הלכה · משנה תורה · מפרשים · נחל איתן · ספר נשים

נחל איתן על משנה תורה, הלכות אישות

רבי אברהם משכיל לאיתן

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

נחל איתן על משנה תורה, הלכות אישות

רבי אברהם משכיל לאיתן

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/נחל-איתן-על-משנה-תורה-הלכות-אישות/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 5
הלכה ב 5
פרק ב 6
הלכה ט 6
פרק ג 6
הלכה ב 6
הלכה ד 8
הלכה ח 9
הלכה יד 13
הלכה טז 15
הלכה יז 16
הלכה יט 18
פרק ד 19
הלכה א 19
הלכה ז 21
פרק ה 22
הלכה א 22
הלכה ב 23
הלכה ג 24
הלכה ד 24
הלכה ה 25
הלכה יא 25
הלכה טו 26
פרק ז 27
הלכה א 27
הלכה ח 27
הלכה טז 28
הלכה כ 29
פרק ח 30
הלכה ד 30
הלכה ה 31
פרק ט 31
הלכה ו 31
הלכה כא 33
פרק י 35
הלכה א 35
הלכה ב 37
הלכה יב 40
הלכה יד 41
פרק יא 42
הלכה א 42
פרק יב 43
הלכה ט 43
הלכה יד 45
הלכה יט 46
הלכה כ 46
פרק יג 47
הלכה יח 47
פרק טו 48
הלכה ב 48
הלכה טז 48
הלכה יז 49
פרק טז 49
הלכה ג 49
הלכה ד 50
הלכה יב 51
הלכה יד 51
פרק יז 52
הלכה א 52
הלכה יד 52
פרק יח 53
הלכה ט 53

הלכה יט 54
פרק כ 55
הלכה א 55
הלכה ו 56
פרק כא 56
הלכה יא 56
הלכה יב 57
הלכה יז 58
פרק כב 58
הלכה א 58
הלכה כב 59
פרק כג 60
הלכה יח 60
פרק כד 60
הלכה ב 60
הלכה יז 61
הלכה כה 64
פרק כה 64
הלכה ד 64

פרק א

הלכה ב

ולקוחין אלו מצות עשה של תורה הן. ועיין בכס"מ שהוקשה לו על מ"ש רבינו דלקוחין דארוסין הן מצות עשה והרי ארוסין בלא נשואין אינן אלא התחלת המצוה ולא גמרה כיון דאסור עדיין להיות עמה. ולק"מ דהיינו שדקדק רבינו בלשונו וכתב דמצות עשה של תורה הן דנהי דאסור להיות עמה אינו אלא מדברי סופרים וכמ"ש לקמן בפ"י. ומ"מ מן התורה מותר והוי גמר מצוה:

ומה שכתב **שקידושין של כסף מדברי סופרים**. פירש הרב המגיד דסבר רבינו שכל דבר שאינו מפורש בתורה אלא שחכמים דרשוהו ופירשוהו מקרי דברי סופרים. אע"פ שדינו דין תורה. אין נקרא דברי תורה אלא א"כ שאמרו בו בביאור שהוא מן התורה. ויש להביא ראיה לזה מדמצינו במתניתין דמנחות (דף ס"ח) התקין רבן יוחנן בן זכאי שיהא יום הנף כולו אסור ומפרש רב נחמן בר יצחק דריב"ז מן התורה אוסר ומאי התקין דרש והתקין. הרי דקרי תקנה לדרשא דאורייתא כמו לדבר דרבנן:

וכן יש להביא ראיה מדאיתא בפרק הנזקין (גיטין דף מ"ט ע"ב) מפני מה אמרו הנזקין שמין להן בעידית. ושם (בדף נ"ט) תנן אלו דברים אמרו מפני דרכי שלום כהן קורא ראשון וכו' והוקשה למהר"ם שי"ף ז"ל הלשון אמרו דמשמע מדרבנן והרי נזקין בעידית מדאורייתא וכן כהן קודם מדאורייתא. אבל לדעת רבינו אתי שפיר דנהי דהוו מן התורה מ"מ רבנן פירשוהו דין עידית שהן דמזיק וכן להקדים הכהן בקריאה. ומשום הכי שפיר שייך לשון אמרו כמו בדברי סופרים:

וראיתי לבעל התוס' יו"ט בפ"ה דכתובות שכתב בפשיטות דלא מקרי אמור בתורה משום שיש לדבר סמך ודרש מן המקרא. והביא ראיה מדתנן בפ"ג דחולין וסימני העוף לא נאמרו אבל אמרו חכמים. ואע"פ שדרשוהו מן נשר ותורים כדאיתא שם בברייתא בגמרא ע"כ. ולפי דבריו יש ראיה לדעת רבינו מהא דחולין. אך מה שהחליט הדבר דלא מקרי כלל אמור בתורה דבר הנלמד מדרשא זה אינו דודאי אשכחן דקרי ג"כ אמור בתורה לדרשא. וכי היכי דאשכחן שאמרו בביאור על דבר הנלמד מדרשא שהוא מן התורה וכמ"ש הרה"מ הכי נמי אשכחן דקרי אמור בתורה. והכי מבואר מדברי התוס' בפ"ק דר"ה (דף ה' ע"א) והביאו ראיה מדתניא התם אמרה תורה נסכו מים לפני בחג. והוא אינו מפורש בתורה רק מדרשא ואין הצדוקין מודין בו. וכן יש להביא ראיה מדאיתא בשבת (דף קי"ט) ולקדוש ה' מכובד זה יום הכיפורים אמרה תורה כבדהו בכסות נקיה:

פרק ב

הלכה ט

[**בנים הרי הן כסימנים**. וכתב הפר"ח בס' מים חיים דאיתא בריש פרק בן סורר דקטן אינו מוליד. וקשה דבהלכות גזילה כתב רבינו דקטן חזקתו שאין לו יורשין ומשמע דלפעמים משכחת שהוא מוליד וכן משמע בהרב המגיד שם. וכ"כ בהדיא בס' תורת חיים וכן משמע בהלכות גדולות ואמאי כתב כאן דבנים הן כסימנים. וי"ל כיון דעכ"פ חזקה היא דקטן אינו מוליד הוו בנים כסימנים משום דאזלינן בתר רובא אבל באמת מיעוטא משכחת דקטן יוליד וזה דלא כמ"ש בס' בני אהובה דאינו במציאות כלל שיוליד עד שיהיה לו ב' שערות]:

פרק ג

הלכה ב

ואם נתן הוא ואמרה היא הרי זו מקודשת מספק. והנה מדברי הבית שמואל באה"ע סי' כ"ז נראה דרבינו שכתב מקודשת מספק היינו דהוו ספק קידושין מדאורייתא ולא ס"ל מה שכתבו הרי"ף והרא"ש דחיישינן מדרבנן. דמשמע דאינן אלא ספק קידושין מדרבנן. וכן משמע בר"ן. אך מדברי הרב המגיד לא נראה כן שהרי הביא לשון הנזכר על דברי רבינו. וא"כ משמע דמפרש דגם לדעת רבינו לא הוו ספק קידושין מן התורה. ונראה דסבר דרבינו שכתב סתם מקודשת מספק סמך בזה על מ"ש בפרק י"ח מהלכות איסורי ביאה ובסוף הלכות כלאים דאיסור כל הספיקות כולן מדברי סופרים. ובפ"ט מהלכות טומאת מת ביאר דהוא הדין בעריות ספיקן אינן אלא מדברי סופרים. וא"כ החשש דקידושי ספק אינו מן התורה וכ"כ פרי חדש ביו"ד. ומשמע דלא סבירא להו סברת הרב כסף משנה שכתב בהל' טומאת מת דבדבר שזדונו כרת הוי ספיקו לחומרא מן התורה. והראיה שהביא מהא דחייבה רחמנא באשם תלוי מספק בדבר שזדונו כרת. אינה הוכחה כלל לפי דעת רבינו שפסק בהל' שגגות פ"ח דאין אשם תלוי בא אלא היכא דאיקבע איסורא וכגון ב' חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן ואכל אחת מהן ואינו יודע איזה מהן. וכן הבא על אשה שהיא ספק מגורשת. אבל ספק מקודשת לא נקבע האיסור. וכך מבואר מהסוגיא דיבמות (דף קי"ד) גבי אשת חרש. ולפ"ז רבינו לטעמיה (משמע) דסבר דבכל ספק קידושין אין החומרא אלא מדרבנן. וכפשטא דלישנא שכתבו הרי"ף והרא"ש. והר"ן שנתקשה בלשון זה שכתבו דחיישינן מדרבנן. הא מדאורייתא נמי איכא למיחש. היינו משום דאזיל לטעמיה שכתב בסוף פ"ק דקידושין דכל ספק איסור

אזלינן לחומרא מן התורה. וכן משמע ממ"ש ברפ"ד דביצה ע"ש. וכן למאן דאמר דלא בעי קביעותא לאיסורא לחייב אשם תלוי מחייב נמי אשם תלוי בספק קדושין וכדמוכח בסוגיא דיבמות הנזכר. וא"כ מצריך נמי גט מן התורה:

ובזה י"ל דלא תקשי ע"ד רבינו מדאיתא בכתובות (דף ע"ג) אליבא דשמואל דאמר קידשה על תנאי שאין עליה נדרים וכנסה סתם ונמצאו עליה נדרים א"צ הימנו גט הא קידשה סתם וכנסה סתם תצא שלא בכתובה הא גיטא בעיא ומפרש רבה בעיא גט מדבריהם ורבא אמר תנא ספוקי מספקא ליה גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא. ומשמע דלשנויא דרבא צריכה גט מדאורייתא מספיקא. ופליג אדרב חסדא דאמר דצריכה גט מדבריהם והשתא אמאי תצטרך גט מן התורה מספק לפי דעת רבינו. אמנם לפי הסוגיא דיבמות אתי שפיר דמבואר שם דשמואל לא בעי קביעותא לאיסורא ומחייב אשם תלוי הבא על אשת חרש דהוי קידושיו ספק. והסוגיא דכתובות אליבא דשמואל קאי ולשיטתו שפיר צריכה גט מה"ת בספק קידושין. אבל לדעת רבינו שלא פסק כשמואל לא קיי"ל גם כן כההיא דכתובות ועיין מה שאכתוב בזה לקמן בפרק ז' דין ח':

אך מ"ש הר"ן עוד שם דגבי ספק קדושין אמרינן דאוקמא בחזקתה הראשונה שהיתה פנויה. ומשום הכי א"צ גט מן התורה גבי ספק זה דנתן הוא ואמרה היא. קשה דלא מבעיא ספק זה דלא שייך ביה לומר כן שהרי הוא ספקא דדינא. ומבואר בדברי הפוסקים ביו"ד דגבי ספק דין לא שייך לאוקמא אחזקה קמייתא דבשביל החזקה לא יבורר הדין והספק שיש לנו בו. ורק בספק שבמעשה שייך לומר שמחמת החזקה נתברר איך היה המעשה. וגם זה דוקא בעלמא אבל גבי קדושין אף ספק שבמעשה וכההיא דאשת חרש שמספקא לן אי יש בו דעת או לא נמי לא מוקמינן לה אחזקה קמייתא שהיתה פנויה דאל"כ לא שייך אשם תלוי. ושוב מצאתי לבעל פני יהושע בחי' לגיטין (דף כ"ח) שהרגיש בראיה זו מהא דיבמות וכתב הטעם דכיון שנתקדשה איתרע לגמרי חזקת פנויה. וכמ"ש תוס' בכתובות (דף כ"ג) גבי ספק קרוב לו. והכי נמי כשנתקדשה להחרש איתרע החזקה הראשונה שהיתה פנויה ע"כ. והנה גם מהסוגיא דכתובות שזכרתי יש להוכיח כן דהתם נמי הספק הוא במעשה וכמו שפירש רש"י שם דמספקא ליה לתנא על סתם אדם אם אפשי באשה נדרנית או לא. ואפילו הכי מצריך גט מן התורה. ולא אמר דאוקמא בחזקת פנויה:

ומזה קשה ג"כ על מ"ש בתשובות מיימוני בריש הלכות אלו גבי ספיקא דתרי ותרי דמוקמינן אחזקה קמייתא דפנויה ומי עדיף מהנך ספיקי דדעתא דחרש וספקא דדעת האדם בנדרנית דמחייב באשם תלוי מאן דלא בעא שתי חתיכות ומצריך גט מן התורה.

וכן קשה על מ"ש הכס"מ בפ"י דגירושין בשם מהרי"ק דאם נשאת לשני לא אמר דתצא והולד ממזר דאוקמא אחזקה. ומיהו נראה דההיא דיבמות לא מכריע כל כך ואפשר ליישבה גם לדעת הר"ן וסייעתו על פי מ"ש בעל מגיה שבמשנה למלך בפט"ו מהלכות איסורי ביאה דין י' על מ"ש רבינו הבא על אשה שנתקדשה ספק קידושין הולד ספק ממזר דלא תקשי מזה על דברי מהרי"ק הנזכר דהיינו דוקא כשנשאת לאחר דאתו קידושי ודאי (ומפקי) [ומפקעי] קידושי ספק אבל הכא איירי שבא עליה בלא קידושין ע"כ. ולפ"ז ההיא דיבמות נמי י"ל דהיינו טעמא דלא אוקמא בחזקת פנויה משום דשם איירי בבא על אשת חרש בלא קידושין. ובכהאי גוונא הוא דחייב אשם תלוי למאן דלא בעא שתי חתיכות. ואף לרבינו דבעי שתי חתיכות ולא מחייב באשם תלוי מ"מ הולד ספק ממזר. ומיהו לדידיה אינו אלא ספק ממזר מדרבנן כיון דאע"ג דהיכא דליכא חזקה להיתר אלא הספק שקול לא חייש מן התורה. אבל בשנתקדשה בודאי לאחר קידושי ספק אפשר בקושטא דמהני חזקה קמייתא דפנויה דלא לחוש לספיקא עכ"פ מן התורה לכו"ע. אך מסוגיא דכתובות ודאי משמע דכדי להנשא צריכה גט מה"ת בספק קידושין עכ"פ למאן דלא בעא שתי חתיכות. וא"כ שמעינן מינה דחזקת פנויה לא חשיבה חזקה כל שנתקדשה אפי' קידושי ספק משום דאיתרע כמ"ש. ומ"מ י"ל לדעת הפוסקים דקושטא דלרבא נמי א"צ גט מן התורה (מספק) [בספק] רק מדרבנן ולא אתא למיפלג עליה דרבה ורב חסדא אלא בהכי דאינהו לא קאמרי אלא דצריכה גט מדבריהם והיינו לכתחילה אבל לא עשאו הולד ממזר אם עברה ונשאת בלא גט. אבל לרבא דספק איסור לחומרא הוי נמי ממזר מספק מדרבנן וכמ"ש רבינו בהל' איסורי ביאה:

הלכה ד

כתבו שלא לשמה או לשמה ושלא מדעתה אינה מקודשת. בפ"ק דקידושין איפלגו אמוראי בזה וגם הפוסקים נחלקו כמאן הלכה כמבואר במגיד [משנה] ובשאר פוסקים. והנה יש לי להביא ראיה לדעת רבינו וסייעתו שפסקו כמ"ד דשטר קידושין שכתבו לשמה ושלא מדעתה אינה מקודשת מסוגיא דפרק האיש מקדש (קידושין דף מ"ח) דמוקי במסקנא פלוגתא דר' מאיר וחכמים בברייתא התם דפליגי בהתקדשי לי בשטר ר"מ אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה מקודשת [לפנינו הגירסא בגמ' היא להיפך: ר"מ אומר אינה מקודשת וחכ"א מקודשת] דאיירי בכתבו לשמה ושלא מדעתה. וקמו לה חכמים כמאן דאמר דאינה מקודשת. וא"כ ודאי דקיי"ל כוותייהו:

[**ולפי** מש"כ בחידושי לקידושין יש עוד להביא ראיה לדעת רבינו מהסוגיא דשם (דף מ"ה) דר' יוחנן וכל אמוראי דלא אשגחו ביה בריש לקיש דצווח ויצאה והיתה ומקיש

הויה ליציאה דמה יציאה דגרושין נערה המאורסה היא ואביה מקבלין גיטה הוא הדין בקידושין אביה והיא מקבלין קידושיה אלא סבירא להו דבקידושין אביה מקבל ולא היא ולא מקשינן בזה הויה ליציאה וטעמייהו הוא משום דסבירא להו כמאן דאמר דהכא מקשינן הויה ליציאה דבעינן דעת מקנה ובקידושין אביה הוא המקנה דזכי ליה רחמנא ולא דמי לגירושין דהיא נמי יכולה לקבל דהתם הוי הבעל המקנה ולא בעינן דעת האב כלל אבל בקידושין דהוי האב המקנה בעינן דעתו דוקא דאיהו יקבל הכסף קידושין. וא"כ דטעמייהו הוא משום דמקשינן הויה ליציאה לענין שבעינן דעת מקנה דוקא וזהו דברי רב פפא ורב שרביא דאמרי שטר אירוסין שכתבו לשמה ושלא מדעתו אינה מקודשת משום דמקשינן הויה ליציאה דבעינן דעת מקנה ומוכח דקיי"ל הכי]:

הלכה ח

היה מדבר עם האשה על הקדושין ורצתה ועמד וקידש וכו' דיו ואינו צריך לפרש. וכתב הרב המגיד ואם לא היו עסוקין כלל בזה ונתן לה כסף סתם אינה מקודשת וכו'. וכתב הרשב"א ז"ל שאפילו חזר ואמר לה הרי את מקודשת לי והיא רוצה צריך שיטול הכסף ממנה ויחזור ויתננה לה בתורת קידושין ע"כ. ודע שהאחרונים נתלבטו הרבה בדברי הרשב"א הללו שהביא הרה"מ וגרם להם מפני שלא ראו דברי הרשב"א גופיה בזה שכתב בחידושיו לקידושין. ועל כן צריך אני להאריך קצת ולבאר כוונת הרשב"א היטב עד שלא ישאר שום גמגום בדבריו. וזה יצא ראשונה מה שנתקשו כל המפרשים מהא דקיי"ל גבי פקדון שאם אמר לה כנסי סלע זו בפקדון וחזר ואמר התקדשי לי בו אם רצתה מקודשת וא"צ ליטלו הימנה. עוד הקשה הרב ט"ז באה"ע סי' כ"ט על דברי הרשב"א ממ"ש הטור בשם הרמ"ה גבי התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר או דינר רע אינה מקודשת. ואם חזר ואמר לה אח"כ התקדשי לי בו ושתקה הוו קידושין ולא הצריך לחזור וליטלו הימנה. וגדולה מזו הקשה הט"ז בסי' ל"א שהרשב"א סותר דברי עצמו שכתב בתשובה הביאו הב"י שם גבי קידשה בטבעת מוזהב בלא שומא שיחזור ויקדשנה אפילו באותו הטבעת ואפילו לא יחזור ויטלנו הימנה דהו"ל כפקדון וכו'. עוד הקשה הבית שמואל בסי' כ"ז על דברי הרשב"א הנזכר מהא דקיי"ל גבי גט דהיכא דאינה מתגרשת כלל בנתינה הראשונה א"צ לחזור וליטלו ממנה. וא"כ אמאי מצריך כאן כשנתן לה כסף סתם שיחזור ויטלנו הימנה ולקדשה הרי לא קנאתו לקידושין כלל בנתינה ראשונה. וקושיא כזו הקשה ג"כ הלח"מ בריש הלכות גירושין ועיין שם שמחמת כן כתב לחלק בין גירושין לקידושין:

ואישתמיטתייהו לכולהו לשון הרשב"א גופיה בחידושיו לקידושין דשם מבואר

דבאמת אין חילוק בין קידושין לגרושין ואדרבא מדין גרושין הוא דיליף לקידושין. והילך לשונו דבפרק המגרש (גיטין דף פ"ד) אמרינן דהיכא דקנאתו בנתינה קמייתא למיפסל בו לכהונה צריך לחזור וליטלו הימנה וקל וחומר כשנתן לה קידושין סתמא דקנאתם לגמרי ואי בעי הוא למיהדר בו לא מצי הדר דמימר אמרה לו את בסתמא יהבת ואנא למתנה איכוונית ע"כ. אלמא דשוין הן ומגרושין הוא דיליף לקידושין דתליא באי קנאתו לגט או לקדושין בנתינה ראשונה לאיזה דבר דאז צריך ליטלו הימנה ולחזור וליתן לה לשם גרושין או קידושין ולא תליא באם אינה מתגרשת או אינה מתקדשת כלל בנתינה ראשונה שיצטרך מחמת כן ליטול הימנה אלא בהא תליא שאם קנאתו לאיזה דבר צריך ליטלו ואם לא קנאתו לשום דבר א"צ ליטלו. ומעתה ממילא מבואר דקושית הלח"מ והב"ש מעיקרא לק"מ מהא דקיי"ל גבי גט דהיכא דאינה מתגרשת כלל א"צ ליטלו הימנה דהיינו משום שלא קנאתו לכלום. משא"כ גבי קידושין כשנתן לה כסף סתם דנהי שאינה מתקדשת כלל מ"מ קנאתו להיות שלה במתנה כמבואר בדברי הרשב"א בחידושיו שכתבנו. וכהאי גוונא נמי גבי גט אם קנאתו לכלום למפסל לכהונה צריך לחזור וליטלו. והוא הדין אם קנאתו להנייר לצור על פי צלוחית וכגון שאמר לה זכי בשטר חוב זה קושטא דצריך ליטלו הימנה. וכמ"ש הטור בשם הרמ"ה באה"ע סי' קל"ח ועי' שם:

ועל פי זה נסתלקו ג"כ קושית הט"ז על הרשב"א ממ"ש הטור בשם הרמ"ה בסי' כ"ט גבי מנה שנמצאת חסר דינר או דינר רע דא"צ ליטלו הימנה. דהתם לא קנאתו בנתינה ראשונה לשום דבר שהרי בטעות היתה אבל מודה הרמ"ה ודאי שאם קנאתו לאיזה דבר צריך ליטלו הימנה. וכמו שהוכחתי מדברי הטור בשם הרמ"ה גופיה בסי' קל"ח. וכן נסתלק מה שהקשה הט"ז ממ"ש הרשב"א בתשובה גבי קידשה בטבעת מוזהב בלא שומא שאין צריך ליטלו הימנה דהתם נמי לא קנאתו לכלום שהרי היתה קידושין בטעות וקיי"ל דקידושי טעות חוזרין לבעל כמ"ש רבינו בהלכות זכיה ובאה"ע סי' נ'. גם קושיות המפרשים מההיא דפקדון אתי שפיר ולק"מ דהתם כשאמר לה כנסי סלע זו בפקדון הרי לא קנאתו לכלום משום הכי א"צ ליטלו הימנה משא"כ כשנתן לה כסף סתם דקנאתו בתורת מתנה וכמו שנתבאר:

[**ובזה** אתי שפיר מה שכתב רבינו בריש הלכות גירושין הלכה י"א המגרש צריך שיאמר לה כשיתן לה הגט הרי זה גיטך וכו'. ונדחק שם הלח"מ בלשון רבינו וכתב דלאו דוקא כשיתן לה הגט דאף אחר שנתן לה הגט אם אמר מהני עיי"ש. ולפי הנ"ל דוקא כשיתן לה הגט דאילו נתן לה בסתמא לא מהני האמירה אח"כ כיון שקנאתו ליפסל בו לכהונה

לדעת רבינו שם דאם נתן בידה ולא אמר כלום הרי זה גט פסול):

ומעתה יתבאר לך שהדין עם המהרי"ט שהביא כאן המל"מ שכתב לדעת הרשב"א דס"ל דכשנתן לאשה כסף סתם בתורת מתנה יהיב לה ואם טענה איהי כך מהימנא. ובעל משל"מ השיג עליו והביא ראיה דכל הנותן סתם לאו למתנה נותן ממ"ש הר"ן בשם הרשב"א פרק בתרא דכתובות דהמפרנס אשת חבירו בסתם לאו בתורת מתנה הוא נותן אלא בתורת הלואה הוא נותן. וגם מיניה אשתמיט דברי הרשב"א בחידושיו שזכרתי דשם מבואר דסבר כמ"ש המהרי"ט. ונהי שהוא לכאורה נגד מ"ש הר"ן בשמו מ"מ אין התלונה על המהרי"ט שהרי הרשב"א עצמו כתב כן בחידושיו לקידושין. וכן יש לדקדק ג"כ מדבריו בתשובה הובא באה"ע סי' צ"ו. וע"ש:

ועוד יש לתמוה על המל"מ במה שהקשה על ראיית מהרי"ט מהא דאמר בפרק שבועת העדות מנה מניתי לך בפני פלוני ופלוני כי טעין אין שקלי ודידי שקלי כי עדים רואין אותו מבחוץ מאי הוי. ודחה זה דהתם הלה טוען ברי דלמתנה קאמר ליה אבל במקבל סתם אפשר דאינו יכול לומר דמסתמא לשם מתנה יהבתינהו והשתא הוא דקהדרת בך:

והנה מלבד זה דאשתמיט מיניה דברי הרשב"א הנזכר אלא אף זו שנעלם ממנו דברי הר"ן בזה בפ"ק דקידושין דגם הוא ז"ל הביא בהדיא ראיית מהרי"ט מההיא דשבועות וז"ל אי מעיקרא יהיב לה סתמא מדינא הרי הן שלה במתנה וכדמוכח בפרק שבועת העדות דאמרינן התם אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי וכי עדים רואין אותו מבחוץ מאי הוי והן הן דברי מהרי"ט. אמנם לפ"ז תקשי אהדדי דברי הרשב"א והר"ן דפ"ק דקידושין על דברי הרשב"א והר"ן דפרק בתרא דכתובות. וכן מדברי הר"ן בריש פ"ד דנדרים. ומדברי רבינו בסוף פ"ז דזכיה מוכח כן דסתם לא הוי מתנה:

ונראה דיש לחלק בין נידון דידן לדכתובות על פי מ"ש בספר יד המלך דכאן אמרינן דמציא טענה שהוא הבטיח לה כבר מקודם ליתן לה מתנה ולשם כך תפסה המעות ולא לשם קידושין והיא נאמנת לומר כן כההיא דפרק שבועת העדות דקאמר דידי שקלי. דמה לי אם טוען שנותן לו עכשיו לשם מתנה בפירוש או שטוען שהבטיח לו כבר ליתן ותופסו עכשיו בשביל כן דנאמן כיון שאין העדים יודעים מזה כי רואין אותו שנותן לה מאי הוי יכולה לומר דידי שקלי משום שהבטיח כבר ליתן לה. אבל אם מודה שנתן לו סתם לגמרי וגם לא הבטיח לו מעולם בפירוש ליתן לו מתנה אינו יכול לטעון ולומר שהיה במתנה ע"כ. ולפ"ז אין סתירה בדברי הרשב"א והר"ן דמה שכתבו דבסתמא מדינא הוא שלה דמימר אמרה אנא למתנה איכוונית היינו לומר דיכולה לומר שהבטיח לה כבר ליתן מתנה. ובהכי אתי שפיר ג"כ הראיה שהביא מההיא דשבועות דאיירי נמי

בכהאי גוונא וכמ"ש. וכן מ"ש התוס' והרא"ש בב"ב פרק חזקת (בבא בתרא דף מ"ה) דאם נתן לו סתם בפני עדים יכול לטעון שבמתנה נתן לו היינו נמי לומר שיכול לטעון שהבטיח לו כבר ליתן מתנה ולשם כך קיבל עכשיו ומשום הכי הוי שלו ולא בסתם ממש. ובזה לא סתרי דברי התוס' והרא"ש דב"ב לדברי הרשב"א והר"ן ורבינו הנ"ל:

[**ודע** שכתב בס' המקנה [קו"א סימן כ"ז] דצריך ליזהר המסדר קידושין שיגמור אמירתו קודם שנתן הטבעת בידה דאם נתן לה סתם אף שמיד תוך כדי דיבור אמר לה הרי את מקודשת לא אמרינן בזה תוך כדי דיבור כדבור משום דאם נתן לה לשם מתנה אינו יכול לחזור בו דלא מצינו בשום מקום במוכר או נותן לחבירו במשיכה או בקניין שיוכל לחזור בו תוך כדי דיבור. והטעם בזה משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה כדאיתא בר"פ האומר עכ"ד. ויש לתמוה על הרב שנעלם ממנו דברי הרא"ש דמוכח להדיא מדבריו בב"ב (דף קי"ד) דבכל הקנינין יכול לחזור תוך כדי דיבור. והב"י בחו"מ סי' קצ"ה כתב שכן דעת הרבה פוסקים וכן פסק בשו"ע שם. ואפשר שנמשך אחר הט"ז שכתב כן בסי' ל"ח אך זה אינו. ויותר תמוה הוא מ"ש בס' המקנה דבקניין לא יוכל לחזור תוך כדי דיבור דהרי קיי"ל בב"ב שם דבקניין סודר יוכל לחזור אפי' לאחר כדי דבור כל שעסוקין באותו עניין ועי' הטעם ברא"ש שם:

ומ"ש בספר המקנה דלא יוכל לחזור אפי' תוך כדי דבור משום דאין אמירה מבטל מעשה לק"מ דכל זמן שלא עבר מהמעשה כדי דבור חשוב כמו שלא נגמר המעשה עדיין ולכך יכול לחזור מהמעשה דהוי כאלו עדיין לא נגמר כלל. ועי' בר"ן בנדרים [דף] פ"ז שכתב דהאדם אינו עושה אותו בגמר דעתו אלא דעתו שיוכל לחזור בתוך כדי דיבור:

[**ומה** שהביא ראיה בס' המקנה מהא דמצינו גבי הקדש דאינו יכול לחזור בו תוך כדי דיבור כדאיתא בתמורה משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט. ומזה מוכיח דלאחר מסירה להדיוט אינו יכול לחזור אפי' תוך כדי דיבור. וגם בשו"ת ושב הכהן סי' י"ט כתב כן. והנה בגמרא ליתא כלל הך טעמא רק התוס' כתבו כן במנחות (דף פ"ב). ואף לפי דבריהם אין הכרח כלל לומר דס"ל דמסירה מהני בהדיוט שאינו יכול לחזור תוך כדי דיבור ודלא כמ"ש בספר המקנה וס' ושב הכהן לדעת התוס' ורבינו דאפשר דס"ל כמ"ש הר"ן בנדרים (דף ל' ע"א) דהאי לישנא לאו דוקא הוא דאמירה כמסירה אלא דעדיפא טפי אמירה לגבוה ממסירה להדיוט דאמירה לגבוה אפי' בלא מעכשיו מהני כמסירה גמורה להדיוט דהיינו במעכשיו והכי נמי י"ל לעניין חזרה תוך כדי דיבור הוי אמירה לגבוה טפי ממסירה להדיוט דאמירה לגבוה תוך כדי דיבור הוי כמסירה גמורה להדיוט דהיינו אחר כדי דיבור או שמתנה עמו בפירוש שיקנה מעכשיו ולא יוכל לחזור

כלל. ואף לפמ"ש הר"ן שם בשם הרשב"א דאיכא למאן דאמר שאין אמירה קונה טפי ממסירה מ"מ לעניין חזרה בתוך כדי דיבור י"ל דהיינו טעמא דאינו יכול לחזור דמחמת דחמיר אין אדם עושה אותו אלא בהסכמה גמורה וטעם זה כתב הר"ן בנדרים פ"ז גבי מקדש ומגרש וכל הנך דאמר התם דאינו חוזר עיי"ש. וראיתי בשו"ת אמונת שמואל סי' נ"ג שכתב אליו חכם אחד ומבואר שם בתוך הדברים דפשיטא ליה ג"כ דאם מסר דבר להדיוט אינו יכול לחזור תוך כדי דיבור והוא תמוה כמ"ש. ושוב מצאתי אחר זמן רב בס' קצות החושן סי' שס"ג שהרגיש מדנפשיה קושיית המל"מ על המהרי"ט והרגיש גם מדברי הר"ן בקידושין פ"ק והניח בצ"ע. גם כבר הרגיש שם להשיג על הט"ז בסי' ל"ח. גם בס' בית מאיר השיג על הט"ז כנ"ל. ובתשובת רבי עקיבא איגר הקשה ג"כ מהר"ן על המל"מ בסי' קמ"ז ובסי' צ"ז השיג על הט"ז]:

הלכה יד

היתה הבת ספק בוגרת בין שקידשה אביה וכו' בין שקידשה היא עצמה שלא לדעת אביה היא מקודשת מספק. והקשה הלח"מ כשקידשה היא עצמה לא להוו קדושין כלל דלוקמא בחזקה קמייתא שהיתה נערה והרי מסייע לה חזקת פנויה. ובשלמא כשקדשה אביה לא אמרינן אוקמא אחזקת נערה ומקודשת בודאי דאיכא חזקה אחרת כנגד זו והוא חזקת פנויה כדכתבו התוס' ז"ל וכיון דיש שתי חזקות הסותרות זו את זו הויא ספק מקודשת אבל כשקידשה עצמה לוקמה בחזקת נערה ואינה מקודשת וגם חזקת פנויה מסייע לזה. ולפי מה שהוכחתי לעיל [בהלכה ב'] דחזקת פנויה לא מהני גבי קידושין כיון דאיתרע כל שנתקדשה א"כ גם בשקידשה אביה תקשי דלוקמה בחזקת נערה ותהוי [ודאי] מקודשת:

ומה שנסתייע הלח"מ מדברי התוס' שכתבו חזקה זו דפנויה. המעיין בדברי התוספות בריש (דף ע"ט) יראה לעינים שלא כתבו כן אלא כשהיא בוגרת לפנינו וכגון שקידשה אביה ביום שנשלם ששה חדשים שבין נערות לבגרות. ואמרינן מדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת הואי. ובזה הוא שכתבו שם דמהני חזקת פנויה כמו שהיתה קודם שקידשה ואין קידושי האב קידושין לכו"ע כיון שהיא בוגרת לפנינו. ולפ"ז אין מזה ראיה כלל לנידון דרבינו דלא איירי כלל בשהיא בוגרת לפנינו דתהני חזקת פנויה כלל לאורועי חזקת נערה. ותדע שהרי חזקת נערה הוי חזקה דגוף והרי מבואר להדיא מדברי התוס' בפרק המדיר (כתובות דף ע"ה ע"ב) דחזקת פנויה לא חשיבא חזקה כלל לגבי חזקת הגוף:

אלא י"ל דהתם איירי בחזקת הגוף שאין עשוי להשתנות ממילא בודאי כגון לעניין

מומין ע"ש מה שאין כן בחזקה זו דנערות שעשויה להשתנות בודאי ממילא. ומשום הכי לא מוקמינן אחזקה זו לאחזוקה בודאי נערה בשעת קידושין ומשום הכי אינן אלא קידושי ספק אף כשקידשה אביה וכן כשקידשה עצמה ספק מיהא הוי. וכהאי גוונא כתב בשו"ת נודע ביהודה חלק אה"ע סי' צ"ג דחזקת קטן לאו חזקה היא משום שהולך וגדל:

ויש להביא ראיה למ"ש בדעת רבינו דלפ"ז תתיישב קושיית התוס' בסוגיא דקידושין (בדף ע"ט) בד"ה ושמואל מאי שנא ממקוה וכו'. וז"ל וא"ת לרב נמי תקשי דעד כאן לא קאמר רב הרי היא בוגרת לפנינו ומדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת הויא אלא משום דליכא חזקה דנערות אבל אי הוי חזקה דנערות מודה רב דאוקמא אחזקתה והכי נמי גבי מקוה איכא חזקה דשלם. וי"ל דלרב נמי קשה ונקט שמואל משום דפריך ליה בהדיא טפי ע"כ. והוא דחוק. אך לפי מ"ש לפי דעת רבינו אתי שפיר דקושטא דלרב לא אוקמא אחזקה דנערות לעולם. וא"כ שפיר דמי למקוה דלא אזיל בתר חזקה דמעיקרא אלא בתר השתא שנמצאת חסר לפנינו. והתם נמי אי נולד ספק במדידתה ודרכה להשתנות ולחסר סלקא דעתין דהוי ספק טומאה למאי דלא אסיק אדעתיה חזקה דהעמד טמא וכו' וכמו בקידושין דספק בוגרת בעלמא שלא ביום דמישלם שית. ומשום הכי לא פריך לרב:

[**האשה הגדולה עושה שליח לקבל קידושיה.** ודע שכתב הבית שמואל ריש סימן ל"ז שאם האשה גלתה דעתה דניחא לה להתקדש לזה יוכל לזכות לה שום אדם לקבל בשבילה קידושין דעד כאן לא מבעיא בש"ס גבי גט אם יוכל לזכות אלא משום דאיתתא בכל דהוא ניחא לה אבל בקידושין דלא שייך סברא זו יוכל לזכות. ולא נהירא דהא בקידושין נמי חוב הוא לה כמ"ש רש"י בפ"ק דגיטין (דף י') גבי הא דפריך והא חזרה גופה איתא בקידושין וז"ל אם מסר שטר קידושין לשלוחו ורצה לחזור חוזר דאין כאן זכות הוא לה דאסר לה אכולה עלמא ומשום האי שטרא אינו מתחייב במזונותיה. וכן יש ללמוד ממ"ש תוס' בריש קידושין דמה שאינה מתקדשת הוי קולא ואי מתקדשת הוי חומרא. ולפ"ז איכא למימר דגלוי דעתה דידה נמי לא מהני כמו גבי גט דכיון דחוב הוא לה חיישינן דילמא הדרא בה בשעת קידושין:

ועוד נראה דעל כרחך הכי הוי להפוסקים דסבירא להו באה"ע סי' ק"מ ס"ה דבגט איפשטא האיבעיא דודאי חוב הוא לה ואינו יכול לזכות לה אף שגילתה דעתה שתובעת להתגרש. והכי איתא בירושלמי פרק המקבל. דעל כרחך אית להו נמי הכי בקידושין. דאל"כ תקשי לדידהו הסוגיא דפ"ק דגיטין הנזכר דמאי פריך והא חזרה איתא בקידושין וכו' דדילמא הא דקתני חזרה בגיטין ולא קתני בקידושין איירי שגלתה דעתה שרצונה

בכך דבגרושין לא מהני וחוזר ובקידושין מהני ואינו חוזר אלא שמע מינה דלדידהו כי היכי דחוזר בגרושין חוזר בקידושין ומה שציין הב"ש לסי' ל"ה נראה שנתכוון למה שאיתא שם בסעיף ד' בשם יש מי שאומר דגלוי דעת מהני באיש. אבל אינו ראיה כלל מאיש לאשה דבאיש לאו חוב גמור הוא אף שנאסר בקרובותיה דאמרינן שרוצה הוא לישא אשה זו וליאסר בקרובותיה דמצוה קעביד וכמ"ש הרה"מ בפ"ד דזכיה ומשום הכי מהני גלוי דעת. וכהאי גוונא כתב הרא"ש בסוף פרק חלון גבי זכוי דערובי חצרות לרבנן דחשבי לה קצת חוב ומהני גלוי דעת. אבל באשה דחוב גמור הוא איכא למימר דגלוי דעתה לא מהני. וכהאי גוונא מבואר מדברי הט"ז ביו"ד סי' של"א ס"ק ט"ו גבי גלוי דעת שמגלה לבסוף דניחא ליה מהני דוקא גבי דבר מצוה ע"ש. וא"כ לעניין גלוי דעת בתחילה נמי יש לחלק בהכי דאף למאן דאמר דמהני אינו אלא גבי מצוה:

ומה שאיתא ביו"ד סי' רל"ח סעי' ו' דאמרינן דמסתמא ניחא לה שיקדשה פלוני אינו אלא לעניין דהתם שאם נשבע לקדש אסור לעבור בלא דעתה משא"כ בשליחות וכן משמע בתרומת הדשן שכתב בסוף סימן קפ"ח דטעמא דלא מהני גבי שליחות מה שגילה דעתו לבסוף דניחא ליה משום דכיון דבשעה שנעשה שליח לא הוה ידיע לן לא הוי דומיא דאתם ולכך בעינן למידע בשעה שנעשה שליח דניחא ליה דהוי דומיא דאתם. ובזכות אנן סהדי דאי הוה הכא הוה ניחא ליה ע"כ. וא"כ הוא הדין דגלוי דעת בתחילה לא מהני בדבר שאינו זכות גמור דלא שייך אנן סהדי דהוה ניחא ליה בשעת מעשה דלא הוי דומיא דאתם דידוע דניחא ליה בשעת מעשה. ובס' מחנה אפרים הל' זכיה סי' ו' משמע נמי הכי דבחוב גמור לא מהני גלוי דעת רק היכא שאינו חוב גמור ואיכא צד זכות כתב דמהני. ועיין מ"ש בהלכות מכירה פ"ה הלכה ז']:

הלכה טז

השליח נעשה עד. וכתב הרב המגיד שקצת מפרשים סוברים דבקידושי כסף אינו נאמן שהרי הוא נוגע בעדות מחמת הכסף השתא דתיקון רבנן שבועת היסת והוא הדין בשטר שיש בו שוה פרוטה. והט"ז באה"ע סי' ל"ה הקשה דאף אם אינו שוה פרוטה בכאן ליחוש שמא הוא שוה פרוטה במקום אחר כדחיישינן גבי קידשה בפחות משוה פרוטה. ותירץ דשאני לעניין חשדא בשליח דאם אינו שו"פ בכאן אין לחשדו שיגזלנו משום ששוה פרוטה במקום אחר. ודחוק הוא דמי לא עסקינן דאית ליה להשליח דרך אגב להוא מקום ששוה שם פרוטה וא"כ הוה לן לחשדו. אלא נראה דהיינו טעמא דלא חשדינן ליה בנוגע בעדות כשאינו שו"פ כאן דהא עיקר הנגיעה הוא מחמת שבועת היסת הוא וזה לא משכחת רק בששוה פרוטה בכאן דקיי"ל דאין נזקקין לפחות משו"פ ואע"פ

ששוה פרוטה במקום אחר לא חיישינן דאין בגזל אלא מקומו ושעתו. וכמ"ש הר"ן בפ"ק דקידושין והביאו בית יוסף באה"ע סי' ל"א. ואף לדעת רבינו וסייעתו שפסקו בהלכות טוען כמאן דאמר בפ' הזהב דאם הוזקקו לשו"פ גומרין אף לפחות משוה פרוטה מ"מ אין נזקקין להשביע כדמוכח בב"י לטור חו"מ סימן צ"ג ועיי"ש:

הלכה יז

הכל כשרים לשליחות חוץ מחרש שוטה וקטן וכו' ונאמר כן תרימו גם אתם לרבות השליח ומה אתם וכו' אף שלוחכם. והנה הרב פני יהושע הקשה על דברי רבינו מסוגיא דריש פ"ב דקידושין דהתם יליף דשלוחו כמותו בכל התורה מבינייא דגירושין וקדשים ודרשא דגם אתם לרבות שליח בתרומה לא איצטריך רק אליבא דרבי שמעון דדריש אתם ולא שותפין והוה אמינא ולא שלוחכם נמי. וא"כ רבינו דסבר בהלכות תרומות דדרשא [ד]אתם ולא שותפין אינו אלא אסמכתא לא איצטריך לדידיה גם אתם לרבות השליח. וכן קשה דלא אצטריך ליה ג"כ לומר דרשא דמה אתם וכו' אף שלוחכם וכו' ולמעטן מהך קרא יתירא משליחות גבי תרומה דהא ליתא בתרומה דנפשיה ומהאי טעמא לא מתעביד שליח עלויה וכדאיתא בגמ' שם:

ועוד הקשה בפרישה דאמאי לא כתב רבינו כאן דאינו נעשה שליח בקידושין משום שאינו בתורת קידושין והאי טעמא נמי איתא בגמרא. ומ"ש לתרץ דסבר רבינו דכיון דבידו הוא וכו' חשיב איתא בתורת קידושין וגם בתרומה דנפשיה. הנה מלבד מה שנדחק לפ"ז בסוגיא דקידושין דלא חשיב ליה איתא בתורת קידושין ותרומה. אלא דגם הוא נגד סוגיא ערוכה בפ"ג דקידושין (דף ס"ב) עיי"ש דלא חשיב בידו משום דהוי צריך שלשה ומי יימר דמזדקקי ליה תלתא. אלא י"ל הא דלא כתב רבינו טעם דליתא בתורת קידושין על פי מ"ש הבית שמואל באה"ע סי' קכ"ב על דברי רבינו בפ"ג מהלכות גרושין שלא כתב התם לפוסלן מהאי טעמא נמי לשליחות גבי כתיבה משום דליתא בתורת גיטין דהיינו טעמא משום דבכללן נמי הני דאיתא בכלל תורת גיטין עיי"ש. וא"כ מהאי טעמא אתי שפיר נמי דלא כתב רבינו כאן גבי קידושין טעם הנזכר דהכא נמי בכללן איתא גם הוא [מומר] דאיתא בתורת קדושין דהא קיי"ל דקידושיו קידושין ומשום הכי איצטריך למעטו מדרשא דמה אתם דמטעם זה אמעיט גם איהו נמי דלא קרינן ביה אף שלוחכם וכמ"ש המג"א באו"ח סי' קפ"ט. וכן משמע ממ"ש הג"ה ביו"ד סי' רס"ד עיי"ש וכן איתא בירושלמי פרק רבי אליעזר דמילה ודרש ואתה את בריתי תשמור כל שכיוצא בך והכי נמי כי דרשינן גבי שליחות דומיא דאתם למעט את שאינו כיוצא בכם. וכהאי גוונא מצינו בתורת כהנים פרשת ויקרא דממעטינן כהאי גוונא מכם עיי"ש. וזה דלא כס'

אבן העוזרי שחולק על הג"ה ביו"ד ועל המג"א וכתב היפך מזה דכשר [מומר] לשליחות ולמילה. ומה שהביא ראיה מסוגיא דקדושין דלא קאמר למעטו מדרשא דמה אתם וכו' אינו מוכרח דעדיפא משני דלתנא קמא איצטריך ליה למיעוט אחר שם ולרבי שמעון איצטריך לגופו לרבות לעשות שליח כמ"ש:

ולענין קושיית הפנ"י דמאי צריך קרא לרבות שליח בתרומה דתיפוק ליה מגרושין וקדשים [הנה בחידושי מהר"ם ברבי כתב דאיצטריך כי היכי דלא נילף מפרו של אהרן דבעי בעלים. וליתא דליכא למילף מפרו של אהרן כמ"ש בחידושין]. ועיין מ"ש בזה בס' שער המלך בהל' תרומות ובס' טורי אבן בחגיגה דלפי הסוגיא דקידושין (בדף מ"ג) איצטריך קרא בתרומה כי היכי דלא נימא מסברא דגבי מעילה אין שליח לדבר עבירה ותרומה ילפינן ממעילה בגזירה שוה דחט חט. וגם בכמה מקומות בש"ס פירש רש"י ז"ל כדברי רבינו דילפינן שליחות בתרומה מגם אתם וכמ"ש בשבת (דף קנ"ג ע"ב) ובחגיגה ובב"מ (דף ע"א) ושם תמה עליו בס' תורת חיים וכבר תמה עליו בחידושי רשב"א ואתי שפיר כמ"ש. ויש לי להביא ראיה לזה מדאמר בסוגיא דב"מ (דף כ"ב) אי סלקא דעתך דלא שוויה שליח מי הויא תרומתו תרומה והא גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם ומה אתם לדעתכם וכו'. הרי דהגמרא עצמה נקטא בפשיטות לדרשא זו דגם אתם דגבי תרומה מרבה שליח. ונהי דרבינו לא פסק כסוגיא זו במאי דבעי שליח לדעת גבי תרומה והוא מטעם שיתבאר אי"ה בהלכות תרומות אבל מ"מ במאי דפשיטא להה"א סוגיא דרשא דגם אתם לרבות שליח פסק כוותה כיון דאיכא טעמא מהמסקנא דסוגיא דקדושין (שבדף מ"ג) כנ"ל:

אלא דיש לשדות ביה נרגא על מ"ש בשער המלך ובטורי אבן דבלא קרא הו"א מסברא אין שליחות גבי מעילה דהוי דבר עבירה ותרומה מינה ילפא בגזירה שוה, [דאף דלא נכתב שליחות בתרומה בפירוש נילף לה מבינייא דקדושין וגירושין והדר תלמוד בגז"ש על מעילה דנהי דבעיא דלא איפשיטא היא בזבחים (דף נ') מ"מ בכהאי גוונא מלמד לדעת רבינו דס"ל דאזלינן בתר מלמד דהיינו תרומת דגן דהוי כחולין לענין זה וכדמוכח בהל' תמורה ועוד דרבינו ס"ל דאמר כולא בחד זימנא גמר ולפ"ז גם לפי המסקנא לא איצטריך שליחות בתרומה. ועוד דכהאי גוונא דמלמד הראשון חולין כגון גירושין וקדשים לכו"ע למידין נמי בקדשים כמ"ש תוס' ריש פרק הערל ועוד] דהא סברא זו לא שייכא בתרומה שאינה עבירה. ובהלכות מגילה הוכחתי דאמרינן היקשא וגז"ש למחצה בדבר שאין מפורש במלמד רק מסברא והיא לא שייכה בלמד:

אלא י"ל דאיצטריך קרא לשליחות בתרומה כדי ללמד על מעילה דבמפורש לא אמר

גז"ש למחצה אע"פ שיש סברא לחלק כמ"ש שם. [אבל אי לא הוי כתיב שליחות בתרומה לא הוה ילפינן מעילה מיניה דאם אינו מפורש במלמד לא ילפינן מילתא דלא מסתבר בלמד והוה אמינא הגז"ש למחצה דהא מסברא אין שליח לדבר עבירה ועל כן איצטריך קרא בתרומה משום מעילה ללמד עליה גם מלתא דלא מסתבר בגז"ש. אבל מ"ש הטו"א ושעה"מ דהוה ילפינן ג"כ לתרומה ממעילה אינו מחוור דכיון דמעילה מחמת סברא אין שליחות לדבר עבירה ליכא למילף לתרומה דכהאי גוונא כתבו תוס' בב"מ (דף ס') גבי גזל עבדים וב"י באו"ח סי' תרפ"ט גבי מגילה בעבדים ולח"מ הל' עבודת אלילים גבי בל תשחית. וגדולה מזו כתב המל"מ בפ"י דהלכות מלכים דאף אם הדבר מפורש לא ילפינן בגז"ש אם אין מסתבר בשניהן רק שהוא גזירת הכתוב אמרינן דדוקא הכא גלי ואמרינן הגז"ש למחצה וכן משמע ממ"ש תוס' לרבי שמעון בחולין (סוף דף ל"ה) עיי"ש. וא"כ כל שכן כשמסתבר רק במלמד ולא בלמד. אך דא"כ קשה איך ילפינן מעילה מתרומה דיש שליח לדבר עבירה]:

הלכה יט

מצות חכמים שלא יקדש אדם את בתו כשהיא קטנה. משמע דאינו אלא מצות חכמים בעלמא אבל איסורא ליכא. ועיין באחרונים באה"ע סי' ל"ז שנתקשו בזה דבגמרא איתא לשון איסור אסור לאדם שיקדש את בתו כשהיא קטנה. והנה כבר הרגיש בזה ג"כ הכס"מ לקמן בפרק י'. וע"ש שהביא ראיה דליכא איסורא מדתניא גבי אירס את הקטנה ותבעה הבעל לנשואין בין היא ובין אביה יכולין לעכב שלא תנשא עד שתגדיל דמשמע דאי ניחא לה ולאביה שרי. ואיני רואה ראיה משם לכאן דשם איירי בשכבר נתקדשה אבל לכתחילה אימא דאיכא איסורא ממש לקדשה. אך יש לי להביא ראיה לדעת רבינו מסוגיא דפרק האומר בקידושין (דף ס"ד ע"ב) דמוקי הא דתנן המקדש את בתו סתם אין הבוגרת בכלל דאיירי שאין שם אלא בוגרת וקטנה ואע"ג דשויתיה הבוגרת שליח ואמרה ליה קידושי לך אפילו הכי לא שבק אינש מצוה דרמיא עליה ועביד מצוה דלא רמיא עליה. והשתא אי איתא דאיכא איסורא לקדש קטנה היאך אמר עלה דלא שבק אינש מצוה וכו' הא אדרבא איסורא הוא ורשע מקרי דאף העובר על איסור דרבנן איקרי רשע וכדאמר ביבמות (דף כ') וא"כ בודאי שבק לה אלא שמעינן מינה דקושטא דליכא בזה איסורא כלל. ונהי דמצות חכמים איכא שלא יקדש קטנה מ"מ כיון דאיסורא ליכא גם עתה קרי לה מצוה דרמיא עליה כיון דסוף כל סוף היא רמיא עליה לכשתגדל לא שבק לה גם עתה בדאיתרמי ליה דשמא סבר ורוצה להפטר עכשיו מחובתו דקיי"ל שכופין לאב להשיא בתו ועל כן אינו חושש במה שלא יקיים עתה מצות חכמים בעלמא שאין

בזה שום איסור ולא כפייה. משא"כ אם היה איסור ממש בדבר לקדשה עתה בקטנותה והיה צריך גם כן כפיה על זה כדין עובר על איסור דרבנן לא הוה שייך לומר לא שבק איניש וכו':

ושוב ראיתי אח"כ בס' המקנה שכתב שהריטב"א הוקשה לו כן בסוגיא הנזכר דאיך אמר דלא שבק איניש מצוה וכו' כיון דאיכא איסורא. והוא תירץ דאיירי בסמוך לפירקה. והנה מלבד שדחוק לפרש כן אלא דאי אפשר לומר כלל כן לדעת רבינו והפוסקים דסוברים דסמוך לפרקן היינו לאחר י"ג שנים דוקא וכמו שיתבאר בהלכות איסורי ביאה. אלא דלפי דברי רבינו כאן אתי שפיר וכמ"ש:

[**ויש** לי עוד להביא ראיה מסוגיא דקידושין (דף ס"ד) גבי קדשתי את בתי וגרשתיה כשהיתה קטנה. ובעי לומר דטעמא משום דבידו לקדשה. ואי איתא דאיכא איסורא לא הוי בידו דלכתחילה אסור. וכן יש להוכיח מדברי התוס' בקידושין (דף מ"ה ע"ב) בד"ה בפירוש אמר מר וכו' גבי חשש שמא קדשה אביה דליכא איסורא לקדש קטנה עיי"ש. וכן יש ללמוד ממ"ש הרא"ש בשם ר"ת דאם שידך תחלה אחת מבנותיו ואמר המשדך בתך מקודשת לי סתם אמרינן שהמשודכת קידש מהאי טעמא דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא שביק איניש מידי דעביד ביה מצוה ועביד מידי דעביד ביה עבירה. משמע דלקדש בת קטנה ליכא בה עבירה]. ואל תתמה על לשון אסור דכהאי גוונא פירשו התוספות בתענית (דף י"א) אההיא דאסור לאדם וכו' בשני רעבון דאין אסור אלא מחסידות:

פרק ד

הלכה א

אין האשה מתקדשת אלא לרצונה והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת. ומשמע דאף אם אמרה רוצה אני אפילו הכי לא מהני. וכן פסקו האחרונים באה"ע סי' מ"ב. ונראה להביא ראיה דעל כרחך הא דאמר רב אשי בפרק חזקת גבי תליוה וקדיש דאפקעינהו רבנן לקידושין דמשמע דמן התורה הוו קידושין וא"כ תקשי הא רב אשי גופיה משמע בפ' הנושא (כתובות דף ק"ב ע"ב) דסבר כמאן דאמר דשטר ארוסין שכתבו לשמה ושלא מדעתה אינה מקודשת ובפ"ק דקידושין (דף ט' ע"ב) מפרש טעמא דההוא מאן דאמר מקרא דמקיש הויה ליציאה דבעינן דעת מקנה וא"כ משמע דמן התורה אינה מקודשת שלא מדעתה. ואע"ג דהתם איירי בשטר מכל מקום הא ילפינן הויות מהדדי

בכמה דוכתי. אלא מוכח דרב אשי בפ' חזקת איירי בדאמרה רוצה אני דזה מהני מן התורה ורק דרבנן אפקעינהו לקידושין דבעל כרחה לא מהני מה שנתרצית:

אבל האיש וכו' הרי זה מקודשת. וכתב הרב המגיד שהרי זה כמי שמכר בעל כרחו שהמכר קיים כמ"ש בהלכות מכירה וכל שכן כאן שהוא קונה וכו'. ודע שהאחרונים באה"ע סי' מ"ב תמהו מדברי הרה"מ הללו על בעל הגה"ה שכתב בחושן המשפט סוף סימן ר"ה דדוקא למכור המקח קיים בכהאי גוונא אבל לקנות אינו קנין דס"ל דלא אמר אגב וכו' גמר וקני כיון דיהיב זוזי. וא"כ מהיכא תיתי לומר כאן גבי לקדש בעל כרחו דיהיו קדושין. ולי אפשר להליץ בעד הג"ה די"ל דאין כוונת הרה"מ לומר דבכל קונה דעלמא בכהאי גוונא קנינו קנין אלא דוקא כאן גבי קידושין אמר הכי [ד]גמר וקני והיינו טעמא דגבי קידושין קעביד מצוה:

וכהאי גוונא כתב [הרה"מ] גופיה בפ"ד מהל' זכיה בשם הרמב"ן גבי הא דאין חבין לאדם שלא בפניו דהיינו אע"פ שנתרצה בדבר כששמע דאין חבין לאדם אלא מדעתו ובשליחותו. והא דאמרינן בקידושין חוששין שמא נתרצה הבן משום דלאו חוב גמור הוא דרוצה הוא לישא אשה זו וליאסר בקרובותיה מלישב בטל משום דמצוה קעביד ע"כ. הרי דמשום מצוה דאיכא בקידושין אמר שנתרצה בזה טפי מבדבר של חוב בעלמא. והכא נמי אמר שנתרצה גם כאן לעניין קדושין. ואע"ג דהתם לא אמרינן אלא חוששין שמא נתרצה הבן היינו משום דלא קידשה בעצמו אלא האב קידשה בשבילו והבן לא עשה שום מעשה בידו אבל הכא שעשה מעשה וקידשה בידים אנן סהדי דגמר בלבו להסכים למה שעשה בידיו מצוה אע"פ שלא עשה מתחילה מרצונו הטוב. וכהאי גוונא כתב הכס"מ בפ"ד דתרומות והט"ז ביו"ד סי' של"א ס"ק ט"ו דגבי מצוה מהני טפי גלוי דעתא לבסוף דניחא ליה מבעלמא. וכן יש להוכיח ממה שאיתא בחו"מ סי' קצ"ה דגבי מקח לא מהני שלא בפניו אף שגילה דעתו בתחילה ובסוף שרוצה לקנות ואילו גבי קדושין כתב באה"ע סי' ל"ה דמהני גלוי דעת בתחילה לשדכן שחפץ באשה פלונית והלך השדכן וקידשה מקודשת. וטעמא כדאמרן דקדושין מצוה היא באיש. וא"כ אין ראיה מדברי הרה"מ דכאן לדחות דברי הג"ה בסוף סימן ר"ה הנזכר:

ועוד יש לי ליתן טעם אחר לדברי רבינו כאן שכתב דאיש וכו' הרי זה מקודשת שיצא לו כן לפי שיטתו שפסק בפרק דלעיל דין ד' דשטר אירוסין שכתבו לשמה ושלא מדעתה אינה מקודשת וטעמא מבואר בגמרא פ"ק דקדושין והבאתיו בסמוך דיליף מדאיתקש הויה ליציאה דכתיב ויצאה והיתה מה יציאה בעינן דעת מקנה שהוא הבעל הכי נמי בעינן בקדושין דעת מקנה שהיא האשה. וא"כ דאיתקוש קדושין לגירושין לעניין דעת

מקנה איכא למשמע מיניה דאיתקוש נמי לעניין דעת קונה. וכי היכי דגבי גרושין לא בעינן דעת קונה שהוא האשה דמגורשת בעל כרחה הוא הדין דלא בעינן גבי קדושין דעת הקונה שהוא הבעל. ואע"ג דהתם איירי בקידושי שטר איכא למשמע מיניה לקידושי כסף דלא בעינן דעת קונה דהא בכל דוכתי ילפינן הויות מהדדי כדאיתא בכתובות (דף מ"ו ודף ע"ד). ולפ"ז אין ללמוד מכאן לעלמא שיהיה קנין בלא דעת הקונה דשאני הכא דגלי קרא מהיקשא דגירושין כנ"ל:

הלכה ז

[**גדול שקידש את הקטנה היתומה וכו' הרי זו מקודשת למיאון וכו' שאין קידושיה קידושין גמורין מן התורה אלא מדברי סופרים והן תלויים שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושה ואינו צריך לחזור ולקדשה.** ופירש הרב המגיד דוקא דקרב אחר שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה. ובפי"א דגרושין פירש דטעמא דאמרינן דקרב לשם קידושין. והכס"מ כתב דכן משמע ממה שכתב רבינו שם דבקריבה דעכשיו הוא קונה אותה מן התורה דמשמע בלא סמך קידושין הראשונים והקשה על זה דממה שכתב כאן שקידושיה תלויין משמע דכשקרב חלו קידושין הראשונים. ואני אוסיף עוד לדקדק דאמאי שינה התם רבינו וכתב לשון קנין ולא לשון קידושין כדהכא. ועוד קשה דלפי דברי רבינו והרה"מ והלכות גדולות דאמרינן דקרב לשם קידושין היה לנו להצריכו שיתייחד מיהא בפני עדים דהא אין קידושין בלא עדים:

אך נראה בדעת רבינו והרה"מ דודאי לענין הקידושין עצמן אין צריך לומר שקרב בגדלות לשם קידושין אלא סגי במה שקרב ועושה מעשה המוכיח שנתרצה ונגמרו קידושין הראשונים דקטנות וא"צ לחזור ולקדשה עכשיו בקריבה וכמו שמוכיחין דברי רבינו דכאן. ומ"ש בהלכות גדולות דהקריבה קונה היינו קנין גמור לעניין שתהא כנשואה וככניסה לחופה דלענין זה ודאי לא אמרינן דתהני רצוי דעכשיו לגמור קנין דכניסה לחופה שנעשה בקטנות. דבשלמא גבי קידושין אפשר לומר כמ"ש המפרשים דחיילי כשנתגדלה ואע"פ שנתאכלו המעות משום דדומה למקדש לאחר שלשים יום דקיי"ל דמקודשת ואף אם אין המעות בעין והטעם משום שהן ברשותה לעניין אונסים. וטעם זה לא שייך גבי חופה ואדרבא דמיא לקנין דחזקה וחליפין דלא מהני רק לקנות בהן לאלתר ולא לאחר זמן דבשעה שיש לקנין לחול כבר פסקה החזקה והוחזר הסודר למאריה וכמ"ש התוספות ביבמות (דף צ"ג) בד"ה קנויה לך וכו'. ולענין שתקנה לו כנשואה הוא דאמרינן דקרב עכשיו לשם קידושין ולאו דוקא אלא כלומר לשם נשואין וזהו שמסיים שם רבינו כמו שביארנו שנתכוון למ"ש בריש פ"ז דהלכות אלו דהיה עם

ארוסתו לשם נשואין קנאה ונעשית נשואה וא"כ ה"נ כיון דע"י הקריבה נגמרו קידושין הראשונים נעשית כארוסה אף אם לא היה מתכוון עכשיו בקריבה לשום קנין ומשום הכי אהני הא דמכוון בה לאיזה קנין כדי שתהיה כנשואה. ולזה אינו צריך לעידי יחוד דדוקא קידושין צריכים עדים אבל חופה אינה צריכה עדים וע"פ מ"ש בכוונת רבינו והרה"מ א"ש דלא תקשי ממ"ש הרה"מ לדעת רבינו בסוף פרק כ"ט מהלכות מכירה ונסתלק על פי זה קושיית ספר קצות החושן סי' רל"ה וכמ"ש שם עיי"ש. ואחר זמן רב ראיתי שהאריך בעניין זה בנודע ביהודה מהדו"ת חלק אה"ע מסי' נ"ב עד סי' נ"ד]:

פרק ה

הלכה א

[**המקדש בדבר שהוא אסור בהנאה וכו' אינה מקודשת.** הבית שמואל באה"ע סי' כ"ח ס"ק נ"ד כתב דאי ידעה שהוא דבר אסור יכול לקדש בכל איסורי הנאה דקיי"ל שמותר לחולה שלא כדרך הנאתו ואע"ג שהיא אינה חולה מ"מ יכולה למכור לחולה. ודבריו תמוהין דהיאך תמכור ותקח דמים בעד איסורי הנאה. גם נעלם ממנו מה שכתבו הריטב"א והרדב"ז בהדיא דאסורה למכור דהא אפי' דרך הנאתו מותר לחולה שיש בו סכנה ואפילו הכי אסור למוכרן לו דנמצא נהנה באיסורי הנאה וכיון שכן לא חשיב ממונא לקדש בו האשה. ואפי' היתה היא חולה שראויה להנות בהם אינה מקודשת דבתר דידיה אזלינן דאיהו לאו מידי יהיב לה. וסיים הריטב"א דאף דבדיעבד הדמים מותרים כיון דאסור למכור לכתחילה לא הוי דמים ואם לקחן אחר פטור מתשלומין וכשמכרן אין דמיו אלא מתנה ע"כ. וכן מסיק המל"מ דאף לדעת רש"י דכל היכא דלדידה שריא ליהנות ממה שקבלה אף דלגבי המקדש אינו שוה כלום מקודשת דאזיל בתר דידה היינו דוקא כגון שאסר עליו איזה דבר בקונם דשריא לה לגמרי אבל המקדש באיסורי הנאה לא מהני מה שראוי לחולה דזה לא חשיב ממון כיון שאינו שוה לכל רק לחולה. ובספר שער המלך דקדק מדברי התוס' ר"פ השוכר והרשב"א בתשובה דבאיסור הנאה דאורייתא לא מהני מה דראוי לדידה:

וראיתי להצל"ח שכתב דכל שנהנית שוה פרוטה לא איכפת לן שיהא ממונו של המקדש וזה אינו כמ"ש. ועוד קשה לי דא"כ אמאי המקדש במעשר שני למאן דאמר ממון גבוה אינה מקודשת כיון דלא איכפת לן שיהא ממונו של המקדש. ומ"ש הצל"ח דאחר רשאי ליטול ממנו בעל כרחו וכן כתב בס' רבבות אפרים הוא נגד מהרש"ל הביאו הש"ך ביו"ד סי' רכ"ז ע"ש. גם זה דלא כנראה מדברי תוס' בקידושין (דף נ"ו) דמהני

מה שראוי לה שלא כדרך הנאה אי היתה חולה והיתה יודעת שהם איסורי הנאה. וכן משמע ממ"ש התוס' בפסחים (דף כ"ט ריש ע"ב) וע"ש שהניחו בקושיא דאמאי אינה מקודשת באיסורי הנאה בכהאי גוונא. ולפי מש"כ אתי שפיר דאזלינן בתר דידיה דלאו שלו הוא. ובספר המקנה כתב דנהי דיש זכיה באיסורי הנאה מכל מקום לאו בר דמים הוא ולא שייך ביה הפקר והקדש וגם לא הוי ממונו וברשותו לבטל וגם אין בו משום גזל ואם נהנית בלא רשותו פטורה מלשלם לו והביא ראיה מפסחים (דף ל"א) וב"ק (דף מ"ה). ומשמע דלכתחילה אסור ליטלו ממנו. והריטב"א כתב דאפי' יש באפר איסורי הנאה שוה פרוטה אינה מקודשת כיון דהשתא לית בהו דין ממון דצריכי למשרפינהו וכי שריף להו לאו דידיה הוא דכל הקודם באפרן זכה]:

הלכה ב

[**עבר ומכר דבר האסור בהנאה וקידש בדמיו ה"ז מקודשת**. ואע"ג דכתב רבינו סוף פט"ז מהל' מכירה גבי מכר איסורי הנאה בין מדברי תורה בין מדבריהם מחזיר את הדמים ואין בהם דין מכירה כלל וא"כ אמאי אם קידש המוכר בדמיו מקודשת. אפשר דהכא איירי שמכר [לגוי] או לישראל וידע הלוקח שהם איסורי הנאה וכמ"ש הרא"ש והטור סו"ס כ"ח. אי נמי אפשר דס"ל לרבינו כמ"ש הרא"ש דאיכא למימר דהמעות לא הוו גזל ביד המוכר שבתורת מקח באו לידו ואע"ג דמקח טעות הואי ישלם מביתו אבל הני זוזי להוצאה ניתנו. ובשו"ע פסק דהוו ספק קידושין. ונראה דזה לא שייך אלא כשלקח המוכר מעות מזומנים משא"כ כשלקח אצל הלוקח פירות או איזה חפץ מביתו וקידש בהן אשה ודאי דאינה מקודשת דכיון דאין בכאן דין מכירה הרי מחוייב להחזיר אותן פירות עצמן להלוקח דקיי"ל רוצה אדם בקב שלו וכו' וא"כ הרי קידש בדבר שאינו שלו:

ויש להביא ראיה לזה מהא דאמר ביבמות (דף צ') גבי אכל תרומה טהורה ושילם חולין טמאים דאמור רבנן דאין תשלומיו תשלומין ואם קידש בהן כהן אשה אינה מקודשת. שמע מינה דבפירות וכהאי גוונא כשהתשלומין חוזרין לבעלים אין יכול לקדש בו. ועל כרחך לא דמי לעבר ומכר איסורי הנאה וקידש בדמיו דמקודשת דשאני פירות כמ"ש. ומ"מ יש לדחות דשאני התם דמסתמא אין התרומה עומדת לימכר משא"כ הכא דגלי דעתיה דניחא ליה להחליפו מסתמא היה מוכרו ג"כ בדמים אלא א"כ ידוע שלא היה מוכרן בדמים דאז ודאי מחוייב להחזירן בעצמן ואם קידש בהם אינה מקודשת וכדמוכח ביבמות וכהאי גוונא כתבו הטור והש"ך בחו"מ סי' שנ"ט ע"ש. ומיהו היכא דלא ידע המוכר בהטעות וקידש בהחפץ אשה מקודשת דאל"כ תקשי על דברי רבינו דהלכות ממרים שהביא המל"מ גבי נחלקו בלולב אי כשר או פסול דאיכא נפק"מ לענין קדושין

אם החליפן בחפץ. אלא שמע מינה דהתם שאני דגם המוכר אינו יודע מהטעות שהוא פסול כמו שאינו יודע לוקח שהרי נחלקו בו רבי מאיר וחכמים]:

הלכה ג

המקדש בפירות שביעית או באפר פרה אדומה וכו' הרי זו מקודשת. וכתב המל"מ דנראה מדברי רבינו דס"ל דדוקא בדיעבד אבל לכתחילה אסור וכדאיתא בירושלמי דשביעית. ותמה על דברי תוס' ריש פ"ה דעבודה זרה שצדדו לומר דלכתחילה שרי לקדש אשה בפירות שביעית ואיך לא השגיחו בדברי הירושלמי. ובחידושי אמרתי ליישב דברי התוס' די"ל דאיירו דוקא למאן דאמר שביעית בזמן הזה דרבנן דלדידיה הוא דשייך לומר מה שכתבו שם דאע"ג דלאו לאכלה הוא משום פריה ורביה אקילו ביה רבנן. אבל למאן דאמר שביעית בזמן הזה דאורייתא ודאי אין כח ביד חכמים להקל ולעבור על עשה דלאכלה ולא לסחורה ולקדש אשה בקום ועשה. וא"כ אתי שפיר ולק"מ מהירושלמי דאפשר דקאי אליבא דמאן דאמר שביעית בזמן הזה דאורייתא והא ראיה דר' יוסי קאמר לה התם ומשמע דהיינו רבי יוסי ברבי חנינא ואיהו ס"ל הכי וכמו שמבואר מהירושלמי. ולפ"ז נראה דגם לרבינו שרי לכתחילה שהרי הוא סובר דשביעית בזמן הזה דרבנן כמו שהוכחתי בהלכות שמיטה ואע"ג דכתב בלשון המקדש אינו ראיה לאסור לכתחילה כדמצינו בכמה דוכתי. ותדע דהא נקט בהדיא אפר פרה אדומה דודאי שרי לכתחילה לקדש בו:

והא דמקודשת בפירות שביעית דוקא קודם הביעור אבל לאחר שהגיע זמן הביעור אינה מקודשת וגם אפילו מכרן וקידש בדמיהן אינה מקודשת דתופס דמיו. והוא מבואר מתוס' דקידושין (סוף דף נ"ו). ומדברי ס' בני אהובה נראה דזה אינו רק לדעת רבינו וסייעתו דאחר זמן הביעור טעון שריפה אבל לפי דעת הרמב"ן דמותר בהנאה מקודשת ומפרש דגם דעת התוס' כרבינו ודחה מ"ש מהרש"א דתוס' סבירא להו דמותר. וכתב שאינו יודע איה איפו דס"ל לתוס' להתיר. ונעלם ממנו דברי תוס' בפסחים (דף נ"ג) ובעבודה זרה (דף ס"ב) שהעתיקו הגירסא במתניתין דשביעית דלר' יוסי אחד עניים ואחד עשירים אוכלין אחר הביעור. והוא גירסת הרמב"ן ודלא כרבינו דגרס אין אוכלין. ומיהו אף לדעת הרמב"ן הדין נכון דאינה מקודשת לאחר הביעור דנהי דשרי בהנאה ובאכילה מכל מקום הא צריך להפקיר לכל ומשום הכי אינו בדין שתתקדש בהן:

הלכה ד

קידשה במעשר שני בין בשוגג ובין במזיד אינה מקודשת לפי שאין לעשות בו שאר חפציו עד שיתחלל שנאמר במעשר לה' הוא. משמע דאיירי בפירות של מעשר שני

שלא נתחללו. והצל"ח בפ"ק דפסחים כתב דדעת רבינו הוא דדוקא בשקידש בפירות עצמן אינה מקודשת אבל כשקידש בהמעות שחילל עליהן פירות של מע"ש מקודשת. וכן משמע קצת מדבריו בפ"ג דהלכות מע"ש. אך לא מצא הדבר מפורש ומסברא משמע דהוא הדין כשקידש במעות שחילל דחל עליהן קדושת המעשר ונעשו גם הן של גבוה לכל דבר עכ"ד. והנה מצאתי הדבר מפורש בירושלמי דאיתא שם מקדשין בפרוטה של מע"ש. משמע דהיינו לומר דאף למאן דאמר דבפירות מע"ש אין מקדשין מודה דמקדשין בפרוטה של מע"ש דהמעות לא חשיבי כל כך של גבוה כמו הפירות עצמן:

הלכה ה

כהן שקידש בתרומה גדולה הרי זו מקודשת. ודע שכתב הרדב"ז בחלק ג' סי' תרמ"ט דמדלא פריש תנא בין טהורה לטמאה משמע דאין חילוק בין מקדש בטהורה או אפילו בטמאה מקודשת. ולא היה צריך לדקדוק זה דהרי תלמוד ערוך הוא ביבמות (דף צ') ולעיל בסמוך הבאתי דקאמר בזר שאכל תרומה טהורה ושילם חולין טמאים דמדאורייתא הוו תשלומין אפי' במזיד ואי מקדש בהו כהן אשה תפסי לה קידושין. והרי התשלומין נעשין תרומה טמאה וכמ"ש רש"י ואפילו הכי קאמר דתפסי לה קידושין. וכן מבואר מדברי התוס' בסנהדרין (דף פ"ו ע"א) דאם שויא פרוטה להסקה מקודשת. ונראה דלאו דוקא להסקה דהא שריא נמי בשאר הנאות שאינן של כלוי ואפי' לזרים וכמ"ש התוס' ביבמות (דף ס"ו ע"ב) ובכמה דוכתי וכ"כ הר"ש בשלהי תרומות. וכן פסק ביו"ד סי' של"א. ואע"ג דבסוכה (דף ל"ה) כתבו רש"י ותוס' דתרומה טמאה לא מקרי לכם כיון שאינה ראויה לכל הנאות מ"מ ממונו הוא כיון שראוי לו ליהנות במקצת הנאות וגם רשאי למוכרו משום הכי הוה ממונו לקדש בו אשה. ומהאי טעמא אתי שפיר דלא דמי לטבל שאין אשה מתקדשת בו אע"ג דג"כ ראוי להנאות שאינן של כילוי וכמ"ש התוס' בפ"ק דפסחים (דף ט' ע"א) דשאני טבל דאסור במכירה וכדתנן בפ"ה דדמאי ובפירוש רש"י בגיטין (דף מ"ז ע"ב) משמע דיש בו איסור מן התורה. וקדושי אשה הוי כמכירה. משא"כ תרומה טמאה דמותרת במכירה מקדשין בה:

הלכה יא

ואם אחר שנטלתו בתורת פקדון אמר לה הרי את מקודשת לי בו ושתקה אין זה כלום. ומשמע דכל שלאחר נטילתה בתורת פקדון אינו כלום ואע"פ שהוא בתוך כדי דיבור של נטילה לא אמרינן דהוי כדיבור וכמ"ש הריב"ש והובא בדרכי משה באה"ע סי' כ"ח. והיינו משום דס"ל דאף לחומרא לא אמרינן גבי קדושין תוך כדי דיבור כדיבור וכמ"ש הדרכי משה בשם הריב"ש גופיה בסי' מ"ט. וכך נראה דעת רבינו ממה שכתב בסוף

פרק ז' ע"ש וכן כתב הבית שמואל בסי' ל"ח. וכן משמע בתשובת הר"ן סי' מ"ו והובא בבית יוסף באה"ע סו"ס קל"ד. וזה דלא כנראה מדברי הט"ז בסי' כ"ט דבתוך כדי דיבור למתן מעות אמרינן דהוי כשעת מתן מעות לחומרא. וכן כתב בשו"ת שיבת ציון סי' ס"ט מדעת עצמו ולא זכרו דעת רבינו והר"ן והריב"ש והאחרונים שזכרתי:

גם דברי ספר המקנה בזה אינן מחוורין שכתב הטעם דלא הוי כאן תוך כדי דיבור כדיבור משום דבכל הקניינים הדין כן בכל מה שאדם עושה במכר או במתנה אינו יכול לחזור בו אפילו תוך כדי דיבור ומשום הכי אפילו תוך כדי דיבור למתן מעות להאשה לשם פקדון או חוב אינו יכול לחזור בו ולומר שיהיה לשם קדושין ע"כ. והא ליתא דגבי קניינים דעלמא ודאי יכול לחזור בהן תוך כדי דיבור וכממו שכתבו הרא"ש בפרק יש נוחלין והב"י בחו"מ סי' קצ"ה בשם כמה פוסקים וכן פסק להלכה בשו"ע שם. וכבר נתבאר בזה בארוכה בעז"ה בהלכות אלו בפ"ג ה"ח. אלא רק בכאן הוא דקיי"ל דאינו יכול לחזור מהנתינה כדי לקדשה משום דהוי בכלל מקדש דלא אמרינן ביה תוך כדי כדיבור כדפסקינן בהדיא בגמרא והכא נמי כיון שנוגע החזרה לקידושין וכבר בא החפץ לידה מדמינן לקידושין בעלמא שאינו יכול לחזור תוך כדי דיבור ולבטל הקידושין שקבלה וה"נ אינו יכול לחזור מהחפץ שקבלה שלא לשם קדושין ולעשותו קדושין:

הלכה טו

המקדש בהנאת מלוה הרי זו מקודשת. וכתב הרב המגיד שהרשב"א הסכים לדעת ההלכות שכתב הנאת מלוה כגון דמטא זימנא למיגבא מינה וארווח לה זימנא ואמר לה בההיא הנאה דמרווחנא לך מיקדשת לי. והנה הטורי זהב באה"ע סי' כ"ט הקשה אהדדי דברי הרשב"א שהביא כאן הרה"מ שהן סותרין דברי הרשב"א עצמו שכתב בתשובה והובא בבית יוסף שם דאם אמרה האשה למלוה שהלוה מעות לאדם אחד הרווח לו זמן המלוה ואתקדש אני לך בזה אינה מקודשת ולפי מ"ש הרה"מ כאן בשם הרשב"א דחשיב הנאה בכהאי גוונא ומקודשת בדארווח לה זמן מלוה שלה הכא נמי הוה לה להתקדש גבי הרווחת זמן לפלוני. ונראה דבדוקא נקט הרה"מ כאן כגון דמטא זימנא למיגבא וארווח זימנא דאז הוא דמקודשת דכיון דכבר מטא זמן המלוה לגבות חשיב הרווחת הזמן הנאה גמורה אבל אם עדיין לא הגיע הזמן של המלוה לא מחשב כל כך הנאה מה שמרוויח לה עתה הזמן של הפירעון כשיגיע הזמן וא"כ אינה מקודשת בכהאי גוונא. וחילוק כזה כתב ג"כ הסמ"ע בחו"מ סי' ר"ד על דברי הטור שם גבי קנין במחילת מלוה. והכי נמי איכא לחלק לענין קדושין. וא"כ י"ל דהרשב"א בתשובה איירי בשעדיין לא הגיע זמן הפרעון של המלוה ומשום הכי אינה מקודשת. ולפ"ז אין סתירה

בדברי הרשב"א וזה דלא כמ"ש בס' מחנה אפרים לדעת הרשב"א דס"ל דאף הרויח לה הזמן קודם זמן הפרעון מקודשת ולא זכר דברי הרשב"א בתשובה שהביא הבית יוסף שזכרתי דעל כרחך צריך לומר דסבר לחלק כמו שכתבנו והוא עצמו כתב ראיה לחילוק זה מתוספות דב"ק (דף פ"ט):

פרק ז

הלכה א

האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שירצה אבא רצה האב מקודשת. ועיין בהרב המגיד שדעת רבינו בעל מנת שירצה על מנת שיאמר אין משמע. והקשה בס' פני יהושע דלמה פסק רבינו כרבי שמעון דאיהו סבר הכי בפרק המדיר (כתובות דף ע"ג) ולא כרבנן דסבירא להו התם דעל מנת שירצה היינו שישתוק. וי"ל על פי מ"ש בתשובת הרשב"א סי' תתקי"ט דבהתוספתא דקידושין מוכחת דסברה כרבי שמעון. ועוד יש לי ליתן טעם לפסוק כר"ש מדתניא בריש פרק האשה שנפלו (כתובות דף ע"ט) הרוצה להבריח נכסיה מבעלה כיצד היא עושה כותבת שטר פסים לאחרים וכו' מהיום ולכשארצה. וכתב הר"ן יש כאן הברחה מבעלה שאם בא לזכות תאמר אני רוצה במתנה ונמצאת קיימת למפרע מיום שנכתב השטר ואם יבוא המקבל להחזיק תאמר איני רוצה כך פירש רש"י ז"ל והרמב"ם. וזה על דרך דאמרינן בקדושין דעל מנת שירצה היינו דאמר אין. וכיוצא בזה כתב ג"כ הרה"מ לקמן בפכ"ב:

הלכה ח

המקדש אשה סתם ונמצא עליה אחד מן המומין הפוסלין בנשים או נמצא עליה אחד משלשה נדרים הרי זו מקודשת מספק. וכתב הרב המגיד בגמרא על משנתינו כנסה סתם תצא שלא בכתובה אמרו כתובה הוא דלא בעיא הא גיטא בעיא והקשו מאי שנא כתובה דלא דאמר אי אפשי באשה נדרנית גיטא נמי לא תיבעי אמר רבה צריכה גט מדבריהם וכן אמר רב חסדא רבא אמר תנא ספוקי מספקא ליה גבי ממונא לקולא וגבי איסורא לחומרא וכו' ופסק רבינו כרבא דהוא בתרא דאמר תנא ספוקי מספקא ליה ע"כ. ולכאורה משמע מדברי הרה"מ דרבינו פסק כרבא דמצריך גט מספק מן התורה דמדאתא לאפלוגי על רבה ורב חסדא דאמרי דצריכה גט מדבריהם משמע דלדידיה צריכה גט מחמת ספק איסורא לחומרא מן התורה. אך לדעת רבינו אין לומר כן לפי שיטתו שכתב בפ"ח דשגגות דספק מקודשת לא נקבע האיסור ואינו חייב באשם תלוי ולדידיה א"צ לחוש לספק זה מן התורה טפי משאר ספיקות שפסק בכמה דוכתי שאינן אלא מדברי

סופרים וכן כתב הפר"ח ביו"ד סי' ק"י שכך הוא דעת רבינו. וגם מדברי הרה"מ נראה כן בפרק ג' דין ב' גבי ספק דנתן הוא ואמרה היא שאין החשש בהקדושין אלא מדרבנן. ושם הארכתי בזה וכתבתי דרבא קאי בגמרא אליבא דשמואל ואיהו סבר בפרק חרש (דף קי"ד) כמאן דמחייב אשם תלוי בספק מקודשת ולדידיה הוא דמשני רבא דמחמת ספק צריכה גט מן התורה אבל למאן דלא מחייב אשם תלוי הוא הדין דאינה צריכה גט מן התורה מספק. ואפשר דהרה"מ כאן לא נתכוון לומר דרבינו פסק כרבא במאי דמשוי ליה ספק ומצריך גט מן התורה אלא לענין דהוי ספק ממונא אבל לענין איסורא אין נפק"מ במאי דאמרינן דהוא ספק איסור תורה כיון דמכל מקום אנן צריכין לחוש לספיקו מדרבנן. והוא דחוק. אלא נראה דנהי דלרבינו אין צריך לחוש לספק ולהצריך גט מן התורה רק מדרבנן מכל מקום הולד הוי ספק ממזר מדרבנן וכמ"ש לעיל. והיינו שכתב שפסק כרבא דאילו לרבה ורב חסדא שאמרו צריכה גט מדבריהם לא הוצרכו רק לכתחילה ולא לעשותו ממזר. ועל כרחך צריך לומר כן דבהא הוא דפליג רבא על רבה ורב חסדא לדעת הפוסקים דבספק קידושין אוקמינן אחזקת פנויה ולדידהו לכו"ע אין לחוש מן התורה בספק קידושין אם נתקדשה לאחר וכמו שנתבאר בארוכה לעיל בפ"ג בס"ד:

הלכה טז

האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה וכו' אם היתה מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת. והקשה הלח"מ דבהלכות מכירה כתב המזכה לעובר לא קנה והו"ל לומר שם דאם הוכר העובר קנה. וכן הקשה המעדני יו"ט בפ"ט דב"ב והניח בצ"ע, והאחרונים באה"ע סו"ס מ'. ובס' קצות החושן בחו"מ סי' ר"ט מחלק בין זכיה לעובר ובין מוכר עובר ומשמע מדבריו דלרבינו גם מוכר עובר בהמה לחבירו קנה כשהוכר העובר לדעת רבינו. והנה אישתמיט לכולהו דברי רבינו בפירוש המשנה בפרק האומר וז"ל מה שנתחזק אצלי שצריך שיקדש אותה אחר שנולדה לפי שמן העקרים שבידינו אין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. ואמנם אמרנו דבריו קיימין להחמיר שהיא נעשית כאשת איש ע"כ. הרי מבואר דמוכר עובר בעלמא לא קנה רק גבי קדושין להחמיר אמרינן דבריו קיימין וגם זה אינו אלא בשהוכר העובר כמ"ש כאן. ואע"ג דכתב כאן בסתם דמקודשת סמך אמה שכתב דצריך לחזור ולקדשה אחר שתיולד ומזה מוכח דאינה מקודשת גמורה. ועוד סמך עצמו רבינו על מ"ש לעיל בפרק ג' דין י"א דמקבל האב קידושי בתו מיום שתולד עד שתבגור ואי איתא דמשהוכר העובר גם כן מקודשת מן הדין אמאי כתב שם משתולד אלא שמע מינה דלא הוו קדושין מדינא

עד שתיולד ומה שכתב כאן הוא משום חומרא דקידושין וכמ"ש בפירוש המשנה. וא"כ מוכח דבעלמא אף אם הוכר העובר לא קנה:

ולפי מה שפירשתי בדעת רבינו אתי שפיר מה שהקשה בעל פני משה על דברי רבינו כאן מהא דאיתא בירושלמי תני ר' חייא בת יומא מתקדשת בכסף אמר ר' מנא מתניתין אמרה כן האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקיבה הרי היא מקודשת לא אמר כלום מפני שאינה בעולם הא אם היתה בעולם הרי היא מקודשת. ומשמע דדוקא בת יומא מתקדשת ולא משהוכרה בעיבור. ואישתמיטתיה דרבינו גופיה כתב להך דירושלמי בפ"ג. ולפי דבריו יהיו דברי רבינו סותרים זה את זה. אך הא דירושלמי איירי לעניין קדושין מן הדין ובכאן איירי מצד החומרא כמ"ש. [ויש להוכיח דעל כרחך ר' חייא דירושלמי ג"כ אין רצונו לומר דהעובר אינה מקודשת כלל דהא סבירא ליה דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כדאיתא יבמות (דף צ"ג) אלא אשמועינן דכשהיא בת יומא הוי ודאי לכו"ע:

ומה שקשה על דברי רבינו והטור חו"מ שסוברים דעובר בהמה חשיב דבר שלא בא לעולם ואמאי תנן בתמורה מה שבמעיה עולה וכו'. ואין לומר דקדושת הגוף דמזבח אלים דהא לבר פדא מוקמינן בקדושת דמים. וראיתי שכן הקשה בס' שער המלך הלכות נדרים וגם בספר קצוה"ח סי' הנזכר הקשה כן להטור. ובס' הפלאה בכתובות (דף י"א) כתב דהא דאמר גבי עובר דהוי דבר שלא בא לעולם היינו לעניין קדושת הגוף שאינו ראוי עד שבא לעולם אבל לעניין מכירה וקדושת דמים כיון דחזי לאכילה במעי אמו בר דמים הוא משום הכי שייך בו מכירה וקדושת דמים עכ"ד. והניח שם בצע"ג מ"ש תרומת הדשן דאי אפשר למכור העובר עצמו דא"כ תקשה דאמאי חל עליו קדושת דמים לבר פדא. ועוד קשה לי לפי דבריו דקדושת הגוף לא מהני בעובר משום דאינו ראוי עד שבא לעולם דא"כ מחוסר זמן קודם שמונה ימים נמי אינו ראוי לקרבן ואמאי קדוש א"ו דקדושת הגוף אלים כמו שנתבאר לעיל וא"כ עובר נמי. אך הא דבר פדא קשה אלא יש ליישב כמ"ש בהלכות מכירה ושם יתבאר בעזה"י]:

הלכה כ

[**העושה שליח לקדש לו אשה והלך השליח וקדשה על תנאי אינה מקודשת.** עי' במשנה למלך שהביא ראיה שאם מינה שליח לקדש לו אשה סתם והלך וקידש קדושין שאין מסורין לאישות לא הוי שינוי בשליחות ומקודשת. ועיין מה שהשיב עליו הבעל מגיה. ולי נראה להביא ראיה שאין עליה תשובה מדברי הטור אה"ע סי' מ"א שכתב גבי המקדש אשה ובתה או ב' אחיות וז"ל ואם לא קידש אלא אחת ולא פירש איזו וכו' או שאחת עשתה שליח לחברתה לקבל קידושיה ונתן בידה ואמר לה אחת מכם תהיה

מקודשת לי הוו קידושין ואסור בשתיהן וכו' ונותן גט לשתיהן ע"כ וכהאי גוונא כתב השו"ע שם. והרי התם עשתה אחת שליח לחברתה לקבל קידושיה סתם והיא קיבלה קידושין שאין מסורין ואפילו הכי שתיהן צריכות גט שמע מינה דלא אמרינן דהוי שנוי בשליחות. דאל"כ הוה לן למימר דאינה מקודשת כלל ואינה צריכה גט אותה שעשתה שליח]:

פרק ח

הלכה ד

ואם אמר על מנת שאני תנאה צריך להיות יודע לקרות המשנה. בגמ' אפליגו חזקיה ור' יוחנן על מנת שאני שונה חזקיה אמר הלכות ר' יוחנן אמר תורה. ומייתי דתנאי נמי איפלגו בזה דתניא איזהו משנה ר' מאיר אומר הלכות ר' יהודה אומר מדרש ומפרש דר' יוחנן נמי דקאמר תורה היינו מדרש תורה וסבר כר' יהודה. וכתב הרא"ש דהלכה כר' יוחנן דסבר כר' יהודה. וכוונתו דאית לן למיזל בתר פלוגתא דתנאי דהלכה כרבי יהודה נגד רבי מאיר ולאו בתר פלוגתא דאמוראי וכמו שפסקו הרי"ף ורבינו הלכה כחזקיה והיינו משום שהיה רבו דר' יוחנן. וטעמא דהרא"ש דאזיל בתר פלוגתא דתנאי הוא משום דאזיל לשיטתו שכתב בפרק קמא דב"ב סי' מ"ב דאי פסק אמורא הלכה בפני עצמו והוא פלוגתא דתנאי בברייתא אמרינן דמסתמא לא שמיע ליה פלוגתייהו ואדעתיה דנפשיה קאמר ואפשר אי הוה ידע פלוגתייהו לא הוי פליג אכללא. ולכך לא אזלינן בתר פסק דאמורא אלא הדרינן לכללא דתנאי איך קיי"ל הלכה כמאן. וכיוצא בזה כתב ג"כ בפ"ג דברכות ובפרק רבי אליעזר דמילה. וכן כתבו התוס' בע"ז (דף ס' ע"א) והסמ"ג והובא בכס"מ בפ"ג מהל' ביאת מקדש ע"ש. והכא נמי מסתמא לא הוי פליג חזקיה אכללא דרבי מאיר ורבי יהודה הלכה כר"י. ובחנם השיג על הרא"ש בביאורי הגאון באה"ע סי' ל"ח וכתב בפשיטות דאזלינן בתר מחלוקת אמוראים. ומסתמא לא אמרינן דלא שמיע להו הברייתא עכ"ד. וכבר כתבתי דהרא"ש לשיטתו בכמה דוכתי וגם שאר פוסקים סוברים בעלמא כסברת הרא"ש. ומה שיש להקשות על דברי הרא"ש במסכת ע"ז יתבאר אי"ה בחידושי שם ועוד יתבאר בזה בחידושי למנחות בס"ד:

אמנם בנידון דכאן יש לי ליתן טעם אחר לפסק הרי"ף ורבינו שלא פסקו כר' יהודה נגד ר"מ משום דיש להוכיח דר' יוסי ושאר תנאי נמי כר"מ סברי והוא מדתניא בברכות (דף כ"ב) גבי בעל קרי דאסור בדברי תורה. ר' יוסי אומר שלא יציע את המשנה ר' יונתן בן יוסף אומר מציע הוא את המשנה ואינו מציע את המדרש. ופירש רש"י ואינו מציע

את המדרש גרסינן מפני שצריך הוא תמיד להזכיר בו את הפסוקים וכו'. ולפ"ז משמע דר' יוסי דקאמר סתם ואינו מציע את המשנה היינו הלכות וכן ר' יונתן דאמר מציע את המשנה ואינו מציע את המדרש מוכח דסתם משנה לאו היינו מדרש אלא הלכות וכדאמר ר"מ בקידושין. ולשון זה דר' יונתן אמר ג"כ רבי מאיר בברכות שם דמציע את המשנה ואינו מציע את המדרש (לפי גירסת רש"י) והכי אמרי אמוראי שם וא"כ כי היכי דר"מ לפי שיטתו בקידושין ודאי שפיר דנקט מציע את המשנה ואינו מציע את המדרש משום דמשנה לאו היינו מדרש הכי נמי שאר תנאי ואמוראי דנקטי ההוא לישנא דר"מ סברי כוותיה:

הלכה ה

[**על מנת שאני צדיק אע"פ שהוא רשע גמור מקודשת שמא הרהר תשובה בלבו**. והקשה הלח"מ דא"כ פסולי עדות מחמת עבירה שהיה בפניהם קדושין נחוש שמא הרהרו תשובה בלבם. ותירץ בס' בני אהובה דגבי עדות שאני דמחמת הרהור לא מתכשרי לעדות דאף חזרת תשובה לא מהני עד שיעידו עליו בבית דין ורמז לסי' ל"ד סעיף כ"ט וסמ"ע וש"ך. ולי נראה דשאני הכא דאמר בפירוש על מנת שאני צדיק ומשום הכי חיישינן שמא הרהר תשובה דאמרינן אין אדם מוציא דבריו לבטלה ואינו אלא גלוי דעת בעלמא משא"כ בעדות כיון שהוא בחזקת רשע אין לנו לומר שמא עשה תשובה מסתמא בלא גלוי דעת כלל]:

פרק ט

הלכה ו

האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח ואינו יודע אם קידש אם לא קידש לו אשה הרי זה בחזקת שקידש וכו'. וכתב הט"ז באה"ע סי' ל"ה דבזה מתורץ דלמה לא יהא מותר בכל הנשים מטעם ספק ספיקא דשמא לא קידש כלל לשום אשה ואת"ל שקידש שמא לא זו היא קרובתה ולכך אמר בחזקת השליח שבודאי קידש. והבית שמואל שם כתב לתרץ דהיינו טעמא דלא מתירין מטעם ספק ספיקא משום דהוי ספק אחד בגופו של איסור וספק השני בתערובות ולא מהני כהאי גוונא באיסור דאורייתא. וגם בספר כרתי ופלתי כתב כן ביו"ד. ואינו מחוור דהא מבואר בדברי האחרונים ביו"ד בדיני ספק ספיקא דכי לא מהני ספק אחד בגופו וכו' אלא כשהוא בא קודם ספק השני שבתערובות דחל שם האיסור תחילה קודם שנולד ספק השני אבל אם באין שני הספיקות כאחד הוי שפיר ספק ספיקא. והכא נמי הרי באו שני הספיקות כאחד בשעת מיתת השליח ואי

אפשר לעולם לספק הראשון לבוא בלא האחרון. ועוד דלדעת רבינו הוי ספק ספיקא אפילו בעלמא כשאחד בגוף ואחד בתערובות וכמ"ש בס' שער המלך בהלכות יו"ט. אלא נראין דברי הט"ז דמחמת חזקת שליח עושה שליחותו הוא אסור. ואע"ג דחזקה זו לא ברירא כשאר חזקות שהרי לא סמכינן עלה לקולא רק לחומרא מ"מ לא מחשב לספק שקול אלא כמו ספק הרגיל לאיסור דרגיל הוא שהשליח יעשה שליחותו וכיון דרגיל הוא לאיסור טפי מלהיתר לא חשיב כשאר ספק. וכהאי גוונא כתבו התוס' בפ"ק דפסחים (דף ט' ע"א) גבי ספק אכלתיה דהוי ספק הרגיל ועדיף אפי' לקולא. וא"כ כל שכן להחמיר דלא נצטרף ספק הרגיל להתיר מטעם ספק ספיקא:

ומ"מ נראה שאין כאן איסור מן התורה רק מדרבנן. שהרי אליבא דכו"ע אין כאן אלא ספק וכמ"ש המל"מ וא"כ לא מבעיא לדעת רבינו שכתב בהלכות איסורי ביאה ובכמה דוכתי דאיסור כל הספיקות אינן אלא מדברי סופרים דהכי נמי אין כאן איסור תורה אלא דאף להפוסקים דמן התורה ספק איסור לחומרא אפשר דשאני כאן דאיכא חזקת פנויה וחזקת היתר נגד חזקת השליח. וגם אף אם קידש איזה אשה איכא ספק אם זו היא הקרובה שלה. ויש להביא ראיה לזה ממ"ש רבינו בפט"ו דאיסורי ביאה דין כ"ט שאין אוסרין עריות ומחזיקין אותן בשאר בשר מספק עד שידע בודאי שזו ערוה עליו. והביא ראיה מכרחת לזה מן התורה וגם מהא דמעשים בכל יום דאף יתומים שלא הכירו אבותיהם נושאין נשים ולא חיישינן שמא היא בת אביו או אחותו וכהאי גוונא. וא"כ משום ספק גרידא אין לנו לאסור כלל. ועל כרחין כל האיסור כאן אינו אלא משום חזקת שליח עושה שליחותו וזה אינו מן התורה. אך ראיתי בספר מחנה אפרים שדחה דהתם איירי שלא איתחזק ערוה בודאי. ואין בזה דחייה כלל דהכא נמי מן התורה לא הוחזק ערוה דאי משום חזקת שליח עושה שליחותו לא הוי חזקה מן התורה כמו שנתבאר. ועוד דאף אם קידש בודאי ונתחזק איסור משמע בירושלמי פ"ז דשבת דלא חיישינן לכל הנשים מן התורה רק מדרבנן משום שיש לו תקנה לישא גיורת ומשוחררת. ואי איתא דמן התורה אסור מספק לא שייך הטעם דיש לו תקנה אלא שמע מינה דאינו אלא מדרבנן. [ועוד מפלוגתא דר' יוחנן וריש לקיש התם בירושלמי משמע דאינו אסור רק מדרבנן דר' יוחנן אמר אם קידש אשה בעולם חושש לכל הנשים שבעולם וריש לקיש אמר אינו חושש. ועל כרחך מדריש לקיש נשמע לר' יוחנן. דכיון דר"ל מתירו בכל הנשים אף [אם] קידש בודאי שמע מינה דסבירא ליה דבטילה ברוב. והוא הדין לר"י יש לנו לומר כן ולא אסר אלא מטעם קנס. דאין לנו לעשות פלוגתא רחוקה ביניהם לומר דלר"י מן התורה אסור ולר"ל מותר לגמרי אלא כדכתיבנא:

ומה שהקשה המפרש שם בירושלמי לפירוש זה דמאי פריך התם גבי נשבה ואינו יודע מתי יום השבת דיחוש לכל הימים הא לא שייך לקונסו דאנוס הוא. י"ל דהתם מן הדין לא שייך ביטול ברוב גבי ימים כמ"ש המג"א. אבל גבי נשים שייך ביטול ואין אסור מן הדין]:

הלכה כא

המקדש אחת מחמש נשים ואינו יודע איזו מהן וכו' אם קידש בביאה וכו' שיתן כתובה לכל אחת. וכן כתב הט"ו באה"ע סי' מ"ט. והקשה הבית שמואל שם דבטור חו"מ סי' שס"ה גבי גזל אחד מחמשה ואינו יודע מאיזו מהן שצריך לשלם לכל אחד מהן כתב שם דכל אחד מהן היה נשבע שזה גזלו. ולמה לא היו דנין כן גם כאן על כל אחת מהנשים ואמאי היו נוטלים סתם. ובגמרא מדמה להו לדין גזל אחד מחמשה וא"כ ליבעו [שבועה] כהתם. וקושיא זו קשה ג"כ על רבינו דאיהו נמי כתב בהלכות גזילה גבי גזל אחד מחמשה כהטור שם בסי' שס"ה שהבאתי וכאן לא מצריך כה"ג. וראיתי להרב בספר קרבן נתנאל בפרק ט"ו דיבמות שכתב לתרץ קושית הבית שמואל דהכא שהנשים תובעין אותו הכתובה אם היה טוען ברי שאין חייב אלא לאחת מהן היה נשבע ופטור ועכשיו שטוען שאינו יודע לאיזו מהן הוא חייב דהוי ליה מחויב שבועה דאורייתא דהא מודה שחייב לאחת ואינו יכול לשבע ומשלם. משא"כ התם היו דנין לשבועה לנגזלים וכדתנן אלו וכו' ונוטלין הנגזל וכו' ומשום הכי לא יטלו כל אחד בסתם ע"כ:

ואין דבריו מתחוורין באמת כלל דודאי לא הוי כאן דין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דהא כתב הנמוק"י בפרק המפקיד והרב המגיד בהלכות שאלה ופקדון גבי שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכל אחד אומר מאתים שלי והוא אומר שאינו יודע שהיו מחייבין לכל אחד לישבע שהמאתים הן שלו כמ"ש הפוסקים ולא אמרינן דהוה ליה מחוייב ואינו יכול לישבע דמשלם בסתם אע"פ שהן טוענין כל אחד מאתים והוא אומר לכל אחד מנה ודאי יש לך בידי ומנה איני יודע לא אמרינן דהוה ליה כאומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דשאני התם שהדבר ידוע שלא הפקידו לו בין שניהם אלא שלש מאות והוא מפסיד מנה מחמת פשיעותו שלא כדין בדין הוא שהנוטלים לא יטלו סתם ע"כ. והובא בבית יוסף בחו"מ סי' ש' וא"כ קל וחומר מזה לנדון דידן גבי חמש נשים דלא הוה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם שהרי אינו מודה במקצת לכל אחת מהנשים בפני עצמה רק לאחת מהן והוא מפסיד רק מחמת פשיעותו וא"כ הוה לן לומר שלא ישלם לכל אחת בסתם רק כמו גבי פקדון. ואע"ג דהתם נמי אם היה טוען ברי שהמאתים של זה היו דנין שישבע לאידך ונפטר ואפילו הכי כשטוען איני יודע של מי

המאתים אינו צריך ליתן לכל אחד ואחד בסתם ולא הוי מחויב ואינו יכול לישבע משלם מטעם שנתבאר שהדבר ידוע שמפסיד מנה שלא כדין רק מחמת פשיעתו. והכא נמי הדבר ידוע שלא קידש רק אחת מהן והוא מפסיד שלא כדין מחמת פשיעותו ואינו בדין שיטלו בסתם. ולא דמי למחוייב ואינו יכול לישבע בעלמא כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא גבי מלוה דאין ידוע שמפסיד שלא כדין דאפשר דבאמת הוא חייב לו מאה כמו שאמר המלוה משא"כ גבי פקדון. והכא נמי דמי לפיקדון ואף עדיפא מיניה וכמ"ש. ועוד דגם גבי מלוה הדין כן דאם שנים תובעין אותו כל אחד מאתים והוא אינו יודע אלא מנה דמשלם לכל אחד כשנשבע דוקא. וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ע"ו. וכן יש להוכיח ממ"ש הטור חו"מ בסי' ל"א:

וכל זה נעלם מבעל ספר קרבן נתנאל שכתב שאין דין זה שאין נוטלין סתם רק גבי נגזל והוא נגד כל הפוסקים הנזכרים. וגם הכס"מ כתב בהל' גזילה שהוא כלל דכל הנוטל מעות מחבירו אינו נוטל בסתם אלא שקיצר שם במה שלא ביאר דאמאי לא הוי מחויב שבועה וכו'. אמנם הדבר מבואר על פי דברי הנמוק"י והרה"מ שהביא בבית יוסף סי' ש' גבי פקדון ושייך נמי בגזל. ולכך לעולם אינם נוטלים בסתם אפי' היכא דלא שייך דין נגזל נשבע ונוטל כגון שאין עדים שגזל:

ועתה מאחר שנתבאר שאין תירוץ בעל קרבן נתנאל עולה כהלכה קושית הבית שמואל במקומה עומדת דאמאי נוטלין כאן הנשים בסתם. וכן קשה לפי מש"כ הכס"מ שם עוד טעם גבי גזל דמשום הכי אינם נוטלין בסתם משום דמדינא פטור לשלם לכל אחד ואחד ואלא משום דעביד איסורא ענשו אותו אין ראוי שישלם בסתם ע"כ עיי"ש. וא"כ דהכא נמי לא הוה לו לשלם בסתם וקל וחומר ומה התם דעביד איסורא דאורייתא אינו משלם בסתם ק"ו כאן דלא עביד רק איסורא דרבנן שקידש באישות דאין ראוי שישלם לכל אחת בסתם. ועל כן נראה דהכא היינו טעמא דראו החכמים שישלם לכל אחת סתם שאם יצטרכו שבועה יתבטל עונשו דמסתמא יפרשו כולם דהא אין קידושין בלא עדים אלא שהלכו להן ואינן עתה לפנינו ואפשר שיבואו ויתברר הדבר את מי קידש ומי לא קידש ויתברר הרמאי וקיי"ל דבכהאי גוונא היו משביעין ולא מבטלינן העדות לפסול העדים שיבואו אח"כ וכמ"ש הש"ך בחו"מ סו"ס פ"ז וכיון דאפשר להתברר מסתמא יפרשו ונמצא שלא הועילו חכמים בתקנתן. ועל כן אמרו שישלם לכל אחת בסתם ולא דמי לגזל דמסתמא ליכא עדים ולא יתברר ולא יפרשו על ידי שבועה:

פרק י

הלכה א

הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים כל זמן שהיא בבית אביה. ועיין בהרב המגיד שכתב ראיה לזה שאין בארוסה איסור תורה ממנהג יהודה שהיו מיחדים קודם כניסה לחופה. ולי נראה ראיה מבוררת מסוגיא דסוטה ריש פרק ארוסה (סוטה דף כ"ד ע"ב) דפריך למה לי קרא למעט ארוסה שאינה שותה דתיפוק ליה דלא קדמה שכיבת בעל לבועל ומוקי לה שבא עליה ארוס בבית אביה ושמע מינה דאין בזה איסור תורה דאל"כ אכתי תקשי דלמה לי קרא למעט אפילו בכהאי גוונא דתיפוק ליה שאינו שותה משום דזה אסור מן התורה וא"כ אינו מנוקה מעון. ובשלמא אי אין בזה איסור תורה אע"ג דמדרבנן איכא איסורא שפיר איצטריך קרא למעטה כיון דמן התורה הוא מנוקה מעון. ועיין במל"מ בזה בהלכות סוטה פ"ב אבל אי הוה בזה איסור תורה תקשי כנ"ל:

ואפילו אם קידשה בביאה אסור לו וכו' עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתייחד עמה וכו' וזה הוא הנקרא כניסה לחופה והוא הנקרא נשואין. והר"ן בריש כתובות כתב בשם אחרים דפליגי על רבינו וס"ל דחופה לאו היינו יחוד והביאו ראיה מדאמרינן לקמן דאלמנה מן הנשואין אין לה אלא מנה ואע"פ שעדים מעידים עליה שלא נסתרה וכו' אלמא דחופה לאו יחוד הוא. ובס' חלקת מחוקק סי' נ"ה החזיק הרבה בראיה זו ע"ש שכתב דבהדיא קרי לה נשואה אע"פ שלא נתייחדה. [ובס' בני אהובה כתב דאיירי בקידשה אביה וכנסה בפחות מבת ג' ואינו מחוור דהא נמי לא הוי חופה הראויה. ועוד דלכו"ע לא הוי חופה בפחותה מבת ג' כמ"ש בספר שער המלך]:

ואני אומר ליישב דעת רבינו דאין לשון הברייתא מכרחת כלל די"ל דבאמת לא קרי נשואה בלא יחוד. וכן כניסה לחופה לא מקרי בלא יחוד אך בברייתא דלקמן (בדף י"א ע"ב) איתא בזה הלשון כנסה ראשון לשום נשואין ויש לה עדים שלא נסתרה וכו' אין השני יכול לטעון טענת בתולים ולשון זה איכא לפרושי דאיירי במסר האב לשלוחי הבעל וכדמצינו בפרק נערה (כתובות דף מ"ט) דמפרש הא דתנן בסוף פרק הנחנקין הבא על אשת איש כיון שנכנסה לרשות הבעל לנשואין אף על פי וכו' דאיירי אפילו לא נכנסה לחופה אלא שמסרו שלוחי האב וכו' ונכנסה לרשות הבעל בעלמא. אלמא דאע"ג דקתני ג"כ לנשואין מיהו כיון דלא קתני נשאת סתמא אלא נכנסה וכו' לנשואין מפרשינן לה בשמסרה לו האב. [וכן הא דתנן בפרק בתרא דנדרים (דף פ"ט) המשיא את בתו ונתאלמנה וכו' מפרש לה הטור יו"ד סי' רל"ד בשלא נכנסה לחופה אלא שמסרה האב וכו' וכמ"ש הבית יוסף שם. וגדולה מזו כתב הרשב"א בחידושיו לגיטין (דף פ') דאפילו

קידושין לפעמים קרי נשואין בגמ' רק בלשון בני אדם לא סבירא להו כמ"ש בתשובה הובא באה"ע סי' כ"ז. וכן דעת רדב"ז ח"ד סי' מ"ג. ואיכא דסבירא להו אף בלשון בני אדם כמ"ש ביו"ד סי' רי"ז. וכן הובא בס' בית מאיר באה"ע סי' נ"ג וס"א. ועיין מל"מ ריש הל' מכירה. ובנדרים (דף ס"ח) משמע דארוסה אקרי אשתו. וכן משמע במכילתא שהביא הכס"מ ריש פ"ג דהלכות עבדים ובספרי פרשה ראה ומקרא מלא הוא בכי תצא בפרשת נערה המאורסה. וא"כ ודאי איכא לפרושי הא דקתני תנא כנסה ראשון לשום נשואין ויש לה עדים שלא נסתרה דהיינו שלא נכנסה לחופה כלל אלא שמסרה האב לשלוחי הבעל ונתאלמנה בדרך וסבירא לן דבכהאי גוונא נמי אין לה אלא מנה מן הכונסה אחרי כן כמו הנושא בתולה אלמנה מן הנשואין]:

הכי נמי כאן בברייתא דקתני כנסה לשם נשואין ולא קאמר נשאה סתם ואיכא לפרושי שכנסה לרשותו ע"י שמסרה לו לשם נשואין. וסבר האי תנא דמסירה מהניא לענין שתהא כתובתה רק מנה מן השני והכי סבר ריש לקיש בפרק נערה (כתובות דף מ"ח ע"ב). ואע"ג שכתבו תוספות שם דשמואל דקאמר התם דמסירה מהני לירושתה ממעט הא דקאמר ר"ל לכתובתה אפשר דהיינו משום דסבר דברייתא דמייתי התם דקתני גבי מסירה דאב דמהני במה דברים אמורים לירושתה וכו' אתא למעוטי להא דר"ל פליג אהך ברייתא דפרק קמא דסברה דמסירה דאב מהני להיות כנשואה לענין כתובה. ולכך לא פסק כוותה. אבל מכל מקום הברייתא סברה כוותיה דר"ל כיון דאיירי במסירה כמ"ש:

ומה שהקשה הבית שמואל בסי' ס"א לשיטת רבינו דס"ל דחופה היינו יחוד מאי מבעיא בש"ס פרק אף על פי פירסה נדה מהו אי מהני החופה. והא פשיטא דלא מהני דהרי אסור להתייחד עמה ואיך סלקא דעתין דקונה אותה ביחוד של איסור הא כתב הר"ן בפ"ק דקידושין דאין קונה בקירוב של איסור והכי נמי אינו קונה ביחוד של איסור. ואני אומר שאין דברי הר"ן מוכרחים בזה דמה שהביא ראיה דבביאת דאיסור אינו קונה מהא דאמרינן בפרק ארבעה אחין (יבמות דף כ"ט) גבי אחות זקוקה אפילו למאן דאמר מאמר קונה קנין גמור מאמר דהיתרא קני מאמר דאיסורא לא קני. ויש לדחות דשאני התם דאהני קרא דדרשינן ביה ויבמה ביאה גומרת בה ולא כסף ושטר להכי דאי הוה דאיסורא מיהא לא קני וכהאי גוונא איתא בתוס' שם. אי נמי יש לדחות על פי מ"ש התוס' שם (בדף י"ח ע"ב) אההיא סוגיא (דבדף כ"ט) דאיירי שעשה היבם שליח שיעשה מאמר. ולפ"ז משום הכי קאמר דמאמר דהיתרא קני ולא דאיסורא דהוה שליח לדבר עבירה לעשות מאמר באחות זקוקה וקי"ל דאין שליח לדבר עבירה ואם שלחו בטל השליחות. וכמ"ש התוס' בפ"ק דב"מ (דף י' ע"ב) גבי כהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה

דבטל השליחות ולא חלין הקידושין. ונראה דגם באיסור דרבנן בטל השליחות שהרי אף בדרבנן אמרינן אין שליח לדבר עבירה. וכמ"ש המשנה למלך בפ"ב דהלכות רוצח. וכן כתב בפ"ה דהלכות מלוה. וכן הוכיח בשו"ת נודע ביהודה חלק אבן העזר סי' ע"ה ופ"ב. [וכן משמע בסנהדרין (דף ע') דאיתא התם דדרבנן הוי בכלל אינו שומע בקולו של מקום א"כ שייך לומר בזה דברי הרב וכו'. וזה דלא כמ"ש בשו"ת טור האבן סוף סימן ל"ה דבאיסור דרבנן לכו"ע אין השליחות בטל. וגם דלא כמ"ש בס' שושנת העמקים כלל כ"א דהוי ספק]. וא"כ אין מההיא דפרק ארבעה אחין שום ראיה דלא ליקני ביאה או יחוד של איסור ע"י עצמו:

ואדרבא יש להביא ראיה דקונה מהא דתניא ביבמות (דף כ' ע"ב) גבי יבמה שהיא חייבי לאוין אם וכו' קנו ופסקוה הפוסקים. וכן ביאת נדה קונה ביבמה כמ"ש התוס' והרא"ש בריש יבמות. וכן חופה קונה בחייבי לאוין ושניות ליורשה ולהפר נדריה. וכמו שפסק רבינו לקמן בפרק כ"ב ובהלכות נדרים. וא"כ שפיר מאי דסלקא דעתין בפרק אע"פ דחופת נדה גם כן קונה. וההיא דמאמר דאיסורא לא קני תירץ דהיינו טעמא דהתם על ידי מה שקונה אחות זקוקתו הוא עושה האיסור ומשום הכי דין הוא שנאמר דקנין זה אינו מועיל ובזה הוא מוצל מאיסור אחות זקוקה ע"כ. אך לא יתיישב בזה מה שכתבו התוס' ביבמות (דף י"ח ריש ע"ב) והרא"ש בפרק החולץ דאם עבר וקידש ונשא אחות זקוקתו מותר לבוא אליה לכתחילה. וכן פסקו באה"ע סי' קנ"ט. הרי דאהני ליה הקידושין והחופה שעשה באיסור אף להתיר הקירוב. ולפי דברי ס' שער המלך תקשי מהא דמאמר דאיסורא לא קני דכיון דלא מהני לקנות כדי להנצל מהאיסור אמאי מהני להתיר לו לבוא אליה. אך לפי מה שכתבתי אתי שפיר דקושטא דמהני קנין באיסור בעלמא וההיא דמאמר טעמא כדכתיבנא. [אך צריך טעם דהתינח לאביי דסבר אם עביד מהני. אבל לרבא אמאי קונה באיסור. ויש להביא ראיה דקני מע"ז (דף מ"ב)]:

הלכה ב

כיון שנכנסה הארוסה לחופה וכו' הרי היא אשתו גמורה לכל דבר וכו' אע"פ שלא קרב אליה. משמע דאע"פ שיש עדים שבודאי לא קרב אליה הרי היא אשתו גמורה ונקראת נשואה לכל דבר. וגם התוס' כתבו כן בכתובות (דף מ"ט). ועיין מה שאכתוב בעניין זה לקמן בפרק י"א לעניין כתובה ובהלכות איסורי ביאה פרק י"ט גבי חללה:

והוא שתהא ראויה וכו' אבל אם היתה נדה אע"פ שנכנסה לחופה ונתייחד עמה לא גמרו הנשואין. ועיין בלח"מ שהר"ן הקשה על רבינו מהא דקיי"ל שיש חופה לפסולות. ותירץ הוא דלא מהני החופה דפסולות רק למפסלה מתרומה אבל לעשות קנין גמור אינו

מועיל. וגם בס' פני משה בפירושו לירושלמי כתב כן. ולא הועילו בזה דהרי מדברי רבינו עצמו לקמן בפרק כ"ב מבואר דהנושא אשה האסורה לו אם מתה יורשה. ובפרק י"א מהלכות נדרים כתב דאם הפר נדריה מופרין. אלמא דאף לקנות קנין גמור מהני חופה אסורה שאינה ראויה. לכך נראה דהעיקר הוא כמ"ש שיש לחלק בין חופת נדה לשאר איסורים דהתם איכא מיהת חיבת קירוב דאדעתא דהכי נסבה שיקרב אליה באיסור. משא"כ בנדה דלא נסבה אדעתא שיקרב אליה בנידותה באיסור וליכא חיבת קירוב. וחילוק זה כתב ג"כ בס' בית שמואל בסי' צ' ס"ק ט"ו:

וראיתי בספר בית מאיר שהקשה על הב"ש ואין דבריו מוכרחים כלל. גם מה שכתב טעם לחלק בין חופת נדה לחופת חייבי לאוין דנדה לכולי עלמא לא חזיא עתה אבל חייבי לאוין אסורה רק לזה אינו מחוור דמי לא עסקינן גם מחייבי לאוין שאסורין לכל ישראל. גם מה שכתב דחייבי לאוין החופה קונה משום שהקידושין קונין. הוא תמוה דאטו נדה מי לא תפסי בה קידושין ואפילו הכי דעת רבינו דחופה אין קונה בה אלא הטעם כמו שכתבו הב"ש והלח"מ. ועוד י"ל כמ"ש בס' קרבן נתנאל דפירש כוונת רבינו דאיירי שלא ידע שהיא נדה אבל אי ידע מודה דקנה חופתה בדיעבד. וכבר כתב כן גם הבית שמואל בסי' ס"א. וכהאי גוונא מחלקין המרדכי והגהות אשרי לעניין קנין תוספת כתובה. ולפ"ז לא קשה קושיית הר"ן מההיא דיש חופה לפסולות דהתם איירי בשידע מפסולן:

ועפ"ז יש ליישב גם כן מה שהקשה בספר הפלאה על מה שפסק רבינו בהלכות אבל פ"ו אם מתה אשתו ולא קיים עדיין פריה ורביה יכול לכנוס אשה מיד ולא וכו' עד לאחר ל' יום. והשתא הא הוי חופה שאינה ראויה. ושוב הקשה מסוגיא דפ"ק דכתובות גבי הא דמיבעיא ליה לתלמודא בתולה נשאת ברביעי ומתיחדת ברביעי או נשאת ברביעי ומתיחדת בחמישי. ולפי דברי רבינו הא ודאי מתיחדת ברביעי דאי הוי איסור לקרב אליה ברביעי היאך היא נשאת ברביעי הא לא קניא החופה דהוה ליה חופה שאינה ראויה לקירוב. ולפי מה שכתבו הבית שמואל והקרבן נתנאל לדעת רבינו אתי שפיר ולק"מ דהא התם יודע שאסור לקרב אליה ברביעי וכן גבי אבל יודע. ובכהאי גוונא קני גם כן חופה שאינו ראויה גם לדעת רבינו:

וכן אתי שפיר מה שהקשה בס' שער המלך מסוגיא דפ"ק דיומא (דף י"ג) גבי כהן גדול ביוה"כ שמתקינין לו אשה אחרת. והרי לדעת רבינו לא הוה חופת שניה כלום שהרי אינה ראויה לפי מה שפסק בהל' איסורי ביאה שאין כהן גדול נושא שתי נשים לעולם. וכל שכן דקשה להירושלמי דנושא השניה ביוה"כ דודאי חופתה אינה ראויה עתה. ולפי

דברי הקרבן נתנאל והבית שמואל לק"מ דהתם נמי הרי יודע שאסור לקרב אליה:
וראיתי בספר עצי ארזים באה"ע סי' ס"ד שחולק על הבית שמואל והביא ראיה מסוגיא דיומא דחופה דלא חזיא לקירוב לא מהני אע"פ שיודע שאסור הוא לקרב אליה. והוא מדדחיק לאוקמא דמתקינין לו אשה אחרת לכהן גדול מערב יוה"כ ומחמת כן צריך לומר דמגרש על תנאי כדי שלא יהא שתי בתים ביוה"כ ואמאי לא קאמר דביוה"כ גופיה יקדש ויכנוס השניה כשתמות הראשונה וכדאמר בירושלמי דהכי עביד. ואי משום שבות דקונה קנין ביוה"כ אמר התם דאין שבות במקדש. אלא ודאי היינו טעמא דגמרא דידן דלא קאמר הכי משום דסבירא לן דבעינן חופה הראויה וביוה"כ הא אינה ראויה לקירוב. וא"כ מוכח דגם כשיודע נמי לא מהני דאל"כ הדרא הקושיא לדוכתא דאמאי לא קאמר נמי בש"ס דידן דמקדש וכניס לה ביוה"כ עכ"ד. והנה לא הרגיש דלדעת רבינו בלאו הכי אי אפשר לומר כן דמהאי טעמא לא קאמר דקדיש וכניס לשניה ביוה"כ משום דאז הוי חופה שאינה ראויה דא"כ מאי הועיל עתה דמקדש וכניס לשניה בערב יוה"כ הא ג"כ אינה ראויה לקירוב מחמת שתי נשים. וא"כ על כרחין זה מכריח לומר כמ"ש הבית שמואל דאם יודע מאיסור קירוב מהני החופה. ומלבד שאר הרבה ראיות שכתבתי. וכי תימא דא"כ תקשי אמאי לא קאמר בגמ' דידן דמקדש וכניס ביוה"כ וכדאמר בירושלמי. יש לי ליישב בטוב טעם ודעת דגמרא דידן סברה דכאן לא אמרינן להתיר לקדש ולכנוס ביוה"כ מטעם דאין שבות במקדש דהיינו דוקא שבות שלא היה אפשר מאתמול אבל שבות שאפשר מאתמול לא הותר בשבת אף במקדש. וכמ"ש הכס"מ בסוף הלכות בית הבחירה וכן משמע מפירוש רש"י בערובין (דף ק"ג ע"ב). ואי"ה בהלכות בית הבחירה יתבאר דכך מוכח ג"כ בגמ' דידן בפסחים (דף ס"ו ע"ב) וה"נ אפשר לקדש מאתמול. אך הירושלמי דקאמר ביומא אהא דמקדש השניה ביוה"כ משום דאין שבות במקדש ס"ל דאף שבות שאפשר מאתמול שפיר דמי במקדש בשבת ואזיל לטעמיה שכך סבר הירושלמי בפסחים פרק האשה הלכה ג'. ועוד כתבתי בעניין זה בחידושי ליומא בס"ד:
[**ואם** תאמר לפי מש"כ דאי יודע הוא שאסור לו לקרב אליה הוי חופה אף שאינה ראויה א"כ אמאי כתב רבינו בסמוך דין ז' דצריך לכתוב כתובה קודם כניסה לחופה. ופירש הרב המגיד הטעם מפני שהוא סובר דבעינן לכתחילה חופה הראויה והתם יודע הוא דאסור הוא לקרב אליה קודם כתיבת הכתובה. אך יש לדחות דאין דברי הרה"מ מוכרחים די"ל דהתם היינו טעמא דצריך לכתוב הכתובה קודם כניסה לחופה משום דקיי"ל דאסור לשהות עם אשתו אפילו שעה אחת בלא כתובה וכמ"ש לקמן ואם יכנוס לחופה קודם כתיבת הכתובה הרי שוהה עם אשתו בלא כתובה:

והנה בס' קרבן נתנאל כתב להקשות על דברי רבינו מדפריך בקדושין (דף ג') לרב הונא דאמר חופה קונה מניינא דתני האשה ניקנית בשלשה דרכים בכסף ובשטר וכו' למעוטי מאי הא איכא למימר דמניינא אתי למעוטי חופה דאינו קונה בשעת נדתה דאילו הני שלשה קנו אפילו בעת נדתה דקידושין תופסין בנדה ע"כ. נראה דלק"מ דעד כאן לא תני תנא מניינא למעוטי אלא מילתא דפשיטא ליה דאינו קונה דאילו משום מילתא דמספקא ליה אי קנה לא הוה ליה למתני מניינא אלא הוה ליה למתני סתמא האשה נקנית בכסף ובשטר וכו' דמשמע הכי ומשמע הכי. ומדתנא מניינא שמע מינה דפשיטא ליה דדוקא הני שלשה קנו ותו ליכא וא"כ לא הוה מצי למימר לרב הונא דאתא תנא למעוטי חופת נדה דלא קנה דא"כ הוה משמע דלא קני כלל ואנן מספקא לן בפרק אע"פ אי קונה חופת נדה כחופה דטהורה. וא"כ לרב הונא דחופה דטהורה הוו קידושין ודאי חופת נדה הוו קידושי ספק וצריכה גט. והאיך נמעטיה תנא לומר דודאי אינה מקודשת:

ועוד נראה דקושית הקרבן נתנאל מהא דרב הונא לק"מ דקושטא דמשום קנין קדושין גם לדעת רבינו היה מהני דגבי קידושין לא בעינן ראויה לביאה דכל קדושין דכסף ושטר אינן ראוים לביאה בשעת קידושין רק קנין גמור דחופה דעלמא הוא שכתב רבינו דלא מהני. וזהו שכתב רבינו לא גמרו הנשואין דמשמע דגמר לא מצו למיעבד אבל תחילת קנין מצו למיעבד לרב הונא. דהא עדיף לרב הונא חופה בקידושין מבגמר כמ"ש התוספות]:

הלכה יב

תקנו חכמים שכל הנושא בתולה יהיה שמח עמה שבעת ימים וכו'. משמע דסבר רבינו דמצות שמחה דחתן אינו מן התורה אלא מתקנת חכמים. והפוסקים נחלקו בזה כמ"ש הרא"ש בריש כתובות. ורבינו משמע דסבר דאינו מן התורה. וכן משמע ממה שכתב בריש הלכות אבל דמשה תיקן לישראל שבעת ימי המשתה ושבעת ימי אבילות ותקנת משה לא מקרי דאורייתא כמ"ש הפוסקים גבי קריאת התורה בשבת ויו"ט דהוי תקנת משה ואינה דבר תורה. והנה הרב כס"מ לא הראה מקור לדברי רבינו בהלכות אבל הנזכר. ובס' בית הלל כתב שחפש ולא מצא. והוא באמת מפורש בתלמוד ירושלמי פ"א דכתובות. וגם הרמב"ן שכתב לשון זה בפשיטות בס' המצות. ובפירוש החומש פרשת ויצא ושם יישב הא דיליף בירושלמי במסכת מו"ק דאין מערבין שמחה בשמחה מקרא שנאמר מלא שבוע זאת (כמ"ש רבינו בסמוך) וכתב דסמך בעלמא הוא ממנהגי הקדמונים קודם התורה. וכהאי גוונא כתבו התוס' בגיטין (דף מ"ז ע"ב) גבי תקנת פירות דאשה לבעל ומזונות האב לבת. וכן המל"מ כתב כהאי גוונא בפ"א דהלכות נערה בתולה

גבי כתובת בתולה ועיי"ש:

ואי"ת דא"כ דשמחת חתן אינו מן התורה אמאי כתב רבינו בהלכות סוכה פ"ו דהשושבינין וכל בני החופה פטורים ממצות סוכה דהוי מן התורה. וי"ל דעל כרחך איירי שהנשואין היו קודם הרגל דהא אין נושאין ברגל וא"כ כבר נתחייבו במצות שמחת חתן קודם חיוב דסוכה וגם מסתמא התחילו לעסוק בשמחת החתן מקודם ומשום הכי פטירי ממצות סוכה שבאה אח"כ דקיי"ל דעוסק במצוה אפילו דרבנן פטור גם ממצוה דאורייתא והכי מוכח בכמה דוכתי כמ"ש בחידושי לברכות:

ומה שכתב בס' פני יהושע בקונטרס אחרון לכתובות להביא ראיה דשמחת חתן הוא מה"ת מדתניא בפ"ק דמו"ק גבי ראיית נגעים דכתיב וביום הראות בו יש יום שאתה רואה בו ויש יום שאי אתה רואה בו מכאן אמרו חתן שנולד בו נגע נותנין לו שבעת ימי המשתה לו ולביתו ולכסותו וכן ברגל נותנין לו שבעת ימי הרגל דברי ר' יהודה. ומשמע דדייק לה דשמחת חתן הוי מן התורה מדמעט ליה מקרא דאין רואין לו נגעו. ואין זה ראיה דאיכא למימר דר' יהודה לשיטתו דאית ליה בפ"ב דסוכה (דף כ"ג) גבי סוכה שאינה ראויה לשבעה מחמת גזירה דרבנן כגון העשויה על גבי אילן ובהמה שאין עולין עליה ביו"ט משום גזירה נמי ממעטינן ופוסלין אותה מדכתיב חג הסוכות תעשה לך שבעת ימים שתהא ראויה לשבעה וכל שאינה ראויה לשבעה אף מדרבנן ממעטינן לה. והכי נמי כל שצריך לשמוח אף מדרבנן ממעטינן שאינו בכלל יום הראות רק דבר הרשות לגמרי. ועוד דאיכא למאן דאמר התם דאף לדבר הרשות ממתינין לו וא"כ אף לרבי יהודה דבעי דבר מצוה סגי בדרבנן. ולעיל בהלכות יו"ט הוכחתי דעל כרחך צריך לומר כן לדעת התוס' ורבינו דשמחת הרגל בזמן הזה דרבנן. ועל כרחך בזמן הזה איירי מדקתני וכן ברגל דמשמע דרגל לא עדיף מצות שמחה דידיה טפי מחתן ואלא איירי בזמן הזה דאינו מן התורה. וא"כ י"ל דהכי נמי הוי שמחה דחתן רק מדרבנן:

הלכה יד

[**ואין צריך לומר שאסור לישא אשה בשבת.** כתב הרב המגיד ירושלמי הלין דכנסין ארמלין צריכין למכנס מבעוד יום שלא יהו כקונה קנין בשבת. הנה הרב ז"ל הניח ידו מלפרשה והפוסקים נחלקו בביאורו הובא בבית יוסף באו"ח סי' של"ט ובאה"ע סי' ס"ד. ויש מי שסובר דכניסה זו היינו ביאה דוקא דכל שלא בא אליה מבעוד יום אסור לקרב אליה בשבת וטעמא משום דסבירא ליה דחופה שהוא יחוד אינו קונה באלמנה וכן פסק הב"ח. אבל על כרחך אין דעת רבינו כך שהרי לא חילק בין בתולה לאלמנה. וכ"כ הבית שמואל דרבינו לא ס"ל כהירושלמי בזה. והט"ז כתב להתיר להיות עמה

בלילה ראשונה בשבת אם הלך הבעל עמה מבית אביה לביתו דזה קונה אפי' באלמנה. וכן נראה דעל כרחך יש היתר להיות עמה לילה ראשונה בשבת ויו"ט כדמוכח להדיא בגמ' פ"ק דכתובות (דף ה') גבי הא דאמר איכא בינייהו יו"ט שחל בערב שבת ופירשו תוס' דלמאן דאמר התם אלמנה נשאת בחמישי ומתיחדת בשישי משום שנאמר בו ברכה לאדם הא נמי מתיחדת בששי. אלמא שיש היתר לבוא על האלמנה ביאה ראשונה דבלא ביאה קנה. ודלא כהבית שמואל שכתב על הט"ז דאין נראה. וכבר האריך בזה הבעל מגיה ליישב קושיית בית שמואל:

ועיין בתשובת שבות יעקב סי' ס"ז שכתב דאף לפירושם יש היתר להיות עמה לילה ראשונה בשבת ע"ש. ובס' פני יהושע בכתובות (דף נ"ז) כתב דדוקא חופה שבהינומא ליתא באלמנה אבל חופה שעל ידי יחוד איכא ג"כ באלמנה וכן כתב בקידושין (דף ה') וכבר כתב כן בשו"ת משאת בנימין סי' צ'. וא"כ לפי דבריהם ג"כ יש ליישב ההיא דכתובות (דף ה'). אבל אין מזה ראיה לדחות לגמרי דברי הפוסקים המחלקים בין אלמנה לבתולה. וכמ"ש בס' חדש משכנות יעקב באו"ח סי' ק"ז. ושוב ראיתי דעל כרחך גם להירושלמי איכא היתר להיות לילה ראשונה עם אלמנה בשבת וכדמוכח בירושלמי גופיה פ"ב דברכות ודלא כהאוסרים]:

פרק יא

הלכה א

הנושא בתולה שנתאלמנה מן הנשואין כתובתה מאה. ואע"פ שהן בתולות הואיל וחזקת הנשואה וכו'. ונראה בכוונת רבינו דאע"פ שידוע בודאי שהיא עדיין בתולה אפ"ה אין לה אלא מאה הואיל וחזקת הנשואה לאישות ולכך חשיבא כבעולה לכל דבר משנשאת. ויצא לי זה מדתניא בפ"ק דכתובות (דף י"א ע"ב) כנסה ראשון לשום נשואין ויש לה עדים שלא נסתרה אין השני יכול לטעון טענת בתולים ונהי דבהא דקתני לא נסתרה משמע דלא קיי"ל הכי וכמו שביארתי לעיל בפרק י' לדעת רבינו דאיירי בשמסרו שלוחי האב לשלוחי הבעל וסברה דמהני מסירה למעט כתובתה מן השני וכריש לקיש דאמר הכי בפרק נערה ואנן קיי"ל כשמואל דסבר דלא מהני מסירה להכי ודייק כן מברייתא אחריתי דמייתי התם בפרק נערה מיהו במאי דקתני דאע"פ שיש עדים שלא היה אישות כשנסתרה עמו אין השני יכול לטעון טענת בתולים וכתובתה מנה קיי"ל כן:

ומה שהקשו התוס' בפ"ק (דף י"ב) דאמאי כתובתה מנה הא כיון שיש עדים שלא קרב לה הרי כנסה בחזקת בתולה אתי שפיר ולק"מ לפי מה שכתבנו בכוונת רבינו

כאן דהיינו טעמא דהואיל שחזקת הנשואה לאישות לא חילקו חכמים בזה ועשאוה כבעולה נמי לענין כתובה. וכן לכל דבר משוי נשואין כבעולה וכמ"ש ג"כ רבינו לעיל בריש פ"י וכן כתבו התוספות בפרק נערה (כתובות דף מ"ט) וכן הוא דעת רבינו בפרק י"ט דהלכות איסורי ביאה גבי חללה לפוסלה לכהונה וכמ"ש שם. והכי נמי לא חילקו חכמים גבי כתובה:

ולפ"ז מסכימים דברי רבינו עם דברי הטור ושו"ע אה"ע סי' ס"ז שפסקו לברייתא הנזכרת דפרק קמא ודלא כהבית שמואל שכתב שם דרבינו לא סבר כהברייתא ודייק כן מדלא כתב דאפילו אם יש עדים שלא נסתרה כתובתה מאה. ולדידי אין זה דיוק כלל דבלאו הכי מבואר כן מדבריו דאיירי בשיש עדים שלא נסתרה בודאי ואפילו הכי היא כבעולה ומלבד זה מבואר כן מדבריו דלעיל בפרק י' ובהלכות איסורי ביאה. וגם הבית שמואל גופיה באה"ע סי' ז' פירש כן דברי רבינו דהלכות איסורי ביאה שזכרתי. וא"כ אמאי לא נפרש כן גם דברי רבינו דכאן:

פרק יב

הלכה ט

[**התנה הבעל עמה אחר שנשאה שלא יירשנה תנאו בטל וכו'**. עיין בלח"מ כאן שהקשה על רבינו שכתב בפי"א מהל' שמיטה ויובל דהיורש את אשתו אינו מחזיר ביובל אע"פ שירושת הבעל מדברי סופרים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה דבסוגיא דפרק הכותב הקשו על רב דאמר דירושת הבעל דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם מדקאמר אליבא דרבי יוחנן בן ברוקא דסבירא ליה דחוזר ביובל דטעמא משום דס"ל דירושת הבעל דאורייתא ותירץ דאליבא דריב"ב קאמר וליה לא סבירא ליה ולפי דבריו קשה דלימא דאית ליה דהוה מדרבנן כוותיה אלא דחכמים עשו חיזוק לדבריהם ואמרו דאינו חוזר ביובל והניח בצ"ע. ובפ"א מהל' נחלות תירץ דסובר רבינו דלפי סברת המקשה תירץ הכי דמשמע דלית ליה דעבוד רבנן חיזוק. אבל לפי האמת סבר רב דהוי כוותיה דעבוד חיזוק כשל תורה ע"כ. ואין תירוצו מספיק דאכתי מנא ליה לרבינו לומר כן מסברא בעלמא בלא ראיה. אבל נראה דיש לו לרבינו על מה לסמוך והוא דבסוף פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ט) אמר רב אשי גבי יובל שווינהו רבנן לבעל כיורש שאינו מחזיר דאלמא דס"ל לרב אשי דהוא בתרא דאפי' אי אמרינן דירושת הבעל דרבנן אינו חוזר ביובל ודלא כרב דבסוגיא דכתובות הנזכר. וכן הסוגיא דסוף פ"ח דבכורות דקאמרה דרבי יוחנן בן ברוקא ס"ל ירושת הבעל דאורייתא נמי אליבא דרב הוא דאמר הכי בסוגיא

דכתובות אבל רב אשי לא סבירא ליה הכי. וכבר הרגישו התוס' ז"ל שם בב"ב ונדחקו ליישב דברי רב אשי על פי הסוגיא דבכורות ע"ש. אבל לפי דברי רבינו א"צ לדחוק בזה אלא דרב אשי לא ס"ל כסוגיא הנ"ל וכוותיה נקטינן:

עוד נ"ל להביא ראיה לדעת רבינו מהסוגיא דשם (דף קי"ב) גבי הא דיליף התם ר' ישמעאל ירושת הבעל מהא דכתיב באלעזר בן אהרן ויקברו אותו בגבעת פנחס בנו וכי מנין היה לו לפנחס שלא היה לו לאלעזר אלא מלמד שנשא פנחס אשה ומתה וירשה ופריך התם רב פפא לאביי ממאי דילמא פנחס דזבן מיזבן אמר ליה פנחס דזבין מזבין לא מצית אמרת דא"כ נמצאת שדה חוזרת ביובל ונמצא צדיק קבור בקבר שאינו שלו. והשתא לפי הסוגיא דכתובות ובכורות בלאו הכי תקשי ליה לר' ישמעאל דיליף מקרא זה ירושת הבעל וקאמר שנשא פנחס אשה ומתה וירשה דא"כ נמצאת שדה חוזרת ביובל ונמצא צדיק קבור בקבר שאינו שלו. דהא הנלמד מדברי קבלה הוי דברי סופרים כמ"ש הכס"מ לדעת רבינו בפ"ג מהל' חנוכה ע"ש וא"כ אינו חוזר ביובל ותקשי ליה לר' ישמעאל גופיה. אלא שמע מינה דאפילו אי ירושת הבעל מדברי סופרים אינו חוזר ביובל:

ועוד יש לי להביא ראיה לדעת רבינו מהירושלמי פ"ח דכתובות דס"ל לריש לקיש קנין פירות לאו כקנין גוף והא דתניא ולביתך מלמד שמביא אדם בכורי אשתו וקורא במתה וירשה. דקסבר ירושת הבעל דרבנן ומשום הכי איצטריך קרא. והשתא אי איתא דלמאן דאמר דרבנן חוזר ביובל אכתי לא הוי רק קנין פירות ומאי עדיפות וקנין קרקע איכא במתה וירשה טפי מבחייה. אלא שמע מינה דאף למאן דאמר דרבנן אין ירושת בעל חוזר ביובל]:

שירושת הבעל מדברי סופרים. והראב"ד כתב בסמוך לעיל בדין ג' ירושת הבעל דברי תורה. ובפ"א דהל' נחלות השיג על רבינו משמעתא בתרא דמי שמת וביאר הרה"מ שהוא מדיליף שם בסוף מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ט ע"ב) שאין הבן יורש את אמו בקבר מהסבת אשה נחלה לבעל אלמא שהיא מן התורה. ונראה מדבריו שם שהסכים להראב"ד שהיא באמת ראיה מכרעת. ואמרתי ליישב דעת רבינו ז"ל די"ל דלדידן אין הכרע משם ובמקום אחר תמצאנו ואין כאן מקומו:

אולם אכתי צריך ישוב דלא תקשי לדעת רבינו סוגיא דב"ק (דף מ"ב ע"ב) דמשם מוכח דלרבי עקיבא הוי ירושת בעל דאורייתא. וכמ"ש התוספות בב"ב (דף קנ"ח ע"א). והיינו מדתניא התם דקאמר רבי עקיבא והמית איש או אשה מה בא זה ללמדינו להקיש אשה לאיש מה איש נזקיו ליורשיו אף אשה נזקיה ליורשיה. ופריך עלה הגמרא וסבר ר"ע לא

ירית לה בעל והתניא וירש אותה מכאן שהבעל יורש את אשתו דברי ר"ע. ואי איתא דדרשא זו דרבי עקיבא דגבי ירושת בעל אינה מן התורה לא פריך מידי מיניה אהא דדריש ר"ע הקישא גבי נזקין דלא ירית לה בעל דהיינו מן התורה. אלא מדפרכינהו לדברי רבי עקיבא אהדדי שמע מינה דכי היכי דהך הקישא דוהמית איש או אשה הוי מן התורה שהרי קאמר מה בא ללמדינו וכו' הכא נמי דרשא דוירש אותה הוי דאורייתא. וי"ל דאפילו תימא דהא דקאמר ר"ע שהבעל יורש את אשתו אינו אלא מדרבנן ואפילו הכי פריך שפיר מיניה אהא דדרש מקרא דגבי נזקין דלא ירית לה בעל דכיון דגלי קרא דלא ירית לה בעל לא הוו מתקני רבנן דירית לה בעל ולעקור לגמרי לעולם מה דמפורש בקרא בהפך. ואע"ג דעל כרחין צריך לומר דיש כח בחכמים לתקן בענין ירושה דאל"כ איך תקנו דירית בעל מדרבנן ומן התורה הוי ליורשיה נמי באשה כמו באיש. מ"מ י"ל דהיינו דוקא בסתמא דלא הוי בהפך ממש נגד הקרא דאיכא לקיומיה באיש או באשה שאין לה בעל כלל. משא"כ אי אמרינן דכתב היקשא בקרא בהדיא דלא לירת בעל לאשתו מסתברא דלא לתקנו חכמים בהפך קרא המפורש אף במילתא דממונא בקום ועשה עכ"פ לאפוקי ממונא כגון אם היו יורשי האשה מוחזקים:

[**ועוד** י"ל דהכריחו לרבינו לומר דדרשא דר"ע אינה גמורה לפי שיטתו בהלכות חנוכה דהנלמד מקרא דדברי קבלה הוי דברי סופרים. דלפ"ז ר' ישמעאל דנפקא ליה ירושת הבעל מקרא דדברי קבלה על כרחך הוי דברי סופרים. וא"כ על כרחך דר"ע דיליף לה מקרא דאורייתא נמי אינו אלא אסמכתא בעלמא ולא דרשא גמורה. דאי איתא דלר"ע הוי דרשא גמורה דס"ל ירושת הבעל דאורייתא היאך אמר ליה ר' ישמעאל על דרשא שלו שאינה צריכה ויליף לה מקרא דדברי קבלה. דלישנא דאינו צריך משמע דליכא מידי בינייהו רק משמעות דורשין דמר דריש ליה מהאי קרא ומר דריש ליה מהאי קרא כמ"ש התוס' בנזיר (דף מ') והכסף משנה פ"ג מהל' כלי המקדש. ואי איתא דדרשא דר"ע הוי גמורה לא הוה ליה לר' ישמעאל לאהדורי הכי. אלא שמע מינה דכי היכי דלר"י הוי דברי סופרין הכי נמי לר"ע דאינה אלא אסמכתא. ודוחק לומר דר"י הוא דקטעי בדרבי עקיבא וכהאי גוונא כתבו התוס' בנזיר (דף כ"ה) דר"ע טעי התם בדר"י ע"ש]:

הלכה יד

[**כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים**. לפי דברי המשנה למלך שכתב שכוונת רבינו לומר שמזונות בניו מדין מזונות אם נגעו וכמ"ש הר"ן וכשאינו חייב במזונות דאם אינו חייב במזונות בניו ולא סבירא ליה מ"ש הרא"ש בתשובה דהבא על הפנויה וילדה שאם הוא מודה שהוא בנו חייב לזונו אע"פ

שאינו חייב במזונות אמו. א"כ לפ"ז צריך לומר דמה שכתב רבינו לקמן בפי"ט דין י"ד דבת הארוסה ואנוסה חייב במזונותיה בחייו דאיירי כגון שנשא אח"כ לאמה שחייב במזונותיה. וכמ"ש הרא"ש בשם הראב"ד שאם לא נשאה לאם דאינו חייב במזונותיה אינו חייב נמי במזונות הבת אפילו בחייו. אבל לפ"ז דברי רבינו הם סתומים הרבה. אבל לי נראה די"ל שכוונת רבינו במה שהיקיש חיוב דמזונות הבנים לחיוב דמזונות אשתו לומר שאפילו יש להם נכסים חייב לזונם. וכמ"ש הרא"ש בשם ר' מאיר ע"ש]:

הלכה יט

הלך בעלה ולותה ואכלה כשיבוא חייב לשלם. וכתב הרב המגיד דנראה מדברי רבינו שאין מחשבין עמה על מעשה ידיה אלא פורע הקפותיה. ובספר הפלאה בכתובות (דף ק"ז) הקשה דכיון דקיי"ל כחנן שהיא תובעת להבעל והיאך יכולה לתובעו להבעל הא יש לו כנגדה בידה מעשה ידיה. וכתב דצריך לומר דאיירי שלא עשתה שום מלאכה וזה אינו אלא גרם בעלמא וכמ"ש החלקת מחוקק בסי' ע'. אך הקשה על זה דהרי מפורש בקרא שבתו יתן הרי דביטול מלאכה הוי היזק גמור וכדאמרינן בפרק החובל דהדקיה לחבירו בחדר חייב לשלם לו שבת וכן החובל באשת איש משלם שבת לבעל וא"כ פשיטא דאם לא עשתה מלאכה צריכה לשלם לבעל. ואני אומר גברא קחזינא ותיובתא לא קא חזינא דהא כתב הרא"ש דההיא דהדקיה בחדר היינו טעמא דחייב משום דעביד מעשה בידים כשסגרו אבל משום גרמא אינו משלם שבת. וכ"כ בחו"מ סי' ש"ח וא"כ אין לחייב לאשה על שישבה ולא עשתה מלאכה לבעלה דלא עבדה מעשה. וכ"כ בחידושי ריטב"א פ"א דקידושין גבי עבד שברח ונתבטל שכתב דאינו אלא גרמא בעלמא כמו מבטל כיסו או ביתו ושדהו שפטור וא"כ הוא הדין לביטול דאשה:

הלכה כ

[**הבעל שאמר לאשתו בשעה שהלך טלי מעשה ידיך למזונותיך אין לה מזונות שאילו לא רצתה וכו' היה לה לתובעו או לומר לו אין מעשה ידי מספיקין לי**. והביא זה הטור בסו"ס ע'. ונראה בכוונת לשון זה דהיה לה לתובעו היינו מה שאין מעשה ידיה מספיקין לה מחמתו דעולה עמו ולומר לו אין מעשה ידי מספיקים לי היינו מחמת עצמה דאינה יורדת עמו. ודלא כהבית שמואל בסי' ס"ט ס"ק ד' שהוכיח מלשון היה לה לתובעו דאפילו אם מספיק לה סבירא ליה דאינו יכול לומר על כרחה צאי מעשה ידיך למזונותיך דאינו מוכרח כלל דיש לפרש כמ"ש. ולפי זה אתי שפיר דלא סתר מה שכתב בפירוש המשנה פרק שני דייני [גזירות] דאם אין הבעל מצוי עמה יכול לומר צאי. וכן משמע להדיא בדברי רבינו פ"ז מהל' רוצח שכתב אשה שגלתה לעיר מקלט בעלה חייב

במזונותיה ואינו יכול לומר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך אלא א"כ היו מספיקין לה משמע דאם היו מספיקים לה יכול לומר בעל כרחה. גם מ"ש שם הבית שמואל ובסי' ע' ס"ק ל' לדעת הרא"ש והטור דאינו יכול לומר בעל כרחה אישתמיטתיה מ"ש הטור בשם הרא"ש סו"ס פ"ד. וכן משמע בתוס' בב"ב (דף מ"ט ע"ב) ובהגהות מיימוני לעיל בריש פרק זה שכתבו דוקא היכא דלא ספקה אומר ר"ת דאין שומעין לו כדמשמע בפ' המדיר וכו' ובפ"ק דגיטין משמע דאי ספקה שומעין לו בעל כרחה. וכן משמע בשלטי גבורים פ' אע"פ שכתב אם יכולה להסתפק במעשה ידה יכול לומר צאי מעשה ידיך למזונותיך ואע"פ שגלתה וכו' ובסוף פרק הנזכר כתב אם אין ידו משגת לזון ולפרנס את אשתו וגם היא אינה מסתפקת במעשה ידיה ותובעת גרושין ממנו כופין אותו להוציא משמע דמסתפקת אינה יכולה לתובעו. ומיהו בפירוש המשנה כתב רבינו דאם הבעל עמה אינו יכול לומר לה צאי מעשה ידיך ואפשר דהיינו דוקא לעושה ז' מלאכות אבל כשאינה עושה לא עדיפא מכשאינו עמה דיכול לומר בעל כרחה. ובזה יש ליישב דלא תיקשי מסוגיא דר"פ המדיר ופ"ק דגיטין דאירי שאינו עושה הז' מלאכות שמחויבת לבד מעשה ידיה]:

פרק יג

הלכה יח

[**וכשמוציאה ממדינה למדינה וכו' אינו יכול להוציאה וכו' מרע ליפה מפני וכו'**. כתב הרב המגיד וידוע שהלכה כרבן שמעון בן גמליאל במשנתינו. אין כלל זה מוחלט שהרי מטעם זה לא הביא הרי"ף הא דרשב"ג כמ"ש הרא"ש וכן בהגהת מהרל"ח לטור אה"ע סי' ע"ה הרגיש בזה אבל לא ראה שכבר הקדימו בזה הרא"ש. וכן הוא בים של שלמה בב"ק ומה שכתב שם דמשום הכי פסק כרשב"ג משום דמפרשינן למילתיה כדשמואל דאמר שנוי וסת תחילת חולי מעיים ג"כ אינו ראיה לדעת רבינו שאינו אלא דמיון בעלמא לדשמואל כמ"ש הר"ן והרה"מ. ומהא דמפרשינן למילתיה אינו ראיה למיפסק כוותיה דעל כרחך צריכין אנו לידע פירוש דברי הראשונים אף דלית הלכתא כוותייהו דכהאי גוונא כתבו [התוס'] בערובין (דף ט') ובע"ז (דף ס"ז) ורא"ש פרק א' דסוכה ושבת ופ' הניזקין. ועיין בכס"מ סוף פ"ד מהל' ע"ז וברא"ש ע"ז (דף ל"ב). אלא נראה שיצא זה לרבינו מהא דאיתא בירושלמי דמו"ק העתיקו רבינו ריש פ"ח מהלכות יו"ט]:

פרק טו

הלכה ב

[**ואם היה עוסק בתורה וכו' הרי זה מותר להתאחר מלישא אשה שהעוסק במצוה פטור מן המצוה וכל שכן בתלמוד תורה**. ואע"ג דבפ"ג מהל' תלמוד תורה כתב רבינו היה לפניו עשיית מצוה ות"ת אם אפשר למצוה להעשות על ידי אחרים לא יפסיק תלמודו ואם לאו יעשה המצוה ויחזור לתורתו. ואילו העוסק במצוה פטור מהמצוה אפי' אם אי אפשר להעשות לשניה ע"י אחרים וכדמוכח באו"ח סי' ל"ח וביו"ד סי' ר"מ סי"ב. וכן משמע בהל' קריאת שמע ובהל' סוכה. וא"כ אפילו נימא דמצוה זו דפריה ורביה חשיבא כמצוה שאפשר להעשות ע"י אחרים משום דאפשר לעולם שיתקיים ע"י אחרים וכדאמר בן עזאי. מ"מ מאי כל שכן הוא תלמוד תורה לגבייהו דשאר מצות הא אדרבא תלמוד תורה גריע משאר מצות לענין זה שאין העוסק בה דוחה למצוה שאי אפשר להעשות על ידי אחרים. וי"ל דאע"פ דאם תתבטל המצוה מלהעשות כלל עדיפא מתלמוד תורה היינו משום דלא יהא המדרש עיקר אלא המעשה. אבל אם אפשר למצוה להעשות קושטא דבכהאי גוונא ת"ת עדיף. תדע דהא בפ"ק דמו"ק ילפינן לה מקרא דכתיב וכל חפצים לא ישוו בה דמשמע אפילו חפצי שמים לא ישוו בתורה ומוקי לה כשאפשר להעשות ע"י אחרים שמע מינה מדקאמר לא ישוו בה דעדיפא תלמוד תורה מכל חפצים]:

הלכה טז

ולא תשב אשה בלא איש שלא תחשד. והנה הב"ש בסי' א' הוכיח מדברי רבינו הללו דאשה אינה מצווה נמי על מצות לשבת יצרה וכו' ושלא כדעת התוס' שכתבו בגיטין (דף מ') דעל שבת היא מצווה דא"כ א"צ לטעמא שלא תשב בלא איש שלא תחשד דתיפוק ליה משום דמצווה על שבת. והא אינה הוכחה מכרחת באמת דיש לדחות דאפילו הכי איצטריך רבינו לטעם דחשדא דנפקא מינה כגון שיש לה כבר בן אחד דבזה קיימה מצות שבת וכמ"ש הט"ז ובכהאי גוונא צריך לטעמא דלא תשב בלא איש שלא תחשד. אבל יש להוכיח דרבינו לית ליה שבת כלל ממה שכתב בהלכות איסורי ביאה פרק כ"א דרשות לאשה שלא תנשא לעולם. והיינו בכהאי גוונא דלא שייך טעמא דחשד כגון במקום שאין אנשים מצויין יש לה רשות שלא תנשא לעולם. ומזה ודאי מוכח דאינה מצווה אשבת. וכן משמע דעת הרשב"א והר"ן בתשובה שהובא בב"י ביו"ד סי' רכ"ח. וכן בתשובת הרשב"א סי' תר"ב ע"ש:

ועפ"ז אתי שפיר מ"ש הר"ן בפירוש הרי"ף בריש פרק האיש מקדש אהא דאמרינן

דמצוה איכא לאשה המתקדשת בה יותר מבשלוחה דאע"ג דאשה אינה מצווה כמו האיש מ"מ יש לה מצוה במה שעל ידה נעשה מצותו. והקשה עליו בספר קרבן נתנאל דתיפוק ליה להר"ן דאשה מצווה אשבת כמ"ש תוס' בגיטין. ואישתמיטתיה דהר"ן אתי שפיר לטעמיה דסבר דאשה פטורה נמי משבת. ולכך הוצרך לפרש דהא דקאמרינן שיש לה מצוה הוא רק משום שעל ידה נעשה מצותו:

[**ולפ"ז** אין הכרח לראיית המגן אברהם בסי' קכ"ג להתיר למכור ספר תורה בשביל להשיא יתומה משום שכתבו התוספות דאשה נמי מצווה אשבת. דלפי מה שכתבנו דבריהם אינם מוסכמים והרי הרבה פוסקים חולקים על זה. ומיהו יש להביא ראיה מהא דתניא בכתובות (דף ס"ו) דיתומה קודמת להשיא ליתום מפני שבושתה מרובה. והוא הדין שמוכרים ספר תורה בשביל להשיאה קל וחומר מיתום]:

הלכה יז

וחובה על כל איש לקנאות לאשתו. וכתב הרב המגיד בפ"ק דסוטה וקנא את אשתו רבי ישמעאל אומר רשות רבי עקיבא אומר חובה וידוע דהלכה כרבי עקיבא מחבירו. ודע דרבינו קיצר בכאן וסמך על מ"ש בסוף הל' סוטה מצות חכמים היה על בני ישראל לקנאות לנשיהן שנאמר וקנא את אשתו. וכתב שם הכס"מ דפסק כר"ע אלא דמפרש דהוא מצות חכמים וקרא אסמכתא בעלמא ושם יתבאר טעמו של רבינו בזה:

פרק טז

הלכה ג

[**כבר הודענו שחכמים תקנו כתובה לאשה וכו' ולא תקנו לגבותה כל זמן שתרצה.** משמע שכוונת רבינו לומר דכמו שתקנו כתובה לאשה מפני תקנתה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה כמו שמבואר כבר בפרק פ"י כן תקנה של קביעות הזמן הוא לטובתה מפני טעם זה וא"כ אפי' אם הבעל רוצה לפורעה בחייו אינו יכול ולא דמי למלוה שיכול הלוה לפורעו קודם הזמן דהתם קביעות הזמן הוא לטובת הלוה משא"כ הכא שהוא לטובת האשה וכמבואר בר"ן סוף פרק האשה שנפלו וע"ש שהוכיח כן מהסוגיא דהתם. ודע שהתוס' כתבו שם (דף פ"א ע"ב) דטעמא דמתניתין דלא יאמר לה הרי כתובתיך מונחת על השולחן הוא משום איבה דסברה עיניו נתן בגרושין. ונראה דזו היא טעמו של רבינו שכתב בתשובה דאם כבר קיבל הבעל אחריות אינו יכול לסלק לה הנכסי צאן ברזל בחייו דאע"פ שהיא כחוב כמבואר בכמה דוכתי ולא חשו בו חכמים לשלא תהא קלה וכו' מ"מ שייך איבה דאם יסלק לה בחייו סברה עיניו נתן בגרושין כדי שתהא קלה

לגרשה. דכל זמן שכתובתה מרובה אינה קלה לגרשה דכהאי גוונא כתב הכס"מ לדעת רבינו בפרק כ"ב ובבית יוסף סי' צ'. ובחנם הניח החלקת מחוקק ריש סימן פ"ה ס"ק ז' בצ"ע דברי רבינו בתשובה הנזכרת דמאי שנא מכל חוב שיכול הלוה לפרוע תוך זמנו דאתי שפיר כמ"ש. אבל מ"ש הבית שמואל שם הטעם דדינו כשומר דאינו יכול לחזור תוך זמן אינו מחוור דבסי' ס"ו וכמה דוכתי מבואר דנדונייא דינה כחוב גמור ומשמע דלא הוי כפקדון וכן משמע בש"ך בחו"מ סו"ס פ"א. מכל מקום מדעת האשה ומרצונה אם הוא לטובתה יכול הבעל לפרוע לה הכתובה בחייה כגון שתקדים לבעלי חוב. ועל פי זה ישבתי דברי הג"ה בחו"מ סי' צ"ז סכ"ד וסכ"ו כמ"ש שם]:

הלכה ד

כשתבוא לגבות כתובתה אחר מותו לא תגבה עד שתשבע בנקיטת חפץ שלא הניח אצלה כלום ולא מכרה לו כתובתה ולא מחלה אותה. ומשמע דאע"פ ששטר כתובתה בידה צריכה לישבע ודלא כמ"ש הטור בסי' צ"ו דאינה צריכה לישבע משום שאילו מכרה או מחלה היתה מחזרת לו הכתובה. ומיהו לענין מזונות גם רבינו מודה שאם שטר כתובתה בידה אינה צריכה לישבע ולא חיישינן לשמא מכרה או מחלה וכדמוכח בפרק י"ח לקמן. ונראה דטעמא משום דלענין מזונות חשיבא האלמנה מוחזקת טפי מלגבי כתובה. ומשום הכי אמר נמי דלא פטרינן לה משבועה אכתובה וחיישינן למכירה ומחילה אע"פ ששטר כתובתה בידה ולא אמרינן שהיתה מחזרת לו הכתובה דאיכא למיתלי דמחמת שנשאר עדיין עליו חיוב מזונות לכך לא רצתה להחזירה לו. ואין מזה ראיה שלא פטרה אותו מחיוב הכתובה גופה:

[**ואזיל** לטעמיה שכתב בפי"ד מהל' מלוה דבכל דבר שיטעון הלוה לבטל שטר מקויים אינו יכול להשביעו אלא בטענת פרעון בלבד דלפרעון עומד משמע דבטענת מחילה אינו יכול להשביעו אפי' כשטוען השבע לי וכן כתב הרב באר הגולה בחו"מ סי' פ"ב שזה דעת רבינו. וא"כ הוא הדין מיתמי לא טענינן להו לבטל שטר דהא טעמא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הוא משום דאלו אבוה הוה טעין אישתבע לי דלא פרעתיך הוה בעי אישתבועי השתא נמי אנן טענינן להו וא"כ טענת מחילה דלא מצי אבוה למיטען אנן נמי לא טענינן להו. (אלא) [אבל] גבי פרעון כתובה יכול להשביעה אי הוה טעין אישתבעי לי דלא מכרת או מחלת לי סך הכתובה ונשאר בידך מחמת חיוב התנאי ומזונות שהרי עדיין אינו מבטל הכתובה לגמרי ומשום הכי טענינן נמי ליתמי מידי שאינו מבטל השטר לגמרי. ולא כייל רבינו התם אלא שאינו יכול להשביע את המלוה בכל הטענות אלא היכא שמבטלו לגמרי אבל הכא גבי אלמנה שבאה לגבות

כתובתה מיתמי דאפי' אי טענינן להו שמכרה או מחלה לבעלה סך הכתובה לחוד אין מבטלין לשטר כתובתה לגמרי דעדיין קיים לעניין מזונות וכהאי גוונא שפיר טענינן להו ועל כן אינה גובה עד שתשבע על זה. אבל מזונות קושטא דנוטלת כששטר כתובתה בידה בלא שבועה. והא דלא אמרינן איפכא דסך הכתובה לא מחלה אלא המזונות מחלה וא"כ נימא דתשבע על המזונות אפילו כששטר כתובתה בידה. הוא משום דלענין מזונות חשיבה האלמנה מוחזקת טפי מלגבי כתובה כמ"ש]:

ומה שהקשה בס' הפלאה בקונטרס אחרון שלו על דברי רבינו שכתב דצריכה לישבע ג"כ שלא מחלה כתובתה לבעלה והא בפרק השולח מוכח דאם נשבעה האלמנה שלא נהנית מכתובתה הויא שבועה וגובה כתובתה. והשתא מאי מהני לשון זה אכתי איכא למיחש שמא מחלה אותה ואין מחילה בכלל הנאה. ולי אפשר דודאי לשמא מחלה לה בחנם לא חיישינן דהא לא שכיח כלל אלא דחיישינן שמא מחלה לו הכתובה מחמת איזו טובה שעשה לה. וכהאי גוונא אמרינן בעלמא גבי מתנה דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה וכדאי' בפ"ק דב"מ ובשאר דוכתי. וא"כ שפיר הוי מחילה ג"כ בכלל הנאה:

הלכה יב

ואם נשאת קודם שתשבע הרי זו נשבעת אחר הנשואין ונוטלת. ובפרק י"ב דמלוה כתב רבינו דמיתומים קטנים אין נוטלת משנשאת. ועיין בבית יוסף ריש סימן צ"ו. ובדרכי משה ריש סימן ק"א:

הלכה יד

הפוגמת כתובה הבעל אומר נתקבלה הכל והיא אומרת לא נתקבלתי אלא כך וכך וכו' לא תפרע השאר אלא בשבועה. נראה דאירי שהבעל אומר שנתקבלה אחר הגט דאי טען בעת הגרושין שכבר נתקבלה קודם הגט אינה צריכה לישבע שהרי הוה ליה כאומר פרעתי תוך זמן החוב. ובפי"ד דמלוה כתב רבינו דתוך זמנו אינו צריך לישבע גם בפוגם. וכן כתב הבית שמואל בסי' צ"ו לדעת הרי"ף והרשב"א. ודוקא באלמנה חיישינן שהתפיס לה צררי מחיים משום דחייש שלא תתבזה בבית דין וכמ"ש לקמן בפי"ח אבל בגרושה לא חייש ואינה צריכה לישבע שלא פרע קודם:

ומ"ש עוד שם הבית שמואל בסי' צ"ו דמשמע בתשובת הרי"ף דאם הבעל טוען אחר הגט שפרע קודם הגט ג"כ אינו יכול להשביעה אע"ג דאם היה טוען פרעתי אחר הגט היה משביעה ואין אומרים מגו להשביע. וכן כתב האורים ותומים בסוף דיני מיגו. ויש לי להקשות על זה ממ"ש הב"י בחו"מ סי' ע"ח סעי' ה' גבי תבעו אחר זמנו או בסוף

יום שנשלם זמנו וטען שפרעו בזמנו נשבע הלוה היסת דנאמן במגו דיכול לומר פרעתיך עכשיו. וכתב דהיינו דוקא במלוה על פה בעדים אבל במלוה בשטר אפילו עבר זמנו נשבע ונוטל כדין שאר שטרות ע"כ. ולפי דברי הבית שמואל ואורים ותומים הו"ל למימר במלוה בשטר דנוטל בלא שבועה אם טוען שפרעו תוך זמנו. דנהי שהיה יכול לומר שפרעו עכשיו והיה צריך לישבע אין אומרים מגו להשביעו:

[**ומיהו** אחר הפרעון נראה דיכול להשביעו היסת על טענתו וכדעת הב"ח. וכן פסק הש"ך בחו"מ בסי' הנזכר. ומ"ש הב"ש שם דממה שכתבו הרי"ף ובעל התרומות דפרעון תוך זמנו הוא אינו טענה משמע דאפי' אחר הפרעון אינו יכול להשביע אינו הכרח כלל דלא עדיפא ממ"ש רבינו בפי"ד מהל' מלוה גבי הוציא עליו שטר מקויים והלוה טוען שהוא אמנה וכו' וטוען ישבע לי ויטול ולא כל הימנו לבטל שטר מקויים אלא ישלם ואח"כ יטעון על המלוה במה שירצה ואם יכפור ישבע היסת. וכן פסק בחו"מ סי' פ"ב. אלמא דאפי' בדבר שאינו טענה ולא כל הימנו לבטל שטר מקויים אפילו הכי יכול להשביע היסת אחר הפרעון והכי נמי בטענת פרעון תוך זמנו בברי]:

פרק יז

הלכה א

מי שהיה נשוי נשים רבות ומת כל שנשאת בתחילה קודמת וכו' ואין אחת מהן נוטלת אלא בשבועה. וכתב הרב המגיד אף שבאו לגבות ממנו וכגון שהן גרושות כולן נשבעות. ופירושו כולן הראשונות לבד מהאחרונה דהיא אינה צריכה לישבע כשבאה לגבות ממנו כשגרשה דהא גרושה אינה צריכה שבועה כמ"ש רבינו לעיל בפרק ט"ז. וכך פירשו הבית יוסף ודרכי משה באה"ע סי' צ"ו:

וכן אם היה עליו שטר חוב וכו' אם הכתובה קדמה גובה האשה בתחילה. ודע דלאו דוקא כתובה דנשואה דאיירי רבינו כאן אלא דגם כתובה דארוסה אם קדמה זמנה לשטר חוב גובה בתחילה. ויש להוכיח כן מסוגיא דפרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ב) והעתיקו רבינו בהלכות זכיה ומתנה ובאה"ע סי' ק"ז:

הלכה יד

אלמנה שמכרה קרקע בכתובתה בינה לבין עצמה אם מכרה שוה בשוה מכרה קיים. ונראה להביא סעד לדעת רבינו מהא דאמרינן בכתובות (דף ק') גבי שליח שמכר וטעה בכל דהו מכרו בטל כאלמנה ומה אלמנה יחידה אף שליח יחיד. וכבר הוקשה להתוס' דאמאי קרי לאלמנה יחידה הא צריכה בי"ד ונדחקו לומר דמשום דסגי לה בהדיוטות

קרי לה יחידה. אך לפי דברי רבינו אתי שפיר דקושטא דבדיעבד [מכרה] קיים ביחידה ממש כשלא טעתה. ונראה דכך היא גם כן דעת הרשב"ם ובהכי נסתלקה מעליו קושיית הרא"ש בפרק מי שמת סי' י' ע"ש. והרא"ש אזיל לטעמיה דלא ס"ל כרבינו וכמו שכתב בתשובה סי' נ' אבל הרשב"ם י"ל דסובר כרבינו וא"ש:

פרק יח

הלכה ט

נדונייתה נוטלת בלא שבועה ואם מתה האלמנה בלא שבועה יורשיה יורשין נדונייתה. וכתב הרב המגיד דהיינו שאותן הנכסים שהכניסה לו הן עדיין בעין אבל אם אינן בעין ובאה לגבות מן היורשין צריכה היא לישבע ואם מתה בלא שבועה אין יורשיה נוטלים כלום דלא עדיף מחוב דעלמא וכו'. וכתב המל"מ שתפסו עליו דהא חוב דעלמא נמי בגו זמניה אין צריך שבועה דאין אדם פורע בתוך זמנו ושבועת אלמנה גו זמניה הוא. וכתובה דצריכה שבועה תירצו התוספות משום דאית לה בתנאי בית דין מתפיס לה צררי אפילו בחייו בגו זמניה וא"כ נכסי צאן ברזל הוי כחוב דעלמא. וכיוצא בזה כתב גם כן הבית שמואל באה"ע סי' צ"ו. ואני תמה דלדעת רבינו ודאי אי אפשר לומר כן שהרי כתב בפרקין לעיל בדין ו' מתה האלמנה קודם שתשבע יורשי הבעל חייבין בקבורתה והביאו הטור באה"ע סוף סימן פ"ט וביאר דבריו משום שאין יורשיה יורשין כלום כל זמן שלא נשבעה. אלמא דאף נכסי צאן ברזל אין נוטלין כשאינן בעין ושמע מינה דצריכה שבועה ובלא"ה אין יורשיה נוטלים כלום דאל"כ היו חייבין בקבורתה. ועוד מוכח דעל כרחך רבינו לא ס"ל כתירוץ התוס' שזכר בעל מל"מ דטעם אלמנה שצריכה שבועה הוא משום תנאי בית דין ואין בכלל זה נדוניא דנכסי צאן ברזל דהרי אף היכא דלית לה בתנאי בית דין סבר דצריכה שבועה וכמ"ש בפי"ז דין י"ג גבי אלמנה מן הארוסין דנשבעת. והיא הא לית לה בתנאי ב"ד. ועל כרחין שמע מינה דס"ל הטעם כמ"ש הרא"ש בפרק אע"פ ובפ"ק דב"ב דמשום הכי חיישינן בכתובת אלמנה לפרעון מחיים אע"פ שהוא תוך זמנו משום דחייש הבעל שלא תתבזה אשתו בבית דין ומתפיס לה צררי קודם מותו. ולפ"ז כל שכן שתצטרך שבועה מהאי טעמא בנכסי צאן ברזל שהרי בהן חייש טפי לשמא תתבזה בבי"ד מבעיקר כתובה משום שהביאתן אצלו משלה וכמ"ש הרה"מ לעיל בפרק י"ז דין ט"ז. ועל פי זה צדקו דבריו דכאן. וכן מבואר בדברי הרא"ש בתשובה דנדונייא נמי הויא ככתובה שאין לה קודם שבועה כמ"ש הרה"מ:

הלכה יט

[**אלמנה שבאה לבית דין לתבוע מזונות וכו' אין לה מזונות עד שתשבע שהרי זו באה להפרע מנכסי יתומים**. בהגהות מיימוניות הביא ראיה לדעת החולקים מהא דאמרינן פרק השולח ההיא דאתאי לקמיה דרבה בר רב הונא אמר לה מאי אעביד לך דרב לא מגבי כתובה לארמלתא משום דהיו חשודים אמרה ליה מזוני הב לי אמר לה מזוני נמי לית לך דאמר רב יהודה אמר שמואל התובעת כתובתה בבית דין אין לה מזונות אמרה ליה כבי תרי עבדת לי. והשתא אי צריכה שבועה על המזונות מה הוצרך להשיב על המזונות טעם אחר ממה שהשיב על הכתובה וגם מה אמרה כבי תרי עבדת לי אפי' לחד שהוא רב אין לה כלום. אלא שמע מינה שאינה צריכה שבועה על המזונות. וכן הוכיח הרמב"ן הביאו הר"ן פרק שני דייני [גזירות]. והט"ז סי' צ"ג השיב תשובה ניצחת על הרמב"ן דהא גם לדידיה קשה דמידי הוא טעמא דלא בעי שבועה בתחילה הוא משום שתשבע בסוף א"כ רב דלא השביע לאלמנה ולא תבוא לידי שבועה זו ממילא היא צריכה לישבע עכשיו על המזונות. ואישתמיטתיה מה שכתב בתשובת מיימוני סי' כ"ז דטעמא דאינה צריכה לישבע על המזונות הוא אינו משום דסופה עתידה לישבע על כתובתה שהרי כל הנשבעין שלא בטענה אי בעו משבעי אהדדי כל יומא ולא אמרינן שימתין עד לבסוף ואז ישבע על הכל אלא היינו טעמא דגבי אשה אי ידעה שהיו עתידים להשביעה על מזונותיה בימי מגר אלמנותה הויא לה קטטה מעיקרא בהדי בעלה ואין אדם דר עם נחש וכו'. וכ"כ הרא"ש ריש פרק אלמנה וכו משמע בתשובת הרשב"א שהביא הבית יוסף בסי' ע"ז. וא"כ אתי שפיר דברי הרמב"ן דאי אמרינן שאינה צריכה שבועה על המזונות בודאי אתי שפיר ההיא דהשולח דמשמע שלא איבדה משום דחשודה על השבועה ואינה יכולה לישבע על הכתובה ולא על המזונות והוא מטעמא דאמרן:

ומיהו רבינו לא ס"ל דמשום הכי ליפטרוה משבועת יתומים. ומה שהקשו מפרק השולח כבר תירצו הר"ן בפרק שני דייני דאין הכי נמי דהוה מצי למימר דמזוני נמי לית לה מדרב אלא דאי הוה אמר הכי הוה משמע דאם תקפוץ ותשבע אית לה דהא אמרינן דמודה רב בקופצת וליתא דכיון שתבעה כתובתה הפסידה מזונותיה לגמרי. ואיהי נמי לפום מאי דאמר לה אהדרא ליה כבי תרי עבדית לי ע"כ. ומ"ש הט"ז שם בסי' צ"ג על דברי הר"ן דאין סברא לומר דרבה בר רב הונא היה חייש לשמא תקפוץ ותשבע ותסבור שיש לה מזונות דאם תקפוץ ותשבע תטול הכתובה כי זה היה בקשתה בתחילה וא"כ למה היה לרבה ליזהר מאותו טעות ע"כ. אין בדברים הללו כדאי לדחות דברי הר"ן דהא ודאי יש סברא גדולה לחוש שמא תשהה זמן מה עד שתקפוץ ותשבע ואז תתבע מה שמגיע

לה מזונות למפרע מיום שתבעה. דאע"פ שבעת שבאת לפני רבה לא תבעה בתחילה מזונות רק הכתובה היינו משום שאז לא היה מגיע לה על שעבר ועל להבא לא היה אז רצונה לתבוע מזונות שהיתה צריכה למעות כתובתה אבל מזונות שיגיע לה למפרע כשתקפוץ מהיכא תיתי שתמחול ולא תתבע מה שיגיע לה אז. על כן הוצרך רבה לומר שמשתבעה כתובתה בבית דין איבדה מזונותיה וא"כ אף כשתקפוץ ותשבע לא תגבה מזונות למפרע כלל:

עוד יש לי ליישב סוגיא דהשולח לדעת רבינו דודאי הוה מצי למימר דמזוני נמי לית לה מדרב דצריכה שבועה והיא חשודה אלא דאי הוה אמר הכי הוה משמע דאם תתפוס מטלטלין לא יהא בנו כח להוציאה מידה וכדאמרינן ר"פ אלמנה ניזונית והעתיקו רבינו לעיל בפרק זה אלמנה שתפסה מטלטלין במזונותיה מה שתפסה תפסה. ומשמע דאפילו שבועה אינה צריכה וכמ"ש באה"ע סי' צ"ג. ולכך אמר דמשתבעה איבדה מזונותיה וא"כ אפי' תתפוס נוציא מידה וכדמוכח בחלקת מחוקק שם בסימן הנזכר ס"ק מ"א ע"ש]:

פרק כ

הלכה א

צוו חכמים שיתן אדם מנכסיו מעט לבתו כדי שתנשא בו. והקשה הלח"מ דהיכי אמר צוו חכמים הא בגמ' פרק נערה (כתובות דף נ"ב) אמרו דהא נמי דאורייתא הוא דכתיב קחו נשים וגו' ואת בנותיכם תנו לאנשים משמע דהוי מן התורה. ותירץ דסובר רבינו דאסמכתא בעלמא הוא. ואין דבריו מספיקים דמנ"ל לרבינו לומר כן. אמנם מוכח הכי בסוף הסוגיא בדף שאחר זה דקאמר הא נמי תקנתא דרבנן ומזה מוכרח דהא דקרי ליה דאורייתא בתחילת הסוגיא לאו דוקא הוא אלא אסמכתא. וכן כתב מהרש"א. ונראה דכך צריך לומר ג"כ במאי דמקשה התם בתחילה מי איכא מידי דרחמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות ואתו רבנן ומתקני דתירות ברתא ואהא משני הא נמי דאורייתא הוא דכתיב ואת בנותיכם תנו לאנשים וכו' ועל כרחך הא דקאמר דרחמנא אמר ברתא לא תירות ואתו רבנן ומתקני דתירות ברתא לאו למימרא דתיקנו ביה נגד דאורייתא ממש דהרי בכהאי גוונא שנותן (לו) [לה] במתנה בחייו אין בזה עקירה מן התורה רק משום איסור העברת נחלה מדרבנן ולא מקשה אלא משום דאיסור זה אסמכוה אקרא כדאיתא בירושלמי והובא בראש"ש פרק יש נוחלין ואיך מתקני רבנן לעקור איסורא שאסמכוה אקרא ואהא משני דהך תקנתא נמי אסמכוה אקרא:

[**ומ"ש** רבינו **אם היה עשיר הרי זה ראוי ליתן לה כפי עשרו**. פירש הרב המגיד שכוונתו

שמדעתו יתן ולא בעל כרחו. ודע שכן מבואר להדיא בסוגיא שם (דף נ"ג) דתקנתא דרבנן שיתן אדם לבתו הני מילי מדעתיה וכו' ויש לתמוה על לשון הבית יוסף בזה בסי' נ' שכתב שמענו וכו'. דלפי המבואר בסוגיא הנזכר הא שמענו דמדעתו דוקא. ועיי' בחידושי הרשב"א בנדרים (דף ל"ח ע"ב) שדקדק גם כן מסוגיא דהתם דנתינת נדוניא לבת אינו חיוב כל כך שיתן לה בעל כרחו כמו שבעל כרחו זן אשתו ובניו הקטנים ע"ש]:

הלכה ו

[**הבת בעישור זה כבעל חוב של אחין היא**. עיין במשנה למלך שתמה על הטור אה"ע סי' קי"ג שכתב דנוטלת עישור נכסים בנכסים שנפלו מאבי אביהם לאחר מיתת אביהם הא מצי למימר האח אנא מכח אבוה דאבא קאתינא וכו'. וי"ל דהטור לטעמיה אזיל בחו"מ סו"ס ק"ד דמשמע שם דלא סבירא ליה הך סברא דמכח אבוה דאבא קאתינא וכמ"ש הש"ך שם וע"ש שהאריך בזה. ומיהו המל"מ לשיטתו שכתב בפ"ה מהלכות נחלות דגם הטור סבירא ליה דיכול לומר מכח אבוה וכו' כמ"ש בסי' רי"א גבי בן שמכר בנכסי אביו וכו'. אבל לפי מש"כ האחרונים שם לק"מ דגבי בעל חוב לא סגי בטעמא דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא דהבעל חוב יכול לומר אביך זוכה קודם והוא משועבד לי. ובזה אין סתירה בדברי הטור מסי' ק"ד לסי' רי"א:

גם מ"ש בספר שער המלך הל' מלוה [פרק כ"א] דבס' נתיבות משפט הקשה על הרא"ש מלוניל דס"ל דהא דאמרינן פ' מי שמת גבי נפל הבית דאפי' מת הבן ראשון בעל חוב גובה מהן ולא מצי למימר מכח אבוה דאבא קאתינא ואמאי גבי בן שמכר וכו' מוציא מיד הלקוחות משום דמצי למימר מכח אבוה דאבא קאתינא. ולפי מה שכתבנו לק"מ דשאני בעל חוב כנ"ל. וא"כ גם כן דברי הטור באה"ע אתי שפיר ולא קשיא קושיית המל"מ]:

פרק כא

הלכה יא

[**היתה מתאוה לאכול יותר מפני חולי התאוה שיש לה בבטנה הרי זו אוכלת משלה כל מה שתרצה מפני שצער גופה קודם**. לשון הרב המגיד שחייה קודמין. וכתב עליו הכסף משנה שלשון שאינו מכוון הוא דלא שייך לומר חייה קודמין אלא בדברים הצריכים לקיום גופה וכו' אלא טעמא משום דצערא דגופה עדיף. ואכתי לפ"ז נמי אינו מיושב דמהיכא תיתי דמשום צער דידה תסכן הולד וכמו שהקשה החלקת מחוקק בסי' פ'. אלא על כרחך מדכתב רבינו שצער גופה קדים דסבירא ליה דבכלל חייך קודמין הוא נמי צער גופו דקדים לחיי חבירו. וא"כ לשון הרה"מ מכוון. ומ"ש החלקת מחוקק מהיכא תיתי

לומר כן כבר כתב הבית שמואל דבנדרים (דף פ') ס"ל לרבי יוסי הכי דכביסתם וחיי אחרים כביסתן קודם אע"ג דאינו אלא צער. ומה שהקשה עליו דכביסה הוי סכנה ולא צער מדאמרו התם האי ערביבותא דמאני מייתי לידי שיעמומיתא ליתא דא"כ לא הוו פליגי רבנן לומר דחיי אחרים קודמים לכביסתן דהא אינהו נמי סבירא להו דחייהם וחיי אחרים חייהם קודמים אלא שמע מינה דכביסה אינו אלא צער וחולי קשה וכדמשמע מהמפרשים שם:

ומה שהקשה הב"ש דהיאך פסק רבינו כר' יוסי נגד רבנן. י"ל דהתם מפיק טעמיה דר' יוסי מקרא דלכל חייתם ע"ש. ועוד דמשמע התם דאיסי בן יהודה וורדימוס נמי הכי סבירא להו וא"כ חשיבי נמי כרבים לגבי דתנא קמא דכהאי גוונא אמרינן בפרק הערל (יבמות דף פ' ע"ב) והרא"ש בנדרים (דף ע"ו ע"ב) וא"כ כל מידי דצער וחולי הגוף בכלל דלכל חייתם הוא לומר דקודם לחיי אחרים. דכהאי גוונא דרשינן בפ' אע"פ (כתובות דף ס"א) אם כל חי לחיים ניתנה ולא לצער:

עוד יש לי לומר דעד כאן לא פליגי ר' יוסי ורבנן אלא בכביסה אבל בשאר חולי הגוף מודו רבנן דאיכא למשמע מקרא דלכל חייתם דהוא קודם לחיי חבירו דהא אמרינן בביצה (דף ל' ע"ב) שלשה חייהם אינן חיים וקחשיב מי שיסורים מושלין בגופו ומי שאין לו אלא חלוק אחד לא קחשיב דסבירא להו דאפשר דמעיין במאניה ומהאי טעמא סבירא להו לרבנן דחיי אחרים קודמים לכביסתן ור' יוסי דס"ל דכביסתן קודם על כרחך ס"ל כההוא מ"ד דחשיב נמי התם מי שאין לו אלא חלוק אחד בהדי הנך דחייהם אינן חיים. וא"כ חולי התאוה שיש בבטן שכתב רבינו שפיר י"ל דהוי בכלל מי שיסורים מושלין בגופו דקחשיב התם בהדי הנך דחייהם אינן חיים וא"כ לכו"ע הוי בכלל דלכל חייתם לומר דקודם לחיי חבירו. ואפשר דדוקא אם היסורים מושלין בכל גופו. ומכאן יש ללמוד דאם אמר אחד הנח לי לקצץ אחד מאיבריך ואם לאו אמית את חבירך שאינו מחוייב להניח לקצוץ לו אפי' אבר שלא ימות ממנו דהא אפי' צער וחולי שבגוף שאינו מסוכן אמרינן חייך קודמים ודלא כמ"ש באר היטב ביו"ד סי' קנ"ז דחייב להניח שיקצץ לו אבר אחד. אך בברכות משמע דחד אבר שבטל קיל מיסורים שבכל גופו. ומ"ש המג"א באו"ח סו"ס קנ"ו דמשמע מגמ' דשבת (דף ל"ג) שמחוייב לסבול צער כדי שלא יהרג חבירו היינו צער בעלמא אבל לא סכנת אבר או חולי בגוף כמ"ש]:

הלכה יב

הרי שרצתה האשה להניק בן חבירתה עם בנה הבעל מעכב ואינו מניחה אלא להניק בנו בלבד. והנה הטור אה"ע סי' פ"ב העתיק דברי רבינו עד הבעל מעכב והבין מדבריו

דסבר דדוקא על בן חברתה מעכב הבעל אבל על בנה שיש לה מאיש אחר אינו מעכב. והשיג על זה מדתניא הרי שנתנו לה בן להניק לא תניק עמו לא בן חברתה ולא בנה. ואני אומר דעל כרחך אין כוונת רבינו כמ"ש הטור דנקט בן חברתה למעט בנה שהרי מדמסיים ואינה מניחה אלא להניק בנו בלבד משמע דאילו בנה דינו כבן חברתה שיכול לעכב שלא תניק רק בנו בלבד. והא דנקט בתחילת דבריו בן חברתה י"ל דלרבותא נקיט דיש סברא למימר דבן חברתה עדיף ומסתבר טפי למימר בו שלא יוכל הבעל לעכב מבבנה וקמ"ל דאף בבן חברתה מעכב וכל שכן בבנה. והכי איתא בהדיא בסוגיא דפרק אף על פי (כתובות דף ס' ע"ב) דפריך אהא דתניא לא תניק עמו לא בנה ולא בן חברתה. השתא בנה אמרת לא בן חברתה מיבעיא ומשני מהו דתימא בנה הוא דחייסא עליה וממציא ליה טפי אבל בן חברתה אי לאו דהוי לה מותר לא הויא ממציא ליה קמ"ל. ולפ"ז היינו דנקט רבינו בתחילת דבריו בן חברתה לרבותא דאפילו בו מעכב וכל שכן בנה דאיכא למימר דחייסא עליה. אך כדי שלא תטעה לומר דדוקא נקט בן חברתה אבל על בנה אינו מעכב לכך כייל בסוף דבריו דאינו מניחה להניק אלא בנו בלבד דמשמע דאילו על בנה מעכב כמו על בן חברתה. ומזה דרישא לרבותא נקט:

הלכה יז

[**רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן ששה שנים גמורות.** ובהשגות והלא הוא חייב לחנכו תורה בן ארבע ובן חמש וכו'. וכן כתב הרא"ש בתשובה כלל פ"ב דאף פחות מבן שש צריך האב ללמדו תורה ולחנכו במצות. וכתב על זה הרב המגיד שאינו חייב להכניסו למלמד פחות מבן שש וכו'. ולפי דבריו הא דתנן בן חמש שנים למקרא היינו לגלגל עמו שאביו מלמדו מעט וכמ"ש הגהות מיימוני פ"ב מהל' תלמוד תורה. וזה דלא כמ"ש הכס"מ שם לדעת רבינו דבן חמש שנים שלמים שנכנס בשנת שש מכניסין אותו למלמד. ותימא דלפ"ז מה ישיב הרב על השגות הראב"ד דכאן וכן תקשה ליה לדידיה שבהל' תלמוד תורה ביו"ד סי' רמ"ה כתב דבן חמש שנים שלימות מכניסין למלמד ובאה"ע סי' פ"ב העתיק דברי רבינו דכאן. ואפשר יש לדחות דכאן דמפרישין אותו מאמו ככחוש דיינינן ליה ולא חזי לבי רב עד שיהא שש גמורות]:

פרק כב

הלכה א

[**ומאימתי יזכה בירושתה משתצא מרשות האב ואע"פ שעדיין לא נכנסה לחופה.** ודע שנחלקו רש"י ותוס' בפ' נערה אי הויא מסירה לרשותו כנשואה נמי לענין לטמא

לה ולהפר נדריה. וראיתי להבית שמואל ריש סימן נ"ז שכתב דמלשון רבינו משמע דסבירא ליה כרש"י דלשאר מילי לא מהני מסירה. ואישתמיטתיה מה שכתב הכס"מ בפי"א מהל' נדרים דין כ"ב ובבית יוסף ביו"ד ריש סימן רל"ד דמדברי רבינו שם משמע דמשנמסרה לרשות הבעל מיפר נדריה והביאו התוי"ט פ"י דנדרים ועל כן אין מדברי רבינו דכאן שום משמעות דלא איירי בכאן רק בדיני ירושת הבעל וסמך עצמו אמה שכתב בהלכות נדרים. וכן הבית יוסף העתיק לשון רבינו דכאן באה"ע סי' הנזכר ואפילו הכי ביו"ד סי' הנזכר משמע דס"ל עיקר דיכול להפר וכן משמע שם באחרונים. ומה שהקשה הבית שמואל שם על דברי רבינו בהל' תרומות יתבאר שם]:

הלכה כב

האשה שחבלו בה אחרים כל המעות הראויות לתת לה ילקח בהן קרקע והבעל אוכל פירותיהן כמו שיתבאר בהלכות חובל. משמע בהדיא דצער נמי שמבואר שם בהל' חובל שהוא שלה ילקח בו קרקע והבעל אוכל פירות. וכן יש ללמוד ממ"ש רבינו לקמן בדין כ"ח גבי חובל באשתו כל הנזק והצער והבושת שלה ואין הבעל אוכל פירות. ואי איתא דכי חבלוה אחרים נמי אין הבעל אוכל פירות מהצער א"כ מאי צ"ל דאין אוכל כשחבלה בעצמו אלא שמע מינה דבחבלה דאחרים אוכל. וכן יש להוכיח מדברי הרא"ש שכתב בר"פ מציאת האשה אהא דתנן בושתה ופגמה שלה הא דלא נקט במתניתין צער דפשיטא דהוי לאשה דצער דידה לא זכי ליה רחמנא ואי איתא שאין לבעל פירות מהצער א"כ מאי קשיא ליה דלא נקט צער דהא לא דמי לבושת ופגם דהבעל אוכל מהן הפירות וכדנקט בסיפא דמתניתין שלה ילקח בהן קרקע והבעל אוכל פירות והוא אליבא דכו"ע כמ"ש הר"ן שם. אלא מוכח דצער נמי אוכל פירות כמו בבושת ופגם. ובחנם כתבו החלקת מחוקק והבית שמואל באה"ע סי' פ"ג דלא נתבאר אם הצער שלה לגמרי או אם דינו כנכסי מלוג שהבעל אוכל פירות. ולפי מה שכתבנו הדבר מבואר מדברי רבינו בכאן ומדברי הרא"ש בכתובות דדינו כדין נכסי מלוג. ומ"ש הבית שמואל דבסי' פ"ה ס"ז משמע שאין אוכל פירות אין מוכרח דאילו משום שכתבו שם הטור ושו"ע באו לידה נכסים אחר שנשאת בין שנפלו לה בירושה או שחבלו בה ונתנו לה חלקה בבושתה ופגמה נקראים נכסי מלוג וסבר הב"ש דדוקא נקטי הטור ושו"ע בושת ופגם למעט צער. ואינו מוכרח די"ל דלא איירי רק במאי דאיירי תנא דמתניתין דר"פ מציאת האשה וכן משמע בבית יוסף. וכיון דלא איירי תנא דמתניתין בצער לא נקטי נמי הטור ושו"ע אבל לעולם צער נמי הוי נכסי מלוג וכמ"ש:

פרק כג

הלכה יח

נשאת הבת בתוך זמן זה הבעל נותן לה מזונות ובעלי אמה שפסקו לזונה נותנין לה דמי מזונות. וכתב הרב המגיד בשם הרשב"א אם מתה הבת תוך זמן זה אין לה מזונות כלל שלא נתחייב אלא לזונה ולא ליורשיה והכי איתא בירושלמי מתה כבר מתה ע"כ. והיינו מזמן דלהבא וכמ"ש הבית שמואל. ונראה דטעמא משום דקיי"ל דבכל תנאי שאמר לי משמע דוקא לי ולא ליורשי וכדאית להו לרבנן בקידושין (דף ס' ע"ב) ובגיטין (דף ע"ד) גבי הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתים זוז דלא נתקיים התנאי ואינו גט עד שתתן לו ולא ליורשיו והוא הדין לעניין חיוב הנותן אינו מחוייב ליתן הסך שנתחייב ליתן לו רק כשחי המקבל ולא ליורשיו כשמת קודם הזמן. וכן כתב בחידושי ריטב"א דמי שנתחייב ליתן לחבירו כך וכך בכל שנה ושנה אמרינן לו ולא ליורשיו. וא"כ הכא נמי אין חייב ליתן ליורשי הבת אלהבא אפילו אם נתחייב לה סך קצוב. וכך יש ללמוד ממ"ש הרשב"א גופיה והובא בבית יוסף בחו"מ סי' ר"ז והסמ"ע בסי' רמ"א ס"ז גבי האומר שדי נתונה לך על מנת שתתן לי חמש זהובים בכל שנה נותן לו כל ימי חייו וכשמת אינו נותן ליורשיו בשנים הבאים לאחריו וכו'. וזה דלא כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ס' ס"ק י"ז דמחוייב שיתן ליורשים בשקצב סך מעות בעד המזונות בכל שנה ומשמע דגם על שנים דלהבא אחר מיתת המקבל וזה אינו וכמ"ש. וכן פסקו הט"ז ובית שמואל באה"ע סי' קי"ד אלא שלא הביאו דברי הפוסקים שזכרתי. ועוד יתבאר אי"ה בחידושי לחו"מ:

פרק כד

הלכה ב

הנושא אשה ולא הכיר בה שהיא איילונית או מחייבי לאוין וכו' אין מוציאין מן הבעל פירות שאכל. והנה הטור כתב באה"ע סי' קט"ז דאפילו אם הפירות הן בעין אצלו אין משלם. והב"י שם תמה דמניין לו זה דלא כתב כן הרא"ש רק בממאנת משום דקשיא ליה דאי (מאי) [מיירי] שאכלו מאי אריא פירות אפילו קרן אין לה (ולא סבירא ליה מ"ש הכס"מ בסמוך דין ט' לדעת רבינו ע"ש) ואילו באיילונית וחייבי לאוין קושטא דקרן אי אכלו חייב לשלם ואיכא למימר דפירות נמי דוקא בכהאי גוונא פטור אבל כשהן בעין חייב לשלם. ולי נראה דבאיילונית לא דינא ולא דיינא דודאי אינו צריך לשלם הפירות אף שהן בעין דהא בסוגיא דפרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ס"ז) מפרש טעמא דאיילונית משום מחילה ומדמה לה התם למוכר פירות דקל לחבירו עד שלא בא לעולם דאי שמיט

ואכיל לא מפקינן מיניה מטעם מחילה והתם אף שהן בעין לא מפקינן מיניה כדמוכח להדיא בחו"מ סי' ר"ט. ואדרבא לפי המסקנא דש"ס התם הויא מחילה דאיילונית עדיפא מההיא דהתם דהויא מחילה בטעות ואילו איילונית ניחא לה דתיפוק עלה שמה דאישות ומחלה הפירות של נכסי מלוג וכן כתב הרא"ש סוף פרק אלמנה ניזונת. וא"כ כל שכן דאמרינן דאפי' כשהן בעין מחלתן משתלשן ואין מוציאין מידו ואפשר שגם רבינו מודה בזה אלא דלישנא דגמרא דאי שמיט ואכיל נקט ולאו דוקא:

גם לפי דברי התוס' התם בפרק איזהו נשך יש להוכיח הוכחת הרא"ש נמי באיילונית שהרי גרסינן התם בפרק אלמנה דאיילונית נמי אי דליתנהו לא שקלי נמי קרן של נכסי מלוג כמו בממאנת וא"כ כי אמרינן דפירות אין לה על כרחך היינו אפי' כשהן בעין וכן פירש הרב מהרש"א התם לדבריהם. וגם י"ל כן בחייבי לאוין שלא הכיר בהן שהן שוין לאיילונית שלא הכיר וכמ"ש הכס"מ בסמוך וא"כ בהו נמי הכי הוי לפי דבריהם דאי אכלו לקרן אין לה ועל כרחך לפ"ז כי אמרינן דאין לה פירות היינו אפי' כשהן בעין וכמ"ש הטור. ונהי דלפי גירסתנו אינו מוכרח לומר כן באיילונית וחייבי לאוין מכל מקום כיון דלפי גרסתם הוכרחו לזה נשמע נמי לדידן כיון דלא מצינו שחלקו עליהם בזה על כרחך למעט במחלוקת עדיף. וא"כ פסק הטור ושו"ע בזה נכון:

הלכה יז

מי שראה אשתו שזינתה וכו' הרי זה חייב להוציאה וכו' ויתן כתובה ואם הודית לו שזינתה תצא בלא כתובה לפיכך משביעה בנקיטת חפץ שלא זינתה תחתיו אם ראה אותה בעצמו ואחר כך תגבה כתובתה. ועיין במגיד ובמל"מ שהוקשה להם ממ"ש רבינו בפי"ד ממלוה דאין נשבע המלוה [כ]ששטרו בידו אלא כשטען הלוה שפרעו דלהכי קאי השטר אבל על שאר טענות א"צ המלוה לישבע וא"כ ה"נ לא הוה לה להאשה לישבע שלא זנתה כיון דנקיטא שטר כתובה ואין עומד ליפטר בטענת זנות. וכן הקשו האחרונים באה"ע סי' קט"ז. והנה כהאי גוונא הקשה ג"כ הרה"מ לעיל בסוף פרק י"א על מ"ש רבינו גבי טענת בתולים דאינו נאמן להפסידה התוספת ומשביעה בנקיטת חפץ על טענתה שהיתה בתולה ואח"כ תגבה התוספת. והניח בצ"ע דלמה תשבע דאינו דומה לטענת פירעון כנ"ל. אך טעם רבינו שם מתבאר מתוך דברי הר"ן שכתב בשם הרמב"ן בפ"ק דכתובות דהתם הוי כאילו התנה מעיקרא דנושא אותה על מנת שהיא בתולה ועלה רמיא לברר שקיימה התנאי. ואטו מאן דמפיק שטרא דתנאי לא אמרינן ליה קיים שטרך ותנאך וחות לדינא. ולפ"ז אתי שפיר דיכול להשביעה דהא מסיק הר"ן שם דלפטר לגמרי מיהא אינו נאמן משום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. וא"כ אינו טעם שלא נצריכה

על כל פנים שבועה ותיטול דמ"מ לא תהא קלה להוציאה כיון שנאמנת בשבועה. ולפ"ז הכי נמי אתי שפיר כאן דיכול להשביע שלא זינתה דהו"ל כאילו נשאה על תנאי שלא תזנה תחתיו דהכי כתב ואמר לה הוי לי לאנתו כדת וכו' ועלה רמיא לברר שקיימה התנאי. אלא משום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה אינו נאמן לומר שעברה על תנאי וזינתה ולפוטרה בחנם אבל מ"מ לא האמינוה בדיבור בעלמא בלא שבועה:

[**והנה** ראיתי לבעל אורים ותומים בחו"מ סי' פ"ז ס"ק כ"ג שהקשה דאיך ישביעה שלא זינתה דנימא מיגו דחשודה אזנות חשודה גם כן אשבועה דקיל מאיסור זנות דאשת איש. וכאן לא שייך תירוץ הגמ' בפ"ק דב"מ גבי מגו דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא ונדחק בישוב קושיא זו. וסבור הייתי לומר דשבועה לא גריעא מעדות וכיון דקיי"ל דהחשוד על העריות כשר לעדות שאינו נפסל עד שיהיה שני עדים שבעלה כמ"ש בפי"ב דעדות וכן פסק הג"ה בחו"מ סי' ל"ד סעיף כ"ה כל שכן דאין נעשה חשוד לשבועה משום שנחשד על הזנות חשד בעלמא בלא עדים. אך זה אינו דהוי כחשוד לאותו דבר ופסול נמי לעדות אותו דבר והדרא קושיא לדוכתא דאיך נאמנת בשבועה שלא זינתה שחשודה עליה. ואפשר דשבועה בנקיטת חפץ שאני דחמירא וחשוד נמי נאמן עליה. וכהאי גוונא מצינו דס"ל לרש"י גבי כהן שנשא נשים פסולות דמדרינן ליה הנאה ממנה על שכיבתה ואע"ג דחשוד עליה לא חשוד לעבור אנדר. והיינו טעמא דנדר חמור מאותה שבועה שמושבע בהר סיני כמ"ש בס' באר יעקב. והכי נמי י"ל גבי שבועה בנקיטת חפץ דחמור משבועה דנשבע מהר סיני]:

אבל בדברי אחר אינו יכול להשביעה. פירש הכס"מ דטעמו משום שאינו טוען ברי שזינתה אלא על פי עד אחד. והא דתנן עד אחד מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה איירי שהבעל טוען ברי אבל כשהוא אינו יודע אלא על פי העד אינו יכול להשביעה. והנה המל"מ בפ"ה דשאלה ופקדון הניח דברי הכס"מ דכאן בצריך תלמוד ממה שכתב רבינו גופיה בפ"ד דגזילה דאף באומר איני יודע משביעו על פי העד. וכבר קדמו הש"ך בחו"מ סו"ס פ"ד להקשות כן על דברי הכס"מ. ומ"ש הבית שמואל באה"ע סי' קט"ז דרבינו רק גבי נגזל סבר דהיה משביעו והיינו כמ"ש הב"ח בחו"מ סי' ע"ה. אבל הב"י עצמו שם ובכס"מ בהלכות גזילה שם ובפ"ג דטוען כתב דלרבינו בכל מקום היה משביע התובע לנתבע על פי עד אחד וא"כ אי אפשר ליישב דבריו דכאן כמ"ש הבית שמואל. גם דברי בעל הג"ה בשו"ע סותרים זה את זה כמ"ש הב"ש. ומ"ש בספר הפלאה בקונטרס אחרון דהג"ה לא כתב דמשביע בספק על פי העד רק גבי שבועת היסת בחו"מ סי' ע"ה. לדידי ליתא דבסי' צ"ו מוכח דגם בשבועה דאורייתא היה משביע בספק. ועוד

קשה לי דברי הטור אהדדי דבאה"ע העתיק דברי רבינו דכאן ובחו"מ סי' ע"ה וסי' צ"ו פסק דמשביע:

אמנם יש לי לומר דדעת הטור והכס"מ והג"ה לחלק בין טוענו בספק על פי העד דעלמא דלא איירי בדנקט שטרא נגד עד משא"כ בנידון דהכא וכן גבי עד אחד מעידה שהיא פרועה דנקט שטרא נגד העד משום הכי אינו משביע לבעל השטר מספק על פי העד כיון דקא מסייע ליה שטרא. ועוד דהא דעד אחד מעיד שהיא פרוע לא תפרע אלא בשבועה אמרינן בגמרא פרק הכותב (כתובות דף פ"ז ע"ב) דטעמא דרבנן תקנוה כדי להפיס דעתו של בעל וזה לא שייך רק כשטוען הבעל שדעתו ברי בדבר שיודע שפרוע משא"כ כשאינו יודע רק שאמר לו עד אחד לא שייך לומר בזה דנפיס דעתו דבעל כיון שאין דעתו יודעת. ואי משום דעד אחד מעיד הא היא נקיטא שטרא דעדיף מהעדאת עד אחד וא"כ אין לנו להצריכה שבועה:

ושוב מצאתי קרוב לזה בהגהו"ת רבינו [מיימוני] בהלכות שבועות פרק י"א שכתבו דשבועה זו דעד אחד מעידה שהיא פרועה קילא משאר שבועות מטעמא דאמרן דכיון דשטר כתובה יוצא מתחת ידה רגלים לדבר שהדין עמה ועד אחד לאו כלום הוא והוי לן לומר דתטול בלא שבועה ואינה נשבעת אלא משום להפיס דעתו של בעל. וא"כ הכי נמי י"ל מהאי טעמא דקילא כשטוען הבעל בספק על פי העד שאינו משביעה. וראיתי לבעל ספר הפלאה דרצה לדייק כן מלישנא דמתניתין פרק הכותב גבי עד אחד דקתני ואמר לה התקבלת כתובתך דמשמע שטוען הבעל ברי ובזה הוא שתקנו שבועה כדי להפיס דעתו וסיים דמסתימת הפוסקים לא משמע כן. ולפי מ"ש זה אינו דאדרבא על כרחך כן הוא דעת הטור והג"ה והכס"מ לדעת רבינו. וכן יש להוכיח מדברי התוס' בפ"ק דב"מ (דף י"ד) וכמו שיתבאר אי"ה בחידושי שם בעזה"י:

[**ובזה** יש לי ליישב קושיית התוס' והרא"ש בשבועות (דף מ"ב ע"א) על פירוש ר"ח ור"ת וכן הוא דעת הרי"ף דשטרא ריע צריך בעל השטר שבועה. והקשו מהא דאמר פרק הכותב ההוא שטרא דאתא לקמיה דרבא אמר רב פפא ידענא ביה דפריע אמר ליה איכא אינש אחרינא בהדי דמר וכו' ואי בשטרא ריע לא אמר אלא שצריך לישבע אמאי בעי אחרינא בהדיה דמידי דהוה אעד אחד מעיד שהוא פרוע וכן כתב הרא"ש בפרק הכותב. ולפי מה שכתבנו לק"מ די"ל דהתם איירי שהלוה לא טען דשטרא פריע הוא בודאי רק בספק על פי אמירת רב פפא ובכהאי גוונא א"צ שבועה בעד אחד]:

הלכה כה

אמר לה בינו לבינה אל תסתרי עם איש פלוני וראה אותה שנסתרה עמו וכו' הרי זו אסורה עליו בזמן הזה שאין שם מי סוטה. ועיין בכס"מ שתמה דמאי אריא בזמן הזה דאפי' בזמן דאיכא מי סוטה נמי אינו יכול להשקותה בקינוי דבינו לבינה אא"כ [קינא] בפני שנים וכמ"ש בפ"א מהלכות סוטה. ועיין מ"ש בזה בתשובת מהרי"ט דלרבותא נקט בזמן הזה והכי קאמר דאע"ג דקיי"ל מצוה לקנאות הני מילי בפני עדים כדי להשקותה ותבדק ותמצא טהורה אבל בינו לבינה דלא מצי משקי לה לבדקה אין כאן מצוה. ולא מיבעיא בזמן דהיה מי סוטה אלא אפי' בזמן דאין נפק"מ בקינוי אלא לאוסרה עליו אפ"ה אין מצוה לקנאות אלא בפני עדים דאל"כ בכל שעה שהוא מרגל קטטה יבוא לקנאות ומיתסרא עליה איסורא דלעולם ושוב אינו יכול לתקן ע"כ. והוא דחוק גם הוא לכאורה נגד מ"ש רבינו סוף הל' סוטה דאין ראוי לקפוץ ולקנאות בפני עדים תחילה אלא בינו לבינה. ולי נראה דהיינו רבותא בזמן הזה דלא מהני מחילה אע"פ שקינא לה בלא עדים וגם נסתרה בלא עדים אפילו הכי לא מהני מחילה. אלא דקשה לי דמנא ליה לרבינו זה דבגמ' לא משמע אלא דהקינוי הוא בינו לבינה אבל הסתירה אפשר דצריך עדים אבל לא אשכחן תנא דלסגי תרווייהו בלא עדים:

פרק כה

הלכה ד

היו מומין שאפשר שנולדו בה אחר אירוסין אם נמצאו בה אחר שנכנסה לבית הבעל על הבעל להביא ראיה וכו' ואם היא בבית אביה על האב להביא ראיה שאחר ארוסין נולדו. וסיים הטור באה"ע סי' ל"ט ואם אין לו ראיה לאב תצא בלא כתובה. ודקדק מזה הב"ח שם דדוקא כתובה לא בעיא הא גיטא בעיא וכתב דגם מדברי רבינו יש לדקדק כן מדלא כתב כן לעיל בפ"ז גבי דיני קידושין דהוי טעות לבטלן רק כאן גבי כתובה פוטר. ונראה דיפה כתב הב"ח ודלא כבעל הבית שמואל שכתב דמוכח לדעת הטור דמתבטלין הקידושין דהא כתב דצריכה להחזיר לו הקידושין והיכא דצריכה גט אין מחזירין הקידושין שלא יאמרו דהקידושין אינן כלום ואינה צריכה גט עכ"ד. ואין זה מוכרח דאפשר דהטור סבר כדעת הבית יוסף שפסק בסי' נ' דגבי קידושי ספק חוזרין הקידושין ואע"ג דצריכה גט ולא חייש לשמא יאמרו דהקידושין בודאי אינן כלום ואינה צריכה גט וגם קידושין תופסין באחותה. וטעמו ביאר הבית שמואל עצמו שם דסבר דבקידושי ספק לא מפקיעין ממונו דבעל מחמת חששא זו דשמא יאמרו דהקידושין

אינן כלום דבספק מן הדין הן של בעל. וא"כ הכי נמי יש ליישב לדעת הטור כאן דאם האב אינו מביא ראיה שנולדו אח"כ מן הדין הקידושין שייך להבעל דמסתמא היו קודם ארוסין ומשום הכי צריכה להחזירן ולא מפקיעין ממונו מחמת הך חששא שכתב הב"ש:

ומיהו גט צריכה שפיר ולא פטרינן מטעם דנימא כאן נמצאו המומין וכאן היו. וטעמא דכיון שהיא אומרת שנולדו אחר ארוסין הויא לה כאילו אומרת לו קדשתני וקיי"ל דצריכה גט משום דשויא אנפשה חתיכא דאיסורא. ואע"פ שכתב הבית שמואל דהכא גרע מכי אמרה קדשתני בעלמא דליכא הוכחה שמשקרת אבל הכא כיון דאמרינן כאן נמצאו המומין וכאן היו מעיקרא מוכח דמשקרת עכ"ד. ואיברא זה אינו דודאי דלא גרע כאן משום זה דמ"מ לא גריע סברא זו דכאן נמצאו וכאן היו מאילו היו עדים מעידים לפנינו שהיו בה המומין קודם ארוסין ואף בכהאי גוונא היתה צריכה גט דהרי קיי"ל דאפילו נגד העדאת עדים מצי אינש לשוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וכמ"ש ביו"ד סי' א'. ושוב מצאתי שהשיגו להב"ש בזה בעל ספר פני יהושע בקונטרס אחרון שלו בכתובות פרק המדיר עיי"ש: