ע"י מעשה שלה הוי ממש טלי מעג"ק ולמה יהיה מהני כנ"ל: ונראה לע"ד הטעם פשוט דקי"ל בש"ס גטין כ' דכ' על איסורי הנאה כשר וכן פחות מש"פ ואמר בש"ס דאף דכ' ונתן נתינת גט הוא ע"ש ובתוס' ב"מ (דף מז ע"א) דאף דגבי ונתן לכהן כו' אמרינן אין נתינה פחות מש"פ וחילקו מטעם הנ"ל דבגט אין הנתינה נתינת ממון רק נתינת הספר כריתות היינו הענין שכתוב בו משא"כ היכא דכ' הנתינה על נתינת ממון לא מיקרי נתינה פחות מש"פ ע"ש.

ומטעם זה נראה לי דלא קשה מה שתמה רשב"א גטין פ' מ"ש למה לא דייק בש"ס דנתינה בע"כ שמה נתינה מונתן דכ' בגט דמתגרשת בע"כ ע"ש, ולהנ"ל לא קשה דדוקא

במה דבעי נתינת ממון שייך כיון שהוא בע"כ ואין זה זוכה בע"כ ושוב אין כאן נתינת ממון וכמו פחות מש"פ. משא"כ לענין שיהיה נתינת גט לא בתורת ממון מה בכך שהוא בע"כ מ"מ יש כאן נתינת גט שאינו בתורת הקנאת ממון כנ"ל: והנה בע"ק לה חרצי' ושלפתו מבואר בש"ס גטין ע"ח דמהני דמה שמסייע איזה סיוע בשעה שנוטלת הגט לנטילתה שתוכל ליטלו חשיב נתינה ע"ש.

וא"כ החילוק שפיר דבשלמא בטלי גיטך מע"ג קרקע אף דהא לכאורה מסייע במה שמצוה אותה ליטלה דכשתטול שלא מרצוני לא תקנה הגט כלל אך ז"א דלענינשיהיה הגט בידה דהיינו נתינת גט לזה אינו מסייע כלל דגם שלא מרצונו מ"מ יהיה הגט בידה וכל הסיוע שלו אינו אלא לקנין הממון שתקנה אותו אבל לענין נתינת הגט אין כאן סיוע שלו ושפיר לא מהני.

אבל גבי תיזול ותיחוד ותפתח שהגט מונח בחצירו שהוא בידו והוא אומר לך חזק וקני והיא עושית קנין חזקה לקנות החצר א"כ בלא אמירתו לך חזק וקני ובלא ריצוי שלו לא יועיל חזקה שלה כלל לקנות החצר וממילא לא יהיה הגט בידה כלל ועדיין יהי' מונח בידו. וא"כ שפיר מסייע בגוף הנתינה גם לזה שיהיה נטילת הגט לידה ומהני שפיר כמו עייק לה חרצי' ושלפתו כנ"ל.

וזה ברור לע"ד וא"כ נראה ממילא בקדושין דנתינה דקדושין הוא נתינת ממון דצריך ש"פ וכמו כל נתינה דקאי על נתינת ממון שאינו פחות מש"פ כמ"ש תוס' הנ"ל וא"כ גם טלי מע"ג קרקע י"ל שפיר דחשיב נתינה דהא לענין זה שיהיה נתינת ממון ממילא בלא ריצוי שלו אף שתטול מעצמה לא תקנה אותו ולא יהיה שלה ואין כאן נתינת ממון ומה שנעשה נתינה הוא ע"י צווי וריצוי שלו שפיר הוי כמו עייק חרצי' כו' וכמו תיחוד ותפתח ממש כנ"ל.

וקרינן ביה שפיר ונתן דזהו הנתינה שקרוי נתינה בקדושין דהיינו נתינת ממון הוא ע"י כנ"ל. וגם בגט מהני כזה כנ"ל ואין לומר דכיון דלגוף הנתינה א"צ סיוע שלו רק לכשיהיה נתינה המועלת בקדושין לא מיקרי זה מעשה שלו דז"א דהא כ' תוס' ב"מ (דף ז') בגט בידה ומשיחה בידו כו' וקפצה ידי' בחוזק עד שא"י לנתקו דלא מהני דמקרי טלי גיטך כו' ועקרי מעשה שלה ואף דהא נתינה לכל הדברים הוי אף שיכול לנתקו כדאמר בש"ס ב"מ ודף ז' ע"א) האי סודרא כיון דתפיס כו' דפריך מ"ש מגט בידה ומשיחה בידו כו' ואמר התם כריתות בעינן וליכא הכא נתינה בעינן והאיכא כו' וא"כ למה כ' תוס' דהוי טלי גיטך מע"ג קרקע הא הנתינה עשה הוא לגמרי אף קודם שקפצה ידי' וע"כ כיון דנתינה הכתוב בגט היינו דוקא נתינה שיש בה כריתות א"כ הוי מעשה שלה זה שיהיה

נתינה המועלת בגט ולא דמי לנתן סתם דסגי באומר אח"כ ה"ז גיטך דהיא נתינה גמורה המועלת רק שאינה מגורשת מטעם אחר משא"כ בזה דלא היה נתינה של כריתות דהיה החסרון בגוף הנתינה ומועיל ע"י קפיצת ידי' מקרי טלי כו' וממילא לדידן להיפוך למאי דקי"ל דמהני סיוע שלו עייק חרצי' ושלפתו כיון דמסייע לגוף הנתינה וכמבואר שבת (דף צג) דאף דמסייע אין בו ממש מ"מ כשעושה באופן שלא היה יכול זה לעשות בלי סיוע שלו מקרי הוא העושה בסיוע זה ע"ש.

וא"כ ממילא נתינה דקדושין שאינו נקרא נתינה פחות מש"פ כיון דקאי אנתינת כסף וכיון שע"י הקנאה שלו נעשה נתינה המועלת שפיר מקרי סיוע וכנ"ל ומהני. אך לכאורה זה שפיר למסקנת תוס' גטין (דף עח) דלא כר"ת גבי קפצה ידי' רק דמהני כיון שהוא ע"י סיוע שלו כמו עייק לה חרצי' כו'.

אבל להרא"ש וטור שפסקו בקפצה ידי' בחוזק דלא מהני דהוי טלי גיטך מע"ג קרקע אף שהוא ע"י סיוע שלו וא"כ ע"כ לחלק בין הא דתיחוד ותפתח שמפורש בש"ס דמהני כמ"ש בס' ת"ג דכשהיא עושה מעשה בגוף הגט כמו קפצה ידי' לא מהני סיוע שלו ודוקא גבי תיחוד שאין היא עושית מעשה בגוף הגט רק הקנין בחצר וממילא בא לידה ע"ש ס' קל"ח.

וא"כ בקדושין ממילא הא נוטלת הכסף קדושין ושוב אף דנימא כמ"ש דהוי לענין ההקנאה סיוע שלו מ"מ לא מהני כמו קפצה ידי' כנ"ל: אך באמת אין שום טעם לדבריו מה חילוק בין המעשה בגט או בחצר שיבא הגט לידה. אמנם לע"ד טעמם פשוט דגבי משיחה בידו כו' כיון שהוא ב' דברים וכבר נסתלק מעשה שלו שלא הועיל נתינתו כיון שיכול לנתקו ואח"כ בשעה שקפצה ידי' אין כאן אז סיוע שלו ולא מהני הסיוע דמקודם אף שאלו לא נתן לא היה אח"כ בידה מ"מ בשעת נתינה היינו הקפיצה ידי' נסתלק מעשה שלו ולא דמי לעייק חרצי' דסיוע שלו בשעת הנתינה ודומה לזה בשבת דממעטינן בעשותה את כולה ולא מקצתה פ"ק דשבת וממעטינן בין כשעושין שניהם בב"א ובין זה עוקר וזה מניח.

ואעפ"כ מחייבין בב"א בזה אינו יכול וזה אינו יכול ומיקרי עושה כולו כיון שלא הי' חבירו יכול לעשות זולתו. וזה עוקר וזה מניח מ"מ פטור אף שלא היה יכול חבירו לעשות כל המלאכה ע"ש דמ"מ אי אפשר לומר שיהיה נקרא עושה כולו כיון שמקצת השני לא עשה כלל כנ"ל ולכך ממילא גבי תיחוד ותפתח שפיר מהני כיון דלענין הקנאת החצר הוא מחמת ריצוי שלו שרוצה הקנין גם בשעת החזקה שהיא מחזקת דאם יחזור בו אז לא יהיה קנינה קנין ולא יהיה הגט בידה ושפיר הסיוע שלו אז גם בשעת גמר

הנתינה ולכך מהני ועוד דהא כיון דביכול לנתקו ולהביאו אצלו לא הוי נתינה וא"כ לענין ההקנאה של החצר כיון דאף שאמר לך חזק וקני יכול לחזור בו גם בשעת החזקה א"כ הוי יכול לנתקו ולהביאו אצלו דהא כשיחזור בו מההקנאה ויהיה החצר שלו יהיה הגט מונח בידו ממילא.

דבשלמא בטלי מע"ג קרקע דאף שיחזור, בו מ"מ יהיה הגט בידה משא"כ בהקנאת החצר כנ"ל וא"כ מה שאינו חוזר בו הוי ממש כמניח המשיחה מידו דחשוב זה נתינה במה שלא יוכל עוד לנתקו ולהביאו אצלו והוי שפיר סיוע בשעת החזקה ושפיר מהני. משא"כ קפצה ידי'.

דבשעת שנעשה נתינה של כריתות אינו מסייע כלום ולא קשה כלל וע"ש ברמ"א ס' קל"ח שמחלק בין קפצה ידי' ע"פ צווי שלו כו' דמהני. נראה דסבר ג"כ דריצוי שלו כיון שע"י זה קופצת ידי' חשיב הוא מסייע.

ונראה שלמד מהא דתיחוד ותפתח כנ"ל: וא"כ גבי כסף קדושין דבעי נתינת כסף וז' מחמת ריצוי שלו בשעת שלוקחת מהני שפיר גם טלי מע"ג קרקע כיון שבלא ריצוי שלו לא תקנה ולא יהיה נתינת כסף ועוד דשייך גם טעם הב' שכתבנו. דכיון דכסף דאגוד גבי' דבעל גם בקדושין לא מהני כמ"ש רשב"א קדושין אהא דמנה אין כאן משכון אין כאן כו' ואף החולקין היינו משום דלא מקשינן נתינה דכסף קדישין לגט אבל עכשיו דקיימינן להפ' דמקשינן ודאי שלא יועיל אגוד גבי' כמו בגט.

וא"כ גם יכול לנתקו לא יהיה חשיב נתינה בקדושין וא"כ שוב מהני גם טלי מע"ג קרקע דכיון שיכול לחזור בו בשעה שלוקחת ויהיה הכסף שלו אף שיהיה בידה מ"מ נתינת כסף לא יהיה ושוב עושה הוא הנתינה במה שאינו חוזר בו והוי כמו גבי תיחוד ותפתח וכמניח החוט מידו וגם יכול לנתקו וקפצה ידי' מהני.

דבשעה שקופצת מ"מ יכול לחזור ולא יהיה נתינת כסף שיהיה שלה הוי סיוע כנ"ל. ומהני ממ"נ אי לא מקשינן הויה דכסף ליציאה א"כ בל"ז מהני דלא בעי מיד ליד ואי מקשינן שוב ביכול לנתקו לא הוי נתינה וא"כ שוב הוי נתינה מה שאינו חוזר וחשוב סיוע כנ"ל ואף דיש לחלק קצת דגבי תיחוד ותפתח גם לאחר החזקה נראה דיכיל לחזור תוך כדי דבור דאף דגבי גירושין לא מצי לחזור תוך כדי דבור מ"מ כאן שתלוי במתנת החצר ממילא יכול לחזור ממתנת החצר תוך כדי דבור כמו כל מתנה ושוב ממילא אינה מגורשת.

וא"כ יכול לנתקו ולהביאו אצלו גם אחר חזקה שלה ושוב מה שאינו חוזר הוי רק מעשה שלו וכמניח המשיחה מידו ומהני. משא"כ גבי קדושין טלי מע"ג קרקע דזה גוף הקדושין

ובקדושין לא מצי הדר בי' תוך כדי דבור ושוב אחר הגבהה שלה אין בידו לנתקו ולא דמי לגט כנ"ל.

אך מ"מ נראה כיון דקנין לא קני עד גמר הקנין ובשעת ההגבהה שפיר מצי הדר בי' ממילא מה שאינו חוזר הוי הסיוע בשעת נטילתה וכמו עייק חרצי' ושלפתו דא"צ אח"כ רק בשעה שבא לידה ובב"א מהני כנ"ל: אמנם י"ל דהא לכל הנ"ל עדיין אינו מיושב לשון התוס' והא דתיחוד כו' מ"ש דלא הוי טלי גמע"ג קרקע משום דבי מרשותו לרשותה הוי כמידו לידה כו' שאינו ענין לתירוץ הקושיא והיה להם לומר משום דצריך לריצוי שלו כנ"ל.

ולכך נראה דהתוס' סוברים דזה ב' טעמים דהא בש"ם שם (עח ע"א) פריך מעיקרא והא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע ואמר רבא טלי כו' לא אמר כלום ופי' רש"י דכ' ונתן כו' ומשני ששלפתו כו' ופריך והא בעינן ונתן בידה וליכא ומשני דעייק לה חרצי' ושלפתו כו' ולמה פליג הש"ס לב' קושיות הא טעמא דרבא דטלי גיטך מע"ג קרקע ג"כ משום דבעינן ונתן וליכא וגם הא לא הועיל כלום בתירוצו הראשון כיון דעדיין אין כאן ונתן כנ"ל.

ומזה משמע בבירור דב' טעמים הם והיינו דצריך שיבא הגט מיד הבעל לוד האשה ובטלי מע"ג קרקע לא מהני משום שאין בא מיד הבעל אלי' רק מע"ג קרקע וע"ז משני שפיר בשלפתו דלקחה מיד הבעל, פריך שוב דבעינן ונתן בידה וליכא דצריך שיהיה מעשה שלו לידה ולא שתטול וע"ז משני בעייק כו' דלזה, מהני סיוע שלו כנ"ל, וממילא היכא שמונח הגט ע"ג קרקע והוא מסייע שתטלו מע"ג קרקע שמקרבו אלי' בעודו מונח ע"ג קרקע לא מהני דנהי דמהני סיוע שלו להיותנקרא מעשה שלו אבל הוא העושה שתקחו מע"ג קרקע ואין כאן בא מידו אלי' וכן בחצירה הבא לאחר מכאן דאמר בש"ס (כא כ"ג) דלא מהני כשנתן הגט בחצר של אדם אחר ואח"כ קנאתו ממנו שמכר לה האחר כן פי' רש"י ע"ש.

ולכאורה רק משום שאין כאן מעשה שלו. אבל למ"ש נראה ברור דגם אם קנה הבעל החצר בשבילה ובקנייתו היא קונית החצר ובא הגט לידה ע"י קנייתו ומעשה שלו אעפ"כ לא מהני דמ"מ אין בא מידו רק עושה מעשה שיבא הגט מיד אחר לידה ולא מהני וזה עיקר חידושא דרבא דטלי מע"ג קרקע לא מהני כו'.

וזהו שכתב הטור ס' קל"ח דהנתינה צריך דוקא מידו ע"ש: וא"כ מיושב שפיר לשון תוס' דגם לס"ד ידעי כמ"ש דכיון שהוא מחמת אמירתו חזק וקני חשוב כמו עייק חרצי' כו' שהוא ע"י סיוע שלו. רק דהוי קשיא להו דמ"מ אינו בא מיד הבעל לידה כמו טלי גיטך מע"ג קרקע כנ"ל ולזה לא מהני מעשה שלו.

וע"ז תירצו שפיר דמה שבא מרשותו לרשותה הוי כמו מידו לידה דשפיר בא מיד הבעל כנ"ל: וא"כ שוב י"ל גם בכסף קדושין דלא מהני טלי מע"ג קרקע דנהי דחשיב ע"י מעשה שלו מ"מ הא אינו בא מידו והיה נראה דבמונח בחצר שלו מהני טלי מע"ג קרקע דכיון דחשיב מעשה שלו ההקנאה שוב בא מידו לידה משא"כ במונח בקרקע אחר נהי דהוי מעשה שלו מ"מ הא אינו בא מידו כנ"ל ולא מהני.

אי נימא דמקשינן לגט כנ"ל: ולכאורה הא מוכח מש"ס קדושין (דף ז ע"ב) דבעי ב' בנותיך לב' בני בפרוטה כו'. ופי' תוס' דבתר נותן ל"ד דאי בתר נותן וע"כ בתורת שליחות לא עדיפי ממשלחם והי' צריך פרוטה לכל א' רק אי בתר מקבל אי בתר דידהו כו' ע"ש.

ומבואר דזה פשוט לי' להש"ס דאי אינו ש"פ לגבי נותן מ"מ אי בתר מקבל היינו דלגבי אב יש כאן ש"פ מהני ואף שאין כאן נתינת כסף מיד הבעל דאינו נותן כלל ש"פ והוי כטלי מע"ג קרקע וע"כ דלא בעינן נתינה מיד ליד. וכן בר"ן פ"ק דחולין בקליפי א"ה שהוכיח אף שאינו נתינה אצל המקדש דאסור בהנאה לדידיה מ"מ מתקדשת.

והוכיח מגזל אחר יאוש דמקודשת ע"ש. אך באמת אין הוכחה מכל הנ"ל.

די"ל דאף שדי שיהיה כסף לגבי המתקדשת מ"מ צריך שיתן הוא דבר זה שיהיה נקרא כסף לגבי דידה ודבר זה צריך שיבא מידו לידה כמו בגט. וחשיב זה נתינה מה שנותן דבר השוה אצלה כסף משא"כ טלי מע"ק, ולכאורה אף אי לא מקשינן הוי' דכסף ליציאה מ"מ למ"ש הב"י סי' קל"ח דלכך בעי בגט מידו ממש משום דכ' ונתן בידה ואי לא הוי כ' בידה לא הוי מרבינן רשותה כו' ומונתן עצמו דליכא ריבויא אמרינן דצריך נתינה מידו ע"ש.

וא"כ בקדושין גופיה דיליף משדה עפרון דכ' נתתי כסף השדה כו' דכ' נתינה ממילא צריך נתינה מידו ולא יועיל טלי מע"ג קרקע. וא"ל דא"כ גם בקנין קרקע לא יהיה מהני טלי הכסף מע"ג קרקע דז"א דקנין קרקע ילפינן בש"ס קדושין (דף כו) משדות בכסף יקנו דלא כ' נתינה כלל.

ומיושב בזה קושית תוס' שם ד"ה אמר דלא ילפינן משדה עפרון ע"ש. דהיה בעינן נתינה כנ"ל.

אבל בקדושין דלא יליף מקנין דשדה רק מקיחה כו' דכ' ביה נתינה א"כ ליבעי נתינה ממש. והיה תלויה בב' שינוי' דגמ' ריש קדושין.

אך ז"א דא"כ איך אמר דלאו בתר נותן אזלינן כו'. הא כ' נתתי כסף וליבעי ש"פ לגבי הנותן.

וע"כ דאף דיליף משדה עפרון מ"מ הג"ש הוא קיחה קיחה היינו מהקיחה דכסף דכ' בתרי' קח ממני. אבל לא מקשינן לנתינה דכ' התם דנתינה לא כ' בקדושין.
ובל"ז כבר דחה הט"ז שם דברי הב"י ע"ש: ועוד דא"א לומר כלל דהיכא דכ' ונתן ליבעי מידו ממש. דהא קנין אגב לא מהני בגט כמ"ש רשב"א ור"ן ריש פ' הזורק והרמב"ן דלא כרש"י משום דלא הוי נתינה מידו ובמתנות כהונה דכ' ונתן ואמר בש"ס ב"מ (דף יא) אגב קרקע נתינה אלימתא הוא ועוד דפריך בש"ס קדושין (דף כז) למה אמר מקומו מושכר לו והא קי"ל דלא בעינן צבורין בתוכו ומשני דלא לאטרחינהו.
ומאי פריך הא בעי לקיים מצות נתינה וכשהשכיר מקומו הוי נתינה מיד ליד כמו גבי תיחוד ותפתח משא"כ אגב קרקע אחרת. וע"כ דמונתן, לחוד לא בעינן מידו ממש רק הקנאה כנ"ל, וגם מוכח מזה דאף ודרשינן בש"ס גבי מת"כ ונתן ולא שיטול, מ"ז לא ממעטינן טלי מע"ג קרקע רק כשמצוה ליקח מהני ולא מימעוט רק שיטול בעצמו.
ומזה קצת ראיה לדברי רמ"א סי' קל"ח ע"ש וע"כ דדוקא בגט דכ' ונתן בידה בעי מיד ליד כנ"ל. וא"כ ממילא היה נראה דטלי קדושין מע"ג קרקע תליא במחלוקתם אי מקשינן הויה דכסף לגט ופסלי מחובר אן אפשר לומר דבעינן דוקא מידו ממש כנ"ל.
משא"כ לרוב הפ' דלא מקשינן כנ"ל. וכן הוא לשון מהרי"ל בת' סי' ע"ח ועוד יש להתיר כו' כיון דלא קבלה הקדושין לא ממנו ולא משלוחו אלא מעצמה נטלה המעות והוי כמו טלי גיטך מע"ג קרקע דלאו כלום דבעינן ונתן בידה הוא או שלוחו ואפילו נוטלתו מידו א"מ וחצר דידיה לא עדיף מידו וה"ה לקדושין ומנא אמינא לה אבע"א קרא אבע"א סברא אבע"א גמ'.
קרא דבעינן ויצאה והיתה גמ' כו' שמא נתרצה הבן לא אמרינן פ"ב דקדושין ואפילו המעות בעין בשעת ריצוי כו' ליחיילי מהשתא בשעת ריצוי אם הוא בעין למאי שמפרשי' ר' אליקים וראב"ן דנתרצה האב פי' כשהמעות בעין ומקודשת משעת ריצוי כו' ולמה לא יועיל ריצוי הבן וע"כ כנ"ל.
דהא מיירי א במעות שלו או משום זכין כו'. ואי קשיא כי מקדש בפקדון הא לא אתי לידה בתורת קדושין והוי כטלי מע"ג קרקע אי מש"ה לא איריא דבעינן שיבא מיד הבעל או מיד שלוחו לרשותה אע"ג דמעיקרא לאו בתורת קדושין יהיב לה ה"נ בגט כי אמר לה כנסי שט"ח זה וחזר ואמר ה"ז גיטך דמעיקרא בתורת פקדון אתא לידה כמ"ש הר"מ. ובנתנה היא ואמר הוא יהיב לה האי שמקבל מתנה ממנה באדם חשוב. וכן כשמדבר עלי' לשלטון ומחילת מלוה וכל כיוצא בזה כי דייקת בכולהו קיהיב איהו ולא שתטול היא מעצמה ונהי דאפשר דבגט מיפסלא לכהונה היינו משום [ריח] הגט דבכל דהו אבל

קדושין אין כאן דההוא שמא נתרצה הבן לא מהני כלל אף למחייבי' גט מדרבנן כו' ואפ"ה קאמר הרא"ש אפילו נתרצה אח"כ כו'.
ואבע"א סברא דאל"כ מי שיש לו מעות במקום אתר והאשה שם א"צ שליח אלא יאמר או יכתוב לה שתקח אותן המעות ותתקדש בהן כו' אע"ג דבעינן תרי קראי כי יקח ולא שתקח את עצמה וכן ושלחה ולא שתשלח את עצמה היינו משום האי מקשינן דליהוי תרוייהו תלי באיש אי לאו ושלחה ואי לאו כי יקח ה"א תרווייהו תלי אמקנה כו' עכ"ל: ונראה מדברי מהרי"ל דאתי עלה מטעם ההיקש דויצאה והיתה שסובר כדעת בעה"ע דגם קדושי כסף איתקוש לגט וכהפוסלין מחובר כנ"ל.
וגם נראה מדבריו דזה ב' דברים כמ"ש לעיל דבעינן שיתן הוא או שלוחו וזה מונתן כו'. וכשנוטלתו מידו הוא ענין אחר דלא מהני משום ולא שתטול כו' כמו שלפתו כנ"ל.
ונראה לע"ד ברור דמהרי"ל מודה למ"ש לעיל בקדושין טלי מע"ג קרקע כשמצוה אותה ומקנה לה לקדושין ונוטלתו מרשותו או מידו דמהני דלא שייכי ב' הטעמים דכיון שצריך נתינה של הקנאה וזה רק ע"י דיבורו הוי מסייע כנ"ל, וכעייק חרצי' וכמו תיחוד ותפתח כנ"ל. וכיון שנוטלתו בצויו מידו או מחצירו א"כ בא מידו לידה כנ"ל.
רק דהא בעובדא דמהרי"ל מפורש שם שנוטלתו בגזילה מקודם בלא דעתו. ע"ז אמר שפיר דלא בא לידה בנתינה מעולם דהא לא סייע כלל בשעת נטילתה לידה ומה שמסייע אח"כ בההקנאה אינו מועיל שכבר אינו ברשותו ואינו בא מידו לידה משא"כ באומר טלי כו', וזה שדייק מהרי"ל ולא שתטול היא מעצמה כו' ולשון זה עצמו הוא בש"ס חולין (דף קלד ע"ב) גבי מתנות כהונה והתניא ונתן ולא שיטול מעצמו כו'.
והדבר פשוט דלא ממעט טלי מע"ג קרקע כשמצוהו ליקח ולא ממעט רק שיטול מעצמו בלי צווי בעלים דאזה מייתי לה הש"ס התם. וע"כ דזה מיקרי ונתן וגם בקרקע מיקרי ונתן ההקנאה כמ"ש תוס' ב"מ (דף נד) גבי ונתן הכסף וקם לו.
ומ"מ ממעטינן במ"כ ולא שיטול מעצמו וכ' מהרי"ל שפיר בלקחה בגזילה כנ"ל דשייך ב' הטעמים. אבל בלקחה מדעתו מחצירו י"ל שפיר דמהני.
רק כשאינו מונח בחצירו ואומר טלי מע"ג קרקע י"ל דאינו מועיל למהרי"ל דנהי דהוי מסייע שיהי' נתינה של זכי' אבל עכ"פ אינו בא מידו אלי' וזה ילפינן מגט שצריך דוקא שיבא מידו או משלוחו וכמ"ש לעיל אי איתקוש כנ"ל. וגם זה נראה לי דכשאומר התקדשי לי בהנאת מתנה זו שאני נותן לך חפץ זה שתקח מע"ג קרקע והיא לוקחת אף מקרקע שאינו שלו ג"כ מקודשת גם למהרי"ל דנתינת הנאה זו בא רק מדיבורו שהוא

מקנה לה ונתינת הנאת זו בא ממנו אלי' והוי כמידו לידה וכמ"שמהרי"ל גבי מחילת מלוה וקבלה דאדם חשוב.
דאף שגם היא מסייעת בלקיחתה מע"ג קרקע מ"מ הא בקבלה דאדם חשוב ג"כ מסייעת בנתינתה ומ"מ מהני. ולא שייך לאקושי לגט.
דכיון דגם בגט מהני בא מרשותו לרשותה רק דהתם לא משכחת כה"ג שיבא ממנו אלי' שע"כ הגט הוא דבר נפרד. אבל נתינה דקדושין שהוא שוה כסף וההנאה ש"כ וע"י הדיבור או מעשה שלו נעשה ההנאה הוי בא ממנו אלי' והוי שפיר נתינה גמורה.
רק כשאינו מקדשה בההנאת מתנה רק בגוף הדבר שנותן ע"ז סבר מהרי"ל דצריך שיבא מידו אלי' אף דההנאה ממילא מ"מ לא מהני כמו מקדש במלוה דלא מהני אף דממילא הנאת מחילת מלוה איכא לא מהני כיון שמקדשה בגוף המלוה וזה לא הוי נתינה וכן בהנ"ל כשאינה נוטלתו מחצירו או מידו אין הדבר שנותן בא מידו לידה ומקשינן לגט דלא מהני אבל בנוטלת מחצירו בצווי י"ל שפיר דמהני דלענין טלי הוי ריצוי שלו סיוע כנ"ל: ונראה לע"ד ראיה ברורה למ"ש מדברי תוס' גיטין (דף יג ע"א) האומר תן גט זה כו' שטר שיחרור זה לעבדי כו' שכ' תוס' אי גרסינן תן כו' א"נ כרבנן דזכות הוא לעבד כו' וכשאינו נותנו מיד ליד אלא מראהו ומצוהו ליתנו כו' והוא לא נוטלו מחיים כו' ע"ש.
ותמוה הא אף אם נוטלו מיד וזוכה בשביל העבד לא עדיף מנטלו העבד בעצמו דהוי טלי גיטך מע"ג קרקע דלא מהני דהא ודאי דפסול בשיחרור כמו בגט דילפינן לה לה מאשה כדפסול מחובר בש"ס (ט' ע"ב) ופירש"י דכ' וכתב ונתן כו' ואיתקוש לה לה מאשה וכיון דאיתקוש ונתן כו' ודאי דפסול טלי מעג"ק ואיך יועיל כנ"ל: ולמ"ש מיושב דכיון דזכות הוא לעבד כו' וע"י אמירת האדון זכי בשיחרור זה לעבדי עי"ז זוכה ומונח ביד הזוכה שהוא כיד העבד שוב שפיר מהני ולא הוי טלי מעג"ק דע"י סיוע שלו בא ליד העבד שאם לא יצוהו לזכות לא יהיה זכות ולא יהיה כלל יד הזוכה כיד העבד והוי ממש כמו גבי תיחוד ותפתח ועדיף מאלו העבד בעצמו נוטלו מע"ג קרקע דכיון דנתינת גט הוא וב"כ וב"כ יהי' בידו אף אם לא ירצה האדון.
משא"כ בזוכה עבור העבד דבלא זיכוי של האדון לא יהיה בא כלל ליד העבד דכשאינו זכות אין ידו כיד העבד ואינו שליח כלל. שוב הנתינה ע"י האדון ומהני וא"ש כשמראהו ומצוהו ליתנו כו': אך למ"ש לעיל היה צריך שיקח הזוכה עבור העבד דוקא מחצירו של האדון ואז מהני הסיוע דבא מידו לידו משא"כ כשהי' מונח ברשות אחר.

אך שם מסתמא מונח ברשות האדון. עכ"פ מוכח דמה שע"י דיבורו יהיה ביד המקבל גט שפיר מהני דלא להוי טלי מעג"ק וממילא גם בקדושין שצריך נתינה של הקנאה וזה בא ע"י הקנאת הבעל שפיר מהני.

רק דיהיה צריך שיבא מיד הבעל או מחצירו כנ"ל אמנם גם ע"ז קשה לי דאמר פ"ק דב"מ דלאביי דסבר עידיו בחתומיו זכין לו מהני בשיחרור משעת חתימה לרבנן דזכות הוא לעבד. והא לא היה מעולם ביד הרב הגט שיחרור ובפרט לר"מ דע"ח כרתי וא"כ לא נעשה גט שיחרור עד אחר חתימה וא"כ מאי מהני שיזכו עבור העבד הא הוי טלי מע"ג קרקע שלא נתן להם גט מעולם ונהי דע"י צווי זכי הוי סיוע אבל לא בא מידו כנ"ל.

וע"כ דאף שלא בא מידו מהני דכיון דמסייע לנטילתה חשיב ונתן: והנה היה אפשר לומר דגם אי בעינן שיבא מידו מ"מ מהני. דהא אמר בש"ס גיטין (דף כג) דהוי מהני בעושה שליח לאשה עצמה שתהיה שליח להולכה עד דמטית התם כו' וקבלי את גיטך רק דפריך והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ופירש"י ז"ל משום דאז נעשית בעל המעשה ופסק שליחותו וממי מקבלת כו' ע"ש דעיקר הטעם כיון דטלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני ממילא צריך להיות נותן ומקבל וא"א להיות כ"א שתיהן וכשהיא שלוחו להולכה שיהיה נקרא נותן אל מי נותן ואין כאן מקבל ובתורת קבלה שנחשיבה לעצמה בתורת מקבל פסק שליחותה במקום הבעל וממי מקבלת והוי כטלי מע"ג קרקע כנ"ל.

שוב ראיתי מפורש כן בריטב"א גיטין. אבל אם היה מועיל טלי מע"ג קרקע היה מהני שפיר כנ"ל דאף דמטית התם פסק שליחות הבעל ומקבלת מעצמה מה בכך ולכך פריך הש"ס שם מקודם אאתנחי' אארעא משום טלי מע"ג קרקע ואח"כ הא דלא חזרה כו'.

וא"כ גבי שיחרור בתן כזכי כו אף שמראהו ומצוה ליקח אף מקרקע שאינו שלו י"ל ג"כ שפיר דמהני דהא בתורת שליח הולכה אינו מזיק מה שאינו נותנו מידו דהשליח נעשה ידו וכמו לוקח בעצמו מע"ג קרקע, וא"כ כיון שכתבנו דלענין נטילתו שיזכה בעבור העבד לא מיקרי טלי דהא ע"י דיבור שיזכה בא ליד העבד מהני הסיוע כנ"ל רק שלא יועיל מטעם שלא בא מיד האדון כיון שלוקחו מחצר שאינו שלו.

וא"כ שוב גם זה מהני דנעשה שלוחו להולכה ליקח הגט מע"ג קרקע ושוב הוי כמונח ביד הרב ושוב יכול אח"כ לזכות בשביל העבד ושפיר בא מיד שליח הרב לידו ואף שנעשה מקבל ופסק שליחות הרב מהני דלענין זה מהני הסיוע מה שבא ליד העבד משום הזכי' שמצוהו לזכות דמקרי ונתן וכמו תיחוד ותפתח כיון דהיה מהני טלי מע"ג קרקע כשהיה לוקחו מיד הרב או שלוחו אף שלא היה כאן נותן משום הסיוע כנ"ל ושפיר מהני כנ"ל.

וממילא גם בהא דעידיו בז"ל דהתתימה בשליחות הבעל ועד אחר החתימה הם שלוחי הרב ושוב יכולין לזכות עבור העבד דבא מידו לידו כנ"ל. וממילא להנ"ל היה מהני גם בקדושין טלי מע"ג קרקע כשמצוה אותה ליקח אף מחצר שאינו שלו דג"כ שייך כנ"ל שנעשית שלוחו ליקח והוא כמונח בידו ושוב זוכית עבור עצמה והוי כלקחתו מידו ושוב מהני שע"י סיוע שלו היינו ע"י הקנאתו היא זוכית בהכסף קדושין וכמו בגט דהיה מהני אי לא הוי בעינן חזרה שליחות כו' ואף שאינו אומר בפירוש כן הא מ"מ כיון שאומר טלי מע"ג קרקע והתקדשי בו ממילא לקיחתה הוי שליחותו וזוכית בו מיד אחר קבלתה וכמו בתן מנה לפלוני ואתקדש כו' ובהילך מנה כו' לטעם הירושלמי שזוכית בשבילו ואח"כ זוכית בשביל עצמה ומהני אף שלא פירש כן דממילא הוא כנ"ל וכן גיטין (דף יג) אי תופס לבע"ח קנה שכ' הר"ן ז"ל דנעשה אחר כך שלוחו של העבד לקבלו מעצמו ע"ש ואף דלכאורה כיון דא"א להיות במקום עצמה אלא א"כ פסק שליחות הבעל א"כ אינו בא מיד הבעל לידה.

ז"א דלכאורה מה בכך שלא חזרה שליחות כו' הא כמו בתיחוד ותפתח דמהני משום שבא מידו לידה והיינו דע"י המתנה מהחצר נעשה מידו ידה כמ"ש תוס' ומהני. וא"כ באשה עצמה דלא חזרה שליחות כו' אף דא"א להיות נותן ומקבל מ"מ מה שנעשית עבור עצמה ופסק שליחות הבעל הוי בא מידו לידה כמו בחצר הנ"ל דממה שהיתה שלוחו וידו ונעשית ידה ומונח בידה ובמה שנעשה לעצמה פסק השליחות וממילא מונח בידה ולמה לא יהיה מהני.

אך הטעם דאין כאן מעשה שלו להנתינה שיגיע לידה דגבי תיחוד ותפתת או שטר מתנה על החצר הוא ע"י מעשה והקנאה שלו בא לידה מידו. אבל בלא חזרה שליחות אצל הבעל כו'.

בשעה שנעשית עבור עצמה ופסקה להיות שליח הבעל וידו זה המעשה עושית בתורת עצמה ולא בשליחות הבעל וא"כ הוי ממש ונתן ולא שתטול דהא לוקחת מעצמה הגט לידה מידו דבמה שנעשית מקבלת עבור עצמה פסק ממילא שליחות הבעל ונהי שבא מידו לידה מ"מ הבעל לא עשה זה ואין כאן סיוע שלו כלל בשעה שמקבלת וכמו קפצה ידי' בחוזק משא"כ בהקנאה דחצר כנ"ל.

וא"כ גבי זכי או בקדושין דחשבינן מה שצריך לזיכוי והקנאה שלו דהוי סיוע שלו לנטילתה א"כ שוב מהני טלי מע"ג קרקע כשלוקחת בתורת שליחות אף שנעשית מקבל אח"כ בתורת לעצמה ופסק שליחותו ולא חזרה כו' מה בכך הא שפיר בא מידו לידה בלי הפסק דלענין שיבא מידו שפיר הוי כן במה שפסק שליחותו.

רק שיהיה סיוע שלו ובקדושין אף שמקבלת מעצמה חשיב סיוע שלו שיהיה נתינה של זכי' ושפיר מהני אף טלי מחצר שאינו שלו כמו מידו או מחצר שלו כנ"ל: וא"כ היה אפשר דמהרי"ל מודה דמהני בקדושין אומר טלי מעל גבי קרקע והתקדשי כו' ונוטלת בצוויו. ולא קאמר אלא בעובדא דידי' בגזלה כו' או פקדון דמייתי או דנותן אחר כו דלא נטלה בצוויו מעולם ולא שייך טעם הנ"ל שיהיה בשליחותו.

משא"כ בשליחותו ובצוויו י"ל דמודה דמהני דמיקרי בא מידו וסיוע לנטילה דחשיב נתינה כנ"ל: ובש"ס ב"מ (דף עא ע"ב) נכרי שלוה מישראל כו' העמידו אצל נכרי כו' דפריך בשלמא סיפא לחומרא כו' ותמהו בתוס' דהוי רבית גמור שנעשה הישראל שני שלוחו של ראשון לקבל חובו מהנכרי ומה צורך לשליחות הנכרי בזה ותירצו דנהי דמציאה יכוללזכות לחבירו ואם היה הנכרי מפקיר מעותיו היה זוכה עבורו אבל כיון שאינו מפקיר אלא בא לזכות מעותיו ע"י זה אין לו כח לזכות אלא א"כ יהיה שליח הנכרי ג"כ וכיון שאין שליחות לנכרי הי' מותר אלא לחומרא כו' ע"ש ולכאורה נהי דאין שליחות והוא מה שבידו כמונח ע"ג קרקע ג"כ די במה שהוא שלוחו של ישראל המקבל לזכות עבורו כנ"ל ומשמע דאף בטלי מע"ג קרקע ומצוה המזכה הוא ליקח בתורת שליחות של המזכה לענין שיצא הדבר מרשותו כיון שאין הדבר יוצא מרשותו בלא צוויו לזכות כנ"ל.

וא"כ היה אפשר לומר דלכך גבי שיחרור מהני בתן כזכי או עבז"ל אף שמראהו ואינו נותנו מיד ליד כנ"ל. כיון שבמה שזוכה בשביל העבד מיקרי אז שלוחו של המזכה ג"כ א"כ מיקרי שפיר בא מידו לידו על ידי מעשה של המזכה כנ"ל.

אך לתוס' נראה דגם באומר לקונה עצמו לך משוך וקני או חזק וקני דחשיב ג"כ כעושה בשליחות המקנה, וממילא היה מהני טלי מע"ג קרקע ג"כ. ויש לדחות דא"כ לא יועיל בנכרי אף שאומר לך משוך וקני לדידן דמשיכה בנכרי קונה מה"ת אך אפשר מטעם סילוק אולם בל"ז נחלק הריטב"א שם על דברי תוס' גם בתוס' אפשר לפרש פי' אחר: והנה בש"ס ב"מ (דף ל ע"ב) סבר ר"י חסמה בקול והנהיגה בקול דעקימת פיו הוי מעשה ולוקין וקי"ל כותיה וכן ריש תמורה מימר דבדיבורי' איתעביד מעשה שנעשה מחולין הקדש חשיב עושה מעשה וכן עדים דבדיבורייהו איתעביד מעשה ע"ש ובתוס' סנהדרין ודף סה) אף שאין המעשה נעשה מיד בשעת דיבורם כמו מימר מ"מ המעשה שנעשה אח"כ בגמר דין של הב"ד שלא היה נעשה בלי דיבורם חשבינן דיבורם כעושה המעשה של אח"כ כנ"ל.

ומאן דלא חשיב עדים זוממין מעשה היינו משום דבאמת לא נתחייב ע"י דיבור שלהם רק הטעו הב"ד. וע"ש בתוס' ב"ק (דף ק ע"א) דהיכא דקם דינא מיקרי הדיבור מעשה גמור כיון דאיתעביד מעשה בדיבורו שמתחייב ע"ש.

וממילא גבי תיחוד ותפתח שע"י אמירתו חזק וקני קנתה בחזקה שעושית ע"פ דיבורו חשיב הדיבור שלו מעשה גמור בשעת חזקה שע"י דיבורו איתעביד המעשה שלא הי' קונית בלי דיבורו ולא היה הגט בידה. ודוקא בטלי גיטך מעל גבי קרקע דאף שלוקחת ע"פ דיבורו מ"מ לא איתעביד מעשה על ידי דיבורו שאף אם היתה נוטלת בלא דיבורו הי' בידה ולא דמי לחסמה בקול כו' דגבי בר דעת כשאינו בתורת שליחות לא חשבינן מה שעושה ע"י דיבורו כאלו עשה הוא עיין ברא"ש ב"מ פ' הפועלים ומה"ט אמירה לנכרי מותר מה"ת ולא חשבינן כלל שע"י דיבורו נעשה רק גורם כו'.

משא"כ לענין הקנין שא"א לקנות בלי דיבורו של המקנה שפיר מעשה הקנין שנעשה ע"י דיבורו חשיב מעשה שלו אף שאינו בתורת שליחות כנ"ל וחשיב שפיר בהא דתיחוד ותפתח סיוע במעשה שלו. וכן בקדושין טלי מע"ג קרקע לענין הנתינה של הקנאה חשיב בדיבורי' איתעביד מעשה כנ"ל: ולשונו של הטור סי' קל"ח שצריך דוקא שיגיע מידו ממש הגם שכתבנו לעיל שמשמע כן מלשון הגמ' מ"מ עדיין ל"ע שלא מצאנו זה בשאר פ'.

וגם אין לנו לימוד ע"ז מאחר ששאר נתינות דכתיבי כי יתן (ב"מ דף נז ע"ב) דלא מימעיט קרקע רק מכלל ופרט. וכן ונתן הכסף דהקדש כו'.

אבל ע"כ דונתן לאו בגופי דוקא. רק בגט דכ' ונתן בידה משונה משאר נתינה דצריך שיגיע לידה דוקא או חצירה ושלוחה.

ונתן פירושו שצריך שיעשה מעשה שיגיע לידה ע"י מעשה שלו לא מעצמה דונתן הוא בפעולה שלו אבל מנין לנו ללמוד שדוקא מידו או מגופו יבא לידה הא לא כ' בידו כו' ולמה נחלק בין שאר נתינות. ולשון רש"י ורשב"א ושאר פ' גבי חצירה הבא לאחר מכן הוא רק משום שאינו בא מכח הבטל לידה ע"ש.

ומשמע דרק משום שאינו ע"י מעשה שלו. מה שא"כ אם היה ע"י מעשה שלו היה מהני אף שאינו בא מידו וגופו.

ולזאת יש להסתפק גם במסייע ליטלו מע"ג קרקע. אולם מלשון הרמב"ם ריש ה"ג משמע ג"כ קצת כהטור ע"ש: ונראה הטעם ג"כ דדוקא שאר נתינה דכ' גבי ממון שהכונה נתינת ממון שפיר גם ההקנאה חשיבא נתינה וגם א"צ מעשה בגופו דוקא כיון שהכונה רק

שיגיע הממון להמקבל דמה"ט אין נתינה כזו פחות מש"פ כדאמר גיטין (דף כ) ותוס' ב"מ הנ"ל.
אבל נתינה שאינו נתינת ממון רק הקפידא על נתינת גוף הדבר כמו נתינת גט כמבואר בש"ס הנ"ל שפיר בעי דוקא נתינה מידו ממש או מגופו. דהא בש"ס סוכה (דף לז ע"ב) דלקיחה ע"י ד"א שמה לקיחה מהא דנפל משפופרת לשוקת פסול הא הפילה הוא כשר אמאי ונתן אמר רחמנא וגירסת תוס' מדנתינה ע"י דבר אחר שמה נתינה לקיחה ע"י דבר אחר שמה לקיחה טו' ע"ש וא"כ מוכח דאף דהא קי"ל כחו כגופו דמי ב"ק (דף י ע"ב) וחולין (דף טז) לענין וזבחת דכחו הוי מעשה שלו כו'.
ואעפ"כ אי נתינה ע"י ד"א לא הוי שמה נתינה לא הוי מקרי ונתן מים כו' מה שע"י כחו בא המים לעפר רק דכיון דגם ע"י ד"א שמה נתינה שוב הוי נתינה בגופו ממש. ומוכח שפיר כדברי הטור דבעינן בגט נתינה ממש מידו או מגופו וגבי תיחוד ותפתח משום שבא מחצירו שהוא כידו לידה וכדברי תוס' הנ"ל.
רק לענין המעשה שלא יהיה כשלפתו מהני סיוע מקנין שלו כנ"ל: ועוד דאפשר דבדבר הניתן מיד ליד אין דרך נתינתו רק מיד ליד וכמו דאמר בש"ס בדברים שדרכן להגביה דאין קונה במשיכה וכפירש"י ז"ל גבי מסירה (קדושין דף כה). משא"כ בדברים שאין בעין או בקרקע דרך נתינתו במה שמקנה באשה קנין שהוא מועיל ושוב לא היה שום ראיה מהא דתיחוד ותפתח דכיון שהחצר דרך נתינתו בכך בקנין חזקה שוב ממילא הגט ניתן מידו לידה וכן מעמ"ש דמהני בקדושין וכן שאר הנאה השוה כסף הוי דרך נתינה אף שאינו מיד ליד כנ"ל.
ועוד דאפשר לומר דכיון דבגט שאינו נתינת ממון בעי נתינה ממש ולא מהני מה שמצוה ליקח שוב גם בקדושין אף דגזה"כ דצריך נתינת כסף הש"פ מ"מ לענין גוף הנתינה כיון דמקשינן ויצאה והיתה צריך נתינה ממש מיד ליד ולא מהני מה שהקנין ע"פ צוויו דאף דגם בגט מהני תיחוד ותפתח היינו לענין החצר.
אבל בגוף הגט לא משכחת לה שיועיל מה שנוטלת ע"י צוויו דאין כאן מעשה שלו שיהיה בידה כיון שא"צ הקנאת ממון. שוב לא מהני בקדושין מחמת ההיקש אף דבקדושין חשיב סיוע.
ואפשר דתליא בפלוגתא דתנאי אי אמרינן דון מינה ואוקי באתרא. ולא היה מועיל אף בנוטלת מידו או מחצירו.
ומה דמהני מעמד שלשתן בקדושין הוא משום דהא לענין שוה כסף בא ממש מידו לידה דאף שאינה מחזקת בידה ממש יש לה זה הדבר שנעשה שלה וזה השווי הוא בידה

ממש. אך גם בטלי מע"ג קרקע ג"כ בקנין זה שנעשה שלה יהיה כבידה ממש ובא מידו במה שיוצא מרשותו: שוב נראה לי עיקר בדעת מהרי"ל ז"ל דפשט לשונו משמע דאין חילוק בין טלי מע"ג קרקע או מידו או חצירו או ממקום אחר רק שהוא צריך לעשות הנתינה דוקא דהנה גם בשאר קנינים יש ב' מיני קנין דבהנך דנקני במסירה פי' הריב"ם קדושין (דף כה) וב"ב (דף עה ע"ב) דבעי מסירה מיד ליד ומה"ט אמר בש"ס ב"מ (דף ח) מאי מוסירה כאדם שמוסר דבר לחבירו ולכך במציאה ונכסי הגר מאן מסר לי' דלקני'. ותוס' סוברים דכשאוחזו במצות המוכר כשאומר לך חזק וקני הוי מסירה. רק במציאה מאן אומר ליה כו', וכ"כ תוס' בקדושין דבמשיכה עדיף כו'.

ולרש"י מסירה עדיף ע"ש. ונראה דקנין משיכה הוא מצד הלוקח שעושה מעשה שמורה שנעשה שלו וקונה אותו וממילא יוצא מרשות מוכר כיון דתלי' הא בהא שאינו יכול לקנות עד שיצא מרשות המקנה.

וכשאומר משוך וקני או בפניו שמרוצה לקנין הקונה סגי. ולכך קני גם במציאה והפקר משיכה והגבהה שמורה שזוכה ונעשה שלו.

וכשיש מקנה מ"מ ממילא יוצא מרשותו בקנינו של הקינה. משא"כ מסירה הוא להיפך שהוא מצד המוכר שמורה שמוסר לו ומוציא הדבר מרשותו ובזה קונה כיון שאינו רוצה להקנות רק שיקנה זה ולכך לריב"ם בעי דוקא מיד ליד שהעיקר מסירת המוכר.

ולתוס' סגי במה דאומר חזק וקני ואוחזו במצות המוכר הוא ג"כ כמו שליחותו בבשליתותו וצויו אוחז בו הוי כמיד ליד. דהא בשאר קנינים לא בעינן חזרה שליחות כמבואר בריטב"א גיטין להדיא ולכך במציאה והפקר שאין כאן מקנה אין מסירה קונה כנ"ל.

ולכך בגט דאמרה תורה ונתן ושלחה כו' דבעינן שיהיה מצדו דוקא ולכך מהני בקטנה וחרשת ובע"כ כו' וממילא אף בבת קנין לא מהני רק מסירה מיד ליד דזו ההקנאה הוא מצד המקנה. משא"כ טלי מע"ג קרקע אף מחצר שלו ואף שאומר משוך ותקנה לא מהני. דאם היה מועיל לא הוי פריך בש"ס ספ"ב דגיטין כי מטית להתם אנחי' אארעא כו' ופריך טלי מע"ג קרקע דלמא שאומר לה שתקנה וע"כ דלא מהני והיינו מטעם הנ"ל שזה הקנין הוא מצד הקונה ואף בלי מקנה קונהכמו בהפקר. וע"י שתקנה יוצא מרשותו ואף שמרוצה ואומר משוך כו' הוא מרוצה שתשלח את עצמה ולא מהני כמו באמירה כשאומרת הריני מגורשת ממך והוא מרוצה דמקרי משלחת עצמה כן בהנתינה כשהקנין מצדה כנ"ל.

ואף לתוס' דמה שלוקח במצות המקנה הוי מסירה מיד ליד היינו בשאר קנין דאוחזו בשליחות המקנה דלא בעינן חזרה שליחות כו'. משא"כ בגט דאם התפיסה תהי' בשליחות הבעל לא חזרה שליחות ולא מהני ולכך לא מהני טלי כו'.

וגבי תיחוד ותפתח י"ל דלכך מהני כיון דלענין קנין החצר לא בעינן חזרה שליחות ככל הקנינים א"כ כשאומר לך חזק וקני ומחזקת במצותו הוי שפיר בשליחותו והוי מסירה מיד ליד כמ"ש תוס' והוי ממילא לענין הגט מסירה מיד ליד ממש מחצירו לחצירה ואף לריב"ם דמצריך במסירה מיד ליד ממש היינו דוקא במסירה דאוחזה בטלפה כו' שאינו קונה באופן אחר משא"כ בחזקה שהוא קנין י"ל דשפיר הוי שלוחו וכדאמר רב גיטין (דף סג ע"ב) נעשה שלוחו ושלוחה אי לא בעינן חזרה שליחות כו'.

אבל לענין נתינת גוף הגט דא"א שיהיה משיכתה בתורת שליחות דלא חזרה כו'. שוב המשיכה רק מצדה לא מקרי נתינה כנ"ל.

ולכך בקירוב ידו או עייק חרציה ושלפתו מהני דזה הוי מסירה מיד ליד: ומה"ט בנתן הגט בחצירו ומכר לה החצר או בעבד כו' כתב הרמב"ם סוף פ"ה מה"ג כיון שקנתה החצר בכסף כו' או בחזקה נתגרשה. ובכותב על יד של עבד או קרן הפרה כ' פ"ד ומוסר לה העבד או הפרה ע"ש וכן לשון המשנה ונותן לה כו' ולא מהני משיכה בגוף הגט רק מסירה מיד ליד: ובזה היה נראה דמ"ש הב"י סי' קכ"ד לדחות דברי ר"י וכ' שם אבל הכא שהגט כתוב על ידו של עבד כיון שזכתה בעבד בא' מדרכי הזכי' ממילא נתגרשה שהרי זכתה בגופו של גט ע"ש דלא בדוקא נקטי' דהא נקנה במשיכה והוי טלי מע"ג קרקע ממש וכן בחזקה כו' רק בעי מסירה וכן בשטר שנותן לה השטר ג"כ לא מהני כמו קנין אגב כו' רק כלשון הש"ס ורמב"ם כנ"ל והב"י לא צריך לזה לדחות דברי ר"י ע"ש.

ובזה לע"ד תמוהים דברי הב"ש סי' קכ"ד ס"ק י"ב בעלה של עציץ נקוב דאם לא פסק היניקה בטל מה"ת וכ' מיהו אם עשתה חזקה מגורשת אפילו לא פסק היניקה דהא קנתה בחזקה וניתן מיד ליד כו' ע"ש. ולא ודעתי מנין לו זה הא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע ממש שהחזקה היא עושית והוא כמו משיכה במטלטלין.

ואנן בעינן נתינה שלו ובש"ס אמר להדיא דשקלי' ויהיב לה. ובתוס' כ' שהוא נותן לה למקום שפסק היניקה דאף שכתבו מקודם דאין האשה קונה את הגט כו' במשיכת העציץ או בהגבהתו כל זמן שלא פסקה היניקה.

היינו משום דתוס' מיירי עכשיו מענין קנין אבל אח"כ דמיירי מענין הגט כתבו לאביי ביהיב לה בפסיקת היניקה וגם אח"כ כ' שצריך ליתן לה בפסיקת היניקה ע"ש ובראב"ש מבואר יותר שכ' יהיב לה העציץ בהפסקת יניקה כגון בעלי' או שיש דבר מפסוק בין

עציץ לקרקע וכ' להדיא אף שצריך ליתנו לה הכי לא גזרינן כו' וגם לא חשיב מחוסר קציצה ע"ש.
אבל אם היא תניחו מעצמה אח"כ במקום שפוסק היניקה נראה דלא מהני דהוי טלי מע"ג קרקע. ומ"ש תוס' משיכה והגבהה הפי' כיון דבתורת משיכה והגבהה חזינן דאינה קונה א"כ ממילא אינו נתינה בגט.
הגם שקצת דחוק בלשונם מכל מקום נראה כן: וכן ראיתי בס' גט פשוט סי' קכ"ד ס"ק כ"ו הביא לשון הב"י שתמשוך במקום שפוסק כו' ותמה וכי ננעלו דרכי הקניה מקרקע לפנינו תעשה חזקה בזרעים ותקנה הגט ע"ש. דברי ב"י לא העתיק כראוי שכ' משכו במקום שפוסק כו' וכ' הכל על הבעל כלשון הש"ס.
ומה שתמה בחזקה. תימה על תמיהתו איך פשוט בעיניו מאי חילוק בין חזקה מעשה שלה או טלי מעג"ק משיכה במטלטלין דלא מהני דאין כאן נתינה שלו ואין ראי' מחצר לגוף הגט כמ"ש דהוי ממש ונתן ולא שתטול כנ"ל.
ולא מצינו כלל בש"ס ובראשונים בגוף הגט זכי' מצדה רק נתינה. ואף דמסירה דאחזה בטלפה לא מהני רק בספינה ובהמה.
היינו שאינו מוסר לגמרי, ומסירה דגט צריך לגמרי לידה או חצירה כנ"ל. וא"כ כיון דבגט צריך בנתינה ב' דברים שיהי' לידה או שלוחה כו'.
וגם שיהי' מעשה שלו ולא קנין שלה בריצוי שלו כנ"ל. ממילא כתב מהרי"ל שפיר דבקדושין דכי יקח בכסף כו' ואי מקשינן ויצאה והיתה שצריך נתינה דכסף כמו נתינה דגט.
ונהי דלענין שיבא לידה ממש לא שייך ההיקש דהא חזינן דמעמד שלשתן וכה"ג מהני, היינו משום דלענין הקנאת ממון במה שנעשה שלה אותו ההנאה הוא בידה ממש ואף שאין הכסף מונח בידה ממש הא בל היכא דאיתא ברשותיה דמרי' איתא דלענין הזכות ממון שיש לבעליו בחפץ לעולם אצל בעליו הוא.
והוי שפיר נתינה לידה גם במעמד שלשתן שמה שזוכית בחוב דאחרים בא לידה הדבר השוה כסף. ודוקא בגט שאין נתינתו בתורת שווי ממון רק ספר כריתות וזה אין בידה כל שאינו בידה ממש או חצירה וכמ"ש לעיל.
ולכך מהני בקדושין. אבל ענין השני שצריך מעשה הבעל בנתינה שייך שפיר מהקישא דגם בקדושין צריך דוקא נתינה שלו ולא מהני משיכה בריצוי שלו דאין זה מיד ליד דבפניו לא צריך לומר משוך וקני רק בריצוי סגי.

א"כ הריצוי הוא על מעשה שלה וזה לא מהני כמו בגט ודוקא במעמ"ש שבדיבורו קונית החוב אין כאן רק מעשה שלו מצדו. משא"כ טלי מעל גבי קרקע דאף שיאמר משוך וקני הוי הקנין מצדה ולא מהני וזה שדייק מהרי"ל דכי דייקית, בכולהו במעש"מ וקבלה דאדם חשוב וכה"ג בכולהו בא לה ההנאה במעשה שלו וקרינן שפיר ונתן כו' משא"כ טלי כו' וגם לבסוף כתב דהא דצריך תרי קראי בקדושין כי יקח ולא שתלקח ובגט ושלח לא שתשלח כו'.

דאף דמקשינן הוי' ליציאה אי לאו קרא ה"א דתרווייהו אמקנה דבגט צריך להיות מצדו שהוא המקנה לה גופה כן בקדושין היא המקנית עצמה לו ולכך בעי כי יקח שהקנין יהיה מצדו ושוב מקשינן ליציאה שתהיה נתינה שלו במעשה שלו כמו בגט במעשה שלו: ובזה נראה דאפשר מהרי"ל מודה דבמחובר לקרקע מקודשת דבאמת רחוק הוא שלא יביא מהרי"ל כלל דעת תוס' רשב"א ור"ן והה"מ דמכשרי בקרקע וכ' לפשוט בעיניו דטלי מע"ג קרקע לא מהני מאחר דתליא הא בהא.

ולמ"ש לא תלי' כלל דשפיר במקדש בקרקע וכ' שטר עליו ונתן לה מקודשת דשפיר מעשה הקנין מצדו כמו כ' שטר על החצר כו'. ונתינה לידה שפיר חשיב ההקנאה דהשוה כסף בא לידה כנ"ל וכמו מעמד שלשתן וכנ"ל.

כיון שבמעשה שלו בנתינת השטר מקנה לה שפיר מהני וגם בכסף כיון שבקבלתו הכסף מקנה, רק בחזקה דומה לטלי מע"ג קרקע כנ"ל. ולא פליג מהרי"ל כלל אתוס' ורשב"א הנ"ל וסבר דלכ"ע מהני טלי מע"ג קרקע כנ"ל אף אי מהני במחובר רק הר"ן לחוד לא סבר כן שכ' דלא מקשינן הויה דכסף ליציאה כלל ובזה הא חולק מהרי"ל להדיא כנ"ל: ולכאורה גם להר"ן ז"ל יש להסתפק בטלי מע"ג קרקע דנימא דלא מקשינן לגט מ"מ כיון דאמר בש"ס כי יקח ולא תלקח אשה לאיש וממעטינן אמרה היא הריני מקודשת לך ואף שהוא בריצוי שלו לא מהני ואף שנתן הוא כו' ומסיק בש"ס דהלכתא נינהו דבמכר במוכר תלי רחמנא ובקדושין בבעל שהוא הקונה וממילא כיון דהנתינה יותר עיקר מהאמירה כמבואר שם בר"ן ושאר פוסקים.

א"כ כמו דלא מהני אמירתה אותו אמירה עצמה שהיא אומרת דהריני מקודשת לך הוא אותו אמירה שהוא אומר הרי את כו' אעפ"כ לא מהני ריצוי שלו דדוקא צריך שהוא יהיה אומר וריצוי שלה ומה"ט כ' ר"ן נדרים ודף כט ע"א) דלא חשיב כלל דעת אחרת מקנה בקדושין שאין היא מקנית עצמה לבעל דכי יקח כתיב רק מתרצית שהוא מקנה אותה וכמו בהפקר ע"ש ואם כן ממילא גם הנתינה י"ל דאינו מועיל טלי קדושיך מע"ג

קרקע כיון שאין הוא הנותן רק היא מקבלת וריצוי שלו שתקבל הכסף רק צריך להיפך שהוא יהיה הנותן בריצוי שלה.
דמעשה הקדושין הוא הנתינה והאמירה. וכמו דבעינן כי יקח על האמירה כמו כן על הנתינה שיהיה מעשה שלו.
ולא שהיא עושית מעשה זו שצריך הוא לעשות. ואף דיש לחלק דהאמירה מברר מה הוא הקנין וכשאומרת הריני מקודשת לך אף דנותן הוא מ"מ הא אומרת שמקנית עצמה לו בנתינה זו.
משא"כ להיפוך באומר ה"א מקודשת לי אף שהיא מקבלת מ"מ הא מפרש שהוא הקונה אותה בקבלה זו שהיא מקבלת והוי כי יקח, מ"מ ז"א דזה שפיר אי בנתן הוא ואמרה היא אינה מקודשת אבל כיון דמסיק דספיקא הוא ופירש"י דנתן הוא דמי לכי יקח אמרה היא דמי לכי תקח כו' ורק מדרבנן כו' משום דנתינה עיקר ומקודשת אף שמבררת באמירתה שמקנית עצמה מ"מ היא עושה עיקר הקנין בנתינה ממילא גם להיפוך בטלי מע"ג קרקעשהיא עושית עיקר הקנין היינו הנתינה לא מהני אמירתו והוי תלקח כו'.
והגם שיש לחלק קצת מ"מ למ"ש שיש ב' מיני קנין מצד המוכר ומצד הלוקח. וגבי קנין כסף ג"כ יש ב' הדברים יחד מצד המוכר שמקבל הכסף מורה קבלתו שמקנה החפץ או הקרקע ומה"ט אמרינן (ב"ב דף נד) דנכרי מכי מטי זוזי לידי' אסתליק כו' דמחמת קבלתו הכסף מוציא הדבר מרשותו וממילא קונה הלוקח כיון שתליא הא בהא כנ"ל וגם יש מצד הקונה מחמת נתינת הכסף שמה שנותן הכסף מורה שקונה החפץ וממילא יוציא מרשות המקנה כנ"ל.
וא"כ בשאר מכר שפיר מהני טלי הכסף מע"ג קרקע שמקנה בקבלת הכסף שעי"ז יוצא מרשותו וקונה ממילא הקונה דבמוכר תלי רחמנא. משא"כ בקדושין קבלתה הכסף מורה רק על הקנין שהיא מקנית עצמה לו וזה לא מהני רק בנתינת הכסף שנותן הבעל שמורה שקונה אותה בזה קונה: אך מ"מ נראה דאי לא מקשינן לגט ולא בעי נתינה מיד ליד א"כ שוב ההקנאה חשיב נתינה שוב אמירתו קני חשיב נתינה שלו לא מבעיא לדעת התוס' דמסירה לא צריך מיד ליד רק דבמה שאוחז בצוויו הוי מיד ליד.
וא"כ אי לא מקשינן לגט לא בעינן חזרה שליחות כו'. ושוב מה שמקבלת בצוויו הוי נתינה מיד ליד והוי שוב כי יקח.
דמה"ט כתב רשב"א ור"ן שם דבכל משיכה יש מסירה ג"כ ע"ש. רק אפשר דגם לדעת ריב"ם דמה שתופס בצוויו לא מקרי מיד ליד מ"מ היכא שקונה י"ל דחשיב שפיר

ההקנאה נתינה ומודה ריב"ם דהיכא דלא בעינן מיד ליד שוב ההקנאה חשיב מעשה שלו מה שלוקח בצוויו וקרינן בי' כי יקח.
ואינו מוכח. אבל למהרי"ל דמקשינן ובעי מיד ליד לא מהני כנ"ל.
ומיושב קושית תוס' ושאר פוסקים דלא דייק בש"ס ברייתא דונתן הוא ואמר כו' הא נתנה היא ואמר כו' כדדייק הא נתן ואמרה כו' דלמ"ש הדיוק על הנתינה הוא כמו דאמירתה היינו האמירה שצריך הוא לומר אמרה היא כן בנתינה הדיוק שהנתינה שצריך הוא לעשות עשתה היא היינו טלי מע"ג קרקע שקבלה דהוי דיוק מרישא דלא מהני דומיא דאמירה ואין זה סותר כלל לדיוק דסיפא דהוא דין אחר לגמרי שהיא נותנת לו דסד"א דמהני נתינתה ג"כ דיש כאן נתינה ואינו שייך כלל לדיוק דרישא כנ"ל, אבל עכ"פ מרשב"א, ותוספתא שהביא דמקדשה בקרקע אין ראיה כלל דלא כמהרי"ל דאף דהקנאה חשיב נתינה מ"מ צריך שיעשה הוא הנתינה כנ"ל.
וגם למ"ש לקחן י"ל דגם הר"ן מודה דטלי מע"ג קרקע לא מהני ע"ש והנה בב"י סוף סי' ל"ו הביא מ"כ שאלת הא דאמר רב אין אשה עושה שליח לקבל הגט מיד שליח בעלה כו' ור"ח אמר עושה כו' ובמסקנא כי היכי דמספקא כו' חולצות ולא מתיבמות כו' גבי קדושין כה"ג מהו כך דעתי נוטה גבי קדושין נמי חולצות דהתם נמי הוי דבר שבערוה כו' וכן פסק בש"ע סי' ל"ו, ופשט לשונו משמע דגם לענין חזרה שליחות הוא כמו בגט. דהא לרש"י ורוב הפ' הך ספיקא משום לא חזרה כו' וכיון שמבואר בריטב"א (גיטין דף סג) דהך דלא חזרה משום טלי מע"ג קרקע ממילא מוכת דגם בקדושין לא מהני. וגם אם נפרש שסובר כהפ' דספיקא אי כרב אי כר"ח ורק אהאי קאי דדין קדושין כגט.
מ"מ למה כ' סתם ששוה לגט הא היכא דלא קפיד ולא שייך בזיון דבעל ופסול גזירה משום חצירה הבא לאחר מכאן וא"כ בקדושין לא שייך כלל דגם חצירה הבא לאחר מכן יהיה כשר דהטעם רק משום דאינו בא מידו של בעל כמ"ש רש"י ז"ל שם. ומשמע דגם בקדושין שייך גזירה כנ"ל.
דטלי מע"ג קרקע לא מהני. הגם דאפשר לפרש ובשטר קדושין.
אך הא הב"י וש"ע מיירי שם בסי' ל"ו מדיני קדושי כסף וע"ז הביאו. וגם לא חילק כלום ע"ש.
וגם בש"ס (גיטין דף עח ע"ב) אמר להדיא ויצאה והיתה בענין הנתינה ע"ש, ש"ש לקמן וכן בכל הנך שמבואר בטור וש"ע סי' ל' דלא מהני. לא אמר בשום א' דאם לקחה כסף הקדושין שיהיה מהני.

ומשמע כיון דבזריקה שלו לא הגיע למקום שמתקדשת בו, לא מהני כשנטלתו ע"ש והנה מהרי"ל אייתי ראיה מהא דר"א וראב"ן שסוברים דמירי כשהמעות בעין ואמר דאף דמהני ריצוי האב שיחולו הקדושין משעת ריצוי ואעפ"כ ריצוי הבן לא מהני גם משעת ריצוי וע"כ משום דלא הוי נתינה. ולכאורה תמוה ראייתו דהא צריך אמירה ה"א מקודשת לי.

אמנם ראייתו שפיר דהא כיון דאין לה יד והאב המקדש א"כ ע"כ למ"ד דמועיל ריצוי האב אח"כ משעת ריצוי ואף דהא מה שאמר ה"א מקודשת היה שלא בפניו ואז לא חלו כלל הקדושין ובמה תתקדש בשעת ריצוי האב אף שהמעות בעין. ולא דמי למקדש ע"מ שירצה או לכשירצה דהתם נתן לה ואמר לה מיד ומהני קדושין אלו שיחולו בשעה שיחולו כמו לאחר ל'.

משא"כ בהנ"ל דמעולם לא אמר לאב. ומוכת דלאותו מ"ד מהני גם אם כי' לו פקדון ביד אשה והיה אומר שלא בפניה לעדים הרי פלונית מקודשת לי בפקדון שיש לי בידה אם, תתרצה.

ואח"כ כששמעה ונתרצה מקודשת ומהני אמירתו דאז דמאי חילוק בין האב או האשה המתקדשת כיון דס"ל לר"א וראב"ן דמשעת ריצוי מקודשת לא למפרע ולא היה מועיל אז הדיבור שלו כלום ואעפ"כ מהני מכאן ולהבא ממילא גם באשה עצמה כן כנ"ל: וא"כ קשיא ליה למהרי"ל שפיר דלמה לא יועיל ריצוי הבן ג"כ בנתרצה אח"כ בפירוש ואומר שרוצה שתהיה מקודשת ואף שלא בפניה יהיה מהני דלסברא הנ"ל ראוי להיות מועיל בנותן אדם א' לאשה ש"פ שתתקדש לפלוני אם ירצה והיא נתרצית וקבלה יהיה מועיל כשמתרצה אח"כ המקדש ואומר שתהיה מקודשת במה שנתן לה פלוני עבורו לקידושין אף שלא בפניה דכמו דמהני אמירתו שקודם ריצוי שלה או של האב וחשיב בשעת ריצוי כאלו היתה או אותו האמירה כיון שלא חזר בו מהאמירה ואף שהיתה שלא בפני' כמו כן להיפוך ריצוי שלה שנתרצית בשעת קבלה מפלוני אף שהיה קודם אמירתו מ"מ אח"כ שאומר שתהיה מקודשת לי אף שלא בפני' מהני הריצוי שלה שמקודם כאלו מתרצית עכשיו בפירוש כל זמן שלא חזרה מהריצוי, וכמו שהיה מועיל הילך מנה והתקדשי לפלוני כן יועיל כנ"ל.

וא"כ למה אמר דנתרצה הבן לא מהני כשהקדושין בעין והוא נתן לה לקדושי בנו כנ"ל. וע"כ הוכיח מהרי"ל מזה דהטעם משום דלא היה נתינה מעולם דגם לטעם רשב"א וריטב"א שם דהטעם דהוי בריצוי אב כאלו אמר האב הניח לבתי מעות אלו שיהיה שלה ובזה תתקדש והוי כתן מנה לפלוני ע"ש.

ואף דאז אין המקדש אומר כלום מ"מ מהני אמירתו דכבר אף שלא בפניו כנ"ל וא"כ ממילא כיון שנתן לו האחר מעות של המקדש או זכה שתתקדש לבנו. ממילא הוי כשיתרצה כנ"ל.

ובשעת ריצוי הבן נעשה המעות שלה ותתקדש בו מחמת ריצוי שלה בשעה שנתן אביה כיון דלא חזרה בה. וע"כ משום דמעולם לא בא לידה מיד הבעל או שלוחו הוי טלי מע"ג קרקע ולא מהני כנ"ל.

וראיתי בת' מהרי"ק סי' ל"ב שחילק בהא דר"ח ור"פ שסוברים דקדושי קטנה מהני כשגדלה אף שלא חלו בשעתן ולמה לא מהני גם בקטן שקידש כשגדל ומבואר במשנה להדיא קטן שקידש אף ששלח סבלונות כו' אינה מקודשת וכ' הטעם י"ל לגבי האיש שהוא עושה מעשה הקדושין וקונה אותה לא, שייך לומר דבריצוי ושתיקה דגדלות תתקדש לו שהרי צריך הוא לעשות מעשה הקדושין דכ' כי יקח כו' וכיון שלא חלו הקדושין בשעתן כו' דהא בעיקר הקדושין לא מהני רצויו ושתיקתו דאם נתנה, היא ואמרה היא אפילו הוא שותק ומקבל הקדושין לא מהני ואפי' נתן הוא ואמרה היא אין מקודשת אלא מדרבנן אבל אשה דמקני' בריצוי בלי שום אמירה ה"ה דלכי גדלה הקדושין קדושין ע"י ריצוי ושתיקה.

ע"ש במהרי"ק. וא"כ יש לדחות ראיית מהרי"ל דאף דנתרצה האב מהני משום דמתחלתו סגי בריצוי דידה להתקדש מה שאינו כן נתרצה הבן לא מהני כחילוק הנ"ל: אולם עדיין אינו מובן דזה שפיר על שתיקה אבל ריצוי בפירוש הא מבואר ברא"ש וטור וש"ע בנתן ואמרה היא דכשאמר הן הוי קדושי ודאי א"כ למה לא יועיל ריצוי שלו כשגדל בפירוש שאומר דרוצה שתהיה מקודשת לו ואף שהוא שלא בפני' הא קטנה כשלא בפני' הוא ואעפ"כ מהני מה שאומר לה אז כשמתרצית בגדלות אח"כ כמו כן יועיל להיפוך ריצוי שלה שמקודם על אמירתו שאח"כ שלא בפני' כנ"ל ונראה דסובר מהרי"ק ז"ל דריצוי לא שייך רק על מעשה שכבר נעשה ולכך כמו בכל קדושין שהיא עושה המעשה והיא מתרצית אח"כ סגי ולכך כשהוא גדול וקדשה ועשה המעשה מהני הריצוי שלה גם אח"כ כשגדלה דהדבור מתלי תלי וקאי עד שתתרצה ואין החילוק בין ריצוי שלה מיד או אחר זמן.

משא"כ להיפוך ק שקידש דלא הועיל כלום גם ריצוי שלה אז לא מיקרי ריצוי כלל כיון שאין כאן מעשה. וממילא אחר שגדל אף שאומר בפירוש שרוצה בקדושין אין אנו יודעין כלל שמתרצית עתה.

אדבאמת א"א לפרש כן במהרי"ק דהא מייתי ראיה משלח סבלונות כו' דגם היא קבלה ומתרצית, וע"כ הפי' בדבריו שאין הריצוי קדושין חדשים דהא תנן בהדיא שע"ד קדושין ראשונים שלח. רק שמחלק שבקטנה מועיל ריצוי על קדושין הראשונים ובקטן לא מהני אף שמרוצים שניהם שיחולו הקדושין שמכבר וע"ז מחלק שפיר שאין כאן מעשה קדושין מעולם רק ריצוי לחוד וזה לא מהני גבי דידיה כנ"ל.

וא"כ י"ל שפיר דאם רוצה בפירוש שיחולו הקדושין דמכבר מכאן ולהבא היה ראוי להיות מועיל מחמת ריצוי שלה של אז דיש כאן אמירה ואף שלא בפני' מהני כיון שנתרצית כבר וכמו בקטנה כנ"ל. וע"כ משום דבעי נתינה כנ"ל כמ"ש מהרי"ל ז"ל.

אך ממה דלא חילק מהרי"ק מטעם זה דבקטן לא היה נתינה מעולם דכי יקח איש כתיב. והא ב"ק בש"ס ממעט מקרא דכי יתן איש נתנו כשהוא קטן כו' ע"ש.

משמע דלא סבר כמהרי"ל בהא דטלי מע"ג קרקע כנ"ל. ויש לדחות קצת: והראי' שמביא מהרי"ל מסברא דא"כ יועיל כשיש לו מעות במקום אחר ויכתוב לה שתקח המעות ותתקדש בו כו' ג"כ נכונה דאין סברא כלל שיהיה מהני כה"ג.

ועיין ב"י סי' ל"ה הביא בשם ר' ירוחם אם יכול לשלוח קדושין ע"י גוי וכותב בכתב שממנה שליח לפלוני כו' שדינו כמו בגט שנחלקו הפוסקים כו'. וב"י כ' דהכל מודים כיון דמעשה קוף קעביד וגם בגט ראוי להיות כשר רק שם כיון דשם גט עליו וכיון דאינו בתורת גטין כו' לא יהא לו מגע יד כו' ע"ש.

עכ"פ משמע מדבריהם דאם לא היה ממנה שליח כלל רק שלח מעות וכתב ע"י גוי שתהיה מקודשת דלא היה קדושין כלל, ולמה הא כיון דכתב כאמירה כמבואר בש"ס פ' מי שאחזו רק לעדות דאימעוט כו' וממילא יהיה כמקבלת המעות מע"ג קרקע ואין צורך לשליחות כלל להנתינה וכיון שכותב שתהיה מקודשת יהיה מהני דג"כ מעשה קוף קעביד.

וע"כ דטלי מע"ג קרקע לא מהני וצריך נתינה מידו ובעי שליחות להנתינה כנ"ל, ועוד נראה ראיה ממ"ש בש"ע סי' ל"ה דעת הקדוש דבקדושין אין שליח עושה שליח דהוי מילי שמא לא תרצה ודעת המרדכי כשמסר לו כסף לא הוי מילי משא"כ בלא מסר ע"ש, ואם אין צורך לשליחות להנתינה א"כ אינו ענין כלל להשליחות ועדיין מילי נינהו דהשליחות רק על האמירה.

ויש לדחות כיון שצריך לקדשה בכסף שמוסר לו שוב חשיב הכל מעשה גם האמירה כנ"ל. ולכאורה מש"ס קדושין [דף ז' ע"א] הילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת מדין

עבד כנעני כו' דמה שנותן עבורו הוי כנתן בעצמו כו' ולמה ליה האי טעמא הא בל"ז במה שמקדשה נעשה המעות שלה ותהיה מקודשת בהנאה זו.
וע"כ דבעי נתינה וצריך למילף דחשיב נתינה. אך ז"א דהא מהרי"ל מודה בהנאה חשיבא נתינה.
וע"כ משום דבעי הנאה משל המקדש ולא משל אחר וכמ"ש תוס' פ' האיש מקדש [דף נב ע"ב] גבי מקדש בחלקו דאינה מקודשת משום דמשלחן גבוה זכי אף דאית לה הנאה ע"ש. וצריך שפיר למילף דחשיב כשלו.
ואדרבה לכאורה מוכח משם דלא כמהרי"ל דמאי מועיל מה שנותן האחר בשבילו נהי דחשיב נתינה מ"מ אין כאן מעשה שלו ולא בא מידו לידה דבגט ודאי אינו מועיל, ולפי' רש"י ז"ל א"ש שפי' דהוא שלוחו לקדשה רק המעות של השליח וא"כ לענין המעשה שפיר הוי מעשה של המקדש דשלוחו כמותו ובא מידו לידה כנ"ל.
אבל הרמב"ם ורא"ש שפירשו גם בלי שליחות רק שאומר המקדש שתתקדש במה שנתן זה א"כ קשה כנ"ל דאינו בא מיד המקדש, אך ז"א דהרמב"ם כתב להדיא שאומר בהנאה הבאה לך בגללי כו' ואותה הנאה בא לה ע"י דבורו של הקדושין בשעת הדבור שעי"ז נעשה שלה וזה מהני גם למהרי"ל דמקרי ונתן.
רק שאין ההנאה ממון שלו וכיון דילפינן מעבד כו' שפיר מהני. וכן לרא"ש הוי כפירש בהנאה כו', משא"כ טלי מע"ג קרקע דבדבור זה אינו נעשה שלה רק מה שנוטלת אח"כ ולא מיקרי ונתן כנ"ל: אמנם מ"ש מהרי"ל בפקדון מקודשת משום דבנתינה בא לידה תמוה דא"כ היו צריכין לדקדק שדוקא כשנתן לה הפקדון ידו ובקיבלה מע"ג קרקע לא יהיה מועיל ולא מצינו כלל חילוק זה דסתמא תנן התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך פ"ב דקדושין ז"צ לידע איך בא הפקדון לידה.
ועוד דכיון דברשות הלה המופקד לו קונה בדבור לחוד א"כ בדבור של הקדושין קנתה הפקדון והוי ש ההקנאה נתינה בדבור שלו כמו מעמד שלשתן וכה"ג. וצ"ל דסבר דהא דכשהוא ברשות הנפקד קני בדבור הטעם משום דכיון דנסתלק המפקיד מרשות של הנפקד ממילא זוכה חצירו לנפקד ע"ש ברשב"ם ורא"ש ולכך ממילא הוי רק מעשה שלה הקנין כמו משיכה דמצד דבורו אין כאן קנין רק דממילא זכתה ע"י חצירה דהוי משיכה ואף שהוא בב"א לא מהני.
ולא דמי למעמ"ש דדבור שלו הוא הקנין הוי נתינה. ובהילך מנה כו' צ"ל דמה שנותן האחר בשבילו חשיב כמעשה שלו.

ודוחק: או דסבר כמו שמחלקים התוס' בין מלוה דידה לדאחרים רשם נותן לה דבר חדש משא"כ מלוה דידה ואף שיש בו מחילת מלוה מ"מ כל שאינו מקדשה בפירוש בהנאת מחילת מלוה הוי מקדש בגוף המעות ועל המעות אין כאן נתינה דכבר שלה. וכן יש לומר למהרי"ל דבמעמ"ש וכה"ג הנתינה היא רק החוב דאחרים וזה רק ההקנאה וחשיב נתינה משא"כ פיקדון כל שאינו אומר בפי' שמקדשה בהנאת ההקנאה מהפקדון הכונה על נתינת הפקדון ועל גוף הפקדון כבר הוא בידה ואין כאן נתינה מיד ליד וכמ"ש לעיל דלענין ההנאה חשיב מיד ליד משא"כ על גוף הדבר והוצרך מהרי"ל לומר דמק בא לידה בנתינה וקושיא ראשונה י"ל דאפשר מודה מהרי"ל אף שלא הפקיד מיד ליד רק צוה ליטול מע"ג קרקע מהני אחר כך כשמקדשה כיון דלענין שאר דברים דלא בעי חזרה שליחות חשיב מסירה מיד ליד מה שלוקח זה בצוויו כמ"ש תוס' ב"ב הנ"ל דלא כריב"ם. ממילא היה חשיב נתינה מיד ליד גוף הפקדון דאז לא היה שייך לענין קדושין ומה שנטלה הוי כמיד ליד. שוב אחר כך כשמקדשה מיקרי שבנתינה בא לידה.

ואינו מוכרח. אך לכל החילוקים הנ"ל עדיין קשה דהמהרי"ל שדייק מסברא דא"כ כשיש לו מעות במקום אחר יועיל שיכתוב לה כו'.

וא"כ אם נאמר שמודה מהרי"ל באופנים אלו כשאומר משוך וקני ובהנאה זו תהיה מקודשת דהוי הנאת ההקנאה נתינה א"כ עדיין נשאר קושייתו שיוכל לכתוב לה שתמשוך המעות ותקנה ובהנאה זו תתקדש. וע"כ דסבר דגם במפרש בהנאת ההקנאה לא מהני כיון שצריך למעשה שלה שיגיע לה ההנאה ע"י משיכתה או הגבהה נא חשיב ונתן.

ודוקא מעמ"ש דבדבור שלו נגמר ואין כאן מעשה אחרת. וכן קבלה דאדם חשוב רק הקבלה הוא נתינת ההנאה משא"כ טלי כו' וגם בפקדון לא.

מהני למהרי"ל רק כשבא לידה בנתינה אולם משמעות הפוסקים אינו כן: ונראה לע"ד דטלי מע"ג קרקע הוי ספק קדושין כמ"ש הב"ש והרש"ך לא ראיתי. הגם שנראה שלא [ראה] דברי מהרי"ל מדלא הביאהו.

ולא מצינו בפירוש מי שיחלוק עליו. מ"מ מאחר דתלי טעמא מקרא דהוי' ליציאה כו' והר"ן כ' להדיא דלאו מקשינן קדושי כסף לגט כו'.

הגם שאפשר שלא יחלוק אמהרי"ל כמ"ש לעיל וכמ"ש לקמן מ"מ פשטא דלישני' משמע שחולק. וכן מדברי מהרי"ק דלעיל משמע דחולק ועוד דלהה"מ ורשב"א וכ"כ רמ"א סי' קל"ח בקפצה ידי' בצווי בעל דלא חשיב טלי מע"ג קרקע ס"ל גם כאן לענין ההקנאה שיש סיוע הבעל.

דהא לתוס' ב"ב פ"ה דמה שאוחז בצוויו מיקרי מסירה מיד ליד י"ל דגם לענין הנתינה דקדושין. ואפשר דמהרי"ל סבר כריב"ם.

ועוד דהא לרש"י ריש פ' הזורק גם בגט מהני קנין אגב וכשהחזיקה בקרקע זכתה בגט בתורת אגב. וע"כ דסבר דאף שהיא זוכית ע"י מעשה שלה לא חשיב טלי מע"ג קרקע, וצריך לחלק ע"כ דדוקא בנתינה שלא בתורת קנין אז בעינן מיד ליד אבל כשנותן בתורת קנין והקנאה חשוב נתינה מצד המקנה שפיר מהני כיון שע"פ דבורו חזק וקני קונית הגט וכעין זה כ' פ"י שם לרש"י ז"ל.

וא"כ בקדושין ודאי מהני כיון שההקנאה ע"י דבורו ולענין קנין חשיב מיד ליד. לכך נראה דספיקא הוא בכל גווני וכן בלא חזרה שליחות בקדושין עושה אותה שליח כו' או שעושית השליח להולכה שיהיה שלוחה לקבלה ג"כ ספק כנ"ל: וראיתי למהרי"ן לב בת' ח"ב ס' ל"ג נסתפק בטלי מע"ג קרקע בקדושין וכ' שיש לו ראי' ברורה דהוי קדושין מדאמר פ"ק דקדושין התקדשי לי במנה תנהו ע"ג סלע א"מ ואם היה סלע שלה מקודשת בעי ר' ביבי סלע של שניהם מהו תיקו ופי' רש"י דחצירה קונה לה ותוס' דחו דבסלע של שניהם אין חצר השותפין קונה כו' ופירשו דאינו מטעם קנין אלא כשהסלע שלה סמכא דעתה כו' ובעי סלע של שניהם אי סמכא דעתה כו' הא קמן דטלי מע"גקרקע מהני ע"ש ומאד תמוהים דבריו דמבואר ברא"ש וטור ושאר ופוסקים דלתוס' מיירי שנתן לתוך חיקה רק אמירתה בעי אי הוי שאינה רוצית בקדושין ושוב לא מהני מה שזרק אח"כ לתוך חיקה מאחר שאמרה תנהו על הסלע אי לא אבל עכ"פ היה נתינה ממש ומה ענין זה לטלי מע"ק אדרבה מלשון הרא"ש וטור שלא פירשו כשלקחה אח"כ מהסלע משמע דלא היה מהני משום דהיה טלי כו'.

ואם היה סובר מהרי"ן לב דמטעם ערב היא מקודשת כמו תן לפלוני א"כ בנתינה זו שנתן על הסלע מקודשת ומה זה דמיון לטלי מע"ג קרקע והיה לו להביא מתן לפלוני. ובפרט דהרמב"ם ורש"י מפרשים מדין חצר.

וגם מהרי"ן לב מסיק שאינו מכריע בדין זה והוא ס' קדושין ע"ש. שוב מצאתי לראנ"ח בת' ס' פ"ה דף ק"ל מסתפק ג"כ בטלי מע"ג קרקע וכ' מהא דסלע של שניהם ודחה כמ"ש ואח"כ כ' דסברא הוא דמקודשת כיון דקדושין לאו בנתינה תלי' אלא בהנאה כדאשכחן בקבלה דאדם חשוב ובאדבר עליך לשלטון כו' וכיון שכן לא גרע הך הנאה דמתהנית ע"י נטילת ממון שלו מע"ג קרקע מהנאת קבלת מתנה דמקודשת ע"ש ולא ראה ג"כ דברי מהרי"ל שדחה ראיות אלו: אולם הביא הראנ"ח מת' מהר"מ פאדאווי ס' כ"ד רחל שחטפה מעות כו' דצידד להקל מטעמים אחרים ולא משום טלי מע"ג קרקע ע"ש.

האמת אתו דעובדא דמהר"מ הנ"ל הוא ממש כעובדא דמהרי"ל, ומ"מ אינו נראה להקל כלל נגד מהרי"ל מאחר שמהר"מ לא הביאו ומהרי"ל חולק בהדיא בדין זה עצמו, וגם במהר"מ פ' אינו מפורש כלל רק שמצדד להקל מטעמים אחרים אולי מספקא לי' ג"כ בהך דינא. ואף אם היה חולק בהדיא להקל היה קשה לסמוך נגד מהרי"ל מכ"ש שלא ראה דבריו דאמרינן אי הוי שמיע ליה כמ"ש בח"מ ס' כ"ה.

ולכך נראה כהב"ש בשם רש"ך דספיקא הוי כנ"ל שוב ראיתי בס' תורת גטין להגאון מליסא [שכ' קצת ממש"כ לעיל ע"ש גיטין (דף ט ע"ב) וכ' שם] דבשיחרור טלי מע"ג קרקע כשר כמבואר ברמב"ם ה' עבדים פ"ו שכ' דרק לשמה ומחובר פסול בשחרור דאיכא קרא אבל בשאר דברים שוה לשאר שטרות ועוד ראיה לזה דהא בגטין מסיק מלתא דאיתא בקדושין לא קתני ובקדושין כ' הפוסקים דטלי קדושיך מע"ג קרקע כשר עיין ב"ש ריש ה' קדושין ואי בשחרור פסול טלי שחרורך מע"ג קרקע א"כ קשה דליחשוב מה דשוה גטי נשים לשיחרור בטלי מע"ג קרקע כו' דליתא בקדושין כמ"ש הב"ש הנ"ל. ועיין רשב"א קדושין דלאו לכל מילי איתקוש ויצאה והיתה אלא מוכרח שגם בשיחרור כשר טלי מע"ג קרקע עכ"ל. ולא ידענא מאי קאמר היכן מצא בב"ש דטלי מע"ג קרקע כשר בקדושין ומה שנסתפק הוא בקדושי כסף דסבר הר"ן דלא איתקוש לגט ושם מלתא דליתא גבי קדושין קאי אשטר קדושין דכ"כ הר"ן להדיא להמכשירים מחובר כו' דרק שטר קדושין פסול מחובר וממילא גם טלי מע"ג קרקע פסול בשטר קדושין מהיקשא דויצאה והיתה.

וממילא אף דפסול בשיחרור לא תני משום דאיתא בקדושין היינו בשטר דפסול טלי מע"ג קרקע כמו בגט וכמו מחובר דבאמת חד טעמא הוא דלדידן דלא ס"ל טעם הירושלמי לפסול מחובר מספק רק משום דבעינן לקיים קרא כפשטי' ונתן שיהיה נתינה מיד ליד ממש ומה"ט לא מהני כשמקנה לה המחובר בלא קציצה כמו שהוא כמבואר ברשב"א וריטב"א ור"ן במשנה דאין כותבין על המחובר ע"ש.

וכמו דפסלו שטר מחובר דבעי נתינה בשטר קדושין ממילא גם טלי מע"ג קרקע פסול משום דבעי נתינה כמו בגט. וכן בשיחרור פסול.

וכן פי' רש"י להדיא דליתא בקדושין בשטר ורשב"א בחידושיו שם וכל הפוסקים ומהרמב"ם ז"ל. גם אם היה ראיה ג"כ אינו מוכח לשאר פ' והוא לא הביא כלל היקישא דלה לה מאשה וכבר תמהו עליו בלח"מ וש"פ, אבל רש"י שפי' בהדיא פסול מחובר מלה לה כו' וכיון שגוף הנתינה איתקוש לגט דבעי נתינה ממש ממילא טלי כו' פסול.

אמנם גם מרמב"ם אין ראיה כלל דלא נקיט רק המבואר בתוספתא כדרכו דגם לטעמא דידי' דכ' חופשה לא ניתן לה פסול מחובר וג"כ פסול טלי שאינו נתינה. ובשטרות דכשר ד' ואקח ספר המקנה דלא כ' נתינה כלל ומשמע ודאי דגם לרמב"ם פסול בכתבו על חובר השטר שיחרור ונותן לו כל המחובר והא גבי ונתן הכסף הקדש חשיב נתינה בקרקע.

וע"כ דשם הקנאה חשיב נתינה משא"כ שחרור צריך נתינת גט כמו בגט. ונראה כיון דכ' הרמב"ם ונותן לו השטר שיחרור נכלל בלשון זה נתינה ממש ואימעוט טלי כו' אף לקולא כ' הר"ן פ"ק דקדושין להרמב"ם ז"ל דדוקא בקדושין מהני הילך מנה כו' מדין עבד כנעני משום דאיתקוש לה לה כו' משא"כ במכר ע"ש וע"כ דסבר היקש הנ"ל לענין הנתינה גם לקולא מכש"כ לחומרא דבעי נתינה ממש: ועוד דהא ע"כ הרמב"ם ז"ל שיורי שייר כמה דברים עוד השוה לגט ולא לשטרות.

דשניהם בע"כ דמקבל משא"כ בשטרות. ותוס' הניחו בקושיא בריש גטין (דף י).

אבל הרמב"ם דכ' דשוה לשאר שטרות ע"כ דלא מיירי מענין הנתינה כלל רק מכתיבת השטר. ומוליך ומביא בפ"נ דומה קצת בענין הכתיבה.

ועוד דהרמב"ם עצמו כ' אח"כ כמה דברים פ"ז ה"א דצריך שיהיה כרות גיטא כמו גט ובטל כשאינו כריתות כמו בגט אשה. וכן מבואר ברש"י ט' ע"א דלאו כרות גיטא כו' דגבי אשה כ' ספר כריתות ושיחרור עבדים גמרי לה לה מאשה כו' ובעי בהו כריתות וכן פי' הרי"ף שם.

ואעפ"כ לא מנה הרמב"ם ז"ל ששוה לגט דבעי כריתות וכן משחרר ב' עבדים בשטר א' דג"כ אימעוט מלה ולא לה ולחברתה כמו בגט. אך בזה י"ל דנכלל בלשמה שאינו נכתב לשמה בלבד כו': ועוד משחרר חצי עבדו בשטר בש"ס, גטין מ"ב דבכסף מהני ובשטר לא מהני משום לה לה מאשה דמגרש חצי אשה אינו כלום וכן פסק הרמב"ם ז"ל פ"ז ה' ד' שהוא עבד כמו שהיה.

ומ"מ לא מנאו בהדי הדומים לגט. וע"כ משום דאיתא בקדושין ג"כ דחצי אינה מקודשת. וע"כ דמ"ש דבשאר דברים שוה לשאר שטרות לאו דוקא לשאר שטרות. רק לשטר קדושין.

או דשייר עוד וממילא גם בטלי מע"ג קרקע כיון דגם בשטר קדושין י"ל דנכלל וכן משמע בש"ם ורמב"ם שם דצריך שליחות גמור להולכה בשיחרור כמו בגט. ואי טלי היה כשר א"צ לשליחות על הנתינה כלל יהיה כטלי מעל גבי קרקע ע"ש.

בפרט דמשמע דא"צ אמירה כלל בנתינה שיחרור שלא הוזכר כלל בטור וש"ע סי' רס"ז. וא"כ הנך דלא בני שליחות מעשה [קוף] עבדי: ואין ראיה ברורה כלל שנכשיר טלי מע"ג

קרקע בשיחרור רק מדברי תוס' כמ"ש לעיל בהא דתן כזכי וי"ל כמ"ש לעיל ועוד דהא לא חזרה שליחות אצל הבעל ספיקא הוא בש"ס וע"כ אי לא בעינן היה נקרא זה בא מידו לידה וכדאמר נעשה שלוחו ושלוחה ושפיר היה מועיל תן כזכי שנעשה שלוחו של הרב ליקח אותו והוא כבודו ואח"כ נעשה שלוחו של העבד לזכות ואין ראיה על טלי מעג"ק. ובהא דעבז"ל שכתבנו לעיל יש לדחות ג"כ מאחר שהוא תקנת חכמים כמ"ש תוס' ב"מ כ' ממילא נכלל בהתקנה גם זה שיהיה כשר אף שאינו בא מיד הרב ממש כנ"ל: ובט"ז יו"ד סי' רס"ז ס"ק י"ד פסק ג"כ דאף שאינו נותן מיד ליד להזוכה רק מראהו ואומר זכה מהני בשחרור כשמגביו הזוכה בשביל העבד ע"ש וכדברי תוס' הנ"ל.

ומ"מ נראה לחלק כמ"ש לעיל דחשיב סיוע גמור דאי לאו אמירתו לו זכה לא יהיה זוכה לו ולא יהיה ביד העבד כלל. משא"כ באומר לעבד טלי מעג"ק.

אמנם אפשר דגם בעבד עצמו שייך טעם זה כיון דיד עבד כיד רבו דקני ליה רק מטעם גטו וידו באין כא' א"כ שוב באומר טלי מע"ג קרקע ע"י אמירתו וריצוי של הרב בא ליד העבד דבלא אמירתו אף שהעבד לקחו היה עדיין מונח ביד רבו דכיון שלא היה משוחרר ממילא היה ביד רבו וא"כ רק ע"י אמירתו וריצוי שלו בא ליד העבד היינו ע"י השיחרור ושוב הוי כעייק ליה חרצי' ושלפתו כו' ודוקא בגט דיד דאשה לא קני' ליה ואף בלי אמירתו טול היה בידה ואין זה סיוע לשיהיה בידה פסול דאין כאן ונתן כמ"ש לעיל משא"כ בעבד בלא השיחרור אינו בידו כלל אף שנוטלו והוי כמו תיחוד ותפתח וכמ"ש לעיל וי"ל דשפיר מהני: ומדברי הר"ן ז"ל גטין י"ג יש להוכיח קצת ג"כ דטלי מע"ג קרקע כשר בשיחרור שפי' דאי תופס לבע"ח קני אף אי תן לאו כזכי מ"מ כיון דזכין לאדם כו' עושה עצמו שליח לקבלה והוי כאלו בא ליד העבד ע"ש.

והא לא חזרה שליחות כו' דמבואר להדיא בש"ס גטין דלא מהני כשעושית השליח להולכה שליח לקבלה דממאן מקבלת ע"ש וכאן כשיהיה נעשה שליח העבד אין כאן נתינה. ומשמע משום דמהני טלי כו' ולא בעינן חזרה כו' כמ"ש לעיל.

אך י"ל דכונת הר"ן למ"ד לא בעינן חזרה שליחות גם בגט דספיקא הוא בש"ס, וכן מה שהקשה הר"ן למה לא יקנה בגטשיחרור כשהוא ביד אחר מטעם מעמד שלשתן והוצרך לתרץ שלפי שאין גופו ממון לא תיקנו מעמ"ש. והא בל"ז נהי דהוי קנין מ"מ לא עדיף מקנין אגב שדחה הר"ן פ' הזורק דעת רש"י ז"ל שיועיל קנין אגב בגט משום דנהי דקני מ"מ אין כאן נתינה מיד ליד ע"ש ממילא איך יועיל מעמ"ש בגט שיחרור.

ונהי דנימא דשוב זוכה הנפקד הגט עבור העבד והוי כבא לידו. מ"מ מיד הרב לא בא לו כמו חצירה הבא לאחר מכאן.

וע"כ דלא צריך מיד ליד בשיחרור כנ"ל. אך עדיין קשה שכ' שם הר"ן גם בגט אשה דלא קשה שיקנה בתורת מעמ"ש משום דחוב הוא לה לא שייך מעמ"ש.
ולמה ליה האי טעמא הא בגט ודאי בעי מיד ליד ואף אם יהיה מעמ"ש קונה מ"מ לא מהני בגט. וצ"ל דהר"ן מקשה לשיטת רש"י פ' הזורק דגם שאר קנינים מועיל בגט יועיל גם מעמ"ש ורוצה ליישב גם לדעת רש"י ז"ל, וממילא גם בשיחרור הוצרך לטעם שאין גופו ממון לרש"י.
ואין ראיה לדידן. ועוד דהוצרך לשיטת הרי"ף שהזכיר רק לענין דלא מצי למהדר ביה.
שוב מצאתי להדיא בריטב"א בח' לקדושין (דף כג ע"ב) גבי בעיא דעבד מהו שיעשה שליח לקבל גטו כו' שכ' לפשוט דטלי גטך מע"ג קרקע פסול בגט שיחרור כו' וכיון שהגיע גט לידו לא מיד האדון ולא מיד שלוחו לא מהני ע"ש: (ב) נותן ה כו'. כ' ב"ש.
כ' הר"ן ותוס' ורשב"א ריש קדושין אם קדש במחובר לקרקע הוי קדושין אע"ג דאם קדש מחובר לא הוי קדושין משום דמקשינן הויה ליציאה כו' אבל כסף לא שייך בגט לכן אם קדש בקרקע מקודשת. גם י"ל שאני גט מחובר דפסול משום מחוסר קציצה אבל קדושין קי"ל אף אם לא בא לידה מקודשת כמו תן לפלוני כו'.
והנה מ"ש מחוסר קציצה אינו ענין כלל לכאורה דזה בתלשו בין כתיבה לנתינה אבל כשנותן כל המחובר הטעם כמ"ש רשב"א ור"ן שם דאינו נתינה. עיין מ"ש לקמן פי' דבריו והנה הר"ן ז"ל כ' ז"ל איכא מ"ד כו' קרקעות לא דגמ' אמר דמקשינן כו' מה יציאה במחובר לא אף הויה כו' והביאו ראיה כו' דאמר אמחובר כו' מלתא דאיתא בקדושין לא תני כו' וליתא דה"מ בחדושי שטר כו' דקדושי שטר הוא דמקשינן כו' אבל נתן לה קרקע או מחובר בתורת כסף ודאי מהני דהויה דכסף לא בעינן דומיא דיציאה כו' והכי מוכח לקמן דאמר מה הויה דכסף לא בעי לשמה כו'.
ואע"פ שאפשר לדחות שאין בדין שיהיה צריך לשמה הויה דכסף שאינה מקודשת מחמת טבעו אלא בשוי' כו' דאף על גב דכי מקיש הויות להדדי לגמרי מקשינן כו' אפ"ה כיון דהאי לא מוכח מהא דגטין ובתוספתא מוכח בהדיא דקדש במחובר מקודשת מסתברא דהוי קדושין וכ"כ רשב"א. והנה נראה דטעם הר"ן ז"ל אף דמצינו בכמה דוכתי דגם הויה דכסף איתקוש ליציאה דהא פ"ב דקדושין שליחות בקדושין מהיקש הנ"ל.
ולקמן מ"ד כמחלוקת בגירושין כו' מהיקש הנ"ל גם בכסף. הגם שיש לדחות דבשליחות בעי למילף במ"מ מגט ופריך מה לגט שבע"כ וא"כ שוב משני שפיר ההיקש וכיון דבשטר קדושין מהני שליחות מהקישא אף שמדעתה שוב לא שייך הפירכא דבע"כ וילפינן קדושי כסף במה מצינו.

וכן לקמן מ"ד דהחילוק בין קדושין לגט אמר שם דמפקעת עצמה כו' או דמדעתה כו'. וא"כ כיון דקדושי שטר אתי מהקישא שוב לא שייך החילוק דמפקעת ומדעתה וממילא גם קדושי כסף כן אך בש"ס פ' המגרש גבי שיור דבעי ר"א בקדושין האיך ופשיט בין לר"א כו' ויצאה והיתה.

וגם בקדושי כסף כן. ובשאר דוכתי.

אך הטעם דבעיקר קנין האישות שפיר אין חילוק בין כסף לשטר ומקשינן ויצאה והיתה כמו ביציאה צריכה לצאת ממנו לגמרי בלא שיור כן בהויה צריכה שתהיה אשתו לגמרי וכן הויות להדדי דאמר פ' המדיר לענין תנאי הוא ג"כ כנ"ל דמדכללה תורה כל הויות להדדי בקרא דוהיתה ודאי אין חילוק בין שהיא אשתו ע"י קדושי כסף או שטר.

אבל באופני הקנין דקדושין כיון שאין הקנינים שוים דבגט רק שטר ובקדושין אמרה תורה ג' דרכים ודאי דלא שייך שיהיו כולם שוים ואין סברא לומר שיהיה כסף דקדושין דומה לשטר מויצאה והיתה הא בזה עצמו חילקה תורה. ומה"ט נראה דלקמן מ"ד צווח ר"ל ויצאה והיתה וליכא דאשגח בי' כו' ותמוה למה הא קי"ל הך היקישא.

ולמ"ש א"ש דהתם מחלק דגט דבע"כ בין היא בין אבי' משא"כ קדושין דמדעתה כו' ע"ש וא"כ שוב לא שייך לאקושי לגט דהא בזה עצמו חילקה תורה שגט בע"כ וקדושין מדעתה וכיון דהא דמן אבי' תלי' בהא לא שייך לאקושי: והנה לטעם הירושלמי הובא ברשב"א ור"ן פ"ב דגטין כ"א דפסול מחובר בגט מדכ' ספר היינו תלוש ע"ש ודאי דלא שיך למיפסל בכסף קדושין מחובר מהיקישא דיציאה דאטו לבעי ספר בכסף קדושין הא זה עצמו החילוק בין כסף לשטר שאינו ספר רק איכא מ"ד ס"ל דלש"ס דידן לא אימעוט מספר כלל כמ"ש רמב"ן ורשב"א וריטב"א ושאר פ' דקי"ל לספירת דברים כו' ואין לנו לימוד אחר למעט כתב על מחובר ונותן לה כל המחובר שמקנה לה.

רק מדכ' ונתן בידה והקנאת המחובר אינו נתינה מיד ליד ולכך לא מפסל עציץ נקוב ועבד אף שדינם כקרקע ממש דכיון דשייך בהו נתינה מיקיים ונתן דלא אימעוט קרקע בתורת קרקע כבשאר דוכתי רק משום דא"א לתנו מיד ליד כ"כ ריטב"א להדיא שם כ"א ע"ב. והיינו דמספקא להו להפוסקים שהביא הר"ן בקדושי כסף כיון דצריך ג"כ נתינה כמו בגט וי"ל דאיתקוש לגט מהיקש הנ"ל שיהיה צריך נתינה ממש מיד ליד.

והקנאת קרקע אינו נתינה מיד ליד. ואף דנתינה בשאר דוכתי חשוב גם בקרקע נתינה ב"מ נ"ז גבי שבועה ואונאה דכ' כי יתן איש כו' ולא מימעט קרקע רק מכלל ופרט אבל מכי יתן לא אימעוט.

וכן ב"מ נ"ד אין הקדש מתחלל ע"ג קרקע מכלל ופרט ומדכ' ונתן הכסף לא הוי אימעוט וכן פדיון ושאר דוכתי. וע"כ דבכל מקום חשיבא ההקנאה נתינה רק בגט אימעוט.
ומספקא להו כיון דנתינה צריך בקדושין כמו בגט שוב שייך לאקושי לגט דלבעי מיד ליד. ואף דחזינן בקדושין דמהני בהנאה לחוד בלא נתינה כלל כמו הנאת מלוה ודבור לשלטון וקבלה דאדם חשוב וכה"ג היינו משום כיון דמקדשה בההנאה השוה כסף והנאה זו בא לה מיקרי זה שפיר נתינה לידה או לרשותה שאין נתינה אחרת בהנאה זו רק שתהנה ובא לה דאין חילוק בין לידה או לגופה וגם בגט מהני לקלתה לקיקה.
משא"כ כשמקדשה בגוף החפץ והחפץ שמקדשה בו אינו בא לידה כמו קרקע דהדבר שתתקדש בו לא בא לידה ובהנאה לא קדש שפיר י"ל דלא מהני כמו במלוה דממילא איכא הנאת הפטור ואעפ"כ בפי' בהנאת מלוה מקודשת ובמלוה סתם לא מהני דבמה שמקדש אינו נותן לה שכבר שלה. ובחנם דחה הב"ש והן דברי מהרי"ט במ"ש דהא בקדושין אפילו לא בא לידה מהני כמו תן לפלוני כו'.
דפשוט דלא נעלם מהראשונים ז"ל זה דמקודשת בהנאה רק החילוק כמ"ש. והא לרמב"ם וש"ע ס' כ"ט צריך שיאמר התקדשי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך ושפיר ההנאה נותן לה וכ"כ רשב"א וריטב"א גבי תן לפלוני דההנאה חשיב כבא לידה שהיה חייבת מדין ערב וההנאה שלא תהיה חייבת כו' כמו אי אין לשכירות אלא בסוף ע"ש.
והא דלא מהני בשטר וגט תן לפלוני דאין כאן נתינת גט ותוס' רי"ד שכ' שם דהוי נתינה כמו לידה א"כ שוב הוי באמת נתינה מיד ליד וכ' שם דגם בגט מהני ע"ש. אולם הפ' לא ס"ל הכי.
ולטעם הירושלמי דפלוני זוכה בעבורה וחוזר וזוכה ממנה ע"ש הובא ברשב"א ודאי אין ראיה דהא הוי נתינה ממש לידה דיד הזוכה כידה. וגם בקבלה דאדם חשוב מבואר להדיא בש"ע דצריך שיאמר בהנאת מתנה שקבלתי אבל לא בגוף הקבלה.
וגם במתנת קרקע אם נותן לה ואומר בהנאת המתנה לכ"ע מהני דאין חילוק בין הנאה זו לשאר הנאה. וכל מחלוקתם הוא כשמקדש בגוף הקרקע וזה אינו נותן לידה ואין דברי מהרי"ט מוכרחים כלל.
והנה לכאורה למאי שנחלקו רש"י פ' הזורק ורשב"א ור"ן וש"פ דלרש"י מהני קנין אגב בגט דגם כשמקנה בקנין קרוי נתינה ע"ש גבי תיחוד ותפתח וא"כ ע"כ במחובר ומקנה לה המחובר אין הפסול משום ונתן דהא ההקנאה חשיב נתינה וע"כ כטעם הירושלמי מדכ' ספר הוא תלוש. ולרשב"א ור"ן דקנין לא מהני בגט רק שם מטעם חצר דבעינן ונתן בידה ממש ע"ש ולכך מחובר פסול שאין ההקנאה נתינה בידה ע"ש.

וא"כ לכאורה ממ"נ כשר בקדושין מחובר שמקנה לה. דהא חזינן בש"ס פ"ב דקדושין מ"ח דבמלוה ע"פ במעמד שלשתן מקודשת ואף דהא מקדשה בגוף החוב ואינו בא לידה רק שקונה החוב ולא עדיף מקנין אגב וא"כ לדעת רשב"א ור"ן דההקנאה בגט לא חשיב נתינה א"כ שוב מוכח דלא איתקוש קדושי כסף לגט לענין הנתינה דא"כ לא היה מהני מעמ"ש בקדושין והא מפורש בש"ס דמהני, וגם מחובר כשר ממילא ולשיטת רש"יז"ל דגם בגט מהני קנין דקרוי נתינה א"כ שוב גם הקנאה בקרקע הוי נתינה ולא איפסל בגט רק דבעינן ספר וממילא ג"כ כשר בקדושין כסף דלענין ספר לא שייך לאקושי לגט ונתינה שפיר הוי כנ"ל.

וממ"נ כשר ואף דמדברי הר"ן פ"ק דגטין מבואר דבגט שחרור היה מהני ג"כ מעמ"ש וכן בגט אשה אם היה שייך התקנה שתקנה ע"ש. כבר כתבנו לעיל ס"ק א'.

דע"כ כונתו לדעת רש"י דקנין מהני בגט. או אפשר דשם שהגט בעין בפקדון י"ל דכיון שהנפקד משאיל ביתו לשמירת ממון המפקיד כמ"ש הרא"ש פ"ק דפסחים דביתו דמפקיד קרינן ביה.

ולכך אם היה דין מעמ"ש והיה זות היה נתינה לידה. או משום זכי' דגם לחצר דשליח לקבלה מהני, ולכך אם היה מהני תן מתורת מעמ"ש שוב זוכה הנפקד בשבילם וחצירו כידה.

אבל עכ"פ שם במלוה ע"פ בקדושין אף דמעמ"ש קונה אבל עכ"פ נתינה לידה אינו דליתא בעין רק שהחוב נעשה שלה. והוא כקנין אגב דלא מהני בגט ומוכח שמועיל בקדושין אך אפשר דסוברים כהפ' דבמחילת מלוה או ארוח זימנא אף שאינו מפרש בהנאת כו' ג"כ מקודשת דכיון שאין דבר בעין גם בסתם דעתם על ההנאה משא"כ מקדש במלוה גופי' דיש בעין דעתם על גוף המלוה ע"ש.

וממילא בחוב דאחרים שאין דבר בעין י"ל דעתם בסתם על ההנאה וזה הוי נתינה לידה כנ"ל. משא"כ בקרקע דהוא בעין ודעתם על גוף הקרקע ואינו נותן בידה כנ"ל: ולכאורה קשה להר"ן ז"ל נהי דלא מקשינן הויה דכסף לגט מ"מ כיון דקדושי שטר מחובר פסול מהיקישא ליציאה שוב מקשינן הויות להדדי ופסול קדושי כסף במחובר ג"כ דזה כל הספק בש"ס לענין שלא לשמה אי מקשינן לגט או הויות להדדי אבל בזה כיון דפסול בשטר ממילא יפסול בכסף ג"כ.

ועם הירושלמי לא קשה דאף דצריך בשטר קדושין ג"כ ספר אבל בכסף לא שייך. אך לטעמא דנתינה שהסכימו כל הפוסקים קשה כנ"ל: ונראה דהא כבר כתבנו לעיל דהא

מצינו דהקנאה חשיב נתינה בכל הדברים גבי שביעה ואונאה דכ' כי יתן והוי מרבנן גם קרקע אי לאו כלל ופרט ע"ש פ' הזהב.
ואף היכא דכ' בידו כו' ריש מרובה אקרא דהמצא בידו כו' הוי ג"כ מרבינן קרקע ע"ש.
ואף דאמר ב"מ דהיכא דכתיב בידו ידו ממש ולא רשותו ע"ש.
מ"מ השתא דכ' ונתן בידה כו' דמרבינן לאו דוקא ידה ממש אלא אפילו גנה חצירה כו' מרבינן רשותה ג"כ ע"ש. וא"כ כיון דבכל דוכתא אמרינן בדבר שהוא שלו כל היכא דאיתא ברשותי' דמרי' איתא.
א"כ למה לא יועיל בגט ההקנאה אף שאינו בא לידה או לחצירה הא כיין שקנתה הגט ברשותה הוא. אך הטעם פשוט כמ"ש לעיל דלענין קנין זכות ממון שיש לבעלים בחפץ שפיר כל היכא דאיתא ברשותו הוא מאחר ששלו הוא.
אבל בגט כיון דכ' על איסור הנאה כשר רק ונתן נתינת גט הוא כדאמר גטין כ'. ולענין גוף הגט שלא בתורת זכות ממון כל זמן שאינו בידה ממש לא מקרי שהגט הוא בידה אף שהזכות ממון בידה כל היכא דאיתא מ"מ גוף הגט אינו בידה.
ולכך לא מהני עד שיבא לידה או חצירה שהוא כידה כנ"ל: וא"כ בכסף קדושין שהנתינה בתורת זכות ממון שוב שפיר כשמקנה לה חשיב נתינה ממש לידה דבתורת קנין של הזכות ממון זה הוא בידה כל היכא דאיתא כיון שנעשה שלה. וא"כ לא שייך כלל לפסול מטעם ההיקש דהויות להדדי ג"כ.
כמו דכ' בשטר קדושין על איסורי הנאה דכשר כמו בגט ולא אמרינן דנקיש הויות להדדי שיפסול כמו בכסף דז"א דזה עצמו החילוק שבין כסף לשטר דשטר אינו בתורת כסף.
וזה לע"ד כונת הירושלמי שהביא הרי"ף והרא"ש ריש קדושין הדא דתימא בשטר שאינו ש"פ אבל בש"פ כסף הוא כו' והיינו דלא שייך ההיקש לפסול שטר שאינו ש"פ דהא זה עצמו החילוק בין שטר שאינו כסף ומהני בתורת שטר ע"ש.
וא"כ ממילא גם להיפוך לענין הנתינה בהקנאה לא שייך ג"כ ההיקש דהא אף שלענין קדושי שטר לא הוי נתינה לידה בהקנאה הוא לפי שאינו כסף והשטר לא בא לידה כל שאינו בא לידה ממש. משא"כ בקדושי כסף בההקנאה שמקנה לה שפיר בא לידה דכיון שנעשה שלה כל היכא דאיתא ברשותה הוא לענין הזכות ממון בהחפץ והוי נתינה וכמ"ש הר"ן לענין לשמה דלא שייך בכסף כיון שאינה מתקדשת מחמת טיבועו רק מחמת שויו אינו בדין שיצטרך לשמה ע"ש.

כן י"ל בענין הנתינה בהקנאה כנ"ל. והאיכא מ"ד סוברים דמקשינן גם הויה דכסף לגט כו' דכיון דבגט שהוא נתינת גט לא מהני מחובר ממילא גם בכסף אף שאין הטעם כנ"ל: ובפשיטות נראה דמאי דכ' הר"ן בסוף דאף דאי אקשינן א הויות כו' לגמרי מקשינן כו'. נראה שמפרש שזה עצמו הוא בעי' דש"ס. אי מקשינן הויות שיהיה אופני הקנין שוים וממילא לא בעי לשמה.

או דמקשינן ליציאה כו' אבל להדדי לא מקשינן כלל לענין אופני הקנין דלא מצינו ההיקש רק בכתובות ע"ד לענין תנאי בקדושין כו' ולענין האב זכאי כו' שהוא ענין כלל הקדושין אבל לא באופני הקנין שיהיו שוים. כיון שחלוקים הן זה כסף וזה שטר מה שייך להשוות אותם בפרטי הקנין.

וא"כ למה דפשיט ויצאה והיתה כו' הוא כמ"ש רש"י ז"ל שהרי עיקר שטר למדנו רק מגט אבל הויות לא מקשינן כלל לענין הקנין. וממילא מחובר כשר בכסף כיון דלא מקשינן לגט ולא אהדדי כנ"ל.

ולא קשה.

ולכאורה משמע מדברי רש"י ז"ל שכ' דלכך מקיש ליציאה שהרי עיקר שטר בקדושין לא למדנו אלא מגט כו'. ומשמע דקדושי כסף לא מקשינן.

אך אין ראיה די"ל דרש"י פי' הטעם למה פשיט ליה דמקשינן ויצאה והיתה יותר מהויות להדדי הא אדרבה כל דאיכא לחומרא וקולא לחומרא מקשינן שתהיה מקודשת גם בשלא לשמה וע"ז פי' רש"י כיון דלא למדנו רק מגט סברא יותר להקיש לגט מאהדדי אבל במה שאין כנגדו היקש אחר י"ל מודה דגם קדושי כסף מקשינן: אך למאי דקי"ל כר' יהושע (חולין דף קכ) דדון מינה ואוקי באתרא ופירש"י (זבחים דף צא ע"ב) דבר הלמד בין בגז"ש ובין בהיקש ע"ש.

וא"כ אי נימא דגם למסקנא סבר היקש דהויות להדדי א"כ למה מקיש לגט מאי בכך שעיקר שטר קדושין לא למדנו אלא מגט מ"מ אחר שכבר למדנוהו מגט נוקי באתרא הויות להדדי שלא יצטרך לשמה אלא מוכח דלמסקנא דר"ל ויצאה והיתה לא אמרינן כלל היקישא דהויות לענין הקנין כנ"ל. אך יש לדחות דבכמה דוכתי נראה דקי"ל דון מינה ומינה ע"ש (מנחות דף קו).

עוד יש לחלק: והנה תמיה לי על הר"ן ז"ל שלא הביא הירושלמי שמפו' כדבריו ריש פ' האומר הרי את מקודשת ל' יום אמר ר"י הדא דאת אמר מקודשת בכסף אבל בשטר הואיל ולא למדו כתב קדושין אלא מגט מה גירושין אינה מגורשת אף קדושין א"מ ע"ש. ומבואר דאף לגוף האישות לא מקשינן לגט אלא קדושי שטר ולא כסף.

וגם להדדי לא מקשינן לפסול בכסף. ומכש"כ לענין הנתינה במחובר וע"ש בר"ן פ' האומר ושאר פ' ובש"ע סי' מ' ובח"מ וב"ש שם דקי"ל כירושלמי הנ"ל.
והחולקים שם היינו דס"ל דש"ס דידן חולק גם בגט דאמרינן כיון דפסקה פסקה ע"ש אבל בזה לא מצינו חולק דקדושי כסף לא איתקוש: אך י"ל דסברי כיון דבש"ס דילן (נדרים דף כט ע"א) אמר ומה אם אמר היום את אשתי כו' מי נפקא בלא גט וכ' שם תוס' ורא"ש דפשיטא ליה מדאמרינן בגט כיון דפסקה כו' ומקשינן הויה ליציאה ע"ש ולא מחלק כלל בין קדושי כסף לשטר א"כ ע"כ דפליג אירושלמי גם בזה וסבר דגם כסף איתקוש לגט וגם בבעיא דרבי אבא בגיטין פ' המגרש בשיור דבעי בקדושין האיך ופשיט ויצאה והיתה כו' ע"כ דלא כירושלמי ונהי שאין ראיה להיפוך מש"ס דשם לענין גוף האישות כמ"ש לעיל אבל עכ"פ מוכח דחולק בזה אירושלמי לענין ההיקש ושוב אין הוכחה דלא נקיש גם באופני הקנין בכסף כנ"ל: ומדברי תוס' ד' אהא דאמר מה לכסף שפודין בו כו' שהקשו נימא, קרקע תוכיח כו' דמבואר שמקודשת בקרקע.
אין ראיה כלל די"ל כונתם עציץ נקיב שדינו כקרקע שאין פודין כו' ומקודשת דהוי נתינה גם בגט כדאמר בש"ס להדיא (גיטין דף כא ע"ב) ולכאורה קצת הוכחה מדבעי ר"ל בשטר שלא לשמה ולמה לא בעי במחובר ולאיכא מ"ד א"ש דדוקא בלשמה שבכסף ודאי לא בעי לשמה מבעיא ליה אי מקשינן הויות או ליציאה משא"כ מחובר פסול בשתיהן אבל לר"ן גם במחובר שייך הבעיא אי מקשינן לגט ופסול או לכסף וכשר אך למ"ש לעיל אין ראיה.
דהא מחובר בשטר ממ"נ פסול אי ליציאה מקשינן פסול ואי מקשינן הויות להדדי שוב פסול מחובר בין בכסף ובין בשטר דמקשינן כסף לשטר, ולכדבעי רק בלא לשמה דבכסף ודאי כשר. אבל למה דמסיק דליציאה מקשינן לא מקיש כלל הויות להדדי שוב בכסף כשר גם מחובר כנ"ל: עוד י"ל דאפשר ר"ל לטעמי' דלקמן מ"ד כמחלוקת לגירושין כו' צווח ר"ל ויצאה והיתה כו' דסבר היקישא דויצאה והיתה לכל מילי גם לאופן הקנין, אבל לדידן דלא אשגחו בי' וקי"ל כר"י התם ע"כ דלא איתקוש לאופני הקנין ממילא כשר מחובר.
או כמ"ש רשב"א קדושין דלאו לכל מילי אמרינן היקש דהויה ליציאה ע"ש: אמנם קשיא לי מהא דאמר גטין (דף עח ע"ב) גבי קרוב לה מגורשת לגטין ולא לדבר אחר פריך מדתנן וכן לקדושין ומשני קדושין דכ' ויצאה והיתה כו' וקאי גם אקדושי כסף כמבואר ברמב"ם וש"ע סי' ל' דמה"ט קרוב לה מקודשת וא"כ ע"כ דגם לגוף הנתינה איתקוש קדושי כסף ליציאה ואף דהתם תקנתא דרבנן הוא כמ"ש הר"ן מ"מ הא כ' שם הר"ן הטעם

משום דהקישה תורה הויה ליציאה לכך לא היה אפשר להם לחלק בין גט לקדושין וכיון שתקנו בגט משום עגונא שיועיל יכולה לשמרו הוצרכו לתקן גם בקדושין כיון שהקישה תורה ע"ש.

וא"כ מוכח דגם קדושי כסף איתקוש דאל"ה אין טעם כלל כיון שלא הקישה תורה כסף לגט לענין הנתינה. ומוכח דגם כסף הוקש לענין הנתינה כנ"ל: ואפשר לומר בדוחק כיון דקדושי שטר הקישה תורה והוצרכו לתקן בשטר קדושין שוב לא רצו לחלק בקדושין ותיקנו גם בכסף או דנהי דלא איתקוש מ"מ לא מצינו שיהיה קדושין חמור מגט שיהיה חשוב נתינה בגט ולא בקדושין.

והיא נגד הסברא דאם בקדושי כסף דלא בעי נתינה גמורה לא יהיה חשוב נתינה ביכולה לשמרו ובגט דבעי נתינה גמורה יהיה מהני יכולה לשמרו ולכך מדתיקנו בגט הוצרכו לתקן גם בקדושי כסף כנ"ל. ודוחק דלשון הש"ס משמע מהקישא אתי עלה אולם לשון רשב"א ור"ן שכ' דבריהם אהא דשוה כסף כו' ה"מ מטלטלי אבל קרקע מחובר כו'.

ולא הזכירו הספק שלהם אי בעי נתינה ממש מיד ליד כו'. דגם בתלוש שייך הספק.

הגם שאפשר דעל הנתינה לא הזכירו דאין ראיה מהמשנה שלא יצטרך נתינה ממש. רק אקרקע שא"א בנתינה.

לכאורה מוכח מלשון המשנה סתם שוה פרוטה דגם קרקע בכלל וממילא מוכח דלא צריך נתינה ממש. ולכך כ' דבריהם על המשנה והזכירו קרקע.

אבל עדיין דוחק שלא הזכירו גוף הספק דשייך גם בתלוש ולכך נראה דהא כבר כתבנו דמוכח ממ"נ מהא, דמעמ"ש דמהני הקנאה בקדושין אף שאינו נתינה ממש. אף דלא מהני בגט.

ולרש"י ע"כ מספר כו': אולם לע"ד לשון רשב"א פ"ב דגטין במשנה אין כותבין במחובר אינו כהריטב"א שם שמפרש דהטעם בנותן כל המחובר משום דצריך לקיומי קרא כפשטי' שיתן בידה ממש ומחובר א"א ליתנו לידה ממש ע"ש. ולשון הרשב"א דבעיין דבר הניתן מיד ליד דהיינו תלוש משא"כ מחובר אינו דבר הניתן מיד ליד וכ"כ הב"י סי' ק"כ.

וסבר שפיר דאף דהקנאה היה חשוב נתינה כמ"ש רש"י ז"ל מ"מ מיעטה תורה קרקע שאינו דבר הניתן כו'. והוא ממש כמו מיעוט הירושלמי מספר ע"ש.

וקושית הריטב"א מעבד ועציץ נקוב. כמו שמתורץ לשיטת הירושלמי דע"כ היה איזה חילוק שלא נקיש כאן עבד כמו כן לדידן מקרא דונתן כו'.

וא"כ גם לרש"י ז"ל אף דמועיל קנין בגט היינו בתלוש שהוא דבר הניתן מיד ליד לא צריך מיד ליד ממש משא"כ קרקע כנ"ל. וא"כ שוב מספקא להו שפיר בקדושין די"ל דמקשינן למעט במקנה לה קרקע שאינו דבר הניתן כו' ואין ראיה ממעמ"ש דלרש"י מהני קנין כיון שהוא דבר הניתן כו' ובאמת רשב"א ריש פ' הזורק לא דחה דברי רש"י דקנין אגב בבירור רק כ' דמשמע דלא מהני ע"ש.

ומדוקדק לשונם שהעמידו דבריהם רק על מחובר לקרקע אי מהני בקדושין. אבל בשחר דברים שפיר מהני ההקנאה דחשיב נתינה כדמוכח ממעמ"ש כנ"ל.

ולהנ"ל אפשר דלאיכא מ"ד דפסלי מחובר מ"מ ס"ל דטלי קדושיך מע"ג קרקע מהני דבתלוש שפיר מהני כל הקנינים דלענין זה אפשר דלא מקשינן כיון דהקנאה מהני כמו מעמ"ש. רק קרקע ומחובר נמעט שאינו ניתן מיד ליד כנ"ל וכן לטעם הירושלמי משום ספר.

ג"כ כ' רשב"א שם דאף דקי"ל ספר לספירת דברים מ"מ מדאפקא בלשון ספר ש"מ תלוש דוקא א"כ גלי אונתן דדוקא תלוש. ובל"ז ע"ש (פסחים דף לד) דונתן תלוש כו' וג"כ לרש"י ז"ל אימעוט קרקע אף דמהני קנין ושוב אי מקשינן קדושין לגט אפשר, לפסול קרקע דאף דלא בעי ספר.

מ"מ כיון דגם בגט לדידן לא בעי ספר ואעפ"כ מדאפקיה כו' פסלה תורה מחובר ולאו מטעם ספר, שוב גם בקדושין יש לפסול כנ"ל ובזה מיושב לשון מהרי"ט וב"ש שכ' מחוסר קציצה ולא שייך בקדושין ע"ש שתמוה מה ענין זה לנותן המחובר ולמ"ש י"ל דבשלמא בגט פסול כשכתב על מחובר ומקנה אף דהוי נתינה משום שאינו דבר הניתן מיד ליד כו' ואף דהא כיון שמקנה לה יכולה לקוצצה א"כ מקנה לה דבר הניתן מיד ליד אך הפסול שוב משום מחוסר קציצה כיון שתהיה הנתינה על אחר שתקצץ שיהי' אז דבר הניתן כו' שוב לא עדיף מתלשו בעצמו ונתנו לה דפסול אבל בקדושין דלא שייך מחוסר קציצה א"כ אף שמקנה לה אילן וכה"ג הא נותן לה דבר שתוכל לקצצו וכיון דההקנאה הוי נתינה וקנין מהני גם עכשיו א"כ י"ל דמקרי נותן לה דבר הניתן מיד ליד דהא נותן לה שתוכל לקצצו דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה לענין קנין רק בגט פסול מחוסר אף שבידו ע"ש.

משא"כ לענין קדושין מהני נתינה זו דהא בהקנאה זו נותן לה דבר הניתן מיד ליד ג"כ דבידה לקצצה אי טלי מע"ג קרקע מהני כנ"ל רק דבעי דבר הניתן כו'. וכ' הב"ש שפיר החילוץ הנ"ל דעכ"פ במחובר תהיה מקודשת.

ונהי דקדש בגוף הקרקע לא שייך זה אבל במחובר לקרקע שייך שפיר כנ"ל. דהא ודאי אם היה מקדשה בפירוש בהאילן לאחר שתקצצנו היה מהני למ"ש דהא נותן לה דבר הניתן מיד ליד, דדוקא לאחר שאתגייר כו' מטעם דשלב"ל משא"כ בהנ"ל דבידו.

ושוב גם בסתם מהני דכיון שמקנה יש בו דבר הניתן כו' דמחוסר קציצה לא שייך כנ"ל שאין כאן כתיבה. אך זה שייך בדבר העומד לקצוץ דקי"ל בעומד לבצור כבצורות דמיין.

ולענין גט מ"מ מחוסר מעשה ואינו דבר הניתן מיד ליד בלי מעשה קציצה משא"כ בקדושין שוב חשיב ניתן מיד כו' אבל בדבר שאינו עומד כו'. מ"מ נותן ומקנה לה דבר שאינו ניתן מיד ליד עכשיו בשעת נתינה ועוד דבקרקע גופי' כשמקדשת לא שייך הנ"ל: והנה לטעמא דירושלמי מקרא דספר מה ספר תלוש כו'.

ע"כ מוכח דהקנאה בקרקע חשיב נתינה דאל"כ א"צ למעט מספר בל"ז א"א ליתן. וכ"כ הרמב"ם ז"ל להדיא בה' (גיטין דף כא ע"ב) שכ' אבל ראיתי בירושלמי והוא כו' ברייתא בספרי ותוספתא כו' מה ספר כו' ומיהו בגמ' דילן לא דרשי הכי כו' ומאן דדריש לא נפקא לי ממחוסר קציצה כשנתן לה אילן וקרקע דדמי למניח גט בחצירו וכ' לה מתנה עליו ואפ"ה פסול.

ומחוסר קציצה פסול אחר הוא, גם בתלוש כו' ע"ש וממילא בקדושין כשר. רק לש"ס דילן דהטעם משום נתינה כנ"ל: ולמ"ש לכאורה א"כ אין ראיית הרשב"א בח' ובתשובה סי' אלף רל"ג מוכרחת כלל מהתוספתא דמקדש בעיר הנדחת כו' דמשמע דאי לאו דאיסורי הנאה הוי מקודשת אף שמחובר ע"ש דהא לתנא דתוספתא דמפיק תלוש מספר שפיר מקודשת במחובר כיון דע"כ, חשיב נתינה.

משא"כ לש"ס דילן דע"כ הפסול מחובר משום דלא חשיב נתינה ושייך ההיקש לפסול גם בקדושין. וכיון דחזינן דפליגי בזה ש"ס דילן ותוספתא כמ"ש הרמב"ן ותליא בהא א"כ אין ראיה.

אך רשב"א ז"ל בחדושיו כ' די"ל דלא פליגי דגם לש"ס דידן מדאפקיה בלשון ספר כו' ממעט מחובר. ואם כן ראיה דידיה שפיר: וגם לרמב"ן ז"ל אין הכרח אף דמפיק מחובר מספר שלא יהיה שייך היקישא דויצאה והיתה לפסול גם בקדושין.

ודלא כמ"ש לעיל דאף דודאי לא שייך שיצטרך בכסף קדושין ספר. מ"מ הא גם בגט לא קפיד ספר דוקא.

רק דיליף הירושלמי מה ספר תלוש אף כל תלוש ע"ש הלשון וגלתה תורה שהקפידא תלוש דוקא. וממילא י"ל גם בקדושין ההיקש דיהיה דוקא הנתינה דבר תלוש ומייתי

רשב"א ור"ן שפיר ראיה מהתוספתא דאי נימא דמקשינן הוי' דכסף לגט היה ראוי להיות פסול גם לתוספתא וע"כ דלא מקשינן כנ"ל.
אך אינו מוכרח כלל דכיון דילפינן מספר א"כ הא דממעטינן במחובר הוא משום הכתיבה דוכ' לה ספר כו' כתיב והקפידה תורה שיהיה הכתיבה על דבר תלוש. אבל אין הוכחה על הנתינה והא ודאי דכיון שהקפידא על הכתיבה לא שייך להקיש כסף קדושין לי אה כנ"ל.
אך למ"ש הרמב"ם ז"ל מנין שצריך שיתנו לה בתורתס' כריתות דכ' ס' כריתות ונתן בידה שיהיה הנתינה בתורת ס' כריתות. וא"כ קאי ס' אונתן ג"כ.
שוב נראה דהא תנן במשנה וגיטין דף כא) ר"י אומר עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש. ומייתי לה בש"ס פ"ק דר"י בעי כתיבה וחתימה כו' ותמהו תוס' הא כיון דכתיבה בתלוש ממילא החתימה ג"כ בתלוש ותירצו בכתבו על אילן ואח"כ השריש כו' ופוסל ר"י משום החתימה כו' ע"ש.
ומבורר שם ברשב"א ור"ן וכל הפוסקים דאף שהיה הכתיבה בתלוש והשריש ובטלי ונתן לה ג"כ פסול וכן בירושלמי שהביא רשב"א שם. וא"כ ע"כ אף דאימעוט מספר אימעוט הנתינה ג"כ כדברי הרמב"ם הנ"ל.
וקאי המיעוט דמחובר גם על הנתינה בלא הכתיבה. ושייך שפיר ההיקש כנ"ל גם בקדושי כסף.
וגם מבואר שם ברשב"א להדיא מה שהוכיח דתלוש ולבסוף חברו הוי כמחובר לענין גט כו' דאינו סובר כהריטב"א שצריך נתינה ממש בידה דא"כ מה חילוק בין מחובר מעיקרא או אח"כ. וכן בין בטלי או לא בטלי.
וע"כ דליתא רק סבר כמ"ש לעיל דצריך שיהיה דבר הניתן מיד ליד ומה"ט אימעוט מחובר שאינו דבר הניתן אבל במה שדינו כתלוש הי' ההקנאה שפיר חשיב נתינה ואין ראיה ממעמ"ש כנ"ל. וגם לטעם הירושלמי יש להסתפק בקרקע כנ"ל.
ונראה דקנין אגב ושאר קנינים ודאי מהני בקדושי כסף כשהוא מקנה לה הש"כ בקנין אגב וכה"ג אף להפוסלין בקרקע משום ההיקש לגט. ורשב"א ור"ן סוברים דלא מהני קנין אגב בגט ריש הזורק כו'.
וא"כ לכאורה אי מקשינן גם בקדושין יפסול. וליבעי דוקא בידה.
דהא ליתא דאי שאר קנינים לא מהני א"כ גם מעמ"ש לא יהיה מהני וכיון דמבואר בש"ס להדיא דמעמ"ש מהני בקדושין א"כ ע"כ מהני שאר קנינים ומוכח א' מב' אלו או דלא

מקשינן הויה דכסף לגט או כדעת רש"י פ' הזורק דגם בגט מהני שאר קנינים כיון שהוא תלוש. ושוב אין הוכחה ממעמ"ש שלא נקיש לגט דגם בגט כשר.
ושוב אפשר לפסול מחובר בקדושי כסף ג"כ. אבל בתלוש לפסול שאר קנינים בכסף קדושין הוי תרתי דסתרי.
דממ"נ לדעת רש"י א"כ גם בגט כשר. ולרשב"א ור"ן דפסול בגט א"כ שוב מוכח ממעמ"ש דלא מקשינן כסף לגט כנ"ל [ועי' בב"ש סי' כ"ט ס"ק י' ודוק]: עוד היה אפשר לומר דבתלוש ולסוף חברו לכ"ע מהני בקדושין די"ל דדעת הפוסלין מחובר הוא כדעת השואל בת' רשב"א סי' אלף רל"ג דמה"ט דחה ראיית רשב"א מהתוספתא דעיר הנדחת כו' דהוי תלוש ולבסוף חיברו ואין ראיה למחובר גמור ע"ש.
אבל עכ"פ חלוש ואח"כ חיברו ממ"נ כשר דאי כתלוש כשר ואי כמחובר שוב מוכח מהתוספתא דכל מחובר מהני בקדושין כנ"ל. אך אין הכרח דרשב"א בחידושיו ריש קדושין כ' עוד דחיה על ראייה הנ"ל מתוספתא די"ל משום סיפא דמכרן כו' קתני לה ע"ש וכן כתב בתשובה סי' אלף רכ"ו ע"ש.
וא"כ אפשר דגם תלוש ולבסוף חברו לא מהני. דבאמת אין לחלק הנתינה כמ"ש הרשב"א.
ולא מוכח ממ"נ כנ"ל: והנה לענין גוף הדין לפסול מחובר בתורת כסף לא מצאתי מפורש לא' מהראשונים ז"ל לפסול דמה שהביא רשב"א ז"ל בחדושיו בשם בעל העיטור לפסול.
הנה בבעה"ע שלפנינו לא נמצא כלל כ"א מה שכתב באות ק' בדיני קדושין שפי' מקודם קדושי כסף ואח"כ פי' קדושי שטר וכ' וכי היכי דמקשינן הויה ליציאה לגבי לשמה הכי נמי לענין תלוש כדמוכח פ"ק דגיטין דמקשינן והאיכא מחובר ואסקינן מלתא דאיתא בקדושין לא קתני עכ"ל.
מבואר להדיא מלשונו דדוקא בשטר פוסל מחובר דהא כ' כמו דמקיש לגבי לשמה כי' דקאי רק על שטר. וכן מדלא הזכיר זה בכסף דאיירי אא ולע"ד נראה דמה שהביא הרשב"א דברי העיטור הוא רק שמקיש הויה ליציאה לענין מחובר ומקודם לא היה נראה לרשב"א לחלק בין קדושי שטר לכסף.
וממילא כיון דמקשינן גם בכסף יהיה פסול אבל אח"כ דמסיק הרשב"א חילוק הנ"ל בין שטר דהא דאמר בגיטין דאיתא בקדושין לא תני היינו רק אקדושי שטר משא"כ בכסף שוב אמרינן דגם בעל העיטור סבר כן כפשט לשונו הנ"ל ואף דבת' סי' אלף רכ"ו משמע קצת שסבר כדעת העיטור דאינה מקודשת גם בכסף.

מ"מ אין הכרח דג"כ צדד מתחלה דשוים ואח"כ מסיק לחלק בין שטר לכסף ע"ש. וכן בסי' ת"ר כתב דשטר קדושין כשר במחובר והביא ראיה מהתוספתא דעיר הנדחת.
אף דשם בתורת כסף והיינו דשבר דשויים ע"ש אבל למסקנותם לחלק אין שום ראיה מבעה"ע כנ"ל. ונראה לי שכן הבין רמ"א ז"ל שכ' סי' ל"ב על מ"ש ב"י בשם רשב"א להכשיר שטר מחובר כתב בד"מ שבעל העיטור פליג.
ובכסף לא הביא כלל דבריו: לכך נראה לפסוק דהוי קדושי ודאי בקדש במחובר בתורת כסף כרשב"א ור"ן ופשט דברי תוס' אף שאין הכרח כ"כ כמ"ש לעיל מ"מ פשט לשונם מורה כן. וכן בש"ע ס' ל"ב הביא ב' דעות בשטר משא"כ בכסף וכהב"ש.
וכן פ' רש"ל ביש"ש סי' א'. ומה שתמה על הר"ן שלא הביא דברי תוס' כבר כתבנו דאינו קושיא די"ל עציץ נקוב כו': אמנם נראה דבקידש בקרקע דדוקא בכסף או בשטר דהא צריכה לעשות קנין בהקרקע וכשנותנת לו כסף שקונה עי"ז הקרקע אף דע"י מעשה שלה לא דמי לנתנה היא.
דלא גרע מקבלה דאדם חשוב דע"י קבלתו מגיע לה הנאה. וכן בהנ"ל ע"י קבלתו הכסף קונית הקרקע בעד הקדושין.
או שכותב שטר מתנה על הקרקע ונותן לה השטר מתנה לקדושין. אבל בקנין חזקה יש להסתפק כמ"ש לעיל דהוי כטלי מע"ג קרקע שאין כאן מעשה שלו רק במעשה שלה נעשה הנתינה ולא מקרי ונתן לדעת מהרי"ל שכ' לעיל ס"ק א'.
ולא דמי לכל הנך שע"י מעשה שלו ומקרי ונתן ע משא"כ בחזקה כנ"ל: והב"ש פסק ג"כ בקרקע דמקודשת ובטלי מע"ג קרקע דהוי ספק והיינו מטעם הנ"ל דנהי דההקנאה חשיב נתינה מ"מ צריך מעשה שלו מכי יקח כנ"ל. וכמ"ש לעיל ובלא שום קנין רק שאומר לה ה"א מקודשת בקרקע זו נראה פשוט דלא הוי קדושין דבמאי קנתה דאין לומר כיון דקדושי אשה בפרוטה הוי זה עצמו כנתנה לו כסף מה שמתקדשת ועי"ז הוא קונה הקרקע דז"א דמה בכך שאם תהיה מקודשת תקנה אבל איך יתחילו הקדושין כיון שבלא הקדושין אין כאן נתינה כלל.
ולא שייך הכא גיטה וידה באין כא': וכן מוכח מש"ס (קדושין דף יט ע"א) דאמר בקדושי יעוד דמלוה שיש עליה משכון מקודשת בתוס' שם. דע"כ לאו בהקנאת גופה מקדשה דבמה יצאה בלא שטר ובלא הפקר כו' ע"ש.
והא כיון דיוצאת בגרעון כסף א"כ בקדושין אלו נותנת לו הכסף ושוב יוצאת בגרעון כסף ושפיר תתקדש במה שמקנה לה גופה ויועיל על ידי הקדושין ומוכח כנ"ל כיון דבלא

הקדושין אין כאן כסף איך יתחילו הקדושין שיהיה נקרא גרעון כסף וכנ"ל: (ג) פרוטה כ' ב"ש בשם המרדכי דאין מקדשין לכתחלה במטבע.
וכ"כ ב"ש לקמן סי' ל"א ס"ק ה'. וכ' עלה דהיינו מדרבנן אין מקדשין.
ובמרדכי שלפנינו לא נמצא כן רק לשונו פ"ק דקדושין גרסינן פ' הזהב דעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה ע"ש האיך מקודשת במטבע שיש עליה צורה עכ"ל. ונראה שהיה לב"ש גירסא דאין במקום האיך.
אולם כמו שבמרדכי שלפנינו מדוקדק שהרי הרמ"א ז"ל בד"מ סי' ל"א הביא דברי מרדכי אות באות כנ"ל. ולא כ' כלום שלא לקדש במטבע בש"ע.
ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן. שמה שמבואר במשנה בפרוטה כו' כנסי סלע זו כו' וכמה דוכתי שדוקא בדיעבד.
ולחד טעמא בש"ס [י"א] טעמא דב"ש בדינר תקנת חכמים שלא יהיו ב"י כו'. וא"כ ע"כ לדידיה בדינר כו' מקדשין אף מדרבנן וכן פרוטה לב"ה.
וממילא גם לשאר טעמים כן דלא פליגי בזה כלל: והנה קושית המרדכי אינו ממה דאין מטבע נעשה חליפין דזה הטעם דצורה עבידא דבטלה הוא כמ"ש רש"י ז"ל שם דהוי כדבר שאינו מסוים ולא הוי דומיא דנעל כו'. ולא שייך טעם זה רק בקנין חליפין דבעי דומיא דנעל משא"כ שאר קנינים.
אולם כונת המרדכי לע"ד מהא דקי"ל אין מטבע נקנה בחליפין ג"כ וע"ז לא שייך כלל הטעם דאינו מסוים ואינו דומה לנעל דהא כל הדברים נקנין בחליפין אף דלאו כלי כמבואר בש"ס שם להדיא שעל דבר הנקנה א"צ נעל. ואין טעם אחר רק דהא דדעתיה אצורה וצורה עבידא דבטלי הוי כדבר שאין בו ממש כמ"ש הנ"י כיון דעבידא דבטלה שהמלך פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת כו' לית בה מששא וה"ל כאותיות שאין גופן ממון ומ"ה אינו נקנה בחליפין.
ואם כן בקדושין ובקרקע ג"כ לא יועיל. אך הנ"י שם יישב זה דדוקא בחליפין שרוצה מטבע זו דמקפיד שיהיה בעין אמרינן דעתי' אצורתא כי', משא"כ כשמקבלו בתורת דמים דהתם לא מקפיד שיהיה בעין ולפיכך קרקע נקנה בכסף ואשה מתקדשת נמי בכסף כו' ע"ש.
והנה עדיין אינו אובן דזה שפיר כשמקנה לו מטבע בעין כו'. אבל לענין נעשה חליפין שנותן לו המטבע שיקנה חפץ אחר מה ראיה יש שזה מקפיד דוקא מחמת הצורה נימא ג"כ דנוטלו מחמת שויו דבשלמא לחד תירוץ תוס' שם דמה שמטבע חשיב כלי הוא

משום שיוצאה בהוצאה א"ש דענין שהוא חשיב כלי הוא רק מחמת הצורה וכיון דעבידא דבטלי לא מהני ואינו מועיל דאי דעתו רק על הכסף שוב לאו כלי הוא.
אבל התוס' דחו שם והעלו דגם אסימון הוי כלי שראוי לתלותו בצואר בתו. וא"כ נהי דאי הוי ידעינן דדעתיה אצורתא היה שפיר כמ"ש רש"י דחשיב דבר שאינו מסוים או דבר שאין בו ממש כמ"ש הנ"י.
אבל זה גופא מנין לנו דדעתי' אצורתא הא אין ראיה שמקפיד במטבע זו דוקא כיון שנותן לו המטבע וע"כ דאף שנותן המטבע מיד ליד אמרינן בסתם מטבע דעתי' אצורתא וא"כ גם בקרקע וקדושין נימא דדעתיה אצורתא. ורש"י ז"ל פירש שם (דף מה ע"ב) משום דדעתיה אצורתא, כו' דעתו של מקנה החפץ ונוטל המטבע בחליפין אינו סומך אלא על הצורה שבו שאין המטבע חשוב אלא ע"י הצורה כו' ועבידא דבטלה שהמלך פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת כו' והוי כאינו מסוים וממעטינן מנעל כו'.
וא"כ למסקנא דאינו נקנה ג"כ וע"כ משום דהוי דבר שאין בו ממש כנ"י הנ"ל. ואעפ"כ ע"כ בהא דאינו נעשה הוא משום דאף שמקבל המטבע מיד מ"מ דעתיה אצורתא.
דהא אם לא היה דעתיה אצורה היה שפיר נקרא דבר המסוים דאל"כ לא היה צריך לומר בהא דאינו נעשה חליפין דדעתיה אצורה רק דהוי דבר שאינו מסוים וע"כ כנ"ל. וא"כ שוב למסקנא גם בענין קרקע וקדושין שייך דדעתיה אצורתא אף שמקבלו מיד ושוב אינו נקנה משום דהוי דבר שאין בו ממש.
ובקרקע לא קשה דכיון שפוסק דמים מקודם שמוכר בכך וכך כמ"ש רי"ף שם פ' הזהב א"כ מורה זה שאין דעתו אגוף המטבע רק בתורת שוויו שרוצה בתשלומי הקרקע ולכך כשנותן אחר כך הכסף בתורת תשלומין לא אמרינן דעתו אצורתא כו' משא"כ חליפין שאינו פוסק מקודם דמיו כמ"ש הרי"ף ז"ל החילוק כן אך בקדושין דג"כ אינו פוסק מקודם רק שמקדשה במטבע ונותן לה אין הוכחה שאין דעתה אצורתא כנ"ל, וכיון דמסתמא דעתו אצורה לא יועיל כנ"ל: אמנם הטעם פשוט כמ"ש תוס' (ב"מ מ"ו) דבסתם אינו בתורת חליפין רק בתורת שוה דמים ורק כשמפרש בתורת חליפין אז אמרינן שדעתו על גוף הדבר שלא בתורת שוויו דענין חליפין הוא כן שזה רוצה בגוף דבר זה וזה בחפץ השני דמה"ט אין אונאה.
וכן מהני פחות משוה פרוטה. ומה"ט מורה קנין חליפין שדעתו אצורתא דאותו קפידא שחפץ במטבע זו דוקא מורה שרוצה דוקא בצורה זו שבמטבע שבל"ז אין חילוק בין זו לאחרת אם בתורת שווי הדמים ולכך לא מהני אף אם יפרש שאין דעתו אצורתא כיון

דגוף הקנין מורה להיפוך כיון שמפרש בחליפין אין קנין זה יכול לקנות דהקנין שיקנה מטבע זו שמורה על הצורה הוי דבר שאין בו ממש.
משא"כ בסתם שנותן מטבע כל שאינו מפרש בחליפין הוא בתורת דמי שווי המקח כדרך המוכר חפץ שרוצה לקבל דמיו כדברי תוס' (ב"מ דף מו) ד"ה ש"מ דגם לגרע כח הקנין אמרינן מן הסתם בתורת דמים ודוקא מפרש בתורת חליפין או עמ"ל כדרך חליפין כו' ע"ש וכן משמע לשון הרי"ף ריש הזהב ע"ש ולכך אף שרוצה מטבע בעין היינו משום שרוצה באותו השווי שיוכל להוציאן אבל רק בתורת שווי החפץ.
ושפיר מהני בקנין קרקע וקדושין בסתם אף שאינו פוסק דמים מקודם. וזה מוכרח דא"כ בקדושין כשמקדשה בחפץ למאי דקי"ל דאינה מתקדשת בחליפין ועיקר החילוק, הוא דכשמקדשה בחליפין היינו שהיא רוצית בחפץ זה והוא בקנין האשה זה לא מהני ודוקא בתורת דמי כשאר שווי המקח שמתקדשת בעד הדמים לא בתורת שרוצית בחפץ זה דוקא.
וא"כ בכל קדושין בשוה כסף בסתם כיון דלא צריך שומא מנין לנו שדעתה בתורת דמים כיון שנותן לה החפץ מיד שמא מתקדשת בשביל שרוצית בגוף החפץ שלא בתורת דמים ובתורת חליפין כיון שאומר סתם שתתקדש בחפץ זה. וע"כ דבסתם כל שאינו מפרש בתורת חליפין לא אמרינן כלל שיהיה דעתם בתורת חליפין רק בתורת שווי דמים כנ"ל וכן מבואר לשון רש"י (קדושין דף ג ע"ב) הילכך בטל כו' ואפילו ש"פ אי יהיב לה בלשון חליפין עד דיהיב בלשון קיחה או קנין או קדושין כו' ע"ש מבואר שהחילוק שלשון תליפין מורה על קנין שחפץ בגוף הדבר כנ"ל משא"כ סתם קנין כו' וממילא גם במטבע כן שכמו שבחפץ אנו אומרים בסתם בקדושין ע"כ שאין הכונה רק בתורת דמים מכש"כ במטבע דבסתם בתורת דמים ושווי כנ"ל.
אף למ"ד פ' שבועות הדיינין דמטבע הוי מטבע דוקא ולא שוה. היינו שהקפידא שיוכל להוציאן אבל לא מטבע זו דוקא ע"ש: אמנם עדיין קשיא לי דבפרוטה של נחושת איך מקודשת הא בלא השווי שמחמת טיבועו אינו שוה פרוטה רק מחמת טיבועו של הצורה וא"כ בשלמא בקנין חליפין אי לא דעתי' אצורה היה מהני דהא קונה אף שאינו ש"פ משא"כ בקדושין הא כיון דפחות מש"פ לא מהני א"כ בפרוטה ע"כ דעתה על הצורה ג"כ דאותו השווי שמחמת הצורה הוי דבר שאין בו ממש ואינו נקנה איך תהיה מקודשת.
ואף שאם תקנה גוף הנחושת ממילא יהיה לה השווי שמחמת הצורה ג"כ מ"מ לא מהני דהא הרשב"א בתשובה סי' אלף רל"ג הוכיח דבקרקע מקודשת מהא דקידש בעיר כו' אף שיש תלוש ומחובר והוכיח מהא דמלוה ופרוטה דמקודשת רק משום דדעתה אפרוטה

לחוד אבל אם היה דעתה אתרווייהו אמלוה ופרוטה לא היה מהני וכן בתלוש ומחובר שדעתה על שתיהן וכיון דבקרקע אינו נקרא נתינה ולא מהני ע"ש דאף שאם דעתה על התלוש יהי' ממילא גם המחובר שלה מ"מ לא מהני כנ"ל.

וא"כ גם במטבע פרוטה כיון דע"כ דעתה על השווי שמחמת הצורה ג"כ דבל"ז אינו שוה פרוטה. והשווי שמחמת הצורה דבר שאין בו ממש ממילא לא יועיל כנ"ל: והנה לכאורה למה לי' להנ"י לחלק בין תורת כסף לחליפין הא בל"ז נהי דהוי כשטרות שאין גופן ממון מ"מ לא גרע משטר שכתוב בו לכל מי שמוציאו דהא גזירת המלך שמי שיש לו כסף צורה זו שוה כך.

ושטר כזה נקנה במסירה לחוד אף שאינו נקנה בחליפין כמבואר בח"מ סי' ס"ו. וא"כ שפיר אף דאין מטבע נקנה בחליפין מ"מ כשנותן המטבע נקנה, אך ע"כ סבר דגרע דהא קי"ל השף מטבע של חבירו פטור אף דשורף שטרותיו חייב כמבואר בטור וש"ע סי' שפ"ו לתוס' והרבה פוסקים.

וכן להפ' דשטרות נקנין בחליפין ע"ש מ"מ מטבע אינו נקנה. וע"כ כמבואר בב"י וש"ע סי' ס"ו בחותם מהמלך לגבות הכנסת כפר א' כו' שכ' שאינו נקנה בשום קנין כיון שאינו חוב על המלך רק רשות וזכות ע"ש וכן מחמת הצורה זכות זה הוא ממילא מי שיש לו צורה זו אבל אינו דבר הנקנה בקנין כמו דירת בית ואייר חצירו וכן כללם בש"ע סי' ר"ג מטבע כו' ודירת בית ע"ש.

ולכך הוצרך הנ"י לחילוק הנ"ל. וממילא קשה בפרוטה וכן שאר מעות מטבע של נייר וכה"ג שאין גוף הדבר שוה פרוטה רק מהצורה שבו כנ"ל: ובפרט למ"ש תוס' (קדושין דף נב ע"ב) גבי מקדש בחלקו דאינה מקודשת משום, דמשלחן גבוה קא זכי ואף שיש לה הנאה השוה פרוטה שתוכל לאכלו מ"מ כיון שאין הנאה מממון שלו רק שנותן לה שתהנה משלחן גבוה לא מהני דמקדשה במה שאינו שלו ואינו דומה לעושה כפועל ודיבור לשלטון דההנאה משלו ע"ש וממילא גם השווי שמחמת הצורה כיון שאינו נקנה אף שיהיה לה זכות זה שמחמת גזירת המלך ממילא לא יועיל כמו מקדש בחלקו הנ"ל. שההנאה שיהיה שוה פרוטה שהוא מחמת שווי של הצורה לא יהיה לה בתורת של המקדש מאחר שאינו נקנה רק מגזירת המלך שכשיש לו צורה כזו כו' יהיה שוה כך: אמנם נראה הטעם דאף דהצורה הוי דבר שאין בו ממש והשף מטבע של חבירו פטור מ"מ חזינן כשמזיקו כל המטבע צריך לשלם הכל גם השווי שמחמת הצורה ואף למאן דפטר שורף שטרותיו של חבירו.

ולא אמרינן שעל אותו השווי שמחמת האורה יהיה כשורף שטרות. ולא יהיה חייב לשלם רק גוף המתכות.

וכן לדידן בשומרין דאימעוט שטרות אם כן במטבע לא יהיה חייב באחריות רק על שווי גוף הדבר דעל השווי שמחמת טבעו הוי כשטרות שאינו חייב באחריות. ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן: ועוד קשה לענין שבועה דאמר ריש פ' שבועת הדיינים דבעי כפירה טענה ב' כסף מקרא דכסף או כלים כו' אף כסף ב' ומטבע הפחותה שבתורה היה מעה כסף ולכך צריך ב' מעין כו' ותוס' שם (דף מ) ד"ה בטענו בדינר כתב להדיא דמסתמא שוה פרוטה הטיבוע של ב' מעין ע"ש וא"כ כיון דשטרות אימעוטי מדין שבועה א"כ חשרה לה טענה משתי כסף דאיתי השווי מב'מעין יש בו ש"פ שטרות השווי שמחמת הצורה א"כ הוא תובע ב' מעין פחות פרוטה שוה כסף ופרוטה שטרות ואין פאן ב"כ לחייבו שבועה.

ואין לומר כיון דהפי' בתורה מטבע ב' מעין א"כ בהכי חייב רחמנא שבועה. דז"א דא"כ מוכח דבתבעו כסף ממש יהיה די בשתי כסף פחות פרוטה לחייב שבועה דהא בהכי חייב.

וע"כ דליתא דהא מבואר סי' פ"ח ובכל הפוסקים דבעינן גם בכל דבר שיהיה שוה שתי כסף ממש ועוד בה' סלעים דפדיון הבן הא קי"ל אין פודין בשטרות ובצרי לה מה' סלעים אותו השווי של טיבועו. וכן בחילול מעשר דאמר (ב"מ דף נד) דמחללין על פרוטה אף דממעט שטרות ע"ש: ולכך ע"כ דאין זה שני דברים נפרדים הכסף והצורה שיש עליו בטיבועו.

רק דכל זמן שהצורה על הכסף נקרא הכסף כסף שיש עליה צורה ושוה הכסף כך דכיון שהצורה תלויה בהכסף ואינו דבר בפני עצמו שוה כסף זה כך כשיש עליו אותו צורה וחשיב הכל גופו ממון וכשמזיקו משלם הכל רק בשף מטבע שהפריד הצורה לבד והפרידו מהכסף והצורה לבד דבר שאין בו ממש ואף שהכסף עצמו נפחת משוויו ע"י כן מ"מ לנגד הכסף עצמו הוי היזק שאינו ניכר ולא מקרי זה מעשה בגוף הכסף.

משא"כ כל זמן שאינו נפרד כנ"ל ולכך פודין וכנ"ל. וממילא מיושב החילוק של הנ"י ג"כ דדוקא בחליפין דדעתיה אצורתא לבד וממילא כמו דמבואר בש"ע וסי' ס"ו ובטור שם במכירת שטר כשאינו מועיל במסירה לחוד אינו נקנה גם גוף הנייר משום שאין דעתו לצור עפ"צ והנייר נגרר אחר השיעבוד וכיון שדעתו על החוב ולא קנה לא קנה גם הנייר וגם במתנה הדין כן.

ולכך גם בחליפין במטבע כיון דדעתיה אצורה והצורה לבד אינו נקנה דהוי דבר שאין בו ממש ובקנין זה הכסף נגרר אחר הצורה כיון שדעתו אצורה וממילא אינו מועיל. משא"כ בשאר קנינים שדעתו על הכסף שוב אף ששוה פרוטה רק מחמת טיבועו מ"מ כיון שהם ביחד שוה גוף המטבע פרוטה ודעתו על הכסף שיש עליו צורה ששוה כך שפיר מהני הקנין ולא הוי כלל דבר שאין בו ממש דשפיר המתכות עצמו שוה פרוטה כשיש עליו צורה כזו כיון שאין דעתו על הצורה לבד כנ"ל: אמנם עדיין יקשה לשיטת תוס' ורא"ש ורמ"א סי' שפ"ו דאף דשורף שטרות חייב מ"מ שף מטבע פטור.

ואי נימא כנ"ל דכל שיש הצורה על המטבע שוה הכסף יותר. א"כ למה יהיה פטור הא הוי היזק ניכר בגוף הכסף שהיה שוה יותר ופחתו דהא צורם אוזן אי הוי סתם קיימא למזבח הוי היזק ניכר וכה"ג וע"כ דגם כשהצורה עליו חשוב לדבר נפרד.

ולכך פטור על הצורה דאין בו ממש והכסף הוא כמו שהיה. אך הא גם אי חשוב לדבר נפרד אינו מובן למה יהיה פטור למה גרע משורף שטר.

ועוד הא חזותא דמיבעיא בש"ס (ב"ק דף קא) אי יש שבח סממנין כו'. דחזותא לאו מלתא כו'.

ואף דהוי דבר שאין בו ממש מ"מ אם א' מעבירו ע"י צפון חייב לשלם לבעל הצמר כמבואר בש"ס (ב"ק דף צט) בנותן לצבע כו' דאי אין אומן קונה בשבח כלי דמי צמרו ושבחו בעי למיתב ליה כו'. ואף דהשווי שמחמת החזותא אין בו ממש.

מ"מ בעל הצמר החזותא שלו ושוה הצמר יותר ויש לחלק קצת שמ"ה הוא דבר נוסף על הצמר ע"י הסממנים. ועי' בהרא"ש בת' כלל מ"ב סי' ו' בנותן טבלא לאומן לצייר דאינו יכול לאסור דכיון שאין בו ממש לא שייך אומן קונה כו': אמנם עיקר נראה בדעת תוס' שם כמ"ש רש"ל בישו"ש ב"ק פ' (הגוזל ק) סי' י"ז דהטעם כיון ששוה למשקל הראשון אלא שהוזל מעט מחמת פחת הצורה ואי רוצה הניזק ליתן השכר יעשה ממנו מטבע כבראשונה כו' וכ' בשם המרדכי כל דבר שהוא בעין אלא שאינו שוה למכור כמו שהיה מתחלה הוי גרמא כו' כמו זורק מטבע למים צלולים אף שצריך ליתן שכר לבר אמוראי לטלו והשף מטבע שצריך לתת שכר לצורף ע"ש.

הגם שאינו מבואר היטב החילוק נראה לע"ד כמ"ש רש"י ותוס' ריש פ' הזהב אסימון קונה את המטבע כו' ופירש"י דנעשה עגול ומוכן לצור עליו הצורה ופי' תוס' דחשוב יותר מטבע מפסלתו מלכות כו' כיון שעשוי כתיקון המטבע היוצאת ואינו חסר רק צורה ובדבר מועט יטביעו הרבה ע"ש תוס' ד"ה הזהב וד"ה אסימון כו' כתבו ג"כ כיון שנעשו ברוחב ועובי כו' ובדבר מועט כו'.

וכ"כ תוס' (בכורות דף:) ל) ד"ה דמזדבנא בסוף דשכר ההטבעה א' מכ"ה ע"ש. ולכך שף מטבע כו' עדיין שם מטבע עליו דגם בלא הצורה כיון שנעשה ברוחב ועובי כו' נקרא מטבע רק שגורם שצריך ליתן שכר הטבעה הוי כמו בר אמוראה הנ"ל ופטור.

וא"כ ממילא כל שהצורה עליו נקרא שפיר כסף השוה כמו שהוא עם הצורה שהכסף עצמו כמו שהוא מתוקן הוא עומד לכך להטביע עליו ושפיר גופו ממון עם הצורה כנ"ל: ונראה דכל מטבע דמיירי בש"ס הוא כן שהמשקל שוה כסף זה רק הטיבוע לסימן שהמשקל כן ונחשב שכר ההטבעה כנ"ל. והצורה ע"פ גזירת המלך.

ולכך דוקא בחליפין דעתי' אצורתא לבד מדמקפיד כנ"ל דוקא במטבע זו. משא"כ בנותן הכסף בתורת דמים דעתיה על הכסף שיש עליו הצורה והוי גופו ממון לכל הדברים כנ"ל: וממילא יש להסתפק במעות נייר וכה"ג שאין בו שווי כלום בגופו רק גזירת המלך שיצא בהוצאה דנראה דמחק הצורה חייב ולא דמי לשף מטבע כו'.

דבזה אין שם מטבע עליו כלל רק נייר וכמוחק שטר של חבירו דהוי כשורף. וממילא עיקרו הצורה וי"ל דאין פודין בו ולענין פשיעה שומרין ושבועה וכה"ג אפשר דלא אימעוט רק דבמה שנאבד השטר לא נאבד גוף החוב עדיין משא"כ מטבע הנ"ל שנאבד גוף החוב אך הא בפדיון אימעוט אף אי מכירת שטרות מה"ת ומקנה לכהן גוף החוב.

וי"ל דדוקא במחוסר גובייגא משא"כ הנ"ל. ואינו מוכרח: גם י"ל כיון דדינא דמלכותא דינא כמו דחשיב (ב"ק דף צז) פסלתו מלכות לנסדק כן מהני הדינא דמלכותא לשוי' גופו ממון כשהצורה עליו כיון שיוצא בהוצאה אך הנ"י ע"כ לא ס"ל כן דהא מה"ט כ' שאינו נקנה בחליפין.

ובאמת למ"ש רשב"א בת' סי' אלף ק"ד ס"ל דלפירש"י גם במאי דאין מטבע נקנה בחליפין ג"כ הטעם משום דבר שאינו מסוים א"כ אין צורך כלל לטעם הנ"י שיהיה דומה לשטרות וי"ל שפיר בכל מטבע דחשיב גופו ממון דמסברא כיון שיוצא בהוצאה לכל דבר לא גרע משאר שוה כסף דילפינן שהוא כסף.

וגם מסברא לר"ן ז"ל ריש קדושין וכן בש"ס גיטין גבי איצטלית דאמרינן מה לי הן מה לי דמיהן כו' כיון שיכולין לקנות בעדו איצטלית כו'. וכן כסף עצמו אף שהשווי מחמת טיבעו עכ"פ כיון שיכול לקנות הכל והוא עיקר היוצא בהוצאה איך יהיה גרוע משאר שוה כסף.

גם די"ל דילפינן מכל הדברים שהצריכה תורה כסף דהיינו מטבע היוצאת ומיעטה שטרות כמו פדיון וחילול מעשר וכה"ג, א"כ מוכח דהכסף עם השווי שמחמת טבעו

אינו כשטרות כיון דלעולם במטבע יש איזה שווי מחמת טיבועו וע"כ דחשיב גופו ממון. וממילא יש ללמוד בכל מטבע כן אף שאין בו שווי מצד עצמו כלום.

דהא גם בשטרות כ' תוס' (ב"ק דף עא ע"ב) דעדיף מדבר הגורם לממון משום ששוה למכור לכל אדם ע"ש וא"כ נהי דמ"מ חשבינן לשטרות אין גופן ממון היינו משום שאינו יוצא בהוצאה רק שיכול למכור אותו הגורם לממון משא"כ מה שיוצא ואינו מחוסר גובייגא כלום י"ל דחשיב גופו ממון.

ועוד דהא בכל הני דממעטינן שטרות מכלל ופרט כו' הוא משום דכ' כסף לפרט והיינו מטבע היוצאת ומרבינן שוה כסף כעין הפרט שיהיה מטלטל וגופו ממון א"כ כיון דחשיב דבר שאינו יוצא רק שוה כסף למכור כעין כסף י"ל דכ"ש מטבע ממש דהוא כעין הפרט דכסף דיוצא בהוצאה. ומ"מ נראה דלא לפדות במטבע נייר וכה"ג שעיקר שווי מצד גזירת המלך, דברשב"א ריש הזהב ובס' א"ז שם פי' דברי רש"י אסימון קרוי או של מתכות ואין עליו צורה או של עץ ויש עליו צורה דאין שם מטבע בתורה רק של מתכות ויש עליו צורה כו' ע"ש.

והיינו דבר שיש בו שווי מצד עצמו וכן לילדותי' דרבי דהבא דחשיב הוי כסף פירי לגבי' אף שיוצא בהוצאה יותר מזהב. וכן נחושת לדידן לגבי כסף אף דסגיין טפי מכספא.

א"כ חזינן שתלוי יותר בגוף חשיבות עצמו להיות נקרא כסף יותר מחשיבות מה שיוצא בהוצאה ואף לזקנותי' דרבי כספא דיש בו שתיהם כו'. וא"כ ממאי דמרבינן שוה כסף כעין הפרט מה שגופו ממון ושוה למכור.

אין ללמוד מזה מה שאין בו חשיבות מצד עצמו כלום אף שיוצא בהוצאה דשפיר אינו דומה לכסף יותר משאר שוה כסף כיון ששם כסף קרוי על שתיהן שיש בו חשיבות ויוצא בהוצאה: וממה שאמרה תורה סלעים שקלים כו'. אין ראיה כלל דנראה עיקר כמ"ש לעיל שהיה המטבע רק במשקל כמבואר בש"ס(בכורות דף נ) דהוי ליה כ' מתקלי במתקלי דינרי כו' ע"ש.

ובתוס' (נ' ע"ב) ד"ה כל שמה שתירגם עשרין מעה על גרה כו' היינו שהמשקל גרה האמור בתורה היה שוה מעה בימי אונקלס ע"ש, וכן פירשו הגאונים הכל במשקל והרמב"ם ז"ל דגרה הוא משקל גרגר כו'. וא"כ אמרה תורה רק דבר שגופו ממון ממש, ואם הפי' בתורה על זהב לילדותיה דרבי כמ"ש תוס' פ' הזהב דהפי' בתורה ג' רבע דינר זהב א"כ כבר השיעור שיהיה שוה ה' שקלים כסף עם השכר טיבועו כמ"ש ר"י ב"ר נתן בתוס' בכורות שם ד"ה דמזדבנא כו'.

ואף למאי דקי"ל דכספא טיבעא ושיערה תורה בשקלים ממש מ"מ היה רק הצורה רק שכר הטבעה א' מכ"ה כמ"ש תוס' והיינו לידע שהמשקל כן. ושפיר נקרא גופו ממון כמו שאר אומן קונה בשבח כלי.

וגם אי אינו קונה בגוף הדבר מ"מ השבח של בעל הכסף. כמו חזותא אף שאין בו ממש מ"מ הוי גופו ממון צמר צבוע כיון שצריך ליתן שכר לצבוע כן שוה ממש זה הממון.

ואינו מזיק כלל מה שהמלך יכול לפסול הצורה דמ"מ עכשיו שוה ממש זה הממון. ואין להקדש אלא מקומו ושעתו.

ועוד דאף שיפסלנו מ"מ הצורה שהוא לסימן שהמשקל כן עדיין יהיה הסימן ויהיה שוה כסף זה כמו שהיה שוה. רק שלא יצא להדיא מצד הנזירה ואין זה מגרע השווי, והיינו טעמא דאמר בש"ס (ב"ק דף לך הוציאו במישן כו'.

ואי במטבע שכל שויו מחמת הצורה איך שייך. כיון שפסלתו מלכות איך יכול להוציאו במקום אחר.

וע"כ כמ"ש שבמקום שאין הגזירה שפיר הסימן של הצורה שעל משקל זה ששוה כן יהיה באמת שוה כסף זה. רק במקום זה מצד גזירת המלך אינו יוצא וכאלו גזר המלך על כסף ממש שלא יוכל להמכר שמ"מ כל זמן שלא גזר ודאי דחשיב גופו ממון אף שיכול לגזור שלא יהיה שוה כנ"ל.

וא"כ בזה שפיר גם הדין דשף מטבע של חבירו פטור דהשווי משקל ממש כמו שהיה רק השכר הטבעה להיות נודע לכל המשקל זה חסר וצריך ליתן שכר להטביעו והוי רק גורם כמו בר אמוראי למשקל כנ"ל: וא"כ אין שום ראיה מכל הנ"ל על מטבע שכל שויו רק מחמת גזירת המלך כמו נייר וכה"ג או גם מתכות רק שאין המשקל שוה כלל בערך שיוצא המטבע דעיקרו הצורה וכשהמלך פוסלו אינו שוה כלום י"ל שפיר דאין זה גופו ממון רק כמו שטרות.

ואף שיכול להחליפו בכסף ולקנות בו מ"מ לא מהני לשוי' גופו ממון ואין כאן רק הזכות משום דינא דמלכותא. והא בב"ק (דף צח ע"ב) מחלק הש"ס דשור הנסקל וחמץ בפסח אף שאסור בהנאה מ"מ בגורם לממון חשיב עיקרו ממון נגד שטרות ופירש"י כיון שבתחלתו ממון הוא ואף דעכשיו אינו שוה כלום גורם לממון הוא אבל שטרות דמעולם לא היה גופן ממון כו'.

וא"כ כמו דהאיסור הנאה שמגזירת התורה אינו מסלק השווי עיקר שלו מכש"כ שהשווי שמגזירת המלך לא משוי אותו גופו ממון אף ששוה לקנות ולמכור מ"מ אינו רק גורם לממון כמו שטרות. לזאת לע"ד שאין לפדות רק בכסף ושוה כסף ממש.

גם לענין פשיעה ושאר דברים צ"ע הרבה. ומהתימה שלא ביארו הפוסקים כלל בזה: אמנם לענין פדיון נראה הטעם שלא חילקו הפוסקים במטבע דבשאר מטבעות שעכ"פ שוה פרוטה המתכות שבו י"ל דמהני דלא גרע מטלית בדרכו להתייקר בו דקי"ל דמהני לדידי שוה לי כשמקבלו הכהן בה' סלעים.

והא המטבע עכ"פ כיון שיוצא בשווי ה' סלעים שוב יכול הכהן לקבלו בה' סלעים ושייך לדידי שוה לי על גוף הכסף ולא דמי לשטרות. רק במטבע נייר שאין גוף הנייר שוה פרוטה דבזה לא מהני לדידי שוה לשוי' עלה תורת כסף כמ"ש הר"ן פ"ק דקדושין בזה יש להסתפק כנ"ל: והנה לענין קדושין למ"ש אין ראיה מהמשנה וגמ' שמבואר דמקדשין במטבע דהיינו במטבע דהוי גופו ממון שרק הטיבוע על המשקל ובזה לא אמרינן דעתה אצורתא כיון שהוא בתורת שווי דמים.

משא"כ מטבע שאין בו שווי רק מחמת הצורה דבזה ודאי דעתה אצורתא י"ל דהוי דבר שאין ממש כנ"ל ואין ראיה: אמנם נראה עיקר דבקדושין אין לחוש דכיון דמהני גם בשט"ח ובמעמ"ש כו'. ולא בעי גופו ממון רק שוה כסף למה לא יהיה מהני במטבע.

דמה דמשמע מדברי הנ"י שלא יועיל שום קנין במטבע לכאורה הוא דבר שאין לו שחר כיון דקנין אגב מפורש בש"ס דמהני אין סברא כלל לומר שלא יועיל משיכה ומסירה מיד ליד אף דבשטרות מצינו כן. והא מפורש פ"ק דב"מ הגביה ארנקי מלא מעות דקנה בהגבהה.

וגם מפורש שם דגם מן ההפקר קני והא בשטרות לא מהני מההפקר שום קנין. ועכ"פ צ"ל משום דינא דמלכותא כיון שזוכה בגוף הדבר זוכה בשווי הצורה משום דינא דמלכותא שמי שיש לו זו המטבע הזכות שלו כנ"ל ומוכח עכ"פ דאף באותן מטבעות שע"כ דעתו אצורה ג"כ יש איזה קנין אף דע"ז אין הוכחה מש"ס שם.

מ"מ הוא נגד הסברא שלא יועיל שום קנין במטבעות אלו שהן מדינא דמלכותא. ועיין ביש"ש קדושין פ' האומר באותן הזכיות שמחמת המלך שנקנין ג"כ מצד דינא דמלכותא: ולכך נראה דגם הנ"י מודה כנ"ל דמהני כשנותן ומקנה המטבע מטעם דינא דמלכותא כיון שבאה המטבע לידו זכה בה רק בתורת קנין חליפין היינו להיות נקנה בחליפין כשלא נתנו לו ע"ז כתב שפיר טעם הנ"ל שכל שלא בא לידו ואין קונה מצד דינא דמלכותא רק שיקנה ע"פ ד"ת בחליפין לא מהני דאין בו ממש כשטרות.

וגם אינו נעשה חליפין דנהי דנותן לו המטבע וזוכה בשווי הצורה ג"כ משום דינא דמלכותא מ"מ אף שזוכה בהדבר שאין בו ממש מ"מ אינו נעשה חליפין לקנות על, ידו כמו שטרות דאף שזוכה בהם אין נעשין חליפין דגרע מדבר שאינו מסוים דלקיים כל

דבר כתיב כו' דלכך בעינן כלי. וכיון דבחליפין שמקפיד דעתו אצורה לבד ולכך אף שזוכה בה מצד דינא דמלכותא מ"מ במה שזוכה במה שאין בו ממש אינו יכול לקנות ע"י הדבר הנקנה בחליפין ולכך לא מהני לא להיות נקנה בחליפין דבזה אין ד"ד כיון שאינו בידו ואינו קונה דאין בו ממש.

וגם אינו נעשה כו' דאף דבזה קני מד"ד נוכל מקום אף שקונה מ"מ אינו נעשה חליפין כנ"ל. ולכך כ' הנ"י שפיר דבקרקע וקדושין כיון שנותן המטבע ושפיר היא זוכה בהם משום דינא דמלכותא רק אעפ"כ אם היה דעתה על הצורה לבד לא היה מהני דהוי אין בו ממש.

רק משום דדעתה בתורת שווי דמים והיינו על המטבע שיש עליו צורה זו ששוה ע"י זה כך ושוב זה באמת שוה כן ושפיר אף במטבע יד וכה"ג מ"מ דעתה על נייר זה שיש עליו צורה זו שע"י זה שוה ממון וזה באמת כן שע"י דינא דמלכותא היא זוכה בנייר זה ששוה כן והוי ממש כמקדשה בשט"ח דאחרים דצריך לכתוב קני לך איהו וכל שיעבודא ואלו היה דעתה על השיעבוד לבד בלא הנייר לא הי' מהני דא"א לקנות השיעבוד לבד בלא הנייר דמה"ט להרבה פוסקים סי' ס"ו בח"מ צריך מסירת הנייר מקמי כתיבת השיעבוד שיהיה נגרר אחר קנין הנייר ע"ש.

ומ"מ כשכותב קני לך כו' ודעתה על הנייר שיש בו שיעבוד זה שפיר מהני אף שהנייר עצמו אינו ש"פ מ"מ מהני מה שדעתה על הנייר שיש בו השיעבוד וזה נעשה שלה כמו שדעתה כו'. וכן ממש במטבע נייר וכה"ג אף שאינו ש"פ מצד עצמו.

וגם הצורה לבד היה דבר שאין בו ממש. מ"מ כיון שדעתה על השווי היינו על נייר זה שעליו הצורה ששוה כך וזה באמת נעשה שלה משום דינא דמלכותא שפיר הוי שוה כסף כמו שטרות ומקודשת וכן בקנין קרקע כנ"ל.

ולא דמי למקדש בחלקו שכתבנו לעיל דהתם אינו שלו בתורת דין ממון דהתורה לא זכתה לו רק היתר אכילה כדאמר בש"ס (סוכה דף לה ע"א) א"כ אף שיתי' לה הנאה והיתר אכילה מ"מ אינו מממון שלו כמ"ש תוס' משא"כ במטבע דמצד דינא דמלכותא שלו בתורת דין ממון ובמה שנותנה לה יש לה הזכיה בתורת דין ממון ג"כ משום ד"ד שפיר ההנאה מדבר שלו כנ"ל.

גם י"ל כמו דדירת בית כו' ואויר חצירו דהוי דבר שאין בו ממש ואינו נקנה מ"מ בית לדירה וחצר לאוירו קונה כמו כן אף דאי דעתו על הצורה לבד אינו נקנה דאין בו ממש מ"מ בנייר לזכות שיש בו מחמת הצורה שפיר נקנה מדין תורה ג"כ כיון שיש בו א משום

דינא דמלכותא שוב מהני הקנין מדין תורה הנייר לזכות שבו מחמת הצורה כמו בית לדירה כנ"ל.
ויש לדחות. עיין (גיטי דף מג) גבי עבדא דמזדבן לקנסא כו'.
בתוס' שם כשאינו שוה פרוטה ומכרו כולו ע"ש: אך עדיין יש לפקפק קצת כדאמר פ"ב דקדושין בשט"ח דאחרים דלא סמכא דעתה משום דמצי מחיל וכיון שביד אחר להפסידה שלא יהיה שוה כלום לא סמכא דעתה. ולאו דוקא ביד הבעל א"כ כיון דצורתא עבידא דבטלה וכפירש"י שהמלך פוסלה כו'.
א"כ י"ל דלא סמכא דעתה כמו התם. ואף דבכל שוה כסף יכול להפסד וליזול מ"מ הא גם בשט"ח כן ע"כ דלא דמי לדבר שגופו ממון אף־שיכול ליזול מ"מ עכשיו שוה.
משא"כ שט"ח דכל שווי שלו רק מה שיכול לגבות ואשי ומשי עצמו אינו שוה. שפיר לא סמכא דעתה כיון שיכול למחול ולא ישוה כלום ואף דהא יכולה למכור השט"ח קודם שמוחל מ"מ בכל שעה יכול למחול ולא סמכא דעתה אולי קודם שתמכור ימחול כנ"ל.
וא"כ גם במטבע נייר וכה"ג דאין גופו ממון וגם לא מהני הדינא דמלכותא לשוי' גופו ממון רק בתורת שוה כסף שיכולה לקנות בעדו מה שתרצה וכיון דעבידא דבטלה וביד המלך לפסלה ולא יהיה שוה כלום י"ל דשייך לא סמכא דעתה דאולי קודם שתוציא המטבע יפסלנה כנ"ל. והגם דיש לחלק בין מחוסר גובייא למטבע היוצא מ"מ אין מוכרח כיון דאמר להדיא בש"ס עבידא דבטלה כנ"ל.
והיה נראה מ"מ לחוש לדברי הב"ש שלא לקדש לכתחלה במטבע כנ"ל: אך ע"כ ז"א דהא גם בשט"ח של אחרים יהיה שייך ג"כ לא סמכא דעתה שמא לא ישלם או לא יהיה לו וכה"ג ולא יבא לידי גובייא וע"כ דז"א דדוקא נגד המקדש שייך לא סמכא דעתה אם ישלם לה או שהוא יפסידה ע"י מחילה והוי כאינו נותן לה משא"כ הפסד שאינו מצד המקדש אין חילוק בין שט"ח לשאר, שוה כסף דיכול להיות נפסד כנ"ל כיון דעכשיו שוה אין לך אלא מקומו ושעתו.
וממילא גם במטבע נייר כן אף דביד המלך לפסלו לא גרע משאר שט"ח כנ"ל כיון דעכשיו שוה כנ"ל: (ד) שוה פרוטה, בתוס' הקשו מנ"ל דשוה כסף ככסף ותירצו תירוץ א' דילפינן מעבד עברי דלא הוי ב"כ עם נזקין וכו' דס"ד נזקין דמשלם מיטב לא סגי בשוה כסף ואי כתב נזקין א"א בע"ע אי מקני בקרקע לבעי מיטב.
אבל קדושין ילפינן שפיר מע"ע. ותירוץ הב' כ' דלא מצי למילף מע"ע דס"ד כדי שלא יטמע כו' וע"ע לא יליף מנזקין די"ל דהוא גרם לו כו' וכתב מהרש"א דלתירוץ ב' ע"כ קדושין מנזקין ילפינן דמע"ע ליכא למילף כנ"ל.

והקשו דא"כ לבעי מיטב כמו בנזקין ונהי דקי"ל מטלטלין כל מילי מיטב הוא מ"מ בקרקע לבעי מיטב ע"ש בעצמות יוסף ולכאורה י"ל דהא דמיאנו תוס' בסברת הר"ן ז"ל דבקנין שמדעת מסברא שוה ככסף הוא משום דנהי דאמרינן גבי פדיון טלית זה בה' סלעים כו' דמהני לדידי שוה לי ואף שאינו שוה כיון שרוצה לקבלו.

היינו דוקא במה שיש עליו תורת כסף דלדידן ש"כ ככסף רק בין פחות או יותר מהני שוה לי כו' משא"כ במה שאין עליו תורת כסף לא מהני שוה לי לשוי' כסף וכמ"ש הר"ן ז"ל גבי פחות מש"פ בקדושין דלא מהני שוה לי כו' ע"ש. וא"כ אי נימא דש"כ לאו ככסף ל"מ מה שהוא מדעת לשוי' כסף.

ולכך הוצרכו בתוס' ללמוד מע"ע או נזקין כו'. אבל עכשיו ילפינן מנזקין דש"כ ככסף רק דנימא דליבעי מיטב ושוב לענין יהיה בינונית כמיטב שתלוי' בגרוע וטוב שוב מהני מה שהקנין דעת לשוי' מיטב כמו לדידי שוה לי ובזה גם תוס' סוברים כהר"ן ז"ל.

ומ"ש תוס' דסד"א בע"ע דאי מקני בקרקע ליבעי מיטב כו' כונתם על קונה את עצמו היינו הפדיון דע"ז קאי קרא דישיב כו' וכמ"ש אח"כ ע"ש. ובזה שמגרע בע"כ סד"א דבעי מיטב.

משא"כ בקדושין וקנין כנ"ל. ולהנ"ל היה שייך ספיקו של מהרי"ט בנתינה בע"כ בש"כ גם לשיטת תוס'.

דכיון שהוא בע"כ י"ל דבעי מיטב: אמנם נראה דז"א דאי נימא דדוקא מיטב שכ' ככסף ע"כ דנימא כטעם הש"ס (ב"ק דף ז ע"ב) דדוקא מיטב דקפיץ עלי' זביני הוי ככסף כו'. וכן שם (דף יד ע"ב) חשוב שוה כסף קרקע משא"כ מטלטלין דכסף נהי כו' דמצי לאמטינהו ממתא למתא כו' ומקרי קפיץ עלי' זבינא ודומה יותר לכסף מקרקע שאינו מיטב.

ואף שיש קונים גם על בינונית מ"מ כיון דלאו מידי דקפיץ עליה זביני הוא אינו ככסף.

וא"כ נהי דאמרינן גבי פדיון דמהני לדידי וה לי אף דאינו שוה ה' סלעים היינו עכשיו דקי"ל ש"כ ככסף אף דמידי דלאו מיטב ולא קפיץ עלי' כו' רק שאפשר למוכרו בשווי זה אא"כ כשהמקבל בעצמו אימר לדידי שוה לי א"כ הוא הקונה אותו בשווי ה' סלעים וחשיב ש"כ על ה' סלעים ומהני.

אבל לס"ד הנ"ל דנימא דכשאינו מיטב ולא קפיץ עלי' כו' אינו ככסף. א"כ לא יועיל כלל לדידי שוה לי שאותו השווי אף ששוה אצלו ה' סלעים מ"מ מיטב לא הוי דהא לא קפיץ עלי' זביני דלאחרים אינו שוה וא"כ אין תורת כסף עליו ולא מהני כלל לדידי שוה למשוי כסף אי נימא כנ"ל.

ולא שייך מ"ש כיון דהוא קנין מדעת יהיה כאומר לדידי שוה כמיטב דזה אינו מועיל כלל לשוי' מידי דקפיץ עלי' זביני ואף שהוא רוצה מ"מ אינו כסף כנ"ל ולא היה מהני: אמנם באמת לע"ד אין התחלה לקושיא הנ"ל דכיון דקי"ל בשלו הן שמין כר"ע דמיטב שדהו של מזיק כו' אף למ"ד בשל עולם כו' מ"מ כשאין לו אלא בינונית או זבורית לא אמרינן זיל זבין ואייתי זוזי ע"ש פ"ק דב"ק וכמה דוכתי וא"כ ע"כ מה שאמרה תורה מיטב כשיש לו אינו משום דלא מיטב לא הוי שוה כסף ככסף.

דא"כ לא היה די בזבורית או בינונית כשאין לו יותר דלטרח ולזבין שיהיה כסף. וע"כ דגם זה רק כשיש לו מיטב זה יותר דומה לכסף דקפיץ עליה זביני וצריך ליתן לו זה בתשלומין ויש חיוב עליו ליתן זה כיון שמחויב, משא"כ בקנין או קדושין שאין עליו חיוב רק מה שרוצה ופוסק.

א"כ הוי כאין לו יותר דכיון שאינו מחויב ופוסק המקח בעד קרקע בינונית גם זה שוה ככסף, דמה בכך שיש לו עידיות הא אינו צריך ואינו רוצה ליתן אותם ואינו חייב ליתנם ומה חילוק בין יש לו מיטב או אין לו היכא שאינו מחויב. דבשלמא אם היה הדין בנזקין דכשאין לו מיטב צריך למכור וליתן כסף היה שייך למילף דכשאינו מיטב אינו ככסף ולא מהני גם בקנין וקדושין אבל כיון דחזינן דכשיש לו רק בינונית והן מיטב דידיה אף דלא קפוץ עלייהו זביני הוי שוה כסף ככסף רק כשיש לו מיטב צריך ליתן בחובו המיטב ובכך חייבתו התורה דדמי יותר לכסף כנ"ל, משא"כ בקנין וקדושין דזה שנותן בעד הקנין וא"צ ליתן יותר הוי כאין כאן יותר וכיון דג"כ הוא ככסף ודאי מהני.

וכי יהיה חיוב לקנות במיטב דוקא. ותוס' לא כתבו רק דאי הוי ילפינן ע"ע גירעון כסף מנזקין ה"א דהיכא דמגרע בע"כ של רבו חייב ליתן לו מיטב בקרקע כמו בנזקין דשייך ג"כ כנ"ל דהיכא דיש לו מיטב צריך ליתן לו ש"כ מיטב דקפיץ עליה זביני והוא יותר נחשב ככסף ממה שאינו מיטב.

ולכך צריך ישיב כו' דסתם ש"כ ככסף ואף לא מיטב. משא"כ בקנין וקדושין שאין חיוב שפיר מצינו למילף מנזקין דמיטב דידיה כשהן זבורית דג"כ ככסף כנ"ל: אמנם עדיין קשה לר"ה (ב"ק דף ט ע"א) דאמר או כסף או מיטב ונחלקו שם הראשונים ז"ל בפי'.

ובש"ע סי' תי"ט לשיטת הסמ"ע הברירה ב"ד המזיק או כסף או מיטב אף שיש לו כסף. וא"כ אין דינו כלל מתחלה בכסף דוקא רק או לקיים קרא דכסף ישיב כו' או מיטב שדהו וא"כ אין הוכחה כלל בלית לי' רק בינונית דמטעם שוה כסף ככסף.

רק דאף אי לאו ככסף מ"מ כיון דהיינו מיטב דידיה דבמזיק שיימינן מקום מיטב שדהו ישלם דבשלמא להרמב"ם ושאר פ' כמ"ש בש"ך שם דדינו בכסף א"כ ע"כ דככסף גם

בקרקע מה דאית לי' ע"ש. משא"כ להחולקים ע"ש אך מ"מ לא קשה דילפינן מזה דאמרה תורה כסף ישיב כו' ואמרה מיטב כו' שהברירה ביד המזיק משום דגם זה ככסף ואף שגרוע מכסף ממש מ"מ הברירה בידו.

אבל אם לא היה ש"כ ככסף כלל לא הוי שייך שיתן מה שאינו נחשב כלל ככסף והוי אמרינן זיל טרח כו' ודוחק דהא לא הזיקו רק ש"כ וי"ל שתחלת דינו בב' דברים או כסף או מיטב דידיה ק שאינו כסף. וכיון דקרא דישיב אפילו סובין לא מיירי רק במטלטלין לר"פ ור"ה ממילא אין לימוד כלל על קרקע שיהיה ככסף: אמנם י"ל בפשיטות למ"ש תוס' (קדושין דף לה) ובכמה דוכתי דב' כתובים כו' שאין מלמדין כו' הוי לימוד להיפוך דדוקא הנך שגלתה תורה אבל בכל מקום אין הדין כן ע"ש וא"כ בפדיון הבן וערכין כו' והקדש דילפינן מכלל ופרט למעט שטרות וקרקעות שאינו כעין הפרט דכסף ממש א"כ לכאורה בפשיטות כיון דהן ג' כתובין כו' דאין מלמדין א"כ מוכח דבכל מקום גם שטרות וקרקעות הם ככסף רק לס"ד דתוס' הקשו שפיר מנ"ל דשוה כסף ככסף כו' דכיון דאין לימוד על ש"כ א"כ איצטריך הכלל ופרט לרבות שאר שוה כסף שיהיה פודין ככסף וא"כ המיעוט דשטרות וקרקעות הוא רק דזה אין התורה מרבה שיהיה ככסף.

ורק הדבר שמטלטלין וגופו ממון מרבי. וא"כ לא שייך ללימוד דבכל מקום יהיה הכל ככסף אדרבה נימא דהוי ג' כתובין כו' על הריבוי דשאר שוה כסף דזה עיקר הקרא דכלל ופרט דצריך לרבות שאר שוה כסף.

ובכל מקום דליכא ריבוי אין ש"כ ככסף אף שמטלטל כו': אבל עכשיו דתירצו תוס' דילפינן מנזקין כו' עכ"פ מוכח דמטלטלין הם ככסף דכל מילי מיטב כו'. וא"כ שובהכתובין הבאין כא' בפדיון והקדש ע"כ אינם לרבות שוה כסף דמטלטלין דזה בכל מקום ככסף וע"כ רק למעט שטרות וקרקעות א"כ שוב כיון דאין מלמדין מוכח דבכל מקום גם שטרות וקרקע ככסף.

דאי בכל מקום אין קרקע ככסף למה מיעט הכלל ופרט הא בל"ז לא הוי מצינן למילף רק מטלטלין דקרקע אינו ככסף דמנזקין לא מוכח כלל קרקע ומוכח שפיר דבכל דוכתי גם קרקע ככסף. וממ"נ מיושב אי אמרינן דמיטב דכתוב בנזקין הוא בתורת כסף שגם זה ככסף.

וא"כ אין הוכחה מהכלל ופרט דאיצטריך למעט קרקע מיטב. א"כ שוב מוכח בכל מקום מנזקין כיון דבלית לי' רק זבורית לא טרח וזבין וחשיב כסף ממילא מהני גם בקנין וקדושין כנ"ל.

ואי אמרינן דקרא דמיטב אינו בתורת כסף רק דאף אי לא חשיב כסף מ"מ מקיים מיטב שדהו ישלם, וישיב כו' רק על מטלטלין וא"כ שוב אם לא היה שום לימוד בכל מקום לא הוי ידעינן רק מטלטלין דבכסף ולא קרקע וא"כ שוב מוכח מכללי ופרטי דפדיון וערכין כו'. דלא צריך כיון דלא מהני רק במטלטלין ממילא כיון דכ' כסף הוי ידעינן דרק מטלטלין ש"כ ככסף.

וא"כ שוב מוכח מב' כתובין כו' דבכל מקום גם שטרות וקרקעות ככסף כנ"ל. ומדוקדק א תוס' שסיימו והא דאיצטריך פדיון כו'.

היינו למעט שטרות וקרקעות כו' דשייך לתירוץ הנ"ל. ואין לומר דדלמא לא אתי רק למעט שטרות וא"כ א"א למילף קרקע שיועיל.

דהא מאן דדריש ריבוי ומעוטי ממעט שטרות פ' הגוזל ולדידן דדריש כללי ופרטי הוי כמפורש למעט גם קרקע ולא חד מילי. ועוד דחזינן דשטרות גריעי דר"א ממעט רק שטרות וממילא כיון דשטרות חשוב שוה כסף גם קרקע חשוב כנ"ל אך רש"י ז"ל דגריס שטרות (ב"ק דף יד ע"ב) ופי' שם דגם שטרות מקרי כסף יותר מקרקע דמצי לאמטינהו ממתא למתא ע"ש ד"ה אלא וא"כ אי מרבינן שטרות אין ללמוד קרקע.

אך תוס' ורשב"א לא גרסי שטרות שם ע"ש. וגם לרש"י א"ש דהא תוס' ור"ן כ' דלדידן דמכירת שטרות דרבנן.

ע"כ הכלל ופרט לא ממעט רק קרקע באונאה ופדיון. רק הש"ס מייתי שטרות לאחר שתיקנו חכמים קנין.

אבל קרא רק לקרקע. אם כן מוכח ממילא קרקע כנ"ל.

וגם אי מכירת שטרות מה"ת ע"כ רק שיעבוד קרקע שבו כמ"ש תוס' פרק הכותב, וא"כ שוב אי קרקע אינו ככסף דלא מצי לאמטינהו ואף דיכול למכרן במקום שירצה אבל אין לוקח במקום אחר שירצה להיות לו קרקע במקום זה. ולכך לא חשיב כסף א"כ גם שטרות שהן שיעבוד קרקע לא עדיפי מה בכך שיכול להוליך השטר ממקום למקום מ"מ השיעבוד קרקע לגבות במקום הלוה לא מצי לאמטינהו ומי שאינו רוצה קרקע במקום הלוה לא יקנה.

ורש"י ז"ל פי' במשנה דמכירת שט"ח מצד תקנת חכמים דדינו בזוזי ובמטלטלין שיש ללוה וכיון שקונה הלוקח החוב ג"כ דינו בזוזי ומטלטלין וחשיב מיטב. דסתמא כשיהיה לו מטלטלין יתחייב ליתן ללוקח ויוכל לאמטינהו ממתא כו' אבל מה"ת שאינו נמכר רק השיעבוד קרקע לא עדיף מגוף הקרקע כנ"ל: ובמ"ש מיושב מה דקשיא לי לשיטת תוס' הנ"ל דילפינן בקדושין ש"כ ככסף מנזקין.

וא"כ למ"ש הר"ן סוף כתובות ורשב"א ורמב"ן ובש"ע ח"מ סי' ק"א דשטרות לאו בני גובייגא נינהו ואין הלוה יכול לסלק המלוה בשטרות בשומא כיון דלאו גופן ממון ומילי נינהו אף דמזדבני בדינרי. וגם בנזקין כן דהא ראייתו הוא מנחבל באשה שחבלה דלא מגבינן כו' ע"ש.

וא"כ ע"כ דלאו בכלל ישיב לרבות שוה כסף היא שטרות דהא יכול לסלקו באיזה שוה כסף שירצה וכיון דבשטרות אינו יכול לסלקו לא נכלל באפילו סובין ע"ש. וא"כ הא קי"ל פרק האיש מקדש דבשט"ח דאחרים מקודשת אי לאו טעמא דמצי דמחיל ומוסכם ע"ש. ומנ"ל דשוה כסף כזה הוא ככסף בקדושין כיון דאין גופן ממון והא ילפינן רק מנזקין ובנזקין לא הוי שטרות ככסף כנ"ל. ואפשר דהר"ן ורשב"א לטעמייהו דסברי דבקדושין מסברא ש"כ ככסף כיון דמדעתו וממילא גם שטרות מהני כנ"ל.

ותוס' דסברי דמנזקין ילפינן סברי באמת כגדולי המורים דשטרות בני גובייגא נינהו כשאר שוה כסף כנ"ל אך לש"ך ז"ל שם סי' ק"א שפסק גם לדידן שאינו יכול לסלקו בע"כ בשטרות בשומא קשה לשיטת תוס' איך מקודשת כנ"ל ולמ"ש מיושב כיון דמכלל ופרט ילפינן למעט שטרות ממילא כיון דהוי ב' כתובים ואין מלמדין כו' ילפינן דש"כ ככסף גם שטרות כנ"ל, עוד י"ל דהש"ך ז"ל לא פסק כן רק בבע"ח דצריך ליתן זוזי אי אית לי' או כל מה דמקרב לזוזי יותר.

ולכך אין יכול לסלקו בע"כ בשטרות דמרחק יותר מזוזי שאין גופן ממון כו' משא"כ בנזקין דיכול לסלקו לכתחלה או כסף או מיטב ואפילו סובין י"ל דגם שטרות בכלל ישיב כנ"ל. אך לא משמע כן ע"ש סי' תי"א: ולע"ד אין מוכרח כלל בתוס' דילפינן לתירוץ הב' מנזקין כמ"ש מהרש"א די"ל שפיר דילפינן מעבד עברי דמ"ש תוס' דלא הוי יליף נזקין מע"ע דהקילה התורה בש"כ כדי שלא יטמע ואף דהא כיון דכ' מכסף מקנתו וכתיב ישיב לרבות ש"כ אם כן [חסר הסיום]: (ה) ש"פ ב"ש ס"ק ב' כ' תוס' דילפינן מע"ע.

והביא דברי מהרי"ט בתנאי ע"מ שאתן כו' בע"כ ע"ש והביא דברי מהרי"ט שכ' שאני ע"ע והקשה עליו א"כ מנ"ל לש"ס למילף ש"כ ככסף מע"ע ע"ש, ודבריו תמוהים. שזה תי' תוס'.

ומהרי"ט כ' דבריו על תי' הר"ן דלא ילפינן כלל מע"ע. רק שכ' דאינו צריך לימוד רק באותן שבע"כ תשלומין בנזקין וע"ע שמגרע בע"כ משא"כ קנינים שהן מדעת מסברא ש"כ ככסף וע"ז נסתפק מהרי"ט בתנאי דקי"ל נתינה בע"כ מהני מ"מ בשוה כסף שוב י"ל דאינו ככסף ע"ש.

גם מ"ש ב"ש מרשב"א דכ' תן לי ק' ואתקדש לך דלא מהני דלמקבל לא הוי כו'. וברשב"א בחי' גיטין פ' מ"ש מבואר באמר ע"י שאתן הוי ספק נתינה ומקודם כ' בתן כו' כמ"ש הנ"ל ולכאורה בתן כו' מיירי שלא נתן כלום מקודם רק שאמרה תן לי כו' ונתן בע"כ אף דלכאורה פשוט דאין מתקדשת בע"כ.

מ"מ י"ל דס"ד כמו דאמר ש"ס פ' השולח דאמר חזו דאתאי דלא הוי גלוי דעת שאינו רוצה בגט ומבטל רק סבר לקיומי תנאי' דחושב שזה קיום ע"ש כן י"ל בהנ"ל דלא חשיב חזרה מדיבורה תן לי ואתקדש רק מה שאינה רוצה לקבל שסבורה שבע"כ אינו נתינה ובאמת הוי נתינה וקמ"ל רשב"א דכיון דגוף כסף ק' צריך שתזכה בהם שיהיה חשיב נתינה לגבי דידה וליכא.

משא"כ בתנאי ע"מ שאתן סגי לגבי דידיה כנ"ל: ומ"מ אינו נראה שיצטרך להשמיענו תן לי כי' כנ"ל. שיהיה כל הנתינה בע"כ.

וי"ל דנתן לה ש"פ מדעתה. וק"ל בקידש בק' ונתן דינר כו' הז"מ וישלים דהוי כתנאי מ"מ כיון שהיא אמרה קודם כל הנתינה תן לי מנה ואתקדש כו' ואח"כ נתן דינר והשאר בע"כ ג"כ לא מהני כיון שהיא רצתה שיהיה כל המנה כסף קדושין צריך להיות הכל מדעת שתזכה בהם.

משא"כ בקידש בש"פ שנתן ומתנה ע"מ שאתן צריך נתינה רק לגבי' דידי' שיחשב קיום תנאי וע"ז כ' דהוי ספק קדושין ע"ש. גם י"ל החילוק בין לאחר או אם כיון דיכולה לחזור מהקדושין וחל אז בשנותן צריך דעתה דסתמא כונתה מדעתה גם על הנתינה.

משא"כ ע"מ דמעכשיו כנ"ל. גם אפשר דכונת רשב"א כמ"ש ב"ש לחלק כשהיא מתנה כונתה שיהיה נתינה לגבי דידה שתתרצה משא"כ בהתנה הוא ע"מ שאתן כו' סגי שיהיה נתינה לגבי דידיה.

בר"ן שבועות כ' חילוק הב"ש: לכאורה יש לחלק בין גטין לקדושין דבגט אי בע"כ לא חשיב נתינה אף דמ"מ אנוס הוא מה שאינו מקיים התנאי דמה לו לעשות שאינה רוצה מ"מ הא קי"ל אין אונס בגטין. משא"כ בקדושין הוי ספק כמבואר בירושלמי [קדושין דף פג ה"ב] ע"מ כו' יום פלן ע"ש.

אך אפשר דהוי אונס דשכיח שלא תרצה ובעי ליה לאתנויי ועיין ש"ך ח"מ סי' כ"א, ומשמעות החילוק בין פטרו או חייבו ע"ש היינו כאן החלוק כמ"ש ב"ש בין היא התנה או הוא. ויש לדחות דשם מ"מ אין לה מה שרוצה הגם שהוא באונס משא"כ כשהיא גורמת האונס חשיב רק פטרי' שיחשב קיום תנאי לגבי דידי' ומ"מ בשוה כסף שפיר כ'

מהרי"ט די"ל בע"כ לא הוי קיום התנאי אף אי נתינה בע"כ שמה נתינה ומ"ש הב"ש להוכיח מאיצטלא כיון שכ' הרא"ש דריצוי מהני ע"כ מיירי הש"ס בנתינה בע"כ ע"ש.
ולע"ד אינו הוכחה די"ל במרוצה כפי הדין אם הוי נתינה כאיצטלית יחשב קיום התנאי ואי לא לא ואין זה ריצוי שכ' הרא"ש שהוא, אצלה כאיצטלית. א"כ אין ראיה כלל על נתינה בע"כ שאינו רוצי' כלל לקבל לא כסף ולא שויו בזה אף אי נתינת כסף היה מהני בע"כ להפ' הנ"ל.
מ"מ ש"כ אינו ככסף בע"כ לר"ן ורשב"א דרק מסברא משום ריצוי כנ"ל, גם אין ראיה מכסף שווי חפץ לשווי כסף. ונראה דהוו ספק.
ונ"מ גם דנתינה בע"כ הוי ס'. מ"מ אם קבלה ק' מאחר ג"כ ע"ת שיתן ונתן בע"כ לא היתה צריכה גט מהב'ממ"נ.
אבל אם' הראשון נתן שוה כסף בע"כ והשני נתן כסף בע"כ צריכה גט גם מהב'. ומטעם ס"ס אין להתיר במחלוקת הפ' (שאפשר לברר).
אולם גוף הדין דמדמי ב"ש ומהרי"ט שוה כסף בע"כ לאיצטלית ודמיו. תמוה דשם דוקא באבד איצטליתו כמבואר במשנה ע"מ שתתן לי אצטליתי ונאבד וכן מפורש גטין ע"ה אביי ע"כ לא אמר רשב"ג בליתנייהו כו' וכן ברא"ש סוכה פ' ד' גבי ע"מ להחזיר ונאבד כו' וזה שייך באיצטלית מיוחד דכשנאבד ויקנה אחרת ג"כ לא יקוים אצטליתו.
אמרינן שדמיהן ג"כ מהני ולענין זה לא קפיד איניש כשלא יהיה אפשר להחזיר גוף הדבר שלא יועיל נתינת דמיו וטוב לו דמיו שיוכל לקנות איצטלית שירצה אבל כשישנו לא מהני חזרת דמים כיון שיכול לקיים תנאו כמו שהתנה. א"כ ממילא בתנאי שיתן ק' זוז שיכול ליתן המעות ולמה יועיל נתינת שוה כסף.
ואף אם היה לו מעות ונאבד הא יכול למכור ש"כ זה כיון ששוה ויתן מעות כיון שאינו מעות מיוחד, וגם באיצטלית שאינו מיוחד רק סתם שיתן איצטלית י"ל ג"כ דלא סגי בדמים דיוכל ליקח ולטרוח לקנות איצטלית ויקיים התנאי, כנ"ל. והגם די"ל דוקא באיצטליתו שאין בעה"ב עשוי למכור כליו אינו נראה דנהי דבמה שחייבה התורה כמו שומר יש חלוק דביש גוף החפץ א"י ליתן מעות וחמסן הוי.
משא"כ בנאבד לא מחייב לטרוח ולקנות, וסגי בדמים שהלה יטרח ויקנה מ"מ זה ג"כ דא"א להחזיר את שלו וגם שיקנה אחר לא יהיה זה. אבל באפשר להציל מחויב כדמי דמיו ונ"מ חסר: וכן גבי פוסקין על הפירות כשיש לו מחויב ליתן לו פירות ולא סגי בחזרת דמים בע"כ כנ"ל.

ואף בדבר שאינו חשוב כ' ר"ן ז"ל שם פ' מ"ש דכשיש בעין לא מהני חזרת דמים מהא דע"מ שתחזירי לי הנייר וחולק על בעה"ע ע"ש. הגם לע"ד אינו קושיא על בעה"ע דהנייר שכ' בו הגט רוצה שיהיה אצלו וחשיב אצלו דודאי לא יועיל שתתן לו נייר אחר וא"כ י"ל דוקא כה"ג לא מהני חזרת דמים שאין שומא לזה.

משא"כ בחפץ אחר שאינו חשוב וא"כ אין הוכחה אפילו באיצטלית שהוא בעין. גם הרי"ף ורא"ש לא הביאו הך דמתקיף לה אביי וקשה למה הא נלמוד מזה דכשהוא בעין לא מהני לכ"ע חזרת דמים ומשמע דס"ל כמ"ש ולכך בגט אין נ"מ דקי"ל דלא כרשב"ג ובל"ז לא מהני חזרת דמים וללמוד בקדושין וכה"ג י"ל דבאמת מהני.

אך אין ראיה כיון שבגט דמיירי בי' אין נ"מ השמיטו: ובחי' הר"ן ז"ל גטין סוף פ' מ"ש כ' אהא דע"מ שתתני ר' זוז ואמר מחולין לך ואסיק דאף לרשב"ג אינה מגורשת כ' דאע"ג דס"ל לרשב"ג דנתינת דמיו מהני דמ"מ הרי ציערה בנתינת דמים דרשב"ג נמי ס"ל דנהי דלהרווחה מכוין מ"מ לצעורי נמי קמכוין כו' אבל הכא שהתנה ואפשר לה לקיים התנאי אף שמחל לה אינה מגורשת שאפילו רשב"ג מודה שמתחלה לצעורי נמי מכוין ע"ש.

וא"כ אין שום הוכחה מדפריך אביי על ר"ח כי אמר רשב"ג היכא דליתא כו' דאיתא כו' י"ל דוקא בגט דלזה מודה רשב"ג שלצעורה ג"כ כיון שכשיהיה אפשר לה לקיים בדוקא לא לסגי בדמיו כנ"ל. משא"כ בקדושין וממון וכה"ג י"ל גם באפשר ולא נאבד סגי בדמי איצטלית דמה לי הן כו' כיון דרק להרווחה מכוין.

ומיושב לשון הש"ע ח"מ סי' רמ"א ס' ז' כשמתנה עם א' לתת לו חפץ פלוני יכול לתת לו דמי החפץ משא"כ בתנאי בגטין עכ"ל והוא לשון ר' ירוחם. ולא פי' הרמ"א בנאבד החפץ. וראיתי שקצה"ח ונה"מ פי' בנאבד ולע"ד סתימת ר"י ורמ"א אינו כן. וכן הרא"ש פ"ק דקדושין שכ' גבי מתנה ע"מ להחזיר דסגי בדמים דדוקא בגט ע"ש.

והגם שאחרונים הנ"ל פירשו משום שקדשה ואינו בעין הוי כנאבד לע"ד ליתא כיון שמבטלת בידי' ובגט שמכרה האיצטלית לא ברירא שיועיל דמיו לרשב"ג וא"כ מה פריך אביי לר"ח הא שפיר בע"מ שתחזירי הנייר בידה ליתנו לאחר ותסגי דאי הנייר לרשב"ג וע"כ דליתא כנ"ל אך בל"ז מקדושין אין ראיה מרא"ש הנ"ל דלא התנה כלום רק אומדנא והא כ' הרא"ש דאם לא יועיל עמ"ל דעתו גם, למתנה גמורה כיון שנותנן לקדש ע"ש.

א"כ כ' שפיר דאף אם לא יהיה האומד על מתנה גמורה דאין רוצה להפסיד אבל עכ"פ על מנת להחזיר דמיו סגי שאינו מפסיד כלום ומ"מ פשט לשונו דאין חלוק רק בין גטין לקדושין ושאר דברים. גם שהוא בעין.

גם הא הביא הר"ן פ' מ"ש דעת בע"ה לחלק בין איצטלית שהוא דבר חשוב אף בגט ע"ש.
וא"כ עכ"פ לדידן בשאר דברים דל"ש לצעורה ודאי יש לחלק בין דבר חשוב לדברים הנמצאים לקנות דלא קפדי אינשי כלל וכמו דמחלק בש"ס לענין הנאה בנודר בין זביני חריפא לגרועי כו' א"כ כשנותן דמים בריוח הוי כמו גוף החפץ דהא כ' הרא"ש פ' הכונס דרשאי אדם ליקח שלא מדעתו שעורין וליתן חטין משום דזכות הוא ודאי ניחא ליה כנ"ל א"כ בתנאי דהרוחה שייך כנ"ל: וא"כ מ"ש הק' נתנאל פ"ק דקדושין [אות ו'] על הב"ח שהקשה בעמ"ל דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד ותי' חזרת דמים ודחה דבריו דבהדיא בש"ס כשהוא בעין לא מהני ע"ש.
ולע"ד אין זה בהדיא. ונ"מ רבתי בקדושין תנאי אם תחזיר דסותר והיה תנאי בטל והוי קדושין ולהנ"ל שיועיל חזרת דמים בקדושין דאין לצעורה הוי תנאי דאינו סותר.
ושוב דמי לחליפין דע"כ אם כנ"ל דדמים הוי חזרה צ"ל דדמי לחליפין גם דמהני חזרת דמים. והוי ספק.
אך נראה דבק' כיון דהתנאי אם תחזיר. ומה שמועיל חזרת דמים היינו דדמים כמו החפץ אבל בזה דתנאי דגוף הדבר סותר ובטל לא אמרינן דיועיל לדמיו ועי"ז יועיל התנאי: וקצת ראיה דא"כ גם בגט דאמרינן לצעורה מ"מ י"ל דדוקא כשיועיל התנאי והיינו אי ע"מ כאומר מעכשיו אבל באם דיהיה סותר ובטל שוב נימא דמודים דהכונה גם חזרת דמים כדי שיועיל דאל"ה יהיה בטל התנאי ומעשה קיים ולא יצערה כלל.
וא"כ למסקנא דגטין דמשני ר"א דתנאי ומעשה בדבר א' ומשום דתנאי בטל א"כ שוב נימא כר"ח דדמים ג"כ מהני כנ"ל. ואין לומר דבאמת כן דא"כ היה לרי"ף ורא"ש וש"פ להביא דברי ר"ח דבתנאי דאם יהיה הדין כנ"ל דמהני דמים וע"כ דלא מהני אף שיהיה בטל.
והטעם כמ"ש כיון דתנאי על גוף האיצטלית ובטל שוב דמים לא מהני כנ"ל, וא"כ גם בקדושין בתנאי דע"מ להחזיר כן כנ"ל אבל בשאר תנאי דע"מ שתתן שפיר י"ל דדמיו מהני גם באיתנהו כנ"ל: והש"ך ז"ל הביא שם ד' ר"א ששון ע"ש ומחלוקת ריב"ש ורא"ש משמע שם גם בעין מהני חזרת דמיו ע"ש.
אך מה שהוציא מהרא"ש אין הוכחה כלל דגבי קדושין שנותנו לקדש האומדנא שיועיל דמיו כמ"ש. גם משור זה קדוש ע"מ שכ' דהחזיר דמיו מהני.
הוא משום דהקדיש והוי כנאבד. וצ"ל דס"ל לר"א ששון כמ"ש דמאבד בידים הוי כאיתנהו כנ"ל.

והש"ך נראה שמסכים. גם מה שדחה מ"ש על הריב"ש היה להתנות בפי' חזרת דמים משום דלא יוכל לזכות ע"י אחר דאינו זכות ע"ש.
אינו מובן הא בידו אם ירצה יתן דמיו ואי לא לא ואינו ענין למכר ומה חילוק בין חזרת החפץ או דמיו. ועוד יכול להתנות או חפץ או דמיו.
גם כ' שם דע"מ שיחזור דמיו הוי ג"כ תנאי ומעשה בדבר א' ודלא כב"ח הנ"ל ע"ש. ג"כ א"י למה: ולע"ד הטעם כנ"ל אי היה בטל ע"מ שתחזירהו לא היה שייך מ"ל הוא מ"ל דמיו כנ"ל.
ומ"מ אפשר בלשון שהזכיר הש"ס הילך אתרוג זה במתנה ע"מ שתחזירהו לי אם היה הפי' חזרת דמיו אין זה מתנה רק כמכר. ואם התנאי אם שהוא כשיחזיר לו דמי החפץ יהיה אז מתנה אינו מתנה וסותר ויש לדחות.
אך באמת הרא"ש ותוס' לא הזכירו הך דתנאי ומעשה בדבר א' רק על אתרוג וגט דלא מהני חזרת דמים כנ"ל: אמנם בת"ה סי' שי"א כ' מפורש שכ' נראה לדמות כו' היכא דמכוונין להרוחה דקבלת דמים כמו החפץ עצמו. וא"ת הא אמרינן התם ה"ז גיטך כו' דאיתא בעינא מי אמר כו דאפילו לרשב"ג היכא דאיתא לחפץ לא מקיים תנאי' בדמיו כו' ותדע דהרא"ש סוף ע"ז גבי הבעלי בטלה זה כו' דשכירות הוי רק כסף ולא גוף החפץ ולמה לא הביא מש"ס הנ"ל דאף כו' כיון דכונת הפועל רק להרוחה ע"ש אלא ע"כ כל היכא דאיתא לחפץ בעיני' צריך ליתן לו ולא דמיו אפילו היכא דלא מכוין רק להרוחה כו' ע"ש.
ונראה דמה שצריך הך ותדע הוא משום דמגמ' אין ראיה כמ"ש, לעיל בשם הר"ן דבגט גם לרשב"ג שאני כו'. ולכך הוכיח מהרא"ש.
ור"א ששון לא ראה ד' ת"ה דס"ל אליבא דהרא"ש כנ"ל. וע"כ דס"ל לת"ה דמ"ש הרא"ש גבי קדושין הוא משום האומדנא כמ"ש עיין מ"ש בסוף ומסיק ת"ה בסוף שם דמצד הוכחה כשמתנה על החפץ והחפץ בעין א"א שיתן דמיו שהרי על החפץ התנה ולא על דמיו אם היה רוצה בדמיו היה אומר תן לי שוה כך וכך אלא ע"כ שהיה החפץ חביבעליו אפ"ה היכא דנאבד כו' אמדינן דעתיה שאין רצונו שבשביל כך יתבטל התנאי אלא יטול דמיו כו'.
אבל בעובדא דידי' שהחליפו אין הוכחה וי"ל גם שהוא בעין י"ל דסגי בדמיו ומספקא לי' ע"ש: והנה על הראיה מהרא"ש יש לפקפק דודאי אם היה הפועל קונה החפץ לא היה מהני ליתן דמיו ככל חמסן שא"א ליקח חפץ של חברו בע"כ בדמים. וצ"ל דס"ל

דגם קושי' הרא"ש לא היה בתורת קנין בלא משיכה רק שיהיה חיוב עליו ליתן טלה זה בשכירות כמו שהתנה והוכיח כנ"ל.
וא"כ בטלה זה אין שום הוכחה דאדרבה מ"ש טלה זה דכשמת או אבד אינו חייב כלום. ובל"ז כיון שזה כל החיוב בעד הפעולה בטלה סתם צריך ליתן טלה דוקא כדאמר פ' הזהב כמו שפסק מארנקי ישינה אף דעדיפא מצי כו' לישנן בעינן וכן בכוס זה של כסף ונמצא זהב דקי"ל כרבנן דאינה מקודשת אף דשוה יותר ויש לחלק.
ונראה דס"ל לת"ה שהוא כפי הנראה מהענין אם היה רצונו בהחפץ או על השווי. ונראה שזה דעת בעה"ע שהביא הר"ן גטין פ' מ"ש לחלק בין איצטלית ודבר חשוב לדבר שאינו חשוב ומצוי לקנות.
ובכל הני יש ספק לענין קדושין: אולם מה שדמה ב"ש בהתנה כסף ונותן ש"כ להתנה חפץ ונותן דמיו לע"ד תמוה (דיש לחלק כמו דחזינן) בפלוגתא דרב ושמואל פ' ש"ה אי סתמא דוקא או שוה כיון שדרך לשום הכל במעות בטענו ר' זוז חשוב כל שמודה ממין הטענה ע"ש. ובסימן ע"ג בת"ה בנשבע לזמן פלוני ואירע בשבת ת' הרא"ש דיתן ש"כ ככסף ע"ש ב"י בשומא דוקא שיחשב פירעון ע"ש.
אך י"ל ג"כ משום דא"א ליתן בשבת מעות ובמהרי"ק ס' צ"ה במעות מצויות כו' כל מעות בכלל רק כונתו שלא יתן לו מטלטלין בשומא ע"ש דמשמע ג"כ שבסתם ר' זוז היה יכול ליתן ש"כ. אך י"ל ג"כ באין לו דא"צ למיטרח למכור וכמו בכל לוה דבאית ליה דיני בזוזי ואי לית ליה ל"א טרח וזבין כו' וע"ש בש"ך וסמ"ע.
ובכל הנ"ל צריך לדקדק בעניני קדושין דיש כמה חילוקים כנ"ל. דהא בכל התנאים פ"ב וג' דקדושין שאדבר לשלטון כו' כפועל דתני לא עשה אינה מקודשת משמע אף שרוצה ליתן לה שווי הפעולה או הדבור.
ושיעלה יותר מחוב השלטון וכדומה. וכן גבי בית כור עפר (קדושין דף סא ע"ב) אם היה מועיל בשיש לו דמיו מאי הצריכותא שם דקלא אית ליה אי הוי ליה כו' ע"ש הא גם בזה מהני כשיש לו דמיו וע"כ דוקא הוא.
אך בקרקע י"ל דודאי קפידא דהא קרי ליה בב"ק שוה כל כסף. אך א"כ לישני דהא קמ"ל בב"כ דלא מהני יש לו דמיו וע"כ דזה בכל התנאים כנ"ל: ומדין נשבע שכ' לעיל י"ל דלא דמי כשנשבע לפרוע חוב בזמן ליתן מעות י"ל כדין פרעון חוב בא"ל זוזי צריך ליתן ובל"ל נותן ש"כ וא"צ לטרוח.
השבועה מסתמא ג"כ כדינו של החיוב. ואם היה השבועה בפועל ליתן בזמן שכירותו דדינו זיל טרח וזבין ואייתי זוזי לא יצא ידי השבועה ג"כ עד שיתן מעות לא ש"כ.

וא"כ בתנאי אין ראיה אם הכונה כסף דוקא כיון שאין שום חיוב כלי' בלשון ב"א: (שייך לעיל) מ"ש על הר"א ששון שכ' בקדושין דמהני שיחזיר דמיו אף שבעולם משום אומדנא אין צורך דכיון שנתנו כדי לקדש הוי כפירש שיהיה די בדמים דצוה למכרו. והגם שאפשר לקנותו ממנה אינו בידו.

גם על מ"ש הרא"ש גבי שור ע"מ שתחזירהו לי דסגי בדמים שיכול לקנות שור כזה ע"ש. ולכאורה למה לי' להרא"ש זה.

הא שפיר י"ל בשור נהי דאם יהיה חזרת דמים חזרה יהיה הקדש ויחשב נאבד. אדרבא נימא כיון שכשיש בעין קפיד דוקא שיחזיר השור ממילא לא יהיה הקדש ויוכל להחזירו בעינא.

והיה קצת ראיה מהרא"ש דאף שיש בעין אין קפידא כנ"ל. אך לע"ד יש לדחות דהא גם אם נאמר שיצטרך להחזיר דוקא השור מ"מ שוב א"א לו להשתמש בשור דאי נימא דאינו הקדש והוי חזרה שוב נתקיים התנאי והוי הקדש למפרע והש"ס לא קאמר רק באומר תחזירהו לי אין הדין שיהיה קדוש ומוחזר דכשהוא קדוש אינו מוחזר דלי אמר. אבל לא אמר איך הדין דאי אינו קדוש ומוחזר שוב קדוש. וא"כ שוב דינו כאבד דלא אפשר להדר בעינא שיהיה חזי לי' ומהני שוב חזרת דמים לכ"ע.

אך בר' אביגדור כ' שם דאפשר לפדותו ע"ש וא"כ מצי להדרי'. אך י"ל או או קאמר שהוא ק' בה' יכול לפדותו.

ובק"מ שאין פדיון שוב מהני חזרת דמים כנ"ל: הרא"ש פ"ק דב"ק כ' בגנב וגזלן דאין שמין מדכ' חיים כו' מ"מ מעות יכול ליתן דמ"ל הן כו' כיון שיכול לקנות בהן מה שגזל אבל לא דבר שיצטרך לטרוח ולמכור. א"כ גם גבי איצטלית י"ל דוקא דמיהן לא חפץ אחר כנ"ל.

גם כ' שם החולקים לר"ת ז"ל בחוב א"ל זוזא כו' ואי ל"ל יהיב ש"כ. ובפועל בעי למטרח ליתן זוזי כנ"ל.

ובנזקין כו' א"כ אין הכרח בלשון תנאי איך הפי'. ובש"ס ב"ק י"ד ע"ב אמר רב אשי שוה כסף ולא כסף והני כולהו כסף נינהו.

ודוקא קרקע נקרא ש"כ ע"ש: (ג) ואומר לה כו'. קשה שסתם ולא כ' שיאמר קודם שבא לידה דכפי פשט הלשון נותן ואומר אח"כ הוי שתיקה לאחר מ"מ דלאו כלום ואפילו תוך כ"ד ואי סתם נותן לשם פקדון א"כ גם ס' קדושין לא הוי [כדאי' בקדושין יד ע"א] דאי שדית כו' אחריות.

ואי סתם נותן לשם מתנה כמ"ש הר"ן ז"ל. א"כ במה מיקדשה.

אך תוך כדי דבור י"ל חזרה ממתנה לקדושין דלרוב הפ' מהני חזרה תוך כדי דבור אף דבא ליד המקבל ושוב שייך אי לא ניחא לה תישדינהו דלא נתחייבה באחריות אך עכ"פ רק ס' קדושין הוא. ועוד א"כ מאי פריך הש"ס אשמואל דאמר נתן לה כו' ואמר הרי את מקודשת כו' אי דאמר לי מאי קמ"ל.

הא י"ל דקמ"ל שמקודשת אף דנתן ואמר אח"כ כנ"ל וס"ל כר"ה דמחלק בין פקדון וכנ"ל וצ"ל לפשטא דש"ס דס"ל דגם ספק אינו וגם א"ל דדוקא פירש כנסי כו' פקדון או חוב. אבל סתם נתינה מהני מה שמפרש תוך כדי דבור לומר אגלאי למפרע שהיה כונתם מיד בנתינה לקדושין ומהני ז"א דא"כ הול"ל דקמ"ל שמואל דמקודשת גם אין סברא כלל דמנא ידעה בשעת נתינה ואחר הקבלה אין שתיקתה ראיה כלל וצ"ל דהפי' נותן ואומר בשעת נתינה קודם שבא לידה או בב"א כשבא לידה כנ"ל: גם קשה דסתם האמ"ל ולא כ' שיאמר בזה הטור וכן בש"ם בברייתא ומימרא דשמואל לא הזכיר בזה והרמב"ם והש"ע כ' בזה ולמאי דאמר ריש נדרים וגטין דאי לא כ' בגט ודן דיהוי ליכי כו' הוי יש"מ דדלמא בדבורא מגרש וגיטא לראיה בעלמא ע"ש ולכאורה בזה בקדושין כמו ודן בגט.

דהגם דלא שייך לראיה מ"מ שם צריך לראיה דאל"ה למה יהיב לה כנ"ל. ובקדושין סתם נתינה הוא מתנה לרוב הפ'.

וא"ל בזה י"ל הכסף מתנה ובדבורא מקדש לה. או פקדון להפ' בסתם ולומר אדם יודע שאין מקדשין בדבור גם שם בגט יותר פשוט ואעפ"כ נקרא ידים שאין מוכיחות: ובש"ס משמע דגם דידים שא"מ לא מהני מ"מ כשר אף שלא אמר בזה כנ"ל דהא משני אשמואל דאמר לי ופריך מאי קמ"ל הא י"ל דקמ"ל, אף שלא אמר בזה כנ"ל וע"כ דזה פשיטא לש"ס דמהני.

וא"ל אדרבא באמת אינו קדושין ומיירי שאמר בזה דא"כ הו"ל למינקט בשינויא הב"ע דאמר לי ובזה כנ"ל. ובאמת גם בשטר קדושין לא הזכירו שיהיה כ' בשטר כמו ודין בגט. וסגי שכ' הרי את מקודשת לי בש"ס ובש"ע. אך י"ל דשם לא שייך לראיה שהיא הנקנית ומה ראיה צריכה שהיא מקודשת.

אבל בק' כסף י"ל פקדון או מתנה. בפרט בנתן ואמר דבאתרי דמסבלי והדר מקדשי י"ל דנתינה היה סבלונות.

ובדבורא מקדש לה כנ"ל, אך צריך לחלק דבקדושין הוא קונה אותה והוא ככל הקנינים שאינם בדבור. ודוקא בגט שהוא פוטרה מלהיות קנינו ס"ד בדבורא כדפריך בע"ע לימא ליה באפי תרי זיל.

או י"ל דדוקא בגט דכ' ס' כריתות צריך להיות מוכח מהלשון שהספר כורתה אבל בקדושין א"צ כלל להיות מוכח שבכסף מקדשה ודי שיש אמירת הקנין והכסף שנותן לה. וכיון שבאמת ודאי בכסף הוא שמקדשה.

רק שיהיה ידים שאין מוכיחות שהדבור אינו מורה על שמקדשה בהכסף וזה י"ל דא"צ. ואין מוכרח: ובש"ס פ"ב גבי שמין הנייר דמוקי שקדשה בתורת שטר ואעפ"כ כשש"פ מהני בתורת כסף וכן בירושלמי אמתני' בשטר בש"פ כו'.

משמע עכ"פ שא"צ להיות מבורר דמקדשה בכסף זה מצד הלשון. דהא באמת קידש בתורת שטר.

אך עכ"פ דעתם שבנתינת דבר זה תהיה מקודשת. ובל"ז צ"ל כן לחלק בין הא דפ"ק דב"מ גלי דבנפילה כו' דליקני כו' עכ"פ לכתחלה ודאי שצ"ל בזה כמ"ש ק ברמב"ם וש"ע:(ו') ה"א מקודשת כו' לשון חכמים.

אף דלשון תורה לשון קנין י"ל דתיקנו שיהיה מבורר שאסורה לכל העולם. דיש לטעות בלשון קנין.

בפרט די"ל דמן התורה דלא היה שום קנין בה רק אישות היה ן בלשון קנין. משא"כ כשתיקנו מעשה ידי' לו וכן אותן מלאכות שמחויבות [יש לטעות] בלשון קנין שהוא למ"י וכנ"ל ותיקנו לשון מקודשת.

וכן בקטנה: (ח) שתבין כו'. בר"ן ז"ל כ' דגם בלשונות שסתמא אינה מבינה מ"מ אם אומרת שהבינה מהני.

ועל פירכא מנא ידעה הוי מצי לשנוי' באמרה שהבינה ע"ש. ותמוה דהוי מקדש בלא עדים.

וגם להיות אסורה מטעם שוי' נפשה כו' לא יהיה שייך כמו קדשתני בלא עדים כו'. אמנם לע"ד י"ל.

דהא החילוק בין עדים להודאה אף דעדים ג"כ צריכין להעיד בפני ב"ד. וע"כ כיון שהיו ראוים מיד כשקדשה לבא לב"ד להעיד נגמר הקדושין אף שמתו אח"כ.

א"כ הודאת בע"ד ג"כ היו יכולין לבא לב"ד ולהודות שהיה מועיל וע"כ החילוק דעדות מהני על אז שעת הק' ונאמנים למפרע. משא"כ הודאה לא יועיל רק מכאן ולהבא וגם משום בידו לקדשה נאמן רק מכאן ולהבא.

א"כ שוב בשעת קדושין לא היה עדות אף שיבאו לב"ד ושוב אין כאן קדושין כלל: וא"כ כאן בספק אי מבינה נראה דכשהעדים שואלין אותה אחר הקדושין מיד מה דיבר אליך

והיא משיבה שקדשני היה ביורו גמור שמבינה ונתקדשה ושוב הוי כקידש בעדים והלכו למה"י או מתו. דראוי היה בשעת קדושין לברר והיה מהני בשעת הקדושין כנ"ל. וגם שלא שאלוה מקודשת. א"כ גם אח"כ שאין הוכחה דשמא הוגד לה אח"כ שזהו לשון קדושין.

מ"מ שוב מהני הודאתה שהבינה למשוי נפשה חד"א כמו קדשתני בעדים והלכו למדה"י כיון דאם באמת הבינה היה אפשר לברר אז וחשיב בעדים כנ"ל ולענין נאמנית באמת אין נאמנת שהבינה במה שסתמא אין מבינה רק דהוי כאומרת קדשתני כנ"ל. ונגד המקדש משמע דמחזיקין סתמא שמבין כיון שעושה מעשה ומקדש וכמ"ש.

ב"י ומפורש ברמ"א: אולם הגהות מרדכי] הובא ב"ש וסימן ל' ס"ק ט'] בעדים ס' קרוב לה כו' הוי מקדש בלי עדים ע"ש. דמשמע גם שהי' אפשר אז לברר למדוד בשעת קדושין רק אח"כ הלכו ע"ש.

ויהיה ג"כ כנ"ל ויועיל הודאתה וממילא נהי דעדותן עכשיו אינו מועיל אבל שוב יהיה ספק דאי באמת היה קרוב לה היה אפשר אז לברר ושוב גם שנסתלק הבירור אח"כ הוי כהלכו למדה"י או מתו העדים מיד אחר הקדושין דמקודשת והגם דאפשר שהיה אז ס' שא"א לברר. אך א"כ לא היה צריך לפרש (הש"ס) [הב"ש] ס' קרוב וכו' בב' כ' עדים מכחישין יותר היה פשוט כנ"ל שהיה אפשר לברר כנ"ל: וטעמו נראה דהא לענין חצי דבר גרע כשהיה אפשר לראות ולא ראו רק מקצת כב' שערות כו' וא"כ כיון דחלות הספק למרדכי לא הוי קדושין כלל.

ונראה משום דאין ק' לחצאין וכיון שהעדים ראו רק ספק יהיה ק' ספק שלא יתחייב מיתה וכה"ג ולא הוי ק' כלל דשיור בק' ג"כ לא מהני. א"כ אף שהיה אפשר להתברר אז אם קרוב לה מ"מ הא לא ראו רק ספק ולא מהני כלל.

וא"כ גם בהנ"ל י"ל כן. מ"מ יש לחלק דהיו יכולין העדים לילך עם האשה לב"ד אחר הקדושין ויעידו והב"ד ישאלו אותה מה דיבר לך וכשתאמר שקדשה יהיה בירור כנ"ל. גם נראה דהפוסקים חולקין על המרדכי הנ"ל. שהרי ברמב"ם וש"ע וש"פ וברשב"א מפירש בס' קרוב כו' אף שעדים א"י הוי ספק ע"ש גם שבהג"א לא נמצא כלל לשון שהביא ב"ש כמ"ש דגול מרבבה.

וע"כ כונת הב"ש על הגהת מיימוני ה' אישות ת' מהר"ם ע"ש. ושם מבואר כלשון שהביא ח"מ דהוי מקדש בלא עדים משום דמוקמינן בחזקת קני' ושוב אף שהיא יודעת האמת כיון דעדים לא יודעין אין כאן קדושין ע"ש: (ט') שתבין כו' בלשונות דברירא לן כו' בב"י מחלק בין לשון ה"א מקודשת כו' שפשוט לכל אינה נאמנת שלא הבינה ע"ש.

וכן מפורש בתוס' רי"ד גם בהה"מ נראה כן. ונראה שאין מחלוקת כלל דלשונות דברירא לן מ"מ היינו שהוא בחזקת שברור לה ג"כ שבלשון שרגילה או שיודעין שמבינה לה"ק והוי כהוחזק שסוקלין כו'.
דכל שאמרה שאין מבינה היה בחזקת מקודשת והוחזקה א"א. אין נאמנת אח"כ שלא הבינה.
דהוי דבר שבערוה ואיתחזק דא"נ. אבל בלשונות שמסופקים מיד בשעת קדושין אם מבינה י"ל דנאמנת אח"כ דחזקת פנוי' מסייע.
ובמשנה נדרים פ"ב סתם להחמיר ופירושן להקל ע"ש רא"ש וריטב"א דמפרשים דבס' נאמן לפרש ע"ש. ובגליל שאין מכירין כו' אין נאמנים ע"ש.
וי"ל גם כאן: והח"מ כ' דגם בלשון שסתמא מבינה שוי' נפשה ח"ד שאם ק' אחר צריכה גט. ואינו מבואר אי כונתו כשקדשה א' אסורה לראשון משום שוי' נפשה ולמה לא נאמר עיני' נתנה בא' כמו טמאה.
ואפשר כיון דלא מצינו הפקעה בזה דאין חשודה להפקיע א"ע בלי גט. נאמנת דשוי' אנפשה כו'.
אף דמשעבדא לי' הוי כהנאת ת' עלי. אף דלא מהני הודאה בחב לאחרים אך גבי גרשני שלא בפניו אי לאו חזקה דא"א מעיזה משמע דאף שקבלה ק' מאחר אינה אסורה לא'.
ויש לדחות ואפשר גם הח"מ כונתו בלשון צריכה גט גם מב' היינו כשמגרשה הראשון או מת לא לאסור לבעלה. ולא מצינו באומרת שמותרת לכל שיהיה חשוב שוי' נפשה כו' כשתקבל ק'.
והוי כמו מפטור לפטור דקי"ל יכול לחזור וי"ל כונתו כשלא חזרה בה וקבלה ק' מאחר דהוי כמו אומר לא לוה ובאו עדים שכבר נעשה מהפטור חיוב א"י לחזור ע"ש וכן כאן שוב ראיתי בט"ז סי' קנ"ב כ' דלא שייך כה"ג שוי' נפשה ע"ש. גבי גרשתני.
כיון שאומרת שמותרת ע"ש: שוב ראיתי בט"ז כאן כ' ג"כ כנ"ל בפי' דברירא לן ע"ש גם לענין שתוכל לחזור בה ע"ש: (י) היה מדבר עמה ע"ע קדושי' כו'. לכאורה דוקא שדיבר עמה שרוצה לקדשה לו אבל סתם שרוצה לקדשה לא עדיף מהא"מ ולא אמר לי דהוי ידים שא"מ.
אולם ראיתי ברדב"ז סימן רצ"ה שהביא ד' מהרי"ן לב כנ"ל והוא דחה דבריו דגם שלא אמר לי מקודשת ואין דבריו ז"ל מובנים לי ע"ש. שכ' שלא דקדק יפה דהוי מ"ל ולטעמך בשתיקה אמאי כו'.

וא"י מה שפיר מתפרש בשתיקה שדבר עמה מקודם ע"ע קדושי' לו. וכן מ"ש וטעמא דמלתא כיון שהיה מדבר עמה כו' סתם ולא אמר פלוני שלחני לקדש אותך אין לך ידים מוכיחות מאלו ע"ש.
וא"י הא במפרש הא"מ בלא לי ונותן ג"כ שייך טעם זה שלא פלוני שלחני. אולם הוא רב גדול.
ונראה לפרש טעמו. דבשלמא ה"א מקודשת אין במשמע לו יותר מלאחר ואף שלא הזכיר פלוני הוי אינו מוכיח אבל דיבר עמה ונתן אח"כ סתם.
דעכ"פ נגד אחר שלא הזכיר לא יהיה חשוב דיבר עמה ואין כאן רמז קדושין שוב מוכיח שלעצמו קדשה דנגדו חשיב דיבר עמה. וממילא כשאומר אח"כ הא"מ בלא לי ג"כ מהני כיון שדיבר אף דלא שייך כנ"ל לא גרע משתיקה ואפשר דבשתיקה ריי"ן לב מודה.
ועדיין צ"ע: (יא) עמה הרמב"ם ז"ל כ' ורצתה וכ"מ ס"ל דוקא אמרה הן לא שתיקה. ע"ש ב"ש דשאר פוסקים לא ס"ל כן וי"ל דלא פליגי דבשדיך י"ל דהרמב"ם מודה.
רק בלא שדיך דיש איסור לקדש בלא שידוכין ולמה נימא סתם לקדושין. וברצתה היינו שידוכין כמבואר לקמן בש"ע וכשהנתינה אח"כ לק' הוי כשדיך קודם הקדושין.
אבל בשתיקה, לא חשיב שדיך רק בשעת קבלה דקודם אין שום ראיה, וזה הוא בשעת קדושין ואין כאן שידוכין כלל. דהא ל"א דלמא שוי' לאבוה שליח דלא חציף כו' וכן בלא שידוכין חציפות הוא ובפרט היכא דמסבלי והדר מקדשי י"ל דאף שדיבר עמה סבורה שנותן מסבלונות ואח"כ יקדשה וזה יהיה שדיך קבלת הסבלונות דהוי ריצוי להתקדש אח"כ לא שיתן מיד לקדושין בלא שדוכים כנ"ל: סימן כח סעיף א המקדש בגזל או בגניבה או בחמס אם נתייאשו ונודע כו' מקודשת כו' ע"ש.
הנה הרא"ש ז"ל ב"ק כ' וקי"ל כרבה וקני יאוש לחומרא ואם קדש אשה כו' צריכה גט דרבה סבר דלכל הפחות יאוש קונה מדרבנן אבל מה"ת יאוש לא קני אבל עם שינוי רשות קני מדאורייתא ע"ש. ותמוה כמ"ש הפ' למה כ' בקדושין הטעם משום דיאוש קונה מדרבנן הא בל"ז הוי יאוש ושינוי (רשות] בקדושין.
ועיין מהרש"ל ביש"ש שתמה על הרא"ש וגם על הטור שכ' ג"כ בח"מ אם קדש אשה צריכה גט בגניבה משום דסתם גניבה יאוש בעלים ומשום דמספקא אי יאושקונה ובאה"ע כתב כהרמ"ה דמקודשת מה"ת דהוי יאוש ושינוי רשות ע"ש, ונראה דהנה הב"ש הקשה דכאן כתב בש"ע דוקא ונודע שנתיאשו כו' והא בח"מ פסק דסתם גניבה וגזילה הוי יאוש בישראל כו' ותירץ הב"ח דהא דסתם גניבה הוי יאוש כו' הוא רק מספק

דרבנן ולענין ממון אמרינן כן שאינו יכול להוציא ממון אבל בקדושין שתהיה מקודשת מדאורייתא לא אמרינן סתם גזילה כו' דאין זה ודאי ולכך בעינן נודע ע"ש.
ויש להקשות דהא כל הסברא דאיכא למימר שאינו מתיאש בגזילה וגניבה מבואר בש"ם משום דאמר למחר נקיטנא לי' בדינא ויוצא ממנו ע"ש בש"ס וא"כ לדברי הב"ח הנ"ל דאמרינן לענין ממון אינו יכול להוציא דאמרינן סתם גזילה הוי יאוש. וא"כ שוב נראה דהוי ודאי יאוש דודאי מתיאש דלא שייך דסבר למחר נקיטנא ליה בדינא ז"א דהא לא יוכל להוציא ממנו דשמא סתם גזילה הוי יאוש דלענין ממון א"י להוציא מספק כנ"ל ושוב ודאי מיאש כמו מציל מן הנהר וממילא גם לענין קדושין הוי ודאי יאוש דכיון דלא שייך נקיטנא ליה בדינא דהא הוי ספק יאוש וממילא ודאי מיאש כנ"ל, ושפיר מקודשת מדאורייתא כנ"ל ועדיין קשה כנ"ל למה בעינן נודע כו': אמנם י"ל דלא קשה דהא קי"ל דיאוש לחוד לא קני ורק עם שינוי רשות קני והנה שינוי רשות קודם יאוש לא קני לדעת תוס' ושאר פ'.
וא"כ כאן דנימא דבשביל כך ודאי מתיאש בשביל שלא יוכל להוציא דנימא סתמא נתיאש כנ"ל וא"כ ממילא קודם שמכרו הגזלן לא מיאש דשפיר יוכל להוציא דאף דנימא דנתיאש מ"מ הא יאוש אינו קונה לחוד ושייך נקיטנא ליה בדינא וממילא אינו מתיאש כלל רק כשמכרו דאיכא יאוש ושינוי רשות אז נימא שמיאש דלא שייך נקיטנא כו' דלא יוכל להוציא מספק שמא נתייאש והוי יאוש ושינוי רשות וא"כ שוב הוי שינוי רשות קודם יאוש דכל היאוש רק אחר שמכר כנ"ל ולא מהני כנ"ל ושפיר בעינן נודע וא"ש כנ"ל.
אמנם אי אמרינן דיאוש לחוד קונה מדרבנן נראה דשוב מהני עכשיו מדאורייתא הקדושין גם בסתם דשפיר כנ"ל דודאי מיאש דלא שייך נקיטנא ליה כו' וכאן שפיר מיאש מיד גם קודם שמכרו דלא יוכל להוציא עכ"פ מדרבנן דיאוש לחוד ג"כ קני מדרבנן וממילא מיאש מיד ושוב הוי יאוש ושינוי רשות אחר הקדושין ומקודשת מדאורייתא דכיון דיאוש קונה מדרבנן ממילא נתיאש מיד בודאי והוי היאוש קודם השינוי רשות ומקודשת אח"כ מדאורייתא כנ"ל.
וי"ל דברי הרא"ש דאירי ג"כ בסתם כמ"ש הטור ולכך כ' שפיר הטעם משום דיאוש קונה מדרבנן לכך מקודשת מדאורייתא שפיר כנ"ל אבל אי יאוש לא היה קונה מדרבנן לא היה מועיל בסתם אף דאיכא שינוי רשות מ"מ הא הוי הש"ר קודם יאוש ולא היה מועיל רק מדרבנן כמ"ש הב"ח כנ"ל. אך הלשון צריכה גט אינה מקודשת רק מדרבנן כנ"ל אמנם במ"ש יש ליישב מה דקשה עדיין גם לתירוץ הב"ח דמ"מ למה כתב הרמב"ם

ז"ל גבי מחשבה מטמאתן ושאר דברים דסתם גנבה יאוש בעלים בודאי ולא כ' דהוי ספק או מדרבנן וכאן בקדושין דוקא נודע כנ"ל.
ולמ"ש מיושב דהנה הרמב"ם ז"ל פוסק דשינוי רשות קודם יאוש גם כן מהני מדאורייתא ולכך ממילא אף דאמרינן כהב"ח דרק מספק א"י להוציא מ"מ שוב הוי ודאי יאוש דלא שייך נקיטנא ליה כו' ואף דהוי אחר השינוי רשות מ"מ קני כנ"ל. אבל בקדושין דכ' הב"ש דגם להרמב"ם לא מהני כשנתייאש אחר הקדושין ע"ש וממילא בעינן נודע דאל"ה הוי ספק כנ"ל דלא שייך בודאי כנ"ל דהוי אחר הקדושין כנ"ל.
אך הרמב"ם ז"ל פסק דיאוש לחוד קונה מדרבנן וי"ל דהוי יאוש קודם ש"ר כנ"ל דלא יוכל להוציא מדרבנן. אך בסתם י"ל שאינו מועיל כיון שהוא מדרבנן ע"ש בהה"מ דכ' הטעם רק משום ש"ר ע"ש ובש"ע ודאי י"ל כנ"ל דפ' דיאוש לחוד אינו קונה כלל וש"ר קודם יאוש מהני וי"ל שפיר כנ"ל דלכך בשאר דברים לא בעינן נודע רק בקדושין כנ"ל וא"ש: עוד י"ל בדברי הרא"ש ז"ל דהנה הפ"י והב"ש לקמן הקשו איך מהני היאוש אי מטעם הפקר וכה"ג הא קי"ל גזל ולא נתיאשו כו' אינו יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו כו' וגם להפקיר אינו יכול ואיך מועיל היאוש וכתב הב"ש לקמן כיון שהגזלן רוצה הוי כאלו ברשותו ע"ש לענין מקנה לו.
ובאמת י"ל דנהי דהוי כאלו ברשותו מ"מ למאי דקי"ל גבי קרקע דאף דהוי ברשותו מ"מ כל ממון שאינו יכול להוציא בדיינים אם הקדיש אינה מקודשת ע"ש גבי מסותא האי אמר דידי כו ואינו מועיל ההקדש גם מספק ע"ש וא"כ לכאורה אי אמרינן סתם גזילה וגנבה הוי יאוש א"כ איך מועיל כלל היאוש הא מיד שגזל או גנבו ממנו מיד אינו יכול להוציאו בדיינים דאנן אמרינן שנתייאש דסתם הוי יאוש כנ"ל ואף אי באמת לא נתייאש מ"מ א"י להוציאו בדיינים דאנו אומרים שנתייאש וא"כ שוב לא מהני כלל היאוש דא"י להקנות כיון שא"י להוציא כו' ואף שיש לדחות דגם לענין זה מהני כשרוצה אך אינו מוכרח וי"ל שפיר דלא מהני היאוש מטעם הנ"ל דאיך נימא דיאוש קני וא"כ סתמא הוי יאוש ומיד שגזל לא היה יכול להוציא בב"ד מטעם יאוש ושוב אינו מועיל היאוש [ואף דמי נימא דאין היאוש מועיל א"כ שוב הוי יכול להוציאו בדיינים ושוב מועיל היאוש] אך ז"א דמ"מ להיפך איך נפסוק דמועיל א"כ א"י להוציאו כנ"ל.
אמנם י"ל דלא קשה דהא יאוש לחודיה לא קני רק עם שינוי רשות וא"כ שפיר מהני דקודם השינוי רשות היה מועיל היאוש שפיר דאז היה יכול להוציא בדיינים דאף דנימא סתם גזילה הוי יאוש מ"מ יכול להוציא דיאוש לחוד לא קנה והועיל היאוש וממילא אחר השינוי רשות קונה כנ"ל: אמנם אי אמרינן יאוש לחוד קונה מדרבנן שוב י"ל דגם

עם שינוי רשות אינו מועיל אלא מדרבנן דכיון דקונה מדרבנן א"כ לא מהני שוב כלל מדאורייתא דהא אינו יכול להוציא בדיינים דמיד שגזל שוב לא היה יכול להוציא דנימא סתם גזלה הוי יאוש וקנאו מדרבנן ביאוש לחוד ושוב אין היאוש מועיל כלל מדאורייתא וגם אחר השינוי רשות לא מהני מה"ת כיון שלא הועיל היאוש מטעם הנ"ל ולכך באמת אי אמרינן דיאוש אינו קונה כלל אף מדרבנן אז שפיר עם שינוי רשות קונה מדאורייתא אבל אי לחודיה ג"כ קונה מדרבנן ממילא גם אם קודש אינה מקודשת רק מדרבנן וכ' הרא"ש שפיר כיון דקונה מדרבנן אם קידש אחר יאוש צריכה גט כנ"ל וכמו דאמר באיסורי הנאה דרבנן דלאו ברשותי' דלבטליה ע"ש וכן הכא כיון דקנאו מדרבנן כו'.

אך גם זה אינו במשמעות לשון הרא"ש דלהנ"ל אם יאוש לא היה קונה היתה מקודשת מדאור' ומה דיאוש קינה מגרע גרע ומדבריו משמע דעל ידי שיאוש קונה מקודשת כנ"ל וי"ל בהנ"ל קושיית תוס' דכאן סבר רבא דיאוש אינו קונה ובאבידה אמר נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה קנאו ואף דמהדרה מתנה הוא דיהיב ליה ע"ש.

ובמ"ש יש ליישב די"ל הטעם דסבר רבא יאוש לחוד אינו קונה י"ל דלכך אינו קונה מטעם הפקר מטעם הנ"ל דאי נימא דקונה א"י להוציאו בדיינים מטעם סתם גזילה וגניבה הוי יאוש ולכך אינו מועיל ההפקר ולכך יכול להוציאו כנ"ל אבל התם בנטלה לפני יאוש דאיירי דידוע בעדים שלא נתייאש אז וא"כ מועיל היאוש דהא שפיר היה יכול להוציאו בדיינים דהיה לו עדים שלא נתייאש ולא היה שייך סתמא כו' ושוב מהני היאוש וסובר דקני מטעם הפקר כנ"ל ואף דאינו ברשותו י"ל כמ"ש שם.

או דסבר משום דרוצה כנ"ל ואף די"ל דמיד שגזל מייאש והוי באין כאחת דבשעה שא"י להוציא אז מייאש ז"א דע"כ אחר שנטלו ממנו מייאש ואז א"י להוציא כו' ועוד למ"ש הר"ן ריש המדיר גם בכה"ג אינו מועיל אף שבא בב"א כנ"ל, או י"ל דהא כ' הב"ש בלא ידעה שהוא גנוב יכולה לומר לא ניחא לי' כו' כמו בהקדש ע"ש וזה שייך אי יאוש לחוד אינו קונה רק עם ש"ר וע"י מכירתו אז הוא כמו בהקדש לא ניחא ליה דניתחל ע"י דגם כאן על ידה יוצא מרשות הנגזל אבל אי יאוש קונה אף מדרבנן שוב לא שייך הנ"ל דהא גם זולתה היה שלו ולכך י"ל דכ' הרא"ש דכיון דקונה לחוד מדרבנן לכך מקודשת והיינו כנ"ל גם בלא ידעה שגנוב או גזול כנ"ל.

או י"ל דהא הב"ש הקשה כיון שידעה שגנוב מחויבת לשלם דמים כמ"ש רמב"ם ז"ל דאף דקנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות קנה החפץ אבל, צריך לשלם כו' וא"כ מאי הנאה אית לה ע"ש ולכך י"ל דסובר הרא"ש דלא היתה מקודשת כיון דצריכה לשלם דמים אף דאיכא יאוש וש"ר. אך הפ' הקשו על הרמב"ם ז"ל למה באמת יהי' חייב.

לשלם כיון שקנאו ביאוש וש"ר ע"ש וי"ל בפשיטות דהלוקח חייב מחמת דינא דגרמי דאם לא היה לוקח היה צריך להחזיר לו החפץ שלו ובלקיחתו גרם לו היזק שלא יוכל לגבותו עוד דקנאו ביאוש וש"ר ואם לא היה לוקחו לא היה קונה דיאוש לחוד אינו קונה כנ"ל וא"כ ממילא אי יאוש לחוד קונה מדרבנן שוב אין הלוקח צריך לשלם מדינא דגרמי דגם בלא לקיחתו לא היה יכול לגבות מדרבנן עכ"פ וכ' הרא"ש שפיר כיון דיאוש קני מדרבנן ממילא מקודשת אח"כ דא"צלשלם דמים משא"כ אי לא היה קונה רק מחמת הש"ר הי' צריכה לשלם דמים כנ"ל.

וגם בלא טעם הנ"ל דדינא דגרמי ג"כ א"ש דודאי אי יאוש קונה לחוד והיה שלו איך יצטרך הלוקח לשלם כשקנה כיון שקנה דבר שהיה של הגזלן ולא היה צריך להחזירו כנ"ל ולכך כ' כנ"ל. או י"ל דהה"מ כתב הטעם דמקודשת בקידשה בגזל אחר יאוש משום דהוי יאוש וש"ר הא מ"מ לגבי המקדש לא הוי נתינה שאינו שלו וכ' הטעם דכיון שהוא קונה אותו גם הוא חוזר וקונה אותו ונעשה שלו והוי נתינה גם לגבי דידיה ע"ש.

ולכאורה אין מובן מאי בכך דהיא קונה ביאוש וש"ר אי משום דבהיתירא אתי לידה וכה"ג אבל איך הוא חוזר וקונה וי"ל הטעם דהנה תוס' גיטין פ' הניזקין גבי גזל תרומה ונטמאת כו' כתבו דלמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק קנאו הגזלן בשינוי מעשה דמה שנעשה אצלו היזק שא"נ כיון דהוי היזק הוי שינוי וקנאו ע"ש והרמב"ן ז"ל כ' גבי זיכה את החייב וכה"ג כו' דהוי היזק ניכר כיון שבאמירה זו יצא מרשות זה ונעשה של אחר. וכן בנגע בי' בשרץ כ' דהוי ניכר רק משום דלא היה ידוע אם הוכשר ע"ש. וא"כ בהיזק ניכר ודאי הוי שינוי מעשה.

וממילא י"ל כאן כיון דביאוש וש"ר עכ"פ הוא קונה אותו וא"כ בשעת המכירה עושה ההיזק שמפסיד להנגזל החפץ ונעשה של הלוקח וזה היה היזק ניכר וממילא גם הוא חוזר וקונה את החפץ בשינוי מעשה כיון דעכ"פ נעשה של הלוקח שקנאו וממילא עשה הגזלן היזק ניכר בהמכירה או בהקדושין ושוב קנאו בשינוי והוי נתינה גם לגבי המקדש כנ"ל, אך אי יאוש קונה שוב י"ל דגם אחר הקדושין אינו אלא מדרבנן אף דהוי שינוי רשות מ"מ לגבי דידיה לא הוי נתינה וא"ל כנ"ל דהוי שינוי מעשה ז"א דלא עשה כלל היזק בהמכירה או בקדושין דגם בל"ז לא היה צריך להחזירו מדרבנן עכ"פ ושוב לא קנאו אח"כ מדאורייתא ולכך לא הוי אלא קדושין דרבנן כנ"ל.

אמנם באמת זה אינו דאף דעשה כאן היזק ניכר מ"מ לא שייך שקנאו בשינוי מעשה דבשלמא בתרומה ונטמאת וכה"ג כ' תוס' שפיר דאי היזק שא"נ שמי' היזק הוי שינוי דכיון דההיזק הוא בגוף החפץ שבמה שנטמא הוא שוה פחות והוי כאלו שברו ואינו

כעין שגזל כו'. אבל כאן אף דהוי היזק ניכר מ"מ אין ההיזק אלא נגד הנגזל (שלא הזיק) שלא יוכל לגבותו אבל אין ההיזק בגוף החפץ והחפץ הוי כעין שגזל ואין זה נקרא שינוי מעשה כנ"ל.

וצ"ל סברת הה"מ דהוא עצמו קונה אז בשעת מעשה כמ"ש תוס' ביאוש עם שינוי השם גרוע דקונה כמו כן יאוש ושינוי רשות היי קנין להגזלן בשעה שמשנה הרשות. ומ"מ אינו מוכרח וי"ל דגם זה נקרא שינוי מעשה כנ"ל: עוד ליישב הרא"ש הנ"ל דלכאורה למש"פ הרמב"ם ורוב הפ' דבחמס עובר אלא תחמוד מדאורייתא אף דיהיב דמי בתלוה וזבין כיון שקונה חפץ של אחר בע"כ ע"ש וא"כ נראה ממילא כגזלן שמוכר החפץ לאחר יאוש ולסברת הה"מ דהגזלן קונה אותו בשעה שמכרו ונראה דאף דמחויב לשלם דמים אז מ"מ עובר אלא תחמוד במכירה זו דהא קונה אותו בע"כ של הנגזל ואף דיהיב דמי וכמו בתליה וזבין והוא כ"ש דהא הנגזל אינו רוצה להקנותו לו ואף שהוא אחר יאוש היינו שהוא מייאש ומוסכם אצלו שלא יהיה לו עוד אבל אינו רוצה להקנותו לו כנ"ל.

והנה הרב המגיד (פ"א מה' גזילה ה' ט') הקשה תלוה וזבין למה יועיל להרמב"ם ז"ל הא קי"ל כרבא דכל מאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וכאן עובר בלא תחמוד בקנין זה ותירצו הפ' שם דכיון דאמר רוצה אני דאל"ה בל"ז לא מהני וא"כ כיון שנתרצה אין האיסור בגוף המקח רק מה שתלוה אבל גוף המקח אינו האיסור כיון שנתרצה ולכך לא שייך אי עביד לא מהני ע"ש, וא"כ כאן כיון שהגוף הקנין הוא שלא מרצונו ובזה עובר על לא תחמוד בקנין זה והקנין הוא כאן באיסור ונימא שפיר אי עביד לא מהני כקושית הה"מ הנ"ל.

ועוד הא בש"ס ריש תמורה אמר דפריך לרבא למה שינוי מעשה קונה נימא אי עביד לא מהני ומשני דכ' אשר גזל כעין שגזל כו' והיינו בשינוי מעשה דאף דנימא דלא מהני מ"מ הא אינו כעין שגזל אבל בשינוי רשות עדיין קשה קושית הש"ס דכאן אי נימא דלא מהני אין כאן שינוי רשות דלא הוי מכר וממילא לא מהני ואיך מועיל יאוש ושינוי רשות כנ"ל: אמנם במכר לא קשה דאין הגזלן הקונה רק הלוקח והלוקח לא גזל ואצלו לא שייך אי עביד לא מהני.

או משום בהתירא אתי לידיה ושאר טעמים, ואין צריכין במכר לטעם הה"מ דהוא קונה אותו כנ"ל וממילא י"ל כיון דגם אי נימא דלא מהני יהיה של הלוקח ולא יתוקן האיסור ושוב מהני וקונה כמ"ש מהרי"ט ע"ש אך בקדושין דכל הטעם דמועיל הוא כטעם הה"מ דהגזלן חוזר וקונה ולענין קנין שלו שפיר קשה כנ"ל דנימא [אין עביד לא מהני וכיון שהוא אינו קונה ממילא לז הוי נתינה לגבי דידיה ואינה מקודשת ומיושבים דברי

הרא"ש די"ל דסובר כנ"ל ולכך לא היתה מקודשת בגזילה אחר יאוש אף דאיכא שינוי רשות כנ"ל.
ולכך כתב הטעם כיון דיאוש לחוד קונה מדרבנן וא"כ שוב לא הוסיף איסור בהשינוי רשות דבל"ז לא היה גובה ולכך שפיר י"ל דמקודשת אחר כך מדאורייתא מטעם יאוש ושינוי רשות דלא שייך אי עביד לא מהני כנ"ל וא"ש. או י"ל דאיירי בקדשה בגזל דידה אחר יאוש דליכא שינוי רשות.
שוב ראיתי בט"ז שרצה לתרץ כן ודחה דממ"נ אי בשדיך בל"ז מקודשת ואי לא שדיך יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ודבריו תמוהים כיון דסובר דיאוש לחוד קני מדרבנן וא"צ להחזיר לה מדרבנן איך יכולה לומר דידי שקלי הא לאו דידה הוא דהפקר ב"ד הפקר והט"ז הביא ראיה מהש"ע ע"ש ואינו מובן כלל מה ראי' הוא הא בש"ע מיירי בלא יאוש ודאי יכולה לומר דידי שקלי מה שא"כ בהנ"ל: (ב) ונודע שקנה אותו דבר ביאוש כו' ותמהו הא פסק דסתם גניבה וגזילה הוי יאוש ולמה ליה נודע כו'.
ונראה בפשיטות דהא בפ' אלו מציאות גבי ראה סלע שנפל משנים כ' רש"י ז"ל דלכך לא מייאש גם בדבר שאין בו סימן משום דיכול להשביעו שבועת היסת ומסתמא לא ישבע ולא מייאש ע"ש והנה הטעם דבגזלן ישראל מייאש אמר בש"ס משום דאמרי מי יימר כדקאמרת הבא עדים ולא יוכל להוציא ממנו בלא עדים ע"ש.
ולכאורה קשה דכל זה שפיר במתניתין קודם דתיקון רבנן היסת ע"ש דיפטר לגמרי אבל עכשיו דתיקנו היסת בכופר הכל א"כ גם בלא עדים יוכל להשביעו היסת ונימא דאינו מייאש כמו התם באבידה. ולכאורה י"ל דהא גזלן פסול לשבועה ומיגו דחשיד אממון חשוד אשבועה רק משום אישתמוטי או ס' מלוה ישינה ואף בטוען גזלתני חייב היסת אך דוקא משום דאין ידוע לנו שהוא ודאי גזלן אבל בודאי לא תלינן בס' מ"י כמ"ש תוס' ריש ב"מ וא"כ לגבי דידן שפיר מחייבין אותו היסת אבל הנגזל בעצמו שפיר מתייאש דהא הוא יודע האמת שודאי גזל וא"כ ישבע ג"כ לשקר דחשיד אממון חשיד אשבועה ושפיר מיאש אף שיוכל להשביעו היסת ודוקא באבידה דאינו גוזלו שייך הנ"ל משא"כ הכא כנ"ל: אך י"ל למ"ש תוס' שם ב"מ ד"ה מיגו כו' בשם ר"י החסיד דהיכא דע"י השבועה יפרוש גם מאיסור גזל לא אמרינן מיגו דחשיד ודוקא בגזלן מכבר ע"ש.
וא"כ כאן ג"כ בשלמא בגזלן גמור שהוא גזלן מקדם שייך תירוץ הנ"ל דישבע לשקר ג"כ אבל מי שגנב או גזל עכשיו שפיר נימא דלא מיאש בסתם דהא יצטרך לישבע היסת וע"י כן יפרוש גם מאיסור גזל דתרתי לא עביד כנ"ל ושפיר לא מיאש כנ"ל. ובזה י"ל בפשיטות דשם בח"מ דאיירי בגנב וגזלן סתם שמוחזק לגזלן פ' שפיר דסתם הוי יאוש

כנ"ל משא"כ כאן דכ' המקדש בגזילה וגניבה והיינו שעתה גנב או גזל כו' ולכך בעינן נודע כנ"ל אך זה דוחק דגם התם היה לו לחלק בח"מ דבאינו מוחזק לא הוי סתמא יאוש כנ"ל.

אך י"ל כיון דיאוש לחוד לא קני רק עם שינוי רשות וא"כ כשמכרו או נתנו לאחר שפיר אמרינן דסתמא הוי יאוש דכאן לא שייך שישביעו היסת דמה, יועיל שישביע להגזלן היסת כיון שכבר מכרו. ואף אם הגזלן לא ירצה לשבע מ"מ לא יוכל להוציא מהלוקח דטענין ליה כו' ולהלוקח לא יוכל להשביע היסת ושפיר פסק דסתם הוי יאוש ומועיל כשמכר דאיכא שפיר יאוש וש"ר כנ"ל.

אמנם לכאורה הא הוי שוב השינוי רשות קודם יאוש כיון דקודם המכירה לא נתייאש דיוכל להשביעו רק אחר שמכר והוי ש"ר קודם יאוש. אך הרמב"ם והמחבר פסקו דגם שינוי רשות קודם יאוש קונה ולכך שפיר מהני בסתם כנ"ל: אמנם בקדושין כ' הב"ש דגם להרמב"ם ומחבר לא מהני כשנתייאש אחר הקדושין כיון דבשעת הקדושין לא הי' שלו ע"ש.

וא"כ ממילא מיושב דכאן בקדושין לא אמרינן כלל סתם גזילה וגניבה הוי יאוש דהא קודם שקדשה לא נתייאש דיוכל להשביעו רקאחר שקידשה וממילא הוי ש"ר קודם יאוש ולא מהני בקדושין ולכך בעינן שפיר ונודע שנתייאש כו' וא"ש. ובזה מיושב מ"ש הרמ"א בסעיף זה קדשה בגזל או גניבת כותי מקודשת כו' ותמהו עליו ולהנ"ל י"ל כיון דבעכו"ם א"צ לישבע היסת דלא עדיף מש"ד דכ' רעהו וגם כל דרבנן לא שייך בכותי כמ"ש הריטב"א גבי מכירת שטרות אי דרבנן לא תיקנו בכותי ע"ש.

ולכך ממילא סתמא הוי יאוש בגזילה וגניבה דשפיר נתייאש קודם הקדושין ומהני. רק דמים צריכה להחזיר ועל הדמים אינו אלא הפקעות הלואתו וכ' הרמ"א ז"ל שפיר דא"צ להחזיר רק משום קידוש השם דכן הדין בהפקעות הלואות וא"ש כנ"ל.

דאם היתה צריכה לשלם מדינא י"ל דלא היתה מקודשת כמ"ש הב"ש בגנב שאינו מפורסם ע"ש ולכך כ' הטעם כיון דא"צ להחזיר רק משום קידוש השם שפיר מקודשת וגוף הדבר קנתה ביאוש ושינוי רשות דכאן סתם גזילה וגניבה הוי יאוש דנתייאש קודם הקדושין כיון שלא יוכל להשביעו היסת כנ"ל: אך י"ל דמ"מ בכותי לא מייאש בסתם דיוכל להוציא ממנו בדיני עכו"ם דדייני בגיותא כמו בגזלן עכו"ם דלא מייאש כנ"ל.

עוד י"ל דהא באמת מדכ' אם נתייאשו נודע שקנה כו' משמע דביאוש לחוד לא קנה אף שקדשה אח"כ רק צריך להיות עם שינוי השם וכה"ג דנודע שקנה דאל"ה הוי ליה

למימר אם נתייאשו כו' וממילא נודע שקנה. ובאמת קשה דהא איכא יאוש ושינוי רשות וכן על הרא"ש הנ"ל דקשה ג"כ דכ' רק משום דיאוש לחוד קני מדרבנן כנ"ל.
ולכאורה צ"ל דאין סוברים סברת הה"מ דהוא חוזר וקונה ולכך ממילא לענין קדושין אינו מועיל כיון דבעינן נתינה משל המקדש ולכך בעינן שיקנה קודם הקדושין או אי יאוש לחוד קונה מדרבנן כמ"ש הרא"ש או עם שינוי השם וכה"ג. עוד י"ל הטעם דיאוש ושינוי רשות קונה.
דהא הפ"י כתב דאין יאוש מועיל מטעם הפקר משום דהא אינו ברשותו ואינו יכול להפקירו כדקי"ל גזל ולא נתייאשו שניהם אינם יכולים להקדישו כו' ע"ש. והנה לכאורה י"ל דהא אביי סבר למפרע גובה בחוב והיכא דאקדיש מלוה או זבין מלוה מהני כשגבה לבסוף.
ורבא פליג משום דהוי מצי לסלוקיה בזוזי וכ' תוס' גיטין דבאפותקי מפורש דלא מצי לסלוקיה בזוזי גם רבא מודה דלמפרע גובה ובב"ק גבי הקדישו ניזק ע"ש. וממילא נראה נהי דבגזל סבר ר"י דאינו יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו מ"מ י"ל דכשהקדישו הנגזל ואח"כ גבה החפץ מן הגזלן י"ל דחל ההקדש למפרע דנהי דאז היה אינו ברשותו מ"מ הא היה עליו חיוב השבה ולא הוי מצי לסלוקיה בזוזי ולא גרע מאפותקי מפורש וממילא גם כאן עכ"פ למפרע גובה ומהני הקדישו או מכירתו כשמכר.
דהא בחוב ודאי היה אינו ברשותו דלא היה שלו כלל ואעפ"כ מועיל למפרע כשנבאו לבסוף. רק בלא גבאו אינו מועיל ההקדש כנ"ל וא"כ לכאורה י"ל דזה עצמו הטעם דיאוש קונה לחד מ"ד דהא באמת ראוי שיועיל מטעם הפקר רק דאינו מועיל ההפקר מטעם אינו ברשותו כנ"ל.
וא"כ איך נימא דהיאוש אינו קונה וצריך להחזיר לו גוף החפץ הא אם מחזיר לו החפץ וגובה אותו אם כן למפרע גובה וממילא הועיל היאוש מטעם הפקר למפרע וזכה בו הגזלן מטעם הפקר ואינו צריך כלל להחזיר לו דהוא שלו מטעם הפקר כנ"ל ולכך יאוש קונה וא"צ להחזיר כלל ואף דאי אמרינן דקונה ולא יצטרך להחזיר א"כ שוב לא הועיל היאוש מטעם הפקר כיון שאינו גובה לבסוף והיה אינו ברשותו כנ"ל.
אך מ"מ איך נאמר דלא קני א"כ שוב הוא שלו דאם מחזירו היה קונה והוי שלו כנ"ל. אך י"ל הטעם דלדידן אין יאוש קונה הוא משום דהא גזלן מחויב לקיים השבה והשיב את הגזילה וא"כ איך לא יחזיר לו החפץ הא כשאינו מחזיר יש עליו החיוב השבה דלא קנה ונהי דלענין ממון לא היה מחויב להחזיר מ"מ הא צריך לקיים השבה וכיון שיש עליו החיוב לכך מחויב להשיב אף דאי ישיב קונה כנ"ל.

ובזה י"ל הטעם ממילא דיאוש ושינוי רשות קינה דהא אצל הלוקח אין עליו חיוב דוהשיב כו' רק ממילא חייב להחזיר אי לא קני ואם כן שוב א"צ להחזיר דאיך יכולין להוציא ממנו הא אם יחזיר קנאו הגזלן מטעם הפקר והועיל המכירה והוא של הלוקח ולכך אינו צריך להחזיר כנ"ל. ובזה מיושב הנ"ל דלענין קדושין אינו מועיל אף דהוי יאוש ושינוי רשות דהא צריך להיות של הגזלן רק לסברת הה"מ והרשב"א קונה אותו בשעת הקדושין כנ"ל.

וא"כ לטעם הנ"ל לא מהני דהא עתה דאמרינן שאינה צריכה להחזיר א"כ שוב לא הועיל היאוש מטעם הפקר כנ"ל ולא קנה אותו ואינו שלו ולא מהני לענין קדושין אף שא"ל להחזיר כנ"ל ולכך אינו מועיל כנ"ל. וכ' הרא"ש הטעם רק משום דיאוש קונה מדרבנן כו'.

ובש"ע בעינן נודע שקנה קודם הקדושין ביאוש ושינוי השם כנ"ל וכה"ג: ובמ"ש י"ל קושיית תוס' דרבא סובר דיאוש לא קני כו' ובאבידה אמר רבא נטלה לפני יאוש והמתין עד שנתייאש אע"ג, דאהדרה מתנה בעלמא דיה ב ליה ע"ש, ולמ"ש י"ל כיון דכל הטעם דלא קני הוא משום דאי אינו מחזיר לא קני כנ"ל.

וא"כ אי אהדרה שוב קנה למפרע וממילא מתנה הוא דיהיב ליה דכיון שמחזירה קנה למפרע ונותן לו שלו כנ"ל. וממילא מיושב מה דאמר אם נתייאש ונודע כו' ואף דסתמא הוי יאוש מ"מ לא קאי דנודע שנתייאש רק אם נתייאש ונודע שקנאו כו' היינו ביאוש ושינוי השם או שינוי רשות דאינו מועיל לענין קדושין כנ"ל לכאורה י"ל הא הטעם דסתם גזילה לא הוי יאוש משום נקיטנא ליה בדינא כו'.

ולכאורה להמבואר בח"מ סי' א' דגזילה גמורה אין דנין עכשיו דאנן הדיוטות אנן ולא עבדינן שליחותייהו במידי דלא שכיח וגזילה גמורה כעין ויגזול החנית לא שכיח ובעינן מומחין ע"ש. וא"כ לא שייך עכשיו נקיטנא ליה בדינא דהא לא יוכל להוציא עכשיו בדיינים אף שיהיה לו עדים כו' וממילא הוי סתמא יאוש כנ"ל.

ובזה היה אפשר ליישב מה שהקשו דהא אמר רבא לית דחש לה דר"ש דאמר סתם גזילה הוי יאוש כו'. ולמה פסק בש"ע דסתם גזילה ג"כ יאוש כו'.

ולמ"ש א"ש דאז היה מומחין ושייך נקיטנא ליה בדינא ושפיר סתם לא הוי יאוש משא"כ עתה דאין מומחים פסקו שפיר דסתמא הוי יאוש כנ"ל: אך למ"ש שם בהג"ה בשם הנ"י דמ"מ כשהגזילה קיימת מחייבין אותו להחזירה דאין מניחין אותו לעבור על ד"ת ע"ש. וא"כ עדיין לא הוי יאוש דיוכל להוציא גוף הגזילה ואף דלכאורה י"ל דהתם דוקא כשמודה שהוא גזילה בידו יכולין להוציא א דאנן אין מומחין כו'.

אבל כשאינו מודה רק בעדים איך יכולין לקבל עדות כלל שהוא גזילה הא קבלת עדות לא מהני ג"כ בהדיוטות במה דלא שכיח ואיך אנו יודעין שעובר על ד"ת כלל. כמבואר שם בפוסקים דאף לענין חיוב תפיסה לא מהני הקבלות עדות ע"ש ויש לדחות דכמו בנשא שפחה כנענית כו' דאמר בש"ס (ב"ק כח ע"א) דלענין אפרושי מאיסורא [עביד אינש דינא לנפשיה.

והטעם דלענין זה] כ"ע הם ב"ד י"ל דיכולין לקבל פדות ג"כ על זה שהוא איסור ולאפרושי' מאיסורא כו' ואין מניחין כו' וממילא שייך נקיטנא ליה בדינא כנ"ל. ואף דלכאורה קשה לענין התשלומין דהא אמר בש"ס הטעם דמדמי מי קא מייאש כו' והיינו כמ"ש המפ' שם דסובר אף שלא יוכל להוציא גוף החפץ מ"מ יוכל עכ"פ להוציא הדמים ע"ש, וא"כ עכשיו לכאורה לענין הדמים ודאי מייאש דהא דכשלא יהיה הגזילה לא יוכל להוציא כלל הדמים בב"ד דלענין זה אין דנין בהדיוטות ע"ש.

וכיון שמייאש גם מדמי ממילא לא יצטרך באמת לשלם דמי' אחר יאוש כנ"ל, ולכאורה י"ל דשוב יאוש יקנה לחוד למ"ש תוס' ב"ק ד"ה כל הנלקט הטעם דאין יאוש מטעם הפקר משום דצריך לשלם דמים ואין רשאין לזכות בו ע"ש וכיון שמייאש גם מדמים שוב קונה כנ"ל. ויש לדחות דמ"מ אינו מייאש מדמי' או דלא מהני אף שמתייאש כנ"ל:

(ג) ונודע כו' וכ' הח"מ דוקא דיש עדים כו' אבל אם בשעת הקדושין עדיין לא נודע אם נתייאשו אף שאח"כ נודע שכבר היה יאוש קודם הקדושין הוי כיאוש שלא מדעת כו' ע"ש, ותמהו מאד מה זה ענין ליאוש ש"מ דאינו יודע שנאבד או נגנב ואלו היה יודע כו' משא"כ שהיה יאוש כדין רק בשעת הקדושין לא נודע ועתה נודע שהיה שלו למה לא יועיל ואיך מדמי לה להנ"ל: ונראה דהא לכאורה ביאוש נהי דהוי מטעם הפקר וכה"ג בעינן שיזכה בו הגזלן והגנב באיזה קנין כמו בכל הפקר או ביאוש דאבידה וא"כ איך זוכה בו הגזלן וכשהוא בידו ומתכוון לזכות בו באמת מועיל כנ"ל.

אבל בסתם ואין הגזלן יודע כלל מתי נתייאש הנגזל א"כ מתי מכוין לזכות. וקי"ל דבהפקר שאין דעת אחרת מקנה בעינן כונה לזכות דהעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קנה.

וא"כ למה יקנה הגזלן ובשלמא בלוקח חזינן דרוצה לזכות אבל בגזלן דרוצה החפץ אף שגזולה בידו אך אי יאוש לחוד לא קני א"ש דעם שינוי רשות שפיר מהני דכשמוכרו לאחר ואם כן הלוקח שמתכוון לזכות בשעת הקנין שפיר מהני מחמת היאוש כנ"ל. אבל כאן בקדושין דהטעם דמועיל הוא להרא"ש והרמב"ם משום דיאוש לחוד קני או להה"מ דחוזר וקונה וא"כ קשה שפיר כנ"ל דאיך יודעים שכוון לזכות כנ"ל.

אך י"ל דכיון שהוא בחצרו וחצרו של אדם קונה שלא מדעתו כיון שהוא זכות וכן משמע מדברי תוס' ב"ק ד"ה כל הנלקט ע"ש ולכך לא בעי כונה דמיד כשנתייאש הנגזל זוכה לו חצרו להגזלן כנ"ל. אך י"ל דהח"מ סובר לדעת הש"ע דלא שיך חצירו זוכה כו' ביאוש דבאמת י"ל דלא הוי זכות כלל דהא כשמתייאש וקונה החפץ צריך לשלם דמים והוא כמו מכר ואינו יכול להחזיר שוב גוף החפץ אף שהוזל אח"כ ושוה פחות כמו דאמר בש"ס (ב"ק סו ע"ב) לענין גזל חמץ כו' דא"י לומר הרי שלך לפניך וכו' וכשאינו קונה ביאוש יכול להחזיר גוף החפץ.

וא"כ כמו בכל מכר שאינו זכות דאולי אינו רוצה לקנות בדמים וגם כאן ממילא אין חצרו זוכה לו. ושוב בעי כונה לזכות בו.

וא"כ בשלמא אי סתם גזילה הוי יאוש א"ש דמיד שגזלן מתכוון לזכות דהא יודע שהנגזל מתייאש אז אבל להנ"ל דסתם גזילה לא הוי יאוש רק דנודע שנתייאש וא"כ אי לא היה ידוע להגזלן שנתייאש א"כ לא כוון כלל לזכות ולא קנה כנ"ל. ואף דבשאר דוכתי מהני עם ש"ר כנ"ל.

אבל כאן, בקדושין ממילא לא מהני כיון דבעי שקנאו מקודם אך אי נימא דיאוש שלא מדעת קני כרבא מ"מ מהני דאמרינן אלו ידע היה רוצה לזכות] מהני אף שאינו יודע ולא רצה להקנות כלל וכן מדמי בש"ס בתרומה כלך אצל יפות כיון שנתרצה אח"כ כו' אמרינן אלו ידע מקודם היה ג"כ מתרצה ומהני ע"ש.

וממילא גם כאן כיון שעכשיו שנודע לו שנתייאש ורוצה לזכות בו ממילא אמרינן דגם אז שלא היה ידוע לו מ"מ כיון דאלו ידע היה קונה שפיר קונה אף שלא ידע והיה מועיל כנ"ל. אך כיון דקי"ל דיאוש שלא מדעת לא קני ואף דלסוף נתייאש לא מהני ע"ש ולכך גם כאן לא קני ובעינן שהיה נודע להגזלן קודם הקדושין שנתייאש וכוון לזכות ומהני כנ"ל: ומיושב שפיר הח"מ דכיון שלא נודע בשעת הקדושין אף שאח"כ נודע שכבר היה יאוש קודם הקדושין מ"מ הוי כיאוש שלא מדעת ולא מהני כנ"ל.

או י"ל דאף אי נימא דהוי זכות מ"מ י"ל דאין חצירו זוכה לו כשנתייאש כו'. למ"ש תוס' ב"מ ודף כו ע"א) ד"ה דשתיך כו' שאין חצירו של אדם קונה לו רק בדבר שודאי ימצאנו ויהיה שלו הוי זכות אבל בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו ולא יהיה שלו לעולם אינו זוכה אף שמצאו אח"כ ע"ש וא"כ בשלמא אי אמרינן סתמא הוי יאוש כ' תוס' שפיר דחצרו זוכה לו דהא תברר בודאי שיהיה של הגזלן והוי זכות.

אבל לדידן דסתם גזילה לא הוי מתייאש וצריך להחזיר לו בסתם רק משום דיש עדים שנתיאש וא"כ י"ל דאין חצירו זוכה לו כלל דהא לא היה ידוע שימצאנו דאולי לא יתברר

שנתייאש ויצטרך להחזיר ולא יהיה לעולם שלו כלל והוי כמו בגל ובכותל ישן דאינו זוכה. וממילא בעי שיתכוין לזכות והוי כיאוש שלא מדעת כנ"ל ואתי שפיר: עוד י"ל דלכאורה קשה דקי"ל בב' כתי עדים היכא דהוי חצי דבר לא מהני כשאין כת א' מועלת בלא הב' כמו שנים אומרים א' בגבה וב' אחד בכריסה כו' ע"ש.

וא"כ כאן כיון שכ' הח"מ דבעינן ב' עדים שנתיאש ואל"ה לא מהני. וא"כ אי בשעת הקדושין לא היה נודע שנתיאש רק אח"כ באים עדים וא"כ ע"כ אין העדי קדושין העדי יאוש רק עדים אחרים.

וא"כ הוי חצי דבר דכיון דיאוש לחוד לא קני רק עם שינוי רשות וא"כ כל כת אינה מועלת בלא חברתה דעדי קדושין בלא עדי יאוש לא מהני דלפני יאוש אינה מקודשת והעדי יאוש בלא העדי קדושין ג"כ אינם פועלים כלום דהא יאוש לחוד לא קני כנ"ל.

וא"כ לא יהיה מועיל לכאורה אף שיש עדים עתה שנתיאש כיון שאינם אותן העדים בעצמם כנ"ל, אך י"ל דמ"מ מהני דהעדי יאוש מועיל עדותם שיהיה מועיל כשימכרנו הגזלן אף בלא הקדושין מ"מ מהני שיוכל למכרו אף שעדין לא מכר וכיון שכת א' יש תועלת בעדותם ממילא מהני אף שכת ב' אינם מועילים כו' כדאמר בש"ס בעדי גנבה ועדי טביחה כו' ע"ש.

אך לכאורה עדיין קשה דהא העידי יאוש מעידין ב' עידיות א' שנתיאש הנגזל ועוד מעידים שנתיאש קודם הקדושין וא"כ נהי דעדות זה שנתיאש שפיר יש תועלת בלחוד אבל עדות זה שהיה יאוש קודם הקדושין אין תועלת, כלל בלא העידי קדושין דלענין שיכול הגזלן למכרו עתה אין חילוק בין, אם היה היאוש קודם או עכשיו דנין כך וב"כ יוכל למכרו כו' ואף לענין אם מכרו כבר ג"כ אין חילוק דש"ר קודם יאוש קונה רק בקדושין לא מהני כנ"ל.

וא"כ שוב הוי עדות זה חצי דבר דאין תועלת רק לענין הקדושין ובלא העידי קדושין אין מועילים כלום כנ"ל. ואף שהעדות הב' יש תועלת מ"מ וודאי אם כת א' מעידים ב' עדיות שהעידו ב' א' בגבה ועוד עדות אחר שמועיל וב' א' בכריסה ודאי דהוי חצי דבר כיון שעדות זה אינו מועיל כנ"ל לא מהני עדות הב' שמועיל.

וגם כאן א"ל עדות זה שנתיאש קודם הוי חצי דבר ולא מהני כנ"ל. ואף שיש לדחות דזה מיקרי עדות זה עצמו שהוא מכלל החקירות באיזה יום והעדות מתי היה היאוש הם החקירות של היאוש וכיון שעדות זה יש תועלת מהני כנ"ל.

מ"מ אינו מוכרח כיון דבממון לא בעינן דרישה וחקירה י"ל דהוי עדות אחר וממילא לא מהני כנ"ל. אך לכאורה הא נהי דבאמת לא נאמן שנתיאש קודם מ"מ כיון שנתיאש אח"כ יהיה מועיל ג"כ דאיכא שינוי רשות ויאוש.

אך דאינו מועיל משום דבאיסורא אתי לידי' ומיושב ג"כ הח"מ הנ"ל שכ' כיון שלא נודע בשעת הקדושין רק דעתה נודע וע"כ ע"י עדים אחרים והוי חצי דבר ולא נוכל לסמוך עליהם רק שעכ"פ נתיאש אח"כ וממילא הוי כמו יאוש שלא מדעת דאמר בש"ס אע"ג דשמעינן דאיאש לבסוף מ"מ כי אתי, לידי' באיסורא אתי לידי' ע"ש וגם כאן אף דנסמוך עליהם שנתיאש אח"כ מ"מ לא אמרינן ע"י כן דמסתמא גם קודם הקדושין נתיאש ז"א כמו התם ורק מחמת עדותם וזה לא מהני כנ"ל וא"ש.

עוד י"ל דטעמו דלא מהני נודע אח"כ משום דהוי מקדש בלא עדים דאינו ידוע לעדים בשעת הקדושין שמתקדשת. וגם כמו שמבואר בש"ע לקמן אף שהעדים ראו הקדושין רק שהמקדש והמתקדשת לא ראו העדים לא הוי קדושין דאמרינן שלא היה כוונתם כלל לקדושין רק להשטות כיון שסברו שאין עדים כו' ע"ש וא"כ גם כאן י"ל כן כיון דסתם גזלה לא הוי יאוש ובשעת הקדושין לא היה נודע כו' וא"כ אף שעתה נודע שכבר היה יאוש קודם הקדושין מ"מ הא בשעת הקדושין סברו המקדש והמתקדשת שאינו קדושין כיון שלא היו יודעין שנתיאש ובסתם לא הוי יאוש כנ"ל.

וא"כ אף שבאמת היה יאוש לא מהני כחו בלא ראו את העדים כנ"ל. ולמ"ש הב"ח י"ל כיון דאף בלא נודע מקודשת מדרבנן משום סתם גזלה הוי יאוש מדרבנן וא"כ שוב לא שייך שכוונתו להשטות דעכ"פ תתקדש מדרבנן ושוב בנודע מהני מדאורייתא כנ"ל.

אך להחולקים דלא אמרינן כלל סתמא הוי יאוש י"ל כנ"ל דשפיר לא מהני בנודע אח"כ. ואף שיש לחלק מ"מ אינו מוכרח וי"ל דהח"מ סובר כנ"ל.

אך לכאורה י"ל דהא ודאי דיש גזלה וגנבה דהוי יאוש בסתם כגון שלא היה שום עד וכה"ג וא"כ י"ל כיון דחזינן דנתיאש אמרינן דמסתמא היה הגזלה באופן שראוי להתיאש וא"כ שפיר תהי' מקודשת בנודע אח"כ דכיון שנודע שנתיאש אמרינן דהיה ראוי וגם הגזלן ידע בשעת קדושין דראוי להתיאש.

ושפיר היה כוונתו לקדושין ולא להשטות דהא ידע דמסתמא נתיאש כבר. ועל זה כ' שפיר הח"מ דהוי כמו ביאוש שלא מדעת דאמר התם בש"ס בדבר שיש בו סימן כ"ע לא פליגי כו' דאף דשמעינן דמייאש מ"מ כיון שלא היה עומד לכך לא מהני גם לרבא.

ולא אמרינן איגלאי מלתא דמסתמא היה האבידה באופן שעומד להתיאש ויהיה מהני. אלא אמרינן דהשתא הוא דנתיאש אף שלא היה עומד להתיאש ע"ש.

וממילא גם כאן לא מהני אף שנודע אח"כ מ"מ אמרינן דלא היה עומד להתיאש ולא היה כוונתו לקדושין ולא מהני כנ"ל. (ד) הרי זו מקודשת.

הב"ש הקשה בגנב מפורסם הא צריכה לשלם דמים ובמה תתקדש כו' ואין דבריו מובנים לכאורה דמה בכך שצריכה לשלם דמים הא גם במקדשה במתנה על מנת להחזיר מדאורייתא מקודשת רק מדרבנן משום דצריכה להחזיר גוף החפץ ודמיא לחליפין כו' אבל במקדשה ע"מ שתחזיר דמים מקודשת גם מדרבנן ע"ש.

וא"כ גם כאן אף שצריכה לשלם מ"מ כיון שיודע עכ"פ מקודשת משום דהוי נתינה שנותן החפץ שהוא שלו, וי"ל דזה כוונתו אח"כ ע"ש רק מה שהקשה ממעות ע"ש. ולהנ"ל י"ל דגם במעות מקודשת דהא הילך דינר ע"מ שתחזירהו ג"כ היה מועיל רק משום דצריכה להחזיר דינר זה עצמו הוי כחליפין ע"ש.

אך להרמב"ם דסבר דבעינן נתינה שיש בו הנאה מדאורייתא וגבי מתנה על מנת להחזיר מן התורה לא מהני י"ל דכאן לא מקרי הנאה כיון שצריכה לשלם כנ"ל. וגם יש לחלק בין ע"מ דהנתינה לחלוטין רק דתלוי בתנאי וכאן הוי כמו חוץ דשיורא הוא אי אינו יכול ליתן לה שלא תשלם דמים כנ"ל, והא חזינן במלוה דפירש הרמב"ם כשמרויח לה זמן בשעת הלואה ומקודשת בהנאה זו אבל בלא הרוחת זמן אינה מקודשת ואף שא"צ להחזיר מעות זה עצמו וא"כ גם בלא הרוחת זמן תהיה מקודשת בנתינת המעות כמו על מנת להחזיר כנ"ל.

וע"כ לחלק כנ"ל. או י"ל דקושייתו קשה לתירוץ הר"ן ז"ל פ"ב דקדושין שכתב הטעם דלא כה' המגיד דבשעת השינוי רשות קונה גם הגזלן רק כ' הטעם דמקודשת אחר יאוש ואף דלגבי הגזלן לא הוי נתינה מ"מ מקודשת מטעם הנאה דהוי הנאה הבא לה מחמתו ע"ש.

וא"כ קשה שפיר כנ"ל כיון דמטעם נתינה לא מהני רק מטעם הנאה וכיון שצריכה לשלם אף מעות אחרים מ"מ צריך להיות אותו הנאה שוה פרוטה וכשאינו שוה לא מהני כנ"ל: הב"ש כ' דכשאינו גנב מפורסם יצטרך להחזיר משום תקנות השוק ע"ש. וג"כ אינו מובן דהא מבואר בח"מ דבמתנה לא שייך תקנות השוק רק במכר שלא יפסיד מעותיו וא"כ ע"כ בקדושין צ"ל דסובר דהוי כמכר כיון שמתקדשת עבור החפץ הוי כנותנת לו פרוטה ולכך שייך תקנות השוק.

אך גם זה אינו מובן דבשלמא במכר היתה התקנה דאם לא יחזיר לו הנגזל יפסיד הלוקח מעותיו ותיקנו כנ"ל שלא יפסיד משא"כ במתנה שלא יפסיד כנ"ל וא"כ בקדושין דכיון

דמה דהוי כמכר הוא בשביל שמתקדשת וא"כ לדברי הב"ש דאם א"צ להחזיר משום תקנת השוק אינה מקודשת כגון בגנב מפורסם.
ורק באינו מפורסם תתקדש בשביל זה שיצטרך להחזיר משום תקנת השוק. וא"כ לא שייך כלל התקנה דהוי כמתנה כיון דהטעם דהוי כמכר משום דנותנת פרוטה שמתקדשת וא"כ איך שייך התקנה הנ"ל בלא התקנה לא תתקדש ולא תפסיד כלל דלא נתנה פרוטה והוי כמתנה דלמה יתקנו שלא תפסיד הא בלא התקנה אינה מפסדת כלל שאינה מקודשת ולא נתנה כלום ואיך נימא שתתקדש בשביל התקנה ומפסדת ושייך התקנה כו' דבשלמא במכר אף אי אין המכירה כלום מ"מ יפסיד הלוקח משא"כ בקדושין כנ"ל: ואפשר ליישב דהא באמת הוי נתינה כמ"ש דהא גוף החפץ שלה עכ"פ ולא גרע ממתנה על מנת להחזיר רק דנימא כמ"ש דסובר כהרמב"ם דבעינן נתינה שיש בה הנאה. והטעם דמסתמא אינה רוצה להתקדש בלא הנאה כו'. ולכך אי צריכה להחזיר דמי' סובר ב"ש שאינה מקודשת שאין כאן הנאה כנ"ל.
וא"כ כ' שפיר דבאינו מפורסם שייך תקנת השוק דהיינו די"ל שפיר שמקודשת בהנתינה לחוד ואי"ל כנ"ל דדעתה על, הנאה ז"א דכאן שפיר היא רוצה להתקדש בהנתינה לחוד דממילא יהיה לה הנאה ג"כ דאי מתקדשת בהנתינה אף אי תצטרך להחזיר המעות א"כ ממילא לא תצטרך להחזיר דהא חייב לה משום תקנת השוק דשייך שפיר כמו במכר דגם בלא התקנה תפסיד שהיא מקודשת ושוב א"צ להחזיר וממילא מקודשת כנ"ל משום תקנת השוק כו' ויש לדחות: הב"ש כ' כיון דמה שאינה צריכה להחזיר משום ת"ה הוא דרבנן לא הוי קדושין דאורייתא לדעת הפוסקים במעמ"ש דהוא רק קדושי דרבנן ע"ש גם זה אינו מוכרח כלל דבשלמא במעמ"ש שמתקדשת בנתינה י"ל כיון דמן התורה אינה קונה כלל לא הוי נתינה אבל כאן דבאמת הוי נתינה רק דאין לה הנאה אי צריכה לשלם וממילא כיון שא"צ לשלם מדרבנן עכ"פ שוב אית לה הנאה ומקודשת בהנתינה כנ"ל.
עוד יש לחלק דהא באמת טעמא בעי במעמ"ש להפ' דאינה מקודשת מדאורייתא. הא ילפינן דהפקר ב"ד הפקר מן התורה כמבואר בש"ס וא"כ קונה היא מדאורייתא ונעשה שלה ולמה לא תתקדש בהנאה זו ולא גרע מאדבר עליך לשלטון כו'.
וגם א"ל דהוא רק הפקר מן התורה ואינה זוכה בה מן התורה ז"א כמבואר ברשב"א גיטין פרק השולח דזוכה ג"כ מן התורה ע"ש: וצ"ל הטעם כמ"ש תוס' קדושין פ"ב גבי המקדש בחלקו דאינה מקודשת אי משולחן גבוה זכי והקשו דלא גרע מאדבר עליך לשלטון כו' דהא אית לה הנאה וכ' דכיון דהנאה שיש לה הוא ע"י שנותן לה דבר שאינו שלו לא מהני ע"ש, וי"ל גם במעמ"ש טעם הנ"ל כיון דמן התורה אינו יכול להקנות המלוה שאינו

שלו וא"כ אף דמדאורייתא היא קונה אותה מטעם הפקר יש לה הנאה מ"מ הנאה הוא ע"י נתינת הדבר שאינו שלו דאינו שלו על כל פנים דלענין זה ליכא הפקר ב"ד שיהיה נעשה שלו רק שהוא תקנה כנ"ל.

ולכך לא מהני אלא מדרבנן כנ"ל. וא"כ ממילא כאן הנתינה הוא חפץ שלו דקנאו ביאוש ושינוי רשות רק אי צריכה להחזיר הדמים אין הנאה וא"כ כיון דמדרבנן א"צ להחזיר וא"כ שפיר א"צ להחזיר מדאורייתא דהפקר ב"ד הפקר מן התורה וכאן שפיר ההנאה הוא מנתינת דבר שהוא שלו כנ"ל ושפיר מקודשת.

ויש לחלק קצת: הב"ש כ' בלא גילה לה דגנוב יכולה לומר אין רצוני כו' כמו בהקדש ע"ש. גם זה אינו מוכרח להרמב"ם ז"ל דיאוש לחוד קונה מדרבנן וא"כ גם בלא הקדושין היה שלו מקודם ולא שייך לא ניחא ליה כו' ודוקא בהקדש דעל ידה מתחיל ההקדש אי יאוש לחוד קונה ואין הקנין על ידה לא שייך כנ"ל.

אין להקשות דגם לפני יאוש תהיה מקודשת לדעת הב"ש דיש לה הנאה שיצטרך לשלם לה מפני תקנת השוק לדעת הב"ש דז"א דממ"נ אי ידעה שהוא גנוב לא שייך תקנת השוק ואי לא ידעה הוא רוצה גוף החפץ דוקא ודוקא לאחר יאוש דגוף החפץ קנתה וכיון שלא תשלם מפני ת"ה מקודשת משא"כ לפני יאוש כנ"ל.

ועוד דלא שייך כלל ת"ה דלא תתקדש ולא תפסיד כמ"ש לעיל דכאן לא שייך תירוץ הנ"ל דליכא נתינה שלו לפני יאוש כנ"ל:. הב"ש כתב דאם קבל עליו אחריות לא הוי שינוי רשות ואינה מקודשת ע"ש.

וג"כ אינו מובן כלל חדא דדעת רוב הפ' דגם באחריות הוי ש"ר והש"ך ז"ל דחה לגמרי דברי הנ"י ע"ש ח"מ סי' ל"ז. ועוד דגם לדעת הנ"י מהני כאן דהא הטעם כ' תוס' פ' ח"ה דלכך יכול הנגזל להוציאו מהלוקח דאין לו הפסד בזה דיחזיר אל המוכר הגזלן ע"ש וכל זה במוכר אבל כאן כיון דאינה מקודשת אי לא הוי ש"ר א"כ ממילא לא יצטרך לשלם לה דהא לא נתן לה כלום דהא גם התקדש במנה והניח משכון בידה אינה מקודשת וכ"ש כאן אף שקבל עליו אחריות היינו אם היא מקודשת אבל אי נימא דלא הוי ש"ר ואינה מקודשת אף אי צריך לשלם לה ממילא אינו צריך לשלם לה כלל וא"כ שוב הוי ש"ר דהא תפסיד אי נימא, דלא מהני דלא ישלם לה כלל אי אינה מקודשת דבשלמא מכר אף אי לא הוי מכירה מ"מ קיבל המעות משא"כ בקדושין דאי אינה מקודשת כנ"ל.

וצ"ל דכוונתו שקיבל עליו בפי' דגם אם אינה מקודשת יהיה צריך לשלם לה כמו במתנה כשמקבל עליו אחריות דפירוש ולכך לא הוי ש"ר דגם אי לא תתקדש יהיה צריך לשלם

לה כו' אך מ"מ קושייתו לא קשה שהקשה ממ"נ אי לא קיבל אחריות תהיה צריכה לשלם אף דהוי ש"ר ואי קיבל עליו לא הוי ש"ר ע"ש.
ולהנ"ל י"ל בפשיטות דשפיר קיבל עליו אחריות כמו במכר והיינו אם תהיה מקודשת רק שתצטרך לשלם או שיגבה בע"ח ממנה יתחייב לשלם אבל לא אם לא תהיה מקודשת דבמתנה אמרינן מן הסתם אינו מקבל אחריות כמבואר בש"ע ח"מ ואי אינה מקודשת הוי רק מתנה דכן הפי' הפשוט דנותן לה לקדושין ואי לא תתקדש אינו מחייב עצמו כלל, ולכך שפיר הני ש"ר דלא שייך סברת תוס' הנ"ל שלא תפסיד ז"א דאי נימא דלא הוי ש"ר אינה מקודשת דאף שיהיה חייב הוא כמו משכון דאינה מקודשת וממילא אי אינה מקודשת איני חייב ותפסיד והוי שפיר ש"ר.
ואעפ"כ לא שייך שצריכה לשלם דהא יהיה הוא חייב לחזור ולשלם לה דאי אמרינן דהיא מקודשת שפיר צריך לשלם לה מטעם אחריות דקבל עליו וכיון דהוי ש"ר שפיר מקודשת דאית לה הנאה כנ"ל. ולקמן שכ' הרמ"א קדש אחר יאוש לחוד י"ל כמ"ש הב"ש דקיבל אחריות רק כמו במתנה דגם אי לא תהיה מקודשת יהיה חייב לשלם ולא הוי ש"ר כנ"ל.
גם תמוה שכ' הב"ש לדינא דאי קיבל אחריות אינה מקודשת והוא נגד רוב הפ' דהוי ש"ר גם בקבל ע"ש: (ח) קדשה בגזל עכו"ם מקודשת ע"ש. והקשו הח"מ והפ' מנ"ל לחלק הא אסור ג"כ מן התורה ולמה כתב שא"צ להחזיר רק משום קידוש השם ע"ש.
וי"ל למ"ש תוס' ד"ה כל הנלקט דלכך אין יאוש קונה מטעם הפקר משום דכיון דבאיסור אתיא לידי' צריך לשלם דמי' אף אי יקנה מטעם הפקר ושוב אין כל אדם רשאי לזכות בו דנצרך להגזלן לפטור עצמו ושוב לא הוי הפקר ואינו קונה כלל ע"ש וא"כ לכאורה בנכרי י"ל שפיר דיאושלחוד קני מטעם הפקר דא"ל כנ"ל, דהא הפקעת הלואתו מותר מן התורה.
רק גזל שגזל גוף הדבר אסור ומחויב להחזיר וא"כ שפיר יאוש קונה משום הפקר דאי נימא דיקנה מטעם הפקר שפיר יהיה כל אדם רשאי לזכות בו דלענין תשלומי דמי' שוב הוי רק הפקעת הלואתו דמותר היכא דליכא ת"ה וכיון שיכולין לזכות שפיר קונה מטעם הפקר ובאמת גם דמי' אינו מחויב לשלם דהוי רק הפקעות הלואתו כנ"ל.
וממילא יש ליישב הנ"ל דהא באמת בח"מ פ' דסתם גזלה וגנבה הוי יאוש רק דהב"ח תירץ דהוא רק מדרבנן כמ"ש הב"ש ועיין מה שכתבתי לעיל דקשה כיון דלא שייך נקיטנא ליה בדינא דלא יוציא מטעם דמסתמא הוי יאוש מדרבנן ושוב יהיה ודאי יאוש מן התורה ע"ש מ"ש דכיון דיאוש לחוד לא קני הוי שוב ש"ר קודם יאוש ע"ש לעיל.

וא"כ כאן בנכרי דיאוש לחוד קני מטעם הפקר כנ"ל. שוב ממילא אמרינן סתם גזלה וגנבה הוי יאוש דמיד מיאש קודם הש"ר דהא יאוש לחוד ג"כ קונה ולא יוכל להוציא כו' או שאר תירוצים מ"ש לעיל י"ל ג"כ כנ"ל דכיון דיאוש לחוד קני שוב הוי סתמא יאוש ולכך כ' הרמ"א כיון דא"צ להחזיר רק משום קידוש השם וקאי על הפקעת הלואתו ולכך מקודשת כנ"ל או י"ל למ"ש לעיל הטעם דאין יאוש קונה דבאיסורא אתי לידי' הטעם דהא אין משיכה קינה מדאורייתא רק היכא דליכא כסף במציאה ובמתנה אבל כאן דצריך לשלם דמי' שוב אין משיכה קונה ע"ש.

וא"כ הא קי"ל דכיון דבישראל קונה כסף ממילא בנכרי קונה משיכה כמבואר בש"ס. וא"כ שוב יאוש קני אף דבאיסורא אתי לידי' כנ"ל או דהוי שוב הפקעת הלואה ומותר וממילא ליכא כסף והוי כמו מציאה ומתנה דמשיכה קונה ולכך קונה יאוש לחוד.

וממילא הוי סתמא יאוש כנ"ל. אך יש לדחות דכמו בגזלן כותי דלא מיאש סתמא משום דדיינין בגיותא ע"ש רק בגזלן ישראל כנ"ל דאמרי מי יימר וא"כ כשגזל מכותי אף בגזלן ישראל י"ל דלא מיאש בסתם דנהי דלא יוכל להוציא בדיני ישראל יוציא ממנו בדיני עכו"ם דדיינין בגיותא.

ומ"מ י"ל דאיירי היכא שיצטרך לדון בדייני ישראל דשייך שפיר טעם הנ"ל כנ"ל דבסתם הוי יאוש. או י"ל למ"ש לעיל דמ"ש ונודע שקנה כו' היינו שקנאו לגמרי הקדושין ביאוש ושינוי השם כנ"ל ואל"ה תצטרך לשלם דמי' ואינה מקודשת כמ"ש הב"ש וא"כ ג"כ א"ש דבגזל עכו"ם אמר דגם בלא קנאו מקודם לגמרי רק אחר יאוש לחוד ג"כ מהני דהא איכא יאוש וש"ר עם הקדושין וא"ל דמחויבת לשלם דמים ז"א דהא דמים א"צ לשלם רק משום קידוש השם דהוי הפקעת הלואתו כנ"ל ומקודשת כנ"ל.

ובפשיטות משמע דאף דגזל עכו"ם אסור מדאורייתא היינו רק דאסור לגזול אותו אבל כשכבר גזלו אינו בחיוב השבה דגם בישראל אי לאו עשה דוהשיב לא היה ניתן להשבון. ולכך מהני בקדושין דאית לה הנאה מחמתו כנ"ל.

ואין להקשות לפ"ז למה הוי לאו דגזל לאו הניתק לעשה הא הרמב"ם פ' גבי לאו דתמורה דלכך לא הוי ניתק לעשה משום דהלאו כולל יותר בציבור ושותפין דאסור להמיר וליכא העשה ע"ש. וא"כ גם בגזל אסור גם גזל נכרי וליכא גבי' עשה דוהשיב וכולל יותר מהעשה ויהיה חיוב מלקות.

וגם החולקים על הרמב"ם שם מ"מ עכ"פ בגזל נכרי יהיה חייב מלקות דלא ניתק לעשה גבי' כנ"ל. אך לא קשה דבנכרי אין האיסור גזל נכלל כלל בלאו דלא תגזול רק דיש לימוד

אחר מואכלת את כל העמים או וחשב עם קונהו והוא איסור ואינו כלל לאו וממילא אין הלאו כולל יותר כלל וליכא רק איסור עשה כנ"ל.
וא"ל דאהדרי' לאיסורא קמא כיון דגלי קרא דגזל עכו"ם אסור שוב נכלל בלאו דלא תגזול כמו גוזז ועובד בפסולי המוקדשין דלוקה וכמ"ש תוס' לענין טעם כעיקר ע"ש. ז"א דהא תוס' ב"מ ס"א ר"פ איזהו אל הקשו איך ס"ד דגזל עכו"ם אסור הא גם בישראל לא ידעינן גזל רק מרבית ואונאה וזה מותר בנכרי ותירצו דאסור מואכלת את כל העמים ע"ש.
וא"כ לא שייך אהדרי' לאיסורא קמא דהא ליכא כלל איסור אחר רק מקרא דואכלת כו' והוא רק עשה וליכא מלקות כנ"ל (ו) קדשה בגזל אחר יאוש לבד מקודשת מדרבנן ע"ש בב"ש שכ' ג"כ בקיבל אחריות ואינו מובן ג"כ הא לרוב הפ' הוא קדושי דאורייתא. והנכון בגזל דידה ולא שייך דידי שקלי לר"י הנ"ל דיאוש לחוד קני מדרבנן.
ומ"ש דמהרמ"ה בטור לא משמע כו' ע"ש אין משם ראיה דודאי הרמ"ה דסובר דיאוש לחוד אינו קונה כלל אף מדרבנן ודאי יכולה לומר דידי שקלי גם לאחר יאוש כיון שהוא שלה אבל להר"י דיאוש קני מדרבנן וכיון שאינו צריך להחזיר לה ודאי לא שייך דידי שקלי כנ"ל. ע"ש בטור דברי הרמ"ה.
וראיתי מהרי"ן לב ח"א כלל ג' ס' י"ח שכ' על הרמ"ה ז"ל ועוד תמוה לי דנראה שהתוס' חולקין על הרמ"ה שהקשו מה קמ"ל רב הא משנה שלימה בלא נתיאשו דלא מהני ותירצו דס"ד לחומרא בקדושין חוששין שמא נתיאש ע"ש ואי איתא לדברי הרמ"ה לא קשה מידי דאתא רב לאשמעינן דגם אחר יאוש אינה מקודשת בגזל דידה ע"ש באורך והפרישה הביא דבריו ג"כ ע"ש.
ולע"ד דבריו תמוהים דהא רב סבר להדי' בב"ק פ' מרובה דיאוש לחוד קני מדאורייתא ע"ש גבי גונב מן הגנב ל"ש אלא בלא נתיאשו כו' ע"ש וא"כ הקשו תוס' שפיר דאיך אפשר דרב איירי אחר יאוש הא ודאי מקודשת באמת לדידי' דיאוש קונה וע"כ לפני יאוש. והקשו דמאי קמ"ל פשיטא שאינו שלו אבל לדינא סוברים ודאי כהרמ"ה דלדידן דיאוש לחוד אינה קונה אינה מקודשת בקדשה בגזל דידה גם אחר יאוש דיכולה לומר דידי שקלי כו' וזה פשוט: עוד כתב הב"ש לחלק בין מעמ"ש דהוי קדושי דאורייתא אחר שתיקנו חכמים ובין גזל דמדאורייתא צריך להחזיר ואף דקנה מדרבנן מ"מ מן התורה מקדש בדבר שאינו שלו.
ואין דבריו מובנים דמה חילוק הא גם מעמ"ש לא קנתה מן התורה ואינו נותן לה כלום כנ"ל ויש לפרש דבריו דהא לכאורה כיון דסגי בקדושין בהנאה לחוד דבא לה מחמתו אף

דליכא נתינה כמ"ש הר"ן ז"ל וא"כ כיון דמדרבנן א"צ להחזיר שפיר תתקדש מן התורה דהא אית לה הנאה מחמתו ולא גרע מדיבר עלי' לשלטון.
אך י"ל כמ"ש תוס' גבי מקדש בחלקו דהיכא דההנאה הוא מדבר שאינו שלו לא מהני ע"ש. ולכך לא מהני מן התורה דכיון שאינו שלו א"כ ההנאה בא לה מדבר שאינו משלו ולא מהני להיות קדושי דאורייתא.
אבל גבי מעמ"ש דבאמת הוא שלו החוב רק דמן התורה אינו יכול להקנות לה וא"כ כיון דמדרבנן מהני הקנין והוא שלה שוב מקודשת מן התורה מטעם הנאה הבאה לה מחמתו וכאן שפיר ההנאה הוא מדבר שהוא שלו דהחוב הוא שלו גם מן התורה רק הקנין כנ"ל ולכך מהני כנ"ל. או י"ל דכאן דאיכא נתינה דעתה על גוף הנתינה ולא על ההנאה ונתינה לא הוי מן התורה אבל במעמ"ש דאין כאן נתינה רק ההנאה והנאה איכא שפיר מדאורייתא כנ"ל והתם דעתיה על ההנאה כנ"ל ובאמת י"ל להיפך דדוקא במעמ"ש סוברים דהוי קדושי דרבנן כמ"ש לעיל משא"כ אי יאוש קונה מדרבנן והפקר ב"ד הפקר ילפינן מקרא וא"כ מדאורייתא היה שלו ולמה לא יהיה הקדושין מן התורה.
גם מ"ש הב"ש דכיון דסתמא הוי יאוש למ"ש הב"ח מדרבנן יהיה קדושין מן התורה כו' ג"כ אינו מוכרח דבשלמא בקנין שתיקנו חכמים שיקנה בודאי שייך הפקר ב"ד כו' ומהני מן התורה אבל לענין זה דאמרו חכמים שנאמר בספק זה דמן הסתם נתיאש. אבל אין זה בודאי שלו דאם באמת לא נתיאש אינו שלו גם מדרבנן.
וא"כ כיון דמן התורה לא אמרינן סתם גזלה יאוש בעלים ואמרינן שלא נתיאש ואיך יהיה קדושין מן התורה הא אי באמת לא נתיאש אין כאן הפקר ב"ד כלל כנ"ל. ויש לומר דמ"מ א"ש דברי הב"ש דבאמת האיך תיקנו דנימא סתמא הוי יאוש כיון דמן התורה באמת לא נתיאש וע"כ דהפקירו חכמים דאף שלא נתיאש מ"מ כל זמן שהוא בסתם ולא נתברר שלא נתיאש הפקירו ממונו של הנגזל דנימא שנתיאש כו' וע"כ הוא מטעם הפקר ב"ד וכמו בקדושין כה"ג ולכך כ' שפיר הב"ש דיהיה קדושי דאורייתא כיון דאף אי לא נתיאש הוי שלו מטעם הפקר ב"ד דתיקנו דנאמר שנתיאש כנ"ל דהפקירו כנ"ל:
ובפשיטות משמע מדברי הרמ"א שכ' קדשה בגזל אחר יאוש לבד כו' דהפי' הוא בדברי הש"ע כמ"ש לעיל דסובר דבעינן שיהיה שלו קודם הקדושין אבל השינוי רשות שהוא ע"י הקדושין לא מהני דליכא נתינה לגבי דידי' ואינו סובר כהה"מ הנ"ל ולכך בעי שקנאו מקודם כנ"ל.
ולכך כ' דקדשה אחר יאוש לבד מקודשת מדרבנן כיון שלא קנאו קודם הקדושין אלא מדרבנן ומה שקנאו ע"י הקדושין בהש"ר אינו מועיל כנ"ל. או דאירי בלא ידעה שהוא

גזול וכמ"ש הב"ש דיכולה לומר לא ניחא דליתחיל על ידי כו' וכל זה אי יאוש אינו קונה ולכך כיון דיאוש קונה מדרבנן מקודשת מדרבנן דאין הגזלה על ידה דהיה שלו כבר מדרבנן ביאוש לבד ומן התורה דאין יאוש לחוד קונה רק מחמת ש"ר ושוב שייךלא ניחא לי כו' וא"ל דלא ניחא לה דמדאורייתא היה הקנין על ידה וממילא גם מדרבנן לא תתקדש דז"א כיון שאינה רוצה לקנות בהשינוי רשות א"כ באמת מה"ת לא קנה רק מדרבנן והיה כבר שלו.

ולא כמ"ש לעיל: ס"ב (ו) גזל את האשה או גנבה כו' אם לא קדם כו' אינה מקודשת. וכ' הח"מ דמיירי בלא יאוש אבל נתיאשה וקנה הגזלה בשינוי מעשה מקודשת כו' ע"ש וכוונתו שינוי החוזר וכה"ג דשינוי טוב קני בלא יאוש כנ"ל.

ובאמת נראה להרמב"ם ושאר פ' דיאוש לחוד קונה מדרבנן גם לאחר יאוש לחוד מקודשת והיינו מה שפי' הב"ח ושאר פ' דברי הרמ"א ס' א' הנ"ל. אמנם לכאורה קשה דא"כ למה סתם כאן דאינה מקודשת הא באמת פ' דסתם גזלה וגנבה הוי יאוש בישראל רק מה דבעי כאן נודע כו' תירץ הב"ח כמ"ש הב"ש דאינו אלא מדרבנן ע"ש.

וא"כ גם כאן אף בסתם תהיה מקודשת מדרבנן עכ"פ דאמרינן סתמא נתיאש וקנה מדרבנן ולא שייך דידי שקלי. ולמה כ' סתם דאינה מקודשת כלל.

ואפשר לומר כיון שהיא יודעת האמת אם נתיאשה או לא וא"כ כיון שהיא טוענת שלא נתיאשה ממילא אף דלענין ממון לא מהימנא ואמרינן מדרבנן סתמא נתיאשה מ"מ שוב שייך דיכולה לומר דידי שקלי שכיון שידעתי האמת דלא נתיאשתי לקחתי את שלי ואיירי שטענה קודם הקדושין שלא נתיאשה דאח"כ לא מהימנא אולי רוצח לחזור לבטל הקדושין רק כיון שאמרה מקודם שייך כנ"ל.

אך יש לדחות כיון שע"פ הדין לא היתה נאמנת ולא היה צריך להחזיר לה שוב לא שייך דידי שקלי דאטו באינו ידוע כלל שהוא גזל והיא טוענת שהחפץ שלה והדין שאינה נאמנת לא יועיל בקדשה אח"כ בו שתוכל לומר דידי שקלי ויש להסתפק באמת בזה אולי יכולה לומר דידי שקלי גם בכה"ג כל זמן שלא נפסק הדין דא"צ להחזיר כנ"ל כיון דלדברי' אינה מתקדשת בזה ולא כוונה כלל לקדושין וכיון שהוא בשתיקה י"ל דלא מהני כנ"ל עוד י"ל דהא באמת גם אחר יאוש חייב לשלם לה דמי' ותוכל לומר עדיין דידי שקלי כמו כנסי בחובך.

אך ז"א כמ"ש הח"מ דגם בחוב כשלא אמר כנסי בחובך ג"כ אינה יכולה לומר דידי שקלי וכאן לא אמר כנ"ל אמנם י"ל דהא הטעם התם כשלא אמר בחובך דלא אמרינן שקיבלה על החוב הוא משום דהחוב תוכל לגבות פעם אחרת וכיון שלא נתן על החוב

מסתמא קיבלה לקדושין כנ"ל. והנה לכאורה כאן דאמרינן סתם גזלה יאוש בעלים והיא טוענת שלא נתיאשה י"ל דגם דמיו אינו חייב לשלם דהא מבואר בח"מ ס' פ"ח בתבעו חפץ דוקא והלה מודה לו בשוה הוי כטענו חטים והודה לו בשעורים ופטור גם מדמי שעורין מטעם מחילה והודאה ע"ש דדמי לתם ומועד כנ"ל ע"ש.
וא"כ כאן כשהיא אומרת שלא נתיאשה תובעת גוף החפץ שצריך להחזיר לה וממילא כיון שאנו אומרים דסתם הוי יאוש ובאמת נתיאשה שוב גם מדמי' פטור דהא גם בטוען הנתבע א"י אם חטין או שעורין ג"כ קי"ל דפטור וכאן הוי כאומר א"י שמא נתיאשה ואינו חייב רק דמים דהיינו שוה ושוה מחלה לו כנ"ל.
וממילא פטור גם מדמים כנ"ל. וי"ל לכאורה דלא שיין כלל דידי שקלי בשביל החוב דמיו דהא אינו חייב כלל לשלם דמיו כנ"ל.
אמנם מבואר שה דגם בטענו חטים והל"ב מפני תפיסה דאי תפס שעורין לא מפקי מניה אף תפס אח"כ ע"ש, וא"כ שפיר שייך דידי שקלי על החוב כיון דמהני תפיסה כנ"ל.
אך לפ"ז י"ל להיפך דכאן אף כשלא אמר כנסי בחובך ג"כ יכולה לומר דידי שקלי אף אחר יאוש דהא חייב דמיו יכולה לומר דידי שקלי על החוב דכאן לא שייך טעם הנ"ל דתוכל לגבות החוב פעם אחרת דז"א דהא לגבות לא תוכל כלל דהא הוי טענו חטין והל"ב הנ"ל.
רק תפיסה מהני כנ"ל ושפיר שייך דידי שקלי דעתה שבא לידה תפסה בעד החוב כנ"ל.
ולכך י"ל דלא מהני כאן אף דסתם גזלה הוי יאוש: או י"ל דגם בודאי יאוש מ"מ להמבואר בח"מ ס' א' דגזלה גמורה אין דנין בזה"ז דהוי מלתא דלא שכיח והדיוטות אנן רק בגוף הגזלה קיימת מחייבין אותו להחזירה אבל דמיו לא ע"ש.
אן תפיסה מהני גם במה דאין דנין ע"ש וא"כ י"ל ג"כ דשייך דידי שקלי אף בנתיאש ולא אמר כנסי בחובך דג"כ אם לא תתפוס עתה לא תוכל להוציא ממנו בב"ד דדמיו אין דנין וכיון שנתיאש ואינו מחזיר גוף החפץ שוב אין מוצאין דמיו ושייך דידי שקלי כנ"ל ולכך י"ל הטעם דאינו מחלק כאן בין לאחר יאוש כנ"ל: או י"ל דבשלמא בחוב לקמן כשלא אמר כנסי סלע זה בחובך שייך שפיר כיון שהאמינה לו בתחלה והלוה לו א"כ גם עתה מסתמא לא קיבלה על החוב רק החוב נשאר כבתחלה והיא קיבלה לקדושין אבל כאן בגזל דלא האמינה לו כלל א שנתחייב ממילא לשלם לה א"כ שייך שפיר דידי שקלי דכשבא לידה תפסה בחובה כנ"ל.
אך לא משמע כן דא"כ גם בחוב היכא שהוא אינו יכול להוציא רק דמהני תפיסה יהיה שייך ג"כ דידי שקלי אף שלא אמר כנסי בחובך כנ"ל. אך אפשר באמת כן כנ"ל.

גם י"ל הטעם דמ"מ דמי כאן לחוב אף שלא האמינה לו תחלה דהא מאי דמהני תפיסה הוא מטעם עביד דינא לנפשיה. ומבואר שם בח"מ דלכתחלה אסור למיעבד דינא לנפשיה ואינו רשאי לתפוס חפץ בעבור חוב שחייב לה.

א"כ לכך י"ל דלא אמרינן בגזל חפץ שתפסה על החוב לאחר יאוש דכיון שגוף החפץ שלו רק תשלומין וכיון שלא נתנה על החוב אמרינן מסתמא קיבלה לקדושין דעל החוב היה איסור לתפוס כנ"ל ובזה מיישב מ"ש הב"ש דבגזל מעות הא הוי כמו חוב וכשלא אמר כנסי בחובך תהיה מקודשת ולמה אמר בש"ס או שחטף סלע מידה וקדשה כו'.

ולמ"ש א"ש דבמעות כיון שהוא רשאי לתפוס לכתחלה כמבואר שם א"כ ממילא אף דהוי כחוב מ"מ שייך דידי שקלי מטעם הנ"ל כיון דלא הלותה לו בתחלה כנ"ל אמרינן דשפיר תפסה על החוב אף שלא אמר כנסי בחובך כנ"ל. ולפ"ז אינו מוכרח מ"ש הב"ש בגזל מעות ועשאן כספים וחזר ועשאן דמים דהוי כתוב ומקודשת ולמ"ש י"ל כיון שהוא מעות שייך דידי שקלי ואינה מקודשת כנ"ל.

והא דבחמס דידה אינה מקודשת ואף דלכאורה הוי כמלוה שיש לו עלי' משכון דהא חייבת לו המעות שקיבלה והחפץ משכון בידו וכן בחמס דאחרים ג"כ. ז"א כיון דמעיקרא לא בא לידיה בתורת משכון לא מהני כמבואר לקמן גבי שכירות באומן דלא הוי משכון ע"ש והא דאינה מקודשת אף קדושי ספק משום דידי שקלי ואף שיש להסתפק שמא קיבלה לקדושין היינו דכך שמו חכמים דעתה כמ"ש הח"מ.

או י"ל דהא דאמר אקנויי אקנתה ליה הוי דברים שבלב דאינה אומרת שמקנה רק דאיכא אומדנא דמוכח כשנתרצית בפירוש והוי דברים. אבל בשתיקה דלא מוכח שוב לא הוי אפילו ספק דהוי דברים שבלב כיון שהוא ספק ולא מוכח ואף שבאמת הקנתה לו לא מהני כנ"ל.

ועוד דלמה נימא בסתם שהקנתה לו חפץ שלה ומוקמינן בחזקת מרא קמא כמו בכל דוכתא בחפץ שאין יודעין שהקנה. אך בחוב קשה למה לא הוי ספק עכ"פ שמא לא קיבלה בחובה רק לקדושין וכאן א"צ להקנות שהוא שלו וגם דברים שבלב לא שייך וי"ל ג"כ דצריך שיהיה מוכח מתוך מעשי' שמקבלת לקדושין.

וכמו לגבי דידיה ידים שאינם מוכיחות לא מהני כמו כן לגבי דידה צריך שיהיה מוכח שמקבלת לקדושין. ובכל מקום כשמקבלת בשתיקה יש ראיה מדקיבלה.

ולכך באמת בשתיקה דלאחר מתן מעות לא הוי גם ספק משום דאין ראיה שלא עשתה שום מעשה המוכיח שמתרצית בשעת הקדושין שהוא אחר מתן מעות, ולכך גם כאן דאין מוכח ממה שקיבלה שהוא לשם קדושין דיכול להיות דידה שקלה בחובה והוי

כמו שתיקה דלאחר מתן מעות דכיון שאין כאן מעשה המוכיח לא מהני כנ"ל ושוב לא הוי אפילו ספק כמו ידים שאינם מוכיחות דליכא ספיקא כנ"ל.
ועוד הוי מקדש בלא, עדים כמ"ש המרדכי גבי ס' קרוב לה ע"ש: (ד) אבל אם שידך כו' או שאמרה הן מקודשת כו' משום דאקנויי אקנה לה ומשמע דאף שאומרת הן בשעה שקיבלתו ג"כ מקודשת, וקשיא לי לכאורה דהא בחפץ לא מהני מחילה רק מתנה וצריך לקנות בקנין דמדיבור לבד אינו קונה ובעי משיכה, וגם קי"ל דאין אדם זוכה בשלו לאחרים ע"ש.
וא"כ כיון שאומרת הן כשקיבל החפץ איך מהני נהי דבאמת הקנתה לו מ"מ קודם שאמרה הן לא הקנתה ואף אי באמת הקנתה הוה דברים שבלב כל זמן שלא אמרה הן ולא היה מוכח רק בשעה שאומרת הן ואז יצא מתחת ידו והיא בידה ומה מועיל דהיא מקנה לו הא אינו זוכה כלל בהחפץ כיון שאינו בידו כבר אז והיא אינה יכולה לזכות בשבילו דבר שהוא שלה כנ"ל ולמה יועיל הא עדיין אינו שלו.
וכאן אפשר לומר שבאמת איירי דוקא שאמר הרי את מקודשת קודם שקבלה כשהחפץ עדיין בידו ואז אמרה הן ואח"כ קבלתו דהקנתה לו מקודם וזכה בו אך לא משמע כן דאמר בשעה שקיבלה ע"ש ועוד דבש"סבס"ד דאמר רב ש"מ קדשה בגזל דידה אינה מקודשת וכ' רש"י ז"ל דלא אמרינן מדקבלה אחילתה ע"ש.
והתם איירי בשתיקה וא"כ אף אי נימא אחילתה שבשתיקה ג"כ ראיה שהקנתה מ"מ לא מהני דקודם שקיבלה לא היה ראיה כלל רק אחר שקיבלה בשתיקה ואז הוא בידה ולא מהני הקנין כנ"ל. והיה אפשר לומר דלכאורה קשה עוד למה ליה בגזל הטעם דדידי שקלי הא בל"ז אינו נותן לה כלום כמו בגזל דאחרים שבל"ז היה החפץ שלה.
וי"ל כיון דקי"ל דפשרה דינו כמכר לענין תלוה וזבין כו' משום דעביד אינש דזבין דיניה והיינו דזה שוה בעיניו מה שנותן לו מקצת ברצון טוב ולא יצטרך להוציא בדיינים ושוה בעיניו הנאה זו כאלו קבל מעות עבור מה שמוחל לו השאר ע"ש וא"כ לכאורה תהיה מקודשת בגזל דידה דהא מה שמחזיר לה שוה הנאה זו פרוטה מה שאינה צריכה להוציא בדיינים דהא דיניה כמכר ותתקדש בהנאה זו וכמו במחילת מלוה שהי' נותנת לאדם פרוטה כו' ע"ש.
וגם כאן כנ"ל ואף דבמקדש במלוה אמרינן דדעתה אגוף המעות ולא אהנאה מ"מ כאן י"ל כיון דיודעת שהחפץ שלה שפיר דעתה אהנאה זו כנ"ל ולכך י"ל דצריך לומר הטעם דאינה מקודשת משום דיכולה לומר דידי שקלי והוי כמו שתיקה לאחר מ"מ דאין ראיה שמתרצית כנ"ל. וממילא מיושב הנ"ל דכשאמרה הן שוב מקודשת משום ההנאה כנ"ל.

אך ז"א דא"כ למה ליה הטעם דאקנויי אקני ליה הא בל"ז מקודשת כנ"ל. גם היה אפשר כיון דאינה יכולה למוכרה מקודם שאינו ברשותו ועתה שמחזיר יכולה למוכרה ושוה הנאה זו פרוטה.

וג"כ ז"א כנ"ל, וע"כ דאינה מקודשת בהנאה זו כמ"ש תוס' גבי מקדש בחלקו דדוקא בהנאה שהיא שלו ע"ש וגם כאן היה חייב להחזירה מיד רק דהיה מחזיק בו שלא כדין וא"כ אין זה ההנאה שמחזיר לה בלא דינא ודיינא זו ההנאה אינה שלו כלל דהא מחויב להחזיר לה כו' ואינה מקודשת בזה רק בגוף החפץ וקשה כנ"ל דאיך קונה אותו.

ובשלמא בחוב לקמן שפיר אמרינן דקיבלה לקדושין וממילא נשאר החוב כמקדם או שמחלה לו החוב דמהני מחילה משא"כ בחפץ כנ"ל. ויש לומר דכיון שאומרת הן היא מודית דהחפץ הוא שלו לקדש בו וי"ל דקני ליה באודיתא וזה מהני דכשאדם מודה על חפץ שת"י שהוא של חבירו קני באודיתא בלא שום קנין אחר דזה עצמו הוי קנין כמו באיסר גיורא וגם כאן היא מקנה לו בהודאה זו ונעשה שלו אף שהוא בידה ומתקדש בו או דאמרינן שהיא מפקירה החפץ ואח"כ זוכית בו עבורו.

אך זה לא מהני להפ' דבהפקר בעינן שיצא מרשותו ע"ש. ועוד דהוי מגביה מציאה כו' וצ"ל כנ"ל.

או י"ל דמ"מ כיון ששותקת בשעת הקבלה באין בבת אחת והוי הקנין כשהוא בידו עדיין בשעה שפושטת ידה לקבל כנ"ל. ובאחר יאוש י"ל כמ"ש הר"ן (נדרים דף מד) דכיון שזוכה מן ההפקר מה לי הוא מה לי אחר כו' ע"ש וכן כאן לענין ש"ר: (ט) וצריך לשלם לה גמילותי' כו' ומשמע דהוי כמכר שמוכרת לו גוף החפץ אבל אינה מוחלת תשלומי דמיו כו' ולכאורה יש להקשות דא"כ לא תהיה מקודשת אלא מדרבנן דהא קי"ל דבר תורה מעות קונות רק משיכה קונה מדרבנן.

ודוקא במציאה ומתנה כ' תוס' ע"א דליכא מעות קונה משיכה מה"ת אבל במכר אין משיכה קונה מה"ת וא"כ כאן דאמרינן דאינה אלא מכירה וצריך לשלם וא"כ עדיין לא קנה הוא החפץ אלא מדרבנן כל זמן שלא נתן מעות ולא הוי אלא קדושין מדרבנן לדעת הפ' במעמ"ש דהוא דרבנן ולדעת הב"ש ע"ש לעיל.

ובאמת משמע דמקודשת מדאורייתא כנ"ל. ובטור ח"מ מבואר להדיא דאם קנה חפץ במשיכה וקידש בו אינו אלא קדושין דרבנן ע"ש.

אך יש לחלק בין קנאו מאחר במשיכה דמה"ת אינו שלו ואינו יכול להקנותו לה אבל כאן דקנאו ממנה במשיכה א"כ מדאורייתא הוא שלה ונותן לה הנאה זו שהיא שלו מדרבנן ועתה נעשה שלה לגמרי מה"ת ומדרבנן כנ"ל. או י"ל דאמרינן שנותנת לו במתנה על

מנת שישלם דמיו ובזה שפיר קונה במשיכה מה"ת דהוי מתנה באמת דליכא דמים רק דתשלומין הוא תנאי וזה דבר אחר ואינו כמכר כנ"ל.
אך לפ"ז א"כ כשאינו משלם לה לא תהיה מקודשת כיון דלא נתקיים התנאי ומדברי הש"ע משמע דאינו אלא חוב שצריך לשלם לה אבל אין הקדושין תלוין בזה כנ"ל או י"ל דהא בגזילה נתחייב מיד להשיב או גוף החפץ או דמיו מיד בשעת הגזילה כמ"ש תוס'. ולכך אף שנותנת לו עתה החפץ מ"מ כיון שאינה מוחלת לי דמיו חייב לשלם לה החיוב שמשעת הגזילה אבל שפיר קנה עכשיו במשיכה לבד דאין החיוב דמים עבור קנין זה רק משעת הגזילה כנ"ל וכמו ביאוש דאמר מדמי מי קא מייאש ע"ש.
ומיושב בזה דלא נקיט האי דינא בפקדון שהיה לה פקדון בידו וקדשה בו ואמרה הן דמקודשת ולמה נקיט בגזל דוקא ולהנ"ל א"ש דבפקדון לא שייך הנ"ל דלא נתחייב בדמיו עד עתה שיהיה כמכר ולא היתה מקודשת אלא מדרבנן כנ"ל. או שהיה הקדושין תלוין במה שישלם דמיו דהיו אומרים שהוא כמתנה על תנאי כנ"ל: ס"ג (י) וחזר ואמר לא לשם פרעון כו' י"א דהוי מקודשת ותמה הח"מ הא המ"מ עצמו כתב שהוא רק ספק ע"ש וי"ל דהא הטעם דאמרינן בשתיקה דאינה מקודשת ולא אמרינן ג"כ מדלא אמרה שאינה רוצה ודאי קיבלה לקדושין הטעם כמו שכ' הפ' דלא איכפת לה ולכך שותקת דיודעת שידוע שחייב לה ולא הוי קדושין ואינה צריכה לפרש כו' וא"כ באומר לא לשם פרעון כו' שכ' הה"מ דהוא ספק קדושין י"ל שוב דהוי ודאי קדושין דשפיר יש ראיה מדלא אמרה בפירוש כו' דלא שייך לא איכפת לה דהא עכ"פ תהיה מקודשת מספק כששותקת ואם אין רצונה להתקדש היה לה לומר ודאי קבלה לקדושין ולדעה הנ"ל שפיר הוי וודאי קדושין כיון שהוא ספק כנ"ל: הנה כאן בכנסי חוב והתקדשי אין צריכין לטעמא דמחילה שמוחלת לו החוב דא"כ במלוה בשטר להפ' דלא מהני מחילה לא היתה מקודשת.
רק הטעם כאן דאף שאינה מוחלת וזה עצמו הוי פרעון דמ"מ הוי נתינה שקודם הקדושין היה זה המעות שלו דהא מכאן ולהבא גובה וע"י הקדושין נעשה שלה רק דשייך דידי שקלי וממילא כשאומרת הן ומקבלת לקדושין שוב מהני כנ"ל דהוי נתינה ולא דמי לגזל דאף בלא דידי שקלי א"י לקדשה שאינו שלו רק מה דאמר בש"ס הטעם בגזל משום דידי שקלי היינו דאל"ה היינו אומרים גם בשתיקה אקנויי אקני ליה כו' כיון שמקבלת לקדושין ולכך אמר דמשום דידי שקלי אין ראיה ולא קשה מ"ש לעיל אבל בחוב אין צורך למחילה רק כיון שיודעין שמקבלת לקדושין מהני גוף הנתינה כנ"ל: מ"ש הב"ש בשם הב"ח בלא הגיע זמן הפרעון דמקודשת ע"ש ובט"ז השיג עליו ע"ש.

ובאמת נראה דמבאר מתחלה כנסי בחובך ואח"כ חזר ואמר לא לפרעון כו' ודאי מקודשת בלא הגיע זמן כדברי הב"ח דהא אינו מחויב כלל ליתן לה תוך הזמן ואף שכשרוצה יכול ליתנו לה מ"מ הא יכול לחזור בו כל זמן שלא נתן וממילא כיון שחזר בו למה לא תתקדש הא נותן לה מעות שלו והחוב נשאר עליו ולא שייך שוב טעם לא דידי שקלי דהא הוא ממש שלו כמו שאר חפציו כיון שחזר בו ואמר שאינו רוצה לפרוע עתה כנ"ל ורק בדין הרמב"ם באומר כנסי בחובך והתקדשי כו' אז י"ל כהט"ז דדידי שקלי כיון שפורע לה אך באמת גם בזה נראה כיון שא"צ להחזיר לה עתה ומה שפורע עתה מפרש בהדיא שנותן לקדושין א"כ נראה דכשהיא אינה רוצית להתקדש ואומרת לא י"ל דצריכה להחזיר לו המעות עד הזמן דהא הוא שלו ממש עד הזמן רק כשרוצה לפרוע וא"כ כיון שאינו פורע רק באופן שתתקדש ממילא כשאינה מקודשת צריכה להחזיר לו כנ"ל וא"כ שפיר י"ל דמקודשת בשתיקה דלא שייך לומר דידי שקלי ואינה רוצה כלל בקדושין דהא כשאינה רוצה אינו דידה ואיך שייך דידי שקלי הא הוא שלו לגמרי כשאינה רוצה וצריכה להחזיר לו כנ"ל ושפיר מקודשת דג"כ נראה כשפורע הלוה למלוה תוך הזמן על תנאי שיעשה דבר נראה דבשלא נתקיים התנאי צריך להחזיר לו עד הזמן וממילא כאן מקודשת כנ"ל.

ועוד נראה דכמו שמבואר לקמן ס' ט' כשמקדש בהרווחת זמן דמקודשת דזה שוה פרוטה ומה חילוק בין הרווחת זמן של המלוה לכאן דלוה נותן קודם הזמן דג"כ שוה נתינה זו מעות וכמו שנותן לה דבר אחר משלו ומהני שפיר כנ"ל: ס"ה (יא) אמר לה התקדשי לי בחפץ זה ואמרה לו הרי אינו ש"פ כו' הרי זו ס' מקודשת כו' והרמב"ם ז"ל כ' הספק שמא שוה פרוטה במדי ע"ש ותמהו עליו חדא למה לא אמר טעם הש"ס דחושו לה לדרב הונא דאי לא ניחא לה תישדינהו כו' וגם הא בש"ס לא אמר טעמא דשמא שוה פרוטה במדי וע"כ כמ"ש הרא"ש והר"ן ז"ל ע"ש.

וי"ל בפשיטות דהא גם בפקדון בשתיקה לאמ"מ אף דלא שייך תישדינהו ט"ע נהי די"ל דלא נתרציתאבל עכ"פ אינו ודאי ויהיה ג"כ ספק שמא נתרצית. וע"כ צ"ל כיון שאינו מוכיח מתוך מעשה דידה לא מהני דהוי ידים שאינם מוכיחות או דהוי מקדש בלא עדים וגם ספק לא הוי כדברי המרדכי כנ"ל.

וא"כ י"ל דגם בציפתא דאסא באמת לר"ה דסבר דהוי ודאי קדושין דאי לא ניחא לה תישדינהו וא"כ שפיר מועיל דהוי ידים מוכיחות מטעם הנ"ל. ולכך אמר בש"ס חושו לדר"ה אבל עכשיו דדחי בש"ס דלמא לאו דינא גמירי וסברה כו' רק דנימא חושו לה מספק כו' וא"כ גם ספק לא הוי שוב דעדיין הוי ידים שאינם מוכיחות דאינו מוכח

שנתרצית שמא סברה כנ"ל ואין זה ס' בדין דהא הס' הוא אם נתרצית ולא מהני וגם דהוי דברים שבלב כיון שאינה אומרת הן רק לר"ה הוי אומדנא דמוכח דאי לא ניחא כו' משא"כ לדידן דהוי ספק לא מהני כלל דהוי דברים שבלב כנ"ל ובש"ס אמר אתון דשמיע לכו דר"ה והינו דלא סבר כלל סברה הנ"ל דלאו דינא גמירי ומ"מ אינו ודאי דשמא שייך סברה הנ"ל ואינה מקודשת כלל כנ"ל אבל לדידן לא מהני ואמר הטעם רק משום שוה פרוטה במדי כנ"ל: עוד י"ל דהא הר"ן ז"ל כ' הטעם דלא שייך שמא ש"פ במדי משום דאמרה והא לית ביה ש"פ א"כ אין רצונה להתקדש בפחות מפרוטה ומה מועיל מה ששוה במדי ע"ש.

וא"כ להרמב"ם ז"ל דסובר זה לספק ע"כ דסובר דאף שאמרה והא לית ביה אין ראיה שאין רצונה בקדושי ספק כמ"ש הר"ן רק שהיא רוצה יותר או שהוא בדרך שאלה והא לית ביה ש"פ ואינו קדושי ודאי ולכך הוי ספק ואעפ"כ כשאמר אח"כ בד' זוזי דאית בה אין ראי' משתיקתה דרצונה להתקדש קדושי ודאי ואף דלהרמב"ם ז"ל הי' רוצית מתחלה להתקדש מ"מ י"ל דעכשיו אינה רוצה להתקדש בודאי כנ"ל.

דע"כ צ"ל כן להרמב"ם דבשלמא לפ' הר"ן שפיר מתחלה לא רצתה כלל להתקדש דאמרה והא לית ביה ש"פ ולכך שפיר אמרינן דגם עתה אינה רוצית כלל ומשתיקה אין ראיה כנ"ל אבל להרמב"ם שמקודשת מספק שמא ש"פ וע"כ אמרינן שבתחלת הקדושין נתרצית אף בלא פרוטה וצ"ל דעתה כשאומר בד' זוזי אינה רוצית כנ"ל.

ואם כן לכאורה להפ' לקמן סי' נ' דבספק קדושין אינה צריכה להחזיר הכסף קדושין ע"ש והוא שלה. והנה בעודר בנכסי הגר דלא קנה כשאינו מתכוון לקנותו כ' הרשב"א ז"ל פ"ב דגיטין דהיכא דדעת אחרת מקנה אותו לא בעינן כונה לזכות ואף שלא ידע כלל קנה ודוקא בהפקר ע"ש.

וא"כ נראה כאן כשנתן לה הציפתא והד' זוזים היו בתוכו והוא נתכוון לקדש אותה בכולו וגם הד' זוזים. וא"כ אף שהיא לא ידעה שיש בו הד' זוזים רק פחות מפרוטה מ"מ נראה דאינה צריכה להחזיר לו הד' זוזים דכיון דהוי קדושי ספק לרמב"ם ז"ל משום שמא שוה פרוטה דזה ידעה א"כ קנתה גם הד' זוזים אף שלא ידעה מ"מ הא הוי דעת אחרת מקנה אותה דהוא כוון להקנות לה גם הד' זוזים אז מיד כמ"ש הרא"ש והר"ן ואין לומר דלא הי' רוצה רק בקדושי ודאי ז"א דא"כ לא היתה מקודשת מספק להרמב"ם ז"ל וע"כ לא אמרינן כן כנ"ל.

וא"כ אם לא היה אומר כלל אח"כ התקדשי לי בהד' זוזי מ"מ לא היתה צריכה להחזיר הד' זוזי מחמת קדושין הראשונים שהוא ספק שמא שוה פרוטה במדי וקנתה מחמת

דעת אחרת מקנה כנ"ל והוא שלה כנ"ל. וא"כ שוב י"ל דגם בלא סברת הש"ס דנשי לאו דינא גמירי ג"כ אינה מקודשת מחמת השתיקה אח"כ דאין ראיה כלל דלא שייך סברת ר"ה אי לא ניחא לה תשדינהו ז"א דהא הוא שלה כבר ולמה תזרוק אותה ותפסיד לעצמה דהא אף שאין מתרצית בקדושין שניים ג"כ היא שלה והוי ממש כמו בפקדון דחייבת באחריות כנ"ל.

וממילא אינה מקודשת כלל כנ"ל אך י"ל דמקודשת ממ"נ דהא באמת מקודשת מספק שמא ש"פ במדי כדברי הרמב"ם רק די"ל כדברי הר"ן דמה דאמרה והא לית ביה שוה פרוטה היה כונתה שאין רצונה בפחות מפרוטה להתקדש ולכך אם לא היה אומר אח"כ שנית התקדשי בד' זוזי לא היה גם ספק דהא אף אי רצונה להתקדש כדברי הרמב"ם הוא ג"כ רק ספק שמא ש"פ וגם הוא ספק שמא מה שאמר והא לית ביה אין רצונה כלל כנ"ל.

אך עכשיו שאמר אח"כ התקדשי לי בד' זוזי שוב מקודשת מספק ממ"נ אם היה כונתה מקודם דרך שאלה והא לית ביה ש"פ א"כ מקודשת מספק שמא ש"פ במדי כהרמב"ם ז"ל כיון שנתרצית ואף דעכשיו מהשתיקה אין ראיה מדלא שדתינהו דהוא שלה מ"מ מקודשת מספק שמא ש"פ כנ"ל ואם היה כונתה מאי דאמרה והא לית ביה שאין רצונה להתקדש הפחות מש"פ ולא היה גם ספק א"כ שוב מקודשת מחמת השתיקה דעכשיו דשייך שפיר אי לא ניחא לה תישדינהו דהא לא היה שלה כלל מקודם שלא היתה רוצה אז בראשונה ולא הי' קדושין כלל ותישדינהו וע"כ שנתרצית רק דנימא דלאו דינא גמירי וסברה שתתחייב ושפיר מקודשת מספק דחושו לה וממ"נ מקודשת מספק כנ"ל ומיושבים שפיר דברי הרמב"ם ז"ל בש"ס לר' אחא דסבר זה דלאו דינא גמירי א"כ שוב אינה מקודשת כלל דלא שייך גם הספק דשמא ש"פ במדי דהא אולי היה כונתה דאינה רוצה להתקדש בפחות מפרוטה וכולי האי ל"ח כמ"ש הב"ש לקמן ולכך סבר ר' אחא דאינה מקודשת כלל, אבל עתה דאמר בש"ס חושו לה שהוא ספק שפיר הטעם דהוא ספק מטעם ממ"נ ושייך שמא ש"פ במדי אם היה כונתה שרוצה ואי לא היה כנ"ל שייך הספק דחושו לה וכ' הרמב"ם ז"ל שפיר דהספק הוא משום שמא ש"פ במדי והוא שפיר כדברי הש"ס דחושו לה כנ"ל.

וממילא י"ל דגם אם היה דבר שאינו מתקיים ג"כ מקודשת מספק דכיון דלא היה אז קדושין שוב הוא ספק משום שלא שדתינהו דהא לא הי' שלה כצ"ל: עי"ל דהא לעיל סי' כ"ז ס' ג' כ' הרמ"א דבמקום דלא הוי קדושין לא מהני כשאומר אח"כ הרי את מקודשת וצריך לחזור וליטול ממנה וליתן לה.

והט"ז והב"ש דחו שם דבריו דהא גם בגט כשהנתינה הראשונה לא היתה מועלת כלום א"צ לחזור ולטול ודוקא כשהועיל קצת לפוסלה וכה"ג ושם דלא היתה מקודשת כלל א"צ ליטול כו' ע"ש. והנה בה' גיטין סי' קל"ט בב"ש ס"ק ד' הקשה כיון דבנתינה הראשונה היה ס' גט והועיל קצת יצטרך לחזור וליטול ממנה ולא יועיל האמירה לחוד שנית ותירץ דבספק אמרינן ממ"נ אי היה ניחא כו' מגורשת ואי לא היה מועיל נתינה א' מועיל עכשיו ע"ש: והנה להרמ"א הנ"ל קשה גם כאן בציפתא למה ליה טעמא דשתיקה לאחר מתן מעות הא אף כשאמרה הן לא יועיל כיון דבנתינה הראשונה לא היתה מקודשת שלא היתה יודעת א"כ צריך לחזור וליטול ממנה וא"כ כשלא נטלו רק שאומר שנית התקדשי בד' זוזי לא מהני אף שאמרה הן כנ"ל ולמה פסק בש"ע דכשאמרה הן מהני כנ"ל.

והנה גם לדברי הב"ש וט"ז הנ"ל ג"כ קשה דהא מדמי לה לגט והיכא דנתינה ראשונה מועיל קצת לא מהני כשאינו חוזר ונוטלה ממנה וא"כ כאן לרמב"ם ז"ל דמקודשת מספק מחמת הנתינה ראשונה משום שמא ש"פ במדי וא"כ הועילה נתינה ראשונה קצת ושוב אינו מועיל אח"כ גם כשאמרה הן כנ"ל כמ"ש הב"ש בגט וכאן לא שייך תירוץ הב"ש דנימא ממ"נ כנ"ל ז"א דהא ספק זה דשמא ש"פ במדי מבואר ברא"ש ור"ן ז"ל דאף בודאי ש"פ במדי אינה מקודשת מדאורייתא דאין להקדש אלא מקומו ושעתו ע"ש וא"כ שפיר גם אח"כ כשאמרה הן לא תהיה מקודשת בודאי דהא אמרינן שבאמת היה ש"פ במדי והועיל נתינה ראשונה להיות מקודשת מדרבנן וממילא אינו מועיל עכשיו שנית בלא חזר ונוטלה ואעפ"כ אינה מקודשת מה"ת דאף ששוה פרוטה לא מקדשה מה"ת כנ"ל.

אך י"ל למה שפסק הרמ"א לקמן ס"נ דבספק קדושין צריכה להחזיר הכסף קדושין ע"ש א"כ יש לחלק בפשיטות דבשלמא בגט כשהועיל הנתינה ראשונה לפוסלה לכהונה ממילא קנתה הנייר של הגט שא"ל להחזיר הנייר ולכך אינו מועיל אח"כ כשאינו חוזר ונוטלה דהא אינו נותן לה כלום כיון שהוא שלה ובעינן ספר מקנה בגט שיהיה שלו כנ"ל אבל בקדושין אף שהוא ספק כיון שצריכה להחזיר א"כ הוי כפקדון ומהני שפיר אח"כ אף בלא נתינה דהא ע"י כך אינה צריכה להחזיר דהוי קדישי ודאי ולכך מהני כשאמרה הן להיות ודאי כנ"ל: אמנם להפ' החולקים דבספק א"צ להחזיר הכסף קדושין ע"ש א"כ קשה כנ"ל דהוי כמו בגט ולא יועיל גם באמרה הן אח"כ כנ"ל.

אמנם י"ל דהא בגזל דידה כשקדשה ואמרה הן מהני דאמרי' אקנויי מקני לה כיון שאומרת הן ע"ש. רק דבעי' בשעת נתינה אבל אח"כ בשכבר נתן לה בחזרה לא מהני אף שאומרת הן אח"כ ע"ש לעיל והטעם הוא דהא הוא כבר בידה ואיך שייך שמקנה

לו במאי קונה אותו כיון שאינו בידו ולא מהני כנ"ל וא"כ כאן לכאורה בל"ז לא קשה מ"ש דלהפ' דבספק א"צ להחזיר לא תהיה מקודשת דהא מאי בכך הספק היה רק על גוף הציפתא שמאש"פ ובאמת לא תצטרך להחזיר גוף הציפתא אבל הד' זוז שבתוכו לא קנתה וצריכה להחזיר וא"כ מקודשת עכשיו שפיר כשאומר התקדשי בהד' זוז דלענין הד' זוז לא בעי נתינה חדשה כיון שהיא צריכה להחזיר כ"ל.

אך ז"א כמ"ש לעיל דכיון שהיא מקודשת מספק א"צ להחזיר גם הד' זוז כיון שהיה כונתו להקנות לה ואף שלא היה כונתה לזכות מהני בדעת אחרת מקנה כנ"ל. וא"צ להחזיר גם הד' זוז ושפיר קשה כנ"ל.

אמנם באמרה הן י"ל דמהני דאף שהוא שלה שא"צ להחזיר מ"מ אמרינן אקנויי אקני לה כמו בגזל כנ"ל. ואף דכאן כבר היא בידה ולא מהני מ"מ י"ל למאי דקי"ל דזכין לאדם שלא בפניו דהגדילו יכולין למחות בפ"א דכתובות וכן בכל קנינים שאדם זוכה שלא מדעתו כשיודע לו ואינו רוצה לא קנה כמבואר ברמב"ם ושאר פ' ואם כן כאן כיון שלא היתה יודעת מהד' זוז רק דמ"מ קנתה שלא מדעתה וא"כ עתה באומר לה אח"כ התקדשי בהד' זוז ונודע לה ואמרה הן שייך שפיר אקנויי אקני ליה כמו בגזל ואף שהוא כבר בידה מ"מ כיון שמתרצית לקדושין ואינה רוצית לזכות בו ממילא הוא שלו וממילא היא זוכה בה רק מהקדושין דעכשיו והוא כמו בגזל שאומרת הן בשעת הנתינה ולכך שפיר מהני באמרה הן כנ"ל, אמנם בשתיקה שוב לא מהני כלל אף אי נימא כר"ה מדלא ניחא לה תישדינהו מ"מ הוי כמו בגזל דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי וגם כאן כיון ששותקת שייך דידי שקלי דהא זכתה בה גם שלא מדעתה כנ"ל כיון דלא הקנתה לו כנ"ל ולכך לא מהני כלל אף ספק.

אך שוב שייך דמקודשת מס' שמא ש"פ במדי. וממילא מיושב הרמב"ם ז"ל דבש"ס דפליג אשמואל כמ"ש הריטב"א או דאיירי בדבר שאינו מתקיים כמ"ש הר"ן ז"ל אמר שפיר חושו לה משום דר"ה דהא לא בעי נתינה חדשה כיון שלא הועיל כלום נתינה א כמו בגט כנ"ל, אבל לדידן שפיר לא שייך חושו לה וכ' הרמב"ם רק הספק דשמא ש"פ במדי כנ"ל.

או כמ"ש לעיל דממ"נ אי לא היה ניחא לה בפחות מסוה פרוטה ולא היה אפילו ספק שוב שייך חושו לה ואי נתרצית מקודשת מספק דשמא שוה פרוטה כנ"ל וא"ש עוד י"ל דברי הרמב"ם ז"ל דהא לכאורה למש"פ הרמ"א דבס' קדושין צריכה להחזיר הכסף קדושין והקשו הפ' א"כ במה מתקדשת הא יודעת שצריכה להחזיר ואין לה כלום וא"כ גם ספק לא יהיה ותירצו דלא גרע ממתנה ע"מ להחזיר דמה"ת מקודשת דהוי נתינה

וגם כאן אף דמיד אחר הקדושין יוכל לתבעה ותצטרך להחזיר מ"מ בשעת הקדושין הוי נתינה ורק מדרבנן לא מהני מעמ"ל דדמיא לחליפין ובס' לא אמרינן כנ"ל.
ולכאורה בהאי ספיקא דשמא ש"פ במדי דפסק הרמב"ם ז"ל דבדבר שאינו מתקיים להוליכו למדי לא הוי אף ספק רק בדבר המתקיים דיכולה להוליכו כו ע"ש וקשה לכאורה דגם דבר המתקיים מ"מ הא צריכה להחזיר אחר הקדושין כיון שהוא ספק כנ"ל רק דמ"מ בשעת הקדושין הוי נתינה דהוא שלה וא"כ שוב הוי דבר שאינו מתקיים דהא עתה אינו ש"פ ולהוליכו אינה יכולה דהא תצטרך להחזיר מיד ואם כן גם בדבר המתקיים יהיה כמו דבר שאינו מתקיים ולא יהיה גם ספק ואינה מקודשת כלל כנ"ל.
ואף להפ' דבספק א"צ להחזיר הכסף קדושין מ"מ הא כתב ב"ש שם הטעם דגם לדידהו מדינא צריכה להחזיר רק שלא יאמרו קדושין תופסין באחותה דכשיראו שמחזרת יסברו דלא הוי אפילו ספק ע"ש. וא"כ כאן כיון דאי אמרי' שצריכה להחזיר שוב לא הוי קדושין כלל אף מס' דהוי דבר שאינו מתקיים כנ"ל וא"כ גם להפ' הנ"ל צריכה להחזיר שפיר דלא שייך שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה ז"א דבאמת אם צריכה להחזיר באמת הקדושין תופסין באחותה דלא הוי אפילו ספק וממילא לא שייך הנ"ל וצריכה להחזיר וקשה כנ"ל.
אך י"ל דהא פחות מפרוטה אינה יוצאה בדיינים ולא יוכל להוציא ממנה כלום ושוב הוי דבר המתקיים ואף דמחויבים להחזיר מ"מ כאן מספק לא תצטרך להחזיר שוב וגם תוכל שפיר להוליכה למדי כנ"ל ולענין איסור גזל לא אמרינן שמא שוה פרוטה במדי ומיושב הנ"ל דשפיר מקודשת מספק. ומיושב בזה קושית הפ"י תוס' ריש קדושין מקולי ב"ש ע"ש דלב"ש פחות מדינר דתצטרך להחזיר לא הוי קדושין ן מספק כנ"ל ע"ש היטב:
וכמ"ש מיושב ממילא כאן בציפתא דאסא דלא אמר בש"ס הספק דשמא ש"פ במדי דכאן כיון שתצטרך להחזיר הד' זוז ממילא גם גוף הציפתא שהוא פחות מפרוטה ג"כ יוכל להוציא ממנה בדיינים שיש לו אצלה ד' זוז ופחות מפרוטה כמבואר בש"ע ר"מ דבכה"ג מוציאין בדיינים.
וא"כ כיון שתצטרך להחזיר שוב לא הוי קדושין אף מס' דהוי כדבר שאינו מתקיים אף שמתקיים כנ"ל וגם להפ' דא"צ להחזיר מ"מ לא שייך שמא יאמרו כנ"ל, אמנם עכשיו דאמר חושו לה משום דר"ה והוי ס' וא"כ שוב להפ' הנ"ל א"צ להחזיר הכסף קדושין דשייך שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה דלענין הס' קדושין דר"ה אף אי צריכה להחזיר הוי ספק ושייך שמא יאמרו כו' וא"צ להחזיר וא"כ שוב שייך הספק שמא ש"פ במדי ג"כ דהא הוי דבר המתקיים דתוכל להוליכו למרי דאין צריך להחזיר משום הס'

דר"ה וכ' הרמב"ם שפיר ספק דשמא ש"פ במדי והיינו דעכשיו דאמר חושו לה שייך ס' הנ"ל.
אבל בש"ס, למאן דלא סבר לה דר"ה שוב גם ספק דשמא שוה פרוטה לא שייך כנ"ל וא"ש. (יב) אשה שחטפה מעות מאיש אחד כו'.
נראה דלהרמב"ם ושאר פ' דיאוש לחוד קני מדרבנן ולהפ' דסתם גזילה יאוש בישראל א"כ גם באמרה הן אינה מקודשת קדושי ודאי דהיה שלה גם קודם הקדושין ואינו נותן לה כלום עתה ולא שייך אקנויי אקני ליה כיון שאומרת הן דהא הוא כבר בידה וצריך לקנות ממנה אחר יאוש ואינו בידו כנ"ל.
ואפשר דלא הוי קדושין כלל אל דמדאורייתא צריכה להחזיר מ"מ כיון שא"צ להחזיר מדרבנן לו מהני כנ"ל. ואף דעכ"פ מדמי מי קא מייאש וצריכה לשלם לו דמיו ותתקדש בזה דע"י הקדושין לא תצטרך לשלם דמיו ז"א דזה הוי מקדש במלוה ואינה מקודשת דהתשלומין הוא רק מלוה אצלה וכמו בפקדון בקיבלה עליה אחריות כנ"ל: אמנם בגזלה חפץ ממנו י"ל להרמב"ם ז"ל דפסק דבמכר מלוה קונה וא"כ י"ל שוב דשפיר מקודשת באמרה הן אף לאחר יאוש דאמרינן אקנויי אקני ליה כנ"ל וא"ל כיון שאין בידו במה זוכה בו דלמ"ש ז"א דשפיר יכול לזכות בו דהא הוא נותן לה המלוה שחייבת לו בהתשלומין גם אחר יאוש וזוכה הוא בהחפץ אף שהוא בידה דבמכר קונה מלוה ושוב מקודשת בהחפץ שנעשה שלו שקנאה בהמלוה כנ"ל אף שהוא בידה ואף דקי"ל דמעות אינו קונה מדרבנן במטלטלין מ"מ הא קי"ל בהחליף דמי שור בפרה דשפיר קונה כיון שלא הלוה מעות רק שנתחייב לו ע"י מכר דהוי מלתא דלא שכיחא ולא תיקנו רבנן ומעות קונה ע"ש וא"כ כאן דהמלוה הוא מה שנתחייבה לו ע"י היאוש שקנתה החפץ א"כ כשחזרה והקנתה לו שפיר קונה הוא במלוה זו וממילא מקודשת ועוד דלא שייך נשרפו חיטיך בעלי' דהא ע"י הקנין שלו נעשה שלה דמתקדשת בכך לא שייך נשרפו כנ"ל.
וזה יש לדחות ואינו מוכרח דאם לא תתקדש לא יקנה אותו דיהיה שייך נשרפו חיטיך. ואינו מוכרח, אך טעם הראשון א"ש דהוי כדמי שור בפרה ושפיר מקודשת כנ"ל אך במעות שחטפה לא שייך זה דהא אין מטבע נקנה בחליפין ולא יועיל אף באמרה הן להנ"ל אחר יאוש: הב"ש כ' דלכך מקודשת באמרה הן ואף דא"י להקדיש דבר שאינו ברשותו מ"מ כיון שאומרת הן נעשה מיד פקדון אצלה ומקודשת ע"ש.
וקשיא לי לכאורה דלקמן ס"ל ס"ק א' דבטלי קדושיך מע"ג קרקע הוי ספק קדושין והקשה שם א"כ למה בהיה לו פקדון בידה יכול לקדשה אח"כ בו הא ליכא נתינה עתה מידו לידה ותירץ דכיון דבנתינה בא לידה בשעה שהפקיד אצלה מהני כיון דהיה אז

נתינה ע"ש, וא"כ כאן למה מהני באמרה הן משום דנפשה עתה פקדון אצלה הא כאן הוי שוב טלי קדושיך מע"ג קרקע דכאן לא שייך בנתינה בא לידה דהא חטפה ממנו אז ולא היה נתינה דמה שהיא ע"י מעשה דידה לא הוי נתינה כמו קפצה ידי' ע"ש רק במה שאומרת הן נעשה ממילא פקדון בידה וזה הוי טלי מעג"ק כנ"ל דליכא נתינה ולמה תהיה מקודשת כנ"ל.

אך באמת טעם הב"ש שם אינו מוכרח די"ל בפשיטות כמ"ש לעיל דבפקדון כיון דכל היכא דאיתי' ברשותא דמרי' הוא וכמ"ש הרא"ש דמשאיל לו רשותו שמונח החפץ ע"ש וא"כ א"צ לומר דבשעה שהפקיד הוי נתינה רק דעכשיו ע"י דיבור זה שמקדשה הוי נתינה דקודם הקדושין הי' מונח ברשותו ועתה שמקנה לה בא לרשותה והוי שפיר נתינה מידו לידה כמו בגט שהיה מונח בחצירה וכתב לה שטר מתנה על חצירו קנאתו ומתגרשת בו דזה הוי נתינה מה שבא מרשותו לרשותה ע"ש וגם כאן מהני כנ"ל וא"כ גם הכא י"ל כיון דנעשה פקדון כשאומרתהן שוב הוי עכשיו נתינה אף שבגזילה בא לידה כנ"ל ומקודשת באומרת הן כנ"ל: אמנם עדיין קשה דהא כ' תוס' ריש ב"מ בגט בידה ומשיחה בידו דאף שקפצה ידי' בחוזק לא מהני כיון דמה דהוי נתינה ע"י מעשה דידה הוי טלי גיטך מע"ג קרקע ע"ש ואם כן בשלמא בפקדון א"ש דמקודם היה ברשותו וע"י דיבורו בא לרשותה והוי הנתינה על ידי מעשה דידיה כנ"ל אבל כאן בגזילה דאינו ברשותו וא"כ כשאמר לה הרי את מקודשת כל זמן שלא אמרה הן לא היה נתינה מרשותו לרשותה רק דע"י אמירתה הן נעשה ברשותו וא"כ הוי כמו קפצה ידיה דהא מה דהוי נתינה מרשותו לרשותה הוא ע"י מעשה דידה ולא ע"י כנ"ל והוי טלי קדושיך מע"ג קרקע.

ולא יועיל רק באמירה הן קודם דיבורו שמקדשה אמרה הוא שרצונה להתקדש אז מועיל דנעשה פקדון בידה קודם שקידשה ושפיר ע"י דיבורו של הקדושין נעשית הנתינה מרשותו לרשותה אבל כשאומרת אח"כ לא יהיה ודאי קדושין כנ"ל. ואפשר לומר דמ"מ יכולה להתקדש מטעם הנאה אף דליכא נתינה להפ' במחילת מלוה דמהני ולענין זה יועיל גם טלי מעג"ק דמ"מ הנאה הבאה לה מחמתו היא כמ"ש הר"ן גבי גזל לאחר יאוש בפ"ב דקדושין רק שם י"ל דדעתה על גוף הנתינה כמו במקדש במלוה דאין דעתה על הנאת מחילת מלוה ולכך לא מהני טלי קדושיך מע"ג קרקע כיון דדעתה על גוף הנתינה ונתינה לא הוי כנ"ל.

אבל כאן דליכא נתינה כלל אם כן כשאומרת הן דעתה על ההנאה וזה שפיר מועיל. אך יש לדחות דגם הנתינה של ההנאה צריך להיות על ידי מעשה דידיה כנ"ל: סעיף ו

הי' לו פקדון בידה או שהשאילה חפץ ואמר לה התקדשי לי בפקדון או בשאלה שבידך ונמצא שנגנב או שנאבד אם נשתייר ממנו ש"פ מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ודוקא שאינה יודעת סכום הפקדון ומתרצית להתקדש בו הן אם רב הן אם מעט אבל אם ידעה סכום הפקדון ונמצא שנגנב או נאבד אע"פ שנשתייר ש"פ אינה מקודשת (שאינה מתרצית להתקדש אלא בסכום הפקדון): הי' לו פקדון כו' משמע שידוע שהיה לו בידה כו' ובש"ס הלשון האומר כו' התקדשי בפקדון כו' ומשמע אף שלא נודע לנו כלל אם היה לו פקדון בידה רק שאומר לפני עדים לשון זה והיא אמרה הן מהני ובאמת קשה הא זה הוא הנתינה דיבור זה שמקדשה בפקדון וצריך הנתינה והאמירה לפני עדים דאל"ה הוי מקדש בלא עדים ואם אין ידוע בעדים שהיה לו פקדון בידה אין כאן עדים על נתינת הקדושין דשמא לא היה לו כלל בידה.

ואף דנאמר דמה שאומרת הן חשוב הודאה על הפקדון ואם לא תהיה מקודשת תצטרך לשלם מ"מ הא כיון דלא מהני הודאה בקדושין דחב לאחרים כו' וא"כ נהי דלענין ממון מהני מ"מ אם באמת לא היה לו פקדון בידה אף שמחויבת לשלם משום הודאתה אין זה רק מלוה ואינה מקודשת בחיוב זה שנתתייבה בהודאתה.

וא"כ עדיין אין יודעין אם מקודשת דמה שאומרת שבאמת היה לו פקדון זה שוב מצד נאמנות דלא מהימנא בקדושין כנ"ל. ואף כשהודית קודם הקדושין בפני העדים שהפקדון בידה באתם עדי מ"מ בשלמא בדבר מיוחד כשאמר מעותי או חפץ שבמקום פלוני שלי בידך והיא הודית ששלו י"ל שפיר דמהני דהא אף שאינו אמת נקנה באודיתא ונעשה שלו והוי שפיר פקדון גם עתה בידה ומתקדשת בו אח"כ.

אבל כשאומר סתם ק' זוז יש לי בידך אף שהודית מ"מ אם אינו אמת אין עליה רק חיוב והוי מלוה. ואיך יועיל הודאתה שבאמת יש לו בידה לענין הקדושין דהוי דשב"ע.

וזה עיקר הנתינה אם יש לו בידה הפקדון או לא. ולמ"ש הרי"ף יבמות פ' החולץ גבי ואשתמודענא כו' ע"פ קרוב דלכך נאמן דאחוה דמיתנא משום דעדיין אינו דשב"ע בשעת עדותו רק שזה אחיו ומהני החליצה אח"כ ע"ש גם כאן כנ"ל דבשעת הודאתה אינו דשב"ע עדיין רק לענין ממון שפיר נאמנת בתורת נאמנות ג"כ אף שבא אח"כ לדשב"ע כשמקדשה.

אבל לשאר פ' שם קשה, וכן כשלא הודית מקודם רק בשעת הקדושין באמירתה הן כנ"ל ואז הוי דשב"ע ע"ש בריב"ש דאח"כ לא מהני גם באישתמודענא כו': התקדשי לי בפקדון או בשאלה כו' אין להקשות דשאלה היא כמו מתנה לזמן שעד הזמן שקבע יכול להשתמש מה שירצה וכמו במתנה לזמן לדעת יש פוסקים אין הנותן יכול להקנותו תוך

הזמן שאינו שלו וגם על אחר הזמן אינו יכול להקנות עתה דהוי דבר שלא בא לעולם אף דזמן ממילא קאתי ע"ש ונימא גם בשאלה כן דתוך הזמן לא יוכל להקנות ז"א דהתם גוף הדבר הוא של הלוקח עד הזמן שקבע ולכך פטור באונסין דשלו הוא כמבואר בח"מ אבל שאלה גוף הדבר גם בתוך זמן השאלה הוא של המשאיל דלכך חייב באונסין ואם היה שלו היה פטור רק הכאת התשמיש הוא של השואל ושפיר יכול להקנות ולקדש בגוף התפץ שהוא שלו גם עכשיו כנ"ל.

ואף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי ונימאדגוף החפץ של השואל ז"א דבשאלה לא מיקרי כלל קנין פירות וראיה דהא אינו יוצא באתרוג השאול דבעינן לכם וליכא מאן דפליג ואף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף ולענין ביכורים מיקרי שלו וע"כ כמ"ש הריטב"א פ"ב דקדושין אהא דבקע בו קנאו דלא אמרינן קנין פירות כו' רק בקרקע דהפירות יוצאים מגוף הקרקבע ואינם דבר נפרד כנ"ל.

אבל בשאלה התשמיש הוא דבר נפרד בפני עצמו וגוף החפץ כדקאי קאי ואין תשמישו יוצא מגוף החפץ כנ"ל ע"ש. אך יש להסתפק קצת בשאלה ולא הגיע הזמן וארווח לה זימנא שתוכל להשתמש יותר דלכאורה מקודשת בהרווחת הזמן כמו בהלואה דמהני ארווח לה זימנא ומיקדשא בהנאה זו ע"ש.

אך א י"ל דלא מהני למ"ש הריטב"א דהא דתיקנו משיכה בשומרין היינו א דצריך שהשואל יקנה ההיתר תשמיש קנין זה שיוכל להשתמש בו ובמה קונה אותו ע"ז תיקנו שיקנה במשיכת החפץ ע"ש. וא"כ אף אחר שהגיע הזמן.

לכאורה איך יכול להרויח זמן במה יקנה הא ליכא משיכה דבשלמא בהלואה שקנה גוף המעות ואין לו רק תביעה עליו ומהני מחילה מהני מה שמרויח הזמן מטעם מחילה אבל בשאלה שלא קנה רק התשמיש עד הזמן וא"כ במה יקנה התשמיש שאח"כ. וע"כ דכמו בנפקד לא בעי משיכה כשהמפקיד מקנה לו כיון שהם ברשותו הוי זה משיכה ע"ש וכמו כן ההיתר תשמיש שאח"כ קונה ג"כ כיון שהוא ברשותו כנ"ל.

אך כל זה בהגיע הזמן אבל תוך הזמן למ"ש דלענין גוף החפץ גם עכשיו הוא שלו כנ"ל ולא הוי מתנה לזמן. אבל לענין ההיתר תשמיש שוב הוי כמי מתנה לזמן דזה הקנין של התשמיש שפיר הוא של השואל עד אותו הזמן לגמרי וא"כ שוב אינו יכול להקנות התשמיש של אחר הזמן ג"כ דהוא דבר שלא בא לעולם.

רק להפ' דזמן ממילא קאתי ולאו כמחוסר מעשה דמי שפיר מהני ההרווחת זמן על אח"כ כנ"ל. וגם להפוסקים דלא מהני, ג"כ יש לחלק קצת כנ"ל: ומצאתו שנגנב או אבד כו' נראה דהיינו שיש עדים שנגנב כו' אבל אמירתה שאומרת שנגנב לא מהני דאיך תהי'

נאמנת דלמא היא רוצה לחזור בה ולבטל הקידושין ושמא הוא ברשותה ואף דנשבעת שאינה ברשותה מכל מקום לא האמינה תורה בשבועה רק לפטור עצמה אבל לא לענין קדושין כנ"ל.

ועוד דא"צ לישבע כלל שאינו ברשותה דבכל מקום יש תביעה שמא הוא ברשותה שלא נגנב וצריכה להחזירו כו' אבל כאן ממ"נ אי נגנב פטורה ואם הוא ברשותה ג"כ א"צ להחזיר שהיא מקודשת והוא שלה ג"כ ואין כאן תביעה ולא שייך שבועה כנ"ל. וממילא אינה נאמנת כנ"ל אם לא מטעם עד אחד נאמן באיסורין היכא דלא איתחזק איסורא כו' וכאן אדרבא החזקת פנויה מסייע לה דאינה מקודשת.

אך לרוב הפוסקים בדבר שבערוה אף בלא איתחזק אין עד א' נאמן ולכך בעינן ודאי עדים שנגנב או אבד כנ"ל, הטור כ' בשם הרא"ש ביודעת הסכום אינה מקודשת דלא נתרצית כו' וגם הוא אינו חייב להשלים כיון שלא הזכיר הסכום ע"ש ומשמע מדבריו אם הזכיר ואמר התקדשי במנה פקדון שיש לי אצלך מקודשת ותמוה דהא במנה זו קי"ל דאינה מקודשת וכן בנמצא הדינר רע ע"ש וכאן הוי במנה זו וממילא דאינו חייב להשלים ג"כ וי"ל דלא בא למעוטי אלא אם הזכיר ואמר מקודם סתם התקדשי לי במנה ותקח הפקדון עבור המנה אז היה שפיר מחויב להשלים כיון שקדשה במנה סתם רק שנותן לה הפקדון עבור זה.

ובלא נשתייר אינו נותן לה כלום עתה ובעינן שיתן לה פרוטה כמבואר בש"ס וש"ע משא"כ בנשתייר היה מועיל. ודחוק או דסובר כרש"י דדוקא בחזרה בה ע"ש לקמן בש"ע וכאן בלא חזרה גם כן לא מהני כנ"ל: ע"ש בב"ש דהב"ח כ' בשאלה אף שיודעת מקודשת דחייבת לשלם ע"ש והב"ש דחה ע"ש.

ובאמת דברי הב"ח תמוהים דהאבמנה זו ונמצא דינר לא מהני כשמחליף דהא אינו מנה זו ע"ש וגם כאן כיון שאמר בהפקדון והוי מנה זו וכיוון שנגנב אף שהיא חייבת לשלם מ"מ אינו מנה זו עכ"פ וצ"ל דבשלמא התם שאומר בפירוש מנה זו וכיון שאינה זו אינה מקודשת משא"כ כאן שלא הזכיר סכום וכיון שנשתייר פרוטה ראוי שתהא מקודשת רק דנימא כיון שיודעת הסכום לא רצתה רק בכולו ושוב מהני מה שהיא חייבת דאית לה הנאה מכולה.

ודיבור הקדושין נתקיים דהא יש מהפקדון פרוטה משא"כ התם, במנה לא נתקיים דיבור הקדושין כנ"ל. או י"ל דשם דעתה דוקא על מה שנותן לה ובא לידה וכשהוא רע אף שיחליף מ"מ אין דעתה על זה שתצטרך לתובעה ואף דבמנה סתם מהני היינו שנתרצית

לזה כנ"ל אבל כאן שזה החיוב הוא ג"כ בידה י"ל דמהני כנ"ל: סעיף ו דהי' לו מלוה אצלה כו' ואמר התקדשי במלוה שיש לי אצלך כו'.
וברמב"ם ז"ל התקדשי במלוה שהלויתיך וכ' הר"ן ז"ל דאין דעתה על הנאת מחילת מלוה רק על גוף המלוה ע"ש ומשמע דבאמת יש בכלל זה מחילת מלוה רק אין דעתה כו'.
ובאמת היה נראה לכאורה דאין צריכין לטעם זה דנ"ל בפשיטות דהא ודאי באדם שמכר חפץ לחבירו וקנאו במשיכה ונתחייב לו דמיו ואח"כ אמר המוכר ללוקח אני נותן לך החפץ שמכרתי לך במתנה נראה פשוט דלא נפטר כלל הלוקח מדמי החפץ ועדיין חייב לשלם דהא לא מחל כלל הדמים רק שנתן החפץ במתנה והחפץ אינו שלו כבר ואינו יכול ליתנו במתנה ומה מועיל מתנתו עכשיו כנ"ל.
ואם כן מלוה ממש כן דמה שמלוהו מעות נעשה של הלוה לגמרי והוא חייב מעות אחרים לשלם לו וכמו מכר וא"כ כשנותן ללוה במתנה דינר שהלוה לו ודאי לא מהני ולא נמחל כלל החוב דהא אינו מועיל כלל מתנתו על דינר שהלוה שאינו שלו כבר והחוב לא מחל לו כמו מכר כנ"ל: וא"כ תטעם פשוט דמקדש במלוה היינו שאומר התקדשי לי בדינר שהלויתיך אינה מקודשת כלל דלא נפטרה כלל מהחוב ומה שמקדשה בהדינר שהלוה אינו שלו.
כבר כיון דלהוצאה ניתנה ואין כאן הנאה של כלום דליכא מחילת מלוה. ויש לפרש בדברי הר"ן ז"ל ג"כ, כנ"ל.
דכונתו דאין דעתו למחול החוב רק על הדינר שהלוה וזה לא מהני וכן משמע מלשון רש"י ז"ל לקדושין דף ו ע"ב) המקדש במלוה שהלויתיך אינה מקודשת כו' דבעינן דיהיב מידי ומלוה להוצאה ניתנה וכבר הן שלה ומעות אחרים היא חייבת לו ע"ש ומשמע כנ"ל. אמנם להנ"ל במקדשה בהחוב כמ"ש בש"ע שאומר התקדשי בחוב שיש לי אצלך היתה מקודשת דכאן מקנה לה גוף החוב שחייבת לו לשלם כי"ל.
ובאמת אינה מקודשת גם בזה כמבואר בש"ע וכן בש"ס בשכירות דהוי מלוה ובפקדון דקביל אחריות משמע דאף שמקדשה בהחוב לא מהני וכן גבי התקדשי לי בשט"ח ע"ש.
אך בזה הטעם פשוט דבשלמא בכל דוכתי כשנותן לה דבר ומקדשה בו קונה היא החפץ במשיכה שנותן לה אבל כאן בחוב כשאינו מוחל הוא רק בתורת קנין שמקנה לה החוב ואין כאן משיכה ובמה תקנה החוב שיש לו עלי' כיון שאינו מוחל כנ"ל.
אך לכאורה היה קשה דהא כמו שיכול להקנות חוב של אחר במעמד שלשתן כיון שהקונה והלוה עומדים יכול להקנות וא"כ כשמקנה להלוה עצמו החוב הא הוי מעמד ג' שהרי הוא עצמו הלוה והקונה ויקנה החוב של עצמו במעמד ג' וממילא תהיה מקודשת

דגם בתורת קנין מהני כנ"ל. אך י"ל דהא מעמ"ש הילכתא בלא טעמא שתיקנו חכמים משום תקנת הסוחרים שאין דרך להקנות מלוה מדאורייתא ותיקנו שיועיל מעמד ג' כמ"ש הרא"ש ז"ל שם בגיטין.

וא"כ לא הי' התקנה רק להקנות לאחר שאין דרך להקנות מדאורייתא אבל להלוה עצמו דיכול למחול לו לא שייך התקנה שיקנה בתורת קנין וכן לכאורה בחוב בשטר שיש לו עליה כשנותן לה השטר למ"ד אותיות נקנין במסירה א"כ כמו דמהני בשט"ח דאחרים יועיל גם בשט"ח דידה ותקנה החוב של עצמה במסירה ולמה אמר בש"ס דוקא בשט"ח דאחרים ע"ש.

וי"ל ג"כ כנ"ל כיון דמכירות שטרות דרבנן לא תיקנו רק לגבי אחרים ולא לגבי הלוה עצמו שיכול למחול בל"ז כנ"ל. ולדעת הר"ן ז"ל בל"ז לא קשה דאמרי' אף שקונה היא את החוב מ"מ דעתה על גוף המלוה ולא על קנין החוב כנ"ל.

רק למ"ש ג"כ א"ש דמדאורייתא החיוב הוא דבר שאין בו ממש ואינו יכול להקנותו רק מדרבנן ולא תיקנו רק באחרים כנ"ל. ולכך אינה מקודשת בב' הדרכים בין כשמקדשה בהמעות שהלוה לה בזה הטעם דא"י להקנות מה שאינו שלו ובין שמקדשה בגוף החוב בזה הטעם שאינה קונה את החוב כנ"ל ואינה מקודשת אם לא במחילת מלוה דמחילה מהני כנ"ל.

או י"ל דאף דנימא דכשמקנה ללוה עצמו קונה מטעם מעמד שלשתן כנ"ל מ"מ י"ל דאינה מקודשת דהא במעמד ג' כ' הפוסקים הטעם דנסתלק המלוה וממילא זוכה בו המקבל מתנה בהחוב ע"ש בח"מ ס"ו ובש"ך שם דכך היתה תקנת חכמים ע"ש. וכן מבואר בריטב"א קדושין להדיא גבי מקדש במלוה דאינו רק סילוק במעמד ג' וא"כ בקדושין דבעי נתינה מיד ליד ולכך טלי קדושיך מע"ג קרקע נסתפקו אי מהני ואף שע"י דיבורו נוטלת כו' לא מהני כיון שאינו נותן כו' וא"כ לכאורה בשט"ח דאחרים למה מהני כשמקדשה במעמד ג' הא הקנין הוא רק שמסתלק הנותן והוא זוכה כנ"ל, א"כ הוי רק טלי קדושיך מע"ג קרקע כיון שאין הוא המקנה כלל רק שמסתלק וממילא משעבד עצמו הלוה ללוקח כנ"ל ולא יועיל.

אך לא קשה דהא הטעם שמסתלק הנותן והלוה משעבד עצמו להלוקח כנ"ל. א"כ הוי נתינה שהלוה נותן שמשעבד עצמו לה ואף שאין המקדש הנותן מהני נתינת האחר ג"כ כמו בתן מנה כו' הילך מנה והתקדשי לפלוני ע"ש ולא הוי טלי קדושיך כו' ומהני כנ"ל. אמנם בחוב של עצמה דנימא שמקנה לה במעמד ג' וא"כ שפיר לא הוי קדושין דע"כ לומר הטעם דהוא מסתלק ושוב משתעבדת לעצמה כנ"ל. וא"כ הוי טלי קדושיך מע"ג

קרקע דע"י דיבורו מסתלק ומצוה לה לזכות כנ"ל והוי טלי מע"ג קרקע דאין כאן כלל נתינה והוי כמו קפצה ידי' בחוזק ע"ש.
ולא דמי למחילה שבדיבור זה עצמו נסתלק ואף בעל כרחה נפטרה מהחוב והוי נתינה כו' מה שא"כ בהנ"ל דהוא נסתלק ומצוה לזכות ובע"כ לא מהני במעמד ג' להפ' שם ע"ש. ואף שיש לחלק בין טלי מע"ג קרקע דבדיבור זה ליכא קנין רק מה שהיה זוכה אח"כ משא"כ כאן דבהדיבור לחוד עצמו נעשה שלה, מ"מ אינו מוכרח דגם כאן הקנין במה שהיא רוצה ומשתעבדת לעצמה כנ"ל.
וגם הוי כמו כי תלקח אשה לאיש כמ"ש הרשב"א גבי חצייך מקודשת לי כו' ע"ש.
ובמ"ש יש ליישב מ"ש הרמב"ם ז"ל דבמכר קנה מלוה ותמהו עליו דהא מבואר בש"ס להיפך דפריך ותסברא ושוין במכר כו' ואי להוצאה ניתנה אמאי קני כו' ע"ש.
ולמ"ש מיושב דהא לכאורה למה לא יועיל כשמקדשה בהחוב הא קנתה חוב של עצמה במעמד ג' וי"ל כמ"ש דהוי טלי קדושיך מעג"ק. וא"כ ממילא במכר שפיר קונה דהא קונה המוכר החוב במעמד ג' ובמכר גם טלי מע"ג קרקע מהני ושפיר קונה הלוקח הקרקע כנ"ל.
וא"כ י"ל בפשיטות הפירוש בברייתא ושוין במכר שזה קנה כו'. אמנם בש"ס קאמר שפיר ותיסברא כו'.
דהא זה הטעם דמעמד ג' לא שייך רק כשמקנה החוב כנ"ל. אבל במקנה לה הדינר שהלוה בל"ז לא מהני כמ"ש דאינו שלו ובזה לא שייך מעמד ג' דמ"מ אינו יכול להקנות גוף הדינר שהלוה וא"כ בש"ס דמוקי פלוגתייהו בברייתא מר סבר מלוה להוצאה ניתנה ומ"ס לאו כו' וא"כ ע"כ לא איירי שמקנה לה החוב דבכה"ג מה חילוק בין אי להוצאה ניתנה או לא ובמה פליגי וע"כ דאיירי שמקנה לה גוף הדינר שהלוה לה דבזה שפיר שייך הפלוגתא דאי לאו להוצאה ניתנה הוי שלו ויכול להקנות לה גוף הדינר כנ"ל וא"כ פריך שפיר ותסברא למה שוין במכר שזה קנה הא כיון דאיירי שמקנה הדינר כו' וא"כ אי להוצאה ניתנה גם במכר לא מהני דלא שייך מעמד ג' כנ"ל.
ופריך שפיר ממ"נ ואי במקנה החוב לא שייך הפלוגתא בין להוצאה ניתנה או לא כנ"ל. ומשני כו'.
וממילא לדידן היכא שמקנה החוב שפיר קונה במכר מטעם מעמד שלשתן כנ"ל. ועוד בש"ס לא בעי לאוקמי לרב פלוגתייהו בהא דהא לחד לישנא לרב לא שייך מעמד ג' במלוה רק בפקדון כו' אבל למאי דקי"ל דמעמד ג' גם במלוה תיקנו א"ש בפשיטות

דבמכר קונה דהוא קונה החוב מטעם מעמד ג' וממילא קונה לוקח החפץ כנ"ל אך דוקא במקנה החוב ולא הדינר שהלוה.
ומיושב שפיר לשון הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' מכירה שכ' שם בחוב שיש לי אצלך כו' ע"ש והיינו שמקנה החוב לא הדינר וכן בש"ס ב"מ ע"ש ואין זה תלוי כלל אי מלוה להוצאה ניתנה כו' כנ"ל דמה זה ענין לקנות החוב כנ"ל ומ"ש לעיל דלמ"ד אותיות נקנין במסירה תקנה החוב שלהג"כ וקשה בש"ס למה מוקי בשט"ח דאחרים.
ובאמת הא מצינו דלמ"ד נקנין במסירה המוכר קרקע והחזיר לו את השטר חזרה מתנתו ע"ש דיכול להקנות להמוכר עצמו במסירת השטר ע"ש וכן כאן בלוה עצמו למה לא יקנה חוב שלו במסירה כנ"ל. אך י"ל דהא אמר בב"ב דוכי לצור ע"פ צליחותו כו' והיינו דבשלמא בכל מקום דמשיכה קונה הוא דמה שמושך החפץ לרשותו מורה על קנין החפץ וכן כל הקנינים משא"כ בשטר אין המסירה מורה רק על קנין הנייר ולא על השיעבוד ולכך אינו קנין על השיעבוד כנ"ל.
ופריך וכי לצור כו' הוא צריך וא"כ ג"כ מה שמושך הנייר מורה שקונה גם השיעבוד ומשני אין לצור כו' ובזה מובן הש"ס שם ע"ש ולכך מ"ד אותיות נקנין במסירה הוא משום דסבר כקושית הש"ס התם וכי לצור כו' ולכך שפיר נקנה במסירה דמורה על שקונה השיעבוד כו' כנ"ל. וא"כ כל זה כשמוכר לאדם אחר שייך וכי לצור ומורה כנ"ל וקונה. משא"כ כשמוכרו ללוה עצמו י"ל דקנה רק השטר שמחזיר לו שלא יהיה מלוה בשטר רק על פה ולא שייך וכי לצור כו' ואין המסירה מורה כלל אצל הלוה שקונה גוף החוב ואינו נקנה כנ"ל גם לרבי ודוקא במוכר קרקע והחזיר לו את השטר שם שייך שפיר ג"כ אצלו וכי לצור כו' דאין נ"מ במה שמחזיר לו השטר כשאינו מקנה לו הקרקע דהא מוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים וכן לשאר דברים ולכך נקנה במסירה משא"כ כאן כנ"ל: עוד י"ל בפשיטות הרמב"ם ז"ל הנ"ל דהנה לטעם דר"ן ושאר פוסקים משמע דכשמקדש במלוה סתם ג"כ כוונתו שמוחל המלוה רק דמ"מ דעתה על גוף המלוה כל זמן שלא פירש בהנאת מחילת מלוה כנ"ל ע"ש.
והנה כפי מה שמשמע מדברי הרמב"ם ז"ל דבמחי"ת מלוה ג"כ לא מהני אחר ההלואה וכמ"ש הלח"מ שם והיינו דכיון שאין כאן נתינה לא מהני בהנאה לחוד ואינה מקודשת דבקדושין בעינן נתינה מיד ליד דוקא וכן בארוח לה זימנא לא מהני אח"כ ע"ש וא"כ ממילא להנ"ל י"ל באמת כשמקדש במלוה דעתה שפיר על המחילת מלוה ואעפ"כ אינה מקודשת כנ"ל.

ובזה נראה דיש לחלק בין מכר לקדושין דבמכר לא בעינן נתינה מיד ליד דוקא ולכך במחילת שפיר קונה והנה לטעם הר"ן ז"ל דבאמת יש כאן מחילת מלוה רק דדעתה אגוף המלוה כנ"ל ואף דהא קדשה במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה כנ"ל. וצ"ל דוקא התם דהפרוטה בעין דעתה טל הדבר שהוא בעין כנ"ל.

וכן כאן במלוה ג"כ דעתה על גוף הדבר ולא על המחילה כנ"ל. אך י"ל דטעם הר"ן ז"ל לא שייך רק כשיש כאן גוף המעות עדיין י"ל דדעתה כנ"ל אבל כשאין כלל גוף המעות רק שנתחייבה לו איזה חיוב וכה"ג כמו בשכירות ע"ש י"ל דלא שייך כלל דעתה על גוף המעות דהא אין כאן רק המחילת מלוה וכ"כ הר"ן ז"ל בעצמו גבי ארווח לה זימנא ע"ש.

ובכה"ג י"ל דאינה מקודשת מחמת טעם הרמב"ם דאין כאן נתינה דבהנאה לחוד לא מיקדשא כנ"ל ובזה יש לחלק דבמכר קנה כנ"ל אבל היכא שגוף מעות המלוה בעין עדיין דבזה שייך טעם הר"ן ז"ל דדעתיה על גוף המלוה בזה ממילא גם במכר לא קנה כיון דדעתו על המעות וזה אינו שלו כנ"ל ועל ההנאה אין דעתו כנ"ל.

וממילא מיושב שפיר דבש"ס דבעי לאוקמי כתנאי דמ"ס מלוה להוצאה כו' ומ"ס לאו להוצאה ניתנה והיינו כשהמעות בעין עדיין וע"ז פריך שפיר ותיסברא כו' אי להוצאה כו' למה קני במכר. והיינו כיון שהמעות בעין ושייך טעם הר"ן הנ"ל ממילא גם במכר לא קני דהא דעתיה הגוף הטעות כנ"ל.

אבל בש"ס ב"מ וכן הרמב"ם ז"ל שם גבי החליף דמי שור בפרה דאין שם גוף המעות רק חיוב שנתחייב בזה שפיר קני במכר דהא דעתו על המחילת מלוה כנ"ל וא"ש: אפילו עדיין המעות בידה כו' וכ' הב"ש דהרמב"ם חולק דכשהמעות בעין מקודשת ע"ש כו' ומהתימה שלא זכר דברי הרב"י שפי' דגם הרמב"ם סובר דאף בעין לא מהני ומ"ש שכבר הוציאה פי' דהוי כאלו כבר הוציאה ע"ש.

אך באמת פשט דברי הרמב"ם ז"ל לא משמע כן שכ' ואין שום דבר קיים כו' ע"ש ובאמת תמוה דהא מבואר בש"ס דמלוה להוצאה ניתנה ולא מהני אף שהוא בעין והנה המהרי"ט ז"ל תירץ דכשהוא בעין מקודשת דאף שהוא שלה מ"מ לא גרע מגזל דידה וכיון שאמרה הן כו' אמרינן אקנויי אקני ליה ומקודשת ע"ש, ובאמת גם זה תמיה דא"כ כשמקדשה בחפץ שלה שהוא בידה ואינו נותן לה כלום תהיה ג"כ מקודשת דנימא אקנויי אקני ליה כו' ומבואר להדיא לעיל דכשכבר החזיר לה הגזילה או החוב ומקדשה אח"כ בו לא מהני פ"ש וע"כ דלא שייך שמקנה לו דבמה קונה את החפץ כשהוא כבר בידה וכמ"ש לעיל וכן כאן במלוה כיון שהוא בידה במאי יקנה הוא את המעות כנ"ל.

ואפשר ליישב. דלכאורה י"ל דהא באמת מוחל לה המלוה רק דלא מהני בקדושין וא"כ כיון שפ' הרמב"ם ז"ל דבמכר קנה וכשמוחל המלוה למוכר קונה הלוקח החפץ ע"ש.
וא"כ י"ל שפיר דאקנויי אקני ליה דכיון שמוחל לה המלוה שוב קונה הוא המעות בעין אף שהוא עדיין בידה דבמכר קנה וממילא קונה הוא ומקודשת בגוף המעות שהוא שלו דאקנויי ליה כו'. אך ז"א דהא אין מטבע נקנה בחליפין ואף שקנתה היא שמחל לה המלוה מ"מ אין הוא קונה את המעות כנ"ל אמנם י"ל למאי שפסק הרמ"א בח"מ ליש פוסקים דכשהקנה מעות ומטלטלין בחליפין קונה גם המעות ע"ש סי' ר"ג ס"י.
והנה הרמב"ם ז"ל התחיל היה לו מלוה אצלה אפילו בשטר כו' והרמב"ם סובר דאף אם הנייר שוה פרוטה מ"מ אינה מקודשת כמ"ש הכ"ח שם דלא אמר שמין את הנייר כו' ע"ש והטעם הוא משום דהנייר הוא של הלוה דנותן שכר הסופר והוא שלה ואינה מקודשת בו אף ששוה פרוטה ולכך כ' סתם אפילו בשטר והא דהוי כמשכון לא ס"ל והנה לכאורה נגד השטר שייך שפיר אקנויי אקני ליה שהיא מקנה לו את הנייר ואף שהוא שלה יהיה מהני כיון שאמרה הן כמו בגזל דידה כנ"ל.
וצ"ל הטעם דהא מקדשה במלוה ודעתיה על גוף המלוה ולא על הנייר לחוד כנ"ל. וממילא יש ליישב הנ"ל דכשחקדשה במלוה ומחזיר לה השטר והמעות בעין שפיר י"ל דמקודשת מטעם אקנויי אקני ליה שהיא מקנה לו גוף המעות וגם השטר ושפיר קונה דהא מוחל לה המלוה ובמכר קונה וקונה הנייר של השטר בחליפין וממילא קונה גם את המעות בחליפין כיון שמקנה לו מעות והנייר בחליפין וקונה שתיהם כנ"ל ושפיר מקודשת ולכך כיון שהתחיל הרמב"ם וכ' היה לו מלוה אפילו בשטר לכך הוצרך לומר אח"כ כיון שכבר הוציאה כו' דאל"ה והיה בעין היתה מקודשת בשטר אם הוא שוה פרוטה כנ"ל, ומיושב ממילא דבש"ס דאיירי במלוה ע"פ אמר שפיר דלא מהני אף שהמעות בעין כיון דלהוצאה ניתנה והוא שלה ואף שאמרה הן מ"מ לא שייך אקנויי ליה דאין מטבע נקנה בחליפין כנ"ל ודוקא בשטר הוצרך לומר שכבר הוציאה כנ"ל.
ובזה יש ליישב מה שהקשה עוד הכ"מ על הרמב"ם ז"ל שכ' סתם ומשמע דאן שהנייר שוה פרוטה אינה מקודשת כו' ותמוה דהא בש"ס בעי לאוקמי פלוגתייהו דר"מ ור"א גבי התקדשי לי בשט"ח דפליגי במקדש במלוה דידה וסברי רבנן שמין את הנייר ואף דדחי מ"מ מוכח דכשהנייר שוה פרוטה מקודשת במלוה כו' ע"ש.
ולמ"ש א"ש דהא התם דבעי לאוקמי דפליגי במלוה להוצאה ניתנה כו' ואיירי שהמעות בעין בידה ולכך שפיר סברי רבנן שמין את הנייר כו' דאם שוה פרוטה אף שהוא שלה

מ"מ אקנויי אקני כו' וקונה גם גוף המעות בחליפין כנ"ל ואף דדעתה על המעות ג"כ מהני דהא שפיר מקודשת, בגוף המעות כנ"ל.
אבל הרמב"ם ז"ל דאיירי שאין המעות בעין שכבר הוציאה כנ"ל ולכך אפילו הנייר ש"פ אינה מקודשת דדעתה על המעות ואינו נקנה שאינו בעין כנ"ל. או י"ל דהא בש"ע ח"מ שם הטעם במיחד מעות דאינו נקנה בחליפין משום דהוא באחריות של הלוקח אם יאבד ולא סמכא דעתיה דלוקח כל זמן שלא בא לידו וכן שמא יפסלנו מלכות ע"ש בטור וא"כ הכא י"ל שפיר אקנויי אקני וקונה גוף המי ת ג"כ במה שהוא קונה המחילת מלוה דכאן לא שייך דלא סמכא דעתי' דאם יגנב או יאבד כו' ז"א כיון דמה שמקנה היא לו הוא בשעת הקדושין ואם קונה הוא את המעות א"כ היא מתקדש בו והוא שלה ושפיר סמכא דעתה דאף אם יאבד לא יפסיד כיון שאם קונה היא מקודשת בו ועדין הוא שלה כנ"ל וקונה שפיר גם גוף המעות ושייך אקנויי אקני כנ"ל.
והוצרך לומר שכבר הוציאה כו': סעיף ח התקדשי לי בשט"ח שמין את הנייר כו' וברמב"ם מבואר דגם בכה"ג אין שמין כו' ואף אי ש"פ אינה מקודשת ע"ש ותמהו עליו דהא בש"ס דמוקי פלוגתיהו דר"מ ור"א במקדש במלוה וסברי חכמים שמין את הנייר כו' ואי אית ביה ש"פ מקודשת ע"ש. ונראה ליישב דלכאורה למה באמת לא יועיל כשהנייר שוה פרוטה כו' וי"ל דהא הפ' כתבו כיון דבעינן סכר מקנה ואף דהנייר של הלוה מ"מ הלוה צריך להקנות הנייר להמלוה כמבואר כ"ק דגיטין רק דמקנה לו שיהיה שלו כל זמן שאינופורע לו ואח"כ נעשה שלו ממילא כמו מתנה לזמן.
ולכך במוכר שט"ח ומחלו להחזיר ללוה הנייר דכיון שמחל הוא של הלוה כנ"ל. והנה קי"ל דהעודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו לא קנה כיון שלא כוון לזכות וליש פוסקים גם בדעת אחרת מקנה לא קנה ע"ש.
וא"כ י"ל בפשיטות כאן כיון דמקדש במלוה ובאמת יש בכלל הנאת מחילת מלוה ג"כ כמ"ש הר"ן כנ"ל רק להרמב"ם ז"ל לא מהני דבעינן נתינה וא"כ כאן להרמב"ם דאמרינן דדעתי' על החוב לא על הנייר רק דמ"מ תהיה מקודשת דהא יש כאן נתינה ג"כ שנותן הנייר כששוה פרוטה ותהיה מקודשת כנ"ל.
אך י"ל דהא כיון דסוברת שמקודשת בהמלוה וא"כ נמחל המלוה וממילא הנייר הוא שלה ואינה צריכה לזכות בו דאם היה באמת הדין כן היה הנייר שלה כשמקדשה במלוה דכיון שנמחל החוב ממילא היא שלה וא"כ כיון שהיא סוברת דמקודשת במלוה והנייר הוא שלה וא"כ כיון דבאמת אינה מקודשת רק מחמת הנייר כשהוא זוכה בו וע"י כן מקודשת ונעשית גם המלוה שלה כנ"ל וא"כ לא מהני כלל דהוי עודר בנכסי הגר וסבור

שהן שלו דהא לא כוונה כלל לזכות בנייר כיון שהיתה סבורה דמקודשת בהמלוה א"כ הנייר שלה בלא זכיה ובאמת צריכה לזכות בהנייר ושוב לא מהני כלל ואינה זוכה כלל בנייר וממילא אינה מקודשת אף שהנייר שוה פרוטה כנ"ל.

אבל במלוה שיש עלי' משכון להפוסקים דמחילה לא מהני במשכון כל זמן שאינו מחזיר המשכון כמבואר בח"מ וא"כ אף שמוחל המלוה ומחזיר המשכון א"כ צריכה לזכות בהמשכון ושפיר מתכוונת לזכות כנ"ל כיון שבאים בב"א מחילת המלוה וזכיית המשכון כנ"ל. משא"כ בשטר דגרע ממשכון להפ' שם ע"ש דכשנמחל ממילא שלה ושייך כנ"ל וגם דעת אחרת מקנה לא הוי דגם הוא אינו מכוין להקנות הנייר כיון דסובר ג"כ כנ"ל דהוא שלה ממילא כנ"ל או י"ל דדוקא במשכון דדעתה על המשכון ג"כ כמ"ש הפ' ורוצה להתקדש בשתיהם א"כ שפיר אמרינן דמתכוונת לזכות בהמשכון ג"כ כנ"ל.

אבל בשטר דאין דעתה על הנייר רק על גוף המלוה כמ"ש הפ' רק דנימא דמ"מ תהיה מקודשת דיש כאן נתינה. וא"כ אמרינן כיון שאינה מתכוונת לזכות לא מהני כנ"ל.

או הטעם פשוט דבמשכון לא בעינן כלל שתזכה בו דהא אינו נקנה להמלוה לגמרי רק שתופסו על החוב ולכך כשמחזיר נעשה של הלוה ממילא וא"כ שפיר מקודשת ולא שייך הנ"ל שאינה מתכוונת לזכות מה בכך מ"מ מהני כנ"ל דלא בעי זכיה כו' משא"כ בשטר דבעי ספר מקנה ונקנה למלוה וכל זמן שאינו מוחל החוב צריך להקנותו ללוה ושיזכה בו כנ"ל ושפיר לא מהני כנ"ל, ומיושב בזה קושיתם דבש"ס בעי לאוקמי פלוגתייהו במקדש במלוה וי"ל דרבנן דהתם סברי כר"א דעידי מסירה כרתי גם בשטרות וא"כ לא בעינן ספר מקנה וא"כ הוי הנייר רק כמשכון ולא בעי זכיה ולכך שפיר שמין את הנייר כנ"ל משא"כ לדידן דבשטרות קי"ל עידי חתימה כרתי ובעי ספר מקנה לא מהני אף שהוא שוה פרוטה כנ"ל: ובזה י"ל מה שהקשה הב"ש למה פסקו הרשב"א ור"ן דגם בלא אמר התקדשי בשט"ח מקודשת כשהנייר ש"פ הא בש"ס תני התקדשי בשט"ח ומשמע דוקא כשאמר כן כו' וי"ל דהא באמת גם כשאינו מזכיר השט"ח מ"מ כיון דאיכא נתינה מהני וי"ל דהחילוק הוא רק כנ"ל דכשמזכיר השט"ח מתכוונת לזכות ומהני משא"כ כשאינו מזכיר אינה נוטלת רק מחמת שהוא שלה ולא מהני כנ"ל.

אך י"ל דסוברים כמ"ש הרשב"א גיטין דבשטרי ראיה לא בעינן ספר מקנה כו' וכמ"ש תוס' שם דדוקא בשטרי קנין ע"ש. וא"כ לדידן דקי"ל שיעבודא דאורייתא ואינו אלא שטר ראיה השט"ח ואם כן אינו מקנה כלל לו ולא הוי אלא משכון בידו ולכך גם כשאינו מזכיר השט"ח מקודשת כשהנייר שוה פרוטה כמו במשכון דאינה צריכה לזכות בו כנ"ל ולא שייך טעם הנ"ל.

ואיכא נתינה כו' אבל בש"ס דבעי לאוקמי אליבא דרב דסבר שיעבודא לאו דאורייתא א"כ הוי שטר קנין ובעינן ספר מקנה ולכך תני דוקא התקדשי בשט"ח דכשאינו מזכיר השט"ח שייך טעם הנ"ל דהא הוא שלו כנ"ל. וגם הרמב"ם י"ל כנ"ל בפשיטות דסובר דלכך אינה מקודשת אף שהנייר ש"פ משום דהוא שלה כיון דלא בעינן ספר מקנה לדידן דשטר ראיה הוי כנ"ל וגם מטעם משכון לא מהני דהא לא תפיס ליה אחוביה כמ"ש הרשב"א גבי שכירות כו' ולכך אינה מקודשת אף שמזכיר השט"ח.

אבל בש"ס דקאי אליבא דרב דשיעבודא לאו דאורייתא ובעי ספר מקנה וא"כ הוי הנייר שלו ושפיר מקודשת כשהוא ש"פ כנ"ל וא"ש. או י"ל למאי דאמרינן גבי מוכר דבר שלא בא לעולם כו' וגבי אסמכתא דמחילה בטעות לא הוי מחילה והיינו דאף שהניחו לאכול הפירות אח"כ מ"מ מה שהניחו היה משום שהי' סבור שהמקח קיים ונותן לו שלו כו' ובאמת כיון דבטל כו' ע"ש וכן כאן י"ל דמה שמחזיר לה השטר היינו משום דכיון שהוא סבור דמקודשת מחמת המלוה ונמחל א"כ הנייר שלה ומה שמחזיר אינו מכוין להקנות לה רק משום דסבור דהוי שלה וכיון שבאמת אינה מקודשת משום המלוה לא מהני גם מחמת הנייר כנ"ל וי"ל כנ"ל.

ויש לדחות כיון שבאין בבת אחת מה שמחזיר השטר ומוחל המלוה עוד יש ליישב הרמב"ם ז"ל הנ"ל די"ל הטעם דאינה מקודשת כשהנייר ש"פ ג"כ כנ"ל דיש פוס' כתבו דאף דבעינן ספר מקנה כו' והלוה מקנה הנייר של השטר למלוה מ"מ אינו מקנה לו רק על תנאי שאם לא יפרענו יהיה של המלוה וכשיפרענו יהיה למפרע של, הלוה ואינו מקנה לו כלל ולכך כ"ז שלא פרעו מהני השטר דהוא שלו משא"כ כשפרעו צריך להחזיר כו' ע"ש.

וא"כ י"ל לרמב"ם ז"ל דבאמת כשמקדשה במלוה יש בכלל גם מחילת מלוה שמוחל המלוה ג"כ רק דלא מהני דבעינן נתינה ובהנאה לחוד לא מיקדשא כמ"ש הלח"מ שם ע"ש. וא"כ לכך י"ל דאינה מקודשת כשמקדשה בשט"ח והנייר ש"פ דנימא דיש כאן נתינה שנותן הנייר כו'.

דז"א דנהי דכל זמן שלא נפרע החוב הנייר שלו מ"מ כיון שמוחל המלוה ג"כ א"כ שוב אין כאן נתינה דהא כיון שנמחל ופקע החוב הוא למפרע הנייר שלה ואינו נותן כלום דהא הוא שלה למפרע כנ"ל ובהנאה לחוד לא מיקדשא כנ"ל. אמנם כשמקדשה בגוף המלוה ולא מחל י"ל להיפך דמקודשת כשהנייר ש"פ דהא אינו מוחל ומה שמקנה גוף המעות לא מהני כלל שהוא שלה כיון דלהוצאה ניתנה כו' ועדיין מגיע לו החוב ולא פקע והנייר שלו עדיין מקודשת שפיר בגוף הנייר דיש כאן נתינה ומהני כנ"ל.

אך י"ל דממ"נ אינה מקודשת כו' דהא באמת במלוה ופרוטה פליגי אי דעתה אמלוה כו' וקי"ל דדעתה אפרוטה ובאמת אינו מובן איך נימא דדעתה אפרוטה אף שהמלוה הוא הרבה יותר. וי"ל הטעם להרמב"ם דהא באמת מוחל המלוה ג"כ רק דאין כאן נתינה ולא מהני ההנאה לחוד וא"כ כשנותן לה פרוטה ג"כ שוב שפיר מקודשת דיש כאן נתינה ואמרינן דדעתה להתקדש בהפרוטה ואעפ"כ יש לה המלוה ג"כ דהא המלוה נמחל ג"כ כנ"ל ומהני.

אמנם כשאינו מוחל המלוה רק מקנה גוף הדינר שהלוה ונותן לה פרוטה ג"כ י"ל דאינה מקודשת דכאן לא מהני כלל הקנין ולא נמחל המלוה ולא שייך דעתה אפרוטה דודאי היא רוצה כולו וכיון דעל המלוה לא מהני כלל אינו מועיל ואינה מקודשת כנ"ל. וא"כ א"ש להרמב"ם במקדשה בשט"ח דאינה מקודשת אף שהנייר ש"פ ממ"נ דאי כונתו מחילת מלוה שמוחל א"כ אין כאן נתינה דכשנמחל הנייר של למפרע כנ"ל.

ואי כונתו רק שמקנה גוף הדינר ולא מחילה ויש כאן נתינה של הנייר כנ"ל מ"מ שוב לא מהני דדעתה אמלוה ואף דיש נתינה אינו מועיל דלא שייך דעתה אפרוטה כיון שלא נמחל כנ"ל. אך בש"ס שם דמוקי פלוגתייהו בדרב סברי רבנן דכשאומר התקדשי בשט"ח אין בכללו כלל המלוה רק הנייר לחוד ולכך סברי רבנן שפיר דכשהנייר ש"פ מקודשת דהא כיון שלא נמחל הנייר שלו ויש כאן נתינה כנ"ל ולא שייך ג"כ דעתה אמלוה כיון שאינו נכלל כלל המלוה במה שאחר התקדשי בשט"ח כנ"ל.

אבל למסקנא דמבואר שם גבי שט"ח דאחרים דכשאומר בשט"ח כונתו ג"כ על החוב פ' הרמב"ם ז"ל דאינה מקודשת אף שהנייר ש"פ ממ"נ דדעתה אמלוה או שאין כאן נתינה כנ"ל וא"ש: ובזה י"ל קושיית הפ' שם שהקשו דמוקי בשט"ח דאחרים דפליגי אי אותיות נקנין במסירה או לא והקשו להפ' דאף שאינו נקנה מ"מ גוף הנייר קונה א"כ למה לא אמרי רבנן שמין את הנייר כנ"ל ולמ"ש א"ש דדוקא במלוה דידה דנמחל המלוה ג"כ אמרינן במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה דיהיה לה המלוה ג"כ כנ"ל אבל בחוב דאחרים כיון דאינו נקנה במסירה ולא קנתה החוב כלל שוב לא מהני אף שהנייר שוה פרוטה כנ"ל ויש ליישב ג"כ קושיית תוס' אמאי דפריך אי בשט"ח דאחרים קשיא דר"מ אדר"מ כו' והקשו דלוקי בלא אמר קני לך איהו וכל שיעבודיה כו' ע"ש.

ולמ"ש מיושבדא"כ למה אמרי רבנן שמין את הנייר כו' הא אף אי שוה פרוטה לא מהני כנ"ל כיון שלא קנתה החוב לא שייך דעתה אפרוטה כנ"ל: עוד י"ל דאף שהנייר שלה מ"מ סברי רבנן לפי הס"ד דמקודשת כשהנייר ש"פ דלא גרע מגזל דידה דאמרינן אקנויי אקני לי' כיון שרוצית להתקדש כו'.

וגם כאן אף שהנייר שלה מ"מ הקנתה לו באמרה הן ולכך מקודשת כנ"ל. ואף בשתקה י"ל דהטעם דלא אמרינן בגזל דידה אקני לה בשתקה משום דיכולה לומר דידי שקלי ולא היה כונתה כלל לקדושין כנ"ל כמבואר שם בש"ס.

וא"כ כאן בהנייר של השטר דלא שייך דידי שקלי דאם אין רצונה להתקדש אינו צריך להחזיר לה השטר ואיך שייך דידי שקלי ואם כן גם בשתיקה אמרינן אקנויי אקני ליה כו' אך יש לחלק דדוקא בגזל דאדם יודע שאין מקדשין בדבר שאינו שלו ואמרינן דהקנתה לו כיון שרצונה להתקדש אבל כאן י"ל דהיתה סבורה שמקודשת בהמלוה ולא אקני ליה כלל הנייר כיון שסברה שגם בל"ז תהיה מקודשת כנ"ל.

אך י"ל דזה תלוי במאי דפליגי בכתובות פ' המדיר במקדש במלוה ובעל כו' דלחד מ"ד אדם יודע שאינה מקודשת וגם היא יודעת ולא טעו אינשי בהא ע"ש וממילא א"ש כאן לס"ד מוקי פלוגתייהו בהא דרב אי מקדש במלוה מקודשת כו' ושייך אדם יודע דסבר כנ"ל דלא טעי בהא דרבנן סברי דאין ספק כלל כו' ולכך שמין את הנייר דאקנויי אקני ליה כנ"ל, אבל הרמב"ם ז"ל דפסק התם במקדש במלוה ובעל כמ"ד דטעו אינשי בהא ע"ש דאינו אלא ספק.

ולכך אף שהנייר ש"פ אינה מקודשת דלא שייך אקנויי אקני ליה כו': וי"ל להיפך וליישב מ"ש הב"ש להרמב"ן כנ"ל למה פסקו בלא הזכיר השט"ח דג"כ מקודשת כשהנייר ש"פ והא לא מוכח רק מהתם ותני באמר התקדשי בשט"ח דדוקא בהזכיר השט"ח כנ"ל, ולמ"ש י"ל למ"ש תוס' גבי מוכר בשנת היובל עצמה כיון דאיכא פלוגתא לא שייך אדם יודע כו' כיון דסבר רב מכורה ויוצאה כו' ע"ש וא"כ י"ל דבאמת למ"ש הפוסקים כמ"ד במקדש במלוה ובעל דאדם יודע כו' ולא טעי בהא.

ולכך גם בלא הזכיר השטר חוב דעתיה אנייר דהא אדם יודע כו' דבמלוה אינה מקודשת.

אבל למאי דבעי לאוקמי פלוגתייהו דר"מ ור"א במקדש במלוה כו' א"כ לא שייך אדם יודע כיון דאיכא פלוגתא ולכך בלא הזכיר השט"ח אינה מקודשת ותני דוקא בהזכיר כנ"ל משא"כ לדידן דבמלוה ודאי לא מהני שוב מהני גם בלא הזכיר כנ"ל: אם יש בו שוה פרוטה כו' ואם לאו כו'.

לכאורה קשיא לי למ"ש הרשב"א והר"ן דבקדושין אף היכא דלגבי דידיה לא הוי נתינה מ"מ כיון דלדידה הוי נתינה שמקבלת שוה פרוטה מקודשת, ע"ש גבי חליפי איסורי הנאה וע"ש במל"מ פי"ו מה' אישות כשהיא חולה שיש בו סכנה מקודשת באיסורי הנאה כיון דלגבי דידה שוה פרוטה רק טעמים אחרים כ' שם ע"ש.

והנה בש"ע ח"מ סי' נ"ד ס' ב' פסק דכשפרע הלוה למלוה והמלוה טוען שאבד השט"ח יכול להשביעו בטענת ברי כו'. וכתב הה"מ ברמב"ם שם דאף שאין הנייר שוה פרוטה מ"מ נגד הלוה שוה פרוטה מה שראי' שלו תחת ידו אף שיתן לו שובר מ"מ שוה אצלו יותר מפרוטה ויכול להשביעו כו' ע"ש.

וא"כ קשה כאן דאף באין הנייר שוה פרוטה מ"מ תהיה מקודשת כשמחזיר לה השט"ח דהא לגבי דידה הנייר ש"פ ואף לגבי דידיה אינו ש"פ מ"מ לא גרע מאיסורי הנאה הנ"ל וכן כמ"ש המ"ל בשם הרדב"ז בנתייקר ועמד על פרוטה בשעה שבא לידה דמהני ע"ש. אך בזה יש לחלק דשם שוה לכל העולם פרוטה כשבא לידה משא"כ כאן אבל באיסורי הנאה דג"כ אינו שוה כלום רק לגבי דידה שהיא חולה אית לה הנאה פרוטה ומהני כנ"ל וכן כאן הא לגבי דידה ש"פ ויועיל כנ"ל.

ואף שכ' הש"ך ז"ל דדוקא לענין שבועת היסת, הוי שוה פרוטה אבל לענין שבועה דאורייתא ושאר דברים לא כו' והביא ראיה דא"כ למה אין נשבעין על השטרות שאין גופן ממון הא הוי גופן ממון אף שאינו ש"פ מ"מ ש"פ לגבי הלוה כו' ע"ש. מ"מ לא דמי דנימא גם כאן כנ"ל.

דז"א דנראה פשוט כונת הש"ך. דלענין שבועה דאורייתא ושאר דברים בעינן שיהיה שוה ממון לכל העולם וכאן אף דשוה נגד הלוה אין זה נקרא ממון רק לענין היסת וכנ"ל וממילא כאן לענין קדושין כיון דמהני מה ששוה לדידה לחו' שפיר קשה כנ"ל ועוד דבאמת ראיית הש"ך ז"ל תמוה מהא דאין נשבעין על השטרות כו' דהא שטרות ג"כ שוים ממון לכל העולם ואעפ"כ כיון שאין גוף הדבר שוה ממון רק מחמת הראיה שבו אימעוטי מדין שבועה כו' וא"כ איך נאמר דשוה פרוטה נגד הלוה הא, גם זה אינו מחמת שווי גוף הנייר רק מחמת ראיה שבו ועדיין אין גופו ממון ושפיר אין נשבעין כנ"ל משא"כ לענין היסת דנשבעין על שטרות אף שאין גופו ממון ולכך שפיר הוי ש"פ ג"כ מחמת ראיה שבו כנ"ל ויש לדחוק ולייישב דבריו וא"כ כאן בקדושין קשה כנ"ל ועוד דהא הר"ן ז"ל פ"ק דקדושין גבי ר' כהנא שקיל סודר בפדיון הבן כו' וכ' הר"ן ז"ל דגם בקדושין אם נוטלת חפץ שדרכה להתיקר בו ושוה אצלה פרוטה נסתפק אי מהני ע"ש וא"כ כאן ג"כ הוי עכ"פ דבר שדרכו להתיקר בו כיון דשוה אצל הלוה פרוטה וקשה כנ"ל: ונראה ליישב דהא באמת כשמקדשה בשט"ח דידה יש כאן גם המלוה רק דאמרינן במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה ואף דהא המלוה שוה יותר מ"מ דעתה על דבר שהוא בעין כו', וא"כ כאן שאינו שוה פרוטה הנייר רק דשוה לה מחמת הראיה כו' וא"כ הוא ג"כ דבר שאינו בעין רק מחמת ההנאה ושוב דעתה אמלוה ג"כ דהא בזה איכא ג"כ הנאה כנ"ל ולכך לא

מהני אף דשוה לה כנ"ל ואף דא"כ לכאורה למה באינו שוה פרוטה מקודשת מספק, דשמא ש"פ במדי הא כיון דאינו ש"פ שוב נימא דדעתה אמלוה ולא יועיל כלל כו'.
אך י"ל דגם זה מקרי בעין כיון דיכולה להוליכה למדי להרמב"ם ז"ל. ועוד לדעת תוס' נשאר פוסקים דהטעם שיבא א' משם לכאן ויסבור דגם בש"פ אינה מקודשת כו' א"כ ג"כ כאן כיון דיסבור שהנייר שוה פרוטה.
וממילא הוי ליה מלוה ופרוטה דדעתה באמת אפרוטה כיון דסובר דשוה כנ"ל ושייך הגזירה כנ"ל. אבל כאן לענין שיהיה קדושי ודאי שייך כנ"ל: עוד י"ל דדוקא התם שבאמת פורע לו ושפיר שוה אצלו פרוטה מה שיחזיר לו את השטר שהוא פרוע שלא יוכל לחזור ולגבות כנ"ל.
משא"כ היכא שבאמת עדיין חייב לו י"ל דאין שוה אצלו פרוטה מה שמחזיר השטר ונשאר חייב לו תביעת ע"פ כיון דבין כך וב"כ חייב לשלם כנ"ל ולכך כאן שמקדשה בשט"ח דידה י"ל כיון דנשארת חייב לו שוב אינו שוה פרוטה מה שמחזיר השטר כנ"ל אך להר"ן ז"ל דבאמת מוחל המלוה כו'.
וא"כ כיון שנמחל שוב שוה פרוטה הנייר שמחזיר כנ"ל אך י"ל דג"כ אינו שוה, מה שמחזיר דהא הוא מחויב להחזיר לה כיון שנמחל כו' דבשלמא התם שהוא כופר יש כאן תביעה פרוטה דטוען שיש לו השטר ומחויב להחזיר וש"פ משא"כ כאן דהיתה יכולה לכוף אותו שיחזיר השטר ושוב אינו ש"פ מה שמחזיר באמת כו' ובשלמא כשהוא בל"ז ש"פ מקודשת דהא אז מוחל ומחזיר ג"כ בשעה אחת ונותן לה שוה פרוטה מה שא"כ כנ"ל.
ויש לדחות: הרשב"א ז"ל כ' הטעם בחידושיו שם דבמלוה דידה אינה מקודשת משום דבעינן שיוציא הדבר מרשותו ויכניס לרשותה ובמלוה דידה אינו מכניס לרשותה דבר חרש שהיה שיעבודה בידה כבר וכן להיפך בכותב לה שטר על עצמו לא הוציא עדיין כלום מרשותו ע"ש והיינו משום דאגיד גביה ומיושב מ"ש לעיל דהוא קונה החוב מטעם מעמד ג' או למ"ד אותיות נקין במסירה ולהרשב"א ז"ל א"ש דהוא טעם אחר אף שקונה הוא באמת החוב מ"מ אינו דבר שהיה ברשותו לגמרי דהשיעבוד שהיה לו עלי' היה בידה גם מקודם רק שהיו משועבדים לו משא"כ בשט"ח דאחרים הוא מוציא השיעבוד מרשותו לרשותה לגמרי כנ"ל וי"ל ג"כ הרמב"ם ז"ל דבמכר קנה כה"ג דמה בכך שלא היה ברשותו לגמרי כנ"ל.
רק דבש"ס דפליגי בגוף המלוה פריך שפיר דזה אין חילוק בין מכר כמ"ש לעיל כנ"ל: אך באמת ברשב"א גבי אילימא דכתב שטר אדמי' היינו כסף ע"ש א משמע דגם בשאר

דוכתי לא הוי זה נתינה בכה"ג, שאינו מוציא מרשותי' ואגיד גביה וגם במכר לא קנה ע"ש ובהדיא, אמר בש"ס דבי ר"ח זבין אמתא בפריטי כו' פריטי אין כאן ונסכא אין כאן דגם במכר לא הוי נתינה ולא קנה כנ"ל.

ולטעם הרשב"א ז"ל מיושב מה שפי' רש"י פ' המדיר דמקדש במלוה הוי שמקדשה במחילת מלוה ואעפ"כ אינה מקודשת כל זמן שלא אמר בהנאת מחילה כו' ע"ש בתוס' ולמ"ש לעיל הטעם היה ראוי שיועיל במחילת מלוה דזה מהני כמו בהנאה ולהרשב"אא"ש דמ"מ מחילה זו אינה נתינה דמה שנותן השיעבוד היה שלה מקודם ואינה מקודשת מטעם נתינה רק מטעם הנאה וצ"ל בהנאת כו' כנ"ל: סעיף ט הלוה לה עתה כו' ואמר הרי את מקודשת בהנאת זמן שארויח לך כו' מקודשת כו' שהוא כריבית כו' אבל ריבית קצוצה לא הוי להרמב"ם ורש"י ז"ל כיון שאינה נותנת לו שום דבר כו'.

ולכאורה למ"ש הרא"ש ושאר פוסקים במקדשה בשט"ח דאחרים ומוחל אח"כ כיון דאין צריך להחזיר רק הדמים שנתן ממילא אין צריך להחזיר לה רק פרוטה דזה הוא הדמים שנתנה כיון שאשה מתקדשת בפרוטה עיין שם ומבואר דעכ"פ פרוטה הוי כנתנה מה שמתקדשת. וא"כ כאן למה לא יהיה רבית קצוצה כיון שמתנה בשעת הלואה ונותנת לו פרוטה במה שמתקדשת וכמ"ש תוס' שם.

וי"ל דבאמת הרא"ש ז"ל סבר כשיטת תוס' דהוי כאן רבית קצוצה דמה שמתקדשת הוי כנתינה כנ"ל, ואף דהרא"ש כתב כפי' הרי"ף דארווח לה זימנא ואמר בההיא הנאה דמרווחנא לך תתקדש כו' וכ' דאינו אלא הערמת ריבית ע"ש וא"כ לא סבר כתוס' דדחו פי' זה דהוי רבית קצוצה כו'. י"ל דלא קשה דסבר כהרמב"ם ז"ל פ"ו מה' מלוה דדוקא כשמתנה בשעת הלואה הוי רבית קצוצה אבל במרווח זמן שיתן פרוטה אינו רק רבית דרבנן ע"ש.

וא"כ י"ל דהרא"ש סובר שפיר כתוס' דזה הוי נתינת פרוטה מה שמתקדשת ואעפ"כ לא קשה קושית תוס' דאינו רבית קצוצה כיון שאינה בשעת הלואה כיון דארווח לה אח"כ כנ"ל. וי"ל בזה דלא פי' באמת כפי' הרמב"ם דבשעת הלואה קדשה כנ"ל.

דא"כ היה רבית קצוצה כיון דסובר דזה הוי נתינה כנ"ל. ולהרמב"ם י"ל באמת דלא סבר כהרא"ש ואי לא היה צריך המוחל ליתן רק דמים שנתן לא הי' לשלם לה גם הפרוטה דלא מיקרי כלל נתינה מה שמתקדשת.

ולכך פ' דגם בשעת הלואה לא הוי ר"ק כנ"ל. עוד י"ל לכאורה למ"ש תוס' ר"פ א"נ דמכלל ופרט דכתיב גבי רבית אימעוטי עבדים ושטרות וקרקעות כו' רק התוס' כ' דדוקא בלוה קרקע ומחזיר קרקע אבל לוה מעות ומחזיר קרקע וכה"ג הוי רבית דאורייתא ע"ש.

ומדברי הר"ן ז"ל שם משמע דגם בלוה מעות והחזיר קרקע י"ל דאינו אלא דרבנן ע"ש דישב מבתי ערי חומה ועיין במל"מ פ"ג מה' מלוה. וא"כ כיין דאימעוטי שטרות דלא הוי רבית משום דאין גופן ממון רק גורם לממון כנ"ל.

וא"כ ממילא כאן מה שהאשה מתקדשת ממילא היי כמו שטרות דהא ג"כ אין גופו ממון רק שהיה צריך ליתן פרוטה לקדשה ומה שמתקדשת הוי גורם לממון וליכא רבית דאורייתא כנ"ל. ובפרט לרש"י ז"ל שפירש לקמן בש"ס דפריך א"כ הוי ליה נכסים שיש להן אחריות נקנין כו' ופירש רש"י דאדם הוקש לקרקע ומה שמתקדשת הוי כמקנה לו קרקע ע"ש וא"כ פי' רש"י ז"ל שפיר כאן דלא הוי רבית דאורייתא דקרקעות אימעוטי כנ"ל.

וכאן הוי כנותנת לו קרקע ברבית מה שמתקדשת כנ"ל. ותוס' לטעמייהו דדחו לקמן דבן חורין לא הוקש לקרקע ועוד דסברי התם בא"נ דבלוה מעות ומחזיר קרקע הוי רבית דאורייתא כו' ולכך הקשו כאן שפיר דהא לוה מעות כנ"ל אבל רש"י ז"ל י"ל דסבר כנ"ל: עוד י"ל דגם לדעת תוס' דלוה מעות ומחזיר שטרות וקרקעות הוי דאורייתא מ"מ י"ל כאן דהא באמת הרמב"ם ז"ל סובר דכשמתנה לאחר הלואה רק בשעת הרווחת זמן אינו רבית דאוריי' דכ' כספך לא תתן לו כו' והראב"ד ז"ל דפליג וכ' דזה הוי כמו בשעת מתן מעות ע"ש.

ולכאורה איך הוי בשעת מתן מעות. וצ"ל הטעם דהא מבואר ריש מכות אומדין כמה אדם רוצה ליתן מכאן ועד י' שנים דהזמן שוה מעות וחייבים לשלם ע"ש וא"כ מה שמרווח הזמן הוי כבשעת מתן מעות דהא נותן לו שמרווח הזמן דזה הוי ממון וקרינן שפיר את כספך לא תתן כו' דנותן לו שוה כסף כנ"ל ואף דאינו משלם לו רק שוי' מ"מ הוי שוב רבית כיון דיש כאן נתינה וקרינן ביה כנ"ל.

אמנם הא מבואר בח"מ סי' ע"ג דאם הם מחולקין בקביעות הזמן ליכא שבועה דאורייתא ומבואר שם דאף דהוי תביעות ממון הרווחת הזמן מ"מ אין גופו ממון והוא רק גורם לממון כמו שטרות דאימעוטי משבועה דאורייתא ע"ש וא"כ לכאורה כאן למ"ש תוס' דבשטרות ליכא רבית דאימעוטי מכלל ופרט כו' וא"כ להראב"ד למה כשקוצץ בשעת הרווחת הזמן הוי רבית קצוצה והיינו משום דהרווחת זמן הוי מתן מעות כו'.

ולהנ"ל א"כ הא מה שמרווח הזמן אינו רק שנותן לו דבר הגורם לממון דאינו גופו ממון המזמן דלכך אינו נשבע כנ"ל. וא"כ הוי כשטרות ושטרות אימעוטי מרבית משום שאין גופו ממון ומדכתב את כספך כו' אכלך בעינן דומיא דכסף אוכל.

וכאן אף דחשבינן זה לנתינה מה שמרווח הזמן מ"מ אין הקציצה רק בשעה שנותן לו דבר שאין גופו ממון כנ"ל. אך י"ל דהא תוס' כ' שם דדוקא לוה קרקע ומחזיר קרקע וכה"ג אבל לוה מעות כו' או להיפך לוה קרקע ומחזיר מעות ג"כ הוי רבית דאורייתא ע"ש.

א"כ א"ש שפ' הראב"ד ז"ל דהוי דאורייתא דגם כשמתנה בשעה שמרווח זמן ונותן לו מעות הוי לוה שטרות ומשלם מעות והוי דאורייתא כנ"ל. אמנם ממילא באם הלוהו ואח"כ בשעת הרווחת זמן מתנה שיתן לו שטרות ונותן לו י"ל דגם להראב"ד אינו רבית דאורייתא דזה הוי שוב כלוה שטרות ומחזיר לו שטרות דהא הנתינה היה דבר שאין גופו ממון כנ"ל.

וא"כ ממילא מיושב כאן דאיירי בארווח לה זימנא לאחר הלואה לפי' הרי"ף ורש"י ז"ל וא"כ לא קשה קושית תוס' דהוי רבית דאורייתא. ולמ"ש א"ש דהא מה שמתקדשת אינו אלא גורם לממון דהא אין גופו ממון והוא כשטרות וא"כ כשאינו מתנה בשעת הלואה רק בשעת הרווחת זמן א"כ הוי לוה שטרות ומחזיר לו שטרות דהתנה בשעה שהרויח הזמן שתתקדש לו כנ"ל ואינו רק רבית דרבנן כנ"ל.

וי"ל בזה מה שהביא הב"י דעת הרמב"ם בי"ד סי' קס"ו דבשעה שמרויח הזמן הוי ג"כ רבית דרבנן. ולכאורה היה מוכח דהרי"ף והרא"ש פליגי עליו דהא הראב"ד כ' וקדושין יוכיחו דמיקרי בשעת מתן מעות ע"ש ובאמת הרמב"ם לטעמי' אזיל דגם בקדושין אינה מקודשת בארווח לה זימנא אחר ההלואה דלא מיקרי נתינה כו' ופסק שפיר כנ"ל.

אבל הרי"ף והרא"ש דסברי דמקודשת גם בארווח אחר הלואה כנ"ל א"כ הוה מוכח כהראב"ד כנ"ל ולמ"ש א"ש די"ל באמת דסברי דגם בלוה שטרות שיחזיר מעות ג"כ לא הוי רבית דאורייתא ולכך בשעת הרווחת זמן כשמתנה ג"כ לא הוי רבית דאורייתא שאין זה גופו ממון כנ"ל ואף שמחזיר מעות הוי רק דרבנן כנ"ל.

ושוב אין ראיה מקדושין דלענין קדושין מקודשת בשט"ח דאחרים אף שאין גופו ממון ולכך מהני ארווח כו' משא"כ ברבית דיליף מכספך לא תתן דבעי שיתן דבר שהוא גופו ממון ולא מהני ארווח כנ"ל. או י"ל דסברי דבקדושין סגי בהנאה לחוד בלא נתינה ומהני ארווח גם אחר הלואה משא"כ ברבית דבעי נתינה כנ"ל: ולכאורה היה אפשר לומר עוד דאיירי הרמב"ם שמלוה ומרווח הזמן גם אם לא תתקדש.

רק דממילא מקדשה במה שמרווח הזמן ושפיר לא הוי רבית קצוצה דהא אינו מתנה שמלוה כדי שתתקדש. אך ז"א דהא בעינן הנאה ע"י הקדושין ובהנ"ל גם אם לא תתקדש יהיה לה הנאה זו.

ועוד דהא קי"ל מעות חוזרין דלאו לטבועין ניתנו וממילא אם לא תרצה להתקדש תתחייב להחזיר דאינו נותן רק שתתקדש והוי רבית קצוצה כנ"ל אי היה חשיב זה כסף כנ"ל עוד י"ל למאי דסבר הרמב"ם דכיון דכ' כספך לא תתן בנשך בעינן דווקא הקציצה בשעת ההלואה ולא בשעת הרווחת הזמן כנ"ל וא"כ י"ל דלא הוי רבית קצוצה רק כשאומר הריני מלוה לך ד' דינרים שתחזיר לי ה' והוי גוף הלואה בנשך דאם לא יתן לו ה' אינו מלוהו כנ"ל.

אבל באומר הריני מלוה לך סתם ואני מרויח לך הזמן עד יום פלוני שהחזיר לי ה' י"ל דלא הוי כלל רבית קצוצה להרמב"ם דגוף ההלואה אינו בנשך דאף אם לא יחזיר לו ה' מלוה לו רק שהרווחת הזמן הוא שיחזיר לו ה' וזה לא הוי רבית דמה חילוק בין מרויח לו זמן אחר הלואה ברבית ובין שמרויח בשעת הלואה ברבית כיון דאין הרבית על ההלואה לא הוי את כספך לא תתן כו' וממילא מיושב כאן שכ' הרמב"ם הלוה לה ר' זוז ואמר התקדשי בהרווחת הזמן וגם אם לא תתקדש הוי הלואה רק ההרווחת זמן לא יהיה רק ע"י הקדושין וזה לא הוי רבית דאורייתא כנ"ל ומיושב דלא כ' הרמב"ם התקדשי במה שאני מלוה לך ומרווח הזמן כו' די"ל בכה"ג הוי שפיר רבית קצוצה כנ"ל.

ויש לדחות דמכל מקום כיון שהוא בשעת ההלואה הוי רבית קצוצה, דאל"כ למה כ' הרמב"ם פ"ג מה' מלוה בהרויח זמן אחר ההלואה לא הוי רבית קצוצה היה לו לומר רבותא דאף בשעת הלואה רק כנ"ל לא הוי ר"ק וע"כ כנ"ל. עוד י"ל דהא באמת בדיני דגרמי קי"ל דהיכא דלא ברי הזיקא פטור דכיון שאיני ברור שהיה אף בלא ההיזק אין זה הפסד ממון כיון שהפסידו רק דבר שהיה ספק אם יהיה לו כו'וגם מניעת הרווח ג"כ אינו נקרא הפסד מה שהי' יכול להרוויח כו'.

וא"כ לכאורה איך כ' הרא"ש פ"ק דב"מ במוחל דמחויב להחזיר דמים שנתן מחויב להחזיר להאשה פרוטה דמה שנתקדשה הוי כנתנה פרוטה כו' והא אין זה כלל הפסד ממון מה שגרם לה שנתקדשה בחנם דהא לא ברי היזיקא דגם אם לא היתה מתקדשת אינו ברור שהיתה לוקחת פרוטה לקדושין דשמא היתה מתקדשת בשטר וכה"ג.

אך זה טעות דשם באמת כיון שנתקדשה בכסף זה ואף שמוחל אח"כ מ"מ מקודשת וקיבלה זה עבור הפרוטה אם כן נתנה פרוטה דנהי דאם לא היתה מקודשת לא הוי ברי היזיקא אבל כאן שכבר נתקדשה והיתה יכולה לגבות החוב וההיזק ברור ע"י המחילה רק שא"צ להחזיר רק דמים שנתנה והא נתנה פרוטה כיון שבאמת מקודשת בזה כנ"ל.

אמנם כאן י"ל דהא הרא"ש ז"ל ב"מ פ' א"נ כ' בחצר דלא קיימא לאגרא כו' אף שאמר הלוני ודור בחצרי לא הוי רבית קצוצה כיון דהוי זה נהנה וזה לא חסר כו' והתורה לא

אסרה רק נשך ותרבית אבל זה נהנה וזה לא חסר הוא תרבית בלא נשך שאין הלוה מפסיד דבל"ז לא קיימא לאגרא זה מותר מדאורייתא אף שמרויח כו' ע"ש.
וא"כ י"ל כאן בפשיטות דכשמקדשה בהרוחת הזמן כנ"ל. וכיון דמה שמתקדשת לא חשיב ברי היזיקא כנ"ל דאין זה הפסד ממון דגם אם לא היתה מתקדשת אינו ברור שהיה לה הפרוטה כנ"ל.
רק דעכשיו שמקודשת נתנה פרוטה כנ"ל. א"כ הוי ליה תרבית בלא נשך דנהי דהוא שפיר מרויח פרוטה כיון שהיא מקודשת וקדשה בזה הרויח פרוטה אבל לענין ההפסד שלה דנימא מה שנתקדשה הפסידה פרוטה.
ז"א דלא הפסידה כלום דגם אם לא היתה מתקדשת לא היה לה הפרוטה דמה שהוא כנתנה פרוטה הוא רק ע"י זה שמתקדשת ובלא"ה לא היה כלל הפרוטה והוי שפיר רק תרבית בלא נשך ואף שקצץ שתתקדש אינו רבית דאורייתא כנ"ל. וגם אינו רק כמניעת ריוח שהיתה יכולה להרויח פרוטה וג"כ אינו נקרא הפסד ממון כנ"ל.
ואף דהרא"ש ז"ל כ' שם דאם היה חשוב כמשכירו מה שאמר הלויני ודור כו' היה נשך ג"כ רק משום אחזוקי ברשיעי כו' וכאן לא שייך זה. מ"מ דוקא התם דאף דלא קיימא לאגרא מכל מקום כשרוצה הא יכול להשכירו וכיון שרוצה יש כאן נשך מה שאינו כן כאן כנ"ל: עוד נראה בפשיטות דהא לכאורה למאי דאמר בש"ס תן מנה לפלוני ואקדש לך מקודשת דאע"ג דלא מטי הנאה לידה כיון דחסר ממונא מקודשת.
ולדעת הרבה פוסקים גם זרוק מנה לים מקודשת דבהפסד זה שמפסיד על ידה מקודשת ע"ש. ואם כן לכאורה כיון דחזינן גבי עדים זוממין מעידים אנו כו' שחייב מכאן עד י' שנים כו' חייבים לשלם דהפסידוהו הזמן ששוה ממון כו' וא"כ כאן בארווח לה זימנא נימא שמתקדשת רק בהפסד זה שהוא מפסיד בהרוחת הזמן שעכ"פ אינו בידו עד הזמן והוא מפסיד שווי הנ"ל ומתקדשת בזה ואינו כלל מחמת ההרוחה שמרויח לה מחמת ההפסד שהוא מפסיד כנ"ל.
אך זה טעות דא"כ בכל רבית נימא כן שמשלם לו הלוה רק מחמת הפסדו דגם באומר זרוק מנה לים ואני אתחייב לך חייב להפ' הנ"ל. וע"כ ז"א דנהי שמפסיד מ"מ התורה אסרה ליקח ממון עבור הפסד זה.
וגם כאן כנ"ל. אמנם י"ל דא"ש דבשלמא כשנותן רבית שייך שפיר הנ"ל דאף שמפסיד אסור ליקח עבור הפסד זה.
אך כאן דאשה מתקדשת בהפסד זה עצמו שכיון שמפסיד יכולה להתקדש וא"כ ממילא מקודש דהא מפסיד ואין לוקח כלום ממון עבור ההפסד זה ולא שייך קושית תוס' דכיון

שמתקדשת לוקח הפרוטה כו'. ולמ"ש א"ש דהא אינו לוקח כלל דמה שמתקדשת הוא בשביל שמפסיד הוא והא באמת הוא מפסיד שיוי הזמן כנ"ל.
וכיון דבההפסד לחוד מקודשת שוב אין הקדושין כלל שלוקח פרוטה רק מה שמפסיד דהא לא היה צריך ליתן כלל לה פרוטה רק להפסיד והא באמת הוא מפסיד דהא אין הפרוטה של הקדושין דמי שווי האשה כשאר חפץ רק דגזירת הכתוב דאי אפשר להתקדש פחות מפרוטה וכיון שמפסיד פרוטה מקודשת וכמו בעדים זוממין דמשלמין לו כיון דעכ"פ הפסידוהו אף שלא היה רשאי להלות ברבית.
וא"ש דלא הוי רבית דאורייתא להרמב"ם ז"ל והתוס' צ"ל דסברי דמה שמתקדשת הוי כלקח שאר חפץ השוה פרוטה עבור הרבית. אבל לרש"י ופ' הנ"ל א"ש.
ומיושב לשון רש"י דלא שקיל מינה מידי דמה שמתקדשת אינה כמקח כנ"ל. רק דנימא דהא נותן לה פרוטה ומרויח וממילא לענין זה שייך כנ"ל.
וכן להיפך לענין הנאה שייך ג"כ כנ"ל דהא מתקדשת בהנאה הבאה לה מחמתו לחוד ועכ"פ אית לה הנאה ע"י הרוחת הזמן רק בכל דוכתי אסור ליקח ממון עבור הנאה זו שיש להלוה כנ"ל, מה שאינו כן כאן דבהנאה זו עצמה מקודשת והא אית לה הנאה כנ"ל וא"ש. ועוד דמשום זה עצמו הוי רק תרבית בלא נשך דהא כיון דבתן מנה או זרוק לים מקודשת א"כ נימא דבהרוחת הזמן מרויח שאינו צריך להפסיד הפסד אחר דאם לא היה מרויח הזמן היה צריך להפסיד שתהיה מקודשת ועתה בהפסד זה שמפסיד ע"י הרוחת הזמן מרויח שא"צ להפסד אתר א"כ הוי רק תרבית בלא נשך דבשלמא אם היה צריך שתקבל היא היה נשך דבלא ההרוחה היה צריך ליתן לה וע"י הרוחת הזמן מפסדת פרוטה זו אבל כנ"ל שא"צ רק שיפסיד הוא ע"י א"כ אין היא מפסדת כלום והוי רק תרבית כנ"ל: עוד י"ל דהא בכל רבית קצוצה דצריך להיות הפסיקה בשעת הלואה נראה דדוקא היכא דהפסיקה הי' כדין שנתחייב בפסיקה זו אז הוי ר"ק דהוי שומא אבל היכא דהי' שלא כדין שלא היתה מועלת כגון שאומר הלויני מנה ושדה זו שאקחנה קנוי' לך ברבית נראה דאינו ר"ק דלא הי' מועיל כלום דהוי דבר שלב"ל וכאלו לא קצץ וממילא אף שנותן לו אח"כ מ"מ אינו ר"ק כנ"ל.
ולכאורה כשמלוה לו ד' זוז בתנאי שיתן לו ה' ואם לאו לא יהיה הלואה ככל תנאים לכאורה אינו ר"ק דהא מתנה על עה שכתוב בתורה תנאו בטל ומעשה קיים וא"צ ליתן לו כלום ע"י הפסיקה ולא הוי ר"ק דבשלמא בכל רבית אינו על תנאי רק שמתחייב הלוה עצמו בשעת הלואה ליתן לו דינר יותר וזה מהני שאינו תנאי כלל משא"כ בהתנה כנ"ל שאינו מועיל כו'.

ואף דבדבר שבממון תנאו קיים מ"מ היינו בדבר של תן למחילה כמו אונאה וכה"ג משא"כ ברבית דלא מהני מחילה כמבואר בפוסקים כנ"ל. אך זה טעות דהא קי"ל ע"מ שתאכלי בשר חזיר לא הוי כלל מתנה ע"מ שכתוב בתורה דלא תאכל ולא תתגרש כמבואר בש"ם גיטין ובש"ע לקמן ס' קמ"ג כיון דאינו מוכרת שתעבור על עה ש"ב ע"ש. וגם כאן המעשה קיים והתנאי דלא יתן ולא יהיה הלואה כנ"ל. וממילא כשנותן דנעשה הלואה למפרע הוי ר"ק.

ולכך משמע באמת מש"ס ופ' דגם בעל תנאי כנ"ל הוי ר"ק. אמנם למאי דמבואר בש"ם וש"ע שם דע"מ שתבעלי לאבא ולאביך לא מהני כיון שאין בידה לבד לעשות האיסור ושמא לא ישמע לה הוי מתנה ע"מ ש"ב והתנאי בטל ע"ש.

וא"כ נראה דאם מתנה ע"מ שתתן לי הרבית בפני עדים י"ל דלא מהני דהא העדים עוברים בלפני עור היכא שלא הי' נעשה זולתם אף במלוה ע"פ כמבואר בתוס' ס"פ א"נ ובש"ע ע"ש וא"כ הוי כע"מ שתבעלי לאבא כיון שאין בידה שיעשו הם איסור כנ"ל. וא"כ התנאי בטל ומעשה קיים ולא הוי ר"ק וממילא אף שנותן לו אח"כ אינו ר"ק כנ"ל. וא"כ כאן בקדושין דקי"ל המעות חוזרים גבי בתמרה בזו ובזו כו' משום דאינו נותן לה מעות הקדושין רק על תנאי שתתקדש ע"ש וכן כאן במלוה לה או ארוח זימנא דצריך להיות שמרווח הזמן מקודם ואח"כ מקדשה בזה כמ"ש הב"ש בשם מהרי"ט. וא"כ בארוח זימנא הוא רק על תנאי שתתקדש לו בשכר זה.

ואינו כשאר רבית דבשאר רבית אין הלוה יכול לחזור בו אחר שלוה שלא ליתן ולחזור המעות דכא כבר נתחייב. משא"כ כאן דהנתינה היא ע"ת שתתקדש אם אינה מתקדשת אינו מרויח הזמן כנ"ל.

וא"כ הוי מתנה ע"מ ש"ב דהא קדושין בלא עדים לא מהני כלל והוי כע"מ שתתן לי הרבית בפני עדים כו' וג"כ העדים עוברים בלפני עור ולאו בדידה קיימא וכמו ע"ט שתבעלי לאבא וממילא התנאי בטל ומעשה קיים ואף אם לא תתקדש יהיה הרווחת הזמן ושוב אינו ר"ק כיון דאין התנאי מועיל ואין הפסיקה קיימת כנ"ל ואף דעומדים לפני העדים מ"מ אולי לא ירצו להיות שם.

(וי"ל כיון דמה דהוא מתנה ע"מ ש"ב הוא ג"כ רק מחמת האיסור לא שייך הנ"ל). ויש לדחות דאין זה כתנאי רק כמו לאחר דמהני אף במ"ש בתורה.

או דמ"מ כיון שאומר זה בפני עדים ואינו מחוסר רק שתאמר הן ותתרצה וזה הוי בידה הוי כע"מ שתאכלי חזיר כנ"ל ואינו מוכרח. ועוד דא"כ אין התנאי ע"י הקדושין דגם אם לא תתקדש המעשה קיים כנ"ל מקודשת ואסור כו' שהוא כרבית.

ומשמע דאף לדעת תוס' שהוא רבית קצוצה מ"מ מקודשת ואף דהא הוי מקח שנעשה באיסור מ"מ מדאמר בש"ס א"נ מאן דאוזיף ד' בה' ויהיבלי' גלימא ברביתא גלימא מפקינן דלא לימרי גלימא דרביתא אבל בדינא המקח קיים כו'. ומבואר דמהני.

ואף דלכאורה אינו מוכרח למ"ש הסמ"ע בח"מ ס' ר"ח דהא דלא אמרינן כל מה כו' אי עביד לא מהני משום דמקח זה אינו באיסור דהא מוכר לו מפני הדינר ולא קצץ הגלימא ע"ש. והי' אפשר דבקצץ לו שמלוה לו שיתן הגלימא ברבית דשייך אי עביד לא מהני כיון שקצץ לו הגלימא.

וממילא בקדושין לא היתה מקודשת דהוי כקצץ הגלימא ודוקא התם שקצץ דינר ועבור הדינר מוכר הגלימא משא"כ כנ"ל. אך א"כ למה לא אמר זה לרע בין אביי לרבא בריש תמורה כו'.

אך י"ל דלא שייך כלל בקצץ הגלימא כנ"ל. דהא למ"ש דהא דהוי ר"ק הוא דוקא היכא שהפסיקה הי' מועיל ונתחייב הלוה אז הוי ר"ק משא"כ היכא שלא הי' מועיל כנ"ל.

ובכל דוכתי ברבית אף דהא אינו מועיל החיוב שנתחייב כלל דא"צ ליתן כלל מחמת האיסור רבית א"כ לא יהי' ר"ק כלל. אך ז"א כמו בתרומה דאמר בש"ס דאף אי לא מהני לוקה משום דעבר אמימרא דרחמנא כיון דמה דלא מהני הוא מחמת האיסור ע"ש וכן כאן כיון דהחיוב מצד עצמו מועיל רק מחמת האיסור ועבר אמימרא דרחמנא כנ"ל.

אמנם היכא שבלא האיסור לא הי' מועיל מצד עצמו אינו ר"ק כנ"ל. ולכאורה בכל מקום איך נתחייב הרבית הא מחייב עצמו בדבר שאינו חייב בעי קנין או אתם עדיי וכה"ג ובמה נתחייב בדיבור בעלמא ובשלמא בשטר א"ש דנתחייב בשטר דמהני משא"כ בע"פ. וי"ל ב' טעמים או דנתחייב כיון שהוא בשעת הלואה ונתחייב ע"י הכסף שמקבל דהא הלוה מנה לפלוני ואתחייב מהני מכש"כ הלוה לי מנה ואתחייב חיוב יותר על ההלואה ומהני כנ"ל. או י"ל מטעם שכירות דהאומר עשה לי דבר פלוני ואתן לך חייב בדיבור לחוד כשעשה הפעולה וכן כאן הלוה לי ואתן לך שכירות כנ"ל.

אמנם למ"ש הר"ן ע"ז ר"פ השוכר את הפועל גבי אתנן הבעלי לי כו' בטלה זה אינו קונה מטעם שכירות כשאומר עשה לי דבר ואתן לך חפץ זה אינו קונה החפץ. ולהרשב"א ז"ל גם דמיו אינו חייב דהא לא נתחייב בדמים כו' ע"ש.

וא"כ ברבית שקצץ לו הגלימא שאומר הלוני ואתן לך החפץ שוב אינו קונה החפץ כלל דמטעם שכירות לא מהני כנ"ל. וגם מחמת הכסף שמקבל לא קנה דקי"ל מעות אינם קונות במטלטלין ואף שהוא דרבנן אינו מועיל שוב מן התורה להרבה פוסקים.

וא"כ לא קנה החפץ בפסיקה זו ואף די"ל שמחוייב להקנותו לו מ"מ שוב הוי כנותן לו בעד הדמים שקצץ דגם כאן אין גוף המקח באיסור דלא נקנה לו כלל ע"י הפסיקה וא"ש דלא שייך אי עביד לא מהני ופליגי רק בקוצץ דמים ומוכר החפץ וליכא נ"מ כנ"ל אך בקדושין כיון שמקדשה בשעת הלואה בהרווחת זמן דכיון שמקודשת ונקנית לו בזה דמתקדשת בכסף י"ל שפיר דשייך אי עביד לא מהני כנ"ל.

ולכך י"ל דסבר הרי"ו דאינה מקודשת בכה"ג. ולא קשה דאמר בש"ס אי דאזקפה היינו ריבית מעליא ומשמע דמקודשת ולהנ"ל אין ראי' דשם כיון דקצץ רק דמים הוי כמו שם דמוכר בעד הרבית הגלימא ולא שייך לא מהני משא"כ כנ"ל: אך באמת נראה דזה אינו וגם קושית הסמ"ע לא קשה כלל דהא חזינן במעות של רבית שאין היתומים חייבים להחזיר כו' וגם בדידי' לא נחתינן לנכסי' רק כופין לקיים העשה וחי אחיך עמך כו' ואם הי' שייך אי עביד לא מהני לא קנה המעות כלל והוי גזל וגם היתומים חייבים היו ברבית קצוצה וא"כ למה דחו בש"ס תמורה הנ"מ בין אביי לרבא בר"ק דגם אביי מודה דיוצאה בדיינים משום וחי כו' הא עדיין הנ"מ בין אי קנה המעות וצריך להחזיר משום העשה ולרבא לא קנאו כלל וע"כ דליתא דהא רבא גופי' סבר דאין היתומים חייבים כו' ודחו הטעם דרשות יורש כרשות לוקח רק לברי' לא אזהר כו' ונהי דלא אזהר הא מכל מקום לא קנאו וחייבים כו' וע"כ דגם לרבא גלי קרא דלא שייך לא מהני וקנאו רק משום מצוה חייב להחזיר ברבית וממילא כיון דגלי דלא שייך כאן לא מהני בקוצץ מעות א"כ ממילא גם בגלימא קנה הגלימא דמאי חילוק ושפיר המקח קיים וכמו במעות כנ"ל וממילא כאן בקדושין מקודשת דהא מתקדשת עצמה עבור הרבית ולא שייך לא מהני וכמו אם נתנה לו חפץ אחר דקיים כנ"ל.

ולכך ודאי נראה דבדין הזה וכן בארות זימנא אחר ההלואה וקדשה בזה ודאי מקודשת גם לתוס' דהוי רבית קצוצה: ומ"ש הרי"ו דבר"ק אינה מקודשת היינו שלקח ממנה וקדשה בהרבית שלקח דבזה שייך דידי שקלי כמו בגזל דידה כיון דהוא מחויב להחזיר גוף הדבר שלקח. וגם י"ל בלא הטעם דדידי שקלי.

למאי שכתבו תוס' גיטין פ' השולח דבאפותיקי מפורש קי"ל דלמפרע גובה כיון דלא מצי לסלוקי בזוזי ע"ש והיכא דלמפרע גובה אי אקדיש לוה או זבין לא מהני כלל כשנבאו לבסוף ע"ש. וא"כ ברבית נהי דהמלוה קנאו והוא שלו מכל מקום הא יש עליו חיוב להחזירו ולא גרע משאר חוב וגם הוי כאפותיקי מפורש דהא לא מצי לסלוקי בזוזי דמחויב להחזיר לו גוף הדבר.

וא"כ כשגבה הלוה הרבית ממנו ממילא למפרע גובה והוא שלו וכשהמלוה מכרו מקודם לא מהני כלל. א"כ כשקדשה בזה וגובה הוא אותו ממילא לא הי' שלו כלל למפרע ואין הקדושין מועילים כלום דקדשה בדבר שאינו שלו כנ"ל.

וביתומי' דאין חייבי' היינו משום דאינו גובה ולא שייך למפרע כו': ולכאורה נראה להנ"ל דאם הקנה לוה חפץ שנתן ברבית לאחר מהני הקנין כשגבאו לבסוף ואף דלא היה שלו בשעת הקנין מ"מ הוי כאקדיש מלוה וזבין מלוה באפותיקי דמהני להנ"ל משום דלמפרע גובה כנ"ל. אך י"ל דכיון דלא נחתינן לנכסי' הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים שאם הקדישה לא מהני אף שהוא שלו וכן כאן נהי דלמפרע גובה והי' שלו מ"מ הא לא הי' יכול להוציאו בדיינים קודם שהחזירו כיון דלא נחתינן לנכסי' כנ"ל.

ויש לדחות כיון דכופין אותו לקיים העשה כנ"ל. ואמר בהדיא יוצאה בדיינים: ובזה יש ליישב מה דקשה לכאורה שכתב הב"ש דבאמרה הן ודאי מקודשת כמו בגזל דידה והיינו דאקנויי אקני ליה.

ולכאורה לא מהני דבשלמא בגזל דהוא שלה מועיל דיכולה להקנות ואף שאינו ברשותו מ"מ כיון שרוצה הוי כברשותו כמ"ש הב"ש לעיל. אבל ברבית דכל זמן שלא גבתה לא היה שלה כלל דהוא שלו לגמרי וא"כ מה מהני שאמרה הן ואקני ליה הא אינה יכולה להקנות אז קודם שלקחה דאינו שלה והוי לכשאקחנה ממך קנוי' לך מעכשיו ולא מהני מה שהקנתה.

אך לא קשה דממ"נ כיון שהוא שלו יכול לקדשה בו רק דשייך דידי שקלי וכיון דאמרה הן שוב מהני ואין צריכין לאקנויי אקני לי' כלל. דדוקא בגזל שאינו שלו כנ"ל.

או דמהני מחילה כיון שהוא רק תביעה שחייב להחזיר מהני מחילה כנ"ל וכמבואר ברמב"ם דמהני מחילה ברבית. ולמ"ש ג"כ א"ש דמועיל שפיר הקנין ג"כ שהקנתה לו כיון שגבתה לבסוף ולמפרע גובה ומהני זבין מלוה כנ"ל.

ואף אי נימא כנ"ל דאינו יכול להוציאו מ"מ לענין זה שוב מהני מה שרוצה להחזיר כמו בגזל כנ"ל: מ"ש על דברי הסמ"ע דלא קשה דגלי קרא דלא שייך לא מהני והמקח קיים. מכל מקום י"ל דמקשה שפיר דהא בש"ס תמורה (דף ה') פרך מאונס שגירש דמחזיר והוי ס"ד דמה דמחזיר הוא משום דאי עביד לא מהני והקשו תוס' דא"כ לא יועיל הגט כלל ותירצו דאיתקש למיתה ואי אפשר שיהיה הגט בטל ולא מהני רק לענין זה אמרינן דלא מהני שעכ"פ מחויב להחזירה ואינו מועיל להיות כל ימיו ע"ש.

וא"כ גם כאן נהי דגלי קרא דלא שייך לא מהני שיתבטל ולא יהיה שלו אבל עכ"פ כיון דמחויב להחזיר כו' א"כ שייך לענין זה אי עביד לא מהני שלא יהיה שלו לחלוטין

ויתחייב להחזיר גוף החפץ היינו הגלימא כנ"ל והוא ממש כאונס שגירש והקשה שפיר והוצרך לתרץ כנ"ל. וא"כ לכאורה גם בקדושין נימא כנ"ל דמחויב לגרשה כיון שגוף הקדושין הם הרבית ונהי דקיימין מ"מ לענין זה לא יועיל כמו באונס כנ"ל.

אך י"ל דלא קשה דהא מהרי"ט ושאר פ' כתבו דלכך בשוחט בשבת לא שייך אי עביד לא מהני דדוקא היכא שיתוקן האיסור אי לא מהני כמו בתמורה דתורם אמרה לא ימיר ואי אינו תמורה א"כ לא המיר ונעשה דבור התורה משא"כ שוחט בשבת דאף אם אין השחיטה כשרה איסורא דעביד עביד ע"ש. ולכאורה קשה לפ"ז איך כתבו תוס' באונס שגירש דלענין זה לא מהני שיתחייב להחזירה כנ"ל.

הא כיון דלענין זה אף אי לא מהני ע"מ מועיל הגט ושוב לא שייך כלל לענין זה לא מהני לענין החזרה דבזה לא יתוקן האיסור כשוחט בשבת הנ"ל. אך לא קשה דשם כתיב לא יוכל לשלחה כל ימיו וזה מלבד האיסור דגוף הגירושין הוא ג"כ איסור שיהיה השילוח כל ימיו כו' ע"ש ולכך שפיר שייך לא מהני דנהי דלא יתוקן האיסור דגוף הגט מ"מ זה יתוקן האיסור דשילוח כל ימיו כיון שמחויב להחזירה וכ תוס' שפיר כנ"ל.

אמנם כאן ברבית דהאיסור הוא רק אל תקח מאתו כו' וא"כ כיון דגלי קרא דמהני הקנין דעכ"פ קונה א"כ שוב מהנילחלוטין דבזה לא יתוקן כלל האיסור מה שיהיה מחויב להחזירו וכמו בשוחט בשבת כנ"ל וא"ש: ואף דלמ"ש לעיל דלמפרע גובה א"כ לכאורה יתוקן האיסור דכשיהיה מחויב להחזיר גוף החפץ א"כ יהיה למפרע שלו ולא קנה כלל. ז"א דלא גרע ממוכר בשנת היובל לרב דמכורה ויוצאה דמ"מ הוי זה קנין דאחר הקיחה של הרבית נולד החיוב שמחויב להחזיר ואף דנעשה למפרע שלו מהתחלת החיוב היינו משעה שלקחו אבל עכ"פ ברגע זו קנאו והיה שלו ואין האיסור מתוקן כנ"ל וא"ש ומיושב קושית סמ"ע ג"כ כנ"ל ויש לדחות: ומ"מ נראה בקצץ לו גלימא ובמקום שקנאו וכה"ג. י"ל דאין המקח קיים וכשנותן לו הגלימא מחויב להחזירו מדאורייתא ולא משום גזירה דלא לימרא כו' דנהי דלא שייך אי עביד לא מהני. מ"מ כיון דבמעות מחויב להחזיר משום וחי אחיך כו' וחייב אותו הדבר עצמו וא"כ למה יועיל כשנותן החפץ ברבית נהי דהמקח קיים אבל מ"מ חייב להחזירו כמו מעות משום העשה הנ"ל.

ואף שמקנה לו לגמרי שלא יצטרך להחזירו לו מ"מ לא מהני כמבואר ברמב"ם ז"ל במעות דלא מהני המחילה קודם שגבה שלא יתחייב להחזיר דהא כל רבית הוי מחילה ואסרה תורה. והוי כמתנה עמ"ש בתורה בדבר שאינו ממון דאינו מועיל כנ"ל.

וכן בחפץ אינו מועיל כנ"ל. רק כאן בקדושין דלא שייך שיהיה חייב להחזיר דמה יחזיר כיון שמתקדשת וכיון דלא שייך.

אי עביד לא מהני ממילא מועיל כנ"ל. שוב מצאתי במשנה למלך פ"ח מהל' מלוה שכ' ג"כ בקצץ לו חפץ ונתן לו דמחויב להחזיר גוף החפץ ולא דמיו וכמ"ש כנ"ל.
דדוקא התם בקוצץ דמים ונותן לו הגלימא היה מהני מן התורה דהא מה שנותן החפץ זה אינו רבית קצוצה משא"כ בהנ"ל. ובזה י"ל דעת הי"א שהביא הרא"ש ריש פ' א"נ וכן הבינו הראב"ד ורא"ש בדברי הרמב"ם דמהני מחילה אף בשעה שנותן הרבית כשמוחל שלא יחזירנו לו ע"ש ודחה הרא"ש דכל רבית מחילה הוי ואעפ"כ חייבו תורה להחזיר ע"ש.
ולמ"ש י"ל דכיון דעכשיו דכבר אמרה תורה שבסתם שנותן צריך להחזיר וא"כ מה שמחויב ליתן מחמת הקציצה הוא רק שיתן סתם וממילא יהיה מחויב להחזיר וא"כ מה שנותן לו עתה שמוחל לו שלא יצטרך להחזיר ממילא מחילה זו אינו רבית קצוצה שזה לא קצץ ומהני כנ"ל וממילא בקצץ מתחילה שיתן לו במתנה גמורה שלא יצטרך להחזיר שוב צריך להחזיר דגם זה ר"ק כנ"ל: מקודשת ואסור כו'.
והב"ש הוכיח דמקדש ברבית קצוצה מקודשת מרש"י ז"ל דפי' דפריך בגמרא אילימא דאזקפי' ד' בה' רבית מעלי' הוי ועוד היינו מלוה כו' ופי' רש"י ז"ל שקידשה בדינר החמישי של רבית ומקודשת רק דפריך אמאי קרי ליה הערמת רבית כו' ומוכח דמקודשת כו'. ובאמת תמוה מאד דכיון שלא גבה עדיין ואינה חייבת כלל ליתן לו דינר הה' במה תתקדש.
וגם הריטב"א ז"ל כ' לישנא בעלמא קא מקשה אמאי קרי לי' הערמת רבית אבל ודאי מקודשת אפילו שכבר לקח הרבית וקדשה בו דהוא שלו כו' ע"ש. ותמוה דמאי אפילו הא באמת כשכבר גבה הוא שלו ויכול לקדשה בו משא"כ בלא גבה דאינה חייבת כלל כנ"ל.
והנה המל"מ פ"ח מהל' מלוה כ' דבמכר קנה כשמכר לו בדמי הרבית שחייב משום דאף דא"צ ליתן זה הוא מחמת גזירת התורה אבל מ"מ יש עליו חיוב רק דאף שחייב נצטוה שלא ליקח אבל לא נאמר בשביל זה שאינו חייב ולכך קנה ע"ש. וממילא לכך כאן מקודשת גם אף שלא גבה עדיין לס"ד דמקדש במלוה מקודשת.
אך מ"מ קשה דהא במתנה על מנת להחזיר אינה מקודשת להרמב"ם ז"ל מדאורייתא דאף דיש כאן נתינה מ"מ אין לה הנאה ובקדושין בעינן שיהיה לה הנאה ג"כ ע"ש וא"כ כאן נהי דנימא דהוי זה נתינה מ"מ הא אין לה הנאה כלל דהא גם בלא הקדושין לא היתה צריכה ליתן לו כלום. וקשה להרמב"ם למה פריך רבית מעלי' הוא ולא פריך איך מקודשת.

ודוחק לפרש כן דרבית הוא ואינה מקודשת דהוא דוחק דגם אי היה אבק רבית לא היתה מקודשת כיון שאינה מחויבת ליתן כנ"ל. ויש לדחות דהיה מהני מה"ת עכ"פ: ויש לישב דהא אחר בש"ס א"נ ס"ה מאן דמסיק תריסר זוזי דרביתא בחברי' ואגר לי' חצר דמיתגר בעשרה בי"ב כי מפקינן מני' י"ב מפקינן מני' ופריך ולימא כי אגרינא בי"ב דקא משתרשי לי אבל השתא דנח משתרשי לי לא בעינא רק כדאגרי כ"ע ומשני דסבר וקיבל ע"ש.

וכן במקח כשקנה ממנו חפץ בדמי הרבית שוה פחות ביותר מוציאין ממנו כמו שקיבלו ביותר וע"ש במל"מ פ"ט מה' מלוה וא"כ נראה דהלוה לה ד' זוז בה' ואזקפה כאן כדאמר בש"ס הכא וקדשה באותו דינר הה' ממילא אי מקודשת צריך הוא לשלם לה דינר דהא הוי כלקח חפץ בעד הדינר של הרבית קצוצה וצריך לשלם אף ששוה פחות וגם כאן כיון דקיבל הקדושין שנתקדשה בעד דינר של הרבית ממילא מוציאין ממנו דינר דהוי ר"ק ואינו יכול לומר בעד דינר קרן איני רוצה לקדשה דסבר וקיבל כנ"ל וכמו במקח שכ' המל"מ ע"ש.

והנה לדעת הרבה פ' לקמן ס' כ"ט בקידשה וכ' לה שטר על עצמו שנתחייב לה פרוטה מקודשת דעדיף מהניח לה משכון כו' דהא חיוב זה שנתחייב שוה ממון ע"ש. וא"כ הכא לכאורה באזקפה תהיה מקודשת כשמקדשה בהדינר של הרבית כו' דהא במה שמקדשה בדינר והוי כקיבל הדינר ומחויב להחזיר לה דינר וא"כ בקדושין אלו נתחייב לה דינר וא"כ נותן לה חיוב זה דשוה כסף וכמו כ' לה שטר כנ"ל ותתקדש כנ"ל דנהי דאינה מקודשת מחמת גוף הדינר של רבית אבל תהיה מקודשת בחיוב זה שנתחייב לה ע"י זה כנ"ל שמקדשה בהדינר של רבית נעשה החיוב ומקודשת כנ"ל, ואף להפ' דלא מהני בשטר משום דאגיד גבי' א"כ גם כאן לא היה מועיל דג"כ אגיד גבי' אף שנתחייב כנ"ל.

אך י"ל דהא כאן היא חייבת לו ד' דינרים קרן ודינר הה' רבית וא"כ כיון דקי"ל בב' שהוציאו שט"ח זה על זה היכא דאין נ"מ לזה זבורית ולזה זבורית אמרינן הפוכי מטרתא למה לי ויכול ליקח לעצמו בפרעון חובו זה החוב שלו ע"ש בח"מ. וא"כ כאן שנתחייב לה הוא ע"י הקדושין הדינר של רבית א"כ א"צ היא לשלם לו רק ג' דינרים מהחוב שהלוה לה דהפוכי מטרתא כו' וא"כ אינו אגיד גבי' כלל דהא כבר יש לה אותו הדינר שנתחייב לה דנפרע דינר אחד מהמלוה ולס"ד דבמלוה מקודשת מהני שפיר כנ"ל.

וא"כ מיושב לכאורה בפשיטות דפריך אי דאזקפה ד' בה' כו' והיינו דנימא שתתקדש כנ"ל דהא נתחייב ע"י זה להחזיר לה דינר כו' ושפיר מקודשת ופריך רבית מעליא הוא דלוקח זה בעד הדינר של רבית ואמאי קרי לי' כו'. ועוד היינו מלוה.

דהא באמת אגיד גבי' כנ"ל רק דנימא דהא נפרע דינר אחד מהמלוה שחייבת לו וזה אין אגיד גבי' וע"ז פריך היינו מלוה וגוף החיוב אגיד כו'. אך באמת ז"א דאיך נימא שתתקדש בזה דנתחייב לה לשלם דינר הא כל החיוב שחייב הוא רק משום שנתקדשה לו בדינר של רבית וחייב להחזיר וכל זה אי מקודשת אבל איך תתקדש בזה החיוב הא כל זמן שאינה מקודשת אין כאן חיוב עליו כלל דלא קיבל כלום וא"כ במה תתקדש הא צריך שיתן לה דבר מה ובזה מתקדשת כנ"ל וכאן הנתינה הוא כשמתקדשת כנ"ל ולא מהני: אמנם לענין זה י"ל שפיר כסברת המל"מ דאף דאסור ליקח ממנה הרבית מ"מ שפיר מתקדשת בזה החיוב של רבית דהא חייב כמו שכ' המל"מ במכר דזה הוי נתינה מה שנותן החיוב שנתחייב לו רבית.

ולא קשה מ"ש דבקדושין בעינן הנאה ג"כ, דז"א דשפיר מקודשת באזקפה בדינר של רבית שחייבת לו דזה הוי נתינה כנ"ל. ושפיר יש לה הנאה ע"י הקדושין דכיון שמתקדשת שפיר צריך לשלם לה הדינר כיון שקדשה בעד הדינר ולענין הנאה מהני שפיר מה שההנאה הוא ע"י הקדושין דבכל מקום ההנאה הוא ע"י הקדושין דאל"ה צריכה להחזיר וכנ"ל רק נתינה בעינן שתתקדש ע"י זה כנ"ל.

וכאן שפיר הוי זה נתינה שנותן לה דינר הה' של רבית וכמ"ש המל"מ רק דבעי הנאה וכאן אית לה הנאה דאי מקודשת צריך הוא לשלם לה, וגם אגיד גבי' לא שייך דלענין הנאה לא שייך דמ"מ אית לה הנאה רק נתינה לא הוי כנ"ל ופריך שפיר רבית מעלי' הוא. אבל לענין קדושין היה מועיל כנ"ל.

ועוד היינו מלוה דכיון דבמלוה אינה מקודשת א"כ אין זה נתינה מה שנותן לה הדינר רבית שהיא חייבת לו דהוי מלוה ושוב לא הוי קדושין מחמת שנתחייב לשלם דהא אין החיוב רק אם היא מקודשת וכיון שאין כאן נתינה לא מהני כנ"ל ואף דאינו מובן לכאורה מ"ש המל"מ. דהא כיון שאסרה תורה שלא ליקח א"ב מה חיוב יש.

וי"ל דמ"מ כיון שחייב ואם היה אופן ליקח בהיתר היה מחויב ליתן רק דהא אסור. וא"כ אח"כ כשמוחל הדינר של רבית הוי שפיר מחילת חוב כיון שאינו עושה איסור שבאמת אינו לוקח והוי מוחלחיוב דבלא איסור יש חיוב כנ"ל.

וא"כ בקדושין לדעת רש"י ורמב"ם שמה שמתקדשת לא הוי כנתינת רבית. א"כ שפיר מתקדשת בדמי הרבית דיש כאן נתינה לס"ד דבמלוה מקודשת דהא נותן לה חוב של רבית ונותן באופן שאין איסור והוי חיוב כנ"ל.

ומ"מ אינו מוכרח כדברי המל"מ דיש חיוב כלל ברבית קודם שגבאו דהא באמת אי עביד לא מהני והכי קי"ל רק דברבית גלי רחמנא דקונה הרבית שנתן לו והיינו לענין הלאו דאל תקח מאתו כו' גלי כיון דכ' וחי אחיך כו' אהדר ליה גלי דקנה הרבית שנתן לו או למ"ד דאינה יוצאה הוא דכ' רחמנא למורא ניתן ולא להשבון כדאמר בש"ס ריש תמורה ע"ש וכל זה על הלאו דאל תקח מוכח דלא שייך בזה דלא מהני כנ"ל.

אבל לענין הלאו דלא תשימון עליו נשך י"ל שפיר דאי עביד לא מהני ואף ששם עליו אין השימה מועלת כלום ולא נתחייב כלל באותו שימה שקצץ בשעת הלואה ואינו חייב כלל דלא מצינו דגלי קרא לענין זה דמהני החיוב ואף דעובר בשימה לחוד היינו דעבר אמימרא דרחמנא אבל לא דיועיל כנ"ל.

דלא גלי רק כשנתן הרבית דקנאו כנ"ל אבל לא לענין החיוב שיהיה חייב כנ"ל ואין לומר דמוכח דמהני גם לענין זה דהא אינו עובר באל תקח רק ברבית קצוצה כו'. וא"כ אי נימא דלא מהני לענין החיוב ולא נתחייב כלל וא"כ אף שנותן לו אח"כ לא יהיה ר"ק כלל דמה שנותן אינו עבור החיוב דהא לא נתחייב כלום וכנותן בלא קצוצה.

וא"כ מוכת דגם לענין השימה לא שייך לא מהני. אך ז"א דהא אמרה תורה סתם אל תקח כו' ואיך מוכח דדוקא ברבית קצוצה אזהר רחמנא כו' וע"כ דקאי רק אלאו דלא תשימון ואם שם אל תקח מאתו כו'.

וא"כ אף דלא מהני השימה מ"מ כיון ששם ועבר אמימרא דרחמנא שפיר עובר אלאו דאל תקח ג"כ. ואינו מוכרי דמהני כנ"ל.

אך מ"מ אף דלא נימא כדברי המל"מ מטעם הנ"ל, מ"מ א"ש כאן דלאביי קיימינן דסבר אי עביד מהני ושפיר מועיל החיוב אף דאמר רחמנא לא תעביד כנ"ל ופריך שפיר. וא"ל דא"כ לימא בש"ס תמורה הנ"מ בין אביי לרבא לענין החיוב אי מהני כנ"ל דז"א דהא באמת אין נ"מ דבין אי מהני החיוב או לא מ"מ אינו חייב מחמת האיסור.

ולפי האמת דבמלוה אינה מקודשת אין נ"מ כלל כנ"ל רק כאן לס"ד כו' ובאמת לדידן אין נ"מ בכל זה דכשמקדשה ברבית שלא גבה ודאי אינה מקודשת דאף דהוי חיוב הוי מקדש במלוה דלא מהני. ובקדשה בהנאת מחילה של דינר רבית ג"כ לא מהני דאין לה הנאה כלום דאף דנימא דהוי נתינה מ"מ הנאה אין כאן דבל"ז לא היתה נותנת לו.

וגם אם קדשה בחוב רבית שיש לו על אחרים ג"כ לא מהני דאין לה הנאה כלום. וגם על כל פנים הוי ממון שאינו יכול להוציא בדיינים שאינו יכול להקנותו כנ"ל: עוד היה אפשר לומר בש"ס אי דאזקפה כו' למאי שהקשו הפ' לדעת הרבה פ' דהלוה ברבית חייב מלקות דלגבי' לא ניתן להשבון ואם כן נפטר הלוה מלשלם הקרן ג"כ דהמלקות פוטרו מתשלומין ובשעת הלואה נתחייב מלקות ואז נתחייב בתשלומין כו' ותירצו דהלוה אינו עובר רק כשנותן הרבית ולא בשעת הלואה לחוד ולכך אינו פוטרו כו' ע"ש.

ולכאורה עדיין קשה כשנותן הלוה הרבית לחוד בתורת רבית והקרן עדיין חייב לו א"כ יפטר גם מהקרן כיון שחייב מלקות כשכבר נתן הרבית. אך ז"א דשוב החיוב תשלומין בא קודם חיוב המלקות דמיד בשעת הלואה נתחייב והמלקות על נתינת הרבית כנ"ל.

ואינם באים בבת אחת ואינו פוטר כלל כנ"ל אמנם י"ל למאי דאמר פ"ג דכתובות בגונב חלבו של חבירו ואכלו דחייב שכבר נתחייב בגנבה כו'. ופריך מהא דעקירה צורך הנחה דפטור ומשני דהתם אי אפשר לחיוב מיתה בלא חיוב התשלומין ופוטר אף שהיה קודם משא"כ הנ"ל אפשר לאכילה בלא הגבהה כו' דאי בעי גחין ואכיל ע"ש.

וא"כ כאן ברבית דכשאינה קצוצה אינו חייב מלקות על הנתינה דרבית לחוד רק מחמת שקצץ בשעת הלואה חייב הלוה אח"כ על נתינת הרבית וא"כ אף שהחיוב תשלומין הוא קודם מ"מ הא הוי עקירה צורך הנחה דבלא ההלואה לא היה מחויב מלקות על הנתינה יאי אפשר כו'. אך י"ל דבאמת פוטרו המלקות כשנתן הרבית ולא הקרן כשהמלוה קבלו בתורת רבית ופטור באמת מהקרן אח"כ מחמת החיוב מלקות כשהתרו בו כנ"ל וא"כ י"ל כאן דפריך שפיר אי דאזקפה ד' בה' ונימא דסבר חייבי מלקות שוגגין פטור או באתרו בי' כו' וא"כ שפיר מקודשת דהא במה שמקדשה בדינר הה' של הרבית ולקח הרבית והקרן חייבת לו א"כ פטורה היא גם מהקרן בקדושין אלו דהא נתנה לו הרבית וחייבת מלקות ופוטרה מגוף המלוה ומקודשת בנתינה זו דמה שמקדשה בהרבית נפטרת מהמלוה ובלא הקדושין אף שלא היתה חייבת הרבית היתה צריכה לשלם הקרן דכשלא נתן אין הלוה חייב מלקות כנ"ל ורק ע"י בנתינה נפטרת ופריך רבית מעליא הוי ועוד היינו מלוה דרק מה שנפטרת מהמלוה כנ"ל.

אך זה דוחק בכוונת הש"ס לומר מטעם מלקות כנ"ל ועוד דאף שהמלקות פיטר מ"מ חייבים מן הדין לצאת ידי שמים רק דאין כופין בב"ד וי"ל דמ"מ בהנאה זו מקודשת שאין יכולין לכופה כנ"ל אך ג"כ ההנאה זו ע"י הקדושין דוקא כמ"ש: (כא) מקודשת ואסור כו' שהוא כרבית. ולדעת תוס' והרבה פ' הוי ר"ק ומ"מ מקודשת וכן בדין הב' בארוח ליה זימנא ג"כ הוי ר"ק לתוס' ומקודשת ע"ש.

ולכאורה קשיא לי למאי דקי"ל דעדי רבית החתומין בשטר חייבים מלקות ופסולין כמ"ש תוס' פ' א"נ ע"ד. ותוס' סוף פ' א"נ כ' דהיכא דלא היה מלוה בלא עדים עוברים בלפני עור כו' כיון שעל ידם נעשה האיסור רבית ע"ש ומבואר בש"ע ח"מ סי' ל"ד דגם העוברים בלפני עור פסולין לעדות מדרבנן עכ"פ ע"ש.

וא"כ כיון דכל הרבית הוא מה שמתקדשת עבור הרוחת הזמן זה הוי כנותנת לו פרוטה כו', וא"כ הא קי"ל המקדש בלא עדים אין חוששין לקדושיו וא"כ ממילא ודאי דהעדים עוברים בלפני עור עכ"פ דהא העדים שבשעת הקדושין גורמין האיסור דבלא הם לא היה נתינת הרבית כלל כיון שלא היה קדושין וזה הוא האיסור.

וא"כ כיון שעוברים בלפני עור ופסולים כנ"ל. הוי מקדש בפסולי עדות דרבנן עכ"פ ולא הוי קדושין ולמה מקודשת כנ"ל.

אך י"ל דלא קשה דדוקא בעדים שחתמו בשטר דצריך לזה רצונם ובחתימתם עוברים משא"כ כאן בע"פ דהלוה וקדשה בפניהם שהיו עומדים שם מה היה להם לעשות שראו המעשה הא אין זה תלוי ברצונם שלא לראות ואינם עוברים כלל ומהני. או י"ל כמ"ש תוס' שם פ' א"נ דפסולי דרבנן בעינן רשע דחמס דוקא ולכך אינם פסולין דלגבי העדים ליכא חימוד ממון כנ"ל וכמבואר בח"מ ע"ש: אמנם נראה דלמאי דקי"ל בח"מ שם דאף דאסור ליטול שכר להעיד מ"מ לילך לראות המעשה מותר ליקח שכר כמבואר בח"מ שם דאינו מצוה לראות כנ"ל.

מכל מקום כאן אם נטלו שכר לראות והוזמנו להעיד על קדושין אלו א"כ לא מהני דלא שייכי ב' הטעמים. ועוברים בלפני עור כיון שהוזמנו וידעו עוברים כנ"ל.

וגם הוי רשע דחמס כיון שקיבל שכר ואף דמותר לו ליקח לראות מ"מ עבר אלפני עור בשכר כנ"ל. ואף דפסולי דרבנן בעי הכרזה מ"מ הא לאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה כמ"ש הנ"י פ' ז"ב גבי לדידי אוזיף ברביתא ע"ש וא"כ הוי מקדש בפסולי עדות דרבנן ואינה מקודשת כנ"ל: אך למ"ש הר"ן ותוס' פ"ק דחולין גבי שוחט בשבת דאותו דבר שנעשה מומר אינו נקרא שחיטת מומר עדיין רק מכאן ואילך ע"ש י"ל גם כאן דאותו עדות הקדושין עדיין מועיל כיון דבזה נפסלין אינם פסולין רק מכאן ואילך ועדות זה עדיין מועיל כנ"ל.

אך חזינן דתוס' לא ס"ל כן מדהקשו פ' א"נ בשטר שיש בו רבית דפסולין וכן הרבה פ' שם דפסולין אף דזה העדות שנפסלין עבורו כנ"ל. ועוד דנהי דבשעת הקדושין לא היו נקראים עדיין פסולין מ"מ אח"כ להעיד על הקדושין פסולין כיון דכבר נפסלו.

אך הוי כעדים פסולין מעידין שנתקדשה בפני כשרים דג"כ חוששין לקדושין כמבואר בש"ע לקמן ע"ש. ועוד כיון דבלא הוזמנו להעיד אינם עוברים רק מחמת שהוזמנו וא"כ כשמעידים אח"כ שהוזמנו כו' וראו כנ"ל.

אמרינן אין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דבוריה ומאמינים להם שראו קדושין אלו וע"ז שהוזמנו אינה נאמנים ואמרינן דלא היו רשעים ולא ידעו מתחילה שיקדש בפניהם בהלואה זו כנ"ל ויהיה שפיר מקודם כנ"ל. רק דנימא דמ"מ בשעת הקדושין, היו עדים פסולין.

ובאמת הם כשרים אז דלא נפסלו רק מכאן ואילך כנ"ל גם י"ל דמ"מ מהני כיון דפסולי דרבנן בעינן רשע דחמס. וא"כ אין טעם פיסולו רק מחשש שקר שפסלוהו חכמים שמא משקר ע"ש.

וא"כ כאן כיון דמה שנפסל הוא רק אם האמת כדבריו שנתקדשה בהלואה זו כנ"ל ואם הוא שקר אינם פסולין כלל דלאהיה עדי רבית וא"כ איך שייך שלא נאמין להם משום שהם פסולין ונימא דשקר הוא ולא נתקדשה הא אם הוא שקר הם כשרים דלא עברו וכשרים אינם משקרין כנ"ל. ואף דאמר ביבמות מ"ה לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי היינו באותן פסולין שהוא מטעם גזה"כ דאף אי אמת פסול ושייך לדבריך כו' אבל בפסולי דרבנן דהוא רק מחשש שקר לא שייך הנ"ל כלל וי"ל דכשרין: סעיף י (כב) היה לו מלוה אצלה כו' בהנאת מחילת מלוה כו'.

ש וכן במה שאני מרויח לך הזמן כו' כן פי' רש"י ורי"ף אהא דארוח לה זימנא דאיירי אחר הלואה. והרמב"ם ז"ל סובר דלא מהני רק בשעת הלואה כנ"ל.

ומ"ש הב"ש דהר"ן והמגיד סברי דאינה מקודשת ע"ש. ולא ידעתי דאדרבה הר"ן ז"ל דחה דברי הרמב"ם ע"ש: והנה הר"ן הקשה עליו ז"ל נראה שהוא דוחה דברי, הרי"ף וסובר שאלו הלוה אותה כבר אע"פ שהוא מאריך לה עכשיו הזמן כיון דהשתא לא יהיב לה מידי אינה מקודשת.

ולא ידעתי למה דהא אפילו הוא מלוה אותה עכשיו אינו מקדשה במעות עצמם אלא בהנאת מלוה זו וכיון שכן אפילו קדמה מלוה לקדושין מה בכך והרי מ"מ הוא מהנה אותה עכשיו בהרוחת זמן שהוא שוה פרוטה כו' אע"פ שאינו נותן לה כלום מהני דהא שחוק לפני רקוד לפני מהני למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף אף דליכא נתינה כו' ע"ש. וגם הלח"מ הקשה על הרמב"ם למה כ' הטעם בשכירות משום דישנה מתחלה ועד סוף והוי מלוה הא בל"ז הוא סבר דבהנאה לחוד לא מיקדשא בלא נתינה כנ"ל: ונראה ליישב דמ"ש הר"ן קושיא ראשונה דגם במלוה עתה אין כאן רק הנאה כנ"ל. נראה

בפשיטות דהא קי"ל דאף מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה בכל מקום רק בקדושין דדמיא לחליפין.
ואף להרמב"ם ז"ל שם דלא מהני מדאורייתא היינו משום דבעי בקדושין נתינה שיש בו הנאה וכיון שמחזרת אינה נהנית כמבואר ברמב"ם שם. ולכך כשמקדשה בהנאת שימוש הכלי עד שיחזיר אי שוה פרוטה מהני דיש כאן נתינה שיש בו הנאה וכמבואר לקמן סי' כ"ט ע"ש.
וא"כ כאן במלוה לה עתה לקדושין דבמלוה קונה היא גוף המעות דלהוצאה ניתנה רק צריכה לשלם אחרים ולא גרע ממתנה על מנת להחזיר והוי נתינה שפיר גוף המעות שמלוה לה כנ"ל. רק אי ליכא הנאה לא מהני כמו התם דדמיא לחליפין אבל ארוח לה זימנא ג"כ הוי ממש כמו התם בהנאת שימוש כו' דגם כאן הוי נתינה שיש בו הנאה דנותן לה גוף המעות שקונה אותו וגם הנאה כנ"ל.
משא"כ אחר הלואה אינו רק הנאה כנ"ל: ובזה י"ל מה דלכאורה קשה להרמב"ם לישנא דהש"ס דבמקדש במלוה אינה מקודשת בהנאת מלוה מקודשת כו'. ולרמב"ם פ' במלוה אחר הלואה והנאת מלוה בשעת הלואה ואדרבה הלשון משמע להיפך כמ"ש תוס' שם. ולמ"ש י"ל בפשיטות דהפי' הוא מקדש במלוה מילתא אחריתי לא כמו בכל דוכתי רק דמיירי שניהם בשעת הלואה ומקדש במלוה היינו שמקדשה בזה שמלוה לה בלא הרחבת זמן אינה מקודשת דאף דהוי נתינה מ"מ אין בו הנאה והוי כמתנה ע"מ להחזיר כנ"ל. בהנאת מלוה היינו שמרויח הזמן שיש הנאה ג"כ מקודשת כנ"ל.
ומדויק שפיר לשון הש"ס בהנאת מלוה דקאי אמלוה זו עצמה רק שיש הנאה ג"כ מהני כנ"ל: וקושיא ב' שהקשה הר"ן ז"ל דהא בשחוק לפני כו' מהני הנאה לחוד בלא נתינה כו'. נראה ליישב ג"כ דהנה בהנאת מחילת מלוה י"ל ב' אופנים והיינו כשמוחל לה המלוה לשם קדושין דאם תתקדש מוחל לה המלוה ואי לא תתקדש לא יהיה מחילה כנ"ל.
או י"ל דמוחל לה בין תתקדש ובין לא תתקדש ואחר כך אומר התקדשי לי בהנאת מחילה זו שמחלתי לך שהיית צריך ליתן לאדם לפייסני כנ"ל. ונראה דהרמב"ם ז"ל סובר דבב' אופנים הנ"ל לא מהני דאי מוחל רק שתקדש ואי לא לא יהיה מחילה לא מהני דהא בשלמא בכל דוכתי דאמרה תורה דבקדושין בעינן נתינה כסף או ש"כ ובזה מתקדשת וכשנותן לה מתקדשת שפיר.
אבל כאן במוחל לה כו' דאינו נותן לה דבר רק דנימא שמה שנותן לה הנאה זו הוי שוה כסף דהא ש"פ כנ"ל. וא"כ כיון שמוחל לה רק אם תתקדש א"כ קודם הקדושין אין כאן

עדיין שום נתינה דהנאה זו אין לה עדיין שלא נמחל רק אי מתקדשת יש לה ההנאה ומקבלת ש"כ.
וא"כ במה תתקדש הא כל הנתינה הוא רק כשמתקדשת, ואיך יהיה קדושין במה יכוין לחול הקדושין כיון שאין כאן שום נתינה בלא הקדושין ולא מהני כנ"ל דאל"כ נימא בכל קדושין. למ"ש תוס' ב"ב פ' חזקת דגם קדושי שטר הוי תלוה וזבין דנתחייב בשאר כסות כו' ע"ש.
וא"כ תתקדש בלא כלום בלא כסף ושום דבר דהא נותן לה זה החיוב של שאר כסות דלכך הוי כמכר וכן למ"ד ארוסה אית לה כתובה. א"כ נותן לה חוב זה ששוה ממון למכרו בט"ה.
ולהרשב"א י"ל דאגיד גביה כמו בכ' לה שטר חוב לקמן סי' כ"ט. משא"כ לשאר פוסקים שס.
וע"כ דזה טעות דאלו החיובים הם כשהיא מקודשת לו אבל במה יחולו הקדושין שתהיה מקודשת כיון שבלא הקידושין אין כאן נתינה כלל כנ"ל, וממילא גם בהנאת מחילה ג"כ כנ"ל כיון שהוא ע"י הקדושין לא מהני כנ"ל. ואף דלכאורה הא קי"ל קדושין לאו לטבועין ניתנו ובכל מקום אף שנותן לה הכסף מ"מ אי לא תתקדש צריכה להחזיר וג"כ היא ע"י הקדושין, אך ז"א דמ"מ נהי דתצטרך להחזיר.
אבל מ"מ נתינה הוי גם בלא הקדושין וכיון דע"י הקדושין יש לה הנאה שא"צ להחזיר מהני משא"כ דכל הנתינה הוא רק ההנאה ובלא הקדושין שאין הנאה אין כאן נתינה כנ"ל. ולא קשה קושית הר"ן מהא דשחוק לפני כו'.
דהתם אף אי לא תתקדש יהיה לה הנאה זו שכבר שחק או רקד לפני' והוי נתינה דנותן לה הנאה זו השוה פרוטה וזו ההנאה היה לה קודם הקדושין ויש כאן נתינה והיתה מקודשת אי אינה לשכירות אלא לבסוף משא"כ כנ"ל: ובאופן ב' שכתבנו דמוחל לה בין תתקדש ובין לא תתקדש ג"כ לא מהני אף דלכאורה בזה לא שייך טעם הנ"ל.
דג"כ הוי נתינה קודם הקדושין מ"מ י"ל דלא מהני. דהא לכאורה קשה לשיטת רי"ף ורש"י דמקודשת בהנאת מחילת מלוה וכמ"ש רש"י שהיית צריך ליתן פרוטה כו'.
ולמה תתקדש הא אמר בש"ס בשחוק לפני כו' או אדבר עליך לשלטון דאי ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אינה מקודשת דהוי מלוה ואף שאינה מתחייבת כלל דהא עושה לה הנאה זו שתתקדש מ"מ הוי מלוה. וא"כ לכאורה גם בהנאת מחילת מלוה יהיה ג"כ מקדש במלוה דמה חילוק בין שמדבר עלי' לשלטון ועושה לה טובה בדיבורו או שמוחל לה המלוה ועושה לה טובה זו בדיבורו.

וגם הנאה דמחילת מלוה לא יהיה רק שכירות כמו שאר טובה שעושה לה וממילא כיון דקי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף הוי גם המחילה מלוה מלוה עצמו ואף שזה נעשה, בדיבור אחד שמוחל הא גם שם שמדבר עלי' לשלטון דיבור אחד השוה כמה ואעפ"כ לא מהני ומאי חילוק בין פעולה זו להנ"ל: ומ"ש רש"י שהיית צריך ליתן פרוטה לפייסני גם שם שייך הנ"ל שהיתה צריכה ליתן פרוטה לפייסו שידבר עלי' כו' אמנם נראה דהחילוק הוא בשלמא התם שכבר נעשה הפעולה אף בשכר שאעשה עמך מ"מ דמתקדשת כשמדבר עלי' או ששחק לפני' כו' דאף אי לא תתקדש מ"מ שחק לפני' ויש לה הנאה זו ואינו באה לה ע"י הקדושין ההנאה רק שהיתה צריכה לשלם לו בעד הפעולה וזה הוי מלוה כו' משא"כ במחילת מלוה דהפעולה מתבטלת אם לא תתקדש דאי לא תתקדש אינו נמחל ואין כאן שכירות רק גוף ההנאה הוא ע"י הקדושין ומהני שפיר כנ"ל.

וממילא א"ש דבאופן הנ"ל שמוחל לה בין תתקדש או לא תתקדש שוב לא מהני דהוי כשכירות כיון דגם אם לא תתקדש יהי' נעשה הטובה ונמחל המלוה הוי רק כשכירות וכיון דישנה לשכירות הוי מלוה ואינה מקודשת כנ"ל. ומיושב ממילא קושית הר"ן והלח"מ דשפיר הוצרך הרמב"ם לומר הטעם בשכירות משום דישנה לשכירות כו' דאל"ה היתה מקודשת בהנאה לחוד שפיר כנ"ל ומה דלא מהני ההנאה הוא רק משום דקי"ל ישנה לשכירות כו' ופ' הרמב"ם שפיר דבמחילת מלוה לא מהני בין בהנ"ל ובין במוחל כנ"ל.

וכן בארווח לה זימנא אח"כ גם כן לא מהני כנ"ל דבכ"מ הוי שניהם שהנתינה הוא קודם הקדושין וההנאה בא ע"י הקדושין שא"צ להחזיר משא"כ בהנ"ל. או י"ל דשם אומר מקודם בשכר שאדבר עליך אבל כאן אומר בשעת הדיבור של מחילה כנ"ל: ולדעת הרי"ף ורש"י צ"ל דגם במוחל שתתקדש הוי נתינה כיון שנותן לה אם תתרצה להתקדש לו וכיון שמחילה מועלת בדיבור הוי זה נתינה משא"כ לענין כתובה במה נתחייב הוא דנמשך רק ממה שמקודשת או כרשב"א דלא מהני כנ"ל, או דסברי גם באופן הב' דמהני ולא קשה משכירות כנ"ל די"ל דסברי דגם שמהני באמר התקדשי לי בהנאה זו שלא תצטרך לשלם כשאעשה לך כו' רק התם בקדשה בסתם לא מהני כמו במלוה דאין דעתה על הנאת מחילה בסתם רק באומר כנ"ל.

ונראה דהם סוברים החילוק בין שאר כסות הנ"ל דשם הקדושין הם סיבה לזה החיוב ולא שייך שתתקדש ע"י זה משא"כ כאן שהם ב' דברים נפרדים המחילה והקדושין ואינם תלויין זה בזה רק דמוחל שתתקדש לו ובלא"ה אינו רוצה למחול ומהני שפיר

כיון שאומר שמוחל לה ותתקדש בזה באים בב"א שקונה היא ומתקדשת כיון שמקבלת כנ"ל ההנאת מחילה והוי כנותן חפץ שתתקדש דבשעת הנתינה מקדשה כן כאן כיון דמחילה מהני בדיבור מוחל ומקדשה ועדיף מגיטו וידו באין כאחת כו'.

שהנתינה והקדושין הם כא' דבשעת הקדושין נמחל כנ"ל. ולהרמב"ם י"ל החילוק דבשלמא במכר הנקנה בחליפין וכיון שזכה זה קנה זה החפץ וא"כ כשפסקו ביניהם אתן לך בעד החפץ דמי החוב שאתה חייב לי מהני שפיר כשאומר אח"כ איני מוחל לך החוב ובזה נקנה החפץ דכיון דדמי החוב הם דמי שווי החפץ וא"כ מוחל שנקנה דבמחילה זו נקנה לו החפץ כמו שנתן לו דמים בעדו ולא שייך שקודם הקנין לא נתן כנ"ל.

דהא נותן לו ובנתינה זו נקנה לו כנ"ל. משא"כ באשה דבתורת חליפין לא מהני רק בכסף וצריך אמירה שמקדשה ואין הכסף דמי האשה רק שאמרה התורה שבדיבור ח"י לקדשה רק כשנותן לה כסף יכול לקדשה בכסף זה שנותן ואם כן כיון שמחילה הוא רק כשתתקדש א"כ לא מהני שמקדשה בכסף שנותן דהא לא נתן כלל בלא הקדושין ולא מהני כנ"ל ומיושב בזה דברי הרמב"ם שפ' במכר דקונה אף במלוה גבי החליף דמי שור בפרה ע"ש ותמהו עליו מש"ס דקדושין ולמ"ש מיושב דלהרמב"ם ז"ל לטעמיה כאן אין חילוק דאף במקדש במלוה לחוד ג"כ כונתו על המחילת מלוה רק דמ"מ לא מהני בקדושין כנ"ל.

אבל שם שהוא בתורת חליפין שפיר מהני במלוה דהא מוחל לו כנ"ל. ובש"ס פריך שפיר דבעי לאוקמי פלוגתייהו במלוה להוצאה כו' ופליגי בגוף המלוה וזה לא מהני גם במכר או כיון דתני ושוין במכר לא קאי אחליפין דהא קאי אקנין דאשה דלא מהני חליפין כנ"ל.

או י"ל דתוס' סברי כמ"ש הרשב"א שהקשה בשכירות למה לא מהני משום מלוה הא גבי קדשה לאחר ל' מהני אף שנתאכלו המעות דל"ד למלוה כיון דמעיקרא בתורת קדושין יהיב כו' וגם כאן תחילת המעשה היה לשם קדושין ותירץ דכאן אינו בב"א דכל פרוטה ופרוטה כשעשה פרוטה הא' לא היה עדיין פרוטה השנית ובשעה שעושה הב' כבר נתאכלה הא' שהם כבר מלוה כיון דישנה לשכירות כו' דלא חזי לאצטרופי דבשעתא דאיתא להאי ליתא להאי פרוטה משא"כ התם שנותן לה כל המעות בב"א ע"ש בקדושין גבי עשה לי שיריים כו'.

וא"כ י"ל דבמחילת מלוה שבא בפעם א' בשעת המחילה הכל שוב מהני באופן הב' הנ"ל דהא לשם קדושין יהבה כו' ולא הוי מלוה דמצטרף שפיר דהא בב"א אך משמע מדברי הפ' דהא בע"מ שאדבר עליך לשלטון דלא מהני משום ישנה לשכירות כו'. ואף

שאינו אלא דיבור אחד שמדבר עליה ושוה פרוטה דיבור זה אעפ"כ לא מהני כשאינו נותן לה אי ישנה לשכירות כו' ואף שבא בב"א וליכא הטעם דלא חזי לאיצטרופי כנ"ל. ודוחק לומר דדוקא בצריך לדבר הרבה כו': וע"כ צ"ל כנ"ל משום דהפעולה לא יתבטל כנ"ל משא"כ במחילה כנ"ל. או י"ל דכאן כיון דהפעולה הוא שנמחל החוב ואינה חייבת וא"כ אף שלא תתבטל המחילה מ"מ כיון שחייבת משום שכירות הוי כנתבטל הפעולה דהא עדיין חייבת מה שאינו כן התם שהפעולה הוא דבר אחר וזה יתקיים כנ"ל.

או דהפי' הפשוט לדברי תוס' דהחילוק בין אי ישנה לשכירות כו' או לא הוא רק משום שמקדשה בסתם ולכך אי ישנה כו' ויש מלוה עלי' קודם חלות הקדושין דעתה אמלוה היינו אגוף החוב שהיא חייבת ולא אמחילה כנ"ל משא"כ אי אינה לשכירות לא שייך דדעתה אגוף החוב דהא אין חוב בעולם קודם הקדושין רק אהנאה שלא יהיה חוב וזה מהני כנ"ל.

ולכך כשאמר בהנאת מחילה שוב מהני אף אי ישנה כו' כנ"ל: הב"ש כ' דהא דאינה מקודשת קאי רק אארווח זימנא אבל בהנאת מחילה לכ"ע מקודשת ע"ש ובאמת לא משמע כן מדברי שע' ותמה אני עליו שלא ראה דברי ה' המגיד פ"ז מה' כירה שכ' להדיא דלהרמב"ם ז"ל הוי מחילת מלוה כמו מלוה עצמו ואינה מקודשת דלכך דחה ש"ס דקדושין במכר מהא דהחליף דמי שור כו' דלדידי' לא מצי לאוקמי בהנאת מחילה דג"כ לא מהני ע"ש וכן פ"ה שם הביא בשם הרמב"ן והרשב"א ג"כ דדוקא לדעת הרי"ף ותוס' מצינן לאוקמי בהנאת מחילה ולא לרמב"ם ור"ח ע"ש וכן כ' הנ"י שם.

וכן בתוס' רי"ד ריש קדושין (דף ז) מבואר דלהר"ח לא מהני במחילת מלוה ג"כ וכן משמע מכל הפוסקים שם שכ דלא עדיף הנאת מלוה ממלוה עצמה ע"ש. ונראה דגם במחילה הוי ספק קדושין כנ"ל: (כג) היתה חייבת לאחרים ובא א' ונתן פרוטה למלוה וקדשה בזה שירויח לה הזמן מקודשת כו'.

וזה פי' התוס' שפירשו בארווח לה זימנא כו' ע"ש. ולכאורה קשה הא תן מנה לפלוני ואתקדש מקודשת ולמה ליה כאן הנאה שמרויח הזמן הא בל"ז מקודשת במה שנותן הפרוטה לאחר כו'.

אך לא קשה דהא דוקא כשצותה לו ליתן תן מנה כו' אבל בנותן מעצמו לא שייך זה ולכך צריך הרוחת זמן כנ"ל. אמנם קשה לכאורה דהא קי"ל דהפורע חובו של חבירו פטור מטעם מפייס הוינא ליה כו' ובמודר הנאה קי"ל דפורע לו את חובו דלא מיקרי הנאה כלל מה שפורע לו את חובי דבלא"ה הוי מוחל לו ע"ש בנדרים.

וא"כ בשלמא במקדשה הוא עצמו במחילת מלוה מהני שפיר דלא שייך טעם הנ"ל דנימא דאין זה הנאה דז"א דהא הוא עצמו המוחל עבור זה דדוקא התם שהאחר פורע כו'. אך בדין הנ"ל שכ' תוס' דאחר נותן פרוטה שירויח המלוה הזמן או שימחול למה תתקדש בהנאה זו הא אין זה הנאה כלל מה שהאחר פורע חובה.

ובלא"ה היה מרויח לה זמן דכיון דמותר במודר הנאה ע"כ דאין שום ספק שיהיה הנאה כנ"ל. ובשלמא בצותה לו ליתן הוי מדעתה והוי שפיר הנאה.

אך בכה"ג הוי תן מנה לפלוני כנ"ל וע"כ שלא צותה ונתן וקשה כנ"ל ממ"נ דאי נתן בצוויה אין צורך להנאה של הרוחת זמן ואי שלא בצווי' לא מהני הרוחת זמן או המחילה כנ"ל וי"ל דאיירי דבשעת נתינה שנותן הפרוטה להמלוה אומר הרי את מקודשת בהנאה זו דמטעם תן מנה כו' ליכא כיון שלא אמרה מקודם ואף שאומרת הן ומתרצית בנתינה זו מ"מ לא היה מועיל כיון שלא אמרה מקודם ולענין פורע חובו ליכא ג"כ דאינו שלא מדעתה כיון דרוצית להתקדש עבור זה כנ"ל.

או י"ל דדוקא במודר הנאה דאינו אסור רק גוף ההנאה אבל מה שגורם הנאה אינו אסור כמ"ש הר"ן ותוס' שם לכך מותר פורע חובו. דלכאורה קשה למ"ש רש"י ז"ל גבי הנאת מחילה בשכר שהיית צריך ליתן פרוטה לפייסני שאמחול לך כו' וא"כ למה מותר במודר הנאה נהי דאמר מפייס הוינא כו' מ"מ שייך שמרויח הפרוטה שהיה צריך ליתן שיפייסו שימחול ונהי דעל גוף החוב אין הנאה מ"מ יהיה אסור מחמת הנאת פרוטה זו שהיה נותן כנ"ל.

אך שם א"ש דלענין פרוטה זו הוי רק גורם הנאה וזה מותר במודר הנאה ולענין גוף החוב אין הנאה כנ"ל. אבל בקדושין דמהני אף גורם של הנאה שוב שייך טעם רש"י דנהי דלענין גוף החוב הוי פורע חובו מ"מ מרוחת פרוטה זו לפייס כנ"ל ולכאורה קשה כאן הא אדבר עליך לשלטון אינה מקודשת דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף והוי מלוה כו' וא"כ למה מהני כאן מה חילוק שמדבר לשלטון טובה או שמדבר למלוה שלו שימחול לו וגם כאן הוי רק שכירות והוי מלוה כנ"ל.

אך י"ל הטעם מ"ש לעיל דשם לא יתבטל הפעולה או הדיבור משא"כ כאן נותן לו הפרוטה למלוה רק שתתקדש היא ואי לא תתקדש יצטרך המלוה להחזיר ויתבטל המחילה כנ"ל אך בנותן בסתם למלוה לא יהיה מועיל. וי"ל דהא מה שנותן לאחר הוי ג"כ נתינה דמהני מערב.

רק בלא אמרה מקודם הוי נתינה שאין בה הנאה דהנאה הוא רק שנעשה דיבורה כנ"ל וא"כ כאן הוי שוב נתינה שיש בו הנאה שמוחל כנ"ל ומקודשת בגוף הנתינה ולא קשה

ג"כ מפורע חובו כנ"ל. עוד י"ל דשם אומר מקודם בשכר שאדבר משא"כ כאן שאומר בשעת הדיבור.

עוד יש לחלק סעיף יא (כד) הי' לו אצלה מלוה על משכון כו' וקדשה באותה מלוה והחזיר כו' ולה המשכון כו' זה לפי' הרמב"ם ז"ל ושאר פ' דלא איירי כלל באמת בהנאת מחילת מלוה רק בסתם, ואעפ"כ מקודשת מדר"י ב"י כיון שהחזיר לה המשכון כנ"ל. ולכאורה איני מובן בשלמא לרמב"ם ז"ל א"ש דלטעמי' דאין חלוק בין מלוה למחילת מלוה וגם בקדש במלוה סתם הוא מוחלרק דמ"מ לא מהני דבעינן נתינה ובהנאה לחוד לא מיקדשה כנ"ל ולכך באן כשמחזיר המשכון דיש כאן נתינה מהני וכמ"ש הרמב"ם להדיא הרי יש חבר קיים כו' אבל לשאר פ' הנ"ל דבמלוה סתם אינו מוחל כלל מאי מהני אף שמחזיר המשכון כיון שהוא משכון בשעת הלואה דלא קנאו כלל וגוף המעות אינו בעין כנ"ל.

וצ"ל הטעם דהא אף כשאינו מקדשה כלל בגוף המלוה רק שיחזיר לה המשכון ויאמר התקדשי בזה שאני מחזיר לך המשכון נראה דגם כן מקודשת אף במשכון בשעת הלואה דנהי דלא קנה המשכון מ"מ זכות יש לו בהמשכון שאינו מחויב להחזירו כל זמן שאינו פורע לו וזה אליבא דכ"ע רק הא דאינו קונה היינו שאינו נקרא שלו עבור זכות זה אבל עכ"פ אינו חייב להחזירו כנ"ל.

וא"כ כיון דמבואר בש"ע לקמן סי' י"ט דאף בשואל חפץ כשהודיעה שהוא שאול מקודשת בהנאת שימוש הכלי שתוכל להשתמש עד הזמן ע"ש. וא"כ גם כאן מקודשת במה שמחזיר לה המשכון ותוכל להשתמש בו ובלא הקדושין לא היתה יכולה להשתמש כל זמן שלא היתה פורעת לו כנ"ל וכיון שהיא יודעת שהוא משכונה לא גרע מיודעת שהוא שאול כנ"ל והיתה מקודשת.

וא"כ ממילא גם שמקדשה בגוף המלוה ג"כ הוי כמלוה ופרוטה דדעתה אפרוטה. וכיון שחזרת המשכון הוי דבר בעין מהני אף שקדשה בהמלוה ג"כ דעתה על חזרת המשכון כנ"ל.

ואף דלעיל בשט"ח בעינן שיזכיר השט"ח דוקא שיאמר התקדשי לי בשטר חוב כו' ויש לחלק בין שט"ח למשכון כנ"ל. או י"ל הטעם כמ"ש הרא"ש ז"ל שם בקדושין (דף ח ע"ב) ז"ל דחזרת הך משכון הוי כמחילת מלוה כו' ע"ש ומשמע דבמה שמחזיר המשכון הוי לאומר בפי' במחילת מלוה ולכך מהני כנ"ל.

אך קשה א"כ למה במלוה שיש לו עלי' בשטר נימא ג"כ כשמחזיר השטר דהוי כאומר במחילת מלוה דמאי חילוק לענין זה ואף שאין בנייר ש"פ תהיה מקודשת כנ"ל ויש

לחלק בדוחק. ויותר נראה דכונתו כמ"ש דהוי כמחילת מלוה והיינו כמו דמהני במחילת כו' משום דהא נותן לה החיוב שיש לו עלי' משא"כ במלוה דגוף המלוה אין לו כלום כנ"ל וגם כאן כיון שמחזיר המשכון ונותן לה זה הזכות שיש לו בהמשכון ונהנית בזה מהני כמו מחילת מלוה ושוב אף דקדשה במלוה ג"כ הוי מלוה ופרוטה כנ"ל.
אבל אין כונתו כלל דיהיה כאומר בהנאת מחילת מלוה כנ"ל. ולא קשה משטר כלל כנ"ל כיון שאין הנייר ש"פ לא מהני כנ"ל.
או י"ל דהא הרא"ש ז"ל פוסק כשמואל סוף פרק שבועות הדיינין דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ואף בלא פירש מ"מ כנגד דמי המשכון הוי כפירש שמקבלו בעד מה ששוה ע"ש. והיינו דהוי כקונה אותו בדמי שוויו שאם לא יחזירנו לו יפסיד כו' א"כ כשנותן אח"כ ללוה במתנה המשכון כנ"ל א"כ שפיר מפסיד דמי החוב שכנגד המשכון דהא קונה אותו לזה וכיון שנותן לו הזכות שיש לו בהמשכון היינו הקנין שיש לו בו שהוא דאם מחזיר המשכון צריך לשלם ואי לאו יפסיד א"כ נותן לו זה הזכות וממילא מפסיד דמי החוב כנ"ל.
ועוד דהא אינו מחזיר לו ומפסיד כמו אלו מכרו לאחר שאינו מחזיר כו' שהיה מפסיד וגם זה לא מיקרי חזרה מה שמוכר לו כיון שאינו מחזירו לגבות חובו כנ"ל. כמ"ש הר"ן לעיל דצריך לשלם לה גזילותה דאף שקדשה בו לא מיקרי חזרה דאלו הי' זה חזרה לא היה מחויב בדמיו דכשמחזיר החפץ אינו חייב בדמיו ומה בכך שכתב שהוא רוצה שישלם כו' מ"מ במה נתחייב.
רק דהא חייב בתשלומין משעת גזילה כשלא יחזיר גוף החפץ ומה שמחזיר לקדשה בו אינו חזרה דהא מכרו לה וחייב עדיין בתשלומין כנ"ל. ויש לדחות.
וא"כ כאן הוי כאינו מחזיר כיון שמקדשה בו ושוב אבד אלפא זוזי דהוי כמכר המשכון לאחר כנ"ל אך ג"כ יש לדחות. אבל מ"מ מ"ש א"ש דכיון שקנאו בדמי שויו מדשמואל לכך שפיר כשמקדשה בהמשכון א"כ נותן לה דמי שויו מן החוב כנ"ל וכ' הרא"ש שפיר דהוי כמחילת מלוה דהא ג"כ א"ל לשלם לו מן החוב כנ"ל דהוי כנותן לה מן החוב דמי שויו של המשכון וכמחילת מלוה דמהני כנ"ל.
ושוב לא קשה ג"כ משטר דכשאינו ש"פ שוב לא מהני. וגם דלא שיך דשמואל בהנייר של שטר כמ"ש הה"מ דא"כ באבד השטר יהיה אבדו מעותיו לשמואל וע"כ דלא שייך כנ"ל כיון שלא קבלו למשכון כנ"ל: ובזה נ"ל ליישב מאי דקשה שם בדברי הרא"ש שהוכיח דבמשכון דאחרים בשעת הלואתו לא קנאו ואינה מקודשת כשקידשה בו דלא כתוס' והוכיח מהא דעשה לי שיריים נזמים כו' דאי ישנה לשבירות הוי מלוה כו' והא תפיס

לי' אאגרי' והוי המשכון ולמה אינה מקודשת ומוכח דמשכון בשעת הלואה לא קנה ואינה מקודשת.

וכ' אח"כ וה"מ במשכון דאחרים אבל במשכון דידה מקודשת דהוי כמחילת מלוה כו' ע"ש והוא תמוה דא"כ עדיין קשה מהא דעשה לי שירים כו' דהא התם הוי משכון דידה ע"כ לא סבר כסברת הרמב"ן לחלק בין קיבלו בתורת משכון כנ"ל דאל"ה לא קשה על משכון דאחרים כנ"ל. וא"כ גם לדידיה קשה כנ"ל ולמ"ש מיושב דהא כל הטעם דהוי כמחילת מלוה הוא מטעמא דשמואל וא"כ גבי אומן לא שייך זה דלא הוי כלל כאלו פירש כיון שלא קיבלו למשכון ולכך אינה מקודשת משא"כ אי נימא דגם במשכון דאחרים מקודשת דקנאו משום דתפיס לענין זה סובר שפיר דאין חילוק וגם גבי אומן היתה מקודשת דקנאו כיון דתפיס ליה אף שלא קיבלו למשכון כנ"ל: ובפשיטות י"ל דברי הרא"ש הנ"ל.

אם נפרש כפשוטו דחזרת המשכון הוי מחילת מלוה והינו דאם מקדש במלוה סתם וזה לא מהני ואף שכונתו על המחילה הוי דברים שבלב דאין כאן מעשה המורה כלל על המחילה כנ"ל. מה שא"כ כשמחזיר לה המשכון דמעשה זו מורה שמחל והוי אומדנא דמוכח ואף שאינו אומר בפירוש שמוחל מהני ג"כ כמו בכל אומדנא דמוכח כנ"ל.

וממילא מיושב דבעשה לי שירים אין החזרה מורה כלל שמוחל לה השכירות דהא צריך להחזירו ולא קיבלו למשכון שיתפוס אותו ולא יחזירנו. ואינו מורה כלל שמוחל במה שמחזיר ושוב הוי כמו כל מקדש במלוה דלא מהני כנ"ל.

משא"כ אי נימא דקנאו והוא שלו במשכון דאחרים ממילא גם במשכון דידה היתה מקודשת גם באומן כנ"ל ומייתי שפיר ראיה כנ"ל. ולכאורה קשה אף דלא קנה המשכון בשעת הלואתו מכל מקום הגם בגזל דידה מקודשת בשאמרה הן או שדיך דאמרינן אקנויי אקני ליה כו' רק בשתיקה שייך דידי שקלי ואינה רוצה כלל להתקדש אבל אי לא הוי שייך דידי שקלי הוי אמרינן גם בשתיקה דאקני ליה כו'.

וא"כ נימא גם במשכון דידה דאקנויי אקני ליה באמרה הן וגם בשתיקה מ"מ לא שייך דידי שקלי ואין רצונה להתקדש דאם אינה רוצה אינו שלה כל זמן שלא פרעה לו דהא משכון בידה ויהיה שייך אקנויי אקני ליה ותהיה מקודשת כנ"ל: וצ"ל דוקא התם דיודעת שאין מקדשין בגזל ואקני ליה משא"כ כאן דסוברת שמתקדשת בהמלוה כו', ואף למ"ד בכתובות פ' המדיר דגם מקדש במלוה ובעל אמרין אדם יודע שאין שקדשין במלוה וגם בזה לא טעו אינשי וע"כ דגם היא יודעת דאל"ה לא היה מהני ע"ש.

ולכאורה שייך גם כאן דאקני ליה כו' מ"מ י"ל כיון דחזינן דמקדש במלוה הא חזינן דטעי. או שיודע ואינו רוצה דקי"ל כרבנן דאדם מוציא דבריו לבטלה.
ודוקא בבעל משום חזקה כו'. או בגזל שאומר בפירוש שמקדשה בזה משא"כ בהנ"ל שמקדשה בהמלוה.
וגם בל"ז יש לחלק בין שהיה בידו מקודם בתורת גזל ללא גזל מקודם. אך במהרי"ט כתב גם גבי מלוה דשייך אקני לה כו' או דאף דבמקדש במלוה לא טעו אינשי מ"מ במלוה שיש עלי' משכון ודאי טעי ואי באמת לא היה קונה לקדש בו' לא היה שייך אקנויי אקני ליה כנ"ל ועוד יש לדחות החילוק שבין שטר דמבואר בש"ע דכשלא הזכיר בשט"ח לא מהני אף שהחזיר לה השטר ויש בו שוה פרוטה כיון שאמר התקדשי לי במלוה סתם ודוקא שהזכיר התקדשי לי בשט"ח ע"ש.
וכאן במשכון מהני אף שלא אמר התקדשי במשכון רק סתם במלוה ותחזיר המשכון ג"כ מהני כנ"ל. וצ"ל דשם שלא לקח הנייר של השט"ח כלל בתורת שויו רק לראיה ואין דעתו על הנייר כל זמן שלא הזכירו משא"כ במשכון שקיבלו עבור שוויו שפיר מהני כנ"ל.
אך במלוה ופרוטה יהיה מהני אף שלא הזכיר הפרוטה ויש לחלק: (כח) וי"א שאפי' לא החזיר לה מקודשת כו'. לכאורה דברי הש"ע תמוהים.
דהנה תוס' שכתבו דאף בלא החזיר המשכון מקודשת היינו משום דפירשו דאמר בהנאת מסילת מלוה בפירוש והקשו הא גם בלא משכון מהני. ותירצו דקמ"ל אף שלא החזיר סמכה דעתה ע"ש.
והיינו כיון דמהני המחילה ודאי מקודשת מה בכך שלא החזיר הא מ"מ יש כאן הנאת מחילה כו'. והנה הרמב"ם ז"ל ושאר פ' שכ' דאיירי בקדשה במלוה סתם לא בהנאה כו' כתבו באמת דאיירי בהחזיר המשכון ושפיר מקודשת בהחזרת המשכון כמ"ש הרמב"ם להדיא.
אבל בש"ע לכאורה ארכבה אתרי ריכשי שכ' על מקדש במלוה ולא במחילת כו' הי"א דגם בלא החזיר מקודשת וזה תימה דמה נותן לה כיון שאינו מחזיר המשכון וקדשה בגוף המלוה אין כאן נתינה ולא הנאה ומה בכך שיש משכון בידו על המלוה הא בלא החזיר לא עדיף מאלו לא היה לו משכון כלל.
דלמ"ש תוס' אדרבה גרע כשיש לו משכון ואינו מחזיר דזה עוקר הרבותא דמהני במחילת מלוה כשלא החזיר כו', ולמה יועיל להי"א כיון שקידש בגוף המלוה כנ"ל: אמנם באמת אף דמדברי תוס' לא מוכח מ"מ דברי המחבר אמורים בהרא"ש ז"ל י"ט

שכ' ונראה דאפילו אינו מחזיר לה המשכון רק שאמר הרי את מקודשת במלוה שאת חייבת לי על המשכון שלך שבידי מקודשת ע"ש.
ומבואר ג"כ שלא אמר בהנאת מחילה כו' רק בגוף המלוה ומ"מ מהני אף שלא החזיר המשכון וג"כ תמוה למה יהיה מהני. והרא"ש בעצמו (ד' ח' ע"ב) כתב דחזרת הך משכון הוי כמחילה ע"ש ואח"כ כתב דגם בלא החזיר כו' וקשה כנ"ל בשלמא בהחזיר הוי כמחילה כו' או דנותן לה שתוכל להשתמש בגוף המשכון משא"כ בלא החייר כנ"ל.
ובפסקי הרא"ש כתב ג"כ דקדשה במלוה כו' ולא החזיר ג"כ מקודשת כנ"ל ע"ש וכן בטור כאן ע"ש: ונראה די"ל. דהנה לדעת הרמב"ם ז"ל דגם במקדש במלוה סתם יש בכללו ג"כ מחילת מלוה דהוי כאלו מוחל רק דלא מהני דגם באומר בהנאת מחילה לא מהני להרמב"ם ז"ל כיון דליכא נתינה לא מיקדשא בהנאה לחוד.
והנה הב"ש כתב לקמן סי' כ"ט בשם הרש"ך דכשמקנה לה בק"ס הטבעת דיש תחת ידו אף שאינו נותנו לה מהני כיון דקנתה הטבעת שבידו בק"ס ע"ש. ואף דהב"ש כתב שם דלהרשב"א והפ' במשכון דמשום דאגיד גביה לא מהני ממילא גם בכה"ג לא מהני דאגיד גביה ע"ש.
באמת אין דבריו מובנים כלל דמאי זה ענין לאגיד גביה הא כיון שקנתה היא הטבעת והוי רק פקדון בידו ומה בכך שהוא בידו הא כל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא ואינו אגיד גביה כלל. ודוקא בחיוב כתב הרשב"א ז"ל שפיר דהיא לא קנתה שום דבר רק שיש לה שיעבוד עליו וגוף הכסף הוי שלו ואגיד גביה כנ"ל.
משא"כ בכה"ג שפיר מהני. וא"כ להנ"ל י"ל שפיר דגם כאן דקדשה במלוה סתם אף שלא החזיר המשכון מהני דהא באמת מוחל המלוה רק דבכל מקום ליכא נתינה כנ"ל וכאן במחילה זו קנתה המשכון והוא מחויב להחזירו לה ואינו יכול לתופסו עוד והוי רק פקדון בידו והוי כנותן לה המשכון אף שלא החזירו וכמו שהקנה לה בקנין החפץ שבידו כנ"ל.
ויש כאן נתינה ושוב מהני שפיר כנ"ל: אך הרמב"ם ז"ל שכ' דבעינן החזיר דוקא י"ל דסבר כיון שגם מקודם לא היה שלו דבשעת הלואתו לא קני משכון ש הוי נתינה כל זמן שאינו מחזיר עתה ואין לה הנאה זו עדיין כנ"ל. והפ' הנ"ל סברי כיון דיהיה מחויב להחזיר לה א"כ נותן לה זה שיהיה צריך להחזירו ותוכל לכופו שיחזירנו כמו פקדון כנ"ל: אמנם הרא"ש ז"ל ושאר פ' דסברי דכשאומר בהנאת מחילה מהני רק דבמלוה סתם אין כלל בכללו מחילת המלוה וקשה שפיר כנ"ל, דהא לא מחל כלל וכיון דגוף הקדושין במלוה לא מהני עדיין יכול לתפוס המשכון ומנה אין כאן כו'.

אמנם י"ל דגם להפ' הנ"ל א"ש למ"ש הר"ן ז"ל דיש לומר גם לדבריהם דיש בכללו מחילת המלוה אף שמקדש במלוה סתם. רק דכשאומר סתם במלוה דעתה על גוף המעות לא על המחילה כנ"ל.

וגוף המעות ליתא כו' ע"ש. ואף דהא במלוה ופרוטה קי"ל דדעתה אפרוטה ונימא גם גם כאן דדעתה על המחילה וצ"ל דדוקא, על דבר שהוא בעין דעתה כמו בפרוטה כו'.

אבל כאן גם ההנאת מחילה אינו נתינת דבר בעין ולא מהני כנ"ל, וא"כ ממילא א"ש כיון דאמרינן במקנה החפץ בקנין מהני כו'. וא"כ ממילא נראה כשמקדשה במלוה ומקנה לה ג"כ חפץ שיש בידו בק"ס ודאי דהוי כמלוה ופרוטה כו' כיון שזה הוי נתינה דעתה על החפץ כנ"ל וא"כ כאן דכיון שיש בו מחילת מלוה ג"כ ממילא שפיר דעתה על המחילת מלוה דע"י המחילה קנתה המשכון ונעשה פקדון בידו והוי המחילה נתינת דבר בעין וכמלוה ופרוטה ודעתה אפרוטה וכ' הרא"ש ז"ל שפיר דאף בלא החזיר המשכון מקודשת אף שקדשה סתם במלוה כיון דיש בכללו המחילה גם כן וכאן הוי זה דבר בעין כמו הפרוטה כנ"ל וכן בטור וש"פ כנ"ל: עוד י"ל דהא רש"י ז"ל פ' המדיר פי' דבמחילת מלוה גם כן לא מהני רק בהנאת מחילת כו' והיינו כמ"ש רש"י ז"ל בקדושין בהנאה זו שהיית צריך ליתן לאדם לפייסני למחול לך כו'.

והתוס' דחו שם דברי רש"י למה לא תתקדש במחילת מלוה הא אית לה הנאה ע"ש. וכן תמוה למה הוצרך רש"י ז"ל לומר מה שהיית צריך ליתן פרוטה ולמה לא פי' כפשוטו דהנאה זו שוה פרוטה כו' ויש ליישב כמ"ש לעיל דהא קי"ל במודר הנאה דפורע לו את חובו דכיון דקי"ל פורע חובו שלא מדעתו פטור דמפייס הוינא ליה ומחל לי כו' אין זה חשיב הנאה כלל ומותר ע"ש.

וא"כ כאן סובר רש"י ז"ל דאינה מקודשת בהנאה זו שמוחל המלוה דאין זה כלל הנאה השוה פרוטה ואף דהא מוחל עתה מ"מ ע"י הקדושין אינו מגיע לה הנאה דגם בלא הקדושין היתה מפייסת ומחיל לה ואינה נוטלת כלום עבור הקדושין כיון דחזינן דמותר במודר הנאה כנ"ל. ואף דהא דפטור הוא דוקא שלא מדעתו משא"כ מדעתו וכאן מתקדשת עבור זה מדעתה.

מ"מ י"ל, דרש"י ז"ל סובר דכמ"ש הר"ן ז"ל ריש קדושין במקדשה בחפץ שאינו שוה פרוטה אף דהיא אומרת לדידי שוה לי לא מהני ע"ש. ואם כן י"ל גם כאן כיון דגוף הדבר אינו שוה המחילה כנ"ל רק משום שהוא מדעתה הוי כאומרת לדידי שוה לי דלא מהני כנ"ל ולא כמ"ש לעיל ע"ש ולכך פי' רש"י ז"ל בשכר שהיית נותן פרוטה לפייסני כו' דעל זה שפיר אף דפורע חובו פטור מטעם מפייס הוינא כו' מ"מ הא מקודשת בשכר

זה שהיתה נותנת לאדם לפייס וגם זה שוה פרוטה וכמ"ש לעיל ע"ש: ולכך באומר סתם במחילת מלוה לא מהני רק באומר בהנאת מחילת מלוה היינו בשכר כנ"ל, וא"כ י"ל דהרא"ש סובר ג"כ דבמקדש במלוה סתם יש ג"כ בכללו שפיר המחילת מלוה רק דמ"מ לא מהני דסובר כרש"י ז"ל הנ"ל דכיון שלא אמר בהנאת מחילה לא מהני וזה ודאי אינו בכלל במקדש במלוה סתם.

ולא מהני דהוי כפורע חובו כנ"ל. וממילא מיושב הנ"ל דמבואר בח"מ בפורע חובו דכשהיה למלוה משכון חייב לטעם הנ"ל דמפייס הוינא כו' לא שייך כיון שיש משכון בידו ע"ש.

וא"כ שפיר פסק הרא"ש וש"ע דביש לו משכון בידו מקודשת אף שקדשה במלוה סתם ולא החזיר לה המשכון דהא נכלל ג"כ מחילת מלוה ומקודשת בזה דאף שאין בכללו כאלו אמר בהנאת מחילה מ"מ מהני דכאן הוי גוף המחילה הנאה ומתקדשת בו כיון שיש משכון בידו ולא שייך מפייס הוינא ליה כו' וההנאה גופיה שוה פרוטה ומקודשת גם במלוה סתם כו' דאף שלא אמר בהנאה מהני כנ"ל.

ואף להפ' דפורע חובו פטור גם ביש משכון ביד המלוה ע"ש היינו משום דאף דלא שייך מפייס הוינא כו' מ"מ שייך טעם הב' שם דלא מיקרי הצילו מן הפסד כיון שהיה חייב באמת אין זה הפסד ע"ש. וטעם זה לא שייך כאן דשוב ההנאה ש"פ ומהני כנ"ל: הנה תוס' פירשו דבש"ס איירי בלא החזיר המשכון וס"ד דלא סמכא דעתה ויליף מדר' יוסי בר"י כו' ותמהו דהא ביעוד מחזיר המשכון ותירצו דמשמע ליה דלאו בחזרת המשכון מיקדשה רק בגוף המחילה ע"ש.

ותמוה כמ"ש מהרש"א נהי דמקדשה ביעוד במחילת המלוה עכ"פ לא שייך דלא סמכא דעתה כיון שהמשכון מוחזר ע"ש. ועוד קשה איך משמע ליה דלאו בחזרת המשכון מיקדשא.

וי"ל דסברי דאי אמרינן כהפוסקים בח"מ דמהני מחילה במלוה שיש לו עלי' משכון אף שלא החזיר המשכון ע"ש. ממילא מקודשת דלא שייך כלל לא סמכא דעתה, דהא, לא גרע מאמר התקדשי לי במנה ונתן דינר דמקודשת וישלים ולא שייך כסיפא לה כו' וכן כאן כיון דע"פ הדין מחויב להחזיר לה המשכון כיון שמחל המלוה ותוכל לכופו בב"ד שפיר סמכא דעתה דלא כסיפא לה כו' דהא הוי כמנה חסר צ"ט כו'.

גם שם אינו אלא חיוב משא"כ כאן דהוי חפץ שלה. וא"ל כמ"ש הב"ש ריש ס' ל' בחצר או בעבד דלא סמכא דעתה שמא יאבד ע"ש וגם כאן אחר שנמחל המלוה אינו רק ש"ח על המשכון ולא סמכא דעתה שמא יאבד או יגנוב ממנו כנ"ל דיהיה פטור.

ואף אי חייב כש"ש מ"מ שמא יאבד קצת ויהיה מנה חסר דינר דכסיפא לה כו'. וכן בהדין של הרש"ך בהקנה הטבעת בק"ס נימא ג"כ כנ"ל.
אך ז"א דבהיה לו פיקדון ביד אחריסוהקנהו במעמ"ש מקודשת. ונימא ג"כ כנ"ל דלא סמכא דעתה שמא יאבד וע"כ דלא שייך כנ"ל: ולכך י"ל דבאמת אי מהני המחילה סמכא דעתה שפיר כנ"ל רק דס"ד דלא מהני המחילה כל זמן שלא החזיר המשכון כדעת הפ' ע"ש.
רק דנראה דאף להפ' דלא מהני מ"מ הא יש ב' דברים כשיש לו משכון א' שא"צ להחזיר המשכון כל זמן שאינו פורע לו ועוד שיכול לתובעו שיפרע לו ויפדה משכונו כשמגיע הזמן. וממילא אף אי לא מהני המחילה כשאינו מחזיר כו' הי נו לענין זה שיהיה צריך להחזיר המשכון ע"י המחילה לזה לא מהני.
אבל על כל פנים אינו יכול לתבעו שישלם לו ויפדה המשכון דלענין תביעה זו הוי כשאר חיוב דמהני מחילה. דהוי רק תביעה גרידא כנ"ל.
וא"כ היתה מקודשת לכאורה גם להפ' דלא מהני מחילה כשאינו מחזיר דהא על כל פנים מהני המחילה שלא יוכל לתובעה ומקודשת בהנאה זו אך ע"ז שייך דלא סמכא דעתה כיון שלא יצטרך להחזיר משכונה וכך הוי ס"ד דלא מהני המחילה לענין שיצטרך להחזיר כו' וא"כ אף דמועיל שלא יתבענה מ"מ אינה מקודשת דלא סמכא דעתה וכמ"ש הב"ש כאן דלא סמכה דעתה אי לא מהני והוכיח מדר"י ב"י דמהני מחילה אף שאינו מחזיר המשכון כיון דמתקדשת ביעוד ומשמע ליה דלא בחזרת המשכון מיקדשא כו' דאי נימא דלא מהני מחילה כשאינו מחזיר כו' א"כ גם כאן ביעוד לא היה מועיל מחילה דאינו מחזיר כלל המשכון דמה דהוי חזרה היינו משום שהמחילה מועלת הוי ממילא כמוחזר.
אבל אי אמרינן כיון שישנו למשכון ת"י אין מחילה מועלת א"כ כיון דקודם המחילה היתה כמשכון אינו מועיל ולא הוי כלל חזרה כנ"ל. והוכיח שפיר דמחילה מועלת.
ושוב סמכה דעתה שפיר כיון שחייב להחזירו כנ"ל. ואף דאי מהני המחילה יהיה מוחזר מ"מ איך יועיל.
ולא דמי לגיטו וידו באין כאחת: ויתישב בזה מה דקשה לכאורה שכתבו תוס' עוד שם ומיהו לאו בהנאת גופה מיקדשה דהא ליכא שטר שיחרור כו' ולכאורה קשה דהא יוצאת בגירעון כסף וזה הוי קנין כמו שטר ושאר קנינים כמבואר במשנה. וא"כ כיון שכ' תוס' לענין רבית דזה הוי רבית גמור במה שמתקדשת דהוי כנותנת לו פרוטה מה שמתקדשת לו ע"ש.

וא"כ כאן י"ל שפיר דמקודשת בהנאת גופה ושפיר יוצאת לחירות בלא שטר שיחרור רק בגירעון כסף דכיון שמקדשה בכל הממון שחייבת לו עד שש א"כ מקבל ממנה שוה כסף מה ששוה עד שש ויוצאת בגירעון כנ"ל ויקנה לה גופה כמו בשטר. וי"ל שפיר דסבר עבד עברי גופו קנוי כנ"ל.

ולמ"ש א"ש דאיך נימא דהוי גירעון כסף מה שמתקדשת זה היה שפיר אם היא מקודשת אבל במה יתחילו הקדושין לחול הא בלא הקדושין אינו נותן לה כלום דכשאינה מקודשת אין גופה נקנה לה דאין כאן גירעון כו' וכל הנתינה היא נמשך רק מהקדושין אי מקודשת וממילא לא מהני כלל וע"כ דסבר אין גופה קנוי ליה כנ"ל: הב"ש כ' דלהפ' דלא מהני מחילה ביש בידו משכון לא סמכא דעתה כמו במעמד ג' ע"ש.

ואינו מובן למה לי' הטעם דלא סמכא דעתה הא בל"ז אינו נותן לה כלום כיון דלא מהני המחילה דבשלמא במעמד ג' דהקנין מהני ונותן לה החוב רק דיוכל למחול פליגי אי מהני ותלוי בסמכא דעתה משא"כ הכא דלא מהני ואין כאן נתינה כלל. ויש לפרש כמ"ש בדברי תוס' דהא עכ"פ גם להפ' הנ"ל מהני המחילה לענין שלא יוכל לתבעו כנ"ל רק דמ"מ כיון שא"צ להחזיר המשכון שייך לא סמכא דעתה והוצרך לטעם הנ"ל כנ"ל: עוד כתב הב"ש ודוחק לומר דהכא עדיף טפי דהוי כאלו קיבל מעותיו מה שמקדש אותה במעותיו ע"ש.

ולמ"ש מוכח מדברי תוס' דאי אפשר לומר כן דא"כ למה כתבו דלא מיקדשא בהקנאת גופה דאין כאן שטר כו'. וקשה כמ"ש אי נימא דזה הוא כמקבל מעותיו א"כ יוצאת בגירעון כסף כנ"ל.

וע"כ צ"ל כמ"ש וממילא גם כאן להפ' דלא מהני המחילה לא מהני דנימא דמה שמקדשה הוי כקיבל מעותיו כו' דכל זה הוא אי מקודשת אבל במה תתקדש דבלא הקדושין אין כאן נתינה דלא קיבל מעותיו ואין כאן מחילה דאינו מועיל כשאינו מחזיר המשכון דלא קיבל כנ"ל ולא מהני אך מ"מ י"ל דמהני דהא באמת מהני המחילה עכ"פ שלא יוכל לתובעה שתפרע לו.

ואם שוה הנאה זו פרוטה תתקדש בזה כמו בארוח לה זימנא כו' רק דנימא דמ"מ לא מהני כמו במלוה ופרוטה דדעתה אפרוטה על דבר שהוא בעין כו' וכן כאן דעתה על גוף המשכון שהוא בעין ולא מהני לענין שיצטרך להחזיר לה המשכון וממילא לא מהני כלל אף שש"פ הנאה זו כו'. וא"כ שוב י"ל כמ"ש הב"ש דחשיב כאלו קיבל מעותיו כו' והיינו דמקודשת בהנאה זו שלא יוכל לתובעה דזה ודאי מהני.

וא"ל דדעתה על המשכון כנ"ל דהא שפיר רצונה להתקדש בהנאה זו וממילא גם גוף המשכון יהיה שלה דאי מקודשת שוב הוי כאלו קיבל מעותיו ומהני המחילה גם על המשכון וי"ל שפיר דדעתה שתתקדש בההנאה שלא יוכל לתובעה וממילא גם גוף המשכון יתחייב להחזיר כנ"ל ושוב לא מוכח מדברי תוס' הנ"ל דהא התם ביעוד אינו יכול לתובעה כלל שתחזיר לו ואין כאן רק ההנאה של המשכון וממילא לא מהני להתקדש בהקנאת גופה בלא שטר שיחרור דאי אינה מקודשת אין כאן גירעון כו' כנ"ל דאין כאן נתינה אחרת רק המשכון משא"כ בשאר משכון כנ"ל.

ומ"מ יש לדחות כיון דאמרינן במלוה ופרוטה דאין דעתה על שניהם רק על הבעין כן כאן כנ"ל: לכאורה למ"ש הב"ש סי' כ"ט דגם בהקנה לה הטבעת בק"ס לא מהני להרשב"א משום דאגיד גבי' כיון שהוא תחת ידו עדיין ע"ש. א"כ גם כאן בלא החזיר לה המשכון לא יועיל נהי דמחל המלוה ונעשה שלה מ"מ אגיד גבי' דעדיין המשכון בידו כנ"ל.

אך יש לחלק דבשלמא התם שנותן לה גוף הטבעת שהיה שלו וכיון שעדיין בידו גוף הדבר שנתן לה מיקרי אגיד גבי' כנ"ל, משא"כ כאן שגוף המשכון לא היה שלו רק שהיה לו בו זכות שלא להחזירו עד שתפרע וכיון שמחל פקע זה הזכות ושוב אינו אגיד גבי' דלא נתן רק זכות זה ומה שנתן אינו אגיד גבי' ואף שגוף החפץ עדיין בידו מ"מ הנתינה אינו גוף החפץ רק מה שהיה לו וזה פקע לגמרי ומהני גם לסברת הב"ש כנ"ל: מ"ש או שהיה, המשכון ברשותה, משמע דהיינו שחזר והפקידו אצלה ואף דאין לה ההנאה שתוכל להשתמש דהא בלא הקדושין ג"כ היתה יכולה להשתמש כיון שהיה בידה מ"מ יש לה ההנאה דבלא"ה היתה צריכה להחזיר לו המשכון כשהיה רוצה כיון שאינו אלא פיקדון בידה ועתה לא תצטרך להחזירו לו ויש לה הנאה מדבר שהיא בעין כנ"ל.

אמנם נראה במשכנו שלא בשעת הלואתו להפוסקים ח"מ צ"ז דבכל אשה עובר אלא תחבול בגד אלמנה. רק דמ"מ מקודשת כשמחזירו לה דהא אי עביד מהני כמבואר בש"ס ושפיר יש לה הנאה מה שמחזירו לה כנ"ל, אבל כשהוא ברשותה שחזר והפקידו לה י"ל דאינה מקודשת דהא אין לה הנאה כלל ע"י הקדושין דבלא"ה ג"כ לא היתה צריכה להחזיר לו המשכון כיון דאינו רשאי לכתחילה משום לא תחבול כו'.

וכיון שהוא בידה אינה צריכה להחזירו לו כנ"ל. ואינה מקודשת כנ"ל.

אם משכנה וחזר והפקידו כו': סעיף יב (כו) היה לו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה מקודשת כו' וי"א דדוקא במשכנו שלא בשעת הלואתו כו'. זהו דעת הטור בשם הרא"ש ע"ש.

והוא תמוה מאד דבח"מ סי' ס"ו פסק הטור במוכר המשכון נקנה במסירה לחוד ואינו יכול למחול אף במשכנו בשעת הלואתו שקנה החוב במשיכת המשכון כו' ע"ש שהביא גם בשם הרא"ש. ומאי חילוק הא כיון שקונה וא"י למחול למה לא תתקדש הא גם בשט"ח דאחרים מקודשת אם אינו יכול למחול ובבעה"ת שער נ"א תלה זה בזה המכירה בקדושין כיון דמקודשת מהני המכירה ע"ש ונראה ליישב דהנה הנמוקי יוסף ריש ב"מ בסוגיא דהילך כ' בשם הרי"ן מג"ש והר"ן ז"ל דמשכון לאו הילך הוא וכ' הטעם דקנין זה שיש להמלוה במשכון אינו נקנה במשיכה כיון שאינו שלו לגמרי רק מעות קונה גבי'. ולכך בשעת הלואה קנאו המלוה במעות שהלוהו דאז אינו מלוה עדיין. אבל שלא בשעת הלואה במה יקנה הא אז המעות כבר מלוה ואינו קונה רק דכיון שגבאו ע"פ ב"ד הוי שלו לגמרי דקנאו לגוביינא אבל שלא בשעת הלואה כשהלוה בעצמו נותן לו מדעתו למשכון שוב אינו קונה כלל דקנין מעות ליכא שכבר הוי מלוה ומשיכה אינו קונה במשכון ולא מהני כן כתב בשם הר"ן ז"ל ע"ש.

וא"כ לדבריו הנ"ל נראה ממילא דאינה מקודשת במשכון שיש לו משעת הלואה נהי דאמרינן כדעת תוס' דיש לו ג"כ קנין בו מ"מ כיון דמשיכה אינו קונה רקדקנאו בשעת הלואה במעות שהלוה וא"כ נהי דנגד המלוה שפיר קנאו כנ"ל אבל עתה אין הקדושין מועילים דבמה תקנה האשה המשכון הא עכשיו אין כאן כסף רק משיכה שהאשה נוטלת המשכון וקנין זה שיש לו במשכון אינו נקנה כלל במשיכה וא"כ אין האשה קונה כלל המשכון ולא מהני כנ"ל.

אמנם ביש לו משכון שלא בשעת הלואתו שפיר יכול לקדשה בו דכיון שקנאו הוא קנין גמור ע"פ ב"ד כמ"ש הנ"י ממילא יכול להקנותו אח"כ במשיכה ג"כ כמו שאר חפץ שלו כיון שהוא שלו. משא"כ משכון בשעת הלואה אף שהוא קנאו מחמת המעות קצת מ"מ האשה אינה קונה כנ"ל.

ולכן ע"כ הא דאמר במשכון דאחרים היינו שלא בשעת הלואה ופסק הטור שפיר דאינה מקודשת. אבל בח"מ ס"ו דאירי במוכר החוב והמשכון שפיר פסק דקונה דיש כאן קנין כסף שמקבל המוכר מהלוקח וכיון שיש לו קצת קנין גם בשעת הלואה וקנין זה נקנה בכסף שפיר מהני המכירה ג"כ כמו שקנאו הוא בכסף כמו כן יכול להקנותו כנ"ל דמעות שפיר קונה גם במשכון כמ"ש הנ"י כנ"ל ולכך מהני גם במשכנו בשעת הלואתו כנ"ל.

ומיושב בזה דהטור שם סי' ס"ו כ' מקודם גבי מעמד ג' וכן המוכר או נותן במעמד ג' א"י למחול ואח"כ כ' וכן המוכר שטר משכונא ע"ש ולא כתב או הנותן כמו במעמד ג' ע"ש. ולמ"ש א"ש דבמשכון דוקא במוכר אבל במתנה בלא כסף אינו קונה בשעת

הלואה דקנין משיכה אינו מועיל ואינו קונה המקבל מתנה כמו בקדושין כאן כנ"ל:
ובמ"ש יש ליישב ג"כ דברי הרא"ש ז"ל שהביא ראיה דבמשכון דאחרים בשעת הלואה אינה מקודשת מהא דעשה לי שירים נזמים כו' דלא מהני ואח"כ סיים במשכון דידה מקודשת גם בשעת הלואה ותמוה דא"כ עדיין קשה מהא דעשה לי שירים דהוי משכון דידה כמ"ש לעיל.
ובהנ"ל יש ליישב די"ל הטעם דמקודשת במשכון דידה גם בשעת הלואה דהא המלוה שפיר קונה אותו רק במשכון אחרים אין האשה קונה במשיכה כנ"ל. אבל משכון דידה דהאשה ודאי קונה אותו במשיכה דהא נעשה שלה לגמרי ומהני שפיר קנין משיכה ממילא מקודשת גם בשעת הלואה כנ"ל משא"כ במשכון דאחרים כנ"ל אמנם נראה בשכירות כמו עשה לי שירים נזמים כו' אף דנימא דהוי משכון אצלו החפץ מ"מ נראה דלא מהני כלל דהא כל הטעם דקונה בשעת הלואה כ' הר"ן משום דאז אינו מלוה עדיין וקונה מטעם כסף אז בשעה שמלוה כנ"ל.
ואם כן בשכירות כיון דאמרינן דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ואינו יכול לקדש בגוף השכירות משום דהוי מלוה כל פרוטה ופרוטה ע"ש. וא"כ ממילא אף דהוי משכון בשעת הלואה בעד השכירות מ"מ לא קנאו הפועל כלל דגם בשעת הלואה הוי מלוה בשכירות כיון דישנה לשכירות דכמו דאינו יכול לקדש כך אינו יכול לקנות בעד השכירות וכיון דמשיכה אינו קונה במשכון רק מטעם מעות וכאן בשכירות המעות הוי מלוה והוי כמו נתנו הלוה מדעתו אחר הלואה שכ' הנ"י דלא קנה המשכון וכאן הוי בשעת הפעולה כלאחר הלואה ולכך איני קונה כלל המשכון וממילא אינה מקודשת גם, במשכון שלה כיון דהטעם כמ"ש משום דהמלוה קנאו וגם היא קנתה במשיכה כנ"ל ובעשה לי שירים הוא לא קנה אותו כנ"ל והוכיח הרא"ש ז"ל שפיר מהא דעשה לי שירים דבמשכון דאחרים אינה מקודשת דאי נימא דמקודשת ואף דאין כאן קנין כסף וע"כ דנימא דלא כהר"ן רק דמשיכה קונה גם במשכון ולכך יועיל במשכון דאחרים ג"כ דקנתה היא כנ"ל וא"כ גם בעשה לי שירים יהיה מהני דהפועל קונה ג"כ במשיכה אף דאין כאן כסף דהוא מלוה מ"מ הא גם משיכה קונה וע"כ מוכח דאינו קונה רק מעות כהר"ן ז"ל ולכך בעשה לי שירים לא קנה הוא כנ"ל.
וממילא מוכת דמשכון דאחרים אינה מקודשת דהא לא קנתה היא במשיכה דאצלה אין כאן מעות. וסיים שפיר דבמשכון דידה מקודשת דבהלואה שהוא קנאו במעות שבשעת הלואה וגם היא קנתה דהוא שלה מהני שפיר כנ"ל.

ואף דהרא"ש כ' הטעם דחזרת המשכון הוי כמחילה היינו משום דהוא סבר דגם בלא החזיר מהני ע"ש ואין הטעם משום דקנה כנ"ל. ואעפ"כ א"ש דמטעם מחילה ודאי לא שייך בעשה לי שירים כיון דלא נתנו בתורת משכון כמ"ש הרמ"ה רק דיהיה מהני מטעם קנין ובזה הוכיח שפיר כנ"ל: ובמ"ש יש ליישב מה שפי' רש"י ז"ל קדושין (דף מח ע"ב) בשכר שעשיתי עמך אינה מקודשת כו' ופי' רש"י ז"ל כיון שכבר החזירו לה הוא כבר מלוה ע"ש והוכיח הר"י דאם לא החזירו ותופס בשכרו כו' היא מקודשת כשמקדשה בו עיין לקמן סעיף ט"ו ובב"ש ס"ק מ', והוא תמוה איך הוכיח מרש"י ז"ל שפירש למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף הוצרך לומר שכבר החזיר דאל"ה אינו מלוה והיתה מקודשת גם בשכר שעשיתי עמך דכל זמן שלא החזיר אינו מלוה ואיך הוכיח הר"י לדידן דישנה לשכירות מוע"ס דשפיר אף בלא החזיר הוי כבר מלוה ואיך יהיה מועיל וע"כ צריך לומר דהר"י סובר דאף למ"ד אינה לשכירות אלא בסוף היינו בשעת גמר המלאכה אף קודם שמחזירו ולכך שפיר הוקשה לו למה לי' לרש"י ז"ל לומר שכבר החזיר הא גם בלא החזיר הוי מלוה בשכר שעשיתי עמך כיון שכבר נגמר והוכיח דינו כיון שתופסו למשכון היה מהני כנ"ל.

אך עדיין תמוה דא"כ גם למ"ד ישנה לשכירות מוע"ס יהיה מהני דכיון דאיירי בתופסו וצ"ל דבשכר שאעשה אינו תופסו כיון שלא נגמר. אך היה לו לרש"י ז"ל לפרש גם בשכר שעשיתי באינו תופסו רק בשעה שמחזיר מקדשה בשכר שעשה עמה דג"כ הוי מלוה כבר משעה שנגמר כנ"ל: ולמ"ש י"ל.

דהא למ"ש הטעם דלא מהני מטעם שקנה המשכון הוא משום דכיון דישנה לשכירות כו' לא קנאו כנ"ל. וא"כ לכאורה למ"ד אינה לשכירות אלא בסוף ממילא גם בשכר שעשיתי עמך תהיה מקודשת דאף דעכשיו הוא כבר מלוה משעה שנגמר מ"מ הא ע"כ כבר קנה המשכון בקנין כסף דיש כאן מעות דכשנגמר מיד קנה אותו דאז לא היה מלוה עדיין כיון דאינה לשכירות אלא בסוף כמו דמקודשת לשאר פ' דהחיוב בשעה שמחזיר משום דאז הוא שנעשה מלוה לא הוי מקדש במלוה.

וא"כ ממילא כשנגמר הוי החיוב א"כ נהי דלענין הקדושין שמקדשה אח"כ הוי מלוה מכבר מ"מ לענין קנין המשכון אינו מלוה וקנה המשכון במעות כשנגמר כיון דאינה רק לבסוף וא"כ ממילא מקודשת אח"כ נהי דהוי מלוה מ"מ הא מקודשת מטעם משכון דהא כבר קנאו בקנין מעות והוי בשעת הקדושין מלוה שיש עליו משכון ולכך פי' רש"י ז"ל דוקא בכבר החזיר כנ"ל.

והרמ"א ז"ל שפסק דכשכבר עשה ולא החזיר מקודשת י"ל משום דלהרמב"ם ז"ל דפוסק דבמכר קונה מלוה רק בקדושין לא מהני ע"ש. וא"כ ממילא מהני בכבר עשה ולא החזיר דאף דישנה לשכירות כו' והוי מלוה מ"מ נהי דלענין הקדושין לא מהני מ"מ הא לענין קנין המשכון שפיר קנאו בקנין מעות דבמכר קונה מלוה וא"כ ממילא מקודשת אח"כ מטעם מלוה שיש עליו משכון ולכך פסק הר"י ג"כ דגם לדידן דישנה לשכירות כו' מ"מ מהני כשתופס כו' דקנאו כנ"ל אף שהוא מלוה כו': ובהנ"ל מיושב ג"כ מ"ש הרמב"ם פ"ו ממלוה דגם במשכנו שלא בשעת הלואה מדעת הלוה חייב להחזירו ע"ש ומבואר דולך תהיה צדקה קאי גם במשכנו מדעת הלוה שלא בשעת הלואה וע"כ דקני משכון גם בכה"ג ועיין במשנה למלך ה' שכירות שכ' בפשיטות כדעת הפוסקים דדוקא ע"פ ב"ד אבל מדעת הלוה לא קני משכון כמו בשעת הלואה ע"ש.

ולמ"ש מיושב דכל הפ' סוברים שפיר דלא מהני כמ"ש הרי"ן מג"ש והר"ן ז"ל דהא מלוה אינו קונה במכר ולא קנאו רק ע"פ ב"ד שלקחו לגובייא כנ"ל. אבל הרמב"ם ז"ל לטעמי' דמלוה קונה במכר שפיר קנאו גם מדעת הלוה אחר ההלואה במעות כנ"ל.

ואף דבשעת הלואה אינו קונה היינו דקרא לא קאי רק על אחר הלואה ע"ש: ואין להקשות למ"ש דטעם הטור סי' ס"ו משום דקונה הלוקח בכסף כנ"ל. א"כ למה כתב במשיכת המשכון קנה החוב הא אינו קונה במשיכה רק בכסף כנ"ל.

אך לא קשה דהא לכאורה איך כ' הר"ן דקונה במעות, הא מדרבנן אין מעות קונה משום גזירה. אך ז"א דלא שייך כאן שמא יאמר נשרפו חיטיך כו' דהא גוף המשכון הוא של הלוה וטרח ומציל כמבואר בח"מ בשכירות דנקנה בכסף מה"ט כיון דגוף הדבר נשאר שלו טרח ומציל כו' אך כאן בטור הנ"ל במשכון דאחרים כשמכרו דנימא דקונה בכסף לענין זה קשה דאינו קונה מדרבנן דבזה שייך שפיר נשרפו כו' והוא לא יפסיד כלום דאין גוף החפץ שלו רק שיפסיד החוב וכיון שקנה הלוקח המשכון והחוב יהיה ההפסד שלו ולא טרח ושייך גזרה הנ"ל.

אך מ"מ א"ש דמ"מ כשמושך הלוקח המשכון קונה בכסף דהא יש כאן משיכה רק דאינו מועיל קנין משיכה ושובקונה בכסף כשמשך דהא לא שייך גזרה כנ"ל כיון שמשכו באמת וכ' הטור שפיר דבמשיכת המשכון קנה החוב והיינו דע"י המשיכה שוב קנה בכסף כנ"ל. וכן כ' הריטב"א דף מ"ח גבי שואל קורדם כו' בקע בו כו' דאינו מועיל קנין משיכה כיון שגוף הדבר לא נעשה שלו ע"ש: עוד י"ל בפשיטות דהנה הא דאותיות אינן נקנין במסירה כתב הרשב"ם והרמב"ן והפ' הטעם דבכל דוכתי שנקנה חפץ במשיכה

שגוף הדבר הנקנה נמשך משא"כ בשטר דגוף החוב והשיעבוד אינו נמשך ואיך יועיל משיכת הנייר לקנות החוב ע"ש ובבעה"ת.
ולכאורה יש להקשות דהא מבואר בח"מ דאף דק"ל כותבין שובר מ"מ כשהשטר בעולם אין הלוה מחויב לשלם למלוה כשאינו מחזיר לו השטר דכיון שישנו בעולם א"צ לשמור שוברו כו' ע"ש. והנה קי"ל דבבהמה הכישה במקל ורצתה לפניו וכה"ג הוי משיכה וקונה ואף שלא עשה מעשה המשיכה מ"מ כיון שע"י מעשה שלו יצתה הבהמה מרשות המוכר הוי כמושך גוף הבהמה ע"ש.
וא"כ לכאורה בשטר למה לא יהיה נקנין במסירה לחוד דאף שהחוב אינו נמשך מ"מ הא יש כאן משיכה שפיר גם לגבי גוף החוב דכיון שנותן המוכר ללוקח את השטר שוב לא יוכל לגבות החוב מן הלוה דהא אין לו השטר ואין הלוה צריך לשלם לו כיון שישנו לשטר בעולם אצל הלוקח כנ"ל. וא"כ במה שמושך הלוקח הנייר של השטר יצא החוב מרשות המוכר ג"כ שלא יוכל לגבות עוד.
וא"כ הוי כהכישה במקל ורצתה לפניו דע"י מעשה של הלוקח היינו מה שנוטל השטר יצא החוב מרשות המוכר והוי משיכה לגבי גוף החוב ג"כ ויהיה נקנה במסירה לחוד כנ"ל. אך י"ל ב' טעמים דלא שייך הנ"ל חדא דאף שאין המלוה יכול לגבות היינו משום חששא שמא יגבה עוד הפעם כיון שישנו לשטר בעולם אבל מ"מ לא נפקע גוף החיוב ממנו דהא עדיין חייב לו אף שאין בידו השטר.
וא"כ לא שייך הנ"ל שיצא החוב מרשותו דז"א דגוף החיוב לא יצא כלל מרשותו וליכא משיכה כנ"ל. עוד י"ל דהא במוכר שט"ח וחזר ומחל או שפרע הלוה הדין דכופין הלוקח להחזיר השטר ללוה כמבואר בח"מ שם ס"ו.
וא"כ לא יצא כלל החוב מרשותו של המוכר דמ"מ יוכל לגבות החוב מהלוה ולא שייך הטעם כיון שיש לשטר בעולם שמא יחזור ויגבה ממנו ז"א הא כשגובה עתה נכוף ללוקח להחזיר לו השטר ולא שייך הנ"ל ויוכל לגבות שפיר ולא יצא כלל מרשותו וליכא משיכה כנ"ל. ויש לדחות זה: אמנם במשכון למ"ש הר"ן סוף פ' ש"ה בשם הרמב"ן דכל זמן שאינו מחזיר המשכון אין שום חיוב על הלוה לשלם לו ואינו חייב כלל ע"ש.
ואף שהר"ן ז"ל דחה דבריו היינו לענין מה שהחוב יותר על המשכון משום דלא קי"ל כשמואל שיהיה אבד אלפא זוזי בלא פירש כו' ע"ש אבל לענין מה שכנגד המשכון דהוי כפי' כמ"ש תוס' והפ', שם ממילא אין עליו חיוב כלל כל זמן שאינו מחזיר כנ"ל. וא"כ מיושב שפיר שפסק הטור והרא"ש דכשמוכר המשכון קונה החוב במשיכת המשכון לחוד דבזה שייך שפיר מ"ש דהוי כהכישה במקל כו' דע"י משיכת המשכון יצא החוב

ג"כ מרשות המוכר דלא יוכל לגבות כשאין לו המשכון ואין לו עליו חיוב כלל מה שכנגד המשכון כנ"ל ויצא גוף החיוב מרשותו ולא שייך טעם הא' מ"ש בשטר דכאן נפקע החיוב להר"ן ז"ל כנ"ל ושפיר נקנה החוב.

ומיושב לשון הטור שם דבמשיכת המשכון נקנה החוב היינו כנ"ל דיש כאן משיכה על החוב כנ"ל. וגם טעם הב' לא שייך דנכוף ללוקח שיחזיר המשכון ז"א דלענין זה קונה על כל פנים שלא יצטרך להחזירו כמ"ש לקמן.

ולכך גם במשכנו בשעת הלואתו קונה הלוקח החוב כנ"ל. אך כל זה כשמוכר החוב ונותן לו המשכון שפיר קנה כנ"ל.

אבל כשאינו מוכר החוב רק גוף המשכון זה לא מהני דגוף המשכון אינו שלו ותלוי בדעת הפוסקים הנ"ל אי קני ליה גם בשעת הלואה או לא כנ"ל ומיושבים שפיר דברי הטור דבח"מ סי' ס"ו דאיירי שמוכר החוב כמבואר שם להדיא לכך פ' שפיר דאף במשכנו בשעת הלואה קונה כמ"ש. משא"כ כאן דאיירי שמקדשה בגוף המשכון הביא שפיר דעת הרא"ש דלא מהני במשכנו בשעת הלואתו כיון שאינו שלו כנ"ל: והרא"ש ז"ל הוכיח דהש"ס דאמר במשכון דאחרים ומדר' יצחק כו' ע"כ איירי שמקדשה בגוף המשכון ולא בהחוב חדא דהא תני בברייתא קדשה במשכון כו' ולא בהחוב ועוד למה ליה לש"ס מדר' יצחק הא לענין החוב קונה גם בלא דר"י מטעם הנ"ל כמ"ש וע"כ דאיירי בגוף המשכון וכ' שפיר דבשעת הלואתו לא מהני כנ"ל כיון דלא קנאו אינה מקודשת בגוף המשכון כנ"ל.

אבל כשמקדשה בהחוב ונותן לה המשכון י"ל באמת דמודים הרא"ש וטור דמהני כיון שאינו יכול למחול לא גרע משטר כנ"ל: או י"ל דהא אמר בש"ס ב"ב וכי לצור הוא צריך ומשני אין לצור כו' ע"ש. פי' הרשב"ם דלכך יהיה נקנה במסירה משום דוכי לצור כו'.

והוא תמוה מה בכך שאינו קונה לצור למה בשביל זה יהיה מועיל קנין מסירה וע"כ כמ"ש לעיל דהטעם דאינו נקנה דבכל מקום צריך להיות הקנין מורה שקונה הדבר וכאן אין מסירת הנייר מורה שקונה החוב ופריך וכי לצור כו' ומורה ב"כ מסירת הנייר שקונה השיעבוד ומשני אין לצור כנ"ל.

וא"כ זה שפיר בשטר דנקנה למלוה לגמרי קודם שמשלם לו דהוי ספר מקנה ורשאי להשתמש בו לצור כו' ושייך שמכרו ג"כ לצור אבל שאר משכון שאין המלוה רשאי להשתמש בו כלל כמבואר בח"מ סי' ע"ב, וא"כ י"ל שפיר דבמסירת המשכון קונה החוב דכאן לא שייך אין לצור ושפיר מורה מסירת המשכון על קנין החוב דגוף המשכון אינו יכול למכרו שישתמש בו ויקנה החוב כנ"ל.

דממ"נ במשכנו שלא בשעת הלואה דיש לו בו קנין ודאי נקנה ובשעת הלואתו דאין לו קנין בו כלל לדעת הרא"ש שוב מורה על קנין החוב משיכת המשכון כמו בשטר אי לא הוי שייך לצור כנ"ל. ולכך פסק הטור שם דנקנה החוב במשיכת המשכון גם בשעת הלואה משא"כ כאן לענין שמקדשה בגוף המשכון לא מהני בשעת הלואה כנ"ל עוד נראה דהנה לכאורה סברת תוס' אינה מובנת מ"ש דכיון דשלא בשעת הלואה קנאו קנין גמור גם בשעת הלואה קנאו לענין חמץ ושמטה כו' ע"ש.

וגם מה שתמה הש"ך ז"ל ס' ע"ב ס"ק ט' דכיון דהוי רק שומר שכר למה אמר סתם דב"ח קני משכון מדר"י. ועוד הקשה קושית תוס' דממ"נ אי קנאו באונסין נמי נחייב כו' ומה שתירצו דהוי ש"ש משום דיכול לקדש בו אשה ולקנות עבדים וקרקעות הא גופי' קשיא כיון דאין לו בו קנין איך יכול לקדש כו' ע"ש בש"ך ז"ל.

ונראה דהא גם בלא דר' יצחק ובמשכנו בשעת הלואתו כיון דמשכנו שיחזיק המשכון ולא יצטרך להחזירו כל זמן שלא יפרע לו והנה כיון דחזינן דיכולין להקנות חפץ לדבר מיוחד דגם מוכר עבדו לקנס מבואר בש"ס דהיה מועיל אם אדם מקנה דבר שלא באו לעולם או גם לרבנן כיון שמקנה החפץ ע"ש.

וא"כ במשכון ג"כ ודאי מהני מה שמקנה לו המשכון לענין זה שלא יצטרך לו להחזירו כל זמן שלא יפרע דבלא הקנין חייב להחזירו שהוא שלו ומקנה לו לזה שלא יצטרך להחזירו כנ"ל. והוי קנין לדבר מיוחד וקונה זה הזכות גם בשעת הלואה.

רק מה דאמר מדר"י היינו דהא חזינן בש"ס בקנין פירות דפליגי אי כקנין הגוף או לא והיינו אי קנין זה שיש לו בו נקרא ע"י זה גוף החפץ שלו ואי לאו כקנין הגוף דמי אין גוף החפץ שלו אבל עכ"פ יש לו קנין הפירות כנ"ל וכן בדבר הגורם לממון דפליגי ע"ש.

וכן כאן אי לאו דר"י אף שיש לו זכות זה שלא להחזירו מ"מ בשביל זה אין גוף המשכון שלו דזה גרע מקנין פירות רק מדר"י ילפינן דאמרה התורה דבשביל קנין זה הוי גוף החפץ שלו אבל בשעת הלואתו דלא ידעינן מדר"י אין הגוף שלו אבל מ"מ יש לו קנין זה בהמשכון שלא יצטרך להחזירו רק דבשביל קנין זה אינו נקרא שלו לגמרי כנ"ל ומיושב שפיר סברת תוס' דממילא לענין שמיטה אינו משמט דהוי של אחיך בידיך כיון דנקנה לו לזה וכן לענין חמץ כיון שיש לו זכות בו דהא גם דבר הגורם לממון עובר בחמץ ע"ש רק בלא ר' יצחק לא הוי ידעינן כלל דזה הוי קנין מה שאינו צריך להחזירו כיון שאינו יכול להשתמש בו רק כיון דידעינן דר"י דאמרה תורה דזה הוי קנין ובשביל קנינו זה הוי שלו לגמרי ממילא בשעת הלואה עכ"פ יש לו בו קנין אף שאינו שלו לגמרי כנ"ל.

ומהני לענין חמץ ושמטה. רק דמ"מ לענין אחריות שאם נגנב או נאבד יהיה מפסיד החוב לכאורה אינו ענין כלל לדר' יצחק דמה בכך שקנאו והוי שלו בשביל זכות זה.
מ"מ כשנאבד למה יפסיד חובו ועל זה כ' תוס' הטעם דכיון דקנאו ונקרא שלו ממילא יכול לקדש בו אשה ולקנות עבדים וקרקעות ויש לו הנאה ושוב הוי שומר שכרוחייב באחריות אבל באונסין למה יתחייב הא אין הקנין דמי החוב שבשביל החוב קונה רק שאמרה תורה דבזכות זה קונה ובשביל זה אינו חייב באחריות כנ"ל.
וממילא לא קשה כלל כל קושית, הש"ך דהיה סבר דמה שהוא ש"ש הוא סיבה אל הקנין שזה הוא הקנין שלו וקשיא לי' כנ"ל ולמ"ש הוא להיפך דבאמת קנאו ומחמת הקנין יש לו הנאה ובשביל זה הוי ש"ש, ומיושב דאמר קונה משכון היינו שפיר קנין גמור וגם שפיר יכול לקדש ולקנות כיון שהוא שלו כנ"ל.
והוכיחו תוס' ורא"ש דמשכון בשעת הלואה אינו יכול לקדש ולקנות דאל"ה היה ג"כ שומר שכר בשביל זה כנ"ל. אמנם נראה דנהי דאינו יכול להקנות גוף החפץ מ"מ הזכות שיש לו בו יכול להקנות גם במשכון בשעת הלואה דכמו במוכר עבדו לקנס ודאי דגם הלוקח יכול למכור לאחר ג"כ העבד לקנס כמו כן גם כאן בחשבון יכול המלוה להקנות המשכון שהלוקח יהיה יכול להחזיק המשכון עד שיפרע כנ"ל.
ולכך כשאומר החוב והמשכון ללוקח זכה בהחוב גם כן כיון דתלוי בהזכות של המשכון כמ"ש הטור שם כיון שיש לו מקצת קנין כנ"ל. ובמשיכת המשכון וזכה בקנין זה זוכה ג"כ בהחוב כנ"ל.
אך כשמוכר המשכון לחוד ולא החוב א"כ נהי דקנאו לענין זה להחזיקו עד שיפרע מ"מ כשפורע הלוה למלוה או שמוחל לו צריך הלוקח להחזיר המשכון וא"כ שוב אינה מקודשת אף שמקדשה בזכות זה שיש לו בו דמה הנאה יש לה מזה שתוכל להחזיקה כנ"ל. וגם הא לא סמכא דעתה שיכול למחול או שיפרע לו ותצטרך להחזירו וגם במכר לא מהני ולכך אינו ש"ש.
ואי"ל דיהיה ש"ש בשביל שיכול להקנות החוב והמשכון ולקדש בו ז"א דלענין קדושין גם במעות היה יכול לקדש כמ"ש הרא"ש רק בשביל קנין חליפין וזה גם בלא המשכון יכול להקנות החוב בכתיבה ומסירה וכה"ג ובגוף המשכון אינו יכול לקנות. גם אפשר דאינו קונה בחליפין בזכות זה כנ"ל כמ"ש תוס' עירובין (דף נ') בשאלה ושכירות ועוד דזכות זה לאו כלי הוא ובחליפין בעי כלי.
ומיושבים דברי הטור דשם ס"ו פסק שפיר כשמקנה החוב נקנה במשיכת המשכון משא"כ כאן דאיירי במקדש בגוף המשכון ולא בהחוב שפיר לא מהני שאינו שלו רק

שלא בשעת הלואה כנ"ל וא"ש. והתוס' שפירשו במשכנו בשעת הלואה מה דמשני במשכון דאחרים מדר"י ע"ש י"ל דכוונתם דאיירי שמוכר גם החוב ולכך מקודשת גם בשעת הלואה כיון שקנתה החוב במשיכת המשכון כנ"ל.

ומיושב קושית הרשב"א למה לא משני משכון דידה ומדר"י ולמ"ש א"ש דבדידה ממ"נ אם מוחל לה החוב אין צריכין להמשכון דגם בלא החזיר מקודשת במחילת מלוה כמ"ש תוס' י"ט ואי אינו מוחל רק בהחזרת המשכון לחוד לא מהני כיון שמשכנו בשעת הלואה וגוף המשכון אינו שלו כנ"ל וע"כ משני במשכון דאחרים ומקנה לה החוב גם כן כנ"ל: ומיושב ג"כ מה שדברי תוס' סותרים דכאן כ' דגם במשכנו בשעת הלואה מהני מדר"י ומקודשת ע"ש ולקמן י"ט כ' א"ל דאיירי במשכנו שלא בשעת הלואה ומטעמא דר"י כו' ע"ש ובפוסקים שתמהו.

ולהנ"ל מיושב דהא שם דאיירי בחוב דידה ואם כן למה שרצו תוס' לפרש דלא איירי במחילת מלוה רק שמקדש בהמשכון לחוד כתבו שפיר דדוקא משכנו שלא בשעת הלואה דאי לא"ה לא מהני דגם משכון דאחרים לא מהני בשעת הלואה כשאינו מקנה החוב דלעיל איירי דוקא במקנה החוב ג"כ כנ"ל או י"ל כמ"ש הריטב"א (קדושין דף ח) דאף דקי"ל בכל דוכתי מכאן ולהבא גובה מ"מ במשכון דיש קנין מדר"י היינו דאם אינו פורע הדין למפרע גובה והמשכון שלו למפרע ע"ש ולכך בחמץ ודאי א"ש כמו לאביי דאמר בש"ס ע"ש וכן לענין שמיטה כיון דעתה לא מצי לאשתלומי משאר נכסי יכול לגבות המשכון וממילא היה למפרע שלו קודם שמיטה ואינו משמט וע"ש בש"ך סי' ע"ב רק דתירוצו דחוק שהוא גזירת הכתיב כשישמט לבסוף הוא שלו מתחילת השמיטה ע"ש דמנ"ל הא ולהנ"ל א"ש דממילא הוי שלו למפרע כשגובהו כנ"ל ואינו משמט: (כז) אבל מכותי אינה מקודשת ואם מכרו המלוה לאתר כו' מקודשת.

ובח"מ תמה דגם אם המלוה בעצמו מקדש למה לא מהני וי"ל למ"ש לעיל דהא דקידשה בגזל כותי מקודשת ס' א' היינו דאף דגזל עכו"ם אסור מן התורה היינו דאסור לגזלו אבל חיוב השבה ליכא כשכבר גזלו דליכא עשה דוהשיב כו' ולכך מקודשת. ולהר"ן ז"ל שב' ביאוש וש"ר דהוי הנאה הבא לה מחמתו ומהני ע"ש ממילא בגזל כותי ג"כ כיון שאינה צריכה להחזיר אית לה הנאה מחמתו.

רק דאף למ"ש הה"מ דבעינן נתינה משלו וביאוש וש"ר הטעם דהוא חוזר וקנאו ע"ש מ"מ גם בגזל כותי כיון דגם הוא א"צ להחזירו שפיר קנאו בהגזילה ונעשה שלו וכשקידשה כך הוי נותן דבר שהוא שלו ומהני כנ"ל, אמנם כל זה בגזלו מקודם אבל כאן במשכון כשמקדשה לא מיבעיא כשלא הגביהו דלא קנאו מקודם כו' רק דאף בהגביהו כדי לקדש

בו מ"ח למ"ש הרמב"ן פ"ב דב"מ גבי נטלה לפני יאוש כו' דכיון שנעשה מקודם שומר שו הבעלים הוי כמונח ברשותם ע"ש ודוקא בשליחות יד מהני בהגבהה לחוד ע"מ לגוזלה משום דכלתה שמירתו כו' והוי כהוציאו מרשות בעלים כו' אבל בהקדש וכה"ג לא הוי הוצאה מרשות עד שנתנו לאחרים ואז מעל ובגזילה בכל מקום לא הוי עד שמוציאו ברשות בעלים ע"ש.

וא"כ כאן במשכון אף שהגביה כדי לקדשה לא יצא עדיין מרשות הנכרי כיון דדין שמירה ושליחות יד לא שייך גביה והוי גזילה רק אז כשנתנו לה ולכך אינה מקודשת דליכא נתינה לגבי המקדש שאינו שלו דקודם הקדושין לא היה שלו כל זמן שלא גזלו והגזילה נעשית בשעת הקדושין. אך מ"מ י"ל דגם כאן שייך טעם הה"מ שכ' ביאוש וש"ר כיון דבאים בב"א שקונה בשעת הקדושין מהני וגם כאן י"ל כיון דגזלו אז בשעת הקדושין נעשה שלו מהני כנ"ל אך באמת למ"ש לעיל דמשמע מדברי הש"ע סי' א' דבעינן דוקא שקנאו קודם הקדושין אבל בבת א' לא מהני דלא כהה"מ הנ"ל ע"ש.

א"כ גם כאן לא מהני הקדושין כנ"ל. אבל במכרו לאחר והאחר קידש בו כ' הרמ"א שפיר דמהני דהא כבר גזלו הלוקח מקודם וקנאו קודם הקדושין והוי שלו ומהני אחר כך כמו בגזל כותי לעיל כנ"ל: ויש לדחות קצת בהגביה לגוזלה י"ל דגם כאן שייך כלתה שמירתו והוי מוציא מרשות בעלים כנ"ל.

אך י"ל להיפך דהטעם דכלתה שמירתו מבואר בש"ס וש"ע דאינו רוצה עוד שיהיה שומר שלו כיון שחפץ לגזול ע"ש. וזה דוקא בישראל דאף שגזלו יצטרך להחזירו אבל כאן בנכרי הוי להיפך דאי כלתה שמירתו הוי מוציא מרשותו והיא גזילה קנאו ולא יצטרך להחזירו וכשלא כלתה כו' אינו גזל וחייב להחזירו א"כ טוב לו שלא יכלה השמירה ועדיין מרוצה שיהיה שומר ולא הוי גזילה כנ"ל עד שקדשה ולא מהני נתינה ממילא נגד המקדש כר"ל.

או י"ל בלא ידעה שהוא גזול שכ' הב"ש לעיל דשייך לא ניחא לי דליתעבד איסורא על ידי כמו בהקדש לא ניחא דליתחל הקדש ע"י ע"ש. ולכך כאן שהגזל ע"י הקדושין ונעשה האיסור על ידה שייך לא ניחא לי כו' ובלא ידעה לא מהני משא"כ במכרו לאחר דהאישור כבר נעשה שפיר מקודשת גם בלא ידעה דלא שייך הנ"ל: סעיף יג (כה) הי' לו חוב ביד אחרים ואמר לה הרי את מקודשת כו' במעמד ג' ה"ז מקודשת כו'.

וכ' ב"י בשם הר"י כיון דקנין מעמד ג' אינו רק דרבנן לא הוי קדושין ג"כ אלא מדרבנן והב"י דחה דאפשר כיון דתקינו רבנן נקנה לה המעות והוי כסף מן התורה ע"ש. ולכאורה משמע מדברי רש"י ז"ל (ב"מ דף מח) ד"ה קאי באבל כו' ונפקא מינה לענין איסור אם

קידש בו אשה לר"י הוי קדושין דמדאורייתא קני' ודידיה הוא ולר"ל לא הוי קדושין ע"ש ומבואר כרי"ו דלר"י אף דמדרבנן לאו דידי' הוי מ"מ אזלינן בתר הדאורייתא וכן להיפך וכן בטור ח"מ סי' קצ"ח כ' ד"ת מעות קונות כו' לפיכך משקיבל המוכר המעות הן שלו מה"ת ואם קידש בהן אשה מקודשת ע"ש ומבואר ג"כ כנ"ל: אך מהטור אין ראיה כלל דהא לכאורה דבריו תמוהים למה ליה הטעם משום דד"ת מעות קונה לפיכך מקודשת הא הוא עצמו פסק שם דאף דמדרבנן אינו קונה מ"מ רשאי המוכר להשתמש במעות ולהוציאם דכל זמן שלא קיבל הלוקח מי שפרע ונתנו על דעת המקח כו' ע"ש.

וא"כ גם אחר תקנת חכמים המעות שלו ואם קידש ודאי הוי קדושין כמו קידש במעות שהלוה וגם אתר שקיבל מי שפרע פסק דהוי מלוה ע"ש. אך צ"ל דזהו באמת כונת הטור דכיון דד"ת מעות קונה ולכך צריך לקבל מי שפרע ומזה הטעם הוי המעות שלו דעכ"פ הוי הלואה גביה וכן כ' תוס' להדיא (ב"מ דף מג) דכיון דד"ת מעות קונות לא הפקיעו חכמים כח שיש לו למוכר במעות דהוי שואל ומותר להשתמש בו כו' אבל לר"לדאינו קונה מה"ת אסור להשתמש בו ע"ש.

ומבואר דבהא תלי' כיון דקונה מה"ת לכך יכול להשתמש. וזה כונת הטור כיון דד"ת מעות קונה ממילא הם שלו גם אחר תקנת חכמים כיון דלענין זה לא הפקיעו והוי לוה עכ"פ ואם קידש מקודשת כנ"ל.

וממילא אין ראיה דסבר כהר"י דכא, אף מדרבנן מהני משא"כ במעמד שלשתן כנ"ל. ואדרבה קצת ראיה להיפך דלמה נקיט הטור שקידש המוכר בהמעות הוי ליה למנקט רבותא טפי אם קידש הלוקח בהחפץ שתפסו שלא מדעת בעלים דגם כן מהני והוי קדושי תורה שהוא שלו מדאורייתא.

ולמ"ש א"ש דבזה לא היה מועיל כלל כיון שהפקיעו חכמים ודוקא במעות מהני נגד המוכר כנ"ל ומוכח להיפך כנ"ל ויש לדחות דדחיקא ליה למינקט בתפס שלא מדעת כנ"ל. אך מדברי רש"י ז"ל יש ראיה כנ"ל, ואין לומר דגם כונת רש"י הוא אם קידש המוכר במעות וכנ"ל ז"א דהיה לו לומר, אם קידש בהן אם קאי על המעות ומדכ' קידש בו משמע דאחפץ קאי וכשקידש בו הלוקח כשתפסו.

אך י"ל דאין ראיה משם דכמ"ש תוס' יבמות (דף פט ע"ב) ד"ה שהפקר כו'. דלא שייך בתרומה דחזינן דלא הפקיעו לגמרי דעדיין עליו לתקנו כו' ע"ש.

וגם כאן כיון דבדברים בלא מעות ליכא מי שפרע רק במעות משום דקני מדאורייתא קאי באבל כו' וחזינן דלא הפקיעו חכמים הקנין דאורייתא לגמרי דהא צריך לקבל מי שפרע

משום הקנין של תורה ולא שייך הפקר ב"ד כנ"ל. ולכך אם קידש הלוקח כו' מקודשת לר"י דמדאורייתא דידיה הוא והחכמים לא הפקיעו לגמרי כנ"ל.
משא"כ בשאר קנינים דשייך הפקר ב"ד י"ל דמהני מדאורייתא. ואדרבה קצת ראיה ממה שכ' רש"י נפקא מינה זו אהא דקאמר קאי באבל מי שפרע כו' ולא כ' הנ"מ מיד אפלוגתא דר"י ור"ל היה לו לרש"י ז"ל לומר נ"מ לענין ולמ"ש א"ש דכל הטעם הוא רק משום דקאי באבל שייך הפקר ב"ד כנ"ל.
ויש לדחות דמקודם היו יכולין לומר דנפקא מינה לענין מי שפרע דלר"י צריך לקבל משום דקונה מה"ת ולר"ל לא קאי באבל כמו דפריך הש"ס. רק למאי דמסיק דגם לר"י קאי באבל ואין נפקא מינה כ' רש"י ז"ל דנ"מ לענין קדושין כנ"ל: אך מהטור קצת ראיה למה נקט אם קידש המוכר במעות היה לו לומר אם קידש המוכר בהחפץ דאינה מקודשת מדאורייתא דאינו שלו מה"ת לדעת הר"י הנ"ל.
וע"כ כיון דלענין החפץ הפקיעו היתה מקודשת מה"ת כיון שהוא שלו מדרבנן כנ"ל.
ויש לדחות ג"כ דלא נקט כנ"ל כיון דב"כ ובין כך מקודשת רק בין דאורייתא ודרבנן וצריכין לומר עוד נ"מ בקיבלה קדושין מאחר ולכך לא נקיט רק לענין המעות דהנ"מ אי מקודשת כנ"ל.
אבל עכ"פ אינו מוכח מדברי רש"י וטור כדעת הר"י הנ"ל. וכן היה להם לומר נ"מ במשך הלוקח ולא נתן מעות עדיין וקידש בו אשה לר"י אינה מקודשת רק מדרבנן דמה"ת לא קנאו במשיכה ולר"ל מקודשת מן התורה וצ"ל נ"כ כנ"ל דלא בעי למימר נ"מ בין קדושי דאורייתא לדרבנן.
עוד י"ל דבזה גם לדידן לר"י מקודשת מה"ת דהא בש"ס פ"ק דקדושין אמר גבי עבד אי דכתב ליה שטרא אדמי' היינו כסף דכיון שנתחייב לו וחיוב זה הוי שוה כסף דככסף הוא ומה שנותן לו חיוב זה כאלו נתן לו כסף ושזקף עליו במלוה ג"כ כנ"ל. וא"כ א"ש דעכשיו דתיקנו חכמים דמשיכה קונה וא"כ נתחייב הלוקח בדמים מיד בשעת משיכה, ושוב י"ל דקונה מדאורייתא מטעם כסף דהוי כמו כתב לו שטרא אדמי' וגם כאן מה שמשך ונתחייב בשעת המשיכה בדמיו מדרבנן ושוב חיוב זה הוי שוה כסף מה שנתחייב כו' וכאלו נתן לו כסף וקונה מה"ת כנ"ל.
דדוקא מדאורייתא קודם שתיקנו לא היה מחויב כלל בדמים ע"י המשיכה משא"כ עכשיו שתיקנו והוי כאלו זקף עליו במלוה בשטר ואף דמה"ת אינו חייב מ"מ כיון שחייב מדרבנן שוה החיוב כסף ומהני וקונה כנ"ל. ומקודשת אח"כ מה"ת כשקידש הלוקח גם לדעת הר"י כנ"ל.

והיינו להפוסקים גבי מנה אין כאן דלא משום אגיד גבי' וקונה בשטר כנ"ל ובמ"ש מיושב ג"כ דאין ראיה ממ"ש הרמב"ם פ"ט מהלכות תרומות ה"י יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח דמים אף שלא משך אסור להאכילו תרומה שד"ת מעות קונה ואם מכר ישראל לכהן אע"פ שנתן דמים לא יאכל עד שימשוך כו' ע"ש ומבואר דלא כב"י רק כהר"י.

ולמ"ש אין ראיה דשם במעות דחזינן דלא הפקיעו חכמים לגמרי הקנין דאורייתא כיון דצריך לקבל מי שפרע ולכן אסור להאכילה תרומה כשקיבל מעות וכן המוכר רשאי להוציא המעות דלא הפקיעו לגמרי הד"ת כמ"ש תוס'. רק להיפך במכר ישראל לכהן עכ"פ אסור מדרבנן כנ"ל.

וגם מיושב למה לא נקיט הרמב"ם להיפך בישראל שמכר לכהן אף שמשך רק שלא נתן המעות עדיין ג"כ אסור להאכילה תרומה דמדאורייתא לא קנאו במשיכה דרק מעות קונה מה"ת. ולמ"ש מיושב דאדרבה י"ל דסובר כהב"י דכיון שתיקנו דמשיכה קונה הוי שלו מה"ת דבשלמא לענין ההפקעה מקנין מעות לא הפקיעו לגמרי דהא צריך לקבל מ"ש ולכך אסור כנ"ל.

אבל מה שתיקנו קנין משיכה זה שפיר תיקנו שיקנה לגמרי והוי שלו מה"ת. וקצת ראיה להב"י כנ"ל.

אך י"ל כטעם הנ"ל שכתבנו דלענין משיכה שפיר קונה מה"ת דהא נתחייב בדמיו וקונה מטעם כסף מה"ת כנ"ל. או י"ל דחד מינייהו נקט ולכאורה נראה ראיה מדברי תוס' כהב"י שכ' (גיטין דף מז ע"ב) דפריך מולביתך שאדם מביא ביכורי אשתו וקורא דגלי קרא דקנין פירות כקנין הגוף והקשו תוס' הא דהפירות שלו אינו רק מדרבנן ואיך שייך דקרא אתי למידי דרבנן ותירצו דדרך שהאשה נותנת לו הפירות בכה"ג איירי קרא.

ואח"כ פריך מהיה בא בדרך כו' ומתה אשתו מביא וקורא כו' הא לא מתה לא והקשו תוס' ד"ה מתה דלמא איירי שלא נתנה לו הפירות ותירצו דברייתא קתני אף בתר דתיקון רבנן פירות לבעל ע"ש. ואי כדעת הר"י עדיין קשה דכיון שהוא רק דרבנן ומה"ת אין לו קנין פירות כלל ודאי דאינו מביא וקורא ומאי פריך.

ואף דלכאורה גם במתנה קשה הא ירושת בעל דרבנן ואיך מביא וקורא ז"א דלדעת הר"י ע"כ צ"ל דלמ"ד הנ"ל דדוקא מתה סבר ירושת הבעל דאורייתא כו' ומוכח עכ"פ מתוס' הנ"ל דכיון שיש לו קנין פירות מדרבנן הוי שלו מה"ת כנ"ל ונהי דמש"ס אין ראיה די"ל כתירוץ תוס' השני שם ע"ש.

וגם מהרמב"ם מוכח לכאורה שכ' פ"ד מה' בכורים דבעל מביא וקורא בנכסי אשתו ומשמע דגם בסתם שלא זכתה לו הפירות. וקשה כנ"ל דהוא רק מדרבנן ומייתי חולין לעזרה ואף דגלי קרא ולביתך הא ע"כ הקרא איירי בנתנה לו הפירות כמ"ש תוס' ומוכח דסובר כהב"י הנ"ל דהוי שלו מה"ת.

אך יש לדחות דהרמב"ם נקיט לשון הברייתא וכמו שצריכין לפרש הברייתא להר"י בנתנה לו בפירוש כמו כן איירי גם הרמב"ם ז"ל, אמנם קשיא לי בדברי הרמב"ם ז"ל שכ' פ"ד מה' איסורי מזבח ה' י"ג בא עליה ולא נתן כו' ואח"כ נתן ה"ז אתנן בד"א בעכו"ם שאמר הבעלי לי בטלה זה שא"צ משיכה או בישראלית שהי' הטלה בחצירה כו', וע"ש בכ"מ דהטעם דהביאה הוי כסף ובעכו"ם קונה בכסף משא"כ בישראלית דבעי משיכה לא הוי אתנן עד דקאי בחצירה והוא מש"ס ע"ז ס"ג ע"ש.

והא הרמב"ם בעצמו פסק בה' תרומות דאסור להאכילו בשביל שקנאו מה"ת בכסף וגם כאן למה לא יהיה אתנן מה"ת אף בלא קאי בחצירה בישראלית הא קנאתו מה"ת והוי אתנן גם בלא משיכה דמה"ת מעות קינה וקנאתו בהביאה כנ"ל וצ"ל דגם במעות סובר כהב"י דהפקיעו חכמים לגמרי ואינו שלו מה"ת ולמה אסור להאכילה תרומה.

ויש לחלק למאי דמשמע מהר"ן ורא"ש שם דבשכירות כמו התם שאמר הבעלי בטלה זה גם לכתחלה יכול ליתן דמי החפץ ומבואר דגם מי שפרע א"צ לקבל וגרע משאר כסף ע"ש דע"כ כאן הפקיעו לגמרי דלא קאי באבל כו'. ולכך פסק שפיר הרמב"ם ז"ל דלא הוי אתנן כנ"ל אך י"ל דהם סברי לטעמייהו דמלוה אינו קונה במכר כמו בקדושין וא"כ בשכירות אינו קונה מטעם כסף.

דהא קי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף והוי מלוה כדאמר בש"ס א"כ אינו קינה מטעם כסף רק מחמת שנתחייב מטעם אמירתו שצוה לעשות ולכך כתבו שפיר דאף שנתחייב מ"מ לא קנה החפץ כלל וגם מי שפרע אין כאן וא"צ ליתן רק דמים, אבל להרמב"ם ז"ל שפוסק דמלוה קונה במכר לענין מי שפרע א"כ י"ל דגם כאן קנתה מה"ת דאף דשכירות הוי מלוה מ"מ קונה כנ"ל, אך למ"ש הה"מ לחלש בין מלוה הבאה מחמת מכר דוקא ע"ש א"ש כאן.

אך הא חזינן דבעכו"ם קונה וע"כ דהוי כסף כנ"ל. וי"ל דמ"מ כיון דאי תבעה ליה בדינא א"צ ליתן לה ויוכל לחזור שוב לא הוי אתנן דדוקא בחיוב גמור לצאת י"ש אמר בש"ס דהוי אתנן משא"כ, כאן שא"צ רק לקבל מ"ש כנ"ל.

וגם בחייבי מיתות דכל החיוב הוא רק לציו"ש י"ל דא"צ לקבל כלל מי שפרע כנ"ל ואף דמה"ת שלה מ"מ כיון דמה שנותן לה אינובשביל מה שנתחייב ע"י הביאה דהא יכול

לחזור עכ"פ מדרבנן שוב אינו אתנן כו' ולכאורה עוד ראיה דאמר סנהדרין (דף עא) דבן סורר כו' אינו חייב עד שיאכל משל אביו ושל אמו.
ופריך משו אמו הא מה שקנתה אשה קנה בעלה ע"ש. ומאי פריך הא זה רק מדרבנן דמה שקנתה כו' ומה"ת הוי של אמו עדיין ויהיה נעשה בסו"מ כנ"ל.
וע"כ דשוב גם מה"ת אינו נקרא של אמו כדעת הב"י אך יש לדחות דמ"מ לא היה חייב מיתה כיון דעכ"פ מדרבנן אינו של אמו וכמו דאזלינן בכל מקום לחומרא עכ"פ ע"י הדרבנן כמו כן לענין חיוב מיתה אזלינן לקולא ע"י הדרבנן כנ"ל. ולכאורה מוכח להדיא מדאמר בש"ס (גיטין דף עח) להכי קי"ל דד' אמות מהני בגט משום דקונה וזה הוי רק דרבנן כמבואר בב"מ ומבואר דכיון דתיקנו הוי שלה וקנתה מה"ת הגט כנ"ל: וכן משמע מדברי הב"ש לקמן סי' ל' ס"ק י' שכ' דאף דד' אמות דרבנן מ"מ שוב שלה מה"ת.
ועיין מ"ש סי' כ"ח עכ"ל משמע דסבר דתלוי בדעת הב"י ור"י הנ"ל והיה מזה תימה לדעת הר"י אך באמת אין ראיה כלל דהר"ן ורשב"א כ' שם להדיא מטעם אפקעינהו רבנן לקדושין מיניה גבי יכולה לשמרו דקנין זה אינו בכל מקום רק בגט תיקנו רק בד' אמות כ' הר"ן ז"ל באמת כן דכיון דהפקר ב"ד הפקר והקנום לה מגורשת מדאורייתא ע"ש דמבואר כהב"י הנ"ל: אך י"ל דהר"ן ז"ל לא כ' זה רק למה שכ' מקודם דגם בגט דוקא בסימטא דקונה בכל מקום ועל זה כ' שם כיון דהפקר ב"ד כו'.
אבל לרוב הפ' דגם בר"ה מהני ד' אמות בגט ואף דאינו קונה בכ"מ מ"מ בגט מהני כמו יכולה לשמרו וא"כ היה תקנה מיוחדת בגט ואינו דומה כלל למחלוקת הר"י וב"י דהם לא נחלקו רק בקנין שתיקנו בכל מקום אי אתרמי לענין קדושין וכה"ג אם מועיל מן התורה אבל בדבר שהיתה עיקר התקנה לענין גט ואפקעינהו כמו בכל דוכתי דאמר אפקעינהו רבנן כו' וכן כ' הר"ן ז"ל להדיא שם דלהרמב"ם דגם בר"ה מהני הוא ג"כ משום תקנת עגונות ע"ש.
ועוד כ' שם הר"ן דהא דאמר לא עבדינן בה עובדא היינו דוקא באותו שאינו קונה בכל מקום רק בגט מפני ת"ע אבל ד' אמות בסימטא דקונה בכל מקום שפיר עבדינן עובדא דלמה יגרע מבכל מקום ע"ש. והה"מ כ' דגם בסימטא לא עבדינן עובדא ע"ש והרא"ש ז"ל ושאר פוסקים.
ולמ"ש י"ל טעם הפוסקים הנ"ל דג"כ סברי כהר"ן רק דכיון דמשום תקנת עגונות לא עבדינן עובדא אלא דנימא מחמת הקנין שקונה בכל מקום ושוב לענין זה לא מהני מדאורייתא כדעת הר"י הנ"ל דמ"מ אינו שלה מה"ת ומחמת התקנה בגט גופיה לא עבדין עובדא כנ"ל: אך אין ראיה מהפ' הנ"ל די"ל דאף דתיקנו בכל מקום שקונה בד' אמות

מ"מ לא הקנו לו הרשות רק שיקנה החפץ המונח בד"א וא"כ בגט לא מהני דהא בעינן ונתן בידה רק דחצירה איתרבי מטעם יד או שליחות אבל קנין אגב וכה"ג כ' הר"ן ושאר פ' שם דלא מהני דאף שקנתה הגט מ"מ לא הוי ונתן בידה ע"ש וא"כ גם קנין ד"א אינו מועיל גם מדרבנן דאף שקנתה הגט מכל מקום אינו מונח בחצירה רק כקנין אגב וכה"ג דאינו מועיל.

רק דגם על זה היתה התקנה בגט ושוב לא עבדינן עובדא כנ"ל. ולדעת הר"ן הקנו בכל מקום הרשות של ד"א ושוב הוי חצירה וכן מדויק לשון הר"ן שם.

ואעפ"כ יש לדחות דגם הר"ן סובר כהר"י רק דסבר כיון דבכל מקום קונה מדרבנן שוב היתה התקנה בגט למיעבד בה עובדא ואפקעינהו רבנן כו' ודוקא באותן שאינו קונה בכ"מ לא עבדינן עובדא כו'. והוא דוחק דמשמע מדבריו ז"ל שלא היתה שום תקנה בגט בד"א בסימטא רק דממילא הוי גט מדאורייתא ע"ש וע"כ סובר דקנין דרבנן מהני מה"ת כנ"ל: ולכאורה מוכח עוד למאי שהוכיחו תוס' ורא"ש (ב"ק דף יב) דקנין אגב אינו אלא דרבנן ובגיטין (ע"ז ע"ב) פירש"י ז"ל ותיזל ותיחוד ותפתח ותקנה הגט באגב קרקע ע"ש שהי' כדי לפוטרה מחליצה ע"ש, וא"כ מה היה מועיל כיון שלא קנתה הגט רק מדרבנן בקנין אגב ומדאורייתא אינה מגורשת ועדיין תהיה צריכה חליצה ואסור לטלטלו רק כדי שלא תפול לפני יבם ע"ש ברש"י ותוס' ומוכח כדעת הב"י דכיון שקנתה מדרבנן תהי' מגורשת מה"ת.

וזה דמי למחלקותם במעמד ג' דכמו דכאן קנתה הקדושין בקנין דרבנן כמו כן שם קנתה א בקנין דרבנן ומועיל כנ"ל. אך יש לדחות ג"כ, דרש"י ז"ל אפשר, דלא סבר כתוס' שם רק דקנין אגב דאורייתא.

ותוס' ורא"ש באמת סוברים דהיתה מגורשת שם מטעם חצר לא בקנין אגב כמ"ש הר"ן שם: עוד י"ל דהא באמת דברי רש"י ז"ל תמוהים למה לא פירש מטעם חצר באמת כמ"ש הרשב"א והר"ן שם. ובס' פ"י תירץ דעכשיו לס"ד דלא ידע רבא עדיין דגיטה וחצירה באין כא' ע"ש וע"כ היה סבר דבעינן שיהיה החצר שלה מקודם לכך אי אפשר לפרש מטעם חצר כיון שהוא בבת א' והוצרך רש"י לפרש מטעם אגב ותמה על הרשב"א ור"ן איך פירשו מטעם חצר הא לא מהני לס"ד עכשיו והניח בצ"ע ע"ש.

והנה תמיהתו על הפ' לא קשה מידי דודאי מה דהוי ס"ד דלא מהני גיטה וחצירה באין כא' היינו למאי דאמרינן דמה שקנתה אשה קנה בעלה כו' רק דעל ידי הגט שמתגרשת נעשה גם החצר שלה ותתגרש ג"כ זה הוי ס"ד דלא מהני כיון ששניהם תלוים זה בזה דכל זמן שאינו חצירה אינה מגורשת וכל זמן שאינה מגורשת אינו חצירה ובמה יתחילו

הגירושין לחול שתהיה מגורשת ויהיה נעשה חצירה אדרבה נימא דאינה מגורשת ואינו חצירה ולא בא לידה כלל וזה אשמעינן דבר חידוש שיהיה מועיל גם בכה"ג והוי ס"ד דרבא דלא מהני כנ"ל.

אבל כאן בארוסה דלא שייך קנה בעלה כדאמר התם וא"כ אין קנין החצר תלוי כלל בהגט דאף אי אינה מגורשת מ"מ קנתה החצר וא"כ ודאי ממילא מגורשת דאיכא נתינה לידה ומה בכך שהוא בבת אחת ושפיר פירשו מטעם חצר כנ"ל וזה פשוט. רק מ"מ בדברי רש"י אפשר לומר כדבריו דרש"י ז"ל סבר דלס"ד דרבא גם בכה"ג אינו מועיל כשבא בב"א והיינו כמ"ש הש"ך ז"ל ח"מ סי' ר"ב דאינו קונה בחצר רק כשהיה שלו מקודם ע"ש, ולכך לא פירש מטעם חצר כנ"ל.

אמנם עדיין קשה דנהי דבב"א אינו מועיל מ"מ תתגרש רגע אחת אחר קנין החצר דכיון שכבר הוא שלה מתגרשת דבשלמא בהא דאמר בש"ס גיטה וחצירה באין כא' לא שייך הנ"ל דתתגרש רגע אח"כ דז"א דאי תתגרש אח"כ גם קנין החצר בא אז דתלוי זה בזה דקודם הגירושין אינה יכולה לקנות גם החצר כנ"ל.

משא"כ כאן דהחצר ודאי קנתה גם אי לא קנתה הגט וא"כ שוב קנתה אח"כ גם הגט ברגע שלאחריו כיון שכבר החצר שלה: אך י"ל למ"ש תוס' שם דהא דלא הוי טלי גיטיך מע"ג קרקע משום דהא בא מרשותו לרשותה והיינו דהא מקודם היה מונח בחצירו שהוא בידו ועתה שנעשה חצירה מונח בידה א"כ בא מידו לידה ע"ש, וא"כ אי נימא דבב"א אינו מועיל רק דקנתה החצר מקודם ואח"כ תתגרש שוב הוי טלי גיטך מעג"ק דהא היה כבר מונח בידה קודם הגירושין ובשעה שמתגרשת ליכא נתינה מידו לידה ולא מהני כנ"ל וא"ש.

רק דאף להפ' באה"ע לקמן ס' קמ"א דבכה"ג לא הוי טלי גיטך מעג"ק בקפצה ידי' ברצונו ע"ש. וא"כ גם בהנ"ל לא הוי טלי מעג"ק וקשה דמועיל כנ"ל.

אך י"ל למאי דמבואר לקמן סי' קל"ז באמר חוץ מפלוני כו' צריך לחזור וליטול ממנה ויתננו לה כו' דכיון שכבר קנתה הגט בנתינה ראשונה והוא שלה אינו מועיל אח"כ אם אינו נוטלו ממנה דבעינן דבשעה שמתגרשת יהיה הגט שלו ויתננו לה ע"ש דדוקא היכא דהנתינה ראשונה לא הי' מועלת כלל ולא קנתה א"צ לחזר וליטול ע"ש.

וא"כ למאי דמבואר בח"מ סי' ר"ב דהיכא שמקנה קרקע ומטלטלין קני גם המטלטלים אף שאינו אומר אגב כיון שהם צבורין בתוכה ע"ש. וא"כ א"ש כאן דלא קשה שתתגרש מטעם חצר לאחר קנין החצר דז"א דהא כבר קנתה הגט באגב עכ"פ מדרבנן ואף שלא אמר אגב כנ"ל וא"כ הועיל הנתינה הראשונה והגט שלה כבר ושוב אינה יכולה להתגרש

ברגע שאחר קנין החצר דאז אין הגט שלו שכבר הוא שלה מחמת קנין אגב כנ"ל ומיושב שפיר הנ"ל דפירש"י ז"ל דמגורשת מטעם אגב והיינו דמגורשת ממ"נ גם מדאורייתא דאי אמרינן דקנין דרבנן מהני מן התורה א"כ ודאי מגורשת מה"ת מטעם אגב.

ואי אינו מועיל מה"ת א"כ ג"כ מהני דמדרבנן מתגרשת מטעם אגב וגם מדאורייתא מגורשת דהא מה"ת דאין אגב מועיל אם כן לא קנתה הגט כלל ושוב מתגרשת מטעם חצר ברגע שלאחר קניית החצר דהא הוי שלו אז עדיין דמה"ת לא היה מועיל נתינה ראשונה כלום. ומדרבנן דכבר קנתה ואינו שלו אז מ"מ הא מדרבנן כבר נתגרשה באמת מיד מטעם אגב ופי' רש"י ז"ל שפיר דמהני אף איאמרינן דקנין דרבנן אינו מועיל מן התורה כנ"ל: והרשב"א ור"ן פירשו שפיר מטעם חצר דהא הם סברי דאין אגב מועיל כלל בגט ע"ש ולא הועיל כלום ושוב מתגרשת שפיר אח"כ מטעם חצר כנ"ל משא"כ לרש"י ז"ל דמהני כנ"ל.

ובזה מיושב מאי שהקשה הרשב"א לפי' רש"י ז"ל למה הוצרך להקנות לה אותו חצר דוקא שהיה הגט מונח בו היה לו להקנות לה אגב קרקע אחרת ע"ש, ולמ"ש א"ש דבקרקע אחרת לא היה מועיל רק מדרבנן כיון דליכא חצר וקנין אגב לחוד הוא דרבנן ולא היה מועיל לפוטרה מחליצה מן התורה ודוקא אותו חצר דמהני מה"ת מטעם חצר כנ"ל: אמנם לכאורה יש ראיה מדאמר בש"ס (ב"מ דף יא ע"ב) ר"ג מטלטלי אגב מקרקע מקנה להם כו' ויוצא ידי נתינה מדאורייתא לקיים מצות ביעור כמ"ש תוס' שם, ומבואר דאף שהקנה בקנין דרבנן מועיל מה"ת כדעת הב"י הנ"ל.

אך גם בזה י"ל דהתוס' שם ד"ה וכי בצד שדהו של ר"ג היו עומדים כו' הקשו הא התבואה היה בביתו של ר"ג והיה משתמר ותירצו דמ"מ נגד הזקנים לא היה משתמר שלא היה הפסק בין תבואתם לתבואתו ע"ש לכן לא מהני מטעם חצר משום שנגד הנותן אינו משתמר שיכול ליטלו כו'. ולכאורה הא אי קונה המקבל מתנה שוב הוי משתמר גם נגד הנותן דאינו יכול ליטלו.

אך ז"א דכיון דכשאינו משתמר אינו קונה א"כ במאי יקנה הא, קודם הקנין רשאי הנותן ליטלו ואינו משתמר נגדו ולא מהני כנ"ל. וא"כ י"ל דכיון שהקנה מטלטלי אגב מקרקע ומועיל מדרבנן עכ"פ וא"כ שוב הוי משתמר גם נגד הנותן עכ"פ דאינו רשאי ליטלו כיון שקנה המקבל מדרבנן כנ"ל.

וא"כ שוב מועיל מדאורייתא מטעם חצר דכיון דמשתמר לא בעינן עומד בצד שדהו כנ"ל ושפיר הוי נתינה מה"ת. ודחו דט"ה א"מ ולא מהני אגב ממילא גם חצר ליכא כנ"ל.

עוד יש לדחות דהא דכ' תוס' ב"ק דקנין אגב דרבנן הוא לר"נ ע"ש וי"ל דלעולא התם קנין אגב דאורייתא ולטעמיה אזיל ע"ש: אך מב"מ מ"ז גבי היה עומד בגורן כו' דפריך וניקנינהו אגב קרקע מוכח דמהני מדאורייתא אף שקנאו מדרבנן ע"ש דאי לא"ה המעות שלו מה"ת ואין חבירו יכול לחלל.

או כיון דזוזי דידי' ומעשר דידיה צריך להוסיף חומש ומוכח כהב"י הנ"ל. אך יש לחלק בין שקנאו כבר מדרבנן דיכול לעשות בו קנין של תורה אח"כ ובין מעמד ג' דעכשיו דרבנן וכמ"ש לקמן.

עוד קצת ראיה מתוס' יבמות ס"ו ר"פ אלמנה שהקשו למה עבדי מלוג לא יאכלו אי קנין פירות כקנין הגוף הוי קנין כספו ע"ש ומאי קשיא להו הא אין לבעל קנין פירות רק מדרבנן ומה"ת לא הוי קנין כספו ושפיר לא יאכלו בתרומה ומוכח כהב"י כנ"ל: אך יש לדחות דהא עכ"פ הוי קנינו שקנה קנין כדאמר בש"ס התם דאוכל מה"ת רק מדרבנן אינו אוכל ע"ש ושוב הקשו שפיר דמדרבנן הוי קנין כספו ואוכל מצד קנינו לחוד כנ"ל ע"ש ומהא דיוצאין בשן ועין לאיש אי כקנין הגוף דמי (ב"ק פ"ט) אין ראיה דהא עכ"פ מדרבנן שלו ויוצאין עכ"פ מדרבנן כנ"ל.

ולכאורה עוד ראיה מדאמר בש"ס ריש חגיגה דחצי עבד וחצי ב"ח חייב בראי' למשנה אחרונה דלאו אדון הוא ואף דמה"ת אדון הוא ושם משמע דמה"ת חייב ע"ש אך אין ראיה דתוס' ריש ערכין כתב דלענין ראיה תלוי ביש לו אדון שיכול לעכבו מלעלות ע"ש וממילא כיון שאינו יכול לעכבו מדרבנן שוב חייב מה"ת כנ"ל.

גם אין ראי' ממאי דבעי גיטין מ"ב בחצי עבד כו' לענין קנס ולענין תרומה אי הוי קנין כספו כו' דשם הספק הוא משום דמעוכב גט שיחרור דגם בשאר מעוכבי ג"ש בעי התם ע"ש: ולכאורה יש להביא ראיה להר"י מדאמר בגיטין ס"ה דפליגי אי קטן זוכה לאחרים מה"ת או מדרבנן ופריך מהא לכם מעות ופדו מעשר שני כו' ע"ש דמבואר דכיון שאין הקנין ממון שלהם רק מדרבנן אין הפדיון מועיל מדאורייתא ודמי ממש לקדושין במעמד ג' וכה"ג.

וכן בחידושי רשב"א ז"ל שם כ' הא לכם מעות כו' מהכא משמע דקטן אית ליה זכיה מדאורייתא אפילו בממון דאל"כ אין פודין אלא משל אב והיה להם להוסיף חומש אלא ש"מ דזוכה דבר תורה כו' ע"ש מבואר מדבריו להדיא דאי לא קנה אלא מדרבנן המעות אינו מועיל מה"ת להיות שלו כנ"ל.

אך לכאורה תמוה מהא דב"מ היה עומד בגורן כו' דמבואר לענין פדיון מעשר דאף שלא קנה המעות רק בקנין אגב דרבנן מ"מ אינו מוסיף חומש כנ"ל, וצריך לומר דהרשב"א

ז"ל סבר באמת דקנין אגב דאורייתא ואל"ה לא היה מהני כנ"ל. או דאולי יש לחלק בין גדול שהוא בר זכיה רק דהקנין דרבנן שייך לומר כיון שהקנו לו חכמים הוי שלו מה"ת משא"כ בקטן שאינו בר זכיה כלל מן התורה לא מהני אף שהקנו לו חכמים שיהיה שלו מן התורה ודוחק ובריש פ"ב דקדושין הקשה הרשב"א ז"ל למ"ד זכיית קטן אינו אלא דרבנן למה אמר גבי חצי עבד וחב"ח דאזיל ואקניי' לבנו קטן כו' והוצרכו להעמיד אפוטרופוס ואם איתא לכפיי' לאב למיכתב לי' גט שיחרור דאכתי דידיה הוא מדאורייתא וגיטו גט מה"ת ע"ש ומשמע ג"כ כהר"י דאין קנין דרבנן מועיל מה"ת.

אך אין ראיה דהא בעבד יש שני קנינים קנין ממון וקנין איסור כמבואר בש"ס פרק השולח. וא"כ כשמקנהו לקטן נהי דלענין הקנין ממון הוי שלו מן התורה כיון שקנאו מדרבנן כהב"י אבל מ"מ לענין הקנין איסור אינו נפקע מהראשון מה"ת ומהני שפיר הגט של הראשון מדאורייתא להתירו בב"ח דכמו במפקיר עבדו דקי"ל יש לו תקנה דיכול לשחרר הקנין איסור לחוד ע"ש ולכך מועיל גם כאן הגט של הראשון דלענין האיסור ודאי לא מהני הדרבנן להפקיע לגמרי כמו בגיטין וקודשין כנ"ל.

או דיש לחלק ג"כ בין קטן דלאו בר זכיה כנ"ל, ומיושב ג"כ מה שכתב הרשב"א גיטין דף מד ע"ב) שהקשה והא דבר תורה הוא מכור לשני ובעי' גט שיחרור מה"ת ע"ש והיינו ג"כ כנ"ל דלענין האיסור עכ"פ אינו מועיל לגמרי כנ"ל עוד נראה ראיה ממ"ש הרמב"ם ה' לולב פ"ח ה"י ואין נותנין אותו לקטן שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה ונמצא שאם החזירו אינו חוזר ע"ש.

והיינו גם בהגיע לעונת הפעוטות שהוא קונה מה"ת כיון דדעת אחרת מקנה כו' ומה שמקנה הוא רק דרבנן כמ"ש הלח"מ שם ע"ש. ומבואר מדבריו דאף דמדרבנן קנאו מ"מ לא הוי שלו מה"ת ולא מיקרי לכם לצאת בו כו'.

ומהש"ס אין ראיה דרש"י ור"ן ז"ל פירשו בלא הגיע לעונת הפעוטות רק צרור וזורקו דזוכה לעצמו מדרבנן ואינו מקנה אפילו מדרבנן ע"ש וברשב"א ז"ל שם כ' שאפילו לדברי האומר דזכיה דקטן מדרבנן כו' מ"מ זכיה דרבנן זכיה גמורה הוא דהפקר ב"ד הפקר וכיון דלא ידע לאקנויי נמצא הלה יוצא בלולב שאינו שלו אף לדין תורה אבל הגיע לעונת הפעוטות הקנאתו הקנאה ג"כ מדרבנן וכשם שקונה מדבריהם חוזר ומקנה מדבריהם כו' ע"ש.

ולכאורה נראים דבריו סותרים דמתחלה כ' כיון דהקטן זכה מדרבנן שוב אינו שלו מה"ת. ואח"כ כ' כשם שקונה מדבריהם כו' משמע דאם היה קונה מה"ת לא היה מועיל הקנאתו מדבריהם כנ"ל.

ואמאי הא ג"כ כיון דהפקר ב"ד כו' הוי שלו מה"ת ונקרא לכם ולמה יועיל יותר הקנין דבריהם להיות נקרא אינו שלו מה"ת משיהיה נקרא שלו כנ"ל. והיה אפשר לכאורה כמ"ש קצת דהפקר ב"ד כו' מועיל מה"ת רק שיהיה הפקר ולא שיזכה בו להיות שלו כו' ולכך אינו שלו נקרא מה"ת כיון שהפקירו חכמים וזיכו להקטן ואי"ל דחוזר וזוכה ז"א דעדיין הפקר הוא כנ"ל.

משא"כ להיות שלו לא מהני הקנין דרבנן כנ"ל. אך ז"א דמבואר ברשב"א (גיטין דף לו ע"ב) ז"ל ומינה שמעינן דכח ב"ד יפה להפקיר ממינו של זה ולזכותו לזה אפילו קודם שבא לידו וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות כו' ע"ש ומבואר דאין חילוק בין לענין שיהיה הפקר או שיהי' שלו כנ"ל.

אך י"ל דלא קשה דהא בפ' בתרא דכריתות אמר ר"ל הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בה כל המחזיק בה זכה דהא נסתלק הוא עכ"פ והוי הפקר כיון שלא זכה בה המקבל ואנן לא קי"ל כר"ל כדאמר התם כי יהיב מתנה אדעתא דליקביל מיניה כו' ע"ש וכיון שאינו מקבל הוא של הנותן כנ"ל.

וא"כ כאן כיון שנותן לקטן והקטן זוכה עכ"פ מדרבנן וא"כ שוב אינו שלו מה"ת דהא הנותן נסתלק והסילוק שלו מועיל מה"ת שהוא גדול וכאן לא שייך כי יהיב אדעתא דליקביל כו' דהא מקבל ממנו ויהיב אדעתא דהכי דזוכה מדרבנן כנ"ל ושוב אף דמה"ת לא זכה הקטן מ"מ אינו של הנותן מה"ת כמו באומר אי אפשי בה לר"ל.

דבזה גם לדידן כריש לקיש דלא שייך כי יהיב כו' וכ' הרשב"א שפיר דאינו שלו מה"ת כיון דזכיית הקטן זכיה גמורה מטעם הפקר ב"ד והיינו כנ"ל. מה שא"כ להיפך אם היה קנין הקטן מה"ת לא היה מועיל הקנאתו מדרבנן דלא שייך טעם הנ"ל דהא הסילוק של הקטן ג"כ אינו מועילמה"ת כנ"ל ולא מיקרי לכם וכדעת הרמב"ם הנ"ל, אך י"ל דכיון דמה"ת דלא זכה הקטן הוי הפקר ושוב יכול הנותן לזכות בו מטעם זכיה שיהיה מהני מה"ת.

ויש לדחות. אבל עכ"פ מדברי הרמב"ם מוכח כנ"ל כהר"י דבקנין דרבנן לא הוי שלו מה"ת.

אך יש לחלק ג"כ כמ"ש לעיל בין מי שהוא בר הקנאה רק שהקנין דרבנן מהני מה"ת ובין קטן שאינו בר הקנאה כלל מה"ת כנ"ל: ולכאורה מוכח עוד מדאמר אתרוג של תרומה טמאה פסול ואמר בש"ס (סוכה לד) דלא הוי לכם משום שאין בו היתר אכילה או דין ממון כו'. וכ' הרשב"א שם דאף דתרומת פירות דרבנן מ"מ פסול מה"ת כיון דעומד לשרוף מדרבנן ע"ש.

ויש לדחות ולחלק בין קנין שמצד עצמו עדיין שלו מן התורה ואף שמדרבנן אינו שלו. משא"כ בהנ"ל.

כיון דעומד לשרוף כשרוף מאי חילוק בין עומד לשרוף מה"ת או דרבנן ב"כ וב"כ כשרוף כו' ובזה נדחה ג"כ מאי דמוכח לכאורה מדאמר בש"ס ריש פסחים וניבטלי' בשית ומשני כיון דמדרבנן אסור בהנאה לאו ברשותיה דליבטליה כו' ומוכח דכיון שהפקיעו חכמים שוב אינו שלו מה"ת דאל"ה היה מועיל הביטול שלא לעבור על בל יראה דאורייתא וכן דמייתי עלה ממקדש באיסורי הנאה דרבנן כו' דמשמע דמייתי משום דהטעם דאינו שלו וע"כ דשוב אינו שלו מן התורה דאל"ה מקודשת מה"ת ע"ש ולהנ"ל א"ש דלשיטת רשב"א שכ' שם דגם איסורי הנאה מיקרי לכם ושלו הוא רק בהנך דעומדין לשרפה לאו דידיה ע"ש דכן בחמץ ג"כ הטעם דאינו ברשותו ע"כ משום דעומד לשרוף כנ"ל ע"ש דאל"ה היה מיקרי שלו כנ"ל.

וא"כ א"ש דלענין זה אין חילוק דכיון דעומד עכ"פ לשריפה מדרבנן שוב אינו שלו מן התורה מה שאינו כן לענין קנין אינו מוכח כנ"ל ולכאורה עוד ראיה מתוס' ריש פסחים ד"ה מדאורייתא בביטול כו' שכ' דביטול מטעם הפקר ואף דהפקר בפני ג' בעינן מ"מ מדאורייתא לא בעינן בפני ג' ע"ש.

וקשה מאי בכך הא כיון דמדרבנן לא מהני ההפקר שלא בפני ג' שוב הוי שלו מה"ת ועובר מדאורייתא על ב"י וע"כ כהר"י כנ"ל. וכן תוס' ורא"ש סוף פ"ד דנדרים כ' לענין שביתת בהמתו דסגי שמפקירו אף שלא בפני ג' כיון דמהני מה"ת ע"ש וג"כ כנ"ל.

ויש לדחות דשם לא הפקיעו חכמים לגמרי כלל כדמשמע בש"ס שם דהא לא היה התקנה רק שלא יפקיר כדי לפוטרו ממעשר ויזכה בו אבל כשמפקירו באמת מהני דאף שחכמים זיכו לו היינו במה שאין מפקיר רק כנ"ל ובאמת רוצה שיהיה שלו משא"כ כשאינו רוצה לא זיכו לו כלל שיהיה ע"כ ש ו. ואין להביא ראיה מדאמר בגיטין (ד' כ) אי משום דכ' וכתב והכא איהי קא כתבה אקנויי אקני לי' רבנן ע"ש ומבואר כיון דקנה הוא בקנין דרבנן הוי שלו מה"ת וקרינן בי' וכתב מה"ת ע"ש וכב"י הנ"ל.

דז"א דהתם היתה עיקר התקנה לענין גט והפקיעו לגמרי הדאורייתא שיהיה שלו מה"ת וכמ"ש לעיל לענין ד' אמות בגט וכה"ג. דהא בודאי אם רצו חכמים יש כח בידם לתקן שיהיה של הזוכה מה"ת לגמרי כיון דיליף מקרא דהפקר ב"ד כו' וכמ"ש הר"ן סוף פ"ד דנדרים שם לענין מעשר דאם היו החכמים מפקיעים לגמרי הד"ת שיהיה הפקר מה"ת היה פטור ממעשר דיש כח בידם כו' רק דלא עשו כן ולא הפקירו רק שיהיה הפקר, דרבנן וחייב במעשר ע"ש, ולכך בכל הני שהיתה התקנה כן ודאי מהני מה"ת רק הספק בשאר

קנינים דרבנן דלא ידעינן אם הפקיעו לגמרי הר"ת או שלא תיקנו רק שיהיה קנין דרבנן ולא מן התורה כנ"ל ושוב אין ראיה מכל הני דמצינו בפירוש שהפקיעו הדאורייתא: ושוב ראיתי בריטב"א לקדושין כ"ב שכתב בב"ק מוכח קצת דאגב קנין דרבנן כו' מיהו לאו ראיה הוא דאיכא למימר אגב דאורייתא כו' וזה דעת מורי ע"ש.

וא"כ אין ראיה מהא דהי' עומד בגורן ושאר דוכתי שכתבנו לעיל דקנין דרבנן יהיה מועיל מה"ת דיש לומר קנין אגב דאורייתא באמת כנ"ל. אמנם נראה אם קנה חפץ באגב קרקע וקידש בו אח"כ את אשה דמקודשת מדאורייתא ממ"נ אי אגב דאורייתא ודאי מהני כנ"ל ואי דרבנן א"כ מוכח מש"ס דהיה עומד בגורן וקנין דרבנן מועיל להיות שלו מן התורה ושוב ג"כ מקודשת מן התורה כנ"ל.

וליכא לספוקי ביה כלל רק בשאר קנינים כנ"ל. ואין ראיה ג"כ מדאמר וגיטין דף נה) אי יאוש קני כו' ומשני כרת שע"י דבריהם כו' אוקמוה רבנן ברשותיה דליחייב עליה כו' ע"ש ומוכח ג"כ דמהני מה"ת כנ"ל דז"א כמ"ש דגם שם הא היתה כך התקנה להפקיר לגמרי ולהפקיע הדאורייתא כדי שיתחייב כרת כנ"ל.

והב"י שפסק לעיל גבי יאוש דאף דקונה מדרבנן אם קידש אשה אח"כ לא מהני מה"ת והוי רק קדושין דרבנן דלא כהרש"ל וכמ"ש הב"ש לעיל. היינו דהא חזינן ביאוש דלא הפקיעו לגמרי הדאורייתא דהא לענין דו"ה קי"ל דטבח ומכר לאחר יאוש חייב ולא אמרינן שלו הוא טובח כו' וכן פסק הרמב"ם ואף דיאוש קני מדרבנן וצ"ל כמ"ש הרש"ל בעצמו שם דלא הפקיעו חכמים שיפטור מדו"ה ע"ש ולכך סבר הב"י דלא הוי שלו מה"ת ולענין קדושין לא מהני מה"ת דאי היה התקנה להיות שלו מה"ת הי' ממילא פטור מדו"ה כיון דשלו הוא טובת כו' וע"כ דלא היתה התקנה רק שיהיה שלו מדרבנן ולא מדאורייתא כנ"ל משא"כ במעמד ג' פ' דלא כהר"י דלא מצינו כנ"ל: ומיושב ג"כ דפ' הרמב"ם ה' לולב דגזול פסול אף אחר יאוש כו' ופי' הה"מ מטעם לכם ע"ש והא הוא ז"ל פסק דיאוש קונה מדרבנן וא"כ הוי לכם מה"ת לדעת הב"י ויהיה כשר כנ"ל.

ולמ"ש א"ש דהא ביאוש לא הפקיעו הדאורייתא ושפיר לא הוי לכם מה"ת רק מדרבנן ופסול כנ"ל. או די"ל דלכך פליג הב"י לעיל בגזל דלא הוי קדושי דאורייתא ובמעמד ג' פסק דמהני מן התורה היינו כמ"ש לעיל דהא לכאורה נהי דאינו שלו מה"ת מ"מ הא מהני בקדושין הנאה הבאה לה מחמתו כמ"ש הר"ן בחליפי איסורי הנאה ע"ש דלא גרע מאדבר עליך לשלטון.

וא"כ כיון דמהני וקנתה מדרבנן אית לה הנאה עכ"פ מחמתו ולמה לא תהי' מקודשת מה"ת. רק דכמ"ש תוס' גבי מקדש בחלקו כו' שהקשו מה בכך דמשולחן גבוה קא זכי

הא מ"מ אית לה הנאה כמו אדבר עליך כו' ותירצו דדוקא שם דההנאה הבא לה הוא מדבר שהוא שלו משא"כ בחלקו או משולחן גבוה כו' אין ההנאה מדבר שלו רק משולחן גבוה כו' ע"ש.

ולכך לא מהני בגזל אחר יאוש דאף דאית לה הנאה כיון שהיא קונה מדרבנן מ"מ כיון דמה"ת אינו שלו לא מהני דההנאה הוא מדבר שאינו שלו והיינו בגזל אחר יאוש וכה"ג אבל במעמד ג' שבאמת הוא שלו עכ"פ החוב רק דהיא אינה קונה מה"ת ולכך כיון שקונה מדרבנן מקודשת מטעם הנאה דההנאה באה לה מחמתו וההנאה הוא מדבר שהוא שלו כנ"ל ולא גרע מאדבר עליך לשלטון כו' כנ"ל: ולכאורה משמע ג"כ מרש"י ז"ל סנהדרין פ"ח בזקן ממרא דאינו חייב אלא על דבר שזדונו כרת כו' ואמר התם בהשקאת סוטה בפלוגתא דר"י ר"י כו' ופירש"י אם מכרה כתובתה ללוקח והלך הלוקח וקידש אשה ע"ש.

והא כתובה דרבנן וגם מכירת שטרות דרבנן ומ"מ הוי קדושי תורה לחייב מיתה ע"ש. אך י"ל דהא התם יליף מקרא רבית כו' וא"כ גם להב"י קשה.

וצ"ל דהא מתרגם לה התם למתני' אליבא דר"מ. ור"מ לטעמי' דסבר כתובה דאורייתא וגם מכירת שטרות י"ל לר"מ דדאורייתא דהטעם כ' תוס' משום דהוי דבר שאינו ברשותו ע"ש ולר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מהני וג"כ לטעמי' כנ"ל.

ובל"ז להרבה פ' גם לדידן מכירת שטרות דאורייתא. ואדרבה בזה י"ל הרמב"ם שכ' בה' ממרים השקאת סוטה הנפקא מינה לענין יבום שזדונו כרת ע"ש ולמה לא כ' לענין קדושין כמ"ש רש"י ז"ל וכמ"ש גם הוא באותו פ'.

ולמ"ש א"ש דבש"ס דוקא לר"מ י"ל כנ"ל משא"כ לדידן דכתובה דרבנן וגם מכירת שטר סבר הרמב"ם ז"ל שהוא דרבנן והוצרך לומר לענין יבום כנ"ל: והנה הרמב"ן ז"ל ב"ב ע"ז הוכיח דמכירת שטרות דאורייתא מדתני התקדשי בשטר כו' מקודשת דמוקי בשט"ח דאחרי' כו' ואי מ"ש דרבנן לא היתה מקודשת מן התורה ע"ש.

ומבואר לכאורה להדיא כהר"י דבקנין דרבנן מקודשת רק מדרבנן כנ"ל. ואפשר לומר כמ"ש לעיל והיינו דהספק הוא אם הפקיעו חכמים לגמרי הר"ת או לא אף שיש כח בידם כו' והביא ראיה דאי הטעם דיכול למחול הוא משום דמ"ש דרבנן וא"כ ע"כ לא הפקיעו לגמרי הד"ת דאל"ה לא היה יכול למחול דהא המכירה ג"כ ד"ת כיון שתיקנו חכמים והפקיעו.

וכיון דחזינן שלא הפקיעו ממילא מקודשת רק מדרבנן כנ"ל. ומיושב בזה מה שהקשה הרשב"א דאמר מודה שמואל במכנסת שט"ח לבעלה דא"י למחול דידו כידה ע"ש.

והקשה דהא גם זה דרבנן ולהנ"ל א"ש דשם הפקיעו חכמים לגמריהד"ת והוי ממילא מן התורה וא"י למחול כנ"ל. וכן מיושב דאמר בב"ב אלא אי מתנת ש"מ דרבנן אמאי לא יכול למחול ומשני דרבנן ועשאוהו כשל תורה ע"ש ואינו מובן לכאורה ולמ"ש א"ש דהפקיעו חכמים לגמרי ושוב מועיל המתנה דרבנן מן התורה דיש כח בידם כו'.
וממילא א"י למחול כמו אי היה מדאורייתא כו'. והנה לפי ראיית הרמב"ן ז"ל הנ"ל מוכח מש"ס דלא כהר"י דכיון דתני במעמד ג' מקודשת דמשמע מדאורייתא וכן הרמב"ם ז"ל פסק סתם דמקודשת והיה לו לפרש דמקודשת מדרבנן וע"כ כהב"י הנ"ל.
אמנם נראה די"ל אף אי נימא דבקנין דרבנן אינו שלו מן התורה מ"מ מקודשת במעמד ג' מדאורייתא דהנה קי"ל באומר לאשה הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני כמבואר בש"ס ע"ש: ונראה ג"כ כיון דאמר בש"ס פ"ק דקדושין אי דכתב לי' שטרא אדמי היינו כסף ע"ש גבי עבד עברי כיון דשטר זה שוה כסף החיוב שנתחייב הוי כנותן לו כסף ע"ש.
וא"כ בנותן לאשה שטר על עצמו שמתחייב לה ואומר התקדשי לפלוני גם כן מקודשת דשטר חיוב זה הוי כנותן כסף וכאומר הילך מנה כנ"ל. ואפשר דגם לדעת הרשב"א דבכותב שטר טל עצמו לא מהני דאגיד גבי' ע"ש.
מ"מ י"ל דכשנותן האחר שט"ח מהני כיון דלא אגיד גבי בעל כנ"ל. ואף שאינו מוכרח מ"מ לרוב הפ' שם ודאי מהני כנ"ל והנה באומר לאשה התקדשי לפלוני ואתן לך מנה נראה ודאי דמחויב ליתן לה בדבור לחוד כשמתקדשת לאותו פלוני דשכירות מתחייבים בדבור בלא קנין וכמבואר בש"ס ע"ז הילך טלה זה והבעלי לאבא או לאביך דהוי אתנן ע"ש: והנה לכאורה נימא דגם באומר לאשה התקדשי לפלוני ואתן לך מנה שוב תתקדש בדבור זה לחוד דהא נותן לה חיוב זה שמתחייב ליתן לה והוי כנותן לה שטר כנ"ל דחיוב זה שוה כסף וא"כ תתקדש בזה כמו הילך מנה כו', אך ז"א דכיון שאינו נותן לה שום דבר במאי תתקדש שיהיה עליו חיוב ליתן הא אין כאן קדושין ואינו חייב כלום דכשמקדשה אח"כ אותו פלוני חייב הוא מטעם שכירות כיון שנתקדשה משא"כ כנ"ל כיון שאין קדושין אין שכירות כנ"ל.
והנה במעמד ג' לדעת הרבה פוסקים בעינן דוקא כשקיבל עליו הלוה ליתן ע"ש בח"מ קכ"ה בש"ך שם דהטעם דנכנס הוא ונשתעבד להמקבל כנ"ל. וא"כ בקדושין לכאורה יהיה מהני מעמד ג' אף בלא התקנת חכמים כיון שהלוה מקבל עליו שתתקדש להמלוה ויתן לה המנה וא"כ נתחייב מטעם שכירות שעל ידו נתקדשה לו וא"כ נותן לה חיוב זה ככותב שטר כנ"ל.

אך ז"א כמ"ש דכיון שאינו נותן לה שום דבר במאי תתקדש וכיון שאינה מקודשת אין כאן שכירות. אמנם עכשיו דכבר תיקנו חכמים דמעמד ג' קונה ומקודשת עכ"פ מדרבנן. וזה ודאי באומר התקדשי לפלוני קדושין דרבנן ואתן לך מנה מחויב ליתן לה מדאורייתא מטעם שכירות דמאי חילוק לענין הפעולה מ"מ עשתה הפעולה כנ"ל. וא"כ כשמקדשה במעמד ג' ומקודשת מדרבנן עכ"פ שוב מחויב ליתן לה אח"כ מדאורייתא דהא קיבל עליו שתתקדש לו ויתן לה והא נתקדשה לו מדרבנן וא"כ נותן לה חיוב זה השוה כסף והוי ממילא הילך מנה והתקדשי לפלוני ושפיר מקודשת מן התורה אחר התקנת חכמים דהוי ככותב שטר אדמי דהיינו כסף כנ"ל: ומיושב בזה הרמב"ן ז"ל הנ"ל שהוכיח דמכירת שטר מה"ת מדתני סתם מקודשת ותמוה דהא גם לדידי' קשה דתני במעמד ג' מקודשת וזה ודאי מדרבנן כנ"ל.

ולמ"ש מיושב דבמעמד ג' כיון שכבר תיקנו חכמים שפיר מקודשת אח"כ מה"ת כנ"ל משא"כ במכירת שטר אי מדרבנן לא מהני כלל מן התורה דהא לא קיבל עליו הלוה כלל כנ"ל. וזה י"ל ג"כ בטעם הפוסקים דא"י למחול במעמד ג' כיון שנשתעבד כו' ושוב הוי מה"ת עכשיו כנ"ל עוד י"ל דהא מבואר בח"מ דאף דערב שלא בשעת מתן מעות לא מהני מ"מ אם פטרו על פיו שאומר פטור לפלוני ואתחייב לך הוי כבשעת מתן מעות וחייב ע"ש.

והנה באומר למלוה פטור להלוה ואתן לפלוני מנה ג"כ חייב מטעם ערב דאין חילוק בין מחייב עצמו ליתן להמלוה או לאחר כנ"ל. וא"כ לכאורה במעמד ג' כיון שהמלוה נסתלק ממנו ואינו יכול לתבעו עוד כמבואר בח"מ שם א"כ הוי כאומר פטור אותי ואתן לפלוני מנה דגם כן יתחייב מטעם ערב דלמה יהיה גרע מאחר ושפיר מחויב מן תורה דבשלמא בלא התקנה לא היה המלוה מסתלק כלל ממנו וממילא אינו חייב משא"כ אחר שתיקנו ונסתלק עכ"פ מדרבנן שוב י"ל דחייב מה"ת מטעם ערב כנ"ל.

ויש לדחות: ובגוף הדין דקנין דרבנן נראה לע"ד פשוט באם כבר קנה חפץ בקנין דרבנן במשיכה וכה"ג וקידש בו אח"כ אשה דמקודשת מן התורה כיון שכבר זכה בו ובקנין משיכה י"ל בלא זה דמהני מן התורה אחר שתיקנו כמ"ש לעיל. רק אפילו בשאר קנינים מ"מ כיון שכבר זכה בו הוא שלו לגמרי דאטו אם מקדש אשה בחפץ וכה"ג נצטרך לחקור אם קנה החפץ בקנין דרבנן או דאורייתא ויהיה בכל פעם ס' קדושין דמהיכן נדע במאי קנאו זה תימה.

וכן להיפך במה שביטלו חכמים הקנין ואמרו דאינו קונה אם קידש אח"כ אשה אינה מקודשת כלל גם מן התורה. ומ"ש הרמב"ם ז"ל גבי מוכר פרתו לישראל ונתן מעות

דאסור להאכיל תרומה וכן להיפך ע"ש היינו דוקא קודם שקיבל הלוקח מי שפרע דלא נסתלק הקנין עדיין אבל אחר שקיבל מי שפרע נראה דהוי של המוכר לגמרי ומותר להאכילה תרומה ג"כ כיון שבטל הקנין לגמרי מדרבנן כנ"ל.

וכן לענין קדושין אם קידש מוכר בהחפץ קודם שקיבל הלוקח מ"ש אינם קדושי תורה ואח"כ מקודשת מן התורה וכן להיפך אצל הלוקח. ולענ"ד מוכרח כן מש"ס יבמות צ' דפריך התם מאכל תרומה כו' ושילם חולין טמאים כו' במזיד אין תשלומיו תשלומין כו' ופריך הא מן התורה הוי תשלומין ואי מקדש בי' כהן אשה מקודשת ואמרי רבנן אין תשלומיו תשלומין וקא שרינן אשת איש לעלמא כו' ע"ש ומאי פריך דלמא אף דאמרי רבנן אינו תשלומין מ"מ אי מקדש כהן אשה הוי קדושי תורה וע"כ בסתם כיון דתיקנו חכמים דאינו שלו אם מקדש אח"כ לא הוי קדושין כלל והא ודלא פריך משאר קנינים שתיקנו חכמים בממון ואי מקדש אח"כ כו' היינו דזה היה פשוט לש"ס דמהני מטעם הפקר ב"ד הפקר רק שם דלא שייך הפקר ב"ד כמ"ש תוס' שם פריך שפיר דאעפ"כ כיון דאמרו חכמים דלא מהני בסתם היה פשוט להש"ס דאם מקדש אח"כ אשה לא הוי קדושין כלל ושרי' לעלמא ומשני דלא אמר כלל דאינו תשלומין רק דבעי למיהדר ולשלומי ע"ש.

וממילא בכל קניני דרבנן ודאי הדין כן דבאמת לכך הפקיעו חכמים לגמרי כדי שיהיה אח"כ כשל תורה ממש שלא יהיה מכשול כנ"ל. הן לענין הקנין והן לענין ביטול קנין של תורה כנ"ל.

רץ מ"ש הר"י דבמעמד ג' הוי קדושין דרבנן הוא רק משום דלא קנה אותו מקודם רק הקנין דרבנן הוא בשעת הקדושין ומדאורייתא אין כאן נתינה כיון שלא קנתה וכן מ"ש הרמב"ן במכירת שטרות אי דרבנן היינו ג"כ הקנין עכשיו שמקדשה בשטר ומן התורה לא מהני ולא נפקע הד"ת עתה אבל קנה שטר או החוב במעמד ג' וגבה המעות וקידש בו מהני מן התורה כנ"ל.

ובקנין משיכה יש להסתפק מ"מ קצת אם קידש קודם שנתן מעות די"ל כיון שיהיה בודאי הקנין דאורייתא דהא צריך ליתן מעות י"ל דלא הפקיעו לגמרי קודם שנתן ובמתנה שאין קנין מעות באמת משיכה קונה מן התורה רק היכא שיש מעות ובזה י"ל דלא הפקיעו כנ"ל משא"כ בשאר קנין שלא יהיה קנין אחר של תורה בזה הפקיעו כנ"ל או די"ל במתנה בקנין דרבנן כמ"ש לעיל דהא נסתלק הנותן כמ"ש הרשב"ם ב"ב קל"ז רק התוס' דחי משום כי יהיב אדעתא דליקביל וכיון שקנה מדרבנן ואף דמדאורייתא לא מהני מ"מ נסתלק וזוכה מטעם הפקר כמ"ש לעיל.

וי"ל גם במכר בקנין משיכה דכיון דמשיכה קונה מדבריהם נסתלק המוכר וכיון דלא קני מן התורה ע"מ יכול לזכות בו ודוקא בשטרות או מעמד ג' דלא שייך הפקר דלא מהני כנ"ל ויש לדחות. ובמ"ש מישב מהא דהיה עומד בגורן ושאר מ"ש לעיל דשם היה הקנין קודם ומהני משא"כ כאן.

רק בגזל אחר יאוש היה נראה כהרש"ל לפ"ז כיון דכבר קנאו קודם הקדושין ביאוש מדרבנן והב"י צ"ל דסבר כמו שכתבתי לעיל דהא חזינן דלא הפקיעו כנ"ל: (כט) וי"א שאינה מקודשת כו' היינו דעת הפ' דבמעמד ג' יכול למחול ג"כ, והנה להפ' הנ"ל קשה קושית תוס' ורא"ש למה לא אמר דכ"ע אית להו דר"ה רק בדשמואל קא מפלגי אי סמכא דעתה כמו דאמר בשט"ח ע"ש.

ונראה ליישב בפשיטות דהנה הרא"ש ז"ל כ' דכיון דמעמד ג' הלכתא בלא טעמארק משום תקנת הסוחרים ולכך תיקנו דאינו יכול למחול גם כן דאל"ה לא הועילו בתקנתם דירא לקנות שמא ימחול ע"ש סוף פ"ק דב"מ. אמנם לכאורה אין ראית הרא"ש מוכרחת דהא כיון דהמוחל צריך לשלם מדינא דגרמי כל דמי החוב וא"כ לא שייך טעם הנ"ל דשייך שפיר תקנת הסוחרים דלא יפסיד כלום שאם ימחול משלם כנ"ל: אך הרא"ש לטעמי' שפסק דבמוכר שטר חוב כו' ומחל אינו צריך לשלם מדד"ג רק הדמים שנתן לא כל דמיו ע"ש ולכך כ' שפיר טעם הנ"ל דיהיה ירא לקנות כו' וא"כ י"ל דהפוסקים דבמעמד ג' יכולין למחול היינו משום דס"ל כמו דקי"ל באמת דצריכין לשלם מדר"ג כל דמי החוב ולא שייך טעם הרא"ש כנ"ל.

והנה הראשונים הקשו מש"ס הנ"ל דאמר לא סמכא דעתה ולמה הא יצטרך לשלם לה כו' ומזה הוכיחו דא"צ רק דמים שנתן כו' והם תירצו דהתם קאי אליבא דרבנן דר"מ דלא דייני דינא דגרמי כלל וסברי שפיר דלא סמכא דעתה ע"ש. וא"כ מיושב קושית תוס' הנ"ל להפ' דבמעמד ג' יכול למחול והיינו דלא מצי למימר דכ"ע אית להו דר"ה ובסמכא דעתה פליגי כו' דז"א דהא בהא תלי' דאי נימא דפליגי בסמכא דעתה ע"כ צ"ל אליבא דרבנן דלא דייני דינא דגרמי כנ"ל.

ואם כן אי סברי כר"ה ע"כ אין יכולין למחול במעמד ג' דכך היה התקנה דאל"ה מה הועילו דעדיין לא יקנה שמא ימחול ולא יצטרך לשלם כלל כיון דלא דייני גרמי כנ"ל וע"כ תיקנו שלא יוכל למחול כמ"ש הרא"ש. וליכא למימר כלל דסברי לא סמכא דעתה ולא דייני גרמי ויהיו סוברים שיוכל למחול במעמד ג' דסתרי אהדדי כנ"ל.

משא"כ לדידן דקי"ל גרמי וצריך לשלם הכל שפיר יכולין למחול במעמד ג' דלא היה צורך לתקן דבל"ז לא ירא ולא שייך טעם הרא"ש כנ"ל וא"ש: אך נהי דמיושב בזה הפ' שיכול למחול כו'. אבל עדיין קשה הפוסקים כאן דאינה מקודשת.

ולמ"ש ממ"נ אי א"י למחול ודאי מקודשת ואי יכול למחול א"כ ע"כ לדידן סמכא דעתה כיון דצריך לשלם מדינא דגרמי וג"כ מקודשת. וא"ל דכסיפא לה כו' כמ"ש הרא"ש.

דא"כ קשה עדיין קושית תוס' די"ל דפליגי בסמכא דעתה אף אי צריך לשלם כו' ומ"מ יכולין למחול דשייך התקנה שיהיה ירא כנ"ל. וע"כ כתירוץ הנ"ל וממילא ממ"נ מקודשת.

אך י"ל כיון דמספקא ו אי צריך לשלם הכל או רק הדמים שנתן וג"כ מספקא לן אי יכול למחול במעמד ג' וא"כ נהי דהא בהא תלי' ואי יכול למחול ע"כ צריך לשלם הכל כנ"ל מ"מ לא סמכא דעתה דהא מהלוה לא תוכל להוציא מספק דשמא יכול למחול ומהני ופטור ואף דא"כ צריך לשלם הכל מדד"ג מ"מ מה להלוה בכך הוא פטור כנ"ל ומהבעל שמחל ג"כ לא תוכל להוציא מספק להיפך שמא אינו מועיל מחילה במעמד ג' ואף דמ"מ גרם היזק שלא יוכל לגבות מספק כמו בטבח אומן שקלקל בספק טרפות ע"ש.

אך מ"מ לא תוכל להוציא ממנו רק הדמים שנתן, דשמא אן צריך. לשלם רק דמים שנתן ואף דא"כ אינו יכול למחול במעמד ג' מה להבעל בכך וזיל הכא קא מדחי כו' ולא סמכא דעתה ממילא ואינה מקודשת כנ"ל אף דסתרי אהדדי כנ"ל: עוד י"ל דיש ליישב תמיהת הפ' למה לא סמכא דעתה כיון דיצטרך לשלם הכל ודאי לא ימחול ע"ש וי"ל למ"ש בח"מ ס"ו דכשטוען הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך צריך המוכר לישבע ואי אינו נשבע אינו גובה כיון דאם יודה שנפרע יהיה נאמן במיגו דאי בעי מחיל ממילא צריך לישבע כו' ע"ש.

ולדעת יש פוסקים שם אף שאינו רוצה לישבע מ"מ א"צ לשלם מדינא דגרמי כיון שאינו עושה שום מעשה רק שאינו מצילו וככובש עדותו כו'. ואף למ"ש הרמב"ן ז"ל דחייב לשלם מטעם אחריות מ"מ שוב א"צ לשלם רק הדמים שנתן כיון דמטעם ההיזק עכשיו אינו חייב כנ"ל.

וא"כ י"ל פי' הש"ס דבדשמואל פליגי והיינו דרבנן אית להו דשמואל דיכול למחול וא"כ ממילא לא סמכא דעתה שמא לא ירצה הבעל לישבע שלא נפרע דצריך לישבע שאם יודה יהיה נאמן במיגו דמחיל כנ"ל. וכיון שלא ירצה לישבע לא תוכל לגבות וגם הוא לא יצטרך לשלם לה מדינא דגרמי כנ"ל.

ושפיר לא סמכא דעתה ולא קשה קושית הפ' הנ"ל והא דאמר לא שביק לדידי כו' צ"ל דשייך גם לענין השבועה ג"כ כנ"ל. וממילא מיושב ג"כ קושי' הנ"ל דלא מצי למימר שמעמד ג' דפליגי בסמכא דעתה דז"א דהא תוס' ב"מ כ' כתבו דבמעמד ג' לא שייך שמא נפרע ואינו חייב דהא עמד שם ולא טען בשעת המכירה ע"ש.

וא"כ במעמד ג' ליכא למימר דפליגי כנ"ל ז"א דהא אישתבע לי לא שייך כנ"ל. רק שימחול בפירוש ואז יצטרך לשלם הכל מדינא דגרמי ולא שייך כנ"ל דסמכא דעתה שפיר כו' אבל י"ל שפיר דיכול למחול.

ומה שפי' דאינה מקודשת אף דממ"נ כנ"ל. מ"מ י"ל כמ"ש והיינו כיון דמספקא לן אי צריך לשלם הכל אי רק דמים שנתן ממילא שוב לא סמכא דעתה כנ"ל שלא תוכל להוציא כנ"ל: עוד י"ל דרך פלפול דלכאורה קשה לדעת הפ' לקמן כ"ט בהניח משכון על המנה דאינה מקודשת כו' היינו משום דאגיד גבי' וכסף קדושין דעדיין אגיד בעל לא מהני דבעינן שיצא מרשותו לגמרי ע"ש וא"כ לכאורה לדעת תוס' דהטעם במוכר שט"ח דיכול למחול הוא משום דשני שיעבודים יש כו' ואינו יכול למכור רק שיעבוד נכסים ושיעבוד הגוף.

עדיין נשאר אצלו ולכך יכול למחול דכיון שפקע שיעבוד הגוף ממילא נפקע השיעבוד נכסים ע"ש. וא"כ למה תהיה מקודשת במקדשה בשט"ח אף דסמכא דעתה ואינו מוחל כו' מ"מ הא אגיד גבי' עדיין דהשיעבוד הגוף עדיין אצל הבעל שזה אינו יכול ליתן כנ"ל ולא מהני.

אך לא קשה דדוקא התם במנה שהדבר שנותן עדיין אגיד גבי' והיינו דהא נותן לה המנה וזה אגיד בי'. אבל כאן אינו נותן לה רק השיעבוד נכסים ושיעבוד הגוף אינו נותן לה כלל וא"כ השיעבוד נכסים שנותן לה זה אינו אגוד גבי' שזה יצא לגמרי מרשותו.

ומה בכך שהשיעבוד גוף אגוד גבי' הא זה לא נתן ומה שנתן אינו אגוד כו' ושפיר מהני כנ"ל. אמנם לכאורה למ"ש הרי"ף ז"ל פ' הכותב בשם איכא מרבוותא הטעם דיכול למחול משום דעדיין לא יצא כלל השיעבוד מרשות המוכר כיון דמצי למימר עיינתי בחושבני ולא פש לי גבי' ולא מידי ובידו לעקור גוף החוב ולכך אף שאינו אומר כן מ"מ לא יצא מרשותו עדיין ויכול למחול ג"כ ע"ש כפי מה שפי' הר"ן ז"ל שם דבריהם.

וא"כ לכאורה לטעם הנ"ל לא מהני בקדושין אף שאינו מוחל דכאן שפיר אגוד גבי' גוף הדבר שנותן לה דגם השיעבוד נכסים לא יצא עדיין מרשותו כיון דמצי למימר עיינתי כו' דמשום הכי מצי מחיל דלא יצא מרשותו כנ"ל. וממילא אינו מועיל במקדשה בשט"ח כנ"ל.

והנה י"ל דאף לדידן דלא קי"ל כטעם הרבוותא הנ"ל מכל מקום י"ל כן דהנה הר"ן ז"ל דחה שם דבריהם דהא באמת אינו נאמן כלל לומר עיינתי בחושבני כו' דמה מועיל הודאתו כיון שחב לאחרים כו רק עכשיו י"ל דנאמן לומר עיינתי כו' במיגו דאי בעי מחיל כנ"ל. אבל איך יהיה זה טעם שיוכל למחול הא אי אינו יכול למחול גם עיינתי אינו יכול לטעון כו' ע"ש.

וא"כ נראה ממילא דעכשיו לטעם התוס' דיכול למחול משום דב' שיעבודים כו' והשיעבוד הגוף בידו כנ"ל. א"כ שוב יכול לומר עיינתי כו' דנאמן במיגו דאי בעי מחיל שיהיה מהני מטעם ב' שיעבודים כו'.

וא"כ ממילא גם השיעבוד נכסים לא יצא עדיין מרשותו כיון שבידו לבטל גוף החוב כדברי הרבוותא כנ"ל שיכול לומר עיינתי במיגו דמחילה כנ"ל. ויכול למחול שוב גם השיעבוד נכסים מטעם שלא יצא מרשותו עדיין כנ"ל.

וא"כ קשה כנ"ל דאף שאינו מוחל לא תהיה מקודשת מטעם אגוד גביה דגם השיעבוד נכסי אגוד גבי' גם לדידן ולא יהיה מהני והנה הפ' כתבו דאי אמרינן סברת הש"ס לא שביק לדידי ומחיל לאחריני לא הוי מיגו דאי בעי מחיל דבוש הוא למחול להפסיד לה ולמחול להרויח לאחר ועדיף ממ"ש תוס' פ"ב דכתובות בשטר אמנה ע"ש.

וא"כ מיושב קושייתם דהא סמכה דעתה שיצטרך לשלם הכל מדינא דגרמי וודאי לא ימחול כנ"ל. ולמ"ש י"ל דהפי' בש"ס הוא בדשמואל פליגי היינו דסבר כשמואל דיכול למחול וממילא לא הוי קדושין אם שאינו מוחל דכיון שיכול למחול ונאמן לומר עיינתי בחושבני במיגו דמחילה ולא יצא עדיין מרשותו גם השיעבוד נכסים ושוב אינה מקודשת מטעם אגוד גבי' ואמר ואבע"א דפליגי אי סמכא דעתה משום לא שביק לדידי כו' והיינו דאי אמרינן לא שביק כו' ממילא אינו נאמן עיינתי כו' במיגו דמחילה כנ"ל ושוב לא הוי אגוד גבי'.

דמה שיכול למחול לא מיקרי אגוד גבי' דוה אינו מבטל החוב מעיקרו רק שמזיק עתה וכשורף כו' וכיון דאינו יכול לומר עיינתי כו' שיב שפיר מקודשת כנ"ל: ואף דלכאורה ז"א דכיון דאי מוחל צריך לשלם הכל א"כ שובאינו נאמן עיינתי בחושבני במיגו דמחילה דעכשיו א"צ ליתן רק הדמים שנתן וכשימחול צריך ליתן הכל.

אך ז"א דהא הש"ך ז"ל כתב דאף אי אינו נאמן במיגו מ"מ הודאה זו עצמה הוי מחילה וג"כ צריך לשלם הכל ושפיר נאמן ע"ש. ואף דלכאורה א"כ שוב לא הוי אגוד גבי' גם מה שיוכל לומר עיינתי כו' כיון דכל הנאמנות הוא רק מטעם דהוי מחילה א"כ ג"כ אינו מבטל החוב מעיקרו רק עכשיו כמו מוחל וכנ"ל.

אך ז"א דהא לכאורה מה דצריך לשלם הכל כשאומר עיינתי כו' היינו משום דאין אנו מאמינים לו שהאמת כן דאם היינו מאמינים לו כן ודאי לא היה משלם רק דמים שנתן דהא לא היה מכירה כלל רק דאמרינן שהוא שקר ואף על פי כן מהני הודאתו מטעם מחילה ולכך צריך לשלם דהא היה המכירה כדין כנ"ל.

אך לכאורה למה באמת לא יהיה נאמן הא אית ליה מיגו דמחילה רק דלא הוי מיגו משום דיצטרך לשלם הכל כשימחול כנ"ל. וא"כ כיון דאמרינן דגם עכשיו כשאומר עיינתי כו' אף דלא מהני מטעם נאמנות מהני עכ"פ מטעם מחילה וצריך ג"כ לשלם הכל וא"כ שוב יהיה נאמן מטעם נאמנות במיגו דמחילה דהא גם עכשיו משלם הכל ולא גרע ממחילה וכיון דנאמן מטעם נאמנות א"כ שוב לא ישלם רק הדמים שנתן כיון דהאמת כן שלא היה מכירה כלל כנ"ל.

אך ז"א דאיך יכולין להאמין לו הא אם יהיה הדין דנאמן וא"ל לשלם רק דמים שנתן א"כ שוב אינו נאמן דליכא מיגו דבמוחל יצטרך לשלם הכל והוא כמ"ש הנ"י ריש ב"מ גבי חצי' שלי ע"ש. ולכך צריך לשלם הכל כנ"ל.

אמנם עכשיו דאמרינן דלכך צריך לשלם הכל א"כ שוב אמרינן דודאי אומר אמת עיינתי בחושבני כו' ונאמן מטעם נאמנות דהא אית ליה שפיר מיגו דמחילה כנ"ל, וא"כ לענין קדושין שפיר אינה מקודשת מטעם אגוד גבי' דלא יצא מרשותו עדיין דיכול לומר עיינתי כו' ויהיה נאמן באמת אף דצריך לשלם הכל ומבטל החוב מעיקרו ולכך אינה מקודשת ומשני שפיר דפליגי בדשמואל ואף שצריך לשלם הכל מדינא דגרמי מכל מקום לא מהני כנ"ל.

וממילא מיושב גם כן קושית תוס' הנ"ל דאי יכול למחול במעמד ג' נוקי פלוגתייהו כו' ודכ"ע אית להו דר"ה. ולמ"ש א"ש דנהי דיכול למחול מ"מ סמכא דעתה דהא יצטרך לשלם הכל מדינא דגרמי וכאן לא שייך הנ"ל דנימא כיון דיכול למחול יהיה נאמן עיינתי בחושבני במיגו ז"א כיון שהיה במעמד ג' אינו נאמן עיינתי כו' אף דאית ליה מיגו לדעת הרבה פוסקים ע"ש בח"מ ולא הוי אגוד גבי' רק שימחול באמת ויצטרך לשלם כנ"ל.

אבל שפיר י"ל דיכול למחול במעמד ג' כנ"ל. והא דפסקו דאינה מקודשת אף דממ"נ כנ"ל.

היינו ג"כ משום שלא תוכל להוציא ממנו רק הדמים שנתן וכמ"ש כנ"ל: (ל) אע"פ שהקנהו לה בכתיבה ומסירה אינה מקודשת אלא מספק. היינו שמא לא סמכא דעתה שמא ימחול דקי"ל כשמואל כו'.

והקשו תוס' ורא"ש הא צריך לשלם מדינא דגרמי ומה תפסיד והוכיחו מזה דא"צ לשלם רק דמים שנתן והיינו פרוטה ע"ש ברא"ש או משום דאינה רוצה למיקם בדינא ודיינא ע"ש ובאמת אינו מובן למה לא ישלם רק דמים שנתן ולמה עדיף משאר גורם. והרא"ש ז"ל ספ"ק דב"מ כתב הטעם משום דמעיקרא זביני ריעי נינהו דהא ידע דיוכל למחול ולכך א"צ ליתן רק דמים שנתן ע"ש.

וגם זה אינו מובן מה בכך שידע דיוכל למחול הא ידע דכשימחול יצטרך לשלם לו מדד"ג וכמו אלו ידע שיוכל לשרפו או להזיקו שאר היזק ובאמת לכך פסקו הפ' דצריך לשלם הכל כנ"ל. ונראה די"ל הטעם דהנה במוחל אינו צריך לשלם כל דמי החוב הכתוב בשטר רק כפי מה ששוה החוב למכור כמבואר בפוסקים ובתוס' ורא"ש ע"ש והיינו דכשהחוב הוא על מנה מסתמא שוה למכור פחות מעט דהלוקח לא יתן כל דמיו ואינו שוה רק צ"ט דהא הוא חוב שיצטרך לגבותו וא"כ כשמוחל המוכר א"צ לשלם רק צ"ט כנ"ל וא"כ נראה דשוב נגד הלוקח שוה עוד פחות דכשקונה החוב של ק' ושוה אצלו צ"ט בעבור שהוא רק חוב וא"כ שוה פחות מצ"ט דהא יודע שיוכל למחול ואף שיצטרך לשלם מדד"ג מ"מ הא לא ישלם רק צ"ט וא"כ לא יהיה לו חוב רק של צ"ט על המוכר בעד המחילה וכשהחוב הוא צ"ט ממילא אינו שוה אצלו רק צ"ח וכה"ג וא"כ מי שלוקח החוב לא יתן בעד החוב ק' רק צ"ח מטעם הנ"ל וא"כ שוב אינו שוה למכרו רק בצ"ח וא"כ כשמוחל המוכר שוב לא יצטרך לשלם מדד"ג רק צ"ח אף שמשלם הכל דלא כהרא"ש מ"מ א"צ לשלם רק מה ששוה כמבואר שם.

וכיון שאיני שוה להלוקח רק צ"ח כנ"ל. ממילא לא יצטרך ליתן כשימחול רק צ"ח כנ"ל. וא"כ שוב אינו שוה להלוקח רק צ"ז דהא כשימחול לא יהיה לו רק חוב של צ"ח ושוה פחות כנ"ל ושוה רק צ"ז וממילא שוב כשימחול לא ישלם אלא צ"ז כמו ששוה ושוב שוה עוד פחות וכן חוזר חלילה וא"ש ממילא טעם הנ"ל דא"צ לשלם רק דמים שנתן דאיך נימא שישלם הכל והיינו כל מה ששוה והא מ"מ שוה פחות כנ"ל כיון דיודע שיוכל למחול וזביני ריעי נינהו כנ"ל וא"צ ליתן רק מה שנתן כנ"ל.

ובקידושין ג"כ א"צ ליתן רק הפרוטה כנ"ל ומה שנתן י"ל או משום אחריות או דהא שוה שנתן כנ"ל ובזה מיושב ג"כ דלכאורה למ"ש הרא"ש הטעם בקדושין דלא ישלם רק פרוטה שנתנה קשה דהיכא דכל החוב הוא רק פרוטה תהיה מקודשת שיצטרך לשלם הפרוטה כנ"ל. ולמ"ש א"ש דכשהחוב רק פרוטה ממילא שוה פחות ואינה מקודשת וכשימחול ג"כ לא יצטרך לשלם רק פחות מפרוטה כנ"ל: ובמ"ש יש ליישב מה שהקשו

תוס' להפ' דבמעמד ג' יכול למחול ג"כ למה לא אמר דכ"ע אית להו דר"ה רק באשה סמכא דעתה קא מפלגי כנ"ל.
וי"ל דהנה קשה כמ"ש לעיל איך אמר דסמכא דעתה דלא שביק לדידי ומחיל לאחריני. הא מ"מ שמא לא ירצה לישבע כשיטעון אשתבע לי דלא פרעתיך וממילא תפסיד ועל זה לא שייך לא שביק כו'.
ולמ"ש י"ל דהא כל הטעם דכשאינו נשבע מפסיד הוא משום שאם יודה שנפרע יהיה נאמן במיגו דאי בעי מחיל כמבואר ח"מ ס"ו ע"ש: והרא"ש ב"מ הקשה איך נאמן במיגו דמחילה הא יהיה צריך לשלם הכל מדד"ג והוכיח מזה ג"כ דא"ל לשלם רק דמים שנתן כנ"ל ע"ש. וא"כ למ"ש דהטעם דא"צ לשלם הכל משום דהא שוה אצלה פחות שמא ימחול ויהיה החוב על פחות כנ"ל.
וא"כ כיון דאמרינן דסמכא דעתה שלא ימחול משום לא שביק לדידי כו' וא"כ שוב שוה אצלה כל החוב וממילא שוב צריך לשלם לה מדינא דגרמי כל החוב דהא שוה כנ"ל וממילא לא יהיה נאמן כלל פרוע במיגו דמחילה ומשני שפיר דלר"מ דסמכא דעתה משום לא שביק לדידי כו' ממילא שוב סמכא דעתה דכשימחול יצטרך לשלם הכל דשוה לה כנ"ל ולא יהיה נאמן פרוע אף שיודה וממילא אינו צריך כלל לישבע אף שיטעון אישתבע לי כנ"ל.
וסמכא דעתה כנ"ל. ובמ"ש י"ל הטעם במאי פליגי רבנן וסברי דלא סמכא דעתה דלא אמר הטעם ע"ש.
ולמ"ש י"ל דהא תוס' ב"ק פ' מרובה הקשו הא קי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי גבי שומר כו' ולמה קי"ל בשורף שטרותיו של חבירו חייב משום דד"ג ותירצו דהתם בדבר הגורם לממון אינו שוה רק לו אבל בשורף שטר ראוי למכור השטר לכל אדם ושוה לכל חייב ע"ש. וא"כ למ"ש הטעם דמועיל לא שביק לדידי ומחיל לאחריני אף דעדיין שמא לא ישבע היינו משום שלא ישבע דאינו נאמן במיגו דמחיל דיהיה חייב לשלם הכל ואף דהא אינו שוה ללוקח משום שמא ימחול מ"מ הא שוה אצלה משום לא שביק לדידי כו' וא"כ לדברי תוס' הנ"ל ז"א דלענין זה ששוה אצלה משום לא שביק שוב לא יצטרך כלל לשלם כשימחול רזה המותר הוי רק דבר הגורם לממון שהיא יכולה לגבות דזה אינו שוה רק לה לבד משום לא שביק לדידי ומחיל כו' אבל לענין למכרו לאחר שוב אינו שוה כמ"ש לעיל וא"כ כשימחול לא ישלם גם לה רק מה ששוה לאתר ולאחר אינו שוה כמ"ש דבכל פעם שוה פחות ואף שאצלה שוה הכל דלא ימחול והיתה גובה כולו מ"מ זה רק גורם לממון כנ"ל.

וא"כ שוב נאמן פרוע במיגו ויצטרך לישבע ואי לאו תפסיד ושוב לא סמכא דעתה כנ"ל.
וא"ש דפליגי בהא ר"מ ורבנן דר' מאיר דסבר דבר הגורם לממון כממון כדאמר בכתובות דר"מ סבר כר"ש סבר שפיר דסמכא דעתה משום לא שביק לדידי כו'.
וא"ל שלא ישבע ז"א דליכא מיגו שיתחייב הכל מדד"ג כיון שאצלה שוה משום לא שביק כו'. אבל רבנן דסברי לאו כממון דמי רק שורף שטר חייב כמ"ש תוס' ושפיר סברי דלא סמכא דעתה דשמא לא ישבע ונאמן במיגו דלא יצטרך לשלם ג"כ רק הדמים שנתן וכיון דלאו כממון דמי כנ"ל ופליגי שפיר כנ"ל.
וממילא מיושב דאף דבמעמד ג' יכול למחול מ"מ לא מצי ע לומר דפליגי במעמד ג' אי סמכא דעתה ז"א דכאנאינו צריך לישבע כיון שהיה במעמד ג' כמ"ש תוס' ב"מ כ' וממילא גם לרבנן סמכא דעתה כנ"ל. דלענין מחילה לחוד סברי גם כן דסמכא דעתה משום לא שביק לדידי כו' כנ"ל: אך יש לדחות קצת דמ"מ הא גם למאן דלא דאין דינא דגרמי מ"מ שוה שטר חוב דבר מה על הספק שמא לא ימחול אף דכשימחול יהיה פטור לגמרי מ"מ שוה ספק זה ואם כן מ"מ צריך לשלם מדינא דגרמי עתה עכ"פ זה השווי של הספק מה ששוה אף אי היה פטור לגמרי אם מוחל ומה בכך שנפחת כנ"ל.
אמנם מ"ח לענין קדושין א"ש דאינה מקודשת דשפיר לא סמכא דעתה כיון דלא ישלם כל דמי שווי השטר וכמו להרא"ש דמשלם דמים שנתן כנ"ל: עוד י"ל הטעם דאינו משלם הכל מדד"ג דהנה הרמב"ן ז"ל בדיני דגרמי שלו הקשה למה מוכר שטר חוב ומחלו חייב וכן זיכה את החייב או חייב את הזכאי הא הוי היזק שאינו ניכר דקי"ל לא שמיה היזק ותירץ דלר"מ גרמי הוי כמו לרבנן גוף המעשה וכיון שגורם להיזק מכבר שגורם ליקח ממונו של זה וליתן לזה הוי כנוטל מזה כו' ע"ש וכן במוחל מה שגורם שלא יגבה החוב כנ"ל.
והנה לכאורה עדיין קשה למ"ש תוס' ב"ק הנ"ל דהא גבי שור הנסקל קי"ל דגורם לממון לאו כממון אף שהפסידו שהיה יכול לפטור עצמו ולמה בשורף שטר חייב ותירצו דהתם אין ההיזק רק הגורם שגרם לו שישלם ולא יפטור עצמו וזה הוי רק גורם לממון ופטור אבל בשטר חוב שהוא שוה לכל העולם ממון למכרו וכיון ששרפו הוי כמו שהזיקו שאר חפץ השוה ממון בזה קי"ל דחייב אף שאין גופו ממון ע"ש.
וא"כ קשה דמ"מ במוכר שט"ח ומחלו יהיה פטור דהא לענין מה שהפסידו שהיה יכול לגבות ועתה אינו יכול לענין זה הוי רק גורם לממון ופטור רק דיתחייב על המחילה שהפסידו גוף השטר, השוה ממון והא לענין זה פטור ג"כ דהוי היזק שאינו ניכר דהא השטר הוא אחר המחילה כמו קודם לכן רק שאינו שוה עתה והוי כמו מטמא ומדמע

ומנסך כו' דלא שייך תירוץ הרמב"ן הנ"ל דהא לענין הפסד שלא יוכל לגבות הוי רק גורם לממון כנ"ל ובשלמא בשורף הוי היזק ניכר משא"כ במוחל קשה כנ"ל ויש לחלק בדוחק. אמנם י"ל דבאמת הטעם דחייב הוא רק כמו מנסך במזיד דחייב משום שלא יהיה כל אחד ואחד הולך ומנסך יינו של חבירו וכן בכל היזק שאינו ניכר ע"ש ולכך חייב כנ"ל במוחל. ובזה י"ל טעם הפוסקים ח"מ סי' ס"ו במוחל לעצמו וכה"ג: סימן כט סעיף א האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה על מנת שתחזירהו לי אינה מקודשת.

(אבל האשה שנתנה לא' מעמ"ל לאחר ל' כדי לקדשה בה בתוך ל' ונתן לה תיך ל' לק' מקודשת. י"א דאם נתן לה מעמ"ל ואמר בהנאה זו שאת נהנית כו' מקודשת): (א) ע"מ כתב ב"ש עמ"ש הב"ח דמיירי בכפל כו' דבתוס' כו' אומדנא כו' ע"ש.

ואיני מבין הא ע"כ צריך שיהיה אומדנא בלי התנאי. דאל"כ תמיד אומדנא אף שלא כפל וא"כ באתרוג שייך שאינו רק לצאת שגם הוא צריך.

וכהא דזבין למיסק כו' דאומדנא דאין אדם מוכר כו' או לא איצטריך זוזי כו' וסגי בלי ד"ת רק גלוי דעת. דכשאין מקוים התנאי יש אומדנא שלא היה מקנה כלל משא"כ קדושין וכה"ג דכל כסף קדושין אדם נותן לחלוטין ואין שום אומד דרוצה שתחזיר רק מחמת התנאי.

ואי לא כפל לא מהני שדעתו גם שלא יקוים לא יתבטל: ונראה ליישב כונתם. דהא בלא תנאי אם אמר ותחזירם הוי שיור שאין מקנה כלל כדאמר בבכורות לענין פדיון דהוי אזיל כו' שיחזיר לו א"ל לא גמרת ואקנית ואינו פדוי כו' והוי כמתנת ב"ח כו' רק בדרך תנאי מהני דבאופן זה ע"מ להחזיר גמר ואקני והחלוק כמו בגט בין חוץ לפלוני דהוי שיור ואינו גט ובין על מנת שלא תנשא לפלוני כו' דמהני דכשמקיימת התנאי הותרה לכל אף לפלוני.

רק שא"א שאז לא יהיה גט כלל ע"ש. וכן ממש בהנ"ל דכשמחזרת היה לגמרי שלה כמו שא"צ להחזיר כנ"ל וא"כ לא שייך לומר לפי שלא כפל בטל התנאי א"כ ישאר דבורו שתחזיר לו ולא דרך תנאי א"כ לא הוי נתינה כלל דלא גמר ואקנה.

ושוב מהני דרך תנאי אף שלא כפל, ושפיר דמי כמו אומדנא גבי אדעתא למיסק כו'. דבלי התנאי לא היה מוכר כלל ושפיר מהני הגילוי דעת וכן אתרוג וממילא גם בק' וכה"ג בעמ"ל שפיר כיון שמגלה דעתו שלא רצה להקנות לחלוטין רק שתחזיר ושוב בלי התנאי לא גמר ואקני ואינו נתינה כלל.

ושוב יועיל ג"ד גם בלא כפל, משא"כ שאר תנאים דהנתינה מצד עצמה כראוי כנ"ל. ומ"מ א"א לומר כן דהא בש"ס גיטין ע"ה בגט עמ"ל אמר דבעי כפילא אף דשייך ג"כ

כנ"ל: ונראה דתוס' שהקשו רק על אתרוג ולא מקודם משום שלא הוזכר מקודם דאי לא החזיר בטל הנתינה.
וי"ל דממ"נ אי מעמ"ל לא הוי נתינה א"צ דיני תנאי דאין כאן נתינה כלל ולא קשה דנאמר כיון שאין ד"ת לא יצטרך להחזיר ויהיה מתנה דל"ש תנאי בטל ומעשה קיים רק כשיש מעשה משא"כ אי לא שייך נתינה ואי מעמ"ל שמה מתנה י"ל באמת דגם שלא החזיר מהני משום דלא כפל בטל התנאי.
ועכ"פ שפיר פריך הש"ס ממ"נ אי עמ"ל כו'. רק על רבא דאמר באתרוג החזירו יצא לא כו' לא יצא הקשו שפיר כיון דס"ל עמ"ל שמה מתנה שוב גם לא החזיר יצא דלא כפל ותירץ דמהני גילוי דעת כנ"ל.
אבל בשאר דברים פדיון וכה"ג י"ל באמת דפדוי אף שלא החזיר כיון דלא כפל ומסיק שפיר בכולהו קני כנ"ל כיון דעמ"ל שמה מתנה שוב בעי כפילא וא"ל תנאי בטל ומעשה קיים כנ"ל. ובקדושין י"ל ג"כ כיון דלרמב"ם ז"ל מן התורה אין כאן נתינה בקדושין עמ"ל. ולתוס' י"ל מדרבנן מעמ"ל לא שמה מתנה בקדושין ואין כאן מעשה כלל. וא"צ ד"ת אך מ"מ קשה למה יתקנו בזה הא כמו שמן התורה דהוי מתנה ובטל התנאי בלא כפלי' ושוב לא יהיה דמי לחליפין כלל דא"צ להחזיר [חסר סיום הענין]: סימן ל סעיף ז א"ל התקדשי לי בדינר זה נטלתו וזרקתו לים כו'.
לשון הברייתא. ותמוה דלשון נטלתו משמע דעשתה מעשה שמורה רצוי לקדושין דשתיקה בשעת מתן מעות הוי כאמרה הן דקיבלה.
ואיך מהני מה שזרקתו אח"כ הא תוך כדי דבור לאו כדבור בקדושין ודלמא הדרא בה ואין לומר דוקא הוא אי"ל תוך כדי דבור לא היא דלשון הש"ס כל התורה כו' חוץ מקדש ומגרש ע"ש. אך ב"ב לשון הגמ' בר מקדושין כו' משמע גם היא וכ"כ בש"ע סי' מ"ב.
ואפשר נהי, דקי"ל סוף פ"ק דחולין וגטין דספק א"א הוכיח סופו על תחילתו. דוקא אחר כ"ד אבל תוך כדי דבור אמרינן הוכיח סופו ע"ת שהקבלה היה כדי לזרקו.
אולם אינו מובן מה טעם יהיה מוכח שהקבלה לזרקו. אם א"ר להתקדש לא היה לה ליטול מה לה לקבל ולזרוק של חבירו ואפשר דזה בזיון יותר מאם לא קבלה וא"ל על כל פנים ספק ליהוי דלמא הדרא בה ז"א דמסתמא לא תלינן תוך כ"ד בחזרה ותולין יותר שהוכיח ע"ת כנ"ל.
אך בשדיך קשה למה נתלי לבזות. אך י"ל דגם חזרה אין סברא בשדיך: לכאורה היה אפשר דהא דא"מ תוך כ"ד חזרה ע"כ אף שחוזר רק מהנתינה שהקנה לה ג"כ לא מהני דאין סברא לומר רק שחוזר מהקדושין לחוד והקנין רוצה.

לא כשחוזר מההקנאה דמשמע סתמא דכיון דתלי הך בהך שההקנאה היה לק' גם מההקנאה א"י לחזור. וכן היא שתחזור רק מהזכיה ג"כ אין סברא שיועיל כיון דהזכיה תלי' בקדושין.

אבל בזה שזרקתו י"ל דלענין זה תוך ר"ד כדבור שאין כאן זכיה בכסף ק' כלל כיון שנאבד תוך כ"ד או זרקתו קמי' וכאלו לא היה שלה אף רגע א' או כיון דמתנה ע"מ להחזיר בק' לא מהני לרמב"ם מה"ת כחליפין ק"ס דהדר למאריה ולתוס' דרבנן דמי' לק"ס. וכן בהנ"ל דרגע א' שלה ואח"כ הדר ואף דכשקבלה ואח"כ מחזרת לא בטל הקדושין דאז לא הי' להחזיר משא"כ תוך כ"ד היה כאלו היה מיד להחזיר מ"מ אינו נראה.

ונראה יותר כנ' לעיל דהוכיח שהיה קבלה לזרוק שהוא בזיון יותר או אפשר למאי דאמר בתמורה וב"ק ע"ג ת' עולה ת' שלמים כו' אם לכך נתכוון מתחלה כו' ואם נמלך כו' תוך כ"ד כו', משמע שגם תוך כ"ד יש לראות אם נתכוון או חוזר ע"ש ובתוס' משמע,דתוך כ"ד קטן נראה כנתכוון מתחלה ע"ש, אם כן י"ל גם כאן בנראה שנתכוונה מתחלה לא כנמלך.

והיה לפוסקים לבאר. די"ל שם נאמן מה שאינו כן בקדושין.

ועיין רמב"ם ט"ו מה' מעשה הקרבנות ובמ"ל שם: סימן לה סעיף ב השליח נעשה עד לפיכך אם עשה ב' שלוחים לקדש כו' בד"א כו'. בירושלמי איכא פלוגתא בזה מ"ד הדא דתימא בקדושי שטר אבל בקדושי כסף נעשה כנוגע בעדותו.

וחד אמר מכיון שהאמינתו התורה אף בקדושי כסף נאמן כו' ע"ש והר"ן ז"ל תמה ממ"נ אי קודם דתיקון רבנן שבועת היסת למה הוי כנוגע לחד מ"ד ואי בתר דתיקנו היסת אמאי פליג מאי בכך שהאמינתו תורה ע"ש. ונראה דהנה לכאורה קשה למה קודם דתיקון היסת אף שליח אחד ועד אחד מצטרפין גם בדיני ממונות והא תוס' הקשו אהא דאמר בש"ס מיגו דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה כז' והקשו דהא הוי מיגו בשנים דלא אמרינן שאין א' יודע מה בלב חבירו ותירצו דכאן דרוצין לפטור עצמם מממון מסתמא גם השני יסכים ע"ש.

וא"כ קשה דזה שפיר כששניהם שלוחים אבל בשליח א' ועד כשר עמו נימא דהוי מיגו דבי תרי והוי השליח נוגע שמא הב' לא יאמר כן דלא שייך תירוץ תוס' דמסתמא יסכים דהא השני אינו צריך לפטור עצמו כלל ואין כאן אלא עד אחד כנ"ל., אך י"ל דהנה לכאורה קושית תוס' אינה מובנת כלל שהביאו ראיה מהא דאנוסים היינו דלא מהימני במיגו דפרוע וכה"ג דהוי מיגו בשנים.

ולא דמי כלל דבשלמא התם דאינם נאמנים מטעם עדות כלל דהם חוזרים ומגידים וכה"ג רק שיהיו נאמנים במיגו לחוד על זה שייך שפיר איך נאמין להם במיגו ויהיה הוכחה שאומרים אמת דאי משקרים יאמרו פרוע והא אינו ראיה דשמא באמת משקרים ורוצים להפסיד למלוה והא דלא אמרו פרוע דירא שמא השני לא יאמר כן ולא יהיו נאמנים בעדותם להפסיד למלוה והם רוצים להפסידו ולכך אומרים אנוסים ואין כאן מיגו אבל כאן דנאמנים עכשיו מטעם עדות שהם עדים כשרים שפרעו למלוה רק דנימא שהם נוגעין דלכך אומרים שרוצים לפטור עצמם א"כ שפיר אמרינן דהא לפטור עצמם יש להם טענה אחרת אהדרינהו ללוה דג"כ נפטרו.

ואף אם השני לא יאמר כן מ"מ יהיה פטור הוא דלא יהיה הב' נאמן לחייבו. ואף דאם הב' לא יאמר כן לא יהיה ב' עדים ולא יהיו נאמנים מ"מ מאי בכך הא עכ"פ כיון שיפטור שוב אינו נוגע בעדות בטענת פרענו למלוה ונאמנים בתורת עדות.

דבשלמא התם שיהיה הנאמנות מצד מיגו שייך לומר כיון שרוצים להיות נאמנים נגד המלוה אנוסים לפסול השטר אינו מיגו שמא הב' לא יאמר ולא יפסול השטר והם רוצים לפסלו משא"כ לענין חשש שבועה כיון שבין כך ובין כך יהיה פטור מאי בכך שלא יהיו נאמנים בתורת עדות הא שוב נאמנים משום עדות כנ"ל: וי"ל דקושית תוס' הוא.

די"ל ב' טעמים במיגו בשנים חדא באנוסים מיגו דפרוע ירא לומר פרוע שמא הא' יאמר אנוסים כמו עכשיו ויהיה הוא מוכחש ממנו מלבד מה שלא יהיו נאמנים וגם שמא לא יאמר השני כלל דהא אינו מוכרח להעיד רק עתה לע"ד שרוצה להפסיד וכשיאמר הוא פרוע שמא הב' לא יאמר כלל דלמה יעיד אנוסים להיות מוכחש בחנם.

וממילא כיון שאין השני רוצה לומר פרוע לא יעיד כלל רק דמ"מ לא הוי מיגו דגם הוא אינו רוצה לטעון פרוע שמא הב' לא ירצה לומר פרוע ולא יעיד כלל וממילא לא יהיה נאמן והוא רוצה לפסול השטר ולא הוי מיגו כנ"ל והנה טעם זה לא שייך באמת כאן כמ"ש דאף אם הב' לא יעיד כלל מ"מ כיון שיהיה נאמן נגד עצמו אינו נוגע רק טעם הב' שייך גם כאן שאינו רוצה להיות מוכחש ושמא יאמר פרענו למלוה ויהיה מוכחש עכ"פ אף שיהיה נאמן.

והקשו תוס' שפיר דבשלמא התם לא שייך טעם זה שמא יאמר הב' אנוסים ויהיה מוכחש דז"א כנ"ל. דלמה יעיד הב' כלל כיון שיהיה מוכחש ולא יהיה נאמן.

וצ"ל טעם הנ"ל דעכ"פ גם אם לא יעיד כלל ג"כ אינו מיגו כיון שלא יהיה נאמן וכנ"ל. משא"כ כאן אף דטעם זה לא שייך כנ"ל.

מ"מ כאן שוב שייך טעם הנ"ל דירא לומר אהדרינהו כו' שמא יכחישנו ויאמר פרענו ויהיה מוכחש עכ"פ כנ"ל דכאן לא שייך סברא הנ"ל למה יעיד כלל הב' ז"א דהא גם הב' הוא שליח וצריך איזה טענה לפטור וע"כ יטעון ושייך שוב טעם הנ"ל דהוי בשנים כו' שמא יכחישנו וטעם זה שייך גם לענין נוגע בעדות כנ"ל והקשו שפיר וע"ז תירצו דמסתמא גם השני יסכים כיון שרוצה לפטור עצמו גם כן כנ"ל: וממילא מיישב הנ"ל דבשליח ועד דעלמא למה יהיה נאמן.

ולהנ"ל א"ש דבכה"ג בל"ז לא הוי כלל מיגו בשנים דכאן שפיר למה יעיד הב' שאינו מוכרח לטעון כלל כיון שאינו שלית רק טעם הנ"ל שייך שמא לא יעיד כלל ולא יהיו נאמנים וזה לא שייך כלל לענין נוגע בעדות כיון דמ"מ יהיה פטור כנ"ל ולכך שפיר הוי גם השליח עד כנ"ל ומיושב הירושלמי הנ"ל ג"כ.

דלכאורה למה נקיט דינו דוקא בשליח אחד ולא בב' כדאמר ר"נ וגם דאמר נעשה כנוגע בעדות אינו מדוקדק דהא בתר דתיקון היסת הוי נוגע ממש וגם הלשון מכיון שהאמינתו תורה אינו מובן ולהנ"ל א"ש דאיירי קודם דתקינו היסת ובשליח א' ועד דעלמא כנ"ל.

ולכך סבר חד מ"ד דהוי כנוגע והיינו כקושית תוס' הנ"ל דכאן הוי שפיר מיגו בשנים שמא יכחישנו הב' כיון שאין הב' צריך לפטור עצמו ולא שייך תירוץ תוס' הוי נוגע שמא יכחישנו ולא סבר סברא הנ"ל דמסתמא לא יעיד ואף שאינו נוגע ממש דהא מ"מ הוי כנוגע שאינו רוצה להיות מוכחש כנ"ל.

ור"י פליג ואמר מכיון שהאמינתו תורה והיינו כמ"ש דבשלמא באנוסים וכה"ג דאינו עתה רק שיהיה נאמן במיגו שייך בשנים כנ"ל. אבל הכא כיון שהאמינתו תורה עתה בתורת עדות שוב גם בקדושי כסף נאמן דאינו נוגע כיון שבין כך ובין כך יהיה נאמן לפטור עצמו ואף שלא והיה עדות שוב אינו נוגע כנ"ל ומהני וי"ל שפיר דבתר דתקינו היסת לכ"ע הוי נוגעין כנ"ל וא"ש.

ומיושב ג"כ דבגמ' דידן ליכא פלוגתא דהא ר"נ אמר באומר לשנים דשניהם שלוחים ובזה לא פליגי כלל כנ"ל: עוד יש לפרש הירושלמי דהנה, קשה למה הוי עד הצריך שבועה הא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועה רק משום ספק מלוה כו' והטעם דממון איתא בחזרה משא"כ שבועה ואם כן כאן כיון דמעיד בתורת עדות אהדרינהו למלוה א"כ לאו דלא תענה ג"כ ליתא בחזרה כמו שבועה וא"כ אינו צריך לישבע כלל דאי שקר חשוד אלא תענה וחשוד אשבועה ג"כ וכן הקשה בס' פ"י ולכאורה י"ל דאדרבה אי נימא דלא יצטרכו לישבע עתה כשאומרים פרענו למלוה מטעם הנ"ל א"כ ודאי אינם נאמנים דשוב הוי נוגעין דאם יאמרו אהדרינהו ללוה אז שפיר יתחייבו שבועה דאז אינם

מעידים בתורת עדות רק פוטרים עצמם ויהיה שייך טעמא דאיתא בחזרה כנ"ל ועכשיו פטורין משבועה והם נוגעין כנ"ל אך ז"א דכיון דאמרינן דמיגו דחשוד אעדות שקר חשוד אשבועה א"כ אינו נוגע ג"כ דאף דאם יאמרו אהדרינהו ללוה יצטרכו לישבע באמת ישבעו ג"כ דמאי חילוק להם בין שמעידין עתה שקר או ישבעו כנ"ל ואף דעכשיו אינם צריכין לישבע מ"מ לא הוי נוגעין כנ"ל.

ובאמת י"ל דמ"מ לא קשה למ"ש שיטה מקובצת ב"ב אהא דאמר גבי מוכר קרקע דאינו מעיד לו עליה דלא ניחא ליה למיהוי לוה רשע ולא ישלם והקשו הא עתה יותר רשע שמעיד שקר ותירץ דמ"מ כיון שבלא איסור העדות טענה זו טוב לו יותר שוב הוי נוגע שהוא זכותו ואינו עדות ע"ש. וא"כ גם כאן כנ"ל כיון שעתה אינו צריך לישבע ואז יתחייב שבועה כשטוען אהדרינהו כו' א"כ לא גרע עכ"פ ולא ניחא למהוי לוה רשע כו'.

רק לתירוץ אחר שתירצו שם שיהיה מוחזק רשע אצל העולם ע"ש זה לא שייך, כאן דאין חילוק וקשה כנ"ל. וע"כ צ"ל כיון דנוגע לזכותו ואינו נאמן אינו עובר כלל בלא תענה שאינו עד כיון שאינו פועל כלום וכמ"ש הראב"ד גבי אין אדם משים עצמו רשע ע"ש: וי"ל דבזה פליגי בירושלמי דמאן דפליג סבר דאף בקדושי כסף אינם נוגעין דלמה נאמר שאינם נאמנים ואין כאן עדות וצריכין שבועה אדרבה נימא דנאמנים ולא יצטרכו לישבע ובאמת נאמנים דלא יהיו נוגעין דכיון שנאמין להם שייך כנ"ל.

דכיון דמדאורייתא נאמנים בלא שבועה רק חכמים תיקנו היסת כדי לברר האמת והיינו שמא כופר בשביל ס' מלוה כו' וע"י השבועה יפרוש דליתא בחזרה. וא"כ כאן אדרבה הא אי נאמין להם בלא שבועה יהיה גם הממון ליתא בחזרה כמו השבועה מחמת לא תענה כיון דהוי עדות ולכך פליג שפיר מכיון שהאמינתו תורה גם בכסף אינו נוגע כנ"ל.

והיינו כנ"ל כיון דמה"ת פטור נאמנים כנ"ל: או י"ל למ"ש הר"ן ז"ל כיון דהוא רק שבועת היסת א"כ הם מן התורה עדים כשרים והוי קדושין מן התורה עכ"פ ע"ש. אך עדיין קשה דמשמע דלמאן דפליג הוי קדושין גמורים אף מדרבנן כנ"ל.

ולמ"ש א"ש דאמר מכיון שהאמינתו תורה ואם כן אף אי נאמר שהם נוגעין אעפ"כ הוי קדושין מדאורייתא עכ"פ ושוב מועיל עדותם שיהיה קדושי תורה וא"כ ממילא גם מדרבנן מהני דאינם נוגעין כלל שא"צ לישבע דאי חשידי אעדות שקר חשידי אשבועה כנ"ל וכיון דמועיל עדותם עוברים בלא תענה ושפיר מועיל גם מדרבנן והוי קדושין כנ"ל: ומיושב הא דפליג רק בקדושין ולא בעדות ממון דבממון שאין חילוק בין פסול מן התורה או מדרבנן דאף בפסול מדרבנן אין עדותו מועיל כלום וא"כ שפיר פסול מדרבנן דהוי

נוגע דלא שייך מיגו דחשוד כו' דאינו עובר בלא תענה כלל כיון שאינו מועיל עכ"פ מדרבנן כנ"ל.
דהא קי"ל כמ"ד בשבועות ריש פרק שה"ע כמ"ד לאפוקי משחק בקובי' כיון דרבנן פסלוהו שוב אינו חייב קרבן שבועה דאינו עד מדאורייתא ע"ש וגם כאן כנ"ל רק בקדושין דיש נפקא מיניה בין פסולין דרבנן לדאורייתא פליג שפיר כנ"ל. ולהנ"ל איירי בתר דתקינו רבנן היסת: או י"ל קודם דתיקון היסת רק כמ"ש תוס' דהא אית להו מינו דנאנסה וצ"ל ג"כ משום שיצטרכו לישבע וי"ל נ"כ כנ"ל.
וסובר דגם בשבועה דאורייתא שייך כנ"ל דאמרינן דנאמנים בתורת עדות ושוב לא הוי נוגעין כנ"ל: עוד נראה לפרש הירושלמי הנ"ל. דהנה בש"ע סי' כ"ח בח"מ וסי' ע"ו מבואר בשני שותפין או ג' שמודה כל אחד על עצמו ועל חבירו שלא ביחד מנה נאמן על עצמו ולא על חבירו ואינו מחייבו אפילו שבועה וצריך הוא לשלם הכל דערבין זה בזה ע"ש משום דעל חבירו הוי נוגע בעדות ומעיד עליו כדי שלא ישלם אלא מחצה ע"ש.
והקשו שם הא כיון דאין עדים אחרים על ההלואה למה הוי נוגע הא מיגו דאי בעי אמר לא לויתי כלום ויכול להכחיש הכל ויהיה פטור וכיון שבידו לפטור עצמו בטענה אחרת לא הוי נוגע כמבואר כאן בש"ס כנ"ל. ונראה לע"ד פשוט דלא קשה דבשלמא הכא אין העדות נוגע כלל אל השלוחים דכשאומרים פרענו למלוה ולגבי עצמם לפטור ודאי נאמנים ואין חילוק להם בין אם נאמין להם בתורת עדות שפרעו למלוה או לא דאף אם לא נאמנים בתורת עדות מ"מ יהיו פטורים דלגבייי' נאמנים וא"כ מה שיהיו נאמנים בתורת עדות אינו זכות להם כלל ולא הוי בע"ד רק דמ"מ אם הם נוגעין שאין להם טענה אחרת לא הוי עדות דהא מוכרחים לומר כן לפטור עצמה.
ולכך ממילא מיגו דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה כו' ויש להם טענה אחרת לפטור שוב הם עדים כשרים דאין לחוש שמעידים שקר בשביל לפטור כנ"ל. ועל גוף.
העדות אינם בעלי דברים כנ"ל אבל התם בשותפין נהי דיכול לפטור עצמו ולכפור לא לייתי מכל מקום הא עכשיו שמודה שלוו ביחד וא"כ מה שנאמין לו על שותף הב' בתורת עדות זה הוי זכותו דאם נחייב שותף הב' לשלם ירויח הוא א"כ עדות זה הוא לטובתו היינו מה שיהיה נאמן בתורת עד דאי אינו עד אין השותף צריך לשלם ומשלם הוא הכל וא"כ מאי בכך שהיה יכול לפטור בטענה אחרת מ"מ עכשיו כשמודה הוא בע"ד ואדם קרוב אצל עצמו ושפיר לא מהני ואינו עד משא"כ כאן דמה שיהיה עד אינו זכותו כלל כנ"ל.

וכן הרא"ש פ' הכותב גבי בקרא דאמר לאחר מיתה תפסיה שכ' דהוי בעל דבר ואינו מחויב שבועה להבע"ח. ואינו מובן ג"כ לכאורה דהא אם יאמר הבקרא ג"כ מחיים תפסיה יהיה פטור דהא תפס כדין וא"כ אינו נוגע עכשיו כנ"ל.

ולמ"ש מיושב שפיר דמה בכך שהיה יכול לומר מ"מ עכשיו כשמודה דתפס לאחר מיתה א"כ מה שנאמין לו בתורת עדות לחייב הבע"ח זה הוא לזכותו דע"י עדות זה יפטור הוא ואי לא הוי עדות יתחייב לשלם והוי בע"ז על גוף העדות ולא מהני כלל אף שהיה יכול לטעון טענה אחרת כנ"ל אמנם י"ל בקדושין דדמי ג"כ להנ"ל בשותפין דהא מקדש בלא עדים לא הוי קדושין אף שהוא אמת וא"כ בקדושי כסף י"ל דלא מהני ואף קודם דתקינו רבנן היסת ויכולין לומר אהדרינהו לך מ"מ מה בכך שיכולין לומר מ"מ כאן כיון דגוף העדות הוא לזכותם דאם אינם עדים צריכין לשלם לו אף שבאמת קידשו אותה דהוי מקדש בלא עדים רק ע"י שהם עדים הם פטורים וא"כ מה שהם עדים הוא זכותם ושוב לא מהני אף שהיו יכולין לפטור בטענה אחרת כנ"ל.

דאם לא נאמין להם בתורת עדות יתחייבו לשלם דאף שנאמנים, לגבי עצמם מ"מ הם אינם אומרין ג"כ שקידשוה בפני אחרים ואי אינם עדים לא מהני ויהיו חייבים כנ"ל וי"ל דזה טעם הירושלמי דקידשה בכסף נעשו כנוגעין בעדות דלא מהני אף שיכולין לפטור עצמם כנ"ל. ור"י פליג דכיון שיכולין לפטור לא הוי נוגעין.

או דסבר דכיון דהא דבעינן עדים בקדושין הוא רק משום דילפינן דבר מממון דחב לאחריני ולכך היכא דלא יהיו נאמנים אח"כ גם גוף הקדושין בטלין אף שהוא אמת. וא"כ כאן אי לא היה צריך עדים היה שפיר עדים אח"כ על הקדושין דאינו נוגע לזכותם, וכיון שיכולין לפטור עצמם מהני כנ"ל רק משום דבעי עדים וא"כ הם שפיר עדים וגוף הקדושין קיימים כיון שיהיו נאמנים אח"כ ואמר שפיר מכיון שהאמינתם התורה גם בכסף אינם נוגעין כנ"ל דכיון שנאמנים שוב הקדושין קיימין ושוב אינם נוגעין כנ"ל.

ואין להקשות למ"ש למה אמר אח"כ דבתר דתיקון רבנן היסת הוי נוגעין וכמו בחנוני על פנקסו. ולכאורה הא בחנוני על פנקסו הוי שבועת המשנה וא"כ אף קודם דתיקנו היסת הוי עד הצריך שבועה מטעם חנוני כו'.

אך זה טעות דהא קודם דתקינו שהיו עדים כשרים שאינם נוגעין והיו נאמנים לפטור הלוה וממילא לא הוי כלל כחנוני כו' דדוקא עכשיו בתר דתקינו ואינם עדים וכיון שהלוה חייב ומפסיד איכא שבועת חנוני כו' משא"כ קודם דתקינו דהיו עדים כנ"ל.

אך למ"ש לכאורה קשה דהא אף קודם דתקינו היסת כו' מ"מ שוב מה שהם עדים הוי

זכותם דאם נימא דאינם נאמנים בתורת עדות א"כ אף שיהיו נאמנים לפטור עצמם מ"מ יצטרכו לישבע שבועת חנוני על פנקסו דאי אינם עדים חייב הלוה לשלם ומפסיד כנ"ל. משא"כ אם הם עדים אינם צריכין שבועה כנ"ל וא"כ גוף העדות הוא לזכותם וכמו בשותפין כנ"ל וממילא לא יועיל עדותם אף שיכולין לפטור ושוב יצטרכו לישבע כמו בחנוני על פנקסו ועדותו לא יועיל לפטור הלוה כנ"ל. אך באמת לא קשה דהא מדינא פטורין משבועה רק דחכמים תיקנו היכא דלוה מפסיד יתחייבו שבועה וא"כ כאן אדרבה ע"י החיוב שבועה מפסיד הלוה א"כ למה יתחייבו שבועה ויהיה הדין דחנוני כו' אדרבה לא יהי' חייבין ולא יפסיד כדין והם עדים כשרים שפיר כנ"ל ויש לומר בירושלמי ג"כ כנ"ל דמ"ד סבר דלכך אינם נאמנין בכסף אף קודם דתיקנו משום דהעדות לזכותם משום שבועת חנוני כיון שאינה מקודשת וכמו הנ"ל.

וכן בממון סבר ג"כ כנ"ל ור"י אמר כיון שהאמינו התורה א"כ שוב אינם נוגעין דאי נאמן אין כאן שבועה והם כשרים כנ"ל: (ב) והיא מודה שקבלתו אלא שאומרת שלא קבלתו לקדושין רק לשם פקדון כו'. לכאורה קשה למ"ש תוס' כתובות (דף פט) שהקשו הא אם אומר לא גירשתיך חייב בשאר כסות ותירצו כיון דהיא אומרת גירשתני מודית שאינו חייב לה שאר כסות ואף שתובעת הכתובה הוי כטענו חטין והודה לו שעורין דפטור לגמרי ע"ש וא"כ נראה דגם בקדושין היכא שהוא אומר קדשתיך בכסף זה והיא אומרת לא קדשתני רק נתת לי לפקדון ממילא פטורה לגמרי מלחזור הפקדון דהא הוא מודה שאינה חייבת לו הפקדון דנתן לה לקדושין וכמו בשאר כסות וטענו חטין כו' ואף דאינו נאמן שקדשה מ"מ פטורה כמו התם כנ"ל ואין לחלק בין פקדון דלת מהני ביה מחילה ז"א דמכל מקום מהני מתנה והודאה וכמו בתם דג"כ שותפין הוי ע"ש: וא"כ קשה הכא כיון שהשלוחים אומרים שקיבלה הכסף לשם קדושין א"כ אף שהיא מודה שקיבלה רק לפקדון מ"מ פטורה מלהחזיר כיון שהם מודים שא"צ להחזיר וכמו בשאר כסות הנ"ל וא"כ שוב אף שהיא מודה איכא כפירת ממון דהא אין צריך להחזיר וממילא הם צריכים לשלם להבעל והם נוגעין כנ"ל.

ואף דלכאורה לא קשה דהא מ"מ לא הוי נוגעין מה שאומרים שנתנו לה לקדושין דהא אם לא יאמרו כן רק שיאמרו ג"כ שנתנו לה לפקדון אז לא יהיה טענו חטין כו' ושפיר תצטרך להחזיר ושוב לא הוי נוגעין עתה מיגו דאי בעי כו'. אך למ"ש לעיל ז"א דהא מ"מ כיון דעכשיו כשכבר אומרים שקיבלה לקדושין א"כ אם נאמר דאינם נאמנים בתורת עדות אז לא תצטרך להחזיר דהוי טענו חטיוויתחייבו הם לשלם ואי נאמין להם בתורת עדות אין צריכין לשלם א"כ נוגע להם גוף העדות לזכותם והוי כמו בשותפין ובהא

דבקרא כמ"ש הרא"ש וכמ"ש דאף דבידם לפטור בטענה אחרת לא מהני כיון דעתה הוא זכותם מה שיהיו עדים וכנ"ל וגם כאן ממילא לא יהיו עדים דעתה נוגעין כנ"ל.
ולכאורה י"ל דהא לא מהני מחילתם או ההודאה שלהם דהא אין הכסף שלהם רק של הבעל ומה מועיל מחילה שלהם ושפיר צריכה להחזיר כנ"ל. אך ז"א דקי"ל בנותן לחבירו מעות במתנה וכה"ג אינו נאמן אח"כ לומר של אחרים היו וא"כ אינה צריכה להאמין להם כלל דמעות זה היה של הבעל ונצטרך לומר דאיירי שיש עדים שנתן לה מעות זה צרורים וחתומים ומכירין שזהו המעות עצמם שנתן להם הבעל וזה דוחק דמשמע שאין עדים אחרים כלל וא"כ הם אינם נאמנים כנ"ל גם היה אפשר לומר דהא קי"ל היכא דמשועבד משיעבודא דרבי נתן לא מהני מחילה או הודאה כמבואר בח"מ וא"כ כיון שהם חייבים לשלם להמשלח וכיון שהיא קיבלה לפקדון היא משועבד להבעל מדרבי נתן וממילא לא מהני מחילה שלהם או הודאתם ועדיין צריכה להחזיר לו כנ"ל ואינם נוגעין.
אך ז"א דבאית להו נכסי מאי איכא למימר דלא שייך דר' נתן כנ"ל ועוד דהא כיון שאין עדים אחרים אין אנו יודעין כלל שהם חייבים לו והיא משועבדת מדר"נ שמא הוא שקר ואף שמודים הם מ"מ לא מהני הודאתם לחייב אותה שלא יועיל מחילה שלהם. ואף דהא מכאן ולהבא עכ"פ מהני הודאתם וחייבים להבעל מעתה ושוב חייבת היא מדר' נתן מכאן ואילך ואין מחילתם מועלת ז"א דהא באים שניהם בב"א דבשעת ההודאה שמתחייבים להבעל אז היא המחילה ואין היא חייבת להם ולא שייך דר"נ ועל למפרע לא מהני הודאתם לחי בה כנ"ל ושפיר יהיה מועיל המחילה וקשה כנ"ל.
והיה אפשר לומר למ"ד קדושין לאו לטבועין נתנו וכשחוזרת בה אחר הקדושין ומורדת צריכה להחזיר הכסף קדושין ע"ש וא"כ אף לדברי העדים שבאמת נהנו לה לקדושין מ"מ כיון שהיא אומרת לפקדון אם כן עכ"פ חוזרת בה ורוצה לבטל הקדושין וא"כ אף שבאמת קיבלה לקדושין צריכה להחזיר הכסף קדושין דלאו לטבועין כו' וא"כ לא הוי כלל כטענו חטין כו' דהא אין כאן הודאה כלל שאינה חייבת דגם לדברי העדים צריכה להחזיר כיון שאומרת לפקדון כנ"ל.
אך ז"א דהא קי"ל דכשחוזרת קודם הנשואין לא הדרי הקדושין משום גזירה שמא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה ע"ש לקמן סי' נ' א ושייך שפיר כנ"ל: אמנם דלא קשה דאיך נימא דהוי כט"ח כו' וא"צ להחזיר בשביל הודאתם והוי נוגעין כנ"ל. הא אי נימא דהם נוגעין כנ"ל א"כ אף אי באמת קדשו אותה מ"מ לא מהני כיון שלא קדשו בפני אחרים רק בפני עצמם הוי מקדש בלא עדים כיון שהם נוגעין ופסולין כנ"ל וממילא גם לדבריהם

צריכה להחזיר הכסף קדושין כיון דאינו קדושין כלל כיון שנאמר דפסולין וא"כ לא הוי ט"ח כו' מחמת הודאתם דהא גם לדבריהם צריכה להחזיר הכסף קדושין וא"כ כיון שצריכה להחזיר שוב אינם נוגעין דאינו זכותם כנ"ל וממילא שוב נאמנים ומקודשת.
ואף דאי אמרינן שנאמנים א"כ אינה צריכה ל חזיר ואינם נאמנים. ז"א דהא אין כאן נגיעה באמת דיכולין לומר אהדרינהו כו' רק דנימא דהא מה שנאמין להם הוי זכיתם כמו בשותפין כנ"ל.
וא"כ כאן אינו זכותם כלל דהא אי לא נאמין להם ג"כ לא יפסידו דאי אינם נאמנים ג"כ צריכה להחזיר הכסף קדושין דגם לדבריהם לא הוי קדושין שהוא בלא עדים ואין כאן הודאה וכיון שאינו זכות שוב נאמנים כנ"ל, אך לכאורה הא בחוזרת אחר הקדושין א"צ להחזיר משום שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה רק היכא דאין קדושין כלל צריכה להחזיר דלא שייך שמא יאמרו כו' דהא באמת כן ויאמרו כו' אמנם כאן כיון דמאי דלא הוי קדושין הוא רק משום כיון שאינה צריכה להחזיר הם נוגעין ולכך צריכה להחזיר דאי לא תחזיר אינו קדושין כלל וא"כ שוב י"ל דא"צ להחזיר דשייך שפיר גזירה הנ"ל דאם תחזיר שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה.
ואי תחזיר באמת אין קדושין תופסין דאי תחזיר אינם נוגעין והוי קדושין ושייך גזירה הנ"ל וממילא לדבריהם אין צריך להחזיר ושוב הם נוגעין באמת ולא הוי קדושין כלל כנ"ל: אך י"ל דז"א דבשלמא שם בהדרא בה אחר הקדושין שיך שפיר הגזירה דשמא יאמרו כו' ואין לומר דאדרבה איך נאמר דלא תחזיר א"כ יאמרו דאין קדושין תופסין באחותה.
ז"א דהא באמת אין קדושין תופסין באחותה כנ"ל. וע"ש גבי ספק קדושין דצריכה להחזיר ולא אמרינן גזירה דשמא הנ"ל די"ל גם להיפך איך נימא דלא תחזיר הכסף קדושין א"כ יאמרו דודאי אין קדושין תופסין באחותה ובאמת תופסין בספק ולכך נשאר הדין דלאו לטבועין נתנו וצריכה להחזיר ע"ש וא"כ הכא ג"כ שפיר צריכה להחזיר דלא שייך דנימא כנ"ל אם תחזיר שמא יאמרו קדושין תופסין ואי תחזיר באמת אין תופסין ולכך נימא דלא תחזיר ז"א דאדרבה דהא שייך גם להיפך דאי נימא דלא תחזיר שמא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה ובאמת תופסין דכיון שאינה מחזרת לא הוי קדושין כנ"ל וא"כ נשאר הדין דצריכה להחזיר ושפיר מהני כנ"ל וי"ל בזה הירושלמי ג"כ דאירי כנ"ל בליכא כפירת ממון ואעפ"כ סבר דלא מהני בקדושי כסף כנ"ל ומאן דפליג כיון דמה"ת צריכה להחזיר ונאמנים שוב גם מדרבנן מהני דליכא גזירה הנ"ל.

ומיושב מ"ש הב"ש במהרי"ק שכ' דאין לחוש ב' חומרות והקשה דהוי עוד חומרא דקידשה בכסף ע"ש ולהנ"ל א"ש דגם השליח אינו יודע בברי לשם קדושין ולא שייך הנ"ל דהוי ט"ח. ועוד דשם גם לדברי השליח עדיין הוי ספק קדושין שאינו אלא עד אחד וצריכה להחזיר הכ"ק.

ע' לקמן בש"ע ע"ש ולא שייך ג"כ הנ"ל וי"ל דכ"ע מודים דמהני כיון שאין כפירת ממון כלל אך יש לדחות דבל"ז לא הוי כאן כטענו חטין כו' דאיירי שהיא מודה שקיבלה לפקדון היינו שמודה שהם נתנוה לה לפקדון בשביל המשלח ויודעת שהוא של המשלח ולא מהני הודאתם כנ"ל ולכאורה קשה למה מהני כשהיא מודה שקיבלה לפקדון הא מבואר בש"ס ובח"מ ל"ז דהוי נוגעין בעדות משום דלא ניחא להו למיהוי לוה רשע ולא ישלם ע"ש וא"כ כיון דהשלוחים דין נפקדים יש להם ואין רשאין להשתמש בו וכמ"ש תוס' דנאמנים לומר נאנסו וא"כ הא קי"ל דאין הנפקד רשאי להפקיד ביד אחר משום אין רצוני כו' ואם כן עדיין הם נוגעין בעדות דאינם רוצים לומר כמו שאמרה האשה שנתנוה לה לפקדון דא"כ עשו איסור דאין רשאים להפקיד כנ"ל והם נוגעין כמו התם דלא ניחא למהוי לוה רשע כו'.

ודוחק לומר דאיירי בנתן להם רשות להפקיד וכה"ג דהוי ליה לפרושי דבסתם ששלחם לקדש למה יתן להם רשות להפקיד וי"ל לתירוץ א' שכתב בש"מ שם שהקשה הא עכשיו עוברים על לא תענה שהוא איסור גדול וכ' דכיון דבאמת הוי זכות להם שוב אינם עדים ע"ש וי"ל דדוקא התם דבאמת יגבה המלוה ולא יהיה לוה רשע באמת והוי נוגע כנ"ל משא"כ הכא איך נימא שמשקרין.

ובאמת נתנו לה לפקדון א"כ עשו כבר זה האיסור דאין רשאי להפקיד ואיך יעשו עוד איסור להעיד שקר הא אין מתקנין כלל איסור הנ"ל במה שמעידין שקר דהתם מתקנין שיגבה המלוה ע"י עדותו משא"כ כאן אינו טובה להם כלל רק שלא יהיה נודע שעשו איסור ובשביל זה לא הוי נוגעין כנ"ל, אך לתירוץ האחר שם דלוה רשע יהיה נגד העולם ומתבייש משא"כ עדות שקר אינו נודע לכך הוי נוגע ע"ש.

א"כ גם כאן שייך כנ"ל דעכשיו דאומרים שקדשוה אינו נודע שעשו איסור כנ"ל. אך אין לדמות האיסור זה לזה.

ועוד י"ל דהתם יהין לעולם לוה רשע כו' כל זמן שלא ישלם ומתבייש כנ"ל משא"כ כאן דאיסורא דעביד עביד וכשמחזיר עכשיו הפקדון שוב אין כאן איסור ולא הוי נוגעין בשביל האיסור שכבר עברו כנ"ל. ועוד דאף דבאמת לא נתן להם רשות להפקידו מ"מ הא יכולין לומר שנתן להם רשות להפקיד ושוב אינם נוגעין מיגו דאי בעי כנ"ל.

גם צ"ל דאיירי כאן דנקיטא הפקדון בידה ורוצה היא להחזירו דאל"ה י"ל דאף שמודה שקיבלה לפקדון מ"מ הם נוגעין דאולי יגנב או יאבד ותהי' היא פטורה והם חייבין מדין שומר שמסר לשומר דאת מהימנת לי בשבועה כו' ולכך אומרים לקדושין והם נוגעין. ואפשר דלא הוי נוגעין בשביל זה כיון שעדיין לא נגנב כנ"ל: גם לכאורה נראה דדוקא בהיא מודה שקיבלתי לפקדון אבל במודה לגמרי שקיבלתו לשם קדושין י"ל דמגרע גרע ולא מהני דהם נוגעין כיון שאינה רוצה להחזיר ואם לא יאמרו לקדושין רק אהדרינהו יהיו צריכין לישבע ואם הם יאמרו שנתנו לה לפקדון יצטרכו לשלם והיא תפטור כנ"ל, ואפשר דשייך כמ"ש לעיל דאיך נימא הדין דאין נאמנים והוי מקדש בלא עדים א"כ גם לדבריהצריכה להחזיר הכסף קדושין דאף שקדשה לא מהני ושוב אינם נוגעין דגם אם יאמרו לפקדון וכה"ג תצטרך להחזיר מחמת הודאתה ולהפ' דמקח טעות המעות מלוה י"ל דהוי תבעו פקדון והודה במלוה דהוי ט"ח והל"ב להרבה פ' וא"ל שיאמרו שהלוו לה ז"א דיצטרכו הם לשלם וג"כ מיקרי נגיעה אף שיהיה להם חוב עליה כיון שאינו רק חוב.

אך בכה"ג ודאי הוי פקדון כיון שהוא שינוי בשליחות ותתחייב כנ"ל. אך מ"מ איך נימא דמקודשת בודאי ולא תצטרך להחזיר שוב הם נוגעין כיון דהדין דמהני וא"צ להחזיר הוי נוגעין כנ"ל.

וי"ל באמת לכך נקט שמודה שקבלתו רק אומרת לפקדון דאי היתה מודה לקדושין א היה מהני מקדש בלא עדים כנ"ל: (ג) והיא מודה כו'. וכתב הח"מ דלהרשב"א הוי מקדש בלא עדים כיון שאיני מועיל רק מחמת שהיא מודה ע"ש ובאמת אינו מובן דלא דמי כלל לקדושין בלא עדים דלא מהני אף ששניהם מודים היינו משום דלא מהני הודאתם לחוב לאחריני כדאמר בש"ס ואם הוא שקר אין כאן עדות.

משא"כ כאן דכיון שהיא מודה ממילא העדים כשרים כיון דהודאתה מהני לגבי עצמה ואף אם היא משקרת בהודאתה מ"מ אין כאן נגיעה בעדות והם עדים כשרים ואין צריכין לדון כאן על הודאתה אם אמת ונאמנת או לא רק שיועיל לגבי עצמה כנ"ל. ולכאורה י"ל דהא היכא דהם העידו קודם הודאתה שקבלתו אף שמודה אח"כ י"ל דלא מהני דבשעה שהעידו היו נוגעין דלא היו יודעין שתודה ואולי תכפור ולא מהני.

אך י"ל דמ"מ מהני דהא כיון שמודה שקיבלתו רק לפקדון וא"כ באמת ודאי נתנו לה רק שאין יודעין אם לקדושין או לפקדון כנ"ל. וא"כ ע"ז לא היו נוגעין כלל מה שאמרו לקדושין דהא היו יכולין לומר שנתנוה לה לפקדון כנ"ל.

ואי"ל שמא תכפור שלא קיבלה כלל ז"א דא"כ מאי מועילים במה שאומרים לקדושין הא אם תכפור שלא קיבלה ג"כ לא יועיל עדותם כלל ויתחייבו לשלם דכשכופרת אינם נאמנים כלל ולא הוי קדושין והוי שינוי בשליחות ממילא שלא קדשוה בפני עדים אחרים ויצטרכו לשלם גם כן אם תכפור. וא"כ מאי נימא דבאמת קיבלה היא לפקדון רק שאמרו לקדושין שמא תכפור הא אם תכפור לא יועיל ואם כן היה להם לומר האמת שנתנו לפקדון ולא הוי נוגעין כנ"ל כיון שזה ודאי שנתנו לה רק הספק אם לקדושין או לפקדון כנ"ל: ומיושב הנ"ל דע"ז כ' שפיר דהוי מקדש בלא עדים והיינו דאף שמודית מ"מ שמא משקרת ובאמת לא נתנו לה כלל ואין הודאתה מועלת לחוב לאחריני ואף דנגדה מועיל מ"מ כיון דלא נתנו לה באמת רק שהיא מודית ומתחייבת עצמה עכשיו שוב הם נוגעים מה שהעידו קודם ההודאה שנתנו לה שמא לא תודה וכיון שבאמת החזיקו לעצמם הוכרחו לומר שנתנו לה עכ"פ והם נוגעין על העדות של הנתינה ונהי דהיו יכולין לומר לפקדון מ"מ על הנתינה נוגעין ואין נאמנים שנתנו לה כלל רק מצד הודאתה והוי מקדש בלא עדים דאינו מועיל לענין הנאמנות כמו בכל דוכתי כנ"ל דגם כאן אנו צריכין לדון מחמת הנאמנות של ההודאה ולא מחמת החיוב דעכשיו כנ"ל אבל היכא שהוא הודה דקיבלה לפקדון ואח"כ העידו הם י"ל דמודה הרשב"א דמהני כנ"ל: ובאמת גם בש"ע יש להסתפק אולי דוקא בהעידו אחר הודאתה מהני ולא קודם דנוגעין כנ"ל שמא לא תודה ולא אמרינן כנ"ל דממ"נ.

גם נראה היכא דמעידים שקידשו אותה בפני עדים אחרים י"ל דמגרע גרע ואינם נאמנים כשהעידו קודם הודאה דשייך כנ"ל שמא לא תודה ולא היו יכולין לומר לפקדון דלא שייך ממ"נ כנ"ל. ז"א דהא אומרים שקדשוה בפני עדים אחרים ואף אם תכפור יהיו נאמנים לפטור את עצמם דהא עשו שליחותם משא"כ כשיאמרו לפקדון ותכפור יתחייבו לשלם וממילא הם נוגעין כנ"ל.

ודוקא כשאין אומרים שקידשוה בפני אחרים מהני דשייך ממ"נ כנ"ל: עוד י"ל טעם הרשב"א ז"ל דכיון דחזינן דעד הצריך שבועה לא מהני והיינו כמ"ש תוס' כיון דכ' ע"פ ב' עדים יקום דבר צריך שיהיו נאמנים בדיבורם לחוד ולא בהצטרפות דבר אחר ע"ש. וכן חצי דבר לא מהני מטעם זה שצריך ש שהיה קיים ע"פ דיבורם בלחוד ולכך גם כאן כיון דעדותם לחוד אינו מועיל כלל אם לא תודה שוב אינו מועיל ע"פ דיבורם ואף שמודה הוי שוב מקדש בלא עדים וכמ"ש הח"מ לענין עד המסייע ע"ש.

ולכאורה קשה הא קי"ל בח"מ דפסול נוגע לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ומהני סילוק ונאמן להעיד אחר שנסתלק ע"ש וא"כ כאן עכ"פ הודאתה שמודית ומשלמת הוי כסילוק

דנסתלק הנגיעה ולמה לא יועיל עדותם אחר ההודאה כנ"ל: אך י"ל דזה תלוי בשני הטעמים שכתבו הפ' שם טעם א' דלא בעינן בממון תחלתו וסופו בכשרות כתב הראב"ד ושאר פ' דדוקא בקרוב וכה"ג שהיה עליו שם עד גם קודם והיה פסול שוב אינו מועיל משא"כ בנוגע דהוי בעל דבר ולא היה עליו שם עד כלל קודם הסילוק ומתחיל להיות עד כשנסתלק ואז כשר ע"ש.

עוד טעם להיפך דכיון שהיה בידו להסתלק היה גם קודם הסילוק נקרא עד כשר ע"ש, והנה לטעם הראשון א"ש כאן דבקדושין י"ל דלא מהני סילוק דהא כל ההכשר הוא רק משום שלא הי' עד כלל וא"כ הוי מקדש בלא עדים דמ"מ בשעת הקדושין לא היה עד מאי מהני מה שנסתלק עתה הא צריך להיות בשעת הקדושין עדות המועיל.

דבשלמא בשאר עדיות א"ש כיון שנסתלק נאמן כנ"ל מה שא"כ בקדושין רק לטעם הב' י"ל דגם בקדושין מהני דהוי שפיר קדושין בעדים כיון שהיה בידו להסתלק היה נקרא גם אז עד קודם שנסתלק ג"כ ומהני. ואין לחלק דדוקא היכא שמסתלק מצד עצמו כמו בכותב דין ודברים כו' שהיה בידו לעשות ומה הסילוק שעושה עכשיו משא"כ כאן שהסילוק הוי מה שהיא מודה וזה לא הי' בידם ואף שהיה בידם להחזיר המעות מ"מ זה אינם עושים והסילוק דעכשיו לא היה בידו כנ"ל.

דז"א דמבואר שם גם בפטר אותם דמהני אף דג"כ לא היה בידם שיפטור אותם מ"מ כיון שהי' בידם להסתלק באופן אחר שוב נקרא עד ומהני וגם כאן כנ"ל. ולהפו' דגם בפסול נוגע לא מהני סילוק לענין דבעינן תחלתו וסופו בכשרות גם בזה רק לענין דין מהני ע"ש בח"מ ממילא גם הכא לא מהני הודאתה כיון דקודם ההודאה היו נוגעין וכמו סילוק ולמ"ש דממ"נ י"ל דגם לפ' הנ"ל מהני דלא היו כלל נוגעין גם קודם ההודאה כנ"ל: ואפשר דבל"ז מהני דבשלמא בכל דוכתי כמו בני העיר שנגנב ס"ת וכה"ג דבשעת מעשה היה נוגע גמור דלא היה בידו להעיד בשעת הגנבה והוי תחלתו בפסול כנ"ל.

אבל כאן י"ל דהא בשעת הקדושין והיינו בשעת הנתינה שנתנו לה הכסף קדושין לא היו כלל נוגעין אז דהיה בידם שלא ליתן לה ולהחזיר לו וא"כ לא היו כלל פסולין אז רק כשכבר נתנו לה נעשו נוגעין וא"כ כיון שעכשיו היא מודה ונסתלק הנגיעה י"ל דהוי תחלתו וסופו בכשרות ובאמצע היה בפסול דמהני כדקי"ל היה יודע בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו ומתה בתו כשר ע"ש וכן כאן כיון דלא נעשו נוגעין מיד עד אחר הקדושין ועתה כשרים כנ"ל.

דבכל דוכתי הם נוגעין בשעה שראו המעשה דלא היה בידם שלא יגנב משא"כ הכא כשהנגיעה מחמת מעשה שלהם ובידם כנ"ל. ויש לדחות דלא מבעי' אם האמירה הרי

את מקודשת היה אחר הנתינה א"כ כיון דעל האמירה בעינן ג"כ עדות ונגד האמירה הוי שוב תחלתו בפסול דבשעת האמירה היו כבר נוגעין כיון שנתנו כבר ולא מהני כנ"ל.
רק אע"ג דהיה קודם הנתינה מ"מ י"ל דזה מיקרי באים בבת אחת כיון שנעשו נוגעין ע"י הנתינה א"כ נעשו אז פסולין ומיקרי שפיר תחלתו בפסול כיון שמיד אינם ראוים להעיד על מעשה זו ולא מהני שוב כנ"ל: שוב ראיתי דהרשב"א עצמו בחידושיו בגמ' שם נסתפק אי הוי מקדש בלא עדים או דכיון דפיסולם הוא רק מחמת הנגיעה וכשנסתלק הגורם הם עדים ע"ש דמשמע דספיקו הוא כנ"ל אי לא מהני כו' משום דבעינן שהיה בשעת הקדושין עדות שלא יוכלו להכחיש וכאן הא אם היו מכחישים לא מהני או כיון דמ"מ נסתלקו מהני ע"ש.
אך ז"א דמוכח שם דהס' שלו לאו דוקא בקדושין דהא הקשה מהא דאבימי ע"ש ומשמע דספיקו הוא אי מהני סילוק בפסול נוגע לענין עדות או מסופק אי מיקרי עדות כיון דאין הסילוק מחמתו רק מחמת הודאת בע"ד ואינו נאמן בדבורו לחוד ופסול כעד הצריך שבועה כמ"ש לעיל וכן משמע דגם גבי אבימי כן ע"ש: והנה הרשב"א הקשה מהא דאבימי דטעין סיטראי כו' ופסק דנאיכיון דמודה בע"ד שקיבל נסתלק נגיעת השליח והוי עד ויהיה מחויב שבועה ואי"ל משלם אי מהני סילוק כנ"לוכמו בנסכא דר' אבא ע"ש.
ולכאורה דבריו תמוהים דבנסכא דר"א הטעם דליכא מיגו דכשטוען לא חטפתי יצטרך לישבע ע"ש משא"כ בהא דסיטראי נהי דעכשיו כשמודה שקיבל נסתלק נגיעת השליח והוי עד כשר אבל מ"מ הא אית ליה שפיר המיגו דלהד"ם דאז לא יצטרך כלל לישבע נגד השליח דאם לא יודה יהיה נוגע כנ"ל ומאי בכך שעכשיו נסתלק הא זה רק מחמת הודאתו כנ"ל וצ"ל דהרשב"א סובר בטעם דנסכא דר"א לא כמ"ש תוס' לחד תירוצא דלא הוי מיגו שאינו רוצה להכחיש העד ולישבע ע"ש רק כתירוץ הב' שם דכיון דאם היה ב' עדים שחטף היה חייב לשלם ולא היה נאמן דידי כו' וממילא כל שב' מחייבין ממון א' מחייבו שבועה ולענין שבועה הוי א' כב' ולא מהני מיגו נגדו וכיון דאינו נשבע חייב לשלם כנ"ל ע"ש ולכך גם בסיטראי הקשה שפיר נהי דאית ליה מיגו דאם היה כופר לא היה השליח עד מ"מ עכשיו נסתלק והוי עד כשר וכל שב' כו' ואם היה ב' שקיבל לא היה נאמן וחייב ממילא צריך לישבע עתה וכיון שמודה משלם כנ"ל ואף דאית ליה מיגו כנ"ל.
ואף דהרשב"א סובר דהיכא דאית ליה מיגו דהחזרתי לא שייך נסכא דר"א ע"ש היינו משום דגם בב' היה נאמן דידי חטפי במיגו דהחזרתי ע"ש: ואם העידו קודם הודאתה די"ל דהוי נוגעין כמ"ש לעיל דשמא לא תודה וא"כ אף אח"כ כשהודית ועומדים בדבורם

י"ל דעביד איניש לאחזוקי דבוריה כמבואר בח"מ גבי שלא בפני בע"ד לדעת מהרש"ל ושאר פו' ואף שכ' שם דהיכא דלא היה מועיל עדותן הראשון כלל לא שייך עביד אינש כו' דאין כאן נגיעה דאף אם שקרו לא היה עדות שקר כיון דלא מהני.

מ"מ י"ל כאן כיון דפ' בש"ע דאף ביש ביניהם כפירת ממון מ"מ הוי ספק קדושין וא"כ הועיל עדותם אף קודם הודאתה שיהיה קדושי ספק ושוב גם עתה אחר ההודאה הוי רק ספק קדושין דשייך שפיר עביד אינש כו' כיון שהיה מועיל כנ"ל וי"ל דאין ראיה מהרמב"ם וסמ"ג שכ' הב"ש וש"פ דבאין כפירת ממון דהוי ודאי קדושין ע"ש די"ל משום דסוברים ביש כפירת ממון דלא הוי קדושין כלל אף ס' ולכך באין כפירת ממון אף שהעידו קודם ההודאה הוי קדושי ודאי אח"כ כיון שעומדים בדבורם דלא שייך עביד אינש כו' כיון שלא היה מועיל כלל מקודם משא"כ לדידן דגם ביש כפירת ממון הוי ספק כו' ולכך גם באין כפירה הוי ג"כ ס' כנ"ל.

אך משמע שלא חילקו ואף באם העידו אחר הודאתה מסתפק הרשב"א אם מהני או לא. וגם בהעידו קודם משמע שמסופק דאל"כ לא היה מקשה מהא דאבימי כו' דלמא התם העיד קודם הודאתו ולכך לא מהני ויש לדחות דהוכיח מדלא חילקו משמע בכל גווני כנ"ל: (ד) אבל אם יש כפירת ממון כו' ה"ז ספק מקודשת כו' ותמהו למה יהיה ספק הא עד הצריך שבועה אין עד כלל ומאי בכך שהוא היסת מ"מ הא א"נ בדבורו לחוד והוי נוגע ע"ש ונראה ליישב בפשיטות דבשלמא בממון כשאומרים פרענו למלוה הוי ב' דברים נפרדים מה שנאמנים לפטור עצמם ומה שנאמנים לפטור הלוה בתורת עדות דאף שאין נאמנים בתורת עדות מ"מ נאמנים לפטור עצמם ושפיר אמרינן דהוי נוגעין דאי יאמרו אהדרינהו יצטרכו לישבע משא"כ עתה אינם עדים ואף על פי כן לגבי עצמם נאמנין כנ"ל משא"כ כאן אי נימא דהדין הוא שהם נוגעין ואינו קדושין כלל ממילא נראה דחייבים לשלם דאף שהאמת הוא כדבריהם שקדשו אותה מ"מ כיון שלא היה עדים אחרים והוי מקדש בלא עדים דלא הוי קדושין כלל והוי שינוי בשליחות וצריכין לשלם וכמו באומר לשליח קדש לי אשה והלך וקדש בלא עדים דכאן לא שייך לא אמרת הב ליה בסהדי כיון דבקדושין צריך עדים לגוף המעשה כנ"ל.

ודוחק לומר כיון דאם הוא מודה הם עצמם כשרים שוב שייך לא אמרת הב בסהדי דז"א דגם במודה הוי רק ס' כנ"ל ובל"ז כיון דבסתם הוי בעדים כנ"ל וא"כ אם נאמר. כאן דעכשיו שאומרים שקדשוה אין נאמנים כלל דהם נוגעין וממילא הם צריכין לשלם כנ"ל וא"כ הא שוב אינם נוגעין כלל דיכולין לומר שנתנו לה לפיקדון ואף שלא יהיו נאמנים ע"פ הדין ויצטרכו לשלם הא גם עכשיו אין נאמנים ע"פ הדין וצריכין לשלם

ומאי חילוק להם וזה אין סברא דעתה אין יודעים הדין וסוברין שיהיו נאמנים ועל טענת פיקדון יודעין דמאי חילוק אי יכולין לומר אהדרינהו ואף דיתחייבו היסת מ"מ הא לא יהיה עכ"פ יותר חיוב עליהם מעכשיו שחייבין לשלם א"כ שוב הם עדים כשרים על הקידושין כנ"ל רק דמ"מ אין יכולין לומר שיהיה ודאי קדושין דהא אי נפסוק הדין שהיא מקודשת א"כ לא יצטרכו לשלם והם נוגעין ושוב לא הוו קדושין וחזר הדין אבל מ"מ גם זה אין יכולין לפסוק דודאי אין קדושין דא"כ שוב אין נוגעין והוי קדושין ולכך אי אפשר להתירה בלא גט והוי ספק קדושין כנ"ל ואף דגם בממון שייך הנ"ל כשאומרים פרענו למלוה דשפיר מצי למימר אהדרינהו כו' רק שיתחייבו היסת והם נוגעין והא כיון שהם נוגעין אנו פוסקין הדין דאין נאמנים וממילא אף דנאמנים לפטור עצמם מ"מ הוי כחנוני על פנקסו והדין גם עתה דנשבעין ושוב אינם נוגעין דמאי חילוק ויהיו נאמנים.

אך ז"א דבעדות ממון איך יכולין להפסיד למלוה בעדותם הא אם נפסוק דנאמנים הם נוגעין גם כיון שפוסקים דא"נ צריכין לישבע ואין נאמנים באמת דהוי עד הצריך שבועה משא"כ כאן בקדושין אי נפסוק דמותרת משלמין ואסורה לכך שפיר צריכה גט כנ"ל ועיין ח"מ ס' ל"ד שהביא הש"ך דברי הריב"ש ושאר פו' גבי לדידי אוזיף בריביתא דאף שאומר שלא החזיר לו הרבית מ"מ נאמן לפסלו דלא הוי נוגע כיון שיודע דלגבי עצמו אינו נאמן להוציא הרבית ע"פ הדין ע"ש.

רק בממון לא שייך זה כיון דע"כ יהיה לו טובה כשנאמין לו בעדותו ולא שייך פלגינן דבורא כנ"ל אבל בקדושין על כל פנים אין יכולין לפסוק דלא הוי כלל קדושין ומותרת כיון דאז ע"פ דין תהיה אסורה כנ"ל. ולהפוסקים שסוברים דבאמת לא הוי קדושין כלל י"ל דהטעם כמ"ש לעיל כמו בשותפין ובבקרא כו' דכיון דגוף העדות הוי לטובתו לא מהני אף שאינו נוגע ע"ש וגם כאן כיון דמה שיהיו נאמנים בתורת עדות הוי זכותו שוב לא מהני כלל כנ"ל: עוד י"ל בהעידו קודם שכפרה כמ"ש לעיל דהא באמת לאו דלא תענה ג"כ ליתא בחזרה כמו שבועה וא"כ לא הוי נוגעין בשביל שיצטרכו לישבע דכמו כן מעידין שקר עכשיו ומיגו דחשיד כו' וכן בממון כו' רק כיון דאין עדותם מועיל כלל לא מיקרי עדות ואין עוברים בלא תענה כנ"ל אבל בקדושין כיון שהעידו קודם שכפרה וא"כ היה מועיל עדותן על הקדושין שאם תודה יהיה קדושין ע"י עדותן וא"כ כיון שהיה מועיל א"כ שוב גם כשכופרת אח"כ מהני דהא אינם נוגעין דאי באמת לא קדשוה והוא שקר עברו אלא תענה דבשעת, עדות היה עדותן מועיל והיו יכולין לומר אהדרינהו ולישבע ג"כ דאין חילוק דליתא בחזרה כנ"ל.

דבשלמא בממון לא שייך דהועיל עדותן שאם יודה כו' דז"א דאם יודה אין צורך לעדותן כלל משא"כ בקדושין כנ"ל דאף שהיא מודה אין הקדושין רק מחמת עדותן כנ"ל. אך בהעידו אחר שכפרה לא שייך זה.

וא"ל דמ"מ מועיל שאם תחזיר ותודה יהיה מהני. דז"א דגם אם תודה לא יהיה מועיל העדות שהעידו כשהיתה כופרת כיון דבשעת ההגדה היו נוגעין כנ"ל וצריכין לחזור ולהעיד ולא היה מועיל כנ"ל: עוד היה אפשר למ"ש תוס' ריש ב"מ דאף דאמרינן דחשוד אממון לא חשוד אשבועה משום, שמא ס' מלוה כו' וכ' דדוקא משום שהוא ספק לנו אבל בודאי כופר בפקדון לא תלינן בס' מלוה וא"כ נימא גם כאן אי באמת אומרים שקר וכופר בפקדון היה נשבע ג"כ ולא הוי נוגע.

אך ז"א דמ"מ אינו נודע לנו בבירור ושייך לתלות בס' מלוה גם י"ל דאף למ"ד חשוד אממון הוי חשוד אשבועה מ"מ הוי הכא נוגע דבשלמא התם אמרינן כיון שרוצה לעבור על איסור גזל בשביל ממון א"כ גם על איסור שבועה יעבור בשביל הממון כיון דאי אפשר לו להחזיק הממון אם לא יעבור על איסור שבועה ג"כ כיון שמחייבין אותו שבועה כנ"ל. אבל כאן לענין נוגע כיון שיכול עתה לומר שקדשה ולהחזיק הממון בלא איסור שבועה למה יאמר אהדרינהו עבור אשבועה ג"כ כיון דאין העבירה של השבועה צורך להממון והא קי"ל דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל התורה כולה והוי שפיר נוגע כנ"ל לכאורה היה קשה למ"ש הריב"ש הובא בש"ך ס' ל"ד גבי לדידי אוזיף ברביתא כו' דאף שמגיע לו הממון נאמן לפסלו ואמרינן פלגינן דבורא ועל מה שהוא נוגע אינו נאמן ולפסלו שלוה בריבית נאמן וכן בפלוני רבעני לרצוני מאמינין לו שרבעו רק לאונסו ע"ש.

וא"כ גם כאן דהם אומרים ב' דברים שקדש אותה והקדושין היה בכסף ששלחם וע"ז הם נוגעין שקידשו בכסף אבל על גוף הקדושין אם היה בשטר אין נוגעין א"כ נימא פלגינן דבורא ונימא שקדשו אותה רק בשטר וכמו ברבעו לאונסו כנ"ל וג"כ תהיה מקודשת דכשנתן להם כסף וקדשו בשטר אינו קפידא רק בצוה בפירוש.

גם השטר מהני מדעת השליח כנ"ל, ולמ"ש הש"ך שם דחולק על הריב"ש גבי לדידי אוזיף ברביתא ע"ש א"ש כאן דה"נ מ"מ נוגע כיון שצריך לומר שקדשה לפטור הוי נוגע גם על הקדושין כנ"ל אבל להריב"ש שם קשה כנ"ל. אך באמת לא קשה כלל דבשלמא גבי לדידי אוזיף כו' שייך פלגינן כו' דמאמינים לפסלו ובזה אין שום תועלת לעד מה שנעשה פסול דמ"מ אין הוא יכול לגבות הרבית דלענין זה אינו נאמן.

אבל הכא אי נימא דפלגינן ומקודשת ממילא לא יצטרכו הם לשלם למשלח דיהיו נאמנים שקדשוה בכסף ואף דאנו אין מאמינים זה להם בתורת עדות שקדשו בכסף מ"מ

לא יהיה יכול להוציא מידם ונאמנים לפטור ואין כאן שינוי בשליחות דהא באמת פלגינן דבוריה ומקודשת עכ"פ שוב אין צריכין לשלם כנ"ל, אבל אי אין נאמנין כלל שקדשו הוי שינוי וצריכין לשלם ושוב לא שייך פלגינן דבוריה דגם בעדות זה שקדשו בשטר ג"כ הוי תועלת להם שתהיה עכ"פ מקודשת וממילא יהיו פטורין ע"כ שלא יוכל להוציא משא"כ גבי רבית דמ"מ לא יוכל הוא לגבות כנ"ל: עוד י"ל למאי דפ' הרמב"ם דאם אין העדים יודעין אם בסייף הרגו או באירין הוי מכלל חקירות דכשאין יודעים עדותן בטלה לגמרי ע"ש וכן בכל מידי דבעי דרישה וחקירה וא"כ למאי שכ' הב"ש לקמן דכשהאשה מכחשת הקדושין בעינן גם בעדי קדושין דרישה וחקירה ע"ש.

וא"כ כאן שהיא כופרת ובעי דו"ח. וא"כ אם העדים מעידים על אחד שקדשה ואינם יודעים אם בכסף או בשטר הוי חקירות כמו על ההריגה אי בסייף או באירין כנ"ל.

וא"כ ממילא לא שייך פלגינן דבוריה דלא כמו שאומרים דבכסף קדשו רק בשטר הא אם בטל דבורן שקדשו בכסף א"כ לא אמרו החקירות במה קדשו אותה וממילא בטל העדות דדוקא במאי דלא הוי חקירות שייך פלגינן כו' וכיון שהיא מכחשת בעינן דו"ח כנ"ל.

אך יש לדחות למ"ש הריב"ש דגם בדין מרומה אין עדותן בטל כשאומרים א"י ע"ש.

עוד יש לדחות ובל"ז לא קשה כמ"ש. אך לכאורה נימא פלגינן דבורא שהיא מקודשת עכ"פ רק לא שהם קדשו אותה ונימא שאינה מקודשת למשלח כלל רק לאחר וכמו גבי לדידי אוזיף כו' דאמרינן שהלוה לאחר ברבית וע"ז לא שייך תירוץ הנ"ל דזה אין תועלת להם כלל שהיא, מקודשת כיון דאין מחזיקין אותה למשלח כלל ולהש"ך ז"ל ג"כ לא קשה רק להריב"ש כנ"ל.

ויש לדחות ג"כ והא חזינן במקדש בעד אחד דלא הוי המקדש עצמו כעד ונימא פלגינן דבורא שאחר קדשה בפניהם ואף דהוי נוגע פלגינן כנ"ל וע"כ דלא אמרינן בכה"ג פלגינן כנ"ל. גם י"ל דהריב"ש סבר כהרשב"א לחלק בין אומר אני זניתי כו' או אשתך זנתה עמי דדוקא היכא שיכול להשאר דבור שלם שייך פלגינן ע"ש וממילא כאן ובקדשתי כו' לא שייך פלגינן כנ"ל.

עוד יש לחלק בין התם שיש מעשה שרבע או שהלוה ברבית ומאמינים המעשה כנ"ל משא"כ בקדושין שאינו עושה מעשה רק המקדש כשמקדשה נעשית מקודשת ולכך ממילא כשאין מאמינים להם שזה קדש אותה לא שייך לומר פלגינן דבוריה שהיא מקודשת כיון שלא העידו על מעשה של קדושין ממילא אינה מקודשת כיון שמצדה אין כאן מעשה כנ"ל: הנה עוד יש ליישב הא דהוי ספק קדושין אף שיש כפירת ממון.

דהנה לכאורה י"ל בש"ס דבאמת אף בתר דתיקון רבנן היסת לא הוי נוגעין כלל בשביל שיצטרכו לישבע כשיאמרו אהדרינהו לו דמאן דחשוד אעדות שקר חשוד ג"כ אשבועה כנ"ל. רק י"ל הטעם דאף דלא הוו נוגעין מ"מ לא מהני עדותם דהא עכשיו אין עליהם כלל שבועת היסת דהוי טענת ספק שאין המשלח יודע אם פרעו או לא ומטעם חנוני על פנקסו אין עליהם כיון שאינם נוגעין והלוה פטור כנ"ל.

אך י"ל דהא קי"ל מי שהיה נושה בחבירו וחבירו בחבירו כו' חייב מדר' נתן ועכ"פ בלית ליה נכסי' אליבא דכ"ע חייב וגם קי"ל היכא דהלוה כופר והערב מודה ג"כ חייב כנ"ל וא"כ כשאחד תובע לחבירו בברי שחייב לו מדר"נ והלה כופר חייב לישבע היסת כנ"ל. וא"כ כאן שהם אומרים פרענו למלוה וכיון שהמלוה טוען ברי שלא פרעו לו א"כ תובע המלוה אותם שחייבים לו משיעבודא דר' נתן דכיון שלא פרעו חייבים להחזיר המעות להלוה והלוה חייב לו עדיין שלא פרעו וחייבים להמלוה מדר' נתן כנ"ל.

וכאן הוי באית ליה נכסי ג"כ כלית ליה נכסי דהא אינו יכול לגבותו מהלוה כיון דאמרינן דלא הוי נוגעין ונאמנים נגד הלוה לפוטרו ואינו יכול לגבות ממנו ושוב חייבים הם מדר"נ אם יודו עכשיו אחר שהעידו וממילא תובע המלוה אותם בברי שחייבים לו והם כופרים וצריכין לישבע גם עכשיו היסת ושוב הוי עד הצריך שבועה וגם נגד הלוה אין נאמנים דאי נימא דהם נאמנים הם עד הצריך שבועה כנ"ל.

אבל נוגעין י"ל דבאמת לא הוי כנ"ל רק דמ"מ פסולין. וא"כ ממילא מיושב כאן דכל זה במלוה ולוה שחייב לי כנ"ל.

אבל בקדושין דאין המקדש חייב לה כלום וא"כ שפיר י"ל דנאמנים דהא לא הוי נוגעין שיכולין לומר אהדרינהו ולישבע היסת. וכאן לא שייך הנ"ל דהוי עתה עד הצריך שבועה דז"א דעכשיו אין כאן היסת כלל דנגד המשלח הוי טענת ספק והאשה אינה תובעת מהם כלום שאין חייב לה ולכך פסק שפיר דהוי ספק קדושין כנ"ל א ומיושב בזה ג"כ הירושלמי דאמר ר"י מכיון שהאמינתו התורה גם בקדושי כסף נאמנין והיינו דאף דאי אין נאמנים היו צריכין שבועה כמו בחנוני ע"פ מ"מ כיון כו' אמרינן שהם נאמנים ואין צריך שבועה כלל משא"כ בשאר דיני ממונות מודה שפיר דפסולין כנ"ל: והנה הר"ן ז"ל כ' הטעם כיון דהוי רק היסת ומן התורה אין צריך שבועה כלל אין פסולם אלא מדרבנן ולכך הוי קדושי ספק ע"ש והיה נראה היכא, שיש עד אחד מכחישם שלא קדשו ולא נתנו לה הכסף דלא הוי אפילו ס' קדושין דכאן צריכין לישבע שבועת התורה להכחיש העד דאף טענו בספק ע"פ העד דעת רוב הפ' דחייבין ש"ד.

והם עד הצריך שבועה מן התורה דלא מהני מדאורייתא לטעם הר"ן ז"ל ואף דלענין השבועה דאורייתא אית להו מיגו דאהדרינהו למלוה דאז לא יהיו חייבים רק היסת מ"מ הא מבואר בח"מ דלא מהני מיגו נגד העד לפטור משבועה דחשוב כב' לענין שבועה ומכש"כ כאן דהוי מיגו דהעזה לפטור משבועה דלא מהני בכל מקום.

אך לטעם הח"מ שכ' דאם היה בא אלי' שהאמת כדבריהם לא היו צריכין לישבע לכך הוי ספק ע"ש והיינו דבכל הפסולין הם בודאי פסולין משא"כ דמאי דצריכין לישבע הוא רק לברר הספק ואם היינו יודעין אינם פסולין כלל שלא היו מחייבין שבועה כלל ע"ש. וממילא גם היכא דחייבין שבועת התורה שייך ג"כ הנ"ל והוי ספק: הח"מ כ' דאם יש להשליח עד כשר המסייעו שנתן המעות להאשה גם הוא כשר דפוטרו משבועה ולא הוי עד הצ"ש רק להרשב"א לא מהני ע"ש.

ודבריו תמוהים דאדרבה כשיש עד המסייעו מגרע גרע דהא דצריכין לטעמא דעד הצ"ש היינו משום דלא הוי נוגע דגם עתה צריך לישבע כנ"ל. אבל כשעכשיו העד מסייעו א"כ הוי נוגע גמור דאם יאמר אהדרינהו וכה"ג לא יהיה העד מסייעו ויצטרך לישבע ועתה א"צ לישבע דהעד פוטרו כנ"ל וי"ל דפסול מן התורה כשיש עד המסייעו כו' ואי הוי אמרינן מיגו לאפטורי משבועת היסת היה אפשר לומר דכיון דעתה העד פוטרו נגד עצמו שוב גם אם יטעון אהדרינהו לו יהיה פטור מהיסת דיהי' נאמן במיגו שהיה אומר כמו עתה שקדשה שהיה העד פוטרו מהיסת ושוב לא הוי נוגע עכשיו דיכול שפיר לומר אהדרינהו כנ"ל.

אך באמת ז"א דלא אמרינן מיגו לפטור מהיסת כמבואר בפ' ומוכח בתוס' פ' ש"ה לר"ת דליכא היסת רק בפרעתי ולא בטוען להד"ם ואעפ"כ אינו נאמן פרוע בלא היסת במיגו דלא לויתי כשאין עדים על ההלואה כמבואר שם ע"ש. ועוד דמוכח בש"ס דלא אמרינן כה"ג שהוא נאמן במיגו ע"ש.

ולשיטת ר"ת הנ"ל דבלא לויתי דליכא דררא דממונא פטור מהיסת הוי א"ש כשלא נתן לו בעדים דאינו נוגע באמת שיכול לכפור שלא נתן לו כלל ויהיה פטור מהיסת רק דמ"מ עתה הוי עד הצריך שבועה דעכשיו איכא דררא דממונא ולכך ממילא כשהעד מסייעו עתה דפטור גם עכשיו שוב מהני כנ"ל אך לא קי"ל הכי ודעת כל הפ' דגם בלא לויתי חייב היסת כמבואר בח"מ ע"ש.

ולמ"ש לעיל ג"כ א"ש: גם היה אפשר דכיון דאמרינן שהיא נוגע ובאמת לא קידשה וגם עד הב' אומר שקר א"כ אינם נוגעים כלל שהיו יכולין לומראהדרינהו וג"כ העד יאמר כן כיון שבין כך ובין כך מעיד שקר והיה מסייעו גם בטענת אהדרינהו לו והיה פטור

מהיסת. אך לענין זה הא הוי מיגו בשנים דהא הב' אינו נוגע ולא שייך תירוץ תוס' דלפטור מממון מתכוונים ע"ש.

וא"ל דאף אם רק העד יאמר שהחזיר שוב אף אם הוא יאמר שקדשה לא יהיה נוגע דהא יכול לומר אהדרינהו ויהיה העד מסייעו ושוב הוי המיגו על העד לחוד דז"א חדא דאינו רוצה להכחישו. ועוד דמקדש בעד אחד לא מהני וכיון שאין עד אחר והוא לא יעיד שקדשה לא יהיה מועיל אף שהיא אינו נוגע מ"מ אין כאן עד אחד ולא שייך הנ"ל. ואף דהש"ך ח"מ ס' פ"ז ס"ק כ"א חולק על הרמ"א דגם בהחזרתי מיגו דנאנסה כשעד מסייעו שהחזיר פוטרו משבועה אף דאינו נאמן רק במיגו ואז לא יסייעו מ"מ כ' שם הטעם משום דכמו בב' לענין ממון בכל גווני כמו כן א' לענין שבועה ע"ש אבל לענין נוגע לא שייך זה ע"ש: ואפשר דסובר הח"מ דלא כתירוץ תוס' שם לענין מיגו בשנים רק הטעם בנוגעין כיון ששני העדים יחד היו יכולין לומר טענה אחרת שוב לא הוי נוגעין וגם כאן כיון ששניהם יכולין לומר אהדרינהו ויהיה פטור שוב לא הוי נוגעין כנ"ל והוא דחוק: ואפשר לומר בכוונת הח"מ דהא כשאין המשלח נותן לשליח כסף יכול לקדשה משלו וא"כ כשהעד מעיד שקדשה בכסף לא הוי השליח נוגע דיכול לומר לא נתת לי כלל כסף רק אני קדשתי אותה בכסף שלי דאז יהיה שפיר פטור מהיסת דאין כאן כפירת ממון דאף לדברי המשלח שנתן לו כסף מ"מ העד מסייעו שנתן לה כסף ואף שנתן לו פטור כנ"ל.

אך גם זה אינו דמה בכך שיכול לומר עוד טענה מ"מ על זה הוי נוגע מה שאומר דזולת טענה זו לא יפטור מהיסת וצריך הוא לומר שקדשה ואינו עד על זה דהוי נוגע על הקדושין כנ"ל: (ה) או שטר שיש בו שוה פרוטה. וכ' הב"ש דאבל פחות מפרוטה הוי קדושין ולא מחמרינן בזה חומרא דשמואל שמא ש"פ במדי ע"ש.

והיינו משום דהא לענין שאר דברים אין חוששין ולא הוי נוגעין בשביל זה כיון שאין כאן ש"פ כנ"ל. ולכאורה היה נראה דגם בקדושי כסף כאן עדיף כשקדשו אותה בפחות מש"פ דהוי ספק קדושין לכ"ע אף שיש כפירת ממון.

ואף להחולקין דהוי נוגעין ואינם קדושין כלל מ"מ בפחות מש"פ אין כאן נגיעה דאף ששוה פרוטה במדי אינם נוגעין ואעפ"כ לענין קדושין מקודשת מס' שמא ש"פ במדי והם נאמנים שקדשוה בפ' מש"פ דאין נוגעין בזה כנ"ל. והיינו כשהמשלח נתן להם לקדש פחות מפרוטה או אף שנתן להם פרוטה מ"מ כיון שמחזירין המותר מהני: אמנם נראה דזה תלוי בב' הטעמים גבי הא דשמואל דחיישינן שש"פ במדי דהרמב"ם ז"ל מפרש שמא תוליכנו לשם ויהיה שוה פרוטה.

והתוס' ושאר פ' פירשו דאין להקדש אלא מקומו רק החשש הוא שמא יהיה כאן מאנשי [מדי] ויראה שפוסקין הדין דאינה מקודשת והוא סבור ששוה פרוטה ויפסוק גם בעירו כן ע"ש וא"כ לטעם התוס' י"ל כאן דגם בפחות מש"פ אינה מקודשת דכיון דלהפ' הנ"ל בקדשו בפרוטה הם נוגעין ולא הוי אף ספק רק דנימא משום דהוא פחות משוה פרוטה לא הוי נוגעין ותהיה מקודשת מחשש ששוה פרוטה במדי והא ז"א דלא שייך כלל שיהיה בכאן מאנשי מדי כנ"ל דז"א דאדרבה כיון שהוא יהיה סבור שהוא שוה פרוטה א"כ ודאי יהיה הדין אצלו שפיר שאינה מקודשת דהם נוגעין ויפסוק בעירו כדין דכששש"פ ודאי אינה מקודשת ולא שייך כלל חשש הנ"ל ושפיר אינה מקודשת בפחות משוה פרוטה ולא עדיף מפרוטה כנ"ל.

אך לטעם הרמב"ם ז"ל שפיר י"ל כאן בפחות משוה פרוטה דמהני דהוא ס' דאורייתא שמא תוליכנו לשם ויהיה אצלה שוה פרוטה ואעפ"כ אינם נוגעין כנ"ל. וא"ל דא"כ גם הם נוגעין שמא יש להם דרך לכם ויהיה גם אצלם שוה פרוטה ז"א דודאי בשביל חשש זה לא מיקרי נוגעין ועוד דהא קודם דתיקון רבנן היסת לא היו נוגעין כלל דהא מצי למימר אהדרינהו למשלח רק בתר דתיקון היסת הם נוגעין שיצטרכו לישבע.

וא"כ כיון דקי"ל אין נשבעין על פחות משוה פרוטה היסת ולא חיישינן שמא שוה פרוטה במדי א"כ אף אי באמת יש להם דרך לשם ושוה אצלם פרוטה מ"מ לא הוי נוגעין משום דיכולין (לו') אהדרינהו למשלח ולא יתחייבו היסת גם פתה דאין נשבעין כו' דלענין שבועה אין חוששין כנ"ל. וגם יכולין לומר נאנסה ויהיו פטורין גם משבועה כנ"ל והוי כמו קודם דתיקון היסת והוי שפיר קדושי ספק כנ"ל.

אך באומרין שקדשה בפחות משוה פרוטה בדבר שאינו מתקיים נראה דלא הוי קדושי ספק ממ"נ דלטעם הרמב"ם ז"ל לא מהני דהא אינו מתקיים ואינה יכולה להוליכה. ולטעם התוס' והרא"ש בל"ז לא מהני דלא שייך חשש הנ"ל ולא מהני ממ"נ.

ולכאורה אף בפרוטה הא יש ב' שלוחים ואין על כל אחד רק חצי פרוטה ולמה יהיו נוגעין. אך י"ל דשמא נאבד מהם בפשיעה ויכול לתבוע מכל אחד כל הפרוטה מטעם ערבות כב' שקבלו פקדון ביחד והוי שפיר נוגעין ועוד דשמא אחד מחזיק בכל הפרוטה ושוב לא נשאר רק עד אחד כשר ולא מהני.

אך לפ"ז היה מועיל כשיש עוד עד כשר עמהם דשוב יש כאן ב' עדים כשרים ולטעם א' לא מהני כנ"ל: הנה מוכח מש"ע כאן בעושה שליח לקדש סתם וקידשה ספק קדושין דלא הוי שינוי בשליחות כמ"ש המ"ל. דאל"כ למה פ' ביש כפירה דהוי ספק קדושין והא הוי שינוי כנ"ל ויש לדחות דאיירי באומרים שקידשה בפני עדים אחרים ואינם כאן.

עוד יש לחלק בין ספק בדין לספק במעשה כנ"ל: סע"ג (ו) א"צ עדים במינוי האיש שליח לקדש לו אשה רק שהשליח והמשלח מודים בדבר כו'. אבל בשליחות האשה כו' צריך שיהיה בעדים כו'.

זה דעת הרמב"ם ז"ל ותמה הרא"ש ז"ל מאי חילוק ממ"נ אי הוי דבר שבערוה גם שליח להולכה יצטרך עדים ואי לא הוי דש"ב משום דעדיין לא נגמר א"כ גם שליח לקבלה לא לבעי עדים ע"ש פ"ב דקדושין: ש ונראה די"ל בפשיטות למ"ש הרא"ש ז"ל דהטעם דדוקא בגמר הדבר שנאסרת זה הוי דבר שבערוה אבל בשעת השליחות עדיין אין כאן דבר שבערוה רק דקשה גם בשליח קבלה ע"ש.

והנה המרדכי כ' גבי ספק קרוב לו או לה דאם העדים אינם יודעין אם קרוב לה כו' לא הוי אפילו ספק כלל דהוי מקדש בלא עדים כיון שאין יודעים דבר ברור בשעת הקדושין הובא לעיל בב"ש ס' ל"א ע"ש. וע"כ צ"ל דבכל דוכתי דהוי ס' קדושין ולא אמרינן דהוי מקדש בלא עדים כנ"ל.

וע"כ דדוקא כשאינם יודעין אם קרוב לה לא ראו כלל מעשה הקדושין שהוא שיגיע לידה ולא ראו כנ"ל. משא"כ בכל דוכתי שראו כל מעשה הקדושין רק הספק הוא מצד אחר אם מועילים הקדושין או לא זה לא מיקרי בלא עדים כנ"ל.

והנה מה דבקדושין הוי דבר שבערוה שצריך עדים הוא מצדה שנתקדשה היא ונאסרת לכל העולם, אבל לא מחמת המקדש רק דצריכין למידע מי המקדש שנדע למי מותרת ולמי אסורה דכן מבואר מלשון הרא"ש דע"י שנאסרת הוי דבר שבערוה ע"ש כנ"ל: וממילא יש ליישב קושי' הרא"ש הנ"ל. דבאמת י"ל כסברת הרא"ש הנ"ל דא"צ עדים רק בגמר הדבר שבערוה ולא בשעה שעושהו שליח דאינו עדיין דבר שבערוה כנ"ל.

אך נהי דבשעת השליחות באמת לא הוי דבר שבערוה אבל מ"מ הא עידי הקדושין צריכין לידע בשעת הקדושין דבר ברור שנתקדשה דאי כבר הוי דבר שבערוה וכיון שאין עדים על השליחות שעשתה היא את זה שליח לקבלה א"כ הם אינם יודעין דבר ברור כלל בשעת הקדושין דאין יודעין אם בא לידה כלל דאם אינו שלוחה נתן לאדם אחר ולא לידה כלל והוי כמו בס' קרוב לה ושפיר לא מהני דהוי בלא עדים בעת הקדושין ואז הוי כבר גמר הדבר שבערוה דצריך עדים כנ"ל.

אך כל זה בשליח קבלה אבל בשליח להולכה אף שאין יודעין שהוא שלוחו מ"מ הא ראו גוף הקדושין שהגיע לידה וכל הדבר שבערוה הוא מצדה וזה ראו לגמרי ואף שאין יודעין מי המקדש מ"מ ראו הדבר שבערוה דבר ברור שנתקדשה היא כנ"ל רק דהספק הוא

שמא אינו שלוחו של הבעל וממילא אין הקדושין מועילים כלום שהוא בלא שליחות כנ"ל.

ושוב זה הספק מצד אחר אם הקדושין מהני או לא וזה אינו ענין לדבר שבערוה דהוא כמי בשאר ספק קדושין דלא דמי לספק קרוב לה כנ"ל דאף אי אינו שלוחו נעשה מעשה הקדושין נגדה רק דלא מהני כו' ועכ"פ לא הוי בלא עדים בשעת הקדושין ולכך מהני דעל שעת השליחות מהני הודאתם דאז אינו דבר שבערוה עדיין כנ"ל ולכך לא בעי בשליחות להולכה כנ"ל.

אבל בשליח קבלה אם אינו שלוחה לא באלידה כלל ולא נעשה מעשה הקדושין וכיון שהעדים מסופקין בזה לא הוי עדים בשעת הקדושין דאז כבר הוי דבר שבערוה כנ"ל ולכך צריך שפיר עדים בשליחותם לקבלה כנ"ל, והביא הרמב"ם ז"ל שפיר ראיה משליח הגט דלא בעי עדים בשליח להולכה. ולא קשה מה שהקשו דהתם גיטו מוכיח עליה דהא חזינן לר"ה בעל אומר לפיקדון ושליש לגירושין הבעל נאמן ואעפ"כ אי מודה דשלחו לגירושין גם בש"ה מהני ולמה יועיל הודאתו הא בעי עדים דלענין לפיקדון לא שייך גיטו מוכיח כו' וע"כ דא"צ עדים כנ"ל עור י"ל דהא לכאורה נהי דנימא כדברי הרא"ש דאז לא הוי דבר שבערוה כנ"ל.

מ"מ זה היה מועיל אם היה השליח ומשלח אומרים קודם שקדשה שזה שליח היה שייך כנ"ל כיון שעדיין אינה נאסרת ולא הוי דש"ב רק שראוי לקדש נאמנים כנ"ל. אבל כיון דאיירי דעכשיו מודים בדבר כשכבר קדשה שהיה שליח ומאי מהני עתה הודאתם שהוא כבר דבר שבערוה דע"י עדות זה נאסרת לעלמא דבשלמא אם הוחזק קודם והיו נאמנים שוב מועיל אח"כ אף דנעשה דבר שבערוה כמו גבי סימן ואישתמודענא כו' וכמ"ש הרמב"ם גבי חלב דהאיסור עצמו הוחזק בעד א' ולוקין אח"כ ע"ש משא"כ כשלא אמרו כלל מקודם רק עכשיו אחר הקידושין למה יועיל כנ"ל: אמנם י"ל דהא יש ב' טעמים במקדש בעד אחד דלא מהני א' דאין דבר שבערוה פחות מב' ועיקר זה לא ילפינן רק לענין קיום גוף הדבר שאין הקדושין נגמרים בלא ב' עדים ולא לענין הנאמנות כמ"ש הפ' שם ולכך בעד אחד, מעיד שנתקדשה לפני שנים היה מועיל מטעם הנ"ל דעד א' נאמן באיסורין כיון שהיו הקדושין בעצמם מועילין כנ"ל.

רק דמ"מ לא מהני מטעם איתחזק היתרא אכן בגט להיפך דהיכא דאיתחזק לא מהני עד א' בלא דבר שבערוה כנ"ל ובאמת יש פ' דחוששין כה"ג ואם כן כאן בשלמא אי הוי אמרינן בגוף השליחות דהוי דבר שבערוה א"כ לא היה מהני מצד עצמו כשלא עשאו שליח בעדים כמו גוף הקדושין כנ"ל. אך כיון דהשליחות לא היה אז דבר שבערוה כמ"ש

הרא"ש דאז עדיין לא נגמר וא"כ בשעת השליחות היה מועיל גם בלא עדים רק דעתה אחר הקדושין לא יהיו נאמנים וא"כ הוי עכ"פ כמו עד א' מעיד שנתקדשה לפני ב' דהא מעיד שעשאו שליח והיה מועיל עצמו ואי האמת כן הוי קדושין כנ"ל.

וא"כ לא שייך טעם דדבר שבערוה רק דמ"מ לא יהיה נאמן מטעם דאתחזק דבא להוציאה מחזקת פנויה כנ"ל והנה התוס' פ"ב דכתובות כתב בס' קרוב לה כו' דליכא חזקת פנויה כיון דאיתרע דודאי נעשה אצלה מעשה הקדושין רק דהס' אי מהני ליכא החזקה ע"ש.

וא"כ כאן גבי השליח להולכה דודאי דאי קדשה וקיבלה קדושין בעצמה רק דהס' שמא אין הוא שליח ולא מהני אבל ליכא שום החזקת פנויה דאיתרע כנ"ל.

וא"כ שוב השליח נאמן שהיה שליח מטעם עד אחד נאמן באיסורין דמטעם דש"ב לא שייך כיון דמועיל מצד עצמו השליחות כנ"ל. ואיתחזק ג"כ לא הוי כנ"ל דבשלמא בכל דוכתי עד א' מעיד שקדשה לא איתרע החזקה כלל ואינו נאמן משא"כ כאן ולכך א"צ עדים בשליח הולכה אבל בשליח קבלה דכשהיא לא קבלה הקדושין לא איתרע כלל נגד החזקת פנויה דאטו במה שהוא נתן לאדם אחר איתרע חזקה שלה דאם אינו שלוחה הוא אחר לגמרי וכיון דלא איתרע ממילא לא מהני מטעם איתחזק אף דלא הוי דש"ב ולכך שפיר צריך עדים כנ"ל או י"ל דגם בשעת נתינתו הקדושין לה אינו עדיין הגמר דבר שבערוה כל זמן שאינה מקבלת דבזה נגמר ולכך הוי שליחות דידה יותר דבר שבערוה משליח שלו כנ"ל: עוד י"ל דבאמת לא מהני השליחות בלא עדים כמו דלא מהני גוף הקדושין בלא עדים אף שהוא אמת ולכך לא מהני הודאתה וכמו כן על השליחות לא מהני אף שמודית והיא אמת כנ"ל אמנם בשליח שלו למ"ש הרא"ש ז"ל הובא לקמן ס"ד דאף לא עשאו שליח רק גילה דעתו שחפץ לקדשה מהני ג"כ דזכות הוא לו וכיון שרוצה באמת מהני כנ"ל.

וא"כ בשליח שלו שפיר מהני הודאתו דלא שייך כנ"ל דאף שאמת שעשאו שליח לא מהני בלא עדים דז"א דכיון שבאמת עשאו שליח א"כ נהי דהשליחות לא מהני מ"מ הא חפץ לקדשה עכ"פ ושוב אף שאינו שלוחו מהני מטעם זכות דזה א"א לבטל מטעם בלא עדים דהא מ"מ רוצה הוא ואיך אפשר לבטל מה שהוא רוצה שיהיה כלא רוצה דבשלמא דבר שנגמר ע"י מעשה כמו עשיית השליח שייך לומר דבלא עדים לא מהני וכאלו לא עשאו משא"כ על מה שרוצה והוי זכות איך יבטל.

ובשלמא אי הוי אמרי' דהוי הקדושין בלא עדים היה שפיר כנ"ל דאף שרוצה מ"מ כיון שאינו ידוע לעידי הקדושין הוי בלא עדים כנ"ל אבל באמת על הקדושין אמרינן שפיר דהוי בעדים כיון שראו כל מה שאפשר לראות רק דהשליחות לא מהני בלא עדים ושוב

מהני מצד שהוא זכות כנ"ל ולכך מהני גבי שליח שלו הודאתם כיון שהוא אמת מהני כנ"ל.

אבל בשליח קבלה שכתבו הרבה פ' דלא כב"ש לקמן סימן ל"ו רק דלגבי דידה לא מהני מה שגלתה דעתה על הקדושין כיון שבאמת חוב לה דאסורה אכולא עלמא ובעינן שתעשה שליח ממש ולא מהני מה שרוצית כנ"ל. ומיושב שפיר דשליח קבלה צריך עדים דבלא עדים לא מהני גוף השליחות ל שהוא אמת דלגבי דידה לא שייך הנ"ל וא"ש:

עוד היה אפשר לכאורה כיון דשליח נעשה עד, וא"כ הטעם בכ"מ במקדש בעד אחד דלא הוי קדושין ולא אמרינן שהמקדש עצמו הוי עד להעיד על הקדושין וע"כ הטעם דהוי קרוב דלדבריו שקדשה הוי קרוב ופסול להעיד וכדאמר ביבמות לדבריך נכרי אתה ופסול כו' אמנם בשליחות כשעשאו שליח לקדש נהי דנימא דגוף השליחות צריך עדים בשעת מעשה כמו קדושין מ"מ הא המשלח עצמו עדיין הוי עד כשר על עשיית השליח שאף שעשאו שליח עדיין אינו קרובה וכיון דשליח נעשה עד יש כאן ממילא ב' עדים שעשאו שליח ואם היו מעידים בב"ד שעשאו שליח קודם הקדושין עדיין היו נאמנים שפיר בתורת עדות.

וא"ל שהוא נוגע ז"א דהא בידו עדיין לעשותו שליח ואינו נוגע ונאמן בתורת עדות כנ"ל, וא"כ ממילא אף דעכשיו שכבר קדשה שוב אינו כשר להעיד על השליח דהוי תחלתו בכשרות וסופו בפסול מ"מ שוב מהני דהוי כעדים פסולים מעידים שעשאו שליח בפני כשרים ועכ"פ גוף המעשה מהני שנעשה בפני ב' עדים כשרים ושוב אף דעתה פסול מהני מטעם עד אחד נאמן באיסורין משא"כ בשליח לקבלה שהיא עשתה לא הועיל גוף השליחות אף שהוא אמת כיון שהיה בלא עדים דאשה פסולה להעיד ואין כאן עדים כנ"ל.

אך אין הלשון משמע כן דא"כ לא היה לו לכתוב אין צריך עדים במינוי השליחות דהא באמת צריך רק דיש עדים ועוד דא"כ כשהבעל פסול שהוא רשע או שהוא קרוב לה בלא הקדושין לא יהיה מהני לטעם הנ"ל ולא משמע כן כיון שכתב דאין צריך עדים מהני גם כנ"ל: הנה משמע מדכ' בשליחות האשה צריך עדים ולא מהני הודאתם כו' משמע דלא הוי הודאתה כאשה אומרת קדשתני דנאמנת עכ"פ לגבי עצמה משום שוי' אנפשה חתיכה דאיסורא.

וצ"ל כמ"ש דגוף השליחות לא מהני בלא עדים ולכך הוי קדשתני בלא עדים דלא מהני דאם היה גוף השליחות בלא עדים רק שאינה נאמנת עתה א"כ היה כאומרת קדשתני בפני פלוני ופלוני והלכו להם דנאמנת לגבי עצמה כנ"ל. או די"ל דאף דהשליחות מהני

מ"מ כיון שאינה נאמנת ולא ידעו העדים בשעת הקדושין הוי הקדושין בלא עדים דלא מהני כנ"ל.
או דכיון דהבעל לא ידע שייך שמא לשחוק כוון כמו בעדים אחורי הגדר דלא מהני כנ"ל:
(ז) אבל שליחות האשה צריך שיהיה בעדים כו'. ומשמע דגם כשהם עדים אחרים על השליחות ואינם עידי הקדושין עצמם מהני ג"כ וכן בשליחות האיש להפוסקים דבעי עדים.
וקשה דהא תוס' גיטין ס"ד הקשו דהוי חצי דבר העידי אמירה ועידי קבלה ותירצו כיון דשליש נאמן גם לר"ה כשאינם בעיר אחת דלא שייך אם איתא כו' א"כ מהני העידי אמירה לחוד ולא צריכי לעידי קבלה והוי דבר שלם ע"ש. וא"כ בקדושין בשלמא בשטר שייך ג"כ כנ"ל אבל בקדושי כסף קשה כנ"ל דלא מהני כלל עידי השליחות בלא הקבלה.
ואפשר דגם בשטר אינו נאמן לר"ה בעיר אחרת ג"כ בקדושין דהטעם התם דהיכא דלא שייך אם איתא נאמן הוא משום דלפקדון לאו טענה מעלייתא היא דלא מקדים אינש פורענותא לנפשיה ע"ש וא"כ בקדושין דלא שייך טעם הנ"ל הוי לפקדון טענה מצד עצמו וי"ל דגם בעיר אחרת דלא שייך אם איתא ג"כ אין נאמן.
אך למ"ש הפ' שם דגם ר"ה סבר דהימניה רק כיון דאיכא סברא דאם איתא לא הימניה כמו דלא הימניה נגד עדים ע"ש וממילא אף בקדושין בעיר אחרת דליכא אם איתא אף דשייך לפקדון מ"מ שוב הימניה כנ"ל. אך בכסף קשה כנ"ל וכן בשליח להולכהלהפ' דבעי עדים מוכח מש"ס דגם עדים אחרים מהני דהא פריך פ"ב דקדושין ודלמא שליח שוי' לאביו כו' ולהפוסקים הנ"ל ע"כ הפי' הוא דלמא שווי' שליח בעדים ואף שאין עידי הקדושין יודעין עתה כלום חיישינן כנ"ל ומבואר דמהני עדים אחרים על השליחות כנ"ל אך י"ל דבקדושי כסף לא הוי חצי דבר דעידי קבלה לחוד מהני דכשלא יהיו העידי אמירה יצטרך השליח להחזיר הכסף קדושין וכמו שכתב תוס' לענין עידי חזקה דכת א' מהני שיתחייב לשלם הפירות ע"ש: אמנם נראה דלא דמי להפו' דבנותן מעות לחבירו סתם חייב לשלם ולא אמרינן מתנה יהיב ליה ע"ש.
וא"כ הא זה פשוט בב' אומרים א' בגבה וב' א' בכריסה כו' אף שכת א' מעידים עוד עדות המועיל לבדם מ"מ אין זה מועיל שלא יהיה חצי דבר כיון שאין זה ענין לעדות זה ומ"מ על עדות של א' בגבה הוי חצי דבר. וגם כאן נהי דזה שמעידים שנתן לו הכסף הוי עדות המועיל מ"מ מה שמעידים על הקדושין שקידשה בכסף זה הוי חצי דבר שזה אינו מועיל כלום בלא עידי השליחות דמה שמעידים שיתחייב להחזיר הכסף זה אף שלא

היו מעידים שקדשה היה עדות בפני עצמו דדוקא בשני חזקה כל העדות הוא שאכל הפירות וזה מועיל לבד משא"כ כאן שהיא ב' עדיות שנתן לו כסף ושנתנם לו לקדושין. ויש לחלק קצת. ועוד י"ל דכיון שמודה השליח שוב אין צורך לעדותם דבלא עדותם יתחייב בהודאתו כיון שאין עידי השליחות והוי מקדש בלא עדים דבשלמא בשני חזקה לא יתחייב אף שמודה דהא אומר דאכל ג' שנים ושלו היה משא"כ כאן.

ויש לדחות דמ"מ הועיל א עדותם שלא יוכל לכפור כמו התם כמ"ש תוס': ויש ליישב דהא לכאורה מאי מקשים התוס' דהוי חצי דבר הא באמת העידי אמירה מהני עדיין שמעידים שהוא שלוחה לקבלה וכשיתן לו עתה גט תתגרש בקבלתו ועדותן מועיל עדיין ושוב כיון דכת א' מועיל שוב לא הוי חצי דבר.

אך י"ל כיון דקי"ל שלית שעשה שליחותו אינו חוזר ועושה שליחותו וא"כ כיין שכבר קיבל הגט שוב אין עידי אמירה פועלים כלום דעתה אינו יכול שוב לקבל הגט דהא ככר עשה שליחותו. אמנם הא אם לא הי' עידי הקבלה הי' שפיר מועילים העידי אמירה דאם לא קיבל לא עשה שליחותו ויוכל עדין לקבל ומהני ושוב לא הוי חצי דבר דהא עדותם לבד שפיר מועיל בלא העידי קבלה וי"ל דסברי תוס' דמ"מ כיון דעכשיו אין העדות נגמר רק ע"י ב' הכתות דעתה אין העידי אמירה מהני שכבר עשה שליחותו שפיר הוי חצי דבר ואף דבעידי חזקה מהני בכה"ג אף דג"כ עתה ע"י הב' כתות מ"מ כיון שהיה לבדו מהני מ"מ יש לחלק.

או י"ל כיון שהשליח אומר שקבל ויודע האמת שקיבל הגט שוב לא יוכל לקבל פעם אחרת אף בלא העידי קבלה כיון שיודע ואומר שעשה שליחותו אינו חוזר ועושה כו'. אך לכאורה הא אי נימא דהוי חצי דבר א"כ הוי מגרש בלא עדים ולא מהני אף שבאמת קיבל הגט וא"כ שוב לא עשה שליחותו כלל דהקבלה לא הועיל כלום וא"כ שוב עדיין יכול לקבל פעם אחרת ומהני העידי אמירה לחוד ושוב לא הוי חצי דבר ומהני גם העידי קבלה, דאיך יכולין לפסוק שלא יועיל משום חצי דבר אם כן לא הועיל הקבלה ולא הוי כלל חצי דבר ושוב מהני כנ"ל אך י"ל דהתם באמת היכא דנפיק גיטא מתותי ידיה השליש נאמן רק משום דעכשיו אין הגט בידו כדאמר בש"ס התם וא"כ בשעת הקבלה היה שפיר מגרש בעדים דאז היה הגט בידו ולא הי' חצי דבר דעידי אמירה מהני לחוד דהוא נאמן כנ"ל.

וא"כ ממילא עכשיו שאין הגט בידו שוב הוין שפיר חצי דבר דאף דאמרינן דלא מהני מ"מ אין עידי האמירה לחוד מועיל כלום דאינו יכול לקבל פעם אחרת שכבר עשה שליחותו כיון שבאמת קיבל ובשעת הקבלה היה שפיר מהני שהיה מגרש בעדים ולכך

הקשו תוס' שפיר. אך ע"ז תירצו שפיר כיון שהיה מהני לא הוי חצי דבר גם עכשיו כנ"ל וממילא מיושב דהכא בקדושי כסף דאי נימא דהוי חצי דבר א"כ גם בשעת הקדושין לא מהני כלום דהוי בלא עדים וא"כ לא עשה שליחותו ויכול עדיין לקבל ושוב לא הוי חצי דבר דאי נימא דהוי חצי דבר שוב מהני העידי שליחות לחוד כנ"ל וכן בשליח להולכה גם כן כנ"ל דמהני העידי שליחות שיוכל לקדש עדיין כנ"ל: לח) א"צ עדים במינוי האיש שליח לקדש לו אשה רק שהם מודים השליח והמשלח כו'.

הנה הטעם דלא הוו מקדש בלא עדים דלא מהני אף בשניהם מודים משום דבחב לאחרים לא מהני הודאה א"כ גם הכא אמאי מהני הודאתו לחוב לאחרים ומה חילוק יש בין עיקר הקדושין או השליחות, ונראה דהנה הרשב"א פרק האומר שם בסוגיא זו מקשה אמאי אינו נאמן בשניהם מודים משום דחב לאחרים הלא בידו לחוב לאחרים בפנינו דכיון ששניהם מתרצים בידו לקדשה עכשיו ודבר שבידו נאמן לחוב לאחרים ע"ש.

והנה לפמ"ש הר"ן בכמה מקומות דמחוסר ממון לא הוי בידו כיון שצריך ליתן ממון א"כ הכא מחוסר הממון שצריך לקדשה בפרוטה וגם בשטר שוה דבר מה ובביאה אסור לקדש ולא מיקרי בידו כדאיתא בכמה מקומות א"כ לא הוי הכא בידו. אך לכאורה אין צריך ליתן כסף קדושין מחדש ממ"נ אם קדשה באמת ודאי מקודשת ואם לא קדשה הוי המעות פקדון אצלה והמקדש בפקדון מקודשת דלחייב עצמה מהני הודאתה וצריכה להחזיר הכסף קדושין אף בליכא עדים דלחייב עצמה מהני הודאתה.

אך באמת ז"א דהטעם דמהני הודאה לחייב עצמו אף שאין יודעין שהוא שקר הוא משום שיכול לחייב עצמו בדבר שאינו חייב ואף שהוא שקר ואינו מגיע לו באמת מ"מ מחייב עצמו עכשיו בהודאתו. והנה באמת קי"ל דהמקדש במלוה אין חוששין לקדושיו וא"כ מחמת הודאתה אם הוא באמת שקר ולא קדשה ולא נתן לה כלל כסף רק מחמת הודאתה שמחייבת את עצמה עכשיו וזה החיוב שמתחייבת בהודאתה זה אינו רק מלוה ולא פקדון כיון שבאמת לא נתן לה כלל דלחוב לאחרים אין אנו מאמינים אותה ואנו אומרים שלא נתן לה כלל באמת רק שהיא מודה ומחייבת עצמה בחנם וזה הוא מלוה א"כ מקדש אותה עכשיו במלוה ולא הוי קדושין א"כ צריך ליתן לה כסף מחדש והוי מחוסר מעות ולא הוי בידו.

אבל הכא שיש עדים על גוף הקדושין ושנתן לה כסף א"כ מהני ממילא הודאתם מטעם שבידו לקדשה ואינו מחוסר ממון כיון שיש עדים שנתן לה כסף ואי באמת לא עשאו שליח במעות פקדון ויכול לקדשה בו ממ"נ ואף שאין עדים שנתן להשליח כסף ואפשר

הוא של השליח מ"מ מתחייב עצמו עכשיו אותו הפקדון שיש בידה והוי הפקדון שלו ויכול לקדשה בו ואינו מחוסר ולכך מהני הודאתם.
אך אם הטעם משום בידו לקדשה אינו נאמן רק מכאן ולהבא אבל למפרע אינו נאמן. ולמ"ד בב"ב (דף קלד ע"ב) דאם אומר שגירשה למפרע אינו נאמן אף מכאן ולהבא אף שעכשיו בידו לקדשה לא פלגינן דיבורא דבחד גופא לא פלגינן דיבורא א"כ בל"ז לא קשה קושית הרשב"א שיהיה נאמן מחמת שבידו לקדשה דז"א דכיון שאומר שקדשה כבר אינו נאמן כלל אף בלהבא: ובתוס' (ב"מ דף יח ע"ב) הוכיחו מכח קושיא דאינו נאמן אף להבא אם אומר למפרע ע"ש בתוס' ד"ה ואפילו לזמן מרובה דאמרינן התם דאם הבעל מודה יחזיר ואפילו לזמן מרובה ופריך התם אמאי והקשו בתוס' הלא בעל שאמר גירשתי נאמן משום דבידו ומאי פריך ותירצו כמ"ש דמחמת שאומר למפרע אינו נאמן אף להבא.
והנה יש לתרץ שם תירוץ אחר דאף דנאמן להבא מ"מ כיון שהזמן נכתב מקודם אמאי נחזיר לה הגט הלא תטרוף מן הלקוחות מזמן הנכתב ולמפרע אינו נאמן וכיון שאינו נאמן רק להבא ואין אנו מאמינים אותו רק להבא וכיון שהזמן נכתב מקודם הוי מנגדם ופסול כיון דאינו נאמן רק מהיום ונאמר ע"כ שגירשה היום והוא מוקדם ופסול.
וא"כ אף אי פלגינן דיבורא א"ש. אך באמת יש לדחות זה דהנה באותו דף שם משני רב אשי שאומר נקב יש בצד אות פלונית שהוא סימן מובהק אבל סימן פשוט מספקא ליה אי דאורייתא אי דרבנן ואי דרבנן לא מהני רק לענין ממון אבל להחזיר הגט שהוא איסור לא מהני הסימן ולכך מוקי לה בס' מובהק והחולקים עליו סברי דאיירי אף בסימן שאינו מובהק וסימנין דרבנן ומשני שמא אחרינא וג"כ היה סברת המקשן כמ"ש כל הפ' דהא סובר דאיירי שאומר הבעל סימן שאינו מובהק ולא מהני לענין גט שהוא איסור וא"כ א"ש דאין לומר כמ"ש דלכך אין אנו מחזירין הגט לפי שהזמן נכתב מקודם ויטרוף מן הלקוחות בחנם דז"א דכיון דלענין ממון מהני הסימן אף שהוא דרבנן רק לענין הגט שהוא איסור לא מהני הסימן אם כן לענין זה החשש שיגבה מן הלקוחות בחנם שהוא ממון מהני שפיר הסימן דלענין ממון מהני הסימן וא"כ אנו יכולין שפיר להחזיר הגט מחמת בעל שאמר גרשתיאת אשתי וא"ל דאנו מתייראין שיטרוף מלקוחות מזמן הקודם דז"א דעל זה מהני שפיר הסימן דלענין ממון מהני וזה אינו נוגע לאיסור דלענין איסור נאמן הבעל רק החשש לענין ממון ומהני הסימן וע"כ צריכין אנו לומר כדברי תוס' דבל"ז בעל שאמר גירשתי אינו נאמן אף להבא אם אומר למפרע ואינו נאמן כלל ולכך לא יחזיר וא"כ לא קשה קושית הרשב"א דבידו לקדשה כיון באומר שקדשה כבר אינו נאמן כלל

אף להבא ואין לדמותו למיגו לחצי טענה דז"א דהכא אפשר לו לעשות שתיהן לגרשה עכשיו ואעפ"כ יאמר שכבר גירשה ותהיה מותרת מכאן ולהבא ממ"נ ולא יהיה לו היזק במה שיגרשה עכשיו וכן גבי הא דיש לו בנים שכתבו תוס' דנאמן במיגו דגירשתי דבעל שאמר גירשתי נאמן ואף שיפסלנה לכהונה יהי' נאמן ורוצים להוכיח משם דאמרינן מיגו לחצי טענה ולא אמרינן שהוא רוצה שתהא מותרת אף לכהן.

ובאמת אינו מוכח שיכול לגרשה על תנאי אם אין לו בנים יהיה גט ואם יש לו בנים לא יהיה גט א"כ תהיה מותרת ממ"נ אחר מיתתו אם אין לו בנים מותרת מחמת הגט ואם יש לו מותרת מחמת המיתה. ואעפ"כ יכול הוא לומר שאין לו בנים ולפי דעתו שנאמן תהיה מותרת לכהן ויכול לעשות שתיהן ולא הוי לחצי טענה: הנה הרמב"ם פסק דאין צריך עדים על השליחות ומביא ראיה מגט.

והראב"ד משיג עליו דבגט גיטו מוכיח על השליחות שעשאו שליח דאל"ה מנין לו הגט משא"כ בקדושי כסף ולא מהני הודאתם על השליחות דהוי מקדש בלא עדים ע"ש ברמב"ם פ' ג' מה' אישות ה' ט"ו. והנה נראה דלהרמב"ם אין זה סתירה דהנה הרמב"ם פסק דמן התורה לא מהני שטר כלל דהוי מפיהם ולא מפי כתבם רק העדים צריכין להעיד בפיהם אבל קיום לא מהני.

והקשו עליו כל הפ' מגט דאמאי מהני בעידי חתימה בלא עידי מסירה הא הוי מפי כתבם ותירצו האחרונים וגם האו"ת בח"מ ה' עדות סי' כ"ח ס"ק ט"ז תירץ דבאמת לענין הכשר הגט מהני מפי כתבם וכן להכשר שטר קנין ויכול לגרש בגט בעידי חתימה בלא עידי מסירה אף שהוא מפי כתבם הוי גט כשר רק לענין שאנו הב"ד נחזיק הגט ונאמין לו בעינן עידי מסירה שהתורה צותה שלא להאמין עדים מפי כתבם.

אבל באמת יכול לגרש בעידי חתימה וכשר ומותרת באמת לינשא בו רק הב"ד אינם מאמינים להם וכן לענין שטר קנין אם מודים יכול לקנות בו כבשטר כשר ע"ש: והנה לפ"ז מביא הרמב"ם שפיר ראיה מגט וא"ל דגיטו מוכיח עליו דז"א דלענין זה שנאמין להשליח שהמשלח עשאו שליח ע"י שהגט בידו יכולין שפיר לומר שהוא מזויף בידו.

ועל זה לא מהני העידי חתימה דהוי מפי כתבם וכיון דליכא ע"ז עידי מסירה שאין כאן עדים על השליחות ממילא אינם פועלין עידי חתימת הגט שנאמין להשליח שעשאו שליח דהוי מפי כתבם דאנו הב"ד אינם מאמינים ע"י עדים מפי כתבם ומוכח שפיר מגט דלא בעינן עדים על השליחות וגם לר"י צ"ל כן בגט שתירץ דלא הוי מפי כתבם משום שנעשה מדעת שניהם.

ולכך מהני ע"ש בכתובות פ' האשה שנתארמלה. והנה באמת יכול לגרשה בע"כ.

וא"כ שפיר קשה קושייתם בגט אמאי מהני בעידי חתימה הא הוי מפי כתבם דלא אעשה מדעת שניהם כיון שמגרשה בע"כ וע"כ צ"ל גם כן כדברי האו"ת. ועוד קשה לשיטה זו דהטעם היא שנעשה מדעת שניהם מאי אמרינן בריש מס' קדושין אי תנא האיש קונה ה"א אפילו בע"כ ע"ש דה"א שיכול לקדשה בע"כ.

ולפ"ז קשה הא קתני במתניתין דיכול לקדשה בשטר א"כ נימא דהוי מפי כתבם דכיון שמקדשה בע"כ ולא נעשה מדעת שניהם והוי מפי כתבם לשיטת הפ' דבעינן עידי חתימה בשטר קדושין ואיך הוי אמרינן דיכול לקדשה בע"כ והיה מוכח בל"ז והיכא דליכא למטעי תני שפיר לשון זה כמ"ש תוס' בהאיש מקדש.

וע"כ כדברי האו"ת שיכול לקדשה אף שהוא מפי כתבם. ולפמ"ש לעיל דהטעות היה דתלוה וקדיש הוי קדושין דהוי תלוה וזבין מחמת שאר כסות כמ"ש בס' עצמות יוסף א"כ א"ש דבתלוה וזבין הוא הטעם במה שאומר הן גמר ומקני באמת אם כן הוי מדעת שניהם כיון שאומר הן ע"י האונס כמ"ש לעיל סי' כ"ח: ולפי פ' ר"ת א"ש כל זה שפירש דדוקא אלם פסול שאינו ראוי להגיד בפנינו אבל הם בשטר שראוים להגיד בפנינו רק שאינם בפנינו מהני ולא הוי מפי כתבם דהראוי לבילה אין בילה מעכבתו אך גם לפירושו קשה דאמרינן בכתובות בסוגיא דהעדים שאמרו (דף י"ט ע"ב) דפריך הש"ס אם עדים אחרים אומרים אנוסים היו אינם נאמנים אם כתב ידם יוצא ממקום אחר אמאי הא הוי תרי ותרי ומשני ר"ש זאת אומרת הכחשה תחלת הזמה ואין מכחישין את העדי' אלא בפניהם ואין מקבלין המכחישים שלא בפני בעל דין.

והנה בס' שיטה מקובצת מסופק אי הפסול שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד הוא כמו פסול קורבה דאף שידעינן שהוא אמת פסלם התורה אי נימא דהפסול הוא שמעידים שקר שאין פחד הבע"ד לנגד, עיניהם ע"ש. והנה אם נימא דהפסול הוא דאף שידעינן שהוא אמת פסלם התורה א"כ קשה אמאי מהני השטר ואין העדים נאמנים להכחישו הא הוי מפי כתבם.

וא"ל כתירוץ הר"ת דכיון שהם ראוים להגיד בפנינו לא הוי מפי כתבם דז"א דהכא אם יעידו בפנינו לא יהיו נאמנין מחמת הכחשת העדים שהעדים מכחישים אותם רק כל הנאמנות שלהם הוא מחמת שאינם בפנינו ואין מקבלין הכחשת העדים שלא בפניהם א"כ הוי מפי כתבם שאינם יכולין להעיד בפנינו מחמת ההכחשה וכיון שאינם נאמנים רק שלא בפניהם הוי מפי כתבם.

אבל אי נימא סברא השני' של הש"מ שאומרים שקר שלא בפני בע"ד א"ש דשפיר הם ראוים להעיד בפנינו שאם יעידו בפנינו לא יכחישום העדים כלל כיון שבאמת אומרים

שקר: והנה יש רוצים לומר דגם להרמב"ם במלוה אם העידי חתימה בפנינו ואומרים שחתמו השטר הוי שפיר מפיהם והוי מלוה בשטר אף שאינו אלא מחמת פיהם ואינו נאמן לומר פרעתי וליתא.

דהנה הפ' כתבו הטעם בשבועות דאמרינן המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים אבל המלוה את חבירו בשטר צריך להחזיר לו בעדים וכתבו הטעם אף דגבי עדים ג"כ שייך היה לך ליקח שובר כמו שטרא בידך מה בעי בשטר וכתבו משום דהטעם הוא דלא הימני' כמו למ"ד צריך לפרעו בעדים ובעדים מ"מ הימני' שהי' לו לירא שמא ימותו העדים או ילכו למד"ה וודאי הימני' ולכך נאמן פרעתי.

אבל בהלוה בשטר לא הימני' שאף אם ימותו העדים לא יוכל לכפור ולכך חייב לפרעו בעדים ע"ש. ולפ"ז א"כ אף שיש העידי חתימה בפנינו ואמרו שחתמוהו אעפ"כ יכול לומר פרעתי דאעפ"כ הימני' שאם ימותו העדים יוכל שפיר לכפור שיהיה מפי כתבם כיון שאינם בפנינו.

וא"כ אף אם הם בפנינו יכול לומר פרעתי כמו במלוה ע"פ בעדים שהיה לו לירא שמא ימותו העדים ויהיה מפי כתבם וודאי הימני'. אך עכשיו שתיקנו חכמים שלא יוכל לכפור אף באין העדים בפנינו ממילא אם העדים בפנינו אין יכול לטעון פרוע מדאורייתא דלא הימני' דאף אם ימותו יתחייב לשלם מדרבנן: סעיף ו הכל כשרין לשליחות קדושין חוץ מחרש שוטה וקטן ועבד וכותי.

הגה ויש אומרים דשליח ראשון יכול לעשות שליח שני אם מוסר לו כסף הקדושין וי"א דאין יכול לעשות שליח שני זה דעת הקדוש מרדו"ש ע"ש בחלקת מחוקק. והנה יש פ' הוכיחו מהא דקתני בו ובשלוחו ומשמע אבל השליח אינו יכול לעשות שליח.

והנה לפ"ז נראה ליישב קושית התוס' ריש קדושין דאמרינן התם דאי קתני האיש קונה ה"א אפילו בע"כ שיכול לקדש אשה אפילו בע"כ לכך תני נקנית. והקשו בתוס' הא קתני האיש מקדש ואיכא למטעי דיכול לקדש בע"כ.

ותירצו דכבר אשמעינן נקנית דוקא מדעתה. והנה הטעם של הקדוש מרדו"ש כתב המרדכי הובא בח"מ שיש חילוק בין קדושין לגירושין דבגירושין שיכול לגרשה בע"כ הוי כאלו נגמר המעשה מיד ששולח השליח אבל בקדושין הוי מילי ולא מימסר לשליח שלא נגמר המעשה עדיין ע' בח"מ.

וא"כ לפ"ז מיושב דגבי האיש מקדש ליכא למטעי שיכול לקדש בע"כ דאמאי קתני בו ובשלוחו אבל השליח אינו יכול לעשות שליח כמ"ש הלא כיון שיכול לקדש בע"כ א"כ

לא הוי מילי והוא כמו בגט ונגמר המעשה מיד וודאי יכול השליח לעשות שליח כמו בגט ומוכח דאינו יכול לקדש בע"כ וליכא למטעי.
ואם נאמר לענין תלוה וקדיש א"ש קושית התוס'. אך באמת הרבה פ' פירשו כפשוטו: הנה לפי דעת הקדוש הנ"ל יש ליישב דברי הרשב"א שהבאתי לעיל סעיף ב' בהא דאמרינן הן הן שלוחיו הן הן עדיו רק אחר דתיקנו היסת הם מגעין ואם היא מודית שקבלה דלא הוי נוגעין ממילא הם כשרים שלא יצטרכו לישבע ופסק הרשב"א דהוימקדש בלא עדים.
והוא תמוה כיון דהיא מודית הם עדים כשרים ממילא ע"ש ס' ב' ולפ"ז א"ש דהנה רוב הפ' פסקו דאף דהשלוחים נעשים עדים על הקדושין אינם נעשים עדים על שליחות עצמם שנעשו שלוחים וצריך עדים אחרים על השליחות. והנה התוס' הקשו ריש פ' האומר בגיטין כיון שצריך שני כתי עדים על השליחות ועל קבלת הגט הא הוי חצי דבר ולא מהני כלל ע"ש שתירוצם לא שייך רק בקדושי שטר אבל בקדושי כסף נשאר הקושיא וכתב בס' המקנה ובשאר אחרונים שני תירוצים, א' דבאמת לא משכחת לה רק שאותן עדים עצמן שמעידים על השליחות על הקדושין גם כן מעידים ב' דכמו דאמרינן לענין חזקת שלש שנים שכל כת מעידה על שנה אחת דלא הוי חצי דבר משום שבלא הכת השני' פועלת הכת הראשונה שיצטרך לשלם הפירות שאכל דהדרא ארעא והדרא פירי דזולת הכת השני' לא הוי חזקה והיו חוזרים הפירות ולכך לא הוי חצי דבר וא"כ גם בקדושין אם לא היו העידי שליחות רק העידי קדושין א"כ לא הוי קדושין והיתה צריכה להחזיר הכסף קדושין ולכך לא הוי חצי דבר שאף שבאמת אם הם לא היו גם כן היא מודית שקבלה הכסף קדושין והיתה, מחזרת להם רק אעפ"כ פועלין שלא תוכל לכפור שלא קבלה שאם תכפור תצטרך לשלם מחמת העדים ע"ש.
והנה הכא לענין הן הן שלוחיו הן הן עדיו קשה קושיא הנ"ל כיון שצריך עדים על מינוי שליחותם הוי חצי דבר ולא שייך תירוץ הראשון שאותן עדים עצמם מעידים על הקדושין והשליחות דז"א כיון דעל הקדושין הם השלוחים עדים ועל השליחות צריכים עדים אחרים והוי שפיר חצי דבר רק התירוץ השני שפועלין זולת כת האחרת שתצטרך להחזיר הכסף קדושין אם תכפור ולא תוכל לכפור הכסף קדושין, והנה באמת לאחר דתיקנו היסת הם באמת נוגעין רק מחמת שהיא מודה אינם נוגעין.
א"כ הם שפיר חצי דבר כמ"ש. ואין לומר שפועלים שלא תוכל לכפור הכסף קדושין שקבלה דז"א שאם תכפור הכסף קדושין שקבלה לא יהיו נאמנין ובודאי לא תצטרך

להחזיר הכסף קדושין שיהיו נוגעין דכיון דבלא הודאתה אינם נאמנין כלל אם היא כופרת.

דהם נוגעין א"כ הם שפיר חצי דבר שאינם פועלים כלל שלא תוכל לכפור דז"א שאם תכפור לא תצטרך להחזיר כלל שיהיו נוגעין. ואף דלענין קדושין הוא ספק אף אם היא כופרת הלא כתב הח"מ הטעם דלענין קדושין אזלינן לחומרא א"כ לענין שתצטרך להחזיר הכסף בודאי לא יהיו נאמנין שלא יוכל להוציא ממנה אך באמת למאי דאמרינן דעידי קדושין עצמם בלא עדי השליחות ג"כ הוא ספק קדושין.

א"כ לא הוי חצי דבר שהשלוחים לבד פועלים ג"כ שיהי' ספק קדושין בלא עדי השליחות א"כ הוי עכשיו עם העידי שליחות ודאי קדושין דלא הוי חצי דבר. אך ז"א דאם עכשיו אינו אלא ספק קדושין שכיון שלא הי' רק ספק שהיו מסופקין שמא הוי קדושין בכה"ג בלא עדי שליחות או לא.

א"כ גם עכשיו הוא ספק שמא לא הוי קדושין בלא עדי שליחות א"כ לא היו פועלין מאומה בלא עדי השליחות שאם באמת אינה צריכה גט לא הוי פעולה מה שהיינו מצריכים גט בשקר שגט הוא חספא שאינו צריך לו. וא"כ הוי חצי דבר והוי אף עכשיו ספק.

אך אם נאמר כהרבה פ' שפסקו לקמן ס' נ' דבספק קדושין חוזרין הקדושין שלא נתן הכסף רק ע"מ לכונסה והוי כמתנה על מנת להחזיר א"כ לא הוי חצי דבר כלל שהיו פועלין שתחזיר הכסף קדושין מספק דספק ממון התורה התירה וממ"נ אי הוי קדושין פועלין שיהיו קדושין ואי לא הוי צריכה להחזיר הכסף וג"כ פועלין.

אך באמת נראה דע"י שליח אינו יכול להתנות תנאי בכה"ג בקדושין. א"כ ממילא אינה צריכה להחזיר הכסף קדושין דהטעם הוא שנתן לה על מנת להחזיר או על מנת לכונסה וכיון שקדשה ע"י שליח לא מהני תנאי דקי"ל במשפטי התנאים שצ"ל המעשה שיהי' המתנה יכול לעשות המעשה על ידי שליח אז יכול להתנות תנאי בדבר אבל אם אינו יכול לעשות המעשה על ידי שליח א"י להתנות בדבר.

והנה כיון דאמרינן הכא דאין שליח עושה שליח שני בקדושין א"כ אין השליח יכול להתנות תנאי בדבר כיון שאין יכול לעשות שליח שני וממילא אינה צריכה להחזיר הכסף לפי שקדשה ע"י שליח. וכתב הרשב"א שפיר דלא מהני משום חצי דבר והוי בלא עדים: סעיף ז האומר לשליח קדש לי אשה במקום פלוני וקידשה במקום אחר אינה מקודשת וכן בכל מה שישנה אי מצווה לקדש על תנאי וקידש סתם או בהיפך כו' ע"ש והוא מקדושין (דף נ') ע"ש.

והנה המשנה למלך נסתפק אם עשה שליח לקדש לו אשה או היא עשתה שליח לקדשה והלך וקדשה קדושי ספק או קדושין דרבנן מסופק דאפשר לא הוי קדושין כלל אף ספק קדושין דהוי שינה בשליחות ע"ש. והנה לכאורה נראה להוכיח דהוי קדושין ממאי דאיתא לעיל סעיף ב' דאם יש כפירת ממון גבי הן הן שלוחיו הן הן עידיו אם היא כופרת שלא קבלה קדושין הוי קדושי ספק לאחר דתיקנו היסת וה"ג והרמב"ם ומרדכי והרי"ו כתבו כן דהוי קדושי ספק משום דאינו רק שבועה דרבנן ולפי דברי המ"ל קשה דלא הוי קדושין כלל שאמר להם לקדש סתם וקדשה שלא בפני עדים אחרים רק בפני עצמם ולא הוי רק קדושי ספק והוי שינה בשליחות ולא הוי קדושין כלל ומוכח דאף בכה"י הוי קדושי ספק.

ודוחק לומר שאמר בפירוש להם שיוכלו לקדש קדושי ספק דהיה להרמב"ם לפרש בכה"ג: סימן לח סעיף א המקדש ע"ת אם נתקיים התנאי מקודשת וא"ל אינה מקודשת בין שיהיה התנאי מן האיש בין שיהיה מן האשה: (א) המקדש ע"ת כו'. ח"מ וב"ש הביאו ד' הר"ן פ' האומר באירעו אונס דהקדושין בטלין דל"ד לגט דמדינא יש אונס.

משום דקדושין ברצון שניהם ומי שמתנה את טובתו אינו מרוצה רק שיתקיים התנאי ומאי איכפת ליה באונסו ע"ש בב"ש וח"מ. ויש לפקפק ע"ז נהי דאם היתה היא מתנה היה שייך כזה אבל כיון דהתנה המקדש תנאי שלטובתה וראוי לחשב פטומי מין כדאמר בש"ס ב"מ ס"ו רק משום דבשעת גמר המקח כתבו תוס' ורא"ש וטור ס' ר"ז ח"מ דמסתמא הלוקח לקח רק על תנאי שאמר המוכר ע"ש.

וא"כ כיון דדעת המקדש לא היה בסתמא על אונס א"כ ממילא מה שנתרצית היא על תנאי שלו ג"כ אין אונס בכלל דאל"ה היה לה לאתנויי בפי'. והגם די"ל כיון שמתנה לטובתה הוא כמתנה עבורה וכאלו היא היתה מתנה על דעתה.

דאין לזה טעם ולמה נאמר כך כיון שמסתמא באמת אין דעתו על אונס כנ"ל, אדרבא כיון שקבלה סתמא ע"ד תנאי שלו נתרצית. ובפרט למ"ש רמב"ן ורשב"א קדושין כ"ז גבי על מנת שתכתבו לו השטר חוזר גם בשדה דאף שלטובת הלוקח א"י לומר הריני כאלו כ' השטר כו' דכיון שהמוכר התנה היה רוצה שיהיה בידו לבטל כשלא יקיים התנאי ע"ש ובח"מ סי' רמ"ג.

ובאמת מה"ט לא חשוב פטומי מילי דמתנה עבור עצמו שיהיה בידו שלא לקיים. ועכ"פ מוכח דלא אמרינן כנ"ל שיחשב כהתנה הלוקח דא"כ היה יכול לומר הריני כאלו כו'. רק להיפוך דזה מתנה לעצמו והלה מרוצה. ממילא גם בהנ"ל כן דמתנה המקדש לטובתו ע"מ שאתן לך ר' זוז וכה"ג שיהי' בידו שלא לקיים.

ושוב בקבלתה סתם מתרצית ע"ת שלו וממילא, אין אונס בכלל כנ"ל והר"ן ז"ל בעצמו כ' ג"כ בשם הרמב"ן פ"ק דקדושין גבי ע"מ שתכתבו כו' ע"ש: והנה בלשון הירושלמי שהביא הר"ן ז"ל מקדש אני לך כו' ע"כ מכנסך יום פלן כו' ואי אתי יום פלן ולא כנסתיך צל אונס ר"י אמר אונס כמה דלא עביד כו', החלוק פשוט דנהי בהא דאם לא באתי כו' אין בכללו רק כשאוכל לבא ולא אבא ולא אונס וכיון שאינו בכלל אינו גט.

אבל שיהיה נקרא מה שנאנס כאלו בא ונעשה מעשה של קיום התנאי אין סברא דמ"מ לא בא וא"כ בקדושין שהתנה ע"מ מכנסך עכ"פ אונסא כמה דלא עביד דלא מקרי כנסה כנ"ל. וכמ"ש תוס' פ' א"ש גטין ע"ג גבי אם מתי מחולי זה ובין לא אעמוד ע"ש דפריך ש"ס דילן מ"ש ובירושלמי מחלק דמ"מ לא מת מחולי זה כיון דאכלו ארי ע"ש אף דבאונס דל"ש יש אונס בגטין כמ"ש תוס'.

וכעין זה כ' תוס' שם ד"ה איתבי' תי' ב' ועוד אור"י דבאם לא באתי הוי בכלל משמעות לשוי דלא בא ע"ש. ממילא שייך לדידן בקדושין חלוק זה באונס דשכיח ולא שכיח כמו בגט באונס דלא שכיח כנ"ל: אמנם לרוב הפ' דבעינן תנאי כפול גם בע"מ ומעכשיו א"כ למ"ש חילוק הנ"ל שוב אף בקדושין אין כאן כפילות לענין אונס דמה שכפל אם לא אכנסך לא יהיה קדושין בזה איקאונס בכלל דלא חשיב לא כנסה רק כשיכול ולא יכנוס וא"כ נהי דאינו חשיב אכנסיך באונס מ"מ כיון דלא חשיב לא כנסה שוב לענין אונס אין כאן כפילא ובטל התנאי מקודשת.

וכן בגט אם לא באתי ג"כ לכאורה כיון דאי לאו דכפלי' היה גט גם כשבא רק משים דכפל אם באתי לא יהיה גט ושוב כשנאנס דלא חשוב בא אף דלא מיקרי לא באתי מ"מ אין כאן כפל לענין אונס והוי גט אך באמת לא מבעי' להפ' דלדידן אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן רק מה דבעי כפל הוא רק דילפינן לה מתנאי ב"ג וב"ר שכל שלא כפל בטל כמו שאר דיני תנאי.

א"כ ודאי דשפיר חילוק הנ"ל דכיון דבאמת כפל לתנאו והוי תנאי גמור שוב כשאמר ע"מ מכנסך כו' אימעוט אונס ג"כ דאמר שרק אם יכנוס יהיה קדושין ומכלל כו' אתה שומע שכל שלא יקרא כנסה אינו קדושין ואף שאינו בכלל הכפילא דאם לא יכנוס מ"מ כיון שיש כפלות דהוי תנאי גמור ע"מ מכנס שוב בטל כנ"ל.

משא"כ בגט אם לא באתי יהא גט שוב להיפוך כיון דעכ"פ כפלי' אם באתי כו' והוי דומי' דב"ג שהתנאי גמור אם לא באתי ממילא כשנאנס דאינו בכלל אם לא באתי שוב אינו גט כנ"ל: רק גם לר"מ דל"א מכלל לאו אתה שומע הן כו' מ"מ שפיר החלוק הנ"ל דדוקא בלא כפל כלל אמרינן שאין דעתו לבטל אם לא יתקיים כנ"ל.

אבל כשכפלי' ודעתו לבטל כשלא יקוים שוב הלאו קאי על ההן כנ"ל וכשהתנה שמקדשה ע"מ שיכנסנה כו' דאונס מיקרי לא כנס ממילא כשכופל שאם לא יכנוס לא יהיה קדושין הפי' אם לא יקוים התנאי דע"מ שיכנס וממילא גם אונס בכלל משא"כ תנאי דאם לא באתי יהיה גט דאין אונס בכלל רק אם לא יבא בלי אונס שוב הכפילות ג"כ הפי' כן אם באתי היינו שלא יקוים תנאו דאם לא באתי כו' לא יהיה גט כנ"ל וממילא אונס אינו גט מדינא אי לא משום צניעות כנ"ל.

וגם בלשון התנא מפרש כן ריש קדושין היכא דהדיוקים סתרי דתני רישא נתן הוא ואמר כו' הא כו' נעשה כו' ע"ש. וכן מוכח פשטא דש"ס ק' ס"ג דאי ע"מ שירצה אבא שיאמר הן מת אב כו' הא לא אמר הן כו' ואי ע"מ שלא ימחה מהני מת וחשיב נתקיים וקשה בתרווייהו אי יש אונס בקדושין הא מת ונאנס מה שלא אמר הן ואי אין אונס בכלל ג"כ בע"מ שלא ימחה הפי' בלי אונס משא"כ מת כדאמר ריש כתובות דמת הוי אונס ולא בכלל אם לא באתי כו'.

וע"כ החלוק כמ"ש כנ"ל דלא חשיב קיום מעשה כנ"ל. אך ר"ל ג"כ מיירי בהאי סוגי' דאמר ש"מ מדר' ינאי, כו'.

ואיהו סבר כמאן דעבד אן בקיום מעשה ויש לחלק בין אונס של עצמו בזה אין בדעתו בתנאו כשיהיה אנוס רק שיהיה כאלו קיים התנאי לר"ל. משא"כ כשתולה במעשה אחרים י"ל דלכ"ע אין חלוק בין שנאנס האחר או לא דמ"מ לא נתקיים התנאי אף שהאב נאנס דמאי אכפת למקדש באונס אחרים וכן בגט כנ"ל.

וממילא גם לדידן אין ראיה להנ"ל: וי"ל עוד דגם לר"ל בירושלמי מודה דאונס לא כמאן דעביד בקיום מעשה, רק שם מפורש שכפל ואמר ואי לא כנסתיך ליום פלן לא ליהוי עלך כלום ע"ש וא"כ י"ל דהיינו טעמא דר"ל נהי דע"מ מכנסך גם אונס אינו ככנסה אבל מאי דאמר אי לא כנסתיך הדיוק דוקא ברצון לא אונס א"כ הדיוקים סתרי אהדדי והוי ספק אי תפוס לשון ראשון או אחרון כהאי דכור בשלשים כי' וי"ב דנרין כו' דינר לחודש כו'.

וממ"נ בין אי בעי כפול וגם אי לא בעי כפול יש הוכחה יותר מדכפל אי לא כו' מוכח דפרושי מפרש בלא אונס דוקא יבטל כלשון אם לא שאונס אינו בכלל כדאמר ב"מ ק"ב ע"ש. ויש הוכחה מדלא אמר אם יגיע ולא תהוי כנוסה לו דאז היה אונס בכלל והיינו דמסיים בירושלמי ע"ד דר"ל היך צריך למעבד כו' ולא תהוי כנוסה לו כו' ע"ש.

שזה עיקר ההוכחה. וא"כ י"ל במתני' דע"מ שירצה דמייתי לרוב הגאונים כפשטי' בלא כפילות כרבנן או דמעכשיו א"צ כפילות.

שוב גם לר"ל אונם כמאן דלא עביד בקיום מעשה. וא"כ גם לדידן נ"מ דאחמיר ר"י ופקיד לבנתי' לחוש לדברי ר"ל ע"ש י"ל דוקא בכפל אם לא כנסתיך כו' משא"כ בלא כפילות כנ"ל: וכן מוכח מב"מ ק"ד דהלל היה דורש כו' בני אלכסנדרי' שקודם חופה היו חוטפין כו' שהיה כתוב בכתובה לשתכנסי לחופה הוי לי לאנתו ולא עשו בניהם ממזרים והא למאי דסברי ר"י [זמנו] ש"ש מוכיח ולתוס' וש"פ גם לכשתצא חמה כו' הוי ספיקא דמעכשיו לאחר כו' א"כ אף שהיה כתוב לכשתכנסי כו' הוי תנאי דמעכשיו בפרט כיון שקדש סתם רק שדורש כו' א"א לדרוש רק שהוא תנאי דאינו מוכח יותר.

וא"כ כיון שחטפו כו' לא נתקיים באונס וא"כ לר"ל בע"מ מכנס כו' ואנוס כמאן דעביד ועדיין ס' ממזרים ודוחק ל' משום דס' ממזר מותר. ולמ"ש א"ש דר"י דאית ליה זמנו ש"ש מוכיח לא בעי תנאי כפול ולכך לא הוזכר כפילות רק לכשתכנסי כו' וממילא גם לר"ל לא כמאן דעביד כנ"ל.

אך בל"ז לא קשה משם, דודאי בלאחר לכ"ע אונס לא כמה דעביד דבמה יתחילו הקידושין רק בתנאי. וא"כ בתנאי דמעכשיו לאחר שאכנסך גם אי תנאי הוי הוא כשיעשה המעשה כמו בלאחר יחול למפרע מעכשיו וממילא גם לר"ל אונס לא כמה דעביד כנ"ל.

ועוד דהלשון לכשתכנסי לחופה תלי' בדידה ג"כ והוי ממש כדמסיים בירושלמי לר"ל היך עביד לכשתהיה כנוסה לי כו' דמודה ר"ל כנ"ל: ולכאורה מוכת ג"כ מהא דגטין (ע"ד ע"ב) ע"מ שתתן לי ר' זוז דאי נתינה בע"כ לא שמה נתינה אינו גט והא עכ"פ אונס הוא שאינו רוצה לקבל ולר"ל כמה דעביד.

אולם להנ"ל ג"כ אין ראיה דכיון דנתינה בע"כ ל"ש נתינה א"כ בכלל לשון התנאי שתתן לי הוא מדעתו וכשאינו רוצה לא נתקיים והוי ג"כ כמו בע"מ כנוסה לי כנ"ל דאונס זה מפורש בתנאי כנ"ל: שוב ראיתי. לריטב"א ריש כתובות ב' שכ' להדיא חלוק הנ"ל ד"ה אמר רבא לענין גטין אינו כן כלומר שאין הבעל י"ל טענת אונס כו' שאם נתן גט ע"ת, ונתקיים התנאי אע"פ שמחמת אונס נתקיים ה"ז גט לאפוקי אם לא נתקיים התנאי אע"פ שמחמת אונס לא נתקיים אינו גט דסוף סוף לא נתקיים יזה ברור עכ"ל.

ומפורש כנ"ל. הגם דאפשר דדוקא בגט אמר וג"כ משום דאין אונס הן להקיום הן להביטול וכאלו לא נאנס משא"כ בשאר דברים אולם לא משמע לשונו כלל כנ"ל דא"כ לא הוי ליה לומר לאפוקי כו' דאדרבה שוה הטעם בשניהם וע"כ דהפי' מדינא כמ"ש: וכך הן דברי ירושלמי גבי אם מתי מחולי זה באכלו ארי כו' ור"ח פסק כוותיה ע"ש

והפ' החולקים ע"פ גמ' דידן הוא מטעם שכ' תוס' שם דלשון א"ל אעמוד מחולי זה ג"כ משמעותו דוקא מחולי זה ע"ש לאפוקי מה שלא עמד ע"י אכילת ארי אין בכלל ע"ש.
אבל לא מטעם שהיה אונס מה שלא מת מחולי זה שיהיה כאלו מת מחולי זה לר"ל כנ"ל. וע"כ כנ"ל דאונס לא חשוב כנתקיים כנ"ל.
וא"כ לא היה מוכרח חלוק הר"ן ז"ל וי"ל דגם בקדושין כשמתנה אם לא אעשה דבר פלוני תהיה מקודשת ונאנס. יש אונס.
אולם פשוט דבזה גם הר"ן מודה דהא עכ"פ גם בדעתו תלוי הקדושין ולא היה דעתו על אונס אינה מקודשת, רק בגט יש נ"מ במתנה אם אעשה דבר פלוני ונאנס בלא שכיח דלהר"ן לכאורה כאלו נתקיים כיון דתלי' רק בדעתו משא"כ לריטב"א ולהנ"ל א"ש. אמנם לע"ד דאין כאן מחלוקת דגם הר"ן מודה כמ"ש דלא חשיב אונס קיום מעשה כיון שלא נעשה כדמוכח מכל מ"ש.
רק דהא בירושלמי דאמר סדר סמפון כך כו' מקדש אני כו' מבואר דכתבו הסמפון להיות לה לראיה כשלא יבא שתהוה מותרת אבל א התנאי בשעת קדושין או דהיא התנית התנאי כמו שהדרך כן בתנאי שלטובתה כדאמר בגמ' דלדידה הו"ל לאתנויי א"כ אורחא הכי. או דמסתמא דיברו קודם הקדושין ולא רצתה להתקדש רק על תנאי שיכנסה יום פלן ועי"ז קדשה ע"ת זה.
א"כ הדין אפילו בזה אומר כן וזה אומר כן ועמד ועשה סתם קי"ל דסתמא נתרצה במה שאמר שכנגדו כמבואר ח"מ ס' רכ"א ולעיל ס' כ"ט ס"ח. א"כ כיון שהיא היה כונתה דוקא שיכנסה ואף אם באונס לא יבא לא תהיה מקודשת ממילא כיון שקדשה בתנאי הוי כאלו היא התנית כנ"ל.
וממילא כיון שעיקר כונתה בתנאי זה הוא דאם לא יבא לא יהיה ק' ממילא בסתמא לא היה אונס בכלל דלא חשיב אם לא באתי כמו בגט ואף שהיה מתנית הן קודם ללאו שאם יבא תהיה מקודשת מ"מ זה אינו שייך לה שהוא המקדש רק רצונה בהתנאי דאם לא כו' בבטול הקדושין. ובזה אין אונס בכלל ולכך הוצרך הר"ן לטעמא דשוב כיון שלטובתה מה איכפת לה באונס שלו מ"מ אין רצונה אלא כשיתקיים.
וגם כשהוא התנה ע"מ מכנסך ואם לא, כנסתיך כו' מ"מ כיון שע"י שנתרצית על תנאי זה קדשה להסכים לדעתה חשוב רק שמתנה עבורה י"ל שרצונה וכונתה רק על אסלא יבא שיבוטל ולא היה אונס בכלל רק שוב כמ"ש הר"ן שלא איכפת לה באונסו ושוב גם תנאו ע"ד כן כנ"ל ולא דמי לגט כנ"ל: א"כ אתי רק לאפוקי אם היה תנאי שלא לטובתה והיה מתנה אם לא אעשה יש אונס כמו בגט מדינא.

אבל במתנה ע"מ שאעשה דבר פלוני ולא לטובתה כמו ע"מ שיאמר אבא הן וכה"ג מודה הר"ן ז"ל דאף דלא שייך טעמו שלא נתרצית גם באונס כו' מ"מ שייך טעם ריטב"א דלא חשיב קיום מעשה כיון שלא נתקיים אף באונס כמ"ש. וגם בגט לא חשיב מעשה כנ"ל: וא"כ נראה דבמ"ש ט"ז ח"מ ס' ר"ז דכשבשעת קציצת דמים אמר מוכר תנאי שלטובת לוקח אמרינן דמשום שראה לוקח שהתנה לא היה צריך להתנות ע"ש.

א"כ גם בקדושין אף שלא דיברו מקודם וקדשה ע"ת מכנסך יום פלן וקבלה אחר כך הקדושין. כיון דמצד הלשון אונס לא חשיב קיום מעשה נתרצית רק ע"ת זה שגם אונס לא יהיה קדושין כנ"ל.

וגם הר"ן ז"ל מודה לזה רק דאי לאו טעם הר"ן ז"ל הוי אמרינן דהתנה רק עבורה שבכונתה רק על אם לא יבא שיבוטל ולא היה אונס בכלל. אבל עכשיו דטעם הר"ן שאם היתה היא מתנה גם באונס בטל שוב כשמתנה הוא ע"מ מכנסך ממ"נ לא מהני אונס אם היה כונתו לצורך עצמו כמ"ש בע"מ שתכתבו השטר כדי שאם לא יבא יבטל כו' מ"מ לא מהני אונס דאין זה קיום מעשה.

ואם עבורה הא לא אכפת לה באונסא כנ"ל: ורא"ה ז"ל ריש כתובות כ' דבקדושין יש אונס במתנה אם לא באתי וכה"ג דלא שייך טעמא דצנועות כו' כמו בגט משום דבגט כיון דמדינא ל"ח לאונס ומחמרי עשו תקנה. משא"כ גבי קדושין אם ו באתי יהיה קדושין דמדינא דל"ח לאונס מקודשת וכדין מעגנה לא עשו תקנה ובאם באתי לא שייך באונס דמ"מ לא בא ע"ש.

וקשה דא"כ לר"ל דסבר בע"מ מכנסך כו' דכמאן דעביד ויש אונס א"כ שוב נימא דאין אונס כמו בגט דכשלא יבא מדינא ל"ח לאונס ומחמרי צנועות דלמא אנוס. וא"כ ממ"נ אין אונס ולא יהיה קדושין.

ודוחק לומר דר"ל סבר גם בגט יש אונס כל"ק דרבא. דהא לא פליגי בהא.

ולמה פקיד ר"י לחוש לדר"ל: ונראה די"ל דלכאורה החלוק פשוט דלא שייך בקדושין תקנה דצנועות כיון דתלי' בדעתה ג"כ איבעי לה לאתנויי גם על אונס ולא תעגן אך הא גם בדידי' מחלק הש"ס דפסקי' מברא דשכיח בעי ליה לאתנויי ומדינא אין אונס. ורק בשכיח ולא שכיח אמרינן דלא עלה על דעתו אז.

א"כ גם בקדושין שייך שלא עלה על דעתה על אונס להתנות כנ"ל ושייך התקנה. אמנם שוב לא שייך תקנה דצנועות דמחמרי לחוש לאונס כשלא בא אף דמדינא ל"ח.

א"כ שוב היה לה להתנות דזה שוב שכיח דהא כשלא יבא אף שלא באונס תעגן מחשש אונס וזה שכיח עכ"פ יותר מפסקי' מברא. כשלא יבא באמת לא בשביל אונס ואעפ"כ לא תוכל לינשא כיון דצנועות הן.

א"כ היה להם להתנות על אונס כדי שלא יהיה חשש כשלא יבא סתם. וא"כ ממ"נ בצנועות ע"כ מדלא אתני היא מרוצית גם על אונס דשכיח ולא שכיח והיינו על תנאי שלו ע"מ מכנסך דלר"ל אונס כמאן דעביד ושפיר לר"ל לא שייך התקנה בקדושין ובעי גט.

משא"כ בגט דבדידי' קיימא שייך משום צנועות כו' כיון דלא עלה ע"ד לא אתני דלא אכפת ליה במה שהיא תעגן משום חומרא כנ"ל משא"כ בקדושין: ומהר"ם אלשקר בת' ס' ל"ב כ' ומיהו ד' הר"ן צ"ע דמחלק בין גטין לקדושין ואשכחן בירושלמי פ' מ"ש דתלי מלתייהו דר"י ור"ל דקדושין בפלוגתא דרבנן ורשב"ג בגט.

ע"ש שרצה לדחות סוגי' דפ' מ"ש מקמי הך דאיתמר בדוכתא ע"ש. וא"י מאי קאמר הא בגט כשמתנה הוא ע"מ שתתן לו או תניקי כו' ונאנסה הוי ממש כמו בקדושין לגבי דידה. דמאי איכפת לי' למגרש באונס שלה הוא לא רצה לגרש אא"כ תתן לו או תניק. ושפיר מדמי לה בירושלמי לפלוגתא דרשב"ג ורבנן דהעכבה אינו ממנה אי חשיב כאילו קיימה והר"ן ז"ל לא כ' החלוק בין קדושין לגט רק כשמתנה המגרש על עצמו אם לא באתי כו' שאין דעתו על אונס ע"ש בסמ"ג ה' סנהדרין והג"מ הביאו דין הרמב"ם, ז"ל בהס' המבואר בח"מ ס' כ"א וכ' וכן בירושלמי פ"ג דק' אדם שמתנה אם לא אעשה לך כך וכך ביום פלוני יהא כך ואירע לו אונס ר"ו א' אונסא כמאן דלא עביד ור"ל כמ"ד כו' והלכה כר"י כו' פ"ש משמע מדבריהם שאין מחלקים בין קיום מעשה לביטול דהא העתיקו אם לא אעשה כו' ובאמת מבואר בע"מ שאעשה כו' או דס"ל כמ"ש לעיל מאחר דבעי כפילות או דמיירי שהיא התנית או הוא ע"י שנתרצה לתנאי שלה ואצלה עיקר הא דאם לא כנסתיך כו' כנ"ל: וגם הם אף דס"ל כסברת הר"ן.

מ"מ נראה דבכל דבר שצריך דעת שניהם כמכירה ע"ת וכה"ג שייך טעם הר"ן דזה ממש כמ"ש תוס' פ' אעפ"י לראב"ע דלא כ' אלא ע"מ לכונסה ולכך מת אינו גובה תוס'. ובמכירה וכה"ג אינו מבטל מה שנעשה אח"כ טרפה וכה"ג משום דגם אם הי' עולה ע"ד להתנות בפירוש לא הי' מרוצה המוכר למכור ע"ת זה וממילא כיון שהלוקח רוצה ליקח הי' מרוצה ליקח שלא ע"ת.

משא"כ בחיוב שתולה בדעתו לחוד ע"ש. וכן בדבר שידוע שאם הי' עולה ע"ד והי' מתנה קי' הלה מרוצה לתנאו אף שתלוי בשניהם גם כן מהני האומדנא ולכך בנפלה לפני מוכה שחין בעי למימר אדעתא דהכי לא קדש.

שלא הי' מוחה בשביל תנאו דלאחר מותו ע"ש בתוס'. ולכך בנדר בחלה כו' וכן בגט שרק בדעתו תלי' פשוט לש"ס דאונס שלא עלה ע"ד אמרינן האומדנא ממש כמו לראב"ע הנ"ל שאם הי' עולה ע"ד הי' מתנה שאונס אין בכלל.
משא"כ בקדושין שגם בדעתה אין כאן אומדנא שהיתה מתנה דשמא לא היתה מרוצה להתקדש בתנאי זה דאונס לא יהיה בכלל וממילא כיון שרוצה לקדש הי' מרוצה גם על אונם כנ"ל. והגם שאפשר להיפוך דהיתה היא מרוצה כנ"ל.
מ"מ כיון שאין האומדנא מוכח ברור שוב אינו מבטל המעשה או התנאי שנתקיים שלא בא כמבואר בכל הפ' דאומדנא שאינו מבורר לא מהני כלל אף לספק וכיון שאמר ע"מ מכנסך כו' ולא בא שהבטול לפנינו וגם שבאונס מ"מ לא בא רק לבטל מצד האומדנא וליתא כנ"ל. וא"כ נראה דבתנאי שאין קפידא כ"כ דלפי האומדנא אם הי' מתנה, על אונסי היתה מרוצה גם להר"ן יש אונס גם בקדושין וממילא כיון דגבי מוכה שחין בב"ק אמרינן טב למיתב טן דו כו'.
אם כן יש לומר דגם בזה שהתנאי על גוף הנשואין על מנת, מכנסך כו' משא"כ בשאר תנאים. ואף דעל הזמן ליום פלן אין קפידא שיחשב עיקר הדבר כמו שכתב ט"ז יו"ד סי' רל"ו והביאו ש"ך סי' כ"א.
מכל מקום שם אם לא יבא ליום פלן שוב אין גבול למעגנה שוב הוי קפידא ולא היתה מרוצה אם היה מתנה וזה כסברת הט"ז י"ד סי' רל"ו ע"ש. ומה שהשיג הש"ך ז"ל ובח"מ סי' כ"א דהיכא דבשעת שידוך בתחלה התנו אף שאינו מעיקר הדבר רק הזמן וכה"ג מכל מקום אף דארעו אונס בטל ע"ש, והוכיח מהירושלמי הנ"ל דהקדושין בטלין ועל ידי זה תמה על מהרי"ו ע"ש.
ולע"ד אין ראיה כלל דשם שקדשה ואם יהי' אונס מהני גם שלא יבא לכנסה ביום שהתנה תתעגן. ובצנועות אף בסתמא שלא יבא תתעגן לעולם דלמא אנוס וודאי דהוי קפידא דעי"ז לא היתה מרוצה וחשיב מעיקר הדבר.
משא"כ בשידוכין שאין קפידא דכשלא יבא תהיה רשאי לעשות שידוך אחר כשלא יבורר אונס רק כשיהיה מבורר אונס יום א' או ב' ואחר כך רוצה לקיים מאן לימא לן שאם הי' הלה מתנה שאם יהי' אונס יום א' או ב' לא יבוטל עי"ז שלא הי' צד הב' מרוצה: סימן מ"ב סעיף ב המקדש בלא עדים ואפילו בעד אחד אינם קדושין כו' ולכאורה קשה למה לא יועיל מקדש בעד א' ולמה לא נצרף את המקדש עצמו אא עד הב' שגם הוא ראה הקדושין וכמבואר בח"מ סי' ל"ד דהנרצח עצמו יכול להעיד שהרגו אף שהוא בע"ד ע"ש. וצ"ל דיש ב' טעמים על זה. א' קרוב כיון שנתקדשה לו ובעל כאשתו ופסול מטעם קורבה.

אף דיש לומר לכאורה כיון שהאמינה התורה לב' עדים כשרים דודאי לא משקרי. רק קרובים פסלה תורה דנחזיקם למשקרים מגזרת הכתוב ואם כן במה שמעיד שנתקדשה לו אם הוא משקר אינו קרוב כלל ועל כרחך צריכין לומר דב' עדים כשרים משקרים דהא אי משקר אינו קרוב והם ב' עדים כשרים וכשרים ודאי לא משקרי וע"כ אומרים אמת שנתקדשה לו.

אך באמת ז"א כדאמר ביבמות בש"ס בגר שאמר נתגיירתי ביני לב"ע דאמר לו לדבריך נכרי אתה ונכרי פסול לעדות ע"ש. ואף דגם כן אי משקר הוא ישראל וישראל אינו משקר וצ"ל דמ"מ כיון שהוא גזרת הכתוב לפסלו וכיון דלפי דבריו אינו עד שוב לא הוי עדות.

וכן כאן כיון דלדבריו הוי קרוב לא הוי עד כנ"ל. עוד טעם ב' שאין המקדש עד דהוי נוגע שרוצה להעיד כדי לכונסה וכדאמר בש"ס גבי קדשתי את בתי וא"י למי דאינו נאמן לכנוס ע"ש.

אמנם קשה לכאורה למה לא נימא פלגינן דיבורי' כמו פלוני רבעני כו' או לדידי אוזיף ברביתא דמאמינים לו שהלוה ברבית רק לאחר ולעצמו אינו נאמן דאדם קרוב אצל עצמו ע"ש. וכן כאן שמעיד שנתקדשה לו נאמין לו על כל פנים שהיא מקודשת ונימא דנתקדשה לאחר ולא לו כמו התם וכמו גבי אשתך זנתה עמי דפלגינן כנ"ל וכן כאן תהיה א"א על כל פנים ואסורה לכל ולענין מה שנוגע לעצמו באמת אינו נאמן כנ"ל ושוב הוי מקדש בעדים כנ"ל.

ולדעת הש"ך ז"ל ח"מ סי' ל"ד שסובר גבי לדידי אוזיף ברבית דדוקא כשאינו תובע הרבית אבל בתובעו שיחזיר לו הרבית אינו נאמן גם לפסלו דלא שייך פלגינן דיבורי' כיון שהוא נוגע. והטעם פשוט דבשלמא גבי פלוני רבעני וכה"ג אינו נוגע לו העדות שעל פלוני ומה שרוצה לומר על עצמו שנרבע היה יכול לומר בלא פלוני רק שנרבע סתם ולכך יכולין להאמינו על פלוני משא"כ היכא שהוא תובעו הרבית אם כן גם העדות שעל פלוני נוגע לעצמו שע"כ צ"ל שפלוני אוזיף כדי שיחזיר לו ואיך שייך למפלג דיבורי' ולהאמינו על פלוני כיון שגם על זה הוי נוגע כנ"ל וממילא גם כאן לא קשה הנ"ל.

דהא כיון שרוצה לכונסה צריך על כל פנים להעיד שנתקדשה דאל"ה לא יוכל לומר שנתקדשה לו ואי אפשר זה בלא זה והוא נוגע גם על העדות שנתקדשה לחוד ג"כ ולכך לא שייך כו' כנ"ל. אמנם להריב"ש הביאו הש"ך ז"ל שם דגם היכא בהוא תובע הרבית ג"כ אמרינן פלגינן דיבורי' משום דכיון דאנו אא הדין שאינו נאמן לגבי עצמו לגבות

הרבית ממילא הוי שוב עד כשר לענין לפסלו דלא הוי נוגע כיון שיודע שלא יוכל לגבות ולא יהי' נאמן לגבי עצמו ושפיר פלגינן כנ"ל ע"ש.
וא"כ קשה גם כאן שייך ג"כ כנ"ל דכיון דיהיה הדין דלגבי עצמו אינו נאמן שהוא קדשה ממילא לא הוי נוגע על עדות זה שהיא מקודשת על כל פנים כיון שיודע דהדין דאינו נאמן לכונסה וכמו גבי רבית להריב"ש הנ"ל וקשה כנ"ל: אך י"ל דלא קשה דבשלמא התם ברבית שאין צריך עדים לגוף המעשה רק אם המעשה אמת שלוה ברבית נפסל אף שלו היו עדים שייך שפיר פלגינן כנ"ל.
אבל כאן בקדושין דבלא עדים לא מהני מגזרת הכתוב ואם כן אם האמת אתו שנתקדשה לו בפניו הוי בלא עדים ולא מהני שפסול הוא רק דנפליג שנתקדשה לאחר וא"כ כיון דזה הוי מכלל גוף עדות הקדושין להעיד שנתקדשה בעדים וא"כ כאן הא מעיד שלא נתקדשה כלל שמעיד שנתקדשה בלא עדים שאינם קדושין ואיך שייך פלגינן כו' וכמו בחד דיבור דלא פלגינן כמו שכתב התוס'.
דבשלמא התם יכולין להאמינו על עדות זה שהלוה ברבית לגמרי שמעידים על כל פנים שפלוני פסול ואין חילוק לענין זה בין הלוה לו או לאחר. משא"כ כאן אינו מעיד כלל שנתקדשה כיון שמעיד שנתקדשה לו הוי בלא עדים ואיך שייך למיפלג כו'.
ואף דיש פקפק קצת דהא הטעם דבעי עדים הוא דבעינן שיהיו נאמנים אחר כך לחוב לאחריני וכאן כיון דיהי' הדין דפלגינן דיבוריה ונאמין לו שנתקדשה לחוב כו' וא"כ ממילא אף שבאמת קדשה הוא היו שפיר עדים בשעת קדושין כיון שעדותו יועיל אחר כך מטעם פלגינן כו' דנאמר שאחר קדשה בפניו ושוב הועילו הקדושין אף שהוא קדשה.
ויש לדחות כמובן: עוד י"ל דהא מבואר בפ' היכא דלא שמעו העדים שאמר לי רק הרי את מקודשת אף דאמר באמת לי לא מהני דהוי בלא עדים כיון דידים שאינן מוכיחות לא הוי ידים ע"ש. וא"כ כ"ן הוי בשעת הקדושין כמו שלא שמעו העדים שאמר לי דהא על זה שקדשה לו אין כאן ערים מיד בשעת הקדושין דע"ז לא יהיה המקדש נאמן מטעם נוגע שקדשה לו רק דנימא פלגינן דיבורי' ויהי' נאמן על הקדושין סתם וא"כ מיד בשעת הקדושין אינו עד רק ע"ז שנתקדשה ולא על אמירת לי, דע"ז פסול והוי כאין עדים שאמר לי וכיון שבאמת קדשה הוא לא הועיל מיד בשעת קדושין ושוב לא שייך עכשיו פלגינן דיבורי' דהא מעיד שאינה מקודשת כלל כנ"ל: אמנם באומר המקדש קדשתי' בפני ב' עדים והלכו למד"ה ויש עד אחר ע"ז קשה למה לא מהני כמבואר בש"ע הא שפיר שייך בזה כנ"ל דנימא פלגינן דיבורי' והוי גם המקדש עצמו עד דעל כל פנים היא מקודשת ושפיר מעיד שנתקדשה בעדים ולא שייך תירוץ הנ"ל ולדעת ריב"ש קשה.

ודוחק לומר דוקא כשהמקדש פסול בלא זה וכה"ג. אך יש ליישב למ"ש הר"ן ז"ל קדושין ס"ב גבי קדשתי וא"י למי קדשתי כו' דלענין עדות זה למי נתקדשה שפיר עד אחד נאמן דלא הוי איתחזק דהא ממ"נ מקודשת לאחר רק לברר למי לענין זה עד אחד נאמן ע"ש. וא"כ מיושב דהא טעם הריב"ש גבי אוזיף ברביתא דפלגינן דיבורי' הוי משום דכיון דיודע שהדין הוא אף שנאמן לפסלו מ"מ אינו נאמן לגבי עצמו על הרבית לחייבו ושוב אינו נוגע. וא"כ הכא אם נאמר דהדין הוא דפלגינן דיבורי' והם נאמנים דעל כל פנים היא מקודשת רק שא"י למי דע"ז נוגע.

א"כ ממילא יהי' הדין דמקודשת לו דהא עד השני מעיד שנתקדשה לזה רק דע"ז הוא עד אחד ואינו נאמן. אבל כיון דע"ז יש ב' עדים שמקודשת על כל פנים א"כ שוב נאמן העד הב' שנתקדשה לזה מטעם עד אחד נאמן באיסורין כיון שאינו מעיד רק לברר למי נתקדשה ולא הוי איתחזק כמ"ש הר"ן הנ"ל.

א"כ ממילא יהי' הדין באמת דמקודשת לו. וא"כ שוב אינה מקודשת כלל דגם ע"ז שהיא מקודשת אין כאן ב' עדים דהוא נוגע גם ע"ז להעיד שמקודשת דלא שייך פלגינן כו' כיון דאף אי נימא פלגינן כו' יהי' שוב עד הב' נאמן ומקודשת לו ושוב נוגע לגמרי ואינו נאמן כלל ולא דמי לאוזיף ברביתא.

ולכך שפיר לא הוי עדות כלל שנתקדשה כנ"ל. ולכאורה יש ליישב בזה דברי הרמב"ם פ' כ"ג מה"א שכ' עד אומר מקודשת והיא מכחשת כו' מותרת לינשא לכתחילה ואם עד מכחישו ואומר לא נתקדשה לא תנשא ואם נשאת לא תצא ותמוה כמ"ש הראב"ד למה יגרע כשהעד מכחיש.

ולמ"ש י"ל דאדרבה כשהעד מכחיש שוב מצטרף גם המקדש עם העד הב' שנתקדשה על כל פנים מטעם פלגינן דיבורי' וכאן לא שייך תירוץ הנ"ל דאי פלגינן יהי' הדין דמקודשת לו דז"א דנגד זה שהיא מקודשת לו לא יהי' עד הב' נאמן מטעם עד א' נאמן כו' דיהי' עד בהכחשה כיון שזה העד מכחישו א שלא יהי' נאמן שוב נאמנין שמקודשת משום פלגינן דיבורי'.

ואם נשאת לא תצא דשמא באמת נתקדשה לזה כיון שא"י למי רק שמקודשת. משא"כ היכא שאין עד להכחיש טוב יותר דאז שייך תירוץ הנ"ל דהוי נוגע ואין המקדש עד דהדין יהי' דמקודשת לו.

ואף שהיא מכחשת מ"מ י"ל דזה לא הוי הכחשה כיון שאומרת לא נתקדשה כלל וע"ז יש ב' עדים וזה אינה אומרת שלא נתקדשה לו רק לאחר. אך הא יכול להיות שגם העד העיד שלא נתקדשה כלל ולא יועיל הכחשתו.

ועוד דוחק בכונת הרמב"ם מטעם צירוף המקדש דא"כ כשהוא פסול לא שייך זה. ועוד דדוקא היכא שבא העד המכחיש מקודם דאל"ה הי' יגע בשעת אמירתו.
ואין להקשות דא"כ עדיין קשה קושי' הנ"ל דהיכא שהיא מכחשת יהי' המקדש עד ויצטרף כנ"ל. אך ז"א דממ"נ אם אומרת באמת נתקדשתי ולא לזה.
א"כ באמת הדין דמקודשת כיון שאומרת שנתקדשה בפני עדים ואם מכחשת שלא נתקדשה לגמרי שוב שייך טעם הנ"ל דיהי' נאמן מטעם עד א' דזה לא מיקרי הכחשה כי שע"ז יש ב' עדים שמקודשת עכ"פ והוי נוגע כנ"ל. וגם בעד א' מכחיש לא קשה דהא מסתמא מכחיש אחר שאמרו הם שנתקדשה וא"כ הי' אז נוגע כנ"ל: עוד יש לחלק דדוקא שם כ' הריב"ש גבי לדידי אוזיף דאינו וגט דאם כוונתו רק לתבוע ממנו הרבית יתבע ממנו תביעה אחרת שהלוהו וכה"ג דמאי חילוק הוא לו דוקא לתבוע בתורת רבית אם הוא שקר ולא הוי נוגע וכמו גבי לפטיר דאמרינן מיסדאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה כו' לא הוי נוגעין כמו כן התם גבי תביעה כיון שהי' יכול לתובעו באופן אחר כנ"ל.
משא"כ כאן בקדושין כיון שרוצה שתהי' מקודשת לו אין לו שום אופן אחר רק להעיד שנתקדשה לו ושפיר מודה הריב"ש דהוי נוגע ואינו נאמן גם על זה שהיא מקודשת עכ"פ כנ"ל: או י"ל דהא גם שם בפלוני רבעני הקשה הראב"ן דעל עד השני שייך עדות שבטלה כו' ע"ש וקשה באמת ממ"נ אי שקר א"כ פסול השני לעדות ופסול גם על פלוני וצ"ל כמ"ש שם בח"מ די"ל [דבדיני] נפשות אין עד א' נפסל כלל דלא הועיל כלום שאינו ראוי להצטרף עם אחר דצריך שיעידו שניהם כא' בד"נ משא"כ בקדושין דמצטרפין והועיל עדותו שראוי להצטרף שוב פסול ממ"נ ע"ז שמקודשת כנ"ל אינם קדושין כו': בש"ס יליף לה דבר דבר מממון ואף דהתם מהני הודאה היינו דלא מחייב לאחריני הכא מחייבי לאחריני.
ופי' רש"י ז"ל דנאסרו הקרובים בהם. והרשב"א ז"ל דחה דאטו שאין לו קרובים יהי' מהני בלא עדים ולכך פי' דהחוב הוי מה שה נאסרת על כל העולם ותמה דמה אית להו עלי' שיהי' נקרא חוב להם הא הדבר תלוי ברצונה וכמו במכר שמודה מכרתי שדה זו לפלוני דמהני ואינו נקרא חב לאחרים במה שאחרים לא יוכלו שוב לקנותו ממנו.
עוד תמה דבדבר שבידו קי"ל דנאמן אף דחב לאחרים והכא הוי בידו. ולכך תירץ דמסברא לא היה מהני כלל הודאת בע"ד דכ' ע"פ ב' יקום דבר כו' רק דגלי קרא כי הוא זה דמהני הודאת בע"ד וגלי דהא דכ' ע"פ ב' יקום דבר איירי רק במידי דחב לאחרים וכיון דכ' בקדושין דבר ואיתקוש לדבר הנ"ל ע"כ איתקוש רק לאותו ממון שיש בו חוב

לאחריני דבעינן בי' עדים דקאי עלי' ע"פ ב' יקום דבר כו' וכיון שיש קצת חוב בקדושין איתקוש למאי שיש בו חוב ממש ע"ש: