הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

ערך שי אבן העזר חלק א

רבי שלמה יהודה טבק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

ערך שי אבן העזר חלק א

רבי שלמה יהודה טבק

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/ערך-שי-אבן-העזר-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

הלכות פריה ורביה 4
סימן א 4
סימן ב 9
סימן ג 13
סימן ד 26
סימן ה 60
סימן ו 63
הלכות אישות 88
סימן ז 88
סימן ט 100
סימן י 109
סימן יא 112
סימן יב 126
סימן יג 127
סימן טו 140
סימן טז 149
סימן יז 154
סימן יט 323
סימן כ 325
סימן כא 328
סימן כב 333
סימן כג 342
סימן כה 345
הלכות קידושין 347
סימן כו 347
סימן כז 352
סימן כח 370
סימן כט 407
סימן ל 416
סימן לא 422
סימן לב 429
סימן לג 432
סימן לד 435
סימן לה 436
סימן לו 449
סימן לז 451
סימן לח 468
סימן לט 486
סימן מ 496
סימן מא 508
סימן מב 510
סימן מג 534
סימן מד 537
סימן מה 543
סימן מו 552
סימן מז 558
סימן מח 560
סימן מט 562
סימן נ 563
סימן נא 588
סימן נב 599
סימן נג 600
סימן נה 611
סימן נו 615
סימן נז 618
סימן ס 621
סימן סא 622
סימן סב 625
סימן סד 626
סימן סה 628

הלכות פריה ורביה

סימן א

ס"א חייב כל אדם רמב"ם כתב ריש פט"ו מה"א אשה שהרשה את בעלה אחר הנשואין שימנע עונתה הר"ז מותר כשהיה לו בנים שכבר קיים מצות פ"ו אבל לא קיים חייב לבעול כל עונה והקשה ב"ש הא אפילו קיים פ"ו חייב לקיים לערב א"ת ידך אע"ג דאינו אלא מדרבנן מנ"ל לרמב"ם דמהני מחילה דידה ומכח קושיא זאת חידשו ברכ"י ודרישת ארי דינים מחודשים ולע"ד לק"מ לפימ"ש מלחמות בפרק הבע"י דמצוה דרבנן הוא כמנהג דרך ארץ מדקא נסיב ליה תלמודא בבקר זרע את זרעך ולא הזכירו בזה איסור אלא ישא אשה מצוה דלכתחלה הוא אין כופין ולא קורין עבריינא למי שאינו רוצה לעסוק בה עכ"ל וכן נראה מפרש"י פרק משילין ריש דף ל"ז דמצוה לערב את"י הוי רק קצת מצוה דלכן קראו המשנה רשות וכיון שאין בזה איסור וחוב שפיר כתב הרמב"ם דמותר ואינו חייב רק כשלא קיים פ"ו ועיין תוספת שילהי יומא פ"ז ע"ב בהא דתפיע רשות דמשום אונס קטן וטרחא כגון עלה למטה לא מטרחינן לו לרד וה"נ כיון שנטל ממנה רשות סתמא יש לו סבה למנוע ומה שהוא מצוה כתבה רמב"ם שם הט"ז וכאן כתב רק דאין בזה איסור וחיוב.

ס"ב ולישא אשה בחידושי לא"ח סימן קנ"ג הבאתי ראיות דאשה אינה מצווה על שבת.

ס"ג בן י"ח עב"ש ובע"ח מבואר דהיינו בן ח"י שלמים ומלתא בטעמא.

ובשום ענין לא יעבור מעשרים שנה בלקוטי תנ"ך להאריז"ל בפ' בראשית על פסוק ויקח ה' אלהים תמצא הטעם.

ס"ו בהג"ה הבן ממזר וכו' קיים המצוה כן יליף הרשב"א מירושלמי פרק שני ה"ו אהא דמי שי"ל בן מ"מ ר' אבין בעי ובנו לכ"ד אפילו לפ"ו ובשי"ק שם תמה הא ר' אבין בעי והוי ספיקא דאורייתא עיי"ש ואני תמה הא קי"ל מהב"ע לאו מצוה ואפילו בן הבא מן בעילת נדה הל"ל דהוי מצוה הבא בעבירה ולא יצא ואח"כ מצאתי האריך בקושיא זאת ריו"א על בכורות פ"ח והביא שם מהרדב"ז להלכה דלא קיים מצות פ"ו משום דהוי מהב"ע ולי נראה דבפ"ו לא אכפת בזה דהא בפי"ג דשבת ה"ג בירושלמי פליגי אי עברה מצוה ומסיק ר' עולא אלה המצות אם עשיתן כמצוותן הן מצות ואם לאו אינן מצות עיי"ש הרי דמהב"ע דאינה מצוה יליף מאלה המצות הנכתב בסוף פרשת בחקותי ושם כתוב אלה המצות אשר צוה ה' את משה אל בני ישראל בהר סיני א"כ דוקא מה שנצטוו ע"י משה בהר סיני דוקא אם נעשו כמצוותן בלא עברה אבל פ"ו ב"נ נצטוו ולא נשנית בסיני כדמסיק בפרק ד' מיתות דף נ"ט ע"ב ורק ישראל נשארו באותו מצוה דלא נתקדשו

בסיני להקל עליהן עי"ש בפרש"י ע"א וכיון דלא אמר אלה המצות לבני נח אם הולידו ממזר קיימו פ"ו השתא נמי אחר מתן תורה כיון דלא נשנה בסיני נשאר המצוה לישראל רק באופן שהיה מעיקרא ור' אבין בעי אי קיים פ"ו מסופק אם ילפינן מהב"ע מאלה המצות אבל לפי דמסיק בירושלמי בשבת שם נפשט הבעיא ועדיין צ"ע דבבבלי ר"פ לולב הגזול יליף מהב"ע מוהבאתם את הגזול ואת הפסח וי"ל כיון דג"ז רק לבני ישראל נאמר אבל לב"נ לא נאמר וכשנצטוו בפ"ו היו יוצאים גם כשבא בעברה השתא נמי נשאר המצוה לישראל רק כמעיקרא.

ועוד הא ר"י סידר הירושלמי ויליף מהב"ע מאלה המצות אלא דבלולב הגזול יליף מדברי קבלה גזול דומיא דפסח אפילו אחר יאוש פסול כדאיתא התם וזה לא נדע מאלה המצות ואה"נ דעיקר דין מהב"ע ילפינן רק מאלה המצות וגזול דומיא דפסח בא ללמד רק דגם לאחר יאוש פסול.

ועוד הפנ"י שם כתב דר"י בעצמו יליף דין מהב"ע מקרא אחר רק משום רשב"י קאמר דיליף מהא דגזול דומיא דפסח עיי"ש ובאמת חזינן דבירושלמי הנ"ל יליף מאלה המצות.

עוד נ"ל דבבכורות דף מ"ז איתא היה לו בנים בגיותו ונתגייר ר"י אמר קיים פ"ו דלשבת יצרה והעביד שבת וכן קי"ל והרי נכרים לא מפקדו אפ"ו כדאיתא בסנהדרין דף נ"ט וקשה מ"ש ממ"ש הרמב"ם פ"ו מהלכות חו"מ ה"ג אכל כזית מצה כשהוא נכפה בעת שטותו ואח"כ נתרפא חייב לאכול אחר שנתרפא לפי שאותה אכילה היה בשעה שהוא פטור מהמצות וכ"פ בש"ע א"ח סימן תע"ה ס"ה ואיתא כן בר"ה דף כ"ח א"כ ה"נ ביון דהוליד כשהיה נכרי ופטור ממצות פ"ו למה לא יתחייב כשנתגייר ונתחייב במצות ועכצ"ל דפ"ו שאני דהכתוב לשבת יצרה גילה דהקפידא משום שבת וכשנתקיים שבת אף דלא יצא ידי המצוה תו אינו מחויב ותלי"ת מצאתי שכ"כ בטורי אבן על ר"ה דף כ"ח.

ולפ"ז י"ל נמי נהי דמצוה הבא בעברה אינה מצוה היינו רק דלא יצא ידי המצוה אבל גוף המעשה לא נתבטל דלזה ליכא ילפותא מאלה המצות אם עשיתן כמצותן הן מצות ואם לאו אינן מצות אבל דיהא כאלו לא נעשה המעשה מנלן וכן מהא דמייתי בר"פ לולב הגזול גזול דומיא דפסח ליכא למילף רק דפסול ואינו מצות וא"כ בפ"ו דהוליד כשהוא נכרי ונתגייר אף דאינו מצוה מ"מ תו אינו חייב ה"נ במצוה הבא בעבירה.

ס"ז ונתגייר הוא והם ה"ז קיים מצוה זו ביבמות דף ס"ב איתא היו לו בנים ומתו ר"ה אמר קיים פ"ו ור"י אמר לא קיים ר"ה אמר קיים משום דר"א דאר"א אין ב"ד בא עד שיכלו כל נשמות שבגוף ר"י אמר לא קיים פ"ו לשבת יצרה בעינן והא ליכא מיתבי ב"ב הרי הן כבנים כי תנא ההוא להשלים וההוא דינא דלהשלים אינו לפי המסקנא כמ"ש הב"ש

בסק"י והקשו דרישת אר"י וישעי"ק לרמב"ם דדוקא כשנתגיירו לישני יותר דלא נתגיירו רק ב"ב עיי"ש ולפימ"ש לעיל דכמו באכל מצה כשהוא נכפה לא יצא משום דאז היה פטור ה"נ כיון דהבנים היה לו כשהיה נכרי ופטור איך יצא ידי המצוה כשנתגייר וצ"ל כיון דהטעם דפ"ו משום שבת והרי עביד שבת נהי דהמצוה לא קיים מ"מ כיון דכבר עביד שבת תו אינו מחויב אך זה דוקא למ"ד דרשינן טעמא דקרא וכ"פ הרמב"ם עתוי"ט מ"ז פ"ג דפרה וב"י לקמן סימן ט"ז אבל אי לא דרשינן הל"ל דלא יצא והנה ר"ה דס"ל מתו הבנים קיים פ"ו משום דר"א קשה אם לא דרשינן טעמא דקרא איך יצא אלא די"ל דא"ל דרשינן ודאי יצא המצוה דהא כבר הוליד בנים אלא להחמיר לכ"ע דרשינן וכמו שכתבתי בחי' לסנהדרין דף ט"ז וא"כ אי לאו דר"א ה"א טעמא דקרא משום שבת ולכן צ"ל דטעמא משום דר"א ולכן לא משני האי דב"ב הן כבנים בגר שנתגייר וב"ב עמו דזה דוקא למאן דדריש טעמא דקרא גם לקולא ויותר משני דאתיא ככ"ע.

ועדיין צ"ע לשון הרמב"ם והש"ע כאן ה"ז קיים מצוה זו והא נעשה בגיותו שהיה פטור ולא קיים המצוה רק כיון דעביד שבת תו אינו מחויב ובש"ס איתא רק קיים פ"ו ולכן נראה דבשלמא אכל מצה כשהוא נכפה דכשנתפקח כבר ליתא המצה לכן לא יצא משא"כ הכא דנתגייר הוא והם דכקטן שנולדו דמי ועל ידו נתגיירו הוי כהולידן עכשיו וקיים המצוה ובזה מיושב מניין יצא לו לרמב"ם דדוקא כשנתגיירו גם הבנים וגם הקשו דהל"ל ונתגיירו לשון רבים ולפמ"ש א"ש דא"ל נתגיירו ל"ל דהוי כהולידן עכשיו אלא כשנתגיירו ודוקא על ידו מחמת דהוא נתגייר משכן אחריו לכן תלה בדידיה ונקט לשון יחיד וכמו והנפש אשר עשו בחרן וכאן דנולדו ממנו ממש ומתייחסים אחריו גם בגיותו רק לא קיים אז המצוה כיון דפטור היה מפ"ו ועכשיו גיירם והולידן נגמרו המצוה בשעת חיוב וכהולידו עכשיו דמי.

והנה רב הונא ס"ל בר"ה דכ"ט חציו עבד וחב"ח מוציא את עצמו וכתב הט"א שם דף כ"ח דאנן דקי"ל שם דלא כר"ה אינו מוציא לעצמו ה"נ כשעשה המצוה בשעה שהיה פטור אינו מוציא את עצמו כשבא לכלל חיוב עיי"ש וא"כ לר"ה יצא במה שעשה המצוה בשעה שהיה פטור אף שבא אח"כ לכלל חיוב כמו דצד עבדות פוטר צד חירות שבו וכשהוליד בנים בגיותו אף שלא נתגיירו בניו עמו יצא כשנתגייר הוא ולכן לא משני אליבא דרב הונא הא דב"ב הן כבנים לענין גר שנתגייר וב"ב עמו דא"צ כלל שיתגיירו לר"ה וא"ל למ"ל כשגייר בניו אף כשגייר אחרים נימא דקיים פ"ו כיון דהוי כהולידן זה אינו כיון דלא יצאו מחלציו אין מתייחסים אחריו וכמו הוליד כשהיה עבד דלא יצא משום דאין לעבד חייס ואפשר לומר כשנתגייר הגוי ובניו אף דנתגיירו מעצמם מ"מ

יצא דהוי כנולדו עכשיו מכח אביהם שהולידן כבר דהא אם נולדו ומתו לא קיים מצות פ"ו ואם נולדו ולקחן אחר וגידלם יצא האב אף דלולא האחר שגידלם היו מתים וע"כ משום דהאב סבה ראשונה ה"נ כשנתגיירו מעצמם אלא דלשון הש"ס שאמר ונתגייר לשון יחיד נראה יותר שמחמתו נתגיירו גם בניו.

עוד נ"ל דטעמייהו דרמב"ם וש"ע דדוקא נתגייר הוא והם דהא טעמא דר' יוחנן משום דגוים מתייחסים אחר אביהם כדאיתא ביבמות ראיה בלאדאן בן בלאדאן ור"ל דאי נתגיירו לית להו חייס ולכאורה מאי ראיה מייתי ר"י בשלמא האב ובנו גוים זרעו נקרא ומתייחס אחריו משא"כ נתגייר האב לבד דהא איתא בפ"ג דנדרים וביו"ד סימן רי"ז סעיף מ"ם נודר מזרע אברהם אסור בגרים ומותר בבני ישראל ועשו וא"כ אף דטרם דנתגייר היה לו זרע מ"מ כשנתגייר דתו לא נקראו זרעו הוי כמתו בחייו דלא קיים פ"ו לכן ס"ל לרמב"ם וש"ע דמיירו דגם בניו נתגיירו א"כ מתייחסים אחריו גם עכשיו וא"כ לר"ה דס"ל מתו בניו קיים פ"ו אפילו נתגייר הוא לבד כיון דמעיקרא היו זרעו מתייחסים אחריו קיים פ"ו לכן לא מצי לפרש ב"ב כבנים לענין גר אליבא דר"ה ולדידן י"ל דאם נתגייר הוא ובני בניו זו"נ יצא מצות פ"ו ולפימ"ש יושר לבב בית א' חדר רביעי פ"ג הא דתנן גר שנתגייר ולא גוי שנתגייר דאפשר בהיותו גוי נכנס בו נפש הגר שכבר נחצבה מאברהם אבינו והי' המעוררת גיותו להתגייר לכן המתגייר ראוי לקראו למפרע בשם גר עיי"ש ויש סעד לזה מפ"ד דיבמות מ"ח ב' מפני מה גרים מעונים על ששהו עצמן מלהתגייר ובספ"ב דכתובות דבהיותו גוי דעתיה להתגייר מכבר וכן הוא ביבמות ל"ה לפ"ז י"ל דמיחשב בר חיובא גם טרם שנתגייר מחמת נפש הגר שבו מחויב להתגייר ולקיים התורה.

ס"ה אסור לו לעמוד בלא אשה בהבע"י יליף מדכתיב לא טוב היות האדם לבדו אעשה לו עזר כנגדו והקשו איסורא מנ"ל דלמא לא טוב ולא רע ונ"ל דהתם דרשינן זכה עזר ל"ז מנגדתו ובגליון שם הביא מפרש"י עירובין דף נ"ד דזכה היינו על פי מזלו וכיון דהדבר מסופק שוא"ת עדיף וטורח זה למה אע"כ לא טוב ר"ל אלא רע לכן מרויח כשיצא מודאי רע לספק טוב.

ס"ט והוא בחמ"ח סקי"ג ומקרא מלא הוא והחזיקו ובגדי שש דחה דא"כ לר"מ דע"מ שא"ל עלי שכו"ע תנאו בטל מה יענה לקרא זה ולפימ"ש תוס' בפרק אעפ"י נ"ו דבע"מ שתפטרו פטור גם לר"מ לק"מ ועוד נראה בההוא שעתא דנהגו כן מרוב אלמנות אהני מדין סטומתא וכמ"ש תוספת בפא"נ דף ס"ו לענין אסמכתא ושם בב"מ דף ע"ד אפילו בחד אתרא נהגו קניא מדין סטמותא אבל אם היה אסור לא יועיל מנהג ולדידן דקי"ל

כר"י גם בלא מנהג תנאו קיים עוי"ל לפימ"ש בחי' רמב"ן פי"נ דף קנ"ו בשם ר"ת דמתנה עמש"ב דתנאו בטל משום דמפליג בדברים והובא בפ"י פרק אעפ"י דנ"ו א"כ הכא דאסור בלא"ה לתנאי גמור מיכוין.

ס"י ביבמה לא החרים וכן בארוסה אם אינו רוצה לכנוס אלא לפטור בשו"ת חכ"צ סימן קכ"ד תמה על רמ"א דלקמן סי' קנ"ט ס"ה כתב די"א דאם נפלה לאחד ש"י אסור לישא אחרת עד שיחלוץ ליבמתו מחמת חדר"ג והרי זיקה קיל מארוסה דהוא קידושי תורה ופסק בארוסה ליכא חדר"ג וח"ס א"ע סי' א' כתב דקשה על רמ"א כאן דבסוף הסעיף כתב אם היא ארוסה ואינה רוצה להנשא לו או לפטור ממנו לא גזר ר"ג והא יותר מזה פסק ברישא דאפילו היא רוצה להנשא ליכא חדר"ג בארוסה ומכח זה העלה דרישא לא מיירי רק לענין לגרש בע"כ עיי"ש וזה רחוק ודחוק דכאן לא מיירי כלל מגט בע"כ.

ולע"ד כל טעמו של מהרי"ק בתשובה ק"א דבארוסה לא גזר דמי יכריחנו לכנוס ולכתוב לה כתובה ולהתחייב בשכו"ע ודעת מהרמ"פ בסימן י"ד דתקנת ר"ג שלא לישא שתי נשים כלשונו ממש ששתיהן נשואות לו ולא בארוסה דהבו דלא להוסיף על התקנה כי אם כלשונו הברור דאין לישא שתי נשים עיי"ש והנה ביבמה ג"כ שייכי הנהו טעמי דאם גזר ר"ג גם ביבמה כופין אותו לחלוץ כמבואר בד"מ ולפי דברי מהרי"ק דלא גזר ר"ג היכא דיבא מזה לכופו לכתוב כתובה ולכנוס ה"נ לא גזר בזה דיבא מזה לכופו לחלוץ והוא רוצה לייבם וכן לפ"ד מהרמ"פ דהבו דלא להוסיף על הלשון ה"ל לשון דאין לישא שתי נשים לא שייך ביבמה דהקנו לו משמים וכמבואר בפוסקים.

ולכן כשכתב רמ"א אמנם י"ח וס"ל דחדר"ג נוהג אפילו במקום מצוה ואפילו במקום יבום כ"ש דחולקים אהא דבארוסה לא גזור ולפיכך סיים לבסוף דאם היא ארוסה ואינה רוצה להנשא לו ולפטור ממנו יש להתיר גם להי"ח ובסימן קנ"ט שפיר הביא י"א בזיקה שייך חדר"ג דה"נ בארוסה להי"ח דכאן דהאי אמנם י"ח קאי גם על ארוסה די"ח ס"ל דחדר"ג נוהג אפילו במקום מצוה ואפילו במקום יבום וכ"ש בארוסה דאינו מקום מצוה.

מה"ד לגרשה עבה"ט ס"ק כ"ג מ"ש בשם המבי"ט והכנה"ג ולע"ד דעת המבי"ט דדוקא לענין לישא עוד אשה יש לחוש שמא תתחרט מלישב ט"ד ותעלה לא"י וא"כ יהא לו אז שתי נשים וכה"ג כתב נו"ב חא"ע ס"א לענין מורדת אבל לגרשה בע"כ כיון דעכשיו מה"ד לגרשה שרי וכיון דגם לישא אשה עליה האיסור רק מחשש שמא תתחרט לכן סמך גם לקולא אחזקה שע"ש לומר דנתגרשה ועוד דרמב"ן מתיר לישא עוד אשה נהי דהפוסקים חולקים מ"מ בכה"ג די"ל דנתגרשה סמך אחזקה דשע"ש גם לקולא.

גם תירץ הכנה"ג אף דבעצמו חשבו לדוחק כבר מצינו כיוצא לענין אחזו בולמוס בר"ך פרק יוה"כ.

סימן ב

ס"ב וכן מי שיש בו ע"פ וכו' כתב ב"ש דוקא כל השלשה סימנים ובגליון הגר"א כתב דדעת הרמב"ם אפילו באחת מהן נפסל ויצא לו זה מדאמרינן בביצה דף ל"ב ע"ב באחת מהן הני מע"ר ודלא כב"ש עכ"ל ולא נראה כן ברמב"ם פי"ט הי"ז שכתב דגבעונים היו להם כל השלשה מדות רעות משמע מש"ה רחקום דוד המלך ע"ה ומביצה אין ראיה דהתם קאמר אם אינו מרחם על הבריות בידוע שאינו מזרעו של אברהם והוא מע"ר שהיו גרים אבל לרחקם מלהתחתן בהם דוקא כשיש להם כל השלש מדות רעות אזי סימן שהם גבעונים והטור העתיק לשון הרמב"ם מי שיש בו עזות פנים ואכזריות לא כמ"ש ברמב"ם או אכזריות וכן מוכרח דאל"כ תקשי דמתחלה כתב הרמב"ם איש שהוא מרבה מריבה עם הכל וע"פ ביותר סימן פסלות הוא וכאן כתב מי שיש בו ע"פ ולא כתב ביותר ולא מרבה מריבה עם הכל אע"כ דכאן שהוא ע"פ ואכזרי ואינו גומל חסד שלשתן יחד ולעיל דע"פ לבד לכן דוקא ביותר ומרבה מריבה וכן במחבר כל סעיף זה לשון הרמב"ם ולא כתב או אכזריות וע"כ דגרס כן ברמב"ם ודברי הה"מ שהביא הך דביצה על לשון הרמב"ם צ"ע חדא דמביא ראיה לסתור כיון דמוכח ברמב"ם דדוקא כל שלשה סימנים ובביצה אמר רק חדא ועוד למה לא סגי לו בהא דמייתי מיבמות דהן הן דברי הרמב"ם ונראה משום דלכאורה ביבמות קאמר רק משום דראה דוד המלך ע"ה בהגבעונים דאין להם מהשלשה סימנים ביישנים ורחמנים וג"ח גזר עליהם שלא להדבק בישראל כיון דבלא"ה ודאי גבעונים היו אבל המעורב בישראל ויש לו חזקת ישראל מנ"ל דע"י סימנים הללו נחוש לו שהוא גבעוני ולא נאמר דמן רובא ישראל הוא לזה מייתי הה"מ גם הך דביצה דכשיש לו אכזריות מערב רב הוא כדאיתא התם רק התם אמר רק דמע"ר ולא גבעוני אבל כיון דכבר יצא מחזקת ורוב ישראל לכן כשהוא ג"כ ע"פ ואינו גומל חסד חוששין לו דגבעוני הוא דהגבעונים היה בהם שלשה אלה וכן מוכח מדאמר ביבמות שם שלשה סימנים יש לאומה זו ביישנים רחמנים ג"ח מבואר דכל חדא סימן הוא לאומה זו דאל"כ הל"ל שלשה סימנים למי שאינו מאומה זו ע"פ ואכזריים ואינן ג"ח דהוי הפירש דכל אחד לבד סימן או דהל"ל כמו דאמר בירושלמי פע"י ג' מתנות טובות ובמ"ר דברים פ"ג ג' מדות טובות ואם דר"ל דאלו שלשה מדות טובות הם סימן להכיר שהוא ישראל הל"ל סימן לאומה זו ג' מדות ביישנים רחמנים ג"ח אע"כ דכל מדה בפ"ע הוא סימן אף דעד השלשה לא בא.

ס"ה ב"ש סקי"ד וכן הקשה וכו' עמ"ש בזה בחידושי ליו"ד בכללי ס"ס.
תו כתב הב"ש בישראל הבא לישא מן המשפחה אשר נתערב ספק ממזר שפיר הוי ס"ס דספק ממזר מדאורייתא כשר ובאיסור דרבנן קי"ל אפילו ס"ס כזה הוי ס"ס ועל דברי הטור לכאורה קשה למה כתב ישראל א"צ לחוש משום שכולם טהורים לעתיד ת"ל דהוי ס"ס ובדריסת ארי דחה דברי הב"ש דספק ממזר דומה לגבינות של עכו"ם דג"כ אסורין רק מדרבנן והואיל ואסורין מחשש איסור דאורייתא אסור בתערובות כמ"ש הש"ך בכללי ס"ס דין י"ז עיי"ש ונ"ל לפימ"ש מהרי"ט בחיו"ד ס"א דהא דספק ממזר מותר מה"ת מתורת ודאי דמותר בבת ישראל ובממזרת ואף דהוי תרתי דסתרי דהא אליהו לא יגלה משפחות אף שכולן גלויות לפניו ועיי"ש וא"כ ל"ד לגבינות דנהי דרוב גבינות כשרות חכז"ל חששו למיעוט הטרפות דאסור מה"ת דאם יודע אחד מהטרפה מחויב לגלות אף שנתערבה וכן אם יש שתי גבינות ואחת טרפה ואינה ניכרת אסור מה"ת בשתיהן משא"כ ספק ממזר כל שאינו ניכר לו מותר לו מה"ת בודאי וא"כ ליכא חשש איסור תורה וא"ש נמי דברי הטור דלא המ"ל דהוי ס"ס כיון דספק אחד אסור מחשש איסור דאורייתא אלא משום שכולם טהורים לע"ל אף דאז יהא גלוי לאליהו ומשיח הרי דמה"ת ודאי טהורים וליכא חשש איסור תורה לכן נהי דרבנן אסרו הוי שפיר ס"ס:
והב"ש דלא נחית לזה וכתב לכאורה קשה על הטור או משום דמשמע ליה דלאו משום ס"ס התיר הטור כלל דא"כ עיקר חסר או דלא נחית לסברת מהרי"ט מ"מ י"ל דל"ד לגבינות דעשאוהו כודאי איסור תורה כמבואר באו"ה וש"ך שם וזה יתכן בגבינות אבל בספק ממזר הא קי"ל ספיקן בספיקן אסור כדאיתא בפע"י דף ע"ד ולקמן סי' ד' סכ"ד ואם היה כודאי ממזר היה מותר וע"כ לא עשו אותו רק לספק ולא כודאי א"כ בהצטרפות עוד ספק הוי ס"ס.
עוי"ל דברי הטור דס"ל דס"ס ל"מ כמו דאמרינן בפ"ק דכתובות דט"ו דרוב ל"מ דמעלה עשו ביוחסין וס"ל ל"ש יחוסי כהונה ל"ש יחוסי ישראל אך אם נתערב ספק ממזר ברוב כשרים יש ס"ס ורוב והוי כתרי רובי אלא דאדם הוי קבוע ול"ח רוב וכמ"ש ב"מ על דברי הב"ש ס"ק י"ג אך לפי מ"ש הפרישה בסימן ק"ב בדעת הטור דהא דאחז"ל דבר שבמנין ל"ב דוקא אם איסורו לעולם וכתב במשב"ז שם ס"ק ב' דה"ה כל דברים החשובים כגון בע"ח וחהר"ל וכנראה מאו"ה כ"ז ד"ג א"כ כיון דלע"ל יהיו טהורים אין איסורו לעולם גם בע"ח ואדם בטל ברוב.

שו"ר בשו"ת רע"ק סימן ק' ובב"מ לקמן סימן ד' סכ"ו הביא מהריטב"א פע"י דף מ"ג דס"ס ל"מ גם בישראל משום מעלת יוחסין ולפי דברי א"ש מ"ש הטור משפחה שנתערב בה ספק פסול א"צ למחקה שכולן טהוריו לע"ל עכ"ל דקשה ממ"נ אם רק לע"ל טהורים מה זו טענה לזה"ז דא"צ לרחקה כיון דהשתא אין טהורים ואם גם עכשיו כן למה נקט לע"ל והב"ח בקו"א כתב דמפשטא דש"ס משמע אפילו ודאי פסול שנטמע טהורים לע"ל מדאריב"ל כסף מטהר ממזרים ולפימ"ש א"ש דודאי פסול שנטמע גם כן טהור לע"ל אך בזמן הזה דוקא בספק פסול שנטמע דאיכא ס"ס ורוב דאף דאדם חשוב והוי קבוע מ"מ כיון דלע"ל טהור בטל ברוב.

הג"ה ויש מקילין עמ"ש בחידושי ליו"ד סי' קי"א דתוספת בקידושין דף ס"ו בד"ה מאי חזית ס"ל דחזקת אם מהני לבנה אף דליכא טענת ברי ולא באתה האם לדון עליה זולת בתרי ותרי דגרע משאר ספק ומפרש"י שם נראה דאי הואי האם לפני ב"ד והיו דנין עליה היה מועיל חזקתה גם לבנה עיי"ש וכיון דיש פלוגתא כאן אפשר להכריע דאם באתה האלמנה והתירו אותה גם בתה כשרה וכה"ג כתבו בשו"ת נ"ב שאלה ה' הגאון מהר"ם והגאון מו"ה העשיל זלה"ה דאם אוכלין מקצת מכח כל דפריש מ"פ איך נאסר חתיכה הנשארת.

ומ"ש הב"ש ומיהא י"ל וכו' דהא לפירש קמא דרש"י וכו' דברי רש"י לכאורה תמוה דמה ס"ס הוא ונ"ל כונתו כמבואר בפ"ק דחולין סכין איתרעי בהמה לא איתרעי ועיין בכ"ש בדף יו"ד דכתב גם לענין הגבינות אע"ג דחזקתן תלוי בחזקת הבהמה מ"מ אמרינן דבהמה לבד איתרעי כמו דאמרינן סכין איתרעי אף דתלוי בחזקת הסכין ועיין מקו"ח סימן תס"ז ביאורים סק"ו וזה מדויק בלשון רש"י שהאריך וכתב אמו של ס"ח זה בה נולד הספק וזו שבאה מחמת בנה קרי לה ס"ס דהיינו דבהנולד הספק ואיתרעי חזקתה וזו שבאה מחמת בנה לא איתרעי כי ספקה בא מכח ספק ראשון ובה לא נעשה הספק ראשון לפ"ז כאן לענין בתה דאין לה חזקת כשרות גם מעולם לא הוחזקה לכשרה ל"ד לגבינה דהוחזקו בכשרות קודם שנמצא הרעותא בבהמה וחזקת אמה לא מהני לבתה.

ס"ז לא ישא אדם אשה ממשפחת מצורעין בשו"ת מהר"ם ב"ב סימן תתכ"ג ז"ל נשאל לרש"י ראובן גירש אשתו מביתו בלא כתובה וטוען מק"ט נשאה כי סמני צרעת נראין בחוטמה ופניה פורחת שחין קודם הנשואין והיתה מרגשת בעצמותיה גם משפחתה כולה מחולי זה ובשעת שכנסתיה לא הרגשתי במומין שבסתר והיא אומרת בריאה היתה גם טוען הבעל המצורעים רוצים לקלטה והעידו הקהל שבריאים נשאה ושקר דיבר במה שהמצורעים רצים לקלטה אלא הוא המוציא קול נראה שאין לו עליה טענת

מומין ומחויב ליתן כתובה או טוב לו לתת לבו לקרבה למען יתרחם מן השמים ויזכהו לפרות ולרבות ממנה את"ד ותמה ברכ"י כיון דלא הכחישוהו דכל משפחתה מחולי זה ועתה פרחה בה צרעת סכנה הוא וקי"ל לא ישא אשה ממשפחת מצורעים והאיך אמר לקרבה ולבנות ממנה עיי"ש ולדעתי אין הכונה דמשפחתה כולה מצורעים דאם כן הל"ל גם משפחת כולה מצורעים מה הלשון אומרת מחולי זה אלא כונתו דהאשה היתה מרגשת בעצמותיה גם משפחתה כולה הרגישו מחולי זה שהיה באשתו לכן מקחו מק"ט והעידו הקהל דבריאה היתה ומה שאמר או טוב לו לתת לבו לקרבה היינו כשתתרפא או דעכשיו אינה מצורעת אלא דטוען כי סמני צרעת נראין בחוטמה היינו דיש איזה רושם או צלקת וכדומה בחוטמה וטוען כי הן סמנים שהיתה לפני הנשואין מצורעת ולהכי חיזק עוד טענתו שהמצורעים רוצים לקלטה ואם לא היתה מעיקרא מצורעת מהיכי תיתי רוצים לקלטה וכיון שהעידו הקהל דבריאה היתה ושקר דיבר במה שטען שהמצורעים רצו לקלטה ממילא בטלה טענתו על הסמנים ולכן טוב לו לתת לבו לקרבה ולא תהא מאיסה בעיניו.

ס"י ואם הודיעה מתחלה בטור כתב זה בשם הרמב"ם ותמה ב"י הא מבואר בגמרא והיינו דרב ור"נ מכרזי מאן בעי למהוי איתתא ליומי ול"כ חדא דרב ור"נ היה להם כבר אשה בביתם ומאן דבעי למהוי אשתו עכשיו אינו זיווג ראשון אבל הרמב"ם סתם דהודעה מותר בכל אף דהמגרש אשתו ראשונה מזבח מוריד עליו דמעות ועוד דשאני הכרזה מהודעה לעצמה כיון דאסור לישא ודעתו לגרשה יחשדו כי מסתמא מצא בה ע"ד או דהוא עשה איסור שנשא ודעתו לגרשה דלא יתלו בהודעה דסתמא אין מתרצית בכך וכדאיתא בפ"ק דמגילה דף י"ב ע"ב באחשורוש כל מאן דהוה ליה ברתא איטמרה מיניה ופרש"י כי לא ישא אלא אחת ואת כולן יבעול ואם דהתם בבתולות מיירי הא ה"נ סתם הרמב"ם דהודעה מהני בכל ונראה דמש"ה שינה המחבר ממ"ש רמב"ם וטור ואם הודיעה והמחבר כתב הודיע משום דאין ראיה מהגמרא בשהודיעה לבד רק כשהודיע לרבים להסיר עקשות פה ולזות שפתים אך לקמן ר"ש סימן קי"ט כתב הודיינה וי"ל דהדר ופסק כרמב"ם וטור וא"ש בזה דלא לחנם כתבו עוד שם והג"פ שם הניח בקושיא דהוא כפול ועוד שאני רב ור"נ דחשיבות גדול להנשואות להם אף ליומי וכדאיתא בפרק תפלת השחר לשתמש אינש חד יומא בכסא דמוקרא ולמחר לתבר וה"נ אין בזה משום אל תחרוש על ריעך רעה כיון דגם לישא ליומי טובה עושה להן

סימן ג

ס"א בהג"ה וליכא למיחש למידי מקשים הא איכא פדיון הבן והוא הנאת ממון וזה סתירה למ"ש הב"ש בישוב דעת הרמ"א דשרי לישא כפיו עכ"ל ברכ"י ונראה לפימ"ש הרמ"א לקמן ס"ס ק"ל דהעדים מותר להם לקבל שכר הרבה מטעם דהעדים אסורים לישא הגרושה וכן נוהגין ושם נאסרו רק בגרושה זאת וכאן נאסר בכל גרושות ובזונה וחללה ואסור להטמא למתים דהיה אפשר ליטול שכר ויותר מצוי מפדיון הבן ואפילו יזדמן יוצא במתנם עמ"ל עיין יו"ד סימן ש"ה ובפ"ת שם סקי"ב משא"כ תרומה דמצוי בכל יום.

ועוד לפימ"ש תוספת בפחז"ה דף מ"ה והג"א שם ובחו"מ סימן ל"ז ס"י כל היכא דהשתא אינו מרויח אעפ"י שאם יתעשר והנה בעדותו כשר להעיד ה"נ כיון דבשעה שבא ואומר אני כהן ליכא פה"ב נאמן ואם אח"ז יזדמן כיון דאתחזיק לכהן הוי נמי כהן לענין ממון וכמ"ש הרמב"ם בעט"ז מה"ס דין וא"ו דאמר ע"א זה חלב ואח"כ אכלו אחד בהתראה לוקה כיון שהוחזק לאיסור משא"כ במקום דנוהג תרומה דמצוי בכל שעה מיד שאומר אני כהן נ"מ לענין ממון אינו נאמן ובשו"ת השיב ר"א שאלה ח' בד"ה שניות תירץ דאף שהכהן הוא ספק ונפדו ע"י בכורים הם פדוים וא"צ לחזור ולפדות מספק ולא נראה דמבואר בחולין דף קל"ד בחזקת חיוב חייב מספק וכ"ש הכא דיש נמי רוב דרובא דעלמא לאו כהנים וברובא וחזקה מוציאין ממון כמ"ש הראשונים רפ"ב דכתובות ומ"ש דכ"כ רשד"ם וחו"י ומהרי"ט ופרח מט"א עיינתי שם ולא אחד בהם שיאמר כן לכן אם בא אחד שאין מכירין אותו ואיתרמי בכור לפדות ואמר שהוא כהן ופדה אצלו צריך לחזור ולפדות ואם שלא בשעת מעשה אמר והוחזק לקרות ראשון ולנ"ב אולי יש לסמוך על מה שכתבתי.

ואם נשא או נטמא לוקה במל"מ פ"כ מהא"ב הי"ג הקשה ממ"ש הרמב"ם שם ספ"א דא"ל הוחזק אין אדם לוקה ומת עפ"י עצמו ואם הוחזק ש"י למה כתב הה"מ דאם נבעלת לו פסולי כהונה זרעה ספק חלל הא כיון דהוחזק לכהן ליהוי ודאי חלל עיי"ש ובאמת ברמב"ם ספ"א מהא"ב ל"כ רק דאינה נהרגת על פיה ולא הזכיר מלקות וא"כ י"ל דס"ל לרמב"ם דהא דשאנחד"א לא חמיר מנדר ובסוף הרי"ף דכתובות הובא מריטב"א שבא"ז פ"ק דכתובות דף טי"ת שכתב דה"ל כאוסר עליו את המותר וכן הביא שם מהר"י באסאן דאין לו התרה דהוי כנ"ש דאין לו התרה וא"כ הרי בנדר ליכא רק מלקות משום לא יחל דברו וכדאיתא ברמב"ם פ"א מה"נ ובקצו"ח סימן ל"ד כתב דשאנחד"א משום הודאות בע"ד הוא דילפינן מכי הוא זה עיי"ש וצ"ע הא ד"נ חמירי מדיני ממונות כדאיתא בפ"ק

דסנהדרין דף ג' ע"ב ואיך נילף ד"נ מממון הקל וגם למלקות קשה דהא בכתובות דף ל"ב צידד הש"ס דממון קיל ממלקות ובאמת יותר מסתבר דמשום הודאה הוא מדלא מהני שאלה ונראה דתרוייהו אמת דמשום הודאה הוא דילפינן מכי הוא זה אלא דמהתם ליכא למילף להחמיר יותר אלא דיש בו נמי משום נדר דה"ל כאוסר עליו את המותר כנ"ל וזה רק למלקות ולא למיתה ושאלה ל"מ דדלמא ממונא חמיר ממלקות אין נזקקין לו ולא מצינו מפורש דגם בדיעבד כשנשאל לוקה ומהרי"ט בח"ב סימן א' מחלק א"ע לא מצא ראיה מהש"ס דל"מ שאלה ולפימ"ש דיש בו גם משום הודאה אלא למלקות הוי ספק אין ראיותיו של מהרי"ט מכריתות כלל עיי"ש ועוד נהי דגלתה תורה כי הוא זה דהודאה מהני לא אפשר למילף מינה רק במה דיכול לחייב עצמו אהני הודאתו וגם למלקות אף דאין בידו שיהא נלקה בבית דין על פי דיבורו שיאמר להם מ"מ בידו לחייב עצמו ע"י נדר ולא ישאל עליו.

ולשון הרמב"ם פח"י מהא"ב ה"ט אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אעפ"י שמותרת לבעלה הרי היא אסורה לכל כהן שבעולם אחר שימות בעלה שהרי הודה שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית כחתיכה האסורה עכ"ל האריך ולא סגי לו בטעם דהודית נראה דבא לומר דיש בה משום הודאה ומשום שאסרה עצמה דמשום הודאה לחוד לא היתה לוקה אך משום טעם דאסרה עצמה הוי כנדר ולוקה ומשום נדר ה"א דמהני שאלה לכן צ"ל שהודית ומה שאמר ונעשית כחתיכה דאסורה היינו דהכהן עושה איסור אף דהוא לא הודה ולא אסר עצמו וזה ראיה למ"ש.

ובשו"ת ברית אברהם חא"ע סימן צ"ד אות ה' תירץ דברי הרמב"ם דספ"א מהא"ב דאינה נהרגת משום דיש לה אמתלא לומר דאמרה שנתקדשה שלא יקפצו עליה אינם הגונים ובשעת התראה מספ"ל לעדים שמא תאמר אח"כ האמתלא עיי"ש ולא נ"ל דהא מבואר ברמב"ם פ"ב מהלכות שבועות הי"ב דבשבועה אינו חייב עד שיהא פיו ולבו שוין לפיכך אם נשבע אחד בעלינו שלא יאכל היום ואכל והתרו בו ואמר אני לא היה בלבי אלא שלא אצא היום וטעה לשוני והוציא אכילה שלא היה בלבי הר"ז אינו לוקה עד שיודה בפני עדים קודם שיאכל שעל אכילה נשבע או שקבל עליו התראה ולא טען שטעה בעת התראה אעפ"י שטען אח"כ אין שומעין לו וכ"כ בשו"ת הרשב"א שבב"י יו"ד סימן רכ"ח דנאמן לומר עד"כ נדרתי או אנוס הייתי ואם התרו בו ולא חשש לומר בשעת התראה ואכל וכ"ש כשאמר אעפי"כ ודאי אינו נאמן לפטור עצמו מן המלקות והובא ברמ"א ביו"ד סימן רל"ב סי"ב ובש"ך שם ס"ק כ"ז וא"כ ה"נ אחר שהתרו בה ועברה ולא אמרה בשעת התראה האמתלא תו אינה נאמנת ול"ה התראת ספק ואיני רואה שום חילוק בין

אמתלא לשאר טענות ועוד לפימ"ש בשו"ת חוט השני סימן טו"ב דכל האמתלא כאלו אמרה שלא עשתה מתחלה כן אלא מפני האונס עיי"ש והרי בטענת אונס מבואר בשו"ת הרשב"א כיון שלא טען כן בשעת התראה תו א"י לטעון כן אחר שעבר ועוד דבפרק האומר ס"ג ב' דרב אסי אמר סוקלין עפ"י אביה שאמר קדשתי את בתי ומודה באומרת נתקדשתי שאין סוקלים דלאב הימניה רחמנא לדידה לא הימנה ותקשי לדעת הטו"ז וב"ש דלקמן ס"ס ל"ז דאב יכול לחזור בו ע"י אמתלא איך סוקלים הא ה"ל התראת ספק שמא יש לו אמתלא וע"כ או דס"ל התראת ספק שמה התראה או דבשיטת הרא"ה באומר לפלוני קדשתיה דל"מ אמתלא כדלקמן סימן מ"ז או דעמד האב בשעת התראה ולא אמר האמתלא כיון דהימניה רחמנא מהימן נמי כשלא אמר האמתלא אז וא"כ הא דמודה ר"א באומרת נתקדשתי ג"כ כה"ג ומ"מ אין סוקלין על פיה.

ספק חללה עב"ח דגם הוא אם חזר ובא עליה אינו לוקה ותמוה מ"ש מפעם ראשון ונ"ל טעמו משום דאינו נאמן רק לגבי עצמו ולא נעשית חללה על פיו לכן גם הוא אינו לוקה וחמ"ח וב"ש לא ס"ל סברא זאת ובשו"ת בר"א חיו"ד סימן ג' אות י"א כתב דב"ח סותר א"ע למ"ש בסימן קנ"ב הובא בב"ש שם סקי"ב דבאומרת גרשני בעלי וניסת ומת בעלה הראשון צ"ג משני עיי"ש ולק"מ דהתם לגבי עצמה לבד שאנחד"א הן מדין נדר הן מדין נאמנות על כל מה שיבא אח"כ מחמת דיבורה ושאני הכא דאין מועיל דיבורו לעשותה חללה.

ועיין בהה"מ פ"כ מהא"ב הי"ג דזרעה ספק חלל ומשמע מסתימת לשונו אפילו בהוחזק שלשים יום ונראה טעמו משום דמעיקרא לא נתחזק לודאי דהא אינו נאמן ושאני בהוחזקה נדה דבעלה לוקה עליה דהתם הימנה רחמנא וכ"כ בחו"ד סי' קפ"ה סק"ה והמל"מ הניח בקושיא למה זרעה ס"ח כיון דהוחזק ולפימ"ש **לק"מ**.

מסל"ת הוציאוני מבה"ס ולקמן ס"ה זכורני כשהייתי תינוק שראיתי לפלוני טובל ואוכל תרומה לא הזכיר יוצא מבית הספר כמו כאן ובחו"מ סימן ל"ה כתב יוצא מבית הספר לטבול לאכול תרומתו לכן רצה ב"ש להגיה לקמן ולשון המחבר דלקמן הוא ממש לשון הטור עוד קשה דבמשנה פ"ב דכתובות דכ"ח נמי איתא יוצא מבית הספר לטבול לאכול בתרומה.

ונ"ל עפימ"ש בנמ"י פחז"ה בד"ה בקשתא דל"א מגו אלא במלתא דבחד דמהימנין ליה במגו תו ליכא ספיקא אבל במלתא דאף כי נימא מגר אכתי איכא לספוקי לא מפיו אנו חיין שנאמין כל כך לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ולמטען שהמוכר לקחה מן המערער עיי"ש הרי אף דדר בו המוכר חד יומא והוא

החזיק ג"ש הוי חזקה מ"מ אם הא דדר בו המוכר ליכא סהדי רק הוא נאמן במגו לא נאמין לו כ"כ לברר עוד ע"י חזקת דירת המוכר ודירתו ג"ש לומר דהמוכר לו קנהו מבעל הבית ראשון ה"כ הא דלא חיישינן שמא עבד הוא ואכל בתרומה של רבו משום דבחזקת כשרות הוא אף דאין משפחתו ידועה וכמ"ש בטור סימן ב' או משום דאין מצוי כ"כ עבד כמ"ש בחמ"ח ובהגהות טו"ז וכל זה אינו ודאי בבירור רק אנו מבררין מדעתינו וכאן דבעצמו מסל"ת לא מפיו אנו חיין כ"כ שנאמין לדבריו על עצמו דמסל"ת ג"כ רק מסברא כמו התם מגו עד שנצטרך לברר עוד ספק מדעתינו שאינו עבד לכן צ"ל שיצא מבה"ס דזולת דבחזקת כשרות יש עוד ראיה דאינו עבד דיצא מבה"ס והוי כמו מיעוטא דמיעוטא לחוש שהוא עבד משא"כ לקמן בס"ה דאחר מעיד עליו ולא מפיו של עצמו ועד אחד עדיף ממסל"ת כדאיתא בסימן י"ז סל"ז ואף דמעיד מה שראה בקטנו מ"מ הא כאן נמי מסל"ת על קטנו לכך בס"ה אצ"ל יצא מבית הספר אך דבמשנה דכתובות מעיד זכורני בפלוני יוצא מבה"ס לטבול לאכול בתרומה שלא ראה העד בעצמו שזה טבל ואכל תרומה אלא שמע מאותו פלוני דיוצא לטבול לאכול בתרומה א"כ עדיין הוי מפי הנידון ועוד דהוי רק עד מפי עד אפילו שמע מאחר דזה לא עדיף ממסל"ת לכן צ"ל יוצא מבה"ס והמחבר לקמן ס"ה כתב ראיתי לפלוני טובל ואוכל בתרומה דבעצמו ראהו ובחו"מ כתב כלשון המשנה יוצא מבה"ס לטבול לאכול תרומתו ועיין לקמן סימן זיי"ן ס"ב בהג"ה דמסל"ת ועמפ"ע שוין ובחו"ד ריש סימן צ"ח כתב דמסלפ"ת עדיף מעד מפ"ע דהא בתרומה דרבנן אין עמפ"ע נאמן ומסלפ"ת נאמן עיי"ש ובעניי אזי מנליה והא לקמן סימן זיי"ן מבואר דמסלפ"ת ועד מפי עד שוין ולתשובת הרש"ך שבב"ש שם ס"ק ה' עד מפי עד עדיף דגם להרא"ש דפוסל מסלפ"ת בשבויה מתיר בעד מפ"ע ומנלן לענין תרומה דרבנן לומר איפכא ובברכ"י לקמן סימן זיי"ן הביא משו"ת הרשב"א סימן אלף רנ"ב דכללא קייל דכל דע"א נאמן ה"ה עד מפ"ע ולע"ד כן מוכח מהמשנה הנ"ל מדתנן שהיה איש פלוני יוצא מבית הספר לטבול לאכול בתרומה ואם צריך שראה אותו פלוני טבל ואכל בתרומה הכי הל"ל שהיה איש פלוני יוצא מבית הספר וטבל ואכל תרומה א"ו רק שמע לאיש פלוני כשיצא מבה"ס שהולך לטבול וברמב"ם פ"ה מה"ע ה"ג כל מקום שע"א נאמן אשה ופסול כמו כן מעידים חוץ מע"א של שבועה ובבכורות דף ל"ו עדות שהאשה כשרה לה גם עמפ"ע כשר וכ"פ הרמב"ם בהלכות בכורות פ"ב הט"ו

והטור לא הביא דיצא מבה"ס והקשו הא בב"ק דף קי"ד ע"ב ובמשנה פ"ב דכתובות מבואר דאמר שיצא מבה"ס והטו"ז כתב דיש הוכחה דאינו עבד דבעבד קטן לא מהני לו טבילה דהוי בלא כונה ונדה שנאנסה וטבלה אסורה לאכול בתרומה וקטן נמי חשוב

שלא מדעת לכן דוקא ב"ד או אביו מטבילין אותו כשמגיירין אותו ועבד דאין לו חייס אביו אצלו כזר את"ד ולע"ד ל"ד לנדה שנאנסה דלא רצתה לטבול ולהטהר משא"כ קטן דקי"ל דיש להם מעשה אף בדבר שצריך מחשבה כדאיתא בפ"ק דחולין די"ג והא דגר קטן שאני דמתחייב בכל חיובי תורה וחיובו של קטן אינו כלום ואין נדרו נדר וי"ל דיש להם מעשה כשעושים מעצמם משא"כ כשהטבילו אביו או אחר וע"כ במשנה דמעצמו טבל י"ל דעבד קטן היה ול"ל דיצא מבה"ס אך גם לקמן בהא דנאמן הגדול וכו' לא כתב הטור יוצא מבה"ס.

ואפשר לתרץ דעת הטור דהא דצ"ל שיצא מבה"ס מחשש שמא עבד הוא אף דכל משפחות בחזקת כשרות אף דאין משפחתו ידועה לדעת הטור לעיל סימן ב' י"ל כיון דתרומה לכהנים אף דלא בא עדיין לידם מ"מ חשיבי כמוחזקים יותר מזת דיש בו חשש עבד דהא בפ' החולץ גבי ספק ויבם בנכסי סבא אף דאין שום אחד מוחזק מ"מ אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי דהודאי חשוב מוחזק ה"נ לא אלים חזקת כשרות דישראל כשא"י לנו משפחתו להוציא ממון של כהנים מיוחסים בודאי לכן צ"ל דיצא מבה"ס אבל בזמנינו דאין הכהנים מיוחסים ואינם רק כהני חזקה כמ"ש הרמב"ם ריש פ"ב מהא"ב ומבואר בש"ך סימן שכ"ב ובמגן אברהם סימן ר"א וסימן תנ"ז ובשו"ת רשב"ם ושע"י ושבו"י כתבו דכהני זמנינו רק ספק כהנים עיין פ"ת סימן ש"ה ושכ"ב ביו"ד לכן אהני נמי חזקת כשרות לומר שאינו עבד ליטול תרומה אף דהוא דין ממון ועיין יש"ש פ"ה דב"ק סימן ל"ה ואף דהטור א"ח סימן תנ"ז ויו"ד סימן שכ"ב כתב דכהן שטבל לקריו אוכל חלה ולא חשש שמא אינו כהן היינו כיון דהוי רק איסור דרבנן אבל לענין דין ממון ל"ח מוחזקים כהני זמנינו יותר מזה שבא ג"כ בכח חזקת כשרות.

אמנם לפמ"ש ג"פ בסימן ק"כ אף דהפקר ב"ד הפקר מ"מ לא עשו זכיה בדרבנן עד שבא ליד הזוכה עיי"ש א"כ בתרומה דרבנן כ"ז שלא בא ליד כהן אין לו זכיה לשום כהן ול"ד לספק ויבם דמי שהוא יורש כבר זכה לכן לא נמשך המחבר בש"ע אחר הטור ועיין יש"ש פ"י דיבמות סימן י"ט דנראה דסברת הג"פ תלוי בפלוגתת רי"צ ור"א ביבמות שם דף פ"ט ופוסק דיכולין לעשות זכיה אך ברמב"ם פכ"ד מה"ס ה"ו לא ס"ל הכי.

ולפ"ז י"ל מה שהקשו ר"ן והה"מ פ"כ מהא"ב למה ע"א א"נ לתרומה דאורייתא הא ע"א נאמן באיסורין די"ל דכהנים חשובי ודאי וזה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי דהוי כמוציא מידם ע"י ע"א דלא קם לממון משא"כ בתרומה דרבנן דלית לכהנים זכיה עדיין ליכא דין ממון אף לפ"ד הר"ן בתשובה ע"ה הובא בשע"מ ריש סימן ל"ג דגם כשאין שום אחד מוחזק אין ע"א נאמן היינו התם דנהי שאינו מוחזק מ"מ הממון שלו מן הדין משא"כ

כאן בתרומה דרבנן דלית שום זכיה לכהנים קודם שבא לידם ואנן צריכין לעדותו רק לענין איסור אם מותר לאכול התרומה ואף הכהן אסור ליתן לזה לאכול תרומה דאורייתא עפ"י ע"א דאמת"ל מתרומה ליוחסין אין מעלין אבל מתרומה לתרומה יעלה ויבא ליקח כשאר כהנים והר"ן לטעמיה בר"פ הזרוע דמת"כ אם הזיקן פטור אפילו מלציי"ש דדוקא בעינם יש מצוה ליתן אבל דין ממון ליכא כיון דאל"ת אבל ביו"ד סימן ס"א סט"ו פסק דחייב לציי"ש.

עוי"ל לפימ"ש הריטב"א ריש פרק אם אין מכירין דלא אמרינן ע"א נאמן באיסורין אלא במעיד על גוף האיסור ולא במעיד על האדם ורק בחשש דרבנן גם ע"א נאמן עיי"ש וה"נ לא על גוף התרומה מעיד רק על גוף האדם שהוא כהן וראוי ליטול ולאכול תרומה.

ס"ב היה ע"א ב"ש סק"ו ע"א א"נ להשיאו אשה כמ"ש טור סימן ב' בשם הרמ"ה אע"ג דקי"ל כ"ד שאינו בח"כ ובחזקת איסור ע"א נאמן גם קי"ל ספק ממזר מדאורייתא כשר לבוא בקהל צ"ל מפני מעלת יוחסין אינו נאמן וכן מדויק מלשון הרמ"ה שם עכ"ד ולע"ד אינו מדויק כן דא"כ למה נקט הרמ"ה שמא עבד הוא לכן נ"ל דליוחסין כיון שבא להעיד על גוף האיש אין ע"א נאמן בחשש דאורייתא כמ"ש בסמוך משם הריטב"א ואף דרובא לאו עבדים מ"מ כיון דחיישי רבנן למיעוטא הוי חשש דאורייתא וכמ"ש האו"ה לענין גבינות עכו"ם הבאתיו לעיל סימן ב' משא"כ חשש ממזר כיון דמיותרא דקהל יליף הש"ס בפע"י דף ע"ג דספק ממזר מותר דהוי ודאי מותר כמ"ש לעיל סימן ב' ליכא חשש איסור תורה כלל נאמן ע"א באיסור דרבנן כמו בתרומה דרבנן אבל לספק עבד ליכא ילפותא להתיר דקרא דחמשה קהל לא מיירי בעבד.

כתוב בשטר פלוני כהן לוה עיין חמ"ח וב"ש שהקשו מחו"מ סימן מ"ט בשני יוב"ש דהוי סימן וכבר הקשו כן תוס' בפ"ב דכתובות כ"ד ב' ולע"ד י"ל עפימ"ש הרמב"ם פ"כ מהא"ב ה"ט ז"ל אין מעלין משטרות לכהונה כיצד הרי שהיה כתוב בשטר פ' כהן לוה מפלוני והעדים מלמטה אין מחזיקין בהם כהן זה שהוא מיוחס שמא לא העידו אלא על המלוה בד"א לענין יחוס אבל לחזקה שיהא כהן ככהני זמן זה ויאכל תרומה וחלה של ד"ס מעלין מן השטרות עכ"ל הרי דאינו ודאי דלאו אכולה מלתא מסהדי רק ספק וא"כ לפי מה שכתב הפר"ח בכללי ס"ס ס"ק י"ג בהרבה ראיות דס"ס שאינו מתהפך הוי שפיר ס"ס ומשום דספק אחד הוי פלגא ופלגא וכי מספקינן ספק שני ה"ל כרוב דמן התורה אזלינן בתר רובא וכ"כ מהרי"ט ח"ב ביו"ד סימן ב' בכמה ראיות מש"ס וראשונים דס"ס שאינו מתהפך הוי רוב וא"כ כאן נמי י"ל שמא אכולא מלתא מסהדי ואת"ל לאו אכולא מסהדי בלאה"נ שמא כהן הוא ועוד דהא דשמא לאו אכולא מלתא מסהדי לאו

ספק שקול הוא דהא מחזיקין אותו עי"ז ככהני זמנינו רק לענין יוחסין לא מעלין וכתב הה"מ דמשום מעלת יוחסין הוא והרי רובא דעלמא לאו כהנים הם ומכל מקום סומכין אעדות זה להחזיקו ככהני זמנינו הרי שקול נגד רוב דרק ע"צ המיעוט חיישינן דאתרמי ולא דייקו העדים וא"כ התינח ליוחסין דרובא לאו כהנים אבל בשני יוב"ש דזולת העדים יש ספק השקול לפנינו מי לוה שפיר סמכינן דאכולה מלתא מסהדי דרוב עם שטר מהני גם להוציא דנהי דקי"ל דשטר לאו כגבוי מ"מ גם כן לוה ל"ח מוחזק ולא חשוב התובע כמוציא כמ"ש נו"ב ותומים ונתיבות בדיני תפיסה סימן כ"ד דרוב או ס"ס עם שטר מועיל ורק לבסוף כתב נתיבות שם ועוד דהוי ספק בפרעון עיי"ש ולפ"ז כאן דהספק אם יוב"ש זה נתחייב כלל בשטר זה חשוב הלוה מוחזק מ"מ בתחלה לאו משום היינו דהוי ספק בפרעון אתי הנתיבות רק משום דשטר ל"ח מוציא וברכ"י כאן הביא משו"ת שאגת ארי' וקול שבל כתב נמי משום דבשטר חשוב התובע מוחזק עיי"ש ולדברינו אצ"ל דחשוב תובע מוחזק רק ל"ח מוציא וכיון דיש ס"ס או רוב המסייע לתובע סגי וגם זולת כח השטר כיון דכתב הה"מ דמשום מעלת יוחסין אימור לאו אכולה מלתא מסהדי לו שקל ישקל חזקת ממון למעלת יוחסין משום דקולא לנתבע וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן מ"ט מ"מ שאני ביוחסין דהחמירו כיון דרוב העולם לאו כהנים משא"כ בהא דשני יוב"ש דליכא רוב ובמרדכי דקידושין פ' האומר סימן תקל"א כתב דאכולה מלתא מסהדי דמלוה מידק דייק ול"ה מחתים וכונתו כהא דפ"ב דכתובות דף י"ח ע"ב וריש דף י"ט דחזקה אין העדים חותמין עיי"ש פרש"י ותוס' בסד"ה קטנים והך חזקה עדיף מחזקת ממון או מטעם שכתב מהרי"ק שורש ע"ב או משום השטר אלא דסברת המרדכי צל"ע דנימא דקנוניא עשו מלוה ולוה ולא הלוה כלום ול"ש טעם דלא שדי זוזי בכדי ואפשר דל"ח לקנוניא וכמבי"ט שבש"ך חו"מ סימן ק"ו סק"ו או דכאן עדיף דמרתתי מלוה ולוה מהעדים דירגישו בערמתם.

ס"ג ואין חוששין שמא אמו עכו"ם כתב ב"ש קשה אם מעיד עליו שהוא כהן א"כ ע"כ לאו מעכו"ם הוא ול"ל הטעם דאין נושאין עכו"ם וכו' ולע"ד בשלמא ע"א המעיד בזה"ז דנאמן כדלעיל ס"ב דאין נ"מ רק אם הוא ישראל או כהן וכהני זה"ז לתרומה דרבנן אבל כאן אם היה החשש דאנוסים נושאים נכרית הרי הבן נכרי כמוה כדאיתא בס"פ האומר דף ס"ו ע"ב ואף דהבן נימול וטבל אינו רק גר ופסול לדיין בדיני ממונות ולחליצה ולכל התמנות מדין תורה כמבואר ברמב"ם פ"א מהלכות מלכים ה"ד ואף דאם אביו מישראל כשר לדיין כדאיתא בכ"מ שם ובחו"מ סימן זיי"ן היינו אם אביו נשא גיורות אבל אם נשא נכרית הבן גוי כאמו רק נתגייר וא"כ לדיני תורה אין ע"א נאמן להכשירו אפ"ת דהוי

כמלתא דאיסורא וע"א נאמן באיסורין מ"מ שאני כאן דמעיד על גוף האדם כמ"ש לעיל וא"כ גם לקרות בתורה ראשון אין מעלין אותו עפ"י ע"א מחשש דיעלה לדיין ולשאר התמנות וכמו דחייש המחבר בריש הסימן דיעלהו לתרומה ורמ"א מתיר שם רק משום דליכא תרומה בזמנינו ולדעת הרמ"ך משום דליכא הרובה דאורייתא אבל כאן יש חשש שכתבתי לכן צ"ל משום דרוב אנוסים אין נושאים נכרית ואח"כ מצאתי בברכ"י חו"מ סימן זיי"ן סק"ב כתב נמי דאביו ישראל ואמו נכרית אף שהולד נתגייר פסול לדיין וכ"כ כנה"ג שם ופשוט הוא דהא התוס' ביבמות פמ"ח דף ק"ב בד"ה לענין הוכיחו דסגי באביו ישראל מקידושין דף ע"ז דישראל שנשא גיורת בתו כשרה לכהונה.

ס"ד ול"ח לגומלין בפ"ב דכתובות דף כ"ד רמו תרומה אדמאי דבתרומה ס"ל לרבנן כ"א מעיד על חברו שהוא כהן ור"י ס"ל דצריך שני עדים ובדמאי ס"ל לרבנן דאין מעידים זל"ז ור"י ס"ל דנאמנים וקשה לפ"ד הר"ן שם והה"מ פ"כ מהא"ב דחשוב מלתא דעל"ג וס"ל דגם לתרומה דאורייתא נאמן ע"א מה"ט א"כ מה רומיא דרבנן אדרבנן הא במעיד על חברו שהוא כהן על"ג משא"כ בדמאי וכ"ש אי מיירי בתרומה דרבנן דקשיא ולריטב"א דבר"פ אם אין מכירן דלהעיד על הגוף צריך תרי באיסורין להכשיר איש והבאתיו לעיל קשה מאי רומיא דר"י אדר"י בשלמא להעיד על חברו שהוא כהן לא יקום ע"א באיש להכשירו לתרומה משא"כ בדמאי דמעיד רק על הפירות וצ"ל שא"ה דא"כ ליחסו ולתרומה דאורייתא לרמב"ם גם לרבנן ל"ח כמעיד על הגוף.

וקושייתי על הר"ן י"ל דעל"ג רק עפ"י רוב דמיעוט משקרין גם במלתא דעל"ג ולא מהני נגד רובא דלאו כהנים אך כיון דיש רוב נגד רוב מהימן ע"א משום חזקה דאין אדם חוטא ולא לו וכדאיתא בפ' האומר ס"ג ע"ב אך בחשש גומלין דליכא חז' אא"ח ולא לו ל"מ על"ג נגד רוב דלאו כהנים דמדלא מהני על"ג בעדות ממון כמ"ש בחו"מ ס"ס למ"ד ע"כ לא עדיף מרוב שו"ר בא"ב על ר"ה דכ"ב דעל"ג כעין רוב ועוד אפשר דלפיכך מתמה רבה אדאביי דרבנן אדרבנן ל"ק כיון דמתרץ אביי דר"י דלפיכך נאמן בדמאי משום דרוב ע"ה מעשרין הן לא חייש לגומלין ורבנן חיישי א"כ בתרומה נמי אף דאיכא רוב דעל"ג למה נאמינו יותר מדמאי דג"כ יש רוב אך כ"ז לרבא דלא ס"ל בבכורות ד"כ לחלק בין רובא דתלוי במעשה לרובא דל"ת במעשה אבל למאי דמסיק הש"ס שם דיש חילוק ה"נ ל"ד רוב דעל"ג לרוב ע"ה מעשרין ולפי מה דמשני הש"ס ואב"א דפליגי במעלין מתרומה ליוחסין ואצ"ל בדמאי הקילו משום דרוב ע"ה מעשרין י"ל שפיר דאין זה רוב גמור משום דתלוי במעשה וממילא דרבנן אדרבנן ל"ק דבתרומה האמינו לומר פ' כהן ול"ח לגומלין משום דעל"ג ועפ"י רוב אין משקרין א"כ תו א"צ לתירץ בשכלי אומנתו בידו

ומיושב קושית תוי"ט דרמב"ם פסק כרבנן והשמיט תירץ דמוקי הש"ס בשכלי אומנתו בידו ואף דרוב לאו כהנים מ"מ עדיף רוב דלא משקרי בעל"ג משום דמיעוטא דכהנים מצוי משא"כ על"ג מיעוט משקרי אינו מצוי כ"כ כדמשמע בפרק פסולי המוקדשין דל"ו ע"ב דאמר האי חציף כ"ע לא חציפי ולכן למ"ל דמיעוטא דע"ה דלא מעשרי מצוי יותר מהמועט דמשקרי בעל"ג דעכ"פ לא מצוי יותר מן רוב ישראל אח"כ מצאתי בטו"א על ר"ה דף כ"ב דכתב דגם במלתא דעל"ג אין ע"א נאמן נגד רוב והאמרי ברוך שם כתב דהא דבמלתא דעל"ג לא משקרי אנשי הוא כעין רוב והוי רוב כנגד רוב.

ובפר"ח יו"ד סימן קי"ט סקי"ז כתב אהא דתנן פי"ד דדמאי ה"ו הנכנס לעיר ואינו מכיר אדם שם וא"ל אחד איש פלוני נאמן הר"ז נאמן ופריך בירושלמי וע"א נאמן ומשני ר"י דהקילו באכסנאי מפני חיי נפש והקשו הא קי"ל חשוד נאמן באיסורין על של חברי ותירץ הפר"ח דע"א נאמן להעיד על איסור עצמו דילפינן מוספרה לה אבל להעיד על איש אחד דנאמן זה עדות גמורה וצריך ב' עדים וכ"ד הריטב"א הנ"ל דמעיד על האדם צריך שנים וכדאיתא במשניות זרעים עכ"ל הריטב"א ונראה דכונתו להך דירושלמי וכ"כ מח"א בה"א סי' י"ט רמזו בגליון ירושלמי שם ולדבריהם קשה הא דפ"ב דכתובות דכ"ד דרמי דר"י אדר"י כמש"ל

אך לע"ד י"ל דוקא להעיד על אחד שהוא נאמן כגון הא דפ"ד דדמאי בירושלמי צריך שנים לפימ"ש פנ"י בטעמא דע"א א"נ בממון ודבר שבערוה דאחד לא דייק וחיישינן דאומר בדדמי א"כ נהי דרק בממון ודבר שבערוה חיישה תורה ולא באיסורין היינו במעיד על דבר איסור אמרינן חזקה או עפ"י רוב דייק אבל להעיד על אחד שהוא נאמן יש לחוש שמא זה המעיד אומר בדדמי ואת"ל דדייק ואומר אמת דפלוני נאמן מ"מ שמא זה הנאמן המעיד על האיסור אומר בדדמי ותרי מיעוטי בפלגא או יותר מפלגא כמ"ש הר"ן בפא"ט ובפ' א"ד דנ"ג איתא דתרי מיעוטא הוי רובא וגם כה"ג ס"ל לרמב"ם וש"ע כאן ס"ו דאם ע"א מעיד על פלוני שאביו כהן אין מעלין אותו לכהונה על פיו שמא חלל הוא עד שיעיד שזה כהן הוא או שיעידו שנים דאביו כהן דה"ט דאין סומכין על ע"א לומר דודאי כן הוא לכן כשיש עוד איזה חשש חוששין אף דזולת הצטרפות לא היו חוששין בכל אחד לבד וכן כה"ג כתב הנמ"י בפחז"ה הבאתיו לעיל סימן זה לכן פריך הירושלמי וע"א נאמן אבל כאן דע"א מעיד על אחד שהוא כהן אף דמעיד על גוף אדם שפיר י"ל דע"א נאמן אמנם דברי הריטב"א ופר"ח מוכרחין מר"פ אם אין מכירין דהא על ראיית החדש צריך שנים וליכא חשש בדדמי ולמה אין אחד נאמן להעיד עליהם שהם נאמנים אלא דבלא"ה אין ראיה מוכרחת מר"פ אין מכירין לפימ"ש הפנ"י שם דגזרו שלא

להאמין ע"א המכירו משום ג"א דראיה דמשפט כתיב ועייי"ש ומ"מ לכאורה גם מהא דפ"ד דדמאי מוכרחין דברי ריטב"א ופר"ח דבע"ד בשלו ליכא חשש בדדמי דמידק דייק וכמ"ש מרדכי פרק הגוזל ובתשובת מיימוני לספר משפטים סימן מ"ד ופנ"י ריש גיטין הובא בנתיבות סימן כ"ו ס"ו סקי"ח וא"כ כשמעיד אחד על אחר שהוא נאמן יכול לאכול אצלו ולקנות הימנו וע"כ דלהעיד על גוף האדם צריך שני עדים אך לפימ"ש תוס' רפ"ק דגיטין וראשונים דהא דע"א נאמן באיסורין ילפינן מוספרה לה ע"כ דלא מחלקי בין בע"ד גופא לעד אחר דבתרוייהו י"ל דאחד לא דייק דאל"כ מניין למילף אחר מוספרה לה וק"ו דאשה עבדה מעשה בעצמה ומ"מ משוינן שאר עד לה וכ"ש דאין לחלק בין ע"א לבעלים ואין ראיה משו"ת מיימוני דל"כ רק בשליש דמידק דייק וי"ל משום דקבלוהו וסמכו עליו והוא קבל עליו דייק ביותר גם הא שכתב הנתיבות דברשב"ץ ח"ר כתב הטעם דע"א א"נ משום חשש בדדמי לא מצאתיו ואדרבה שם ענין ע"ז כתב דהטעם דחיישינן דמשקר דשכרוהו לשקר אך לקמן סימן י"ז סעיף כ"ח וסעיף נו"ן איתא חילוק זה דבע"א יש חשש דאומר בדדמי ובשני עדים ליכא חשש בדדמי.

ועוד נ"ל דאין ראיה מהא דאמר ר"פ אם אין מכירין ובירושלמי פ"ד דדמאי דע"א לא מהימן לומר על אחר דנאמן דשאני התם דעד זה לא נגמר הענין על ידו רק מעיד על אחר דנאמן משא"כ כשמעיד על גוף הדבר שהוא מותר דנגמר העדות על ידו וכדמצינו בגיטין דף ס"ז דיבורא גמרי מעשה לא עבדי וכתבו תוס' שם היכי דנגמר ע"י עדותם הוי מעשה משא"כ כשאומרים רק דבעל ציוה לפו"פ שיהיו סופר ועדים הוי רק דיבורא ה"נ י"ל היכא דהוי רק דיבורא יש לחוש יותר דאומר בדדמי וצריך שני עדים והפנ"י פ"ק דגיטין כתב ג"כ האי סברא לחלק בין מעיד על דבר שמותר הוי רק דבורא וחיישינן בחד דאומר בדדמי משא"כ באשה דספרה לה דהוי מעשה עייי"ש בד"ה בא"ד ואי ע"א נאמן אבל תוס' דכתבו דילפינן מוספרה לה משום דס"ל כשמעיד לאחרים על דבר שהוא מותר חשוב ג"כ מעשה דנגמר ע"י עדותו וזה אוכל ע"י וכמ"ש בגיטין דף ס"ז בד"ה דבורא וא"כ במעיד על אחד שהוא כהן דנגמר העדות על ידו חשוב מעשה וע"א נאמן באיסורין.

ס"ט הוא אונן עליהם והם אוננין עליו פרש"י ורמב"ם בפיה"מ דאסורים בקדשים ויל"ד למה לא פרשו לענין שאר מילי דאונן אסור בבשר ויין ופטור מכל המצות וצ"ל דלפטור מהמצות א"א כיון דהוא רק ספק אונן ולענין בשר ויין נמי כיון דזה רק איסור דרבנן כמבואר במל"מ פ"ג מאבל ה"י והובא בארעא דרבנן אות א' וכ"כ בפ"ת ליו"ד סימן שמ"א סקי"ב א"כ הוי ספיקא דרבנן כשלא אירעו ביחד דאם לא"ה פשיטא דאונן עליהם ממ"נ ועוד לפימ"ש המרדכי ר"פ א"צ דספק ביצה אי נולדה אתמול או היום יש לה

חזקה דלא נולדה עד היום ה"נ י"ל דהוא בן שבעה לאחרון דלא נתעברה עד אז וכבר עמד בזה הפלתי בבית הספק וכתב דדוחק לומר בן שבעה לא שכיח עיי"ש בד"ה ויש לי בלא"ה ואני אומר אם בן שבעה ל"ש נימא לאידך גיסא רובא וחזקה רובא עדיף וודאי הוא מראשון ומבואר בפ' החולץ דל"ז כיון דלא הוכר עוברה לג"ח אתרע לה רובא אך באיסור דאורייתא לא מוקמינן על החזקה כדאמר בר"פ האשה בתרא מ"ל איסור לאו מ"ל איסור כרת ועיין ש"ך יו"ד סימן נו"ן וב"מ לקמן סימן וא"ו אבל לענין אנינות ליכא איסור דאורייתא רק לקדשים וא"כ השתא דלא נ"מ לקדשים למה כתבו הטוש"ע האי דינא וצ"ל משום דביבמות שם ק' ע"ב אמרו בשלמא הוא אונן עליהם משכחת לה בליקוט עצמות דקמא וליקוט עצמות הוי רק אונן דרבנן כמו שפרש"י בפסחים דף צ"א ותוי"ט ביבמות שם הרי דגם באנינות דרבנן אסור מספק ומ"מ יש לדחות דלהכי קאמר בשלמא דכללא הוא דיש בו דוחק וכמבואר בקיצור כללי הגמרא שסביבות מבא התלמוד וא"כ לס"ד הוכרח לומר כן אבל למסקנא דמוקי לה בקדושי טעות מניין לנו דאסרו ספק דרבנן ומפרט דיש חזקה שלא נתעברה אלא מאחרון וראיה מפרש"י ורמב"ם דפרשו רק לענין קדשים ולא לכל מילי דאנינות ואפשר כיון דנ"מ לכמה איסורי דאורייתא כמבואר במשנה שם לכן החמירו לאיסור דרבנן ג"כ.

והבי"י ביו"ד סימן שע"ד הביא מתוס' פ' החולץ ל"ו ע"ב דהא דתניא בתוס' פ"ד משמחות הספקות אוננין ומתאבלין עליהן נראה דבספק בן ט' ולראשון או ז' לאחרון מיירי דגנאי הדבר שלא יתאבלו לא זה ולא זה מאחר שודאי קרוב לאחד והג"א בסוף מ"ק בשם א"ז כתבו ספק בן תשע לראשון או בן שבעה לאחרון אחרון מתאבל עליו ולא ראשון ע"כ ולא ידעתי מניין לו עכ"ל ב"י וכ"פ בהגהות רמ"א שם ולע"ד פרש"י ופיה"מ לרמב"ם בשיטתיה דא"ז קיימי דפרשו המשנה דוקא לקדשים דהוי דאורייתא ותוס' פרשו דעת התוספתא דקתני ומתאבלין עליהן אבל במשנה דלא תנן רק אוננין מוכח כרש"י ורמב"ם דאוננין נ"מ לענין קדשים דהוי דאורייתא בלאו שיש בו מלקות כמבואר ברמב"ם פ"ג מהלכות מע"ש הלכה ה' אבל באבלות אף לרמב"ם פ"א מאבלות דמצות עשה להתאבל יום ראשון י"ל דאוקמוה אחזקה ולא נולד רק לשבעה ועיין מל"מ פ"א מהיו"ט הי"ז דלא אמרו בר"פ בתרא דיבמות מ"ל איסור לאו מ"ל א"כ רק בלאו שיש בו מלקות וגם מ"ש תוספת דמשום גנאי הוא צל"ע בשלמא אם היה הדבר שקול וא"א לאסור אחד יותר מחברו א"א התר נמי שניהם כמו בשני שבילין ו או לשאול בב"א אבל כאן דיותר י"ל בן שבעה הוא דאוקמיה אחזקה נימא דיתאבל על השני לבד כהג"א בשם א"ז ובירושלמי בפרק נושאין על האנוסה ה"ז הביא תני ר"ח אוננין ומטמאין על הספק ומוקי לה דיש בו

סימן דבעל ופירש וא"כ ה"נ הך תוספתא דמייתי תוספת דג"כ ר"ח סדרה י"ל נמי דבהכי מיירי ואפ"ת דלא מיירי בהכי י"ל משום דס"ל לר"ח דרוב וולדות לאו נפלים הוי כודאי בן קיימא תדע מדתני ר"ח דמטמאין עה"ס והרי במשנה מבואר דל"ז ול"ז מטמאין אע"כ דשאני ספק מראשון או מאחרון דליכא האי רובא ובחידושי ליו"ד סימן דש"ע הקשתי עוד דנימא כנכ"ה דילדה ברשות השני ועוד למה מביאין אש"ת כדאיתא בר"פ החולץ נימא ודאי משני משום כנכ"ה ומשום חזקה דמעיקרא ולא נתעברה עד אחר שנשאת לשני ונראה לפי מה דמוקי בפ"ד דכריתות דף ח"י הא דר"פ החולץ דמייתי אש"ת כר"א ואיתא שם בכריתות דלר"א דמתנדב אדם אשית בכל יום ואליבא דבבא בן בוטא דא"צ רק שיכנוס בספק קצת א"צ להיות חתיכה משתי חתיכות ולפי גרסת הש"ס שם חד ר"א הוא עיי"ש לכן אף דיש חזקה לומר משני ילדה מ"מ חזקה אינו מברר הספק רק גזה"כ לאוקים על החזקה אף דהוי ספק וא"כ להכי מביא אש"ת ואף דלתוספת שם תרי ר"א ננהו והא דר"פ החולץ אצ"ל דאתיא כהך דר"א דמתנדב אדם בכ"י אש"ת מ"מ מצי אתיא כהך ר"א דס"ל נמי יש אם למסורת וכמ"ש תוס' שם ואנן קי"ל באמת דלא מייתי אש"ת בהך דר"פ החולץ כמבואר ברמב"ם פ"ח מהלכות שגגות ומרדכי מסכת מ"ק סימן תתקי"ד ז"ל עוד תניא הספקות מתאבלין עליהם והאיך מתאבלין הא קי"ל כרשב"ג דמת תוך שלשים אין מתאבלין עליו ותירץ. דמיירי בספק בן ט' לראשון או בן ז' לשני שגנאי היה א"ל יתאבלו עליו ל"ז ול"ז אעפ"י שודאי בנו של אחד הוא דהכי קתני התם ספק אחיו ספק אינו אחיו או ספק בנו מתאבל ע"כ וקשה דמרדכי עצמו בר"פ א"צ ס"ל די"ל הלידה באיחור משום חזקה א"כ ה"נ נתלה דמשני נולד וההוא דספק אחיו י"ל כשנתערבו הולדות דאין הכרע ואזי י"ל משום גנאי והנה מדלא תרצו תוס' ומרדכי וש"פ דשאני ספקות דקורבה דחששו שא"ל יתאבלו עליהם יתירם בקרוביהם מוכח כנוב"ת סימן מ"ם שבפ"ת לקמן סימן ד' ס"ק ל"ב.

הוא אינו מטמא להם ביבמות שם פריך למה לקמא לא יטמא ממ"נ אם בנו הוא שפיר ליטמא לו ואם דבתרא הוא חלל הוא דאביו נשא גרושה והקשה טו"ז לישני דאינו חיוב להטמא להם וכפרש"י פ"ק דב"מ דח"י באשתו ארוסה לא תטמא לו ולכאורה לק"מ דאא"ל כאן דאינו מחיוב ליטמא לקמא כיון דספק הוא מחויב מספק ומה שהביא מהא דת"כ ומשו"ת הרשב"א דמשמע דאביו ספק אינו מחויב כלל אינו ראיה דהא י"ל כונת הת"כ לאמו ודאי מצוה ודאי אבל לאביו דאינו ודאי ליכא רק ספק ונצוה וכה"ג פרש"י בפע"י דף ע"ג בהא דממזר ודאי לא יבא דאי לא אייתר קרא אמרינן ככל שאר ספקי איסור על הודאי אזהרת ודאי ללקות עליו ועל הספק אזהרת ספק לאיסורא ואף דכאן גם

בודאי ליכא מלקות מ"מ נ"מ אם אירע לו ליטמא לאמו ולאביו וא"א לקיים שניהם א"ל ולאביו ה"א דאמו שהוא ודאי קודמת וידחה של אביו וכ"ש לרמב"ם דכל ס"ד רק מדרבנן אסור ודאי אין ראיה מהת"כ כלל לומר דלאביו ספק אינו מצוה כלל דהת"כ מיירי רק למצוה מחויבת מה"ת אך לפימ"ש לעיל דיש חזקה לומר דבתרא הוא רק בלאו שיש בו מלקות לא סמכינן אחזקה ואסור להטמא לבתרא אבל לקמא דממ"נ ליטמי לו שפיר י"ל דאינו מחויב ליטמא משום דאוקמוה אחזקה ובריה דברתא הוא ושפיר הקשה טו"ז:

אך בפשוט י"ל כיון דלבתרא אסור ליטמא ל"ל דלא יטמא להם דאינו מחויב דאין לפרש תיבה אחת בשינוי דלבתרא הך לא יטמא היינו דאסור ולקמא רשות.

בגמרא קאמר אלא לאו בזנות פרש"י ומשכחת הוא אונן עליהם ודקדק דרישת האר"י הוא אונן עליהם מאן דכר שמיה הא בלא"ה אמר מעיקרא במלקט עצמות דקמא ולפימ"ש לעיל כיון דאנינות דליקוט עצמות רק מדרבנן הל"ל ספקא דרבנן לקולא רק לפ"ד לא אשכח גונא אחרת והוכרח לומר ג"ז אסרו ולזה אמר בשלמא לומר דדחיקא לו לומר כן ויותר היה ניחא שלא לומר כן לכן אחר דמסיק אלא לאו בזנות פרש"י דהשתא משכחת הוא אונן בלא ליקוט עצמות ועוד כיון דמזנות נולד שמא לאו אביו הוא דל"ל בזה התירוץ דפ"ק דחולין רוב בעילות אחר הבעל ואנינות דליקוטו עצמות רק דרבנן אפילו לקדשים וגם ל"ל בזה מ"ש תוס' כיון דודאי בנו של אחד מהם הוא גנאי הוא שלא יתאבל על שום אחד דבזנות אפשר דמעלמא הוא וכמה גוים פרוצים איכא לכן עכצ"ל דבאנינות מיתת מיירי ולענין עבודה ואכילת קדשים דהוי דאורייתא.

ועוד דהא כתב בדרישה ליו"ד סימן ת"ג דכהן אסור ללקט עצמות אביו דשמא נחסר כ"ש מאביו עיי"ש וא"כ מאי אריא דהוא אינו מטמא לקמא משום דשמא לאו אביו בלאה"נ אסור אע"כ דלא מיירי בליקוט עצמות ול"ל דסיפא ורישא לאו בחד גונא א"כ מאי מיתיב לשמואל מסיפא דזה עולה במשמר של זה ובמשמר של זה נימא דזה לא מיירי בנולד בזנות וא"כ עכצ"ל רישא נמי דאונן עליהם לאו בליקוט עצמות.

ובתוך שלשה נשאת לכהן עח"מ דרש"י פירש אלא לאו בזנות ששניהם באו עליה בזכות משמע דוקא שניהם בזנות אבל נשואין אחר זנות תולין בנשואין ובאב"מ השיגו דבסוטה דכ"ז בהא דאמר שמואל ישא אדם דומה ואל ישא בת דומה משמע דלא ס"ל לשמואל רוב בעילות אחר הבעל וסוגיא דיבמות אליבא דשמואל עיי"ש ול"נ דבלאו הכי לשמואל נשואין אחר זכות תולין בנשואין דהא ס"ל בסוף פד"א אשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר וא"כ הא דאמר שמואל דלא ישא בת דומה צ"ל דדוקא פנויה מתהפכת שלא תתעבר שלא תבא לגנאי אבל כשיש לה בעל תולה בבעלה וא"כ נשואין אחר זנות תולין בנשואין

ועיין לקמן סימן י"ג ס"ו ובזה אזדא גם מ"ש הב"ש דאם זנתה קודם שנשאת דלא היה מצוי לה בעל ל"ל רוב בעילות אחר הבעל וי"ל דכבר היתה מעוברת ולפימ"ש מ"מ י"ל דמזנה מתהפכת וסתמא לא נתעברה.

סימן ד

ס"ה הולד כשר בפע"י דף ע"ה רא"א כותי לא ישא כותית דסבר כותים גירי אריות וכו"ע הבא עב"י הולד ממזר ובתוספת בד"ה ור"י כתבו דאם הולד כשר א"כ הוא הולך אחר הנכרי וליכא למיחש כ"כ אם תנשא לנכרי אבל השתא דקסבר הולד ממזר אם כן הולך אחר אמו איכא למיחש טפי שלא תנשא לנכרי והקשה מהרש"א דמשמע דאי נמי הולד כשר איכא למיחש במקצת ולא כ"כ כמו בהולד ממזר ואם נאמר דאינו כשר עד שיתגייר הרי ליכא למיחש למידי דגוי נושא גויה עיי"ש ונ"ל דס"ל לתוס' דאם הולד כשר צריך גירות. דיש בו צד גיות במקצת מן האב אבל ל"ל דכולן מן האב וכדפרש"י בפרק י"ב דף מ"ז בד"ה דאיעבר מנכרי דלית ליה חייס לגבי ישראל ושייך הבן בתר אמו ישראלית טפי מבתר אבוה נכרי אך אם הולד ממזר משום דשדינן ליה בתר ישראלית וכיון שבעברה נולד הוי ממזר כמו שפרש"י בס"פ האומר ס"ח ב' בד"ה לימא אזי צ"ל דכולו שדינן ליה בתר אמו דאם גם בתר אביו נכרי כיון דמצד דהרי אינו ממזר לא הוי כולו ממזר רק במקצת מצד אמו והא בדף ע"ג שם דרשינן ממזר ודאי דוקא אסר רחמנא ובפ"ב דכריתות איתא במשנה ה' זו הוא שפחה ודאית היינו שאינה חציה שפחה וחציה ב"ח א"כ ה"נ אם קצתן נכרי אינו ממזר ודאי לכן אם הולד כשר דיש בו מקצת מאביו נכרי נהי דמ"מ טפי יש בו מאמו ישראלית ויש חשש כשישא גויה מ"מ אינו חשש כ"כ כמו אם הולד ממזר דאזי כולו ישראל ומיושב נמי תמיהת השעה"מ פט"ו מהא"ב על התוספת אפי"ב דמ"ז דמשמע דנכרי הבא על הלויה דוקא פטור הבן מפדיון משום דלוי פסול מיקרי והא אף בישראלית כיון דהולד כשר שדינן ליה בתר אבוה גוי וצריך גירות וגר פטור ולפימ"ש א"ש דמ"מ אינו רק מקצת גוי וחייב משום דטפי מישראלית הוא ובפרק או"ב דף פ' ס"ל לרבנן שה ואפי' מקצת שה ה"נ בניך אפילו מקצת ועוד כיון דכתיב וכל בכור אדם בבניך תפדה הוי כמו כל חלב דדרשינן בר"פ יוה"כ לרבות כלי לח"ש ובשעה"מ שם הביא מתוספת דספ"ק דיבמות בד"ה נכרי שקידש דס"ל דהולד גוי גמור ממ"ש שם דלמ"ד כו"ע הבא על בת ישראל הולד כשר אין חוששין לקדושיו עיי"ש ואינו ראיה דהולד גוי גמור אלא כיון דמקצתו גוי אין חוששין לקדושין דהא בפ"ק דקידושין ד"ז ע"א מבואר בהא דהתקדשי לי לחציי דאיש א"ר ולא חצי איש וצ"ע למה בפרק או"ב ס"ל לרבנן שה ואפילו מקצת שה אך שבתי וראיתי בפרק החולץ דף מ"ה ע"ב בהא דחציו

עבד וחציו ב"ח דתפיס קידושין לצד חירות ומשום דלא שייר בקניינו כמ"ש תוספת שם וי"ל חדא דבחידושי רמב"ן פרק השולח דמ"ג כתב דהך דיבמות רק לס"ד אבל המסקנא דח"ע וחב"ח שקידש אשה אינה מקודשת וכ"ד ראב"ד הובא בח"ר פ"ק דקידושין דף זיין משום דכי יקח איש ולא חצי איש ובירושלמי פרק השולח ה"ה מבואר דרחב"א בשם ר' יוחנן אמר דח"ע וחב"ח שקידש אין חוששין לקידושיו והובא בגליון ש"ס בהשולח דף מ"ג וגם לשאר פוסקים עכ"פ ס"ל דהוי ספק בעיא דלא איפשטא.

ועוד הא בהשולח שם קאמר בהבעיא משום דלא חזיא לכוליה אפשר דמקודשת ופרש"י דכל מה דחזי למיעבד עביד וא"כ דוקא בח"ע אבל חציו נכרי בידו להתגייר ואי דאין בידו משים דמי יימר דמזקקי ליה תלתא כדאיתא בקידושין דף ס"ב התם משום דעד עתה לא היה מחויב במצות צריך שלשה לקבלת מצות כמבואר בתוספת שם בד"ה אלא אבל כאן מחויב במצות כולם מחמת צד ישראלית שבו ועדיף מעבד דא"צ שלשה משום שהיה מחויב במקצת מצות כאשה וכיון דלא עביד מה דחזי למיעבד אינה מקודשת דברצונו שייר.

ועוד הא קי"ל בפרק או"ב שה ואפילו מקצת שה וכאן אמרינן איש ולא חצי איש וצ"ל התם ליכא בו צד שיות יותר משא"כ כאן נשאר בו חצי איש שלא קידש והיינו מה דאמרינן דשייר בקניינו וא"כ דוקא חציו עבד דהוא בהמה וכדאיתא בפרק האומר ס"ב ב' ודף ס"ח נמצא בח"ע וחב"ח לא נשתייר מצד אישות שבו כלום רק צד הבהמה ואינו שיור וכמו שה ואפילו מקצת שה משא"כ ביש בו צד גיות דהוי ג"כ איש הרי נשתייר חצי איש שלא קידש ואיש ולא חצי איש א"ר.

ובתוספת פרק החולץ מ"ה ב' בד"ה כיון הקשו אהא דאמר שמואל כל דאמר מבית חשמונאי קאתינא עבדא הוא והא שמואל אית ליה כו"ע הבא עב"י הולד כשר והקשה שעה"מ הא תוס' ס"ל דצורך להתגייר ולהשתחרר ולפימ"ש א"ש נהי דצריך משום צד גיות ועבדות שבו אבל יש בו ג"כ צד ישראלית א"כ לא הוי כולו עבד רק חציו ולשון עבדא הוא שכולו עבד משמע והרבה נ"מ לדינא בין חציו עבד לכולו עבד.

ומהרש"א בפע"י דף ע"ה ע"ב כתב דדברי רש"י סתרי אהדדי דבס"פ האומר דף ס"ח ע"ב פרש"י בד"ה לימא דאם כו"ע הבא עב"י הולד כשר צריך להתגייר ובדף ס"ט שם בד"ה איסורא מאי משום שפחה פרש"י דכו"ע הבא עב"י הולד כשר אלא שפחה וכו' ואם צריך להתגייר ולהשתחרר הרי יש לחוש בעבד שנתערב בהם כמו בשפחה ושעה"מ הקשה עוד מן פרש"י בהחולץ דמ"ה ע"א בד"ה בת מינך דאסור בממזרת ואם צריך להתגייר הרי גר מותר במותרת ולפימ"ש י"ל כיון דישבו גם צד ישראלית רק צריך גירות משום צד גיות

שבו אסור בממזרת וכיון דהא דעבד ושפחה נתערבו בכותים כל כותי בספק שמא נולד מן כותית שהיא ישראלית דלמסקנא שם בס"פ האומר כותים גרי אמת הן ואביו עבד ויש בולד חלק לעבדות וחלק לישראלית וזה רק ספק דשמא הולד מכותי וכותית דהא רק עבד אחד נתערב ורובם לאו עבדים א"כ הוי ספק וודאי כיון דבין כך ובין כך יש לצד ישראלית חלק בולד וספק אם יש לעבדות חלק בו וקי"ל בפרק החולץ בספק ויבם דאין ספק מוציא מידי ודאי א"כ מהאי חששא דעבד אין לאסור כותי בכותית עכצ"ל משום השפחה דולדה כמותה לגמרי כדילפינן שם מהאשה וילדיה תהיה לאדוניה דולדיה לגמרי לאדוניה כאמם.

והא דאמר בפרק החולץ מו"ה ב' לרב יהודא חציו עבד וחציו ב"ח שבא על א"א אסור הילד בישראל משום דצד חירות נשתמש בא"א והולד ממזר עיי"ש והרי יש בולד גם מצד עבדות ולא היי כולו ממזר ולא חשוב ממזר ודאי לק"מ דהא קי"ל מדרבנן גם ספק ממזר אסור ורב יהודא נמי ס"ל כר"א שם דף ל"ז דספקן בספקן אסור ומשום מעלת יוחסין כדאיתא בפע"י דע"ג ע"א ה"נ כשמעורב בו צד ממזרות.

ובשו"ת חמדת שלמה הובא בפ"ת כאן סק"א כתב דמתוספת פרק החולץ דף מ"ז מוכח דא"צ גירות וכונתו מתוספת שם בד"ה נאמן אתה לפסול עצמך וא"כ לפסול בניך שהקשו ממ"נ אם נשא נכרית אפילו הוא ישראל פסולים בניה ואם נשא ישראלית הרי כו"ע הבא עב"י בניו כשרים ואם צריך גירות לק"מ ולפימ"ש אף דצריך גירות שפיר הקשו כיון דע"כ צריכין מילה וחייבין במצות משום צד יהדות שבהן מצד אמם א"כ ממ"נ א"ל נמולו עדיין ע"כ צריך למולן ואם נימולו כבר הרי הם ישראלים גמורים דשלשה א"צ כיון דכבר שייכים במצות כמ"ש לעיל ואף דלא נתכוין במילתן לשם גירות סגי כדאמר שם בדף מ"ה מי לא טבלה לנדותה וטבילה א"צ דהא לר' יהודא קיימינן והוא ס"ל שם דף מ"ו ע"ב דסגי במילה או טבילה לחוד.

עוד הוכיח מהפוסקים דכו"ע הבא עב"י הבת כשרה לכהן ואם צריכה גירות הרי גיורת פסולה לכהן וג"ז אינה ראיה דטעמא דגיורת פסולה משום זונה ומבואר בתוספת בפרק הבא על יבמתו דף ס"א ורא"ש לפי שבאה מגוים השטופים בזמה וזה שייך באמה נכרית משא"כ אמה ישראלית כאמה בתה ומבואר בב"ר פרשת וישלח ע"פ ותצא דינה דאין הבת מזנה אא"כ אמה זונה ואף דנבעלה לכו"ע מרצונה אין זה עצמיות בישראלית אלא מקרית ואין בתה חשובה זונה ומה שהביא מרמב"ן וחכמי צרפתים שברמב"ן פרש' אמור שהקשו על הת"כ דתני דבן האיש מצרי נתגייר דהא כו"ע הבא עב"י הולד כשר גם כן אינו ראיה כיון דהיה בן הישראלית ע"כ נימול ות"כ סתמו ר' יהודא כדאיתא בסנהדרין

דף פ"ו ולר"י סגי במילה בלא טבילה ולא היה תו צריך קבלת מצוה בשלשה וכמ"ש ולמה היה צריך עוד להתגייר.

ס"ה ושפגום לכהונה וכתב רמב"ן פרק החולץ דף מ"ה דאם נשאת אין מוציאין אותה מידו והולד ספק חלל ומל"מ פי"ז מהא"ב ה"ז תמה ממ"נ אם דאורייתא פגום למ"ד פגום הוי ספק דאורייתא ולמה אין מוציאין ואם רק מדרבנן אמרו דפגום מק"ו דאלמנה לכ"ג למה לא תנשא לכתחלה ולמה הולד ס"ח הא ספיקא דרבנן לקולא ושעה"מ תירץ עפימ"ש מהריב"ל דבספק פלוגתא א"א לכופו לגרש דשמא הדין לקולא א"כ יהא גט מעושה שלא כדין עיי"ש ועדיין קשה מ"מ נוציאה מידו בלא גט רק להפרישם מספק איסור ונראה דבש"ס יש שם ובבכורות פי"ב דף מ"ז אי הולד פגום כמ"ש רמב"ן שם ומסיים הש"ס שם הלכתא נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר וכתב הרי"ף דיש מרבוותא ס"ל הפירש כשר דאינו ממזר אבל פגום הוה ויש ס"ל כשר לגמרי וסיים ברי"ף דאיהו ס"ל דהוי ספק והיינו דמסופק בכונת הש"ס וא"כ הוי ספק ווה אמרי בה קמאי דגם בדרבנן ספקו לחומרא כמו שהביא המנ"י בכלל א' סק"ו כמה ראיות לזה דחשוב חסרון חכמה ואפילו כפי הנראה מהרמב"ן דהספק הוא משום דאמר הש"ס הלכתא הולד כשר ולא מסיימי אי כשר ופגום או גם אינו פגום הש"ס גופא מספ"ל הלכתא כמאן מ"מ בזה נמי כיון דהגמרא לא הכריע גם בדרבנן לחומרא כמ"ש במנ"י שם רק בתיקו יש פוסקים לקולא משום דתיקו א"א למפשט הספק עד שי"א כמ"ש בב"י בקוה"ס ד"ט לכן פסק הרמב"ן דלא תנשא לכתחלה והולד ס"ח אך אין מוציאין מידו כיון דלהוציא בגט בע"כ דבעל א"א כמ"ש שעה"מ עפימ"ש מהריב"ל וכאן גרע יותר כיון דהספק מה אמרי בה קמאי דהוי חסרון חכמה דלא מיחשב ספק א"כ י"ל נמי דא"א לכופו לגרש דנימא דאינו ספק ומותר לדור עמה והוי גט מעושה שלא כדין א"כ כשנפרישה בלא גט תהא עגונה כל ימיה ואין לך שעה"ד גדול מזה וקי"ל בפלוגתא בדרבנן דאמרינן בשעת הדחק כדאי ר' פלוני לסמוך עליו אפילו ביחיד נגד רבים כמבואר בש"ך יו"ד בהנהגות או"ה בס"ס רמ"ב והב"ח שם ס"ל דגם בדאורייתא אמרינן כדאי ר"פ לסמוך עליו והש"ך השיג עליו כיון דתורה אמרה אחרי רבים להטות איך נסמוך על היחיד משמע לכאורה היכא דליכא רבים יודה גם הש"ך אלא דצ"ע הא מ"מ הוי ספקא דאורייתא דלכ"ע מה"ת אסור וי"ל עפימ"ש רש"י ותוס' ברישׁ ביצה אהא דכח דהתירא עדיף דסברא דהמתיר יש לו ראיה מדסומך על שמיעתו להתיר אבל האוסר י"ל בלא ראיה וטעם מחמיר ובחידושי ליו"ד סימן רצ"ג הוכחתי מכ"פ כהב"ח דגם בדאורייתא אמרינן כדאי פלוני יחיד לסמוך עליו בשעה"ד אבל העיקר נ"ל לרמב"ן דגם למ"ד פגום הוא רק מדרבנן דהא תוספת

בספ"ק דיבמות ט"ז ע"ב הקשו אהא דמ"ד כו"ע הבא על ב"י הוי ממזר בשלמא מעבד הוי לאו אלא מכותי הא מדאורייתא ביאת היתר הוא דב"ד של שם גזרו ותרצו דהוי ממזר דרבנן וצ"ל הא דאיתא בע"ז עכו"ם הבא על ב"י דאורייתא היינו כמ"ש תוס' רי"ד שם דנכתב בתורה הוציאה ותשרף אבל אינו רק גזרה דב"ד של שם והנה רמב"ן בפרשת תצא אפסוק דלא תהיה קדשה ס"ל גם בעבד הבא עב"י אינו אסור מה"ת דלא מיירו רק דלא תהא מופקרת לכל וגם הת"א דפרשו בעבד דוקא כשהיא עם העבד בקביעות כבעל עם אשתו ועב"ש לקמן סימן כ"ז דכ"ד הרמב"ם דליכא איסור תורה בעו"כ הבא עב"י וא"כ מה ק"ו מאלמנה לכ"ג דיצירת הבת בעברה דאורייתא אע"כ דפגום רק דרבנן וק"ו נמי להיות פגום מדרבנן כיון דמדרבנן יצירתה בעברה וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון כדאיתא בפסחים פכ"ש דף למ"ד ע"ב ובכ"ד ואח"כ ראיתי בבית מאיר שכ"כ עיי"ש אלא שהאריך לומר דפליגי רמב"ם ות"א ואישתמיטתי' דברי רמב"ן בפרשת תצא וצ"ע ברמב"ן פרשת אמור על פסוק ויצא בן אשה הישראלית דנראה דס"ל הולד פגום מן התורה בודאי.

ועוי"ל אפילו יהא מדאורייתא למ"ד פגום מ"מ יש להקל לדידן דמספ"ל הלכה כמאן דבריטב"א ונמ"י כתבו דמ"ד דאינו פגום ס"ל דלאו ק"ו הוא מאלמנה לכ"ג דרחמנא אפקריה לזרעיה דגוי והולד נגרר אחר האם וכאלו כלו' ישראל דבן בתך הבא מגוי קרוי בנך עיי"ש ומאן דיליף ק"ו ס"ל דגם לגוי יש בה חלק קצת אף דודאי טפי יש לבת ישראל חלק בזרעה כיון דקרוי בנך וכן פרש"י בפרק יש בכור דף מ"ז בד"ה דמיעבר מנכרי דלית ליה חייס לגבי ישראל ושייך הבן בתר אמו ישראלית טפי מבתר אבוה נכרי וא"כ אנן דמספ"ל אי פגום דיש גם לנכרי חלק בהולד א"ל פגום דאין לו חלק אבל אמה ישראלית בין כך ובין כך יש לה חלק והספק אם כולה שלה או רק רובא א"כ דמי לספק ויבם בנכסי סבא דיבמות דף ל"ח דקי"ל אין ספק מוציא מידי ודאי כיון דיבם ודאי יש לו חלק הוי הנכסים בחזקתו והספק א"י להוציא ממנו בספק וה"נ י"ל כאן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא די"ל דזה לא אתמר רק גבי ממון דהמע"ה יהודאי חשוב מוחזק נגד הספק אבל לגבי איסור לא מהני מוחזק והש"ך ביו"ד ס"ס קע"ז גבי ספק רבית העלה דאמרינן למלוה דאסור לו מספק ויחמיר לעצמו אבל הב"ד אין מזדקקין להוציא ממנו אף דהוי ספק איסור כיון דמוחזק עיי"ש וא"כ ה"נ לכתחלה לא תנשא כיון דהוי ספק איסור אבל הב"ד אין בידם להוציא כשנשאת משום חשש דיש לנכרי חלק בולד דאין ספק מוציא מידי ודאי.

או דס"ל לרמב"ן נהי דאין ספק מוציא מידי ודאי ה"ד דיעבד דלא עדיף מס"ס דמדינא מותר מ"מ לכתחלה אסור כמ"ש בב"מ על יו"ד סימן ק"י ס"ט באמצע ד"ה דרך ג' ובסימן קכ"ב ובפ"י ריש ב"מ בהא דז"א כולה שלי וז"א חצי שלי כתב דסברא דאין ספק מוליא מידי ודאי לא מהני להוציא מיד מאן דתפיס או דבמקום שיש לברר צריך לברר עיי"ש וא"כ ה"כ לא סמכינן לכתחלה כיון דהיכי דתפיס או באפשר לברר חשבינן ליה לספק.

סי"ב חוששין לקידושיו כתב הב"ח דהיינו אם רבו לא יערער אח"כ עליו להשתעבד בו אמדינן דעתיה מסתמא ודאי ניחא ליה שישא ישראלית וישתחרר עכ"ל משמע דישתחרר מעתה ותמוה דאיך ישתחרר בלא כסף ובלא שטר וכדאיתא ביו"ד סימן רס"ז ועב"ש סקי"ג וי"ל דאם קידש בכסף שנתן לו אחר שיעשה בו מה שירצה דקנה העבד כדאיתא בש"ך יו"ד סי' רס"ז סכ"ב סקל"ט א"כ כשיש אומדנא דניחא לרבו שישא ישראלית וישתחרר הוי כאומרת תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך דמקודשת כדאיתא בפ"ק דקידושין ד"ז ה"נ הוי כאומר הרב לעבד תן כסף לאשה ותשתחרר דמשתחרר והאשה מתקדשת באותו הנאה דמגיע לה על יד העבד כמו רקוד לפני וכדומה או דהוי כמי כאמר לה הרב הילך מנה ותתקדש לפלוני כי המנה שלו שמשחרר העבד בעדו ועיין לקמן סימן כ"ט ס"ב וס"ה ועדיין צ"ע כיון דיכול לערער אח"כ א"כ ל"ה אומדנא לומר אנן סהדי וליהוי דברים שבלב דל"ה דברים ואפילו לא מערער אח"כ לא מהני למפרע עתוס' ריש פרק השולח בד"ה מ"ד.

ובטו"ז השיג על הב"ח דהאיך יתפסו הקדושין כיון שתלוי עדיין בערעור רבו דאפשר שיבא ויערער עוד כיון שאפשר לו לערער ובשעת הקדושין לא היה שם בירור לקדושין ובהג"ה כתב דהוי כההוא דלקמן סימן ל"ח סעיף יו"ד דע"מ שלא ימחה ולע"ד שא"ה דתנאי מלתא אחריתי ובגוף הקדושין ברור לעדים משא"כ כאן ואפשר דהוי כמ"ש מהר"ם ביש ספק לעדים ל"ה קידושין ועיין נה"מ בדיני תפיסה דה"ד היכא דהיה אפשר אז לעדים לידע אם היו רוצים לדקדק וה"נ היה אפשר לשאול להרב אם רוצה שיחולו הקדושין או אם כבר שחררו ועיין לקמן סימן למ"ד בב"ש סק"ט וחוו"ח שם סק"ח וכ"ש כאן דעדים מוקמי להעבד בחזקת עבד והאשה בחזקת פנויה והוי כברור לעדים דלא נתקדשה וכשלא ערער אח"כ הוי כבאו עדים אחרים דזה בר קדושין והוי עדות הראשונים חצי דבר.

ולענין הסתירה שבטור כאן כתב דנשא לפני רבו תופסין הקדושין וביו"ד סימן רס"ז כתב דל"י לחירות נ"ל כמו דמחלק הש"ס בפרק המדיר דף ע"ו כאן מנה לי בידך וכאן מנה לאבא בידך דברי וחזקה מהני אם בעצמו טוען ברי ה"נ ביו"ד ובש"ס דאמרו דל"י

לחירות דע"כ כשרוצה הרב להשתעבד בו וטוען דלא שחררו וי"ל ברי וחזקה דהעבד שלו מעיקרא וזה אלים יותר מהאומדנא משא"כ לענין הקדושין אף דהרב טוען ברי דלא שחררו ל"מ להאשה דאינה טוענת בעצמה ברי דהאומדנא מדנשא לפניו ב"ח ושתק דודאי שחררו דלא היה מניחו לעשות איסור וזה מחמת רוב ישראל בחזקת כשרות ועדיף מחזקת פנויה משא"כ לגבי הרב עצמו ל"מ הרוב דטוען ברי וכמ"ש תוספת ר"פ המניח דאפילו לרב דהולכין בממון אחר הרוב לא מהני רוב נגד הטוען ברי קים לי בנפשאי שאני מהמיעוט ואפשר אפילו מת רבו ולא טען ברי מ"מ הרוב ל"מ להוציא העבד מחזקת מריה דיורשים במקומו והעבד אין לו חזקה בעצמו דאם הוא עבד כנעני הרי אין לו חזקה וכמ"ש הראשונים בספ"ק דכתובות לענין חזקת ממון בעכו"ם דהספק בגוף החזקה וטענינן ליורשים כל מה דמצי אבוהן למטען אפילו במלתא דל"ש וכדעת הפוסקים שבש"ך חו"מ סימן ק"ח סק"ח ורוב ל"מ להוציא ממון מחזקתיה משא"כ נגד חזקת פנויה רובא עדיין מחזקה ועיין תוספת ספ"ק דב"מ בד"ה איסורא ממונא ועיין הג"א פרק הגוזל עצים בד"ה מעושה בפרגא דכתב הריב"ם דאדם מע"ר למפטר נפשיה ממונא ולהכי ה"נ לגבי עצמו שלא יוציא העבד מרשותו מע"ר משא"כ לענין תפיסת הקדושין ל"מ ברי של הרב דאאמע"ר ואמרינן אומדנא דלא היה מניח לעשות איסור.

הג"ה וכ"ש אם נשא שפחתו דחוששין לקידושיו כתב הב"ש דז"ד הרמ"ה דס"ל אפילו נשא שפחתו אסור בה בלא ג"ש וכאן סתם ופסק כהרמ"ה וא"י למה כתב שם ביו"ד בהג"ה אם אמר התקדשי גרידא אמרינן ודאי שחרר והיינו כהרא"ש דאלו לרמ"ה אינו אלא ספק ע"כ והיינו מ"ש רמ"א ביו"ד סימן רס"ג סנ"ח דאמרינן ודאי שחררה מעיקרא וחלו הקידושין וציין שם ב"י בשם רש"י וכ"מ בפרק השולח בגמרא ונ"ל דהתם נמי לא פסק כדעת הרא"ש דמחזיקינן לה לעלמא נמי כודאי מקודשת אלא ס"ל כרמ"ה בסברתו דל"מ אומדן דעתו רק לענין ממונא לאפוקי מיניה ולא לאיסורא ומשום דהודאות בע"ד לחובתו כמ"ע דמי אבל לאיסורא לא מהימן כיון דאתחזיק איסורא דהיתה שפחה אין ע"א נאמן בדבר שבערוה לכ"ע וכדאיתא ריש גיטין אך מ"ש הרמ"ה דגם אם בעצמו רוצה לדור עמה צריך ג"ש ולקדשה שנית לא ס"ל לרמ"א כיון דפירש"י בכתב לה התקדשי ודאי שחררה וכ"מ שם בגמרא וה"ט דבחידושי רמב"ן ריש גיטין הקשה למה לא ניליף מוספרה לה דע"א נאמן גם באיתחזיק איסורא ותירץ שאני נדה דמתוך שנאמנת על עצמה נאמנת נמי לבעלה ואם כן ה"נ מתוך דנאמן לעצמו נאמן נמי לה לדור עמה אף דהיא א"י אם זיכה לה ג"ש ע"י אחר ובפרש"י וגמ' אינו משמע דגם לגבי אחריני נימא ודאי שחררה דהאומדנא לא עדיף מאומר בפירש דשחררה דאין ע"א נאמן לגבי אחרים

רק חוששין כדאיתא ביו"ד שם סעיף ע"ה ולכן כאן דכל הסעיף מיירו לגבי אחריני דחוששין ע"ז כתב רמ"א וכ"ש אם נשא שפחתו דחוששין לקידושין לגבי אחריני הוי רק ספק וביו"ד מיירי לגבי האדון ושפחתו פסק דודאי שחררה וחלין הקידושין וא"צ ליתן לה ג"ש ולקדשה שנית ולכן לא ציין שם דזה דעת הרא"ש ולכן בסעיף ס"ט שם לא הכריע רמ"א בין הדיעות וגם בסעיף עין שם השוה רמ"א נושא שפחתו למשיא עבדו ב"ח דכולן צריכין ג"ש והיינו כהרמ"ה ומשום דשני הסעיפים מיירי לענין אחריני כמו כאן דכ"ש אם נושא שפחתו דינו כמשיא עבדו דהיינו לגבי אחריני לבד.

עוד נ"ל דכיון דפרש"י בכתב בשטר התקדשי לי ודאי שחררה מכבר ומקודשת והרא"ש כתב דכן מוכח בפרק השולח בהא דהכותב שטר אירוסין לשפחתו והרמ"ה שבטור יו"ד שם מיירי רק בנשא שפחתו ולא נזכר בדבריו שכתב שטר אירוסין לשפחתו לכן הכריע רמ"א דבכותב שטר שאני דודאי שחררה מעיקרא דבכדי לא עביד וכדאיתא בחו"מ סימן מ"ב ס"ט דהיכא דבטל השטר לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר עה"ת וכתב בתשובת מהר"ם מרוטנבורג חחו"מ ס"ח דדוקא גבי שטר דעביד מעשה לכתוב ולחתום אמרינן בכדי לא עביד הובא בפ"ת לחו"מ שם ועיין תוספת ר"פ הנושא בד"ה אליבא.

וא"כ נהי דרמ"ה לא סמך אחד אומדנא דלא עביד איסורא להיות כודאי קידושין מ"מ בשטר יש עוד אומדנא דבכדי לא עביד וכבר כתבתי לעיל דהאומדנא מצד רוב קאתי ומצינו ביוחסין דהחמירו בחד רובא והקילו בתרי רובא משא"כ בנשא שפחתו דליכא אומדנא דבכדי לא עביד פסק רמ"א כהרמ"ה ומפרט די"ל בשפחה אחר ג' שנים דיש חשש בעולה ואינה נקנית רק בבעילה לפימ"ש בכבוד חופה פ"י מה"א ס"א דכל בעולה אינה נקנית רק בבעילה א"כ נשא שפחתו היינו בביאה דודאי ל"ל אומדנא דבכדי לא עביד אבל בשטר אירוסין כיון דכבר נזדקק הוא ועדים לכתוב שטר הרי היה יכול לכתוב בו גם כן לשון שחרור דמהני לקדשה ולשחררה כדמוכח מהא דאמר שם בהשולח דדוקא כשכתב צאי והתקדשי בי ס"ל לחכמים דאין זה לבון שחרור אלא ודאי כבר שחררה מעיקרא ובזה א"ש מ"ש בירושלמי פ' השולח כתב כתב קידושין לעבדו או כתב נשואין לאמתו רבי אומר זכה דקשה דהל"ל או נשא אמתו א"ו דוקא כתב.

ועוד דרמ"ה כתב דלא אזלינן גבי איסורא בתר אומדן דעתא ובהשגות ראב"ד פ"י מה"ג הי"ט כתב בשפחתו שיש בידו לשחררה ל"ש התירא ואכיל איסורא ובאמת פ"ק דחולין דף ד' אמרינן אפילו גבי מומר דבודק סכין ונותן לו דל"ש התירא ואכיל איסורא וצ"ל משום דפריך התם א"ה אפילו לא בדק נמי ומשני מיטרח לא טרח וס"ל להרמ"ה דה"נ לחזור אחר סופר ועדים לכתוב ולחתום שטר שחרור הוי טרחא וכמ"ש תוס' ר"פ הנושא

בד"ה אליבא מדטרח לכתוב לו שטר ודאי גמר ומשתעבד עיי"ש אך כשמקדשה בשטר אירוסין הרי בידו לכתוב בו נמי לשון שחרור כיון דכבר כותבין וחותמין לו עדים שטר ובש"ס פריך מי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד ליה איסורא ואיהו עביד איסורא וקשה נימא בעבדיה חזקה אא"ח ול"ל אע"כ צ"ל משום דהוא נמי בידו לשחררו ול"ש התירא ועביד איסורא.

ועוד י"ל דהרמ"ה כתב דאומדן דעתא מהני לממונא שלא ישתעבד ולא לאיסורא ולכאורה לפימ"ש הרמב"ם בפט"ז מהלכות סנהדרין דא"צ שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האסור עצמו בע"א יוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה ואכל אחר שהתרה בו לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בע"א וא"כ ה"נ כיון שהוחזק לב"ח ע"י האומדנא יועיל אח"כ גם לאיסורא אלא די"ל התם תחלה לא נ"מ רק אם אסור לאכול חתיכה זאת וקבלנו עדותו לאסרו וכשנולד אח"כ שאכלו אחד כבר הוחזק לחלב משא"כ הכא נולד בפ"א לדון לענין ממון ולענין איסור אם מותר לדור עמה ואז עדיין לא הוחזק ונאסר לדור עמה וכיון דאתסר אתסר דתיכף החזקרוהו לספק מך זה כשנשא שפחתו ולא קדמו קידושין לבד משא"כ כשקדשה לבד עדיין לא נ"מ לענין איסור דבין שפחה ובין ארוסה אסורה בלא נישואין וכ"ש לפי מה דס"ל לרמב"ם ופסק כן בש"ע לקמן סימן ט"ז דאיסור שפחה לישראל אינו רק איסור דרבנן וכיון דארוסה נמי אסורה לו מדרבנן לא היה לנו לדון אם מותרת לרבה מחמת הקידושין רק דנין אם הוא שפחתו להשתעבד בה ולזה מהני האומדן דעת ויצאה לחירות לכן כשבא לישא אותה אח"כ או נולד לה בן ממנו או נשארה אלמנה ודנין לענין יבום וחליצה ואם מותרת לישראל אמרינן כיון דהוחזקה לב"ח הוחזקה.

וברמב"ם ספ"ו מה"ע כתב הכותב שטר אירוסין לשפחתו אעפ"י שאמר לה צאי בו לחירות והתקדשי בו אין בלשון זה לשון שחרור ואינה מקודשת ולא משוחררת ונתקשו בו דמשמע ל"מ כשאמר רק התקדשי בו והא בהתקדשי בו לבד מקודשת ומשוחררת וכדפירש"י בפ' השולח ומוכח כן בש"ס שם.

ונ"ל דז"ל הש"ס שם דף מ"ם דאר"ז וכו' עבד שנשא ב"ח בפני רבו א"ל ר"י אני שונה הכותב שטר אירוסין לשפחתו רמ"א מקודשת וחכ"א אינה מקודשת הכא כשרבו השיאו אשה ומי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד ליה איסורא ואיהו עבד איסורא ורנב"י הבמ"ע דא"ל צאי בו והתקדשי בו עכ"ל וק"ט דמעיקרא דמשני כשרבו השיאו אשה מה קסבר אם ס"ל כרנב"י דחכמים ור"מ פליגי בא"ל צאי וכו' למה ליה למימר בשהשיאו רבו דלרנב"י בלא"ה לק"מ ואם לא ס"ל כרנב"י איך ס"ד דלעבדיה לא מעבד איסורא

ואיהו עביד איסורא אך לכאורה תמוה קושית הש"ס דשאני עבדיה דחזקה אא"ח ולא לו וכדאיתא בשבועות דף מ"ב ובפ"ק דב"מ וצ"ל דאיהו נמי בידו לשחררה ול"ש התירא ועביד איסורא וכמ"ש בהשגות ראב"ד פ"י מה"ג הי"ט אך לר' יהודא בספד"א דגיורת ומשוחררת צריכה להמתין ג"ח משום הבחנה א"כ ל"ל ל"ש התירא דשמא לא עלתה בדעתם לישאנה עד עכשיו ואם ישחררה היום ימחו בידו מלישא עד ג"ח ואף דנותנין לבתולה יב"ח היינו כשהאשה מעכבת ובר פלוגתיה דר"מ הוא ר' יהודא לכן משני שפיר הכא בשהשיאו רבו ולא חש לקושיא מי איכא מידי וכו' והמקשן ורנב"י לא רצו לדחוק דחכמים דר"מ היינו ר' יהודא לבד דגם ר' יוסי בר פלוגתיה דר"מ וכדאיתא בעירובין דף מ"ו ור' יוסי ס"ל בספד"א דגיורת ומשוחררת א"צ להמתין וכן ס"ל לשמואל התם בלישנא אחריני ולישנא דחכ"א משמע כולהו בר פלוגתיה דר"מ לכן מתרץ בדאמר לה צאי והתקדשי בו ורמב"ם דפסק בפי"א מה"ג הכ"א דמשוחררת אפילו פנויה ולא נבעלה צריכה להמתין ג"ח וכמ"ש רדב"ז ח"א סימן קצ"ו לית ליה הך דלא שביק התירא בפ"י מה"ג הי"ט ולכן ס"ל נמי בהתקדשי לי נמי אינה מקודשת ואינה משוחררת ולכן כתב אעפ"י שאמר לה לאי לחירות והתקדשי דה"א דיש בזה לשון חירות וכ"ש בהתקדשי לבד וס"ל לרמב"ם דתירוץ קמא דש"ס אמת לפי מה דס"ל דחכמים היינו ר' יהודא ואוקמתא דרנב"י אמת לפי מה דס"ל, דחכמים היינו נמי ר' יוסי ולכן פסק דלאי בו לחירות אינו לשון שחרור אך רבינו ירוחם השמיט הך דלאי בו והתקדשי בו והקשה כנה"ג ביו"ד סימן רס"ז למה השמיטו ועיין שם בגליון יו"ד סכ"ח ולפימ"ש א"ש דר"א ס"ל נמי להלכה דמשוחררת פנויה אף שלא נבעלה צריכה להמתין ג"ח וכמ"ש רדב"ז שם וא"כ קושית המקשן דמי איכא מידי ותירוץ דרנב"י אינו מוכרח כלל ואפשר דהמקשן ורנב"י ס"ל כלישנא אחריני דספד"א דמשוחררת גדולה א"צ להמתין ג"ח או רצו לתרץ גם אליבא דלישנא אחריני דלא ליתי דברי חכמים דלא כהלכתא וריי"ו דפסק להלכה דצריכה להמתין ג"ח אין ראיה כלל דצאי בו לחירות אינו לשון שחרור גם אין ראיה דהתקדשי גרידא מקודשת וכיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי השמיטו לגמרי דכן דרכי הפוסקים כ"פ להשמיט מה שמספוקים בו כמ"ש הב"ח ביו"ד סימן קע"ט ס"ל ור"כ ס"ו ושכ"ט ס"ז ובסימן שס"ח ובכ"ד והובא בי"מ.

והמחבר בש"ע לקמן סימן י"ג ס"ה דפסק דמשוחררת שלא נשאת א"צ להמתין ורמ"א שתק לו לכן פסקו דכותב שטר אירוסין ואמר לה צאי והתקדשי בו אינה מקודשת ואינה משוחררת אבל בהתקדשי לבד מקודשת ומשוחררת.

סי"ד אחר יב"ח הולד ממזר ביש"ש ס"פ הערל סכ"ט הקשה דבס"פ מי שאחזו בהתנה א"ל באתי ליחש שמא בא בצנעא ונ"ל דלק"מ לפימ"ש תוס' בספ"ס דב"מ כ"ף ע"ב בד"ה איסורא דבא"א החמירו אפילו כשיש רובא לקולא ועוד מדרבנן חשו משום לעז וא"כ ה"נ נהי דאין דרך לבא בצנעא כמ"ש הרמב"ם פ"ט מה"ג הי"א מ"מ בא"א החמירו או משום לעז וכ"נ מפרש"י ס"פ מי שאחזו דפירש שמא יבא הבעל ויערער.

ומהרי"ט ח"ב בא"ע סט"ו הקשה לדעה שניה בכאן דתולין שבא בצנעא ובס"פ מ"ש איכא חד לישנא דל"ח שמא בא ופסקו הרמב"ם וג"כ ל"ק דנהי דאין דרך לבא בצנעא מ"מ גם זנות ל"ש כדאיתא בפ"ב דגיטין דף י"ז ע"ב ויש לנו לאוקמה בחז"כ והתם ל"ל נוקמוה בחזקת א"א כיון דכבר נתגרשה ואין הספק רק בתנאי דמלתא אחריתי הוא וכה"ג כתב הריטב"א שבב"י חו"מ סימן מ"ו.

ועוד כיון דמסקינן בבכורת דף כ"ף דרובא דתלי במעשה ל"ה רוב וכתב הרמב"ן שם דמיעוט דאינו תלוי במעשה עדיף מהרוב התלוי במעשה וכתבו תוס' בפרק האשה בתרא דף קי"ט דתשמיש איש עם אשתו ל"ח תלי במעשה דממילא הוא בא שאדם נזקק לאשתו ומשמע דוקא איש עם אשתו אבל זנות תלי במעשה וכ"כ האחרונים וא"כ להכי כאן תלינן שמא בא אף דזה תלי במעשה מ"מ זנות נמי תלי במעשה ועדיף לתלות בהיתר משום חז"כ משא"כ בגיטין ל"ח דבא דתלי במעשה והא דהוצרך הרמב"ם לטעם דאין דרך לבא בצנעא משום דאל"ה הלל"ל בא"א ניחש כיון דלא סמכינן ארובא כמו במשאל"ס וכמ"ש תוס' בספ"ק דב"מ שם לכן הוסיף דאין דרך לבא בצנעא והוי כתרי רובא להתיר.

ועוד כיון דקי"ל בספד"א דאשה הופכת ומזנה ה"נ אם איתא דזנתה היתה הופכת ולא היתה סומכת דיתלו הולד בבעלה כיון דאין האיש בביתו ירננו אחריה.

וימ"ש שאינו בחזקת ממזר בפרישה כתב דהא דבפ' הערל פ' מ"ב אמר דעובדא הוה ואכשריה רבא תוספאה לפי דתלינן דאשתהי העובר יב"ח והא בלא"ה י"ל שמא בא הבעל בצנעא ובעל ה"ט דמטעם דאישתהי ודאי כשר אבל משום שמא בא הבעל בצנעא עדיין ספק ממזר הוי ותמוה דהא בפ"ג בשילהי גיטין פירש כן מה דתניא בגיטין דפ"ט דאין חוששין לממזרת היינו שהלך בעלה למדה"י וילדה אח"כ בת לכן יצא קול שזינתה אין חוששין דאמרינן שמא בא בעלה בלילה ושמש כמעשה דאבוה דשמואל שבא ע"י שם בצנעא ושמש עיי"ש הרי דאין חוששין וודאי כשרה ונראה משום דיש לומר את"ל לא מבעלה הוא שמא מעכו"ם דקי"ל עכו"ם הבא עב"י הולד כשר אבל דרבא תוספאה אכשרה מטעם דאישתהי לבד ואפילו במקום שאין עכו"ם מצוי תדע דאלת"ה מה פריך

בפ' הערל שם דרבא תוספאה כיחידאה דס"ל לענין נולד לח' דאשתהי נימא דאתי ככ"ע דבנולד לח' לרבנן לא תלינן דאישתהי דרוב עוברין הנגמרים נולדין מיד וכמ"ש מהרי"ק שורש ק"ג אבל לענין חשש ממזר דמבואר בפע"י דף ע"ז ממזר ודאי א"ר ולא ממזר ספק ומבואר באס"ז פ"ק דב"מ דף וא"ו ע"ב לענין עשירי ודאי כיון דעשירי ודאי א"ר לא אמרינן כל דפריש מרובא פריש דרוב כמ' רק ספק הוא ורק גזה"כ בעלמא ליזל בתר רוב אבל היכא דודאי א"ר ולא ספק גם רוב ל"ה ודאי ואף דמדרבנן ספק ממזר אסור כדאיתא בפע"י שם מ"מ כיון דאיכא ספק אף את"ל דלא מבעלה שמא מעכו"ם הוי ספקא דרבנן לכן אכשריה לולד ועכצ"ל דקי"ל לש"ס דאכשריה רק מטעם דאשתהי ולא היה שם ספק מעכו"ם.

ולפי זה לק"מ אבה"ג קושית מהרי"ט מהא דלענין עדים זוממין לא תלינן דבאו ע"י שם וכן בגיטין ל"ח דבא משום דאין דרך לבא בצנעא ולפימ"ש שאני חשש ממזרות דממזר ודאי א"ר וכל שיש מקום לתלות על צד המיעוט ל"ח ממזר ודאי משא"כ בדיני נפשות אזלינן אחר רוב אפילו ברובא דליתא קמן כדאיתא בתוספת ר"פ המניח כ"ז ע"ב בד"ה קמ"ל.

ויל"ע דבפ' ע"י שם פריך מ"ט אסופי פסול הא איכא פנויה ואיכא נמי דמחמת רעבון נהי דאיכא נמי מאריסות ושהלך בעליהן למדה"י והוה פלגא ופלגא והתורה אמרה ממזר ודאי ל"י ולא ספק ומשני מעלה עשו ביוחסין עיי"ש ולאס"ז הנ"ל אפילו רובא לפסול ג"כ מה"ת מותר דל"ח ממזר ודאי ולמה צ"ל דהוה פלגא ופלגא וי"ל דלאלומי לקושיא אמר כן ועוד י"ל לפימ"ש תוס' בזבחים פ"ח בד"ה רב כיון דכ"כ התיר רחמנא אפילו חד בחד אין לרבנן להחמיר עכ"פ ברוב עיי"ש לכן ה"נ נהי דתורה התירה אפילו ברוב לפסול מ"מ י"ל רבנן אסרו ככמה איסורי דרבנן וכן בכל הספקות דלרמב"ם מותר מה"ת ואסרו חכמים אבל כיון דהוה פלגא ופלגא אין ראוי לאסור מדרבנן מה דתורה התירה אפילו ברוב לפסול ומשני דמעלה עשו ביוחסין גם כה"ג.

אם ראו בה דבר מכוער ל"א דאשתהי כ"כ וחיישינן ליה מדכתב וחיישינן משמע דאינו רק ספק ממזר דאף דהוי תרתי לריעותא מ"מ אינו ודאי וכה"ג כתב תב"ש בסימן ל"ז סק"ג דכל היכא דאיכא תר"ל יצאה מחזקתה וטרפה מדאורייתא מספק וכ"ש כאן דרק ממזר ודאי אסרה תורה אף דע"י תר"ל רגל"ד ונוטה יותר לאיסורא מ"מ ודאי לא הוי וכמ"ש לעיל דגם רוב ל"ה ודאי ולכן הכא דרק ממזר ודאי אסור מה"ת אינו רק פסול מדרבנן ונ"מ כשיש לספק שמא מעכו"ם נתעברה הוי ספק דרבנן וכשר ותשובת מיימני אף דמיירי התם דהכיעור היתה מעכו"ם אסר משום דהשאלה היתה רק לענין האשה

אם אסורה לבעלה ואף דאמר התם כיון שיש עדים שראו דבר מכוער וילדה לסוף יב"ח בהא ודאי לא אכשר רבא תוספאה היינו מטעם דאשתהי לבד לא אכשר אבל אם יש עוד ספק לא מיירי רבא תוספאה ועוד דמביא שם לשון הש"ס עובדא דרבא תוספאה באשה שהלך בעלה למדה"י ואכשרה עד יב"ח לא כמו שהוא לפנינו בש"ס ואכשריה וכן נמ"י בפרק הערל הביא לשון הש"ס ואכשרה וקאי על הכשר האשה וכן הוא בב"י ס"ס קע"ח.

והה"מ פט"ו מהא"ב הי"א כתב אהא דכתב שם הרמב"ם דנאמנת הזונה לומר בן כשר הוא. אף דרוב העיר שזנתה בה פסולים ואם אמרה למותר נבעלתי הוי ספק ממזר משום דלהכשיר ד"ת אין אנו צריכין לה דמדינא ל"ה אלא ספק ממזר דמותר גמור מה"ת לבא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהן והאמנוה בשל דבריהם אבל לפסול כיון דמדאורייתא מותר לבא בקהל ואסור בממזרת ודאית ואם היו מאמינים אותה ומתירין אותו בממזרת ודאי היו מקילין בשל תורה ולא נתנה תורה נאמנת אלא לאב עכ"ל נראה מדבריו אף ברוב פסולים דמיירי הרמב"ם והיינו אפילו ממזרים מ"מ מותר גמור מה"ת לבא בקהל וזה כמי שכתבתי דגם רוב אינו ודאי אבל צל"ע מ"ש הה"מ דאם היו מאמינם לה לפסול ומתירין אותו בממזרת ודאי היו מקילין בשל תורה והא כמו דדרשינן בפע"י דף ע"ג ממזר ודאי לא יבא אבל ספק יבא ה"נ דרשינן בקהל ודאי ל"י ולא בקהל ספק ואדרבה מקהל ילפינן כמבואר שם בתוס' וכיון דהוי ספק ממזר מותר מה"ת בממזרת ודאי שו"ר דב"ש לקמן סכ"ו תמה ועיי"ש ב"מ.

סוף סיון עב"ש סקי"ט קשה עד דברי תוס' א"א ליישב בזה ולע"ד אפשר לומר מדאמר הש"ס שיפורא גרים ולא אמרו דהחדשים גורמין או מולד לבנה ש"מ דוקא שיפורא שהב"ד תוקעין לקדש החדש דכשניתנה תורה לישראל ונאמר החדש הזה לכם ואתם אפילו מוטעין והרבה גופי תורה תלוין בקידוש החדש אזי שיעבד הבורא את הטבע לב"ד וכאשר יגזרו שהוא ר"ח וימנה חדש שני לחדש שלפניו כן יעשה נמי הטבע וע"ד שאחז"ל ע"פ לאל גומר עלי בתילים נ"ז בבת ג"ש ויום אחד אם נמלכו ב"ד לעבר בתוליה חוזרין וא"ל אין חוזרין ועיין בירושלמי פ"ק דר"ה סי"ב ביפה מראה ולכן קודם מתן תורה פריך הש"ס שפיר דשרה איך ילדה בששה חדשים דלפי הטבע צריך ששה חדשים וקצת מחדש שביעי והמנין מתחיל מתחלת העיבור להיות חדשים שלימין וכיון דבחג נתעברה לא נשלם חדש עד אמצע חשוון דלא היה נ"מ אז לדיני תורה לומר תחלת חשוון נמנה לחדש שני ובפירש רמב"ן עה"ת בפ' אמור הביא מחכמי הצרפתים דלפני מתן תורה אפילו האבות היה להם דין ב"נ והצרפתים הן בעלי התוס' לכן ה"נ ס"ל דלא ילדה שרה

עד אחר ששה חדשים שלימין ומקצת מחדש שביעי כי כן לפי הטבע לפני מתן תורה ולרמב"ן שם דמן ברית בין הבתרים היה לאבות דין ישראל מ"מ אפשר כיון דעדיין לא נאמר החדש הזה לכם לא נמסר בידו קידוש החדש או דלרמב"ן אה"נ צ"ל כתירץ הב"ש והאחרונים האריכו דאינה יולדת רק בששה חדשים שלימים ומקצת מחדש השביעי דלא כמהר"י מינץ ובאמת בכונת האריז"ל בשמ"ע ובמ"ח שם מבואר דיולדת לשבעה מקוטעים רק חמשה שלימים וקצת מחדש ראשון וקצת מחדש שביעי ובין כולם ליכא ששה חדשים שלמים כגון מיזוג של שמ"ע יולדת בשביעי של פסח עיי"ש.

ובקושית החמ"ח מכתובות דף ל"ט בהא דבעי רבא אם נאנסה ומתה הקנס לאביה או לבנה דפריך הש"ס הא ימי נערות ש"ח ומי מיעברה וילדה בש"ח נ"ל דזה ודאי דשיפורא גרם אינו בדרך הטבע לומר מחמת דב"ד קדשו החדש והא כאלו כבר מעוברת שני חדשים ועיין אבן עזרא פ' שמות על פסוק ותצפנהו ג' ירחים ובפרק מקום שנהגו רמי רבא כתיב כי גדול מעל שמים חסדיך וכתיב עד שמים חסדיך כאן לעושים לשמה פירש הר"ן דבעושין לשמה הקב"ה מבטל ומשנה מערכות השמים בשבילו עיי"ש וא"כ הא דבעי רבא אם בנה יורש הקנס ע"כ דנולד ע"י זנות דאם קדם להבעילה אונס של זה הרי אינה בתולה וקרא כתיב בפרשת תצא נערה בתולה ולא בעולה ואם אחר שנאנסה נשאת מיד לאחר וילדה כיון שנשאת הקנס שלה ובנתארסה בעי רבא התם אם הקנס שלה ועכצ"ל דהך בעיא דרבא אם נאנסה ומתה אי הקנס לבנה מיירי דילדה בלא קידושין דאל"כ הוי ליה למבעיא תחלה אם נאנסה ונתארסה הקנס של מי ואת"ל של אביה אם מתה הקנס של אביה או של בנה וא"כ ע"כ דנולד מזנות ואזי אינו משנה הטבע שבא ומערכת השמים וא"א שיולד בפחות מששה חדשים שלמים ויום אחד ומפרט דלידה ע"י זנות כביכול נגד רצון הקב"ה רק אין הקב"ה משנה הטבע אבל אין עושה למעלה מהטבע דשיפורא גרים למהר יצירת הולד זה ודאי למעלה מן הטבע ועיין בפר"י דף נ"ד ע"ב הרי שבא על א"א דין הוא שלא תתעבר אלא עולם כמנהגו נוהג והולך וזה ודאי שיולד בפחות מששה חדשים הוא צד הזרות ואינו מנהגו של עולם רק כדי שלא לתלות בזנות תלינן גם בצד הזרות וכמ"ש הריב"ש סימן קמ"ז משום דאין חושדין בכשרות ואשה מתהפכת ומזנה אבל כיון שאינו מנהגו של עולם למה ישתנה מנהגו של עולם במה דאינו מן הדין שתוליד כלל אלא משום דעולם כמנהגו נוהג וודאי אין חילוק בין פנויה לאשת איש דמ"ח זנות הוא ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים כדאיתא בחו"מ סימן של"א.

סט"ו קול כתב החמ"ח סקי"ד ה"ה אם באו עדים שזינתה ונראה דיש חילוק דאם היה בעלה במדה"י קודם שזינתה ונתעברה אחר שנודע שזינתה אזי ל"ל רוב בעילות מבעל כיון דאסורה לו מוקמינן ליה בחז"כ ואף דחזינן דמתומד עמה הא בזה אינו עושה איסור כמבואר לקמן סימן קי"ז ועוד כיון דאסורה לו ומאוסה בעיניו כמ"ש תוס' גיטין דף ע"ט והובא בב"ש שם סקי"ח ל"ל רוב בעילות מבעל ואדרבה דכיון דאסורה עליו ומאוסה בעיניו הוי רוב התלוי במעשה דל"ל בזה דממילא מזדקק לה עתוס' יבמות דף קי"ט ותלינן יותר דנתעברה באותו זנות

פרוצה ביותר חוששין אף לבנים במאירי ספ"ד דסוטה פסק דלממזרות אין שום חשש שאפילו היתה פרוצה ביותר ואינה חוששת שלא לזנות אף בשעת העבור כגון סמוך לטבילתה או סמוך לוסתה מ"מ רוב בעילות אחר הבעל וכ"כ במראה פנים בירושלמי דסוטה פ"א הלכה זיי"ן ואם דש"ע ל"פ כן מ"מ זה מסייע למ"ש הרמ"א דהיא נאמנות וטו"ז הקשה דבפרוצה ביותר יש תרי רובא לפסול חדא דרוב פסולים אצלה שנית שהיא פרוצה ביותר ורוב בעילותיה מאחרים והיא תמוה דמ"מ ליכא רק חד רוב מאחרים וכן מצאתי שתמה בית מאיר ואפשר משום דאיתא בסוף נדרים מ"ד מים גנובים ימתקו קמ"ל וכתבו ת"י דאמרינן בסנהדרין דניטל טעם ביאה וניתן לע"ע קמ"ל דנואף א"י זה עכ"ל וכ"כ באס"ז שם דכן האמת רק קמ"ל דנואף א"י זה וא"כ אפילו לא היתה פרוצה רק לנואף אחד י"ל רוב בעילות מהנואף נגד הבעל כיון דניתן טעם ביאה לע"ע נבעלת לו יותר מלבעלה ומפרט דחזינן דענ"ב מסתמא בעלה אינו מתקבל עליה אלא דאם אינה פרוצה ביותר י"ל אקראי בעלמא מה שנחשדת ויראה ובושה ורוב בעילות מהבעל וגם בזה נ"ל דה"ט דשמואל דלא ישא ב"ד ולא ס"ל כאן רוב בעילות מהבעל משום דמים גנובים ימתקו ולחם סתרים ינעם וכיון דיש גם רוב פסולים אצלה מחשיב להו הטו"ז תרי רובי.

ואפשר לומר עוד לפי מה שהוכיח בחו"ד סימן ס"ג דאזלינן בתר רוב מוכרים ואף דמוכר אחד יש לו יותר בשר מכולם כיון דלא פירש ממילא רק הספק איזה איש מכר או נתנו לו הולכין בתר רוב אנשים שנולד עליהן הספק עיי"ש וה"נ הספק איזה איש הוליד ולד זה אזלינן בתר רוב אנשים אפילו אם היה רוב בעילות מהבעל דמ"מ לא נתעברה רק מבעילה אחת והספק מאיזה איש וכיון דחוץ לזה יש עוד רוב בעילות מאחרים חשוב כתרי רובי דכיון דהיכא דאין ספק על האנשים שהביאו ונתנו הולכין אחר רוב לומר מהרוב נפרש וזה יותר חשוב תרי רובא מהא דתרי רובא דפ"ק דכתובות שהביא הטו"ז דרוב העיר ורוב סיעה דהתם שניהם רק רוב אחד רק נראה וניכר יותר וידעתי דיש לחלק

וכמ"ש בשו"ת בית אפרים חיו"ד סימן מ"ם להשיג על החו"ד וס"ל להב"א דאם הרבה אנשים אבדו כאן בשר ואחד מהן אבד יותר בשר אזלינן בתר רוב הבשר ומה אכפת לן שהיה בתחלה ביד בני אדם הרבה וה"ג כאן כיון דאחד בעל רוב בעילות מהרוב אנשים יש לילך בתר רוב בעילות אך מ"מ אין תימה על הטו"ז אם ס"ל כהחו"ד ועוד כיון דלפעמים אזלינן בתר רוב אנשים כמו ט' חניות מוכרת בשר שחוטה ואחת בשר נבלה ויש באותה חנות נבלה יותר מן הט' חניות דאזלינן בתר המוכרין ולפעמים אזלינן בתר הבשר לא בתר רוב אנשים כגון שמכרו כל החניות כל בשר שלהם א"כ ה"נ מיחשב תרי רובי דיש רוב פסולין דהיינו רוב האנשים דהספק מאיזה איש נולד ויש ג"כ רוב בעילות מהאחרים לכן חשוב תרי רובי וגם י"ל דס"ל לטו"ז בשני חניות אזלינן בתר רוב בשר ובט' חניות בתר רוב מוכרין לכן כאן הוי תרי רובא.

ויש לסייע עוד לדעת הרמ"א ומהרי"ו כיון דהאשה ברשות בעלה כ"ז שלא נתגרשה וברשותו נתעברה י"ל כנכ"ה ובחזקת הבעל הן הולדות וזה נראה מדויק בתוספתא פי"ב דיבמות דתני אשה שיצא עליה ש"ר ולדות כשרין מפני שהן בחזקת הבעל ורש"י ל"כ דודאי רוב בעילות מאחרים רק שמא רוב בעילות מאחרים לכן י"ל שפיר דברי שלה מהני כיון דמסייע לה חזקת כנכ"ה כמו ברי וחזקה דמהני לר"ג בפ"ק דכתובות דף י"ב ומה"ט יש לילך אחר רוב בעילות אחר הבעל אפילו ליטול ירושה אף דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דיש כאן רוב וחזקת רשות וכמה נתחבט בחוה"ש סימן ח"י למה סתמו הפוסקים כאן. דרוב בעילות אחר הבעל ולא כתבו דלענין ירושה לא מהני רוב זה להוציא ממון ולפימ"ש א"ש ואף דכתבו תוס' בפ' המדיר סוף דף ע"ו ע"ב דגבי מחליף פרה בחמור וילדה לא אזלינן לטיבותא בתר הרשות לומר כיון דלוקח קנה הפרה יהא ודאי הולד שלו עיי"ש שא"ה דשמא ילדה הפרה קודם שקנאה בעל החמור אבל כאן נתעברה האשה כשהוא ברשות בעלה ועוד באס"ז שם פירש דברי תוס' משום דנמצא הולד בבית בעל הפרה אוקמינן ליה בבית מאן דאיתיה לומר שלו הוא וא"כ הכא דנמצא באשתו דהוי כנמצא בבית בעלה אמרינן דשלו הוא והכא תרתי לטיבותא דנמצא הזרע ברשותו אמרינן כנכ"ה אצל בעלה דאשתו כגופו.

ועדיין צ"ע מפ' החולץ דף ל"ז דספק בן שבעה לאחרון ספק בן תשע לראשון הוי ספק של מי הוא נימא ודאי של שני דברשותו נמצא וזה קשה ג"כ על הריב"ש שכתב באשה שנשאת ומת בעלה למחר וילדה לשמנה וב' ימים דל"ח דזינתה כשהיתה פנויה דאמרינן כנכ"ה דא"כ ה"נ נימא בספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון ולדידי י"ל לפימ"ש אחרונים דרוב ילדן לתשע עדיף מרוב עוברין ניכרין לשליש ימיה אבל כשאין מתנגד לרוב י"ל

כמו במומין וטרפות ומיתת הפרה אמרינן ברשות שנמצא ודאי מזלו גרם כדאיתא בפ' המדיר שם ה"נ ברשות שנמצא העובר תולין דממנו הוא בא והוא הגורם.

חוששין על בניה עב"ש ס"ק כ"ה אם בעלה ישראל אם זנתה במזיד הבנים שתלד אח"כ כשרים לכהונה ונ"ל מ"מ פגומים הם כיון שבאו מביאת איסור דהא נולד מפנויה דלרמב"ם ליכא איסור דאורייתא מ"מ פגום. כדאיתא בהזורק ע"ט ע"ב בגט ישן ודף כ"ו ע"ב ובזה מתורץ קושית פנ"י בקידושין דף פ"א בהא דא"א אין מלקין על היחוד משום לעז הבנים למה לא חילק דבאין לה בנים מלקין כמו בנטען על א"א ביבמות דף כ"ד ע"ב דאם כנס יוציא אם אין לה בנים ונדחק מאד ולפימ"ש לק"מ דהתם אין חשש על בנים שאח"כ דהא אסור לדור עמה משא"כ הכא דאין אוסרין א"א על בעלה מפני יחוד ותלד אח"כ וחוששין לפגם כמו בגט ישן ובדף כ"ו ע"ב שם שו"ר ברדב"ז ח"ג סימן תפ"א שכ"כ דיש חשש לעז על בנים שתלד אח"כ.

סט"ז קודם שגרשה השני בחמ"ח והנפ"ר הבינו מתוס' והראשון הוא ממזר אפילו אחר גירושי השני ובירושלמי מבואר דל"ה ממזר ולשון הירושלמי הולד ממזר מזה ומזה ניחא משני למה ממזר מראשון ר' בא בשם ר' זעירא דרע"ק הוא דאמר הבא על סוטתו ומחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר ר"י בשם ר' הולא ד"ה הולד כשר כגיטה כן ממזרה מנ"מ נתן לה השני גט ואח"כ בא עליה הראשון ע"ד דר"י בשם ר"ה ד"ה הולד כשר והקשה מה"פ דטובא א"ב דלמאן דמוקי כרע"ק הולד מותר מה"ת ולכן הגיה בירושלמי ולא דק דגם לרע"ק הבא על סוטתו הולד ממזר מה"ת משום דהוי חייבי לאוין ודוקא זינתה במזיד וכאן הא שגגה דאמרו לה מת בעלך ומותר בעלה ישראל לדור עמה כדלקמן סימן קע"ח ס"ג בהג"ה וכאן קנס דרבנן לעשותה כמזידה כי היכא דתידוק ולר"י בשם ר"ה כגיטה כן ממזירה כמו דהצריכוה גט דעשאוה חכמים כא"א כן עשו הולד ממזר מראשון כ"ז שלא נתגרשה משני אבל כשנתגרשה גם לרע"ק הולד כשר כיון דשוגגת הוא.

והא דאמר ר"ה ד"ה הולד כשר הא מדאורייתא גם לר"ז לד"ה הולד כשר ומדרבנן לבד ממזר היינו דמטעם סוטתו ומחזיר גרושתו ד"ה הולד כשר דגם לרע"ק לא גזרו מה"ט ונ"מ נולד מראשון לאחר גירושי שני ובזה א"ש דמנ"ל לירושלמי לעשות נ"מ זה דשמא גם לר"ה הולד ממזר אחר גירושי שני לרע"ק משום סוטתו ומחזיר גרושתו ועוד בלא"ה נ"מ דלר"ה גם לדידן דלא קי"ל כרע"ק הולד ממזר אלא דירושלמי הרגיש איך אמר ר"ה ד"ה הולד כשר הא מדאורייתא גם לר"ז כשר אפילו לרע"ק ומדרבנן גם לר"ה פסול אע"כ דר"ה בא לומר ד"ה הולד כשר אחר גירושי שני ומשום דלא קנסוה רק לבטל מעשיה

כמו דקנסוה ליקח גט משני כן עשו הולד מראשון ממזר משום דלא ביטלה מעשיה ע"י גט משני

או מה דאמר ר"ה ד"ה הולד כשר קאי על מה דאר"ז דלרע"ק הבא על סוטתו הולד ממזר דיל"ד חדא היכן אמר רע"ק הכי ואדרבה אביי בבבלי יבמות דף מ"ט אמר דרע"ק מודה בבא על הסוטה אין הולד ממזר ועוד למה נקט ר"ז המחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר דהא הכא לא גרשה השני עדיין וגם ראשון לא גרשה וליכא רק משום דבא על סוטתו אע"כ דר"ז הוכיח כמו דארע"ק המחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר כדאיתא ביבמות במשנה בפרק החולץ דף מ"ד ה"נ הבא על סוטתו דאידי ואידי לאו חייבי לאוין דשאר ננהו כדפרש"י בפרק החולץ דף מ"ט ריש ע"ב ובהלך בעלה ממדה"י ונשאת אף דשוגגת היא עשאוה רבנן כמזידה דה"ל לדייק ועל זה אר"י אר"ה דהכל מודים בבא על סוטתו הולד כשר וכאביי דאמר הכי בהחולץ דף מ"ט וכן לר"ח בהחולץ דף מ"ט בתוספת ד"ה הכל דמחזיר גרושתו וסוטה הוו חייבי לאוין דשאר שאינם אוסרים אלא משום אישות א"ש נמי דר"ז הוכיח כמו דארע"ק במחזיר גרושתו דהולד ממזר משום דהאיסור משום אישות חשוב ח"ל דשאר ה"נ בסוטתו.

ובירושלמי ר"פ האשה שהלך אמר ר' הונא הא דצריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון ופירש הנ"י ביבמות שם דר"ל שעושין קיום לקידושי שני כדי לאוסרה על הראשון ולעשות הולד ממנו ממזר קודם גירושי שני עכ"ל ותמהני הא ר' הילא עצמו אמר שם דלפיכך הולד מראשון ממזר כגיטה כך מותירה הרי דתלה טעם ממזירות בגיטה ואיך תלה הר"ן טעם הגט כדי לעשות הולד ממנו ממזר וכונת הירושלמי כמו שגזרו שצריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון ה"נ מה"ט עשו בן הראשון ממזר והכל מחד טעם דחיזקו איסורו של ראשון לכן עשו קיום לקידושי שני ועדיין צ"ע כמו דגם אחר גירושי שני אסורה לראשון למה לא יהא נמי ממזר מראשון לאחר גירושי שני לרע"ק דמחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר וצ"ל דמה דאמר ע"ד דר"י אמר ר' הילא ד"ה הולד כשר אין הכונה לד"ה כשר הולד אלא ד"ה פירושו לר"ה דמוקי מתניתין ד"ה ולא משום מחזיר סוטתו ואליבא דרע"ק הולד כשר לדידן דלא קי"ל כרע"ק דלא צ"ל דסתם משנה כותיה והק"ע נדחק מאד והפ"מ הגם דפירש ד"ה אלמעלה מ"מ נדחק.

ובחי' רמב"ן ביבמות דף פ"ט ז"ל רישא דעבדה איסורא קנסוה רבנן פירש משום תק"ע כדלעיל והצריכו גט כדי להוציא עליה קול שיאמרו גירש זה ונשא זה ותהא לראשון כאלו מחזיר גרושתו מן הנשואים כדי לברר איסורו של ראשון עכ"ל פירש לפיכך קנסוה רבנן להחמיר עליה משום דכל מה דהקילו עליה להנשא עפ"י ע"א אינו מן הדין רק

משום תק"ע סמכו על דמתוך חומר שהחמרת עליה בסוף דייקא ומנסבה כדאיתא שם בריש הפרק לכן הוכרחו להחמיר עליה בסוף והחומר הוא מה דאסרוה על הראשון וקיום האיסור ע"י שצריכה גט משני עי"ז יצא קול שיאמרו גירש ראשון ונשאה שני ולכן לא אמר הש"ס אלא דלא חזר ממה דאמר תחלה הטעם דיאמרו גירש זה ונשא זה ומה"ט אם ילדה מראשון לפני גירושי שני הולד ממזר דהוי כמחזיר גרושתו מן הנשואי שני טרם שגרשה השני דהוי כא"א אבל אחר שגרשה שני הא ק"ל המחזיר גרושתו אין הולד ממזר וכן מה"ט אסורה לראשון ואף לאחר שקבלה גט מהשני דלא כמראה הפנים שכתב דמשמע מהרמב"ן דולד מראשון מותר גם אחר גירושי שני.

ומה שפרשו הא כדי לברר איסורו של ראשון דחוק מאד דמה הצריכו לעשות קיום לקידושי שני כדי לאוסרה על הראשון או כדי שיאמרו גירש ראשון ונשא שני דמי יאמר לחכז"ל מה תעשו אם בלאו הנהו טעמי יאסרוה על הראשון משום קנס ולולא דבריהם י"ל כיון דא"א להתירה עפ"י ע"א רק משום חומר שהחמרת עליה בסופה דייקה שפיר והחומר היא שאסרוה על הראשון ואם ל"צ גט משני אף דלא יחזירנה ראשון י"ל משום דלא חתדרי להו ואם כי שאל הבעל למוריה ואסר לו לית לזה קול לכן הצריכוה גט משני דאוושא מלתא סופר ועדים וב"ד וקלא אית ליה וממילא תדע שנאסרה לראשון דאסור להחזיר גרושתו אחר שגרשה שני והיינו כדי לברר איסורו של ראשון שתדע בבירור ועכ"פ מוסיף קול

ומתוך מ"ש י"ל קושית הב"ש על החמ"ח דמנ"ל לתוספת דפשוט יותר דמראשון ממזר גם אחר גירושי שני עיי"ש ונראה דתוספת ריש זבחים ב' ע"ב כתבו דזנתה אם ירצה הבעל שלא לגרשה לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו וצ"ל אף דקי"ל היכא דזה נהנה וזה לא חסר כופין עמ"ס וכיון שזנתה אסורה עליו והאשה חסרה שא"י להנשא לאחרים דדוקא גבי ממון י"ל כן דהפקר ב"ד הפקר אבל לכופו על הגט הוי גט מעושה ואף דמעשינן לפסולות כדאיתא בס"פ המדיר כבר כתבו הפוסקים דאין לנו רק שמפורש בש"ס לכוף כיון דהוי גט מעושה ועיין בה"ט לקמן סי"ז ס"ק קס"ב אך כאן דתצא משני בגט כדי לאסרה על בעל ראשון וא"כ ל"ל אם נכופו יהא גט מעושה דהא מדינא א"צ גט כלל רק שתהא נראית כגרושה ואם יגרש ע"י כפיה סגי לזה וודאי כופין עמ"ס כיון דבלא"ה אינה אשתו כלל וגם הוא לא גרמה העיכוב דבלאה"נ היתה אסורה עליו.

והנה בירושלמי אמר כגיטה כך ממזירה ואם כן מה דהולד ממזר מראשון לחזק איסורה מראשון דשמא לא תחוש מה שתהא נאסרת מדרבנן על הראשון דאסורא דרבנן כולהו אנשי לא זהירי ביה כמ"ש הה"מ פ"א מהלכות אישות ועיין בעין זוכר אות א' ס"ק עין

ולהכי גזרו שיהא הולד ממזר ותחוש יותר וא"כ אף לאחר שגרשה השני ע"כ הולד מראשון ממזר דאל"כ עדיין לא תחוש כיון דכופין את השני לגרשה משא"כ לעשות הולד ממזר משני לאחר גירושי ראשון אין צורך דבלא"ה קודם שיגרשה הראשון הולד מהשני ממזר ואסורה לו מדאורייתא אמת"ל כשיבא ממדה"י כופין אותו מ"מ השתא כשנשאת לשני אינו כאן אבל מה דממזר מן הראשון משום קנס ע"כ היינו אחר גט של שני דאל"כ ליכא קנס כיון דמיד דבא הראשון כופין לשני לגרשה ומה"ט נ"ל מה שכתב הנמ"י ר"פ האשה שהלך תחלה דמה דצריכה גט משני משום קנס כדי לעגנה שלא תנשא בלא גט ואח"כ חזר בו הנמ"י וכתב טעם אחר וכתב דהוא הנכון משום דודאי כופין השני מיד לגרשה וליכא עיגון וראיות התוספת כיון דתנן הולד ממזר מזה ומזה משמע דשוין וכמו דמראשון ממזר גם אחר גט משני ה"נ משני אחר גט מראשון או משום כי היכא דקנסוה לגבי בעל קנסוה לגבי בועל כמ"ש תוספת שם דף ל"ב ע"ב והובא בטו"ז כאן ולפ"ז י"ל דלא תקשי על ר"י מהירושלמי דר"י אזיל בתר ש"ס בבלי דמשום דעברה איסורא קנסוה רבנן להצריכה גט משני וכן מה"ט הולד ממזר מראשון והקנס ע"כ אחר גט השני וכמ"ש אבל ירושלמי אמר הטעם דצריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון וכגיטה ממזירה דע"י גט משני וממזירה מראשון תדע שאסורה לחזור לראשון דהוי כתפסי בה קידושי השני וזה שייך רק טרם שנתן לה השני גט לכן אמר הירושלמי דולד מראשון לאחר שגרשה השני כשר ומה דהוי קנס מה דצריכה גט משני אף דכופין אותו מיד לגרש ס"ל לר"י כמ"ש הרמב"ן הנ"ל או כמ"ש הנ"י דבאמת אין הגט מצד עצמו קנס אלא דעי"ז נאסרה לראשון לעולם כמו דאסור להחזיר גרושתו אחר שנשאת לאחר וגרשה השני אך מ"ש רמב"ן ונמ"י דזה כונת הירושלמי דצריכה גט כדי לברר איסורו של ראשון לא ניחא לר"י דהל"ל רק כדי לאסור על הראשון להנ"י וכ"ש לפירש רמב"ן מה זו בירור כיון דאינו רק להטעות העולם שיאמרו גירש זה ונשא זה א"ו היינו שתדע בבירור וכמ"ש וכגיטה ממזירה גם כן שעי"ז תדע בבירור דאסורה לראשון קודם גט של שני כמו א"א וש"ס בבלי דאמר הטעם דקנסוה רבנן ולא אמר לברר איסורו של ראשון לא ס"ל ה"ט.

ובית מאיר הקשה דאיך אפשר דאחר גירושי הב' יהא ממזר משום קנס דמ"ש מיבמה שנתייבמה בטעות דקי"ל סימן קנ"ט מדל"צ גט מן השני דמותרת להאחד ובידוע שהבנים לא יהיו ממזרים אף דעבדה איסור ולא דקה כו' ואף למ"ש בבדה"ב דמשמעות הרי"ף שאסורה להאחד לעולם היינו משום דמשמע להו דליתא לדרב בזה אבל מה דנשמע מרב דל"ה ממזר מהא' מה"ת לפלוג עליו עיי"ש ונ"ל דבשלמא כאן דאסרוה על ראשון לעולם והצריכוה גט משני כדי שתהא כמחזיר גרושתו אחר שנשאת ויאמרו

גרש זה ונשאה זה לכן שפיר יש לעשות הולד גם אח"כ ממזר כיון דאסורה עליו לא מחזי כחוכא אבל יבמה שנתייבמה בטעות דא"א לאסרה על ראשון משום דלא אפשר להצריכה גט דל"ל גירש זה ונשאה זה וכדאי' ברא"ש ופרש"י שם בדף צ"ד ע"ב וא"כ אם מותרת לראשון איך יגזרו על הולד שיהא ממזר וליהוי מילי דרבנן כי חוכא וכדאיתא כה"ג ס"פ הדר ומהכא גופא מוכח כן מדלא רצו לגזור איסור על ראשון רק ע"י שהצריכוה גט משני וכמ"ש רמב"ן ונמ"י ע"כ כדי שלא יהא מילי דרבנן כי חוכא ולרי"ף דאסורה על האחד לעולם אה"נ דהולד ממזר כיון דלית לן דרב דמותרת על האחד ממילא גם בזה לית לן דהא תליא בהא ומ"מ נ"ל כיון דבירושלמי מפורש להיתר ובש"ס לא מבואר להיפך וגם בדעת ר"י שבתוספת אינו מוכרח כהחמ"ח וכל הפלפול לענין קנס דרבנן ודאי דהכי נקטינן.

סי"ז אסור בשפחה הקשה ביש למה ממזר מותר בשפחה דמשום תקנת הבנים ל"ג בו חכמים וזה אסור בשפחה וישיע"ק סק"ז הקשה למה ח"ע וחב"ח כופין את רבו לשחררו למה לא התירו לישא שפחה משום תקנת עצמו ונ"ל נהי דמשום תקנת עצמו או תקנת הבנים לא היו גוזרין איסור לישא שפחה מ"מ מאחר שגזרו בבן חורין כשר תו לא פלוג ואיתא בר"ן בשבת בר"פ שואל דבתרי מיני ל"א ל"פ הובא בי"מ וה"נ פסול וכשר הוי תרי מינים כמ"ש הר"ן בנדרים דף נ"ב דאיסור והיתר הוי מין בא"מ וה"נ לא גזרו בממזר משום ל"פ אטו כשר אך חציו ב"ח וכאן חציו כשר אותו חצי הוי חד מין עם שאר כשר ול"פ.

בברכ"י הקשה על רדב"ז מ"א סימן פק"ח וזרע אברהם שכתבו דספק ממזר מותר בשפחה והא הכא הוי רק ספק ממזר דשמא אין קידושין תופשין בח"ע וחב"ח כדלקמן סימן מ"ד עיי"ש ולא ידענא מהק"ל דהא כאן אותו ולד חציו ודאי כשר דבא מחציו עבד דקי"ל עבד הבא עב"י הולד כשר רק צד ממזרות שבאותו ולד הוי ספק ולפיכך אסור בשפחה משום חציו דודאי כשר.

ועוד נראה דדוקא בספק במציאות אבל אם הספק מחמת בעיא דלא איפשטא אסור בשפחה דכיון דאפשר למפשט חשוב ספק חסרון חכמה ול"ה ספק וכמ"ש מנ"י כלל א' סק"ו וכאן מה דהוי ספק ממזר מחמת איבעיא דלא אפשטא בש"ס אם ח"ע וחב"ח שקידש ישראלית תפסי קידושין.

ובשעה"מ פ"ט מהא"ב הביא דברי רשב"א ור"ן פע"י דספק מותר אסור בשפחה עיי"ש וודאי מזה סתירה למ"ש רדב"ז דאפילו לפוסקים דישראל אסור בשפחה ד"ת וספקא דאורייתא מה"ת אסור מ"מ מותר ספק ממזר בשפחה אבל מ"ש הרדב"ז שם דאם ספקא

דאורייתא מה"ת מותר ה"כ מותר ספק ממזר בשפחה דמשום תקנת הולדות לא גזרו לזה ליכא סתירה מרשב"א ור"ן דהלא המה מכת הסוברים דספקא דאורייתא מה"ת אסור וכדאיתא בתה"ה ובח"ר ור"ן בקידושין וגם ס"ל ישראל אסור בשפחה ד"ת כדאיתא בדבריהם בסוף פ"ג דקידושין ולקושיתם בר"פ ע"י דמזה הולידו דספק ממזר אסור בשפחה בלא"ה יש תירוצים אחרים בריטב"א ומהרי"ט ופנ"י ואם כן לדידן הוי ס"ס שמא ישראל מותר בשפחה מה"ת רק מדרבנן אסור וא"כ משום תקנת הולדות לא גזרו אף בספק ואת"ל מדאורייתא אסור ישראל בשפחה מ"מ בספק ממזר שמא ספקא דאוריית' רק מדרבנן אסור וכאן משום תקנת הולד לא אסרו.

ועוד די"ל קושית השעה"מ דכל טעמו של רדב"ז מבואר שם אף לפוסקים דישראל אסור בשפחה מה"ת וספקא דאורייתא מה"ת אסור מ"מ ראו חכמים להתיר ספק ממזר בשפחה לעשותו כודאי ממזר משום תקנתו כאשר עשתה אותה תורה ודאי ממזר להתירו בממזרת את"ד ולכאורה יש לדחות דדלמא עשתה אותו תורה כודאי ממזר משום לא תהו בראה ומשום תקנתו דאם לא יהא רשאי לישא ממזרת רק גיורת ומשוחררת אולי לא ירצו להנשא לו דלא ליפגם זרעייהו דהא בספד"א מבואר דגיורת מותרת להנשא מיד וא"צ להמתין ג"ח משום הבחנה דכיון דדעתה לאיגיורי מנטרה נפשה כדי להבחין בין זרע שנזרעה בקדושה ובין זרע שנזרע שלא בקדושה ומשמשת במוך וכן שפחה דשמעה ממרה ומנטרה נפשה וה"נ אבל אחר שמותר ספק ממזר בממזרת ובספק ממזרת תו א"צ להתיר לו שפחה אך אנן דקי"ל כר"א בפע"י שם דספקן בודאן ובספקן אסור א"כ יש להתיר לו שפחה כדי שיהא מצוי לו אשה דשפחה הולד כמותה ולא תיפגם זרעה אבל גיורת ומשוחררת דפוגמת זרעה דהולד הולך אחריו אינו מצוי שתנשאו לו אך רשב"א ור"ן דקאי התם על ת"ק דר"פ ע"י דס"ל ודאן בספקן וספקן בספקן מותר א"כ מצוי לספק ממזר ודאי ממזרת או ספק ממזרת דלא יפגמו זרעייהו יותר דגם כשתנשאו לגר ומשוחרר הולד הולך אחר הפגום כדאיתא בסמוך סכ"ב ואין ללמוד קולא מדהקילה תורה בספק ממזר לישא ממזרת והא דמותר ממזר בשפחה משום דלא אסרה תורה רק שלא יקדש וזה בלא"ה בא מטיפה אסורה כמ"ש ר"ת ורשב"א ור"ן ובזה א"ש מה דנראה מדברי רדב"ז דספק ממזר אסור בשפחה מה"ת רק. חכמים ראו להתיר ואיך אם כן למדו דבר זה מה"ת כיון דמה"ת אסור אף דהקילה תורה בספק ממזר לישא ודאי ממזת ולפימ"ש א"ש דבשלמא מה"ת דספק ממזר התירה התורה בממזרת א"צ להתירו בשפחה אך אחר שאסרו חכמים ספקן בודאן ובספקן הדר הדין דראוי להתיר בשפחה כמו דהתירו תורה בממזרת.

סכ"ג גר שנשא ב"י הולד ישראל לכ"ד ואסור בממזרת כתב הה"מ פט"ו מהא"ב ה"ט דזה פשוט דלא גרע הבן מעכו"ם הבא עב"י שהולד כשר ואסור בממזרת והשע"מ תמה איך פשוט ורש"י בפרק הבע"י דף נ"ז דפ"ד מותר בה דאינה קרויה קהל עיי"ש וכן הב"מ וישיע"ק הוכיחו מפרש"י הללו דמותר בממזרת ולע"ד אין ראיה לפימ"ש בריש הסימן ס"ה דנכרי הבא עב"י יש בולד חלק נכרי וחלק ישראל וחשוב ספק וכמו דאמר בפ"ב דכריתות מ"ה דחציה שפחה וחב"ח ל"ח שפחה ודאית עיי"ש שהוכחתי שכ"ד רש"י וה"נ אם בנכרי הבא עב"י יש בולד חלק מנכרי ומישראל כן בגר הבא עב"י להה"מ דלא גרע וחשוב קהל ספק ומבואר ברמב"ם רפט"ז מהא"ב דע"ד מותר בספקות דל"ח קהל כ"ש בזה דבא מעורב מגר ומבת ישראל דל"ח קהל ודאי ועיין מהרי"ט הובא בשע"מ שם דספקות דהתירה תורה אפילו ליקח ישראלית ומותרת ביחד דחשוב כבריה בפ"ע כ"ש זה המעורב וכה"ג כתב הר"ן בספג"ה וכה"ך יו"ד סימן צ"ב דכל שכח היתר מעורב עם איסור חשוב אינו מינו עם היתר אחר אך לענין לישא ממזרת דקי"ל ודאי בספקן אסור וספקן בודאן דחכמים גזרו משום מעלת יוחסין ה"נ ולד זה אסור בממזרת וכן מה שכתבו דדעת המורה שהביא רש"י שם דפ"ד אסור בולד הבא מגר וב"י כדעת הרמב"ם אינו מוכרח די"ל כיון דדרשינן בקידושין דף ע"ג מיותורא דקהל דרק קהל ודאי אסר רחמנא ה"נ זה שבא מגר וב"י אינו קהל ודאי אך יתורא דקהל הן בחמשה קהל דכתובי בפסול יוחסין ולא קהל דכתיב גבי פצ"ד כדאיתא בירושלמי הובא בגליון הש"ס בקידושין סוף דף ע"ב ב' א"כ גבי פ"ד דקהל ואפילו מקצת קהל וכמו דקי"ל כרבנן בפרק או"ב דף פ' שה ואפילו מקצת שה אבל לישא ממזרת י"ל מדאורייתא שרי דל"ח קהל ודאי וגם רבנן אפשר לא גזרו רק בספק ממזר דהספק שמא הוא לגמרי ממזר או לגמרי אינו ממזר וכמו שאסרו בכל איסורין הספקות משא"כ זה שמעורב דאי אפשר להיות קהל ודאי לעולם ולכן אין ראיה להר"ן דחולק ארמב"ם לא מפרש"י ואין סתירה מפירש המורה ולכן לא הזכירו הר"ן והה"מ וב"י דברי רש"י והמורה גם מ"ש החמ"ח דדעת התוספת בפע"י דף ע"ד ע"ב בד"ה והרי גר דגר שנשא ב"י הולד מותר בממזרת אינו ראיה דתוספת קאי התם לת"ק דמתיר הספקות בודאן וגם אין ראיה מהש"ס לרמב"ם מדלא מקשה והרי גר שנשא ב"י דהולד הולך אסר הזכר והב"מ הוסיף לחזק ראיות החמ"ח דאלו לתוס' ישאר הקושיא וליתנייהו בהדיא כהנת לויה וישראלית שנשאת לכהן לוי וישראל וגר ובזה ל"ש משום דלא מתני ליה עיי"ש דיש לומר דגר שנשא ישראלית הולד מעורב מגר וישראלית וא"א למיתנייה עם אינך דהולד הולך רק אחר הזכר ולפי מה שכתבתי י"ל גם למסקנא דקי"ל כר"א דספקות אסורין מדרבנן היינו דוקא ספקות שהוא מחמת חסרון

ידיעה איך הוא ואולי יבא אלי' או עדים ויבורר לא יהא ספק אבל ולד זה דמעורב דחשוב כברי' בפ"ע ואינו קהל ודאי אפשר לא גזרו ולכן החמ"ח גופא כתב רק דמשמע קצת מהש"ס כרמב"ם ולא כהב"מ דעשאו לראיה גמורה ויל"ד דבפע"י דף ע"ח פליגי ראב"י ור"י בפסוק כ"א בתולה מזרע ישראל דראב"י דרש אפילו גר שנשא ישראלית בתה כשרה לכהונה דהיא מקצת מישראל ור"י ס"ל דכולה מישראל דוקא בעינן והא קי"ל בפ' או"ב שה ואפילו מקצת שה אף דל"כ משה וכ"ש כאן דכתיב מזרע וצ"ל כמ"ש ריטב"א התם הא דראב"י לא ס"ל ק"ו דר"י דיליף דבת גר זכר כבת חלל זכר משום דראב"י יליף מקרא מזרע מקצת זרע עיי"ש ולכן לולא דמפורש מזרע הוה ראב"י ג"כ לומד מהק"ו כר"י ור"י מחמת תק"ו מפרש מזרע מכולה ישראל היינו דעיקר יהא מישראל דהיינו האב כפרש"י שם בפרק הבע"י דף נ"ט קי"ל כר"מ בתולה אפילו מקצת בתולה במשמע לולא דכתיב בתוליה וכן בכתובות דף צ"ז ע"ב קי"ל מקצת כסף ככל כסף.

סכ"ו אלא ספק בהה"מ ור"ן נדחקו למה להכשיר נאמנת ולא לפסול עב"ש ולפע"ד דס"ל לרמב"ם דע"א נאמן להתיר ולא לאסור וכמ"ש תוס' ריש גיטין ב' ע"ב בד"ה מידי דהוה והטעם משום דכתיב לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת משמע רק לחייב ולאסור לא יקום ואח"כ מצאתי בפנ"י שם שכתב כן וכן משמע פשטות הלשון ביו"ד סימן קכ"ז ס"ג ועיין חו"ד שם והכא אף דיש איסור והיתר בעדותה דכשאומרת שהוא ממזר אוסרתו בכשר וממתירותו בממזר וכן להיפך כשאומרת שהוא כשר מ"מ אזלינן בתר רובא דרוב ישראלים אשר ולד זה ינשא לו כשרים הן ומיעוט דמיעוטא ממזרים ופסולים וא"כ כשאומרת שהולד פסול פוסלתו לרוב ישראל ומכשירתו למיעוט פסולים וכן להיפך לכן אזלינן בתר רובא וכשהרוב להכשיר נאמנת וכשהרוב לפסול אינה נאמנת והמיעוט ממילא נגרר אחר הרוב ובתוספת יבמות דף פ"ח בד"ה מידי דהוה נמי כתבו דיותר מהימן ע"א להתיר מלאסור.

עוי"**ל** כיון דיש איסור להרבות ממזרים כמ"ש ב"ש ס"ק ל"ה א"א מע"ר לומר דנבעלה לממזר אף דעשתה איסור בבעילת פנויה מ"מ נימא לא עבדה עוד איסור וכדאיתא בתמורה דף כ"ז ואף דמל"מ פ"י מה"ג הח"י מחלק דדוקא כשהם חלוקים אמרינן אף דעשה שתי איסורים לא נימא שעשה שלשה משא"כ כשהוא בדבר אחד שבאותו ביאה עשה איסור באותו דבר עצמו בודאי לא נשמר מאיסור אחר הבא מחמת אותה ביאה עיי"ש אינו מוכרח ואדרבה התם בתמורה אמרינן כן כשעשה השני איסורים באותו דיבור שאמר אלו תחת אלו מ"מ תלינן שלא נתכוין באותו דיבור עוד לאיסור שלישי ומה לי שהגופים חלוקים או לא וגם נ"מ לקברה בין רשעים גמורים דיותר רשע כשעשה דבר

שיש בו שני איסורים משעבר על איסור אחד י"ל אאמע"ר ולפ"ז דוקא כשידעה שהוא ממזר וכדמשמע מלשון הרמב"ם והמחבר שהביא בב"י טעמו של הה"מ ור"ן לכן כתב לרבותא ואנו מכירים והאשה א"י מ"מ א"נ.

ועוי"ל לדעת ראב"ד בהשגות רפט"ו מהא"ב וחכמי לוניל דלאו דלא יבא ממזר הוא אפילו בביאה בלא קידושין א"כ כשאומרת שנבעלה לממזר לפי דבריה חשודה לא"ד ואינה נאמנת להכשיר ולדה לממזר וכדאר"י בפ"ק דסנהדרין פלוני רבעני לרצוני א"נ דלפי דבריו רשע הוא ותורה אמרה א"ת רשע עד ופ"ד ל"ש כאן עיי"ש דף טית ע"ב בתוס' ד"ה לרצונו ולומר דאנוסה היתה להכשיר עצמה אינה נאמנת כדאיתא בחו"מ סימן ל"ד ס"ה בהג"ה ונראה מה"ט כתב המחבר ואנו מכירים דמשמע שהאשה א"י ושינה מלשון הרמב"ם עיין פ"ת דקמ"ל אף דלפי דבריה אינה חשודה א"נ דבב"י הביא טעמו של הה"מ ור"ן משא"כ להרמב"ם דאפילו ידעה אינה חשודה ליכא רבותא ונ"י ופנ"י תרצו דמשום חזקת היתר נאמנת והקשה בית מאיר דא"כ למה נאמנת א"א לומר מנכרי נתעברה כמבואר ברמב"ם פט"ו מהא"ב הי"ט ואח"כ כתב היוצא מזה דלהרשב"א והריטב"א דאזלו בשיטת הנ"י צ"ע רב אם מודים בדינא דרמב"ם בא"א האומרת מא"י נתעברה ואף אי נימא דמודים לטעם הה"מ דבר"כ או מע"מ נאמנת בלא צירוף החזקה ובר"פ הוא דס"ל לטעם הנ"י מ"מ נ"מ בעיר שרובה ישראלים דר"פ אצלה דאז לשטתייהו בלא עדותה הוא ממזר ודאי וצירוף חזקה לית לה עכ"ל והנה כבר כתבתי לעיל סי"ד דגם רוב פסולין ל"ח ממזר ודאי ומפרט לריטב"א דכ"כ בפירש בפ"ק דב"מ גבי עשירי ודאי דגם אם י"ל מרובא פריש ל"ח עשירי ודאי שו"ר דגם ב"מ מסיק כן וכ"כ ישעי"ק אמנם בלאה"נ נראה דרוב ישראלים ל"ח רוב נגד עכו"ם לפימ"ש תוספת ביבמות דף קי"ט דתשמיש דבעל עם אשתו ל"ח רובא דתלי במעשה דממילא מזדקק לאשתו מבואר דזנות שאינו עם אשתו חשוב תלי במעשה וכ"כ אחרונים וכן נראה לפימ"ש הרמב"ם בספ"ב מה"נ גבי גט מעושה דמכין אותו עד שיאמר רוצה אני כיון דמצוה לגרש ל"ח אנוס דאדרבה הוא אנס עצמו לעבור כיון דישראל הוא אין רצונו לעשות עבירה רק יצרו תקפו עיי"ש א"כ תלי במעשה שיתקפנו יצרו ונהי דחזינן דהאשה זנתה מ"מ לא נימא דזנתה עם ישראל אף דהמה רוב דאצל ישראל תלי במעשה דלא יעבור אם לא יתקפנו יצרו ומבואר בבכורות דף כף דרובא דתלי במעשה ל"ח רוב וא"כ בליכא רוב ישראלים הוי מחצה עכו"ם כרוב דאצלם אינו תלוי במעשה לכן אפילו בלאו חז"ה נאמנת דמעכו"ם נתעברה ולהה"מ דנאמנת משום דבלא"ה ספק ממזר כשר מה"ת ה"נ אפילו ברוב ישראלים כיון דלא עדיף ממיעוט עכו"ם הוי כמע"מ.

עוד נראה דמש"ה הקילו יותר להאמינה על ולדה דכשר הוא מלהאמינה דממזר היא דאם נאמינה דכשר הוא וישא ישראלית אף אם הוא ממזר יתהפך באמת לכשר ואפילו היודע אסור לגלות דקי"ל משפחה שנטמעה נטמעה וכדלעיל סימן ב' בטוש"ע ואין אליהו עתיד לגלותן אף שכולן יהיו גלויות לפניו כיון דנדבקו בכשרין בלא ידיעה אין איסור כלל דאין בין עוה"ז לימות המשיח לענין זה כלום וכמ"ש הר"ן בקידושין הובא בב"י לעיל סימן ב' משא"כ אם הוא כשר וע"י עדותה ישא ממזרת דלעולם לא נהפך לממזר ויש לחוש נמי שיתברר שהוא כשר ועשה איסור.

כך זנתה עם אחר עב"ש סק"ח דמ"מ הקשה דרמב"ם פ"ח מה"ת פסק דתאכל בתרומה ול"ח דזנתה עם אחר ובפ"ג מהלכות יבום וכאן פסק דחיישינן ונראה לענין תרומה כיון דהוא אומרת ברי לי שילדתו מכהן נאמנת לעצמה משא"כ לענין בנה להתירו בממזרת ולענין שתנשא לאחר בלא חליצה לא מהני ברי שבה לאחר וכמבואר בפ"ב דכתובות דכ"ב ע"ב בתרי אומרים מת בעלה ותרי אומרים לא מת דאם נשאת ל"ת דפריך בא"ת קאי ומשני בנשאת לאחד מעדיה ופריך האשה גופה בא"ת קיימא ומשני באומרת ברי לי שמת והא דהתם לכתחלה ל"ת מבואר ברא"ה וריטב"א באס"ז שם משום דתרי ותרי ננהו מה יועיל ברי שלה נגד עדים לכן אין הב"ד עושים מעשה להתירה להנשא או להוציאה.

והא דמייתי רבא בס"פ אלמנה לכ"ג ראיה לענין דאין הולד ממזר ממשנה דתאכל בתרומה היינו מדמהני לעצמה ברי דידה שתאכל בתרומה ע"כ זולת ברי דידה הוי רק ספק דנגד ודאי לא מהני ברי דידה א"כ ל"ל הולד ודאי ממזר ולפ"ז בזנה עם פנויה וילדה והוא והיא אומרים שהולד ממנו והדר נשאת לו ומת חולצת ולא מתייבמת אף דאהני ברי שלה לעצמה מ"מ לא מהני נגד אחר שתנשא לו בלא חליצה וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ל מהלכות יבום ה"ד עיי"ש אח"כ מצאתי שכ"כ כוב"ת חא"ע סימן כ"ז ותלי"ת הוספתי תבלין.

ב"ש סקמ"א דאם תבעה ממנו שיתן מזונות להולד והוא כופר פטור אפילו משבועה ריב"ש סימן מ"ם מ"א וטעמו כיון דתורה האמינו לומר על מי שמוחזק לבנו לומר שאינו בנו וב"מ הקשה מה בכך דהתורה האמינו הא כל כופר בכל התורה האמינו ומ"מ חכז"ל הזקיקו להיסת וה"ה בזה י"ל מן התורה נאמן בל"ש ומ"מ הוא בכלל תקנת היסת עיי"ש ונראה דחכז"ל הצריכו היסת רק היכא דהוי ספק עם מי האמת אבל כאן דתורה האמינו שיהא ממזר ואפילו נגד חזקה דהוחזק לבנו הרי דתורה עשתה ודאי דאינו בנו והוי ממזר ודאי כדאיתא בסמוך סכ"ז עוד כתב הריב"ש לפי שזה זכות העובר לאחר שיולד ולא זכות האשה ואין טענת ברי של האשה תועיל כלום לזכות הולד וטענת הולד אינו אלא

ספק ואין נשבעין היסת על טענת ספק והקשה הב"מ דקי"ל משביעין עפ"י איש פלוני הגיד ואפילו קרוב עיי"ש הנה בחו"מ סי' ע"ה סכ"ג מסיק הש"ך דוקא כשיש רגל"ד וגם רמ"א שם כתב דוקא שאומר שהוגד לו מפי נאמן והיינו כיון דדעת תובע סומכת עליו ומהימן כלו אבל כאן אילי אם היה הולד גדול לא היה מאמין לאמו ועוד נהי דמסיק החמ"ח דשדינן הולד בתר דידיה היכא דודאי בא עליה וספק אם זנתה גם עם אחרים היינו משום דאין ספק מוציא מידי ודאי אבל אם יגדל הולד וטוען דאמו אמרה שהוא מזה הוי ספק לבן אם זה שכופר משקר והוי רק ספק א"כ כיון דיש לבן עוד ספק שמא זנתה אמו עם אחר וילדתו ספק מוציא מידי ספק ועיין דג"מ כאן.

ומ"ש הב"מ דאפשר לב"ד לכתוב לה הרשאה לזכות הבן וכמ"ש ש"ך בחו"מ סימן ע"ה סכ"ג הנה תומים ונתיבות פסקו דא"י לכתוב הרשאה על ספק ממון שטוען על חברו.

אך יל"ע כיון דולד זה א"י אביו וכל הקרוב קרוב קודם מחויב לפרנסו וכדאיתא ביו"ד סי' רנ"ב סי"ב ובסימן רנ"ז ס"ח א"כ ה"נ מוטל על אמו והרי הוא בע"ד של זה שאומרת שממנו הרה והוא מחויב לא היא ואם יודה יחויב הוא בממון גמור והאשה תפטר וזה ק"ו ממ"ש תה"ד סימן ש"ח והובא בש"ך חו"מ סימן קכ"א ס"ק מ"ב דראובן ששלח מעות עם שמעון ללוי וטוען לוי לא קבלתי המעות ושמעון אומר שנתן לו דשמעון יכול להשביע ללוי וא"י לומר לאו בע"ד דידי את שאין הממון שלך דבע"ד דידיה הוא כדי שיפטר משבועתו עיי"ש דכ"ש כאן דבע"ד של אמו הוא כדי שיפטר מלפרנסו ואם עניה היא וצריכה ליטול שכר הנקה מציבור שתפרנס עצמה מ"מ כיון דכה"ג חשוב נוגע כדאיתא בחו"מ סימן ל"ז סי"ז דאמרינן זה נוח לו וזה קשה א"כ מה"ט חשובה בע"ד של הנטען נמי די"ל דנח לה ליטול השכר מהנטען מליטול מהציבור דהא מה דנוגע פסול לעד משום דקרוב אצל עצמו וחשוב בע"ד כמ"ש אחרונים שם ונראה דמש"ה סיים הריב"ש שם דהעיקר הטעם לפטור הנטען משום דתורה האמינו וראיתי בתשב"ץ ח"ב ענין י"ט השיג על הריב"ש דהרי הוא כשאר תביעת ממון שהם חייבוהו היסת בטענת ברי אעפ"י שהתורה האמינתו והן הנה דברי הב"מ ובאמת לא פטרה תורה לכופר בכל משום דתורה האמינו דמאי חזית דנתבע יותר אומר אמת דאדרבה תובע יש לו חזקה דאא"ת אא"כ יל"ע משא"כ חזקת נתבע דא"א מעיז נגד ב"ח ריע די"ל אשתמוטי משתמיט כדאיתא להדיא בפשה"ד אלא משום ספק האמת עם מי פטרתו תורה משבועה אבל אומר אין זה בנו תורה האמינו להיות ודאי ממזר ואפילו נגד חזקה שהוחזק לבנו מהיכי תיתי לומר דחכז"ל יחייבוהו היסת כיון דיש לחלק ולא מצינו שתקנו רק במקום דגם לפי ד"ת הוי רק ספק וכל ספק בתקנה יש להעמיד על ד"ת כדאיתא לקמן סימן קי"ח ס"ו.

עוד כתב תשב"ץ שם וז"ל ועוד שהאב אינו נאמן אלא על בנו לפוסלו לומר שהוא ממזר אבל לפסול שאינו בנו אינו נאמן כדאיתא בפרק החולץ ואף אתה אל תתמה לענין חיוב ממון אם נאמן להפסידו ירושתו לא מהימן להפסיד אמו שכר הנקתה שהנאמנות שהאמינה התורה לאב אינו אלא על הבן לבד לפוסלו או להפסידו לא לפסול לאחרים ולהפסידם עכ"ל כונתו להא דאיתא בפ' החולץ דף מ"ז דנאמן לפסול בניו אבל לא לפסול בני בניו אף דממילא נמשך פסולם מכח בניו דאם בניו ממזרים ממילא גם בני בניו ה"ה הכא אף דנאמן לומר שאין זה בנו ואינו יורשו לא נאמן להפסיד אמו שכר הנקתו והאב"מ הבין דתשב"ץ ר"ל דאינו נאמן לומר שאינו בנו ולכן תפס עליו דלא משמע מהש"ס כלום ואדרבה מבואר בכה"פ דנאמן לומר שאינו בנו וגם תשב"ץ גופא כ"כ שם מתחלה עיי"ש ובאמת לא עלה זה ע"ד התשב"ץ ומ"מ אין לדחות דברי ריב"ש מכח זה דהתם בפ' החולץ נמי כתבו תוס' דהיכי דאינו נאמן על בני בניו לא מהימן ג"כ על בנו דאין סברא לומר שיהיו בניו פסולים וב"ב כשרים והוכיחו מהש"ס שם וא"כ ה"נ איך נחייבו שכר הנקה כשלא ישבע היסת ונחזיק הולד לכל מילי בודאי אינו בנו כגון ליורשו ולחייב אשת הנטען בחליצה ומבואר בס"פ הדר וברש"י שם דאי משוינין הכא הכי והכא הכי הויין מילי מדרבנן כי חיכא ואיטלולא ולומר שיחויב שכר הנקתה ויהא כבנו לכל מילי זה ודאי א"א לעקור ד"ת משום תקנתא דהיסת דלא אלמוהו כדאורייתא להשביעו בנק"ח ולירד לנכסיו.

ואסור בקרובות אותו פלוני בשו"ת דב"ש סימן שנ"ח כתב דאם מכחישה שלא בא עלי' נאמן דתורה האמינתו והא דכתב כאן בש"ע אם אינו מודה שהוא בנו היינו כמ"ש ב"י שאינו מודה שהוא בנו ודאי אעפ"י שמודה שנבעלה לו דהרי בסמוך וברמב"ם בארוס מבואר כשאומר שלא בא עליה הולד ממזר והב"מ השיגו דדוקא כשעושה בנו ממזר נאמן שירדה תורה לסוף דעתו של אדם שאין אדם בעולם שיפסל אפילו ספק זרעו בפיסול ברור ולולא שיודע בודאי שאין זה בנו לא היה מעידו בממזר אבל בפנויה שעם אמירתו שאינו בנו מ"מ כשר בקהל על פיה ואין נ"מ בעדותו אלא להתירו בקרובותיו אינו נאמן לב"ע את"ד ודבריו תמוהין דהא מבואר בריב"ש סימן מ"א ומ"ב דאם מכחיש פנויה שלא בא עליה פטור מהיסת כיון שהאמינתו תורה לומר אינו בנו אפילו בא"א כ"ש בפנויה עיי"ש ואם בפנויה לא האמינתו תורה כיון שאינו עושהו ממזר מה ראיה מהא דהאמינתו תורה לעשותו ממזר וגם תשב"ץ הנ"ל כתב אע"ג דלענין יוחסין נאמן שלא בשבועה לענין חיוב ממון להפסיד לאחרים צריך שבועה ומ"ש הב"מ דירדה תורה לס"ד וכו' א"כ למה כשיש לבנו בנים אינו נאמן גם על בנו וכמבואר בפ' החולץ דף

מ"ז ובתוספת שם ולקמן סכ"ט ומה שפירש הב"מ מ"ש הב"י אעפ"י שמודה שנבעלה לו ר"ל ל"מ כשמכחישה אינו מוכרח כלל אלא ל"מ כשאינו אומר כלל דליתא כאן או הוא שוטה ובזה לק"מ מה שהקשה ב"מ דאם מיירי דוקא שמודה שנבעלה מה צ"ל חוששין לדבריה לענין קרובות אפילו בלא דבריה פשיטא שאסור בקרובותיו מחמת אמירתו שבא עליה עיי"ש דצ"ל חוששין לדבריה כשאינו מודה ואינו אומר כלום ואם איתא דכונת הב"י כמ"ש הב"מ איך לא הביא דברי ריב"ש ותשב"ץ שהם כנגדו ובטור ורמב"ם לא נזכר כלל שאינו מודה ואם איתא לדברי ב"מ למה לא קמ"ל רבותא אף שמכחישה ואומר שלא בא עליה חוששין לדבריה לאסור בקרוביו וכן מבואר בתה"ד סימן רס"ז בפנויה שילדה ואומרת מפלוני ישראל והוא מכחישה דמהימן לומר שאינו בנו אלא דלא מהימן לומר שמגוי נתעברה דלא האמינו תורה רק לומר שאינו בנו ולא לומר ממי נתעברה ול"ד לאומר על בן בין הבנים שאינו בנו דהולד ודאי ממזר דהתם כיון שבשעה שהיתה אשתו ילדתו כיון דנאמן שאינו בנו ממילא הוא ממזר וזה טעם מ"ש הרמ"א לקמן סוף סכ"ט ומה שהביא הב"מ ראיה מי"א שבהג"ה לקמן סכ"ט דאין נאמן להכשירו הא לא קי"ל כן כמבואר בריטב"א ונ"י וחמ"ח וב"ש וב"י ותה"ד שו"ר בנוב"ת פירש ג"כ דברי הש"ע כמ"ש ואף דסיים דצריך תלמוד אם נאמן להתירו בקרובותיו אולי ראה דברי ריב"ש ותה"ד ודב"ש ודאי לא היה כ"כ.

ובשו"ת רעק"א סימן ק"י כתב דמסתפק לדינא באומר אבן מאשתו היושבת תחתיו אינו בני דמותר בממזרת אם מתירו גם בקרובין דיליה כמו דחזינן דמתירו בממזרת ובכהן האומר על בנו שהוא בן גרושה דמתירו בחללה אף דלא מצינו מפורש כן בקרא ולא ילפינן רק מדהימניה התורה לומר על בנו הקטן שהוא הבכור וממילא נעשה הגדול ממזר כדאיתא בתוס' ביבמות דף מ"ו ע"א הרי אף דלא מצינו דהתורה הימניה רק להפקיעו מממון מ"מ למדין מיניה גם לענין איסורא דאמרינן דלא הימניה התורה לחצאין א"כ ממילא נאמן לכל מילי להתירו בקרוביו אולם בב"י חו"מ סימן קע"ח בשם הר"ן כתב דנאמן לומר על מי שאינו מוחזק כלל לבנו בני הוא להורישו אף בנכסים שיעלו לו כשהוא גוסס דג"ז בכלל יכיר דקרא והרי בפי"נ קל"ד באומר זה בני א"נ לפטור אשתו מן החליצה רק במגו דבידו ליתן לה גט את"ד ונ"ל לפימ"ש התשב"ץ ח"ב ענין י"ט שהאב אינו נאמן אלא על בכו לפסלו לומר שהוא ממזר אבל להפסיד אחרים אינו נאמן כמו דא"נ לפסול שאינו בנו לכן גם לענין חיוב ממון נאמן רק להפסיד בנו ירושתו ולא לאמו שכר הנקתה עיי"ש והריב"ש הנ"ל בסימן מ"ב שכתב דנאמן לומר אינו בני ליפטר מליתן להאשה שכר הנקתה היינו משום דס"ל שזה זכות הבן שחייב האב לזונו כמ"ש

שם ונגד הבן הרי נאמן להפסידו וא"כ לפטור אשתו מחליצה ויבום הוא מפסיד לאחיו שלא ייבמה ולא לזכות בנכסיו לכך צ"ל משום דבידו לפטרה בגט ובזה מיושב תמיהת הרא"ש בתשובה פ"ב על הרמב"ם שכתב בפנויה או א"א שזנתה עם אחד ואומר זה העובר ממנו הוא בנו לירושה וספק ליבום ותמה הרא"ש מאחר שקורהו ספק למה יוציא ממון משאר יורשים הודאין ואם משום מגו דאי בעי יהיב ליה חדא דזה הוה מגו בדדמי ועוד נפטרה גם מחליצה משום המגו ואם משום דתורה הימניה לאב לענין חליצה נמי יהא נאמן עיי"ש ולפימ"ש י"ל דבאמת הוי מגו בדדמי דכסבור שהוא בנו ואפשר זנתה גם עם אחרים אך כיון דתורה אמרה יכיר אין אנו חוששין שאומר בדדמי ודוקא מה שנוגע לענין ירושה דתורה האמינו לומר שזה בנו להורישו גם בלא מגו אבל לענין יבום דמפסיד לאחיו אינו נאמן רק במגו וכאן דהוי מגו בדדמי ליכא מגו.

סכ"ט בהג"ה וי"א דהוא נאמן מבואר בריטב"א ונ"י דאם לפסלו הימניה תורה לומר בני זה ב"ג וב"ח כ"ש להכשירו ובקצו"ח סימן רע"ז סי"ב הקשה מפ"ב דכתובות כ"ה ב' דהאומר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה משום דבידי להאכילו תרומה והא בלאו המגו דבידו כיון דנאמן לפסלו מדכתיב יכיר כ"ש להכשירו והוכיח מזה כרשב"ם פי"נ דף קל"ד ע"ב דאין האב נאמן בהכרה אלא כשהוחזק לבנו דלא כרמב"ם ורא"ש והא דריטב"א ונ"י אך בירושלמי מבואר דאומר זה בני וכהן הוא נאמן דהוא בנו ואינו נאמן להכשירו לכהונה דשמא ב"ג וב"ח הוא וכיון שהוא בנו למה לא נאמן להכשירו לכהונה משמע דרק לפוסלו נאמן ולא להכשירו דלא כנ"י וריטב"א עיי"ש ולפימ"ש לעיל מהתשב"ץ לק"מ דכיון דיהא כהן יטול חלק בגורן וחב לאחריני לא מהימן ואף דעדיין לא זכו שאר כהנים בתרומה מ"מ חשוב חב להם כדאמרינן בפ"ק דב"מ בפיאה ומציאה דממל"ח ל"ק משום דחב לאחריני אבל לענין ירושה בממונו האמינו תורה מדכתיב יכיר נגד שאר יורשים אף דחב ליורשיו וא"צ מגו ובכתובות דאמר רבי משום דבידו להאכילו תרומה אף דבזה לא חב לאחריני כבר הקשו תוס' שם מה מגו איכא ורמב"ן וריטב"א תרצו דנאמן דאי בעי ל"ה אמר שהוא בנו והיה נאמן כעד דעלמא לענין ליתן לו תרומה או אם יאכילו תרומה שלו יהא מוחזק לכהן וממילא אח"כ יחלוק נמי בגורן כיון דכבר הוחזק לענין איסור אכילת תרומה אהני אח"כ גם לחלוק בגורן עיי"ש באס"ז ובית יעקב והא דאינו נאמן להשיאו אשה משום מע"י כמו שפרש"י בדף כ"ד שו"ר בפנ"י דף כ"ה ע"ב בד"ה ור"ח שכתב הא דע"א קרוב לא מהימן לענין תרומה ומעשר משום דאיקרי איסור דאית בו ממון שיש כאן גזל השבט כהנים ולוים.

ממזר ודאי עב"ש א"ל אמרה מעכו"ם נתעברתי לא אמרינן אנן שמא מעכו"ם ובתשב"ץ ח"ג סימן רס"ג כתב דתלינן בעכו"ם והובא בכס"ד סס"ה ולקמן סימן וא"ו סח"י ראוה שנבעלה או שנתעברה אפילו לא היה שם אלא עכו"ם אחד והטור שם העתיק כן מהרמב"ם ולא ערער ונראה דשאני א"א דמרתתה מבעלה כי עכו"ם לא לנוע ויפרסם כדאיתא בפא"נ דף ע"א משא"כ פנויה אף דיהא לה לקלון מ"מ הרי ראוה שנבעלה או נתעברה ולא חששה משא"כ בא"א תולה בבעלה אך גם לעיל סכ"ז בארוסה כתב דהוי ממזר ודאי ועשעה"מ פט"ו מתא"ב הי"ז.

סל"א אסופי במהרי"ט ונו"ב ויסיע"ק תקשו בלאה"נ הוי שתוקי כיון דלא נבדקת אמו ממי ילדתו ותירץ נו"ב דשתוקי דידעינן אמו וע"כ בזנות נתעברה בין היא פנויה בין ארוסת כיון שאינה אומרת מארוס הוא לכך חששו חכז"ל לפסלו אבל אסופי יכול להיות דנולד מאיש ואשתו לכן לא חששו אלא משום ריעותא דהושלך למיתה וכשיש סימן שלא הושלך למיתה כשר והדר סתר זה דהא בדף ע"ז אמר רבא ד"ה אסופי כשר דנגד מיעוט ארוסות ושהלך בעליהן למדה"י איכא פנויות ואיכא נמי מחמת רעבון ה"ל פלגא ופלגא וא"כ כיון דאסרו חכמים הנולד מן הפנויה ולא נבדקת משום שתוקי ליכא למיתלי רק במיעוט דרעבון ומיעוט כמאן דליתא גם באיסור דרבנן ועיי"ש שמכח זה תוליד חדשוה וחלקו עליו אחרונים ונ"ל כמ"ש ני"ב דשתוקי רק בפנוית דיש ריעותא דנולד בזנות וה"ט באסופי דאפשר נולד מאיש ואשתו לא תלינן שנולד בזנות דתשמיש דאיש ואשתו לא תלי במעשה כמ"ש תוס' ביבמות דף קי"ט דממילא מזדקק לאשתו משא"כ זנות תלי במעשה ורובא דתלי במעשה לא עדיף ממיעוט שאינו תלוי במעשה לכן לדידן כשיש הוכחה שלא נשלך לשם מיתה אין בו פסול שתוקי ורבא דקאמר באסופי דפנויות ומשום רעבון הוי פלגא משום דרבא ס"ל דרובא דתלי במעשה הוי נמי רובא טוב כדאיתא ביבמות שם ובבכורות דף כ"ף ואנן לא קי"ל כן התם.

והנו"ב שם חילק דשתוקי שידענו את אמו וצריכין לדון גם על האם ולדידה הוי קבוע דלמא אזלא איתי לגבייהו לכך האם והולד פסולים אבל אסופי אנו דנין רק על הולד והולד מיקרי פירש כמו בט' חניות דבשר הנמצא בשוק אמרינן כל דפריש מר"פ ולכך ליכא באסופי שום חשש ולכן גם בשתוקי א"ל נבדקה אמו כלל דשוב אין דנין רק על הולד אם ר"נ הולד כשר ובקהלת יעקב דחה סברתו דכאן נולד הספק במקום הקביעות על האשה והזרע שבתוכה ומה בכך שנפרש הולד אח"כ כיון שנאסר הספק במקום הקביעות ואפילו הספק אם היא הלכה אצל הבועל והוי קבוע או אם תלך הבועל אצלה הוי כפירש הרי תיכף כשראוה מעוברת הואיל והספק הוא עליה ועל העובר שבתוכה

ספק קבוע דהעובר ירך אמו ומה בכך שנפרש העובר מן האשת והובא בס"ה ובית מאיר כתב דנעלם מהנו"ב מ"ש תוס' פ"ק דכתובות דט"ו בד"ה דלמא גבי תינוק דמושלך בעיר ל"ח קבוע הואיל ולא נמצא בבית הרי מבואר דשתוקי אם אזלה לגבייהו אף התינוק שאתה בבית הוא קבוע עיי"ש ול"נ לפימ"ש המרדכי בס"ק דחולין דהא דאזלינן בסנהדרין בתר רוב דעות ולא מיקרי קבוע משום דהדיבור דנפיק מפומייהו ה"ל פירש והובא באחרונים ומחה"ש סימן חצ"ר סקי"ג וא"כ נהי דהבועל קבוע וכשאזלה לגבייהו הוי קבוע דהאשה הנבעלת נפסלת בהעראת וכדאיתא ר"פ הבע"י ולקמן סימן וא"ו ס"ט אבל לענין הולד תזרע פירש ומ"ד כשנולד הספק חשוב פירש רק אם דנין גם על האם כיון דנפסלה בהעראה וחשוב קבוע א"א לחלק בינה לולדה וכמ"ש כה"ג טו"ז בסימן ק"י סק"ה.

ותוס' בכתובות הנ"ל כתבו שפיר על תינוק הנמצא דיש בעיר תינוקות נכרים וישראלים וכשנמצא בבית כיון דהתינוקות שבבתים כולם קבועים הוי קבוע וכמע"מ דהא עכשיו אנו דנין ונולד לנו הספק על התינוק מאיזה תינוקת הוא וכלם קבועים משא"כ כאן ליכא רק זרע מבועל אחד ואנו דנין ממי פירש ועוד דגם ישראל הבא על הנכרית תולד כמוה כדאיתא בספ"ג דקידושין לכן ודאי עובר ירך אמו ומתחלת יצירתו קבוע כאמו משא"כ בנולד מישראלית דהולד הולך אחר הזכר שהוא נתין או ממזר אף דהבועל קבוע הזרע מיקרי פירש ומה שהמה הב"מ מדאמר רבא בקידושין דף ע"ג ד"ה שתוקי כשר דרוב כשרים אצלה מאי אמרת דלמא אזלה איהו לגבייהו ה"ל קבוע ומה קבוע שייך בתינוק הנפרש בד"ה אטו יאמר דסברתו סברא דאורייתא מתוך דדיינין על אמו אף התינוק חשוב קבוע עכ"ל לק"מ דרבא רצה להוכיח דרק משום מע"י אסרו לזה אמר מה אמרה דלמא אזלה איהי לגבייהו וה"ל קבוע לכן אסרו חכמים גם התינוק משום ספק כיון דלגבי האשה חשוב קבוע וכמע"מ דמי הא התורה אמרה ממזר ודאי לא יבא הא ספק יבא א"כ נהי דהאשה אסורה מספק אין מקום לפסול הולד אפ"ה דמשום אמו חשוב התינוק נמי ספק וא"ל א"כ מנ"מ אם משום מע"י אסרו או משום דלגבי האשה יש לו דין קבוע כיון דבי"כ ובי"כ רק מדרבנן דא"כ תקשי למאי נ"מ סהר רבא טעם דגזרת שלא ישא אחותו והכריח טעם דמע"י.

ומה שחילק הב"מ לענין קבוע בין חצר לבית דלענין ביצה לא נחשב החצר ביתו ג"כ ל"נ אלא הביצה דהיתה בלועה בתרנגולת ויצאה מהתרנגולת זו חשוב פירש ועטו"ז יו"ד סימן ק"א סקי"ד ובינת אדם בשער הקבוע ס"י וח"ס יו"ד סימן צ"ט.

סל"ה אחד עב"ש הקשה על הר"ן שכתב דע"א א"נ רק בעל"ג הא קי"ל דבר שאין לו חזקה איסור וחזקה היתר נאמן ע"א ולק"מ לפימ"ש הריטב"א בר"פ אם אין מכירין דדוקא במעיד על חתיכה לאסור או להתיר אבל במעיד על אדם להכשירו צריך שני עדים.

והרי הבן בחז"כ בטור לא סיים כן ועב"ש ס"ק ס"ב שנדחק דמיירי דוקא בעד כשר מעיד עליו שהוא כשר והעד א"י יחוסו ולע"ד רמב"ם מדייק בלשון הש"ס דערער עליה ולא גרס דערער עליו כמ"ש בריף וטור והיינו דהמערער אינו אומר בהיפך מתחיה אלא דמכחישה דאינה יודעת ומה דמעידה דיודעת היא שקר וא"כ כיון דלולא המערער לא היה לנו ספק רק מכח דברי המערער י"ל שמא המערער משקר ואת"ל דאינו משקר שמא מ"מ הולד כשר אבל ליוחסין כהונה ל"מ ס"ס כמו חד רובא ועוד די"ל זה ל"ה ס"ס גמור דאם דנין על הולד ליכא רק ס"א ועב"ש לעיל סימן ב' סקי"ד ובריטב"א פע"י דף ע"ג כתב דהוי ס"ס בספק דלמא אזלו אינהו לגבה והוי רוב כשרים ואת"ל היא אזלא לגבייהו והוי קבוע וכמע"מ מ"מ עדיין הוי ספק עיי"ש והיינו משום דיש שני צדדים להכשיר הוי כרוב אף דאינו ס"ס גמור דהא כל הספק אם נבעלת לפסול.

עוי"ל דבטור לעיל סימן ב' כתב משפחה שנתערב בה ספק פסול א"צ לרחקה שכולם טהורים לע"ל בד"א לישראל אבל כהן לא ישא מהן וכתב הב"ח בקו"א שם דל"ד ספק פסול דאפילו ודאי פסול שנתערב כדמשמע בגמרא ועמ"ש שם כיון דטהורים לע"ל בטל אף דאדם הוא בע"ח ובע"ח לא בטיל דוקא באיסור שאסור לעולם וא"כ ה"נ דנתערב הממזר ברוב כשרים בטל דל"ד לשתוקי דרק הספק עליו ולא נתערב בכשרים ואף דהמערער אומר דמכיר הפסול או החיה אומרת כן ומ"מ כיון דיש הכחשה כמאן דליתנייהו דמי והוי תערובות או אפת"ל דעד כשר יותר מהימן מהחיה מ"מ לפימ"ש דהעד אינו אומר דמכיר הולדות אלא מכחיש החיה מה שמעידה שהיא מכרת ואף דברמב"ם פט"ו מהא"ב הל"ב כתב נאמנת חיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר וא"כ מחצה פסולים מ"מ הא קי"ל איסורין מבטלין זא"ז כדאיתא בזבחים דף ע"ט וביו"ד סימן צ"ח ס"ט ובדג"מ שם והמחבר שינה וכתב כהן ולוי וישראל וממזר שיהא רוב כשרים כי צ"ע באיסורין אי מבטלין זא"ז די"ל רק בטעמים שאינן שוין כ"א מבטל טעם חברו וביבש ביבש לא כמו שהוכיחו מהרמב"ם פט"ז מהמ"א הי"ט ופי"ח מהלכות פה"מ אך ה"ד בכולן איסורי תורה אבל כאן דחד נולד מנתין דלרמב"ם פי"ב מהא"ב אסורין רק מדרבנן דחשוב היתר לגבי ממזר דאסור מה"ת לכ"ע מבטלין זא"ז דהא בזבחים שם אמר כשם שאין מצות מבטלין זא"ז כך אין איסורין מבטלין זא"ז וקי"ל מצה ומרור בזה"ז כיון דמרור דרבנן מבטל למצה דאורייתא ונהי די"ל דנשאר איסור

דרבנן וכן לענין בן הנתין ליכא רוב היתר כיון דיש ממזר ונתין נגד כהן ולוי מ"מ כיון דהוי מע"מ הוי ספק דרבנן וכדעת א"ז שבש"ך יו"ד סימן ק"ט סק"ט דאיסור דרבנן חד בחד מותר לשני ב"א וכן הוכיח פר"ח ביו"ד סימן ק"י בכללי ס"ס סקט"ו מהרמב"ם וכ"ד המנ"י בקו"ה ס"ק ל"ז אך ש"פ דס"ל דנתינים אסורין מדאורייתא עיין ריש סימן זה בב"ש וביאור הגר"א וגם הב"י ביו"ד סימן ק"ט פסק דחד בחד באיסור דרבנן אסור לכן שינה ולא כתב רק כהן לוי וישראל וממזר והטור דלא נקט כאן רק בנתערב ממזר וכשר דליכא רוב כשרים לפיכך לא סיים דהבן בח"כ והא דלעיל סימן ב' ס"ה כל אשה מהם אסורה ועד שיבדוק וכן אם נתערב בה ספק ממזר או ממזר ודאי והרי דלא בטל ה"ט כיון דאפשר בבדיקה דהא אמר עד שיבדוק וכל דאפשר להכיר אינו בכלל ביטול ואפילו לא אפשר לבא לתכלית הבירור מ"מ יש חשש שיתברר אח"כ ע"י עדים כיון דטרם שנתערב היה ניכר משא"כ כאן דבשעת לידה נתערב ואין אדם בעולם שיכיר ועוד דכאן נתערב בו והוא בח"כ לנשים ומבואר בסימן ב' סס"ג דגם בהעידו עדים שנתערב בהמשפחה ממזר אשה הבאה לינשא א"צ לבדוק וה"ט דהקילו גבי נשים כיון דבטל הממזר ברוב מד"ת לא החמירו חכז"ל גבי אשה כיון דהקילה תורה לגבה שלא הוזהרו לינשא לפסולים ומיושב קושית הב"ש שם ולכן דייק כאן הבן בחזקת כשר ולא נקט ולד וגם מתחלה נקט דוקא שנולדו בנים.

בירושלמי שילהי יבמות עשו פונדקית כחיה הובא במרדכי שם ופירש מפני שהיתה מראה פנים לדבריה במקלו ותרמילו ויש להבין מה זה ענין לחיה ונראה כמו דחיה האמינו משום דשייכה במלתא ומידק דייקה כמו נאמן בעל המקח בזמן שמקחו בידו לומר לזה מכרתי משום דעליו מוטל לדייק וכמ"ש ריטב"א ופנ"י בפע"י דף ע"ג ה"נ פונדקית דעליה מוטל לדייק דאם עדיין חי הוא לא היה לה ליתן לחבריו ס"ת ומקלו ותרמילו דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ורוצה לכשיחזור ימצא כליו אצלה וכמו חזקה אומן לא מרעא אומנתו כן חיה ופונדקית דעליהן מוטל לדייק ולפ"ז לכאורה מוכח דחיה נכרית ג"כ נאמנת דהא הפונדקית היתה נכרית כדאמר בבבלי שם מאי גרועתא דפונדקית אך לפי מה דבבבלי שם אמר דפונדקית מסל"ת ולא משום דעשו אותה כחיה צ"ל משום דנכרית חיה אינה נאמנת ומסל"ת לא מהימן רק בעדות אשה משום תק"ע אך כיון דלירושלמי חיה נכרית נאמנת כ"ש קרובה ישראלית מנ"ל לומר לש"ס בבלי לא תהא נאמנת ולעשות פלוגתא.

סימן ה

ס"א אסור בממזרת ודאית כ"כ רמב"ם ריש פט"ז מהא"ב ובהשגות כתב דממזרת לאו קהל הוא ועוד פ"ד כהן שמותר בגיורת דלאו בקדושתיה קאי אף דגיורת לכהן איסור דאורייתא וה"ה לישראל עוד תמהו אחרונים למה התיר הרמב"ם פ"ד בשתוקות הא ממ"נ אי ישראלית אסורה לו אי ממזרת אסורה לו ומה שתירץ השע"מ לפימ"ש מהרי"ט דספק ממזר התירה תורה מתורת ודאי ומותר לישא ישראלית וממזרת אף דהוי תרתי דסתרי דחה נוב"ק בחא"ע ס"ה דשאני הכא דבחד ביאה ודאי איסור יש ממ"כ.

ונ"ל לפימ"ש החינוך מצוה תקנ"ט שנמנע מי שנפסדו כלי המשגל עד שאינו ראוי להוליד ע"י מכת אדם או בהמה או עץ כלומר שלא היה ביד"ש מלישא בת ישראל משרשי המצוה להרחיק ממנו לבלתי הפסד כלי הזרע בשום צד כידוע במלכים שמסרסים הזכרים ויש מן הזכרים הפחותים רוצים דבר זה ועם טענה זו נמצא טעם בחילוק האיסור בין הנפסד בידי אדם לנפסד בידי"ש והובא בשי"ת ב"א חא"ע ס"ב ונראה דזה מבעיא לר"ש בפ' הערל דף ע"ו פד"כ מהו בגיורת בקדושתיה קאי ואסור א"ד לאו בקדושתיה קאי ושרי ופשיט מדתניא פ"ד ישראל מותר בנתינה אלמא לאו בקדושתיה קאי ורבא דחיה ליה תחלה דלעולם בקדושתיה קאי ושאני נתינה דאינה רק מגזרת יהושע ודוד לאחר שנתגיירו והדר חזר רבא דנתינה מדאורייתא אסורה לישראל משום קדושה ופ"ד לאו בקדושתיה קאי לכן שרי בנתינה עיי"ש והיינו דאם הטעם כמ"ש החינוך לאו משום דפ"ד אבד קדושתיה אלא כדי שלא יסרסו אסרו תורה לבא בקהל ומה"ט פ"ד כהן אסור בגיורת ופ"ד ישראל אסור בממזרת דאם יהיו מותרין אדרבה יש חשש מחמת זה דאם יתנו עיניהן בגיורת וממזרת יסרסו עצמן מחמת ממון שיש לגיורת וממזרת וכדומה והתורה לא אסרה על פ"ד לבא בקהל רק להחמיר עליו כדי שלא יסרס עצמו ולא להקל עליו ממה שהיה אסור אם לא היה פ"ד אבל אם אין הטעם כמ"ש החינוך אמרינן דאסרה תורה פ"ד בקהל דלאו בקדושתיה קאי ובזה י"ל מה דרש"י סותר א"ע דהתם בדף ע"ה פרש"י סריס חמה ביד"ש מחמת חולי וכשר וכן פרש"י ביבמות דף כ"ף ע"ב אבל בדף ע"ה ע"ב בהא דאר"י א"ש פ"ד ביד"ש כשר ואמר רבא היינו דקרינן פצוע ולא הפצוע פרש"י ביד"ש ע"י רעמים וברד או ממעי אמו דמשמע ע"י חולי פסול ועמדו בזה ב"ש ואחרונים ולפימ"ש לק"מ דלטעם החינוך ודאי מותר ע"י חולי וכמ"ש בשו"ת ב"א שם וא"כ לפי מאי דקי"ל נתינים פסולים רק מדרבנן כדאיתא ביבמות דף ע"ח אמרינן פ"ד בקדושתיה קאי כדדחי רבא בתחלה וכ"פ בעל המאור א"כ מה דאסרה תורה פ"ד בקהל כטעם החינוך א"כ מותר ע"י חולי לכן פרש"י בדף כ"ף ובדף ע"ה ע"א

דע"י חולי כבידש"ש הוא וכשר אבל בדף ע"ה ע"ב דקאמר רבא היינו דקרינן פצוע ורבא מסיק דפ"ד לאו בקדושתיה קאי לכן מותר בנתינה ופד"ם מותר בגיורת ע"כ לא ס"ל כטעם החינוך א"כ אפשר ע"י חולי פסול לכן לא פסיקא לרש"י לפרש רק שנולד כך או ע"י רעמים.

והנה פליגי תנאי אי דרשינן טעמא דקרא ויש בזה סתירות ברמב"ם דפ"ד מעכו"ם דריש טעמא דקרא וכ"מ שם הקשה דלענין לא יחבול בגד אלמנה פסק הרמב"ם כמ"ד דלא דרשינן טעמא דקרא ואסור אף בגד אלמנה עשירה וכתבתי בחידושי לסנהדרין דט"ז וביצה דף למ"ד דלהחמיר דרשינן טעמא דקרא ולא להקל דשמא זה הוא הטעם דקרא או לא והנה ברמב"ם פ"ה מהלכות שחיטה כתב דדרוסה כיון שמפורש בתורה החמירו בה וכל ספק שיסתפק בדרוסה אסור משא"כ שאר טרפות אף דכולן הלל"מ הן וע"כ ה"נ לאו דלא יבא ממזר בקהל ד' דמפורש בתורה חיישינן לטעמא דקרא בהא דלא יבא פ"ד בקהל ד' שמא בקדושתיה קאי רק גזרה תורה כדי שלא יסרס עצמו וא"כ אין להקל עליו מחמת דנעשה פ"ד לישא ממזרת אבל כהן דאיסורו בגיורת אינו מפורש בתורה רק בדברי קבלה מזרע בית ישראל וג"ז אינו מפורש דהרבה פליגי ודורשין דרשה אחרת בהאי קרא כדאיתא בפע"י דף ע"ח וגם בפ' הבע"י דף סמ"ך ע"ב פליגי אמוראי אם גיורת פחותה מבת שלש אסורה לכהונה ולכן ס"ל לרמב"ם דפ"ד כהן מותר בגיורת דלא החמירו לדרוש טעמא דקרא ואמרינן לאו בקדושתיה קאי.

ולפ"ז הא דפ"ד אסור בממזרת משום דחיישינן דלמא טעמא דקרא כדי שלא יסרס עצמו וא"א להקל עליו דתורה אסרה רק להחמיר עליו ותינח בממזרת ודאית משא"כ שתוקות דטרם שהיה פ"ד היה מותר בה מה"ת דממזר ודאי ולא ממזר ספק א"כ גם לאחר שנעשה פ"ד לא אסרה התורה עליו דהא לא מרויח בזה שנעשה פ"ד. דבלאה"נ היה מותר בשתוקית ופשטיה דקרא דלאו בקדושתיה קאי כמו שמפרש האבן עזרא בפ' תצא ל"י פ"ד בקהל ד' שלא יחשב כאחד מקהל ד' שיקח בת ישראל ולפ"ז הא דל"י מותר בקהל ד' אינו בע"ד רק לחומרא חיישינן לטעמא דקרא שמא אסרה תורה פ"ד בקהל כדי שלא יסרס עצמו כהחינוך ומה"ט מסתמא לא התירה לו תורה מה שהיה אסור אם לא היה ע"ד דא"כ יסרס עצמו כדי ליקח ממזרת וא"כ שתיקות נשאר בהיתר ואף דחכמים אסרו ודאין בספקן מ"מ בפסולין לא גזרו על הספקות כמ"ש הרמב"ם שם.

וז"ל ירושלמי פרק הערל אהא דתנן פ"ד מותר בגיורת אריב"ל ל"ש אלא פ"ד ישראל אבל פ"ד כהן לא בדא תמן תנינן כל האסורין לבא בקהל מותרין לבא זב"ז ר' ירמיה אמר כללא פ"ד ישראל מותר לו לישא ממזרת אמר ר' יוסי בלבד פסול משפחה הא פסול

הגוף לא בדא חייליה דרי יוסי מהדא דריב"ל ל"ש אלא פ"ד ישראל אבל ע"ד כהן לא בדא כמה דאת אמר תמן אם כהן ברור הוא פסול לו לישא גיורת אף הכא ישראל ברור אסור לישא ממזרת עכ"ל ויל"ד מלשון אם כהן ברור הוא דמאן דכר שמיה במימריה דריב"ל ולכאורה שפת יתר הוא לגמרי גם לשון אם אינו מובן דודאי כהן הוא ובמה שכתבתי א"ש דבא לומר אף דכתיב ל"י ממזר בקהל ה' וע"ד אינו בקהל ה' אלא משום דאם לא היה פ"ד אסור לישא ממזרת ה"נ עכשיו דתורה החמירה עליו כדי שלא יסרס עצמו ע"כ לא התירה לו מה שאסור בלא"ה וז"ש טעמו דריב"ל אם כהן ברור הוא שאינו פ"ד ואינו מפסולי קהל ולא אבד קדושתו פסול לו לישא גיורת לכן גם עתה שנעשה פ"ד ואינו כהן ברור נשאר באיסורו ה"נ פ"ד ישראל כיון דישראל ברור טרם שנעשה פ"ד אסור בממזרת גם עתה אסור אלא דזה דוקא לריב"ל ור' יוסי אבל כיון דר' ירמיה פליג וגם בבבלי הוא איבעיא לר"ש לכן פסק הרמב"ם לענין כהן בגיורת דאינו מפורש בתורה לקולא ולענין ממזרת לחומרא.

או דירושלמי הרגיש דיש להסתפק כמו דבעי לר"ש אם פ"ד בקדושתו קאי והל"ל כיון דספק הוא מותר פד"כ בגיורת כיון דכל איסור כהן בגיורת רק מדברי קבלה וכן פ"ד ישראל כיון דספק הוא אם אבד קדושתו ואינו מקהל ה' דהא קאי על המשנה דכל האסורין לבא בקהל מותרין לבא זב"ז דס"ל אפי' ספקן בודאין מותרין דדרש בקהל ודאי ל"י אבל בקהל ספק יבא דלא כר"א דפליג שם וס"ל ספקן בודאין אסור משום דלא דרש בקהל דוקא ודאי כדאיתא שם בירושלמי בתר הכי דטעמן של חכמים דפליגי ער ר"א דס"ל ל"י ממזר בקהל ה' בקהל ברור ל"י אבל בא בקהל ספק ור"א לא ס"ל הך דרשה לכן ה"נ בפ"ד אם הוי ספק אי אבד קדושתו אינו קהל ודאי לכן אמר דריב"ל ס"ל פ"ד כהן ברור הוא ולא מספ"ל אי אבד קדושתו לכן פסול בגיורת ה"נ פ"ד ישראל ברור הוא ואסור בממזרת אבל כיון דר' ירמיה פליג וגם בבבלי הוי בעיא נהי דלל"ק דרבא דס"ל דנתינים שנתגיירו מותרין מה"ת לא נפשטה בעיא דר"ש וכן פסק הרמב"ם דנתינים מותרין מה"ת מ"מ הוי רק ספק לכן כהן פ"ד מותר בגיורת וישראל פ"ד אסור בממזרת דאנן קי"ל כר"א דספקן בודאין אסור ולא דרש בקהל ודאי ל"י ואסור בדאורייתא כשאר ספקות וכמ"ש הה"מ פט"ו מהא"ב הי"א דממזרת ודאי בספק ממזר הוי ספק דאורייתא ומשום דפוסק כר"א דלא ס"ל דרשה דקהל ודאי וכמ"ש בריטב"א ושעה"מ וב"מ לעיל סימן ד' ושירי קרבן בד"ה דברי חכמים כתב נמי דס"ל לירושלמי דר"א לא דרש בקהל ודאי אלא דנתקשה שם על הה"מ משום דס"ד דשירי קרבן דה"נ לא ס"ל לר"א דרשה

דממזר ודאי ולא ראה דברי ריטב"א בפע"י דף ע"ג דר"א נמי דרש ממזר ודאי אך קהל ודאי לא דרש.

ולפמ"ש במראה הפנים סוף ה"ב דירושלמי ס"ל כהן לגיורת אסור מן התורה אך הבבלי ס"ל דאינו רק איסור דרבנן וכן ס"ל לרמב"ם י"ל דירושלמי ס"ל גם לריב"ל מספ"ל אי פ"ד אבד קדושתו רק בספק אחד הוי ס"ד ואסור לכן דוקא אם כהן ברור הוא אבל אם רק מכהני חזקה דהוי ספק כהן ואינו אוכל תרומה דאורייתא כמ"ש רמב"ם ריש פרק כף מהא"ב אזי גם לריב"ל מותר בגיורת, כיון דהוי ס"ס שמא פ"ד אבד קדושתו ושמא אינו כהן מכל הלין הראת. לדעת דיש ראיה מן הירושלמי לדברי הרמב"ם ולא כמו שתפסו האחרונים על הרמב"ם לתמוה מדברי הירושלמי הללו אף דדברי המראה פנים קשין להלמן דהוא גרס דיליף איסור כהן בגיורת מבתולה מעמיו והא זה בכ"ג כתיב ולא בכהן הדיוט מ"מ בלאו הכי י"ל דרמב"ם דס"ל ספקא דאורייתא מה"ת לקולא רק מדרבנן אסור לכן היכא דהאיסור אינו מפורש בתורה והוי רק מדברי קבלה לא אסרו רבנן וכמ"ש הפר"ח יו"ד ריש סימן כ"ט משא"כ למ"ד ס"ד מה"ת אסור אזי ספק בדברי קבלה אסור וכבר יש פלוגתא בזה ותליא בפלוגתא אי מביא אש"ת רק על חתיכה משתי חתיכות כמ"ש בתה"ה ומהרי"ט ואחרונים לכן אריב"ל ל"ש אלא פ"ד ישראל אבל פד"כ לא בדא היינו דסתם משנה מיירי רק בפ"ד ישראל ולא בפד"כ דזה תליא בפלוגתא דתנאי אי מביא אשית רק על חתיכה מב' חתיכות ולפימ"ש דריב"ל ור' יוסי נמי מספ"ל אי פ"ד אבד קדושתו א"ש מה דאמרו לא בדא ולא אמרו לא לבד משום דנהי דלדדהו מספ"ל אפשר דתנא דמשנתנו לא מספ"ל וס"ל ודאי אבד קדושתו לכן אמרו רק לא בדא אינו מוכרח מכלל המשנה והוי ספק.

סימן ו

ואסור בחלוצה מדרבנן כתב רשד"ם סימן רל"ה דכהני זמנינו שאין להם כתב יחוס אינם כהני ודאי רק ספק לכן כתב שבו"י ח"א סימן צ"ג שאין כופין להוציא החליצה ובשו"ת זכרון יוסף סימן ג' השיגו דא"כ אפילו בתרומה דרבנן ל"ה שרי למיכל כדאיתא ביבמות דל"ט וטוש"ע סימן ג' דספק בן ט' לראשון או בן שבעה לשני ואחד כהן וכן ישראלית וכהנת שנתערבו ולדותיהן אסורים לאכול בתרומה ומשמע מפשטות דברי הרמב"ם פ"ב מהא"ב וטוש"ע סימן ג' דאפילו בתרומה דרבנן ועוד דהא פסק הרמב"ם בפ"א מהלכות תרומות וטוש"ע יו"ד סימן של"א דתרומה בזה"ז דרבנן עיי"ש ואינו רואה השגה מזה דודאי הל"ל באיסור דרבנן ספקו לקולא רק אם יאכל בתרומה דרבנן יחלקו לו בגורן ואיכא גזל השבט דהוי ספק ממון וכיון דהיה כהני ודאי וזה ספק אין ספק מוציא מידי

ודאי ובזמן הזה דכולם כהני ספק דאין לשום כהן כתב יחוס מ"מ עדיפי מזה הספק אם מראשון או משני דזה הוי ס"ס ועוד דאינו מפורש במשנה וגמרא דהספק אפילו בתרומה דרבנן לא יאכל רק מפשטות רמב"ם וטוש"ע משמע אם כן י"ל כיון דבזה"ז כולם כהני ספק וזה יש בו עוד ספק ה"ל ס"ס לחומרא אפילו בתרומה בזה"ז דרבנן לכן סתמו ואדרבה ראיה דכהני בזמן הזה רק ספק דאל"כ למה ספק בן טית לראשון לא יאכל בתרומה בזה"ז דרבנן הא ספקא דרבנן לקולא אע"כ משום דהוי ס"ס.

ומהרי"ט בתשובה קמ"ט כתב מדנושאין כפיהם בזה"ז ולדעת רש"י זר שנ"כ עובר בעשה וכן מברך ברכה לבטלה מוכח דכהני ודאי ננהו ושבוזי דחה כיון דכהן שאינו נ"כ כאלו עובר בשלש עשה לבן אמרו חז"ל דישא כפיו גם ספק כהן וכיון דמדרבנן נ"כ שפיר מברך וזכר"י התפלא עליו דמבואר בטוש"ע א"ח סימן קכ"ח דלא עבר רק אם אמרו לו לעלות א"כ לא נקרינהו לכהני זמנינו ולא יעברו על ג' עשה ולא יעברו נ"כ על ספק עשה דזר הנ"כ עיי"ש דג"ז לא תברא דמבואר שם בטו"ז ופר"ח דאם אין רק כהן אחד מחויב בנ"כ אפילו לא קראוהו לעלות וכ"כ מהרל"ח שם מטעם דבאחד א"ל יברך ב"כ תתבטל הברכה לגמרי וא"כ בזה"ז דליכא רק כהני חזקה גם כשלא יאמרו להם לעלות ולא יעלו כלל הרי מתבטל הברכה לגמרי.

ובשבו"י שם ל"כ דעובר על ג' עשה רק כאלו עבר על ג' עשת משום דכן הוא בסי' קכ"ח דלא ביטל רק מ"ע אחת ונראה בלאו ה"ט דכאלו עבר על שלש עשה מ"מ כיון דעשה דב"כ מפורש בתורה ועשה דזר לא ישא כפיו אינו מפורש ור"י בתוספת כתב דלא ידע מה איסור יש בדבר בזר הנ"כ כדאיתא התם בד"מ ורמ"א ריש הסי' לכן ספק עשה דב"כ דוחה ספק עשה דזר דהא מבואר ברמב"ם פ"ה מהלכות שחיטה הואיל ואין לך מפורש בתורה אלא דרוסה לפיכך החמירו בה וכל ספק שיסתפק בדרוסה אסור ושאר מיני טרפות יש בהן ספקן מותרין ובתוספת פסחים דף נ"ט בד"ה אתי ובכ"ד כתבו דעשה חמור דוחה עשה דקיל מיניה כדאיתא בחולין דף קמ"א דעשה דמצורע כיון דיש בו משום שלום בית ה"א דדוחה עשה דשלוח הקן לולא דמיעטיה קרא.

ולפימ"ש מהרי"ט דהא דיש איסור עשה בזר הנ"כ ה"ד במקדש לא בזמן הזה וכן לפימ"ש בחידושי לא"ח סימן קכ"ח דלהם ולא לזרים היינו אם הציבור לא ידעו שאינו כהן ולא מחלו או דוקא כשיש כהנים אחרים אם כן השתא דליכא רק כהני חזקה והכל יודעים ליכא איסור עשה ומחויבין בנ"כ מספק ואי דמ"מ יש חשש ברכה לבטלה וישאו כפיהם בלא ברכת אשר קדשנו וצוונו כמו המסופק אי נטל לולב דנוטל ואינו מברך שאני התם דאינו רק ספק במקרה משא"כ כאן דע"כ הנהיגו כן יפה כח המנהג לברך ועיין חת"ס

יו"ד סימן קצ"א דמסיק גם כן דעל מנהג ומעשה רב מברכים ול"ד לחבטת ערבות דאינו רק טלטול בעלמא והכא הוי מעשה רב דכמה דינים בנ"כ ליטול ידיהם ולפרוש כפיהם ולעמוד יחף ועוד הרבה דקדוקים.

עוד הקשה בזכר"י דבש"ס אמרינן דריע חזקייהו משום שלא היה להם כתב יחוס ודוקא אז שהיו קרוב לזמן בית ראשון. ושמרו יחוסם ונודעו המשפחות כולם והיו צריכים שיהיו להם כתב יחוס לכן הללו שלא היה להם הורע חזקתם משא"כ עכשיו מפאת אורך הגלות ויצאו מדחי אל דחי אין לשום כהן כתב יחוס עיי"ש ולע"ד לפימ"ש רמ"א לעיל ריש סימן ג' מי שבא בזמן הזה ואומר כהן אני נאמן לקרות בתורה ראשון ולישא את כפיו מפני שאין לנו בזה"ז תרומה דאורייתא שנחוש שמא יעלו אותו לתרומה וכן נוהגין האידנא בכ"מ שאין נוהגין בתרומה בזמן הזה וליכא למיחש למידי עכ"ל ולכן עכשיו יש חשש דהוחזק עפ"י עצמו בשקר כאשר מתרמי כ"פ ונמשך החזקה לדורות בטעות לכן אף דלא אתרע החזקה במה שאין להם כתב יחוס אינם כהני ודאי ובזה נסתלקו כל ראיות הזכר"י מהש"ס ולפיכך אין סתירה מטוש"ע שכתבו כאן דדוקא אם עבר ונשא ספק חליצה א"צ להוציא משום דטוש"ע פסקו לעיל ריש סימן ג' דא"נ לומר כהן אני לקרות בתורה ראשון ולישא כפיו משא"כ לדידן דנוהגין שקורא בתורה ראשון ונ"כ עפ"י עצמו ולפ"ז מ"ש טוש"ע אם עבר ונשא ספק חליצה דוקא לשיטתייהו משא"כ לדידן כיון דאינם רק כהני ספק י"ל גם לכתחלה מותר בס"ח דהוי ס"ס ובלא"ה כתב בשו"ת פ"מ דמותר לכתחלה בס"ח והנה הרמ"א לעיל ריש סימן ג' סיים וכן נוהגין האידנא בכ"מ שאין נוהגין בתרומה בזה"ז דהיינו שאין נוהגין בתרומה כלל אפילו בתרומה דרבנן וכמבואר בב"י וחמ"ח שם לפ"ז ודאי אישתני מזמן הש"ס ועולי בבל בבית שני דהיו נוהגין בתרומה אך לפימ"ש רמ"א שם תחלה בזה"ז שאין לנו תרומה דאורייתא ולפ"ד הש"ע ביו"ד סימן של"א דגם בימי עזרא לא היו חייבים אפילו בא"י בתרומה דאורייתא דבעינן בביאת כולכם ובית הילל כאן כתב דכונת מור"ם למ"ש ביו"ד שם דגם בא"י לא נהגו בתרומה דאורייתא א"כ לא אישתני דינא מזמן הש"ס ובית שני ומ"מ אמרו בש"ס רק משום דריע חזקתייהו במה שלא היה להם כתב יחוסם והדרא קושית זכר"י ונראה דמ"מ אז שהיה לשאר כהנים כתב יחוס ונודעו המשפחות כולם ועדיין לא הלכו מדחי לדחי ולא היה זמן ארוך ודאי מי שבא ואמר כהן אני לא היה נאמן כלל כיון דריעותא לפנינו שאין לו כתב יחוס ומדינא אינו נאמן דרובא ישראל ננהו לכן צ"ל הש"ס דאף אותם שהוחזקו בכהנים ריע חזקתייהו דשמא מחללים באו אף דליכא למיחש דנמשך עפ"י טעות שאבי אביהם אמר בשקר שהוא כהן ונ"כ וקרא בתורה תחלה אבל עכשיו

דאין ריעותא ושום הוכחה ממה דאין לו כתב יחוס נהגו להניחו לנ"כ ולקראו ראשון בתורה אף דמדינא הל"ל דמרובא ישראל הוא א"כ תו לא מהני החזקה כלל להחזיקו בכהן ודאי ונראה הא דנוהגין האידנא להאמינו שהוא כהן אף דהל"ל מרובא ישראל פריש משום דיש לחוש לתקלה דבעוה"ר הולכין מדחי אל דחי כמבואר לקמן סימן קכ"ח ס"ב דעכשיו אין כותבין שם מקום הדירה מפני שאנו גולים ומטולטלים ומקום דירתינו מרופה בידינו ואם לא נניחו לישא כפיו ולקרות ראשון שמא באמת כהן הוא ותשתכח מזרעו וישאו גרושה ויטמאו למת וכיוצא אבל כשנאמינו ליכא למיחש לתקלה כמ"ש רמ"א.

עוד הוכיח בזכר"י מדכתבו רמב"ם וטוש"ע לעיל ריש סימן ג' מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני א"נ ואם נשא גרושה לוקה ואם כהני זמנינו ספק הן למה ילקה שמא משום שראה אבותיו מתנהגים בקדושת כהונה עיי"ש ולפימ"ש אין ראיה מרמב"ם וטוש"ע דס"ל דאינו נאמן א"כ אהני החזקה לעשותו ודאי כהן דל"ל דנתחזק בטעות עפ"י עצמו.

עו"כ בזכר"י דכי היכי דנאמן הבא לפנינו ואומר בן כהן מיוחס אני לאסור על עצמו כל פסולי כהונה ה"נ נאמן לגבי בנו וב"ב לדור דורים עיי"ש שכ"כ בדעת הרמב"ם וטוש"ע ותמוה דא"כ למה כתבו והנבעלת לו היא ספק חללה ופרשו הה"מ בפ"כ מהא"ב הי"ג דהיינו דזרעה ספק חלל עיי"ש והא בפי"ז מהא"ב כתב הרמב"ם בכהן שנשא חללה כשם שהוא לוקה כך היא לוקה וא"כ ה"נ כמו האב שאמר אני כהן אם נשא חללה לוקה דשאח"ד והוי כודאי כהן כדלעיל סימן ג' כך זרעו יהיו כודאים ואם אביו נשא גרושה יהא זרעה ודאי חללה ואם נשאת לכהן תלקה ועיין לעיל סימן ג' בב"ש סק"ז ועמ"ש לעיל סימן ג' על דברי מל"מ.

אך מהריב"ש סימן שמ"ח נראה דאסור בחליצה ושבו"י נדחק לתרצו ומ"מ י"ל דס"ל כרמב"ם וטוש"ע דמי שבא ואמר כהן אני אינו נאמן ואין מניחין לו לישא כפיו לכן מי שהוחזק לכהן הוי חזקה טובה.

ומ"מ לפימ"ש מהרא"י הובא במבא שערים סי' פ"ד אהא דס"ל לר"י ספק דרוסה שנתערב אסור דקשה וכי לית ליה לר"י דאמרינן ס"ס אפי' בדאוריית' ועוד כיון שנתערב ברוב דבטל מדאורייתא ה"ל ספקא דרבנן ותירץ דלא איירו ר"י אלא בנודע מיד שדרס קודם שנתערב באחרים וכיון שנודע שהוא ספק דרוסה והוא ספק דאורייתא ובאותו פעם לא היה עדיין רק ספק אחד נעשה הספק כודאי וכשנתערב בעדר הוי כודאי דאורייתא שנתערב את"ד וכה"ג כתב בתה"ה בית רביעי שער שני דהאיך נאמר כשנתערב שמא לא זו הוא ואת"ל זו שמא לא טרפה היתה והלא כבר אסרתי משעה שנולד בה ספק

טרפות והאיך נתיר מה שאסרנו מפני שנתערב באחרים ונאמר מה שאסרנו מותר היה עכ"ל וא"כ ה"נ כיון שהוחזק מכבר לכהן ונאסר מלישא פסולי כהונה ולטמאות למתים ונתחייב לישא כפיו מחמת ספק דאורייתא איך נאמר שישא חלוצה ונעשהו ספק וכ"ז לאסור עליו כיון דפסקינן התם כר"י ולא כר"ת כדאי' ביו"ד סימן ק"י ס"ט אבל לכופו בשוטין להוציא יש לחוש לגנו מעושה שלא בדין דהוי ספק אשת איש ולפימ"ש בערש"י עיו"ד בדיני ס"ס בד"ה והב"ש דאם ספק שבגופו יש בו צד לאיסור וגם לאידך גיסא יש צד לאיסור מהני לעשות ס"ס וכגון כאן כיון דלא הוי כהן ודאי אסור לאכול חלה כמ"ש מהרי"ו ורש"ל הובאו ביו"ד סימן שכ"ב א"כ ל"ל כיון דנושא כפיו ואסור בפסולות נעשה כודאי כהן דנימא לאידך גיסא כיון דאסור לאכול חלה הוי כודאי ישראל.

וי"ל עוד מה שהקשו כיון דהוא בחזקת כהן גדולה חזקה דהנה השבו"י כתב דלהכי נושא כפיו אף דאינו רק ספק כהן משום דכהן שאינו נושא כפיו הוי כאלו עובר על שלשה עשה וכנ"ל ועדיין קשיא כיון דהוי רק ספק כהן ניזל בתר רובא דעלמא דאינם כהנים וליהוי כודאי אינו כהן וצ"ל דהרוב לא אלים להוציא מחזקתו וכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממון מחזקתו וא"כ י"ל דשקולין הן הרוב והחזקה ומפרט די"ל החזקה רק מכח רוב אתיא דרוב כשרין ולא בא מחללה וכדומה דלא הוחזקו אבותיו בכהנים בשקר.

אם עבר ונשא ס"ח כתב בחמ"ח לכתחלה גזרו על ספק חלוצה וכ"כ רש"י ביבמות דף כ"ד ובשו"ת פנים מאירות ח"ג ס"ו האריך דמותר לכתחלה דהוי ספק דרבנן ורש"י דפירש לא גזרו לאפוקי מספק דא"א לומר התם דישא לכתחלה משום דלמא יפגע באחות זקוקתו עיי"ש ואשתמיטתיה מ"ש רמב"ן בחידושיו ליבמות שם וז"ל הא דאמרינן ספק חלוצה לא גזרו בה רבנן פרש"י לא גזרו לאפוקי מספק וכן עיקר ואע"ג דשאר ספק של דבריהם אפילו לכתחלה לקולא כיון דאיכא מעשה רבה שחלץ לה בב"ד אין מתירין אותה לא היא ולא צרתה וכן מוכח בהדיא בפרק נושאין על האנוסה דף צ"ח דאמר התם כהנים חולצין ושאינם כהנים מיבמין משום דספק חלוצה אסור להן תדע שהרי אחות חלוצה נמי מדרבנן ותנן נמי במתניתין שחולץ ולא מיבם מפני שהוא ספק חלוצה ואחות זקוקה נמי מדרבנן דזיקה דרבנן הוא וקא אוסרין ליבומי והדר מוחלץ משום דפגע באחות זקוקה וה"ט כיון דחלץ לאידך נראית כיבמה ומפרסמה מילתא בב"ד טובא הילכך חיישינן שמא יאמרו אחות זקוקה מותר לכתחלה עכ"ל.

ס"ד פלוני כהן עב"ש וי"ל כיון דמדינא נאמן לטעון נגד הקול כמ"ש בש"ך חו"מ סימן קמ"ט ס"ק כ"ב א"כ מדיושבת תחתיו וכהן אסור אם גרשה הוי הכחשה לקול ויש

לישב שלא יהא הכחשה כמו בעדים בחו"מ סימן כ"ט ס"א ובסימן למ"ד ס"ב ה"נ ניישב שכונת הקול רק על כתיבה ולא נתינה וקמ"ל טובא דמ"מ אסורה לכהן שמת בעלה וכ"מ בש"ס דשמואל נשאל כפן שיצא קול שכתב גט לאשתו ויושבת תחתיו והשיב תצא סתם ומפרש הש"ס תצא משני וקשה ממ"נ אם שאלו על הכהן השני למה אמר כהן ויושבת תחתיו ואם השאלה על הראשון ס"ל לשמואל לפרש תצא משני אע"כ כמו שכתבתי והשאלה רק על השני

ס"ה חוששין לקול באב"מ בסימן מ"ו סק"ה הקשה לרמב"ם בפט"ז מהלכות סנהדרין דאם אמר ע"א גרושה או זונה אשה זו ובעל אותה כהן אח"כ אחר התראה לוקה הרי ס"ל לאסרה על כהן ע"א נאמן א"כ ודאי ה"ה עמפ"ע ואפילו קא"פ ואפילו חוץ לב"ד וא"כ מדינא אסורה ע"י קלא דל"ה רק עפ"י עמפ"ע והיכי תני במשנה משום קלא ת"ל משום דע"א נאמן באיסורין את"ד ולק"מ דהא מבואר ברמב"ם שם דין זיי"ן דדוקא שלא הכחישו קודם שעבר והכא ודאי אהני קלא לאסרה אף במכחישה את מוציאי הקול תדע מדאמר בגיטין דף פ"ט ריב"נ א"כ לא הנחת בת לאאע"ה יושבת תחת בעלה ואם אמת שלא זינתה ודאי תכחיש אותם ולרש"י שבב"ש לקמן סימן י"ז ס"ק קט"ו האשה נאמנת על עצמה באיסורין יותר ממאה עדים פסולים וכן מוכח מתוס' בגיטין שם ע"ב דאשה אחת יצא עליה קול אחר נישואיה שנתקדשה מקודם לאחר ואותו אחר היה בחופתה כשנשאת לשני ופסק ר"ת כיון שנתקדשה בפניו שריא חזקה א"א מעיזה פניה בפניו דקי"ל כרה"מ עיי"ש ות"ל דאף לולא דרה"מ מדנתקדשה לאחר היא מכחשת הקול ואאת"ל דלא חשוב מכחשת הקול שנתקדשה לאחר רק כאומרת דגרשה הראשון מ"מ גם בלאו חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה נאמנת במגו די"ל לא נתקדשה דהא הוכיחו תוס' בפחז"ה דף ל"ד דנאמן במגו דהיה יכול להכחיש העד ומיהא יש לדחות דלא אמרינן מגו שהיה יכול להכחיש הקול וכמבואר בש"ך חו"מ סימן קמ"ט ס"ק כ"ב אך שם מבואר דלכ"ע נאמן בגוף הטענה להכחיש הקול א"כ ה"נ לולא חשש לעז נאמנת להכחיש הקול ועוד מהיכא תיתי לומר דמה דנתקדשה לאחר הוי כאומרת דגרשה ראשון יותר י"ל דהוי כאומרת דלא נתקדשה לראשון כלל כיון דאם איתא דנתגרשה קלא איתי לה כדאיתא בב"ב דף קנ"ד ע"ב בפירשב"ם ועוד אם איתא במכחשת הקול ל"ח לקלא הא ודאי לא מיירי המשנה במודית דא"כ בלא"ה שאנח"ד ואסורה לכהן אחר וע"כ בשותקת מלבד דזה דוחק גדול לאוקמה בשותקת ואינה אומרת כלום בלא"ה א"כ תקשי על אביי בקידושין דף ס"ו דס"ל באומר אשתך זנתה ושותק נאמן ע"א א"כ ה"נ ת"ל בלאו לעז דקול דנאמן וכ"ש כאן דהיא יודעת בעצמה ויש רגל"ד דהקול אמת מדשותקת ועוד דלא הוי שתקי כה"פ מלבאר

דאם מכחשת אין הקול אוסרה וכן מוכח מתשובת ר"י שבמרדכי ר"פ אד"מ שהצריכה גט משום לעז והמעשה היה שהאשה הכחישה העדים כמבואר שם וכתב בשו"ת מ"ב סימן ק"ו דמשום הקול הצריכה הר"י גט וכן בשו"ת ריב"ש סימן רס"ו דמבואר בתחלת השאלה דהאשה הכחישה הקול ושם בסוף התשובה בד"ה ואם יאמר האומר לא יהא אלא קול בעלמא האריך לחפש טעמים שלא לחוש להקול וכן מוכח לקמן סימן מ"ו סוף ס"ג.

ס"ז היא נידחת מפניו ואם ידה תקיעה ואינה יוצאת מחויב הבעל לצאת דאף דאמרו לא תדור עמו האיסור גם עליו דאל"כ למה אם החצר שלה הוא נדחה מפניה אלא משום דתני רישא לא תנשא בשכונתו בדידה תני נמי סיפא בדידה ולפיכך לא פשיט הש"ס הא דבעי מי נדחה מדתני לא תדור ובתוספתא פ"ב דשמחות המגרש את אשתו לא ישרה עמה לא במבוי ולא בחצר אם היה מבוי של שניהם הופך פתחו לצד אחר ואם היתה חצר של שניהם מפנה זה מפני זה וממנה אשה מפני איש עכ"ל ומיותר לכאורה מפנה זה מפני זה וגם סותר למה שאמר ומפנה אשה מפני איש דמפנה זה מפני זה משמע דגם עליו מוטל לפנות ולפימ"ש א"ש דבאמת מוטל על שניהם ואם א"א לכופה מחויב הבעל לפנות רק לכתחלה מפנה אשה מפני איש.

ס"ט מבן טי"ת שנים ולמעלה ביבמות דס"ח ע"ב איתא דספק בן טי"ת פוסל והקשו תוספת נוקמיה אחזקה קמייתא דהוה פחות מבן תשע ולע"ד י"ל כיון דפחות אינו ראוי לביאה ובפמ"ש דף כ"ד אמרו לענין ק"ש דישן עם פחות מבן טי"ת ליכא הרהור ערוה לכן ה"נ אתרע חזקתו כיון דבא מסתמא הגיע לטי"ת ויש בו הרהור ערוה.

ומהרי"ט ח"א סימן מ"א תמה על התוס' דהא איתא בריש נדה איתתא כיון דמגופא קחזיא לא אמרינן אוקמוה על חזקתה ופרש"י כיון דמועדת ועלולה לכך וכ"כ ר"י מטראני הרי היכא דעשויה להתבטל לא אמרינן אוקמה על חזקתה וכ"כ הר"ן בתשובה ע"ג על מקוה שהיה רגיל להיות מימיו מתמעטין שאין לסמוך על חזקתו הראשונה ויליף לה מקידושין דף ע"ט דהוא אומר שכ"מ כ"ש חזקת קטנות שבכל יום היא גדלה לפנינו לכן נדחק מאד בדברי תוס' והמציא מזה דין חדש בקבלה קידושין וספק הגיעה לכלל שנותיה ספק קטנה ליכא לאוקמה אחזקת קטנות ונראה דשאני הא דמקוה ונדה דכל שעה אפשר שתשנה החזקה וכיון דרגילה להשתנות אין לאוקמה אחזקתה משא"כ קטן א"א להשתנות עד שיבא לזמן גדלות ותלינן עיבורו ולידתו בזמן מאוחר וכמבואר במרדכי ר"פ א"צ בביצה ספק נולדה בחול ספק ביו"ט י"ל אוקמה אחזקה ולא נולדה עד היום ובזה י"ל קושית מהרש"א שם למה לא הקשו תוס' קושייתם מספק הביאה שתי

שערות דהתם ודאי בפסול תרומה מיירי ולפימ"ש י"ל משום דבכל שעה אפשר שתביא שתי שערות אם הגיעה לשני גדלות ועשוי להשתנות וביי"ע תירץ דלענין ב' שערות יש חזקה דרבא ול"נ דא"כ מה קמ"ל רבא תנינא.

ובתוס' יבמות שם תרצו כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן תשע אעפ"י שהיה ספק כשבא עליה לא מוקמינן ליה אחזקה קמייתא אלא אזלינן בתר השתא שהוא ודאי בן טי"ת דחזקה קמייתא אתרע ליה עכ"ל.

ומהרי"ט שם תמה על התוס' דהא בריש נדת מוכח דבכל חזקת הגוף מוקמינן לעולם אחזקה קמייתא אע"ג דאתרע לה השתא כמו מקוה שנמדד ונמצא חסר ובפרק בכל מערבין תנן תרומה שנטמאת ספק משחשיכה אוקמוה על חזקת טהרתה ובתוספתא דטהרות פ"ה אברייתא דנגע באחד בלילה וא"י אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת דמודים חכמים לר"מ בראוהו חי מבערב שהוא טהור משום דמוקמינן ליה אחזקת קמא דהיה חי א"ד ולפימ"ש לעיל י"ל כיון דבא עליה אתרע חזקתו דרגל"ד דראוי לביאה ס"ל לתוס' דעכ"פ כשיש חזקה. דהשתא אמרינן כשעת מציאתו וכה"ג כתבו כה"ך ביו"ד סי' שצ"ז ובכ"ש במועד קטן לענין מפקח את הגל.

עוי"ל לפימ"ש במקו"ח סימן תס"ז סקי"א בסופו דרק לענין טומאה לא מטמאינן למפרע דכל ספק טומאה מסוטה גמרינן וכל ספק טומאה דא"א למילף מסוטה טהור ותוס' בריש נדה כתבו דלמפרע א"א למילף מסוטה הוי כמו ספק טומאה בר"ה דטהור משום חזקת טהרה כמ"ש תוס' בסוטה דף כ"ח אף דאתיילד ריעותא משא"כ באיסור דקי"ל כל דאתייליד ריעותא לא אזלינן בתר חזקה ואסרינן לה עיי"ש ה"נ כיון דכשבא לפנינו הוא בן תשע חזקה קמייתא אתרע ליה וס"ל לתוס' הא דנפסלה לתרומה משום דנבעלה לפסול הוי כשאר איסורין דהפסול משום זרות כדיליף ביבמות שם מכי תהיה לאיש זר ועיין בפרק כסוי הדם דף פ"ו ע"ב דאמרו אם אמרו ספק טומאה לטהר יאמרו ספק איסור להתיר ועיי"ש בתוס' בד"ה סמוך ובשו"ת רשב"א אלף רט"ז כתב אשה שנתקדשה וספק אם הגיעה לכלל שנותיה אנו חוששין שמא כבר הגיעה לכלל שנותיה ומקודשת היא דבר תורה עכ"ל כונתו דכיון אם אמת דגדולה היתה מקודשת דבר תורה לכן בספק אנו חוששין להחמיר ולא מוקמינן על חזקת קטנות כיון דארוסה במיתה וכדאיתא בפרק הזרוע בעון מיתה לא מקילין מחמת חזקה קמייתא עיי"ש פרש"י דף קל"ד ועתוס' רפ"ג דבכורות דף כ' בד"ה מחוורתא דכתבו דיש חזקת שלא ילדה עד עתה ואין להקשות אתוס' דיבמות הנ"ל איך כתבו דיש חזקת קטנות נימא רוב נשים מתעברות ויולדות א"כ נולד מעיקרא וכה"ג הקשו תוס' ביבמות פ' החולץ בד"ה וזו דל"ל האי רוב רק

במשך איזה זמן משא"כ ביום ויומים דהא בלא"ה אין דרך להתעבר רק סמוך לווסתן או לטבילתן ואפילו לענין ביצה כתב המרדכי די"ל חזקה דלא נולד עד היום ועיין פלתי בית הספק בד"ה ויש לי בלא"ה דהקשה נמי בהא דפ' החולץ ספק בין תשעה לראשון נימא העמד אשה על חזקתה דהיתה ריקנית והשתא הוא דנתעברה כמ"ש תוס' בבכורת והג"א בפ"ק דחולין וכבר עמדתי על זה בחידושי ליו"ד סימן דע"ש ויישבתיה ועכ"פ חזינן דיש לאוקמוה אחזקתה דלא נתעברה עד אח"כ ממילא ל"ל אולי הולד בין תשעה שנים משום דעשוי להשתנות דגדל והולך דהא כיון דיש חזקה לומר דלא נולד מעיקרא א"כ א"א להיות בן תשע עד בא יומו.

ומ"מ צל"ע במ"ש הרשב"א בתשובה לחוש בספק קטנה דבשלמא בהא דס"ל לאביי ורבא בפד"א דף ל"א בספק קרוב לה דחולצת ולא מוקמינן אחזקה דהתם נעשה מעשה שישתנה החזקה דזרק לה גט או קידושין וכן בפ' הזרוע דף קל"ד בעיסה ספק עד שלא נתגייר כיון שנתגייר נעשה מעשה לשנות החזקת פטור אבל בקדשה וספק היא קטנה לא נעשה מעשה שישתנה חזקת קטנות ולמה לא נוקמוה אחזקת קטנות דלא אתרע כלל ונראה משום דקי"ל בפרק המדיר דף רד אדם יודע שאין קדושי קטנה כלום וקי"ל בפ' האומר דף ס"ד ע"ב לא מעייל אינש נפשיה לספיקא וגם קי"ל בכדי לא עביד אינש ואפילו בדיבור בעלמא א"א מוציא דבריו לבטלה כדאיתא בפ"ק דערכין דף ה' ועברכ"י יו"ד סימן רנ"ח לכן מדנתקדשה וקדשה אם לא דקים להו שאינה קטנה לא הוי עבדי רגל"ד שהיא גדולה ועיין חו"מ סימן קצ"ה ס"ה.

סי"ג אסורה לכל כהן היינו לכתחלה אבל אם נשאת לכהן ל"ת אא"כ מאמין לדבריה ב"ש ולכאורה תמוה הא הוי כחתיכה דאסורה ומצאתי בב"מ תמה כן ונראה דס"ל להב"ש כיון שנשאת לכהן סתמא מה שאמרה לבעל ראשון נאנסתי שענ"ב וכמבואר ברמ"א יו"ד סימן קפ"ה ס"ג דאם באה ושוכבת אצלו הוי כנתנה אמתלא לדבריה והש"ך שכתב שם דחייב לשאול אותה למה מתחלה אמרה טא"ל דמודה הרמ"א דכל מה דאפשר לברורי מבררינן הרי כתב שם תוה"ש דמלשון הרמ"א לא משמע הכי וגם הש"ך לא קאמר רק משום דאפשר לברורי והכא אפילו תאמר עתה שבאמת נאנסה אינה נאמנת די"ל גם עכשיו ענ"ב רק מתחלה כשבאה לינשא לאחר צריך לברורי אבל אם כבר נשאת א"א לברורי וכאן כ"ש מהך דנדה די"ל חזקה אינה מקלקלת עצמה להיות יושבת באיסור תחת בעלה השני כל ימיה וכעין שכתב הרא"ש בשילהי נדרים וכיון דאין בעל השני מאמין לדבריה הרי תולה שאמרה כן משום דענ"ב ומ"ש רמ"א ביו"ד שם והוא יודע ומכיר שמה שאמרה תחלה טמאה אני עשתה מחמת קטטה שא"ה דהוא יודע אם היתה קטטה אם

לא אבל כאן א"א לו לידע אם בעלת ראשון לא מתקבל עליה ועוד שאני התם דאינו רק לפי שעה משא"כ הכא להוציאה לגמרי איני חייב מספק כיון דיש רגל"ד מדנשאת לו אמרה תחלה רק משום דענ"ב וכן הוא בחו"מ סימן פ"א סכ"א דבהודה תחלה שחייב לפלוני ואח"כ תובעו פלוני והוא אומר אינו חייב אף דאינו מוציא אמתלא שלהשטות או שלא להשביע הודה אין מוציאין מידו ואנן טענינן לו ומקור דברי רמ"א ביו"ד שם ממהרי"ל סכ"ב ושם לא תלה ההיתר דבאה ושכבה אצלו דהוי כנתנה אמתלא מחמת שהבעל יודע ומכיר דמה שאמרה תחלה טמאה אני מחמת שהיה לו קטטה עמה אלא מהרי"ו כתב כיון דבאה מעצמה ושכבה אצלו הוי ליה לאסיק אדעתיה ולתלות הסרחון באביה דאל"כ לא היתה מתקרבת אצלו עכ"ל הרי דכל התליה רק מחמת דנתקרבה אצלו ולא משום שהוא יודע ומכיר אע"כ ס"ל לרמ"א כיון דאין לו קטטה עמה מסתמא בקושטא אמרה שהיא טמאה ועכשיו יצרה אלבשה ואל אישה תשוקתה וגוף דברי רמ"א צ"ע דאם יודע ומכיר שמה שאמרה תחלה טמאה אני עשתה מחמת קטטה מה צורך בהתקרבותה אצלו בלאה"נ משועבדת לו ואינה יכולה לעשות עצמה עליו חתיכה דאסורה ועיי"ש בא"ב בהגהות על חוו"ד אע"כ דזולת מה שנתקרבה אצלו לא היה יודע ומכיר וז"ל ד"מ שם וכתב מהרי"ו סכ"ב דאם היתה בקטטה עם בעלה ואמרה לו טמאה אני ואח"כ אמרה טהורה אני ומה שאמרתי תחלה מחמת הקטטה שהיתה ביני ובינך עשיתי נאמנת ולא עוד אלא בסתם אם היא באה ושוכבת אצלו א"צ לפרוש דודאי הואיל ושוכבת אצלו ודאי טהורה היא ותחלה מחמת קטטה עשתה עכ"ל הרי דלא הזכיר כלל אם יודע ומכיר ומה שכתב דאם היתה קטטה משום דאל"ה גם באמרה בפירש האמתלא לא מהני דהא יודע שלא היתה קטטה והרמ"א דלא הזכיר תחלה שהיתה קטטה לכן סיים והוא יודע ומכיר שמה שאמרה תחלה טמאה אני היתה מחמת קטטה וכונתו שיודע שהיתה קטטה ומכיר מחמת ששכבה אצלו שתחלה מחמת קטטה אמרה טומאה אני ועיין מהרלנ"ח בהגהות ד"מ שם שמגיה הא דא"צ לפרוש וכתב דצ"ל דא"צ לשאלה ונ"ל ראיה מחגיגה דף י"ד בהא דשאלו לב"ז בתולה שנתעברה והו לכ"ג דאמר שם שמא באמבטי נתעברה והקשה שעה"מ ספי"ז מתא"ב הא אפילו לר"ג דנאמנת לומר מכשר נתעברה היינו באומרת והתם הא אינה אומרת עיי"ש דהניח בקושיא אבל לפימ"ש כיון דניסת לכ"ג סתמא נמי כאומרת דמותרת לו אך בלא"ה לק"מ וגם לר' יהושע משכחת דדרה בשכונה דאין שם פסול דאמרינן כנכ"ה כמ"ש ב"ש לקמן ס"ק ל"א ול"ג וגם ב"מ דחולק עליו מודה אם כל העיר כשרים.

עו"כ הב"ש וכ"כ הב"ח וכתב הב"מ ולא מצאתי ונראה דז"ל הטור אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי או שגגתי ובא עלי אדם אחד או שבא עד אחד והעיד לו עליה שזינתה בין באונס בין ברצון אינה אסורה לו שמא ענ"ב ואסורה לכהן אחר בעדותה אחר מות בעלה דשוויתה לנפשה חתיכא דאיסורא ואם היא נאמנת לו או העד נאמן לו וס"ד לדבריהם יוציא כדי לצאת ידי ספק עכ"ל וכתב הב"ח דמ"ש רבינו דין זה גבי כהן אע"ג דבישראל נמי דינא הכי משום דנ"מ הכא גבי כהן ג"כ דבע"א אפילו לכהן אחר אסוכה לו אם העד נאמן לכהן האחר ואפילו נשאה יוציא כדי לצאת ידי ספק עכ"ל וקשה מה רבותא אפילו לכהן אחר אדרבה מה לכהן ראשון דנשאה בהיתר יוציא אם העד נאמן לו כ"ש כהן האחר דנשאה אחר שנולד הספק ולא הוי לו לישאנה ונראה דבהגהות תוי"ט כתב דמ"ש הטור שמא ענ"ב אינו מדוקדק אחר מש"כ דע"א העיד ולע"ד כונת הטור דהאשה אינה מכחשת העד מ"מ מותרת לבעלה דשמא מב"ב וכדעת החמ"ח בסימן קט"ו ס"ו ס"ק כ"ו.

וא"כ כשנשאת לאחר הרי חשוב כודאי חזרה בה ונתנה אמתלא שמשום דענ"ב אמרה שזינתה והודית להעד והאמתלא מועיל א"כ הוי ע"א בהכחשה דדעת הרשב"א בתשובה סימן אלף רל"ז דבמכחישתו להעד אף דדעת הבעל סמכה על העד ונאמן לו אינו חייב להוציאו הובא במל"מ עכ"ד מה"א הי"ז וגמגם עליו גם בשו"ת רעק"א זלה"ה הביאו והביא חולקים עיי"ש סימן צ"ט וק"א לכן קמ"ל הב"ח דבעל השני חייב להוציאה אף דכבר יש כאן חזרתה א"כ מבואר מדברי הב"ח דמה שנשאת לשני הוי אמתלא וחזרה מדבריה הראשונים ולולא דמאמין להעד אינו חייב להוציאה וכ"כ הב"ח לקמן סימן קט"ו ס"ו וסי' קע"ח ס"ה דאפילו האשה מכחשת להעד אם הבעל מאמין העד חייב להוציאה.

וברש"י פ' האומר דף ס"ו אהא דא"ל שמואל להההוא סמיא אי מהימן לך זיל אפקה דמפרש רבא אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ופרש"י אפקה הואיל ולא הכחישתו הרי מבואר דאם מכחישתו אף דמהימן לו כבי תרי א"צ להוציאה ואח"כ עיינתי בשו"ת הרשב"א אלף רל"ז שהוכיח כן מדברי רש"י הללו והוכיח שאינו ט"ס ברש"י ותימא על הב"ח שלא הרגיש בזה ונראה דיש להבין ברש"י דהוא מפרש ולא פסקן מי הכריחו לזה דפירש הגמרא א"צ לזה כלל וכה"ג עמדו המפרשים בכ"ד.

ונראה לפימ"ש תוס' ברישׁ זבחים ב' ע"ב דאם זינתה אשתו אינו מחויב לגרשה רק אסור לדור עמה והנה הכא דליכא עדים ולרבא אינה אסורה עליו רק משום דמהימן לו הע"א כבי תרי א"כ מחויב ליתן לה כתובתה כשיגרשה וא"כ למה אמר שמואל זיל אפקה

דיצטרך ליתן לה כתובה ושמא אינו רוצה בזה הל"ל אסורה עליך לכן פרש"י דאינה מכחישתו ולית לה כתובה.

ובגוף הדבר יש לחלק דהא כיון דמאמינו שאח"ד ומה נ"מ אם מכחשת אלא י"ל לפימ"ש הרא"ש ביבמות פט"ו דף קט"ו סימן ג' דבע"א יש לחוש שאומר בדדמי וא"כ נהי דמהימן לו שאינו משקר מ"מ שמא מחמת שראה רגל"ד אומר בדדמי מכח אומדן דעתו אך מבואר בתה"ד סימן רכ"ב בעסקים ולקמן סימן קט"ו דברגל"ד כשאומרת טא"ל נאמנת ולכן דוקא כשאינה מכחישיתו דשתיקה כהודאה כיון דיודעת בנפשה ולכן אם אומר דמהימן לו שלא יאמר זנתה מחמת בדדמי דג"ז חשוב קצת משקר כשאומר דברור לו על מה דאינו רק בדדמי כמ"ש תוספות ביבמות ר"פ האשה שלום בד"ה אי אמרינן אזי אסורה עליו ובזה, א"ש לרבא דמפרש אי מהימן לך כבי תרי איך אמר שמואל רק אי מהימן לך כיון דצריך דוקא להאמינו כבי תרי ועיקר חסר אע"כ הואיל ולא הכחישתו, אף דיאמר העד רק בדדמי מכח רגל"ד סגי וממילא הוי כבי תרי אם מהימן לו דלא משקר במזיד וזה שהכריח לרש"י לפרש הואיל ולא הכחישתו ולכן לא פירש שמואל אי מהימן לך כבי תרי דאז היינו יכולין לטעות דצריך להאמין לו כבי תרי שאין אמרים בדדמי ומפרש"י בקידושין דף ע"ג ע"ב בהא דמקחו בידו הוכיחו אחרונים דס"ל דטעמא דע"א א"נ משום דלא דייק.

ולולא דברי הרשב"א היה נ"ל דאין ראיה מפרש"י לנדון דהרשב"א שאמר הבעל דהעד מהימן לו דבשלמא באמר י"ל שאח"ד לא מבעיא למהר"י באסאן דמשום נדר אתי עלה דצריך שיוציא מפיו דוקא והוא מימרא דשמואל בשבועות כ"ו ע"ב וגם למ"ד דמשום הודאה וילפינן לה מאשר יאמר כי הוא זה כמו שפרש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב דהודאות בע"ד כמ"ע משום דכתיב אשר יאמר כי הוא זה וגזה"כ וכמ"ש בקצו"ח סימן ל"ד סק"ד וא"כ אין לנו רק מה דגילתה התורה שאמר בפיו ולא בלבו ולכן שמואל דאמר להההוא סמיא אי מהימן לך הרי דלא אמר הסמיא בפירש דמהימן לו דא"כ הל"ל כיון דמהימן לך א"כ אין בזה משום דשאח"ד רק משום דנאמן הוא בעיניו רגל"ד דהדבר אמת ומשום רגל"ד אין לאסור רק כששותקת דהוי כמודה וכמ"ש לכן פרש"י הואיל ולא הכחישתו.

ודעת הרשב"א נראה מבואר מדבריו דגם באומר דמהימן לו כבי תרי כ"ז שאינו אומר דראה בעצמו ליכא משום שאח"ד ומן הדין מותרת לו דאף דמהימן ליכא שני עדים וכדאיתא בפ' הכותב דף פ"ה וביבמות דף ק"א מפקינא ס"ד קרענא ס"ד אף דקים ליה בגויה דלא משקר והא דאמר שמואל אפקה רק חומרא לצי"ש ולכן היכא דמכחשת כיון דיש תרתי לריעותא חדא דע"א בהכחשה אפילו בעלמא דלא דבר שבערוה לאו כלום

הוא ובדבר שבערוה אפילו בלאו הכחשה צריך שני עדים כולה האי אין להחמיר ועל זה שפיר כתב הרשב"א במיוחסות לרמב"ן סימן קל"ג אלא שהרמב"ם כתב שאפילו שמע מפי עבד ומפי שפחה כל שדעתו סומכת עליו חייב להוציאה ועמדו האחרונים מה סתירה מצא לדבריו מהרמב"ם ולפימ"ש א"ש כיון דעבד ושפחה בעלמא חשודי לשקר אפילו שני עבדים א"כ בשמע רק מעבד אחד הוי תרתי לריעותא ויותר מתרתי לריעותא בע"א בהכחשה דהא בחו"מ סימן כ"ב איתא קיבל עליו פסול אחד כתרי הוי תר"ל ולא מועיל בלא קנין ובע"א כשר בהכחשה לא אשתמיט מי שיאמר דצריך קנין כשקבלו עליו דנהי דהוי נמי תרתי לריעותא מ"מ דוקא לענין לאסור אשה על בעלה דאינו רק מצד חומרא דרבנן אבל בחו"מ דקבלו על עצמו ובתר"ל דצריך קנין משום דהוי גוזמא כמ"ש רמב"ן פי"נ דף קכ"ח ובחידושי ר"ן פז"ב דף כ"ד בשם ר"א לא חשבוהו לגוזמא כ"כ וכמו בהשבע וטול אף דהוי נמי תרתי לריעותא מ"מ א"צ קנין משום דאינו גוזמא עיי"ש.

ב"ש ס"ק כ"ז שאסרה עצמה נראה אם נשאת לכהן בניה כשרים דאינה נאמנת לפסול בניה דדוקא לאב נתנה התורה נאמנת וב"מ כתב כיון דבניה ל"ל ח"כ ממילא ספקי חללים הם כיון שמכחה באו וראי' מיבמות דף מ"ז דשאלו ר"י יש לך בנים למנ"מ הל"ל אי אתה נאמן לפסול בניך דמשמע בין היה לו כבר בין שיוולדו אח"כ ולכן אמר שם בברייתא דנאמן על בנו קטן שאין לו בנים משום יכיר וברור שאם בנו ודאי ממזר ואף מה שיוליד אח"כ דאין סברא שכשיוליד יוחזר לכשרותו ואף שאין שום נאמנות לאב על ב"ב ש"מ שממילא נמשך כיון שבשעת אמירתו ליתנייהו בעולם את"ד וגם בישש"ש פ' החולץ סימן מ"ח כתב דבאומר נתגיירתי בלב"ע הבנים אשר יוליד אח"כ בחזקת נכרים הם כיון שאינם מכחישים אותו א"כ מיד שנעשה חד"א לא יבא לכלל היתר עיי"ש ולפמ"ש לעיל היכא דנשאת סתם הוי כחזרה ונתנה אמתלא ולכן אין מוציאין מבעלה כהן כיון דלראב"ד מהני אמתלא אף דרמב"ם פליג א"כ ה"נ לאו בתשיעי עסקינן דעמדה בדבריה שנאסרה ובאיסור נשאת לכהן רק נשאת סתם וחשוב כאמתלא והוי ס"ס שמא כראב"ד דמהני אמתלא וודאי לא נאנסה ואת"ל כרמב"ם מ"מ אינה רק ספק דאינה נאמנת על הולדות שתהא כודאי אך אאת"ל דנשאת בפירש באיסור מ"מ י"ל שאני הכא כיון דאונס לא שכיח והוי רוב כמ"ש תוס' בפ"ק דכתובות דף טית ואף דכתבו שם דהוי רק רוב מדרבנן היינו התם דרוב נשים בח"כ ולא תלינן שזינתה ברצון וודאי זינתה כיון דמצא פ"פ כמ"ש פ"י שם וא"כ הכא נהי דלגבי עצמה שאח"ד אפילו נגד עדים מ"מ לענין בניה נהי דאין להם ח"כ הא רוב עדיף מח"כ ולפימ"ש יש"ש בהכחשת ברי לא נמשך האיסור ה"נ כיון דיש רוב הוי כברי ושמא וכדאיתא בפ"ב דכתובות דף ט"ז ועיי"ש בתוס' דגם

מה דקאמר ה"נ מסתברא ס"ל סברא זאת דכבו"ש דמי ואאת"ל דרק המקשן שם ס"ד הכי היינו שיהיה כבו"ש אבל כברי וברי לכ"ע דלא יחלוק התרצן על המקשן בפלוגתא רחוקה והכא א"צ רק שיהא כברי וברי.

ומה שהקשה הב"מ מהא דנאמן האב על בנו קטן וממילא נמשך על בנים שיוליד אח"כ לא ידענא מה ק"ל דהתם כיון דתורה האמינו משום יכיר הוי כודאי וממילא נמשך משא"כ האם דאינה נאמנת רק לגבה שאחדד אף דהאמת שלא נאנסה ל"ל שכבר הומזקה בזונה וכמ"ש לעיל סימן ג' ס"א על דברי המל"מ.

ומה שהקשה ממה דשאלו ר"י יש לך בנים י"ל דעל בנים שיוליד אח"כ נאמן משום דבידו ליילך למקום שלא הוחזק בישראל ובגר צדק ואזי יפסלו בניו שיוליד כיון דאביהם לא הוחזק בכשרות שם ובניו לא הוחזקו ועיי"ש בפרש"י בד"ה ואין עדות לנכרי הואיל ובניך מוחזקין בכשרות אין אתה נאמן להעיד עליהן ולפסלן משא"כ כאן דהאשה הוחזקה בהיתר לכהן רק דשאח"ד לא מרעא חזקתה לבניה ואדרבה חזקתה מהני לבניה דמאן דמכשיר בה מכשיר בבתה כדאיתא בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב ואף שהאם לא באה לפנינו להתירה מפני חזקתה לבנה כמ"ש תוס' בקידושין דף ס"ו בד"ה מאי ואף דאין זה מגו דשמא לא ניחא ליה לנוד ממקום זה מ"מ כל שבידו לאו משום מגו הוא כדמוכח בקידושין דף ס"ד דפריך הא בידו להשיאה לממזר ומה אגו הוא שמא אינו רוצה לעשות איסור זה ולהרבות ממזרים אע"כ כל שבידו אצ"ל משום מגו ועש"ך יו"ד ר"ס קכ"ז ולפ"ז י"ל עוד דלפסול בניו שיוליד הוא בידו דישא נכרית דהולד כמוה אך לשיטת תוס' ביבמות שם שכתבו דר"י ס"ל נכרי הבא על ב"י הולד ממזר י"ל דאין בידו לישא ממזרת דשמא לא תרצה לישא אותו חדא דממזרים לא שניחא כולה האי ועוד שתעשה איסור וכדפריך שם בקידושין אלו אמר האי דלא ניחא בגוה ועיי"ש פנ"י בד"ה ותסברא ולפימ"ש תוס' בספ"ק דיבמות דף ט"ז ע"ב בד"ה נכרי דלמ"ד נכרי שבא עב"י הולד ממזר ה"ה איפכא ישראל שבא על נכרית א"כ ה"נ בידו דשכיחא לו טובא הוי בידו.

עו"כ הב"ש ואם האב אומר דמאמין לדבריה יכול לעשות לבניו חללים שנאמן לומר ב"ג הוא וכתב הב"מ היכן מצינו שנתנה תורה נאמנת ע"י יכיר במה שבעצמו א"י ומאמין לאשתו ועיין תשובת הרא"ש כלל פ"ב גלל כן תמה על הרמב"ם שהאמין לומר על בן פנויה שהוא ממנו לירושה ואף הרמב"ם לא האמינו לענין יבום עכ"ל, ולע"ד הא מבואר ברמב"ם פרק ח"י מהא"ב וכאן בש"ע דמאמין לדבריה יוציא כדי לצאת ידי ספק ואיך כתב הב"ש דבניו חללים אע"כ צ"ל כונתו ספק חללים וכן נראה מהא דפ' הכותב דף פ"ה וביבמות דף ק"א דקי"ל בגוה דלא משקרת לא מפקינן ולא קרענן דחשוב רק ספק ורגל"ד

וא"כ אין סתירה מדברי הרא"ש ורמב"ם כיון דהאמנה אינו עושה רק ספק לא יוכל לירש ולהוציא מחזקת שאר יורשים ודאין וא"י לפוטרה מן החליצה ולפימ"ש לעיל סימן ד' סכ"ו בישוב קושית הרא"ש על הרמב"ם דלענין ירושה כיון דתורה האמינו דכתיב יכיר לא חיישינן דאומר בדדמי משא"כ לפטור אמו מאחיו דחב לאחיו לא האמינו התורה א"כ י"ל מ"ש הב"ש דנאמן לעשות בניה חללים במה שמאמינה אף דכתבו רמב"ם וש"ע יוציא מספק התם משום דנהי דמאמינה משום דאומר דקים ליה בגוה דלא משקרת אנן חיישינן דטועה בדמיונו ולכן כתב רק יוציא מספק לומר דאין ב"ד כופין אותו להוציא כמ"ש הרמב"ם בפכ"ד מה"א הי"ח דשמא טועה והוי גט מעושה שלא כדין כיון דאינו רק ספק אבל לענין לעשות הבנים חללים כיון דנאמן לומר בני זה בן גרושה משום יכיר ולא חששה התורה דאומר בדדמי אי אפשר לנו ג"כ לחוש ונאמן לעשותם חללים בודאי ולפ"ז יש ראיה להב"ש מדברי רמב"ם הללו דהא הרמב"ם עצמו כתב שם פ"ג מיבום ה"ד מאין יודע שהוא בנו שמא כשם שזינתה עמו זנתה עם אחר ומ"מ כתב דנאמן לענין ירושה וע"כ משום דאמר שהוא בנו קים ליה בגוה דלא זנתה עם אחר וכיון דתורה אמרה יכיר ל"ח דאומר בדדמי ה"נ לענין לעשות חללים מפני מה שמאמין לדבריה דקי"ל בגוה דלא משקרה וגם הרא"ש שחולק על הרמב"ם היינו דמשמע לו מלשון הרמב"ם דלאו משום דמאמינה דהא לשון הרמב"ם בפ"ג מהלכות יבום מי שזנה עם אשה בין פנויה בין א"א ונתעברה ואמר זה העובר ממנו הוא ואפילו היא מודה לו אע"פ שהוא בנו לענין ירושה הר"ז ספק לענין יבום כשם שזנתה עם זה וכו' הרי דזה אומר זה העובר ממנו הוא קודם שהאשה מודה לו ועוד דלשון ואפילו היא מודה לו משמע דזה רק רבותא אבל הדין דהוא בנו ליורשו בין היא מודה לו בין לא ולכן ל"ל רק מה שאומר זה העובר ממנו דחושב שלא זנתה עם אחר ולזה כתב הרא"ש דאנן סהדי דאומר בדדמי דמנין יודע שלא זנתה עם אחר אבל כאן דבעלה אומר דמאמין לה שנאנסה עם אחר י"ל כיון דאומר דמאמין ותורה אמרה יכיר האמת אתו דאינה משקרת וראיתי אח"כ בש"ש ש"ב פ"כ דפורש דברי הרמב"ם דהוי בנו ליורשו משום דמאמין לה וזה אינו וכמ"ש ועיי"ש שהקשה ממ"ש הרמב"ם פט"ו מהא"ב הי"ב שאמרה מפלוני הממזר נבעלתי אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הר"ז הולד ספק ממזר ותירץ דאפשר דמיירי שאינו מאמין לדבריה עיי"ש ועדיין קשה מ"מ הא אומר שהוא ממנו ותורה אמרה יכיר ונאמן לומר בני זה ממזר וצ"ל כמו שפרשו הראשונים שבאס"ז פ"ק דכתובות בההיא ארוס וארוסתו דהיא אומרת ממנו והוא אומר אין מנאי דהיינו שאומרת שנבעלה מהארוס והוא מודה שנבעלה ממנו ומכח זה אומר שהוא ממנו דלא דיימה מעלמא כצ"ל דברי הרמב"ם אבל

לא שיודע בבירור שהולד ממנו מחמת דמאמינה או קים ליה בגוה שלא זנתה עם אחר ועיין חמ"ח לעיל סי' ד' סכ"ו דכתב הש"ע אפילו אם מודה אותו פלוני שנבלעה לו וכתב עלה החלקת מחוקק זה הוא לשון הרמב"ם פט"ו מהא"ב עכ"ל ובאמת ברמב"ם שלפנינו אין הלשון כן רק אותו פלוני מודה שהוא ממנו ועכצ"ל או דכך היה הגרסא ברמב"ם שלו או דמפרשו כן וכמ"ש.

ועדיין צ"ע לפימ"ש הר"ן בקידושין פ' האומר דף ס"ד וז"ל ואחרים אומרים דכיון דמה שהאמינה תורה לאב חדוש הוא שהרי לא היה ראוי להיות נאמן יותר מע"א דעלמא דיינו שנאמין אותו באותה טענה עצמה אבל אין אומרים מגו דאין לנו בו אלא חדושו בלבד עכ"ל ה"נ נימא הא דאמרה תורה יכיר חדוש הוא דלא היה ראוי להיות נאמן יותר מע"א דעלמא דיינו שנאמין אותו כשיודע מחמת עצמו לא במה שאומר שמאמין לאשתו אך לפימ"ש הב"מ לעיל סימן ד' בהשמטה סכ"ו דהא דהאמין התורה לאב לפסול בנו טעמא רבה יש בזה שירדה תורה בס"ד של אדם שאין אדם בעולם שיפסל אפילו ספק זרעו בפיסול ברור ולולא שיודע בודאי שאין זה בנו לא היה מעידו בממזר עכ"ל ולפ"ז אינו חידוש וה"נ מהני כשאומר שמאמינה דאם היה ברור לו שאינה משקרת לא היה פוסל בנו.

ויל"ע לפימ"ש בש"ש ש"ו פי"א דאפשר אין האב נאמן אלא לפסול בנים שבעולם כדיליף לה מדכתיב יכיר יכירנו לאחרים ובהכרה ליתיה אלא כשבא לעולם בחיי אביו וכדאיתא פמ"ש דף קמ"ב בכור שנולד לאחר מיתת אביו אינו נוטל פ"ש משום דכתיב יכיר אלא דבע"י דף ע"ח תנן בהדיא דנאמן על עובר עיי"ש ולפ"ז י"ל דוקא עובר דבשלמא לענין בכורה כ"ז שלא נולד א"א להכיר אם זכר או נקבה דל"ש בכורה לירושה בנקבה אבל לפסול בממזרת הוי הכרה גם בעובר אך דוקא אחר ארבעים יום ליצירה דמקודם הוי מיא בעלמא וכדאיתא בס"פ אלמנה לכ"ג ובש"ך חו"מ סימן ר"י וא"כ אם אמר הכהן דמאמינה שנאנסה טרם ארבעים יום ליצירה לא חשוב הכרה ול"ל כיון שהגיד וישנו בחזרה או אם מת אח"כ.

ולפ"ז י"ל קושית ב"מ הנ"ל על הב"ש למה שאל ר"י יש לך בנים הל"ל סתם אין אתה נאמן לפסול בניך דכולל שנולדו ושיוולדו אח"כ ולפימ"ש י"ל דמה דאמר אין אתה נאמן לפסול בניך היינו אף דיעמוד בדיבורו עד שיתגייר שנית בפני שלשה וכן משמע מסתימת כה"פ תדע דאלת"ה הרי ליהמן משום דבידו להתגייר אף דאיתא בקידושין דף ס"ב ע"ב דלאו בידו מי יימר דמזדקקי ליה תלתא הא כתבו תוס' שם וכן קי"ל דסגי בשלשה הדיוטות ובפרק כירה דף מ"ו ע"ב מבואר היכא דסגי בהדיוטות לא אמרינן מי יימר ועכצ"ל שאני

גר דקשין גרים לישראל כספחת לכן לא מזדקקי ליה בקל או כמ"ש בחיבורי ערך ש"י על חו"מ סימן ל"ה דלענין עדות חשוב בידו ולא לדשלב"ל וא"כ כאן דע"כ כבר גר הוא אף דנאמן לפסול א"ע היינו רק לחומרא דשאח"ד ועומד להתגייר בפני שלשה כיון דע"כ גר הוא למה יעמוד בחוץ וכיון דבידו ועומד לכך אף דאין עדות לנכרי מהימן משום דבידו וכמו בעל דמדינא א"נ לומר גרשתי את אשתי דקרוב הוא ואין דבר שבערוה פחות משנים ומ"מ נאמן משום דבידו לגרשה כדאיתא בפי"נ דף קל"ז ע"ב ובקידושין דף ס"ד אע"כ צ"ל דאפילו כשיגייר בפני שלשה לא יהא נאמן על בנים שנולדו כבר כיון דזה מיחשב עדות וכדאמר הש"ס לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי וכדדייק הב"מ כאן לענייננו א"כ צריך שיהא תחלתו וסופו בכשרות וככל עדות דאם אין תחלתו וסופו בכשרות פסול וכדאיתא בחו"מ סימן ל"ג ועש"ך סי' ל"ה סק"ז וכיון דלדבריו עכו"ם היה כשהיה ראוי להכירם תו לא מהימן לעולם אבל בניו שלא הוכר עוברם ולא עברו מם יום ליצירה דלאו בני הכרה ננהו ל"ל דהוי תחלתו בפסול א"כ מהימן עליהם מיד משום דבידו ועומד להתגייר ועכ"פ כשיתגייר יהא נאמן לומר דבתחלת הורתם היה עכו"ם לכן לא היה אומר אין אתה נאמן לפסול בניך סתם רק על בנים שיש לו דהיה בשעת ראיה בפסול דילפינן מאו ראה או ידע א"ל יגיד דצ"ל כשר בשעת ראיה ובשעת הגדה כדאיתא בסמ"ע סימן ל"ג ושעת ראיה אינו רק כששייך עדותו כשראה ועיין שו"ת רשב"א סימן קי"ח אהא דאין עדות לנכרי דנאמן במגו דבידו.

ועיין יש"ש פרק החולץ סמ"ח די"מ לפירוש הרי"ף שכתב דלא צריך שלשה לגר אלא לגביה דידיה אבל לגבי בניו סגי בשנים והקשה א"כ כשאמר נתגיירתי ביני לבין עצמי דשאלו ר"י יש לך עדים דמשמע שאם היו עדים כשנתגייר היה פוסל את בניו נמי ותירץ דה"ק יש לך עדים שהודית בפניהם קודם שהיה לך בנים דאזי הבנים שהוליד אח"כ פסולים כיון דשאח"ד, שוב לא יבא לכלל היתר ואינו דומה לכשהוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה ומ"מ אם בא עליהן לא פסלן דהתם שאני שהאשה מכחישיתו עיי"ש וקשה דאם משום דשאח"ד שוב לא יבא לכלל היתר מ"ש בהכחשה סוף שאח"ד ולפימ"ש בלא"ה א"ש דאצ"ל משום דשאח"ד דאם אמר לפני עדים שנתגייר בלב"ע תוך ארבעים יום ליצירת הולד נאמן במגו דבידו להתגייר בפני שלשה ויאמר גם אח"כ דתחלת יצירת הולד הוה בגיותי דאזי ליל דתחלתו בפסלות כיון דאז לא היה הולד בן הכרה וכשבא לכלל היכר נתגייר בפני שלשה ויש עדות לאב שהוא ישראל וא"ל כיון דבתחלת יצירתו היה נכרי יהא תחלתו בפסול דהא דעת הריב"ש בסימן של"ט דאם היה בשעת ראייתו בע"ד ואח"כ סולק עצמו נאמן דל"ח תחלתו בפסלות כיון

דאז היה בע"ד ואינו בגדר עד ויליף לה מהא דפרק חז"ה גבי תנו מנה לבני עירי דאין דנין עפ"י בני אותו עיר דפריך וליסלקו בתרי ולידייניה והרי הוי תחלתו בפסול אע"כ דבע"ד דאינן בגדר עדות ל"ח תחלתו בפסלות עיי"ש הרי אף דאחר הסלוק מעידין על מה שראו בשעת פסלן וא"כ אם היה אומר דכבר הודה בפני עדים היה מוכרח לשאלו אם לא היה אז תוך מם יום ליצירת הולד וכשאמר אין לו עדים קפסיק ואמר דאינו נאמן לפסול הבנים שיש לו.

כחתיכה דאסורא בהשגות ראב"ד פח"י מהא"ב השיג דאם אמרה אחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה אינה נאמנת והלא לא הודת על עצמה הודאה לאיסור ולא נתקבלו דבריה כלל והרי אשה שאמרה א"א אני ואח"כ אמרה פנויה אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת אף בזו אם היתה קטטה ביניהם אמתלא גדולה היא זו עכ"ל וקהו בה נו"ב חא"ע סימן ח' וי"א וב"מ דתחלה אמר משום שלא נתקבלו דבריה ולבסוף מייתי ראיה מאמרה א"א והתם מהני אמתלא אף דנתקבלו דבריה וכתב ב"מ דכונתו כמו בעדים לא מהני אמתלא ה"נ כ"מ דנאמן לגבי אחרים דהוי כודאי ל"מ אמתלא וה"נ למשנה ראשונה דנאמנת לומר טא"ל הוי כודאי משא"כ באומרת א"א אני אינו רק ספק משום דשאח"ד את"ד וכסברא זאת כתב החו"ד בסימן קפ"ה ולא זכרו מש"כ רמ"א לעיל סימן ד' סכ"ט האב שאמר על בנו שהוא ממזר וחזר אח"כ ונותן אמתלא לדבריו למה דיבר בתחלה כך נאמן ולא הביא שום חולק והרי באומר בני ממזר נאמן משום דכתיב יכיר ועמ"ש הסמ"ע ריש סימן רע"ט והוי ודאי ומ"מ מהני אמתלא ובביאור הגר"א הראה מקורו מופי"ג קכ"ז ע"ב באמר עבדי וחזר ואמר בני נאמן ובאמת יש לדחות דשא"ה דמפרש דבריו ראשונים דמשמע לי כעבד משא"כ אמתלא דעוקר דבריו ראשונים אך יש ראיה מהתם דהיה עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי נאמן משום אמתלא שאמר בני כדי לפטור מהמכס ומ"ש אמתלא דאמר בני להפקיעו ממכס מהכא דהיה קטטה ואמרה נאנסתי להפקיע א"ע מבעלה דהוי נמי אמתלא גדולה כמ"ש בהשגות שם ובריטב"א שילהי נדרים כתב דענ"ב חזקה אלימא ואומדן דעתא דמוכח הוא עיי"ש וגם צ"ע על חמ"ח סימן קט"ו ס"ק כ"ב וב"ש שם ס"ק כ"ד דלענין ממון ל"מ אמתלא דהודאת בע"ד לענין ממון כמ"ע דמי ומה תועיל אמתלא להוציא ממון מבעלה דלא כהגמ"ר ורמ"א שם והרי באומר בני וחזר ואמר עבדי ג"כ יש הודאת בע"ד לענין ממון דבנו אינו קנין כספו למוכרו ועבדו קנין כספו ומהני אמתלא ואולי יש לחלק דבעובר על המכס אינו מתכוין להעיד במה שאומר בני לענין ירושה או להכשירו רק להפקיע ממכס אפילו אומר אמת ולא אמרה תורה יכיר רק כשאומר לתת

לו פי שנים או לירושה וכדומה משא"כ אומרת טא"ל מתכונית לאסור עצמה על בעלה כהן וזה עיקר אמירתה אך מ"מ רמ"א דלעיל סי"ד ס"ל אפי' באומר ממזר מהני אמתלא זה ודאי דלא כב"מ וחו"ד.

וביאור דברי הראב"ד נ"ל דלאסור על בעלה הוי דבר שבערוה כדאיתא בקידושין דף ס"ו וכן להתירה היכא דליכא חזקת היתר ועיין גיטין ריש פ"ק וביבמות דף פ"ח וברמב"ן שם ובחידושי רשב"א ריש גיטין וא"כ למשנה ראשונה דטא"ל נאמנת ע"כ מטעם דאמר רבא התם משום דלא עבידא לבזויי נפשה ודאי קושטא קאמרה וער"ן במשנה שם וכיון דנתקבלו דבריה ונאסרה על בעלה יצאה מחזקת היתר עתוס' פ"ב דכתובות כ"ו ב' בד"ה אנן ולכן י"ל כשחזרה אח"כ ונותנת אמתלא אינה נאמנת בדבר שבערוה דנהי דהאמתלא טובה מ"מ לא ידעינן אם אמת היא ולפ"ז י"ל דל"פ אהא דרמ"א דאמר ממזר יכול לחזור ע"י אמתלא כיון דתורה האמינו לאב הן לומר ממזר הן לומר כשר ואינו דבר שבערוה נאמן דזה האמתלא אמת וכן הא דפי"ב אמר בני על המכס וחזר לומר עבדי וכ"ז באמרה טא"ל למשנה ראשונה דנאמנת להוציא עצמה משעבוד בעלה דל"ל שאח"ד ע"כ משום דרגל"ד דקושטא אמרה אבל באמרה א"א אני דלא מפקעת א"ע משעבוד של אחר כל הימנותה רק משום דשאח"ד לכן מהני אמתלא דלא יצאה מחזקת פנויה במה דשאח"ד דאם יקדשנה אחר ודאי תצטרך גנו וגם י"ל כיון דמתחלה אינה נאמנת דהוי דבר שבערוה רק שאח"ד דהוי כנדר אין דינו כדבר שבערוה וכשנתנה אמתלא נאמנת דלא היה פיה ולבה שוה ועט"ז יו"ד סימן רי"ח סק"ב ועכ"י ספ"ז דיבמות ובהג"ה סכ"ט דלעיל סימן ד' ובחמ"ח וב"ש דהעיקר כמו דנתנה תורה נאמנות לאב על בנו לפסלו כן יש לו נאמנות להכשירו.

עוד אפשר לומר לפימ"ש בר"ן וש"ג פ"ק דע"ז אהא דחכם שאסר אין חכם אחר רשאי להתירו בשם הראב"ד דאעפ"י דהשני מראה לו טעמים שטעה ומודה לו חכם הראשון שטעה מ"מ לא מהני התירו של שני הואיל ונפקא עליה שם דאיסורא הוי ליה חתיכה דאיסורא אף דמודה ראשון דטעה בשיקול הדעת זולת אם נוגע לזכות וחיוב אחר עיי"ש ובמהרי"ק שרש ל"ג כתב בעד המעיד על שוחט ששחט שלא כהוגן העד גופא יכול לחזור בו ולאכול ממה שישחוט להבא ולא אמרינן דשאח"ד כמו נטמאו טהרותיך או נתנסך יינך דהתם חל עליהם שם איסור לעולם ואין להם תקנה ושייך לומר דשווינהו אנפשיה חד"א אבל הכא אפילו יהא האמת כדברי העד מ"מ אינו מוחלט לפסול עולמות דהא מהני לו אם ילבש שחורים ויעשה תשובה המועיל לכן אפילו לא עשה השוחט כן מותר העד לאכול משחיטתו שישחוט מכאן ולהבא ופסקו בש"ע יורה דעה סוף סימן

א' ועיי"ש בתב"ש סימן ב' סכ"א דמהרי"ק מיירי דהעד חוזר בו ואומר ששקר העיד כדי לצער השוחט בתשובה עיי"ש ולפ"ז י"ל דלא היה יכול הראב"ד להביא ראיה מאומרת א"א אני דהתם מהני אמתלא לומר שבטעות יצא עליה שם א"א כיון דיש תקנה לאיסור זה במיתת בעלה או גירושין משא"כ באומרת נאנסתי לאסור עצמה לכהן זה איסור עולמת ואם נתקבלו דבריה יצא עליה שם זונה ופסולה לכהן י"ל דלא עדיף אמתלא מחכם שאסר אף דבא מומחה ממנו ומברר לו שטעה וראשון מודה לו שטעה דה"נ האמתלא אינו דבר ברור לנו שהאמת כן הוא ויותר מבורר הא דחכם שני מברר וראשון מודה שטעה לכן הקדים הראב"ד דלא נתקבלו דבריה ולא יצא עליה שם פסול ולפ"ז שפיר מודה להא דהרמ"א דסימן ד' דאב שאמר על בנו שהוא ממזר דנוגע לזכות וחיוב של הבן מהני שפיר אמתלא אף דתחלה נתקבלו דבריו ול"ל דמהרי"ק לא אמר רק משום דבידו של השוחט לחזור בתשובה וכל שבידו לאו כמחוסר מעשה וכעין מה דס"ד דש"ך בחו"מ סימן ל"ה סק"ז לענין תחלתו וסופו בכשרות דזה אינו חדא הא כתבו תוס' בזבחים דף ל"ד ע"ב בהפריש קרבן והמיר כיון דאין דעתו לחזור לא חשיב בידו וה"נ השוחט מכחיש העד ואינו רוצה לשוב וללבוש שחורים ועוד הא העד שוי' אנפשיה האיסור והוא אינו בידו שיחזור השוחט וגם מהרי"ק לא זכר כלל משום דבידו אע"כ טעמו כיון שלא יצא שם איסור עולמת ה"נ בידו לחזור כשנותן טעם ולא יהא אסור מאז והלאה דלא חשוב חל עליה שם איסור רק אם בודאי נאסר אבל אם הדבר מסופק לא חשוב שם איסור ולכן אלהבא דאפשר יעשה השוחט תשובה לא חל שם איסור.

ועיין בקו"א לש"ע התניא ס"ס א' לתרץ קושית המל"מ מפ"ד דכתובות דמי שאמר בב"ד על עדים שחתמו שקר פ"א שוב אין עדותן מועיל לו לעולם ולא אמרינן שאין מוחלטין לפסול עולמות כמ"ש מהרי"ק דשאני דיני ממונות דהודאות בע"ד כמ"ע דמי וא"י לחזור בו לעולם משא"כ באו"ה שאינו נאמן אפילו על עצמו כשני עדים אלא דלא יכול לחזור בי משום דשוי' על נפשיה חתיכה דאיסורא שאדם יכול לאסור על עצמו דברים המותרים כמ"ש כנה"ג הלכך בשוחט דאינו פסול עולמת אם חוזר בתשובה לכן גם העד יכול לחזור את"ד ולפימ"ש בסימן ל"ד דגם הא בשאח"ד משום הודאות בע"ד כמ"ע דמי ה"נ הוי כמו דאומר על עדים שחתמו שקר ולזה האריך הרמב"ם שם בפח"י מהא"ב וכתב שהרי הודה שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית חתיכה דאסורה לומר דגם כאן חשוב הודאות בע"ד כמ"ע.

ובגוף דברי מהרי"ק י"ל דס"ל באיסור לאו משום נאמנות והודאה אמרינן שאח"ד רק דהוי כאסר על עצמו איסור בקונם וכאשר כתב מהר"י באסן וכנה"ג והתניא אך הא לא

אמר בפירש דאוסר את עצמו רק מכח הוכחה אמרינן דאסר על עצמו ואסור מדין ידות נדרים אף דלא אמר בלשון מדוקדק לאסור על עצמו וכמ"ש הר"ן בפירושו לנדרים דף ב' ע"ב בשם רמב"ן בהוציא נדר בלשון שבועה או שבועה בלשון נדר ועוד הא צריך לומר קונם או לתפוס בדבר הנדור וכשאומר רק שאוסר עליו אינו נדר רק מתורת יד דאנן גמרינן דבריו כאלו אמר קונם או כקרבן וכמ"ש ר"ן בשבועות דף כ"ף וריטב"א ותוס' פ"ק דנדרים בד"ה שאני והרא"ש בפסקיו פ"ק דנדרים והנה ר"ט ס"ל דצריך הפלאה בנזירות דהיינו שיהא האיסור ברור בשעה שנודר לא כשהדבר מסופק ומתברר אח"כ ורבנן ס"ל דא"צ הפלאה וכתבו תוס' בסנהדרין דף כ"ה דלרבנן חייל משום יד והבאתי בחידושי ליו"ד סימן ר"ה מהריטב"א פ"ב דנדרים דיד ליד לא אמרינן עיי"ש וא"כ לענין פסול השוחט להבא דאינו רק על ספק אם לא יחזור בתשובה לא חל האיסור רק משום יד וכיון דלא נדר בפירש ובקונם רק יד ליד לכן לא אמרינן שאח"ד משא"כ בממון דמשום הודאה באנו עליו ולא משום קונם ומ"מ פשטות לשון מהרי"ק כיון דיש תקנה בתשובה ואינו פסול ברור לעולם לא חל עליו שם איסור.

סי"ד נאסרת עליו כתב ב"ש ס"ק כ"ח אא"כ קידש ובעל לאלתר דקי"ל פנויה שזנתה אם נשאת לכהן ל"ת וב"מ כתב כשיש לחוש שנבעלה לפסול לה דינה חרוץ דבמכחשת דהיא כאלמת דתצא א"ל שיש שני רובים להכשיר כדלקמן סי"ח וה"נ הוי ממש כראוה שנבעלה את"ד ואינו לפימ"ש הרא"ה בבד"ה בבית ד' שער שני דבאיסורא דרבנן גבי אשה אין ראוי להאמינו על פיו לאוסרה עליו וא"כ הרי הא דצריך תרי רובא אינו מדינא רק משום דמעלה עשו ביוחסין וכדאיתא בפרק קמא דכתובות דט"ו וגם בשא"י אם רוב פסולים אצלה מן התורה יש לאוקמה אחזקת היתר שהיתה מותרת לכהן וחזקת אשה מזנה בודקת ומזנה ועתוס' פ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב בד"ה השבתני ושו"ת הרא"ש סימן פ"ב דטעמא דר"ג דנאמנת וקי"ל הכי משום דאשה מזנה בודקת ומזנה א"נ משום דאמרינן אוקי איתתא אחזקתיה והיא בחזקת כשרות עד היום הזה עיי"ש וא"כ גם באינה אומרת לכשר נבעלתי ומכחשת שלא מצא פ"פ לא אבדה הני תרי חזקות ורק מדרבנן חיישינן וגבי אשה להוציאה מבעלה אין ראוי להאמינו ולפימ"ש ב"ש לעיל סימן ד' ס"ק מ"ד דלא אמרינן מעכו"ם נתעברה א"כ סתמא רוב כשרים אצלה דפסולים וקרובים מיעוטא נינהו.

והנה לעיל כתבתי בישוב הב"ש ס"ק כ"ז דכיון שניסת הוי כהוציאה האמתלא מפיה והבאתי מיו"ד סימן קפ"ה ראיה ואח"כ מצאתי שכ"כ האב"מ לקמן סי"ח בישוב קושית הב"מ על הצ"צ שכתב בסימן פ"ב באלמנה שניסת לכהן תוך ה' חדשים ולד קיימא וחי

ל"י דודאי זינתה טרם שניסת והודית שזינתה עם בעל אחותה די"ל דזינתה עם כשר רק דענ"ב לכן אומרת עכשיו דזינתה עם פסול לה והקשה ב"מ כיון דאינה טוענת ברי לכשר נבעלתי אפילו ר"כ אצלה תצא כדלקמן סח"י ותירץ האב"מ כיון דניסת לכהן הוי כאמרה לכשר נבעלתי וכההיא דרמ"א ביו"ד סימן קפ"ה והרד"ך בית חית בשבוי' שניסת הוי כאמרה טהורה אני ואלמת גרע עיי"ש ולכאורה אינה ראיה בשלמא הא דיו"ד עדיין לא עבדה איסור בודאי וכן שבויה אפילו נבעלה הוי באונס משא"כ הך דצ"צ אף דהיתה פנויה מ"מ סתמא נדה היתה כמ"ש הרא"ש הובא בב"י לקמן ס"ס כ"ב ובטוש"ע סימן כ"ו א"כ חשודה לא"ד ולחמור דנדה בכרת שוב אינה נאמנת לקל וא"כ ליכא ראיה מדניסת לכהן דלא היתה עושה איסור ומ"ש רמ"א ביו"ד סימן ב' ס"ב דטבח שהוציא טרפה מת"י פ"א לא נעשה חשוד חולק עליו הש"ך וצ"ע מה מהני ברי שלה ובפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב אמרו זהו עדות שאשה כשרה לה ולמה הא החשוד עה"ד לא מעידו ועכ"פ שא"ה דטוענת ברי אבל לסמוך על סתם דלא עבדה איסור א"א כיון דחשודה על חמור ונראה לפי מ"ש הר"ן בפ' יוה"כ ובש"ע א"ח סימן שכ"ח סי"ד דחולה שיב"ס וצריך בשר שוחטים לו ואין אומרים נאכילנו נבלה אף דמלאכה בשבת איסור סקילה ונבלה רק מלקות וגם אפשר להאכילו חצי זית משום דצריך לאכול הרבה פעמים חמור מלאו אחד דשבת עיי"ש במג"א וא"כ ה"נ נהי דעבדה איסור פ"א מ"מ כשניסת לכהן הרי תשב כל ימיה תחתיו באיסור זה חמיר והחשוד על הקל אינו חשוד על החמור ולפ"ז מיושב דברי הב"ש גם כאן כיון שניסת לכהן הוי כאמרה לכשר נבעלתי דל"ת אפילו ברוב פסולים אצלה כדלקמן סי"ז תדע דאלת"ה איך פסקו כה"פ כר"ג דנאמנת הא אישתני דבזה"ז בושה לטבול כשאין לה בעל וסתמא נדה היא דלית לן טהרות משא"כ בזמן ר"ג דהיה להם טהרות וכן משמע להדיא משו"ת הרא"ש כלל ל"ב דין ט"ז שכתב סתם פנויות בזה"ז בחזקת נדותיהם כיון דאין להם בעל למה יטבלו עיי"ש וא"כ נימא דלא סמך ר"ג אברי דידה רק היכא דלא אבדה נאמנותה באיסור נדה אע"כ כמ"ש דחמירי לעשות איסור לאו בתמידית מלעשות איסור באקראי לכן גם עכשיו לא אבדה נאמנותה ולפ"ז נסתר מחמתו ג"כ מ"ש הב"מ כאן בד"ה שמא עמ"ש החמ"ח בסימן ס"ח סק"ח דבזה"ז דמקדשין תחת החופה ועד בעילתה אין הכלה מתיחדת עם שום אדם דודאי זינתה כשהיתה פנויה מותרת לבעלה כהן וכתב הב"מ הא כיון דמכחשת אינה טוענת ברי לכשר נבעלה ואז אפילו ליכא בעיר רק קא"פ אחד תצא ונפל פיתא בבירא ולפימ"ש הדין של חמ"ח דין אמת אפילו בר"פ אצלה ודברי הרד"ך הובא גם כן לקמן סימן זיי"ן ס"ו בב"ש ס"ק י"א.

ב"ש ס"ק כ"ט שמא קודם קידושין ולא אמרינן אוקמוה אחזקתה וכל זה קושית התוספת וס"ל דמחמת חזקה מותר וב"מ הביא מחולין דף קל"ד בספק חלה דהוי איסורא לא מוקמינן אחזקה ופרמ"ג בפתיחה לה"ט כתב דהתם עון מיתה כדפרש"י שם וב"מ תפס עליו דביבמות דף קי"ט אמר מ"ל איסור לאו מ"ל איסור כרת עיי"ש ונראה דמבואר בפרמ"ג שם דוקא משום הפסד ממון מותר בספק לאו וא"כ ביבמות שם לענין שספק זקוקה תנשא לשוק נהי דגבה הוי הפסד אבל אחר למה יכניס עצמו לספק לישאינה וזה מדויק ברש"י ביבמות שם דכתב בד"ה מ"ל איסור לאו דשמא איסורא דאורייתא ממש קעביד עכ"ל ולמה לא נקיט בדידה והל"ל קעבדה דהא המשנה קתני היה לה חמות אינה חוששת ועלה קאי הש"ס הכל בדידה והא דבפרק הערל דף פ"ב פריך על רבא דמחלק לענין ספק בין איסור לאו בין איסור כרת והא רבא אמר כל בדאורייתא ל"ש איסור לאו ל"ש א"כ י"ל דלהכי סיים קשיא דכללא הוא דיש תירץ ומשום דשאני לענין ספק איסור חתיכה דיש הפסד ממון ומ"ש הפמ"ג דספק בקידושין דהוה ספק א"א דבמיתה לכן לחומרא היינו דאם כבר קידש ספק א"א מוציאין אותה ממנו אף דקניינו הוא ועמ"ש בחידושי ליו"ד סימן ל"א.

עוי"ל דס"ל לרש"י הא דקתני ספק חלה חייב היינו ליתנה לכהן ועיין שעה"מ פ"ט מהלכות מעשר מה שהביא מרש"י בסוטה פרק ע"ע דף מ"ח וא"כ כמו דיש חשש איסור להגר יש ספק איסור גזל לכהן וכמ"ש מהר"י באסאן דלהכי כל ספק גזל הממע"ה ואף דהוי ספק איסור גזל ול"ל דלגבי בעל העיסה איכא תרתי ספק גזל וספק איסור חלה דהא בר"ן ר"פ הזרוע כתב דמת"כ ליכא בו משום גזל כיון דהוי ממון שאל"ת אין בהם דין ממון רק משום מצות נתינה ולכן פירש"י דספק חלה הוי ספק עון מיתה משא"כ לגבי הכהן ולפ"ז בעלמא שפיר י"ל גם בספק איסור לאו אסור ונראה הוכחה דהא דקתני בספק חלה חייב היינו ליתנה לכהן בחנם דאל"כ מה פריך אביי היה לו פרה קתני הממע"ה וגבי חלה חייב נימא בשלמא להוציא ממון מחזקתו דאלים חזקת ממון אפילו ברוב אין מוציאין לכן הממע"ה משא"כ חיוב דחלה אינו רק להפריש וימכרנה לכהן ועוד בשלמא בחלה אם מוכרה לכהן בזול ליכא רק הפסד מועט כדאיתא בגיטין דף כ"ג משא"כ במתנות הפרה דאין בהן קדושה וא"ת שמחויב ליתן לכהן הוי הפס"מ ואביי ס"ל בספ"ק דפסחים דף כ"ף להפס"מ חששו להפסד מועט לא חששו.

ומה שפרש"י בקרבן אשתו דספק איסור כרת הוא אף דחטאת יולדת הבאה על הספק אינה נאכלת משום דאל"ה לא היו מקריבין חולין בעזרה וכמ"ש הרמב"ם בפי"א משגגות ד"ב ועיין ריט"א בהלכות חלה דכ"ז ע"ב ומה שפרש"י דספק בהמה טהורה לחומרא

משום דספק כרת לשוחטו בחוץ אף דאינו נותנו לכהן משום דר"ח אמורא הוא ומיירי גם בזה"ז דאין חיוב משחוטי חוץ בח"ל רק כיון דבא"י ובזמן המקדש יש איסור כרת גזרו גם בח"ל וכמ"ש בחידושי ליו"ד סימן נו"ן.

סי"ז היא ובתה מותרת לכהן בד"א וכ' בשו"ת רמ"א סכ"ד יש תשובה מאחד וכתב דלפוסקים שגם האם בעיא תרי רובא לכתחלה כ"ש הבת דבעיא תרי רובא דל"ל חז"כ ועיי"ש ולע"ד אינו כ"ש דהא מה דצריך באם תרי רובא דגזרו משום דיש דאיהי אזלא לגבייהו והוי קבוע כדאיתא בפ"ק דכתובות דט"ו וז"ד שייך בה דנפסלה בהעראה אבל הבת לעולם חשוב פירש דדנין על זרע הנפרש מימי הוא וכמ"ש לעיל סימן ד' סל"א ונהי דהיכא דדנין על האם ומצריכין תרי רובא א"א להתיר הבת לכהונה לכתחלה כיון דלגבי האם חשבינן קבוע וכמ"ש טו"ז. ביו"ד סימן ק"י ס"ה סק"ה כה"ג לענין חהר"ל ונראה הטעם דלא ליתחזי מילי דרבנן כי חוכא כדאיתא כה"ג ס"פ הדר ובשו"ת מהרי"ל סימן קנ"א אבל בגרושה שנתעברה ורוב כשרים אצלה דלא נ"מ כלל לגבה לענין להנשא לכהן ומ"ש בקה"י הובא בפ"ת לעיל סימן ד' ס"ק מ"א דמ"מ יש גם עליה ספק אם היא אסורה לכהן גם משום זונה דהא לוקין עליה גם משום זונה עיי"ש לא נ"ל דהא מדינא יש לדון על הולד בפ"ע רק משום דלא ליהוי תרתי דסתרי ומילי דרבנן כחוכא א"כ בגרושה דבלא"ה אסורה לכהן לא ניכר שום סתירה ומפרט דמה דאצרכוה תרי רובא הוא רק משום גזרה ובגרושה אין מקום לגזור כיון דבלא"ה אסורה לכהן ואין כאן אפילו איסור דרבנן משום זונה וכה"ג כתבו טו"ז וש"ך יו"ד בסימן פ"ז וגם אין ראיה לאיסור מפירש המשניות ריש כתובות וברטנורה משנה טי"ת הובא בב"מ כאן דכתבו דאם ליכא תרי רובא היא ובתה אסורה לכהן דהתם דדנין גם על האם לכן גם בתה כאמה ולפ"ז מ"ש הב"ש בספ"ק ל"א אם היא גרושה אז שייך בולד ג"כ תחלה ודיעבד כי שמא כהן בא עליה והולד חלל עכ"ל אינו מוכרח כיון דרובה לאו כהנים י"ל לגבי הולד כל דפריש מר"פ דלגבי הולד ליכא למגזר משום דאזלה היא לגבייהו ואצל האם ל"ש הגזרה לענין פסול כהונה ובשו"ת רעק"א סימן צ"א הקשה על הב"ש מ"ש בפשיטות דבגרושה לא תצא הבת בדיעבד הא מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה משום דאהני חזקת האם לבתה כמ"ש תוס' וכה"פ וזהו שייך אם הנ"מ גם על האם משא"כ בגרושה ובת ישראל דליכא גבה ענין הכשר ופסלוה לכהונה עיי"ש ולפימ"ש לעיל בשם קה"י לק"מ דמוקמינן האם בחזקת שלא נבעלה לפסול לה ולא נעשית זונה אף דבלאה"נ פסולה לכהונה משום גרושה מ"מ לא היתה אסורה משום זונה ואף דאין איסור חע"א מ"מ נ"מ לקברו בין רשעים גמורים

דהאיסור ישנו רק לא לקי משום שתי רשעות כמ"ש פרמ"ג בכלל אאחע"א ועיין ב"ש לעיל ס"ק מ"ז.

ב"ש סקל"א כשידוע שזנתה עם כשר אלא, דיש חשש שזינתה עם אחרים ג"כ ואיכא חד רוב כשרים ומותרת ודג"מ השיגו דבלאו רוב האיכא ס"ס ונראה לפימ"ש ב"מ ביו"ד סימן קכ"ב דלא מצא בש"ס ס"ס דשרי לכתחלה א"כ לגבי הכהן הוי לכתחלה דהרבה נשים מצויות לו זולתה ואפילו לחרש דיותר מהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא כדאיתא ביבמות דף קי"ג ואיתתא בכ"ד ניחא לה דטב למיתב ט"ד ואי משום לתא דידה דאפשר לא יזדמן לה אחר ישראל וכמ"ש ת"י בכתובות דף כ"ב דאין בידה להנשא דשמא לא תמצא מי שירצה לישאנה מ"מ היא דאפסדה אנפשה דזינתה ועשתה הס"ס בידים לכן צריך גם רוב ואאת"ל רוב לא עדיף מס"ס מ"מ עם ס"ס הוי כמיעוטא דמיעוטא ול"ח כלל.

סי"ח שכל קבוע כתב ב"ש ס"ק כ"ג דמשמע מכל הפוסקים כשהיא במקום זה ונתעברה ואיכא במקום זה תרי רובא ל"ח שמא זנתה במק"א אשר אין שם תרי רובי אע"ג דכאן הוי דבר דניידי דהולכת תמיד עכ"ד וקשה הא קי"ל הגודרת אין להם חזקה ולא אמרינן כנכ"ה וב"מ ג"כ גמגם עמ"ש בסי"ג ס"ק ל"א כשיש לישראלים שכונה בפ"ע ואין דרך עכו"ם מפסיק הוי כעיר בפ"ע כמ"ש בת"ה וביו"ד סימן קכ"ט דהא כיון דיש א"י באותו עיר בכל יום רגל בתולת ישראל מצוי שם לקנות כל חפצם עיי"ש ולע"ד דודאי רוב הזמן היא בביתה ושכונתה וכשהספק באיזה זמן זנתה אמרינן ברוב הזמן וכדאמרינן בזבחים דף ע"ד איסורא ברובא איתא ומה דאיתא התם בדף ע"ד ע"ב בחביות סתומות דלא מקילין משום איסורא ברובא איתא ה"ט משום דנתנו חכז"ל לדבר חשוב דין קבוע אף דאינו ניכר האיסור ואף דכתב מג"א בריש סימן שד"מ בא"י איזה יום היא לא תלינן ברוב ימי החול משום דהוי קבוע שא"ה דלכ"ע ניכר איזה יום היא וכמ"ש בפרמ"ג שם משא"כ הכא עתה שנולד הספק אין ניכר לשום אדם זולתה והבועל באיזה זמן אירע הזנות ועוד בלא"ה אין דברי מג"א מוכרחים שם דלקושיתו יש תירץ אחר כמ"ש בפרמ"ג שם וא"כ י"ל כיון דקבוע חידוש הוא וכמ"ש הר"ן בפג"ה דף צ"ה וש"ך יו"ד סימן ק"י סקי"ד וכ"ג וא"כ י"ל אין לך בו אלא חידושו דהמיעוט עומד בעין הוי קבוע משא"כ הזמן אינו עומד דהעבר אין והעתידי עדיין ולפימ"ש השעה"מ בסוף הלכות מגילה בשם לשון למודים בלאה"נ נ"ח קבוע ועיין חו"ד סימן ק"י ביאורים סק"ו.

ומה שהקשה הב"מ דא"כ ביתה נמי תהא בשכונה מיוחדת ובפרק האומר דף ע"ג אמר דלמא אזלה איהו לגבייהו וה"ל קבוע הא כל השוכנים בבית אחד הם קבועים ול"ח ניידים אף מחדר לחדר שבתוך הבית וא"כ תמיד הוי קבוע אפילו ברוב כשרים עיי"ש

באמת דעת נוב"ת סימן כ"ח ליחשב בני הבית לחד רובא וקושית הב"מ נ"ל לפימ"ש ח"ס יו"ד סימן צ"ט דבני החגר חשובים קבועים אף דניידי באותו חצר דאטו לא ינוד ולא ינוע שום אדם ממקומו בשום רגע הלא כל החצר הוא קביעתו ולא מיקרי פריש שיפרשו דרך פרישה עיי"ש וא"כ זה ודאי אין מטתה של הזונה מקום קביעתו ואין זה הדרך וכשאזל לשכב עמה חשוב פירש מקביעתו וכ"כ בינת אדם בשער הקבוע ס"ח וסימן טי"ת דדוקא דבר שדרכו בכך חשוב קבוע אף דנייד.

אך לע"ד אין לעשות בני הבית לרוב דהם ידועים לנו בפרטות ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן ויש להם חזקת כשרות דרוב ישראל כשרים רק כשתולין באנשים שאינם ידועים שפיר י"ל כמה פריצים איכא בעלמא וכמ"ש תוס' והרא"ש בפרק כל הנשבעין סוף סימן ה' לענין אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזיקינן ולפ"ז מיושב נמי קושית הב"מ מעובדא דארוס בפ"ק דכתובות די"ג דמסתמא בבית אביה נתעברה וכן הועתק בש"ע לעיל סימן ד' סעיף ז"ך ונימא לגבי הארוס דודאי מן אנשי הבית ויוחשב הכל פסולים אצלה דומיא דשכונה שדן עליו הב"ש ולפימ"ש אין חוששין לאנשי ביתה הידועים לנו ובלא"ה אנשי ביתה הקרובים לה אביה ואחיה דמותרת להתיחד עמהם בלא"ה אין לתלות בהם ועיין לקמן סימן כ"ב ס"ה בהג"ה דאפילו לגבי פנויה סתם אנשים כשרים וצ"ע דא"כ שכונה נמי סתמא ידועים מי המה.

ונראה דיש ראיה דאמרינן כנכ"ה וא"צ לאמירתה כלל מחגיגה סוף דף י"ד דבעו מב"ז בתולה שנתעברה והו לכ"ג וכתבו תוס' דאתיא נמי אליבא דר"י ותמה שעה"מ ספי"ז מהא"ב דניחש שנבעלה לנתין ולממזר ולפ"ד הב"ש משכחת דמקום שנתעברה כולם כשרים ואמרינן כנכ"ה וזה שדייק ר"י לא מפיה אנו חיין אלא חוששין שמא נבעלה לנתין ולממזר דדוקא אם צריכין לנאמנותה אבל אם כל המקום כשרים מודה ר' יהושע דאין לחוש למק"א אפילו בלא אמירתה.

וסתמא כמי שא"י מי הלך למי תנשא לכתחלה נראה הטעם לפימ"ש בשו"ת הרשב"א סימן תקפ"ז דיצרו של איש גדול משל אשה ואיש דרכו לחזר ואין דרכה של אשה לחזר.

הלכות אישות

סימן ז

ס"א שבויה שנשבית כתב הטו"ז מעשה שנשבית ופדאוה ונשאת לישראל ונמצאת בתולה ואמר דפסולה לכהן אם תתאלמן דחיישינן שמא הערה בה השבאי והובא בב"ש כאן ונוב"ת סימן כ"ט כתב דל"ח לזה דאם היה בא עליה היה גומר ביאתו ותמוה לי

הא מבואר בסנהדרין פ"ח ע"ג ב' דהעראה זו הכנסת עטרה ואז מוציא בתולים עיי"ש פרש"י וכן קי"ל כדאיתא ברמב"ם פ"א מהא"ב ולעיל סימן וא"ו ס"ט שכתב משהערה בה נמי כונתו הכנסת עטרה ויותר הל"ל שמא בא עליה שלא כדרכה דנפסלה כדלעיל סימן וא"ו שם ולקמן סימן כ"ף ואפשר דאומר שמצאה בתולה בשתי המשכבות דהא ביבמות פרק הבע"י דף נ"ט דרש בבתולה עד שיהיו כל בתוליה קיימין בין בכדרכה בין שלא כדרכה פרש"י שתהא בבתוליה שלא אבדה מהם כלום ע"י בעילה בין כדרכה בין שלא כדרכה ואף דשם ע"ב אמר וכ"ת אמוכת עץ שלכ"ד ג"כ אין לך אשה שכשרה לכהונה שלא נעשית מוכ"ע ע"י צרור צ"ל דמ"מ ניכר שלא אבדה בתוליה ע"י בעילה שלכ"ד וכדס"ל לר"ח בתוס' פ"ק דכתובות דף טית בד"ה האומר דמוכ"ע אין פתחן פתוח ויכול לטעון טענת פ"פ מצאתי ה"נ י"ל גם בשלכ"ד בתולה מצאתיה אבל אם הערה בה אבדה בתוליה וכמ"ש וכן הוא ברש"י פ"ק דקידושין דף יו"ד בד"ה אי נמי ואף דכתב הנו"ב דלא נ"מ דאשתו כגופו ואינו נאמן להעיד עליה היינו בגדולה אבל קטנה יתומה משכחת דנשאת וממאנת דמותרת לכהן אם לא נבעלה לפסול כדאיתא בפ' הבע"י דף נ"ט ע"ב ויכול להעיד עליה אחר מיאון עכ"פ וקודם מיאון צ"ע בנשאת לישראל דאצלו אין נ"מ כיון דלית לו בה קידושין מן התורה וגם מדרבנן יכולה למאן אם בהא נמי נימא אשתו כגופו.

והנה מה שכתב הנו"ב דל"ח להעראה דאם בא עליה היה גומר ביאהו י"ל עפימ"ש נמ"י בפחז"ה גבי הא דאמר מי איכא סהדי דדר בו המוכר חד יומא דבלא סהדי לא מהימן במגו דממך לקחתיה דלא מפיו אנו חיין שנאמין לדבריו כ"כ משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו עיי"ש דה"נ אנו צריכין להאמין לו שמצאה בתולה ועדיין יש ספק שמא רק הערה בה ונצטרך לברר אותו ספק מדעתינו לומר דסברא שגמר ביאתו.

והנה לכאורה י"ל מה שהקשתי על הטו"ז לפימ"ש המל"מ פי"ז מהא"ב מהתוס' חגיגה דף י"ד אהא דשאני שמואל דרב גיבריה דרק כשגומר ביאתו ודאי שאר אינשי משירין הבתולים אבל בהעראה אפשר יזדמן גם לשאר אינשי שלא ישירו הבתולים אף דהכניס עטרה אך המעיין באס"ז דף וא"ו ע"ב בכתובות יראה דכל הראשונים לא מחלקי כהתוס' ומתרצים קושית התוס' באופן אחר ובחידושי ר"ן ר"פ התינוקת דף ס"ד ע"ב כתב דקי"ל דבועל בעילת מצוה ופורש אף דלא מצא דם כיון שרוב נשים יש להם בתולים חוששין שמא ראתה טפה כחרדל ונאבד או חפהו ש"ז ולא תלינן במילתא דלא שכיחא דבהטיה בעל וכן דעת הגאונים ז"ל עכ"ל ואם כן בישראל כ"ש בגוים דפרוצים בעריות וכמ"ש הנו"ב דבגוים סברא דגמר ביאהו ואף שכתבתי לארץ משים דלא מפיו אנו חיין להאמינו

כ"כ עד שנצטרך לברר עוד ספק אחד מדעתינו מ"מ כאן הוי תרי לא שכיחא חדא דגוים פרוצים וסברא דגמר ביאתו ועוד כיון דהעראה רק בהכנסת עטרה הרי משיר הבתולים וצ"ל שמא רק הטה ורק הערה ולמיעוטא דמיעוטא ודאי ל"ח.

שו"ר בתשב"ץ ח"ג סימן קע"ח דאם נשבית ואח"כ באה ליד ישראל ובעלה ומצאה בתולה כשרה לכהונה דל"ח לשלא כדרכה שאין דרך שבאי להניח בעילת בתולה כדרכה ולבעול שלכ"ד והובא באב"מ כאן ולדידי צ"ע מכח מה שהבאתי מהנמ"י הנ"ל דגם כשיש לו מגו מפיו אנו חיין להאמין לו כ"כ עד שנצטרך לברר עוד ספק אחד הדעתינו כ"ש כאן דאין לו מגו דכפי הנראה מגו עדיף מע"א דהא נאמן במגו נגד ע"א כמבואר בתומת ישרים הובא בכנה"ג בכ"מ אות קל"ו ובתומים אות פ"ו ואף דנשבית אינו ודאי שנבעלה מ"מ בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב אמרו לזו שיש עדים שנבעלה כיון דהשבית ורוב נכרים פרוצים בעריות אנו עדים שנבעלה אבל סברת התשב"ץ לא נאמר בגמרא ועוד די"ל השבאי רצה למוכרה ובתולה שוה יותר כדאיתא בפ"ג דכתובות דף מ"ס ע"ב לכן שמר בתוליה בכדרכה ובא עליה שלכ"ד.

שו"ר בכנה"ג בהגה"ט וז"ל אות ה' אפילו בדקוה אנשים בדיקה מעליא ונמצאת בתולה אסורה לכהן דחיישינן להטיה או להעראה או לבעילה שלכ"ד ואם נשאת ל"ת הר"ם אלשקאר סימן צ"ה הרי דחייש לשלכ"ד אך תמוה מ"ש דחיישינן להטייה או להעראה והא הטייה בגמר ביאתו מבואר בחגיגה י"ד דלשמואל לא חיישינן ומ"ש או להעראה דהיינו בלא הטייה והא אין העראה פוסלת רק בהכנסת עטרה ואז בודאי כשלא הטה משיר בתוליה וכמ"ש לעיל ובאות וא"ו כתב כנה"ג שבויה שנשאת לכהן ונתאלמנה אעפ"י שהראשון בעל ומצא בתולים אין הכהן יכול לישא אותה שמא השבאי בעל בהטייה מהר"ם אלשקאר עיי"ש ולא ידענא למה נקט דראשון היה כהן ועוד כיון דכהן אסור לישא שבויה הרי חשוד עה"ד ואינו מעיד ואפשר נהי דחשוד על ספק מ"מ לא חשוד על הודאי ועוד דחשיד על פ"א לא חשיד על איסור בתמידית וי"ל כשנשאה היה דעתו אם ימצאנה בעילה יגרשה אך עדיין י"ל שמא עיניו נתן בה כדלקמן ס"ג ואף דכבר נשאה אמר כן כדי שלא יצטרך להוציאה ולא יאמרו עליו שהוא רשע ול"ד למ"ש חמ"ח וב"ש בס"ג דכהן שמעיד על השבויה דלא ישאנה הוא אבל אחר ישאנה דהתם רק חשש אם ישאנה שמא כונתו מתחלה לכך משא"כ כאן נוגע גמור מלבד הטעם דאשתו כגופו וגם לאחר ל"מ עדותו כמ"ש בנוב"ת סימן כ"ט ועיין לקמן ס"ו בחמ"ח סק"ח וב"ש סקי"א.

ס"ב מסל"ת בשו"ת רא"ש כלל"ב כתב דהגאון יליף מק"ו אם במת בעלה איסור כרת התרת ע"י גוי מסל"ת ק"ו איסור לאו דזונה ותמה הרא"ש דהק"ו פריכא דהיא עצמה

תוכיח דנאמנת לומר מת בעלי וא"נ לומר טהורה אני ונ"ל דביבמות דף צ"ד אמר רבא עד אחד נאמן ביבמה מק"ו לאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא כ"ש א"ל ההוא מרבנן לרבא היא עצמה תוכיח דלאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא התרת ופסק הרא"ש כההוא מרבנן אבל הגאונים ורי"ף ורמב"ם פסקו כרבא וכתב הרי"ף דההוא דחיאתא לאו דחיה הוא ולא ביאר למה ונראה שהוא מטעם שכתב הרמב"ם פ"ג מיבום הי"א אעפ"י שהאשה נאמנת לומר מת בעלי ותנשא או תתיבם אין היבמה נאמנת לומר מת יבמי שתנשא לזר הואיל והיא איסור לאו שמא יהא קל בעיניה עכ"ל וס"ל לרבא וגאונים דפסקי כותיה דחילוק זה אינה רק גבי דידה דמשום תאותה מקילה לעצמה באיסור קל אבל בעד חזקה אין אדם חוטא ולא לו משא"כ לענין גוי מסל"ת ליכא למימר החילוק זה כלל לכן שפיר יליף הגאון לגוי מסל"ת לענין שבויה מק"ו.

ועוד הא גזלן פסול על עדות אשה שמת בעלה ועכצ"ל דחשוד לשקר אף דעל"ג וכ"כ ב"מ לקמן סי"ז ס"ג והביא מפרש"י ספ"ק דר"ה כיון דחצוף לגזול ישקר גם בעל"ג וא"כ הא סתם עכו"ם גזלנא ננהו כדאיתא בר"פ לולב הגזל ועכצ"ל דהא דעכו"ם וגזלן דמהימני במסל"ת לאו משום דעל"ג א"כ שפיר יליף הגאון בק"ו באיסור כרת התרת כ"ש באיסור לאו דל"ל היא עצמה תוכיח דבשלמא במת בעלה נאמנת משום דעל"ג דשמא יבא ועמוד חי לפנינו אבל בטהורה אני אינו על"ג ועיקר הטעם בעגונה משום דעל"ג לא משקרי כמ"ש הרמב"ם בפי"ב מה"ג אבל בגוי מסל"ת דאין הטעם משום דעל"ג יש ק"ו.

ועוד אפשר הא דמלתא דעל"ג לא משקרי י"ל דוקא כשיודע שיש נ"מ בעדותו וסומכין עליו ירא שאם יתברר שקרו יתפס בשקרן להרע או להטיב משא"כ מסל"ת דעיקר מסל"ת שלא ידע שסומכין עליו באו"ה כדאיתא ביו"ד ריש סימן צ"ח ואינו יודע שאו"ה תלוי בזה כדאיתא ביו"ד סימן ס"ט בטו"ז ס"ק כ"ג ובש"ך שם וכן משמע מלשון הרמב"ם בסוף הלכות גירושין דדוקא בעד המעיד אינו משקר בעל"ג אבל מסל"ת אינו מעיד וא"כ ל"ל היא עצמה תוכיח דמת בעלה נאמנת משום דעל"ג משא"כ טהורה אני אבל גוי מסל"ת לאו משום דעל"ג נאמן שפיר יש ק"ו.

ועדיין צל"ע איך יליף הגאון מק"ו הא בעדות מיתת הבעל יש סברא דאשה דייקא ומנסבא כדאיתא ביבמות ר"פ הא"ר ובדף צ"ד ונראה דס"ל דכלפי שהקשה הש"ס בר"פ הא"ר דאיך נאמן ע"א כיון דאיתחזיק איסורא דא"א לזה משני מתוך חומר שהחמרת עליה דייקא ומנסבא וסברא זאת מרעא לחזקת א"א והוי רק ספק השקול אבל לא עדיף מחזקת א"א וחזקת חי דבעל.

וה"נ בשבויה דלית לה חזקת נהי דאיתא בר"ק דכתובות דף י"ג ע"ב דרוב עכו"ם פרוצין בעריות מ"מ אינה רק ספק נטמאת וכמבואר ברמב"ם פח"י מהא"ב הי"ז הואיל ואיסור כל הספקות כולן מד"ס לפיכך הקילו בשבויה וכן פרש"י בב"ק דף קי"ד ע"ב בשבויה הקילו דספקא בעלמא הוא ובכתובות כ"ז ע"ב איתא הכא ודאי איטמי בתמיה חששא הוא ובפ"ק דקידושין דף י"ב ע"ב איתא דמנולא נפשה כלפי שבוית ופירשו תוס' בכתובות דף כ"ג בד"ה עדי ולא שכיח כולה האי דנטמאה לפ"ז צ"ל הא דרוב עכו"ם פרוצין בעריות אינו רוב גמור להחזיקה בטמאה רק לולא זה הוי מוקמינן לה בחזקת טהורה ככל ספקות רק נמי רוב זה מרעא לחזקתה ונשאר ספק השקול וא"כ שפיר יש ק"ו דאם בספק מיתה מועיל עכו"ם מסל"ת בספק השקול כ"ש בשבויה דאיסור לאו וג"כ רק ספק השקול.

ובכנס"י שאלה נ"ח כתב כמו דשמע מקונטרומוסין איש פלוני נהרג אל תשא אשתו דל"מ מסל"ת במילתא דשייכי בה וה"נ מתפאר דלא חשודי על הזנות עיי"ש ונראה דברש"י פרק כל הגט כ"ח ב' פירש שמתפארים שהרגו בדין ואיתא בב"מ פא"נ דף ע"א עברי צניע לה כנעני פרוץ לה ופרש"י שאם תקלקל עם עברי לא יתפאר לגלות הדבר עיי"ש נמצא כנעני אדרבה תפארת לו לגלות ועכ"פ אינו מתפאר בהיפך דהכל יודעין שפרוצין בעריות

עו"כ הכנס"י דשותא דהגאון ל"י דלפ"ד מאי מקשה בב"ק קי"ד על ר"א ובדאורייתא לא והא מעשה בתינוק שנשבה וכו' דלמא הא דקאמר ר"א עדות אשה היינו נמי עדות שבויה נאמן מסל"ת וע"כ מדסתם ר"א עדות מסל"ת משמע גם עכו"ם דאינו נאמן בשבויה מזה הוכיח המקשה דר"א לא מיירי בשבויה עיי"ש ושותא דכנס"י ל"י דאת"ל דר"א קאמר דמסל"ת נאמן בשבויה יותר קשה הא שבויה דאורייתא ולמה בשאר דאורייתא אין מסל"ת נאמן לס"ד דלא ידע התירוץ דבשבויה הקילו אלא דלא הקשה כן מר"א גופא דדלמא לא מיירי בשבויה ובאס"ז בב"ק שם מפורש דהרמ"ה ס"ל דעכו"ם מסל"ת נאמן בשבויה.

ס"ג כהן וכ' עב"ש סק"ז ביש עדים שנשבית ויש לבעל ואשתו מגו דשתקו ולא אמרי שהוא כהן ולכאורה תליא בפלוגתא שבין הר"ש מקינון בכללי מגו שהובא בש"ך חו"מ סימן פ"ב אות י"ט והש"ך שם ובסימן מ"ו סל"ז ס"ק צ"ו דלהר"ש דמגו דאי בעי שתקי גם בתרי אמרינן משום דודאי יסכימו שניהם לשתוק ה"נ הוי מגו משא"כ להש"ך ור"ן ונ"י שהביא בסימן מ"ו ופנ"י בכתובות דף י"ח ע"ב דהא דנאמנים באומרים כת"י היא ואנוסים היינו משום דסגי שישתוק אחד ולא יאמר כת"י הוא דממילא גם כשלא יסכים

השני לא יתקיים בע"א א"כ אם הבעל או אשתו יאמרו שהוא כהן ע"כ לא יהיו מותרים לדור יחד כיון דיש עדים שנשבית תו הוי מגו בתרי אך לפימ"ש תוספות בקידושין דף מ"ג ע"ב בד"ה והשתא דבטענה שנפטרים בה מממון אמרינן מגו בתרי י"ל ה"נ דרוצים לדור יחד חשוב כהרווחת ממון.

וש"א בסימן ק"ו פקפק בהאי מגו די"ל דרוצה לומר שהוא כהן כדי שלא יפסול מלישא כפיו ולברך בתורה ראשון ובאמת כן דעת הפוסקים כדאיתא בש"ך בכ"מ אות כ"א אך נראה כיון דאם אינה ודאי טהורה נפסל מכהונה כדאיתא ס"פ אלו מומין דהנושא נשים בעברה פסול וכן הוא בש"ע א"ח סימן קכ"ח סעיף מ"ם מה תחוש דרוצה להיות כהן באיסור הא כיון שאינו מוחזק לכהן כל נאמנותו לומר שהוא כהן משום דלא חיישינן שיעשה איסור במה שאין לו הנאה כמ"ש ב"ש לעיל סימן ג' סק"ב א"כ ל"ל דרוצה לומר שהוא כהן כדי שישא כפיו ויברך ראשון אם אינו אמת דיודע שטהורה היא ול"ד להא דע"א אומר נתגרשה דאינו נאמן במגו דשתיק דחשדינן לו שרוצה לפסלה לכהונה כיון דאין עד אחד מהימן לומר על אשה שהוא גרושה ולפוסלה לכהונה אמרינן דרוצה לשקר בזה.

ס"ו או שנשאת לפני ב"ד ולא מיחו בה כתב הרד"ך בית חית אף שבעלה יודע שהיתה שבויה קודם שנשאת מאחר שלא היה ידוע לב"ד בעדים מותרת לו דמ"מ יש לה מגו שהיתה נשאת לאחר וכתב האב"מ דתליא במחלוקת רשב"א ור"י שבתוס' פחז"ה דף למ"ד שכתבו ובעובדא דהכא אי הוי מחזיק מייתי סהדי דדר בה המוכר חד יומא נראה לרשב"א דיש לאוקמי בידיה אע"ג דליכא מגו טענינן ללוקח שהיה המוכר נאמן לומר קניתי ממך במגו דאי בעי אמר לא היה שלך מעולם ואור"י דל"ד דהכא אם היה המוכר רוצה לזכות בטענה דלא היה שלך מעולם לא היה הלוקח מעכבה שהרי יודע הוא שהיתה שלו עכ"ל וא"כ ההד"ד הכא לדעת ר"י אין זה שיודע שהיתה שבויה מותר בה ואם היא נאמנת לכהן אחר אבל לזה שיודע שהיתה שבויה אינה נאמנת במגו ולדעת הרשב"א כיון דאית ליה מגו להמוכר ויכול למוכרו לאחר רשאי גם לוקח זה שיודע שהיתה שלו ללקחו ומשום דלא אכפת לן אם לזה אם לאחר עכ"ל האב"מ ולע"ד ל"ד נ"ד להתם דבטוחו"מ סימן קמ"ו סל"ד כתב טען המחזיק של אבותי היא והמערער ג"כ טען של אבותי היא ואין לאחד מהם ראיה הוי דינא כד"ג ותשאר ביד המחזיק ואם לא היתה ביד שום אחד מהם עד עתה כד"ג ופירש בפרישה כיון דדינא כד"ג מש"ה תשאר ביד המחזיק דכיון שזה דר בה לפנינו אין מוציאין אותה מידו וכמ"ש בסימן קל"ט דמי שגברה ידו תחלה אין מניחין השני להוציאו מידו בלא עדים ולפ"ז י"ל דדוקא אם עדיין

דר בה המחזיק משא"כ כאן דהוא ביד הלוקח והיאלא מעכבה ומניח למערער לירד בה אין מוציאין מהמערער.

ועוד הא בש"ך חו"מ סימן קל"ט הביא דר"י ס"ל בדינא דא"ג דאם חזר השני ותקפה אין מוציאין מידו א"כ כיון דלוקח לא יעכבה מלירד בה המערער אין מוציאין מידו א"כ ליכא עכשיו למוכר מגו נגד שום אדם למוכרה.

ואף דהיה למוכר מגו כשהודה בשעת מכירה שהיתה של המערער רק דזבנה מיניה וגם עכשיו אין ידיעה ללוקח דהיתה של המערער רק מכח הודאות המוכר מ"מ כיון שבשעת מכירה הודה שלא בפני ב"ד לא מהני המגו כמ"ש בשו"ת רא"ש כלל ל"ב ס"ב ואף דהש"ך בחו"מ סימן ע"ב סח"י ס"ק ב"א כתב דלא אמר הרא"ש רק בטענה שיש לו חוב על החפץ דצריך לישבע שבועת המשנה כבר דחהו בתומים שם ובכלל מגו אות כ"ד והנתיבות בסימן קמ"ו כתב בסי"ג דלא אמר הרא"ש הכי רק במגו דהחזרתי ולא בשאר מגו הנה בשו"ת אבקת רוכל סימן קמ"ד וקור"ה לא ס"ל הכי וגם לא ס"ל כש"ך הנ"ל אלא אפילו לדעת הנתיבות היינו בהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכמו שהביא ראיה משדה זו של אביך היתה ומכשבתי וטהורה אני עיי"ש דכללא הוא דלא מגרע בהודאתו כלום וכאלו שתק מתחלה וכמ"ש רמב"ן בחידושי ב"ב דף ל"ג דכל הפה שאסר אף דאינו מגו אמרינן דלא מגרע בהודאתו כלום וכאלו שתק וכ"כ הנתיבות בסימן ע"א ס"א סק"ד וא"כ הכא דכתב הנ"י שהלוקח יודע הוא שהיתה של המערער משמע דיודע מעצמו לא מחמת הודאות המוכר וכ"כ הש"ך בחו"מ סימן קמ"ו סי"ג סק"ט א"כ לאו מחמת הודאות המוכר באנו עליו עתה ול"ל הפה שאסר הוא שהתיר ואפ"ת דלא כשו"ת הרא"ש היינו בנידון דהרא"ש שבאנו עליו מכח הודאתו שהראה לפני עדים אבל הכא לוקח בעצמו יודע.

וכ"ז לשיטת רשב"ם דלוקח חוזר על המוכר וצריך להחזיר לו מעותיו אבל כה"פ חלקו עליו וכמו שפסק בש"ע סימן קמ"ו סי"ג א"כ הרי עכשיו הלוקח בע"ד והודאתו כמ"ע דמי דנאמן על שלו לחובתו כעדים ואפילו ירצה המוכר להחזיר ללוקח מעותיו וליקח לו הקרקע ולמוכרה לאחר זה מכירה חדשה וכ"ז שלא החזיר המעות הוי הלוקח בע"ד והודאתו כמ"ע ולכן גם כשיחזיר לו המוכר מעותיו כבר היה הודאות לוקח כעדים והוי כאלו באו עדים שהיתה כבר של המערער דהא מבואר בשו"ת הרשב"א סימן קי"ח בעכו"ם אף דלאו בר עדות הוא אפילו לאסור מ"מ אם אמר בשעת מכירה שזה אסור נשאר באיסורו גם לאחר שלקחה הישראל דעל שלו היה נאמן כמ"ע עיי"ש וכ"כ באס"ז בב"ב שם דהודאות לוקח כמ"ע ומוכר לא מצי למשתעי דינא בהדי מערער רק טרם

שהודה הלוקח דאז י"ל לא ניחא לי דליהוי ללוקח תרעומות עלי וא"כ ל"ד הך דהר"י לנשבתי דהתם עכשיו אין למוכר מגו כלל דלא מצי ליקחה ולמוכרה לאחר נ"כ משא"כ בנידון הרד"ק גם עכשיו לא אבדה הגוי נגד שאר כהנים באם ימות בעל זה וכיון דעכשיו נ"מ גם לשאר כהנים מועיל המגו גם לכהן זה וכמו שאכתוב בסמוך ודעת רשב"א שבתוספת פחז"ה שם צ"ע ובמרדכי כתב דהר"י נמי מסופק ואולי יש לומר משום דכבר היה למוכר מגו נגד שאר בני אדם למוכרה רק נגד לוקח זה לא היה לו מגו אף דעכשיו אין לו מגו כלל מ"מ יועיל זה ללוקח זה ול"ד לנשבתי וטהורה אני ובאו עדים שנשבית טרם שהתירוה ב"ד דלא היה בידה לעכב שלא יבאו עדים משא"כ התם היה ביד המוכר למוכרה לאחר ואז לא היה לוקח זה כמאה עדים כיון שלא באתה לידו מעולם ועיין נתיבות סימן ע"ב ס"ק ל"ד אהא דכתב הש"ך שם דאם בשעה שראוהו עדים אמר לקוח הוא בידי נאמן במגו דדוקא כשהראהו בפני עדים בכיון לומר לפניהם לקוח דאז מגו דלא היה מראהו מגו מעליא הוא אבל אם הלבישו לצורכו וראוהו עדים ואמר לפניהם לקוח אינו נאמן דאין לו מגו דהעדים מעצמן ראוהו והתומים לא ס"ל הכי עיי"ש ואם כן ה"נ דלצורכו מכרו ללוקח זה ואולי לא סדמן לו לוקח אחר לפי שעה בדמים הללו.

ובאוריין תליתאי הסביר טעמו של הרד"ק דאין סברא להתיר לכהנים אחרים ולאסור לכהן זה עיי"ש ונראה הכא הטעם זה דלא ליהוי מילי דרבנן כי חוכא כדאיתא כה"ג בס"פ הדר בשתי חצרות ושתי בתים ביניהן דה"נ הוי כתרתי דסתרו דא"ת דאסורה לכהן זה הרי חששנו דנטמאת ואיך נתירה לכהנים אחרים וא"ל א"כ ניזל לחומרא כמו הא דס"פ הדר דאפילו בני חצר אחת מרובין משל בני חצר האחרת אסורין שתיהן שאני הכא דחזינן בכתובות כ"ז ע"א בעיר שכבשוה כרקים אם יש מחבואה אחת מחזקת רק כהנת אחת מותרין כל הכהנות משום מי יימר דנטמאו אף דמדינא הל"ל כיון דרוב הכהנות לא היה להן מחבואה ואסורין תהא כולן אסורין דהוי כבאו בב"א כמ"ש תוספת שם מ"מ משום דאחת יש להתירה מדינא וא"י איזה אזלינן לקולא ומתירין כולן.

ס"ח א"נ לאוסרה כתב חמ"ח דפשוט דמ"מ הוי כע"א ומצטרף עם עד אחר וב"ש חולק ונ"ל טעמו של החמ"ח משום דהאב יש לו מגו דאיבעי אמר קדשתיה וגרשתיה דמהימן ופסולה לכהונה ומה שתירץ הר"ן דאינו מגו דרוצה לפוסלה לתרומה לא שייך בזה"ז דליכא תרומה ומה שתירץ הר"ן הואיל וחידוש הוא דהאמינה תורה לאב לא אמרינן מגו ס"ל לחמ"ח נהי דלא אמרינן מגו מ"מ מגו לא גרע מע"א דאינו חידוש רק מה שהאמינה תורה לאב יותר מע"א אבל מה שהוא קרוב אדרבה גזה"כ וחידוש מה דקרוב אינו נאמן

מגזרת מלך ולאו משום דחיישינן דמשקר כדאיתא בפרק מ"ש דף קנ"ט ומגו עדיף מע"א כמבואר לעיל ס"ד ובתוספת פחז"ה דף ל"ד לכן יש לצרפו עם עוד ע"א.
א"נ כיון דיש לו מגו הוכחה דקושטא קאמר וכשיש רגל"ד בלאו העד נאמן ע"א אפילו לענין ממון כמו בסוטה דפרש"י בסוטה דף ל"א א' דמשום דרגל"ד מהימן ע"א להפסידה כתובתה וכ"כ תשב"ץ בח"א ענין ע"ז.
ובגוף הקושיא שהקשו דליהמן האב במגו י"ל כיון דתורה האמינו לומר קדשתיה ולא בדבר אחר ודאי ירדה תורה לס"ד דלא ישקר בזה אם כן ל"ל מגו לשקר במה דתורה סמכה דאינו משקר.
ועוד כתוב בנתיבות ס"ס נ"ו דבע"א דלא האמינו תורה משום חשש בדדמי כמ"ש פנ"י בריש גיטין גם במגו לא מהימן וה"נ מה"ט לא מהימן במגו.
ובקידושין דף ס"ד פריך הא בידו להשיאה לממזר ומשני כרע"ק דאין קידושין תופסין בח"ל ובשע"ו פח"י מא"ב הקשה הא בידו להשיאו לממזר דרבנן ובשלמא לדעת רש"י ודעימיה דשבויה אסורה מה"ת י"ל דהאב רוצה לפוסלה מה"ת אבל להרמב"ם שם דשבויה רק מדרבנן דכל הספקות של תורה מדרבנן קשה עיי"ש ולק"מ דהא בר"ה ל"ד ב' דחמיר ספק תורה מודאי דרבנן וכן הוא בש"ע א"ח סימן תקצ"ה ואם כן רוצה לפוסלה בחמור יותר ועיין הה"מ פ"א מאישות דאיסור דרבנן לאו כ"ע זהירי בהו וא"ל דיכול להשיאה לספק ממזר דג"כ רק מדרבנן דשאני ספק ממזר משאר ספק איסור דאורייתא דתורה עשאה כודאי כשר וכמ"ש מהרי"ט ח"ב חיו"ד סימן א'.
הג"ה וה"ה אם אומר שנבעלה בעילת איסור זה הביאו רשב"א בקידושין דף ס"ד ור"ן שם מהירושלמי ומתנייה בתוספת אבל הריטב"א שם ס"ל דנאמן ולי צ"ע מדלא הובא הך תוספתא בש"ס דילן דאפשר בכונה השמיטוהו וכמ"ש באס"ז ב"מ דף מ"ה ב' שכתב הרר"י ח"ל ואין אנו חוששין לגמרא דירושלמי דאותן רבנן בתראי שסדרו לנו התלמוד בבלי הביאו בו אותן סברות שהן כהלכה הנאמרות בתלמוד ירושלמי ורוב התלמוד בבלי מהם כגון ר' יוחנן ור"ל וכל הנקראים בשם רבי ומה שראו שהוא שלא כהלכה הניחו אותו בתלמוד ירושלמי וכ"כ בכ"מ בספ"ו מהל' נדרים ובב"י א"ח סס"י נ"ט לדעת הרמב"ם הובא בי"מ בכלל שני התלמודים אות ב' ואות ד'.
והחילוק בין מה שאין האב נאמן לומר על בתו שנשבית לאומר שנבעלה לפסול י"ל דהא הר"ן הקשה דיהא נאמן שנשבית במגו קדשתיה וגרשתיה ונדחק דמה שתירץ דהוי מגו לחצאין צווחו מהרי"ט והאחרונים דמגו לחצאין מועיל כדמוכח מכ"ד ועיין במקנה ומה

שתירץ כיון דנאמנות חידוש אין להאמינו בשאר טענה במגו דאי בעי אמר מה שנאמן מד"ת ג"כ אינו מובן דס"ס הרי יש לו מגו.

ולע"ד י"ל לפימ"ש בנמ"י פחז"ה בהא דקשתא בעילותא ז"ל דלא אמרינן מגו אלא במילתא דבתר דמהימנין ליה משום מגו שוב ליכא ספיקא אבל במילתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי לא מפיו אנו חיין שנאמין כל כך לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו וכ"כ המפרשים ז"ל עכ"ל ואם כן הכא אפילו נשבית אינו רק ספק אי נטמאת כדאיתא בכתובות דף כ"ז סוף ע"א ובב"ק דף קי"ד ע"ב לכן א"ב במגו דהא אפילו נשבית רק ספק זינתה ואנו צריכין לברר הספק מדעתינו משום דנכרים פרוצין בעריות יש חשש דנטמאת אבל באמר שנבעלה מהני המגו דלאחר המגו אינו עוד ספק ועוד מ"ש הר"ן דא"נ במגו דקדשתיה וגרשתיה משום דחידוש הוא אין לומר מגו מחמתו י"ל דאינו חידוש דהא כיון דהאב זוכה בבתו לקדשה ולקבל גיטה הוי כבעלים על שלו דסברא דנאמן משום דמידק דייק יותר מעד עלמא וכמ"ש פנ"י בריש גיטין ובשם תוספת רי"ד וגם בממון אמרו בפע"י ע"ג ע"ב דנאמן בעל המקח כ"ז שמקחו בידו לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי ופרש"י משום דעליו רמיא לדייק מידק דייק אלא דהר"ן גם התם כתב דהוא רק תקכה.

ס"י מחבואה אחת בכתובות דף כ"ז משום דמי יימר דאיטמי לכן מתירין כולן אף דהוי כשני שבילין ובאין לשאול כולן בב"א כמ"ש תוספת וקשה הא בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב לזו יש עדים כיון דרוב נכרים פרוצים בעריות כיון שנשבית כולנו עדים שנבעלה ונראה די"ל דהוי רובא דתלי במעשה רק בתשמיש איש ואשתו לא חשוב תלי במעשה כמ"ש תוספת בפ"ב דיבמות דף קי"ט ובערך נאמנות למלא הרועים אית זיין מצאתי שכ"כ וגם והביא והפנ"י כן ואף דלכאורה כיון דמסורה בידם והם פרוצים י"ל דל"ח תלוי במעשה מ"מ כיון דמנוולא נפשה חשוב עדיין תלי במעשה ול"ד לתשמיש איש ואשתו.

אך נראה מלשון הש"ס בבכורות דף כ"ף דאמר כי אזלי רבנן בתר רובא ברובא דלא תלי במעשה משמע דרק מדרבנן לא אזלי בתר רובא דתלי במעשה וכן מעיקרא דס"ד דברובא דליתיה קמן לא אזלי רבנן בתר רובא נמי מדאורייתא הוי רוב ומתורץ קושית התוספת שם בד"ה ברובא ואם כן י"ל לפימ"ש מהרי"ל בתשובה סימן קנ"א הא דבשני שבילין ובאו לשאול בב"א שניהן טמאין רק מדרבנן דמחזי כחוכא אבל מדאורייתא בתר חזקה אזלינן אף היכא דאינו יכול להיות אמת לכן שפיר קאמר דמחבואה אחת מצלת על כולן דמה"ת כל אחת מוקמינן אחזקת היתר ומדרבנן לא חשוב רוב ומי יימר דאיטמי ולא מחזי כחוכא,

מצלת הר"ן ס"ל דבלא אמירתה נמי מותרת וכתב הב"מ ראיה לרמב"ם מיו"ד סימן ק"ץ סכ"ה דהתם נמי נימא דדם כסלע יציל על כולם דנמי שייך כתירוץ הגמרא מי יימר דאיטמי דכל כתמים אך ספק כדכתב הרמב"ם פ"ט מהא"ב ונימא דהסלע ליהוי כמחבואה ויציל על שתיהן אפילו באו בב"א אע"כ כרמב"ם דצ"ל טהורה אני ולפ"ז ק"ק על הרמ"א ז"ל דהכא משמע שסותם כהש"ע וביו"ד קי"ד ס"י בהג"ה למד מדין מחבואם לדין א"י שאינו מערב מציל על כולם ושם ל"ש כלל אמירה עיי"ש.

ולפימ"ש בסמוך לק"מ אהר"ן דאיסור שבויה משום דרוב פרוצין בעריות רק מדאורייתא דאין חילוק בין רובא דתלוי במעשה או לא דהלל"מ ליזל בתר כל רובא עיין פרש"י בפ"ק דחולין דף י"ב ולעומתו מדאורייתא מחבואה אחת מצלת על כולן דכל אחת מוקמינן לה אחזקת היתר רק מדרבנן חשו לחוכא אם ודאי יש מהן שנבעלו לכן כיון דמדרבנן לא אזלי בתר רובא דתלוי במעשה ומי יימר דאיטמי לא מחזי כשקרא ומותרות כולן אפילו בלא אמירת הנשבית אבל בכתמים נהי דהוי רק ספק מ"מ כיון דמגופא חזיא ועלולה לראות אין לאוקמה אחזקתה כדאיתא בריש נדה לכן טמאו רבנן הכתמים כשאין במה לתלות והשתא אם נטהר שתיהן ע"י סלע אחת הוי כחוכא ומחזי כשקרא.

ורמ"א דסתם כהש"ע משום דכל היכא דאיכא לברורי לא סמכינן אחזקה ונשאלה את פיה ואם מודית ל"ל כשיש לה בעל ענ"ב דהוי רגל"ד כיון דרוב א"י פרוצים בעריות וברגל"ד נאמנת לאסור א"ע כמ"ש ב"ש לעיל סק"י מאי איכא שוטית דליכא לברורי אטו בשופטני עסקינן ולא מיירי מזה ועוד דכל מה דמקילין בשבויה משום דמנוולא נפשה לגבי שבאי כדאיתא בפ"ק דקידושין י"ב ב' ואם אינה בת דעת א"א למסמך על זה ואת"ל אדרבה שוטית ממילא מנוולת א"כ א"ל להצלת המחבואה כלל ונראה דהכל לפי מה שהוא שוטית אם מנוולת היא גם זולתי השביה או לא ואם היתה פקחית כשנשבית ונשתטית א"א כיון דאין אדם דר עם נחש בכפיפה וכדאיתא ביבמות ר"פ חרש דמה"ט לא תקנו רבנן נשואין לשוטה לא שכיח ולא מיירי הש"ע בזה.

סי"א בהג"ה אשתו המירה לחוד בח"ס א"ע סכ"א תב משפרקה עול כה"ת נכנסה בכלל רוב גוים פרוצין בעריות ולי צל"ע גם בנשבית לבין מומרים די"ל לפימ"ש תוספת ורא"ש בפרק הבע"י דף ס"א דגיורת פחותה מבת שלש דאסורה לכהן משום זונה משום דהגוים שטופי זמה ובניהם ילדי זימה המה והרי הנולדה ממומר ומומר ומומרת אינה אסורה לכהן וכמ"ש בכנס"י ס"ס נ"ח דל"ל דשטופי זמה כיון דישראל עמדו על הר סיני פסקה זוהמתן ואעפ"י שחטא ישראל הוא ואם כן י"ל מה דרוב גוים פרוצין בעריות משום דלא פסקה זוהמתן ונולדו באותו זוהמא.

סי"א בהג"ה ולהתירן אף לבעלים כהנים כתב ד"מ אם היתה יכולה לברוח ולא ברחה נראה דאפילו לבעלה ישראל אסורה אמנם בגזרת עסטרייך הותרו עפ"י גדולים ג"כ לבעליהם אפילו לכהנים ואפשר משום צורך שעה שראו שיש ח"ו לחוש לעתיד לנשים שאם ידעו שלא יחזרו לבעל נעוריהן שלא יקלקלו וא"ל מנ"ל לומר כן דיש להקל בחשש איסור דאורייתא נ"ל דסמכו אהא דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וכו' והוי כפנויות ואף אם זנו מותרת לבעליהן ותמה מב"מ דגם פנויה שנבעלה לה נפסלת מן התורה לכהונה עיי"ש ול"נ מדלא קשיא ליה לד"מ רק מנ"ל דיש להקל בחשש א"ד פשיטא דאיסור דרבנן ניחא לחבר למיעבד וכו' ואף דנשים שיקלקלו הוי בפשיעה מ"מ מצוה דרבים שאני כמ"ש התוס' בפרק השולח דף מ"א ע"ב בד"ה כופין ואף דכאן הקילו גם כן לרבים מ"מ אם היה רק איסור דרבנן א"ש דהקילו כדי שלא יבואו רבים לקלקל ויעשו איסור תורה.

וא"כ להכי לא קשיא ליה מנשי כהנים דכבר ביארתי לעיל ר"ס וא"ו דלדעת רמ"א דלעיל ריש סימן ג' דעכשיו כל מי שבא ואומר כהן אני נ"כ וקורא בתורה ראשון כל כהני זמנינו הם רק ספק אף דמוחזק מכמה דורות דשמא הוחזק רק עפ"י עצמו של אבי אבותיו ואיסור שבויה רק מספק שמא זנתה והוי ס"ס רק ס"ס בזה לא מהני דהוי בשני גופים ונולד ספק אחד קודם לחברו אך כל זה רק מדרבנן כמ"ש בד"ה בבית רביעי שער שני דכל תרי ספיקי בעלמא ואף דאינן מכח תערובות דלא מהני לר"י רק איסור דרבנן הוא עיי"ש וה"נ בהס"ס אינן בגוף אחד ונולד א' קודם לחברו הכל רק מדרבנן אסור ולזה נתכוין הרמ"א שכתב יש להקל ולהתירן אף לבעלים כהנים דהל"ל מותרות אף לב"כ אלא כונתו אף דמדינא י"ל דאסורות מ"מ יש להקל ולהתירן ומשום החשש שכתב בד"מ ולק"מ קושית חמ"ח וב"ש ומה שנרשם שו"ת רא"ש ושם כתוב דל"ח דנתרצית וזה אינה טענה לנשי כהנים י"ל דס"ל לרמ"א דהא אותו מעשה היה גם בנשי כהנים וכדאיתא בתה"ד סימן רמ"א ולא כתב הרא"ש להדיא דנ"כ אסורות אע"כ דהרא"ש כתב טעם לצאת מחשש דאורייתא וגם רמ"א לא סמך בזה רק היכא דליכא חשש דאורייתא ויש הוכחה לזה מדכתב הרא"ש לאנסה אין רשאים וע"כ משום נשי כהנים וקשה הא קודם המרה רשאין לאנסה כמ"ש החמ"ח וטו"ז ומ"ש הב"ש שתיכף המירו חסר העיקר ברא"ש ורמ"א עכצ"ל דמשום אונס קודם המרה יש להתיר נשי הכהנים כדי שלא יקלקלו נשי אחריני כשידעו שלא יחזרו לבעל נעוריהן ויחלפו דתן באונס אבל אם היה חשש אונס אחר המרתן תו ליכא חשש קלקול רק שיקלקלו במזיד גם כשיוכלו לברוח ובכה"ג א"א לאדם חטא כדי שיזכה חברך ולא ירשיע במזיד כדס"ל לתוס' בפ' השולח שם בתירץ ראשון.

בתה"ד סימן רמ"א כתב דאותן שעמדו בנסיון נראה דשרי אפילו לכהונה דליכא למיחש שמא אנסוה דהא צנועה מסרה נפשה שלא יאנסוה ותמה בית מאיר מי ליכא למיחש שיתקף עליה ויבעל בלא רצונה ומה מהני בזה צנועתה עיי"ש ולי נראה דלולא רוב נכרים פרוצים בעריות לא אסרו שבויה כדאיתא בפ"ק דכתובות י"ג ב' וקשה הא הוא רובא דתלי במעשה אלא דתוס' ביבמות דף קי"ט כתבו דתשמיש איש ואשתו לא חשוב תלי במעשה דממילא מזדקקי וס"ל לתה"ד דגם בשבויה כיון דמסורה בידם ויראה לנפשה מללחום נגדם אין תלוי רק בהשבאים ולא חשוב תלוי במעשה אבל הצניעה דמסרה נפשה שלא יאנסוה ולוחמת כנגדו ואין לחוש רק שיתקף עליה זה ודאי תלי במעשה ולא חשוב רוב וברמב"ן רפ"ב דבכורת כתב דמיעוט דלא תלי במעשה עדיף מרובא התלוי במעשה ובלא"ה אפילו יהיו שקולין מ"ע בספק שקול י"ל אוקמוה אחזקת היתר כיון דהש"ס חסר רק משום דרוב עכו"ם פ"ב.

נתייחדה לשם זנות בה"ג למד כן מפ"ק דכתובות י"ג ב' נסתרה ל"ד לשבוי' דרוב עכו"ם פרוצין בעריות ש"מ נסתרה עם עכו"ם אסורה וקשה בשלמא שבוי' דמסורה בידם להריגה ויראה ללחום נגדם תלוי רק בנואף וכיון דרובן פרוצים ל"ח רוב התלוי המעשה דממילא מזדקק משא"כ בנתייחדה לשם זנות מ"מ ישראל לא חשוד לעשות עד שיעשנה דלפיכך בישראל אין הקב"ה מצרף מחשבה רעה למעשה כמ"ש יפה מראה פ"א דפאה סימן כ"ג ואין חשש רק שיתקף עליה אף שתלחם נגדו וזה ודאי תלוי במעשה וכמ"ש בסמוך וצ"ל דבה"ג ס"ל דמן התורה אין לחלק בין רוב התלוי במעשה ללא תלי במעשה רק רבנן לא אזלו בתר רובא התלוי במעשה וכן נראה דעת הרא"ש בפ"ג דבכורות דתחלה פסק כרבינא דלפיכך מכאן ואילך ספק ולא אמרינן רוב מתעברות תוך שנתן משום דלא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה ואח"כ כתב דרוב מתעברות מסייע למיעוט מטנפות וחוזרת ויולדת בתוך שנתן ונתקשו מעיו"ט וריט"א בזה ולפימ"ש לק"מ דכיון דמן התורה הוי רוב מסייע למיעוט מטנפות לעשות ספק ואזיל הכא והכא לחומרא ודוחק לומר דבה"ג לא ס"ל כרבינא אלא כרבא דלא מחלק בין תלוי במעשה ללא תלוי דהא קי"ל הלכה כבתראי ורמב"ן התם דכתב דמיעוט דלא תלוי במעשה עדיף מרוב התלוי במעשה לדידיה מן התורה לא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה ולפ"ז י"ל לפיכך הפוסקים לא ס"ל כאן כבה"ג ולא חשו לראייתו.

סימן ט

ס"א ל"ת ברא"ש פ"ד דכתובות ס"ג כתב בשם הר"ם מנרבונא דאין לה כתובה כשנתאלמנה מן השני כיון דלא שרי לאינסובי לא קרינן בה לכשתנשאי לאחר תטלי

מ"ש לכי והשיגו הרא"ש דאם נשאת אין כופין אותו להוציא קרינן ביה לכשתנשאי ומן השלישי א"ל הכיר בה אין לה כתובה ואם הכיר בה יש לה כתובה ויראה שכופין אותו להוציא דחמירא סכנתא מאיסורא ומחויבין ב"ד להפרישו שלא יפשע בנפשו את"ד והוא סתירה מניה וביה כמו שתמה תפ"ש ונראה דמודה רא"ש בנשאת למי שלא הכיר בה כיון דאין לה כתובה ממילא גם תנאי כתובה אין לה דמזוני תנאי כתובה הוא כדאיתא בפ' יש מותרות דף פ"ה ולקמן סימן ק"ז וכיון דלא מחויב לה בשכו"ע סגי להפרישם דתו ל"ל מזל גרם דהא כתב בתשובת הרא"ש דהיינו דמזלה גרם שתחי' בצער ולא תתפרנס ע"י בעל וכיון דבאפשרי להנשא למי שאין מכיר בה וקרינן שפיר לכשתנשאי לאחר והדר כתב הרא"ש בהכיר בה דיש לה כתובה א"כ מחויב בשכו"ע א"ל יוציאה כופין אותו להוציא ונראה דאפי' בהכיר בה אם מוחלת על שכו"ע אין כופין להוציא רק להפרישם דמחילה מהני כדלקמן סימן ס"ט ואף דבעונה איתא לקמן סימן ע"ו ס"ה דאף ברשותה אין לו להתאחר אלא חדש משום דבלבה מצטערת מ"מ כאן דבלאה"נ אם תצא ממנו ואסורה להנשא לאחר אינה מפסדת כלום ואדרבה מרווחת דיקרא שמו עליה וכדאיתה בישעי' ד'.

לג עב"ש לעולם הלכה כרשב"ג רק בסכנה כרבי וכ"כ טו"ז ס"ס קו"ף ביו"ד ובמנ"י כמ"ו סקכ"ט וברכ"י כאן תמהו הא בלא ילדה ב"פ עשר שנים קי"ל כרבי וזה רק איסורא ונראה דגם אינה ודאי רק חשש ובב"פ הוי רק ספק חשש כמ"ש בא"ז הובא בתה"ד סי' רי"א א"כ הוי ס"ס אך במצות עשה ס"ס לחומרא כמ"ש במצל מאש סי"ג ופ"ו מ"ע פרו ורבו אבל באיסור לאו מהני ס"ס אם אינו סכנה ודברי טו"ז לענין תולעים בלאה"נ א"ש דל"ל כיון דנמצאו ג' ודאי ימצא עוד דא"כ אין לדבר סוף וכל התבשיל היה להיות מלא תולעים ועיננו רואין שאינו כן וע"כ דיש קצבה א"כ י"ל נמי דיותר מג' ליכא רק כיון דהוחזק ריעותא אסור אבל בתרי דספק אם הוי חזקה ובלא חזקה אחזוק איסורא לא מחזיקינן הוי ס"ס משא"כ בנשואין יש לומר כיון דאתחזקה ודאי לא תלד עוד או קרוב לודאי ואינו בגדר ספק לצרפו לס"ס.

נתקדשה יכנוס ואם נפלה לפני יבם בחכ"א שאלה א' הוכיח מיהודה דאמר עד יגדל שלה בני פן ימות גם הוא כאחיו ופרשו רש"י ורמב"ן דמוחזקת שמתו שני אנשיה והרגיש בעצמו די"ל שאני אינו מצווה ועושה ודחה דלא תהא גרועה מצוה דאורייתא שרצו אבותינו לקיים ממצוה דרבנן דשלוחי מצוה אין ניזקין.

ולע"ד בשלמא מצוה מחויבת אצ"כ במידי דעשיה עיין הה"מ פ"ב משופר ה"ד ובש"ע או"ח סימן תע"ה דאפילו אנסוהו לאכול מצה אם ידע שהיום פסח ושהוא חייב באכילת

מצה ועי"ש מג"א סקי"ד וה"ד כשמחויב סתמא לשמה קאי כדאיתא ריש זבחים בזביחת קדשים שלא לשמן אבל כשאינו מחויב ועושה להנאת עצמו אינו סתמא לשמה ואינו מצוה רק כשמתכוין לשם מצוה אחשבה למצוה וי"ל שומר מצוה לא ידע דבר רע וירא יהודא מן יתכוין שלה רק להנאת עצמו ובפאר הדור סימן קמ"ו כתב דהלכה אפילו אינו מתכוין רק לשם יופי מצות יבום קודמת ולפי דרכי דוקא כיון שמחויב סתמא הוי מצוה ואף דזבחים, שנזבחו שלא לשמן גרע מסתמא היינו משום דעקר שמו בהדיא כדפרש"י שם דהוא עולה ולא רצה רק שיהא שלמים וגם פירש בשפתיו דוקא עיין תוי"ט ספ"ג דב"מ משא"כ במתכוין לנוי אינו מתכוין דוקא שלא לצאת וכן באנסוהו לאכול מצה ואפילו במתכוין שלא לצאת כתב בחידושי רע"ק על א"ח סימן תע"ה דיוצא ועדיף מכסבור שהוא חול דהוי רק מתעסק שו"ר בנו"ב חא"ע סימן נ"ד דעתו דמתכוין לנוי גרע מסתמא אלא דכתב שם לאבא שאול.

ועוד שאני קטן כמ"ש תוס' בריש זבחים ובקמא דחולין י"ב ע"ב דסתמא לשמן דוקא בגדול אבל קטן אפילו אומר דעושה לשם מצוה הוי כמתעסק ופסול ובזה א"ש מ"ש עד יגדל שלה דלא הוי דחיה בעלמא אלא דאז שומר מצוה לא ידע דבר רע אפי' בזה"ז דאין מתכונים למצוה מ"מ כיון דיודע שחייב באותו מצוה יוצא כמו באכילת מצה אפילו אנסוהו.

ועוד הא גם אונן ייבם את תמר ומ"מ מת הרי דמעיינה או מזלה ריע כ"כ דשכיח היזקה אפילו במקום מצוה לכן ירא וי"ל דכסבור שמא משים דקטן היה לא ידע להזהר לכוין לשם מצוה לכן אמר עד יגדל שלה בני ויכוין לשם מצוה ובכה"ג לא חזינן בה ריעותא.

ובתה"ד סימן רי"א כתב דמקילין בכל קטלנית משום דאם יהיו אסורות להנשא שמא תצאנה לתרבות רעה עיי"ש ובאמת בפאר הדור ג"כ כ"כ אך משום דס"ל דגם מדינא דש"ס אינו סכנה רק ניחוש ואינו איסור אבל לתה"ד דקאי לדעת הרא"ש דהוי סכנתא ומדינא דגמרא ב"ד כופין על זה איך נחזור סכנה על זה משום חששא דאשה שלא תעשה איסור מה דהגמרא לא התיר ונראה כמ"ש הרא"ש בפ' אעפ"י סימן ל"ה על דינא דמתיבתא שלא כדין הגמרא במורדת משום דראו הקלקול בבנות ישראל וחששו שיצאו לתרבות רעה עיי"ש הרי משום דנתקלקלו עכשיו שינו מדין הש"ס וה"נ לענין קטלנית ואי דמ"מ סכנה הוי זה אינו כיון דמצילה מעון וגם מציל רבים שלא יפרצו בה שומר מצוה לא ידע דבר רע שו"ר בח"ס א"ע סימן כ"ד שכתב כן בטעמא דתה"ד רק לא הביא מהרא"ש לומר מה נשתנת עכשיו מדין הש"ס ונראה דהכל לפי המקום והזמן לפי ראות עיני הב"ד ובזה מיושב מה שתמה הברכ"י דבפאר הדור כתב דב"ד של ר"י מיגאש

העלימו עין ובשו"ת ר"י מיגא"ש כתב דהוא איסור וסכנה ומי שרוצה לעבור מונעים אותו ואין מניחין אותו לאבד עצמו עיי"ש סימן ק"ג ולפימ"ש א"ש דזה השיב לשואל ממקום אחר ודינא משתעי דכך הדין ובליכא חששא דתצא לתרבות רעה וב"ד שלא היו מעכבין לפי מקומו ושעתו דיש בזה הצלה מעברה דשומר מצוה לא ידע ד"ר ועדיף מיבום דאפשר בחליצה ועוד לפימ"ש הרא"ש בשו"ת כלל ל"ב סימן י"ג דסתם פנויות בזה"ז אין טובלות דבושה לטבול א"כ יש עכשיו חשש שלא יכשלו רבים באיסור כרת משא"כ בזמן הש"ס לכן מעלימין הב"ד עיניהם מלמחות בזה"ז.

עו"כ בתה"ד שם דבספר חסידים משמע דס"ל מעיין גורם אמנם משמע נמי דקי"ל כרשב"ג דלרביעי ל"ת וכתב עוד דבר תמוה דלחמישי אינו מזיק ולכך נראה דליכא למסמך עליה עכ"ל ונ"ל דכל דבריו אחד ויסודתו בהררי קדש דבסבא דמשפטים דף ק"א ע"ב וק"ב ע"א וע"ב מבואר דבעל ראשון בביאתו שביק בה רוחא ובביאת בעל שני ג"כ נותן בה רוחא ותרוייהו לא יכלו לאתקיימא בגוף האשה כחדא ולכן רוחא דראשון מכשכשא כחויא במעהא ומקטרג על השני שבא בגבולו ולכן כשמת השני חזינן דראשון נצחן ולא תנשא לשלישי ואזדא הא כרבי אך לרשב"ג ס"ל ע"כ דמת שמת השני לא אתחזיק ראשון בנצחן דאין חזקה בפ"א לכן דוקא לרביעי ל"ת דכבר הוחזק בב"פ וגם רשב"ג מידה בסכנה סגי בב"פ להתחזיק ומבואר שם עוד דאחר יב"ח למיתת הבעל יוצא הרוח מאשתו עיי"ש וא"כ לפ"ז למה סתמו דלעולם לא תנשא וצ"ל כדאיתא בשילהי ע"ז גזרה שאב"י אטו ב"י ואם גזרו שם איסור לעולם משום חד יומא כ"ש בסכנה דיגזרו לעולם משום שנה ראשונה אך כ"ז לרביעי דמשכחת שתנשא לו אחר תשעה חדשים למיתת ראשון אבל בחמישי דא"א כיון דצריכה להמתין ג"ח ימי הבחנה לכל בעל כבר עבר יותר משנה תו ליכא למגזר ול"ל דמשכחת בנשאת באיסור דהא כתב הרא"ש בע"ז שם דלא אסרו התבשיל שנתבשל בכלי שאב"י כיון דאסור לכתחלה לבשל אפילו באב"י לא שכיח שיבשל בה וס"ל לס"ח דמעיין גורם היינו רוח בעלה הראשון שבמעהא ולכן אין לאסור עד רביעי דעכ"פ הראשון אתחזק בנצחן בב"פ ומאי דאמרינן בש"ס ותל גורם ס"ל כרמב"ם בפאר הדור דזה רק ניחוש בעלמא ואין לאסור משום זה למי שאינו מפחד ועיי"ש בסבא ק"ד ע"ב דכשמייבמה אחיו אין המת מקטרג בו כיון שהוא אחיו ועושה לו טובה בייבום ולכן שפיר יש סעד לפוסקים דאין חשש קטלנית ביבום ומותר לדור עמה גם אחר, ביאה ראשונה דמחמת דמזל גורם אינו רק ניחוש ול"ש היזקא ואינו סכנה ודאי י"ל שומר מצוה ל"י ד"ר ובזה אזדא מ"ש בה"ק שתי נשים צרות נשאו לב' אנשים

ונתאלמנו כל אחת תולה בחברתה וינשאו לשני אנשים דלפימ"ש מעיין גורם אין האשה גורמת אלא דרוחא שבמעתא גורם והרי הראשון נצחן.

גם מ"ש הברכ"י בשתי אחיות מתו בעליהן דלמ"ד מעיין גורם כל חדא מנייהו לא תנשא לשני והאחות השלישית לא תנשא גם לראשון דאחיות מחזיקות לפימ"ש אין חשש דאין הריעותא מצד האשה ולפיכך לא אמרו א"ב בין מ"ד מעיין גורם ובין מ"ד מזל גורם לענין זה דגם למ"ד מעיין גורם אין חשש.

אך קשה לפימ"ש דלמ"ד מעיין גורם דהריעותא מצד הבעל אין הצרות תולות זב"ז הל"ל אותו נ"מ ונ"ל די"ל דח"ו לא נעלם מהאמוראים טעם הסבא אלא דמ"ד מזל גורם הוסיף עוד טעם דנ"מ לענין ארוסה אבל מודה לטעם דמעיין גורם וא"כ ל"ל תו הך נ"מ וכה"ג אמר בפ"ק דגיטין דף ד' ע"ב רבה אית ליה דרבא ולכך לא אמר א"ב דלמ"ד וחל גורם אינו רק ניחוש למי שמפחד כמ"ש בפאר הדור ואין כופין להוציא דלפימ"ש לכ"ע גם מעיין גורם וכן מצאתי בריב"ש סימן רל"ג.

ולכאורה ע"כ ש"ס דילן לא ס"ל כסבא מדאמר א"ב דנפל מדיקלא ומית דלמ"ד מעיין גורם ליכא ולסבא כיון דמקטרג עליו אפשר גרם ליה דנפל מדיקלא אך שם דף ק"ב אמר רוחא דיליה מכשכש במעהא כחויא ומקטרגא בהדי רוח אחרא דעמל בה מבעלה תניינא עכ"ל נראה דמטיל בו ארס כחויא ומת בחולי כיון דאיהו מקטרג הוא השליח וכדכתיב בנבות צא ועשה כן במלכים א' כ"ב ועדיין קשה נהי דבחמישי אין חשש מחמת הראשון עדיין יש חשש מחמת השני וצ"ל דס"ל לספר חסידים דאין חשש רק מחמת הראשון דאין האשה כורתת ברית רק למי שעשאה כלי וכן מגרש אשתו הראשונה מזבח מוריד עליו דמעות ואיתא בפר"ח לקמן סימן קי"ט דזה דוקא כשנשאה בתולה דעשאה כלי וכיון שעשאה כלי וכרתה לו ברית מקטרג באחר הבא בגבולו ועוד דמבואר בסבא שם דף ק"ב ע"ב דארמלתא דלא נסיבת כד אסתלקת מעלמא זכאת לגבי בעלה ונהרין תרוייהו כדקא יאות בחבורא חדא עיי"ש ולכן הראשון מקטרג באינך שבאו בגבולו משא"כ השני אף דאפשר כיון דנשאת לשני תו לא תהדר לראשון גם אחר מותה ותחזור לשני מ"מ אין לו טענה על השלישי שבא בגבולו דכאשר עשה לראשון כן יעשה לו ומה דמקטרג ראשון לשלישי אף דכבר אפסקיה שני י"ל דאם נצח ראשון לשני ודחה אותו ממנה עדיין עתידה לחזור לו אחר מותה ובזהר"ק שם כתב שהעושה אותה כלי משאיר בה רוח ולפ"ז אין חשש רק מחמת הראשון שעשאה כלי אך דזה צע"ג דא"כ למה מצות יבום גם כשמת השני בלא בנים וגם צ"ע למה מצות יבום שייך גם אחר שנה למיתת הבעל וי"ל דמ"מ פועל ביבום להמשיך כר"נ של הראשון בולד הנולד דהא גם ארוסה מתייבמת

כדלקמן ריש סימן קנ"ו אלא דגם בארוסה ע"י קידושין נותן לה רוח המקיף וגם בביאה לבעולה נותן בה רוח אבל בביאה ראשונה שעושה אותה כלי מתקשר עמה ביותר ולכן אין כורתת ברית רק למי שעושה אותה כלי ע"י רוחא דשדי בגוה אז וכן משמע בלק"ת להאריז"ל פ' וישב ובזוהר"ק על הסבא שם בלק"ה פ' וירא כתב דההוא רוחא דשדי בגוה כשעשאה כלי גדול מהרוחא שניתן בה אח"כ בביאה עיי"ש וא"כ סברא יותר שידחה הראשון את השני או השלישי והרביעי וגם דההוא רוחא דשדי בגוה כשעשאה כלי היא נפשה וחיותה כמ"ש בלק"ת בפ' וירא ובפ' וישלח ע"פ ויהי בצאת נפשה לכן היא של בעל ראשון ואינך באו בגבולו וצ"ל בהיותה בתולה יש לה חיות ונפש שנולדה בה רק בביאה ראשונה ניתן בה נפש וחיות חדש מבעלה וזה נכנס וזה יוצא.

כתב בספר חסידים סימן תע"ח אשה לשלישי או לרביעי לא תנשא אם מתו בעליה זה אחר זה לאחר שבאו עליה ומתו בלא בנים או מיד אחר בעילה כמו ער ואונן שלא עכבו אצל תמר עכ"ל מ"ש זא"ז ס"ל דבסירוגין אין חשש והבה"ט נסתפק בזה ומ"ש לשלישי או לרביעי היינו לכל מר כדאית ליה לרבי לשלישי ולרשב"ג לרביעי וכ"כ שם בסימן תע"ז ומ"ש בתה"ד דפסק כרשב"ג עדותו נאמנה דהיה לו ספר חסידים כת"י והיה כתוב בו כך וכן מ"ש תה"ד דלחמישי תנשא אינו מפורש בספר חסידים הנדפס ומ"ש בספר חסידים ומתו בלא בנים נ"ל דס"ל כיון דמעיין גורם מדכתב לאחר שבאו עליה היינו דוקא אם מיד מעיין גורם דאם באיזה בעילות לא גרם הוי כסירוגין דאם מעיין גורם ה"ל לגרום איד וכיון שילדו ע"כ דלא גרם המעיין שימותו דטרפה אינו מוליד כמ"ש הפר"ח הובא בשעה"מ פי"א מהלכות שחיטה ואף אם חיו יותר מיב"ח מ"מ כיון דכתב הישי"ש בפא"ט דמיעוט טריפות חיין יב"ח חיישינן בסכנה למיעוט או דבסכנה חיישינן למ"ד טרפה חיה משא"כ להוליד גרע כמ"ש תוספת בחולין דף ק"מ דאפילו למ"ד דחיה מצי סבר דאינה יולדת וכ"כ תוס' בפ"ק דע"ז דף וא"ו ובפא"ט דף נ"ז ע"ב סימן לטרפה כל שאינה יולדת שו"ר בשו"ת שו"מ מהדורא תנינא תשובה פ"ז הביא מספר נוצר חסד על אבות שאם היו לה בנים מבעלים ראשונים אינה קטלנית

ומ"ש או מיד אחר בעילה משמע דר"ל דבכה"ג אפילו ילדה מהם ומשום דרגלים לדבר טובא חיישינן יותר דאתרמי דילדו או אז חיישינן דמזל גורם או אפשר דמיירי נמי דלא ילדו כער ואונן אלא דה"א כיון דאין אשה מתעברת בביאה ראשונה אין ריעותא ממה דלא ילדה מראשון מ"מ כיון דרגל"ד חיישינן יותר וגם לפימ"ש לעיל דס"ח ס"ל דמעיין גורם היינו רוחא דשדי בגוה בעל ראשון ממית לאינך אם כן אין מעלה אם ראשון הוליד בנים ממנה מ"מ י"ל דקאי על שני ושלישי ועוד לפי הנוסחא בנדפס לא הוזכר דלחמישי

תנשא וי"ל דאזיל בשיטת רש"י ופוסקים דמעיינה גורם גם בראשון והגם דבכל הפוסקים לא הוזכר קילות הללו וגם מסתימת הש"ס לא משמע הכי וי"ל דלא פלוג וס"ח מיירי התם רק לענין דלא יתחייב בנפשו מ"מ כיון דבלא"ה רבים מקילין ורמב"ם ס"ל דליכא איסור בזה רק ניחוש למי שמפחד יש סעד מהס"ח במה דמקיל ולעומתו במה דמחמיר כשמתו בלא בנים או תכף אחר הבעילה אין להקל כלל דכשמתו מיד אחר הבעילה חזינן דהאשה גרמה וכשמתו בלא בנים כיון דרוב נשים מתעברות ויולדות כדאיתא בריש פרק בתרא דיבמות וזו לא ילדה חזינן דמעיינה גרם להם להמיתם ולכן לא ילדו ואף דחיו יותר מיב"ח מ"מ כיון דיש מעוט דטרפה חיה חיישינן משום דנגד רוב דטרפה אינו חי יש רוב דמתעברות ויולדות וגם בסכנה לא סמכינן ארוב וכמ"ש.

הג"ה וי"א הנה בזהר משפטים דף ק"ב ז"ל לזימנין דחי קדמאה להההוא תניינא ואיתעביד ליה מקטרגא עד דאפיק ליה מעלמא וע"ד תנינן דמתרין והלאה לא יסב ב"נ להההיא אתתא דהא רוחא כיון דאתקף וקא נצח להההוא רוחא אחרא תניינא מכאן ולהלאה לא יתערב ב"נ אחרא בהדה עכ"ל לפ"ז יש חילוק בין בעל ראשון מת בדבר או זקן ושני מת בלא זקנה ודבר רגל"ד דראשון נצחן הוא אבל אם השני מת זקן או בדבר ליכא רגל"ד ולה"ט נמי אין חילוק בין מת לנהרג בין בראשון בין בשני די"ל ע"י קטרוגו של ראשון נהרג שני הגם דכתבתי לעיל להשוות דעת הזהר עם הש"ס דמעיין גורם דמטיל בו ארס מ"מ פרוקא לסכנתא.

הג"ה בדבר או מכת מדינה ריב"ש וח"ס א"ע סימן כ"ג הקשה הא אביי מבית עלי קאתי ואפ"ה אמרה לה דביתהו דרבא קטלת תלת כדאיתא בפרק אעפ"י משמע שתלתה מיתת אביי בה והרי בית עלי הוי כמו מכת מדינה עיי"ש שהוכיח מזה דלא כריב"ש והרמ"א כאן ואישתמיטתיה מ"ש תוספת פ"ק דר"ה דח"י בד"ה רבה דאי לאו מזלא הוי מגין עליו זכות תורה עיי"ש וכ"ש אביי דעסיק בתורה וגמ"ח כדאי' התם.

עו"כ שם בח"ס דמ"ש הב"ש דאם מת זקן לאו קטלנית היא היינו בן שבעים דהא אביי דנסב חומה ומת בר שתין וא"ל דביתהו דרבא קטלת תלת ובשו"ת פרשת מרדכי סט"ז כתב דבר שתין חשוב זקן וכתב המסדר שם לתרץ ראיות הח"ס וגם קושיותו אהא דמכת מדינה הנ"ל דשאני חומה דכבר מתו שנים ואתחזקית לקטלנית לא תלינן מיתת אביי במכת מדינה או בזקנה כיון דקי"ל בתרי זימני הוי חזקה כרבי ואביי היה שלישי עיי"ש ויש ראיה לדבריו מפ"ט דב"מ דף ק"ו ע"ב דאמר התם אם נשתדפו כל שדותיו של שוכר ואישתדיף רובא דבאגא ואישתדיף גם שדה שחכר אמר ליה מחכיר משום לתאך הוא עיי"ש הרי מוציאין ממון בסברא זאת מחוכר ולא תלינן במכת מדינה ה"נ כיון דכבר מתו

כל בעליה של חימה תלינן גם מיתת אביי במזלה ולפ"ז בן ששים חשוב זקן ואינו מצטרף להחזיקה בקטלנית ע"י שמת לה עוד בעל אחד מיהו אם השני מת זקן או במכת מדינה ונשאת לשלישי ומת היא קטלנית אף דאפסקה הזקן ובה"ט מסתפק בסירוגין ובס"ח סימן תע"ח כתב דוקא במתו זה אחר זה מ"מ כיון דמתו שני בעליה ראשון ושלישי בלא זקנה או מכת מדינה תלינן גם האמצעי שמת במזלה כיון דאינו ודאי שמת מחמת זקנה או מכ"מ רק דאינה מתחזקת בצירופו אהני מה שמת שלישי להחזיקה ותלינן גם אמצעי מחמת מזלה מת וכה"ג כתב בחו"ד יו"ד סימן קפ"ז סק"ב לענין רואה מח"ת.

רבים מקילים אפשר משום דאיתא בסבא ק"ב ע"ב דכל החשש אם ראשון בן זוגה דוחה האחרים ולמצוא בת זוגו צריך זכות רב כדאיתא במ"ח מסכת זיוג הנשמות פ"א וריש פ"ב ובת"ז סוף תיקון י"ד דא"ל שמר טפה ראשונה וכו' ובעוה"ר מיעוטא דמיעוטא הן בזה"ז ובזהר תזריע מ"ג ב' כל רוחין דעלמא כלולין דכר ונוקבא וכד נפקין דו"כ נפקין ולבתר מתפרשין בארחייהו אי זכי ב"נ לבתר מזדווגין כחדא והיינו בת זוגו ומתחבראן כגונא חד בכלא רוחא וגופא עכ"ל וגם אי מז"ג סברא דיותר יגרשה כיון דאינה ב"ז אבל ב"ז אהבה ואחדות ביניהם.

אשה שנתגרשה ב"פ כ"ד רש"י בספ"ב דיבמות והקשו א"ב בדף ס"ד דקאמר א"ב בין מ"ד מז"ג למ"ד מע"ג לימא דא"ב בנתגרשה ונראה דרש"י קאמר רק בנתגרשה ב"פ דבזה מיירי בספ"ב גירושין מגירושין דאמר דלא כרבי דב"פ הוי חזקה וה"ט דלכאורה מאי סכנתא בנתגרשה ב"פ דנימא מזלה גרם שתתגרש וגם שלישי לא ימות רק יגרשה ולישתמיש אינש בכסא דמיקרא חד יומא והדר ליתבר כדאיתא בברכות דף כ"ח ה"נ מה אכפת שיגרשה אח"כ וצ"ל דחיישינן דמזלה גרם רק שתשב גלמודה אבל לא דוקא ע"י גירושין דהא גם רבי מודה לענין ממין ל"ה חזקה רק בג"פ רק לענין סכנתא ואיסורא לחומרא הוי חזקה בפ"ב ואפילו בענין אחד הוי חזקה לאיסור ולא לממון כמ"ש בטו"ז כאן ה"נ לקולא לא אמרינן דהוחזקה רק לגירושין אבל בנתגרשה ג"פ חזינן מדלא מת לה שום בעל בכל הג"פ דהוחזקה מזלה רק לגירושין וכה"ג איתא ביו"ד סימן קפ"ט סי"ט בטו"ז ס"ק ל"ו ולכן בדף ס"ד לא אמר א"ב דנתגרשה דס"ל א"ב בהוחזקה ג"פ ובזה א"ש דפרש"י שם אירסה ומית אירסה לשלישי דמנ"ל לרש"י דקאי לרשב"ג דאין חזקה רק בג"פ ולפימ"ש א"ש ואין להקשות דאם כן בנתגרשה פ"א ומת בעלה פ"א יהא נמי לרבי חזקה דנתחזקה רוע מזלה לישב גלמודה והרי בספ"ב דיבמות דבזה גם לרבי אין חשש די"ל כיון דשני עניינים הם תולין כל ענין בפ"ע במקרה ולא בחזקה ואמרינן דמת מחמת מקרה שבגופו או דבא עתו ונתגרשה במקרה דקטטה וכדומה ועוי"ל מה

שפרש"י אירסה שלישי ומית לפימ"ש הרשב"א שם דרבא ס"ל התם בב"פ הוי חזקה ובאחיות דוקא בג"פ משום דהחזקה אינה בנפשה חידוש הוא לכן דוקא בג' זימני הוי חזקה וא"כ ה"נ למ"ד מזל גורם דכתב הרא"ש בכלל ב"ג דלא מצינו דיהא תלוי במזל להמית אחרים ועוד הא כתבו תוספת בריש כתובות דף ב' ע"ב וריש דף ע"ז דהא דאמרינן באשה נסתפחה שדהו ומזל הבעל גרם לה דוקא באירע להאשה דהאשה שדהו דבעל משא"כ אם אירע באיש לא אמרינן נסתפחה שדה שלה דהאיש אינה שדה של האשה ואם כן איך נאמר דמזלה גרים מיתת בעלה וכיון דחידוש הוא צריך ג"פ והא דס"ל לרש"י בגירושין נמי בב"פ הוי חזקה לרבי דהתם מזלה גרם לדידה לבד שתתגרש והא דאמר בכתובות מ"ג ב' דסתם תנא כרבי דהשיאה ונתארמלה ב"פ תו לא חזיא לאנסובי לא קשיא למ"ד מזל גורם דדוקא בג"פ דהא כתבתי לעיל דמ"ד מז"ג מודה נמי דמעיין גורם ובזה מיושב. דעת המתיר בנפל ומת דל"ה קטלנית בב"פ והשיגו רמב"ן בשו"ת מיוחסות שאלה קכ"א דהא נפסקה הלכתא בנשואין כרבי והלכה כרב אשי דמזל גרם ולפ"ז אין לסמוך איש מקילין בנהרג אחד רק באלמנת שנים ולא שלשה ועוד נראה דס"ל לרש"י כיון דבפג"ה אהא דבית תינוק ואשה יש סימן אמר והוא דאתחזיק תלתא זימני והתם במזל האשה או התינוק או מקום הבית גורם הרי פוסק הש"ס לענין מזל כרשב"ג ה"נ אין מזל גורם סימן רק בג"פ וצ"ע לרבי דבב"פ הוי חזקה הא בפג"ה דף צ"ה ע"ב מייתי ראיה מקרא וצ"ל דאסמכתא בעלמא הוא ורבי לא ס"ל או כיון דמזל זה יגרם רעה לאחר צריך ג"פ גם לרבי וכמו שכתבתי.

ובריטב"א ספ"ב דיבמות כתב כיון דאיהו הוא דמגרש לה בע"כ א"כ אפילו מזל גורם ל"ש בגירושין ולכאורה לפ"ז השתא דיש חדרגמ"ה דלא יגרש בע"כ שייך גם בגירושין אבל אינו מובן הטעם ונראה כונתו בשלמא אם היא יכולה לכופו תלוי רק בדידה י"ל מזלה גרם דנולדה במזל להיות טבעה קפדנית ולא לדור עם בעליה אבל כיון דרק בדידיה תליא ל"ל. מזלה גרם שיהיו בעליה באותו טבע ורצון מילי דבחירה ואין מזלה משנה בחירת הבעל אבל טבעה עצמה תלוי במזלה כמ"ש בהשגות הראב"ד פ"ה מהלכות תשובה ובלח"ם שם ואח"כ מצאתי בריב"ש סימן רל"ג שכתב דדוקא במיתה איכא למימר מזל גורם משום דמן שמים מפקי לה אבל בגירושין שהוא דבר הבא בבחירת הבעל ואין האיש מוציא אלא לרצונו לא שייך ביה מזל גורם עכ"ל ובזה ניחא מה דמזל רע שלה יגרם מיתה לבעלה יותר יגרם שיגרשה ויעמוד חי אע"כ משום דאין מזלה מהפך רצון ובחירה של אחר ואם האשה בת זוגו אהבה ואחדות ביניהם כמ"ש במ"ח בסדר נשים מסכת זיווג הנשמות פ"א ובפ"ב ע"כ אין רוצה לגרשה.

ונראה עוד דהיה קשה לרש"י למ"ד אירסה ומת דא"כ למה תניא נשאת לראשון ומת נשאת לשני ומת ל"ת לשלישי דיותר הל"ל אירסה דנדע ממילא גם כשנשאת משא"כ השתא י"ל דוקא נשאת דמעיין גורם ולא מזל לכן ס"ל לרש"י דלכ"ע באירסה אין חזקה פחות מג"פ.

סימן י

ס"ב חרש שגירש וכו' כן לשון הרמב"ם ובירושלמי פרק חרש ה"א אשתו של חרש שגרשה חרש והלכה ונשאת לחרש או לפקח קורא אני עליה לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה אשתו של פיקח שגרשה והלכה ונשאת לחרש או לפקח קורא אני עליה לא יוכל בעלה וכו' ומזה השיגו ראב"ד לרמב"ם בפי"א מה"ג והה"מ ושאר מפרשים שיבשו הירושלמי וגם לראב"ד קשה בסיפא מצ"ל או לפקח דהא זה מבואר בקרא כיון דראשון ושני פיקח ועוד קשה אם אצ"ל למה נקטוהו הירושלמי ורמב"ם כלל ומבואר בהליכות עולם שער ג' דאינו מתרץ זו ואצ"ל זו אלא מדוחק גדול דלא אפשר ליה בלא"ה ומפרט בשתי תיבות בחד בבא ובגזרה אחת אין מתרצין אפילו לא זו אף זו וכ"ש אצ"ל וכמ"ש ביבין שמועה כלל נ"ט.

ונראה כונת הירושלמי לחרש או לפיקח בחד גברא עתים חלים עתים חרש ולא בדקוהו העדים אז לכן' באשתו של פיקח שגירשה ונשאת לספק חרש או פיקח דהוי ספיקא דאורייתא אסורה לחזור לראשון ואין לדקדק דא"כ הל"ל לחרש או פיקח דגם בקרא מצינו בחד גברא בשני למדין כמו לעבדך ליעקב לאדוני לעשו ובאשת חרש דרישא עכצ"ל דל"ד בנשאת לספק חרש או פיקח דאם נשאת לחרש לבד או לפיקח לבד מותרת לראשון א"כ הוי ספיקא דרבנן כיון דקידושי חרש הראשון רק מדרבנן והא דנקיט ברישא לחרש או לפיקח אגב סיפא וכדאיתא בפרק כל התדיר דף צ"א ע"ב במערבא תנא רישא משום סיפא וההכרח לזה משום דאצ"ל או לפיקח עכצ"ל משום דסיפא דוקא תנא כן נמי ברישא וזה רמזו הרמב"ם ואצ"ל לפיקח והא דלא מייתי הרמב"ם דין הירושלמי כצורתו דהלכה ונשאת לספק חרש או פיקח ה"ט דלפימ"ש הר"ם ביש ספק לעדים הוי כמקדש השיגו דסוטה הוי דבשב"ע. ולפימ"ש נה"מ בחו"מ בלא עדים עיין חמ"ח סימן למ"ד ועיין נתיבות בדיני תפיסה אות זיי"ן דדוקא דהעדים מסופקין מחמת שלא ראו כל הדבר שהיו יכולין לראות הוי חצי דבר עיי"ש וה"נ היו יכולין לבדקו אם אותו שעה היה חרש או פיקח אך הירושלמי לשיטתו דבקידושין פרק האומר ה"ח ס"ל מקדש בע"א הוי קידושין ואייהי ראיה ממתניתא ואלו בבבלי דף ס"ה מסיק דל"ה קידושין ודחה אותו ראיה ופרש"י שם משום דילפינן דבר דבר מממון דצריך שני עדים א"כ הא דדבר ולא חצי

דבר תליא נמי בזה אי ילפינן קידושין מממון ולכן לא פסק הרמב"ם בירושלמי בזה נמצא דברי רמב"ם מוכרחין בלא שום הגהה בירושלמי ובזה מיושב קושיות יש"ש בפרק חרש דין ב' אהא דקאמר בירושלמי שם אשתו של חרש אפילו אש"ת אין בה ואם בא אחר וקידשה נתפסו בה קידושין גירש מותרת להנשא לראשון הדא היא דתנא ר"ח אשתו של חרש שגירשה חרש והלכה ונשאת לחרש או לפיקח וכו' דמה ראיה מדתני ר"ח עיי"ש וגם פני משה נדחק בזה ולפימ"ש א"ש דראייתו כלפי מ"ד בבבלי ר"פ חרש דחרש הוי ספק פיקח לעולם והבא על אשתו חייב אשם תלוי לזה מכריח כאן דאינו ספק דאל"כ למה תני ר"ח לחרש או לפיקח דע"כ לחד גברא וספק אם חרש או פיקח וכמ"ש והא כל חרש הוי ספק אע"כ דכל חרש אינו ספק והדא דתני ר"ח לחרש או לפיקח משום דחרש סתם אינו ספק ועיין בשו"ת מיימוני בסוף תשובה ראשונה מהלכות אישות דמהר"ם הביא ראיה לסברתו הנ"ל מהרמב"ם דדוקא בעדי יחוד הוי ספק קידושין משא"כ בשאר קידושין כל שיש ספק לעדים אינה מקודשת כלל והטעם משום דביאה א"א לעדים לראות דגנאי הוא עיי"ש ושלא יהא זר הפירש בירושלמי אביא כיוצא מהכלבו סימן ל"ח אברייתא דבק"פ אחת לששים או לשבעים שנה היתה באה של שיריים לחצאין וז"ל דבר מסופק לששים או לע' כלומר פעמים לזה או פעמים לזה עכ"ל הרי דעל פעמים לזה עשה כלומר דפשוטו יותר לפרש שהדבר מסופק אי לששים אי לשבעים רק כיון דודאי לאו תמיד נזדמן בחד זמן צ"ל דהספק היינו פעמים כך ופעמים כך וכן לשון תורה בפרשת נשא וקנא את אשתי והיא נטמאה או עבר וכו' והיא לא נטמאה ופרש"י וכן הוא בסוטה דף כ"ח דספק אם נטמאה אם לאו.

ס"ג משום ש"ר בנו"ב חא"ע סימן י"א כתב דאם הודית שזינתה וגירשה ואח"כ העידה אשה אחרת שאמרה לה שתודה משום קטטה שהיה לה עם בעל והכה אותה מכת מות דנאמנת דהוי כע"א מעיד בשאר איסורין ולא איתחזיק איסורא ובאב"מ סימן כ"ח סק"ז דדבר שבערוה או ממון ה"ד במעידין על גמר הדבר שנתגרשה או זה לוה מזה אבל כשאין מעידין על גמ"ד הוי רק כשאר איסור ואם ליכא חזקת איסור ע"א נאמן עיי"ש י"ל ה"נ האשה אינה מעידה שלא זינתה רק מעידה על המודעא.

אך לפימ"ש תב"ש בסימן ח"י ס"ק כ"ט עמ"ש טו"ז וש"ך שם בנאבד הסכין ואח"כ נמצא פגום הואיל ויצא הדבר בהיתר חשוב חז"ה אף דעכשיו הספק שמא בטעות איתחזיק היתרא מ"מ חשוב חזקה ואין מוציאין מחזקתו כ"א בראיה ברורה עי"ש ה"נ כיון דאיתחזיק איסורא אף דלפי עדות האשה על המודעא הוי החזקה בטעות מ"מ כיון דאנן החזקינה עד עכשיו באיסור חשוב חזקת איסור אך י"ל לפימ"ש בחו"ד בסימן קפ"ה

דאיסור שנתחזיק רק מחמת דשאח"ד ל"ח איתחזיק כיון דבאמת לא מהימנה רק על עצמה ולא נגד אחריני עיי"ש ובזה ליכא ראיה מזה שהביא התב"ש דהתם לכ"ע איתחזיק למה דאיתחזיק עיי"ש ואף דהכא נאסרה ע"י הודאתה שזינתה לכהנים אף אם היה מת בעלה מ"מ לא נתחזקה לזונה לגבי אחריני רק איסור רביעה עלה מכח דשאנח"ד וכמ"ש החו"ד שם באמרה נתקדשתי בפני רבים דאף דנאסרה אכ"ע לא נתחזקה באיסור א"א דלא הימנוה הרבים ולא נאסרה על אחרים משום א"א רק אנפשה איסורא הוא דרביעה ולא נעשית בחזקת א"א ואף דכאן בעלה הימנה מ"מ לא משום זה הוי כודאי זונה רק ספק וכמ"ש לעיל סי' וא"ו מהרמב"ם פח"י מהא"ב דל"ל דהחו"ד לא כתב שם רק בנ"ד דצריך שתחזיק עצמה בפני רבים דזה לא הוי חזקה בפני רבים משא"כ הכא לענין העדאת ע"א מה לנו ברבים דמ"מ כיון דנאמנת על עצמה איתחזקית היא עצמה באיסור ותו לא מהימן ע"א להתירה דהמעיין בחו"ד שם יראה דזה לא חשוב חזקה כלל דלא החזיקוה רבים בא"א כלל אח"כ ראיתי בפ"ת לקמן סימן קט"ו סקל"ו בשם חמדת שלמה שהשיג על הנו"ב שכתב הואיל והאשה מעידה על תחלת הענין ל"ה במקום חזקת איסור דתמוה כיון דכבר נתחזקה ע"י שהפסידה כתובתה שוב אין ע"א נאמן להוציאה ואי נימא דע"א נאמן לא ידעתי מה אולמא דאשה אחרת מהיא גופה עכ"ל ולפימ"ש אין תימה דמה דמפסדת כתובתה לא עדיף הודאתה משאנח"ד דלא מהימנה רק לגבי דידה ולא נגד אחריני ולא חשוב חזקה גם מ"ש דמה אולמא דאשה אחרת מהיא גופה ודאי אולמא דהיא גופה י"ל דענ"ב שיחזירנה וכדלעיל סימן זיי"ן ס"ב וס"ג בשבויה דאפילו שפחה ועבד ואשה נאמנים שלא נתייחד עכו"ם עמה והיא גופה או בעלה או אפילו כהן אחר שהעיד לא ישאנה ואף דשבויה רגל"ד שנאנסה ה"נ לולא עדותה רגל"ד דלא היתה אומרת על עצמה שזינתה א"ל זינתה וכמ"ש הר"ן בסוף נדרים דלמשנה ראשונה אומרת טא"ל נאמנת ומפקעת עצמה מבעלה ואף די"ל משום קטטה ומשום דענ"ב אומרת כן מ"מ הימנוה רבנן דא"ל דקושטא קאמרה לא הות מזלזלה נפשה למימר הכי ועוד לולא העדות על המודעא היא חשודה על הזנות לפי דבריה שהודית שזינתה ונהי דאאמע"ר מ"מ לגבי נפשה חשודה וכמ"ש בחו"מ סימן צ"ב ס"ה ובקידושין דף ע"ג ע"ב כ"ז שלא נאסף מן השוק אביו ואמו נאמנין עליו ואח"כ א"נ עליו כיון שיצא עליו שם אסופי ובירושלמי שם דאזי צריך שני עדים נראה הטעם משום דהוחזק לאסופי ברבים א"נ אביו או אמו נגד חזקה ועיין תב"ש סי' א' סוף מ"ם דדוקא כשלא נשאר ספק בלב השומעים הוי חזקה וא"א להוציאה מחזקה אלא בראיה ברורה.

כפל דבריו עמ"ש בערך ש"י על חו"מ סי' רמ"א ובחידושי לגיטין דף מ"ו.

ס"ז יכול להחזירה עב"ש שהוציא דין מחודש מחמת הקושיא דלמה גם בנדר הוא ל"ח לקלקולא ולע"ד דבנדר הוא הרי משנאתו אותה נדר ל"ל אלו הייתי יודע וכן מצאתי בפנ"י ויש להוסיף דל"ח דאמר שנתחרט אח"כ ואלמלי ידע שיש היתר לנדרו היה מתיר ולא היה מגרש דמוקמינן אחזקתו וכמ"ש תוס' בפרק השולח דף ל"ג בד"ה ואפקעינהו אהא דנזיר ששתה יין לוקה ול"ה התראת ספק ובזה י"ל מה דקאמר הש"ס בדף מ"ו ע"ב מ"ד לגזור משום דר"נ דאמר כל הנודר וכו' דפרש"י דה"א דנקנסיה דקשה בשלמא אם האשה פרוצה בנדר ובעריות י"ל קנסוה אף דנוגע הקנס גם לבעל והוא לא פשע משום דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא ויותר הבעל מוצא לישא אשה ממה שהאשה תמצא בעל כדאיתא בר"פ חרם ובגיטין דף מ"ט ע"ב ובתוס' שם בד"ה משום אבל לקנוס הבעל מה חזית כיון דהקנס נוגע להאשה יותר והיא לא פשעה ומה"ט נראה דפירש הרמב"ם במשנה שם שנדר שלא תהא בינו ובינה נשואין לעולם וגירשה ורוצה להתיר הנדר דזה לא נזכר כלל בגמרא רק קונם א"ל יגרשה אלא דס"ל דה"א שלא נזדקק לו להתיר נדרו דמשום מאי חזית נהא עכ"פ בשוא"ת אבל אין סברא כלל לקנסו ולאסור איסר על נפשו ולהפסידה אך לפימ"ש י"ל כונת הגמרא משום דר"נ דמצוה שיתשל על נדרו הוי חזקה דעשויה להשתנות בודאי דמה"ט איתא בנדרים דף נ"ב דחשוב דשיל"מ וודאי אלמלי ידע שיש היתר לנדרו היה מתיר נדרו ויש לגזור משום קלקולא כמו בנדרה היא קמ"ל ולרש"י צ"ל דקמ"ל דאין בזו משום תקון העולם עד שמחמת תקון הרבים לא נחוש להפסדה.

ורמב"ם השמיט האי דינא כלל ונראה משום דמהיכי תיתי לחדש גזרה שלא הוזכר אלא משום דהתנאים קבלו בלשון המשנה המוציא אשתו משום נדר ה"א דבכלל זה גם כשנדר הוא אבל הרמב"ם דביאר כשנדרה היא תו אין חשש.

סימן יא

ס"א עדים שנסתרה דעת ה"ג דאין מוציאין מהבעל עד שיראו העדים כמכחול בשפוררת והרא"ש בפרק שני דיבמות ס"ח הקשה דהא אפילו חיוב מיתה ע"י שראוהו עדים כדרך המנאפים כדאיתא בב"מ דף צ"א ובמכות דף זיי"ן וכיון דבד"נ דכתיב והצילו העדה סגי בהכי כ"ש לאוסרה על בעלה וכ"פ ר"ח ז"ל מראיה זו עיי"ש ולכאורה תמוה רבתי על ה"ג ונראה דחיוב מיתה שאני דצריך התראה ושיתיר עצמו למיתה ויאמר ע"מ כן אני עושה ותכ"ד להתראה יעבור כמבואר ברמב"ם פי"ב מהל' סנהדרין ה"ב ובפרק היו בודקין מ"ם ע"ב והרי הודה בעצמו שעושה העברה ול"ל שמא חזר בו דמוקמינן על חזקתו שלח נתחרט כמ"ש תוס' בגיטין דף ל"ג בהא דהתרו בו בנזיר אל תשתה דלוקה

ול"ה התראת ספק דשמא יתיר נדרו משום דמוקמינן על חזקתו ואף דסברא הוא שכדי לפטור ממלקות ישראל על הנדר מ"מ כיון דהתיר עצמו ואמר ע"מ כן ולא אמר שבדעתו לשאול על הנדר מוקמינן על חזקתו ה"נ ועש"ך חו"מ סימן ל"ד סק"ח דאחר התראה שלא יעבור על השבועה א"נ לומר אונס הייתי כיון שלא אמר כן בשעת מעשה ה"נ לא אמר שלא יבעול ועיין מהרש"א ב"ק ר"פ שור שנגח את הפרה אף דמודה בקנס פטור מ"מ בגמל אוחר בין הגמלים או שור שרדף אחר שור ונמצא הרוג חייב בהודאות עצמו דאנן סהדי כיון שאינו מכחיש משא"כ לאסור אשה על בעלה דא"צ התראה י"ל שמא לא בעל ולא סגי באומדנא וכן משמע ממה דיליף בסנהדרין שם עד שיתיר עצמו למיתה דכתיב יומת המת ופרש"י משמע כבר הוא כמת קודם שבא לב"ד שחייב עצמו מיתה בפיו עכ"ל ואיך במה שחייב עצמו מיתה בפיו כבר הוא כמת אלא משום דודאי יעבור ועומד לכך וכמו כל העומד לשרוף כשרוף דמי בסוכה דף ל"ה וודאי א"א לעשות סניף מזה כיון שנסתם בש"ע לקמן סימן כ"ף וקע"ח כרא"ש ור"ח מ"מ מצוה ליישב דברי ההלכות גדולות ובאס"ז ב"מ דף צ"א כתב הר"ר יונתן כיון שעמד על כרסה של אשה ופרץ פרצה כזו על אשת חברו ודאי גמר תאוותו ולפ"ז י"ל דוקא אם ירדו לכך משום תאוה אבל למשנה אחרונה דשילהי נדרים דאומרת טא"ל אינה נאמנת דתלינן דענ"ב ס"ל לה"ג דה"נ י"ל לא ירדו כלל לתאוה רק שכרתו כדי להפקיע עצמה מבעלה אבל בחיוב מיתה ל"ל כן דממ"נ מה קסברי אם סברי דנתלה שלא נבעלה א"כ לא תצא מבעלה ואם נתלה שנבעלה הרי ימותו וכה"ג כתב בשו"ת מיימני להלכות אישות סימן חי"ת שהיו עדים על א"א שנתייחדה עם בחור בלילה ומאחורי הכותל שמעו אותם שמנשימין כדרך ב"א שמשמשין מטותיהן דתלינן משום שענ"ב השמועה קול תשמיש כדי שיוציאנה דא"ל נאמר כן מה הועילו חכמים בתקנתן דחשו לענ"ב הא תוכל למצוא לה דרך ליפטר מבעלה כדרך הזה שו"ר בנב"ת חא"ע סימן י"א תירץ כמ"ש בתירץ ראשון ואני הוספתי טעם לשבח.

דבר מכוער כתב ב"ש מן הבעל אלא בע"ט ואם א"י אם באונס בא עליה ל"א באונס בא עליה והב"מ הקשה מהא דכתב הר"ן והובא לקמן סימן ס"ח אהא דפ"פ מצאתי אם טוענת שהיתה אנוסה נאמנת עיי"ש ונ"ל לפימ"ש הסמ"ע בסימן ל"ב סק"י אהא דכתב הש"ע שם דאם יש עדים שלקח ממון חברו פסול לשביעה אבל בלא עדים שמא ס"מ ישנה י"ל עליו ופירש הסמ"ע שתבעו לקחת ממני או הפקדתי אצלך והלה כופר דתקחז"ל שישבע היסת ולא אמרינן מגו דחשוד בעיניו אממונא חשוד נמי אשבועה אלא אמרינן שמא א"י י"ל עליו כיון דחשוד רק בעיני תובע עיי"ש וכונתו נראה לפימ"ש ר"י

מיגאש בתשובה קנ"ז מעשה שנתחייב אחד אצל הרי"ף היסת ואמר התובע יודע אני שתשבע לשקר שכבר נשבעת לפלוני ופלוני בשקר ואמר הרי"ף כיון שהודית שהוא חשוד פטור מלישבע ע"כ וא"כ ה"נ כיון שלפי טענת התובע שהנתבע גזלו או כופר פקדונו הרי אצלו ודאי חשוד אממונא ואיך ישביעהו מ"מ תלינן בסי"י כיון שליכא שני עדים ומכח זה כתב הנתיבות בסימן ל"א כן ג"כ לענין לתלות באונס דג"כ יש חלוק זה דאם עבר בפני שני עדים לא תלינן באונס כמבואר בחו"מ סל"ד משא"כ בעבר רק נגד ע"א תלינן באונס והביא ראיה לזה וא"כ ה"נ ביש שני ע"ט לא תלינן באונס אפילו טוענת נאנסתי משא"כ היכי דליכא רק בעל אומר פ"פ מצאתי נהי דלגבי עצמו כעדים דמי דשאנח"ד מ"מ ליכא שני עדים וי"ל נאנסתי וכשהיה בעלה במדה"י ואישתהי יותר מיב"ח ונמצאת מעוברת מ"מ י"ל בצנעא בא רק כיון דאינה טוענת הכי לא תלינן בזה כדלעיל סימן ד' סי"ד או כיון דבעל יודע בעצמו דלא בא מ"מ ליכא שני עדים וצ"ל דס"ל להנ"י דאונס דל"ש דוחה טענת ברי דידה ועיין יו"ד סימן רל"ב סי"ב בש"ך סק"ה שכ"כ הרשב"א דא"נ לומר אניס הייתי משום דאונס לא שכיח ויש עדים שעבר.

ועוי"ל כיון דאונס ל"ש ורוב ברצון הוי כברי דידה כדאיתא ברפ"ב דכתובות כיון דאיכא רובא כבו"ש דמי ואם כן הוי ספק ואסורה לבעל אף דיש לומר ח"כ מ"מ מדרבנן לא סמכינן אחזקה בספק איסור דאורייתא וכמ"ש הרא"ה בבד"ה בשער התערובות.

כתב הרא"ש בפ"ב דיבמות ס"ס חי"ת דפסק הש"ס ב קדל"פ ובע"כ כרבי דמוציאין מהבעל אבל בראיית הבעל לחוד לא מפקינן אפילו בקדל"פ ועדי כיעור וקדל"פ חשוב כפ"פ או כע"א אחר קינוי וסתירה וכתב הטור וב"ש דוקא אם אין לה בנים והחמ"ח סק"ה השיגם מדמשוה הרא"ש לפ"פ וע"א בקו"ס הוי כעדי טומאה ממש ואפילו בי"ל בנים מוציאין מהבעל ולפע"ד מדמחלק הרא"ש בין ראיית הבעל לראיית עדים ע"כ רק מדרבנן חשוב כפ"פ וע"א בקו"ס דאל"כ גם בראיית הבעל הרי שאנח"ד אע"כ כמ"ש הרא"ה בבד"ה בשער התערובות דהיכא דליכא רק איסור מדרבנן גבי אשה אין ראוי להאמינו על פיו לאוסרה עליו ונראה דזה לא חמיר מראו אריה שנכנס בין השוורים ונמצא צפורן בגבו של אחד או בהוא שותק והן מקרקרין דשכיח יותר לאיסור מלהיתר וכתב הטו"ז ביו"ד ר"ס כ"ט דזה נתכוין הרמב"ם ברפ"ה מהלכות שחיטה דבדרוסה החמירו והרי מבואר דההחמירו חכז"ל ומשום דמד"ת י"ל אוקמוה בחזקת כשרות אף דשכיח יותר לאיסור וכ"כ בפלתי סימן נון בראיות דאף דשכיח יותר לאיסור מן התורה מוקמינן אחזקתה וכ"ש לאסור אשה על בעלה דכתיב כי מצא בה ערות דבר ודחז"ל בשילהי גיטין דף פ"ט דבר ברור וגם מ"ש בחידושי רשב"א בפא"ט דמ"ו בהתחיל מעשה

הטורף והספק אם גמר דאסור ע"כ רק מדרבנן דהא בפד"א דף ל"א כתב בכת אחד מספ"ל אי קרוב לה לכ"ע רק איסור דרבנן דמה"ת מוקמינן על חזקתה והנה לא חלקו הרא"ש והטור בין האשה מודית להבעל על דבר המכוער שראה או מכחשת וי"ל כיון דאם מכחשת לא מוציאין אותה השתא נמי נאמנת לומר דלא נטמאה דהפה שאסר הוא שהתיר ולהחמ"ח צ"ל דשאני עדי כיעור מדלא נזהרה לשמור א"ע מעדים לא תלינן שמא משום דענ"ב הערימה ושכרה את הנטען לעשות כן משא"כ כשלא ראה רק הבעל תלינן באמתלא וכעין שכתב מהר"ל הובא בטו"ז יו"ד סימן קפ"ה סק"ב ואף דכאן ל"ל דסמכה שתאמר לבעלה האמתלא דהא עושה כדי להפקיעה את עצמה מ"מ כאן עדיף דסמכה שאחרים יתלו דבעלה משקר והפלתי שם כתב דמשום אמתלא לא היתה משיאה לעצמה שם רע ברבים ועוד כבר כתבתי בסמוך דנגד עדים לא תלינן בשום דבר משא"כ בליכא שני עדים תלינן בכל מה שאפשר לתלות וגם תלינן דאחד אומר בדדמי כמבואר בנה"מ בסימן ל"א והא דע"י קינוי וסתירה נאסרה אם א"א מעיד שנטמאה משום דיש עדים על הקו"ס זולת העד שראה שזינתה כדפרש"י בפ"ק דכתובות דף טי"ת וגם מה דאיתא התם דפ"פ כשני עדים דמי אף דע"פ הבעל לבדו אומר מ"מ לא מדמי הרא"ש כיעור לפ"פ רק כשיש שני ע"כ אבל בראיית הבעל לבדו כיון דע"י הכיעור ג"כ אינו ודאי ממש שזינתה תלינן דבעל אומר בדדמי או שאר אמתלאות וכעין שכתב הנמ"י בשם המפרשים בפחז"ה בד"ה בקשתא בעיליתא אהא דצריך סהדי דדר בו המוכר חד יומא אף דיש ללוקח זה מגו דלקחתיה ממך כיון שהחזיק ג"ש ומשום דלא מפיו אנו חיין שנאמין כ"כ לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו עיי"ש ה"נ בראה הבעל דבר מכוער עדיין צריך בירור מדעתינו מכח הוכחה ואומדנא שזינתה משא"כ באמר פ"פ מצאתי ואף דכאן לגבי עצמו הודאתו כמ"ש דשאנח"ד מ"א הרי כתב הרא"ה בבד"ה דאין ראוי להאמינו על פיו לאסרה עליו ואף דהרא"ה כ"כ לענין איסור דרבנן ס"ל להרא"ש בדאורייתא נמי הך סברא.

ובירושלמי פ' המדיר ה"ו ראו אותה חוגרת בסינר רוכל יוצא מתוך ביתה או רוק גבי מטתה או שניהן יוצאין ממקום אפל כעור הדבר ותצא וכולהן אם הביאה ראיה לדבריה נאמנת ופרשו ק"ע ופ"מ שנתנה אמתלא מפני מה עשתה כן ולא היה זנות נאמנת ובשי"ק ושם כתב שהרי אפילו בהוחזקה נדה בשכנותיה אמרינן בפ"ב בבבלי וירושלמי דנאמנת כ"ש כאן עכ"ל ותמוה דבהוחזקה נדה בשכנותיה קי"ל דל"מ אמתלא וכדאיתא ביו"ד סימן קפ"ה ולא אמרו דמהני אמתלא רק באמרה לבעלה שהיא נדה כדאיתא בבבלי דף כ"ב ובירושלמי פ"ב הלכה ה' ושם הלשון מכיון שהביאה אמתלא לדבריה נאמנת ולמה

כאן אמר שהביאה ראיה לדבריה לכן נ"ל אדרבה נגד מעשה שעשתה ובאו עדים לא מהני אמתלא וצריכה דוקא ראיה לדבריה וא"ת אם מביאה ראיה ל"ש לומר דנאמנת י"ל דאין הראיה שראו שלא זינתה דזה א"א דהא אם יש עדים ליכא דבר מכוער כיון דלא נסתרה בלא עדים אלא שמביאה ראיה על האמתלא וכעין שכתב הטו"ז ביו"ד סימן קפ"ה שגלתה תחלה לפני עדים האמתלא או דמיירי שהביאה ראיה לדבריה שלא זינתה שיש לה עדים שלא שהתה עכשיו כדי טומאה דנסתפק החמ"ח בסק"ג אולי מחמת כיעור זה יש לחוש דבפעם אחר זינתה לזה אמר הירושלמי דנאמנת שלא זינתה וכדעת הב"ש שכתב דכ"מ ברמב"ם וכפי מ"ש הרמב"ם למד זה מהירושלמי וזה נראה עיקר דאמתלא מאן דכר שמיה ומוכח דדוקא הביאה ראיה אבל אם העדים א"י אי שהתה כדי טומאה אינה נאמנת וכ"ד השאלים בנוב"ת סימן ק"ס.

ובישעי"ק סק"ג בפירש הקצר כתב מה"ת להסתפק אי כבר זינתה דאפילו ודאי זינתה עכשיו נאמר השתא דיצאה מחז"כ ושפיר קאמר ונראה דקמ"ל הירושלמי דכיון דפרצה כ"כ ואי לאו דבאו עדים היתה גומרת העברה ממש תהא חשודה אמכאן ולהבא שמא תזנה דנהי דעל לעבר יש חזקה אלהבא ליכא כמו שמא מת ל"ח שמא יחיישינן וכ"כ ב"ש ריש סימן קט"ו דע"י פריצות חיישינן שמא תזנה קמ"ל הירושלמי דלא אבדה נאמנותה והיינו דקאמר נאמנת

הג"ה ע"א בדבר מכוער עיין חמ"ח וב"ש ומקורו משו"ת מיימני בסוף הלכות אישות סכ"ה בעובדא שהלך בעלה ושהה יב"ח וילדה ובא אביה לב"ד ושאל אם יהרגנה כי ילדה ממזר כי יש יותר משנה שהלך בעלה ממנה ואינו יכול לכפור והיא זונה גמור וכאשר מוכיח אותה מגזמת לילך בין העכו"ם ואומרת שאינה אשה הראשונה שעשתה רעה וגם עד אחד העיד בב"ד שראה אותה עם עכו"ם בלילה וחבקוה וגפפוה ושחקו עמה והשיב מהר"ם דאע"ג דאמר בקידושין דף ס"ו בע"א שא"ל אשתך זנתה דאי מהימן ליה כבי תרי יגרשה הכא אפילו חד מינייהו מהימן כבי תרי לא מצי לאפוקה בע"כ אפומיה כיון דהיא אומרת דבעלה הניחה מעוברת וקי"ל כרבה תוספאה דתלינן דאישתהי עד יב"ח ובע"א של דבר מכוער לא אסרינן לה אגברא אפילו מהימן כבי תרי זולת בעד טומאה והאריך בביאור דברי השאלתות דאם הבעל לבדו ראה דבר מכוער לא מפקינן רק בקדל"פ ובנידון זה אלו היו עדי כיעור נראה דכ"ע מודים שאסורה לבעלה כיון דילדה לסוף יב"ח ואי ליכא אלא אותו האחד שמצא עכו"ם מגפפים אותה אי מהימן ליה כבי תרי חייב להוציאה ואפילו ע"י עדות אביה בלבד שהעיד שבתו זיכתה אי מהימן ליה כבי תרי אסור לקיימה כדמשמע בפרק האומר בקידושין שם ואין חילוק בין עד שאינו

קרוב לקרוב וכן משמע מדברי הרמב"ם כללא דמלתא אסור לו לקיימה ורשאי לזרוק לה גט בעל כרחה את"ד ועמדו כל אחרונים דסותר א"ע דתחלה כתב דע"י ע"א כיעור לא אסרינן לה והדר כתב דחייב להוציאה ונ"ל דתחלה קאי אמה דאמר דלא מצי לאפוקה בעל כרחה ומשום חדרגמ"ה מש"ה לא סגי במה דמהימן ליה וי"ל אף דשאנח"ד מ"מ כיון דלא סמכינן עליו ומשועבד לה מותר גם לדור עמה וכדעת הי"א המובא לקמן סימן קע"ח ס"ט בהג"ה או אפילו לדעת י"א הראשון דשם אין כופין אותו לשמש מ"מ לא יוכל לגרשה בעל כרחה די"ל ענ"ב וכמ"ש רמב"ן בשו"ת מיוחסות סי' קל"ג ובשו"ת רשב"א אלף רל"ז וכה"ג כתב מהר"ם עצמו הובא בישׁ"ש פ"ב דיבמות סח"י דבעל האומר אשתו זינתה והיא כופרת דאסורה עליו דשאנח"ד ואינו נאמן לגרשה בע"כ ויהא בעיגון וס"ל למהר"ם דכשיש ע"א טומאה הוי כרגל"ד ואז מהימן הבעל לומר דמהימן ליה ויכול לגרשה בע"כ משא"כ בעד כיעור נהי דאומר הבעל דמהימן ליה והוי כראה בעצמו בה כיעור מ"מ לדידן לא מפיו אנו חיין להאמינו כל כך עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר כיון דעשתה דבר מכוער ודאי זינתה וכעין שכתב הנמ"י בהא דקשתא בעילותא הבאתיו לעיל אבל אנפשיה שוויה חד"א וחייב להוציאה אם תרצה לקבל גט וכתובה דאז ליכא משום חדר"ג ולכן לא כתב מהר"ם דיוציאה בע"כ ויזרוק לה גט דזה אין אנו מתירין לו כיון דאנן לא אסרינן לה רק הוא אסרה על עצמו ולכן בתחלה כתב לא אסרינן לה דהיינו הב"ד אין אוסרין אותה דאינו בדין להאמינו רק הוא אסר על עצמו מכח שאנח"ד ונ"מ כמי דאינה אסורה לבועל וכהנים וכן מוכח דמ"ש חייב להוציאה היינו אם ארלוצות בגט דל"ל חייב להוציאה בע"כ דהא לבסוף כתב רק דרשאי לזרוק לה גט בע"כ ולא דחייב וכן בראי"ש ר"פ החולץ כתב בשם מהר"ם דסוטה אינו חייב לגרשה כיון דשונאה ומאיסה בעיניו ל"ח שיבא עליה אע"כ מיירי כאן דחייב להוציאה אם תרצה לקבל גט כיון דשונאה ומאיסה בעיניו ומפרט לפי האופן שכתבתי דאסור לשמש א"כ חייב להוציאה שלא יעגנה ותזנה עוד תדע עוד דאם מיירי שחייב להוציאה בע"כ מה ראיה מייתי מקידושין דלא היה משועבד לה מכח חדרגמ"ה ולא היה חשש איסור חרם וכן מה ראיה מהרמב"ם דלא הביא חדרגמ"ה ולא היה כלל במדינתו ולבסוף מסיק כללא דמלתא שרשאי לזרוק לה גט בע"כ משום דאביה העיד שזינתה ומהימן ליה כבי תרי דהוי כע"א דטומאה ואדרבא סברא יותר דקושטא קאמר שלא יגנה עצמו אם אינו ברור אצלו דאת אביה היא מחללת ואף דאביה אמר מכח הוכחה שילדה ליב"ח ואנן קי"ל דתלינן דאישתהי מ"מ כיון דאמר שהיא זונה גמור ובתו נמי אמרה לו שאינה הראשונה שעשתה רעה הרי הודית לפניו שאין הולד מבעלה וגם כיון שהרגה הולד מוכח דממזר

הוא ולא חייסה עליו כדאיתא בקידושין פרק האומר דף ע"ג דעל בן כשר מרחמת שלא להורגו ולא על ממזר ועוד כיון דזולת אביה יש עוד ע"א על כיעור מרבה רגליים לדבר ואפילו שתי נשים עדיפי קצת מע"א כשר כדלקמן בסימן י"ז סל"ח בחמ"ח ס"ק ע"ו בשם הה"מ ושני פסולים עדיפי מפסול אחד כדאיתא שם סעיף מ"ם ודעת מהריב"ל דבשני פסולים לא חיישינן דאמרי בדדמי אף דבע"א כשר חיישינן דאומר בדדמי והובא בבה"ט שם סעיף נו"ן ס"ק קנ"ב ועוד כיון דמה שהעיד אביה ומה שהעיד העד אינם על דבר אחד י"ל לענין איסור חדרגמ"ה הוי כעין ס"ס שמא העד מעיד אמת ושמא אביה ועיין בד"מ לקמן סימן קט"ו אות י"ז ותראה שכן הבין במהר"ם דע"א בכיעור ומהימן ליה כבי תרי לא יוכל לגרשה בע"כ ומ"ש לבסוף דיזרוק לה גט בע"כ משום דהוי עד טומאה ואפשר מה שמתחלה הביא מלשון הש"ס אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ואח"כ כתב אי מהימן כבי תרי לומר דבעד כיעור אפילו גם לדידן מוחזק במהימן לא יוכל לגרשה בע"כ ובעד טומאה דוקא אי מהימן גם לדידן ולא בהעד הוא מן הריקים וכדומה וכה"ג כתב רבינו משולם במרדכי פ' האומר בקידושין סימן תקב"ט דאם ידוע שהוא נאמן יש לחוש.

ויש ראיה עוד למ"ש מדשינה הלשון דכתב דאם ע"א מעיד על כיעור ומהימן ליה כבי תרי חייב להוציאה ואפילו אביה לבד מעיד שזינתה ומהימן ליה כבי תרי אסור לקיימה ולמה כאן כתב חייב להוציאה וכאן כתב אסור לקיימה וכן ברמב"ם עכ"ד מהלכות אישות הי"ז כתב דאם דעתו סומכת על הקרוב שאומר שזינתה חייב להוציא ואסור לו לבא עליה למה כפל במלות שונות אלא הוא הדבר אשר דברתי דחייב להוציאה אם רצונה לקבל גט שלא יעגנה ואם אין רצונה לקבל הגט אין לו לחוש לעיגון שלה ואינו מחויב לגרשה בע"כ וכמ"ש מהר"ם דרשאי לזרוק לה גט ולא חייב לכן דקדק וכתב ואסור לו לבוא עליה וכן מהר"ם ברישא בעד כיעור דאינו רשאי לגרשה בע"כ כמ"ש כבר בתחלה רק אם רצונה לקבל גט חייב להוציאה לכן כתב חייב להוציאה משא"כ באביה מעיד שזינתה דרשאי לגרשה בע"כ נשמר מלכתוב חייב דהא אינו חייב לגרשה בע"כ אם אין רצונה להתגרש לכן כתב רק אסור לקיימה דהיינו לבוא עליה ואף דבמהר"ם י"ל עוד דרישא דליכא רק עד כיעור ואינו ודאי שזינתה אינה מאוסה בעיניו וחיישינן שיבא עליה לכן כתב דחייב להוציא משא"כ באביה מעיד שזינתה ומהימן ליה כבי תרי מאוסה בעיניו ל"ח שיבא עליה ואינו חייב להוציאה רק אסור לקיימה בקיומה לאישות וכה"ג מחלק הב"ש סימן קי"ז סק"ח מ"מ ברמב"ם דמעיד שזינתה ל"ל כך וגם למה כפל חייב להוציא ואסור לבוא עליה ועוד גם במהר"ם קשה כיון דשיטתו שם דעדי כיעור הוי ממש כעידי זנות א"כ מאוסה בעיניו וכן נראה כונת הטור לקמן סימן קט"ו שכתב

דאם ע"א אומר שזנתה אסור לו לעמוד עמה אם מאמין לו כבי תרי וכן כשאומרת אשתו שזנתה אם הוא מאמינה צריך להוציאה ולמה שינה ול"כ ברישא נמי צריך להוציאה או בסיפא אסור לו לעמוד עמה א"ו משום דבסיפא שבעצמה אמרה שזנתה הרי רצונה בגט כדי שלא להכשילו או שונאת אותו וכיון דאסורה עליו צריך להוציאה שלא לעגנה ובזה מיושב קושית הב"מ שם על הב"ש סק"ח שבזנתה מאוסה עליו וא"צ לגרשה והא מבואר ברמב"ם פכ"ד מאישות ובש"ס פ"ב דיבמות דף כ"ד דביש עדים שזנתה כופין אותו לגרשה ולפימ"ש לק"מ דדוקא אם רצונה להתגרש ולא לעמוד עמו בפרישות כופין אותו לגרשה שלא לעגנה ובמהר"ם יש עוד לומר מה דדייק ותני בעד כיעור ומהימן ליה חייב להוציאה ובעד מעיד שזנתה ומאמינו כתב דאסור לקיימה משום דע"א בכיעור והבעל מאמינו אינו בדין לאסרה רק הבעל שאח"ד ולכן אינו רשאי להוציאה בעל כרחה מחויב להוציאה שלא לעגנה כי האשה צווחת דהעד משקר ולא פשעה ואנן נמי אין מאמינים ואין אוסרין בדין רק איהו אסרה על עצמו משא"כ באביה העיד שחנתה והבעל מאמינו דאזי הב"ד אוסרין אותה וכמ"ש לעיל הרי אנו אומרים דאמת הדבר וכיון שפשעה בעצמה אין לחוש לעיגון שלה וכמו שכתב סברא זאת בשו"ת גא"ב סימן ס"ב ונוב"ת חא"ע סימן י"ב ומ"מ מוכח דחייב להוציאה שכתב מהר"ם כשמבקשת גט דאל"כ הרי אינה חוששת בעצמה לעיגון שלה ועדיף מאם פשעה כבר ועיין פרק החולץ ל"ו ע"ב ובתוס' שם בד"ה ולא קתני יפריש דלשון הפרשה משמע הכי ומשמע הכי אבל יוציא לה משמע אלא בגט וה"נ חייב להוציא בגט דוקא ואסור לקיימה אצלו בלא הפרשה נמי משמע היוצא מזה שיטת מהר"ם בעד כיעור ומהימן ליה כבי תרי אפילו מוחזק למהימן אנן לא אסרינן לה רק הבעל אסרה על עצמו לכן אם מבקשת גט מחויב לגרשה וכשאינה רוצית בגט אין רשאי לגרשה בעל כרחה וכשעד אחד מעיד על זנות ממש ומהימן ליה כבי תרי ומוחזק למהימן אנן אסרינן לה אבעל ובועל וכהנים ורשאי לגרשה בע"כ ואם אין הבעל רוצה לגרשה אינו מחויב אפילו האשה רוצה רק יפרישה ולא יקיימה ועיין לעיל סימן וא"ו סט"ז ובאה"ג ובה"ט שם ובסימן ד' סט"ו ובה"ט שם ס"ק י"ט לענין כהנים ובב"ח לעיל סימן וא"ו סעיף יו"ד ועיין חו"י סימן ק"ט דע"א שיש לו קצת חלק נאמן לאסור גם על אחרים לפ"ז י"ל אם בעל מהימן לעד טומאה כבי תרי דהוי כמעיד דראה בעצמו שנטמאת נאסרה גם לכהנים אחרים כשנתאלמנה והרמ"א דכתב דע"א בכיעור לאו כלום הוא משום דמהר"ם אזיל לשיטתו שם דקי"ל כרבי אם הבעל לבד ראה בה דבר מכוער וקדל"פ תצא והתם היה קדל"פ וריעותא דאישתהו לכן אם העד כיעור מהימן לבעל כבי תרי דלדידיה הוא כראה בעצמו ואסרה על עצמו דשאנח"ד ולדידן דפסקינן

כהרשב"א בראיית הבעל דבר מכוער מותרת לו ה"נ בעד כיעור אף דמהימן ביה כבי תרי ל"כ הוא.

ס"ד בהג"ה שלא בפניה ושלא בפני בעלה ברדב"ז ח"א ס"ע כתב דמקבלין עדות קידושין שלא בפני בעלה כיון דהוי לאפרושי מאיסורא כ"ע בע"ד עכ"ל וזה לא שייך בזנות דליכא איסור רק לבעלה אך המאירי בב"ק כתב דלאפרושי מאיסורא זכות הוא לו וזכין שלא בפניו והובא בשו"ת רבצ"א סימן ה' ולי צ"ע דמ"מ כיון דיש בו גם צד חובה דפרעונתא לגרש אשתו ומפסיד זכות שיש לו בה במע"י ופירות ותשמיש ונה"ך ביו"ד ס"ס קס"ב הוכיח דכשיש זכות וגם צד חוב לא זכין שלא בפניו ול"ל דאיסורא לא ניחא ליה דליקני דזה דוקא כשעדיין לא זכה בו וכדמחלק בר"פ מי שהחשיך דף קנ"ג לענין דאין אדם מעמיד על ממונו וחיישינן דעביד איסורא ולכאורה י"ל לפימ"ש בתוס' בביצה דכ"ז ע"ב בשם ריי"צ דבטל חלק הדיוט אצל חלק גבוה הוי ככולו לגבוה וה"נ כיון דיש חלק גבוה מחמת האיסור אך תוס' שם במסקנא דחו זאת דמצות גבוה לא דחי חלק הדיוט ועדיין י"ל לפימ"ש בחידושי רשב"א בפ"ק דקידושין דף כ"ג דשטר ע"י אחרים מהני אף דהעבד צווח דאינו רוצה כיון דודאי זכות הוא לו דמכניסו בכלל מצות ישראל בטלה דעתו אצל כל אדם אך אנן לא קי"ל כן ביו"ד סימן רס"ז סמ"א אלא דיש לחלק בין מוחה להדיא להיכא שהוא רק שלא מדעתו וכמו בעבד ומ"מ ל"ד להתם דלרבנן ליכא חובה משא"כ כאן יש גם חוב הפסד ועוד הא כתב בשו"ת הרא"ש כלל ק"ח ס"ז דל"ל חזקה ל"ש התירא ועביד איסור רק היכא דיש ודאי איסור והובא בבל"י ביו"ד שם וה"נ דלפי הדין דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אין נאמנין וליכא איסור ודאי ואפשר אפילו ספק דזולת העדים מוקמינן אחזקת היתר ואולי לא היו מעודין בפניו לחובתו דמה"ט צריך שיעודו בפניו א"כ למה יהא ניחא לו לקבל שלא בפניו אך בתשובות רשב"א ומהר"ם ב"ב שבב"י חו"מ סימן שפ"ח מחודש חית דאפילו קבלו עדות שלא בפני בע"ד ידענו שכן אמת וברור רק גזרה הוא לקבל בעניו א"כ שפיר י"ל באיסור זכין שלא בפניו ולהדיא איתא בערכין פ"ו כ"ב ע"ב בנמצאת שדה שאינו שלו מקבלין עדות על יתום קטן אף דחשוב שלא בפניו דאתחזוקי סהדי בשקרא לא מחזיקינן ועיי"ש בתוס' ובח"ר ב"ק דף קי"ב ולפי"ז בתרי אומרים זינתה ותרי מכחישים דל"ל דודאי קושטא דמה חזית רק באיסור דאורייתא מחמירין מדרבנן ולא מוקמונין אחזקת היתר כדאיתא בפד"א דף ל"א ובתוס' קידושין דף ס"ו ובכתובות כ"ו ב' בזה י"ל דלא מועיל מה שהעידו עדי זנות שלא בפני בעל ואשתו ומפרט כיון דעדים שהעידו על הזנות אית בהו ריעותא דשלא בפני הבע"ד והמכחישים לית בתו אותו ריעותא עדיפי המכחישים די"ל אולי בפני הבע"ד לא היו מעידים שזינתה

ומפרט לדעת מהרש"ל בכתובות כ"ו ב' דתוס' ס"ל דבתרי ותרי שמכחישין על אדם אם נפסל מחמת רשעו אזי גם רבנן לא החמירו דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן ה"נ בעדי זנות ברצון וכ"כ פנ"י שם עיי"ש,

ובשו"ת רמ"א סימן י"ב דהעידו עדים שנראה בהאשה כיעור וכתב כיון דהעידו שלא בפני האשה ובעלה לא מהני ועוד דעדים אחרים העידו על הראשונים דפסולים ואף שלא העידו בפני עדים ראשונים ולא פסלו מכאן ולהבא לעדות אחרת מ"מ לאותו עדות חשוב הכחשה ואוקי תרי לבהדי תרי ואיתתא בחזקת היתר קיימא ובנו"ב סימן ע"ב בסתירת היתר חמישי תמה על הרמ"א דהא מבואר בתוס' קידושין דס"ו דבאיסור דאורייתא לא מוקמינן אחז"ה בתרי ותרי וכ"כ תוס' בכתובות דף כ"ג ובא"ע סימן מ"ז עיי"ש ולפימ"ש רש"ל ופנ"י לק"מ על הרמ"א מן התוס' והש"ע ולפי מה שכתבתי י"ל דרמ"א לא הוצרך לטעם השני אלא משום דלא נדחה מ"ש תחלה ההיתר מחמת שעדי הכיעור לא העידו בפני האשה ובעלה דשאני איסורא דזכות הוא להם להפרישם מאיסור לזה כתב עוד דאותם עדים הועד עליהם שהם פסולים והוי תרי ותרי ול"ל אחזוקי סהדי בשקרא לא מחזיקינן וכיון דיהא רק ספקא דרבנן בזה לא חשוב זכות שיועיל העדות שלא בפני בעל ואשתו ואולי בפניהם לא היו מעיזין לחוב להם.

ולכאורה יש לדחות בלא"ה תמיהת הנו"ב לפי מה שהוכחתי לעיל דמה דמוציאינן מבעל בעדי כיעור גם להרא"ש הוי רק מדרבנן א"כ ודאי גם בתרי ותרי מוקמינן לה אחזקת היתר כמ"ש תוס' לענין תרומה דרבנן וכ"כ רמב"ם כאן אך לא דמי לתרומה דרבנן דנהי דעדי כיעור רק מדרבנן מ"מ הא דאסרוה רבנן מחמת חשש זנות דאסורה מן התורה ונעשה כגופו של איסור תורה וכמ"ש או"ה לענין גבינות עכו"ם הובא בש"ך יו"ד סימן ק"י בכלל ס"ס אות ח"י דהוי כודאי איסור תורה וגם ת"ח ס"ל הכי כמבואר שם אות טו"ב תדע דהא תוס' בקידושין שם כתבו הכי בתרי ותרי לענין שבויה והרי בפ"ק דקידושין י"ב ע"ב בתוס' ד"ה אם הקלנו בשבויה כתבו דמשום דאפילו איכא סהדי שנשבית אינה אסורה מן התורה וגם לפי קצת גורסין בשבויה הקילו דמנוולא נפשה ולא שכיח כולא האי שנטמאה גם כן אינו רק מדרבנן אפילו לפוסקים דספקא איסור דאורייתא מן התורה לחומרא היינו באין הכרע אבל כאן צד ההיתר שכיח יותר ועב"ש לעיל ריש סימן זיי"ן הביא ממהרי"ק דרק מעלה עשו ביוחסין והיינו מדרבנן ועיין תוס' פ"ב דכתובות דכ"ג בד"ה עדי טומאה והא דב"ק דף קי"ד ע"ב פריך דאורייתא לא מרבי דהשיא לשבוי' עפ"י קטן מסל"ת ומשני בשבויה הקילו ופרש"י דאיסורא דאורייתא הוא משום זונה עכצ"ל דעיקר החשש משום איסור דאורייתא ועכצ"ל כן לרמב"ם דכתב להדיא בפח"י

מהא"ב הלכה טו"ב דאיסור שבויה מד"ס לכן הקילו בה ועיין שער המלך בפי"ט מהא"ב סוף הכ"ג.

ובאב"מ דחה דברי תשובת הרמ"א מתוספת כתובות דף כ"ף שכתבו דאם תרי פסלו לתרי בגזלונתא שלא בפניהם כל אחת באה בפ"ע ומעידה עיי"ש ולפימ"ש י"ל כיון דראשונים העידו שלא בפני בע"ד הל"ל אין חבין שלא בפניו רק כיון דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן סברא דהדבר אמת ממילא הוי זכות לאפרושי מאיסורא אבל בשתי כתי עדים המכחישין זה את זה מסברא ל"ל אחזוקי סהדי בשקרי לא מחזיקינן דהא ודאי כת אחת פסולים וחשודים לשקר וכדס"ל לר"ח בפחז"ה ל"א ב' בהדי סהדי שקרא למה לן רק מגזת"כ כל כת באה בפ"ע ומעידה משום דלכל כת בפ"ע כשאנו דנין עליהם נשארין אחזקת כשרות שלהן כמו בשני שבילין וכיון דמסברא ל"ל ודאי קושטא מסהדי תו ל"ל באיסור דהא ודאי זכות לאפרושי מאיסורא ממילא הדר דינא אין חבין אלא בפניו ואם דא"א להעמיס זה בדברי רמ"א שם מ"מ לדין יש תשובה.

ובדעת הרמ"א נראה לפימ"ש הרשב"א בתוספת שם דהכא לא מוקמינן להו אחזקה כדאמר לעיל משום דאלו הוו קמן דילמא הוו מודו להו ותוס' דלא תרצו מעיקרא הכי משום דמשמע להו מה דאר"נ משום דהוו תרי להדי תרי בלאו טעמא דאלו הוו קמן הוו מודו אתי עלה אבל גוף סברת רשב"א ודאי סברא דמהיכי תיתי נעשה הכחשה כל שאפשר דאילו תוו קמן לא היו מכחישין וגם ל"ל בזה תרי ותרי ספקא דרבנן דלא לאוקים האשה אחזקת היתר לא מצינו ביבמות דף ל"א דהוי ספקא דרבנן רק בכת אחת אומרים קרוב וכ"א אומרים קרוב לו דמכחישין זה את זה להדיא אבל כאן דלמא הוו קמן הוו מודו להו ולק"מ גם קושית הנו"ב ובלא"ה י"ל לפימ"ש בש"ש ש"ו פי"ז ובדברי אמת בכלל תו"ת בשם ומ"ש דשני חזקות מהני גם בתו"ת כדאיתא בפ' בכל מערבין דל"ה אלא דלבעל מ"ש דוקא כשהשני חזקות בתרי גופי ולש"ש גם בחד גופא והכא יש חזקת כשרות וחזקת היתר לבעלה.

ויל"ע אם קבלו העדות בפניה ולא בפני בעלה או להיפך ומדל"כ רמ"א או שלא בפני בעלה משמע דוקא שלא בפני שניהם וברשב"א הובא בב"י חו"מ סימן תי"ז והובא בשע"מ ס"ס ק"י כתב בענין קב"ע על הוצאות זיזין בר"ה דסגי בפני אחד מבני ר"ה ואין. האחרים יכולין לערער שנתקבל שלא בפניהם ובח"ר ור"ן ס"פ השולח כתבו בשני שותפין והוגבה העדות בפני אחד מהם דאם ליתא במתא מהני הקב"ע נגד השותף שהועד לפניו ואם איתא במתא מהני גם נגד השני ולפי"ז י"ל הכא דאם הוגבה העדות רק בפני הבעל או האשה דעכ"פ מהני נגד זה שהועד בפניו ואסור אך אם הועד שזינתה

באונס והיא אשת כהן י"ל אפילו הועד בפניה כיון דלא הועד בפני בעלה כיון דהוא אינה מוזהר עליה גם היא אינה מוזהרת לפימ"ש הרא"ש בשילהי נדרים ועיי"ש בהמאירי ובחכ"צ ס"ס ק"נ.

עוד יל"ע בנידון הרמ"א בתשובה שם שהמעשה היה שבאו עדים הרבה לפסול הראשונים ועל כל חד מהראשונים היו שנים ושלשה עדים שכל אחד העיד בפני עצמו איזה פסול עליו רק האחרונים לא העידו בפני הראשונים וכתב הרמ"א נהי דאין לפסול הראשונים מחמת העדות שלא בפניהם מ"מ הכחשה הוי והוו תרי ותרי ואוקי איתתא אחזקת היתר את"ד וקשה הא כל אחד מעדי הראשונים לא ידע מחברו אם פסול הוא או לאו א"כ יהיו האחרונים כתרי לגבי חד לכל עד מהראשונים דאזי האחרונים נאמנים כמ"ש תוס' בב"ק דף ע"ג בד"ה דאסהידו וא"כ נהי דהוי רק הכחשה נאמנים יותר העדים האחרונים שהעידו לפסול הראשונים וגם למה לא יפסלו הראשונים לעולם אפילו שלא בפניהם כיון דאמרת הכחשה מיהא הוי ונגד כל אחד בפני עצמו יש תרי המכחישים אותי וגם אם שנים מעידים על אחד שלא בפניו שהוא פסול יפסל לעולם מה"ט.

ואולי י"ל נהי דכתבו תוס' דתרי נגד כל חד וחד מהימני היינו כשהעידו כדין עדים בפני הראשונים משא"כ כאן דהעידו שלא בפני הראשונים אין להם דין עדים כשרים כלל ומבואר בשו"ת מהר"ם שבשו"ת מיימני להלכות אישות סכ"ה דהרבה קרובים רק כחד חשיבי לכן ה"נ אין מעליותא לשנים האחרונים מן כל אחד מהראשונים ומ"ש הרמ"א דהוו תרי ותרי היינו תרי הראשונים נגד תרי האחרונים אף דלדינא אלו ואלו רק כחד חשיבי ולפי"ז מתורץ תמוהת הנו"ב הנ"ל על הרמ"א דאיך כתב הרמ"א דאוקי איתתא אחזקת היתר הא בתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה להקל ולפימ"ש א"ש דהא מבואר בפד"א דף ל"ח דבכת אחת שאחד אומר קרוב לה ואחד אומר קרוב לו קיל מהכחשה דתו"ת וה"נ הן רק כאחד מכחיש לחד דכל אחד מהראשונים אומר על עצמו שאינו פסול ומכחיש מה דהאחרונים מעידים עליו ואין כל אחד מהראשונים מסייע לחברו בזה תדע דהא ודאי הראשונים קרובים לעצמם ואין דינם כתרי עדים כשרים במה שאומרים שאינם פסולין ולמה לא יפסלו ע"י עדים שהעידו עליהם שלא בפניהם שהם פסולים וע"כ משום דשלא בפניהם גם הם כקרובים חשיבי ולפ"ז צ"ל הא דכתב רמ"א דלא נפסלו בעדות אלו עליהם שלא בפניהם היינו כשיבואו הראשונים להעיד שלא נגד חזקה או לפטור את עצמם בשבועה אבל נגד חזקה לא כמו דלעדות זו לא אהני עדותם נגד חזקה וחשיבי ספק פסולים ולרשב"א הנ"ל י"ל דלא נפסלו אם יבואו קמן ויאמרו ששקר העידו האחרונים עליהם דאזי קי"ל כל כת באים בפ"ע ומעידים אבל כל זמן שלא אמרו לפנינו

דהאחרונים העידו עליהם שקר הוו הראשונים פסולים מספק ואין מועיל עדותם נגד חזקה לעולם אך נראה בנידון הרמ"א א"צ לטעם הרשב"א דז"ל שם דרבים העידו שאין לסמוך על עדות הראשונים כי הוחזקו לריקים ופוחזים וחשודים וכן הוא מפורסם לכל ואף הבע"ד לא יוכל להכחיש זה אלא שאומר שמשום זה אין לפוסלן לעדות עכ"ל וא"כ כבר אבדו חזקת כשרותן אף דמשום זה אין לפוסלן ועב"ש לעיל סימן ד' סקח"י אהא דכתב רמ"א שם דאם ראו בה דבר מכוער לא אמרינן דאישתהי משום דע"י דבר מכוער אבדה חז"כ ואף דע"י הדבר מכוער לבד לא אסרינן אותה מ"מ חזקת כשרות אבדה ועיין בשו"ת רע"ק סימן קו"ף בסד"ה וא"כ כך סדורו דכ"כ נמי בשו"ת בן לב וה"ה בעדי יחוד אף דאין אוסרין על היחוד מ"מ אבדה חז"כ והנה מה דבתרי המכחישים זא"ז כל כת באה בפ"ע ומעידה משום דכל כת בפ"ע מעמידין אחזקת כשרות כמבואר בתוס' בכתובות דף כ"ף ולכן כאן דמפורסם שהם פוחזים וריקים והוחזקו לחשודים ואין להכחיש זה א"כ אבדו חז"כ לכן כשנולד ספק ע"י הכחשה תו ל"ל כל כת באה בפ"ע ומעידה נגד חזקת היתר.

שו"ר בשו"ת מהרא"ם ח"ב הנקרא מים עמוקים סימן למ"ד דדוקא בתו"ת לא מוקמינן אחזקה אבל חד אומר נתקדשה לפני שני עדים וחד אומר לא נתקדשה תנשא לכתחלה עיש"ה וכ"מ בתוס' כתובות כ"ג בד"ה תרוייהו לפימ"ש מהרש"א שם.

עוד נ"ל בישוב דברי הרמ"א מקושית אב"מ הנ"ל הנ"ל דלכאורה יל"ע בהא דר"ה דכל כת באה בפ"ע ומעידה משום דכל כת יש לה חז"כ איך יעידו על אחד לפסלו ולהוציא מחזקת כשרות דזהו חז"כ וזה חז"כ ומצאתי בתומים סימן ל"א סוף סק"ג שכתב הך סברא ונתיבות שם בסק"ג כתב כיון דקודם שמעידין על נדון זה מחזיקין אותן הב"ד בכשרים נאמנים אח"כ על כל עדות שיעידו אח"כ עכ"ל וזה שייך רק אחר דחזינן הכחשה דתרי ותרי ולא פסלו אותן הב"ד לענין שאר עדות לכן כשיעידו על אדם שנעשה רשע ג"כ מהימנו משא"כ על למפרע טרם שנתגלה ההכחשה דתו"ת בב"ד ל"ל שנתחזקו בב"ד לכשרים כיון שמה שהיו בחזקת כשרים מפני שלא נולד עדיין שום ספק לדון עליהם תדע דאלת"ה נימא דגם זה שבאו אח"כ להוציאו מחזקת כשרות נתחזק כבר לכשר אע"כ דמה שהוחזק לכשר טרם שנולד ספק לדון עליו אינה חזקה לענין זה וע"כ בנידון דהרמ"א שבשעה שבאו עדים לפסול הראשונים נודע הספק דתרי ותרי וטרם זה העידו הראשונים על האשה להוציאה מחזקת כשרותה ואז עדיין לא נתחזקה בב"ד חז"כ דעדים יותר מחזקת כשרות של האשה לכן אין בעדותן כלום בעדות זו על האשה אף דאין העדים נפסלין מכאן ולהבא לשום עדות אף נגד חזקת כשרות ול"ד לדר"ה ודרב

בפחז"ה וכן לנידון מש"כ התוס' דהתם אין העדות לפסול איש והתומים שם הביא מתוס' כתובות כ"ב ע"א בד"ה תו"ת דכתבו בשתי כתי' עדות המכחישים זא"ז ובאה כת אחד מאלו להעיד על אדם שהוא פסול לר"ח דחשיב להו סהדי שקרא אין נאמנים הרי דלר"ה נאמנים ונדחק ליישב ובאמת י"ל דודאי חזקת כשרות דתרי סהדי עדיפי מחז"כ דחד לכן לר"ה יכולין לפסלו אך בנידון דשו"ת רמ"א העדים שהעידו על האשה שראו בה דבר כיעור לא ראו כאחד רק דמ"מ מצטרפין א"כ כיון דנגד אחד לבד י"ל מה אולמיה חז"כ של העד אחז"כ של האשה ונשאר רק עד אחד כשר ועד אחד בדבר מכוער לאו כלום הוא כמ"ש רמ"א כאן ואפילו מהימן ליה כבי תרי וכמ"ש ב"ש ואף די"ל נהי דלא אלים חז"כ של העד מחז"כ של האשה יהא ספק מ"מ הא יש להאשה גם חזקת היתר לבעלה ובזה מדויק כל דברי הרמ"א מ"ש אע"ג דלא נפסלו בהעדאת עדים אלו עליהם שלא בפניהם מ"מ לזה העדות אין מועילים כלום דאוקי תרי לבהדי תרי ואשה בחזקת היתר לבעלה עכ"ל והיינו דמכאן ולהבא לא נפסלו עדים אלו דכל כת באה בפ"ע ומעידה אפילו על הרבה אנשים לפוסלן ולאוסרן ואפילו יהא עדות מיוחדת כיון דכבר נתחזקו לכשרים אחר שנולד הספק עליהם מ"מ לזה העדות שהעידו טרם שנתחזקו אינם מועילים כלום לעשות אפילו ספק דמה אולמיה חז"כ דדהו מחז"כ של האשה א"כ מוקמינן האשה בחז"ה לבעלה ולפ"ז א"ש אפילו אי נימא דחזקת ממון אלים כחזקת כשרות או עדיף וכמ"ש הנתיבות שם והרי התוס' בכתובות דף כ"ף כתבו אהא דתרי ותרי דלר"ה דכל כת באה בפ"ע ומעידה יועיל עדותן להוציא ממון במה שכבר העידו שזה לוה מזה ולפימ"ש א"ש דודאי חזקת כשרות מתרי סהדי עדיף מחזקת ממון ואין צורך לומר משום דנתחזקו לכשרים בב"ד.

ועיין בשו"ת רבצ"א סימן זיי"ן הביא מן שטה ישנה לכתובות פ"ב עלה הא דאמרינן הבמ"ע דמוחזק לן באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליו קול דב"ג או ב"ח ואתא ע"א וכו' וז"ל וא"ת אוקי תרי לבהדי תרי והאי גברא מספקא היכי מסקינן ליה והתירוץ הנכון כיון דאתא עד מעיקרא ואסקיניה אפומיה מפני סיוע החזקה דאלו בלאו החזקה לא הוה מבטלינן קלא בע"א נמצא שנתחזקה החזקה שעשינו מעשה והכשרנו על פיה וכיון שנתחזקה הרי היא נחשבת לסייע הני תרי דמכשרי כנגד הני תרי דפסלי ולתירץ זה אי אתו מעיקרא תרי דמכשרי בבת אחת והדר תרי דפסלי לא היתה החזקה נחשבת לסייע הני תרי דמכשרי שהרי לא עשינו מעשה על פיה עכ"ל והובא בדברי אמת בכלל תו"ת סימן ב' וזה סייעתא לסברת הנתיבות וכפי מה שהסברתי בו.

ס"ה הנטען משפחה ונכרית עיין חמ"ח סקי"ב שכתב דלהב"ח תקשי ליה סיפא דמתניתין ולע"ד לק"מ דכיון דא"א לתנא דליתני ברישא קדם וכנס לא תנא נמי בסיפא וזה מבואר בפ' כל התדיר צ"א ע"ב דתנא סיפא אגב רישא ואדרבה זה סייעתא להב"ח דתקשי נמי סיפא למה לא קתני אפילו קדם וכנס דהוי רבותא יותר אע"כ משום דרישא דוקא כנס ולא קדם וכנס תנא נמי בסיפא רק כנס ומה שהקשה הטו"ז מ"ש מאחות חלוצתו דג"כ אין איסור רק מדרבנן ומ"מ אחר התראה יוציא י"ל התם האיסור עליו ועליה דמ"ש אבל כאן רק משום הסר ממך עקשות פה ולזות שפתים זה לא שייך בנכרית ונתגיירה דכשהיתה נכרית לא היתה מוזהרת בזה אף דרמב"ם פי"ב, מהא"ב ה"ט כתב ישראל הבא על הנכרית הר"ז נהרגה מפני שבא לישראל תקלה על ידה כבהמה המ"מ תמה באמת עליו וגם לרמב"ם לא משום דמוזהרת דהרי אף קטנה בת ג"ש נהרגת ומשום דבא לישראל תקלה ע"י כבהמה וכשנתגיירה נפטרה ועוד כל נכרית סתם זונה היא ומה"ט לכ"ע כשנתגיירה לאחר ג"ש אסורה לכהן משום זונה א"כ מה לזות שפתים יש בה יותר מחמת שישראל נטען עליה וגם שפחה לרמב"ם אסורה לישראל רק מדרבנן ולא גזרו האיסור רק עליו מדכתב הרמב"ם שם הי"א מכין אותו מכת מרדות משום שעבר אד"ס ולא כתב מכין אותם א"כ מסתיין דאסרו לכתחלה לנטען לישא אותן דעדיין אין להן הפסד רק מניעת ריוח דינשאו לאחרים אבל כשכבר כנס אפילו אחר ההתראה לא גזרו להפסיד הנשים משום לזות שפתים דבעל ואפילו להפוסקים דשפחה לישראל אסורה מה"ת ויליף לה מלא יהיה קדש מבני ישראל הת"א בפ' כי תצא (לא בא האזהרה רק על בני ישראל כדכתיב לא יהיה קדש ות"א לא יסב גברא ב"י אתתא אמה ועוד) גם משוחררת אחר ג"ש סתמה זונה כמו שפרש"י בפרק הבע"י דף ס"א במשנה שם ובהה"מ פי"א מגירושין הכ"א וברדב"ז ח"א סימן קצ"ו דסתם עכו"ם ושפחה זונות ואינן בושות ומקפידות ומזנות ומתעברות ומתפארות.

סימן יב

ס"א המעיד כתב' ב"מ מדכתב בח"ר יבמות כ"ה ד"ה גזלן דד"ת דא"כ כי אקשינן ממתניתין לימא מתניתין במסל"ת ולא תירץ דא"כ אמאי לא ישא משמע אף מל"ת אסור וצע"ק דהא אי היה שייך בעדות כזה לחשוד במכוין אמאי גזלן דד"ת כשר בו עכ"ל ונ"ל בשלמא הא דלא ישא משום לעז וחשד העולם ואטו כ"ע מבחינים בין מכוין להעיד בין לא וגם לא ידעו כלל אם הותרה על ידו במסל"ת או העיד ממש ולכן אפילו בגזלן דפסול במעיד רק במסל"ת מ"מ לא חלקו בין מסל"ת דכשר למסל"ת דגזלן משא"כ הב"ד דמתירין האשה יודעין להבחין אימת מסל"ת ואימת מיכוין להעיד ועוד להתיר האשה

שלא תתעגן אוקמוה אדינא וכשר גזלן דד"ת במסל"ת משא"כ שלא ישא אותה ליכא עיגון ולא פלוג בין מסל"ת למעיד וכמ"ש המל"מ פי"ב מה"ג הט"ז ד"ה וראיתי דבעיגונא לא אמרינן ל"פ והובא בי"מ סימן שנ"ז.

ועוי"ל דקשה למה גזלן דד"ת פסול לעדות אשה נהי דגזל חזקה אא"ח ולא לו כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה' ע"ב ואי שמא מעיד שקר בשביל ממון שתתן לו האשה הא חזקה אשה דייקא ומנסבא דאלת"ה איך נאמן עכו"ם או גזלן דד"ת מסל"ת ניחוש ששכרתו להערים לומר מסל"ת וצ"ל דגזה"כ אל תשת רשע עד להיות עד חמס ומסל"ת דמהימן דזה לאו, מתורת עדות ולכן אין לחוש דהגזלן מערים דחזקה אא"ח ולא לו וגם בנכרי מסל"ת לא חיישינן דמערים להכשיל את ישראל בחנם כמ"ש תוס' פ"ק דע"ז דף י"ב בד"ה ושדי אך כשהגזלן בא לישאנה יש חשד דלהנאתו העיד שקר והערים לומר במסל"ת.

סימן יג

אשה שנאנסה תחת בעלה א"ל נבעלה לבעל תחלה צריכה להמתין בברכ"י גמגם בזה דבא"ז כתוב אשת ישראל שנבעלה ברצון לאיש אחר וסברה שהוא בעלה הוי אונס ושריא לבעלה ומפרישין אותן ג"ח מבעלה אם ראויה לילד ואם היתה תחלה עם בעלה לשמש דהשתא לא נוכל להבחין בהפרשתה מחזירין אותו מיד והולד כשר ותלינן בבעל להכשיר עכ"ל והקשה ברכ"י למה לא נקט הדין בנאנסה ממש דהא הא"ז פסק כר' יהודא דמזנה צריכה להמתין בין אנוסה בין מפותה וי"ל דס"ל להא"ז דנאנסה תחת בעלה כיון דשכיח הוי בכלל הגזרה ואית בה משום אפרושי ולא פלוג בין היתה עם בעלה רק בחילוף או זנות קטנה דלא שכיח לא גזור ורמ"א שהוציא דין נאנסה מהא"ז צריך ישוב עיי"ש ולא נ"ל כלל דאם גזרו היכא דליכא קלקול לולד מהיכי תיתי להוסיף גזרה לקלקל הולד דהא לדינא תולין הולד בבעל וכשר וא"צ הפרשה וכשיפרישין משום חשש שנתעברה מהאנס יצא שם ממזרות על הילד וכמה חשו חכז"ל לזה כדלעיל סימן י"א וכמה דוכתי דאטו כ"ע דינא גמירי לומר דהולד כשר דתולין בבעל רק משום לא פלוג הופרשו.

ונראה ראיה לזה מהירושלמי ס"פ דא"ח הובא גם בברכ"י אמתניתין שנים שקדשו שתי נשים ובשעת כניסתן לחופה החליפו של זה בזה מפרישין אותן ג"ח שמא מעוברת הן ואתמר עלה ר' בא בשם ר' ירמיה אנוסה א"צ להמתין ג"ח והא תנן שלשה חדשים מפרישין אותן שמא מעוברת שניא הוא הכא מפני תיקון הולד ופירש פ"מ דסבר ר"י דמזנה הופכת ומזנה ופריך דגם במתניתין אנוסה היא ומשני שאני במתניתין מפני תיקון הולד להבחין אם הולד ממזר וברכ"י פירש דר"י מיירי בפנויה ואין חשש ממזר

לכן לא חייש שמא לא נתהפכה יפה עיי"ש וקשה מה חידש המתרץ שניא מפני תיקון הולד הלא גם המקשן הביא הלשון שמא מעוברת הן והוי לתרצן לתרץ דבאנוסה תלינן שנתהפכה יפה ואינה מעוברת משא"כ בחילוף דלא ידעה דמזנה לא נתהפכה וכמ"ש הרי"ף ולהברכ"י דר"י מיירי בפנויה מ"ש אנוסה דנקט הא גם במפותה דליכא חשש ממזרת תלינן דנתהפכה ועוד אטו כשליכא חשש ממזרות ליכא תיקון הולד שלא ישא אחותו מאביו וכמבואר להדיא בבבלי פרק החולץ דף מ"ב משום תקנת ולד דלא ליפגע ולד בערוה לכן נראה דר"י קאי אמתניתין דהוחלפו הנשים דהוי א"א רק במשנה דעדיין לא שמשו עם בעליהן ור' ירמיה אמר אנוסה כשכבר דרה עם בעלה ולא שכיח חילוף רק אונס א"צ להמתין ג"ח ופריך מהמשנה ומשני שניא הוא הכא באנוסה מפני תיקון הולד שלא יצא לעז עליו שהוא ממזר לא תקנו להפרישן ולכן נקט ר' ירמיה א"צ להמתין ולא א"צ להפרישן דלא מבעיא הב"ד לא יפרישן שלא יצא תקלה מחמת ידן לולד אלא אפילו הבעל ואשתו עצמן א"צ להמתין מלבעול תוך ג"ח אף דאין בזה כ"כ לעז כשידורו יחד ולא תפרוש מביתה מ"מ הם בעצמם לא יקלקלו הולד לחוש עליו שהוא ממזר כיון דמדינא כשר הוא ומ"ש הברכ"י דלמה לא נקט הא"ז בנאנסה ממש ול"ל דאגב אורחא קמ"ל דאם סברה שהוא בעלה דחשובה אנוסה דדין זה פשוט ומשנתינו הוא בהוחלפו עיי"ש לא ראה בא"ז סימן תרכ"ו דתחלת דינו קמ"ל דהוחלפו חשיבי אנוסות ומביא המשנה דהוחלפו דמותרת רק מפרשינן אותו ג"ח ועל זה סיים ודוקא בהני שעדיין לא נבעלו לבעליהן ויש להבחין.

עוד הקשה ברכ"י מתוס' פ"ק דמגילה ע"ב שהקשו איך עמדה אסתר מחיקו של אחשוורש וישבה בחיקו של מרדכי הא צריך הפרשה ג"ח משום הבחנה ומאי מקשו תוס' הרי היתה עם מרדכי קודם שהיתה עם אחשורוש ועיי"ש ולק"מ דמתחלה נלקחה ממרדכי יב"ח ולא חזרה אל מרדכי עד אחר שנשאה אחשורוש ולא היתה עוד ת"י הגי שומר הנשים וכדכתיב בכל יום ויום מרדכי מתהלך לפני חצר ביה"נ לדעת את שלום אסתר הרי דהיתה פרושה ממרדכי וא"כ מיד שנלקחה לאחשורוש לאשה היתה צריכה ג"ח הבחנה דודאי לא נתעברה מקודם ממרדכי.

ונראה אם נבעלה רק פ"א לבעלה תחלה תוך ג"ח ונאנסה ויודעת שלא נתהפכה דאזי ספק שקול כשתמצא מעוברת אם מבעלה או מהנואף צריכה להמתין ג"ח דנהי כשלא תמתין נתלה ברוב בעילות מהבעל מ"מ עכשיו דליכא רוב אסור להוסיף שיהא רוב אף דספק ממזר רק מדרבנן אסור מ"מ קי"ל ביו"ד סימן צ"ט ס"ו דאין להוסיף על איסור דרבנן שנתערב ואין שיעור לבטלו ולכן בא"ז סי' תרכ"ו כתב אם קודם שנבעלה לזה היתה

תדיר משמשת עם בעלה א"צ להמתין ג"ח ורמ"א דנקט א"ל נבעלה לבעל תחלה דמשמע דלא נבעלה כלל משום דנאנסה וסתמא נתהפכה וליכא רק משום לא פלוג או שמא לא נתהפכה יפה סגי בנבעלה פ"א לבעל תחלה כיון דליכא הבחנה אפילו בהפרשה לא דמי לשאר הבחנה דע"י הפרשה יתברר הבחינה בודאי וא"ז דמיירי בהוחלף ולא ידעה שהוא זנות ולא נתהפכה דכשתתעבר יהא ספק השקול בלא נבעלה לבעלה רק פ"א בתוך ג"ח צריכה להמתין.

סי"א מעוברת חברו בפ' החולץ דף מ"ב אמר רבא הטעם שמא ישא אחותו מאביו ופריך היכא דקים לן דמעוברת תנשא אלמה תניא לא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמת ומשני משום דחסה איה דידיה נמי דידיה חייס עלויה ה"נ חייס עלויה אלא סתם מעוברת למניקה קיימא ורמב"ם פי"ג מה"ג כתב שמא יזוק הולד בשעת תשמיש שאינו מקפיד על בן חברו ותמה הכ"מ הא טעם זה נדחה בש"ס ועב"ש ונ"ל דודאי סברא לחלק בין דידיה לשל חברו דאינו מקפיד על של חברו וצ"ל דרוב ישראל בחזקת כשרות ולא עביד איסורא אך מ"מ י"ל דאסרו חכז"ל מפני המיעוט דכמה גזרות משום המיעוט כגבינות עכו"ם כמ"ש או"ה כלל כ"ה וזמן בגט משום שמא יחפה אף דזנות ל"ש אבל תו ל"ל דאסור מחשש דאורייתא כיון דחששו רק למיעוטא דל"ל אין הולכין בפ"נ אחר הרוב דעובר דלא עקר לאו נפש מיקרי כדמוכח ספ"ז דאהלות וכמ"ש בחו"י סימן ל"א ובשו"ת גא"ב סמ"ה ורבא ס"ל בפרק החולץ ל"ו ב' ר"מ ור"א אמרו דבר אחד ר"א דאמר אין הולד של קיימא יוציא בגט ור"מ דאמר נשא מעוברת חברו יוציא ולא יחזיר עולמות ודחי הש"ס דלמא ע"כ לא אמר ר"א אלא משום דפגע באיסור אשת אח דאורייתא אבל מעוברת דרבנן וצ"ל דלרבא גם במעוברת הוי חשש דאורייתא דנהי דעובר לאו נפש מיקרי וההורגו פטור אבל אסור כמ"ש בחו"י שם ולהכי פריך שפיר לרבא ה"נ חייס עליו ובזה א"ש דהמקשן מביא ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמות דלרבא משום דהכניס עצמו בספק איסור דאורייתא וע"כ לדידן דנדחה דברי רבא בהא דר"מ ור"א אמרו ד"א שפיר י"ל משום דחסה ולאו דוחק לומר דיש בזה חשש דאורייתא דבתוספתא יליף לה מדכתיב ובשדה יתומים אל תבא ודברי קבלה כד"ת.

עוד נראה דרש"י פירש ה"נ חייס עילויה שאין אדם מתכוין להרוג הנפש וכונתו דודאי פשיטא דאינו מקפיד על בן חברו לכן ס"ל לרש"י אף דאינו מקפיד מ"מ כל שלא מתכוין ליכא חשש או משום דדשא"מ ול"ה פ"ר מותר או משום מן השמים ירחמו כדאמר שם מעיקרא אבל הרמב"ם דס"ל כל שאינו מקפיד יש חשש דחסה צ"ל דקושית הש"ס ה"נ חייס דרוב בחזקת כשרות וודאי מעמיד עצמו מלדחוק הקטן אך זה תלוי במעשה דצריך

זהירות יתירה רק רבא ס"ל בבכורות דף כ"ף דרובא דתלוי במעשה הוי רוב ופריך שפיר לדידיה אבל אנן קי"ל שם כרבינא דרובא דתלוי במעשה ל"ה רוב.

עוי"ל דקשה מה פריך ה"נ חייס דבשלמא דידיה דהוי דיעבד דנשא בהיתר ועכשיו מחויב במצות עונה סמכו דחייס משא"כ לישא לכתחלה אך בדאורייתא אין חילוק בין לכתחלה לדיעבד ורבא דאמר דמאי דאמר ר"מ יוציא ולא יחזיר עולמות אמר דבר אחד עם ר"א הרי דס"ל דה"נ ספק דאורייתא להכי פריך שפיר ולפיכך הביא המקשן הא דיוציא ולא יחזיר עולמות אבל לדידן דהוי רק חשש דרבנן שפיר י"ל משום דחסה ושאני בין לכתחלה לדיעבד אלא הרמב"ם דנקט טעמא דאינו מקפיד על בן חברו ע"כ לאו מה"ט הוא.

עוי"ל לפי מה דמסיק הש"ס בפ' החולץ ל"ו ב' דטעמא דר"מ שיוציא ולא יחזיר עולמות משום דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה והקשו תוס' הא ר"מ ס"ל דמתנה עמש"ב תנאו בטל אבל בדרבנן תנאי קיים ותרצו דדוקא במקום איסור ס"ל עשו חיזוק לפי"ז י"ל מה דפריך ה"נ חייס אף דודאי שאני בן חברו דלא מקפיד מ"מ כיון דודאי אינו מתכוין להרוג הנפש כמו שפרש"י הוי דשא"מ ולאו פ"ר וליכא איסור רק מ"מ י"ל דחשו לתקנת הולד מ"מ כיון דאיסורא ליכא ל"ל דעשו חיזוק לדבריהם ולמה יוציא ול"י עולמות ולפיכך הקדים המקשן דיוציא ול"י עולמות אבל אנן דקי"ל דיחזיר רק יוציא עד אחר עיבור והנקה אצ"ל משום דעשו חיזוק רק הכל משום תקנת הולד שלא יבא עליה שפיר י"ל משום דחסה ומשום דאינו מקפיד על בן חברו ומכל הלין טעמי יש לאסור מעוברת חברו להנשא אף דיש לה צימוק דדים ואינה מניקה לעולם ובהכי א"ש הא שכתבו תוס' בפ' החולץ מ"ב ע"ב בד"ה סתם מעוברת למניקה קיימא דר"ש הזקן היה אומר דגרושה מינקת מותרת להנשא ולמה לא היה אומר גם בגרושה מעוברת כן דלפי הטעם איסור מעוברת משום דלמניקה קיימא גם מעוברת גרושה ה"ל להתיר אע"כ דלפי האמת נשאר טעם דדחסה וגם במרדכי פרק החולץ ופ' אעפ"י וריא"ז בפ' החולץ וריטב"א בפ' אעפ"י הביאו מר"ש רק בגרושה מניקה וכתב דכן נראה מדברי הרמב"ם נ"ל כונתו מדכתב בפי"א מה"ג במעוברת חברו הטעם משום דחסא ובמניקת שמא יתעכר חלבה וא"כ כיון דמעוברת להנקה קיימא למה לו טעם דדחסא אע"כ משום דלטעם דמתעכר חלבה גרושה מותרת דאינה חייבת להניק לכן אמר במעוברת טעם דדחסא דלפ"ז מעוברת גרושה אסורה כ"ז שהיא מעוברת והרא"ש בפ' החולץ כתב דר"ש הזקן היה אומר גרושה מניקת וגרושה מעוברת מותרת להנשא ועמד בזה בשו"ת כנס"י סימן נ"ט ובהגמי"י פי"א מה"ג כתב נמי דר' שמעי' היה אומר גרושה מניקה מותרת להנשא

ולא הזכיר מעוברת והרא"ש בפ' אעפ"י ג"כ כתב דרבינו שמשון הזקן היה אומר דגרושה א"ל להמתין כד"ח ולא הזכיר גרושה מעוברת ודברי ריטב"א צל"ע דבפרק החולץ כתב פירש ר"ש ז"ל גרושה מעוברת או מניקה מותרת להנשא ובפ' אעפ"י הביא דברי ר"ש רק אמניקה ור"ת ושאלתות חולקים והכי משמע ביבמות בהא דאמר לא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו וכי היכא דמעוברת חברו לא ישא אפילו גרושה ה"נ מינקת עכ"ל ואם לר"ש מעוברת גרושה מותרת להנשא מאי ראיה לר"ת ובספר הישר לר"ת סימן תקמ"א הוא לשון רבינו שמשון עצמן ולא הזכיר מעוברת.

והנה בפ' החולץ איתא לא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמות דר"מ וחכ"א יוציא ולכשיגיע זמנו לכנוס יכנוס ובפ' אעפ"י איתא מינקת שמת בעלה לא תנשא עד כד"ח ועמד הנו"ב סי"ז בשינוי הלשון דביבמות תלה האיסור בו דלא ישא ולא אמר שמת בעלה עיי"ש ולולא שהפוסקים לא חלקו היה אפשר לומר דגרושה דלא מישעבדה להניק נהי דהכריח ר"ת דאסורה מ"מ י"ל דהוא רק משום ל"פ והיכא דגמלתו או נתנה בנה למינקת גם כן איסורו רק משום ל"פ כפרש"י בפ' אעפ"י או כתוס' דחשו שמא תחזיר המינקת או תגמלתו כדי להנשא ומ"מ אינו כגוף האיסור במניקתו בעצמו ואיתא בתה"ד סימן קס"ד והובא במג"א סימן תמ"ז סק"ה דלא מחמירינן בל"פ כמו בגוף הגזרה עיי"ש ולכן ביבמות דאר"מ דלא יחזיר עולמות דוקא כשנשאת כשהיא מניקה עדיין דהוא גוף הגזרה או דקמ"ל דחכמים גם במניקה עדיין יחזיר ויכנוס וכשהיא מניקת עדיין ל"פ בין גרושה לאלמנה ובפ' אעפ"י דאמר עד כד"ח אף דפסקו כבר מלהניק רק כשמת בעלה היתה מניקה אסר רק באלמנה ולא בגרושה דאיסורא רק משום ל"פ ובפרק החולץ תלה האיסור בו דלפיכך קנסוהו שלא יחזור עולמות כיון שהוא נמי עשה איסור ונ"מ כשהבעל היה שוגג אף דהיא מזידה לא היה ר"מ קונסו וגם לרבותא דחכמים אף דבעל נמי עשה איסור לכשיגיע זמנו לכנוס יכנוס ועוד כיון שמניקה עדיין או מעוברת דכרסה בין שיניה סתמא יודע הבעל תלה האיסור בו משא"כ בפ' אעפ"י דתני עד כד"ח אף דאינה מניקה עכשיו תלה האיסור בה דהיא יודעת מספר ירחים יותר ממנו ומה דביבמות אמר נמי מעוברת ובפרק אעפ"י לא תני מעוברת משום דביבמות אר"מ דלא יחזיר עולמות והוי רבותא יותר אף דאיסור מעוברת משום דלמניקה קיימת מ"מ הא מיעוט מפילות כדאיתא ביבמות דף קי"ט ובפ' החולץ ל"ו ב' כתבו תוס' בד"ה הא לא שהה דהוי מיעוט המצוי וכשילדה ג"כ אינו רק חשש שמא תתעבר ומיעכר חלבה ובעלה לא ירצה ליתן ביעי וחלב מ"מ קניס ר"מ דלא יחזור עולמות ותו ל"צ למתני בפ' אעפ"י דמעוברת לא תנשא לכתחלה דכ"ש הוא וכבר קמ"ל דאף בדיעבד

יוציא ובמהר"י ווייל סימן ע"ג כתב דאם בעל לבד שוגג והאשה מזידה צריך לגרשה ולא סגי בהפרשה אך סתם אשה עם הארץ ותלינן דלא ידעה הדין ולפי דבריו י"ל כיון דרוצה לסיים שיוציא ולא יחזיר עולמות לר"מ ולרבנן עכ"פ מחויב להוציא בגט לכן נקנו דלא ישא אדם דהוא סתמא מזיד משא"כ בפ' אעפ"י דלא תני רק הדין דלכתחלה תני דלא תנשא דהאשה נמי אסורה ועוד לפימ"ש בשו"ת הרא"ש כנ"ג ס"ה דנשאה מעוברת יש לה כתובה דהוא מרגילה ולא היא מרגילתו וכונתו להא דיבמות פ"ה ע"ב דאם היא אין מרגילתו אין לקונסה וא"כ הכא דקניס ר"מ דלא יחזיר עולמות ע"כ משום דהוא עביד איסור קנסו אותו לכן נקט האיסור בבעל וגם לא הוצרכו למגזר רק משום לתא דידיה דמרגילה והיא בלאה"נ חסה על בנה בעודה מעוברת משום דחסא וגם בעודה מניקה שלא יעכר חלבה משא"כ ליארס או אחר שגמלתו עד כד"ח היא מרגילתו דלא למיתב ט"ד

מזנה בנובית סל"ח בחא"ע דקדק הא דתני בר"ן החולץ מעוברת חברו ומינקת חברו דלמה הזכיר חברו ומחמה זה המציא וחידש דנתעברה מגוי ועבד מותרת להנשא מעוברת ומניקה דגם האוסרים בגרושה או מנה ה"ט כיון דגזרו באלמנה דחייבת להניק ויש תועלת בגזרה זו גם בגרושה ווחנה דמסתמא א"ל ינשאו ירחמו על בניהן וגם מחלפו באלמנה לכן גזרו סתם שלא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו דגם הם בכלל חברו אבל בשביל גרושות וזונות לבד לא היו גוזרים כיון שמצד עיקר הדין אין עליהן חיוב הנקה ולכן בזינתה עם גוי או עבד כנעני דלא מחלפה באלמנה דאין קידושין תופסין בהן ולא משכחת אלמנה מהם מותרת להנשא את"ד ובענ"ד אפכא מסתברא דמעוברת ומינקת ע"י זנות מנכרי ועבד חייבת הזונה להניק את בנה דבשלמא באבי הולד ישראל שייך לבית אבותיו ואלמנה דמשועבד להניקו היינו בשכר שישלמו היורשים רק משום דכסיפא למתבע ליורשים בב"ד ולא יהא לה ביעי וחלב והורגת את בנה צריך להשוויעני כזאת אף דהיא מעוברת ומניקת חברו וחיוב תשלומי הנקה על האב ויורשיו מ"מ לא תנשא אבל אם היו גוי ועבד דהולד אינו מתייחס רק אחר אונו כדקי"ל כותי ועבד הבא עב"י הולד כמותה ומשום דרחמנא אפקרה לזרעיה דכותי ועבד והולד כולה של אמו לבד כמ"ש ריטב"א וכ"י פרק החולץ דף מ"ה ובפרק יש בכור דף מ"ז אמר דאפילו למ"ד מזהמין את הולד מ"ו טפי שייך לאמו ישראלית מלאביו הכו"ע דאין להם חייס הלכך כמו דקטנים פחות מבן שש מחויב מדינא האב לזונו כדאיתא בכתובות דף ס"ה ע"ב ה"נ בנולד מכו"ע מחויבת אונו מדינא דהא בפ"ק דקידושין דף כ"ט לולא דיליף מקראי דמצות הבן המוטלת על האב אונו פטורה כגון מילה ופדיון בכור וללמדו תורה ה"א

דאמו נמי חייבת וא"כ כ"ש זה דמעולם לא הוי ליה אב וליכא לימוד מקראי ודאי אמו מחויבת להניקו וגם ר"ש הזקן יודה בזה דאסורה להנשא אף דמתיר בגרושה משום דאינה משובעדת אבל זונה מכי"ע ודאי מחויבת ועיין לקמן סימן פ"ב ס"ה בהג"ה ובשו"ת ב"ח החדשות סכ"ח.

אך אפשר לומר דבלא"ה בשו"ת מהר"י מינץ כתב דזכית ל"ש ולא תקנו ומהרי"ו סימן ע"ג כתב דהוספת ריש כתובות ובגיטין בפרק המביא תניין כתבו דדוקא זנות דא"א בעדים ובהתראה לא שכיח וא"כ לפימ"ש ב"ש לעיל סימן ד' ס"ק מ"ג ונ"ב דלא תלינן שזינתה עם עכו"ם הרי אף דודאי זינתה וכרסה בין שיניה לא תלינן בעכו"ם ועיין שו"ת חת"ס חא"ע סימן טית כתב משום דרחוק מאד שתשמע לו כי חרפה הוא לנו וכן הביא שם מעצי ארזים סימן כ"ה סק"ב ממשמעות טי"ד סימן קנ"ג דגוי מאיס לה אך בצלעות הבית ס"ה בלאו הכי דחה טעם דזנות ל"ש לא תקנו דדוקא אם לא שייך הטעם בזה רק לגזור משום דבר אחר או ליכא החשש רק בלא שכיח לבד לא יעשו תקנה משום לא הכיח אבל אחר דהוצרכו לתקן משום שכיח גם הלא שכיח נכלל כיון דגם בו שייך הטעם כיון דסוף סוף בנים הצריכים לאותו תקנה בעולם שכיחי גם אלו בכלל עיי"ש ויש ראיה לדבריו מתוספת פ"ק דשבת י"ד ע"ב בד"ה כיון דז"ל משום הא לא היו גוזרין דמלתא דלא שכיח הוא שיגע בספר מיד אחר הנטילה ומיהו השתא דגזור ידים מחמת ספר ברישא אפילו נוגע סמוך לנטילה גזרו עליה שלא חלקו עכ"ל אך התוספת לא מטעם הב"מ אמרו כיון דסוף סוף בנים הצריכים לאותו תקנה שכיחי דר"ל דדרך כלל גם זה שכיח אלא ס"ל לתוספת נהי דזה לא שכיח מ"מ לא חלקו והנה הב"מ סתר ד"ע מהא דפרק הזהב דף מ"ו ע"ב ודף מ"ז לענין מעות דתקנו דלא קני דהיכא דלא שכיח כגון חפן מעות וא"ל מכור לי באלו או מכר לו פרה ולאי נתן לו דמים ואח"כ מכר לו בעד אותו חוב שור כיון דלא שכיח לא גזרו אף דשייך גבייהו עצמות טעם התקנה עיי"ש ונ"ל נהי דלסברתו כיון דנכלל בשאר דברים דשכיחי חשוב נ"ז שכיח שפיר הקשה אך להתוספת הנ"ל י"ל דהא דגזרו דמעות לא קני אינו עקירת ד"ת לחלוטין דאחר דלא קני הוי המנהג כן והוי סיטומתא וכמו דסטומתא קני אף דמד"ת לא קני כדאיתא בפא"נ דף ע"ד ה"נ להיפך ע"י המנהג ישתנה הדין דהוי כהתנה דרא ליקני דמה שנהגו הו' כהתנה דכל המוכר אדעתא דמנהגא מוכר כדאיתא ביו"ד סימן קע"ד ס"א בהג"ה אך במלתא דלא שכיח לא חשוב מנהג כדאיתא בחו"מ סימן של"א וכ"כ ריב"ש בסימן תס"ג וא"כ הך דחפן מעות והך דהחליף דמי פרה בשור דלא שכיח ל"ל בו מנהג ומפרט שהוא דומה לחליפין כדאיתא בפרק הזהב דף מ"ז לענין חפן מעות ובסמ"ע סימן קצ"ט לענין החליף דמי כרה בשור

א"כ הוי כענין אחר ולא נכלל בשאר מלתא דשכיח ואם תיו גוזרין גם בזה דמעות לא קני הוי עקירת ד"ת לחלוטין נהי דיש כח ביד חכז"ל בם כה"ג וכ"ש בממון דהפקר ב"ד הפקר מ"מ ל"ל בזה כיון דגזרו בשכיח לא חלקו גם בלא שכיח כיון דהיו צריכין לאלם הגזרה במלתא דלא שכיח לעקור ד"ת לחלוטין מה שלא עשו במלתא דשכיח והוי כבאו לעשות תקנה חדשה במלתא דלא שכיח ובזה מתורץ נמי קושיית החכ"צ סימן ס"א בד"ה ואנא על ח"ש מהרא"י בפסקיו סימן רס"ז כיון דתקנו רבנן בחד אונס ה"ה בבולהו אף דהן מלתא דל"ש אי שייך בהי חד טעמא עיי"ש ועיין ב"מ לקמן סימן נו"ן ס"ו בד"ה תו כתב דאהני מנהג משום סטימתא לבטל קנין וחיוב מדינא.

ובלא"ה א"ש מהרי"ו דזנות שלא בעדים והתראה שכיח פל"ע דהא כתבו הרמב"ם וטוש"ע בחו"מ סימן א' דאין גובין בבבל פגם מחמת דלא שכיח לא עבדינן שלוחתייהו ופגם היינו זנות דבתולה ע"י פיתוי או אונס ומבואר בסמ"ע שם ססקיי דלאנס או לפתות הבתולות ל"ש ואדרבה הל"ל דהא אכן קי"ל כר"י בע"ב דגיטין די"ז דתקנו זמן משום שמא יחפה על בת אחותו הרי תקנו משום זנות אף דלא שכיח.

בחצר המלך מהר"ם מר"ב כתב דלא פסקינן כר"ב שהתיר לבי ר"ג כיון דמייתי הש"ס בפרק אעפ"י ברייתא דרדיפה דלא פליג בהבחנה ה"נ ל"פ ובשו"ת גבורת אנשים הקשה דמה פריך בפרק החולץ דתתבע ליורשים דאם לא יהיו יורשים אמודים מה תעשה וע"כ דפריך למה אסרו כשיש ליורשים הרי דלא גזרו משום ל"פ עיי"ש ונראה לפימ"ש לעיל דכל קושית הש"ס סובב על רבא דס"ל דר"מ דאמר יוציא ולא יחזיר עולמות אמר ד"א עם ר"א דה"נ הכניס עצמו בספק איסור תורה כיון דאפשר יסתכן הולד ובתוספתא יליף לה מקרא דאל תסיג גבול עולים ולכן פריך שפיר דתתבע ליורשים אמודים וליכא סכנה והסגת גבול אלא משום ל"פ ובזה לא יאמר ר"מ דלא יחזיר לעולם ועוד כתבתי לעיל דכתב תה"ד דלא מחמירין בל"פ כמו בגוף הגזרה וה"נ לא הוה לר"מ לקנסו עולמות באיסור לא פלוג וזה מוכח מגוף הברייתא דקתני לא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו ושינה מברייתא דמייתי בפרק אעפ"י דתני מינקת שמת בעלה לא תנשא עד כד"ח ומשום דבפ' אעפ"י כל שהיתה רק מינקת כשמת בעלה אף דאח"כ גמלתו או שכרה לו מינקת אסורה משום ל"פ כפרש"י בפרק אעפ"י אבל בפרק החולץ דתני דיוציא ולא יחזיר עולמות לר"מ דוקא כשנשאה בעודה מינקת דלא קניס בל"פ כמו בגוף הגזרה שו"ר בשו"ת ב"ח החדשות סכ"ח כתב לתרץ מ"ש הרמב"ם טעם דדחסא דלא חייס על בן חברו והש"ס פריך דעל של חברו נמי חייס דקושית הש"ס רק דלא ה"ל לקנסו דלא יחזיר עולמות משום חשש דלא קפיד על בן חברו אבל לכתחלה שפיר י"ל משום דחסא.

ובכנס"י סנ"ט כתב הא דהתיר ר"נ בנתנה למינקת היינו מינקת פנויה דבנשואה שמא תתעבר ותעכור חלבה ומי ימסמס הולד בביעי וחלב ותמה שלא הוזכר בשום פוסק חילוק זה יעיי"ש ובשו"ת מיימני להלכות אישות פכ"ד מבואר להיפך דנתנה למינקת נשואה והדירה עד"ר שלא תחזור והתיר רבינו יעקב להאלמנה אם הילד להנשא ור"מ מר"ב חלק עליו משום שמא יפר לה הבעל בחשאי תכף או משום דל"א קי"ל כר"נ ושאר גדולי הדור חלקו משום דשאני דבי ר"ג דלא הדרי משום אימת בו"ד ולא אחד בהם שיאמר משום דהמינקת נשואה ומצאתי אח"כ עמדו בזה עיין בנו"ב קמא חא"ע סי' כ"ה וב"מ כאן ונ"ל דהא מבואר ביבמות דתמסמס בביעי וחלב הוי כהנקה רק הבעל לא יתן משום שאינו בנו וליורשי בעל ראשון בושה לתבוע בב"ד וא"כ כאן דשכרה המינקת אם תתעבר ותעכר חלבה תוכל למסמס לו בביעי וחלב ול"ל דלא נשכרת רק להניק בדדיה ותרויח השכר כולו דנתנה בנה למינקת לאו דהתנו בהדיא רק להניקו אלא סתם לגדלו עד כד"ח ובפרשת חיי שרה על ואת מנקתה ת"י פדגותה דהיינו מגדלה וסתמא הכי הוא כיון דהמינקת נשואה ה"ל להעלות עה"ד שמא תתעבר ותעכר חלבה א"ו עד"ז נתחייבה אם תעכר חלבה תמסמס לו בביעי וחלב וליכא למיחש דבעל המינקת לא יתן לה דהא תוכל ליקח בדמי שכרה וא"ל דבושה לתבוע אם הילד בב"ד דאם הילד ודאי תתן שכרה דרוב נשים חסות על בניהן כמ"ש הרא"ש פרק החולץ סכ"ו ול"ל כיון דאם הילד נשאת הכניסה הכל לבעלה ובעלה לא ירצה ליתן כמו דחשו דלא יתן לאשתו ביעי וחלב דשא"ה דאינו מחויב ליתן משא"כ כששכרה מינקת ונתחייבה בשכר הנקה מחויב אח"כ בעלה לשלם כמבואר בשו"ת עה"ג דמחויב לשלם שכר שדכנות שנתחייבה אשתו וכל הטעמים שכתב שם מהחר"ם פאדוה סכ"ה שייכין גם כאן ול"ל דאם הילד בושה לתבוע מבעלה דהא כתב הרשב"א בתשובה סי' תתקנ"ז דסתם נשים נו"נ בנכסי בעלה א"כ א"צ לתבוע מבעלה כלל וודאי מיירי דבאלמנותה היה לה לשלם דמי הנקה עד כד"ח דאל"כ בלא"ה מה יועיל דנתנה בנה למניקה הא לא יהיה לה לפרוע ובעלה אינו צריך ליתן כשלא הכניסה לו הממון וא"ל א"כ בלא נדרה המינקת עד"ר למה חשו דהדרא בה מ"מ תקח אם הילד בנה אצלה ואף דתתעבר תמסמס לו בביעי וחלב ובעלה כבר נתחייב לשלם להמינקת ומה לו נ"מ למי יתן אותו שכר לאם הילד או להמינקת דזה אינו דודאי קפידא בדבר דכשהילד אצל מינקת א"צ אמו לטפל בו ועוד דהא טעמא דבעל מחויב לפרוע מה שנתחייבה האשה שכירות משום דהוי כמלוה בשטר כמ"ש במהר"פ ועבוה"ג שם לכן אף דבעל לוקח הוי מוציאין ממנו וא"כ כיון שהמינקת אפשר תחזור בה ותחזור תילד לאמו ותנקהו בעצמה ולא יהא עליו טענת דמים א"כ חשוב אין כתובין

ואין לו קלא דלא מוציאין מלוקח כמו דאיתא בגיטין דף נון ע"ב דאין מוציאין לאכילת פירות ולמזון האשה ותבנות מלקוחות משום ה"ט עיי"ש דה"נ כיון שאפשר תחזור בה המינקת אין חיוב שכרה ברור כשנשאה ולא חשוב כתובין משא"כ אם המינקת נדרה עד"ר דברור החיוב מיד.

ועוד י"ל כ"ז שלא נדרה עד"ר שלא תחזור בה גם אם הילד יכולה לחזור בה דאם לא היו מוצאה מינקת אחרת לשכור כששכרה את זו יכולה המינקת לחזור מדינא כדאיתא בחו"מ סימן של"ג ס"ה ולכן חששו שמא תחזור בה ולא חלקו בין היה מצוי אז לשכור אחרת דלא ניכר החילוק בין זו לזו כמו דניכר בין שכרה מינקת בין לא שכרה וע"כ גם אם המינקת יכולה לחזור אף דהמינקת התחילה להניק מ"מ יכולה לדחותה להשכיר עצמה לאחרים כמבואר בחו"מ סי' של"ג ס"ב ואם כן לא חל החיוב עדיין בהחלט ובעל לוקח הוי ואין מוציאין ממנו דלא דמי לשדכנות דכבר חל החיוב בבירור בשעת החתונה אבל כשנדרה המינקת עד"ר שלא תחזור בה חל חיוב השכירות תיכף על אם הילד כיון דנשתעבד גוף המינקת להניק עד כלות הזמן וכדאיתא כה"ג בחו"מ סימן ל"ט סי"ז ועיי"ש בתומים ס"ק כ"ז ובקצו"ח שם סק"ח ובחיבורי ערך ש"י סימן סמך ס"ו.

וכן נראה דעת הנ"י ומהר"ם שבתשובות מיימני שלא הזכירו רק דהמינקת נדרה עד"ר שלא תחזור בה ולמה לא חשו דאם הילד תחזור בה ובאב"מ כתב דגם אם הילד צריכה לישבע וכמ"ש באס"ז בפרק אעפ"י בהא דבי ר"ג דלא חזרו מאימת ר"ג ולמה לא חשו דאם הילד תחזור ותרצו מפני חשיבותן אין חוזרין עיי"ש אבל משו"ת מיימני משמע דל"צ דאם הילד תשבע עד"ר ונראה דבשלמא בהך דבי ר"ג דמדינא יכולה לחזור המינקת כל שלא היה מצוי אחרת לשכור בשעה שנשכרה זו רק מאימתן אין חוזרין אזי גם אם הילד יכולה לחזור משא"כ כשנשבעה או נדרה עד"ר דאסרה גופה להניק גם אם הילד נתחייבה מיד בהתשלומין וליתא בחזרה דכיון דזכתה אם הילד זכיה ברורה שנשתעבדה המינקת להניק נתחייבה אם הילד בתשלומין וכן נראה משו"ת בית אפרים חחו"מ סימן כ"ף בסד"ה וראיתי באורים ואחריו בד"ה ואמנם דאין זה מחמת חליפין רק כיון שכנגדו א"י לחזור נתחייב זה בדמים שפסק לו בעד זה.

ג"ח קודם מיתת בעלה באה"ט לקמן ס"ק ל"ג הביא מ"ש כנס"י דדוקא מינקת פנויה אהא דנתנה למינקת בחיי בעלה וכן הפ"ת הביא באה"ט זה בס"ק כ"ב אדין זה דפסק חלבה בחיי בעלה ושכרה לו מינקת בחייו ופ"א בא מעשה שנתנה בנה למינקת ג"ח קודם שנתגרשה והתירוה מורי הוראה וצווחתי הרי באה"ט ופ"ת כתבו מהכנס"י דוקא פנויה ודחו דברי דשאני ג"ח בחיי בעלה דתו לא נקראת מינקת ואמרתי הרי גם בפסק

חלבה לא נקראת מינקת ומה דצריך ג"ח משום דבג"ח ודאי פסק חלבה כמ"ש בשו"ת רא"ש ואח"כ עיינתי בכנס"י והתם קאי אהא דר"נ שרא לדבי ר"ג וע"ז כתב הא דהתיר ר"נ ודכוותיה ליתן למינקת פירש מינקת פנויה אבל נשואה דלמא המינקת תתעבר ותעבר חלבה ומי ימסמס הולד עכ"ל הרי דלא מיירי בנתנה למינקת בעודה תחת בעלה אלא כמעשה דר"נ שהתיר לדבי ר"ג להאלמנות ליתן למינקת וע"כ כתב התיר ליתן דאחר שנתאלמנו שייך לומר כן שנשאל אם מותרת ליתן למינקת כדי שתוכל להנשא תוך כד"ח אבל בחיי בעלה הל"ל אם נתנה מותרת אחר מותו להנשא ולפ"ז אינו מוכרח דברי באה"ט ופ"ת שהעתיקו דברי כנס"י על שנתנה למינקת בחיי בעלה אף די"ל דסוף סוף כיון דההיתר רק מחמת שנתנה למינקת מ"ש נתנה בחיי בעלה או אח"כ מ"מ י"ל לפימ"ש קרבן נתנאל בפ' אעפ"י אות ט"ז הובא בע"ת ס"ק כ"ג דמה דצריך בפסק חלבה נתנה למינקת שיתפרסם הדבר ע"י מעשה שכירת המינקת וא"כ עיקר ההיתר פסיקת חלבה ולענין הפרסום ל"ש נשואה או פנויה המינקת ופ"ה העתיק בס"ק כ"ב וס"ק כ"ג דברים סותרים ולא הרגיש ויש לסמוך בזה דבלא"ה כתבתי לעיל דבשו"ת מיימני מבואר דכל הגדולים לא ס"ל הך סברא דתכנס"י.

סי"ב ויוציא כתב ב"ש ס"ק כ"ט אם כנס מעוברת והפילה עיין סימן קס"ד ושם נסתפק אם מחויב בגט וב"מ כתב פשוט שא"צ דאיך אפשר שיגרש היום ומחר יקחנה ויהא חוכא ומכ"ש בכהן דאם יגרשה יתסר להחזירה וכן נשא מינקת ועכבה עד אחר כד"ח דא"צ לגרש היום ומחר יקחנה וכן מבואר בש"ע נשא וברח ולאח"ז וכו' אין בכך כלום ובזר ליכא חוטא נשכר דאם היה מגרש כבר היה רשאי להחזירה אחר שהפילה א"ת הנה מ"ש דליכא בזה חוטא ונשכר י"ל דאם היה מגרש אפשר לא היתה חוזרת לו או הוא לא היה נושאה עוד נמצא או הוא או היא נשכר במה שלא גרשה אם לא יגרשה עכשיו ומה"ט נמי לא הוי חוכא דיגרש עכשיו לבטל מעשיו שעשה באיסור וכל אחד יהא בררה בידו מלהתקשר עוד אך זה קשה מנשא וברח ולאח"ז וכו' ונראה דחזינן בפ' אעפ"י נ"ט ע"ב ס"ל למר בר"א מת אסורה להנשא דהוי עובדא וחנקתיה לכן ס"ל למר בר"א דניחוש שתהרגנו רק הש"ס מסיק הלכתא מת מוהר דלא עבידי נשי לחנוק בנייהו א"כ י"ל שאני הפילה אחר שנשאת באיסור חדא דהש"ס מיירי בעדיין לא נשאת באיסור ויש בהריגת הבן רציחה ושפיכת דמים ורחמי האם על בנה שנולד לה משא"כ בנשאת מעוברת דחזינן דבהולה להנשא ועבדה איסור ובעובר ליכא בהריגתו חיוב דשפיכת דם רק איסור בעלמא כמ"ש חו"י סימן ל"א וגם בזה נבוך שם וגם אינה מרחמת עליו בעל הילוד ואף דבפ' החולץ אמר דעל דידי' חייס אף על עובר מלדחסו היינו דוקא אב וכמו

שמחלק בשו"ה מבי"ט ח"א דטפי רחים אב לבן מאם לבן במידי דאיכא דררא דממונא ויהיב נפשיה וממוניה טפי אב מאם דאב עושה מלאכה ואי יהיב לבריה לא חסר ליה מידי דאיכא ליה רווחא באומנות משא"כ האשה דאין לה חכמה אלא בפלך ומ"ה בעל חייב במזונות האשה וזכר לדבר כרחם אב על בנים וידי נשים רחמניות בשלו ילדיהן עכ"ל ס"ס של"ט ובשעה"מ פכ"ב ממכירה ה"י החזיק בדבריו דצערא דגופה חמירא לה טפי עיי"ש ולכן אם תאמר דנושא מעוברת והפילה א"צ לגרשה יש חשש שבתחבולות תעשה להפיל הולד באופן שלא תסתכן כדי שלא יגרשה בעלה ול"מ כהן דיהא אסור להחזירה אלא אפילו ישראל דשמא לא יחזירה אחר גירושין עוד ולהמתין עליה עד כד"ח לאחר לידה ונמצא תקנתו של עובר קלקלתו דע"י תקנ"ח דנושא מעוברת צריך להוציא בגט משום שמא תתעבר תוך ימי הנקתו ותעכר חלבה ולא יתן לה בעלה למסמס בא קלקלתו דתפילו בתחבולות וע"י רופאים ואפשר זה קרוב יותר ממה שתתעבר בימי הנקה ויעכר חלבה ולא יתן לה בעלה למסמס ותהא בושה לתבוע ליורשו בעלה הראשון וקטלה ליה כדאמר בש"ס,

ברכ"י נסתפק בנתעברה באמבטי אי מותרת להנשא ופשיט לה מחגיגה י"ד דאמר דשמואל ל"ש ומאמבטי נתעברה ושריא לכ"ג עיי"ש ואינו ראיה די"ל בזאת אומרת אאמבטי דאזלה בתר הכ"ג נתעברה ונאמנת נגד חשש דרבנן מעוברת חברו אבל אי דשמואל שכיחא יש חשש דאורייתא דבתולה מעמיו ויש ס"ס שמא אתרמי כדשמואל ואת"ל מאמבטי שמא לא מכ"ג זה ואינה נאמנה נגד ס"ס ומפרט די"ל ענ"ב להנשא לו ואי הוה שכיח דשמואל לא היתה נאמנת באיסור דאורייתא משא"כ אחר דתלינן באמבטי וליכא רק חשש מעוברת חברו אף בחשש ענ"ב נאמנת שכשיצא הכ"ג מהאמבטי ולא קדם לו שום איש נכנסה היא ואז נתעברה ועיין נוב"ת חא"ע סימן ל"ט דמחלק כן דבאיסור דאורייתא א"נ בחשש ענ"ב ובאיסור מינקת נאמן ולפי פירש תוס' בחגיגה דאם נתעברה בהטי' כדשמואל ג"כ מותרת לכהן גדול קשה יותר הא אסורה לו משום מעוברת חברו ונראה דמזנה הל"ל דמותרת דאין מע"י להנואף ולא משתעבדא להניק בנו וכסברת הר"ש בגרושה אך ר"ת חולק וי"ל משום דל"פ בין גרושה לאלמנה ובגרושה נמי כיון דכשהולד מכירה מחויבת להניקו ל"פ בין מכירה א"ל והתינח היכא דאלמנה או גרושה ומכירה אסרו חכז"ל י"ל דהשוו מדותיהן אך כ"ג דאסור באלמנה ובאשה שכבר ילדה מן התורה דאינה בתולה לא עליו גזרו חכז"ל כיון דבלא"ה אסור מן התורה תו ל"ל בזונה מעוברת דליתסר הכ"ג בה משום ל"פ וכן בנתעברה באמבטי ואף לפימ"ש הרא"ש בפ' החולץ דאף דלא משתעבדא להניק אסרו משום דרוב נשים חסות על ילדיהן ומניקות

אותן מ"מ בזונה אין חסה על בנה כדאיתא בקידושין דף ע"ג ועכצ"ל רק משום ל"פ אסורה וכ"כ בצ"צ סנ"ה דמזנות חשידי לחנוק בניהן וכבר כתבתי לעיל דגזרה דמעוברת עיקר על הנושאה דהוא מרגילה

כתובה אחרת בחמ"ח וב"ש סק"ל כתבו דאם רצונה להחזיק כתובה ראשונה עד שיחזירנה לאשה א"צ לכתוב לה כתובה אחרת וכ"מ מלשון הרא"ש בתשובה שכתב דאם תרצה לחזור אליו יכולה לומר לא אחזור עד שתכתוב לי עוד כתובה אחרת משמע דברצונה תליא והאב"מ כתב דלאו ברצונה תליא דאפילו מוחלת כתובה ראשונה בתנאי שאם תתאלמן או תתגרש יחויב לפרוע כתובה ראשונה דתו אינה קלה בעיניו להוציאה נמי לא מהני כיון שאין לה כתובה מנשואין שניים הוי משהה אשתו בלא כתובה וכמ"ש תוס' כה"ג בפרק החובל דף פ"ט דלא אמרינן דיכתוב הבעל ללוקח שטר בשמו דכיון שאין הכתובה על שם האשה הוי כמשהה בלא כתובה אף דאינה קלה בעיניו להוציאה את"ד ולא נראה דהא בס"פ הכותב תנן שתי כתובות וגט אחד או כתובה ושתי גיטין או כתובה וגט ומיתה אינה גובה אלא כתובה אחת שהמגרש את אשתו והחזירה על מנת כתובה ראשונה מחזירה ומדייק הש"ס מדקתני אין לה אלא כתובה אחת ולא קתני אין לה אלא כתובה אחרונה אלמא אי ניחא לה למיטרף לקוחות מזמן ראשון טרפה וכן הלכה לקמן סימן קו"ף ואי איתא דאסור לדור עמה על סמך כתובה הראשונה איך יאמרו רבנן אומדנא כזו על כל ישראל דע"מ כ"ר מחזירה ובעילתו כל ימיו ב"ז והא קי"ל חזקה אאבב"ז ואחזוקי אנשי ברשיעי לא מחזיקינין אפילו באיסור דרבנן תדע דהא לכ"פ פנויה שאינה מופקרת רק איסור דרבנן ומ"מ אמרינן חזקה דא"א עושה בב"ז כמבואר בפ' המדיר דף ע"ג ובפ' הזורק פ"א ע"ב וביבמות דף ק"ז וב"ה כיון דאיכא קידושין וכתובה לא אתי למימר דבב"ז וא"כ הכא דליכא כתובה להא"מ הוי בב"ז ואפילו בשאר איסור דרבנן אמרינן הכי וכאשר הביא בקה"י בחלק מדות חכמים אות א' ס"ב מהרא"ש והה"מ וכמה דוכתי ואפילו את"ל דל"ל בזה אחזוקי ברשיעי לא מחזיקינן משום דאינו רק איסור דרבנן או דכ"ע לא ידעי האי דינא מ"מ הא אמרינן בפא"נ דף ס"ח ע"ב רב עיליש דגברא רבא הוא איסורא לאינשי לא הוה ספי ומיירי שם באיסור דרבנן ומפרשין הלשון שבשטר בדוחק ולא כמשמעותיה כמ"ש נ"י שם ומהני האי סברא אפילו להוציא ממון כמ"ש הפוסקים שם ביו"ד סימן קע"ז סכ"ה ואיך פסיק ותני כאן סתם דע"מ כ"ר מחזירה לדור באיסור כל ימיו ולא אישתמיט מימרא דגברא רבא לא ע"מ כ"ר מחזירה והב"ח לקמן ס"ס קו"ף כתב דאפילו מודה שכתב לה כתובה אחרת וטוען שפרע נאמן במגו דל"כ לה וע"מ כ"ר החזירה עיי"ש והרי קי"ל דלא אמרינן מגו דאי בעי טעין טענה

דמשום א"ע רשע כדאיתא בש"ך חו"מ ס"ס מ"ב בכ"מ אות כ"ד ואחרונים שם וגם ראיית האב"מ יש לדחות דהא אם מכרה כתובתה בטוה"נ לאחר אף דתו אין לה כתובה אמר הש"ס בהחובל שם כיון דאינה קלה בעיניו להוציאה מותר לדור עמה וגם כשכותב הבעל ללוקח שטר בשמיה לולא הקושיא של תוס' לא ה"א דאסור א"כ היכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר לא איתמר וכמ"ש המל"מ פי"ב מה"ג הט"ו והובא ביד מלאכי בערך ל"פ וכ"ש כאן דחזינן במכרה כתובתה בטוה"נ אזיל הש"ס בתר טעמא דלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא אמרו דלא פלוג ועוד דשאני הכא דלא קלה בעיניו להוציאה מחמת כתובה ראשונה הכתוב על שמה לא מחזי כמשהה אותה בלא כתובה.

סימן טו

ס"א קידושין תופסין בהן עב"ש סק"א השיג על החמ"ח שכתב דאם היתה ערוה לשני כמו לראשון לא תפסי קידושין של השני דהא בב"י סמ"ב הביא ג"כ אם קידש לפני עדות פסולי דרבנן ובא אחר וקידשה נמי לפני עדות פסולי דרבנן קדושי שניהם תופסין בה וכ"פ שם הב"י מזה נשמע ה"ה אם קדשו שנים ערוה דרבנן וז"ל המ"כ אשה שנתקדשה בפני עדים שהם קרובים ואח"כ הלכה ונתקדש לאחר בפני עדים קרובים ופסקו החכמים שאלו ואלו אינם קידושין והתירוה לעלמא והלכה ונשאת לאחר ואח"כ עמד אחד וערער על הוראות החכמים לפי שהקרובים היו ע"י אישות והם פסולי עדות דרבנן וצריכה גט והקידושין השניים ג"כ חלו אעפ"י שהעדים היו קרובים כיון שהקדושין הראשונים לא היו בעדים כשרים עכ"ל וכבר תמה ככה"ג ואחרונים דבממ"נ ליתא לקידושי שניים.

ונ"ל דהנה בתוס' פ"ק דב"מ דף כ"ף בד"ה שובר בזמנו טורף כתבו לענין איסור נראה דאם עבד בא עב"י קודם שבא לידו גט שחרור שפסלה ושמא גם גבי איסור זכין לו משעת חתימה אעפ"י דלא שייך טעמא דפרישית מ"מ לא פלוג רבנן ויש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה עכ"ל הרי נסתפקו אם מחמת שתקנו לענין ממון דעבז"ל יועיל גם לענין איסור כאלו הוא כן מן התורה משום לא פלוג וה"נ לענין פסולי עדות דרבנן מחמת קורבה דאישות יש האי ספק אך תקנת חכמים היתה בממון לפסול העדים דוקא כשבע"ד מכחיש דאל"כ הא נאמן עלי אבא ג"כ כשר להעיד ובקידושין דלא תליא בהודאות בע"ד ולא מהני נאמן עלי אבא שם פסלו חכז"ל לקרובי אישות אפילו מודים להם הבע"ד אבל בזה ל"ל לא פלוג כמו דנפסלו לגמרי לענין ממון ה"נ באיסור דהא לענין ממון לא תקנו רבנן באופן זה ובזה ודאי לא עקרו לענין האיסור דבר מן התורה ונידון המעשה דמ"כ שהלכה ונתקדשה לאחר ג"כ לפני פסולי עדות קרובים מחמת אישות ועדיין לא בא השאלה לפני החכמים מה ראתה אחר שכבר נתקדשה לראשון אע"כ

דהכחישה קידושין ראשונים ואפילו סתמא הכי הוא דנהי דקי"ל א"א שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר דוקא בפני בעלה דחזקה דאינה מעיזה תלינן דנתגרשה כדאיתא בפ"ב דכתובות דף כ"ב ה"ט דגירושין קלא אית לה דמה"ט ס"ל לר"י בב"ב קל"ד ב' דבעל שאמר גירשתי את אשתי אינו נאמן דאם איתא דגרשה קלא אית לה כמו שפירשב"ם ותוס' שם לכן כשליכא חזקה דאינה מעיזה אינה נאמנת מדליכא קלא דנתגרשה ומה"ט אפשר דליכא בזה נמי משום שאנח"ד לאסרה על עלמא אחר שמת או גרשה ראשון משום קידושי שני לפימ"ש הראנ"ח ח"א סמ"ח דאם יש ידים מוכיחות שמשקר אין אומרים הא שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא הובא בבאה"ט לעיל סימן ד' סכ"ז סקל"ז ולכן כאן דנתקדשה לשני שלא בפני ראשון ליכא למתלי בגט אך דמכחשת קידושי ראשון דהעדים פסולים ואין נאמנים וגם אין מתנגד בזה חזקת א"א וא"צ לחזקה דאינה מעיזה וכיון דמה דקבלה קידושין מאחר חשוב הכחשה לעדים ראשונים ובקידושין שניים ליכא הכחשה דלא הלכה ונשאת לשלישי עד שהתירוה החכמים ע"כ צריכה גט גם מהשני דליכא ממ"נ כיון דמודית בקידושין שניים ומכחשת הראשונים אבל אם היתה ערוה דרבנן לראשון ולשני ודאי י"ל ממ"נ כמ"ש החמ"ח ובכנה"ג בסמ"ב בהגב"י ס"ק קפ"ז כתב דתירץ לו מורו דלא אמרינן ממ"נ לפי שאם אנו אומרים שלא תצטרך גט משני יאמרו שאין קידושין תופסין באחותה כדאמרינן בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה וכונתו להא דפרק האיש מקדש מ"ד ע"ב דחיישינן שמא נתרצה האב וצריכה גנו ומיאון עיי"ש ולא נראה דשא"ה דמד"ת אין לחוש שמא נתרצה אביה דאוקמוה בחזקת פנויה ורק מחומרא אצריכה גט לכן צריכה גם מיאון דשמא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה ומדינא אם קידש אחותה ודאי קידושין הן מדאורייתא משא"כ הכא דס"ל להמערער דהעדים הן רק פסולין מדרבנן ומדאוריית' קידושי קמא קידושין ואם יקדש אחותה אינן קידושין כלל מדאורייתא מנלן לחדש גזרה לגזרה ועוד דכיון דהכל יודעין דקידושי השני בממ"נ לא חלו ולפיכך ל"צ גט משני אין לחוש דיאמרו אין קידושין תופסין באחותה וכדאמרינן בקידושין שם דף מ"ה הכל יודעין אחות חלוצה מדרבנן ואין לחוש לשמא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה ועיין טו"ז יו"ד סימן צדי"ק ס"ג בטו"ז ובחידושי שם דאין לנו לחדש גזרה זה שלא נזכר בש"ס וכמ"ש חכ"צ ס"ס צ"ב דמחמיר במילי דרבנן עליו הראיה.

ס"י דיש מסתפקין והקשה חמ"ח דאם כן מי שיש לו בן מן הכותית אשתו לא תתייבם רק תחלוץ וכו' נ"ל כיון דאסור לבא על הכותית ושפחה ורוב כשרים הן וגם רוב נשים מתעברות ויולדות אם כן הוי מיעוטא דמיעוטא ובמלתא דל"ש ל"ג בה רבנן ואפילו

תימא דכיון דגזרו בשאר בן מן השפחה שלא ישא אחותו דהוי מיעוטא תו לא חלקו אף היכא דלא שכיח כלל וכמ"ש תה"ד בפסקים בסימן רס"ז כיון שתקנו רבנן בחד אונס ה"ה באונס דלא שכיח יותר אי שייך בהו חד טעמא מ"מ י"ל כיון דמצוה ביבום לא רצו לבטל מצות יבום במעוטא דמיעוטא משום לא פלוג וכה"ג כתב הלח"מ פ"ג מהלכות שביתת יו"ט דלא אסרו כבוי לצורך משום דאסרו כבוי שלא לצורך מטעם דל"פ רבנן כיון דשני עניינים הם דהאי לצורך והאי שלא לצורך והובא ביד מלאכי ונ"ל כונתו דהאי לצורך משום מצות שמחת יו"ט וה"נ בשלמא לישא אחותו ושפחה אינו מצוה דיכול לישא אחרת משא"כ לדחות מצות יבום ואין להקשות דמ"מ ביבום ארוסה דל"ל דל"ש דרוב נשים מתעברות רק אחר נישואין י"ל לפימ"ש בחידושי רמב"ן שילה:

יבמות אהא דאין בודקין עדי נשים בדו"ח משום דאיכא כתובה למשקל כד"מ דמי ואף דבארוסה ליכא כתובה א"א להחמיר בארוסה יותר מבנשואה דאם כן שויתינהו למילי דרבנן כחוכא ומצאתי בחכ"ב סימן מ"א דשלא תלד אף מיעוטא דשכיח אינו.

ועוי"ל דבאחותו מאמו בלא"ה אסור מדרבנן כדאיתא ביו"ד ר"ס רס"ט וליכא למגזר רק שלא לישא אחותו מאביו לבד ל"ל הטעם משום דיטעו דלא אסרה תורה רק אחותו מאמו ומאביו אי משמי לבד דאפילו בב"נ אסור ולא ידעו דבן שפחה או נכרית לא חשוב כלל אח מאביו וחשש זה לא שייך ביבום מי שיש לו בן מן הכותית או מן שפחה וצ"ע למה לא הקשה החמ"ח מן רישא דמשנה שם דאח מן השפחה ונכרית אינו זוקק אשת אחיו ליבום ואפשר דהתם י"ל דדוקא ליבום אינו זוקק אבל חליצה מדרבנן צריך או דמיירי באח מאביו ואמו דבכה"ג ליכא למטעי או כיון דבאח גם מאמו ליכא למגזר לא גזרו נמי באח מאביו לבד דא"כ הוי מילי דרבנן כחוכא דאם הוא אחיו גם מאמו השפחה אינו זוקק ובאח מאביו לבד זוקק לחליצה ואין להקשות מהיכי תיתי לנו לחדש גזרה שלא מצינו שגזרו חכז"ל וזה ק"ו ממ"ש המג"א בסימן י"ג סק"ז ובסימן ש"א ס"ק נ"ח דהתם אישתני ושייך לגזור בזה"ז ולא היה שייך לגזור בזמן הש"ס אך בזית רענן בילקוט כי תצא כתב עמ"ש הילקוט דהבא על הנכרית או על השפחה חייב משום אשת אב ומשום אשת אח דכשהולד גדל ומתגייר א"י שהוא אביו ולפעמים נושא אשת אביו או אשת אחיו אע"ג דבאמת לא מקרי אביו ואחיו אפשר דרבנן גזרו עליו והובא בביאור הגר"א.

וב"ש סק"ח הקשה למה לא כתב דין זה ג"כ לעיל בישראל הבא על הנכרית דהוי זרע שלו מדרבנן ואסור בממזרת ונראה לפימ"ש הב"ש לעיל סימן ד' סכ"ב סקל"ה דגר ועבד משוחרר נהי דלא איקרי קהל ואין איסור משום לא יבא ממזר בקהל ד' מ"מ אסור

להרבות ממזרים א"כ כיון דרמ"א כאן בא רק לומר דיש להחמיר לכתחלה והרי שם בלא"ה אסור לכתחלה.

עוי"ל דדוקא לענין אחותו יש לגזור כיון דהבאה מן העריות אחותו היא כמבואר כאן יש לגזור גם הבאה מן שפחה ונכרית דאידי ואידי לא תפסי בהו קידושין ואתי למטעי אבל לענין לישא ממזרת גם הבא מן העריות ממזר הוא ומותר בממזרת והכי מסתבר דמהיכי תיתי לגזור שלא ישא אחותו מנכרית ושפחה אטו אחותו מישראלית דהא מבואר בפ' הא"מ ובפ"ק דב"מ דהכל יודעין שאין קידושין תופסין באחותו והיינו משום שהוא בכרת ועוד כיון דרוב ישראל כשרים א"כ לא שכיח שיוליד ישראל משפחה ונכרית ובמלתא דל"ש ל"ג רבנן אע"כ דחששו משום אחותו דנולדו מעריות וכיון דגם זה לא שכיח גזרו לא שכיח אטו ל"ש כמ"ש הליכות אלי דגזרינן ל"ש אטו ל"ש הובא בשעה"מ פ"ד מהיו"ט הח"י.

עוי"ל נהי דגזה"כ דישראל הבא על נכרית ושפחה הולד כמוה מ"מ מסברא יש בולד חלק מאביה נמי ומחזי כנושא אחותו מאביו לכן יש לגזור באחותו אבל לישא ממזרת כל שאין כולו ישראל לא חשוב קהל ודאי כמו שביארתי לעיל סימן ד' ס"ה ועיין בפרק יש בכור דף מ"ז ברש"י בד"ה דאיעבר מנכרי דלית ליה חייס לגבי ישראל ושייך הבן בתר אמו ישראלית טפי מבתר אבוה עכ"ל הרי אף דנכרי הבא עב"י הולד כמוה מ"מ יש לנכרי אביו ג"כ קצת חלק בו ולפיכך מזהמין את הולד כמ"ש תוס' שם ה"נ בישראל הבא על נכרית ושפחה נהי דהולד כמוה מ"מ יש לאב קצת חלק בו ודומה קצת לאחותו מאמו אף דלמשפחותם לבית אבותם כתיב ולפ"ז י"ל קושית הח"מ דבנו מנכרית ושפחה אינו פוטר מיבום אף דיש לו קצת חלק בו מ"מ כיון דכתיב ובן אין לו צריך שיהא לו לבדו כדדרשינן בפ' המגרש דף פ"ז וכתב לה ולא לה ולחברתה.

סי"ג בת אשתו בתוס' ר"פ נושאין על האנוסה ד"ה עריות כתבו וא"ת כיון דאיסור אשה ובתה מערות אשה ובתה לא תגלה נפקא אימא שלא אסר הכתוב אלא היכא דגלי ערות שתיהן אבל נכנסה לחופה ולא נבעלה מותר לגלות ערות האחרת ואר"י דסברה הוא כיון דכתיב שאר בקרא ע"י הנשואין בא השארית וברית יבמות תד"ה בתה כתבו ובת אשתו היכא דנכנסה לחופה ולא נבעלה נראה לר"י דחייב על בתה אף דל"ת כתיב דמשמע ביאה סברא הוא דאין תלוי בביאה דהא לא מיחייב על בת אנוסתו אלמא בקידושין תליא והקשה בית מאיר דתחלה כתבו דוקא ע"י חופה ולבסוף מסקו ע"י קידושין ובפרק נושאין נמי משמע דוקא ע"י חופה מדנפיק להו משאר וארוסה לא נקראת שאר כדחזינן למ"ד ירושת הבעל דאורייתא וכע"מ דארוסה אינו יורשה דלא נקראת שאר וכן מבואר

הטעם יבמות כ"ט ב' לענין שלא תטמא לו ברש"י וכן איתא בפסקי תוס' פ"ק בת אשתו שנכנסה לחופה ולא נבעלה חייב על בתה את"ד ונ"ל כיון דארוסה אסורה לו מד"ס אינו ראויה לו ול"ח שאר משא"כ כשנכנסה לחופה דהכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה ובידו לבעלה ומצוה וקי"ל כל העומד לזרוק כזרוק דמי אבל ארוסה מד"ס מחוסר מעשה החופה וכתבו תוס' בפרק או"ב פ' ע"ב ובמרובה ע"ו ע"ב דלא אמרינן כל העומד לזרוק כזרוק דמי אלא אחר שנתקבל הדם בכוס כיון דמצוה להמתין עד שיתקבל כל דם הנפש וכן משמע בפ"ק דפסחים דף י"ג ע"ב ובפרש"י שם ובח"ס יו"ד סימן קצ"ו סמך על האי סברא וכתב שהוא ברור ואמת לענין שערות הכלות כיון דנהוג שלא לגלח עד אחר בעילה לא הוי חציצה בשעת טבילה דלא אמרינן כל העומד לקצוץ כקצוץ דמי כיון דמחוסר מעשה בעילה בין טבילה לקציצה עיי"ש ואף דתוספת במרובה כתבו דר"א ס"ל הכי ובמסקנא דש"ס לא ס"ל הכי י"ל דשאני קבלת דם בכוס דמעשה זוטא הוא ול"ח מחוסר מעשה וכה"ג כתב ב"מ לקמן סימן קכ"ג סס"א ולפיכך לדינא כתבו תוס' דא"ח על בת ארוסתו כיון דלדידן מחוסר חופה ואין בדעתו לעשות איסור ולבסוף דכתבו אף דלא תגלה כתב בקידושין תליא היינו דכונת הכתוב רק על קידושין כיון דמה"ת א"צ חופה ועתוס' זבחים דף ל"ד ע"ב בד"ה כל שבידו.

אך לפימ"ש תוס' בפ"ק דפסחים י"ג ב' בד"ה כל העומד לזרוק כזרוק דמי לחלק דהיכא דנשפך הדם אף דא"א לזרוק עוד מ"מ מעיקרא היה עומד לזרוק וכזרוק דמי אבל אם זרק דמן שלא לשמן איגלייא מלתא דל"ה כזרוק כיון דעקר מלשמן עיי"ש לפ"ז י"ל ה"נ אחר שבא על בת ארוסתו דתו א"א לבעול ארוסתו דלא תגלה ערות אשה ובתה א"כ עקר בידים שלא תהא עומד לבעילה ואגלאי למפרע דל"ח עומד לבעיל' וצ"ל לפ"ז דמ"מ בנכנסה לחופה חשובה שאר אף בלא טעם דכל העומד ומ"ש תוס' לבסוף בקידושין תליא היינו בחומה ע"י קידושין דחופה בלא קידושין אינו קונה כלל וכדאמרינן בפ"ק דקידושין דף ה' ע"ב ולפ"ז י"ל קושית הב"מ מיבמות דף י"ז ב' ש"י שמתה מותר באמה משים דזיקה לא אלימא למהוי כארוסה והא ודאי דזיקה אין עושה נישואין כדמוכח בדף כ"ט ע"ב וא"כ אפילו יש זיקה בארוסה מה בכך עיי"ש ולפימ"ש יש חילוק בין בא על אמה בחיי ארוסתו דעקר מלבוא תו על ארוסתו ולא חשובה ארוסתו עומד לביאה גם כשנאמר דאיסור דרבנן חשוב ראוי מדאורייתא אבל בש"י שמתה הוי כנשפך הדם דאלו היתה קיימת היה מייבמה ולא היה בא על אמה.

והנה ברש"י דף י"ז שם פירש תחלה אהא דאמר ש"מ ס"ל לרב אין זיקה דאם יש זיקה הוי כארוסה ואסור באמה והדר כשאמר השס אי אמר רב אין זיקה ה"א ה"מ בתרי

אבל בחד יש זיקה פרש"י אבל בחד יש זיקה והוי ככנוסה ולפימ"ש י"ל דארוסה הל"ל דמותר באמה דלא תגלה כתיב רק משום דעומדת לגלות ערותה אסורה ואף דאסור לבוא על ארוסה בלא חופה היינו רק מדרבנן אבל מדאורייתא ראויה לביאה מיד ואין בעילה מעכבת כדקי"ל כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת אך כ"ז לס"ד דלא ידע לחלק בין חד יבם לתרי אבל למאי דמסיק דיש לחלק בין תרי לחד ס"ל לרש"י דע"כ זיקה רק דרבנן וכבר נחלקו ר"ח וש"פ אי זיקה דרבנן או מדאורייתא יש זיקה כדאיתא בח"ר שם דף כ"ז ע"ב וגם הריטב"א בדף י"ח מספ"ל וס"ל לרש"י דזה תליא אם גם בתרי יש זיקה דאם יש זיקה מדאורייתא ע"כ גם בתרי הוא דנהי דעכשיו לא נתברר מי ייבמה מ"מ אף כשייבמה אחד הא קי"ל א"ב והוי ספק דאורייתא ומעיקרא לתרוייהו זקוקה אבל אם רק בחד יש זיקה עכצ"ל דרק מדרבנן יש זיקה ואת"ל דזיקה אינה רק כארוסה ל"ל כיון דראוי לבעילה הוי כבא עליה דהא מדרבנן צריכה קידושין וחופה כדאיתא לקמן סימן קס"ו ס"ב וא"כ למה אסור באמה הא לא תגלה כתיב וממ"נ מדאורייתא אין זיקה כלל אפילו כארוסה ומדרבנן אינה ראויה לביאה לפני קידושין וחופה ולא חשובה עומדת לכך כיון דלפני ביאה מחוסר קידושין וחופה לכן עכצ"ל דזיקה עשאוה רבנן ככנוסה ולכן אסור באמה אף דעדיין אינה ראויה לביאה ועיין במלא הרועים באות אלף הובא שם מכמה מקומות דאיסור דרבנן חשוב ראוי מדאוריתא ויש הרבה דעות בזה עיי"ש ועיין בסוטה פרק משיח מלחמה דמ"ג ע"ב דחמשה אחין ומת אחד מהם במלחמה דכולן חוזרין משום דכל חד וחד קרינן ביה אשתו ופרש"י שמא לזה תתייבם הרי בדאורייתא אין לחלק בין תרי לחד.

וצל"ע אם יש זיקה רק דרבנן לפימ"ש בח"ר דף צ"ח ע"ב דחמותו לאחר מיתת אשתו לית בה רק איסורא בעלמא משום ארור שוכב עם חותנתו אבל בת אשתו לאחר מיתת אשתו היא בכרת ומבואר במל"מ פ"א מהיו"ט הי"ז דהא דאמרינן ביבמות דף קי"ט מ"ל איסור לאו מ"ל איסור כרת לענין גזרה דוקא בלאו שיש בו מלקות עיי"ש א"כ למה אמר רב ש"י שמתה מותר באמה דקמ"ל דאין זיקה הל"ל יותר רבותא ש"י שמתה מותר בבתה ואם נימא דלא מתיר רק באמה משום דרק איסורא בעלמא גם באשתו לא גזרו בזיקה א"כ מנ"ל לש"ס לומר דס"ל לרב אין זיקה הא י"ל שפיר מודה דיש זיקה מדרבנן היכא דבאשתו יש לאו או כרת גזרו גם בזיקה משא"כ בחמותו.

ודע דמ"ש תוספת דאימא נכנסה לחופה ולא נבעלה מותר לגלות ערות האחרת היינו בלא קידושין אבל לקדש יש איסור אחר קידושי ראשונה דהא כתיב בפרשת אחרי ואשה אל אחותה לא תקח ופי' רש"י שם שתיהן כאחת וזה א"א בביאה הרי דאסור לקדש וכן

הוא בפרק האומר דף ס"ז ע"ב דלא תקח היינו לקדשה לכתחלה וילפינן התם בהיקשא לכל עריות וגם כתיב ערות אשה ובתה לא תגלה את בת בנה ואת בת בתה לא תקח ופרש"י לא אסר הכתוב אלא ע"י נשואי ראשונה לכך נאמר לא תקח לשון קיחה וזה ודאי דפשטיה דקרא לא תקח קאי אשניה ואסר הכתוב לקדש וכ"ש אמה ובתה וכמ"ש כה"ג ברמב"ם הא"ב ה"ו ולפ"ז נדחה ראיות הפ"ת כאן מנזיר דף י"ב דהאומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם אסור בכל הנשים דשמא השליח קידש אמה או בתה ולפימ"ש זה ודאי אסור אך אם בא על אמה או בתה י"ל דאין בו חיוב כרת מאחר שלא גלה ערות הראשונה דלא תגלה כתיב ולפימ"ש לעיל דאם מתה הראשונה חמיר מבא על השניה בלא"ה א"ש דבנזיר חיישינן שמא מתה הראשונה דהא אפי' בתר רובא לא אזלינן התם משום קנסא כמ"ש תוספת שם ודע מ"ש תוספת לס"ד דנכנסה לחופה ולא נבעלה מותר לגלות ערות האחרת היינו דאין בה איסור משום אשה ובתה אבל יש איסור פנויה לפוסקים דפנויה בלאו או עכ"פ איסור דרבנן דגם לס"ד דתוספת אם אחר קידושי האם או בתה קידש השניה או קדשן בב"א לא תפסי קידושין בשניה בזא"ז או בשתיהן בב"א דהא ילפינן בקידושין מאשה אל אחותה לא תקח דאין קידושין תופסין בב"א ובזאח"ז וכן כתיב ערות אשה ובתה ל"ת את ב"ב ואת בת בתה לא תקח והיינו נמי דלא תפסי קידושין בב"א או בזאח"ז וכ"כ במקנה שם דף נו"ן ע"ב ותוס' לא דנו רק אי חייב בביאת שניה אחר קידושי ראשונה ומיושב בזה גם ראיה שניה דהפ"ת מהא דהמקדש אשה ובתה ומה שהקשה מדאמר שם דף נ"א דבאחת מאשה ובתה הוי קידושין שאינה מסורה לביאה י"ל כיון דא"י איזה מקודשת אינו יכול לקדש מעתה שום אחת מהן וא"כ אסור לבוא על כל אחת ואחת מחמת איסור פנויה ומחמת הקידושין גרע כחו עיי"ש בתוספת דף נ"א ע"א.

סכ"ד ב"ש סקח"י ואם נשא שניה ע"פ אונס וכו' וכתב הב"מ במה איירי אם באנס שאנס שניהם באונס מיתה לישא זא"ז תמה אני אם יש מקום לקידושין ולנשואין אלו לחול אף להצריכה גט וק"ו הוא ממה דקי"ל בסימן מ"ב דאנס אשה וקדשה א"צ גט מפני דעביד שלא כהוגן עיי"ש ונ"ל כיון דמדינא הוי קידושין רק מתק"ח אפקיענהו יש לחלק דלא תקנו רק בשכיח קצת משא"כ שלא להנאת עצמו לאנס שניהן דזה רק להכשיל הא כתבו תוס' בפ"ק דע"ז דף י"ב בד"ה ושדי נכרי נבלה בקדרה דבחנם כדי להכשיל את ישראל לא חיישינן וא"כ אין לנו רק מה דאיתמר להדיא שתקנו להפקיע הקידושין וזה דבר מבואר בהרבה פוסקים דלא אמרינן לאפקיענהו לקידושין רק היכא דאתמר בש"ס להדיא קבצם ביד מלאכי באות א' ק"ו כאן דאיכא טעמא רבה לחלק דאם האיש אנס

האשה וקדשה אם לא נפקיע הקידושין יהא שכיח הרבה וחשו לתקנת בנות ישראל משא"כ לאנס שניהם לא חשו כיון דלית לאנס הנאה בזה וממילא נדחה נמי מ"ש הב"מ דכן מוכח בתוס' גיטין פ"ב ע"ב ד"ה שר"א דמסיימי דנשואין א"א בעל כרחה דש"מ דגם בשניהם אנוסים א"א דאל"ה עדיין היה לחוש שמא יאנס תרוייהו ולפימ"ש א"ש דלא חשו לאנס שלא להנאתו דזה ק"ו מהא דאמר בדף פ"ד ע"מ שלא תבעלי לאבא דל"ח שמא תבעל.

ובדרישת ארי הביא ראיה מרמב"ם פ"ו מיבום ה"י דאסרו לייבם ח"ל ושניות גזרה משום ביאה שניה הרי אף דביאה ראשונה בהיתר ע"י נשואין ביאה שניה אסורה אף דתוס' ביבמות דף כף ע"ב חלקו בין הא דנשאה קודם שנתמנה שיכול לקיימה משום דנשאה בהיתר בלא שום דחיית איסור מ"מ ה"נ דיעבור וא"י נמי מטעם דחיה הוא דפ"כ דוחה לאיסורא ע"כ נראה לאחר שעבר האונס צריך לגרשה את"ד ונ"ל דאינו ראיה די"ל באונס דל"ש ל"ג וכ"ש אונס כי האי דאין האנס נהנה אף שכתבו תוס' בפ"ק דשבת דף י"ד ע"ב כיון דגזרו בשכיח לא פלוג אף בל"ש שאני הכא דהא במידי דשכיח אסרו שניות ובאונס מיתה דלא שכיח הניחו שיעבור וא"י וכיון דאיפלג איפלג ומהיכי תיתי לומר דגזרו שיהא איסור רק דחויה מפני פ"נ.

ולענין אם כבר נשא אשת חמיו עיין בשו"ת ד"ח ח"ב בא"ע סי"ג דהשואל כתב שדבר שאסור מפני מ"ע מותר בדיעבד וכתב הד"ח שכן מבואר במג"א בריש הלכות שבת וכונתו למ"ש המג"א ס"ס רמ"ג בשם הב"ח דאם עבר והשכיר המרחץ לשנה דאינו אסור אלא משום מ"ע בדיעבד שכרו מותר ול"נ דשא"ה דהמ"ע בשעת מלאכת המרחץ בשבת דיאמרו דהגוי שכיר אצל הישראל ליום ועושה המלאכה בשביל ישראל אבל בשעת קבלת השכירות מן הגוי ליכא מ"ע דאדרבה הרי רואין דגוים משלם לו שכירות בעד המרחץ משא"כ כאן דכל זמן דדייר עם אשת חמיו יש מ"ע דיסברו דדייר עם חמותו ועיינתי אח"כ בב"ח שם וראיתי שכתב דאם עבר והשכירו שכרו מותר דעבדיה לאיסורא עכ"ל הרי משום דעבדיה לאיסורא כבר וראיה משם להיפך.

סכ"ז והלכה למדינה אחרת כתב ב"ש סק"כ דבמקום חדר"ג אין עא"נ שמתה אשתו ועיין מה שכתבתי לקמן סימן י"ז סל"ט הוכחה מירושלמי רפ"ג דיומא דבמלתא דעל"ג נאמן ע"א באיסורין אף דאיתחזיק איסורא וכאן נמי חשוב על"ג כמ"ש רמב"ם פי"ג מהלכות גירושין.

ס"ל נאסרה לקרוביו בטו"ז הבין דמיירי הרא"ש שאמר קדשני אחר שנשאת לזה והאיך נאמנת להפקיע עצמה מיד בעלה זה כדאיתא בפ"ק דקידושין די"ב ונראה משום דכבר

יצא ערעור שקדשה ראשון הוי כרגל"ד וכ"כ בדרישת ארי וד"מ לקמן בס"ס מ"ו ועיין שעה"מ פ"ט מה"א הט"ו.

תו תמה הטו"ז א"כ אפילו אמרה קדשני סתם אמאי לא נימא דודאי כדין קידושין אמרה דהיינו בפני עדים דאפילו אומרת בפני עדים אכתי נימא שמא לא היה ש"פ א"ו מסתמא כדין קידושין אמרה ובדרישת ארי תמה הא קי"ל לקמן סימן ל"א דחיישינן שמא ש"פ במדי ואפילו בדבר שאינו מתקיים לדעת הרא"ש ונ"ל לפימ"ש הרא"ה בבד"ה בשער התערובות דהיכא דאין האיסור רק מדרבנן לאו כ"כ לשויה אנפשיה חתיכה דאיסורא לאסרה עליו עיי"ש ה"נ לא מהימנא לשאנח"ד כיון דפחות מש"פ רק מדרבנן חיישינן שמא ש"פ במדי כדאיתא לקמן סימן ל"א ושפיר הקשה הטו"ז ואני תמה דהא מבואר בחו"מ סימן סמך ס"ו בהג"ה דכל האומר נתתי לפלוני כו"כ הוי הודאות בע"ד כמאה עדים דמי ואין מדקדקין כיצד נתן מאחר שהודה אמרינן בודאי נתן באופן המועיל ואיתא בטור וב"ח שם שכן נמי דעת הרא"ש ואפילו הרי"ף שחולק י"ל משום דנתתי תרי לשונות משמע דמשמע שכבר נתן והוי הודאה ומשמע נמי שנותן עכשיו להבא ול"ה הודאה וכ"כ בגד"ת שער ס"ד ח"ב וא"כ ה"נ הל"ל כיון שהודית שנתקדשה בודאי כונתה באופן המועיל.

ונראה לפימ"ש הנמ"י בפחז"ה אהא דקשתא בעילותא דאף די"ל מגו דלקוח לאו מפיו אנו חיין כ"כ להאמינו דדר בו המוכר חד יומא עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר שהמוכר לקחה מן המערער עיי"ש וה"נ מה שנאמנת לשויה את עצמה חתיכה דאיסורא רק משום אומדנא קצת מחמת הערעור לא מפיה אנו חיין להאמינה כל כך לקיים דבריה ולברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר דודאי נתקדשה בפני עדים באופן המועיל דהא מבואר בשו"ת הרא"ש שם דהוטל חרם על כל מי שיודע שהיה ביניהם קידושין שיעיד בפני ב"ד ולא בא שום עדות על זה א"כ כשנאמר דכונתה שנתקדשה בפני עדים והלכו למדה"י והרי מבואר בחו"מ סימן עין דכשא"ל המלוה אל תפרעני אלא בפני עדים ואח"כ אמר הלוה פרעתיך בפני עדים ומתו או הלכו למדה"י אינו נאמן כיון דלא מייחד עדים מוכחא מלתא דמשקר עיי"ש בש"ך סקי"ג א"כ מסתיין להאמינה כשאמרה בפירש נתקדשתי בפני עדים משום דשאנח"ד ולא לומר מדעתינו דכונתה שנתקדשה בפני עדים והלכו למדה"י ואדרבה נימא דנתקדשה שלא בפני עדים ולא משקרא משא"כ כשפירשה שהיו עדים אין לתלות שלא היה ש"פ כיון דאדם יודע שאין קידושין בפחות מש"פ כדאיתא בפ"ק דב"מ ודאי היה באופן המועיל ומ"מ יותר נראין דברי הב"ש דמיירי דאמרה כן טרם שנתקדשה לקרובי ראשון דשאכח"ד כיון דאז לא היתה מפקעת עצמה

מבעלה והא דאם אמרה קדשני סתם לא אמרינן דכונתה שקידשה באופן המועיל בפני עדים והלכו למדה"י כמו בחו"מ סימן סמך הנ"ל דשא"ה דליכא הוכחה להיפך משא"כ כאן כיון דלא מייחדה העדים מוכח מלתא דלא היו עדים וכאלו אנן סהדי דודאי כך היה מדמוציאין ממון ע"י סברא זאת בהא דחו"מ סימן עין א"כ יותר י"ל כונתה שנתקדשה בלא עדים ועיין נתיבות סימן סמך ס"ק ט"ו ובטו"ז על חו"מ סימן קל"ח דכל היכא דאפשר לדחוק לפרש כונתו באופן שלא יהא הודאתו מוכחש מעדים מפרשינן וראיה לזה מקידושין דף ס"ה אהא דהאומר לאשה קדשתיך הוא אסור בקרובתיה דמוקו לה כגון דאמר קידשתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י ולא אמר משום דודאי היו הקידושין באופן המועיל ואפילו לא פירש בפני עדים ודאי כונתו כך ועיין חמ"ח וב"ש לקמן ריש סימן מ"מ דאי אמר סתם קדשתיך יכול לפרש דבריו שלא היו עדים והנה הרא"ש כאן לא הצריך שתפרש דבריה צ"ל משום דהלכה ונשאת אנן מפרשינן דבריה וכדאיתא כה"ג ביו"ד סימן קפ"ה ס"ג בהג"ה ולעיל סימן זיי"ן בב"ש ס"ק י"א בשם רד"ך ועמ"ש שם ובישיע"ק לקמן בסו"ח ססק"א כתב דהיכא שמתרץ דבריו ואומר שקידשה בלי עדים אף שהוא תירץ דחוק כיון דמסייע לה חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה מהני עיי"ש והרי בתשובת הרא"ש לא התנה דדוקא שנתקדשה בפני בעלה או בעיר שיושב בעלה ומשמע נמי אפי' אינו בחיים כלל וכן סתם פה בש"ע אע"כ מטעם שכתבתי.

סימן טז

ס"ג שפחה וכו' כתב הרמב"ם פי"ב מהא"ב הבא על השפחה מכין אותו מ"מ מד"ס אל יהי עון זה קל בעיניך מפני שאין בו מלקות מה"ת שגם זה גורם לבן לסור מאחרי ד' שהבן מן השפחה הוא עבד ואינו מישראל ונמצא גורם לזרע הקדש להתחלל עכ"ל וכתב רשד"ם בחיו"ד סימן קל"ו דלרמב"ם אין שפחה אסורה אלא מד"ס הובא במל"מ פ"ג מעבדים והקשה מב"ק פרק המניח דכ"ח דאיתא שם מנין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרב בו לצאת ועשה בו חבורה שהוא פטור ת"ל ל"ת כפר לשוב ל"ת כפר לשב ומוקים לה רנב"י בע"ע שמסר לו שפחה כנענית ועד האידנא התירא והשתא אסורה ואם שפחה מותרת מן התורה היכא ממעטינין מקרא שאם חבל בו פטור מפני שמפרישו מאיסור הלא מן התורה אין איסור עכ"ל והוא קו"ע ונ"ל כיון דגורם לבן לסור וכו' ראוי היה לאסור מה"ת אלא די"ל דזה תליא אי גורם לממון כמ"ד ודעת בע"ת וראב"ד דגלמכוו"ד ודד"ג הכל אחד וש"ך בחו"מ סימן שפ"ו כתב דאנן לא קי"ל כר"ש דגורם לממון כממון דמי כמו שפסק הרמב"ם ריש פ"ב מגנבה ומ"מ קי"ל דינא דגרמי מתקנת חכמים עיי"ש ססק"א וסק"י והנה דרש זה לא תקחו כופר לשב הוא בפ' מסעי ואיתא בסנהדרין דף פ"ו

סתם ספרי ר"ש פרש"י ספרי ספר וידבר ומשנה תורה וא"כ לר"ש ודאי אסור מן התורה משום דגורם ואנן לא קי"ל כר"ש וגרמי רק מדרבנן

ואם הך דרשה אינה בספרי מאחר שלא נמצא בספרי שבידינו י"ל כיון דהעבד אינו מיכוין להוליד בנים רק מאהבתו אותה וגם אינו פ"ר שיוליד ופליגי תנאי ר"י ור"ש ואנן קי"ל דשא"מ ואינו פ"ר לא אסרה תורה לכן אינו רק מד"ס והך דרשה כמ"ד דשא"מ אסור מה"ת עכ"פ בשאר איסורין ועתוס' בפ' כירה דף מ"א ע"ב בד"ה מיחם וא"ל א"כ למה כתב הרמב"ם פט"ו מהא"ב פ"ד דהתירו לממזר לישא שפחה כדי לטהר את בניו שהרי הוא משחרר אותם ונמצאו ב"ח ולא גזרו על השפחה לממזר' מפני תקנת הבנים עכ"ל והא התם מיכוין להוליד ואסור מן התורה די"ל כיון דמיכוין לשחררם ולא יסורו מאחרי ד' ולא יהיו מחוללים וגם מדרבנן הל"ל דמותר אלא דלא חלקו חכז"ל בגזרתם רק משום תקנת הבנים ולפי"ז י"ל אפילו אתיא הך ברייתא כהלכתא דדשא"מ מותר מ"מ בשלמא הישראל גופא כשאינו מיכוין להוליד מותר אבל רבו אם ירצה לחוש לו שמא יכוין לפעמים גם להוליד ואזי אף דמיכוין גם להנאתו הוי מתכוין כדאיתא בר"ן בשבת ס"פ האורג עיש"ה א"כ הרב מיכוין להפרישו מאיסורא דאורייתא ומהרא"ש בתשובה פ"ו, הקשה מה פריך הש"ס לר"י דאוסר למיעבד דינא לנפשיה מהך ברייתא הא גם לר"נ דמתיר קשה דהא ר"נ מתיר לכתחלה וברייתא תני רק פטור משמע לכתחלה אסור עיי"ש וזה י"ל דבלא"ה כתב הלח"ם פ"ג מה"ע דמקשה הש"ס גם לר"נ דגם ר"נ לא מתיר, אלא במקום פסידא אלא דר"נ ס"ל אף דיכול לילך לב"ד ולא יהא לו פסידא בעיכובו מותר ובהא דרבו מסרב בו ליכא פסידא כלל עיי"ש אך מ"מ קשה לפי מה דמתרץ בעבד גנב או דמסר לו שפחה ומפרישו מאיסור למה קתני פטור הלא גם לכתחלה מותר ולאפרושי מאיסורא מחויב ולתירץ דחושש שיגנוב י"ל כיון דאינו ודאי שיגנוב ואפשר ישמרנו בעליו לכן לכתחלה אסור לסבול בו מספק אבל לתירץ דמסר לו שפחה קשה ולפימ"ש א"ש דג"כ אינו רק חשש דמה אם ירצה העבד שלא יכוין להוליד ליכא איסורא לכן רק בדיעבד פטור דשמא לולא דהפרישו היה מיכוין להוליד והיה עושה איסור והרב הפרישו מאיסור ומספקא לא מפקינין ממונא וגם למ"ד דשא"מ אסור אף דל"ה פ"ר מ"מ אם תשמש במוך ולא תתעבר כדאיתא בפ"ק דיבמות דף י"ב ע"ב ליכא איסורא מדאורייתא לכן לכתחלה אסור לחבול בו רק בדיעבד פטור משום דשמא לא היה משמשת במוך והוי אפרושי מאיסורא וזה נכון יותר דמסתמא אין כונתו להוליד כיון דלא לו יהיה הזרע דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה.

עוד הקשה המל"מ שם מפ"ק דקידושין דכ"א דאמר שם דחדוש הוא מה דמוסר לו ש"כ ואם מה"ת גם באינו עבד מותר מאי חידושיה עיי"ש ולפימ"ש דההיתר הוא משום דאינו מתכוין להוליד ול"ה פ"ר א"כ תינח הע"ע עצמו אבל רבו מוסר לו ש"כ כדי להוליד מתכוין לאיסורא ונהי דאיתא בפ"ב דקידושין דף מ"ג באומר לשלוחו בעול הערוה גם לשמאי דס"ל ישלד"ע פטור דלא מצינו בכה"ת זה נהנה וזה מתחייב היינו חיוב בד"א לא מצינו אבל בד"ש חייב כדאיתא התם למ"ד אשלד"ע דעכ"פ בדיני זוטא לכ"ע חייב משום דגורם תדע דאלת"ה למה הוצרך לומר שם אם תימצי לומר דלשמאי חייב בד"א דיש שלד"ע מ"מ בצא בעול הערוה פטור דלא נ"מ לדידן דקי"ל אשלד"ע הל"ל לענין דיני שמים דנ"מ לכ"ע אע"כ דבהא חייב מד"ש וכ"ש דמוסר לו ש"כ בע"כ והנאתו דרב שיוליד לו עבדים לכן הוי חדוש ואי דא"כ מאי ראייתו דרמב"ם בפי"ב מהא"ב דאין בו איסור תורה מדהותרה לע"ע ש"כ הא חזינן דהותר גם לרבו למסור לו אף דהיה בדין לתסר מד"ש י"ל כמ"ש רשד"ם שם דכונת הרמב"ם מדמצינו דהתירה תורה למסור לע"ע ש"כ ולא התירה למסור לאמה העבריה ע"כ עיי"ש ה"נ הוכחות הרמב"ם דאם גם ישראל הבא על ש"כ אסור מה"ת למה נשתנה מאמה העבריה אע"כ דהעבד אינו עושה איסור תורה אפי' לא יהא עבד ולא התירה התורה רק לרבו הד"ש.

ובזה מתורץ נמי קושית המל"מ שם מפ"ק דקידושין דט"ו דאמר מוכר עצמו אין רבו מוסר לו ש"כ שנאמר אם אדוניו יתן לו אשה ולא למוכר עצמו ואידך לו בע"כ ואידך מכי משנה שכר שכיר נפקא ולמה לי לימוד על בע"כ הא לרמב"ם ליכא איסור בע"כ וע"כ דאם אדוניו יתן בא לומר שיכול לכופו ולפימ"ש לק"מ דלולא דמפורש ההיתר היה אסור לרבו ליתן לו ש"כ להוליד אף דהע"ע בעצמו אינו מתכוין להוליד אך לא הבנתי קושית המל"מ דפסוק אם אדוניו יתן לו אשה לא בא ללמד דיכול למסור לו אשה אלא ללמד דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה ובעל כרחו לא ידענו עדיין תדע דהא לראב"י דדרש בפ"ק דקידושין ד"כ אם בגפו יבא יחודי בגפו יצא יחודי דאם לא היה לו אשה ובנים אין רבו מוסר לו ש"כ ממילא משמע דאם היה לו אשה ובנים רבו מוסר לו ש"כ ולמאי צריך עוד אם אדוניו יתן לו אשה אע"כ ללמד דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה אלא דצ"ע פרש"י במשפטים דעל פסוק אם בגפו יבא פירש מגיד אם לא היה נשוי מתחלה אין רבו מוסר לו ש"כ להוליד ממנה עבדים ומיד על פסוק דאם אדוניו יתן לו אשה פרש"י מכאן שהרשות ביד רבו למסור לו ש"כ להוליד ממנה עבדים והא תו למ"ל דכבר ידענו זה מאם בגפו אלא צ"ל דמאם גפו יבא לא נשמע רק בנשוי רשאי למסור לו ש"כ סתם ולא בכונה להוליד עבדים דאזי מיכוין לאיסורא קמ"ל אם אדוניו יתן לו אשה דרשות

בידו אף כשמכוין להוליד לו עבדים ויליף לה מדהוה מ"ל אם מאדוניו לו אשה ע"כ יתן ללמד על זה אם אדוניו רוצה יתן לו אשה שתלד לו עבדים ולהכי האריך רש"י להוליד לו עבדים דבשלמא על פסוק בגפו יצא האריך רש"י דלא נימא כר"י במכילתא דבגפו יצא רשות דקמ"ל הכתוב דאין רבו מחויב ליתן לו ש"כ לכן פרש"י אפילו רבו רוצה לטובת עצמו להוליד לו עבדים אינו רשאי אבל בפסוק אם אדוניו יתן לו אשה דפרש"י שהרשות ביד רבו אצ"ל עוד להוליד ממנה עבדים ולפימ"ש א"ש.

בקה"י בתוד"ר אות עין סימן ר"נ הקשה מגיטין דף מ"ם אהא דעבד שהשיאו רבו ב"ח יצא לחירות מהכותב שטר אירוסין לשפחתו דחכ"א א"מ דמי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד ליה איסורא ואיהו עביד איסורא ואם נושא שפחה רק מדרבנן אסור נימא שאני דלעבדיה לא מעבד איסורא דאוריית' משא"כ נושא שפחתו דהא כתב הה"מ בפ"א מה"א דלאו כ"ע זהירי באיסור דרבנן ונראה לפימ"ש בשו"ת אמונת שמואל שאלה נ"ד דמידי דשרי לדידי' ואסור לאחר ליכא משום לפ"ע ול"ד למושיט יין לנזיר דתורה אסרה עליו כשיהיה נזיר וכ"ד ב"ח ופרישה וטו"ז ביו"ד סימן ס"ב ועיי"ש ביד אברהם ונהי דלפע"ד מ"מ חשוב גורם וכשולח את הבערה ביד חש"ו מ"מ הא קי"ל דד"ג רק מדרבנן וא"כ שפיר פריך מי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד איסורא אף דרבו אינו עושה איסור דאורייתא ואיהו עביד איסורא לישא שפחתו בעצמו.

עוד הקשה בקה"י שם מגיטין דמ"א דמי שחציו עבד וחציו ב"ח כופין את רבו ועושה אותו ב"ח משום דלא תהו בראה לשבת יצרה והא המשחרר עבדו עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו ומוטב היה להתירו בשפחה דאיסורו רק מדרבנן מלהתיר לו איסור עשה עיי"ש וי"ל דאחז"ל בנזיר דכ"ג ע"ב גדולה עברה לשמה כמצוה שלא לשמה מדכתיב תבורך מנשים באהל אשת חבר הקני דשבע בעילות בעל אותו רשע ופריך והא קמתהניא מעברה עיי"ש הרי אף דגדולה עברה לשמה כמצוה מ"מ דוקא היכא דלא מתהני מעברה ולכן אם נתיר לו שפחה משום מצוה דלשבת מ"מ מתהני מעברה ומגונה משא"כ כשישא ישראלית אחר שנשתחרר ורבו עושה עברה לשמה כשמשחררו ולא מתהני מעברה.

ועוד נהי דאם היה יכול לישא שפחה בהיתר לא היו כופין את רבו לשחררו אף דעדיין לא יקיים מצות פ"ו דולדה כמותה ועבד אין לו חייס מ"מ יקיים שבת כל דהו כמ"ש תוס' שם מ"מ עכשיו דגם שבת א"י לקיים עד שנתיר לו איסור דרבנן טוב יותר לשחררו ויקיים גם מצות פ"ו.

ועוד דהמשחרר ואינו מקיים עשה דלעולם בהם תעבודו אנוס בתק"ח ואינו עובר כלל וכמ"ש כה"ג מג"א סימן תמ"ו סק"ב משא"כ אם ישא שפחה אף דאנוס משום לשבת

יצרה מ"מ הרי נהנה ומבואר בא"ח סימן תע"ה כפאוהו עכו"ם ואכל מצה יצא אף דמצ"כ משום דאכל ונהנה שאני כמו דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה כמבואר בב"י ומג"א שם סקי"ד לכן ה"כ חמיר איסור בעילה אף דאנוס מאיסור שחרור באונס דזה חשוב מתכוין וזה השחרור דאינו נהנה לא חשוב מתכוין.

ועוד לפימ"ש הרא"ש בפרק יוה"כ סי"ד בשם הר"מ דלחולה שיב"ס שוחטין בהמה בשבת ואין מאכילין אותו נבלה כמו או"נ ביו"ט דשוחטין ביו"ט דיש עשה ול"ת במלאכה ואין אוכלין אפילו עוף בלא שחיטה אפילו למ"ד אין שחיטה לעוף מה"ת כיון שהתירה תורה או"נ ביו"ט ולחולה שיב"ס בשבת הוי כעושה בחול אבל הנבלה המאכל עצמו אסור ואריה רביע עלה עיי"ש הרי דחמיר איסור דרבנן במאכל מאיסור דאורייתא שהאיסור על קרקפתא דגברא מלעשות דמאכל האסור הוא איסור חפצא ולא מפני שהותר לפ"נ נעשה היתר בעצם אלא ניתר לעושהו ודחויה אצלו מפני הצורך אבל האיסור במקומו עומד וה"נ שחרור אינו רק אקרקפתא דגברא שלא לעשות וכשהוא לצורך מצות לשבת הותרה לו משא"כ בעילת שפחה דהיא איסור חפצא ואריא דרביע עלה אפי' נתיר לו יהא רק דחויה אך לרמב"ם דס"ל בהלכות שבת פ"ב ה"א דשבת דחויה אצל סכ"נ ועיי"ש בכ"מ דמדמי לה הרמב"ם לטומאה דדחויה בציבור ובעי ציץ לרצויי נראה דלא ס"ל כהר"מ.

עוד הקשו קה"י שם ובעה"א פט"ו מהא"ב לדבר מהרשד"ם בדעת הרמב"ם דישראלית לעבד אסורה מן התורה א"כ מה פריך בס"פ האומר אי ר"ט לכתחלה קאמר מאי אמרו לר"ט טיהרת את הזכרים ולא טיהרת את הנקבות ממזרת נמי תנסיב לעבד ומאי קושיא נימא דוקא ממזר יכול לישא שפחה משום דאינו אסור ישראל כשר בשפחה רק מדרבנן לא גזרו משום תקנת הבנים אבל ממזרת לעבד דאיסורה מדאורייתא לא התירו והוא קו"ע **ולחומר** הנושא נ"ל דלפרש"י שפירש דבדיעבד שטיהר ר"ט שייך רק בעבד שדרכו ליילך למקום אחר ויאמר שהוא עבד אבל אשה אין דרכה ליילך למק"א ובמקומה ימחו בידה מלהנשא לעבד עיי"ש הוא פליאה נשגבה דר"ט נתן עצה מה דאפשר לתקוני מתקנינן ואטו אחריות ממזרים על ר"ט מה דלא אפשר ואדרבה כיון דממזר זכר ג"כ אסור לכתחלה יותר טוב שלא תעשה הממזרת נמי הכי ונ"ל דכונת הש"ס הכי דאמרו לר"ט טיהרת את הזכרים ולא טיהרת את הנקבות על כרחך ס"ל בולד ממזרת ישראלית שילדה מעבד כנעני הוא ממזר מן התורה היה לך לחוש לגזור בולד ממזר משפחה משום ממזרת בעבד כיון דמסברא שוין כדס"ל לר"א כמ"ש תוס' בפ"ק דיבמות דט"ז ע"ב בד"ה נכרי

יטעו בקל ולכל הפחות לא הוה ליתן עצה ולפרסם הדבר וכדמצינו בכמה דוכתי הלכה ואין מורין כך בפרק א"צ כ"ח ע"ב ובמנחות ל"ו ע"ב.

ובזה נכון מה דא"ל לר"ט טיהרת את הזכרים דלפרש"י קושיתם רק על שלא טיהר את הנקבות ולפימ"ש קושיתם בממ"נ ושפיר אמרו לו לר"ט וצ"ל דר"ט ס"ל כיון דגם ממזר אסור לכתחלה בשפחה רק בדיעבד לא גזרו תו אין חשש דלא שכיח כיון דאסור לכתחלה וכמ"ש הרא"ש בשילהי מס"כ ע"ז דאם נתבשל בכלי אב"י ליכא למגזר שמא יתירו גם כשנתבשל בב"י כיון דלכתחלה אסור לבשל גם באב"י ולהכי פריך אי אמרת לכתחלה קאמר ממזרת נמי תנסיב לעבדא ויש לגזור ואיך פרסם ר"ט עצה במה שיגרום מכשול ומתרץ דממזרת לא תועיל כלום דבנה כמוה דעבד אין לו חייס ואין לחוש דידעו דלממזר הותר רק, משום תקנת הבנים אף דלא ידעו לחלק דממזרת איסורה מה"ת וממזר איסורו רק מד"ס מ"מ כיון דע"כ ידעו דיש איסור מד"ס לישראל לישא שפחה ע"כ מה דהותר לממזר רק משום תקנת הבנים דאין לחוש שיטעו דגם ישראל כשר מותר בשפחה גם מדרבנן דזה מצוי הרבה ולא ראינו מעולם שישאו זה את זה ובדבר השכיח לא ראינו ראיה כמ"ש הש"ך בחו"מ סימן ל"ז סכ"ב סקל"ח ועיין לעיל סימן ט"ו ס"י דבן ישראל הבא מן השפחה מדרבנן הוי בנו ובפרק מי שהחשיך דף קנ"ד ע"ב דלא רצו חכמים לגלות דמוליכו פחות פחות מד"א דלמא אתי לאתויי ד"א בר"ה

סימן יז

סעיף ב

ס"ב א"א בריו"ו חלק חוה נכ"ב ח"ה ז"ל א"א שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר מקודשת וצריכה גנו משני אם תשאר עם הראשון וא"ל ירצה השני לגרשה מקודשת לו ומותרת לו כי מאחר שהיה בפני בעלה והוא לא ערער הרי הוא כמו אם אמרה נתגרשתי ממנו והאשה שאמרה בפני בעלה גרשתני נאמנת עכ"ל ותמה ב"י דחזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה אפילו במערער הוא וד"מ תמה איך אמר גיטו של שני מותרת לראשון ואין בזה משום מחזיר גרושתו.

ונ"ל דרי"ו ס"ל כהרמ"ה דלקמן דהאידנא דנפישי חוצפא ופריצותא בעלמא איתרע חזקה דרה"מ לכן דוקא כשלא ערער הבעל דיש אומדנא דקושטא דנתגרשה מדשתק ואח"כ ראיתי בב"מ שכ"כ והביא ראיה מן סימן קנ"ד ס"ז.

ולפ"ז י"ל נמי קושית הד"מ כיון דנאמנותה מחמת שתיקתו דהוי כהודאה הנה בחו"מ סימן פ' ס"א בהג"ה מתגמ"י פ"ז דטוען דאם שתק יכול לחזור ולטעון ועש"ך שם ותומים שם הביא מהריטב"א דהוה ספק ובחו"מ סימן קל"ח ס"ו בבאו שנים אדוקין בטלית

ושמטה האחד מיד חברו ושתק השני אעפ"י שחזר וצווח אין מוציאין אותו מידו כיון ששתק מתחלה הר"ז כמודה לו ובס"ז בהג"ה י"א כיון שזכה הראשון משום הודאתו של זה אין האחר יכול לתקוף ממנו בלא ראיה לכן כאן א"ל ירצה שני לגרשה מותרת לו דהא כיון דקידשה בפני בעל ראשון ושתק דהוי הודאה הוחזקה מקודשת לשני ולא מועיל חזרתו דראשון להוציאה משני דהא גמרינן דבר דבר מממון דבלא דבר ברור אין מוציאין אשה מבעלה אבל כששני מגרשה ואין אנו דנין להוציאה משני רק לענין איסור מחזיר גרושתו נהי דלדידן ספק אם חזרתו דבעל ראשון אמת מ"מ הוא בעצמו טוען ברי שלא גרשה ומבואר בכתובות דכ"ב ע"ב בתרי ותרי דנשאת לאחד מעדיה אין מוציאין ממנו אף דלדידן ספק א"א היא ולאחר היא באשם תלוי מ"מ אהני ברי לגביה דאין מוציאין מידו ולא מצינו דגזרו חכז"ל בכה"ג משום דנראה כמחזיר גרושתו והוא מלתא דל"ש שתקבל קידושין בפני בעלה וישתוק ואח"כ יחזרו גם שניהם והשני שמותרת לו יתרצה לגרשה וא"ל דהיא שאכח"ד דלא מצי לאפקועי עצמה מראשון וכמ"ש הר"ן בשילהי נדרים גבי האומרת טא"ל למשנה אחרונה ואף דבפ"ק דב"מ דף וא"ו משמע בשתק מתחלה וע"ס ודאי הודאה הוי שאני התם דתחלה היו שניהם אדוקים משא"כ כשהיה תחלה ודאי רק של השותק וכמ"ש מהרי"ט בח"א ס"ס ק"ו וגם בשניהם אדוקים כתב המ"מ בפ"ט מטוען הי"ב דל"ח הודאה רק מספק לענין שלא להוציא מיד התוקף וכמ"ש בתומים סימן קל"ח סק"ה בשמו ודלא כמו שהבין הב"ח שם בדברי הה"מ וכן כראה מוכרח בדברי הה"מ כהבנת התומים להמעיין שם וכן הבין הראב"ד בדברי הרמב"ם שם ולכן השיג עליו והה"מ יישב דעת הרמב"ם דגם בשתק מתחלה וע"ס לא חשוב הודאה רק שלא להוציא מיד תוקף הראשון ועמ"ש בערך ש"י סימן פ"א ס"ז ועיין רדב"ז ח"א סימן צ"ה בנידון דהתם אף דשייכא נמי הגזרה מכל מקום אין לנו לכלול בגזרה רק מה שאחז"ל בהדיא.

ולפימ"ש הפנ"י בפ"ב דכתובות דכ"ב ב' דחזקה או רובא היכא דמהני הוא רק נגד מי שאינו יודע והב"ד דנין עפ"י החזקה או רובא אבל נגד מי שטוען ברי אין ב"ד נזקקין לו לאפרושיה מאיסורא עיי"ש א"כ ה"כ נגד השני שקידשה ודאי מותרת מכח חזקה דאינה מעיזה פניה בפני בעלה וכן כשטוענת גרשתני אין הבעל יכול להכחישה להפוסקים דגם במערער הבעל האשה נאמנת ומותרת להנשא אבל כשרוצית אח"כ להשאר עם הראשון והשני שקדשה נתן לה גט דתו אין הדבר נוגע לו אין ב"ד נזקקין להפרישה מהראשון כיון דאומרים עתה ברי לנו שאין אנו עושין איסור דחזקה דאינה מעיזה ג"כ רק מכח רוב קאתי דודאי יש מיעוט דמעיזין ואפ"ת דשאר חזקה דאתיא מסברא עדיף מרובא

וכמ"ש תה"ד סימן ר"ז מ"מ כאן יש ריעותא דאם איתא דנפשה קלא אית ליה וכדאיתא בב"ב קל"ד והא קמן כ"פ ס"ל דל"מ החזקה ליטול הכתובה ומ"ד דנוטלת רק משום דכך כתב לה לכשתנשאי וכו'

ואפשר מה דס"ל לרי"ו דמערער הבעל אין נאמנת משום דס"ל דחזקה זאת רק מכח רוב קאתיא דרובן אין מעיזין וכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ה"נ בא"א כיון דילפינן דבר דבר מממון דצריך דוקא עדים ודבר ברור וכמ"ש בחו"ד בבית הספק ס"ק ל"ד כמו דל"מ ס"ס או מגו להוציא ממון ה"נ ל"מ בדבר שבערות דילפינן דבר דבר מממון.

ומ"ש הטו"ז ראיה מפורשת מפ"ב דכתובות דכ"ב ע"ב דאמר גירושין יכולת מכחישתו שאם יבא בעלה ויאמר לא גרשתיך תאמר גרשתני ופריך מי חציפא כ"ה ותארה"מ האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת דחזקה אינה מעיזה פניה בפני בעלה הרי בהדיא דבמקום שהיא נאמנת היינו אפי' אם הוא מכחישה עכ"ל איני רואה שום ראיה דודאי גם במכחישה שייך החזקה וכ"ש מאינו ומכחישה אלא דס"ל לרי"ו דמ"מ לא מועיל החזקה להתירה כשמערער והתם לא אמר דמותרת אלא דמרתתה שיבא ויכחישה ותצטרך לתעיז בפניו וזה אינה יכולה והוי כמו בתרי ותרי שמכחישין עצמן במיתת בעלה עיי"ש.

אלא דק"ל מר"פ האשה שלו' דאהא דתנן בקטטה בינה לבינו אין נאמנת דה"ד קטטה שאמרה גרשתני ופריך הא אמר רפ"א דנאמנת ומאי קושיא דהא רה"מ לא אמר רק באין הבעל מערער ונראה דרי"ו אזיל בשיטת אחיו של הרמ"ה הובא בריטב"א בכתובות כ"ג שלא האמינה רה"מ להנשא אלא להוציאה מרשות הבעל ושלא לדונה כמורדת וכההיא דשילהי נדרים דג' נשים יוצאות ונוטלת כתובה דצריכין גט עיי"ש והנה הא דבקטטה לא מהימנה לומר מת בעלה פרש"י שמא מחמת ששונאתו מתכונות לאסור עצמה על בעלה וא"כ פריך שפיר דבאמרה גרשתני ליהמנה מדרה"מ ונהי דכשבעל אינו מודה אסורה להנשא מ"מ כבר יצאה מרשות בעלה ואינה כמורדת למאי נ"מ תתכוין לאסור א"ע על בעלה אבל כשהבעל אינו מערער אזי מותרת להנשא דהא בריש גיטין דפריך אמאי שליח נאמן לומר בפ"נ הא איתחזיק איסורא דא"א אין דבר שבערוה פחות משנים ומשני רוב בקיאין הן הרי דכשיש רוב נאמן ע"א וה"נ כשבעל שותק דכהודאה דמיא הוי כע"א דכ"מ דע"א נאמן גם קרוב נאמן רק האשה גופה י"ל ענ"ב כמו דא"נ בשבויה לומר דטהורה היא כשרוצה לישאנה והיא עצמה ג"כ א"נ על עצמה דטהורה היא.

או אפילו נאמר דשתיקת הבעל ל"ח כהודאה וכמ"ש לעיל ממהרי"ט ס"ס ק"ו וכ"כ הרשב"א שבא"ז פ"ק דב"מ ד"ו דדוקא בשניהן תופסין ושמטה אחד מחברו ושתק שתיקה כהודאה אבל כשהיתה ת"י אחד לבד ותפס ממנו אחר וזה שתק לא הוי כהודאה

והובא בנה"מ סימן קל"ח וה"נ עד עתה היתה מוחזקת לראשון מ"מ י"ל דמדינא סגי בחזקה דאינה מעיזה רק כשמערער הבעל יש לעז וחשו לה רבנן טובא בפ"ק דגיטין שם ובכ"ד לכן דוקא כשאינו מערער כשרואה מקבלת קידושין מאחר או אומרת כו גרשתני דתו ליכא חשש שערער אח"כ וגם כשערער לא יהא לעז כיון דשתק תחלה,

בב"י בשם א"ח דרה"מ מיירי באיש ואשה דאתי מעלמא ואין עדות ברורה שהיא אשתו אלא בחזקה דאתיא חזקה בתרייתא ומבטל קמייתא דאתי דרבנן ומבטל דרבנן אבל אי ידעינן בעדות ברורה שהיא אשתו ליתא לדרה"מ ותקשה ב"י דהאי חזקה לא דרבנן אלא דאורייתא דשורפין וסוקלין על החזקות ובהפלאה פ"ב דכתובות דף כ"ג ע"א הקשה דתתם מבואר באמרת גרושה אני וניסת ואח"כ באו עדים שהיתה א"א כ"ת לרב הממונא דנאמנת לומר גרשתני עיי"ש ונראה דס"ל דחזקה דאינה מעיזה מחמת רוב היא דרובא דעלמא אין מעיזין וכתבו תוס' סוף פ"ק דב"מ כ"פ ע"ב בד"ה איסורא דלענין אשת איש החמירו דלא ליזל בתר רובא כמו במים שאל"ס דלא תנשא לכתחלה אעפ"י שרובן מתים עיי"ש לכן ס"ל דה"נ לא אתני חזקה דאינה מעיזה שתנשא לכתחלה משא"כ בכתובות דכבר ניסת ומה"ט גם קושית הב"ש בסק"ד לק"מ וס"ל דגם חזקה שתוחזקה בא"א רק כרוב הוא דע"צ מיעוט יזדמן שיוחזקו באיש ואשתו אף שאינה אשתו וכן מבואר בירושלמי פע"י ה"י דמדמי הנהו חזקות דסוקלין ושורפין לתא דתינוק שנמצא בצד העיסה דחכמים מטמאין משום דרוב תינוקת מטפחין בעיסה והא דקרי לה דרבנן היינו דרבנן אזלי בתר תנהו חזקות וכדאיתא האי לישנא בבכורות דף י"ט ע"ב ודף כ"ף אזלי רבנן בתר רובא ובפ"ק דחולין דף י"א מנא הא מלתא דאמרי רבנן דאזלינן בתר חזקה ומנא הא מלתא דאמרי רבנן דאזלינן בתר רובא אף דאורייי' הוא ומ"מ עדים עדיפי דמפורש בתורה ורוב וחזקה נגד עדים לאו כלום והא דסוקלין על החזקות היינו מטעם שכתב הפנ"י בכתובות דף כ"ב ע"ב ובמה"ב שם סימן ע"ג משום דהתרו בו וקיבל התראה עיי"ש.

והר"ן בפרק התקבל הקשה על האומרים דרה"מ לא אמר אלא בדיעבד מהא דאיתא שם דף ס"ד בעל אומר לגירושין יהיב הגט לשליש ושליש אומר דלדידת יהיב והאשה אומרת דנתן לה שליש ואבד דאין דבר שבערוה פחות משנים ובעל לא ידע אם השליש נתן לה הגט ופריך ליהמנה לדידה מדרה"מ אחר שאמר דלא סמכינן לקולא על חזקה דשע"ש משמע דרה"מ אפילו להתירה להנשא לכתחלה ועוד בפרק האשה שלו' דף קט"ז אהא דקטטה בינה לבינו א"נ לומר מת בעלה דאמר ה"ד קטטה דא"ל גרשתני פריך ליהמנה מדרה"ו כלומר מנ"מ במאי דאינה נאמנת לומר מת בעלי הא מהימנה במה

דאמרה גרשתני עד שלא הלכו למדתיי אלמא מדרה"מ שרינן לה להנשא לכתחלה עיי"ש ובמ"ש נתיישב הכל דהא דס"ל דרה"מ רק בדיעבד היינו משום דהוחזקה דאינה מעיזה מכח רובא אתי ובאיסור א"א לא סמכינן לכתחלה ארוב כמ"ש לעיל אבל כיון דשליש ג"כ מעיד לה הרי רוב וע"א מהני נמי בדבשב"ע כדאיתא בריש גיטין דשליח נאמן לומר בפ"נ אף דהוי דבר שבערוה משום דרוב בקיאין הן וכיון דמדינא מועיל החזקה דאינה מעיזה רק דלכתחלה לא סמכינן עלה באיסור א"א א"כ עכ"פ אין לבעל שום שעבוד עליה ורש"י פירש ביבמות שם הא דבקטטה אינה נאמנת לומר מת בעלי דחיישינן שמא מחמת שנאה מתכונת לאסור עצמה עליו וא"כ כשכבר אמרה גרשתני דאין לו שום שיעבוד עליה דמוחזקת בעצמה ואהני לה רובא תו למאי נ"מ תתכוין לאסור עצמה עליו ופריך שפיר דליהמנה כשאמרה אח"כ מת בעלי כמו בשלום בינו לבינה **וראיתי** בבית יעקב על כתובות בדף כ"ג שכתב דדבר שבערוה ולא איתחזיק איסורא נאמן ע"א עם רובא או חזקה או מגו אבל באיתחזיק איסורא לא מהימן רק כשהוא בעל מעשה שנותן גט ומתירה אזי שייך חזקה דאא"ח ולא לו ולדבריו אין ראיה מפ"ק דגיטין דאמר שם דרוב בקיאין ולהכי נאמן השליח דנכתב לשמה דהתם השליח בעל מעשה שנותן הגט ומתירה ובאמת בפנ"י בריש גיטין מבואר דחזקה דאא"ח שייך בכל עד ובגיטין דף ס"ז בתוס' ד"ה דבורא אמרי כתבו דמה שאומר דמיאנה או חלצה חשוב מעשה גמור כיון שנגמר הדבר ע"י דבורו שע"י כך ניסת לשוק וכמו דנאמן ליתן גט ה"נ שליש שאומר שהוא מסר לה הגט הרי נגמר הדבר על ידו דניסת ע"י דבורו ואם ניחוש דשכרתו וכמ"ש בשו"ת תשב"ץ ח"ר ענין ע"ז ה"נ ניחוש בקידושין דף ס"ג בהא דנאמן ליתן גט משום חזקה דאא"ח ולא לו דשמא שכרתו לומר כי היא זה שקידשה כדי שיתן לה גט לכן נראה דלא מועיל חזקה דאא"ח ולא לו בדבר שבערוה דאין דבר שבערוה פחות משנים להוציא מחזקת א"א ובקידושין שם אינו מעיד רק שהוא קידשה וראוי הוא ליתן גט והוי גילוי מלתא בעלמא כמו ביבמות דף ל"ט ע"ב וברי"ף שם בהא דאישתמודענוהו דהדין פלוני אחוה דמיתנא מאבוה דנאמן ע"א וקרוב דגילוי מלתא בעלמא הוא דלאו אמלתא דאיסורא מסהדי ולאו אממונא מסהדי רק מגלו דהדין גברא הלו ראוי לחלוץ עיי"ש ודעת הפוסקים דאפילו בשעת מעשה נאמן והובאו בפ"ת בא"ע קס"ט סקי"א והא דשליח אומר בפ"נ עכצ"ל דס"ל להש"ס דזה ל"ח גילוי מלתא בעלמא מדפריך דאין דבר שבערוה פחות משנים שו"ר בפנ"י קידושין דף ס"ג דכתב דלכאורה היה נראה דלא שייך חזקה דאא"ח ולא לי בעד דעלמא שאינו בעל דבר רק בבעל דבר דעביד מעשה כגון

התם דנותן גט להתירה לעלמא אלא דהר"ן שם כתב דלא שנא וגם בעד דעלמא יש חזקה דאא"ח ולא לו.

בב"ש סק"ב כתב לחד טעם שכתב הרמב"ם אם אומר גרשתיך שמא גט פסול היה לפ"ז אפילו אם התחילה ואמרה גרשתני והוא אומר גרשתיך עדיין יש לחוש שמא גט פסול היה ובאה"ט כתב דנעלם ממנו דברי רמב"ם פט"ז מה"א הלכה כ"ז ואיני רואה משם סתירה דהתם קאמר לענין כתובה והודאות בע"ד כמ"ע ואיהו לא טעין שגרשה בגט פסול אנן לא טענין ליה כמו בחו"מ סימן פ"א בטענת משטה ושם בסימן סמך ס"ו מאחר שהודה שנתן אמרינן ודאי נתן באופן המועיל משא"כ להתירה לעלמא דעפ"י שנים עדים יקום דבר שבערוה אלא מחמת חזקה דאינה מעיזה אנן סהדי אבל כשבעל מודה דליכא חזקה דמעיזה חיישינן דבגט פסול גרשה ואפ"ת רוב בקיאין ואין עושין גט פסול מ"מ בהצטרף למיעוט נשים דמשקרות אפילו לא יהא רק מיעוטא דמיעוטא דמעיזות ומיעוטא דמיעוטא בספרי דדיינו חזי לאצטרופי כיון דלא אלים החזקה בכאן דשמא משום דמסייע לה בעל מעיזה ואי דהתחלה האשה ואמרה גרשתני ומניין ידעה שיודה לדברה מ"מ י"ל הוכיח סופו ע"ת ומעיקרא אינו רוצה בה והכירה בו מעיקרא משא"כ באומר ל"ג אדרבה הוכיח סע"ת דאינו רוצה לגרשה ואם באמת לא גרשה לא היתה יכולה להעיז בו ואפילו אם כבר גרשה בגט פסול מ"מ אחר שחזר בו א"י להעיז בו וטו"ז לקמן ר"ס קנ"ב כתב בשלמא כשאומר לא גרשתיך אין חשש שמא בגט פסול גרשה דא"כ היה הבעל אומר כן ולא היה מכחיש לגמרי וגם מה שכתבתי יש לו פנים דהא בפרק האומר בקידושין דף ס"ג ע"ב איתא קדשתי את בתי ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן לכנוס דמרתת שיכחישו האב ואם אמרת נתקדשתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה א"נ דלא מרתת מפני שהיא מחפה עליו ותא התחיל הוא ומניין ידע שתחפה עליו ע"כ דחיישינן שהכיר בה כבר וקנוניא ביניהן דעיניה נתנה בו משא"כ אביה אא"ח ולא לו ומקלקל לבתו כמ"ש הריטב"א משא"כ כאן שמא ענ"ב והבעל מחמת שנאה שביניהן יכוין לקלקלה ולכן כתב הרמב"ם שמא יתכוין לקלקלה וליכא חזקה דאא"ח ולא לו והקלקול על שני אופנים שמא בגט בטל גרשה ושמא תעיז פניה דנהי דכל חד חשש רחוק בהצטרפם יש לחוש ובשי"ק פ' האשה שלו' הקשה מה פריך התם דליהמנה מדרה"מ לימא כשהודה לה שגרשה וחשוב מ"מ קטטה דהרי בקשה להשמטת מתחתיו ולק"מ כיון דהודה תו אין לו שום שעבוד עליה ואין לחוש דמתכונת ליתסר עליו וכמ"ש לעיל.

חזקה אין אשת מעיזה פניה בפני בעלה אשה שנתקדשה קידושין גמורין ואח"כ אמרה בפניו שקודם לכן נתקדשה לאחר נאמנת במגו דאי בעיא אמרה גרשתני כן נראה מתוך דברי רשד"ם סימן כ"ז וכן אחד מגדולי הדור דרשד"ם כתב כדעת רשד"ם והביא ראיה מתשובת רשב"א שבב"י ס"ס מ"ב על אחד שהוציא שטר חתום בעדים שקידש פלונית והאשה אומרת שהשטר מזויף דנאמנת במגו דאי בעי אמרה גרשתני א"ד עזר"נ ואישתמיטתייהו מ"ש ריב"ש סימן קצ"ג דל"מ מגו לסתור דבריו הראשונים כדאיתא פי"נ אמר עבדי וחזר ואמר בני אעפ"י דיש לו מגו דהיה נותן לו נכסיו והובא בכנה"ג בכ"מ ונתיבות סימן ע"ב סח"י ס"ק ל"ד ובסימן ע"ט סק"ד ואף דכנה"ג כתב באות קל"ג דמרדכי ונ"י לא ס"ל הא דריב"ש הא בתומים בכ"מ תירץ דלא פליגי כלל עיי"ש כ"ש כאן דעשתה מעשה רב בפרהסיא לקבל קידושין משני ועדיף מאמרה רק דיבור שהוא פנויה ובא"א שקבלה קידושין מאחר הוי כאמרה גרשתני מדקבלה קידושין מאחר וה"נ כשקיבלה קידושין משני הוי כאמרה בפירש שהיא פנויה.

וגם מ"ש בדברי ריבות סימן רכ"ו דהוי מגו דהעזת אמת ומה שכתב עז"נ דהלכה רווחת דמגו דהעזה אמרינן כדאיתא בפ' חז"ה הנהו עזי דאכלי חושלא ותפסן מארי חושלא וטעין טובא דנאמן במגו דלקוחין הן בידי עיי"ש עוד ראיות כהנה אינו דומה כלל דהתם בטענת לקוחין היה מהימן מצד שמוחזק ונמצאו ברשותו ולא מטעם דאינו יכול להעיז משא"כ גרשתני דנאמנותה רק משום דאינה יכולה להעיז בפני בעלה א"כ איך נאמינה בטענה אחרת במגו דגרשתני הא אינה יכולה לומר גרשתני משום דאינה יכולה להעיז בפני בעלה ועיין ב"ש סימן פ"ה ססק"ל והראיה מתשובת הרשב"א הנ"ל אינה ראיה דהתם גם כשטוענת מזויף ג"כ מעיזה וכמ"ש בד"ר וגם לפי מ"ש דל"מ מגו כשסותר דבריו הראשונים שא"ה דאינה סותרת דבריה.

ויש לעיין באמרה לבעלה גרשתני בפני פו"פ ובאו העדים והכחישוה ועדים אחרים אומרים שבאמת נתגרשה בפני פו"פ שאמרה ולפימ"ש תוס' במרובה דף ע"ב ב' בד"ה אין לך בו אלא חידושו דתרי עדים המכחישים תרי עדים ראשונים לא מהימנו במגו דפסלו קמאי בגזלונותא דמגו לא עדיף מעדים ואלו היו ארבעה מכחישין לשנים תרי כמאה ה"נ אין מגו מסייע לבתראי להכחיש קמאי עיי"ש א"כ ה"נ החזקה דאינה מעיזה לא עדיף מעדים אך בשו"ת ברכת יוסף חיו"ד ס"ב הביא מהמרדכי סוף קידושין וראב"ח ח"ב ס"א דבתרי ותרי מהני מגו של בע"ד ושאני הך דהתוס' דהמגו הוא מאותן העדים משא"כ סברא מבחוץ מהני עיי"ש ולפ"ז ה"נ מהני חזקה דאינה מעיזה ואף דעדים מסייעים לה מ"מ הרי אמרה בפני בעלה גרשתני קודם שבאו העדים וכמו שהעלו האחרונים

באה"ט וב"מ דאם תחלה אמרה בפני בעלה גרשתני והודה לה בעלה שייך החזקה ה"נ י"ל בעדים.

הג"ה ליטול כתובתה בשו"ת הרא"ש כמ"ב ס"ה אשה טענה שבעלה שאינו איש ועדיין הוא בתולה נאמנת כיון שמכיר בשקרה אינה מעיזה כמו בגרשתני וכופין אותו לגרש וליתן עיקר כתובתה ולא תוס' שלא הוסיף לה אדעתא למשקל ולמיפק ושם סימן י"ב בטוענת שאין לו גבורת אנשים נאמנת כאומרת גרשתני וכופין אותו להוציא ואין כופין ליתן לה כתובה כיון שעומד וצווח שלא גרשה וכתבו רלב"ח ונתיבות דהתשובות סותרין ובעז"נ ס"ק י"ג דבסימן ה' מירי שיש אומדנת שאומרת אמת.

ולי נראה בלא"ה כיון דטוענת שעדיין הוא בתולה דלפיכך אין לה ת"כ דלא היה לו חיבת ביאה ואדעתא למישקל ולמיפק לא הוסיף א"כ רגל"ד דקושטא אמרה וכמ"ש ב"ש לעיל סימן וא"ו סי"ג ס"ק כ"ו דאשת ישראל שאמרה שזינתה ל"מ אמתלא כיון שהפסידה כתובתה ובגיטין דף נ"ד ע"ב בסופר שאמר על ס"ת שלא כתב האזכרות לשמן א"נ אבל אם אמר שלא עיבד העורות לשמן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן לפסול הס"ת וכן היא ביו"ד סימן קכ"ז ס"ב ובתשובת חו"י סימן ק"ט אפילו יש לו רק חלק שמיני שבשמינית נאמן והובא בפ"ת שם סק"י א"כ ה"נ כיון שמפסדת ת"כ אף דכאן באה להוציא מידו מ"מ חזקה דאינה מעיזה עומד נגד חזקת ממון שלו ותו אמרינן מתוך שמפסידה ת"כ ודאי קושטא ונאמנת גם להוציא משא"כ בסי"ב דאינה טוענת שעדיין בתולה היא רק אין לו ב"א וכגון שנשאה בעילה או נתקלקל אח"כ דלפי טענתה אינה מפסדת גם הת"כ וכן בגרשתני לכן א"נ להוציא כתובתה דחזקה דאינה מעיזה רק יוכח רוב דאינן מעיזות.

ובפשיטות יותר י"ל לפימ"ש הרז"ה ומלחמות וראשונים רפ"ב דכתובות דרוב וחזקת הגוף מהני להוציא ממון לכ"ע לכן בסימן ה' דטוענת שעדיין בתולה היא דמסייע לה חזקת הגוף ורובן אינן מעיזות נאמנת גם להוציא ממנו הכתובה והא שכתב הרא"ש שם דנוטלת עיקר כתובה משום דכתב לה כשתנשאי לאחר תטלי מ"ש לכן היינו דלא נימא כיון דהכתובה ג"כ נתחייב לה מה שלא נטל ממנה ותק"ח הוא שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והדר בלא כתובה בב"ז וזה לא שייך כשאינו איש לבוא עליה ועומדת להתגרש לכן כתב שכך כתב לה לכשתנשאי לאחר ולכן כתב דגם נדוניא נוטלת אף דנדוניא אינו בכלל מדרש כתובה כמ"ש נמ"י בהאשה שלו' בשם ריטב"א וכ"כ הרמב"ם רפי"ו דה"א וכתב ה"ה שכן נראה בהרבה מקומות בגמרא וכ"ד הרבה אחרונים הובאו בעז"נ שם

ולפימ"ש בנדוניא בלאו מדרש כתובה נוטלת דיש לה תרתי חזקה דאינה מעיזה וחזקת הגוף דבתולה.

ויש לעיין איך למד הרא"ש הך דינא מגרשתני הא כתב בשילהי נדרים דנ"ל טעם טוב דהלכתא כרה"מ דאפילו למשנה אחרונה היא תובעת שיגרשנה בעלה וחיישינן שמא נתנה עיניה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה בעלה אבל ודאי חזקה שלא תאמר לבעלה גירשתני להפקיע עצמה בטענת שקר מתחת בעלה להיותה באיסור א"א כל ימיה עכ"ל וא"כ בנידון דתשובת הרא"ש רק תובעת שיגרשנה ונראה דיש להבין דגם באומרת טא"ל אם משקרת ובטעות יגרשנה בעלה או נכוף אותו לגרש הא אם אינה טמאה הוי גט מעושה שלא כדין ועדיין היא א"א כמקדם ודוחק לומר דהיא טועה וכסבורה דגט זה מועיל ועוד יודיעו לה הב"ד ואם שקר אמרה תחזור בה וכדאמרינן בקידושין דף ס"ג ע"ב דנאמן ליתן גט דאא"ח ולא לו ואינו נאמן לכנוס דאף דסבר דיהא נאמן לכנוס מ"מ כשאומרים לו דלא יכנוס אמרינן חזקה אא"ח ולא לו והיה חוזר בו כמ"ש הר"ן שם.

לכן נראה דכונת הרא"ש דחזקה דאינה מעיזה בפני בעלה להפקיע עצמה מתחתיו להיות באיסור א"א כל ימיה דמחמת זה הוי העזה גדולה ולכן הרא"ש במ"ש חזקה שלא תאמר לבעלה גירשתני להפקיע וכו' דהיה סגי לומר חזקה שלא תפקיע עצמה בטענת שקר להיותה באיסור א"א כל ימיה ולכן לא מכר בגמרא סברא זאת דזה נכלל במה דאמר בגמרא כיין דידע בה בעלה דמשקרה חזקה דאינה מעיזה וא"כ הה"ד בטוענת שא"י לבוא עליה דידע בעלה אם משקרה יודע נמי שגם כשיתן גט בעל כרחו ותנשא לאחר תהא יושבת באיסור א"א כל ימיה.

ומה שהכריחו לרא"ש ליתן טעם מאחר שכבר הביא ראיות דהלכה הרה"מ וגם רבא אפשר דלא פליג אלא דחויא בעלמא היא משום די"ל נהי דחזקה דאין מעיזה כיון דרבא אמר זימנין דתקיף לה בעלה מעיזה יש מיעוט דמעיזה א"כ באיסור א"א לית לן למיזל לקולא להנשא לכתחלה כונו במשאל"ס דרובן למיתה וכמ"ש תוס' בספ"ק דב"מ דבאיסור א"א לא סמכינן ארובא לכתחלה ולפ"ז אזיל כל הראיות שהביא וכמ"ש לעיל דעל לכתחלה אין ראיות הללו מכריחין לזה אמר דהכא ודאי חזקה וכו' ואינו ספק כמו משאל"ס ויש לנו לומר דרבא נמי ל"פ לדינא

ועוד כיון דשפיר קאמר רה"מ חזקה דאינה מעיזה י"ל רבא לא פליג אלא דחויא בעלמא הוא דאין ראיה מהמשנה אך כמו דאין רוב מועיל לכתחלה באיסור א"א כמו משאל"ס או משום חשש לעז כמ"ש תוס' בב"מ שם י"ל מש"ה פליג רבא ואמר זימנין דתקיף לה בעלה דעכ"פ יזדמן ע"צ המועט לזה אמר הרא"ש דלענין חומר א"א או לעז דאינו רק אם

דעתה להנשא לאחר בזה ודאי לא פליג רבא דודאי חזקה וכו' להיותה באיסור א"א אלא מה דדחה רבא הוא דשמא אין אומרת גרשתני רק להפקיע את עצמה משעבוד בעלה או ליטול כתובה אף דאינה תובעת הכתיבה שמא מערמת דיודעת דכשנתירה להנשא ממילא יחויב לה כתובה וכיון דחזקה דאינה מעיזה ב"צ הרוב סני לענין ממון או עכ"פ להפקיע א"ע משעבוד בעלה י"ל דלענין דינא גם רבא לא פליג והלכה כרה"מ וצ"ע הא מוכרח דרבא ל"פ על רה"מ מפ"ב דכתובות ע"ב אהא דאר"י ב' אומרים מת וכו' ויש אוקימתא דאביי ושאר אמוראי ורבא מוקי לה משום דגירושין יכולה מכחישתו ופריך ומי חציפא כולא האי והארה"מ וכו' ומה קושיא הא רבא פליג בשילהי נדרים אדרה"מ ואי דהיה לו להוכיח מדר"י דלא כרה"מ הא אינך אמוראי מפרשי לדר"ג באופן אחר אע"כ פשיטא ליה להש"ס דלדינא מודה רבא לדרה"מ.

בעז"נ סקי"ד כתב הא דאמרינן דגרשתני נאמנת דוקא דאמרה כן לבעלה בפני ב"ד דאפשר שלא בפני ב"ד מעיזה וכן נראה מדברי הריב"ש סי' קכ"ז ומרשב"ץ שבב"י סימן קנ"ד ונתיבות משפט דף רנ"ז ע"ד כ"כ בשם גדול אחד והקשה בהג"ה דעז"נ מפרק האשה שלו' דף קט"ז דאהא דתנן קטטה בינו לבינה ואמרה מת בעלי א"נ קאמר בגמרא ה"ד קטטה בינה לבינה דאמרה לבעלה גרשתני וליהמנה ודרה"מ ולימא דאמרה חוץ לב"ד ובנוב"ת חא"ע סימן צ"א הקשה לימא שאמרה כן שלא בפני בעלה ותירץ דזה לא מיקרי קטטה בינו לבינה אלא קשה לימא שאמרה גרשתני כשהיו חוץ לב"ד א"ו דאפילו שלא בפני ב"ד נאמנת וגם מוכח דלא כריב"ש דכתב שם אם תחלה אמרה שלא בפני בעלה א"נ אף כשאמרה אח"כ בפניו דעבידא לאחזוקי דיבורה דא"כ משכחת קטטה דמעיקרא אמרה שלא בפני בעלה ואח"כ אמרה בפני בעלה עיי"ש.

ונ"ל כיון דהקפידה המשנה שיהא הקטטה בינו לבינה עכ"ל כל שלא אמרה בפניו גרשתני דלא העיזה בפניו אין ראיה דכ"כ שנאתו עד שנחשוד אותו באומרת מת בעלה דעל"ג וחומר שהחמרת עליה בסופה א"כ ה"נ כשאמרה בפניו וללא בפני ב"ד כיון דל"ח העזה ג"כ אינה חשודה דעדיין אין ראיה על גודל השנאה וכן בדאמרה מעיקרא שלא בפניו מה שאמרה אח"כ בפניו אינו מחמת גודל השנאה רק הוכרחה לאחזוקי דבריה וגם ל"ח העזה כ"כ דבעלה ג"כ יתלה שאומרת כן בפניו רק לאחזוקי דבריה וכן כשאומרת שלא בפני ב"ד יתלה בעלה שאינה אומרת כן בגמר דעתה דהא מה"ט כשטוען חוץ לב"ד חוזר מטענתו לומר בהיפך בפני ב"ד כדאיתא בחו"מ סימן פ' ובחו"מ סימן פ"א דאם הודה שלא בפני ב"ד י"ל משטה הייתי בך ואם הודה בפני ב"ד אי"ל משטה ובתשובת הר"ן סימן מ"ז דאם הגיד חוץ לב"ד חוזר ומגיד בב"ד אעפ"י שמכחיש דבריו הראשונים

לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד ועיין תוס' ביבמות שם בסד"ה איכא.

איברא דמהרי"ק שע"ב כתב דלשון קטטה בינו ובינה לא משמע דוקא בפניו אך לפי דבריו שם בלא"ה לק"מ קושית הנו"ב עיי"ש ויש להקשות מקידושין דף ס"ג ע"ב דנאמן ליתן גט וא"נ לכנוס דחזקה אא"ח ולא לו וכתב הר"ן ואעפ"י שהוא לישא אותו היה מתכוין בתחלה אפ"ה כיון שהוא רואה שאנו אוסרין אותה עליו גם איתא שלא קידשה היה מודה בדבר עכ"ל הרי דלא אמרינן עביד לאחזוקי דיבוריה ומצאתי בשעה"מ הקשה כן בפ"ט מה"א הי"ב מהריטב"א שכתב אלמלא דקושטא קאמר לא הוה מחזיק שקריה ליתן גט דשרי לה לעלמא שלא כדין עיי"ש ואין מהריטב"א ראיה דלא קאמר שהיה מודה שלא קידשה דיכול היה לאחזוקי דיבוריה שקידשה אלא שאינו רוצה ליתן גט אך מהר"ן קשה ובאמת דברי הר"ן צ"ע מי הכריחו לומר שהיה מודה ומ"מ גם מהר"ן אין קושיא על הריב"ש די"ל שאני חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה דכיון די"ל דלאחזוקי דיבורה מעיזה בפני בעלה דכיון די"ל דלאחזוקי דיבורה מעיזה בפניו גם הבעל יתלה בזה ולא חשוב העזה כ"כ וידונה לזכות.

ובענין חשש הריב"ש דעבידא לאחזוקי דיבורה יל"ע דמהרי"ט בחחו"מ הוכיח לענין עדות דנוגע פסול דוקא מחמת הנאת ממון אבל נוגע מחמת גנאי ל"ח נוגע ומה שפרש"י אהא דע"ב דכתובות שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על אחד מהם עד שלא חתמו מעידין עליו וחותם משחתמו אין מעידין עליו וחותם דנוגעים בעדות דגנאי להם שישבו עם פסול בדין היינו משום דמחזי כנוגעים בעדותן ואתי לאפוקי לעז עליו עיי"ש הרי יש בזה חשש לעז מדרבנן ויש סעד לזה מירושלמי פ"ב דגיטין הי"א אמר בפנ"כ ובפנ"ח בע"א ואני עד שני נעשה כנוגע בעדותו ופירשו דנראה כאלו בא להעיד על חתימת השני כדי שתתקיים עדותו בהחתימת והובא בתוס' שם דט"ו ע"ב הרי דרבנן חשו לנגיעה משום כבודו ולפ"ז אין סתירת לזה ממה שהכשירו הפוסקים עדים שנטלו שכר להעיד דמחזירין השכר וחוזרין ומעידין וכן בהעידו שלא בפני בע"ד דלענין עדות ממון דלא שייך לעז לא פסלו וגם כל זה לכתחלה דלא תנשא משום חשש לעז ומפרט כאן דבעל מכחישה י"ל חשש לעז דיאמרו דלהחזיק דבריה חזרה ואמרה בפניו גרשתני וא"כ כבר אינה משועבדת לבעלה בשום דבר דלענין זה הוי רק כממון דמדינא לא חיישינן ומיושב קושיות הנו"ב מיבמות שם דלוקמא דאמרה תחלה גרשתני שלא בפניו והדר אמרה בפניו דלא מהימנא דזה אינו דהא החשש בקטטה דא"נ לומר מת בעלי שמא

מתכונת מחמת שנחה שתתסר עליו ובזה דכבר אינה משועבדת לו ואין דינה כמורדת למאי נ"מ תעשה הרעה הגדולה הזאת איסור א"א.

ולפ"ז מ"ש הרשב"א סימן אלף רנ"ג בראובן שקידש אשה ובא אחר וקדשה שלא בפניו דאם עכשיו אומרת בפני ראובן שגרשה אסורה עליו דלא תלינן באחזוקי דבורה כדאמרינן בפ"ב דכתובות דף כ"ב דבאמרה שלא בפניו דגרשה דלא מרתתא שמא יבא בעלה ויכחישה ופריך הארה"מ דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה הרי דלא עשויה להחזיק דבריה להחציף פניה בפניו עיי"ש לק"מ מכל זה דרשב"א נמי לא אמר רק דאסורה על הראשון דזה ודאי מדינא תדע דהל"ל יותר דמותרת לשני א"ו דזה לא התיר הרשב"א וראייתו מפ"ב דכתובות ג"כ אינו רק לענין דמדינא גם כה"ג אינה מעיזה פניה בפני בעלה דחשש גנאי אינו ריעותא לדינא מדפריך התם ומי מחצפא והתם קאי על אם נשאת תצא.

ולפ"ז גם מ"ש הרא"ש בתשובה כמ"ד ס"ב על אשה שהיתה בחזקת נשואה ונשאת לאחר שלא בפני ראשון אף כשתאמר עכשיו בפני בעלה הראשון גרשתני לא מהימנא כיון שכבר נשאת מעיזה שלא תעשה עצמה זונה דהוכיחו הפוסקים דאם אמרה טרם שנשאת לשני גרשתני אף דמעיקרא אמרה שלא בפניו לא חיישינן דמעיזה לאחזוקי דבריה דהא רק משום שלא תעשה זונה קאמר דמעתה לפימ"ש לא פליג אריב"ש דמשום דכבר נשאת לשני דמשום לעז בעלמא לא תצא הוכרח לומר משום שלא תעשה עצמה זונה ותצא מזה ומזה והריב"ש נמי לא אמר רק בנידון דידיה דאין כופין אותו לגרש על סמך חזקה דאינה מעיזה בפניו לומר דאינו יכול כיון שכבר אמרה שלא בפניו אפ"ת אח"כ בב"ד בפני בעלה גריעא טענתה קצת שאולי עתה מעיזה להחזיק דבריה עיי"ש הרי לא עשה מזה ריעותא רק קצת וכולא האי ואולי משום דאינו רק חששא בעלמא וכיון שכן לק"מ מהא דנאמן ליתן גט וא"נ לכנוס כיון דקושטא הוא דזה בעלה הוא ולא אחר ואינו נאמן לכנוס ועדי קידושין ליכא דאל"כ היה מביאן ואם לא יאומן ליתן גט תתעגן כל ימיה וחזינן בשליח שהביא גט בפ"ק דגיטין דרבנן דאצריך להעיד שנכתב ונחתם לשמה או לקיים משום חשש שיבא בעל ויערער ויוציא לעז ומשום עיגונא הקילו להאמין לשליח לבד אף דיש תקנה בגט אחר ובשני שלוחים כ"ש כאן דלקושטא ליכא בעל אחר ועיקר חשש לעז וערעור רק מהבעל והוא לא יערער אח"כ למשוי נפשיה רשיעא שיאמר לא הוא שקידשה בדבר שלא יבא לו מזה שום תועלת ובנידון דהריב"ש היה תקוה שיתרפא הבעל או כשתגדל האשה ויהא לה פ"פ ואפשר יתרצה אח"כ ליתן לה גט ואיך נכוף אותו

עתה לגרש ועומד וצווח ומערער שאינו מחויב לגרשה והלעז לפנינו דהוי גט מעושה שלא כדין.

דאיכא דמסייע לה בגיטין דס"ד בעל אומר לגירושין ושליש אומר לגירושין והיא אומרת נתן לי ואבד אר"י הוה דשב"ע ואין דבשב"ע פחות משנים וליהמניה לשליש מי קנפיק גיטא מתותי ידיה וליהמניה לבעל מי קאמר גרשתי ולימא חזקה שע"ש ה"מ לחומרא ולהימנה לדידה מדרה"מ דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ה"מ היכא דליכא דמסייע לה עיי"ש ויש לתמוה מה שייך כאן דאינה מעיזה פניה בפני בעלה הא בעלה לא ידע אם מסר לה השליש כמו דאמר בעל מי אמר גרשת ומצאתי בדרישת ארי כאן עמד בזה ונ"ל כיון דחזקה שע"ש לחומרא עכ"פ ובדרבנן סמכינן גם לקולא אם כן אם יודעת שהשליש לא נתן לה הגט הרי הוכחה דבעל לא יהיב לו הגט ויודע בעלה בשקרה ומרתתה להעיז דאפילו על הספק מרתתה כדאיתא בפ' ב' דכתובות כ"ב ב' בהא דפריך ומי חצופה כולה האי דשמא יבא הבעל ויכחישה עיי"ש ובהכי א"ש מ"ש בח"ר שם אבל איכא דמסייע לה כגון בעלה כדהכא אי נמי ע"א אינה נאמנת וגם רא"ש כתב דבעלה ושליש מסייעין לה ויל"ד הא בעלה לא ידע אי יהיב לה שליש ואינו מסייע לה והל"ל דחזקה שליח עושה שליחותו מסייע לה ולפימ"ש א"ש דממ"נ אם יהיב הבעל הגט לשליש הרי אינו יודע א"ל יהיב לה השליש וליכא העזה ואם לא יהיב בעל הגט לשליש הרי יודע בשקרה ומעתה משום דבעל גם כן משקר ומסייע לה.

ומ"ש בח"ר כגון בעלה כדהכא יל"ד הא הכא גם שליש מסייע לה ומנ"ל במסייע לה בעל לבד ונראה משום דלשליש מגיע שכר שלישות כמ"ש בהגמ"ר ס"פ ז"ב א"כ שליש נוגע ול"ח סיוע ובענין מה דפליגי הפוסקים אם רק חד מסיע לה אי מעיזה והרא"ש שם כתב דאפשר כשהשליש לבד מסייעה אינה מעיזה נראה דגם הש"ס מספ"ל מדאמר ה"מ היכא דליכא דקא מסייע לה אבל היכא דמסייעי לה מעיזה הנה מתחלה אמר דליכא דמסייע לה לשון יחיד ומסיים דמסייעי לה לשון רבים אלא ה"ק ה"מ היכא דליכא דמסייע לה אז ודאי אינה מעיזה אבל היכא דמסייעי לה תרי ודאי מעיזה אבל בחד הוי ספק מה אמר בה רה"מ.

ויל"ע מה פריך הש"ס חזקה דשע"ש הא כל החזקה מחמת נאמנות הבעל שאמר שנתן הגט לשליש לגירושין ונאמנות הבעל במגו דמגרש לה והא בפחז"ה דף מ"א אהא דדר בקשתא בעילותא כתב הנמ"י בשם רמב"ן והמפרשים דלא אמרינן מגו אלא במלתא דלבתר דמהימנינן ליה משום מגו תו ליכא ספיקא אבל במלתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי אם לקחה המוכר מזה המערער אם לא לא אמרינן מגו דלא מפיו אנו

חיין שנאמין כל כך לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ולמטען שהמוכר לקחה מן המערער עכ"ל והרי התם יש חזקת ג"ש ומ"מ לא סמכינן כיון דהחזקה בא מחמת המגו שלו להאמינו דדר בו המוכר חד יומא וה"נ חזקת שע"ש רק מחמת מגו של הבעל ואולי המגו כאן דבידו לגרש אלים כסהדי ועדיף מהמגו דפחזק"ה דהיה י"ל לקוחה הוא בידי דאין המגו מה דבידו לעשות בהיתר ועיין קידושין פרק האומר דף ס"ד ע"ב דרבי סבר מה לי לשקר כעדים דמי ובא"ע סימן קנ"ו ס"ז ובב"ש סימן קנ"ז סק"ט ובזה א"ש פרש"י בגיטין שם בד"ה גירשתי את אשתי נאמן דמה לו לשקר הרי בידו לגרשה עכ"ל דמי הכריחו ליתן טעם יהא מאיזה טעם שיהא הא ארבי יוחנן פריך מדר"י עצמו אלא דמה ס"ד דמקשן להקשות דאטו אומר גירשתי כדמתרץ אע"כ דסמך אמה דהקשה אח"כ דחזקה שע"ש ואם כן קשה תינח אם בחזקה דשע"ש לבד סגי בלא האמנת הבעל או בנאמנות הבעל בלא חזקה שע"ש אבל ליהמניה לבעל במגו ולברר עוד ספק אחד ע"י חזקה לא מפיו אנו חיין כ"כ לכן פרש"י דגירשתי נאמן משום דבידו לגרשה ומה לו לשקר וזה כעדים דמי ועדיף משאר מגו.

סעיף ג

ס"ג ואפילו ע"א דעת כ"פ משום דאפקינהו רבנן קידושין והקשה בה"ט ס"ק כ"א מפרק האשה שלום דף קי"ז דאר"ח נתייבמה יבמה נכנס לנחלה ע"פ דבריהם דרשו מדרש כתובה אנו לא נדרש מדרשי תורה יקום ע"ש אחיו והא כאן דאפקינהו לקידושין לא עדיף היבם משאר אחים עיי"ש ונראה דר"ח לטעמיה בגיטין דס"ד ע"ב דס"ל כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון א"כ ה"נ כיון דמחק"ח מחויב לייבמה כאילו מייבמה בחיוב תורה ובממון ודאי יש להם כח דהפקר ב"ד הפקר.

וברש"י יבמות פ"ח ע"ב בד"ה וקתני דפנו וקשיא לרב ובע"א ל"מ למוקמי דא"כ למ"ל קרא מבואר דע"א מהימן מדאוריית' ובדף צ"ב פרש"י דרק מדרבנן מהימן ועמד בסתירה זאת בזבד טוב ס"ק כ"א ונ"ל דעל"ג עפ"י רוב לא משקרי וודאי מיעוט משקרי רק כמו דרוב לא מהני בממון ה"נ בדבר שבערוה דילפינן דבר מממון אך לרב דס"ל בר"פ הפרה הבמא"ה ה"נ בדבר שבערוה חשוב דבר ברור ומהימן מדאוריית' ע"א ונראה דוקא ע"א כשר י"ל לרב מהימן מה"ת כעל"ג דמה דלא מהימן כשאינו על"ג דשמא משקר או טועה אבל קרוב דאפילו הרבה קרובים פסלה תורה ע"כ גזה"כ כדאית' בב"ב ובחו"מ סימן נ"ג סע"י וכן שפחה לאו בת עדות היא ואם כן גם דעל"ג פסולה מה"ת דבשפחה אינה מסימנים שיש לב"י ביישנים ולכן בגיטין דף ע"א ברש"י בד"ה דאקילו בה פרש"י בע"א קרוב ושפחה דהתם נמי קאי לרב כמ"ש תוספת שם ולכן דוקא בקרוב ושפחה הוי קולא

דרבנן וכן משמע ברמב"ם פ"נ מהלכות קידוש החדש הי"ד דוקא ע"א כשר נאמן משום דעל"ג וכמ"ש תשב"ץ ח"א סימן פ"ב אלא שהוא נדחק דלא אתי לאפוקי רק גוי מסל"ת ואינו במשמע כלל ועוד נראה דמש"ה פרש"י בע"א קרוב משום דבודקין אותו לעדות אשה וע"כ דליכא אחר בהדיה דא"כ סגי בה אחר וכיון דזה רק ע"א ומפ"כ הוי תרתי לריעותא ול"ל משום דאקילו רבנן בעדות אשה בע"א דאינו רק חדא לריעותא ולכן פרש"י ע"א קרוב דנמי תרתי לריעותא כדאיתא בחו"מ סימן כ"ב ולפימ"ש י"ל מה דבספרי שופטים אמר דע"א קם לעדות אשה דרב חיבר הספרי כדאיתא בהקדמה לרמב"ם ול"ק מהאי תנא דספרי על שמואל דס"ל כחכמים דאמרו זה כלל גדול דהמע"ה דיליף מיניה שמואל דאהבמא"ה כדאית' ר"פ הפרה.

אפילו ע"א בישע"ק סק"ה כתב דאחרונים כתבו לדעת הע"ש בחו"מ סימן ל"ז דנוגע דפסול לאו משום דחשוד לשקר אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו א"כ בעד מיתה דקרוב נאמן ה"ה נוגע וכתב להוכיח דפסול דהא שליח המביא גט אפילו קרוב נאמן לומר בפ"נ ומ"ע באומר אני עד שני פסול וכתבו תוספת רפ"ב דגיטין ט"ו ע"ב מהירושלמי משום דנוגע דרוצה לקיים חתימתו וכתב דזהו ראיה גדולה ולפימ"ש מהרי"ט בחחו"מ ח"ב סימן פ' דהיכא דאינו נוגע משום הנאת ממון אין לחוש דמשקר רק משום חשש לעז א"כ ע"כ באני עד שני ג"כ רק משום חשש לעז ה"נ י"ל להע"ש אף דשליח קרוב מהימן וגם נוגע ל"ח דמשקר רק דקרוב אצל עצמו מ"מ חששו ללעז דיאמר משום נגיעתו שיקר ותינח גט דאפשר לתקוני משא"כ עד מיתה וכדמחלקי תוס' פ"ק דגיטין דף ג' ד"ה אי קולא ועוד דעיקר חשש לעז דיבא בעל ויערער כדאיתא בריש גיטין שם ותינח בגט דבעל חי משא"כ בעד מיתה כיון דאנן ל"ח דמשום נגיעתו משקר א"כ ודאי מת הבעל תו אין לחוש שיבא ויוציא לעז ולכן גם לפימ"ש סמ"ע וש"ך בריש סימן ל"ז דנוגע פסול מחשש דמשקר י"ל שאני בעד מיתה דעל"ג ודייקא ומנסבא ואדרבה כיון דהעד נוגע דייקא האשה יותר ואף דבשליח המביא גט אמרינן בריש גיטין שם דשליח מידק דייק ומ"מ נוגע פסול היינו משום לעז וכמ"ש.

אך יל"ע בה"ט דע"א נאמן משום דעל"ג דזה ודאי רק עפ"י רוב דמיעוט מצוי שישקרו גם בעל"ג וכיון דילפינן דבר דבר מממון כמו דל"מ רוב בממון ה"נ בדבר שבערוה וכמ"ש החו"ד בבית הספק לענין ס"ס בסס"ק כ"ז וגם בעד מיתה אין יורדין לנחלה הרי דל"מ בממון על"ג וכמ"ש הריב"ש ובש"ע חו"מ ס"ס למ"ד ועוד באיסור א"א לא סמכינן על רוב כמ"ש תוספת בספ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב כמו במשאל"ס וצ"ל משום דאיכא נמי חזקה אא"ח ולא לו כדאית' בקידושין דף ס"ג ע"ב ורובא וחזקה מהני גם גבי ממון כמ"ש

רז"ה ומלחמות רפ"ב דכתובות והא דל"מ על"ג בממון דשמא קנוניא עשו וליכא חזקה אא"ח כדאיתא בשבועות דף מ"ב ע"ב ולהתיר האשה ליכא למיחש לקנוניא חדא דדייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה ועוד דחזקה אין אשה מקלקלת עצמה לישב באיסור א"א כל ימיה כמ"ש רא"ש בפסקיו שילהי נדרים ומה"ט אשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי אף דנוגעת וליכא חזקה דאין אא"ח ולא לו משא"כ עד הנוגע ובזה נדחו ראיות נו"ב בא"ע סימן כ"ז להאמין ע"א נוגע מהאשה עצמה וגם מה שהוכיח מיבמות דף ע"ז בהא דעמשא שהאמינוהו שמקובל עמוני ולא עמונית משום דשמואל וב"ד קיים ופרש"י דהוי על"ג אף דהוי נוגע עיי"ש דשם ליכא איסור א"א רק לאו דלא ובא עמוני ומהני רוב לבד דאיסור עמוני כיון דקידושין תופסין ל"ה דבר שבערוה כמ"ש בשו"ת רעק"א סימן קכ"ד וקכ"ה מהמרדכי פמ"ח לענין פסול ממזרות ואם כן בגר עמוני שנשא בת ישראל או להיפך דקידושין תופסין כדלעיל סימן ד' ס"ו ל"ח דבר שבערוה.

עוד הוכיח בנו"ב שם ממ"ש הש"ג בשם ריא"ז והובא בחמ"ח סק"ט דבן בעלה נאמן להעיד לה והא נוגע דלדבריו יטול ירושה וא"ל כיון דא"נ לירש תו ל"ח נוגע דהא הש"ך בחו"מ סימן ל"ד ס"ק כ"ח כתב דנוגע אף דפ"ד חיישינן דמשקר ובשביל עצמו מעיד כן והאריך בראיות ובפרט דלאו כ"ע דינא גמירי? וסובר דיאמינו לו ג"כ שיטול ירושה אח"ד ואינו ראיה לפימ"ש הר"ן בפרק האומר אהא דאמרינן שם דס"ג ע"ב דאינו נאמן לכנוס ונאמן ליתן גט דאא"ח ולא לו וז"ל שאא"ח ולא לו בדבר שאינו נהנה ממנו להתיר א"א לעלמא ואעפ"י שהוא לישא אותה היה מתכוין תחלה אפ"ה כיון שאנו רואין שאנו אוסרין אותה עליו אם איתא שלא קדשה היה מודה בדבר עכ"ל וה"נ כיון שאין מניחין אותו לירד לנחלה אם איתא שאביו לא מת היה מודה שלא להתיר א"א בחנם ולכאורה הר"ן דלא כהש"ך אלא כהריב"ש שם ובתומים הביא כ"פ דס"ל כהריב"ש ואפשר להכי דייק הר"ן להתיר א"א לעלמא אף דתחלה להנאתו העיד מ"מ כיון שרואה שאין מאמינין לו היה מודה ולא היה מחזיק דיבורו באיסור א"א אבל במקום אחר אמרינן דעביד לאחזוקי דיבוריה ולפ"ז ל"פ הר"ן על הש"ך.

ובירושלמי ריש פ"ב דקידושין אהא דבה"א דשליח נעשה עד א"ר אבין ב"ח נראין הדברים בשקדשה בשטר אבל אם קדשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו אמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו התורה אפילו קידשה בכסף אינו כנוגע בעדותו ונתקשו הראשונים בממ"נ אם מיירי קודם שניתקין שבועת היסת למה לר' אבון כנוגע הא י"ל החזרתי למשלח ואם לאחר תקנת היסת מ"ט דר"י ולכאורה י"ל דפרש"י בקידושין דף מ"ג ע"ב בד"ה והשתא דתקון רבנן שבועת היסת וז"ל נוגעין בעדותן דאי אמרי אהדרינהו ניהלך בעי

אשתבועי לפיכך הן מעידין שקבל מלוה מידם כדי שיפטרו מן השבועה ונוח הוא להם להפסיד הממון למלוה מלהשבע בשקר דאע"ג דחשידי אממונא לא חשידי אשבועתא הלכך בממון לא אמרינן הן הן עדיו וכיון דעדים לא הוו הרי הדין זה כדין החנוני וכו' ובפרש"י בפ' השולח דף ל"ה בד"ה חוץ לב"ד דשבועת הדיינין של תורה הוא ונקט ס"ת בידו ומשבע לה בשם או בכנוי ועונשה מרובה ושבועה דרבנן בקללת ארור ולא נקיט מידי ואין עונשה כל כך עכ"ל ולפ"ז י"ל ה"ט דר"י כיון שהאמינתו תורה ואין עליו רק שבועת דרבנן בלא שם וכינוי ונקט"ח נוח לו לישבע היסת מלהעיד עדות שקר שנתקדשה דהא שבועה בלא שם אין בו מלקות ולא קרבן רק איסורא בעלמא מדברי קבלה כמבואר ברמב"ם בפ"ב מהלכות שבועות ה"ד משא"כ במעיד שקר שנתקדשה אפשר לבוא ע"י לאיסור א"א כשתקבל קידושין מאחרים או המשלח יקדש אחותה יצאו בלא גט ואף דכשנשבע עושה איסור בעצמו מ"מ ניחא לו למעבד איסורא זוטא מלימעבד אחריני ע"י איסורא רבה כדאיתא בפרק בכל מערבין דף ל"ב וגם ר' אבון אמר רק נעשה כנוגע אבל נוגע ממש לא הוי די"ל החזרתי הכסף למשלח ולישבע היסת דאיסורו קיל מלהעיד בשקר שקידשה רק ס"ל לר' אבון דבעיני העולם חמיר שבועה משאר עברה וכדפרש"י בפ"ק דב"מ דף ה' ע"ב בד"ה לא אמרינן דחמיר הוא לאינשי איסור שבועה מאיסור גזלה אבל ר' יוסי ס"ל דרק שבועה בשם חמיר כמ"ש תוס' שם בד"ה דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא משום דשבועה חמורה כדאיתא ביומא דפ"ו ובשבועות דף ל"ט שעולם מדעזע על לא תשא את שם וביומא שם שמו הוא דאינו מנקה אבל מנקה לשאר ח"ל ובהכי ח"ש מה דס"ל לבה"ג דעד נעשה שליח בקידושי אשה ולא חילק בין קידושי כסף לשטר כמבואר בר"ן בר"פ הא"מ משום דס"ל כר"י וס"ל כדמסיק אביי בפ"ק דב"מ דף וא"ו הא דלא אמרינן חשוד אממונא חשיד אשבועתא לא משום דחמיר בעיני עולם רק משום דתלינן בסמ"י או כמ"ש שם דאשתמוטי מישתווינו אך להרמב"ם דס"ל בפי"א משבועות דגם היסת בשם או בכינוי לא א"ש למה לא חילק בין קידושי כסף לשטר דלדידיה ודאי הירושלמי מיירי קודם דתקון רבנן היסת וכן לדעת האומרים דהיסת בימי ר"נ תקנו והירושלמי קדם הרבה ואין ראיה מדר"י לדידן אחר תקנת היסת והק"ל מ"ט דר' אבון לכן נ"ל דטעמא דר"א כיון דמשלח האמינו ומסר כספו בידו אם יכפור בו הוי העזה משא"כ כשיאמר השליח שקידש האשה דלא האמינתו מעולם יכול להעיז וכדמחלקו תוספת והובא בש"ך חו"מ סימן פ"ב בכ"מ אות וא"ו ובסימן צ"ג סק"ג דלפיכך לא הוי מגו טובה עיי"ש ה"נ אין נוח לשליח לכפור במשלח ויותר נוח לו לומר שקידש האשה דאין המשלח יודע ולהיות דאין זה נגיעת ממון דמ"מ אלו היה אומר

דהחזיר להשלח היה נמי פטור לכן אמר ר"א רק דנעשה כנוגע ואזיל ירושלמי לשיטתו דברפ"ב דגיטין בהא דשליח המביא גט א"נ לומר אני עד שני דנעשה כנוגע בעדותו וכתבו תוספת בפ"ב דגיטין דט"י ע"ב משום דהנאה לו שיתקיים חתימתו ולאו נוגע ממש וה"ט דנוגע ממש אינו רק בהנאת ממון וכה"ש מהרי"ט ח"ב מחחו"מ סימן פ' וכתבו תוספת שם דלפיכך צ"ל נמי הטעם שאמרו בש"ס בבלי שם או כולו בהק"ח או כולו בקיום הגט וקשה לזווגם הנהו תרי טעהי' ונראה דהיכא דנאמן מן התורה לא מקלקלין נאמנותו משים נגיעת כביד כיון שאינו נגיעת ממון לא חשיד לשקר אבל שליח דמד"ת א"נ חד לומר בפנ"ח רק מתק"ח לכן גם בנגיעה קלה כמות שהיא שאינו נגיעת ממון לא מהימן וזה שאמרו או כולו בתק"ח דהיינו שאומר בפ"נ ובפ"נ והוא אינו העד עצמו האמינוהו ולכן ה"נ אר"י מכיון שהאמינתו תורה אפילו קידשה בכסף אינו נוגע דרק בשליח שאומר בפ"נ ובפ"נ דנאמנותו רק מתק"ח חשוב כנוגע ולא כשנאמן מן התורה ואף דבשליח המביא גט מד"ת בלאו אמירתו בפ"נ כשר דד"ת עדים החתומין כנחקרה עדותן וסתם ספרי דדייני גמירי כדאיתא בריש גיטין ונ"ו נאמנות השליח אינו מד"ת רק מדרבנן יכיון דגריע נאמנתו מחמת נגיעה קצת תו לא האמינוהו

ובזה מתורץ מה שהקשה בח"ר בגיטין שם משנים החתומין על השטר ומת אחד מהם דשני כותב חת"י אחספא ושדי בב"ד ואזיל איהו והעד אחר ומסהדי אחתימת השני ולא מחזיקינן ליה בנוגע בעדותו עיי"ש דלפימ"ש שאני התם דזה הוי קיום דמהני גם היכא דצריך קיום מן התורה דדמו החתימות מועיל מדאורייתא כמבואר בטו"ז חו"מ סי' ס"ט ובש"ך שם סקי"ב אח"כ מצאתי בכנס"י ס"ס פ"ג כתב בשם יש"ש כה"ג לענין שונא והביא ראיה מיבמות דף קי"ז.

והיוצא מזה דהיכא דנאמנותו מן התורה לא מיחשב נוגע מחמת כבוד וכדומה כל שאינו הנאת ממון רק היכא דמן התורה לא מהימן רק רבנן הימנוהו אזי מיחשב נוגע ולפ"ז ה"ה בהא דעביד לאחזוקי דיבוריה והא דקידושין דף ס"ג דא"נ לכנוס ונאמן ליתן גט דל"ח נוגע אחר שאמרו לו דא"נ לכנוס משום התם נאמן מן התורה או משום דהוי רק גילוי מלתא דהוא הוא הראוי ליתן לה גט וכמ"ש לעיל או מטעם שכתב הר"ן שם דאינו רק מברר מי קידשה דבלא"ה כבר היא מקודשת ולכן לא מיחשב נוגע משום דעביד לאחזוקי דיבוריה אבל בן בעלה שנשאר מאביו ירושה או פסקו לו שכר אם יועיל עדותו להתירה דנוגע הוא כשהעיד על מיתת הבעל ונפסל עדותו ואח"כ העיד בלא נטילת שכר ולא ע"ד לירד לנחלה מ"מ כיון דנאמנות שלו רק מדרבנן י"ל דעביד לאחזוקי דיבוריה ועדיין נוגע הוא וריא"ז הנ"ל או דס"ל דעל מיתת בעלה נאמן מן התורה משום דעל"ג

כמ"ש רשב"ץ בדעת הרמב"ם או דמיירי דבלא"ה הניחו אביו להיות אפטרופס על נכסיו או דלא נשאר מה לירש וכה"ת

ולענין נוגע בשאר איסורין ביבמות פ"ח ברשב"ם ד"ה ואמר ברי לי דשומן הוא מהימן וה"י ודאי פשיטא לן דסמכינן עליה כ"ז שלא נחשא דאל"ה אין לך אדם אוכל משל חברו ואין לך אדם סומך על בני ביתו ותוס' כתבו שם דגמרינן מנדה וספרה לה ויליף מזה הנו"ב בחא"ע סימן כה דהיכא דלא איתחזיק איסורא ואינו דבר שבערו"ז באמן ע"א נוגע והקשה בזבד טוב ס"ק כ"ג א"ה למה אמר רב ביבמות ע"ז כל ת"ח שמורה הלכה ובא אם קודם מעשה אמרה שומעין לו ואם לאחה מעשה אין שומעין לו וכתבו תוס' שם כשהוא נוגר דעביד עובדא בנפשו וזה ע"כ מיירי בלא איתחזיע איסירא ואינו דבר שבערוה מדפריך מינה אהק דהורה עמשא עמוני ולא עמונית דהיה הלכה רופפת ולא איתחזיק איסור כמ"ש בנו"ב שם ונראה הת דנוגע נאמן בשאר איסורין אף דיש מקום לחשוש מחמת הנגיעה משום דרוב ישראל בחז"כ ולא שכידי שיאכיל איסור משום הנאתו אך זה בדבר פרטא לשעתו משא"כ הוראה שהוא לכל ישראל ולדורת עולם חששו גם דלא שכיח כמ"ש תוס' בריש כתובות בסד"ה שאם בדבר שלא תשב עמו באיסור כל ימיו חשו אפילו לזנות אף דלא שכיח א"כ ק"ו הוראה לכ"ע ולדורות עולם והא דנאמן מורה הוראה לומר שכך מקובל אף בדבר שבערוה ודיני ממונות נראה משום דאין זה בגדר עדות דתורה אמרה לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת שנוגע עדותו לאיש בשעת מעשה וכן הא דילפינן דבר דבר מממון נמי כתיב כי מצא בה ערות דבר דנוגע לאיש ואשתו בשעת עדותו אבל הוראה אינו רק גילוי מלתא ואינו על מעשה בזה איש וכמו שכתב הרי"ף בפרק החולץ בהא דאשתעמודענא בפלוני דאחוה דמיתנא דאפילו קרוב נאמן דהוי רק גילוי מלתא וכיון דאיתחזק אהני גם אח"כ ולפיכך אין אומרים בהוראה תרי כמאה אלא אחרי רבים להטות משום דאינו עדות.

ובתוס' יבמות פ' האשה שלום קי"ז ע"ב אהא דאמרה מת בעלה ואח"כ מת חמי תנשא ותטול כתובתה וחמותה אסורה משום דאמרינן לא בעלה מית ולא חמיה מית ולקלקלה לחמותה מיכוונה וכתבו תוס' ז"ל ומ"מ מתירים אותה להנשא כיון דחזיא דחמותה אסורה אף היא לא מקלקלה נפשה וא"ת מה יש לחוש מ"מ נתיר לחמותה כשנשאת הכלה דהשתא לא תיתי ותצטער שהרי לא תחזור להיות כלתה עכ"ל והוכיח מזה בספר משנת חכמים בעדות אשה שמת בעלה לא חיישינן דלאחזוקי דיבורה אמרה כן והובא בזבד טוב ודחה ראייתו דאין כונת התוס' דצריכה הכלה להעיד עוד אחר שנשאת אלא נתירה לחמותה ע"י דיבור הראשון של הכלה עיי"ש והיינו אף דדיבורה הראשון לא

נתקבל מ"מ השתא דהכלה נשאת איגלאי למפרע דקושטא אמרה מת בעלי וא"כ גם מת חמי קושטא הוי כיון דתו לא תהא כלתה ולכאורה אין זה דחיה דאפשר דיבור הראשון היה שקר ולא בעלה ולא חמיה מית אלא השתא דנשאת אף דודאי לא מקלקלה נפשה י"ל אח"כ נודע לה דבעלה מית ומה"ט לא מחינן בה מלהנשא אך נראה מדלא הקשו התוס' הך וא"ת רק לאחר שהקדימו דמ"מ מתירים אותה והא זה מפורש בגמרא תנשא וחמותה אסורה וגם למה האריכו לומר ומ"מ מתירים אותה להנשא והל"ל ומ"מ תנשא כלשון הש"ס אלא אהא דתנשא המ"ל משום דודאי לא תנשא עד שתדע שבעלה מת ולא תקלקל עצמה אף דכשאמרה בב"ד מת בעלי היה שקר אלא דקשיא להו כיון דעכשיו שקר אומרת איך מתירים אותה הב"ד עכשיו על סמך שלא תנשא עד שימות בעלה דהא צריכה להעיד בב"ד ושיתירו אותה הב"ד על סמך העדות כדאיתא לקמן סל"ט וכיון דהשתא לא נתקבל עדותה איך תנשא בלא עדות לפני ב"ד וזה שדקדקו ומ"מ מתירים אותה להנשא דב"ד מתירין איתה וע"כ משום עדותה דהשתא כיון דחזיא דחמותה אסורה אף היא לא מקלקלה נפשה היינו עכשיו לא מקלקלה נפשה כשעדיין היא לפני ב"ד ומתירים אותה לכן לא כתבו לא תקלקלה נפשה ולכן עכשיו הקשו שפיר מה יש לחוש כיון דעודה אצל הב"ד ולא שייך לומר דנודע לה אח"כ א"כ איגלאי דקושטא אמרה תחלה דמת בעלי וליכא משום דלאחזוקי דיבורה אמרה ואפילו לדעת החמ"ח בסל"ד דא"ל ב"ד לקבל עדות ולהתירה בב"ד מ"מ אין סברא שיתירו אותה ב"ד כ"ז דחוששין דלא מית בעלה ושקר אומרת על סמך שלא תנשא עד שימות בעלה שו"ר בב"מ ה"ר מהתוס' עד"ז שכתבתי שמא נתוודע לה אחר שהעידה בב"ד שמת בעלה ואז מחזיקה דברית שאמרה מעיקרא דמת חמיה ולפימ"ש שללו תוס' זה וא"כ אדרבה ראיה מהתוס' דבעד מיתה חוששין דעביד לאחזוקי דיבוריה אך רדב"ז ח"א סימן תרנ"ז ס"ל דאין חוששין שמא יחזיק דיבורו עיי"ש ול"ל דחזקה דייקא ומנסבא אחר התרת ב"ד כשתנשא דהא התירוה להנשא עפ"י ע"א או אשה חשוב כשנים ואין אחר שבא אח"כ יכול להכחישו כדאיתא ביבמות פ"ח ב' ובכ"ד וע"כ הטעם כיון שהתירוה על פיו הוחזקה מיד פנויה כמו עפ"י שנים וכן מצאתי בחו"ד ביו"ד סימן קכ"ז סק"ה והביא שמ"כ רש"י ר"פ הא"ר ואם דייקא רק בשעת נישואין א"כ בשעת התרת ב"ד עדיין מסופק לנו אם אשת אים היא ועכצ"ל דאינה באה לב"ד להתירה עד דדייקה.

ואפילו עד מפי עד בתשב"ץ ח"א ענין פ"ב פ"ג ונו"ב חא"ע כתבו דעד מפי עד ל"ח מלתא דעל"ג דמצי לאשתמוטי לומר דראשון אמר שקר לכן בזה ודאי רק קולא דרבנן להאמין אך בתורת האדם לרמב"ן בענין שמועות דף ע"ט ע"ג ז"ל מסתברא לן דשמועה דעד

ואפילו עמפ"ע ואפי' גוי מסל"ת מתאבלין דמלתא דעל"ג ולא משקרי בה אינשי וכ"כ מהרי"ו סימן פ"ח והביא ראיה דהרמב"ם כתב מצא בשטר כתוב פב"פ מת ומכירים אותו שזהו כתב ישראל אשתו מותרת ומשמע דאין אנו מכירין מי שכתבו ומאי מלתא דעל"ג איכא התם וכן פסק הרמב"ם דעד ששמע מגוי המסל"ת מעיד וכן עד מפ"ע אטו אם מת העד הראשון אינו מעיד השני א"ו בכולהו איכא למימר כיון דעביד לאיגלויי שלא מת לא משקר עכ"ל וי"ל אף דכשיבא בעלה יוכל לומר דראשון כיחש מ"מ מחית נפשיה לספיקא דיסתפקו אי שיקר וכדאר"ח בפחז"ה דף למ"ד שתי כתות המכחישות זא"ז שתיהן פסולין דבהדי סהדי שקרא למה לו ובשתי נשים שישבו ונמצא ביניהן כתם שתיהן טמאות דמה חזית לתלות הקלקלה באחת יותר מחברתה ועמפ"ע גרע דהא קי"ל כל הטומאות כמקום מציאתן וכ"מ שנמצא הריעותא אמרינן כככ"ה ולא מחזיקינן ריעותא ממקום למקום ה"נ יתלו יותר בזה השני דבו נמצא הריעותא ודאי אבל הראשון שמא לא אמר כלל וכן בכתב הנמצא אף דא"י מי כתבו מ"מ חושש הכותב לעצמו שמא יהא ניכר ע"י דימוי אך מלשון מהרי"ו משמע כיון דהדבר בעצמו עביד לאיגלויי לא משקר ואפשר משום דאשה דייקא ומנסבא ועי"ז עביד לאיגלויי וכמ"ש הנו"ב סכ"ז א"כ למ"ל לשקר בחנם אך מת"ה הנ"ל מבואר דעל"ג בלאו טעמא דדייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת עליה דהא בשמועה נאמן אף דאין לו אשה כלל.

ועוד נראה לפימ"ש תשב"ץ שם בענין ע"ז הא דע"א א"נ חששא רחוקה לפגום בן ברית מוחזק בכשרות ששקר הוא מעיד אבל מ"מ אפשר שמעיד בשקר למען ששכור הוא עיי"ש ויותר מזה כתבו תוס' בע"ז פ"ח דף י"ב דגם גוי לא חשוד להכשיל ישראל בדבר שאין לו הנאה וא"כ כשהעיד עמפ"ע או נמצא כתוב ולא ידעינן מנו אם לא בעצת האשה ובא בשכרו אין לחוש אלא בא"י אם ישראל כתבו לא סמכינן כיון דפיהם דיבר שוא וא"י אם הוא מסל"ת ואם יבא הבעל חי כ"ע יתלו הסרחון בה והוי מדעל"ג בכל אנפי ולא תעשה האשה זאת, ולכן לדעה ראשונה דלקמן סעי"א אפילו א"י אם הוא כתב ישראל סומכין עליו משום דל"ח שיעשה הגוי מעשה להכשילה בלתי הנאה והאשה לא תעשה זאת כי על"ג ולכן א"צ קיום אף דל"ל בזה דלא חציף אינש לזייף כיון דלא ידעינן מי כתבו וכמו שהקשה החת"ס בחא"ע סימן מ"ט מ"מ האשה לא תעשה זאת כיון דעל"ג ויתלו כ"ע בה שזייפה ועיין פר"ח על יו"ד סימן קי"ח ס"ק ל"ו ונראה הא דצריך בגוי שלא יתכוין להעיד וגם לדעה ראשונה לקמן סעי"א דאם אינו כתב של ישראל לא סמכינן עליו אף דלא חשיד להכשיל לפימ"ש החכ"צ סל"ט הא דל"ח שיתכוין הגוי להכשילו אף דחשודין על שפ"ד ואין מתייחדין עמהם היינו בדבר שהוא נוקם ועושה

רעה בישראל בודא' חשיד עליו ועושהו כדי להנקם מישראל אויבו אבל להכשילו בדבר איסור במקום שא"א לעמוד עליו אין זה בקמה לפי דעת הגוי שהרי אין הישראל יודע בדבר זה ומה רעה עשה לו עכ"ל וא"כ במעיד על מיתת בעלה חשיד דמתכוין להכשילה כי מצפה שיבא בעלה דיתוודע לה שנכשלה באיסור ותצטער אבל ישראל לא חשיד להכשיל אם לא שכרתו וא"כ הוי מדעל"ג וכמ"ש והא דבקידושין דף ס"ג ע"ב דהאומר קידשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני. קדשתיה דא"ר נאמן ליתן גט דאא"ח ולא לו ור"א אמר אף נאמן לכנוס דמרתת דאביה יכחישו ולתשב"ץ ניחא ששכרתו או אביה שכרו ואף דתחלה אמר א"י למי קידשתיה עכשיו הוא מגו למפרע לק"מ לפימ"ש הר"ן שם דאף דהוה דבר שבערוה דצריך שני עדים היינו בבא להוציאה מחזקתה אבל זה שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן והיינו דלפיכך הוי רק כשאר איסורין דל"ח ששכור הוא להעיד שקר ונראה ראיה דגם עמפ"ע חשוב על"ג משילהי יבמות דאחר שהשיא ר"ג נשים עפ"י ע"א מחמת הקבלה מר"ג הזקן תנן והוחזקו להיות משיאין עמפ"ע דמשמע ע"י שנתאמת דמשיאין עפ"י עד הוחזקו להשיא ע"י עמפ"ע ומנא להו דשאני עמ"ע דלא על"ג ולתשב"ץ ונו"ב ע"א נאמן מדאורייתא משא"כ עמפ"ע אע"כ דשוה עמפ"ע לע"א ורמב"ם דכתב דהקילו חכמים היינו כמ"ש נ"י וריטב"א מהרא"ה דאף דמדאורייתא מהימן מ"מ חכמים מחמירים בכ"מ וכאן הקילו לסמוך על ד"ת.

סעיף ד

ס"ד הכל נאמנים ביבמות דף קי"ז בעי בת חמיה או חמותה הבאה לאח"כ אי נאמנות ולא איפשט והשמיטם רי"ף ורמב"ם וכתב בכס"מ פי"ב מה"ג הט"ז דהאי חששא דרבנן הוא ונקטינן ספיקה לקולא ונראה מוכח מזה כתשב"ץ ורא"ה ונו"ב דמשום טעמא דעל"ג ודייקא ומנסבא נאמנין מה"ת אבל לריב"ש וש"פ דמה"ת צריך שני עדים כשרים רק רבנן הקילו וכיון דספק א בבת חמיה וחמותה דלאח"כ ג"כ הקילו הוי ספק דאוריתא דאם בזה לא הקילו מעולם לא עקרו ד"ת בה אח"כ ראיתי בשו"ת בר"א סימן ל"ט שכ"כ.

אך ברמב"ם י"ל ט"א להשמטתו דבת חמיה פשוט דהשמיטו משום דגמרא פשיט לה מדלא תנן במשנה רק חמש ומה דדחי הגמרא דחויה בעלמא הוא וכמ"ש בע"נ וכצ"ל ברא"ש דהשמיט בעיא דבת חמיה אף דבעיא דחמותה לאח"כ הביא וכן הטור והא דהשמיט הרמב"ם חמותה הבא לאח"כ דהבעיא בגמרא אי מסקא אדעתא דמית בעלה ובעלה קמי בנה ליבום והקשה רש"י הא תני יבמתה דג"כ הטעם דמית או בעלה או בעלה של זאת ותהא צרתה.

אך רמב"ם דבפ"ז מה"ג כתב דהחמש נשים אין מעידות מפני ששונאות זא"ז ובתוכם יבמתה משמע דלאו משום דחוששת שתהא צרתה רק ששונאות זא"ז וכ"כ המל"מ פי"ב מה"ג וכן משמע מירושלמי ופסקו רמב"ם שם אפילו יבמתה שהן אחיות אינן מעידות זל"ז והתם לא תהא צרתה ולומר משום דלא פלוג דוחק גדול דאם משום עיגונא עקרו ד"ת להאמין עמפ"ע ושפחה וקרוב איך יחמירו משום ל"פ לכן ס"ל לרמב"ם טעם דיבמתה משום דשונאות זל"ז אך הא דבעיא בחמותה הבאה לאח"כ מי מסקא אדעתא דמית תליא בזה אם הטעם ביבמתה דחוששת דמית חד ותהא צרתה ה"נ בחמותה הבא לאח"כ ויבמתה אחותה מעידה אבל אם יבמתה אחותה אינה מעידה דהטעם משום דשונאות זל"ז מהיכא תיתי לחדש דמסקא אדעתא דמית דהא קי"ל בפר"א דנדרים דאין פותחין בנולד ומיתה חשוב נולד ומשום דאפילו היה מסיק אדעתו לא פריש מלנדור כיון דלא שכיח אינו חושש לזה כמבואר ביו"ד סימן רכ"ח סי"ב וכ"ש הכא דרוב נשים מתעברות ויולדת ואין נופלת ליבום ולכן צ"ל בעיא דחמותה הבא לאח"כ משום דמספ"ל טעם דיבמתה אי משום דחוששת דמית בעל ותהא צרתה ה"נ בחמותה או משום דשונאות זל"ז וכיון דירושלמי אמר יבמתה אחותה נמי אין מעידה ע"כ ס"ל דאין הטעם ביבמתה שחוששת דתהא צרתה ממילא נפשט הבעיא בחמותה לקולא דכן דרכו של רמב"ם בבעיא דבבלי לפסוק דאיפשט כירושלמי וכמ"ש ש"ך יו"ד ריש סימן קמ"ה ובאר יעקב שם הובא במלא הרועים בערך בבלי וירושלמי.

עוי"ל דכבר הקשו מה מבעיא בחמותה דלאח"כ הא במשנה רק חמש תנן וא"ל דנכללת בחמותה דהא ה"נ תני צרתה ויבמתה דלפירש"י ותוס' יבמתה הטעם משום דתהא צרתה אח"כ וכמו שעמד בזה בשו"ת עה"ג סימן ס"ז ונראה דבגיטין דף כ"ח אסיק רבא דשמא מת ל"ח ושמא ימית תנאי הוא ור"מ ס"ל דגם שמא ימית ל"ח ור' יהודא ור"י ור"ש ס"ל דחיישינן ומש"כ תוספת שם דשמא ימות לזמן מרובה גם ר"מ חייש תמה שם הפנ"י עיי"ש ואם לענין איסור לא חייש ר"מ אפי' לכתחלה מהיכא תיתי לומר דחמותה הבא לאחר מכאן תחוש לשמא ימות בעל ותעיד שקר במלתא דעל"ג ולכן אין ראיה מהמשנה כיון דתנאי ואדרבה סתם מתניתין ר"מ ואנן דקי"ל דחיישינן לשמא ימות ה"נ אפשר דמסקא אדעתא דמית בעל אך א"כ יש לפשוט מדאמר רבא בפע"י דף פ"א ע"ב מתייחד אדם עם שתי יבמות ועם שתי צרות עם אשה וחמותה עם אשה ובת חמותה עם אשה ובת בעלה ולא חשיב נמי חמותה הבאה לאחר מכאן דהא אנן קי"ל לשמא ימות חיישינן ע"כ ס"ל דמ"מ מה"ט לא שונאות ולא תעיד שקר במלתא דעל"ג נמי וא"ל שמא רבא נמי מספ"ל אם חמותה הבאה לאח"כ שונאתה ולכן לא אמר דמותר להתייחד עם אשה

במקום חמותה הבאה לאח"כ דאם הוי ספק אם שונאתה הל"ל דמותר להתייחד דגם מספק לא תזנה דחוששת לעצמה שמא שונאתה ותגלה חרפתה ועוד בפרק לולב הגזול דף ל"ג הא דבעי למפשט בעיא דר"י מדר"פ דאמר כסהו רוח ונתגלה חייב לכסות דאין דיחוי אצל מצות דחי הש"ס דר"פ גופא מספ"ל ופסקו רמב"ם וש"ע ביו"ד סימן כ"ח דחייב לכסות ולא הזכירו דלא יברך משום דס"ל דהאי דאמר דר"ע גופא מספ"ל רק דיחויא בעלמא וכמ"ש מג"א בסימן תקפ"ו סק"ו והא דלא פשיט מברייתא דר' יהודא תרי שבע ולא תני חמותה דלאח"כ ור' יהודא חייש לשמא ימות בהא דהלוקח יין י"ל משום דבפרק בכל מערבין דף ל"ח פליגי אמוראי אי ר' יהודא ור' יוסי ור"ש אוסרין או זוגי זוגי קתני ר"מ ור' יהודא מתירין ולא חיישי לשמא יבקע הנוד והא דבריש יומא אמר ר' יהודא אף אשה אחרת מתקינין לו שמא תמות אשתו אין ראיה דהתם מעלה יתרה משום דכפרת כל ישראל תלוין בכ"ג כמ"ש תוספת שם ועוד דהא בפרק בכל מערבין ס"ל להש"ס מעיקרא דהא דהלוקח יין מבין הכותים טעמא דר' יהודא ור' יוסי ור"ש דאוסרין לאו משום דחיישי לשמא יבקע הנוד אלא משום דא"ב או דצריך שיהא שיריה ניכרין ועיי"ש דף ל"ח בתוס' ד"ה אי אתה מודה.

ולפ"ז צל"ע ביבמתה שהיא אחותה אם רמב"ם ס"ל משום דשונאות זו את זו או משום דלא פלוג ונ"מ אי אשה אחרת אומרת מת ויבמתה שהיא אחותה אומרת לא מת דקי"ל כשם שא"נ להתירה כך אין נאמנות לאוסרה כדלקמן סעיף מ"ו דאם הטעם דאחיות יבמות אין מעידין זל"ז להתיר משום דשונאות זא"ז ה"נ לאסור א"נ אבל אם אין שונאות רק להתיר א"נ משום דלא פלוג שלא יטעו בשאר יבמתה לסמוך על עדותן תינח להתיר אבל לאסור ל"ל כן כיון דמדינא נאמנת ובפ"ת כאן ס"ק כ"ד מביא ממה"צ ס"ק כ"ד דיבמתה אחותה גם לאסור אין נאמנת וא"י טעמא כיון דלרש"י ותוספת טעם דיבמתה שחוששת שתהא צרתה לא שייך באחותה ועכצ"ל רק משום ל"פ וכן לרמב"ם אפשר דס"ל כרש"י ותוס' כמ"ש המל"מ וק"ע ופ"מ וכ"כ בשו"ת רעק"א סימן פ"ו דהיכא דאינה נאמנת משום ל"פ הוא רק להחמיר ולא לקולא.

ובכס"**מ** כתב כיון דחששא דרבנן הוא פסקו רי"ף ורמב"ם הבעיא לקולא ובשו"ת רעק"א סימן פ"ו א"כ למה אם בעלה כהן אוכלת בתרומה כדתנן מת בעל ומת חמי אוכלת בתרומה וס"ד דש"ס דזה הוי כחמותה הבא לאח"כ עיי"ש וי"ל לפימ"ש התומים בסימן ל"ג סעיף י"ב סק"ח לענין קרובים דרק מגזה"כ פסולין דלא נחשד לשקר היינו דאלו לא היה גזה"כ לפסול קרובים לא היו נחשדים לשקר אבל אחר שפסלם התורה אף הם אין שמים על לב לדקדק בעדותן כי חושבים עדותן מה נחשב ואומרים בדדמי עיי"ש

ודומה לזה בגיטין דף ס"ז דיבורא אמרי מעשה לא עבדי כתבו תוספת שם היכא דנגמר על פי דיבורם דהולכת ונשאת חשוב מעשה ה"נ אם אין נאמן אפילו רק מדרבנן תו הוי רק דיבורא וגם אם מועיל עדותו ונמצא שקר נפסל אח"כ לעדות ולשבועה לכן מדקדק ואינו מעיד שקר וע"כ לענין חמותה הבא לאח"כ דהספק אם פסולין מדרבנן פסקו לקולא דהוה ספיקא דרבנן אבל היכא דידענו דודאי פסול מדרבנן ממילא גם מן התורה אינו נאמן.

וב"ש סקט"ו כתב דלהפוסקים לחומרא בחמותה הבאה לאח"כ י"ל גם כשהיא ערוה לבנה ל"פ דלא כהח"מ והיא חומרא גדולה כיון דלרי"ף ורמב"ם גם באינה ערוה מקילין ועיין תה"ד סימן קס"ד הובא במג"א סימן תמ"ז דלא מחמירין בל"פ כמו בגוף הגזרה ובגוף הסברא דל"פ יש לשדות נרגא דז"ל הירושלמי ה"ח בפ' האשה שלום אהא דתנן אמרה מת בעלי ואח"כ מת חמי תנשא ותטול כתובה וחמותה אסורה ופריך ותהא נאמנת לומר מת חמי לא כן סברינן מימר כשם שאינן נאמנות עליה כך היא אין נאמנות עליהן אר"ח תיפתר שהיה חמיה כן וסיימה ופירש ק"ע דלמה אין נאמנת מת חמי הא לא תנן רק חמותה א"נ עליה ומשני כשם שחמותה א"נ עליה ה"נ להיפך דכמים הפנים לפנים ה"ג תיפתר שהיה חמיה כאן וסיימה וה"פ שגם חמיה היה שם במקום בנו שהוא בעלה וסיימה ג"כ מן חמיה כדי לאמת דבריה והוא דחוק ורחוק ופ"מ מפרש דפריך דתהא נאמנת לומר מת בעלי ואח"כ מת חמי דהא תו אינה כלתה דלא כן אמרינן כשם שאינן נאמנות והתם חשוב חמותה דמשמע כשהיא חמותה א"נ וכן היא על חמותה אבל הכא תו אינה חמותה ומשני ר"ח תיפתר מתניתין שהיה חמיה כאן וסיימה והכירה כלומר שהיה חמיה עם אשתו כאן והיא היתה אצלם והכירה חמותה וכבר הרגישה צערה מחמותה וגם זה דחוק דהל"ל שהיתה חמותה עם כלתה מה נ"מ בחמיה היכן היה לכן נראה דס"ד דשנאת חמותה ששונאת את הכלה משום דתירש אותה ואכלה לגירסני כדאיתא בבבלי שם דף קי"ז וכאן דמת בנה תו ליכא שנאה והא מה דכלתה אינה מעידה עליה משום דכשם שאינו נאמנות וכ' דכמים הפנים לפנים משום דאחר מיתת הבן אם כלתה נשאת לאחר מעידה חמותה דמעיקרא על מיתת בעלה השני דתו ליכא שנאה ה"נ תעיד כלתה עליה אחר מיתת בעלה ותירץ ר"ח תיפתר שהיה חמיה כאן אצל חמותה וסימה שאמר על כלתו שהיא אשה מסויימת חשובה משאר נשים והיטב חרה לחמותה על זה שאינה חשובה אצל בעלה ככלתה עד שמחמת זה אפילו אחר מיתת בנה לא פסקה השנאה וכמים הפנים גם כלתה שונאת את חמותה לעולם ומדהוצרך לומר תיפתר דמיירי בהכי ולא אמר משום דלפעמים כך היא תו לא פלוג

ש"מ דלא אמרינן לא פלוג וגם לפירש הפ"מ מוכרח דלא אמרינן ל"פ דאל"כ לימא משום דלפעמים היא עם חמותה ביחד ומצערה תו ל"פ וגם מזה מוכח הא דתני בירושלמי בהלכה ד' יבמתה אפילו אחותו דלאו משום ל"פ כמ"ש הק"ע ופ"מ דהא מכאן מוכח דלא אמרינן ל"פ ואפשר לדחוק תיפתר שהיא חמיה כאן דאם יש טעם דאינה נאמנת וממלא תו ל"פ וא"ש בזה דלא תקשו דהא סתמא תנן דא"נ לומר מת חמי דמשמע יהיה איך שיהיה.

ועכ"פ מוכח מהירושלמי דאם הטעם דחמותה שונאת לכלתה משום דתירש עמל בעלה ואכלה לגירסנא וכדס"ל להש"ס בבלי אזי דוקא כשהבעל חי בחיי חמיה אבל אם מת בעלה בחיי חמיה גם שנאתה אבדה ורק אם הטעם דחמותה שונאה להכלה משום דחמיה עשאה מסויימת וקשה כשאול קנאה והוי צערא דגופא אזי השנאה תקוע בלב חמותה על הכלה אף לאחר שודאי מת בנה וכיון דבבבלי לא קאמר הטעם דסיימה רק משום דאכלה לגירסני ופליג בזה על הירושלמי קי"ל כתלמודן ואח"כ ראיתי בב"מ שכתב דמשמע מהירושלמי דוקא צרתה אפילו נשואה אבל אחרנייתא כשמת הבעל הזה והיא נשאת לאחר מעידין לה וכ"מ מתלמודן דבעי למפשט חמותה הבאה לאחר מכאן ממשנה מת בעלי ואח"כ מת חמי כמבואר במל"מ דמשמע דפשיטא ליה אלו הוו ידעינן שמת בעלה היתה ראויה להעיד לחמותה וממילא ה"ה החמות לה כשנשאת לאחר אלא שהמל"מ מסופק למאי שדחה הש"ס דלמא שא"ה דרגיש לה צערה אולי הדרינן וסוברין דאפילו בידוע שמת בעלה נמי אינה מעידה למי שהיתה חמותה מפני השנאה קדומה ולע"ד ז"א דהתינח לגבי עדות הכלה לחמותה אליבא דר"י אפשר שמרגשת מה שציערה במה שגלתה לבנה אבל שנאת החמות להכלה כע"מ שאינה אלא מפני הקנאה שתירשנה הא כשמת הבן גם קנאתה גם שנאתה אבדה ולמה לא תעיד לה וא"כ ממילא נמי אז הכלה מעידה לה דהא אינה אלא בכלל חמותה להת"ק ובדינא ל"פ עיי"ש ותלי"ת כיוונתי לסברתו ומוכח מהב"מ נמי דאין לפרש כמ"ש הפ"מ דהיה חמיה כאן וסיימה דהיינו דהכירה וציערה חמותה דלהכי אין הכלה מעידה שמת חמיה דהא כיון דאין שנאה לחמותה עליה אחר מיתת בעלה ומעידה על כלתה כשנשאת לאחר ממילא הכלה נמי מעידה עליה דהא אינה אלא בכלל חמותה להת"ק ועכצ"ל כמ"ש אך מ"ש הב"מ דמשמע מהירושלמי דרק צרתה אפילו נשואה לאחר אבל אחרנייתא כשמת הבעל הזה והיא נשאת לאחר מעידין עליה ולפימ"ש ע"כ ר"ח דתירץ תיפתר וכו' לא ס"ל הכי וכן לפירש הפני משה אך כיון דתלמודן מוכיח כן כמ"ש הב"מ כן הלכה דלפימ"ש גם מהס"ד דירושלמי מוכח הכי אלא דר"ח חידש טעם מה דחמותה שונאה לכלתה וזה מבואר

בבבלי דלא ס"ל הכי וי"ל דלא תקשי לר"ח ממה דתנו בירושלמי צרתה אפי' נשואה דמשמע אבל אחרנייתא לא די"ל הה"ד אחרנייתא רק לולא דצרתה אפילו נשואה ה"א באינך דנשואה לא דחמותה משום דחוששת דכלתה אוכלת לגירסני כשבעלה יירש אביו וכיון שכן בת חמותה מה"ט סניא לה דאמרה דתאכל לגירסנא דאימא או משום דאימא סניא לה כדקאמר בתלמודן ובת בעלה מאשה אחרת משום דאומרת זאת באה במקום אמי וכל אלה אינם צערא דגופא וכשנשאת לאחר הלכה הנשאה והעידה לכן תני צרתה אפילו נשואה דהוי צערא דגופה ממילא גם אינך ארבע דתנן אפילו נשואה לאחר כיון דתני כולן ביחד וטעם דחמותה כדאר"ח וכמו שפירשתי דהשנאה משום צערה דגופה דקשה כשאול קנאה ובת חמותה משום דאימא סניא לה ובת בעלה משום דאמה נידחת מפניה וגם דרך אשתו השניה לדבר סרה על בתו מאשתו ראשונה ולהרחקיה מבית בעלה לכן השנאה כבושה גם לאחר שנשאת לאחר וכן בת בעלה דרכה לדבר סרה לאביה על אשתו האחרת.

ובנוב"ת ס"ס ס"ד נסתפק אם הבן לקח אשה אחר מיתת אביו ולא ירש מאביו כלום אם חמותה נאמנת להעיד לכלתה דלא שייך זו תאכל כל עמלה ואם נשאת להבן בחיי אביו אף שכבר מת אביו ולא ירש מאומה י"ל כיון שבחיי חמיה היתה חמותה דואגת שבלתה תאכל כל עמלה ואף שהוא עני יתעשר וכיון שכבר תקוע השנאה בלבה עיי"ש ולפימ"ש מוכח מהירושלמי דשנאה מחמת דאגה שתאכל עמלה כשנתברר אח"כ דליכא תו אותה דאגה לא אמרינן דכבר תקיע בלבה השנאה וגם הב"ה ס"ל הכי ואין ספקו דט"ב מוציא מידי ודאי דהב"מ אך דכתב הנו"ב עוד די"ל דלא פלוג ותינח להקל אבל להחמיר להעיד לאסרה ל"ל ל"פ.

סעיף ה

ס"ה עד שיודעין באם מתאבלין על אשה או רווק שנפל למשאלא"ס יש בזה מחלוקת בין אחרונים ונ"ל להכריע עפימ"ש במרדכי פ' אלו מגלחין סימן תתקנ"ה וז"ל נהגו העם להתאבל אפילו עפ"י ע"א אפילו עפ"י אשה שבאה ואמרה שמת לו מת וא"י זו מניין דהא מסקינן בפ' הא"ר דאין ע"א נאמן וכו' וה"ט כיון דע"א נאמן בעדות אשה שמת בעלה אפילו עבד אפילו שפחה ואפילו עמפ"ע להתירה ולהנשא מהימן נמי לענין אבלות ולא פלוג בין אבלות דאשה לשאר אבלות את"ד ולפ"ז במשאל"ס דלא תנשא אם שני עדים כשרים מעידין דנפל למשאל"ס אם יש לו אשה דלא תנשא ואסור להתאבל שלא יבאו לטעות להנשא מ"מ ברווק או באשה שנפלה למשאל"ס דליכא חשש ליכא למגזר דהוי גזל"גז דודאי כל שלא מצינו בפירש בש"ס דגזרו גזלג"ז אין לנו לחדש ול"ל ל"פ להקל

שלא יתאבלו ולבטל מצות אבלות כיון דמדינא בחזקת מת רק משום חומרא דא"א לא תנשא וכמ"ש תוס' ספ"ק דב"מ דף כף ע"ב בד"ה איסורא אבל כשרק ע"א מע"ד על נפילה במשאל"ס כיון דעל עדות ע"א מדינא לא מתאבלין רק משום ל"פ א"כ במשאל"ס דלא תנשא ל"ל ל"פ שיתאבל אדרבה ל"פ ולא מתאבלין כיון דנאמנות הע"א רק משום ל"פ.

איברא דיש ראיה מהש"ס דגזרו גם כה"ג דהא איתא בפר"א דמילה דף קל"ו בשתי עובדות דמת תינוק תוך ל"י ואמרו שלא להתאבל דהלכה כרשב"ג וכתבו תוס' בר"פ אשה בתרא דף קי"ט בד"ה מחוורתא משום דצריכה חליצה פטור גם מאבלות שלא יבאו להקל בערוה אף דרוב אינן נפלים והא בפר"א מיירו דאבי התינוק לא יתאבל וכיון דאביו קיים ליכא חשש תקלה באשתו ועכצ"ל משום שלא יטעו דאזלינן אחר הרוב ויפטרו אלמנה מחליצה כשתלד וימות הולד תוך ל"י וא"כ ה"נ במשאל"ס ותמהני על מ"ש שבו"י ח"א סימן ק"ב וחכ"צ סימן כ"א דהיכא דאין לו אשה אזלינן אחר רוב לענין אבלות.

והנה תוס' כתבו פטור גם מאבלות והובא בחן טוב ודייק מזה דפטור ומותר דרק אם יחויב באבלות יאמרו קמו רבנן במלתא ויבאו להקל בערוה עיי"ש וכן נראה מפרש"י בפ' ר"א דמילה שם בד"ה צוורנותא בעית למיכל מטעמים שמאכילין את האבל לכך אתה מתאבל חנם עכ"ל משמע דאין איסור אלא בחנם מתאבל כיון שפטור ונראה דמשמע לרש"י הכי דאם היה אסור למה לא אמר לו שאסור דהא מדאמר לו בעית למיכל משמע רק דמש"ה אינו מתאבל חנם אך ברמ"א כאן מבואר דיש איסור להפסיד או ללבוש שחורים ונראה לפימ"ש בש"ר סימן קכ"ג דרשות ללבוש שחורים או לאכול סעודת הבראה על אוהבו להראות אבלות מחמת שמצטער וכן מצינו בדוד שקיבל הבראה על אבנר אפס להתנהג בכל דיני שבעה לא יאות והדיוט היא העושה כן והובא בפ"ת ליו"ד סימן שע"ה ולכן לא הוצרכו חכז"ל להטיל איסור אבלות משום שלא יבא להקל בערוה דכיון דפטרוהו מעילא לא שכיח שיעשה אדם דבר שנקרא הדיוט עי"כ בחנם אבל לבישת שחורים והספד דיכול גם אחר לעשות כן ואין בזה הדיוטות ה"נ אם לא יהא איסור ודאי כשיפול הנופל במשאל"ס וכדומה דרובן למיתה יצטערו קרוביו ויעשו הספד וילבשו שחורים ושכיחא היזקא דיבאו להקל בערוה עי"ז וב"י ביו"ד סימן שע"ה הביא מהעיטור בשם תשובת הרי"ף מי שטבע במשאל"ס אין היתר לאשתו וכיון דבחזקת חי קיימא מסתברא דלא נהיגא אבלות והא דתניא בא"ר טבע בנהר או שנפל בים מאימתי מונין לו משנתייאשו מלבקש איכא למימר שנפל ומת או שנפל למים שיל"ס עכ"ל י"ל נמי כונתו דאינו מחויב לנהוג אבלות אבל אין איסור וכן משמע מלשון דלא נהיגא אבלות דאם היה אסור הל"ל דלא ינהגו אבלות דהוי משמע דמוטל עליהם שלא ינהגו

אבלות ש"ך שם סק"ז דמייתי מהא דכתב רמ"א כאן דאסור בלבישת שחורים ובהספד לענין אבלות אין דבריו מוכרחים.

אך י"ל מ"ש תוס' דפטור ולא כתבו דאסור משום דמדינא יש למיזל בתר רובא דאינם נפלים ואפילו לא תחלוץ ליכא איסור מה"ת דאין לחוש למיעוט אבל אין לתקן חיוב להתאבל כיון דאפשר לבא לתקלה כשיזדמן המיעוט שיהא נפל וכה"ג כתב הריטב"א בפג"ה דף צ"ח אהא דאמר הש"ס זרוע בשלה חידוש הוא שמבטל איסור לכתחלה אף דמותר מה"ת לבטל איסור ברוב אפ"ה הוי חידוש בזרוע בשלה שמצותו בכך לבטל משא"כ בעלמא הוא רשות ועפי"ז כתבו אחרונים בהא דפ' שילוח הקן דף ק"מ גבי שילוח ציפור מצורע דודאי לא מיירי בצפור דעיר הנידחת דלא אמרה תורה שלח לתקלה אף דכשיטלו אחר יהא מותר דכל דפריש מרובא פריש ומותר לבטל איסור לכתחלה מ"מ לא יעשה תורה מצוה מזה עיין יד אברהם ביו"ד סימן צ"ט ס"ה ולפ"ז י"ל דכ"ז דוקא במת הולד תוך ל"י דלעולם איכא רוב בני קיימא משא"כ הכא דיש כ"פ אומדנות רעועות שמת דגם מן התורה הוה א"א דאין כדאי להוציאה בזה מחזקת אדא ובזה ודאי יש לגזור באיסור שלא יתאבל שלא יטעו דודאי מת ולכן גם במשאל"ס או בשאר אומדנא שעפ"י רוב אסרו דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין לחלק בין אומדנא לאומדנא ולפי"ז יותר י"ל במשאל"ס שלא יתאבל אפילו ברווק ממה דאמרינן במת תוך ל"י שלא יתאבל וחת"ס יו"ד סימן שד"ם כתב להיפך דנפל מיעוט המצוי כמ"ש תוס' יבמות דף ל"ו משא"כ משאל"ס דאינו מיעוט המצוי י"ל יותר דלא נגזר גזלג"ז ברווק והרואה בתוס' ביבמות דף ל"ו ע"ב דכתבו לענין מת תוך ל"י דחוששין למעוט לענין חליצה ולענין אבלות משום דהוה מיעוט המצוי ולא כתבו משום גזרה שלא יבאו להקל בערוה וביבמות דף קי"ט שכתבו הטעם דחוששין בחת' תוך ל"י למיעוט נפלים לענין חליצה ולענין אבלות כתבו הטעם משום שלא יבואו להקל בערוה ולא הזכירו משום שהוא מיעוט המצוי וגם בדף ל"ו משמע מתוך לשון התוס' דמדמי מיעוט דמת תוך ל"י למשאל"ס כמו דחשו למיעוט במשאל"ס כן חשו למיעוט במת תוך ל"י ולא עלה על דעתם להחמיר יותר במיעוט נעלים ודיו לבא מה"ד להיות כנידון.

ועוד נראה דיש להחמיר יותר במשאל"ס כיון דאפשר יתברר איסורו דיעמד חי לפנינו וספק שאפשר יתברר חמיר יותר וכדאמר בר"פ ספק אכל דא"צ אש"ת רק בחתיכה משני חתיכות אחת חלב ואחת שומן ואכל אחת כיון דנשאר אחת אפשר יתברר איסורו דיבא בקי ויכיר הנשאר שהוא שומן לכך צריך כפרה אש"ת וצ"ע על התוס' דחוששין למיעוט

נפלים מדחוששין במשאל"ס ובגוסס למיעוטא דמאי דומיון דמיעוט במשאל"ס וגוסס אפשר יתברר.

אח"כ ראיתי בהגמ"ר פרק אלמנה ניזונית כמו שכתבתי דרובא דבן קיימא יולדות טוב כרובא דמשאל"ס דאין עולין והוכיח כן מהתוס' הנ"ל דיבמות דף ל"ו ע"ב דמדמה ר"י מיעוט נפלים למיעוט דניצולין במשאל"ס אלא דחדא הן ועוד הביא ראיות עיי"ש סימן ש"ח וזה ודאי אישתמיטתיה להחכ"ס ואפ"ת דר"י שבתוס' יבמות דף ל"ו שם ס"ל דמיעוט דנפלים שכיח ואה"נ דמיעוט הניצולין במשאל"ס נמי שכיח מדמדמה להו אהדדי אבל ר"ת שבתוס' רפ"ג דבכורות כתב דמיעוט ניצולין במשאל"ס לא שכיח מדאמרינן אם נשאת ל"ת אף דיש חזקת א"א עיי"ש מ"מ לפ"ז צ"ל דגם מיעוט נפלים ל"ש מדאמרינן מת תוך ל"י ונשאת לכהן ל"ת והתם נמי איכא חזקת איסור לשוק וכ"כ להדיא ההוא ראיה בהגמ"ר שם.

ב"ש ס"ק ח"י ואם אומרים שבעלה גוסס זה ג"י אמרינן בודאי מת כ"כ הרא"ש ומרדכי ואגידה בשם מהר"ם ובתוס' יבמות דף קכ"א בד"ה ולא היא כתבו ואע"ג דרובא צו"מ אי סליק קלא אית ליה מ"מ ל"ח לאותו רוב ולא תנשא לכתחלה כמו גוססין דאין מעידין עליהן אעפ"י שרובן מתין עכ"ל ודבריהם תמוהין דבשלמא גוססין רק חד רוב משא"כ משאל"ס לבד רובן לא ניצולים דלהכי אם נשאת ל"ת כדאיתא התם ובצו"מ דרובן אי סליקי קלא אית להו הוי תרי רובי אח"כ מצאתי שכ"כ הרא"ש ופירש כמו בגוסס אם נשאת תצא ה"נ מיהא לכתחלה ל"ת הובא בח"ט סל"א בחקירה ג' ובאמת לשון כמו שכתבו תוס' משמע דשוין וכ"כ האחרונים דגם בגוסס אם נשאת ל"ת ונראה כונת התוס' כיון דרוב גוססין למיתה אם הבריא הוה מלתא דתמיהא טובא וקלא אית לה ואשתו וקרוביו דורשין ושואלין ודאי נודע להו אך במשאל"ס אף ע"ג דרובן אין ניצולין ותמוה מלתא כשניצול מ"מ שמא הוליך המים אותו למרחוק ויצא משם והלך לו ובמקום שיצא לא נודע מנפילתו והצלתו זולת צו"מ דקלא אית לו גם במשאל"ס ובהכי י"ל דעת מהר"ם דס"ל דתלינן בגוסס דודאי מת משום דרוב גוססין למיתה והרי באיסור א"א לא אזלינן בתר רוב כמו במשאל"ס אלא די"ל דס"ל כיון דקלא אית להו הוי תרי רובי ואין לחוש למיעוטא דמיעוטא וכדס"ל לרב אשי ביבמות שם בצו"מ רק התם מסיק ולא הוא ל"ש צו"מ משום דלא נתנו דבריהן לשיעורין משא"כ גוססין דכולהו כשעומדין חי קלא אית להו והא דכתבו תוס' כמו גוססין דאין מעידין שמת אזלו לשיטתייהו דלעיל דף ק"כ ע"ב כתבו בד"ה למימרא דתנן אין מעידין על הגוסס ואולי גרסו הכי ולא נמצא בש"ס ורמ"א ביו"ד סימן של"ט וב"ש כאן דפסקו כמהר"ם אפשר כיון דמשאל"ס דלא תנשא

הוא רק מדרבנן הוי פלוגתא בדרבנן אך הרא"ש עצמו ברפ"ג דבכורות כתב דבגוסס לא תנשא אף דהם דברי ר"ת ובסוף פ' אלו מגלחין הם דברי הר"מ מ"מ נראה דמחלק בין אבלות לנשואין וגם רמ"א לא כתב לדברי מהר"ם רק לענין אבלות ואף דכ"מ דלא תנשא אסורה להתאבל נראה דשאני הכא דהנה הישׁ"ש בפרק כל הגט סימן חית הביא דברי מהר"ם והוכיח דגם לכתחלה תנשא דודאי מת מדאמרינן בגיטין דף כ"ח ל"ש אלא חולה דרוב חולה לחיים אבל גוסס דרוב גוססין למיתה לא דמאי צ"ל רוב גוססין למיתה דאפילו לאו רוב גוססין למיתה אלא דאינן רובן לחיות חוששין שמא מת דהא גבי חולה א"ל דרוב לחיים לא הוי בחזקת שהוא קיים אלא בודאי ה"ק רוב גוססין למיתה ובחזקת שהוא מת אפילו לקולא את"ד ובאמת מזה אין הכרח להקל שתנשא לכתחלה דאימר כמו במשאל"ס דרובן למיתה לא תנשא לכתחלה ה"נ בגוסס אלא דא"ל רוב גוססין למיתה אפילו נשאת תצא קמ"ל רוב גוססין למיתה ולקולא נמי לענין אם נשאת באופן דאין הדבר ברור לענין לכתחלה ואפילו ת"ל דמהר"ם ס"ל גם לכתחלה תנשא מ"מ הרי הרא"ש ותוס' בשם ר"ת פליגי מ"מ הרווחנו דגוסס קיל ממשאל"ס דבמשאל"ס מבואר בגמרא להלכה דלכתחלה לא תנשא משא"כ גוסס הוי ספק גם לכתחלה וא"כ נהי דבמשאל"ס אין להתאבל משום גזרה שלא תנשא כיון דהאיסור ברור מהש"ס דלא תנשא וגם דיעבד אם נשאת שלא עפ"י היתר חכם תצא כמ"ש בשו"ת מהר"ם סימן תרי"ב ובהגמ"ר סוף יבמות סימן שי"ב משא"כ בגוסס ג"י כיון דהוי ספק אם לכתחלה לא תנשא ודאי אם נשאת מעצמה נמי לא תצא ועיין באה"ג לקמן סל"ד בשם הה"מ לכן אין לגזור שלא להתאבל שו"ר בפסקי מהרא"י סימן קל"ט הא דמסיק הש"ס במשאל"ס ל"ש צו"מ לכתחלה לא תנשא משום דלכתחלה אין לחלק בגזרות חכמים.

ולכאורה י"ל דמהר"ם דהורה בגוסס ג"י להתאבל ס"ל דאין לגזור שמא תנשא משום דאם נשאת ל"ת וכדאמרינן גבי שחיטה ביו"ד ריש סימן א' ועיין טו"ז שם ר"ס צ"א דהיכא דליכא איסור ברור ובדיעבד כשר מותר לכתחלה על סמך שיבדוק לבסוף ול"ח שמא ישכח כיון דאפילו ישכח מותר דיעבד לא גזרינן אך לפימ"ש לעיל בסמוך שאני התם דלא גזרו לאסור אבל חיוב ליכא משא"כ לומר דחייב כגון הכא דחייב להתאבל בזה אין לעשות חיוב לסמוך על הרוב ולהורות לו שיתאבל בדבר שאפשר לבא לתקלה על צד המיעוט וכה"ג כתב נמי הריטב"א בגיטין דף כ"ח בד"ה מתניתין המביא גט דדבר התלוי על הב"ד לעשותו אית להו לב"ד למיחש לכל מה דאפשר שלא יצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידם אף דבעלמא מוקמינן ליה אחזקה עיי"ש ואף דכאן האבלות אין הב"ד עושין מ"מ אם רבנן מחייבי ליה להתאבל הרי הב"ד עושין כיון דמוכרח ע"י הב"ד ובזה מתורץ

קושיות הר"ן בפרק האשה שנתארמלה אהא דכותב אדם עדותו ומעיד עליה אחר כמה שנים אם מן הכתב נזכר מהא דפד"א דף ל"א דלא תקנו זמן בקידושין דאם לינחיה גבי עדים זימנין דלא דכירי וחזו מתוך כתבם ואתי ומסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפ"כ ולפמ"ש א"ש דבפד"א אמר דאין ראוי לתקן דבר בחיוב שאפשר יבא לתקלה ע"י התקנה שו"ר בריטב"א בכתובות דף כף ובאס"ז שם בשם ריטב"א תירץ קושית הר"ן.

סעיף ו

ס"ו עפ"י ב"ת שמעידים מה שראו בעת צרה אעפ"י שהמירו דתן מכח אונס וכתב העז"נ ס"ק ס"ב יראה דכתב המחבר אפילו לא ידעינן אם בשעה שראה העדות היה מומר לאונסו דאפשר דהיה יכול לברוח ולא ברח ונתעכב שם והוא פסול לעדות אפ"ה כיון דבשעה שהוא מעיד חזר בתשובה מהני עדותו אך לשון רמ"א דמסיים עלה שמעידים מה שראו בשעת השמד אעפ"י שהמירו דתן מכח אונס משמע דר"ל דידעינן שראה העדות בעוד שהיה אנוס אבל אם היה יכול לברוח ולא ברח לא מהני עדותו אף דהשתא עבד תשובה מיהא תיבת אעפ"י שכתב רמ"א קשה דהל"ל כגון שהמירו דתן מכח אונס עכ"ל ונ"ל דה"פ ל"מ המיר ברצון ואח"כ עשה תשובה דהתשובה הגונה דתרצון יוכל להיות גם עתה ומ"מ חזר בו דכשר דל"צ בעדות עגונה תחלתו וסופו בכשרות וכדעת כ"פ שהביא העזר"נ כאן אלא אעפ"י שהמיר דת מחמת אונס וכשעבר האונס חזר לדתנו נמצא שעבר תחלה על יהרג וא"י והשתא אין זה תשובה דהא אם היה אנוס גם עכשיו לא היה חוזר לדיי ותשובה ה"ד אם נזדמן לו אותו מעשה באופן שהיה כשעבר וכדאיתא בחו"מ סימן ל"ד וה"ט דאנוסים כשרים לעדות גם בשעת אנסן כדלקמן סימן מ"ב ומ"ש המחבר כאן על פי בעלי תשובה היינו שעכשיו יצאו מהצרה ואם גם עכשיו עומדים בהמרתן פסולים דעכשיו אינם אנוסים לכן אמר שיהיו עכשיו בע"ת היינו שחזרו לד"י ואין הכונה שעשו תשובה בסיגופים על מה שעברו על יהרג וא"י או כונת רמ"א כלפי דנקט המחבר בשעת הגזרות ומבואר ביו"ד סי' קנ"ז דאפילו על ערקתא דמסאני יהרג וא"י בשעת הגזרה והיינו יכולים לטעות דבהכי מיירי המחבר קמ"ל רמ"א אפילו המירו דתן מכח אונס דפרקו כל התורה מ"מ נאמנין ואם כן אפשר לפ"ז אם המירו שלא באונס א"נ והעיד מה שראו אז אף דבשעת הגדה כבר חזרו דבעינן תחלתו וסופו בכשרות.

והנה הש"ך בחו"מ סימן ל"ד כתב דפסול מחמת עברה כשחזר בתשובה נאמן על עדות שראה כשהיה פסול ובסימן ל"ה סק"ז לענין האנוסים העלה הש"ך דצריך תחלתו וסופו בכשרות והביא ראיות וכשאני לעצמי נ"ל להכריע דהנה הטעם שכתב הש"ך בסימן ל"ה בתחלה דבידו לעשות תשובה כתבתי בחיבורי ערך ש"י על חו"מ דליתא דהא בהא

דאיתא בזבחים דף י"ב הפריש קרבן והמיר דת וחזר בו הואיל ונדחה ידחה כתבו תוס' שם דף ל"ד ע"ב אף דאמרינן שם כל שבידו ל"ה דחוי אין זה קרוי בידו כיון דאין דעתו לחזור אך י"ל לפימ"ש החמ"ח לקמן סי' מ"ב ס"ק י"ז דמומר שחזר בו בתשובה אמרינן הוכיח סע"ת דלבו היה תמיד לשמים עיי"ש ולפי"ז צ"ל מ"ש תוס' בזבחים שם דלא קרוי בידו כיון דאין דעתו לחזור היינו בשעה שהמיר לא הוי דעתו לחזור ונדחה הקרבן אבל אח"כ אף דעדיין לא ראינו ממנו תשובה בפועל מ"מ כיין דחזינן דשב בתשובה אח"כ הוכיח סע"ת דהיה בדעתו לחזור לכן חיישינן לקידושין דלמא חזר בתשובה בשעה שראה הקידושין וכיון שכן י"ל מה"ט דעבר עברה ועדיין לא שב בפועל מ"מ אם ראה עדות נאמן כששב בתשובה דהוכיח סע"ת דכבר היה לבו לשמים ודעתו לחזור א"כ הרי בידו להכשיר עצמו אך י"ל כיון דאינו נכשר לעדות עד שיזדמן לידו העברה ממין שעבר ולא יעבור א"כ זה אינו בידו אך כ"ז ברגיל לעבור אבל עבר באקראי מיד שהחזיר הגזלה מעצמו הוי תשובה כמ"ש רמ"א בחו"מ סימן ל"ד סכ"ט ובשאר עברה סגי כשיקבל עליו שלא לעבור וכדאיתא בשו"ת מים עמוקים סימן כ"ד א"כ הוי בידו ועוד לפי מה דאיתא בפ"ק דקידושין דף מ"ם דעבר ושנה נעשה לו כהיתר ופרש"י בעובר ושונה כי הדר מהרהר לעשות אפילו לא עביד אין חזרתו לשם שמים אלא שלא הוצרך לה עיי"ש א"כ כה"ג חשוב אין בדעתו לחזור ולא חשוב בידו ועיין בחו"מ סימן ל"ד סל"ג בהג"ה ולפימ"ש מתורץ קושית התומים שם ס"ק כ"ח על המרדכי שכתב בפיסול ממון ל"צ תחלתו בכשרות משום דבידו לסלק עצמו בכל עת וכן להש"ך בעברה משום דבידו לשוב דא"כ למה אם היה יודע לו עדות כשהיה חתנו ומתה בתו פסול הא בידו לגרשה ולפימ"ש א"ש כיון שלא היה בדעתו לגרשה ל"ח בידו משא"כ כשחזינן בפיסול ממון דנסתלק אח"כ וכן בעברה דשב הוכיח סע"ת כמ"ש החמ"ח ואפילו גירש מ"מ לא היה בידו דמה אם תישמט ממנו ושלא בפניה א"י לגרשה וגם מה שהקשה תומים שם מהא דלדידי אוזיף בריבתא דנאמן לפוסלו דפריך והא ה"ל רשע וכן רב יוסף דס"ל פלוני רבעני לרצוני א"נ דה"ל רשע ולא חילק באמר עשיתי תשובה ולפימ"ש שא"ה דראה העדות בשעה שבעצמו עושה העברה ואז ל"ח בידו דאין דעתו לחזור ונהי דסברת החמ"ח דהוכיח סע"ת רק לעשות ספק דקאי עמ"ש רמ"א שם דשמא עשו תשובה והכי איתא ביו"ד סימן ד' דהוכיח סע"ת הוי ספק הגם די"ל כאן עדיף דפושעי ישראל מלאים חרטה ודעתם לחזור ודאי מ"מ קשה להפקיע ממון ומסתיין דמועיל עדות בזה להחזיק אך בעגונה דבלא"ה מסתבר יותר דא"צ תחלתו בכשרות וכאשר איתא בכנה"ג יש לצרף

ג"ז בעבר באקראי שו"ר במאזנים למשפט סימן ל"ד סכ"ט שחילק בין עבר באקראי או רגיל.

ובדג"מ עחו"מ סימן ל"ה כתב דהיכא דאינו מחוסר מעשה אמרינן דבידו להתכשר כיון דסגי בהרהור או אפילו בגזלן כשהרהר בתשובה להחזיר תכף הוא צ"ג אלא כיון שהב"ד אין מאמינן לו עד שיחזיר לכן אין מכשירין אותו עד שיחזיר אבל כיון דמצד הדין כשר הוא לכן לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות והובא בפ"ת סימן ל"ד ס"ק מ"ה אך בשו"ת מר"ב סימן כ"א כתב דמוכח מדברי המישרים והב"י דצריך שיחזור בו ויקבל עליו בב"ד כיון דאינו אלא דברים בעלמא וליכא שום מעשה עיי"ש וצ"ע להמ"ב הא דלקמן ס"ס מ"ב וצ"ל דבמקום אחר כ"ז שלא קיבל עליו בב"ד לא מאמין לו דמוקמינן לו אחזקת פסול ולהכי אפילו להחזיק אינו באמן להיות עד רק בקידושין לחומר א"א לא סמכינן אחזקה זאת או דמדרבנן לא נכשר בהרהור או בדברים שלא בפני ב"ד ומ"מ גם דברי הדג"מ נסתרין מכח הך דזבחים דאם אין דעתו לחזור ל"ח בידו ועוד הדבר זר לומר דהכשר הרשע לעדות יהא תלוי בהרהור לבו דלא ניתנה תורה למלאכי השרת ולנביאים והתורה אמרה על תשת רשע עד ולא חלקה בין להוציא או להחזיק או בין קידושין לשאר עדיות וגם כשאח"כ חזינן דחזר למוטב די"ל הוכיח סע"ת מ"מ דרכיה דרכי נועם דא"כ אם קידשה בפני עדים פסולים דאינה מקודשת ותנשא לאחר ואח"כ שבו העדים בתשובה נימא דתצא משני דהוכיח סע"ת א"ו תורה פסלו לרשע עד דנגלה לב"ד הכשרו ודברי מהר"י מינץ ורמ"א דלקמן ס"ס מ"ב צע"ג אפ"ת דרק משום חומרא דא"א הוא ומ"ש בסה"ג וחליצה לומר לעדים שיהרהרו בתשובה ה"ט כמ"ש לבוש בסה"ג שמא עברו עברה בסתר ולזה מועיל הרהור דכשם שאין ידוע הרהרו א"י נמי פסולו ועיין עין זוכר מערכת המ"ם אות כ"ף.

ומחוורתא דאפילו הרהר תשובה בלבו פסול לעדות בודאי אך ל"ל בו דיש לו חזקת פסול דהא חזינן לענין קטלנית ולענין רואה מח"ת דלא תתחזיק רק בב"פ או ג"פ לכל מר כדאית לו דכיון דרוב נשים אינו כן תלינן בפ"א דאקראי בעלמא הוא רק לענין נאמנות תו יש חשש כיון דזולת דרובא בחזקת נאמנים אין להאמין וזה אתרע ליה הרוב ולכן כי ראה עדות ואח"כ חזינן דחזר בתשובה י"ל כחזקה דהשתא דאחר שעבר נתחרט והיה דעתו לשוב כיון דאפילו פושעי ישראל מלאין חרטה וחזינן כ"ז דלא עבר ב"פ אפילו חישב לעשות עברה לא מצטרף למעשה דאמרינן דהיה עומד שלא לעבור וכנז"ל והיכא דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא וכדאיתא בשו"ת רמ"ע מפאני סימן צ"ז ועמ"ש בחידושי ליו"ד סימן נ"ה.

ונהי דלא נעשה כשר למפרע לעדות כיון דלא נתברר אז לשום אדם הכשרו מ"מ כיון דדעתו היה לחזור תו הוי בידו ול"ח תחלתו בפסול ואהני הגדת עדותו אחר שנתברר הכשרו דאגלאי למפרע שהיה בדעתו לחזור והא דס"ל לת"ק דרשב"ג בב"ב דף קל"ח דשתק ולבסוף צווח לא אמרינן הוכיח סע"ת ה"ט מדשתיק רגל"ד דנתרצה ואח"כ חזר בו כדאמר התם מדשתיק קננהו דהיינו מדשתיק יש הוכחה דקננהו וע' תוספת ר"פ הא"ר דף פ"ח בד"ה ברי לי דנדה ל"ח איתחזיק איסורא דלא איתחזיק שתראה לעולם ובפרק הנשרפין דף פ"א ע"ב ברש"י בד"ה עבירות מחזיקות אותו בחזקת רשע הוא ובד"ה תמותת רשע מי שהוחזק רשע עיי"ש הרי דבפ"א אינו בחזקת רשע אפילו לרבי ולרשב"ג אפילו בב"פ ובפ"ב דכתובות כ"ח ב' ת"ק סבר כיון דנכרי הוא ל"ה דייק ופיבר"ק סבר כיון דדעתיה לאיגיורי דייק מדלא אמר כיון דאיגייר משמע דזה פשוט לכ"ע דודאי הוה דעתיה לאיגיורי רק ת"ק ס"ל דלא דייק.

ולכאורה רציתי לומר טעמיה דהש"ך בפסול מחמת עברה ל"א תחלתו בכשרות לפימ"ש הרא"ש בפרק שני דגיטין סכ"ו בשם הרמ"ה דאם השליח פסול מן התורה כשנתמנה לשליח וחזר בתשובה קודם שמסרו להאשה דכשר וכתב הרא"ש דכן מסתבר דבני כריתה ננהו ואין פסולין אלא משום דחשדינן להו דמחמת רשעה מסהדי שקרא וכיון דעשו תשובה מהימנו ולא בעינן תחלתו וסופו בכשרות מידי דהוה אפתוח ונסתמא עכ"ל ונהי דמזה אדרבה סתירה להש"ך מדלא הכשיר הרא"ש אלא מידי דהוה אפתוח ונסתמא וכבר כתבו תוס' שם דף כ"ג בד"ה והוא דזה רק בשליח משום דגם אשה נאמנת והרגישו בזה האחרונים מ"מ י"ל גוף הסברא ס"ל לש"ך דרשע פסולו רק דחשיד להעיד שקר וכיון דבשעת הגדה כבר כשר ובע"ת הוא ליכא חשד ואיגלאי למפרע דגם בשעת ראיה ראוי היה להעיד ומצאתי שכ"כ בהג"ה לנוב"ת חחו"מ סימן מ"ה אלא שלא הביא דברי הרא"ש ואח"כ מצאתי במשנת דר"א על חו"מ סימן ל"ד דחה תירץ זה שהרי קי"ל חשוד לד"א נאמן על דבר אחר שלו ובשל אחרים נאמן גם על אותו דבר ואפ"ה כל שעבר פעם אחד על לאו אחד שבתורה הר"ז מיד פסול לעדות ממון אין זה ע"כ כ"א מגזה"כ אל תשת רשע עד וכ"כ הש"ך בעצמו ביו"ד סימן קי"ט רס"ק י"ח והכי מוכח מהש"ך ריש הסימן ל"ד את"ד וצ"ע על הש"ך ביו"ד שם מדברי הרא"ש הנ"ל ונראה מה"ט נמי אף דהרהר תשובה בלבו ולא חשיד לשקר מ"מ פסול מן התורה דגזה"כ כ"ז שנקרא רשע פסול והרי נקרא רשע בפי כל היודע שעבר על לאו כ"ז שלא נלקה ולא ראינו ששב ומ"ש הרא"ש דאין פסולין אלא משום דחשדינן להו דמחמת רשעה מסהדי שקרא היינו בשליח הגט דאפילו קרוב ואשה כשרים גם רשע לולא דחשיד היה כשר אבל בשאר

עדות פסול מגזה"כ בלאו טעמא דחשיד ולכן לק"מ על הש"ך ביו"ד שם מדברי רא"ש הללו ולפי מ"ש לחלק בין נתחזק בעברה בין לא נתחזק לק"מ מהרא"ש ער הש"ך בחו"מ הנ"ל דהוצרך הרא"ש לומר כן אפילו בנתחזק כיון שעשה תשובה כשר בשליחות גט וגם ממ"ש הרא"ש בתשובה כנ"ד שהובא בסעיף זה גבי אנוסים דצריך שיהיו תחלתו וסופו בכשרות ל"ק כיון דנתחזקו הרבה פעמים וב"מ לקמן סימן קמ"א סל"ד הוכיח דלא כש"ך משבועות דף ל"א דראוין להעיד לאפוקי משחק בקוביא מקרבן שביעה והרי ראויין בעושה תשובה עיי"ש ולע"ד אדרבה קצת ראיה להש"ך משם לפימ"ש דיל"ד הא כל עיקרו לומר דגם בפסול רק מדרבנן חשוב אינו ראוי להעיד כמבואר שם ולמה נקט משחק בקוביא והרי כמה פסולי דרבנן יש במשנה פז"ב ובחו"מ סימן ל"ד ויותר הל"ל לאפוקי פסול דרבנן אע"כ משום דשאר פסול מחמת עברה ראוי להעיד בעושה תשובה אף כשראה העדיות היה פסול אך משחק בקוביא דאינו פסול רק באין לו אומנות אחרת וכדפסק הש"ס בפז"ב ופסקוה הפוסקים וודאי באחת ושתים ששיחק לא נפסל רק בהרבה פעמים וכל אומנתו רק בזה וכן מבואר להדיא בכס"מ פ"י מה"ע ה"ד דכל שאין נפסל רק משום דאין לו אומנות אחרת אינו נפסל במשחק בפעם אחד ולכן בזה אף דעשה תשובה אח"כ אינו ראוי להעיד על מה שראה כשהיה פסול ורש"י דפירש בשבועות שם דמשחק פסולו מדרבנן משום דאסמכתא הוי גזל דרבנן ע"כ כמ"ש הסמ"ע בסימן ש"ע סק"ג דאל"כ למה שבק רש"י מה דקי"ל דדוקא באין לו אומנת ונקט הטעם דגזל ואסמכתא דאפילו דיש לו אומנת פסיל ואיפסקא הלכתא בפז"ב דף כ"ו ע"ב דדוקא כשאין לו אומנת אחרת ונ"ל מה"ט כתב הש"ך כשרים כשחזרו בתשובה אפילו בעדות שראו כשהיו פסולים והלא ציין הס"ק ל"ג עמ"ש המחבר כיון שלקה בב"ד חוזר לכשרותו וע"ז הל"ל דכשר גם על מה שראה כשהיה פסול אע"כ דמודה הש"ך דבשלחה פסול להעיד על מה שראה קודם רק כשחזר בתשובה אגלאי למפרע דהיה דעתו לחזור וחשוב בידו.

רדב"ז ח"א סימן תרנ"ז כתב בע"א שהעיד ששמע ממומר שאמר מסל"ת שמת בעל פלונית והועד על העד שעבר עברה שנכפל בה אם עשה תשובה וכששמע המסל"ת היה ג"כ כשר הוי תחלתו וסופו כשר ונאמן אף דכשהעיד היה פסול כיון שחזר והעיד אחר ששב עיי"ש שמענו ממנו תרתי אחד דתחלתו בפסול א"נ בעדות אשה אף דעבד ואשה כשרים שנית דלא חיישינן דעביד לאחזוקי דיבוריה שהעיד כשהיה פסול אך י"ל לפימ"ש לעיל היכא דמהימן מן התורה לא אמרינן דעביד לאחזוקי דיבוריה ולרשב"ץ ע"א כשר נאמן מה"ת ואף דכאן מעיד דשמע ממומר מסל"ת מ"מ אינו ריעותא בעד עצמו

ומהימן מה"ת שכך שמע אבל כשתחלתו בפסול לא מהימן מה"ת אף דבמקום אחר מהימן מדרבנן כעבד ואשה הכא א"נ דיש חשש דעביד לאחזוקי דיבוריה ובהכי מיושב דל"ת ארדב"ז ממ"ש תוספת ורא"ש פ"ב דגיטין דפתוח ונסתמא אף דאין סופו בכשרות כשר לומר בפ"נ כשם דאשה ועבד כשר וכן כשנתמנה שליח היה פסול מן התורה ועשה תשובה י"ל בפ"נ אף דאין תחלתו בכשרות והרי גם בעדות אשה נאמנים עבד ואשה ולפימ"ש א"ש דשאני הך דררב"ז כיון דאינו נאמן מה"ת חייש דעביד לאחזוקי דיבוריה וכשנתמנה שליח כשהיה פסול עדיין לא העיד בב"ד וליכא חשש אחזוקי דיבוריה.

או ס"ל לרדב"ז דתחלתו בפסול לאו גזה"כ אלא כיון דאז בשעת ראיה פסול היה לא דקדק בעדות כהוגן והוי כמלתא דלא רמיא אנפשיה ודומה למ"ש בחו"מ סימן ל"ה ס"ז וכמ"ש באה"ט חו"מ סי' ל"ד סכ"ט ס"ק ל"ו ולהכי ל"ד לאשה ועבד דכשרים בעדות מיתה דרק מגזה"כ פסולים וכיון דרבנן תקנו להאמינם דייקו בשעת ראיה משא"כ הך דכתבו תוס' דפתוח ונסתמא נאמן לומר בפ"נ דכיון דהיה ראוי לעדות בשעת ראיה שפיר דייק ועכשיו דנסתמא מגזה"כ פסול בשאר עדות ולענין בפ"נ הימנוהו רבנן כמו עבד ואשה אך מ"ש הרא"ש ג"כ לענין שהיה רשע כשנתמנה לשליח צ"ע די"ל נמי כיון שהיה רשע לא דייק רק טעמא שכתב הבאה"ט דהוי כמלתא דלא רמיא אנפשיה י"ל כיון דנתמנה לשליח רמיא אנפשיה ודעתו היה לחזור בתשובה שיוכל להעיד משא"כ מלתא שראה בלא הזמנה לעד אך להש"ך צ"ל דס"ל שאני גר דאין בידו דמי יימר דמזדקקי ליה תלתא כדאיתא בקידושין פרק האומר דף ס"ב ולהכי אף דדעתיה היה לאיגיורי ס"ל לת"ק בספ"ב דכתובות דלא הוה דייק משא"כ בעבר עברה בידו לעשות תשובה במעשה דל"צ ב"ד כמ"ש המ"ב סימן נ"א או שקיבל עליו בפני חכם ואפילו ב"ד של שלשה יותר יזדקקו לו מלגר דקשים גרים לישראל כספחת וצריכי מעשה רבא הודעות מצות ומילה ובפרק כירה דאמר מי יימר דמזדקק לו חכם היינו באותו יום שבת משא"כ כאן אם לא יזדקק לו אותו יום יזדקק לו ביום אחר ואינו רק מחוסר זמן.

סעיף ח

ס"ח אם בא העד שאמרה משמו מת ואמר שלא אמר מת לא מהימנא כ"כ הרמב"ן באמרה פלוני תיקן הכרי זה או כתם זה ובעז"ב סק"י ס"ו הקשה נהימנה במגו דאי בעי אמרה אני ראיותיו מת ותירץ משום דהאשה בחזקת א"א והבעל בחזקת חי הוה מגו להוציא דל"א וצ"ל בפלוני טיהר לי הכתם דליכא חזקה מיירי דלית לה מגו דכבר ראה הבעל הכתם והוצרכה לשאול לחכם וכ"כ בני אהובה פכ"ג מה"א הי"א וכן נ"ל דאם כשלא ראה הבעל הכתם עד שהראתה לו ותכ"ד אמרה פלוני חכם טיהר לי דנאמנת

להכחיש החכם דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ובטבל יש חזקה שלא ניתקן עדיין אך קשה הא כתבו תוס' ביבמות דפ"ח ובכתובות דף כ"ב ובב"ב דליכא חזקה דא"א דחזקה דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א ולהכי בתרי ותרי רק באש"ת ולא בחנק ובחטאת עיי"ש דא"כ מוכרח דמרעא גם לחזקת חי והק"ל ליהמנה במגו ואי דמ"מ איתחזיק איסורא בזה ודאי מהני מגו דעד כאן מבעיא בפ"ק דב"ב רק אי מועיל מגו נגד חזקה דחזקה הוי כודאי משא"כ איתחזיק אינו רק לענין אשם תלוי לעשות ספק.

ונ"ל לפימ"ש נמ"י בפחז"ה בהא דקשתא בעילותא דלא אמרינן מגו רק אם לבתר דהימנינן ליה במגו תו ליכא ספקא אבל במלתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי לא אמרינן מגו דלא מפיו אנן חיין שנאמין כים לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו עיי"ש שהן דברי הרמב"ן והמפרשים לכן ה"נ אף לאחר דנאמינה שפלוני אמר לה דמת בעלה עדיין איכא לספוקי אם אותו פלוני אמר אמת ומפרט דעתה מכחיש וצריכין לברר מדעתינו דמלתא דעל"ג לא משקרי כולא האי לא אמרינן.

ועדיין צ"ע לפימ"ש מהרי"ק בשרש ע"ב דהא דע"א נאמן בדבר שבידו נגד חזקת איסור דדבר שבידו פועל לגרוע החזקה הובא בסגרב"פ עיו"ד סימן קכ"ז א"כ בפלוני כהן תיקן לי הכרי הרי בידה היה לתקן הכרי ולמה לא נאמינה במגו להכחיש את הכהן דהא ל"ה מגו נגד חזקה.

ולכן נראה לפימ"ש באס"ז בפרק המדיר דלהכי נאמן פלוני שאמרה בשמו להכחישה כיון שתלתה בו הא המניח עיי"ש וא"כ הוי מגו במקום נאמנות דל"מ כמבואר בחו"מ סימן ע"א ס"א בהג"ה ובש"ך שם אך אינו מובן מה הימניה בזה.

ולשון הירושלמי פ' המדיר ה"ו וכולהו בעדים פלוני ראה כיתמן פלוני קצה חלתה ויל"ד דהל"ל כתמה כמו חלתה ונראה משום בכתמה סתמא יש לה מגו אף דתחלה לא אמרה שעברה בשוק ש"ט או נתעסקה בכתמים מ"מ נאמנת אח"כ לומר נזכרתי דהא דבחו"מ סכ"ט דעדים א"י לחזור ולומר נזכרנו כיון שהגיד א"ח ומגיד וזה דוקא כשאמרו תחלה בב"ד ובחו"ד סימן קפ"ה כתב דאשה שאמרה טא"ל א"נ לחזור בה בלא אמתלא אף דלא אמרה בב"ד משום דשאנח"ד עיי"ש ומבואר בגד"ת בשער התערובות דבאיסור דרבנן לא מפיו אנו חיין להאמינו משום דשאנח"ד לאסרה עליו וכ"כ הפנ"י בפ"ק דכתובות דף טית וא"כ כתם דהוא רק מדרבנן ל"ל משום שאנח"ד ויכולה לחזור ולומר נזכרתי שעברתי בשוק ש"ט או נתעסקתי בכתמים טרם שפשטה חלוקה דא"כ גם על חלוקה איבעי לאשתכוחי כדאמרינן בנמצא על בשרה ולא על חלוקה ביו"ד סימן ק"צ סי"א וז"ש פלוני ראה כיתמן כיון דנמצא על חלוקו והוא יודע דלא עבר בשוק ש"ט ולא נתעסק

בכתמים וודאי ממנה הוי כתם של שניהם דממנה הוא ועל חלוקו הוא עכשיו וגם נמצא בשכיבת שניהם ומזה מוכח דלא כהפמ"א דנמצא על חלוקו לא גזרו בו משום כתם והובא בפ"ת ליו"ד סימן קפ"ז וסימן ק"צ ולפ"ז מוכח כרמב"ן דמ"ש הירושלמי בעדים אין הכונה דעדים אומרים דלא זזה ידם מהחכם אלא בעדים היינו שאמרה בפניהם פלוני ראה ניתמן דאם הפירש שמעידים דפלוני לא ראה הכתם למה לא נקט כתמה דמגו במ"ע ל"א ובבבלי נקט פלוני חכם טיהר לי את הדם דאינו כתם וכיון דאמרה ממנה הדם שאנח"ד ותו א"י לחזור בה וכשאמרה אח"כ החכם טיהרו לית לה מגו.

כתב החמ"ח סקי"ז זה פשוט שכל שהעידו שני עדים מפי ע"א א"נ להכחיש אך יש להסתפק אם יכול העד הראשון לומר שקר הגדתי לך וכבר כתב הר"ן בתשובה סמ"ז שאף שהגדתו מועלת חוץ לב"ד מ"מ אם אמרו אח"כ מבודין היינו נאמנים עכ"ל ולי צל"ע לפימ"ש בחו"מ סימן פ"א שאפילו העידו שני עדים שזה הודה שחייב לזה והוא מכחיש להד"מ פטור דמילי דכדי לא דכירי אינשי כיון שי"ל משטה הייתי בך ועש"ך שם שכן הסכמת כה"פ וא"כ ה"נ כיון די"ל מבודה הייתי הוי מילי דכדי ה"נ י"ל לא אמרתי אף ששני עדים מכחישין אותו וכן מוכח בריטב"א פרק שבועת העדות דף ל"ב באמר לה העד דמת בעלה ואחר שבא לב"ד מכחיש דלא אמר אף את"ל דהאשה נאמנת שכך אמר לה העד מ"מ כיון דתחלה אמר חוץ לב"ד ול"ל בזה כיין שהגיד א"ח ומגיד ה"נ כשמכחיש שלא אמר ואף דהאשה בעצמה יודעת האמת שכך אמר לה ואפילו תהא נאמנת להכחיש העד מ"מ שלא כדין תנשא כיון שיכול העד לומר מבודה הייתי וע"כ מטעם שכתבתי עוד כתב הריטב"א שם בדעת רש"י כיון דרבנן התירוה להנשא עפ"י ע"א שאמר לה כן חוץ לב"ד מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה מעתה הרי האשה כב"ד בענין זה ואלו היתה האשה נאמנת להכחיש העד אין העד יכול לחזור ולהגיד אלא שאינה נאמנת להכחיש העד כיון שתלתה בו וכמ"ש הרמב"ן את"ד שם מבואר דבזה ל"ל מבודה הייתי אף שאמר לה חוץ לב"ד דהוי כהגיד בב"ד וסברתו כיון דרבנן התירוה להנשא עפ"י ע"א שאמר לה כן חוץ לב"ד ומן התורה היה צריך שיגיד בב"ד הרי עשאוה כאלו הגיד בב"ד דשוב א"ח ומגיד ואין חולק על הר"ן בתשובה שם דהר"ן לא כתב דינו רק באמר על טומאה וטהרה ואיסור והיתר או שיבמה של האלמנה חי דבכ"ז לא עשאוה רבנן כאילו הגיד בב"ד אלא דמדינא א"צ הגדה בב"ד ועמ"ש לקמן סעיף כ"ף.

ובעז"נ כתב ע"ד הח"מ דהדבר פשוט דנאמן העד הראשון לומר שקר אמרתי לך מגו דיכול לומר לא אמרתי לך שמת בעלה ובמח"כ פשוט לאידך גיסא בריב"ש סימן קצ"ג והובא בכנה"ג בכ"מ ובנה"מ סימן ע"ב סח"י ובסימן ע"ט דאפילו יש לו מגו דבידו אינו

נאמן לומר מה שהגיד בראשונה שקר אמר והביא ראיה לזה מפי"נ כשאמר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא אינו נאמן אף די"ל מגו דבידו ליתן לו כל נכסיו במתנה,

ובשו"ת ב"י כתב כיון דבעדות אשה זה שמעיד שמת בעלה מהימן כשנים בשאר עדיות ה"נ מהימן השני להכחיש הראשון כאלו שנים אומרים דהראשון אמר להם שמת בעלה ואח"כ אומר הראשון שלא אמר והוכיח כן מפרק שבועות העדות דל"ב דאר"פ אם אמרה לדידי אמר לי שמת בעלי ואח"כ השביעתו שיבא ותעיד ומכחיש דפטור דלא אפסדה כלום דהיא נאמנת שכך אמר לה עיי"ש וכבר הקשה הר"ן שם כן ורמב"ם בפ"י מהלכות שבועות השמיט הך דר"פ ונראה כיון דאמרינן חזקה אשה דייקא ומנסבא הוי כקים לן בגוה דלא משקרה דאיתא בפ' הכותב דף פ"ה דאר"פ קרענא לשטרא אפומיה ופריך הש"ס קרענא ס"ד הא צריך שני עדים אלא מרענא וס"ל לרמב"ם דר"פ באמת אמר קרענא דס"ל דע"י הוכחה דקושטא קאמר הוי כשני עדים אלא דהש"ס פליג דלא אהני הוכחה להיות כשני עדים ואם כן לר"פ אף דהכחישה העד היא נאמנת כשני עדים ולא אפסדה כלום ולדידן ל"ה כשני עדים רק משום עגונה אפקינהו לקידושין וכדעת הריב"ש בשיטת הרמב"ם וגם לתשב"ץ ונו"ב רק בעד כשר ומעיד שראה בעצמו שמת בעלה נאמן מה"ת אבל משום דייקא ומנסבא רק מדרבנן מותרת וכיון דאינה כשני עדים נאמן הראשון להכחישה ואפסדה בכבישת עדותו,

עוי"ל לפימ"ש לעיל הא דלא מהימנת דכך א"ל העד דמת בעלה במגו שיכולה לומר סתם מת בעלי משום דאפילו אמר העד דמת בעלה אינו דבר ברור לגמרי שהאמת כן רק מסברא אמרינן וכמ"ש מן הנמ"י אך זה דוקא אם ע"א לא מהימן מן התורה רק רבנן הקילו מסברא דמלתא דעל"ג לא משקרי אבל אם מן התורה מהימן ע"כ דחשוב כשני עדים וזה תליא בהך דקים ליה בגוה דלא משקר אם מועיל לאפוקי ממון כשני עדים הרי דלא הקפידה תורה דוקא אשני עדים אלא סגי אם יש לנו אומדנא דזה העד אחד לא משקר אבל אם לא סמכינן לאפוקי ממונא על קים לי בגוה הרי דוקא שני עדים ולכן לר"פ דאמר דע"י קי"ל בגוה קרענא לשטרא תרי מועיל כשני עדים משא"כ להש"ס דפליג ורק מרענא לשטרא לא אהני שום אומדנא להאמין לאחד כשנים רק רבנן הקילו משום עגונא וכדמסיק הריב"ש בשיטת הרמב"ם לכן לא מהני מגו שלה ואפסדה ממון כתובתה בכפירת עדותו לכן השמיט הרמב"ם הך דר"פ ובתשב"ץ ח"א סוף שאלה פ"ד מדמה הך דר"פ דקי"ל בגוה להא דעל"ג לא משקר דהתם קי"ל להדין בלבד דלא משקר והכא בעל"ג קי"ל לכ"ע דלא משקר ולשיטתו דעל"ג מועיל גם להוריד לנחלה ומהני מן התורה כשני עדים עכצ"ל דזה עדיף מהך דקי"ל דר"פ דהא התם לא קרעינן לשטרא

ואינו מדמה להו רק דמצינו דסמכו חכמים אאומדנא ולא הצריכו דוקא תרי סהדי אבל להריב"ש באמת שוין ממש וכמ"ש.

עוד בחמ"ח דאם בא העד מיירי אחר שהתירוה לינשא דאם בא מקודם אפילו עד אחר נמי לא תנשא ובקה"י חולק עליו לפימ"ש רש"י ביבמות פ"ח ב' דכיון שהתירוה היא בחזקת היתר תו אינו נאמן ע"א נגד חזקה ופ"ת תמה עליו דקי"ל לקמן סל"ח אפילו ע"א נאמן להכחישה אפילו אחר שהתירוה לינשא וגם על החמ"ח קשה דלפ"ז הדק"ל עיי"ש.

ונראה דלפ"ד רש"י והפוסקים הא דמתירין אותה עפ"י עצמה או ע"י ע"א משום דאפקינהו רבנן לקידושין דמה"ת אין אחד נאמן וא"כ ע"י התרת ב"ד רק יצאה מחזקת א"א אבל מחזקת חי לא יצא הבעל ולכן ע"א כשבא ואומר לא מת מסייעו חזקת חי נגד חזקת היתר שלה משא"כ כשבא ואומר לא אמרתי לך שמת בעלך לא מסייעו כלל חזקת חי דבין אמר בין לא אמר אפשר חי ואפשר מת דהא מעולם לא היה נאמן לאפוקיה מחזקת חי וגם עכשיו אינו אומר דבעלה חי ומיגו לפימ"ש באס"ז הנ"ל דלהכי נאמן הראשון להכחישה כיון דתלתה בו הימניה א"כ אפילו נגד חזקת היתר שלה נאמן וכדאיתא בקידושין דף ס"ו אי מהימן לכך זיל אפקה וכ"ש כאן דהאשה בעצמה האמינה אותו דהוי כנאמן עלי אבא ונראה כיון דהיתה יכולה לומר שמעתי שמת בעלי ולא תפרט פלוני אמר לי אע"כ היינו כונתה יכולים אתם לשאול פיו ותבואו על האמת לכן הוי כאמרה נאמן עלי אם יאמר שלא אמר לה או כיון דבעצמה תלתה בו הרי מהימן לה גם נגד חזקת א"א וחזקת חי וכ"ז צ"ע דודאי שפיר קאמר הקה"י דרכיה דרכי נועם ואיך יתכן שיוכל להכחישה אחר שתנשא ויהיה בניה ממזרים הן בקדושיו לא יאמין ושמא יתהפך לשקרן וחזקה ל"מ על להבא דשמא מת ל"ח ולשמא ימות חיישינן כדאיתא בגיטין דכ"ח ה"נ עד עכשיו מוקמינן לו בחז"כ ושמא יצא מחזקתו אח"כ.

עו"כ בחמ"ח ויש להסתפק אם היא אמרה בשם שפחה דאח"כ באה השפחה ומכחשת אותה וכתב בשו"ת רע"ק בהשמטות לסימן קי"ג דלא הבין הספק דהאשה שם פסול עלה כמו השפחה ורמב"ן כתב דכל עמפ"ע ראשון נאמן אף דשניהם שוים גם הקשה על רמב"ן איך למד דבשניהם שוים הראשון נאמן מפלוני חכם טיהר לי הכתם דהתם הוי פסול מפי כשר עיי"ש וא"י מה ק"ל על רמב"ן נהי דאשה פסולה לעדות אבל לענין נדתה תורה אמרה וספרה לה וכשרה כהחכם וקושיתו על החמ"ח י"ל דהחכם יש לו רק שד לריעותא דאינו רק חד דשנים ודאי נאמנין עליה בלא טעם דתלתה בו ולכן י"ל כיון דתלתה בו הימנה אותו אבל כאן אחר שהתירוה דיש לה חזקת היתר היה צריך שנים להכחישה כמ"ש קה"י ונהי דבחד כשר דאינו רק חד לריעותא י"ל דהימנה אותו אבל

שפחה דהוה חד לריעותא דאפילו עד כשר בעלמא אינו נאמן ושפחה יש לה עוד ריעותא דאפילו שתים אין נאמנות ובתר"ל לא מהני קבלה בעלמא כדאיתא בחו"מ סימן כ"ב.

הג"ה ואין הב"ד צריכין לשלוח אחריו אעפ"י שהוא בעיר וב"ש מסיק דוקא גוף העדות איך ידע אז אם אפשר שואלים אותו אבל אם העד השני מפרש שפיר עדותו א"צ לשאול את העד הראשון עכ"ל אך בריטב"א שבועות דף ל"ב כתב וז"ל שהדבר מסופק כשאמרה שאמר לה ע"א שמת בעלה והעד מצוי אם חייבין ב"ד לשאול את פי העד ומיהו כי ליתיה לעד פשיטא דמהימנה אעפ"י שפירשה מגו דאי בעיא אמרה סתם מת בעלי ונראה דחייבין וכן נראה מלשון רבינו הרמב"ן ז"ל עכ"ל ומדכתב כי ליתיה לעד פשיטא דמהימנה מבואר דמה דמסופק כי מצוי משום דלא סמכינן על נאמנותה כשאפשר לברר וע"ז מסיק דחייבין לשאול את הראשון וכיון דרמב"ן וריטב"א הכי ס"ל ורמ"א וב"ש לא ראו אותם ודאי כרמב"ן וריטב"א יש לעשות אף די"ל רמב"ן לשיטתו דראשון נאמן להכחישה אפילו להפסידה כתובתה א"כ הוי בירור גמור לכן צריכין לשואלו כשמצוי אבל להש"ע דפסק בריש סימן קט"ו דבלא עדים אין מפסדת כתובתה רק לענין איסור פסק כהרא"ש דהכריע דראשון נאמן א"כ גם כשיכחישה הראשון לא יהא בירור גמור בכה"ג א"צ לברר וכמ"ש האחרונים לענין ס"ס אם צריך לברר היכא דלא יתברר כל השני ספקות בודאי מ"מ הא הב"ש בעצמו כתב בסימן קט"ו דרמב"ם וסמ"ג ס"ל כרמב"ן דמפסדת כתובתה ע"י הכחשת החכם וגם באיסור דרבנן נאמן הראשון להכחישה הרי מיחשב כודאי לענין איסור דאל"כ הוי ספק דרבנן ומפרט בכתם דמבואר בנדה דלא אמרו להחמיר בדבר אלא להקל ויש לה חזקת טהרה ומ"מ נאמן הראשון ואסרינן.

והב"מ כתב דרמ"א הוציא הדין מדכתב הר"ן בפ' שה"ע דלא היתה צריכה לעדותו דהיתה יכולה ללכת לב"ד ולומר מת בעלי וכו' וע"כ מ"ש דהיתה יכולה לומר מ"ב ל"ד דהא חלילה לה לשקר ולומר מ"ב דמשמעותו מת בפניה אע"כ כונתו שתאמר פלוני הגיד לי שמת בעלי ובודאי שמשמעות לשון ר"פ היינו כשהמגיד היה בתוך העיר ואך חוץ לב"ד ואלו הדין שצריך הב"ד לשלוח אחריו מה היה מועיל הגדתה בשמו ואנן היינו שולחין אחריו והרי כהוגן השביעתו ולמה פטור מק"ש אלא משמע דא"צ לשלוח אחריו את"ד ולא ידענא מה יענה למ"ש הר"ן שם דהיא גרמה לנפשה שהשבעתו שאלו רצתה לומר מת בעלי סתם מצי אמרה הכי עפ"י דבריו של עד עכ"ל וודאי לשון סתם היינו שלא תזכיר ששמעה מאחר וכתב דמצי אמנה הכי ואדרבה בריטב"א שם כתב דמהתם נלמוד שהאשה שאמר לה ע"א שמת בעלה יכולה היא ללכת לב"ד ולומר מת בעלי סתם ותנשא ומדכתב הרמב"ן שאלו רצתה אמרה סתם מת בעלי נראה שאם אמרה שע"א

אמר לה חייבין לשלוח אחריו את"ד ומה שהקשה הב"מ דהיה לו לכתוב הג"ה זו לעיל ס"ג לק"מ משום דה"א אחר דכתב המחבר שאם בא העד שאמרה משמו מת ואמר שלא אמר מת לא מהימנא ג"כ חייבין ב"ד לברר ולשלוח אחריו דשמא יבא ויכחישה לכן כתב דא"צ לשלוח אחריו

סעיף ט

ס"ט עד אומר וכו' כ"כ הטור בשם הרא"ש ויליף לה בתשובה כנ"א ס"ד מיבמות דף קי"ח בשתי צרות אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג ר"י ור"ש אומרים דינשאו וב"י תמה על הטור דהביא מהרא"ש והיא משנה מפורשת ולי צ"ע די"ל כיון דחזקה אא"ח ולא לו כדאיתא בקידושין דף ס"ג ע"ב א"כ זה העד שהעיד שקר ע"כ מחמתה ששכרתו א"כ כיון דמה"ת אין ע"א נאמן בעדות אשה רק רבנן הקילו משום דאשה דייקה וכאן יש רגל"ד דמהדרה אחר עד שקר נחוש גם השני שכרתו להעיד שקר ובמכות דף ה' ע"ב ההיא איתתא דאתאי סהדי ואישתקור אייתי סהדי ואישתקור אזלה אייתי סהדי אחריני דלא אישתקור אר"ל הוחזקה זו ור"י ור"א דס"ל אם זו הוחזקה כל ישראל מי הוחזקו י"ל דוקא בתרי סהדי משא"כ הכא בחד סהדי ובזה י"ל טעם למ"ש הסמ"ע בחו"מ סימן למ"ד סק"ט בזה מעיד הלוהו שמן ושני מעיד אז היתה הלואה של יין בטלה עדותן ואפילו שבועה א"צ הלוה ומשום דע"א ודאי שקר חיישינן דהתובע חזר אחר עידי שקר כיון דחזקה אא"ח ולא לו תלינן הריעותא בזה שהביאן ואאת"ל התם דלא כהסמ"ע משום דמה"ת ע"א מחייב שבועה דלא חשה התורה לענין שבועה ששכרו משא"כ כאן ואף דהתם במכות אייתי שני פעמים מ"מ הה"ד בפעם אחד רק מעשה שהיה כך היה כמ"ש הריטב"א בשיטת הרי"ף וכ"כ המלחמות שם דגם בחד זימנא רגל"ד דהמביאן מהדר בתר סהדי שיקרא והא דצרות אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג שאני דל"ל חזקה אא"ח דלעצמן מעידין ואם אחת משקרת ליכא ריעותא לשניה כלל וכל חדא מעידה לעצמה ונשאת עפ"י עצמה ולפ"ז גם מ"ש הב"ש נהי דאחד משקר נשאר השני כשר ודי בעגונה ע"א לפימ"ש אינו וצ"ל הרא"ש דל"ש ליה בין עדים לצרות או דס"ל כהרז"ה במכות דבפ"א לא הוחזקה או דל"ש ליה בין ע"א לשנים וכמו דקי"ל כל ישראל מי הוחזקה כר"י ור"א לענין שני עדים ה"נ לענין ע"א או דס"ל דכאן לא מחזיקינן לשום אחד שהעיד שקר במכיון רק לא דייק כיון שידע שמת וטעה בין הריגה למיתה וכמ"ש הר"ן והובא בב"י חו"מ סימן כ"ט ובטו"ז שם בסימן למ"ד ס"ג דיש לתרץ דברי העדים אפילו במשמעות רחוקה שלא יהיו מוכחשים וראיית הרא"ש מהצרות הוא כך דאם איתא בהוכחשו אמרינן דאחד משקר במזיד ה"נ הל"ל בחצרות דאחת משקרת וכיון דלא ידעינן איזה

היא לא תנשא שום אחת דשמא זו המשקרת ובעדות צרתה אין משיאין ואיך מתירין אותן הב"ד בבת אחת דהא בשני שבילין בב"א לד"ה טמאין כדאיתא בפ"ב דכתובות דף כ"ז ומשנה דיבמות שם בבת אחת מיירי כמ"ש תוס' שם בד"ה דכל ועכ"פ טובא קמ"ל הטור דיש לדחות הראיה דלעולם כיון דמכחישות זא"ז ודאי אחת משקרת ומ"מ ינשאו שתיהן דכל חדא בפני עצמה עומדת ואומרת דבעלה אינו קיים ומדינא להתירן אפילו בב"א דהא בשני שבילין ג"כ מדינא אפילו בב"א טהורין רק מדרבנן אסרינן משום חוכא ואטלולא כמ"ש מהרי"ל בתשובה קנ"א וה"ד התם כיון דאחד ודאי הלך בשביל הטמא מחזי כחוכא כשניטהר שניהן בב"א משא"כ כאן אם ינשאו שתיהן אפשר באמת מת הבעל ושניהן מותרין ועוד הא ביבמות דף קי"ט ע"ב בעי לומר לר"א צרה מעידה לחברתה ונהי דלא קי"ל סכי מ"מ לעלמא לא מחזי כחוכא ולדינא בלא"ה כל חדא וחדא מעידה לעצמה.

ובירושלמי אמרו ר"א ור"י מודו ר"י ור"ש בעדים דאחד אומר מת ואחד אומר נהרג דלא תנשא דשאני צרה דלא עשו דבריה אצל חברתה כלום וצריך להבין בשלמא כשאחת אומרת מת ואחת אומרת לא מת שפיר לא עשו דברי האומרת לא מת אצל חברתה כלום משום דשונאות זא"ז אבל בשתיהן מודות שמת רק זאת אומרת מת וז"א נהרג דשתיהן באין להתיר עצמן הוי הכחשה כמו בעדים וכמ"ש התוס' שם בד"ה דכל ולפימ"ש א"ש דבצרות ל"ל חזקה אא"ח ולא לו לתלות הריעותא בחברתה משא"כ בעדים ע"כ הריעותא מחמת האשה וכמו שכתבתי.

וכבר ראו כן תמהו הנו"ב ושאר אחרונים על הרא"ש וטוש"ע שהוא נגד הירושלמי אך לפימ"ש יש מקום בראי"ש ליישב דלכאורה למה נחוש ששכרה השני עדים מחמת דחזינן דאחד העיד שקר הא סגי לה להתירה בע"א ולא שדי אינש זוזי בכדי אך כיון דתנן בר"פ הא"ר דאם נשאת שלא ברשות ב"ד רק ע"י שני עדים מותרת לחזור לראשון שפיר יש לחוש דמש"ה שכרה שנים אך הא מסקינן דאין הלכה כך כדמסיק שם דף צ"א ע"ב ומוכח בירושלמי דר' יוחנן ס"ל כמתניתין דנשאת של"ב מותרת לחזור לראשון דטרח לפרש שם טעמא דמתניתין והדר קאמר הא דתנן במתניתין ניסת עפ"י ב"ד תצא ופטורה, מן הקרבן ליתא ואינה הלכה ולא קאמר כן אלישא דנשאת ברשות מותרת לחזור לראשון דאינה הלכה עכצ"ל דס"ל דכן הלכה לכן קאמר בעדים מודים ר"י ור"ש דלא תנשאו ואף דמעשה שהיה בתשובות הרא"ש היה שתחלה העיד אחד על מיתת בעלה ובנו קברו ואח"כ נסתלקו מקבלי העדות ונאבד הגביית עדות וישבה עגונה עד שבאו שנים והעידו שנית ונשאת ואח"כ נמצא גביית העדות הראשון ואחד מהשני עדים האחרונים

העיד שראה שבא כתבים לבן בעלה שמת אביו ונהג אבלות א"כ היה ההכחשה מעד ראשון להאחרון וי"ל שמא שכרו גם שניהם כיון דגביית עדות הראשון נאבד הוכרחה לשכור זה מ"מ י"ל כיון דבאחרונה באו שני עדים והיה די לה באחד למה תשכור שנים ועוד הריעותא של הכחשה נולד בעד שבא לבסוף י"ל השתא דאתרעי ולא כשהעיד הראשון ועש"ך חו"מ סי' ס"ו ס"ק נ"ו דלא אמרינן אטו כולהו נשי דינא גמירי אלא במקום שמפורש בש"ס ושם יש טעם בדבר ואף דכ' דהרא"ש וטור לא ס"ל הכי היינו בדבר שפליגי הפוסקים עכשיו וכמ"ש שם תומים.

והא דס"ל לר"י בירושלמי שם בשתי כתי עדים שהוכחשו דבטלה העדות אף דר"י ס"ל במכות כל ישראל מי הוחזקו היינו משום דבטלה מקצתה בטלה כולה היכא דצריכים שני עדים כשרים משא"כ בעדות אשה וכדמחלקי הב"ח בשו"ת סימן פ"ד ועה"נ סימן ס"ז ושאר אחרונים ורב דס"ל בירושלמי בכל עדות שהכחישו זא"ז דלא בטלה העדות והביא ראיה מהצרות שאחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג דינשאו צ"ל דל"ש ליה בין עדות עגונה לשאר עדות או דגם בשאר עדות לא אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה מחמת הכחשה שבינים משום דתלינן דטעו וס"ל לרב דאם היו אומרים דחד כת משקר הל"ל כן גם בצרות ולא ינשאו שתיהן כיון דלא ידעינן איזה משקרת ובעדות חברתה הצרה אין מתירין אותה א"ו דמתרצין דבריהן דאחת טעתה בין הריגה למיתה אבל אמת ידעה דאינו קיים אח"כ מצאתי בישרש יעקב על יבמות בדף קי"ח בתוספת ד"ה ומכחישות שהעלה בכונת התוס' שם דמספ"ל אם אחת משקרת די"ל שתיהן אסורות כיון שאין אנו יודעין איזה משקרת ובעדות צרתה אי אפשר להתירה

ובפשוט יותר י"ל דלא תקשי על הרא"ש וטוש"ע מהירושלמי דאמר דמודו ר"י ור"ש בעדים דאחד אומר מת ואחד אומר נהרג דאסורות דבפז"ב דף ל"א אמרי נהרדעי אפילו אחד אומר מכה שחור ואחד אומר מנה לבן מצטרפי דס"ל כרשב"א דאחד אומר מנה ואחד אומר מאתיים מצטרפי לב"ה ובפ' חז"ה דף מ"א ע"ב פסק רב יהודא נמי באחד אומר מנה ואחד אומר מאתיים מצטרפי כרשב"א וא"ל ר"כ והא מייתינא לך איגרתא ממערבא דלית הלכתא כרשב"א א"ל לכי תיתי ונפסק הלכה בפוסקים כנהרדעי וכרב יהודא דמצטרפין ומבואר בתוספת בפחז"ה שם דנהרדעי ס"ל אף דמנה שחור ומנה לבן הוי הכחשה בגוף המעשה מ"מ אמרינן דלא דייקי ביה סהדי ודמי למנה ומאתיים עיי"ש ובחידושי ר"ן פז"ב שם ולפ"ז ה"נ באחד אומר מת ואחד אומר נהרג כיון דבין כך ובין כך אין הבעל קיים לא דייקי סהדי ולא חשוב הכחשה דלא כהירושלמי דהך ממערבא דס"ל דאין הלכה כרשב"א וכ"כ בדברי אמת בקונטרס חי"ת ס"ג בד"ה ונוראות דהא

דמערבא היינו הך דר' יוחנן דמודי ר"י ור"ש בעדים שבירושלמי עיי"ש ונראה דר' יוחנן פליג ארשב"א אפילו במה דאמר רשב"א בשתי כתי עדים דז"א מאתים וז"א מנה דבכלל מאתיים מנה לכ"ע דל"ה הכחשה דהא ר' יוחנן ס"ל בירושלמי דיבמות שם דשני כתי עדים כת אחת אומרת דזה נזיר שתים וכ"א אומר דנזיר חמש לכ"ע בטל כל העדות וגם ע"כ ר' יוחנן פליג אנהרדעי דלר' יוחנן בירושלמי שם כת, אחת אומרת מן הכיס מנה וכת אחת אומרת מן הצרור מנה דהוי הכחשה ובטלה כל העדות ונהרדעי בסנהדרין ס"ל אפילו רק כת אחת וזה אומר מנה שחור וז"א מנה לבן דמצטרפין אף דהוכחשו בגוף המנה וכיון דקי"ל כנהרדעי ליתא לדר' יוחנן גם במה דס"ל דע"א אומר נהרג וע"א אומר מת דלא תנשא דר יוחנן לשיטתו דאפילו בהכחשה דשתי כתי עדים בדבר דלא תליא גוף הדין מ"מ בטלה כל העדות אבל לנהרדעי כיון דלדינא אין חילוק בין מנה שחור ללבן לא בטל העדות ואדרבה מצטרפין דאמרינן כיון דאין הדין תלוי בזה לא דייקי ה"נ בנהרג ומת וכיון שכן אפ"ת הא דאמר בפחז"ה אייתינא איגרתא ממערבא לאו היינו ר' יוחנן ובעל הירושלמי מ"מ בלא"ה לית הלכתא כר' יוחנן כיון דקי"ל כנהרדעי ובתוס' רי"ד פחזים שם כתב דבמנה שחור ולבן דאין לב"ד לחקור אם היה שחור או לבן כיון דבין כך ובין כך מנה הלוהו הלכך אעפ"י שהכחישו זא"ז לא קרינן ביה עד חמס דאמרינן חד מנייהו לא כיוון יפה ונראה לו כך ושניהן כשרין כיון שהעדות לא היתה תלויה באותו הראיה עיי"ש וא"כ ה"ט שייך נמי בנהרג ומת דאין ב"ד צריכין לחקור באיזה אופן מת ואפילו אמר ראיתיו מוטל מת וא"י אם מעצמו או נהרג תנשא וגם הב"ש ועזר"נ כתבו דנהרג או מת הוי כמנה שחור או לבן ובירושלמי גופה שם מבואר דר' יוחנן דאמר דהכחשה בכלל הוי הכחשה לכ"ע כגון כת אחת אומרת כזר שתים וכת אחת אומרת נזר חמש דבטלה כל העדות אזיל לשיטתו דאמר כת אחת אומרת מנה המעות מן הכיס וכת אחת אומרת מנה מן הצרור דבטלה כל העדות וכיון דאנן קי"ל מנה שחור ומנה לבן לא בטלה העדות דיותר הוי הכחשה בגוף ההלואה איזה מטבע הלוהו מן צרור וכיס וכן קי"ל דמנה ומאתיים בכלל מאתיים מנה ולא בטלה העדות ממילא ליתא לדר' יוחנן בע"א אומר נהרג וע"א אומר מת וכבר העירו הדברי אמת וב"מ ורב אחד בנוב"ת חא"ע סכ"ו בזה אלא שביארתי הדברים יותר ועדיין הירושלמי צריך ביאור דמן הצרור או מן הכיס אינו הכחשה בגוף המעשה אפילו כמנה שחור ולבן רק הוי כמן ארנקי שחורה או לבנה כמ"ש בנוב"ת שם וגם לא נ"מ כמנה ומאתיים או כנזר שתים וחמש ואיך משוה אותן הירושלמי וגם רחוק שיחלוק כ"כ אבבלי דאפילו רב יהודא ורבא דס"ל במנה שחור ולבן הוי הכחשה מודו בארנקי שחורה ולבנה כמבואר בפז"ב.

ונ"ל מאי דנקט הירושלמי מן הצרור ומן הכיס היינו דנפקד טען שנאנסו המעות שהופקד אצלו והעידו שלקח סחורה בעד המעות ועדיין הסחורה קיים ומבואר בחו"מ סימן רצ"ב ס"ז בהג"ה דאם הרויח הנפקד במעות המפקיד במקום שאסור להשתמש הריוח של המפקיד ואיתא במשנה ס"פ המפקיד דאם הפקיד מעות צרורין אסור להשתמש בהן לכן מדמה הירושלמי מן הצרור מנה ומן הכיס מנה לפלוגתא דרב ור"י בכלל חמש שתים אי הוי הכחשה ואמר שם דר"י דס"ל דהוי הכחשה כדעתיה דכת אחת אומרים מן הצרור מנה א"כ גם הריוח של מפקיד וכת אפת אומרים מן הכיס מנה ואין למפקיד רק הקרן דבזה ס"ל לרב דבשתי כתי עדים ל"ח הכחשה כיון דלתרוייהו עכ"פ הקרן של מפקיד דבכלל מאתים מנה ור"י ס"ל כיון דנ"מ לענין הריוח הוי כמכחישין א"ע ביין ודבש ומאתיים ומנה דהוה הכחשה לר"י גם בשתי כתי עדים ומה שאמר ירושלמי שם זה אומר לתוך חיקו מנה וז"א לתוך אפונדתו מנה הוי רק הוכחש לאחר העדות מיירי נמי לענין הפקדון דמבואר בחו"מ שם ס"ו דאם טלטל הפקדון לצורכו ונאנס חייב והעידו העדים דנטל המעות מן הצרור שהופקד ומנה לתוך חיקו או לאפונדתו וחייב באונסין וכיון דהכחשה זאת אינו בגוף העדות דכיון שהעידו שטלטל סגי הוי רק הכחשה לאחר העדות ואינו הכחשה ולפ"ז בארנקי שחורה ולבנה גם לירושלמי ל"ח הכחשה ולפ"ז מיושב נמי מה שהקשה הנו"ב דתחלה אמר מן הצרור מנה דקאי על המלוה ואח"כ אמר לתוך חיקו מנה דקאי על הלוה עיי"ש ולפימ"ש הכל קאי על הנפקד ומה דאמר חייליה דרב מהא דר"י ור"ש במת ונהרג משום דהכפשה בגוף המעשה כמת ונהרג די למנה ומאתיים כדמדמי נהרדעי בסנהדרין דף ל"א מנה שחור ולבן למאתיים ומנה ועיי"ש בחידושי ר"ן ומ"ש הנוב"ת דמן הצרור מנה או מן הכיס מנה מיירי לענין גנב לחייבו בכפל דחוק מאוד דאין דרך גנב למנות המעות ולהניח הכיס והצרור ונחפז להמלט וגם למה לא נקט בתוך העדות ולאחר העדות בחד גונא דכך היה יכול לאחר העדות שהניח לצרור או כיס וכן ברישא בתוך העדות היה יכול לומר שגנב מן החיק או מאפונדתו ולפימ"ש מדויק מאד ומוכח כפסק הרמ"א בחו"מ שם סוף ס"ז ועיי"ש טו"ז גם נ"ל מוכח דבהפקיד אצלו מעות צרורין וחתומין ונטל הנפקד המעות מהצרור לצורכו מיד נתחייב באונסין מדמחשבו הירושלמי הכחשה לאחר העדות דמיד שנטל המעות מן הצרור הגביהן ואין צורך לדעת לאיזה מקום מנה ועיין נתיבות בסימן רצ"ב סק"א בשם הנמ"י שעל המשנה המפקיד חבית.

והב"ח בתשובה צ"ד כתב דנהרג ומת הוי הכחשת בחקירות ומד"ת כאלו אפילו ע"א ליכא רק דכמו שהקילו בעגונה להאמין עבד ושפחה ה"נ פלגינן דיבורם דחשבינן

להכחשתם לדברים בטלים כאלו לא אמרו כלל רק שאין הבעל קיים ויש שני עדים וכ"ז משום דעל"ג ודייקא ומנסבא את"ד מבואר דלא ניחא לו לומר כהב"ש דאף דמכחישין זא"ז עכ"פ אחד מהם אומר אמת וסגי בע"א אלא ס"ל להב"ח דאם לא ע"ד הרי זה שאומר מת מוכחש מחברו שאומר נהרג ולא מת וזה שאומר נהרג מוכחש מחברו שאומר מת ולא נהרג וליכא אפילו עד אחד ואפשר זה תליא בפלוגתא שהובא בתוס' רי"ד פחז"ה דף מ"א ע"ב אם שני עדים המכחישין זא"ז מצטרפין לעדות אחרת דלדעת ר"י מצטרפין אף דאחד ודאי אמר שקר לא נפסל ע"י ע"א ולתוס' רי"ד לא מצטרפין לעדות אחרת ועש"ך חו"מ ריש סימן ל"א לכן ה"נ אף דחד ודאי משקר לא נפסל א"כ יכול להכחיש השני

וקשה על הב"ח מירושלמי הנ"ל דאמר מודו ר"י ור"ש בעדים ולהב"ח א"א לתרץ דירושלמי ס"ל גם הכחשה בד"מ בבדיקות מבטל העדות דהא להב"ח הוי הכחשה בחקירות וגם לדידן מבטל העדות.

ונראה דלפיכך פ"ד דהקילו משום דדייקא ואיתא בתוס' בב"ב דף ל"ב בד"ה אנן כי איכא שני עדים לא דייקא דליכא חומר בסופה דנשאת ע"י שני עדים מותרת לחזור לו ואפילו בתרי ותרי דכת אחת אומרת לא מת הל"ל דלא דייקא רק משום דלולא ברי שלה אם נשאת תצא איכא חומרא אם תעמוד תחתיו עיי"ש ולפ"ז ל"ל בשני עדים אחד אומר מת ואחד אומר נהרג דפ"ד וליכא הכחשה כלל ונשארו שני עדים המעידים שאינו קיים דא"כ ליכא חומר בסופה ולא דייקא ואיך נאחז החבל בתרין ראשין לומר דלא הוי הכחשה ויש שני עדים משום דדייקא ולכן ס"ל להירושלמי דמודו ר"י ור"ש בעדים וכ"ז אם הדין דנשאת עפ"י שני עדים ובא הבעל דלא תצא וכבר כתבתי למעלה דהכי ס"ל להירושלמי בר"פ האי"ר סוף ה"ב אהא דתנן במשנה דאר"ש נשאת שלא ברשות מותרת לחזור לו נשאת עפ"י ב"ד תצא ופטורה מן הקרבן ופירש ר' יוחנן למה נשאת של"ב דהיינו עפ"י עדים מותרת לחזור משום דהוי שוגגת דסמכה על שני עדים ואהא דתני נשאת עפ"י ב"ד פטורה מן הקרבן אמר ר' יוחנן דלית הלכה כן מבואר דס"ל לירושלמי ור' יוחנן דברישא דנשאת של"ב מותרת לחזור מדלא פליג נמי בזה לומר דליתא כמו בסיפא אבל אנן דמסקינן בפ' האי"ר דף צ"א ע"ב דאסורה לחזור וכל החומר בה שפיר אמרינן דדייקא גם בשני עדים ולהכי מקילין ופ"ד ועוד הא ר"ש ס"ל דנשאת של"ב דהיינו עפ"י שני עדים מותרת לחזור א"כ לא דייקא ור' יהודא ס"ל ביבמות דף כה הרגתיו לא תנשא אשתו דלא פליגינן דיבוריה אפילו בעגונה לכן אמר בירושלמי דמודו ר"י ור"ש בעדים משא"כ לדידן דקי"ל בהרגתיו פ"ד כדלעיל ס"ז וקיי"ל נשאת עפ"י שני עדים כל החומר

בה שפיר אמרינן דפ"ד ולפיכך צ"ל בצרות דלא עשו דברי צרה אצל חברתה כלום משום דר' יהודא לא ס"ל דפ"ד בהרגתיו.

ויש להקשות להב"ח דפלגינן דיבורא דהקילו רבנן משום עגונא א"כ ביבמות שם כ"ה ע"ב דפריך לימא רב יוסף דאמר כר' יהודא ומתרץ אמר לך רב יוסף אנא דאמרי אפילו לרבנן ושאני עדות אשה דאקילו בה רבנן ורב מנשה דאמר כר"י לימא גם רב יוסף ס"ל דגזלן פסול כרב מנשיא ורב מנשיא ס"ל ג"כ כרב יוסף דבעלמא לא אמרינן פ"ד רק בעדות אשה אקילו רבנן לומר פ"ד וא"ל כיון דע"א מן הדין אינו נאמן ולומר עוד פ"ד הוי תרי קולי דהא ה"נ מה דהקילו בגזלן הוי תרי קולי וי"ל דבשלמא לדידן דקי"ל ע"ד בעלמא מדאורייתא י"ל ה"נ הקילו רבנן משום עגונא לומר פ"ד שלא יהא הכחשה אבל לרב יוסף דלא ס"ל כלל פ"ד ל"ל משום עגונא הקילו וכמ"ש הנמ"י בר"פ הא"ר הא דפריך מנ"ל דע"א נאמן באיסורין מדאורייתא ומייתי מטבל ושאר איסורין והא עד מיתה הוי דבר שבערוה ותירץ דס"ד דהש"ס בשלמא אם בשאר איסורין גם באתחזיק איסורא נאמן ע"א סמכו רבנן דבריהם לעשות איסור זה כשאר איסורין אבל אם בשאר איסורין לא מהימן ע"א לא היו מקילין משום תקנה עיי"ש ואף דלבסוף מסיק הש"ס משום חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחלתה אף דלא מצינו ע"א נאמן בשאר איסור כשאתחזיק י"ל ה"פ מתוך חומר שלבסוף דייקא ומרעא לחזקת א"א כמ"ש תוספת בכתובות דף כ"ב ע"ב ונהי דכאן הוי דבר שבערוה מ"מ במקום דליכא חזקת איסור כבר מצינו דע"א נאמן בשאר איסורין ועיין רשד"ם חא"ע ס"ס נ"ט דמה ריב"ל רצה להוכיח מתשובת הרא"ש כנ"א ה"ד דס"ל דשני עדים שמכחישין זא"ז כגון מת ונהרג דלא חשיבי רק כע"א ורשד"ם דחה דבריו ולפ"ד רשד"ם נראה כהב"ח דחשיבי כשני עדים כשרים.

סעיף י

סע"י דחיישינן עחמ"ח וב"ש הקשו מסימן קמ"א סי"ט ועל הראשונים אנו מצטערים דבש"ס יבמות דף קכ"ב פריך שמא שד הוא ותירץ ריא"ש דחזו ליה בבואה דבבואה ופריך דלמא צרה ומשני תנא דבר"י בשעת הסכנה כותבין אעפ"י שאין מכירין וקשה הא מה דבשעת הסכנה א"צ הכרה משום דמדאורייתא א"צ הכרה רק מדרבנן כמ"ש רשד"ם בחא"ע סימן נ"ט ותו"ג לקמן סימן ק"כ סק"ח וסקי"ב ושכ"כ תוספת ביבמות דף ק"ו בד"ה ורבא וזה דוקא באומר אני בעלה כתבו ותנו לה גט או אני יבמה ואחליץ לה אבל באומר מת בעלה אין ע"א נאמן מדאורייתא ונראה מהרשד"ם הא דמה"ת א"צ הכרה דלא חציף אינש לעשות רמאות מזה ומהתו"ג נראה משום דחזקה אא"ח ולא לו כשהוא בעל המעשה שחולץ לה או מגרשה וכמ"ש בית יעקב בכתובות דף כ"ג ומבואר

ביש"ש פ"ק דב"ק ס"ס אף דשונא נאמן להעיד מן התורה היינו היכא דנאמן מן התורה אבל היכא דאינו רק ע"א ורק מתקנה נאמן אזי שונא פסול והביאו בכנס"י סימן פ"ג והביא ראיה לדבריו ועמ"ש לעיל סעיף ב' גם כן ראיה לזה ואם כן מה ראיה מדתנא דבר"י בגט דכותבין אעפ"י שאין מכירין בשעת הסכנה דהתם רק מדרבנן צריך הכרה ובשעת הסכנה אוקים אד"ת משא"כ בנשמע קול מת פב"פ אפילו ראינו אותו והוא אדם כשר מישראל אין ע"א נאמן רק מתק"ח מנ"ל להקל כשיש חשש צרה ומחמת שנאה אומרת וא"כ עכ"פ מה דחזינן מפורש בש"ס דגם בעדות מיתה הקילו בשעת הסכנה חזינן אבל מה דאין מוכרע בש"ס ודאי יש לחלק דלענין הכרה בגט דא"צ רק מדרבנן סמכינן אבבואה דבבואה ולא חיישינן דא"א בקיאין משא"כ כאן במעיד שמת בעלה וכן אם הך דתנא דבר"י מייתי הש"ס לתרץ רק חשש צרה או לתרץ ג"כ חשש שד דאינו מוכרע בש"ס כאן דכל נאמנות ע"א אינו מה"ת רק מדרבנן נקטינן להחמיר דשמא בזה לא הקילו רבנן והדר לאיסור דאורייתא משא"כ בגט מה דצריך הכרה כל עצמו רק מדרבנן א"כ אם הספק אי גם בשעת הסכנה החמירו לחוש לשד הוי ספקא דרבנן ולקולא ובזה מיושב דברי הב"י שתירץ מה שהשמיט הרמב"ם בפי"ג מה"ג הך דשמע קול פלוני מת משום דאנן לא בקיאין בבבואה דבביאה ובכ"מ שם הלכה כ"ג הקשה לעצמו דא"כ ה"ל להשמיט הא דתנן היה מושך בבור ואמר כל השומע קולו יכתוב גט לאשתו דפריך הש"ס דלמא שד הוא ומשני דחזי ליה בבואה דבבואה ורמב"ם כתב בפ"ב מה"ג הא דהיה מושלך בבור והב"י כאן לא סתר תירוצו בזה ועיי"ש לח"מ ולפימ"ש א"ש דכיון דאין הכרע בש"ס אם לפי מה דתנא דבר"י תו ל"ח לשד לכן בגט דהוי חשש בתקנ"ח פסק לקולא משא"כ בפלוני מת וכמ"ש ואף דמה דמספ"ל בפירש הש"ס הוי חסרון ידיעה ואף בדרבנן קי"ל לחומרא כמ"ש המנ"י בקוה"ס ס"ח שאני בעגונה ולפיכך כתב הרמב"ם בפ"ב מה"ג אעפ"י שהעלוהו ולא הכירוהו דהקשה בתוספת רע"ק בגיטין פרק התקבל אות עין מאי רבותא בזה במה שהעלוהו הא בלא העלוהו ממילא אין מכירין אותו ולפימ"ש קמ"ל דל"מ בלא העלוהו דאינו ספק ידיעה אלא גם בהעלוהו ולא הכירוהו דאפשר ימצא אחר שיכירוהו והוי רק חסי"ד מ"מ בשעת סכנה מקילין.

ובמאה קשיטה סוף סימן מ"א כתב דהבבואת נראין רק לעיני השלמים זכי הראות בכשרון מעשיהם ואינם צל עובר שהחמה עמוקה ממנו כמו שחשבו רבים.

שמא שד הוא בריב"ש סימן שע"ז הוכיח מכאן דמסל"ת א"צ קישור דברים מדלא פריך שמא גוי הוא ותפסו עליו הא גם בגיטין דף ס"ו במי שהיה מושלך לבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי תקשי שמא גוי הוא וי"ל לפימ"ש הלבוש לקמן סימן ק"כ ס"ג

וז"ל ובשעת הסכנה כגון שמושלך לבור וקרוב הוא למות ואומר כתבו גנו לאשתי כותבין ונותנין אף שאין מכירין אותו ולא חיישינן שמא כונתו לקלקל ולהכשיל כיון שהוא מסוכן שאין אדם מכשיל ומקלקל באותו זמן שאימת מיתתו עליו עכ"ל וכה"ג איתא בחו"מ סימן פ"א ס"ב שאין דרך להשטות בשעת מיתה וא"כ י"ל דגם גוי לא יעשה כך רק לצרה יש לחוש משום תמות נפשי עם פלישתים כדאיתא ביבמות דף ק"ך משא"כ הכא דנשמע קול מעלמא ולא מן המושלך לבור שפיר יש לחוש לגוי.

ועוד לפימ"ש תוספת בע"ז דף י"ב דגוי אינו חשוד להכשיל כשלא יגיע לו הנאה אם כן למה ניחוש כאן לגוי וכ"כ הטו"ז כאן לדחות ראיות הריב"ש אך כבר הבאתי לעיל סעיף ב' מהחכ"צ סל"ט דדוקא בדבר איסור שא"א לעמוד עליו אין זה נקמה לפי דעת הגוי שהרי אין הישראל יודע עיי"ש ואם כן במעיד על מיתת בעלה דלכשתנשא תצא מזה ומזה יש לחוש דמתכוין לעשות רעה לבעלה ולה דכשיבא בעלה תצא מזה ומזה ותצטער על האיסור ולכן שפיר הוכיח הריב"ש למה לא פריך שמא גוי הוא אך במושלך לבור י"ל דידעינן דבעלה הושלך לבור ובתוס' רע"ק בגיטין שם כתב דהכי דייקא לישנא מי שהיה מושלך בבור ואמר משמע דידענו מי שהושלך לבור עיי"ש וא"כ מה דפריך שמא צרה היינו אולי גם צרה נפלה שם ולא ראינו אינו ראיה ולכן אין לחוש לגוי דמה ירויח דממ"נ אם לא יוציאו הבעל חי לא יוודע האיסור ואם יוציאוהו חי הרי יצווח דלא הוא אמר שיכתבו גט לאשתו דודאי יהא נאמן דהא כל הנאמנות משום בשעת הסכנה דימות ותהא זקוקה ליבם והרי כשיוציאו חי איגלאי למפרע דלא הוי עומד למות שם וודאי כשהיה בבור שמע צעקת הגוי שעמו וכשינצל לא ישתוק מלהצלה מאיסור א"א ולילך לו וליכא למיחש דלא יוציאוהו עד אחר שתנשא דהאיך יחיה כ"כ בבור והוא כבר מסוכן וקרוב למות ומפרט דצריכה להמתין ג"ח וגם מדהוא שעת הסכנה א"א להוציאו חי דודאי יעשו כל טצדקי להצילו ממות ונראה דזה כונת הרמב"ם בפ"ב מה"ג וכן מי שהיה מושלך בבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו לה והוא שידעו אותו ואעפ"י שהעלוהו ולא הכירוהו דנתקשה הלח"מ מה הכונה שידעו אותו עיי"ש ובלח"ם פי"ג מה"ג הכ"ג ולפימ"ש שידעו אותו שבעלה הושלך לבור דאל"כ יש לחוש שמא גוי נפל שם ואמר שיכתבו גט ואפילו אם ראו שישראל נפל שם שמא לאו בעלה הוא וגם גוי נפל שם ואז מתכוין הגוי להנקם דכשיבא בעלה אחר שתנשא תצא מזה ומזה ומ"ש ואעפ"י שהעלוהו ולא הכירוהו היינו כיון דלא הכירוהו רגל"ד דאינו בעלה שנפל שם דאם היה בעלה כיון שיודעים אותו בקל היו מכירים אותו מ"מ ל"ח שהקול יצא מאחר וכה"ג כתב מהרי"ק שרש קע"ה עמ"ש הרמב"ם ראו אחד עומד מרחוק ואומר

שהוא פב"פ מעיר פלוני והרי נשכו נחש והרי מת והלכו ומצאוהו שנשתנה ולא הכירוהו משיאין את אשתו דלפיכך הצריך שיאמר מעיר פלוני משום דלא הכירוהו בצורתו הל"ל דאחר הוא ומשום דזה ריעותא הוא והובא במהר"ם אלשיך סימן קי"ח וכה"ג כתב כאן בהגהת טו"ז ובתוספת רע"ק שם הניח זה בצ"ע והדבר פשוט.

סעיף יא

סי"א מצאו כתוב בשטר חמ"ח העלה דל"צ שיהא מקוים חדא דמה"ת עדים החתומים על השטר כנחקרה עדותן בב"ד אף בממון רק מדרבנן צריך קיום ובעגונה לא החמירו ועוד דבממון חיישינן דמוציא השטר זייף אבל הכא ליכא למיחש רק לצרה ופסולין ובשעת הסכנה ל"ח וה"נ כשא"א לקיים את"ד ולפימ"ש הריב"ש אהא דלעיל סע"י דל"ח לכותי משום דמסל"ת רק לצרה דל"מ מסל"ת צ"ל משום דלא שכיח ואם כן אם מצאו כתוב דרך עדות דמיכוין להתירה או להה"מ דמסל"ת ל"מ רק מסיח בפה יש לחוש לפסולין דמצוי אף דאמרינן בשבועות מ"ו ע"ב אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזיקינן היינו בדנין על איש זה אבל בעלמא כמה גנבים איכא כמ"ש שם תוספת ורא"ש וממילא נסתר גם ט"א של החמ"ח דהא דבממון א"צ קיום מה"ת משום דלא חציף אינש לזייף כמו שפרש"י בפ"ק דגיטין דף ג' ע"א והיינו שלא יזייף חתימת אחרים אבל כאן החשש דלא זייף רק זה שכתב הוא חתימתו רק פסול הוא כיון דלא ידעינן מנו הוא אך גם כשידעינן שם הנכתב בשטר ואינו פסול מ"מ י"ל הא דלא חציף לזייף משום דירדפנו המתחייב עד שיברר זיופו ועל"ג חציפותו והיינו כשמלוה או לוקח מוציא השטר אבל נמצא כתוב או נשלח ממרחקים ואין אנו יודעין מי כתבו אף כי יתברר שהוא מזויף עדיין לא נדע מי זייפו ובכה"ג י"ל מה"ת צריך קיום אלא אם מביאו פסול ואומר דהחתום בשטר כתבו י"ל דל"ח שהפסול זייפו שו"ר מה שהביא בפ"ת ס"ק נ"ב מתשובת פני אריה סימן כף דכתב הבא מרחוק על הבי דואר צריך קיום מדאורייתא ודוקא באחד שמביא שטר בידו ואמר שנמסר לו מישראל במקום רחוק וכתוב בו פלוני מת בהא ס"ל לרמב"ן ורשב"א דא"צ קיום אבל בכתב הבא על הבי דואר בעל הבי דואר מקבל הכתבים סגורים וחתומים ואינו משים לב מי המביאם דאף אם יתברר לבסוף שהם מזויפים א"א שיתגלה לעולם מי זייפו וצריך קיום מדאורייתא ובקה"י ג"כ מחמיר כיון שהוא מלתא דלעל"ג בשום אופן איך יהא נאמן ע"א בדבר שבערוה את"ד אמנם מהר"י ווייל בסימן ק"ט הוכיח דאפילו לא עביד לאגלאי סמכינן דהא הרמב"ם פסק מצא בשטר כתוב פב"פ מת ומכירים אותו שהוא כתב ישראל אשתו מותרת ומשמע דאין אנו מכירין מי שכתבו ומאי מלתא דעל"ג איכא וכן פסק הרמב"ם דעד ששמע מגוי המסל"ת מעיד וכן עמפ"ע אטו אם מת עד

הראשון לא מהימן עד השני א"ו בכולהו איכא למימר כיון דעל"ג שלא מת לא משקר את"ד והסברתי הדבר לעיל ס"ג דחזקה אא"ח ולא לו כדאיתא בקידושין דף ס"ג ע"ב ואפילו קרוב אינו מצוי לחטוא בשביל קרובו כדאי' בירושלמי ס"פ כיצד ובבבלי פרק שה"ד דף מ"ב ע"ב ואם כן כשניכר שכתבו ישראל ליכא חשש רק שזה נעשה ע"י העגונה ששכרתו לזה ואם יבא הבעל חי ידעו כ"ע שממנה נסתבב ולכן לא תעשה זאת והדר דינא דמה"ת א"צ קיום ונאמן ע"א מישראל אף דלא ידעינן מי כתבו אך החשש דפסול כתבו ועל פסול לא סמכו רבנן משום דעל"ג אלא די"ל אף דמצוי פסולין מ"מ רוב ישראל כשרים ולא פסלו רק בנודע שזה העד פסול דהא רב יוסף ס"ל גם גזלן כשר לעדות אשה כדאיתא ביבמות פרק כיצד דף כ"ה ע"ב ונהי דרב מנשיא פליג וס"ל דגזלן פסול לעדות אשה למה נשוי פלוגתא רחוקה לומר גם כשלא נודע מי הוא לחוש שמא פסול הוא.

ובשו"ת מוהרא"ל חא"ע סח"י כתב בהעיד ארח אחד והלך לו ל"ח שמא פסול היה כדמוכח מדברי רמ"א לעיל ס"ה דאפילו אמר ששמע סתם ל"ח שמא מפסול שמע וכן מוכח ממ"ש הרמב"ם כאן במצאו כתוב וכו' דבסתמא כל שהוא בחזקת ישראל כל ישראל בחזקת כשרות את"ד והנה מהרמב"ם אין ראיה כיון דזה גופא בפלוגתא ומהרמ"א אין ראיה רק לנידון ההוא דהעיד ארח והלך לו וה"ט דמיד שאותו ארח אמר שמת פלוני נולד ספק בו אם כשר הוא אחזוקי אנשי בפסולי לא מחזיקינן כיון דנולד הספק על איש זה משא"כ בכתב הנמצא או בא ממרחקים דלא נולד לנו הספק רק כשנמצא ואז אין הכותב לפנינו ולא ידעינן מנו כמה פסולין איכא בשוקא דומה לזה בטית חניות דאם נמצא הבשר בשוק או ביד גוי אמרינן כל דפריש מרובא פריש ואם נמצא ביד ישראל אמרינן כל קבוע כמע"מ כיון דהישראל לקחו ממקום הקביעות ואז נולד הספק במקום הקבוע כדאיתא ביו"ד סימן ק"י ס"ג.

ובגוף הדין שכתב החמ"ח דא"צ קיום משום דמה"ת גם בממון ל"ל קיום נ"ל לחלק בין נמצא כתוב ובין נשלח עדות בכתב דהנה בישיע"ק דקדק למה בפמ"ש דף ע"א בהא דבודקין לחרש דאמר בעדות אשה דאקילו בה רבנן פרש"י דגם ע"א ושפחה נאמנים וביורושלמי אמר כיון דעמפ"ע נאמן ה"נ מצאו כתוב בשטר ונראה לפימ"ש הרי"ף בפד"א דהא דמפיהם ולא מפ"כ ה"מ כ"ז שלא יצא הכתב מת"י עדים דהא איבעי כבשי לשטרא ולא מסהדי ולכן עכשיו כשאין זוכרין רק מעידים מה שנמצא כתוב אצלם פסול דהוי מפ"כ אבל אם כבר מסרו השטר ליד בע"ד מכיון דיהבי למריה הוי כנחקרה עדותן בב"ד ומפיהם קרינן ביה עיי"ש וא"כ כשנמצא ולא יצא מת"י עדים מדעתם רק נאבד הוי מפ"כ ור' ירמיה בירושלמי מכשיר כמו דעמפ"ע מעיד במת בעלה והרי עד ראשון לא העיד

בפני ב"ד והגדה צ"ל בב"ד ומ"מ אקילו ה"נ בנמצא כתוב ובפמ"ש דנבדק לפני הב"ד עפ"י כתבו הרי נחקר בב"ד רק הריעותא שהוא אלם ואינו ראוי לבילה להגיד בפה ערש"י כמו דאקילו בע"א ובפסול כגון שפחה.

והפלוגתא דירושלמי היינו דלר"י מפ"כ כ"ז שלא הוציא מדעתו הכתב הוי הגדה שלא נחקרה בב"ד וכיון דעמפ"ע כשר ה"נ כשר ולר"ב כ"ז שלא הוציא מת"י מדעתו דאיבעי כבשיה לא הוי כהגדה כלל ול"ד לעמפ"ע נהי דלא הגיד בב"ד מ"מ כבר הגיד לפני עד השני ולא שנא אם נוכל לקיימו ונדע של מי הוא א"ל ולפיכך נקט בירושלמי מצאו כתוב בשטר ולא נקט מעיד עפ"י כתב דדוקא בנמצא ביד העדים ואין זוכרים רק רואין כתב שלהם או נאבד ונמצא כתוב בזה פליגי ולר"ב אין משיא"ן שו"ר בחידושי רמב"ן בפד"א ל"א ב' כתב אפשר לומר דירושלמי דוקא כשמצאו שטר בשוק או ברשות אחר אבל כתבו עדים ונתנו לאשה מועיל להשיאה ולא מיחוור אלא איכא למימר כיון דאין זה עושה מעשה שטר ואין עושין ביניהן שום מעשה להזמינן עליו עדים אין למדים הימינה את"ד ומשום דדעתו דכל שאינו מעשה שטר הוי מפ"כ לכן כתב דלא מחוור אבל הא חזינן בפמ"ש דף ע"א דגם באלם מועיל מפ"כ בעדות אשה משום דאקולי להאמין גם שפחה ולמה יחמרו במפ"כ כיון דלא הוצריכו דין עדות רק לעמוד על אמתת הדבר ומ"ט דר' בון ומתניתא דמסייע ליה אבל לפימ"ש ה"ט דר"ב ס"ל כ"ז דמצי כבשיה תחת ידו ליכא הגדה כלל ואפשר לא בגמר דעתו ולא דייק עדיין היטב וגם לא חייש דעל"ג רק כשמגיד לאחר אבל מה שכתב בכתב והניח אצלו הברירה בידו ולהתיישב ולא יוציאו עולמת ואפילו בשני עדים דבעלמא כשהעידו בפה ל"צ לטעמא דעל"ג מ"מ כאן דלא הגידו בפה ופסול מה"ת דצריכין אנו להקל משום דעל"ג בזה שלא הוציאו העדות מידם עדיין לא על"ג וחמ"ח לעיל סעיף חית סקי"ז נסתפק אם העד ראשון שאמר חוץ לב"ד י"ל מבודה הייתי א"כ בזה שעדיין לא הגיד לשום אדם ובידו שלא יוציאו י"ל אימר מבודה היה והמתיר בירושלמי צ"ל דס"ל כמו עמפ"ע ל"ח שמא ראשון שהגיד חוץ לב"ד מבודה היה ה"נ בכתב בשטר דאם לא דברור לו שמת לא היה כותב דשמא היום ולמחר ימצאנו אחר ותשא האשה ע"י ולא היה טורח לכתוב אם לא בגמר דעתו וכמ"ש תוס' כה"ג בפרק הנושא דף ק"ב בד"ה אליבא דב"נ ולפי"ז א"ש מ"ש הטור דהרא"ש לא הכריע בהפלוגתא דירושלמי ולכאורה לחומרא וכתב הב"ח דליתא דהא בפת"ש הביא להלכה דאלם מעיד מפ"כ בעדות אשה ולפימ"ש שאני אלם דכתב לעדות רק מגזה"כ פסול משא"כ במצא כתוב אפשר כרבי בון דל"ח הגדה כלל ואפשר לא דייק עדיין.

שידעו שהוא כתב ישראל נדחקו בטעמו ולפימ"ש לעיל א"ש כיון דנמצא כתוב ולא נודע מי כתבו לא על"ג שקריה אלא משום דחזקה אא"ח ולא לו אפילו בלאו טעמא דעל"ג אין לחוש שמשקר באיסור א"א רק שמא שכרתו וכיון דעל"ג אם יבא הבעל לא תעשה כזאת דהכל ידעו דידה היתה במעל הזה אבל כשלא נודע שישראל כתבו שמא גוי כתבו דליכא גביה חזקה דאא"ח ולא לו ויש חשש דעשה לקלקל אותה ואותו ולצערן אף דאין לו ריוח והנאה וכיון דלא על"ג מי השקרן גם מסל"ת ל"מ דהא ברמב"ם פי"ג מה"ג הכ"ט כתב טעם דעל"ג גם על מה דסומכין על גוי מסל"ת ולישראל פסול או צרה לא חיישינן דכל דפריש מר"פ אבל ניכר מי כתבו והוא באופן דהיה מועיל כשאמר כך בפיו י"ל גם לרמב"ם תנשא ועיין בשו"ת פרשת מרדכי חאה"ע סכ"ו כ"ז ושו"ת מהריא"ז ענזיל סימן כ"ו.

ב"ש סקכ"ז כתב לתרץ מ"ש הטור דהרא"ש שהביא בשילהי יבמות פלוגתא דר"י ור"ב במצאו כתוב בשטר לא הכריע ההלכה ולחומרא והא במ"ש כתב דלעדות אשה סומכין על כתבו של אלם וכמ"ש הר"ן דהרי"ף סמך עמ"ש שם ותירץ הב"ש דבפממ"ס אינו כותב לזכרון משא"כ הך פלוגתא דירושלמי מיירי שכותב לזכרון וכמ"ש הר"ן והגמ"ר פרק ב' דיבמות סימן צ"ט ואדרבה קשה על הר"ן איך כתב דהרי"ף סמך על הך דפ' מי שאחזו והב"מ דחה דברי הב"ש דכל החילוק בין כותב לזכרון או למעשה דכותב לזכרון הוי מפ"כ משא"כ כותב לעדות הוי כשטר וכנחקרה עדותו בשעת כתיבה משא"כ אלם דפסול לעדות אפילו כשנחקר עדותו ולעולם הוי מפ"כ אפי' חתם בשטר וא"כ מדכתבו הרי"ף ורא"ש דעדות כתבו של אלם מהני בעדות אשה ה"נ בכותב לזכרון את"ד ונ"ל דזה ודאי מה שפסלה תורה עדות אלם בכתב גזה"כ הוא דכך נוכל לדעת אמתת העדות מכתבו כמו מפיו ובעדות אשה דהכשירו חכז"ל פסול מגופו אשה ועבד ושפחה וקרוב ה"נ עפ"י כתב אלם ומה דפליגי בירושלמי בכותב לזכרון ומחלק הגמ"ר בין כותב עדותו לב"ד אף דג"ז איני שטר משום דבזה יש סברא לחלק גם לענין אמתת הענין דיותר מדייק בכותב למעשה וכותב לשלוח העדות לב"ד דכתיבה זו יהא העדות משא"כ בכותב לעצמו לזכרון ואחר זמן יבא לב"ד ויעיד בפיו ע"י שיראה בכתבו דבזה לא מדייק בשעת כתיבה דעדיין מחוסר ההגדה בפיו וכדמחלק בגיטין פ' התקבל דאומר אמרו ל"ת כן בישראל שמא תשכור עדים דדיבורא אמרי מעשה לא עבדי דאין העד חושש כ"כ להעיד שקר כשאין נגמר עדותו בזה וכ"ש דיש לחוש דלא דייק וכה"ג מצינו בש"ס כ"פ בין אמר הלכה לבד או אמר הלכה למעשה וכה"ג כתב הפנ"י בריש גיטין ב' ע"ב וכיון דמה"ת פסול מפ"כ רק רבנן הכשירו ובזה דיש חשש קצת ס"ל לר"ב בירושלמי דגם בעדות אשה

לא הכשירו וכה"ג אמרינן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא משום דלו נצרכה למעשה דייק יותר ממי שאמר להלכה לבד ור"י דמכשיר בכותב לזכרון לומדו מדהכשירו עפמ"ע אף דאין נשאת עפ"י עד ראשון דלא אמר בפני ב"ד ומחוסר עדיין הגדת השני לפני ב"ד והוי רק דיבורא ולא מעשה כאומר אמרו מ"מ כשר ה"נ בכותב לעצמו לזכרון ע"ד שאח"ז יעיד בפיו בב"ד ע"י שמצא כתוב בכתבו שכתבו לזכרון ובבבלי פמ"ש דמיירי בעדות אלם שכותב לפני ב"ד דנגמר עכשיו העדות רק הפסול בגופו פרש"י דאקילו כמו בעדות שפחה דזה וזה גזה"כ לבד שו"ר בריטב"א בפמ"ש דף ע"א דאלם שכותב כשבא להעיד חשיבא טפי ממצאו כתוב פלוני מת לכן אף דבעדות אשה כשר מפ"כ ומ"מ תני בברייתא מצאו כתוב פלוני מת אין משיאין אשתו.

ויל"ע במ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות דמצאו כתוב בשטר פלוני מת היינו שטר זכרון עיי"ש דמנ"ל הא שמא כתבו ליתן ליד אשה או לב"ד לראיה ומפרט לפימ"ש בדף שילהי יבמות מצאו בשטר כתוב וחתום פלוני מת אם איתא דלזכרון כתבו למה חתום אך בר"ן פמ"ש בהביאו דברי הרי"ף לא הביא תיבת וחתום וכן בנמ"י שילהי יבמות וגם כשלא חתום אינו מוכרע מאותו לשון אם לזכרון כתבו אלא די"ל ר"ב דפוסל בירושלמי משום ספק אימר לזכרון כתבו ולפ"ז כיון דלא הכריע הרי"ף והוי ספק איך הלכה י"ל לדידן הוי ס"ס דשמא הלכה כר"י דמפ"כ כשר ואת"ל כר"ב הא איהו גופא לא פסל בודאי היכי דמסופק הלשון אם לזכרון כתבו ובב"י הביא מרי"ו דאיתא בירושלמי שאם כתוב כך בשטר בלא חתים אין משיאין את אשתו זולתו אם מצאו עד בכתב ותמה השי"ק בירושלמי שם דלא נמצא בירושלמי זה ונראה דס"ל הא דהוה מפ"כ משום דנכתב לזכרון לבד או דחיישינן שנכתב לזכרון ובהא פליגי בירושלמי אם מפ"כ כשר וה"ד בלא חתום אבל בחתום ודאי אינו לזכרון וריו"ו פוסק כר"ב דמפ"כ פסול חדא כיון דמתניתא מסייע לדין ומסייע לדין ועוד כמ"ש הא"ז בסימן תרצ"ו דהלכה כרבי בון הואיל והברייתא מיתניא בפירש כותיה וברייתא דר"י לא מסייע ליה אלא מדיוקא ודלמא איכא למדחייה אע"ג דלא דחי לה תלמודא מ"מ מניחין את הסתום ותופסין את המפורש עיי"ש אך י"ל כשנכתב לעדות יש ריעותא מדלא נתנו או שלחו להאשה או לב"ד אולי נמלך מלהעיד וליתנו כדאמרינן בפ"ק דב"מ דף י"ח מצא גיטי נשים וכו' שאני אומר כתובין היו ונמלך עליהן שלא ליתנו והרי כ"ז שלא העיד בב"ד יכול לחזור בו ובכל עמפ"ע דלא חיישינן שמא יחזור עד ראשון היינו כיון שלא ראינו שום ריעותא אחזוקי ריעותא לא מחזיקינן וא"צ לברר וכמ"ש ביו"ד סימן פ"ג ובש"ך שם סקי"א ועיין חמ"ח לעיל סקי"ז וב"ש סקכ"ג אבל הכא דיש רגל"ד דחזר בו ונמלך דאל"ה לא הוי כובש לעדותו ולעבור באליו"ע ומצוה רבה

להתיר האשה מכבלי העיגון ואם דיש לתלות דנאנס באיזה אונס דלא שכיח ה"נ י"ל דנמלך ובירושלמי דפליגי רק משום מפ"כ ה"ט דאם מפ"כ כשר י"ל שלא כתבו לעדות ליתנו לאשה או לב"ד אלא לזכרון עד למת כשיפגע באשתו יהא מזכר מתוך כתבו ויעיד לה וליכא ריעותא ורגל"ד כיון שלא כתבו ליתן כתב זה לעדות משא"כ בשכתב ליתן כתב זה לעדות ע"כ דעתו היה לשלוח הכתב למקום אשת המת דהא אם בעצמו יפגע בה אינה צריכה לכתבו דיאמר לה דמת בעלה וכמ"ש במלחמות בפד"א וכיון דלא שלחו רגל"ד דחזר בו ור"ב דפוסל בכתב לזכרון ממ"נ פסול אם לזכרון כתבו הוי מפ"כ ואם ע"ד לשלוח הכתב לאשה או לב"ד הרי רגל"ד דחזר בו מדלא שלחו ולפ"ז אם נמצא כתוב וחתום ולע"ד י"ל גם ר"י מודה דפסול כך היה נ"ל לולא דברי רי"ו והרי"ף

ועדיין י"ל דדוקא אם לא נאבד השטר ונמצא מושלך רק מונח כדרכו וכדמשמע הלשון מצאו כתוב בשטר כמ"ש בירושלמי או מצאו בשטר כתוב כמ"ש ברי"ף דמצאו קאי על הכתוב בו ולא על השטר ולכן שאני מהך דפ"ק דב"מ דמצא נאבד מדנפל אתרע חיישינן דנמלך כמבואר שם דף י"ג וה"נ י"ל דהכותבו הזמינו לשלחו ביד איש עתי ועדיין לא נזדמן לו ואחזוקי ריעותא לא מחזיקינן משא"כ בנאבד ונמצא בחוץ אפשר מודי מדנפל אתרע ובין כתוב בלשון עדות בין בלשון זכרון.

והרי כתבתי תלתא טעמי מאי די"ל דגרע מצאו כתוב בשטר מת פלוני ממה שכתבו לשם עדות לפנינו אחד משום דכ"ז דאיבעיה כבשיה ולא יוציאנו לא דייק ושני כיון דלא כתבו שיהא זה הכתב לעדות הוי רק דיבורא דהוי כאומר אמרו כיון דכתבו רק לזכרון שיזכור ע"י כתבו ויבא ויעיד שלישי דיש ריעותא מדכתבו והניחו ולא שלחו להאשה או לב"ד יש לחוש דנמלך וליתנו אמנם הר"ן וסייעתיה דכתבו דהרי"ף שהביא בשילהי דיבמות פלוגתא דר"ב ור"י ולא הכריע סמך עצמו עמ"ש בפמ"ש דכשר מפ"כ צ"ל דיש הוכחה מהירושלמי דפלוגתתם לא מהנהו טעמי רק משום מפ"כ לבד דאם מהנהו טעמי מאי אמר בירושלמי דמתניתא דתני לאו מפ"כ ולא מפי עמפ"ע מסייע לר"י דכיון דעכשיו משיאין ע"י עמפ"ע ה"נ מפ"כ דנימא אה"נ מפ"כ בשלח עדותו בכתב משא"כ במצאו כתוב אם טעמו של ר"ב דפוסל רק מטעם זה דמחלק בין נמצא כתוב לשולח עדותו בכתב אע"כ פשיטא ליה לירושלמי דגם ר"ב פוסל רק משום דהוי מפ"כ אפילו בשולח עדותו בכתב וא"כ שפיר סמך אהך דפורש ולפ"ז מתורץ קושית הגאון מהר"ם כ"ץ שבחמש דלאיזה צורך הביא הרי"ף כלל הך פלוגתא דירושלמי כיון דסוף סוף סמך עצמו אפסק דפמ"ש ולפימ"ש א"ש וגם נדחה מ"ש מהר"ם דשאני הך דפורש דידעינן מי כתבו משא"כ במצאו כתוב שמא פסול או קטן או מחמשה נשים כתבו ולפימ"ש י"ל דס"ל להר"ן דא"כ

מאי סייעתא לר"י אע"כ דס"ל לירושלמי דמה"ט ליכא למפסל וגם ר"ב אינו פוסל רק משום דהוי מפ"כ ולפיכך האריך הרי"ף והביא מאי דאמר בירושלמי מתניתא מסייע לדין ולדין דגם ממה דמתניתא מסייע לר"ב יש ראיה דאם איתא סברא לחלק הל"ל דאין סתירה ממתניתא למתניתא אע"כ דפשוט דאין לחלק ומתורץ קושית מהר"ם דלא ה"ל להרי"ף להביא כלל דברי ר"ב ומתניתא דמסייעו ולדברי האומרים לחומרא מחמת אותו פלוגתא דירושלמי צ"ל דאה"נ לר"ב ס"ל לחלק ואין קושיא עליו ממתניתא דמסייע לר"י רק ר"י לא ס"ל לחלק.

עוד י"ל למה הביא הרי"ף הפלוגתא דירושלמי וגם הביא דמתניתא מסייע לדין ולדין לפימ"ש הגמ"ר פ"ב דיבמות סימן צ"ט דצ"ע איך מתירין ע"י עדות בכתב לר' בין ואפילו לר"י צ"ע דשמא ההוא דירושלמי עדים חתמו עפ"י ראייתם משא"כ בכתב עמפ"ע או מפי אשה או גוי והב"מ הקשה הא ר"י המתיר נסתייע מן ברייתא דעכשיו משיאין עפ"י ע"א וה"ה מפ"כ ובע"א לא מחלקינן ואפילו עוד ב' קולי מפי עד ומפי עבד עיי"ש ונ"ל לפימ"ש בש"ך יו"ד סימן ל"ה ס"ק כ"ב בשם רש"ל שכל מה שכתבו להקל בחילופים שלא הנזכר בש"ס ה"ד דליכא שום ריעותא בריאה במלתא אחריתי אבל אם אית בה ריעותא אחריתי אפילו במלתא שאנו מכשירים מ"מ מאחר דאיכא צד חומרא להטריף לאיזה מאן דהוא אפילו דלא. כהלכתא מ"מ בכל שהוא מצטרף לסייע ידי האוסרים ואפשר גם ר"י לא מתיר כה"ג כיון דמתניתא יש דפוסל מפ"כ לבד ואאתיל ר"י מתיר בכל גווני מ"מ אנן יש לנו לחוש בכה"ג לר"ב ולמתניתא דמסייעו ולכן הביא הרי"ף הך פלוגתא דנ"מ לחוש במפ"כ מפי עמפ"ע וכן מה דצריך הרמב"ם במצאו כתוב שיהא נודע שהוא כתב ישראל אף דבירושלמי לא נזכר בדברי המתיר במצאו כתוב היינו משום דר"ב פליג במפ"כ ויש עוד ריעותא דחשש גוי אפילו יהא מסל"ת דבשום איסור לא מהימן גוי מסל"ת חיישינן במפ"כ לדברי האוסר.

עוד נראה בישוב קושית הב"מ על הגמ"ר דיש להבין טעמו של ר"ב ומתניתא דמסייעו לפסול מפ"כ מ"ש מעד מפמ"ע אי גוי מסל"ת ועבד וע"א דג"כ פסלה תורה וחכז"ל הקילו ונ"ל דפסול ע"א כמ"ש תשב"ץ בח"א ענין ע"ז להוכיח דהא דע"א פסול לאו מגזה"כ אלא דחיישינן דמשקר והא דאשה פסולה ג"כ מה"ט דהא מבואר בילקוט שמעוני פ' וירא ותכחש שרה לאמר מכאן שהנשים פסולות לעדות וכן גוי משום דפיהם דיבר שוא ופסול עמפ"ע מבואר בתוס' רי"ד ב"ב דף קס"ח דכ"ז שלא מסרו העדים עדותן לב"ד זה יקרא עמפ"ע שאעפ"י שהגידו עדותם לפני עדים יכולים לחזור בהם לכן פסלה תורה עמפ"ע וא"כ ג"כ הטעם שמא הראשונים שהגידו שלא בפני ב"ד היו חוזרים משום שהגידו

תחלה שקר וחז"ל הקילו בעדות עגונה בכל אלה משום דעל"ג או דייקא ומנסבא ול"ח לשקרא ולכן אפילו עמפ"ע ומפי גוי מ"מ כיון דהפסול מחשש שקר וכאן יש סברא דלא משקרי לא חשוב תרי קולי ואפילו את"ל דמ"מ כיון דבכל אחד לבד הימנהו רק משום דרחוק שישקר בהצטרף עמפ"ע ומפי גוי יש חשש יותר מ"מ לפימ"ש לעיל דסמכו על סברא דעל"ג דהאשה לא תעשה זאת דאם יתברר שהבעל חי הכל ידעו דידה היתה במעל הזה דודאי אחריני לא ישקרו בחנם בלא הנאת שכר א"כ כל היסוד על עמוד אחד שרחוק שיהא הדבר שקר משא"כ במפ"כ דאין שום סברא לחלק בין מפ"כ לפיהם לענין אמתת הדבר ומ"מ גזה"כ לפסול לכן ס"ל לר"ב דגם בעדות אשה ל"מ טעמא דעל"ג או דייקא כיון דאפילו שני עדים דודאי לא משקרי פסולי מע"כ ואם כן י"ל נהי דר"י מדמה פסול דמפ"כ לעמפ"ע היינו מע"כ לבד כיון דזה וזה פסלה תורה ומ"מ הקילו חז"ל אבל מפ"כ ועמפ"ע דהוי תרי קולי ולא מטעם אחד דמפ"כ גזה"כ ועמפ"ע משום דמשקר הוי תרתי לריעותא אפשר מודה ר"י ומתניתא דמסייעו והכי מחלקינן ביו"ד סימן ל"ז בין אם התר"ל משם אחד לא מזיק ואם משתי שמות טרפה עיי"ש טו"ז סק"ג ותב"ש סק"ט הוכיח כן מהש"ס אלא דצ"ע דהא איתא בב"ב דף קנ"ט דהא דקרובים אין נאמנים לאו משום דמשקר אלא גזרת מלך הוא דאלת"ה משה ואהרן לחותנם למה לא מהימני עיי"ש וא"כ לר"ב יפסלו קרובים לעדות אשה ואף די"ל ר"ב לית לו הא וקושיא דאלת"ה משה ואהרן י"ל דא"כ תקשו נמי למה ע"א כמשה לא מהימן א"ו דלא חלקה תורה אך להגמ"ר תקשי א"כ עמפ"ע קרוב יהא תר"ל ועכצ"ל דשאני מפ"כ כיון דמצינו דפוסל ר"ב ומתניתא וכמ"ש אך גם מ"ש הרמב"ם בפי"ג מה"ג ובפכ"ד מה"ס ה"א דהיכא דידענו אמתת הדבר לא הקפידה תורה על משפטי דיני עדות קשה א"כ קרובים למה פסולי הא לא חשודי לשקר ומכ"ש לחוב והני ידענו אמתת הדבר ונראה דשאני מפיהם ולא מפ"כ דחשוב מפורש בתורה יותר מכל שאר פסולין או קרובים וי"ל דלהתיר אשה נאמנים אף דאין הדין כן לא חשוב מפורש ומסרה התורה לחכמים ועתוס' בא"נ דף עין ב' ד"ה תשיך וטו"ז יו"ד סימן קי"ז סק"א וטו"ז חו"מ סימן ב' לכן ס"ל לר"ב דמפ"כ פסול לעדות אשה יותר מע"א ושאר פסולים.

והשתא דאתינא להכי י"ל יותר דברי הגמ"ר לפימ"ש תוי"ט בפ"ק דמכות מ"ט בד"ה ד"א דמפסוק עפ"י שנים עדים ליכא למילף שני דברים והא דאמרינן ד"א שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן עיקר טעמו מסברא כמ"ש הנמ"י שמא יחליף המתורגמן בלשון העדות ועוד כשישמעו הסנהדרין מפי העדים יתכן להם לחקרם יותר אלא דאסמוכוה נמי אקרא ולפ"ז הברייתא שמביא הירושלמי ע"פ עדים לא עפי"כ ולא עפ"י מתורגמן ולא

עמפ"ע ג"כ ליכא למילף רק חדא ואידך ידעינן מסברא כמ"ש הנמ"י ואסמוכוה אקרא לכן ס"ל לר"ב דמפי"כ גזה"כ חשוב מפורש בקרא ולא נמסר לחכמים לעקרו אך ר"י ס"ל דכיון דיש לומר דקרא אתי למעט עמפ"ע או מתורגמן תו כל חד בפ"ע ל"ח מפורש ולכן כתב הגמ"ר דעפי"כ ועמפ"ע דממ"נ ע"כ קרא לחדא אתי א"א לעקור משא"כ עמפ"ע ומפי אשה לבד אף שיהא ב' וג' קולי מ"מ כיון די"ל דקרא אתי רק למעט מפ"כ תו אינו מפורש והא דס"ל לר"ב דמפי"כ חשוב מפורש יותר מעמפ"ע ומפי מתורגמן כיון דעמפ"ע ומתורגמן ידענו מסברא א"צ קרא להכי ומוקמינן קרא למפ"כ לבד וכה"ג איתא קצת בב"מ דף קט"ו ובקידושין דס"ח ע"ב ובשור שנגח אה הפרה מ"ו ע"ב ובכתובות כ"ב ע"א ועתוס' בשבועות כ"ב ע"ב בד"ה אבע"א וריטב"א שם ועד אחד ודאי אינו מפורש דהא בספרי פ' שופטים דרש ר' יהושע לא יקום ע"א באיש לכל עון דוקא באיש אבל קם הוא באשה להשיאה ונהי דלא קי"ל כן למ"ד דא"נ רק מדרבנן מ"מ כיון די"ל הכי תו אינו מפורש וכן עדות קרובים לזכות דפסולין אינו מפורש בקרא רק יליף לה בפז"ב דף כ"ח באם אינו ענין לחובה דכתיב יומתו יומתו תנהו ענין לזכות וזה ודאי לא חשוב מפורש דהא התם נמי יליף קרובי האם באא"ע דכתיב אבות אבות וקרא הרמב"ם לקרובי אם דברי סופרים כיון שאינו מפורש כמ"ש בש"ך חו"מ סימן ל"ג סק"א.

ואף דלזכות יש לפסול מסברא בזה יכולין רבנן להאמין מסברא משום דדייקא ועל"ג ובכ"מ ריש פי"ג מה"ע מחלק בין הא דיליף באא"ע לקרובי אם ובין הא דיליף באא"ע לזכות ודבריו רחוקים מאד כמ"ש לח"ם שם וגם הכ"מ הבין הדוחק וסיים דזה נ"ל להעמיד דברי הרמב"ם וכן הוא בריב"ש סי' י"ד דכמו דקרובי אם ל"ח מפורש בתורה כן פסול קורבה לזכות דדא ודא ילפינן רק באא"ע ויותר מזה כתב הרי"ף בשו"ת והובא בשו"ת רשב"א אלף קפ"ה דכל פסול עדות קרובים אינו יוצא מפורש מפשוטו של מקרא רק מדרש חכמים שאין פשוטו של פסוק אלא שלא יומתו אבות בעון בנים ומקרא מלא מגיד שזהו פשוטו כדכתיב במלכים ב' י"ד ואת בני המכים לא המית ככתוב בתורה לא יומתו אבות על בנים עיי"ש ומה שכתב הגמ"ר שמא מודה ר"י בעד מפי עד מפי הכתב משום דלא ברירא ליה טעמו אם משום דס"ל אפילו נגד המפורש בתורה יכולים חכמים לתקן בכ"מ או כאן דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו לקידושין ולפ"ז אין חילוק בכתב עפ"י ראייתו או עפ"י שמיעתו מפי אחר וגם אפשר ס"ל לר"י דעל פי שנים עדים פשטא דקרא ממעט כתב ועמפ"ע דשניהם שקולים דאין הב"ד שומעים מפי עדים עצמם ולכן יליף ר"י ממתניתא כמו דעכשיו משיאין ע"י עמפ"ע ה"נ ע"י כתב או דס"ל

לר"י כתוי"ט הנ"ל דאין ללמוד מפי רק למעט דבר אחד א"כ אינו מפורש המיעוט אי ממעט עפ"כ אי ממעט עמפ"ע אבל בנצמדו יחד מודה לר"ב.

ולשון הרמב"ם בפי"ג מה"ג הקילו חכמים בד"ז והאמינו בו ע"א מפי שפחה ומן הכתב ובלא דו"ח ולמה מפי שפחה כתב בלא וא"ו ומפי ואצל כתב כתב ומן בשלמא מ"ש ובלא דו"ח בואו משום דבכתב ל"ש דו"ח לכן כתב בואו לחלק דקאי על עדות בע"פ וע"כ משום דאם היה כותב מן הכתב היה משמע ע"א מעיד מה ששמע מפי שפחה שאמרה שראתה בכתב וזה אפשר לא מועיל כמ"ש הגמ"ר לכן כתב ומן הכתב לדון בפ"ע ואף דיש לדחות דאין דרך לרמב"ם לכתוב מה דלא מבואר בש"ס וברי"ף היינו דמשמיטו אבל כאן דכתב דין כתב למה הוסיף וא"ו ועוד יש להוכיח כן דבא"ז סי' תרצ"ז כתב בשם רמב"ן להוכיח דקטן א"נ רק לאלתר ומסל"ת מדחשיב בשילהי יבמות דהוחזקו להיות משיאין ע"פ עד מפי אשה מפי עבד מפי שפחה ולא קתני נמי קטן וראבי"ה דחה דלעולם דקטן נמי א"צ לאלתר ומתניתין מיירי במתכונים להעיד וקטן א"נ רק מסל"ת עיי"ש ועדיין קשה למה לא חשיב כתב דשכיח טובא וצריכא רבה דכשבעלה היה במדה"י במרחקים אלא ע"כ משום דהנך דחשיב נאמנים עמפ"ע מפי אשה מפי עבד מפי שפחה ששמע זה מזה וזה מזה כ"פ משא"כ מן הכתב דוקא בפני עצמו כשנכתב לזכרון ולא לשם עדות לכן לא פסיקא לתנא למחשביה.

סעיף יג

סי"ג קטן בא"ז סי' תרצ"ז ז"ל פסק ראב"ן דקטן המסל"ת לאלתר כשר כדתנן רי"א אפילו שמע מן התינוקת הרי אנו באין מלספוד ומלקבור את איש פלוני אבל לאח"ז לא כדתנן הוחזקו להיות משיאין מפי אשה ולא קתני מפי קטן ולא ע"פ קטן אלמא בעינן מסל"ת בקטן ולאלתר הוא דכשר וכו' וראבי"ה אומר דאפילו לאח"ז סמכינן אעדות קטן בעדות אשה ומילי דרבנן כדמייתי להו תלמודא בפ' הגוזל ומייתי תרי עובדי במסל"ת ש"מ דל"ש ומה שדקדק מדלא תנן נמי מפי קטן התם במתכונים להעיד מיירי עיי"ש ודברי ראב"ן צריכין ביאור דפתח אבל לאח"ז לא כדתנן וסיים אלמא בעינן מסל"ת בקטן ולאלתר הוא דכשר וגם הל"ל אלמא בעינן בקטן מסל"ת ולאלתר וגם מנ"ל למילף תרתי הא הראבי"ה כתב דלפיכך לא תנן קטן משום דצריך מסל"ת ותו לא מוכח דצריך נמי לאלתר ולכאורה י"ל דראב"ן מספ"ל אי לא תנן קטן משום דצריך לאלתר או משום דצריך מסל"ת ולכן החמיר דצריך תרוייהו ודוקא כשיש רק קטן אחד אבל אם קטן אחד מסל"ת ואינו לאלתר וקטן אחד לאלתר ואינו מסל"ת סגי דאין להחמיר מה דאינו מוכרח מכח ראיה בעדות אשה או כונתו להחמיר דצריך מסל"ת ולאלתר בחד גברא ולא די כשאחד

מסל"ת ואינו לאלתר וחד לאלתר ואינו מסל"ת וז"ש ולאלתר הוא המסל"ת דכשר כיון דמוכח מדלא תנן נמי קטן ש"מ דאישתני דינא מאשה ואינך אפשר דאישתני בתרוייהו **עוד** י"ל דבפסקי מהרי"א סי' ר"כ כתב הא דכתב הרמב"ם עכשיו באנו יצא לו מלשון המשנה והגמרא הרי אנו הולכין משמע לאלתר וא"כ לא היה צריך ראב"ן לזה ראיה אחרת אלא משום די"ל דדוקא במסל"ת דמיירי מינה המשנה ברישא אפילו שמע מן הנשים ופרש"י שלא היו מתכונות להעיד אלא מסל"ת הרי דמסל"ת גרע וכן בירושלמי גורס דריב"ב אמר בישראל עד שיכוין להעיד דוקא מתכוין אלא דפסק שם דלא כריב"ב עכ"פ חזינן מסל"ת גרע משום דלא רמיא אדעתיה למידק א"כ י"ל מה דאמר ר"י אפילו שמע מן התינוקת הרי אנו הולכין קמ"ל אפילו קטן א"צ שיתכוין להעיד וסגי במסל"ת אלא בקטן משום דמסל"ת חיישינן יותר דאינו זוכר היטב ולא דייק כשאינו מתכוין להעיד אבל במתכוין להעיד מנ"ל להחמיר לזה כתב ראיה מדלא חשיב באידך משנה גם קטן אם איתא דמתכוין להעיד א"צ לאלתר א"כ הוי ליה למתני עם אינך אלא ע"כ דאישתני דינא בקטן ואין סברא דאישתני רק לענין לאלתר ומתכוין כשר דאם כשר מתכוין א"צ לאלתר אעכצ"ל דבעינן מסל"ת וזה שסיים אלמא בעינן מסל"ת בקטן וממילא לאלתר הוא דכשר כדמשמע בהא דאר"י אנו הולכין או דכונתו דלשון אפילו שמע מתינוקת אמרו הרי אנו הולכין משמע תרוייהו מסל"ת כיון שאומרים דרך סיפור וקישור דברים וגם משמע לאלתר ולכן פתח ראב"ן דקטן המסל"ת לאלתר כשר כדתנן רי"א אפילו שמע וכו' דתרוייהו איתנייהו ביה אלא דיש לדחות דמסל"ת גרע ממתכוין ולכן בעי לאלתר אבל כשמתכוין לעולם כשר בלא לאלתר אלא דר"י נקט לאלתר משום דמסל"ת לזה הוכיח מדלא תני נמי קטן באידך משנה ע"כ משום דאינו נאמן רק מסל"ת. **ואין** לומר הא דלא תני קטן באידך משנה משום דצריך לאלתר בין במתכוין בין במסל"ת ולהכי תני ר"י לאלתר אבל מסל"ת א"צ דגרע ממתכוין דבשלמא אם לא תני קטן באידך משנה משום דצריך מסל"ת י"ל כמו דלא תני עכו"ם משום דמיירי רק בעד ומסל"ת לא הוי עד והמשנה נקט עפ"י עד אבל אם גם עד מתכוין כשר אף דצריך בקטן לאלתר ה"ל למתני גם קטן כיון דמשכחת דעד כשר הוא בלאלתר ועתה תחזי דראב"ן נזהר מדחיית הראבי"ה וא"ל איך ס"ד דמסל"ת גרע הא בעכו"ם עדיף שאני עכו"ם די"ל דנתכוין לקלקל ולהנקם.

או דס"ל לראב"ן דגם בקטן מסל"ת עדיף דאין לחוש דשכרתו כמו במתכוין להעיד ולפיכך הוי ס"ד דדוקא במתכוין להעיד צריך לאלתר דאז על"ג מיד ומה דאר"י ששמע מן התינוקת הרי אנו באין אפשר לפרש במתכוין להעיד דהני קמן דכן ס"ל נמי להטור

וכיון דמתכוין להעיד יש לחוש בקטן דשכרתו משום דמקרבא דעתיה דינוקא לגבי זוזי כדאיתא בב"ב דף קנ"ו וז"ש הראב"ן אבל לאח"ז לא אפילו מסל"ת כדתנן הוחזקו משיאין מפי אשה ולא קתני מפי קטן אלמא בעינן מסל"ת בקטן ולאלתר הוא דכשר מדקתני הרי אנו באין דל"ל דמיירי במתכונין ולפיכך צריך לאלתר דהא מוכח מאידך משנה דצריך מסל"ת דוקא ומהתם לא מוכח רק דצריך מסל"ת וכמ"ש ומלשון דהני אנו באין מוכח דצריך לאלתר כמ"ש בפסקי מהרי"א הנ"ל וברש"י בפיה"מ ביבמות דף קכ"א ע"ב בין שהוא מתכוין בין שאינו מתכוין פירש שהוא מתכוין להעיד וכ"כ הנמ"י וכתב תוי"ט משמע דאם נתכוין להתיר לא וצ"ע עכ"ל ול"נ דלא נתכוין רש"י לזה אלא דס"ל דאין מתכוין עדיף דמסל"ת נאמן דוקא קטן כדאיתא התם ברישא דמתניתין וכן בעכו"ם א"כ ה"נ בישראל גדול דע"א א"נ בדשב"ע ומשום דחיישינן ששכרו הבע"ד כמ"ש תשב"ץ בענין ע"ז א"כ מסל"ת דניכר דלא מתכוין להעיד עדיף ונהי דמהימן בין כך ובין כך מ"מ ה"ל להזכיר הפשוט יותר תחלה כדאיתא בפרש"י בפ"ק דסוכה דף כ"ף ובספרי פ' שופטים אמר ר' יהודה לא יקום ע"א באיש מה ת"ל באיש באיש אינו קם אבל קם בעדות אשה וכתב הפנ"י ברישׁ גיטין דלא איירי אלא בע"א שמעיד על מיתת הבעל שעיקר עדות העד אינו להתיר האיסור דדבר שבערוה אלא על מיתת הבעל דהוי כעין גילוי מלתא בעלמא ואיתתא ממילא משתריא והנה ביבמות שם ה"ד מתכוין להתיר אמר איש פלוני מת השיאו את אשתו אבל אמר פלוני מת סתם זהו נתכוין לעדות וא"כ כשאמר מת סתם דנתכוין רק לעדות ואיתתא ממילא משתריא הוי רק כגילוי מלתא וילפינן מקרא או אסמוכוהו אקרא ופשוט יותר ממסל"ת דקרא בעדות מיירי לא במסל"ת משא"כ כשאמר השיאו את אשתו בא להתירה ולכן הא דנקט התנא בין שהוא מתכוין ברישא ע"כ מיירי דמתכוין להעיד לבד.

ועוד לפימ"ש הרא"ש דהא דפרש"י שם במשנה אפילו שמע מן הנשים שלא מתכונות להעיד ומסל"ת משום דמשנה זו נישנית מקמי האי משנה דלקמן דפליגי רע"ק ורבנן בעדות מפי אשה ומשמע דמשנה דשמע מפי נשים אתיא ככ"ע לכן פירש דמיירי במסל"ת והנה הא דמודה רע"ק בע"א יותר מאשה הא ממ"נ אם משום דהוי דשב"ע הא צריך שני עדים ואם מדמי לה לשאר איסור גם אשה נאמנת צ"ל משום דדריש בספרי לא יקום ע"א באיש אבל באשה קם וס"ל דע"א היינו אדם כשר ולא אשה ולפימ"ש פנ"י הנ"ל משום דאינו מעיד להתירה רק על מיתתו הוי רק כגילוי מלתא ואיתתא ממילא משתריא ולפי דעת הרמב"ם משום דעל"ג ובהלכות קידוש החודש פרק ג' הלכה י"ד כתב דע"א נאמן לומר שקדשו ב"ד את החדש דדבר זה עשוי להגלות ודוקא עד כשר

וכן לענין שבועה לא קם אלא ע"א כשר א"כ ה"נ בעדות אשה כיון דדרשינן לא יקום ע"א באיש אבל בעדות אשה קם לא ילפינן רק עד כשר קם וכ"כ בנו"ב חא"ע סי' ל"ג ואפילו אם נימא דהך דספרי רק אסמכתא מ"מ ס"ל לרע"ק דלא הקילו חכמים לעקור דברי תורה רק במקום דיש לאסמכו על ד"ת אך כיון דשני לן מעדי גט עכצ"ל כמ"ש הפ"י משום דבמיתה הוי רק כגילוי מלתא וה"ד כשאינו' מעיד להתיר דאינו אומר מה בעלה התירו אותה להנשא וכדמחלק הגמרא בגוי בין מיכוין רק לעדות ובין מיכוין להתירה לכן פרש"י בין, מתכוין דהיינו רק לעדות דבזה מודה רע"ק דנאמן מכח הקרא ואתיא המשנה ככ"ע ובירושלמי ר"פ הא"ש אמר דע"א דא"נ למשנה ראשונה והאשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי דע"א חשוד לקלקלה והאשה אינה מקלקלת א"ע וטעם זה צ"ע דהא קי"ל בפז"ב דאפילו ודאי שונא מעיד דלא נחשדו ישראל להעיד שקר משום שנאה וצ"ל דשאני עד אחד משני עדים וג"ז צ"ע דא"כ לא יהא נאמן היכי דמתחייב ממון ע"י ע"א כגון מחויב שבועה ואי"ל ומשלם וצ"ל דשא"ה דע"א א"נ בדשב"ע לא רצו חכז"ל להאמינו כשיש חשש כ"ד וכה"ג כתב יש"ש פט"ו מיבמות סי' י"ב.

בחמ"ח וב"ש הביאו ממהרי"א דאין חילוק בין קטן המעיד לפני ב"ד ובין השומע מהם דלא כחכ"א שמחלק דעדיף קטן המעיד בעצמו לפני ב"ד ולי נראה דלזה נתכוין הראב"ן שכתב מדלא תני במשנה דהוחזקו להיות משיאין מפי קטן או עפ"י קטן אלמא דצריך מסל"ת כונתו דהיה אפשר לומר דלא קתני מפי קטן דהיינו עד מפי עד מפי אשה מפי קטן ובזה דוקא דצריך מסל"ת אבל קטן בעצמו לפני ב"ד א"צ מסל"ת לכן כתב דה"ל למתני עפ"י קטן דהיינו דלא בא העד השומע ממנו לפני ב"ד אלא דב"ד עצמו משיאין עפ"י קטן ש"מ ג"ז צריך מסל"ת.

סעיף יד

סי"ד שהסיח לפ"ת וכו' כיצד כן הוא ברמב"ם וכתב הריב"ש סי' שע"ז וש"פ דל"ד שאמר כן בקישור דברים ולא אמרה הריב"ם אלא לרווחא דמלתא לומר שבזה ניכר שלא נתכוין להעיד וה"ר משילהי יבמות אהא דתנן אחד שעמד בראש ההר ואמר פב"ב מת והשיאו את אשתו ופריך דלמא שד ודלמא צרה ול"פ דלמא עכו"ם א"ו דזה חשוב מסל"ת עיי"ש וקשה מאי ראיה נימא איש פלוני מת הוי ספק מסל"ת כמ"ש בעצמו שע"י ק"ד ניכר שלא נתכוין להעיד וחיישינן לספק אחד לחומרא והא דל"פ דלמא עכו"ם משום דהוי ס"ס שמא לאו עכו"ם ואאת"ל עכו"ם שמא לא נתכוין להעיד ובעז"נ ס"ק צ"ג כתב דמקשים העולם דאם תוספת דברים אלו צריך כדי להכיר שאין הגוי מתכוין להעיד אם כן כשלא אמרן יש ספק שמא נתכוין להעיד א"כ איך פוסק הריב"ש דמותרת בלא תוספת דברים

ולפימ"ש הב"ח דאם אפשר לחזור אחר ישראל שיעיד לא סמכינן אגוי שאמר מת פלוני בלי ב"ד רק כשא"א למצוא מתירין אותה י"ל דברי ריב"ש דכתבו הרמב"ם לרווחא דמלתא דאז א"צ לחזור אחר עד ישראל אך גם דברי הב"ח צל"ע דממ"נ אם תמצא ישראל היודע הרי היא מותרת כיון דמת בעלה אפילו לא בא והעיד ואם לא תמצא הרי הדין להתירה ע"י הגוי ולמה צריך לחזור אחר ישראל ולעגנה וצ"ל דלכתחלה חוששין ללעז לכן עדיף להמתין עד שיעיד ישראל וזה שכתב הריב"ש דבזה ניכר שאין מתכוין להעיד היינו דניכר לכל השומע וליכא לעז אבל אנן בלאה"ג לא חיישינן דבמרדכי פ"ק דגיטין סי' שכ"ד כתב מספר החכמה דגוים אינם פסולין מן התורה לעדות אלא מטעם שהם גזלנים, ור' יקיר היה אומר דעכו"ם המוחזקים שאינם שקרנים כשרים לעדות ול"נ כיון שאינו בכלל אחיך ולא עדיף מעבד את"ד ובעדות אשה דעבד כשר אם כן ליתא לה"ט אלא צ"ל מחשש שהוא גזלן ושקרן וא"כ בספק מסל"ת י"ל שמא אינו גזלן ושקרן ואת"ל דהוא גזלן ושקרן שמא אין כונתו להעיד אלא משום לעז אין לסמוך על זה כשאפשר בלעדו וע' תוספת ריש גיטין דף ג' בסד"ה חד ועוי"ל דא"ל ממ"נ לע"ד הב"ש לקמן סל"ט דצריך שיעיד העד האחרון לפני ב"ד דוקא.

ונ"ל ראיה דבספק יש להתיר דביבמות דף קכ"א ע"ב תנן בנכרי אם היה מתכוין אין עדותו עדות ובגמרא אר"י אמר שמואל ל"ש אלא שנתכוין להתיר אבל נתכוין לעדות עדותו עדות והיכא ידעינן אר"י בא לב"ד ואמר פלוני מת השיאו את אשתו זהו נתכוין להתיר את סתם זהו נתכוין לעדות ור' יוחנן פליג דגם נתכוין להעיד אין עדותו עדות וקשה לר"י א"ש כיון שבא לב"ד והעיד אף דלא אמר השיאו את אשתו שמא נתכוין להתיר ואדרבה יותר נוטה הכי כיון שבא לב"ד למה נ"מ עדותו א"ל להתיר ואם נתכוין להוריד יורשין לנחלה כמו דחיישינן בנתכוין להתיר דמשקר ה"נ אם נתכוין להוריד יורשיו לנחלה ולא יועיל עדותו כלום אע"כ כל דלא חזינן בבירור דנתכוין להתיר אחזוקי ריעותא לא מחזיקינן ואם כן אמרינן לר"י א"ש דמיקל הרבה אף דבא לב"ד ומתכוין ודאי להעיד כ"ש לדידן בספק נתכוין להעיד דאין להחמיר.

ובשו"ת הר"ן סי' ג' כתב דאין ספק דכל מי שמתכוין להעיד אומר אותו דבר לבדו לפי שאין כונתו בדרך סיפור דברים ומי שהוא אומר מסל"ת אינו אומר אותו דבר לבדו אלא בקשר ענין לפניו או לאחריו וכל שלא אמר כן אינו אומר כמספר דברים אלא כרוצה להודיע אותו דבר לבדו ואינו נאמן עכ"ל ושו"ת אחרונים הקשו עליו מהא דאיתא בחולין דף צ"ז דאמר ליטעמיה קפילא ארמאה ופרש"י דקמ"ל דמותר לסמוך עליו לפ"ת ולא יודיעוהו שצריכין עליו לדבר או"ה הרי אע"ג דמודיעין לו שצריכין לו לידע מה טעם יש

בו ומתכוין להודיע לן אותו דבר הוי מסל"ת כיון דאינו מתכוין לאיסור או להיתר הובאו בעז"נ ס"ק צ"ג ואינו ראיה לפימ"ש הטו"ז ביו"ד סי' צ"ח בכונת הרא"ש והטור התם דאם יודע העו"כ שסומכין עליו בד"א לא לענין או"ה חשוב מסל"ת משא"כ לענין עדות אשה עיי"ש וא"כ בעדות אשה כל שלא הסיח בק"ד יש הוכחה דכונתו לסמוך עליו לענין איזה דבר ל"ח מסל"ת בעדות אשה דוקא ובלאה"נ נמי אין ראיה דהא רש"י ס"ל טכ"ע ל"ד והוי רק דרבנן או כמ"ש הש"ך ביו"ד שם, דהתם הוי מלתא דעל"ג מיד להכי קיל יותר דכאן אף דהוי על"ג אינו מיד וחמיר יותר ולו שקול ישקל מ"מ שא"ה דהוי קפילא נמי ויש חזקה דלא מרעא אומנתו והא דצריך התם נמי מסל"ת משום דהספק התם אם נתבטל טעם האיסור להיתר ויש חזקת איסור אבל כשהוא מסל"ת נהי דאין לסמוך על מסל"ת בדאורייתא משום שמא מתכוין ומערים ואומר מסל"ת וכ"ש התם דשואלין אותו איזה טעם יש בו שמא מרגיש דנ"מ לאו"ה אך כיון דכבר יש ספק מחמת המסל"ת תו ליכא חזקת איסור דספק אחד מסלק החזקה כמ"ש הש"ך ביו"ד בכללי ס"ס ס"ק, כ"ח וממילא סמכינן אחזקת אומן דלא מרעא אומנתו ובחידושי ליו"ד ביארתי הדבר יותר.

ובישויע"ק הקשה לרמב"ם דעכו"ם מסל"ת צ"ל קברתיו א"כ בשילהי יבמות בעלה לראש ההר ואמר פב"פ מת ולא מצאו שם אדם דתנשא ניחש שמא גוי דהא לא אמר קברתיו ונ"ל דרק בודאי עכו"ם חייש שאמר בדדמי כיון דלא נתכוין להעיד ובישראל מסל"ת ל"ח כיון דאפשר עי"ז תנשא אשתו דייק יותר שלא יבא מכשול ע"י אבל בספק עכו"ם כולה האי אין לחוש דהוי ס"ס שמא אינו עכו"ם ואאת"ל עכו"ם שמא אינו אומר בדדמי והא דפריך שמא צרה אף דג"כ אינה ודאי דמשקרת ה"ט דרגל"ד מדעלה לראש ההר והלך לו ולא נמצא דכונתו לקלקל ולכן העלים עצמו תדע דאל"ה נימא כל דפרוש מר"פ ומפרט היכא דלא ידעינן כלל אם יש לו עוד אשה מדלא משני שאין לו עוד אשה ע"כ דפריך שמא לקח עוד אשה וע"כ כ"ז רק משום דרגל"ד אבל לעכו"ם אין לחוש רק לבדדמי וכשאין מסל"ת דלא מהימן משום דפיהם דיבר שוא וכמ"ש הב"ש שו"ר בשו"ת מהרי"ט ח"ב בחא"ע סל"ב הוכיח דגם לרמב"ם אצ"ל קברתיו רק היכא דאפשר לברר כשהעכו"ם לפנינו דאל"כ תקשי דליחוש בעלה לראש ההר שמא עכו"ם והובא במל"מ פי"ג מה"ג הט"ו וכתב המל"מ דאין ראייתו ברורה דא"כ מה יענה להר"ן דס"ל מת פלוני סתם ל"ח מסל"ת כל שלא הקדים דברים אמאי ל"פ התם דלמא עכו"ם הוי אע"כ דגוי למה יעמוד בראש ההרים במקום שאין אנשים לומר מת פלוני שהוא אינו אומר אלא לתומו כמספר דברים לחברו אבל צרה דמיכונה לקלקלה וכן שד דמכוין להטעות הוא דחיישינן עכ"ל ודבריו צל"ע דמאלם הקושיא להר"ן כיון דאינו מקדים דברים ל"ח מסל"ת אלא מתכוין

ולהעיד א"כ כמו דתלינן בישראל כן י"ל דעכו"ם היה וודאי אינו מסל"ת מדעמד בראש ההר במקום שאין אנשים ונראה כונת המל"מ דאין דרך עכו"ם לבא להעיד כשלא נקרא לכך אלא מספר לפי תומו לחבריו וזה שעמד במקום שאין אנשים ודאי ישראל הוא ומיכוין למצוה להודיע שמת פלוני ואין לחוש רק לשד וצרה

ובזה א"ש דברי ריב"ש ברווחא מש"כ דלא צריך ק"ד רק לרווחא דמלתא דבזה ניכר שלא נתכוין להעיד דתפסו עליו א"כ איך מתיר בלא ק"ד הא הוי ספק שמא נתכוין להעיד ולפימ"ש י"ל בספק תלינן במצוי יותר דדרך גוי לספר במסל"ת לחברו ואין דרכו להעיד בלא שאלה אלא כשהוא לפנינו ואפשר לברר כונתו צריכין לברר כל שלא אמר בקישור דברים וחד טעמא הוא בין מה דשמע מראש ההר דל"ח שמא עכו"ם ובין כשעכו"ם אמר מת פלוני דלא חיישינן דנתכוין להעיד משום דאין דרכו של עכו"ם אלא לספר לפ"ת ובספק י"ל גם הר"ן לא אסר אלא דס"ל דאין ספק אלא ודאי כשאומר בלא ז"ד מתכוין להעיד אבל לריב"ש דהוי רק ספק לכך תלינן דהוי מסל"ת אך לקמן סט"ז ובחמ"ח ס"ק ל"ה מבואר דלהר"ן וריב"ש היכא דיש ספק אי היה מסל"ת סתמא לא אמרינן דהוי מסל"ת.

ברמב"ם פי"ג מה"ג יצא עכו"ם וישראל מעמנו למק"א ובא העכו"ם והסיח לפ"ת ואמר איש שיצא עמי מכאן מת משיאין את אשתו אעפ"י שאין העכו"ם יודע אותו האיש והוא שיאמר קברתיו ובהה"מ שם דבשילהי יבמות שלשה מעשיות כאלו ונזכר בהם שאמר קברתיו והרשב"א השיב עליו מהמעשים הנזכרים שם שכיב חסא ופרשא זריזא דלא נזכר קברתיו וכן מבואר ברמב"ם ותירץ הה"מ דלפי שאין העכו"ם מזכיר שמו צ"ל קברתיו ותמה הכ"מ דבאמירתו קברתיו אינו מוציאנו מידי ספק אם הוא איש פלוני שמת או אם הוא אחר ונ"ל לפימ"ש בנמ"י פחז"ה אהא דה"ג דדר כקשתא בעילותא ד' שנין ואתא מאריה דביתא וא"ל מה בעית בהאי ביתא א"ל מפלניא זבינתיה א"ל ר"ח אי אית לך סהדי דדר היה האי מקמך חד יומא מוקמינא ליה בידך והקשו ליהמן המחזיק דדר ביה חד יומא במגו דאיהו לקחה מיניה דהא החזיק יותר מג"ש ותרצו רמב"ן והמפרשים משום דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי אם המוכר קנאה מזה המערער לא אמרינן מגו דלאו מפיו אנו חיין שנאמין כ"כ לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ולמטען שהמוכר לקחה מן המערער את"ד שם והנה אם דר המוכר חד יומא וזה החזיק שני חזקה מכח זה אנן דנין שהמוכר לו קנאה מן המערער דאל"כ לא היה שותק כ"כ וה"נ כאן דהא במשנה מפורש דמסל"ת נאמן ומ"מ איכפל הגמרא באותן מעשיות להשמיענו דמסל"ת נאמן אע"כ דאי לאו דקמ"ל ה"א כל

שלא פירש העכו"ם שמו חיישינן שמא נזדמנו אחרים שהלכו עמו ורק מכח אומדנא אמרינן היינו הך שיצא עמו מת הוא ולא אחר וכיון דנאמנות העכו"ם קלישא ורק מכח מסל"ת מהימן ה"א דלא מפיו אנו חיין שנאמין כ"כ לדבריו משום מסל"ת עד שנצטרך עוד לברר ס"א מדעתינו לומר היינו זה שיצא עמו לבד ולא גם אחר יצא עמו וכן בקולר ואידך מעשה הכל רק מכח אומדנא וכיון שנזכר בכל אלו שאמר קברתיו עדיין אין לך בו רק חידושי דבלא קברתיו י"ל דנאמנות עכו"ם דלא חייש למיכשל קלישא שמא אומר בדדמי וכשלא הזכיר שמו לא סמכינן עליו כ"כ עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר זה הוא שידענו שיצא עמו ולא נזדמן עוד אחר שיצא עמו ובזה מתורץ קושית התוספת בגיטין דכ"ח ע"ב בד"ה וקתני ישיאו את אשתו דהא רב יוסף קאמר דב"ד של א"ה כיון דגמיר דינא לקטלא מיקטל קטלי ליה א"כ ה"ל לאקשויי אמאי שמע מקומטרסין של גוים יוצא ליהרג אל ישיאו את אשתו עיי"ש ולפימ"ש א"ש דזה דחידש רב יוסף היינו דאנו מבררין הספק מדעתינו דמיקטל קטלי ליה בזה ל"מ מסל"ת דלא מפיו אנו חיין כ"כ להאמינו עד שנברר עוד ס"א מדעתינו.

ערכאות בגיטין כ"ח ב' שמע מקומטרסין של נכרים איש פלוני נהרג אל ישיאו את אשתו ופריך הא קי"ל דכל מסל"ת הימנו הימני ליה והוכיח ריב"ש מזה דגם בלא קישור דברים חשוב מסל"ת ולע"ד אינו ראיה לפי מה שחקר בכנס"י שאלה נ"ג לפי מה דקי"ל בחו"מ סי' ס"ג דערכאות לא מרעי נפשייהו א"כ היכא דליכא חשש התפארות כגון שההרוג לענינו ואומרים דפלוני הוא דלא נ"מ להתפאר מנו הוא י"ל בעדות אשה מהימני רק י"ל איסורא ממונא לא ילפינן דהחמירו חכז"ל בא"א יותר עיי"ש וא"כ י"ל בלא ק"ד הוי ספק אם מסל"ת או מתכוין להעיד אך הכא דבלא"ה י"ל חזקה לא מרע נפשייהו רק מדרבנן החמירו א"כ בספק מסל"ת הוי רק ספק דרבנן.

ועוד די"ל חזקה לא מרעי ל"ש רק במתכוין להעיד ולא במסל"ת דלא אומר לשום נ"מ וכמ"ש בש"ך יו"ד סי' צ"ח סק"ב בשם מהר"ג וגם י"ל דהך חזקה לא אלים להוציא מחזקת א"א ולהכי לא פריך הש"ס דליהמני מחמת חזקה דלא מרעי נפשייהו אלא דמסל"ת נאמן מה תאמר כיון שאמרו בלא ק"ד הוי ספק מסל"ת מ"מ ע"י ספק אחד כבר יצאה מחזקתה כמ"ש הש"ך ביו"ד בכללי ס"ס ס"ק כ"ח א"כ מהימני משום חזקה דלא מרעי נפשייהו ובזה א"ש מה דלא קאמר והא הוי מסל"ת וקי"ל מסל"ת נאמן ועוד לימא רב יוסף ס"ל דזה לא הוי מסל"ת דצריך ק"ד ולפימ"ש א"ש דפריך דבעלמא מסל"ת נאמן לו יהא דכאן אינו ודאי מסל"ת מ"מ אמאי לא ישיאו את אשתו אך ברא"ש פ"ק דגיטין

סס"א כתב דבעדות בע"פ מרעי נפשייהו והובא בשו"ת פרשת מרדכי חא"ע סי' כ"ז וזה דלא ככנס"י.
ובח"ס חא"ע סי' מ"ג ה"ר דערכי נאמן בעדות אשה במתכוין להעיד ובכתב משו"ת הר"ן סי' ג' שגזבר גוי נתן כתב שהעידו לפניו דבעלה של פלוני מת ונקבר והשיב הר"ן דהעדים גוים לא הסיחו לפ"ת ות"ל דגזבר עצמו לא הסל"ת ובשגם הוא עדות בכתב של גוי ואינו מקוים עיי"ש ואינו ראיה כבר העיד מומר מסל"ת על בעלה שמת בדבר והשיב הר"ן דדבר הוי כמלחמה וע"א במלחמה הוי בעיא ולחומרא עיי"ש וע"א במלחמה נמי אם נשאת ל"ת כדלקמן סעיף נו"ן וא"כ ודאי ליכא חזקת א"א לדעת ש"ך הנ"ל דע"י ס"א יצאה מחזקת איסור כ"ש הכא דהוי ספק בדין ולא במציאות ואפילו בלאו דעת הש"ך כיון דכאן אם נשאת ל"ת ואין האיסור רק לכתחלה וכ"ש דכ"פ ס"ל דבר לא הוי כמלחמה לכן בכה"ג יש לסמוך על חזקה דלא מרעא נפשיה ואפי' הכתב אינו מקוים כיון דמה"ת ל"ח לזיוף ע"כ הוצרך לטעם דעדים הגוים העידו בפני הגזבר ע"י שאלה ול"ה מסל"ת.

סעיף טו

סט"ו עכו"ם שהסל"ת תחלה כתב מהריב"ל אפילו אח"כ נתכוין להעיד משיאין אותו ובעז"ם הקשה דבס"פ השוחט פליגי רשב"ג ורבנן אם אמרינן הוכיח סע"ת ורמב"ם פסק דהוא ספק והביא מנדרים דף מ"ח דל"א הוכיח סע"ת רק היכא דמוכח גם בצ"צ סי' מ"ה הוכיח מהתם להכא כן ולע"ד ל"ד להתם דהתם הקנה לחברו וע"י ספק לא נתבטל המתנה כשליכא הוכחה דהוי דברים שבלב וכדמחלק הריב"ש סי' קצ"ה והובא ביו"ד סי' רי"ח ס"א בהג"ה בין נדר לחבירו לנדר בינו לבין עצמו וכ"כ בנתיבות סי' פ"ה סק"ג דדברים שבלב אינן דברים לבטל קנין ברור ועתוס' ר"פ השליח בסד"ה וחד ובריט"א בפ"ב דבכורות בד"ה ואולם לענד"נ דאיסורא בתר ממונא גריר אף לקולא וכ"ש לאיסור ומה"ט נדחה נמי ראיות הצ"צ מהכותב נכסיו לאחרים והיו בהן עבדים דאם היה רבו שני כהן אוכלין בתרומה דאם ליכא טעם על שתיקתו תחלה מודה רשב"ג דל"א הוכיח סע"ת דהתם נמי הוי מתנה לחברו ואין מבטלין בלא אומדנא דמוכח וכן ראיה שהביא מהא דאמר שא"ה דאמר כתבו דהתם צ"ל הוכחה למפרע לעשות ודאי להקל וכ"ז ל"ש כאן דבספק נמי שמא הוכיח סע"ת ול"ה מסל"ת ול"ל דהוי ס"ס שמא לא הוכיח סע"ת ואת"ל הוכיח סע"ת מ"מ אינו ודאי דמשקר חדא דמהרלב"ח סי' קכ"ז כתב שחזקת אשר פיהם דיבר שוא היא חזקה ודאית ואין בה ספק כלל ועוד אינו ס"ס המתהפך ועיין פלתי סי' ד' סק"ב לכן נ"ל אף דקי"ל כהריב"ש דמסל"ת הוי אף בלא ק"ד מ"מ אם לבסוף נתכוין להעיד י"ל מספק הוכיח סע"ת אך אם מתחלה אמר אוי לפלוני שמת כמה היה

נאה וכדומה כמ"ש רמב"ם פי"ג מה"ג הי"א שהן מראין שאין כונתו להעיד בזה אין לחוש דהוכיח סע"ת ובזה י"ל סוגית הש"ס ביבמות קכ"א ע"ב אהא דתנן לישראל אעפ"י שהוא מתכוין ובנכרי אם היה מתכוין אין עדותו עדות וקאמר ר' יוחנן אם נתכוין להעיד וקאמר הש"ס אלא הא דתנן ובנכרי אם היה מתכוין היכא משכחת לה פרש"י דיהא עדותו עדות וקאמר הש"ס במסל"ת כי האי דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חיואי מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי והאי דקאמר ואזיל ווי לפרשא זריזא דפומברתא דשכיב ואנסיב רב יוסף לינשייהו ופרשו הר"ן דהיינו ק"ד עלח"מ שם ושער אפרים סי' ק"י וקשה לריב"ש ובריב"ש ומהרמ"ל הקשו דלימא דמשכחת שלא בא לב"ד ולפימ"ש י"ל דיל"ד במשנה דקאמר ובנכרי אם היה מתכוין ולא קתני אם הוא מתכוין כמו גבי ישראל ומלת היה מיותר לגמרי אלא דקמ"ל דוקא אם היה מתכוין מעיקרא אינו נאמן אבל כונתו לבסוף לא מזיק ולא אמרינן הוכיח סע"ת לזה אמר היכא משכחת לה דהא באמת י"ל הוכיח סע"ת לזה קאמר במסל"ת כי האי דהיה מתאונן דניכר שאין כונתו להעיד אזי לא חיישינן אם מעיד לבסוף לומר הוכיח סע"ת ובזה י"ל ג"כ מ"ש הריב"ש בסי' ש"פ עמ"ש הרמב"ם דמסל"ת כגון שהיה מתאונן כתב לרווחא דמלתא שבזה נכיר שאינו מתכוין להעיד דהקשו עליו א"כ איך מתיר ריב"ש באומר מת פלוני לבד הא יש ספק שמא נתכוין להעיד ולפימ"ש א"ש דבלאה"נ סתמא הוי מסל"ת אך כשנולר אח"כ ריעותא דנתכוין להעיד נולד ספק למפרע אם הוכיח סע"ת אבל כשתחלה הסיח לפ"ת דרך התאוננת בזה נכיר שאינו מתכוין להעיד ומוציאני מהספק וכדמוכח מהש"ס כמ"ש.

ולפימ"ש הצ"צ סימן מ"ב דאם התכוין בתחלה אף דלאחר כמה חדשים הסל"ת אינו נאמן י"ל דלהכי תנן ובנכרי אם היה מתכוין היינו אם כבר בתחלה היה מתכוין תו לעולם אין עדותו עדות מ"מ מזה גופא ידעינן ההיפוך אם מתחלה מסל"ת אף דנתכוין אח"כ נאמין כמבואר בצ"צ שם דלמד מתכוין מתחלה ומסל"ת לבסוף דאינו נאמן מהפוסקים שכתבו דאם הסיח לפ"ת תחלה אינו מזיק אם מתכוין לבסוף אף דלא ביאר הנכרי תחלה דבריו לגמרי ולבסוף שואלין אותו ומברר לגמרי.

ואפשר לומר לפ"ד הרמב"ם דבמסל"ת מצריך שיאמר קברתיו ותמהו עליו הא שכיב חיואי וההוא פרשא זריזא דבש"ס לא אמר קברתיו וי"ל דה"פ דש"ס היכא משכחת דלא מתכוין מתחלה רק לבסוף ויועיל לזה אמר במסל"ת כי האי דאמר תחלה דרך התאוננת דאנסבה רב יוסף וקשה הא לא אמרו קברתיו אע"כ דשאלו אותם אח"כ ואמרו קברתיו והא אז מתכונים להשיב לשואל אע"כ כיון דהסל"ת תחלה דרך המאוננת מועיל מה שיאמר ויברר אח"כ ע"י שאלה ובכנה"ג בהגב"י אות פ"ד כתב הא דאנסבה ר"י לדביתהו

עי"ז שאמר שכיב חיוואי ולא הזכיר שם עירו ולא שם אביו צ"ל דהגוי הזכיר שם אביו אלא שהתלמוד לא רצה להאריך וקצר עיי"ש ויותר מרווח לומר דמעיקרא אמר רק שכיב חיוואי במסל"ת ואח"כ שאלוהו מאן אותו חיוואי ופירש גם שם אביו והתלמוד רצה רק לומר האיך הוה מסל"ת לכן לא האריך מה שאמר אח"כ ע"י שאלה והדעת נותנת כן כיון דלא נתכוין להעיד ולהתיר רק נתאונן למה יזכיר שם אביו.

אעפ"י ששאלו אותו אח"כ כתב מהריב"ל בשם הר"ם חאלווה דלמד מהא בפונדקית דכי היכי דבכיה דידה הוי התחלה ה"ה אם היהודי הבעל דבר בכה כשראה הגוי שפירש עם אותו הנעדר והגוי הסל"ת אין זה מסל"ת לפי שבכיית הישראל היתה הערה לגוי שיאמר אם הוא חי או מת והע"נ ס"ק קי"ד חולק עליו והביא סעד מצשו"ת הרא"ש סימן מ"ד על מעשה שבא גוי לבית ישראל לקנות עורות וראה הגוי באותו חצר אשה בוכה אמר הגוי לישראל מי זאת האשה הבוכה היא אשת מוסי יוסי א"ל הן ענה הגוי בחנם אינה בוכה שכשבאתי מעיר פלוני ראיתי אותו הרוג ומסיק להתיר עיי"ש ולי נראה לחלק אם התחלת הבכיה כשבא הגוי אצלו הוי הערה לגי שיאמר אם מת וכמעשה דהר"ם חאלוה משא"כ במעשה דהרא"ש הגוי מצאה בוכה מכבר טרח ראתה הגוי שבא.

אבל שאלו אותו תחלה איה חברנו כתב מהרב"א סכ"א דוקא ששאלוהו איה חברנו דשאלוהו אגופיה ממש אבל אם שאלו מה חידוש בספינה פלונית ואמר הגוי נטבעה והיה בה יהודי פלוני ונמצא על שפת הים ונקבר הוי מסל"ת וראיה מהמביא תניין י"ט ב' ר"פ כי הוה אתא לקמיה שטרא פרסאה דעביד בערכאות של עכו"ם מקרי להו לשני עכו"ם זה שלא בפני זה במסל"ת ומגבי ביה ממשעבדי פירש מש"ה קרי להו זה שלא בפני זה כדי שלא יבינו דבעינן למסמך עלייהו והא ודאי דהוה קרי העו"כ דלקריוה ליה להההוא שטרא ולאו דאינהו מנפשייהו קרו ליה ואפ"ה משום דלא ידעי דבעינן למסמך עלייהו במידי קרי להו מסל"ת בנ"ד נמי אף דשייליה מהספינה כיון דלא ידע אי בעי למסמך עליו בעדות היהודי שפיר מקרי מסל"ת ובעצי ארזים ס"ק נ"ג הקשה דהתם נמי הוה כשאלו אגוף הדבר כיון דא"ל שיקרא השטר באזניו ומ"ש זה מאיה חברנו אע"כ שא"ה כיון שנתכונו יחד השני גוים זה שלא בפני זה ודאי דקושטא קאמרי ואף דאין זה חשוב מסל"ת אלא היה סומך עליהם כמסל"ת בעלמא וכ"מ ברמב"ם פכ"ז ממלוה שכתב שנמצא כ"א מהם כמסל"ת וא"כ אדרבה ראיה משם להיפך דאם הוה מסל"ת מה צורך לשנים ואם אחד אינו נאמן גם שנים אין נאמנים עיי"ש ול"נ דודאי מ"ש מהרב"א משום דלא ידע' דבעינן למסמך עלייהו במידי קרי להו מסל"ת זה קשה ההבנה כיון דקרי להו שיקראו לפניו השטר איש לא ידעי דבעינן למסמך עלייהו במידי אך מ"מ כיון

דהרבה עניינים יש בשטר שמות הבע"ד וסכום המעות וזמן ההלואה וז"פ או אם כתוב בו איזה תנאי והעכו"ם א"י על איזה פרט היה הכחשה בין הבע"ד או אפשר קרי ליה כדי שיירא הבע"ד לטעון שקר נגד מ"ש בשטר דאף דאין סומכים על עדות עכו"ם מ"מ ירא לטעון שקר כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ס"ו ס"ח דלא אמרינן מגו שהיה יכול לטעון טענה מה שיכחישו אותו עדים פסולים לכן קרי ליה מסל"ת וה"ה כששאלו לעכו"ם מה נעשה בהספינה דהוי שאלה כללית חשוב מסל"ת על היהודי דלא ידע אם נתכוין השואל לאותו היהודי ומה דבשטרי פרסאה הוצרך שנים וזה שלא בפני זה משום דכל מה דאפשר לברורי יותר מבררינן ואינו דומה לעגונה דמה תעשה אם לא תמצא עוד עכו"ם מסל"ת ולכן כתב הרמב"ם דהוי כמסל"ת דאינו מסל"ת ממש כיון דעכ"פ הרגיש דלאיזה צורך יש נ"מ בקריאתו אבל ל"ל כיון דהם זה שלא בפני זה חשוב כמסל"ת אף דאינם כלל מסל"ת כמ"ש בעצי ארזים דמה ענין זה לזה ותלי בדלא תנ"א דהיכן מצינו דסמכו בשטרות במידי דאורייתא אמסל"ת זולת כאן בדר"פ ולשון הרמב"ם נותנו לשני עכו"ם זה שלא בפני זה וקורין לו שנמצא כ"א מהן כמסל"ת משמע כמהרב"א משום דכ"א א"י אם גם אחר יקרא וידוע לכל דעל אחד אין סומכין לדינא כסבור דלא למסמך עליו נקרא אלא לענין אחר דלא נ"מ לדינא לסמוך עליו ומ"מ לפימ"ש הטו"ז ביו"ד ריש סימן צ"ח דאם יודע העכו"ם שסומכין עליו בדבר אחר לא לענין או"ה מקרי בעלמא לפ"ת ולא בעדות אשה עיי"ש אם כן אין ראיה משטרי פרסאה דנהי מדאינו רק אחד כסבור דלא יסמכו עליו לענין דין ממון מ"מ יודע דע"כ על איזה נ"מ לשאל ובישש"ש פרק שני סט"ז כתב חד לא הוה מסל"ת דשמא יחניף למלוה או ללוה למוכר או ללוקח עכ"ל ולא משמע כן לשון הש"ס דמקרי להו זה שלא בע"ז במסל"ת דמשמע להדיא דחוץ מה שהם שנים זה שלא בפני זה צריכין שיהיו עוד מסל"ת ולדברי יש"ש אפילו מודיע להן דרוצה לסמוך עליו מהני דהא השתא נמי חושש שמא יחניף לאחד מהן הרי דיודע דסומכין עליו ומ"מ כיון דמיכוני להדדי חזינן דלא משקרי וצ"ל דבחד אף דלא מודיעין אותו דסומכין עליו ולענין מה צריכין לקריאתו עדיין יש חושש שמא מרגיש ומיכוין להחניף רק בשנים סומכין על מה דלא מודיעין אותן והן מסל"ת.

במבי"ט ח"ב סמ"ט כתב אם נטבע במשאל"ס ויש עדות כשר רק רבנן החמירו דל"ת לכתחלה מהני עדות נכרי אף בלא מסל"ת ובעצי ארזים ס"ק נ"ג השיג עליו מדפריך בב"ק קי"ד ב' בנחיל ש"ד ואשה וקטן בני עדות ומתרץ שהיו בעלים מרדפין והן מסל"ת והרי מסיק דקנין דרבנן ומה צורך למסל"ת את"ד וי"ל לפימ"ש ריב"ש בסימן ש"פ הא דלא סגי במסל"ת וצריך גם מרדפין משום דממונא הוא ומהרא"ש סימן רכ"א הביאו

וביאר דבריו משום דבאנו להוציא הממון מיד שכנגדו עיי"ש והגם דאינו מבואר בש"ס דמיירי שכנגדו מוחזק וה"ל לשנוי דעדיין אין שום אחד מוחזק נראה משום דכל שאין שום אחד מוחזק הדין כד"ג כדאיתא בחו"מ סימן קל"ט א"כ ע"י אשה או קטן באנו לומר אפילו יגבר שכנגדו ויתפס נוציא מידו וא"כ גם למבי"ט ל"ק דמש"ה נמי צריך מסל"ת משום דממונא הוא ואהני להוציא ועפ"י בב"ק שם.

ועוד דגוי שאינו מסל"ת רק ספק משקר ולא ס"ל למבי"ט מ"ש מהרלב"ח דחזקה ודאי משקר ומהרלב"ח נמי בסימן קכ"ז תחלה ר"ל דאינו רק ספק משקר ולכן ס"ל למבי"ט בדרבנן מותר ספקו כיון דכבר יצאה מחזקת א"א ומותרת מה"ת ע"י עדי הטביעה אך בנחיל של דבורים דהדין בין שני בע"ד ל"ל ספק דרבנן לקולא לזה דנימא להיפך לקולא לאידך דשמא משקרין והנחיל של אידך דג"כ אינו רק ספק בדבריהם דאפילו יהא של זה אין בו גזל מדאורייתא וכמבואר כה"ג ביו"ד סימן קי"א וסימן ק"צ דלא אמרינן ספק דרבנן לקולא אם הספק בין שתי קדרות או שתי נשים להקל באחת ולהחמיר באחת.

ולדעת רש"י שבתוספת ב"ק דף פ"ח בד"ה יהא דעכו"ם אין פסולים לעדות מה"ת י"ל מש"ה נאמן בדרבנן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וכדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה' ע"ב משא"כ אשה וקטן פסולין מה"ת כדפרש"י בב"ק דף פ"ב ואף דבשאר איסור דרבנן אין גוי נאמן י"ל משום דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תיקון משא"כ בנטבע במשאל"ס דלא תקון כעין דאורייתא דהא אם נשאת ל"ת.

ועוד בנש"ד אם אינן מסל"ת ובאין להעיד יש לחוש דשכרן להעיד משא"כ אשה דייקא ומנסבא ליכא חשש זה אך משו"ת הר"ן ס"ג שהשיב דגוים שהעידו לפני הגזבר לא היו מסל"ת ושם כבר העיד מומר מסל"ת דבעלה מת בדבר רק דחשש הר"ן דדבר כמלחמה דבעיא דלא איפשטא הוא והרי התם נמי אם נשאת ל"ח וה"ל להתיר ע"י גוים שאמרו דבעלה מת וקברוהו וע"כ דלא ס"ל כמבי"ט.

או שחפשו בעיר זה למד מהרי"ק בשרש קכ"א מב"ק קנ"ד ב' דנאמנים אשה וקטן לומר מכאן יצא נחיל זה ופריך וכי בני עדות תן ומשני שהיו בעלים מרדפין והן מסל"ת והקשו עליו דהא פרש"י דבעלים מרדפין רגל"ד וא"כ אף דל"ח מסל"ת ממש מועיל משום דיש נמי רגל"ד ובעצי ארזים ס"ק נ"ה תירץ דבעלים מרדפים צריך דאל"ה שמא דאינש אחרינא הן שהיה לו בהן קנין דאורייתא ע"י הגבהת הכוורת וכמ"ש התוספת והאיך נפקיע קנין דאורייתא ע"י עדים פסולים ודלמא הבעלים ראשונים יבררו ע"י עדים כשרים שמרשותן יצא לכן צריך בעלים מרדפין דבזה ניכר ורגל"ד שהם הבעלים האמתיים כיון שאין מרדפים אחריתם זולתן אבל לולא דמרדפים ל"מ אשה וקטן רק להוציא ומי שאין

בו רק קנין דרבנן ויהא לו דין אבדה שלא נודעו הבעלים לשום דמיהן ולהניחן ולהוציא מיד הזוכה ל"מ בעלים מרדפים דאין להפקיע מיד הזוכה עי"ז רק במסל"ת ומוכח דחשוב מסל"ת אף דבעלים מרדפים עיי"ש ולפימ"ש הסמ"ע בסימן רנ"ג סכ"ט ס"ק ס"ג דכל שבא מקודם ואומר שלי הוא אמרינן מדהקדים נפשו ש"מ שהוא ברור לו שכונתו היה אליו ול"ח לרמאי שיקדים נפשו לבא דמרתת שמא יברר אחר בעדים עיי"ש אם כן ה"נ אצ"ל דבעלים מרדפים להוציא מחשש של העצי ארזים ודי אם בא ואמר שהנחיל שלו וגם מנ"ל דמיירי שבאנו להוציא מיד הזוכה כבר וגם לפימ"ש לעיל דכיון דהיה לנו לפסוק כד"ג וע"י עדות המסל"ת לא תועיל לו מה שיתפס אח"כ מ"מ י"ל מה"נ אהני בעלים מרדפים וכמ"ש הסמ"ע שם דזה שהקדים לבא ולומר שלי הוא הוי בחזקת שלו כמו בכל דאלים גבר א"כ כ"ש זה דבעלים מרדפים דיועיל לו שלא יועיל תפיסת האחר שלאח"כ כמו בכל דאלים גבר כדאית' בחו"מ סימן קל"ט ובשו"ת הר"ן סימן ע"ה כתב בצוואות ש"מ ליתן לחבורה וא"י איזה חבורה מועיל ע"א אף דאין ע"א קם לממון מ"מ מראין הדברים שהוא אמת שלחבורה זו נתכוין אבל קרוב אינו מועיל רק ע"א כשר ומדין שודא ובשע"מ סימן ל"ג הקשה מנ"ל לחלק בזה כיון דע"א מועיל אף קרוב מועיל כמ"ש רמב"ם בפ"ה מה"ע ולפימ"ש דכאן מיירי שהנש"ד אין שום אחד מוחזק ומ"מ אשה או קטן א"נ רק בבעלים מרדפים ומסל"ת ואשה לא גריעא מקרוב ובזה א"ש דפריך ואשה וקטן בני עדות ננהו והא בלא"ה עד אחד כשר ג"כ אינו קם לממון אלא משום דבזה י"ל מדין שודא כיון דאין שום אחד מוחזק.

ולעד"נ דמרדפין אינו רגל"ד דיודעין שהנש"ד שלו אלא מסופק שמא מכוורת שלו יצא והסמיכה לצאת מהספק על מסל"ת ומוכח דכה"ג חשוב שפיר מסל"ת דל"ל דמצטרפין דמאי דמרדפין אינו הוכחה שודאי ראה שמכוורת שלו יצא דעל ספק ממונו ג"כ חס ומה דלא סגי במסל"ת לבד דהא דמועיל מסל"ת משום דאינו רק דרבנן והרי כתיב לא תסור ודבריהם הוי דאורייתא כדאית' בשבת דף כ"ג ואם כן יש לחוש דבעלים יודעים בודאי שאינו שלהם ועוברים על לא תסור אבל כשמרדפין רגל"ד דמסופק ורבנן לא גזרו על הספק אך כאן דהספק אם של זה או של אחר בכה"ג ספקא דרבנן נמי לחומרא כמו בכתמים ביו"ד ק"צ משום דמה חזית לתקן לזה ולהקל אצלו ולהחמיר לחברו לכן צריך מסל"ת דנהי דמסל"ת עדיין אינו דבר ברור מדאינו נאמן במקום אחר מ"מ נוטה הדבר יותר שהדבר אמת ול"ש לומר מה חזית ובתרומה דרבנן דנאמן על עצמו במסל"ת כיון דמסל"ת ליכא למיחש דיודע בודאי שמשקר דהא אינו מתכוין להעיד אך צ"ע למה נאמן אחר לומר זכור אני כשהייתי קטן שהיה פלוני יוצא לטבול לאכול בתרומה ומוקי לה

בשילהי אשה שנתארמלה בתרומה דרבנן ואפילו מתכוין להעיד ואפשר משום דחזקה אא"ח ולו לו ואדרבה קשה למה א"נ בתרומה דאורייתא מה"ט כמו בקידושין ס"ג דנאמן ליתן גט וי"ל דהתם הוא גופא עושה מעשה ומתירה בגט אלים החזקה יותר וכמ"ש בבית יעקב בפ"ב דכתובות דף כ"ג ועמ"ש לעיל בסי' זה ס"ב.

גם י"ל דהוה מלתא דעל"ג כמ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות והר"ן ס"ל דגם בדאורייתא יש להאמינו משום דעל"ג ואינו רק איסור וחולק על הרמב"ם דס"ל בתרומה דאורייתא אין ע"א נאמן ואני כתבתי לעיל דבתרומה דאורייתא יש דין ממון משום גזל השבט ובממון לא מהימן ע"א אף דעל"ג כמ"ש הריב"ש והובא בחו"מ ס"ס למ"ד ודוקא בתרומה דאורייתא הוי כמוחזקין בו השבט משא"כ בתרומה דרבנן דכ"ז שלא בא ליד הזוכה לא חשוב ממונו דאין חכמים עושין קנין רק הפקר ב"ד.

סעיף טז

סט"ז נכרי מסל"ת מפי נכרי מסל"ת מהדי"ק ותה"ד למדו זה מדמהני פסול מפי פסול כ"ש מל"ת מפי מל"ת דעדיף מדאמר רע"ק לכשתהא כפונדקית ובעצי ארזים הקשה הרי בשבויה לרוב פוסקים נכרי מסל"ת א"נ ואשה ועבד ושפחה אפילו אינן מסל"ת נאמנים כדלעיל סימן זיי"ן ונ"ל דהא בשבויה אינה מעידה לעצמה ועל מיתת בעלה מעידה וע"כ משום דהכא על"ג ומרתתא ודייקא לכן אין חשש בנכרי מסל"ת דסברתו להערים לספר במסל"ת משא"כ בשבויה אבל אשה אחרת ועבד ושפחה דבני מצות הן רק גזה"כ דפסולין הקילו בשבויה.

סעיף יח

סח"י בא אחד ביבמות קט"ו ב' אביי אמר חיישינן לתרי יצחק ורבא אמר ל"ח אמר אביי מנא אמינא לה דההוא גיטא דאישתכח בנהרדעא ואמרו תיבדק נהרדעא פרש"י האשה עומדת ותובעתו לפנינו ובעצ"א דקדק מה בעי רש"י בזה הא כ"ע נמי כשהבעל תובעו או שליח ורוצה לגרש בו ונראה דרי"ף פסק בזה כרבא ובב"מ פוסק בשכיח שיירתא אף דלא הוחזקו חיישינן לענין גט ועמדו בזה הראשונים וי"ל לפימ"ש בש"ש שמעתתא ד' פכ"ד הא דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מחזקת מריה ובאיסור רוב עדיף מחזקה משום דחזקת איסור לא היה רק מעיקרא ועכשיו מסופק שמא נשתנה והרוב גם עכשיו ודאי לפנינו משא"כ חזקת ממון ג"כ עכשיו לפנינו עיי"ש ולכן ה"נ בגט הנמצא ובא לגרש בו ולהוציא ע"י חזקת א"א שהוא ודאי לפנינו אין מוציאין רק בדבר ברור וכיון דשיי"מ אין הדבר ברור כ"כ משא"כ במיתה גם החזקת א"א אינו ודאי עכשיו וע"כ פרש"י דהאשה תובעתו דאומרת כבר נתגרשה בו דאל"ה אין ראיות אביי ראיה ומיירי במקום דאל"ה שמא מהבעל נפל וגם כשמודה הבעל צריך לגרשה עכשיו לפנינו

כמ"ש בתוס' לגיטין דכ"ז עיי"ש בד"ה בב"ד ובד"ה בזמן אלא דאם מתה ויורשיה תובעין הכתובה מהבעל ואומרים שגרשה בגט זה אזי נגד חזקת ממון לא מהדרינן להו הגט אף דכמה ספיקי הוי שמא ליכא אחר ששמו ושמה ועירו כזה ואת"ל יש שמא לא גירש ושמא לא נאבד הגט ממנו מ"מ בס"ס לא מוציאין ממון אך כשהאשה עומדת ותובעת הגט לפנינו להנשא בזה מהני ס"ס דעדיף כרוב וכאשר הספרדים בספרותם משתמשין בס"ס לענין עגונות וכיון שמתירין אותה להנשא ממילא קרינן בה לכשתנשאי לאחר תטול מ"ש לכי כמו כשמעיד ע"א ועד מפי עד שמת בעלה אף דלענין מעון לא מהימני או כיון דתובעת הגט לפנינו ואנו דנין על זה הגט שאין שום אחד מוחזק ומהדרינן לה ממילא גובה גם כתובתה כמ"ש תוספת בפג"ה דף צ"ו בד"ה פלניא ועיין קצו"ח סימן ס"ה סק"י לזה פרש"י שהאשה עומדת לפנינו ותובעתו משא"כ אם אינה תובעת רק כתובתה או יורשיה תובעין רק כתובתה בזה תחלת הדין על הוצאות ממון ואין ראיה לאביי ועיין בב"מ שם דכל הסוגיא מיירי דעדיין לא נתגרשה וכמ"ש תוספת שם בד"ה הא ובד"ה ואפילו,

ובמלחמות ביבמות כתב דרבא מתיר מטעם כנכ"ה והקשה נמ"י הא בפ' המדיר פליג ר"א על רבא וקי"ל התם דאין מוציאין ממון משום כנכ"ה והאיך עבדינן עובדא בשטרי דהוחזקו שני יוב"ש כשמוציאין על אחרים עיי"ש ונ"ל כיון דלוה ודאי חייב רק הספק מי המלוה לא שייך בזה חזקת ממון כמ"ש הש"ך בחו"מ סימן צ"א סקי"ב.

אך קשה א"כ מה ראיה מייתי רבא מהנהו שטרי דכתיב בהו חבו ב"נ דהתם ליכא חשש משום חזקת ממון דלוה משא"כ ביצחק ר"ג דיש חזקת א"א עכ"פ מכבר אך הרמב"ן לא ס"ל כסברת הש"ך כמבואר שם ולכן הוכרח הנ"י לתרץ אליביה באו"א ואף דלהש"ך נמי קשה דמאי מייתי רבא ראיה מהיכא דליכא חזקה להיכא דאיכא חזקה אפשר לומר ע"ד דכתבו רש"י ותוספת שם כיון דבממון גם בהוחזקו ל"ח עכ"פ בלא הוחזקו גם באיסור אין לחוש ה"נ י"ל כיון דהיכא דליכא חזקת ממון גם בהוחזקו ל"ח עכ"פ כשלא הוחזקו גם נגד חזקה ל"ח ויותר י"ל דראיות רבא דמגבינן בהו אף דלוה צווח לחבי ב"נ אחר שייך שטר זה וכבר פרעתי לו והאמר מודה שנפרע או מוחל לו.

ויותר פשוט י"ל דברי רש"י דיל"ד מאי ראיה מייתי אביי לחשש יצחק ר"ג אחר דיצחק ר"ג זה בעלה של זאת נאבד ונשכח זכרו ואשה דייקא ומנסבא דשמא יבא בעלה ונטיל עליה חומר דתצא מזה ומזה משא"כ בגט דליכא רגל"ד לכן פרש"י דהאשה עומדת ותובעתו לפנינו ואין אחרת לפנינו זה נמי רגל"ד וכדפרש"י בב"ק דף קי"ד ע"ב דבעלים מרדפין אחריה הוי רגל"ד ובש"ס שם הקשו למ"ד דאין מסל"ת נאמן אלא בעדות אשה

והא בנחיל ש"ד ג"כ נאמן מסל"ת והקשו המפרשים הא שם צריכין גם לבעלים מרדפין ותירץ הרב המג"ן הובא בעזר"נ דמל"ת בעדות מיתה הוי רגל"ד כבעלים מרדפין משום דדייקא מתוך חומר ובעלה נעלם ואפילו את"ל דעומדת ותובעתו בב"ד אינו רגל"ד כבעלים מרדפין דמוסר נפשו עליו יותר ועסמ"ע ריש סימן קל"ט מ"מ חזקה אין אשה מקלקלת עצמה להיות יושבת באיסור א"א כל ימיה כמ"ש הרא"ש שילהי נדרים ולכן דוקא כשהאשה תובעתו משא"כ בעל י"ל דמיכוין לקלקלה לגרשה בגט שאינו שלו ופסול וכמ"ש רמב"ם פי"ב מה"ג הלכה ה' וגם שליח אולי אבד אחר ומשום הפסד שכרו חשיד לכן פי' רש"י דהאשה עומדת ותובעתו לפנינו לאפוקי בעל ושליח ויורשה ובהכי א"ש מה שהקשו למה לא מייתי רבא ראיה לדבריו דאם איתא דחיישינן לתרי יצחק ה"נ יבדק כל העולם מבע"ל אלא דשאני בגט דטוענת ברי וחזקה אינה מקלקלת א"ע להיות יושבת באיסור א"א כל ימיה לכן לא חיישינן שמא יש גם אחר ששמו כשמו ושמה כשמה וכתב גט לאשתו ונאבד ממנו משא"כ חזקה דייקא ומנסבא דמ"מ אינה יודעת בודאי ולריב"ש דס"ל דחשיבי תרי חזקה חזקת חי וחזקת א"א י"ל מש"ה אין ראיה לרבא מגט למיתה דרבא גופא אמר בפרק בכל מערבין דף ל"ו דאלים תרי חזקה מחזקה חדא וה"נ נהי דיש ס"ס שמא ליכא יצחק ר"ג אחר ואת"ל יש שמא לא איהו מת באספמיא מ"מ יש כנגדם תרי חזקה והא דמייתי רבא מן שטרי דחבי ב"נ ה"ט דהתם הוחזקו כמה חבו ב"נ וליכא רק חד ספק שמא השטר של אחר ומוציאין ממון מחזקתו ועוד חזקת ממון עדיף דאין מוציאין ע"י רוב ומ"מ ל"ח ועוד אם בעל או שליחי תובעים הגט ל"ק רגל"ד כמו כשאשה תובעתו אאת"ל דגם הם לא חשידי לקלקלה דכיון די"ל שבאמת הם אבדו גט כזה לכן חושבים שודאי זה הגט שלהם ואפשר גם מאחר נאבד וכמ"ש הב"ש בסימן קל"ב סקי"ב משא"כ אם האשה תובעתו אאת"ל שזה גט אחר מ"מ רגל"ד שאבדה גנו ונתגרשה מאי נ"מ אם בגט זה או באחר לכן פרש"י דהאשה תובעתו והוי רגל"ד כמו בעלים מרדפין וכמו במיתת בעלה דחזקה דייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת וזה עדיף מחזקה דדייקא ומנסבא דטוענת ברי וחזקה לא מקלקלת עצמה לכן לא מביא רבא ראיה לעצמו מהך גיטא ועב"ש סימן קל"ב סקי"ג היוצא מכל זה דאם האשה עומדת ותובעת הגט שתוכל לאנשא בו מחזירין לה בשיי"מ ולא הוחזקו משא"כ אם בעל או שליח או יורשיה תובעין או בלאו תביעתה רק נפתח אנן לשאול פיה אם נתגרשה לא דכה"ג ליכא רגל"ד ואפילו נמצא בעיר שנכתב דלרמב"ן אמרינן כנכ"ה מ"מ צריך רגל"ד כמ"ש הנמ"י להוכיח מדפסקינן בשטר דחב' ב"נ כרבה ב"א דאגבי בהו זוזי

ובפרק המדיר קי"ל בממון לא סמכינן על כנכ"ה וכבר כתבתי לעיל דגם להש"ך בסימן צ"א סקי"ב דהיכא דמם"נ חייב לאחד ל"ל אוקי ממון בחזקתו מוכרחין דברי הנמ"י.

ועוד סברת הש"ך לע"ד ליתא כיון דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה א"כ אף דמם"נ חייב מ"מ כ"ז שלא נגבה ממנו הממון של לוה ובחזקתו ובזה א"ש מה דא"ר מנא אמינא לה דהנהו שטרי דחבי ב"נ דאפיק בהו רב"א זוזי דמנ"מ אם גבה זוזי או קרקע אלא דמאי ראיה בשלמא כשדנין על יצחק ר"ג שמת אם בעלה הוא יש חזקת א"א משא"כ בהנהו שטרי ליכא חזקת ממון דממ"נ חייב לאחר אף דרבא ס"ל בכ"ש דף ל"ב דבע"ח מכאן ולהבא גובה הא אביי ס"ל התם למפרע גובה ביון דמטי זימניה ולא פרעיה הנכסים של מלוה וכ' מייתי רבא ראיה מדידיה לדידיה אך דוקא בקרקע י"ל למפרע גובה כיון דאם מכרם לוה מפקינין מלקוחות או מטלטלין ששיעבדן אג"ק וצריכים לעמוד בעין כמ"ש במלחמות ופנ"י שם בפכ"ש לכן דייק רבא דמגבי בהו זוזי וזה ודאי לא שיעבד אג"ק דאם היה לו זוזי בשעת הלואה למה לוה אחרים להוציאם ושלו יעמדו בעין לפרוע בהם דמה נ"מ בין זוזי לזוז אבל קרקע ומטלטלין י"ל דלא נזדמן לו קונה או לא רצה למוכרם ואולי לא יצטרך למוכרם.

הג"ה שם עירו בשו"ת הרא"ש כנ"א ס"א התיר אשת מכלוף בן עלול ע"י שמו ושם אביו לבד ושם ס"ב גבי אשר בן סיני לא סמך על שמו ושם אביו רק בצירוף שידוע לכל החבורה של הרא"ש שמיום בואו לכאן לא למד לפניו שום אדם ששמו ר' אשר אלא אותו ראב"ס שהועד עליו שעת והוא היה מארץ רוסיא והקשה מהריב"ל דדברי הרא"ש סתראי ננהו וכמבואר בקו"ע סי' כ"ג ונ"ט ועיין עצי ארזים ומהרי"ק שקפ"ה ונ"ל דמבואר בתשובת הרא"ש סיב דהעד לא ידע שהמת היה שמו אבר"ס רק מחמת שנתאכסן אצלו והראה לו אגרת שנתן לו הרא"ש וכתוב בו שזה אשר שלמד אצלו שמו ר' אשר והביא הרא"ש ראיה דבעצמו נאמן ששמו כך משילהי יבמות דהמת אמר בחייו דשמו יוחנן בן יונתן עיי"ש וקשה מה ראיה התם אין לו נגיעה בזה ששמו יוחנן בן יונתן משא"כ כאן דהאגרת מועיל לו להראות שלמד אצל הרא"ש ויחזיקו ידו בדרך ובעירו וא"כ אולי אין שמו אשר רק אמר כן להחזיק ידו ולכבדו מחמת האגרת אך הא ראו האגרת בידו, מה אמרת שמא נפל מאחר ומצאו זה הא מסקינן בפג"פ דף קע"ב דלנפילה דרבים ל"ח בשטר שכתוב בו לויתי ממך והנה בבע"ת שי"ג כתב בשם רמב"ן דאם יש ללוה מגו דפרעתי כגון בכת"י שאין בו עדים נאמן לטעון לא מוך לויתי רק מאחר ונפל ממנו ומצאת וכן איעסק בחו"מ סימן נו"ן בלא חולק הרי דמגו שקול כסברא דל"ח לנפילה דרבים דאל"ה כמו דלא אמרינן מגו במקום חזקה ה"נ כאן לא הוי מועיל מגו אם סברא דלא

נפל אלים ממגו ועיין בתומים שם דנגד חשש נפילה דיחיד ל"מ מגו ללוה משום דסברא דל"ח לנעילה דיחיד אלים ממגו והנה בנמ"י פחז"ה בהא דדר בקשתא בעיליתא כתב היכא דאנו מאמינים לו משום מגו לא מפיו אנו חיין להאמינו במגו כל כך עד שנצטרך לברר עוד ספק אחד מדעתינו לכן צריך על אותו ספק עדים שלא יהא שום פקפוק בדבר עיי"ש ולכן ה"נ כיון דלא ידענו שזה המת היה שמו אשר רק מפיו ומחמת סברא דנפילה דרבים ל"ח נהי דבעלמא בשמו ושם אביו כשלא הוחזק אחר אמרינן מסברא דזה בעלה שמת אבל אין זה רק סברא דל"ח ליוב"ש אחר שלא הוחזק משא"כ כאן דזה גופא דשמו אשר בר"ס הוא אינו ודאי רק מסברא דלנפילה דרבים ל"ח לכן צריך ביירור בעדים דלא למד לפניו רק אשר בר"ס אחד ואין שני והוא מארץ רוסיא ונודע לאשתו שם שהלך ללמוד ועוד ראיות שכתב בשו"ת הרא"ש שם שזה הוא אשר למד אצלו יצא מארץ רוסיא ומת עיי"ש כי הוצרך לכ"ז שלא יהא שום פקפוק אחר הנחה דשמו אשר בר"ס ובעלי ארזים השיג על מהריב"ל דלפי מה שהבין מהרי"ק בשרש קפ"ה בפירש תשובת הרא"ש דברי תשובת הרא"ש בהך אשר ב"ס סותרים לדבריו במכלוף דלא מצא שום סתירה דאי משום דמשמע שהעיד על שם המת שהית ראב"ס ואפ"ה הוצרך הרא"ש לצרף להיתרא ממה שהיה ידוע לכל בני החבורה דלא למד אצלו ששמו ראב"ס זולת זה משמע דאל"ה היה חושש לשנים הרי כתב מהרי"ק דהרא"ש נקט כן שאם ימצא במדינת רוסיא שני אנשים ששמם ראב"ס שהלכו מארלם ללמוד אפ"ה תנשא אשתו של זה אם יתברר להם שזה הבחור ר' יונתן נפרד עם בעלה וכיון דהוחזקו שנים ודאי צריך לדעת איזה מהם מת את"ד ואינו נראה דמהרי"ק כתב דלזה הועיל מה שבעלה נפרד ללמוד עם הבחור יונתן וכן באו שניהם לפני הרא"ש אבל מה יועיל לזה מה שידוע לכל החבורה שלא למד אצלו רק אב"ס אחד הא ע"כ מיירי דבמקום האשה לא נודע אם הלך ללמוד לפני הרא"ש בטלטולא כמ"ש מהרי"ק שם א"כ אולי בעלה הלך למקום אחר ללמוד ועודנו חי ותלמידו של הרא"ש שמת אינו בעלה וא"כ אפילו לא היה ידוע לכל החבורה אם למד לפני הרא"ש עוד תלמיד ששמו ראב"ס מ"מ לא הוחזקו שנים כיון דמה דידוע לא הועיל רק אם לא יצאו מרוסיא שני ראב"ס ללמוד וטעם דיצא בעלה ללמוד עם הבחור יונתן וכן באו לפני הרא"ש סגי בל"ז אפילו יצאו מרוסיא שני אב"ס כיון דהאחר לא הלך עם הבחור יונתן אע"כ דהטעם דידוע לכל החבורה שלא למד לפניו שום אב"ס אחר היינו אפילו לא היה בא עם יונתן או לא נודע במקום האשה שהלך עם יונתן אלא דלא יצאו שנים דשמם אב"ס ללמוד.

הרא"ש בכנ"א ס"ב בהא דמכלוף בן מלול כתב דבעגונה אף דשי"מ אם לא הוחזקו שנים שוים בשמם ושם אביהם מתירין דהרבה הקילו בעגונה וכן בס"ג שם בהא דר' אבלס כתב להתיר משום דהרבה הקילו בעגונה כדאיתא בשילהי יבמות בתלת עובדי והקשו עליו הרי בבכורות דף מ"ו איתא דדוקא בסוף עדות הקילו דהיינו להאמין לע"א ועמפ"ע ואשה ולא בתחלת עדות אם הספק אם זה שמעידין עליו שמת הוא בעלה ונ"ל דמה דל"ח בשיי"מ ולא הוחזקו שמא יש בעולם אחרים ששמם ושם אביהם כבעלה והמת הוא מהם ואפילו יזכיר העד גם שם העיר אולי יש שני שווירי הוא מטעם דבעלה נאבד ואין זכר למו רגל"ד שזה המתכוין דלא ידענו שאחר ששמו כן ג"כ נעלם וכן מה דסמך הרא"ש בס"ג על האגרת שהראה שנתן לו הרא"ש וכתוב בו ששמו אשר ולא חשש שמא נפל האגרת מאחר ומצאו זה או קנהו ממנו כדי שיחזקו ויתנו לו נדבה הגונה מחמת שהוא תלמידו של הרא"ש וחשוב ואי דנפילה דרבים ג"כ ל"ח מ"מ אין זה חזקה גמורה מדמהימן הלוה במגו דפרעתיך לומר דנפל מאחר כדאיתא בחו"מ סימן נו"ן ע"כ נמי משום דבעלה של אשה זאת נעלם רגל"ד שזה הוא וא"כ אם העדים היו שנים ואח"כ בא בעלה חי לפנינו לא היינו אומרים דהעדים העידו שקר אלא היינו אומרים דאמת העידו דמכלוף בן מלול מת אלא דאינו בעלה דהא לא העידו דבעלה מת רק מכלוף בן מלול והב"ד סמכו על רגל"ד מחמת שנעלם והשתא דבא חי ודאי היה זה המת מכלוף אחר וכן בהא דאשר ב"ס הוי אמרינן דזה שהוציא האגרת אמר שקר דהוא אשר ב"ס שבהאגרת והעדים קושטא העידו א"כ השתא דליכא שני עדים איך נאמין לע"א ועמפ"ע הא אינו על"ג אפילו יבא בעלה ומבואר ברמב"ם פי"ג מה"ג הכ"ט דמה שהקילו כ"כ להאמין משום דאם יבא הבעל לא יוכל המעיד להשמט לתרץ עדותו והרי כאן יכול להשמט ואף בעמפ"ע אף דיכול להשמט דהראשון אמר שקר כבר כתבתי לעיל דאינו חשיד לקלקלה באיסור א"א רק החשש שכרתו וכשיבא בעלה ידעו הכל דבעצת האשה העיד וכיון דעל"ג לא תעשה כן אבל כאן ל"ש כ"ז לזה כתב הרא"ש דאין לנו להמציא חומרא כיון דחזינן דהרבה הקילו בעדות עגונה דה"נ החשש רק על נאמנות המגיד דהוא סוף העדות ולזה שפיר הביא ראיה מדאמרינן בשילהי יבמות מעשה בישראל וגוי שהיו מהלכין בדרך ובא הגוי ואמר חבל על יהודי שהיו עוד בדרך ומת וקברתיו והשיאו את אשתו אף דלא הסיר הגוי את היהודי ולא אמר שהוא בעל אשה זאת אלא שאמר שיהודי נתלוה עמו ומת והיו עדים שאותו יהודי נתלוה עמו ולא חשו הב"ד שמא אותו היהודי הלך לדרכו ושוב נתלוה אחר עמו ומת אלא כיון שאותו יהודי נתלוה עמו תלינן בודאי שזה מת עיי"ש ובזה אם כה"ג היו שני עדים כשרים מעידים שיהודי נתלוה עמהם ומת

ואח"כ בא בעלה חי לא הוי מחזיקינן לסהדי שקרי אלא הוה מתרצין דאמת העידו רק אח"כ זה בעלה הלך לדרכו ואחר נתלוה עמהם ומת א"כ גם הגוי יוכל להשמט בתירץ זה ואינו על"ג ומ"מ השיאו את אשתו.

ובישרש יעקב דף קכ"ב הקשו אמאי לא מייתי הרא"ש ראיה דנאמן על עצמו דכך שמו מהך דמעשה בצלמון ומהא דבשעת הסכנה כותבין על פיו אף שאין מכירין ולק"מ דמבואר בפג"פ דף קע"ה דא"א משטה בשעת מיתה ה"נ י"ל דלפיכך ל"ח בהאי דנשכו נחש דשינה שמו לקלקלה וכן הא דכותבין בשעת סכנה והא דמתרץ נמי הש"ס אהא דפריך שמא צרה היא דבשעת הסכנה כותבין ופרש"י דהוי כשעת הסכנה שלא תתעגן ה"ט דל"ח מדינא שמא צרה היא דכל דפריש מר"פ ומפרט דלא ידעינן כלל אם נשא עוד אשה כדפרש"י שם אחזוקי איסורא לא מחזיקינן רק ס"ד דבא"א נחמיר ומשני דכדי שלא תתעגן ל"ח ולהא דפריך שמא שד הוא ומתרץ דחזי ליה בבואה דבבואה הובא ברא"ש ומשום דשדים שכיחי ול"ל כל דפריש מר"פ ולהכי מייתי הרא"ש מהא דיונתן בן יוחנן דבשעת אמירתו לא היה נוטה למות דהא אחר ימים חלה ומת.

סעיף כ

ס"כ לא היה בפני ב"ד כ"כ הר"ן בתשובה מ"ז והביא ראיה מתוספתא דעדים שהעידו בין לאיסור בין להיתר שלא בפני ב"ד כל שלא נחקרה עדותן בב"ד יכולין לחזור ולומר מבודין היינו והב"י בתשובה כתב בס"ד לדינו עכו"ם מסל"ת דז"ד בשאר עדיות שאעפ"י שהגיד העד עדותו בפני כמה בני אדם אין ב"ד דנין באותו עדות עד שישמעו מפיהם משא"כ עדות אשה דאין ב"ד צריכין לשמוע מפי העד הראשון כיון שיצא העדות מפיו בפני ע"א כבר הגיד ואין לב"ד צורך בו הוי כנחקרה עדותו בב"ד וכתב בעצי ארזים בס"ק פ' דזה סותר למש"כ כאן כדברי הר"ן וגם מה יענה להראיה שהביא הר"ן מהתוספתא והוכיח מזה בעצ"א דעד מפי עד א"נ להחמיר לומר דיבמה חי לכן כתב הר"ן דיכול לומר מבודה הייתי וזה אינו דהמעיין בתשובות הר"ן שם יראה דעמפ"ע נאמן ועוד ה"ה בתוס' תנא לאיסור ולהיתר לטמא ולטהר ובזה ודאי עמפ"ע נאמן וא"צ הגדה בב"ד כלל כמו שהוכיח בחוו"ד סימן צ"ח סק"א ומ"מ יכול לחזור אך העיקר כמו שהבאתי לעיל ס"ח מהריטב"א בשבועות דל"ב שביאר כונת רש"י דבעדות אשה אף שהעד הראשון אמר רק בפני אשה שלא בפני ב"ד הוי כהגיד בב"ד והסברתי דבריו שם משום דמן התורה להתיר ערוה צריך שני עדים להגיד בב"ד ורבנן הקילו להתיר בעמפ"ע עשאוה כהגיד הראשון בב"ד משא"כ באיסור והיתר או להחמיר לומר דבעלה או יבמה חי דבלא"ה בחזקת איסור היא מדינא א"צ הגדה בב"ד ויכול לחזור אח"כ לומר מבודם הייתי ובעלה

או יבמה מת ולק"מ על תשובת ב"י מהתוספתא ואין סתירה מכאן ומ"מ הר"ן לא ס"ל הכי דמבואר בדבריו שם דגם בעדות אשה כן אלא דאפשר לומר כונתו בעדות אשה לאסור דבזה מיירי שם ומי"ש שכתב הטעם לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד וא"כ י"ל כיון דהאמינו חכז"ל לע"א ועבד ושפחה וגוי אף שאמרו חוץ לב"ד ע"כ משום דעל"ג ואם יבא בעלה חי לא יוכל להשמט מדקדק בדבריו גם חוץ לב"ד כמו בב"ד משא"כ אם אומר דבעלה חי או זה אסור או מותר לא על"ג כל כך כמו בזה שאומר שמת ואם חי הוא בודאי יבא לביתו ויעמוד חי לפני כל העולם וכמ"ש רמב"ם פי"ב מה"ג הט"ו דעשוי להגלות לכל וא"א להכחיש שאם הוא חי סופו לבא עיי"ש אדע דא"ת דעל"ג אם יבואו עדים דיבמה כבר מת או כשהעיד על דבר שהוא אסור על"ג כשיבואו עדים ויכחישו אותו א"כ כל עדיות על"ג ולמה אמרו רק בעדות מיתת בעלה דעל"ג ולכן הקילו חכז"ל וכמ"ש הרמב"ם פי"ג מה"ג הכ"ט שלא הקפידה תורה על העדות שני עדים ושאר משפטי עדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי העדים ובעדותן ובתוס' רי"ד על ב"ב דף קס"ח כתב הא דעמפ"ע פסול משום דעד ראשון שלא הגיד בב"ד יכול לחזור בו ולפ"ז מה דסמכו רבנן בעדות מיתת בעלה על עמפ"ע משום דעל"ג א"צ למשפטי עדות ע"כ דמשום דעל"ג מדקדק גם חוץ לב"ד וא"י לחזור בו.

סעיף כא

סכ"א אין בודקין ע"נ בדו"ח בשילהי יבמות ס"ל לרע"ק הכי ואיתא שם הטעם כגון דאיכא כתובה למשקל כד"מ דמי ורמב"ם פי"ג הכ"ט כתב שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עגונה ואל יקשה בעיניך שהתירו חכמים ערוה החמורה בעדות אשה ועבד ושפחה ובלא דו"ח דמשום דעל"ג הקילו שלא תשארנה ב"י עגונות ולח"מ תמה למה ל"כ טעם שבש"ס ועוד דלפי טעם הש"ס גם לגיטין וקידושין א"צ דו"ח משא"כ לטעם הרמב"ם אינו רק בעגונה משום דעל"ג ונראה דכבר הקשו הא מה דל"צ בד"מ דו"ח כדי שלא תנעול דלת בפני לווים וזה ליתא בעדות אשה דיותר ממה שהאיש רוצה לישא וכו' ותירץ רמב"ן דל"פ בתקנתן והנה התינח בשני עדים או ע"א כשר דכה"ג מועיל בד"מ לממון או לשבועה י"ל ל"פ גם בעדות אשה אבל לקבל עדות מאשה ועבד ושפחה דלא מצינו הכי בדיני ממונות ל"ל ל"פ ומפרט דהסברא נותנת לחלק דהא בד"מ אין אלו נאמנים כלל מסתיין להקל דעגונה ע"י דו"ח ולא להקל תרי קולי ועכצ"ל דהש"ס דקאי אדברי רע"ק ואיהו הא ס"ל במשנה התם דאין עבד ושפחה ואשה נאמנים וא"כ לדידן דנאמנים דל"ל ל"ע עכצ"ל דהקילו משום דעל"ג ותק"ע וחד טעמא הוא כיון דסמכו דלא משקרי בעל"ג לא הוצרכו נמי לדו"ח אבל בגיטין וקידושין

דבאמת צריך עדים כשרים שעיר י"ל דכד"מ דמי ול"פ ונ"מ דבעגונה גם בארוסה דל"ל כתובה א"צ דו"ח וא"ל מנ"ל דבאשה ואינך א"צ דו"ח דהא אמרו רבנן לרע"ק בשילהי יבמות ולא תהא כהנת כפונדקת והרי בפונדקת לא היה דו"ח וגם בדף קי"ז ע"ב תנן אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג תנשא ואי צריכה דו"ח היה בטל העדות בהכחשה וער"ן ר"פ שואל שכתב הא דל"ג אדם חשוב משום אינו חשוב משום דל"א ל"פ רק במין אחד והובא בי"מ בסימן ש"ס כ"ש כאן דל"ל ל"פ באשה ועבד משום עדים כשרים.

ובירושלמי שילהי יבמות אמר דקי"ל דישראל נאמן אף שאינו מתכוין להעיד מדקי"ל עדי מיתה א"צ דו"ח ופרשו ק"ע ופ"מ כיון דהקילו בעד מיתה דא"צ דו"ח ה"נ א"ל שיתכוין להעיד עיי"ש והיינו דמדינא כל שאינו מתכוין להעיד אינו עד כלל ומזה ראיה למ"ש בשו"ת הרי"ם בתק"ע סט"ז דצריך שיתכונו העדים להעיד על שום דבר המועיל ואם לאו אין דנין עפ"י אותו עדות רק בעגונה אפילו דרך שיחה משום דעל"ג ונראה להשוות הירושלמי עם הבבלי דבבבלי קאמר דא"ל משום דכד"מ דמיא משום דבבלי קאי על ברייתא דאין בודקין עידי נשים בדו"ח. דברי רע"ק ועידי נשים כולל גם גיטין וקידושין וכ"כ בז"ט כאן ועכצ"ל משום דכד"מ דמיא וגם לרע"ק אשה ועבד פסולים גם בעד מיתה וי"ל בעד כשר ל"פ משא"כ ירושלמי דמביא ברייתא דתני עד מיתה א"צ דו"ח ולא קתני עידי נשים עכצ"ל דקמ"ל גם בעידי מיתה דקי"ל אשה ועבד כשר דל"ל ל"ע לכן ס"ל דהטעם משום דהקילו בעל"ג וכהרמב"ם לכן נקט הרמב"ם טעם הירושלמי כיון דבבלי ל"פ על הירושלמי ובזה מיושב דברי הב"ש ס"ק ס"ג דכתב הטעם דאין בודקין עידי נשים בדו"ח והקשה למה לאסור אשה על בעלה צריך דו"ח ותמהו עליו הא הטעם דעל"ג לא שייך בלאסור אשה ולפימ"ש א"ש כיון דאמר אין בודקין עידי נשים בדו"ח נהי דבעד מיתה צ"ל משום, דעל"ג אבל בגיטין וקידושין ע"כ הטעם משום דאיכא כתובה כד"מ דמיא ולכאורה תמוה גרסת הירושלמי דריב"ב אומר בישראל עד שיתכוין דאיך יגרע ישראל מגוי במסל"ת ונראה דבשלמא גוי אשר פיהם דיבר שוא וחזקתן משקרים כשמתכונים וכמ"ש מהרלב"ח.

ואם לא יועיל עדותו מסל"ת כשנודיעו דיש צורך בעדותו יחזור בו ותשארנה ב"י עגונות משא"כ ישראל כשמסל"ת הב"ד יכולין להודיעו ולשאלו וממ"נ אם יחזיר הרי מבורר דלא מת בעלה דהא מעיקרא אמר דרך שיחה בעלמא ולא הוי עדות ונאמן לחזור ואם קושטא סיפר תחלה ודאי לא יחזור בו ולא תשאר עגונה ויותר נאמן ישראל כשמתכוין להעיד וכיון דאין בזה משום תק"ע לכן לא הקילו משאר עדות דצריך שיתכוין ואי איך נעשה כששמע עד מפי עד ישראל מסל"ת והלך לו הראשון הא ריב"ב לא הקיל

בעמפ"ע רק הקיל דע"א נאמן רק אח"כ הוחזקו להיות משיאין בעמפ"ע כדאיתא במשנה דשילהי יבמות נמצא מוכח דמה דאמר בירושלמי דרבנן דס"ל עידי מיתה א"צ דו"ח ס"ל נמי דא"צ שיתכונו ע"כ ל"ל דא"צ דו"ח משום דאיכא כתובה למשקל כד"מ דמיא דהא אף דא"צ דו"ח בד"מ מ"מ ל"ה עדות עד שיתכונו אע"כ כמו דהקילו בעד מיתה דא"ל דו"ח משום דעל"ג ועבד ושפחה נאמנים ה"נ הקילו דא"צ שיתכוין דס"ל להירושלמי כיון דלדידן עבד ושפחה נאמנים מה שאין נאמנים בד"מ ל"ל כד"מ דמיא משום ל"פ וכיון דבבלי לא פליג על הירושלמי תפס הרמב"ם טעם הירושלמי.

סעיף כד

סכ"ד פדחתו בפי"ב מ"ו ע"ב ס"ל לר"י פדחתו לבד הוי הכרה לענין בכור ופריך הא אין מעידין על פדחת בלא פ"פ ומשני שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ופריך הא אקילו להאמין עמפ"ע וכו' ומשני כי אקילו בסופה בתחלה לא הקילו ואבע"א יכיר לחוד הכרת פנים לחוד ובספר הישר לר"ת אחר שהאריך דבכל גופו שלם מעידין בטב"ע אפילו בלאו פ"פ וע"ז כתב ופרצוף פנים כדמסיק בפי"ב לנחלה ואע"ג שינויא אחרינא מיהא תלמודא דשאני הכא קושיא קאמר עכ"ל ואינו מובן ונראה דלתירץ קמא רק מחמת חומרא אין מעידין אלא אפ"פ ולזה קאמר ר"ת כיון דרק חומרא דרבנן הוא אין להחמיר אם מכירין בטב"ע בגופו ואע"ג שינויא אחרינא וי"ל לאותו תירץ דמדאורייתא אין מעידין אלא אפ"פ עם החוטם מיהא תלמודא דשאני הכא היינו תירץ קמא קושטא כצ"ל דלמה נשוי פלוגתא לדינא בין התירוצים בחנם כיון די"ל גם תירוץ ואב"א אינו רק לומר דיש עוד תירץ ומ"מ לדינא אמת גם תירץ קמא ועוד דהכרת פניהם אסמכתא בעלמא מדברי קבלה לכן גם למאי דאמר הכרת פניהם לחוד ג"כ רק מדרבנן הוא וי"ל עוד דמאי דאמר ר"ת ופ"פ כדמסיק בפי"ב לנחלה דלנחלה מיותר דהפרק נקרא רק יש בכור וליכא בש"ס פרק אחר יש בכור דיצטרך לסיימו אלא הכונה ופ"פ כדמסיק פי"ב דפדחת בלא חוטם סגי לנחלה דרק לענין התרת האשה החמירו כדמשני התם שאני עדות אשה דאחמרו בה רבנן וא"כ להוריד לנחלה סגי בפדחת ולכאורה י"ל בלא ט"ס אלא כונתו כדמסיק בפי"ב דפ"פ עם החוטם צריך אע"ג שינויא אחרינא יש תחלה תני עד החוטם מיהא תלמודא דשאני הכא קושיא קאמר דמקשה על תירץ תני עד החוטם ולכן מסיק שאני הכא דצריך עם החוטם אך לע"ז מגומגם יותר דהל"ל מיהא תלמודא דחי האי שינויא וגם זה מה קמ"ל ר"ת דהא חזינן דגמרא מדחה האי שינויא דתני עד החוטם וגם אין לו שייכות לכל מה שכתב עד עתה ואח"כ זולת לפירש ראשון שכתבתי דבא לומר דזה רק מדרבנן ומ"מ גם לכשת"ל דלתירץ ואב"א יכיר לחוד והכרת פניהם לחוד צריך מדאורייתא פ"פ עם

החוטם מ"מ הוי ספקא דשמא כתירץ קמא דרק בעדות אשה אחמרו רבנן ונ"מ בספק מקודשת דהוי ס"ס שמא אינה מקודשת ואת"ל מקודשת שמא מדאורייתא סגי בפדחת ואף דמדרבנן צריך עם החוטם הלא בלא"ה רק ספק מקודשת והוי ספק דרבנן ותליא במחלוקת הפוסקים כשע"י גלגול נעשה ספקא דרבנן דמסקי הפוסקים דבהפ"מ מותר וה"נ בעגונה שו"ר בא"ז סימן תרצ"ב שהביא כל אותו תשובה של ספר הישר וכתוב בה ופ"פ כדמסיק בפי"ב לנחלה עד בחטם ואע"ג דאיכא שינויא אחרינא מיהו תלמודא דשני הכי קושטא הרי דהגרסא קושטא וגם שם ט"ס בחטם וצ"ל עד החוטם ועכצ"ל כמו שפירשתי דלנחלה סגי בפ"פ עד החוטם לבד דרק בעדות אשה אחמירו ומ"ש ואע"ג דאיכא שינויא אחרינא היינו דיכיר לחוד והכרת פניהם לחוד דלפ"ז י"ל גם להוריד לנחלה צריך גם החוטם וא"ל כונתו דתירץ ראשון דתני עד חוטם זה אמת אע"ג דאיכא שינויא אחרינא דלא מתרץ תני עד החוטם דז"א דהא יש שם שני שינויי חדא שאני עדות אשה וחדא יכיר לחוד והל"ל דאיכא שינויי אחריני ועוד הא גם לאותם תירוצים מ"מ לענין בכור לנחלה א"צ רק עד החוטם אע"כ כמ"ש דר"ל לנחלה להוריד לנחלה סגי עם החוטם וכתירץ דשאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ואע"ג דאיכא שינויא אחרינא היינו דיכיר לחוד.

אעפ"י שי"ל ס"מ ביותר בכליו עח"מ ס"ק מ"ב ועיין שו"ת ב"י בקונטרס מסל"ת סימן זיין כתב מדהביא הרא"ש סתם המשנה דאין מעידין אף שי"ל סימנין בגופו ובכליו משמע אפילו ס"מ ואפילו כיס וארנקי וטבעת ל"מ ובשו"ת הרא"ש כנ"א ס"ו כתב אף דהכירו הבתי שקיים שהיו שלו ל"מ דפעמים משאיל אדם מלבושיו לאחרים משמע דבכיס וארנקי וטבעת דלא מושלי מפני עיי"ש ונ"ל לפימ"ש הנמ"י בפחז"ה הבאתיו לעיל דהיכא דנאמן רק מחמת מגו לא סמכינן על המגו היכא דצריכין עוד לברר ספק אחד מדעתינו והנה בקצו"ח ונתיבות סימן רצ"ז כתבו דסימן מובהק לא מהני להוציא ממון ודעת קצו"ח דלהוציא קרקע מחו"ק מהני ודעת נה"מ דגם בקרקע ל"מ והרי לנתיבות ס"מ גרע ממגו דקי"ל בפחז"ה דף ל"א כרבה בארעא דמגו מהני ולקצ"ח עכ"פ לא עדיף ממגו דכמו דמגו ל"מ להוציא ממון ה"נ ס"מ וא"כ נהי דס"מ ל"מ בכליו כיון דעדיין צריכין לברר מדעתינו לומר דלא מושלי הנהו כלים אבל הרמ"ש בתשובה דהכירו הבתי שוקיים בט"ע שהן של בעלה הוצרך לומר משום דלפעמים משאיל אדם מלבושיו ואם היו מכירין עליו כלים דלא מושלי היה מועיל ובזה מיושב קושית מהר"ל שבב"ש ס"ק ס"ט למה תנן אף עפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו הל"ל רבותא יותר אעפ"י שיש ט"ע בכליו למ"ד סימנין דרבנן והוכיח מזה דס"ב בגופו וס"מ בכליו גם יחד מהני ולפימ"ש

לאו ראיה דלא מצי למתני ט"ע דמהני באמת רק ס"מ ל"מ בשום כלי דחל"ש כיון דסימן מובהק ביותר נמי אינו בעדים רק מסברא וכמ"ש הש"ך סימן רס"ז סק"ז ולא עדיף ממנו דג"כ מכח סברא וכשיש עוד ספק אחד לא מהני רק עדים ועיין פנ"י פא"מ דף כ"ז ע"ב בד"ה אי חיישינן לשאלה.

אך בעד אחד י"ל גם טב"ע בכלים דלא מושלי ל"מ דנהי דרובא דאינשי לא מושלי להו מ"מ אינו מהנמנע וא"כ כשיבא הבעל חי יוכל העד להשמט דהא לא העיד דמת רק הכיר אלו הכלים אצל מת אחד ואולי השאיל לאחר וברמב"ם פי"ג מה"ג כתב הא דע"א נאמן לומר מת בעלה משום דעל"ג כשיבא הבעל ולא יוכל להשמט אף לפימ"ש לעיל ס"ג דאף היכא דל"ח על"ג נגד העד מ"מ חשוב על"ג נגד האשה והעד בלא"ה לא ישקר אם לא שכרתו מ"מ כאן אינו על"ג גם נגד האשה דתוכל להשמט דלא שכרתו והבעל השאיל אותן כלים לאחר.

ובנו"ב בתק"ע סל"ב הקשה על החמ"ח דכמו דחל"ש חיישינן לאבדה א"כ מאי משני הש"ס במצאו קשור בכיס וארנקי דלחל"ש דלא מושלי דעדיין נחוש לגנבה ואבדה ונראה כיון דזה אבד גט מיוב"ש ולומר דמצא שליח אחר שיש לו נ"כ גט מיוב"ש כיס וארנקי שלו וקשרו בו הוי נפילה דיחיד ולכ"ע ל"ח משא"כ לשאלה דיחיד חיישינן כמ"ש הל"מ כאן.

ומ"מ צ"ע בדברי הח"מ לפימ"ש ראשונים בע"ב דקידושין דחוששין למיעוט דמקדשי והדר מסבלי משום דהרוב תלוי ברצון הוי רוב גרוע א"כ י"ל נהי דחיישינן לשאלה גם בכלים דלא מושלי משום דהרוב תלוי ברצון משא"כ גנבה ואבדה דכ"ע אין רוצים שיאבדו וזהירין רק לפעמים מדמן ע"צ המיעוט שלא ברצונו הוי רוב יפה ואפילו ת"ל דנצרף מיעוט דאיתרמי סימן כסימן למועט דמושלי או נאבד ונגנב מ"מ ל"ד דמיעוט בסימן מובהק ביותר המיעוט גרוע רק בשאלה הרוב גרוע כיון דתלוי ברצון לכן מצטרפי משא"כ אבדה וגנבה דהרוב יפה ונ"מ בנמצא בכל בגדיו דכתבו מהרי"ח ופוסקים דל"ח לשאלת כל בגדיו עיי"ש בנו"ב דלהחמ"ח יש לחוש לגנבה ולפימ"ש אין לחוש.

דחיישינן לשאלה ביבמות ק"כ ב' פריך למ"ד ס"ד מדתנן אף שיש סימנין בכליו ומשני דחיישינן לשאלה ופריך חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן ומשני אוכף לא מושלי ופריך ממצאו קשור בכיס וארנקי וטבעת ומשני דהנהו נמי לא מושלי ואיב"א כליו בחיוורי וסומקי ובב"מ דף כ"ז אמר מקודם תירץ דחוורי וסומקי ופריך ממצאו קשור אח"כ ועמד בזה בנו"ב בתק"ע סל"ב ובת"ח על ב"מ

ועוד תמוה בב"מ כיון דתירץ בחיוורי וסומקי תו א"צ לחשש שאלה ומה עריך ממצאו קשור ונראה דבשו"ת הרא"ם הובא בחמ"ח ובקו"ע כתב דס"ב ע"י צירוף חשוב ס"מ אבל סימנים גרועים לא וראייתו מדמשני בחוורי וסומקי אף דכליו משמע הרבה ובהגהות טו"ז העלה כהרא"ם וכתב דמסברא גם סימנים גרועים מצטרפי רק הרא"ם מביא ראיה ולפי מה דהש"ס קאי ללישנא דס"ד דמהני ס"ב מוכח דסימנים גרועים לא מצטרפי להיות כס"ב וזה נגד הסברא דאם הרבה ס"ב מצטרפי להיות ס"מ למה גרועים לא יצטרפו להיות ס"ב ונראה דיש לדחות ראיות הרא"ם דקשה מה פריך אי חל"ש חמור בס"א היכי מהדרינן נימא חשש שאלה רק מיעוט ובאבדה ליכא למוצא חזקה משא"כ בא"א סמוך מיעוטא לחזקה שו"ר בנו"ב בחא"ע סימן ל"ז הקשה כן ונראה לפימ"ש בח"ר ונ"י ר"פ האשה שהלכה דל"א סמוך רק כשהמיעוט מן הרוב כמו רוב מתעברות ומזה נופל המועט דמפילות וכאן מיעוט דמושלי לא נופל מן הרוב אך נימא לעולם סד"א דעפ"י רוב לא איתרמי סימן כסימן דהרי לא מוציאין ממון מחזקתו בסימנים כמ"ש תוס' בפג"ה דצ"ז וביבמות דף קט"ו ובנ"י שם ובאבדה ל"ח המוציא מוחזק כמ"ש תוס' שילהי פ"ק דכתובות ולכן חל"ש דמיעוט דמושלי נופל מן הרוב זה ומה פריך מחמור בס"א אך לפי מה דסלקא דעתיה דמירי משנה דאין מעידין בס"ב ובכליו הרבה מצטרפי והוי ס"מ א"כ. ליכא רק מיעוטא דמיעוטא וכסתם ספרי דדייני ברייש גיטין כיון דחד ס"ב כרוב א"ם מיעוטא דמיעוטא כמאן דליתא ול"ל סמוך לחזקה לפ"ז י"ל דמשני בחיוורי וסומקי ואף דיצטרפו ויהא ס"ב מ"מ סמוך מיעוט דשאלה לחזקת א"א כיון דס"ב רק כרוב ומיעוט דשאלה מגרעו ואף דבח"ר שם רייש האשה בתרא כתב דמיעוט דאינן מתעברות רק מיעוטא דמיעוטא ומ"מ אמרינן סמוך מיעוט דמפילות לחזקה תירץ זה לא קאי לפי מה שתירץ מעיקרא דלא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה רק כשהמיעוט מן הרוב כמבואר למעיין שם והנ"י השמיט זה ומפרט לפימ"ש שם הריטב"א שבנ"י ותוי"ט שם דמצרפינן מיעוט דאינן מתעברות עם מיעוט מפילות ולכן אמרינן סמוך לחזקה ה"נ י"ל רק מיעוט דשאלה מצרפינן למיעוט דאיתרמי סימן כסימן אבל אם מיעוט דסימנים הרבה רק כמיעוטא דמיעוטא לא חזי לאצטרופי למיעוט דמושלי ולפ"ז י"ל הרבה סימנים גרועים חשיבי ע"י צירוף כס"ב ומ"מ משני שפיר ואב"א בחיוורי וסומקי דאזי חל"ש דסמוך מיעוט לחזקת א"א וכ"ז לתירוץ הקושיא מחמור בס"א אבל הקושיא דמצאו קשור בגט קשה דהתם יש ג"כ חזקת א"א והנה בתומים סימן ס"ה ובאחרונים כתבו דאם לא חיישינן ליוב"ש דעלמא רק ליוב"ש שהוחזק כאן גם ס"ב בגט של יוב"ש עדיף מס"מ דלא שכיח כלל דסימן כזה איתרמי גם ביוב"ש שהוחזק, בעיר רק אם חיישינן ליוב"ש דעלמא יש

הרבה אזי ס"ב בגט אינו רק כשאר ס"ב עיי"ש וביבמות דף קט"ו ע"ב ס"ל לרבא בשיי"מ ולא הוחזקו ל"ח שמא מעלמא הוא א"כ כשהוחזק עוד יוב"ש כאן ש"ב עדיף מס"א בגט זה ול"ל סמוך מיעוט לחזקה א"כ תירץ דחיוורי וסומקי מועיל גם לקושיא דמצאו קשור לרבא דביבמות דף ק"כ כל הקושיות על רבא לכן אמרו תירץ דחיוורי לבסוף אבל בב"מ דמסיק הש"ס דף ח"י דבשי"מ חיישינן ליוב"ש דעלמא גם בלא הוחזקו ועיין ברז"ה ביבמות דף קט"ו וברא"ש שם ובפרק כה"ג דף כ"ז א"כ לא יועיל התירץ דחיוורי וסומקי לקושיא דמצאו קשור לכן פריך אחר תירץ דחיוורי וסומקי ממצאו קשור שו"ר בשו"ת אמרי א"ש חא"ע סל"ג בד"ה ואולם די"ל כמו דסימנים אמצעים מצטרפין ומיקרי סי"מ ה"נ סימנים גרועים מיקרי סימן אמצעי ומ"ש הרמ"א דכמה סימנים גרועים לא מהני משום דקי"ל סד"ר ובעי סי"מ ביותר וכ"כ עבוה"ג ופמ"א ובגדי כהונה ושו"ת מהרי"מ הובאו בפ"ת ס"ק ק"ו.

עוי"ל בחילוף הסוגיות דכל אב"א מחמת שיש קושיא על תירץ ראשון וע"כ כתב במג"ע בפ"ד מהלכות חובל דקבלה מרבותיו דכל אב"א עיקר ויש לדעת מה חסר להש"ס בתירוץ ראשון ונראה דעל תירץ דאוכף לא מושלי קשה נהי דלא מושלי משום דמסקב לחמורו אחר חזרה מ"מ שמא זה אבד אוכף עם חמור ומצאו אחר ונתן האוכף על חמור זה לחלוטין דל"ל דלא חשוד ישראל דהא לא ידעינן מנו וכמה חשידי בשוקא וכמ"ש תוס' ורא"ש בפרק כל הנשבעין ועוד לרש"י בב"מ דף כ"ד לאחר יב"ח אינו, חייב להחזיר דהוי ככלי אובד ומתייאשו בעלים וכדאיתא בברכות כ"ח ע"ב בד"ה ככלי א"כ יש לחוש דכבר עבר יב"ח דכמו דחיישינן לשאלה יש לחוש לאבדה כמ"ש החמ"ח כאן בס"ק מ"ב אלא די"ל כנכ"ה על חמור זה נמצא האוכף וכאן היה כשנאבד האוכף וכדאיתא בא"ח סימן תס"ז וביו"ד סימן ק"צ ובנדה דף ד' וברמב"ם פי"ז מהלכות שא"ה בהשגות דמכלי לכלי לא מחזיקינן אך הרמב"ם לא ס"ל התם הכי רק כאמוראי דפליגי על רבא בפרק המדיר דף ע"ה דחידש סברא דכנכ"ה ושאני חמץ משהי וכתם דהן מדרבנן.

וכמ"ש הפרמ"ג ביו"ד סימן ק"ה ובל"ז חילק הני"י בפרק אשה שהלכה דבממון לא קי"ל חזקה דכנכ"ה רק לענין איסור א"כ יש לחוש דמזה נאבד האוכף עם חמור ומצאו אחר ונתן האוכף על חמור שלו שנמצא עכשיו דנהי דלא מושלי בחנם דמסקב לחמורו אבל השני שמצאו אפשר נתנו על חמורו ונאבד ממנו לכן צ"ל ואב"א אבל ביבמות דקיימינן אליבא דרבא דס"ל גם לענין ממון כנכ"ה אמרינן כמו שנמצא האוכף על חמור זה כן היה מתחלה כשנאבד האוכף מבעליו לכן אמר ואב"א רק אחר קושיא דמצאו קשור כמו שיתבאר אבל בב"מ על תירוץ דמצאו קשור בכיס שפיר מתרץ דלא מושלי וליכא למיחש

שמא אבדו ומצאו אחר והתיר הכיס וקשר בו גיטו חדא דזה חשוב נפילה דיחיד לחוש שיוב"ש כזה מצאו וכמבואר בב"ב דף קע"ב ועוד גבי איסור קי"ל כנכ"ה וכמו שנמצא קשור בכיס זה כן היה מתחלה כשנאבד מבעליו קשור גט זה בכיס זה אבל לחוש שמא אבד האוכף או הכיס לבד ליכא למיחש דמנא ידע שנמצא עם חמור וגט וכמ"ש באס"ז ועיי"ש דר"ח כתב הא דמסקב לחמורו היינו אם חמורו של שואל שמן יותר מחמורו של משאיל מתפתח האוכף וכשמחזירו משאיל על חמורו מסקבו שו"ר בשו"ת ב"ח ס"ס פ"ו דל"ח שהחליף בגדיו משום דככ"ה והוכיח כן מי"ד סי' קכ"ט סי"ז ויבואר לקמן.

ועכשיו נחקור מה דק"ל לש"ס על תירץ כיס לא מושלי אשר ע"כ הוכרח ביבמות לתרץ אח"כ ואב"א בחיוורי וסומקי דהנה אף דרובא לא מושלי אינו מהנמנע דאטו כ"ע מנחשי וחשודין לזייף א"כ נימא סמוך מיעוט לחזקת א"א כדאמרינן בר"פ האשה שהלכה והיה אפשר לומר כיון דרבא חידש זה דסמוך בר"פ האשה שהלכה ובהאשה בתרא ג"כ לרבא קיימינן לכן נד מתורץ דלא מושלי ותירץ ואב"א ובב"מ אזיל הש"ס בסוגית הש"ס דר"פ האשה שהלכה דלא משני סמוך מיעוט לחזקה רק רבא אך זה דוחק דהא קי"ל כרבא כמ"ש הראשונים התם וא"ל דגוף שאלה בכ"מ ל"ש ובחפצים דלא מושלי הוי מיעוטא דמיעוטא ובמיתה חיישינן למיעוטא דשאלה בכלים דמושלי דסמוך לחזקת א"א ג"ז אינו דהא חזקה דאשה דייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א כמ"ש אוס' וראשונים בר"פ הא"ר לכן נ"ל לפי מה דאיתא רפ"ג דבכורות דרוב התלוי במעשה ל"ח רוב ה"נ י"ל דמיעוט התלוי במעשה לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דהא רמב"ן בבכורות שם כתב דמיעוט דל"ת במעשה עדיף מרובא דתלוי במעשה עיי"ש ועכ"פ מוכרח דשקולין מדלא עדיף הרוב לילך בתריה ממילא רוב דל"ת במעשה הוי כתרי רובא נגד מיעוט התלוי במעשה כיון דמיעוט דל"ת במעשה כרוב התלוי במעשה ממילא כמו דמיעוטא דמיעוטא לא סומכין לחזקה ה"נ מיעוט התלוי במעשה וכ"ש להריטב"א שבנ"י ר"פ האשה שהלכה ותוי"ט שם דדוקא מיעוט דמפילות ומיעוט דאין מתעברות ע"י צירופן חשוב לסמוך לחזקה משום דכ"א מיעוט גרוע ולא אמרו סמוך מיעוט גרוע ה"נ כיון דהרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה הוי מיעוט גרוע לכן אין לסמוך מיעוט דמושלי לחזקה אבל לרבא דרפ"ג דבכורות דלא ס"ל לסלק בין רוב שאינו תלוי במעשה לרוב התלוי במעשה הק"ל לכן אמר ואב"א בחיוורי וסומקי ולשאלה לא חיישינן כלל ועיין ריט"א רפ"ג דבכורות ולפימ"ש תוספת בריש האשה בתרא ד"ה ר"מ לחד שינויא דכל השקלא וטריא שם רק לרבא דלא מחלק בין רוב התלוי במעשה או ל"ת במעשה אם כן הא דמשני

רבא התם סמוך מיעוט לחזקה אינו מוכרח רק לדידיה ואפשר מש"ה סתם הרמב"ם כמשנה דהתם ואולי גם דעת הרי"ף הכי.

ויל"ע איך משני רבא המשנה דאין מעידין אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו דחיישינן לשאלה הא רבא ס"ל כנכ"ה וצ"ל דדבר שדרכי להשאיל חיישינן דיותר שכיח מגנבה ואבדה ואח"כ מצאתי בעצ"א שכ"כ בהא דחמור בסימני אוכף דמתרץ הש"ס דל"ח לשאלה משום דלא מושלי דעדיין יש לחוש לגנבה ואבדה ותירץ כמ"ש דשאלה שכיח טפי מאבדה וגנבה ובמלחמות ביבמות דף קט"ו כתב דלאחר דמסיק הש"ס כרבא דאמרינן כנכ"ה פסק הלכתא בשומשמין שמא פינן משום דשכיח ואפוקי ממון באומדן דעתא לא מפקינן.

הטור כתב כאן אפילו יש להם סימנין בכליו ובגופו אין סומכים עליהם אם אין מובהקין ובשו"ת גא"ב סכ"א הקשה דמשמע בס"מ בכליו משיאין ולשאלה ל"ח ובסימן קל"ב פסק דחל"ש והצריך שידע שלא השאיל הכלי שנמצא בו הגט והניחו בו ונראה כיון דלא סמכינן אכנכ"ה לאפוקי ממונא מהמוחזק ה"נ לגרש בגט זה את האשה אף די"ל כאן היה וכ"נ ושאני כאן דהספק אם כבר יצאה מחזקת א"א ואין החזקה ודאי לפנינו משא"כ לאפוקי ממון מהמוחזק עכשיו לפנינו וכדמחלק בש"ש שמעתא ד' פכ"ד לענין רוב או ס"ס או מגו דמהני נגד חמ"ק ולא להוציא מהמוחזק עכשיו דכמו דהרוב לפנינו ה"נ מוחזק לפנינו

ועיי"ש בשו"ת גא"ב דהביא פרש"י בהג"ה דף צ"ו דאלו אמרי סהדי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא הרג את הנפש לא קטלינן ליה ואלו אמרי אית לן טב"ע בגויה קטלינן ליה ופרש"י פלניא דהאי סימן בגופו וכליו של הורג והא בכליו אפילו טב"ע לא מהני דחל"ש ולאו משום דלא סמכינן אסימנים ונראה כיון די"ל כנכ"ה כמו שנמצא לבוש עתה כאן היה ולא השאילם לאחרים רק לא סמכינן אאומדנא לאפוקי ממון כמ"ש במלחמות דלעיל כ"ש להרוג אדם אבל כיון דבעצמו לא טעין שהשאיל בגדיו לאחר רק טעין שהוא לא הרג הוי כמודה שלא השאיל בגדיו וכ"ש אם מודה להדיא ומבואר במהרש"א ר"פ שור שנגח את הפרה דאע"ג דלא קי"ל בגמל האוחר בין הגמלים בידוע שזה הרגו מ"מ במזיק מודה אנן סהדי דכן הוא ולא מקרי מודה בקנס דמהני סהדי סמכינן וראיה לדברי מהתוספת ריש מכות בסד"ה מעידין השני.

עוד תמה שם על שו"ת ב"י בס"ז שכתב דכה"פ לא כתבו דכיס וארנקי וטבעת מהני בעדות אשה והרי גט חמור ממיתה ואפ"ה תנן מצאו קשור וכו' ותירץ הב"י דס"ל כמ"ש תוספת דמצאו קשור מיירי בעצמו ונאמן במגו וא"כ גבי עדות אשה דל"ל מגו אין מעידין

אפילו על כיס וארנקי וטבעת ותמה בנא"ב דמה צורך למגו בעדות אשה דע"א נאמן ועוד הא לא כתבו הפוסקים דשנים מעידין על כיס ואינך עיי"ש ול"נ דדברי ב"י פשוטין דמצאו בעצמו ואומר דקשרו להגט בכיס וארנקי ושואל אם יכול לסמוך על זה דהגט שלו ואם השאילן לאחר מה זו סמיכה אע"כ דיודע שלא' השאילן או אומר להדיא דלא השאילן ונאמן במגו ואפשר אפילו אינו אומר דלא השאילן מ"מ ל"ח דהשאילן ושכח דהא הרשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סי' ל"ד כתב דנעשה חשוד בשבועת העדות ואינו יכול לומר אישתלין ועיין בהשמטות לנה"מ סי' כ"ט וכ"ש בחפציו שהשאילן ורמיא עליו לדעת ולדייק דהכשר הגט תלוי בזה משא"כ בעידי מיתה אין העדים יודעים אם זה לא השאיל כליו בחייו וע' תוספת פכה"נ דכ"ח ע"א בד"ה מצאו בחפיסה.

ואני תמה על בעל תשובה זו שהוא לבעל פנ"י והוא עצמו בשו"ת פ"י כתב דסימן אמצאי בגוף וסימן אמצעי בכליו מצטרפין וחשוב ס"מ ביותר וכן שני סימנים בגופו ואיך יפרנס המשנה דאין מעידין אף שיש סימנין בגופו ובכליו דהא סימנין הרבה משמע ואפילו תפרש דהיינו בגופו ובכליו יש הרבה סימנין בצירוף דהיינו סימן אחד בגופו וסימן אחד בכליו מ"מ אם לא חיישינן לשאלה הרי חשוב סימן מובהק ביותר והרי בש"ס לא מוקי בגופו ארוך וגוץ ובכליו בחיוורי וסומקי רק ללישנא דסימנין דאורייתא אבל אם סימנין דרבנן מיירי בסימנים בינונים ואם כן מוכרח דחיישינן לשאלה ואיך ס"ל לבעפ"י דלא חיישינן לשאלה ובאמת על גוף סברתו דשנו ס"ב חשוב סי"מ קשה דהא לס"ד דש"ס דפריך ש"מ סד"ר לא ידע עדיין תירץ דארוך וגוץ וחיוורי וסומקי ולא ידע נמי תירץ דחיישינן לשאלה כמבואר ביבמות דף ק"כ והרי תנן דאין מעידין אף שיש סימנין בגופו ובכליו הרי דלא מצטרפי ואאתיל ובכליו היינו או בכליו מ"מ סימנין קאי על גופו לבד ועל כליו לבד ויש הרבה סימנין בגופו או בכליו ומ"מ אם סד"ר אין מעידין וע"כ צריכין לפרש בדוחק סימנין דעלמא ומיירי שיש רק סימן אחד בגופו או סימן אחד בכליו אף דבכליו משמע הרבה וודאי כל כי האי לא ה"ל לפוסקים לסתום א"ו ס"ל דחל"ש משא"כ הא דלא ביארו דס"מ בגופו מהני לק"מ כיון דרי"ף ורא"ש הביאו הפלוגתא אי שומא ס"מ ולק"מ מה שהקשה שם בגא"ב על הב"י גם מה שהקשה על הב"י דמצאו קשור בכיס מיירי דמצאו בעצמו ונאמן במגו דאכתי למה לא הביאו דמצאו להגט קשור בכיס ואינך דנאמן במגו גם כן לק"מ חדא דהביאו המשנה דפכה"ג דמצאו בחפיסה ומכירו דפירשו התוספת דמכירו נאמן במגו ועוד כמה משניות בפ"ב דכתובות דהפה שאסר הוא הפה שהתיר והובאו ברי"ף ורא"ש וכת"פ.

בשו"ת חוה"ש סי' צ"ו כתב דגם בכלים דלא מושלי או באוכל חיישינן דעמד עליו לסטים מזוין ולקח ממנו כל הנמצא אתו והוא נהרג ובעל האשה אזל לעלמא עיי"ש ולא נראה דהא כתב המלחמות ביבמות דף קט"ו גבי יצחק ר"ג דסמכינן אכנכ"ה רק לאפוקי ממונא חיישינן שמא פינן כיון דשכיח א"כ גזלה כי האי לא שכיח כמ"ש נמ"י פרק החובל ורמ"א בחו"מ סימן א' ס"ב ואפילו להחולקים שם דגם גזלה כי האי דנין י"ל דמודו דלא שכיח רק כיון דתקנו לדון בלא סמוכין שאר גזלות ככופר בפקדון דשכיח תו ל"פ או דאם לא ידונו יהא שכיח אבל כאן כיון דל"ש י"ל כנכ"ה ואף בנידון חוה"ש דאם הבעל נתנה לו המאכל מ"מ י"ל כנכ"ה אצל זה והוא בעל האשה ולא אישתני ממקומו ליד אחר דהא חטה שנמצא במצה לא אסרינן כל העיסה משום דאמרינן כנכ"ה אף דסוף סוף החטה בא למצה ממקום אחר מ"מ לא מחזיקינן א' לעיסה ואח"כ למקום שהמצה הוא עכשיו ועוד דלגזול בע"כ תלוי במעשה רב וכבר כתבתי דמיעוט התלוי במעשה הוי כמיעוטא דמיעוטא ול"ד למשאל"ס די"ל גלי ממילא אשפלוהו ומה שהביא בחוה"ש ראיה מיבמות דף קט"ו דחיישינן דלמא אינש דעלמא אתי לאצוליה נ"ל משם ראיה להיפך מפרש"י דפסתא ידא מאינש אחר דאם היה אפשר למתלי דהפסתא ידא והגברא חרוכא הל"ל דמבכ"ה ולא מעלמא אתא אך כיון דנמצא עוד מאחר פסתא דידא דע"כ חד מעלמא אתא מה חזית דהחרוכא הוא שהיה כאן והפסתא מעלמא אימר איפכא דהפסתא כנכ"ה והוא מבעלה ומחמת כיסופא ערק לעלמא והחרוכא מעלמא אתי לאצוליה ורבא דאמר לקולא דהא גברא חרוכא שדי ופסתא ידא דשדיא ולכאורה מזה סתירה לדבריו שבא להקל לפי פרש"י דהפסתא מאינש אחרינא נ"ל דרבא גם כן משום כנכ"ה מתיר אך מה חזית לתלות הפסתא באחר דה"נ י"ל כנכ"ה לזה אמר רבא התינח אם היה נמצא אבר אחר אבל כיון דפסתא ידא לבד דשדיא רגל"ד דזה שהיה בחוץ פשט ידו לפנים להצילו ולא שבט האש רק בפסתא ידא וזה מדייק מאד בפרש"י פסתא דידא מאיש אחר הבא להצילו דלמה האריך רש"י לומר הבא להצילו אלא כמ"ש דזה כונת רבא באמרו ופסתא ידא דשדיא דרגל"ד לתלות יותר שזה מהבא להצילו דפשט ידו לפנים איברא דלפרש"י קשה מה דאמר רחב"א גברא חריכא דשדיא אימא אינש אחרינא אתא לאצוליה הא ודאי אינש אחרינא היה עוד ונהי די"ל דאימא קאי על הא דאמר דזה הגברא חריכא מ"מ מה לו לומר אתא לאצולי בשלמא אם יש לתלות דפסתא ידא הוא מהאי גברא חריכא ל"ל אתא לאצולי דבלא"ה אחזוקי ריעותא בכדי לא מחזיקינן כיון דלא ראו עוד אחר ולא נעלם עוד אחר מהיכי תיתי לחוש דאתא לתוך האש אם לא דאתא לאצולי וצ"ל דכלפי מה דס"ל לרבא כיון דפס ידא שדיא רגל"ד שעמד בחוץ ופשט ידו לתוך האש להציל

אמר רחב"א דיש לומר איפכא אף דסברא ממ"נ אם בעלה ברח מתוך האש היה ניצל לגמרי ואם לא יכול לברוח היה נשרוף כולו ואיך נחוש דפס ידו נשרף כולו עד שנפלה ממנו והוא ניצול וגברא דאתא אח"כ נשרף כולו לזה אמר דאימא מחמת דאינש אחרינא אתא לאציליה מסר בעלה נפשיה אחר שיצא מתוך האש להציל חברו ופשט ידו לפנים.

בנו"ב בתק"ע סנ"א הביא ממהר"ם ברבי אף דמוכח מהתוס' דסי"מ בכלים ל"מ דחל"ש אבל טב"ע מהני והסביר הנו"ב משום דסי"מ ל"ש דאיתרמי עוד וכן שאלה ל"ש רק בצירוף תרי מיעוטא הוי כפלגא משא"כ בטב"ע וסתר הנו"ב דבריו מיבמות דפריך להך לישנא דא"ר ס"ד וסימנים בכליו ל"מ דחל"ש א"כ חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן וכתבו תוס' דהקושי' אהא דדרשינן מקרא דמהדרינן חמור בסימן אוכף והרי כשם דלמ"ד סד"ר משני הש"ס בב"מ אימא בעידי אוכף ה"נ נימא אי ס"ד את"ד ולק"מ לפימ"ש תוס' בשבת דף מ"ג דדרך הש"ס להקשות אף דידע דמצי לשנויי כדמשני כבר אלא דרוצה לידע אם יש בזה תירץ אחר כ"ש כאן דבאמת יש תירץ אחר וש"ס גופא מקשה ומתרץ כדי להורות דאוכף לא מושלי ועוד לפי שנוייא קמא בבכורות מ"ו ע"ב פדחת בלא פ"פ סגי מדינא רק רבנן אחמירו וא"כ אמאי אין מעידין רק על פ"פ עם החוטם אף שיש סימנים בכליו נהי דתרי מיעוטא כפלגא ליסגי בפדחת ובסימני כליו דע"י פדחת יצא מחזקת א"א מדינא ולענין חומרא דרבנן סגי בפלגא ופלגא דהוי ספק דרבנן בעלמא ועכצ"ל דשאלה עלמה שכיח והוי כפלגא ועם חשש מיעוט דסימנים הוי כרובא א"כ חמור בס"א היכי מהדרינן מן התורה ואפילו בעידי אוכף כיון דע"כ שאלה כפלגא לכן מקשה ומתרץ תירץ השוה ליתרי לישני דבכורות וכמבואר בכללי הגמרא פעמים שיכול לתרץ תירץ אחר אלא משום דלאמורא דבתריה אינו תירוץ לכך נקט תירוץ דשוה לתרוייהו ולפעמים שמתרץ לא מכח טענה אלא משום דקי"ל לגמרא דהכי הוא ומצינו ברפ"ב דב"מ דהתרצן הוא המקשה וכ"ז להס"ד אבל למאי דמסיק כליו בחיוורי וסומקי אין הכרח לחוש לשאלה רק אמרינן מסברא דע"כ מיעוטא הוי ובסי"מ הוי תרי מיעוטא אבל טב"ע מהני.

ועוד דעכצ"ל דהך קושיא חמור בס"א היכי מהדרינן אזלא לשנוייא הא דאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם רק חומרא דרבנן דאלת"ה קשה לפימ"ש הראשונים בקידושין דף נון גבי סבלונות דהא דאזלינן בתר רובא דוקא ברוב חיוב וטבע כמו בקטן וקטנה דא"א אלא כן אבל התלוי ברצון החמירו במקום איסור א"א וא"כ נימא הא דחל"ש אף דהוי רק מיעוטא משום דהרוב תלוי ברצון החמירו בא"א אבל באבדה אזלינן בתר רובא אע"כ משום דמדינא סגי בפדחת לבד למה לא מעידין על פדחת וסימני כליו אאת"ל דל"ח

רוב משום דתלוי ברצון מ"מ תו הוי רק ספק דרבנן וע"כ דמיעוט דסימנים עם חשש שאלה הוי כרוב גם חמור בסימני אוכף לא נהדר כיון דשאלה לבד הוי כפלגא ואפילו בטב"ע של עדים אך בזה נסתר דינו של מהר"ם ברבי להתיר בטב"ע בכליו משום דחשש שאלה רק מיעוטא דהא הרוב תלוי ברצון ולא אזלינן בתרה באיסור א"א אלא לפימ"ש לעיל כיון דמיעוט דשאלה תלוי במעשה ל"ח רק כמיעוטא דמעוטא ואין חוששין לה רק בצירוף מיעוט דאיתרמי סימנים כסימנים אבל מיעוט מקדשי והדר מסבלי היינו דלא מסבלי אא"כ קדשו מקודם י"ל דלא חשוב תלוי במעשה וכמ"ש בכו"פ סימן א' סק"ז דרוב מצויין א"ש מומחין ל"ח תלוי במעשה לימוד רק אמרינן דאין שוחטין אם לא למדו מקודם אך במלחמות שם כתב דרובא מקדשי והדר מסבלי הוי רוב גרוע משום דתלוי במעשה לומר דלמא קדיש ומסיק שם לבסוף דרובא מסבלי והדר מקדשי חיישינן למיעוט דמקדשי והדר מסבלי משום דאין הרוב בחיוב וטבע.

ובעיקר קושית הנו"ב אני תמה דהא רבא אמר להדיא בב"מ שם חמור דכ"ר דאל"ה ה"א דלא מחזירין חמור לא בעידי אוכף ולא בסימני אוכף לכן כתוב חמור הרי משום די"ל סד"ר נקט עידי אוכף וי"ל ס"ד נקט סימני אוכף וכמ"ש תוס' שם א"כ מקשה ביבמות שפיר ללישנא דאמר רבא ס"ד חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן דהא בהדיא אמר רבא אי סימנין דאורייתא אתי קרא לחמור בסימני אוכף ולא לעידי אוכף אח"כ מצאתי כן בנוב"ת סימן ס"ו.

בב"ש ס"ק ס"ט בשם מהר"ל דהא דאמר בש"ס דחל"ש לתרץ ללישנא דס"ד הא דתנן אעפ"י שיש סימנים בכליו אבל אי סד"ר י"ל לחל"ש ובנו"ב בתק"ע סל"ב הוכיח כן מהרמב"ם דבפי"ד מגזלה ואבדה כתב דפרט הכתוב חמור להחזירו בסימני מרדעת ולמה לא כתב בסימני אוכף כבש"ס דהפרש גדול יש דאוכף לא מושלי דמסקב לחמרא משא"כ מרדעת א"ו ס"ל לרמב"ם הא דנקט רבא אוכף הוא להך לישנא דס"ל ס"ד ומוכרח דחל"ש מדתנן דאין מעידין אעפ"י שיש סימנים בכליו ורמב"ם דס"ל סד"ר לחל"ש לכן נקט מרדעת את"ד וצ"ל מה דאיתא בב"מ ת"ש חמור בסימני אוכף וכתבו תוס' ברייתא הוא לא ס"ל לרמב"ם אלא מימרא דרבא ואף דאמר רבא אל"כ רחמנא חמור ה"א לא מהדרינן בסימני אוכף ובעידי אוכף דמשמע דמספ"ל לרבא אי ס"ד ואיך אמר ת"ש להוכיח דס"ל לרבא ס"ד י"ל כיון דיש תרי לישנא ביבמות לרבא אי ס"ד אי סד"ר ה"נ לא אמר רבא אלא חד סימנים או עדים רק ללישנא דס"ל ס"ד אמר בסימני אוכף וללישנא דסד"ר אמר בעידי אוכף והא דאמר ת"ש דרצה לפשוט דס"ד ס"ל דרבא אמר בסימני אוכף ודחי

אימא עידי אוכף כלישנא דס"ל סד"ר אך קשה דהא משני אימא בעידי אוכף דסד"ר ומ"מ אמר אוכף ולא מרדעת.

ונ"ל דהא דחל"ש ל"מ אם רובא לא מושלי דאין לחוש למיעוטא באבדה דל"ח המוצא מוחזק אלא אפילו ת"ל דהוי כפלגא ופלגא מ"מ כיון דקי"ל רובא התלוי במעשה לא אזלינן בתרה הרי רוב התלוי במעשה לא עדיף מהמועט דלא תלוי במעשה א"כ בפלגא ופלגא אותו פלגא דתלוי במעשה אפילו כמועט לא חשוב אך רבא בבכורות דף כ"ף וביבמות קי"ט ס"ל דאין חילוק בין תלוי במעשה או לא לכן חושש לשאלה ולהכי נקט אוכף דוקא דלא מושלי משא"כ לדידן לכן נקט הרמב"ם מרדעת אך כ"ז באבדה משא"כ לאיסור א"א דכתבו הראשונים גבי רובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוט מקדשי והדר מסבלי דלא אזלינן בתר רוב משום דתלוי ברצון לא סמכינן עליה באיסור א"א א"כ ה"נ חיישינן לשאלה דהא התם דמקדשי והדר מסבלי תלוי במעשה לומר דמקודם קידשה כמ"ש המלחמות בקידושין שם ומ"מ חיישינן למיעוט התלוי במעשה אך לפימ"ש הרשב"א והובא בהה"מ פ"ט מה"א הכ"ח דמיעוטא דמקדשי והדר מסבלי דחוששין דוקא בשיש שם מיעוט שעושין כן ברגילות אבל היכא דלעתים מקדשין במקרה ואח"כ מסבלין אפילו מיעוט לא מיקרי י"ל ה"נ חשש שאלה אינו רק לעתים במקרה אך שאר ראשונים לא הזכירו זה ובנו"ב סל"ב תמה לשיטת הב"י אי סד"ר גם בכלים דלא מושלי ל"ה סימן א"כ הש"ס דפשיט ס"ד מחמור בסימני אוכף ודחי אימא בעידי אוכף ולחל"ש דאוכף לא מושלי והא אי סד"ר חל"ש גם בכלים דלא מושלי ולפימ"ש דוקא באיסור א"א לא סמכינן ארוב דלא מושלי משום דתלוי ברצון ומדאורייתא חשוב רוב גמור והתם אדרשה דחמור לסימני אוכף קאי ובזה נדחה ראיית הנו"ב שם נגד הב"י עיי"ש מד"ה אמנם עד סד"ה ולפ"ז.

אמנם עוד הקשו על הרמב"ם דבפי"ג מה"ג הכ"א כתב דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו ולא ביאר דדוקא בארוך וגוץ ובחיוורי וסומקי כדמוקי הש"ס למ"ד ס"ד ובפי"ד מגזלה כתב דסימנין דנין עליהן ד"ת ובפ"ז מנחלות כתב דאם באו עדים והעידו שראו בו סימנין ונשמע שמת יורדים לנחלה דלא החמירו רק באיסור כרת וא"כ מאי אמר בש"ס ת"ש אין מעידין אעפ"י שיש בו סימנין ש"מ סל"ד הא י"ל רק משום איסור כרת החמירו ונ"ל דבסוף ה"ג כתב הא דע"א ועמפ"ע ועדים בלא דו"ח נאמנים משום דאם יבא הבעל א"א לאשתמוטי ועל"ג וכתב ראב"ד בהשגות א"נ משום חזקה דדייקא ומנסבא ונראה מה דל"כ הרמב"ם טעם זה דמבואר להדיא בפרק הא"ר לענין נאמנות ע"א משום דס"ל בשני עדים ליכא חזקה דדייקא דסמכה עליהם לגמרי דהא ביבמות

דף צ"ד איתא דנשאת עפ"י שני עדים חשובה אנוסה דמה ה"ל למיעבד דאי"צ לדייק ונהי דאנן קי"ל גם בנשאת עפ"י שני עדים כל החומרות אלו בה מ"מ חזקה דדייקא ליכא דאולי סמכה על שני עדים דהרי רב ס"ל כב"ש דחשובה אנוסה והרמב"ם דכלל גם נאמנות שני עדים בלא דו"ח לכן כתב רק טעם דעל"ג ותוס' כתובות כ"ו ב' שכתבו כיון דליכא חומרא לבסוף לא דייקה משום דעכשיו דיש תרי ותרי מכחישין זא"ז הל"ל דדייקא לולא דס"ד דגם בהכחשה ליכא חומרא.

ולפ"ז י"ל מ"ש בה"נ דבכרת החמירו דסימנים דאורייתא משום דלא יזדמן סימן רק מ"ל המיעוט ומוצא אבדה ל"ח מוחזק מ"ש תוס' ספ"א דכתובות רק בא"א יש לסמוך מיעוטא לחזקת א"א מדרבנן כדאיתא ר"פ האשה שהלכה דמדרבנן סמוך מיעוטא לחזקה אך משום עיגונא לא ה"ל להחמיר על דאורייתא לזה כתב משום איסור כרת החמירו דזה הוי תחלת העדות אחמירו בה רבנן כדאיתא בפי"ב מ"ו ע"ב דומה לזה בריטב"א ונ"י בשם הרא"ה ר"פ הא"ר ול"ל דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א דהא מיירי בשני עדים מדיורדין לנחלה אבל בע"א דחזקה דדייקא ל"ל סמוך מיעוט לחזקה לכן אמר ת"ש דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין דאפילו ע"י ע"א וש"מ סל"ד ולא כתבו בתוס' ב"ב דל"ב בד"ה אנן דדייקו גם בתרי דשמא יוזמו רק בתו"ת והח"ס א"ח סימן קצ"ט דהוכיח להיפך מתוס' הללו תמוה אצלי ומ"מ אפילו לא יסברו תוס' כן אין מוכרח הרמב"ם לסבור כן ולפ"ז קשה נימא לעולם ס"ד משום דלא יזדמן רק ע"צ המיעוט סימן כסימן אך כשיבא הבעל יוכל להשמט דאיתרמי סימן כסימן ולא על"ג ואפשר לומר משום דביבמות בשלש מקומות בעי אי טעמא דנאמן ע"א משום חזקה דדייקא או משום דעל"ג ולא איפשט לכן פריך מהא דאין מעידין ממ"נ או נפשט דסל"ד או נפשט דנאמנות ע"א משום דעל"ג וכה"ג כתבו תוס' בפ"ק דב"מ בסוגיא דרכוב ומנהיג ובריש המפקיד בד"ה כגון פירות דקל ובאס"ז שם.

אך יותר נ"ל דהנה בכלל הבעיא אי סל"ד הוא משום חשש רמאי כמ"ש שם באס"ז ורמב"ן ור"ן בחולין דף עין וי"ל כיון דעל"ג דבעל אבדה יבא לקול הכרוז ויברר בעדים ובסימנים מובהקים ביותר דשלו הוא דבעל אבדה בקי בשלו יותר ויוציא מזה כדאיתא בב"מ שם כ"ע לא ידעי ועיין באס"ז שם דעי"ז לית לו פסידא דיוציא ממי שלקחו ברמאות וכיון דעל"ג לא נחוש לרמאי אלא אם חיישינן דאיתרמי סימן כסימן יוכל להשמט ולומר דגם הוא אבד בסימן כזה לכן שפיר פשיט מדתני בעגונה דאין מעידין דבשניהן החשש דמשקר דאינו על"ג.

ובזה י"ל מה דמשני בב"מ אהא דאמר עד דרוש אחיך אותו י"ל בסימנין לא בעדים ופרש"י שיעידו דשלו הוא ותמה הרז"ה זה פשיטא דיש לו תובעים הוא ולפימ"ש ה"פ לא בעדים שאינו רמאי ותלי"ת מצאתי כן פירש הראב"ד דבעדים שאינו רמאי מהדרינן אבדה גם בסימנים בינונים ולפ"ז י"ל הרמב"ם ס"ל סל"ד משום דיש לחוש לרמאי בסימן בינוני לפי דין ראשונים דלא הצריכו שיביא עדים שאינו רמאי לכן כתב תחלה דמהדרינן בסימנין, ולא ביאר אם מד"ת אח"כ כתב דעכשיו התקינו שיביא עדים שאינו רמאי ולזה סמך מיד סימנים דנין עליהן ד"ת כשמביא עדים שאינו רמאי ולזה פסק שפיר דבעדות אשה אין מעידין ע"י סימנים דממ"נ בשני עדים ליכא חזקה דדייקא א"כ סמוך מיעוטא דאיתרמי סימן כסימן לחזקת א"א מדרבנן ובע"א ליכא טעמא דעל"ג דיוכל להשמט.

ולפ"ז י"ל נמי מ"ש הרמב"ם דחמור מחזירין בסימני מרדעת ולא כתב בסימני אוכף כלישנא דהש"ס ובתוס' בב"מ וביבמות הקשו דלמה תנן מצא פירות בכלי חייב להכריז לפי מה דמשני דבכלים חל"ש עוד הקשו כמו דמתייאש כשליכא סימנים ה"נ בסימנים אי סל"ד ולמה נחזיר בעדים דשלי הוא אך לפימ"ש דכל השקלא וטריא דש"ס כשאינו מביא עדים שאינו רמאי א"כ גם אי סל"ד בקל ימצא עדים שאינו רמאי ויחזירו לו ע"י סימנין דזה ילפינן מעד דרוש אחיך אותו דגם אי סל"ד צ"ל הקרא בעדים שאינו רמאי מהני סימנין ע"כ אינו מתייאש דבשלמא עדים שיכירו החפץ אם שלו הוא אינו מוצא בקל דאחרים לא שבעתן עין ואין מכירין בטב"ע אבל שאינו רמאי כל שכניו יודעים וא"ל א"כ נוקי גם שמלה לזה דמועיל סימנים כשיש עדים שאינו רמאי דז"א דאם סל"ד ע"ב עד דרוש אחיך להכי אתי אבל אם סימנים דאורייתא צריך שמלה לזה דמן דרוש אחיך ה"א דאתי לעדים שאינו רמאי ולפ"ז ל"ק ממצא פירות בכלי דחשש שאלה היינו שברמאות בא ובעדים שאינו רמאי סגי לכן חייב להפריז דליכא יאוש דאם באמת אינו רמאי בקל ימצא עדים והנה מה דאמר רבא חמור בסימני אוכף לפי האמת ע"כ משום דבמרדעת חל"ש וה"ד אי סימנין דאורייי' וא"צ לעדים שאינו רמאי אבל רמב"ם דפסק דאין סימנים ד"ת רק בעדים שאינו רמאי א"כ חמור מרבה כה"ג תו ליכא חשש שאלה גם במרדעת ומש"ה לא משני הש"ס על ת"ש דחמור בסימני אוכף ש"מ ס"ד דמיירי בעדים שאינו רמאי דא"כ לאשמעינן יותר בסימן מרדעת ולפ"ז אינו מוכח מרמב"ם בנמצא מת דל"ח לשאלה דרק באבדה כיון דמיבא עדים שאינו רמאי ל"ח לשאלה ובא ברמאות רק ודאי אבד וכיון דאומר סימנים ל"ח דגם לאחר נאבד כזה ולפ"ז מתורץ מה שהקשו לשיטת הב"י דאם סד"ר חל"ש גם בכלים דלא מושלי אכ"ק חמור דקרא במאי מוקמינן ולפימ"ש א"ש כשמביא עדים שאינו רמאי אזי מחזירין חמור בסימני כליו.

כתב החמ"ח ס"ק מ"ב כמו דחל"ש ה"נ למכירה ונו"ב כתב דלא מפקינן מחמ"ק בחששא בעלמא ולכאורה יש ראיה דתוס' ביבמות הקשו אי חל"ש למה מצא פירות בכלי יכריז ותרצו מדרבנן ל"ח לשאלה בממון ולשון הש"ס ביבמות אי חל"ש חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן משמע דס"ל דגם בממון אין להחזיר לכן י"ל לפימ"ש ראב"ד ורמב"ן ורשב"א ור"ן דל"ח בכל אבדה שמא פ"א שאל אותו חפץ ויודע סימניו וכשהחזירו נאבד מבעליו דודאי במקרה בשעה ששאלו לשעה מועטת לא ידע סימניו וא"כ אם נחוש לשאלה ואבד השואל פירותיו בכלי השאול לו נתייאש מפירותיו דבפירות אין סימן דתנן מלא פירות לא יכריז א"כ בחשש זה נוציא הפירות מחמ"ק משא"כ בחמור בסימני אוכף יש לחוש דהחמור של אחר ויתן סימן בחמור עצמו ולא נתייאש וזה א"י סימני חמור שאינו שלו והאוכף השאיל לחברו בעל החמור.

אך כבר תרצתי לעיל קושית התוס' ועוי"ל דהפנ"י בכתובות די"ב הקשה למה צריך סימנים באבדה בלא"ה בו"ש ברי עדיף לכ"ע כשאינו בא להוציא מיד המוחזק ולע"ד לק"מ דאטו אנן חיישינן לטובת המוצא אנן חיישינן שמא אחר שאינו לפנינו אבדו ומחר יבוא ויטעון ברי או יברר דשלו הוא ולא שייך בזה ברי ושמא כיון שהבע"ד אינו לפנינו והרי ליתמי ללקוחות טענינן כל מה דאביהן מצי למטען דשמא אם היה בפנינו היה טוען ברי וכבר כתבתי דשואל סתמא א"י סימני החפץ א"כ א"ת הכלי השאיל לאחר ואבד השואל הפירות באותו כלי ודאי נתייאש כיון דבפירות עצמן ליכא סימן ממילא אין לדון רק נגד המוצא אם זכה בהן ונגדו הוי בע"ד וטוען התובע ברי והמוצא טוען שמא השאיל לאחר ובו"ש ברי עדיף ובחיבורי ערך ש"י על חו"מ סימן סמ"ך העלתי דהיכא די"ל כנכ"ה ברשות ובמקום מהני להוציא ממון מחזקתו משא"כ כנכ"ה בחד צד ברשות לבד או מקום לבד א"כ ל"ד מכירה לשאלה דבחשש שאלה ל"ל רק כנכ"ה במקום אבל הרשות לא נשתנה דגם כשהוא אצל השואל הוא של המשאיל וברשותו למוכרו וליתנו ועב"י חו"מ סימן ר"נ מחודש י"ד דכנכ"ה מהני להוציא מהיורשים וכ"פ בש"ע שם אף דהתובע טוען שמא אלא דהתם י"ל כנכ"ה באותו מקום ובאותו רשות שו"ר בשו"ת הרי"ם בתק"ע סט"ז שתירץ קושית הפנ"י כמ"ש עיי"ש.

בשו"ת ב"ח הישנות ס"ס מ"ו כתב בנמצא ההרוג אחר זמן מועט שיצא לדרך במלבושים שיצא ולא היה עמו עוד מלבושים אחרים ל"ח שהחליף כדאיתא ביו"ד סימן קכ"ט בחביות יין שנמצא במקום שרובה גוים ובא ישראל ונתן סימן בחביות דכשר היין ול"ח שמצאה גוי ופינה היין כשר ומלאה נסך דאמרינן היין שנמצא בחביות עתה היה בו תחלה ולא הוחלף אבל אם יצא זמן רב חיישינן לחליפין כדאיתא ביבמות דף קט"ו

באפקיד שומשמין שמא פינן וכתבו תוס' שם הא דמדמי אפיקי ממונא לאיסורא משום דרגילות לפנותן וא"כ קשה למה בחביות יין ל"ח שמא פינן אע"כ לחלק בין זמן רב למועט את"ד וקשה דהא ביו"ד לא חילק וכן כה"פ סתמו שם והב"ח גופא שם לא חילק עיי"ש גם הגמרא ביבמות שם צריך ישוב דתחלה קאמר דלא חיישינן שמא פינן מדתנן בפ"ד דמעשר שני מצא כלי וכתוב עליו תיו תרומה ופריך אימא סיפא רי"א חולין שא"א דפינה אלא ת"ק ס"ל אם איתא דפינה הוי מוחק ור"י סבר אימא שכח וקשה מה פריך מסיפא הא הלכה כת"ק כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מהלכות מע"ש ה"ח ועוד איך מספק מתיר ר"י איסור תרומה ותוס' כתבו אהא דס"ד להביא ראיה דל"ח שמא פינן מת"ק דתימא הא בממון יש לחוש שלא להוציא מחזקתו ותירוצם אינו מובן ונ"ל דס"ד דכנכ"ה אהני להוציא ממון מדתנן תיו תרומה דהיינו ודאי תרומה ולא ספק ולא אמרינן כיון דתרומה בעולם אחד מחמשים ותרומת מעשר אחד מעשרה הרי רוב חולין ונימא דהפירות שבחביות מן הרוב אע"כ דכנכ"ה עדיף מרוב א"כ מהני גם להוציא ממון ופריך אימא סיפא דרי"א חולין ואיך מתיר מספק איסור כרת אע"כ דרוב עדיף מכנכ"ה ואף דאין הלכה כמותו מ"מ למה נשוי פלוגתא רחוקה כ"כ דלת"ק ודאי תרומה דכנכ"ה עדיף מרוב ולר"י ודאי חולין דרוב עדיף הלא יותר נכון לומר דפליגי בסברא אחרת דלת"ק ס"ל מדלא מחק התי"ו ש"מ דלא פינה ור"י ס"ל שמא שכח למחוק לכן אזלינן בתר רוב ולכ"ע רוב עדיף מכנכ"ה ולא מפקינן ממון ברוב מכ"ש בכנכ"ה אבל בחביות יין הנמצא כיון דסתם יינם רק מדרבנן סמכינן אכנכ"ה ולהמלחמות ביבמות שם גם לענין עגונה סומכין אכנכ"ה ואף דבחביות יין י"ל מרובא עכו"ם הוא ועדיף רוב מכנכ"ה וכדמוכח מהך דר"י בתיו תרומה ובמ"ש שאני הכא דנפילה אפילו דרבים לא שכיח כדאיתא בב"ב דף קע"ב ונהי דישראל שאמר הסימן חזינן דנאבד ממנו מ"מ אין לחוש דפינה עכו"ם והדר נאבד ממנו דרובא דעלמא זהירי ואין אובדין א"כ הוי רובא נגד רובא ושפיר סמכינן להתיר משום כנכ"ה.

ועכשיו נבוא בזה להבין דברי התוס' שם בתירוצם ז"ל וי"ל דנראה לו לדמות כיון דרגילות לפנותם ואפ"ה ל"ח שמא פינה לענין ממונא נמי מפקינן עכ"ל דבשלמא אם ל"ח שמא פינה משום דאין רגילות י"ל כמו דהדין דאנן לא טענינן ליתמי מילתא דל"ש ובע"ד עצמו מצי לטעון כדאיתא בחו"מ סימן ק"ח ה"נ י"ל לענין תרומה דאין כאן טוען אנן ל"ח למלתא דל"ש משא"כ בעובדא דשומשמי דנפקד טוען בעצמו דפינה אך כיון דרגילות לענות ומ"מ אמרינן שהוא תרומה אף דרובא תולין וע"כ משום דחזקה כנכ"ה עדיף מרובא והוי כודאי וכמ"ש הפנ"י בקידושין דף ס"ג ע"ב דע"א א"נ נגד חזקה כיון דלא

אתרע הוי החזקה אבל נגד רוב נאמן ע"א כיון דיש מיעוט אינו כודאי נאמן ע"א דאינו רק מברר שזה מן המיעוט ה"נ חזקת כנכ"ה מש"ה עדיף מרוב וא"כ לא מהני טענת הנפקד ג"כ נגד החזקה דכנכ"ה כיון דלא אתרע הוי כודאי.

ובשו"ת שאג"א וקול שחל שאלה ה' הקשה על הב"ח דחייש לחילוף א"כ כדפריך הש"ס אי חל"ש חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן וכן ממצאו קשור בכיס נהי דלהתירוץ דלא מושלי אלו דברים י"ל דלא מחלפי אבל לס"ד לימא וליטעמך ניחש לאחלופי ולק"מ חדא דכ"פ מצינו בתלמוד די"ל וליטעמך ולא אמר כמבואר בכללי הש"ס ועוד דלמ"ד דל"ח לשאלה משום דאחזוק ריעותא לא מחזיקינן ה"נ ל"ח לאחלופי וזה מדויק בלשון החמ"ח ס"ק מ"ב שכתב ול"ד לשאלה ה"ה למכירה ולאבדה חיישינן דמיותר מלת הכי אלא רצ"ל כמ"ש דאם לא היה חיישינן לשאלה ה"כ לא הוה חיישינן למכירה ואבדה וכן מדייק הב"ח בתשובה שם דז"ל דמה דקאמר בגמרא דחיישינן לשאלה ליד אלא ה"ה דחיישינן דלמא החליף כלים בכלים של חברו דכך הוא הרגילות לפעמים דמחליפם הרי דזה דוקא למ"ד דחיישינן לשאלה דכך הרגילות להחליף כמו. להשאיל ועוד נהי דלס"ד לא ידע דמנחשי בכלים הללו ולא מושלי היינו כשעושה גמ"ח ושלוחי מצוה אין ניזוקין וניחא לאינש למיעבד מצוה בממוניה אפילו בחסרון כיס ועב"ח א"ח סימן תל"ז ס"ג והתרצן גילה לו דקפדי אפילו במקום מצוה וגמ"ח.

בשו"ת ח"ס א"ע סימן צ"ה כתב בנמצא בבגדו קווינו מחליפה באנקנאט חיישינן שהיה מונח בכיס שבבגדיו ושוב השאיל הבגד לזה שנמצא הרוג וכן בכלים דלא מושלי דלח"ש דוקא אם הטבעת בידו וכיס וארנקי מלובש בגופו דא"א לומר ששאל הבגד שהיו מונחים בו אותן דברים דלא מחזיקינן ברשעי להשתמש שלא מדעת בעלים כמ"ש צ"ל הובא בסוף קו"ע את"ד.

ולא נ"ל דא"כ מאי משני במצאו קשור בכיס וארנקי וטבעת דלא מושלי שמא השאיל בגדו והיה מונח בו ול"ל בזה אחזיקי ברשיעי דלא ידעינן השליח שני מנו ול"ד למ"ש הצ"ל דאנו דנין על איש הנמצא וכדמחלקי תוס' ורא"ש בפרק כל הנשבעין ועוד א"כ מאי משני אביי ביבמות קט"ז אי לנפילה מיזהר זהיר בו ואי לפקדון כיון דשמו כשמו לא מפקיד גביה עדיין יש לחוש שהיה השטר מונח בבגדו ושכח והשאיל בגדו לזה ואם אביי לחל"ש הל"ל בהדיא כמו דחשוב ואזיל לסלק חשש נפילה ופקדון ומסורה כיון דטענות הללו לא מהני לחשש שאלה ועוד רבא בב"ב דף קע"ג דלא חייש לנפילה דרבים עדיין יחוש לשאלת בגדו ושכח השטר בתוכו דהא ללישנא דאמר רבא ס"ד ע"כ חייש לשאלה כדאיתא ביבמות דף ק"כ ע"ב ועוד הא כתב הר"ן בפרק כל הנשבעין דא"נ

לומר שכחתי במעשה שנעשה בזמן קרוב דודאי לא ישכח והובא בש"ך חו"מ סימן ל"ד ובסמ"ע וש"ך ריש סימן צ"ב וא"כ הא אמרינן בב"מ דף כ"א ע"ב אדם עשוי למשמש בבגדיו כל שעה וודאי ידע תיכף אחר נפילתו ונתייאש וכ"פ בחו"מ סימן רס"ב הרי דבסברא זאת מוציאין מחמ"ק א"כ ה"נ כיון דממשמש בבגדיו כל שעה ממלא ל"ל דבזמן מועט שכח וכן ביבמות דף קט"ו ע"ב גבי חביות שכתוב עליו תיו תרומה דאם איתא דפינה היה מוחקו ור"י ס"ל שמא שכח או בכונה הניחו כדי שלא יאכלו אותו וקי"ל כת"ק דלא חיישינן לשכחה ואהני נגד הרוב פירות חולין וגם ר"י י"ל דל"פ רק משום דיש תרי טעמי וגם רוב פירות חולין וח"ס עצמו בסימן ס"ה לא כ"כ גם בב"ש סוף ס"ק ס"ט מבואר דלא כותים וצ"ע בפרש"י יבמות ק"כ ב' בד"ה מצאו קשור בכיס ליחוש אעפ"י שהוא מכיר את הכיס שמא השאילו לאחר וקשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו את הגט עכ"ל וצ"ל נהי דאדם עשוי למשמש בכיסו כ"ש היינו במעות המונח בכיסו שבבגדו משא"כ כאן דהגט קשור בכיס ממשמש רק אם לא נפל הכיס מתוך הבגד לכן אפשר ששכח מהגט ובלאה"נ יש פלוגתא אי חיישינן לשכחה בזמן קרוב כמבואר בתומים בסימן צ"ב סק"א ואנן קי"ל דל"ח לשכחה כדאיתא בסימן ל"ד ס"ה ובסימן צ"ב סק"א ועוד הא דאמרינן בפא"מ דעשוי למשמש בכיסו לתרץ לאביי דס"ל ישל"מ ל"ה יאוש וביבמות שם קאי אליבא דרבא.

ויל"ד מי הכריחו לרש"י כזה די"ל שהשאיל הכיס לאחר לקשור בו הגט ותבע זה כיסו וא"ל שאבדו עם הגט ונראה דל"ח דשליח זה ישקר א"ל דגם הוא אבד גט ויאבד שכרו או המשלח יתרעם עליו וא"כ ודאי אבד גט ולומר דגם אחר אבד גט עם הכיס צ"ל שני אבדות ומנ"ל להקשות למיחש לשאלה ולשתי אבדות כיון דרבא ס"ל לנפלה דרבים ל"ח ונהי דזה ודאי אבד מה"ת עוד לאחר שאבד לכן צ"ל דהחזוק הכיס ושכח בו הגט ושליח זה הניח בו ג"כ גיטו ואבד הכיס עם שני הגיטין וליכא רק אבדה אחת ולכן בב"מ דלא קאי לרבא פרש"י קושיא דליחוש לשאלה דהשאיל כיסו לאחר וקשר בו גט ולא כתב דהחזיר הכיס ושכח הגט.

בנוב"ת סימן ס"א כתב בנטבע במים ונמצא בבגדיו דברים דלא מושלי יש לחוש שהשליך מעליו כדי שיוכל לשוט ולהציל עצמו אפילו למאן דלחל"ש את"ד ובב"ח לתשובה ס"ס פ"ו לא כ"כ דהביא ראיה דל"ח שהחליף בגדיו מהך דיו"ד סימן קכ"ט בנמצא חביות יין במקום שרובא עכו"ם ובא ישראל הנתן סימן בחביות דהיין כשר ול"ח דמצאו עכו"ם ופינה היין ונתן בו יין שלו ואף דהתם רק סתם יינם דרבנן מ"מ כיון שאסרו סתם יינם בהנאה הרי החמירו בו כשל תורה עיי"ש א"כ ה"נ ואף דכתבתי לעיל דביין ל"ח לשתי

אבדות אבל בחשש חליפין ל"ל כן מ"מ ה"ב נהי דחזינן דאחד נטבע מ"מ אין לחוש דשנים נפלו למים דאונס לא שכיח והוי ממש כנמצא חביות יין דאמרינן כנכ"ה והרי הרמב"ן במלחמות ביבמות קט"ו כתב דסמכו ביצחק ר"ג. אכנכ"ה רק בשומשמין לא סמכו אכנכ"ה להוציא ממון דשכיח דמפנין א"כ כאן דהחשש שהנטבע בעל אשה זאת השליך מעליו בגדיו ומצאו זה שמצאנו מת ולבשן ונטבע גם הוא דזה ל"ש א"כ יש לסמוך אכנכ"ה אפילו אי חיישינן לשאלה דשאני שאלה דאמרינן בעלה לא נפל במים ושכיח שישאיל משא"כ בזה דבעלה נפל במים אין לחוש דמצא אחר הבגדים ונפל בהן ג"כ למים וכ"ש היכא דנעל למשאל"ס ושהו עליו עד שתצא נפשו דכבר מותרת מן התורה אלא אפילו באיסור תורה כיון דהתירו היין אף דרובא עכו"ם דבזה גם ספק דרבנן אסור כאן ל"ל דזה הנמצא מת מרובא דעלמא ולא בעל אשה זאת וכמ"ש בנוב"ק בתק"ע סימן מ"ג בד"ה ולא מצאתי אך לקמן השגתי על הנו"ב בזה בד"ה ובנו"ב בתק"ע.

בב"ש סס"ק ס"ט וכ"ז איירי כשנמצא בבגדיו אשר לבוש ארנקי או נמצא בידו טבעת אבל אם נמצא ארנקי סמוך לא מהני כי י"ל דהארנקי מונח מקדם ובנוב"ת לבן המחבר כתב כיון דל"ח לשאלה איך בא הארנקי לכאן וצ"ל דחייש לאבדה כמ"ש החמ"ח אף בכלים דלא מושלי חיישינן לאבדה וא"כ קשה קושית הנו"ב מה תירץ הש"ס אהא דמצאו קשור דכיס וארנקי לא מושלי אכתי נחוש לאבדה ותירץ הנו"ב דחמ"ח קאי לשיטת הב"י דאם סימנים דרבנן חיישינן ג"כ בכלים דלא מושלי לשאלה וכן לאבדה והש"ס קאי למ"ד ס"ד וא"כ הב"ש דמסיק דבכלים דלא מושלי לא חל"ש ה"נ לאבדה והק"ל ותירץ דכאן קאי גם הב"ש רק לשיטת הב"י את"ד ולא הבנתי דא"כ גם בנמצא בבגד שלבוש הא חיישינן לשאלה להב"י ולכן צ"ל כמ"ש לעיל בתירץ קושית הנו"ב דשאני כיס וארנקי הקשור בגט הכתוב בו יוב"ש כיון דזה השליח אבד גט של יוב"ש לא חיישינן שאבד הכיס ומצאו אחר שיש לו ג"כ גט מיוב"ש דהוי נפילה דיחיד ועמ"ש בחיבורי ערך ש"י על חו"מ ס"ס רס"ב וח"ס א"ע ס"ס נ"א כתב דכאן ל"ל דרוב מנגד לקורבא ובסימן נ"ז כתב דרוב מנגד לקורבא אעפ"י דהכלים נפלו ודאי מראובן אמרינן זה ההרוג מרובא דעלמא ואינו ראובן.

מעשה בא לפני באחד שנמצא אצלו פאס ועבר זמן הקצוב בו שיוכל לנסוע בו ואמרתי אף דבנוב"ת סמ"ו כתב דפאס הוא ככלי דלא מושלי מ"מ יש לחוש לאבדה אף דמה"צ הובא במ"ת ס"ק צ"ה כתב דל"ח לאבדה שא"ה ביון דנפסל ע"י דעבר זמנו לא זהיר בו כדאיתא בפ"ק דב"מ די"ב ברש"י ותוס' שם בד"ה ולא לוה דמשום פסולו לא נזהר לשמרו וע"כ גם כשנמצא בגופו סימן בינוני לא מהני לפי מה דהשיג הב"מ כאן על החכ"צ

דדוקא לנפילה דיחיד ל"ח משום דנפילה מצד עצמו לא שכיח די אם נחוש לנפילה דרבים כמ"ש תוס' ביבמות דף קט"ז דאביי צירוף דנפילה מיזהר זהיר עם סברת נפילה דיחיד משא"כ שאלה מאן יימר דל"ש מצ"ע כמו נפילה וא"כ בפאס פסול דלא זהיר אין לצרפו עם סי"ב שבגופו.

במרדכי סוף יבמות כתב שהתירו אשה ע"י שגוי הסל"ת שהרג יהודי בין ניקולא לאויידק שהיה מוליך עשרה ליטרין ששלחה מרת יהודית לאחיה בניקולא ושאלוה אם שלחה ואע"ג דתנן אין מעידין אלא על פ"פ אף שיש סימנים בגופו ובכליו הא מוקמינן התם גופו דארוך וגוץ כליו חיורי וסומקו דאלו אינן ס"מ אבל בס"מ מעידין אף למ"ד סל"ד וכתב בתשובת ב"י דנראה שהם תופסים עיקר כל"ב דכליו חיורי וא"כ ל"ח לשאלה שכ"כ התוס' ולא ידעתי מי הכניסו לדחוק עצמו בההוא עובדא הא אפילו לאידך לישנא איתתא שריא דהא פקדון לא עביד אינש למסור לאחר דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ובשאגת אריה וקול שחל הוכיח חזה דלנפילה ל"ח דאל"כ י"ל שמא נפל מהשליח ומצאן אחר ונראה כונתו שמא מצאן מי שידע שאותן יוד ליטרין שלחה לאחיה וא"כ יש סימן במנין ומשקל וליכא יאוש ואפילו נמצא במקום שרובן עכו"ם מ"מ המעות אינן של השליח ולא מועיל יאוש שלו והאשה ששלחה לא ידעה והוי ישל"מ ונראה דבזה מיושב המרדכי דס"ל דאם חיישינן לשאלה הה"ד לנפילה והגוי לא אמר להדיא ששלחה עם נהרג זה וי"ל דזה שמצאן כיון דלא זכה בהן הוליכן לאחי האשה להשיב האבדה לכן כתב המרדכי דמסקינן דלשאלה ל"ח ומשום דלא מחזיקינן ריעותא במידי דלא שכיח כ"כ ה"נ לנפילה נמצא אף דמהב"י ראיה דאף למ"ד דחיישינן לשאלה מ"מ ל"ח לנפילה מ"מ מהמרדכי ראיה להיפך דאם חיישינן לשאלה ה"נ לנפילה.

אך מ"מ יל"ד על המרדכי דבשלמא לשאלה ל"ח דחזקה כל מה. שת"י אדם שלו כמ"ש הנו"ב סברא זאת בכמה תשובות אבל בנידון המרדכי דהיה שליח ואפילו הנהרג הוא השליח מ"מ אין המעות שלו ה"נ י"ל שהנהרג אחר ומצא אותן מעות וצ"ל דס"ל נהי דהשליח ודאי ידענו דאין המעות שלו מ"מ אין לספק על אחר שלא ידענו שיצא מן החזקה וי"ל דגם הב"י ס"ל דיש לחוש לנפילה כמו לשאלה רק שאני בהולכות מעות בדרך דצריך שיהיו קשורים ומונחים בידו או על בטנו בפניו כדאיתא בחו"מ סימן רצ"א ס"כ ואפשר גם המרדכי ל"ח לנפילה אלא דס"ל אי חיישינן לשאלה נהי דאין לחוש שמסר המעות לאחר משום דאין רצון המפקיד שיהא פקדונו ביד אחר מ"מ שמא השאיל בגדו שהיה המעות מונח בו ושכח דהמעות מונח בו וכדפרש"י ביבמות ק"כ ע"ב דשמא החזיר האחר כיסו למשאיל ושכח דהגט מונח בו ואי דמעות צריך שיהיו

קשורים ומונחים בידו או על בטנו מכנגד פניו מ"מ הרי כתב המבי"ט סימן שמ"ב דה"ה אם מונחים בכיסו התפור בבגדו והב"י או דס"ל דלא סגי בזה או דס"ל דלשכחה ל"ח וכמ"ש לעיל ואפילו לרש"י דשאני גט דהוא דבר קל משא"כ עשרה ליטרין כסף דמרגיש בכובדו גם י"ל אף לרש"י אין לחוש לשכחה בדבר שיש בו קפידא וכמו שהוכחתי לעיל רק בגט אפשר נמלך הבעל מלגרש בו ואין לו צורך בו לכן שכחו הבעל או השליח אחר שבטלו הבעל בפניו דהא אם נאבד האחר ג"כ אמרינן מדנפל אתרע ושמא נמלך כדאיתא בפ"ק דב"מ.

ועדיין יל"ד מה ק"ל להב"י על המרדכי הא ברגיל להפקיד אצלו רשאי נמסור פקדונו כיון דיודע דנאמן אצל המפקיד כדאיתא בחו"מ סי' רצ"א ומצאתי שכן הקשה בשו"ת חב"י סימן קל"א ונראה דבשלמא לשאלה יש לחוש דמשאילין לפרקים אף למי דלא מוחזק אצלו לאיש מהימן משום דבוש להשיב פניו ריקם וגם משום רחמנות וגמ"ח דכל מדות הללו בישראל כדאיתא ביבמות דף ע"ט אבל שליח אינו רשאי להפקיד אצל אחר רק אם משלחו ג"כ מפקיד גביה וודאי לא מפקיד רק למוחזק אצלו לנאמן והכתוב אומר כי פסו אמונים וחכז"ל אמרו הרחק מן הפקדונות וכ"ש כה"ג להוליך יוד ליטרין מעות בדרך דיש חשש סכנה דחזי מה עלתה לזה דסתמא מחמת המעות וא"כ שיתרמי מי שרגיל המשלח להפקיד אצלו ויתרצה לקבלו להוליך המעות חשש רחוק ודומה לנפילה דיחיד ואפילו ללישנא דחיישינן לשאלה אין לחוש לזה והמרדכי דהתירו רק ללישנא דל"ח לשאלה ע"כ משום דאל"ה יש לחוש שמסר המעות לסתם בני אדם ולפרש"י בפרק הגוזל עצים דף ק"ז דמלוה שעשה לו טובה אינו יכול להעיז לכפור משא"כ פקדון א"כ בשלמא שאלה דרך להשאיל לכל אדם דאינו ירא שיכפרנו משא"כ להפקיד.

ב"ש ס"ק ס"ט הקשה דבש"ס פריך מגט דמחזירים בסימני כלים על מתניתין דל"מ סימנים בכלים ש"מ גט והיתר אשה שוים ולקמן סימן קל"ב פסק דל"ח לשאלה בארנקי ואפשר בגט הבע"ד לפנינו ולא אמר דהשאיל ול"ח לשאלה אבל כאן חיישינן שמא השאיל הבעל מיהא הסוגיא עדיין אינו מיושב עכ"ל פירש דמאי פריך מן גט על עדות מיתה הא י"ל שאני גט כיון דהבע"ד לפנינו ואינו אומר שהשאיל ונראה דמה יועיל מה שאינו אומר שהשאיל הא אפילו בפירש יאמר שלא השאיל אינו נאמן דהוי דשב"ע ואיתחזיק איסורא דא"א אך י"ל כיון דזה תליא אי ס"ד אז בכלים דלא מושלי ל"ח לשאלה ואי סד"ר חיישינן לשאלה כמ"ש הב"ש מהב"י וריטב"א ואנן מספ"ל אי ס"ד או דרבנן והוי ספ"ד ולחומרא אבל חזקת א"א תו ליכא דמשום חזקה לא ישתנה הדין כמ"ש מל"מ ואחרונים א"כ ע"א נאמן וכיון דאינו אומר שהשאיל סתמא לא השאיל דאם

השאיל היה אומר משא"כ בש"ס דקאי ללישנא דסימנים דאורייתא וחיישינן לשאלה לאו משום ספקא דדינא אין ע"א מעלה ומוריד כיון דאיתחזיק איסורא דא"א ועוד דבריש גיטין פריך איך השליח נאמן לומר בפ"נ הא אין ע"א נאמן בדבר שבערוה ומשני רוב בקיאין הם הרי היכא דיש רוב נאמן ע"א וא"כ למאי דמשני דכיס וארנקי לא מושלי נהי דחיישינן למיעוטא דמושלי כיון דרוב לא מושלי נאמן ע"א משא"כ המקשה דלא ידע דכלים הללו לא מושלי ליכא רוב ועכצ"ל דמקשה ס"ד דליכא רוב מדפריך חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן הא באבדה דליכא חזקת ממון מהני רוב וכבר כתבתי לעיל משום דלחד תירץ בבכורות מן התורה סגי בפדחת בלא חוטם רק רבנן אחמרי וא"כ ל"ל דכל חשש שאלה רק מיעוט דא"כ למה אין מעידין על פדחת לבד עם סימני כליו כיון דאינו רק חומרא דרבנן והש"ס רוצה לתרץ שיתורץ לכל התירוצים שבבכורות וגם רוצה לתרץ האמת דליכא רובא רק בכלים הללו והתרצן גופא הקשה ותירץ דיותר מזה כתבו תוס' בר"פ א"מ אהא דארי"צ בקב דהשואל בכמה הוא עצמו המשיב בקב כ"ש כאן דסתמא דש"ס מקשה ומתרץ דהוא רב אשי שסידר הש"ס כמ"ש בספר הכריתות אות נ"ב ואות פ"ה בשע"ג.

ובנו"ב סל"ב כתב תיובתא רבה מב"מ דרצה לפשוט דס"ד מחמור בסימני אוכף ומשני אימא בעידי אוכף ואי כהב"י דאם סד"ר חל"ש אף בכלים דלא מושלי דל"ה סי"מ עדיין מוכח דס"ד מדלא חיישינן לשאלה בעידי אוכף ונראה דביבמות לא שיולי אנשי איכפא ובכיס וארנקי אמר לא מושלי וצ"ל דאוכף דמסקב לחמרא גם השואל אינו רוצה לשאול דכמו דמסקב לחמורו של משאיל כשמחזירו כן מסקב לחמורו של שואל משא"כ בכיס וארנקי דמכחשי שניטל מזלו אינו רק קפידא למשאיל דהיה כיסו בקביעות תדע דאל"ה מה קפידא הא כשיחזיר לו השואל דמסתמא אינו משאיל רק למי דבטוח שיחזור לו א"כ יחזיר מזלו עם מזלו של שואל וירויח וא"כ בשלמא כיס וארנקי וטבעת דהקפידא רק מן המשאיל דרובא לא מושלי מ"מ כיון דאיתרמי מיעוטא דלא מנחשי תו לא חשיב כסימן מובהק ביותר ולמ"ד סד"ר חיישינן לשאלה משא"כ באוכף דלא מושלי וגם לא שואלים וכדפרש"י לא שיולי אינשי בעל החמור לא היה שואל א"כ יש תרי רובא למעליותא דרובא לא משאלי ורובא אין שואלים והוי כמיעוטא דמיעוטא ולית דחש לה ושיולי שם התואר של שאלה נופל על המשאיל ושואל משא"כ מושלי רק נופל על המשאיל כדאיתא בגיטין ע"ז ע"ב תרי מקומות לא מושלי אינשי ומה דלא סגי ליה לש"ס לומר חמור לא מושלי אף דקאי ללישנא דס"ד ה"ט דא"כ תקשי ללישנא דסל"ד דלא סגי במה דלא מושלי דמ"מ אינו סי"מ לכן אמר לא שיולי וא"כ מוכח כהריטב"א וב"י דאם סימנין

לאו דאורייתא גם בכלים דלא מושלי חיישינן ואם כן קשה למאי דמשני בכיס וארנקי דלא מושלי תקשי ללישנא סימנים ל"ד ועכצ"ל כמ"ש הב"ש משום דשליח לא אמר שהשאילם וכיון דרובא לא מושלי מהימן ומוכח מהש"ס כמו שפסק בש"ע לחלק בין עגונה במיתת בעלה ובין נמצא גט קשור בכלים דלא מושלי ובב"מ כ"ז ע"ב גרס רש"ל לא שאילי אינשי אוכפא דמסקב לחמרא וב"ח גרס לא משאלי ולפימ"ש גרסת רש"ל עיקר וכדמוכח ביבמות דבאוכף אמר לא שיולי ופרש"י בעל החמור לא היה שואל ורק בכיס וארנקי איתא ביבמות ובב"מ לא משאלי ובאמת קשה למשאיל ולשואל כיון דא"א לצמצם שיהיו שוים החמורים בעביים מתרחב האוכף או מתקצר ומקלקל החמורים מחמת דחק האוכף או מחמת רחבו או קים להו כשמשימין אוכף מחמור זה על חמור אחר מקלקלו.

ובעיקר הקושיא מכאן לסימן קל"ב י"ל לפימ"ש בבית יעקב כתובות כ"ג דדבר שבערוה מממון ילפינן כמו דל"מ רוב להוציא ממון מחזקתו כן ל"מ בדשב"ע עיי"ש ואם כן איך נסמוך ארובא דלא מושלי להכשיר הגט וצ"ל לפימ"ש בנה"מ סי' כ"ח סק"ו דקודם גמר הדבר כגון להעיד בהיכשרו דגט ל"ד לדשב"ע וכיון דנאמן והוחזק נאמנותו אף שבא אח"כ לדבר שבערוה ולד"נ אין בכך כלום כמ"ש הרמב"ם באיסור שהוחזק בע"א ואף דמ"מ צריכין שני עדים דלאו גילוי מלתא גמור הוא מ"מ ל"ד לדשב"ע ממש רק לאיסורין דאיתחזיק איסורא צריך שני עדים ומהני עדותן חוץ לב"ד את"ד וצ"ע מריש גיטין דפריך אהא דנאמן השליח דנכתב לשמה הא איתחזיק איסורא הוי דבשב"ע ופרש"י דילפינן דבר דבר מממון ושם מעיד רק מהכשרו דגט שנכתב לשמה אבל לא מעיד שכבר נתגרשה ואפשר לפי"ז י"ל דמש"ה ארכביה אתרי ריכשי דאיתחזיק איסורא הוי דבר שבערוה אף דבדבר שבערוה צריך שני עדים גם בלא איתחזיק איסורא מ"מ כאן ל"ה ממש דשב"ע רק מחמת דאיתחזיק איסורא וצ"ע ומ"מ כאן דשליח תובע שיחזירו לו הגט דמי למ"ש תוספת בפנ"ה דצ"ו בסד"ה פלניא אף דסימנים ל"מ להוציא ממון מ"מ מחזירין שטר ע"י סימנים כיון דאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרינן שפיר עיי"ש ועכצ"ל אף דאח"כ מוציא ממון בשטר זה מ"מ עתה עדיין ליכא הוצאות ממון והוי רק גילוי מלתא ואם כן ה"נ בסימן קל"ב דתובע הגט אהני טעמא דכלים הללו לא מושלי אינשי ע"צ הרוב משא"כ הכא דדנין עתה אם מת בעלה הוי ממש דבר שבערוה דזה הוי גמר הדבר ומה דפריך בש"ס אי חל"ש גם במצאו קשור בכיס וארנקי ניחוש לשאלה ומדמי החזרת הגט למיתה כבר כתבתי לעיל משום לחד שינויא בבכורות פדחת סגי מן התורה רק רבנן אחמירו ומ"מ אין מעידין על סימני כליו דחיישינן לשאלה אף

דמן התורה כבר יצאה מחזקת א"א ואי חשש שאלה רק מיעוט אין לחוש ולכן פריך גם כן מחמור בסימני אוכף אבל למסקנא בבכורות דפדחת לבד מן התורה אין מעידין ואפילו לתירץ דרק חומרא וחשש שאלה הוי ספק גמור מ"מ בכלים דלא מושלי יש רוב ואנן פסקינן כאן לחומרא משום אידך שינויא דפדחת לבד מן התורה לא סגי וגם רוב לא מהני לכן גם בכלים דלא מושלי לא מעידין שו"ר בתו"ג ריש גיטין שפירש מ"ש הש"ס דאיתחזיק הוי שב"ע עיי"ש דלפירושו א"ש מ"ש בבית יעקב ולדבריו שם א"ש גם מה שכתבתי כאן דכיון דסמכינן על הרוב דלא מושלי להחזיר הגט לשליח דהוה רק גילוי מלתא מרוב ילפינן מקרא דאחרי רבים ממלא הוחזק שהגט שלו ויכול אח"כ לגרש בו.

ועיין בנו"ב סמ"ד בהניח קמיע מחופה כסף וארבע ליטרא מעות בבהכנ"ס והלך לו ואח"כ נמצא אחד נטבע והכירו בו שני סימנים דצורף הוכיח תחלתו ע"ס שהלך לאבד עצמו להסימנים וח"ס בסימן סמך וס"ט כתב דזה טעות דהא אמרינן בשבועות דף מ"ו דעביד אינש דגזום ולא עביד עיי"ש ול"נ דשא"ה דברע"ב במ"ב פ"ג דנדרים פירש נדרי הבאי גוזמא ושפת יתר והוא בעצמו יודע שלא היה כך ה"נ עביד אינש דגזים היינו דלא גמר בלבו מה שאמר בפיו לעשות משא"כ זה שהניח הקמיע ומעות דאדם חס ובהול על ממונו א"ל דהולך למות ולמה לו א"כ בודאי גמר בלבו לאבד עצמו ובשו"ת רשב"א סימן קפ"א השיב על שאלת השואל אהא דב"ק דף קי"ז בהאי דאמר אחווינא ואחווינא דשמטיה ר"כ לקועיה דלמא גזים ולא עביד ואיך יהרג והשיב הרשב"א אפילו אינו רגיל בכך אלו הכרנו בו שהוא רוצה לעשות כההוא דר"כ שהעיז פניו ואמר מחווינא הרי הוא כאלו ידענו בבירור שיעשה עיי"ש הרי כיון שהעיז פניו אמרינן דודאי גמר בלבו לעשות ולא גזים בפיו לבד וכן בסנהדרין דף מ"א יליף דצריך שיתיר עצמו למיתה מדכתיב יומת המת ופרש"י דמשמע כבר הוא כמת הרי מפני שהתיר עצמו למיתה ודאי יעשה ועומד למות וא"כ ה"נ כיון דודאי גמר בלבו אמרינן הוכיח תחלתו על סופו דהיינו הך.

סימנים בגופו ביבמות אהא דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין בגופו פריך למימרא דסל"ד ורמנהו מצאו קשור בכיס ומשני אביי תנאי הוא דפליגי אין מעידין על השומא וקשה נימא לעולם סד"א דעפ"י רוב לא יזדמן סימן כסימן ומהני באבדה דליכא להמוצא חזקה משא"כ בעדות אשה אי מת בעלה דיש חזקת א"א הוי דבר שבערוה וכמו דאין מוציאין ממון מחזקתו ברוב ה"נ מחזקת א"א משא"כ הא דגט דמצאו קשור דנ"מ לאהדורי לשליח עדיין אין מוציאין מחזקת א"א והוי רק גילוי מלתא אי גט זה שייך לשליח ואשה זאת ובזה אהני סימנים כמו רוב וכמו שהבאתי לעיל לחלק כן מהנתיבות סימן כ"ח ותו"ג ריש גיטין וא"ל משום דעדיין תקשי לשינויא קמא בבכורות מ"ו ע"ב דהא דאין מעידין

על פדחת לבד הוא רק חומרא דרבנן דא"כ איך קאמר דמאן דס"ל מעידן על השומא משום דס"ל סד"א הא סד"א ילפינן מאבדה דכתבה תורה שלמה או דרוש אחיך כדאיתא בב"מ ומאי ראיה מאבדה לאשה שהוא בחזקת א"א ואפשר משום דביבמות קט"ז ע"ב מסיק בתיקו אם טעמא דע"א משום דדייקא אי משום דעל"ג והיינו אי משום דדייקא דאלים לנגד חזקת א"א ומרעא לחזקת א"א והוי ספק בלא חזקה לכן נאמן ע"א או דלא מרעא חזקת א"א וע"א נאמן משום דעל"ג וא"כ שפיר רמי מתניתן דאם תחלק בין גט למיתה דבמיתה ל"מ סימנים לאפוקי מחזקת א"א תפשוט דטעמא דע"א לאו משום דדייקא מרעא לחזקת א"א וכה"ג פריך בפרק כיצד הרגל דף י"ח ודף י"ט.

ומשני לעולם י"ל דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א ותנאי דפליגי אם מעידין על השומא פליגי אי סד"א וא"ל א"כ תפשוט דדייקא מרעא לחזקת א"א מהך מ"ד דמעידין על השומא דיש לדחות דטעמא דת"ק דאין מעידין משום דלא ס"ל דדייקא מרעא החזקה.

ובזה מיושב בב"מ כ"ז ע"ב דאיבעיא אי סד"א ואמר למנ"מ לאהדורי גט אשה בסימנין וכרש"י שאבד מן השליח קודם שנתן לה וקשה הא נ"מ לאהודרי לאשה עצמה שאומרת שכבר ניתן לה ואבדה וכדאמר התם בסוף הסוגיא וגם בסוף הסוגיא קשה דא"ר את"ל סימנין דאורייתא וכו' הוא אומר סימני הגט והיא אומרת סימני הגט ינתן לה כשאומרת נקב יש בו בצד אות פלוני והקשה באס"ז הא אי סד"א אצ"ל בצד אות פלוני דהוא סי"מ ביותר עוד הקשו פ"מ ונו"ב למה לא אמר נ"מ לעדות אשה ולפימ"ש א"ש דלא פסיקא ליה דאי סד"א אהני גם לעדות אשה על מיתת הבעל דאי לא אמרינן דדייקא מרעא לחזקת א"א אין ראיה לעדות אשה מהחזרת אבדה לכן אמר לאהדורי גט אשה דהיינו לשליח קודם שניתן דאין מוציאין עדיין מחזקת א"א ובסוף הסוגיא לענין להחזיר לאשה עצמה אמר נקב בצד אות פלוני דבסימן בינוני תליא בבעיא אי חזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א והא דאמר דמחזירין לה במדת ארכו של חוט נמי הוי סי"מ ביותר כמ"ש באס"ז שם.

ועו"ק מאי רומיא מגט על מיתה דבשלמא בגט כיון דאמר סימנים ודאי נפל גט ממנו תו ליכא למיחש שמא גם מאחר אבד גט כזה דנפילה ל"ש דמיזהר זהיר משא"כ אם נמצא אחד מת י"ל בעלה חי וזה הנמצא אחר וכ"כ תוספת בב"מ דף י"ח ע"ב בסד"ה נפק כיון שזה האיש שואל גט וידעינן שאבד גט ואין אנו מכירין אחר אין לחוש שמאחר נפל ונפל כמו כן כאן אבל התם אין אנו יודעים איזה יצחק מת ואף דדייקי ונפל כמו כן כאן היינו דקאי התם לאביי ואיהו ס"ל בב"ב דף קע"ז לנפילה דרבים חיישינן דנפילה שכיח אבל לרבא התם גם לנפילה דרבים ל"ח אם כן למה נחוש שגם אחר אבד ולמה

אמר רבא ביבמות ובב"מ דף כ"ז ע"ב דתנאי דפליגי בשומא פליגי אי סד"א או דרבנן או דפליגי אם שומא סי"מ ביותר דהמ"ל דכ"ע סד"א באבדה רק להעיד שמת בעלה ל"ד לאבדה ולהכי ס"ל לת"ק דאין מעידין על השומא וגם לר"א דס"ל דמעידין משום דסד"א איך יליף זה מאבדה ובחולין דף ע"ט אמר ש"מ דס"ל סד"א לענין איסור כלאים ופרש"י דילפינן משמלה דגבי אבדה ואיך יליף מאבדה נימא כיון דע"י סימנין נודע דזה אבד בסימן כזה לא חיישינן דגם אחר אבד.

וצ"ל דאם סד"א לאו מסברא הוא ל"מ אי היה סברא פשוטה אם כן קרא ל"ל כדפריך בר"פ שור שנגח את הפרה ובכתובות דף כ"ב אלא גם סברא דאינה פשוטה ע"כ אינה דאל"כ מאי פריך בב"מ ס"ז ע"ב את"ל סל"ד היכא מהדרינן אבדתא בסימנין לימא דסל"ד דליכא קרא מיותר לזה רק סברא הוא וכדאמרינן בשבועות דף כ"ב ע"ב אבע"א סברא אבע"א קרא וכתבו תוספת שם דהיכא דאינה סברא פשוטה אומר כך וס"ל להש"ס אם סד"א דיליף מקרא גזה"כ הוא למסמך אסימנים כמו חזקה דאינה מסברא לאוקים אחזקה קמייתא אף דהרבה פעמים החזקה משתנית וחזקת חי יוכיח דזה כל אדם וכיון דאינה מחמת סברא ל"ש אבדה ל"ש איסור וי"ל דתליא בפלוגתא אי דרשינן טעמא דקרא דאז י"ל טעמא דסימנין באבדה כיון דנודע ע"י הסימן שזה אבד חפץ כזה אין לחוש לאחר שאבד גם כן דמזהיר זהיר ולנפילה ל"ח משא"ה לענין איסור ככלאים או עדות אשה על שזה הנמצא בסימנים הוא בעלה ומה דלא אמר דתנאי דפליגי אין מעידין על השומא פליגי בזה וכן משנה דיבמות דאין מעידין על סימנים משום דס"ל דרשינן ט"ד דלא ניחא לו לומר דרבנן דפליגי אר"א בן מהבאי וסתם משנה דאין מעידין על סימנין ס"ל דדרשינן ט"ד דלא קי"ל כר"ש דס"ל הכי וסתם משנה בב"מ דף קט"ו ס"ל דלא דרשינן טעמא דקרא ובחידושי לסנהדרין פ"ק דט"ז ע"ב כתבת דלחומרא דרשינן טעמא דקרא ור"ל ור"י בפ"ב דשבת דף כ"ב ע"א פליגי ולכן לא אמר דנ"מ להעיד על המת בסימנין או לשאר איסור כיון דתליא בפלוגתא יותר ניחא לומר נ"מ אליבא דכ"ע.

אמנם בתוספת ב"מ שם הקשו נפשוט דסד"א ממצאו קשור בכיס עוד תמהו על הרמב"ם דבפי"ג מגו"א כתב דסד"א ובפי"ב מגירושין פסק דבגט צ"ל נקב בצד אות פלוני ועוד פסק דאין מעידין על סימני כליו ולא ביאר דדוקא בחיוורי וסומקי וע"כ משום דחל"ש וכמ"ד סד"א והרי איתא בפ"ק דב"מ דף ח"י הא דצ"ל נקב בצד אות פלוני משום דשמא סד"ר ועמדו בזה נושאי כליו וביבמות דף ק"י רמי מתניתין דאין מעידין על סימני גופו דש"מ סל"ד אהא דתנן מצאו קשור בכיס ומשני אביי כתנאי ורבא לחד לישנא אמר כ"ע סד"ר ותמהו תוס' א"כ הק"ל ממצאו קשור ותרצו די"ל דמיירי במצאו בעצמו ותמהו

המפרשים א"כ למה גמרא ואביי אמרי דפליגי מתניתין אך יל"ד מאי רומיא הא מבואר בב"מ פ"ק לענין מצא שטרות דאתרע בנפילה מדלא נזהר לשמרו יש הוכחה דנפסל כדאיתא התם די"ג וכן בב"ב דף קע"ג קי"ל לנפילה ל"ח דלא שכיח דכ"ע שומרין יפה והרי לשאלה אמרו בש"ס דחיישינן ולא אמרו דחיישינן לאבדה א"כ נימא גבי גט אין לחוש דגם אחר אבד גט כזה של יוב"ש דאם זה השליח ע"כ יצא מרובא דעלמא שלא שמר ואבד למה נחוש עוד לאחר ואין לומר דלא מהימן השליח שאבד הא כתבו רשב"א ור"ן דלא חשדינן לשליח שמשקר ולא אבד כלל רק דאמרינן דאבד ומשום הפסד שכרו או שלא יתרעם משלחו אומר דגט זה אבד אבל במת הנמצא חיישינן דבעלה לא מת ואיתרמי סימן כסימן ואחר לבד מת וצ"ל משום דגם בגט יש לחוש דגם אחר אבד ומשום דהבעל נמלך מלגרש לא נזהר בו לשמרו אך בגיטין דף ח"י אמר רבינא לרבא כתביה ואותביה בכיסתיה דשמא תתפייס מא"ל א"ל רבא לא מקדים אינש פרעונתא לנפשיה א"כ לא שכיח לכתוב גט ולהתחרט דאינו כותב רק אם גמר דעתו לגרש מיד וכעין זה כתבו תוספת בפ"ק דב"מ דף י"ט בד"ה וליחוש אך לפימ"ש הרמב"ן בטעמא דלא מקדים משום שיפסיד פירות מזמן כתיבה אף שיתן אח"כ וקי"ל יש לבעל פירות עד שעת נתינה מ"מ תאמר לבעל אייתי ראיה שנמסר אח"ז הכתוב בו ואולי לא ימצא ראיה וא"כ למאי דמסיק רב אשי שם בגיטין דאם לא נמסר ביום הכתיבה קלא אית ליה והאשה צריכה להביא ראיה ומבואר שם בראשונה דכל גט שלא נמסר בזמן הכתוב בו עידי מסירה מפקי לקלא א"כ לא מפסיד פירות והנה בב"מ שם דרצה לפשוט דסל"ד ממשנה דאין מעידין על סימנין ג"כ קשה נימא לעולם באבדה סד"א דל"ח דגם אחר אבד בסימן כזה דאבדה ל"ש ומפרט לבעה"ת הובא בטוח"מ סימן ס"ה דגם כשגבו בשטר הנמצא מוציאין מידו דיש הוכחה דפסול מדנפל ולא נזהר לשמרו וא"כ י"ל באבדה סד"א דל"ח שגם מאחר כפל כזה אבל זה שלפנינו ואומר סימן ע"כ אבד דאל"כ מנא ידע הסימן ומן התורה ל"ח לרמאי כמ"ש תוספת בפ"ב דב"מ דף כ"ב ע"ב ד"ה אי דליכא דל"ח שמשקר שאבד רק שמא גם אחר אבד אמנם לפימ"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ גבי מצא בחפיסה דל"ל מדנפל פסול כיון דיש בו סימן וביארו הפנ"י שם וקצו"ח סימן ס"ה כיון דיש בו סימן לא נזהר וסמך על' הסימן א"כ באבדה ל"ל נפילה לא שכיח כיון דיש לו סימן ול"ל סד"א דא"כ שכיח נפילה ויצא משפט מעוקל דאפשר גם אחר אבד וגם אם סל"ד מ"מ סימן מובהק לכ"ע מהני ובכ"מ שיש סימן יש לחוש שיש לבעלים בו סימן מובהק כמ"ש באס"ז לענין דלא נתייאשו הבעלים אם סל"ד אבל בגט ל"ל דג"כ סמך אסימן דהכותב גט לגרש רוצה לגרש מיד ולא מקדים פרעונתא ואיך יסמך על סימן אטו תיכף יוודע לו מי מצאו וע"כ

א"ש דאנן לא ס"ל לא מקדים פרענות לנפשיה וכמ"ש וגם בגט י"ל דלא נזהר לשמרו מחמת שנתחרט מלגרש ע"כ רמי מתניתין אהדדי ולרבא לא קשה.

אמנם לדרכינו נאמר לתרץ הקושיא באו"א מה דרמי מגט למיתה דהנה מה דל"ח באבדה לרמאי י"ל משום דרוב ישראל בחז"כ וזה שאנו דנין עליו אמרינן מרובא הוא אך אם נפילה ל"ש דרובא נזהרים ואין מאבדים א"כ נאמר אחר אבד חפץ זה וזה רמאי מה תאמר דמרובא כשרים זה שאנו דנין עליו אימר להיפך זה מרובא שאינם שוטים ושומרים כראוי וזה נכלל בהבעיא אם נאמר נפילה ל"ש גם בדבר שיש בו סימן ואף דל"ש בזה כנכ"ה וחזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו אדרבה נאמר דזה מרובא דלא מאבדים או אם נפילה כה"ג שכיח רש לחוש שגם אחר אבד וממ"נ סל"ד רק אי לא חיישינן שיזדמן עוד סימן כסימן אזי כיון דאמרינן דתובע זה מרובא דלאו רמאים מהדרינן לו וסד"א ושפיר פשיט מעידי מיתה דחיישינן שיתרמי סימן כסימן ממילא סל"ד ממ"נ וא"ש סוגיא דיבמות דבגט קשור בכיס י"ל נפילה ל"ש ול"ל חשש רמאי דלמה לו הגט דאינו חשוד לשקר רק אם אבד גט ויפסד שכרו או משלחו יתרעם עליו כמ"ש רשב"א ור"ן וכ"ז לרבא דס"ל בב"ב קע"ג דגם נפילה דרבים ל"ש אבל אביי דס"ל התם דחיישינן לנפילה דרבים שפיר רמי אך גם לרבא נימא דנמלך מלגרש וע"כ לא שמרו ואף דס"ל לרבא לא מקדים אינש פרעונתיה י"ל היינו לכתוב על ספק א"ל תתפייס אבל יש לחוש שגמר בדעתו לגרש רק אח"כ נשתנה דעתו מהפצרת ריעים וכמה סבות אך גבי מצא בחפיסה כתב בעה"ת וראשונים דל"ל לפסול מדנפל ולא נזהר בו דהרי הצניעו בחפיסה דרך שמירה ועוד דהחפיסה ה"ל לשמור וא"כ כיון דהגט קשור בכלים י"ל נפילה ל"ש ושפיר קאמר סל"ד באבדה משום ממ"נ אבל בסימן בגט לבד י"ל נתחרט מלגרש ונפילה שכיח גם זולת חשש רמאי שמא מאחר נפל לכן הצריך הרמב"ם שיאמר נקב בצד אות פלוני ופסק סימנים דנין עליהם ד"ת אחר שהקדים דצריך עדים שאינו רמאי ושפיר י"ל נפילה ל"ש אבל בנמצא סימן במת י"ל דאיתרמי סימן כסימן וסוגיא דב"מ אי סד"א היינו לפי ד"ת דא"צ עדים שהוא רמאי וכמ"ש הראב"ד שבאס"ז וע"כ משום דל"ח שיזדמן סימן כסימן א"כ מהדרינן גט אשה בסימן גם כשאינו קשור בכלים ורב אשי מספ"ל אי סד"א בלא עדים שאינו רמאי דהבעיא באופן זה נמצא דרמב"ם לא ביאר לנו אי סד"א בלא עדים שאינו רמאי וכן מוכח מסדר לשונו שם בפי"ג מגו"א דתחלה כתב כ"פ דמחזירין בסימנין ולא ביאר אם מן התורה רק אחר שכתב דעכשיו התקינו שצריך עדים שאינו רמאי כתב תיכף דסימנין דנין עליהן ד"ת נמצא מיושב קושית התוס' בב"מ דנפשוט דסד"א ממצאו

קשור די"ל שא"ה דל"ח שגם מאחר נפל דנפילה ל"ש רק בגוף הגט י"ל דנפסל ולכן לא נזהר בו כשהגט לבד נמצא.

ובקיצור י"ל דרמב"ם ס"ל סל"ד כשאינו מברר שאינו רמאי לפימ"ש בע"ז מה"ג דאין משיאין אשה בסימני כליו משום דהחמירו באיסור כרת וקשה מאי קאמר בב"מ מדאין מעידין על סימני גופו וכליו ש"מ סל"ד נימא דהחמירו בלתא דכרת וצ"ל דיזדמן סימן כסימן ע"צ המיעוט הוא וסמוך מיעוטא לחזקת א"א אף דבעגונה לא ה"ל למיזל לחומרא כיון דהא דסמוך מיעוטא רק חומרא דרבנן עיין בבכורת דף כ"ף ובתוספת פ"ק דחולין דף י"א בד"ה מנא ומהרש"א מ"מ משום איסור כרת החמירו בתחלת עדות כדאיתא בבכורת מ"ו ע"ב אך באבדה כשאינו מברר דלאו רמאי הוא יש תרי מיעוטי מיעוט רמאין ומיעוט סימן כסימן ותרי מיעוטא כפלגא ומבעיא אי סד"א דעדיף מרוב ולא חזי לאצטרופי לפורתא רמאין ושפיר פשיט ממשנה דאין מעידין ע"כ מחשש דיזדמן סימן כסימן וסמוך לחזקת א"א ובנו"ב סימן ל"א הקשה לרמב"ם דסל"ד הא בפרק או"ב דע"ט עבד ר"א מעשה לענין כלאים דס"ל סד"א ומעשה רב ותירץ דלא נסתפקו אי סד"א רק נגד חזקה אלא דהקשה הא באבדה ליכא חזקה להמוצא כמ"ש תוס', בכתובות ספ"א דף ט"ו ע"ב בד"ה להחזיר עיי"ש ולפימ"ש א"ש.

הג"ה קטן או ארוך בב"מ כ"ז ע"ב אין מעידין על השומא פרש"י שומא באבר פלוני וביבמות ק"כ לא כתב רש"י כלל ועמד בזה בזבד טוב ס"ק פ"ח ונ"ל דבפסקי מהרי"ב סימן קס"א כתב הא דמוקי הש"ס משנה דאין מעידין על סימני גופו בארוך וגוץ ע"כ ודאי מיירי במופלג קצת באריכות דאל"כ פשיטא וכ"כ בנו"ב קמא סימן כ"א בסד"ה ונבוא דמיירי בארוך ביותר וגוץ ביותר דאל"כ אצ"ל וכ"כ בנוב"ת סימן סמך ויותר מזה כתב ח"ס סימן ס"א דארוך יותר מן הראוי ומורגל וכן גוץ וקמ"ל אפ"ה ל"ה סימן דהרבה ב"א כן הוא עיי"ש ובפ"ת ס"ק ק"ה הרי אף דברוב בני אדם אינו כן מ"מ כיון דמיעוט המצוי הוא ל"ח סימן כלל וא"כ איך ס"ל להש"ס דשומא הוי סימן ופליגי ת"ק וראב"מ אם סד"א נהי דשומא אינו רגילות ברוב ב"א מ"מ עינינו רואות דמיעוט המצוי הוא לכן פרש"י דאומרים שומא באבר פלוני כיון דמייחדי האבר עדיף וזה דוקא בב"מ אחר דאוקים הש"ס הא דתנן דאין מעידין על סימני גופו בארוך וגוץ אבל ביבמות דכשהביא אביי ברייתא דפליגי בשומא לתרץ רומיא דמתניתין לא ידע מהא דארוך וגוץ ל"ה סימן כלל והוי ס"ד דארוך וגוץ ג"כ הוי סימן אמצעי כיון דארוך וגוץ יותר מהמורגל א"כ ה"נ י"ל בשומא אף דלא מייחדי האבר מ"מ אינו ברוב בני אדם.

ובשו"ת גא"ב שאלה כ"ה כתב אם רוב בני אדם אין להם סימן זה הוי סימן מובהק כיון דקי"ל דאזלינן בתר רובא דליתא קמן כמ"ש תוספת בפ' לא יחפור דף כ"ד בד"ה וש"מ וכן מוכח מדאמר ביבמות ובב"מ דפליגי בשומא אי הוה סי"מ דפליגי אי מצוי בבן גילו דהל"ל שפליגי מאחר שנמצא שומא לפעמים גבי בני אדם א"ו כיון דלא נמצא אצל הרוב אין לחוש עיי"ש וצ"ע הא ללישנא דפליגי אם מצויה בב"ג לא פליגי רק אם הוא סימן אמצעי וכ"ע סד"א אבל לא שיחשב סי"מ מחמת הרוב.

ובחן טוב ס"ק פ"ט השיג על גא"ב דבשלמא בעלמא אזלינן בתר רובא לומר שדבר זה שאנו דנין עליו הוא מן הרוב משא"כ האי גברא דאית ביה סימן דליתא ברובא דעלמא הא קמן דממעוטא הוא הא למה זה דומה לעשרה בני אדם שיש בשנים מהם סימן שוה ואחד מן השנים נמצא מת דל"מ אפילו בסי"מ ביותר כיון דודאי מת זה אחד מהשנים הוא את"ד ונ"ל דאינו דומה דודאי אם איתחזיק שנים בסימן שוה והספק איזה מהן מת שפיר קאמר אבל דברי גא"ב דלא איתחזיק לפנינו עוד אדם באותו סימן שיש עליו ספק אם הוא המת אמרינן כיון דבעלה ודאי יש בו סימן זה והוא איתרמי מן המועט ולא איתחזיק אחר לא חיישינן דאיתרמי עוד אחר שיצא מן הרוב וכמ"ש בחת"ס א"ע ח"ב סימן קמ"ז דלפי המסקנא דהלל"מ ליזל בתר רובא דליתא קמן עדיף מרובא דאיתא קמן דהמיעוט ג"כ איתא קמן ואפשר שיזדמן מן המיעוט המוחזק לפנינו והוה ספק רק גזה"כ ליזל בתר רובא אבל רובא דליתא קמן ליכא שום חזקת איסור דאפשר כל הקטנים בדור הזה אין שום אחד סריס ואין כאן אפילו ספק וסברא זו בהר"ן פ"ק דביצה גבי ספנא מארעא את"ד.

ועוד דבעלה נאבד זכרו ואשה דייקא ולא שכיח שילך איש מביתו ע"ד לשוב והוא בחיים ולא ישוב לביתו זו אשתו רק לעומת זה יש רובא דעלמא לפימ"ש הפנ"י בפ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב הא דלא מהדרינן אבדה בלא סימנין מחמת בו"ש משום די"ל מרובא דעלמא נפל לא ממנו עיי"ש וה"נ זה הנמצא מת י"ל מרובא דעלמא הוא ולא בעלה אבל אם יש בו סימן דאינו ברובא דעלמא אין לחוש רק למיעוטא דיש בהו ג"כ האי סימן תלינן יותר בבעלה דאלו היה חי היה שב לביתו או נודע ממנו היכן הוא אחר דוקא דאשתו דרובא דאינשי אין נאבדין בחייהם וגם בחמ"ח ס"ק מ"ד כתב מה שלא נמצא כן לרוב העולם הוי סימן מובהק.

אך לפימ"ש לעיל דארוך וגוץ היינו בהפלגה דאינו מצוי ברובא דעלמא ומ"מ אפילו סימן אמצעי לא הוה מוכח דלא כנא"ב וצ"ל דס"ל ללישנא דא"ר דכ"ע סל"ד ופליגי אי שומא סימן מובהק עכצ"ל אם רוב ב"א לית בהו האי סימן חשוב סי"ט ות"ק דס"ל אין מעידין

על השומא משום דס"ל דמצויה בבן גילו כמ"ש גא"ב שם ולהאי לישנא דסימנין דרבנן לא צ"ל הא דתנן אין מעידין על סימני גופו היינו בארוך וגוץ וי"ל דארוך וגוץ בהפלגה נמי הוי סימן מובהק וכמ"ש בנוב"ת סימן סמ"ך.

ובנו"ב בתקיע סימן מ"ג השיג על חכ"א דר"ל כסברת הפנ"י דשייך בזה לומר דמרובא דעלמא זה הנמצא מת וכתב הנו"ב דאטו זה הנטבע אינו מרובא דעלמא ולמה נימא שהוא אחר ולא הוא ועכ"פ אין הספק אלא בינו לאחר ולדבריו הא דבעי רבא בפסחים דף יו"ד ע"ב עכבר נכנס וככר בפיו ועכבר יוצא וככר בפיו מי נימא היינו האי דעל נימא דודאי אינו רק כל דפריש מרובא פריש את"ד ואין זה מכריע די"ל משום דאומדנא הוא דהיינו האי דעל ואין ספק מוציא מידי ודאי וכ"כ במראה הפנים בפרק לא יחפור בהלכה וא"ו סד"ה הדא דבאומדנא דמוכח לא אזלינן אחר הרוב כמו בגמל אוחר בין הגמלים ונמצא הרוג בצידו דאי לאו דאפוקי ממונא הוא כ"ע מודים דניזל בתר אומדנא עיי"ש לכן בעי רבא אם בעכבר נכנס וככר בפיו ועכבר יוצא וככר בפיו אם אומדנא דמוכח הוא לומר היינו האי דעל וא"ל על הנו"ב הא גם בתשע חניות אין הספק רק אם הבשר מחניות אחת הכשרה או הטרפה דשאני איסור והיתר דמבטלין זה את זה וכמ"ש כה"ג.

בתוס' רי"ד בפ' לא יחפור דף כ"ג ע"ב בד"ה מותיב ר"ז והיה העיר הקרובה אל החלל ואע"ג דאיכא אחריתי דנפיש מינה פירש אם היו עשר עיירות הסביבות החלל אמרה תורה הקרובה מביאה שמשם יצא הרוצח אע"ג דאיכא באותן עיירות עיר גדולה ממנה ומתרץ בדליכא פירש שכל העיירות שוות וא"ת עדיין קשה הא בעשר חניות ותשע מוכרת בשר שחוטה ואחת נבלה דבנמצא הלך אחר הרוב אע"ג דנמצא קרוב לחנות נבלה אין זו קושיא דאין התשעה עיירות דומות להחניות שהן מבטלות האחת של נבלה דהתם נולד ספק בבשר שלא ידענו אם היא שחוטה או נבלה ולהתיר הבשר באכילה יש תשע ביאות המתירות אותה וביאה אחת האוסרת אותו הלכך אזלינן בתר רובא ודכוותיה בעגלה ערופה אלו היו תשע עיירות של ישראל ואחת של גוים היינו אומר מהתשע של ישראל בא הרוצח ואעפ"י שהעיר של גוים קרובה יותר והיינו צריכין למדוד איזה מהתשע של ישראל קרובה אבל הכא דכולהי ישראל ננהו וכל עיר ועיר עומדת בפני עצמה ואין לומר שבא הרוצח אלא מעיר אחת ומאותה עיר שבא צריך להביא ע"ע ולכל עיר ועיר יש ביאה אחת או מזו בא או מזו בא ואין ביאת עיר זו מסייעת לזו וכיון שכל אחת עומדת בפ"ע דין הוא שנלך אחר הקרובה ודכוותיה נמי גבי חניות אלו היה צריך להשיב האבדה ולא ידענו מהיכן יצא זה הבשר אם היו כולן שוות היינו הולכים אחר הקרוב את"ד וסברת התוס' רי"ד כמ"ש הנ"ב דאין הספק אלא בינו לאחר

ומ"מ נראה דדוקא מחמת שכל עיר וחנות עומדת בפ"ע וכולם שוים באיכות איסור או היתר וחיוב ופטור משא"כ כשאנו דנין זה הנמצא מת אם הוא בעל אשה זאת והותרה אם מאחרים הוא ולא הותרה בזה כל אחד מהרבים מסייע לחברו לאסרה וגם אין כל אחד עומד בפ"ע בעיר מיוחד דהרבה עוברי דרכים במקום זה או אפשר זה הנמצא מת מעיר גדולה הרבה מן מקום שבעלה יצא ממנה או אפילו ממקום שיצא בעלה אם לא בדקו אותו מקום אם לא נחסר עוד אחר והרבה אנשים יוצאים משם ובחידושי רשב"א שבאס"ז שם משמע בעשר שובכות שוות ונמצא ניפול אחת קרוב לשובך אחד או לשנים אזלינן בתר הרוב כיון דהשמנה שובכות נפישי מהשנים וחולק על התוס' רי"ד דס"ל בשובכות כה"ג לא אזלינן בתר הרוב עיי"ש בתוס' רי"ד בד"ה תנן והרי בשובכות אין הספק רק אם משובך זה או מאחר ומ"מ ס"ל לרשב"א דתלינן ברוב יותר מבקרוב וה"ט דכל אחת מסייעות לומר דשל מוצאו הוא וא"צ להחזיר לשובך הקרוב משום דבנפל משלשה הוי יאוש ובנפל מאחד משנים לא הוי יאוש וכדאיתא בירושלמי התם ובבבלי בפ' א"מ או בששאר השובכים של הפקר או גוים לכן מתנגד הרוב להקרוב באיכות חיוב ואזלינן בתר רוב וה"נ בנמצא אחד מת דאם בעלה הוא הותרה להנשא ואם מן הרבים הוא אסורה הרי מתנגד הרוב להמיעוט ואזלינן בתר רובא דהא אמר רחמנא אחר רבים להטות כשיש ניגוד בין הרוב למיעוט בענין איסור והיתר או חיוב ופטור וטומאה וטהרה וגם התוס' רי"ד דייק במ"ש בחניות לענין אבדה אלו היה צריך להשיב אבדה אז, לא היה הרוב עדיף מהקרוב משום דבין כך ובין כך צריך להשיב האבדה אין נ"מ להמוצא לענין חיוב ופטור לכן אין החניות מסייעות זה לזה כלל לגרע כח החנות הקרובה משא"כ לענין היתר האשה דאין לה היתר רק אם בעלה מת אבל אם אחר הוא אסורה א"כ י"ל יותר שמא ראובן או שמעון או לוי וכו' דעל כל אחד שתאמר שהוא המת אסורה א"כ הרוב מסייע זה לזה לאסרה ולענין האבדה מהחניות כשצריך המוצא להשיב דאין נ"מ לו מאיזה חנות נפל ל"ל דהתשעה חניות מגרעים כח חנות הקרובה דהא אם תאמר מחנות אחת מהתשעת הרחוקות נפל הרי הוא שלה ואין לשאר החניות כלום אין התשעה חניות מסייעות זו לזה כלל אלא כל אחת בפני עצמה מנגדת לחנות הקרובה לכן אזלינן בתר הקרוב ולא בתר הרוב ולפ"ז סברת הפנ"י הנ"ל במחלוקת תוס' רי"ד ורשב"א תלויה אבל כאן לענין האשה לכ"ע יש לומר מהרוב הוא דלא כהנו"ב ועכצ"ל דאין ראיה מהא דעכבר וכמ"ש וכ"כ בהשגות ראב"ד שעל הרז"ה בפ"ק דפסחים דידים מוכיחות שזה דעל נפק.

ועוד בעל הבעיא דפסחים הוא רבא והוא ס"ל בב"ב דף קע"ג גם לנפילה דרבים ל"ח דכ"ע זהירין לשמור א"כ ה"נ זהירין לשמור ככריהם מהעכברים ואם דחזינן דככר זה דעל העכבר ממי שלא נזהר מ"מ אין לחוש דגם אחר אינו נזהר ועתוס' בפרק לא יחפור כ"ג ע"ב בד"ה ודאי מהאי נפל וכ"כ בחידושי רשב"א שבאס"ז שם בד"ה תנן דלרובא דעלמא ל"ח דנפל מהם דאין בני אדם שוטים שלא להשגיח על מה שבידם עיי"ש ובזה מתורץ קושית התוס' בפסחים שם בד"ה מי אמרינן והא דמספ"ל לרבא דלמא אחרינא י"ל משום דסמיא בידיה לבטל ולבדוק או כיון דודאי על עכבר עם ככר והוחזק חמץ בבית ונתחייב לבטל ולבדוק והספק אם יצא היינו אם נעשה מעשה המכשיר לא סמכינן ארובא כמ"ש בחוו"ד בבית הספק ס"ק כ"ז.

ובשו"ת הרי"ם בתק"ע סט"ז תמה עב הפנ"י מפי"נ דף קל"ה גבי זה אחי א"נ דבעי למידק דבו"ש לאו ברי עדיף ודלמא משום דהוה נגד רוב שאינם אחים עיי"ש ונ"ל דהא מבואר ברמב"ם פ"ד מחליצה הלכה ל"א דקרוב או אשה נאמנין לומר זה פלוני אחי פלוני שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן כענין שביארנו בסוף ה"ג ושם כתב שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר וא"כ הא דלא מהימן לומר זה אחי ע"כ משום דלענין ממון לא סמכינן אמלתא דעל"ג וכדאיתא בחו"מ ס"ס למ"ד וכן מבואר להדיא בריב"ש סימן קפ"ב וכיון דרחוק הוא שיעיד בזה בשקר רובא דאינשי אין משקרין עומד נגד הרוב דלאו אחים.

והרי"ם שם כתב דשאני מעיד נגד חזקה דאף לדברי העד מעיד נגד חזקה שהיה מוחזק מקודם משא"כ באבדה שאחר אבד וכן בהכרה של המת שאחד הוא בעלה דהוה קבוע לפי דברי העד שמכירו עיי"ש ולא נ"ל כלל דהא אנו דנין על שעה שנפל האבדה ובעל האבדה גופו לא ידע ואז פריש ומרובא פריש וכן במת בשעה שמת או נהרג דנשתנה חשוב פירש כמ"ש מהרי"ל סימן קס"ט דעל כל אחד שנשחט אמרינן מרובא פריש והגש"ד ורש"ל הובאו בבינת אדם שער הקבוע סימן יו"ד אך הא דא"נ לומר זה אחי ודייק הש"ס דבו"ש לאו ברי עדיף שפיר י"ל משום קבוע כמע"מ לפימ"ש תוספת בפ"ק דכתובות דף ט"ו בד"ה דלמא דלגבי אדם ל"ש לומר כל דפריש מרובא פריש משום דהדר לניחותיה.

לרושם המ"ב כתב דשיעור אורך הצלקת הוי סי"מ ומת"ל כתב דמדברי הרא"ש פא"מ סי"ד ולקמן סימן קנ"ג מבואר דמדת אורך הגט ל"ה סי"מ הובא בפ"ת והנה הרא"ש השיג שם על הרי"ף דכתב דדוקא בנתנה סימן נקב בצד אות פלוני ינתן לה דא"צ סי"מ משום דבלא"ה אינה מעיזה וראיה מדאמר דהיא אומרת בחפיסה לא ינתן לה דמידע ידעה

דמה דאית ליה מניחו בחפיסה והא בלאו זה כמי חפיסה אינו סי"מ דדרך העולם ליתן בכלי עיי"ש ומדת ארכו נמי לאו סי"מ וכשהיא אומרת מדת אורך החוט ינתן לה את"ד אמנם הרי"ף דכתב דדוקא נקב בצד אות פלוני לא ס"ל הכי וכ"ד ריא"ז בש"ג וכמ"י שם ובחידושי הר"ן ג"כ כתב דמדת ארכו סי"מ ומהני אפילו אם סל"ד וצ"ל לדדהו מה דאמר הש"ס בחפיסה דמידע ידעה משום דרבא מספ"ל אי סד"א לכן פסיק ואמר תן אם סד"א הן אם סל"ד דבנקב בצד אות פלוני ינתן לה אף אי סל"ד וכן במדת אורך החוט אבל בחפיסה לא ינתן לה אפילו אם סד"א ולית בה ספיקא משום דמידע ידועה ועוד דנ"מ לענין גוף החפיסה דבאבדה לענין ממון מועיל סימן אמצעי אפילו אי סל"ד וכיון דדעת הרי"ף וריא"ז ור"ן ונמ"י דמדת אורך הוי סי"מ וגוף הדין אם סד"א הוי ספק א"כ הוי ס"ס שמא סימן אורך הוי סי"ט כרוב אלו הפוסקים ואת"ל כהרא"ש מ"מ שמא סד"א וסגי בסימן אמצעי ומשום חזקת איסור א"א לא ישתנה הדין וגם אשה דייקא מרעא לחזקת איסור א"א.

כתב בעל העיטור באות קוף ומסתברא דליכא סימן מובהק אחריני בגופו אלא הכרת פנים דהא קי"ל סד"ר והאי שינויא דמשני גופו דארוך וגוץ אליבא דמ"ד סד"א הוא ודחייתא הוא ולא סמכינן בשום סימן אחר אלא על פ"פ עם החוטם והקשה ב"י הא הוא עצמו כתב במאמר עשירי גבי המביא גט דנקב בצד אות פלוני דהוי סי"מ מועיל ונ"ל דס"ל סי"מ כמו דנמצא בזה באפשרי להמצא גם באחר רק הוא ע"צ המועט ורוב ל"מ באיסור משום חזקת א"א וסמוך מיעוט לחזקה או כמ"ש בתו"ג ריש גיטין ובבית יעקב הבאתים לעיל דרוב ל"מ אך קי"ל נפילה אפילו דרבים ל"ש ונהי דזה השליח אבד בודאי דהא אומר סי"מ למה נחוש שגם אחר אבד ויצא מרובא דזהירי ואין אובדין והוי תרי רובא או נהי דבסי"מ הוי רוב דלא יזדמן רק ע"צ המיעוט עוד בסימן כזה לעומתו י"ל דזה הנמצא מרובא דעלמא פריש רק בגט ל"ל מרובא דעלמא נאבד דרוב אין אובדין לכן מהני סי"מ משא"כ במת הנמצא ומה דפריך הש"ס ביבמות משנה דיבמות על משנה דמצאו קשור ואביי משני תנאי הוא משום דאביי ס"ל בב"ב דף קע"ג דחיישינן לנפילה דרבים ולכן לרבא דס"ל התם לנפילה ל"ח לא קשיא ללישנא דאמר רבא דכ"ע סד"ר ממצאו קשור כמו שהקשו תוס' שם וזה הוכחה לסברת בעה"ט והא דמעידין על פ"פ עם החוטם היינו בטב"ע וכן הא דאמר ביבמות דף קט"ו ע"ב דמיירי סימנים היינו בטב"ע כמ"ש תוס' שם והא דמצאו קשור בכיס משום דהוה סי"מ כמ"ש תוס' שם דף ק"כ בסד"ה אמר רבא ועיין לקו"ע סימן רע"ו ותלי"ת כיונתי לדעתו של מהראנ"ח

ולפימ"ש תוס' בב"מ דף כ"ז ע"ב בד"ה מצאו קשור דהוה מצי למדחי רומיא דרמי ביבמות משנה דאין מעידין על משנה דמצאו קשור דמירי במצאו בעצמו עיי"ש ה"נ י"ל חילוק אחר ובאמת הוה מצי למדחי והיינו נהי דסימן מובהק הוי אומדנא או מכח רוב דלא שכיח סימן כהאי מ"מ באיסור א"א לא מהני כמו אם בא לאפוקי ממונא עיין בב"ב דף צ"ג ע"א דל"א אומדנא או רובא או חזקה ה"נ בשב"ע כמ"ש בית יעקב בפ"ב דכתובות דף כ"ג דילפינן מממון אך בשליח המביא גט ואנו דנין אם זה הגט כשר לגרש בו אשה זאת הוי רק גילוי מלתא דזה אינו בגמר הדבר וכמ"ש בתו"ג ריש גיטין ובנה"מ סימן כ"ח סעיף י"ב סק"ז דכה"ג אינו כדיני ממונת רק כשאר איסור דאיתחזיק איסורא דע"א א"נ מ"מ הוי רק כשאר איסור עיי"ש ולכן מהני בו סי"מ ואף דקרא לא קאמר דליהדר אבדה בסימן כלל מ"מ מכח אומדנא או מכח רוב מהני משא"כ מת הנמצא דאנו דנין אם הוא בעלה הרי רוצין להתירה מיד והוי דבר שבערוה וכיון דסימנין לאו דאורייתא גם סימן מובהק לא מועיל ואה"נ דהש"ס היה יכול למדחי בזה רומיא דרמי דכ"ע סד"ר ובמצאו קשור בגט מהני סי"מ משא"כ הא דאין מעידין אפילו יש סימנין בגופו כיון דבמת ל"מ רוב או אומדנא ולכן ללישנא דא"ר סד"ר לא ק"ל מהא דמצאו קשור אך אביי לפי דעתו דתנאי דפליגי בשומא אי סד"א אי סל"ד להכי מתרץ כתנאי והא דאמר רבא לבסוף דכ"ע סד"ר והכא בשומא סי"מ קמפלגי ות"ק סבר שומא לאו סי"מ היינו נמי מה"ט דלא הוה דבר ברור ומובהק רק אומדנא או רוב דהא לאותו לשון אין החסרון מצד דעשוי להשתנות או דמצויה בבן גילו הרי אף דאינו עשוי להשתנות ואינה מצויה מ"א לאו סי"מ א"כ ה"נ שאר סימנין שבגופו והיינו דקאמר בעה"ט דהא קי"ל סד"ר ואפילו שומא לאו סי"מ הוא.

עוד נראה דיל"ע איך ילפינן מקרא דשמלה או מדרוש אחיך בב"מ דסימנים בינונים דאורייתא דלמא קרא אתי לסי"מ וצ"ל דלזה ל"צ קרא דסברא הוא כיון דלא יזדמן סימן כזה רק ע"צ המיעוט ולפ"ז קשה איך יתכן לומר דבעדות אשה גם סי"מ ל"מ אי סל"ד לפ"ד בעל העיטור וכמשמעות המשנה דאין מעידין רק על פ"פ עם החוטם אעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו דמשמע כל מיני סימנים ל"מ והא דמוקי ללישנא דרבא דסד"א בגופו גוץ או ארוך דחייתא הוא רק ללישנא דסד"א כמ"ש בעל העיטור ואם משום חומרא דא"א וכמ"ש לל"ק בבכורות דף מ"ו לענין פדחת א"כ גם אם סד"א נחמיר וצ"ל כמ"ש תוס' בזבחים דף ע"ד בד"ה רב דהא צריך קרא דמום בם הוא דלא ירצו הא עי"ת ירצו היינו לחד בחד דלחד בתרי בלא"ה ברובא בטיל והש"ס מייתי לקרא לענין חד בתרי משום דכיון דכ"כ התיר הכתוב אין ראוי לחכמים להחמיר לגבוה עיי"ש ה"נ ודאי

קרא אתי לסימנים בינונים דלסי"מ ל"צ קרא דרובא לא יזדמן הכי אלא אי סד"א אפילו בסימנים בינונים אין ראוי להחמיר לענין א"א עכ"פ בסי"מ משא"כ אי סל"ד יכולין להחמיר גם בסי"מ ולכן כדרמי ביבמות משנה דאין מעידין על משנה דמצאו קשור לא משני דמצאו קשור הייני סי"מ כמ"ש תוס' לרבא ללישנא דסל"ד משום דמשמע לש"ס ולאביי אפילו יש בו סימנין בגופו כל מיני סימנין אפילו מובהקין ביותר וע"כ משום דסימנין בינונים ל"ד החמירו בא"א גם בסי"מ ומשני אביי דתנאי הוא דפליגי אי מעידין על השומא דלכ"ע אין עשוי להשתנות ואין מצוי בב"ג והל"ל דסי"מ הוא רק ת"ק ס"ל סד"ר בסימן בינוני ולהכי החמירו בא"א גם בסי"ח אבל רבא ללישנא דכ"ע סד"ר ופליגי בשומא אי סי"מ הוא אף דלא עשוי להשתנות ואינו מצוי בב"ג מ"מ נהי דרובא לא איתרמי הכי מ"מ בזה יש שתי חזקות חזקת א"א וחזקת חי דכתב הריב"ש בסימן שע"ט ופנ"י בקו"א לכתובות שהן כרוב א"כ מה"ט לאו סי"מ הוא דזה בעלה ורבא לשיטתו דס"ל בעירובין דף ל"ו דתרי חזקה אף דחדא באידך תליא מ"מ חשוב יותר לודאי מחדא חזקה משא"כ במצאו קשור בכיס דמיירי בסי"מ כמ"ש תוס' ביבמות שם דהתם ליכא רק חדא חזקה ועוד דרבא ס"ל ביבמות קי"ט דסמוך מיעוטא לחזקה אלא דהתם דנין אם כבר נשתנה החזקה משא"כ בהחזרת גט דעדיין לא נתגרשה אפילו הוא גט מבעלה ואין לסייע המיעוט מן החזקה יש לילך בתר הרוב להחזיר הגט לשליח וכיון דכבר איתחזיק הרוב לודאי דזה הגט שלו אף דמגרשין בו אח"כ שפיר דמי וכמ"ש כה"ג בתו"ג ריש גיטין ובשאר אחרונים בש"ש שמעתתא ד' פ"ט לכן לרבא לשיטתו אין מוכרח דבאיסור א"א החמירו רק בעדות מיתה משום דיש שתי חזקות ומשום סמוך מיעוטא לחזקה משא"כ לסלקא דעתיה דש"ס בעירובין דף ל"ו דל"ש שתי חזקות מחדא היכי דחדא תליא באידך וכן לס"ד דש"ס ביבמות דף קי"ט דלא ס"ל סמוך מיעוט לחזקה ליכא לחלק בין עידי מיתה לאבדת גט מהשליח ואנן דקי"ל כרבא שפיר מחלק הבעל עיטור דהא כתב במרדכי שילהי חולין דל"ח מיעוטי דמיעוטא אלא בתרי ענייני דומיא דגבינות בית אונייקי דר"פ אין מעמידין דשאר בהמות לגמרי אין נשחטות לע"ז כי אם עגלם ועגלים נמי רובן אין נשחטות לע"ז אבל אם היו נשחטין שאר בהמות לע"ז אפילו אחד מני אלף ל"ה אלא חד מיעוט עיי"ש ולכן ה"נ בסימן מובהק כיון דאיתרמי בבעלה אפשר יזדמן גם באחר אחד מני אלף לכן חשוב מיעוט וסמוך לחזקה ע"כ ס"ל לת"ק דשומא דל"ה סי"מ וראב"מ ס"ל דהוה סי"מ דל"ח למיעוט כזה ושאר פוסקים דסי"מ מועיל גם בעדות מיתה צ"ל דס"ל כהתוס' בריש גיטין בד"ה סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי דכתבו דהוי כמיעוטא דמיעוטא דל"ח אפילו לר"מ הרי אף דאינו מתרי ענייני ה"נ בסי"מ ל"ח מיעוט

לסמוך לרוב וכ"כ ריטב"א בריש גיטין הא דאמרינן רוב בקיאין הא איכא מיעוטא דלא בקיאין וחזקה דאיתתא ומיעוטא וחזקה חשוב כפלגא ותירץ רבינו משום דהוי מיעוטא דמיעוטא דלא גמירי ולא חשוב להצטרף עם חזקה אך בע"ז דף ל"ד כתב כר"ב במרדכי הנ"ל דאפילו מיעוט מאד במספר חשוב מועט רק היכי דאתי מתרי ספיקי הוי מיעוטא דמיעוטא ועכצ"ל הא דאמר בגיטין רוב בקיאין הן ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקת א"א כמ"ש דאין הספק עדיין אם כבר נשתנה החזקה בזה ל"ל דע"י החזקה ליהוי כפלגא והפנ"י בריש גיטין בד"ה גמרא ואפילו לר"מ כתב דאפילו למיעוטא דמיעוטא חיישינן לענין מיתת הבעל משום דסמוך מיעוטא לתרי חזקה חזקת א"א וחזקת חי אבל לענין גט דליכא רק חזקת א"א לא אמרינן סמוך במיעוטא דמיעוטא ואולי הפוסקים דלא חשו לזה משום דאשה דייקא מרעא לחזקה.

והא דאמר בדף קט"ו ב' בעובדא דשני ת"ח דחזיוה לאלתר ואמרי סימנין י"ל כיון דת"ח טבעו א"א דסלקי קלא אית להו רק לא סמכינן ארוב כמ"ש תוס' בדף קכ"א או דלס"ד שם דלא מהימן משום דעל"ג דרק רובא לא משקרי ולהכי ל"מ נמי בעדות ממון וכיון דאמרי נמי סימנין דליכא רק חשש מיעוט ובלתי הסימנין רק חשש מיעוט הוי מיעוטא דמיעוטא ועוד דבסימנין רק חשש מיעוט יש תו מסימן ע"א גם בדבר שבערוה כדמוכח בריש גיטין בהא דרוב בקיאין הן וכיון דחזיוה לאלתר ויש טב"ע הוי עד אחד ועם סימנין מהני ולכן אמר דחזיוה לאלתר ולא סגי ליה בסימנין לחוד למאי דס"ל לש"ס התם דע"א לא מהימן רק היכא דהאשה דייקא.

בטו"ז ס"ק ל"א כתב על תשובת הר"ן סימן ע"א דעכו"ם הסל"ת דהכיר בעלה בטב"ע מונח מת על שפת הים וגם בסימן שהיה בראשו וסי"מ בזרועו והשיב כיון דלא חזיה בשעתיה ל"מ טב"ע ועל הסימנים לא השיב אם הם סי"מ משום דיהודים לא היו יודעים אם היה בו אותן סימנים עיי"ש ותמוה הא הגוי נאמן במסל"ת א"כ ה"נ נאמן שהיו בו הסימנים וכן מצאתי שתמה בזבד טו"ב סס"ק צ"א ונראה משום דסי"מ כמ"ש ב"ש בשם מ"ב בס"ק ע"ב שלא ימצא רק באחד ואלף והוא דבר זר ומופלג ובפרש"י גיטין כ"ז ע"ב דסי"מ אין עדות ברורת מזו וכ"כ בחידושי הר"ן בב"מ דף כ"ז ע"ב דסי"מ כעדים וכ"כ הש"ך בסימן רצ"ז דא"נ במגו נגד סי"מ דהוי מגו במקום עדים וע"כ דאנן סהדי דלא איתרמי עוד סימן כזה באחר א"כ כשאין אנו יודעין אם בעלה ה"ל סי"מ כזה אנן סהדי דלא היה בו וכיון דלא מצינו דהאמינו חכז"ל מסל"ת רק לענין מיתה דזה דבר ההוה משא"כ להאמינו דהיה בו סי"מ דהוי כמו נגד עדים ולכן לא השיב הר"ן אם זה סי"מ דממ"נ אם הסימן מצוי ל"מ דסל"ד ואם אינו מצוי לא מהימן שהיה בו וכ"ש כיון דאין

לאשתו ויהודים אחרים ידיעה שהיה בו מוכחא מלתא דשקר הוא וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' רס"ז סק"ו אפילו נגד עדים ואיך ידע עכו"ם יותר מאשתו ומיודעיו

סעיף כה

סכ"ה כתב ר"ת עיין בנו"ב סכ"א שנתקשה בדברי תוס' יבמות דף ק"כ בד"ה אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם ואין מעמידין אלא עד ג"י ואר"ת דה"ד כשאין שם אלא הפרצוף אבל כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר הוא היטב ע"י סימני הגוף ועוד דשמא דוקא בסימנין הוא דקאמר הכי אבל ע"י טב"ע ניכר היטב ע"י סימני הגוף כיון שיש כל גופו ואפילו לאחר כמה ימים עכ"ל וביאור דבריהם דתחלה כתבו תוס' דהמשנה מיירי דוקא דליכא גופו ולכן אפילו יאמרו העדים דמכירין שזה בעלה בטב"ע ע"י פ"פ אין מקבלין עדותן כשאין הפ"פ עם החוטם דקי"ל דא"א להיות טב"ע כלל במעט הנשאר ואפילו בפ"פ עם החוטם ותוך ג"י מבואר בספר הישר לר"ת ובא"ז סימן תרצ"ב דא"א להכיר ע"י טב"ע אם אין ראשו שלם אלא דאהני בתורת סימן מובהק אם אומרים שפ"פ עם חוטם של זה הנמצא דומה לפ"פ עם החוטם של בעלה אבל כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר הוא היטב בטב"ע ע"י סימני הגוף היינו שיש למעידין בו טב"ע ע"י סימני הגוף בקומתו ובעוביו וברגליו ולפ"ז צ"ל דהמשנה מיירי רק שליכא גופו והדר כתבו ועוד אאת"ל דמשנה מיירי שיש כל גופו שמא דוקא בסימנין הוא דקאמר הכי ואין אומרים שמכירין שזה בעלה ע"י טב"ע אלא אומרים שזה יש לו פ"פ כמו שהיה לבעלה ובאים להעיד על הסימנים לבד אזי ל"מ רק אם מעידין שפ"פ עם חוטמו דומה לפ"פ וחוטם של בעלה אבל אם אומרים שמכירין בטב"ע ע"י סימני הגוף דהיינו בקומתו ועוביו ורגליו ניכר להם בטב"ע שזה בעלה מעידין אפילו בלא פ"פ עם החוטם ואפילו אחר ג"י והמעיין בס' הישר לר"ת דף פ"ה ובא"ז שם יראה שהנו"ב וחת"ס בא"ע סימן מ"ח לא ירדו לדעת ר"ת ותוס' והאמת עד לעצמו והח"ס לא ראה בא"ז שהעתיק דברי ר"ת והנו"ב לא ראה גם בספר הישר לר"ת אח"כ מצאתי בשו"ת פרשת מרדכי סימן כ' שפירש כונת התוס' כמ"ש דע"י סימני הגוף מכיר בטב"ע שזה בעלה אף דבתורת סימנים לבד ל"מ כמו ארוך וגוץ והביא מתה"ד סימן רצ"ט שכ"כ ובאמת כן מבואר בספר הישר לר"ת ובא"ז ומ"ש החת"ס בביאור דברי ר"ת אמת זולת מ"ש בסנ"ח דאם אירע מקרה שיש לו טב"ע באחד מהשלשה פדחת ופ"פ וחוטם ממש אזי מעידים אפילו על אחד משלשתן זה אינו וזה יצא לו ממ"ש בספר הישר בטב"ע גמור שישנו רובו שלם וראשו מעידין עליו אפילו לאח"ז מרובה אבל כשסנטרו ופיו ושפתיו ושפמו וצווארו נשחת וגופו ושדרתו נחתך ליכא טב"ע בפרצוף פנים ופדחת וחוטם אלא כמו סימנין בעלמא שמעיד שדומה

לפ"פ ופדחת וחוטם של פלוני כמו סי"מ לד"ה דאורייתא אבל טב"ע ליכא אבל אי איכא טב"ע לית דין ולית דיין דמעידין אפילו לאחר כמה שנים עכ"ל והבין הח"ס אבל אי איכא טב"ע אפילו בלא גופו ובלא סנטרו ואינך וזה אינו אלא כונתו אבל אי איכא טב"ע היינו כשראשו וגופו רובו שלם דאז יש טב"ע וכן מוכח בדברי התוס' כמ"ש וחת"ס עצמו תבריה לגזיזה בסי' נ"ד בתוך ד"ה והנה ראיתי דכתב דאפילו מעידין שיש להם טב"ע בשלשתן לא מיחשב לר"ת אלא כסי' ולא קטלינן עיי"ש ונ"מ אם מעידין שמכירין ממש בטב"ע ע"י אחד או שנים מהפ"פ ופדחת וחוטם שזה בעלה שהכירוהו בחייו גם לר"ת לא מהני כיון דל"מ רק מתורת סימן ול"ה סי"מ רק בשלשתן גם נ"מ אם נאבדו ראובן ושמעון ונמצא אחד בראשו וגופו ושנים מעידין שמכירין ע"י טב"ע בפדחת ופ"פ וחוטם לבד שזה ראובן שהכירוהו בחייו ושנים אחרים מעידין שמכירים בטב"ע בגופו שזה שמעון דתנשא אשת שמעון דעדים וסימנין עדים עדיפי כדאיתא בב"מ דף כ"ח.

סעיף כו

סכ"ו שלשה ימים במשנה דיבמות ק"כ ריב"ב אומר לא כל אדם ולא כל המקומות ולא כל השעות שוות ובירושלמי א"ר הלכה כריב"ב מיליהון דרבנן פליגין דאמר ר' ירמיה מעשה באחד שנפל לירדן ועלה לאחר י"ז יום והכירו שצרפתו הצנה והשיאו את אשתו והובא בח"ר לראיה נגד הרי"ף דס"ל דרק עד חמשה ימים מיא מצמת צמתי דהא בירושלמי מבואר דאפילו לאחר י"ז יום ובבבלי דאיתא מעשה דהתירו אחר חמשה ימים מעשה שהיה כך היה וה"ה ביותר ונראה דבלא"ה נתקשה בש"ק מה פליגין הא לרב נמי הלכה כריב"ב דלאו כל אפי שוים וכ"ש במים דצמתי גם רבנן מודו ונראה דפירש פליגין רחיקין כדאיתא באבות אל תהי מפליג ופירש הרע"ב מרחיק וכה"ג בגיטין כ"ח כיון דאיפלג וכן נפלגה ספינתו והיינו דרבנן שהתירו אשתו של זה שעלה אחר י"ז ימים הוא דבר מופלג ורחוק וס"ל לרי"ף כיון דסתם ירושלמי אומר שזה דבר מופלג ס"ל שלא לעשות מעשה להתיר כ"כ והא דפסק הרי"ף דלא כריב"ב דלא כתב בירושלמי משום דבבבלי לא הוזכר דהלכה כריב"ב נקטינן לכללא דהלכה כת"ק ואף דעשו מעשה והתירו וקי"ל מעשה רב מ"מ כיון דתליא בהכרה וכמו שאמר והכירו דצרפתו צנה אין לסמוך אהכרתינו כמו הראשונים וכדאיתא בנדה דף כ"ף ע"ב ר"ח הוא דחכים כ"ע לאו חכימו הכי וכמה עובדי התם דאמוראי לא סמכי אבקיאתם ולזה אמר הירושלמי מיליהן דרבנן פליגין.

ולהרשב"א דמייתי ראיה מהירושלמי אפשר לומר דהירושלמי מייתי ראיה לרב דהלכה כריב"ב אף דהל"ל לא נתנו חכמים דבריהן לשיעורין לכן מייתי דמצינו מיליהון דרבנן פליגין דהא ע"י שהכירו דצרפתו צנה התירו ומשום דבמקום עיגון לא החמירו משום

לא פלוג וכמ"ש המל"מ פי"ב מגירושין הט"ז בד"ה וראיתי והובא בי"מ אות שנ"ז ונראה לע"ד הא דאמר והכירו שצרפתו צנה היינו דלא חזיוה בשעתיה דעלה ויש חשש דמתפח כדאיתא ביבמות דף קכ"א אך מחמת דהיה זמן צנה לא תפח ולכן הוא ראיה דאין לומר לא פלוג וכדס"ל לריב"ב ביבשה לאחר ג"י דאם לומר דמיא מצמת צמתי וחזיוה מיד מה זה שאמר והכירו שצרפתו הצנה מה צורך הכרה הא סתמא הכי הוא ואם לומר שהכירו את הנטבע משום דצרפתו הצנה מקרירת המים הל"ל הכירוהו א"ו משום דלא חזיוהו מיד שעלה מן המים ויש חשש דמתפח אמר שהכירו שצרפתו הצנה ולא תפח ולפ"ז י"ל נמי דלא תקשי מהירושלמי על הרי"ף דס"ל דרק עד חמשה ימים דמצינו הכי בבבלי דמיא מצמת צמתי לעולם ויותר מחמשה ימים יש לחוש דמתפח והא דירושלמי משום דחכירו דלא תפח מחמת הצנה ובתכרה תליא מלתא דלא כל העתים שוה דבזמן הצנה דהמים קרים מאד אפשר שלא יתפח אך זה לריב"ב דלא כל הזמנים שוות ונתנו חכמים דבריהם לשיעורין דמשום עיגונא לא אמרו ל"פ וכדמייתי הירושלמי ראיה מאותו עובדא לרב דהלכה כריב"ב אבל אנן דנגררין אחר ש"ס בבלי דלא אתמר הלכתא כריב"ב סתמא הלכה כת"ק דנתנו שיעור ביבשה עד ג"י אף דודאי לא כל הזמנים שווים ומשום דלא נתנו דבריהן לשיעורין ה"נ בנטבע ולא עלה עד אחר חמשה ימים דתליא בשיעור הזמן אם קיר אם חם אין לנו לחלק וליתן תורת כ"א בידו לסמוך אהכרתו ומ"מ אין מזה סתירה לרמב"ן ומ"ב סימן ק"ד דכתבו דבחורף שהקור גדול ומיד נקרש ונגלד כעץ מעידין עליו אפילו ביבשה אחר ג"י להריגתו די"ל דשאני הך דירושלמי דלא היה ברור דמחמת הצנה לא נתפח עד שהכירו דצרפתו הצנה וכיון דצריך הכרה ואומדנא ס"ל לא נתנו הדבר ביד כל אחד לשער ותליא לה בשיטת ריב"ב דלאו כל אדם וכל המקומות וכל הזמנים שוים ותלוי בראות עיני העד או העדים אם מכירין דלא נתפח דלת"ק דנתן גבול ג"י דעד אז ודאי לא נשתנה וא"צ אומדנא ומאז והלאה דצריך אומדנא לא התירו אבל בידוע לכל דצרפתו הצנה וא"צ היכר ואומדנא י"ל גם לת"ק מעידין וכ"ז דלא כעצי ארזים ואפשר מה דפסקו הפוסקים כת"ק נגד הירושלמי דאמר הלכה כריב"ב דנהי דהלכה כריב"ב היינו בזמניהם דהיו בקיאין בדבר התלוי באומדנא משא"כ אנן דלא בקיאין דהא ודאי לחלק בין אדם לאדם ובין מקום למקום ובין שעה לשעה שלא יגרם השתנות הצורה צריך אומדנא והכרה גדולה וכעין זה שדרו ממתיבתא לענין לתיתה ולענין חליטה כמבואר ברי"ף פכ"ש וברא"ש שם סימן כ"ף וסוף סימן כ"ה אח"כ מצאתי בשו"ת כנס"י סימן מ"ו קצת כמ"ש אך גרסתו בירושלמי אלקים דרבנן פליגי לכן נדחק מאד עיי"ש.

ורמב"ם פ"ג מה"ג כתב דאם שהה אחר שהועלה מהמים שעות ונתפח אין מעידין עליו ותמהו רשב"א וש"פ הא הש"ס קאמר דמתפח תפח משמע אפילו לא ראינו דנתפח אלא סתמא חיישינן ונראה דס"ל לרמב"ם הא דבעי הש"ס ריב"ב לקולא פליג או לחומרא דלמה לא נימא דל"ש לקולא ול"ש לחומרא כיון דהכל לפי האדם והמקום והזמן כמו דאפשר להשתנות בפחות מג"י מחמת סבת אלו שלשה כן אפשר שלא ישתנה גם אחר ג"י וכן להיפך אע"כ דמספ"ל אם נימא לא פלוג בעיגונא ולקולא לא פליג משום ל"פ ולא נתנו דבריהן לשיעורין מחמת דע"א ועכו"ם מסל"ת ועבד ואשה נאמנים והדבר תלוי באומדנא ועבידי אינשי למטעי בהכי ובעי לפשוט מר"ד ורבא דלקולא פליג ודחי לעולם רק לחומרא פליג ושאני מיא דמצמת צמית ולכן מסיק דה"מ דחזיוה בשעתיה דאל"כ לפעמים מתפח תפח וכיון דלפעמים מתפח תו לא חלקו דתלוי באומדנא אי תפח אם לא דהא קיימינן השתא דריב"ב רק לחומרא פליג ולא לקולא משום ל"פ ולא מצינו דרבנן פליגי עליו בסברא זו ובירושלמי אמר רב הלכה כריב"ב ואמר מיליהון דרבנן פליגו דהתירו בנטבע והועלה אחר טוב ימים מן המים והכירו דצרפתו צנה ונתקשו המפרשים במאי פליגי הנהו רבנן וס"ל לרמב"ם הפירש דרב אמר הלכה כריב"ב ועדיין לא ידענו אם ריב"ב לחומרא פליג או גם לקולא כדבעי הש"ס לכן מייתי מיליהון דרבנן פליגי היינו דהתירו ע"י שהכירו דצרפתו צנה ולא החמירו משום ל"פ הרי בעיגונא לא אמרינן ל"פ א"כ ריב"ב לקולא פליג וא"כ נהי דאנן לא פסקינן כריב"ב משום דש"ס בבלי לא מייתי הך דרב הדרינן לכללא דהלכה כת"ק מ"מ במאי דפשיט ירושלמי דריב"ב לקולא פליג ולא אמרינן ל"פ בעיגונא זה נקטינן כירושלמי כיון דבבלי מספ"ל אין ספקו מוציא מודאי דירושלמי ובעצ"א סימן זה ס"ק קפ"ח כתב בכמה מקומות מצינו שסמכו על הירושלמי במה דפשיט התם אף דבבלי מסיק בתיקו.

ולכן בפירש המשניות לרמב"ם וברטנורה כתבו דריב"ב לקולא נמי פליג אף דנשאר הש"ס בספק וא"כ באישתהי דוקא אם נתפח אבל אם לא נתפח לא מחמירין משום ל"פ דודאי ל"ל דמתפח תפח לעולם דהחוש מכחיש זה דלהכי כתב הרמב"ם ונתפח דאינו מוכרח שיתפח וגם בירושלמי העיד דהכירו שצרפתו צנה ולא נתפח וע"כ מיירי דאישתהי אחר שהועלה מהמים כמ"ש לעיל דאל"כ הא מיא צמתי וא"צ היכר.

ובעין זוכר מערכת יו"ד אות ג' הביא מרבינו יהונתן שבאס"ז ב"מ דף מ"ה ומ"ע ריש הלכות שופר דרבינא ור"א שסדרו הבבלי היו רגילין בירושלמי ואלו היו יודעים שכן הלכה היו קובעין אותו בבבלי ור"י מיגאש סימן פ"א כתב שאין לנו לדחות הירושלמי רק בדבר שבא הפכו בבבלי עיי"ש ולי נראה בדבר דזולת הירושלמי ידעינן מכללא היפך

מה שפסק בירושלמי כגון זו דפליג ת"ק וריב"ב דכללא הוא דהוי כרבים לגבי יחיד כמ"ש תוספת פ"ק דביצה ב' ע"ב בד"ה גבי וא"כ בלאו הירושלמי ודאי הלכה כת"ק אלא דירושלמי חידש רב דהלכה כריב"ב ולא ה"ל לבבלי לשתוק אם לא דפליג על הירושלמי בזה.

ולפימ"ש ריטב"א דמתפח תפח שמא נתפח ואינו ניכר ובח"ר כתב דאם נתפח שמא אחר הוא ונשתנה צורתו ונדמה להם זה עיי"ש א"כ הוי ס"ס שמא לא נתפח ואת"ל דנתפח שמא לא נשתנה כל כך שידמה לצורתו של זה אף דאינו מתהפך הס"ס כאן אין צריך דמהיכי תיתי לחוש שנשתנה לצורתו של זה אם לא דנאמר קודם הריעותא דנתפח וכמ"ש הש"ך כה"ג בכללי ס"ס בדין ט"ו ואף דספק ראשון מחסרון ידיעה דשמא בקי יכיר דנתפח מ"מ מועיל לס"ס כמ"ש המ"ב וש"ך ביו"ד סימן נ"ג סקט"ו ואף דהוי במקום חזקת א"א מ"מ כיון דבעלה טבע בים כבר אתרע חזקת א"א אפילו לא שהו עליו בכדי שתצא נפשו ועוד דדייקא מרעא לחזקת אשת איש.

מיד ביבמות קט"ו ב' איתא לאלתר ובדף קכ"א אמר בשעתיה ונראה דאפילו תוך שעה יש חשש דתפח קצת ולא ניכר היטב דסתמא תיכף אחר שעה נתפח עד דבודאי אינו ניכר ומעיקרא תפח ואתי קצת אך כיון דמלתא דעל"ג ל"ח דאומר בדדמי כמ"ש תוס' בדף קט"ו בד"ה טעמא לכן תוך שעה מהימן דמכיר היטב וזה לפי מה דס"ל למסקנא דע"א נאמן משום דעל"ג וכמ"ש הרי"ף דמעובדא זאת שבדף קכ"א מוכח כן אבל בדף קט"ו דרצה לפשוט דמהימן משום דעל"ג ודחי דחזיוה לאלתר ואמרי סימנין אבל אטעמא דעל"ג לא סמכינן אפילו היכא דליכא חשש בדדמי כמ"ש תוס' שם א"כ כשלא הועלה לאלתר יש לחוש דנשתנה ואמרי בדדמי עכצ"ל דהועלה לאלתר וליכא חשש באמרי נמי סימנין כיון דאמרי דיש טב"ע ולחשש משקר במזיד לא חש כיון דאמרי נמי סימנין אהני בצירוף טב"ע כמ"ש תוס' שם וה"ד כשליכא חשש כלל לבדדמי אזי חזי לאצטרופי

ורש"י פירש וקאמרי סימנין דא"ל סימנין חיישינן דלמא אחרים נינהו לפי שהמים משנים צורת הפנים ואין ניכר כל כך ותוס' כתבו דאין נראה דהא אמרינן בדף קכ"א דמים מצומת צמתי

ונראה דבירושלמי איתא דהעלוה מן המים והכירו דצרפתו צנה הרי דבלא הכרה יש חשש דנשתנה אף במים א"כ יש לחוש דאמרי בדדמי אך לפי מה דמסיק בדף קכ"א דע"א נאמן בנפל למים ומשום דס"ל דמלתא דעל"ג לא משקר א"כ גם חשש לבדדמי ליכא וסמכינן דמיא מצמת צמתי כיון דאינו רק חשש דאינו ניכר ולא דמי לאישתהי ביבשה דודאי מתפח תפח וודאי נשתנה אבל בדף קט"ו דאזיל לסברא דלא סמכינן

אטעמא דעל"ג א"כ גם במים יש חשש דאמרי בדדמי וצריך סימנין אלא לרש"י אינו מובן למה אמר וחזנהו לאלתר כיון דרק אסימנין סמכינן ונראה דס"ל כמ"ש הלח"מ פי"ג מה"ג הי"ט דאסקינהו לקמן וחזנהו לאלתר דלאלתר קאי אטביעה לאלתר שטבעו דאז האשה דייקא דאפשר שהוא חי עיי"ש וכן נראה מהתוס' דיש לפרש כן דלהכי כתבו דהפירש לאלתר שעלי לשלול פירש זה וס"ל לרש"י דלהכי אמר דקאמרי סימנין דנהי דל"ח דמשקרי במזיד כיון דאשה דייקא מ"מ כיון דהשתא קיימינן דלא סמכינן אטעמא דעל"ג יש לחוש דאמרי בדדמי כיון דמים משנים קצת צורת הפנים עכצ"ל כמי סימנים אך סל"ד לכן צ"ל נמי דחזנהו לאלתר שנטבע והכירו בטב"ע ואהני ע"י צירוף כמ"ש תוס'.

ובנו"ב סימן מ"ג בתק"ע איתא דהשואל ר"ל דבנטבע ועלה אחד יש ס"ס שמא הבעל שנטבע מת ואת"ל עלה שמא זה שנמצא עתה הוא בעלה ואינו משם אחד דאם זה הנמצא הוא בעלה הרי בגדיו וממון הנמצא אצלו ליורשיו משא"כ לספק שאין זה בעלה אלא בעלה שנטבע לא עלה ואיתחזיק איסורא אינו כיון דרוב הטבעים מתים והנו"ב הקשה א"כ איך פשיט ביבמות קכ"א דריב"ב לקולא פליג מההוא דטבע בכרמי ובדגלת ודלמא שא"ה דאיכא ס"ס ותו קשה על רבא דאנסבה לדיבותהו אפומא שבנא למ"ל שושבין בלאו שום הכרה הוי ס"ס עיי"ש ולע"ד בלא"ה ל"ל ס"ס זה דמיד שנודע שבעלה נטבע יש ספק אם מת והחזקנו לאיסור איך אחר שנמצא אחד הועלה מן המים מת לצרף עוד לספק שמא זה בעלה כיון דכבר אסרת והחזקת ספק אם מת לאיסור וכמ"ש בתה"ה בטעם ספק טרפה שנתערב דלר"י ל"ה ס"ס ובזה א"ש מה דהאריך להביא מה דרבא אנסבה עפ"י שושבנא ומשום דסברא זאת בס"ט שנתערב פליגי ר"ת ור"י ותליא בפירש הברייתא דריש ביצה וספקא אסורה ואם נתערבה כולן אסורות וא"כ אי מההוא דכרווי המ"ל שא"ה דאיכא ס"ס שמא זה הנמצא הוא בעלה ואת"ל אינו בעלה שמא בעלה שנטבע כבר מת לכן מייתי מרבא דאנסבה אפומא דשושבנא ואי כה"ג הוי ס"ס למה צריך פומא דשושבנא אע"כ דזה ל"ה ס"ס.

ועו"ש בנו"ב אהא דכתב הרשב"א בנפל לים ופרשו מצודה והעלו רגל מארכובה ולמעלה דצריך שיהא סי"מ שזה מהנטבע וכ"פ בסימן זה סל"ב ולמה צריך סימן הא הוי ס"ס שמא רגל של זה הוא ואת"ל מאחר שמא בעלה שנטבע מת ויש נ"מ בין הספקות דנ"מ אם האבר מטמא באהל דאם אינו של בעלה אמרינן דהוא מרובא גוים ועוד נ"מ דאם מתירין האשה מכח ספק דהרגל מבעלה אין להתירה עד אחר יב"ח א"ו משום דאיתחזק איסור א"א ל"מ ס"ס ודלא כד"מ ביו"ד סימן נ"ז ות"ח כלל מ"ג דרשב"א מתיר ס"ס באיתחזיק

איסור וע"כ צריך לחלק בין ספק דרוסה דאינו סותר ממש החזקה ובין היכא דהחזקה סותר ממש הס"ס וכגון חזקת א"א ודלא כבעלי תשובות ספרדיים דסמכו על ס"ס בעגונה עיי"ש ולפימ"ש אין ראיה דכאן נולד ונודע ספק אחד קודם לחברו וכבר החזקנו לאיסור א"א לצרפו לס"ס.

והנו"ב שם כתב די"ל משום דסתרו דאם תאמר דהרגל אינו מבעלה ניזל בתר רוב עכו"ם ואינו מטמא באהל וכשאנו דנין על האשה מתירין משום ס"ס לומר דהרגל מבעלה ותוס' בב"ק דף י"א ד"ה דקא מטהרת כתבו דהיכא דהס"ס סתרי אהדדי אי אפשר להתיר שום אחד מהן עיי"ש ולי נראה דאינו דומה להתוס' דהתם יש ס"ס כן וס"ס להיפך דהשני ספקות סתרי אהדדי משא"כ כאן רק ס"א ואח"כ מצאתי בפרמ"ג במחודשים לס"ס חילק כן ועוד שא"ה דבאותה אשה עצמה יש סתירה וכשאתה מטהרה עכשיו מכח ס"ס ואח"כ תטהר מכח ס"ס שיש להיפך ממ"נ תעשה איסור כמ"ש תוספת שם משא"כ הכא נתיר עכשיו האשה מכח ס"ס ואם יארע אח"כ שאלה לכהן אם יכנס באהל שהרגל שם או הנכנס אם נטמא נטהרו מכח רוב אף דסתרי וכמו בשני שבילין ובאו לשאל זה אח"ז כיון דשני גופים הוא מוקמינן כל חד אדינו בפ"ע ועוד התם אין ביד האשה להמלט שלא יארע לה הס"ס להיפך וממ"נ תעשה איסור וא"ל שתחמיר אז דמה חזית להקל עכשיו ולקלקלה אח"ז אבל כאן נתיר האשה מכח ס"ס והרגל נשרף שלא נצערך להקל או להחמיר לענין אהל דבלא"ה צריך קבורה ואסור בהנאה ומקלקל מכבר.

ועוד אאת"ל כיון דמחמת הרגל יש לדון על האשה ועל הרגל הוי כשני שבילין ובאו לשאול בב"א מ"מ לפימ"ש בשו"ת מהרי"ל סימן קנ"א הא דב' שבילין וב"א דשניהן טמאין לאו מדינא אלא מדרבנן משום חוכא ואטלולא וכן פרש"י בס"פ הדר א"כ י"ל בעגונה לא חשו רבנן לזה דהא באה ואמרה מת בעלי תנשא ותטול כתובתה וצרתה אסורה כדתנן ביבמות דף קי"ח וזה תרתי דסתרי דממ"נ אם אתה מאמינה שמת בעלה גם צרתה תנשא ואם אתה חושש דאומרת לקלקל צרתה גם היא לא תנשא ועכצ"ל דבעגונה לא חשו לזה וכ"ש כאן דבעלה נטבע במשאל"ס דכבר בלא"ה מן התורה מותר ואם נשאת ל"ת ואם תחמיר עתה משום דהוי תרי קולי דסתרי הוי תרתי חומרי דרבנן ובכתובות דף כ"ז גבי מחבואה מצלת על כולן אף דאין מחזקת אלא אחת והוי כבאו לשאול בבת אחת כולן טהורות משום דמי יימר דאיטמי ה"נ אאת"ל דזה הנמצא אינו בעלה מי יימר דבעלה ניצול אחר שנטבע א"כ תו אין לחוש מה דעכשיו הוי תרתי קולי דסתרי.

אך לע"ד הן טעמא דאיתחזיק איסורא הן טעמא דנולד ונודע תחלה ספק אחד והחזקנו לאיסור אין לומר בנטבע במשאל"ס ושהה כשת"נ כיון דאם נשאת ל"ת תו ליכא חזקת

א"א וגם ל"ל דכבר החזקנוה לאיסור דה"ד היכא דגם דיעבד אסור נעשה כאיסור ודאי כשהיה רק ספק אחד וכמבואר בלשון מהרר"י הובא במבוא שערים ס"ס פ"ד וגם א"ל דהוא מש"א ולא מתהפך כמ"ש נו"ב שם דהא לרמב"ם אין הכרח כלל דס"ס צ"ל מתהפך או שלא יהא משם אחד עיין בתוה"ש בקוה"ס אות כ"ף והרשב"א וריטב"א הוכיחו דגם לרמב"ם הא דהעלו רגל דוקא דידוע דהרגל מזה שנפל לים אלא מחוורתא משום דספקא אם הרגל מבעלה הנטבע או מאחר אינו נחשב ספק דאמרינן מרובא דעלמא הוא ולא מבעלה וכאשר ביארתי לעיל סכ"ד.

אמנם י"ל כיון דספק אחד שמא הבעל שנטבע מת הוי רובא להיתר דמיעוטא דניצולין סגי לצרף עוד ספק אף דספק זה רובא לאיסור אך בתוס' בשילהי יבמות דף קכ"א בד"ה ולא היא משמע אף דיש עוד רוב זולת מה שנטבע במשאל"ס לא תנשא לכתחלה.

סעיף כז

סכ"ז מצאוהו הרוג וכו' אם יצא קול איש פלוני מת או נהרג ב"ש סקפ"ד הקשה למהרמ"ם דלענין אבלות מוקמינן לו בחזקת חי והשתא מת וכאן יש אוסרין ותירץ הב"ש אינו מובן כמ"ש בנו"ב בתק"ע סימן ל"א ונראה לפימ"ש בית מאיר לעיל סימן וא"ו סי"ד דבחזקה של בהמה הנמצאת טרפה שלא בסיבה חוץ ממנה אלא בהשתנות מזג וסידור הגוף מעצמו אין הספק בקידום ואיחור שקול אלא ע"י החזקה מסתבר להמשיך החזקה ולומר שבאריכות הזמן על יד על יד נשתנה מזג הפשוט ונעשית טרפה משא"כ בספק נשבר שהוא עסק הבא במקרה ע"י סבה והחזקה אינה מכרעת בסברא לומר שנתאחר לכן החמירו מדרבנן את"ד ולכן בנידון מהרמ"ם דהספק על מיתה טבעית מוקמינן על חזקה דמעיקרא משא"כ כאן דנהרג ולכן פתח בש"ע מצאוהו הרוג דדוקא בזה יש אוסרין אבל בסיפא דבא להשמיענו ביצא קול דל"ח להקול שכבר מת אין חילוק בין מת לנהרג נקט תרווייהו דבכל חדא יש רבותא דבמת דכל עומד לכך מ"מ תלינן בתוך ג"י מת ובנהרג דאין החזקה מצד הסברא מ"מ לאותו דעה הראשונה אמרינן השתא מת אבל רישא דבעי למנקט דעת יש אוסרין אינו רק בנהרג ומוכח כמהרמ"ם ובזה א"ש מה שהב"ש ציין ומיהו יצא הקול וכו' והקשה על מהרמ"מ והלא קושייתו מן היש אוסרין שברישא ושם ה"ל להקשות ולפימ"ש א"ש משום דברישא י"ל כמ"ש דשאני נמצא הרוג מנמצא מת אך לפי מה שהביא תירץ הטו"ז דהך ומיהו אם יצא הקול בא לומר כיון דיצא הקול מודים גם היש אוסרין א"כ צ"ל דרק בנמצא הרוג אוסרין דהא אמר כאן דיצא הקול דמת או נהרג מודים היש אוסרים והרי במת בלאו הקול אין אוסרין לכן העמיד הב"ש קושייתו פה אך לפי מה שהגיהו החמ"ח וביאור הגר"א הך לדברי הכל

וגרסו לדעה הראשונה יש ראיה למהרמ"מ וכמ"ש וגרסא זאת מבואר בריטב"א דקאי רק לדעה ראשונה וגם הוא פתח תחלה בנמצא הרוג וא"י מתי שיש פלוגתא ולבסוף כתב ביצא קול מת פלוני דמותרת לדעה ראשונה משמע לכאורה דגם במת לבד פליגי דעה שניה אלא די"ל דקאי אריש דנמצא הרוג ומ"ש כאן מת היינו נמי ע"י הריגה וזה דוחק וגם בש"ע כאן דחוק לומר דמה דמסיים מותרת לדעה הראשונה קאי רק אנמצא הרוג ולא אנמצא מת לכן נ"ל דנהי דהיש אוסרין לא סמכו אחזקת חי בנמצא הרוג אי משום דגם בשאר איסור דאורייתא ס"ל הכי כיון דאין החזקה מכח סברא כמ"ש הב"מ לענין טרפות או דכאן חמיר יותר כיון דאין החזקה מכח סברא יש חשש לעז דהרי תוספת בספ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב כתבו גם לענין רוב החמירו בא"א משום לעז אך אם אחר ג"י דאין מעידין אינו רק חששא בעלמא שמא נשתנה כמ"ש הריטב"א אין מקום להחמיר בספק ג"י אפילו זולת החזקה דהוי ס"ס שמא הוא תוך ג"י ושמא לא נשתנה וכ"ש כיון דמדינא איכא חזקת חי רק חומרא דרבנן שלא לאוקים על החזקה אין להחמיר כשיש עוד ספק שמא לא נשתנה אפילו הוא אחר ג"י ועכצ"ל דהאוסרין בספק שמא הוא אחר ג"י דס"ל אחר ג"י ודאי נשתנה ואינו ניכר ונדמה בטעות לצורת בעלה א"כ כשיצא קול לפני חמשה ימים פלוני מת ועתה נמצא והכירוהו שהוא פלוני אם איתא דהקול אמת איך אפשר להכירו עכשיו וע"כ רק בטעות הוא שנדמה להם א"כ מסתבר כשיצא הקול כבר נשתנה אז שכבר מאז עבר עליו ג"י או מחמת איזה סבה נשתנה א"כ ל"ל ממ"נ אם אין הקול אמת תלינן שהוא תוך ג"י ואם אמת הרי מת דהא אם אמת יותר מסתבר דיצא הקול מחמת שראו אותו מת וטעו ונדמה להם שהוא פלוני ואדרבה חיישינן לקלא לומר דלא לחנם יצא הקול אלא מחמת שכן נדמה להם לכן דוקא לדעה הראשונה דמתירין בספק תוך ג"י גם בנמצא הרוג ומשום דס"ל דגם אחר ג"י אינו ודאי דנשתנה אזי י"ל ביצא הקול הממ"נ אבל להאוסרין בנמצא הרוג אסורה ביצא הקול אפילו נמצא מת ועיין עצ"א ס"ק ט"ו כתב גם כן דביצא הקול גרע טפי משום דעכשיו ודאי אחר ג"י ונשתנה ונדמה לפלוני א"כ יש לחוש שמא בשעת הוצאות הקול היה אחר ג"י ונדמה לפלוני עיי"ש ונראה כונתו דרגל"ד דזה שנמצא זה הוא שיצא עליו הקול כדאמרינן בפ"ק דפסחים דף יו"ד דאמרינן קבר שאבד הוא קבר שנמצא ולא תלינן דזה הנמצא הוא אחר ולפי מה שכתוב בנמ"י וכאן בב"י וש"ע אם יצא קול איש פלוני מת ולאחר ג"י מצאוהו מת ובאו עדים והכירוהו שהוא אותו פלוני ושינו ממ"ש בריטב"א ולאחר ג"י מצאו מת משמע להדיא מהנ"י והש"ע דמצאוהו זה ממש שיצא עליו הקול שמת דמלבד מה שכתב אח"כ והכירוהו שהוא אותו פלוני ידוע שזה הנמצא יהיה מי שיהיה הוא אותו שיצא עליו

הקול שמת והיינו בידוע שיצא הקול שהוא במקום פלוני ושם נמצא אח"כ מת דאל"כ מנא ידעינן שזה הנמצא מת הוא אותו פלוני שילא עליו הקול ועיין בק"ע אות קע"ז.
מעשה בא לפני שנמצא הרוג ביום א' פרשת מקץ והעיד עליו ע"א שמכירו בטב"ע וגם מכיר מנעלים ומכנסיים שלו בסי"מ וטב"ע מחמת שבעש"ק שלפניו דהיינו בפרשת וישב היה עמו וראה המנעלים ומכנסיים שלו ואמרתי דלכ"ע מותרת דהא מכיר אותו בטב"ע ואין לחוש שנהרג לפני ג"י ונשתנה צורתו לבעלה של זו דהא מכיר מנעליו ובגדיו מה תאמר ניחש ושאלה כדלעיל סכ"ד הא ראהו בע"ש לבוש בהן וע"כ לא השאילו אלא אח"כ וע"כ לא השאיל רק לאדם חי וא"כ ע"כ זה הלבוש עתה בהם לא מת עד אח"כ ולא עברו עליו עדיין ג"י שו"ר שכ"כ בנוב"ת בתק"ע סימן ס"ג הובא בפ"ת כאן ס"ק קכ"ג.
בשו"ת עה"ג סימן ע"ב ובנו"ב בתק"ע סל"ב כתבו דגם ודאי אחר ג"י בצירוף סימן אמצעי או בגדים אפשר להתיר מדתנן אין מעידין אלא על פ"פ עם החטם אעפ"י שי"ל סימנים בגופו ובכליו ואין מעידין אלא עד ג"י ולמה לא תני אין מעידין אלא עד ג"י אעפ"י שי"ל סימנין בגופו ובכליו כי היכי שיהא קאי הא דאעפ"י שי"ל סימנים גם אהא דאין מעידין אלא עד ג"י אע"כ דאם יש סימנים בגופו או בכליו מעידין גם לאחר ג"י ובשו"ת רע"א כתב דנעלם מהם תשובת הרא"ש שהביא הטור לקמן ס"ס קי"ח והיא בשו"ת הרא"ש סנ"א ס"ו וז"ל יהודים שנהרגו בדרך לסוף ט"ו ימים מצאום והכירו ראשו של אחד מהם בס"מ דע כי אינו עדות להתיר את אשתו כי המת משתנה אחר ג"י והגוי שאמר שהוא וגוים אחרים הרגום ואמר סימנים שהיו בכל אחד אם היו כגון ארוך וגוץ ל"ה סימן אבל חסר או יתר באחד מאבריו הוי סי"מ את"ד הרא"ש ונראה לפימ"ש בעזרת נשים ס"ק קט"ז בשם הרב המג"ם דבעגונא יש רגל"ד דהרי הבעל נעלם והאשה דייקא ומנסבא עיי"ש וא"כ י"ל הא דמהני טב"ע אחר ג"י בצירוף ס"א בגופו או בגדיו דוקא משום דרגל"ד דבעלה נעלם ודייקא דכ"ז מרבה רגלים וגם חזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א כמ"ש תוספת ביבמות פ"ח ע"ב ולכן אף דילפינן דבר דבר מממון שלא להפקיע מחזקה רק ע"י דבר ברור וטב"ע אחר ג"י אפילו בצירוף סימן עדיין אינו דבר ברור מ"מ כיון דדייקא מרעא לחזקת א"א אהני אך בעובדא דהרא"ש דהרבה יהודים נהרגו בדרך א"כ כולם נעלמו אין לסמוך על הכרת אחד מהם בטב"ע ובסימן שהוא בעל אשה זאת משום דנעלם דשמא הוא אחד מאותם שנהרגו דג"כ נעלמו ובעלה ברח וזה נשתנה לצורת בעלה דבשלמא אם לא שמענו שגם אחרים נעלמו לא מחזיקינין שמא גם אחר נעלם והוא זה הנמצא אבל כאן דהרבה נעלמו י"ל דזה שמעידין עליו שהוא בעלה אינו בעלה אלא מהאחרים שנעלמו וגם אשה דייקא ליכא כיון דהרבה נהרגו באותו דרך אמרה בדדמי ס"ד כל הנהו

דאיקטול איהו פליט וכדאיתא בר"פ האשה שלום ואיתא עוד התם נפלו עלינו לסטים הוי כמלחמה ולא דייקא וממשנה אין הוכחה לכה"ג כיון דבנהרג רק אחד מעידין אחר ג"י כשיש סימנים תו לא מלי למתני דאין' מעידין אחר ג"י אעפ"י שיש סימנים.

ולפ"ז מיושבין דברי הרא"ש שלא יהיו סתורין מניה וביה דתחלה אמר דגם סימן מובהק דהיינו סתם סימנים אמצעים לא מהני והדר אמר סימן ארוך וגוץ דהיינו סימנים גרועים לא מהני והדר אמר דסימנים חסר ויתר באבריו דהוי סי"מ ביותר מהני דמוכח אבל ס"א ל"מ ולפימ"ש א"ש דתחלה אמר דסימן מובהק דהיינו סימן אמצעי ל"מ אף דיש טב"ע על אחד מ"מ כיון שהוא אחר ג"י יש לחוש שמא אינו בעלה אלא משאר הרוגים דשם נשתנה לצורת בעלה והדר אמר דהגוי שאומר סימנים שהיו בכל אחד ל"מ סימן ארוך וגוץ ושחור ולבן אף בצירוף הטב"ע הנ"ל אף דליכא חשש שאחד מאותם ההרוגים נשתנה לצורתו של בעלה דהא בשאר הרוגים לא היה אותן סימן שהיה בבעלה דהא אמר הסימנים שהיו בכל אחד מ"מ בארוך וגוץ דסימן גרוע יש לחוש נזדמן בסימן זה מעלמא אף דלא שמענו שיהיה עוד נעלם חוץ מאלו שהלכו בדרך ולבעלה יש רגל"ד דנעלם גם נראה בטב"ע שיש לו צורת בעלה לא חזי לאצטרופי סימן גרוע אבל סימן אמצעי היה מועיל אם בכל אותם הרוגים לא היה סימן זה והדר אמר אם יש סימן מובהק ביותר באיזה מהם אזי מועיל גם אם אינו ניכר בטב"ע בפנים ולפ"ז מוכח מהרא"ש כעבוה"ג ונו"ב.

ובפשוט י"ל כיון דהרא"ש כתב דהכירו ראשו של אחד מהם שהיה עדיין שלם בסימנים מובהקין משמע דע"י הסימנין הכירוהו בטב"ע שהיו להרואים באותן סימנין לזה כתב דלאחר ג"י ל"מ הטב"ע כיון דנשתנה וא"א להכיר בטב"ע א"כ סימנים לבד כיון שאין מובהקין ביותר לא מהני אבל קשה דלבסוף כתב דסימנים מובהקין לבד מהני ולא הזכיר שם מובהקין ביותר וכאן כתב נמי מובהקין ולמה לא יועיל בלתי טב"ע ואיך יקרא תחלה לס"א מובהקין ולבסוף יקרא מובהקין רק למובהק ביותר ועוד תקשי לשו"ת פנ"י וה"פ דעמיה דשני ס"א מהני כסי"מ ביותר לכן נראה לפימ"ש בספר הישר לר"ת בשם בה"ג דמשנה דאין מעידין אלא על פדחתו וחוטמו לא מיירי בטב"ע רק בסימני פדחתו וחוטמו ופיר"ת דא"א להכיר בטב"ע ע"י פדחתו וחוטמו אפילו תוך ג"י רק בתורת סימנים שחתיכת פדחתו וחוטמו של מת זה דומה לפדחתו וחוטמו של פלוני בעל אשה זאת וזה הוי סימן מובהק דמהני מן התורה עיי"ש ובח"ס א"ע יהיב טעמא בסימן כ"א משום שאין נמצא שני ב"א שיהא פרצופיהן דומה כדאיתא בפאד"מ דף ל"ח לכן טב"ע דפ"פ עם החוטם הוי סימן מובהק דמועיל לכ"ע מן התורה ור"ת שם פירש דהמשנה מיירי דנחבל

בפניו לכן א"א להכיר בטב"ע גמור לומר דזה פלוני רק מועיל בהורת סימנים ואפשר דהרא"ש מיירי נמי בהך גונא או דס"ל בזה דאף דלא נחבל בפניו מ"מ כיון דלא נשאר רק הראש א"א להכירו בטב"ע ומהני הטב"ע רק בתורת סימנים וכ"כ בשו"ת ב"י בסימן וא"ו בדעת הרא"ש בפסקיו ושטחיות לשון הרא"ש בתשובה זאת נראה יותר דמיירי דנחבל בפניו מדכתב והכירו ראשו של אחד מהן שהיה עדיין שלם בסימנין מובהקין ושאל הגוף אכלוהו חיות והל"ל והכירו ראשי בסימנים מובהקים שהיה עדיין שלם אלא ר"ל שלא היה שלם רק בסימנים מובהקין דהיינו פ"פ עם החוטם ונחבל בפניו וא"כ דמה דחשובי סימנים הוא רק משום הטב"ע שבסימני פ"פ עם החוטם דאין שני פרצופין דומין בטב"ע אבל לאחר ג"י דנתפח ונשתנה דא"א להכירו בטב"ע של פ"פ עם החוטם ליכא סימנים כלל משא"כ נידון העבוה"ג ונו"ב דהיה סימן אמצעי זולת הטב"ע שבפ"פ עם החוטם מהני גם לאחר ג"י לפ"ז מיושבין דברי הרא"ש שלא יהיו סתורין דהדר אמר מה שהגוי אמר סימנים שבכל אחד ל"א סימן ארוך וגוץ דאלו היו סימנים אמצעים היה מועיל לזה שהכירוהו אחר ג"י בטב"ע בסימני פ"פ כיון דידוע דפלוני בעלה היה לו אותו סימן אמצעי שאמר הגוי וגם הכירו שאר הרואים ראש אחד בטב"ע שזה הוא פלוני בעלה אף דלאחר ג"י ל"מ היינו כשאין זולת זה עוד סימן אמצעי אבל כשיש זולת זה עוד סימן אמצעי לא חיישינן דאחר ג"י נשתנה אחר לצורת בעלה והדר אמר באם יש סימן באחת מהם סימן מובהק כגון חסר ויתר אבר מותרת אשתו אף דלא ניכר או אף לא נמצא ראשו כלל ומוכח כהעבוה"ג והנו"ב ועיין בשו"ת פרשת מרדכי בחאה"ע ס"כ דמצינו דע"י הסימנים יוכל להכיר בטב"ע כמ"ש תה"ד סימן רצ"ט.

ובחת"ס א"ע סנ"א כתב דאם נשאר רק הראש ושלם באברי ההכרה דהיינו פ"פ עם חוטם מעידין גם לאחר ג"י נהי דט"ע גמור לא הוי כיון דאין הגוף לפנינו מ"מ טב"ע בראש השלם הוי סימן מובהק לכל הגוף מיהו דברי הרא"ש בתשובה שבטור סימן קי"ח צ"ע באחד שמצאו ראשו אחר ט"ו ימים והכירוהו בסימנים מובהקים ולא התיר כיון שהיה אחר ג"י וצ"ל שלא היה להם טב"ע בפ"פ וחוטם אלא שארי סי"מ שעשוים להשתנות אחר ג"י עכ"ל ולפי דבריו ג"כ י"ל דלא תקשי על עבוה"ג ונו"ב כיון דעשויין להשתנות י"ל דלא נשאר שום סימן כלל ועבוה"ג ונו"ב מיירי בסימן דאינו נשתנה לאחר ג"י אך א"כ ה"ל להרא"ש לפרש באיזה סי"מ מיירי דהא לאו כל הסימנים משתנים לאחר ג"י ושומא משתנה מיד אחר מיתה וגם מה הוכיח הרא"ש מן המשנה דלא יעיד אחר דמיירי רק בפ"פ עם החוטם ולא בשאר סימנים מובהקין.

בשו"ת רשב"א סימן תקצ"ז ז"ל שאלת ראובן הלך למרחקים והניח לאשתו ובא ע"א ואמר ראיתי ראובן בעלה של פלונית הרוג בדרך בארץ ישמעאלים וכבאי עליו הכרתיו שהיה פלוני ואמרת שנחלקתם אם האשה מותרת להנשא כי יש מי שאוסר תשובה מותרת דכל שבא עד אחד ואפילו עבד ושפחה ועמפ"ע נאמן והטענה בזה משום דאשה דייקא ומנסבה עכ"ל והקשה בח"ט הא רשב"א מחמיר בספק תוך ג"י ונראה משום דבדרך אלו מכבר נהרג לא היה מניחין אותו כיון דעוברי דרכים שכיחי וגם ודאי לא ימנע מישראלים ודבר המצוי אינו בגדר ספק בין להקל בין להחמיר כדאיתא ביו"ד סימן נ"ז סי"ג מדברי הרשב"א בתה"ה.

וי"ל מה"ט הצריך הרשב"א לומר משום דדייקא ולא סגי במה דמבואר בש"ס דע"א נאמן אלא י"ל בשלמא כשמעיד דבעלה מת או נהרג ואין עוד ספק בדבר שפיר הימנוהו אבל כאן די"ל שמא עבר עליו ג"י רק אנן מסברא אמרינן דלא היה מונח בדרך כ"כ אפשר כולא האי לא מהימן כמ"ש הגמ"י בפחז"ה דלא סמכינן אמגו היכא דאנו צריכין עוד לברר דבר אחד מסברא דלאו מפיו אנו חיין שנאמין לדבריו כ"כ משום מגו עד שנצטרך לברר עוד ספק אחד מדעתינו ולקיים דבריו וזה מוכרח בש"ס שם דף מ"א ב' בהאי דדר בקשתא אך י"ל היינו התם דאנו מוציאין אחמ"ק משא"כ כאן דחזקה דא"א אתרע מחמת דדייקא.

או י"ל דרשב"א סמך להעמיד הרוג הנמצא אחזקת חי והשתא נהרג ואי דחזקת א"א כנגדו כיון דדייקא מרעא לחזקת א"א או אם טעמא דע"א משום דעל"ג י"ל בכה"ג ל"ח על"ג כיון דיש לומר דעברו עליו ג"י ונשתנה ונדמה לצורת פלוני אלא דאנן סמכינן אחזקת חי אבל כשיבא בעלה חי לא יתפס העד לשקרן דנימא אדרבה הוא בחזקת כשרות וזה כבר עבר עליו ג"י לכן אמר תרשב"א דהטעם משום דדייקא וא"צ לטעם דעל"ג ומ"מ מה דלא חש תרשב"א לספק שמא נהרג לפני ג"י צ"ל משום דנמצא בדרך וה"ט דנהי דלא מתירין משום חזקת חי לבד איסור דאורייתא מ"מ ביש קצת רגלים לדבר סמכינן אחזקת היתר גם בדאורייתא וכדאיתא בש"ך יו"ד סימן נו"ן סק"ג בשם הרשב"א וכ"פ וה"נ בנמצא בדרך עכ"פ קצת רגל"ד דלא מונח ג"י וכמ"ש ול"ל שמא נהרג במקום אחר מכבר והשתא הובא על הדרך חדא די"ל כנכ"ה מתחלת הריגתו ועוד אינו סברא כלל דאם להניחו על הדרך למה טלטלוהו כלל ול"ל דהרשב"א הא דדייקא כדי לעשות מזה רגל"ד ונסמך אחזקת חי דהא הא דדייקא צריכין לגרע חזקת א"א.

סעיף כח

סכ"ח ע"י טב"ע של גופו וצורתו בספר הישר לר"ת ובא"ז סימן תרצ"ב איתא בטב"ע של ראש כולו או טב"ע בגופו עם ראשו מעידין עליו וכן בטב"ע ברובו עם ראשו עכ"ל מבואר דבראשו שלם גם בלא גופו כלל מעידין עליו בטב"ע אך אם אין ראשו שלם כולו דוקא ברוב גופו וראשו מעידין עליו אפילו אח"ז מרובה.

ואפילו נפל למים כתב ב"ש כ"כ תוספת ר"פ הא"ש בשם ר"ת אפילו אישתהי ובעצ"א ס"ק קי"ז כתב דלא נמצא בתוס' כן לענין לאלתר אחר שהועלה מהמים דר"ת לא מיירי רק אחר ג"י דיבשה ור"ח מיירי דהיה במים כמה ימים וראוהו לאלתר שהועלה עיי"ש ולי נראה דלפימ"ש הב"ש בס"ק פ"ג בדעת התוס' וכ"כ במרדכי דחזנהו לאלתר וקאמרי סימנים הואו מחלקת או קאמרי סימנים וא"כ מה כתבו תוס' ותימא איך מתירין נשי ב"א שטבעו ע"י טב"ע בלא סימנים הלא לפירושם א"צ סימנים אם חזנהו לאלתר וע"כ תמיהתם באם לא חזנהו לאלתר וע"ז תרצו דהש"ס איירי כשנשחתה קצת צורת פניהם וכן מפרש ר"ת לקמן א"כ מבואר דגם באישתהי אחר שהועלה מהמים אם צורתו שלם מעידין בטב"ע וא"ל דתוס' תמהו לפימ"ש בדיבור הקדום א"נ דמהני עפ"י טב"ע דלפ"ז מיירי בסימנים אמצעים וצריך טב"ע וסימנים חדא דמה זהו תימא אם המתירין מפרשים וקאמרי סימנין או קאמרי ועוד אף דאין הכרע בכונת הש"ס מ"מ כיון דמה דדחי הש"ס וקאמרי סימנים הוא לומר דלא נפשט הבעיא אם ע"א נאמן א"כ הוי ס"ס שמא ע"א נאמן במים וא"צ סימנים ואת"ל דאינו נאמן שמא כונת הש"ס וקאמרי סימנים או קאמרי כמ"ש תוס' תחלה דלפ"ז ע"כ אף דאין ע"א נאמן במים מ"מ אם מעיד דחזיוה כשהועלה לפניו נאמן ול"ל דזה דאנן מספקינן בכונת הש"ס הוי ספק חסרון ידיעה דהא לענין ס"ס מהני כמ"ש מ"ב והסכים עמו הש"ך ביו"ד סימן נ"ג ול"ל משום דהס"ס נגד חזקת א"א דכאן דכבר נטבע במשאל"ס בודאי ואם נשאת ל"ת תו ליכא חזקת א"א וגם כיון דהס"ס לענין דינא לא מיגרע בשביל החזקה לא ישתנה הדין כמ"ש האחרונים.

ובחמ"ח בס"ק נ"ה כתב ג"כ דאין הכרע בתוס' אם מ"ש דאם פ"פ שלם מעידין גם לאחר כמה ימים אם כונתם אפילו אישתהי ביבשה אחר שהועלה מהמים והנלע"ד כתבתי.

עוד כתב החמ"ח דספק פלוגתא הוי כתרי ותרי עדים מכחישים זה את זה דמוקמינין לה בחזקת א"א והוא פשוט וא"י איך פשוט בשלמא בעדים מכחישין זא"ז במעשה זאת איך נעשה י"ל דהאשה בחזקת א"א משא"כ בפלוגתא בדין משום חזקה לא ישתנה הדין אך בלא"ה אצ"ל משום חזקה דגם בלאו החזקה הוי ספקא דאורייתא ולחומרא אם לא דידוע דטבע במשאל"ס דאז הוי רק ספק דרבנן ואז גם חזקה ליכא ואז שפיר י"ל אפילו

על יחיד נגד רבים כדאי היחיד לסמוך עליו בשעת הדחק אבל בדאורייתא לא אמרינן הכי וכמ"ש הש"ך ביו"ד בכללי הוראה בסימן רמ"ב.

עוד הביא בחמ"ח מהריב"ש שהקשה על ר"ת מיבמות דף קכ"א דמייתי ראיה מעובדא דדגלת דאנסבה רבא עפ"י שושבינא לאחר חמשה ימים דריב"ב לקולא פליג ודלמא היה גופו וצורתו שלמין ואי דר"ת תירץ דמייר' דאכלוהו כוורי מנ"ל לש"ס זה וכן הקשו בחידושי רשב"א וריטב"א וגם ר"ת בעצמו הרגיש בזה בספר הישר וז"ל וההוא דאנסבה לבתר ה"י אפומא דשושבינא לא היה בו טב"ע אלא בסימן פדחתו וחוטמו אע"ג דלא ניכר לבתר דנח נפשיה אכלוהו כוורי א"נ תפח היה מעיד עליו אבל לא היה לו טב"ע אלא כמו מדמה מלתא ואעפ"י ששושבינא היה וטב"ע לא היה לו לא חשדו עכ"ל ויש להבין באריכת לשונו מ"ש ואעפ"י ששושבינא וכו' מה זה ענין לתירוצו וגם בין היה לו טב"ע או רק סימן מדמה מלתא יש רבותא דלא חשדו ונראה דהרגיש מנ"ל לש"ס דמיירי דאכלוהו כוורי ולא היה לו בו טב"ע רק סימן לכן ביאר מה דהביא הש"ס דאנסבה אפומא דשושבינא ע"כ לרבותא דלא חשדו וקשה מה זה רבותא דהא קי"ל כרבנן בפז"ב דף כ"ז ע"ב דשושבין מעיד דלא נחשדו ישראל ועכצ"ל דבשלמא כשסגי בעדותו לבד לא נחשדו אף דכמה חשודים בעלמא רובן לא נחשדו אבל כאן דגם לאחר עדותו אינו ודאי דצה בעלה רק אנו מבררין זה מחמת הסימן ואפילו יהא סימן מובהק מ"מ אינו בירור גמור דאם סל"ד אינו מפורש בתורה סימנים אפילו סי"מ רק מסברא לא חשו דאיתרמי עוד בסימן כזה ומבואר בחולין דף צ"ו דע"י סימנים לא קטלינן רק ע"י טב"ע ומבואר בקצו"ח ונתיבות סימן רצ"ז דאין מוציאין ממון ע"י סי"מ וכ"כ בשם הריטב"א א"כ לא עדיף מרובא ה"א דיצטרפו מיעוטא דחשודין ומיעוטא דאיתרמי סימן כסימן וכעין, שכתב הנמ"י בפרק חז"ה אהא דקשתא בעילותא דלא אמרינן מגו אלא במילתא לבתר דמהימנן ליה משום מגו תו ליכא ספקא אבל במילתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי לא מפיו אנו חיין שנאמין כ"כ לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ועיי"ש דזה מוכח מהש"ס שם לכן ה"נ ה"א דאין השושבין נאמן שמכיר אותו ע"י סי"מ כיון דבשושבין עצמו יש לדון אם מהימן אך דלא נחשדו ישראל ועכ"פ ריעותא ומקום להסתפק יש ובסימן גם כן יש חשש דאיתרמי סימן כסימן אבל אם לא אכלוהו כוורי ויש טב"ע ממש תו א"צ לברר שום ספק מסברא וליכא שום רבותא במה דהוה שושבין ועכצ"ל כמ"ש הב"מ כאן לדחות מה שתירץ החמ"ח קושית הריב"ש כי אכתי קשה דלמא היה בהם סי"מ אלא צ"ל דקבלה בידם דהמעשה היה באופן דפליגי ת"ק וריב"ב ודחה הב"מ דודאי חדוש דין זה קבלה היה בידם לחדושו ואלו

בסי"מ מה חידושו דבתר ה"י משא"כ לר"ת דע"י טב"ע התירו שפיר יש חידוש את"ד ולדרכינו נאמר דעפ"י דשושבינא קבלה היה בידם לחידושו ואם כן מוכח דאכלוהו כווריו ולא ניכר בטב"ע רק בתורת סימן דמדמה מילתא למלתא ולהכי הביא הש"ס הא דאנסבה אפומא דשושבינא להוכיח דהמעשה היה דאכלוהו כווריו וא"כ יש הוכחה מן הש"ס כר"ת ולבתר חמשה ימים דמייתי הש"ס לרבותא א"ש לר"ת דהיה נחבל בפניו וגופו דאכלוהו כווריו והשושבין העיד דדומה פדחתו וחוטמו לפדחת וחוטם בעלה ובתורת סימן והועיל אפילו בת ה"י דל"ח דנשתנה צורתו ואפילו סימן אינו וכמו לת"ק אחר ג"י דיבשה דאפילו סימן אינו.

אך גם דברי החמ"ח יש ליישב מהשגת הב"מ עליו דלפיר"ת דהחידוש דלא חשבו לשושבין צ"ל דה"א דחשוב שושבין גם להאשה ואף דאין לו דין שושבין רק בשבעת ימי המשתה כדאיתא ברש"י טז"ב שם ובסמ"ע חו"מ סי' זיי"ן וכאן דנטבע ודאי ערבה שמחה מ"מ כ"ז דלא כלו שבעת ימים מזמן החופה עדיין הוי שושבין לגבי האשה ולפ"ז י"ל דהך לבתר ה"י לא קאמר דאסקוה לבתר ה"י דטבע אלא בתר ה"י דנעשה שושבין וקמ"ל דעדיין לא כלו שבעת ימי המשתה ויש הכרח לזה דבעובדא דכרמי אמר דאסקוה לבתר תלתא יומי ובעובדא דדגלת אמר דאסקוה ואנסבה רבא אפומא דשושבינא בתר ה"י.

אך בלאה"נ לק"מ דהא יש סי"מ כגון רושם וצלקת וכדומה דמצמצם המקום וה"א לבתר ה"י דנפתח ואין צמצום המקום סי"מ או ה"א דהרושם נשתנה לבתר ה"י דהא בעל העיטור ס"ל דליכא סי"מ כלל בגוף דנשתנה מיד אחר מיתה כמו שומא ואנן לא קי"ל כן עכ"פ חידוש קמ"ל דגם בתר ה"י מהני אבל בהיכר צורתו דלת"ק אין מעידין אחר גזי ביבשה ה"נ במים לס"ד מנ"ל דעביד כריב"ב ולקולא פליג נימא דשאני צורה משאר סי"מ ודברי החמ"ח פשוטין.

הג"ה ויש מחלקין עב"ש ס"ק פ"ז מהתוספת ורא"ש דאם ראו או ידוע שנטבע צריך טב"ע וראו לאלתר וסימנים אמצעים והנו"ב בתק"ע סמ"ג כתב דאם שהו עליו עד כדי שת"נ דאסורה להנשא רק לכתחלה ודאי מהני סימן אמצעי לבד והב"מ תפס עליו שהוא נגד התוספת והרא"ש דמי הכריחם לומר אם סל"ד איירי הכא בסי"מ יאמרו דשהו עליו עד שת"נ את"ד ולפע"ד דאם ודאי סל"ד ל"מ סימנים אף בחשש איסור דרבנן דרק בממון תקנו דהפקר ב"ד הפקר או משום דניחא לבעל אבדה כדאיתא בב"מ דכ"ז ע"ב וכ"ז ל"ש באיסור וה"ד אם ודאי סל"ד ותוספת קאי התם על רבי דלא מספ"ל אלא או ודאי רק דרבנן או ודאי דאורייתא משא"כ לדידן דקי"ל דהוי ספק וכדאיתא בפ"ק דב"מ דף י"ח ע"ב רב אשי מספקא ליה א"כ במשאל"ס לענין לכתחלה י"ל שמא סימנים דאורייתא

דקיל משאר איסור דרבנן דדיעבד אסור ומ"מ ספק דרבנן לקולא וחזקת איסור א"א ל"ל במשאל"ס חדא כיון דהספק אם סימנים דאורייתא הוי ספיקא דדינא משום חזקה לא ישתנה הדין ועוד כיון דרק מדרבנן אסור לכתחלה הרי יצאה מחזקתה דמעיקרא דהיתה א"א גמורה מן התורה ומ"ש עוד הב"מ לדחות ראיית הנו"ב משו"ת הרא"ש דהכא דעיקר איסורו מן התורה וחכמים אסרו לכתחלה מחשש איסור תורה כעין דאורייתא תקון והוי כודאי איסור תורה כמ"ש או"ה הובא בש"ך בכללי ס"ס את"ד לק"מ דבשלמא בגבינות עכו"ם לא חלקו בין לכתחלה לדיעבד משא"כ הכא קיל אפילו משניות דאינו רק משום גזרה וכופין לצאת וכאן לא תצא הרי דלא עשאוה כודאי איסור תורה ואפילו כספק איסור תורה וגם אי אפשר שיהא כודאי איסור תורה דא"כ אם קבלה. קידושין מאחר לא תהא צריכה גט משני ויוכל השני לישא אחותה ומ"מ לשון הרא"ש בתשובה כ"ב סט"ז צל"ע דהקשה על הרמב"ם דס"ל דבשני מיני טמאים ליכא רק איסור דרבנן משום כלאים מפרק או"ב דף ע"ט דקאמר אלמא קסבר סימנים דאורייתא היכא פשיטא דסימנין דאורייתא אפילו הוו סימנין דרבנן סמכינן עלייהו באיסור דרבנן עכ"ל הא י"ל אף דבמציאה סימנין דרבנן דבממון הפקר ב"ד הפקר כדפרש"י להדיא בב"מ דף כ"ז ע"ב או מטעמא דאמר שם בש"ס דניחא לבעל אבדה לאהדורי בסימנים וכ"ז ל"ש באיסור ויותר היה ליה להקשות היכא פשיטא דסימנין דאורייתא הא י"ל דר' אבא מספ"ל כדאמר בפ"ק דב"מ דרב אשי מספ"ל אי סימנין דאורייתא ולהכי באיסור דרבנן הוי ספקא דרבנן לקולא.

לכן נראה כמ"ש מעדיו"ט בפ' או"ב סי' ב' סק"ט דהרא"ש ס"ל כמ"ש רמב"ן ור"ן שם דהנהו סימנים דכלאים אינו ענין לסימני אבדה ואינו תלוי באם סל"ד באבדה או דאורייתא רק כונת הש"ס שם סימנים אלו בכלאים הם מדאורייתא לסמוך עליהם שהם סימנים מובהקין וגמרא גמירי להו עיי"ש ולכן שפיר הקשה בתשובת הרא"ש אם איתא דשני מיני טמאים איסור כלאים בהן רק מדרבנן היכא פשיטא דסימנין דאורייתא אפילו הוו סימנין דרבנן אלו סימנים הם אמרו האיסור והם אמרו לסמוך על אלו סימנים אפילו אינם מובהקין ולפ"ז אין ראיה להנו"ב מזה לשאר סימנים בעגונה ומ"מ מטעם דאנן מספ"ל לדינא אם סימנים דאורייתא מועיל לענין משאל"ס וכמ"ש לולא דמלשון קיצור פסקי הרא"ש בפרק האשה שלום ס"ג ובטור משמע דסימנים לחוד לא מהני במשאל"ס וצ"ל הטעם דבפ"ק דב"מ דף ח"י ע"ב אמר ר"א כגון דאמרי נקב יש בו בצד אות פלוני משום דמספ"ל אי סימנין דאורייתא והתם החשש משום שני יוסף ב"ש ובתוספת שם דף כ"ף ע"ב בד"ה איסורא כתבו דמדאורייתא ל"ח לשני יוסף ב"ש רק מדרבנן משום לעז וא"כ קשה כיון דר"א מספ"ל הוי ספק בדרבנן ולמה הצריך סי"מ ועכצ"ל כיון דמספ"ל

הוי לדידיה ספק חסרון ידיעה וכתב מנ"י כלל א' סק"ו היכא דראשונים עצמם נסתפקו בו לא היו מקילין כיון שהיה להם ספק חסי"ד גם אנו אין לנו להקל כדאיתא בפרק ג' שאכלו דף כ"א ראשונים שאלו שמאל מה שיסייע לימין אמר ר"א הואיל וראשונים אבעיא להו ולא אפשטא אנן נעביד לחומרא ואף דהתם הוא רק הידור מצוה דרבנן עיי"ש ונ"ל ראיה לזה ממ"ש הרא"ש בתשובה כלל כ"ף סט"ז אהא דתנן בשילהי יבמות בנפל למשאל"ס והוציאו ממנו רגלו ואמרו חכמים דמארכובה ולמעלה תנשא מארכובה ולמטה ל"ת דיש ספק בארכובה עצמה דהיינו אי דינו כלמעלה או כלמטה וכן בטרפות בהמה דעבדינן כאן וכאן לחומרא דל"ה תרי חומרי דסתרי כיון דמספ"ל אי דיוקא דסיפא עיקר או דיוקא דרישא עיי"ש וקשה הא במשאל"ס רק לכתחלה לא תנשא ולמה נעביד לחומרא כשיש עוד ספק אע"כ כיון דאנן מספ"ל אזה דיוקא עיקר הוי לדידן ספק חסי"ד ועבדינן לחומרא.

סעיף לא

סל"א ראוהו צלוב במשנה איתא נמי מגויד ורמב"ם השמיטו נ"ל דאביי מוקי לה כרשב"א דאפשר לכוות ולחיות ואנן קי"ל כרבנן ואף דרבא מוקי לה בסכין מלובן וד"ה היינו דמחלק בין אם הכויה בא עם החתוך לבין בא אחר החתוך דל"פ רבנן ורשב"א רק כשנחתך קודם הליבון דנטרף תו לא אהני לו רפואה אח"כ אך עדיין צ"ל דרבא ס"ל דחידודה וליבונה בב"א באין אך בפ"ק דחולין דף חי"ת אר"ז א"ש ליבן סכין ושחט בה כשרה דחידודה קודם לליבונה והש"ס שם שקיל וטרי בה אם גם בחבטה או בריז אמרינן כן משמע דהכי הלכתא וכ"פ הרמב"ם בהלכות שחיטה הכ"ב א"כ ה"נ ליתא לדרבא כיון דחידודה קדים תו לא מתרפא לרבנן דפליגי אדרשב"א לכן השמיטו הרמב"ם אח"כ מצאתי בתב"ש סי' טי"ת כתב לתרץ השמטת הרי"ף התם בחולין הא דאר"ז א"ש משום הא דרבא וכמ"ש דרבא ע"כ ס"ל דחידודה אינו קודם לליבונה ולדידי י"ל טעם להשמטת הרי"ף כאן הא דרבא דס"ל הא דאמר שמואל ל"ש אלא במקום שאין נפשו יוצאה קאי נמי אמגוייד כמ"ש הנ"י והיינו במקום שאינו עושה טרפה כמ"ש בעצ"א וא"כ שמואל לשיטתו דחידודו קודם ולא כרבא והכי קי"ל והא דהשמיט בחולין דברי שמואל כמ"ש הרא"ש.

ועוד נראה הא דאמר רבא בסכין מלובנת ד"ה משום דלא רצה לאוקים סתם משנה כיחידאה לכן הכריח דבסכין מלובנת ד"ה דחיי אך לומר דסתם משנה מיירי דידוע דהסכין היה מלובן יותר דחוק ורחוק ולכן אמר בירושלמי דאין מעידין על המגויד שא"א בחרב מלובנת נכוה וכן ס"ל להראשונים הרי"ף ורא"ש ורמב"ן ורשב"א אך הרמב"ם לא

ניחא ליה לחוש למעשה חדש שלא ראינו דרוב סכינים כשחותכין בהם אין מלובנים וכל דפריש מרובא פריש וגם למיעוט אין לחוש לדידן דקי"ל בבכורות דף כ"ף דלא אזלינן אחר רובא דתלי במעשה הרי מיעוט דל"ת במעשה שקול כרוב התלוי במעשה וא"כ אם הרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה הוי מיעוטא דמיעוטא אך רבא לא ס"ל התם לחלק בין תלוי במעשה לכן ה"נ חיישינן בא"א למיעוטא דמלובנת ומשום סמוך מיעוטא לחזקת א"א ולפ"ז לדידן דאין לחוש שמא היה מלובן יותר פשוט אוקימתא דאביי דהמשנה כרשב"א אף דלית הלכתא כיחידאה וממילא אין לנו הכרח לומר בסכין מלובנת מודו רבנן דחיי לכן השמיט הרמב"ם מה דתנן דאין מעידין על המגויד ובגיטין דף למ"ד פליגי אם יותר נכון למוקים סתם משנה כיחידאה מלפרש דמיירי בדבר פרטי והתנא סתם ולא פירש שאני הכא לומר דמיירי בידוע שהיתה מלובנת שהוא לא שכיח וזר יותר טוב למוקמו כיחידאה ומיירי בכל גוני.

ולשון הרמ"ה בטור דוקא שראוהו מגויד בסכין המלובנת באור וה"ה נמי בסכין שאינה מלובנת ונכוה אח"כ כדאמר רשב"א מפני שיכול לכוות ובחיות אח"כ אבל אם נחתכו גידי שוקיו ולא נכוה מעידים עליו כרבנן דפליגי על רשב"א עכ"ל ועכצ"ל דר"ל ולא נכוה שלא ראינו שנכוה דאם בודאי לא נכוה גם רשב"א מודה וצ"ל מה דל"ח לספק כדאיתא בחו"מ סי' רמ"א. דבתנאי דקו"ע צריך להביא ראיה שקיים ונהי דאין ללמוד איסורא דא"א מממונא כדאיתא בספ"ק דב"מ ס"ל להרמ"ה דהא דיכול לכוות ולחיות ג"כ רק מיעוטא שיועיל רפואה זאת אחר שכבר נטרף לכן כ"ז שלא ראינו שנכוה אין לחוש כלל דעדיף מס"ס דבחזקת שלא נכוה ולא נעשה מעשה חדש ואת"ל שנכוה עפ"י רוב אינו מעלה ארוכה והוי כדאמרינן בפרק האשה בתרא קי"ט ע"ב סיפא חזקה לשוק ורובא לשוק ומיעוטא דמיעוטא לא חייש ר"מ אף דכאן יש חזקת א"א וחזקת חי ס"ל לרמ"ה כיון דכבר נחתכו גידי שוקיו דנעשה טרפה דאינו חי כבר אתרעי חזקת א"א וחזקת חי.

וכ"ז לרבנן אבל ר"ש ב"א דאמר אין מעידין על המגויד דיוכל לכוות ולחיות עכצ"ל או דס"ל דרפואה קרובה ושכיח הוא או דחייש גם היכא דאיכא חזקה ורובא ולכן רבא נדחק דמתניתין מיירי בסכין מלובנת וד"ה כיון דלעיל דף קי"ט מוקי למתניתין דהיכא דאיכא חזקה לשוק ורובא לשוק תנשא.

ונ"**ל** ראיה דבתרי רובא תנשא מדאמרינן התם דף קכ"א במשיל"ס ל"ח למחילה של דגים דלא שכיחא הרי דאינו מהנמנע מדלא אמר דליתא רק ל"ש והא דכתבו תוס' שם אע"ג דרובייהו דצו"מ אי סליק קלא אית ליה מ"מ ל"ח לאותו רוב ולא תנשא לכתחלה כמו גבי גוססין דאין מעידין עליהן אעפ"י שרובן מתים עכ"ל והרי בצי"מ ובמשאל"ס יש

תרי רובא להיתרא צ"ל דקלא דצו"מ ל"ה רוב גמור רק לס"ד דר"א הוי רוב מדרבנן וס"ל במשאל"ס סגי ברוב דרבנן כיון דמה"ת כבר מותרת וכה"ג כתבו התוס' בפ"ק דכתובות ד"ט בד"ה ואבע"א גבי רוב ברצון דאונס קלא אית ליה וזה דדייקי תוס' לאותו רוב ומ"ש כמו גבי גוססין כתבתי לעיל בסעיף ה' דהתם נמי כיון דרוב גוססין למיתה אי איתרמי דנשאר חי קלא אית ליה עוד נראה נהי דמשאל"ס רובן למיתה היינו בסתם בני אדם ולא בת"ח דהא הנהו דמייתי התם הש"ס דניצולו היו ת"ח ומקרא מלא אם תעבור במים אתך אני ונהרות לא ישטפוך אלא בת"ח יש רוב מחמת דאי סליק קלא אית ליה נמצא ליכא רק חד רוב ולהכי מייתי תוס' שפיר ראיה מגוססין ובשו"ת בית יעקב סימן טית כתב ג"כ דבתרי רובא תנשא והקשה מהתוס' הללו ותירץ דס"ל לתוס' דאין רוב הנטבעים מתים עיי"ש ומלבד דמפורש להיפך בתוס' יבמות דף ל"ו ע"ב ובבכורות דף כ"ף ע"ב ובפ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב דרוב הנטבעין מתים אלא דבלא"ה מוכרח דא"כ למה אם נשאת ל"ת דאפ"ת כיון דנטבע אתרע החזקה מ"מ ספקא הוי ובאש"ת קאי כדפריך בכתובות דף כ"ב ע"ב גבי תרי ותרי איברא דריב"ש סימן שע"ט כתב דטבע במשאל"ס ושהו עליו עד שת"נ ואז הצלתו ע"י מחילה של דגים או שיצא במקום רחוק הוי מיעוט דמיעוטא ולא שכיח ומש"ה אמרו אם נשאת ל"ת עכ"ל אך תוס' ביבמות דף ל"ו ע"ב כתבו דהניצולין הן מיעוט המצוי וכן בפ"ק דב"מ כ"ף ע"ב כתבו דרובא מתים ולא כתבו דרובא מתים ועוד הא כתב המרדכי בסוף חולין בשם רבינו ברוך וריטב"א בע"ז דף ל"ד דל"ח מיעוטא דמיעוטא אלא אם כל מיעוט מענין בפני עצמו שבאין מתרי ספקי וא"כ במשאל"ס אאת"ל דהניצולין מעט מזעיר מ"מ לא הוי מיעוטא דמיעוטא ואין להקשות מהראיה שהבאתי מהא דמשיל"ס דמותרת משום דמחילה של דגים ל"ש והא הוי המיעוט רק מחד ספקא די"ל נמי דהוי מתרי ספיקא שמא לא יש באותו מים מחילה של דגים דלא שכיח והוי רק מיעוטא ואת"ל יש מ"מ שהנטבע יתרמי לו המחילה של דגים ויכנס שם וינצל הוי גם כן רק מיעוטא דהא במשאל"ס דיש מחילות של דגים ואמרינן רק מיעוט ניצולין אף דמצטרף לו עוד הצלה דיצא מרחוק.

סעיף לב

סל"ב ראוהו שנפל לים מעשה דנטבע ואסוקהו והכירו אחד שהוא בעל אשה פלונית והאשה אמרה דיש לבעלה פלעק תחת לבו גם פ"א בקע עצים וחתך ברגלו בדארף עהר האבין אהעפט ושלחו לבדקו ובתוך כך נתפח ואמר השליח שלא מצא בו הסימנים שאמרה אשתו ודנתי כיון דמראות עשויין להשתנות י"ל דהפלעק נשתנה ולא ניכר או דשאר הבשר סביב הפלעק נשתנה למראות הפלעק וכ"כ בשו"ת חוה"ש ריש סימן צ"ו

דמראה וצבע ובהרות ודאי עשויין להשתנות אח"מ וא"כ זולת המכירו בטב"ע אם היה נמצא הפלעק ה"א מחיים לא היה לו ואח"מ נשתנה לפלעק כזה ה"נ י"ל להיפך בעור שסביבו דנשתנה למראה כזה וא"ל רק לחומרא חיישינן דנשתנה דהא בשו"ת הר"ן סל"ג כתב דכל שיש עדות מספיק להתירה אלא שיש ריעותא מחמת סימן אחר שנראה ממנו שאינו הוא ואותו סימן עשוי להשתנות אין מטילין מחמתו שום ספק בדבר ובשו"ת הגאון ר"ז בעל התניא שאלה כ"ח כתב דשים מראה אינו סימן בין מראה לובן או שחור וכל גוים די"ל אחר מיתה נשתנה למראה זה וגם אינו עושה ריעותא כשלא נמצא אותו מראה שהיתה בשומא בחייו

ומה שלא נמצא ההעפט ברגלו י"ל ג"כ מחמת הנפיחה נשתנה וכמ"ש מהרח"ש הובא בפ"ת ס"ק ק"כ דגם סי"מ בגופו משתנה לפעמים בנטבע ונתפח ועיין ב"ש ס"ק פ"ג וב"מ מ"ש בשם האס"ז ועוד אשתו לא אמרה דיודעת דבעלה היה לו סמוך למיתתו אותו העפט רק אמרה עהר בדארף האבין והיינו שלפי דעתה צריך שיהיה לו ואפשר דמיונה כוזב וכבר נתרפא לגמרי.

הג"ה נטבע בבגדים אלו עב"ש דוקא נטבע בבגדים אלו ולע"ד דה"ד להב"ש דדוקא דנמצא מיד דאל"כ חיישינן דיצא והשאילם לאחר ונטבע אבל להמבואר במהר"ם דאפילו נמצא אחר שני ימים מותרת ה"נ ל"ח לשאלה דקודם הטביעה דראשון כיון דסמכינן אאומדנא דרחוק זה שהיה לבוש בבגדים אלו נטבע וגם האחר שלבש בגדים הללו נטבע כמו דסמכינן אאומדנא דרחוק שהשאיל בגדיו לאחר שיצא מהמים ונטבע ג"כ ה"נ י"ל על חשש דהשאיל בעלה בגדיו קודם שנטבע אף דלא ראו שנטבע בעלה בבגדים הללו דמה לי שנאמר זה שהיה כבר לפני הטביעה היה לבוש בגדים אלו ונטבע בבגדים אחרים והשואל לבש בגדים של בעלה וג"כ נטבע או שנאמר דאחר שנטבע בעלה ויצא השאיל בגדיו לאחר ונטבע ג"כ ומה שהביא הב"ש מגט שאני משאל"ס דרק לכתחלה לא תנשא ומצאתי אח"כ בשו"מ ח"א סי"ג שכ"כ דל"ח לשאלה דקודם טביעה מטעם אחר עיי"ש.

כדי שתצא נפשו בריטב"א יבמות דף קכ"א ע"ב כתב דהיא שיעור שעה אחת וזה כדעת הב"ח בתשובה ומהרי"ט.

רגל של אחר הוא עיין בשו"ת שיבת ציון סימן ע"ט וסימן פ' דא"ל ראוהו שהיה נימול ל"ל היינו זה שאבד דניזל בתר רובא ערלים והפ"ת ס"ק ל"ה תמה עליו גם בנימול רובא דעלמא אינם בעלה ונראה דמחלק בין הרוב והמיעוט מין אחד או הם שני מינים וכעין סברת התוס' רי"ד שהבאתי לעיל בסעיף כ"ד בד"ה ובנו"ב דדוקא אם הספק מאיזה מין

הוא מין עכו"ם או מישראלים אמרינן מרובא דעלמא הוא וכ"ש כשמצאוהו יהודים ויש לדון אם גוי הוא ואינו מת מצוה ואינו מטמא באהל דאיתחזיק הרוב.

סעיף לד

סל"ד ואם נשאת ל"ת כתב ב"ש ס"ק ק"כ ה"ה בכ"מ שעפ"י הרוב הוא מת ל"ת אם נשאת עפ"י חכם או בטעות אבל אלו דתני במתניתין אין מעידין תצא ריב"ש סימן שע"ט עכ"ל וריב"ש שם כתב דומיא דאינך דמתניתין דאין מעידין עד שתצא נפשו דאם נשאת תצא שהרי אין כאן עדות שמת והביא ראיה לדבר ובתוס' פ' החולץ ל"ו ע"ב בד"ה הא כתבו בשם ר"י דחיישינן למיעוט מצוי כמו במשאל"ס דאשתו אסורה וגוסס שאין מעידין עליו וכ"כ הרא"ש שם וכ"כ תוס' בהאשה בתרא ק"כ ע"ב בד"ה למימרא דתנן אין מעידין על הגוסס ולהריב"ש אם נשאת תצא וכן משמע לשון תוס' ורא"ש בפרק החולץ דבמשאל"ס כתבו דאסורה ובגוסס כתבו דאין מעידין משמע דבזה ליכא עדות כלל ותצא וכ"כ מהרח"ש בכונת התוס' וכן פירש כונת התוס' בדף קכ"א בד"ה ולא הוא הובא באחרונים וא"כ כיון דתוספת ורא"ש כתבו דמשאל"ס הוי מיעוט המצוי והשוו גוסס למשאל"ס למה לא שוו לענין דיעבד.

ונ"ל דס"ל דדי לאסור לכתחלה משום מיעוט השכיח שלא לעשות מעשה ולא בכבר ניסת דצריך לעשות מעשה להיפך, להוציאה אך בכתובות דף נ"ו ע"ב ובפרק החולץ דף ל"ו ע"ב איתא דחכמים עשו חזוק לדבריהם למר כשל תורה ולמר יותר משל תורה לאסור גם דיעבד ופרש"י דלא לזלזלי בה ולא ליתי אחריני למיעבד הכי וא"כ ה"נ כיון דאסרו רבנן לכתחלה משום מיעוט המצוי היה מהראוי לומר תצא גם דיעבד לעשות חיזוק לדבריהם שלא יעשו אחריני הכי.

אך מבואר בכתובות שם ובתוס' יבמות שם דבמלתא דלא שכיח לא עשו חיזוק לדבריהם וה"ט דל"ש אין לחוש לגזור שאחריני יעשו כן וא"כ ה"נ לכתחלה אסרו להנשא במשאל"ס דמאותן הנטבעין מצוי שיהא ניצולין וכיון דאנו דנין על אשה זאת דבעלה נטבע ואולי ניצול אסרו לכתחלה כיון דמצוי שיהא ניצול משא"כ לגזור גם דיעבד משום דלמא יעשו גם אחרות כן לא גזרו כיון דיתרמי שיהא נטבע במשאל"ס זה גופא רוב המפרשין בים אין נטבעין והנטבעין מהם רוב אין ניצולין א"כ הוי מיעוטא דמיעוטא ולא שכיח לכן אין לגזור בדיעבד משא"כ גוסס דרוב מתים גוססין קודם רק מיעוט עומדים וכיון דמשום המיעוט יש לאסור שלא תנשא ממילא עשו חיזוק לדבריהם גם בדיעבד שתצא וכ"ז לר"י בעל התוס' ורא"ש לעצמו דלא ס"ל כר"ת דסמוך מיעוטא לחזקה והוי פלגא וגם לדידן דלא ס"ל כר"מ חיישינן אבל לר"ת דס"ל דקי"ל סמוך

מיעוטא לחזקה והוי פלגא דלפ"ז מדינא הל"ל במשאל"ס דתצא לכן כתבו בר"פ הלוקח בהמה והרא"ש שם ובר"פ האשה בתרא דמיעוט הנמלטלין במשאל"ס הוי מיעוט דלא שכיח אף בנטבעים מצד הצלה עצמו לא שכיח ולק"מ קושית הבית מאיר כאן סל"ב והאחרונים דתוס' ורא"ש דבריהם סותרין זה אה זה אלא דקשה שיחלוקו במציאוה אי מצוי אי לא מצוי ונראה דבין לר"י בין לר"ת הוי מיעוט המצוי בהחלה כדמצינו ביבמות דף קכ"א דהביא הש"ס מעשיות שניצולו במשאל"ס ע"י גלים וע"י מחילות אך הם לא אבד זכרם אבל שימלטלו ולא יחזרו לביתם ויאבד זכרם ולא יחזרו ולא יודיעו ולא ישמע מהם זה אינו מצוי וזמן הנשואין אחר ג"ח הבחנה ואז אינו מצוי שניצולו ויתעלמו ור"י ור"ת לשיטתם דפליגי בהא דביצה ג' ע"ב בספק טרפה שנתערב באלף דלר"י אסורה אף דעכשיו הוי ס"ס כיון דתחלה כשנולד הספק טרפה הוי רק חד ספק לא מועיל מה שנצטרף אח"כ עוד ספק ולר"ת כשרין התערובה כיון דלבסוף נעשה ס"ס ה"נ בשעת נפילה למים נולד הספק ואז מצוי שינצל לכן אסרוה להנשא אף דאח"כ אבד זכרו ונעשה אינו מצוי משא"כ לר"ת כיון דלבסוף נעשה אינו מצוי הל"ל דלכתחלה תנשא לולא משום חומרא דא"א וגם בנולד ספק בכלי ב"י ואח"כ נעשה אב"י דהוי ספק דרבנן מבואר בפוסקים דלר"י אסור ואף את"ל דיש לחלק כאן מספק טרפה שנתערב דהיה נ"מ תחלה קודם שנתערב משא"כ כאן בלא"ה אסורה מתחלה משום הבחנה הא לפימ"ש הטו"ז בס"ס ק"י דלר"י אסור אפילו לא נודע הספק טרפות עד אחר שיתערב וכן בכל ס"ס צריך דוקא שא"א שיבואו הס"ס זה קודם לזה וא"כ ל"ל טעמו של ר"י משום דנודע הספק טרפוה והחזקנוה לאיסור ועוד גם כאן נ"מ מיד אם ליכא עליה רק איסור אחד משום הבחנה או גם איסור א"א ואין לה כתובתה ומשום הבחנה יש לה כתובה מיד וגם נ"מ לענין אבלות והחזקנו תחלה בספק חי שמא יצא מרחוק.

ובתשב"ץ ח"א ענין פ' הקשה עמ"ש הרמב"ם בפ"ז מהלכות נחלות במשאל"ס ואבד זכרו היורשים יורדין לנחלה נהי דרובן למיתה הא אין הולכין בממון אחר הרוב וכתב שאם לאלתר היו יורדין לנחלה היה הקושיא חזקה אבל לא אמרו כן אלא עם צירוף דאבד זכרו עי"ש אך במרדכי שילהי יבמות דאם יש עדים שנפל במשאל"ס נחתי יורשים לממון דגבי ממון אמרינן דמית וגבי איסור להנשא אחמיר מדלא הזכיר דוקא דאבד זכרו משמע לאלתר והק"ל ונ"ל לפימ"ש בש"ש שמעתתא ד' פכ"ד דרוב עדיף מחו"ק דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דחזקת ממון שהוא עכשיו מוחזק בממון אלים כמו הרוב אבל נגד חמ"ק עדיף הרוב שהוא השתא לפנינו אבל החזקה אינה רק חזקה דמעיקרא שהיה מעיקרא כך ועכשיו אין ידוע עיי"ש וא"כ במשאל"ס וכדומה

דהספק אם יש בעלים לממון זה ל"ל דמוחזק לפנינו רק חזקת מרא קמא נגד זה רוב עדיף ואפשר מה שהצריך הרמב"ם לאבד זכרו משום דאין סומכין על הרוב נגד חזקה לכתחלה היכא דאיכא לברורי דמה"ט אין סומכין על רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן כי איכא קמן לבודקו כמ"ש מג"א בסימן תל"ז סק"ד וה"נ נמתין עד שנראה אם אבד זכרו ומרדכי ס"ל דל"ד להתם דכשנבדקו אם הוא מומחה יתברר לגמרי משא"כ הכא עדיין אינו בירור מוחלט רק נתוסף אומדנא ועוד דפסידא טובא ליורשים אם יוכרחו להמתין ובכה"ג י"ל א"צ לברורי וכה"ג כתב בשו"ת גב"ש סס"ו לענין ס"ס בפרה החולבת ונולד בה ספק טרפות דא"צ להמתין יב"ח עיי"ש ולפ"ז נראה אם ירדו היורשים לנחלה טרם שאבד זכרו תיכף אחר שנטבע אפילו אחר התראת ב"ד מ"מ לא יזדקקו הב"ד לסלקם חדא דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה בקרקע גם אחר שנולד הספק כמ"ש בספר ת"ב סימן צ"ו וכאן המרדכי לא התנה שאבד זכרו ועוד י"ל גם לרמב"ם רק לכתחלה צריכים להמתין וכמ"ש.

סעיף לז

סל"ז והתירוה עב"ש ס"ק ק"ט דבסוטה שנאמן מדאורייתא אפילו לא פסקו עדיין הוא כשנים משא"כ כאן דא"נ רק מדרבנן לכאורה אין שום טעם וסברא לזה ועוד להרא"ה ולתשב"ץ בדעת הרמב"ם דה"נ נאמן מדאורייתא אך בלא"ה קשה כיון דנאמנת העד משום דעל"ג לא משקר איך יוכחש מהאומר לא מת דזה אינו על"ג ונראה משום דהאומר לא מת מסייעו חזקת א"א וכ"ש לריב"ש דיש שתי חזקות חזקת חי דבעל וחזקת א"א דחשיבי כרוב ועל"ג דלא משקרי רק עפ"י הרוב ובנו"ב בתק"ע סימן כ"ח הוכיח דעל"ג ל"מ נגד חזקה מיבמות דף מ"ז דגר שאמר נתגיירתי בב"ד פלוני אינו נאמן ואין ראיה דשאני גוי דפיהם דיבר שוא במידי דשייכי בה משקרי אף דעל"ג ואפילו מסל"ת כדאיתא בגיטין דף כ"ח ע"ב מ"מ גוף הסברא נכון לכן י"ל נהי דעל"ג לא אלים מחזקה מ"מ תו הוי כאיסור בעלמא דליכא חזקה ונאמן לומר מת כמו עד בעלמא בלא על"ג ואי גם בדבר שבערוה בלא איתחזיק איסור א"א נאמן אחד מה"ת ה"נ נאמן מה"ת ואם בדשב"ע א"נ מה"ת צ"ל דנאמן רק מדרבנן ולכן כשבא אח"כ ע"א ואמר לא מת הוי ע"א בהכחשה כיון דעל"ג לא עדיף מחזקה אך אחר שהתירוה כבר יצאה מחזקת א"א וכמ"ש כה"ג ריב"ב בתוס' כתובות כ"ו ע"ב בתוס' ד"ה אנן אז נאמן יותר זה שאמר מת משום דעל"ג ובירושלמי רפ"ג דיומא הובא בתוי"ט מוכח דע"א נאמן באיתחזיק איסורא אם על"ג דמה דפריך וע"א נאמן ע"כ משום דאיתחזיק לילה חשוב חזקה וכדאיתא בפ' בכל מערבין דף ל"ו בהא דככר זו היום קודש.

ובבית יעקב כתובות כ"ב ב' כתב דלאחר שהתירוה הב"ד עומדת בחזקת היתר כמ"ש רש"י ביבמות פ"ח ב' בד"ה ועשו והוי כאשה העומדת בחזקת פנויה ודאי דאין להעד הב' נאמנות להוציא מחזקה דאין ע"א נאמן להוציא מחזקה את"ד וכה"ג כתב תב"ש סימן י"ח ס"ק כ"ט דדבר שביד האדם בחז"ה אע"ג דלית ליה חזקה ברורה מתחלתו אין מוציאין היתרו כ"א בראיה ברורה כמו שאין מוציאין ממון מיד המחזיק לכן כשנאבד הסכין ורשאי לאכול ה"ל כמוחזק בידו בהיתר אין מוציאין אותו ממנו כ"א בראיה ברורה את"ד וק"ל א"כ למה כשהותרה בב"ד עפ"י אשה ואח"כ באו שני פסולי עדות ואמרו לא מת תצא כדאיתא ביבמות פ"ח ב' וקי"ז ב' הא כבר הותרה והיא בחזקת פנויה איך תתסר עפ"י שני פסולי עדות.

ואם נשאת לעד וכו' כדעת ראשונה הוא בירושלמי מימרא דר' יוחנן ודעת י"א דתצא משום דע"א בהכחשה ל"כ ומוכיח כן מדלא מוקי אביי מימרא דר"י בפ"ב דכתובות כ"ב ב' בכה"ג ולפימ"ש בסמוך בשם המרדכי במהא"ר סע"ד דאם עד ראשון נאמן מן התורה אם בא אח"כ עד והכחיש ליכא משום לזות שפתים עיי"ש ה"נ תליין השתי דעות בזה דלרמב"ם דע"א נאמן מדאורייתא ל"ח עד שני להכחישו רק לכתחלה ובסמוך אכתוב דאביי ס"ל דע"א רק רבנן הימנוה ולא קי"ל הכי דר"י גופא לא ס"ל הכי בירושלמי גם הדעת נותנת כיון דעד שאומר מת אנן סהדי דלא משקר כיון דעל"ג הוי כתרי לגבי השני שאומר לא מת דזה לא על"ג ודעת רמב"ן צ"ל כיון דמדאורייתא גם האומר מת לא מהימן רק מדרבנן קליש הימנותיה ומסתיין כשלא הוכחש מאחר ול"ל משום דנגד על"ג יש חזקת א"א וחזקת חי דכיון דניסת להעד ואומרים ברי שמת אין להוציא מחמת החזקות דחזקה אינו רק למי שמסופק וכמ"ש ר"י בתוס' פרק הא"ר צ"ג ב' בד"ה מאי חזית ומהרש"א שם פ"ח ב' ובח"ר קידושין דס"ו ופנ"י כתובות כ"ב ב' דכיון דאומרים ברי אין הב"ד זקקין מחמת החזקה.

הג"ה משום לזות שפתים ל"ת כן הוא בכתובות כ"ב ב' דאביי מתרץ הכי דברי ר' יוחנן ורמב"ם השמיטו ונ"ל משום דאביי אמר ע"א אומר מת המניה רבנן כבי תרי ואיתא במרדכי בפרק הא"ר סי' ע"ד משום דע"א לא מהימן מדאורייתא אסרו לכתחלה משום לזות שפתים ורמב"ם בהי"ג מה"ג לדעת תשב"ץ ונו"ב סל"ג ס"ל דע"א נאמן מה"ת וקשה דהא אביי קאמר בפירש המניה רבנן ונראה לפימ"ש בעצי ארזים סקי"א ובנוב"ת סי' קמ"ז דלר"נ דס"ל ביבמות דף צ"ב דנשאת עפ"י ע"א ובא בעלה פטורה מקרבן דהוי כעשה עפ"י הוראות ב"ד ע"כ ס"ל דע"א א"נ רק דרבנן הימניה הוי הוראות ב"ד אבל זעירי ורבא דס"ל התם דלא הוי עפ"י הוראות ב"ד וחייבת קרבן ס"ל דע"א נאמן מן התורה

עיי"ש א"כ נדחו דברי אביי דהלכה כרבא נגד אביי ועוד דאביי פירש כן דברי ר' יוחנן והרי בירושלמי בפרק הא"ר מבואר דר"י פסק דחייבת בקרבן וע"כ אביי לא ידע זה וא"כ לדידן לרמב"ם ליכא משום לזות שפתיים בע"א כשר שהעיד שמת והתירוה ואח"כ בא ע"א כשר והעיד שלא מת.

הבעל ברי"ו כתב הבעל שבא אינו מצטרף דנוגע בעדות ובעצ"א ס"ק קנ"ג הקשה הא גם לדבריו אסורה לחזור לו ומאי נוגע ואפשר מש"ה הגיה הרמ"א בנמ"י וברי"ו וכונתם הבעל שני שנשאה א"ד ולפימ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ד ס"ק כ"ח ושכן דעת הרמ"א שם בהלוה לי ברבית דחשוב נוגע אף דא"נ לעצמו מ"מ הוא א"י הדין ה"נ נוגע דכסבור דמותרת לחזור לו וגם תחויב להחזיר לו הכתובה וגם כשמודיעין לו אח"כ הדין ומ"מ עומד בדברו נוגע דעביד לאחזוקי דיבוריה ואינו דומה להא דקידושין ס"ו ב' באמר אני קדשתיה דנאמן ליתן גט משום חזקה דאא"ח ולא לו דהתם שהוא מתירו במעשה שנותן הגט נאמן משום החזקה כמ"ש הפנ"י שם וב"י בפ"ב דכתובות דכ"ג ולכן י"ל דמשום לאחזוקי דיבוריה לא עביד כולא האי להתיר א"א לעלמא במעשיו ועוד התם א"ל להודות דשקר אמר רק לא ירצה ליתן גט ומתורץ בזה קושית השע"מ בפ"ט מה"א הי"ב ולפ"ז כשבא אחד ואמר יודע אני הדין דאסורה לחזור לראשון ואין נאמן לומר אני בעלה שתחזיר לו הכתובה ומ"מ אני אומר שאני בעלה מצטרף.

שנשאת עפ"י אשה ובאו שתי נשים או פסולים של דבריהם בשו"ת רע"ק סי' קי"ג הקשה הא בב' עדים פסולין מדבריהם אף אם בא תחלה ע"א כשר הדין דתצא כיון דמדאורייתא הם כשרים והוי תרי לגבי חד והיא א"א גמורה וחייבים עליה מיתה וחטאת וכן הקשה בשו"ת נט"ש והוכיח מזה תרתי דס"ל לרמב"ם ע"א כשר נאמן מן התורה וחשוב כתרי וכשבאו אח"כ שני עדים כשרים אחר שהתירוה הוי כתרי ותרי מן התורה וכשנשאת להעד האומר מת וגם היא אומרת ברי שמת לא תצא עיי"ש ולריב"ש דס"ל כדעת הרמב"ם דע"א כשר א"נ רק מדרבנן הק"ל דהא הך לישנא שבש"ע מקורו ברמב"ם פי"ב מה"ג ה"כ.

ונ"ל דהנה ברמב"ם בפ"ד מה"א ה"ו כתב המקדש בפסולי עדות מד"ס צריכה גט ממנו מספק עיי"ש וטעם הספק משום דלהרי"ף אצ"ג רק הראשונים חולקים עליו או דמספ"ל כמ"ש תוספת בפ"ק דב"מ ד"ב בד"ה שובר כיון דלענין ממון תקנו דעבז"ל ל"פ גם לענין איסור ויש כח בידם לעקור דבר מה"ת והנה גם כאן דהימניה לע"א מדרבנן עקרו לקידושין דיש כח בידם וכמ"ש תוספת בפרק הא"ר דף פ"ח בד"ה מתוך וכ"ד רש"י בשבת דף קמ"ח וכ"פ דמשום דאפקיעהו רבנן לקידושין ותמה נמ"י שם ר"פ הא"ר דא"כ למה בניסת ובא בעלה אחיו של ראשון חולץ מה"ת ואחיו של שני מדרבנן עוד

הקשו למה הולד משני מותר מה"ת הא כבר עקרו לקידושין מראשון אפילו אם בעלה חי והמחוור כתירוץ האחרונים דעקרו לקידושי ראשון עפ"י ע"א על תנאי אם לא יתברר אח"כ ששקר העיד אף אם באמת חי ולפ"ז כשניסת עפ"י ע"א אפילו בעלה חי בהיתר נשאת בודאי רק אם נתברר אח"כ שבעלה חי לא נתקיים התנאי וא"כ בבאו אח"כ פסולי ד"ס ואמרו לא מת דהוא ספק אם עשאום חכז"ל כפסולי תורה ולא עדיפי מהעד כשר שהעיד תחלה דבעלה מת וניסת לו בהיתר ולא חשוב בירור כמו אם באו נשים ואמרו לא מת דלא תצא או עדיין נשארו בכשרותם מן התורה והוי כתרי כשרים לגבי חד הרי ספק בתנאי אם כה"ג נכלל בתנאי ולא נתקיים התנאי ומבואר בשו"ת רשב"א תתקע"ב במכר קרקע לחברו ובאו שני עדים שמכר בתנאי ולא נתקיים התנאי ושנים מכחישם ואומרים לא היה תנאי אע"ג דבתרי ותרי קי"ל דאוקי קרקע בחזקת מרא קמא שאני תנאי שלדברי כולם לוקח זה ירד ברשות וקנה אין מוציאין מידו אף דאין תפיסה בקרקע וכ"כ ריטב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סמ"ו וא"כ ה"נ דנשאת בהיתר אף דהיה בעלה חי ונולד לנו ספק ע"י פסולי ד"ס אם חשוב בירור דבעלה חי ולא נתקיים התנאי לא תצא ולפ"ז בבאו הע"א כשר ושנים פסולים מדבריהם בבת אחת נאמנים השנים דלא מת ולא הוי כמחצה על מחצה דכ"ז דלא התירוה ולא ניסת הוי הספק אם שנים הפסולים אינם פסולים רק מדבריהם ונשארו כשרים לפי ד"ת ואזי העד שאומר מת הוי חד נגד תרי ואת"ל דנפסלו לגמרי כמו מד"ת עדיין הוי רק כמע"מ וא"כ אם ניסת אח"כ אפילו לאותו עד תצא ובזה מדויק לשון הרמב"ם וש"ע דמעיקרא בניסת ואח"כ באו הפסולים פירש פסולים מדבריהם ומיד בדין באו בב"א כתב או פסולים אומרים לא מת הר"ז כמע"מ ולא כתב פסולים מדבריהם.

ואם נשאת לאחד מעידיה עב"ש גרס לאחד מעדים וכתב הלשון תמוה דהא ליכא כאן אלא ע"א ונ"ל דיש לפרש אפילו נשאת לאותו עד מהפסולים שאמר לא מת לא תצא דכיון דנשאה הרי חזר בו ממה שאמר תחלה לא וכמ"ש לעיל סי' וא"ו סי"ג על הב"ש ס"ק כ"ה כה"ג והבאתי ראיות עיי"ש וכיון דיש כאן הכחשה יכול לחזור בו ולומר מוטעה הייתי וכמ"ש בשעו"ש סימן כ"ט ס"ק ב' וגם ל"ל בזה שאנח"ד אפילו חוזר בלא אמתלא כמ"ש המל"מ פ"ט מה"א הכ"א מכתבי מהרי"א סימן רכ"ו וכ"ש כאן כיון דהיה הכחשה מיד תלינן דחד צד סנה בדדמי כיון שלא היו תרי ותרי עדים כשרים וכמ"ש בנתיבות סימן ל"א וכיון שזה שאמר לא מת נשאה הרי חזר בו ונהי דאין ראיה מזה רק דמה שהעיד מתחלה דלא מת היה בטעות אבל מ"מ אפשר דהוא אינו יודע אם מת אם לא ונשאה על סמך שהאשה עצמה וע"א כשר אמרו דמת מ"מ כיון דע"א כשר נגד הפסולים הוי

כמע"מ י"ל דמה שהאשה בעצמה אומרת ברי שמת נאמנת אפילו להנשא לאחר שאינו יודע אם מת הבעל דאינה בטלה נגד הפסולים ורש"י פירש בפרק הא"ר דף פ"ח ע"ב בד"ה ועשו דנאמנת על עצמה יותר מאלף פסולים ול"ד לדלעיל ברישׁ סעיף זה בעד נגד עד אף דאומרת ברי לי שמת תצא אם לא שנשאת להעד שהעיד לה שמת דהתם נגד עד כשר בטלה ואין בעדות אשה וכ"ש על עצמה שום הכרעה נגד עד כשר וכמבואר כאן סל"ח משא"כ בכאן דהאומרים לא מת פסולים וא"ש מה דבריש סעיף זה כתב דנשאת להעד שהעיד לה וכאן כתב לאחד מעדים או לנוסח שלפנינו לאחד מעידיה אלא הכונה כאן אפילו נשאת לאיזה מעידיה ואפי' הוא מן הפסולים שאמר מעיקרא לא מת וכן פירש הטו"ז לקמן סעיף מ"ב ס"ק כ"ח דאחד מעידיה היינו אפילו מאותם שהעידו לא מת ואף דרמב"ם וש"ע לא ס"ל כרש"י דנאמנת על עצמה יותר מכמה פסולים וכמבואר כאן בסעיף זה או שנשאת עפ"י עצמה ובאו שתי נשים וכו' מ"מ כאן דע"א כשר מעיד שמת בעלה ומכחיש הפסולים שמעידים דלא מת והן כמע"מ אזי י"ל גם לרמב"ם נאמנת להנשא לכל ונקט לאחד מעידיה לרבותא דאף דזה שהעיד לה דמת בעלה נשאה יש לומר דאגלאי מלתא דמש"ה העיד לה מ"מ לא תצא וכן אם נשאת לאחד מהפסולים שהעיד דלא מת יש רבותא אף דמעיקרא אמר לא מת ובפ' הא"ר פ"ח ב' אמר היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו מאה נשים כע"א דמיין וכו' אבל שתי נשים באיש אחד כפלגא ופלגא דמי עיי"ש ויל"ד חדא הא כבר אמר מאה נשים כע"א דמיין ועוד תחלה אמר כע"א דמיין וכאן שינה ואמר כפלגא ולפמ"ש י"ל דתחלה דמיירי באתא ע"א מעיקרא לא אכפת לן אפילו יהיו הנשים כע"א מ"מ כבר הותרה ע"י העד וחשוב כשנים ולבסוף קאמר בבאו בב"א דאם היה אומר כע"א דמיין אפילו באה האשה בעצמה או אחרת ואמרה דמת כמו הע"א לא מהני כמו בע"א אומר מת וע"א אומר לא מת דתצא אם לא נשאת להעד שאמר מת ומשום דע"א כשר נגד אשה כתרי עדים חשוב כדאמרינן בסל"ח אפילו הותרה ונשאת עפ"י אשה או עצמה ובא ע"א ואמר לא מת תצא אף דהותרה וחשובה ראשונה כשנים מ"מ האחרון הכביד לחשבו כבאו שני עדים ואמרו לא מת דתצא כשנשאת עפ"י ע"א כשר ולכן אין הכרעה מחמת האשה דמסייעת לומר מת נגד עד כשר ע"כ אמר כפלגא ופלגא דאזי אם תבא אשה לסייע לעד שאומר מת הוי הכרעה ותנשא גם למי שאינו יודע שו"ר בהגהות הגאון רעק"א ז"ל על סעיף זה והובא בפ"ת ס"ק קמ"ח העיר כן דבע"א כשר נגד ע"א כשר לא מהני צירוף אשה שאומרת ג"כ מת דלעולם אין ע"א כשר נדחה רק ע"י שני עדים כשרים משא"כ בפסולים המכחישים לע"א כשר שאומר מת מצטרפת אשה האומרת מת לע"א כשר. והוי כרוב ועייש"ה.

ובכתובות כ"ב ב' ת"ר שנים אומרים מת ושנים אומרים ל"מ אם נשאת ל"ת ורמבר"י אומר תצא אבל נשאת ואח"כ באו עדים לא תצא מכדי תרי ותרי כבתו הבא עליה באש"ת קאי אר"ש כגון שנשאת לאחד מעדיה היא גופה באשית באומרת ברי לי ערש"י לאחד מעדיה שאמרו מת ויל"ד פשיטא דאיך ה"א לאחד מעדיה שאמרו לא מת כ"ש דתצא ועכצ"ל כמ"ש כיון שנשאה חזר בו ונשאר רק חד שאומר ל"מ נגד תרי שאמרו מת ולשון אחד מעדיה י"ל כמ"ש הטו"ז דקאי נמי על זה שאומר לא מת ולכן שלל רש"י זה דא"כ מה פריך היא גופה באש"ת הא תו ליכא רק חד נגד תרי ועוד תקשי לרמבר"י דניסת ואח"כ באו עדים ל"ת דליכא לפרש שניסת לעד שאמר לא מת וחזר בו דהא בא אחר שניסת ובתוספת פחז"ה דף ל"ב בד"ה אנן הקשו אהא דנשאת ואח"כ באו עדים דל"ת הא בתרי ותרי מדאורייתא אית לן לאוקמוה על חזקת א"א וה"ל לצאת אף דנשאת לאחד מעדיה והקשה מהרש"א למה הקשו מנשאת ואח"כ באו עדים דרמבר"י הא גם מת"ק דמיירי בניסת אחר שבאו העדים קשה ולפימ"ש י"ל דמת"ק ל"ק די"ל שניסת להעדים שאמרו תחלה לא מת כיון דנשאה חזר בו והוי כאמר בפירש מוטעה הייתי ואה"נ כיון דנשאת ואח"כ באו עדים ע"כ מיירי שלא ניסת לאחד מהעדים שאמרו לא מת גם ת"ק לא מיירי בהכי ולכן הקשו תוספת קושייתם בכתובות מסתמא דברייתא אך כיון דכ"ז מוכח רק מדברי רמבר"י דאמר נשאת ואח"כ באו עדים ל"ת לכן הקשו בב"ב אהא דנשאת ואח"כ באו עדים.

סעיף לט

סל"ט לית אלא ברשות ב"ד וכו' עחמ"ח ול"נ משום דמדאורייתא צריך שני עדים כשרים רק רבנן התירו משום דיש להם כח בדבר שיש קצת טעם וסמך כמ"ש תוספת ביבמות בד"ה מתוך או דאפקינהו לקידושין משום דאדעתא דרבנן מקדש כפרש"י בשבת דף קמ"ה לכן צריך שיתירוה ב"ד בשעת מעשה וכדאיתא בב"מ נ פא"נ דף עי"ן דיהבינן בב"ד ופירש שם רש"י בפני ב"ד שיש להם כח להפקיר הרי דלא סגי במה שתקנו כבר רק צריך בית דין בשעת היתר שאז עושים ההיתר בכחם וגם אדעתא דרבנן מקדש היינו אם רבנן ישבו ויפקיעו הקידושין יהא נפקע ובזה מובן מ"ש תוספת בפ"ב דכתובות כ"ב ב' בד"ה א"ה דחשוב כב' בזא"ז בדרבנן כמו בדאורייתא בב"א וב"י שם כתב דתמוה דאין שום טעם בזה ולפימ"ש ה"ט דטרם שהתירוה ב"ד עפ"י העד אינו נאמן דאין דשב"ע פחות משנים ורק ע"י כח הב"ד שמתירין נתקבל עדותו כתרי והם אמרו דוקא אם ליכא עד המכחישו אז.

וב"ש והגהות טו"ז כתבו דצריך ב"ד שלשה משים דאיכא כתובה למשקל וגם חשוב כד"נ ולעיל סי' ט"ו סכ"ז כתב בית שמואל סק"כ דאין ע"א נאמן להעיד לאחד שמתה אשתו היכא דיש חדר"ג דכ"ד שהוא בחזקת איסור א"נ ע"א עכ"ל ונראה דמ"מ א"צ שלשה לקבל העדות כיון דליכא טעמא דכתובה וד"נ הוי רק כשאר איסור דכתבו הפנ"י בגיטין דף כ"ט ונתיבות סי' כ"ח סק"ז דבאיסורין אף היכא דצריך שני עדים סגי כשמעידין חוץ לב"ד ובגוף דברי ב"ש צ"ע דהא בירושלמי ר"פ אמר להם הממונה פניך האיך נאמן ע"א לומר האיר המזרח ומשני משום דעל"ג ועכצ"ל דס"ל דחשוב איתחזיק איסורא דלילה וכדאיתא בעירובין דף ל"ו באמר ככר זה היום קודש עיי"ש ולכן תמה האיך נאמן ע"א ומשני משום דעל"ג הרי דנאמן ע"א היכא דאיתחזיק איסורא אם על"ג וה"נ במתה אשתו על"ג ומ"ש הנו"ב בתק"ע סי' כ"ח דאין ע"א נאמן באיתחזיק איסורא אף דעל"ג מדאינו נאמן לומר נתגיירתי בב"ד פלוני כדאיתא ביבמות דף מ"ז לע"ד אינו ראיה דנהי דסברא דעל"ג לא אלים מחזקה מ"מ נשאר כעד אחד דעלמא דנאמן באיסורין כשלא איתחזיק איסורא והיינו כשהוא ודאי ישראל אבל באומר נתגיירתי דהוה ספק גוי אפילו תאמר אוקי החזקה ועל"ג זה נגד זה גם בלא חזקה אינו נאמן ועוד דזולת החזקה מעיד נגד רובא דעלמא שהם גוים ועוד כתבתי לעיל סל"ז דגבי גוי היכא דשייך בה ונוגע לא מהני סברא דעל"ג כדאיתא בגיטין דף כ"ח ע"ב אך ברמב"ם פי"ג מהא"ב ה"ז כתב בא ואמר נתגיירתי בב"ד של פלוני א"נ לבא בקהל עד שיביא עדים וכן הוא ביו"ד סי' רס"ח ס"י וקשה ליסגי בע"א כשר דהא על"ג ונו"ב סי' כ"ז הוכיח דנוגע כשר אם על"ג מהא דיבמות ע"ז בהא דעמשא שאמר מב"ד של שמואל דהלכה עמוני ולא עמונית אף דהורה לאחר מעשה והיה נוגע כמ"ש תוספת שם ומשום דעל"ג והקשה למה כשאמר נתגיירתי בב"ד פלוני א"נ אלמא דנוגע א"נ אף דעל"ג ובש"ש ש"ז פ"ו תירץ כיון דהיה בחזקת נכרי א"נ רק בעגונה ומסל"ת עיי"ש ותמהני איך לא הרגישו דמבואר ברמב"ם וש"ע דצריך עדים הרי גם ישראל שאינו נוגע לא מהימן וצ"ל משום דיש לדחות דאיירי שהעדים אין אומרים שנתגייר בב"ד פלוני אבל לא משמע כן ולכן נ"ל לפימ"ש ריטב"א בר"פ אם אין מכירין אף דע"א נאמן באיסורין דוקא במעיד על גוף האיסור ולא במעיד על האדם שהוא כשר ואינו חשוד דבזה צריך שני עדים להעידו ולפ"ז א"ש דבהך דעמשא שהעיד רק על ההלכה דעמוני ולא עמונית דע"א בעלמא נאמן רק התם חששו מחמת שאמר אחר מעשה לזה מועיל דעל"ג לא משקר משא"כ אם ע"א מעיד על גוי שנתגייר בב"ד פלוני נהי דעל"ג עומד נגד החזקה מ"מ גם בלא איתחזיק איסור להעיד על אדם צריך שני עדים כמ"ש הריטב"א אבל בשדנין על איסור דע"א נאמן כשלא איתחזיק איסור אזי

גם באיתחזיק נאמן כשמל"ג וכהך דירושלמי רפ"ג דיומא ומחנה אפרים הלכות עדות סי"ט הוכיח נמי מהטור ורמב"ם ומר"פ ראוהו ב"ד דלהעיד על אדם שהוא כשר צריך שני עדים.

סעיף מא

סעי' מ"א אם שנים עב"ש ס"ק קכ"ז אם אחד אומר ששמע מרבים עדיף מאחד שאומר ששמע מאחד ולא כחמ"ח דשקולים הם דבר זה מבואר בירושלמי פ"ק דנדה ה"ב אחד אומר שמעתי מפי שנים ושנים אומרים שמענו מפי אחד יפה כח האחד ששמע מפי שנים מכח השנים ששמעו מפי אחד עכ"ל וכ"ש אם אחד אומר מפי שנים ואחד אומר ששמע מפי אחד ואין שום סברא לחלק ולומר דשאני התם דמיירי לענין אם שמעו איזה הלכה דהא הכי נמי האמינו לעד מפי עד.

סעיף מב

סעיף מ"ב בהג"ה אם יצא קול ד"ז מפורש ביבמות דף צ"ב דאמר רב אשי לקלא ל"ח ופריך אי קלא דבתר נשואין האמרה ר"א חדא זימנא דאר"א כל קלא דבתר נשואין ל"ח לה מ"ד הואיל ואתאי לב"ד ושרינן לה כקלא דקמי נישואין דמי ותתסר קמ"ל פרש"י הואיל והוצרכה לבא לב"ד להתיר אלמא בחי הוה מספקינן ליה קודם נישואין והלכך כמי שיצא הקול מאותו שעה דמי קמ"ל וכל הראשונים לא הביאו ד"ז זולת רי"ו וב"י והג"ה זו בשמו.

ונ"ל דיל"ד דאיך ה"א כמי שיצא הקול מאותו שעה דהא בקרק האשה שלום קי"ז ב' תנן ע"א אומר מת ונשאת ובא אחר ואמר לא מת לא תצא נימא נמי כיון דאתאי לב"ד ושרינן לה כבא העד מקמי נישואין דמי הא קלא נמי היינו עמפ"ע פלוני שמע מפלוני ופלוני מפו"פ כדאיתא בגיטין דף פ"ט ולקמן סימן מ"ו ה"נ נימא כאלו אתי העד מקמי נשואין דאדרבה עד עדיף מעמפ"ע ואף אם נימא קלא חמיר היכא דחזקה מסייע לקלא כמו להעד וכמ"ש בית מאיר כאן היינו לענין לחוש אבל לומר כיון דאתאי לב"ד ושרינן לה כקלא דקמי נשואין דמי אין שום סברא לחלק דה"נ היכא דהעד האומר לא מת אוסרה להנשא כמו קלא נימא ג"כ אף דבא אחר נשואין כאלו כבר בא דמ"ש דאידי ואידי חד טעמא דהוי כנולד הספק מקמי נשואין וצ"ל דלפי המהו דתימא ה"א מה דתנן ונשאה ובא אחר דלא אתאי לב"ד להתורה אלא נשאה על פי העד שלא היה לבה נוקפה וכדמוקמינן שם דף פ"ח ע"ב ובכתובות בכ"ב ע"ב דאומרת ברי לי ופרש"י אלו היה חי ודאי היה בא ועיין לעיל סל"ט דנשאת בלא התרה ב"ד ובא ע"א אח"כ נמי לא תצא ולפ"ז לא היה קשה מה דפריך בדף קי"ז ע"ב שם לעולא טעמא דנשאת הא ל"נ תצא והאמר עולא כ"מ שהאמינה תורה וכ' די"ל במקום אחר כשבא ע"א מעיקרא והימניה

תורה הוא כב' רק הכא דאתאי לב"ד ושרינן לה הוי כאלו בא העד קודם וכאלו באו בב"א דמי ורק בנשאת מעצמה עפ"י העד אז לא תצא אבל כאשר גילה רב אשי אף דאתאי לב"ד ושרינן לה לא הוי כקלא דקמי נשואין ה"נ כשבא ע"א לאחר שהתירוה ונשאת ועכצ"ל תירץ הש"ס דל"ד נשאת אלא התירוה להנשא וכיון שהביאו כל הראשונים הך דהתירוה להנשא ובא אח"כ ע"א ואמר לא מת לא תצא מהתירה תו לא צריכין להך דלקלא ל"ח ורב אשי מעיקרא אמר זה בר"פ הא"ר דלקלא ל"ח וקמ"ל דלא הוי כקלא דקמי נשואין ואחר זה נמשך קושית הש"ס ותירוצו בפרק האשה שלום דף קי"ז ע"ב ומיושב בזה קושית התוספת ביבמות קי"ז ב' בד"ה הא דלאביי דמוקי בכתובות כ"ב ב' דר"י בע"א אומר מת והתירוה ובא ע"א ואמר ל"מ ל"ת ואם נשאת ל"ת דמה קמ"ל מתניתין הוא ביבמות שם ולפימ"ש י"ל דממתניתין ה"א דוקא כשנשאת בלא התרת ב"ד אבל כשבאה לב"ד להתירה הוי כבא עד שני מקמי שתתירוה ולפי מה דפליג רבא ורב אסי בכתובות ואוקמוה לדר"י באופן אחר לא נשמע סברת רב אשי מדר"י והוצרך רב אשי להשמיעני כזאת.

עוד נ"ל דמה שפרש"י כיון דאתאי לב"ד ושרינן לה כיצא הקול מקמי נישואין דמי כיון דהוצרכה לבא לב"ד אלמא בחי הוה מספקינן לה הוא מקושי ההבנה דאיך משום זה יהא כאלו הקול יצא אז ואדרבה כיון דב"ד שרי לה אם הוי איזה נדנוד ספק לא היו מתירין אותה דהא בשאל"ס דרובא מתים ואפילו בצו"מ דאם איתא דעלה קלא הוי ליה אין מתירין הב"ד אותה ונ"ל דרב אשי לשיטתו דבגיטין שם דף פ"ט ע"ב מחלק בין קלא דבתר נישואין לקלא דבתר אירוסין וצריך טעם דאם כפרש"י שם דבתר נישואין אם יגרש ראשון ההא אסורה לחזור לשני א"כ כאן אפילו קמי נשואין דתתסר לכ"ע יש להקל יותר ואם משום דלא להוציאה מחזקת בעלה ה"נ י"ל בארוסה ונ"ל כיון דחשש קלא רק מדרבנן לא חשו בתר נישואין דא"כ אתה משיאה ש"ר שנתקדשה מעיקרא לאחר ונשאת לזה באיסור א"א והרגה חששה תורה לזה כדאיתא בב"מ דף קט"ו ורבנן חששו דלא לחשוד כדאיתא בפרק הזהב דף נ"ח ודוקא נשואה דעבדה איסורא ולא חלקו בין נבעלה או לא כדאיתא לעיל סימן זיי"ן סי"ב שכל נשואה בחזקת בעולה ולכן ה"א כאן כיון דאתי לב"ד ושרינן לה הוי כאנוסה כדלקמן סימן זה סנ"ח אין לחושדה בפשיעה לכן כקלא דמקמי נישואין הוא ואפ"ת דאין זה טעמו של רב אשי דמחלק בין נשואה לארוסה מ"מ היה מקום לומר כן והוצרך לומר דה"נ הוי קלא דבתר נישואין ולכן אנן דקי"ל בגיטין דל"ש קלא דבתר אירוסין ל"ש בתר נישואין הו ליכא למטעי וממילא הוי בכלל דכל קלא דבתר נישואין ואירוסין ל"ח לכן השמיטוה כאן ובעצ"א כתב כיון דקלא

חמיר מע"א היכא דאין חזקה מסייע לע"א כמ"ש תוס' בכתובות דף כ"ו והכא החזקה מסייע לקלא לכן לא קי"ל הכא כר"א וגם בתר נישואין מפקינן לה ע"י קלא עיי"ש ולא נראה לדחות הלכה פסוקה בריי"ו וב"י ורמ"א והש"ס ואיך שתקו הראשונים מלומר דלא קי"ל כרב אשי ועכצ"ל דשאני הכא דחזקה דדייקא ומנסבא ומלתא דעל"ג לא משקרי מסייעו לעד שאמר מת עדיף מקלא וגם כשנשאה י"ל כבר הוחזקה בהיתר וכמ"ש לעיל מתבואות שור סימן ח"י וגם כיון דמעיקרא בא העד והותרה ונשאת ע"י הוי כשנים עדים מעידים לפנינו דמת ועדיף מקלא.

ובפרק הא"ר דף פ"ח ב' אמר ואבע"א כל היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו מאה נשים כע"א דמיין ופרש"י אפילו מאה נשים אתיין אחר שנשאת ואמרי לא מה וכו' ולא נפקא ולשמואל אפילו שתקה עיי"ש והרי בפרק המגרש דף פ"ט מבואר דלמ"ד דלא מבטלין קלא אפילו שמעו מפי נשים הוי קול עיי"ש פרש"י בד"ה מפי כשרים ובתוס' שם ושם ע"ב מבואר דלשמואל לא מבטלין קול וא"כ איך יתכן דאפילו אתיין נשים ואומרת דלא מת דלא תצא וכי ס"ד דע"י מאה נשים לא יהא קול גדול והברה בעיר ואף לפימ"ש מהר"ל מפראג הובא בב"ש סימן מ"ו סק"ה דזולת השנים צריך שיהא קול הברה בעיר היינו בשנים לבד לא חשוב קול אבל מאה נשים לא יתכן כלל שלא יחשב קול מצד עצמן ואם בכל העיר ליכא מאה נשים שמסיחין זה הוי קול וכשמאה נשים בעצמן אומרת שבעלה חי לא יצא קול זה אין הדעת סובלת אע"כ דאחר שנשאת ל"ח לקול וסתמא דש"ס אמר זה אחר דאמר רב אשי דלאחר שנשאת ל"ח לקלא ומוכח דהלכתא הכי ובהכי ניחא דבדף פ"ח ע"ב פירש"י אפילו מאה נשים אתיין אחר שנשאת ואמרי לא מת ובדף קי"ז ע"ב דאיתא נמי הך ואבע"א כל היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו ק' נשים כע"א ופרש"י והתירוה על פיו אלא משום דבדף פ"ח ע"ב קאי אליבא דשמואל דס"ל דקלא הוי גם עפ"י נשים וכמ"ש וא"כ לא משכחת האי דאפילו מאה נשים רק אחר שנשאת אבל בדף קי"ז סתמא דש"ס אמרה על המשנה ואנן קי"ל דמבטלין קלא ועפ"י נשים לא הוי קלא לכן אפילו רק התירוה להנשא עפ"י ע"א ואתו מאה נשים ואמרו לא מת בטלו לגבי הראשון.

סעיף מג

סמ"ג שוטה עיין בפ"ת לעיל ס"ג סקי"ג הביא פלוגתת אחרונים אם קטנה שקדשה אביה נאמן ע"א לומר שמת בעלה ד החוד חזקת דדייקא אמנם במבי"ט ח"ג סימן כ"ד מוכח דס"ל דגם בזה נאמן ע"א מדפלפל לענין קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה והעיד ע"א או בא כתב שמת אביה דחיישינן דאביה חי ונתרצה כיון דליכא משום עגונה הקילו

אפשר לא מהימן ע"א או כתב שמת וגם משום דחזינן דמיאנה בבעלה הרי סניא ליה ולא דייקא ולא חשש משום דבקטנה ליכא טעמא דדייקא והרי חתר למצוא ספקות להחמיר ולא כתב גם טעם זה.

בהג"ה אפילו י"ל עד שמת ל"מ בכה"ג בישרש יעקב דף קי"ז הקשה מהא דאר"פ בשבועות דף ל"ב הכל מודים בעד מיתה שחייב ופרש"י שיעיד לה כדי שתטול כתובתה ופירושו מוכרח דקרבן שבה"ע אינו בא רק על כפירת ממון ולריטב"א ונמ"י אין עא"נ בכה"ג ונ"ל דריטב"א ונמ"י לשיטתייהו דס"ל בר"פ הא"ר דע"א נאמן מה"ת רק הוצרך לטעם מתוך חומר וכו' דמה"ט לא החמירו חכמים וה"נ מלשון ריטב"א ונמ"י מוכח דכשאומרת תנו לי כתובתי לא הקילו חכמים אבל מדאורייתא נאמן וא"כ הא ס"ל לר"פ שם דף ל"א היכא דמדאורייתא מחזי חזי אלא דרבנן פסלוה חייב קרבן עיי"ש בתוס' אך בריטב"א ונמ"י ז"ל ומסתברא דה"ה אם הביאה היא ע"א לב"ד שמת בעלה והיא תובעת כתובה דאמרינן אדעתא דכתובה אתאי ולא שריא לה ואאת"ל דטעמא דע"א משום דלא משקר לא הקילו חכמים להאמינו בדשב"ע אלא משום עגונא ומתוך חומר שבסופה עכ"ל משמע דל"מ אם הטעם רק משום דמתוך חומר דייקא הכא די"ל דאינה רוצה להנשא ודאי אין עא"נ וא"כ מה"ת אין עא"נ כשתובעת כתובתה אך לעיל ס"ח הבאתי מהתשב"ץ דטעמא דעל"ג שוה להא דאר"פ בכתובות דף פ"ה דקי"ל בגוה מלתא היא וא"כ לר"פ דס"ל התם קרענא לשטרא אפומיה ה"נ במלתא דעל"ג נאמן ע"א גם בדשב"ע דאיתחזיק איסור דא"א דהא דבשב"ע וממון שוין דילפינן דבר דבר אלא לפי מה דמסיק התם קרענא ס"ד אלא מרענא דלא כר"פ י"ל דה"נ בעל"ג אין עא"נ נגד חזקת איסור א"א אלא משום דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א.

ועוי"ל דגם בהביאה ע"א ותובעת כתובתה אם יש שני עדים דבעלה טבע במשאל"ס ושהה עד כדי שתצא נפשו אם הביאה ע"א דהכיר אותו כשהועלה מן הים שזהו ומת אף דתובעת רק כתובתה נוטלת דהא בריש גיטין מבואר דגם בדשב"ע נאמן ע"א היכא דרובא מסייע לו כדאיתא התם רוב בקיאין הן ואפילו למאי דמסיק התם דסתם ספרי דדיינו מגמר גמירי ועדיף מרוב ה"נ במשאל"ס הוי כסתם ספרי דדיינא כמ"ש תוספת בע"ג דבכורות דף כ"ף ע"ב ורא"ש בהאשה בתרא ס"א וא"כ משכחת להך דר"פ בכה"ג.

עוד הקשה בישי"ע שם גם להב"י דפליג על הריטב"א מסיפא דר"ע דהכל מודים בעד מיתה דפטור דאמר לה לדידה ולא אמר לב"ד ומשום דא"צ שוב להעד דבעצמה נאמנת לומר מת בעלי ולא הפסידה כלום והרי כיון דעיקר תביעתה ע"כ הכתובה דאל"כ ל"ה כפירת ממון וא"כ היא עצמה א"נ עיי"ש ול"נ דלק"מ דמ"מ היא אפסדה אנפשה כיון

דהעד אמר לדידה דבעלה מת א"כ יכולה לבוא לב"ד ולומר בעלי מת והתירוני להנשא ואז היתה נוטלת ממילא הכתובה ועוד דנראה כשבאה לב"ד ואומרת מת בעלי א"צ ב"ד לשאול אותה מה מבקשת אם הכתובה או להנשא דבמשנה וגמרא וכה"פ לא נזכר זה וא"כ כשאמר לדידה תלך לב"ד ותאמר מת בעלי לבד וממילא יתירו לה הב"ד להנשא וליטול כתובה ויותר מזה כתב ריטב"א שם דאמר לדידה איהי דאפסדה אנפשה דלא הוי לה לספר לב"ד דשמעה מעד אחד אלא הוי לה לומר סתם מת בעלי ואזי היתה נאמנת ואיהי דאפסדה אנפשה בספת יתר שאמרה ששמעה מהעד עי"ש ועוד העיקר לע"ד אף דאין דעתה להנשא מ"מ רשאי להערים לומר התירוני להנשא כיון דיודעת האמת דהעד אמר לה שמת בעלה רק הב"ד אין מאמינין לה אם תובעת הכתובה ואין בזה משום מדבר שקר תרחק כיון דעושה כדי להציל שלה וראיה לזה מפ"ד דנדרים דנודרים למוכסין ופרש"י דאומר על פירות חולין שהם של תרומה או של בית המלך כדי להציל מן המוכס ובאו"ת סימן י"ב ס"ו סק"ח באורים כתב אם נתחייב שבועה ואין בדעתו לישבע אם יודע הנכון אתו מותר לו לאיים על חברו לומר אנכי אשבע כדי שיתפשר עמו להציל שלו עיי"ש וזה ממש כנידון דכאן שתאמר דדעתה להנשא כדי להציל כתובתה ועוד נראה כל מה דילפינן בפרק שה"ע דף ל"א דאסור לשנות משום מדבר שקר תרחק הוא רק משום הרחקה שלא ירגיל עצמו בכך לשנות בכה"ג גם כשלא יכוין להציל שלו וכעין שכתב הישי"ש בטעמא דגזל עכו"ם דאסור אף דראה ויתר גוים אלא משום שירחיק עצמו מן הכיעור ולא ירגיל את עצמו בגנבה וגזלה עיי"ש בפרק הגוזל בתרא ס"כ ובהכי דייקא מה דכתיב מדבר שקר תרחק דהיה די לומר לא תדבר שקר אלא לומר שיעשה הרחקה ולפ"ז כאן דאין דעתה להנשא ליכא חשש שתרגיל עצמה עוד בפעם אחר ועוד דגוף הענין לא שכיח שימות בעלה ולא נודע רק לע"א ויאמר לדידה ולא ירצה לומר לב"ד ובלא שכיח א"צ לעשות הרחקה וגם כיון שאין אחר מכיר בשקרה ליבא בזה משום כיעור ויותר מזה איתא בפרק האשה שלום קט"ז ע"ב ההיא דאתאי לב"ד דר"י אמרי לה ספדי בעלך קרע מאנך סתרי מזין אלפוה שקרא אינהו כרבנן ס"ל אמרי תעביד הכי כי היכי דלישרייה ומג"א סי' קנ"ו הביא מעירובין דף נ"א אם שמע דין ונראה לו שהלכה כך מותר לאמרו בשם אדם גדול כי היכי דליקבלי מיניה וא"ל דנשי לאו דינא גמירי דא"כ איך כתבו רמב"ן ור"ן דאפסדה אנפשה דלא ה"ל לומר בשם העד אלא לומר סתם את בעלי נימא נמי דסברה דלא נאמין לה כשלא תביא עד ועוד מבואר בש"ך חו"מ סימן ס"ו סקנ"ו דלא אמרינן אטו כולהו נשי דינא גמירי היכא דאינו מפורש בש"ס אפילו צריך לימוד גדול והובא ביד מלאכי ח"ג אות כ"ד.

סעיף מה

סמ"ח שמא משנאתה בצרתה עיין ב"ש וב"מ תמה על פרש"י בדף קי"ח בד"ה צערא דגופה שכתב ואפילו היא נשאת תמות נעשה וכו' נראה שמפרש דינא אף לבתר שנשאת אכלה הצרה בתרומה ולשון המשנה ודאי משמע כפרש"י ולהירושלמי זה תימא שהרי מעתה שיודעת שאין בדבריה כלום לגבי צרתה אף היא אומרת אמת ואיך תאכל הצרה בתרומה הא מה דאין מתירין הצרה להנשא אינו רק מדרבנן כדמשני הירושלמי דא"כ חזרה לקלקולא הראשון אבל מעיקר הדין ידעינן דמת ונ"מ בזה"ז לענין אם תפסי קידושין בצרתה עיי"ש ול"נ דלק"מ דמדאורייתא בלאו חשש תמות נפשו אין האשה נאמנת בדבר שבערוה וחזקת א"א רק משום עגונא הקילו רבנן ואפקינהו לקידושין מינה וכפרש"י בשבת דף קמ"ה ב' וא"כ בצרה דלא אפקינהו לקידושין מינם נשארה בחזקת א"א מדאורייתא ואוכלת בתרומה וירושלמי פריך מעתה שאין בדבריה כלום יתירו צרתה נמי משום תקנה אחר שנשאת המעידה ומתרץ דא"כ חזרה לקולקולא ולא שרי רבנן ממילא נשארה על ד"ת א"א גמורה.

סעיף מח

סמ"ח שמא היא שכרה אותו כן לשון הרמב"ם ותמהו הא הבעיא בש"ס טעמא דע"א משום על"ג ומהימן גם בקטטה או משום דדייקה ובקטטה ל"ד ולמה שבק הרמב"ם טעם זה וחידש טעם שלא נזכר בש"ס ובנו"ב בתק"ע סימן ז"ך הקשה אטעמא דע"א נאמן משום דדייקה מה מועיל עדות העד הרי בלי שום עדות אסורה וזה ע"א הוא ואף דהיא דייקה מ"מ אין לה ידיעה חדשה רק עדות העד ומה יועיל דיוקא דידה ותירץ דהעד ירא שתידוק הרבה ויתוודע לה שהוא חי ולכן לא משקר דעל"ג עיי"ש ולשון הרמב"ם בפי"ג מגירושין לא משמע הכי אלא משום דכשיבא הבעל לא יוכל להשמט אבל אם לה יתוודע עדיין יוכל להשמט ונ"ל דבירושלמי ר"פ ט"ו דיבמות פריך למשנה ראשונה שאין ע"א נאמן להתירה ובעצמה נאמנת לומר מת בעלי מה בינה לע"א ומשני ע"א חשוד לקלקלה והיא אינה חשודה לקלקל א"ע ונ"ל הא דלבסוף האמינו גם לע"א משום דדייקה אם אין העד שונאה ומיכוין לקלקלה דכמים הפנים לפנים וזה תוכל לדעת אם עברו דברים בינם לגרום שנאה וממילא ע"א נאמן כיון דנסתלק חשש זה וי"ל נהי דבעל"ג לא משקר מ"מ זה ל"מ בדבר שבערוה כמו בממון עחו"ת סי' למ"ד בהג"ה סי"ד ובעדות ערוה ילפינן דבר דבר מממון וה"ט משום דאיתחזיק איסור א"א אך בשלמא בממון י"ל קנוניא עשה עם הבע"ד משא"כ באיסור אא"ח ולא לו עומד נגד חזקת איסור וממילא נאמן משום דעל"ג ובתשב"ץ ח"א ענין ע"ז כתב הא דע"א א"נ דחששה תורה דבע"ד שכרו עיי"ש וא"כ כאן דהאשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי משום חזקה דלא תקלקל עצמה

בחומר שהחמירו עליה אם יבא בעלה ממילא גם ע"א יהא נאמן דליכא חשש ששכרתו ועכצ"ל דחשוד לקלקלה ומה דאיתא בקידושין דנאמן ליתן גט משום דחזקה אא"ח ולא לו שא"ה כמ"ש פנ"י וב"י דהוא במעשהו מתירה ולפ"ז קשה מה מבע"ל בקטטה שמא טעמא דע"א משום דדייקה ומנסבא והכא ל"ד הא כאן דכבר אמרה גרשתני בפני פו"פ ובאו פו"פ והכחישוה הרי רצונה לקלקל עצמה וליכא חשש דהעד משנאתו אותה רוצה לקלקלה ממילא יהא העד נאמן בלאו דיוקה דידה ע"כ כתב הרמב"ם דכאן י"ל ששכרתו ולפ"ז א"צ לדוחק שנדחק הרא"ש דלהכי לא מהני טעמא דעל"ג דע"י שבר משקר גם בעל"ג אלא דבלא"ה על"ג לבד לא מהני נגד חזקת איסור א"א רק בצירוף חזקה דא"א חוטא ולא לו שעומד נגד חזקת א"א וזה דוקא היכא דחזקה דאינה מקלקלת א"ע ודייקא מלהנשא כשיש ספק אם מת אז ליכא חשש דשכרתו או דמעיד לקלקלה אבל אל"ה כשמסופקת אם מת יש חשש דשכרה עד או דאינה מדייקה אם מיכוין לקלקלה.

ובזה י"ל הא דאיתא ביבמות דף קכ"א בעובדא דטבע בדגלת ואנסבה רבא אפומא דשושבין דעמד בספר הישר לר"ת מה נ"מ אם היה שושבין ובח"ר דף קט"ו ובמלחמות שם הקשו הא ע"א במלחמה בעיא בש"ס שם ורצה הש"ס לפשוט דנאמן ודחי רבא ומים כמלחמה כדאיתא התם ואיך אנסבה רבא עפ"י ע"א ולפימ"ש א"ש דהבעיא במלחמה אי טעמא דע"א נאמן משום דעל"ג או לא סגי בהך טעמא לחוד משום דע"א חשוד לקלקלה וצריך לטעמא דהיא דייקה ובמלחמה לא דייקה וכ"ז בסתם עד אבל שושבין הא תנן בפז"ב האוהב זה השושבין וסתמא אין חילוק בזה בין בעל לאשה ועוד גם לבעל אם חי מקלקל דתתסר עליו וא"כ ליכא חשש חשד לקלקלה ממילא ע"א נאמן והא דפסק רמב"ם דע"א במלחמה נאמן לאו מכח הוכחה זאת דרבא אנסבה אלא מכח שאר הוכחות שהובא במלחמות, שם.

והה"מ רפי"ג תמה על הרמב"ם דהא הוא סבר דע"א מהימן משום דעל"ג כמ"ש סוף הפרק וא"כ אפילו תנשא ועוד מאין הוציא טעם דשמא שכרה אותו שכתב כיון שלא נזכר בגמרא והרא"ם תמה דיותר יש קושיא דאדרבה בגמרא מבואר דאם הטעם משום דעל"ג ה"נ מהימן ולא מבעיא רק שמא הטעם דמהימן משום דדייקה ולא משום דשמא שכרתו ולקושית הה"מ הראשונה נ"ל דטעמא דבעלמא אין ע"א נאמן י"ל כמ"ש תשב"ץ ח"א בענין ע"ז דשמא בע"ד שכרו ובירושלמי הנ"ל אמר דחשוד לקלקלה ואינו סתירה להתשב"ץ דבעד מיתה ליל שמא שכרתו כיון דבעצמה נאמנת משום חזקה דאינה מקלקלת עצמה תו ליכא חשש דשכרתו אבל מ"ש הפנ"י ריש גיטין ונתיבות סימן ל"א דטעמא דע"א אינו נאמן מחשש בדדמי זה נסתר מן ירושלמי זה דא"כ מה מקשה מ"ש

ע"א מהאשה בעצמה דבשלמא האשה בעצמה דייקה ול"ל דאמרה בדדמי דעלה רמיא יותר לדייק שלא תעשה איסור וכמ"ש פנ"י בריש גיטין לענין וספרה לה והנה בעד מיתה כיון דליכא חשש דשכרה אותו דחזקה דאינה מקלקלת עצמה וכמ"ש הרמב"ם נמי בפי"ב מה"ג א"כ נשאר רק חשש דחשוד לקלקלה א"כ שפיר כתב הרמב"ם בס"פ י"ג דאינו משקר כיון דעל"ג אף דאינו ודאי עשוי להגלות דשמא לא יבא בעלה מ"מ ממ"נ אם לא יבא הרי אינו מקלקלה דל"ת מזה ומזה ואם יבא הרי יגלה קלונו שהעיד שקר משא"כ זו שהוחזקה שקרנית דאמרה גרשתני בפני פו"פ והוכחשה ולא חיישה לקלקל עצמה דיש חשש שמא שכרה העד ל"ל דלא משקר משום דעל"ג כיון דאינו ודאי עשוי להגלות וקרוב לשכר ורחוק מהפסד.

אך למה אור הבעיין בע"א בקטטה טעמא דע"א מהימן משום דבעל"ג לא משקר ה"נ לא משקר א"ד משום דדייקא והכא ל"ד הא אפילו מהימן משום דעל"ג שאני בעלמא דאינה חשודה לקלקל א"ע ואז החשש דרוצה לקלקלה א"כ אזי ודאי על"ג ומע"כ משא"כ כאן ונראה דלר"ח דס"ל משום דמשקרה אה"נ דהוי מ"ל הכי אך לרב שימי דהחשש דאמרה בדדמי ולא משום דמשקרה עיי"ש בתוספת אם כן ל"ל משום שמא שכרתו וכ"כ בעצ"א דהבעיא לרב שימי דל"ל שמא שכרתו ולפי דרכי י"ל דלהכי בעי לרב שימי דאם היה מפרש הבעיא לר"ח דהכא ל"ל משום דעל"ג א"כ כיון דלא אתמר הלכתא כר"ח או כרב שימי היה ס"ס לקולא שמא כרב שימי וה"נ ודאי שייך טעמא דעל"ג ואת"ל כר"ח מ"מ אפשר גם בעל"ג כי האי דליכא ממ"נ מ"מ לא משקר דשמא יבא ויתברר שקרו ולא יעשה כזאת במחיר כסף לכן בעי גם לרב שימי וכ"ש דלר"ח יש להסתפק ול"ל דלר"ח דטעווא דמשקרא לא מבעיא ליה דודאי כאן ל"ש טעמא דעל"ג דא"כ למה מסיק תיקו הא הוי ס"ס לחומרא שמא הלכה כר"ח וכאן י"ל דסכרה אותו בלתי ספק דל"ד הך על"ג לדעלמא ואת"ל כרב שימי עדיין שמא הא דע"א נאמן משום דדייקה והכא לא דייקה אע"כ דבין לר"ח בין לר"ש מבעיא ולכן כתב הרמב"ם דאם נשאת ל"ת כיון דיש לה ע"א ומה דלא סגי ליה לרמב"ם לומר דאין ע"א נאמן משום דלא דייקה כמו שאמר הש"ס לרב שימי הוא משום דפסק בס"פ י"ג וגם בע"א במלחמה הטעם דעל"ג ועכצ"ל דכאן החשש דשכרה אותו וליכא ממ"נ הנ"ל ואף דלדידן דקי"ל הטעם דעל"ג יש ס"ס לקולא שמא כרב שימי דגם כאן ליכא חשש דמשקרה במזיד ושכרה את העד ואת"ל כר"ח דכאן יש חשש דמשקרה מ"מ שמא גם כאן לא משקר העד דירא גם מספק על"ג מ"מ ס"ל לרמב"ם דס"ס ל"מ להשיאה לכתחלה וכמ"ש הפנ"י בקו"א לכתובות וכמה אחרונים ואפילו לחכמי ספרדיים דמתירין בעגונה משום ס"ס ה"ט דחזקה דדייקא מרעא לחזקת

א"א עיין נו"ב סי' מ"ג אבל כאן דלא דייקה ל"מ ס"ס להתירה לכתחלה ואם נשאת ל"ת משום דיש ס"ס ומיושב קושית הטו"ז כיון דהיא ספקא דאורייתא למה לא תצא.

וכ"כ בכנה"ג בהגב"י אות צ"ו מקו"ע למהרח"ש דבס"ס אם נשאת ל"ת אף די"ל כאן גרע דליכא כלל חזקה דדייקה ומנסבא מ"מ חזינן דמחלק בס"ס לענין לכתחלה ודיעבד ולפימ"ש יש ראיה דמהני כאן הס"ס דאם נשאת ל"ת דהא מה דעושה הבעיין הבעיא לרב שימי משום דאם היה עושה הבעיא רק לר"ח היה ס"ס לקולא וכמ"ש ואם נימא דגם לענין דיעבד לא מהני ס"ס היה לו לעשות הבעיא לר"ח כיון דלחומרא קי"ל כר"ח וגם למסקנא דש"ס הוי הטעם דע"א נאמן משום דעל"ג לא משקר א"ו דלענין דיעבד מועיל ס"ס לכן מבעיא גם לר"ש אבל לא חש הבעיין דנימא לר"ח נאמן דזה אינו דפשוט יותר לר"ח דשמא שכרה אותו דהא קי"ל שונא כשר לעדות כדאית' בפז"ב ולא חשוד דמחמת שנאה יעיד שקר רק בעדות אשה משא"כ אם יש חשש דשכרתו דהיכא דיש צד נגיעה גם בעלמא פסול וגם באין ידיעה צד נגיעה הטעם פסול עד אחד בעלמא דשמא שכרו הבע"ד כמ"ש תשב"ץ ובכמה דוכתי ומהם בפ"ק דב"מ דף י"ג חיישינן לקנוניא ועוד כיון דלרב שימי דשוה, העל"ג דכאן לשאר על"ג כיון דלא חשודה לשקר במזיד ולשכור עד מ"מ מבעיא אם סמכינן על טעמא דעל"ג כ"ש לר"ח דהוחזקה שקרנית ויש חשש דשכרתו דאין העל"ג חזק כעל"ג דעלמא וכמ"ש והה"מ הרגיש די"ל מה דלא אמר הש"ס טעמא דשכרתו רק טעם אחר משום דרצה לעשות הבעיא גם לרב שימי לכן הקשה רק דלא נזכר חשש דשכרה אותו בש"ס:

ורשב"א הקשה אם היא הוחזקה שקרנות כל ישראל מי הוחזקו ליטול שכר להעיד שקר ונראה דכונתו מדאמרינן הכי בכתובות דף ל"ו ע"ב וגם בגיטין דף ס"ו דמעשה לא עבדי ע"י שכר להעיד שקר אבל אין משם ראיה כלל דהתם בשני עדים אמרינן הכי ולא בעד אחד תדע דהא בירושלמי אמר דלמשנה ראשונה לא האמינו ע"א דחשוד לקלקלה מכ"ש דיש לחוש דמעיד מחמת שכר.

ובטו"ז כתב דרמב"ם למד זה מגיטין ס"ז ע"א דחיישינן שתשכור עדים היכא דרק דיבורא אמרי ולא עבדי מעשה וכתבו תוספת שם דהיכא דלא נגמר ע"י העדאת העד שתנשא לשוק הוי רק דיבורא וה"נ העד סומך שלא תנשא עד שתידוק ולכאורה תמוה דהרי הכא הוחזקה שקרנית שאמרה גרשתני בפני פו"פ ונמצא שקר ואפילו לרב שימי לא דייקה וצ"ל די"ל מה שאמרה גרשתני לא רצתה להנשא באיסור רק להפקיע א"ע משיעבודה לבעלה אלא דהב"ד חוששין שמא רצתה גם להנשא באיסור ואפשר העד לא יחוש לזה דהשוחד יעור.

והב"ש בס"ק ק"ם כתב אף דבזה"ז א"נ לומר גרשתני מ"מ אם ליכא עדים המכחישין אותה נאמנת לומר דמת בעלה ותפסו עליו הב"מ ושאר אחרונים דהא בש"ס פריך אשמואל דאמר ה"ד קטטה דאמרה לבעלה גרשתני והא ארה"א דנאמנת דחזקה אינה מעיזה הרי דאם לא היתה נאמנת גם בלא הוכחשה תו לא מהימנה לומר מת בעלה ונראה דבלא הוכחשה י"ל ס"ס שמא לא רצתה להנשא באיסור רק להפקיע א"ע מבעלה דחזקה דדייקה ומנסבא וחזקה דאינו מקלקלת א"ע לישב באיסור עם בעלה שני כל ימיה כמ"ש רא"ש שילהי נדרים ועוד ספק שמא האמת אתה דגרשה ולחכמי ספרדים מהני ס"ס בעגונה אך אם חזקה דאינה מעיזה ל"מ באיסור א"א אף דחזקה דאתיא מכח סברא היא ורובא לא מעיזין ועדיף מחזקת א"א שהיא רק חזקה הפוסקת משא"כ חזקה דאתיא מכח סברא הוא מחמת רוב כמ"ש בתה"ד סי' ר"ז א"כ גם ס"ס לא מהני דמעליותא דס"ס רק דהוי כרוב כמ"ש בשו"ת רשב"א ופר"ח סי' ק"י אבל למסקנא דאהני סברא דחזקה אינה מעיזה להוציאה מחזקת א"א ה"נ מהני ס"ס ואפילו לפוסקים דאין מתירין עגונה בס"ס שאני הכא דבשלמא בשאר ס"ס כמו דאין מוציאין ממון בס"ס וברוב כן ל"מ להוציא מחזקת א"א כמ"ש החוו"ד סי' ק"י וב"י בכתובות דף כ"ג משום דילפינן דבר דבר מממון דצריך דבר ברור אבל כגון זו דיש חזקה שאינה מפקיע עצמה מתחת בעלה להיותה באיסור א"א כל ימיה כמ"ש הרא"ש בפסקיו שילהי נדרים ומבואר בהרז"ה ומלחמות רפ"ב דכתובות דרובא וחזקה מועיל להוציא ממון וא"כ ה"נ מועיל ס"ס וחזקה להוציא ממון או להוציא מחזקת א"א וכ"ז אחר שחידש רה"מ דמשום חזקה דאינה מעיזה מתירין אותה להנשא דהיא ג"כ משום דחזקה דאינה מעיזה ברובא דעלמא ועם חזקה שכתב הרא"ש מהני אבל לס"ד גם ס"ס ל"מ ובזה מתורץ מה שהקשה הב"מ כאן ובשו"ת רע"ק סי' ק"ל מה פריך וליהמנה מדרה"מ נימא דאמרה גרשתני ותן לי כתובתי דא"נ לפ"ד הרא"ש או באמרה שלא בפני בעלה ולפימ"ש א"ש דאחר שידענו דרה"מ מהני נמי ס"ס א"כ אמרינן שמא לא היתה בדעתה להנשא לאחר רק ליטול הכתובה או להפקיע את עצמה משעבודו ועוד ספק שמא באמת נתגרשה ונראה דזה טעמו של רב שימי דלא חייש דמשקרה אף דהוחזקה שקרנית שאמרה גרשתני בפני פו"פ ובאו והכחישוה כמו שהקשו תוספת שם אלא די"ל שלא היה בדעתה להנשא לאחר ולישב תחתיו כל ימיה באיסור א"א רק רצתה להפקיע א"ע משעבודו א"כ אין לחוש שמשקרת באמירת מת בעלי, ותנשא באיסור רק כיון דהוחזקה שקרנית להפקיע א"ע מתחת בעלה ל"ל דדייקה מחמת חומר דתצא מבעלה ראשון כשיבא בעלה דזה רצונה ועוד הוי ס"ס שמא האמת דנתגרשה היכא דלא הוכחשה ואת"ל לא נתגרשה מ"מ אפשר מת בעלה

דנהי דאינה נאמנת מ"מ אפשר מת ובכנה"ג שם כתב מהתומת ישרים וראנ"ח ומהרי"ט דל"מ ס"ס בעגונה דהכל רק ספק אחד אם בעלה מת וזה ל"ש כאן דהס"ס אם נתגרשה או מת וכמה נ"מ בינייהו ובשו"ת רע"ק שם כתב דדברי הב"ש בעצמן מוקשה כיון דאין מתירין אותה באמירתה גרשתני וחוששין לשקרא למה תהא נאמנת לומר מת בעלי הא אם נידון דשיקרה במה דאמרה גרשתני ממילא תשקר לומר מת בעלי כמו דאמרינן בהוכחשה בעדים דהא להצד דלא נתגרשה והיא רצתה להפקיע עצמה בשקר שוב א"נ במת בעלה ולפימ"ש לק"מ דמ"מ הוי ס"ס ועוד לפימ"ש תוספת בפ"ק דב"מ דף וא"ו בד"ה סמ"י דבגזלן ודאי או כופר בפקדון שהוכחש בעדים אמרינן כיון דחשוד אממונא חשוד אשבועה ולא תלינן בסת"י משא"כ כשלא הוכחש נאמן בשבועה וכ"כ סמ"ע סי' צ"ב סק"י וא"כ ה"נ אף דלהצד ששיקרה במה שאמרה גרשתני אין לפוסלה מנאמנותה על מה שאומרת מת בעלי והתירוני להנשא דיש לתלות שלא רצתה להנשא להיות יושבת עם השני באיסור א"א כל ימיה רק רצתה להפקיע עצמה מבעלה ועתה לא תנשא באיסור משא"כ בהוכחשה בעדים לא תלינן בשום דבר להכשירה.

במלחמה ובסיפא כתב על מטתו והדיוקים סתרי לענין מת סתם וכתב חמ"ח דאין נפקותא דבלא"ה צריך לשאול סבת המיתה כדלעיל ס"ה ולע"ד נ"מ כשאמרה מת ונשאת דאין עוד לשואלה דאפילו תאמר מת במלחמה א"נ דשמא ענ"ב וגם כשתאמר מת על מטתו אפשר כיון דכבר נשאת ליכא תו חזקה דדייקא מתוך חומר דאם יבא בעלה ודאי תתסר עליו אפילו עכשיו תצא מזה וא"כ י"ל דכשבאה ואמרה סתם מת אף דידוע מלחמה בעולם מ"מ אטו רובא דעלמא תוך המלחמה א"כ י"ל בעלה מרובא דעלמא פריש ומת דכל מעשה שינוי הוי פירש כמבואר בבינת אדם שער הקבוע סימן יו"ד מהגש"ד ושו"ת מהרי"ל סי' קס"ט אלא דלכתחלה ל"ת כמו במשאל"ס דלא סמכינן לכתחלה על הרוב אבל בדיעבד כשנשאת לא תצא לכן ברישא דוקא אם אמרה מת במלחמה אינה נאמנת וכאלו ליכא עדות כלל ותצא ובסיפא דנאמנת ותנשא לכתחלה הוא רק באמרה על מטתו וכ"כ בעצ"א לתרץ הדיוקים רק מטעם אחר.

סעיף מט

סמ"ט לא הוחזק מלחמה בש"ס איבעיא להו מי אמרינן מ"ל לשקר והקשו תוס' א"כ גם בידוע מלחמה נהימנה במגו דאמרה מת על מטתו וע"כ דלא שייך מגו דלא חשודה לשקר ונ"ל דאף דאומרת מחמת אומדנא ואין ברור לה בודאי שמת אלא מתאוותה להנשא אומרת דודאי מת מ"מ ל"ל מגו שתאמר מת על מטתו דזה יודעת דודאי שקר ואין רצונה לומר דבר שודאי שקר אלא לומר מה דאינו ודאי שקר אבל לשתוק י"ל מגו דאם

איתא דאין ברור שמת רק מעלימה ספיקה ואומרת שמת ואינה אומרת דברים כהוייתן דמחי ליה בגירא והניחתו משום דיראה שהב"ד לא יתירוה א"כ יותר הוי לה לשתוק והס מלהזכיר שיש מלחמה בעולם לכן הבעיא רק דמ"ל לשקר דאי בעי אמרה שלום בעולם דודאי זה לאו דוקא דצריכה לומר דשלום בעולם כמו שהוכיח הנ"י והובא בב"ש ס"ק ק"נ דא"צ לשאול אותה אם שלום בעולם אבל מגו דאי בעי אמרה מת ע"מ אינו מגו דאינה רוצה לומר דבר שהיא ודאי שקר ולפ"ז אם ע"א או פסולים אמרו שיש מלחמה בעולם דנסתפק בח"ט אם זה ג"כ בספק הבעיא עיי"ש ולפימ"ש בזה ודאי אנו צריכים לשאול אותה אם יש מלחמה בעולם דנהי דנאמנת להכחישם מ"מ בלא הכחשה יש לנו ספק שמא מלחמה בעולם ולכן ודאי הוי מגו בדדמי ואינו מגו.

ובחידושי רמב"ן כתב מי אמרינן מ"ל לשקר מרע חזקה והא אפילו במתניתין שהוחזקה מלחמה בעולם אי בעיא אמרה מת ע"מ א"נ קברתיו והיא מותרת ואעפי"כ כי אמרה מת סתם לא תנשא ואיכא דאמרי שא"ה שהוא צריכה לפרש אבל כאן שהסתם מתירתה אין פירושה אוסר אותה דאמרינן מ"ל לשקר אי בעיא שתקה עכ"ל ואולי כונתו לטעם שכתבתי או דס"ל מגו ל"מ בדבר שבערוה כמו דל"מ להוציא ממון דילפינן דבר דבר מממון וכמ"ש בית יעקב בכתובות דף כ"ג רק הפה שאסר עדיף משאר מגו.

ועיין נתיבות סימן ע"א ס"א סק"ד או משום דהש"ס מספ"ל אי מ"ל לשקר מרעא לחזקה דאמרה בדדמי ס"ל לרמב"ן דה"ד בהמה שאסר משא"כ בשאר מגו ועכ"פ ה"ד היכא דא"צ לשאול אותה אם יש מלחמה אבל כשיש ע"א או פסולים דמלחמה בעולם אזי צריכין לשאול אותה ולא הוי הפה שאסר.

ועתוס' שם הקשו אהא דר"פ כל הנשבעין אמרינן מגו דל"ש אף דבעה"ב טרוד בפועליו ואומר בדדמי ולע"ד מדאמר התם דעקרוה רבנן לשבועה מבעה"ב ושדיוהו על השכיר ולמה לו לומר דעקרוה מבעה"ב כלל וצ"ל דמשום כדי חייו או משום דטרוד לא הוי מתקני שישבע שכיר ויטול כיון דלאו ודאי אומר בדדמי אלא משום דבלאה"נ יש ספק האמת עם מי עם השכיר או הבעה"ב והיה ראוי לתקן שישבע הבעה"ב לכן משום דטרוד תקנוה אשכיר ולכן כשי"ל מגו דלא שכרתיך דאזי לולא טעם דטרוד בעה"ב מהימן די"ל מגו וא"צ לתקן להטיל עליו שבועה לכן משום חשש טרדא לבד לא תקנו להוציא ממנו ממון ע"י שבועת שכיר כיון דהרבה פעמים יודע היטב אם פרע אף דטרוד והוא צווח דיודע בבירור.

סעיף נ

סעיף נון בא ע"א בש"ס בעי אי ע"א במלחמה נאמן כיון דהאשה לא דייקה ופשיט לה משני ת"ח שהיו בספינה וטבעה הספינה והתיר רבי נשותיהם עפ"י נשים ופריך ותסברא משאל"ס הוא אלא דאמרי אסקנהו קמן וחזינהו לאלתר ואמרי סימנים ודעת תוס' ורי"ף דהבעיא אם ע"א משקר והקשה ב"ש לעיל ס"ק מ"ג א"כ מה דחי דאמרי סימנים אכתי יש לחוש דמשקר ונראה דהא בירושלמי ר"פ האשה שלום אמר הטעם דמשנה ראשונה דע"א אינו נאמן דמ"ש מהאשה עצמה ומתרץ דע"א חשוד לקלקלה והיינו שיבא בעלה אחר שתנשא ותצא מזה ומזה וא"כ בידוע שנטבע במשאל"ס דלא שכיח שיהא נמלט כמ"ש הרא"ש ותוס' בבכורות דף כף אלא דחכמים החמירו דלכתחלה לא תנשא א"כ ל"ל דהעד משקר כדי לקלקלה כיון דל"ש שנמלט ויותר מקולקלת בשלא יעיד לה דאסורה להנשא ודאי ועוד הא בריש גיטין ב' ע"ב אמר כיון דרוב בקיאין נאמן ע"א גם בדשב"ע והתוס' ורא"ש מדמין משאל"ס להתם דסתם ספרי דדייני מגמר גמירי משא"כ ע"א במלחמה אטו רוב העולם נהרגין אפילו בקשרי המלחמה ויש חשש דמשקר לקלקלה וא"כ מה רוצה ש"ס לפשוט מעובדא דח"ה אך להס"ד דלא העידו הנשים על ראותן אחר העלאה וס"ד דלא נודע שטבעה הספינה עם הת"ח בלתי עדותן ובהו דידוע דטבעה הספינה מ"מ אולי הת"ח לא טבעו והנשים העידו דגם הת"ח טבעו או דלא נודע כלל בלתי הנשים ומה דאמר דמים כמלחמה היינו דהאשה של הנטבע לא דייקה אף דא"י מהטביעה זולת העדות מ"מ כשיחקרו אחר עדים ויהא נודע להן שנשברה הספינה או טבעה תו לא תדייק אם בעליהן נטבע כמ"ש במלחמות ד' ובחידושי רמב"ן בר"פ האשה שלום וא"כ דמי למלחמה דכיון דלא נודע שטבעו ושהיו כדי שת"נ אין רובן למיתה ומשני דהעידו דאסקוהו וכו' דאין עדות הנשים רק על ההעלאה אבל הטביעה היה ידוע בלא"ה ולכן ע"א או נשים נאמנין.

ולכאורה לפ"ז י"ל מה דמנסבה רבא לדביתהו בהאי דטבע בדגלת עפ"י שושבין אף דרבא גופא דחי דלא למפשט דע"א נאמן במלחמה כמו שהקשה הרמב"ן ולפימ"ש י"ל דהתם היה ידוע דבעלה נטבע זולת השושבין אלא דהרי"ף כתב דהבעיא דע"א במלחמה איפשט מדגלה וצ"ל דס"ל דע"כ מיירי התם דלא היה עדות שהנטבע בדגלת היה בעלה זולת השושבין שהכירו דאל"כ איך רצה למפשט התם דריב"ב לקולא פליג דמעידין אחר ג"י נימא שאני עובדא דדגלת דהיה עדות דבעלה נטבע במשאל"ס דאינו רק חומרא דרבנן דלא תנשא לכתחלה לכן סמך רבא אהכרת השושבין גם אחר ג"י.

אם אמר קברתיו הרי"ף כתב כן דבלא קברתיו אפילו בשני עדים יש לחוש דאומרים עפ"י אומדנא ובח"ר ר"פ הא"ש הקשה מדס"ד למפשט ממעשה דשני ת"ח שטבעה הספינה והתיר רבי נשותיהם עפ"י נשים ומאה נשים כע"א והוי ס"ד דלא אסקינהו דבעדות טביעה לבד הימננהו ועדות טביעה כמת סתם במלחמה דמי אלמא דבמת סתם מבעיא להו ועוד מדאמר נשים כע"א דמיא משמע דבשנים כה"ג לכ"ע מהימנו וראב"ד הקשה מההיא דטבע חסא דאנסבה דביתהו וקאמר משום דמשאל"ס הוא דוקא דיעבד הרי במשיל"ס אפילו לכתחלה ול"צ לומר קברתיו ובענייי לא ידענא מה ק"ל דבמלחמה בלא קברתיו יש חשש דנתעלף ואמר בדדמי שמת לכן צ"ל קברתיו או דאסקוהו וטלטלוהו משא"כ במשיל"ס וגם במשאל"ס לס"ד דהפשטן בהא דשני ת"ח דהעידו רק אטביעה וסגי א"כ ליכא חשש דנתעלף והש"ס דדחי דתסברא דמשאל"ס הוא רק העידו על אחר העלאה דייק דאמרי דאסקוהו קמייהו דהוי כקברתיו דלא יהא חשש דנתעלפו ואדרבה צל"ע מה דאסקוהו מהמים דהטלטול הוה כקברתיו וכמ"ש ג"כ בשו"ת הר"ן ס"ג הא בזמן שהיו מניחין את המת בכוכין היו פוקדין על המתים שלשה ימים שמא עדיין הוא חי כדאיתא ביו"ד סימן שצ"ד ס"ג והוא ממסכת שמחות פ"ח הרי גם לאחר הטלטול חששו שמא נתעלף ואם כי בח"ס יו"ד סימן של"ח כתב כי זהו מקרה בעלמא ממקריים הרחוקים אחד לאלף שנים שיקום אחרי נפלו וביטול נשמתו וימסור לבקיאים ואפילו מיעוטא דמיעוטא לא הוי עיי"ש מ"מ הרי דוקא כשנמסר לבקיאים שו"ר בנו"ב בתק"ע סימן כ"ח כתב דטעם הרמב"ם דבעי קברתיו משום חשש דנתעלף ועיין פ"ת לעיל סל"ג ס"ק קל"ח ועיין בא"ח סימן ש"ל ס"ה בהג"ה ואפשר גם מ"ש הרי"ף דגם בשני עדים לא סמכינן עלייהו אינו מדינא דגמרא דא"כ ה"ל להביא ראיה על זה אלא דס"ל דעכשיו אין אנו בקיאין בזה כבזמן הש"ס וכמ"ש האו"ה בהג"ה שם וכה"ג כתב הרי"ף בפכ"ש לענין לתיתא וחליטה.

סעיף נה

סעיף נ"ה היה דבר בתשובת הר"ן כתב דאפילו ע"א א"נ משום דבש"ס איכא תרי לישנא אי דבר כמלחמה ויש פלוגתא בין הראשונים אם ע"א במלחמה צ"ל קברתיו אף דמסתבר כדעת הסוברים דאצ"ל קברתיו מ"מ אין להקל והובא בב"י ומוכח דס"ל דס"ס לא מהני דהא יש ס"ס ספק שמא דבר אינו כמלחמה ואת"ל דהוי כמלחמה שמא גם במלחמה אצ"ל קברתיו וס"ס דפלוגתא עדיף מס"ס בגוף המעשה דמשום חזקה לא ישתנה הדין כמ"ש אחרונים ובמחודשים לפרמ"ג בדיני ס"ס אך י"ל כיון דמדאורייתא צריך שני עדים רק תקנ"ח להאמין ע"א או עכו"ם מסל"ת וכל ספק בתקנה מוקמינן אדינא לכן גם ס"ס

לא מועיל כיון דבא להוציא מחזקה דמעיקרא שהוא הד"ת אמרינן כה"ג לא תקנו וגם לפימ"ש ישש"ש פט"ו מיבמות סי' וא"ו וסי' י"ב כיון דליכא עדות מספיק לפי ד"ת בקל נוכל למצוא צד ולגרוע עדות ולפ"ז היכא דהס"ס אינו בהאמנת העד י"ל מודה הר"ן דמועיל ס"ס ועיין תב"ש סי' כ"ט דספ"ד אין להעמיד על חזקה דמעיקרא וכן אם הלעיטה חלתית ודאי רק ספק אם דבר זה נוקב אין סברא לומר הואיל ובהמה בחז"כ אין דבר זה נוקב ואין להחזקה ענין להספק עיי"ש וא"כ כשהספק אם תקנו חכז"ל באופן זה ודאי יש לאוקים הדין על חזקתו הראשונה שהיה לפי ד"ה דהספק אם נעשה התחדשות ובר"ן פ"ק דקידושין דף ה' ע"ב בהא דנתן הוא ואמרה היא מוכח דס"ל דגם בספיקא דדינא סמכינן אחזקה דמעיקרא מדין תורה ולפיכך בתיקו דממון אי הפס מוציאין משום חמ"ק עיי"ש.

סעיף נו

סנ"ו ולא פירות שאכלו בירושלמי ר"פ הא"ר פ"ד כשאכל עד שלא בא הראשון ורי"ף ורמב"ם בפ"י מה"ג השמיטו זה ועמד בזה הה"מ שם ה"ז ונראה משום דבירושלמי רפ"ב דגיטין ס"ל לר"י זמן תקנו משום פירות ור"ל פליג ובבלי שם הוא להיפך דר"י לא ס"ל הטעם משום פירות ואמר שם הש"ס דר"ל ס"ל דאין לבעל פירות משעת חתימה ור"י ס"ל משעת נתינה והנה מ"ד משעת חתימה דמסתמא אי לא גמר בדעתו לגרש לא היה מחתים עדים וכ"כ הר"ן שם דלא מקדים אינש פרענותיה לנפשיה ואינו מחתימו אא"כ רוצה ליתנו מיד ולפי"ז כאן דאסור לקיימה וצריך ליתן לה גט מיד שנודע שבא בעל ראשון ה"נ אין לו פירות דודאי יגרשנה אך נמ"ד דיש לבעל פירות משעת חתימה עד נתינה אף דכתב וחתם ואח"כ נתן דאגלאי דגמר בדעתו לגרשה ולכך עמדה ה"נ לא אבד בעל שני הפירות עד נתינות הגט וכל היכא דפליגי ר"י ור"ל הלכה כר"י א"כ אין מוכרח לדידן האי דינא דירושלמי דמשבא הבעל ראשון יהי' הפירות שלה.

ועוד י"ל דתליא בטעם שצריכה הגט מהשני דבירושלמי בר"פ הא"ר אמר כדי לברר איסורו של ראשון ולפ"ז כופין השני לגרש וא"כ מהראוי שלא יהא נפטר מפירות שאכל אחר שבא בעל הראשון כדי שלא ישמיט עצמו מלגרש כדי שיאכל הפירות וכה"ג כתב הר"ן בגיטין שם דזימנין דגמר בדעתו לגרשה וכשמוצא עדים מחתים גט שיהא מזומן בידו רק דרואה שיש קמה מנ"מ לקצור מעכב נתינת הגט עד שיאכל הפירות ואף דכאן כופין אותו לגרש מ"מ יוכל להשמיט עצמו וכדאמרינן בפ"ק בגיטין דף י"ב סוף ע"ב עיי"ש וגם כיון דכופין אותו וע"כ עומד לגרש מפסיד הפירות מיד אבל בש"ס בבלי פ' הא"ר אמר הא דצריכה גט משני שלא יאמרו א"א יוצאת בלא גט ומשום דעבדה איסורא

קנסוה וכתב הנ"י שם במשנה דצריכה גט משני אם תרצה להנשא לאחר ושם בגמרא כתב הנ"י דטעם קנס זה כדי לעגן אותה שלא תנשא בלא גט עכ"ל ולפ"ז אין לחוש אם שני לא ירצה ליתן לה גט דהא כל הקנס כדי לעגן אותה שלא תנשא לאחר בלא גט ואדרבה מה"ט אין לכופו לגרש א"כ י"ל דלא אבד ג"כ הפירות עד שיגרשה ממש מטעם קנסה ומשום דאין כופין אותו לגרש א"כ אין דין דירושלמי מוכרע לדידן לכן השמיטוהו הרי"ף ורמב"ם וגם כיון דחייב לגרשה לדעת הירושלמי אם יפטר ממה שאכל א"כ חוטא נשכר.

וברדב"ז ח"ד אלף ק"ס פ"ט כתב דכל היכי דתני תצא היינו בגט ומביא ראיה מדאמר בפרק החולץ דף ל"ו ע"ב דיוציא בגט משמע ולא סגי בהפרשה ולע"ד ל"ד יוציא לתצא דגט בבעל תליא ולא באשה ועוד מדתנן תצא מזה ומזה וצריכה גט וזה ומזה עכצ"ל דתצא רק דאסורה דאם בגט משמע אצ"ל עוד וצריכה גט מזה ומזה גם מדפרש"י דצריכה גט אם תרצה להינשא לאחר משמע דאם אינה רוצה להנשא לאחר די בהפרשה וכמ"ש רדב"ז שם ותירוצו של רדב"ז דחיק מאד ואין ראיה ממינקת דיוציא בגט דוקא דאין מדמין גזרת חכמים זו לזו.

ולא פירות שאכלו בפיה"מ לרמב"ם פרק הא"ר מבואר דפירות שהגיע לידים אין מוציאה מהם ונראה משום דאף דבירושלמי איתא שאכלו הפירות הוא לאו דוקא דכה"ג מצינו בפא"ב דף ס"ו ע"ב דאי שמיט ואכיל לא מפקינן וכתבו הפוסקים דל"ד אכל אלא תפס וכמבואר בחו"מ סי' ר"ט ובדרישה שם ס"ד ולכן נראה דמ"ש רש"י ורי"ף ורמב"ם שאכלו ל"ד אלא שתלשו והגיע לרשותן וכן לקמן סי' פ"ח ס"ו איתא תלשן הבעל לפני גירושין הרי הם שלו וכן הביא בביאור הגר"א כאן מסימן קנ"ה ס"י וכן משמע מכאן דאמר אם נטלה מזה או מזה כתובה או פירות א"צ להחזיר הרי א"ל נטולה אף שהם בעין הן שלו.

ובגמרא דף פ"ט איתא ולא פירות ולא מזונות ולא בלאות דתנאי כתובה ככתובה ותמהו רשב"א וריטב"א הא פירות שלה הם אלא דתקנו שהפירות יהיו שלו כדי לפדותה כדאיתא בפרק נערה שנתפתתה דף מ"ז ע"ב ונראה לפימ"ש הג"א בפא"נ דמחילה בטעות הוי מחילה ול"ד לקנין בטעות דחוזר משום דעדיין הממון בידו משא"כ במחילה בטעות מהני יאוש והנה בעצ"א הקשה למה לא תטול הפירות שאכל השני הא הוי מחילה בטעות אף דברשות אכל עיי"ש ולהג"א ניחא אך לכאורה מה יועיל מחילתה הא אין הפירות שלה כ"ז שלא גרשה הראשון אך למה הפירות של ראשון משום פרקונה והא פרקונה מתנאי כתובה וכיון דראשון פטור מפרקונה אין הפירות שלו ויכולה למחול וזה שאמר הגמרא דתנאי כתובה ככתובתה וכיון דפטור בעל ראשון מכתובה מיד שניסת לשני כן פטור מפרקונה ואין הפירות שלו ומהני מחילתה להשני וא"ל דגם

ראשון נתייאש מהפירות דהא לא ידע כלל דהשני אוכל הפירות והוי ישל"מ ומה שאין לה פירות שאכל בעל ראשון עכצ"ל דקנסוה כמו דמדינא היה חייב לה כתובה בזינתה באונס כמו קנסוה שלא תטול ממנו משא"כ לענין מה שאכל השני דנוגע ההפסד לדידיה דאיהו לא פשע כלום.

ובזה מדויק לשון הירושלמי ולא פירות ואמר ר' אבינא שא"י להוציא ממנו פירות שאכל היא דתימר בשאכל עד שלא בא הראשון עכ"ל דמשמע מחמת דאר"א פירות שאכל הדא דתימר בשאכל עד שלא בא הראשון דלהכי פתח ואמר ר' אבינא ולפימ"ש א"ש דאם גם פירות שלא באו לרשות שני אין לה ע"כ לאו משום מחילה ויאוש הוא דהא כשהממון אצלה ל"מ יאוש וע"כ משום דקנסוה א"כ אפשר גם מה שאכל אחר שבא הראשון אין להוציא ממנו. אבל כיון דאר"א דרק כשאכל הפירות א"כ י"ל משום מחילה בטעות דמועיל מכח יאוש א"כ אחר שבא בעל ראשון תו אינה מוחלת ואינה מתייאשת דיודעת דאין השני בעלה.

אמנם תוס' בפא"נ וש"פ לא ס"ל הך דהג"א ולכן הוכרחו לידחק כאן ונ"ל הטעם דמיאנו התם בפא"נ בסברת הג"א ונדחקו גם שם כמבואר בהג"א שם דרב הדוחק עיי"ש לפימ"ש בחיבורי ערך ש"י סימן קכ"ג דדבר שבא ליד חברו בטעות ולכשיוודע י"ל דיציית דינו וחשוב ברשות בעלים ולא מהני בו יאוש כמ"ש מלחמות ד' בפרק א"מ דבדבר שברשותו ל"מ יאוש וחוב ג"כ בכללו חשוב ברשות המלוה כמ"ש שם בסי' קכ"ו ס"י ממהרי"ק שרש פ"ט הובא בשעה"מ פכ"ב ממכירה וכתבתי שם דה"ד לע"ד רש"י ותוס' ורא"ש בר"פ לולב הגזול דפרשו הא דאמר הש"ס שם דקרקע אינה נגזלת היינו דל"מ בה יאוש כיון דאינה נגזלת לעולם ברשות בעליה עומדת ובדבר שברשותו ל"מ יאוש אך בירושלמי מבואר דמהני יאוש בקרקע כמ"ש תוס' שם ובפחז"ה בדף מ"ד בד"ה דוקא א"כ גם בדבר שברשותו מהני יאוש עיי"ש ולפ"ז י"ל מה דאין מוציאה הפירות מהשני אף דאינו בעלה באמת הוא משום מחילה בטעות ונתייאשה כ"ז שלא בא הראשון דסברה דהשני בעלה ולכן מה שאכל אחר שבא הראשון דתו לא נתייאשה צריך להחזיר אך ש"ס דילן לא מחלק בהכי דל"ל משום מחילה הוא כיון דהוי בטעות ועכצ"ל דמשום קנסא עשאוה כאשתו של שני וכמו שהצריכוה גט משני וא"כ הפירות שאכל גם אחר שבא ראשון אין לה כ"ז שלא נתגרשה משני וע"כ השמיטו ריי"ף ורמב"ם החילוק דירושלמי ואאת"ל דחוב חשוב דבר שאין ברשותו מ"מ הא בהגהות טו"ז חו"מ סי' קס"ג ס"ג הוכיח בראיות דבחוב ל"מ יאוש וא"כ לדידן דכ"ז שהפירות היו בעין אצל השני ל"מ מחילה בטעות משום יאוש דברשות בעליה דהיינו האשה הן ואחר שאכלן השני ל"מ יאוש דכבר

נשתעבד להחזירן ובחוב ל"מ יאוש משא"כ לירושלמי דמהני יאוש אף בדבר שברשותו א"כ בשעה שנטל השני הפירות נתייאשה האשה ולא חל על השני שום שעבוד להחזיר.

סעיף נח

סנ"ח וסברה שלא נתקדשה בירושלמי ר"פ הא"ר לא היתה יודעת שהיא א"א נישמעינה מן הדא קטנה שהשיאה אביה נתגרשה והלכה והשיאה את עצמה ואמר ר' אילא תני תמן כל העריות א"צ ממנו גט חוץ מא"א רעק"א אף אחות אשתו ואשת אחיו שניא הוא תמן בין יודעת בין לא יודעת והכא ל"ש בין יודעת בין לא יודעת עד כאן לשונו ובעל קרבן עדה מחק הך דנישמעינה מן הדא וגרס לא היתה יודעת והיידא קטנה משום דק"ל הא היינו הך בעיא ומיד הל"ל כגון קטנה וכו' וגם מוחק הוא וכ"מ תיבת ונתגרשה ומכח ירושלמי זה תמה הברכ"י לקמן סי' ל"ז על רשב"ץ שכתב בח"ג סימן קע"ח על קטנה שנשבית למדה"י ואביה קדשה בביתו והיא לא ידעה ונשאת במדה"י דלא נאסרה לראשון שלא היה לה לחוש שיקבל אביה קידושין עליה הובא בפ"ת כאן ונ"ל פירש הירושלמי דתחלה בעי באינה יודעת שהיא א"א דזה כולל בין קדשה אביה במקום אחר בין השיאה אביה דא"א שלא תדע דהא נישואין היינו חופה אלא טעתה שאין בכח אביה להשיאה ומעשיו אינו כלום ופשיט מהבעיא שלפני ר' אילא בהשיאה אביה ופשיט לה ר' אילא דאסורה ש"מ דרק בהשיאה אביה וטעתה בדין אבל קדשה אביה במקום אחר אין לה לחוש דלא יקלקלה אביה לקדשה ולא יודע אותם וגם יש לה חזקת פנויה כמ"ש רשב"ץ שם וגם לפימ"ש הרשב"א בשם הגאונים בב"י חו"מ סי' ר"נ מחודש י"ד דכל הטוען חדש עליו הראיה דהיינו שטוען שנעשה מעשה חדש וסברא זאת מהני אפילו להוציא ממון וכ"כ בח"ר פ"ג דיבמות דף למ"ד ע"ב דאין לחוש שנעשה מעשה חדש גם לענין איסור ערוה משא"כ בהשיאה אביה דיודעת שנעשה המעשה אלא דטעתה בדין וכיון דלא בעי לר' אילא רק בהשיאה והוא פשיט רק בהשיאה ש"מ בלא ידעה שנתקדשה לא נאסרת ומוכח כרשב"ץ ומאי דאמר השיאה אביה נתגרשה נראה דאין ר"ל נתגרשה בגט דא"כ ודאי מותרת להנשא לשני אלא ר"ל דנתגרשה מבעלה בלא גט אלא גרשה מביתו ועל פי וזה דאיתא בפרק האשה שלו' דף קט"ו ע"ב בארגיל הבעל קטטה ולא היא אזי אין לחוש דבמזיד תנשא לאחר אלא חיישינן לבדדמי כמ"ש תוס' שם ה"נ אם לא נתגרשה והלכה והשיאה א"ע לאחר הרי דהיא שונאת בעל ראשון יש לחוש דבמזיד עשתה משא"כ בנתגרשה אין לתלות רק בטעות וראיית ר' אילא ומה שהביא הך דרע"ק נראה כיון דהך דרע"ק אין שום טעם לאסור רק כשלא היה לראשון אלא קידושין ומשום דאמרו שהי' תנאי בקידושין כמבואר בפהא"ר דף צ"ד ע"ב וכיון דאין

הטעם משום קנס כ"ש יודעת או לא ה"נ ת"ק מיירי בין יודעת ובין לא יודעת ולפימ"ש ביד מלאכי בכללי התלמודים בשם הרמב"ן ורא"ש פרק שה"ד דדרך הירושלמי בכמה מקומות לומר תמן את אומר ור"ל הכא בשמעתין והכא את אומר ר"ל תמן בסוגיא אחרת לפ"ז י"ל מה דאמר הירושלמי שניא היא תמן אינו דרך תמי' אלא ר"ל כלפי מה דבעי בא"י שהיא א"א שקדשה אביה והיא לא ידעה כמו שפירש הפ"מ ועל זה אמר שניא היא בין יודעת בין א"י דבאמת יש לחלק והכא בהשיאה אביה ל"ש בין יודעת ובון א"י ויש בזה לפרש על תרי אנפי או דזה מסקנא דהפשטן מדבעי ופשיט ר"א רק בהשיאה דאסורה ש"מ בלא השיאה יש חילוק בין יודעת בין לא יודעת או דתחלה רצה לפשוט מן ר' אילא כמו דס"ל בהשיאה אין חילוק ה"נ בקדשה ודחי שניא היא תמן בקדשה יש חילוק ובהשיאה אין חילוק או ר"ל דדחי שניא היא תמן בהשיאה בין יודעת ובין לא יודע ר"ל וכי יש סברא לחלק והכא בקדש לבד וכי לא שניא בין יודעת בין לא יודעת הא ודאי יש סברא לחלק דמהיכי תיתי תחוש שקדשה אביה ולא הודיעה והכל דרך תמיה.

ולולא דברי הק"ע וכ"מ י"ל פירש אחר דהבעיא דקטנה שהשיאה אביה והלכה ונשאת כשהיא קטנה ופשיט לה מברייתא דתני דא"א שנשאת צריכה גט משני וה"נ היא א"א ודחי שניא היא תמן בא"א גדולה בין יודעת בין לא יודעת דיודעת מזידה היא לכן קנסוה בלא יודעת משום דלא דייקה והכא בקטנה ליש בין יודעת בין לא יודעת דפיתוי קטנה אונס לכן אין להצריכה גט ולפ"ז בקטנה שהשיאה אביה והלך בעלה למדה"י ובאו עדים שמת בעלה ונשאת ואח"כ בא בעלה א"צ גט משני ומותרת לראשון אלא לפ"ז י"ל כיון דליכא בה חומר בסופה לא יאומן ע"א להתירה להנשא אלא די"ל דלא חלקו חכמים בתקנתן וכמו בגדולה האמינו לע"א והחמירו בסופה כדי שתוכל לסמוך על העד בתחלה כדאיתא בפ' הא"ר דף פ"ח כן עשו לגמרי בקטנה שו"ר בב"מ ס"ס ט"ו נסתפק בזה והביא מהש"ס דפ' הא"ר דף צ"ד ע"ב דאמר ל"ד אשתו דבמזיד אסורה ד"ת גזרו בה רבנן בשוגג והובא בע"ת בסימן זה סקי"ג וב"מ שם הביא שכ"כ בש"ג וז"ל בר"ע הא"ר דצריכה גט אף משני ואפילו היא קטנה כמבואר בקונטרס הראיות ונראה ראייתו מזה הירושלמי מדבעי בקטנה שהשיאה אביה ונתגרשה מביתו והלכה ונשאת דלא ידעה אם הנשואין תפסי בה ולא בעי אם הלך בעלה למדה"י והעידו לה שמת בעלה והלכה ונשאת כשהיא קטנה דהוי באותו ענין דמתניתין שהלך בעלה למדה"י אע"כ דידע בזה דלא חלקו חכמים כדי שיוכלו להאמין ע"א ולא תתעגן.

וגם יש לפרש דגם מ"ש שניא הוא תמן הוא מסקנת דברו ר' אילא דבירושלמי לקמן ה"ו פריך על המשנה דאם הלכה אשתו למדה"י ואמרו לו מתה אשתך ונשא את אחותה

ואח"כ באה אשתו מותרת לחזור לו דאין שכיבת אחותה אוסרתה ולמה בהלך בעלה למדה"י ובאו ואמרו מת בעלך ונשאת אסורה לחזור לראשון הא אנוסה היא ומשני ר' מתנייה גזרו על דבר שהוא מצוי דהיינו איש דרכו ליליך למדה"י משא"כ אשה לא מצוי שתלך למדה"י ובבבלי משני שאני א"א דמזידה אסורה מדאורייתא ונראה השינוי בין בבלי לירושלמי משום דירושלמי פריך על המשנה דהלכה אשתו למדה"י ובעלה הלך למדה"י ושפיר מחלק משא"כ הבבלי קאי התם אברייתא דלא נזכר דאשתו הלכה למדה"י ומ"מ לת"ק דרע"ק אין צריכה אחותה גט דאם אשתו היתה אסורה לחזור לו הי' מצריכין גט לאחותה כדי לברר איסורו של אשתו כמו שאמר בטעם גט של אשה שהלך בעלה ומשכחת דנשא אחות אשתו בהלך בעלה למדה"י ושם היתה אחות אשתו ולידתה ונשאה ולכן משני שאני אשה שהלך בעלה דמזידה אסורה מדאורייתא וזה כונת ר' אילא למפשט בעיא דקטנה מהא דתניא דלת"ק אין אחות אשתו צ"ג לברר איסורו של אשתו משום דאין אשתו נאסרת ומ"ש מא"א שנשאת ועכצ"ל תמן בא"א שניא בין יודעת לאינה יודעת דיודעת אסורה מדאורייתא לכן אסרו גם בלא יודעת והכא בקטנה לא שניא בין יודעת ובין אינה יודעת והוי כנשא אחות אשתו ובאה אשתו דמותרת לחזור לו.

סימן יט

דנין עפ"י חזקה ברדב"ז ח"ד סי' רמ"ה נשאל על אשה שבאה ממקום אחר והיהודים הבאים בחברתה החזיקוה בגרושה וכעת רוצה להנשא ואומרת שאבדה הגט ויש עדים שהיתה נשואה ועל הגירושין ליכא שני עדים רק ע"א ועדים ששמעו מפי אחרים שהלכו למדה"י ופסק דמותרת להנשא דכמו דאהני חזקה באיש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זו אשתי והיא אומרת זה בעלי דאהני חזקה כדאיתא בסימן זה ס"ב עיי"ש ולי צל"ע דהא מבואר בקידושין פע"י דף פ' דסוקלין על החזקה ואין שורפין תרומה על החזקה ופרש"י משום דיש חזקת טהרה להתרומה ואיתא שם בריטב"א דהך דתרומה מיירי ג"כ ברוב גמור ולא כתוספת שם א"כ אין ראיה מהא דס"ב דחזקת פנויה הוא חזקה קלישה וכמ"ש תוספת בפ' המדיר ע"ה ע"ב ובנו"ב יו"ד ס"ו משום דכל אשה עומדת להנשא ובידה להנשא וא"כ שאני לענין גרושה דהא בפרק האומר דף ס"ד איתא נהי דבידה להתקדש אין בידה להתגרש ועוד לאו כל הנשים עומדין להתגרש אדרבה רובא לא מתגרשין.

אך כשיש ע"א שנתגרשה י"ל דנאמן כיון דכבר הוחזקה לגרושה דהוי כרוב דהא אמרינן בריש גיטין אהא דפריך איך שליח נאמן לומר בפ"נ הא ע"א א"נ באיתחזיק איסורא ודשב"ע ומשני רוב בקיאין הן הרי דע"א עם רוב סגי ומה דאמר אח"כ סתם ספרי דדייני מגמר גמירי ורבנן הוא דמצריך היינו משום דאמר ואפילו לר"מ דחייש למיעוטא הוכרח

לומר דסתם ספרי מגמר וא"כ למה צ"ל כלל בפ"נ וצ"ל דרבנן הוא דאצריך אבל לולא זאת סגי לש"ס בתירץ רוב בקיאין ונאמן ע"א אף דהוי דשב"ע ואיתחזיק איסורא דא"א וה"נ חזקה זו מחמת הרוב כדמוכח בקידושין שם וכ"כ האחרונים כאן דעפ"י רוב מה שהוחזק כן האמת ואפשר לפימ"ש הרא"ש בפסקיו בשילהי נדרים דחזקה אין אשה מקלקלת עצמה לומר שנתגרשה להיות יושבה באיסור א"א כל ימיה ואם כן חזקה זו נגד חזקת א"א ואהני מה שהוחזקה בגרושה בלא ע"א אלא מתוספת פרק ב' דכתובות דף כ"ב ד"ה הבא עליה באש"ת קאי לא משמע כן מדהקשו למה לא פריך הבא עליה בחטאת וגם מאי משני דנשאת לאחד מעדיה הא בחנק קאי דאוקמוה אחזקה עיי"ש ואם ס"ל להחזקה דהרא"ש לק"מ דמקשן ראשון ידע די"ל באומרת ברי כדמתרץ למקשן שני וזה עומד נגד חזקת א"א וכ"ש ר"ש דמשני בנשאת לאחד מעדיה דע"כ ס"ל דמיירי באומרת ברי וכמו דמסיק ושפיר משני ואדרבה בהא ניחא דלמה לא פריך מיד דהעד והאשה באש"ת קאי וגם ר"ש למה לא פירש דנשאת לאחד מעדיה והאשה אומרת ברי אע"כ משום דמקשה ראשון ידע די"ל באומרת ברי לי לכן לא פריך רק דהבא עליה באש"ת קאי ולכן משני ריש רק דנשאת לאחד מעדיה ואצ"ל באומרת ברי דזה ע"כ גם המקשן ידע מדלא פריך בחטאת קאי וה"ל לתוספת לציין קושיתם רק אהא דפריך מקשן שני היא גופה באש"ת קאי א"ו משמע דתוספת לא ס"ל הך חזקה אמנם נראה דזה רק לס"ד דתוספת אך למאי דתירץ ר"ת דחזקה דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א היינו נמי משום החזקה דכתב הרא"ש דחזקה דאינה מקלקלת א"ע דהא בגמרא ביבמות דף צ"ד ודף קט"ו לא נזכר רק דדייקא ולא נזכר חזקה אלא דהתם האשה אינה טוענת ברי ליכא חזקה ובכתובות דמשני ר"ת דהוי חזקה היינו דהמקשן ראשון ור"ש ידעי דמיירי דטוענת האשה שברי לה ושייך החזקה וראיה לזה דבב"ב דף ל"ב אחר דכתבו תוספת דברי ר"ת דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א הקשו על המקשן שני דס"ד דלא מיירי באומרת ברי למה מקשה דהיא גופה באשית הא בחטאת היא והא כבר כתבו דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א ולמה תהא בחטאת איו דרק באומרת ברי ס"ל לר"ת דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א ולפיכך לא הקשו תוספת בב"ב כמו שהקשו בכתובות על מקשה ראשון דהבא עליה באש"ת קאי והא בחטאת קאי וכן הקושיא שניה דהעד בחנק קאי משום דבב"ב כבר כתבו דחזקה דייקא מרעא לחזקת א"א וי"ל מקשה ראשון ור"ש ידעי דאומרת ברי ועתה תחזה דבחנם תמה הנו"ב בתק"ע סימן מ"ג על הפנ"י ושב יעקב דס"ל דס"ס לא מהני בעגונה משום דהוה נגד חזקת א"א והרי התוספת כתבו דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א עיי"ש ולפימ"ש מוכרח מהתוספת דלא כ"כ רק באומרת ברי לי.

אך בתוספת ב"ב שם ובפרק הא"ר פ"ח ע"ב מבואר דלא ס"ל הך חזקה דהרא"ש דהא כתבו דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א היא דיראה מהחומר שלבסוף דיבא בעלה והקשו בתרי ותרי אם נתגרשה ליכא חומר לבסוף ותרצו דחוששת שיוזמו או יפסלו העדים שאומרים נתגרשה ואם ס"ל דחזקה אינה מקלקלת עצמה להיות יושבת באיסור א"א כל ימיה תיסגי להו בזה דמרעא חזקת א"א אף דמורא לא יעלה על ראשה שיתברר שלא מת ולא נתגרשה וא"כ תינח כשכבר יש תרי עדים דלא נתגרשה חוששת דיוזמו או יפסלו העדים שאומרים נתגרשה אבל בליכא תרי ותרי כלל ליכא חזקה דדייקא דמהיכי תיתי תחוש שיביאו עדים שלא נתגרשה הא לא ראינו אינו ראיה זולת כשאומרת שנתגרשה במקום פליגי בב"ד פלוני לפני ע"מ או ע"ח פו"פ דבכ"ז אפשר שיכחישוה וכ"מ מהרמב"ם פרק י"ב מה"ג הט"ו מדאמר חזקה דאינה מקלקלת א"ע בדבר העשוי להגלות לכל משמע אבל במה שתשב באיסור א"א כל ימיה ליכא חזקה אלא די"ל שא"ה מדלא חזר לביתו כבר יש רגל"ד דאינו חי וליכא חזקה רק משום דשמא יבא חי אבל משום איסור אינה חוששת בספק משא"כ כשאומרת דנתגרשה דיודעת שלא נתגרשה.

ס"ב היא אומרת זה בעלי וכו' בנו"ב א"ע סימן נ"ד הקשה למה לי שאמרו זו בעלי וזו אשתי בלאה"נ הוחזקו והמציא מכח זה דבלא"ה י"ל תנאי היה עיי"ש וצל"ע לפימ"ש בשו"ת רשב"א תתקע"ב במכר שדהו וירד בה הלוקח ואח"כ תרי אומרים תנאי היה במכר ותרי אומרים לא היה תנאי לא חיישינן לתנאי אף דיש למוכר חמ"ק כיון דודאי היה מכר וספק היה תנאי א"כ ה"נ מהיכי תיתי לתלות בתנאי.

ובפשוט י"ל דבלא אמירתם כיון שבאו ממדה"י אף שישבו כאן יחד אימר רק פלגשו היא ואיך הוחזקו באיש ואשתו אלא באמירתם ול"ל לרמב"ם בפ"ד מהלכות מלכים דהדיוט אסור בפלגש י"ל דהוחזקו לאיש ואשה מחמת האיסור דפנויה דהא כתב הרמב"ם בפ"י מה"ג הי"ט דלא אמרינן מכח זה דודאי בעל לשם קידושין רק באשתו שגרשה או קדש ע"ת ובעל סתם ועיין ריב"ש ס"ו והובא במל"מ שם וכ"ש בבאו ממדה"י ולא ידענו אותם אם מוחזקים בכשרים.

סימן כ

ס"א שחבק עב"ש וכתב בתשובה אפילו אינו עושה דרך חבה ס"ל לרמב"ם מדאורייתא אסור והוא ס"ל מדרבנן אסור דלא כהש"ך ועש"ך סימן קנ"ז סק"י הקשה דהא מצינו בש"ס שהאמוראים היו מחבקין בנותיהם ואחיותיהם ולע"ד לק"מ דהא מבואר במצוה שנ"ג לרמב"ם במנין המצות ובריש פכ"א מהא"ב דלא תקרבו לגלות ערוה היינו לא תקריבו שום קרוב יבא לגלות ערוה וא"כ בתו ואחותו דבטל יצרא כדאיתא בשילהי

קידושין דמתייחד עם אמו ובתו ואחותו לכן ליכא איסור דלא תקרבו ומיושב נמי בזה קושית עצ"א כאן משילהי קידושין פ"א ע"ב דר"א ב"א שקליה לבת ברתיה ואותביה בכנפיה וכבר הקשה כן הרמב"ן שם אך לק"מ דבת ברתיה כבתו וכמ"ש הר"ן שם די"ל דשוין ובספר ההשלמה הוכיח כן בהגהות הרד"ל ממסכת שמחות פי"ג דאיתא שם כל הישן עמו בחייו נקבר עמו במותו והאשה נקברת עם בנה ובן בנה קטן וכ"כ ביו"ד סימן שס"ב א"כ ה"ה בת בתו וכיון דאין זה מביא לגלות ערוה מותר בקירוב דדהו.

עוד הקשה בעצ"א דהא לרמב"ן דאינו רק איסור דרבנן מ"מ עומד בפני פ"נ מדאמרינן בס"פ בן סורר לא תעמוד מאחורי הגדר א"כ אמאי התיר רמב"ן משוש הדפק בחולה שיב"ס א"ו כל שאינו דרך חבה מותר עיי"ש ולדבריו קשה א"כ אפילו באין בו סכנה מותר אלא משום דבדרך תאוה אסרו תו לא פלוג אבל כיון דאינו עיקר האיסור לא החמירו בל"פ כמו בגוף הגזרה וכמ"ש תה"ד הובא במג"א סימן תמ"ז סק"ה לענין נוקשה ורדב"ז ח"ד סימן ב' תירץ דהתם בא החולי מחמת העברה ולפיכך ימות ואל ידבר עמה מאחורי הגדר ועיי"ש ברדב"ז דהתיר גם בחולה שאב"ס אם אין אחר בקי כבעלה,

הג"ה שהכניס העטרה יש לעיין אם האשה אמרה דמסופקת אם הכניס כל העטרה או היה רק נשיקה ובעל מהימן לה כבי תרי אם נעמידנה בחז"ה לפימ"ש בח"ר בפא"ט מהא דישב לה קוץ בושט דחוששין שמא הבריא משום דהתחיל מעשה הטורף והספק רק אם נגמר מעשה הטורף והובא בחוו"ד סימן נו"ן א"כ ה"נ הספק רק על גמר המעשה או אפשר להוציא אשה מבעלה קיל יותר וגם י"ל לפימ"ש נה"מ בהלכות תפיסה סק"ז דהיכא דעדים מסופקין ולא ראו כל הדבר בשעה שהיו יכולין לראות כל הדבר רק שהן לא ראו כל הדבר אף שמחמת אונס לא ראו כל הדבר הוי רק חצי דבר כאלו לא העידו דמי ואין עושין ספק עפ"י עדותן עיי"ש וא"כ הרי ילפינן דבר ערוה מדבר שבממון וא"כ אף דמהימן לה כבי תרי מ"מ כיון דבעצמה מסופקת אם נשלם מעשה האיסור הוי כלא העידה כלל אף דמחמת בהלה או טרדת התאוה או דלא רמיא עליה אז כשעשתה במזיד לא נתנה לב לדעת מ"מ הוי חצי דבר ולא חמירא מתרי עדים ועוד לפימ"ש במיחסות סימן קל"ג דהא דאמר שמואל בקידושין דף ס"ו אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה לאו לאוסרה עליו דבר תורה קאמר דלא חלקה תורה בעד אחד בין מאמין בין אינו מאמין עיי"ש וא"כ כאן דזולת האמנה יש ספק הוי ספקא דרבנן בין מהימן לה בין מהימן להנואף אינה נאסרת כתב ב"ש משמש באבר מת פטור ממיתה והיא נאסרת לבעלה כמ"ש בסימן קע"ח ע"כ ולא מצאתי שם וכתב בעצ"א דהיינו מדכתב שם שהשחוף מקנין ע"י ואף דא"י לבעול באבר חי וכונתו מדמקנין ע"כ דנאסרת ע"י דהא ביבמות קאמר דע"י אברים

עריצותא בעלמא ואינה נאסרת לפיכך אין צ"ל דאין מקנין ונדחק בעצ"א למה מקנין ע"י שחוף והביא מהלבוש דכתב דמדרבנן נאסרת וטעמא בעי ומנין לו.

ונ"ל עפימ"ש המאירי בפ"ד דסוטה דלפיכך מקנין ע"י שחוף דלפעמים מתקשה מעט בכדי הערה או יותר וא"ב שפיר כתב רמ"א דכל שאינה במיתה אינה נאסרת דשחוף אינו במיתה דמניין ידעו העדים אם נתקשה הא שחוף הוא ואיך בכחו להתקשות רק לפעמים וגם אינה נאסרת מספק דמוקמינן לה בחז"ה אך קי"ל בגיטין דכ"ח שמא מת ל"מ ושמא ימות חיישינן שמא ישתנה החזקה לכן מקנין לה מן התורה ושמא יתקשה ותהא ביאה האוסרת ולבוש ס"ל נהי, דמה"ת כל ספק מוקמינן אחזקתו מ"מ מדרבנן אין מתירין ספק דאורייתא ע"י חזקה כדס"ל כ"פ הובאו בש"ך יו"ד סימן נו"ן וכ"ש כאן דהוי כנמצא קוץ נקוב דחיישינן שמא הבריא ולא מוקמינן על חזקתו כיון דהתחיל מעשה הטורף והספק אם נגמר כמ"ש בח"ר פא"ט דמ"ו הבאתיו לעיל בסמוך וכיון דמקנין ע"י שחוף ע"כ דלפעמים מתקשה א"כ גם דיעבד דיש לה חז"ה אסורה מדרבנן מספק.

ולפ"ז בשחוף שבא על א"א וליכא עדים רק האשה מודית ובעלה מאמינה או מאמין לבועל ואומרים ברי דלא נתקשה מותרת לבעלה ואפי' באינו שחוף ומודים שבא עליה באבר מת אף דמהימנו לבעל מ"מ הפה שאסר היא הפה שהתיר כיון דאין להב"ש ראיה מוכרחת לחדש איסור ולא ראה דברי המאירי ודברי רמ"א שלא כדברי הב"ש ועיין בהגהות רב"פ זלה"ה שעל הב"מ.

כתב עוד הב"ש הא דכתב הטור המשמש עם מתה פטור והמשמש באבר מת פטור לכאורה לא משמע כן בהבע"י עתוס' שבועות דף י"ח מיושב שפיר ע"כ כונתו דבפ' הבע"י נ"ה ב' אמר הא דכיר ש"ז בא"א לומר דמשמש מת פטור ולמ"ד חייב בא ללמד דמשמש עם מתה פטור וא"כ משמע דאין לימוד רק על אחד ומנ"ל להטור דתרוייהו פטורי ולפימ"ש תוספת בשבועות דמדכתב רחמנא בנדה שנעשית בשעת תשמיש דצריך להמתין עד שימות האבר ולא יפרוש באבר חי ש"מ משמש באבר מת פטור מיושב דלפ"ז א"צ ש"ז בא"א רק למשמש עם מתה אך כבר הקשה ריטב"א שם דלמ"ל תרי קראי לפטור משמש מת בנדה ובא"א ותירץ אי ל"כ רק בא"א ה"א משום דאוסרה מתירה ואי כתב בנדה לא נדע בא"א דחמיר בסקילה עיי"ש ולי נראה עוד דמהא דנדה לבד י"ל דמשמש באבר מת הוי קס"ש וכמ"ש כהאי גונא הרמב"ן במצוה שנ"ג בהשגותיו על הרמב"ם לענין קריבות לעריות ובמג"א סימן ר"י מחלק לענין טעימה דאם רוצה לאכול יותר רק אינו אוכל משום דנודע לו באמצע אכילתו דאסור אזי לא חשוב אכילה משא"כ אם בלאו האיסור אינו רוצה רק לטעום חשוב אכילה עיי"ש א"כ ה"נ י"ל דלפיכך א"ר

שכשנודע לו שנעשית נדה יעמוד באבר מת דכיון דלא יפרוש ולא ידוש מחמת איסור לא יחשב ביאה באבר מת משא"כ שאר משמש באבר מת דמעיקרא אינו רוצה לשמש באבר חי ה"א דחשוב ביאה דאחשביה לביאה ודי לו בזה ואלו נאמר רק בא"א ה"א משום דמזיד הוא משא"כ באמצע ביאה דכבר אלבשיה יצרא חשוב אנוס וכמ"ש תוס' כה"ג בשבועות דף י"ז סוף ע"ב וא"כ בין לריטב"א בין לתירוצי א"א למילף מנדה למשמש באבר מת בא"א והא דאמר רבא בשבועות שם ז"א המשמש מת בעריות פטור היינו דוגמא דנדה וא"כ הק"ל מנלן לפטור משמש באבר מת ומשמש מתה הא ליכא קרא רק על אחד וצ"ל כיון דע"כ אחד פטור וממילא א"א לחייבו מספק על שום אחד מהן ולפ"ז יש מקום כמ"ש הלבוש דמשמש באבר מת נאסרה על בעלה מדרבנן כיון דספיקא הוא ל"מ לרמב"ם דכל ס"ד רק מדרבנן אסור ה"נ אלא אפילו לש"פ מ"מ כאן דיש לה חזקת היתר לבעלה לכ"ע מותר מה"ת אלא דיש להחמיר מדרבנן כמבואר דעת כמה ראשונים בש"ך יו"ד סימן נו"ן ואף דהוי ספ"ד מ"מ לפי מה שהוכיח החוו"ד בסימן נו"ן דגם בספק אי דבר זה נוקב הבני מעיים יש לאוקמוה להבהמה בחזקת כשרות דלא כמ"ש התב"ש דאין סברא לומר משום חזקתה דדבר זה אינו נוקב וכמו כן בספ"ד והחוו"ד סתר דבריו מאלמנת עיסה דמוקמינן לה בחז"ה אף דהספק אם בעלה היה חלל אע"כ דכל דיש חז"ה אין מוציאין מחזקתה בספק עיי"ש ולפ"ז ה"נ בספקא דדינא ומ"מ לפימ"ש הש"ך ביו"ד שם דבהפ"מ יש להקל בספיקא דאורייתא כשיש חז"כ ה"נ אין לאוסרה על בעלה.

סימן כא

ס"ב פרועות בירושלמי פ"ב דכתובות ה"א ז"ל וראשה פרוע ומעידיה מעידין אותה שלא נבעלה וחש לומר שמא בתולה מן הנשואין היא ז"א בתולה מן הנשואין אינה יוצאה וראשה פרוע וחש לומר שמא מוכ"ע היא אלא כר"מ דמוכ"ע כתובתה מאתיים ואר"י לא חשו על דבר שאינו מצוי עכ"ל ואינו מובן מ"ש ועידיה מעידין אותה שלא נבעלה גם מ"ש ואר"י דהל"ל אר"י ויש לעיין אם בעולה שלא נשאת עדיין כלל מותרת לצאת בראש פרוע ובדג"מ כתב מדפריך בירושלמי פרק שני דכתובות אהא דראשה פרוע שמא בתולה מהנשואין הוא ז"א דאסורה לצאת פרועות ראש וחש לומר מוכ"ע היא כר"מ דמוכ"ע כתובתה מאתיים ועדיין תקשי שמא בעולה היתה וע"כ מוכח דפנויה בעולה אסורה לצאת פרועה את"ד ולפימ"ש המלחמות ריש פרק ב' דכתובות להשיג על הרז"ה שכתב אהא דפריך הש"ס למ"ל עדים שיצאה פרועה הא רוב בתולות נשאת אף דקי"ל כשמואל דא"ה בממון אחר הרוב משום דהכא איכא תרתי רוב וחזקה דגופה מהני להוציא מחזקת ממון כדאמרינן בברי וחזקה דגופה משום דאיכא תרתי נגד חדא

והמלחמות דחה דליכא חזקה דגופה דשמא נתאלמנה וכל הנשים עומדין להנשא רק בחזקת שלא נבעלה כשהיא פנויה עומדת דישראל בחזקת כשרות ול"ח לזנות וא"כ להכי לא פריך בירושלמי שמא בעולה היתה דבזה יש רוב נשאות בתולות וחזקת הגוף והא דפריך שמא מוכ"ע ולא משני דיש רוב וחזקה דגופה משום דבכתובות דף ל"ו ע"ב איתא דכולהו חביטי מיחבטין וכתבו תוספת בפ"ק דכתובות דף טי"ת מה"ט מוכ"ע שכיח א"כ מה"ט נמי ליכא רובא וחזקה דעבידי להיות מוכ"ע לס"ד דהמקשן ועכצ"ל כן דהא כתב המלחמות דירושלמי ס"ל ברובא וחזקה מוציאין ממון וא"כ מה פריך שמא מוכ"ע היא.

אלא עדיין י"ל לפי מה דאמר רבינא בכתובות דף ט"ז דרוב הנשואות בתולה יש לה קול ומדלית לה קלא אתרע רובא דבתולות נשאת תקשי מה יועיל עדים שיצאה ראשה פרוע שמא בעולה היתה אם מותרת לצאת פרועה אך גם מזה אין ראיה דהא כתבו תוספת דאף דלית לה קול עדיין יש רוב בתולות נשאת דרוב זה עדיף מהרוב יש להם קול אלא מ"מ אתרע קצת שלא להוציא ממון אפילו לרב א"כ י"ל דדוקא ע"י רוב לבד אבל לחוש לבעולה דיש תרתי רובא וחזקה שפיר מהני כמו דמהני ברי וחזקה להוציא אף דברי גרוע מרוב כמ"ש פנ"י והפלאה שם

ולע"ד י"ל דרוב בתולות נשאת עדיף מרובא דקלא משום דרובא דקלא שוין באיכות הרוב והמיעוט משא"כ רובא דבתולות המיעוט תלוי במעשה קידושין וקשין זיווגו ש"א כקריעת י"ס ואיתא ברפ"ג דבכורות דמשני רבינא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה וכתב רמב"ן שם דמיעוט שאינו תלוי במעשה עדיף מרוב התלוי במעשה ולפ"ז המיעוט שמא כבר היתה נשואה הוי רק כמיעוטא דמיעוטא לכן אף דרובא דקלא עומד נגד רוב אחד של רובא בתולות עדיין נשאר רוב רק קי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ומה דמקשת הש"ס ניזל בתר רוב הנשאות הן בתולות קאי אליבא דהלכתא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב מדלא אמר הניחא לשמואל וכ"כ תוספת בסנהדרין פ"ק דף ג' ע"ב דברוב חשוב גם לשמואל הולכין בממון אחר הרוב וכאן דהרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלי במעשה ודאי הוי רוב חשוב לכן אף דליכא חזקה דגופה כמ"ש המלחמות מ"מ פריך שפיר דניזל בתר רוב הנשאות בתולות נשאת דגם לשמואל מהני ומה גם ד"ל רבינא המתרץ הוא גופא המקשן כע"ש תוספת ר"פ א"מ אהא וכמה ארי"צ דבכ"ד המשיב הוא גופא השואל ולפ"ז א"ש מה דבירושלמי פריך נמי למ"ל עדים שיצאה בהינומא וראשה פרועה הא רוב הנשאות בתולות נישאות ומשני זאת אומרת אין הולכין בממון אחר הרוב וקשה דאטו יכחיש המציאות דרוב קלא אית להו וכיון דליכא קלא

אתרע רובא כדמשני רבינא אלא דנהי דרוב דקלא עומד נגד רוב אחד מ"מ נשאר רוב אחד כיון דרוב הנישאות בתולות הן הרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה דחשוב כמיעוטא דמיעוטא.

ולפ"ז נבאר דברי הירושלמי דהנה בבבלי פ"ב דכתובות דט"ז פריך כיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתו עדים מאי הוי ומשני רבינא דכל הנשאת בתולה י"ל קול וזו הואיל ואין לה קול אתרע לה רובא פרש"י שאין מעיד עליה שיצאה בהינומא משמע כשיש עדים חשבינן קול אלא דתוס' שם ובב"ב דף צ"ב ע"ב כתבו מדפריך אח"כ כיון דכל הנשאת בתולה י"ל קול הנך סהדי שקרי ננהו ש"מ דלא סגי בעדים לבד ליחשב קול ועדיין אפשר לומר דוקא לס"ד דכל הנשאת יש לה קול וכפרש"י כיון דחזקה די"ל קול הרבה היו יודעין אבל למסקנא דרק רוב י"ל קול ומיעוט יזדמן דאין לו קול כל ה"נ יזדמן דאין הרבה יודעין רק איזה אנשים כיון דיש עושין בצנעא כ"ש יש שאין עושין בפרסום רב והירושלמי ג"כ קשיא ליה מה אהני העדים דראשה פרוע הא היה צריך להיות קול ומדליכא קלא סהדי שקרי ננהו לזה אמר ועידיה מעידין אותה שלא נבעלה דחשוב קול דנשאת בתולה ע"י העדים וכס"ד דרש"י ותוספת.

והנה הא דפריך וחש לומר שמא בתולה מן הנישואין היא קשה הא רוב נשים בתולות נשאת ואי דאין הולכין בממון אחר הרוב הא תינח כשאין עדים דיצאה פרוע מדליכא קלא אתרע רובא דתו אינו רוב חשוב אבל כאן דבאמת יש עדים דיצאה פרוע זהו גופא הקול וכ"כ בגליון הירושלמי דלירושלמי זהו חשוב קול א"כ לא אתרע רובא והוי רוב חשוב כיון דהרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה ואיך מוכח דבתולה מן הנישואין אסורה לצאת פרוע לכן מסיק וחש לומר שמא מוכ"ע היא אלא כר"מ היינו בתמיה וכי נימא דסתם מתניתין כר"מ ולא כהלכתא ורבנן וארי' לא חשו לדבר שאינו מצוי וא"כ נהי דמוכ"ע אינו מצוי מ"מ חזי לאצטרופי למיעוט בתולה מן הנשואין והוי מיעוט שלם וכמ"ש ריטב"א בר"פ האשה בתרא דאותן שאין מתעברות מעוטא דמיעוטא גרועא היא ובכלל מיעוטא דמפילות חשבינן ליה דלהוי תרוייהו מיעוט שלם וא"כ ניחוש שמא מיעוט בתולה מן הנשואין ומוכ"ע דהוי מיעוט חשוב ולא נוציא ממון לכן זאת אומרת דבתולה מן הנשואין אסורה לצאת פרוע ומ"מ לענין בעולה כשלא נשאת כלל כיון דבזה יש חזקת הגוף ועם רוב הנשאת בתולה נשאת מוציאין ממון אף דבצירוף חשש דמוכ"ע הוי מיעוט שלם כיון דמ"מ יש רובא וחזקת הגוף אבל מה שכתב בשי"ק שם הא דל"ח שמא בעולה היתה דזה לא שכיח רק במוכ"ע ס"ד דשכיח לא נראה דעדיין תקשי דנצרף חשש מוכ"ע עם חשש בעולה ולהוי מיעוט שלם.

וצל"ע לפי מה דאיתא בכתובות דף ל"ו כולהו חביטי מיחבטן וכתבו תוספת בפ"ק דכתובות דמוכח מזה דמוכ"ע שכיח אם כן מה יענו לקושית הירושלמי מה אהני דעדים מעידים שיצאה וראשה פרוע נטעון ליורשיו שמא מוכ"ע היתה ואין לומר דמוקי למתניתין כר"מ דמוכ"ע כתובתה מאתיים א"כ הוי מחלוקת ואח"כ סתם ואיך פסקו הפוסקים ובש"ע לקמן סימן ס"ז ס"ה כתובתה מנה ועוד איך פסקו לקמן סי' צ"ז סט"ו דאם יש עדים שעשו לה כמנהג הבתולות כתובתה מאתיים וצ"ל נהי דהוי מיעוטא דשכיח מ"מ רובן אינן מוכ"ע דלאו כל דמיחבטן נעשו מוכ"ע ויש נמי חזקת הגוף והוי רובא וחזקת הגוף אי נמי כמ"ש רדב"ז שבאס"ז בפרק שני דכתובות בדף ט"ו ע"ב בד"ה אם יש עדים דמוכ"ע אינה יוצאת בהינומא וראשה פרוע וכ"כ לתרץ קושית הירושלמי דניחוש שמא מוכ"ע והיינו כמ"ש דלש"ס בבלי ל"ל דמוכ"ע ל"ש ועדיין צריכין למודעי דניחש שהעלימה מכתה ויצאה בהינומא וצ"ל כמ"ש באס"ז בכתובות פ"ג דף ל"ו ע"ב בד"ה מפני שכחבטות דמראות לאמן וקלא אית למלתא עיי"ש וא"כ ליכא חשש העלמה שו"ר בהפלאה דף טי"ת עמ"ש תוספת דמו"ע שכיח דמ"מ אינו רק מיעוט.

ובשבו"י ח"א סי' ק"ג הוכיח דבתולה שנאנסה אסורה לילך בראש פרוע מילקוט פ' נשא לימד על בנות ישראל שיהיו מכסות ראשן וזכר לדבר ותקח תמר אפר על ראשה וכו' ופ"מ ח"א סימן ל"ה כתב דאין לכופה לכסות ראשה דאי משום הכתובה כל הנושא אשה בודק וחוקר וכיון דנתפרסם שזנתה אם יעשה לה כתובה כלבתולה מדעתו הוא והא דנהגו לכסות ראשה עושים לטובתה שמא תהא כרסה בין שיניה ויוודע שזינתה עיי"ש ולפ"ז תינח אם נשואה אינה הולכת בגילוי ראש יסברו שהיא נשואה לכן מדתמר כסתה ראשה כדרך האנוסות שמכסין ראשה כדי שיסברו שהיא נשואה יש זכר לדבר דנשואה לא תלך בגילוי ראש.

גם מה שהשיג על החו"י בסימן קצ"ו שכתב דארוסה שנתקדשה לא תלך בגילוי ראש דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דיוצאת בהינומא ופרוע ראש הא יש לחוש שתתפוס מאתיים ותאמר שלא יצאה פרועה משום שהיתה ארוסה ונתאלמנה וכמ"ש בכתובות ט"ז ע"ב דלפיכך בבעולה מעבירין לפניה חביות פתוחה עיי"ש הנה לפימ"ש תוספת וראשונים שם דתפיסה ל"מ רק כשיש לה מגו דלא תפסתי א"כ קשה הא כל מגו מועיל משום דאם איתא דמשקרת היתה משקרת בטענה טובה ממה שטוען עכשיו וא"כ למה לנו לחוש שתתפוס ותאמר שקר שבתולה היתה הא יש לה טענה טובה מזה שלא תפסה כלל אע"כ כיון דעכ"פ על צד הרחוק יזדמן שתתפס שלא בעדים ותבחר בטענת שקר שמגיע לה מאתיים מה אכפת לן לתקן להשמר מזה ולגרממהו נהגו כן ולא שיהא בזה

שום חיוב דאין גוזרין משום מלתא דלא שכיח אבל ארוסה שנתקדשה דיש בזה גדר משום חשש איסור דהנערים זהירין מאיסור חמור דנתקדשה ומפניות אין זהירין כ"כ כמ"ש בחוי' שם א"כ איך נדחה גדר איסור שלפנינו מחמת חשש רחוק והפסד ממון שלעתיד ומ"ש דמה הועילו בתקנתן שפיר הועילו להאשה כשתביא ראיה דיצאה ראשה פרוע תטול מאתיים והא דאמר בירושלמי וחש לומר שמא בתולה מן הנישואין היא ז"א בתולה מן הנישואין אינה יוצאת וראשה פרוע דמשמע מן האירוסין יוצאת לאו ראיה היא לפימ"ש בשו"ת ר"י הלוי אחי הטו"ז סי' טי"ת דארוסה אסורה בגילוי הראש רק בשעת החופה יוצאת בהינומא וקצת שערות יוצאין על כתפה ומחמת דרק קצח שערות יוצאין ולא נתכונו לפריצות ולא רגילה בזה רק אז נהגו ליכא איסור עיי"ש אם כן כונת הירושלמי דבתולה מן הנישואין אינה יוצאת וראשה פרוע דלא יעשו לה זה ולא משום איסור אלא כדי שלא תגבה מאתיים ע"י העדים.

ס"ו ע"י שליח בהגהות י"א הניח בצ"ע ממ"ש במלכים ב' ד' עתה רוץ לקראתה ואמר לה השלום לך וכו' ונראה דשא"ה דהרגיש שיש לה איזה צרה וצריכה לתפלתו וכמ"ש בטו"ז דכ"ז האיסור מצד שמראה אהבה בדרישת שלום אם יש צורך כגון שלא היתה בקו הבריאה או כיו"ב מותר לכתוב הודיעני משלום אשתך ועכצ"ל אף באופן שבזמן אחר אסור דאל"ה קשה הא בלא"ה מבואר בש"ע דמותר לשאול לבעלה איך שלומה ועכצ"ל דהיינו שישאל אשתו ויודיעו וא"כ אפשר דגם מותר כה"ג ע"י אחר דזיל בתר טעמא שאין מראה בזה אהבה.

ופ"**ת** תירץ עפ"י מ"ש הריטב"א בשילהי קידושין דהכל לפי מה שמכיר בעצמו וכו' ועדיין קשה אם הוא מכיר בעצמו אינו מכיר בשלוחו ואיך שלח את גחזי ומפרט דלא היה באמת בהאי דרגא כמשאחז"ל על ויגש גחזי להדפה בהוד יפיה ועכצ"ל משום דהיה לצורך לדעת מה בקשתה וז"ש עתה רוץ ובזמן אחר לא.

וע"**ד** אגדה י"ל דמבואר בסעיף הקודם דהכל לש"ש מותר ובריטב"א התנה שיהא חסיד גדול ומכיר בעצמו שלא יעלה הרהור בלבו נמצא תרוייהו צריך כי לש"ש שלוחי מצוה א"נ אך באתרא דשכיח היזקא אין לסמוך רק בחסיד ל"ש היזקא בזה ועל חסידותו לבד אין לסמוך דאל תאמן בעצמך ואלישע דשלח את גחזי לשאול בשלומה נהי דהוה לש"ש מ"מ צריך שיהא בטוח בעצמו וז"ש המסורה עתה רוץ עתה הנה בטחת עתה המבלעדי ה' דהזהירו שאל ילך רק אם בטוח בעצמו ועושה לש"ש כי אפילו בטוח המבלעדי ה' מותר בתמיה או עתה רוץ מחמת שהוא לצורך וכמ"ש הטו"ז הנ"ל ואמר המסורה עתה

דוקא כי הנה בטחת בתמיה וכי בטוח אתה שלא תבא להרהור ועוד דוקא עתה המבלעדי ה' כי אינך עושה לש"ש וכי סלקא דעתא שיהא מותר זולת עתה שהוא לצורך.
או כי הוראות שעה היתה עפ"י נבואה לכן אמר עתה דייקא הוראות שעה וכיון דעפ"י נבואה היתה בטוח שלא יכשל והיינו עתה הנה בטחת כי עתה המבלעדי ה' וכיון דמאתו לא תצא הרעות בטוח שלא יארע לו נזק בנפשו.

סימן כב

אסור להתייחד עם ערוה בפרישה כתב דח"ל נויי בכלל עריות ואסור מה"ת ועצ"א הקשה דא"כ למה לרמב"ם פ"א מה"א דזנות פנויה בלאו דל"ת קדשה אין היחוד אסור רק מגזרת דוד וב"ד ועוד דבפ"ב דסנהדרין אמר כמה קשין גירושין דהתירו לדוד המלך ע"ה להתייחד עם אבישג ולא התירו לו לגרש אחת מן ח"י נשיו ולישא את אבישג ופרש"י אף שנאסר יחוד פנויה ואם יחוד ח"ל דאורייתא הל"ל דמה"ת אסור משום לא ירבה לו נשים ועוד קשה הדבר לאמרו שהתירו לו איסור דאורייתא א"ד ולק"מ דהא איתא בסוטה דף זיי"ן דיחוד אשתו נדה אף שהיא בכרת מותרת משום דיש היתר לאיסורו ולא תקיף יצרו כ"כ א"כ י"ל שאני ח"ל דאין היתר לאיסורו משא"כ פנויה יכול לישאנה דמה"ט אמרינן חזקה ל"ש התירא ועביד איסורא וכן באבישג בידו לגרש אחת מכשיו ולישא זאת הרי יש היתר לאיסורו
ובלאה"נ לק"מ מהך דסנהדרין דלאו דלא ירבה לו נשים דוקא ע"י אישות לרמב"ם פ"ג דמלכים גם פילגשים ולהשגות שם בפילגשים ליכא איסור דלא ירבה אבל זנות דפנויה לכ"ע ליכא משום לא ירבה ובמנין המצות לרמב"ם מצוה שס"ד ה"ד בכתובה וקידושין ובפרש"י גופא בסנהדרין שם בד"ה והא כתיב ויקח דוד עוד כתב אלמא טובא הוי ליה נשים נראה כונת רש"י דלא פריך מדכתיב נמי פילגשים דבזה ליכא לא ירבה אלא הקושיא מנשים אף דרש"י ס"ל פילגשים היינו בקידושין בלא כתובה בפרשת חיי שרה וגם לרמב"ם דגם בפילגשים עובר משום לא ירבה נראה משום דכתב בפרק ד' מהלכות מלכים הלכה ד' פילגשים בלא כתובה ובלא קידושין אלא ביחוד לבד קונה אותה וכיון דקניינו הן יש בהן משום לא ירבה לו אבל בזנות בעלמא ליכא משום לא ירבה ואח"כ מצאתי שכ"כ במנחת חנוך מצוה תק"א דפשוט דהלאו הוא רק שלא ירבה ע"י קידושין או כשם פלגש לא על ביאה לבד ואם כן מהיכי תיתי לאסור להתייחד דאם איש בנעורת מי יכריחו ליקחה לפילגש ולעבור אלאו דלא ירבה.
ועוד לפימ"ש דרישה לקמן סי' כ"ו דלרמב"ם וטור דלוקה על זנות פנויה דוקא ברצונה נקראת קדשה דכמו שזנתה עם זה תזנה עם אחר וכ"כ ביד המלך פ"א מה"א דגם לרמב"ם

דביאת פנויה בלאו דל"ת קדשה רק ברצונה לזנות דהויא קדשה לא באונס א"כ י"ל דמה"ת איסור יחוד רק היכא דגם באונס אסרה תורה אבל היכא דאין הביאה אסורה רק כשמתרצית לא חששה תורה שיסכימו שניהם לעברה ומפרט דנתחזק מ"ש לעיל דיש היתר לאיסורו דאם מתרצן זל"ז הלא בידם לעשות בהיתר על ידי קידושין ועיין לבוש לקמן סימן קי"ט סי"א דזנות גנאי יותר להאשה מלהאיש וא"כ ליכא למילף מקרא רק היכא דאסור גם באנוסה אבל לענין חילוק או מכרת תליא אי אמרינן לענין הרחקת מה לי איסור לאו מ"ל איסור כרת ויש בזה סתימה בפרש"י מפרק הערל דף פ"ב לפרש"י ר"פ בתרא דיבמות ועיין מל"מ פ"א מהיו"ט הי"ז ועיין שו"ת רשב"א סי' תקפ"ז דיצרו של איש גדול משל אשה ואיש דרכו לחזר וצ"ע א"כ למה אמרו בפ"ב דכתובות דף כ"ח דהיא נידחית מפניו הא על המזיק להרחיק עצמו בגירא דיליה כדאיתא בפרק לא יחפור כ"ה ע"ב וא"ל עכברא חורא מה עביד כדאיתא בפ"ב דקידושין נ"ו ע"ב איברא יש ראיה לרשב"א מפע"י דף פ"א דאמר שקולי דרגא מתותי ביבי ופרש"י שלא ירד ותתייחד ודברי רש"י מוכרחין דלא חשש שלא תעלה מדאמר מתותי ביבי ועוד מה יועיל הא תוכל להחזיר הדרגיו וע"כ משום דאיש דרכו לחזור חוץ מהאם עם בנה בפרש"י במשנה פע"י פ' ע"ב כתב בד"ה מתייחד אדם עם אמו ועם בתו טעמא מפרש בגמרא ושם בגמרא יליף מכי יסיתך ובדף פ"א ע"ב אר"י אר"א מתייחד אדם עם אחותו ודר עם אמו ועם בתו וכתב רש"י ד"ה ודר עם אמו ועם בתו דלא תקיף יצריה עלייהו דאהני ביה אנשי כנה"ג וכו' ונראה כונתו דהקרא דכתיב כי יסיתך וכו' בסתר דיליף מזה דעם אמו ובתו מתייחד מדכתיב בסתר כדאיתא בירושלמי בפע"י ובפ"ק דסוטה מהתם ליכא ללמוד היתר רק על יחוד במקרה מדכתיב בסתר דאל"כ איך נסתרו יחד אבל לדור בקביעות ליכא הוכחה לכן במשנה דאיתא דמתייחד עם אמו ועם בתו פרש"י טעמא מפרש בגמרא אבל אהא דדר עם אמו ועם בתו הוצרך רש"י לומר משום דלא תקיף יצריה אחר דאהני ביה אכנה"ג ובזה מיושב מה שהקשה בשי"ק בפ"ק דסוטה הא מקרא דרש ולמה פרש"י דאהני ביה אנכה"ג ובעצ"א הקשה דא"כ ה"ל למשרי גם שאר ח"כ דמחמת קורבה כמו אחות אביו ואחות אמו ולפימ"ש א"ש דקרא אהני לענין דמותר להתייחד עח בתו ואמו ואסור עם שאר קרובות אבל להתיר לדור בקביעות צ"ל משום דאהני אנשי כנה"ג דלא תקיף יצריה אלא דטעם זה מועיל לענין דירה בקביעות עם אמו ועם בתו כיון דליכא רמז איסור בקרא אבל שאר קרובות דמוכח מקרא דאסור אף דנתבטל הטעם קצת אחר דכחלינהו לעיניה מ"מ כיון דכבר נאסר נשאר באיסורו חדא דא"א שיוחזר להיתר אף דבטול הטעם כדאיתא בפ"ק דביצה דף ה' ועוד נהי דלא תקיף יצרא מ"מ חשש מועט

יש גם אחר דכחלינהו לעיניה ונהי דמתחלה נאסר היחוד משום דתקיף יצרא מ"מ אחר שכבר נאסר נשאר באיסורו בטעם מיעוט לבד וכה"ג איתא ברא"ש גיטין דף י"ז ע"ב.

והנה בש"ס אמר רב אסי מתייחד עם אחותו ואינו דר עמה ועם אמו ובתו ודר עמהן ונראה החילוק דאף דלא תקיף יצרא כ"כ מ"מ אסרו חכמים דירה בקביעות דעדיין יש חשש כיון דידורו בקביעות רק עם אמו ובתו אין רוב הציבור יכולין לעמוד בו לכן לא גזרו והפוסקים השמיטו הא דר"א דמותר להתייחד עם אחותו עב"ש ונ"ל דיל"ד היכא רמיזא היתר יחוד לאחותו בשלמא בתו מפורש בקרא בדברים י"ג פרשת ראה כי יסיתך אחיך בן אמך או בנך או בתך וכו' בסתר ולמד בירושלמי מדכתיב בסתר דמתייחד עם בתו והא דבן מתייחד עם, אמו פירש בקרבן עדה פ"ק דסוטה אהא דקאמר הירושלמי אמך בסתר מדכתיב בן אמך משמע דהבן עם אמו דאל"כ מ"ש בן אמו דנקט ולא בן אביך ול"נ עוד דיש ק"ו כיון דעם בתו מתייחד מכ"ש עם אמו דמבואר בזהר פרשת ויצא דף קנ"ד ע"ב דסני בר נש עריין דאמיה ואחתיה ויתייחד ב"נ עם אמיה בכל אתר ולא יתחשש והא אתערו בן מתייחד עם אמו ועיי"ש וכך הוא בירושלמי ר"י בשם רשב"י דמתייחד עם אחתיה ומשום דס"ל דסני ערייתה דאחתיה אך במשנה לא תנן אחתיה וגם בזהר כתב והא אתערו בן מתייחד עם אמו ולא אסיק גם עם אחתיה ונראה דזה תליא בפלוגתא דיש אם למסורת דהנה כי יסיתך אחיך בן אמך קרינן הכף שבסוף אלו התיבות בקמץ דקאי על זכר אבל לפי המסורת יש לפרשו דמזהיר נמי לנשים והכף דיסיתך ואחיך ואמך בלא קמץ רק בשווא דקאי להנקבה. וכיון דכתיב בסתר הרי דהאשה מתייחדת עם אחיה ולכן רב אסי דס"ל בפ"ג דכריתות דף י"ז ע"ב דחייב על חתיכה אחת ספק חלב דיש אם למסורת מצות כתוב ה"נ ס"ל דמתייחד עם אחותו ואנן פסקינן כמ"ד התם דאינו חייב אש"ת רק אחתיכה משתי חתיכות דמצוות קרינן א"כ כאן לא נזכר בקרא יחוד עם אחותי וממילא היא בכלל שאר קרובות ובירושלמי דאר"י משום רשב"י דמתייחד עם אחותו משום דר"ש ס"ל יש אם למקרא ולמסורת כדאיתא בפ"ק דקידושין דף י"ח ע"ב.

ויל"ע בלשון הזהר הנ"ל דכתב אהא דשנואה לאה מהכא דסאני ב"נ עניין דאמיה ואחתיה ויתייחד ב"נ עם אמיה בכל אתר ולא יתחשש עכ"ל ויש לדקדק חדא נהי הא דסאני ב"נ עריין דאמיה מוכח מהא כי שנואה לאה כמ"ש בלק"ת להאריז"ל פרשת ויצא ובמק"מ עפ"י הסוד אבל מנ"ל אחתיה ועוד למה שביק אחתיה לענין יחוד וגם מה בכל אתר ונראה כיון דמוכח דסאני ערייה דאמיה ממילא ס"ל מסברא דסאני ג"כ עריין דאחתיה כיון דנולדה מאמו כאמה בתה וברא כרעא דאביה ה"נ בת כרעא דאמה ומ"מ נחית דרגא ואין השנאה כ"כ כונו עריין דאמיה אלא חלק ממנו כמו שהבת רק חלק מהאם לכן רק

עם אמיה מותר להתייחד בכל אתר הן בעיר דאין חשש כ"כ על אונס דיכולה לצעוק וגם ברצונה רחוק הדבר כי הזנות גנאי לאשה יותר כמ"ש לעיל מן הלבוש דלקמן סימן קי"ט אלא גם בשדה דיש חשש אונס כדכתיב אם בשדה מצאה צעקה ואין מושיע מ"מ אין חשש מחמת גודל השנאה אבל אחותו דאין השנאה גדולה כ"כ יש חשש בשדה שלא יאנסה אבל בעיר דאין לחוש לאונס דיכולה לצעוק גם לרצון אין חשש כ"כ דגנאי לה הזנות יותר וגם שניהם חוששין שמא פתאום יבואו אחרים וירגישו לכן בצירוף השנאה קצת אין איסור ועוד כמו דרב אסי מתיר להתייחד עם אחותו ואוסר לדור ובאמו מתיר גם לדור וכתבתי הטעם משום דבאמו א"א לגזור דאין הרוב הציבור יכולין לעמוד בו כן ס"ל לזהר לחלק באחותו דבשדה אסור דבזה יכולין לעמוד שלא להתייחד בשדה משא"כ בעיר מה יעשו ואח ואחותו מוכרחים לסמוך אשלחן אביהם ולא ימלטו מלהתייחד אין רוב הציבור יכולין לעמוד בו לכן לא גזרי בעיר יחד ויותר י"ל כונת בכל אתר כדתנן במשנה מתייחד אדם עם אמו ועם בתו וישן עמהם בקירוב בשר הגדילו זו ישנה בכסותה וזה ישן בכסותו והיינו בכל אתר אפילו במטה אבל מה אחותו אסור לישן במטה אחת.

ס"ה לא תתייחד אשה אחת בתוספתא דקידושין פ"ה בזה"ל מתייחדת אשה אחת עם שני אנשים אפילו שניהם כותים אפילו שניהם עבדים אפילו אחד כותי ואחד עבד והקשה בעצ"א הא בגמ' אמרינן אפילו עשרת פרוצים אסור וה"ל לש"ס לפרוך מתוספת זו כמו דמקשה שם מסיפא לר"א ולק"מ כמו דמוקי פ"ק דגיטין בכותי חבר והך דשילהי יבמות דעבד נאמן מוקי בעבד כשר כמ"ש בב"ש סי' י"ז ס"ג ה"נ י"ל כן ואה"נ אחר שעשאום כגוים גמורים דינם כגוים תו כתב העצ"א דקשה מסיפא דתוספת דמסיים שם אבל היא לא תתייחד אפילו עם מאה כותים ובמח"כ ל"ד דבתוספתא איתא מאה גוים והיינו דרישא בכותים כשרים וטרם שעשאום כגוים ואפשר לפי גרסת העצ"א י"ל דרישא מדינא דאין למחות בה ולהתייחד עם שני כותים אבל היא תחוש לעצמה ועצה טובה קמ"ל ומדויק לשון אבל היא.

ובזה מיושב הא דפע"י דף פ"א דא"ר לר"י דל כרעיך וא"ל ר"י והא מר הוא דאמר בכשרים שפיר דמי והקשו בעצ"א וב"מ הא מתניתין היא דמתייחדת עם שנים ולפימ"ש א"ש דמתניתין דינא קתני אבל רב אמר בכשרים שפיר דמי היינו דאין בזה נדנוד אפילו ממדת חסידות לעצמו ובזה א"ש לשון רב דאמר ל"ש אלא בכשרים אבל בפריצים אפילו בעשרה נמי לא דהדיוקין סתרי דמרישא משמע דוקא כשרים ודאי ולא בסתם ב"א וסיפא משמע דוקא פריצים אסור ולפימ"ש א"ש דרישא בכשרים מותר לגמרי וא"צ להחמיר כלל ובפריצים אסור לגמרי ומחינן בהו ובסתם בני אדם אסור רק מחמת חומרא דראוי

להחמיר לעצמו וכ"כ המל"מ פ"א מהלכות סוטה בדעת הרמב"ם דסתם ב"א ל"ח כשרים ולא תתייחד עמהם אשה היינו דראוי להחמיר לעצמו אבל מדינא ליכא איסור להתייחד עם סתם ב"א שנים ולפי"ז שפיר אמר ר"י לרב והא מר הוא דאמר בכשרים שפיר דמי דהיינו הך מימרא ולולא דברי רב ל"ק מהמשנה די"ל דמיירי רק מדינא אך לר"ן בפע"י שם דסתם ב"א חשיבי כשרים צ"ל דר"י שמע מרב דאמר בפירש בכשרים שפיר דמי והר"ן שם גרס דא"ל ר"י לשמואל והא מר הוא דאמר בכשרים ש"ד ולפ"ז עכצ"ל דכך שמע ממנו ונראה הוכחה לאותו גרסא דהא כארחא הוי והרי רב אמר בדרך צריך שלשה וכמו שהקשה מהרש"א בח"א אבל אי גרסינן שמואל א"ש דר"י שמע משמואל דגם בדרך בכשרים תרי שפיר דמי או דרצה לדעת אם שמואל מחלק ג"כ בין עיר לדרך ומדלא השיב לו דבדרך צריך שלשה ש"מ דפליג על רב ובזה א"ש דהשמיט הרי"ף מימרא דרב דאמר בדרך צריך שלשה אף דהלכתא כרב באיסורא ונ"מ כיון דפשטא דמשנה דסתם דסגי בשנים משמע דגם בדרך סגי שנים להכי פסק הרי"ף כן וסמך אהא דהביא המשנה סתם דמשמע דל"ש אח"כ עיינתי בעין זוכר אות ה' סק"ג דהביא מהרב ראשון לציון בשילהי ביצה דאף דהלכה כרב נגד שמואל באיסורי מ"מ היכא דפשטא דמשנה מתיישבא טפי כשמואל פוסק הרי"ף כשמואל והרב עין זוכר חיזק דבריו וביש"ש פ"ד דקידושין סכ"א גורס ג"כ שמואל.

וכן לא יתייחד איש אחד אפילו עם נשים הרבה בעצ"א סק"ט הביא משנה דגיטין דף ע"ג דלא תתיחד עמו אלא בפני עדים אפי' עפ"י עבד אפילו עפ"י שפחה ופרש"י דפנויה היא ואסור להתייחד עם פנויה וא"כ איך מותר עפ"י שפחה דאפילו לרש"י דעם שלשה נשים מותר להתייחד אבל בשתי נשים מפורש במשנה פע"י דאסור ונראה דבשלמא שתי נשים משום דדעתן קלות חיישינן דיתפתו שתיהן כדאיתא התם דף פ' ע"ב ולכן אין להם פחד שאחת תגלה חרפת השניה ולכן כתב הרא"ש בשלשה נשים משום דא"א שיבעול כולן שרי לרש"י וה"ט דאותה שלא תבעל תגלה אמנם זה בבנות ישראל דזנות חרפה להם אבל שפחה מבואר ברדב"ז ח"א סימן קצ"ו דסתם עכו"ם ושפחה זונת הן אינן בושית מן העיבור ולא מקפידות ומזנות ומתעברות ומתפארות עיי"ש א"כ הישראלית לא תתפתה מפחדה שלא תגלה השפחה אף אם תקלקל גם היא וכן האיש האי גברא בההיא פחדא יתיב ובשו"ת חו"י סי' ע"ג ובבינת אדם שער ב"ה סט"ז כתבו דאפילו יחוד האסור מדאורייתא אינו רק איש אחד עם אשה אחת כדילפינן מכי יסיתך דכתיב בסתר אבל עם ב' נשים או אשה אחת עם שני פריצים לכ"ע רק מדרבנן דעיקר איסור יחוד רק אחד עם אחת והובאו בפ"ת כאן ולכן דוקא בשתי נשים או שני פריצים דכולם

יקלקלו ולא יגלו חששו חכז"ל משא"כ אם אחת שפחה מותר כיון דאין זה עיקר יחוד וכבר הבאתי לעיל סימן וא"ו ס"ב מב"מ פרק א"נ דף ע"א דאמר שם אהא דאשה לא תקנה עבדים דוקא בע"ע דצניע לה אבל ע"כ פריץ לה ופרש"י צניע לה מוחזק צנוע הוא בעיניה שאם יקלקלו יחד לא יתפאר לגלות הדבר הלכך אסור לקנותו ע"כ פרוץ לה ויראה היא להפקיר לו את עצמה עכ"ל הרי כיון דפריץ יראה שיתפאר ויגלה וא"כ ה"נ בשפחה כנענית ובשו"ת רשב"א סימן תקפ"ז כתב החכם השואל כהחו"י וב"א וראיית הב"א והרשב"א לא דחה דבריו בזה שו"ר בשו"ת שב יעקב סימן י"ט שכתב להתיר מה"ט שני אנשים ועגלן גוי עם אשה אחת בדרך כיון דגוי אינו בוש מלגלות עיי"ש.

הג"ה עם שני אנשים כשרים בישׁ"ש פ"ד דקידושין סכ"א כתב הא דקאמר בפרוצים אפי' בעשרה לא היינו כולהו פרוצים אבל חד כשר וחד פריץ מתבייש הכשר מן הפריץ וכן הפריץ אינו עושה שום דבר בפני הכשר ומ"ה בדרך נמי סגי בשנים כשרים אף דהשלישי פריץ ומ"ה סמכי האידנא נמי בעגלון אפילו הוא גוי אם יש שני אנשים כשרים עכ"ל וקודם לזה הביא דברי הר"ן ורא"ש הא דשנים כשרים ומשמע דלא לאפלוגי עליהם אתי אלא דמ"ש שנים כשרים לאפוקי אם שניהם פרוצים וזה דלא כשב יעקב דס"ל דבעי בעיר שיהיו השנים כולם כשרים ובדרך כל השלשה כשרים ול"נ עוד אאת"ל דפריץ לא מתבייש מ"מ האשה לא תאבה לו שהכשר יגלה ולאונס ל"ח כיון שאחד כשר יסייעה ונראה ראיה דהא בגמרא דא"מ ל"ש אלא בכשרים מביא מעשה היה והוציאה עשרה ור"י אמר תדע דמיחברי עשרה וגנבי כשורי ולא' מתבייששו מהדדי והרי כולם פרוצים וגנבים ואת"ל דחד פריץ וחד כשר נמי אסור מאי ראיה ואף שכתב השב יעקב מדכתב הרמ"א שני אנשים כשרים מבואר דדוקא שניהם כשרים אינו, מוכרח דהא בפ"ק דברכות דף ג' ע"ב אמר אי בתרי חשד נמי ליכא בתרי ופריצי הרי משמע דשניהם פריצי אבל בחד כשר ליכא חשד וא"ת התם דליכא אשה בודאי בחורבה רק חשד סגי בחד כשר א"כ למה אמר התם מפני המפולת ותיפוק ליה מפני חשד בתרי וכשרי למה לי שיהיו שניהם כשרים כיון דאינו רק מפני חשד אע"כ ליכא למידק מזה דדוקא שיהא שנים כשרים וכיון דיחוד עם שנים פרוצים בעיר או בדרך אפילו עם כשרים עד שיהיו שלשה אנשים לכ"ע אינו רק מדרבנן אאת"ל דרמ"א וישׁ"ש פליגי הוי ספק דרבנן ולקולא ומפרט דישׁ"ש טעמא יהיב ומסתבר כוותיה.

ס"ח בעלה בעיר ברכ"י כתב דיש ראיה קצת לרש"י דיש איסור מסוכה דף כ"ה ע"ב ול"נ דהתם החשש משושבין ושאר בני החופה דסתמייהו קרובים וגייסי אהדדי.

עוד הביא מירושלמי פ"ח דתרומת דאשה חדא סליק אצלה עני ונתנה לו לאכול וארגשה דבעלה בא ויהבת אותו בעילותא ואתי הבעל ונתנה לפניו לאכול ובתוך האכילה ניים ואכל הנחש מן המאכל והעני ראה וכאשר ניעור הבעל ורצה לאכול גילה העני דנחש אכל ממנו ואמר ע"ז הירושלמי ואין אסור משום יחוד מכיון דלא חשיד על הדא לא חשיד על הדא דכתיב כי נאפו ודם בידיהם והשתא אם כהתוס' דכשבעלה בעיר ליכא איסור מה פריך ואין אסור משום יחוד איברא דבלא"ה אינו מובן אמ"ת דלכתחלה יש איסור יחוד מ"מ בלא קינוי וסתירה אין אוסרין על היחוד ויפה מראה הקשה עוד מאן ליימר דלא נאסרה באמת עיי"ש ול"נ דאין הירושלמי מקשה כלל אלא דינא משתעי דכגון זו אין אסור משום יחוד וכמו דתרצו תוס' אהא דשילהי נדרים דנ"מ לענין אם אמרה טא"ל או לענין הנטען ה"נ י"ל כן אך ודאי לתוספות דכשבעלה בעיר מותר לכתחלה דאימת בעלה עליה קשה מה צ"ל משום דלא חשוד על הדא הא בלא"ה אין חוששין לכן נראה דדוקא בבית דכשיבא הבעל ודאי לביתו יכנוס אימת בעלה עליה אבל בעילותא דאין דרך הבעל לעלות לשם זולת לפרקים אין אימת בעלה עליה דשמא לא יבא כלל ואם יבא שמא לא יעלה להתם והרי חזינן דהחביאה את העני בעילותא דאפשר שלא יעלה הבעל להתם והיא נתנה העני בעליתא והרי נתייחדה עמו אז ואפילו מצאה בעלה בבית מ"מ כיון שלא היה זר ביניהם יכולה היתה לעלות אחריו והא דפריך בפע"י דף פ"א אהא דאר"י שקולי דרגא מתיתי ביבי והא בעלה בעיר א"ח משום יחוד שא"ה דידע ר"י דרב ביבי בעילותא אימת בעלה עליה להתייחד עמו שם ובירושלמי פרק אין מעמידין מבואר דעלתה עם העני לעילותא וכשבא בעלה ירדה ומצאתי שם בפ"מ שכתב ג"כ דאין הירושלמי מקשה שתהא אסורה משום יחוד אלא קמ"ל דינא דאין זה חשוב יחוד לאסור היכא דאוסרין משום יחוד ונ"ל עוד דנ"מ כשיקנא לה בעלה וסתרה דנהי בקינא לה ונסתרה אסורה דרגל"ד הכא יש להיפך רגל"ד דלא זינתה וזה הרגל"ד עדיף דהא הרגל"ד מחמת הסתירה וקינוי אינה רק הוכחה דנסתרה לזנות ומ"מ שמא לא הספיק עד שראו אותם ובטלה מחשבה משא"כ הוכחה זו מדמיחה בו שלא לאכול מהמאכל הוי הוכחה שלא זינה עמה וכן מצאתי בהמאירי שילהי נדרים דמכח הוכחה זאת מותרת אף שקינא לה ובהגה שם גמגם דתהא ספק סוטה ולפימ"ש לק"מ.

ס"ט בית שפתחו פתוח לר"ה אין חשש להתייחד שם בשו"ת רשב"א אלף רנ"א וז"ל ולענין מה שאמרת באשת כהן שנכנסה בחצר המטרה עם הכתב בחקירה והגיפו הדלתות מי חיישינן כדאמרינן בירושלמי תרעא טרוק סוטה והשיב הרשב"א דאין אשה נאסרת על בעלה אפילו כהן ביחוד בלא קינוי והגפת הדלתות שאמרת אין זה יחוד עד

שיהא בית נעול במנעל כדמשמע בירושלמי תרעא טריק סוטה מוגף צריכה וטעמא כל שאינו במנעל ירא הוא שמא יכנס אחר שלא ברשות את"ד אך הב"מ שבתשובת רע"ק איגר סימן קו"ף הוכיח מקידושין דף פ"א דאם סתם ולא נסגר במנעל ג"כ הוי יחוד מהא דאמר פ"פ לר"ה א"ח משום יחוד משמע דוקא פתוח ממש ועוד מהא דאמר התם שני בתים נשים מבחוץ ואנשים מבפנים אר"כ חוששין משום יחוד והרי התם מהלך הפנימים דרך בית החיצון ואינו סגור במנעל ולכן גמר אומר שט"ס ברשב"א והביא כן מהב"י וראיתי בב"י סימן י"א כתוב כמו שכתוב בשו"ת הרשב"א וגם ברדב"ז ח"א סימן קכ"א הביא כן לשון הרשב"א והובא בע"ת כאן ומעתה ח"ו לומר דנעלם מהרשב"א גמרא הנ"ל ונהי דמהא דפ"פ לר"ה ל"ק כ"כ די"ל דר"ל דאינו סגור במנעל אך ראיה השניה קשה ועוד יל"ד מה ראיה מייתי הרשב"א מהירושלמי אדרבה אמר מוגף צריכה דהיינו דהוי ספק איך נתירו לכן נראה דס"ל לרשב"א דאאת"ל דיחוד כזה אסור אינו מד"ת כיון דמרתת שמא יכנס אחר וכדמייתי ראיה התם משילהי ע"ז דמתירין היין כה"ג והש"ס דאמר בנשים מבחוץ ואנשים מבפנים חוששין ליחוד היינו חששא בעלמא לכתחלה מדרבנן מדלא קאמר אסור ומפרט לרמב"ם דמיירי בפירש אחד מהאנשים לתוך הנשים הרי כבר פירש לפנינו והל"ל אסור אע"כ רק חששא לכתחלה הוא והא דקאמר דר"כ אמר הכי ובתוס' תני אפכא אנו נעביד לחומרא אף דהוי רק פלוגתא בחשש דרבנן י"ל משום דאין עושין ספק דרבנן בידים וכמבואר באחרונים בכללי ס"ס וה"נ כשנכנסין באופן זה הרי עושין הספק בידים והירושלמי נמי הכי ס"ל דאמר מוגף צריכא דהוי ספק ואין עושין ספק דרבנן בידים והרשב"א דקאי שם דכבר נכנסה האשה ולא היו הדלתות מוגפין רק העכו"ם הגיפו הדלתות והאשה לאו כלום עשתה בזה קאמר דאין זה יחוד כיון דכבר נעשה הספק הוי ספיקא דרבנן לקולא ומכ"ש בהא דהגיפו הדלתות היינו יותר מנכרי אחד ובזה ודאי ליכא יחוד מדאורייתא כמ"ש לעיל ולכן נמי קאמר פתח פתוח לר"ה לומר דבכה"ג מותר להתייחד לכתחלה להכנס שם ואין חשש להחמיר שלא לעשות ספק בידים משא"כ במוגף אף דלא נסגר הוי ספק וכהירושלמי ואין עושין ספק בידים.

ולפימ"ש הבית מאיר ביו"ד סימן קכ"ב דאין מתירין שום ס"ס או ספק דרבנן לכתחלה רק בשעת הדחק דחשוב כדיעבד ה"נ אפי' כבר היה אחד בבית ובאה אשה והגיפה הדלת ולא סגרה והוא בר"ה או בחצר שעוברין שם רבים אף דהספק כבר נעשה והשתא הספק אם החיוב לפתוח הדלת לגמרי או לצאת מ"מ אם אינו שעת הדחק כגון בחורף דהכל חולין אצל צינה צריך לפתוח הדלת וגם הפנ"י בספ"ק דברכות דף י"ב ע"ב כתב

הא דספק דרבנן לקולא דוקא במידי דאית ביה פסידא אם בעביד לחומרא או טרחא יתירה עיי"ש ומ"מ לכתחלה לא יכנסו איש ואשה בבית וליגוף הדלת דזה חשוב עושה ספק בידים ואפילו במקום פסידא אין לעשות וכמ"ש המג"א בסי' תס"ז סוף סק"ב בשם מהרשד"ם ומהרי"ט לענין ס"ס אף דהתם הוי טרחא יתירה ופסידא ובמהרי"ט ח"ב חיו"ד ס"ב מבואר להדיא דגם באיסור דרבנן ובמקום פסידא אין לעשות ספק לכתחלה מדאמרינן בפסחים בארבא דטבע בחישתא דאסור לזבוניה לגוי שמא ימכרנו לישראל אף דחטים שנבללו במים רק מדרבנן אסור כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מהלכות חמץ וכי זבין לעכו"ם הוי ספק אם ימכרנו לישראל ומ"מ אסור אף דאם לא ימצא כ"כ ישראלים שיקנו ממנו קבא קבא שימכר כל הארבא הרי יש לו פסידא הרבה מ"מ אסור לגרום ספק דרבנן בידים ועוד דמבואר ביו"ד סי' קכ"ט ס"א בהג"ה דלכתחלה אין לסמוך אטעמא דמרתת.

אך הרשב"א בתשובה שם דמביא ראיה להתיר יחוד באין הדלת סגור מהנהו עובדא דפרק בתרא דע"ז ביי"נ עכצ"ל דס"ל גם לכתחלה מותר ועש"ך יו"ד סימן קי"ח ס"ק ל"ב אך נראה לע"ד לפימ"ש ביו"ד סימן קי"ח ס"א בהנ"ה דעכו"ם מרתת טפי מישראל ה"נ י"ל הא דע"ז שאני דעכו"ם מרתת מחמת דישראל בעל היין חושדו בא יבא לראות משא"כ לענין יחוד בישראל אינו מרתת כ"כ דסובר דלא חשוד בעיני ישראל ולא יבא לראות ולכן באנשים מבפנים ונשים בחוץ חוששין ליחוד.

ובטו"ז כתב לרש"י דמיירי שלא יעשו הדירה בענין זה דשמא יבואו לידי איסור באיזה פעם דהיינו שלא יהיו רק שני אנשים ויצא אחד שם ולא משמע הכי בקידושין שם דאמר אביי דייר גולפי ופרש"י שמקום קבוצות אנשים ונשים או לדרשה או לחופה היה מסדר קנקנים של חרס הרבה ביניהם

ולפרש"י י"ל דלפיכך לא מרתת כמו בעובדי דיי"נ משום דבאו לדרשה או לחופה לא עבידי לצאת עד אחר החופה או הדרשה זולת זה שמיכוין לזימה יצא בסתר ונ"ל לישב דברי הטו"ז דמה שהקשו תוס' שם דף פ"ב על פרש"י דמי שעסקו עם נשים לא יתייחד אפילו עם הרבה נשים וסתם אדם מותר עם ג' נשים מהא דאנשים מבפנים ונשים בחוץ דמשמע דלכ"ע אסור להתייחד עם הרבה נשים זה לק"מ מקובצות נשים ואנשים לחופה ולדרשה דמסתמא נמצא שם מי שעסקו עם נשים ופריצים ג"כ אלא דתוס' מקשו מאנשים בפנים דלא מיירי בקבולות לדרשה וחופה ומסתמא קאמר דחוששין משום יחוד אפילו דרין שם לזה תירץ הטו"ז כיון דדרין בקביעות יש לחוש דלפעמים יבואו לידי יחוד עם שני נשים או איש אחד ולפ"ז י"ל נמי הא דלא סמכינן אטענא דמרתת כיון דאין הדלת

סגור כמו לגבי יי"נ דשא"ה דמקרה בעלמא משא"כ כאן בקביעות אין לסמוך ובדרשה וחופה דג"כ אינו קביעות מ"מ לא עבידי לצאת עד אחר החופה והדרשה וכמ"ש.
אמנם הרי"ף השמיט לגמרי הך דאנשים מבפנים ונשים בחוץ והמתניתא דתני אפכא והא דאביי ורבא דדיירי גולפי וקניא ולא מצאתי מי שעמד בזה ונ"ל דס"ל סיון דמוכח מהנהו עובדי דע"ז דמרתת שמא יכנס אחד שלא ברשות כ"ז שאין הפתח סגור במנעל כמ"ש הרשב"א בתשובה הנ"ל והכא כיון דמהלך דרך הפנימים לצאת דרך החיצון א"א לסגור ולמה אסור וס"ל כרשב"א דאטעמא דמרתת יש לסמוך אף לכתחלה וכמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קי"ח ס"ק כ"ב ועוד אפ"ת כהראב"ן שבמרדכי דלכתחלה אין סומכין מ"מ הא' כאן רק החשש שמא תפרש אחת או אחד לבית השני ולא ס"ל כרמב"ם דמיירי כשכבר פירש דסתמא דגמרא לא משמע הכי א"כ כיון דאפי' כבר נתייחד ליכא איסור רק לכתחלה אין לחוש שמא יתייחד וכמ"ש הפנ"י התם בישוב פרש"י מקושית התוס' בהא דבעלה בעיר וכ"כ האחרונים דהיכא דאף כשנתייחדו ליכא רק איסור בעלמא לכתחלה אין לחוש שמא יתייחדו וכ"ש בהא דאביי ורבא בקביצות אנשים ונשים לחופה ולדרשה דלא ימלט שלא תהא בעלה של אחת שם והוא משמרה אפי' הוא רק בעיר וממילא אין חשש גם על האחרות דבושית מזאת כיון דהא דאיש אחד לא יתייחד עם הנשים היינו משום דדעתן קלות ויתפתו כולן ולא יגלו משא"כ אם אחת בעלה בעיר ועוד הא רק עם שתי נשים לא יתייחד איש אחד אבל ביותר מותר כפרש"י ותוס' הקשו מהא דאנשים בפנים ונשים בחוץ מכל הלין ס"ל להרי"ף דזה אינו מדינא רק נהגו מדת חסידות יתירה וכמו אביי ורב כהנא דנזהרו מלהתייחד אפילו עם בהמה ור"מ מביתו ועיין רמב"ם פכ"ב מהא"ב ה"ב וכן הא דאמר רב לר"י דוקא כשרים כר"ח ב"פ דחסידות נהגו בעצמן ולא קי"ל הכי והרי"ף השמיט כל זה כיון דאינו מדינא ה"נ רק מדת חסידות שנהגו בעצמן וכן משמע לישנא דחוששין משום יחוד ולא אמר אסור וכן הא דאמר אביי כיון דר"כ אמר הכי ומתניתא תנא אפכא אנו נעביד לחומרא מדקאמר אנו ולא סני ליה לומר נעביד לחומרא אלא דייק אנו ואין חיוב על אחרים.

סימן כג

זה חמיר הקשה ב"ש מס"ח דאם מתירא שלא יכשל בא"א או בנדה וכו' ולע"ד י"ל נהי דחמיר מעשה אחת בזה ממעשה אחת בא"א או בנדהמח"ט אם יכשל בא"א או בנדה דילבשנו יצרא יעשה איסור בכל דישה ודישה וכדמוכח ביו"ד סימן קפ"ה סי"ד שישהה בלא דישה ועיין חת"ס חיו"ד סימן קנ"ה דתשובה וכפרה בעי על כל כח וכח ואף דאחר שלבשו היצר חשוב אנוס כמו בתחלה באונס וסופה ברצון מ"מ כאן תחלתו בפשיעה

וסופו באונס ובר"ן פרק יוה"כ כתב דלמסוכן שוחטין בשבת ואין נותנין לו נבלה אף דמלאכה בשבת חיוב סקילה ואכילת נבלה רק לאו מ"מ עדיף לעשות איסור חמור פ"א מלהרבות באכילת איסור דיש לאו בכל כזית וכזית ואפילו להאכילו פחות פחות מכזית חמיר מלשחוט כמ"ש מג"א סימן שכ"ח סק"ט ועיין פרק ד"א דף ל"ד בפרש"י בד"ה על כל כח וכח דאי איכא ידיעה בין כח לכח חייב על כל כח וכח אפילו הוא רק ביאה אחת. **ועוד** בא"א ונדה תכשל האשה נמי ונהי דז"ל חמיר מ"מ מה דיותר חמיר הוי איסורא זוטא לגבי איסור שתעשה האשה וכיון דע"י פשיעתו תעשה היא איסור שתתפתה לו אחר שהוא מחזר אחריה כי דרכו של איש לחזר כמ"ש לעיל סימן כ"ב משו"ת הרשב"א סימן תקפ"ז א"כ מחויב לעשות איסורא זוטא כדי שלא תעשה האשה איסורא רבה ועתוס' פ"ק דשבת דף ד' בסד"ה וכי אומרים אלא דהדבר תמוה בעצמו כיון דנדה בכרת וא"א בחנק איך יתכן דז"ל דאינו בכרת וחנק יהא חמור וי"ל עפי"מ שכתב המהרש"א בסנהדרין בטעמא דאין עונשין מה"ד כיון שזה חמיר ממנו אינו מתכפר בעונש המפורש באיסור הקל ממנו והשם יכפר ומה שתירץ בעצ"א דדוקא בדש בפנים וזורה בחוץ כמעשה ער ואונן חמור משאר עברות ליתא כמבואר בזהר פ' וישב דף קפ"ח ע"א ובפ' ויחי דף רי"ט ע"ב ולפימ"ש בזהר ויחי משום דקטול בנוי חמיר מרוצח דקטיל לאחר י"ל דדוקא אם בזרע זו קטיל בניו אוי חמיר אבל כ"פ גם במשמש באשתו אינו מוליד ואז כשאין הורג בזרע זה ולד קיל מבא על א"א ונדה וכלפי שמיא גליא לכן ס"ל לס"ח דלהנצל מאיסור א"א או נדה מוטב לעשות כן דאין ספק מוציא מידי ודאי ועפ"י רוב אין מוליד גם כשמשמש עם אשתו אף דרוב נשים מתעברות ויולדת היינו ע"י ביאות הרבה. **וז"ל** הזהר בפ' ויחי שם מאן דזני בידוי לאפקא ולחבלא זרעיה בריקניא ולההיא טרדין בההוא עלמא יתיר מכולא ת"ח וכ' מ"ט דכתיב ושחת ארצה עיי"ש והאי ולחבלא לכאורה מיותר ונ"ל כיון דלומד זה מושחת ארצה דגבי ער ואונן אין ראיה רק כשנתכוין להשחית שלא יולד מזרע זה ולד וכמעשה דער ואונן שעשו כן כדי שלא תתעבר אבל כשאינו מתכוין רק לתאוה אף שאפשר שהיה נולד מזרע זה ולד ועכשיו קטליה מ"מ אינו מתכוין פטור ומפרט דאינו פסיק רישא וכמ"ש ולכן בעובדא דק"ח דאינו מתכוין לזה נהי דאיסור גדול הוא מ"מ קיל מאיסור א"א ונדה עוד מבואר התם דחמיר מאחריני דקטלי בני נשא דהאי קטיל בנוי אושיד דמין סגיאין והיינו דרוצח אינו הורג רק לפי הזדמן לפעמים כי אינו בידו ואית לו אימתא דאינשי וב"ד ומלכותא משא"כ זה אין לו מונע ועושה הרבה פעמים וא"כ בנידון דס"ח שאינו רק פ"א קיל מאיסור א"א ונדה.

קטנה ביבמות י"ב ב' שלש נשים משמשות במוך פרש"י מותרות לשמש במוך שלא תתעבר ובכתובות פ"ג דף ל"ט פרש"י ואינן כמשחיתות זרע וכתבו תוס' דמשמע בשאר נשים אסור והקשו הא מותר לשמש עם קטנה ואיילנות עיי"ש ולי צ"ע אם יש בזה איסור בשאר נשים איך התירו בג' נשים מפני הסכנה יותר ה"ל לאסור לשמש וא"ל דנדחה מפני מצות עונה דהא בכתובות דף מ"ם איתא דהיכא די"ל לא בעינא אין עשה דוחה ל"ת ולולא דבריהם י"ל דמשום איסור השחתת זרע ליכא דמשמש כדרכו רק אין לה רשות בלא הסכמת בעלה אי דלא ניחא ליה להשחית זרעו או קפידא י"ל במה דמשימה מוך בשעת תשמיש ועיין חת"ס יי"ד סימן קע"ב כתב נמי דשייך בזה קפידא לבעל וא"כ לק"מ מקטנה ואיילינית דבעל בעצמו רוצה ומשום קפידא דידיה לא משגחינן ביה במקום סכנה וכדאיתא בשבת פרק מענין דף קכ"ט כולהו אערומי אסירי בר מהאי ערומי דשרי עיי"ש אף דבלא"ה אסור מ"מ במקום סכנה שרי.

אך מלשון פרש"י ואינן כמשחיתות זרע דדייקו תוס' דבשאר נשים אסור נראה דבשאר נשים ג"כ מדינא אין בזה איסור השחתת זרע אלא איסור דרבנן דנראה כהשחתת זרע ודומה לכיעור דאל"כ ה"ל לרש"י לומר אף דמשחיתות זרע או ואין אסורות משום דמשחיתות זרע אלא ס"ל כתוס' הרא"ש ביבמות הובא בשו"ת רע"ק סימן ע"ב דאחר שיצא הזרע מן הגוף תו לא מקרי השחתת זרע וגם דעת הישי"ש בר"ק דיבמות סימן חית והש"ג שם דאין בזה איסור השחתת זרע רק רש"י ס"ל דזה רק מדאורייתא מדהתירו בג' נשים דאם הוי אסור מדאורייתא למה יתירו משום מצות עונה ה"ל לאסור לשמש עם הג' נשים אע"כ בשאר נשים רק דרבנן ובמקום מצוה לא אסרו ומיושב בזה קושית התוס' איך מותר לשמש עם קטנה ואיילנות דשא"ה שהוא דרך תשמיש ואינו נראה כהשחתה זרע וגם מיושב קושית הנ"י ביבמות וריטב"א שם לרש"י דא"כ למה אמרו פחות מכאן משמש כדרכו דמשמע דאינו מותר במוך והא פחות מכאן בלא"ה אינן מתעברות וליכא השחתת זרע במוך ולפימ"ש א"ש כיון דבגדולות ג"כ אסרו חכמים רק משום דנראה כהשחתת זרע לא חלקו בין קטנה לגדולה רק באותן ג' נשים לא אסרו משום סכנה וכן בג"ח הבחנה או מניקה לא פלוג בין קטנה לגדולה. ובפרש"י נדה דף מ"ה בד"ה משמשות במוך ז"ל תקנתן הוא לשמש במוך שלא תתעבר נראה שחזר בו ממה דפירש ביבמות וכתובות דמותרות משום דס"ל דגם בשאר נשים ליכא איסור אפילו ליתן מוך בשעת תשמיש וכן ר"ן ורא"ש בפירושים לנדרים דף ל"ה ע"ב פרשו לשמש במוך צריכות וכן במרדכי פ"ק דיבמות שהביא פיר"ת השמיט מה דס"ל דלשמש במוך אין היתר רק לאחר תשמיש ועל זה כתבו דכן פירש ריב"ן וגם בישי"ש ותוס' רא"ש הנ"ל ורא"ש בתשובה כלל ל"ג

דין ג' ס"ל דמותר וכן נראה מדהשמיטו רמב"ם וטור וש"ע ורמ"א הא דג' נשים ותמה הב"מ למה השמיטו ולפי הנראה משום דס"ל כפוסקים דמתירין והך דשלש נשים ר"מ תקנתא קמ"ל וחכמים ס"ל דא"צ לשום מוך דשומר פתאים ד' א"כ א"צ להביא הך דינא כלל וכ"נ דעת הרא"ה ות"ר באס"ז כתובות דף ל"ט אלא דלעומת זה דעת ר"ת לתוס' וריב"ש באס"ז דף ע"ב וריטב"א ביבמות דף י"ב ע"ב ס"ל לאיסור ובנדה ר"פ כל היד אמרו דמשחית זרעו כאלו שופך דמים ובזהר פ' וישב ופרשת ויחי הנז"ל דהוי כקטיל בניו ומשום דראוי שיוולד מהזרע א"כ היינו שייך ג"כ לאסור ליתן מוך בשעת תשמיש שלא תתעבר וכן מלהפליט הזרע אח"ת כדי שלא תתעבר וצע"ג על הפוסקים המתירים. **והוכרחתי** לומר דלכאורה קשה למה יהא כש"ד הא עדיין לא נוצר רק מניעה שלא יוולד וקי"ל מבטל כיסו של חברו פטור אפילו בריוח ברור כמבואר בירושלמי וביש"ש הובא בש"ך חו"מ סימן נצ"ב סקי"ד וצ"ל עפ"י מ"ש בלק"ת להאריז"ל פ' נח דטפה היוצא מהזכר ואין הנוקבא מקבלתם אוחזים בה החיצונים וכ"כ שם בטעמי המצות ובור"ח מסכת השכיבה פ"ג והם צריכין תיקון ולכן היה המבול למחות אותן נגעי ב"א כמבואר בל"ת שם וביחזקאל וגם עשרה הרוגי מלוכה היו עשרה טעין שיצאו מיוסף כדאיתא בת"ז ולכן הוי כשופך דמים דגורם להם הריגה ר"ל וזה דוקא כשאין הנוקבא מקבלתם מקודם תדע דאל"כ איך מותר לשמש עם קטנה וזקנה ואיילינות ומה יועיל הטענה דמשמש כדרכו הא מ"מ זרעו שהיה אפשר נולד ולד ממנו עכשיו הולך לאיבוד אע"כ כיון דאשה מקבלתם אין להחיצונים אחיזה ורק בנתנה מוך בשע"ת או אח"ת פליגי הפוסקים אם דוקא כשנשאר ברחם האשה אין חוששין מן החיצונים או אפילו במוך דנפלט אח"כ לחוץ וכה"ג איתא בפרק ואלו מגלחין דף ח"י בצפרנים כיון דאשתני אשתני.

סימן כה

בין של"כ וראב"ד כתב דוקא מדעתה שהרי אמרו בעירובין ק' ע"ב ואץ ברגליים חוטא זה הבועל ושונה ופריך והא"ר הרוצה לעשות בניו זכרים יבעול וישנה כאן לדעת וכאן שלא לדעת והשתא זה שמיכוין לעשות בניו זכרים אסור סלא לדעת כ"ש שלכ"ד ונראה דרמב"ם דלא מחלק בזה ס"ל דמשום דגם בל"ד נפש ל"ט ומפרש הש"ס דמוליד בנים שאין מהוגנים לכן מה"ט אסור לבעול ולשנות שלא לדעתה משא"כ בשלכ"ד דאינו מוליד וצ"ל דראב"ד ס"ל דאם מה"ט הוא הרי כבר אמר קרא ברישא גם בלא דעת נפש לא טוב וילפינן שם מזה דאסור לכופה לדבר מצוה ולמה צ"ל עוד ואץ ברגלים חוטא אע"כ דקמ"ל קרא דבזה חוטא אפילו בלאו ה"ט דמוליד ומיושב בזה קושית עצ"א למה לא יליף הראב"ד מרישא דברייתא דאסור לכופה לדבר מצוה דיש ג"כ ק"ו השתא בכדרכה

דאיכא מצות פ"ו אסור ק"ו שלכ"ד דאין מוליד דאסור לכופה ולפימ"ש א"ש דמרישא ה"א טעמא רק משום שמוליד בנים שאינם מהוגנים וכמ"ש חכז"ל רני עקרה לא ילדה בנים לע"ז לכן מביא מסיפא דחוטא מלבד זה הטעם דמוליד נפש ל"ט.

ולרמב"ם י"ל דאיצטרך קרא דאי מרישא דגם בל"ד כל"ט ה"א דוקא אם תוליד נקבה אבל בועל ושונה דיולדת זכר דבא יותר מכת האב כדאיתא במת"כ פרשת תזריע סוף פרשה י"ד וכיון דהבעל מדעתו בעיל יוכל להוליד בנים מהוגנים לכן צריך קרא דגם בועל ושונה חוטא כיון דשלא מדעתה הוא ג"כ ה"ל בנים שאינם מהוגנים.

עוי"ל בדעת הראב"ד דבועל ושונה בעל כרחה רק חוטא הוי אבל בנים מהוגנים אפשר שיוליד משום דבשלמא כשביאה ראשונה בלא דעתה שאינה מתאוות ולכן הצריך לכופה אזי מוליד בנים שאינם מהוגנים משא"כ כשבועל ושונה דבביאה שניה כבר לבשתה תאוה כדפרש"י ומה שהיא שלא ברצונה משום דטריחא לה.

עוי"ל דבועל ושונה ה"ל בנים זכרים אם תתעבר מביאה שניה אבל אין איסור משום בנים שאינם מהוגנים דה"ל ס"ס שמא נתעברה מביאה ראשונה שהיה מדעתה ואת"ל שלא נתעברה אולי גם בשניה לא תתעבר וא"כ ע"כ האיסור רק משום שבועל בעל כרחה אבל בכופה על ביאה ראשונה יש איסור שמא תלד ויהיו בנים שאין מהוגנים דהוה ספק אחד ולרמב"ם י"ל גם בבועל ושונה האיסור משום בנים שאין מהוגנים אף דהוי ס"ס דאין עושין ס"ס בידים כמ"ש מהרי"ט ורשד"ם הובא במג"א ריש סימן תס"ז.

אם עושה באקראי ואינו רגיל בכך לשון ר"י שבתוס' פד"א ל"ד ב' בד"ה ולא דל"ח כמעשה ער ואונן אלא כשמתכוין להשחית זרע ורגיל לעשות כן תמיד אבל באקראי בעלמא ומתאוה לבא על אשתו שלכ"ד שרי עכ"ל מסוף דבריהם משמע דתרתי למעליותא בעינן שיהא רק באקראי ולא יתכוין שלא תתעבר רק מתאוה לבא על אשתו ומ"ש ברישא כשמתכוין להשחית זרע ורגיל פירושו או רגיל וכ"כ הב"ח לפי דרכו דהפירוש או רגיל וב"י בבד"ה כתב אלו הוי ר"י רואה מ"ש הזהר בעונש המז"ל כי הוא גדול משאר עבירות שבתורה לא היה כותב זה שכתב עכ"ל ולפימ"ש לעיל ריש סימן כ"ג דבזהר ויחי מוכח דחומר הגדול רק במתכוין להשחית זרעא בריקניא או רגיל בכך וגם דייק דעושה בידוי אין תפיסה על הנ"י ותמהני דבלא דברי הזהר מי זוטר מה שאמרו בבבלי ר"פ כל היד בזה וודאי לא נעלם מהר"י דברי הגמרא אע"כ דהתם נמי בעושה בידיו או מתכוין או רגיל וגם הישׁ"ש בפד"א סימן י"ח פסק כן כהר"י והרא"ש ובא"ר סימן ר"מ דחה כל דברי ס' החרדים שהתריס נגד דברי הר"י עיי"ש אך קושית ספר החרדים ממ"נ אם יש איסור השחתת זרע בכה"ג אפילו באקראי אסור ואם ליכא בזה איסור יהא שרי

אפילו רגיל הוא קו"ע ועוד הרי משחית זרע כיון דאינו במקום הזריעה שראויה להתעבר ונראה דאיסור השחתת זרע אם מאותו זרע ה"ה נוצר ולד אם היה משמש כדרכו דאזי הוי כשופך דמים והרבה פעמים אדם משמש כדרכו ולא תתעבר ואית' בתה"ד הובא בש"ך יו"ד סימן פ"ד סק"מ היכא דספק אם יש כאן איסור ואינו מתכוין לבטל האיסור שרי עיי"ש לכן ה"נ כשאינו מתכוין להשחית הזרע שלא תתעבר ויש ספק שמא לא היתה מתעברות בזרע זה לכן שרי אבל ברגיל לא ימנע שפ"א היתה מתעברת דרוב נשים מתעברות ויולדות לכן אסור גם כשאינו מתכוין וכן באקראי אם מתכוין אסור אף בספק ועוד דאם רוב פעמים משמש כדרכו גם כשלא משמש כדרכו כונתו ניכרת דאין עושה כן כדי שלא תתעבר דא"כ תמיד היה עושה כן והפנ"י בפרק כירה דף מ"א כתב דר"ש אינו מתיר כשאינו מתכוין רק כשניכר מתוך מעשיו שאינו מתכוין כנ"ל ליישב דעת ר"י ורא"ש אבל ודאי לאו משנת חסידים הוא ומפרט שיש אומרים דאיסור חמור הוא.

הלכות קידושין

סימן כו

ס"א פלגש ברמב"ם פ"ד ממלכים פלגשים בלא כתובה וקידושין אלא ביחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו אבל ההדיוט אסור בפלגש ורמב"ן בתשובה רפ"ד הקשה דמצינו בקרא עיפה פלגש כלב ובגדעון ופלגש בגבעה שמא תאמר מן התורה מותרת ומדבריהם הוא דגזור באיזה מקום הוזכרה גזרה זו בש"ס ואיזה ב"ד נמנו עליה ורדב"ז סימן רכ"ה תירץ דנכלל בגזרת יחוד פנויה דתכלית הגזרה שלא יבוא עליה ואין טעם לומר שגזרו על יחוד פנויה במקרה ולא גזרו לומר על יחוד פנויה תדיר עיי"ש ול"נ דודאי החילוק מבואר דעל יחוד פנויה במקרה כיון דהביאה אסורה גזור שפיר שמא יבא עליה משא"כ בפלגש דמייחדה לו לבדו דאין הביאה אסורה מהיכא תיתי לומר דאסרו הביאה והיחוד ולע"ד ס"ל לרמב"ם כיון דכתובה דרבנן שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וכל הפוחת עשאוה רבנן לבב"ז כדאיתא ר"פ אעפ"י ובפ"ק דכתובות דף יו"ד וביבמות דף מ"ט וכ"ת הרמב"ם פ"י מס"א א"כ כ"ש דנכלל בגזרה זאת פלגש בלא כתובה וקידושין כיון דקלה בעיניו להוציאה ואפילו גט א"צ ועוד ק"ו דהא פלגש גם היא תוכל לילך לה לאחר ואין הייחוד שמיחדה לו דבר קבוע לומר שודאי לא יחזרו ועיינתי בשו"ת רמב"ן שם ונראה שהרגיש בזה לומר כיון דאין לפלגש כתובה יהא בב"ז כמו שגזרו באשה שנתקדשה אלא שדחה זה דשאני אשה כיון שלא כתב לה מאתיים סבורה היא כיון שאינו נוהג מנהג שאר נשים עיניו נתן בגירושין הויא לה גרושת הלב א"ד אבל הרמב"ם נראה ס"ל דכ"ש כשאינו

מקדשה ואין לה כתובה ליכא סמיכת דעת לא לו ולא לה שתמיד תהא מיוחדת לו וכ"ז בהדיוט אבל במלך יש לה סמיכת דעת כיון שייחדה לו דאיתא בפ"ק דערובין דף וא"ו ופ"ק דב"ב ג' ע"ב דמלכותא לא הדרא לכן לא אסרו על המלך ובפרק הזהב דף מ"ט ובפרק איזהו נשך דף ס"ג ע"ב מצינו דלענין אם יוכלו לחזור תלוי בסמיכת דעת וז"ש הרמב"ם אלא ביחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו דבמלך כיון דסמכה דעתה קונה אותה ולכן מותרת לו ונהי דלא חשובה כא"א דגזה"כ רק ע"י קידושין מ"מ קניינו הוא ואם תלך לאחר הוי גזלה ובפרק אעפ"י נ"ו ע"ב בהא דכל הפוחת אמר אף דתנאו בטל כיון דלא סמכה דעתה הוי בב"ז

וריב"ש סימן שצ"ה כתב מדאמרו בסנהדרין דף כ"ב דהתירו לדוד המלך ע"ה להתייחד אף דגזרו על היחוד ש"מ דפלגש אסור אחר שגזרו על ייחוד ענוים דאין נראה להתיר יותר ביאה תמידית מיחוד תמידי כל שהיא מתייחדת לאיש מיוחד כמו אבישג את"ד ולא הבנתי דלרמב"ם בפ"ג ממלכים דח"י נשים דהותרו למלך בין פילגשים בין נשים בכלל וא"כ כיון שכבר היה לדוד המלך ע"ה ח"י נשים ואסור באבישג אפילו ליקחנה לפלגש לכן גם יחוד אסור ולרחב"ד דפילגשים יכול מלך ליקח הרבה צ"ל מה דאמר דוד המלך ע"ה לאבישג אסורת לי כמ"ש בחידושי ר"ן בסנהדרין שם משום דלא נתרצית להיות מיוחדת לו אסור בה כמו בשאר פנויה לכן גם להתייחד עמה אסור.

ובקו"א למקנה סימן זה הוכיח דפלגש מותרת להדיוט מיבמות דף ל"ז רב כי אקלע לבי ארדשור מכריז מאן הוי ליה ליומי ופריך הא אסור ליקח אשה במדינה זו ולילך למדינה אחרת ולישא עוד וגם הא צריכה לישב שבעה נקיים ומשני יחודי בעלמא הוי מייחדי שיהא פת בסלו וקשה הא נתחייב בעונה כ"ש במילה ראשונה שהיא בעילת מצוה ול"ל שהתנה ע"מ שאין לה עליו עונה דמתנה עמש"ב ת"ב אע"כ שלא היתה רק פלגש ולא נתחייב בשכו"ע את"ד ולי נראה לפימ"ש תוספת קידושין מ"ט ע"ב דפעמים א"צ תנאי כפול רק ג"ד ולפעמים אפילו ג"ד ל"צ היכא דאנו אומדין דעתן עיי"ש א"כ י"ל דוקא היכא דצריך תנאי מפורש אזי צריך שיהא דומיא דתנאי ב"ג כמ"ש תוספת בריש פרק אעפ"י משא"כ היכא דא"צ להתנות מפורש וכ"ש לר"ת שהובא בגליון תוספת שם דף נ"ו בד"ה הר"ז דמתנה עמש"ב בטיל דהוי כמפליגה בדברים דזה שייך היכא דצריך להתנות וכשמפליגה אמרינן דבלבו לא קפיד אתנאי משא"כ כשאנו אומדין דעתו דבלבו הוא וא"כ התם דיחודי בעלמא מייחדו אנו אומדין דעתו מעיקרא כך משום דודאי רק שיהא פת בסלו מתכוין דאין דרך למנסב אשה ליומי ואדם גדול אין דרכו לישא מן הבא בידו להוליד בנים וכמ"ש על אליעזר דשאל שלא כהוגן והרי אכריז מאן הויא ליומי דמשמע

תהא מי שתהא תדע דהא פריך דצריכה לישב ז"נ ומשני דיחודי בעלמא מייחדי שיהא פת בסלו ואכתי איך פת בסלו ועכצ"ל כמ"ש התוספת דידעי הנשים שאפשר לא יבא עליה ולא חמדי וא"כ הל"ל דמודיעין להן מעיקרא כך ותוספת ביומא דייקי מדלא קאמר ליחודי בעלמא משמע דלא אמרו להן כן ומ"ש תוס' דלפיכך אמר יחודי בעלמא כדי לתרץ קושיות הש"ס דאסור לישא אשה בשתי מקומות ע"כ רמב"ם לא ס"ל הכי דא"כ למה פסק כתירץ ראשון שאני רבנן דקלא אית להו כדאיתא ברמב"ם פכ"א מהלכות א"ב הכ"ט והרי דרכו תמיד לפסוק כאבע"א אע"כ דלא היו צריכין להודיען דכ"ע ידעי זה ועיין מגדול עוז רפ"ד מהל' חובל ומזיק דקבלה מהראשונים דכל ואבע"א הוא עיקר והובא בכללי הגמרא וכ"כ יש"ש בפרק החולץ ס"ה ולרמב"ם והשגות בפי"א ה"י מהא"ב פירושים אחרים בהא דייחודי מייחדי ולפירושם בלא"ה אין מקום לדברי המקנה ואני כתבתי דעתי בגוף הגמרא וגם לא נ"ל מ"ש דהויא פלגש כיון דאכריז מאן הויא ליומא או אפילו ליומי דדוקא ייחדה לו סתם חשיבה פלגש.

ומה שה"ר עוד בקו"א הנ"ל מפ"ק דקידושין ד"ט דאיתא התם ובעלה היא ניקנית בביאה ואין א"ע נקנית בביאה ואי פלגש אסור מן התורה ממילא כיון דאיכא איסורא בקנין אינו קונה דנ"מ דא"ר ל"ת אעל"מ עיי"ש ג"כ אינו ראיה לפימ"ש מהרי"ט והובא בנה"מ סימן ר"ח דז"ד אם יתוקן האיסור במה דלא אהני וא"כ בזה אם לא יקנה כ"ש דעשה איסור דבעיל פנויה ב"ז.

ובתוס' פ"ק דיומא דף ח"י ע"ב בד"ה יחודיי בעלמא הוי מייחדי להו כתבו דהר"י דכי אמרי מאן הויא ליומא לא אמרי מאן הויא ליומא ליבעל אלא לייחודי בעלמא וכיון שהיו אומרים להם כן רק לייחד עמהם לא היו רואות דם מחמת חימוד והקשו תוס' דא"כ הל"ל לייחודי בעלמא כלומר היו מודיעם להם שלא היו רוצים אלא לייחוד בעלמא ולע"ד נראה דאין כונת הר"י שבפירש היו מודיעים להן שאינן אלא לייחוד רק כונתו דכי אמרי מאן הויא ליומא לא אמרי על כונת לבעול אלא על כונת לייחודי בהדה בעלמא וכיון שאומרים להם כך רק לייחד עמהם היינו שהאמירה מאן הויא ליומא רק על כונת לייחד עמהם והכל יודעים שכן כונתם דאין דרך רבנן למנסב מן הבא בידם לבעול בלא בדיקה שלא תהא פגומה ולזה דייק הש"ס ביבמות לרבנן יחודי בעלמא מייחדי להו משום דרבנן ננהו ידוע לכל משום דאין דרך רבנן לישא בלא בדיקה וגם דרכן משום חסידות שיהא פת בסלן ולכן בתוספת ביבמות לא כתבו כלל דהיו מודיעים להן שאינן רק לייחד ואפשר ר"י בעצמו לא אמר רק כמ"ש בתוס' יבמות רק תוספת ביומא לפי הבנתם בתירץ הר"י הוסיפו שהיו אומרים כן ולכן הקשו דהל"ל לייחודי אבל תוספת

ביבמות הבינו בכונת הר"י כמו שכתבתי ולכן לא הקשו כלום וגם נראה דאנן סהדי דליחודי בעלמא משום דצריכה לישב ז"נ כקושית הגמרא ועכצ"ל כשלא שלחו להודיע מקודם דכונתם רק לייחודי ואזי לא תחמוד ויהא פת בסלם ובב"מ פא"נ דף ס"ה ע"ב רב עיליש גברא רבא ואיסורא לאנשי לא הוה ספי וכיון דאנן סהדי ליכא בזה משום מתנה עמש"ב וע' ש"ך חו"מ סימן ס"ו סקנ"ו דל"א אטו כולהו נשי דינא גמיר רק במקום דמפורש בש"ס וכ"ש באיסורי דשייכי בה.

ועוד היכא אמרינן מתנה עמש"ב ת"ב כשלולא התנאי היה עושה כמ"ש בתורה ובתנאי מגרע לעקור מש"ב כמו במתנה לפטור מעונה משא"כ הכא דלולא התנאי היתה צריכה לישב ז"ב ותהא אסורה וע"י התנאי אינה מחמדה ומותרת ואפשר לפעמים אם ירצה יבא עליה.

נכרי שנשא נכרית בעצ"א כתב להוכיח קצת דא"צ קידושין מחדש מרמב"ם בפי"א ה"ז מה"א דכתובתה מנה ואי צריך קידושין מחדש פשיטא מי גרע משאר בעולה וכבר הקשה כן הלח"ם ולק"מ דנשאר עמה אחרי גרותן סתם מיירי וחזקה א"א עבב"ז ובעיל לשם קידושין וי"ל דמ"מ אינה רק ארוסה דביאה אירוסין עושה עיין לקמן סימן ל"ג וארוסה אין לה כתובה וטובא קמ"ל דזו יש לה כתובה אבל לכתחלה צריכה קידושין ונשואין ומצאתי שכ"כ בהפלאה לתרץ קושית הלח"ם ועוד הא י"א דאסורים לדור יחד אחר שנתגיירו שלא יחזרו לסורם א"כ ה"א מ"ט תקנו כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והכא אדרבה וטוב שתהא קלה בעיניו להוציאה ואפילו להחולקים דמותרין לדור יחד כמ"ש תוספת ומרדכי בפרק החולץ דף מ"ב ה"א היינו משום חשש זה לא אסרו לחדש איסור אבל מ"מ לא נעשה לה תקנה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה במקום דיש חשש קלקול וכה"ג כתבתי לעיל סימן י"ז ס"ה והבאתי ראיה מהריטב"א פג"ה דף צ"ח וריטב"א כתובות דף כ"ף ובלח"ם תירץ דקמ"ל אף דלא עשה עתה נשואין מחדש גובה מנה וכ"כ הריטב"א בס"פ הכותב ונראה דאין מזה ראיה כלל דלכתחלה א"צ לקדשה ולעשות חופה דהמשנה ופוסקים מיירי בדיעבד סמכינן אחזקה דאין אדם עושה בב"ז ובעל לשם קידושין ועוד הא צריך ברכות.

וראיתי בב"מ לקמן סימן ס"ז בקטן שקידש ונשא ואח"כ הגדיל שהשיג על הב"ש שם בס"ז וז"ל נהי דבדיעבד אם בעל אחר שהגדיל בפני עדים או ע"י ייחוד בפני עדים א"צ קידושין אחרים ואמרינן א"א בב"ז אבל לכתחלה מורין לו לקדש בכסף דרב מנגיד אמאן דמקדש בביאה את"ד וודאי לפ"ד דצריך לבעול או להתייחד בפני עדים שידעו שמקדשה בביאה שפיר כתב דרב מנגיד אבל לפימ"ש ב"ש ריש סימן זה דכל שנשאה וגלוי לכל הוי

כאלו היו עדים בשעת הביאה לפ"ז אם היה גלוי שנושא אותה לשם אישות הוי קידושין בביאה וא"צ עדים א"כ בקטן שקידש ונשאה כבר ועתה בגדלותו נשאר עמה גלוי לכל שמקיימה לשם אישות כמבואר במשנה דס"פ הכותב בקטן וגר שנתגייר עם אשתו שע"מ כן קיימה ובזה א"ל עדים שידעו שבועלה לשם קידושין אלא כיון שקיימה ודאי מתנהגין כאיש ואשתו ואין בזה משום פריצותא הן לר"ת הן לר"י בתוספת פ"ק דקידושין י"ב ע"ב בד"ה משום פריצותא דלר"ת היינו פריצותא לפי שצריך או עדי ביאה או עדי יחוד ודבר מכוער שמעמיד עדים על כך ודאי כאן ל"ש זה כיון שא"צ להעמיד עדים ולהר"י משום שעושה תחלת קניינו בביאה דומיא דמקדש בלא שידוכי נמי לא שייך כאן דכבר היתה אשתו וע"מ כן קיימה ובאופן כזה מיירי נמי הב"ש בר"ס זה ול"ק עליו השגת הב"מ מסימן קמ"ט אבל תינח בקטן והגדיל דא"צ חופה וברכה כמ"ש בשו"ת רש"י הובא בבית מאיר שם דאהני החופה וברכה שנעשה בקטנותו אבל בנתגיירו דלא היה חופה וברכה כדת משה וישראל ודאי צריך לכתחלה לעשות בקידושין וחופה וברכות.

ס"ד בשלשה דרכים בריש קידושין אמרינן למעוטי חליפין בתוס' רי"ד כתב דוקא במתחייב לה מנה בקידושיה ומקדשה בסודר א"מ אבל במקדשה בסודר לבד שיש בו ש"פ אף שנותנו בתורת חליפין מקודשת כיון דנקיטת גע"ג ורשאית לפוסקו ואעפ"י שמחזירותו מדעתה והובא בש"ג ריש קידושין ובחידושי מהרי"ט על הרי"ף ובעצ"א כתב כיון דקי"ל בק"ס דצריך המקנה להחזירו ממילא ליתא להא דתוס' רי"ד ול"נ דמודה תוס' רי"ד דמקנה צריך להחזירו דבפרק השותפין דף מ"ח ע"ב דאר"א בק"ס מאן לימא לן אי תפיס ליה לא מיתפיס ופירש הרא"ש דמנהגא בעלמא הוא מה שנהגו להחזיר הסודר וכתב הר"ן דגם רב אשי לא אמרה רק לדחויא ועיי"ש ונראה דה"ט כיון דמנהגא להחזיר הוי כהתנה בכך בפירש כדאיתא ביו"ד סימן קס"ט סי"ח וריש סימן קע"ד ובמו"מ סימן של"א אך כ"ז בקנייני ממון אבל בקידושין דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואם נימא דעתו אמנהגא שלא תוכל לתפוס החפץ אינה מקודשת א"כ הל"ל דדעתו שיחולו הקידושין באופן המועיל לדעת רבנן ועיין פרישה על טוי"ד סימן ש"כ וחידושי רע"ק שם ובסי' רצ"ד סט"ו דבדבר מצוה אמרינן דעתו שיועיל כדעת רבנן וכ"כ תוס' בפ"ק דערכין דף ה' בד"ה אדם יודע שאין ערך לפחות מבן חדש וז"ל ואפילו א"י דעתו עפ"י שתקנו חכמים ואף דחכמים פליגי התם על ר"מ היינו במקום שצריך לתקן הלשון עתוס' בכתובות פרק המדיר עי"ן ע"ב וכאן א"צ להוסיף ולגרוע מהלשון וא"כ לו שקול ישקל האומדנא דאדעתא דרבנן נגד האומדנא דעל דעת המנהג מ"ו כיון דל"ל אנן סהדי על דברים שבלבו הוי דברים שבלב ולא הוי כהתנה בפירש שיוחזר לו הסודר ולכן

יכולה לתפסו ומה שהביא הר"ן בנדרים שם ראי' דר"א לדחויא בעלמא קאמר מדאמר בפ"ק דקידושין דף וא"ו ע"ב דעמ"ל אינה מקודשת משום דאין אשה נקנית בחליפין י"ל לתוס' רי"ד דהיינו כשהתנה בפירש שתחזור לו הסודר או דגזור משום חליפין כשיתחייב לה מנה או שלא יהא בהסודר ש"פ.

משום פריצות וכתב בקו"א למקנה הא בל"ז אסור דביאה אירוסין עושה וארוסה אסורה וי"ל משום דמפורש בתורה לא היה כח לאסור כמ"ש טו"ז ביו"ד סימן קי"ז וכתב בע"ת דאינו מבין דא"כ למה אסרו משום פריצות ונראה דהפריצות היינו משום דצ"ל בפני עדים דרוצה לקדשה בביאה ומתייחד בפניהם כדעת ר"ת בפ"ק דקידושין דף י"ב ולר"י משום דזה תחלת קניינו הוי כמקדש בלא שידוכי עיי"ש וזה ל"ש היכא דמתייחד עם אשתו שגרשה דקיי"ל הן הן עדי ביאה כיון דלבו גס בה חוששין שקדשה וכדאיתא בגיטין וברמב"ם פ"י הח"י מה"ג דכיון דא"צ לומר בפני עדים שיקדשה בביאה ועוד עדים אינו מפורש בתורה רק ילפינן מגז"ש דבר דבר בקידושין דף ס"ו וגם טעם ר"י נראה דליתא בכה"ג שכבר היתה אשתו וגס בה וא"כ אינו מפורש דיקח אשה ובעלה מיירי כשלא היתה אשתו מכבר משא"כ הא דארוסה אסורה ל"ש בין היתה כבר אשתו או לא ועוד י"ל דלא רצו חכז"ל לעקור לגמרי קידושי ביאה ואם יאסרו מחמת ארוסה בלא חופה עקרו לגמרי משא"כ אם אסרו רק משום פריצות יש שיור כשכבר היתה אשתו וגרשה דבזה ליכא משום פריצות וכמ"ש כעין זה מג"ד בסימן תקפ"ח.

סימן כז

ס"א ש"פ עב"ש סק"ב דמהרי"ט כתב אם התנה ע"מ שאתן סך זה ונתן ש"כ בע"כ ל"ה נתינה והקשה ב"ש מהרשב"א דכתב דאפילו למ"ד נתינה בע"כ הוי נתינה היינו דהנותן יצא ידי נתינה אבל להמקבל ל"ה נתינה כי א"י לחייבו בע"כ כגון אם אמרה תן לי מנה ואתקדש אני לך ונתן בע"כ ל"ה קידושין לפ"ז אפילו נתן בסוף ולא ש"כ ל"ה קידושין את"ד ולק"מ דמהרי"ט מיירי בע"מ שאתן דהוא רק תנאי אבל הקידושין היו בד"א לכן אינו דק חיוב עליו לקיים ולמ"ד נתינה בע"כ הוי נתינה נפטר מתנאו ונשאר במה שבידו דהיינו שכבר נתקדשה לו וכן במגרשה ע"מ שתתן לו איזה סך ונתנה לו בע"כ הוי גט דכתב הרשב"א דזכתה במה שבידה כיון דכבר נתגרשה בגט ואין עליה רק חיוב התנאי אף דמחייבין את הבעל שיהא גיטה גט והפסיד קניינו בה ובמע"י ונכסיה והרשב"א שכתב באמרה תן לי מנה ואתקדש דאינה מתקדשת בנתינה בע"כ היינו שמקדשה במנה שיתן לה וכשנתן לה אמרה דאינה רוצה במנה זו אבל אינה חוזרת מהקידושין בזה כתב הרשב"א כיון דבמנה זו מקדשה לא הוי קבלה שתתחייב בע"כ אח"כ מצאתי שכ"כ

המקנה בקו"א ואב"מ וראיתי בעצ"א שכתב דברשב"א גופא מבואר כדברי הב"ש ואינו למעיין שם אלא החילוק כמ"ש ולכן לא נקט הרשב"א בתן לי מנה ואתקדש לשון ע"מ וכשכתב דתליא בדינא דנתינה במ"כ אי הוה נתינה כגון שא"ל הא"מ לי ע"מ שאתן לך מאתיים זוז כתב לשון ע"מ וצ"ל דהב"ש דחיקא ליה לפרש דברי הרשב"א הכי דקשה הציור דאינה חוזרת מהקידושין ואינה רוצה במנה זו דסוף סוף אינה רוצה להתקדש במנה זו והרי חוזרת מהקידושין.

וחילוק שכתב הב"ש בין התנה הוא או היא יש לו ראיה מב"מ דף ק"ד דמחלק בין אמר חוכר בין אמר מחכיר ובר"פ השולח דאמר בטל תרי לישני משמע ולישנא דמהני ליה קאמר אך קשה למה במגרשה ע"מ שתתן לו מאתיים זו ונתנה לו בע"כ הוי ספק אי נתינה בע"כ שמה נתינה כיון דלדידן הוי ספק נימא לא מחית אינש נפשו לספיקא ואינו מתחייב רק במה דברור מלשונו וכמ"ש בנתיבות בכללי תפיסה אות י"א לענין ספק שיש בלשון מחילה ובשלמא כשאמר הא"מ לי ע"מ שאתן לך מאתיים זו י"ל דל"ד לספק לשון מחילה או חיוב מתנה דבקידושין בדידה תליא מלתא והיא אינה רוצה בנתינה בע"כ אבל במגרש דרק בדידיה תליא למה הוי ספק וצ"ל דכאן אין הספק בלשון כלל רק הספק בדינא אי חשוב נתינה דהרי הספק בש"ס מכח הראיות בבתי ע"ח ולשם ליכא רק ספק בדינא דלא היה שום תנאי רק דין תורה שיוכל לגאול עד שנה ולפ"ז אין ראיה ג"כ מר"פ השולח דשם הספק בלשון וכן בהא דהמקבל דף ק"ד הספק בלשון אי שמא בעלמא קאמר התם שייך לחלק ממי יצא הלשון דכונתו על אופן הטוב לו יותר.

עוד כתב הב"ש דלכאורה מוכח מדברי הרא"ש דנתן לה ש"כ נמי הוי נתינה בע"כ נתינה מספק ממ"ש גבי איצטלא דדמים ל"ה נתינה בע"כ דבגט לצעורה מיכוין ש"מ בקידושין חשוב ש"כ ככסף ואינו ראיה דשאני דמים בעד איצטלא מש"כ בעד כסף וראיה ממ"ש תוס' בב"מ פא"נ דף ס"ג ע"ב בד"ה ופוסקין דיותר יזדמן לבעל המעות לקנות וכו' לקנות ממה שיזדמן למכור וכ"כ בעצ"א ומ"מ בדבר שאין מינו מצוי י"ל קפידא הוי מדנפק חייב לישבע שא"ב אף דמשלם דמים ויש להסתפק בע"מ ליתן לה קרקע זו שוה מאה ואח"כ נותן לה בע"כ מעות די"ל לדידי שוה יותר וכמ"ש תוספת בר"פ המוכר את הבית דף ס"א ע"ב בד"ה ש"מ דבקרקע ל"ל הדמים מודיעין דדרך להוסיף בלקיחת קרקע יותר משויית וכ"כ הכ"מ פ"ז מערכין הי"ז דדרך להוסיף עד פלגא וכן מוכח באס"ז ב"מ דף ק"ח ע"ב ובתוס' ב"מ דף ס"ז ע"ב דמכירת קרקע הוי גוזמא דאין דרך למכור ונראה דגם בפלוגתא דחו"מ סימן ע"ב ס"כ וסימן קי"ד ובש"ך סימן קט"ו סס"א בהא אי י"ל לדידי

שוה לי יותר מהשומא יש לחלק בין מטלטלין לקרקע כיון דבקרקע דרך להוסיף עד פלגא י"ל קושטא קאמר ולא בטלה דעתו אצל כל אדם.

ובמשרים נתיב ששי ח"א כתב מי שנשבע לחברו לפרעו בזמן ידוע לחדש וחל אותו יום בשבת פורעו קודם השבת או יתן לו משכון של כסף כי שוה ככסף ולא יעבור על שבועתו ואף אם נשבע לפורעו במעות ולא במשכון הובא בב"י חו"מ סימן ע"ג סי"ג וכתב הב"ח שם דצריך להקנות לו בגוף הכסף כשיעור חובו ודוקא כסף ולא שאר מטלטלין דאמדינן דעתי דלא נתכוין אלא להוציא דבר שאינו של כסף והובא בש"ך שם ס"ז ס"ק כ"א ובשו"ת הר המור סל"ו ועיין בערך ש"י חו"מ שם והיוצא משם דאם סתם אמר ע"מ שאתן או תתן מאה דינרים אזי כשנתן מטלטלין בע"כ שוה מאה ג"כ הוי ספק די"ל דאמר דינרים רק כדי לדעת הסכום כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל וא"ו ס"ו ואם אמרו מאה דינרים מעות אזי אם נתן מטלטלין בע"כ ודאי לא נתקיים התנאי רק אם נתן כסף הוי קיום התנאי לרי"ו והב"ח והש"ך שם דלא נתכוין רק להוציא שאר מטלטלין

ואומר לה ואם אמר טלי קידושיך מעג"ק הוי ס"ק ב"ש סק"ג ובפ"ק דקידושין דף ה' ע"ב בקידושין נתן לה כסף פרש"י משום דקא בעי למימר סיפא בגירושין נתן לה נקט כי האי לישנא ונתקשו בע"י ופנ"י בכונת רש"י ולמה בגט צ"ל יותר האי לישנא ולע"ד פשוט דבגט קי"ל טלי גיטך מעג"ק לא אמר כלום ופרש"י בגיטין דף כ"ד ודף ע"ח משום דבעינן ונתן וס"ל לרש"י בקידושי כסף ל"צ ונתן לזה תירץ משום דבעי למימר סיפא בגירושין נתן דהתם דוקא נקט נמי ברישא נתן ומבואר דבקידושין מתקדשת בטלי מעג"ק ורש"ל מחק תיבת נתן ברש"י ולפימ"ש א"צ למחוק.

הא"מ לי בזה בהגמ"ר שילהי גיטין אחד היה מדבר, עם אשה להלוות לו מעות על קרס של כסף ואראה לה הקרס אח"כ א"ל תרצי להתקדש בו אם אתנהו לך התחילה לשחק וחזר וא"ל הרי הוא לך לשם קידושין ולא אמר לה הא"מ לי בזה הקרס והורה החר"ב לאיתר מדאמר שמואל בקידושין נתן לה כסף וא"ל הא"מ מקודשת ופריך דהוי ידים שאין מוכיחות ומסיק דאמר לי עכ"ל ובח"ס סימן ק"ד העתיק הלשון והשמיט תיבת הוא ולכן כתב דס"ל דצ"ל דוקא הא"מ לי בזה עיי"ש ואינו דהא לפ"ז מייתי ראיה לסתור דבדברי שמואל ליתא תיבת בזה ועוד כיון דאמר הרי הוא לך הוי כאמר בזה רק כיון דאמר הרי הוא לך לשם קידושין אין נופל בו לשון לי והחר"נ כתב דצ"ל הא"מ לי לכן כתב דחילוף תיבת הוא הל"ל הא"מ לי בזה הקרס.

ולשון הרמב"ם רפ"ג מהא האמ"ל בזה ויל"ע מנ"ל דצ"ל בזה ואדרבה בפ"ק דקידושין ה' ע"ב איתא נתן לה וא"ל הא"מ מקודשת ונראה דס"ל לרמב"ם כיון דבגט צ"ל ודן דלא

נימא דשטר לראי' בעלמא ואינו מגרשה בזה הגט רק בדיבורא ה"כ בקידושין צ"ל בזה אך בדיעבד כשר הגט בלא ודן כמ"ש הלח"מ פ"א מה"ג ה"ד לכן שמואל דמיירי לענין דיעבד לא הזכיר בזה ורמב"ם לא קמ"ל דבדיעבד כשר בלא בזה כיון דמה דצ"ל בזה ילפינן מגט דצריך לכתוב ודן והרי מוכח מדבריו פ"א מה"ג ה"ד דבדיעבד א"צ ודן כמ"ש הלח"ם שם.

ואם היה מדבר וכו' בהה"מ פ"ג מה"א ה"ח בשם הרשב"א דא"ל היו עסוקין כלל ונתן לה סתם אינה מקודשת אפילו חזר ואמר הא"מ לי והיא רוצה אלא צריך שיטול הכסף ממנה ויחזיר ויתננה לה בתורת קידושין ובח"ס סימן פ"ב כתב בנתינה סתם יכול לחזור ולתובעה ולומר לפקדון נתתיו כדמוכח מלשון הר"ן שלהי כתובות בשם הרשב"א אלא כיון שי"ל לשם מתנה קבלתי לא נעשית שומר ואין ידה כידו, לכן כשמקדשה שוב הוי כטלי קידושך מעג"ק ומקום הניחו לו להתגדר את"ד ואין כאן מקומו דמפורש בח"ר בפ"ק דקידושין דף וא"ו הטעם דקנאתו לגמרי דאי בעי למיהדר ביה לא מצי הדר דמימר אמרה ליה את בסתמא יהבית ואנא למתנה איכווני עיי"ש וא"כ ש"מ תרתי חדא דבקידושי כסף ליכא קפידא משום טלי קידושך מעג"ק דאל"כ אצ"ל משום דקנאתו לגמרי במתנה ועוד דא"צ להחזיר לו ומה שנתקשו מהר"ש יפה ומהרי"ט הובא במל"מ שם ממ"ש הר"ן בפ' שני דייני גזרות בשם הרשב"א דמי שהלך בעלה למדה"י ועמד אחד ופרנסה לא תלינן במתנה לק"מ דשאני הכא דתלינן דרצה לקרב דעתה אצלו שתרצה להתקדש לו אח"כ שו"ר שכ"כ הפנ"י פרק האיש מקדש דף מ"ו ע"ב בד"ה דאיתמר.

ועוד כיון דהוא אומר דלקדשה נתכוין כשנתן לה סתם וכמבואר בהה"מ שם אלא דאינו מועיל כיון דהאשה לא ידעה א"כ עכ"פ הוא טעה וכסבור שהכסף תו אינו שלו דקי"ל קידושין לטיבועין נתנו ומבואר בהג"א עא"נ ממהרי"ח בהא דמוכר פירות דקל דאי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה דאף דהוה מחילה בטעות מ"מ נתייאש ומהני מכח יאוש כשבא ליד שכנגדו עיי"ש וא"כ ה"נ הוי יאוש אלא דכתבו קצו"ח סימן ת"ה ונה"מ בסימן ק"ה דביאוש צריך שיבא ליד זוכה ומקודם יכול לחזור בו ולא יצא מבעליו עיי"ש וה"נ אף דהוא לא נתכוין לשם מתנה מ"מ הרי' נתכוין לקידושין ונתייאש והאשה נתכונה לקבל במתנה וזכתה בהכסף אף דלא נתכונה לזכות בתורת יאוש מ"מ נתכונה לזכות בו במתנה ולא לקידושין לפי טענתה למתנה איכווני לכן קנאתו לגמרי ואי לאו דנתכונה לזכות בהכסף אין ידה פונה לה כיון שיודעת שהוא בידה ואין כונתה לקנות כמ"ש תוס'. בפחז"ה דף נ"ד בד"ה אדעתא אבל כשמתכוונת לזכות קנתה אף דנתכוונה לזכות במתנה והיא צריכה לזכות בתורת יאוש סוף סוף מתכונת לקנות וזה עדיף מהא דפרק

ר"ג דף נ"ב ע"ב בקידש חלוצתו לשם יבמות אף דאחר חליצה תו אין כאן צד יבמות מ"מ נתכוין לקנות והוי כעודר בנכסי גר וכסבור שהן נכסי גר אחרן דקונה עיי"ש כ"ש הכא דבין מתנה בין יאוש עדיין של האיש הוא והיא נתכונה לקנות אלא דטעתה מאתה כח אם מתורת מתנה אם מתורת יאוש וכה"ג כתב הכס"מ פ"א מזכיה הי"ד בנתן דמים לעכו"ם והחזיק קנה אף דאינו קונה מעכו"ם בחזקה מ"מ כיון דגוי משנטל דמיו נסתלק קונה הישראל מהפקר אף דלא נתכוין לזכות מהפקר רק בתורת מקח מעכו"ם מ"מ כיון שהחזיק לשם קנין עלתה לו חזקה וראב"ד ורשב"א, שבהה"מ שם לא פליגי אלא משום דנותן דמים לא סמכא דעתיה למקני העכו"ם בלא שטר עיי"ש משמע דמידו דאהני כונתו לקנות אף דנתכוין לקנות מעכו"ם ואינו של עכו"ם דכבר נסתלק וכה"ג כתב בשו"ת רא"ש כט"ו ס"ב.

אך צ"ע להג"א הא דבכתובות פ' המדיר דף ע"ו ע"ב דקידושי טעות חוזרין נימא דהמקדיש נתייאש והאשה זכתה במה שבידה וצ"ל כיון דהאשה לא נתכוונה לזכות בכסף הקידושין במתנה ובחנם וטעתה שקנתה בתורת קידושין הוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ב מהלכות זכי' הי"ג וש"ע חו"מ סימן ער"ה ס"כ שכתבו עדר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא הואיל ונתכוין במעשיו אלו לזכות מן ההפקר הר"ז קנה ולכאורה מן ההפקר מיותר אלא ר"ל דאם כסבור של אחר הוא וקנהו ממנו כיון דלא נתכוין לזכות מן ההפקר לא קנה אף דנתכוין לקנות בחזקה זו שעדר אך בטור כתב רק מאחר שכיון לקנות וגם מסברא אין לחלק כיון דנתכוין לקנות עכ"פ אך מרשב"א שבאס"ז ב"מ דף יוד גבי דבנפילה ניחא ליה דליקני נראה כמו שכתבתי עיי"ש **או** ס"ל להג"א כמהרי"ו הובא בסמ"ע קנ"ה דל"מ במתנה ק"ס שלא בפניו דאפשר לא ניחא ליה דשונא מתנות יחיה א"ב ה"נ דוקא דנתכונה לזכות במתנה אבל נתכונה לזכות בשם קידושין לא נקנה לה בחנם ביון דלא נתברר בשעת מעשה אם ניחא לה לקנות בחנם משל אחר שלא מדעתו וזה גרע ממתנה ועיין פרק כ"כ דף ק"כ דירא שמים לא ניחא ליה דלתהני מאחרים ובמוכר פירות דקל שאני כיון דנתן דמים ויש למכור למיקם בהימנותיה שלא לחזור ולפי מה שפרש"י בפ' כ"כ שם בד"ה דלא ניחא ליה דליתהני מאחריני בזכיה דהפקרא דידע דלא מרצונו הפקירו י"ל גם בנידון הרשב"א נהי דנתכונה לזכות במתנה לא הוי זכיה מחמת יאוש דלא מרצונו אלא בטעות בא לידה ומ"מ דברי הג"א צ"ע מחמת הא דקידושי טעות דמה שכתבתי בישובן לכאורה לא משמע הכי מלשון הג"א דנראה מלשונו כשמסר המעות ליד חברו והיה קנין בטעות גם כן קונה חברו מכח יאוש עיי"ש.

ואפשר להג"א הא דקידושי טעות חוזרין דוקא בהטעהו האב שקיבל הקידושין או האשה שקבלה וכגון הא דפרק המדיר דמיירי בנמצא בה מומין דסתמא האב ידע נמי מהמומין וכיון שגרם להמקדש שיתייאש חייב להחזיר משום גרמי וכמ"ש נה"מ סימן שס"א ס"ה כה"ג.

לכן אף דמעצמו נתן כסף הקידושין לאב או לבתו ולא גזלו ממנו מ"מ כיון שהטעו אותו הוה כגזלן ובאיסורא אתי לידם ולא קנו ביאוש אף דבא הכסף לידם בבת אחת עם היאוש דהא בגזלה נמי למ"ד דסתם גזלה יאוש בעלים בא בב"א הגזלה עם היאוש משא"כ במוכר פירות דקל דמוכר עצמו טעה בדין וברצונו מכר והניח ללוקח לאכול הפירות וכן בנתן לאשה כסף סתם ואומר דנתכוין לקידושין הוא הטעה את עצמו דכסבור דמתקדשת בסתם נמי וי"ל גם לתוספת ושאר מפרשים בפרק א"נ שם דלא פרשו כהג"א ה"ט כיון דלוקח מעצמו שמיט ואכיל אף דטעה בדין מ"מ חשוב באיסורא בא לידו דבמעשיו גרם למוכר להתייאש משא"כ בנתן לה כסף סתם לקידושין דבעצמו נתן לה ועיין ש"ך חו"מ סי' קכ"ו סי"ד ס"ק ס"ז ובנה"מ שם וה"נ פליגי הג"א ותוס' בזה דהג"א ס"ל דהא דשמיט ואכיל לא חשוב באיסורא בא לידו כיון דטעה וכסבור דהמכירה מכירה ומוכר עצמו טעה ומכר לו והניחו לאכול הפירות וכדעת הש"ך שם ותוספת ס"ל כמ"ש בנה"מ שם מהתוספת דגם במזיק בטעות על ידי טעות הניזק חייב דיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק משלא יוזק לכן ה"נ בשמיט ואכיל חשיב באיסורא בא לידו ומ"מ בכגון נידון דהרשב"א דהאשה לא צוותה אותו ליתן לה כלל והוא בעצמו נתן לה ונתייאש לכ"ע ל"ח באיסורא בא לידה וכמו מוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו ללוה פטור הלוה והמוכר חייב משום גרמי ולא מחייבין ללוה כשאין למוכר לשלם דגרם הפסד ללוקח במה שנתרצה בהמחילה והארכתי בזה בערך ש"י סי' ס"ו משום דהמוחל עיקר הגורם בדיבורו אף מחילה לא מהני כשאין הלוה מרוצה ואפילו לפימ"ש שם לראב"ן דכשאין למוכר לשלם ל"מ מחילתו משום דגם הלוה חשוב גורם במה שנתרצה מ"מ כשיש למוכר לשלם כל החיוב רק על המוכר דעביד בדיבורו וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן שצ"א ססק"א א"כ ה"נ המקדש הזיק לעצמו ונגדו לא חשיבה האשה גורם להזיק כלל וישלם לעצמו דלעולם לעצמו הוי כיש לו לשלם וכן מוכח בהג"א ממהרי"ח בפרק כיצד הרגל סימן טי"ת כסברת הש"ך בסימן שצ"א ססק"א ויצא לנו מזה דהמקדש בכסף דנתן לה בשתיקה ואומר שנתכוין לקדשה והיא אומרת שנתכונה לקבלה במתנה אינה צריכה להחזיר כסף הקידושין ואינה מקודשת ואם רצונם לחזור ולקדשה בכסף זה צריכה להחזיר לו ואח"כ יקדשה וכשהיה טעות בקידושין אם המתקדשת או אביה שקיבל הקידושין ידעו והטעו

אותו צריכין להחזיר כסף הקידושין ואם גם הם לא ידעו א"א להחזיר שו"ר במל"מ פ"ה מה"א ה"ז בד"ה אך שנסתפק במקח טעות דהמעות גזל ביד המוכר אם דוקא כשידע המוכר או אפילו גם המוכר לא ידע חשוב כגזל וכן חילק במח"א סוף פכ"ג מהלכות גזלה ונראה ראיה למה שכתבתי מהתוספת בקידושין פרק האומר דף ס"ו בד"ה אמר אביי שכתבו וז"ל אפשר כיון דל"ק בפני עדים המעות מתנה עכ"ל והא במקדש אחותו פליגי רב ושמואל אם המעות מתנה או לפקדון דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו ואם בקדשה בפני ע"א ל"ל אדם יודע דהרי פליגי אמוראי בזה ושם בדף ס"ה רב יהודא מספ"ל וא"כ לכ"ע הל"ל דהמקדש טעה ויחזירו הקידושין כמו דאמר בפרק המדיר דבקידושי טעות המעות חוזרין ועכצ"ל כיון שהאשה לא הטעתו גם תוספת מודים דאין הקידושין חוזרין ועמ"ש לקמן ריש סימן ל"ז.

ס"ג בהג"ה נשואתי עיין לקמן סימן נ"ג ס"ג ומשם ראיה דאפשר לפרשו גם לשון קידושין **עוד** בהג"ה י"א אע"ג דלשונות אלו ל"מ א"ל דבר עמה מעסקי קידושין מ"מ אם אומרת שקבלה לשם קידושין הוי ס"ק ומהרי"ט ואחרונים נתקשו דהוי כמקדש בלא עדים ואפשר לפימ"ש מל"מ פ"ד ממלוה לצדד דהא דאמע"ר היינו אם מהוה מעשה האיסור דבלא הודאתו לא ידעינן אם נעשה כלל המעשה לא בשיש עדים שעשה האיסור רק א"י אם ידע שזה אסור וכיונתי לדבריו כבר בחידושי ריש ב"מ ומצאתי שכ"כ בשו"ת חכ"צ סימן ג' הובא בי"מ הרי אף דטעמא דאמע"ר משום דאדם קרוב אצל עצמו ופסול להעיד על עצמו ונ"מ כשיש עדים על המעשה אהני הודאתו על ידיעתו ה"נ בקידושין כיון דיש עדים על המעשה מהני הודאתה על ידיעתה דהוי רק גילוי מלתא.

ובדברי אמת קונטרס חמישי הקשה על המל"מ מקושיות רשב"א ור"ן בפרק כל הנשבעין במשנה דחשוד על השבועה דאיך משכחת נחשד ע"י שנשבע אין אני יודע לך עדות דלמא באמת שכח ואי דמודה אח"כ שידע אאמע"ר ולע"ד שאני נידון המל"מ דיש עדים שאכל איסור רק א"י אם ידע שהוא איסור משא"כ כשנשבע שא"י לו עדות ובאמת שכח ליכא שבועת שקר אף בשוגג דאמת נשבע שלא ידע וכשמודה שידע מהוה הוא מעשה האיסור.

ועוד כשאכל או עשה איסור רמיא עליו למידק אם זה אינו איסור ויש ריעותא לפנינו לכן מהני הודאתו משא"כ בשבועת עדות אם א"י עתה הוי שבועת אמת ומותר לישבע שא"י ולא רמיא עליו למידק כמ"ש בנה"מ סימן ל"ד סק"ג וכדמחלק בחכ"צ ס"ג לענין אאמע"ר בין יש ריעותא לפנינו או ליכא.

עוי"ל טעמו של הר"ן כיון דיש כאן אומדנא דלקדשה נתכוון דחשש למלאכה קאמר כדאיתא בגמרא חשש רחוק הוא דאין דרך לשכור פועל למלאכה בלא פסיקת זמן ופסיקת שכר ואתה מלאכה ואם תתרצה משא"כ קידושין דטב למיתב ט"ד ובכל דהו ניחא לה וכדאיתא בס"פ האשה שלום והגמרא קאמר רק שמא פירש מלות הללו למלאכה ואז ל"מ מה דמבינה מסברא דמקדשה וגם לחוש דנתן לה מתנה הא דעת רשב"א ור"ן בפרק שד"ג דסתמא לא תלינן שנתן במתנה ואהני סברא זאת אפילו להוציא מהמוחזק אלא נהי דאנן לדידן סמכינן אאומדנא זאת ואפשר נמי רק בצירוף ברי של הנותן דכל ראיות רשב"א ור"ן שם מיירי בטוען התובע ברי והתם לאו במקבל תליא כלל אבל כאן דצריכין דעתה אפשר בשעת נתינה לא ידעה אם אינו נותן למתנה ולא אלים אומדנא זאת לומר דסתמא גם האשה הבינה דאינו מתנה תדע דהא כתבתי לעיל מ"ש בחידושי רשב"א דבנתן סתמא יכולה לומר אני למתנה כיוונתי וא"צ להחזיר וכמו שביארתיו לעיל משום דמודה שנתן לשם קידושין נתייאש ואז תליא בכוונתה לזכות בהכסף בחנם וכיון דלא אלים אומדנא זאת להוציא ממון לא מהני נמי שתתקדש דילפינן דבר דבר מממון וכמ"ש בחוו"ד בריש כלל ס"ס ובבית יעקב על כתובות דף כ"ג דמגו או רוב או ס"ס ל"מ באיסור ערוה כמו דל"מ להוציא ממון על ידם דילפינן דבר דבר מממון והנה כתב מהרש"א ר"פ הערה להוכיח היכא דיש אומדנא אלא דאין מוציאין ע"י אומדנא כזאת ממון מ"מ כשמודה חייב בקנס דע"י הודאתו אנן סהדי ואהני סהדי שהעידו על המעשה סמכינן עיי"ש לכן ה"נ הוי מקדש בעדים כיון דמעידין על גוף המעשה ויש אומדנא שנתן לקידושין ומסתמא גם היא הבינה כן כיון דסברא הוא דאין דרך ליתן בחנם נהי דלא הבינה בפרטות כל מלה מ"מ דרך כלל ידיעה דמקדשה והא דפריך מנא ידיעה היינו דלא אלים אומדנא זאת להיות כעדים מ"מ כשמודית אזי אנן סהדי ואעדים סומכין כמו דמהני לענין קנס אף דלא מתחייב בלא עדים.

ואפילו נתן לה בשתיקה ולא דיבר כלום והוא והיא אומרים שכוונו לשם קידושין הוי קידושין וכתב בחמ"ח איך יעלה עה"ד דנתן בשתיקה הוי ודאי קידושין והיכא דנתן הוא ואמרה היא הוי ס"ק וכי בשביל אמירתה גרע ונראה דבנתן הוא ואמרה היא פרש"י בפ"ק דף ה' ע"ב דנתן הוא דמי לכי יקח איש אשה ואמרה היא דמי לכי תקח אשה לאיש ועיי"ש בח"ר דגזה"כ הוא יקחנה ולא תקח עצמה לו ואיתא בפ"ק דב"מ בהא דנפל על המציאה כיון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד"א וא"כ ה"נ בשלמא שתקו שניהם ואומרים שכוונו לשם קידושין שפיר מקודשת בכונתם כיון דנתן הוא גם כיוון הוא לקדשה אבל נתן הוא ובשעת נתינה אמרה הריני מקודשת לך

הרי גלתה דעתה דלא נימא להתקדש רק באמירתה א"כ כיון דבכוונתם לא מתקדשת באמירתה נמי לא מתקדשת דדמי לכי תקח אשה לאיש אלא דקשה למה לקמן ס"ח דנתן הוא ואמרה היא אם היה מדבר עמה על עסקי קידושין הוי ודאי קידושין נימא ג"כ דגלתה דעתה דלא ניחא לה להתקדש אלא באמירתה אך הך דס"ח מקורו מהרא"ש והוא לא ס"ל הא דמשני בב"מ כיון דנעל גלי דעתן אלא כאידך שינויא בש"ס שם דמיירי המשנה במקום דאין ד"א קונת וכמבואר בקיצור פסקי רא"ש שם וכ"כ בפיה"מ לרמב"ם שם ובטוח"מ סימן רס"ח וכ"כ ב"י שם דרמב"ם ורא"ש וטור ס"ל כהרא"ה דלא קי"ל כהך שינויא דגלי אדעתיה לכן גם הכא ס"ל לרא"ש דהוי ודאי קידושין וכ"פ המחבר אבל הרשב"א התם מובא בחידושי ר"ן ובב"י שם דגם בקנין תורה אמרינן גלי דעתיה א"כ לק"מ ממהר"ם ועוד אפשר ס"ל למהר"ם כמ"ש הטו"ז בחו"מ סימן רס"ח דד"א קונת לו שלא מדעתו כמו חצרו א"כ י"ל דה"ט דמ"ד בש"ס דלא ס"ל הך סברא דגלי דעתו דנהי דלא נתכוין לקנות בד"א לאו דידע דקונות לו ולא רצה דמה אכפת לו כיון דס"ס רוצה לקנות אע"כ כסבור דאין ד"א קונת לו וכיון דקונות שלא מדעתו ממילא קני וכן מצאתי סברא זאת בריב"ש סימן שמ"ה משא"כ כאן דאשה אינה ניקנית שלא מדעתה ס"ל למהר"ם מדאמרה היא גלתה דעתה דלא ניחא להתקדש בסתם ממילא דמי לכי תקח אשה לאיש אך הר"ר יהונתן בב"מ באס"ז שם לא ס"ל כהטו"ז וכיון דהתם פסקו דלא אמרינן מדנפל גלי דעתיה ה"נ בכל מקום אף היכא דאין קונה שלא מדעתו ועיין בהה"מ פ"ג דמכירה ה"ג שכתב מהרשב"א בשם ר"י מיגאש דגילה דעתו שלא רצה לקנות בחזקה זו הוי קפידא והובא במל"מ ע"ב מזכיה ה"ט.

אמנם על הרמ"א קשה דבס"ח סתם כהמחבר הרי דלא ס"ל דגלתה דעתה ואזיל לשיטתו בחו"מ סימן רס"ח ס"א בהג"ה ואיך הביא הכא דעת מהר"ם דע"כ צ"ל דאמרה היא גרע משום דג"ד דרק באמירתה נימא לה להתקדש והוי כי תקח ונראה דס"ל דשאני בנתן הוא ואמרה היא ולא דיבר תחלה מעסקי קידושין דתלוי בהודאתו שיודה אח"כ שנתכוין לקדשה לפיכך כשאמרה היא בשעת נתינה הריני מקודשת לך חזינן דלא סמכה דעתה להתקדש בנתינה סתם שמא לא יודה אח"כ לכן אין מתקדשת בנתינה סתם שלו כמו במקדשה בשט"ח דאחרים בקידושין דף מ"ח וכן בקונה קרקע באתרא דכתב שטרא אין נקנה בכסף לבד משום דלא סמכה דעתו לקנות בלא שטר וכן בקונה, קרקע מגוי לא קנה בכסף משום דלא סמכ"ד כדאיתא בב"ב ובחו"מ ובדוכתי טובא וכיון דאמרה היא להתקדש הוי לא תקח אשה לאיש משא"כ בדיבר עמה תחלה מעסקי קידושין דא"צ להודאתו שנתכוין לקידושין מתקדשת בנתינה סתם והא דגלתה דעתה באמירתה

דלא ניחא לה להתקדש בנתינה סתם לא מגרע לרמ"א והפוסקים הנ"ל כיון דבזה ליכא טעמא דלא סמכה דעתה וכן בלא דיבר עמה תחלה מעסקי קידושין ונתן סתם ושניהם מודים שנתכוונו לקידושין הרי דסמכו דעתם אקידושי סתם ואף דלקמן סימן כ"ח סי"ג בב"ש ס"ק ל"ו כתב דאפי' אומרת דסמכה דעתה לא מהני שא"ה דלא חשיד לכפור ולקלקלה באיסור א"א כל ימיה וסתמא לא חשיד בעיניה וסמכיד ועוד למה יעשה כזאת אם לא יתרצה בה בידו לגרשה וחזקה ל"ש התירא ועביד איסורא כדאיתא בב"ב פי"נ דף קנ"ד ע"ב אבל באמרה ה"א ע"כ לא סמכ"ד ובזה לכ"ע כיון דגלתה דעתה דלא ניחא להתקדש בנתינתו סתם אינה מקודשת בהסתם רק באמירתה ובזה מספ"ל לש"ס אי הוי לא תקח ובתה"ד סימן ר"ז הביא מהא"ז ביבמות שכתב דכ"מ שהכריעו חכמים את דעתו שלכך נתכוין אינו נאמן לומר לא נתכונתי לכך והובא בקה"י בחלק מדות חכמים בראשו ושכ"כ הרא"ם ומהרד"ך ונראה דזה טעמו של הב"ש לקמן סימן כ"ח סי"ג ס"ק ל"ו דאפילו אמרה דסמכ"ד ל"מ כיון דמפורש בש"ס דלא סמכ"ד משא"כ הכא לא מצינו בש"ס לכן דוקא כשאמרה היא דחזינן דלא סמכ"ד.

צריך לחזור וליטול הקשו טו"ז וב"ש דבגט א"צ לחזור וליטול וכן לקמן בסימן ל"א א"ל שמו הקידושין א"צ ליטול ממנה ולק"מ דכבר הבאתי לעיל לשון הרשב"א משום דקנאתו כי כונתה למתנה משא"כ בלא שמו הקידושין הובא לשון תשובת רשב"א בב"י שם דה"ל כפקדון עיי"ש וה"ט כיון שקבלתה לקידושין לא נתכונה לזכות במתנה ובתורת קידושין לא זכתה משום דלא שמוה מקודם לא סמכה דעתה להתקדש בודאי ורפויי מרפי בידה שמה אינה שוה כפי דמיונה ולא גמרה בלבה להתקדש ולקנות החפץ בודאי בתורת קידושין לכן אינו רק כפקדון בידה.

ומה שהקשה הב"ש מגט ובשעה"מ פ"א מה"ג ה"ט כתב דשאני בקידושין שתם דיכולה למימר את בסתמא יהבית ניהלי ואנא למתנה איכוני משא"כ היכא דנתן לשם גט אלא דלא נתן באופן המועיל לא קנתה דהא לא למתנה נתן והקשה על זה דבחידושי רשב"א גיטין פרק הזורק דף ע"ח תמה למה תכן התם דנתן לה גט ואמר לה כנסי שט"ח זה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך לאשמעינן בנתן לה גט סתם וכ"ש באמר לה כנסי שטח"ז ומאי קושיא הא י"ל משום דבעי לסיים עד שיאמר הא גיטך דנתן לה סתם לא מהני זה עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתן לה דיכולה לומר אנא למתנה איכוונית לצור בו עפ"י צלוחות ולעיל"ש לעיל דאנן לא תלינן דלמתנה יהיב אלא כיון שטעה דמועיל לקידושין נתייאש מכסף הקידושין והאשה שנתכוונה לזכות במתנה זכתה וקנאתו וא"כ בגט ל"ל הכי דהא מציאת אשה של בעלה כדאיתא לקמן סימן פ"ד ונהי דכשנתן לה הבעל מתנה

היא שלה כדאיתא שם בסימן פ"ה מ"מ הכא לא למתנה יהב אלא שתקנה מחמת יאוש הוא כמציאה לכן מה שקנתה קנה בעלה דהמשנה דא"ל כנסי שט"ח מיירי בנשואה דהא קאי אירישא דהזורק גט לאשתו וסתם אשתו היינו נשואה כמ"ש בבד"ה כאן.

ובשעה"מ שם תירץ קושייתו דבגט מוכיח מתוכו לשם גט נתן לה ולא מצית למימר למתנה יהבית לי ולפ"ז בקדשה בשטר ונתן לה סתם ג"כ א"צ לחזור וליטול הימינה עיי"ש ולפימ"ש ע"כ אין דעת הרשב"א דקנאתו משום דהאיש נתן למתנה וא"כ מה אכפת דמוכח מתוך הגט או השטר והאשה לא קראתי עד אח"כ יכולה לומר אנא למתנה איכוונת ועיי"ש בשעה"מ שהביא מע"י בקידושין דף נ"ב שב' אהא דאריס שקידש במתא דשמכי וא"ר דא"מ כי החצי של בעלים דאם אח"כ א"ל התקדש לי בחלקי אינה מקודשת וחלק עליו השעה"מ דכיון דפירש תחלה לשם קידושין לא קנאתו ולמה לא תהא מקודשת דמ"ש מנתן לה גט כשהיא ישינה ואח"כ כשנעורה א"ל הא גיטך דמגורשת עיי"ש ולפימ"ש בכונת הרשב"א א"ש דברי הע"י דכיון שכסבור שמקודשת בזה והאשה נמי לא ידעה שיש לבעל הגינה חלק א"כ גמורה בדעתה להתקדש ולזכות באותן שמכי אלא דכשנודע אח"כ דאינו שלו רק חצי אינה מקודשת דלא אקנייה נפשה רק בכולה מ"מ כיון דהאריס טעה כבר נתייאש וקנתה היא חלק האריס כיון דנתכוונה לקנות עכ"פ וא"כ תו ל"מ מה שא"ל אח"כ שתתקדש לו בל שלא חזר ונטלה ממנה ומגט אין ראיה דאפ"ת דקנתה נייר הגט כשהיא ישינה מ"מ אינה רק במצאה מציאה ומה שקנתה קנה בעלה וא"צ לחזור וליטלו ממנה

בקו"א המקנה כתב דצריך ליזהר המסדר קידושין שיגמור אמירתו קודם שנתן הטבעת לידה ומשום דבנתן סתם דחיישינן שנתן לשם מתנה תו א"י לחזור תכ"ד דלא אתי דיבור ומבטל מעשה את"ד וכבר תפסו עליו האחרונים דמבואר בחו"מ סימן קצ"ה ס"ז דבכל הקניינים א"י לחזור אחר כ"ד אבל תכ"ד יכול לחזור ועיין ר"ן נדרים דף פ"ז דלרמב"ן הא דתכ"ד יכול לחזור הוא תקנתא ולר"ן משום דאינו עושה בגמר דעתו ועד"ז עושה שיוכל לחזור תכ"ד א"כ ל"ל משום דאין דיבור מבטל מעשה ונראה ראיה מפ"ק דקידושין דף ה' ע"ב דאמר שמואל בקידושין נתן לה כסף וש"כ וא"ל הא"מ ה"א מאורסת מקודשת ואם קפידא להקדים האמירה לנתינה למה הפך שמואל אע"כ דאין קפידא ובזה מתורץ מה שהקשה רש"י למה נקט שמואל דנתן לה ולפימ"ש טובא קמ"ל דיכול להקדים הנתינה לאמירה והא דפריך הש"ס דמאי למימרא היינו דודאי משמע דשמואל קמ"ל דלשון ה"א מקודשת הרי את מאורסת לישנא מעליא זולת הרבותא דיכול להקדים הנתינה דזהו עיקר דקמ"ל שמואל איזה לשונות מועילין מדחשיב ואזיל הרי את מאורסת ה"א

לאנתו ולפימ"ש מיושב קושית אחרונים על הרא"ש דכתב דאם דיבר עמה תחלה מעסקי קידושין אף דלא אמר לי מקודשת דא"כ מה פריך הש"ס דהוי ידים שאינן מוכיחות כיון דלא אמר לי ה"ל לשנויי דדיבר עמה תחלה מעס"ק ולפימ"ש לק"מ דאם דיבר עמה תחלה מעסקי קידושין תו ל"ל בסתם הוי למתנה כמבואר שם דף וא"ו וא"כ למה נקט שמ אל נתן לה ואמר לה ולפימ"ש הפוסקים דבנוכראה קי"ל דסתם לא הוי מתנה עיין ברא"ש פ"ק דב"מ דף ט"ז ובש"ך חו"מ סימן שנ"ו סק"ז בלאה"נ אין חשש בהקדים נתינה לאמירה אלא דשמואל דס"ל בפ"ק דב"מ שם דתלינן במתנה גם בלקח מאחר שאינו קרובו הוצרך לאשמועינן דבדיעבד מקודשת גם בנתן תחלה ובהכי א"ש מה דרמב"ם רפ"ג מהלכות אישות כתב להיפך דאומר לה הא"מ ונותן לה משום דאצ"ל דאם הקדים הנתינה מקודשת דכבר ידענו ממ"ש בפ"ט מהלכות גו"א ה"ט דמעות חוזרין ומ"מ למדנו מהרמב"ם דיותר נכון לכתחלה להקדים האמירה לנתינה שתהא מבורר להדיא וכמ"ש שיאמר בזה אף דאינו מעכב ולא נזכר בגמרא אלא כתבו הרמב"ם משום דלכתחלה י"ל כן כמ"ש המבי"ט ח"א סימן רצ"א אך טור ומחבר הפכו וכתבו דנותן לה ואומר משמע דס"ל דגם לכתחלה נכון ובכנה"ג הגה"ט סק"ח כתב לא יתן הקידושין ואח"כ יאמר הא"מ לי דהוה מקדש במלוה אלא יאמר תחלה ואח"כ יתן הקידושין מהר"א ירושלמי ז"ל עכ"ל נראה דס"ל דגם לרב דמעות חוזרין כשהכיר הלוקח שהשדה גזולה ומעות פקדון היינו ע"מ שיוציאנה והובא באב"מ כאן סק"ט ומ"מ קשה הא תכ"ד יכול לחזור בו ואף אי נימא כהמקנה וכדעת שו"ת ושב הכהן סי"ט דהוכיח מדעת הרמב"ם דלבטל מעשה ל"ה תכ"ד כדיבור מ"מ י"ל דוקא בבא לעקור המעשה ולחזור בו אבל לפרש דבריו שנתכוין תחלה לקידושין ולא נתן להלואה הרי אינו עוקר המעשה ומהני וכמ"ש התוס' במרובה ע"ג ע"ב והובא בנה"מ סימן רנ"ה ס"ג אף היכא דתכ"ד לאו כד"ד כגון בהקדש מ"מ יכול לפרש דבריו תכ"ד בהקדש דל"ח לקנוניא בשכ"מ אבל בבריא דחיישינן לקנוניא אינו נאמן לפרש דבריו ג"כ ד"ל שחוזר בו וא"כ הכא דאפילו נאמר כשנתן סתם הוי מלוה מ"מ יכול לקדשה בהנאת מחילת המלוה וא"כ מהימן לפרש דבריו שמתחלה נתכוין לקידושין ואך לרמב"ם דס"ל בפ"ה דאישות לדעת הה"מ שם דא"י לקדשה בהנאת מחילת מלוה ליכא מגו ובזה י"ל דלפיכך כתב הרמב"ם דיאמר הא"מ ואח"כ יתן וצ"ל לפ"ז דשמואל דנקט דנתן לה הכסף ואמר הא"מ היינו שאמר לפני נתינה או כשנתן והטוש"ע דס"ל לעיקר לקמן סימן כ"ח ס"י דיכול לקדשה בהנאת מחילת מלוה לא כתבו דיכול ליתן. ואח"כ יאמר הא"מ לי ולפימ"ש הב"ש שם דלכ"ע יכול לקדשה במלוה כשמפרש בהנאת מחילת מלוה ל"ל כן וגם לדעת האחרונים דגם לבטל המעשה יכול תכ"ד נ"ל באו"א

דהנה תכ"ד קי"ל דהוא שלשה תיבות כמ"ש רמב"ם בפ"ב מהלכות שבועות וא"כ אם סגי כשאומר הא"מ לי ואצ"ל בזה דממילא ידעינן דכונתו לקדשה בזה שנותן לה א"כ כשנתן סתם ואומר הרי את מקודשת חזינן דרוצה שתתקדש בזה שנתן לה אף דצ"ל לי זה רק שיהא מוכח שמקדשה לו ולא לאחר מ"מ מיד שאומר הא"מ חזינן דבזה שנתן לה מקדשה ואהני בתורת חזרה או פירש תכ"ד אבל אם צ"ל בזה דכ"ז שלא אמר בזה אינו מוכח דבכסף זה מקדשה ליכא חזרה או פירש רק כשאומר בזה והוי לאחר כ"ד לכן הרמב"ם דכתב שיאמר בזה הצריך שתהא האמירה לפני הנתינה ולא לאחר הנתינה כיון דלכתחלה צ"ל בזה ושמואל דלא הזכיר בזה משום דמיירי לענין דיעבד דאצ"ל בזה לכן נקט הנתינה קודם דבדיעבד דאצ"ל בזה הוי תכ"ד והטור דלא הזכיר תיבת בזה וע"כ ס"ל דגם לכתחלה א"צ לכן כתב דיכול ליתן ואח"כ יאמר הא"מ רק דברי המחבר צ"ע דכתב שיתן ואח"כ יאמר הא"מ לי בזה וצ"ל דס"ל כיון דנתן סתם והוי ספק אם נתכוין לקדושין או רק למלוה נאמן לפרש דבריו גם אחר כ"ד דהא יש לו מגו דבידו לקדשה בהנאת מחילת מלוה דהא היא מרוצית להתקדש לו והא דכתבו תוס' במריבה דלאחר כ"ד א"י לפרש דבריו דוקא התם דאמר הר"ז תמורת עולה א"כ כשמפרש דבריו שנתכוין ג"כ לתמורת שלמים הוי דברים שבלב זולת כשפירש תכ"ד כמ"ש תוס' שם משא"כ הכא דנתן סתם נאמן לפרש דבריו גם אחר כ"ד דלא הוי דברים שבלב דהא מתחנה לא אמר בהיפך.

וגם בלאו מגו י"ל דנאמן לפרש דבריו דהא טוען ברי שלקדשה נתן מתחלה ואף דקי"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי פטור היינו משום דא"א להוציא ממון ע"י ברי אבל כאן לא בא להוציא הממון ממנה אלא לברר דנתן לקידושין ולא להלואה ואף דיש לה חזקת פנויה מ"מ חזקת פנויה חזקה קלישא ול"ד לחזקת ממון כמ"ש תוס' בפרק המדיר דף ע"ה ע"ב בד"ה אבל וברפ"ב דכתובות דף ט"ז משוי ברי עם רוב ולס"ד ברי עדיף מן רוב וא"כ רק נגד חזקת ממון ל"מ ברי ולא נגד חזקת פנויה לכן בדיעבד כשהקדים הנתינה עכ"פ אין חשש כיון דלהטור והש"ע גם לכתחלה נותן תחלה ומרמב"ם אין הכרח לענין דיעבד ומשמעות לשון הש"ס דבדיעבד עכ"פ אין קפידא כשנתן לפני האמירה דאל"כ לא הוה מהפך הלשון נתן ואמר והרי לשמואל נתן סתם תלינן דבמתנה נתן ועיין שו"ת שיבת ציון סימן ס"ט הבאתיו לקמן סימן כ"ח ס"ד,

ועוד אף דכתב הריטב"א דכשהכיר הלוקח שהוא גזול או אסור בהנאה דגמר ונתן במתנה לשמואל או ע"מ שיוציאנה לרב לא נ"ל מ"ש האב"מ דלפ"ז הוי הלואה כיון דנותן להוצאה ואינה מקודשת עד שיחזור ויטלנה ממנה הכסף דאל"כ הוי מקדש במלוה

עיי"ש דא"כ למה אמר רב דגמר ונתן לשם פקדון הל"ל לשם הלואה אע"כ דהוי כמפקיד מעות אצל שולחני דמותר להשתמש בהן לדינא דגמרא ובזה"ז גם במפקיד אצל בעה"ב כדאיתא בחו"מ סי' רצ"ב והכא כיון דנתנן סתם ולא פירש דלפקדון נותן משום דכסבור שמא לא ירצה לקבל כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב א"כ כסבור דמקבל לא ירגיש דפקדון הוא וממילא כשיצטרך להוציאן יוציאן כאדם העושה בשלו לכן מסתמא אדעתא דהכי נתן אלא לא למתנה דלאח"ז יודיעו שלא נתנן במתנה לחלוטין והוי כמפקיד מעות אצל שולחני דהעלו החכ"צ בהגהות טו"ז בחו"מ סימן ע"ג ותומים שם ואבן העוזר בסימן מ"ז דכל זמן שלא המציא השולחני המעות ובא המפקיד לתובען מחויב להחזירן למפקיד בעין דאינו נעשה לוה עד שהוציאן כיון דלא פירש שלוה ממנו להוציאן ואפשר לא צריך כלל להוציאן ועיין תומים ס"ס ע"ג וא"כ ל"ד למלוה כ"ז שעומד בעין וכ"ש כאן דהאשה מרוצית להתקדש בהן ואין רצונה שיהא כמלוה ולפ"ז צ"ל מה דנקט רמב"ם דתחלה יאמר האמ"ל ואח"כ יתן דנהי דלא תלינן דבסתם הוי מתנה משום דלא עבדי אנשי דיהבי מתנות לנוכראה כדאיתא בב"מ שם היינו עפ"י רוב ואף דאין הולכין בממון אחר רוב י"ל האי רוב חשוב ומהני להוציא ממון עתוס' פ"ק דסנהדרין דף ג' ע"ב בד"ה ד"מ מ"מ לכתחלה אין סומכין על רוב ושמואל דס"ל בסתם תלינן במתנה קמ"ל כאן בנתן תחלה ואח"כ אמר הא"מ דמקודשת כיון דעפ"י רוב אין נותנין במתנה דוקא במקדש אחותו או הכיר בקרקע שאינו של מוכר דאדם יודע שאין המכר מכר תלינן יותר במתנה מלומר לשם פקדון אבל כאן דתכ"ד אמר הרי את מקודשת אמרינן הוכיח סופו על תחלתו דלשם קידושין יהיב ורמב"ם דס"ל בהכיר בה שאינו שלו דלאו למתנה יהיב לכן לא הוצרך לכתוב דבדיעבד אם הקדים הנתינה מקודשת שו"ר באס"ז פ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב שכ"כ הריטב"א לשם פקדון כמפקיד מעות מותרין אצל שולחני.

וברי טב"א ספ"ק בהשמטת לדף ט"ו בסד"ה ועוד כתב ז"ל וכי אמר מעות פקדון למעוטי דל"ה מתנה וכיון דיכול לשלוח בהן יד ה"ל הלואה גביה ואיכא משום רבית וכיוצא בזה אנו מפרשין בקידושין גבי מעות חוזרין דכיון דיש לה רשות לשלוח בהן יד ה"ל הלואה ואינה מקודשת למ"ד מעות פקדון עכ"ל ותמוה מאד דהא דמעות חוזרין הוא בקידושין דף מ"ו אהא דהתקדשי לי בזו ובזו ואכלה ראשונה ראשונה אם יש באחרונה ש"פ מקודשת דראשונה דאכלה הוי מלוה ואינה מצטרפת עיי"ש דבמנחא בעין הראשונה מצטרפת לש"פ וא"כ מה כונת הריטב"א אם כשעדיין לא אכלה אדרבה מבואר התם דמצטרפת ולא חשוב מלוה ואם כשאכלה מאי אריא משום דיש לה רשות להוציאן הא גם כשאין לה רשות מ"מ אכלה וליתא בעין רק נתחייבה בדמיו והוי מלוה וכדאיתא

התם בקידושין בריטב"א עצמו ואפשר כונתו בב"מ דאם יש לה רשות להוציא גם כשלא יגמרו הקידושין שפיר חשוב מלוה כשאכלה אבל אם הוי כפקדון ממש כשלא יגמרו הקידושין ואין לה רשות לאכלה זולת ע"ד שיצטרף לקידושיה אזי כשאכלה ל"ד למלוה וכדאיתא בר"פ האומר אהא דהא"מ לאחר ל' יום דבנתאכלו המעות תוך שלשים יום מקודשת דפרש"י כיון דלא ליתנו לה להוציאן אלא ע"מ שתתקדש בהן ולהכי כי אכלה דידה אכלה ולכי מטי זימנא תתקדש עי"ש ה"נ כשנתן לה וא"ל התקדשי לי בזה ובזו ובזו לא ניתנו לה להוציאן אלא ע"מ שתתקדש אם נימא דהוי כפקדון ממש אם לא התקדש אלא ש"ע דמעות חוזרין כשלא נגמרו הקידושין דלרב הוי לשם פקדון היינו שיש לה רשות להוציאן כמפקיד מעות מותרין אצל שולחני לכן כשאכלה הוי מלוה דאין אכילתה תלוין בחלות הקידושין.

ס"ח הוי ספק בש"ס מקשי רישא לסיפא ומשני בואבע"א נתן הוא ואמרה היא ספקא הוי וחיישינן מדרבנן ולע"ד מל"מ ותב"ש דבס"ד ל"ל אוקמוה אחזקה הל"ל דחיישינן מדאורייתא ונראה דש"ס מספ"ל אי משום דתנא דברייתא מספ"ל בנתן הוא ואמרה היא או דהתנא ס"ל דחיישינן מדרבנן ויש נ"מ במקדש בפס"ע דרבנן דאם רק חיישינן מדרבנן הרי העדים ג"כ פסולים מדרבנן משא"כ אם ספקא הוי כיון דהעדים כשרים מה"ת עדיין ספקא הוי והרי"ף דס"ל בתשובה הובא בשו"ת מיוחסות לרמב"ן סימן קכ"ה דגם בפס"ע דרבנן אינה מקודשת כלל א"כ אין נ"מ לכן נקט רק דחיישינן דרבנן כיון דבין כך ובין כך צריכה גט נקט רק חדא אבל רמב"ם דס"ל בפ"ד מה"א ה"ו דמקדש בפס"ע דרבנן צריכה גט לפיכך בנתן הוא ואמרה היא כתב דספקא הוי בפ"ג שם ה"ב משום דנ"מ לחומרא בזה.

ולכאורה נ"מ אם צריכה להחזיר כסף הקידושין דאם ספקא הוא כיון דברשותו באה לידה בשעת לידה הספק המע"ה משא"כ אם רק חיישינן מדרבנן משום חומר האיסור אבל גבי ממון אוקמוה אדינא וא"כ ה"ל לרי"ף לכתוב דספקא הוא אך לפימ"ש לעיל ס"ב אף דהקידושין בטלים א"צ להחזיר הכסף קידושין היכא דהאשה לא הטעתו כיון דנתייאש מחילה בטעות הוי מחילה גם כאן א"צ להחזיר ולא נ"מ.

ואת"ל דיש חומרא אם הוי ספקא יותר מאם רק חיישינן מדרבנן מ"מ י"ל לפימ"ש דהך וחיישינן מדרבנן היינו או חיישינן מדרבנן הוי ס"ס חדא שמא עיקר כהתירץ דחיישינן ודרבנן ואה"ל כתירץ ראשון דהתנא ס"ל דהוי ספקא מ"מ שמא באמת הדין מן התורה דאינה מקודשה א"כ ס"ס להקל לומר שאינו איסור מדאורייתא לכן נקט הרי"ף רק תירץ שני דחיישינן מדרבנן אלא דס"ס זה אינו מתהפך וכבר פליגי הפוסקים אי

צריך בס"ס שיהא מתהפך וי"ל דרי"ף ס"ל דא"צ ורמב"ם נקט דספקא הוא ס"ל דצריך שיהא מתהפך ויותר נראה דגם להרי"ף בעלמא צריך ס"ס מתהפך ומטעם שכת הרמ"ע הובא בש"ך בכללי ס"ס ס"ק ט"ו כיון דדאורייתא הוא מנלן להתחיל בצד שיש ס"ס ולפ"ז היכא דיש חזקה להיתרא ודאורייתא א"צ ס"ס רק מדרבנן לא סמכינן אחזקה וכדעת הפוסקים שהובא בש"ך יו"ד סימן נון או באיסור א"א דבאיסור שיש בו מיתה לא סמכינן אחזקה כדאיתא ברש"י חולין דף קל"ד וכיון דרק מדרבנן צריך ס"ס א"צ שיוכל להתהפך וא"כ הרי הר"ן בפ"ק דקידושין הוכיח דחזקה מהני בספקא דדינא מדאמרינן בכל תיקו דממונא אי תפס מוציאין ממנו ע"כ משום דמוקמינן אחזקה דמעיקרא עיי"ש וכבר האריך באו"ת בכללי תפיסה בכמה ראיות דדעת הרי"ף בכל תיקו אי תפס מוציאין לכן ה"נ א"צ ס"ס המתהפך ולכן השמיט הא דאמרו בש"ס דספקא הוא ומיושב קושית הר"ן שם על השמטתו אבל הרמב"ם דפסק בכל תיקו אי תפס אין מוציאין דס"ל דתפיסה עדיף אף דס"ל נמי הכי בספק במציאות כמו דס"ל בהקפו כהן מ"מ לדידי אזיל הוכחות הר"ן וי"ל בספ"ד אין החזקה מעלה ומוריד דמשום חזקה לא ישתנה הדין כמ"ש המל"מ ותב"ש וא"כ מדינא צריך ס"ס אף דס"ל דכל ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא ה"ד באיסור שאין בו כרת כמ"ש הרמב"ם ספ"ט מהל' טומאת מת וכיון דצריך ס"ס מה"ת ל"ח ס"ס כשאינו מתהפך לכן נקט כאן דאמרה היא דהוי ספקא והפרמ"ג ביו"ד סימן ח"י בשפ"ד סק"א הוכיח מרמב"ם פ"ג ה"ד מהלכות שחיטה דס"ל בבעיא דלא אפשטא ליכא לוקמוה' אחזקה דמעיקרא אפילו לחומרא לעשות איסור ודאי מדכתב שם שהה במיעוט הר"ז ספק נבלה משום דהוא בעיא דלא איפשטא דאל"כ הל"ל ודאי נבלה משום חזקת שאינה זבוחה וא"ל דא"כ למה כתב הרי"ף בפרק השוחט ב' בבעיא דשהיות מצטרפות ושהי' במיעוט סימנין דכל תיקו דאיסורא לחומרא והלא לרי"ף מוקמינן אחזקה דמעיקרא בתיקו דממונא א"כ ת"ל כיון דיש ספק בשחיטה הוי לאיסור משום החזקה י"ל דצ"ל משום דאם הוי כללא דתיקו דאיסורא לקולא עכצ"ל דהוי כודאי היתר וגם כשיש חזקה לאיסור דכל חזקה אינו מועיל רק היכא דבלאו החזקה מיחשב ספק ואסור מספק אזי ע"י החזקה חשוב ודאי וכדעת כ"פ בספק איסור דרבנן דגם בחזקת איסור מותר וכן בספק ממזר דמותר מן התורה ועוד דקמ"ל דל"ת דשתים דפוסל בשחיטה רק הלל"מ וספקו לקולא וכה"ג כתב הפרמ"ג בפתיחה להלכות שחיטה שרש א' דלפיכך אמרו כל ספק בשחיטה אסור לרבותא אף בשחיטה דהלל"מ וה"א ניזל לקולא קמ"ל או דהרי"ף קמ"ל דגם בעוף תיקו דאיסורא לחומרא דה"א דבעוף ליכא

עשה דוזבחת והשחיטה עצמה מהלל"מ לתקן איסור אבר מן החי ואין מחזיקין מאיסור לאיסור וליכא חזקת וכמ"ש הפמ"ג שם בסוף שרש ב' לדעת ר"י.

נמצא דהרמב"ם ורי"ף לשטתייהו אזלי דהרי"ף דס"ל בספ"ד מוקמינן על חזקה מדאורייתא לכן אף דמדרבנן אסור אהני ס"ס אף דלא מתהפך להקל והכא דהש"ס נסתפק באמרה היא ונתן הוא אם ס"ל לתתנא דהוי ספק או ס"ל לתתנא דחיישינן מדרבנן דהוי ס"ס לכן פסק הרי"ף דרק מדרבנן חיישינן ואין בו חשש דאורייתא אבל להרמב"ם דחזקה ל"מ בספ"ד ל"ח כאן ס"ס כיון דאינו מתהפך ובדאורייתא צריך ס"ס מתהפך ומ"ש הפרמ"ג בשפ"ד סימן ח"י סק"א דלרמב"ם מהני ס"ס אף שאינו מההפך דיליף דפיתוי קטנה לאו אונס מכח קושיה התוס' בפ"ק דכתובות דף טי"ה ובמ"ש המנ"י עיי"ש ל"ק כלל חדא דיותר י"ל דרמב"ם יליף לה מסנהדרין דף נ"ה וכמ"ש הב"מ לקמן סימן קע"ח ס"ב ועוד אאת"ל דלרמב"ם מהני ס"ס שאינו מתהפך היינו באיסור שאין בו כרת כיון דלרמב"ם ספקא דאורייתא אסור רק מדרבנן א"כ ל"ל כטעם הרמ"ע מנלן להתחיל באותו צד שיהא ס"ס דכיון דא"צ ס"ס רק מדרבנן א"כ כשיש ספק באתי צד נתחיל הוי ספק דרבנן וכ"כ בדג"מ בגליון ליו"ד בכללי ס"ס אבל באיסור כרת דגם לרמב"ם ספק אחד אסור מה"ת עודה כשיש ס"ס דצריך שיוכל להתהפך וכאן באיסור א"א הוי ספק איסור מיתת ב"ד.

נשמט מסעיף ד' ולא אמר לי כתב מהרי"ט בחידושיו ויש לברר כשהיה שידוכין ביניהם אי חשוב כידים מוכיחות דמהריב"ל בח"א כתב דמקודשת לו מהא דכתב ר"ת באחד שאמר לחברו בתך מקודשת לי ולא פירש פלונית מסתמא על המשודכת קאמר וגדול אחד אמר דל"ד דהתם ודאי הקידושין חלין על אחת מהבנות וכולם בעיין גיטא מספקא דליכא ספק רק או הא או הא י"ל שקידש אותה ששידך מעיקרא דגילוי מלתא הוא דש"י לא יעשו עולה אבל במקדש ולא אמר לי כיון דידים שאין מוכיח ל"ה ידים ה"ל דברים שבלב ואינן דברים וכתב מהריב"ל דפח"ח מ"מ לא אסמוך לפוטרה בלא גט וכתב מהרי"ט דהחילוק מוכרח דהא כי פרכינן על רבא דאמר קשמס"ל ל"ה קידושין מדתנן המקדש את בתו סתם אין הבוגרת בכלל ומתרץ כשאין שם אלא קטנה וגדולה וקמ"ל אף דשוויתיה גדולה שליח לקבל קידושין אמרינן לא שבק מלתא דיש לו הנאה מיניה דכסף קידושין שלו ואפילו אמרה גדולה שיהא הכסף שלו לא שביק אינש מצוה דרמיא עליו ועביד מצוה דלא רמיא עליו ובהך סברא אמרינן דאין הבוגרת ולא חשו לה חכמים אעפ"י שידוע שעשתה את אביה שליח ואלו אמר הרי את מקודשת ולא אמר לי אמרינן דליכא ידים מוכיחות שקדשה לעצמו ול"מ הסברא דלא שביק אינש מצוה דנפשיה

ורמיא עליו ואית ליה הנאה מיניה ועביד לאחריני אף שלא ידענו שנעשה שליח לשום אדם והיינו לפי שאינו בעיקר הקידושין א"ד מהרי"ט והקשה אב"מ מהא דקידושין דף נ"ב בהא דאמר רבא קידושין שאין מסורין לביאה לה"ק דמותיבינן מדתנן המקדש את בתו אין הבוגרת בכלל הא קטנות בכלל והא אין מסורין לביאה אמר לך רבא הבמ"ע דאין שם אלא גדולה וקטנה א"ה מאי למימרא הבמ"ע דשוי' שליח וקמ"ל דלא שביק אינש וכו' ולהס"ד דלא שוי' שליח מאי פריך ואי למימרא טפי ה"ל למפרך דלא ליהוי קידושין כלל כיון דיש לו קטנה וגדולה ואומר סתם בתך מקודשת לי ושמא הבוגרת והוי קידושין שאין מסורין לביאה דל"ה קידושין כלל ואפילו נימא אומדנא דקטנה מקדש ולא הבוגרת הא לא מהני אומדנא במקום דאין קידושין כלל את"ד.

ונראה סברת אותו גדול דמחלק בין אם אחת ודאי מקודשת רק לא ידעינן איזה דאז מהני אומדנא לברר ובין אם לולא האומדנא ליכא קידושין כלל אז ל"מ אומדנא דכיון דקיום קידושין הוא רק בשני עדים ל"ח אומדנא בעדים דהא ילפינן דבר דבר מממון ואין מוציאין ממון באומדנא כמו גמל אוחר בין הגמלים בב"ב דף צ"ג ע"א אבל לברר איזה מקודשת ל"צ שני עדים כמ"ש הר"ן בקידושין דף ס"ו אהא דאני קידשתיה ואף דכאן מוציאה מחזקת פנויה מ"מ אחותה נמי יש לה חזקת פנויה וכיון דא"צ שני עדים מהני גם אומדנא.

אך מה דהקשה מהרי"ט למה לא הכריח מהריב"ל חילוק זה מהא דבלא אמר לי א"מ אף דים אומדנא כמו בהא דמקדש בתו י"ל בפשוט דבלא אמר לי אפשר עיניו נתן בקרובתיה ולא ניחא ליה ליתסר בתן ויקיים המצוה ויהא נהנה מאחרת הקרובה לזו משא"כ אב המקדש אחת מבנותיו דאין לו נ"מ מזה אמרינן לא שביק מצוה דרמיא עליו ויש לו הנאה מיניה ועביד מידי דלא רמיא ואין לו הנאה מיניה.

ולתרץ קושית האב"מ נראה לפימ"ש הרא"ש שבאס"ז פ' המדיר דף ע"ד ע"ב דבאיסורא לא אזלינן בתר גילוי דעת דהא גבי שכ"מ אם עמד חוזר במתנתו וגיטו הוי גט אם לא התנה והובא בשעה"מ פ"ו מהלכות אישות וכ"כ שם מהכנה"ג ושו"ת הר"ם אלשיך והנה דעמד חוזר בשכ"מ הוא רק אומדנא דהא לא גילה דעתו כלל ויהב בה הרא"ש טעם דג"ד ל"מ באיסור ושוה בזה גיטין וקידושין והר"ם אלשי"ך כתב דתליא בפלוגתא דאביי ורבא בהשולח אי ג"ד מלתא לרבא שם דס"ל ג"ד מלתא.

ול"ק קושית האב"מ דהא בהא דבוגרת לרבא שפיר סמכי אאומדנא אף בעיקר הקידושין וראיית מהרי"ט שפיר כיון דחזינן דחשבינן לאומדנא מה דלא שביק אינש מצוה דרמיא עליו ואית ליה הנאה ומ"מ כשלא אמר לי ס"ל לאביי בפ"ק דקידושין דהוא בעל המימרא

שם דאינה מקודשת ואביי ס"ל ג"ד ל"מ וקי"ל כאביי ור"ת פסק במקדש בתו סתם אי שדיך אחת אמרינן דאותה קידש הרי ע"כ לחלק כאותו גדול אך לפי הפוסקים שהביא בשעה"מ שם דמהני אומדנא גם בקידושין וגיטין והא דשכ"מ אינו חוזר בגט רק משום גזרה עכצ"ל כמ"ש לעיל כשלא אמר לי ליכא אומדנא דלא שביק וכו' משום דאפשר לא ניחא ליה ליתסר בקרובותיה של זו ועיין שו"ת מבי"ט ח"א סימן שין מהריב"ר דאם דיבר לפני הגט ובשעת כו"נ לא הזכיר דכתב דלפי מה דקי"ל ג"ד בגיטא ל"מ ה"נ לא אמרינן שיהא כמפרש בשעת כו"נ וכ"כ רש"ל בשו"ת סימן כ"ה ורמזים כנס"ג בהגה"ט לקמן סימן קמ"ג אות כ"ף ושעה"מ שם וא"כ ה"נ בשידך האשה בו ואח"כ אמר סתם הרי את מקודשת ולא אמר לי ועיין ח"ר פ"ק דקידושין דף ה' ע"ב בסד"ה הא נתן הוא שכתב אהא דאמר רבא בדף זיין תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת דוקא כשאותו הנותן חזר וא"ל האמ"ל הא נתן ולא פירש א"מ ואעפ"י שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא וכמו שפירש דמי מ"מ העדאת עדים בעינן דהמקדש בלא עדים א"ח לקידושין א"כ כיון שלא פירש ואפשר שלשם מתנה נתן אעפ"י שהוא מוכח דלשם קידושין נתן כמו שאמרה אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראיה אלא שהם דנין כונת הלב אבל כשהיו עסוקים בא"ע כיון שהוא בעצמו נתרצה מעיקרא הר"ז כאלו פירש עכשיו בשעת נתינה דאדיבוריה דנפשיה קא סמיך ויהיב עכ"ל וגם הרמב"ם בפ"ה מה"א הכ"א כתב דדוקא אם חזר ואמר האמ"ל וכו' וקשה למה לא פירש זה רבא ור"ן הביא דעת אחרים שא"צ לחזור ולומר לה האמ"ל וודאי טעמייהו משום דלא זכרו רבא ולפימ"ש ה"ט דלרבא מהני הוכחה אבל לדידן צריך ראיית ושמיעת העדים דוקא וכ"כ בפו"כ מהראי סימן מ"ט כמו דקי"ל כאביי דג"ד בגיטא ל"מ ה"נ בקידושין ל"מ וכ"כ רי"ו בחלק חוה נכ"ב חלק שלישי הובא בעצ"א לקמן סימן ל"ז סקי"ט.

סימן כח

ס"א ונודע שקנה אותו דבר ביאוש עחמ"ח דפירושו שנודע בשעת קידושין דא"ל נודע שנתייאש אף דאח"כ נודע שלפני הקידושין נתייאש הוי כישל"מ ובעניי א"י מה ענין זה לישל"מ דהתם כיון דבעל המעות לא ידע שנתייאש אין המעות יוצא מרשותו בלא כונתו אבל אם הזוכה לא ידע הא קי"ל חצרו של אדם קונה לו של"מ וכ"ש הכא דנתכונו המקדש והאשה לקנות אלא דלא ידעו אם הנגזל נתייאש ועוד להחמ"ח משמע דלא קנה מחמת של"י שנתייאשו הבעלים ולשון ונודע שקנה משמע דקנה ומ"מ אינה מקודשת א"ל נודע שקנה.

ולענ"ד י"ל לפי מאי דאיתא בב"ב דף קמ"ב בגר שמת ובזבזו נכסיו ואח"כ שמעו שיש לו בן או אשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו הכל ואח"כ שמעו שמת בכו או הפילה אשתו החזיק בשניה קנה ובראשונה לא קנה וקאמר רבא הטעם דרפויי מרפיאן בידייהו מעיקרא ויל"ע א"כ כל קנין וקדושין על תנאי נמי לא יועיל כיון דרפיא בידים ואפ"ת התם משום דבידם לקיים ודעתם לקיים וכמ"ש רש"י בפ' כה"ג דף כ"ה ע"ב לענין ברירה אך קשה מתנאי שאין בידם כע"מ שירצה אבא וכע"מ שירדו גשמים וגם כל קנין שיש בו ספק לא יקנה כלל משום דרפיא בידם וצ"ל דשא"ה בב"ב כיון דרוב נשים מתעברות ויולדת כדאיתא בפ"ב דיבמות דף קי"ט לכן נוטה דעת המחזיק ביותר דיש לו יורש ורפיא בידו ואף דאומר דסמכא דעתו ומיכוין לקנות בטלה דעתו וכמו בשוק דגלדאי אף דאומר דלא מתייאש הוי כצווח על ביתו שנפל כדאיתא בפרק א"מ דכ"ד ע"ב ולפ"ז הכא דסתם לא הוי יאוש דאם סתמו יאוש א"צ שיהא נודע דנתייאש אע"כ היינו משום דסתמא לא מייאש לכן רפויי מרפיאן ביד המקדש והאשה הקידושין עד שידעו שנתייאש ואפילו האשה אינה יודעת אם גזול הוא מ"מ המקדש רפיא בידו קנין הקידושין והוי כלא נתכוין לקדשה אבל החפץ נקנה אף דלא ידע שנתייאש בעליו במקום דיאוש קונה אם נודע אח"כ שנתייאש אף דאז אינו ברשות הזוכה מ"מ כבר קנתה לו חצרו או ידו בשעת יאוש בעלים וכמ"ש נה"מ דבמטלטלין שברשותו קונה אף דרפיא בידו כיון דחצרו קונה לו של"מ וא"צ כונה ולפ"ז נסתר מ"ש בנה"מ בדיני תפיסה בכל קנין קרקע בספק לא קנה עיי"ש סי"ט או אפשר כיון דקסברי העדים דלא קנהו הוי כמקדש בלא עדים שו"ר בנוב"ת חא"ע סימן ע"ז כתב כתירץ שני זה אך בתשובת רא"ם ח"ג סימן כ"ב הוכיח דלא כהנו"ב.

ועיין בחמ"ח שהאריך כאן וכבר תרצתי היטב בחיבורי ערך ש"י על חו"מ סימן שס"ח וכעת בא לידי ספר עצ"א ומצאתי שכ"כ אך בכאן בלא"ה לק"מ דמ"ש אם נתייאשו לפי שכלל גנבה וגזלה ויש מהם דסתמן אינן יאוש כגון המכיר כליו בחו"מ סימן שנ"ז ויש עדים או לא ידעו הבעלים אם נגנב מהם לכן התנה אם נתייאשו כל חד כדינו דהיינו היכא דצריך לידע שנתייאש או היכא דסתמי יאוש לאפוקי היכא דליכא יאוש תדע דע"כ מיירי דיש עדים שזו נגנב דאל"כ לא מהימן המקדש לומר אח"כ שזה גנבה דחזקה כל מה שת"י אדם הוא שלו ואפילו לי"ח שבחו"מ סימן צ"ט ס"א דנאמן במגו שאינו שלו והכא י"ל דבידו לגרשה י"ל שמא אינו רוצה ליתסר בקרובותיה.

בהגהות הגאון רב"פ זלה"ה על בית מאיר כתב שבאס"ז ב"מ כ"ב ב' בד"ה וז"ל הראב"ד וכו' א"א תמה אני מבואר כמ"ש הח"מ ולע"ד שא"ה דמיירי במציאה שכסבור המוצאה

שלא נתייאש בעליה אף דנודע אח"כ שנתייאש חייב להחזירה דכיון דתורה לאו ברשיעי מיירי וכיון כשמצאה חשב דלא מצי זכי בה כיון דכסבור שלא נתייאש לא קני ליה חצרו של"מ כמ"ש תוס' בפחז"ה דף כ"ד היכא דידע דמונח בחצרו ולא נתכוין לקנותה אינו קונה א"כ כשבא לרשותו נתחייב להחזירה ותו לא מצי זכי בה כישל"מ כמ"ש בחו"מ סימן רס"ב ס"ג משא"כ בגנב וגזל וקידש בו דהאשה מתכונת לקנות וכן המקדש אלא בלא יאוש אינו נקנה אבל כשנודע לבסוף דכבר טרם שנתקדשה בו נתייאש קנתה שפיר.

ב"ש סק"ג כתב דבגנב שאינו מפורסם ולא ידעה שהכלי גנוב פטורה מלהחזיר דמי הכלי לנגנב משום תק"ה ולי צ"ע דתק"ה משום דאם לוקח יחויב להחזיר יחוש מלקנות שמא גנוב הוא ויפסיד דמיו וכאן אם תחויב להחזיר לא תהא מקודשת ולא תפסיד כלום ואם אין רצונה ליתן דמים תחזיר הכלי.

ואב"מ הקשה ממ"ש הרא"ש בספ"ק דב"מ דאם קדשה בשט"ח שי"ל על אחר וחזר ומחל א"צ המוחל לשלם לה רק פרוטה דקידושי אשה בש"פ והיא לא סמכ"ד אלא להתקדש בכולה א"כ ה"נ אף דמתק"ה יש לה פרוטה מ"מ השאר אינו מגיע לה ולא סמכ"ד והוי קידושי טעות עיי"ש ונראה דבשלמא המוחל דצריך לשלם מכיסו י"ל לא הפסדתיך רק פרוטה דאימר היית מתקדשת בש"פ דכמה נשי מתקדשין בפרוטה אבל הכא דצריך המנב להוציא ממנה יכולה היא שתאמר אני שוה בעיני יותר ולא הייתי מתקדשת רק בכל דמי הכלי ובאומדנא דהרבה נשים מתקדשין בפרוטה א"א להוציא ממנה וכה"ג כתב באה"ג בחו"מ סימן ע"ב ס"כ אות ב' בטעם הי"א דהמלוה י"ל לדידי שוה המשכון ככל החוב אף דעפ"י שומא אינו שוה כ"כ משום דמוחזק ואפילו לדעה ראשונה שם דאינו יכול לומר כן י"ל משום דהמשכון עומד לחזרה בין כך ובין כך וטענתם רק על הדמים ולוה מוחזק וכדאיתא בב"מ ק"י ע"ב ביתומים אומרים אנו השבחנו ובאילן העומד לקוץ וכ"כ בשו"ת הרשב"א סימן תתקל"ט אלא דכתב שם היכא דמלוה יכול לטעון לקוח אינו עומד להחזיר וחשוב מוחזק וי"ל בסברא זו פליגי שם ועיי"ש בחו"מ סי"ד וסכ"ד.

ועוד בשלמא בתק"ה אם קנה בזול סגי להחזיר דמיו דאין לחוש שיתירא לקנות בזול כיון דמוזיל שכיחא קונים הרבה וממון כממון אבל אין אשה כאשה והוא רוצה בזאת ומרבה קידושיה ואם הנגנב לא יחויב להחזיר לה רק פרוטה תחוש מלהתקדש כשאין רצונה להתקדש רק בכל הכלי דהרי לא קידשה בש"פ אבל המוחל דמשלם מדד"ג א"צ לשלם רק ההיזק עפ"י שומא בכמה מתקדשין כמה נשים.

עו"כ הב"ש לפ"ד רמ"א דנתקדש במעמ"ש אינה מקודשת מדאורייתא רק מדרבנן כיון דאינו רק קנין דרבנן למה כאן מקודשת דאורייתא הא אין הנגנב צריך להחזיר לה דמי החפץ רק מדרבנן וכיון דלהרמב"ם צריך מד"ת להחזיר הדמים לנגנב אף אחר יאוש וש"ר רק מתק"ה פטורה להחזיר יהא רק קידושי דרבנן ונראה לפימ"ש בג"פ סימן ק"כ סק"ה דהפקר ב"ד הפקר שיצא הממון מרשות בעלים וחשוב הפקר אבל עדיין לא זכה אידך מדאורייתא עד שיבא לידו ויזכה בו עיי"ש לכן במעמ"ש דלא בא החוב עדיין לידה אינו רק קידושי דרבנן משא"כ הכא דהממון בידה ומתק"ה פטורה להחזיר לנגנב כיון דהפקירו רבנן ממילא זכתה במה שבידה ומדאוריית' שלה היא.

עו"כ הב"ש דבזה"ז דגם ביאוש וש"ר צריך להחזיר החפץ מ"מ מדאורייתא קנתה החפץ ודמי החפץ צריך הנגזל ליתן לה כשלא ידעה שהוא גזול מתק"ה והוי קידושי דאורייתא ולע"ד כמו בתק"ח העקר ב"ד הפקר להפקיע ממונו וזה חשוב דאורייתא ה"נ מכ"ש דהפקרו הפקר שלא יוכל לזכות בו בלל דמכורה כבר יוצאה אינה מכורה כ"ש שלא יקנה א"כ מדאורייתא לא קנתה החפץ ומה שצריך הנגזל ליתן לה דמי החפץ מתק"ה עדיין לא בא לידה והוי כמעמ"ש דלרמ"א ל"ה רק קידושי דרבנן.

ולפימ"ש לעיל דרק כשהיא מוחזקת בממון יכולה שתאמר לא הייתי מתקדשת רק בדמי כל החפץ א"כ דהחפץ ע"כ צריכה להחזיר ואנו דנין רק על הממון כמה צריך הנגזל ליתן לה ואז א"צ ליתן לה רק פרוטה והיא נתקדשה על דעת כל החפץ וא"כ אם שוה החפץ יותר מפרוטה אינה מקודשת כלל.

עו"כ הב"ש דאם אמרה לא ניחא לי להתקדש בגזל הוי ס"ק ונראה ראיה לדבריו ממ"ש תוספת בתמורה דף וא"ו בד"ה שא"ה ובב"מ קט"ו ב' בסד"ה וחייב דטעמא דאביי דא"ל לאהדורי אף דס"ל אע"מ כיון שהיה שוגג שאם היה יודע שהוא אסור לא היה חובלו וה"ל זכיה בטעות וחוזרת ובעלמא דקנו ביאוש וש"ר צ"ל כשנודע לו לא אמר דלא ניחא ליה באיסורא ובטוח"מ סימן קנ"ד סכ"ח בשם גאון דמה שטען שלא ידע שהיה לו למחות לא מהימנינן לו ועוד אפילו לא ידע מחילה בטעות כי האי דלא מוכחא מלתא דבטעות הוא הויא מחילה ובפרישה שם פירש ועוד אפילו ידעינן בודאי שלא היה יודע שיכול למחות אפ"ה הוי מחילה כיון דלא ידעינן בבירור שאם היה יודע שיכול למחות שהיה מוחה מש"ה לא מיקרי מחילה בטעות עכ"ל ועיין סמ"ע סימן רמ"א סק"י ובפ"ת שם והנה טעם ראשון של הגאון דלא מהימנינן לו לא שייך כאן לפימ"ש הרא"ש שילהי נדרים דחזקה אין אשה מקלקלת את עצמה להפקיע עצמה מתחת בעלה בלא גט ולישב באיסור א"א כל ימיה וכאן עדיף דמסייעה חזקת פנויה א"ל שנאמר מחמת חומרא דא"א לא מהימנה

ויותר נכון משום סברת הגאון דמחילה בטעות דלא מוכחא מלתא הוי מחילה אפילו ידעינן דלא ידע ה"כ לא הוה קידושי טעות ומשום דאפשר אפילו היה יודע לא היה מקפיד וזה נראה בטעמא דר' יהודא בקידשה בקדשים מקודשת בשוגג וגם כאן הב"ש לא חשש בסתמא ומה שחשש אם אמרה לא ניחא לי די"ל לפי מה דקי"ל דהוי פלוגתא וספ"ד אם יש ברירה ה"נ אם אמרינן ברירה י"ל הוברר הדבר למפרע אלו ידעה לא היתה רוצה כמו דלא ניחא לה השתא ואם אמרינן ברירה למפרע הוי כמוכחא מלתא למפרע כיון דחזקה לא מקלקלת א"ע אבל אם אין ברירה למפרע לא חשוב מוכחא מלתא נהי דמהימנא דלא ניחא לה באיסורא אף בשוגג מ"מ דעתו של אדם אינו שוה בכל זמן גם בצדקת ורשעת ותלוי בברירה ועתוס' בר"פ השולח בסד"ה מ"ד ואביי דלעיל דאמר זיל אהדר או דס"ל י"ב או דגם בא"י אם גזלתי חייב לציי"ש וה"נ הכא כיון דברירה הוי ספ"ד ועוד כיון דיש לאו דלא יחבול ואי לא זכה בו מעכבו מהשתא הוא דחובלו והוי ספק איסור דאורייתא דלא אמרינן ספק ממון לקולא רק בספק גזל לא כשיש בו איסור אחר כדמוכח מדעת רמב"ן ורשב"א שבר"ן פ"ק דנדרים דף זיי"ן בהא דבעיא אי יש יד לצדקה ועיין נה"מ בדיני תפיסה ס"ב והא דקי"ל כר"י דקידשה בשוגג בהקדש דמקודשת צ"ל דמיירי בסתמא ולא אמרה אח"כ דלא ניחא לה או משום דגזה"כ דיש מעילה בהקדש בשוגג ע"כ דמתחלל בשוגג בשינוי רשות וכמ"ש בפנ"י בקידושין דף ב"ג ע"ב בד"ה ולא ידענא

אמנם בתירוץ קושית הב"ש לרמב"ם דביאוש וש"ר צריך הלוקח להחזיר המעות לנגזל ובש"ס דחטף זוזי ושדי לה דלר"ש דסתם גזלה יאוש בעלים מקודשת והא צריכה להחזיר המעות וגם קשה הלשון ברמב"ם וש"ע דכתבו ונודע שקנה ביאוש דהל"ל דנודע שנתייאש ולא צ"ל כלל אם נתייאש וגם הרמ"א שכתב דביאוש בלא ש"ר מקודשת מדרבנן הא יש ש"ר בידה וחולק אמחבר והל"ל וי"א נ"ל לפימ"ש נה"מ בסימן שס"א ס"ה היכא דראה אנס בא מיד מתייאש וכשבא ליד האנס זוכה בו כמו מצא אבדה אחר יאוש אלא דמים צריך לשלם לנגזל משום דגרם לו שיתייאש עיי"ש ואומר אני יותר מזה דאם סתם גזלה יאוש בעלים מתייאש תכף כשחטפו הגזלן ועדיין לא קנה הגזלן הגזלה עד שהגביהו ג"ט או טפח לכל מר כדאית ליה בחו"מ או לכל הפחות טלטלו ממקום למקום עיין משנה בב"ב דף פ"ד ע"ב ופירשב"ם שם וביאור הגר"א חו"מ סימן קצ"ח ודעת רש"י בפרק ג' דכתובות דף ל"א דמה שנטלו בידו הגנבה אינו קונה לגנב להתחייב באחריות ושיהא חשוב בא לרשותו עד שיגביהם ג"ט ומג"ש ופ"י שם תרצו כל סתירת התוספת מעל רש"י וכן כתב האנ"ד בסימן שס"ו סק"ו דידו אינו קונה העירוב

אפילו באויר עד שיגביה עכ"פ טפח ולפ"ז כשחטף הגזלן הזוזי לידו עדיין לא קנה הגזלן והבעלים מתייאשים מיד ואח"כ כשהגביהם הגזלן או הוגבהו מכחו כששדי לה וטלטלם קנה הגזלן אותם זוזי כאבדה אחר יאוש רק מדד"ג חייב מכיסו לנגזל ולכן לר"ש דסתם גזלה יאוש בעלים דאזי סתמא מיד כשחטף נתייאשו בעלים מקודשת והאשה א"צ להחזיר הדמים דמה דלוקח צריך להחזיר הדמים היינו כשלא קנה הגזלן ביאוש לבד רק קנהו הלוקח בש"ר ונגמר הגזלה על ידו משא"כ הכא שהגזלן קנה גוף הגזלה לגמרי טרם שנתנו להאשה ואם נאמר כששדי לה הגזלן הזוזי לא קנה הגזלן דלא הגבוה או למ"ד הוגבה מכחו לא מהני עיין חו"מ סימן קצ"ח מ"מ י"ל דעכ"פ בא ליד האשה אחר יאוש בעלים וזכתה בהם כאבדה אחר יאוש דא"צ להחזיר כלום לנגזל ומקודשת בהנאה שהמציא לה הזוזי אף דאינם שלו משא"כ כשקנה הגזלן להתחייב באחריות ובהשבה דע"י ש"ר נגמר הגזלה לכך חייבת להחזיר הדמים לנגזל והנה זה לר"ש דסתם גזלה יאוש בעלים כיון שהוא גבר אלם א"כ מתייאש הנגזל טרם שעשה הגזלן קנין הגבהה אך לדידן ליכא יאוש עד ששמענו דנתייאש לכן התנה הרמב"ם דנודע שקנה ביאוש דהיינו שנתייאש בפירש טרם שהגביהו הגזלן להגזלה דאזי כשהגביהו או נתנו בכליו או הוציאו לביתו ולסימטא קנהו לגמרי וגם בגנבה משכחת לה לפ"ד רב אחא ורב אשי בפרק ג' דכתובות דף ל"א ע"ב דגנב שהוציא מרשות בעלים לר"ה עדיין לא קנה שיתחייב בהשבה ותשלומין כ"ז שלא הגביה הגנבה וכ"פ הטור חו"מ סימן שנ"א וע' סמ"ע שם ועוד משכחת כשגנבו והטמינו ברשות בעלים ולא הוציאו ולא הגביה עדיין וכמ"ש ברמב"ם פ"ב מהלכות גנבה הט"ז והבעלים חפשו החפץ ונתייאשו אחר שלא מצאו ואח"כ הוציא הגנב לרשותו דאזי קנה גוף החפץ לגמרי אחר יאוש ולכן שפיר כתב רמ"א קדשה בגזל אחר יאוש לבד א"מ רק מדרבנן דהיינו כשהיה היאוש אחר שהגביה הגזלן או הוציאו לרשותו ומשום דאו חייבת האשה להחזיר הדורם לרמב"ם או דלא ס"ל בסברת הה"מ דע"י ש"ר קונה גם המקדש דלא ס"ל שיבואו כאחד ש"ר וקנין הגזלן או משום דבאיסורא בא ליד הגזלן ונתחייב בהשבה תו א"א לו לקנות הגזלה בלל ובמה שהמציאו לידה דבר שאינו שלו אינה מקודשת כיון שלא פירש דמקדשה רק בהנאה זו וא"ש הכל.

ובזה מתורץ קושיות התוספת ר"פ לולב הגזול דאר"י בשם רשב"י דכתיב והבאתים את הגזול ואת הפסח גזול דומיא דפסח ל"ש לפני יאוש ל"ש לאחר יאוש והא קנייה ביאוש והקשו תוס' הא ר"י ס"ל יאוש אינו קונה דלהכי אר"י בב"ק דף ס"ח דתשלומי דו"ה בין לפני יאוש בין לאחר יאוש ולפימ"ש א"ש דשא"ה דהיאוש אחר שבא הגנבה לרשות הגנב

לא קנה לגמרי שיהא שלו טובח משא"כ כאן דאמר בשם ר"ש דסתם גזלה יאוש בעלים והיאוש בתחלת הגזלה טרם שזכה בו הגזלן כשהוציאו לרשותו ועוד דומיא דפסח דבכל גוני פסול והא בשלא עשה קנין הגבהה או משיכה עד אחר יאוש קנייה ביאוש.

הג"ה אחר יאוש לבד כבר כתבתי לעיל לתרץ דאינו סותר דברי המחבר ועוד י"ל בפשוט דלא קידשה בגוף הגזלה להיות שלה רק בהנאת קישוט ושימוש דש"פ וכיון דלא נתן לה גוף הגזלה לחלוטין ליכא ש"ר ולא נתן לה הגזלן שלו וס"ל לרמ"א דכל שאין הכסף שלו אף דהמציא לה הנאה בשל אחר א"מ ואח"כ מצאתי שכ"כ קה"י הובא בפ"ת.

ב"ש סקי"ו דגזל אחר יאוש אע"ג דזוכה מדרבנן מ"מ מדאורייתא צריך להחזיר אם כן מקדש אותה בדבר שאינו שלו משא"כ במעמ"ש עכ"ל ואינו מובן דמע"ש ג"כ מדאורייתא אינו שלו ונראה עפימ"ש בעפרא דארעא אות ס"ה דהיכא דלא באו חכמים לסתור ד"ת אלא שהוסיפו ותקנו הקנאה מחודשת אזי אלמוה כד"ת אבל היכא דבאו לסתור ד"ת לא אלמוה כדאורייתא א"ד ויש ליתן תבלין לזה עפימ"ש במג"ד סימן תקפ"ח סק"ד דעושין סייג לד"ת ולא לעבור עד"ת היינו שלא לעבור לגמרי ולכן היכא דתקנו לסתור ד"ת הניחו שיור לד"ת לכן אחר יאוש דמה"ת חייב להחזיר הניחו שיור שלא יהא שלו ממש משא"כ מעמ"ש דהוא קנין חדש שהוסיפו זה בר"ח עקירת ד"ת אף אם יהא שלו ממש.

והח"מ מפרש דין זה דקדשה בגזל דידה אחר יאוש ועב"ש וי"ל דהא פרש"י בב"ק דף ס"ו דלרבה דקני מדרבנן מפני תקנת השבים שלא יהא צריך לחזר ולטרוח אחר הגזלה עצמה א"כ כשבא הגזלה עצמה לידה דלא שייך טעם זה למה לא תוכל לומר דידי שקלי ובש"ך חו"מ סימן שנ"ו סק"ד כתב דאם בא דבר הנגנב ליד בעלים ל"ש תקנת השוק אף דלקחו זה טרם שבא ליד בעלים עיי"ש כ"ש כאן דל"ש כלל הטעם וגם משום לא פלוג הל"ל דלא העמידו דבריהם נגד ד"ת כמ"ש בא"א לפרו"ג בא"ח סי' קכ"ח סק"ל עיי"ש וכאן יש בזה איסור גזל וצ"ל שאני ממון דהפקר ב"ד הפקר ומזה ראיה למ"ש נה"מ סי' שנ"ו שם דהש"ך נמי לא אמר רק אם קנה בק"ס ולא בא עדיין ליד לוקח ולכן כאן דאחר יאוש היה ביד הגזלן וקנהו מתק"ח תו לא פקע אף דאח"כ בא ליד בעלים.

ס"ג בהג"ה וא"י לומר לפרעון קבלתיו בקו"א המקנה הניח ד"ז בצ"ע כיון דקי"ל בחו"מ סימן פ"ג היכא די"ל שתי חובות אפילו אמר הלוה בפירש בשביל חוב אחד והמלוה קיבל בשתיקה י"ל בשביל חוב האחר קבלתי ומה ששתקתי כדי להוציא ממך וכן משמע שם סימן פ"ה ואפילו נתן לו המעות, בשביל קנין שדה יכול לגבות בשביל פרעון א"כ מנ"ל היכא דהיא אומרת בפירש שכונתה היתה בשביל המעות ולא לקידושין דלא

להימנה לעשות אפילו ס"ק את"ד ואישתמיטתיה המבואר בחו"מ סימן ק"צ ס"ו וסימן ד"ר סי"א כשמלוה אמר ללוה דבר זה אמכור לך במנה ונתן לו מנה אי"ל מנה זו אני גובה בחובי אלא המכר מכור עיי"ש אך אי קשיא הא קשיא דבשלמא הך דסימן ק"צ וסימן ד"ר אמר המלוה בפירש אמכור לך לכן אי"ל דעתי היה רק לגבות חובי לבטל הקנין לסתור דברי פיו דדברים שבלב אין דברים משא"כ הכא דהאשה לא אמרה בלום רק שתקה אימר יכולה לתרצה שתיקותה וכן מחלק בחו"מ סימן פ' ס"א ובש"ך שם סק"ח ואף דהכא עבדה מעשה שקבלה הקידושין מ"מ אינה סותרת המעשה והשתיקה דקיבלה בשביל חוב אך כבר כתבתי בערך ש"י על חו"מ סימן פ"ה וכ"כ בקצו"ח סימן ק"צ דמבואר ברשב"א דקידושין שאני דחזקת כל הנשים רוצית להתקדש עיי"ש ולי נראה להוסיף דא"ל דרוצה להתקדש לא היתה שותקת דתוציא לעז על עצמה שנתקדשה לזה וימנעו אחרים מלישא אותה ואם תנשא יהא עליה לעז.

ס"ד נתן לה פקדון בשו"ת שיבת ציון סימן ס"ט כתב דאם נתן לה בסתם וקבלתה בסתם ותכ"ז א"ל האמ"ל אף דבקידושין תכ"ד לאו כד"ד הייני כשחוזר בו משא"כ הכא אהני גילוי דעתו שתחלה נתכוין לקידושין והאשה כיון דשתקה ולא השליכה הקידושין ש"מ דניחא לה כיון דלא פירש לשם פקדון ל"ל דיראה שתתחייב באחריות והוי ס"ק לפוסקים כר"ה ברדר"י עיי"ש וא"ל עליו מהריב"ש סימן ק"ע הובא בד"מ כאן דשתיקה דלאחר מתן מעות אפילו תכ"ד ל"מ דמפורש בביב"ש דהיינו להפוסקים כרבא ורב אחאי דלא מחלקי בין פקדון לזולתו ונראה. ראיה להש"צ מתוספת במרובה ע"ג ב' הבאתיו לעיל סימן כ"ז בד"ה ובקו"א דאפילו למ"ד תכ"ד לאו כד"ד מ"מ יכול לפרש דבריו תכ"ד ועיי"ש צידדתו דהיכא דנתן סתם נאמן לפרש גם לאחר כד"ד מה היה כונתו תחלה אמנם מרשד"ם חא"ע סימן י"א נראה בנתן לה סתם ואחר שבא לידה אמר האמ"ל הוי כפירש תחלה שנותן לשם פקדון דאלת"ה מה מייתי מהטור כאן סימן כ"ח דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא אך אין משם ראיה דלא ע"ז סמך דהיה שם עוד כמה טעמים תדע דהא היה שם הכחשת תרי ותרי אם אמר האמ"ל לאחר מת"מ או בשעת מת"מ וקי"ל תרי ותרי צריכה גט וכן תמה בעצ"א אע"כ משום דבלאה"נ היה שם כמה ספקות.

ס"ה א"ל התקדשי לי בחפץ זה בפנ"י פ"ק דקידושין דף י"ג הקשה אפילו למאי דפריך ר"א אטו כולהו נשי דינא גמירי מ"מ מידי ספיקא לא נפקא דלמא איתתא דא דינא גמירא ומדלא שדתינהו מסתמא לקידושין נתכונה ואמאי לא חייש כלל ותירץ משום דבעידי קידושין בעינן דבר ברור להוציאה מחזקת פנויה ובעלמא כששתקה ברור לעדים דבהודאה דמיא משא"כ הכא ליכא הוכחה די"ל מה דשתקה משום דלא אכפת לה

אלא קשה מהא דלעיל סימן כ"ז דהנהו לישנא דמסתפקי בגמרא אי הוי לשון קידושין וכך בנתן בשתיקה כתב שם שאם אומרת שנתכונה לקידושין הוי ס"ק א"כ תיקשי האי דהכא שאין קידושין כלל את"ד והנה ממה דהוה ס"ק בהנהו לישנא דמסתפק בגמרא י"ל בשלמא הכא הוי דברים שבלב כל שאין הוכחה שנתכונה לקידושין כיון דשתקה רק בעלמא דהוי הוכחה מועיל דברים שבלב וכמ"ש רע"ב פ"ג דנדרים מ"א ומ"ג משא"כ בלישני דמסתפקי בגמרא אין הספק רק הלשון אם מועיל וכן בנתן בשתיקה כבר כתבתי שם משום דסתמא לאו למתנה נתכוין אהני הודאתה אך בהגהת רמ"א שם ס"ג כתב י"א אף דלשונות אלו ל"מ א"ל דבר עמה מע"ק מ"מ אם היא אומרת שקיבלה לשם קידושין הוי ס"ק וי"ל דזה ל"ח דברים שבלב אלא לפרש דברים שאמר וכעין הא דשבועות דף כ"ו ע"ב דגמר בלבו להוציא פת חטין ואמר פת סתם דל"ח דברים שבלב.

ויותר נראה דמסתמא אמרינן כיון שקיבלה מעות בכדי לא עביד וכעין דאיתא בחו"מ סי' מ"ב ס"ט היכא דמספ"ל בלשון השטר אם יתבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעהש"ט על עליונה ועיין בחידושי רע"ק על יו"ד ס"ס ש"כ וז"ל בפרישה כתב יש להסתפק בזה"ז שרוב המוכרים בכור אין מקבלים מעו"כ רק מעות ואין מדקדקים להקנות המקום אם י"ל בזה כל המקבל מעות אדעתא דרבנן מקנה ודעתו ג"כ אמקום כדאמרינן בא"ע סימן כ"ח גבי משאיל חפץ לקדש בו אשה עכ"ל הפרישה ולע"ד יש להביא ראיה מלעיל סימן רצ"ד סט"ו עכ"ל חידושי רע"ק ובסימן רצ"ד כתב דהיכא דמצוה עושה אמרינן מסתמא אדעתא דרבנן מקנה והגם דלענין קידושי אשה י"ל לא אלים ההוא אומדנא כיון דצריך שני עדים דילפינן דבר דבר מממון דמה"ט לא מהני ס"ס או רוב או מגו כדאיתא בחו"ד בכללי ס"ס ובבית יעקב על כתובות דף כ"ג מ"מ ע"י הודאתה אנן סהדי וכמ"ש מהרש"א ר"פ שור שנגח את הפרה לענין מודה בקנס דאם יש אומדנא זולת הודאתו חייב בקנס דאנן סהדי עיי"ש ובמשאיל טבעת לקדש אף דליכא הודאה מ"מ סמכינן אאומדנא משום דאין בגוף הקידושין רק אם חפץ זה של המקדש וראוי לקדש בו דהוי רק גילוי מלתא כמו באשתמודענא דאחוה דמיתנא הוא דא"צ שני עדים ועיין תו"ג ריש גיטין ונה"מ סימן כ"ח סי"א סק"ז ולכן אם נתן בשתיקה והודו דנתכונו לשם קידושין כיון דסתמא לא למתנה נתן מהני הודאתם דל"ה דברים שבלב כיון דיש אומדנא לכן אם אמר לישני דלא מהני כיון דסתמא כשקבלה המעות נתכונה שיהא אדעתא דרבנן באופן המועיל אהני הודאה משא"כ הכא דבשעת מתן מעות דלא היה ש"פ לא מועיל כלום ושתיקה דלאחר מתן מעות דלא עבדה מעשה וי"ל דאינה רוצה בקידושין וליכא אומדנא הוי דברים שבלב אפילו תודה אח"כ שנתכונה לקידושין ע"כ אפילו ס"ק לא

הוי להפוסקים כרבא ור"א והא דחו"מ סימן מ"ב ס"ט דאהני סברא דבכדי לא עביד שטר להוציא ממון שא"ה דטרח טובא לכתוב שטר ועוד שטר עדיף דל"ח מוציא דנהי דל"ח כגבוי לב"ה מ"מ מוציא ג"כ ל"ח וכמ"ש בנתיבות בדיני תפיסה ס"ק כ"ד לענין ס"ס בשטר עיי"ש בביאור.

אך ק"ל לפימ"ש בשו"ת הרשב"א סימן אלף רכ"ז והובא בהג"ה לעיל ס"ג כשאמר לה כנסי סלע זו סתמא וחזר ואמר התקדשי לי בו אעפ"י שחייב לה ג"כ והגיע ז"פ מקודשת ואי"ל לפרעון קבלתיו וביאר בשו"ת שם ובח"ר פ"ק דקידושין דף י"ג דסתם אשה ניחא לה להתקדש מדר"ל דטב למיתב ט"ד ולכן אפילו חזרה ואמרה דידי שקלה אינה נאמנת דסמכינן אחזקה זו וראיה מדתני כנסי סלע זו שא"ח לך ולא אשמיעונן בא"ל סתם כנסי סלע זו וחייב לה דאינה מקודשת ונדע כ"ש כשאמר שאני חייב לה עיי"ש וא"כ ל"מ דקשיא בהא דסעיף זה דאפילו המחמירים לא אמרו רק דספק מקודשת דנימא חזקה ניחא לה להתקדש אלא דקשיא גם בהא דס"ד בנתן לה תחלה לפקדון ואחר מתן מעות א"ל שתתקדש לו נימא דסתמא ניחא להתקדש ולולא טעמו של רשב"א י"ל בשלמא כשקיבלה דעשתה מעשה אי"ל לפרעון חובי קבלתי דעל מעשה ל"מ אמתלא כמ"ש רשב"א גופא בתה"ת והובא ביו"ד סימן קפ"ה משא"כ לאחר מתן מעות דלא עבדה כלום נאמנת לומר שתקתי משום דמה אכפת לי בדיבורו ועיין תוה"ש סימן קפ"ה דאפילו לא היה אפשר לה בלתי מעשה מ"מ ל"מ אמתלא אבל לטעם הרשב"א דחזקה ניחא לה להתקדש קשה וצ"ל נהי דחזקה ניחא לה אין זה מספיק היכא דצריך דבר ברור בשני עדים להוציאה מחזקת פנויה וכמו רוב או מגו או ס"ס לא מהני אך בשעת מתן מעות דעבדה מעשה דלא מועיל אמתלא בעלמא נהי דלשוייה א"א ג"כ לא מועיל דג"כ אינה רק אומדנא מ"מ כבר אתרע חזקתה ובצירוף. שניהם מהני.

ה"ז ס"מ כתב הב"ש ס"ק ח"י משום דאמרינן א"ל ניחא לה למה לא זרקה הקידושין אבל משום הספק שמא החפץ ש"פ במדי אין לחוש דהא חזר ממה שרצה תחלה לקדשה בהחפץ שאינו ש"פ כ"כ הרא"ש ותמהו הא אפילו תכ"ד א"י לחזור בקידושין ונ"ל דבחולין ל"ט ע"ב פליגי רבנן ורשב"ג בשתק ולבסוף צווח אי הוכיח סע"ת וס"ל לרבנן מדשתק תחלה נתרצה והאי דצווח אח"כ הדר בו ובפ"ק דב"מ דף ו"ו בע' ר"ז בתקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח אי אמרינן הוכיח סע"ת וכתבו תוספת בחולין משום דבתקפה יש טעם על שתיקתו דסבר הא חזי ליה רבנן לפיכך מבעיא גם לרבנן ופסק הרא"ש בב"מ דלא נפשט והוי ספק וא"כ ה"נ די"ל דטעה וכסבור דש"פ כאן עד שאמרו לו דאינו ש"פ לכן כשחזר ואמר התקדשי בזוזי דאית בה הוי ספק אם הוכיח סע"ת

דטעה ואולי ידע דאינו ש"פ כאן לא היה מקדשה בזה אף להרא"ש דבפלוגתא דרשב"ג פסק כרבנן כדאיתא בטוחו"מ סימן רמ"ה וא"כ אין לחוש שמא ש"פ במדי דהוה ס"ס ואפילו יתברר שבמק"א שוה פרוטה מ"מ כאן דאינו ש"פ אינה מקודשת רק מדרבנן חשוב ספיקא וכמ"ש הרא"ש סימן י"ז שם א"כ הוי כאן ס"ס ועדיף משאר ס"ס דהוי ג"כ רק ספק דרבנן שמא הוכיח סע"ת דבטעות היה ורמב"ם ב"פ מה"א הכ"ה שכתב דהוי ס"ק דשמא ש"פ במ"א נראה לפימ"ש הגאון שבטוחו"מ סימן קנ"ד סל"ח דמחילה בטעות דלא מוכחא מלתא דבטעות הוא הוי מחילה עיי"ש דמירי אפילו זה המוחל מוחזק עכשיו ועיין פ"ת חו"מ סימן רמ"א שכ"פ בשו"ת רמ"א בפשרה בטעות ג"כ ולכן כיון דהוי בעיא אם הוכיח סע"ת הרי לא אמדוהו חכז"ל לודאי הוכחה ממילא חשוב לא מוכחא מלתא וגם ספק אינו והרא"ש נמי לא סגי ליה בטעם דחזר בו וכתב עוד דגם היא לא נתרצית להתקדש בפחות מש"פ דגרס דאמרה לו הא לא ש"פ והיא יכולה לחזור תכ"ד כמ"ש בשו"ת חכ"צ סימן קט"ו דהא דאמרינן דתכ"ד לאו כד"ד בקידושין היינו לאחר שכבר נגמרו הקידושין בודאי כגון שאמרה הן או בא וקדשני ונתן לה קידושיה והיא נטלתו וזרקתן או חזרה בו באמירה אזי גם תכ"ד א"י לחזור אבל בלא אמרה כלום אלא הוא אמר ונתן לא קידושיה וזרקתן מיד או אמרה לא בעינא אינה מקודשת דמעולם לא נתרצית בקידושין כלל אבל זרקתן לאחר כ"ד אמרינן כבר נתרצית ועכשיו מיהדר קהדרא בה וא"י לחזור דכל לאחר כ"ד הפסקה הוא וכבר נגמר הענין הראשון ועיי"ש וא"כ בשלמא הוא מה שחזר ואמר תתקדש בזוזי דאית בה היה לאחר כ"ד שאמרו לו העדים או הוא שאין שוה פרוטה ותליא בספק אי הוכיח סע"ת וכמ"ש משא"כ האשה אמרה לו תכ"ד לקידושיו והרמב"ם דגרס דאמרי לו והלא אינו שוה פרוטה לכן חייש דשמא ש"פ במדי.

ס"ו שנגנב אבל אם נתנה האשה הפקדון לשמור ביד אחרים להרשד"ם חא"ע סימן ע"ג מקודשת בה"ט ולדידי צ"ע דהא בשילהי ביצה דף מ"ם משמע דאין רשות הנפקד שאול למפקיד רק בייחד לו מקום עיי"ש פרש"י בד"ה שיחד לו קרן זוית דאושליה ביתא הלכך ברשות המפקיד הן ומהרי"ט ח"א סימן ס"ה כתב דאפילו בייחד לו מקום אין המקום קנוי למפקיד ובקצו"ח סימן קפ"ט הביא ראיה מר"פ בית ועליה מהא דקאמר שותפין לא קפדי אהדדי והוי חצרו של זה ושל זה כחצר של שניהן הרי דחצרו של נפקד קנוי למפקיד עיי"ש ויש לדחות דשאני שותפין דכל אחד משאיל רשותו לחברו י"ל אגב דצייתי אהדדי גמרי ומקני כדאמרינן בב"ב דף ק"ו ע"ב.

ונתיבות בפתיחה לסימן ר' ג"כ העלה דגם בייחד לו מקום אין הרשות קנוי למפקיד לקנות על ידו עיי"ש ועוד אאת"ל דרשותו של נפקד קנוי למפקיד י"ל דוקא למפקיד חפצי ע"י הנחת חפצו קונה המקום בחזקה זו אבל בנפקד שהפקיד אצל אחר קנוי המקום למפקיד ראשון דהוא בעל החפץ ונפקד ראשון רק כשלוחו וכדאיתא בפרק המפקיד דף ל"ו ובפרק השואל דף נ"ו ע"ב דקי"ל כר"י בשוכר בהמה והשאילה לאחר דהשואל הוי שימר של בעל הבהמה ולא של שוכר ומבואר באס"ז פרק המפקיד דף ל"ה ע"ב בשם תוספת שאנץ דטעמא דר' יוסי דחשוב שוכר שלוחו של משכיר ומה התם דשוכר יש לו זכות בהבהמה לעשות בה מלאכה וזכותו השאיל מ"מ כיון דגוף הבהמה של משכיר הוי השוכר כשלוחו כ"ש בפקדון דאין לנפקד שום זכות בחפץ הנפקד וכן משמע בראש"ש פ"ק דפסחים סוף פ"ד שכתב עיקר הממון של בעלים הוא וכיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו עכ"ל הרי דחשוב ביתו של בער הממון שעיקר הממון שלו והגאונים שהובא בראש"ש שם ס"ל דלא חשוב רשות המפקיד אף דהממון שלו וגם להרא"ש אינו מוכח דחשוב ביתו לקנות על ידו רק לענין חיוב בעיר חשוב כמונח ברשותו ואפשר גם רשד"ם ס"ל דחצר הנפקד קנוי לבעל הממון אלא דס"ל כיון שנותן לה הממון ממונה וחצרה באין כאחד אך לפימ"ש קצו"ח סימן ר' סק"ה ל"ל כן.

ובבכורות פרק שני דף ח"י ע"ב הכל מודים באחד שהפקיד אבל בעה"ב שהממע"ה והיינו דנפקד חשוב מוחזק עיי"ש ולדברי קצו"ח בהא דהבית ועליה דלהכי לא אמרינן דנחזי ברשות דמאן קיימי ויהא אידך הממע"ה משום דשותפין משאילין חצרם זה לזה והוי כמונחים ברשות שניהם וה"ה בכל מפקיד הרשות קנוי לו א"כ בהא דבכורות למה חשוב הנפקד מוחזק אע"כ שאני שותפים דגמרי ומקני אהדדי ועיין בתוספת בבכורות שם בד"ה אקנויי קא מקני ליה מקום בחצרו וז"ל ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשו וא"כ ה"נ י"ל בשותפין אגב דצייתי אהדדי ומשאילן זל"ז חצרם גמרי ומקני.

ומה שמדייק רשד"ם מדתני ומצאה שנגנב א"ל נשתייר ש"פ א"מ משמע אבל נתנה ביד אחר מקודשת נ"ל דל"מ לדעת הרא"ש דמיירי דוקא בלא ידעה סכום הפקדון סברה וקבלה להתקדש בש"פ א"כ כשנתנה הפקדון לאחר הרי יודעת ודעתה להתקדש בכל הפקדון וכיון דאינה זוכה בו ע"י רשות אחר אפילו נשתייר אצלה ש"פ אינה מקודשת ולהכי לא תני רק נגנב דבזה יש חילוק בין נשתייר ש"פ אלא גם לרשב"א וריטב"א דגם בידעה סכום הפקדון מקודשת בנשתייר ש"פ משום דדעת המקדש ודעתה להתקדש במה שיש מן הפקדון י"ל דוקא נגנב ונאבד דתו אין לו אצלה רק מה שנשתייר והוא קדשה במה שיש לו אצלה אבל כשקיים כל הפקדון רק הפקידה ביד אחר הרי יש לו

בידה כל הפקדון דאף דנתנה לפקדון ביד אחר לא נפטרת בזה ועליה מוטל להחזיר ליד מפקיד וכדאיתא בחו"מ סימן רצ"ג ס"ד ובפ"ק דגיטין דף י"ד ומה שאמר פקדון שיש לי בידך אינו דוקא שמונח בידה אלא מגיע לו ממנה וגם בידה חשוב כיון דנפקד שני לא כפפו בידה ליקחנו ממנו וא"כ קידשה בכל הפקדון וגם האשה דעתה לכך וכיון דלא זכתה במה שנפקד ברשות אחר דאין רשותו זוכה לה אינה מקודשת אפילו נשתייר אצלה ס"פ עד שתקח לידה ואז גם בלא נשתייר ש"פ מעיקרא אצלה מקודשת.

ס"ז היה לו מלוה אצלה ברמב"ם פ"ה מה"א ה"ג כתב המקדש במלוה אפילו היתה בשטר א"מ כיצד כגון שהיה לו אצלה חוב דינר וא"ל האמ"ל בדינר שיש לי אצלך א"מ שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו משמע דאם עדיין לא הוציאה מקודשת ומהרי"ט בחידושיו על הרי"ף תחלה ב"ל הטעם דכיון שנתרצית להתקדש בו דעתה להפקיע זכותה אצל זה וכה"ג אמרינן בחטף סלע מידה וקידשה בו ואמרה אין דמקודשת דמקנית לגביה כדי שתתקדש בו ואח"כ דחה זה עיי"ש וביד המלך האריך בסברא זאת וכתב דודאי מהני סילוק וכי נתרצית להתקדש לו במלוה זו אין לך סילוק גדול מזה עיי"ש.

ולע"ד לא ניתן להאמר כיון דקי"ל דאין מלוה ברשות בעלים לחזרה ולוה קנה המעות במשיכה איך יועיל סילוק בדבר דגופו קנוי וכדאמרינן בקידושין פ"ק דף ט"ז ע"א ל"ל שטר נימא ליה באפי תרי זיל ש"מ ע"ע גופו קנוי ולא סגי בדבור.

ובחו"מ סימן ש"ם ס"ח אם שלחה השואל ביד ע"כ תו"ז שאלתו חייב באונסיו אף דא"ל המשאיל שלח והרי כיון שנתרצו משאיל ושואל סילק עצמו מזכות שיש לו בו להשתמש ויהא ככלתה זמן שאלתה אע"כ כיון דבהמה השאולה קנוי לו ל"מ סילוק וכ"ש במלוה דהא שאלה הגוף של משאיל ואין לשואל בה רק זכות להשתמש כ"ש מעות מלוה דקנה לוה לעשות בה כרצונו ולהוציאה רק נתחייב לשלם והוא כקנה חפץ בהקפה לשלם למוכר מחירו חפץ או מעות דאף אם נתרצה לוקח לבטל המקח אינו בטל עד שיחזיר ויקנהו למוכר כדאיתא בחו"מ סימן קפ"ט ועיין בחו"מ סימן קע"ו ס"א בהג"ה.

ולכאורה י"ל לפימ"ש בנה"מ סימן שד"מ דלא בעי קנין לפרעון רק תיכף שנתרצה המלוה במה שייחד הלוה לפרעון א"צ קנין חדש בשעת גובייא דכשמייחד המעות לפרעון נעשה תיכף של המלוה תדע דהב"ד כשמוכרין לאחר להגבות להמלוה כ"ז שלא עשה הלוקח קנין לא נעשה שלו וכשמגבין למלוה גופא לא בעי קנין דהא אכיל פירי מכי שלמי אכחתא וה"נ אם הלוה מגבהו מעצמו ובזה מיושב מ"ש הרמב"ם דמכר קונה במלוה משום דתיכף שמייחד דבר מיוחד לפרעון ונתרצה לו המלוה נקנה לו עיי"ש וא"כ ה"נ

כשמעות המלוה בעין בידה ומלוה אומר לה האמ"ל במלוה שיש לי בידך ואמרה פן הרי נתרצית להתקדש אמרינן דמייחדת לו המעות לפרעון וקנה המעות בגביית חובו ומקודשת אך לפי הנראה נה"מ סותר א"ע ממ"ש בס"ס ק"כ דכ"ז שלא קנה המלוה המעות ל"ח פרעון כשאינו מסרב לקבלם רק כשמסרב לקבלם מטעם פרעון בע"כ. הוי פרעון עיי"ש ובאמת נראה נהי דפרעון בע"כ הוי פרעון היינו דנפטר הלוה מחיובו אבל המלוה לא זכה בהמעות דאיך יזכה בע"כ ובלא שום קנין ואח"כ מצאתי שכ"כ בחידושי רשב"א בגיטין דף ע"ד ומה שהביא מהא דמלוה אכיל פירי מכי שלמי יומי אכרזתא שאני גובייגא דב"ד דאלים ועיין נה"מ סימן ק"א בחלוקת שותפין בחובות בע"פ ע"י ב"ד דע"י שמוסרין הב"ד שטר חלוקה לכאו"א קונה אף דהם עצמם א"י להקנות זל"ז החוב בלא מעמ"ש ומשום דהפקר ב"ד הפקר אלים כחם וכן בחלוקת השותפין דבהגיע זמן חלוקה יכולים הב"ד לכוף לחלוק וכמ"ש בערך ש"י סימן ק"א משא"כ כשמוכרים הב"ד לאחר דלא קני הלוקח בלא קנין דמה להם לב"ד על הלוקח שיקנה ולא יוכל לחזור בו בלא קנין וממילא אין קנין לחצאין וגם כשירצה הלוקח לעמוד במקחו לא קנה בלא קנין וכה"ג כתב הרא"ש בפרק השוכר את האומנין דף ע"ז ועיין בשו"ת מיימוני לסדר שופטים ס"ט דכשהוזקקו תחלה לדין ליכא למ"ד דעשרה צריכה קנין דב"ד אלימי לאפקועי ממונא וע"כ ל"פ התם אלא בפשרה דאינו דין וס"ל להחולקים דמה דנזקקו תחלה לדין ל"מ למה שקבלו הבע"ד אותם לפשר ועוד דפשר דמי לאסמכתא עיי"ש משא"כ גובייגא דב"ד דנזקקו לדין ועשו דין בין מלוה ולוה ולקוחות דאלימי ואצ"ק אבל נגד מי שלקח הקרקע מהבי"ד אין להם כח ב"ד לאפקועי ממוניה דלא דנו אותו ולא בא לדון לפניהם רק ליקח. **ופירש** לשון הרמב"ם כ"נ דתחלה כתב כגון שהיה לו חוב דינר אצלה דזה כולל בין עדיין לא הוציאה הדינר בין כבר הוציאה וכשלא הוציאה אמר הטעם שהמצוה להוצאה ניתנה אך תינח כשהמלוה בעין י"ל אין דעתה אהנאת מחילת המלוה רק אזוזי כמ"ש הר"ן והובא בב"י והזוזי כבר קנתה ולא יהיב לה מידי אך כשהוציאה הדינר ואינו נימא דעתה על הנאת מחילת המלוה לזה אמר הרמב"ם עוד טעם ואין כאן שום דבר קיים שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו ולשיטתו אזיל דס"ל בדין ט"ו שם דאפילו פירש בהנאת מחילת מלוה אינה מקודשת זולת כשארוח לה זמן בשעת הלואה ויש לזה הוכחה מקידושין דף מ"ז דא"ר המקדש במלוה א"ע דמלוה להוצאה ניתנה נימא כתנאי המקדש במלוה א"מ וי"א מקודשת מ"ל בהא קמפלגי דמ"ס מלוה להוצאה ניתנה ומ"ס מלוה לאו להוצאה ניתנה עכ"ל הש"ס דתמוה למה האריך במה פליגי הרי חזינן דפליגי במקדש במלוה אי מקודשת אע"כ משום דאפשר לומר במלוה כשעדיין בעין

לכ"ע א"מ כיון דזוזי בעין דעתה אזוזי ורב נמי מדאמר טעמא דמלוה להוצאה ניתנה מיירי שעדיין לא הוציאה דאם כבר אכלתו הרי כבר ליתא ות"ק וי"א פליגי דליתא להמלוה בזה ס"ל להי"א כיון דליתא ל"י דעתה אזוזי ומקודשת בההוא הנאה דמחיל לה וכפרש"י שם בסמוך אהא דמלוה אעפ"י שלא נשתייר ש"פ מקודשת לכן לשלול זה אמר מאי לאו דבמלוה אי להוצאה ניתנה ומשום דמסתבר לו יותר דאם כבר הוציאה לכ"ע אינה מקודשת כסברת הרמב"ם דאין כאן שום דבר קיים שכבר הוציאה איתו ועברה הנאתו ועוד הוכחה לזה דרב אמר בפ"ב דקידושין דף מ"ז המקדש במלוה א"מ מלוה להוצאה ניתנה ובפ"ק וא"ו ע"ב אמר אביי המקדש במלוה א"מ וקשה הא כבר אמרה רב ועוד רב מפרש הטעם דמלוה להוצאה ניתנה ואביי לא מפרש הטעם ולפימ"ש א"ש דרב קמ"ל כשהמלוה בעין ומשום דמלוה להוצאה ניתנה ועכשיו לאו כלום יהיב לה ועדיין אינו מבואר אם כבר הוציאה המעות דאימר כיון דאין המעות בעין דעתה על הנאת מחילת מלוה ומקודשת קמ"ל אביי דא"מ.

סי"א היה לו אצלה מלות על המשכון כתב הטור בשם רמ"ה דוקא דמטי לידיה דמקדש בתורת משכון אבל א"ל מטי לידו בתורת משכון אע"ג דמדינא מצי למתפסיה אזוזי דכל כמה דלא גלי דעתיה דנקטיה בתורת משכון אינה מקודשת ובעצ"א הקשה דהרא"ש פ"ק דקידושין ס"י הוכיח דמשכנו בש"ה א"י לקדש בו מדאמרינן בפ"ב גבי עשה לי שירים דא"מ אף דממושכן אצלו בשכרו וא"כ לית לו סברת הרמ"ה ולמה הביא הטור דעת רמ"ה בלי חולק עוד הקשה ושאר אחרונים דמיד כתב הרא"ש אבל אם ה"ל משכון ממנה אפילו משכנה בש"ה וקדשה בו מקודשת דחזרת המשכון הוי כתחילת מלוה עיי"ש וסותר הרא"ש א"ע דבעשה לי שירים ג"כ הוי משכון דידה ונראה דבמשכון של אחרים כיון דבש"ה ל"ק משכון כשמקדש בו אשה לא יהיב לה מידי כיון דאין לו בו קנין גם היא לא קנתה לא המשכון ולא המלוה משא"כ במשכון דידה אף דלא קנהו מ"מ יש לה הנאה מחודשת דיכולה להשתמש בו ולמוכרו כשהחזיר לה וכמ"ש הרמב"ם בע"ה מה"א הי"ד אבל בעשה לי שירים כיון דלפעמים דרך אומן להחזיר קודם שמשלמין שכרו ולא גילה דעתו דתופסו אשכרו אין ידוע לעדים אם הגיע לה הנאה בהחזרת השירים דאפשר בלא"ה לא היה תופסו למשכון על שכרו ומה דמוחל לה השכר מקדש במלוה א"מ אך אם היה הדין דבמשכון של אחרים אף דמשכנו בש"ה יכול לקדש משום דיש לו בי קנין אזי גם אם לא היה תופסו על שכרו מ"מ נותן לה כסף בעין כשמקדשה בו דהרי יש לו בו קנין ואין צריכין לבוא מכח ההנאה דש"פ ומ"ש הרא"ש אפילו לא החזיר לה המשכון מקודשת ה"ט כיון דמחל לה המלוה ממילא יוכרח להחזיר לה המשכון ויש

לה הנאה מחודשת נמצא רא"ש נמי ס"ל כסברת רמ"ה ואינו סותר א"ע שו"ר במקנה קו"א פירש דברי הרא"ש כן אלא דהוא כתב דכלי שלא גילה דעתו שתופס אותו לא מיקרי הנאה דסברה דבלא"ה לא היה תופס ולדידי הטעם דאין העדים יודעין והני מקדש בלא עדים אפילו היא לא סברה שבלא"ה היה מחזיר לה וגם הוא אומר כך אח"כ ועיין מבי"ט ח"ג שאלה קמ"ח והובא בכנה"ג סימן זה דשמעון היה לו טבעת מופקד מכבר וא"ל שמעון בפני עדים בתך תהא מקודשת לי בטבעת זה והסכים ראובן ואמר שהטבעת בחיקו והאמינו שמעון דאפילו ספק קידושין ליכא דלמא בשעת קידושין לא היה ברשותו שנאבד או נגנב או היה ברשות דהוי כמקדש בלא עדים והוכיח כן משו"ת רשב"א סימן אלף קצ"ו וסימן תש"פ וסימן תקס"ד וא"כ ה"נ אין העדים יודעים אם נתן לה כלום דהא השירים בלא"ה שלה ובמלוה אין מתקדשת ואין יודעים אם זולת הקידושין לא היה מחזיר לה עד שתשלם שכרו.

עו"כ הרא"ש שם ועוד מוכח לקמן דאף אם קדשה במלוה שיש עליה משכון בלא חזרת משכון מקודשת ועמד הק"נ למה סמך דין זה כאן ולא סמך עמ"ש לקמן סכ"ו ונראה משום דיש פלוגתא בחו"מ סימן רמ"א במחל ללוה המלוה ולא החזיר לו המשכון אם מהני המחילה וזה תליא דאם משכנו בש"ה קונה משכון דהוי כגבוי לא מהני מחילה בדברים לבד כמו אמר ליתן חמץ במתנה לחברו דמחילה ל"מ רק במה שאין מוחזק בו ולכן כתב הרא"ש ועוד ראיה דבש"ה אינו קונה משכון דהא מוכח לקמן אף דלא החזיר לה המשכון מקודשת וע"כ דהמחילה מהני וא"י לחזור וכמ"ש הב"ש כאן א"כ מוכח דאין למלוה שום קנין במשכון.

ולפימ"ש בש"ך חו"מ סימן ס"ו סכ"ג ס"ק ע"ד בשם בה"ע לחלק במוחל חוב ולא החזיר השטר דאם השטר מצוי בידו ל"ה מחילה מדלא החזירו יש הוכחה דלא מחל בכל לבו וכ"כ התומים בסימן י"ב ס"ח הובא שם בפ"ת א"כ ה"נ יש לסלק כן במשכון אף אם אין לו שום קנין במשכון ובאמת לא מוכח יותר מהא דא"ר אר"נ המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת דמזה הוכיח הרא"ש דגם בלא החזיר המשכון די"ל דה"ד כשאין המשכון בידו וסתמא הכי הוא דאל"כ היה מחזיר לה המשכון.

ועב"ש דבחו"מ הביא רמ"א פלוגתא כשלא החזיר המשכון אם מהני המחילה ומכאן מוכח דמהני ואף דכאן נמי פליגי אם צריך החזרת המשכון י"ל דלאו משום דיכול לחזור בו אלא דהפוסקים דס"ל דצריך החזרת המשכון משום דבמלוה אינה מקודשת אלא בהחזרת המשכון יש לה הנאה מחודשת וכמ"ש רמב"ם בפ"ה, מה"א הי"ד וח"ר דף י"ט ונראה לפימ"ש דכל שלא החזיר המשכון ומצוי בידו יש הוכחה שלא גמר בכל

לבו למחול א"כ לפימ"ש לעיל סימן כ"ז סעיף ד' דגם בקידושין ג"ד ל"מ הוא ה"נ לא מבטלין הקידושין ע"י הוכחה כיון דבפיו אמר דמקדשה במלוה ומוחל לה ולכן סתם כאן ולא חילק בין המשכון בידו ואף דרבא ס"ל ג"ד בגיטא מלתא והוא דאמר משמיה דר"נ דמקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת היינו כשאין המשכון בידו.

וברא"ש שם כתב אם היה לו משכון ממנה אפילו משכנתו לו בשעת הלואה והחזיר לה המשכון וקידשה בו מקודשת דחזרת הך משכון הוי כמחילת מלוה ועוד מוכח לקמן דאף אם קדשה במלוה שיש עליה משכון בלא חזרת משכון מקודשת עכ"ל נראה דמחלק דאם אמר לה שתהא מקודשת לו בזה המשכון מקודשת רק אם החזיר לה המשכון אבל אם אמר שתהא מקודשת לו בהמלוה מקודשת אף שלא החזיר לה המשכון לכן אמר תחלה וקידשה בו ובסיפא אמר קידשה במלוה וכן יש לפרש כונת קיצור פסקי הרא"ש ס"י וכונת הטור וא"י למה לא הביא הש"ע דאם קידשה במשכון שלה שאמר לה האמ"ל במשכון זה והחזיר לה המשכון דמקודשת אף שלא הזכיר מחילת המלוה.

ועב"ח דמ"ש הרא"ש אפילו לא החזיר לה המשכון משום דכשמחל לה המלוה חייב להחזיר לה המשכון וזה דלא כנה"מ בסימן רמ"א דמוחל החוב אף דהחוב מחול אינו חייב להחזיר המשכון אלא דאהני המחילה שא"י לגבות חובו מהמשכון עיי"ש וי"ל דבזה פליגי הפוסקים כאן אם צריך שיחזיר לה המשכון אבל א"ל דתליא בפלוגתת הפוסקים שהובא במח"א הלכות קנין מעות ס"ה אם קנה איזה דבר ונתן שטר על המעות או קידש אשה ונתן שטר על כסף הקידושין אם הוי כנתן כסף בעין דשא"ה דהפוסקים דס"ל דל"ה ככסף בעין ס"ל דהוי כמקדש במלוה וכמ"ש הה"מ פ"ה מה"א הכ"ג בשם רמב"ן ורשב"א או בקידושין הטעם כמ"ש הר"ן דבעינן שיהא לגמרי הכסף אצלה ולא יהא אגיד גביה דבעל והובא במח"א שם וזה דוקא בדבר שאינו בעין רק חיוב ושעבוד על הבעל וגם בהא דמנה א"כ משכון א"כ נמי גוף המשכון עדיין של בעל רק יש לה שעבוד עליו אבל בחמץ בעין כהכא במשכון שלה אם ע"י מחילת המלוה מחויב להחזיר לה המשכון הוי רק כפקדון אצל הבעל ולא אגיד גביה ואינו חוב רק דבר בעין דבכ"מ שהוא הוא שלה והא דהביא ב"ש לקמן סימן כ"ט סק"ב בקדשה בטבעת ולא נתן לה הטבעת רק הקנה לה ע"י ק"ס שכתב הרש"ך דמקודשת והש"ג כתב בנתחייב לה מנה בק"ס אינה מקודשת נראה דל"פ דשאני בנתחייב לה מנה דמטבע אין נקנית בק"ס כדאיתא בחו"מ סימן ר"ג ואהני הק"ס רק לחייב גופו במנה ושייך בו טעמים הנ"ל דחיוב הוי רק כמלוה או דעדיין אגיד גבי בעל אבל כשהקנה לה טבעת דקנתה גוף הטבעת הוי דבר בעין ולא אגיד גבי בעל כלל ולפ"ז מ"ש הב"ש בסימן כ"ט סק"י דטעמו של הש"ג

משום דק"ס דומה לחליפין וטעמו של רש"ך משום דלא ס"ל טעמא דאגיד כ"ז אינו שו"ר בב"מ ריש סימן כ"ט שכתב כמ"ש אלא שבדעת הש"ג כתב משום דהוה חליפין ומשום דגרס ונותן לה קנין כדי להתקיים הקידושין והוא יתחייב לה המנה עיי"ש ובש"ג שבידי כתוב ונותן לו קנין וע"כ יש כו"ס וי"ל ונותנת לו קנין דהיינו שע"י ק"ס שלה מתחייב לה מנה או נכון ג"כ הגרסא ונותן לו קנין דהסודר א"צ להיות של האשה כמו כל ק"ס דאחר נותן הסודר למתחייב וכן מצאתי בקו"א להמקנה לקמן סימן כ"ט סס"ו כמ"ש אך בתוס' רי"ד שמשם מקור דברי הש"ג הובא באב"מ מבואר דהבעל נותן לה הסודר שתתקדש לו ומתחייב לה מנה.

סי"ב בהג"ה וי"א דוקא שלא בש"ה בעצ"א הקשה ממ"ש הריטב"א בס"פ האומנין דגבי קידושין כיון דניתנה לו למגבי חובו וקיהיב לה ההוא משכון כיון דיכלה למגבי חובו חשבינן למלוה כאלו איתיה בעין וזה אינו תלוי בקניית משכון תדע דהא אפילו בשט"ח וכתב ומסר מקודשת אף דלא ש"פ כיון דיכלה למגבי חובו א"ל משום דמצי מחיל ולא סמכ"ד וא"כ למה דעת הרא"ש דבמשכון של אחרים ומשכנו בש"ה ל"מ והרי הוא קונה החוב ע"י מסירת משכון כדאיתא בחו"מ סימן ס"ו ס"ח וכן קשה אמאי דאמר בגמרא הבמ"ע במשכון דאחרים וכדרי"ל דבע"ח קונה משכון דמאי אריא משום דקונה משכון אפילו אינו קונה ואין לו שום זכיה בו מ"מ יכול לתפסו עד פרעון החוב וכן כשמוסרו לידה יכולה לעכבו עד שיפרע הלוה ואמאי לא תהא מקודשת לכן נ"ל דהאי קדשה במשכון דאחרים דקאמר בגמרא מיירי שאינו מקנה לה גוף החוב רק השאיר לעצמו עכ"ל ולא נ"ל דגברא אגברא קרמי דהריטב"א דמייתי ראיה מכומ"ס דשט"ח לשיטתיה דס"ל דזה קנין דאורייתא אבל הרא"ש ס"ל דכומ"ס רק תק"ח כמבואר בש"ך חו"מ ר"ס ס"ו ואין ללמוד מתקנה ומה שהקשה דהא יכולה לעכבו עד שיפרע החוב נ"ל לפימ"ש ריטב"א גופא בקידושין דף מ"ז ע"ב בנותן כלי לתשמישו שאין התשמיש יוצא מגופו. כמו פירות מקרקע אינו נקנה במשיכה מדינא אלא דרבנן תקנו משיכה בשומרים עיי"ש וא"כ כיון דלהרא"ש אין להמלוה שום קנין במשכון שמשכנו בש"ה ל"מ בו משיכה מה דמשכה האשה דהא מה דיכול המלוה לעכבו עד שיפרע חובו זה איני פירות מגופו דלוה מסלקו בזוזי והמשכון רק גורם לממון דקי"ל לאו כממון דמי וכשאין הלוה פורע צריך גובייא דב"ד כשאר מטלטלים שת"י הלוה והמשכון רק שלא יוכל להבריחו ועיין נה"מ סימן ס"ו סקי"ב דאין למלוה קנין במשכון לגובייא שאם רוצה לגבות מהמשכון דמי לשאר שעבוד נכסים דצריך לתבוע גופו של לוה קודם ושעבוד הגוף א"י למכור במשיכת המשכון ואין הלוקח יכול לתבוע את הלוה לגבות הן משאר נכסיו אן מהמשכון

והלוה י"ל לו לאו בע"ד דידי את עיי"ש אלא דנה"מ ס"ל דעכ"פ יש למלוה קנין במשכון להחזיקו עד שיפרע חובו וזכות זה יכול למכור במשיכה וכשמוחל החוב א"צ להחזיר המשכון אמנם להריטב"א ג"ז אינו דכיון דאין לו קנין בגוף המשכון לגבות ממנו חובו אין הפירות יוצאין מגופו ול"מ בו משיכה וכ"ש להרא"ם דכשמחל החוב צריך להחזיר המשכון וכמ"ש לעיל וא"כ כיון דל"מ משיכה ויכול המקדש לחזור בו לא נתן לה כלום וא"מ ואה"נ דלפ"ז כשמסר המשכון ללוקח יכול המלוה למחול החוב וכמ"ש התומים בסימן ס"ו ס"ח במשכנו בש"ה.

ועוד ראיה של הריטב"א מקניית שט"ח אינו ראיה לפימ"ש בח"ר הובא בקצו"ח סימן ס"ו סכ"ג ס"ק כ"ז וכ"כ הנתיבות שם בס"ק ל"א דאף דהנייר של לוה דהוא נותן שכר הסופר מ"מ עדיף ממשכון שקנוי למלוה עד אחר הפרעון קנין גמור דצ"ל שטר מקנה והוי כמתנה עמ"ל וכ"כ המקנה בקו"א כאן סוף ס"ז ובזה אזדא ראיית התומים שם ס"ק י"ד מהא דקאמר אין לצור ולצור עיי"ש ולפ"ז בחנם תשיג עצ"א על הלבוש עיי"ש ומה שהקשה התומים שם דכאן הביא הרמ"א גם דעת הרא"ש דמשכון בש"ה א"י לקדש בו ובחו"מ סימן ס"ו ס"ח וס"ל לא הביא דעת הרא"ש נ"ל פשוט כיון דלוקח מוחזק במשכון א"א להוציא מידו.

ואם מכרו המלוה לאחר עח"מ דהרמ"א זיכה שטרא לבי הרי ונ"ל דאף למ"ד הפקעת הלואתו מותר וגזל עכו"ם מותר או בפקדון דהוי רק עושק מ"מ דוקא כשדעתו לגזלו וכמ"ש הב"ש כאן ובנה"מ סימן ע"ב סעיף מ"א כתב ג"כ הכי והוסיף דצריך שיגלה דעתו שרוצה לגזלו וא"כ בשלמא בקידשה במשכון אף אם לא הודיעה שממושכן אצלו דבהכי מיירי כמ"ש בהגהת טו"ז מ"מ אין זה גזלה אצלו אף דהאשה סברה דהוא שלו מ"מ לא נתנה לו כלום ואף דלדינא אינה מקודשת מטעם שכתב הראבי' דמנכרי ל"ק משכון או מטעם שכתב הב"ש דאין דעתה להתקדש רק בשלו ויכולה לומר דלא היה דעתה להתקדש אלא בשלו מ"מ ליכא בזה ג"ד דנתכוין לגזול מן העכו"ם דאטו כ"ע דינא גמירי ואפשר כסבור דאיתתא בכ"ד ניחא לה וכשיבא העכו"ם יוכרח לפרוע החוב וכיון דליכא ג"ד לא קנהו וא"מ אבל אם מכרו לאחר סתם מכירה לחלוטין וכמ"ש מהרי"ו כיון דמכר ר"י לר"מ דעתיה הוי דליהוי מכירה גמורה ולוקח קונה אדעתא דהכי ונותן מעות ואם דעת המוכר שיודיע להנכרי ויוכרח הקונה להחזיר המשכון הרי גזל המעות מן הלוקח דלאו אדעתא דהכי נתן הלוקח המעות ורשע גזלה ישלם אף דמשלם חשוב רשע כדאיתא בפ' הכונס דף סמ"ך ע"ב ובחו"מ ר"ס שמ"ח וא"כ זה הוי ג"ד שמיכוין לגזול

העכו"ם דקיל מגזלת ישראל מכ"ש אי חשוב רק עושק דבא בהתירא לידו לכן כשקידש הלוקח בו מקודשת.

ומ"מ לדינא צ"ע דאפילו למ"ד גזל עכו"ם מותר מה"ת וכ"ש לדידן דפסקינן דאסור מה"ת אף דכתב בעצ"א סימן זה סק"ד דמ"ע דוהשיב את הגזלה רק בגזל מישראל נאמר מ"מ הא כתב בספר יראים סימן קכ"ד אע"ג דגזל עכו"ם שרי מ"מ לא מיקרי לכם ואינו יי"ח בארבע מינים שבלולב והובא במג"א סימן רל"ז סק"ג וא"כ לא קנהו הישראל וגם לולא דברי היראים הא כתבו תוס' בע"ז דף ע"ב דאם משיכה במקח בעכו"ם ל"ק גם גזל לא קני כיון דבאיסור בא לידו וא"כ תליא בפלוגתת הפוסקים אי משיכה בעכו"ם קונה במקח הן עכו"ם מישראל הן ישראל מעכו"ם דגם בדיעבד הוי ספקא כמ"ש האחרונים שבש"ך יו"ד ס"ס ש"כ סק"ח אם לא שנאמר נהי דלא קנהו המקדש וגם האשה מ"מ למ"ד גזל העכו"ם שרי יכולה ליהנות מן המשכון וההנאה ש"פ ועיין מה שאכתוב בסמוך.

ובנה"מ סימן שמ"ח כתב כיון דהאשה יכולה להשתמש בו אף דקידשה בדבר שאינה שלו להספר יראים מ"מ מקודשת במה שהמציא לה דבר שיכולה ליהנות בו ומשמע מדבריו אף למ"ד גזל עכו"ם אסור כיון דאינו חייב בהשבה מותרת להשתמש בו ול"נ דנהי שאינו חייב בהשבה מ"מ כיון דלא זכה בה בכ"מ שהוא של גוי הוא ובשעה שמשתמש בו הוי גזלן ועיין נה"מ סימן ל"ד בסק"ה ובלוח הטעות שם.

אמנם לכאורה רמב"ן ורשב"א ורא"ה ורא"ש שבאס"ז ספ"ק דכתובות שכתבו אהא דנגחיה תורא דידי' לתורא דידן דאם רוב גוים משלם נ"ש אף דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דגוי לית ליה חזקת ממון ול"ל אוקי ממונא בחזקת מריה וכ"כ תה"מ פט"ו מהא"ב הכ"ו וכתב ריט אלגזי בפ"ב דבכורות הטעם דס"ל דגזל גוי שרי א"כ כממון הפקר דמי דכל הרוצה ליטול נוטל עיי"ש ע"כ פליגי אירא דלדידיה דא"א לזכות בלא הסכמת הנכרי הרי דאינו הפקר ולמה לא יהא לו חזקת ממון ואם הפקר הוא למה לא יוכל ישראל לזכות בו בזוכה מהפקר אך להשוותם דל"פ נ"ל דדברי יראים צריכין טעם וגם, מנליה הא דודאי הסברא כיון דשרי כהפקר הוא ויוכל לזכות בו אך איתא בפחז"ה דף נ"ד ע"ב ישראל שקנה שדה מגוי ונתן מעות ובא אחר והחזיק. בו קנה השני דנכסי גוי כמדבר ומכי נטל דמים איסתלק וראשון לא קנה כיון דלא כתבו שטרא וקשה אם נכסי גוי כמדבר למה לי טעם דמכי לקח דמי איסתליק והני גזלו שרי ושני נתכוין לקנות בחזקה וראשון לא קנה כמ"ש תוס' שם משום דרגילין לקנות מישראל ע"י שטר אנן סהדי דאין דעתו לקנות במעות בלא שטר אע"כ צ"ל דכ"ז דלא נסתלק הגוי לא קנה השני בחזקה משום דרפויי מרפי בידי' כדאיתא בב"ב דף קמ"ב דבכה"ג לא קנה מהפקר אף שמשך והחזיק

וה"נ ירא שהגוי לא יניחנו בידו לכן צ"ל דאיסתליק תדע דהא לא איסתליק רק אדעתיה דראשון משום דכסבור דקנהו הראשון והרי לא קנה והוי הפקר בטעות וכדאמרינן בב"ק דף קט"ז ע"א אדעתיה דארי' אפקריה אדעתיה דכ"ע לא אפקריה וכ"כ המג"א בסימן תמ"ח סק"ד דאדעתיה דעכו"ם שמכר לו החמץ אפקריה אדעתיה דכ"ע לא אפקריה ועוד למ"ל להקדים נכסי גוי הרי הן כמדבר ולא סגי ליה במה שאמר אח"כ דמכי מטי זוזי לידיה אסתליק ועוד דנכסי גוי הן כמדבר משמע בלא זוזי אף דלא אסתליק אע"כ צ"ל דטעמא דמכי מטי זוזי לידיה אסתליק לא סגי דאדעתא דקונה אסתליק לכן צ"ל דהרי הן כמדבר אף אם לא אסתליק דגזלו שרי אלא דהמחזיק אינו זוכה בו דרפוי מרפי בידיה דגוי לא יניחנו בידו לכן צ"ל דאסתליק וא"כ דברי יראים מוכרחין אלא כ"ז בגזל ממנו דיודע העכו"ם מי הוא וקי"ל סתם גזלה לאו יאוש בעלים כדאיתא בקידושין דף כ"ב ע"ב אבל בגנבה מודה דזוכה הישראל ולפ"ז א"ש דברי הרמ"א כאן דברישא דמלוה לא זכה במשכון כיון דגוי ידע היכן הוא ויכריחנו להחזיר לו אף דנתן המשכון לאשה מ"מ המקדש לא נתן לה משלו כלום ובתר נותן אזלינן וכמ"ש הריטב"א הובא באב"מ סק"ד וכ"כ ביאור הגר"א כאן סק"ד שכ"ד הרמב"ם והרמ"א לכן אינה מקודשת משא"כ בסיפא דמכרו לאחר דלוקח אינו ירא מהגוי דלא ידע דאצלו הוא ולאו בע"ד דידיה הוא וזוכה בו ועוד כיון דנתן דמים הרי חזינן דלא מרפי בידי' לכן כשקידשה הלוקח מקודשת ואפשר לומר טעמא דא"מ במה דממציא לה הנאה זו דכמו במקדש במלוה א"מ אף דיש לה הנאת מחילת מלוה עד שיפרש האמ"ל בהנאת מחילת מלוה כדלעיל ס"י ה"נ כיון שאין החפץ שלו צריך לפרש בהנאה שממציא לה.

סעיף י"ג היה לו חוב ביד אחרים בחידושי רמב"ן פרק הספינה דף ע"ז הקשה עמ"ש תוס' דמכשט"ח וחזר ומחלו מחול משום דשומ"ס רק קנין דרבנן דא"כ בקדושין דמ"ח דאפלגו ר"מ ורבנן בקדשה בשט"ח דאחרים דרמ"א מקודשת דס"ל אף דיכול למחול סמכ"ד הא יכול למחול משום שאינו רק מדבריהם ולמה תהא מקודשת גמורה ותמהו האחרונים הא ר"מ ס"ל גם במע"פ דקידשה במעמ"ש מקודשת וזה מבואר בגיטין דף י"ג דהוא קנין דרבנן ובעצ"א ואב"מ תרצוהו ואישתמיט להו דרמב"ן בב"ב דף קוחד ס"ל דגם במעמ"ש יכול למחול ונראה לפימ"ש בערך ש"י עחו"ימ סימן ס"ו סט"ז די"ל דלפיכך לא אלמוהו רבנן להקנין ולא יוכל למחול משום דלא רצו להפסיד ללוה וכה"ג כתב בש"ך יו"ד סימן קי"ט ורמ"ב ולפ"ז הל"ל במעמ"ש לדעת רמב"ן בגיטין שם דאינו רק ברצון הלוה הנמחה דלא יוכל למחול כיון שקיבל הלוה עליו הקנין דרבנן אך הרמב"ן דס"ל דגם במע"ש יכול למחול משום דלא ס"ל ה"ט דמכשט"ח יכול למחול משום שאינו קנין דאורייתא א"כ אף

במעמ"ש אף דאלמוהו רבנן כדאורייתא לא עדיף ממכשט"ח ולענין קידושין מקודשת גמורה דאלמוה כדאורייתא אלא להסוברים במכשט"ח אלו היה דאורייתא לא היה יכול למחול רק משום שהוא מדרבנן יכול למחול לפי שלא אלמוה כדאורייתא שלא להפסיד ללוה כיון דתכסיס הקנין בלא רצון הלוה ואפילו יזדמן שנעשה ברצון הלוה ל"פ והשוו מדותיהן א"כ לא תהא מקודשת גמורה ושאני מעמ"ש דהקנין לעולם רק ברצון הלזה אלמוהו כדאורייתא ואה"נ לדידהו במעמ"ש א"י למחול תדע דבתוספת בקידושין דף מ"ח בד"ה המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול כתבו משום דקנין שטר אינו אלא מדרבנן ולא אלים להפקיע כח הראשון שלא יוכל למחול ושם בתוס' בדיבור הסמוך בד"ה כי הוכיחו דבמע"ש א"י למחול ותקשי הא מעמ"ש ודאי רק קנין דרבנן אע"כ שאני משום דמרצונו נעשה שו"ר בפנ"י שם שכ"כ ליישב דברי התוס':

ועוי"ל דקנין דרבנן נהי דיסודו מדרבנן מ"מ אח"כ נעשה מנהג דקני מטעם סטומתא דהיכא דנהגו בכך הוי קנין כדאיתא באיזי נסך דף ע"ד אלא די"ל נהי דאחז"ל דסטומתא קניא ה"ד היכא דמוכר ולוקח מדעתם עשו הקנין הרי קבלי הדבר לקנין וכיון דכן המנהג גמרי ומקני ומ"ש המג"א בסימן תמ"ח בסק"ד דלענין קנין לא מהני טעם דגמר ומקנה אם לא עשה קנין בד"ת קשה הא מצינו בב"ב דף ק"ו ע"ב דגורל אף דאינו קנין מ"מ איידי דצייתי אהדדי גמרי ומקני וכ"פ המחבר בחו"מ סימן קע"ג ס"ב ואף דברפ"ב דבכורות אמרינן דלא אזלינן בתר דיניהם אם אינו בד"ת התם מיירי שאינו מנהג קבוע כמ"ש בשו"ת המיוחסות לרמב"ן סימן רכ"ה ומלאתי בחת"ס יו"ד סימן שי"ד שכתב סטימתא הוא קנין דאורייתא דכל שהנהיגו הסוחרים הוי כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים אך קנין דרבנן דלא מחלו ברצונם אלא אנוסים בתק"ח לכן לא אלים כדאורייתא עיי"ש ולא נראה דמי הכריח המוכר ולוקח לעשות קנין דרבנן אם אין מרוצים כגון קנין משיכה או מעמ"ש הרי כשעושים קנין זה עושים ברצונם לכן י"ל גם קנין דרבנן אחר שנעשה מנהג קונה מה"ת אבל כ"ז מעמ"ש לרמב"ן דצריך שיהא ברצון הנמחה אבל מכירת שט"ח דנעשה שלא בהסכמת הלוה שפיר י"ל דאינו קונה רק נגד המוכר ולוקח אבל שישתעבד הלוה על כרחו אינו כדאורייתא ואף כשאדון שנתרצה הלום מ"מ השוו מדותיהן דלא אלמוהו כדאורייתא וגם הלוה אינו עושה שום קנין רק במעמ"ש דהעמדת הלוה ורצונו מעכב והוא מעצם הקנין ולכן במעמ"ש ל"ק לרמב"ן למה מקודשת גמורה כיון דנהגו כך ומרצונם הוא הוי סטומתא.

ובמח"א בהלכות קנין מעות ואב"מ כאן ס"ק ל"ג הביאו ראיה ממ"ש הרמב"ם בהל' תרומות פ"ט שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אפ"י שעדיין לא משך הלוקח

אסור להאכילה תרומה שד"ת מעות קונות ואם מכר ישראל לכהן אעפ"י שנתן דמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ"ל ומבואר דל"מ קנין דרבנן לאיסור תורה עיי"ש ולפימ"ש אינו ראיה דשאני כשעשו הקנין דרבנן דאזי אהני גם לאיסור תורה כיון דכן המנהג משא"כ כשעשו קנין מעות הרי לא עשו הקנין דרבנן עדיין ול"ל דקבלו עליהם המנהג תדע דאל"כ למה לא כתב הרמב"ם דאם לקח הכהן ומשך ולא נתן דמים שלא תאכל בתרומה וא"כ מוכח איפכא דהיכא דעשו הקנין דדבריהם אהני מד"ת משום סטומתא ובהכי מיושב מה שהקשה חת"ס שם דברי רש"י אהדדי דבב"מ דף מ"ח פירש"י דאם מכר חפץ ולקח מעותיו וקידש בו אשה מקודשת לר"י דד"ת מעות קונה הרי דלא אמרינן דמחמת תק"ח שיקנה רק במשיכה אין המעות שלו גם לענין איסור תורה ובגיטין דף ס"ד ע"ב מוכח לרש"י דמזכה ע"י קטן לאחר מהני אף לאיסור תורה אף דאינו זוכה רק מדרבנן ולפימ"ש א"ש דבגיטין דבעלים מרצונם זיכו ע"י קטן לאחרים קנה האחר מכח סטומתא משא"כ לענין משיכה קונה אה"נ אם משך הלוקח וקידש אשה מקודשת ומה"ת אבל כשעשו קנין מעות לא נחתו אדעתא דמנהג ולא עקרו חכמים קנין תורה לענין איסור תורה ועתוס' בכורות דף ח"י ע"ב בד"ה אקנויי ורש"י בפ"ק דקידושין טי"ת ע"ב בד"ה באמירה ותוס' כתובות ר"פ הנושא בד"ה אליבא באמצע הדיבור ואין לתמוה וכו' עד גמר ומקני.

ובשעה"מ הלכות שקלים הקשה אהא דמקבלין שקלים מקטנים ובלבד שיהא מוסרן לצבור הא מדאורייתא לאו בר הקנאה נמצא ד"ת קרב מן היחיד ותירץ דרובו מגדולים ומטבע בטל מה"ת והקשה אב"מ דהא ממון בעלים ל"ב כדאיתא בביצה דל"ח ע"ב ונ"ל דהתם משום פסידא דבעלים כדפרש"י והכא זכות לקטנים נהי דל"ל זכין שלא בפניו דלכ"פ הוא רק מדרבנן או משום דל"ל זכין לו רק כמשזכין לו איזה דבר עקצו"ח סימן רמ"ג מ"מ לא חשוב הפסד א"נ דמדאורייתא גם בממון בעלים בטיל רק מדרבנן ל"ב כמו שאמרו בבע"ח וברי' ודבר חשוב וכ"נ מאריכות לשון שם איסורא אמור רבנן ליבטל ברובא אבל ממונא וכו' ומשום דהוקשה לרש"י הא מה דאסורא בטיל ברובא ילפינן מדכתיב אחרי רבים להטות דהוא הדין בממון דאתיא בק"ו מד"נ כמ"ש תוס' בפ"ק דסנהדרין דף ג' ע"ב בד"ה ד"מ לכן תירץ דהחילוק מדרבנן ועמג"א סימן תרכ"ו סק"ג.

וברכ"י א"ח סימן תרנ"ח דין וא"ו הקשה דברי המחבר אהדדי דשם כתב דאם נתן לולב לקטן לצאת והחזיר לו אינו יוצא בו בעל הלולב משום דקטן אינו מקנה מן התורה הרי אף דמדרבנן מקנה לא אהני להיות כד"ת וכאן פסק במעמ"ש דמקודשת לגמרי עיי"ש ולפימ"ש דכאן אהני משום סטימתא דגמר ומקנה וזה שייך בגדול דמקנה מן התורה

אהני גביה מה שנהוג שיהא כקנין שאמרה תורה אבל קטן דאינו יכול להקנות בשום קנין אין מנהל עדיף מקנין שאמרה תורה ועוד דמבואר בב"ב דף מ"ח בהא דכופין אותו לגרש עד שיאמר רוצה אני משום דמצוה לשמוע דברי חכמים ופירשב"ם כי אמר רוצה אני גמר בלבו לגרשה דמצוה קעביד מאחר שחייבוהו חכמים להוציא וא"כ ה"נ כי עשה קנין דרבנן ברצונו גמר ומקנה כיון דחייבוהו חכמים לקיים אותו קנין וכבר הבאתי לעיל מפירש"י בקדושין דף טי"ת ע"ב ומתוס' בכורות דף ח"י ע"ב דאהני סברא דגמר ומקנה דקני אף בלא קנין ולהכי במעמ"ש דנתרצו שלשתן גמרי ומקנה אף דאין בעצם ההקנאה מצוה מ"מ כשעשו יש מצוה לשמוע ד"ח לקיים וגמרי ומקני משא"כ במכשט"ח דאינו מרצון הלוה ל"ל כן וכן בקטן דלאו בני מיעבד מצות ננהו כדאיתא בכתובות דף פ"ו בתוס' בד"ה פריעא אך המחבר פסק בחו"מ סימן קכ"ו ס"ז דמהמ"ש אף בע"כ של לוה קנה וצ"ל להמחבר דמ"מ כיון דהמלוה גמר ומקנה נקנה החוב להמקבל לגמרי אף דהלוה אינו רוצה.

עוד נ"ל לתרץ דברי הרמב"ן לפימ"ש רבינו יחיאל שבהגמ"ר ספי"ז דשבת דדבר שמועיל בו קנין אהני נמי סטימתא להחשיבו כקנין גמור אבל דבר שלא יועיל קנין כגון דשלב"ל לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור וביארתי דבריו בערך ש"י עחו"מ סימן ר"א דמ"מ מועיל המנהג להחשיבו כחיוב בקנין אלא דבנידון הר"י שם גם חיוב כקנין לא מהני כיון דאינו חיוב ממון עיי"ש וא"כ במעמ"ש דלרמב"ן הוא דוקא ברצון הלוה והרי אם נתחייב הלוה בשטר או קנין מחויב ה"נ אהני המנהג שיתחייב להמקבל כאלו עשה שטר או קנין בחיוב גופו ולכן מקודשת גמורה משא"כ בקידשה בשט"ח בכומ"ס בלא רצון הלוה ליכא שום קנין מן התורה שיועיל לשעבוד את הלוה להמקבל בע"כ של לוה לכן גם משום סטומתא אינו מועיל ובהכי מתורץ קושית מח"א בסימן ב' מהלכות משיכה על הרמב"ן דס"ל דקנין דרבנן כמו מכירת שט"ח לא מועיל שיהא הקנין דאורייתא דא"כ למה אמרו בפ' השואל דף צ"ט השואל קורדם מחברו של הקדש הר"ז מעל וחברו מותר לבקע בו לכתחלה והא השואל לא קנה אותו אלא מדרבנן דתיקנו משיכה בשומרים וגם על הרמב"ם קשה דבהלכות שכירות פסק דמשיכה קונה בשומרים מתק"ח ובהלכות מעילה פ"ו פסק כההוא דהשואל ובהלכות לולב פסק דאם הקנה קטן לולב לגדול ביוט"א איי"ח משום דמה"ת אין קטן מקנה ובהלכות תרומות פ"ט פסק דמכירה במעות חשוב מכירה לענין איסור תרומה כיון דמדאורייתא מעות קונות הרי דאזיל בתר דאורייתא.

ולפי מה שכתבתי צדקו יחדו דאחר שתקנו משיכה אהני כד"ת כיון דנהגו מדין סטימתא והיינו בגדול אבל קטן דמן התורה א"י להקנות בשום קנין ל"מ המנהג ומוכר במעות דלא נחית ע"ד המנהג לא נפקע הד"ת ובלאה"נ ל"ק מתרומות דחכז"ל לא הפקיעו הקנין מעות רק אחר שקיבל מש"פ או נשרף המקח וגם המנהג אינו רק אחר שקיבל מש"פ והעולה ממ"ש דקנה ארבע מינים בהקפה ומשך יוצא י"ח ביוט"א וקונה טבעת בהקפה וקידש בו אשה מקודשת גמורה והמוכר וקבל מעות וקידש בו אשה מקודשת מדאורייתא דלא נפקע הקנין שיש לו בהמעות מה"ת וגם מנהג י"ל דאין באה דשרפה ל"ש ולקבל מש"פ ל"ש ובמלתא דל"ש ל"ש מנהג כמבואר בחו"מ סימן של"א א"כ ל"ל דמחמת מנהג נפקע קנין תורה שיש לו בהמעות וביד המלך פ"ה מה"א ה"ז כתב כיון דמדרבנן אין מעות קונה שוב גם מדאורייתא אינו קונה דבודאי לא סמכו דעתייהו דמוכר ולוקח כלל אקנין זה ואומדנא דמוכח הוא כיון ששניהם יודעים שיש בידם לחזור דדבר שבממון הכל תלוי בסמכ"ד ולכן סטימתא קונה כיון דדרך התגרים לקנות בו סמכו עליו דעת המוכר ולוקח את"ד ואישתמיט לו דברי רמב"ם בפ"ט מתרומות הנ"ל ועוד אישתמיטתיה ש"ס ב"מ פא"נ ס"ג ע"ב דהיכא דלא סמכא דעתיה גם מש"פ ליכא וא"כ למה בנתן דמים יש מש"פ ועיי"ש שהביא ראיה מרפ"ב דבכורות בהא דקנה גריטאות ונתן מעות ולא משך דאינו חייב להשליך הע"ז לים ומוקי לה דקיבל עליו הגוי המוכר לדון בד"י והא מה"ת מעות קונה והוי ע"ז של ישראל ומחויב להוליכה לים עיי"ש ולק"מ דהגוי קיבל עליו לדון בד"י לענין חזרה מהמקח כמו שדנים בד"י והרי כשלא משך הישראל יכול הגוי לחזור מהמקח תו אינו של ישראל דהגוי לא קיבל עליו לענין איסור וחיוב מצוה רק מה שדנין עתה בדין ממון.

במעמ"ש מקודשת כ"כ הרמב"ם והוכיחו מזה דס"ל דא"י למחול מדל"כ בקידשה בשט"ח בכומ"ס מקודשת וע"כ משום דיכול למחול והקשו האחרונים הא במ"ו ממכירה כתב הרמב"ם הא דמוכר שט"ח יכול למחול משום דאינו קונה רק מדרבנן א"כ מעמ"ש ודאי רק מדרבנן ולמה מקודשת ולפימ"ש לעיל לק"מ דדוקא מכירת שט"ח דתק"ח גם בלא רצון הלוה לא רצו להפסידו ללוה משא"כ מעמ"ש דמשמע מדברי הרמב"ם פ"ו ממכירה ה"ח דצריך שיהא בהסכמת שלשתן דז"ל היו עומדים שלשתן וא"ל מנה שיש לי בידך תנהו ללוי קנה לוי ואין אחד משלשתן יכול לחזור בו עכ"ל ואם א"צ רצון הלוה ליתן ללוי ל"ש חזרה דהא מתחלה נשתעבד אף דצווח שאינו רוצה.

סי"ד במלוה ופרוטה מקודשת בשו"ת רשב"א סי' אלף רל"ג דטעמא משום דדעתה אפרוטה לבד שהוא בעין וע"מ שתהא המלוה מחילה ומינה דכל מקדש בדבר הראוי

לקידושין ובשאינו ראוי דאינה מקודשת ובתוספתא דתנא דמקדש בעיר הנידחת דא"מ משום שאסור בהנאה הא בעיר דעלמא מקודשת עכצ"ל דמקדש בקרקע מקודשת דאל"כ אף דתלוש ולבסוף חיברו כתלוש מ"מ הא קרקע עולם ג"כ בכלל העיר עיי"ש ולולא דבריו קשה הסברא מאד לומר דמלוה סך גדול ופרוטה בעין יחשב אצלה יותר הפרוטה ועיין פרש"י סנהדרין י"ט ע"ב בד"ה שאול סבר דעתיה דמקדש לקדש במלות שהוא חשיבה ודוד סבר אין דעתיה אמלוה וכיון דהמלוה חשיבא למה תהא דעתה אפרוטה דאין סברא לומר דמ"ד דעתה אפרוטה ס"ל דפרוטה שהוא בעין יהא חשיבא יותר ממלוה סך עצום לכן נ"ל דכיון דרוצה להתקדש דעתה על דבר הראוי שתתקדש מחמתו וכמ"ש בחידושי רע"ק על יו"ד סימן רצ"ד סט"ו וס"ס ש"כ דבדבר מצוה כותנו ע"ד חכמים באופן המועיל.

סט"ו וי"א שמקודשת אם הוא קבלן כ"כ בטור ותפסו האחרונים עליו הא פסק בחו"מ סימן ש"ו דאומן חייב לשלם אם קלקל מה שהשביח דאין אומן קונה בש"כ הרי דמוציאין ממון ואין בו ספק וכן קשה על המחבר ונ"ל דבח"ר ב"ק דף צ"ט כתב דאומן אדעתיה דבעה"ב משביח ומאן דס"ל אומן קונה בש"כ לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעה"ב לחייב א"ע בתשלומי נזקו וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו שכרו אעפ"י שלא קלקלו עי"ש וא"כ אפילו מ"ד דאין אומן קונה בש"כ י"ל לא דבעל הכלי קונה שבחו בע"כ דאומן דזה א"א לאומרו אלא דס"ל דלעולם האומן אדעת דבעל הכלי משביח ואף דאין סברא שישביח לצורך בעה"ב לחייב א"ע בתשלומי מקו י"ל לפי דקי"ל ביו"ד סי' רכ"ח סי"ב דאין פותחין בנולד אלא בדבר תהיה ושכיח טובא אבל כשלא שכיח טובא שאף אם היה מעלה אותו על לבו לא היה נמנע בשבילו מלידור כיון דלא שכיח טובא א"כ ה"נ מה שקלקל אח"כ לא שכיח טובא כיון דאומן הוא ואפילו היה מעלה אותו על לבו לא היה נמנע מלהשביחו לצורך בעל הכלי אבל במקדשה דפסק הטור בסמוך דקידש במלוה ובעל חזקה אדעת שתתקדש בביאה זו בעל דאדם יודע דבמלוה אינה מקודשת וא"כ ת"נ ודאי אין דעת האומן להשביח לצורך האשה ויהא שכרו מלוה כיון דבא לקדשה בזה ודאי שדעתו יהא קונה בש"כ ובזה תתקדש והמחבר דפסק בסמוך דתות ספק ה"נ הביא שתי דעות ובש"ס דס"ד דר"מ ורבנן פליגי באומן קונה בש"כ ורבא אמר דכ"ע אין אומן קונה בש"כ רק פליגי במלוה ופרוטה אה"נ דהמ"ל בעלמא גם לר"מ אין אומן קונה בש"כ ושאני קידושין וכמ"ש אלא דא"כ היה פלוגתא דאמוראי בכתובות דף ע"ד אי אדם יודע דאין מקדשין במלוה כתנאי ולא רצה לעשות כתנאי רק במלוה ופרוטה דמצינו בברייתא אחרת דפליגי תנאים בזה ועוד דכתב הרא"ש בקידושין דף מ"ח די"ל רבא ס"ל לדינא אומן קונה בש"כ ואף דאמר דכ"ע אין אומן קונה בש"כ משום דלא

המ"ל דכ"ע ס"ל אומן קונה בש"כ דחכמים ודאי לא ס"ל הכי א"כ ה"נ כיון דחכמים ודאי ס"ל אף בקידושין אין קונה אמר רבא די"ל גם ר"מ הכי ס"ל אף דלדינא י"ל בקידושין אומן קונה בש"כ ולפימ"ש לעיל בסמוך הא דמלוה ופרוטה דעתה אפרוטה דאפילו א"י הדין מ"מ דעתייהו על דבר הראוי שתתקדש בו א"כ ה"נ כיון דבדעת האומן תליא אם משביח על דעת שיקנה בעל הכלי השבח רק יהא אצלו חוב השכר א"כ בקידושין דעתו שישביח הכלי באופן שיחלו הקידושין ולכן בזה אומן קונה בש"כ אלא כיון דרבנן ע"כ ס"ל גם בקידושין אין אומן קונה בש"כ ולא מצי למימר דכ"ע אומן קונה בש"כ אמר דכ"ע אין אומן קונה בש"כ.

ויל"ד למה לא קאמר הש"ס דר"מ וחכמים לשיטתייהו בפ"ק דערכין דף ה' דר"מ ס"ל א"א מד"ל ומתקנין הלשון כי דעתו על פי שיועיל אפילו א"י הדין כמ"ש תוספת שם וחכמים ס"ל אדם מוציא דבריו לבטלה א"כ כ"ש באמ"ל שתהא מקודשת לו בשכר מלאכה דלר"מ דאינו מוציא דבריו לבטלת דעתו באופן שיועיל דהיינו שיקנה בשבח כלי ואח"כ תתקדש לו בשבח כלי וכ"ש במאי דתני בברייתא עשה לי שירים ונזמים ואתקדש אני לך דא"צ אפילו לתקן דיבורם כלל ועתוס' פרק המדיר דף עי"ן ע"ב בד"ה אלא ל"ת ובאס"ז שם כתב משם הריב"ש שלא אמר ר"מ א"א מד"ל אלא בהקדש וצ"ע ובדיקה בתלמוד עכ"ל והנה זה מוכח מכאן אף דיל"ד איך קאמר בכתובות דף ע"ד דאדם יודע שאין מקדשין במלוה או בפחות מש"פ וגמר ובעל לשם קידושין דא"כ למה קידש במלוה או בפחות מש"פ ומצאתי בריטב"א שם הרגיש בזה ותירץ דמחית נפשו אספיקא ודעתו לגמור בבעילה כאלו יודע בברי שאין קידושין בפמש"פ א"ד ודוחק ונראה דכמו דאמרינן בפ"ק דב"מ דף ט"ז במקדש אחותו דיודע שא"ק תופסין באחותו רק נתן לשם מתנה או פקדון ה"נ י"ל הכא או י"ל דתחלה דליכא איסור לא דייק וטעה רק כשבא לבעול מידק דייק וחוקר ודורש דחזקה א"א עושה בב"ז ואם כן לפ"ז ל"ל מסום דאינו מוציא דבריו לבטלה נפרש כונתו באופן הראוי לקידושין אך ודאי לא תלינן בפקדון או במתנה רק אם א"א לומר דנתכוין לקידושין כאשר מילא בפיו לאמר וגם אפילו טעה ולא ידע מ"מ לר"מ אמרינן דכונתו כמו שיתקנו רבנן כונתו כמ"ש תוספת בערכין שם וכ"כ באס"ז כתובות דף נ"ח ע"ב אמאי דאר"ל דטעמא דר"מ במקדיש מע"י אשתו דהמותר הקדש דא"א מד"ל ונעשה כאומר וקידשו ידיך לעושיהן דאע"ג דבשעה שהקדיש לח היה יודע דאין אדם מקדיש דשלב"ל מ"מ איהו לדבר שאפשר נתכוין וכל היכא דמצוי למיחל ליחול והובא בברכ"י יו"ד סימן רנ"ח אמנם נראה דגם לסברת ריב"ש דר"מ לא אמרה רק בהקדש ה"ה קידושין דנמי עושה מצוה והרי את מקודשת לשון הקדש כמ"ש

תוספת בפ"ק דקידושין דף ב' ע"ב בד"ה דאסר לה ועיי"ש בברכ"י דאף דבערכין פסק הרמב"ם כחכמים היינו דוקא כשצריכין לתקן לשון הנודר אבל כשנוכל לפרש הלשון על נקלה קי"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכ"כ הריטב"א בפרק אעפ"י דף מ"ח ע"ב.

סעיף טו"ב הנכנס כתב הריטב"א בקידושין נ"ב ב' דאל"ת תלינן דמשום כיסופא אמר כיון דהשתא הקידושין בעין ביד האשה זכה אידך בהו השתא ומיקדשא בהו ואף דמכאן ולהבא הוא זוכה והא דאמרינן משום כיסופא אמר כלך אלל יעות אפילו אמר בניחותא תלינן בכיסופא עד שימחול לו בפירש ואיתנייהו לקידושין בעין א"ד ויל"ד איך זכה המקדש דעכשיו אינו בידו ומצאתי במקנה ואב"מ שכתבו דהוי כהילך מנה ותתקדש לפלוני דמקודשת מדין ע"כ כדאמר רבא בפ"ק דקידושין דף זיי"ן אך כונת ריטב"א אינו כן דלהדיא אמר דזכה אידך בהו ומדין ע"כ א"צ שיזכה המקדש דהא מייתי ממשנה דקונה העבד א"ע בכסף ע"י אחרים והוא דברי ר"מ דס"ל אין קנין לעבד, בלא רבו כדאיתא התם דף כ"ג ונראה דהריטב"א לא ניחא לו למימר דמקודשת מדין ע"כ דהתם אמר הילך מנה ותתקדש לפלוני דנותן לה המנה וזה דומה לע"כ דקונה א"ע בכסף ע"י אחרים שנותנים הכסף לאדון משא"כ הכא ליכא גילוי דעת דלא קפיד אלא נגד המקדש דמוחל לו אבל מנין דכונתו דנותן לה במתנה לכן נראה טעמו של הריטב"א כמ"ש הרמ"ה הובא בטור לקמן סימן ק"כ דאם העדים כתבו הגט בנייר שלהם עפ"י ציוויו של המגרש ונותנין הגט לאשה האשה זוכה בגט בשביל הבעל והדר זכתה האשה עיי"ש וה"נ כן הוא ומה שהקשה האב"מ מפ"ק דב"מ בחזר ולקחה מבעלים הראשונים במתנה הוי ספק אי זכה הלוקח אם כן ה"נ נשאר של הגזלן לק"מ לפימ"ש דהתם זכה הגזלן במתנה ע"י קנין שעושה בעצמו י"ל נתכוין רק לזכות לעצמו ולא ללוקח אבל כאן א"א לגזלן לזכות בעצמו דאינו בידו אלא דהאשה זוכה לו כדי שתזכה מיד המקדש ואם הוא לא תזכה למה לה לזכות בעדו

ויל"ד מה דאמר דמשום כיסופא אמר הא קי"ל דברים שבלב ל"ה דברים והרי אמר בניחותא כמ"ש הריטב"א בשלמא לרש"י ותוספת דא"ל משום כיסופא הוי מקודשת למפרע אף דאז לא ידע הנגזל אלא דחזינן דלא קפיד. אהני למפרע דהיה יכול המקדש ליטלו ולזכות בו וכבסמוך בנטל דבר שאינו מקפיד ואף דשל"מ נטל מהני כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' שנ"ח לכן אם בלבו קפיד א"א לזכות למפרע דאז לא דיבר הנגזל בפיו שיסתור דברי לבו אבל לריטב"א קשה וגם מה יוסיף במוחל בפירש עדיין נימא משום כיסופא מוחל ונראה דבמוחל בפירש ל"ח למשום כיסופא ואינו מוחל בלבו דהוי דברים שבלב משא"כ הא דאמר למה לא נטלת מיפות יותר ליכא מחילה בפירש על מה שנטל רק

באנו לומר משום ג"ד כיון דאמר למה לא נטלת מיפות יש הוכחה דמוחל בלבו מה שנטל ולא הוי דברים שבלב דהיכא דיש הוכחה מועיל אבל כיון דיש חשש דמשום כיסופא אמר תו ליכא הוכחה דמוחל מה שנטל לכן אאת"ל שמא לאו משום כיסופא מ"מ הוי דברים שבלב ולכן ליכא אפילו ספק קידושין

בדבר שאין בעה"ב מקפיד נחלקו, הפוסקים אם מיירי דוקא כשאינו ש"פ אבל בש"פ הוי גזל וכ"ד רשב"ץ או מיירי בש"פ והספק שמא מקפיד ובמקנה הוכיח דמיירי בש"פ דאל"כ הא אפילו מקפיד מ"מ הוי יאוש כיון דאין ב"ד נזקקין לפמש"פ וש"ר בידה עיי"ש ול"נ דהא דמקודשת במאי דהוי ש"ר בידה אף דהמקדש לא קנה ואינו נותן לה משלו עכצ"ל דמ"מ מקודשת דבא לה הנאה מחמתו כמ"ש הר"ן ואחרונים אמנם בפמש"פ דחיישינן שמא ש"פ במדי לרמב"ם דאינו משום גזרה רק הוי באמת ספק ומה בכך דש"פ במדי הא אין לה הנאה ש"פ דבמקומה אינו ש"ע ולהוליכה למדי תוציא יותר עכצ"ל דמ"מ כיון שש"פ במק"א חשוב כסף ומקודשת מדין כסף ולא מתורת הנאה וא"כ בפחות מש"פ והוא גזול מה יועיל ש"ר אצלה הא המקדש לא קנהו ואינו נותן לה כספו והיא לא נהנית בודאי מחמתו ש"פ כיון דאינו ש"פ במקומה ויכולה למצוא הנאה זו בפחות מפרוטה ועיין מ"ש בסמוך סכ"א.

בדרישת אלי הוכיח דלא כב"ש בס"ק מ"ד שכתב אי הוי ג"ד דניחא ליה זכה בו ומהשתא חלין הקידושין דהא לפ"ד הב"ש גם דברי המחבר שהוא כלשון הרמב"ם שכתב הטעם משום כיסופא צריך לפרש כן שכתבו טעם זה לענין דלא חלו הקידושין מהשתא דלענין למפרע ל"צ לה"ט ומה הועילו בה"ט דמשום כיסופא אמר כן והרי אם מקדשה בגזל שנתייאשו הבעלים מקודשת דיש יאוש וש"ר וא"כ אף אם אמר משום כיסופא בודאי לא יתבענו בדין ואיכא יאוש אחר ש"ר ולרמב"ם ומחבר בחו"מ סימן שנ"ג יאוש אחר ש"ר מהני את"ד ונראה דבשלמא ש"ר אחר יאוש אף דהוא לא קנה ביאוש לבד ואינו כספו מ"מ מהנה אותה במה שמקדשה דעל ידו האשה קונה בש"ר אבל ביאוש אחר שבא לידה הנה כשנתן לה לא היה שלו וגם האשה לא קנתה ועתה כשנתייאש הנגזל רשותה קונה לה מעצמה ולא מהנה אותה המקדש לא בשלו ולא במעשיו ואפילו לא ירצה עכשיו בקידושין קנתה הגזל ממילא ואף דתוספת בב"ק דף ס"ט בד"ה כל שלקטו כתבו דאפילו בשעת יאוש מונח בר"ה אם זכה בה אחר צריך לשלם דמים להגזלן כדאמר לעיל דאפילו יאוש ל"ק חייב גנב שני לשלם הקרן לגנב ראשון מפני שצריך לגנב ראשון לפטור מן הנגזל ע"כ משום דגורם היזק לגזלן וה"ד אם גורם בדיבור או במעשה אבל ביאוש אחר ש"ר ממילא קונה לו רשותו ואף אם יאמר לא ניחא לי לא יקנה מ"מ כשגורם

רק ע"י מחשבתו פטור כמו שפרש"י בגיטין דף נ"ג בד"ה וחידש ואף דבלא"ה כמי אינה מתקדשת עכשיו ממילא אפילו יאמר הנגזל דמוחל להגזלן עד שיקדשה עכשיו ותאמר הן עיין טו"ז לעיל סק"י מ"מ נ"מ בקידש בגזל ואח"כ נתייאש הנגזל אפילו יקדשה מעכשיו בפירש בהנאת מחילת החיוב שלא תחויב לשלם לו מה שצריך לשלם להנגזל מ"מ אינה מקודשת דבלאו מחילת פטורה.

אורח שיישב בהגהות אלפסי כתב משום דאין בעה"ב מקפיד ויל"ע דביו"ד סימן רנ"ג איתא דאם קיבץ צדקה אין בע"ח נפרעין ממנו ובא"ז הובא בשו"ת בש"ר סימן צ"ג כתב דאינו רשאי לפרוע חובת מזה דאנן סהדו דאדעתא דהכי לא יהבי ליה ונראה שאני פרעון חיב דאיתא בפ"ד דנדרים דהמודר הנאה מחברו פורע חובו דזה ל"ח הנאה אבל אישות בכלל ההנאות כמ"ש ברטנורה ספ"ח דנדרים לכן הנותן צדקה או מכניס אורח אדעתא לההנאותו יהיב ואישות דבכלל הנאה הוא רשאי לתתו לקידושין ואף דכתב מהרי"ט הובא בבאה"ט כאן דאין קנין לאורח בחלקו עד ששם בפיו מ"מ כיון דזה בכלל הנאה כשבא ליד האשה קנתה וזכייתו וזכיית האשה בכ"א וכמ"ש הרמ"ה בטור לקמן סימן ק"כ כה"ג ומיושב בזה מה שהקשה הטו"ז מא"ח סימן ק"ע דאסור האורח ליתן לבנו של בעל הבית דהתם לא נהנה האורח דק"ו מפרעון חובו.

ס"כ מעמ"ל באב"מ הביא דברי רא"ש וריטב"א דקנין לזמן ל"מ באתרוג דבעי לכם והקשה מר"פ לולב הגזול דף ל"א דכ"ע אף ר"א דס"ל דאינו יוצא בסוכה שאולה מודה בגזל עצים וסיכך בהם דיוצא משום תקנת מריש דא"צ להחזיר עד אחר סוכות והניח בצ"ע ונראה דהיכא דיש לו קנין לזמן הוי כשותפות דלבעלים יש לו קנין לאח"ז דאתי ממילא לכן באתרוג דאינו יוצא בשל שותפות ה"נ באין לו קנין לחלוטין משא"כ בסוכה דגם לר"א יוצא בשותפין כמ"ש תוס' וריטב"א בסוכה דף כ"ז ע"ב.

סכ"א המקדש בא"ה באב"מ ס"ק נ"ד ולעיל ס"ק ט"ז כתב דלהרמב"ם אין אשה מתקדשת בתורת כסף אא"כ נהנית מדכתב בפ"ה מה"א הכ"ד בנתן לה דינר עמ"ל דא"מ משום דלא נהנית עיי"ש ולי נראה מוכח מדבריו אפכא מדכתב לא נהנית ולא הגיע לידה כלום עכ"ל הרי דהאריך ולא סגי ליה בטעם דלא נהנית אלא דגם בתורת כסף אינה מקודשת משום דלא הגיע לידה כלום דלגבי קידושי אשה צריך כסף שתשאר אצלה וכמו דלא מיקדשה בחליפין משום שלא נשאר אצלה ה"נ בתורת כסף כשצריכה להחזיר ואפשר משום דילפינן קיחה קיחה מש"ע והתם ניתן הכסף לחלוטין משא"כ מכר דילפינן משדות בכסף יקנו ועיין אב"מ בס"ק נ"ז.

וב"ש הביא מהש"ג ספ"ב דקידושין כיון שאסור בהנאה מדרבנן אינו ש"פ ולפ"ז גם כשאין לו עיקר מדאורייתא ובאמת בפ"ק דפסחים ד"ז לאו מה"ט אמרו דא"מ אלא כיון דאיסורא דרבנן עליה כדאורייתא דמי וא"ב ומייתי ראיה מזה דא"י לבטלו ולמה לא נימא דא"מ כיון דאינו ש"פ ומ"מ ברשותו הוא ויוכל לבטלו ונראה כיון דמ"מ ש"פ לנכרי ולחולה דמותר אם צריך להתרפאות בו עדיף מש"פ במדי וחשוב כסף ואפשר לומר אף דאינו רשאי למוכרו וגם האשה אסורה ליהנות ממנו ולמוכרו מ"מ הא בפ' כירה דף מ"ג אמרינן טבל מוכן הוא אצל שבת הואיל ואם עבר ותקנו מתוקן וכן הוא בעירובין דף ל"ח ע"ב הואיל ואי בעי אמר מצי אמר כאלו אמר דמי אף דמדרבנן אסור לתקנו בשבת ולקנות שביתה מ"מ באיסור דרבנן אמרינן הואיל ואם עבר שרי כמ"ש בת"י בשבת שם ה"נ כיון דהאיסור ליהנות ממנו. ולמוכרו רק מדרבנן אמרינן הואיל דהא קי"ל בא"ח ס"ס תמ"ג דאם עבר ומכר א"ה מותר בדמיהן לכן ה"נ חשוב כסף אצל המקדש והמתקדשת וגם חשוב הנאה הואיל ואם עברה ומכרה לגוי מותרת בדמיהן עכצ"ל דטעמא דר"ג דא"מ משום דבדאורייתא דחוי ואינו ברשותו וה"ד בדבר שיש לו עיקר מה"ת כעין דאורייתא תקנו משא"כ כשאין לו עיקר מה"ת לא עשאוהו כעין דאורייתא וכדאיתא בגיטין דף ס"ה ובשו"ת הרשב"א סימן תר"ב כתב באשה שאסרה על עצמה נכסי ראובן בהנאה וקידשה ראובן דאין אף דשוין נכסיו לאחרים והוי כסף מ"מ אינה מתקדשת אלא במה שיש לה הנאה ממש וכ"כ בח"ר פ"ק דקידושין דף וא"ו ע"ב דכל שאין לה הנאה אינה מתקדשת בו דלא מקניא ביה נפשה עיי"ש ואפשר לשיטתו אזיל דגריס שם דף ג' אשה בפמש"פ לא מקניא נפשה אך התוס' שם הכריחו דלא תליא בזה דהא פשטה ידה ונתרצית אלא ל"ג נפשה רק גזה"כ דבעינן ש"פ וריטב"א שם כתב ליישב הגרסא דלא ר"ל דתליא בדעתה דאפילו רוצה מ"מ גזה"כ דבעינן כסף או ממון ופחות מש"פ אינו ממון ולפ"ז אפשר אף דלית לה הנאה מ"מ כיון דחזי לאחריני חשוב כסף גם מ"ש בתשובת הרשב"א שם דל"ל הואיל ואיבעי מתשל כיון דעכשיו אסורה בהנאת הכסף קידושין א"א לזכות באיסור הנאה לא כ"כ הריב"ש סימן ת"א אלא אם הגביה איסור הנאה או משכו קונה ונעשה שלו והובא בב"י א"ח סימן ת"נ ובאב"מ כאן סקנ"ד ובקצו"ח סימן ת"ה כתב דהריב"ש שם מביא ראיה מפכה"צ דף מ"ב דאמר בע"ז של נכרי מכי אגביה ישראל ה"ל ע"ז דישראל דלית ליה ביטול ואני לא מצאתי ראיה זו בריב"ש שם ולשון הש"ס שם גזרה דלמא מגבה לה והדר מבטיל לה והוי ע"ז ביד ישראל וכל ע"ז ביד ישראל אינה בטילה עולמית וי"ל דלא זכה בה הישראל רק כיון שהיא ביד ישראל אין לה ביטול וכמ"ש הב"ח ביו"ד סימן קמ"ו גזרה משום ע"ז של ישראל עצמו ואף דהוי גזלג"ז מצינו דגזרו גזלג"ז כמ"ש

תוס' ר"פ כל הבשר או משום כיון דמגבה לה ה"ל באחריות ישראל כמ"ש המג"א בסימן תקפ"ו סק"ה אבל לקנותה ממש י"ל דאינו ואדרבה משם ראיה מדלא אמר דה"ל ע"ז של ישראל רק אמר דה"ל ביד ישראל רק בפרש"י שם מבואר דקנה ועכ"פ כיון דבא"ח סימן תקפ"ו ס"ג פסק בש"ע דקנה א"כ מ"ש הרמ"א כאן כרשב"א צל"ע ובמל"מ ריש פ"ה מה"א בד"ה אך כתב דמי שאסר עליו בהנאה איזה דבר וקידש בו כיון דהאשה מותרת בא"ד מתקדשת בו דבתר דידה אזלינן וכמ"ש רש"י וכ"ת בדין זה אא"ל לסברת רש"י דאף דנימא דבתר דידיה נמי אזלינן מ"מ חשוב ממון מה שנותן לה משום דאי בעי מתשיל על נדריה הא ליתא שטעם זה דאי בעי מתשיל אינו מעלה ומוריד כלל בענין זה דקידושין וכמ"ש הרשב"א בתשובה סימן קכ"ב עכ"ל הנה בסימן קכ"ב ליתא רק סימן תר"ב ול"ב דטעם זה ליתא רק כשהאשה אסרה עליה בקונם דע"י הואיל לא מצי זוכה כיון שיש לד"ז בעלים אבל אם הוא נדר ודאי י"ל ע"י הואיל ואי בעי מתשיל עדיין חשוב שלו וכדאיתא בפא"ע וכן חילקו תוס' בפ"ק דפסחים דף וא"ו ובפא"נ דף עיין ע"ב דע"י הואיל אמרינן כיון דמעולם לא היה שלו גם עכשיו חשוב אינו שלו משא"כ אם מעיקרא היה שלו אמרינן הואיל ועדיין חשוב שלו.

ועיין ברין בפכה"ל שכתב אע"ג שאסורה בהנאה ואין בה דין ממון אפ"ה כיון שיכלה להתבטל ע"י גוי מצי זכה בה עכ"ל ולפ"ז ק"ו באיסור הנאה מחמת נדר דהא בע"ז כשיזכה בה ישראל תו אין לה ביטול מ"מ כיון דמעיקרא יש לה ביטול חשוב ממון ויכול ישראל לזכות בה כ"ש בנדר דגם אח"כ יכול למתשל ולפ"ז מיושב מה שהרמ"א כתב כאן בנדרה אם קדשה בשטר הוי קידושין ולקמן סל"ב ס"ד הביא פלוגתא בכתבו על א"ה דה"ט דבשאר א"ה יש פלוגתא אי מצי לזכות בו ובקידושין צריך שתזכה בו משא"כ בנדרה כיון דיש היתר ע"י שאלה יש בו דין ממון ומצי זוכה בהשטר והנאה ל"צ בשטר ונהי דרשב"א ס"ל גם באיסור הנאה מחמת נדר לא מצי לזכות תפס רמ"א בזה עיקר כדעת הר"ן וגם יש ס"ס שמא בכל א"ה יש זכיה וכדעת ריב"ש ואת"ל בא"ה שאין לו היתר אין זכיה מ"מ שמא באיסור מחמת נדר יש זכיה.

באיסורי הנאה דרבנן ברי"ו נכ"ב ח"א כתב דמקדש בערלה וכה"כ י"א אפילו בח"ל מדרבנן א"מ וי"א דמקודשת וכן בכל א"ה דרבנן וכן עיקר עכ"ל והובא בעצ"א והקשה דמ"ש מחמץ ונראה דבא"ה יש שני טעמים דא"מ חדא דלא שוה כלום כיון דאסור בהנאת שנית דאינו של הבעלים ולא נתן לה שלו וגם היא לא קנתה ובח"ס א"ח סימן ק"פ כתב דחמץ מחויב לבערו וכל שעתא עובר במ"ע דתשביתו וב"י לכן אמרו בפ"ק דפסחים דלאו ברשותו הוא אבל בערלה וכה"כ ושאר א"ה אינו מחויב לבערו רק אם שרפו עשה

מצוה לכן מיקרי של בעלים עיי"ש וא"כ הא דמקדש בערלה וכה"כ דא"מ ע"כ משום דא"י ליהנות ולאו בר דמים הוא לה וכתבתי לעיל הא דאמר בפ"ק דפסחים בחמץ דרבנן דא"מ משום דלאו ברשותו כמו בחמץ דאורייתא ולימא משום דא"י ליהנות בו דכיון דאפשר למוכרן ויהיו הדמים מותרין אף דלכתחלה אסור למוכרן בדרבנן אמרינן הואיל ואי עבר הוי ראוי לכן בערלה וכה"כ דרבנן ס"ל לרי"ו דמקודשת אף דרי"ו ס"ל דאם עבר ומכר ערלה וכה"כ אסורין דמיהן כמבואר בו נכ"א ח"ב דדמי א"ה אסור מדרבנן וחליפי חליפין מותרין דיעבד י"ל דוקא בא"ה דאורייתא גזרו על חליפין אבל לא על חליפי חליפין כיון דחליפין עצמן אסורין רק מדרבנן ה"נ בא"ה דרבנן מותרין החליפין כיון דהאיסור גופא אסור רק מדרבנן אבל חמץ דמחויב לבערו ע"כ כמבוער הוא ואינו של בעליו וגם לא קנתה.

ועוד בחמץ ל"ל הואיל ואי מכרה מותרת בדמיו גם עכשיו חשוב לה הנאה דבחמץ אי מכר עשה שני איסורים חדא כיון דאסור בהנאה מיד כשמוכר נהנה ועוד דמחויב לבערו לכן גם בחמץ דרבנן לא אמרינן הואיל ואי עבר דהא באיסור דאורייתא לא אמרינן הואיל ואי עבר כמ"ש ת"י בפ' כירה דף מ"ה וה"נ כשיש שני איסורי דרבנן חשוב כאיסור דאורייתא כמ"ש הרע"ב פ"ג דעירובין מ"ג משא"כ בשאר איסור דרבנן ליכא במכירה רק חד איסור דנהנה ועיין תוס' רי"ד בע"ג דף נ"ד ע"ב דס"ל דחליפי א"ה או דמיהן מותרין רק אסור להחליפן או למוכרן דאז חשוב כהנה.

סכ"ב בדמיהם מקודשת היא משנה בפ"ב דקידושין ובירושלמי שם ר' חגיי בשם ר"ז בשאין דמיהן אר"ח ז"א מקדשין בגזילה ונראה פירושו כשלא ידע לוקח והוי מק"ט דנמצא אין דמיהם ולכן אר"ח ז"א מקדשין בגזילה וכן מצאתי במל"מ ובעצ"א דחה פי' זה דהא הקשו תוס' למה לא תני במשנה נמי ע"ז ותרצו משום דלא מצי למתני סיפא דמכרן וקידש בדמיהן מקודשת דע"ז תופסת דמיה ואם מיירי כשלא ידע הלוקח והוי מק"ט איך תופסת דמיה הא אאדש"ש עיי"ש ול"נ דהא קי"ל בע"ז דף נ"ד ובחולין דף מ"א דמנסך אוסר יינו ש"ח אם הוא מומר דל"ל לצעורי מיכוין ומשום דעושה מעשה בגופה אף דאינו עושה שים שינוי בגופה דהא רק נגע בהיין א"כ ה"נ דמוכר לוקח דמי ע"ז חילופי ע"ז עושה מעשה בגופן ותורה אמרה והיית חרם כמהו כל שאתה מהיה ממנה יהא כמוה וכאלו עשה הדמים ע"ז בידיו.

ובריטב"א בקידושין שם כתב עמ"ש בירושלמי דז"א דמקדשין בגזל כיון דא"ה ננהו דלא שוו מידי וגם אין תופסין דמיהן המעות שנתן לו לוקח כשלא הכיר בהם גזל הם בידן וכתב המ"ל דלא הבין דאף אם תופסין דמיהם הם גזל ביד מוכר כיון דלוקח לא הכיר בה

ול"נ דאם תופסין דמיהן דנאסרו דמיהן בהנאה וחייב המוכר לשלם אחרים כיון דאסרם וכדאיתא בע"ז דף נ"ט ע"ב דמקלי קלייה ובגיטין נ"ד המנסך חייב וא"כ לא שוו מידי ואם יוודע ללוקח ודאי לא ירצה בדמים שנתן רק בתשלומן א"כ ל"ח תו גזל דזכה בהן המוכר אף דישל"מ ל"ה יאוש מ"מ היכא דאנן סהדי דאלו יתוודע לבעלים היה ניחא להו מהני כמ"ש הש"ך בחו"מ סימן שנ"ח סק"ב ואף דכתב שם דזה חשוב בהיתרא אתי לידי' והכא מתחלה באיסורא אתי לידיה ול"מ יאוש הא מ"ט ל"מ יאוש באתי באיסורא לידו משום שחייב בהשבה כמ"ש תוס' בב"ק דף ס"ו בד"ה ה"נ והכא דנאסר בהנאה ולא שוו כלום אינו השבה רק אם ישלם אחרים תחתיהן כיון דחייב בתשלומין ולא מצי למימר הש"ל ובריטב"א ב"מ כ"ב ע"ב בד"ה אייתי משמע כהש"ך.

ועמ"ש עוד בריטב"א בקידושין שם נ"ו ע"ב כתב דרב דדייק ממשנה ושלהן היתה ושל שביעית דאין מקדשין בגזל דאחרים פליג אר"ח דירושלמי וא"כ קשה לרב דיוקא דר"ח ולר"ח קשה דיוקא דרב ועיי"ש ובמל"מ שם כתב הכלל העולה מהירושלמי הזה יש ללמוד שני דברים האחד דס"ל מקדשין בגזל והשני דמי שמכר דבר לחברו ונמצא מק"ט שהמעות הם גזל בידו ואם קידש בהם את האשה למ"ד אין מקדשין בגזל א"מ א"ד ולע"ד מאד קשה שיסבור הירושלמי מקדשין בגזל כיון שאין המעות שלו וגם היא מחויבת להחזיר לנגזל וללוקח ואם מיירי לאחר יאוש הא במכרן וקידש בדמיהן דלוקח ל"י הוי ישל"מ לכן נ"ל עפימ"ש בהג"א פא"נ דמחילה בטעות מהני מכח יאוש כיון דנתן המעות לחברו אף דטעה מ"מ נתייאש ותוס' דל"כ התם הכי כתבתי לעיל בסימן כ"ז משום דס"ל אף דטעו הנותן והמקבל מ"מ חשוב באיסורא בא לידו דמחויב בהשבה אבל כאן דקידש אשה במעות הללו הוי יאוש וש"ר ומקודשת כדלעיל ריש הסימן נמצא ל"ק על רב מהך משנה וגם על ר"ח ל"ק ממשנה דשל שביעות דר"ח דאמר ז"א מקדשין בגזל היינו בגוונא דמכרן וקידש בדמיהן דנתייאשו בעלים.

ובמל"מ שם נסתפק במוכר איזה דבר לחברו ונמצא בו מום נהי דהוי מק"ט מ"מ המעות שקיבל ל"ה גזל שהרי מקח זה דמים לו אלא שבשביל המום אינו שוה כמו שפסק וה"ר מהרמב"ם פ"ד מממרים שכתב דאם נחלקו שזה אומר פסול וז"א כשר פטור ממיתה ואי אמרת דמק"ט המעות הם גזל ממחלוקת זה יוצא לדבר שזדונו כרת כגון אם מכר לחברו לולב או ציצית או שופר זה וקידש המוכר אשה באותן מעות דלדברי האומר פסול הוי מק"ט וא"מ בהמעות ולדברי האומר כשר מקודשת עיי"ש ולבבי ל"כ ידמה כיון דע"י מום הוי מק"ט ובטל כל המקח וצריך להחזיר כל המעות ולא סגי בשיחזיר מה שאינהו בשוייו כדאיתא בחו"מ סי' רל"ב ס"ד ומ"מ כשקידש במעות זה מקודשת

דהוי יאוש וש"ר. ולכל הפירושים לשון ירושלמי קשה דהמשנה אמרה קידש בדמיהן וירושלמי אמר בשאין דמיהן ולולא דבריהם י"ל כיון דמק"ט הוא בשלא ידע הלוקח הדמים גזל ביד מוכר אלא דנתייאש וכמ"ש לעיל מהג"א אך לפימ"ש הרמב"ם והמחבר בחו"מ סימן שנ"ג דגם ביאוש וש"ר בלקח מגנב מפורסם צריך לוקח להחזיר המעות לנגזל ועיי"ש בש"ך דכ"ע מודו בזה כיון דלוקח ידע שהוא גנוב באיסורא בא לידו וצריך להחזיר לנגזל עכ"פ מה ששוה יותר מדמים שנתן בעדו וא"כ כאן באשה דלא נתנה כלום או אפ"ת דהוי כנתנה פרוטה דכן דמי אשה כמ"ש הרא"ש בהא דקידשה בשט"ח עכ"פ צריכה להחזיר היותר מפרוטה והיא לא נתרצית להתקדש רק בכל הדמים שנתן לה ולמה מקודשת אך איתא בפרק הגוזל ומאכיל ובחו"מ סימן שס"א דגזל ובא אחר ונטלן מהגזלן ואכלן אחר שנתייאשו הבעלים פטור ואם לא אכלן צריך להחזירן לנגזל והנה בר"פ האומר מבואר בקידש אשה ואמ"ל האמ"ל לאחר ל"י ונתאכלו המעות תוך שלשים מקודשת כיון דמעיקרא ע"ד קידושין נתן לה ואם תחזור בה תתחייב להחזיר הקידושין וע"כ חשוב כאלו הוא בעין עדיין כמ"ש הרא"ש שם ומבואר בתוספת בפרק מרובה דף ס"ט בד"ה כל שלקטו דאם אחר יאוש בא אחר ונטל הגזלה חייב לשלם לגזלן כיון דצריך הגזלן לשלם לנגזל והא דאמרינן דאם אחר אכלו אחר יאוש פטור היינו דפטור מהנגזל לא מהגזלן עיי"ש וא"כ כאן דקידש בדמיהן אם אכלה הקידושין אם לא תהא מקודשת תצטרך לשלם להמקדש כיון דהוא צריך לשלם ללוקח אף דלוקח נתייאש כיון דבאיסורא בא לידו לכן חשוב כאלו בעין וחלין השתא הקידושין אבל כ"ז שדמי הקידושין בעין דצריכה להחזירן ללוקח אינה מקודשת וז"ש בירושלמי בשאין דמיהן דנתאכלו אצלה אזי מקודשת וע"ז אר"ח ש"מ מקדשין בגזילה בכה"ג דאחר שנתאכל אצלה אחר יאוש תהא מקודשת וגם הגרסא שאין מקדשין בגזלה היינו אפילו אחר יאוש אף דהוי אצלה יאוש וש"ר מ"מ הרי צריכה להחזיר לנגזל כ"ז שהן בעין ומה דפסיקא לירושלמי דמכרן וקידש בדמיהן מיירי דהאשה ידעה שזה דמי האיסור והלוקח לא ידע שזה איסור משום דאם לא ידעם האשה יכולה לומר לא ניחא לי בגנבה כמ"ש ב"ש בריש הסימן סק"ב ואם הלוקח ידע שזה איסור הנאה הא קי"ל בהכיר בו שהמעות פקדון וכמ"ש ב"ש כאן ס"ק נ"ח ועוד דבלא"ה לכל הפירושים קשה מנליה לירושלמי דהמעות הוי גזל לוקמוה דמכרן לרשיעי או לנכרים דשוו לדדהו וכ"ש למ"ד דגנבת עכו"ם כשהטעו אינו אסור עיין חו"מ סימן שמ"ח אע"כ ס"ל לירושלמי כיון דלנכרי שוה או בלוקח רשע וידע הוי חליפי א"ה ואסורין הדמים גם כן בהנאה וכמו דבגופן א"מ ה"ה בדמיהן וע"כ מיירי המשנה דמכרן ללוקח שלא ידע שהן א"ה והוי מק"ט דצריך להחזיר הדמים ואינן חליפי א"ה.

ספק מקודשת כתב ב"ש עיין רא"ש ור"ן שכתבו אפילו לא ידע י"ל דהוי כהלואה כיון דדרך מו"מ בא לידו וכתב אב"מ לדינא כיון דהכריע רמ"א בחו"מ ס"ס כל"ב דהיכא דהוי מק"ט ה"ל כבע"ח א"כ ה"נ כהלואה עיי"ש ול"נ דהתם אחר שכבר הוציא המוכר המעות ה"ל כבע"ח אם אית לו זוזי לפרוע בזוזי כיון דיהיב ליה זוזי ונהנה בזוזי אפילו הוא גזלן אבל הכא דנין כשקידשה באותן דמים אז הוי גזלן דכ"ז שהם בעין אסור להוציאן דהא מבואר בתוספת בר"פ המוכר את הפירות דכ"ז שהם בעין א"י לפרוע בד"א לכ"ע דלא נתנן לו להוציאן רק משום דכסבור דקנה המקח עיי"ש א"כ מי הרשהו להוציאן להיותן הלואה כיון דבטעות נתן לו להוציא ל"ד להפקיד מעות מותרין דהתם כיון דלא צייר וחתם ג"ד דאינו מקפיד כשיוציאן הנפקד וצ"ע במ"ש בחו"מ סימן שמ"ח ס"ה דתשלומי גנבה כנזקין דהיינו אפילו אית ליה זוזי נותן לו מטלטלין אם גנב זוזי והוציאן והשתא אית לו זוזי דלפימ"ש הרמ"א במק"ט דהוי כבע"ח ה"נ בגנב זוזי דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל דצריך להשיב כעין שגזל אח"כ ראיתי שכ"כ תוספת בפ"ק דב"ק דף י"א ורא"ש שם סי"א דצריך הגזלן להשיב כעין שגזל לא דבר שיצטרך לטרוח ולמוכרו ולקנות בדמים כעין שגזל והובא במח"א בהלכות גזלה סכ"ג ממילא אם גזל מעות צריך לפרוע דוקא מעות ואדרבה ק"ל כיון דמק"ט הוא והמוכר גזל המעות הל"ל דחמיר מבע"ח דבבע"ח כי לית ליה זוזי ל"א לו זיל טרח ומכור ואייתי זוזי כדאיתא בחו"מ סימן ק"א ואולי בגזלן כיון דכתבו תוספת ורא"ש ואייתי מירושלמי דדרשינן והשיב את הגזלה אשר גזל ובגנבה חיים שנים ישלם דמחויב לשלם כעין שגזל בזוזי וא"כ כשלית לו זוזי צריך הגזלן לטרוח ולמכור ולפרוע בזוזי וכ"כ במח"א שם ולמה כתב רמ"א ס"ס רל"ב דמק"ט דינו כבע"ח וצ"ל כיון דר"ש חולק וס"ל דגנב וגזלן דינו רק כמזיק וא"צ לפרוע בזוזי כמ"ש בהג"א בב"ק דף י"א נהי דתוספת ורא"ש רוב הן ומפרט דכתבו דכ"מ בירושלמי מ"מ המוכר מוחזק בעצמו וי"ל קי"ל ומפרט דגם רמ"ה שבנ"י שם ס"ל דאי לית ליה זוזי א"צ לטרוח ולמכור אבל לומר מט"ז דאפילו אית לו זוזי ידחנו אצל שוה כסף ס"ל לרמ"א כיון דכל טעם דקים לי משום חזקת ממון דמוקמינן בחזקת שהן עכשיו אבל זה דע"כ יצא מחזקתו או ממון או שוה ממון אין הכרע מהחזקה שמחזיק בהן וכיון דעיקר כתוספת ורא"ש צריך לפרוע בזוזי דאית לו כבע"ח ויותר מזה כתב הש"ך בחו"מ סימן קל"ג ס"ק י"ג לענין מגו להוציא דל"א דוקא אם בא להוציא בלא דמי אבל אם נותן דמים ומוציא החפץ ל"ה מגו להוציא הרי כיון דנ"מ רק בין החפץ והמעות סמכינן אמגו להוציא ואף דאפשר החפץ שוה יותר ולוקח מוחזק במקחו כ"ש כאן דמוחזק בהמעות והשוה כסף וע"כ יצא אחד מחזקתו ואין נ"מ רק בין המעות או מחירו דנסמך ארוב פוסקים להוציא המעות.

ועוד הא כתב בכנה"ג דא"ל קי"ל כיחיד לבד ולכן הכא לענין לכופו למוכר לטרוח ולפרוע בזוזי יש דעת רמ"ה ודעת ר"ש דא"צ כמו בניזקין משא"כ כשיש לו מעות דגם לרמ"ה צריך לפרוע במעות נשאר רק דעת ר"ש ולפי טעמים אלו א"ש נמי מה שפסק רמ"א בחו"מ סימן שנ"ד ס"ה דגנב כלי ונשבר צריך להחזיר דוקא כלי שלם או דמיו ודוקא דאית ליה זוזי אבל אם לית לו זוזי יכול ליתן לו השברים בשוויין כשאר מטלטלין עיי"ש ומיושב מה שהקשה שם בהגהת הש"ך סק"ז ועכ"פ הרי ס"ל לרמ"א שם בגנב כשיש לו זוזי צריך דוקא לשלם בזוזי או כלי שלם כמו שגנב ואם אין לו זוזי ל"א לו זיל טרח ומכור ואייתי זוזי לכן פסק נמי במקח טעות דדינו כבע"ח דדוקא דאית לו זוזי צריך לפרוע זוזי משום דגנב נמי דינו הכי ולפ"ז הל"ל דודאי א"מ אך הרא"ש כתב דלולא דברי הירושלמי אפשר לומר כיון שהלוקח נתן דמיהן למוכר להוציאן הלואה הן בידו ומקדש בהן אף דחייב לשלם מביתו מפני שמקחו מק"ט וכתב בבד"ה דזה עיקר דדברים של טעם הם ולפחות מידי ספיקא לא נפקא עכ"ל ולכאורה תמוה הא מה שנתן להוציאם הוי נמי בטעות ואלו ידע לא היה נותן להוציאם א"כ גנוב הוא ביד המוכר וכן תמה בעצ"א לה"ר ממ"ש תוספת בב"מ דף מ"ג בד"ה מאי כיון דמעות אינו קונה אסור למוכר להשתמש במעות וא"כ כ"ש כשהיה מק"ט דלא קנה כלל עיי"ש ונראה כיון דלוקח ל"י דאסור בהנאה וכסבור דנגמר המקח נתייאש מהמעות וכמ"ש לעיל מהג"א ונהי דלגבי מוכר באיסור בא לידו מ"מ האשה קנתה המעות ביאוש וש"ר משא"כ התוספת שכתבו היכא דלא נתן רק מעות וידע לוקח דלא קנה ויכול לחזור בו הוא או המוכר לא נתייאש מהמעות עדיין דרפיא בידו שמא יוחזר לו המעות ועוד אפ"ת דהוי יאוש הא מן התורה מעות קונה ואמרו חכמים שלא יקנה וכשיחזור אחד יחזיר המעות משום שלא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה מה"ט גופא תקנו דלא יקנה המעות ביאוש דאל"כ עדיין יאמר לו כשרמו חיטך בעליה ולא יחויב להחזיר המעות כלל כיון דלוקח נתייאש ובהיתרא אתי ליד מוכר דיאוש קונה ופטור לגמרי כמו באבדה שמצא אחר יאוש כדאיתא בב"ק דף ס"ו וה"נ היאוש עם נתינת המעות באין כאחד בהיתר ולזה כתב הבד"ה דדברי טעם הן ומ"מ היא ספק כמ"ש לעיל ממ"נ אם ידעה האשה דמעות זה ביד המוכר מחמת א"ה תליא בפלוגתא שבחו"מ סימן שנ"ג כשידע הלוקח אם צריך להחזיר לנגזל דמי הגזלה אף דיש יאוש וש"ר ואם לא ידעה הוי ספק דשמא אלו ידעה לא היתה רוצה באיסור כמ"ש הב"ש בריש הסימן סק"ב.

חוץ מאלילים שאם מכרן וקידש בדמים מקודשת כתב בעכ"א דאם חשד הגוי ואח"כ פרע נהי דאסורין הדמים לדידי' מ"מ לדידה מטיא הנאה ומקודשת עיי"ש ול"נ כיון

דביו"ד ס"ס קמ"ד פסק דהוי ספק משום פלוגתת הפוסקים א"כ האשה א"י ליהנות מחמת ספק איסור ולא יהיב לה שום הנאה וכסף ל"ה כיון דלדידיה ודאי אסור עכ"פ מדרבנן ובלא"ה לדידיה אסורין מחמת ספיקא דאורייתא דאפי' לרמב"ם עכ"פ מדרבנן אסור א"כ לא שוו לו כלום.

סעיף כ"ג בכור בזה"ז עחמ"ח דהש"ע סותר א"ע ולע"ד ביו"ד דמסיק לענין איסור מכירה פסק להקל דמותר כיון דאפילו למאן דפסק כרבנן דממון גבוה הוא אין בו איסור דאורייתא במכירתו וכ"כ בריט"א ר"פ פסהמ"ק דאפילו בכור תם חי בזמן בהמ"ק אין איסור דאורייתא למכור לכן פסק ביו"ד וגם בראש"ש פ"ב דמעשר שני דבכור בזה"ז מותר למכור ולקדש בו אך אם כבר קידש בו פסק כאן דהוי ספק מקודשת כיון דרא"ש בב"ק הניח בצ"ע אי הלכה כריה"ג ומפרט לענין חומר עריות דחמיר משאר איסור.

סימן כט

ס"א ע"מ שתחזרהו לי כתב הב"ח דה"ד בכפליה לתנאו דאל"ה התנאי בטל ובאב"מ כתב דאם בטל התנאי מחויבת בתורת שכירות להחזיר אלא דא"ל החזירה אין המעשה בטל וא"כ הכא א"מ דדמיא לחליפין ובנה"מ סימן רמ"א דחה דבריו עיי"ש ובאב"מ כאן כתב דמש"ה ל"ק להו לתוספת בריש המימרא בהילך מנה עמ"ל דבכולהו לא קני הא לא כפל לתנאי אלא אהא דאמר רבא לא החזירו ל"י ול"נ לפימ"ש בערך ש"י על חו"מ שם דא"צ כתנאי ב"ג רק כשיש חלות למעשה אם יקוים התנאי ואפילו ת"כ א"צ לדידן רק כשיש, חלות למעשה בקיום התנאי רק לר"מ אפילו ליכא עקירת מעשה ס"ל דמכלל הן ל"נ לאו עיי"ש ולכן ל"ק להו לתוספת בריש המימרא כיון דס"ל דמתנה עמ"ל ל"ש מתנה בין יקוים התנאי בין לא א"כ ל"צ ת"כ רק אמאי דא"ר החזירו יצא ק"ל א"כ כשלא החזירו למה לא יצא הא ליכא ת"כ ואף דכתבתי שם דרבא דאמר בגיטין דף ע"ה אהא דע"מ שתחזיר לי הנייר מגורשת משום דהוי מעשה קודם לתנאי לא ס"ל הך סברא ואם כן הכא דנמי מימרא דרבא למה לא הקשו תחלה י"ל לפימ"ש מהר"ם שי"ף בגיטין שם דרבא נמי ס"ל ע"מ כאומר מעכשיו כרבי אלא דבעי לתרץ למה לא קתני מגורשת ותחזיר הנייר ולפ"ז י"ל דרבא נמי ס"ל הך סברא היכא דאין חלות למעשה כלל א"צ כתנאי ב"ג אלא כיון דע"מ כמעכשיו ומגורשת צריך כתנאי ב"ג ולכן לא הקשו הכא בריש המימרא מרבא אדרבא דיש לדחות כמ"ש מהר"ם שי"ף וא"ל א"כ תקשי למה ס"ל לרבא הכא להס"ד דעמ"ל בכולהו לא קני והתם בגיטין ס"ל דמגורשת משום דע"מ כמעכשיו דשא"ה בגט דא"צ מתנה שתהנה ממנו דהא כתבו לגט על איסור הנאה מגורשת ומגורשת בע"כ וכיון

דע"מ כמעכשיו חשוב ונתן לה ואף דצריכה להחזיר הגט אח"כ משא"כ קידושין וכן פדה"ב ומכר לס"ד דצריך שיהא מתנה שתוכל ליהנות וכיון שצריך חזרה לא יהיב כלום.

כתב ב"ש דגם להרא"ש שכתב באתרוג מירי בת"כ י"ל בקידושין אף דלא כפר א"מ דלא סמכ"ד דסבורה דמחויבה להחזיר לו ואב"מ השיגו דא"כ בהא דקידשה בשט"ח דאחרים דמאן דס"ל כרבי דל"צ כתיבת קני לך מקודשת נימא דלא סמכ"ד א"ו כיון דדינא דמקודשת ל"א לאו דינא גמירי את"ד ול"נ דל"מ להרא"ש דשפיר כתב הב"ש דהא כתב בפרק הכותב והובא בש"ך חו"מ סימן ס"ו ס"ק כ"ו דאמרינן שמא אינה יודעת הדין ויראה למחול וה"נ איתא בפ"ק דקידושין אטו כולהו נשי דינא גמירי אלא גם להש"ך שם דלא אמרינן כן רק אי מפורש בש"ס דלאו דינא גמירי מ"מ שאני היכא דיש לה לטעות מחמת המקדש דכיון דהתנה ולא כפל הרי כסבור דסגי בהכי ויותר וי"ל בגברא דדינא גמירי מדאמר בפ"ק דקידושין שם אטו כולהו נשי דינא גמירי לכן גם האשה טועה דהתנאי מועיל ולא סמכ"ד משא"כ הך דקידשה בשט"ח ול"כ קני לך הוא להיפך כיון דהוא לא כתב סבירה ודאי בהכי סגי וכה"ג איתא בחז"ה דף מ"א כי היכי דאת לא הוה ידעת הוא נמי לא היה ידע אח"כ ראיתי במהרי"ט ח"א שאלה ק"ב שכתב כסברא זאת ומכח הראיה שכתבתי והובא שכנה"ג חו"מ סימן ע"ט בהגהות ב"י והביא שם שכה"ג כתוב במהרי"ק שרש כף ורשד"ם.

כתב המקנה דנראה פשוט דכל מעמ"ל אם החזירו במתנה עמ"ל וחזר והחזירו נמי מתקיים התנאי ואישתמיטתיה מ"ש הריב"ש סי' שמ"א וז"ל דמוקצה מן הדעת שהמתחייב לתת לחברו איזה דבר שיוכל לתתו במתנה עמ"ל בזה נאמר שקיים תנאו שאם אמרו בפ"ק דקידושין בכולהו קני היינו באותן דברים שחייבה תורה לתת שבזה יצא ידי נתינה כיון דנתינה גמורה לשעתה היא אבל בתנאים שבין אדם לחברו הולכין אחר לשון ודעת בני אדם וכל שהתנה סתם לתת יש לו לתת סתם ולא בתנאי ושיור והובא לפסק הלכה ברמ"א חו"מ סימן רמ"א ס"ו.

הג"ה כדי לקדשה בה תוך למ"ד בחמ"ח וטו"ז השיגו על רמ"א דמה צורך בזה כדי לקדשה וגם ברא"ש ליתא עיי"ש וי"ל דעת רמ"א דבלא"ה יכולה לומר כיון דקדשני סתם ולא פירש בהנאת שימוש עד ל"י ודאי כונתו בגוף החפץ וכמ"ש הר"ן וגם בשו"ת הרא"ש שם וכן בחפץ שלה י"ל כן ואף דנתנה לו עמ"ל הא מיקיים תנאה כשיהיב לה אח"כ דמי וא"כ אם לא יתן לה אח"כ דמי החפץ דביטל תנאו א"מ אבל בנתנה לו עמ"ל כדי לקדשה בו ע"כ כונתה שלא יצטרך ליתן לה דמי החפץ דא"כ מיד היה לה להפנות על הדמים דהא סתם עמ"ל היינו גוף החפץ אלא אחרי נמכר יכול לקיים התנאי בדמים

כמ"ש באב"מ כאן לכן בנתנה לו עמ"ל כונתה היה שיחזיר לה גוף החפץ ולא עלתה ע"ד שיקדשה בו לכן לא התנתה על דמים וכשקידשה בו יכולה לומר כסבור הייתי שיקיים התנאי בדמים.

ומה שלא הוזכר בשו"ת הרא"ש י"ל דז"ל בסי' ל"ה לשון ר"א ובענין מתנה עמ"ל קבלתי ממורי דגם המקדש שאל טבעת עמ"ל והלך וקידש בו אשה סתם מקודשת אע"ג דצריכה להחזיר כדי לקיים תנאו יחזיר ויקנה ממנה ויחזיר ויקיים תנאו ועוד היה אומר מורי דאם נתנה האשה החפץ לאיש עמ"ל עד ל"י וקידשה בחפץ זה תוך ל"י הר"ז מקודשת ומוחזר ונראה דמקדש סתם בטבעת שאולה כמפרש בגופה דמי ולדעת כן נתקדשה לו עכ"ל הנה תחלה אמר קבלתי ואח"כ אמר ועוד היה אומר מורי וי"ל דאופן ראשון נתקבל אצלו אבל אופן שני לא נתקבל אצלו דנראה לו דמקדש סתם כמפרש בגופה דמי א"כ א"ל יתן לה דמי החפץ אינה מקודשת דביטל המעשה משום דלא קיים התנאי ולא כמורו דאמר מקודשת ומוחזר ומורו ס"ל כדעת הגמ"ר שהביא הטו"ז לעיל סימן כ"ח ס"ק ל"ח ואף די"ל מ"ש ועוד היה אומר דזה מרגלא בפיו מ"מ י"ל דבזה פליג הר"א על מורו.

ועוד מדאמר מורו יחזיר ויקחנה ממנה ויחזיר ויקיים תנאו ע"כ ס"ל דלא סגי בהחזרת דמים וכבעה"ע דאל"כ למה יקנהו ממנה ויחזיר לבעל החפץ מיד יכול ליתן דמיו לבעליו ואטרוחי בכפלא למה ועוד דזה עדיף דאין בידה לבטל הקידושין משא"כ אם נצריכו לקנות ממנה לכן בהאשה נתנה לו עמ"ל ואח"כ קידשה בו מקודשת ומוחזר דאינה יכולה לומר כסבור הייתי דמקדש אותי בגוף החפץ דהא צריך לקיים תנאו וחזרת דמים אינו קיום התנאי מה תאמר סבור הייתי דיחזיר ויקנה ממני דא"כ הברירה בידה שלא למכור לו וממילא יתבטלו הקידושין וא"כ פעל לריק מה שקדשה בחפצה טרם שיקנהו ממנה והוי ליה מקודם לקנות ממנה ואח"כ יקדשה בו ולא דמי כשיש לו חפץ מאחר שניתן לו עמ"ל אף דצריך שיקנה ממנה כדי להחזירו לבעליו מ"מ אפשר שיפייס את בעל החפץ שימחול התנאי או יתפייס ע"י מעות למחול התנאי ואין הבירה בידה אבל לדעת ר"א עצמו ודעת הרא"ש דכל מתנה עמ"ל מקיים תנאו כשמחזיר דמיו גם בנתנה האשה עצמה לאיש חפץ במתנה עמ"ל וקדשה בו סתם יכולה לומר סבור הייתי להתקדש בגוף החפץ והוא יקיים תנאו בהחזרת דמים וא"כ אינה מקודשת רק כשיחזיר לה דמי החפץ ע"כ כתב רמ"א דנתנה לו עמ"ל כדי לקדשה בו דאז א"י לומר כן דא"כ הוי לה מיד להתנות על דמיו וכמ"ש.

ס"ב תן מנה לפלוני בפ"ק, דקידושין ד"ז אמר דמקודשת מדין ערב דאף דלא מטי הנאה לידו משתעביד והקשה ריטב"א הא בב"ב דף קע"ג ע"ב אמר בהנאה דמהימן ליה גמר

ומשעבד נפשו ואיך אפשר לומר אף דלא מטי הנאה לידו משתעבד ונ"ל דרשב"ם פירש שם דשליחותיה דערב קעביד מלוה וכתבתי בערך ש"י סימן קל"א דצריך טעם הש"ס בהנאה דמהימן לו גמר ומשעבד נפשו לסלק האסמכתא כיון דכסבור דלוה יפרע אך לגוף החיוב במה שאינו חייב צריך קנין או שטר לפיכך צ"ל דשליחותיה קעביד מלוה ולזה ה"נ לענין גוף החיוב ערב משתעבד מטעם שליחות וכן האשה מתקדשת בזה ואסמכתא ליכא הכא דאינו ע"ת דהא תן מנה לפלוני לחלוטין וגם הנאה דמהימן לה ל"ש כאן דלא ניתן על דעת לפרוע אח"כ וכן מבואר בירושלמי פרק האיש מקדש דמטעם שליחות הוא ויבואר בסמוך.

הג"ה אבל אם הרויח זמן מלוה עפ"י א"מ וכתב החמ"ח בשו"ת רשב"א נתן מעם לד"ז דלאחר מת"מ אין ערב משתעבד ואין הראיה דומה לדין זה דבגמרא מיירי שערב בעד הקרן אחר מתן מעות אז אמרינן שלא על אמונתו הלוהו אבל אם אמר הרחב זמן לפלוני ואני אתן לך הריוח וע"פ הרויח לפלוני למה לא יתחייב הערב במה שנעשה עפ"י עכ"ל וקשה דהא במרדכי ב"מ פא"נ כתוב בשם הראב"ן דערב לא מתחייב על הרבית בלא קנין אף דקיבל עליו בתחלת הלואה והובא בב"ח וש"ך יו"ד סימן ק"ע ומצאתי באב"מ עמד בזה ודחה דברי החמ"ח.

ונ"ל דס"ל להח"מ דדוקא ערב בעד הרבית שמחויב הלוה דיש בו אסמכתא שמא יפרע הלוה בזה כיון דלא הוציא המלוה מעות הרבית מכיסו עפ"י הערב צריך קנין משא"כ הכא מקבל עליו זה לפרוע הרבית ולא יחויב הלוה הרבית כלל דליכא אסמכתא אצ"ק כיון דמלוה הרויח ז"פ ללוה מיד נגמר וא"א לחזור בו דמחילה אצ"ק לכן מיד מתחייב זה שצווהו להרויח הזמן בהריוח דלמה יגרע משכרו לעשות איזה פעולה או דיבור דמיד שנעשה נתחייב בהשכירות ואח"כ מצאתי במח"א הלכות ערב סימן ב' שכ"כ.

עו"כ החמ"ח ועוד דמה בכך שאין הערב מתחייב ס"ס היא נהנית שנעשה ציוויה שפלוני נהנה על ידה ש"פ ומה לי תן פרוטה לפלוני או הרווח זמן לפלוני ואולי הרשב"א מיירי שערב גם בעד הקרן את"ד ואינו מובן כלל תירוצו שערב גם בעד הקרן וכ"כ בעצ"א דאינו מובן ונ"ל דבעשה לי מלאכה ובשכרו אתקדש לך קי"ל דא"מ דישנה לשכירות מתחלה וע"ס והוי מלוה ומשום דלא נתחייבה בשכר המלאכה רק כשעשה המלאכה משא"כ הכא באמר הרווח זמן ללוה ואתן לה כו"כ מיד שהרויח הזמן תו ליתיה בחזרה ומתחייב זה מיד בפעם אחת בשכרו לכן בכה"ג האשה מתקדשת ועיין קה"י הובא בפ"ת כאן סק"ד שכתב ג"כ כה"ג אמנם כשלא רצה המלוה להמתין ללוה משום דירא שלא ימצא לגבות אחיו וגם אינו רוצה שיעמוד ממונו בחנם ובא אחד ואמר למלוה א"ל יפרע

לך הלוה אשלם אני הקרן ובעד ההמתנה אתן לך כו"כ ועפ"י הרויח המלוה הז"פ ללוה כיון דהערבות בלא קנין על הקרן אינו מועיל יכול המלוה לחזור בו מלהמתין דבטעות הרויח הזמן על סמיכתו על הערב וכיון דההרווחת הזמן ישנו בחזרה גם הערב יכול לחזור מליתן הריוח דיכול לומר למלוה החזר בך ולך גבה מן הלוה לכן אף דלא חזרו הערב והמלוה והמתין הזמן שהרויח שייך בזה דין דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף דבכל שעה מתחייב הערב בקצת ריוח והוי מלוה א"כ באשה בכה"ג אינה מקודשת.

ובישוב דברי הרשב"א נ"ל דבירושלמי פרק איש מקדש ה"א התקדשו לי בסלע זה ואמרה לו תנהו לפלוני מקודשת ופליגי ר"ז ור"א ח"א דהבעל נעשה שלוחו של האשה לזכות לפלוני וח"א דפלוני נעשה שלוחה לזכות לה מיד הבעל והדר זוכה לעצמו והובא בח"ר בפ"ק דקידושין דף אית דעת האומר דפלוני נעשה שלוחה של האשה וזה טעמו של ערב עיי"ש ונ"ל ראיה דש"ס דילן ג"כ ס"ל הכי דף נ"ב ע"ב דאר"מ המקדש בחלקו ק"ק א"מ ואמר ר' יהודה אשה בעזרה מניין וקשה הא משכחת דדברו זע"ז בהשידוך ואמרה לו תן לפלוני בעזרה מבשר ק"ק ואתקדש לך אע"כ דתן לפלוני דמקודשת בדין ערב ג"כ הטעם דפלוני נעשה שלוחה וא"כ זה נכלל במה שאמר ר' יוסי וכי אין אשה עשויה לעשות לה שליח לקבל קדושיה בעזרה ולפ"ז באמרה הרווח זמן ללוה ואתקדש אני לך ל"ל כן דלוה נעשה שלוחה לזכות לה את מעות המלוה חדא דאין הלוה עושה שום מעשה רק שומע מהמלוה ההרווחת זמן ובשמיעה לא שייך שליחות כמ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים דף ע"ב ועוד דמלוה להוצאה ניתנה כבר וא"י לזכותו לאחר דאינו בעין ואפילו במעמ"ש לא מהני כה"ג לפימ"ש בשו"ת מהר"ם אלשקר הובא בש"ך חו"מ סי' קכ"ו ס"א ועפ"ד כתב בשער משפט שם סק"ג דה"ה אם המחהו שיתן לו מעותיו בהלואה שאינו נקנה במעמ"ש ושכן מוכח בפא"נ דף ע"א ב' ונהי לדעת מ"ד בירושלמי דבעל נעשה שלוחה ה"נ י"ל דמה שהרווח זמן להלוה נעשה שלוחה אבל למ"ד דדוקא משום דהמקבל נעשה שלוחה לזכות לה וכ"פ בח"ר ל"ל כן בהרווח זמן לפלוני והרי דוקא משום דמקבל נעשה שלוחה וזכייתו של המקבל הוי כזכתה הוא מקודשת אבל משום דנעשה דיבורה אינה מתקדשת דזה ל"ח הנאת ממון לכן אף דכשאמרה הרווח זמן לפלוני ואתן לך רבית הל"ל דמתחייבת מתורת שכירות מ"מ כיון דלא בא לידה כלום ל"ח הנאת ממון ואפשר מה"ט גם משום שכירות לא מתחייבה כיון דלא בא לידה כלום ומבטל כיסו של חברו פטור כדאיתא בירושלמי פרק איזהו נשך ה"ג ועש"ך חו"מ סי' רצ"ב ס"ז ובמח"א הלכות שכירות סח"י.

ס"ז ונתרצתה כתב חמ"ח דזה פשוט כיון דאמרה הן אבל אם שתקה י"ל דלא נתרצית דכסיפא לה למתבעיה וכתב המקנה אף דבקידשה בשט"ח דאחרים דטעמא דא"מ משום דלא סמכ"ד משמע דאפילו אמרה הן הכא שאני דאינו אלא משום כיסופא ובאב"מ ס"ק ח"י השיג ממ"ש תוס' בפא"ש דף קמ"ז ע"ב דשמא בושה לבא לב"ד ולתבוע מבעלה מה שמחל ולכך לא סמכ"ד והאריך דמיירי התם דאמרה הן עיי"ש ולי נראה דמשם ראיה להחמ"ח ומקנה ודדייקו תוס' דבושה לבא לב"ד ולא סגי להו לומר דבושה לתבוע מבעלה א"ו דבאמרה הן לא אמרינן דלא סמכ"ד דכסיפא לה לתבעו אלא התם דצריכה לתובעו בב"ד וכדאמרינן בפ"ק דב"ב דף ה' ע"ב דבחזקת שלא נתן דאמר מי יימר דמיחייבו לי רבנן ופירשב"ם שם במשנה שאין משפט זה גלוי לכל ועד שיחייבוהו ב"ד אינו עשוי ליתן וה"נ במוחל דחיובו רק משום דד"ג ואין משפט זה גלוי לכל דהוא פלוגתא דתנאי ואמוראי ופוסקים אם חייב לשלם כולו אבל מלוה גלוי לכל דצריך לשלם ואין חסר רק תביעתה לכן דוקא בשתקה י"ל אפשר לא סמכ"ד משא"כ באמרה הן כיון דאין אומדנא לומר דלא סמכ"ד תו הוי דברים שבלב וכן דייק הרא"ש בפ"ק דב"מ די"ט דלא סמכ"ד כי אינה רוצה להתקדש לו ותהא צריכה לתובעו לדין אם ימחול ע"כ הרי דהקפידה דוקא משום דצריכה לתובעו לדין תדע דהא הרא"ש שם כתב דדמי הקידושין רק פרוטה ואם חייב לשלם כל שיווי השט"ח מדד"ג לא כסיפא לה למתביעיה כדאיתא בקידושין דף מ"ח דרק בחסר דינר ממאה כסיפה לה למתבעיה וא"כ למה לא סמכ"ד שמא ימחול הרי אז תהא התביעה כל דמי השט"ח והבעל לא ירצה לשלם לה רק פרוטה ולא כסיפא לה אע"כ דשא"ה דצריכה לתובעו לדין והוא בזיון לאשה כדאיתא בכתובות דף צ"ז ע"ב דאינו רוצה שתתבזה אשתו בב"ד לתבוע.

ולא הכירם בו כתב הב"ש דכ"כ המחבר משום דאם הכירה הרי סברה וקבלה והמקנה ואב"מ הקשו דבטור חו"מ סימן רל"ב הביא דברי ראב"ד דאם היה לפניו שק אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור סאה וזה אומר לו הנה לך סאה אגוזים בדינר הר"ז קנה וישלים שהר"ז מכיר שלא היה בו סאה וע"ד שישלים לו נטלו עכ"ל והב"י שם כתב דדברי טעם הם וכ"ע מודו וא"כ יהא המחבר סותר א"ע ונ"ל לתרץ דברי הב"י דא"א לומר שמחויב להשלים רק כשברור הדבר דאל"כ הממע"ה ועכצ"ל דאומדנא ברירא דע"ד שישלים נטלו וכ"ז במכר דלא כסיפא ללוקח למתבעיה אבל אשה די"ל דלא סמכ"ד וכסיפא לה למתבעיה כדס"ל לר"ה בקידושין דף מ"ח ליכא אומדנא ברירא דע"ד שישלים לה נטלה ונהי דהמחבר פסק לעיל בנמצא חסר דינר דמקודשת וישלים לפי מה דמשמע מהרמ"א שכתב וה"ה אם חסר דינר אחד ה"ד התם שלא מבטלין הקידושין דאם נאמר דלא סמכ"ד

וכסיפא לה למתבעיה יתבטלו הקידושין כיון שלא ידעה שחסר דינר מתחלה וכדס"ל לי"ח וה"ט דמ"ד דמקודשת כיון דאינו דבר ברור דלא סמכ"ד וכסיפא לה למתבעיה לא מבטלין הקידושין וכמ"ש כה"ג בהגמ"ר דקידושין הובא בטו"ז לעיל סימן כ"ח ס"ק ל"ח דאפילו אמרה האשה אח"כ אלו הייתי יודע שאינו שלך לא הייתי רוצה להתקדש לך אין בדבריה כלום דדברים שבלב אינן דברים עיי"ש ולכן הכא נמי לא מבטלין. הקידושין משום סברא שאינה ברורה לומר דלא סמכ"ד וכסיפא לה למתבעיה אבל כאן דהכירה ואנו דנין רק אם חייב להשלים אמרינן כיון דאינו ברור דע"ד שישלים נטלה הממע"ה.

ואם יכולה להוציאו ע"י הדחק ה"ז מקודשת ובש"ס איתא ויחליף וכן הוא בריי"ף ורמב"ם וטור וגם הב"י הביא לשון הש"ס ופליאה איך כאן השמיטו והב"ש כתב דר"ן כתב חייב להחליף מיהו אין עיכוב בקידושין א"ל החליף וג"ז תמוה הא הר"ן כתב ואפשר שאין הקידושין תלוין בכך ואיך פשיטא לו להב"ש ובירושלמי פרק הא"מ איתא והוא שיחליף משמע להדיא דתלוין הקידושין בכך ונהי דלגרסת ש"ס בבלי ויחליף י"ל שאין הקידושין תלוין בכך מ"מ אין זה דבר פשוט.

ונ"ל כיון דהר"ן מספ"ל אי הוה תנאי אין לבטל הקידושין לפימ"ש ריטב"א שבב"י חו"מ סימן מ"ו מחודש ר"ז היכא דהמוכר ודאי והתנאי ספק אין ספק תנאי מוציא מידי ודאי מכר דתנאי מלתא אחריתי הוא עיי"ש ולכן ה"נ כיון דיש ספק אם הוי תנאי שהקידושין תלוין בהחלפת הדינר אין מוציא מידי ודאי קידושין לכן סתם המחבר דמקודשת מאחר דאין לנו הכרע בספקו של הר"ן אי הוי תנאי אך כ"ז שלא לבטל הקידושין מחמת ספק תנאי אבל אם נבוא לחייב את הבעל לכופו להחליף יכול הבעל לומר אייתי ראיה דאין זה תנאי רק חיוב דשמא הוא תנאי דאז א"א להוציא מידו דכל תנאי הברירה בידו שלא לקיים כדלקמן סימן ל"ח סל"ו וריי"ף ורמב"ם וטור שכתבו מקודשת ויחליף שלא נסתפקו בספקו של הר"ן אלא או פשיטא להו דהקידושין תלוין בזה או פשיטא להו דהוי רק חיוב להחליף ואף די"ל דע"כ ל"כ הריטב"א סברתו אלא בנידון דידי' שכנגדו עשה חלון לחצרו של זה ברצון בעל החצר אלא דיש ספק אם היה תנאי שיוכל לסתמו כשירצה ומשום דבעל החלון כבר מוחזק בחלונו וכן נראה משו"ת הרשב"א תתקע"ב הובא בב"י חו"מ סימן כ"ט דמשום דכבר ירד הלוקח בקרקע שלקח ויש ספק אם היה תנאי אין מוציאין הלוקח מחזקתו כיון דירד ברשות מ"מ הרי כתב המל"מ פט"ו מטוען הי"א באמצע ד"ה ונחזור דה"ה אפילו לא היו שניהם תפוסים זכה המקבל וצ"ע איך לא שת לבו המל"מ לדברי הרשב"א ונ"ל דספק תנאי אינו מוציא מידי ודאי מכר ה"ד דלא מעמידין אחזקת מרה קמא כיון דאיתרע ומ"מ אם המוכר מוחזק אין מוציאין מידו

וכמבואר במל"מ דדוקא לא היו שניהם תפוסים זכה המקבל וס"ל לרשב"א דהה"ד אם לא יצאה הקרקע עדיין מחזקת המוכר חשוב כמוחזק דאין להוציאו למוכר ולכן גם אם לוקח ירד בה שלא ברשות מוציאין מידו כיון דמעיקרא דדינא שלא להוציא מהמוכר וכמו דס"ל לרשב"א בכל ספק דדינא הממע"ה אי תקפו אידך מוציאין מידו לכן כתב הרשב"א כיון דלוקח ירד בה ברשות אין להוציאו ועמ"ש לקמן סימן מ"א.

וא"ל דהמחבר סמך בדין ממון עמ"ש בחו"מ ס"ס נ"ז דהא י"ל קידושין שאני כמו דמקודשת משום דאיתתא בכ"ד ניחא לה ה"נ י"ל דא"צ להחליף ויש לתמוה על רשב"ם שהביא הב"י שם מכאן דמבואר דיחליף.

ס"ט התקדשי לי בכוס זה בירושלמי פא"מ הלכה ב' על משנה דהתקדשי לי בכוס זה איתא בכוס זה ובמה שבתוכו ש"פ מתקדשת וא"ל א"מ זכה בו ובמה שבתוכו אם יש במה שבתוכו ש"פ מתקדשת וא"ל א"מ לא זכת אלא במה שבתוכו בלבד וכתב הפ"מ דל"ג ובמה שבתוכו אלא זכה בו דבלשון זה לא זכתה אלא במה שבתוכו וקשה דלמא שינה מרישא וכתב כאן זכה בו וגם קשה דלא מחלק בין יין או מים ושמן ובק"ע פירש זכה בו ובמה שבתוכו דאמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו לא זכתה אלא במה שבתוכו ואין הכוס מצטרף לש"פ ודבר זה לא ניתן להאמר דאם אמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו ודאי בתרוייהו קידשה ומצטרפין לכן נראה דהגרסא זכה בו במה שבתוכו וכדאיתא בחו"מ ס"ס ר"ב א"ל משוך קופה זו ובמשיכתה קנה מה שבתוכה קנה מה שבתוכה אע"פ שלא קנה הקופה וס"ל להירושלמי דוקא אם אמר זכה דאזי אינה מקדשה רק במה שבתוכה אלא דאמר שתזכה בו ע"י הכלי מה שבתוכו במשיכת הכלי או בהגבהה אבל אם אמר התקדשי לי בו במה שבתוכו ל"ל הכי דא"כ אינה מתקדשת בו אע"כ דהוה כאומר התקדשי לי בזו בזו דלמ"ד פרטא הוי צריך להיות באחת מהם ש"פ ולמ"ד כללא הוי מצטרפין שניהם לש"פ כדלקמן בסימן ל"א ס"ה.

ואפשר דא"צ להגיה כלל דזה ודאי כשאמר זכה בטבעת זה א"א כשלא אמר האמ"ל או דברו תחלה בעסקי קידושין כדלעיל סכ"ז וע"כ דקאי הירושלמי אמתניתין דאמר לה התקדשי לי בכוס זה וא"כ למה אמר זכה הא סגי שיתן בידה ויאמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו אע"כ משום דלא רצה ליתן לה הכלי לקידושין לחלוטין ובמתנה עמ"ל א"מ כדלעיל ריש סימן זה אלא דיד קונה בתורת רשותו כשכולו בידו או בהגבהה אם אין כולו תוך ידו כדאיתא בנה"מ סימן רס"ח ורצה הבעל שתתקדש מיד שבא הכלי לידה בלא הגבהה ג"ט או טפח לכל מר דאית ליה אך קי"ל כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח כדאיתא בחו"מ סימן ר' א"כ ה"ג ידה לא תקני מה שבתוך הכלי בתורת רשותה

אם לא תזכה בגוף הכלי לכן אמר לה זכה בו ובמה שבתוכו וכיון דסגי שתזכה בכלי עמ"ל דא"צ שיהא שלה לחלוטין אלא שלא יהא כליו של בעל ומתנה עמ"ל שמה מתנה והקידושין הם במה שבתוך הבלי שזה נתן לה לקידושין לחלוטין וכיון דע"כ כל עצמו שאמר זכה בו אינו לקידושין רק שתוכל לזכות במה שבתוכו בלא הגבהה ממילא כיון דסגי שיהא הכלי שלה רק בשעת שתזכה במה שבתוכו לא זכתה יותר בהכלי וצריך שיהא במה שבתוכו בעצמו ש"פ ולא זכתה בהכלי לחלוטין דמיד אחר הקידושין צריכה להחזיר לו ובריטב"א פ"ק דב"מ דף טית כתב בהא דמשוך בהמה וקנה כלים שעליה דבעי ר"א אם קנה הכלים בתורת חצר דכליו ובהמתו הם כחצרו רק משום דלא נתן לו אלא בשאלה שיקנה ע"י הכלים מספ"ל אי מהני עיי"ש י"ל דירושלמי פשיטא ליה דמהני או שאלה אפשר דלא מהני אבל במתנה עמ"ל מהני כיון דקי"ל דשמה מתנה כדאיתא בקידושין דף וא"ו ע"ב הוי כחצרה ותקנה ע"י מה שבתוכה ובתוס' פרק הזורק דף ע"ז ע"ב בד"ה קנתה אשה משמע לכאורה דלא כהריטב"א וכן בתוס' פ"ק דב"מ טי"ת ע"ב בד"ה משוך ובק"ע כתב דהכי איתא בתוספתא פ"ב ובאמת שם חסר כל הסיפא זכה בו וסיים שם ולא זכתה אלא בו במה שבתוכו בלבד ואינו מובן זולת כמו שפרשתי הירושלמי דלא זכתה בכלי אלא ע"י הכלי זכתה במה שבתוכו ובירושלמי פ"ק דקידושין ריש ה"ד לפימ"ש השי"ק ס"ל לירושלמי דמשיכה בכליו של מוכר לא קניא מה שבתוכו ועוד כיון דיש הוכחה ממ"ש זכה בו דר"ל על ידו אמרינן דמ"ש ובמה שיש בתוכו אינו הוספה רק פירש מה תזכה בו במה שבתוכו אף דאמר בוא"ו וכמ"ש במהרי"ט בתשובה חחו"מ סימן כ"ג על שטר שנכתב בו פלוני נתחייב ועשה אפותקי אף דכתוב ועשה בוא"ו לאו אוסיפו קמוסיף אלא פירושי קמפרש במה נתחייבו במה שעשה אפותקי כדאיתא בפ"ק דקדושין בחזקה מנלן ותדר"י וירשתם אותה וישבתם בה במה וירשתם בישיבה אע"ג דכתיב בואו עכ"ל והובא בקה"י בלשון ב"א סי' של"ה ומ"ש בקה"י דממ"ש מהרי"ט שם בסי' פ"א משמע להיפך לק"מ דבסי' פ"א היה הוכחה דהואו מוסיף עיי"ש ולפ"ז י"ל עוד בכוונת הירושלמי דיש חילוק בין התקדשי לי בו או בכוס זה ובמה שבתוכו דלשון התקדשי לי בו משמע בגוף הכוס דהא בו מתקדשת לו אבל זכה בו יש לפרש שתזכה מה שיש בו לכן כשאמר עוד ובמה שבתוכו אמרינן דהוי פירש במה תזכה בו במה שיש בתוכו וכיון דלא אמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו אלא זכה בו ובמה שבתוכו יש הוכחה לפרש כן ומזה ראיה למהרי"ט דגם בלשון בני אדם י"ל וא"ו אינו מוסיף רק פירש מחמת הוכחה.

סימן ל

בכסף ואם א"ל טלי קידושיך מעג"ק כתב מהרי"ל בתשובה סימן ע"ח דל"ה קידושין דאל"כ מי שיש לו מעות במק"א והאשה שם א"צ שליח אלא יאמר או יכתוב לה שתקח אותן המעות ותתקדש בהן והאב"מ דחהו דודאי צ"ל לה בפני עדים האמ"ל ואם יכתוב לה שתקבל מפלוני לפוסקים דכתיבה כדיבור אה"נ דמהני ולפוסקים דלאו כדיבור ה"ה ל"מ כתיבת האמ"ל בכסף את"ד ולי צ"ע הא קי"ל בפ"ק דקידושין דף וא"ו ולעיל סימן כ"ז דהיה מדבר עמה עע"ק ונתן לה כסף קידושין אח"כ בשתיקה מקודשת ופרש"י שם דמסתמא לשם קידושין נתן והאשה קבלה לשם כך וא"כ למה יגרע אם כתב לה אף דכתיבה לאו כדיבור הא א"צ דיבור רק גילוי דעת דלשם קידושין נתן וקבלה.

אך מניין למהרי"ל דזה ל"מ ונראה דלקמן סימן ל"ה ס"ו מבואר דצריך דין שליח בשליחות קידושין ועכו"ם פסול לפי שאינו ב"ב ועבד לפי שאינו בתורת קידושין וכן חש"ו פסולין ולפ"ז אפילו ראו העדים והאשה דזה שולח לה הכסף לקדשה ע"י אותם פסולים א"מ ואם טלי קידושיך מעג"ק מהני מה צורך לדין שליחות הא השליח מעשה קוף בעלמא עשה להוליך לה הכסף והאשה בעצמה נטלה הכסף לשם קידושין והאיש שלח לשם קידושין דעדיף מהיו עסוקין בע"ק דכאן חזינן נמי דלשם קידושין שלח וקבלה ובמתנה ומו"מ מהני כמ"ש בנה"מ בסי' קפ"ב ס"ב ולמה יגרע קידושין אם לא דטלי קידושך מעג"ק לא מהני דילפינן ויצאה והיתה וצריך שיתן לה האיש הכסף קידושין להכי צריך שיהא השליח בר שליחות דאז שלוחו כמותו כאלו נתן הוא ויש לדחות עפימ"ש בתוס' גיטין דס"ו ע"ב בסד"ה הא כתב הגט ולפי מה שפירש הפנ"י שם בד"ה א"נ עיי"ש דהיכא דעשה שליח צריך שיהא כשר לשליחות אף דמצאו באשפה כשר וא"צ שליחות בכתיבת הגט מ"מ אם ציוה לשליח אף דטעה וכסבור דמהני שליחות כזה מ"מ אנן פסלינן ליה וה"נ אף דטלי קידושך מעג"ק מהני מ"מ כששלח ע"י שליח צריך שיהא כשר. לשליחות.

עו"כ באב"מ דבפ"ב דקידושין דף מ"ח איתא דקידשה במלוה שי"ל אצל אחר במעמ"ש מקודשת ומעמ"ש אינו אלא כמו זכיה שזוכה הלוה החוב למקבל ומה"ט כתבו תוס' בפ"ק דגיטין די"ג ע"ב דבלוה גו' ל"מ מעמ"ש ואי נימא דבטלי קידושך מעג"ק א"מ א"כ ודאי ה"ה אם יהא הכסף עג"ק ויאמר זכי הכסף להאשה ותתקדש נמי ל"מ כיון דהבעל לא נתן וא"כ היכא מהני מעמ"ש לקידושי אשה כיון דליכא נתינה מיד המקדש דמלוה להוצאה ניתנה אלא מוכח דמתקדשת בטלי מעג"ק א"ד ול"נ דודאי אם כספו של המקדש מונח עג"ק ואומר לאחר זכי הכסף להאשה ותתקדש הוי שפיר נתינה מיד

המקדש דבזכי צריך להיות שלוחו של בעל הממון כמ"ש תוס' בפא"נ דף ע"א ע"ב ובחידושי ר"ן, פ"ק דב"מ דף י"ב ובירושלמי בגיטין פרק התקבל ה"א א"כ הוי כנתן לה ע"י שליח שלו ואף לפימ"ש בערך ש"י חו"מ סימן קפ"ח דהזוכה נעשה שליח לנותן ולמקבל מ"מ הא בגט נמי מהני אף דהאשה נטלתו רק הבעל סייע לה כדאיתא בהזורק דף ע"ח דעייק לה חרציה ושלפתו מאחוריו ולקמן סי' קל"ח ס"א א"כ ה"נ דהזוכה נעשה שלוחו ושלוחה וא"כ ה"נ במעמ"ש במלוה דל"ל דלוה זוכה למקבל דנעשה שלוחו של מקבל דהא מלוה להוצאה ניתנה והמעות עכשיו שלו והוא בעל הממון כמבואר בתוס' פא"נ דף ע"א ע"ב וא"כ איך זוכה בשלו לאחר דהא מבואר ברא"ש בב"ק דף ק"ב דאין אדם זוכה בשלו לאחר אא"כ יזכה לו ע"י אחר ועכצ"ל דעשאוהו למעמ"ש כאלו תחוב פקדון בידו והמפקיד מזכה למקבל ע"י הנפקד א"כ לא הוי כטלי מעג"ק דהא הנפקד שלוחו של מפקיד נמי.

עו"כ האב"מ דלפמ"ש בסימן קל"ו דשיטת תוספת ורא"ש בגט שנתן לה לפקדון ואח"כ מגרשה בו ל"מ כיון דלא נתן מתחלה לגירושין א"כ הא תני בקידושין דמ"ז התקדשי לי בפקדון שי"ל בידך מקודשת ועכצ"ל בקידושי כסף מקודשת בטלי מעג"ק א"ד ונראה לפימ"ש הרא"ש בפ"ק דפסחים דנפקד משאיל רשותו למפקיד וקרוי ביתו דמפקיד וכ"כ רשב"ם הובא בטו"ז חו"מ סימן קע"ט א"כ בפקדון דמעיקרא הרשות של מפקיד וכשמקדשה מסלק עצמו מהרשות ונעשה רשותה ל"ח טלי מע"ג וכדמוכח בהזורק דע"ז ע"ב בהא דתיזל ותיחוד כמ"ש תוס' שם כיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוי כאלו נתנו לה והא דמייתי האב"מ מהרא"ש ותוס' היינו בגט בידה ומשיחה בידו וכן הא אל תגרשי אלא בב"ד פלוני התם מחזקת הגט להתגרש בו ואינה משאלת המקום דלצורכה מחזקת בו וכ"כ במקו"ח סי' ת"מ לענין משכון כיון דלצורכו מחזיקו בביתו אינו משאיל מקום לבעל החמץ ע"כ הוצרכו הרא"ש ותוס' לומר כיון דלשם גירושין נתן לה לא הוי כטלי גיטך מעג"ק ולפ"ז י"ל לשון הברייתא שבירושלמי פרק האיש מקדש התקדשי לי בפקדון שי"ל בידך והלכה ומצאתו שנגנב או נאבד אם נשתייר שם ש"פ מקודשת דיל"ד במלת שם מאי בעי אלא דנה"מ בפתיחה לסי' ר' כתב דאין רשות הנפקד קנוי למפקיד רק בייחד לו מקום וכמ"ש מהרי"ט וקצו"ח ס"ל כיון דאושלי מעיקרא לכל מקום שיניחו כ"מ מקומו דמפקיד הוא עיי"ש וא"כ למהרי"ט ונה"מ דדוקא בייחד לו מקום קנוי המקום למפקיד לכן ה"נ דוקא אם נשתייר שם במקום שהונח מתחלה דאל"כ הוי כטלי מעג"ק וגם לקצו"ח דוקא בהניחו הנפקד מדעתו אזי אותו המקום שאול למפקיד אבל טלטולהו אחרים בלא דעת הנפקד ממקום למקום הרי מקום שני לא השאיל הנפקד למפקיד

דנהי דאושלי מעיקרא לכל מקום שיניחו היינו מקום שיניחו הנפקד דהוברר דמשאיל לו אותו מקים ע"כ צריך דוקא אם נשתייר שם במקום שהונח מדעת המפקיד ועדיין צ"ע מהא דאמרינן דרשב"א ס"ל מלוה ברשות בעלים לחזרה ולכן מתקדשת במלוה אם נשתייר ש"פ וכדאיתא בפ' הא"מ מ"ז ב' והתם הלוה מחזיק המעות לצורכו ולא השאיל המקום למלוה ויהא כטלי מעג"ק ואפשר דכיון דס"ל לרשב"א דמלוה ברשות בעלים לחזרה מעיקרא נתן לו רק שיהא פקדון עד שיוציא המעות והדר דינו כפקדון דרשות הנפקד קנוי למפקיד כיון דאפשר יזדמן למלוה עסק טוב ויצטרך המעות רוצה שכ"ז שלא יוציאן הלוה יהא לפקדון לבד אבל בגט מה דרוצה שלא תתגרש מיד כדי שיוכל לחזור מלגרשה אבל לאו לצור עפ"י צליחותו כדפריך בב"ב דע"ו וכי לצור עיי"ש באס"ז וא"כ אינו צריך שיהא פקדון בידה.

ובשו"ת ח"ס א"ע סימן פ"ב כתב דפקדון כיון דנעשית שומר ידה כידו וכשמקדשה נשתנה מידו לידה הוי כנתן בידה משא"כ בגט דבשטרות לא נעשה שומר עיי"ש וכן מבואר במלחמות פ"ב דב"מ אהא דראה סלע דבנעשה שומר יד שומר כיד בעל הסלע וכמונח ברשות הבעלים דמי ולפ"ז א"ש הא דמלוה בח"ב לחזרה דהאשה יש לה דין שומר על המעות טרם שתוציאם ונראה דגם לפימ"ש י"ל הך עפימ"ש מהרי"ט בפרק הא"מ שם דכל שהמעות בעין כיון דנתרצה הוא לקדש בהם והיא נתרצית להתקדש דעתה להפקיע זכותה אצלו כדי שתתקדש בו דכה"ג אמרינן בקידשה בגזל שלה ואמרה אין עיי"ש ודבריו צ"ע דבשלמא בגזל שלה שביד הגזלן יכול לזכות אם מקנית לו דידו קונה לו אבל במלוה דכבר קנתה והמעות שלה לדידן דקי"ל דאינו ברשות בעלים לחזרה דעלה קאי מהרי"ט עיי"ש אף שדעתה להפקיע זכותה במה יזכה המלוה כיון דאין המעות בידו אמנם למ"ד דמלוה ברשות בעלים לחזרה הרי הממון שלו אלא דהוי כטלי מעג"ק לזה י"ל שפיר כיון דרצונה להתקדש אקנויי אקני לו מקום המעות כדי שיהא המעות מונח ברשותו וע"י הקידושין תצא המעות והמקום מרשותו לרשותה ותו לא יהא כטלי מעג"ק דכיון דא"צ לקנות המקום רק בתורת שאלה שיהא באותו רגע מעותיו מונח ברשותו קני בתשמיש זה וכמ"ש הקצו"ח סי' קפ"ט. דלשאלה לתשמיש קונה במה שמונח שם חפציו וגם הנה"מ מודה בזה דמה שהשיג שם על קצו"ח לא שייך כאן עיי"ש ובבכורות דף ח"י ע"ב אמר אקנויי ליה מקום בחצרו דניחא ליה דליתעביד מצוה עיי"ש אף דלא אמר דמקני לו המקום וכ"כ בפרישה סימן ש"כ במכר פרה מעוברת בכסף אף דלא פירש דמקני המקום אדעתא דרבנן מקנה ודעתו נמי אמקום כדאמרינן בא"ע סימן כ"ח גבי משאיל טבעת לקדש בו אשה וכתב בחידושי רע"ק ביו"ד שם סימן רצ"ד דדוקא

במידי דמצוה אמרינן דדעתו שיהא באופן המועיל וכיון דאינו מועיל בלא קנין המקום אמרינן דהוה כפירש דמקנה המקום עיי"ש לכן ה"נ בקידושין הוי כפירשה דמשאלת לו מקום המעות כדי שיועילו הקידושין משא"כ בגט דאין מצוה שתתגרש.

ולפ"ז מה שכתב האב"מ דמדברי הרמ"פ והרמ"א לעיל סימן כ"ח. ס"ה שכתבו בחטפה מעות מאיש ואמר לה התקדשי לי בהן דאם שתקה א"מ משמע דבאמרה הן מקודשת מוכח דטלי מעג"ק מקודשת ולפימ"ש אינו ראיה דכיון דאמרה הן נעשה מיד פקדון אצלה וכמ"ש הב"ש שם סקט"ז וא"כ נעשה ג"כ מקום המעות מושאל אצלו וע"י הקידושין נשתנה מרשותו לרשותה ל"ה כטלי מעג"ק ועמ"ש בסעיף ג'.

ורשד"ם חא"ע סכ"ד הוכיח דטלי מעג"ק בקדושין מקודשת מברייתא בפ"ק דקידושין ד"ח ע"ב התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים א"מ ואם איירי שהוא נתן לה לא הל"ל נטלתו אלא התקדשי לי במנה וזרקתו לים עיי"ש.

ולכאורה אם נימא דנטלתה מעצמה מענ"ק מקודשת הל"ל דסתמא תחלה נתרצית להתקדש ותכ"ד חזרה ובקידושין תכ"ד לאו כד"ד דאם לאו לקידושין נטלתה למה נטלתה הא ממילא כשישאר מונח עג"ק אינה מקודשת א"ו דנתן בידה ואם היה נשאר בידה היתה מקודשת לכן זרקתו לים והוכיח סע"ת דלא נתרצית לקידושין אלא נראה דאמר נטלתו וזרקתו דתיכף שנטלתו זרקתו דאם אחר כ"ד לא מהני וכ"כ חכ"צ סי' קט"ו דלאחר כ"ד ל"מ.

ומ"ש החת"ס דבפקדון ל"ה כטלי גיטך מעג"ק משום דנעשית שומר וידה כידו צ"ע דא"כ בהא דתנן כנסי שט"ח זה דמהני אם אמר לה אח"כ הר"ז גיטיך הא בגט ושטר אין דין שומרין וגמרא דפריך הא הוי טלי גיטיך מעג"ק לא פריך רק אהא דשלפתו כמבואר ברא"ש שם בגיטין דף ע"ח.

ס"ג ואותו המקום של שניהם בעיא דרב ביבי בפ"ק דקידושין ד"ח ע"ב וכתב שם בח"ר אף דבמכר אין קונים זה מזה כשהניח על קרקע חצר המשותף כיון דמחזיר לקדשה מושיל לה המקום א"ד כונתה לדחותו ואינה רוצה להתקדש א"ד ויש להבין חדא עדיין מ"ש ממו"מ דאין קונין זה מזה ועוד במה קנתה המקום בלא שום חזקה וצ"ל כמבואר בבכורות דף ח"י ע"ב דאקני ליה מקום בחצרו דניחא ליה דליתעביד מצוה בממוניה ואף דזה רק לר"ט ורע"ק פליג הא שם קאמר טעמו של רע"ק כיון דאית ליה פסידא לא מקני וכתבו תוס' שם דגם בלא שום קנין קונה משום דגמר ומשעבד נפשו ונ"ל דה"ט דע"י הקנין חזינן דגמר להקנות ולקנות ולולא הקנין אפשר דלא גמר בלבו וכמ"ש הרמב"ם פ"ה דמכירה הי"ג וזה דוקא כשאין אומדין דעתו להקנות רק חזינן דאומר בפיו

צריכין קנין דעי"ז נדע דגם בלבו גמר אבל כשלא אמר כלום רק מחמת אומדנא אמר דאקנויי אקני משום דניחא ליה דליתעביד מצוה ממילא האומדנא מועיל בלא קנין דהא האומדנא על מה שבלבו ועכ"פ חזינן דמשום דמצוה הוא אקני וגמר א"כ ה"נ שאני קידושין ממקח וממכר דבמו"מ אפשר לא מקני ואפשר לא גמר ומזה ראיה למ"ש לעיל בס"ב שו"ר באב"מ דכתב לפרש דברי ח"ר בהתוס' מבכורות הנ"ל והתוס' שם כתבו דהבעיא משום דהסלע של שניהם אפשר דסמכה דעתה והקשה מהרי"ט בחי' שם אפילו סמכ"ד עדיין במאי קנתה הרשות דהא צריך שהקידושין יבואו לידה או לרשותה עיי"ש ואישתמיט ליה דברי התוס' בבכורות ועמ"ש במהדורא בתרא.

ס"ד ד"א כתב בחידושי רמב"ן בגיטין דע"ח דטעמא דמאן דמקדש אדעתא דרבנן מקדש דד"א ד"ת אין קונות ואצ"ל כל שיכולה לשמור ותקנתא דרבנן בגט משום עגונות ומשום לתא דגיטין תקנו בקידושין משום ויצאה והיתה וכ' האב"מ תינח בגיטין דאפקיענהו לקידושין אבל בקידושין איך מקודשת מדאורייתא ול"ל דאפקו לקידושי שני דלא אשכחן בקידושי דרבנן דלא תפסי קידושי שני וכל קידושי דרבנן רק להצריכה גט וא"כ מה בין קרוב לה דתנן דמקודשת ובין מע"מ דמקודשת וא"מ הא בשניהם רק צריכה גט ונראה דשאני קידושין כיון דמדרבנן קנתה הרי הגיע לה הנאה מחמתו וכמ"ש הר"ן ס"פ הא"מ לענין דמי א"ה ולענין קידשה בגזל אחר יאוש ומשום דהוי כרקוד לפני וכמ"ש בנה"מ סימן שמ"ח אלא דקשה ממ"ש בחי' רמב"ן בפ' המוכר אם הספינה דף ע"ז להוכיח דמכשנ"ח מדאורייתא מדאר"מ בקידושין דמ"ח דקדשה בשט"ח דאחרים מקודשת וגם תירץ האב"מ נדחה בזה אך מ"ש י"ל דקנין דרבנן בעלמא כגון מכשט"ח דאין התקנה משום דרצונם שיועיל בקידושין אלא כיון דתקנו לענין ממון ממלא ה"נ בקידושין אבל לא אכפת להו שיועיל בקידושין כדאורייתא נשאר בקידושי דרבנן לבד כיון דלא עלה ע"ד המקדש ומתקדשת דתתקדש בהנאה שמגיע לה מחמתו אלא דעתם שתתקדש בגוף השט"ח ובשיעבוד שבו וכמו מלוה אפרוטה דעתה אפרוטה אבל בקנין ד"א וביכולה לשמור דתקנו שתתגרש לגמרי משום תק"ע ומשום ויצאה והיתה רצו שגם בקידושין תתקדש לגמרי באופן המועיל ואפשר שתקדש לגמרי בהנאה שמגיעה מחמתו דעת רבנן שתתקדש באותו הנאה וכיון דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש הוי כפירש שתתקדש באותו הנאה וכיון דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש הוו כפירש שתתקדש באותו הנאה ואף דקידשה בשטר א"א לומר הכי מ"מ אין דנין אפשר מא"א וכל מה שהיו יכולים להשוות קידושין לגיטין השוו.

אמנם מלשון רמב"ם וכה"פ משמע דלא חלקו בזה בין קידשה בכסף לקידשה בשטר לכן נראה דשאני קידושי דרבנן דעלמא כגון קידשה במעמ"ש דהתקנה היתה בעלמא רק ממלא הוי קידושין דרבנן נמי אבל הכא דרצו להשוות קידושין לגט משום ויצאה והיתה לרן כמו בגט דאפקיענהו לקידושין משום תק"ע ה"נ בקידושין אם בא אחר וקידשה הפקיעו קידושי השני וגם רי"ו יודה בזה דלא כחמ"ח סק"ה ובקו"א למקנה כתב להקשות על רמב"ן מיבמות דף ל"א דספק ק"ל בגט מדאורייתא מוקמינן לה אחזקת א"א ואם בק"ל אפקיעו חכז"ל הקידושין ואין כאן חזקת א"א אדרבה נימא דהוי קרוב לה דאקמוה בחזקת פנויה א"ד ולק"מ דהא מצואר בתוס' פ' השולח דף ל"ג בד"ה ואפקיענהו דגם כה"ג חשוב חזקת א"א כיון דאנו החזקנוה כך ובתב"ש סימן ח"י ס"ק כ"ט הביא עוד ראיות דכה"נ חשוב חזקה.

ס"ה ספק ק"ל עב"ש בשם מהר"ם ובקו"א של מקנה כתב דדברי תוס' בגיטין ע"ח שהקשו לישני דל"י הי מנייהו קדים משמע דלא כמהר"ם ולפימ"ש בנה"מ בכללי תפיסה סק"ז דמהר"ם לא אמר רק כשלא ראו כל מה דאפשר לראות בשעת מעשה דאין שם עדים עליהם א"כ אף דלא ידעי הי קדים מ"מ אז כשבאו לתוך הד"א לא היה עדיין נ"מ רק אח"כ כשקידשה ובשעת קידושין לא היה אפשר להם לראות מה שהיה מעיקרא בזה מודה מהר"ם דהוי ס"ק

ובשו"ת מיימני איתא עוד טעם דאוקמה אחזקה ובנו"ב ובמקנה כתבו משום דעדים אוקמוה אחזקה הוי כמקדש בלא עדים ובית מאיר הקשה הרי שנינו נתן הוא ואמרה היא ספקא הוי ונמי נימא שהיא בחזקת פנויה א"ו דהיכא דאתרע החזקה ע"י מציאת המעורר על הספק עכ"פ במעלת יוחסין מדרבנן לא מוקמינן אחזקה עכ"ל ובקו"א המקנה כתב דתמוה דא"כ בכל ספק קידושין כגון שמא ש"פ במדי ובקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה בסימן ל"ג וע"מ שיש לי דחיישינן שמא י"ל ושמא הרהר תשובה כדלקמן סל"ח למה הוי ס"ק.

ונ"ל דבפ' בכל מערבין אמר רבא דבתרי חזקה מקילין גם בתרי ותרי אבל משום חדא חזקה לא מרעינן סהדי כפרש"י שם וקשה דבפד"א דל"א מוקי רבה ור"י משנה דסקיל בתרי ותרי והתם ני איכא תרי חזקה חזקת פנויה וחזקת כסף הקידושין דמעיקרא היה שלו ונהי דרבה ור"י בפ' בכ"מ לא מחלקי בין חדא חזקה לתרי חזקות בתרי ותרי מ"מ איך יתורץ לרבא וצ"ל בשלמא בשאר איסור דחדא חזקה מכריע לקולא בספק אזי כשנתוסף עוד חזקה מכריע גם בתרי ותרי אבל במעלת יוחסין דגם בשאר ספק לא מכרעת חדא חזקה א"כ בתו"ת אף דנתוסף עוד חזקה לא מרעינן לסהדי כיון דגם זולת תו"ת לא מהני

חדא חזקה ליכא רק חזקה אחת נגד תו"ת א"כ נהי דבמעלת יוחסין לא מקילין משום חזקה אחת אבל כשנסותף עוד חזקה מקילין כשהספק אינו משום תרי ותרי וכה"ג אמרינן בפ"ק דכתובות דט"ו דמשום מע"י לא מקילין בחד רובא רק בתרי רובא אך חזקת ממון מה יועיל כיון דהמקדיש בעצמו נתן לה על אותו ספק הוי תפיסה ברשות דקי"ל דאין מוציאין מידו אף דמתנגד לחמ"ק אבל בספק קרוב לה דאנו מסופקין אם בא לרשותה כלל מהני חזקה דמעיקרא לענין הממון ואף כשתפסה אח"כ הוי תפיסה שלא ברשות לאחר שנולד הספק וא"כ אנו דנין על הממון ועל הקידושין ויש תרי חזקה ול"ש כל הנהו קושיות ולפימ"ש לעיל בסימן כ"ז בנתן הוא ואמרה היא אף שיתבטלו הקידושין מ"מ זכתה בכסף משום דנתייאש כשבא לידה ג"כ מתורץ קושית הב"מ מנתן הוא ואמרה היא כיון דבין כך ובין כך יצא הכסף וחמ"ק ועמ"ש לקמן בסי' קע"ג

סימן לא

ס"א מקודשת כ' ב"ש אם מקדש באב"ט מבואר ברש"י ותוס' דאין הקידושין חלין אף לאחר שנישום והב"מ הקשה מרש"י ותוס' בפהא"מ דף נ"ג ע"ב דכתבו אם קדשה במע"ש אין השידוכין חלים עד שתגיע לירושלים דבגבולין אין ש"פ וא"א שיחולו והשתא ומה התם שודאי לא סמכה דעתה בשעת קידושין דהא מט"ז אינם חלים מעתה כ"ש הכא עיי"ש ונראה דהיא הנותנת דהתם דודאי א"א שיחולו מעכשיו דעתם שיחולו כשיהא ש"פ דהא קי"ל בכתובות דף ע"ד דאדם יודע דבפחות מש"פ אינו קידושין ובפ"ק דבכורות דף טית ע"ב אשה יודעת שאין מע"ש מתחלל על ידה ועולה ואוכלת בירושלים ובחו"מ סימן קצ"ה ס"ה בהג"ה מבואר דבסתם אמרינן דהוי מעכשיו באופן המועיל דודאי בכדי לא הוה עביד וכתב שם הנה"מ דבלא ה"נ כ"מ סתמא הוי מעכשיו רק מיירי דלולא הטעם דבכדי יש הוכחה לומר דל"ה מעכשיו עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דבכדי לא עביד ודאי דעתם שיחול לאחר שיהא ש"פ וזה דוקא במנה דיודע שאין קידושין בפחות מש"פ משא"כ באבנים טובות ל"ל כן דפליגי וסתמא דעתם שיחולו הקידושין מעכשיו וכיון דמעכשיו לא חיילי תו לא חיילי

והה"מ פ"ז מה"א הח"י כתב דמלשון רמב"ם נראה שמפרש דאפילו ר"י לא אמר שיתבטלו הקידושין כיון שלא נשימו קודם קבלתה כמו שפרש"י ז"ל אלא שאין חלין עד שיהיו נשומין ומ"מ לענין דינא לא נ"מ לן מידי דהא איפסקא הלכתא דשיראי ל"צ שומא וממ"ש הרמב"ם והיו של משי שהאשה מחמדתן נראה שהוא סבור שאין הדין כן בכל דבר עכ"ל ותמהו מהרי"ט ולח"ם דהה"מ סותר א"ע מינים וביה דהא נ"מ בדברים שאין מחמדתן דאף דצריך שומא מ"מ יחולו הקידושין אחר שומא ונ"ל דשיעול דברי הה"מ

ומכל מקום אף דמצא פירש לאריכות לשון הרמב"ם עדיין קשה לענין דינא לא נ"מ מידי ולא ה"ל לרמב"ם לומר רק מקודשת וסתמא כמו בכל מקום דמקודשת בשעת קידושין וכן סתם כאן המחבר אלא מכח זה וממ"ש הרמב"ם וכו' נראה שהוא סבור שאין הדין כן בכל דבר וא"כ יש נ"מ ובזה מדויק דברי הה"מ דהפך הסדר דתחלה ה"ל לומר הך וממ"ש דזה כתוב ברמב"ם קודם.

אך לפי המבואר בנדרים פי"א דף פ"ה ע"ב דסתם גמרא פריך וכי אמרה הכי קדשה והא משעבדן ידיה לבעל ומשני דאמרה לכי מגרשה ופירש הר"ן דאפילו למ"ד אדם מקדיש דשלב"ל פניך דכה"ג לא מהני דאפילו איהו לא קאמר אלא באומר בפירש שיחול אותו דבר באותו זמן שאפשר לו לחול כההיא דתנן לאחר שאתגייר אבל סתמא ודאי מהשתא משמע ועיי"ש דפירושו מוכרח וא"כ ה"נ נ"ל במידי דצריך שומא וא"א לחול מהשתא שיחול אחר שנישום כיון דלא פירש להדיא שיחול אח"כ וע"כ רק רב יוסף ס"ל שיחול אח"כ ומאיזה הכרח למד הרמב"ם כן ואפשר משום דהל"ל רבה אמר מקודשת ור"י אמר א"מ ומדאמר צריכי שומא משמע דמקודשת אחר שנישום ולפי מ"ש באס"ז שם בנדרים אהא דאמר רב יוסף שאני קונמות פירש מן שטה ס"ל לר"י התם אף שאינו חל מעכשיו מיחל חייל לאחר דאפשר לחול גם כשאמר סתם ולפ"ז לדידן לא נ"מ כלל דבמידי דצריכי שומא אינה מקודשת כלל גם אחר שנישום תדע דהא בפ"ב דקידושין דף מ"ח אהא דקידשה בשט"ח דאינה מקודשת משום דלא סמכ"ד דשמא ימחול לא אמר דאם לא מחל מקודשת מאז שגבתה וכן סתמו כה"פ אע"כ כיון דלא חלו הקידושין מיד תו לא חיילי ורב יוסף ע"כ מוקי לה באוקימתת אחרות דאיתא התם.

ועוי"ל נהי דדייק הה"ג מרמב"ם דדוקא בשיראי הלכתא דא"צ שומא ולאו בכל מידי מ"מ לא איפסק הלכתא כר"י ונשאר בספק ואם כן היא ספק מקודשת וא"ל להחזיר הקידושין לרמב"ם דבכל ספ"ד אי תפס לא מפקינן כ"ש הכא דבא לידה ברשות וא"כ א"א שיחולו הקידושין לאחר שומא דעדיף מגזלה ממנו דא"י לקדשה בו כדעת השא"י שבב"ש סימן כ"ח ס"ק ט"ז דהתם יכול להוציא בדיינין וכאן א"י להוציא ול"ל ממ"נ דהא אפילו תימא דאינה מקודשת והממון שלו מ"מ כיון דא"י להוציא בדיינין א"י לקדש בו וא"כ לא נ"מ לדבר שאינו שיראי כיון דלא ידעינן הלכתא ועוד כיון דבשיראי דמתאוה להן גמרה ומיקנייא נפשה א"כ בכל מידי יש ספק שמא מתאוה דיש רוצה במחט יותר מבשריון ואולי דבר זה צריכה וחשוב אצלה אבל ר"י ע"כ ס"ל גם בשיראי ודאי א"מ מדהביא ראיה מעגל זה לפדיון דלא אמר כלום לכן חלין הקידושין כשנישום ועחמ"ח

לקמן סי' נו"ן סוף סק"ד דרמב"ם ל"ב דבס"ק חייבת להחזיר הקידושין והמקנה בקו"א שם כתב דבס"ק א"י להוציא הקידו שין מידה דהממע"ה ועמ"ש בסמוך ס"ה.

ועוי"ל דברמב"ם פ"א מזכיה הי"ד כתב ישראל אינו קונה קרקע מעכו"ם אלא בשטר שאין דעתו סומכת אלא על השטר לפיכך ישראל שלקח שדה מעכו"ם ונתן הדמים וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקין בנכסי הגר זכה אחרון וכתב הה"מ הא אם החזיק הראשון אע"ג שלא הגיעו השטר ואח"כ החזיק השני זכה הראשון וראב"ד ורשב"א ס"ל דלא זכה הראשון והקשה הכ"מ הא כתב הרמב"ם דישראל אינו קונה מעכו"ם בחזקה ותירץ כיון דעכו"ם קיבל הכסף נסתלק ולא הוי קרקע דעכו"ם אלא של הפקר ואעפ"י שזה אינו מתכוין לזכות מן ההפקר מ"מ כיון שהחזיק לשם קנין עלתה לו חזקה עכ"ל וצ"ל ואף דישראל לא סמכ"ד בלא שטר כיון דעכו"ם אנס ובלא שטר יגזול ממנו ומה יועיל לו אם רפק בה פורתא וצ"ל בשלמא קנין מעות אינו מועיל כיון דירא שהעכו"ם לא יניח הקרקע בידו וירא להפסיד מעות לא גמר ליתן המעות בכל לבו עד שיהא לו שטר לכן אין המעות קונה משא"כ חזקה אין ריעותא בהקנין והנה בהג"א פא"נ כתב הא דמחילה בטעות קונה דאף דטעה מ"מ נתייאש מהמעות והוי יאוש וזכה זה שבידו הממון מהפקר ועמ"ש בסימן כ"ז א"כ ה"נ נהי דהמקדש שקידש בלא שומא טעה דל"צ שומא ואדעתא דקידושין נתן מ"מ נתייאש מהשיראי דכסבור שנתקדשה והן שלה וזכתה בהן מהפקר אף דלא נתכונה לזכות מהפקר רק מהבעל לשם קידושין מ"מ החזיקה בהן לשם קנין וקנתה וכמ"ש הכ"מ התם ואף דלא סמכ"ד זה הוי ריעותא במה שמקדשה נפשה במחיר השיראי דיראה שמא אינו שוה חמשין זוז ודעתה להתקדש רק בחמשין זוז אבל במה שהחזיקה בהשיראין ברשותה אין ריעותא והוא ממש כהחזיק בשדה וא"כ איך אפשר שתתקדש באותן שיראין אחר שנישומי כיון דכבר אינן של המקדש והרשב"א שהביא הב"ש שכתב דא"צ לחזור וליטלו המינה דהוי כפקדון בידה אזיל לשיטתו דהתם בשדה נמי ס"ל אף דהחזיק הראשון לא קנה השדה כיון דלא סמכ"ד והנה סברת הכ"מ תליא בפלוגתא דרב יוסף ואביי ביבמות דף כ"ב ע"ב אהא דתניא החולץ ליבמתו וחזר וקידשה אם קדשה לשם אישות צריכה גנו ואם לשום יבמות א"צ גט ואמר רב יוסף מ"ט דהוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה א"ל אביי מי דמי התם לא מיכוין למקני הכא קמכוין למיקני הא לא דמיא אלא לעודר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא דקני עיי"ש דה"נ מיכוין למקני מהעכו"ם ובאמת הפקר הוא דקני לאביי אבל לרב יוסף ל"ק וכן כאן נתכונה לזכות השיראין של המקדש ובאמת הפקר הן ולכן לרב יוסף אף דלא חלו הקידושין טרם שנישום עדיין לא זכתה בהן אף דנתייאש המקדש

מכח טעות וביאוש אינו יוצא מרשותו עד שיקנה הזוכה כמ"ש קצו"ח ונתיבות בחו"מ בכ"ד לכן חלין הקידושין אחר שנישום משא"כ לדידן דס"ל כפרכא דאביי מיד זכתה האשה מכח יאוש וא"א שתתקדש בהן אח"כ לכן שפיר כתב הה"מ אף דלרב יוסף חלין הקידושין אחר שנישום ליכא נ"מ לדידן היכא דלא נתקדשה במידי דצריך שומא.

ס"ג שמא ש"פ במק"א לרמב"ם אם ש"פ בנמצא מקודשת מדאורייתא וכתב ב"מ דלשיטת מהר"ם שבסימן למ"ד ס"ה דבספק מציאות מוקמינן אחזקה מ"מ אינו מוכרח דפליג הכא אהרמב"ם כי י"ל דספק העומד להתברר לא מוקמינן אחזקה עכ"ל לכאורה לא משמע הכי בר"פ האשה בתרא דיבמות בהאשה שהלך בעלה וצרתה או חמותה למדה"י דאמר שם דמוקמינן לה אחזקת היתר לשוק ואחזקת היתר ליבום והתם נמי עומד להתברר דהא במדה"י ידוע אם ילדה צרתה או חמותה כמו הכא דיש עדים אם ש"ס במקום אחר גם בנוב"י סימן נ"ז כתב בנולד ספק טרפות בחיי הבהמה יש לחלב חזקת היתר אף דעומד להתברר אחר שחיטה דלהקל אז אין אנו בקיאין בבדיקה.

ס"ד הולד כשר בחמ"ח סקי"א הקשה מדאמר בש"ס דהא דפרשו רבנן מהאי משפחה לא משום דס"ל כשמואל והא להרמ"ה אף דס"ל כשמואל דחוששין שמא ש"פ במדי הולד כשר ונ"ל כיון דלא אתברר בש"ס אי הלכה כשמואל או כר"ח וכ"פ פסקו כר"ח לכן הולד כשר דגם לשמואל הולד פסול רק מדרבנן דספק ממזר כשר מדאורייתא ושמא הלכה כר"ח הוי ספק דרבנן וס"ס בדאורייתא דשמא אפילו ש"פ במדי א"מ כלל דאין לנו אלא מקומו ושעתו ואת"ל אי ש"פ במק"א מקודשת עדיין שמא אינו ש"פ בשום מקום ומ"מ ס"ל להרמ"ה דצריכה גט משני משום חומר עריות וכמ"ש ר"ב במרדכי פרק החולץ דכמה ס"ס מצינו בש"ס דהחמירו וה"נ יש לחוש עוד שמא יתברר אח"כ שזה ש"פ במק"א וספק כזה חמיר משאר ספק וכדאיתא בפ"ד דכריתות די"ז ע"ב עיי"ש ברש"י בד"ה אפשר לברר איסורו וכו' אפשר שיבא לאחר זמן בקי שיכיר וכיון שזה חשש איסור דאורייתא וגם יש תקנה בגט החמיר משא"כ לענין הולד אבל הנהו דפרשו מאותו משפחה אי הוי ס"ל כשמואל ליכא רק חדא ספיקא ומדינא פרשו ובמהרי"ק שרש פ"ד כתב דאפילו יהיו המתירים במקדש בפחות מש"פ רובא מ"מ משום חומרא דא"א פשיטא ופשיטא דיש לחוש לאסור עי"ש הנה הפליג דפשיטא ופשיטא אף שיהיו הפוסקים לקולא הרוב וצ"ע הא לשמואל עצמו אינו רק ספק ואפילו יהא ספק תורה כדעת הרמב"ם מ"מ מהצטרף רוב דס"ל כר"ח עדיף מס"ס דאפילו בספק גירושין או מיתת בעל סמכו בתשובת הספרדיים על ס"ס אף דאתחזיק איסור דא"א ובסוף דברי מהרי"ק שם כתב הכא שהיה ספק מקודשת וכמעט קרוב לודאי מקודשת כיון שלדעת

רוב הפוסקים הלכה כשמואל עכ"ל ותמוה דלשמואל עצמו אינו רק ספק מקודשת כמבואר בפ"ק דקידושין די"ב ואיך יהא קרוב לודאי משום רה"פ כשמואל ואפכא י"ל דנצרף המיעוט המקילין להספק אם ש"פ במק"א ולחזקת פנויה ואפשר דלשמואל דאם ש"פ במק"א מקודשת קרוב לודאי דתערה או תאנה במקום שאין גדלין ש"פ וכיוצא בשאר פירות וכדומה ולפ"ז אף דס"ל לרמ"ה להצריכה גט משום דלשמואל קרוב יותר לאיסור תורה מ"מ לענין הולד דספק ממזר מותר מדאורייתא וכתבתי בחידושי ליו"ד סימן ק"י דאפילו רובא או חזקה לאיסור מ"מ אינו ודאי ממזר ומותר מה"ת לכן כיון דמספ"ל שמא הלכה כר"מ הוי ספק דרבנן ולקולא ובמ"ש י"ל סתירת מהרי"ק דהכא כתב דאם נשאת תצא ובשרש קע"א כתב דבספק קידושין ל"ת ועמד בזה הב"ש וכתב דספק ש"פ חמיר ולפימ"ש י"ל או משום דאפשר יתברר שיבואו אנשים ממקום אחר ויאמר דהתם ש"פ דקרוב לודאי דבמקום דאינו מצוי וצריך שיבוא ממרחקים ש"פ התם שו"ר בב"מ שכתב נמי ה"ט דעומד להתברר ועוד כתב דלהתוס' הוי ודאי קידושי דרבנן עיי"ש ואפשר לזה נתכוין מהרי"ק דקרוב לודאי מקודשת דס"ל כהתוספת דמקודשת מדרבנן משום גזרה אך מ"ש דכן ס"ל רה"פ כשמואל מ"מ הא דס"ל כר"י דהוי משום גזרה אינו מבואר ברה"פ וגם לר"י וסייעתיה אינן קידושין ודאי דרבנן רק אם ידוע שש"פ במקום אחר כמבואר בב"ח וב"ש סק"ז.

ס"ה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו בפ"ב דקידושין אמר רבה מתניתין ר"ש דדוקא כשאמר שבועה לכ"א הוי פרטא ורמב"ם פסק כמשנה זו ובפ"ד דנדרים פסק דלא כר"ש ועמד הכ"מ בזה ונראה די"ל גם לרבנן דפרטי הוי דוקא כשאין הוכחה דנתכוין לכללא אבל כשיש הוכחה מודו רבנן דיותר מזה מצינו בעדים דא"ח ומגיד וביש הוכחה נאמן לומר שטעה בדיבורו ונתכוין להיפך כדאיתא בב"מ דף כ"ח ע"ב וכה"ג ביו"ד סימן רי"ח ס"א וא"כ כיון דאדם יודע שאין מקדשין בפחות מש"פ כדאיתא בכתובות דף ע"ד יש הוכחה דנתכוין לכללא שתתקדש בכולם כיון שאין בכל אחת ש"פ אלא די"ל שאין הוכחה מבוררת דשמא א"י שאין כ"א ש"פ אמנם אם צריך שומא מקודם הרי ידע והנה רבה ס"ל בפ"ק דא"צ שומא ופסק הש"ס שם הלכתא שיראי א"צ שומא וכתבו תוס' דדייק דוקא שיראי אבל אבנים טובות וכדומה צריכי שומא וכתב בח"ר דלפיכך לא אמר הלכתא כרבה משום דרבה ס"ל כל מידי א"צ שומא ורמב"ם כתב דוקא שיראי דאשה מתאוה להן א"צ שומא וא"כ לרמב"ם נמי רבה ס"ל כל מידי א"צ שומא להכי לא אמר בש"ס הלכתא כרבה דהלכתא דא"צ שומא רק שיראי וא"כ כיון דצריך שומא לפני הקידושין הרי ידע דאין בכ"א ש"פ וודאי לכללא איכוין לכ"ע כשלא אמר התקדשי

התקדשי וא"ל למה לא מוקי רבה ככ"ע ומיירי כשנישום חדא כיון דלרבה א"צ שומא דוחק לאוקים כשנישום מקודם ועוד דיותר רבותא ליתני דגם בלא התקדשי, התקדשי פרטי הוי כשלא נישום מקודם ואף דאמרינן כשקידש בפמש"פ והדר בעל דאדם יודע שאין קידושין בפמש"פ וגמר ובעל לשם קדושין דע"כ הפירש דתחלה לא דייק וטעה רק כשבעל ודאי דייק שלא יעשה איסור וכמ"ש בח"ר שם וכן מוכח בפ' ב' דקידושין דף נו"ן בקידש בפמש"פ והדר שלח סבלונות דתנן דמחמת קידושין הראשונים שלח הרי דטעי בהכי ה"ד התם דחזינן דקידש בפמש"פ הרי טעה אבל כשיש לפרש כונתו בשעת קידושין על נקלה שמיכוין לכלול שתתקדש בזו ובזו אחזוקי אינשי בדלא גמירי לא מחזיקינן וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן ס"ו סט"ו ס"ק נ"ו א"כ ודאי י"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכדאיתא בערכין דף ה' באומר ערך פלוני פחות מבן חדש דצריך ליתן דמיו דאדם יודע שאין ערך לפחות מבן חדש ונתכוין לדמיו ומבואר בריטב"א כתובות פ' אעפ"י דף נ"ח ע"ב דגם רבנן ל"פ אר"מ רק משום דצריך לשנות הלשון מערך לדמים אבל כשיש לפרש לשונו באופן המועיל גם רבנן מודו דא"א מד"ל עיי"ש וכ"ש כאן דעשה מעשה י"ל בכדי לא עביד לכ"ע.

ס"ה ב"ש סקי"ג היכא דמפסיק בין דיבור בזו ובזו אפילו תכ"ד חיישינן שמא חזר וצריך שיהא כ"א ש"פ ואז מקודשת בודאי ואב"מ השיג על הב"ש דדוקא כשחוזר לבטל מעשה הקידושין א"י גם תכ"ד אבל לקיים הקידושין כגון דלא היה ש"פ באחת מהן וחזר תכ"ד לנתינה ראשונה ואמר בזו ובזו ועדיין ראשונה בעין מצטרפין לשו"פ א"ד ולע"ד לדינא צדקו דברי ב"ש כיון דבנתינה ראשונה שהתמרה לא היה שו"פ קי"ל דהוי ספק קידושין לרמב"ם ספק דאורייתא ולר"י עכ"פ מדרבנן עשו ספק קידושין וא"כ אם יחזור בו א"צ להחזיר לו התמרה גם כשהיא בעין כיון דלבטל הקידושין לא מצי לחזור גם תכ"ד הרי זכתה באותו תמרה וא"כ הממע"ה וכמ"ש לעיל ס"א ותו אין התמרה שלו לחזור לקדש בצירוף עוד תמרה וכמו שכתב בריט"א ריש פרק שני דבכורות בד"ה ואולם לעד"נ דה"ט היכא דיש ס"ס דמהני לענין איסורא לומר דקנה הגוי הפרה ואין הולד בכור מבהמת ישראל מ"מ כיון דלענין ממון ל"מ ס"ס להוציא חשוב ממונו של ישראל וחל על הולד קדושת בכור וכן להיפך אם קנה ישראל פרה מגוי במעות די"ל ס"ס דקנה מ"מ כיון דל"מ ס"ס להוציא מן הגוי חשיבא בהמת גוי ופטורה מן הבכורה דאיסורא בתר ממונא גריר וא"כ ה"נ כיון דל"מ חזרת המקדש להוציא הממון מידה חשוב הממון שלה אפילו אם באמת אין ש"פ בשום מקום מ"מ לדידן מספ"ל וא"א להוציא ממנה בדין חשוב שלה ולא חזי תו לאצטרופי לקדשה כשיתן לה עוד פחות מש"פ אפילו כשתאמר אין דכיון דמן

הדין הוא שלה צריך שיטלו ממנה לזכות בו ול"ד למ"ש ב"ש סי' כ"ח סקט"ז דבחטפה ממנו והדר קידשה בו ואמרה אין דמהני דשא"ה דגזלה ממנו וכשאמרה אין נעשה פקדון בידה וממילא הממון שלו משא"כ הכא דמדינא א"י להוציא מידה חשוב הממון שלה ולא מהני רצונה דבמה יזכה בלא משיכה וכל זמן שלא משך יכולה לחזור מליתן לו חשוב הממון שלה וכן מוכח מהריט"א הנ"ל דל"מ הס"ס כיון דא"י להוציא בדיינין אם יחזור אחד מהם אף דלא חזרו ועומדים בדבריהם וכ"ש כשלא אמרה אין דשתיקה לא מהני גם להב"ש דבסימן כ"ח ס"ק ט"ז ולשא"י גם כשאמרה אין ל"מ עיי"ש.

ס"ז התקדשי לי חציך וכו' בפ"ק דקידושין ד"ז א"ר א"ל התקדשי לי חציך א"מ ופריך נפשטו קידושי בכולה כמו במקדיש מקצת בהמה ומשני הכא יש דעת אחרת והקשו בתוס' א"כ חציך בפרוטה וחציך בפרוטה למה לא יועיל הא גליא דעתה דמתרצית בכולה ותרצו דמיירי דאמר ה"א מאורסת דאינו לשון הקדש ולא מתפשט בכולה וכה"פ לא חלקו בכך וכתב מהרי"ט דאפילו ידענו דמתרצית דנפשטו קידושין בכולה כיון דלאו ברשותו דנפשטו קידושיה בכולה מכחו ואם באת לומר כיון שמתרצת להתקדש מקצתה ממילא פשטו בכולה דרשאה היא בגופה א"כ קידושין מחמת דידה מפשט ולא מחמתו ואנו בעינן שיקח האיש את האשה ולא שתלקח היא עצמה את"ד ואינו מובן הא כל קידושין א"א רק ברצונה ונראה ביאור הדברים לפימ"ש הר"ן בנדרים כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמר כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל אלא כיון שמסכמת לקידושי האיש מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כהפקר והבעל מכניסה לרשותו את"ד וא"כ מצד האשה ל"ל דנפשט בכולה כקדושת גוף של בהמה דאינה מקדשת א"ע רק מפקרת א"ע לבעל ולא אמרה תורה רק בהקדיש חצי בהמה דממילא הקדש פשט בכולה לכן כשאמר לה הבעל התקדשי לי חציך לא פשט בכולה כיון דיש דעת אחרת והאשה אינה מקדשת נפשה רק מפקרת נפשה והפקר אינו מתפשט בכולה ואם באת לומר הרי שומעת דאומר לה שתתקדש לו ומתרצת הרי מתרצית שתהא הקדש ונפשט בכולה לזה אמר מהרי"ט דא"כ היא מקחת א"ע להיות מקודשת לו וזה לא מהני רק שתפקיר עצמה לו ולכן באמר לה תתקדש לי חציך לא פשט בכולה ואם היה מכח דיבורו ממילא נפשט בכולה היה כמקדש כולה כאחד אבל כיון דממילא לא נפשט בכולה וצריך דיבורו שיאמר עוד חציך בפרוטה וחציך בפרוטה והאשה מסכמת ומפקרת עצמה נמי לחצאין הוי קידושין לחצאין לכן בעי הש"ס אי מהני ומצאתי באב"מ שהביא ג"כ דברי הר"ן ומ"מ השאיר בקושיא דברי מהרי"ט וגם הטה דברי רמב"ם לכונה אחרת וא"י למה.

ופרתך מכורה לי בפרוטה משמע אם אמר בשתי פרוטות הוי קידושין אע"ג פרה לא נקנית במעות ל"ד לקני את וחמור משום דאורייתא מעות קונה ומהרי"ט תירץ כיון דשייך בה קנין אחר ל"ח כחמור ונראה דלא ניחא ליה כתירץ הב"ש דס"ל דגם קודם שיקבל מש"פ ליכא קנין במעות כלל דעקרו ח"ל הקנין לגמרי וכמו שביארתי בערך ש"י על חו"מ סימן ד"ר והבית שמואל ס"ל דכ"ז דלא מקבל מי שפרע הוי קנין והכא ע"כ מיירי דלא חזרו בהם ומשך הפרה כמ"ש בריטב"א דא"ל משך פשיטא דבתך ופרתך בפרוטה קאמר וא"מ כלל וא"כ כה"ג אם אמר בשתי פרוטות ל"ה כקני את וחמור כיון דלא נתבטל המקח ע"י קבלת מש"פ הוי מעות קנין ולפ"ז אם אמר בתך ופרתך בשתי פרוטות ולא משך הפרה וחזר אחד וקיבל מש"פ דאזי לכ"ע נתבטל הקנין מעות למפרע י"ל להב"ש דהוי כקני את. וחמור אך נראה דהעיקר כמהרי"ט דיש ס"ס חדא שמא הלכה כמ"ד קני את וחמור קנה האיש מחצה וחדא שמא דכאן דמהני בו קנין אחר עדיף מקני את וחמור וא"י לומר בקנין שלם אני רוצה כמו בקנה פרה וטלה ומשך הפרה בסימן ר"ג ס"ב ועיין נה"מ סימן שפ"ב ס"ח.

סימן לב

שלא לדעתה הר"ז ספק הקשה באב"ע ת"ל כיון דנעשה שלא מדעת המתחייב הוי מפ"כ ונ"ל כיון דשטר זה לא מיחייבה עד שתקבלו דאם יצא מיד הבעל או אחר יכולה לומר שלא יוסר לה הבעל מעולם א"כ לא נגמר עדותן שבחתימתן עד שתקבלו מרצונה ומחייבת את עצמה ול"ד לשטר מכר או הלואה דמוכר או לוה מתחייב כשיהא השטר ביד לוקח או מלוה תדע דהא בחו"מ סל"ט סי"ג איתא דאין כותבין שטר למלוה אף שיאמר לעדים לא תתנו לי השטר עד שיאמר לכם הלוה היום שתתנו לי וא"ל תקרעי וכתב שם הב"ח והש"ך משום דיש לחוש לערמה והלא ת"ל דמדינא פסול כיון שנכתב שלא מדעת המתחייב אע"כ כיון דמעיקרא נכתב שלא יתנו למלוה בלא ציויי הלוה ואז יהא מדעת המתחייב נגמר רק אז עדותן וכ"ש הכא דהא התם יש צד חיוב אם יתנו העדים למלוה בלא ציווי הלוה או יפול מהעדים וימצא המלוה ואח"כ מצאתי שם בתומים שהקשה שם כן דת"ל דנכתב שלא מדעת המתחייב ונה"מ שם תירץ כיון שלא נגמר עדותן עד שימסור הלוה או בציוויו ליד המלוה חשוב מדעת המתחייב מעיקרא עיי"ש וכ"ש הכא דא"א כלל שתתחייב עד שיהא השטר בידה וכמ"ש.

ס"ב שמין את הנייר צ"ע מ"ש מהא דחו"מ סימן קצ"ח סעיף י"ב כיון שהתחיל למשוך כבר גילה דעתו שאינו רוצה לקנות בחזקה זו אלא במשיכה וה"נ כיון שכתב שטר אירוסין וקידשה בתורת שטר הרי גילה דעתו שאינו רוצה לקדשה רק בתורת שטר

ובחו"מ סימן רס"ח סעיף א' דפסק רמ"א דבד"א ונפל עליה דלא אמרינן כיון דנפל עליה גילה דעתו דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד"א שא"ה דד"א קונה לו שלא מדעתו ובהכי ניחא דלא קשה מהא דסימן ר"נ סי"ז דמתנת שכ"מ בקנין ל"ק כיון שגילה בדעתו שאינו רוצה להקנות אלא בקנין וכן התם סי"ח בשטר והובא קושיא זאת בפ"ת על חו"מ סימן רס"ח ס"א דשאני ד"א דקונה של"מ אבל מכאן קשה ובגמרא בפ"ב דקידושין דף מ"ח דאמרו רבנן מספ"ל אי עח"כ או עמ"כ או דמספ"ל אם כתבו שלא מדעתה כשר לכן אמרו שמין את הנייר אם יש בו ש"פ י"ל משום דכל מה דהוכרח לאוקים הברייתא בשטר אירוסין היינו לרב דאמר מקדש במלוה א"מ דלא יהא כתנאי ולרב ס"ל בב"ב דף קנ"ב במתנת שכ"מ שכתוב בה קנין דארכבה אתרי ריכשא שיהא זכות למקבל באיזה שיהא טוב לו יותר ואיתא התם ע"ב דגם בלא כתוב קנין בשטר רק מסר השטר למקבל הוי כקנין כפירשב"ם שם וה"נ י"ל דמש"ה נתן לה שטר אירוסין דשמא לא יהא ש"פ בנייר תתקדש בתורת שטר עכ"פ ספק קידושין ובהכי ניחא מה שנתקשו המפרשים למה צ"ל דרבנן מספ"ל אי מקודשת בשטר הא מצי למימר דס"ל דודאי אינה מקודשת בשטר דלא כר"מ ולפימ"ש א"ש דאם ודאי אין השטר מועיל ל"ל ארכבה אתרי רכשי ובהכי מתיישבים דברי תוס' שם שכתבו בד"ה שמין דלר"מ אפילו איכא בנייר ש"פ א"מ דאמר עח"כ הקידושין דהקשה רש"ל איך נשמע מה"ט דעח"כ שאינה מתקדשת בתורת כסף אם יש בנייר ש"פ ועוד א"כ מ"ט דרבנן דאם יש בנייר ש"פ ודאי מקודשת הא מספ"ל שמא עח"כ וכ"ז אליבא דרב אבל לשמואל דס"ל בב"ב שם דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר ולא קנה המקבל כלל ה"נ שמא לא רצה לקדשה אלא בשטר האירוסין וא"מ כלל דהאשה בחזקת פנויה או עכ"פ ליכא ודאי קידושין אפילו ש"פ ובהכי ניחא מה שהשמיט הרמב"ם בפ"ג מה"ק ה"ג דשמין את הנייר וא"ל מה תועלת בשטר אירוסין לרבנן דמספ"ל הא אפילו אין הנייר ש"פ מקודשת מספק כשמואל בפ"ק דקידושין דף י"ב די"ל דרב לא ס"ל כשמואל בהא וכמו ר"ח שם ואף דמיישב הש"ס די"ב דגם לרב י"ל דס"ל כשמואל היינו כמ"ש מהרש"א שם בתוס' ד"ה ר"ח דאם נתקדשה לאחר דאפשר ע"י גט מראשון שתשאר תחת שני גם ר"ח מודה דחוששין שמא ש"פ במדי רק בקדשה אחיו של ראשון וכדומה דאם נצריכה גט מראשון תהא אסורה לשני בזה לא ס"ל כשמואל וא"כ יש תועלת לראשון שלא תלך ותתקדש לאחיו וכיו"ב דאם יהא רק חשש דש"פ במדי תשאר תחת השני אבל מחמת החשש דמקודשת בתורת שטר תתסר גם על השני ולמה לה זה ועוד דחשש ש"פ אינו רק חומרא דרבנן משא"כ ספק אם השטר מועיל הוי ספק תורה ובניה ספק ממזרים ולא תעשה זאת לפסול בניה כדאיתא

ביבמות דף ל"ה ובפ' האשה שהלכה דולד ממזר מראשון דע"י קנס זה דייקה ומנסבה ועוד דע"י קידושי כסף פמש"פ וספק קידושי השטר יהא ס"ס להחזיק הקידושין וא"ל לר"מ דודאי בלא ע"ח א"מ דאמרנו גם לרב ל"ל ארכבה אתרי רכשא דקפיד רק לקדשה בשטר דא"כ למה קידשה בשטר דהא אינו מועיל כלום די"ל באמת רצה לשחק בה או דטעה בדין וכדאמרינן לשמואל שמא לא גמר להקנות רק לאח"מ ואינו מועיל לאח"מ כלום דע"כ נמי מהנהו טעמי ויהא איך שיהא דאפילו גם לר"מ אמרינן שמין את הנייר מ"מ כ"ז דוקא לרב דס"ל דארכבה אתרי רכשא ולא לשמואל דקי"ל כותיה ולכן דברי הרמ"ה חידוש הוא וצ"ל דס"ל דשאני בדבר מצוה דאדעת חכמים עושה שיהא באופן המועיל לפי דעתם כמ"ש בחידושי רע"ק עיו"ד סי' רצ"ד סט"ו.

ויותר נראה לפימ"ש באס"ז בפ"ק דב"מ ד"י ונמ"י שם אהא דאיתא שם כיון דנפל עליה גלי דעתה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד"א לא ניחא לו דליקני דזה דוקא בד"א דתק"ח הוא י"ל א"א בתק"ח ולא בקנין דאורייתא לפ"ז י"ל דהא דבמתנת שכ"מ דקנה בשטר דס"ל לשמואל דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר אח"מ נמי משום דקנין שכ"מ שיקנה בדיבורו אח"מ רק מתק"ח שלא תטרף דעתו וההו דחו"מ סימן קצ"ח סי"ב אפילו נימא דמיירי במתנה דקונה משיכה ומסירה מד"ת מ"מ כיון דגלי דעתיה דאינו רוצה לקנות עתה במסירה רק אח"כ כשימשוך לרשותו אהני גלוי דעתו דאינו קונה בע"כ משא"כ כשרוצה לקנות עתה רק גלי דעתו שאינו רוצה בקנין זה רק באחר בטלה דעתו דהוי כמתנה עמש"ב וכדמחלק המל"מ פ"ב מה"ז ה"ט הובא בפ"ת לחו"מ סימן קצ"ח סי"ב ולפ"ז הכא דרוצה שתתקדש עתה בקבלת השטר ויש בה ש"פ אף דגלי דעתו דלא ניחא לו שתתקדש בתורת כסף רק בתורת שטר בטלה דעתו וזה דעת הרמ"ה ולא כהחמ"ח וב"ש סק"ד דבאומר בפירש שאינו מקדשה בתורת כסף אף שיהא הנייר שוה הרבה אזי אם השטר פסול גם לרמ"ה א"מ והגם דלרשב"א באס"ז בב"מ שם ס"ל נמי הכי דגם בקנין תורה אהני ג"ד שלא ניחא ליה לקנות בקנין זה מ"מ דעת רמ"ה נראה כהנ"י.

וראיה לזה מהירושלמי פ"ק דקידושין ה"א דמשנה דתני מקודשת בשטר לא סוף דבר כששוה פרוטה דהלא בלא"ה מתקדשת בכ"ד ששי"פ אע"כ גם כשאינו ש"פ ומאי הוכחה היא הלא נ"מ באומר הוא או היא דפרשו שלא תתקדש בתורת כסף דצריך המשנה לומר דמתקדשת בשטר אע"כ דגם תנאי מפורש לא מהני.

והרי"ף רפ"ק דקידושין הביא הירושלמי והקשה הר"ן הלא ממילא משמע כיון דילפינן קידושי שטר דמקיש הוי' ליציאה ובגט מבואר דכתבו על איסורי הנאה מגרושת ותירץ דקמ"ל ללמד אם קידשה בשטר שנכתב שלא לשמה דמ"מ מקודשת בתורת כסף

דבקידושי שטר דעתייהו נמי אנייר והכי מוכח בפרק הא"מ דף מ"ח דתניא חכ"א שמין את הנייר את"ד והנה מ"ש הר"נ דדעתייהו כמי אנייר הוא כדעת החמ"ח והב"ש אלא דאזיל לשיטתו דבחידושי הר"ן פ"ק דב"מ דף יו"ד הביא דעת רשב"א הנ"ל דגם בקנין דמהני מה"ת אם גלי דעתו דלא ניחא לו בו רק רוצה לקנות בד"א אינו קונה בקנין זה אמנם ק"ל דאיך כתב הטעם דדעתייהו נמי אנייר הא מאותו ירושלמי מוכח אפילו אמרו בפירש דלא תתקדש בתורת שוה כסף מקודשת ובל"ז הקשו אחרונים על הר"ן דכיון דמוכח בגמרין כן הק"ל למה הוצרך הרי"ף להביא מן הירושלמי הובאו בבגדי שש ולפימ"ש מיושב הרי"ף דמן הירושלמי מוכח אפילו פרשו שלא תתקדש בתורת כסף והשטר פסול מ"מ אם ש"פ מקודשת וא"ל איך מוכיח הירושלמי דא"צ להיות השטר ש"פ דא"כ תתקדש בתורת כסף הא נ"מ בע"מ שתחזיר לי הנייר דמתורת כסף אינה מתקדש רק בתורת שטר כמ"ש החמ"ח בסק"ט דאם שטר ג"כ צריך שיהא ש"פ אינה מקודשת בע"מ שתחזירי לי דהא בכסף הטעם דדמי לחליפין כדאיתא בפ"ק דקידושין דף וא"ו ע"ב וחליפין לא מהני משום דאתנהו בפמש"פ ואשה לא מקניא בפמש"פ כדאיתא התם דף ג'.

ס"ד בהג"ה על איסורי הנאה עמ"ש לעיל סימן כ"ח סכ"א.

ע"מ שהנייר שלי א"א באב"מ כתב לדינא דהוי ספק מקודשת כיון דפליגי פוסקים אי הוי שיורא או תנאי ואם הוי תנאי ואז הוא תנאי ומעשה בד"א והתנאי בטל ודחה דברי הרמ"א ול"נ כיון דגם בתנאי ומעשה בד"א אי התנאי בטל פליגי והוי ספק כדלקמן סימן ל"ח ס"ד בהג"ה א"כ יש ס"ס ואאת"ל משום חומר איסור א"א אין להתיר משום ס"ס מ"מ הכא אנו דנין בם לעניין הנייר אם צריכה להחזיר וכיון דיש ס"ס אפילו לפוסקים דאין מוציאין ממון בס"ס משום דלא עדיף מרוב מ"מ ברובא עם חזקה מוציאין ממון כמבואר במלחמות ר"פ האשה שנתארמלה וא"כ ה"נ יש חמ"ק וכיון דמחויבת להחזיר הנייר נמצא כאומר בפירש והנייר שלי דודאי אינה מקודשת.

סימן לג

עדים ב"ש כתב דלפני ע"א נמי אם שניהם מודים להסמ"ג דמקדש בע"א חוששין לקידושין וישעי"ק הביא מתוס' פ' המותר דף ס"ו שכתבו בזה"ל דשאני קידושין כיון שנתקדשה לפני ע"א אמרינן דלא כיון לשם קידושין עכ"ל וביאר דבריהם כיון דיכולה להכחיש ודאי לא היה כונתו לקידושין וכ"כ בסימן מ"ב ובסימן מ"ז ומזה הוליד דבביאה גם סמ"ג מודה עיי"ש ואין לשון התוס' כן רק ז"ל אפשר כיון דלא קדשה בפני עדים המעות מתנה וכונתם בשלמא בזינתה בפני ע"א הוי רק גילוי מלתא בעלמא כיון דהזנות

אוסר גם בלא עדים וכה"ג כתב הפנ"י ריש גיטין לענין עד מיתה משא"כ קידושין הקיום מחמת העדים אף דנתן לשם קידושין שלא בפני עדים אפשר שישתנה למתנה משא"כ קידושין הקיום מחמת העדים אף דנתן לשם קידושין שלא בפני שני עדים אפשר שישתנה למתנה.

ס"א בהג"ה אם כבר הוחזק לזנות או שיש לו אשה אחרת ל"ח יל"ע ממ"נ אם בעל כבר לפני עדים איך הוחזק לזנות נימא כיוון לשם קידושין ואם זינה עם מי שאין קידושין תופסין או העדים רואין אותו והוא לא ראם או ע"י צירוף דבכל פעם לא ראה רק ע"א דבכה"ג כ"ל דבעל לשם קידושין כמ"ש בח"ר בגיטין דף פ"א א"כ אז לא היה בידו לקדשה משא"כ עכשיו דבעל לפני עדים ובידו לקדשה לזה לא הוחזק לעשות בב"ז היכא דבידו לקדשה דהא החזקה דא"א עבב"ז משום דבידו לקדשה כדאיתא לקמן סימן קמ"ט ובתמורה דף כ"ז בעי רב אשי היו לפניו ארבע בהמות של קודש ואחת מהן בע"מ וארבע בהמות של חולין ואמר הרי אלו תחת אלו מהו אי כיון דאיתחזק גברא באיסורי לקי ארבע מלקיות א"ד אע"ג דאיתחזיק באיסורא לא שביק היתרא ועביד איסורא והאי בתרייתא לאחולי הוי תיקו ומצאתי במל"מ פ"י מה"ג הח"י שהביא מהרדב"ז באם היתה נדה ל"ל אאבב"ז דמאן דעבר אאיסור כרת לא חש לב"ז והקשה מהך דתמורה דאמר שם לפני זה בשלשה בהמות ואחת מהן בע"מ באת"ל דאף דעביד איסורא בב' בהמות אמרינן על השלישית דלאחולי נתכוין משום דל"ש היתרא ועביד איסורא ותירץ המל"מ דשאני הא דרדב"ז שבאותו ביאה עבר אאיסור נדה באותה אשה עצמה ותירוצו אינה עולה כאן דג"כ אינו באותה אשה ובאותה ביאה ונראה כיון דבמנוי הבא על הפנויה פליגי הפוסקים וכמבואר ברמב"ם שם וברשב"א ורא"ש בגיטין שם והך דתמורה ג"כ מסיק תיקו הוי ס"ס אך בפרש"י בתמורה שם פירש הבעיא די"ל שכולן עשאן שוות כיון דלא פירש ואי הוה דעתיה על האחת לאחולי איבעי ליה לאתכוחי ידן על בע"מ דקדש עיי"ש א"כ דוקא התם דבדיבור אחד אמר על כולן אלו תחת אלו סתמא נתכוין על כולן בשוה מדלא פירש ולא הניח ידו על בע"מ דקדש א"כ הכא י"ל ודאי לא שביק היתרא כיון דלא איתחזק באיסורא היכא שהיה בידו לעשות בהיתר.

ועוד דבקה"י בחלק מדת חכמים אות למ"ד סי' קכ"ד הקשה אהאי בעיא בתמורה הנ"ל מהא דפ"ק דחולין דמומר אוכל נבלות לתיאבון בודק סכין ונותן לו ומותר לאכול משחיטתו דלא שביק אינש היתרא ואכיל איסורא והרי מומר איתחזיק באיסורא ותירץ דשאני תמורה דעושה איסור במזיד ולא לתיאבון א"נ דמוחזק באיסור באותו דבר בעצמו בההוא שעתא עיי"ש וא"כ כאן דעושה לתיאבון ואינו בההוא שעתא מ"ש מהא דבודק

סכין ונותן לו ואפשר לפי מה דפריך בחולין א"ה כי לא בדק נמי ומשני מטרח לא טרח א"כ ה"נ י"ל דלא ניחא לו לקדשה שמא אינו רוצה ליקח רחיים בצווארו להתחייב בשכו"ע ואי דבידו ליתן לה גט מטרח לא טרח וע"כ כל עיקר הסמיכה על חזקת כשרות דלא יעשה ב"ז לכן דוקא כשלא הוחזק לזנות מהני להוציאה מחזקת פנויה ולפ"ז לק"מ קושית המל"מ על הרדב"ז.

ס"ב על גמר ביאה וביאה שאחר קידושין קונה בהעראה ב"ש ז"ד הרי"ף והקשה הר"ן כיון דביאת איסור הוא ואינו בדין שיקנה דהא קי"ל הבא על ארוסתו בב"ח לוקה ובפד"א דף כ"ט איתא אאת"ל מאמר קונה ק"ג דוקא דהיתנא אבל מאמר דאיסורא ל"ק עיי"ש.

ולע"ד אין ראיה מהתם דהא במאמר אינו עושה איסור כלל כמבואר שם אלא דצריך מאמר בהיתר דהיינו דאי הוה בעי ליבומי בשעת מאמר הוה מצי ליבומי כפרש"י התם ונראה הטעם משום דהא במאמר קונה יליף בירושלמי רפ"ב ורפ"ה מיבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה דיבא עליה זו ביאה ולקחה זו מאמר בכסף לכן דוקא היכא דאי בעי ליבומי מותר לייבמה אז מועיל המאמר משא"כ בביאת ארוסה למה יגרע מקידושי חייב לאוין דתפסי אפילו קידשה בביאה כאשר יבואר בסמוך ה"נ יקנה ארוסה בביאת איסור להיותה נשואה ונראה לפימ"ש הר"ן שם דיליף העראה דקונה באשה קיחה קיחה מיבמה דכתיב יבמה יבא עליה ולקחה דלא כרש"י ותוס' בפהבע"י ב"ה ע"ב דפרשו קיחה קיחה מעריות ונ"ל טעמו דקאי להרי"ף דמיירי לענין העראה דעושה נישואין כיון שיש לו בה קנין ע"י קידושין כי במה דכבר זקוקה ליבם וכיון דדרשינן ולקחה דיבמה למאמר ואמרינן מאמר דאיסורא לא קני לעשותה ככנוסה ה"נ העראה דאיסורא אח"כ מצאתי בצלעות הבית ס"ד הקשה על הר"ן כן ועוד הרבה להקשות עליו ולפימ"ש מיושב הכל ועדיין צ"ע דמש"ס בבלי משמע מאמר רק דרבנן אבל העראה קנין דאורייתא ואיך מדמה הר"ן זל"ז די"ל קנין דאורייתא לא הפקיעו ע"י איסור דרבנן וי"ל לפימ"ש בח"ר שם דף כ"ט ע"ב דמאמר קונה ד"ת לב"ש והתם קאי לב"ש

ס"ב בשו"ת מהריק"ש הובא בשו"ת דרכי נעם חא"ע סל"ו בגרושה שאסרה על עצמה הנאת גוף בעלה ואח"כ נתייחד עמה כתב אפילו בא עליה ה"ל מקדש באיסור הנאה דאורייתא דלכ"ע אינה מקודשת דהא גם בקידשה בשטר שאסור בהנאת פסק הרשב"א דא"מ כדאיתא בירושלמי וק"ו בביאת א"ה דקידושי שטר לא מדין הנאה נגעה ביה ולא מתהניא ביה א"מ כ"ש בביאה עיי"ש ובענ"ד תמוה נהי דאסורה ליהנות מגופו מ"מ הרי נהנית דאפילו מתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה כדאיתא בכריתות די"ט ע"ב ובהשגות הראב"ד פ"א מהלכות ברכות כתב דאכל איסור חייב לברך דאף דאסור

מ"מ נהנה וכ"פ בשו"ת רשב"א סימן תשצ"ד ובשטר של איסור הנאה מבואר בירושלמי פ"א דקידושין ה"א דאינו ראוי להשלים עליו משא"כ כשמותר בהנאת ואינו ש"פ ראוי להשלים עליו לצרפו עם דבר אחר לש"פ אבל בביאה הא נהנית ועוד הא קי"ל חייבי לאוין קידושין תופסין והא אסורה בביאתו ולכ"ע נדה תפסי בה קידושין מדכתיב ותהי נדתה עליו אפילו בשעת נדתה תפסי בה קידושין כדאיתא בפרק החולץ מ"ט ע"ב והא הפסוק מיירי דבא עליה בנדתה וגלי קרא דתפסי הקידושין באותו ביאה שו"ר בשו"ת פנ"י ח"א בחא"ע ס"ג דהביא הך דהחולץ בלשון זה הכל מודים בנדה דתפסי בה קידושין אפילו בביאה ובגמרא ליתא הך סיומא ואפילו בביאה אע"כ כמ"ש כיון דיליף מותהי נדתה עליו ועיין לקמן בפ"ת סימן מ"ד דהביא חבילות פוסקים דח"ל ונדה תופסין בהו קידושין בביאה וא"כ כ"ש בהאיסור מחמת נדר דליכא בו משום אעל"מ כמ"ש תוספת במ"ק דתמורה דף וא"ו בד"ה והשתא ועכצ"ל שאני שטר שאסור בהנאה דליכא בה שום הנאה וס"ל לירושלמי דלא מתקדשת כשאין לה הנאה כלל אלא בכסף צריך ש"פ דאל"ה ל"ח כסף אבל שטר אפילו כמש"כ עכ"פ יש לה הנאה קצת כיון דחזי לאצטרופי ומדפריך הירושלמי מה בין שטר שאסור בהנאה לשטר שאינו ש"פ ומשני דזה ראוי להשלים עליו וזה אינו ראוי להשלים עליו ולא אמר משום דאי עביד ל"מ מוכח דאפילו באיסור הנאה דלא בדה מלבו ל"ל משום דאעל"מ בקידושין אלא משום דצריך בקידושין שתהא לה הנאה קצת וכיון שבשו"ת הרשב"א הביא הך דירושלמי וכתב נמי הטעם משום דצריך מידי דאית לה הנאה וכל סמיכת הרשב"א על הירושלמי א"כ ממקום שבא מהריק"ש אדרבה משם ראיה להיפך.

סימן לד

ע"י שליח מברך בטור כתב דהשליח מברך וכתב הב"ח מנ"ל דע"י שליח צריך לברך והקשה עצ"א מה צריך ילפותא בב"א טפי מברכת שחיטה ומילה דהשוחט והמוהל שאינו אבי הבן אינו אלא שליח וצריך ברכה ונ"ל שאני שוחט ומוהל דאם עשו שלא מדעת בעלים הועילו והבהמה ניתרית מאיסור אבמ"ה ומנבלה וכן מילה נתקיים המצוה אלא דאבי הבן לא קיימה ועיין בח"ר פ"ק דחולין דף י"ב משא"כ ברכת אירוסין דא"ל קידש מדעת בעלים לא עשה כלום ולולא דקי"ל אשלד"ע ה"א דמיחייב שולחו לד"ע ולא השליח הרי דל"ח מעשהו של שליח ואיך יברך דהוא אינו מחויב ואינו עושה המצוה ול"ד להפרשת חלה ותרומה ועירוב ע"י שליח דשליח מברך משים דשייך בגוה דבלא הפרשה אסור לכ"ע לאכול ממנה דהוי טבל וכן בעירוב דבלא"ה גם לשליח אסור לטלטל שם כמ"ש המג"א בסימן שס"ו סק"כ ועיין יד אפרים בא"ח סימן תל"ב אלא דק"ל כיון

דששא"כ ומה שקידש השליח כאלו שולחו קידש בעצמו וחל החיוב על המשלח לברך ולמה לא יוכל לעשות שליח לברך בשבילו דג"כ שלוחו כמותו וכנה"ג הובא במחה"ש סימן תקפ"ה סק"ג כתב דאבי הבן כשאינו מל בעצמו לא נקרא בעלים גמורים כיון שאינו עושה כלום במצוה לכן לא אלים כחו לעשות שליח עיי"ש וה"נ י"ל כאן ויותר י"ל לפ"ד מהרי"ט דא"י לעשות שליח להקדיש דמילי לא ממסרי לשליח אחד נמי ה"נ א"י למנות שליח לברך בשבילו ואף דהב"ח בא"ח ס"ס ל"ד כתב דעל דיבור יכול לעשות שליח כמו בתפלה וברכות י"ל זה נמי רק אחר דילפינן מקרא דויברכו את רבקה שע"י שליח נמי מברכין ולפ"ז י"ל טעם למ"ש הרמב"ם דיברך רק המקדש או השליח ולמה לא יוכל אחר לברך ובמקנה בקו"א עמד בזה אלא די"ל דעל הברכה לבד א"י לעשות שליח דמילי ננהו מ"מ כיון שעושהו שליח על מעשה הקידושין חל השליחות גם על הברכת השייך להמעשה וכמ"ש בנמ"י פמ"ש בהא דקני לך איהו וכל שעבודיה אף דשעבוד אין לו גוף דוקא בפ"ע א"י למכור אבל אגב הנייר מכור והוי כאויר שאינו נמכר בפ"ע ואגב הבית נמכר וכה"ג כתב בחת"ס יו"ד סימן שכ"א דאע"ג דהפרשת תרומה סגי במחשבה ולכה"פ בדיבור מ"מ עיקר מצוה הוא ההפרשה והרמה והדיבור לומר זה יהא תרומה טפל לעיקר המצוה כמו האמירה הר"ז גיטך בנתינת הגט לכן יכול לעשות שליח משא"כ לומר לשליח הקדש בהמתי או הפקר נכסי או בטל חחצו שכתב הר"ן דל"מ לפי שאינו רק דיבור אין כח למנות שליח לכן בין אם ילפינן דמקדש ע"י שליח צריך ברכה מהא דויברכו את רבקה בין לא ילפינן מהתם דלא מיירי בהברכה כמ"ש תוספת פ"ק דכתובות ד"ז ע"ב בד"ה שנאמר מ"מ ידעינן כיון דששא"כ והוי כמקדש בעצמו וחל עליו חיוב הברכה ויכול לעשות שליח אגב גוף המעשה לכן יש חיוב לברך ואותן שנהגו דגם אחר מברך או דס"ל דלחד שליח מילי ממסרי או משום תקנה שלא לבייש מי שא"י או משום ערבות.

סימן לה

שליח בשו"ת בר"א סימן קי"ט העלה לפימ"ש הנו"ב סימן ס"ד דשליח קידושין ל"ה תופס לבע"ח שחב לאחרים כיון שאין רצונה באחר אם כן בנתקדשה ספק קידושין אם נתקדשה ע"י שליח לשני הוי חב לראשון כיון דאגידת בי ע"כ תתרצה בו דטב למיתב ט"ד ולפ"ז כשקידשה שני בתנאי בטל התנאי דאין בידו לעשות ע"י שליח והובא בפ"ת כאן ול"נ כלל חדא נהי דאגודא בר מ"מ מי יכול לכופה לכנוס לראשון ואף דטב למיתב ט"ד אפשר לא תתרצה בו אפילו תשאר עגונה והרי קמן דקבלה קידושין מאחר אף דעדיין אגידה בראשון ואפילו יהא דין זה אמת מ"מ מועיל בו תנאי דבשלמא חליצה אין

מציאות ע"י שליח אבל כאן אפשר ע"י שליח כשירצה ראשון להיות שליח או לא ירצה ראשון בה דתו ל"ה חוב לאחריני ואי דאין זה היה ביד השני א"כ כל תנאי בקידושין למה כשלא נתקיים בטלי הקידושין בודאי ניחש שמא לא היתה מתרצית להתקדש ע"י שליח דהא מצוה בה יותר מבשלוחה כדאיתא בר"פ הא"מ וא"כ לא היה בידו לקדשה ע"י שליח.

בפה"מ לרמב"ם ר"פ הא"מ כתב הנכון אצלנו שיקדש האדם בעצמו יותר משיקדש לו שלוחו לפי שמעקרנו לא ישא אדם אשה עד שיראנה לפי שאנו חוששין אולי לא תישר בעיניו ויעמוד עמה ולא יאהבנה וזה אסור שנאמר ואהבת לרעך כמוך ולפיכך הקדים בו על שלוחו ומזה הטעם בעצמו לא ישיא אדם בתו כשהוא קטנה עד שתגדל ותאמר בפלוני אני רוצה ולפיכך הקדים בה על שלוחה עכ"ל ותמוה דבגמרא אמר דמצוה בו יותר מבשלוחו אף זולת דאסור לקדשה עד שיראה אותה לל"ק כי הא דרבא ור"ס ולא"ד באשה דמשום איסורא ליכא נ"מ הקדים בה משום דמצוה בה יותר מבשלוחה כי הא דרבא ור"ס וגם פתח דהנכון משמע רק נכון ואינו איסור וסיים באיסור שמא לא הישר בעיניו ונ"ל דלכאורה י"ל דיותר טוב לקדשה ע"י אחר ולא יהאנה דאין יצה"ר שולט כי אם בראות עיניו וכדאיתא נמי בתענית ד"ה ובמגלה דט"ו כל האומר רחב רחב ביודעה ומכירה מיד נקרי ושאני שליח דאסורה עליו מעולם מסיח דעתו ממנה ואינו מהרהר וכה"ג איתא ביומא דף ס"ו הנך דלאו בני הקרבה ננהו לא טריד בהו הך דבת הקרבה טריד בה ופרש"י לא טריד אינו מהרהר בהקרבתן ומסיח דעתו מהקרבה דדהו והך דבת הקרבה ליוה"כ הבא טריד בהו לבו ודלמא מקריב לה מקמי יוה"כ וא"כ כיון שראה אותה ולסוף ישאנה מהרהר בה לזה אמר הרמב"ם דמ"מ יותר נכון לקדשה בעצמו דמצוה בו יותר לפי דבלא"ה אסור לקדשה עד שיראנה וכיון שכן אין ריעותא במה שיקדשה בעצמו והמשיך האי חשש גם שלא ישיא בתו כשהוא קטנה ואח"כ הדר לריש דבריו דהנכון יותר שיקדש בעצמו משום דמצוה בו יותר מבשלוחו ולפיכך הקדים בה על שלוחו בסיפא ולפי מה שאכתוב בסמוך דפיה"מ פוסק גם בהאשה יש חשש איסור כשלא תראנו אתיא הך ולפיכך כפשוטו.

אך ברי"ו בחלק חוה נכ"ב ח"ג כתב דמצוה בו יותר מבשלוחו כדי שיראנה כי אסור לקדש אשה עד שיראנה ונ"ל דתוס' ר"פ הא"מ הקשו על הא"ד דר"י אסיפא איתמר הא המ"ל ג"כ אריש כשמכירה דליכא איסור רק מצוה בו יותר ונראה דיש להקשות אהא דרבא ור"ס עשו בעצמם בע"ש ולא ע"י עבדיהם משום דמצוה בו יותר מבשלוחו הא מבואר בפ"ק דמועד קטן דף טית דמצוה שאפשר לעשותה ע"י אחרים אין מבטלין

ת"ת מפניה כדכתיב וכל חפצים לא ישוו בה אפילו חפצי שמים והכי איפסק ביו"ד סימן רמ"ו סי"ח וי"ל עפימ"ש ביפה מראה פ"ק דברכות סי"ב דז"ד במצוה שיש לה זמן קבוע דחביבה מצוה בשעתה מבטלין ת"ת מפניה ועיי"ש בכבוד חכמים דהכי מוכח קרא עת לעשות לד' הפרו תורתך והך דכל חפצים לא ישוו בה בשאין לה זמן קבוע וא"כ א"ש הא דרבא ור"ס אך קשה לל"ק מאי מייתי ראיה מהך דרבא ור"ס דזמנה קבוע לקידושין דממ"נ אם המקדש יודע ללמוד מחויב ללמוד ומצוה שאפשר לעשותה ע"י אחרים יעשה ע"י אחרים ואם א"י ללמוד כלל לא ע"ה חסיד וכתב בסמ"ע סימן ל"ד ס"ק מ"ב דע"ה אינו בר מצות דלא ע"ה חסיד ואם מבטל הת"ת משום פרנסתן גם מצוה בו יותר מבשלוחו ליכא בו דאם ת"ת נדחית כ"ש זה ואטו ברשיעי עסקינן דמבטל ת"ת בזדון וצ"ל דמשום דאיכא פלוגתא בזה בירושלמי פ"ק דפיאה אי ת"ת עדיף ממצוה ה"נ ס"ל לל"ק אך הא"ד ס"ל כהלכה דמצוה נדחית מפני ת"ת ולכן ל"ל דמצוה בו יותר אריש דהאיש מקדש דאין ראיה מרבא ור"ס דהתם זמנה קבוע רק אסיפא דהאשה מתקדשת דאינה מצווה את"ת ואז יש ראיה מרבא ור"ס דנהי דהתם זמנה קבוע מ"מ א"ל דמצוה בו יותר מבשלוחו לא היו צריכים לעשות בעצמם מה דאין לפי כבודם ולבטל מת"ת דהא מה שיעשו שלוחם היא ממש כאלו עשו בעצמם לכן הרי"ו נקט באיש רק טעם כדי שיראנה דזה משום איסור ות"ת נדחית מפני איסור וגם הטור השמיט בהאיש דמצוה בו יותר מבשלוחו מה"ט דזה כל אדם מחויב שלא לבטל מת"ת כשאפשר להעשות המצוה ע"י אחר זולת כשצריך לבטל משום כדי חייו ואזי כ"ש דאין צריך לבטל עסקיו משום הא דמצוה בו יותר מבשלוחו.

ועוד נ"ל דפיה"מ לרמב"ם ס"ל דהא"ד דלרב יוסף בדידה ליכא אסורא משום דטב למיתב ט"ד פליג אהא דרב דאסור לקדש בתו כשהיא קטנה דהרי גם ר"ח בקידושין דף פ"א עבד דלא כרב וכ"כ באס"ז בכתובות דף נ"ז ע"ב ומרדכי פ' אעפ"י סי' קע"ט דלאו כ"ע ס"ל בזה כרב ופיה"מ לרמב"ם פסק כרב א"כ רישא וסיפא בחד טעמא דהקדים בו ובה לפני השליח משום איסורא וז"ש ולפיכך הקדים בה על שלוחה ולא שמעינן ממתניתין דמלוה בו ובה יותר משלוחם וצ"ע דבפרק האומר דף כ"ט איתא דרבין חסידא אזיל לקדושי איתתא לבריה ונהי די"ל שהבן הכירה וליכא איסור מ"מ ההוא חסידא למה לא קיים בבנו דמצוה בו יותר מבשלוחו ולפימ"ש לעיל דת"ת עדיף י"ל דרבין היה לו דרך לשם ולא רצה לבטל בנו מלימודו.

ס"ב השליח נעשה עד וכתב המ"מ פ"ג מהא"י הט"ז דבירושלמי אמר ר"ב ב"ח בשקדשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו ורי"א כיון שהאמינתו תורה אפילו קדשה בכסף אינו כנוגע

בעדותו ע"כ ואף בה"ג כתב הא דשנ"ע ולא חלק כלל בין קודם תקנה בין לאחר כך וכמו שלא חלק רבינו וכן נראה עיקר והקשה כ"מ למה כנ"ע מאחר שהוא מחלוקת בירושלמי ראוי לספק בדבר והאחרונים תמהו עוד הא בבבלי אמר דלאחר שתקנו היסת אין שנ"ע איך נסמך על חד מ"ד שבירושלמי והנ"ל לפימ"ש בסימן טו"ב ס"ג דר"ב ב"ח ס"ל דנעשה כנוגע דלא ניחא לו לומר שהחזיר למשלח כיון שהאמינו הוי העזה גדולה נגדו משא"כ כשאומר שנתן להאשה דלא האמינתו אלא דאין זה נגיעת ממון ומדינא אין לפסלו בזה רק נעשה כנוגע מדרבנן וריי"א כיון שנאמן מה"ת לא פסלינן עדותו רק בנוגע ממש ובערך ש"י לחו"מ סימן קכ"א ס"ט יישבתי בזה דברי הע"ש ממה שהקשה עליו שם בש"ך בסק"נ והא דקאמר הש"ס דלפני תקנת היסת יש לשלוחים מגו די"ל אהדרנהו למשלח הא כשיאמרו נגד המשלח הוי העזה כיון שהאמינם ה"ט דבשבועות דף מ"ם ע"ב מבואר דללוה ליכא חזקה דא"א מעיז דאשתמוטי אישתמיט לכן הטילו חכמים עליו היסת א"כ גם נגד המשלח ל"ח כ"כ העזה דיתנה המשלח דמישתמיט רק לפי שעה עד שימצא המעות או יהא לו אחרים אבל אחר שצריך לישבע תו אין לתלות בהשמטה דלא ישבע לשקר א"כ הוי העזה גדולה נגד המשלח שהאמינו וליכא מגו וזה מדויק בלשון המחבר בחו"מ שם שכתב דאין השליח נאמן שהוא נוגע בעדות שהכי צריך לישבע ליפטר וקשה הרי גם כשאומר שנתן למלוה צריך לישבע כמו אלו אמר החזרתי ללוה ומה נגיעה הוא ודברי הש"ך דחוק בכונת לשון זה עיי"ש והנה במקנה הקשה להרמב"ם בפח"י מה"ע דאם יש בהזמה ג"כ הכחשה בטלה הזמה א"כ בשליח נ"ע הוי עדות שאאיל"ז דע"י הזמה יהא הכחשה על גוף המעשה וקשה לפימ"ש ב"י בחו"מ סימן למ"ד דבקידושין דליכא כתובה בעינן עדות שאתה יכול להזימה עיי"ש ובאמת בב"י כתב רק דצריך דו"ח אבל יכול להזימה י"ל דא"צ לפימ"ש תוס' בריש מכות במעידין שהוא ב"ב וב"ק כיון דאפילו יתזמו א"א לקיים כאשר זמם ל"צ יכול להזימה ותירץ זה עיקר כמבואר בנוב"ק חא"ע סימן ע"ב וא"כ מה"ט אין ללמוד קידשה בכסף לשליח בממון דבממון דאפשר לקיים כאשר זמם צריך מד"ת שיהא יכול להזימה ובשליח א"א אלא דכשר מתק"ח כמו דתקנו דא"צ דו"ח דבלא דו"ח אי אפשר בהזמה אך כיון דרק מדרבנן כשר העדות יש לפסלן משום דנעשה בנוגע אבל בקידושין דמה"ת א"צ שיוכל להזימן אין לפוסלן מחמת נגיעה שאינו הנאת ממון ואין הירושלמי חולק אבבלי כלל וכיון דרב"א ב"ח ור"י פליגי רק אי מדרבנן נעשה כנוגע אין ספק בדרבנן מוציא מידי ודאי ד"ת.

והרי"ף הביא מהירושלמי חד ב"נ אפקיד גרבו גבי חברו וכפר בו וחייבו ר"י שבועה ע"י הכתף ותיכף הביא הרי"ף מה דמסיק הש"ס דהשתא דתקון היסת לא מקבלן עדותן

דנוגעין הן ותמה הר"ן דא"כ אין לחייב שבועה ע"י עדות השליח עיי"ש ולפימ"ש שאני ע"א דאין מועיל עדותו רק לחייב שבועה דאורייתא ולא בעי שיהא יכול להזימו דהא כאשר זמם אי אפשר דממון א"א לחייבו דהא עדות ע"א אינו מועיל לחייב ממון ושבועה לא שייך בעד וכ"כ נו"ב שם וא"כ מועיל עדות ע"א מדאורייתא לא נפסל ע"י נגיעה כזו שאינו הכאת ממון משא"כ הא דמסיק הש"ס דהשתא דתקון היסת נוגעין הן דמיירי בשני עדים דשייך בהו הזמה וצריך שיוכל להזימן ובשלוחן א"א דהוי הכחשה והזמה א"כ כיון דמה"ת לא אהני עדותן לענין ממון נעשו נוגעים בם ע"י הנאה שאינה ממון ובזה א"ש נמיי דאיך אר"נ דשליח נעשה עד גם בממון הא איהו גופיה אמר בשבועות דמשבעינן היסת אלא נהי דהשנים הם נוגעין השתא דתקין היסת מ"מ כ"א בה השתא בשליח אחד לענין ממון לחייב לנפקד שבועה דאורייתא וגם להפוסקים דבממון מדינא א"צ עדות שאיל"ז כדאיתא בד"מ חו"מ סימן ל"ג ובנו"ב שם מ"מ דו"ח צריך גם בממון מה"ת ובלא דו"ח אין נאמנין רק רבנן תקנו שיהיו נאמנין בלא דו"ח ואדרבה אין לדרוש ולחקור כמבואר בש"ך חו"מ ריש סימן ל' לכן הם אמרו והם אמרו דע"י נגיעה שאינה של ממון נמי אין נאמנין ואפילו אם עשו דו"ח ל"פ משא"כ בקידושין דצריך דו"ח כמ"ש הב"י הנ"ל א"כ נאמנין מה"ת (וכן בעד אחד הבא לחייב שבועה דאורייתא דמה"ת נאמן בלא דו"ח).

ס"ג א"צ עדים וכו' אבל בשליחות האשה שהיא עושה שליח לקבל הקידושין צריך עדים במינוי השליחות בר"ן ורא"ש הקשו מ"ש ש"ק מש"ה ונ"ל דטעם הרמב"ם דמינוי השליחות א"צ עדים דעדיין אינו גמר הדבר רק גילוי מלתא שזה נעשה שליח והוא כמשלחו וכמ"ש הרי"ף בפ' החולץ גבי ואשתומדנא דאחוה דמיתנא הוא וכן מצאתי במגדל עוז פ"ג מה"א הט"ו ואף דבשעת קידושין הוי גמר הדבר והוא דבר שבערוה מ"מ כיון שהוחזק מעיקרא עפ"י דבורו של שליח שהוא בווקים המשלח סני וכמ"ש הרמב"ם גבי ע"א אומר חתיכה זו הוא חלב אה אח"כ אכלו אחר נלקה ובחידושי לגיטין דכ"ט כתבתי בהא דמילי לא ממסרי לשליח שיהא כמשלח לעשות שליח אחר דבמילי לא חל השליחות שיהא שלוחו של אדם כמותו עד שעת מעשה לכן טרם שנעשה המעשה דעדיין אינו כמשלח א"י לעשות שליח אחר וא"כ בשליח הולכה דמשלח מסר בידו כסף או שטר קידושין וכן בגט דנעשה מיד שליח וכשאומר פלוני עשאני שליח נאמן בשליכא הכחשת אחר והוחזק לשליח לכן אהני מה שמקדש או מגרש האשה אח"כ משא"כ בש"ק דלא ניתן בידו כלום ועדיין לא חל השליחות עד שנעשה מעשה א"כ ל"ל כבר הוחזק שהוא כמשלח דאפילו יהא אמת דנעשה ש"ק הוי רק מילי ולא נעשה כמשלח

וא"י לעשות שליח אחר במקומו ובשעת מעשה שמקבל הגט או הקידושין הוי גמר הדבר והוא דבר שבערוה אינו נאמן בלא עדים כיון דעד שעת קבלת הגט או הקידושין לא היה יכול לעשות שליח אחר במקומו דלא נעשה עדיין כמשלח ולא הים נ"מ כלל בדיבורו ל"ל דכבר הוחזק לשליח ועיין לקמן סימן קמ"א סמ"ג וברמב"ם לא נמצא דש"ק יכול לעשות שליח רק בש"ה ולפ"ז א"ל מסר לו הבעל בקידושין רק צוה אותו לקדשה בכל כסף שירצה דאיתא לקמן ס"ה בהג"ה דהוי מילי וא"י למנות שליח אחר מודה הרמב"ם דצריך עדים דהבעל צוהו לקדשה ומ"ש הרמב"ם בפ"ו מה"ג ה"ד דשליח הבאה א"צ עדים דנהי דאין נותנת ביד השליח שום דבר מ"מ נעשה שליח הבאה כשנותן לו הבעל הגט ואז נאמן שהאשה מינתה אותו לשליח הבאה דעדיין אין מגורשת עד שיגיע גט לידה והוי רק גילוי מלתא וביה"מ פ"ג מה"א הט"ו הקשה אהא דרפ"ב דקידושין דמצריך קרא לשליח הולכה ולש"ק וע"כ דיש סברא לחלק א"כ נימא דקרא מרבי רק שליח הבאה ולא ש"ק ולפימ"ש י"ל דא"ל קרא ה"א דש"ק דהוי מילי שאני מש"ה דמוסר גט או קידושין לידו ואי דגם ש"ק יחול שליחותו בשעת מעשה הקבלה י"ל כיון דלא חל מיד תו לא מצי חייל להכי צריך קרא לש"ק מה תאמר דקרא אתיא לשליח הבאה הא גם הוא מתחלה רק מילי וחל כשמוסר הבעל בידו הגט אף דלא חל מיד כשמינתה או לשליח הבאה ממילא ה"נ בש"ק ועיין ב"ש סי' ק"מ סק"ד.

ס"ד שגילה בדעתו בטור כתב דא"צ גילה א"ח אפילו נתרצה כששמע וכ"ד הר"ף וב"מ הקשה הא חזינן למפרע דזכות הוא לו וזכין שלא בפניו ונראה דהא קי"ל א"ב לא אמרינן הוברר למפרכע ואף דקי"ל בדרבנן י"ב משום דרק ספק אי הוברר למפרע מ"מ הא קי"ל ישל"מ ל"ה יאוש כיון דלא ידע מע מעיקרא אף דכשנודע לו נתייאש אלא כאן דאם הוברר למפרע דניחא לו זכות הוא לו וזכין שלא בפניו אך תינח אי הוי ודאי קידושין אבל ספק קידושין אסור לדור עמה בלא קידושין אחרים אין כופין אותה להתקדש ומל"מ פ"ז מה"א נסתפק בשלח שליח לקדש לו אשה וקידשה ס"ק אי הוי שינה בשליחות דקפידא הוי עיי"ש וא"כ עכ"פ ליכא זכות ובישע"ק כאן סק"ז כתב דאפילו גילה הבן דעתו שרוצה, בה מ"מ בכור דכשקדשה האב ס"ק דאינו זכות אלא גם חוב הוא לפי שנאסר בקרובותיה וא"כ כיון דספק אי הוברר למפרע ול"ה רק ס"ק דלאו זכות הוא ממילא הוי הישל"מ דל"מ

ובתה"ד ס"ס קפ"ח כתב דמוכח בפ"ב דב"מ דהיכא דצריך שליחות דבעלים אף דחזינן בתר הכי דניחא לבעלים מה שתרם אחר של"מ ל"מ משום דבעינן למידע בשעה שנעשה שליח דזכות הוא וניחא לו וכה"ג הוי דומיא דאתם דאנן סהדי, אי הוה הכא הוי ניחא לו

וא"כ מה יועיל כאן דשמענו אח"כ דנתרצה הבן נהי דאיגלאי למפרע דזכות הוא לו מ"מ בשעת קידושין ליכא אנן סהדי וא"כ קשה בהא דלקמן סימן ל"ז סי"א דעת הר"ן והרא"ש שהובא בב"ש שם סקי"ח דכשנתרצה האב כששמע הוי קידושין למפרע אלא דאם ל"צ שתהא הקטנה שליח של אביה רק רצונו ניחא דלא אמר התה"ד רק היכא דצריך שליחות וכ"מ ברא"ש בקדושין פ"ב סימן וא"ו דמחלק בין קידש האב של"מ בנו דל"מ נתרצה הבן אח"כ ובין נתקדשה הקטנה שלא מדעת אביה דמהני כששמענו דנתרצה האב אח"כ משום דאב א"י לקדש בנו רק בתורת שליחות אך האחרונים הקשו דהא הרא"ש ס"ל דאומר אב לבתו צאי וקבלי קידושיך משום שליחות הוא ור"ן כתב וכ"ת רצוי דבתר קידושין מאי מהני איכא למימר דה"ט לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו ומצוה דרמיא עליה נמי הוא וזכין לאדם שלא בפניו ומיהו טעמא דנתרצה האב כששמע הא א"ל נתרצה ל"ה קידושין לפי שאינו זכות גמור שהרי יוצאת מרשותו לכמה דברים אבל כל שנתרצה גלי אדעתיה דזכות הוא לו ומהני משעה ראשונה עכ"ל ולפימ"ש עדיין לא מתיישב הן מטעם דצריך שיהא ידוע בשעת קידושין כמ"ש תה"ד הן מטעם דא"ב והוי רק ספק דנמצא תו אינו זכות וצ"ל משום דגם בלא שמענו דנתרצה אח"כ יותר נוטה דסתמא אלו הוי שמע היה מרוצה משום טעם הרי"ן וגם לפימ"ש פרש"י אהא דאפילו לרו"ש דחיישינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן דאב בקידושי בתו בכ"ד ניחא לו דטב למיתב ט"ד אבל גברא דייק ונסיב עכ"ל ומ"מ רק חיישינן לרו"ש שמא נתרצה האב דלא אלים סברא זו לעשות ודאי גמור אבל כי שמענו דנתרצה כששמע נעשה ודאי גם למפרע כאלו ידענו בשעת קידושין ול"ד לשאר ברירה דמעיקרא הוי רק ספק שקול וכן בהא דתרם שלא מדעת חברו אבל בנתרצה הבן הוי מעיקרא ספק שקול כיון דליכא גביה סברא דבכ"ד ניחא לה ודייק ונסיב לכן אפילו כי שמענו אח"כ דנתרצה הבן ס"ל לרא"ש דלא מהני הן מטעם דא"ב הן משום דהוי ספק שקול בשעת קידושין לא הוי דומיא דאתם כמ"ש תה"ד ולפ"ז מתורץ קושית רש"י דכיון דמסיק דבפירש אמר רבינא דלא ס"ל להא דרו"ש למה אמר דאפילו לדדהו נתרצה הבן לא אמרינן ולפימ"ש א"ש דאם הבן היה שוה להבת היה מועיל אם שמענו אח"כ דנתרצה האב כששמע אבל כיון דבבן כיון דל"ל גביה דניחא לו משום דטב למיתב ט"ד וגם דייק ונסיב ממילא אפילו אם כששמע נתרצה ל"מ אף דלהתה"ד נראה דצריך שיהא אנן סהדי בשעת שנעשה שליח דזכות הוא לו מ"מ ראייתו של תה"ד אינו מוכרח רק בכגון דתרם שלא מדעת בעה"ב דליכא זכות כלל בשעה שתרם רק כששמע בעה"ב וניחא לו באנו לדון למפרע וגם זה אינו מבורר בודאי על למפרע דתליא מלתא אי אמרינן י"ב ופליגי בזה תנאי

ואמוראי וקי"ל דהוי ספק אבל היכא דבשעת מעשה הסברא נוטה יותר דזכות הוא לו ואי הוה שמע היה ניחא לו נהי דלא סמכינן על סברא זאת להיות כודאי עד כששמע וניחא לו אזי גילוי מלתא בעלמא הוא על למפרע ואנן סהדי עכשיו דבשעת מעשה היה זכותו ואלו שמע היה ניחא לו סגי בזה וכן משמע מלשון תה"ד שכתב דהתם בשעה שנעשה שליח לא ידעינן כלל דניחא ליה וכעין זה כתב מהרש"א בר"פ שור שנגח את הפרה אף דאין חייב קנס עפ"י הודאות עצמו מ"מ אם יש אומדנא בלאו הודאתו נהי דלא סמכינן על אומדנא זו מ"מ ע"י צירוף הודאות בע"ד אנן סהדי וחייב קנס.

ובזה א"ש טעמא דמ"ד ל"ח שמא נתרצה וכן קי"ל ואיך ניקל בספק איסור כרת ומבואר בחולין דף קל"ד דבספק מיתה או כרת לא סמכינן אחזקה אע"כ משום דכשיש ספק ליכא אנן סהדי על שעת מעשה וגם ליכא זכות וכמ"ש וס"ל דלא אמרינן סתמא זכות הוא לו מטעם שכתב הר"ן שיוצאת מרשותו לכ"ד ועוד כיון דמצוה בו יותר מבשלוחו וכן באביה מצוה בו יותר מבשלוחו כמ"ש במהרי"ט ר"פ הא"מ אדרבה רוצה שיעשה המצוה בעצמו וחוב לו כשחטף אחר המצוה וכמבואר בחו"מ סימן שע"ב וממילא אף כששמע נתרצה ליכא אנן סהדי על למפרע ולא הוי ספק לכן ל"ח שמא נתרצה ובזה אזדא תמיהת הרא"ש מעל הרי"ף בפ"ב דקידושין ס"ח עיי"ש והכי מוכח מהא דרבינא דנתרצה הבן לא אמרינן למה לא נשאל פיו כשהוא לפנינו דאפילו כשיש חזקה להיתר צריך לשאול כדאיתא בא"ח סימן תל"ז ס"ב אע"כ דאפילו יאמר שמרוצה לא מהני והא דל"ח דארצויי ארצי קמיה מעיקרא או האב אמר לבתו צאי וקבלי קידושיך נראה דהא דלא סמכינן אחזקה באיסור מיתה או באיסור דאורייתא לפוסקים ביו"ד סימן נו"ן הובאו בש"ך שם היינו אם נעשה המעשה אלא לא ידעינן אימת וכההוא דחולין דף קל"ד ויו"ד סימן נו"ן וכן למ"ד דחיישינן שנתרצה אחר המעשה כששמע דודאי סופו להשמע והספק אם נתרצה או מיחה אבל לחוש דארצי קמיה הוי ספק אם נעשה מעשה או דיבור זה ל"ח דאפילו רובא דתלוי במעשה לא אזלינן בתריה וכל הטוען חדש עליו הראיה אפילו מוחזק כמ"ש הרשב"א בשם הגאונים הובא בב"י חו"מ סי' ר"נ וכ"כ בח"ר ביבמות דף ל"א ע"ב אם הספק שמא נעשה מעשה האוסרה עליך הראיה וה"נ אמרינן אחזוקי ריעותא לא מחזיקינן וגם לשאול פי הבן א"צ דהשתא אינו נאמן בדבר שבערוה על מה שהיה כבר עמ"ש לעיל ס"ג ומהרי"ט בחידושי קידושין דף מ"ה לענין אם צריך עדים על מינוי השליחות דגם לרמב"ם דא"צ עדים היינו כשאומר לפני הקידושין שנעשה שליח אבל אח"כ אינו נאמן שו"ר בשו"ת בית יוסף שאלה זיין דמודו רו"ש דל"ח שמא נתרצה מעיקרא והכריח זה מפרש"י והגמרא ולפימ"ש הוא מלתא בטעמא.

עוי"ל הא דס"ל לרי"ף אפילו שמענו דנתרצה אח"כ ל"מ לפי מה דאיתא בב"ב דף קמ"ב בגר שמת ובזבזו נכסיו ושמעו שאשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו ואח"כ שמעו שהפילה אשתו מי שהחזיק בשניה קנה בראשונה ל"ק משום דרפוי מרפויין בידייהו ופירשב"ם דלא נתכונו להחזיק לגמרי דהא מספ"ל אם יש לו יורשים וכתבתי במ"א דל"ד לכל ספק קנין או קידושין דכיון דרוב נשים מתעברות ויולדת נוטה יותר שיהא לו יורשים וא"כ ה"נ כיון דא"ח שמא נתרצה אף דהוי איסור א"א ע"כ משום דסתמא לא נתרצה א"כ רפויי בידייהו ולא קנו אפילו נתרצה אח"כ כששמע.

והרא"ש כתב דכששמענו אח"כ שנתרצה האב לכ"ע הוי קידושין וכן פרש"י דל"ה אא"כ שמענו כן והיינו מדכתב רש"י בפירש שמעתי ממנו דל"ס מר לדרו"ש דאמרו שמא נתרצה האב וכ"ש לשמא עשאו הבן שליח אא"כ שמענו ולא ניחא לרא"ש לפרש כונת רש"י אא"כ שמענו דעשאו הבן שליח דזה אצ"ל וכן אצ"ל דשמענו דנתרצה האב קודם שקיבלה בתו בקידושין ולע"ד כונת רש"י דכ"ז דלא שמענו שעשאו הבן להאב שליח ל"ח אף כשאמר האב טרם הקידושין שהבן עשאו שליח מ"מ כיון דלא חציף אינש לשויי לאביו שליח לא מהימן ואפ"ת כי אמר דהבן ארצי קמיה מהימן א"כ י"ל מגו מ"מ מגו ל"מ כשטוען עתה דבר דלאו ארח ארעא כמבואר בכללי מגו וכ"ש לשיטת הר"ן דרבינא ס"ל אפילו ארצי הבן קמי דאב ל"ח לקידושין עיי"ש ויש הוכחה לזה דיל"ד הא רש"י אין דרכו רק לפרש ולא לפסוק ומה רצה בזה שאמר אא"כ שמענו וגם מנ"ל זה ולפימ"ש י"ל עפיומ"ש בשו"ת בית יוסף בהלכות קידושין מדפרש"י אהא דרו"ש חיישי שמא נתרצה האב כששמע וה"ל קידושין למפרע מוכח דלשמא נתרצה מעיקרא ל"ח גם לרו"ש ובהכי מתורץ מה דאיכא למידק כי אמור רבנן לרבינא ודלמא ארצי קמיה אמאי לא השיב רבינא גופיה כמו שהשיב רב"ש א"ו משום דרבינא אמר אפילו לרו"ש מודו בבן כי היכי דליקבליה מיניה כמו שפרש"י ה"נ חזא רב"ש דרבינא רצה לומר דגם רו"ש מודו דלמעיקרא ל"ח מש"ה הקדימו רב"ש ולא שבקיה לשנויי להו הכי אלא גלי דרבינא בפירש אמר דלא ס"ל כרו"ש והקשה הב"י לנפשו דא"כ כדאמרו ליה רבנן לרבינא ודלמא שליח שוייה אמאי איצטרך למימר לא חציף אינש לימא להו דרו"ש לא חיישי לדמעיקרא ותירץ דעדיפא מיניה משני אאת"ל דרו"ש חיישי לדמעיקרא את"ד וסוף דבריו דוחק דיותר עדיפא לשנות דרו"ש לא חיישי לדמעיקרא דתו לא היו יכולים להקשות ודלמא ארצי קמיה וגם נ"מ בהא דרו"ש דמודו בידוע שמת האב קודם ששמע דאפילו מי שירצה להחמיר כרו"ש יתיר בזה דהרי חזינן דרבינא חייש דלא יקבלו ממנו להתיר נגד רו"ש ולפימ"ש א"ש דאם היה משני דל"ח דשוייה לאב שליח משום דלא

חייש לדמעיקרא היה יוצא מזה כשאמר האב לפני הקידושין שעשאו הבן שליח נאמן דא"צ עדים במינוי השליחות כמ"ש הרמב"ם וראשונים והוא בסעיף שלפני זה כאן לכן אמר דלא חציף וכיון דלאו ארח ארעא לא מהימן ע"כ נטר רש"י עד כאן דהקדימו רב"ש משום שלא יתרץ רבינא דרו"ש מודו דל"ח לדמעיקרא דא"כ למה משני מעיקרא תחלה דלא חציף לזה פירש דאהני לן דלא לחוש לשוייה שליח עד דשמענו אבל האב לא מהימן ולדינא צ"ע אם לסמוך ע"ז בזה"ז דלא חצוף דבעקבא דמשיחא חוצפא יסגי כדאיתא בשילהי סוטה.

לשדכה לו וברכ"י הביא מהר"א יצחקי דקשיא מנזיר די"ב דלא משוי אינש שליח דתיהני מדין זכיה ונ"ל לפימ"ש תוס' בגיטין ס"ו ע"ב בד"ה הא כתב הגט בתירץ שני נהי דמכשר ר"מ מצאו באשפה היכא שצוה לכתוב מודה ר"מ שצריך לעשות צווייו וביאר הפנ"י דבריהם אעפ"י דעשו כמו שצוה הבעל מ"מ כיון שעשאום שלוחים צריך שיועיל מדין שליחות וכיון דמילי לא ממסרי לשליחות לא נעשה צווייו עיי"ש א"כ ה"נ עדיף ג"ד לשדכה לו דלא צווהו לקדש א"צ שליחות משא"כ בנזיר דאמר צא וקדש דעשאו שליח ובמידי דלא מצי עביד השתא לא חל השליחות א"י לקדשה בתורת זכיה דלא נעשה ציווייו שעשאו שליח.

וגם לפי תירץ ראשון בתוס' שם י"ל דבנזיר אמר תחלה הטעם דלא מתסר בקרובי אשה שהיתה אסורה עליו כשאמר לו צא וקדש לי אשה משום דלאו דעתא דאינש אהא דלא קיימא קמיה והקשו בש"ס שם ומתרץ אמרי דלא משוי אינש שליח במידי דלא מצי עביד השתא ופרשו תוס' דלא מצי משוי א"כ י"ל נהי דאפרך טעם ראשון היינו להס"ד דמצי משוי שליח ה"נ דעתיה עלה אבל למסקנא שפיר אמרינן כיון דלא מצי משוי שליח סתמא לא היה דעתו עלה דעל זה ליכא פרכא וכיון דלא הוי דעתיה עלה ליכא גילוי דעת עלה תדע מדלא אמר אלא משמע דלא עקר טעם ראשון ומשום דאם היה דעתו נמי עלה אלא דל"מ מדין שליח יועיל מדין זכין שלא בפניו ובהכי מדויק לשון הש"ס אמרי לא משוי אינש שליח אלא במלתא דמצי עביד השתא במלתא דלא מצי עביד ליה השתא לא משוי דיל"ד כיון דהכונה דלא מצי משוי שליח הל"ל לא מצי משוי שליח ולפימ"ש א"ש דמוכרח לומר דגם דעת המשלח אינו על מידי דלא מצי עביד השתא כיון דלא מצי משוי שליח דעתו רק אמידי דדינא נעשה שליח כיון דהוא שליח עשהו ולכן גם מדין זכין שלא בפניו לא מהני דזכיה לא מהני אלא בזכות דמוכח דאנן סהדי וכמ"ש לעיל בשם תה"ד וה"ד כגון שגילה דעתו בפירש שישדכה לו אבל בהא די"ל כיון דלא

מצי עביד השתא ולא חל השליחות לאו דעתו עליה תו ליכא ג"ד דמוכח וא"כ אדרבה משם ראיה.

אך באס"ז לנזיר שם כתב מפרש הרא"ש דלמסקנא שם בש"ס אפילו פירש בפירש שעשאו שליח אפילו לנשים שהן עתה אסורות אם יהיו מותרות ל"ה שלוחו ואם נשוה דבריו למ"ש כאן עכצ"ל כמו שכתבתי לפי תירץ שני שבתוס' גיטין ואפשר דהא דאסור בכל הנשים משום חזקה שע"ש דוקא אם נעשה שליח דנתקיים דברי המשלח כשעשאו שליח אבל במידי דלא מצי עביד השתא דלא מצי עביד שליח אלא אח"כ במידי דזכות זכין שלא בפניו ונעשה אז שליח מאליו ליכא חזקה שליח עושה שליחותו דהא מעיקרא לא נעשה שליח והוי פטומי מילי בעלמא אח"כ מצאתי בשו"ת ר"א ששון סימן ס"ה שכתב וז"ל ואין להקשות דהאיך נאמר שתהא מקודשת מטעם רצוי וכי עדיף זה מעשאו הקטן שליח דאמרינן אין שליחות לקטן ואמאי לפחות יהא זה רצוי דהא לאו מלתא הוא כשנתקדשה בתורת שליחות המקדש ניחא דלא הוי קידושין משום שהמקדש לא קדשה בתורת זכות אלא בתורת שליחות ואין שליחות לקטן אמנם כשקדשה בתורת זכיה ניחא דזכין לאדם.

ס"ו בהג"ה צוה אותו לקדשה יל"ע לפמ"ש לעיל בס"ד דמהני ג"ד ומבואר בתה"ד הובא באחרונים דאף אינש דעלמא מהני א"כ אפ"ת מילי לא ממסרי מ"מ גלה דעתו דזכות הוא לו ומה קשה בגמרא ר"פ הא"מ דאמר שליחות בקידושין מנ"ל לפוסקים דזכי' אינו מטעם שליחות ולפמ"ש לעיל ס"ד מהתוס' דהיכא דעשה שליח ול"מ משום דמילי לא ממסרי לשליח גרע מלא עשה שליח ה"נ א"ש.

השולח כתב ע"י כותי זה דברי ריו"ו בנכ"ב בח"ח סוף ח"ג ושם בתחלת ח"ג כתב אם גלה לשדכן שהוא חפץ באשה פלונית והלך השדכן וקדשה לו בלא מינוי שליחות היא מקודשת ולכאורה הנהו דברים סתראי ננהו דשולח כתב נמי יש גילוי דעת ולפימ"ש לעיל דכשעושה שליח צריך שיהא שליח גמור מדינא א"ש אך ממ"ש שם באותו חלק דאם אמר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח מותר בקרובת נשים שהיו נשואות באותו זמן אע"ג דאחר שעשאו שליח נתגרשו כי כשעשאו שליח לא. עשאו אלא על הנשים שהיה הוא בעצמו באותו זמן יכול לקדש עכ"ל דיל"ד הא מסקנת הש"ס בנזיר אינו מטעם דלאו דעתיה עליה אלא משום דלא מצי עביד אע"כ משום דהוקשה לו נהי דלא מצי עביד מ"מ יועיל משום ג"ד דניחא לו אע"כ דלמסקנא נמי היכא דלא מצי עביד השתא אין דעתו נמי וכמ"ש לעיל א"כ קשה למה ע"י כתב ביד עכו"ם א"י לעשות שליח דיועיל עכ"פ מחמת ג"ד.

סי"א שחזקה שע"ש בטו"ז הקשה הא בלא"ה יש לחוש מספק ועיין ב"ש שדחה תירוצו ונראה דאיתא ברפ"ג דבכורות דלא אזלינן בתר רובא דתלוי במעשה הרי דמיעוט דלא תלוי במעשה שקול כרובא דתלוי במעשה וא"כ כאן נהי דא"ל דשמא לא מצא האשה שנתרצית להתקדש לו משום דאיתתא בכ"ד ניחא לה וכדאיתא בר"פ הא"מ מ"מ שמא לא טרח השליח ולא קידש שום אשה דחשש שמא קידש תלוי במעשה ואם לא קידש אינו תלוי במעשה א"כ אין הספק שקול לכן צ"ל חזקה שע"ש.

ואין אדם עושה שליח במהרי"ט תמה על התוס' דס"ל דאפילו פריש שעושה שליח במידי דאיהו לא מצי עביד עכשיו ל"מ דמנ"ל לתוס' דלמא כונת הש"ס דמסתמא אין בדעת האדם לעשות שליח אלא במידי דמצי עביד השתא אבל אי פריש מהני וכן דעת רי"ו כמו שהבאתי לעיל ומל"מ פ"ט מה"א ה"ו תמה דהא הש"ס פריך מן ר' יאשיה דאמר דאם אמר לאפוטרופס כל נדרים שתדור אשתי עד שאבא לביתי הפר לה לא אמר כלום דכתיב אישה יפירנו ולא שליח טעמא דכתיב קרא הלא"ה היה מופר ומאי קושיא הא התם פריש להדיא ומכח זה סתר דברי מהרי"ט ונראה לחומר הנושא דבנדרים דף ע"ב ע"ב ובכ"ד אר"פ משמיה דרבא כל הנודרת ע"ד בעלה נודרת ודעת המפרשים דמש"ה גזרה תורה שיוכל להפר וקשה א"כ למה אמר ר"א פ"י דנדרים דף ע"ה האומר לאשה כל נדרים שתדורי מכאן עד שאבא ממקים פרלוני יהיו מופרין הן מופרין והא שמעה שאין דעת בעלה שיהיו נדריה קיימין ומ"מ נדרה הרי דלא ע"ד בעלה נדרה וצ"ל דכיון דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת וזו שיצאת מהכלל גזרה תורה שתהא דעתה בטלה אצל כל אדם מדלא חלקה תורה וא"כ תינח כשעשה הבעל בדרך הבעלים להפר לה בעצמו או ע"י שליח כשמצי איהו עביד השתא אבל בזה שעשה שליח להפר מה שתדור אח"כ מידי דלא מצי איהו עביד דיצא מזה מדרך העולם לא מבעיא כשהאשה לא ידעה מזה ל"ל בזה ע"ד בעלה נדרה דלא ה"ל למיסק אדעתא שעשה כן בעלה אלא אפילו ידעה מ"מ ל"ל בטלה דעתה אצל כל אדם כיון דבעל מלתא יתירתא עביד הוא לבדו שאין דרך העולם לעשות כן לעשות שליח להפר כשתדור שלא יחול הנדר כלל טרם שמענו דבעלמא רק מיגז גייז משעת שמיעתו והפרתו ועוד דקרא מיירי בלא ידעה מהפרתו כדאיתא בנזיר דף כ"ג דיליף לה מדכתיב אישה הפרם וד' יסלח לה ופרש"י שם דלעיל מיניה דכתיב יניא אותה מיירי בידיעתה וכתב בארח מישור דלשון יניא אותה הכי משמע בידיעתה אבל אח"כ כתיב הפרם משמע שלא בידיעתה וכיון דמיירי קרא שלא ידעה א"כ ל"ל בכה"ג דע"ד בעלה נודרת כיון דאמרת דאין דעת אדם לעשות שליח על מידי דלא מצי עביד השתא ובזה מתורץ קושיית תוס' למה פריך הש"ס מר' יאשיה ולא מדר' יונתן

דאמר ששא"כ דלפימ"ש מדר' יונתן ליכא למפרך די"ל כשעושה שליח בפניה אבל ר' יאשיה דיליף מקרא דאישה יפירנו והא קרא דהפרה מיירי שלא בידיעתה אך התוס' דכתבו בנדה דף מ"ו דהא דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת היינו אחר שגזרה תורה דבעל יכול להפר א"כ ע"כ קושית הגמרא אינו כמו שכתבתי אלא ס"ל דאפילו פירש דעושה שליח על מה דלא מצי עביד השתא לא מהני ושפיר הוכיחו סברתם.

ומכח זה דמידי דלא מצי עביד השתא לא מצי משוי שליח אפילו פירש ערערו גדולים על מה שנהגו בנשתטית ע"י היתר ממ"ר ולמסור גט לשליח שיתן לה לכשתתפקח הובא בהגהת מל"מ פ"ו מגירושין והובא במרכבת המשנה שם מגאון אחד דמועיל מטעם זכיה והשיגו מרכיה דזכין לאדם שמענו אבל זכין מאדם לא שמענו דזכות לבעל לגרש אשתו זכין ממנו עיי"ש ולפ"ד ח"ר ותוס' הובא בקצו"ח סימן רמ"ג שכתבו דלא אמרינן זכין לאדם אלא בזוכה המקבל באיזה דבר בלאה"נ קשה אפי' לא יהא בסוג דזכין ממנו מ"מ כיון דאינו זוכה באיזה דבר ל"ל זכין לאדם דנהי דמפטר מחדרגמ"ה או מחיוב מזונות מ"מ אין זה רק גרמא אבל מה שנותן לה הגט ומגרשה אין הבעל זוכה בעצם הדבר ומג"א סימן תרנ"ח כתב דאם אין האיש בביתו יכולה אשתו למכור הלולב דזכין לאדם שלא בפניו והרי זכין ממנו ובחת"ס א"ע דחה דברי מרכ"ה דהרי זכיה ילפינן רפ"ב דקידושין מנשיא אחד למטה והתם לחוב ע"מ לזכות הוא כמבואר שם וכן הלכה רווחת למכור חמצו של חברו בע"פ בשעה חמישית מטעם זכין לאדם אף דהוה זכיה ממנו לאחר א"ד ולפע"ד אין סתירה מזה דכמו דאמרינן בפ"ק דב"מ דף חי"ת בשנים שהגביהו לגנוב אף דאשלד"ע מ"מ מגו דזכי לנפשו זכה נמי לחברו וכן אמרינן שם ד"י בליקט פיאה אף דלא מצי לזכות לחברו במקום דחב לאחריני מ"מ אמרינן מגו דזכי לנפשו זכי נמי לאחריני ה"נ במוכר של חברו לאחר דאם לא יזכה האחר בהמקח לא יזכה חברו בדמיו אמרינן זכין לאדם וזוכה חברו בדמיו ומגו דזכי האי לחברו בדמיו זכי נמי ללוקח בהמקח וכן בהא דקידושין בחלוקת הארץ מגו דזכין לזה זכין מזה שלו לאחר ועכ"פ אין לנו ילפותא מנשיא אחד דזכין לאדם וזכין מאדם רק בכה"ג דנעשה בבת אחת וזה תלוי בזה אבל בגט דליכא רק זכין מזה לא שמענו דהא דנפטר משאר וכסות לאו מידי בא לידו דליחשב דמזכין לו איזה דבר דלפיכך המקדש במלוה אינה מקודשת אף דנפטרת מלשלם לו דמ"מ לאו מידי יהיב לה.

ועוד לפימ"ש תוס' הבאתיו לעיל דאף במידי דלא בעי שליחות אם עשה שליח דאינו מועיל מן הדין גרע וה"נ הרי עושה הבעל שליח ליתן לה הגט לכשתתפקח והשליחות אינו מועיל ובערך ש"י לחו"מ סימן שנ"ח הוכחתי דכמו דזכין לאדם שלא בפניו שיקנה

ה"נ זכין לו לקנות משלו אף דלא מקבל מחיר וכן מוכח מקידושין דף מ"ו בהא דפיתה לשם קידושין דס"ל לרב יוסף דא"צ קידושין אחרים כשנתרצה האב כששמע וחלו קידושי ביאה למפרע וכמ"ש אב"מ לקמן סימן ל"ז סקי"ב והרי בביאה אין זוכה האב כלום מ"מ קונה המפתה אותה כיון דנתרצה האב כששמע והוכיח סע"ת דזכות הוא לו ובפרק הרואה דף ס"ב ע"ב קרנא קריא ברומי בר מזבין סאני תאני דאבוך זבין הרי דרשאי למכור של אביו משום דזכות הוא לו זכין לו שלא בפניו ועיין תוס' ר"פ חרש דף קי"ג סד"ה מאן חכים מבואר דזכין ממנו שלא בפניו כשזכין לו נמי

סימן לו

ס"א שליח עב"ש דאם גלתה ובאב"מ כתב לפימ"ש בח"ר ותוס' בנדרים דזכין לאדם של"ב אינו רק אם מזכין לו איזה דבר אבל אם לא מזכין לו שום דבר לא מהני מה דניחא לו כמו בתורם משל בעה"ב על תבואה של בעה"ב ה"נ האשה ניקנית ואינה קונה א"כ לא מזכין לה שום דבר חדש עי"ש וכבר כתבתי בסוף סימן ל"ה דאם מזכין לו מחיר מה שזוכין ממנו לכ"ע זכין שלא בפניו ול"ד לתורם דלא מזכין לו שום מחיר דהכל של בעה"ב וא"כ כאן דזוכה לה הכסף קידושין ואם לא תתקדש לא תזכה בכסף זה שפיר זכין לה שתתקדש ולפ"ז דוקא בכסף או שטר ש"פ.

וימ"ש שאינו כותבו אלא מדעתה ז"ד רמב"ן דכמו בגט דעת מקנה דהיינו בעל צריך שיאמר בעצמו לסופר ה"נ בקידושין ואפילו באומרת אמרו הובא בב"י לעיל סימן ל"ב פירש אפילו באומרת אמרו פסול ובספר בית הלל כתב לדעת רמב"ן דצריך מדעתה היינו שתאמר לשלוחה שיאמר לבעל לכתוב ולע"ד הוא טעות דהא טעמו של רמב"ן דגמרינן מגט דצריך שהבעל עצמו יאמר לסופר אלא דלשון הש"ע אלא מדעתה משמע דא"צ שתאמר בעצמה להבעל או להסופר דאפילו אמרה על ידי שלוחה הרי מדעתה היא ונראה כיון הא דצריך מדעתה הוא ספק כדלעיל סימן ל"ב וכאן דעשאתה שליח לקבל קידושיה ס"ל לרמב"ם דסגי דידו כידה רק רמב"ן פליג והוי ס"ס לכן כתב המחבר מקודם דעת המכשיר דתפס זה לעיקר וכתב דעת הפוסל רק דצריך מדעתה כיון דגם בגט ס"ל להרא"ה ור"ן דבאומר אמרו לסופר בשמי כשר וגם באומר אמרו סתם רבו הדעות כמ"ש הב"ש בסימן ק"כ סק"ז לכן בקידושין פסק המחבר דכשר וא"צ רק מדעתה ע"כ השמיט סיום דברי רמב"ן דגם באומרת אמרו פסול.

ס"ה אעפ"י שנעשית לה צרה פרש"י אף דאין מעידות זל"ז מ"מ שליחותה דעבדה עבדה והקשה רא"ש דפשיטא לכן פירש כיש מי שאומר דכאן ונראה כונת רש"י דשליחות גופה אי לאו דגלי קרא ושלח ושלחה לא הוי ידעינן כדאיתא בר"פ הא"מ א"כ ה"א דוקא

משום דחזקה שע"ש וסמכ"ד דמשלח אבל כאן כיון דנעשית לה צרה לא סמכ"ד שתקיים דיבורה להיות שלוחה והוי רק פטומי מילי וכמתנה מרובה בב"מ דף מ"ט וכה"ג איתא בפ"ק דקידושין דף חי"ת ע"ב בתנם לפלוני ע"מ שיקבלם לי ואף דהכא נתרצית להיות שלוחה מ"מ לא סמכ"ד שלא תחזור בה.

ס"ט וכשנתן בטור כתב לאחר שנתן והקשה בד"ה הא בקידושין תכ"ד לאו כד"ד וכבר זכתה הראשונה ותירץ דתכ"ד דאינו כד"ד בקידושין הוא רק דא"י לחזור עיי"ש ועדיין קשה כיון דא"י לחזור מהקידושין ממילא זכתה בכל דמי הקידושין וכן הקשה באב"מ לכן מוקי לה באו"א ולי נראה כיון דדמי אשה רק פרוטה כמ"ש הרא"ש בספ"ק דב"א אהא דקדשה בשט"ח דא"מ משום דשמא ימחול ולא סמכ"ד אף דחייב מדד"ג דאינו חייב רק דמים שקיבל ודמי אשה רק פרוטה והיא כסבורה להתקדש בשוייו של כל דמי השטר ולא סמכ"ד א"כ הכא דעשתה שליח לקבל קידושין סתם ואלו נתן לשליח רק פרוטה היתה מתקדשת א"כ מה שהוסיף המקדש על פרוטה הוי כמתנה ובמתנה יכול לחזור תכ"ד כמ"ש בחו"מ סימן קצ"ה ה"ג חוזר ממה שהוסיף והקידושין לא מתבטלים דל"ל דכסבורה להתקדש רק בכל מה שנתן המקדש לשלוחה דהא אינה יודעת כלל כמה נתן לשליח ומתחלה מינתה השליח סתם ואפילו יקדשה רק בפרוטה ועב"ש בסימן ל"ז סק"א וב"ח שם דהיותר מפרוטה הוי מתנה.

ס"י ימ"ש בשו"ת ר"י מינץ ס"ב אחד עשה שידוך עם בתו הקטנה וטעו העדים וחתמו שטר שכתוב בו הנני מארס בתי לכמר יואב ופסק דאין לחוש שנתקדשה דמארס אינו נופל רק על חתן או שלוחו המקדשה ולא על אבי הקטנה ואין לחוש בדרך רחוק חולי יואב עשה לאבי הקטנה שליח. ושייך הנני מארס וכו' וכתב הב"מ נשמע מיניה הא אלו עשה יואב שליח לאבי הקטנה שיקדש לו בתו מקודשת ותמוה הא קי"ל בחו"מ סימן קפ"ה ס"ב אין שליח יכול לקנות לעצמו דידו כיד משלחו ולא יצא המכר מרשות בעלים וה"נ אין כסף הקידושין יוצאין מרשותו את"ד ונראה כיון דחש להעמיד לשון מארס הרי יש לחוש שנתרצה האב ליתן כסף הקידושין לאחר וכדאיתא בפ"ק דקידושין דף זיין תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת ויואב עשאו להאב שליח ליתן לזה שאמר לו האב נמצא ע"י קבלת האחר דאין ידו כיד המשלח מתקדשת הקטנה תדע דאטו בשופטני עסקינן שיעשה האב שליח הרי יואב כשנתן הכסף לאבי הקטנה יכול לקדשה בעצמי א"ו דהסכימו ואב ואבי הקטנה שיקבל אחר כסף הקידושין ועשה יואב לאבי הקטנה שליח לזה.

לקדש בתו בוגרת בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה ז"ל אם האב יכול לעשות שליח לקדש בתו בשליחות המקדש דהרשב"א לא הורה הדבר להתיר עיי"ש שהתפלא עניו ולי י"ל באפשר טעמו דחזינן דרובא טרם שנשאת הבת סמוכה על שלחן אביה ואיתא ברא"ש בעירובין דף ע"ט דא"י לזכות עירוב ע"י בנו ובתו הגדולים אם סמוכים על שלחנו דידן כידו וגם רשב"א דחולק ה"ט דכשמזכה לאחרים ל"ש איבה וא"כ כשהאב שליח המקדש ידו כיד המקדש כמ"ש לעיל ויד בתו כיד האב א"כ כשנותן לה האב כסף הקידושין ידה כידו ויד אביה ביד משלחו ולא יצא הכסף מרשות המקדש ובזה נסתלקו כל הקושיות שהקשו עליו ועיין תוספת פ"ק דב"מ דף י"ב ע"ב דדין סמוכים על שלחנו דוקא בבנו ובתו שדרכו לזונם תמיד משא"כ עבד ושפחה עברייה ואדם אחר הסמוך על שלחן חברו ונראה מה דאמר דלא הורה הדבר להתיר דמשמע רק להתיר לכתחלה לא הורה משום הא דידה כיד אביה תק"ח הוא אם כן בדיעבד אין להפקיע הקידושין דמדאורייתא אין ידה כידו.

סימן לז

ס"ה קדשה אביה בגמרא פע"י דף ע"ט קדשה אביה בדרך וקדשה א"ע בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו פרש"י מצאנוה בוגרת בו ביום וכתב עצ"א דמשמע שלא נודע לנו בשעת קידושיה אם היא בוגרת ויל"ד למה לא פירש שנודע בשעת קידושיה שהיתה בוגרת ואם לשון דהרי הוא בוגרת לפנינו משמע שאח"כ בדקנוה קשה על הגמרא למה נקט כה"ג עיי"ש ונראה דסמ"ע בסימן למ"ד ס"ק ל"ט כתב לענין ח"ד דדוקא בדבר שנעשה בזאח"ז שא"א לראות בשנה ראשונה מה שיהיה בשניה ל"ה חצי דבר אבל שנים אומרים אחד בגבה אף שלא בדקו יותר מחמת שנאנסו הוי ח"ד ועפי"ז כתב בנה"מ בהלכות תפיסה סק"ז מש"ה בקידושין ספק קרוב לה הוי כמקדש בלא עדים כיון שהיו יכולין לראות כל הדבר ולא ראו הוי ח"ד ול"ה עדות כלל אפילו יבואו עדים אחרים שלא ראו זריקת הקידושין רק אומרים מדדנו את הכסף שמעידין אלו העדים שזרק לה והיה קרוב לה ג"כ ל"ה קידושין את"ד ולפ"ז כיין שהעדים שראו קידושין שלה ולא בדקוה אם היא בוגרת אף דאח"כ בדקוה ע"י אחרים ונמצאת בוגרת הל"ל דאינה מקודשת וקמ"ל דהרי היא בוגרת לפנינו כיון שעכשיו נודע לנו שהיא בוגרת אף דעדי קידושין לא בדקוה לא הוי חצי דבר ולפ"ז מוכח דלא כנה"ג דאם נודע אח"כ לא הוי ח"ד דמה אי אם לא ידעי העדים בשעת קידושין אי הוה קרוב לה או אם לא ידעי שהיא ברשות עצמה לקבל קידושין כך וב"כ הספק לעדים אם נתקדשה וא"ל דמיירי דעדים של קידושיה בדקוה אח"כ ומצאוה בוגרת דכה"ג מודה נה"מ דמהני וכמ"ש בספר קה"י

הובא בפ"ת לעיל סימן ל"א סק"ה וכן מוכח בנה"מ שם דדוקא אם אחרים מדדו ונפזו ק הני ח"ד דאין לשון רש"י ומורה כן דכתב בדקנוה ויוצאנוה בוגרת וכן לשון הגמרא דהרי היא בוגרת לפנינו דמשמע לפנינו הב"ד שהם בדקוה ולא העדי קידושין ועוד הא שמואל אמור חוששין לקידושי שניהם דאימר השתא היא דבגרה א"כ גם לאחר שבדקוה ונמצאת בוגרת אין ידוע אם בשעת קידושיה היתה בוגרת ולמה הוי ספק קידושין הא לעולם ספק לעדים ש אך י"ל לפמ"ש בנה"מ שם דדוקא כשיש חזקה אזי כשספק לעדים הוי ח"ד וכן מבואר במרדכי בשם מהר"ם הובא בחמ"ח לעיל סימן למ"ד סק"ה והכא בענין קידושיה ליכא חזקת פנויה דממ"נ מקודשת כמ"ש תוס' שם והא דחושש שמואל לקדושי אביה דיש חזקת פנויה אם היתה בוגרת ה"ט כיון דקידשה בדרך והאשה לא היתה שם לא היה אפשר לעדים לראות יותר דכה"ג לא הוי חצי דבר עיין סמ"ע שם ולפ"ז מיושב קושיית הפנ"י שם דהוי יתור לשון מה דנקט קדשה אביה בדרך דסגי היה לומר קידשה אביה ואח"כ קידשה עצמה.

ס"ז בהג"ה או יעמוד אצלה בתרומת הדשן סימן רי"ג כתב יעמוד ע"ג ויחזיק בידה וצ"ל דרמ"א ס"ל דע"כ היא וא"ו מחלקת דאל"כ כיון שמחזיק בידה הרי עע"ג אך בשלמא מחזיק בידה שפיר הוי כקיבל האב אבל עע"ג מה יועיל ונתקשו באב"מ ובקו"א למקנה ונראה דס"ל דיש יד לקטנה לזכות לעצמה כמ"ש תוס' ורא"ש בפ"ק דקידושין די"ט אך לאו בת דעת היא לכוין להתקדש וכ"כ פנ"י שם ובגיטין דף כ"ג אהא דכתבו חש"ו פריך והא לאו בני דעה ננהו ומשני בגדול עע"ג לכן ה"נ באביה עע"ג מהני דעתו וכונתו.

עוד אפשר לומר לפימ"ש בח"ר בפ"ק דחולין דף י"ב בשם ר"י הא דמהני בגט גדול עע"ג שכל דבר שאפשר לעשותו ע"י שליח היי עמידה ע"ג כונת העושה ומדין שליחות עיי"ש הרי אף דאין שליחות לקטן לא איהו לגדול ולא גדול לקטן מ"מ בגדול עע"ג קטן מצטרפין הכונה והמעשה והוי כונת העושה מדין שליחות ה"נ היכא דצריך שיהא גדול העושה כגון כאן דהקטנונה ברשות אביה לקדשה ואינה ברשות עצמה הוי מעשיה כאלו אביה עושה כשעע"ג לכן אאתיל דאין לקטנה יד לזכות אפילו בדאמ"ק מ"מ כשאביה עע"ג הוי כאלו אביה מקבל וזה מדויק יותר בלשון הרמ"א שכתב דהוי כאלו קבלו בעצמו ונראה מה שהפך רמ"א הלשון דמהרא"י כתב יעמוד ע"ג ויחזיק בידה ורמ"א כתב קודם יחזיק בידה והדר או יעמוד אצלה משום דרמ"א סיים והכי עדיף טפי משיקבלו בעצמו דהרי י"א דאסור לקדש בתו קטנה א"כ עדיף נמי שיעמוד אצלה משיחזיק בידה דאם יחזיק בידה עושה האב עיקר המעשה והכונה והקטנה כגרזן ביד החוצב

ועוד נראה דבפרק כ"ב דף קכ"א אהא דתנן קטן שבא לכבות אין שומעין לו פריך והא אין ב"ד מצווין להפרישו אר"י בקטן העושה לדעת אביו וביבמות פ' חרש דף קי"ד אהא דלידבר טליא נמי אר"י בעושה ע"ד אביו ופרש"י ביבמות שהתינוק צופה באביו ורואה שנוח לו בכך ואביו עומד עליו דהיה כאלו מצווהו לעשות ובפ' כ"כ פרש"י בקטן שיודע להבחין שהכבוי זה נח לאביו ועושה בשבילו ועמדו בזה לווה שינה רש"י הפירש ונראה שדקדק מלשון הש"ס דביבמות אומר ע"ד אביו משמע דהחילוק בעשיה לכן פרש"י שצופה באביו וכו' ובפ' כ"כ אומר בקטן משמע דהחילוק בקטן לכן פרש"י שיודע להבחין וכ"פ מצינו בש"ס לשונות מתחלפים אפילו במימרא דחד אמורא וכמ"ש בשו"ת רשב"א סימן רצ"ח והובא בכללי הש"ס עכ"פ חזינן דיש חילוק בקטן דלפעמים סגי בעע"ג דיודע להבחין ועושה לדעת אביו ופעמים צריך שיהא מוכח ממעשיו שעושה לדעת אביו לכן ה"נ בקטנה אם מדעת להבחין סגי בעע"ג ואם לאו צריך בידה.

ס"י אי שוי שליח אחרינא עחמ"ח וטו"ז על הב"ח דאי משכח אף לבסוף לא בטליה לקמא ונ"ל דאם קידש קמא אחר שקידש שליח בתרא תליא בברירה כמו אם יבא חכם למזרח דה"נ אי משכח קמא יהיו קידושיו קידושין ויתבטל קידושי שליח שני למפרע וכיון דקי"ל א"ב נמצאו קידושי שניהם ספק וקי"ל לא מחית אינש נפשו לספיקא כדלקמן סי"ז ופרש"י במשנה דקידושין דף ס"ד ע"ב דלא מחית אינש למימר מילתא דליתי ביה לידי שאילה לחכמים ואאת"ל דאינו יודע הדין ומ"מ דעתו ע"ד חכמים כמ"ש תוס' בפ"ק דערכין דף ה' בד"ה אדם אף דהתם קאי לר"מ ואנן קי"ל כחכמים שא"ה דצריך לתקן הלשון וכמ"ש בכמה מקומות וא"כ כאן דלפי הדין יהיו שניהם בספק לא מחית נפשו לספיקא כיון דא"א להיות רק ספק לכן ודאי ביטול שליח קמא אם לא יקדש לפני שליח בתרא וא"ל דא"כ גם זה תליא בברירה אם אשכח שליח קמא טרם יקדש שליח בתרא דזה א"צ להיות מבורר למפרע דבשעה שיקדש בתרא יהא מבורר כבר ומבואר בשו"ת הרשב"א דהיכא דאצ"ל הוברר למפרע לכ"ע י"ב משא"כ אם יקדש שליח קמא אחר שקידש שליח שני צ"ל ברירה למפרע לבטל קידושי שני דאם אין ברירה למפרע חלו קידושי שליח שני וא"א עוד לחול קידושי שליח ראשון.

סי"א משעת שמיעה ואפילו נתאכלו המעות כ"כ ג"כ ח"ר והקשה אב"מ הא קי"ל כשמואל בפי"ב דף מ"ט בפודה בנו תוך ל"י ונתאכלו המעות אין בנו פדוי כיון שאין בידו לפדותו תוך ל"י ועוד לכשיתרצה אביך הוי דשלב"ל ומי איכא מידי דהשתא לא חייל ולבתר הכי חייל עיי"ש ונ"ל דיל"ד כיון דבח"ר כתב דע"ד שיתרצה אביה קידשה והוי כאומר ע"מ א"כ כל ע"מ כאומר מעכשיו ולמה כתב דא"מ רק משעת שמיעה ודעת

רש"י ור"ן באמת דחלין למפרע כיון דקצת זכות הוא לו ורשב"א ורמ"ה צ"ל דס"ל כיון דבפרק כל הגט אמרינן בהרני בועלך ע"מ שירצה אבא תליא בברירה א"כ הא קי"ל א"ב אך במהרי"ט כתב דאף דא"ב היינו דלא חל למפרע מ"מ חייל כשיתברר וה"נ בשלמא בהרני בועלך א"א לחול אח"כ דכלתה הביאה משא"כ כשמקדשה בכסף חייל כשיתברר ואף דהא דא"ב רק ספק מ"מ כאן א"א שתהא מקודשת למפרע מספק דקי"ל לא מחית אינש נפשו לספיקא כדאיתא בקידושין דף ס"ד וברמב"ם פ"ז מקידושין הט"ו ובכ"מ שם כתב דהיכא דאלו קידש מעכשיו הוי תפסי קידושין מספק חשוב דבר שב"ל וחייל כשקידש שיחול לאח"ז בודאי א"כ ה"נ אם היה רוצה לקדשה מעכשיו ע"מ שיתרצה אביה היתה מקודשת מספק אם יתרצה אביה אח"כ לכן אף דאינו מקדש רק שיחול אחר שיתרצה אביה שפיר חייל בודאי דחשוב בידו לקדשה מיד.

ואם קדשה בביאה כתב אב"מ בסקי"ב דמשמע בקידושין דף מ"ו דמקודשת למפרע אם נתרצה האב כששמע אח"כ והקשה מח"ר ותוספת בנדרים דף ל"ו אהא דתורם על של חברו משל חברו דאף דזכות הוא לבעל הפירות וניחא לו לא מהני דצריך שיהא שליח מדעתו של בעה"ב עיי"ש ולע"ד הם לא כתבו רק בתרומה דגזה"כ גם אתם מה אתם מדעתכם אף שלוחכם מדעתכם וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן שנ"ח לחלק דבממון יכול ליטול של חברו אם ידוע דאם היה יודע היה ניחא לו ושאני תרומה דגזה"כ דצריך מדעתכם ממש וא"כ ה"נ בקידושי קטנה כיון דהוכיח סע"ת דניחא לו וזכות הוא לו לאביה אך לפימ"ש דתליא בברירה א"כ בביאה ל"ל דמקודשת למפרע והא דס"ד בקידושין דף מ"ו דברייתא מיירי בפיתה לשם אישות ל"ל להס"ד דאתיא כמ"ד י"ב.

ב"מ הוכיח כפוסקים דאפילו נתרצה אביה חח"כ בפירש ל"מ מקידושין דף ס"ד ע"ב דהמקדש בתו סתם אין הבוגרת בכלל דפריך פשיטא בוגרת מאי עבידתיה והא י"ל דקמ"ל דל"ח שמא נתרצית או דקמ"ל אפילו נתרצית בפירש אח"כ א"ו דפשיט דלא מהני ומחמת זה הניח בצ"ע הך דינא דלעיל סימן ל"ו סי"א עיי"ש ואינו ראיה כלל דהא דמהני כי נתרצה האב אחר שנתקדשה הקטנה של"מ או כשנתרצית הבוגרת בקידושי אביה משום דבכ"ד ניחא להו וקצת זכות יש להן לכן אמרינן כי נתרצו אח"כ הוכיח סע"ת דזכות הוא וזכין שלב"פ וכמ"ש הר"ן אבל התם דקידש בתו סתם והוי קידושין שאין מסורות לביאה אפילו למ"ד דהוי קידושין צריכות גט א"כ אדרבה חוב לה ודאי לכן אפילו נתרצית בפירש אח"כ אינו מועיל כלל למפרע גם מה שהקשה הב"מ דאפילו לרמב"ם דרצוי בשעת מעשה ודאי מהני לימא הנ"מ בנתרצה בשעת מעשה לק"מ ממ"נ אם רצוי דשעת מעשה מהני דהוי כעשאתו שליח הרי נכלל זה במאי דמשני דשויתיה

שליח ואם משום דיש צד זכות וכיון דנתרצה חזינן דזכות הוא וזכין לה ממילא אף דלא עשאתו שליח הא בקידושין שאין מסורות לביאה וצריכות גט אין בו שום צד זכות רק רצתה לחוב לעצמה ול"ל זכין לה ממילא.

ודעת הראב"ד הא דאמר שמואל קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה צריכה גט שמא נתרצה אביה כשנתקדשה במעמד האב ולא מיחה דה"ל כאלו אמר לה צאי וקבלי קידושך וההוא דשתי חמרא וקידש אבי הבן בת חברו לבנו כשהיה הבן עמהם ושתק הוא ואפ"ה א"ח שמא נתרצה הבן והקשה עליו בח"ר דהא אמרינן שם בדף מ"ו נתקדשה שלל"ד אביה אמר רב בין הוא בין אביה יכולין לעכב ורב אסי אמר אביה ולא היא ומתיב מדתניא גבי מפותה וודאי מפותה לא בפני אביה אלא ששמע אח"כ ושתק או נתרצה והראב"ד בעצמו פירש הא דאמר שם אביי צריכה קידושין אחרים לדעת אביה היינו שיודה אביה באותן קידושין עצמן שהיתה לשם אישות ועוד הוא עצמו פירש נערה שנתקדשה שלא לדעת אביה שלא היה אביה שם בשעת קידושין עיי"ש ונ"ל דראב"ד ס"ל לחלק בין קטנה לנערה דקטנה אין לה דעת להתקדש וצריך דעת אביה לכן אף דשמע אח"כ ונתרצה והוכיח סע"ת דניחא לו מ"מ ליכא דעתו משא"כ נערה דיש לה דעת רק רשות אביה מעכב וראיה לזה מפ"ב דב"מ דכ"ב דפריך על אביי דישל"מ ל"ה יאוש אתרם של"מ בעה"ב ובא ואמר כלך אצל יפות הוי תרומה ומשני בדשוייה שליח ה"נ מסתברא דא"ל שוייה שליח מי הוי תרומה הא אתם גם אתם מה אתם לדעתכם ופירש הריטב"א שבאס"ז שם דאפ"ת דבעלמא ישל"מ הוי יאוש ויוכיח סופו על תחלתו הכא היכי מהני דהא צריך שליחות בשעת הפרשה לדעת בעה"ב ובש"ך חו"מ סימן שנ"ח כתב דדוקא באבדה ישל"מ ל"ה יאוש דל"ל אלו ידע הוי מייאש דאלו ידע היכן הוא ל"ה מייאש אבל בעלמא דאלו ידע לא הוי מקפיד השתא נמי דלא ידע כאלו ידע עיי"ש לכן ה"נ בשלמא בקטנה דאין לה דעת וצריך דעת האב אף דנתרצה אח"כ וחזינן דלא קפיד מ"מ בשעת קידושין ליכא דעת האב משא"כ בנערה דיש לה דעת רק רשותו דאב מעכב סגי אם לא קפיד דהוי כנסתלק רשותו ממנה לכן כשנתרצה אח"כ אמרינן הוכיח סע"ת דלא קפיד לכן דייק הראב"ד בהא דדף מ"ו נערה שנתקדשה שלל"ד אביה כיון דמייתי עלה הא דמפותה דמיירי שלא במעמד האב וגם לשיטת הראב"ד הובא ברא"ש פ"ג דכתובות דף מ"ם ע"ב אין דין מפותה רק בנערה ולא בקטנה וגם אב שקידש אשה לבנו לא סגי במה דלא קפיד הבן אלא צריך דעת הבן ממש שיעשה את אביו שליח לכן פירש הראב"ד דמיירי במעמד הבן דאם היה הדין לחוש דנתרצה הוי כעשאו שליח.

עוי"ל כיון דא"א להתקדש בלא רצון האב וכשנתרצת אחר ששמע צ"ל הוברר הדבר למפרע ואנן קי"ל א"ב ושמואל ס"ל בב"ב ק"ז ובביצה דף ל"ח דודאי א"ב ותוס' בבכורות דף מ"ח כתבו דשמואל מחלק בין מתנה בפירש או לא וכאן הא לא התנו המקדש והמתקדשת לכן כתב הראב"ד דצ"ל דשמואל מיירי שנתקדשה במעמד האב וכיון ששתק אז יש לחוש שנתרצה ולהכי שתק משא"כ בהא דדף מ"ו דבעל המימרא הוא רב דס"ל י"ב וגם רב אסי מספ"ל בבכורות ובב"ב וגם רב יוסף מחלק בין תולה בד"א לתולה בד"ע כמ"ש תוס' בעירובין דף ל"ו ע"ב ואביי נמי מחלק כן בגיטין דף כ"ג לכן אלייבייהו כתב הראב"ד דסגי כששמע אח"כ ונתרצה ועוד כיון דקי"ל דברירה ספק לכן בדאורייתא א"ב ובדרבנן י"ב וא"כ הא דחוששין שמא נתרצה האב ל"ל כששמע אח"כ דהוי ס"ס שמא לא נתרצה ואת"ל נתרצה שמא א"ב לכן דוקא שנתקדשה במעמד האב אבל הא דדף מ"ו דנתקדשה של"ד האב דפליגי אי היא יכולה לעכב כשנתרצה האב אחר שנתקדשה דליכא רק ס"א אי י"ב וכן הא דמפותה לשם קידושין מיירי בנתרצה האב אח"כ לפנינו ורב יוסף דאמר היינו דתנינא מהר ימהרנה דצריכה קידושין ואם פיתה לשם קידושין למה לי קידושין עוד היינו דתורה לא מספ"ל אם י"ב וכיון דאמרה תורה דצריך עוד קידושין ע"כ ודאי א"ב והא קי"ל דהוי ספק דדינא אם יש ברירה וכ"ש דתקשי למ"ד י"ב והרי רב ס"ל י"ב ורב אסי מספ"ל ואלייבייהו אזלא הש"ס התם ואביי דמשני דצריכה קידושין לדעת אביה לא צריך להההוא תירוצא רק אם יש ברירה א"כ סני שיהא לדעת אביה אחר ששמע אפילו לא ידע בשעת הפיתוי.

ועוד י"ל טעמו של הראב"ד כיון דקטנה או נערה אינה ברשותה להתקדש א"כ מה אהני כשנתרצה האב אח"כ מ"מ בשעת קידושין הוי כמקנה דבר שאינו ברשותו דהוי כדשלב"ל ואינו קונה דהא האשה מקנית עצמה ואינה ברשותה לכן צ"ל דנתקדשה בפני האב ושתק דחייש שמואל שמא נתרצה וכאלו נתן לה רשות אך בדף מ"ו דס"ד דהברייתא דאם מאן ימאן מיירי בפיתה לשם אישות וקמ"ל קרא דבין היא ובין אביה יכולין לעכב והרי כשקידשה בביאה אינה ברשותה ובמוכר דבר שא"ב שניהם יכולין לחזור ומה צ"ל מאן ימאן דהא סגי במאן כיון דאביה יכול לעכב ממילא אינה ברשותה אע"כ ס"ל דאדם מקנה דבר שא"ב וכדאמר רב בב"מ דף ט"ז וביבמות דף צ"ג האומר שדה זו לשכאקחנה תהא קנויה לך מעכשיו קנה ומבואר שם בתוספת דאהני מעכשיו דאף אם נקנה בק"ס דהדרה למרה או בשטר ונקרע השטר או בחזקה דכלתה חזקתו קונה מעכשיו וה"נ לענין ביאה אף דכלתה הביאה כששמע האב ונתרצה וקמ"ל כשם שאביה יכול לעכב כדי היא נמי ובהכי אזלא הסוגיא התם ואף דלא פירש להדיא שתתקדש מעכשיו מ"מ כיון

דבביאה אי אפשר רק לחול מעכשיו סתמא מעכשיו הוא כמו בק"ס המבואר בחו"מ סימן קצ"ה ס"ה בהג"ה ורב יוסף ואביי כולהו אזלו בתא דס"ד דמיירי בפיתה לשם אישות דעכצ"ל דיכול לקדשה בביאה מעכשיו ורב נמי הכי ס"ל ועיין מלא הרועים דרב יוסף ואביי נמי ס"ל כרב כדמוכח בכתובות דף מ"א ע"ב ולהכי פירש הראב"ד דברי רב ואביי אף דלא היה אביה התם רק נתרצה אח"כ סגי אבל דברי שמואל דס"ל א"א מקנה דשלב"ל הוכרח לפרש דנתקדשה במעמד אביה כיון דסתמא אמר ולא מחלק בין קדשה בכסף ושטר לקידשה בביאה או אם הכסף ושטר בעין כששמע אביה ובהכי א"ש נמי דברי הרמ"ה דס"ל בשמע האב ונתרצה מקודשת משעת שמיעה ולא למפרע והא לס"ד דפיתה לשם אישות עכצ"ל דמקודשת משעת ביאה דהא ליתה כששמע אביה א"ו כמ"ש.

עו"כ הראב"ד כשנתקדשה במעמד האב ולא מיחה ה"ל כאלו אמר לה צאי וקבלי קידושיך משא"כ שקידש אשה לבנו במעמד הבן אין חוששין שמא נתרצה הבן דמימר אמר במאי דעביד אבא מה אכפת לי וכי. לא אמרו לי מידי מה אצווח א"ד נראה כונתו דבשלמא האב יש לו לחוש שלא יטעו הרואים והשומעים מדשתק הסכים ויצא עליה קול מקודשת ולא יוכל להשיאה לאחר וכסברא זאת מצאתי בחכ"צ סימן קכ"ד אבל בן שקידש לו אביו אשה מה אכפת לו דמי יכופו לדור עמה גם יוכל להוציאה בגט ולישא אחרת.

עוי"ל כונתו כמ"ש נה"מ סימן פ"א ס"ז דאם אחד עושה מעשה בשל חברו ושותק כגון באחד אומר לחברו הנני לוקח חפץ שלך זה בסך זה ואני מושכו לקנותו ומשכו בפני חברו ושתק הוי כהודאה וריצוי לכ"ע עיי"ש וה"נ כשאחד קידש קטנה בפני אביה הרי לוקח של אביה בפניו ומדשתק נתרצה משא"כ כשקידש אב אשה לבנו בפניו לא לקח של בנו עדיין כלל ומה אכפת לו ואף דבערך ש"י על חו"מ סימן פ"א הבאתי ראיה דלא כנה"מ היינו הוכחה זאת א"א להוציא ממון אבל הכא לא אמר שמואל רק חוששין שמא נתרצה וצ"ג ומיאון.

והרא"ש בפרק האיש מקדש סימן וא"ו כתב אהא דאמר רבינא אפילו למאן דאמר חוששין שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן דגבי בת אם נתרצה חיילי קידושין ממילא למפרע אבל בן אפילו נתרצה אח"כ אינו מועיל דצריך שיעשה את אביו שליח ונתקשו בו האחרונים דבפ"ק סכ"ה כתב דקטנה מקבלת קידושיה בשליחות אביה דלטובתה וזכותה נעשית שליח הרי דגם קידושיה דוקא בתורת שליחות ואם נימא דזכות לאב בקידושי בתו וזכין שלא בשליחותו ה"נ זכות לבן לקדש לו אשה ונראה

לפי מה שכתב הראב"ד הנ"ל דלגבי בת סגי בשתיקת האב משא"כ בבן צריך שיעשהו בפירש שליח וכמו שביארתי דבריו ה"נ י"ל לרא"ש דס"ל דחוששין דנתרצה אחר ששמע שיועיל למפרע ומשום דדנין כשעת מציאתו ואלו ידע בשעת קידושין ג"כ היה מתרצה לכן דדוקא בבת דסגי בשתיקה כשידע חיישינן למפרע אם היה ריאה היה שותק ולא היה מוחה וממילא היה חלין הקידושין משא"כ בבן דצריך שיעשה את האב שליח ורבינא אמר בבכורות דאף דברובא התלוי במעשה לא אזלינן בתר רובא וא"כ כ"ש בתר חזקה וכ"ש חזקה דהשתא דגריע מחזקה דמעיקרא א"כ אפילו ידענו בבירור דנתרצה אח"כ כששמע אין לומר דודאי אלו ידע מעיקרא היה עושה את אביו שליח בפירש דעקימת שפתיו הוי מעשה ממילא השתא דליכא רק ספק אם שמע ונתרצה ליכא למיחש כלל למפרע.

ובפשוט יותר נ"ל דבן שקידש לו אביו אשה אף דזה זכות מ"מ נאסר בקרובתיה מיד ובתוס' רי"ד באמת כתב דאפילו ארצי הבן קמי אביו דחפץ בפלונית ל"ל זכין של"ב דהוי נמי חוב משום איסור הקרובות אלא דש"פ לא ס"ל הבי וכיון דג"ד מעיקרא דלא קפיד בזה וכ"כ עצמות יוסף אבל אם רק נתרצה אח"כ כששמע ל"ל הוכיח סע"ת דמעיקרא נמי היה רק זכות כיון דיש בו צד חוב אולי אז היה קפיד ועיין הה"מ פ"ד מזכיה ה"ב א"כ ל"ל דחלו קידושי האב ממילא משום דזכין של"ב וצריך שיעשהו שליח משא"כ כששמע האב בקידושי בתו ונתרצה אמרינן אגלאי מלתא דזכות הוא לו וזכין שלא בפניו אף דלדעת הטור לעיל סימן ד' בדעת אביו הרא"ש דאסור באשת חתנו מ"מ לעת עתה אפילו לא נתקדשה לו בתו אסורה אשת המקדש עליו משום א"א רק אפשר תתסר עליו אח"כ כאשת בנו אחר מיתת בנו מ"מ כיון דהחוב אינו עתה רק אפשר שיבא אח"כ לא חשוב חוב לגרע הזכות וזכין שלא בפניו כמבואר בנה"כ ס"ס קס"ב.

עוי"ל לפימ"ש מהרי"ו ס"ד דק"ס שלא בפני לוקח ל"מ כיון דביד הקונה לחזור לא עדיף מאסמכתא ובודאי שדעת המקנה לא היה אלא אם ירצה הקונה א"כ לא גמר ומקנה עד שיתרצה הקונה וכבר הדרא סודרא למריה עיי"ש וא"כ ה"נ כיון שנעשו הקידושין שלא בפני הבן וי"ל איני רוצה גם אבי הקטנה לא גמר ומקנה לו בתו עד שיתרצה הבן והרי כבר שתה האב הכוס יין שנתן לו אבי הבן לשם קידושין אך בקטנה שנתקדשה שלל"ד אביה ל"ל דהמקדש לא גמר ומקדש והוי אסמכתא דהא הרמב"ן בנדרים פ"ג כתב דבגיטין וקידושין ליכא משום אסמכתא וביארו הריטב"א ונ"י שם טעמו דל"ש אסמכתא אלא אם התנה מחמת שרצה לקבל איזה דבר מחברו עיי"ש א"כ המקדש דלא קיבל כעת שום דבר לית בו משום אסמכתא והקטנה אף דקבלה כסף קידושין

א"צ שתגמר ותקנה דרק שליחות אביה עשתה כמ"ש הרא"ש בפ"ק דקידושין א"כ לא אכפת לן א"ל גמרה ומקנה מחמת שמא לא יתרצה אביה לכן כתב הרא"ש דהבן צריך שיעשה את אביו שליח דאל"כ אף דנאמר זכין של"ב אם יהא מגלה דעתו אח"כ דמרוצה מ"מ אבי הקטנה אינו גומר ומקנה כיון דיכול הבן לומר איני רוצה והא דבדף מ"ו דס"ד דפיתה לשם אישות בביאה נימא דהמפתה לא גמר ומקדש דהוי אסמכתא ועשה מחמת דלהוט לבעול י"ל באמת ה"ט דאביי דמסיק התם דצריך קידושין אחרים לדעת אביה ועוד לפימ"ש מרדכי בב"ק דאסמכתא קונה מדאורייתא והא הש"ס אקרא דמאן ימאן קאי ולפ"ז י"ל נמי קושיית הרשב"א ע"ד הראב"ד הנ"ל דהא דהצריך בקטנה שנתקדשה שלל"ד אביה שתהא בפני האב וישתוק משום דלדידן כבר תקנו דאסמכתא ל"ק וס"ל לענין אסמכתא ל"ש בין קידושין למכר וכיון דבשעת קידושין לא נודע דעת האב יש אצל המקדש משום אסמכתא דשמא ימחה האב וצ"ע דא"כ הרני בועלך ע"מ שירצה אבא יהא בו משום אסמכתא אלא די"ל כיון דמדאורייתא אסמכתא קונה אבל כאן דרק חוששין שמא נתרצה אביה ומדאורייתא אהני חזקת פנויה ולרמב"ן שם בלא"ה לק"מ דכתב שם אם תלה בדעת אחרים לית בו משום אסמכתא כיון דאין בידו כלל אלא דהפוסקים חולקים על זה ולפימ"ש ר"ת והובא בחו"מ סימן ר"ז סי"ג בהג"ה דאם שניהם מכניסים עצמם בספק איידי דבעי לקנות גמר ומקנה ה"נ בע"מ שירצה אבא וכה"ג משא"כ בקידש אשה לבנו של"מ דהאשה לבד נכנסת בספק אם ירצה הבן דבו תליא הקנין ל"ל איידי והוא כנידון מהרי"ו וקטנה שנתקדשה שלל"ד אביה ל"ל נמי איידי כיון דהאב לא נכנס בספק ע"כ צ"ל דבמקדש ליכא אסמכתא כרמב"ן ולראב"ד מיירי בפני האב ושתק.

ועוד נראה דכשבעל ע"ת לית בו משום אסמכתא דחזקה אאעבב"ז וגמר ובעל שיהא קידושין אף שעכשיו נמי תלוי בספק אם יתרצה האב מ"מ אינו אלא ספק איסור מפרט לראב"ד בהשגות פ"ה מה"א דהוי רק איסור דרבנן משא"כ אם לא גמר וקידש דאזי גם כשיתרצה האב לא יהא קידושין וכל ענין, אסמכתא תליא בדעתו אם רוצה גומר ומקנא ובטלה האסמכתא כדאשכחן בפא"נ דף ס"ו בפירש מעכשיו עיי"ש בתוס' בד"ה ומניומי ובסמ"ע סימן ר"ז ס"ט וסי"ט ובפ"ג דנדרים בר"ן דף כ"ז ע"ב טעמא דב"ד חשוב משום דאנן סהדי דלא מחייך בב"ד וגמר והקנה וכיון דפיתה ובעל לשם קידושין אנן סהדי דגמר בדעתו אם יתרצה האב תהא מקודשת מעכשיו והכא עדיף מהא דאמרינן בכ"ד חזקה אאעבב"ז וודאי בעל לשם קידושין דעדיין לא שמענו מפיו דנתכוין לקידושין רק שכח אומדנא הוא והכא בפירש פיתה ובעל לשם קידושין רק אנו דנין שבלבו לא גמר רק נתכוין להסמיך אף דדברים שבלב הן מ"מ מחמת אומדנא מהני דברים שבלב וכיון

שי"ל מחמת חזקה דא"א עושה בב"ז גמר בלבו לשם קידושין תו אפילו אפשר דלא חשש לזה מ"מ אומדנא ליכא לבטל דברי פיו והוי דברים שבלב דל"ה דברים ועחו"מ סימן קצ"ה ס"ג בהג"ה פסק כמהרי"ו וביאור הגר"א ונה"מ החזיקו אחריו ולמהרי"ו ק"ט מדעת המפרשים כאן דנתקדשה שלל"ד אביה שלא בפניו וכמ"ש הרשב"א ור"ן ורא"ש וכמה ראשונים למה חיישי רו"ש שמא נתרצה הא כ"ז שלא נודע להמקדש שנתרצה האב ליכא קידושין דלא גמר לקדש עד שידע שנתרצה האב דכ"ז שא"י לא סמכ"ד ועכצ"ל מטעמים שכתבתי או משום דקידושין לית בהו אסמכתא או משום דאסמכתא קונה מה"ת.

סי"ב קטנה שקידשה עצמה למי שגילה האב דעתו שהיה חפץ לקדשה חיישינן שמא נתרצה הקשה הב"ש למה בסימן ל"ה ס"ד אם הבן גילה דעתו כתב בשם ימ"ש וכאן כתב בסתם ונראה דדין דסימן ל"ה מקורו מהרא"ש בפ"ב דקידושין דף מ"ה דיליף לה מעובדא דמיירי התם שנתאכלו הקידושין מיד והנה מהרי"ו סימן ד' כתב במוכר שהקנה אג"ס שלא בפני הקונה וז"ל דכבר שמעינן מיניה דקונה דניחא ליה לקנות בהני מעות וא"כ המקנה גמר ומקנה מ"מ כיון דביד הקונה למיהדר לא עדיף מאסמכתא כיון דהקונה יכול לחזור ובודאי שדעת מקנה לא היה אלא אם ירצה הקונה א"כ לא גמר ומקנה עד שיתרצה הקונה וכשיתרצה כבר הדרא סודרא למריה עכ"ל וא"כ קשה לעיל איך מתקדשת האשה כיון כשישמע האיש יכול לחזור וצ"ל דשאני קידושין ממכר וממכר או כדעת המרדכי בב"ק דמדאורייתא אסמכתא קניא או כמ"ש רמב"ן פ"ג דנדרים דבקידושין ליכא דין אסמכתא וביארו ריטב"א ונ"י הטעם דאם לא גמר לקדש מה הכריחו להסמיך את האשה וא"כ אצל האשה דמקבלת הכסף קידושין יש אסמכתא היכא דאינה יודעת אם לא יחזור בו האיש אף דלרמב"ן גם בזה ליכא אסמכתא לפימ"ש שם דאם המקנה תלה בדעת קונה ליכא משום אסמכתא דכל שתלוי בדעת אחר ל"יה אסמכתא אבל לשאר פוסקים דלא ס"ל הכי כמבואר בחו"מ סימן כ"ז דכל דאי אסמכתא ודאי יש לחלק בין האשה להאיש המקדש ולכן לעיל סימן ל"ה דהאשה אינה יודעת אם לא יחזור בו האיש תליא במחלוקת משא"כ הכא דהמקדש א"י אם לא יחזור בו האב דלא קיבל מידי מהאשה ליכא משום אסמכתא אף דאפשר ס"ל להרא"ש כיון דגילה דעתו שחפץ באשה זאת ושלח לשדכה וקידשה השדכן גם כי אמר האיש כשנודע לו דאינו רוצה מ"מ מקודשת ושאני נידון דמהרי"ו דאף דגילה דעתו דניחא לו לקנות באותן מעות מ"מ לא שלח לסרסרו וכ"כ העצ"י אלא דא"כ מנ"ל לרא"ש ללמוד זה מהגמרא דהא הגמרא מיירי שנתרצה הבן בפירש כששמע כמ"ש רש"ל בדעת הרא"ש וגם איך תהא מקודשת בודאי אם לא נתרצה הבן מיד ששמע דדלמא אף דגילה דעתו מקודם ושלח לשדכה שמא אח"כ נתחרט והרי

קמן דאינו רוצה ועיין סמ"ע סימן קצ"ה סקי"א דכששלח שליח ל"ח דנתחרט שא"ה דשלח לקנות משא"כ הכא דלא שלח רק לשדכה והרא"ש עצמו לא כתב אלא דמהני משום דזכין של"ב והרי גם במתנה דסתמא זכות הוא לו וזכין של"ב מ"מ אם כששמע אמר לא בעינא לא קנה ומעשים בכל יום דלאחר קישור השידוך חוזרין וצע"ג עכ"פ כיון דלפירש הרמ"ה ותוס' רי"ד אין דברי הרא"ש מוכרחין י"ל דאפילו הבן ג"ד לפני האב או אחר ואמר לו לשדכה לו והלך השדכן וקידשת וכששמע הבן צווח שאינו רוצה אינה מקודשת לכן אפילו נתרצה מיד ששמע מ"מ האשה לא סמכה דעתה דשמא לא יתרצה כששמע לכן כתבו המחבר רק בשם ימ"ש אבל כאן דגבי המקדש ליכא אסמכתא י"ל כ"ע מודי.

ובעיקר הדין היכא דגילה דעתו שחפץ באשה פלונית ושלח לשדכה וקידשה השדכן וכששמע האיש צווח דלא ניחא לו נראה דאינה מקודשת כיון דרק מטעם זכיה אתינן עלה והרי עתה צווח דאינו רוצה א"כ יש לדון על שעת הקידושין אלו ידע אז אם היה ניחא לו בקידושין ויש חזקת פנויה וחזקה דהשתא דלא ניחא לו נגד חזקה דמעיקרא דהיה ניחא לו ומבואר בתוספת בקידושין דף ע"ט לענין קידושין דאם יש חזקה דהשתא וחזקת פנויה נגד חזקה דמעיקרא לכ"ע אינה מקודשת וכן משמע כאן דכתב דחיישינן שמא נתרצה הא אם מיד ששמע האב צווח לא הוי קידושין אף דמעיקרא גילה דעתו דחפץ היה לקדשה לזה.

ועוד נראה דג"ד של האב שחפץ לקדש בתו לפלוני ונתקדשה שלל"ד אביה ל"מ רק אם המקדש ידע בשעה שקידש דהאב גילה דעתו דהא במהרי"ו שם דאם קנו מהמוכר בשביל הלוקח שלא לדעת הלוקח ל"מ אף דלכשיודע לו אומר ניחא לי כיון שבשעת הקנין לא איתבריר לו דמיא למשך עד שלא פסק לא קנה משום דלא סמכ"ד ה"נ לא סמכ"ד של המוכר דאמר מי יימר דניחא ליה לקונה לקנות אף דאח"כ שמעינן מהקונה דניחא מ"מ כבר הדרא סודרא למריה ואח"כ כתב מהרי"ו דאפילו שמעינן כבר מהקונה דניחא לו לקנות בהני מעות מ"מ כיון דביד הקונה למיהדר ביה ובודאי דעת המקנה לא היה אלא אם ירצה הקונה הוי אסמכתא עיי"ש וא"כ אף דנימא דלגבי המקדש ליכא משום אסמכתא מ"מ כל דלא ידע אם האב גילה דעתו דחפץ בו לא סעכ"ד המקדש והוי כמשך עד שלא פסק זולת אם כסף הקידושין בעין כששמענו שנתרצה האב אזי תתקדש מכאן ולהבא וכ"ש כשהבן גילה דעתו לפני אביו דחפץ בפלונית והלך האב וקידשה דצריכה שתדע שהבן גילה דעתו דיש בזו גם משום אסמכתא וגם זולת האסמכתא מ"מ לא סמכה האשה דעתה.

ברי"ו חלק חוה נכ"ב ח"ה כתב קטנה או נערה שנתקדשה שלל"ד אביה אעפ"י שנתרצה האב לא חשבינן ליה כאלו אומר לבתו צאי וקבלי קידושיך כיון דלא הוי ג"ד קודם הקידושין רו"ש שיש לאחד בן ולאחד בת וא"ל בתך מקודשת לבני וקיבל אבי הבת הקידושין אין חוששין שמא נתרצה הבן ואפילו גילה הבן דעתו להאב קודם לכן שהיה חפץ בה עכ"ל ויש להבין דמ"ש גילה האב או הבן וסותר א"ע ולפימ"ש לעיל שאני ג"ד דהבן דיש אצל אבי המתקדשת משום אסמכתא משא"כ אצל המקדש או משום דהבן נאסר בקרובותיה הוי חוב וכמ"ש תוס' רי"ד משא"כ האב וכמ"ש לעיל עוי"ל לפימ"ש הסמ"ע בסימן קצ"ה ס"ק י"א אם קנו מיניה דמוכר שלא בפני הקונה לא קנה אא"כ ידעינן שהיה ניחא לו בשעת קנין כי אף שידעינן דהיה ניחא לו מקודם לכן וגם עתה כששמע הקנין שמא חזר בו בנתיים ולבסוף חזר ונתרצה אך אם שלח עדים לא חיישינן שחזר כיון דהלכו בשליחותו עיי"ש ולפ"ז קשה למה אם גילה מעיקרא האב דניחא לו בפלוני לתת לו בתו מקודשת ואף שנתרצה האב גם אח"כ כששמע וצ"ל דשאני איסורא מממונא כדאיתא בפ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב דמשום חומרא דעריות חיישינן טפי אבל לולא זאת אף דיש חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא דניחא לו וכנגדן ליכא רק חזקת פנויה ועדיף תרתי מחדא כדאיתא בקידושין דף ע"ט ובריש נדה מ"מ כמו דבממון אין מוציאין מכח זה כן לענין קידושין דילפינן דבר דבר מממון דצריך דבר ברור וכמו דלא מוציאין ממון ע"י רוב ה"נ אין מוציאין מחזקת פנויה אף דתרתי עדיף וכיון דגם בגילה דעתו מעיקרא וגם נתרצה לבסוף אינו מדינא רק מחמת חומרא תינח בשמענו לבסוף דנתרצה דעלה קאי רי"ו תחלה אבל לחוש שמא נתרצה בדאיירי לבסוף ליכא להחמיר כולא האי.

אך הב"י בתשובה וא"ו הקשה על הרי"ו דהרי בגמרא פריך ודלמא ארצי קמיה ומשני דלא ס"ל להא דרו"ש דמשמע דוקא משום דמסתמא ל"ח להכי אבל אי ידעינן דארצי קמיה הוה מקודשת ועוד שהוא בעצמו פסק כדברי הרא"ש שאם גילה דעתו לשדכן שהוא חפץ באשה פלונית והלך וקדשה לו מקודשת עכ"ל והיינו ממ"ש הרי"ו בנכ"ב ח"ג אם גלה אדם לשדכן פירש סרסוה ההולך ומתפשר בענין הנשואין וגילה לו שהוא חפץ באשה פלונית ואמר לשדכה לו והלך השדכן וקדשה לו בלא מינוי שליחות הוי מקודשת כך דקדקו התוס' והמפרשים על ההוא ודלמא ארצויי ארצי קמיה וכ"כ הרא"ש עכ"ל אמנם מהתם אין סתירה כיון דאמר לשדכה לו אף דלא עשאו שליח לקדש מ"מ שלחו לשדכה לו ואין לחוש דחזר כיון דהלך בשליחות לשדך וכדמחלק הסמ"ע הנ"ל וכ"כ להדיא בעצ"י בקידושין שם ז"ל אי ודאי ידענו באמת דארצויי ארציה הבן קמיה אביו ודאי דנעשה שליח לו אלא שהצריך הרא"ש תנאי אחר שאמר לו לשדכה ועם

שהרא"ש לא אמר כן גבי בן לפני אביו מ"מ כבר סיים ז"ל בדבריו באומר ולא מסתבר לחלק בין אביו לאינש דעלמא וגם הטור כתב ואמר לו לשדכה אתרוייהו וכן נראה לענין הלכה עכ"ל ולכאורה קשה דהא הש"ס פריך ודלמא שליח שויים ומשני לא חציף אינש לשוייה לאביו שליח ופריך דלמא ארצוייה ארצי קמיה ואם גם בארצי קמיה צריך דוקא דאמר לו לשדכה הרי כבר אמר דלא חציף ונראה דדוקא לעשותו שליח לקדש לא חצוף דזה לא מוטל על האב ומצוה בו יותר מבשלוחו ואין דרך העולם בכך משא"כ לשדך דרך העולם שהאב עושה זאת להתעשר בכמה אתה נותן לבתך וכדומה ומחויב האב בזה להשיאו אשה כדילפינן בפ"ק דקידושין דף למ"ד ע"ב מקרא וקחו לבניכם נשים וודאי אין כונת הכתוב שהאב יקדש בעצמו אשה לבנו דהא מצוה בו יותר מבשלוחו אלא כונת הכתוב להשתדל אשה לבנו ואזי יקדשה הבן בעצמו לכן י"ל גם רי"ו הכי' ס"ל דגלה דעתו דבן לפני אביו לא סגי עד דאמר לו לשדכה.

איברא דאצלי כונת הרא"ש במ"ש דלא מסתבר לחלק בין אביו לאינש דעלמא כיון שזכיה מטעם שליחות היינו לענין זה דא"צ שיעשהו שליח לקדש כיון דזכיה מטעם שליחות אבל לענין אם דוקא כשאמר לו לשדכה שפיר יש לחלק דבאביו אף דלא אמר לו לשדכה מ"מ כיון דגילה דעתו לפני אביו דחפץ באשה זאת סגי דהא דלא אמר לשדכה משום דלא חצוף למשוייה לאביו שליח אבל אחר אם רוצה שהוא ישדכה הוי לו לומר לו בפירש אך כשאמר לאחר לשדכה הרי חזינן דזכות הוא לו אזי זכיה מטעם שליחות דלענין זה אין סברא לחלק וכן משמע ברא"ש שם סוף סימן ואו דגבי האב לא הזכיר דא"ל לשדכה לו ובשו"ת א"ז סימן תשס"ז מחלק מה"ט בין אב לאחר לענין זכיה.

סי"ד קטנה שהלך אביה למדה"י נ"ל לפימ"ש הריטב"א בגיטין דף כ"ח בד"ה מתניתין אהא דחיישינן שמא שכיבא סבתא וברתא ולא מוקמינן להו אחזקת חי כיון דהדבר תלוי בב"ד לעשותו אית להו לב"ד למיחש לכל מה דאפשר שלא יצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידם וכה"ג כתב הריטב"א אהא דלא תקנו זמן בשטר קידושין דהיכא דבעי למיעבד תקנה אם יש לחוש שלא יבא ע"י התקנה שום ריעותא בעולם עיי"ש בפ"ב דכתובות דף כ"ף לכן ה"נ מסתברין דברי האומרים דלא תקנו נשואין לקטנה שהלך אביה למדה"י מחשש שיקדשה אביה שם אף דבכל פעם שיבעל יש לה חזקת פנויה.

אך עוד כתב הר"מ מיוני דאסור לקיימה שמא קדשה אביה במדה"י והקשו נוקמוה בחזקת פנויה וכדאיתא בפ"ק דגיטין די"ב דעבד כהן שברח מותר בתרומה ובדף כ"ח דהניחו זקן ל"ח שמא מת ונ"ל לפי מה שהסביר בנוב"ק חיו"ד ס"ו דברי רמב"ן דחזקת פנויה דידה ל"מ לקרובתה דה"ט דחזקת פנויה לאו חזקה אלימתא היא דעומדת

להתקדש ובידה להתקדש ודומה למ"ש תוס' בריש גיטין דנדה לא מקרי אתחזיק איסורא דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה ובידה לטבול וה"נ כיון דפנויה בידה להתקדש חיישינן כ"ז שאינה לפנינו שמא אם היתה לפנינו כאן היתה אומרת שקיבלה קידושין ולכך לענין עצמה כשהיא לפנינו ורוצה להנשא מוקמינן אחזקת פנויה אבל כשאינה לפנינו לא מהני חזקתה לענין קרובתה דשמא אלו היתה לפנינו היתה אומרת שקיבלה קידושין ודרך הפנויות ובידן נקבל קידושין את"ד ולפ"ז ה"נ לא סמכינן אחזקת פנויה כיון דעומדת להתקדש וביד אביה לקדשה ולא ס"ל מ"ש רמב"ן שאין דרכו של אב לקדשה בלא ידיעתה ומ"מ ל"ק מהניחו זקן דשמא מת ל"ח דאין בידו להמית א"ע ומעבד כהן שברח נמי ל"ק נהי דביד האדון למוכרו מ"מ אינו עומד לבך כפנויה אך עדיין קשה קושיית ר"ת דא"כ קטנה שהלך אביה למדה"י ומת לא תנשא לעולם שמא קידשה אביה ונ"ל כיון דתשאר עגונה לעולם סמכינן אחזקת אשה דייקא ומנסבא כמו שהתירו בעדות אשה שמת בעלה ואף דהתם צריך עכ"פ ע"א או מסל"ת שא"ה דהיא בחזקת א"א אבל הכא דאינה בחזקת א"א אדרבה בחזקת פנויה היא אלא דאינה חזקה אלימתא וכ"ז כשבאה להנשא כשהיא גדולה אבל בקטנה ל"ל דדייקא דאינה בת דעת וגם אם יתברר שקידשה אביה הרי פיתוי קטנה אונס היא וליכא עליה חומר שהחמירו בנשאת ובא בעלה ואפילו לפימ"ש הבית מאיר לעיל ס"ס ט"ו דגם בקטנה י"ל דקרובים דייקי מ"מ דוקא לענין אם מת בעלה דאחר דדייקי דמת בעלה תו אין חשש משא"ב הכא דלאחר דדייקי דלא קידשה אביה עדיין שמא יקדשה אח"כ ואביה במדה"י וא"א לדייק בכל שעה דאם קדשה במקום רחוק צריך זמן שיתוודע כאן והיא תבעל כל שעתא ושעתא ואף דהר"ר מנחם אמר מטעם אחר מ"מ השאלתות שהביא הרא"ש וח"ר דמשמע מדבריו דרק כששכיב אביה תקנו נשואין לקטנה י"ל מטעם שכתבתי.

סט"ו המקדש בטור הביא משאלתות וז"ל ראובן היה לו ד' בנות דנתן לו שמעון קידושין סתם על אחת מבנותיו ולא פירש למי היה נוטל בתו הגדולה אינה ברשותו ואינה מקודשת ואותן שהן קטנות שהן ברשותו לקדשן נאמן לומר לזו נתכוונתי ועליה קבלתי הקידושין ואם א"י ששכח כולן צריכות גט ותמה ב"י דאין להאמין לאב דא"כ ג"כ היה לנו להאמין למקדש כשיאמר לזו נתכונתי וזה לא שמענו עכ"ל ובענ"ד לא הבנתי תמיהתו דהנה בזה שתי ענייני נאמנות אם להאמין איזה לא קידש ואם להאמין איזה קידש והנה על איזה לא קידש למה לא נאמינו דאף דדבר שבערוה אין פחות משנים אפ"ת כדעת מ"ד בפוסקים דאפילו ליכא חזקה כנגד העד מ"מ בחזקה מסייעו ודאי נאמן דגם בדבר שבממון נאמן אחד להחזיק ולפטור וא"כ כשאומר זו לא קידשתי מסייעו חזקת פנויה

הגם דממ"נ אחת נתקדשה מ"מ הא כתב בשו"ת מהרי"ל סימן קנ"א דבתר חזקה אזלינן אפילו אינו יכול להיות אמת כגון ב' נזירין וב' שבילין אפילו בבת אחת רק מדרבנן אסרינן משום חוכא ואטלולא עיי"ש וא"כ על כל אחת שאומר זו לא נתקדשה מסייעו חזקת פנויה אך על זו שאומר שקידשה בא להוציאה מחזקת פנויה ואינו נאמן ממילא כולן בספק וכ"ז לענין נאמנות המקדש אבל האב דהימניה רחמנא על בתו קטנה לומר שנתקדשה שנאמר את בתי נתתי לאיש וכדאיתא בפרק האומר דף ס"ג ע"ב אלא לענין שלא נתקדשה לא גלתה תורה אך ממילא נאמן דמסייעו חזקת פנויה.

ועיין בתוס' פ"ק דפסחים בד"ה בב"א ד"ה טמאים דהיינו, רק מדרבנן ובזה ניחא לי מה דהקילו כ"כ חכז"ל דאין הבוגרת בכלל אף דשוויתיה שליח משום דל"ש אינש מצוה דרמיא עליה דהא יש סברות קצת נמי להיפך דלא יעשה כן לתת הצעירה לפני הבכירה ואחז"ל בתך בגרה שחרר עבדו ותן לה אלא משום דבלא"ה כל חדא וחדא יש לה חזקת פנויה רק משום דלא ליהוי כחוכא אסרו רבנן היכא דיש סתירה וכיון דיש איזה סברא להקל בצד אחד תו אינו כחוכא דמי שקר בפלס לומר דהסברות דומות ממש וחכז"ל אמדוהו דסברא דל"ש אינש עדיפא והם אמרו להחמיר כשיש סתירה והם אמרו להקל בכה"ג.

ומה דלא חייש השאלתות שמא המקדש נתכוין על אחרת ולא על זו שנתכוין האב ומ"ש הד"מ שבפירש תלה המקדש בדעת האב העיקר חסר מהספר גם מ"ש ב"ח ופרישה דסתמא הכי הוא קשה נמי למה לא נימא להיפך דהאב תלה בדעת המקדש דאדרבה אב בכל דהו ניחא לו נ"ל משום דאפילו נתכוין המקדש לאחרות מ"מ אינן מקודשת כיון דהאב נאמן שנתכוין לזו לכן אין להצריך גט רק לזאת שאומר האב דנתכוין לה דשמא גם המקדש כתכוין כן או שמא תלה בדעת האב והאב יש לו הנאמנות על איזה נתכוין ובתוי"ט פ"ג דקידושין מ"ט כתב אהא דקידשתי בתי וא"י איזהו דהמקדש א"נ דזו קידש דדלמא לא זאת קידש ונמצא שאותה שנתקדשה באמת מוציא מן הספק שיש לנו בה ואין דשב"ע פחות משנים מלבד האב שהאמינתו התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה עכ"ל וגם לדבריו מיושב קושית הב"י על השאילתת אך ק"ל דהא דילפינן דבר דבר דעפ"י שנים יקום דבר היינו דאחד אינו נאמן לאסרה להוציאה מהתירה ומנ"ל היכא דיש לה חזקת היתר דלא יהא נאמן לאוקמה בחזקתה דנהי דאחת מהן נתקדשה מ"מ כל חדא בפ"ע יש לה חזקת פנויה וכמ"ש ובשו"ת מיימני להלכות אישות סימן ג' מבואר דא"ל איתחזיק איסורא נאמן ע"א גם בדבר שבערוה וכ"כ מהרי"ק בשע"ב.

אח"כ מצאתי בש"ש ש"ו פ"ג הביא גם כן הא דתשובת מיימני ומהרי"ק ומבואר שם בלשון מהר"י קולין כיון דגמרינן דבר דבר איכא למימר דון מינה ומינה דמה התם להוציא ממון מחזקתו אף כאן להוציא אשה מחזקת איסור או מחז"ה וכתב הש"ש דבממון אפילו להחזיק אין ע"א נאמן כמ"ש הרא"ש פ"ק דב"מ דמשואיל"מ אין ע"א נאמן לפוטרו את"ד ולפימ"ש בקצו"ח סימן פ"ז ס"ו סק"ט דטעמו של הרא"ש משום דהוי א"י א"פ א"כ אין ראיה דשאני א"י א"פ דאיכא חזקת חיוב אך יש לה"ר משו"ת רשב"א ח"ג סכ"ג דשואל כלי ונאבד ומשאיל אומר סלע היה שוה ושואל אומר א"י וע"א מעיד שאינו שוה אלא שקל אינו פוטרו לשואל כיון דאין ע"א קם לממון עיי"ש והתם הוי א"י אם נתחייבתי ויש לו חזקת פטור ומ"מ עדיין י"ל דבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון דהיינו דכתיב או מצא בה ערות דבר ובממון כתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר נהי דלגבי ממון דבשום אופן אין ע"א נאמן דלא חלקה תורה אבל דבר שבערוה דמיירי באשה שיש לה חזקת היתר י"ל לא אמרה תורה לילף מממון רק אם העד בא לאסרה ולהוציאה מחזקתה ובר"ן פרק האומר אהא דע"מ שיש לי מאתיים זוז כתב הר"ן דאפילו אמר דאין לו אינו נאמן משום דרגל"ד שיש לו כיון דקידש מתחלה אדעתא דיש לו והובא בב"י לקמן סימן ל"ח הרי דלולא רגל"ד נאמן שאין לו.

סכ"ב בא אחד וכו' בירושלמי פרק האומר הלכה זיי"ן נאמן לכנוס ואין למדין ממנו ד"א אחת משדותי מכרתי וא"י למי מכרתיה בא אחד ואמר אני לקחתיה לא הכל ממנו אף בקידושין כן אחת מבנותי קידשתי וא"י למי בא אחד ואמר אני קדשתיה לא הכל ממנו עכ"ל ותמוה דתחלה אמר אין למדין ממנו לד"א והדר אמר דגם בקידושין אינו נאמן ושיבש הק"ע הגרסא וגם נתקשה מ"ש שדה מאשה ונראה לפימ"ש בסמוך סט"ו דע"א בממון לא קם אפילו לפטור מי שיש לו חזקה וכ"פ ס"ל בדשב"ע כשלא איתחזיק איסורא נאמן ע"א וכדמשמע פשטות לשון הגמרא ריש גיטין ובר"פ הא"ר דאיתחזיק איסורא דא"א הוי דשב"ע וה"ט דלא יקום ע"א באיש משמע בכל אופן ואפילו חזקה מסייעו אבל בדשב"ע דילפינן מדכתיב כי מצא בה ערות דבר ובילפינן דבר דבר מממון היינו למאי דקאי על הבא להעיד על א"א שזנתה דמעיד נגד חזקה לכן ס"ל להירושלמי הא דבא"י למי קדשתיה דנאמן לכנוס ע"כ ל"ל משום סברא דלא חציף דשמא יכחישו האב דהא בשאר עד יש חזקה דאא"ח ולא לו ומ"מ אינו נאמן בדשב"ע וכאן דרוצה לכנוס ליכא האי חזקה ולמה יועיל סברא דלא חציף יותר מחזקה דאא"ח ולא לו ועכצ"ל משום דאינו מעיד נגד החזקת פנויה כיון דבלא"ה עכ"פ מקודשת וכמ"ש הר"ן וא"כ בממון אינו נאמן דלא עדיף מע"א לכן בשדה אינו נאמן ומסיק הירושלמי דבכגון זה שאמר אחת מבנותיי

ואינו אומר איזה הבת אם כן יש לכל אחת חזקת פנויה אף דאחת ודאי נתקדשה וכמו בשני שבילין דמן התורה אפילו באו לשאול בב"א מוקמינן לכל חד אחזקתו א"כ זה שבא אני קדשתיה דהיינו שאומר גם כן איזה קידש דאל"כ היה אומר אני קידשתי וכיון שמעיד נגד חזקת פנויה גם בקידושין לא מהימן ועכצ"ל מה שאין למדין לד"א היינו כשאומר שדה זו מכרתי וא"י למי אף דליכא חמ"ק כיון דשדה זו ודאי נמכר מ"מ כשבא אחד ואמר אני לקחתי אינו נאמן.

אמנם בהג"ה חו"מ ס"ס רכ"ב אמר דמהימן וש"ך כתב דהוא נגד הירושלמי והובא בח"ר וההמ"מ ונ"ל דאין שום סתירה אדרבה יש ראיה מהתם דקשה למה לא נקנו הירושלמי באמר מכרתי שדה וא"י למי דהוי כנידון דקידושין שאמר קדשתי את בתי ועוד כיון דמסיק אף בקידושין כן הל"ל אלא הא דאין למדין לד"א הוא במכרתי שדה וא"י למי לכן צ"ל הפירש דאין למדין לד"א היינו דדוקא באומר קידשתי את בתי אבל באומר אחת מבנותיי או אחת משדותיי אין הכל ממנו היינו נהי מחמת דלא חציף דירא שיכחישו המוכר או האב נאמן לומר אני קידשתי ואני לקחתי אבל לומר איזהו מהשדות לקח או איזה מהבנות אינו נאמן לכן דייק לא הכל ממנו דאינו נאמן רק על מקצת דלא סמכינן אסברא דלא חציף נגד חזקת פנויה ונגד חמ"ק דלכל חדא בפ"ע יש חזקה דמעיקרא ובח"ר וההמ"מ ל"כ רק באחת משדותיי ול"ד לאבדה דא"נ בלא סימנים דהתם אינו יראּ שיכחישו המוצא כמו כאן ובהגמ"יי פ"ט מאישות הביא מן הריב"א דנאמן לומר אני לקחתי כיון דמוכר מודה שאינו שלו עיי"ש ולפימ"ש הש"ג בפרק הגוזל בתרא הובא בש"ך חו"מ סימן רל"ב סק"ב דכשהלוהו ואינו תובעו מסתמא במתנה נותן לו עיי"ש ה"נ יכול המוכר לדחות לזה דשמא אחר לקחו ממני וכיון דאינו תובע במתנה נתן לו המעות מעיקרא והא דלא אמר לו במתנה דכסיפא ליה כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב או אחרי נמכר הניחו אצל המוכר במתנה גופו או פירותיו לכן שפיר י"ל הממע"ה.

סכ"ה קידשתיה וגירשתיה נאמן בפרק האומר דף ס"ד תנן נשבית א"נ והקשה הר"ן ליהמן במגו דקידשתיה וגירשתיה ונראה לפימ"ש הריטב"א ר"פ אם אין מכירין דאף דע"א נאמן באיסורין דוקא במעיד על גוף האיסור ולא במעיד על האדם להכשירו וא"כ כ"ש במעיד על האדם לפוסלו דמעיד נגד חזקת כשרות וא"כ דינו כדבר שבערוה דצריך שני עדים ומבואר בבית יעקב פ"ב דכתובות דף כ"ג דבדבר שבערוה דצריך שני עדים אם מעיד ע"א נגד חזקה גם במגו לא מהימן כמו דאין מוציאין ממון מחזקתו במגו לכן ה"נ דמעיד דנישבית לפסול גופה לא מהני מגו והא דפריך בגמרא והא בידו להשיאה לח"ל שאני בידו דעדיף כיון דבידו לשנות החזקה כמ"ש החוו"ד בר"ס קכ"ז ובר"ן שם בסמוך

כתב דמה לו לשקר דבידו לעשות כעדים דמי והא דל"פ דבידו לקדשה ולגרשה לס"ד דש"ס דזה חשוב בידו כבר תירץ רש"י שם דאם בת כהן היא רוצה לפוסלה מתרומה ונ"ל דהיה דוחה דמשנה מיירי בבת כהן וקושיית הר"ן דליהמן במגו די"ל קידשתיה וגרשתיה למסקנת הש"ס דזה אינו בידו וגם בבת ישראל לא מהימן לומר כשבית ומהרי"ט בחידושיו תירץ כיון דקידושין וגירושין א"א בלא עכצ"ל דהלכו למדה"י ויאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו וכ"כ הפנ"י ונראה דהר"ן מיאן בזה דא"כ בא ממדה"י עם בתו ואומר דנשבית שם ליהמן במגו דקידשתיה וגרשתיה שם ועוד נהי דטענה גרועה היא ה"נ נשבית לא שכיח כדאיתא בכתובות דף מ"ז ע"ב וכה"ג כתב סמ"ע סימן ק"ח סקי"ז.

סימן לח

ס"א אם נתקיים התנאי הנה בערכין דף ל"א ע"ב בראשונה היה נטמן הלוקח ביום אחרון של יב"ח והתקין הלל שיהא חולש מעותיו והקשה אגודה הא מוכר אנוס ותירץ דלא היה לו להמתין עד יום אחרון והובא בהג"ה יו"ד סימן רל"ו והקשה ישועיע"ק כאן דבריש כתובות בעי להוכיח דאין אונס בגיטין מהאי דאמר א"ל אתינא עד תלתין יומין ליהוי גט אתא בסוף ל"י ופסקיה מברא ואמר שמואל לא שמיה מתיא ומה ראיה דנימא משום דלא ה"ל להמתין עד לבסוף וכן הקשה בנה"מ סימן כ"ה ונ"ל דטעמו של אגודה דה"ל לאסוקי אדעתיה מעיקרא שמא לא יוכל לקיים בסוף וה"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס דקי"ל בפרק המפקיד דף מ"ב דחייב דל"ח אונס והנה איתא בנמ"י פרק כיצד הרגל בשם הרמ"ה דא"א לחייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס רק בדבר המוטל עליו לשומרו קצת כדמוכח בפרק שור שנגח את הפרה גבי פקח ביום עיי"ש ולפ"ז יש לחלק בין תנאי שבין אדם לחברו ותלוי בדעת שניהם כמו מוכר בית בבע"ח דקיבל המוכר דמי הבית ומכרו סתם ואם ירצה לבטל המכר מוטל עליו להחזיר המעות למוכר וכן כשנשבע על איזה דבר לעשות עד יום פלוני מוטל עליו ליזהר לקיים השבועה וכשלא היה אנוס מתחלה הוי תבו"ב וחייב משא"כ בגט דאינו תלוי בדעת האשה כלל ברצותו מגרש ברצותו אינו מגרש ואינו חייב ליזהר מלעבור על התנאי לכן פטור אף דנאנס רק לבסוף ואין להקשות דאם כן תקשי למ"ד בהמפקיד שם דתחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור למה הוצרך הלל לתקן די"ל דבפרק המפקיד שם דאינו ודאי דאונס בא מחמת הפשיעה כמ"ש תוספת שם בזה מ"ל לחד מ"ד דפטור אבל בהא דהלל ודאי אם לא היה ממתין עד יום אחרון היה יכול ליתן המעות ללוקח דהא לא נטמן רק ביום אחרון ועוד דכיון דסופו באונס רק תחלתו בפשיעה הוי ספק אם נחשיבהו לאונס או לפושע לכך ס"ל לחד מ"ד דפטור דאין לחייבו מספק משא"כ בבע"ח דמקח כבר נעשה רק ספק אם

מחויב להחזיר מכח דנאנס המוכר לא עבר על התנאי דהוי ספק בתנאי דחשוב לוקח מוחזק כמ"ש רשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סימן.

ס"ב כל תנאי בפרק המדיר דף ע"ד איתא דכל תנאי שא"א לקיימיה ע"י שליח לזה תנאי זולת בקידושין אף דביאה א"א ע"י שליח משום דאיתקש הוייות להדדי והקשה הב"מ מנ"ל דלא נקיש אפכא כמו בביאה ל"מ תנאי ה"נ בכסף ושטר עיי"ש ונ"ל כיון דכתיב אחרי רבים להטות והמיעוט נגרר אחר הרוב ה"נ ומצאתי הקושיא והתירוץ בריטב"א ואס"ז בשם רש"י במה"ק והרא"ה.

ופרש"י דתנאה דא"א לקיומיה עיי"ש דא"א לקיים המעשה עיי"ש ולשון הש"ס משמע דהתנאי א"א לקיים עיי"ש ותוספת הקשו מה סברא יש בזה ונ"ל לפימ"ש הר"ן בפמ"ש אהא דכתבו ותנו גט לאשתי א"ל באתי עד יב"ח דהוי תנאי והא הוא מעשה קודם לתנאי ותירץ דמתני בהדי שליח שאני דכל תנאי מהני ביה לפי שאינו נעשה שלוחו אלא במה שנראה מתוך גלוי דבריו עכ"ל ולפ"ז אפ"ת דשום תנאי אין מבטל המעשה מ"מ אם התנה בהדי שליח מבטל המעשה לכן אפילו עושה המעשה בעצמו אהני תנאו לבטל המעשה כיון דבידו להתנות ולעשות המעשה עיי"ש ועיין תוספת בפרק אעפ"י דנ"ו דא"ל דילפינן מתנאי דב"ג וב"ר ה"א דשום תנאי אינו מבטל המעשה עיי"ש ולכן השתא נמי דילפינן אמרינן דתנאי אינו מבטל המעשה רק כשבידו לבטל המעשה כשיהנה בהדי שליח והיינו דאמר תנאי דאפשר לקיומיה עיי"ש היינו דאפשר לקיים התנאי שיהא לו קיום ותוקף כשיתנה בהדי שליח וכן נ"ל כונת פרש"י ביבמות ריש דף ק"ו עיי"ש וצ"ע להר"ן הא תנאי שהתנה מרע"ה היה בהדי שליח שהתנה עם יהושע אם יעברו ונתתם ומ"מ התנה בת"כ ותנאו קודם למעשה והן קודם ללאו ועוד דא"כ דיש סברא דיותר מתקיים התנאי כשמתני בהדי שליח מנ"ל כשעושה המעשה בעצמו דמהני תנאי דהא בתנאי ב"ג וב"ר התנה בהדי שליח ונ"ל דקשה על פרש"י בכתובות וביבמות דיהושע היה שלוחו של משה ליתן ארץ הגלעד לבני ראובן ולבני גד דהא אם יעברו ונתתם היינו כשיקיימו התנאי ואף שהחזיקו טרם שעברו מ"מ לא היה שלהם עד שיקיימו התנאי דאם כלאחר הוא והרי כבר מת משה ובטל שליחותיה כדפרש"י בב"ק דף ק"ד ע"ב דכשמת המשלח בטל השליחות אאת"ל שארץ הגלעד היה של משה שהוא כבשה וצ"ל משום מצוה לקיים דברי המת חשוב יהושע שלוחו ורש"י ס"ל מלקד"ה אף שלא השליש ביד שליש כשצוה כדמוכח מפרש"י בפ"ק דגיטין די"ג בד"ה בבריא דלא כר"ת בתוספת שם בד"ה והא אך לפי דעת ר"ת והוא בחו"מ סימן ר"ן סכ"ג וכך פסק שם סימן רנ"ב ס"ב ל"ל כן דהא לא הושלש הארץ ביד יהושע וא"כ לאו מכח שליחות נתן יהושע הארץ גלעד

דאין צריך לכח שליחות אלא כמו שחילק כל א"י כן נתן ארץ הגלעד לב"ר ולב"ג דהוא היה אז המושל עם הנשיאים ומשה רבינו ע"ה לא לעצמו כבש מסיחון ועוג אלא בשביל ישראל ואם כן אינו ענין לסברת הר"ן דהר"ן כתב כן לענין גט דאין כח לאחר לכתוב גט וליתן להאשה רק בכח הבעל המשלחו משא"כ יהושע והנשיאים בכחם חלקו הארץ ומה שאמר הגמרא דצריך להיות אפשר לקיומיה לתנאה על ידי שליח דומיא דתנאי ב"ר וב"ג היינו דהתם נמי היה אפשר ככל נתינת ממון דאפשר ליתן על ידי אחר ולפ"ז לרש"י ע"כ לית לו סברת הר"ן והב"ש ססק"ב הביא סתם דעת הר"ן ולא הרגיש דרש"י חולק **בטו"ז** כתב דנותן מתנה לחברו א"י לחזור תכ"ד וראיה ממאי דאמרינן פ"ק דב"מ דף יו"ד הממל"ח ואמר אני זכיתי בה תחלה לא"כ ופריך הש"ס תחלה למ"ל פרש"י דאפילו לא אמר תחלה בפירש מסתמא תחלה קאמר דמי מצי למימר אני זוכה בה עכשיו והלא אינו בידו עכ"ל ואס"ד דתכ"ד מהני אפילו אחר הנתינה לא היה כאן מקשה כלום דודאי היינו אומרים דרוצה לזכות אחר הנתינה תכ"ד ולכך מוכרח לומר התנא זכיתי בה תחלה את"ד והב"מ השיגו דבשלמא הנותן מה שכבר שלו כיון דתכ"ד כדיבור הדיבור אחרון מבטל הראשון וממילא נשאר שלו משא"כ בהגביה לחברו אם אחר המסירה רוצה לחזור אף תכ"ד לומר עכשיו אני רוצה לזכות איך יזכה במה שאינו בידו וזה ברור עכ"ל וכ"כ המקנה בקו"א בסימן זה וגם אנכי בעניי זה כמה שנים חשבתי כן ועיין בחידושי לב"מ שם וכעת נראה דהטו"ז שפיר קאמר דהא חצרו של אדם קונה לו של"מ וכן ידו כמ"ש מהרי"ט בח"א סימן ק"נ הובא בקצו"ח ונה"מ סימן רס"ח וא"כ כשהגביה ונתנה לחברו הל"ל דידו זכתה לראשון רק שאני שלא מדעתו דעכ"פ לא נתכוין להיפך משא"כ כשהוא בידו ולא רצה לזכות וכה"ג כתבו תוספת בב"ב בדף נ"ד בד"ה אדעתא דידו קונה של"מ אך אם יודע שהוא בידו ואינו מתכוין לזכות אינו קונה וכה"ג כתוב בתר"י בפ"ק דברכות אהא דנקט כסא דשכרא אבל אם תכ"ד מבטל לדיבור ראשון דמשוי לו כטועה כמ"ש רמב"ם בפ"ב מהלכות שבועות א"כ ה"נ יחזור בו תכ"ד דרוצה עכשיו ומה שלא רצה כשהיה בידו מתבטל והוי כאלו היה תחלה בידו שלא מדעתו וזכה בו כשהיה בידו דאם דיבור אחרון מבטל דיבור הראשון ה"נ יבטל מחשבה ראשונה א"ו אחר מעשה נתינה א"י לחזור לבטל דיבור ומחשבה ראשונה ובתב"ש סימן ד' סק"ה בהא דשחט ואח"כ חישב לע"ז כתב דפשוט אם תכ"ד חישב הוה כחישב בשעת שחיטה וא"כ ה"נ הוי כחישב לקנות לעצמו כשהיה בידו ואף דבערך ש"י השגתי עליו היינו דמחשבה תכ"ד לא הוה כאלו חישב בשעת מעשה אבל עכ"פ מבטל מחשבתו דלמפרע.

ובשב הכהן הובא בפ"ת לחו"מ סימן קצ"ה סק"ו כתב נמי כהטו"ז והביא ראיה מרמב"ם ותוספת דס"ל בהקדש א"י לחזור תכ"ד ומשום דאמל"ג כמסירה להדיוט ובקצו"ח סימן רנ"ה כתב דאין ראיה מהקדש עיי"ש ולי נראה בלא"ה בשלמא בהקדש דלא תלוי רק במקדיש משא"כ במכר כיון דלוקח שלא מסר שום דבר למוכר רק עשה משיכה לא עדיף מקנין שטר וחזקה דיכול לחזור תכ"ד וגם לא חשוב כ"כ מעשה מה שקיבל כמ"ש הר"ן בנדרים דף ל"ה לכן גם מוכר שמסר המכר ללוקח יכול לחזור תכ"ד דאין קנין לחצאין כמ"ש הרא"ש בפרק האומנין דף ע"ז ובנתיבות סימן קצ"ה סק"א כתב הטעם דמסתמא דעת המוכר דבזמן שיהא הקנין נגמר נגד הלוקח שלא יהא יכול לחזור בו באותו זמן יהא נגמר המקח גם נגד המוכר ולא מקודם וכה"ג כתבו תוס' בפא"נ דף ס"ו בסד"ה ומניומי ואף דבחו"מ סימן ר"ז סי"א לא פסק הכי דהא מי שנתן הערבון אם חוזר ערבונו מחול והמוכר אם חוזר א"צ לכפול הערבון וגם רמ"א דהביא פוסקים החולקים לא מטעם התוספת אלא דס"ל גם במחילה יש אסמכתא וגם בסימן רכ"ז ס"ד יש מחלוקת אם גם המאנה יכול לחזור כיון דהמתאנה ישנו בחזרה נראה דשא"ה דהטעם דלא יהא חוטא נשכר כמ"ש בסמ"ע שם ובסימן ר"ז ג"כ שאני דל"ל דדעת הנותן הערבון שלא יגמר תנאו רק בזמן שיגמר תנאי שכנגדו דהיא המוכר לעולם א"צ לכפול הערבון ולוקח מ"מ נתן הערבון למוכר.

ולפ"ז י"ל גם ראיית הטו"ז אינו רק לענין מתנה דאינו נותן בעד מחיר ואפילו למ"ד בפרק בה"ע דף כ"ו ע"ב דגם במתנה אמרינן א"ל דה"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מ"מ מה דהוה הוה ואפילו יחזור המקבל לא יחויב להחזיר לו הנאה שכבר היה לו ממנו ועוד בשלמא מכר בתכ"ד עדיין רפיא ביד מוכר שמא יחזור בו לוקח שלא ליתן המעות וכן להיפך כשנתן המעות רפיא ביד לוקח שמא יחזור המוכר תכ"ד משא"כ במתנה לא שכיח שלא ירצה המקבל ויחזור תכ"ד ולפ"ז י"ל הא דבחו"מ סימן קצ"ה ס"ז דבשאר דרכי הקניה אין שום אחד יכול לחזור אחר כ"ד דמשמע תכ"ד יכול לחזור אף במסר ליד חברו היינו במכר דוקא ובזה א"ש הא דאחז"ל תכ"ד כד"ד חוץ ממקדש ומגרש דקשה ממ"נ אם עשה מעשה דמסר לידה הכסף או הגט גם במו"מ א"י לחזור לדעת הטו"ז ואם עדיין לא מסר הכסף והגט ליד האשה פשיטא דמהני חזרה דהא עדיין לא נתקדשה ולא נתגרשה מצאתי במקנה לעיל סימן כ"ז סעיף ג' הקשה כן ולפימ"ש דוקא במתנה איתא דין דהטו"ז משא"כ קידושין הוי כמכר וכן בגט אם אמר שאינו רוצה לגרשה רק מרצונה וקיבלה הגט וחזרה בה תכ"ד או בלאה"נ כשזרקה הגט מרשותה תכ"ד אם היה שוה גט למכר היתה יכולה לחזור תכ"ד וממילא גם הבעל היה יכול לחזור ההן שלו

קודם ללאו הקשו המפרשים מנ"ל לר"מ דצריך הן קודם ללאו מדאמר משה כן הא ע"כ צריך להקדים זה או זה ואי הוה אמר אפכא הוה דייקינן גם כן דצ"ל דוקא כך ובשלמא תנאי קודם דייק מדשינה משה מבגו"ר שהקדימו המעשה ועוד לתוספת דפליג ר"ח גם בהן קודם ללאו הא לא השיב רק על הכפל שהיה צריך ונ"ל דיל"ד לר"מ דמכלל הן לא נשמע לאו אם כן כשאמר ההן ליכא תנאי עד דאמר הלאו אם כן הוי לעולם מעשה קודם לתנאי וצ"ל לפימ"ש רשב"א פרק מי שאחזו דמה דל"מ התנאי כשלא עשאו כתנאי בגו"ר הא יש ג"ד דה"ט מדלא קפיד להתנות באופן המועיל יותר ש"מ לא קפיד כ"כ שיהא תלוי המעשה בקיום התנאי עיי"ש וא"כ תינח כשיכול להתנות יותר טוב אבל באם יעברו ונתתם א"א יותר טוב דאם יקדים הלאו לא יועיל כלל וא"כ ש"מ דלאו קודם להן אינו מועיל דאל"כ הל"ל הלאו קודם כדי שיהא מפורש התנאי קודם למעשה ולכן לר"ח דמכלל הן נשמע לאו גם בהן יש התנאי קודם למעשה ליכא שום הוכחה דצ"ל ההן קודם ללאו ומוכח מזה כמ"ש הב"ש כאן סק"ג דרק בשכ"מ מועיל לאו והן ולאו דלא ליקדם פרענוה לנפשו דאל"כ הל"ל למשה למימר לאו והן ולאו כדי שיפורש התנאי קודם למעשה והמל"מ פ"ו מה"א הקשה דמה טענה היא דלא ליקדם פרענותא למה דמוכרח משום משפטי התנאים ולפימ"ש ה"ט דל"ל משום דלא התנה באופן המועיל יותר ש"מ דלא קפיד לתלות המעשה בקיום התנאי דלא רצה להקדים פרענות ולעולם קפיד.

תנאי קודם למעשה לרמב"ם דוקא כשעשה המעשה ממש קודם והקשה ראב"ד וראשונים דמבואר בגיטין דף ע"ה דמכדי כל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי בגו"ר מה התם תנאי קודם למעשה והרי משה רבינו ע"ה קפיד ושינה מלשון בגו"ר שהם הקדימו אמירת המעשה והוא הקדים התנאי אף דלא עשה המעשה בפועל ממש ועו"ק מה פריך כבא שם טעמא דלא כפליה הא בלא"ה הוי מעשה קודם מנ"ל דמיירי דהקדים המעשה ממש ונ"ל סברת הרמב"ם בשלמא כשהקדים המעשה בפועל דלא אתי דיבור של תנאי ומבטל המעשה משא"כ כשהקדים רק בדיבור אלא כיון דחזינן דמשה שינה מלשון בגו"ר ע"כ גזה"כ גם בדיבור צריך להקדים התנאי אך לפימ"ש רשב"ם בפ' י"נ דף קכ"ט ע"ב דתכ"ד כד"ד היינו כנאמרו בדיבור אחד וכה"ג כתב הריטב"א בנדרים דף פ"ז שכדי דיבור זה רחושי מכחשן שפתיו וכאלו מדבר עדיין עיי"ש ולפ"ז לא חשוב כלל מעשה קודם לתנאי דהא תכ"ד הוי כבדיבור אחד נאמרו והנה תוספת במרובה דף ע"ג ע"ב בד"ה כי ורמב"ן בפי"נ דף קכ"ח ור"ן בנדרים דף פ"ז כתבו דתק"ח הוא דתכ"ד כדיבור דמי וא"כ בשלמא משה רבינו ע"ה הוכרח גם בדיבור להקדים התנאי דתכ"ד לאו כד"ד דאל"כ היה המעשה קודם אבל לדידן דתכ"ד כד"ד הוי אמירה המעשה והתנאי בבת אחת ואין

לימוד מתנאי של משה רבינו ע"ה דגם בכה"ג יש קפידא ואין לך בו אלא חידושו שלא יקדים המעשה ואף דבמקדש ומגרש גם לדידן תכ"ד לאו כד"ד ה"ד לענין חזרה כמ"ש אחרונים עיין אב"מ כאן סק"ב ותוספת במרובה שם בד"ה ונמלך ובישועות יעקב לקמן סימן מ"ם סק"ב.

ולפ"ז א"ש הא דרבא פריך בגיטין שם דהתם התנאי סותר לגמרי המעשה והוי כחזרה ובמגרש תכ"ד לאו כד"ד א"כ כיון דלא הוי כתנאי בגו"ר ל"מ ולפ"ז א"ש מה דאמרה רבא מדעתו מכדי כל תנאי מתנאי בגו"ר גמרינן מה התם תנאי קודם ולא הביא המשנה דס"פ הפועלים כל תנאי שיש מעשה בתחלתו אינו תנאי ואם מפרש התם שיש מעשה בפועל תקשי על המשנה מכדי של רבא ועל רבא מהמשנה ולפימ"ש א"ש דרבא מפרש המשנה דיש מעשה בפועל ממש ולפ"ז מוכח כהרמב"ם ואף דכתב הרמב"ם בפ"ו מה"א הי"ד דכל הארבע דברים מתנאי בגו"ר למדו היינו דנהי דבמעשה ממש לא אמרו תכ"ד כד"ד לבטל המעשה דל"ל הטעם דרחושי מרחשן שפתיו וגם ל"ל דהוה כטועה כיון דעשה מעשה ודאי נתיישב היטב וכ"ד הטו"ז דלבטל המעשה תכ"ד לאו כד"ד מ"מ ה"א דוקא בחוזר בו אבל להטיל תנאי דמפרש כונתו מועיל כמ"ש תוספת במרובה דף ע"ג ע"ב דגם לר' יוסי דתכ"ד לאו כד"ד מ"מ תנאי מועיל לפרש דבריו אלא כיון דחזינן דמשה רבינו ע"ה התנה תנאי קודם למעשה נהי דלד"ת תכ"ד לאו כד"ד מ"מ ה"נ לדידן בהקדים המעשה בפועל דתכ"ד לאו כד"ד לא מהני התנאי כיון דהקדים המעשה.

ברמב"ם פ"ו מה"א ה"ג האומר לאשה אם תתני לי מאתיים זוז האמ"ל בדינר זה וא"ל תתני לי לא תהיו מקודשת ואחר שהתנה תנאי זה נתן לה הדינר הרי התנאי קיים והר"ז מקודשת ע"ת ואם נתנה לו מאתיים זוז תהיה מקודשת וא"ל נתנה לו א"מ אבל אם אמר לה האמ"ל בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתיים זוז תהיי מקודשת וא"ל תתני לי ל"ת מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואח"כ התנה ואעפ"י שהכל תכ"ד הר"ז מקודשת מיד וא"צ ליתן לו כלום עכ"ל והקשה המקנה בקו"א דברישא משמע דצריך שיאמר גם כפל התנאי קודם הנתינה ובסיפא משמע דדוקא כשהקדים מעשה הנתינה לפני כל התנאי בטל התנאי ונראה דכיון דצריך לכפול דמכלל הן לא נשמע לאו א"כ גם כשהקדים הנתינה רק לפני הלאו הוי מעשה קודם לתנאי אך י"ל נהי דמכלל הן לא נשמע לאו היינו כשלא פירש הלאו אח"כ אבל כשפירש אח"כ י"ל הוכיח סופו על תחלתו דגם כשאמר תתן נשמע לאו והוי תנאי קודם למעשה אך ברמב"ם פ"ד מזכיה ה"ג פסק דהוי ספק אם נימא הוכיח סע"ת

ולכן ה"כ נקט ברישא ובסיפא מה דודאי קיים התנאי ומה דודאי בטל התנאי אבל אם לאחר ההן נתן לה הדינר ואח"כ סיים הלאו הוי ספק.

ס"ג ועכשיו או ע"מ א"צ לכפול תנאו הקשו במקנה ואב"מ מיבמות דף כ"ג רבינא אמר דכ"ע יש תנאי בחליצה מ"ס בעינן ת"כ וחליצה ודאי מעכשיו דא"א לחול את"כ דכלתה החליצה עיי"ש ונ"ל עפ"י מ"ש ר"ת ור"י בתוספת שם דודאי אין תנאי בחליצה קי"ל כיון דא"א ע"י שליח אלא ה"ק יש תנאי בחליצה שיחשב חליצה פסולה ועדיין זיקת יבמין עליה קצת לענין שיועיל אחריה מאמר עיי"ש ועכצ"ל כיון דלא חלץ רק על דעת התנאי ולא נתקיים הוי בחלץ שלא ברצונו ובטעות לענין זה שיועיל מאמר אח"כ ולפ"ז אומר אני אפילו תתקיים אח"כ התנאי אינו מועיל כיון דניתרת לעלמא בלא קיום התנאי ואין המעשה חליצה בטל והוא לא חלץ רק על דעת שיהא תלוי התרתה בקיום התנאי על כרחה וראיה לזה מתוס' פרק איזהו נשך דף ס"ו בסד"ה ומניומי דלפיכך אם חוזר לוקח לא קני מוכר הערבון אף דתפיס משום דלא קני לוקח כפליים דאיהו לא תפיס והרי המוכר לא עבר על התנאי רק הלוקח חזר בו אע"כ משום דלא קנס עצמו הלוקח רק ע"ד שיוכרח המוכר לכפול הערבון אם יחזור וכ"כ בדרישה וטו"ז יו"ד סי' רל"א עיי"ש וא"כ ה"נ כשלא כפל התנאי למ"ד דצריך לכפול ל"ל הכי דכיון דהיה יכול להתנות כהלכתו ולא התנה אמרינן דלא קפיד שיתלה קיום המעשה בקיום התנאי כמ"ש בח"ר בגיטין דף ע"ה משא"כ בחליצה דאין החסרון מחמת שלא התנה כהלכתו אלא משום דאין יכול לעשותו ע"י שליח אמרינן שפיר מדהתנה חזינן דקפיד שלא יקוים החליצה רק אם תהא מוכרחת לקיים התנאי וא"ל תקיים יתבטל החליצה אלא דגזה"כ דתנאו בטל לכן עכ"פ נשאר קצת זיקה עליה לענין שיועיל אח"כ מאמר ואם כן גם מעכשיו לא מהני דהא כל הטעם דמעכשיו א"צ ת"כ כתב הראב"ד משום דאינו נעקר המעשה כלל אם יקוים התנאי משא"כ הכא ע"י התנאי לא נפקע זיקת יבמין לגמרי אפילו תקיים התנאי הרי התנאי בא לבטל קצת ממעשה החליצה.

הג"ה רק אמר סתם סמ"ג והגמ"יי כתבו יכול להיות שמועיל מיהו בתשובות הרא"ש שמביא הטור חו"מ ס"ס רמ"א פסק כן בפשיטות ובחמ"ח לא ראה דברי הד"מ ב"ש סק"ה ולי תמוה דהא ברא"ש שם מבואר אם נכתב בשטר שנעשה כתנאי ב"ג וב"ר והיינו דעדים נאמנין שכן נעשה בע"פ כתנאי ב"ג ממש ואח"כ מצאתי בבני אהובה תמה כן וכן ב"ה ומקנה וח"ו למשוייה להד"מ טועה ונראה משום דכתב הרא"ש דיל"ד אם כתוב בשטר ת"כ או בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וכן בתשובה שניה שם כתב אם כתוב בשטר ותנאים הללו נעשו כדין התנאים עיי"ש והכף הדמיון יש לפרש בתרי

אנפי שבפירוש הותנה ת"כ ויש לפרש שהנותן אמר שיועיל כתנאים המקוימים וכאומר כל תנאים וכן מצינו בש"ס כ"פ נעשה כאומר ויותר נוטה כן מדלא כתוב בחומר ובדין וא"כ א"ל מועיל בה"ג הוי ספק בתנאי דאינו מוציא מידי ודאי מעשה כמ"ש בשו"ת רשב"א שבב"י חו"מ סימן כ"ט ועוד כיון דבתחלת השטר העידו שהנותן אמר ע"מ כן ולא נכפל ולבסוף העידו שנעשה כחומר או כדין התנאים הוי סתירה ואף דאם כתוב למעלה מנה ולבסוף מאתיים אזלינן בתר התחתון היינו כיון דא"א ליישב הסתירה ע"כ אמרינן דהוי חזרה אבל כשאפשר לקיים שניהם מקיימים אותם כדאיתא בחו"מ סימן מ"ב ס"ה וא"כ ה"נ נקיים ונפרש דבאמת לא כפל התנאי רק אמר שיהא כחומר וכדין התנאים אע"כ דאפילו יהא כן מועיל התנאי.

ס"ד י"א דל"ב בתנאי ד' דברים אלו וכתב הב"ש דלא מצינו כן כי מרמב"ם פ"ג מה"ז נשמע דא"צ ת"כ והקל"ל אע"ג דצריך לסיים בלאו משום דבנ"ד אדם נתפס מ"מ בממון הולכין אחר אומדנא אבל תנאי קודם למעשה צריך והר"ן הוכיח כן מסתם משנה ב"מ דף צ"ד כל שיש מעשה בתחלתו התנאי בטל עיי"ש אך בשו"ת רי"ף קל"א חישב ת"כ ותנאי קודם למעשה ותנאי בד"א ומעשה בדבר אחר כגון אם תעשה אתן לך כו"כ ואל"ת איני נותן לך כלום דהוא ת"כ ותקל"מ והן קודם ללאו ותנאי אינו בד"א עם המעשה כתנאי ב"ג ואלו תנאים כולם א"צ אלא בגיטין וקידושין שהן איסורא את"ד הרי דלא חשיב תנאי שאפשר לקיימו דלא כהש"ע כאן דהארבע דברים הם מה דחשיב לפני זה שבכללם אפשר לקיימו וגם מבואר דבממון א"צ תנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ונראה טעמו כיון דבממון קי"ל מכלל הן אתה שומע לאו ליכא חשש דבגמר דבריו אדם נתפס כיון דההן ולאו בדיבור אחד נאמרו וגם לאו קפידא כשאמר המעשה קודם התנאי כיון דמכלל הן נשמע לאו נמצא התנאי תכ"ד לאמירת המעשה רק באיסורא דמכלל הן לא נשמע לאו א"כ התנאי אינו רק בלאו שהוא אחר כ"ד של אמירת המעשה והיינו כשהקדים המעשה רק בדיבור אבל בב"מ דאמר שיש מעשה בתחלתו היינו מעשה בפועל בזה לא מהני התנאי אפילו תכ"ד דלא את. דיבור ומבטל מעשה אף דגמרא קאמר שם מאן שמעית ליה האי סברא ר"מ והא לר"מ אפילו בדיבור יש קפידא דהא ס"ל דמכלל הן לא נשמע לאו היינו דכיון דלר"מ צריך להיות התנאי קודם לאמירת המעשה דאם הקדים דיבור המעשה אין הלאו שהוא התנאי תכ"ד ממילא במעשה ממש דאפילו תכ"ד כלאחר כ"ד דלא אתי דיבור ומבטל מעשה אפילו דרך תנאי דהא חזינן לר"מ אפילו בתנאי דאינו חזרה לגמרי לא מהני אחר כ"ד ה"ל לדידן דא"צ ת"כ גם תנאי לא מבטל המעשה בפועל אפילו תכ"ד.

בשו"ת הרא"ש כלל מ"ה סכ"ד גט שחרור שהעידו העדים שאמר המשחרר קבל גט זה ממני ע"מ שתהיה בו משוחרר לגמרי מעכשיו ולכשתשלים ותקיים התנאי פלוני וכו' וקבל העבד הגט מאדונו עפ"י העניינים המפורשים למעלה קבל גמור וקבל כ"ז על עצמו בנפש חפצה ברצון עכ"ל והקשה בני אהובה למה לא הזכיר הרא"ש דהוי מעשה קודם לתנאי דבטל התנאי לרא"ש אפילו במעכשיו ותירץ דס"ל להרא"ש בע"מ ליכא קפידא באמירת המעשה קודם התנאי רק כשעשה המעשה בפועל לפני התנאי עיי"ש אבל בשו"ת הרא"ש כלל ע"ב שהביא הטור בחו"מ ס"ס רמ"א מבואר דגם בע"מ צריך לומר תנאי קודם למעשה ונ"ל לפימ"ש רמב"ן בפי"נ דף קכ"ז כי גמרינן מתנאי ב"ג וב"ר ה"ח בכיוצא בו שהוא תנאי שבין אדם לחברו אבל תנאי שבינו לבין עצמו בכל ענין הוי תנאי והטעם נותן שהרי מדעתו התנה ורוצה הוא לקיים תנאו ונכון הוא זה עכ"ל ולפ"ז גם בתנאי שבינו לחברו אם חברו מגלה דעתו שמקבל עליו התנאי בנפש חפצה ברצון הרי גם אם לא היה מכריחו הנותן על התנאי שלא יתן לו זולת התנאי מקבל התנאי ברצונו תו א"צ כתנאי ב"ג דהתם לא גילו ב"ג וב"ר דעתם שגם אם היה משה רבינו ע"ה רוצה ליתן להם ארץ גלעד בלא תנאי שיעברו רוצים שיהא המעשה ע"ת ומרע"ה כעס עליהם וחשש שרוצים בארץ גלעד בלא אותו תנאי לכן לא הקפיד הרא"ש על קדימת המעשה לפני התנאי ובזה איש דיל"ד טובא למה העידו שהעבד קבל עליו כ"ז בנ"ח ברצון דמה צורך בזה הא המשחרר לא רצה לשחררו רק ע"ת ובמשחרר תליא מלתא ואם העדים ע"ה למה העתיקו השואל והרא"ש אע"כ דעי"ז מועיל התנאי גם כשאינו כתנאי ב"ג וב"ר ואם היו מעידים רק שקיבל כ"ז על עצמו בנפש חפצה ה"א משום דחפץ בשחרור אבל מוכרח על התנאי לכן העידו בנ"ח ברצון דאף אם היה רוצה האדון לשחררו בלא התנאי אם העבד לא היה מתרצה בתנאי מ"מ ברצון קבל על עצמו התנאי וכיון דאין לו שום צד הכרח על מה שתלה האדון השחרור בתנאי א"צ לכשיהא כתנאי ב"ג וב"ר דהתם קבלת התנאי בהכרח מחמת שהיו חפצים בארץ הגלעד ומרע"ה לא רצה לתתה להם רק ע"ת.

עוי"ל לפימ"ש הרא"ש בפרק אלמנה ניזונות ס"ט היכא דיש אומדנא אף דאינו אומדנא דמוכח טובא מ"מ סגי בגילוי דעת וא"צ להתנות בדיני תנאי עיי"ש והנה המשחרר עבדו עובר בעשה והקשו דא"כ למה בשכ"מ שצוה שישחררו עבדו כופין היורשים לשחררו והא צוה לעשות עברה ותירץ הרשב"א דשמא נאמר שכל שאמר הרב לשחררו אומדין אותו שעשה לו טובה שהוא חייב כך על גמולו דאתחזיק אינשי בעוברים על עשה לא מחזיקינן וכיון שכן הרי הוא כמוכרו לו דלא אסרה תורה לשחרר עבדים אלא בחנם ברצון הלב הובא בב"י חו"מ ס"ס רנ"ו וכ"כ הר"ן בפרק השולח דחינו איסור במשחרר

לטובת עצמו וא"כ הכא דהתנאי היה שלא יצערו ולא יברח ממנו ששה שנים והוי האומדנא שעושה לטובת עצמו כדי שלא יברח ממנו ולא יצערו כל הששה שנים לכן סגי בגילו דעת דאינו משחררו רק ע"מ כן דאם נימא כיון שהקדים המעשה לתנאי אפשר העיקר אצלו המעשה ולא קפיד שיתלה המעשה בתנאי דוקא והתנה רק לזרוזיה א"כ עובר אעשה והאומדנא דייקא דמשום תנאי זה משחררו דאם משום דבל"ז עשה לו העבד טובה שהוא חייב כך על גמולו אם כן ה"ל לשחררו בלא תנאי זה ולא היה העבד מקבל עליו התנאי בנ"ח ברצון כיון דבלא"ה חייב לשחררו לכן דייקי העדים להעיד כך.

סי"ד אפילו הוא אומר אין בידי כתב עצמות יוסף אם המנה בידו מסתמא כל מה שיש ביד האדם הוי שלו ומקודשת קידושי ודאי אעפ"י שאין לנו עדים שהוא שלו כל שלא אמר שאינו שלו כ"כ הר"ן ז"ל עכ"ל ובר"ן ליתא הך סיום כל שלא אמר אדרבה מוכח דאפילו אמר שאינו שלו מקודשת קידושי ודאי דז"ל וניחוש שמא יש לו דכיון דקדש מתחלה אדעתא דהכי רגל"ד שהיו לו שאל"כ למה קדש והשתא הוא דבעי למהדר ביה ואסיקנא דחיישינן וכו' ומיהו כל שבידו חזקה שהוא שלו ומקודשת קידושי ודאי ואעפ"י שאין לנו עדים שהן שלו עכ"ל הרי דקאי עמ"ש דבעי למהדר ביה דהיינו לכן אומר שאין לו וע"ז כתב ומיהו כל שבידו וכו' ואפשר כונתו דבשעת קידושין אמר שאינו שלו דאז ל"ל דבעי למהדר דהא עכשיו מקדשה וכיון שכתב הר"ן דהשתא בעי למיהדר דהיינו אחר הקידושין מבואר דבשעת קידושין אם אמר מהימן ונראה דגם אחר הקידושין טרם שהוציא המנה מכיסו אמר יש לי מנה ואינו שלי והראה לעדים המנה נאמן דהפה שאסר הוא שהתיר דאי בעי לא היה מראה להם ואינו מגרע בזה מה שאמר שאינם שלו ועיין נתיבות סימן ע"ב סי"ח ס"ק ל"ד ובסימן ע"א ס"א סק"ד

סי"ח הראה לה מנה משלו והוא משועבדת לב"ח מקודשת וכתב הח"מ דאם אקני לו מעכשיו אינה מקודשת ודאי וכתב עלי ארזים ז"ל ולא ידעתי על איזה אופן שיכול לשעבד לבע"ח מעות או מטלטלין שיהא השעבוד חל מעכשיו בכדי שלא יכול הלוה להוציא מעות או מטלטלין האלו ולהגבות לבע"ח ממעות אחר א"ל שימסרם לידו במשכון וכיון שמראה לה מקודשת ודאי ומ"ש הרי"ו כיון דלא אקני לו מעכשיו היינו שא"י להקנות המנה מעכשיו בתורת שעבוד עכ"ל ותמוהין דבריו דודאי יכול להקנות מעכשיו שא"ל יפרע עד ז"פ יהיו מעות או מטלטלין הללו של מלוה אף דלא מסרן ליד מלוה וכדאיתא במג"א סימן תמ"א סק"א וסק"ה דכה"ג אם לא פרעו בזמנו הוי של המלוה למפרע לענין חמץ וה"נ אינו מקודשת ודאי שמא לא יפרע ממקום אחר יהא זה של מלוה למפרע ומ"ש שיכול הלוה להוציאם ג"כ אינו כיון דאקני למלוה אינו רשאי

להוציאם שמא לא יוכל לפרוע ממקום אחר או יפול הירושה ליתמי נמצא הוי גזלן למפרע שהוציא מעות או מטלטלין של מלוה.

והרויח אח"כ והראה לה מקודשת בדרישת ארי כתב לפמ"ש תוספת בפרק כה"ג וראשונים שם אהא דשני לוגין שאני עתיד לפרוש יהא מעשר וכן סלע שתעלה בידי יהא מחולל על זה דאין ברירה משום דאינו עומד להתברר דשמא לא יפריש ולא יעלה בידו כלל ה"נ שמא לא ימצא מציאה ולא יראה לה לכן אפילו מצא מציאה והראה לה הוי רק ספק כיון דקי"ל א"ב את"ד ובמחכ"ת לא הבין דברי התוס' דהתם הברירה בין הלוגין יין איזה יפריש ובין הסלעים איזה יעלה בידו וכיון שאפשר דלא יפריש ולא יעלה בידו שום סלע אינו עומד להתברר בין הלוגין ובין הסלעים משא"כ הכא הברירה אם יראה לה או לא וזה ודאי עומד להתברר דהא אם לא ימצא ולא ירויח ודאי לא יראה לה מנה שלו וא"ל דהברירה אם יראה לה או לא יראה לה אף שימצא וירויח וזה אינו עומד להתברר דשמא לא ימצא דא"כ בע"מ שירצה אבא ויאמר הן דלעיל סעיף ס"ח דאם שמע אח"כ ואמר אין מקודשת נימא ג"כ דהברירה אם יאמר אין כשישמע או לא יאמר ואינו עומד להתברר דשמא לא ישמע כלל אע"כ דאין בזה רק הן או לאו וודאי עומד להתברר דא"ל ישמע לא יאמר הן ה"נ אם לא ימלא לא יראה לה דאין הברירה בין שני דברים על איזה יחול החילול וכן מבואר בישש"ש בפ"ה דב"ק בדיני ברירה.

סכ"ד ע"מ שאני בן עיר וכו' פרש"י בקידושין בדף מ"ט ע"ב דיש בזה קפידא שבכרך היוקר מצוי בו ובכתובות דף ק"י אהא דאין מוציאין מעיר נכרך ומכרך לעיר פריך בגמרא בשלמא מכרך לעיר דבכרך שכיח כל מילי אבל מעיר לכרך מ"ט ומשני דישבת כרכים קשה פרש"י דבעיר האויר יפה יותר ועמד בית הילל על סתירת רש"י ונ"ל דבכתובות תליא באומדן חכז"ל ולא בדידה לכן אף דבכרך היוקר מצוי הרי לעומתו שכיח כל מילי והמזונות וכסות מוטל על הבעל לכן צ"ל משום האויר משא"כ בקידושין דהתנה בתנאי הרי דיש לה קפידא בזה ואפילו ע"מ שהוא כסף ונתן לה זהב או ע"מ שאני עני ונמצא עשיר הוי קפידא דאיכא דניחא ליה בזה יותר כדאיתא התם ומשום האויר ליכא למימר הקפידא דא"כ כשנולדה בכרך ועד עתה יושבת בכרך אם תצא לעיר יזיק לה השינוי ווסת כדאמרינן בכתובות שם מנוה רעה לנוה יפה מזיק לה השינוי וסת ועכ"פ מכרך לכרך דרגילה ומיטבעת בזה אין מזיק לה האויר לא יהא שום קפידא ומ"מ בע"מ שאני בן עיר ונמצא בן כרך הוי קפידא עכצ"ל משום היוקר שלא יצמצם לה וניחא לה יותר לילך לדור עמו בעיר אף דלא מצוי שם כל מילי.

אפילו אמרה בלבי היה להתקדש לו בש"ס דייק מזה דדברים שבלב אינן דברים וכתב ישועת יעקב דיש לתמוה על הרשב"א שכתב דצ"ע בהא דתנן ע"מ שיש לי בת או שפחה ואין לו אינה מקודשת די"ל אינה מקודשת קידושי ודאי אבל ספק הוי שמא יש לו דלפ"ז מאי דייק הש"ס דדברים שבלב אינן דברים נימא א"מ רק מספק משום דאינה נאמנת כיון שהוא היפך ממה שאמרה בפה ועו"ק לדעת הראב"ד דביטול התנאי צריך להיות בעדים נימא משום דעדים א"י מה דבלבה ונראה כיון די"ל מגו דיכולה עכשיו לבטל התנאי ומה לה לשקר כאן סהדי דקושטא קאמרה ומה לה לשקר דכאן עדיף ממה לי לשקר דאיתא בש"ס בכמה דוכתי דהכא יכולה לבטל התנאי עכשיו בהיתר ואף דכתב הריב"ש בסי' קצ"ג דלסתור מה שאמר תחלה אינו נאמן במגו שאני הכא דהא הש"ס דחי דאין ראיה דדברים שבלב ל"ה דברים דכיון דאתניה לאו כל כמינה לעקרה לה לתנאיה ופרש"י הואיל ושמעה ולא מיחתה לומר אף עפי"כ אני חפיצה בך עכ"ל וא"כ מה ס"ד דמייתי ראיה דדברים שבלב אינן דברים דודאי שאני כשבאה לעקור התנאי שהתנה בפירש אע"כ דס"ד כיון דהאשה לא אמרה בפיה כלום רק שתקה לא חשוב עקירה לדברי פיה וא"כ מה"ט נמי ס"ד דנאמנת במגו דמבטלה עכשיו התנאי דלא סתרה דברי פיה.

סל"ה וביטל התנאי כתב הר"ן מה דמהני ביטול משום דכל תנאי שהוא לטובתו לא התנה רק אם יקפיד ועמדו בעצי ארזים והמקנה נימא אין ברירה דהא תולה בד"ע כמו כתוב לאיזה שארצה אגרש.

ואישתמיט להו מ"ש הרשב"א בתשובה ת"ה סימן פ"ב דכל דבר שיכול לחול כשיתברר חל נמי למפרע ואין בו משום ברירה כמו בית בביתי שור בשורי מכור לך ול"ד לכתוב לאיזה שתצא בפתח תחלה או לאיזה שארצה דא"א לחול כשיתברר אחר שנכתב הגט דלא הוי כתיבה לשמה.

ב"מ נסתפק אם מחילה שלא בפני הלוה מועיל ואישתמיט לו מ"ש הג"א בפרק איזהו נשך שכ"ב והובא בש"ך יו"ד סימן קע"ג סק"ח דמועיל ומוכח דא"י לחזור דאל"כ הוי רבית כמו בשט"ח דצריך שם כומ"ס.

סל"ז להאריך הזמן הקשה הטו"ז מיו"ד סי' רכ"ח סל"ט בנשבע לשלם לז"פ א"י להאריך הזמן והובא בבה"ט ונ"ל דלטעם הרא"ש בתשובה סימן ל"ה הא דיכול לבטל התנאי או לגרוע קצת משום דתנאי לבטל המעשה חידוש ואין לך בו אלא חידושו ואתי דיבור ומבטל דיבור א"כ זה לא שייך בשבועה וכ"כ באב"מ אלא גם למ"ש הר"ן בפרק המדיר הטעם דיכול לבטל התנאי דכל תנאי שהוא לטובתו דעתו שיתקיים התנאי דוקא אם יקפיד וה"נ יכול להאריך הזמן דלא התנה על ז"פ רק אם תקפיד דוקא על אותו זמן

ולא תתרצה להאריך ונהי דגם בנשבע לפרוע לז"פ דהשבועה משום דמלוה משביעו ג"כ י"ל דדעת הנשבע רק אם יקפיד המלוה מ"מ י"ל דסברת הר"ן אינו ודאי דהרי הרשב"א שהובא בר"ן שם לית לו האי סברא וגם הרא"ש כתב טעם אחר והא אפשר דבשעת התנאי לא עלה ע"ד כלל שלא יקפיד דהרי קפד כשהתנה וא"כ ל"ל ודאי היה דעתו בשעת התנאי שאם לא יקפיד יתבטל התנאי וצ"ל דמ"מ הוי ספק בתנאי וכיון דהקידושין ודאי אין ספק תנאי מוציא מידי ודאי קידושין וכמ"ש המל"מ פט"ו מטוען ונטען הי"א בד"ה ונחזור ועמ"ש לעיל סימן כ"ט ס"ז וגבי שבועה ספקו אסור ועוד דהך דינא דיו"ד הוא מתשובת הרשב"א כמבואר בב"י ובאס"ג שם והא הרשב"א ס"ל דאין ביטול התנאי מועיל רק בממון די"ל הריני כאלו התקבלתי אבל הארכת זמן דאינו כאומר כאלו התקבלתי דהא עדיין עומד בחיוב השבועה לפרוע לזמן אחר כמבואר שם לכן החמיר הש"ע כדעתו דטעם הרא"ש בתנאי ליכא למימר בשבועה רק טעם הר"ן אבל הכא דהן לטעם הרא"ש הן לטעם הר"ן יכול להאריך הזמן אזל המחבר אחר הרוב ומ"ש האב"מ דגם להר"ן א"י להאריך הזמן אינו מוכרח כלל וע' ש"ך ביו"ד שם ס"ק ק"א דדינו של הרשב"א אין חולק עליו ואף לפמ"ש בבד"ה שם דהרא"ש וא"ח חולקים י"ל כיון דמלוה רוצה להאריך לו הזמן לא אכפת לו אם יעשה כמ"ש הב"י והמחבר שם א"כ הוי דשיל"מ לכן חשש לדברי הרשב"א ולא אזל בתר רוב דעות.

עוי"ל דמ"ש הר"ן דדעתו עם התנאי רק אם יקפיד ולא ימחל אינו ברור ואדרבה סתמא כיון דלא פירש בשעת התנאי כן לא עלה על דעתו שלא יקפיד אלא כיון דאנן סהדי אלו היה נותן אל לבו שאפשר לא יקפיד היה דעתו שאם לא יקפיד יתבטל התנאי וההני כאלו ידע זה בשעת התנאי וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן שנ"ח סק"א כה"ג והנה כבר כתבתי לעיל בסמוך דהא דלא אמרינן אף דאח"כ לא קפיד לא הוברר למפרע משום דכל דאפשר לחול כשיתברר לא אכפת לן אם לא הוברר למפרע ומ"מ חל הקנין למפרע וא"כ התינח בתנאי בקידושין אבל בנשבע דכיון דחל השבועה תו אי אפשר שיתבטל אח"כ בלא התרת חכם כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ט וא"כ כשהאריך לו זמן אח"כ אם נימא דלא הוברר למפרע א"א שיחול הביטול שבועה אח"כ והא דמהני כשהתנו שיוכל להאריך הזמן כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ח סל"ט ה"ט דקי"ל כשעומד להתברר יש ברירה כמ"ש תוס' בגיטין דף כ"ה ויש"ש בפרק שור שנגח אך נראה דזה דוקא אם מתחלה היה ספק מהני כשעומד להתברר משא"כ כאן שנשבע לו סתם לפרוע בז"פ ולא התנו משום דלא עלה על דעתם כלל שאפשר יאריך לו מלוה הזמן מדקפיד עכשיו ולוה היה בטוח בשעת שבועה וגמר בדעתו שישלם לז"פ רק אח"כ ע"י סבה שנתחדש ללוה שלא השיגה ידו

לפרוע בזמן ופייס למלוה שיאריך לו הזמן בזה ל"ל הוברר למפרע וכעין שכתבו תוספת בפ"ק דביצה ד"י בהא דהמת בבית ולו פתחים הרבה כשהוציאו המת בפתח אחד אמרינן הוברר למפרע כיון שמתחלה היה ספק באיזה פתח מאלו יוציאו אבל אם אח"כ פתח פתח חדש והוציאו בו ל"ל הוברר למפרע אפילו למ"ד יש ברירה כיון דמתחלה לא היה ספק על פתח שנתחדש.

סל"ח אינה מקודשת ואם כנסה תו"ז התנאי כתב הר"ן בשם הירושלמי דבא מעשה לפני ר' אבהו ופסק דמסתמא בשעת הביאה בטלו התנאי שלא תהא בב"ז ומ"מ נעשו הדמים מלוה עליו חמ"ח ס"ק כ"ו וז"ל ירושלמי אתא עובדא קמי דר"א שכנסה תו"ז ואמר נתתי לה והיא אומרת לא נטלתי ואמר ר"א זיל הב לה א"ל רבי אשה לא קניתי ואת אמרת לי זיל הב אר"א מימי לא שחק בי אדם אלא זה חזר ואמר אם חזר בו יתן ולא הדא מלתא קדמייתא חזר ועשאו מעשה ב"ד עכ"ל ואינו מובן כלל מה שאמר ועשאו מעב"ד ונדחק בריטב"א בזה כמ"ש בשי"ק.

ונ"ל דנהי דחזר ר' אבהו ממה שהודה להבעל דפטור מ"מ אחר שהודה נימא דהאשה אסחה אדעתה ונתייאשה כדאיתא כה"ג בתה"ד סימן ש"י ולמדו מיבמות דף ל"ז ע"ב והובא בחו"מ סי' רס"ח ס"ג בהג"ה ובחוב דעת מהרי"ק דמועיל יאוש הובא בחו"מ סי' קס"ג בהג"ה אמנם נראה דהיכי דיש לו שטר חוב לא מהני יאוש דהא כתב המלחמות בפרק אלו מציאות בהא דראה סלע שנפלה דיאוש לא מהני בדבר שברשותו וכתב רמב"ן בתשובה סימן ק' מן הירושלמי פרק הכותב אהא דפוגמת כתובתה נשבעת דכעין שבועת התורה דכמי שהוחזקה בידה הוא דעומד לגבות כמי שגבתה ממש והובא בחו"מ סימן מ"ד ס"ו בסמ"ע סק"י ומבואר בפ"ק דב"מ דף י"ז ע"ב דמעשה ב"ד כנקיט שטרא בידן דמיא וא"נ לומר פרעתי ולכן דעת הרמב"ם וסייעתיה דכשנתחייב בב"ד שלא עפ"י הודאתן א"נ לומר פרעתי דחיוב ב"ד הוי מעב"ד והא דאם אמרו לו ב"ד צא תן לו ויצא נאמן לומר פרעתי היינו רק אם נתחייב על פי הודאתו כמבואר בש"ך חו"מ סימן ל"ט וסימן ע"ט וא"כ הכא דתחלה אמר לו ר' אבוהו זיל הב לה דהיינו צא תן לו והחיוב היה שלא על פי הודאת הבעל הוי מעב"ד ול"מ בה יאוש וז"ש הירושלמי חזר ועשהו מעב"ד היינו חזר לפסקו הראשון שחייב להבעל ועשהו לחיוב הראשון מעב"ד לכן לא הפסידה במה דאסחה דעתה מהחוב אחר דטעה ר' אבהו והודה לדברי הבעל ואף דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה ואי אקדיש או זבין מלוה קודם שגבה ל"מ דהוי אינו ברשותו כבר כתבתי במקום אחר ומצאתיו במהרי"ק דדוקא קרקע מיוחד חשוב אינו ברשותו כיון דיכול הלוה לסלוקיה בזוזי או בדבר אחר משא"כ החוב בעצמו כיון דעומד לגבות

חשוב כמוחזק בידן ובירושלמי ספ"ק דגיטין יש פלוגתא אם מחל חוב שבשטר אם מהני מחילה בלא קנין ומשום דהחוב כמוחזק בידו דמלוה הובא בש"ך חו"מ סימן רמ"א.

עוי"ל דלכאורה יל"ד מאי ק"ל לירושלמי ולא הדא מלתא קמייתא הר חזינן דחזר בו כדאמר חזר ואמר וכמה פעמים מצינו בש"ס חזר בו כמו בר"פ הזורק הדר בו ובכ"ד אלא די"ל מה דחזר ואמר יתן משום דאם לא יתן תהא למפרע בב"ז ובטלה טענת המקדש אשה לא קניתי אך כיון דזה אינו מכח דין ב"ד בין איש לאשתו לחייבו ממון אלא לצ"ש שלא תהא בב"ז וכיון דטען נתתי רק במלתא דאיסורא נאמן על עצמו וכדמצינו בפ"ב דכתובות פ"ב ע"ב וביבמות פ"ח ע"ב תרי ותרי ננהו באומרת ברי לי לכן אמר ר' אבהו לא שחק בי אדם אלא זה דנצחו לכן פריך ולא הדא מלתא קמא בשלמא אם אינו עובדא קמייתא י"ל דאינו אומר נתתי אלא חזר מליתן לכן אר"א יתן שלא תהא בב"ז למפרע אבל כיון דהוא מעשה ראשון והרי טוען נתתי ואיך אמר יתן הא לענין איסור נאמן על עצמו לזה תירץ חזר ועשאו כמו גט מעושה שכפאו בכפיית ב"ד לא שאמר לו שבעצמו יצא יד"ש דמדין ב"ד חייב ליתן כיון שכנסה וכיון שהוא דין ממון שבינו לבינה אינו נאמן לומר נתתי.

עוי"ל דבטור וש"ע בשם הרמ"ה כתבו דאם כנסה סתם חייב ליתן לה הכתובה ולא הזכירו דמחויב ליתן לה מה שהתנה עמו בשעת קידושין המנה כדאיתא בירושלמי ועמד על זה בעצ"א ונראה כיון דבכנסה אמרינן דמחלה לתנאה אפשר מחלה לגמרי שגם זולת ביטול הקידושין שתלתה בתנאי מחלה לגמרי ואף דכיון דליכא אומדנא דמחלה רק שלא יהא תלויין הקידושין בתנאי כדי שלא יהא בב"ז א"כ אף דמחלה בלבה לגמרי יהא דברים שבלב דאינו מחילה מ"מ כיון דמעיקרא לא היה המקדש מחויב ליתן די"ל אינו נותן ויתבטל הקידושין א"כ כשכנסה דאפשר מחלה גם החיוב מהני כמו שכתב בנה"מ סימן י"ב סק"ה דדוקא מחילה על דבר שכבר נתחייב לו לא מהני מחילה בלב וליכא אומדנא אבל בדור ענוי או אכול עמי שאומר שהיה בדעתו למחול לו ודאי מהני מחשבתו דהוי כנתנו במתנה בשעת מעשה ופשוט עכ"ל וכן הוא ברמ"א חו"מ סימן קס"ג ס"י האומר לחברו דור עמי א"צ ליתן לו שכר ומשום דאפשר מוחל לו וא"כ למה אמר הירושלמי דחייב ליתן נהי דאומרת שלא מחלה ותובעת המנה הא קי"ל בי"ש פטור באומר לו מנה לי בידך וזה אומר א"י אם נתחייבתי ואף דלצי"ש חייב מ"מ בטוען נתתי ל"ל חייב לצי"ש כיון דאין החיוב רק לצי"ש והרי טוען נתתי ועכצ"ל דר"א ס"ל כר"ה דגם בא"י אם נתחייבתי חייב מדינא וכן סתם בירושלמי ר"פ הבית ועליה אהא דמכיר את אבניו נוטלן דמוכח מהמשנה דבי"ש ברי עדיף ולא דחי כמו דאר"נ בש"ס

דילן בשיש עסק שבועה ביניהן וכן בס"פ שה"ד הביא הירושלמי רק דברו ר"ה בלא חולק לכן פסקו הרמ"ה וטוש"ע דאינו חייב רק כתובה דאנן קי"ל בא"י אם נתחייבתי דפטור לכן ס"ד בירושלמי דמה דחזר ואמר אם חזר בו יתן היינו לציש ופריך לא הדא מלתא קדמייתא בשלמה אם מעשה אחרת היא י"ל דאינו טוען נתתי אבל כיון דאמר זה על מלתא קדמייתא דטען נתתי א"א לחייבו לציש ותירץ עשאו במעשה ב"ד כפאו בכפיית ב"ד משום דגם בא"י אם נתחייבתי חייב מדינא ומשום דבירושלמי ר"פ הבית ועליה הביא כן מן ר' אושעיא דס"ל בא"י אם נתחייבתי חייב לכן אף דר"י ס"ל פטור הא ר' אושעיה רביה דר"י והלכה כר' אושעיא כמ"ש הכ"מ והובא ביד מלאכי סימן תקע"ו אבל לפי ש"ס דילן דלא הביא דר"א ס"ל הכי קי"ל כר' יוחנן ור"נ דפטור

עוי"ל דבפאד"מ דף ל"ג אר"נ הא דד"מ מחזירין כשטעה בש"ה כשיש גדול המינו וכתב הרז"ה כשיש גדול המינו דאפשר לברר טעותו מפי אחרים ולפיכך מחזירין אבל כשאין גדול ממנו מה שעשה עשוי דאמרינן ליה דלמא כי היכא דטעות בסברא קמא לדבריך טעות נמי בבתרא וכה"ג פרש"י והראשונים ולזה בנידון זה דאין הדין מבורר רק מסברא חזר בו ר' אבהו וא"כ פריך שפיר איך חזר ודן לחייבו לבעל אחר שהודה לו שפטור ולאו הדא מלתא קדמייתא והא בד"מ אין מחזירין ולא היה גדול ממנו ומשני חזר ועשאו מעשה ב"ד דתחלה דן ביחידי כדאיתא בירושלמי פ"ק דסהנדרין ר' אבהו הוי יתיב דיין לגרמיה אמר כיון דאינון חמין לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגביי כמי שקבלו עליהן וכאן דחזר בו עשה מעשה ב"ד ואז לא יכול הבעל לומר לאו כל כמינך לחזור ביון דעתה הן רבים ותחלה היה יחוד.

כתב הר"ן שם דאפילו תו"ז התנאי אם אמר נתתי מכיון שכנסה נאמן דל"ש למימר הכא דלא עביד אינש דפרע גו זימניה דכיון דרצה לכנוס זמנים הוא וכשחזר ר' אבהו לא שחייבו לבעל ליתן אלא שפסק הדין אם מודה שלא נתן אלא שרוצה לחזור כופין אותו ליתן ומהרי"ט הקשה דזה דוחק דהלשון משמע שחזר וחייבו לבעל ליתן עיי"ש ועו"ק למה נדחק הר"ן יאמר נא דמיירי שאמר הבעל אחר שכנסה נתתי דכיון דהקידושין ונשואין אינו תלוי בתנאי רק חוב עליו ועדיין תו"ז לכן אינו נאמן וצ"ל דעדיין ליהמן במגו שנתתי טרם שכנסה דלא נתרצה לכנוס עד שנתתי לה אמנם י"ל כיון דאין דין זה פשוט דאם כנסה סתם דמחויב ליתן לה אח"כ עד דר' אבהו חידש הדין זה ודעת הרמ"ה דבאמת פטור כמ"ש לעיל א"כ הוי כהא דתנן בפ"ק דב"ב דף ה' סמוך לו כותל אחר בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ומשום שאין משפט זה גלוי לכל ועד שיחייבוהו ב"ד אינו עשוי ליתן ומבואר בטוחו"מ סימן קנ"ז שנוטל בלא שבועה דטפי הוי בחזקת

שלא נתן מאומר פרעתיך בתוך הזמן אך הא מבואר שם דאם יכול לומר בניתיו בהדך נאמן לומר פרעתיך במגו ונראה דשאני הכא דהא איתא לקמן סימן פ"ה סי"ב דאם אמרה אתה נתתי לי במתנה נשבעת היסת וכתב הה"מ הטעם דנאמנת משום חזקה דאינה מעיזה לשקר בפני בעלה אפילו בהנאת ממון עיי"ש בב"ש סק"ל וא"כ נהי דהתם האשה מוחזקת משא"כ הכא הבעל מוחזק מ"מ כיון דיש שתי חזקות חזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה וחזקה דאין עשו לפרוע עד שיחייבוהו ב"ד ונהי דמגו במקום חזקה הוא בעיא בב"ב שם ולא אפשטא ה"מ נגד חזקה אחת משא"כ נגד שתי חזקות וכדמחלק בעירובין דף ל"ו לענין תרי ותרי דמשום חדא חזקה לא מרעינן סהדי משא"כ בתרי חזקה ה"נ משום חדא חזקה לא מרעינן מגו אבל בשתי חזקות מרעינן והר"ן לשיטתו שכתב בשילהי נדרים אהא דגרשתני נאמנת משום חזקה דאין מעיזה פניה בפני בעלה דכי אמרינן הכי היכי דבעיא לאפוקי נפשה מבעלה דאיכא העזה טובא לפ"ז אם טען נתתי לה כשרציתי להכניסך מהימן ואם טען נתתי לך אחר הנשואין תו"ז שהתנה ליתן או אפילו טען שנתן אחר הזמן תלוי בפלוגתת הה"מ ור"ן אם יש חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה בהכחשת ממון וי"ל נמי דבתו"ז אף לולא חזקה דאינה מעתה אין הבעל נאמן דחזקה דאין פורע תו"ז וחזקה דכיון דאין דין זה גלוי לכל אינו פורע עד דמיחייבי לו ב"ד ואינו נאמן במגו אלא דמהרי"ט כתב אף תו"ז אחר שכנסה מחויב ליתן לה מיד.

סל"ט בהג"ה צריך עדים ומשמע מלשון הר"ן דאם אין עדים אינה מקודשת כלל דמדמה לאומר מנה הלויתיך והלה אומר א"י דהמע"ה חמ"ח וכתב עצי ארזים דבירושלמי לא משמע הכי דאיתא התם הוא אומר נתתי והיא אומרת לא נטלתי מכיון שהוא מבקש לאוסרה לאו כל כמיניה מדנקט לה משמע דוקא במכחישתו אבל באומרת א"י הבעל נאמן עכ"ל ולפי מ"ש לעיל דהא דפסק בירושלמי כנסה סתם חייב ליתן לה ואין הבעל יכול לומר שמא מחלה דירושלמי לשיטתו דס"ל במנה לי בידך וזה אומר א"י אם הלותני בו"ש ברי עדיף לכן ה"נ בהוא טוען שקיים התנאי והיא אומרת א"י והר"ן דלמד מהירושלמי דכנסה סתם חייב צ"ל מדלא אמר הירושלמי דזה אתיא למ"ד בו"ש ברי עדיף ש"מ דלכ"ע היא דהרי לר' יוחנן שסתם הירושלמי דבו"ש לאו ברי עדיף אבל הא דנקט בשניהן טוענין ברי דלאו כ"כ משום דנקט מה שהוא לכ"ע.

והא דצריך עדים בתנאי דקו"ע כתב ב"י בשם הרמ"ה דאם איתא דקיים תנאו בסהדי הוה מקיים כי ליכא סהדי ל"ח ונ"ל דאם איתא דקיים תנאו בסהדי הוי מקיים והיה מביאן להעיד ומדאינו מביא עדים רגל"ד דלא קיים והב"ש סימן קמ"ד סס"ק י"ד הקשה מגיטין דף ע"ו בהר"ז גיטך א"ל באתי עד יב"ח ומת תוך יב"ח מגורשת דפריך וניחוש שמא בא

והרי ל"ת שעבר בפועל ולפמ"ש לק"מ דכיון שמת י"ל שבאמת בא והיה לו עדים אלא דמת ואין אנו יודעין מי הם וכה"ג איתא בחו"מ סימן ס"ב אח"כ מלאתי באב"מ שהביא כן ממהרי"ט ולפ"ז צ"ע אם מת טרם שהוכחש בינו לבין האשה אם חיישינן דקיים תנאו וצריכה חליצה.

עוד נ"ל ליישב קושית הב"ש דהינו דבקו"ע צריך עדים שקיים משום דאמרינן בבכורות דף כף דלא אזלינן בתר רובא התלוי במעשה וכתב רמב"ן שם דמיעוט שאינו תלוי במעשה עדיף מרובא דתלוי במעשה והנה אף דאינו מוכרח שיהא המיעוט עדיף עכ"פ מוכח דכל שאינו תלוי במעשה שקול כהרוב התלוי במעשה וא"כ כ"ש הכא דאפשר עדיף ממיעוט דהא הוי ספק השקול אם עשה מעשה או לא נמצא דצד הספק שלא עשה מעשה הוי כרוב ועיין רפ"ב דכתובות כיון דאיכא רובא כברי ושמא דמי הרי ע"י הרוב נחשב טענת ברי שלו כשמא לכן בתנאי דקו"ע אינו נאמן בלא עדים ואינה מקודשת וכ"ז כאן או במתנה ע"ת שיעשה לו המקבל איזה דבר דאין הנותן בא להוציא מן המקבל משא"כ בגט דהתנה א"ל באתי חיישינן שמא בא דנהי דכיון דתלוי במעשה הוי כרוב לומר דלא עשה מ"מ כמו דלא אזלינן בתר רובא להוציא ממון ה"ב להוציא אשה מחזקת א"א לא אזלינן בתר רובא דילפינן דבר דבר מממון וכמ"ש בית יעקב בכתובות דף כ"ג דלא מהני חזקה או רוב להוציא מחזקת א"א כמו דאין מוציאין ממון דילפינן דבר דבר מממון וא"כ הכא בין נימא כיון דתלוי במעשה הוי הצד שלא עשה כרוב בין אם נימא הטעם דמוקמינן אחזקת שלא עשה דלא נשתנה מ"מ כ"ז אין מועיל בגט להוציאה מחזקת א"א אף דעכשיו מת ואינה א"א מ"מ נ"מ לענין חלוצה וגם באנו להוציאה מחזקת א"א מכבר קודם שמת והי"א שבכאן דנאמן בברי שקיים התנאי כל שאין כנגדו מכחישו י"ל דס"ל תנאי מלתא אחריתו דהרי כבר קידשה רק הספק בתנאי וכמ"ש המל"מ פט"ו מטוען הי"א בד"ה ונחזור דכל שיש ספק בתנאי אפילו אין המקבל מוחזק רק מונח באגמא מוקמינן לה בחזקת המקבל כיון דודאי נתן והספק רק בתנאי אין ספק תנאי מוציא מידי ודאי נתינה ועמ"ש לעיל סי' כ"ט ס"ז ויש להקשות על המל"מ ממאי דפריך הש"ס וניחוש שמא בא הרי הוי ספק בתנאי אך מבואר בספ"ק דב"מ דאיסורא דא"א חמיר מממונא ואין להקשות לשיטת הר"ן דבקו"ע אינו נאמן בלא ראיה למה בהלוהו בעדים א"צ לפרעו בעדים דשא"ה דמחויב ועומד לפרוע משא"כ בתנאי אינו מחויב דאם ירצה לא יקיים התנאי כדלעיל סל"ו.

ועדיין יל"ד למה בתנאי דשוא"ת על הנותן להביא ראיה שעבר המקבל בפועל ואם אינו מביא ראיה מוציאין מידו של נותן והרי ברוב או חזקה אין מוציאין ממון ונראה כיון

דהוה ספק בתנאי והנתינה ודאי ומפרט לפמ"ש בערך ש"י על חו"מ סי' מ"ו סל"ז עפ"י דברי מהרי"ט בתשובה ח"א ס"א דבתנאי שוא"ת חל הנדר מיד וכשעבר אח"כ מתבטל וה"נ במכר ומתנה ולכן אין ספק תנאי מוציא מידי ודאי מתנה ומכר וכששניהן אין מוחזקין נותנין למקבל בכל ספק בתנאי כמ"ש המל"מ לכן בתנאי שוא"ת אהני מה דאינו תלוי במעשה קיום הדבר להיות כרוב או חזקה לומר דלא עבר בפועל אפילו להוציא דעד כאן אין מוציאין ממון ברוב או חזקה אלא אם בלאו הרוב או חזקה אפילו אין שום אחד מוחזק אין נותנין לא לזה ולא לזה אבל בכה"ג מוקמינן הרוב או חזקה נגד חזקת המוחזק ויהא כספק השקול ממילא נותנין למקבל והא דפריך בגט ניחוש שמא בא משום דבאיסור א"א לכתחלה לא תנשא אפילו יש תרי רובא להתירה כמ"ש התוספת בשילהי יבמות דף קכ"א בצורבא מרבנן שנפל למשאל"ס לא תנשא לכתחלה אף דמשאל"ס רובא אין ניצולים ובצו"מ איכא עוד רוב דאם איתא דניצול קלא הוי ליה עיי"ש.

סימן לט

ס"א ע"מ שאין עליה נדרים בפרק המדיר דף ע"ג אמר אביי ל"ת טעמא דרב משום אחולי אחליה לתנאו ופרש"י דאית לה כתובה והקשו תוספת הא תנן כנסה סתם לית לה כתובה והיינו אפ"ת דהיינו קדשה סתם וכנסה סתם לית לה כתובה כ"ש בקידשה ע"ת וכ"ה ער"ן ואב"מ ונראה לפמ"ש הרמב"ם בפ"י מה"א דחופת נדה אינה קונה דבעינן חופה הראויה לביאה לכן ה"א דאחליה לתנאו דע"י התנאי אינה ראויה לביאה דשמא יש עליה נדרים והיא פנויה ולרמב"ם יש בזה לאו דל"ת קדשה וגם לראב"ד עכ"פ עובר בעשה עיין הה"מ פ"א מה"א והקשו למה מותר מלך בפלגש בלא קידושין ותירץ מהרי"ט בקידושין דכל האיסור משום דלא אגידא גביה ולא תהא פריצות לכן במלך דבלא"ה אין משתמשין בשרביטו מותר והנה בכתובות שם לקמיה אמר בגמרא דקדשה סתם וכנסה סתם תנא מספ"ל אי קפיד אנדרים לכן צריכה גט מספק ולר"ח צ"ג מדרבנן וכתבו תוס' בד"ה ע"מ והרמב"ם דאפילו קדשה סתם לבד הדין כן וא"כ אפילו קפיד אגידא גביה וליכא איסור פנויה לכן גם בקדשה סתם וכנסה סתם ובעלה לית לה כתובה דלא אחיל לתנאו אבל בקדשה ע"ת י"ל דאחליה לתנאו לגמרי כדי שתהא חופה ראויה לביאה וא"ל דא"כ איך תנן דכ"ס אין לה כתובה דהא בלא כתובה אסורה לו והוי חופה שא"ר לביאה וכמ"ש הרמב"ם בפ"י מה"א דלפיכך צריך לכתוב לה כתובה לפני החופה וא"כ נימא דאחליה לתנאו זה אינו דהא הרמב"ן הוכיח דמהני החופה בלא כתב לה כתובה כמבואר בסס"מ שם ה"ז וכתב הה"מ בטעם הרמב"ם משום דבעינן לכתחלה חופה הראויה לביאה שלא יחסר דבר אפילו מדבריהם עיי"ש והיינו שלא מעכב בדיעבד לפסול החופה רק דיש

לעשות לכתחלה כן ועיין בפרק כירה דף מ"ג דאמר טבל מוכן הוא אצל שבת משום דאי עבר ותקנו מתוקן וכתבו ה"י שם דאם יש איסור דאורייתא ל"ח מוכן אבל באיסור דרבנן חשוב מוכן וכן מוכח בעירובין דף ל"ח ע"ב גבי מערב ברגליו הואיל אי בעי' אמר אף דאסור מדרבנן עיי"ש בק"נ ה"נ משום חסרון דאין לה כתובה חשוב עדיין חופה ראויה לביאה כיון דאינו איסור תורה ועכ"פ מוכח דצריך בשעת החופה והייחוד שתהא אז ראויה לביאה דאל"כ הא מצי לכתוב כתובה ולמה מצריך הרמב"ם שיכתוב דוקא לפני החופה וא"כ הכא דאם נימא דלא אחליה לתנאו וההוא גברא בההוא פחדא יתיב שמא יש עליה נדרים ואין מאמינה א"כ בשעת חופה וייחוד אינה ראויה לביאה כלל דשמא פנויה היא ואסור לבוא עליה ולא מועיל אם אחר זמן יתברר דאין עליה נדרים ולפ"ז י"ל מה שפרש"י שם דקדשה ע"ת שאין עליה נדרים והקשה באס"ז דלמה שבק רש"י תנאי דמומין שבמשנה תרוייהו קתני ולפמ"ש א"ש דבמומין ל"ל דאחליה לתנאו שתהא חופה ראויה לביאה דהא עיקר החופה הוא הייחוד והרי בידו בשעת ייחוד לבדקה דבלא"ה איתא שם דף ע"ה ע"ב חזקה א"א שותה בכוס אא"כ בודקו ופרש"י דכביסה לחופה היא שתיית הכוס וא"כ ראויה לביאה בשעת הייחוד אם אין עליה מומין משא"כ נדרים א"א לו לדעת בשעת הייחוד דאפשר אח"ז יתברר דיש עליה נדרים.

עוי"ל מה דלא נקט רש"י רק נדרים ולא מומין דבאס"ז כתב דלפיכך מיאן אביי בטעם דאחליה לתנאו דס"ל דל"מ מחילה ובתוספת הקשו מה יועיל מחילת התנאי אחר דכבר לבטלו הקידושין ע"י שלא נתקיים התנאי ובשו"ת הרא"ש כלל מ"ה כתב דמועיל מחילת התנאי דלולא דחידשה תורה בתנאי בגוב"ר דמהני תנאי ה"א דאין תנאי מבטל המעשה לכן אין לך בו אלא חידושו כשלא ביטל אח"כ התנאי אך לפ"ד הגאונים ורי"ף ורמב"ם דבע"מ שהוא כמעכשיו א"צ כתנאי בגוב"ר וביארו הר"ן והמ"מ דזה לא הוי עקירת המעשה דאם נקוים התנאי יחול המעשה מעכשיו משא"כ באם דע"י התנאי אין המעשה חל עד שיקוים התנאי ומסברא לא היה מהני התנאי לעקור המעשה אלא דילפינן מתנאי בגוב"ר לכן דוקא כשהתנה כתנאי ב"ג וב"ר ולפ"ז בע"מ ומעכשיו גם ביטול התנאי ל"מ כיון דאינו חידוש והמל"מ כתב דלפיכך צריך בסוטה ת"כ משום דהתנאי על העבר וא"א להתקיים עוד גם במעכשיו צריך כתנאי בגוב"ר וא"כ ה"נ בתנאי מומין אבל בנדרים אף דנדרה כבר מהני כשיתיר לה חכם דעוקר, הנדר למפרע כדאיתא בגמרא שם לקמיה א"כ בע"מ ל"מ מחילת התנאי לכן אמר אביי ל"ת משום דאחליה לתנאו עוי"ל דהר"ן הקשה עמ"ש אביי משום דא"א עושה בב"ז הא עדיין בב"ז כיון דאין לה כתובה דכל הפוחת וכו' ונ"ל דהא הטעם שלא תהא קלה בעיניו להוציאה דלפיכך כשמכרה הכתובה אינו ב"ז

כדאיתא בפרק החובל א"כ הכא דיכולה להתיר נדרה ולהר"ן גם אחר שנודע לו אינה קלה בעיניו להוציאה לכן שפיר אמר אביי הטעם דא"א עושה בב"ז בנדרים דוקא.
והר"ן הקשה על רש"י דמהיכי תיתי לומר ודאי אחליה לתנאו ויש לה כתובה הא סגי לומר שמא אחליה לתנאו לכן צריכה גט מספק אבל לענין כתובה הממע"ה וכדאמר הש"ס לקמיה תנא מספ"ל לכן צ"ג בקידשה וכנסה סתם וכתובה אין לה ונראה דהא קי"ל בקידושין דף נו"ן דדברים שבלב אינן דברים וא"כ ה"נ כשקדשה סתם נימא אף אם קפיד ומ"מ כיון שלא התנה דברים שבלב אינן דברים ול"ל משום דחזקה ואומדן דעת קצת דמקפיד ל"ה דברים שבלב כמ"ש הר"ן ומהרי"ט היכא דאנן סהדי על דברי לבו ל"ה דברים שבלב אך עדיין קשה כיון דתנא מספ"ל תו ל"ל דאנן סהדי כיון דכמה ב"א מקפידין על נדרים י"ל דגם הוא מקפיד ואינו סותר לדיבורו כלל דהא דקדשה סתם דכסבור שאין עליה נדרים ואנו מסופקין על איזה ענין קידש אבל קע"ת ואח"כ כנסה סתם דבא לעקור דברי פיו לומר דבלבו אחליה לתנאו אם איתא דאינו ודאי ל"מ כלל דהוי דברים שבלב כדאי' בקידושין שם כיון דאתניה לאו כל כמינה לעקרה לתנאה בדברים שבלב ועיין נה"מ סי' י"ב סק"ה דמחילה בלב אם ליכא אומדנא דמוכח דמחל והמחילה על דבר שכבר נתחייב לו אמרינן דברים שבלב ל"ה דברים ול"מ המחילה משא"כ מחילה שבלב מתחלה כמו דור עמי ואכול עמי מהני מחילה שבלב וה"נ כשקדשה על תנאי רק באנו לומר שמא אח"כ מחל כל דליכא אנן סהדי ל"מ המחילה כלל משא"כ בקדשה סתם וכ"ס דהספק אם לא קפיד ומחל בשעת מעשה אלא דעדיין צ"ע בהא דתנא מספ"ל ולית לה כתובה דספק ממונא לקולא מ"ש מההוא דזבין אדעתא למיסק לא"י ונאנס ולא העלה דאמר רבא דהוי דברים שבלב אף די"ל מש"ה לא התנה דלא עלה ע"ד שיתנס וכאן אמר רבא תנא מספ"ל הא אף די"ל מש"ה לא התנה דלא עלה ע"ד שיש עליה נדרים מ"מ כיון דלא התנה יהא דברים שבלב ויהא לה כתובה ונ"ל דבשלמא בק"ס וכ"ש ויש עליה נדרים מכבר אם הוא גברא דקפיד בנדרים רק שסבור שאין עליה נדרים וקפידא הוי דכמה ב"א מקפידין הוי קידושי טעות וא"צ תנאי לכן לא אמרינן דברים שבלב אינן דברים משא"כ בזבין משום דהיה דעתו למיסק לא"י ואח"כ נולד אונס שלא יכול לעלות ל"ה קנין בטעות דהא נולד האונס אח"כ רק דנימא דהוי כהתנה אם יהא נולד אונס יתבטל המקח זה אינו בגדר טעות רק לומר דהוי כהתנה אמרינן כיון דלא התנה בפירש הוי דברים שבלב ומדברים שבלב לא משוינן תנאי דכל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי ב"ג ואין לך בו אלא חידושו כשהתנה בפירוש או יש אומדנא דמוכח טובא דהוי כפירש בפיו ואח"כ מצאתי שכ"כ הזכרון יוסף הובא בפ"ת לחו"מ סי' רמ"א דבדבר הנולד לא

הוי בגדר טעות ולפ"ז אם זבין נכסיה מפני שרצה לעלות לא"י רק בשעה שזבין לא גילה דעתו אלא מקודם ואח"כ נודע שכבר בשעת מכר היה האונס שא"א לעלות בטל המכר דהוי מקח טעות וצ"ע לדינא.

ובתוס' כתבו לתרץ פרש"י דכתובה בעי למיתב דמיירי בבעיל ומשנה דתני תפח שלא בכתובה בלא בעיל ועמדו המפרשים דמ"ש לענין כתובה נימא דוקא בעיל אחליה ולענין גט גם בלא בעיל אחליה וי"ל דהמחילה אינו מועיל שיחולו הקידושין למפרע כאשר הקשו תוספת לבסוף רק דחופה קונה לאביי בר"פ דקידושין דף ה' דמשני קושיית רבא על ר"ה דאמר חופה קונה מק"ו דכסף וכתב מהרי"ט דמ"מ אינו גומר להיותה נשואה אם לא קדמו קידושין עיי"ש וא"כ ארוסה לית לה כתובה לכן דוקא אם בעלה אח"כ נעשית נשואה ויש לה כתובה אך באס"ז כתבו דאם נימא אחליה לתנאו חלו הקידושין למפרע וכ"כ כתבו תוס' לחד תירוצא והק"ל עו"ק דבכתובות שם אמר משום דכנסה סתם אחלה וביבמות אמר אי אתמר בהאי ה"א משום דבעלה אחוליה לתנאיה ונ"ל דקשה עוד נהי דאביי מיאן בטעם דאחליה לתנאו משום דס"ל דלא מועיל מחילת התנאי וכמ"ש באס"ז אכתי למה נאיד מטעמא דאחיל לתנאו ומקדשה עכשיו באופה דקונה לאביי או ע"י ביאה שאחר החופה מקדשה משום דאחיל לתנאו ומה צ"ל משום דא"א עושה בב"ז אפילו יסבור דל"מ מחילת התנאי שיחולו הקידושין למפרע אך קי"ל תבעוה להנשא ונתפייסה צריכה ז"נ משום חימוד שמא ראאה ט"ד וכתב המרדכי דאם נדחו הנשואין ואח"כ חזרו ונתפייסו צריכה שנית ז"נ וכדאיתא ביו"ד סימן קצ"ב וא"כ כאן דהתנה ע"מ שאין עליה נדרים ונפשה יודעת שיש עליה נדרים והוא קפיד ואח"כ כשכנסה אחיל לתנאו יש חימוד חדש וא"כ הוי חופה שאינה ראויה לביאה דהבעיא בש"ס אי מהני חופה בפרסה נדה דוקא כשפרסה אחר החופה אבל תוך החופה או קודם ודאי ל"ה חופה עיין ברא"ש כתובות דף נ"ו וק"נ אלא אם נימא כהס"ד דמהני מחילת התנאי וחלין הקידושין למפרע אלא דאינה נשואה ע"י החופה ול"ל כתובה אמנם הר"ן הקשה על הרמב"ם הרי קי"ל יש חופה לפסולות כרב ותירץ הלח"מ דשאני פסולות דלעולם פסולות ומ"מ כנסה דעתו לבוא עליה באיסור ולדידיה הוי ראויה לביאה דבדעתו תליא עכ"ד ולפ"ז י"ל ה"נ אם בעלה אח"כ דלא המתין ז"ג איגלאי דלדידיה היתה ראויה לביאה ואם בעלה רק אחר ז"נ ודאי נעשית נשואה אז אבל כשלא בעלה עדיין הוי חופה שא"ר לביאה דמסתמא אין דעתו לאיסור ועדיין ארוסה היא וצ"ל כתובה אלא דאף אם בעלה אח"כ מ"מ י"ל השתא דאחמיץ ועד עתה בחזקת כשרות היה ול"ה דעתו לבוא עליה באיסור רק כיון דבדעתו תליא לא עדיף מתנאי ולס"ד דמהני מחילה אח"כ ה"נ אם בעל אח"כ

הרי דלא קפיד על האיסור ומחל ומהני שפיר החופה להיותה נשואה ויש לה כתובה ואאת"ל דאין זה דומה לתנאי שמחלו מ"מ י"ל דזה לא ס"ד כלל דמחילת תנאי יועיל למפרע שיחולו הקידושין רק ס"ד משום דחופה קונה ואינו גומר וביאה גומר הקידושין של החופה ונעשית נשואה ומה דלא תימא הכי לפי האמת היינו מה"ט דאם כשכונסה לחופה מוחל הוי חימוד חדש ול"מ החופה וממילא גם בביאה שאח"כ ל"ל א"א בב"ז דכבר יש ביאת איסור ועכצ"ל רק בשעת ביאה מוחל לה התנאי ומקדשה ואז ל"ש חימוד חדש וכמ"ש הטו"ז ביו"ד סימן קצ"ב דבשעת ביאה דפת בסלה ליכא חימוד חדש וראיה מתמר ורות וכ"ז להס"ד אבל להמסקנא דאביי דל"מ מחילת התנאי רק עכשיו מקדשה אם כן ל"ל משום דכנסה סתם אחיל לתנאו ומקדשה עכשיו דאין החופה ראויה לביאה ואף אם בעל אח"כ לא מהני דמ"מ בשעת החופה לא היתה ראויה לביאה ובעל אח"כ באיסור ול"ל א"א עושה בב"ז ומקדשה בביאה ועכצ"ל דבכנסה סתם לא מחל לתנאו רק כשבעל מחל וליכא חימוד לכן אמר ביבמות משום דבעיל אחיל לתנאו וכן בכתובות רק משום דאינו עושה בב"ז.

שמא תלך אצל חכם והקשה חמ"ח דהא בתנאי דשוא"ת ל"ח דתעבור בפועל ותקלקל א"ע ותירץ אב"מ לפ"ד ר"ש בפ"ק דנדרים דף חי"ת ע"ב שאפילו בלא ידיעת הנודר יבול החכם להתיר כיון שיודע שהנודר מתחרט דהתרת חכם הרי הוא כהפרת בעל ולא מצינו חלוק בין התרת חכם להפרת בעל אלא בלשון עיי"ש ה"נ יש לחוש שמא תתחרט על נדרה בביתה והחכם שלא ידע מענייני הקידושין יתיר לה שלא בפניה ונמצא נעקר הנדר למפרע עכ"ל ולא נ"ל כלל דנהי דלהר"ש יכול חכם להתיר שלא בידיעת הנודר היינו כיון שהנודר מתחרט ורוצה בהתרתו זכין לאדם שלא בפניו אבל הכא נהי דמתחרטת מ"מ אינו רוצה בהתרה שלא תקלקל את עצמה אין חבין לה שלא מדעתה ואף דאמר הר"ש דלא מצינו חלוק בין התרת חכם להפרת בעל הא ע"כ מודה דיש חלוק דהא בעצמו אומר כיון שיודע שהנודר מתחרט ובהפרת בעל א"צ לחרטתה כלל ואפילו בעל כרחה יכול לכופה שתעבור על הנדר אם מבטלו כדאיתא ביו"ד סימן רל"ד סל"ט אע"ב הדמיון רק כשיודע שהנודר מתחרט וניחא לו בהתרה.

ב"ש הקשה למ"ל שמא תלך אצל חכם ת"ל שמא ימחול הבעל ראשון ולא יקפיד וחלין הקידושין למפרע ולפמי"ש לעיל בסימן ל"ח סל"ה דלפיכך מהני כשלא יקפיד הבעל שיחולו הקידושין למפרע ולא אמרינן אין ברירה לפימ"ש הרשב"א בשו"ת תולדות האדם סימן פ"ב דכל דבר שיכול לחול כשיתברר חל גם כן למפרע וא"כ הכא דנשאת לאחר תו אי אפשר לחול כשיתברר שלא מקפיד ממילא אמרינן אין ברירה ולא חלו קידושי

ראשון למפרע ואף דקי"ל דברירה הוי ספק אם י"ב מ"מ הירושלמי חייש רק בספק אחד שתלך לחכם ויתיר נדרה דאזי ודאי יחולו קידושי ראשון למפרע משא"כ לחוש שמא לא יקפיד ואז ג"כ רק ספק אם חל למפרע הוי ס"ס ועוד דהא מבואר בירושלמי פרק המדיר ה"ז דאסורה להנשא שמא תלך אצל הזקן ויתיר לה את נדרה וקידושין חלין עליה למפרע ונמצאו בנים באו לידי ממזרות א"כ י"ל דלא חייש אלא שיבואו לידי ממזרות ודאי אבל ספק ממזר מותר מן התורה לא חייש שמא יבא לאיסור דרבנן ואף דמהרי"ט בשו"ת חיו"ד סימן ב' כתב דאין עושין ס"ס בידים וכן ספק דרבנן והובא במג"א סי' תס"ז סק"ב י"ל דוקא בהפסד ממון אין עושין ס"ס בידים ולא באשה שלא תנשא ויש חשש עגונה אף דיכולה להתיר נדרה קודם שתנשא הרי אינה רוצה עכשיו להתיר הנדר א"כ אין לה חרטה וא"א בהתרה וכה"ג כתב הטו"ז ביו"ד סי' שכ"ג סק"ב ומה תעשה אם בעל ראשון אינו רוצה ליתן לה גט תשאר עגונה ועוד למה יאמר הירושלמי חשש שיש בו ס"ס להתיר או ספק דרבנן משום דאין עושין בידים יותר אמר חשש שמא יבא הדבר לאיסור ודאי.

ולענין אם מת המקדש בלא בנים ויש לו אחים י"ל דמותרת בלא חליצה להנשא דהירושלמי אמר הטעם דתני דאסורה להנשא בלא גט שמא תלך לזקן ויתיר נדרה ויבאו בניה לידי ממזרות הני דלא חייש דנמצא למפרע עשתה היא ובעלה איסור ומשום דחשש רחוק שתקלקל את עצמה דרוב ישראל כשרים רק משום מעלה עשו ביוחסין לא סמכו על זה וכה"ג בקידושין דף ע"ג דמשום מעלת יוחסין החמירו בשתוקי לפוסלו אף דאיכא ס"ס עיי"ש בריטב"א ונראה דיצא להירושלמי גם מהברייתא דאמר לא תנשא בלא גט אבל אם מת ראשון בלא בנים מותרת להנשא בלא חלוצה דאל"כ הל"ל רבותא יותר דאפילו בלא חלוצה דליכא חשש כרת דא"א מ"מ חששו דמ"ל איסור לאו מ"ל איסור כרת כדאיתא ביבמות דף קי"ט ע"א אע"כ דהאיסור רק משום חשש מותרות וביבמה לשוק אין הולד ממזר כדאיתא בירושלמי בפ' האשה שהלכה ולקמן סי' קנ"ט.

הג"ה ולכן אסורה להנשא בלא גט נ"ל כונת רמ"א דממ"ש המחבר חוששין י"ל לכתחלה ואם רוצה לגרשה תקח גט ורמ"א אמר דאסורה להנשא בלא גט ואפילו אינו רוצה ליתן גט או הלך למדה"י ומה שהקשה החמ"ח הרי פסקינן לקמן סימן קמ"ג אם התנאי בשוא"ת ובידה לקיים מותרת להנשא ול"ח שתקלקל א"ע נ"ל דהתם אין להחמיר עליה שלא לעגנה כדאמרינן בריש גיטין ובכ"ד דמשום עגונה הקילו רבנן אך הכא דהלכה ברמאות דקדשה ע"מ שאין עליה נדרים והטעתו איהו דאפסדה אנפשה וכדאמרינן

בפי"ג דכתובות ולקמן סימן נ"ב בפסקה על עצמה תשב עד שתלבין ראשה ואין אומרים לו כנוס או פטור שלא תתעגן.

ס"ב היו עליה נדרים והלכה אצל חכם והתירם מקודשת בש"ג כתב דהיא ספק מקודשת וכתב בעצ"א בתירוץ שני דכל הסוגיא קאי למ"ד יש ברירה אבל לדידן דמספ"ל אי י"ב ה"נ אעפ"י שהתירן חכם אין הקידושין חלים למפרע כיון שבשעת קידושין היה ספק דשמא לא תלך לחכם או מי יימר דמדקק לה חכם עכ"ד ולא נ"ל דא"כ מה פריך דתני חדא דמקודשת ותני חדא דא"מ לימא הא כמ"ד י"ב והא כמ"ד א"ב א"ו דא"א לומר כאן א"ב דא"כ למה חכם עוקר הנדר למפרע נימא א"ב ולא הוברר למפרע דיתחרט על נדרו וישאל עליו ויזדקק לו חכם ואדרבה לא היה מועיל היתר חכם אפילו מכאן ולהבא דהא רק בעל ואב מיגז גייז אבל חכם צריך לעקור הנדר למפרע ולעשותו נדר טעות וכלא היה כלל דאם אמרת אין ברירה וחל הנדר אין כח בחכם לגייז אחר שחל אע"כ דגזה"כ אף אם א"ב דיעקור החכם הנדר למפרע ומגו דלענין גוף הנדר נעקר למפרע ממילא ה"נ לענין הקידושין דחשוב כודאי לא היה אז עליה נדר וכדאמרינן בפ"ק דסוכה דף זיין מגו דחשוב מחילה לענין סוכה חשוב נמי באותו שבת מחילה לענין שבת עיי"ש וכ"ש הכא דע"כ תלוי זה בזה דא"א לומר דהנדר נעקר למפרע וכאלו לא נדר מעולם לענין קידושין נימא דהיה עליה נדר אלא נתבטל והנדר רק בשעת היתר חכם מאז והלאה כיון דלא הוברר למפרע.

ס"ד ב"ש סק"א כתב דאם היא אומרת דנולדו המומין אחר האירוסין לא הוי כאומרת קדשתני וצריכה גט דהכא גרע טפי משום דאמרינן כנכ"ה ומוכח דהיא משקרת וכתב הב"מ דכ"כ נמי בחידושי הרא"ה ומ"ר תמוה דאפילו נגח עדים שא"נ חד"א מכ"ש נגד חזקת כנכ"ה וכן צווחו כל האחרונים ולחומר הנושא כ"ל לפימ"ש תוס' בכתובות דף מ"ז ע"ב דאין הולכין בתר אומדנא לומר כשקנה בהמה ואירע בה אונס אח"כ לומר דאדעתא דהכי לא קנה אלו ידע שיארע אונס משום דלא תליא בדעת לוקח לבד דמוכר אינו רוצה בזה כ"ז שלא פירש הלוקח ואסברה המל"מ בפ"ו מהלכות זכיה דדוקא כשיש פסידא למוכר בזה דאין הבהמה חוזרת לו עיי"ש ולכאורה קשה ממ"ש תוס' התם באשה שנעשה בעלה בע"מ לא אמרינן דתיפק בלא גט דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה כיון דתלוי נמי בדעת המקדש עיי"ש והרי המקדש אינו מפסיד כלום דבגופו בא ובגופו יצא וצ"ל לפמ"ש תוס' בביוו דף ס"ו דקנס דשידוכין ל"ה גוזמא דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו שמבייש את חברו א"כ ה"כ הוי לבעל הפסד הבושה אם תצא ממנו בעל כרחו בלא גט מחמת המום לכן תנוי כמי בדעתו וה"ה אם נולד מום באשה אחר אירוסין

דאם יתבטלו הקידושין בושה הוא לה לכן תליא, נמי בדעתה אך כ"ז בנולד בה מום שיכולה לברר שנולד אחר הקידושין אבל כשאין לה ברור דאזי מדינא אמרינן כנכ"ה דכבר לפני האירוסין היה בה המום והמקדש חפשי ממנה וא"צ גט אך מחמת דאומרת שנולד בה המום אחר האירוסין שאנח"ד בזה אין לה שום הפסד אם תצא בלא גט דהא כסף קידושין לא היה שלה לפני הקידושין והפסד הבושת בין כך ובין כך הוא כי הבעל חפשי ומה לה ולו אם היא שאנח"ד וליכא על המקדש שום כפיה ליתן לה גט דהא מדינא אמרינן שהיה לה המום לפני הקידושין ואיהי אפסדה אנפשה במה דמשקרת וכהאי גונא הוא בחו"מ סימן נ"ח ס"א בש"ך סק"ח מהריב"ש סימן שצ"ג א"כ אדרבה יותר טוב לה שנאמר אדעתא דהכי לא קידשה הבעל ולא תהא אגידא גביה דאם תאמר דדעתה מעכב שלא לילך בתר אומדנא תפסיד הרבה דהמקדש לא אגיד גבה להצריכו ליתן לה גט ולומר גרמא דנפל בחולקך טב או ביש גרריה או שמא לא ירצה ליתן גט דהוי פרענותא וזילותא דהא א"ל לגרשה כלל והיא תהא אגידא בו ולא תוכל להנשא לעולם ממילא תליא בדעתו וא"צ גט אפילו לפי דבריה שנולד בה המום אחר הקידושין.

אך נתתי אל לבי ותמה תמה אקרא על הפנ"י בקו"א בפרק המדיר והבית מאיר ועלי אחים והמקנה בקו"א ואב"מ חמשה ארזים בישראל שכולם יחד צווחו על הב"ש דשאנח"ד אפילו כנגד עדים וכ"ש נגד חכנכ"ה דלדעתי כיון דמבואר בטור דמיירי בנערה וכן מבואר בב"ש וכן הרא"ה שבאס"ז וריטב"א שם דכתבו כהב"ש כולם מיירי בנערה וקי"ל לעיל סימן ל"ז דאין נערה יכולה לקדש את עצמה בלא דעת אביה והיא ברשות אביה א"כ כיון דאביה אינו יודע אימת נולד בה המום ומדינא אמרינן כנכ"ה ובטלו קידושין וצריך האב להחזיר הכסף קידושין והמקדש אינו צריך לישא אותה ואינו רוצה בה א"כ הנערה באה בברי שלה להפקיע את עצמה מרשות אביה דאם נאמינה ונצריכה גט לא יוכל אביה לקדשה ולזה שקידשה אביה לא הועיל מעשיו א"כ ל"ל שאנח"ד וכמ"ש הר"ן בשילהי נדרים באומרת טמאה אני לך דל"ל שאנח"ד כיון דמשועבדת לבעלה ואף דבלא"ה קשה להתירה בלא גט כמ"ש באס"ז ומשום דיש חזקת הגוף לומר עכשיו נולד בה המום מ"מ כ"מ אם עדים, מעידים שנולד בה המום קודם שנתארסה והנערה אומרת לא כי אלא אחר שנתארסה דל"ל שאנח"ד להפקיע עצמה מרשות אביה ויכול האב לקדשה לאחר ואין צריכה גט ממקדש ראשון וכ"כ נמ"י בשילהי נדרים דמדינא איכה נאמנת לומר טא"ל משום דמשועבדת לבעלה וכן משמע מפירש הרא"ש שם שפירש דלמשנה ראשונה האומרת טא"ל האמנוה חכמים משמע מד"ת אין נאמנת ושאר מפרשים דתרצו באופן אחר הא דהקשו איך למשנה אחרונה מותרת לבעלה איך

יעקרו חכמים דבר שאסורה מן התורה ולא תרצו משום דמשועבדת לבעלה י"ל שאני התם דשעבוד זה בידה להפקיע אם תזנה דכמה פריצי בשוקא משא"כ להתקדש בלא רצון אביה אין בידה ולא ביד שום אדם לכן נמי לאו כל כמינה לשאנח"ד וכה"ג בנדרים דף פ"ו אמר אי דמי שדה בידו לפדותה אשה בידה להתגרש ואף דאמר נמי התם בשדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה משום דקיל וא"כ ה"נ משועבדת רק עד שתהא בוגרת שאני הכא דברשות האב לקדש בתו נערה ותשאר מקודשת לעולם.

ועוד נראה דלכ"ע היכא דידוע שמשקרת מכח עדים או חזקה לאו כל כמינה להפקיע את עצמה משעבודה לבעלה מחמת דשאנח"ד והא דגבי טא"ל דלמשנה אחרונה אינה נאמנת שלא תתן עיניה באחר הקשו הראשונים איך יעקרו חכז"ל איסור תורה היינו דהתם יש לומר מדינא נאמנת כיון דמחייבה את עצמה גם כן לצאת מתחת בעלה ואדרבה איתתא בכ"ד ניחא לה כדאיתא בפרק המדיר דף ע"ה ובכמה דוכתי ואיתא בגיטין דף נ"ה בס"ת ביד לוקח ואמר המוכר דס"ת זה לא עיבד הגוילין לשמה מתוך שנאמן להפסיד לעצמן נאמן להפסיד הס"ת דאימור קושטא קאמר הרי אף דמדינא אין עד אחד נאמן להעיד על של חברו מ"מ ע"י מתוך נאמן ומצינו נמי כן בנדה שסופרת לעצמה אף דאין ע"א נאמן על דבר דאיתחזיק איסורא מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת נמי לבעלה כמ"ש בחידושי רמב"ן בריש גיטין לכן באומרת טא"ל הל"ל שמא קושטא קאמרה דזה רק מתקנה אמרו שלא תתן עיניה באחר ואיך נתיר לבעלה ספק איסור ויותר נוטה דקושטא קאמרה כי למשנה ראשונה אפילו כתובה נוטלת ויוצאת וכ"ש אם בעלה חושש לדבריה לכן ההוא תשובות הרא"ש כלל ל"ה ס"ד באלמנה שקדשה עצמה ואח"כ בא אחר ואמר שקדשה מקודם דכתב הרא"ש דאפילו היתה מודה להאחר לא כל כמינה לאסור עצמה על זה שידוע שקדשה ולא היה בה שום איסור אם היה בא עליה אלא דה"א דשויתה לנפשה חתיכה דאיסורא ולא ספינן לה איסורא ויוציאנה בגט בלא כתובה והובא בב"י לקמן סוף סימן מ"ו ונתקשה בה הב"י איך תוכל לשאנח"ד והד"מ תירץ משום דהיה קצת קול ולי נראה דכונת הרא"ש דבאמת אם הבעל רוצה לדור עמה אין בה שום איסור דלאו כ"כ להפקיע עצמה ממנו אלא אם רוצה למחול על שעבודו ה"א דשאנח"ד ותצא בגט בלא כתובה ואינה יכולה לחזור בה ולומר שקר הודיתי ואני רוצה לדור עמך ואם תגרשני הן לי כתובה דיכול לומר אני חושש להודאתך ואיני רוצה לדור עמך ואז לא ספינן לה אנן הבית דין איסורא לפי דבריה דשאנח"ד כיון דהבעל מוחל שעבודו וזה מוכח מדכתב הרא"ש תחלה דלא היה בה שום איסור אם היה בא עליה

והא כיון דשאנח"ד ודאי יש בה איסור דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו א"ו ה"ק אם היה בא עליה ואינו חושש לדבריה ליכא שום לתא דאיסורא אלא אם רוצה לגרשה בלא כתובה אינה יכולה לעכב.

ס"ו ע"מ בתוספתא פ"ב דקידושין ע"מ שאני עני והים עני והעשיר וכו' מקודשת שאיני אלא עשיר והיה עני והעשיר שאין לי בנים והיה לו ואח"כ מתו שי"ל בנים ולא היה לו ואח"כ נולדו א"מ זה הכלל כל שאינו מתקיים בשעת קידושין א"מ והקשה באב"מ להר"ן דמחילת התנאי משום דלהנאתו התנה אין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד אלא הדבר תלוי עד שידע בנדרים ומומין ויקפיד ומאי קפידא אית בתנאים שבתוספתא כיון דאז מתקיים התנאי עיי"ש ונ"ל דבשלמא כשנשאר הדבר כמו שהיה בשעת קידושין י"ל דהוברר למפרע דלא קפיד כיון דמתחלה עד"ז התנה ועומד היה להתברר כמ"ש תוס' בפרק כל הגט דאם עומד להתברר י"ב משא"כ אם נולד התחדשות שהיה עני' ונעשה עשיר דל"ל הובר למפרע דלא קפיד דאפשר אם היה נשאר עני גם עכשיו היה מקפיד וכעין שכתבו תוספת בביצה דף יו"ד בהמת בבית ולו פתחים הרבה ואח"כ עשה פתח חדש והוציא המת בו ל"כ הובר למפרע.

עוי"ל דיל"ד למה שינה התוספתא לשונו דברישא אמר ע"מ שאני עשיר או ע"ח שאני עני והדר אמר שאיני אלא עשיר הל"ל נמי שאני עשיר לכן י"ל דבדוקא נקט דאם היה מתנה ע"מ שאני עשיר והיה עני ותעשיר כיון דכונתו בתנאו אם יודע לו ויקפיד והרי עתה אינו מקפיד משא"כ כשאמר ע"מ שאיני אלא עשיר מדלא אמר ע"מ שאני עשיר ע"כ כונתו שלא תתקדש לשום אומן אם לא יהא עשיר אפילו לא תקפיד ויהא חשוב בעיניה כאלו אני עשיר עתה או כונתו שלא יהא עני ועשיר אלא דלפ"ז תקשי למה אם היה עשיר ונעשה עני מקודשת נימא נמי שלא יהא עשיר ועני וי"ל דהא חזינן דתוספתא תלה שיהא מתקיים בשעת קידושין דודאי כונתו על מה שבשעת הקידושין אלא כשאמר בלשון שלילה שאיני אלא עשיר אמרינן דבא לשלול שאם עכשיו עני ויעשיר אח"כ אף דלא תקפיד לא יהיה קדושין אבל להוסיף עוד בכוונתו שאם עכשיו עשיר ויעני אח"כ לא יהיו קדושין מנלן דאין להוסיף בתנאי מה שאינו מוכרח דאין ספק תנאי מוציא מידי ודאי מעשה.

אמנם עדיין קשה מסיפא ע"מ שיש לי בנים ונולדו אח"כ או להיפך מ"מ שא"ל בנים והיה לו ומתו דלא אמר בלשון שלילה לוה א"מ הא אין לה להקפיד אח"כ ונראה לפי המבואר בב"ב דף קמ"ב גר שמה והחזיקו אחרים בנכסיו ושמעו שיש לו בן או שהיתה אשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו כולם ואח"כ שמעו שמת הבן או שהפילה אשתו החזיק

בשניה קנה בראשונה לא קנה משום דמעיקרא רפויי מרפיאיין בידייהו ופירשב"ם דלא נתכונו להחזיק לגמרי דהא מספ"ל אם יש לו יורשי ושמא לא תפיל עכ"ל וכתבתי לעיל ר"ס כ"ח דדוקא מחמת דנוטה הדבר יותר דיש לו יורש דהא באמת היה לו יורש ומפילות לא שכיח רוב נשים מתעברות ויולדת לכן בשאר תנאי או ספק לא אמרינן דרפיא בידו ולא מתכוין לקנות וא"כ הכא דע"מ שיש לי בנים ולא היה לו הרי ידע שאין לו ורפיא בידו שמא לא יהא לו בנים אף דרוב מתעברות ויולדות הא מחצה נקבות ומיעוט מפילות כדאיתא ביבמות דף קי"ט וכן בע"מ שאין לי בנים והיה לו ומתו אח"כ הרי ידע בשעת התנאי דיש לו וכי אדם יושב ומצפה שימותו ומיתה לא שכיח כדאיתא בנדרים דף ס"ד וביו"ד סימן רכ"ח והא דסיים התוספתא זה הכלל כל שמתקיים בשעת קידושין אעפ"י שבטל לאחר מכן הר"ז מקודשת וכל שאינו מתקיים בשעת קידושין אעפ"י שמתקיים לאח"כ א"מ לא לרבות כל תנאי בא אלא כדאיתא בירושלמי קידושין פ"ג ה"א לענין קידש לאחר ל"י ונתקדשה לשני תוך ל"י ומת השני תוך למ"ד יום מקודשת לראשון דנתקיים קידושי ראשון בשעת חלות הקידושין ואם מת שני לאחר למ"ד יום כיון שלא נתקיים בשעת חלות קידושי דראשון אינה מקודשת ולראשון לכן אמר בירושלמי הדא דתני ר"ח כל תנאי וכו' ומשום דליכא לפרשו על שאר תנאים שלא נזכר בתוספתא דבשאר תנאים הדבר שקול ואם אח"כ לא מצאה קפידא מקום מקודשת.

סימן מ

או חזרה בה בשעה"מ פ"ז מה"א ה"י נסתפק אם אמרה שחזרה תוך ל"י בפני עדים אי נאמנת ותלאם במחלוקת רשד"ם ודברי ריבות באשה שנתקדשה קידושין גמורים ואח"כ אמרה לבעלה שקודם לכן נתקדשה לאחר אי נאמנת במגו דגרשתני גם תלאה במחלוקת רמב"ן וריטב"א בקידשה ע"ת דשוא"ת אי נאמנת לומר שבטלא התנאי עיי"ש ולא כראה לפימ"ש הרא"ש בפסקיו בשילהי נדרים דחזקה אין אשה מקלקלת את עצמה להיות יושבת באיסור א"א כל ימיה א"כ ה"נ י"ל כן אף דכאן ליכא חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה כשאומרת שחזרה שלא בפניו ל"ד לא"א שאמרה גרשני בעלי דבחזקת א"א היא וצריכה שתי חזקות נגד חזקת א"א משא"כ הכא יש לה חזקת פנויה ועכ"פ אין לה חזקת א"א ול"ד לפלוגתא דרשד"ם וד"ר דגם לפי דבריה נתקדשה לאחר אחר שנתקדשה כבר לראשון הרי רצתה לקלקל א"ע לישב באיסור א"א כל ימיה ואדרבה י"ל השתא אחמיצה גם ל"ד למחלוקת ריטב"א ורמב"ן דשאני תנאי כמו שפרש"י בפרק כל הגט דף כ"ה ע"ב דתנאי שבידו לקיים ודעתו לקיים לא תליא בברירה דמעיקרא עמד להתקיים משא"כ במקדשה לאחר ל"י מתחלה לא החליטו הקידושין דרצונם שיוכלו לחזור ורפיא בידם

דאל"ה היה מקדשה לגמרי מעכשיו עוד כתב שעה"מ דהוא אינו נאמן לומר שחזר בו תוך ל"י במגו דבידו לגרשה לפימ"ש הר"ן דאם חזר בו הוא מחייבת להחזיר לו הקידושין א"כ ליכא מגו דאינו רוצה להפסיד מעות קידושין עיי"ש ותמוה דאדרבה כתב הר"ן דאם חזר בו פטורה מלהחזיר הקידושין.

אם נקרע כתב הר"ן בשם רשב"א דאם השטר ש"פ מקודשת דדעתה נמי אנייר כדאמרינן בשטר שנכתב שלא לשמה והקשה אב"מ דהא כתב הר"ן הא דבקדושי כסף מקודשת אף בנתאכלו משום דהכסף יהיב לה מיד ואינו ברשותו לחזור מהכסף דאם היה יכול לחזור מנתינת הכסף תוך ל"י אינו רק פקדון וכשנתאכל ה"ל מלוה וא"כ בקידשה בשטר נהי. דדעתה נמי אנייר אבל מיהת אשטרא נמי דעתה דהא מקדשה בשטר וא"כ קשה ממ"נ אי נימא דיהיב לה תיכף את הנייר א"כ אחר שלשים תו ליכא תורת שטר כלל דהא בעינן שיהא הנייר משל הבעל וכדאיתא פרק ב' דגיטין דף כף וכיון דהנייר כבר שלה א"כ לאחר שלשים אינו בתורת שטר כלל דהא בעינן ספר המקנה וליכא כיון דהנייר שלה כבר ואם אינו נותן לה הנייר עד בתר ל"י דאז ה"ל תורת שטר תו ליכא תורת כסף כיון דנתאכל דהא אם אינו נותן לה עכשיו הנייר ה"ל תורת פקדון גבה עד שלשים וכה"ג אפילו בתורת כסף ל"א לדעת הר"ן עכ"ל ונ"ל דהנה כשמקדשה בכסף לחוד לאחר ל"י דצריך שיהא הכסף שלה מיד אמרינן דנותן לה הכסף מיד ואם מקדשה בשטר לאחר ל"י אמרינן דאינו נותן לה השטר שיהא שלה אלא לאחר ל"י והלא זה וזה מקדשה סתם אע"כ דבכדי לא עביד ודעתו שיהא באופן המועיל כדאיתא בחו"מ סימן קצ"ה דסתם ק"ס מעכשיו דבכדי לא עביד ולא חלקו בין ע"ה לבקי בדיני אלא דאמרינן דרוצה שיהא באופן המועיל לפי דעת חכז"ל ועיי"ש נה"מ ס"ה בשם הרמב"ן לכן ה"נ אם נקרע תוך ל"י דא"א לחול בתורת שטר חלו הקידושין בתורת כסף דזה אופן המועיל ואזי הכסף שלה למפרע וכיון שעומד להתברר אם יהא הכסף שלה משעה שנותן לה קי"ל דיש ברירה כמ"ש יש"ש בדיני ברירה בב"ק.

ס"ב בא שני וקידשה בפ"ג דקידושין דף נ"ט לא בא שני וחזרה בה מאי כתב הא דלא מבעיא בדידיה דר"ל הוה מודה דדוקא באשה קאמר משום דנתינת מעות לידה חשוב כמעשה להאי לישנא עכ"ל ואינו מובן כלל גם קשה מאי מותיב ר"י לר"ל משלח גט ביד שליח דיכול לחזור הא בדידי' גם ר"ל מודה ובק"כ ר"ל דהרא"ש חזר ממ"ש בתשובה דאם הוא חזר ג"כ צריכה להחזיר כסף קידושין לכן בשלמא היא א"י לחזור עד דחזרת הכסף אבל הוא מה בידו לעשות והוא דחוק מאד ומשוי, לרא"ש הדרנא ונ"ל בשלמא לגבי דידה י"ל נתינת מעות לידה כגמר מעשה אף דמחוסר זמן דממילא קאתי ובידה

שלא להתקדש לאחר וכיון דקבלה מתחלה קידושין מזה הוי כנגמר המעשה משא"כ לגבי דידיה דאין בידו שלא תקבל היא קידושין מאחר לא חשוב אצלו מעשה אך עדיין קשה כיון דלר"ל נמי הוא יכול לחזור לא יהא גם אצלה מעשה דאין בידה שלא יחזור הוא רק להר"ן י"ל דאין בידו לבטל נתינת הכסף אפילו יחזור בו נמצא בידה לקיים הנתינה ומעיקרא בדעתה היה לקיים.

לכן נראה בשלמא היא סמכה דעתה שגומר בלבו לישאנה מדיהיב לה כסף קידושין דאת"ל כשחוזר בו צריכה להחזיר מ"מ הא להוצאה נתן לה וכל אשראי ספק אתי' משא"כ הוא לא סמכא דעתיה דשמא יזדמן לה הגון יותר ותתקדש לו ואין ראיה ממה שקבלה הקידושין ממנו דמה אכפת לה לקבל והברירה בידה עדיין ומבואר בפא"נ דף ס"ג ע"ב היכא דמוכר א"י אם לוקח סמיך עליו ואין דעתו לחזור לא סמכא דעתיה לכן יכול המוכר לחזור ואין עליו מש"ע על שאינו עומד בדיבורו דעביד עמו מעשה קנין כסף משום דלא סמכא דעתו עיי"ש ואף דהתם נמי הקדים הלוקח מעות למוכר מפורש שם משום דכן דרך מאן דיהיב זוזי אתרעא חריפא לבי תרי תלתא יהיב לכן אי לא מיתחזי ליה לבי דרי א"ל אמינא דאשכחת פירי דשפירי מדידי ושקלת עיי"ש.

ועוד בשלמא הוא דהתנה שלא תהא מקודשת עד לאחר ל"י הרי מוכח דרוצה שיהא בידו לחזור עד ל"י דאל"כ היה מקדשה מעכשיו א"כ הרי מעשה ושוברו עמו משא"כ היא אפשר דגומרת בדעתה שלא לחזור בה וליכא הוכחה שבלבה ג"כ שתחזור אם תרצה לכן לגבה הוי גמר מעשה.

ויל"ע דהרא"ש פרק השוכר את האומנין ס"ז כתב דכיון דמוכר יכול לחזור גם לוקח יכול לחזור דאין קנין לחצאין וכה"ג כתבו תוס' בב"מ דף ס"ו בסד"ה ומניומי וכה"ג כתב בשו"ת רשב"א סימן תתקי"ג כיון דיורש י"ל גוד או אגוד ה"נ לוקח מיורש השני שלא תלקה מדה"ד שתהא יד האחד עדיפא מיד השני הובא בב"י חו"מ סימן קע"א וכ"כ נה"מ בסימן קצ"ה ס"ג כיון שלוקח יכול לחזור היכא דנעשה המקח שלא בפניו כן גם מוכר יכול לחזור דאין דמסתמא היה דעת המוכר שבזמן שיהא הקנין נגמר נגד הלוקח שלא יהיה יכול לחזור בו באותו זמן יהא נגמר המקח נגד המוכר ולא מקודם א"כ ה"כ כיון דמודה ר"ל דהוא יכול לחזור למה לא תוכל לחזור גם האשה ואף דאם בא אחר וקידשה מקודשת מ"מ אם לא בא אחר למה לא תוכל לחזור כמו המקדש בשלמא להר"ן דאם הוא חזר אין צריך להחזיר הכסף קידושין יש לישב קצת דלא לקתה מה"ד כיון דאינו דומה חזרה שלו דמפסיד לחזרה שלה דא"צ להחזיר לו רק מה שקבלה ממנו ול"ל אומדנא דמסתמא שכתב נה"מ דאפשר מתרצית בזה דידה על עליונה דאם הוא יחזור

תרויח כסף הקידושין ולפ"ז י"ל קושית הרא"ש דלא מבעיא אם הוא חוזר דזה ודאי כיון דאם בא אחר וקדשה מקודשת ע"כ גם הוא יכול לחזור שלא תלקה מדה"ד שתהא ידה עדיפה מידו משא"כ היא אף אם לא תוכל לחזור רק כשבא אחר וקדשה והוא יכול לחזור מ"מ כיון דמרווחת הכסף קידושין ליכא האומדנא דמסתמא הנ"ל וכמו דאין ידו וכחו לחזור לגמרי רק במקצת ה"נ היא יכולה לחזור במקצת כשיזדמן לה אחר לקדשה ואם לא יזדמן לה אפשר איתתא בכ"ד ניחא לה.

סעי' ד' אפילו הם מאה על הסדר הזה בהה"מ פ"ז הי"ב מה"א כתב דרמב"ם חושש לכל החומרות שמא תנאה לבד ושמא חזרה לבד ושמא תרווייהו והכ"מ הקשה דא"כ אפילו אחד קידשה מעכשיו ולאחר מ"ם יום לר"י צ"ג ממנו ולא חשש הרמב"ם שמא הלכה כר"י דאינו לא תנאה ולא חזרה אלא שיור ומ"ש הה"מ משום דרב ושמואל רבים נגד ר"י קשה נימא נמי שמואל ור"י רבים נגד רב או רב ור"י רבים נגד שמואל כן הקשה לח"ם ונ"ל כיון דכתב הרמב"ם בהלכה י"ג האמ"ל חוץ מפלוני שלא תאסר עליו אלא תהיה א"א לכל העולם ולפלוני כפנויה הר"ז מקודשת מספק ועיי"ש בהה"מ א"כ אין לחוש לדר"י דשמא אינו שיור רק תנאה או חזרה ואת"ל דהוי שיור שמא בשיור אינה מקודשת ור"י עצמו ס"ל דודאי הוי שיור ומקודשת אבל אנן דקי"ל בשיור הוי ספק ועוד ספק אי חשוב שיור אין לחוש בס"ס

ועוד כיון דהאחרון קידשה לאחר מ"ם יום אפילו ה"ל כר"י דכל חד רווחא שבק מ"מ צריכה גט גם מקמאי כדאר"י דכולן תופסין בה ואם נאמר תנאה הוי רק קידושי קמא קידושין ואם נאמר חזרה שלא יחול רק עד שלשים יום מ"מ קידושי קמא תופסין בה בכלות השלשים אפילו תימא דמאן דקידשה מעכשיו ולאחר מ"ם יום רווחא שבק וקמא נתכוין לחזרה מ"מ מיד אחר שלשים תופס מה ששייר האחרון א"כ קמא ודאי יש לו בה קידושין כולה או מקצתה והאחרון ספק לדידן דחיישינן שמא תנאה או חזרה דאז אינה מקודשת כלל לאחרון א"כ הוי כמו ספק וביבם בנכסי סבא דפרק החולץ דף ל"ח דיבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי.

ועוד כיון דפסק הרמב"ם דאם שיור הוי ספק קידושין ובפרק טי"ת מהלכות אישות ה"ט פסק הרמב"ם דלא מחית נפשו לספיקא ומפרשין לשון המקדש באופן שלא יהא ספק וכר' יוסי דבפרק ג' דקידושין דף ס"ד ע"ב א"כ אין לנו לפרש כונתו דרווחא שבק והרי יש לפרש כונתו תנאי או חזרה דאין בזה ספק קידושין בשעת קידושין דאם תנאי יחולו הקידושין לאחר ל"י למפרע ואם חזרה יחולו מאז והלאה ואם ימות תוך ל"י לא יהא קידושין כלל אבל ר' יוחנן כיון דס"ל דיכול לשייר והוי קידושין ס"ל שפיר רווחא שבק.

ובזה י"ל מה שהקשה הב"ש סק"ח כיון דלא קי"ל כאביי למה בעי הרמב"ם שיקדשו כולם כסדר זה לשלשים וזה לעשרים וזה לעשרה ימים הא אפילו אם קידשה הראשון מעכשיו ולאחר ל"י והשני מעכשיו ולאחר מ"ם יום נמי צריכה גט משניהם דדלמא לראשון חזרה הוא וא"כ אם נתכוין השני לתנאי תופסין קידושי שני והוא קושיא חזקה ועיין בני אהובה ולפימ"ש כיון דראשון ספק תנאי ספק חזרה אם נתכוין שני בלאחר מ"ם יום לתנאי מחית נפשו לספקא דשמא ראשון לתנאי אם יחיה ולא יחזור עד ל"י מקודשת לראשון דקדמו קידושיו ואם ראשון לחזרה נתכוין מקודשת לשני והא לא מחית אינש נפשו לספקא ע"כ אמרינן שני לחזרה נתכוין דאז בין נתכוין ראשון לתנאי בין לחזרה קדמו קידושיו לשני ואי דא"כ מה נ"מ לשני בלאחר מ"ם יום נ"מ שפיר אם ימות ראשון או יחזור בו תוך ל"י תהא מקודשת לו לאחר מ"ם יום משא"כ אם קידשה שני מעכשיו ולאחר עשרים יום ע"כ לא ימלט שני מספק דבין נתכוין לתנאי בין לחזרה הוי ספק אם יחיה ראשון כל הל"י ולא יחזור בו דשמא ראשון לתנאי נתכוין ולאחר ל"י מקודשת לראשון למפרע ולא לשני ואם נתכוין ראשון לחזרה מקודשת לשני דקדמו קידושיו בין נתכוין שני לחזרה בין לתנאי נתכוין.

והנה אביי אמר בש"ס דאין משמעות הלשון לרב משמע תנאי ומשמע חזרה אלא אי תנאה הוא אין משמע הלשון רק תנאי ואי חזרה הוי אין משמעות הלשון רק חזרה ול"ל חד נתכוין לתנאי וחד לחזרה ותמה רא"ש והכ"מ כיון דלית מאן דפליג על אביי למה לא פסק הרמב"ם כוותיה ונראה דבאמת קשה הדבר מאד כיון דלרב ורבנן מספ"ל איך משמעות הלשון למה לא נימא דיש במשמעות כך וכך וי"ל אחד נתכוין לתנאי ואחד לחזרה ומאי הכריחו לאביי שלא לומר כן ונראה משום דקשה איך פסקה תנא למלתא דמקודשת וא"מ משום ספק תנאי ספק חזרה נשייליה למקדש איך כוונתו דהא אביי ס"ל בפרק האומר דף ס"ו דא"ל ע"א אשתך זינתה והלה שותק נאמן אף דהוה דבר שבערוה ודעת הרמב"ם וכמה רבוותא אפי' אין העד אומר לבעל אתה ידעת וליכא רגל"ד וכדמוכח מההוא סמיא וינאי מלכא וכמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קכ"ז סקט"ז אליבא דאביי גם בדבר שבערוה ולרבא כן בשאר איסורים לכן הכריח אביי דאין במשמעות הלשון אלא או תנאי לכ"ע או חזרה לכ"ע וחכמים לא הכריעו וכתב בח"ר לא שירדו חכמים לסוף דעתן של בריות שאינו אומר כך אלא או כולן משום תנאי או כולן משום חזרה אלא שחכמים יסתפק להן משמעות הלשון האיך והלכך אעפ"י שזה אומר לכך נתכונתי וזה אומר בהפך זה נתכונתי אנו אין לנו אלא לדקדק עיקר משמעות הלשון ודינו שכונת המקדש אינה נשמעת לעדים ואין כאן עדים אלא מעיקר הלשון ומשמעתו עכ"ל וא"כ

כ"ז אם אין במשמע הלשון לעולם רק תנאי או רק חזרה אבל אם משמע תנאי ומשמע חזרה נאמן המקדש איך נתכוין לאביי וא"כ לרבא דקי"ל כוותיה בדבר שבערוה אין ע"א נאמן אפילו אין אחר מכחישו ליכא שום הכרח לסברת אביי וגם יותר מסתבר לומר כיון דמספ"ל לרב ורבנן משמע הכי ומשמע הכי ואף דהמקדש נודע מ"מ הא כתבו תוספת בריש גיטין דף ב' ע"ב בד"ה ע"א דילפינן ע"א נאמן באיסורין מנדה דכתיב וספרה לה ורמב"ן שם כתב דאין ראיה מנדה דמתוך שנאמנת לעצמה נאמנת גם לבעלה וא"כ לאביי דגם דשב"ע היכא דשכנגדו שותק נאמן ע"א כמו באיסורין ה"כ בנוגע ואדרבה עדיף מתוך שנאמן לעצמו להתירה לו או להתיר קרובותיה אלא דקשה הא בקידושין דף ס"ג ע"ב באמר האב קידשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן אמר רב נאמן ליתן גט וא"נ לכנוס אימר יצרו תקפו וגם ר"א דס"ל דנאמן לכנוס משום דמרתת שיכחישו האב אמנם זה קשה נמי על הרשב"א שהבאתי דכתב דאין המקדש נאמן לומר לכך נתכונתי משום דאין לנו רק משמעות הלשון והא בלא"ה אינו נאמן לומר נתכונתי לתנאי אימר יצרו תקפו וגם לומר שלחזרה נתכוין אימר רוצה שלא יתסר בקרובתיה וצ"ל כמ"ש הרשב"א בהא דאם אומרת נתקדשתי וא"י למי דמודה ר"א דא"נ דלא מרתת משום דתחפה עליו דה"ד לכתחלה אבל אם כנסה אין מוציאין אותה מידו דהא אין כאן מי שמכחישו עיי"ש בדף ס"ג ע"ב וא"כ גם רב דאמר אימר יצרו תקפו רק לכתחלה א"נ לכנוס וא"כ הכא דתנן מקודשת וא"מ דאפילו בדיעבד היא לכל חד ספק א"א הוצרך הרשב"א לומר משום דאין לנו רק משמעות הלשון א"כ ה"נ לדידי י"ל דרמב"ם ס"ל דלאביי י"ל אי היה משמע כך ומשמע כך לא היתה ספק מקודשת בדיעבד כשאומר לכך נתכונתי אבל לרבא אינו נאמן בדבר שבערוה ועוד יש לחלק הא דאמר רב התם אימר יצרו תקפו משום דאיכא ריעותא דאין האב מכירו ואח"כ מצאתי במקנה שם שהוכיח ג"כ דרק לכתחלה חייש אימר יצרו תקפו דמדינא אין לחוש דילפינן מוספרה לה דנדה וגם כתב דהתם משום הריעותא דאין האב מכירו.

ובירושלמי אהא דקדשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן אמר נאמן לכנוס ובממון אינו כן דאם אמר מכרתי אחת משדותיו וא"י למי ובא אדם ואמר אני לקחתיה אינו נאמן עיי"ש הרי דלענין דברי שבערוה קיל מממון והדבר מוכרח דהא באבדה אין מחזירין בלא סימנין הרי גם ובלא הכחשה אין נוגע נאמן ולאביי דס"ל ע"א נאמן בדבר שבערוה כשאין בע"ד מכחישו דקיל מממון ה"נ א"ש ולרבא צ"ל משום עגונא הקילו כמ"ש בק"ע שם והנה רב ס"ל דאינו נאמן לכנוס כמו בממון ורב אסי ס"ל דנאמן לכנוס וקי"ל כרב אסי וא"כ ה"נ לרב א"ש למה אין המקדש נאמן שנתכוין לתנאי אף

דנימא דיש במשמע לשונו תלאי וחזרה משום דנוגע אבל לרב, אסי דגם נוגע נאמן אף דבממון לא סמכינן אסברא דלא חציף דמרתת שמא יכחישו האב וגם בהיא אומרת נתקדשתי דאינו נאמן הוא רק לכתחלה והכא אפילו בדיעבד עכצ"ל דאין במשמעות רק או תנאי לכ"ע או חזרה לכ"ע ובזה א"ש דאמר אביי ולטעמיה דרב ולא אמר לרב אלא משום דלרב אין הכרח ויותר מסתבר לומר דיש במשמע תנאי ויש במשמע חזרה ואחד אומר לתנאי ואחד לחזרה וכ"כ מהרי"ט דיותר מסתבר לומר כן אלא לטעמיה דרב דתספ"ל אי תנאי או חזרה ולדידן דגם נוגע נאמן עכצ"ל דא"א לומר תרוייהו במשמע כללו של דבר דלרבא דדבר שבערוה אף כשאין בע"ד מכחיש להעד אין העד נאמן דילפינן דבר דבר מממון ולא ילפינן מוספרה לה א"כ כמו בממון לא סמכינן אטעמא דלא חציף הל"ל ה"נ באומר אני קדשתיה דמדינא אינו נאמן וצ"ל טעמא דרב אסי דנאמן משום דמרתת הקילו רבנן שלא תתעגן משא"כ לאביי מדינא נאמן דלא ילפינן מממון כשליכא הכחשה וגם נוגע נאמן כמו בנדה הא דצריך באני קדשתיה לטעמא דלא חציף הוא רק לענין שלא לחמיר לכתחלה ולשיטת אביי מוכרח לומר דאין במשמעות הלשון תנאי וחזרה מדלא מהימן אבל לדידן דקי"ל כרבא אינו מוכרח ואדרבה יותר מסתבר דתרוייהו במשמע ולהכי השמיט הרי"ף להא דאביי.

ס"ה לאחר שימות בעלך כתב ה"ח אם אחד קדשה לאחר ל"י ובא השני וקדשה תוך שלשים לאחר שימות, בעלה מקודשת מאחר שבידו לקדשה מעכשיו והובא בחמ"ח וב"ש והשיגם דרישת ארי דהא אמרינן בגמרא אהא דנותן פרוטה לאשתו וא"ל האמ"ל לאחר שאגרשיך א"מ משום דאין בידו לקדשה לאחר שיגרשה שמא לא תתרצה וה"נ שמא אין רצונה להפקיע עצמה מראשון ולא תתרצה להתקדש לו עכשיו ואין בידו את"ד ולא דק דא"כ בלאחר שתחלוץ דמבואר ביבמות דף צ"ב וכאן דלמ"ד דקידושין תופסין. ביבמה מקודשת נימא נמי שמא לא תתרצה להתקדש לו מעכשיו וסתמא הכי הוא דאם תתקדש אסורה לו משום זיקת יבמה וליבמה אסורה משום קידושין וגם שמא ניחא לה יותר ביבמה ועומדת ומצפה שמא ירצה לייבמה אע"כ היכא דתפסי בה קידושין עכשיו לא חשיבה דשלב"ל מחשש שמא לא תתרצה רק היכא דאינה ראויה עכשיו והוי דשלב"ל רק באנו לומר כל בידו לאו מחוסר מעשה בזה אמרינן כיון דאפשר לא תתרצה בו אין בידו.

ולכאורה מוכח מירושלמי דלא כהב"ח דירושלמי מסיק בפרק האומר הלכה ה' באומר לפנויה האוו"ל בפרוטה זו שתתקדשי לי לאחר שתתקדש לפלוני ויגרשך דאינה מקודשת כמו באמר על נטיעותיו הרי הן הקדש עד שיקצצו ופדאן אחר ואח"כ קנה בעל

הנטיעות ממנו דאינן הקדש כיון דיצאו לרשות אחר בנתיים ורמב"ם בהלכות מעילה ספ"ד פסק דפדאן אחרים אינן הקדש אמנם ע"כ לא קי"ל כירושלמי זה דהרי בנדרים דף פ"ו איתא האומר שדה זו שאני מוכר לך לשאקחנה ממך תקדש דקדשה ומינה הוכיח הרשב"א לענין בעיא דר"א במקדש בשתי פרוטות דמקודשת וכן בנטיעות אם פירש שאחר שיפדנה אחר תקדש הוי הקדש ה"נ כשאמר לפנויה לאחר שתתקדש לאחר ויגרשך תהא מקודשת לי מקודשת כיון דראויה עכשיו להתקדש ומה דכתב הר"ן בפ' האומר ובנדרים דף למ"ד לדחות דבעיא דר"א שאני כיון דמקדשה עכשיו שני הקידושין בבת אחת לא שייך הכא,

אמנם בשו"ת הרשב"א סימן תש"ו נתקשה דאיך אמר ר' ירמיה בפדאום אחרים וחזר ולקחם אינן הקדש והוא עצמו ס"ל בנדרים שם ובכתובות דף נ"ח ע"ב האומר שדה זו שאני מוכר לך לשאקחנה ממך תקדש דקדשה ולמה בפדאן אחרים לא קדוש וגם בבעיא דר"א למה אינה מקודשת ועוד אם בפדאום אחרים לא קדשי ואשה כפדאום אחרים דמי כדאמר ר' ירמיה תפשוט בעיא דר"א דאינה מקודשת ונדחק מאד הרשב"א שם ובנדרים דף למ"ד ולולא דבריו נ"ל דהנה בפ"ק דב"מ דף נ"ז אמר רבא בשדה זו דלא סמכא דעתיה לא קנה ובשדה סתם קנה ופרש"י דמקבל לא סמכה דעתיה בשדה זו מי יימר דימכרנו לו ובשדה סתם מצויות הרבה ליקח ונמ"י פרק א"נ דף ס"ו ע"ב כתב בדשלב"ל יכול לחזור בו משום דלא סמכא דעתיה דמוכר ומינה לחוד באה"ח פ' תולדות דטעמא דאא"מ דשלב"ל מטעם דלא סמכא דעתיה והובא בשו"ת רא"ם סימן ל"ג ס"ק כ"ו וסימן ל"ז סקי"ב אמנם חזינן דלדידן דקי"ל גם בשדה סתם לא קנה והרי בזה סמכה דעתיה ע"כ יש עוד טעם בדשלב"ל ובדבר שא"ב משום דהשתא אין ראוי להקנות לא חל עלה קנין ועכ"פ גם סברא דלא סמכא דעתיה אמת וא"כ באומר שדה זו שאני מוכר לך לשאקחנה ממך תקדש נהי דראוי להקדישה עכשיו עדיין נימא כיון דאין בידו שיחזיר לוקח וימכרנה לו לא סמכה דעתיה ונהי דלגבי הקדש ל"ש לומר דלא סמכא דעתיה דגביה דכלפי שמיא גליא מ"מ לא סמכא דעתיה דמקדיש דמסופק אם יוכל ליקחנה ולא גמר ומקנה וצ"ל במקדיש לא אכפת לן במה דלא סמכה דעתיה דהא חזינן באסמכתא דכתב הרמב"ם בפי"א דמכירה משום דספק לו לא גמר ומקנה מ"מ בהקדש ליכא דין אסמכתא ומבואר בשו"ת מיימני לספר הפלאה ס"ה אף דלא נתכוין בלבו להקדיש דכסבור היה שלא יבא לידי כך מ"מ בהקדש אזלינן בתר דברי פיו ודברים שבלב אינן דברים וכן נראה דהא מה דבהקדש ליכא אסמכתא ילפינן מאם יהיה אלהים עמדי והרבה פסוקים כמבואר שם וכל אלו נדר והקדיש בפירוש בפיו לכן באמר שדה זו

שאני מוכר לך לשאקחנה ממך תקדש מהני דבהקדש לא אכפת לו מה דבלבו לא סמכה דעתו ולא גמר והקדיש אבל בנטיעות דאמר שיהיו הקדש עד שיפדו לא אמר בפירש גם כשיפדם אחר ויבאו אח"כ לרשותו יקדשו אלא דאמדינן דעתיה להכי וכיון שאין בידו ולא סמכא דעתו לא גמר בלבו ואדרבה כיון דלא סמכה דעתו ליכא אומדנא דגם בכה"ג הקדיש לכן ס"ל לר' ירמיה בפדאום אחרים אינן הקדש ובבעיא דר"א אף שפירש בפיו דתתקדש לו אחר שיגרשה מ"מ כיון דאין בידו שתתרצה לי ואין בידה שיתרצה לה אח"כ כדאיתא בקידושין פרק האומר דף ס"ב ע"ב נהי דראויה עכשיו להתקדש מ"מ לא סמכא דעתייהו ור' יצחק דאמר תפשוט בעיא דר"א מנטיעות משום דס"ד גם בפדאום אחרים חוזרת וקדושות וכיון שלא פירש בפיו להדיא גם בהקדש י"ל דלא סמכה דעתיה ולא גמר והקדיש דאין לנו לימוד בהקדש דלא משגיחינן בהא דלא גמר ומקדיש בלבו רק היכא דפירש להדיא ועוד אם נימא בקידושין דלא סמכו דעתייהו הל"ל בנטיעות דלא נתכוין כלל להקדיש על אופן זה דפדאן אחרים ומה דלא פשוט ר' ירמיה בעיא דר"א מהא דפדאן אחר דאינן קדושות ה"נ נימא בקידושין אינה מקודשת משום די"ל כיון דפירש בפיו אפשר גם בקידושין דברים שבלב לא הוי דברים בכה"ג דהא כתבו תוס' בב"מ דף קי"ז ע"ב גבי משליש שטרו דרק מדרבנן אמרו משום דהוי אסמכתא ואינו נותן בכל לבו לא קנה וכן כתב במרדכי בב"ק בשם ר"נ דאסמכתא דלא קנה הוא רק מדרבנן לכן בהקדש ליכא דין אסמכתא א"כ י"ל בקידושין נמי לא אכפת באסמכתא ורק בממון הפקר ב"ד הפקר ולא רצו חכז"ל לאפוקי מהמתחייב באסמכתא ועוד כיון דבבת אחת קידשה בשתי פרוטות ואמר לה באחת תתקדש עכשיו ובאחת תתקדש לאחר שיגרשה י"ל כמו דגמר ומקדש קידושין של עכשיו ה"נ קידושין שנים וכה"ג כתב בשו"ת הרשב"א ח"ג סימן ס"ג וגם במקנה דשב"ל עם דשלב"ל י"א דקנה תרוייהו כדאיתא בחו"מ ס"ס ר"ג בהג"ה ועיין מהרש"א בפ"ק דב"מ שם בד"ה בההיא.

וכיון שכן אין סתירה להירושלמי מגמרא דילן דס"ל באומר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש דקדיש דמ"מ י"ל באומר לפנויה הרי ליך פרוטה ותתקדש לי אחר שיגרשך בעלך דאינה מקודשת כדאמר בירושלמי.

ס"ז תהיה ספק מקודשת כתב בעצ"א אם אמר תחלה האמ"ל מעכשיו ולאחר שאקדשך ואגרשך ואח"כ קדשה סתם אין יכולים לחזור אחר הגירושין כיון שקדשה תחלה מעכשיו ולאחר שיגרשנה אם יגרשנה חיילי הקידושין למפרע וא"י לחזור עכ"ל וליתא דהא מבואר בפנ"י בדף ס"ב ע"ב דעכצ"ל לאחר שאגרשך ותתרצי אח"כ להתקדש לי הוא דקאמר דאל"כ אין כאן גירושין כלל שהרי לא התירה לשום אדם ולא מיקרי ספר

כריתות והרי כותב הרי את מותרת לכ"א וכן נראה להדיא מלשון הרשב"א במסכת נדרים דף למ"ד את"ד.

ס"ח אם תנד אשתך נקבה במרדכי פי"נ סימן תקע"ח הא דאמרינן א"א מקנה דשלב"ל או לדבר שלב"ל היינו במעכשיו עיי"ש והובא בחו"מ סי' ר"ט ס"ד בהג"ה והקשה עליו במרדכי שם מפי"נ קכ"ז ע"ב דפריך יכיר למ"ל הא אי בעי יכול ליתן לו במתנה ומשני דנ"מ לנכסים שנפלו לו אח"כ והא עדיין יכול ליתן במתנה שיהיו שלו לאחר שיבא לידו עיי"ש ונ"ל כיון דאין הנכסים עכשיו בידו וא"י איזה יבא לידו א"א ליתן במשיכה וחזקה רק בק"ס דהדרא למריה וע"כ צריך ליתן במעכשיו ואם זכה בק"ס וישאר הסודר אצלו חדא שמא תאבד אח"כ ועוד אין זה מגו דהא רוצה ליתן בחנם לגמרי ולא במחיר ומה שהקשה עוד שם מפרק מי שמת דהמזכה לעובר ל"ק ופריך אף ר"מ לא אמר לדשלב"ל ואמאי לא מוקים דאמר לכשיולד עי"ש י"ל נמי דהא העובר א"י למשוך ולהחזיק וע"י אחר אין לו שליחות ועפ"י בקידושין פ' האומר דף ס"ב.

עוד הקשה מפרק האומר משקלי עלי אהא דקתני המשכיר בית לחברו ונתנגע דאמר לכשיבא שכרו יקדש דלרבנן ל"מ דא"א מקנה דשלב"ל והרי אמר לכשיבא שכרו עיי"ש אפשר לומר לפי מה דאיתא בנדרים דף כ"ט ע"ב בהקדש אף אם אומר שיהא הקדש ולאחר ל"י הוי כאומר מעכשיו ולאחר ל"י עיי"ש בר"ן וא"כ י"ל דאין חילוק בין אם למעליותא דהקדש שלא יוכל לחזור בין אם הוא לגריעותא כגון דא בדשלב"ל לעולם הוי כמעכשיו.

ובמקנה בפרק האומר שם הקשה מלאחר שאתגייר ואינך דאומר לאחר שאתגייר ומ"מ לרבנן א"מ ונראה דאיתא בבכורות דף מ"ט בפודה בנו תוך ל"י לרב בנו פדוי אפילו נתעכלו המעות כמו במקדש לאחר ל"י ולשמואל אין בנו פדוי כיון דאין ראוי לפדות מעכשיו ל"ד למקדש דראוי לקדש מעכשיו וי"ל דל"ד למלוה ופקדון כיון דניתנו לקידושין עיי"ש והנה לרב י"ל לשיטתו אזיל דס"ל אדם מקנה דשלב"ל ואנן קי"ל התם כשמואל לכן י"ל לרבנן בלאחר שאתגייר דאין ראוי לקדש עכשיו אפילו לא נתאכלו המעות הוי אח"כ בטלי קידושיך מעג"ק ולא מהני לדעת כ"פ ואף דכתב מהרי"ל בתשובה סימן ע"ד דבפקדון כיון שבא מידו לידה ל"ה בטלי מעג"ק הא טעמא צריך וביארו בחת"ס חא"ע סימן פ"ב כיון דנתן לה לשמור נעשה ידה כידו וכשמקדשה בו אח"כ סילק ידו ממנה הוי כנתן לה עכשיו לקידושין עיי"ש משא"כ הכא ל"מ בלאחר שאתגייר או תתגיירו דאין דין שומרים בעכו"ם אלא גם בלאחר שימות בעלך לא נעשית שומר דלא נתן לה לשם פקדון לשמור ולהחזיר לו אלא לשם קידושין ולהוציאה רק

מדינא אין ראוי שיהיה לקידושין דהוי דשלב"ל א"כ אינה שומר ותו אפילו נשאר הקידושין בעין בידה עד זמן שראוי לקידושין הוי כטלי מעג"ק וער"ן בפרק איש מקדש גבי היתם אוכלת ראשונה דבאמר לה האמ"ל לאחר ל"י בידה להוציאם א"כ ה"נ בלאחר שימות בעליך נהי דכאן לא מהני הקידושין מ"מ הוא להוציאה נתנן לא לשומרן ועיין רי"ף בפרק הזהב היכא דנתן דמי זבינא ולא משך דהוה מוכר לוה על המעות וחייב באונסין כיון דנתן הלוקח בעד המקח לא ע"ד להחזירן למעות לו אף דמעות אינן קונות מ"מ הלוקח נתנן ע"ד להוציאן ואפשר גם בלא טענת דהוה כטלי קידושיך מעג"ק לא מהני דהוה מלוה אפילו עומדין בעין אלא דבבכורות דף מ"ט מבואר בפודה תוך ל"י ואמר לאחר ל"י ואתנהו למעות ודאי בנו פדוי הרי דלא חשוב מלוה כשישנם למעות בעין דאל"כ כמו דמקדש ולוקח במלוה לא מהני ה"נ פדיון אמנם מה שכתבתי דאינה חייבת בשמירה ניתן להאמר ואח"כ מצאתי במהרי"ט שעל הרי"ף אהא דבלאחר ל"י דלא לפקדון דמי כיון דבתורת קידושין יהיב לה פטורה אף מפשעה דלא קבילת עלה שמירה של כלום כדאמרינן בפ"ק גבי צפיתא דאסא' דכי יהבינהו לה בתורת קידושין איכא למימר דחשדינהו שלא נתחייבה בשמירתה והובא בריט"א פי"ב.

אך מ"ש משום דבהקדש הוי כמעכשיו יש לדחות דאמרינן בפ"ק דקידושין דלא יהא כח הדיו"ט חמור מהקדש וצ"ע.

והנה בתוספת פי"נ דף קל"א הביאו מרשב"ם גבי כתובת בנין דכרין דירתון מהני כיון דאזי הם בעולם וכ"כ המרדכי שם והקשו תוספת ומרדכי הא אמרינן בפמ"ש דף קמ"א במזכה לעובר דלדבר שלב"ל לא קנה אף כשאמר לכשתלד וגם ביכיר דפריך יכיר למ"ל ת"ל דאי בעי ליתן במתנה ומשני בנכסים דניח לו והא יכול ליתן ולומר כשיבואו הנכסים לעולם ובערכין בפרק האומר משקלי עלי אמר דהאומר לכשיבא שכרו יקדש אינו קדוש לרבנן וגם קשה מכתובות דף כ"ט באומר שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תקדש אינו קדוש דהוי דשלב"ל ובתרומה בר"פ האומר אם אמר ערוגה זו לכשהביא שליש ויתלש יהא תרומה לא אמר כלום וכבר עמדו בזה האחרונים עיין מקנה בפרק האומר שם ונ"ל לפימ"ש לעיל דבדשלב"ל יש שתי ריעותות אחת כיון שאינו יכול לחול הקנין או ההקדש עכשיו תו לא מצי חייל וס"ל לרשב"ם דלזה יועיל אם אמר שיחול כשיבא לעולם או לרשותו דהא אז יכול לחול ועוד יש ריעותא כיון שאינו בעולם עכשיו או אינו ברשותו לא סמכה דעתו ולא גמר והקנה ועיין נמ"י פרק איזהו נשך גבי מוכר פירות דקל אך י"ל דהוה דברים שבלב דלא מוכחי כולא האי ואינן דברים וכמ"ש כה"ג הרא"ש בנדרים דף כ"ח בפירושו אהא דנטיעות הללו א"ל יקצצו יהיו הקדש ובשו"ת

מיימני לספר הפלאה ס"ה דג"כ מחשבו לדברים שבלב כה"ג אך לרשב"ם וסייעתיה י"ל דדוקא בכתובת בנין דכרין דהאשה ואביה הנותנין נדוניא מתנין עמו הכי ועל דעתם מחייב עצמו דבנין דכרין ירתון כתובתה וע"ד כן נשאת לו בזה ל"מ דברים שבלב אם ליכא אומדנא דמוכח טויבא ועיין בחו"מ סימן ר"ז ס"ד בהג"ה דבמכר ל"מ דברים שבלב רק כשיש אומדנא דמוכח אבל במתנה א"צ אומדכא שמוכח ועיין בשו"ת מים עמוקים סימן נ"ט חולק ג"כ בין התנה נגד חברו מחמת תועלת שעשה לו חברו עד"ז דאזי דוקא באומדנא דמוכח טובא מהני דברים שבלב עיי"ש לכן ס"ל לרשב"ם ולאותה דעה שבמרדכי דבכתובה בנין דכרין ובמכר סגי למכור שיחול המכירה לכשיבא לעולם דאז יכול לחול ואי דבלבו לא גמר ומקנה בשעת אמירתו לח משגיחינן בדברים שבלבו כל שלא פירש אבל במתנה ובהקדש דהוי כמתנה ובהקדש עדיף דבשלמא נגד חברו ל"מ דברי לבו כל שאינו אומדנא דמוכח טובא דחברו אזי כונתו משא"כ בהקדש כלפי שמיא גליא לכן לא מועיל גם כשאומר שיחול לכשיבא לעולם ומיושב בזה כל הקושיות שעל רשב"ם דמזכה לעובר הוא רק מתנה וכן בהקדש ובתרומה ואינו נגד חברו כלל ולא נ"מ לכהנים אם ערוגה זו תהא תרומה או אחרת סוף סוף יתרם ממקום אחר ועיין תוספת פרק נערה דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא כתב שכתבו דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן יש לנו ללכת אחר דעתו וכו' וביאור הגר"א בחו"מ סימן ר"ז הביא ראיה מזה לדעת האומרים דבמתנה דברים שבלב הויין דברים עיי"ש וזה דלא כהריב"ש שבהג"ה יו"ד סימן רי"ח ס"א.

ובמרדכי שם ז"ל קבלתי ממורי הר"י ממגנעצא באמר נכסי לסבתא ואחריה לירתי והיה לו אז בת ואח"כ נולד לו בנים דאין לבנים כלום דא"א מקנה דשלב"ל ואני דנתי לפני רבותי דהא דאמרינן א"א מקנה דשלב"ל היינו היכא דמזכה מעכשיו והשתא לאו בר זכיה אבל היכא דאמר ואחריה לירתי דמשמע אותם יורשים שיהיו אז יזכו לא ועיי"ש ותירוצי לא מעלה ארוכה לזה דמיירי ג"כ במתנה ולא במכר אך י"ל כיון דיכול לחול כשיבא לעולם רק הריעותא דלא גמר ומקנה בלבו דמהני במתנה אבל כאן דבזה נעקור נחלה דאורייתא שהוא לבנים וישארו נכסיו לבתו בזה לא אזלינן בתר אומדנא עד שיפרש להדיא דנותן במתנה לבת ולא לבניו וכמ"ש הסמ"ע בסימן רמ"ז סק"ד ובמק"א הבאתי ראיה לדבריו.

אלא דצ"ע דברי הר"י מורו ודברי תלמידו מה עניינו למקנה דשלב"ל או לדבר שלב"ל הא לא נתן לסבתא רק עד שתחי' ואחריה ליורשיו וכיון דמתה סבתא ופסק מתנתה נופל ממילא לפני היורשים שימצאו אחר מות הנותן ודברי מורו הר"י אפשר ליישב דה"ק

כיון דא"א מקנה דשלב"ל וכן לדבר שלא ב"ל משום דלא סמכה דעתו דאינו יודע אם יבא לעולם ממילא י"ל כאן דדעתו היה לירתי רק על הבת שהיתה בעולם וזכתה במתנה ולא בירושה ועיין נה"מ סימן רמ"ח ס"ז סקי"ב וצ"ל כיון דבתרה לירתי כונתו למתנה ולא לירושה כמו נכסיי לסבתא דהוה מתנה לכן דנו משום דאין אדם מקנה לדשלב"ל וממילא זכתם הבת במתנה ולא נפול לפני הבנים בירושה ומ"מ א"ש דברי התלמיד נמי דלא אזיל בתר אומדנא דלא גמר ומקנה שלבו דא"כ הזכה הבת ונעקר נחלה דאורייתא של הבנים אבל כשזוכין הבנים אפילו תימא דזוכין במתנה מ"מ לא נעקר הנחלה מהן לאחר.

סימן מא

ס"ב עשתה אחת מהן שליח כתב מקנה בקו"א אם האחיות עשאו אותה שליח בסתם לקדשם לאיזה אדם שתרצה בודאי אמרינן מסתמא נתכונה על עצמה דהוא מצוה דרמיא עליה וכן בנשים נכריות שעשאו שליח לקדשן למי שתרצה והוא אמר אחת מכם תתקדש לי י"ל כיון דלא אמרו מאיש פלוני מסתמא נתכונה על עצמה וצ"ע שלא הזכירו הפוסקים מזה עכ"ל ולי נראה דאינו מוכרח דאפשר לדידה לא ניחא לה בזה להתקדש לו לא מבעיא אם שפל ממנה אלא אפילו חשוב ממנה כדאיתא בפ' האיש מקדש דף מ"ט דמסאנא דרב מכרעאי לא בעינא אבל המשלחות גילו דעתן דבכל דהו ניחא להו מדאמרו שתקדשן למי שתרצה אבל אב שקיבל קידושין בעד אחת מבנותיו י"ל דלא שביק מצוה דרמיא עליו דמסתמא בנותיו שוין אצלו ורוצה בטובתן בשוה,

ס"ג וי"א שאף נכריות א"מ משום דהוי קאו"ח כדאית' בקידושין דף נ"א והקשו הראשונים הא קי"ל בר"נ דקאו"ח קנה מחצה ובב"ב דף קמ"ג פליגי רה"מ ור"נ וכ"ש וס"ל לרה"מ דלא קנה כלום ור"נ ס"ל דקנה מחצה ור"ש דס"ל דקנה כולו ומייתי ר"ש ראיה לדבריו מדתניא אין לך מר בקישות אלא פנימי שבו לפיכך כשהוא תורם מוסיף על החיצון שבו ותורם אמאי את וחמור הוא ונתקשו דלר"ג דקנה מחצה נמי א"ש ונדחקו רש"ל ומהרש"א עוד שם מתיב מהא דקידש חמש נשים והא את וחמור הוא ופירשב"ם אמאי נכריות מקודשת אלא ש"מ כר"ש דקנה הכל וג"כ תמוה הא לר"נ נמי א"ש ונ"ל דהנה פירשב"ם בטעמא דרה"מ דל"ק כלום דכיון דבקנין אחד שיתוף שניהם לא נגמרה בדעתו להקנות לזה בלא זה כלום ור"ש דאמר קנה הכל אדם יודע שאין חמור קונה וגמר בדעתו שמי שיכול לקנות יקנה ויש להבין מ"ט דר"נ הא בנדרים דף כ"ה ודף ס"ו איתא דגדר שהותר מקצתו הותר כולו ופירש הרא"ש דלא נדר אלא אם תקיים כולו ולמה לא נימא גם כאן הכי ונראה כמ"ש בחידושי רמב"ן בפי"נ דף קכ"ו דכי גמרינן מתנאי ב"ג ה"מ תנאי שבין אדם לחברו אבל תנאי שבינו לבין עצמו בכל ענין הוי תנאי עיי"ש הרי

בינו לבין חברו כל שלא פירש יפה התנאי אינו מבטל המתנה אף דיש אומדן דעת שלא גמר ליתן רק על תנאי זה וכה"ג כתב נה"מ בסימן פ"ה דבדברים שבלב לא מבטלינן קנין ברור וא"כ ה"נ נהי דלא גמר להקנות לזה בלא זה והוי כתנאי מ"מ כל שלא פירש להדיא לא מבטלינן קנין ברור דנגד חברו צריך לפרש שגם חברו ישמע התנאי להדיא משא"כ בנדר שפיר אמרינן דלא נדר אלא אם יתקיים כולו ולכן בהא דתרומה דג"כ הוי בינו לבין עצמו רק כנדר דלא נ"מ לכהנים דעכ"פ צריך לתרום וגם הוא ממון שאין לו תובעים לכן לר"נ נמי הל"ל דלא חל התרומה כלל לכן מייתי ר"ש ראיה דמעיקרא דעתו היה שמי שיוכל לקנות יקנה כולו דאדם יודע שאין חמור קונה ול"ד לנדר שהותר מקצתו דבטעות היה אך כל זה שחלקנו בין אם הוא בין אדם לחברו או בינו לבין עצמו יתכן במתנה דמקבל ודאי לא קפיד שלא יקנה רק אם גם החמור יקנה אבל בקידושין כמו דמקדש לא קידש רק אדעתא שיקנה כולן ה"נ הנשים לא קידשו עצמן רק אם יתקדשו כולן וליכא למימר דלא אזלינן בתר דברים שבלבו דכמו שבלבו מן הוא בלבן ולכן גם לר"נ ע"כ אי דלא נתקדשו כולן או דנתקדשו כולן והאחיות אי אפשר שיתקדשו וע"כ צ"ל כר"ש דזה שיכול לקנות יקנה הכל ובפרק האיש מקדש דפריך הא את וחמור הוא משום דלא קי"ל כר"ש ובהא מודה ר"נ דכולן אינן מקודשת דכיון דמקדש ומתקדשות לא נגמרה דעתן רק על אופן שיתקדשו כולן הוי כתנאי שבינו לבין עצמו לבד דאין עיכוב מאחד לשכנגדו.

עוי"ל דהוי ספק אם לא רצה להקנות רק אם גם החמור יקנה ואין ספק תנאי מוציא מידי ודאי מעשה מתנה וכמ"ש הרשב"א בתשובה והמל"מ פ"א מטוען ועמ"ש לעיל סימן כ"ט ס"ז דספק תנאי אינו מוציא מידי ודאי מכר או מתנה אף דיש חזקת מרה קמא כדמוכח בהמל"מ שם בד"ה ונחזור אך בקידש חמשתן ואחת קבלה בשביל כולן כמו כן יש ספק שמא הנשים לא רבו להתקדש רק אם יהיו כולן מקודשת א"כ הוי ס"ס ספק המקדש לא רצה רק באופן שיתקדשו כולן ואת"ל דלא קפיד שמא הנשים לא רצו דהא תליא בו ובה וס"ס כודאי הוא מיהו לפי מ"ש לעיל סימן כ"ט שם דאם המוכר או הנותן מוחזק אין מוציאין מידו אפילו קרקע וע"כ גם המל"מ מודה לזה כדמוכח מדבריו שם ומדברי הרשב"א ל"ל הכא ה"ט דהא הנותן מוחזק איברא דמתשובת הרא"ש כלל מ"ה סכ"ד לא משמע הכי דז"ל שם תנאי שאינו מפורש בפירש ויש בו שום ספק אין בו כח לבטל המעשה דמה"ד אין בשום תנאי כח לבטל המעשה אלא דאשכחן תנאי בגוב"ר וילפינן מיניה ומש"ה בעי דוקא כיוצא בו ת"כ ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ותנאי בד"א ומעשה בד"א הלכך ריע כח התנאי ועד שיהיו ברורים בלי שום ספק לא יבטלו המעשה עכ"ל ולפי טעמו אפילו ספק אינו ול"ו מוחזק ואין זה חולק על תשובת הרשב"א דמיירי

בתרי ותרי דלכת אחת התנה כדינו בפירש והמל"מ דמיירי בספ"ד נמי י"ל דהוי כתרי ותרי אבל התה"ד דמייתי התם במל"מ נראה דשו"ת רא"ש דלא כוותיה ועיין תה"ד סימן ש"ב ונראה דלפני המל"מ היה גרסא אחרת. עכ"פ כיון דרא"ש אתו עלה דצריך שיהא תנאי ברור כתנאי בגוב"ר ולפימ"ש רמב"ן הנ"ל זה דוקא בתנאי שבינו לחברו ולא בינו לבין עצמו וכיון דבקידושין כאן כמו שי"ל דהמקדש קפיד שלא יתקדשו הנכריות רק אם גם האחיות יתקדשו כן הנשים דעתן עלי אופן זה והוי רק כתנאי שבינו לבין עצמו לכן גם לר"נ אין מקודשות הנכריות בודאי ואפילו ספק אפשר דאינו דיש להן חזקת פנויה ופריך הש"ס שפיר מקידושין ותרומה יעיין בראש"ש פרק מי שמת סי' כ"א וסי' כ"ג.

סימן מב

ס"א אין האשה מתקדשת אלא לרצונה והמקדש אשה בע"כ א"מ וכתב בהגהת פרישה אפילו אמרה רוצה אני ובית הילל הביא ראיה משבת דף פ"ח שכפה עליהם ההר כגיגית וא"ל אם תקבלו התורה מוטב וא"ל שם תהא קבורתכם מכאן מודעא רבה לאורייתא ונתינת התורה שנתקדשו בהלוחות כמקדש אשה ואחז"ל מאורסה קהלת יעקב ובמדרש שה"ש שהקב"ה חזר עם כל דבור על כל אחד מישראל אם רוצה לקבל ואמרו הן הרי אף ברוצה אני מודעא לאורייתא את"ד ואני תמה דהא מסקינן בפחז"ה דף מ"ח דמה"ת מקודשת בתלויה וקדיש רק משום דעשה שלא כהוגן אפקינהו רבנן לקידושין וא"כ הקב"ה דעשה כהוגן למה מודעא.

ונ"ל דבלא רוצה אני אנן סהדי דבאונס הוא משא"כ כשאמר רוצה שמא גומר בלבו להקנות ולהתקדש וכיון דליכא אנן סהדי הוי דברים שבלב ואינן דברים כיון שכנגדו א"י מה בלבו של אידך אבל הקב"ה יודע מחשבות וכבר נאמר ברוה"ק ויפתוהו בפיהם ולבם לא נכון עמו ובלשונה יכזבו לכן מודעא רבה.

ובזה מיושב דברי המרדכי פרק הניזקין דאגב אונס מיתה גמר ומקנה גם בלא זוזי והקשה המל"מ פ"י מהלכות מכירה א"כ למה מודעא רבה לאורייתא הא לאונס מיתה הוי דא"ל שם תהא קבורתכם ובח"ס א"ע סימן קי"ב סיים דהיא קו"ע ומהתימה כי המרדכי פרק הנזקין שם בעצמו מייתי בסוף דבריו ראיה ממודעא רבה לאורייתא דאפילו גבי שבועה באונס מהני מודעא עיי"ש ולפימ"ש א"ש נהי באונס מיתה י"ל גמר ומקנה אינו ודאי רק כיון די"ל גמר ומקנה תו הוי דברים שבלב נגד חברו אבל הקב"ה ידע מה בלבם וגבי שבועה אף דנשבע לתת לחברו ממון מ"מ אינו קנין רק עונש שמים יש על הנשבע אם יעבור כדאיתא בחו"מ ס"ס ר"ז א"כ כיון דבלבו יודע דלא גמר בדעתו ליתן כלפי שמיא

גליא ושפיר ראיה ממודעא רבה והפרישה שכתב דאפילו אמרה רוצה אני א"מ ה"ט דאפקינהו רבנן לקידושין משום שעשה שלא כהוגן.

אבל האיש שאנסוהו הר"ז מקודשת וי"א שא"מ כתב ב"ש דס"ל כבעה"ט דאנסוהו לקנות מדינא ל"מ והקשה אב"מ א"כ למה אמרו אונס שותה בעציצו וכופין אותו לכנוס כמ"ש הרמב"ם פ"ה מהלכות נערה הא בפחז"ה מבואר הא דכופין על המצוה אינו אלא משום תלוה וזבין ומבואר בתוספתא פ"ג דכתובות דאונס כופין אותו לקדש עיי"ש ונראה דהנה בהשגות פ"ד מה"א אהא דכתב הרמב"ם דאיש שאנסוהו לקדש מקודשת כתב והוא דאמר רוצה אני והקשה הראב"ד הא זה כאנסוהו למכור דהמכר קיים כמ"ש בפ"י מהלכות מכירה ואצ"ל רוצה אני כ"ש כאן שהוא קונה ונ"ל דראב"ד לשיטתו בפ"א מגזלה דעמ"ש הרמב"ם כל החומד דבר של חברו אף שנתן לו דמים רבים עובר בל"ת כתב הראב"ד כשלא אמר רוצה אני וכתב המגיד דעת הראב"ד שאם אמר רוצה אני מקחו קיים ולא גרע מתלויה וזבין ואין בו לאו ורמב"ם ס"ל דמקחו קיים אף שעבר אע"ג דא"ר בתמורה נ"מ דא"ח ל"ת אי עביד ל"מ עיי"ש וצווח הלח"ם דהמגיד עצמו כתב בע"ד מה"א דלא הצריך הראב"ד לומר רוצה אני בתלויה וזבין ועכ"פ חזינן דעת הראב"ד דאם אמר רוצה אני אינו עובר בלא תחמוד וא"ל אמר עובר בל"ת,

והה"מ הקשה למה לא כאמר כ"מ דא"ר ל"ת אי עביד ל"מ עיי"ש וי"ל לפימ"ש בשו"ת בית אפרים חא"ח סימן נ"ט דהיכא דהמעשה מועיל בלא כונת אין לומר אי על"מ וכמ"ש תוס' בפ"ק דתמורה בצורם אוזן בכור ל"ל אי עביד ל"מ דלא גרע מנפל מום מאליו ודוקא במלתא דתליא בעשיית אדם וכונתו י"ל אי עביד ל"מ עיי"ש וא"כ הכא דלוקח עבר בל"ת נהי דמסלקין כונתו מ"מ המוכר לא עבר ואין לסלק כונתו וסגי בדעת אחרת מקנה דבאס"ז פחז"ה דף מ"א כתב דא"צ כונת הקונה רק כונת המקנה ולכן ס"ל לראב"ד במכירה אצ"ל רוצה אני אבל בקידושין דצריך דעת שניהם הצריך לומר רוצה אבי וה"ט דאנסוהו לקנות ל"מ כיון דמוכר עובר מסלקין כונתו ול"מ.

ולפ"ז מתורץ קושיית אב"מ דאונס כיון דדינא לכופו ליכא לא תחמוד ול"ש בין אנסוהו למכור בין אנסוהו לקנות ומהני איברא דבעל העיטור מיירי באמר רוצה אני וגם לא מטעם שכתבתי אתי עלה כדמוכח מדבריו באות מ"ם מודעא אלא שהדבר נכון בעצמותו דמה שכתב בעל העיטור דרק מוכר אגב זוזי גמר ומקנה כבר נתקשה בחמ"ח בסק"א אלא רשב"א ריש קידושין דייק מלשון הש"ס תלוה וזבין אמרו תלוה וקני לא אמרו ולפימ"ש הטעם י"ל דלפיכך רק תלוה וזבין אמרו ולא משום דזוזי עדיף:

ועלה בדעתי די"ל בקידושין לא אמרינן אעל"מ כיון דאמרינן בפ"ק דתמורה דף ה' ע"ב דאלמנה לכ"ג דתפסי קידושין ולא אמרינן אעל"מ משום דכתיב לא יחלל זרעו והרי קי"ל כל חייבי לאוין תפסי קידושין וצ"ל כיון דגלי קרא בלאו דאלמנה לכ"ג ממילא ילפינן לכל קידושין באיסור לאו ועוד לפימ"ש תוס' דף ה' בד"ה מיתבי דבגירושין לא אמרינן אעל"מ משום דאיתקש למיתה א"כ י"ל דקידושין איתקש לגירושין דכתיב ויצאה והיתה זולת באיסור כרת דאיכא ילפותא דלא תפסי קידושין ואח"כ מצאתי בישועות יעקב לעיל סימן י"ח שהביא מח"ר שכ"כ דכל קידושי איסור ילפינן מאלמנה לכ"ג דאי עביד מהני והוא בח"ר פרק האומר בקידושין דף ס"ז, ע"ב וכ"כ הריטב"א שם והא דכתבו שם רק דהוה אמינא כן היינו לענין בן שיקח גרושת אביו דמיירי התם דלפי האמת לא תפסי קידושין כיון שהוא בסקילה ק"ו מאחות אשה עי"ש עו"כ ישעי"ק די"ל כיון דבגירושין אי עביד מהני ילפינן כן נמי לענין קידושין וכמ"ש.

ולפ"ז מתורץ קושית חמ"ח וב"ש כאן דרמ"א פסק בחו"מ סימן ר"ה דאנסוהו לא קנה והכא יש מחלוקת באיש דתלוה וקדיש וגם הפוסקים דא"מ משום דעשה שלא כהוגן חכמים אפקוה לקידושין ולפימ"ש א"ש דבחו"מ פסק דל"מ משום דעבר בלאו דלא תחמוד אעל"מ משא"כ בקידושין דאפילו יש איסור בגוף האישות מתני.

ולפ"ז מה שכתב בח"ר שם דנראין דברי הרמב"ם דאיש שאנסוהו לקדש קידושיו קידושין דאם תלוה וזבין קנה כ"ש אנסוהו לקנות דלא כבעל העיטור אינו מוכרח די"ל באנסוהו לקנות מודה רמב"ם דלא קני אף דיותר י"ל דגמר וקני מגמר ומקנה מ"מ משום אעל"מ בטל הקנין ושאני קידושין דלא אמרינן בהו אעל"מ ולפ"ז מתורץ קושית תוס' ריש קידושין אהא דאמר הש"ס אי תני האיש קונה ה"א בע"כ דא"כ למה תני האיש מקדש ולפימ"ש א"ש דהתם ליכא למטעי דתני בו ובשלוחו ואשלד"ע ואפשר דבעל העיטור משום דס"ל דגם תלוה וזבין זביניה זבינא דוקא באמר רוצה אני כמבואר שם באות מ"ם מודעא וס"ל דבהא ל"ל אעל"מ כמ"ש הה"מ וביארו בשער המלך פ"א מהל' גזלה ה"ט דהאיסור אינו רק מעיקרא אבל לבסוף כשאמר רוצה אני ליכא איסור וכמו דשינוי קונה בגזלה ה"נ בדמים לכן לא אמר העיטור דתלוה וקני לא קני משום דאעל"מ אבל לדידן דפסק הש"ע בחו"מ סימן ר"ה דתלוה וזבין קנה אף דלא אמר רוצה אני בזה פסק הרמ"א דאכסוה לקנות לא קנה משום דאעל"מ דמוכר איסורא קעביד ומקנה בלא כונה.

ס"ב אם מכחיש כתב ב"מ קשה איך אפשר להאמינו בטענת בהשטות במגו יותר ממה שהיה מועיל בהכחשה דבהכחשה היה עכ"פ המודה אסור וא"נ נהי דלגבי עצמו נאמן במגו דהכחשה אבל האשה מאין יבא עזרה וכ"ת כיון דלגבי עצמו יש לו מגו ואינו נוגע

בדבר אף לגבי דידה לא גרע מע"א ז"א דהא הוי דבר שבערוה ועיין סימן ל"ה סי"א עכ"ל ונ"ל דמ"ד בקידושין ס"ה ע"ב דגם בשניהם מודים ע"א לאו כלום אף דבממון מועיל הודאת בע"ד משום דבקידושין חב לאחריני כדאיתא התם ומ"ד התם דחוששין בע"א ע"כ ס"ל דלא חשוב חב לאחריני כאשר נתקשה בח"ר דמאי חב לאחריני מי יש לו עליה ובידה להתקדש למי שתרצה וא"כ כשמעיד הבעל דנתכוין להשטות דג"כ לא חב לאחריני דאין לומר דחב לדידה במה שאומר שלא קידשה דהא הוא לא אגיד בה דנאמן לעצמו במגו ממילא אדרבה זכות הוא לה שמא תהא אגידא בו והוא לא אגיד בת וא"כ ממ"נ אם ע"א בדשב"ע לאו כלום אפילו בלא חב לאחריני א"כ קידש בע"א אין חוששין לקידושין ואם חוששין דשמא כשלא חב נאמן ע"א א"כ הבעל נמי מתימן בתורת ע"א דיותר לא חב אך יותר הוי מצי להקשות כשהאשה טוענת דנתכונה להשטות דל"ל ממ"נ דגם למ"ד המקדש בע"א חוששין דוקא בע"א לא בנשים כמ"ש תשב"ץ ח"א ס"ע.

אמנם נראה דהיכא דלא איתחזיק איסורא נאמן ע"א עם מגו גם בדשב"ע ועיין בפרק קמא דכתובות דף י"ב ע"ב דלחד שינויא דגם בממון מהימנת האשה בברי ומגו אלא דלאידך שינויא י"ל דוקא ברי עם חזקת הגוף דעדיף מחזקת פנויה כמ"ש תוס' בפרק המדיר דף ע"ה ע"ב בד"ה אבל ומ"מ י"ל כיון דאיתא ברפ"ק דסוטה דף ג' דקינא לה ונסתרה נאמן ע"א ואפילו עבד או שפחה דזינתה משום דרגל"ד וה"נ בשיש לו מגו רגל"ד דקושטא קאמר וכ"כ בית יעקב בכתובות דף כ"ג דע"א נאמן גם בדשב"ע כשלא איתחזיק איסורא כשיש לו מגו או חזקת או רוב דמסייעו והביא ראיה מאבדה עיי"ש ועוד ראיה דהא נאמן בעל המקח כשמקחו בידו לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי משום דהיכא דמוטל עליו לדעת מידק דייק ונאמן כשנים וכמ"ש בנה"מ סימן ל"א והרי התם אין חילוק בין בעל המקח איש או אשה וא"כ ה"נ דמוטל עליו לדייק אם קידשה ונאסר בקרובותיה ולא איתחזיק איסורא נאמן גם לגבי דידה דהא דבשב"ע ילפינן דבר דבר מעמון אף דבעל המקח צריך לדייק מיד כשנותן המקח לאחד והכא א"צ לדייק רק כשישא מקרובותיה ואולי אין בדעתו לישא מהקרובות מ"מ עליו לדייק דאם קידשה מחויב או לישאנה או לפוטרה בגט ולא קיל זה ממי שפרע שיש לבעל המקח כשאינו עומד בדיבורו דמש"ה דייק כפרש"י בקידושין דף ע"ג אבל לשיטת ר"ת התם דבעל המקח נאמן במגו די"ל לא מכרתי או חזרתי וקניתי אין ראיה מהתם אף דבמגו עכ"פ נאמן גם כשאינו טוען להחזיק לעצמו מ"מ י"ל דוקא התם דיש לו מגו לומר לא מכרתי כלל או חזרתי וקניתיו ממך והדר ימכרנו לאידך משא"כ הכא דאם יכחיש העד שלא קידש כלל תהא היא אסורה כיון דאומרת שנתקדשה וגם הראיה שהבאתי מהבית יעקב אפשר לדחות דהא הביא

ראיה מאבדה ולא הראה הב"י מקורו ונראה שהוא מפ"ג דסנהדרין וחו"מ סימן רנ"ה ס"ח אחד שראה שתטמין אביהם מנה בשדה ובא ואמר דאביהם אמר של פלוני תם אם בידו ליטלן נאמן וא"כ התם גם כשהיה נוטלן היה יכול ליתנן לפלוני והיה מועיל לפלוני כמו טענה של עכשיו משא"כ הכא אם היה מכחיש שלא קידשה לא היה מועיל לה אבל טעמים שכתבתי דע"י המגו הוי רגל"ד או משום דמידק דייק נאמן נכונים.

ובאב"מ סק"ד כתב לדעת ר"י שבתוס' פחז"ה דף למ"ד בד"ה לאו קמודית לי שכתב אף דהמוכר היה נאמן במגו די"ל לא היה של מערער מעולם לא מועיל ללוקח כיון דמודה דיודע שהיה של מערער ולא היה מעכבה ה"נ אם היה טוען להד"מ היה השני שמודה לדברי העד אסור בקרובים א"כ בטענת המגו לא מהני יותר לזה שמודה לדברי העד עכ"ל ול"נ דשאני התם דאם המוכר היה טוען לא היה של מערער מעולם צריך לישבע היסת אף דעכשיו נמי שטוען קניתי ממך צריך לישבע מ"מ תו אין ממש בעדותו כמ"ש ר"י בתוס' קידושין דף מ"ג ע"ב בד"ה והשתא דעדים הטעונים לישבע קודם שיאמנו דבריהם אין ממש בעדותם משא"כ הכא בקידושין דליכא שבועה אפילו היסת כמ"ש תת"ד בפסקיו סל"ז הובא כאן בב"מ וכיון דיש לו מגו אינו נוגע מהימן בתורת עד.

ולכאורה י"ל דאין ראיה שיהא ע"א נאמן במגו משום רגל"ד מסוטה שקינא לה ונסתרה בשני עדים דהוי רגל"ד טובא לכן נאמן ע"א שנבעלה אלא דבתשב"ץ ח"א ענין ע"ז כתב דאפילו יש רק קצת רגל"ד נאמן ע"א אמנם דברי תשב"ץ שם נפלאו ממני שכתב וז"ל ונראה שזהו טעמו של דבר שהאמינה תורה ע"א בסתירה בסוטה כדאיתא בפ"ק דכתובות דכיון שקינא לה ונסתרה רגל"ד כדאיתא בפ"ק דסוטה ובפ"ק דנדה ומשמע דהעד כשפסלתו תורה לאו משום דודאי משקר או קרוב לודאי הוא אלא משום חששא רחוקה הוא דפסלינן ליה וכיון דאיכא קצת רגל"ד שהרי קינא לה בעדים ועכשיו העיד זה תעד שנסתרת אמרינן דודאי דקושטא מסהיד ואסרינן לה על בעלה ואלו היינו חוששין חשש קרוב לשקרא לע"א מפני שקינא לה לא היינו מאמינים לזה העד דאפשר קרוב הוא שאחר שהתרה בה בעדים שמרה עצמה מסתירה אבל תעד שהוא מוחזק בכשרות אלא מפני חשש רחוק קצת רגליים שיש לדבר מסלקים מעליו אותה חששא עכ"ל והנה מה שכתב כדאיתא פ"ק דכתובות ע"כ כונתו לדף טי"ת דאמר אין האשת נאסרת על בעלה בע"א אלא בשני עדים וקינוי וסתירה אפילו בע"א נמי ותמוה דהא פרש"י אפילו אין בטומאת אלא ע"א נאמן אבל קינוי וסתירה צריך שני עדים על הקינוי ושני עדים על הסתירה כפרש"י שם וכן הוא בריש סוטה דקי"ל התם כר"י דצריך גם על הסתירה שני עדים וכ"כ הרמב"ם פ"א מהלכות סוטה ה"ט ובש"ע אה"ע סימן קע"ח ואם

כונת התשב"ץ כשהעד נאמן לו ודעתו סומכת עליו דבזה נאסרה לבעלה בע"א שהעיד שנסתרה כמ"ש הרמב"ם וש"ע שם זה אינו בפ"ק דכתובות רק ילפי לה מקידושין דף ס"ו ומ"ג תוכיח התשב"ץ משאר מקומות נמי עיי"ש.

ולפי מה שהוכיח התשב"ץ שם דהא דפסלה תורת ע"א רק מחשש שמא בא בשכרו עיי"ש י"ל דכאן ליתא האי חששא דלמה להו למקדש ולמקדשת ליתן שכר להעיד שקר תרי כל אחד בעצמו נאמן לעצמו לומר לשחוק כיונתי.

ובשו"ת חכ"צ סימן קט"ו כתב דאפשר אין זה מגו דאי בעי היה מכחיש העד דאם היה אומר להד"מ היתה היא אסורה דהא מודית שנתקדשה ובהשטאה רוצה להתירה ול"נ דאדרבה בזה מתחזקת המגו יותר דהא מבואר בקידושין דף ס"ג ובפ"ק דב"מ ובכ"ד דאא"ח ולא לו וא"כ אם איתא דמשקר יותר היה לו לשקר להפקיע רק את עצמו.

והחמ"ה הקשה דמה בכך שיש לו מגו אטו אנן לא מהימנינן ליה אלא הטעם דדברים שבלב אינן דברים ואף שאנו יודעין שכונתו להשטות אפ"ה חוששין לדברים שבע"פ ולא לדברים שבלב עכ"ד וכתב החכ"צ שם ז"ל ואין נראה בעיני דמה אלו ידעינן בבירור בלי שום ספק שנתכונו לשחוק אף שקדשה סתם אינן קידושין אלא משום חומרא דא"א לא סמכינן אאומדן דעתא וכמ"ש בתשובת מיימני בתשובה א' שבסוף ספר נשים ממילא שמעינן דהיכא דל"צ לאומדנא כגון דאיכא מגו ודאי נאמן במה דאומר לחוכא נתכונתי עכ"ד ואישתמיטתיה דברי תוס' גיטין ר"פ השולח בד"ה מ"ד דאף דאיגלאי למפרע דהוה רהיט לבטוליה לאו כלום הוא משום דבאותו שעה שהוא רץ לא נודע דעתו לא לשליח ולא לאשה והוי להו דברים שבלב ואינן דברים אעפ"י שנאמן לומר כך היה בלבי עיי"ש.

אך מ"ש החכ"צ בהגהות הטו"ז כאן לדחות דברי החמ"ח דבשלמא במקדש בפני שני עדים דכ"ע ידעי דהוי קידושין גמורין וא"י להכחישם אמרינן אף דאיכא אומדנות מוכיחות דלהשטות נתכונו חוששין לדברים שבפה מדלא נזהרו שלא לעשות ולדבר בפני עדים אבל בע"א דידעי דאין ע"א יכול להעיד דהא אפשר להכחישו ומשום זה לא נזהרו מפניו בהשטאה ונאמנים בטענת השטאה ניתן לומר כשיש אומדנות מוכיחות דלהשטות נתכונו דבזה בשעת מעשה היה אומדנא ל"ה דברים שבלב אלא דאם איתא דלהשטות נתכוין לא היה עושה כן בפני שני עדים אבל בפני ע"א ל"ל הכי אמנם כשאין אומדנות דלהשטות נתכוין הק"ל נהי דעכשיו נאמן במגו מ"מ בשעת מעשה הוי דברים שבלב וגם על הנאמנות יש לפקפק דהא פסק ש"ע בחו"מ סימן פ"א סע"י דהודאה בפני ע"א אי"ל משטה הייתי ולא ערער הרמ"א ואף דהש"ך מסיק דהוי ספי"ד הא הביא בתומים שם ססקי"ז ממהרי"ט דהלכה רווחת בישראל דאי"ל משטה ואם מוציאין ממון

כ"ש דיש לחוש הכא בקידושין ואפשר לומר כיון דקי"ל לא מחית אינש נפשו לספקא כדאיתא בקידושין דף ס"ד ע"ב ולעיל סימן ל"ז א"כ אם איתא דנתכוין לקדש באמת לא היה מקדש בפני ע"א דאף מ"ד מקדש בפני ע"א חוששין לקידושין אינו רק ספק דרק חוששין קאמר א"כ לא מחית נפשו לספקא לאסור בקרובותיה מספק וכ"ש האשה למיסר עצמה מספק והקידושין אין מתירין אותם לביאה זולת קידושין אחרים בפני שני עדים א"כ זהו גופא אומדנא בשעת מעשה דלשחוק ולהשטות מתכוין ואף דחד מהם אין טוען שנתכוין להשטות מ"מ לא נוציא השני מכלל זה דהא אפילו בחד גברא כגון חזקה אא"פ תו"ז ופגם שטרו תו"ז א"צ המלוה לישבע משום החזקה אף דחזינן דפרע מקצת כדאיתא בחו"מ סימן פ"ד דאמרינן מה דחזינן דאתרע אתרע ועל השאר נשאר החזקה במקומו כ"ש בתרי גברא ועם זה נתחזק עוד הרגל"ד שנתכוין הוא או היא להשטות וכ"ש האשה דלא טוב לה להיות אגידה מספק ובתומים סימן פ"א ססק"ב כתב כיון דרגילין להשטות לא הוה דברים שבלב דאין פיו סותר דברים שבלבו דגם בפיו רק דרך שטות ושחוק ורמזו בפ"ת כאן ועיין ב"מ יו"ד סימן רל"ב ס"ב דאפילו אין לבו שוה לפיו לא מקרי דברים שבלב היכא שדרכן בכך עיי"ש וה"נ כל מקדש בע"א דרכו בכך שו"ר במקנה שכתב כה"ג דכיון דלאו אורחא לקדש שלא בעדים סברא הוא שלא מיכוין לשם קידושין ול"ה דברים שבלב וכ"כ ישע"ק סק"ג דאם היה כונתם לשם קידושין היה להם לעשות לפני שני עדים וכ"ז שאינן מודים יש הוכחה דלהשטות נתכוין ומהני דברים שבלב.

בדרישת ארי השיג על רשב"ץ שכתב גם למ"ד דמקדש בע"א חוששין לקידושין אם מכחישו הוא או היא מודה דאין חוששין דא"כ צ"ל הא דאר"פ חוששין דוקא בדאיכא תרתי ע"א ושניהם מודים וקשה ממ"נ אם לא יליף דבר דבר מממון ליסגי במודים ואם משום דמחייבי לאחריני א"כ כיון דע"א מהני אפילו היכא דמיחייבי לאחריני ליהני גם נגד הכחשת בע"ד ואי יליף דבר דבר מממון רק היכא דשניהם מודים הוי הודאות בע"ד ולית לו סברא דמיחייבי לאחריני משום שאין לאדם זכות עליה כמ"ש בח"ר א"כ גם בלא ע"א נמי ורש"י פירש משום דע"א חשוב לחייב שבועה בד"מ הלכך בערוה נמי חשוב להתקיים קידושין בפניו ואינו מובן כיון דבלא ע"א לא מהני מודים משום הודאת בע"ד ע"כ משום דמיחייבי לאחריני ויליף מממון וגבי ממון חוששין לדברי העד לחייב שבועה ה"נ נחוש לדברי העד גם בהכחשת בע"ד אע"כ דגם בהכחשת בע"ד חוששין עיי"ש.

ונ"ל דגם י"פ יליף דבר דבר מממון וס"ל כיון דמיחייב לאחריני. לא סגי בהודאת בע"ד אך מצינו גם בממון מהני ע"א לחייב גם בהכחשת בע"ד כשיש רגל"ד כמו בקינא לה ונסתרה בעדים וע"א מעיד שנטמאה דנאמן לאסרה משום דרגל"ד כדאיתא בריש סוטה

וגם נאמן להפסידה כתובתה משום דרגל"ד כפרש"י רפ"ו דסוטה לכן כאן דשניהם מודים הוי רגל"ד מועיל ע"א כיון דגם בממון מועיל ע"א לחייב כשיש רגל"ד וה"נ כשע"א מחייב שבועה ובע"ד אינו רוצה לישבע או טוען א"י והוי ליה למידע חייב אף דאין זה בירור דודאי חייב דהא בהיסת כשאינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיה אע"כ משום דרגל"ד מועיל ע"א לחייבו.

ומהרש"א כתב בר"פ שור שנגח את הפרה אף דמודה בקנס פטור מ"מ כשיש אומדנא בלאו הודאתו אלא דבאומדנא אין מוציאין ממון מ"מ עם הודאות בע"ד אנן סהדי מכח הודאתו והאומדנא ומועיל גם לחייב בקנס עיי"ש לכן ה"נ דע"א חשש רחוק דישקר ולכן כשיש לסייעו קצת מועיל גם להוציא ממון על פיו וכה"ג כתב בשו"ת מיוחסות סימן צ"ד דאין חושדין ע"א בשקרן שהרי ע"א קם לשבועה ופעמים לממון כשא"י לישבע עיי"ש לכן ה"נ ע"י ע"א הוי אומדנא דהכי הוי וכשבע"ד מודים אנן סהדי דהכי הוי ובר"ן פרק המגרש כתב דלר"א דעידי מסירה כרתי סגי נמי בע"ח לא דע"ח כרתי אלא כיון שחתום בע"ח והגט יוצא מתחת ידה אנן סהדי דנמסר לה מידו עיי"ש ה"נ לר"פ ע"י ע"א ושניהם מודים אנן סהדי ור"פ נמי יליף דבר דבר מממון וס"ל כיון דמחייבי לאחריני ל"מ הודאת בע"ד או ע"א בלבד רק בשניהם מודים אנן סהדי וגם נוב"ת סימן ע"ה נתקשה בדברי ר"פ כעין קושית דרישת ארי ולפימ"ש א"ש ובא"ז סימן תש"ס כתב וסבירבי אם שידך ושוב קדשה בלא עדים ושניהם מודים דהוי קידושין מעליא עיי"ש ועיין ב"ח סימן מ"ה סוף ס"א ולפ"ז י"ל גם להחמ"ח והב"ש דכתבו דהוי דברים שבלב ואינן דברים דוקא כשהם מודים דלא ניכר מענייניים דהיה דרך שחוק והשטאה אבל אם היה אפשר להכיר שהיה דרך שחוק דאז אם היה העד מודה דהבין כן לא הוי דברים שבלב אלא דאומר שהבין שהיה לשם קידושין גמורים או אומר דלא הבין אם לקידושין גמורים נתכוונו והאיש והאשה אומרים שאינם יודעים אם לא הבין העד א"כ אין סייעתא מהודאתם לדברי העד ותו ל"ל אנן סהדי דקושטא הוא שלא הבין העד שהיה דרך שחוק והשטאה א"כ הוי מקדש בע"א וליכא סייעתא מהודאתם דשמא משקר בזה ואפשר גם התשב"ץ וב"ח בהכי מיירי וסרה מהם השגת החמ"ח.

וא"ל דא"כ בקידש לפני קרובים צדיקים דאנן סהדי דקושטא הוא תהא מקודשת ואפילו סתם קרובים לא חיישינן דמשקרי כדאיתא בב"ב דף קל"ט ובחו"מ סימן ל"ג סע"י זה לק"מ דכיון דגזה"כ דקרובים פסולי אפילו כמשה ואהרן כדאיתא התם הרי גזרה תורה שלא לסמוך על האומדנא שמחמת קרובים אף דאנן סהדי דהכי הוה כמו שאומרים משא"כ עד אחד דפסלה תורה משום חשש רחוק דמשקר כמו שהוכיח תשב"ץ לכן

כשמחמת אומדנא אנן סהדי סגי ועוי"ל לפימ"ש תומים בסימן ל"ג סק"ח דתחלת פסול קרובים מגזה"כ דלא נחשדו לשקר רק אחר שכבר פסלתם תורה חיישינן שמעידים בדדמי עיי"ש.

ולפימ"ש א"ש מ"ש הרמ"א בהג"ה אם אחד מכחיש העד אין לחוש וכ"כ רשב"ץ דמשמע אין לחוש כלל ואפילו השני דמודה לדברי העד מותר בקרובות המכחיש והקשה החמ"ח הא המודה שאנח"ד ולפימ"ש כיון דאחד מכחיש ואומר להד"ם תו ל"ל אנן סהדי דהעד קושטא קאמר ממילא הוי מקדש בלא עדים דכ"כ הפנ"י בקידושין דף ס"ה דאפשר לומר כשאחד מכחיש גם המודה אינו חושש אלא שלא ביאר הטעם אלא דמוכרח מדאר"י שם המקדש בע"א אחכ"ק ובעי מיניה בשניהם מודים מהו ואמר אין ולאו ורפיא בידו משמע דהא דאמר אחל"ק מיירי עכ"פ באחד מכחיש וקשה מאי קמ"ל פשיטא דאפילו באיסור כן הוא דהא תנן ע"א א"ל אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי פטור ועוד תניא ע"א א"ל נטמאו טהרותיך או שורך כרבע והוא אומר לא כי אין העד נאמן וכ"ש בדבר שבערוה דאין פחות משנים ועכצ"ל דר"י קמ"ל דאחל"ק דגם המודה מותר בקרובות השני וכ"כ בעצ"א אלא דהב"ח בתשובה סימן פ"ז כתב דמוכח דהמודה אסור מהא דפריך הש"ס מדתנן הוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קידשתני דהיא מותרת בקרוביו והוא אסור בקרובותיה וס"ד דמקשה דמיירי בע"א ולדעתי אין מזה ראיה דלס"ד דלא ידע דהמשנה, מיירי באומר קידשתיך לפני שני עדים והלכו למדה"י ע"כ מוכרח לומר דגם בהכחשה אסרו רבנן להמודה או דס"ל דבקידושין לא חשוב מיחייבי לאחריני כיון דבידה להתקדש למי שתרצה וכמו דמקשה התם רב אשי לר"כ כיון דיליף דבר דבר מממון יהא מועיל הודאות בע"ד כשיש ע"א עכ"פ אבל למסקנא דקידושין חשוב מיחייב לאחריני עכצ"ל מאן דאמר מקדש בע"א חוששין לקידושין דוקא בשניהם מודים דאז אנן סהדי דקידשה ומתניתין מיירי באמר קדשתיך בפני שני עדים וכיון דאין לנו ראיה דאסרו רבנן אין להמציא איסור דרבנן וכמ"ש החכ"צ בסוף סימן צ"ב דבמילי דרבנן המחמיר עליו להביא ראיה אמנם כיון דהב"ח מחמיר ונמשכו אחריו החמ"ח והב"ש אין לזוז מדבריהם וגם הפנ"י בקידושין דף ס"ה בד"ה אמר ר"י כתב דמלשון רש"י בד"ה מהו והא דתניא א"ח משום דלא מהימן הוא והא הימנוה משמע לכאורה דאין חושש מי שמכחיש אבל האי דמודה חושש לקידושין עכ"ל ונראה דרש"י לשיטתו דכבר עמדו האחרונים מה כונתו בהא דהימנוה ונראה לפימ"ש בנה"מ סימן כ"ו סקי"ד דבעה"ת כתב הטעם בנאמנות השליש דמה שנתפרש לפני השליש הוי כאומר נאמן עלי אבא ומידק דייק אמ' לנאמן הדיין לומר לזה זכיתי ונאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי וכ"כ

המרדכי בפרק התקבל ובתשובת מיימני לספר משפטים ועכצ"ל דע"א בעלמא חיישינן דאומר בדדמי כמ"ש התשב"ץ עכ"ל והנה מ"ש בנה"מ דכ"כ התשב"ץ אינו דבח"א סימן ע"ז כתב טעם דחיישינן דמשקר מחמת ששכרוהו או איזה הנאה אך רש"י ס"ל בע"א נועם דאומר בדדמי כמ"ש בקידושין דף ע"ג ודף ע"ד הא דנאמן בעל המקח ונאמן משום דרמיא עליה למידק ולמדכר וא"כ ה"נ כיון דהימנוה לקדש בפניו מידק דייק לכן חוששין לדבריו אפילו אחד מכחיש דמ"מ זה שמודה הרי הימניה וחשוב לגביה כתרי דמידק דייק ושייך לומר שאכח"ד ולפ"ז אפשר דדוקא ביחדו לעד ויותר מזה כתוב בגליון תוס' בכריתות פ"ג דף י"ב ע"ב בד"ה לא נתכונתי להעיד דאפילו בשנים א"ל נתכונו להעיד ולא הובאו שם לשום עדות אין בעדותן כלום אם באים אח"ז להעיד בפני ב"ד עכ"ל ועכ"פ בע"א יש לחלק כן.

אך כ"ז אם נפרש מ"ש רש"י דהימנוה היינו כשקידשו לפניו וכ"כ בחת"ס חא"ע סימן ק"ד בכונת רש"י דלהכי חוששין לקידושין בע"א דהא הימנוה הואיל והם קדשו לפניו הימנוה כבי תרי בממון והוליד החת"ס מזה דכ"ז שייך היכא דליכא אלא ע"א באותו מקום אבל כשהיו גם אחרים מאן לימא לן דהימנוהו להאי סהדא דלמא המקדשים חשבו שישגיחו כל העומדים שם ויבואו ויעידו ואירע מקרה שאין רואה כ"א אחד מה תאמר דלמא בכיון הטמינו שלא יראה שום אדם זולת זה העד א"כ הרי ההיתול לפנינו שבכונה עשו הדבר לפני ע"א במקום שהיו עדים הרבה כדי שלא יהיו קידושין לכן לכ"ע אין חוששין לקידושין עכת"ד אמנם ק"ל לפ"ז מה שפרש"י אח"כ דע"א חשוב לחייב שבועה בד"מ הלכך בעדות נמי חשיב להתקיים קידושין בפניו ובלבד שיהיו שניהם מודים עכ"ל דאם משום דהימנוה בשעת קידושין כבי תרי בממון למה צריך לטעם דחשיב לחייב שבועה לכן נראה עיקר כמ"ש בשו"ת מהרא"ם ח"ב בספר מים עמוקים סימן למ"ד דמ"ד חוששין לקידושין בע"א בשניהם מודים ס"ל כיון דחשיב עד לחייב שבועה בממון מתקיימין הקידושין בפניו רק אינו נאמן להעיד בב"ד דלמא משקר לכן כששניהם מודים הרי הימנוהו לסהדותיה עכשיו בב"ד ולפ"ז נדחו דברי החת"ס וגם אין לחלק בין יחדוהו לעד או לא יחדוהו וגם אפילו רק אחד מודה י"ל שאנח"ד.

אמנם למה באמת מ"ד דמקדש בע"א אחל"ק אפי' שניהם מודים מאי טעמיה למה לא נימא כיון דיש ע"א ורחוק שישקר וגם שניהם מודים יהא אנן סהדי בהכי דקושטא הוא והרי גם הר"ן בתשובה ע"ה כתב דאף דאין ע"א קם לממון אעפי"כ הדברים מראין שהדבר אמת ומועיל להכניס מי שמעיד לו בתוך השודא דדייני אם אותו עד אינו קרוב עיי"ש והובא בשע"מ סימן ל"ג וכיון שמראין שהדבר אמת הוי אומדנא ועם הודאות בע"ד יהא

אנן סהדי כמ"ש מהרש"א הנ"ל ונראה דהא השע"מ הקשה כיון דע"א מועיל לעשות ע"י שודא למה יגרע קרוב ונראה דבשלמא ע"א דאינו פסול רק מחשש דמשקר כמ"ש התשב"ץ וגם אם נימא משום דאומר בדדמי אינו רק חשש רחוק שפיר סמכינן על אותו אומדנא לעשות שודא אבל קרוב דפסלו תורה מגזה"כ אפילו משה ואהרן אף דודאי קושטא אמרי כדאיתא בב"ב ובח"מ סימן ל"ג סע"י לכן אין לסמוך על עדותו לשום דבר וא"כ ה"נ כיון דע"י צירוף הודאות האיש ואשה נאסרו קרוביהן דהאיש אסור בקרובות שלה והאשה בקרובות שלו לעולם לכן לא מצרפינן הודאות שניהם להעד אחד דהרי אפילו שלשה עדים ונמצא אחד קרוב נפסלו אפילו שני עדים הכשרים אף דודאי קושטא מסהדי וכ"ש שלא לצרף הודאות הקרוב לע"א לעשות מזה אנן סהדי ובזה מיושב פרש"י בד"ה הכא מחייבי לאחריני שקרובותיה נאסרו בו וקרובותיו נאסרו בה וצווחו קמאי ובתראי למה לא פרש"י בלא"ה דנאסרה אכ"ע משום א"א ולפי מ"ש א"ש.

והאחד מהן קרוב בחמ"ח וב"ש הקשו נימא דגם עד הכשר נפסל וליכא אפילו ע"א ובשו"ת מהרא"ל סימן י"ט הביא מהרא"ה בכתובות דמ"ד דבע"א חל"ק משום דהוי כאיסורין וא"כ ל"ש היקשא דנמצא אחד מהם קא"פ עיי"ש ורא"ה זה באס"ז כתובות דף כ"ג והקשה מוהרא"ל דא"כ בלא ע"א רק שניהם מודים או קרוב ג"כ יחוש לקידושין כמו באיסורין דנאמן בע"ד וקרוב.

ונראה דהא מ"ד דאחל"ק משום דמיחייבי לאחריני כמבואר בש"ס ופירש הריטב"א דאם יבא עלי' אחר יחויב מיתה ועונש עיי"ש והיינו משום דלא יתכן לומר משום דמיחייבי לאחריני דנאסרת עליהם והקרובים שלו אסורין בה וכן להיפך דזה לא חשוב חב לאחריני כמו שהקשה הרשב"א דמה יש לאחר עליה וכי מחייבת להבעל להן ול"ד למציאה דחשוב תופס לבע"ח דהתם הפקר הוא ואין לו בעלים לכן פירש משום דמיחייבי לאחריני במיתה אם יבואו עליה ולכן מהימנת לומר שנתקדשה לפני שני עדים דשאכח"ד דלענין איסור לבד אינה מיחייבת לאחריני עיי"ש בריטב"א וא"כ קשה למה לא יועיל קידושין בע"א או בהודאות שניהם לבד לענין לאסרה על אחרים עכ"פ לכ"ע דזה הוי רק כשאר איסור וצ"ל כיון דאין תועלת, בהודאתם או בהעדת ע"א רק לענין איסור ולא לעונש בטלה כל העדות דאין אישות לחצאין וקיום הקידושין בנאמנות תליא וכה"ג כתב הפנ"י ועיין פרש"י בספ"ז דב"מ דף צ"ד דע"מ שאין לך עלי שכו"ע תנאו בטל דאין אישות לחצאין אך לפימ"ש הרמב"ם בפט"ז מסנהדרין ע"א שאמר על חתיכה אחת שהוא חלב ואח"כ אכלה אחר בעדים והתראה לוקה וא"כ ה"נ יש תועלת בעדות ע"א כשלא יכחישו אותו ואח"כ יבא עליה אחר יומת וא"כ יהא קיום הקידושין נמי בע"א

והנה ברמב"ם פ"א מהא"ב הכ"א איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקה בעיר ל"י שהוא אשתו הורגין עליה אבל בתוך הל"י אין הורגין עליה משום א"א האשה שהוחזקה נדה בשכונותה בעלה לוקה עליה משום נדה המקנא לאשתו ונסתרה ובא ע"א והעיד שנטמאת והיא בעלת כהן ובא עליה אח"כ הר"ז לוקה עליה משום זונה אעפ"י שעיקר העדות בע"א האב שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אעפ"י שהוא נאמן ותנשא לו אם זינתה אינה נסקלת על פיו וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שיהיו שם עדים או תוחזק עכ"ל ומקור דבריו מהש"ס ומירושלמי המובן מדבריו דדוקא כשהעיד ע"א שנטמאת ואח"כ בא עליה בעלה כהן לוקה אבל אם קרוב או פסול אמר שנטמאת אע"ג דאחר קינוי וסתירה גם הם נאמנים שנטמאת כדאיתא רפ"ו דסוטה וברמב"ם פ"א דסוטה מ"ו אם בא עליה אח"כ אינו לוקה ועיין סוטה ספ"ו תחלת דף ל"ב כגון דאתאי אשה מעיקרא דמחלק שם דאם עד כשר בא תחלה והעיד שנטמאת אפילו מאה נשים שבאו אח"כ אין יכולים להכחישו אבל אתאי אשה מעיקרא ואמרה דנטמאת יכולין שתי נשים אח"כ להכחישה ולכן גם כשאביה אמר שנתקדשה לפלוני או היא עצמה שאמרה כן ובא אח"כ אחר עליה אינה נהרגת אף דהימניה תורה לאב מ"מ אין דינו כעד כשר והא דהוחזקה נדה בשכינותה או הוחזקה בעיר ל"י שהיא אשתו שאני הך חזקה דאלים וגם לענין חוזר ומגיד באמתלא נראה דחלוק ע"א כשר מנאמנות האב דא"ל יגיד דילפינן דאינו חוזר ומגיד בעד כשר מיירי והפנ"י בקו"א לקידושין דף ס"ג מחלק בין מעיד לאסור ווה שיש לו חזקת היתר למעיד על חתיכה דאין לה חז"ה עיי"ש ולא משמע כן בירושלמי דנזיר דאיתא שם באמר לו אחד שהוא נזיר ואח"כ שתה יין בפני עדים לוקה וכן הוא בפ"א דסוטה בירושלמי והרי מעולם בחזקת שאינו נזיר וגם דהחוו"ד בסימן קפ"ה לא כ"כ מצאתי אח"כ בהגהות א"ב כמ"ש דהאיסור יוחזק עפ"י ע"א ללקות אח"כ על ידו אינו רק בעד כשר והביא סמוכין לזה עיי"ש ולכן בנתקדשה לפני ע"א כשר כיון דלענין איסור נאמן ס"ל לר"פ דחוששין לקידושיו משום דאפשר ע"י עדותו אח"כ שיתחייב הבא עליה מיתה ויהא ע"י עדותו אישות לגמרי ומ"ד דאחל"ק משום דמיחייב לאחריני משום דס"ל דכשמעיד נגד חזקה אף דנאמן לאיסור מ"מ אין לוקין ע"י כסברת הפנ"י או דס"ל כח"ר דילפינן דבר דבר מממון שיש בו הכחשה אבל ר"פ מסתפק בזה לכן חוששין לקידושין אבל מ"ש קרוב או הודאות עצמן דודאי א"א שיבא עי"ז לחיוב מיתה באמירת הקרוב או הודאות עצמן לבד לכן אין קיום לקידושין כלל דאין אישות לחצאין.

ועדיין צריכין למודעי דבירושלמי פ"ו דסוטה ה"ב אמר אחד חלב הוא ובא אחד ואכלו והתרו בו שנים לוקה אף דעיקר עדותו בע"א א"ל אחד נזיר אתה והיה נוהג נזירות על פיו ואח"כ שתה יין והתרו בו שני עדים לוקה אמר פלונית כהנת וזיבת שנסתרה בפני שנים וע"א העיד שנטמאת ובא בעלה כהן עליה והתרו בו לוקה וכן הוא ברמב"ם בפ"א מהא"ב ובפ"ט מנזירות ובפט"ו מסנהדרין ויש להבין למה בנזיר אמר שהיה נוהג נזירות על פיו משא"כ בחלב וטומאת האשה וראיתי בש"ש ש"ו שכתב דגם באידך דוקא שהוחזק שלשים יום ובנזיר שניכר ממעשיו דמגדל פרע ומתרחק ממתים עיי"ש פ"י והרואה ברמב"ם יראה כמה רב הדוחק וכ"ש בירושלמי דהנהו תלתא דיני ביחד נאמרו ולא התנה זה רק בנזיר ועוד לע"ד גם בנזיר לא דמי לבנה כרוך אחריה או לנדה שהוחזקה בשכנותיה דהתם חייבין משום דודאי בנה הוא מדכרוך אחריה וודאי נדה היא דמי יחוש חוץ מהם וודאי נפשה יודעת אם בנה היא או ראתה דם אבל מאי חזקה שייך ע"י שלא נאכל החתיכה שלשים יום או בעלה לא בא עליה או בנהג נזירות מחמת העד שעשה לו ספק מוכרח הוא לפרוש מן הספק ולמה ילקה א"ו דבע"א לאו מטעם חזקה זו לוקה אלא דהוחזק תכף ע"י עדותו לבד כיון שלא הוכחש.

והחילוק בין נזיר לאינך י"ל דבנזיר אינו נוגע הדבר לאחרים לא חשוב הוחזק עדות דאפשר שתק דלא חש להשיבו כיון דיודע בעצמו דלא נדר בנזיר וכשם שהשטה בו העד בשקר השטה בו ולא השיבו כדאיתא בחו"מ סימן פ"א ס"ז וכן אשכחן בש"ס דלא חש להשיבו.

בפרק כיצד הרגל דף כ"ף סוף ע"ב לכן בא"ל נזיר אתה דנוגע רק לו והוא יודע האמת י"ל מה דשתק דלא חשש להשיב א"כ לא הוחזק העדאת העד עדיין כלל משא"כ בחלב וכהנת ל"ל דלא חשש להשיבו כיון דנוגע לאחרים שאינם יודעים ואם הוא אינו חושש אחרים דאינם יודעים ע"כ חוששים ונאסר אצלם כיון שלא הוכחש העד משום אדם וכיון שהוחזק העדאת העד לאחרים תו ה"ל כתרי עדים ומלקין אח"כ לכן בנזיר דוקא כשנהג נזירות הרי דהא דשתק לא משום דידע ששקר אומר העד וכיון שכן הוחזק עדות העד גם נגדו לבד ובש"ך יו"ד סימן קכ"ז סקח"י הביא מהרי"ו בנכ"ג ח"ב דאם א"ל בפניך נתנסך ושותק ואח"כ חזר ואמר לא שתקתי אלא מפני שלא חששתי לדברי העד ל"מ כיון דע"א נאמן באיסורין עיי"ש י"ל משום דנאסר היין לכ"ע הוחזק עדותו כ"ז ששתק בעל היין והוי בתרי עדים ותו לא מצי מכחיש לו בטעם קלוש וכן י"ל למה שכתב הטו"ז שם סק"ב עיי"ש אבל בנזיר דאינו נוגע לאחרים רק לו מהני ברי שלו אח"כ לומר מה ששתקתי

משום דלא חששתי לדבריך וא"כ כל זמן שתיקתו לא הוחזק עדיין עדות העד לודאי עד דחזינן דנהג נזירות וחש לדברי העד.

והיה אפשר לומר דמחלק הירושלמי דבחלב דלא הוחזק מעיקרא להיתר וכן בכהנת שנסתרה בפני עדים דהורע חזקתה נאמן העד מיד ונעשה כודאי משא"כ בא"ל נזיר אתה דיש לו חזקת. היתר לא מהימן העד וגם שתיקתו יכול לתרץ לא חששתי להשיבך כמ"ש רי"ו לענין עדות דבר שבערוה לכן כ"ז שלא נהג נזירות לא הוחזק עדות העד אך כ"ז לשיטת הסוברים דע"א א"נ לאסור דבר שיש לו חז"ה אך לפוסקים דחשב הש"ך ביו"ד סימן קכ"ז ס"ק ט"ז ונה"ך שם והרא"ה ורבינו ירוחם בתוכם דנאמן ע"א לאסור ל"ל הכי ועכצ"ל כמ"ש וכן מוכח מדאמר הירושלמי דלוקה הנדר אף דעיקר העדות בע"א דבשלמא אם נאמר דעד נאמן רק כ"ז דלא נהג נזירות לא הוחזק עדותו בשתיקתו דיכול להכחישו בברי אבל כשנהג נזירות אף דלאו מחמת דיודע בעצמו שנדר בנזירות רק חושש לדברי העד שייך לומר עיקר העדות בעד אחד אבל אם לא נאמן העד כדברי ש"פ דנגד חזקת איסור אינו נאמן רק משום דנהג נזירות הודה לדברי העד ולשיטת הש"ש משום דגדולה חזקה שהחזיק עצמו בנזיר מאי עיקר העדות בעד אחד דקאמר הירושלמי.

ועיין בשו"ת רמב"ן סימן קי"ט ובשו"ת רשב"א סי' תשמ"ח דהביא מפרק האשה רבה לענין עדות שמת בעלה ומסוטה לענין עדות שנטמאת אחר קינוי דאם תחלה העיד עד אחד רחוק שאינו קרוב ונתקבל עדותו אזי אפילו באו אח"כ שתי נשים או קרובים או ע"א כשר רחוק להכחיש הראשון אמרינן דראשון נאמן כתרי עדים כשרים אבל כשהראשון קרוב או אשה ובאו אח"כ שתי נשים להכחיש אזלינן בתר רוב דעות הרי אף דקרוב נאמן בעד מיתה או בסוטה מ"מ לא אמרינן דהוי כשנים כשרים אף דנתקבל עדותו והותרה האשה להנשא ע"י ב"ד וא"כ מסתבר דעד קרוב שהעיד על אשה שזינתה אחר קינוי וסתירה ובא עליה אח"כ כהן אינו לוקה אף דנתקבל עדותו אינו כשנים כשרים עדיין ללקות ע"י שהוחזק עדותו וכן כאן למ"ד דמקדש בע"א דחל"ק ולהרא"ה דהוי כע"א באיסור אאת"ל דנאמן לאסרה אכ"ע או על הקרובים לאחר שתתגרש או תתאלמן מ"מ לא נאמן כשנים לענין מיתה מלקות וכיון דאין קידושין לחצאין אין חל"ק כלל.

ונראה ליישב בזה מה שהביא כנה"ג בהגה"ט אות נ"ח מתשובת הגאונים סימן רמ"ה המקדש אשה בפני עדים קרובים לא משתריא לעלמא אלא בגט והקשה בכנה"ג דבפסולו דאורייתא לכ"ע אצ"ג ותירץ דמיירי בקרובי אישות או בקרובים מן האם לדעת הרמב"ם והוא דחוק מאד איך לא פרשו כל זה אבל נראה דמיירי בעדים קרובים זה לזה ולא למקדש ולמתקדשת דהנה בשו"ת רשב"א סי' תקמ"ד ז"ל שאלת שני אחין

לענין איסורין אם דינן כשני עדים להכחשה א"ל תשובה שני אחים לעולם אינם אלא כאחד בין לקיים דבר בין להכחשה והובא ברמ"א יו"ד סימן קכ"ז והוסיף אלא כעד אחד לענין איסורין ונראה משום דקשה הא אם קרוב או פסול אחד יכחישם אזלינן בפסולי עדות אחר רוב דעות כדאיתא בר"פ הא"ר ובסוטה דף ל"ב אע"כ כעד אחד כשר חשובי ומאה נשים שבאו אח"כ נמי כע"א דמיא כדאיתא התם בסוטה ובשו"ת רמב"ן סימן קי"ט ובשו"ת רשב"א סימן תשמ"ח דכיון שנתקבל עד אחד כשר הרי כשני עדים כשרים ואפילו באו אח"כ מאה נשים א"י להכחישו והטעם דכיון שהשני אחים אינם קרובים להנידון שמעידין עליו רק קרובים זל"ז א"כ כל חד עד כשר בפני עצמו ונהי דקרובים זל"ז כחד גופא הם אלא היכא דקאדפ מבטל כל העדות אפי' כחד לא חשיבי אבל לענין איסורין דאין בטל כל העדות הוי עכ"פ כעד אחד כשר וכ"כ בשו"ת רע"ק איגר סימן צ"ד לענין היכא דלא ידעי זה בפסול השני עיי"ש שו"ר ברדב"ז ח"א סימן רצ"ח שכתב בשם רשב"ם דשני אחים כע"א כשר הם אלא דלדעת הר"ן דגזה"כ הוא אינם חשובים אפילו כע"א בקידושין עיי"ש ומשום דלא נחית דמ"ד ע"א בקידושין חל"ק משום דחשיב כאיסור לבד דלפ"ז אין לבטלם לגמר דגזה"כ בד"נ כתיב לא יומתו אבות על בנים ובנים על אבות כדאיתא בפז"ב דף כ"ח וכן לטעם הזמה המבואר שם ובירושלמי ג"כ לא שייך באיסורין ואפשר להכי דייק בתשובת הגאונים לפני עדים קרובים לומר דרק העדים בעצמם קרובים ורשב"ם זה הוא בפחז"ה דף נ"ז שכתב דטעמא דפסל רחמנא קרובים בעדות אחת לפי שאינן חשובין אלא כאיש אחד וכ"כ נמ"י שם וריטב"א באס"ז פרק שני דכתובות דף כ"ח כתב טעם פסול דקורבא בגמרא דידן גזרת מלך הוא שלא יהא תדבר נגמר עפ"י קרובין שהם כגוף אחד וכשהעדים קרובים זה לזה אינן חשובין אלא כעד אחד וכ"ד מורי הרא"ה ז"ל עכ"ל ובריטב"א עצמו שם כתב מר בזה הלשון ממש אלא דכתב דכן דעת מורי הרמב"ן ז"ל.

ובשו"ת בשמים ראש סימן ל"ז כתב דהך דינא דנמצא אחד מהם קא"פ לא נאמר לענין גיטין וקידושין וחתם עלה ישעי' דטראני ומצאנו רב דמסייע להנוב"ת חא"ע סימן פ"ו אלא דלאו מטעמא חדא.

ס"ד וצריכים העדים לראות הנתינה ממש בחת"ס חא"ע סי' ק"א שכתב דהא דגמל האוחר דלא קי"ל משום דליכא אפילו ידיעה אלא מכח הרובא ואין הולכין בד"מ אחר הרוב כמבואר ר"פ המוכר פירות ומינה בקידושין דהולכין אחר הרוב א"כ אף בגוני דגמל האוחר מיחשב ידיעה גמורה עכ"ל ומידי דפשיטא לו פשיט לבעל חוו"ד אפכא בפרק

שני דכתובות דף כ"ג כמו דלא מהני רובא להוציא ממון ה"נ לא מהני בדבר שבערוה להוציא מחזקה וכ"כ בבית הספק סס"ק כ"ז לענין ס"ס כיון דילפינן דבר דבר מממון.
נאמנת במגו עיין חמ"ח והב"ש הוסיף לבאר דדוקא משום שטוענת שלא שמעה הא אלו מודה ששמעה מקודשת אע"ג דלא ראו אותה מ"מ ראו שנתן הקידושין ליד הפשוטה ועכשיו נמצא אצלה הקידושין אמרינן דהיא קבלה והוי כעדי יחוד וא"כ ע"כ מה דנאמנת במגו היינו דאי בעי כפרה ולא הראתה שהקידושין בידה והיתה טוענת שהיד אינה ידה ועכ"ז תמהני כי בשו"ת הרשב"א תחלה כתב אם מכחשת שהיה יד אחרת נאמנת מפני שהעדים אין יכולים להכחישה בזה מפני שאף שראוה מקודם מ"מ בשעת קידושין אפשר אחרת היתה וא"כ מה זה שכתב שהמקדש אסור בקרובותיה דומיא דאומר קדשתיך הא ל"ד דבקדשתיך אומר קדשתיך בפני עדים ואזלו אבל הכא דמכחשת ונאמנת מה בכך דלדבריו זו היתה הא מ"מ קידש שלא בעדים שאינה יכולה להכחישם וזה סתירה מדידיה שבסימן אלף קצ"ג כתב לגבי קידושין עדות ממש בעינן והודאות שניהם כמי שאינה תו צ"ע היכא דטענה לא שמעתי דהאמינה במגו הרי ע"כ שלא ראו העדים הקידושין יוצא מת"י אלא ע"י הודאתה וא"כ מה הוצרך למגו ת"ל דהוי נתקדשה בל"ע ומה לי שמעה א"ל שמעה עכת"ד הב"מ ולי יל"ד עוד בדברי הרשב"א שכתב שאפילו העיד אחד בבירור שהיא היא נתקדשה כיון שעד השני אומר שלא הכיר יד זו של מי היתה אין כאן אלא ע"א ואין דבר שבערוה פחות משנים דקי"ל כרבא באשתו זיכתה בע"א עיי"ש ולמה לא הביא הא דהמקדש בע"א דאחל"ק ואי דמהתם יש לדחות שמא הלכה כר"פ דחל"ק מה ראיה מאשתך זינתה דהרי הפוסקים כר"פ ודעת קצת פוסקים אפילו במכחשת מודים דבאשתו זינתה קי"ל כרבא ועיין מהרמ"פ סי' כ"ב אלא ודאי דעת רשב"א כמ"ש מהרי"ט בחידושין על הרי"ף לחלק בין היכא דראו העדים מעשה הקידושין להיכא דלא ראו דאם ראו מעשה הקידושין אלא שלא הכירו את האשה הוי מקדש בעדים כיון שיכולין להחזיק בה ולראותה ועיין בפ"ת לעיל סימן ל"א ס"ק ה' וברדב"ז ח"א סימן קנ"ו דאפילו העדים א"י אם המתקדשת פנויה או נשואה מה בכך הרי מעידים על אשה זאת שנתקדשה ונחזי אנן אם פנויה היא עיי"ש א"כ ה"נ אף דאין עד השני יודע אם יד של זו או של אחרת מ"מ יודעים שניהם שיד אחת קבלה קידושין וגוף של יד זו נתקדשה והיה אפשר להחזיק בידה וילך העד שאינו יודע מאיזה אשה לתוך ביתה לראותה א"כ בשעת קידושין הוי מקדש בעדים אלא דאח"כ ליכא רק ע"א והוי כאשתו זינתה בע"א ואם היא מודה הוי כאומרת נתקדשתי בפני שני עדים ואף דעדים א"י אם שמעה לא אמר דזה עצמה יהא כמקדש בל"ע אפילו היא מודה ששמעה

משום דדוקא לא שמעה ולא נתכונה לקידושין כמבואר ברשב"א שם ועיין לעיל סימן כ"ז ס"ג בהג"ה דאם נתן לה סתם ושניהם מודים שכוונו לשם קידושין הוי קידושין וא"כ הוי ס"ס שמא שמעה ואת"ל לא שמעה אפשר נתכונה לקידושין דלא לחנם פשטה ידה דרך החור ואפשר הרגישה שיתן לה לקידושין לכן דוקא כשיש לה מגו שו"ר באב"מ סימן ל"א סק"ד כתב נמי אף שאין העדים מכירים המתקדשת מ"מ כיון שיכולין להחזיק בה ולראותה הוי מקדש בפני עדים וכשמודה אח"כ דהיא היא מקודשת גמורה עיי"ש ודברי הרשב"א הללו ראיה ברורה לזה וכמ"ש.

במרדכי פרק האומר סי' תקל"א כתב הר"ם בתשובה דהיכא דאחד מן העדים לא ראה נתינת הטבעת אין לבטל בכך הקידושין כיון דעד השני ראה דבר מוכיח ובשו"ת רשב"א סימן תש"פ כתב בשנים שהיו עומדין אחורי בית אחד ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו נתינה ממש אפילו ראו האתרוג יוצא מתחת ידה אין כאן חשש של כלום ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין עיי"ש וכתב הב"ש דר"ג ורשב"א פליגי ובחת"ס סי' ק"א כתב דמרדכי מיירי שלא היה בחדר כי אם המקדש והיא וראו הטבעת על ידו ומיד ראו אותו הטבעת על אצבעה דהוי דבר מוכיח והקשה שמא אחר נתינת הטבעת היה האמירה עיי"ש ובחו"י כתב בטעמו של הרשב"א שמא אחר כ"ד של האמירה נתן לה האתרוג עיי"ש סימן י"ט וא"כ קשה נמי על הר"ם מניין יוכיח עד שני שבשעת אמירה נתן לה ונ"ל דבשו"ת רשב"א סימן אלף ק"פ כתב כל שלא אמר בשעת קידושין האמ"ל רק נתן סתם הוי מתנה וכ"כ בח"ר פ"ק דקידושין דף וא"ו עיין מ"ש לעיל סימן כ"ז ס"ג והנה בערך ש"י ליו"ד סימן נ"ה הבאתי שו"ת ר' מנ"ע וביארתי דבריו דלא אמרינן כשעת מציאתן כ"ז שלא נעשה דבר הגורם שישתנה החזקה דמעיקרא דכל מה שיש לתלות דנשתנה באיחור הזמן תלינן אבל כשידענו סבה שאפשר גרמה ההשתנות ואח"כ חזינן שנשתנה ולא העני אימת אמרינן בכל דבר כשעת מציאתן וודאי בשעת הסבה נעשה כמו שנמצא עתה עיי"ש וא"כ כאן האמירה דקידושין היא הסבה שיתן לה כסף הקידושין א"כ כמו שנמצא טבעת הקידושין עתה בידה וודאי כן היה בשעת אמירת הקידושין אבל לומר דקודם אמירת הקידושין היה בידה כמו עתה ל"ל דהא לפני אמירת הקידושין לא ידענו משום סבה שיגרם ליתן לה ומוקמינן אחזקה דמעיקרא שלא יצא הטבעת מרשותי עד האמירה אלא דזה רק מכח חזקה דמעיקרא או מכח חזקה דהשתא כשעת מציאתו והרי האשה היה לה חזקת פנויה ואיתא בשו"ת מיימוני לספר נשים סימן ג' דגם בדבר שבערוה נאמן ע"א היכא דלא איתחזיק איסורא עיי"ש שהוא תשובת הר"ם נמי וא"כ הכא דנגד חזקת פנויה יש חזקה ממילא מהימן ע"א שראה הנתינה

לידה ממש בשעת אמירה ובשו"ת הרשב"א דהשני עדים לא ראו הנתינה בשעת אמירה לא מהני הידיעה שבא האתרוג מידו לידה דשמא נתן לה האתרוג לפני האמירה או אח"כ ולא דמי לעדי יחוד דליכא שום ספק וודאי בא עליה לשם קידושין מחמת חזקה דא"א עושה בב"ז לכן הידיעה הוי כראיה וא"ל דנגד חזקה דמעיקרא דטבעת יש חזקה דהשתא וגם יש חזקת פנויה ונימא הכא תרתי והתם חדא כדאית' ברפ"ק דנדה דף ב' ע"ב דלק"מ דהא כתבו תוספת שם בד"ה התם דדוקא במקוה משים דרגילות להתחסר מעט מעט איכא למימר דמעיקרא חסר אבל בנגע דרגילות להתחסר בבת אחת פחות מכגריס אמרינן השתא הוא דחסר ואוקי הנגע בחזקת שלם ביציאת כהן מן הבית ואדם הנכנס שם טמא ולא אמרינן הכא תרתי חזקת טהור גברא והרי חסר הנגע השתא.

א"צ דו"ח הנה כתבו הטעם משום דבכלל ד"מ הוא והר"ן פרק מי שאחזו כתב על התוספת' שברי"ף שם נתייחד בפני ע"א שחרית ובפני עד אחד ערבית א"צ גט משום דגבי אישות דשייך בד"נ בבת אחת בעינן ועיי"ש וא"כ קשה דנצריך דו"ח כד"נ עוד הקשו מההיא תוספת' לר"פ דס"ל מקדש בע"א חל"ק ונ"ל לפימ"ש בנמ"י פחז"ה אהא דההוא גברא דדר בקשתא דלא אמרינן מגו אלא במלתא דבתר דמהימן משום מגו שוב ליכא ספקא אבל במלתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי אם לקחה המוכר וזה המערער לא אמרינן מגו דלא מפיו אנו חיין כל כך להאמין לו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ולמעטן שהמוכר לו לקחה הן המערער וכ"כ המפרשים עכ"ל וה"נ נהי דנאמן ע"א לר"פ לא עדיף ע"א ממנו דהא נאמן במגו נגד ע"א כשאינו משואי"ל כדאית' בחו"מ סימן ניח סוף ס"א לכן לא נאמין לו כ"כ עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר מדנתייחד ודאי בעל וא"א עושה בב"ז וקידשה בביאה והרי סברות הללו קלושין דגם בנתייחד לפני שני עדים א"צ גט רק מספק כדלקמן סימן קמ"ט לכן בנתייחד לפני ע"א גם ר"פ מודה דאחל"ק וכיון דנתיחד לפני ע"א לכ"ע אחל"ק תו אין לצרף עד שני שנתייחד לפניו בערב לחוש לקידושין משום חזקה בעל וחזקה אינו עושה בב"ז דהרי קמן דאתרע אותן חזקות לגבי האי גברא לפ' דבשי עד הראשון דאז לא הוי קידושין וע"כ או דלא בעל או דעשה בעילת זנות ה"נ אפשר ביחוד השני ואין להוציאה מחזקת פנויה.

ולפ"ז מה שכתב המחבר לעיל ס"ב דאפילו קדשה בפני ע"א ואח"כ קדשה בפני ע"א זה שלא בפני זה אינה מקודשת ליכא למילף מהאי תוספת' דלא נשנית רק בנתייחד וצ"ל דבלא"ה סברא היא למאי דפסק המחבר דמקדש בע"א אחנ"ק דהא דקי"ל ע"א מעיד על שהלוהו מנה היום וע"א מעיד שהלוהו מנה אתמול דמצטרפין משום דלא חשידי שנים

ששניהם ישקרו דעכ"פ חד מהם קושטא קאמר ולכן חייב מנה אבל חד מהם אפשר משקר ועיין קצו"ח סי' למ"ד סק"ח ונה"מ סימן נ"א ססק"א וא"כ לא נשאר לנו רק ע"א ומקדש בע"א אפילו וודאי אמת אינן קידושין ועדיין קשה דתהא מקודשת מספק שמא קושטא מעיד גם השני אפילו האשה אינה יודעת כגון שהעידו שקבל אביה קידושין וכ"ש כשמודים האיש והאשה וצ"ל כמו שתירץ בתשובת מי"ב סימן נ"א כיון דעידי קידושין עידי קנין הן לא מצטרפי דלא בשחרית היה קנין שלם ולא בערבית עיי"ש ומ"מ ליכא ילפותא לזה מהתוספת' וברמב"ם פ"י מה"ג הי"ז כתב המגרש אשתו וחזר ובעלה בפני עדים הר"ז בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות לפיכך הר"ז בחזקת מקודשת קידושי ודאי נתייחד עמה בפני עדים והוא שיהיו שני העדים כאחד צריכה גט מספק עיי"ש ונשמע דוקא אם לא ראו שבעל צריך שיהא בלא צירוף אבל בראו שבעל מצטרפין אפילו לא היו שני העדים ביחד ונהי די"ל דגם בראו שבעל צריך שיעידו שניהם על מעשה אחד אלא דהעדים לא ראו זה את זה ובנתייחד צריך שיהיו רואין כאחד דהיינו שיראו זה את זה מ"מ תדנן דהדינין מחולקין ומשום דמתוספת' אין ראיה רק ליחוד וכמ"ש ומ"מ צריך טעם לחלק ונראה דהא דכתב שיהיו שני העדים כאחד היינו שלא יעיד אחד על יחוד בקר והשני על יחוד ערב דהא מקורו מהתוספת' דפ"ה דגיטין ושם מפורש כן א"כ י"ל דס"ל דלקידושין אין דינו בד"נ וכמו שהוכיח המ"ב שם אלא ס"ל לרמב"ם בשלמא ביחוד א"א לצרפם אפילו לעשות ספק קידושין דמה דביחוד לפני שני עדים הוי ספק קידושין אף דיש חזקת פנויה משום חזקה אש בנעורת היינו דוקא כשי"ל דבעל וקידש דלא עשה ב"ז משא"כ בנתייחדו ב"פ וכל יחוד רק לפני ע"א ע"כ יחוד ראשון לא היה אפשר לקדש דקי"ל מקדש בע"א אינו כלום א"כ אמרינן דלא בעל שלא יעשה בעילה זנות דהא חזקה דא"א עושה ביז אלים טובא לרמב"ם יותר מחזקה דאש בנעורת דהא בבעל לפני שני עדים מקודשת ודאי ובנתייחד הוי רק ספק קידושין דשמא לא בעל וגם דהחזקה דאש בנעורת לא עדיף מרובא והוי רוב התלוי במעשה כיון דבאיסור הואי וממילא גם על ידי יחוד שני א"א לעשות קידושין נהי דאז ע"י צירוף הויין שני עדים על היחוד אבל על הבעילה ליכא צירוף דהא אמרינן בפעם ראשון לא בעל א"כ אאת"ל דבעל בפעם ב' אינן קידושין משא"כ בבעל לפני ע"א בבקר ולפני עד שני בערב יש צירוף שני עדים על בעילה בפעם ב' ול"ל הרי בעל ב"ז בפעם ראשון הא הרמב"ם אסברה לן שם דין י"ז דא"א עושה ב"ז משום דבידו לעשות בעילת מלוה א"כ י"ל דפעם ראשון לא היה בידו לעשות בעילת מצוה משום דלא היה מצוי לו רק ע"א לכן בעל בלא קידושין אבל בערב דכבר יש שני עדים על בעילה ע"י צירוף ובידו לעשות

בעילת מצוה אמרינן דבעל לקידושין וא"ל משום דאין דרכו של הרמב"ם לכתוב רק מה שנמצא מפורש והא דצריך שיהיו העדים כאחד מפורש בתוספת' לכן נקטו לענין כמו שהוא בתוספת' דאין זה מספיק דא"כ ה"ל לסדר תחלה דין דנתייחד דצריך שיהיו השני עדים כאחד והדר יכתוב בראו העדים דבעל דאז היה אפשר לומר דגם בבעל בפני עדים מיירי כמו ברישא וצ"ע כי לא ראיתי בשום מחבר שנתעורר בזה.

ויש לפקפק איך בבעל לפני ע"א שחרית ולפני ע"א בערב יצורפו כיון דהצירוף נעשה רק בערב דלא היו בשחרית שני עדים ואפילו קידשה בשחרית אינו כלום נמצא עד ראשון אינו מעיד ככל על קידושין א"כ נהי דע"י צירוף יש שני עדים על בעילה אבל על קידושין רק עד שני והא מקדש בע"א אינו כלום וגם זה קשה על הר"ן דמאי ק"ל שיצטרפו עדי היחוד דאין זה דומה לצירוף הלואה אחר הלואה כלל.

ונ"ל לפימ"ש הר"ן בפרק המגרש אף דקי"ל עמ"ם וליכא רק ע"ח מ"מ ע"י חתומה אנן סהדי דמסר לה הגט והוי כע"מ ה"נ כיון דע"י צירוף עדי יחוד ידעינו דנתייחד עמה ואנן סהדי דבעל וא"א עושה בב"ז אנן סהדי דקידשה וגם האיש והאשה כיון דבפעם שני ידעי דיש ע"י צירוף שני עדים ובידם אז לבעול בעילת מצוה ודאי היה בדעתם על קידושין כיון דע"י אנן סהדי חלין הקידושין וכל זה להר"ן דגם ביחוד וודאי בעל וודאי קידש אבל להרמב"ם דרק בבעל ודאי קידש אבל ביחוד הוי רק ספק בעל א"כ ל"ל ע"י צירוף עדי יחוד אנן סהדי דבעל וקידש דהא אפילו בנתייחד לפני שני עדים שהיו ביחד הוי רק ספק א"כ ל"ל אנן סהדי ולכן דוקא בכת יחדו לפני שני עדים ביחד הצריכו נט מספק שמא בעל

ועדיין קשה הא בהלואה אחר הלואה שכל אחד מעיד שהלווהו מנה מצטרפין לחייב רק מנה אחת וע"כ דחיישינן דחד משקר א"כ לא ידעינן איזה מהם אמת א"כ הכא נהי דאנן סהדי דחד אומר אמת שמא עד ראשון מעיד אמת שבעל לפניו והשני משקר והרי לפני עד זה בבקר לא היה עדיין צירוף ולא חלו הקידושין ואיך כשבא עד שני אח"כ והעיד שבעל לפניו בערב יחולו למפרע קידושי בקר ורמב"ם כתב דהוי קידושי ודאי ואפשר ליישב עפימ"ש קצו"ח סימן למ"ד סק"ט.

ויותר נראה דכיון דא"א עושה בב"ז ודאי לשם קידושין בעיל גם לפני עד ראשון אף דאין קידושין בע"א עכצ"ל דטעה וסבר דמהני או אפילו בא טעה מ"מ אינו דומה בועל שלא לשם קידושין כלל דזה ודאי ביאת זנות משא"כ אם לשם קידושין בעיל אף דלא מתקדשה בזה מ"מ הוא שלא לשם זנות בעיל וכן משמע מרדב"ז ח"א סימן מ"ה שכתב בראובן ששדך בתו קטנה והלך למדה"י ובאים אמה ואחיה להשיאה דמותר לברך אף

לדעת הפוסקים שאינן קידושין כלל ואפילו מיאון א"צ ואפילו נתרצה אביה בזנות ומותר לקיימה דלא היי כפנויה אין הברכות לבטלה וא"כ כיון דע"י צירוף העדים אנן סהדי דלשם קידושין בעיל פעם אחת עכ"פ שפיר מקודשת למפרע דהא דמקדש בע"א אינו כלום היינו אם לעולם ליכא על ידי העד אנן סהדי כיון דע"א לא האמינה תורה אבל כאן דאנן סהדי דלשם קידושין בעיל שפיר הוי קידושין משא"כ אם נתייחד לפני ע"א בבקר ולפני ע"א בערב אף דע"י צירופן אנן סהדי דנתייחד מ"מ כיון דאין קידושין בע"א שמא לא בעיל דלא רצה לבעול אם ליכא קידושין גמורין לפני שני עדים כיון דאפי' לתייחד לפני שני עדים אינו רק ספק בעל משום דאז יש מקום יותר להסתפק משום דאש בנעורת ובידו לבעול שיהא קידושין באמת שנתחרט על מה שגרשה ורוצה שתהא אשתו ואגידה בו כדמעיקרא ועוד הא דבעדות מיוחדת מצרפין בד"מ אינו ודאי גמור דהרי בד"נ לא מהני צירוף ועיין תשב"ץ ח"א ענין ע"ז דכיון שכל עד אינך יודע בעדות חברו יש לחוש קצת דשניהן משקרין וא"כ כיון דלרמב"ם אפילו נתייחד לפני שני עדים שהיו ביחד ליכא רק ספק בעל מסתיין כשהיו העדים ביחד לעשות ספק ובתומים סימן למ"ד סקי"א נסתפק אם עדות מיוחדת בממון מצטרפין מד"ת ונה"מ בסימן מ"ו כתב בשם תומים דרק מדרבנן מצטרפין.

ודברי רדב"ז הנ"ל מבואר ברא"ש פרק שני דקידושין סימן חי"ת עיי"ש ועיין ב"ש לעיל סימן א' סק"ד ובד"מ שם כתב דגם הרמב"ם הכי ס"ל ובעצי ארזים שם כתב דהא דבקטן שנשא כתב הרמב"ם דהוי כזנות היינו משום שאינו ראוי להוליד אבל זולת זה מודה דאינו כזנות אף דאין קידושיו קידושין כיון דמ"מ דרך קידושין היא אצלו

ומ"ש לעיל כיון דע"י צירוף העדים אנן סהדי דלשם קידושין בעל מ"ח שפיר מקודשת למפרע נראה ראיה לזה מדברי הרא"ה שבריב"ש קל"ג והסכים שם עמו ותשובת מיימני שהביא הב"ש לעיל ס"ס כ"א דאם דר עמה כאיש ואשתו ולא היו עדי יחוד י"ל דהוה כעדי יחוד ונוב"ת סי' נ"ב הקשה נהי דהוה כידוע שבעל אותה מה בכך שאנו יודעים שבמשך הזמן בועל אותה אבל קידושין צריך עדות בשעת קידושין ועל איזה שעה יועיל מה שאנו יודעים שבודאי בעל אותה ואין אנו יודעים באיזה זמן עיי"ש מה שתירץ וכבר השיגוהו הגדולים על תירוצו כמבואר בשו"ת הרא"ם ח"ג ובשו"ת גא"י חא"ע סימן ל"ה הביא ראיה להרא"ה ותשובת מיימני ממ"ש תוספת ביבמות דף מ"ה ע"ב בד"ה מי לא טבלה לנדתה דהקשו תוספת הא גר צריך שלשה ותרצו כיון דידוע לכל שטבלה כאלו עמדו שם דמי עיי"ש הרי אף דבשעת הטבילה לא ראה שום איש וצריכה שלשה אנשים מ"מ כוון שידוע אח"כ דודאי טבלה באיזה זמן הוי כעמדו שם בשעת טבילה וכן הראה

ותשובת מיימני, ס"ל כיון דידוע דבאיזה זמן בעל אותה אף שבשעת בעילה לא נודע דהא ליכא עדי יחוד מ"מ הוי למפרע כאלו היו עדים בשעת בעילה.

ובירושלמי ריש סוטה קינא לה בע"א שחרית ובע"א בין ערבים מאחר שהוא איש והיא אשה אין קינויו קינוי או יובא כהדא אין מקבלין את העדים אלא אם ראו שניהן כאחת ריב"ק אומר אפילו בזאח"ז וכתב הב"י בחו"מ סימן למ"ד דירושלמי השאיר בספק והגיה אף שהוא איש והיא אשה דלאותה אשה שקינא האיש בשחרית קינא אותו איש בערבית עיי"ש ודחוק דודאי אם אין זה האיש או זאת האשה אצ"ל דאין קינוי ונראה דהכונה מאחר שהוא איש והיא אשה וכתיב כי יקח איש אשה ומצא בה ערות דבר וילפינן דבר דבר דצריך שני עדים א"כ ה"נ כיון דהוא מילי דאישות צריך שני עדים ובכל פעם לא קינא רק לפני ע"א ואין אחד יודע מחברו שמא שניהם משקרים או תליא בפלוגתא דת"ק וריב"ק דבממון מצטרפין וה"נ כממון דמי ועכ"פ כיון דעלתה בספק י"ל מש"ה בנתייחד לפני ע"א והדר בפני ע"א כיון דאפילו נתייחד לפני שני עדים ביחד אינו רק ספק בטל לכן בצירוף דהוי ל"כ ספק אם מצטרפין הוי ס"ס משא"כ בבעל לכן בבעל כתב רמב"ם בעל לפני עדים ולא ביאר דצ"ל ביחד לכן סיים דהר"ז בחזקת מקודשת ודאי וצריכה גט דקשה אם מקודשת ודאי אצ"ל דצ"ג אלא דאם ראו השני עדים ביחד מקודשת ודאי וע"י צירוף עכ"פ צ"ג.

מצאו כתוב בשטר רשב"א בח"א סימן אלף רי"א כתב דשטר קידושין שנכתב שלא מדעת האשה לראיה שנתקדשה בכסף לפניהם פסול מגזה"כ וב"מ הקשה מפ"ק דקידושין טי"ת ע"ב ובפרק הנושא דנדחק הש"ס לאוקים מתניתין דאין כותבין שטר אירוסין אלא מדעת שניהם או כרב גידל ונפשנו דנתנו לכתוב או כהאומר ששטר שמתקדשת בו פסול כשנכתב שלא מדעתה הא לא נפשט מידי די"ל דשטר אירוסין היינו שטר ראיות קידושין שנעשה בפניהם עיי"ש ולק"מ דמבואר בנו"ב חא"ע סימן נ"א דב"ד יכולים לכתוב ובנה"מ סי' כ"ו וקצו"ח סי' רכ"ג הביאו אותו והסכימו לדבריו דא"צ דעת האשה וא"כ איך פסיק ותני דאין כותבין שטר אירוסין אם מיירי בשטר ראיה הא שלשה יכולין לכתוב בעל כרחם דאיש ואשה לראיה ומוכרח דמיירי בשטר המתקדשת בו דגם ב"ד אין כותבין דמקשינן ויצאה והיתה או בשטרי פסיקתא משום דניחא להו שתהא כמלוה ע"פ ולא כמלוה בשטר כמו שפרש"י וא"כ גם ב"ד של שלשה אין כותבין בע"כ.

בשו"ת דברי ריבות סי' קמ"ו כתב בשטר קידושין שיש בו זמן כיון שאין ראוי למוסרו לבעלים דדילמא מחקי לזמן אם תזנה כדי שיחפה עליה הוי כפנקס בעלמא ולא כנחקרה עדותן בב"ד ופסול דהוי מפ"כ כמ"ש הרי"ף בפד"א והרמב"ן ורשב"א מעידים שדעת

הרי"ף כדעת הראב"ד והרז"ה דבשאר שטרות כיון שבשעת חתימת העדים חתמו כדי להניחם ביד בעל השטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד אבל הכא שא"י להתעכב ביד המקדש או המתקדשת ויכולים לכבוש אותו חשוב מפ"כ את"ד והנה בשו"ת הרשב"א הנ"ל צ"ל דמיירי בלא נכתב בו זמן ובד"ר סי' רכ"ז כתב דשו"ת הרשב"א הנ"ל דמכשיר בנכתב מדעת המתחייב מיירי שמעידים בע"פ שחתמו מדעת המתחייב ואב"מ תמה דא"כ מה נעשה בכל השטרות ממקח והלואה שמתו העדים או הלכו למדה"י ולא העידו בע"פ ואגב שיטפיה כ"כ כי הד"ר לא כ"כ רק בשטר קידושין ומ"מ לא נ"ל דברי הד"ר דהתם בפד"א דאמר מפני מה לא תקנו זמן בשטר קידושין משום זנות משום דהיכא לינחיה אם יניחו השטר אצל האיש או האשה מחקי לזמן אם תזנה ואם יהא אצל העדים דלמא לא דכירי ויעידו מפי כתבם בזה שפיר כתבו רי"ף וש"פ כיון דאם יתקנו זמן ע"כ יתקנו שיהא מונח אצל העדים חשוב מפ"כ אבל מאחר שלא תקנו זמן אף שכתבו זמן מעצמם מ"מ רשאים להניחו אצל האיש או האשה דמה אכפת אם ימחקו הזמן הא לא צריך והרי קמן דמסרוהו ליד איש המקדש או המתקדשת ואפשר אפילו אי הוה תק"ח לכתוב זמן לא אמרו דהוי מפ"כ רק כשעשו כתק"ח שנשאר השטר ביד העדים אבל השתא הכא שנתנו השטר ליד בע"ד ל"ח כלל מפ"כ וכ"ש עכשיו דלא הקנו כלל זמן ונמסר ליד בע"ד ואגלאי למפרע דאדעתא דהכי נכתב אף דכתבו זמן ואפשר שימחוק הזמן מ"מ כתבו זמן דנ"מ אם לא תזנה ותקבל קידושין אח"כ או קודם או תבעל לא יאפה עליה כשתזנה שו"ר בקצו"ח סי' ס"א סק"א דחה ג"כ דברי דה"ר ונתיבות שם דעתו כהד"ר ובושובב נתיבות חיזק דברי עצמו.

במהרי"ק שרש ע"ד יש תשובה מקדמון אחד דשטר קידושין חתום בעדים אפילו לא נתקיים והע"ח אומרים לא חתמנו אין מרעין להשטר מן התורה משום דד"ת עדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן והביא כן מירושלמי פ"י דשביעית וכ"כ בחידושי ר"ן פרק איזהו נשך דף ע"ב בשם רמב"ן דהירושלמי מיירי באין כת"י יוצא ממ"א ובש"ך סי' מ"ו סק"ט הביא נמי מתשובת מיימוני ספר שופטים סי' י"ב ור"ן בר"ה ונמ"י פא"נ והדבר תמוה וכי מפני דמה"ה א"צ קיום דלא חצוף אינש לזייף לא יהיו עדים נאמנים וכשמעידים על אחד שעד"ז נהרג ע"י כמו שתמה בתומים שם.

ונ"ל משום דמן התורה צריך עדות שאתה יכול להזימן הרי דלא האמינה תורה לעדים כשא"א להזימן והזימה לא שייך רק כשמעידים על מעשה שנעשה דיתכן שנעשה במקום פלוני וביום פלוני ואפשר להזימן הלא עמנו הייתם במקום אחר אותו יום אבל לא חתמנו כ"ש בה הזמה אבל ע"ח שעל השטר אם כתוב בו בזמנו כתבנוהו שייך בה

הזמה ואפילו להרז"ה דאין נענשין בכאשר זמם מ"מ ע"י הזמה נפסלין כדאית' בש"ך סי' ל"ח ואף דמשכחת שיבואו עדים ויאמרו ראינו שחתמתם על השטר אין זה הזמה רק הכחשה ותרי ותרי קי"ל כל כת באה בפ"ע ומעידה כדאית' פחז"ה דף ל"א לכן לא מהימנו מן התורה לומר לא חתמנו משא"כ כשמעידין על איש שעמ"ז דאפשר להזימן האמינם תורה ולפ"ז נראה אם לא נכתב בשטר בזמנו כתבנוהו דאזי א"א להזימן דאם יאמרו המזימון באותו יום הכתוב בשטר עמנו הייתם י"ל אחרנוהו רק מדרבנן כשר כדאית' בסנהדרין ר"פ אד"מ א"כ כשאמרו לא חתמנו נאמנים מן התורה כיון דגם ע"ח שבשטר א"א להזימן אבל משים דמדרבנן צריך קיום אינו פסול רק מספק אך בקידושין ל"ל. דאחרוהו וכתבוהו דשט"ח מאוחר כשר משום דהורע כחו של מלוה שלא יגבה מלקוחות שקנו קודם אבל בשטר קידושין נ"מ בזמנו אם קבלה קידושין לפני זמן הכתוב בו מאחר אם זינתה אלא אם לא כתבו זמן כלל א"א להזימן ואזי י"ל אם אמרו הע"ח לא חתמנו מהימנו.

ס"ה בפס"ע דרבנן דעת הרי"ף דאינן קידושין כלל משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש וש"פ חלקו עליו וס"ל דהוי קידושין וצריכה גט כדכתב המחבר כאן ובשו"ת בשמים ראש תשובה לקדמון אחד שמו ר' אליעזר בר' יואל הלוי ואפשר הוא ראבי' הנזכר בפוסקים כתב דהמקדש בפס"מ דרבנן דעתו נוטה שאין זה כמו גזרה דרבנן אלא דחכמים חזו ודקו בהני אינשי דלא מעלי ותו כיון דקי"ל דבעי הכרזה ואינהו קמבזי נפשם ואין חוזרים בהם חזינן דעבדי טובא בשביל ממון ואפילו להחזיק בממון ולהשביע על ידם לא חשו חכמים לעדותם לכן הוי פסולי דאורייתא כרשע דחמס אלא שכתבו בשם תשובת הרי"ף ז"ל דחשש להוי ונראה דה"ד בשניהם מודים לא זולת ואף בזה אין דעתי מסכמה דע"א ל"א אפי' תרוייהו מודי אף דקם הוא לשבועה והנהו אפילו לשבועה לא קמו ואם איתא נמי דרבנן הוא דנהגו בו מנהג פסול ה"ל לתקופי כחם כעד אחד וישבע הוא נגדם את"ד וצ"ע דהא תשובת הרי"ף דאין הקידושין כלל ואפשר נהי דלהלכה כתב דאפקיענהו רבנן לקידושין מ"מ למעשה חשש כששאל על מעשה נמצא דיש חילוק בין פס"ע דרבנן מחמת אומנתם וחימוד ממון ובין פס"ע דרבנן מחמת קורבה כגון בקרובי אישות מחמת אמם דכתב הנוב"ת חא"ע סי' מ"ו דלכ"ע רק מדבריהם פסולין דבזה לא אמר ראבי' ובפס"ע מחמת עברה שנפסלי מדרבנן יש חילוק בין שניהם מודים או לא לאותו תשובה שהביא הראבי' ונ"מ בנתקדשה לראשון בפס"ע דרבנן מחמת עברה והדר נתקדשה בפס"ע דרבנן מחמת קורבה דאישות מחמת אמם או כשנתקדשה שתי פעמים

לפני פס"ע דרבנן מחמת עברה אלא דאין מודים בקידושי ראשון דבכ"ז ליכא לפוטרה בלא גט מן השני בממ"נ.

סימן מג

ס"א קטן שקידש במל"מ פ"ד מה"א ה"ז נסתפק בקטן שקידש שיחולו הקידושין לאחר שיגדיל כיון דזמן ממילא קאתי אי מהני והביא פי' רש"י מיבמות דף נ"ד בקידש יום אחד לפני שנת י"ג שיחול כשיגדיל דמהני ונתקשה למה דוקא יום אחד ונראה נהי דזמן ממילא קאתי מ"מ מיתה שכיח ואינו ברשותו שיחיו אז אך מיתה דחד יומא לא שכיח כמ"ש ת"י בפ"ק דיומא דף י"ג והא דהאמ"ל לאחר ל"י מהני משום דבידו לקדשה עכשיו.

דלא תקנו רבנן נשואין לקטן כתב מהרי"ק שורש ל"ב ר' נתן המכירי שאל לרבינו יצחק בר' יהודא בן י"א שנה שקידש לו אביו אשה בטבעת ועדים אם ימאן אם צריכה גט והשיב שצריכה גט שמצינו בכ"מ שזכין לאדם שלא בפניו ובראב"ן דף קמ"ט הובא באב"מ הלשון שצריכה גט משום שזכין לאדם שלא בפניו וזה גלוי הוא שזכות הוא לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת עכ"ל ומהרי"ט ח"ב סמ"א הביא כמה ראיות מהש"ס דלא כותיה וכן בנו"ב ולפימ"ש תה"ד ס"ס קפ"ח דמידי דצריך שליחות לא אמרינן זכין שלא בפניו אלא אם אנן סהדי בשעת מעשה אם הוי ידע הוה ניחא לו וכתבתי לעיל סי' ל"ה ס"ג דאם הסברא נוטה יותר דזכות הוא לו עושה עכ"פ לספק והנה איתי' במרדכי הובא בד"מ סי' ל"ז אף דלדין הש"ס אסור לקדש בתו הקטנה עד שתגדיל ותאמר בפלוני אני רוצה מ"מ האידנא דאנן מעוטי עמים חיישינן שמא יקדימנו אחר וכ"כ רמ"א שם ס"ח די"א דנוהגין בזמן הזה לקדש בנותינו הקטנות משום שאנו בגלות ואין לנו תמיד סיפוק כדי צרכי נדוניא גם אנו מתי מעטו ואין מוצאין תמיד זיוג הגון וכן נוהגין עכ"ל ואם כן אין שום קושיא מהש"ס דאז לא היה דבר גלוי שזכות היא לו לאדם שמקהשין לו אשה הוגנת כיון דבניקל למצא זיווג הגון אפשר אם היה גדול היה מדייק ונסיב אחרת משא"כ עכשיו דאין מוצאין תמיד זיוג הגון והאב ודאי עושה כל טצדקי לטובת בני ישראל אם ימתין עד שיגדיל לא יזדמן לו זיוג הגון כזו ושמא יקדמנו אחר באשה זאת וכמ"ש שזה גלוי הוא שזכות הוא לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת לכן הצריכה גט ומה שהקשה ר"י בנו של הנו"ב והובא בנוב"ת סי' עין מנזיר דף י"ב דכל מידי דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח מיושב שפיר במה שכתבתי לעיל סי' ל"ה בד"ה לשדכה מן התוס' גיטין דף ס"ו ע"ב דהיכא דעשה שליח גרע דאז אם לא מועיל מדין שליחות לא מהני משא"כ כשלא עשה שליח מהני שפיר מטעם זכין לאדם שלא בפניו ואם נאמר דלאו קידושי ודאי תן רק ספק צ"ל דס"ל לרי"ל גם בספק י"ל זכין שלא בפניו כיון דמשום

שמא יקדמנו אחר טרם שיגדל הוא ובנתקדשה לו מספק אגידא גביה דלא תתקדש לאחר בלא גט ממנו וגם אחר לא יקדשה כיון דצריכה גט ואפשר ס"ל לרי"ל דודאי זכות הוא כמו שנראה לשונו שכתב וזה גלוי הוא שזכות הוא לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת והכי מסתבר דלא על חנם קידש לו אביו אשה בקטנותו אלא דדייק לטובת בנו שאשה זו הגונה לו ושמא יקדמנו אחר ומ"מ מאחר שכשהגדיל ממאן בה י"ל דנעשה ספק דשמא יש ברירה והוברר למפרע דאין דעתו ורצונו בה ומה דנקט טבעת ועדים נראה דאם ליכא רק עד אחד אף דלכ"פ חוששין לקידושין מ"מ בכה"ג דליכא רק ספק אפילו בשני עדים אין חוששין בע"א דהוי ס"ס וטבעת נקט דאם קידשה בדבר מאכל וכבר נאכל או במעות דסתמא להוציאן לא היה חושש לטעם שני שמא נתרצה אחר י"ב שנים דבפרק יש בכור דף מ"ט בפודה בנו תוך ל"י ונתאכלו המעות דס"ל לשמואל דאין בנו פדוי כיון דאין בידו לעדותו מיד וה"נ דבקטנותו אין בידו לקדש מעכשיו לכן נקט טבעת דתכשיט הוא וסתמא ישנה בידה כשהגדיל ונתרצה.

ובשו"ת מהר"ם אלשיך סי' ד' כתב דהקשו על הרי"צ שאין זה זכות דאוסרו בקרובוהיה ואף דהה"מ בפ"ד מזכיה כתב דלאו חוב גמור הוא דרוצה הוא לישא אשה זו וליתסר בקרובותיה מלישב בטל דמצוה קעביד ה"ד בגדול אבל קטן דלאו בר מצוה הוא הויא ליה חוב גמור דמיתסר בקרובת שלה ולא עביד מצוה ועברה נמי קעביד עכ"ל ולפימ"ש דהשתא זכות הוא לו ובשו"ת מהר"י מינץ סי' ב' הביא לשון הג"ה בסמ"ק על הא דרב דאסור לקדש בתו קטנה דהני מילי בימיהם שהיו ישראל מרובים במקום אחד אבל עתה שאנו מתי מעט רגילין לקדש אפילו כשהיא קטנה שמא יקדמנו אחר עכ"ל וא"כ גם בקטן נהי דאינו בר מצוה זכות הוא לו שמא יקדימנו אחר ולא ישינה כשיגדיל ויהא בר מצוה ובהני מתורץ קושית חתנו של הנו"ב בסי' ס"ג למה תקנו נשואין בחרש הרי יכול להיות בו קידושי תורה ע"י פקח גם גדולל הוא דחרש כשם שכונס כך מוציא והרי משכחת שכונס ואינו מוציא אם קידש לו אחר דהוי קידושי תורה עיי"ש ולפימ"ש א"ש דבחרש דאינו בר מצות שפיר הוי לו חוב דמתסר בקרובותיה דאף דאינו בר ווצות ובר עונשין מ"מ אסור להאכילו איסור כדאית' בהה"מ כ"כ מה"ש הובא בב"י א"ח סימן רס"ו ובפתיחה כוללת להפרמ"ג על א"ח ריש ח"ש ובחרש ל"ל שיהא לו זכות משום דתהא מוכנת לו כשיהא בר דעת דהא בר"פ חרש מבואר דלא אתי לכלל דעת וכן הוא בר"פ ווי שהחשיך ואע"ג דהר"ן בפרק השולח כתב מכאן נ"ל דמאי דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו כל שהדבר בעצמו זכות אע"פ שנמשך מהנו חיב זכה וקנה אף שהחוב יתר על

הזכות הא סיים שם דאפשר לדחות ובנה"ך יו"ד סימן קכ"ג כתב דדוקא אם החוב אינו בא מזיד עיי"ש.

ומהר"ם אלשיך שם הקשה על הרי"ץ מפ"ק דקידושין דף י"ט דמייתי ברייתא איש אשר ינאף א"א פרט לאשת קטן ורצה הש"ס להוכיח דמייעד אדם לבנו קטן ודחי' ר"א דמיירי ביבם בן טי"ת ואם אב יכול לקדש אשה לבנו קטן הרי משכחת אשת קטן בכה"ג וכן מהרי"ט סימן מ"א ושאר פוסקים תפסו על הרי"ץ מהתם ולע"ד י"ל בפשוט דהא כל טעמו של הרי"ץ דאשה הוגנת זכות לאדם ואיתא בפרק תפ"ה דף כ"ט בהא דר"ש הקולי נשאר שותק בברכת המינים שתים ושלש שעות ופריך למה לא סלקוהו ומתרץ אביי גמירי טובא לא הוי בישא ואף דרבא פליג שם נראה דודאי לא יחלוק לגמרי על קבלתו של אביי אלא דס"ל דגמירי על צד הרוב טבא ל"ה בישא ויזדמן על צד המיעוט לכן הוכרח לתרץ הא דלא סלקוהו משום דמתחיל בה דאל"ה כיון דחזינן ריעותא ורגל"ד יש לחוש למיעוטא וכמו לענין רוב בהמות כשרות אם אירע ריעותא ורגל"ד לא סמכינן ארובא עכ"פ חזינן דהאי גמירי דטבא ל"ה בישא לענין דינא אתמר ולהכי האי קרא דאשר ינאף דכתיב מות יומת הנואף והנאפת דזינתה ברצון אגלאי למפרע דאינה טובה א"כ ל"ל זכין לו שלא בפניו ואינה אשתו וכ"ש כיון דכל הזכות אינו בשעת קטנותו דאינו בר מצוה אלא שיהא לו אשה הוגנת לכשיגדל וכיון שזיכתה טרם שנגדל הרי אינה הוגנת ואדרבה אם היו מועילים הקידושין היתה נאסרת עליו.

וצ"ע מספ"ק דקידושין דארשב"י אפילו צ"ג כל ימיו ומרד באחרונה איבד את הראשונות שנאמר צדקת הצדיק לא הצילני ביום פשעו ומוקי לה ר"ל בתוהא על הראשונות והא גמירי טבא ל"ה בישא וצ"ל גם לאביי מיעוטי דמיעוטי יזדמן אלא דלמיעוט דמעוטי ל"ח כדאיתא בע"ז דף ל"ד ע"ב אפילו לר"מ לכן גם כשחזינן ריעותא לא חיישינן ולרבא מיעוט יזדמן.

וצ"ע בהא דנחלקו הפוסקים ביו"ד סימן ב' בשוחט שהמיר אם חוששין על שחיטתו למפרע ולא העירו להא דאביי דגמירי דטבא לא הוי בישא דדוחק לומר דרבא פליג על מה דגמירי ובהליכות עולם שער ב' כאב כל היכא דאיכא גמירי רוצה לומר מסורת בידינו ממשה בסיני ובקה"י בחלק מדות חכמים כתב דאיכא גמירי שאינן הלל"מ אלא מסורת מרבותינו עיי"ש מ"מ דחוק דרבא יכחיש זה כגמלי, **ועו"ק** דבעד זומם דפליגי אביי ורבא אי למפרע נפסל וגם אביי מודה דאינו נפסל רק משעה שהעיד ולמה לא יפסל למפרע כיון דלאביי גמירי דטבא ליה בישא וצ"ל דשאני עדות דתורה לא פסלה רק משעה שנתברר שעבר בפועל מעשה שנפסל בת דנהי דאגלאי למפרע דלא הוה טבא

מ"מ י"ל דלא עבר בפועל רק יצר מחשבוח לבו רע או עבר רק עברות קלות שאין נפסל בהן ומקלות בא לחמורות כדאיתא בסוכה דף נ"ב ודרכיה דרכי נעם דאם יפסל עדותו למפרע יהיו כל קידושין וגיטין שנעשו בעדותו פסולין למפרע אבל לנידון זכות באשה הוגנת ודאי י"ל אנלאי למפרע דלא היתה טובה ומעותדת להרע והיא ממוצא אני אשה וכו' ובירושלמי פרק היו דורשין איתא דדרש רע"ק טוב אחרית דבר מראשיתו בזמן שהוא טוב מראשיתו אזי טוב באחריתו וזה כסברת אביי דטבא לא הוה בישא ולרבא צ"ל דסתמא דמלתא הכי הוא רק על פי רוב

עוד הקשה רמנ"ח ומהרי"ט שם מב"ב דף קנ"ו דאר"נ אמר שמואל בודקין לקידושין ולגירושין ופריך כיון דבדקוה לקידושין למ"ל למבדקיה לגירושין ולמה לא משני כשקידש לו אביו אשה דמקודשת מן התורה וא"צ בדיקה רק לגירושין וכתב הב"מ דמוכח ברור דליכא חשש קידושי תורה ונ"ל דבגיטין דף ס"ה ס"ל לר"י אמר רב אסי בקטן דנותנין לן חפץ ומחזירו זוכה לאחרים ושמואל ס"ל דאינו זוכה לאחרים ופריך אשמואל דפודין מע"ב ע"י שפחה שלא הביאה שתי שערות וכתב בחידושי ר"ן מאי קושיא כיון דרבה נותן לה המעות לעצמה זוכה וי"ל דלשמואל כיון דס"ל דאינו זוכה לאחרים משמע דס"ל שאין זכיה לקטן מן התורה וכיון שפודין מע"ב אלמא זכיה אית לקטן מדאורייתא והובא בקה"י בתוד"ר אות זיי"ן וברי"ן על הרי"ף כתב דתוס' פסקו כר"י אר"א ולא כשמואל וא"כ לשמואל דלית לו זכיה מה"ת אפילו בדעת אחרת מקנה אותו ה"נ אין זכין לו שלא בפניו דהא הא דקטן זוכה בד"א מקנה לו הוא משום דזכין לו שלא בפניו כמ"ש הה"מ פכ"ט ממכירה וכמ"ש בביאורו קצו"ח בסימן רמ"ג סק"ד ועיי"ש בהה"מ דדעת הרמב"ם דזכין לקטן שלא בפניו או בדעת אחרת מקנה הוא מן התורה.

סימן מד

ס"א וקידש עיין ב"ש סק"א ואביו ועמ"ש לקמן סעיף י"ב.

ס"ב קלושה הרבה וה"נ אם האשה דעתה קלושה הרבה דחוששין לקידושין ומותר לדור עמה כדלעיל סימן א' ס"ג בחמ"ח וב"ש ובסימן ר"ז סי"ד ואם מותר לגרשה עמ"ש לקמן ר"ס קי"ט דמותר מדעתה אם לא נשתטית יותר הבשעת קידושין ועיין תב"ש סימן א' סקנ"א איזה משתנה.

ס"ד וי"א שאיילנות ודאי א"מ כן הוכיחו הסנהדרין דף ס"ט דרצה ר"י להוכיח דאזלינן בד"נ בתר רוב מהא דתניא בת ג"ש ונתקדשת בביאה דאם בא אחרים עליה מומתין ע"י ודלמא איילנות היא ואדעתא הכי לא קידש ומשני בדקבלה עליו הרי בדלא קביל עליו הוי קידושי טעות בלא הכיר בה ויל"ע מאי תועיל בדקביל הא בפרק הזהב דף נ"א א"ר

ע"מ שאין לך עלי אונאה י"ל עליו אונאה דלא ידע דמחל ומינה יליף הרמב"ם בפ"ט ממכירה וטוש"ע בחו"מ סימן רל"ב דהה"ד במום עד שיאמר יידע אני שיש בו מום וע"מ שאין לך עלי ועיי"ש בפרישה ודרישה וא"כ ה"נ בקטנה דלא ידע מה מועיל קבלתו ודוחק לומר דבסנהדרין משני כן אליבא דשמואל דא"כ הל"ל הניחא לשמואל אבל לרב מא"ל ועוד למה מפסקו הפוסקים כרב כיון דסתמא דש"ס בסנהדרין שם כשמואל לכן מזה אפשר אדרבה ראיה לדעה ראשונה שהוא הרמב"ם דמקודשת ומשום דסתמא לא קפיד ואף דבשאר מומין לא אמרינן הכי לעיל סימן ל"ט ס"ה יש לומר דבשלמא במומין נהי דאם באיזה זמן לא תתקבל עליו מחמת המום יכול לגרשה ולמה יקפיד לבטל הקידושין מ"מ שמא ברוב ימים אחר שיהא לו בנים ממנה תמאס בעיניו מחמת המום ולא יוכל לגרשה מחמת הבנים כדאיתא בעירובין ר"פ מי שהוציאו לענין אשה רעה משא"כ באיילנות דאינה יולדת למה יקפיד לבטל הקידושין אולי יהא ערב לו המקח ואם אח"כ לא תתקבל עליו יגרשה וא"כ י"ל בשלמא באונאה או מום במקח דסתמא רוב העולם מקפידין אמרינן אף דזה קיבל עליו משום דלא ידע ואלו ידע לא היה מוחל משא"כ באיילנות דלרמב"ם עפ"י רוב לא קפיד שפיר וי"ל אם קיבל עליו מהני ואף דלאחר שיתוודע לו מקפיד אמרינן השתא נשתנה דעתו ובשעה שקיבל עליו גמר בלבו וכה"ג מחלק הב"ח בסימן רל"ב ס"ז בין אונאה למומין והש"ך דדחה דבריו היינו דבמומין נמי סתמא מקפידין כמו באונאה כמבואר ברמב"ם וטוש"ע שם אבל באיילינות לרמב"ם דסתמא אין מקפידין שפיר י"ל כמ"ש והא דפריך למה מומתין ע"י שמא איילינות הוא היינו שמא כשתגדיל ותהא איילינות יקפיד הבעל מיד כמ"ש הר"א מבורגייל בתוס' ריש יבמות ובזה י"ל גם רמב"ם מודה כיון דחזינן דמקפיד איגלאי למפרע דלגביה מק"ט הוא אבל כשקיבל עליו כבר תו ל"מ הקפדתו אח"כ לבטל הקידושין למפרע.

אך י"ל דלרמב"ם אין הקידושין בטלין אף דקפיד כשנודע לו והא דפריך שמא איילינות ה"ט נהי דרובא דאינשי אין מקפידין מ"מ אם בד"נ לא אזלינן בתר רובא ה"נ י"ל האי גברא מהמועט וקפיד ואדעתא דהכי לא קידש וא"ל דא"כ נימא לעולם בד"נ לא אזלינן בת"ר אבל כאן תרי רובא הן חדא דרובא לאו איילינות וחדא רובא לא אכפת להו שיחולו הקידושין באיילינות די"ל כיון דבכל דוכתא אזלינן בתר רובא ובד"נ לא משום דכתיב והצילו העדה ל"ש אם הוא תרי רובא או חד רובא דמ"מ אפשר נזדמן המיעוט דכמו דכתב הרא"ם הובא בשעה"מ בפ"י ממקואות ובפר"ח יו"ד סימן ק"י בכללי ס"ס דס"ס הבא ספק מגוף אחד וספק הגוף אחר לא מצטרפי להיות ס"ס ה"נ רוב אחד בהאשה דאינה איילונית ורוב אחד בהבעל דלא קפיד לא מצטרפי לסייע זה לזה להחליש המיעוט

כיון דנגד כל מיעוט לישא רק רוב אחד המנגדו ובפ"ק דחולין דף י"א הוכיח דאזלינן בתר רוב ממכה אביו ואמו דדלמא לאו אביו הוא אפילו חבושין בבית אסורים דאין אפטרופס לעריות והרי זנות לא שכיח אפילו שלא בעדים כשיושבת תחת בעלה כמ"ש הרא"ש ריש כתובות באס"ז ועתוס' שם סד"ה שאם וא"כ יש תרי רובא אע"כ אם מן התורה לא מהני רוב הה"ד תרי רובא.

ועכ"פ להי"א דאיילינות ודאי א"מ צ"ע כשקדשה קטנה וקיבל עליו דמוכח מסנהדרין שם דמקודשת וכ"כ התוס' בריש יבמות למה יועיל הא לא ידע דמחיל ואפשר שאני בממון דכיון דלא ידע הוי אסמכתא דסמכה דעתו שלא יהא בו מום או אונאה ובמ"ש המבי"ט ח"א סימן קכ"ו ולפי מ"ש במרדכי וכ"פ דהא דאסמכתא לא קניא הוא רק מדרבנן ולכן בקידושין ל"ל הכי כיון דמדאורייתא ביא ועוד כתב רמב"ן בנדרים פ"ג דבגיטין וקידושין ליכא דין אסמכתא אמנם להרמב"ם א"א לומר דמשום אסמכתא הוא דהא ס"ל במחילה ליכא דין אסמכתא וכ"כ בש"ע חו"מ סימן ר"ז סי"א והרי הכא מיירי במחילה כמו שאמר א' ידע דמחיל וע"כ הכי הוא דלוקח נותן דמים ומושך חפץ שלקח או עכ"פ נתן דמים או מושך ומ"מ בין נתאנה מוכר בין לוקח אמרינן לא ידע דמחיל ומוציא מחברו האונאה וצ"ע על המבי"ט דנחית בה מטעם אסמכתא וא"כ מוכח כרמב"ם מדמהני בשקיבל עליו מה דלא מהני באונאה ובמום ע"כ איילינות אינה כמוס וכמ"ש דלס"ד דהש"ס דבד"נ לא אזלינן בת"ר ר"ל דל"ה קידושין דשמא זה ממיעוטא דקפדי וגם תרי רובא ל"מ אם בד"נ לא אזלינן בתר רובא.

ונראה עוד ראיה דהיכא דמדינא לא אזלינן בתר רובא גם תרי רובא ל"מ מהא מבואר בשו"ת מהרי"ט ח"א שאלה קי"ד דבס"ס אין מוציאין ממון אפילו אתה יכול להרבות ספקות וס"ס והסכים עמו הש"ך בספר תקפו כהן סימן ק"כ ומכח זה העלו אחרונים דאפילו ארבע קי"ל י"ל כמ"ש ברכ"י בחו"מ סימן כ"ה אות נ"ו והרי ס"ס אלים כרוב ובשו"ת הרשב"א סימן ת"א כתב דאפשר עדיף מרוב וא"כ בהרבה ספקות יש תרי רובא וכן בארבע קי"ל וכ"ש אם הקי"ל כמיעוט נגד רוב וצ"ל תרתי קי"ל ויותר הרי יש תרי רובא א"כ ה"נ לס"ד דלא אזלינן בתר רוב בד"נ גם תרי רובא ל"מ ול"ד להא דפ"ק דכתובות דף ט"ו דמחלק בין רוב אחד לתרי רובא דהתם אינו רק משום מעלה עשו ביוחסין כדאיתא התם וכן מה דאמר בע"ז דף למד דר"מ לא חייש במיעוטא דמיעוטא י"ל נמי משום דמדינא סגי ברוב אחד גם לר"מ כמ"ש תוס' בפ"ק דחולין דף י"ב בד"ה פסח.

סי"ב נשתחררה ואח"כ קדשה אחר כן הוא בגיטין מ"ב ב' וכתב הב"ש מדלא בעי בש"ס אלא בנתקדשה אחר השחרור ש"מ דאם נתקדשה לשני קודם השחרור דצד חירות שבה

נתפס לראשון תו אין תופסין קידושי השני את"ד והמקנה ואב"מ כתבו מדאמר בקידושין דף ס"ז ע"ב א"א נמי מניין דאין תופסין בה קידושין ואמרו מדכתיב כל אשר יעשה מכל התועבות האלו ונכרתו הוקשו כל העריות לאחות אשה דלא תפסי בה קידושין וא"כ חצי שפחה וחב"ח דאין הבועלה חייב כרת רק אשם תפסי בה קידושין את"ד ולי קשה מה ס"ד דתפסי קידושין בא"א כיון דקניינו דראשון הוא כדכתיב כי יקח איש אשה וכן בגיטין שם דלא שייר בקניינו ואטו אם מכר אחד קרקעו או חפץ לאחד יוכל למוכרו גוד לאחר אחר שקנה ראשון וצ"ל כיון דאשה אין גופה קנוי לבעלה כדאיתא בפ"ק דקידושין דף וא"ו ע"ב ובהזורק דף ע"ז אין לבעל עליה רק שעבוד לכן ס"ד דקידושין תופסין בה כיון דמקדשה שני הוי כהקדש נגד הראשון וכדאיתא בריש קידושין ובדף זיין שם עיי"ש ברש"י ותוס' והקדש מפקיע מידי שיעבוד כדאיתא בכתובות דף נ"ט ע"ב אך כ"ז לפי י"ת אבל מסיק התם בכתובות דרבנן אלמוה לשיעבודיה דבעל ולא חל ההקדש ועיי"ש בתוספת דכל מיני שיעבוד אלמוה רבנן א"כ בלאו היקש דאחות אשה לא תפסי קידושי שני וגמרא דאמר א"א נמי מכיון דלא תפסי קידושין היינו לפי דזה דהקדש מפקיע ובזה מיושב מה שדקדק המקנה אהא דאמר א"א נמי משמע דלא קשה כל כן כשאר עריות עי"ש ולפימ"ש ה"ט דלאו כל כמינה להפקיע א"ע משיעבוד בעלה ועיין ר"ן סוף נדרים דמדאורייתא לא מהימנה לומר טא"ל דלאו כ"כ להפקעאת עצמה משיעבוד בעלה והנה בח"ש וחב"ח נהי דבלאו קידושי שני אסורה על הראשון מחמת צד עבדות שבה מ"מ וכי בכדי עביד שקידשה אלא דנ"מ אם תשתחרר דלמ"ד גמרי קידושין וכ"פ הרמב"ם וכתב ב"י דממילא גמרי קידושין ואם לא נתקדשה לפני השחרור לשני היתה מותרת לראשון ומשועבדת לו א"כ אם קידשה שני לפני השחרור ממ"נ לא תפסי קידושי שני אה נמי דפקעי קידושין ע"י השחרור הרי גם קידושי שני פקעי ואם גמרו א"כ השני בא להפקיע מן הראשון ואין הקדש מפקיע דאלמוה רבנן לשיעבודיה ואפשר נ"מ אי מקרא ילפינן דאין קידושין תופסין בא"א דאם רק משום דאלמוה רבנן לשיעבוד דבעל י"ל אם קידשה ראשון בפסולי עדות דרבנן או בגזל דרבנן דמ"מ מקודשת מן התורה דלא עקרו רבנן קידושי דאורייתא כמ"ש רוב הפוסקים זולת הרי"ף בתשובה כדלעיל סימן מ"ב בזה י"ל דלא אלמוה רבנן לשיעבודיה כיון דמדרבנן הוי פסולי עדות או גזל לכן רצה הש"ס לילף מקרא דאין קידושין תופסין בא"א.

והנה בריש סימן זה איתא דאם בא פיקח וקידש אשת החרש הפיקחת מקודשת לשני קידושין גמורים אין להקשות איך יפקיע שיעבוד החרש ולא אלמוה רבנן לשעבודו כמו דקונם אין מפקיע מדרבנן אף דקונם איסור דאורייתא די"ל חדא כיון דכשקידש הפיקח

נעשית הקדש מאורייתא על כל העולם לא על החרש לבד ומעיקרא לא היתה אסורה רק מדרבנן בכה"ג מפקיע השעבוד כמ"ש תוס' בפרק אעפ"י שם בהא דפרסוה לאיצטלא אמיתנא ועוד איתא בירושלמי פרק המדיר הובא בר"ן פ' אעפ"י שם דחוב דרבנן נפקע ע"י קונם כמו ממונות עיי"ש ה"נ קידושי חרש רק מדרבנן וי"ל משום תקנתא לתקנתא לא עבדינן כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה' ולפ"ז אם חרשת נתקדשה לפיקח והדר נתקדשה לפקח אחר לא תפסי קידושי שני לפיכך נסתפק בזה הב"ש בסק"א ולא כמ"ש האב"מ שם דמשום דלית בה כרת תפסי קידושי שני ולפימ"ש כיון דמשועבדת לראשון לא תפסי קידושי שני.

ובעין זוכר מערכת מ"ם סק"י הובא מתוס' ב"מ דף נ"ג דמלתא דאתיא מסברא טרח וכתב לה קרא והוא שם בתוס' דף נ"ג ריש ע"ב וא"ל דא"כ מאי פריך בפ"ב דכתובות דף כ"ב אהא דהפה שאסר קרא למ"ל סברא הוא דהיינו אם יש לדרוש הקרא על דבר אחר יותר נדרוש וא"כ הא דיליף דלא תפסי קידושין בא"א מקרא אף דמסברא ידענו כיון דניקנת לראשון מ"מ רצה למילף מקרא נמי אחר דבלא"ה אינו מיותר הקרא דצריך לכל חייבי כריתות גם א"א נילף מהקרא היכא דיש כרת ולפי"ז גם מה שתמה אב"מ על הפנ"י לק"מ.

רמב"ם פ"ד מה"א הט"ז כתב המקדש אשה שח"ש וחב"ח אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקדושי קטנה שגדלה וא"צ לקדשה קידושין אחרים בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הר"ז ס"ק לשניהם ותמה בהשגות והה"מ אם גמרו כשנשתחררה למה יהא ספק כשבא אחר וקידש עיי"ש ונ"ל דבפ"ק דקידושין דף זיי"ן א"ר התקדשי לי חצייך א"מ ופריך נפשטו קידושי בכולה כמו באומר על בהמה שיהא עולה דבר שהנשמה תלוי בו כולה עולה ומשני הכא דעת אחרת ערש"י דלא נתרצית אלא לחציה וכ"כ תוס' שם דאינה מתרצית אלא למה ששומעת וא"כ תינח היכא דראויה להתקדש כולה ולא קידש רק חציה אבל בח"ש וחב"ח דמקדש כולה אלא דאין קידושין חלין על צד עבדות שבה וליכא גילוי דעת דאין מרוצין בכולה א"ב כנשתחררה ורוצין לדור יחד וממילא פשטו קידושי בכולה דודאי בכדי לא עביד והחלה כשקידשה ח"ש וחב"ח דאסורה לו משום צד שפחות למה לו לקדשה אלא כדי לכשתשתחרר יגמרו הקידושין בכולה הרי סתמא שניהן מרוצין שתתפשטו הקידושין בכולה וכל זמן דלא חזינן חזרה ליכא למיחש לחזרה במידי דאינו חובה עיין סמ"ע בסימן קכ"ב סק"ה בשם בה"ע ולכן גמרו הקידושין וא"צ לקדשה שנית אבל אם אחר השחרור קיבלה קידושין מאחר טרם שנתיחדה עם הראשון הרי חזינן דחזרה בה מעתה הוי ספק

אם הוברר הדבר למפרע דדעתה משנשתחררה שלא לדור עם הראשון דאין מתפשטין הקידושין בלא רצונה וקי"ל בדאורייתא א"ב משום דהוי פלוגתא לכן בנתקדשה לאחר ספק מקודשת לשניהם ור"נ דס"ל גמרו קידושי ראשון לטעמיה דס"ל בביצה דף ל"ט ודאי א"ב אף בדרבנן כאשר הוכיח הפנ"י שם הובא במלא הרועים לכן אמרינן טרם שקיבלה קידושין מאחר לא חזרה מדעתה שהיתה כשנתקדשה לראשון אבל כשנתיחדה אחר השחרור עם הראשון ודאי גמרו קידושיו ממילא דנתפשטו בכולה ואצ"ל מטעם דא"א עבב"ז בעל לשם קידושין ומתורץ מה שהקשה הר"ן בפ"ק דקידושין דף זיין כיון דפליגי בגמרא ל"ל אדם יודע ולפ"ז צ"ל מ"ש הרמב"ם הר"ז ס"ק לשניהם אף דלראשון ודאי מקודשת חציה עכ"פ מ"מ הוי ספק אי גמרו לראשון דשמא גם לשני מקודשת חליה והר"ז ספק אם מקודשת לשניהם אי רק לראשון ומהרי"ט ח"ב חא"ע סכ"ח וסכ"ט כתב לענין סבלונות דכ"ז שלא ראינו להדיא שחזר אמרינן סתמא בדעתו הראשונה עמד.

עוי"ל דבלא"ה קשה מאחר דלא איפסקא הלכה בש"ס כמ"ד גמרו וגם רב חסדא מספ"ל למה פסק הרמב"ם כמ"ד גמרו קידושי ראשון וצ"ל דהוקשה לרמב"ם למה פליגי בנתקדשה לאחר וליפלגי אם אחר השחרור גמרו וא"צ לקדשה שנית לכן פירש הרמב"ם דטעמא דמ"ד פקעי דאין אשה ניקנת לחצאין כדאמרינן באומר לאשה חציה מקודשת לי רק בח"ש וחב"ח חידש ר"ח כיון דלא שייר בקניינו מקודשת לכן אחר השחרור דיש שיור פקעי כל הקידושין ומצאתי ביד המלך שכתב כן בפ"ד מה"א הט"ז ומ"ד גמרו ס"ל בשלמא כולה בת חורין ואמר לה חציך מקודשת לי חזינן דלא נחתו רק לקדש חציה ובדעת אחרת לא פשטה קידושין בכולה כדאמר בפ"ק דקידושין שם דאין רצונם בכך דהרי היה אפשר לקדש כולה ולא קידש לכן בטלו הקידושין לגמרי אבל בח"ש וחב"ח דלא אפשר לקדשה כולה ודאי רצונם על קידושי כולה אלא דהדין מעכב ומבואר בחו"מ סימן מ"ב ס"ט היכא דעביד מעשה אמרינן בכדי לא עביד ומהני סברא זאת להוציא עמון וא"כ הכא אם רצונם שלעולם גם אחר השחרור לא יהיו הקידושין רק על חציה לא הועילו כלום דכ"ז שלא נשתחררה אסורה למקדש משום דחציה שפחה ולכשתשתחרר יפקע הקידושין לגמרי א"ו דעתם שלכשתשתחרר יתפשטו הקידושין בכולה ואפילו בנשים לא אמרינן לאו דינא גמירי רק במה דמפורש בש"ס כמ"ש הש"ך חו"מ סימן ס"ו ס"ק כ"ה ותוס' בפ"ק דערכין דף ה' כתבו אהא דאמר ר"מ שם אדם יודע דאפילו א"י דעתו כמו שיתקנו חכמים הלשון וכבר כתבתי במקום אחר דרבנן ל"פ אר"מ רק היכא דצריכין לשנות לשונו ורד"ק כתב דאפילו בנשים אף דלאו כולהו דינא גמירי מ"מ סומכת דעתה אדרבנן דגמירי הובא בקה"י במדות חכמים אות א' ובשו"ת מהר"ם הובא

בפ"ת לחו"מ סימן מ"ב שם כתב דדוקא בעביד מעשה אמרינן בכדי לא עביד ולא בדיבור לבד והר"ן פ"ד דנדרים דף ל"ה כתב שם לענין מעילה דהנותן עשה מעשה אבל המקבל לא חשיב עשה מעשה א"כ ה"נ האשה שקיבלה הקידושין ל"ח מעשה ול"ל בכדי לא עביד אלא די"ל דאזלינן רק בתר אומדן דעת המקדש אבל האשה בכל דהו ניחא לה ומקבלת הקידושין אדעתא דידיה ומצאתי ברשד"ם חא"ע סימן י"ד שכ"כ לענין סבלונת והוכיח בכמה ראיות דאף דאינה ניקנת בעל כרחה מ"מ אמרינן אלו ידעה היתה מתרצית לדעת המקדש עיי"ש ואם כי י"ל דזה תליא בפלוגתא שבין הש"ך חו"מ סימן שנ"ח ותוס' שהביא הש"ך שם מ"מ ניתן להאמר לכן זה דעת מ"ד גמרו ומ"ד פקעי ס"ל דלגבי האשה אין הוכחה דדעתה שיתפשטו הקידושין בכולה לכשתשתחרר ודברים שבלב ל"ה דברים לכן הקידושין תלויין עד שיהא הוכחה ואם נתרצית בו אחר השחרור והלכה לדור עמו יש הוכחה דרצונה שיתפשטו הקידושין בכולה לכן א"צ קידושין אחרים ואם לא נתיחדה עמו וקיבלה קידושין מאחר הרי הוכחה להיפך לכן פקעי קידושי ראשון לגמרי לכן מדמה לה הרמב"ם לקטנה שכתב שם הלכה חית דקידושין תלויין עד שתתגדל אם נתרצית בו ויושבת עמו גמרו קידושיה.

סימן מה

מקום שנהגו וכו' אעפ"י שרוב העיר וכו' ז"ל רמב"ם פ"ט מה"א הכ"ח ופירש מהרי"ק שרש ק"ע דמקום היינו סביבות העיר נהגו רובן לקוהמ"ס לכן אף דבעיר רובן נסוהמ"ק חוששין למיעוט והקשה מל"מ שם א"כ למה כתב רמב"ם שם בכתובה אם דרך מקצת אנשי המקום לקדש תחלה והדר כתבו חוששין ואישתמיט להמל"מ דברי מהרי"ק בשרש קע"א דחילק בין כתובה לסבלונת אך נדחק ונ"ל משום דהקשו הראשונים למה ניחוש למיעוט ומ"ש כמו במשאל"ס כבר צווחו הפוסקים דל"ד דהתם יש חזקת א"א והכא להיפך חזקת פנויה אך מצינו בפ"ק דכתובות דף ט"ו דמעלה עשו ביוחסין וצריך תרי רובי אף דג"כ יש לה חזקת היתר ה"נ י"ל בחומר א"א וחשש ממזרות החמירו דלא סגי בחד רובא ועכ"פ לא חמיר כאן מיוחסין וכמ"ש מהרי"ק בסוף שרש קע"א וא"כ לשיטת רש"י דחשש סבלונת דקידשה בהן וקידושין לטיבועין נתנו כדלקמן סימן נו"ן ס"א משא"כ סבלונת דהדרי בין חזר הוא או היא או מתה או מת הוא וברמב"ם פ"ו מזכיה הכ"ב משום דסבלונת הדבר ידוע שלא נתן רק לנוי ומקורו מב"ב דף קמ"ו א"כ י"ל אוקי הסבלונת בחמ"ק ועם חזקת פנויה הוי תרי חזקה דשקול כרובא כמ"ש הריב"ש סימן שע"ט וכן מבואר בערובין דף ל"ו דהרי חזקה עדיפי מחד חזקה אף דתלוי זה בזה והנוב"ק בחא"ע סימן מ"ג דחולק על הריב"ש משום דחזקת א"א מעולם אינה בט"ע זולת

חזקת חי משא"כ כשכל חזקה היה לו זמן שהיתה בפני עצמה מודה עי"ש וא"כ חזקת פנויה היתה לו מעולם לבד וחמ"ק ג"כ הוה מעולם לבד א"כ ברובא מקדשין והמ"ס ועוד תרי חזקות הוי כתרי רובא וגם ביוחסין לא החמירו לכן ס"ל לרמב"ם דוקא כשהמקום סביבות העיר רובן מקוהמ"ס חוששין למיעוט העיר וכבר כתב הרא"ש דלשון הש"ס נראה כרש"י אבל בכתובה ביד המשדך אין דנין על שיווי הכתובה של מי הוא דהחתן משלם שכר הכתובה ואפילו נכתב אחר הקידושין של החתן הוא כ"ז שלא חסר לידה לכן חיישינן למיעוט מקדשין והדר כתבי.

ולפ"ז י"ל מה דיש גורסין בש"ס רובא מקדשי והמ"ס פשיטא א"ד ניחוש למיעוטא קמ"ל והוא גרסת רש"י וכ"פ והוא תימא איך ס"ד לחוש למיעוט לקולא הא אפילו נימא סמוך מיעוט לחזקת פנויה והוי כפלגא עדיין איך נקיל מספק ועיין מלחמות ולפימ"ש י"ל משום דאיכא נמי חמ"ק דסבלונת דשקולין כרובא לכן ס"ד דניזל בתר מיעוט לקולא כיון דבחד חזקה לבד דסמוך למיעוט הוי כפלגא ממילא כשיש עוד חזקה להיתר יכריע לקולא אבל לפירש, ר"ח דחשש סבלונת שמא קידשה כבר א"כ לא יצאו הסבלונת מחמ"ק אפילו קידשה כבר וליכא רק חזקת פנויה ול"ל דס"ד ליחוש למיעוט לקולא לכן הוכרח לגרוס ברובא מסוהמ"ק מ"ד לא ניחוש למיעוט ולפ"ז תא דניחוש למיעוט לחומרא תלוי בפיר"ח אבל לרש"י א"א לחוש למיעוט לחומרא כיון דיש תרי חזקות לקולא ובזה מבואר דברי הטור דכתב ערש"י דחוששין דקידשה באותן סבלונת לפיכך אם רוב העיר וקוהמ"ס חוששין אבל אם רוב מסוהמ"ק אין חוששין דהרי דזה תלוי בשיטת רש"י ומ"מ אף דרובא מקוהמ"ס אינו רק חששא דרבנן כיון דיש תרי חזקות וס"ד דש"ס להקל.

ובזה י"ל מה שתמה בד"מ על הרשב"ץ לפי פירושו דברי רשב"ץ שלא היו עדים בין שידוכין לסבלונת דליכא חשש שקידשה כבר וגם הוא באתרא דרובא מסבלי והו"ק דליכא חשש לרש"י דלמא קידשה בסבלונת אלו לפי פרש"י דל"ח למיעוטא והקשה הד"מ בסק"ד דלמא הלכה בזה כר"ח דחייש למיעוטא והלכה כרש"י דחשש סבלונת שקידשה בהן ולפימ"ש ע"כ תלוי זה בזה.

ועוד נראה בפשיטות דלרש"י ליכא למיחש למיעוט מקוהמ"ס כיון דלא פירש להדיא דנותן לקידושין ואין עסוקין באותו ענין מנא ידעה דלקידושין שלח הסבלונות כמו שהקשו תוס' ורשב"א ושאר פוסקים ואפילו נתכונו שניהם לקידושין מ"מ עדים אין יודעין ומבואר ברי"ו ריש נתיב כ"ב דצריך שידעו העדים שלשם קידושין נותן לה אע"כ כיון דמנהג דרוב אין מסבלין לפני הקידושין הכל יודעים דלשם קידושין שלח לה והוי

כאלו פירש להדיא דכל מנהג הוי כהתנה בהדיא כדאיתא ביו"ד סימן קע"ד ובחו"מ סימן של"א וכן משמע בשו"ה רשב"א סימן תקנ"ח דאם רובא מקוהו"ס הוי כפירש דנותן לשם קידושין אבל אם רובא מסוהמ"ק לא הוי כפירש.

ועוד לפי וה דאיתא בב"ב דף קמ"ב ופירשב"ם שם דהיכא דהחזקה רפיא בידו לא קנה דחשוב אין מתכוין ולעיל סימן כ"ח כתבתי דה"ד אם לפי הרוב כסבור דאינו הפקר לא גמר בלבו לקנות באותו חזקה אבל בשאר ספק עכ"פ מתכוין לקנות על הספק וא"כ ה"נ אם רובא מסוהמ"ק אף דמיעוט מקוהמ"ס רפיא בידה אם מקדשה באותן סבלונת ואין אשה מתקדשת רק בנתכונה להתקדש ולכל הנהו טעמי מה דתלי הטור הא דאין חוששין למיעוט בפרש"י מתורץ תמיהת הב"י למה בכתובה לא כתב הטור דלשיטת רש"י אין חוששין למיעוט דמקדשי והדר כתבי.

אמנם הד"מ לא ראה ברשב"ץ רק מה שהביאו הב"י בקיצור אבל אותו תשובה הוא ברשב"ץ ח"א סמ"ב ומבואר שם דהחתן טען דקידשה בסבלונת הללו ולא היו עדים על זה כתב דלרש"י ליכא חשש קידושין באותן סבלונת כיון דליכא עדים ולפיר"ח דהחשש דקידשה כבר ג"כ אין לחוש דהרי מודה החתן דלא קידשה כבר וכן מבואר ביש"ש פ"ב דקידושין סימן י"ט הרבת טעמים דלפיר"ח אין לחוש שקידשה כבר אם החתן טוען דקידשה באותן סבלונת

וטו"ז כתב דטעמו דרשב"ץ כיון דליכא עדים נאמן דלא קידשה כבר במגו ולכן השיג הטו"ז על הרמ"א שכתב אעפ"י שלא שלח הסבלונת בעדים ולכאורה י"ל דהוי מגו דבי תרי וכ"כ עצ"א אך לפי מ"ש תוס' במ"ב דקידושין דף מ"ג ע"ב היכא דנפטרים מממון אמרינן מגו דבי תרי א"כ י"ל ה"נ האשה מרווחת דלא אגידא גביה להצריכה גנו ולאוסרה על קרוביו אינה ירא המשדך שתכחישנו וגם המשדך מרויח שאין נאסר בקרובתיה י"ל דהוי כהרווחת ממון

אך מבואר ברשב"ץ שם ששלח סבלונת למשודכת שלו כמנהג המדינה כדי לפרסם המשודכין וכ"כ בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה ס"ו דסבלונת הוי כמלוה בשטר אם נשאת לאחר מוציאין מנכסיה שהכניסה לו משום דסבלונת קלא איה להו כי הדרך לשלוח סבלונת בגלוי ולעשות פרסום ופומב' לחזק הדבר שלא תנשא לאחר וכן הוא לקמן סימן צ"א ס"ה א"כ מ"ש רשב"ץ ורמ"א דליכא עדים היינו הראויים להעיד אבל סתמא קרובים ונשים יודעים א"כ מנהג במקום קול לא אמרינן כמ"ש הרא"ש כלל ס"ו ס"ח ומוכח לה מפחז"ה דף ל"ב ואף דנה"מ בכללי מגו כתב דוקא בקרובים חתימי על שטר יוצא קול ה"ט דמאן דיזיף בצנעא יזיף ולא מפקי קלא כיון דלא ניחא ללוה אבל היכא דניחא לו

מפקי קלא גם בעדות רע"פ כמ"ש סמ"ע סימן ל"ט סק"ב והכא כל עצמן של סבלונת כדי לפרסם השידוכין וע"כ ס"ל, לרשב"ץ דלפיר"ח נאמן החתן לומר דלא קידש כבר אף בלא מגו וכ"כ בא"ז סימן תשע"ה אפילו יש עדים כשרים על שילוח הסבלונת נאמן שלא קידשה כבר.

כ"ש סק"א אם אבי החתן שלח סבלונת לתוספת יש לחוש שמא בנו כבר קידש אותה ריב"ש סימן תע"ט ובאב"מ סק"א הקשה אך נאמן האב על בנו דכבר קידשה ומה לו לבן בשילוח סבלונות דאב כיון דהבן צווח דלא קידשה מעולם ואין האב נאמן לומר קידשתי לבני עכ"ל ולטעמיה למה כששלח הבן סבלונת והיא קיבלה קידושין מאחר וצווחת דלא קידשה הראשון חוששין וצריכה גם משני הא אף דיש מקדשין והמ"ס דוקא משום הקפדה שמא הדרה בה ויפסיד הסבלונת דתבלם או תאכלם כמ"ש מהרי"ק שרש ק"ע א"כ אין קבלתה הודאה ממנה שכבר נתקדשה דמה אכפת לה לקבל אף דלא נתקדשה ואיך נאמן המשדך עליה שכבר קידשה הא אם אומרת לא קידשתני מותרת לכ"ע כדאיתא בפרק האומר דף ס"ה אע"כ משום רגל"ד דאם לא קידשה לא היה שולח סבלונת דהוא מקפיד ה"נ אם שלח האב דברגל"ד גם עכו"ם נאמן לאסור כמ"ש בשו"ת מהרמ"ל סימן ס"ו הובא בנה"ך סימן מ"ח וגם בשילח האב יש רגל"ד דא"ל דקידשה הבן כבר היה מקפיד מלשלוח דלמא הדרא בה.

עוד בה"ש סק"א אם שלח לקטנה אחר מות אביה לפירש תוספת יש חשש שמא קיבל אביה קידושין וכ"כ הר"ן וריטב"א וכתב האב"מ לפימ"ש הריטב"א דאם לא נתרצית לקבל הסבלונת ל"ח לה כלל לכ"ע דהוה כאמרה לא נתקדשתי אבל אחר שקיבלה אותן אעפ"י ששניהן מודים דלא נתקדשה אין נאמנים כיון דיש רגל"ד לחוש וצריכה גט את"ד ריטב"א ומהרי"ק בשרש פ"א כתב דהודאות קטנה לאו הודאה לענין שזינתה אף לרמב"ם דקטנה נאסרה בפיתוי וא"כ ה"נ אינה הודאה את"ד דברי האב"מ וכ"כ האב"מ בסק"ט דגדולה שקיבלה הסבלונות בשתיקה דחוששין משום הודאתה היא עי"ש ולא נראה דהא מה דתוספת וש"פ דחו דברי רש"י דחשש סבלונות שבהן קידשה כיון דאין עסוקין בא"ע כדאית' בפ"ק דקידושין דף וא"ו מנא ידעה דלשם קידושין יהיב לה והרי לרש"י רוב מקדשין והמ"ס מ"מ לא אמרינן להתוס' דמזה ידעה דשלח לה לקידושין וא"כ גם לתוספת דהחשש דקידשה כבר איך יהא הודאה ממנה ומה אכפת לה לקבל אף אם לא קידשה כבר ואם המשדך מהמקפידין שלא לסבל בלא קידושין מ"מ היא אינה יודעת ששילוח הסבלונת כאלו פירש שכבר קידשה לומר משום זה דקבלתה בשתיקה הוה כהודאה לדברי המשיך אע"כ כונת הריטב"א נ"ל דס"ל למה לא נאמינה שלא נתקדשה

אפ"ת דאין ע"א נאמן בדשב"ע אפילו לא איתחזיק איסורא מ"מ הכא דאיתחזיק היתר דפנויה תהא נאמנת ועוד חזקה דאין מקלקלת א"ע לישב באיסור א"א כל ימיה בלא גט כמ"ש הרא"ש שילהי נדרים אע"כ משום דמיד שקיבלה הסבלונת בשתיקה נולד לנו חשש שקידשה כבר בלא הודאתה ואיתחזקה בספק א"א לכן תו אינה נאמנת אח"כ דומה לזה כתב בתורת הבית ומהרא"י בס"ט שנתערב ל"ח ס"ס כיון דכבר איתחזיק איסור טרם שנתערב חשוב כודאי איסור לכן אם לפני קבלתה אמרה דלא נתקדשה נאמנת כיון דאמרה טרם ואיתחזיק איסורא ממילא גם בקטנה חוששין דא"צ הודאתה ומ"ש האב"מ דכונת הר"ן דלתוס' חוששין אפשר דוקא לאסור את המשלח בקרובתיה לפי שהוא במודה דכבר קידשה אבל הקטנה לא נאסרה בזה עיי"ש ודאי אינו נכון מדמסיק הר"ן אבל לרש"י במיאון סגי לה הרי לתוספת לא סגי לה במיאון והא לאב"מ גם מיאון אין צריכה לעצמה אבל טעמו דריב"א א"י כיון דהרגל"ד דא"ל דקידשה כבר לא היה שולח א"כ מיד ששלח הוחזקה מקודשת אף דלא הגיע לידה אח"כ מצאתי במהרי"ט חא"ע סכ"ט שכ"כ מהריב"ל ומהרי"ט כתב אף דאין מעשה קטנה כלום מ"מ לא הוחזקה במקודשת טרם שקיבלה וכן בהוחזק שטר כתובה בשוק אם צווחה לא נתקדשתי ל"ח כיון דצווחה בשעת חזקה ולע"ד דוקא אם כששלח לא נודע מי המשודכת עד שראו מי זאת שקיבלה הסבלונת ועמ"ש בסמ"ג.

כתב ב"ש עוד אם שלח בשבת לפרש"י לית חשש דאין מקדשין בשבת וכ"כ ברמ"א והוא ממהרי"ק שרש קע"א והב"מ ומקנה הקשו להמג"א בסימן ש"ו סקט"ו דמתנה אסור ליתן בשבת א"ב גם במתנה עשה איסור ולדעתי לק"מ כיון דאם מת הוא או היא או חזר אחד הדרי דלא ניתן רק לנוי הן רק מתנה עמ"ל וכ"כ ח"ס א"ע סימן קט"ו בסבלונות קודם החתונה או אחר החתונה הכל לא ניתן לה אלא מתנה עמ"ל בשעה שלא מתקשטת לפניו והביא שם מן מהרי"ק שרש ק"י דלצורך פרנסתו יכול למוכרם דבעני אינו ראוי שתצא בעיר של זהב וע"ד כן לא הקנה לה עיי"ש וא"כ הרי במג"א שם כתב דמותר לקנות אתרוג ביו"ט לצאת בו אף דצריך קנין גמור שיהא שלו דלכם כתוב מ"מ כיון דאינו רק עמ"ל שרי עיי"ש סקי"א עוד כתב שם דמותר ליתן טס וס"ה בשבת כיון דיש לו נמי חלק בו לא הוי הוצאה מרשותו לגמרי וה"נ בסבלונת דלא נתן רק שתתקשט בו לפני עדיין אגיד גביה ושרי.

כתב ב"ש עוד וכ"ז אינו רק חשם בעלמא ולא חזקה גמורה אפילו אם הרוב מקדשים והמ"ס תה"ד סי' ר"ז נ"ל להוכיח כן מהש"ס דהא לגרסת רש"י על רוב מקוהמ"ס דחוששין פריך פשיטא ומשני מ"ד ניחוש למיעוטא ותמות איך ס"ד לחוש למיעוט להקל

אך לפימ"ש בית יעקב בכתובות דף כ"ג כשיש חזקה פנויה או חזקה א"א גם רוב לא מהני מדינא כיון דילפינן דבר דבר מממון דצריך דבר ברור ואין הולכין בממון אחר הרוב דאינו דבר ברור ה"נ בדבר שבערוה וכ"כ בחו"ד בדיני ס"ס וזה שאמר וחד ניחוש למיעוטא וכיון דיש חשש אינו דבר ברור ממילא א"א להוציאה מחזקת פנויה קמ"ל דחוששין ואינו רק חשש בעלמא ולא מדינא ועוד לפרש"י יש חזקת מ"ק בסבלונות ולתוספת הוי רובא דתלוי במעשה דאינו רוב גם יש חזקה אין אשה מקלקלת א"ע להיות יושבת באיסור א"א כל ימיה כמ"ש לעיל.

ומ"ש עצי ארזים בסק"ג דיש ס"ס לאסור שמא קידשה כבר ושמא עכשיו קידשה בסבלונת ג"כ אינו לפימ"ש בשו"ת הגאון ר' אלכסנדר מרגליות סי' ל"ג אות למ"ד דס"ס אם כבר נעשה ואם אח"כ נעשה כגון זרק לה קידושין שני פעמים ובכל פעם סקל וסק"ל לא הוי ס"ס והנוב"ת חא"ע סי' נ"ד חות ל"ב הודה לסברתו ולפי טעמו של הרא"ם גם כאן ל"ח ס"ס.

רמ"א אנו רואים דמסבל ואח"כ מקדש יל"ד מהא דחו"מ סי' פ"ד דפוגם שטרו תו"ז פטור משבועה משום חזקה דא"א פורע תו"ז ולא אמרינן דאנו רואים דכבר פרט פ"א תו"ז חוב זה וסתם הרמ"א שם כהמחבר והמלוה מוציא ממון בלא שבועה וצ"ל שא"ה דמד"ת גם פוגם שטרו נוטל בל"ש אף לאחר ז"פ רק תק"ח שישבע ויטול לכן כיון דיש סברא קצת דתו"ז עדיף הבו דלא לוסיף כל שלא פרשו חכז"ל דגם בתו"ז תקנו דהוה ספק בתקנה ומעמידין על ד"ת כדאית' לקמן סי' קי"ח ס"ו ועוד התם מיעוט הפורעין תו"ז תלוי במעשה משא"כ הכא להיפך דמד"ת אין לחוש לסבלונת אפילו רוב מקוהמ"ס ולתוספת דהחשש דכבר קידש הוי רובא דתלוי במעשה וגם כיון שאומרת דלא נתקדשה כבר חזקה אין אשה מקלקלת א"ע לישב באיסור א"א כל ימיה לרש"י דהחשש דקידשה בסבלונת יש נמי חמ"ק וחזקת פנויה תרי חזקות שקול כרוב לכן הבו דלא לוסיף על התקנה ואב"ע הקשה מר"ע המוכר פירות דזבין לרדיא חבין לשחיטה מ"מ אזלינן לרב בתר רובא ובמ"ש מיושב דכאן הבו דלא לוסיף ועוד התם בגברא דמתהפך פעם זבין לרדיא ופעם זבין לשחיטה וחזינן דתרוייהו אית בו לכן היכא דאין ידוע למאי זבין אזלינן בתר רובא דעלמא אבל כאן לא ראינו בחתן זה שינוי י"ל דמתנהג במעמד אחד דלא קפיד לעולם לקדש קודם,

ומה שהקשה האב"מ מהתם דרובא דאינשי לוקחים לדברים אחרים ורוב פשתן לזריעה ס"ל לחד תנא דאזלינן בתר רובא דפשתן ולא בתר הלוקחין וה"נ רוב סבלונת אחר קידושין עיי"ש בת"ס דהביא מהרמב"ם דמאן דס"ל דאזלינן בתר רוב פשתן ס"ל נמי אי

הוה רוב לוקחין לד"א לא אזלינן בתר רוב פשתן אלא דס"ל דגם רוב לוקחין לזרעים אפי' למ"ד דהולכין בממון אחר הרוב.

והא דבשו"ת רשב"א לא הקיל בזה רק ברוב מסוהמ"ק משום דס"ל היכא דחוששין לסבלונת אפילו נשאת תצא מדסיים שם וכ"ש שכבר נשאת הרי זולת טעמים שהקדים להקל היה אומר דתצא משום דס"ל דרוב זה אינו רוב משום דתלוי במנהג ולא בטבע וחיוב כמ"ש בח"ר לכן לא היקל רק במיעוט מקדשין והמ"ס אבל רמ"א דפסיק ותני לעולם אם נשאת לא תצא דאינו חשש דאורייתא אפילו ברוב מקוהמ"ס לכן סמך אהך סברא גם ברוב מקוהמ"ס.

ויש מחמירין אם שלח בעדים אע"ג דלא היו עדים בנתינה לאשה תה"ד סימן ר"ז כתב משום דחזקה שע"ש והקשה המקנה כיון דהאשה נאמנת להכחיש את השליח שלא נתן לה כמ"ש ב"ש סקי"א אם כן מה יועיל הודאתה הא ילפינן דבר דבר מממון אפי' שניהם מודים אינה מקודשת כדאית' בקידושין ס"ה ע"ב כיון שיכולין להכחיש עיי"ש ולק"מ לפימ"ש מהרש"א ר"פ שור שנגח את הפרה אם בלא הודאות המזיק יש לנו אומדנא אף דא"א לחייבו על פי האומדנא להוציא ממון כשאינו מודה מ"מ כשמודה תו אנן סהדי ומחייבין אותו קנס אף דמודה בקנס פטור עיי"ש.

ב"ש סקי"א כמה א"נ במגו דיכולין להכחיש את העד א"ל ממ"ש הב"ש ריש סימן קנ"ב דנאמן לומר גרשתיה במגו דבידו לגרש עתה לולא דאם אית' דכבר גירש ה"ל קלא וא"כ ה"נ נימא האי מגו דל"ל טעמא דקלא דשא"ה דבלא"ה כבר אסור בקרובותיה ובחידושי רמב"ן ואס"ז בב"ב דף קל"ד ע"ב כתבו אהא דנאמן לומר יש לי בן דבידו לגרשה אף דתתסר לכהנים דמה אכפת לו בזה משא"כ הכא אפשר אינו רוצה ליתסר בקרובותיה.

ס"ג חוששין לכתובה בש"ס אית' הוחזק שטר כתובה בשוק ועמד מהר"ק בשרש קע"א מה ענין בש"ס לזה והנה מהרי"ט ח"ב חא"ע סכ"ט כתב אם בשעה שהוחזק השטר כתובה בשוק היתה צווחת לא נתקדשתי אין חוששין וכן אם בשעת נתינת הסבלונת לא רצתה לקבל אין כאן הוכחה ולא רגל"ד ואין חוששין עי"ש וכבר עמדתי לעיל בזה דהא ההוכחה ורגל"ד שכבר קידשה דאל"כ לא היה מקדים הסבלונת א"כ הרגל"ד מכח שילוחו ומה לנו אם לא רצתה לקבל וכן בכתובה וצ"ל דבשילוחי לא הוחזק דשמא נודע לי שדעתה לחזור בה והערים לשלוח לה כדי שתצטרך גט ותהא אגודא גביה והרי קמן דצווחה אח"כ דלא נתקדשה ואינה רוצה לקבל וגם לפימ"ש בשו"ת הרשב"א סי' אלף רכ"ג דבלא שדך אין לחוש לסבלונת דאל"כ לא הנחת בה לא"א שלא ההא צ"ג דאינו אשה שנזהרת מלקבל דורין מאיש ע"י שלוחו נהיינו דבכזה ודאי לא יאמרו חכז"ל שצריכה גט

דאל"כ לא הנחת בת לא"א וא"כ ה"נ כל משודך כשירגיש שדעת כלתו לחזור ישלח לה סבלונת כדי לאגדה גביה לכן כ"ז שלא ראינו שקיבלה הסבלונת לא הוחזקה מקודשת אבל כשקיבלה סתם הרי עדיין לא חזרה והמשודך בתום לבבו שלח אזי הוחזקה וכן בכתובה שלא הגיע לידה ומנא ידעא אלא בהוחזק בשוק דקלא אית לה והיא שתקה אזי הוחזקה למקודשת.

אעפ"י שלא הגיע לידה ובטור כתב ולא הגיע דוקא לא הגיע דאם הגיע אז הוי ודאי קידושין ב"ש ונראה הא דשינה המחבר לשון הטור דהפרישה כתב דאם הכתובה בידה ודאי קידשה דאין דרך ליתן כתובה לידה א"ל שקידשה ובני אהובה פ"ט מה"א הכ"ט הקשה מדכתב הרשב"א בקידושין דף ס"ה אהא דאם נתן גט מעצמו יש לה כתובה והקשו תוספת הא ארוסה אין לה כתובה ותירץ רשב"א דמיירי בדכתב לה ויוצא הכתובה מתחת ידה ומ"מ אין ראיה על קידושין דהוא באתרא דכתבי והמ"ק הרי להדיא דלא כהטור את"ד ונראה דבשלמא הטור דס"ל לקמן סי' נ"ה דארוסה יש לה כתובה וגביא ממשעבדי דלפ"ז אין דברי רשב"א מוכרחים כלל הדרינן לסברא דאין דרך ליתן כתובה לידה עד אחר הקידושין ועוד מהיכא תיתי יתן לה הכתובה לפני הקידושין והא דכתב כתובה אף דגם בלא כתב יש לארוסה כתובה משום דכן נהגו שם לכתוב כמו בנשואה אבל רשב"א דס"ל ארוסה אין לה כתובה בשלא כתב לה למה יכתוב לה כתובה א"ו משום דלא נתרצית להתקדש לו בלא כתובה שמא אחר קידושין לא ירצה ליתן לה כתובה ויגרשה או ימות בעודה ארוסה ה"נ י"ל דלא רצתה לקבל ממנו קידושין עד שיתן כתובה לידה והוכרח לעשות שלא כדרך העולם והאי אתרא כתבי כתובה ויהבי לה והמ"ק כיון דארוסה אין לה כתובה מדינא אם אין כתובה בידה לא סמכה דעתה שיתן לה אחר הקידושין לכן גם כשהכתובה בידה אין ראיה דכבר נתקדשה והמחבר דפסק לקמן סי' נ"ה דאין כתובה לארוסה בלא כתב לה דדברי רשב"א מוכרחין מהגמרא וסברא לכן שינה כאן לשון הטור וכתב אעפ"י שלא הגיע דגם בהגיע ליכא רק חשש

אם דרך מקצת אנשי העיר דעת רמב"ן דלכתובה בלא סבלונת ל"ח כלל דכמה זימני דכתבי כתובה טרם שגמרי הקידושין והקשה אב"מ מתוספת פ"ק דב"מ דף זי"ן ע"ב אהא דמצא כתובה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה דהקשו משמא כתב בניסן ולא נתן לה עד תשרי ותרצו דאירוסין קלא אית לה ומשתעבדי נבסי אף בלא כתובה ילקודם אירוסין ליכא למיחש דכתב לה יי"ש ולק"מ דהתוספת הכריחו זה מחמת קושיתם אבל רמב"ן באס"ז שם וכן רשב"א ור"ן וריטב"א כתבי דמיירי במפורש שלא באחריות ועוד דהא מבואר בגמ' בקידושין דף נו"ן אתרא דכתבי והמ"ק הרי מצינו אתרא הכי וע"כ תוס'

ס"ל דדוקא בדחזינן אתרא הכי אבל סתם אין דרך בכל העולם לכתוב קודם אירוסין ועוד אותם דמקדשי והדר כתבי סתמא תיכף אחר הקודושין כותבין ומוסרין להאשה דא"ל עכשיו אימתי ומה בעי הכתובה ביד החתן ואם עדיין לא הספיק למסור לה בזמן מועט א"כ אירוסין קלא אית לה כמ"ש תוספת שם וכאן בס"א בהג"ה ממהרי"ק שרש קע"א דביום או יומים אין לחוש לסבלונת דאם קידש לא היה נשכח הקול לכן ס"ל לרמב"ן בכתובה ביד החתן אין לחוש כלל דקידשה כבר ושאר פוסקים ס"ל עכ"פ ודאי קידושין ליכא ואינו רק חשש כיון דיש הוכחה להיפך אבל תוספת דקיימי אמצא כתובה בשוק ליכא הוכחה דנכתב קודם אירוסין.

אמנם רמב"ם והמחבר נ"ל דס"ל כתוס' שהכריחו מכח קושייתם דכ"ז דלא חזינן אתרא דכתבי והמ"ק ליכא למיחש דכתבי קודם דסתמא אין דרך לכתוב קודם כי תירץ רמב"ן ואינך בב"מ דחוק כמ"ש אס"ז שם לכן בכתובה לא הזכירו רמב"ם ומחבר דדוקא אם המקום שסביבות העיר נהגו לקדש והדר לכתוב כתובה כמו שהזכירו בסבלונת ונתקשה המהרי"ק בזה ומובא לעיל ס"א ומשום דאף אם כל הסביבות רק קצת מקדשי והדר כתבי יש לחוש כיון דסתמא כל העולם מקוה"כ ואותן דבהאי אתרא כתבי והמא"ק בטלה דעתם אצל כל העולם דהוא נגד השכל וכמו שהכריחו התוספת דאין לחוש לזה כלל משא"כ בסבלונת ובהכי י"ל מה שהקשו המפרשים למה בכתובה דפריך מקוה"כ פשיטא לא משני כמו בסבלונת דמיעוט מקוה"כ משום דגם זה פשיטא כיון דמיעוט זה עושה כדרך העולם והרוב גרוע דיצאו מן דרך העולם ובטלה דעתם ובזה מתורץ נמי קושית הב"י למה בכתובה כתב הטור דחיישינן למיעוט מקוה"כ ולא הזכיר דלשיטת רש"י א"ח למיעוט כי לדעתי מה דדנין אם ניזל בתר רובא בזה אינו דומה לשאר רוב כגון בחניות רובן מוכרת בשר כשר דהספק על בשר שניקח אם הוא מחנויות הכשרים ויש חילוק אם נולד הספק במקום הקביעות או אחר שפירש אבל כאן אין דנין אם פרשו הסבלונת מהרוב או מהמיעוט או הכתובה מן הרוב או המיעוט דאפשר המשדך עדיין לא בא לידי מדה זו ועכשיו נשתדך פעם ראשון ואינו עדיין לא מן הרוב ולא מן המיעוט אלא הספק אם דעת המשדך נטה לדעת הרוב או לדעת המיעוט להתנהג כמותם בכן אמרינן כיון דהרוב מתנהגים הכי סתמא נטה דעת המשדך להתנהג כמותם דדעת הרוב מכריע דכן ראוי להיות ואם כן אם רוב מקום זה עושים שלא כדרך רוב העולם אזי בטלה דעתם לכל העולם ויותר מסתבר לעשות כדעת רוב העולם.

ובזה נסתלק קושיות בני אהובה בפ"ט מה"א למה אזלינן בתר רוב מקדשי או מסבלי הא הוי קבוע ולפימ"ש לק"מ ומה שהביא ממהרי"ק שרש קע"א לע"ד לא מזה מיירי כלל

מהרי"ק אלא שיש מאותה מדינה אמרו שדרך אותו מקום לחוש לסבלונת והרוב אמרו שאין אותו מקום נוהגין לחוש על זה אמר מהרי"ק דל"ש בזה כל קבוע כמע"מ דאנו דנין על דיבור היוצא מפיהם עיי"ש אבל אם לילך בתר רוב אי מקדשי והמ"ס הוא רק דמסתמא דעת המשדך ג"כ להתנהג כהרוב דדעת הרוב סברא יותר נכון וא"כ מה בכך דקבוע הא קבוע חידוש כמ"ש הר"ן בפג"ה וא"כ מסברא יותר נכון דכעת הרוב וסתמא נמשך זה המשדך אחר התנהגות הרוב.

והריטב"א כתב דרוב דמקדשי קודם או מסבלי קודם אינו רוב מצד חיוב וטבע אלא תלוי בדעת וא"כ אף דרוב בני עיר זה כותבין כתובה והמ"ק מ"מ כיון דכל העולם מקוה"כ בטלה דעת אותו העיר לכל אדם כדאית' בשבת פרק המצניע דף ל"ב דאחד מבני הוצל שהוציא משא על ראשו פטור אף דכל בני הוצל עושין כן מ"מ בטלה דעתן אצל כל אדם וא"כ בכתובה אף דזה העיר כותבין והמ"ק אין לומר ודאי זה נמי עשה כרוב העיר כיון דתלוי בדעת ובטלה דעתן.

סימן מו

ס"א שהנרות דולקת כן הוא בש"ס גיטין דפ"ט אבל בירושלמי ר' ייסא בשם ר"י נרות דולקת ושיחות בני אדם משיחין התיב ר"ז קומי ר' ייסא והא תנינן יצא שמה בעיר מקודשת מקודשת מגורשת הר"ז מגורשת אית לן מימר נרות דולקות לא שיחת ב"א מסיחין והכא שיחת ב"א מסיחין עכ"ל הרי דאתותב ר"י מגירושין דליכא נרות דולקות ואם יש איזה תירץ למה לא תירצה הירושלמי ואטו ר"י לא ראה המשנה ועלה קאי והא דלא משני דקול גבי גירושין היינו פלוני שמע מפלוני וכו' ובקידושין נרות דולקות אף דליכא עד מפי עד שמגיעין לדבר ברור כמ"ש התוס' וראשונים צ"ל משום דתנן יצא שמה בעיר מקודשת הר"ז מקודשת מגורשת הר"ז מגורשת ודאי יצא השם בחד גוונא בגירושין כמו בקידושין ונ"ל דמבואר תירוץ בירושלמי דהא חזינן בסוטה שהיה קו"ס דע"א נאמן לומר שנטמאת משום דרגל"ד ומ"מ אם מ"א בא ואומר לא נטמאת אם באו בבת אחת היתה שותה אף דהעד שאומר נטמאת מסייעו הרגל"ד לא אמרינן דאידך הוי כחד לגבי תרי אלא אמרינן דאוקי חד לגבי חד וכליתא עד כלל וכן עד המעיד על מיתת בעל דהימנוה רבנן משום דחזקה אשה דייקא ומנסבא וגם משום דעבידי לגלויי לא משקרי דירא שיבא הבעל ויעמד חי לפנינו ומ"מ אם בא ע"א אח"כ טרם שהתירוה ב"ד להנשא ואמר לא מת אוקי חד להדי חד ואסורה להנשא ולא אמרינן הא רגל"ד דהעד האומר מת קושטא קאמר דעל"ג ודייקא ומנסבא וא"כ ה"נ אם נרות דולקות ושיחות ב"א שנתקדשה וגם באו אח"כ שיחת ב"א שנתגרשה אוקי שיחה נגד שיחה ונשאר רק

הרגל"ד דנרות דולקות ועי"ז לבד הא לא אסורה לעלמא והש"ס מוקי הך משנה יצא שמה מקודשת ומגורשת דאל"כ בקול מגורשת לא אסרינן לה אבעלה כהן והיינו פירש הירושלמי דסיום קושית ר"ז הוא אית לן למימר נרות דולקות ומ"מ מגורשת ומשני לא שיחת בני אדם אטו מה דמקודשת לא מחמת שיחות ב"א והכא דיצא שמה מגורשת שיחות ב"א א"כ זה נגד זה ומותרת לעלמא אלא דלכהן אסורה דממ"נ אם לא תאמין לשיחת ב"א דנתגרשה הרי כבר יצא קול דמקודשת וכמ"ש הה"מ ונראה דר"ז דלא ניחא לו בתירוץ זה ס"ל בשלמא בעד אומר נטמאת וכן עד אומר מת בעלה והעד אחר אומר לא נטמאת או לא מת בעלה אוקי חד לגבי חד כיון דמכחישין זה את זה אבל כאן סיחת בני אדם דנתקדשה ושיחת ב"א דנתגרשה אין מכחישין זה את זה א"כ הל"ל כיון דיצא שמה דמקודשת ע"י נרות דולקת וסיחת ב"א הר"ז מקודשת אינו מועיל מה דסיחת ב"א דמגורשת כיון דליכא בזה רגל"ד אין בשיחתן כלום אבל ר"י לא מחלק בכך ואדרבה י"ל כאן עדיף דבסוטה ועד מיתה אלים הרגל"ד דאפילו אשה נאמנת משא"כ הכא דוקא שיחת בני אדם ולא נשים כדמסיק בירושלמי לר"י.

ולפ"ז י"ל לחלק בין הוחזק קול קידושין תחלה בב"ד והורו דאסורה לעלמא דאז ביצא אח"כ קול שיחת ב"א על גירושין אינו ניתרת דל"ל אוקי שיחת ב"א נגד שיחות ב"א כיון דכבר הורו בי"ד דאסורה ע"י קול ראשון וכמו בעד מיתה אם אחר שהוחזק בב"ד והתירוה להנשא הרי הוא כשנים וצריך לצאת שמה בעיר מגורשת ע"י תרי מפי תרי דוקא לאסרה לכהן אף דודאי מעיקרא לא היתה אסורה לכהן אבל אם נרות דולקות ושיחת ב"א דמקודשת ועדיין לא הוחזק הקול בב"ד ואח"כ יצא קול שיחת ב"א דנתגרשה מותרת לעלמא אף דלא באו הקולות בבת אחת כיון דקול מקודשת אינה אוסרה רק מדרבנן כמ"ש תוספת לחלק בין עד מיתה לעד סוטה הובא בב"ש בסימן קע"ח ס"ק י"א דהיכא דנאמנת עד ראשון רק מדרבנן לא חשוב כתרי רק אם הורו כבר בי"ד על פיו כן נ"ל להכריע בין מחלוקת רמב"ם וראב"ד ויש סעד לזה דבגמ' פרשו המשנה יצא שמה בעיר מקודשת תר"ז מקודשת מגורשת הר"ז מגורשת דפריך ואסרינן לה על בעלה כהן ומשני מקודשת ומגורשת הר"ז מגורשת דמשמע להדיא כהראב"ד דשתי הקולות יצאו ביחד ורש"י פירש אם אחר שיצא שמה בעיר מקודשת חזר ויצא קול שנתגרשה והוא כרמב"ם וצ"ל מה דשינה רש"י ממשמעות פשטות הש"ס מקודשת ומגורשת דמשמע ביחד משום דא"כ חסר במשנה דה"ל למתני מקודשת ומגורשת והל"ל חסורי מחסרא לכן פרש"י דחזר אח"כ ויצא קול מגורשת ולפיכך לא תנן רק מגורשת דקאי אאישא אחר שיצא קול מקודשת חזר ויצא קול אפר רק מגורשת ולפמ"ש צדקו יחדיו דבאמת

קול מגורשת דתנן היינו דיצא אחר שכבר יצא קול מקודשת והש"ס דקאמר מקודשת ומגורשת היינו טרם שהוחזק קול מקודשת בב"ד והורו לאסרה יצא ג"כ קול מגורשת והמשנה דתני יצא שמה בעיר להכי תני אח"כ מגורשת לבד דבעיר לא יצאו הקולות יחד.

אח"ז ראיתי בפ"ת לעיל סימן י"ז סל"ז ס"ק קמ"ו הביא מחלוקת נו"ב וקה"י בעד מיתה דדוקא כשהכחישו זה את זה קודם שהתירוה עפ"י ראשון אז ע"א בהכחשת לאו כלום אבל אם העדים אינם מכחישים זה את זה רק לפי עד ראשון שהעיד שהכיר בעלה מת יש להתירה ולפי עד שני שבעלה נטבע ונמצא אחר חמשה ימים דלא מהני בו טב"ע אינה מותרת גם בבאו בב"א אין עד זה שמעיד שנטבע נאמן לאוסרה כ"ד הקה"י אבל דעת הנו"ב דאוקי עד נגד עד גם בזה עיי"ש ולפימ"ש בזה נחלקו ר' יוחנן ור' זעירא הנ"ל לענין סיחת בני אדם דאין נאמנים לעשות קול להחזיקה מגורשת דמ"מ אם החזקת מקודשת ג"כ רק ע"י קול אוקי קול לגבי קול ור"ז ס"ל כיון דאינו הכחשה ל"ל אוקי זה נגד זה והסיחת בני אדם דנתגרשה לית בהו הימנותא להחזיק הקול אם בקידושין צריך ג"כ נרות דולקת

ולכאורה י"ל דלק"מ על ר"י לפי מה דמבואר הכא דל"ל נתקדשה היום בעיר זו א"כ כיון דהמנהג שיהא נרות דולקין ואין אומרים שום איש שראו נרות דולקין זה מרעא לקול דאם איתא שהקול אמת היה נמצא אומרים שראו נרות דולקין משא"כ בגירושין ומצאתי אח"כ סברא זאת בבית מאיר כאן סק"א ור"ז דמותיב משום דר' ייסא לא הזכיר משום ר"י דצ"ל נתקדשה היום בעיר זו א"כ אינו ריעותא דאפשר היו נרות דולקין ומחמת שלא היה בעיר זו או היה כבר לא נמצא עכשיו משיחין שהיו כרות דולקין.

ס"ב אם באו שנים בגיטין דף פ"ט א"ל אביי לר"י מבטלין קלא אל"מ א"ל מדאר"ח עד שישמעו מפי כשרים ש"מ מבטלין קלא ונדחקו רש"י ותוס' עה תלוי זה בזה ונ"ל דאם הקול אוסר מחמת ספק שמא אמת ודאי כשנתברר אח"כ שהקול שקר מבטלין קלא אבל אה אין לאסור מספק להוציאה מחזקתה רק החשש משום לעז אזי אין לבטל דאיכא דידע מהאי ולא ידע מהאי וכ"כ הריטב"א והנה אם מחמת ספק י"ל דוקא כשרים דאל"כ שמא אלו שבאו לפנינו ואומרים ששמעו הפו"פ משקרים ואת"ל אמת ששמעו מ"מ שמא אותם פו"פ אמרו שקר כיון שלא העידו בב"ד יכולין לומר מבודין היינו כמ"ש הר"ן בתשובה מ"ז מהתוספת' וכן משמע בחו"מ ר"ס כ"ט א"כ הוי ס"ס אבל אם מהני לעז ל"מ ס"ס כדמוכח מהא דלקמן ס"ה דלא יכנוס ראשון שמא יאמרו גירש ראשון ונשא שני ומחזיר ראשון גרושתו אף דאיכא ס"ס עיי"ש בב"ש סקי"ז ואפילו בדיעבד יוציא כמ"ש בתשובת רב"צ סי' זיי"ן הובא בבאה"ט סקי"ט ועוד ראיה מריש גיטין דסתם ספרי

דדייני מיגמר גמירי ומ"מ חששו שיוציא הבעל לעז אף דליכא רק מיעוטי דמיעוטי דלא גמירי ובתוספת סמ"ק דב"ח דחששו לשני שווירי אף דלא שכיח משום לעז וא"כ כיון דצריך כשרים ע"כ משום ספק א"כ מבטלין קלא כשנתברר.

ס"ד בהג"ה נתברר דעת רמ"ה דהפלוגתא בש"ס אי מבטלין קלא רק בלא נתברר בודאי אלא שיש ספק וריטב"א כתב דאי מיגליא מלתא משמע דודאי הוא ונראתה דעת תרמ"ה מדאמר בש"ס אי מיגליא מלתא דלאו קידושי מעליא דהאי מעליא מיותר או דהל"ל שהקול שקר משמע דלא מעליא אלא יש בו ספק והאב"מ הקשה מדפריך על שמואל דאמר העמידו הדבר על בוריו אי מגליא דלאו קידושי מעליא והא שמואל ס"ל לא מבטלין קלא לימא אי מיגליא דודאי שקר כגון שבאו ממדה"י ואמרו להד"ם ולק"מ דהא הרמ"ה יהיב טעמא דל"ל דפליגי אי באו ואמרו להד"ם דלא יעלה עה"ד דלא לבטולי קלא בזה א"כ לא היה צריך שמואל להזהיר תלמידי דרב בזה.

ס"ח בהג"ה אם היא מודה זה הוציא הד"מ מחשובת הרא"ש כלל ל"ה ס"ד שכתב ז"ל דאפילו אם היתה מודה בפירש שקבלה קידושין ממנו לאו כל כמינה לאסור עצמה על אותו שקדשה כבר ולא היה בה שום איסור אם היה בא עליה אלא דהוה אמרינן דשויתה לעצמה חתיכא דאיסורא שהרי אומרת שהיא א"א ולא ספינן לה איסורא ויוציאנה בגט בלא כחובה וכיון שהיא עומדת בדבריה הראשונים שמעולם לא נתקדשה ויש אמתלאה טובה לומר למה צוו לכתוב הגט לא משוינן לה חתיכא דאיסורא ומצינו שהקילו חכמים בדבר זה להתירה אע"ג דשאנח"ד כדתנן פרק בתרא דנדרים עכ"ל והקשו כיון דתנן התם דאומרת טא"ל מותרת לבעלה מה צורך לאמתלא וגם למה לא יועיל האמתלא אפילו אם היתה אסורה עליו מחמת הודאתה ונראה דבכתובות כ"ב ע"ב איתא דאשת שמואל אמרה לו שהיא נדה ואח"כ נתנה אמתלא והורה לו רב דמהני האמתלא מ"מ לא עביד שמואל עובדא בנפשו אלא דהתם מדינא נאמנת לומר שהיא נדה דוספרה לה אמר רחמנא וא"כ יש איסור על הבעל זולת טעם דשאנח"ד לכן לא עביד עובדא בעשו אבל כאן אינה נאמנת עליו מדינא רק מצד עצמה שאנח"ד וכיון שחוזרת ונותנת אמתלא והרי טוענת ברי דמותרת לו אין לבעלה לחוש דלא ליספי לה איסורא כמו בכתובות שה בתרי ותרי דבאשת קאי מ"מ כשאומרת ברי לי ונשאת לאחד מעדיה מותרת לו ועוד לפימ"ש מהרי"ט בתשובה ח"ב בחלק אה"ע ס"א דכל שמודה לאחר מסתברא דלא יועיל אמתלא אך י"ל דוקא נגד מי שא"י אמתת הדבר או נגד הבית דין י"ל דבכה"ג דמודה תחלה לאחר אין לתמוך על האמתלא אבל אם לגבי אחר ליכא איסור רק מצד עצמה דשאנח"ד ולא ספינן לה איסור בזה מועיל לה האמתלא כיון דאומרת ברי לי והא דתנן בשילהי נדרים

דאומרת טא"ל מותרת לבעלה גם בלא אמתלא י"ל דלא חשו חכמים דשאנח"ד ותקנו שלא להאמינה והרי היא אנוסה בתק"ח וכה"ג כתב מג"א בסימן תמ"ו סק"א א"כ י"ל דלא התירו פרושים הדבר רק אם הבעל אינו רוצה לגרשה אבל אם אין עיכוב מצידו דתו אינה אנוסה י"ל דלא ספינן לה איסורא לכן צריך אמתלא בכה"ג.

ולפ"ד רש"ל שהובא בב"ש סימן קט"ו וסי' קע"ח דאם ע"א אומר שזינתה והאשה מודה אסורה א"כ ה"נ בנידון דהרא"ש דכבר נשאת לשני והראשון עדיין אומר שקידשה קודם דתו אינו נוגע דהא אחר שנשאת אסורה לראשון א"כ דינו כע"א ואם היתה מודה היתה אסורה אלא דנראה דרש"ל לא אמר דאסורה מדינא דנאמנת נגד בעלה דאין דבר שבערוה פחות משני עדים כשרים אבל ע"א ואשה אין נאמנים אלא דהל"ל נהי דאינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה מ"מ שאחיד והא דאמרה טא"ל מותרת תק"ח הוא דחששו שתמיד תאמר כן כשתתן ענ"ב אבל שיהא לה גם ע"א רחוק היא ומלתא דל"ש לא תקנו להפקיע ממנה איסור דשאנח"ד וראיתי בשו"ת הגאון מהרש"ז סימן ל"א סתר דעת רש"ל מקידושין דף ס"ו מדלא א"ל שמואל לסמיא לשאול מאשתו אם תודה תיאסר גם אי לא מהימן כבי תרי ואם תכחיש גם אי מהימן שרי לפ"ד רשב"א במיוחסות לרמב"ן א"ו שדיבורה לא מעלה ולא מוריד אף בע"א מאחר דע"א לאו כלום הוא עכ"ל ולא הבנתי נהי דסתר דעת רש"ל מה יאמר ע"ד רשב"א דלמה לא אמר שישאלנה שמא תכחיש ולא תתסר עליו אף אם מהימן לו כתרי ועכצ"ל כיון דמהימן כבי תרי אין צריך לחפש קילא לשאלה שמא תכחיש כיון דאפילו תכחיש אפשר דמשקרת אלא משום חזקתה מותרת ואין לך אלא חידושו כשחזינן דמכחשת אבל לא להדר אולי נוכל לעשות מהודאי ספק.

ומה שהקשה על רש"ל נראה דא"ש לפימ"ש דגם לרש"ל אינה נאמנת מדינא נגד בעלה אלם דשאנח"ד א"כ למה ישאל אותה להביאה שתקבל איסור על עצמה כיון דשלא משום דשוויתא עצמה לחתיכא דאיסורא ליכא מדינא איסור כלל וכעין שאמרו בפ"ד דאבות אל תשאל לו בשעת נדרו למצוא פתחים להתיר את נדרו מפני שאז על כל פתח ופתח שתמצא לו יאמר אדעתא דהכי נדרתי ושוב לא תמצא לו פתח כמ"ש שם המפרשים הרי כיון דמדינא מותר ע"י פתח אין לשאול לו להביאו בקבלת איסור בהודאתו שיאמר אדעתא דהכי נדרתי ואפשר כונת מהרש"ז להוכיח דעכצ"ל להרשב"א דכבר נודע דאינה מכחשת דאל"כ הוי ליה לשמואל לומר לשאול אותה וא"כ מוכח דלא כרש"ל מדלא אסרה שמואל רק אם מהימן לו העד כבי תרי אבל אינו הכרח וכמ"ש דהא בס"ס לקולא א"צ לברורי אם גם אחר הבירור ישאר ספק אחד מכ"ש אם השתא הוי ודאי איסור אין לברר שיהא רק ספק ונתיר אז מכח ספק לבד.

עוד כתב דכן משמע מרמב"ם פכ"ד מהלכות אישות הח"י שכתב אמרה לו אשתו שזינתה אין ב"ד כופין עד שיעידו שני עדים שזינתה בפניהם וכ"כ רי"ו הרי דלא כרש"ל ונראה דאינו מוכרח דבלא"ה כתבו תוספת בריש זבחים דאפילו זינתה ברצון אין כופין אותו לגרשה ורמב"ם דס"ל דכופין י"ל אף דפשעה ואיהי דאפסדה אנפשה מ"מ כיון שכבר זינתה יש לחוש שתזנה עוד ותרגיל פרוצים אצלם כדאית' בגיטין דף מ"ד ע"ב בשמחה חצי ב"ח אבל אם ליכא רק ע"א דמדינא אין נאמן להוציאה מחזקת כשרות רק כיון שמודית שאנק"ד אין לכופו לגרשה אף דאסורה עליו ועוד כיון דמתני אמתלא אם תחזור בה נהי דאמתלא שנתנת ענ"ב ל"מ לה לרמב"ם כמ"ש הה"מ פח"י הלכה חי"ת כיון דאינה נאמנת אין זו אמתלא מ"מ שמא תתן אמתלא אחרת ועוד דאין קושיא מהה"מ על רש"ל דהא ברמב"ם אינו מבואר דל"מ אמתלא דנתנה עיניה באחר וגם הת"מ לא אמר רק דאפשר לומר כן ויש לחוש שתתן אמתלא כמו שהוכיח בשו"ת רמ"א דבלבשה בגדי נידות ל"מ אמתלא מדלוקה בעלה עליה דאם הים מהני אמתלא יש לחוש שמא תתן אמתלא אך מדברי הרמב"ם פח"י מהא"ב הלכה ח' מוכח דלא כרש"ל ומ"מ אין מוכרח דהרא"ש ס"ל הכי והא דהביא בשו"ת מהרש"ז שם ראיה מהרא"ש שילהי גיטין הובא לקמן ס"ס ע"ח להלכה דלא מתסרא לבעלה בהודאת פיה וע"א המסייע לה אף שהוא קרוב הרי באיסורים ע"א קרוב נאמן עיי"ש נראה דהא בלא"ה הקשו דדברי רא"ש שם סותרים למ"ש בשו"ת הרא"ש הנ"ל עיין ב"ש כאן סקכ"ב וק"נ שם סק"ע ונראה דודאי מה דאינה נאמנת לומר שכבר נתקדשה לאחר והעד מסייע לה די"ל משום דענ"ב שכרתו להעד ועיין תשב"ץ ענין ע"ז ח"ר דודאי חששא רחוקה שישקר העד ומ"מ אינו נאמן דשמא שכור הוא ובאמת זה חשש רחוק דהא איתא בפ"ג דקידושין דף ס"ג ע"ב דבא אחד ואמר אני קידשתיה נאמן ליתן גט משום דחזקה אא"ח ולא לו ונהי דהתם משום דאינו מעיד להפקיעה מחזקתה נאמן גם בדבר שבערוה כמ"ש הר"ן שם מ"מ חזינן דהוי חזקה דאא"ח ול"ל ומהימן כשאינו מעיד נגד חזקה וכיון דחשש רחוק ששכרתו לכן אם מודית לדבריו אף במקום חזקה שאנח"ד דהוי כמו רגל"ד דגם לומר טא"ל שאנח"ד כדאית' בסי' קט"ו אבל בנידון הרא"ש בשילהי גיטין דאומר העד על אחות אשתו שקידשה כבר א"כ לדבריו רשע הוא דעבר איסור כרת לדור עם אחותה י"ל נמי ששכרתו משום דענ"ב דממ"נ רשע הוא ואף דמטעם אאמע"ר אין לדחות עדותו באיסור כדמוכח לכאורה בגיטין דף נ"ג דאמר דמנסך במזיד נפטריה כדי שיודיעו מ"מ מה לנו אם נאמר דשכרתו להעיד שקר או דנאמר דאמת מעיד וישב עם אשתו באיסור כרת משא"כ בנידון שו"ת הרא"ש דזה המערער שקידשה קודם שנתקדשה לזה לדבריו לא עשה איסור לכן כיון

דחששא רחוקה שיעיד שקר הוי רגל"ד ואפשר עדיף מרגל"ד לכן ס"ל בשו"ת הרא"ש דשאנחיד ומ"מ לולא שאנחיד אינה אסורה על הבעל דכיון דשי"קם מקודשת להבעל אין ע"א נאמן להוציאה ממנו אף דהאשה מודית דעפ"י שני עדים יקום דבר ואף דקי"ל במ"ק דסנהדרין דפ"ד חדא לפימ"ש הרשב"א בתשובה אלף רל"ז ל"ל בכה"ג פ"ד כמו באמר אני זניתי עם אשתך ועוד הא דפלגינן דיבורי' משום דגזה"כ אדם קרוב אצל עצמו ולא נפסל ע"י עצמו אבל לעשות רגל"ד מכח דיבורו דרחוק דעד מישראל ישקר אי אפשר דאף אם פ"ד הרי ע"כ משקר במה שאומר על עצמו א"כ י"ל אדרבה משקר לגמרי מחמת ששכרתו דאין מן הסברא לפלוג דיבורו.

והנה מדברי תשובת הרא"ש הללו נראה דאם היתה נאמנת נגד בעלה לא מועיל אמתלא וזה ראיה להב"מ לעיל סימן וא"ו סי"ג והחוו"ד בסימן קפ"ה סק"ה דאמתלא ל"מ רק לענין שאנח"ד ולא היכא דנאמנת גם נגד אחר ובהגהות הגאון רב"פ שם חולק על החוו"ד ולפימ"ש לעיל י"ל דטעמו של הרא"ש כיון דהודית לאחר ל"מ אמתלא לגבי האחר אלא לדידה דאומרת ברי ולעיל סימן וא"ו סי"ג הוכחתי מהרמ"א סימן ד' סכ"ט דלא כהב"א וחוו"ד.

סימן מז

ס"ד אם אמרה נתקדשתי לפלוני שוב א"נ לומר כפנויה אני דלאו כ"כ לחוב לו ולהפקיעה עצמה ממנו בנו"ב חא"ע סימן סמ"ך חקר מה זכות יש לו בארוסה דבידה שלא תנשא לו רק אם יקדשה מחדש יצטרך עוד כסף קידושין לכן המציא דאם אמרה דנתקדשה לפלוני בפני עד אחד דבלא"ה צריך ליתן מעות קידושין שנית הוי כאיסור לבד דמועיל אמתלא עיי"ש ודחוק דהא צווחת דאינה רוצה בו ולא תקבל קידושין ממנו אלא דאפשר תתרצה בו אח"כ הוי רק ספק פרוטה ובתוס' פרק עד כמה כ"ח ב' כתבו דשיערו חכז"ל דהספק שוה רק מחצה א"כ ה"נ הוי רק חצי פרוטה דאינו ממון כלל לכן נ"ל לפימ"ש מהרי"ק שרש כ"ט והובא ברמ"א לקמן סימן ע"ז דארוסה שאינה רוצה בחתנה אין כופין אותו לגרשה א"כ ממ"נ או תתן לו מעות שיגרשה ולא תשב עגונה או תנשא לו ויהא לו זכות נשואה בה ועתוס' פ"ק דב"ב דף י"ב ע"ב בד"ה מעלינן.

חמ"ח סק"ד במגו דגרשתני הנה לפימ"ש הריב"ש סימן קצ"ג דאם בא לסתור דבריו הראשונים לא מהימן במגו והביא ראיה מפי"נ קכ"ז ע"ב אמר עבדי הוא וחזר ואמר בני אינו נאמן אף דיש לו מגו ליתן לו נכסיו במתנה עיי"ש א"כ ה"נ ל"א מגו אך נ"ל דדוקא בנידון דהריב"ש דתחלה אמר האב שלא נתרצה בקידושי בתו הקטנה והיא פנויה ואח"כ חזר בו דלדבריו עתה עשה רע מתחלה לומר על בתו שהיא באמת ארוסה שאינה ארוסה

וכן בש"ס דיאמר על בנו שהוא עבד להכחיש זרעו משא"כ הכא דתחלה אמרה נתקדשתי לפלוני גם כי שיקרה מה רע הא פלוני אינו מתחייב כלל בדבריה וכה"ג מחלק בנוב"ת חא"ע סל"ח לענין אמתלא וכיון דראיות הריב"ש אינו מוכרח רק בכגון נידון דידיה מנין להוסיף כיון דגוף הדבר חידוש דמסברא י"ל מה שטוען עתה יותר אמת כיון דיש לו מגו וזה דלא כנתיבות בסי' ע"ב סח"י עיי"ש.

וב"מ ואחרונים הקשו למה לו להחמ"ח להמגו דגרשתני הא בלא"ה נאמנת משום חזקה דאינה מעיזה כמו גרשתני ונראה לפימ"ש הרשב"א בחידושיו לגיטין דף ס"ד דהיכא דעד אחד מסייעה ליכא חזקת אינו מעיזה וכ"כ הה"מ פ"ט מה"א הל"א וכן הוא לעיל סימן י"ז בטוש"ע ס"ב והנה בר"ן משה"ד כתב דמגו מועיל להכחיש עד אחד כשאינו מחויב שבועה והובא באחרונים בכללי מגו הרי דמגו עדיף מעד אחד וא"כ כמו דאם ע"א מסייעה יכולה להעיז ה"נ אם מגו מסייעה לכן הקשה החמ"ח דתהא נאמנת מחמת המגו וא"כ לפימ"ש הב"ש לקמן סימן פ"ה סוף סק"ל לק"מ דה"נ כיון דהנאמנות בגרשתני משום דאינה יכולה להעיז בפני בעלה ממילא בטענה אחרת ליכא מגו ול"ד לשאר מגו דהעזה דיכול להעיז אך קשה ממ"נ תהא נאמנת משום חזקה דאינה מעיזה מה תאמר משום המגו דמסייעה מעיזה א"כ תהא נאמנת בהמגו מה תאמר דאין זה מגו דא"י לומר גרשתני דא"י להעיז וליכא מגו א"כ תהא נאמנת לומר לא קדשתני דחזקה דאינה מעיזה גם בטענה

ובדרישת ארי הקשה על החמ"ח מח"ב אם לא קידשתני הוי העזה כגירשתני אצ"ל דתיהמן במגו דגרשתני ואם זה אינה העזה כגירשתני ליכא מגו דא"י להעיז עיי"ש ובלאה"נ למה ישתנה טענת לא קידשתני מגירשתני לענין העזה וכבר כתבתי בסמוך לתרץ ואם נאמר כנתיבות דלעיל דכללא הוא דמגו ל"מ לסתור דבריו הראשונים י"ל ה"נ חזקה דאינה מעיזה לא מהני דהא חזקה דא"א פת"ז ע"כ חזקה מכח סברא ובעיא בפ"ק דב"ב דף ה' אם נאמן במגו נגד אותה חזקה הרי דשקולין ובריב"ש כתב דא"כ במגו לסתור דבריו הראשונים דאנן שהרי דמשקר כדאמרינן בפי"נ גבי אמר עבדי וחזר ואמר בני א"כ גם חזקה לא מועיל נגד אנן סהדי וודאי אינו רק מכח אומדנא שכך אמדוהו רבנן מכח סברא דודאי עדים עדיפי והא גופא חידוש הוא לולא דהכריחו הריב"ש מן הש"ס וא"ב כשיש מגו וחזקה ודאי מהימן גם לסתור דבריו הראשונים דכל אחד בפ"ע הוי כאנן סהדי מכח אומדנא ואמרינן ביומא פיוה"כ דף פ"ג אע"ג דתרי כמאה ומאה כתרי ה"מ לענין עדות אבל לענין אומדנא בתר דעות אזלינן וא"כ הכי נמי לענין אומדנא דכל חד בפ"ע הוי כאנן סהדי לכן לא הקשה החמ"ח דתהא נאמנת מחמת חזקה דאינה מעיזה

רק מחמת דיש לה נמי מגו והנה י"ל דאין זה מגו דאינה רוצה לומר גרשתני דתתסר לכהנים ולקרוביו אלא נ"מ אם כבר נתגרשה פ"א מפלוני זה ולפ"ז שפיר ס"ל להחמ"ח כהב"ש דלקמן סימן פ"ה ססק"ל וס"ל כהריב"ש דל"מ מגו לסתור דבריו הראשונים אך כ"ז אם הטעם דבאמרה לפלוני ל"מ אמתלא היינו כגון זו האמתלא משום שקפצו עליה דל"ה צ"ל לפלוני דאין אמתלא על זה כלל כמ"ש נו"ב סימן סמך ועצ"א וא"כ סותרת ממש דבריה ולפ"ז צ"ל דהחמ"ח ס"ל דגם בלא אמתלא מהני מגו וכדעת מהרש"א הובא בישעי"ק בר"ס מ"ח וכן ר"ל המקנה בדעת הר"ן אבל אפשר הא דמקשה החמ"ח די"ל מגו היינו עם האמתלא א"כ אינו ענין לדברי ריב"ש ועמ"ש לקמן ר"ס מ"ח.

מה שהקשה החמ"ח דתכ"ד כד"ד עיין פי' רשב"ם פי"נ קכ"ז ע"ב ונמ"י שם גבי אמר עבדי וחזר ואמר בני דגם תכ"ד א"י לחזור בו והטוש"ע חו"מ סימן רע"ט חולקים ועיין מהרש"א בפ"ב דכתובות דף כ"ב בד"ה מניין.

סימן מח

ס"א קידשתיך בטור כתב בפני פו"פ משמע אם אמר סתם קדשתיך יכול לפרש דבריו שלא בעדים וכ"כ הרא"ש בתשובה חמ"ח וב"ש וקשה א"כ לעיל סימן מ"ז ס"ד דאם אמרה נתקדשתי ואחר כ"ד אמרה פנויה אני אינה נאמנת בלא אמתלא ולמה הא יש לה מגו די"ל שלא היו הקידושין בעדים וצ"ל כמ"ש ריב"ש סימן קצ"ג היכא דבא לסתור דבריו ראשונים לא מהני מגו ולעיל בסימן מ"ז נסתפקתי אם גם בכה"ג ל"א מגו ומכאן מוכח דגם בכה"ג לא מועיל מגו ואין לדחוק דמיירי לעיל שאמרה נתקדשתי בפני עדים דהא לעיל לא כתב הטור כמ"ש כאן אך אפשר היכא דשאנח"ד א"י לחזור ע"י מגו דאפילו בעדים יש דעות דאסור וכמ"ש ישועות יעקב כאן ומהרש"א פ"ק דכתובות דף טי"ת ע"ב וכן מהר"ם שאף שם בד"ה ודאי ס"ל דמגו מהני גם לענין שאבח"ד ובה"ט לעיל סימן ד' סקל"ז תביא מהראנ"ח ח"א סמ"ח דאם יש ידים מוכיחות שמשקר אין אומרים שאנח"ד ואפשר לחלק בין יש ידים מוכיחות דמשקר כשמודה דלא נתקבלו דבריו משא"כ מגו הבא לאח"כ וכשחוזר ומפרט לפימ"ש ביד תמלך פ"ט מה"א הט"ו דשאנח"ד הוא דנאמן מכח מגו דבידו לאסור על עצמו כקונם עיי"ש א"כ כשחוזר אף דיש לו עכשיו מגו מאי אולמא הך מגו דהשתא ממגו דמעיקרא ואדרבה יש להעמידו על מה שהחזקנו אותו עד עכשיו באיסור ול"ד לאם עדים מעידים כדבריו של עכשיו או יש ידים מוכיחות דמעיקרא היה משקר דאנן סהדי עדיף ממיגו ולפ"ז י"ל נמי דברי החמ"ח שבס"ס מ"ז הא דהקשה דתהא נאמנת במגו אף דאין מועיל אמתלא על מה שאמרה דנתקדשה לפלוני או דאין לה כלל אמתלא על מה שאמרה לפלוני דלא היה

צריכה לומר לפלוני מ"מ תהא נאמנת עכשיו במגו אף דמגו ל"מ נגד שאנח"ד היינו דמאי אולמא מגו דהשתא ממגו דמעיקרא אבל כיון דיש עכשיו ג"כ חזקה דאינה מעיזה פניה בפניו שפיר עדיף ממגו דמעיקרא אבל מכח חזקה לבד לא היה קשה כיון דהיה לה מגו כשאסרה על נפשה ומגו וחזקה שקולין ועיין בשו"ת בית אפרים חא"ע סימן א' וסימן זיי"ן דהוכיח מדברי ר"ש מקינון וש"ך בכ"מ סימן פ"ב דגם בשאנח"ד יכול לחזור בו אם יש לו עכשיו מגו עיי"ש וא"כ הק"ל למה לעיל סימן מ"ז ס"ד לא מהימנן לה במגו ונראה דהא ס"ל להרא"ש וטוש"ע לעיל סימן ט"ו דאנן טענינן לה שנתקדשה בלא עדים וע"כ ס"ל דשכיח דלא ידעו דאין קידושין בלא עדים דאל"כ מלתא דל"ש אם לא טעין לא טענינן ליתמי כדאית' בחו"מ סימן ק"ח והרא"ש לפרק הכותב כתב דלא אמרינן מגו דהיתה יכולה לטעון טענה אחרת שאפשר לא ידעה הדין דלאו כ"ט דינא גמירי א"כ ה"נ אין לה מגו והא דלעיל סימן מ"ז לא תלינן דנתקדשה בלא עדים ה"ט כיון דאינה אומרת רק פנויה אני א"א להתירה דשמא באמת נתקדשה בעדים ולעיל סימן ט"ו דכבר נשאת לאחר טענינן אנן כיון דנשאת לאחר סתמא נתקדשה לראשון בלא עדים דאל"כ לא היתה נשאת לאחר דחזקה אין אשה מקלקלת א"ע לישב באיסור א"א כל ימיה כמ"ש הרא"ש שילה נדרים ומה דלא אומרת עכשיו כן לא אכפת לן דאפילו תאמר שנתקדשה לראשון בעדים לאו כל כמינה להפקיע עצמה מיד שני כמ"ש הרא"ש שילהי גיטין אך להש"ך בחו"מ סימן ס"ו סקנ"ו דלא מרעינן מגו משום שמא אינה יודעת ל"ל דלא שכיח לקדש בלא עדים כיון דמעשים בכל יום דמייחדים עדים לקידושין וא"כ הוי מגו לטעון טענה דל"ש דאינו מגו וכאחרונים שהעלו בכללי מגו בזה כהר"ש מקינון דלא כהש"ך שם ואאת"ל דגם זה לא שכיח שתשקר לומר נתקדשתי והוי מגו מל"ש לל"ש מ"מ במה שטוענת שתחלה דברה שקר הוא רק דהיא עשתה דבר דל"ש אבל לטעון דנתקדשה בלא עדים צ"ל דהמקדש והמתקדשת עשו מידי דלא שכיח והא דלעיל סימן ט"ו טענינן אנן דנתקדשה לראשון בלא עדים אף דמלתא דל"ש צריך לומר בעצמו משום דכבר נתקדשה לאחר וזה יותר לא שכיח שא"א תלך להתקדש לאחר דחזקה אינה מקלקלת א"ע לישב באיסור א"א כל ימיה.

בעצ"א הקשה מלעיל סימן מ"ז דאם חזרה אחר כ"ד ואמרה פנויה אני א"נ בלא אמתלא למה לא תהא נאמנת לפרש דבריה' שנתקדשה בלא עדים או נתקדשה על תנאי ולא נתקיים א"ו סתם קידושין היינו קידושין גמורין דלא כחמ"ח וב"ש ואינה הוכחה די"ל אה"נ דזה הוה אמתלא טובה ולהכי נקט וחזרה ואמרה פנויה אני דהיינו שחזרה מדבריה שאמרה תחלה דאם מפרשת דבריה שהיה בל"ע או ע"ת אינה חזרה.

סימן מט

ס"א וכתב לה כתובה כ"כ הרמב"ם בפ"ט מה"א ובהשגות הקשה נהי דס"ל דארוסה אין לה כתובה משכחת שהתנתה עמו שיתן לה כתובה ואצ"ל שכתב ואבדה והה"מ כתב דעוד משכחת בלא אבדה כגון שלא נזכר שם האשה בכתובה עיי"ש ונראה דרמב"ם מיאן בכ"ז דהא בעצ"א הקשה גם בלא טעם קנס על שעשה איסור יחויב כמו בנפקד בחו"מ סי' שי"ן דהוי ליה למידק אך כיון דכתב לה כתובה ונתן בידה והיא אבדה ל"ל דה"ל למידק דהא ע"י כתובתה יהא ניכר ואבדה לא שכיח דה"ל לזהר בכתובתה וכדאית' בפ"ק דב"מ דף י"ב ע"ב דבשטר כשר אדם נזהר לשמרו ואח"כ מצאתי בדרישת ארי שכ"כ.

עוד נראה לפימ"ש הב"מ בישוב קושיות הב"ש למה לא ישבעו כולן דמשום דלא פסיקא דאם עידי קידושין הלכו למדה"י יש לחוש שיבואו ויכירו המקודשות ויהא ש"ש מתחלל בארבע שנשבעו לשקר א"ד ואצ"ל משום דלא פסיקא דאפילו מתו העדים או הם אין מכירין אותה דסתמא כן הוא כיון דהמקדש אינו מכירה והעדים א"צ להכירה כמבואר בחידושי מהרי"ט ובאב"מ סי' מ"ב סק"ט וסימן ל"א סק"ד ובשאר אחרונים דהא מכסין פני הכלה כמ"ש רמ"א בסימן ל"א ס"ב מ"מ כיון שכתב לה כתובה ונאבדה יש לחוש שאחר שבועות כולן תמצא הכתובה ושמה כתוב בה ומיושב ג"כ הטור שכתב לשון הרמב"ם שכתב לה כתובה ואבדה והרי ס"ל בסימן נ"ד דארוסה יש לה כתובה אפילו ל"כ לה.

ובקרבן נתנאל פט"ו מיבמות אות ל"ב כתב דלפיכך אין הנשים נשבעות דהחמש נשים תובעין אותו ואם היה טוען ברי כמו הן שאינו חייב אלא לאחת מהנה שידוע לו היה נשבע ופטור ועכשיו שטוען שמא הוי מחויב שבועה דאורייתא דהא מודה באחת מהן וא"י לישבע ומשלם משא"כ לענין גזל השבועה לנגזלים כדתנן אלו נשבעין ונוטלין הנגזל מש"ה כ"א נשבע וקלסי הפ"ת כאן ודבריו שגבו ממני דהא אם טוען ברי לא קידשתי אלא אחת מכם וזו היא אינו חייב נגד השאר רק היסת דנגדן כופר בכל וכן מבואר בהג"א שהובא בש"ך סי' רכ"ב סק"ב ופשוט וא"כ עכשיו שאומר א"י אתה הוי רק משואי"ל היסת ועוד הא כתבו תוספת בב"ק ק"ג ע"ב דזה לא הוי כבו"ש כיון דהוא נמי טוען ברי שאינו חייב רק לאחד גם מ"ש בק"נ משא"כ לענין גזל השבועה לנגזלים איני מבין דהא הא דנגזל נשבע קנס הוא שקנסו לגזלן כמ"ש הפוסקים הובאו בש"ך ריש סימן צדי"ק ולדברי ק"נ דכאן הוי משואיל"מ אם כן מדינא א"צ הנגזל לישבע כלל כמבואר בחו"מ סימן ע"ה סי"ג ואין זה בכלל התקנה להטיל על הנגזל שבועה שאינו מחויב.

והמקנה כתב כיון דבועל ארוסתו נפסל לעדות ולשבועה כמ"ש הסמ"ע סי' ל"ד סק"ד והנשים ג"כ מוזהרין לכן א"צ שישבעו את"ד אמנם לפי מה שהביא התומים בסימן ל"ד ס"ק כ"ב החידושי רשב"א ס"פ הכונס שהקשה על הא דנשבע שא"ב הא חמסן פסול מדרבנן ותירץ דלא ה"ל הכרזה ולא נפסל עיי"ש א"כ מוכח דגם לשבועה ולאותו דבר שנפסל בה לא נפסל בלא הכרזה להפטר משבועה ובפ"ת לחו"מ סי' צ"ב סק"ג הביא מהגאון רע"ק זלה"ה דפסולי דרבנן בלא הכרזה אם חייבים שבועה דרבנן ואם נפסלים לשבועה יפטרו לגמרי צריכין לישבע אם לא הכריזו עליהם דלא מפסידינן זכותא דאחריני כ"ז שלא הכריזו ובלאה"נ פשיטא להבית מאיר לקמן סי' נ"ה סק"ג דביאה ראשונה שמתקדשה בה היתר הוא וכן הוא בישועות יעקב שם בפירש הקצר ועמ"ש לעיל סימן כ"ו.

סימן נ

ס"א וכן אם היו קידושי ספק כ"כ בהגמ"ר פרק האומר סימן תקה"ל ז"ל אדם שגירש אשה מן האירוסין קודם שהכניסה לחופה ותובע ממנה הכסף או הטבעת שנתן לה בתורת קידושין מסקנת תלמודא בפרק מי שמת בין שהרגיל הוא הקטטה בין שהרגילה היא אין מחזרת לו הקידושין גזרה שמא יאמרו אין הקידושין ויבואו להתירה באחותה בחייה אבל הדין לא נתברר דהא איפלגי תנאי אי קידושין לטבועין נתנו ולא אפסקא הלכה כמאן לטבועין פירש כשנתן לה הקידושין כאלו נטבעו לים ולא ישוב עוד אליו אבל בקידושין ע"ת ולא נתקיים או בקידושי ספק מוכח בפרק המדיר בסופו דלכ"ע לאו לטבועין נתנו עכ"ל ובפרק המדיר הכי אית' אר"י א"ש המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה ותנא תונא כלה הי כלה אילימא כלה בביתי אביה מי דמי התם מייתי האב ראיה ומפיק הכא מייתי בעל החמור ראיה ומקיים ארנב"י כלה בבית אביה ולקידושין ולא תימא אליבא דמ"ד קידושין לאו לטבועין נתנו אלא אפילו למ"ד לטבועין נתנו ה"מ קידושי ודאי אבל קידושי טעות אי מייתי ראיה אין אי לא לא עכ"ל והקשה אב"מ דמוכח דקידושי ספק נמי א"צ להחזיר ומש"ה מייתי ראיה לדר"י א"ש דבעל החמור צריך להביא ראיה ומשים דאזלינן בתר השתא וכשעת מציאתן וכמ"ש תוספת שם בטעמא דר"י ומש"ה אי לא מייתי האב ראיה צריך להחזיר הקידושין אע"ג דמוחזק אבל אי נימא דבספק קידושין צריכה להחזיר הקידושין היכא מוכח דבעל החמור מייתי ראיה הא שאני קידושין דגם בספק צריכה להחזיר לכן צריכה ראיה שהיה ודאי קידושין אבל בחמור ופרה מספק א"צ להחזיר כיון

דמוחזק וא"כ מביא הגמ"ר ראיה לסתור ועיי"ש באב"מ שתירץ דראיית הגמ"ר ממסקנא דהש"ס דליתא להא דאר"י א"ש אלא הכי א"ש הנולד ספק ברשותו עליו הראיה ופירש הרא"ש דעל בעל הפרה להביא ראיה כיון דכבר חשוב החמור ברשותו אחר שמשך הפרה וכלה בבית אביה דאב מייתי ראיה אף דהאשה כבר ניקנת לבעל ע"י קידושין אפ"ה לא הוה ברשות הבעל לגמרי משום דעדיין הבת ברשות אביה ג"כ לכמה דברים לנדרים וירושה וכיוצא וכיון דבבית אביה אינו אלא ספק א"כ אמאי צריך האב להביא ראיה כדי שלא יחויב להחזיר הקידושין כיון דהוא מוחזק ול"ל הא דאב צריך ראיה ליטול הכתובה דהא מעיקרא אמרו דלכל מילי צריך האב ראיה א"ו מוכח למסקנא דקידושי ספק צריך להחזיר דלא כהחמ"ח שהקשה על הגמ"ר דלמסקנא אין ראיה ורנב"י אפשר דלא ס"ל כאמימר אבל מאחר דאנן קי"ל כאמימר גם בקידושי ספק יש לגזור את"ד האב"מ ובאמת קושיה הח"מ נכונה דלמסקנא אצ"ל דמתניתין דהאב צריך ראיה שלא להחזיר הקידושין אלא ליטול כתובה וכן פירש האוריין תליתאי דברי החמ"ח ועוד נהי דס"ל להגמ"ר דבספק קידושין לא גזר אמימר מ"מ מדינא א"א להוציא מחמת ספק מהמוחזק וגם צריך הבנה דברי הגמ"ר שכתב דהדין לא נתברר אי לטבועין נהנו דמה נ"מ כיון דמסיק אמימר דמשום גזרה אין מחזירין הקידושין לכן נראה טעמא של הגמ"ר דבספק קידושין יש ס"ס לענין מעות הקידושין שמא לא נתקדשה ואת"ל דנתקדשה מ"מ כיון דאנן מספ"ל ואסור בבעילה ונשואין ע"י ספק קידושין הללו אלא צריך לקדשה פעם שנית ככל ספק קידושין כדלעיל סי' ל"א ס"ד וא"כ למ"ד קידושין לאו לטבועין נתנו דלא נתנו רק ע"ד שישאנה ע"י קידושין אלא ה"נ צריכה להחזיר הקידושין וכיון דהוי ספק אי הלכה דנתנו לטבועין הוי ס"ס וע"י ס"ס מוציאין ממון לדעת כ"פ והבא דיש נמי חמ"ק וחזקת פנויה לכ"ע מוציאין ממון וכ"ז לדידן דמספ"ל אם לטבועין נתנו אבל לרנב"י דראייתו דר"י א"ש גם למ"ד ודאי לטבועין נתנו ואדרבה כל ראייתו אינו רק לאותו מ"ד כמבואר באס"ז שם א"כ לא נשאר רק ספק אחד אי נתקדשה ומ"מ אם לא מייתי האב ראיה צריך להחזיר הקידושין וע"כ משום דדנין כשעת מציאתן וה"נ במת החמור וס"ל להגמ"ר דנהי דאהני טעמא דשעת מציאתן לענין וומון שצריך להחזיר מ"ע גט צריכה וכמ"ש החמ"ח כחן וב"י וב"ח בשיטת הטור לעיל סימן כ"ט והובא בב"ש שם סקי"א והרי מוכח לרנב"י דבספק קידושין ליתא לגזרה דאמימר אף דצריכה גט.

ובזה יש להבין מה שכתב הגמ"ר לטבועין פירש כאלו נטבעו בים ולא ישוב עוד אליו מה צריך זה לתשובתו אלא דהמ"ל הפירש דלטבועין נתנו טעמא קאמר להכי אין הקידושין חוזרין אך דארגלה היא קטטה או מתה משום דהוי כאלו נטבעו ומתייאש דלא ע"ד

הוה שלא תנשא לו דלפ"ז אפי' בקידושי טעות או בקידושי ספק אאת"ל דלא חלו כלל הקידושין מ"מ הבעל נתייאש ואין ראיה מס"ס המדיר וכמ"ש לעיל סימן כ"ז דסתמא ידעו האב והבת מהמום והטעו אותו דהוי באיסורא בא לידם או דחייבים מדינא דגרמי שגרמו לו להתייאש משא"כ בשאר קידושי ספק דכמו שלא ידע הבעל גם האב ובתו לא ידעו לזה כתב דהפירש דדינא קאמר לטבועין נתנו כאלו נטבעו בים ולא ישוב עוד אליו מאחר דחלו הקידושין וא"כ בספק קידושין יש שתי ספקות.

עוד י"ל קושית האב"מ דהא דמייתי ראיה מבלה בבית אביה למחליף פרה וחמור היינו משום דיש חזקת הגוף בחמור לומר השתא אחר משיבת הפרה מת לזה מוכיח מכלה בבית אביה דגם בן יש חזקת הגוף לומר אחר שנתארסה נולד המום ומ"מ אם אין האב מייתי ראיה צריך להחזיר הקידושין משום דהשתא יש בה המום י"ל כשעת מציאתן עומד כגד חזקת הגוף דמעיקרא וממילא אהני חזקת מרה קמא דבעל אף דבכור בשלשים סאה בסלע ובמוכר שור ונמצא נגחן לא מהני חמ"ק להוציא כבר כתב הפנ"י בפרק המדיר דף ע"ו בד"ה אמנם בביאור דברי ריב"א שבתוספת שם כיון דבלא טענתו נולד ספק לב"ד בענין הזמן אף דטוען ברי ומוחזק לא והני נגד חמ"ק משא"כ במוכר שור ובכור בשלשים שאין הספק אלא מצד טענתם עי"ש וא"כ בשאר ספק ממון ולא לענין איסור א"א וכמ"ש הר"ן בפ"ק דקידושין אהא דנתן הוא ואמרה היא.

ובישועות יעקב הביא מהריטב"א פרק האומר דף ע"ט שכתב אהא דקידשה אביה בדרך וקידשה א"מ בעיר דרב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר מקודשת לשניהם מספק והלכתא כרב והקשו למ"ל הלכתא כרב הא בכ"מ הלכתא כרב באיסורי ותירץ דנ"מ גם לממון דלרב האב צריך להחזיר כסף קידושין מבואר דלשמואל א"צ להחזיר דהוי ספק מקודשת הרי דלא כהגמ"ר את"ד ואינו ראיה דהתם כיון דהספק בין האב והאשה אין לחייב שום אחד משום חמ"ק ומשום ספק דאם תאמר אחד הקידושין חוזרין לו משום חמ"ק מקלקלת לאידך דיפסיד והרי גם לאידך יש חמ"ק וספק וכה"ג איתא בסימן ק"ץ סמ"ג ובס"ס קי"א ביו"ד דגם בשני בני אדם אמרינן הכי ואפילו לרמב"ן שם דבשתי קדרות של שני ב"א ובאו לשאול זא"ז תולין להקל בשניהם באיסור דרבנן היינו באיסור דרבנן אבל הכא בממון אם תאמר האב צריך להחזיר וגם בתו צריכה להחזיר ע"ב מחייבת לאחד בחנם לפטור אחד ולחייב אחד אי אפשר דמאי חזית דדמים דהאי סומק טפי ואאת"ל גם בזה יש לחייב שניהם משום חמ"ק מ"מ עד כאן לא קאמר הגמ"ר דגזרה דאמימר שלא יאמרו מותר באחותה אינו אלא בודאי קידושין דודאי אסור באחותה ולא בספק אבל בקידשה אביה לאחד והיא קידשה א"ע לשני דודאי אחד מהמקדשין אסור

באחותה ואם האב והבת יחזירו הקידושין שייך גזרה דאמימר דאחותה ודאי אסורה לאחד מדינא ואפשר ישאו אחותה שניהם כשתתאלמן או תתגרש או ישאו שניהם צואר קרובותיה.

אך זולת קושית החמ"ח ק"ל עוד על ראיית הגמ"ר דנראה דהתנאים דפליגי אי קידושין לטבועין נתנו כ"ע לא חשו לגזרה דאמימר דאפילו מ"ד לטבועין נתנו היינו דהמקדש נתן וגמר על דעת שיטבעו אצלה הקידושין דמתייאש מהן וגמר ונתן לחלוטין כמ"ש בעליות ר"י באס"ז בב"ב שם ועכצ"ל דאמימר חידש אותה גזרה כדמצינו כמה תקנות שתקנו האמוראים כמו היסת ואפילו הגאונים תקנו כמו דינא דמתיבתא במורדת ומטלטלי דיתמי להגבות לבע"ח וא"כ מאי ראיה מרנב"י דפרק המדיר דקאי על המשנה דמינה מייתי ר"י א"ש ראיה למחליף פרה בחמור ובימי המשנה לא היתה גזרת אמימר תדע דהא הגמ"ר גופא אמר דמסקנא דאין מחזרת לו הקידושין משום גזרה אבל הדין לא נתברר ואם אמימר פוסק כמ"ד לנוגעין נהנו משום גזרה הרי נתברר הדין כמ"ד לטבועין נתנו דמה לי אם מדינא או מגזרה נתנו לטבועין אך יש לדחות דנ"מ להגמ"ר לענין ספק קידושין דלא גזרינן ואם היה מתברר הלכה כמ"ד לטיבועין נתנו מדינא גם בספק א"צ להחזיר או כמ"ש הב"מ דאמימר לא גזר רק דב"ד לא יזדקקו להוציא ממנה אבל אי תפס הבעל אין מוציאין מידו ואף דתנאי דהתם בב"ב פליגי בודאי קידושין ואשת כהן שנאנסה אם צריכה להחזיר הקידושין מ"מ אמימר הכריע משום גזרה כמ"ד לטבועין נתנו אבל בספק קידושין או תפס המקדש רל לא הכריע אמימר וגם קידושין דליכא חזקת הגוף ממילא מהני חמ"ק לענין לא חידש הגזרה מדורו ולהבא אלא דקאמר דיש לחוש לאותו גזרה מכבר.

ועוד הקשה החמ"ח גם בס"ק שייך הגזרה דיאמרו קידושין תופסין באחותה והמקנה וישועות יעקב וח"ס תרצו דאם לא תחזיר יש חשש להיפך דיאמרו קידושין גמורים היו וודאי אין קידושין תופסין באחותה ואין נראה דהחששות הללו אין דומין דאם תחזיר הכסף קידושיה יטעו וישא אחותה והוי רק טעות אחד אבל אם לא תחזור הקידושין החשש רחוק דקודם יטעו דקידושין תופסין באחותה וישא אותה ומהיכי תיתי חשש טעות זה כיון דלא פסקו להחזיר לו אקידושין איך יטעו דלא הוי קידושין ואם יטעו וכבר קיבלה אחותה קידושין מזה איך תלך ותקבל קידושין מאחר אלא שיטעו אח"כ בהיפך מטעות ראשון דהשתא יאמרו דודאי לא תפסי בה קידושי מחמת דאחותה היתה בודאי מקודשת ונוסף בטועים ובטעותים ומהיפך להיפך ועוד בשלמא אם כחייבה להחזיר יטעו דודאי אין מקודשת דסברא הוא מספק אין מוציאין ממון כדאית' בב"ק דף מ"ו ע"ב

אבל אם נניח הקידושין אצלה מהיכי תיתי יטעו דהוי קידושי וודאי כיון דסברא דמספק אין מוציאין ממון ואי משום דמדינא באן היתה צריכה להחזיר בספק קידושין אטו כ"ע דינא גמירי ואם יחקור אחר הדין יתברר לו נמי דהוי ספק קידושין ועוד אינו דומה אם תחזיר עשינו מעשה הגורמות לטעות אבל אם לא תחזיר לא עשינו מעשה.

ונ"ל לפימ"ש בהגהות או"ה כלל ל"ט בשם א"ז אהא דאם אפה פת עם פשטידא של בשר וזב תחת הפת אסור לאוכלו אפילו עם בשר שמא יבא לאוכלו עם חלב אבל בספק זב תחתיו מותר לאכול עם בשר דהוי ס"ס שמא לא זב תחתיו ואת"ל זג שמא לא יאכלנו עם חלב והש"ך יו"ד סימן צ"ז כתב דזה אינו ספק כיון דרגילות לאכול פת עם חלב קרוב הדבר לאכלו עם חלב עיי"ש וא"כ כאן דרחוק שיטעה לישא אחותה כיון דגיטה מוכיח כדאמר רב אשי אלא דהגמרא אמר איכא דלא שמע מהגט א"ב בס"ק הוי ס"ס שמא אינן קידושין ואת"ל דהוי קידושין שמא לא יטעה לישא אחותה.

ומה שהביא החמ"ח ראיה מקטנה לכאורה לאו קושיא דגברא אגברא רמית וי"ל להגמ"ר לא ס"ל לגזור בקטנה אלא הא המחבר כתב קטנה הממאנת צריכה להחזיר אבל בגירשה לא כתב והרי הוא כמבואר דדינה כגדולה שכתב תחלה בגירשה א"צ להחזיר וא"כ למה פסק בס"ק צריכה להחזיר ונראה דמ"ש הגאון דבקטנה שייך טעם דאמימר עכצ"ל דס"ל הלכה קידושין לאו לטיבועין נתנו היינו דאינו גומר ונותן לחלוטין אלא מ"ד דאין קידושין חוזרין במת הוא או היא או גרשה או הדרה בה היא הכל רק מטעם גזרה משום אחותה או שאר קרובות וכמ"ש מהרמ"ל בתשובה י"ט וא"כ בקטנה שגירשה לולא הגזרה היתה צריכה להחזיר אבל להנמ"ר שכתב דלא נתברר הדין אם הקידושין לטבועין נתנו ולהכי בספק קידושין צריכה להחזיר משום ס"ס כמ"ש לעיל א"כ בקטנה דליכא ספק בקידושין רק ספק אם לטבועין נתנו אין צריך להחזיר מדינא והמחבר פסק כהגמ"ר והא דממאנת צריכה להחזיר כיון דודאי נתבטלו הקידושין למפרע דתנן דמותרין בקרובין ועוד כיון דיכולה למאן ודאי אומדן דעת דמעיקרא לא גמר ויהיב הקידושין לאיבוד אם תמאן.

מן הנשואין הקידושין חוזרין בתורת חיים על ב"ב דף קמ"ה השיג על זה ולפימ"ש ב"ש בס"ק מתשובת מהר"ם מינץ סימן צ"ו הטעם משום מה ששוה הקידושין יותר מפרוטה הוי כאלו נתן לה במתנה והוי מתנה דבר העשוי להתנאות ששמין לה כמ"ש לקמן סימן צ"ט עכ"ל מיושב בזה השגות הת"ח אך הב"מ תמה הא בפלוגתא דקידשה בככר ליכא למ"ד הכי ולסברתו למה לי לאפלוגי אם לטבועין ת"ל דכל המותר מוהר יחשב דודאי הדר לכ"ע וא"כ מן אמימר א"י להוציא סברא זו המחודשת אח"ד ונראה לפימ"ש

הרשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סימן ר"ז מחודש מ"ו ובמל"מ פי"א ממכירה ה"ד דאם נתן שטר בגופן שלהן שאם ימרה מה שיאמרו האומנין יענש עשרים דינרין חציין לעכו"ם לבנין העיר וחציין לבעל דינו כיון דלא ינצל מליתן לבנין העיר אם כן בדוקא התנה דאין לומר שבמחצית התנה בדוקא ובמחצית האחר באסמכתא שבדיבור אחד אמרם ואין דיבור אחד מתחלק לשנים עכ"ל א"כ ה"נ למ"ד קידושין לטבועין נתנו דהיינו כמ"ש האס"ז שם שהוא מתייאש מחזרתן וגמר בלבו ע"ד שלא יוחזר לו עיי"ש ממילא ל"ל דמקצת דהככר נתן ע"ד שלא יוחזר לו והשאר נתן רק למיקם קמיה וכשלא תיקום קמיה תחזיר לו אבל לאמימר דלאו לטיבועין נתנו דגם הצורך לקידושין נתן רק למיקם קמיה אלא משום גזרה דאחותה א"צ להחזיר א"כ כיון דמשיירין פרוטה תו אין חשש דהרי רואין דלא נעקרו הקידושין מדשיירו פרוטה ועיין לעיל ריש סי' ל"ז בב"ח וב"ש דקידשה במנה המותר מפרוטה הוי מתנה.

ס"ב המקדש אחותו בקידושין דה"ו ע"ב ובפ"ק דב"מ ט"ו ע"ב המקדש אחותו רב אמר מעות חוזרין ושמואל אמר מעות מתנה ומפרש הש"ס ר"א מעות חוזרין אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותן וגמר ונתן לשם פקדון ושמואל אמר מעות ונתנה אדם יודע שאין קידושין תופסין וגמר ונתן למתנה וקשה דהדיוקין סותרים דלרב משמע דוקא משום דיודע שאין קידושין תופסין הוי פקדון הא אם א"י הוי מתנה ולשמואל בהיפך אלו א"י הוי חוזרין והפנ"י הקשה הא אם א"י ג"כ חוזרין וכדלעיל ס"א ונראה לפימ"ש בהג"א כא"נ לענין מחילה בטעות דאם בא לידי חברו אהני מצד יאוש כיון דטעה וסבור דתו אינו שלו נתייאש ותוספת וראשונים לא ס"ל הכי וכתבתי לעיל סימן כ"ז משום דס"ל דלא מהני יאוש, בזה דבאיסורא בא לידו אף דהוה בטעות והנה רב, ס"ל בב"ק דף ס"ז דיאוש בגנבה וגזלה קונה אף דבאיסורא בא לידו ואנן קי"ל דהיכא דבאיסורא בא לידו אינו קונה לכן שפיר אמר לרב אם לא היה יודע לא הוי חוזרין דקנתה ביאוש אבל בשמואל אם לא היה יידע לא קנתה דיאוש אינו קונה נמצא מזה ראיה לתוספת וראשונים ועיין בשער משפט רס"כ ובנחלת צבי שם ובמה שכתבתי בערך ש"י על חו"מ שם.

ס"ג בהג"ה כשאכל שם הטור כתב אם אכל כששלחם שכן דרך להאכילו כששולח הדודן ומשמע מלשון זה דאם אכל אח"כ לא וכתב המקנה הטעם דהא דדברים העשוים ליבלות אין נגבין לאו דברירא דמחל אלא מספקא אין להוציא מידה אפילו החתן טוען ברי שלא נתן לה רק ע"מ לכונסה והיא אינה יודעת הוי א"י אם נתחייבתי אבל אם אכל אח"כ ה"ל כא"י אם מחלת לי דקי"ל דחייב כיון דכבר נתחזקה החיוב והמחילה הוי ספק א"ר וקשה דא"כ במת הוא למה חוזרין הא ליכא טוען ברי ואף די"ל טענת מחילה

גרע מא"י א"ע דעומד לפרעון לכן צריך דוקא שיתבע התובע בברי היינו בעלמא אבל כאן דיש ספק לפנינו שמא מחל מחמת אכילה למה תתחייב וגם במתה הא היורשים לא ה"ל למידע ואפילו חזר או מת הוא וטען מקודם ברי מ"מ שמא דידה אינו גרוע דלא ה"ל למידע ועיין בכ"ז בחו"מ סי' ע"ה ועוד יל"ד מה בעי הטור במ"ש שכן דרך להאכילו כששולח הדוכן מה לי דאם כן דרך או לא סוף סוף אכל לכן נראה דכיון דהוה רק ספק אם מחל הוי דברים שבלב ולא הוי דברים ונוציא מידה אך כתב נה"מ סימן י"ב סק"ה דדוקא מחילה על הדבר שכבר נתחייב לו לא מפני כשמחל בלבו וליכא אומדנא דמוכח אבל דור עמי או אכול אם היה בדעתו למחול לו ודאי מהני מחשבתו דהוי כנתנו במתנה בשעת מעשה ופשוט עיי"ש לכן ה"נ דוקא כשאכל בשעה ששלח אף דרק ספק נתן במתנה לחלוטין מהני דברים שבלב משא"כ אם אכל אח"כ כיון דלא נתן במתנה בשעת מעשה תו הוי דברים שבלב אך א"כ גם כשאכל בשעה ששלחם נימא דוקא אם האכילה קדמה לנתינה ולא אם הנתינה קדמה לאכילה לזה אמר הטור שכן דרך להאכילו כששלח הדורן א"כ כשנתן הדורן נתן במתנה בעד מה שיאכילוהו אז כי ידע שיאכילוהו וע' מל"מ פ"ד משאלה ופקדון ה"א ונה"מ סי' ע"ה ס"ט.

וגם בלאו דברי נה"מ י"ל דכיון דנתן הסבלונות סתם ולא התנה אם לא יכניסה לחופה תחזיר לו הוי דברים שבלב מה דאמרינן דלא נתן אלא ע"ד לכונסה אלא דאומדנא הכי מהני גם דברים שבלב לכן כשאכל אז אצל חמיו דאפשר נתן הדורנות בלא תנאי תו ליכא אומדנא דמוכח ממילא אפילו צווח דבלבו היה רק ע"ד לכונסה אין משגיחין בו דהוי דברים שבלב אבל לא אכל בשעת נתינה הדורנות דאז יש אומדנא דנתן על דעת שיכנסנה והוי כהתנה בפירש לכן אפילו אחר כך אכל בבית חמיו אף דאפשר מחל אז התנאי מ"מ הוי מחילה בלב בלא אומדנא ולא מהני וליכא שום ספק וזה יותר נכון דאל"כ הל"ל דלצי"ש מחויבת או יורשיה להחזיר ככל ברי ושמא או אם תפס הבעל וטוען ברי וליכא עדים ליהמן במגו דלא מחל כמו בבו"ש כדאית' בש"ך חו"מ סי' ע"ה ס"ט ס"ק כ"ו.

משלמת הכל בהשגות השיג מדקי"ל במוכר זרעוני גינה ולא צמחו דאינו משלם ההוצאה (נ"ל דשאני התם דכמו דלוקח לא ידע אם לא יצמח ה"נ הוי ללוקח להעלות כ"ד אפשר המוכר נמי א"י א"צ לט סמך על המוכר ולא הוציא על פיו והא דש"ס בב"ב דף צ"ג ע"ב אמר דיש אומרים דמוכר חייב לשלם ההוצאה הוא רשב"ג דס"ל בנתן בהמה לטבח וניבלה דמשלם דמי בושתו ובושת אורחיו והא י"ל שאני התם דסמך על הטבח י"ל דהראיה ממה דמחייב בושת האורחים דלא סמכו על הטבח כלל אלא על הבעה"ב

שזימנם ולא ידעו כלל אם אין לו כבר בשר מוכן ולא דברו עם הטבח דגם ערב לא מיחייב אלא אם מדבר עם המלוה שילוה כמ"ש רשב"א ורא"ש ור"ן בפ"ק דקידושין דף י"ט הובאו בגאון צבי ובשער משפט סי' קכ"ט ובאס"ז ב"מ דף ע"ג ע"ב בשם מוכן כתב נמי היכא דסמך עליו חייב גם בגרמא משום ערב והמחנה אפרים בפ"ו מזכיה תירץ דבזרעוני גינה מיירי שלא ידע המוכר דאל"כ מאי מדמי הש"ס הא דזרעוני גינה להא דחטין ועשאן ניפולת דהתם שאני דלא כיון להזיקו אבל הכא דידע אפשר דרבנן יודו ומדברי הרמ"ה שהביא הטור גבי הלוקח מקח ונמצא בו מום דאם היה יודע הלוקח חייב בהוצאות משמע כמ"ש עכ"ל והתוס' ר"פ המוכר פירות כתבו דבזרעוני גינה ע"כ מיירי דידע המוכר דאל"כ לא היה מחייב רשב"ג ההוצאה דאין סברא לחייבו כשלא ידע וצ"ל דרמב"ם לא ס"ל כתוספת ופלוגתא דרשב"ג ורבנן תליא במחלוקת שבין בעה"ת וטור עם הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו ס"ד ובש"ך שם ס"ק ס"ז דלהש"ך פטור היכא די"ל אתה גרמת לעצמך דכשם שטעית אתה טעיתי גם אני ולבעה"ת וטור ומחבר שם חייב ועיי"ש נה"מ דטעמייהו דיותר צריך ליזהר מלהזיק לאחר מליזוק לעצמו והיש"ש בפ"ק דגיטין סי' ל"ו דעתו כהש"ך הובא במשנת דר"א סי' קכ"ו שם ולפ"ז יש ראיה להיש"ש והש"ך מזרעוני גינה דהא קי"ל התם כרבנן דפטרו מלשלם ההוצאה כדאית' בחו"מ סי' רל"ב ס"כ ועיי"ש סכ"א דפסק המחבר דאם לא ידע המוכר שיש מום בממכרו פטור מלהחזיר ההוצאות ללוקח אף דאמר למוכר שקונה להוליכו למק"א וצ"ל דשאני הך דמעמ"ש דמוכח הנפקד ליתן להמקבל עפ"י דיבורו של הממחה כמ"ש תומים שם ולפ"ז אין ראיה ג"כ להש"ך מזרעוני גינה.

ב"ש סקי"ז משלמת הכל משמע דאינו פוחת שליש לכאורה קשה מ"ש ממאכל ומשתה ששלח לה דאינה משלמת כל ההוצאה ופירשב"ם דהמנהג הוא לשלוח מיני מאכלים ומ"מ אינה משלמת כל ההוצאה את"ד ונ"ל דאף למ"ד דד"ג דאוריית' מ"מ גרמא דחייב לפעמים כגון דשכיח הוא רק קנסא דרבנן ע' הג"ה בחו"מ סי' שפ"ו ס"ג וכן העלה בגאון צבי שם והקנס כדי שלא יזיק לחברו וא"כ תינח אם נעמיד על ד"ת יהא פטור לגמרי קנסוהו שיהא כגרמי ולכן צריך לשלם כל ההיזק שהזיק לחברו דלא יתכן לומר שישלם החצי וכדומה וממילא הו לא חיק כיון דקנסוהו להיות דינו כמזיק והרי הזיקו בכולו אבל היכא דאפילו נעמיד על ד"ת לא יפטור לגמרי כגון במאכל ומשתה ששלח לה דבלאו גרמא צריכה לשלם מה שנהנית ושיערו חכז"ל דהיינו פחות שליש ממה שהוציא החתן דיכולה לומר ביוקר לא הייתי נהנה א"כ אין מקום לתקן שתשלם לגמרי כדי שלא יהיו רגילין לגרום היזק לחברו דהא מזקת גם לעצמה שצריכה לשלם בשר בזול מה שכבר

אכלה אבל מה שהוציא על סעודה שעשה לריעיו ומה שנתן לחזן ושמש דאם נעמיד על ד"ת תפטור לגמרי ראו והתקינו שתשלם מה שגרמה לו היזק ממילא צריכה לשלם הכל וה"נ רק גרמא הוא כמ"ש הראב"ד בהשגות אלא דרבותיו של רמב"ם חייבו גם בגרמא כזה דשכיח אח"כ מצאתי בתומים סי' ס"ו סל"ב סקנ"ח כתב שם סברא כזו עי"ש ואף דמפסדת מה שצריכה לשלם מה ששלח לה מאכל ומשתה מ"מ במה שמפסדת אותו מה שנתן לשמשין וחזנין והאכיל לריעיו בזה לפי ד"ת לא היתה צריכה לשלם כלל וכל דבר מדון לעצמו דמאכל ומשתה ששלח לה לעולם גם לפי ד"ת צריכה לשלם בזול מה שנהנית ומה שמפסדת אותו במה שלא נהנית לעולם היתה פטורה מד"ת ול"פ רבנן בין נזדמבו יחד או לא דהא משכחת שעשה סעודה לריעיו וישלם שכר שמשין וחזנין בשעת קידושין וחזרה בה עד שלא שלח לה מאכל ומשתה דהא המאכל ומשתה אינו שולח בשעת קידושין רק אח"כ כדאית' בפי' רשב"ם דף קמ"ה וכ"מ בגמ' שם או אפשר היכא דשני שלישי דמי מאכל ומשתה ששלח לה הוא דבר מועט נגד סעודה שעושה דריעיו ושכר שמשין וחזנין דכה"ג יש לחוש שאינו חש להפסדו וכדאית' בגיטין דף נ"ה וביו"ד סי' רפ"א ס"ה או אפשר דרבותיו של הרמב"ם דחייבו אותה לשלם שכר סעודה וחזנין ושמשין היינו כשאינה מפסדת כלום והא דתקנו בגרמא דשכיח לשלם כל ההיזק כדי שלא יגרום היזק לחברו וכן במטמא ומדמע ומנסך דאית' בגיטין דף נ"ג דהיזק שא"נ ל"ש היזק אלא דחייב משום שלא יהא כל או"א הולך ומטמא פירות של חברו והא סגי שישלם החצי או יותר קצת דאזי ליכא למיחש כיון דיפסיד גם לעצמו עכצ"ל כיון דהוצרכו לתקן ממילא כל דתיקון רבנן כעין דאוריתא תיקון כדאית' בגיטין דף ס"ה והיכא דחייב מדאוריית' כגון היזק ניכר וגרמי או מזיק בידים חייב כל ההיזק וגם לפימ"ש לעיל דטעמייהו דרבותיו של רמב"ם משום דסמך עליה אף דמלשון ריטב"א הנ"ל משמע שהוא ד"ת מ"מ רה"ג ורשב"א שהובא באס"ז כתבי דהוא תקנה מפני שסמך עליו ועיין בערך ש"י על חו"מ סי' שי"ב סי"ד.

ולפימ"ש אפשר לתרץ השגות הראב"ד על רבותיו של הרמב"ם מזרעוני גינה דפטור מלשלם כל ההוצאות דה"ט כיון דהמוכר מפסיד נמי דאם לא היו נזרעין שווין קצת להיסק כמ"ש בפירש רשב"ם דף צ"ב או לרפואה כמ"ש הב"ח כאן לכן אין לחייבו משום גרמא והא דמוכר שט"ח וחזר ומחלו לדעת המחבר בחו"מ סי' ס"ו סל"ב צריך לשלם כל מה שכתוב בשטר היינו משום דס"ל דד"ג דאורייתא וכמ"ש שם דגם יורשיו חייבין.

וברדב"ז ח"א סי' שב"ט כתב חתן ששלח למשודכתו הכלה סבלונת כמנהג ואבי הכלה עשה הוצאות כמנהג וחזר בו החתן נפרעים הוצאות אבי הכלה מן הסבלונת ואם לא

הספיקו הסבלונות משלים ופורע גם הקנס שעשו עיי"ש ולי צל"ע דמלבד דהשגות חולק על הרמב"ם ורבותיו אפשר שגם הם יודו היכי דמיחייב בקנס על חזרתו דאין לחייבו בההוצאות כיון דגרמא הוא אין לחייבו רק היכא דאם נעמיד על ד"ת יפטר לגמרי כדי שלא יגרמו היזק וגם לפי טעם ראשון שכתבתי בטעם רמב"ם ורבותיו משום שסמך עליו י"ל דה"ד כשלא עשו קנסות דהרי סמכו זע"ז לבד אבל כשיש קנס אדרבה חזינן דלא האמינו זה לזה שלא יחזרו אלא סמכו על הקנס א"כ אומר דהוציא הוצחות על סמך שאם יחזור שכנגדו יקח קנס.

לאחר שידוכין חוזר הכל וכתב הב"מ דהיינו אפי' אם אכל בדינר והי"ח ס"ל דשוין שידוכין לאירוסין אך האידנא דעושין שידוכין בחרם וקנס לכ"ע אין חילוק בין שידוכין לקידושין ובשו"ת חת"ס חא"ע סי' קכ"ח קלסיה לעצי אחים דהי"ח איני על גוף הדין של הנמ"י רק על מה דמשמע דחוזר הכל ואפילו שליש אינו פוחת ואף אם נעשו השידוכין בחכם וקנס נמי לא מחיל עיי"ש ולא ראה החת"ס דברי הב"מ וגם פירש העצי ארזים לא נראה דהברי שכתב דוקא בקידושין ולא בשידוכין כתבו על אכל שם דמחל כל מה ששלח ועדיין לא סכר מפוחתת שליש עד סוף הסוגיא ולהעצ"א ה"ל לנמ"י לכתוב החילוק אחר דין דפוחת שליש וגם מ"ש הב"מ דשידוכין בחרם וקנס לכ"ע הוי כקידושין לענין אבל שם דמוחל מה ששלח דברים העשוים לבלות כ"כ מר רדב"ז ח"ד סי' רל"ד וא"כ פשיטא דאין להוציא מהמוחזק.

ס"ה שהמירה אחות המשודכת וכו' זהו משו"ת הרא"ש כלל ל"ד ובשו"ת ב"ח ס"ח וחכצ"א סימן מ"א הקשו ממ"ש תוס' בב"ק דף ק"י ע"א ובפרק נערה דף מ"ז דמוכר פרה לחברו ומתה לא י"ל אדעתא דהכי לא קנה כיון דתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר אומדנא עיי"ש ובאס"ז ב"ק שם הרא"ש עצמו כתב כמ"ש התוס' ועכצ"ל לחלק באיזה חילוק וכבר כתב הנו"ב חיו"ד סימן ס"ט שלשה חלוקים.

ולי צל"ע מ"ש הרא"ש שם ומהרי"ק שרש ק"א דאחר אירוסין נסתפחה שדהו דהא איתא בפרק תפ"ה דף כ"ט דאמר אביי גמירי טבא ל"ה בישא וכבר כתבתי לעיל סימן מ"ג להוכיח דרבא דפליג שם היינו דס"ל דלפעמים על צד המיעוט יזדמן דטבא הוי בישא אבל עפ"י רוב ודאי קבלת אביי אמת והנה בחו"מ סימן ר"ל ס"ז איתא הקונה שכר ונמצא תוך ג"י חומץ דהמקח בטל וכתב הסמ"ע אף דטעמיה והיה שכר ואפילו ריחא חלא וטעמו שכרא הוי שכרא מ"מ כיון דתוך ג"י נתחמץ איגלאי למפרע שכבר התחיל הקלקול שממנו נתקלקל עיי"ש א"כ ה"נ נימא מדהמירה עכשיו כבר היה בה שימצא וחימצא שממנה נתקלקלה ויהא מקחם טעות גם אחר אירוסין עכ"פ לענין ממון וצ"ל

דהא כתב הרא"ש דישראל קדושים הם והרבה פרושים מלהתערב בפגם כזה א"כ יש עכ"פ מיעוט דאין זה קפידא אצלם וגם יש מיעוט דטבא הוי בישא א"כ מצטרפי והוי כפלגא או אפשר רוב כמ"ש הר"ן בפא"ט וכן הוא בגמרא ברכות דף נ"ג לכן לא הוי מקח טעות ואמרינן נסתפחה שדהו.

ויל"ד נהי דהרבה מקפידין איך מקילין לענין שבועה הא בסימן רי"ז סיג וסי"ז ביו"ד אף דיש רוב להיתר אמרינן ספק נדרים להחמיר וצ"ל כמ"ש הש"ך שם סימן ר"ח בשם הפרישה ובסימן רי"ז סק"ג דאם אומר ברי לכך נתכונתי נאמן לכן ה"נ שצווח אצלי זה הוא מום וכן מוכח מלשון הרא"ש בתשובה שם שצירף נמי שרגל"ד שזה מהמקפידין שהרי הכניס עצמו בספק קנס והעביר המועד א"כ אם הוא לא קפיד אלא שמטעם אחר רוצה לחזור קולר השבועה בצוואתו וכ"כ הנו"ב בחיו"ד סימן ס"ט דיש להזהירו על כך וברדב"ז ח"ד סימן קכ"ד אם הוא מום שאין רוב ב"א מקפידין וזה אומר אני מהמיעוט לא מפקינן ממונא

ובזה י"ל מ"ש ביו"ד סימן רכ"ח סמ"ג דגם אם המירה אחות המשודך הדין כך ותמהו עצ"א וב"מ הא איתא בב"ק דף ק"י ע"א אהא דפריך אלא מעתה נפלה לפני מוכה שחין נפטרה מחליצה דאדעתא דהכי לא נתקדשה ומשני התם אנן סהדי דמינח ניחא לה בכ"ד דטב למיתב ט"ד עיי"ש וזה ודאי דאנן סהדי לאו דוקא דכמה נשים שוהין הרבה מלהתקדש עד שנזדמן להן כפי רצונם אלא דליכא אומדנא לומר אדעתא דהכי לא קדשה נפשה דאנן סהדי דכמה נשי ניחא להו בכ"ד כדי למיתב ט"ד אך דוקא למפטרה מחליצה אי אפשר דאין לאחרים לסמוך על ברי שלה אבל הכא לענין פטור שבועה דרק בנפשה היא נאמנת בברי דזה אצלה קפידא ואדעתא דהכי לא שידכה עצמה וכדמחלק בפ"ב דכתובות דף כ"ב ע"ב באומרת ברי לי ומ"מ בעינן דוקא קידשה עצמה לאחד מעדיה אבל לאחר לא מהני ברי שלה ועיין פנ"י פ"ב דכתובות דף כ"ב ע"ב בד"ה ועדיין דמצי למטען ברי נגד רוב או חזקה עיי"ש ואף דהש"ס קאמר אנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהו כדר"ל דטב למיתב טן דו ע"כ לא דברו אלא עפ"י רוב דעינינו רואות כמה נשים לא ניחא להו בכ"ד תדע דבפרק מרובה דף פ' איתא מעשה באשה אחת שהיה בנה מיצר לה וקפצה ונשבעה כל מי שיבא איני מחזירתו וקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים ואמרו חכמים לא נתכונה זו אלא להגון וקשה הרי טב למיתב ט"ד ואנן סהדי בכ"ד ניחא לה אע"כ כיון שטוענת ברי מהני וגמרא זו הובא בתשובת רשב"א שבב"י כאן ועתוס' ר"פ תנוקת אהא דאיתא בגמרא בידוע שפייתה המכה ובדף נ"ו בידוע שלפני הכבוס לאו דוקא אלא בידוע שיש לתלות כן וא"כ ה"נ אנן סהדי שיש לתלות דבכ"ד ניחא לה כיון

דברי שלה לא מועיל נגד הבא לישא אותה בלא חליצה ובכללי הגמרא להב"י מביא תוס' זה ועוד מביא שם מדברי תוס' ורמב"ן אהא דאמרינן אם ל"א לו שלא יגע ספקו טמא והא אם אי אפשר אינו ספק אלא ש"מ לאו דוקא הוא והא דכתב בא"ז סימן תשע"ה לענין סבלונת דהיכא שהכריעו חכמים דעתו דלשם קידושין שלח לא מהימן לו שלא נתכוין לקידושין היינו דאסור לאחר לישא אותה בלא גט.

ובא"ז הלכות יבום סימן תרי"א הוכיח היכא שהכריעו חכמים את דעתו אינו נאמן לומר לא לכך נתכונתי אם עשה המעשה לפנינו רק א"ל נעשה לפנינו אלא שבא לשאול ואמר כך עשיתי וכך נתכונתי נאמן וראייתו מדתנן בפרק ואלו מותרין דף י"ח סתם נדרים להחמיר ופירושן להקל כיצד אמר הרי עלי כבשר מלוח וכיי"נ אם בשל שמים נדר אסור ואם בשל ע"ז נדר מותר אם סתם אסור והתם ע"כ כגון דקאמר לא נתכונתי לידור בשל שמים דאל"כ פשיטא דאסור אלמא הכריעו חכמים את דעתו שבשל שמים נדר ואסור עכ"ל הרי דגם בנדר דנוגע רק לעצמו לא מהני ברי שלו אבל דעת כל הפוסקים אינו כן כדאיתא ביו"ד ריש סימן ר"ה בטוש"ע וביו"ד סימן רל"ו ס"ד בהג"ה נשבע סתם שלא יישן ושלא יאכל הוי כאלו נשבע שלא יעשה לעולם והוי שבועת שוא ומלקין אותו ויישן ויאכל לאלתר הרי דהכריעו חכמים דעתו דודאי הוי לעולם ומ"מ כתבו הב"ח וש"ך שם סק"א דדוקא אם שכח מה היה בדעתו אבל אם אומר שדעתו היה היום נאמן והא דפטורה גם מקנס אף דזה בינה לבין החתן מ"מ אהני ברי שלה לעצמה כיון שמוחזקח.

הב"ה בתשובה חי"ת כתב הא דפטרו הרא"ש מקנס מחמת דאיכא צד טענה לומר אלו היה יודע דבר זה שעתיד לעשות לא היה מקבל עליו קנס זה אזלינן לקולא שלא להוציא ממון מחזקתו ואע"פ דאין כאן אונס ברור וידוע אלא שאנו מחשבין אותו לאונס אמרי זוזי היכא דקיימה קיימה אבל היכא דאיכא שבועה אף הרא"ש מודה דאינו פטור משבועה את"ד ולכאורה תמוה דהא מבואר בשו"ת הרא"ש שם דאם שלחו סבלונת יחזירום אך י"ל כיון דסבלונת לא נתנו מתחלה להחזיק בעד הקנס אלא שתתקשט בהן וע"ד שתנשא לו ולהכי הוי רק כפקדון וגם כשבעל חוזר בו חוזרין הסבלונת לכן לא מהני תפיסתה דהא הרא"ש ס"ל בפרק כיצד הרגל ס"ב דהיכא דדינא הממע"ה לא מהני תפיסה ובזה י"ל למה השמיט המחבר בש"ע כאן דברי הרא"ש דאם שלח סבלונת תחזירם כי המחבר בחו"מ סימן שפ"ח ס"ז ובכמה דוכתי ס"ל דתפיסה מהני ואף דפסק המחבר כאן דפטור גם מהשבועה ולהב"ח אם נשבע אסור י"ל דס"ל להמחבר כיון דטוען בודאי דאדעתא דהכי לא היה נשבע נאמן לעצמו דהא השבועה בינו לקונו וכמו בנדר סימן ר"ח דמהני ברי שלו כמ"ש לעיל ועש"ך יו"ד סימן רל"ב סוף ס"ק כ"ה ובחידושי רע"ק שם בשם

מטה יוסף לפ"ז נ"ל דאם הכלה בידה סבלונת אין להוציא מידה כיון דהח"צ ושו"ת הב"ח חלקו על ראיית הרא"ש אלא דכתבו דאין בידם לחלוק על הרא"ש ודעת הב"ח דגם הרא"ש לא הכריע דהוי ודאי פטור מקנס רק מכח דמוחזק ולפימ"ש מ"ש הרא"ש דתחזור הסבלונת היינו לשיטתו דל"מ תפיסה ולכן לא כתב המחבר בפירש דתחזיר הסבלונת א"כ לדידן דמהני תפיסה י"ל קי"ל כהב"ח וחכ"צ.

אמנם בריב"ש סימן שפ"ז כתב וז"ל בנדון זה שנשבע לבקשת קרובה של האשה ולמלא רצונו ואין הענין מוכיח שהיה רצון שניהם מתחלה שלא תחול השבועה אם יקרה לו אונס כזה אפילו יאמר הנשבע אדעתא דהכי לא נשבעתי הרי זה פתח היתר והוא אינו מוחל לעצמו ואפילו חכם לא יפתח לו בכיוצא בזה שהרי הוא נולד ואינו מצוי וזה מבואר מאד עכ"ל וא"כ נראה דעתו כהב"ח דהא בעי שיהא מוכיח רצון שניהם מתחלה שלא תחול השבועה וכאן אינו מוכיח רק על הנשבע ומפרט מ"ש הרא"ש דרגל"ד שהרי הכניס עצמו בספק קנס דהעביר המועד דזה אינו מוכיח על מתחלה וגם אינו מוכיח רק על רצון הנשבע וגם ראיות הרשב"א מלא נתכונה זו אלא להגון לה אינו ראיה דהתם אמרינן מתחלה לא נתכונה אלא להגון לה וגם לא נשבעה לבקשת אחרים אבל בנידון הרשב"א דנשבעה בפירש לחחנה רק נולד אח"כ שסרח מנ"ל להתירה בלא שאלת חכם אאתיל שדבר זה מצוי מ"מ אינו אלא פתח וצריכה התרת חכם ואם נרצה להשוות דעת רשב"א ורא"ש והמחבר לדעת הריב"ש עכצ"ל דשאני הכא דאומדנא גדולה היא ומוכיח דאלו הנשבע אסיק אדעתיה הסבה שנולד אח"כ אפילו שכנגדו לא היה מרוצה שיתבטל השבועה עי"ז לא היה נשבע וא"כ א"א לומר דס"ל כמ"ש הב"ח דרק ספיקא הוא דאין מוציאין ממון מספק דא"כ אינו דבר מוכיח בודאי ואיך יפטר מהשבועה אפילו טוען הנשבע ברי דהרי הריב"ש אומר דלא מועיל מה שאומר אדעתא דהכי לא נשבעתי להתיר לו בלא פתח אחר והתרת חכם וי"ל דשאני הכא כיון דרוב ישראל כשרים ואינם מרוצים בפגם כזה כדמשמע מלשון הרא"ש לכן לענין איסור שבועה סמכינן ארובא וברי שלו או שלה דאלו אסיק אדעתיה לא היה נשבע אפילו שכנגדו לא היה מתרצה אבל לענין הקנס אינו מועיל רק אם מוחזק אבל אי תפס אידך אין להוציא להמחבר דס"ל דתפיסה מהני כל שאינו ודאי לפטור אף דיש רוב כנגדו וטוען שמא מ"מ הרי גם בפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה אפילו נגד רוב הפוסקים ואף דהתופס א"י להכריע הדין ואינו טוען בעצמו קי"ל ועיין נה"מ בדיני תפיסה אות כ"ף דאם מוחזק מעיקרא א"צ לטעון בעצמו קי"ל אבל בתפיסה צ"ל בעצמו קי"ל ובברכ"י ס"ס כ"ה אות חי"ת כתב דאפילו בתפיסה א"צ לטעון בעצמו קי"ל הובא בפ"ת ס"ס כ"ה לחו"מ וצ"ע בכ"ז דהרא"ש בתשובה ראשונה כלל א'

ס"ח כתב דמקובל בידו בפלוגתא דרבוותא לא מפקינן מספק ואוקי ממון אחזקתיה וכתב בשו"ת מהר"א ששון סימן ר"ז דדעת הרא"ש אפילו במיעוט הפוסקים מהני חזקתיה כדאמרינן בפחז"ה דף ל"א דהלכתא כרבה בארעא וכר"י בזוזי דהיכא דקיימא זוזי ליבום עיי"ש מ"מ י"ל דוקא בפלוגתא דרבוותא כמ"ש הש"ך בתק"ד שלשה טעמים בסימן פ"ד ס"ה פ"ז דכל הנהו טעמי לא שייכי כאן ועוד דתשובות הרא"ש בכלל א' ס"ח מיירי במוחזק מעיקרא שהיה שלו ממש ואוקי בחמ"ק אבל אם תפס י"ל דלא מהני לשיטות הרא"ש דבתיקו ושאר ספק כיון דדיניה הממע"ה לא מהני תפיסת אידך והכא בתפיסת סבלונת כיון דהוא רק כפקדון בידה והן בחזקת החתן לא מהני תפיסתה להרא"ש בטענת שמא ונגד הרוב ועיין או"ת בקונטרס התפיסה ס"ס צ"ו שהעלה בדעת הרא"ש דל"מ תפיסה ובשב שמעתתא שמעתתא ד' הט"ז כתב נמי דל"מ תפיסה נגד הרוב אך מ"ש שם אפילו לשיטות הפוסקים דמהני תפיסה בספקות מ"מ נגד רוב ל"מ מרמב"ם פט"ו מהא"ב ומרדכי ספ"ק דכתובות ומרשב"א כבר דחיתי דבריו בספרי ערך ש"י על חו"מ ס"ס כ"ה בסד"ה בשב שמעתתא ועיין בתה"ד סימן שכ"א דבספ"ד דל"מ תפיסה לדעת הרא"ש אפילו בא לידו בשאלה או פקדון קודם שנולד הספק לא מהני דבחמ"ק קיימא זולת לרמב"ם וסייעתיה דס"ל דמהני תפיסה.

ס"ו בהג"ה וכן המנהג פשוט לגבות קנסות שעושין בשידוכין עיין בקו"א של מקנה דהקנס של הבן או הבת לא של אביהם ובשו"ת מהר"ח א"ז סימן קנ"ב הבאתיו בערך ש"י לחו"מ סימן ר"ז סט"ז הניח בצ"ע ובית יעקב לקמן סימן קי"ד ס"ג כתב אם צד הכלה חוזרין הקנס מגיע להחתן ואם צד החתן חוזרין אם הכלה בוגרת מגיע להכלה הקנס ואם היא קטנה או נערה מגיע הקנס לאביה.

מהרי"ק שכ"ט כתב דקרוב לומר דאפילו ממון נתחייב לו מפני בושתו הכא דעדיף מביישתו בדברים דהוא פטור דהא איכא מעשה רב אלא שאין גובין אותו בבבל וא"כ אין לנו לפוטרה בדלא כלום כיון דאפשר לו לגבות דמי בושתו בלא הוצאה בדייניו עכ"ל והב"מ השיגו דאטו בשעת השידוך היה הכונה לבייש ובושת אינו חייב עד שיתכוין לבייש ואח"כ כשחוזר נמי אין הכונה לבייש ולא שייך מעשה וגרע מביוש דברים שזה ממילא ובלא דיבור את"ד ובשו"ת עה"ג סימן ע"ד כתב הקנס שהוא לפי האומד דמי הבושת ודאי א"צ קנין ולא גרע מהמבייש בדברים שפוסקים בכל ב"ד שקונסים לפי המבייש והמתבייש ואף דכאן לא מיכוין לבייש דאין המבייש שלא בכונה פטור אלא כגון ישן שבייש או נפל מן הגג באונס אבל מי שמבייש להנאת עצמו חייב וראיה לדבר עס"פ כיצד הרגל בהא דאמר רבה דנפל מהגג ונתהפך חייב על הבושת ופרש"י דנתכוין

לנעול על האדם להנאתו חייב על הבושת אף שלא נתכוין לשם בושת ואל תשיבני מהרמ"א סימן תכ"א ס"א מי שקבל על חברו כי בנקל יש לחלק את"ד והמקנה כתב דלא הוצרך לזה דהא מפורש במשנה כתובות דף מ"ה דחייב על הבושת באונס ומפתה אע"ג דלא מתכוין אלא להנאת עצמו ונ"ל דיש לדחות דאונס ומפתה נהנה ממנה משא"כ בשידוך הסוחר אינו נהנה מהמבויש אלא אח"כ נהנה משידוך אחר וגם מפרש"י דפרק כיצד הרגל לכאורה אין ראיה דסתם נהנה מהמבויש אבל מהא דמייתי רבה ראיה דחייב מדתניא ושלחה ידה והחזיקה במבושיו אף דלא נתכונה לבייש מוכח אף דלא נהנית מסמבויש דנהי דהצילה בעלה מזה המכה מ"מ בלא"ה הוה אסור להכות והא דפרש"י דנתכוין לנפול על האדם להנאתו אין רוצה לומר משום הנאתו חייב אלא דמתכוין רק להנאתו ולא לבייש חברו כמו הא דהחזיקה במבושיו דלא נתכונה לביישו רק להציל בעלה והחיוב בושת הוא דכיון דידע שבזה יתבייש חברו חייב כמ"ש באס"ז בס"פ כיצד הרגל והרא"ש כתב שם כיון דא"א שלא יזיקנו הוי כמתכוין ומ"מ נראה דאינו ראיה דהתם חייב על הבושת מדינא משא"כ בושת דברים דאינו רק מקנס דרבנן בתי דינין ומנהג שבזה"ז מנ"ל לחייב כשאינו מתכוין לבייש וגם לענין שאר איסור דפ"ר אסור כתב התה"ד דבאיסור דרבנן אינו אסור פ"ר כשלא מתכוין עיי"ש בסימן ס"ד וכ"ש הכא דאינו רק קנס והיש"ש ס"פ כיצד הרגל ס"ל דאינו מתכוין לבייש אף דעושה מעשה ויודע שיתבייש מ"מ פטור כשאינו מתכוין לבייש אלא א"כ שנתכוין להזיק עכ"פ וכ"כ הת"ח בב"ק שם וכן נראה דעת מהרי"ו שבהגהת רמ"א סימן תכ"א ס"א מי שקיבל על חברו דדעתו כהיש"ש וכ"כ בביאור הגר"א שם והעה"ג שכתב דבניקל לחלק ס"ל דבזה לא קנסו דא"כ אתה נועל דלת בפני הנגזלין דלא יוכלו לקבול מחשש שלא ימצאו ראיה ברורה ויתחייבו עוד ליתן בושת להמסור או להגנב וכונת הע"ג לחייבה בושת אף דאין דנין בזה"ז רק על אופן המבואר בחו"מ סימן א' ס"ה וס"ל פ"ר גם בדרבנן אסור כמ"ש מג"א סימן שי"ד ולא ס"ל כהיש"ש ובזה ניצול מהשגות ב"מ דהא כתב לעיין ביש"ש כונתו כי בעצמו כתב דלא ראה שום אחד מהגאונים פירש בע"א ופרש"י וגם העה"ג כתב דמהרי"ק חייב להחוזר גם כשלא קיבל עליו קנס מפורש והרי כתב דאין דנין קנס בזה"ז.

ועכ"פ דברי מהרי"ק אתי שפיר דאזיל בשיטת רש"י וראשונים בס"פ כיצד הרגל דמבייש חייב אף שלא נתכוין לבייש וס"ל כיון דביוש זה נמשך ממעשה השידוך אף דעכשיו ליכא מעשה חשוב מעשה כמ"ש תוס' בפ"ב דשבועות די"ז ובנזיר דף י"ז הא דמלובש כלאים או מי שהוא נזיר ושוהה בבית הקברות חייב מלקות אשהייה אף דלאו שאב"מ אין לוקין כיון דתחלתו היה ע"י מעשה חשוב מעשה והכריח המל"מ פ"ג מהלכות ביאת

מקדש הכ"א מדברי התוס' כל שתחלת הדבר היה ע"י מעשה אף שהיה בהיתר אם נעשה איסור אחר כך ממילא ובלתי מעשה חשוב כמעשה וכן מוכח מהשגות ראב"ד פ"ו מנזירות ה"ט וכתב שם הכ"מ דפשטא דהגמרא כהראב"ד והמאירי בנזיר די"ז כתב דדברי רמב"ם תמוהין וכן נראה דעת תה"ד סימן רפ"ה ורמ"א ביו"ד סימן שע"ב ס"א בהג"ה כמ"ש בשו"ת תפארת צבי חיו"ד סנ"ז ורמזו בפ"ת ליו"ד שם ובגליון מהרש"א שם.
ועתה תחזה דליתא למ"ש תפ"י שבפ"ת סק"ט במסרבת לישא בעל אחותה מפני שקשה עליה טפולן או במסרבת לחתן כדי להנשא לבעל אחותה שמרחמת על בני אחותה פטורה מקנס דהרי אינה מתכונת לביישו ובושת אינו חייב אלא במתכוין דזה אינו דכל חוזר משידוך אינו מתכוין לבייש רק מחמת איזה טעם והכל יודעים דאינו מתכוין לבייש אלא דכיון דמ"מ מתבייש תו לא חשוב גוזמא ואסמכתא וחייב מחמת שנתחייב בתנאים וגם זולת הבושת מכח סטימתא מהני החיוב וגם ליכא אומדנא כלל דאפשר משום דבעל אחותה כבר יש לו פרנסה בוחרת בו.
ב"ש באמצע סקט"ז אם האב שלח וכו' קשה למה הבן פטור דהא הוא הגורם הבושת נ"ל דלק"מ אף די"ל דזה גרע מבייש בדברים כיון דהבן עשה מעשה השידוך ובשעת מעשה היה הגרם כיון שלא, ידע אם יתרצה אביו ונהי דאין גובין קנס בבבל מ"מ אינו פטור דהא מנדן אותו עד שיפייס בע"ד ויתן לו שיעור הראוי לו או אם תפס לא מפקינן כמבואר בחו"מ סימן א' ס"ה ואף דאין מחייבין קנס בשידוכין אם לא נתחייב בפירש היינו כיון שבשעת השידוך כונתם באמת לקיים ואח"כ נולד שחזר אחד מהם ובזה אינו ודאי חיוב דגם מהרי"ק לא אמר אלא שקרוב הדבר וגם נ"מ לחייב אפילו יותר משיעור הבושת וגם נ"מ דב"ד ירדו לנכסיו אלא מ"מ הא הבן לא נתכוין לבייש ואף דהוכיח עה"ג הנ"ל דגם לא מתכוין חייב היינו כיון דהוי פסיק רישא וכמ"ש הרא"ש ס"פ כיצד הרגל והנמ"י שם אבל הכא בשעת השידוך ליכא פ"ר דאפשר יתרצה האב ואח"כ הא הבן אינו חוזר בו אלא האב ממאן.
ובפ"ת סק"ט הביא מתפ"י במסרבת בחתן כדי להנשא לבעל אחותה שמרחמת על בני אחותה פטורה מקנס דהרי אינה מתכונת לביישו ובושת אינו חייב רק במתכוין כדאיתא בחו"מ סימן ת"כ ותכ"א א"ד ותמוה דהא גם באחר אינה מתכונת לביישו אלא דאינו מקובל עליה ורצונה באחר ועכצ"ל כמ"ש עה"ג דאינו פטור רק ישן דלא מתכוין כלל אבל מתכוין להנאתו אף דאינו מתכוין לבייש ולהזיק מ"מ חייב כמ"ש היש"ש דכ"ד כל גאונים ונ"ל דבשלמא באחר אף דאינו מתכוין מ"מ כיון דהוי פ"ר חייב כמ"ש הנמ"י ס"פ כיצד הרגל וכתבו תוס' פ"ק דכתובות דף וא"ו ובפרק לולב הגזול דף ל"ג ע"ב דפ"ר

דלא ניחא לו ג"כ אסור רק במקום מצוה מותר לכן ה"נ דלא ניחא לה בבושת החתן ואינה צריכה להבושת וכונתה להנאתה מ"מ הוי פ"ר ואסור אבל אם משום דמרחמת על בני אחותה שנשארו יתומים מאם הוי מצוה ומותר כי היא מרחמת על בני אחותה יותר מאחרת כדאית' ביו"ד ס"ס שצ"ב ומ"מ קשה תינח בלא נתחייבו בקנס בפירש אבל בנתחייבו בפירש מאי איכא למימר וצ"ל משום דאסמכתא הוא אלא משום חיוב הבושת דבלא"ה מחויב רק אין דנין בזה"ז אהני קבלת הקנס לירד לנכסי החוזר אבל זו דפטורה מדינא פטורה גם מקבלת הקנס משום דהוי אסמכתא דהוי גוזמא ולא נראה כן מדברי הב"מ וגם אין לפוטרה משום דמתה אחותה אחר הקישור והוי כתרי תרעי דזה אינו מועיל רק לענין שלא יהא מחוסר אמנה על דיבורו אבל לא לענין מש"פ כיון דאיכא דברים ומעות כדאיתא בהזהב דף מ"ח וה"נ הקישור מעשה רב כמ"ש מהרי"ק וכ"ש כשקיבלו בח"ח ושד"א דמיתה הוי נולד כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ח סי"ב בהג"ה דאפילו התרת חכם ע"י פתח זה ל"מ לכן העיקר דמחויבת בקנס שקיבלה היא או אביה וגם יש איסור חרם ושבועה וא"ל דבכגון זה ליכא בושת דהכל יודעין דלאו משום דלא מקובל עליה חזרה או משום דנזדמין לה יותר הגון אלא משום שמרחמת על יתמי אחותה דהא גם התפ"י לא מטעם זה פטרה וע"כ גם בכגון זה איכא בושת דמי יודע אם לא חזרה מחמת דרוצה יותר בבעל אחותה דעיניה נתנה בו וכדומה ועוד כיון דקבלו עליהם קנס סתם אם יחזרו וכולל בין יהא בושת לשכנגדו בין לא והיכא דאיכא בושת אינו אסמכתא וגמרי ומקני ממילא גמרי ומקני אפילו אם לא יהא בושת וכמ"ש הרשב"א שבב"י חו"מ ר"ז מחודש ט"ו ובמל"מ פי"א דמכירה ה"ד דאם נתן שטר בגופן שלהן שאם ימרה פי האומנין יתן עשרים דינרין חציין לעכו"ם לבנין העיר וחציין לבעל דינו כיון דלא ינצל מליתן לעכו"ם א"כ בדוקא התנה דאין לומר שבמחצית התנה בדוקא ובמחצית באסמכת דאין דיבור אחד מתחלק לחצאין עיי"ש ואין לומר כיון דמיתה לא שכיח לא נכלל בקנס שקבלו כהא דגיטין דף ע"ג דקיבל עליו לשלם כל אונסא דמתיילד ומ"מ פטור אם נולד אונסא דל"ש דלא אסיק אדעתיה דהא כתבו תוס' בפרק נערה דף מ"ז בלוקח בהמה ומתה לא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה משום דתליא נמי בדעת חברו וחברו אינו מרוצת בזה וצריך שיתנה בפירש כ"ש הכא דאין זה אונס וליכא שום אומדנא דהרי קנין כמה אין רוצין בבעל אחותן שנשארו בנים וא"ל כיון דמצוה הוא אלו התנו היה מרוצה החתן כמו בנדר עד"ר דלצורך מצוה אמרינן גם הרבים ודאי מסכימין שאני תכא דנוגע להחתן ועש"ך וטו"ז סימן רכ"ח ס"כ ובש"ך שם סכ"א ס"ק ס"ג.

באב"מ כתב דהמתבאר מהש"י והב"ש אם השבועה קאי על הקנס וחייב החוזר בקנס מחמת השבועה גם הערב חייב לשלם בעדו והשיג האב"מ עליהם וברשד"ם חחו"מ סכ"ח כתב שאפשר לומר שאין הערב חייב כיון שהוא לא נשבע.

אם שלח שליח להתקשר בשידוך בעדו או בעד בנו או בתו ולכתוב תנאים וכתבו בתנאים קנס על החוזר והמשלח לא אמר לשליח בפירש לכתוב קנס נראה אם מנהג ידוע במקומות הללו לכתוב קנס הוי כפירש לשליח להתחייב בקנס כדאיתא בחו"מ סימן ס"א ס"ת ואם יש כותבין תנאים בלא קנס או אין ידוע למשלח המנהג פטור המשלח מקנס כשחוזר כי בלא קבלת חיוב קנס מפורש עכ"פ בעל פה א"א לחייב דגם מהרי"ק בשכ"ט נסתפק בזה ואז גם אם צד שני חזרו פטורין אף דצד שני היו בעצמם אצל כתובת התנאים דלא קבלו עליהם קנס רק אם יועיל גם קנס המשלח וכמ"ש תוס' בב"מ דף ס"ו בד"ה ומניומי

הג"ה דזה מקרי אונס עיין חת"ס סימן קי"ד דיש להחרים על האב שלא ליתן לה נדן ולהתעסק כלל בצרכי שידוכין להשני דהרי לפנינו שאינו אנוס ולי צ"ע כיון דאחז"ל בתך בגרת שחרר עבדך ותן לה אף דמשחרר ע"כ עובר בעשה ונהי דכאן עושה זה בשביל טובתו ואינו עובר מ"מ חזינן דמשום שלא תזנה ישחרר עבדו ואם לא יעסוק בשידוכיה ולא יתן לה נדן אפשר תזכה ויבא הוא והשפחתי לבישת ויש פגם משפחה ר"ל כדאיתא ס"פ בן סורר ומורה וא"כ ל"ל תרי לפנינו שאינו אנוס.

הג"ה ובלבד שלא יהא ערמה בעה"ג סימן ע"ד כתב דיש לחייבו קב"ח אם עצתו אינו שתמאן ומה שמדברי רשב"א בתשובה סימן תשע"א לא חייבו חרם משום דכבר נשבע לקיים השידוך ותוקשה לו ממ"ש הרשב"א סימן תתקס"ד על שנים שנתעצמו בדין ונשבעו שלא לטעון שקר ואח"כ נתחייב אחד שבועת היסת דאין לפוטרו משני טעמים חדא דאין השבועות שוות דראשונה שיטעון אמת ושניה שפרע ועוד דראשונה שנשבע להבא לא נעשה בה חשוד ועיי"ש בעה"ג שהביא מתשובת רשב"א שבב"י חו"מ סל"ז מחודש ל"ב ול"ג דלא ברירא לו אם בשבועה דלהבא לא נפסל עיי"ש וא"כ סותר תרשב"א א"ע ונ"ל דלפיכך הוכרח הרשב"א לשני טעמים דכל חד לא ברירא דגם טעם ראשון קליש דמה לי אם אין השבועות שוות מ"מ כבר נשבע לטעון אמת ואם טען שקר גם עכשיו ישבע לשקר אלא דמחייבו הרשב"א מכח ס"ס דהא לדעת כ"פ גם ממון מוציאין בס"ס ואאת"ל כהש"ך בת"כ דאין מוציאין ממון בס"ס כמ"ש שם סימן ק"כ וכן כתב הרשב"א בחידושיו פ"ק דכתובות דף י"ב מ"מ להשביע היסת נ"ל דמועיל דהא אפילו רק ע"י רגל"ד משביעין היסת. אף דאין מוציאין ממון ברגל"ד ואפילו תפס צריך להחזיר

כדאיתא בחו"מ סימן ע"ה סי"ז בהג"ה וש"ך ס"ק ס"ד ועיי"ש בס"ק פ"ב דכל שעשוי להסתפק משביעין עליה היסת ואף דהתם גוף הדבר אם חייב עשוי להסתפק וכאן השני טעמים רק על הדין מ"מ לא שנא דמ"מ ע"י הס"ס נוטה שחייב היסת והרי עיקרו של היסת משום דחזקת אא"ת אא"כ יש לו עליו ותרי ע"י חזקת זו אין מוציאין ממון אפילו בבו"ש ואף דבגד"ה סוף שער ל"ו כתב לפטור משבועה בטענת ספק על פי העד מכח דמוחזק י"ל קי"ל מ"מ הש"ך בסימן ע"ה סכ"ג סק"פ כתב דאי"ל קי"ל כיון שכן הסכמת רוב הפוסקים דחייב שבועה ואף די"ל משום דס"ל לש"ך שכן העיקר כמ"ש שם מ"מ ל"ד שבועה דאורייתא להיסת דשבועה דאורייתא חשוב חיוב ממון דהא אם לא ישבע נחתינן לנכסיה או חשוב מחויב לשלם משא"כ היסת וכן מחלק בנתיבות בכללי מגו ס"ק כ"ח לענין מגו והנה כתב בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי"א דספק בתקנה מעמידין על ד"ת אף להוציא מהמוחזק ודוקא בתקנת בני עיר או מדינה אבל בתקנה הגמרא ד"ת נקרא ובספק הממע"ה וכ"כ בשו"ת נא"ד סימן צ"א והכריחו כן בכמה ראיות ובפ"ת חו"מ סימן ח"י הביאם וא"כ נראה דתקנת הגאונים ג"כ כתקנת בני העיר דהא כתב בתשובת הרשב"א סימן תשכ"ט דכל צבור במקומו כגאונים לכל ישראל שתקנו כמה תקנות לכל ישראל הובא בסמ"ע סימן ב' סק"י וא"כ בשלמא בהיסת מהני ס"ס לחייב משא"כ קב"ח על טענת שמא דהגאונים תקנוהו כמ"ש הה"מ פ"ד מטוען ת"ז וא"כ כשיש ספק אם גם כה"ג תקנו אפילו ספק לא חשוב דהא מעמידין על ד"ת אפילו להוציא ממון מהמוחזק א"כ אין מצטרף לעשות ס"ס לכן פטרו רשב"א מקב"ח כיון דכבר נשבע או קב"ח לקיים השידוך שו"ר בגד"ת שער ל"ו ח"ב ס"ג שכתב אם לומר קי"ל לפטור משבועה תלוי בפלוגתת הפוסקים שבחו"מ סימן צ"ג אם אמרינן מגו לאפטורי משבועה וכ"כ מתרש"ך מיהו מהרי"ק בשרש צ"ב כתב די"ל קי"ל לאפטורי משבועה את"ד וכונתו כמ"ש דאם אמרינן מגו לאפטורי משבועה ע"כ כמ"ש הרא"ש ר"פ כל הנשבעין דהוי כמו לאפטורי מממון כיון דא"ל ישבע יחויב ממון א"כ ה"נ י"ל קי"ל לאפטורי משבועה כמו בממון ונ"ל דמה שהביא מן מהרי"ק אינו ראיה דשם תפס המלוה ואינו רוצה לישבע ואנו דנין אם להוציא ממנו הממון משא"כ בהיסת דלא נחתינן לנכסיה וגם לענין מגו הבאתי דיש חילוק בין היסת לשבועה דאורייתא וכמ"ש הנתיבות הנ"ל ובכנה"ג בכללי קי"ל תביא הרבה פוסקים דגם לאפטורי משבועה י"ל קי"ל אך לא ביאר אם גם בהיסת י"ל קי"ל כמיעוט הפוטרים ועיין שער משפט סימן פ"ז סכ"ב סקי"ז וסימן קכ"ג ס"ט סק"ח הובא בפ"ת שם סק"ה כתב נמי דאם יש ספק לענין קב"ח הוי ספק בתקנה דאינו מוציא

מידי היסת שהוא תקנתא דגמרא ומחייבין לישבע היסת או לשלם אף דשכנגדו אינו מקבל בחרם.

כגון שמת העוסק אין יורשיו צריכים לקיים בנ"ש ס"ח הקשה דהא פסק רמ"א בסימן קי"ג דאומדין דעתו של האב אפילו להוסיף על עישור נכסי וא"כ אין לך אומדן דעתו גדול מזה שעסק לה מחיים וא"כ למה יכולים היורשים לחזור בהם ותירץ הב"ש דרמ"א מיירי שירד האב מנכסיו ונראה שהבינו, מ"ש הרמ"א בהג"ה בסימן קי"ג סוף ס"ב וכן נ"ל קאי על וי"א דאפילו להוסיף ואינו מוכרח די"ל דקאי על דברי מהרי"ק שהביא דראוי לאומדו כפי הממון שהניח בשעת מותו תדע דבד"מ כתב דרוב הפוסקים פסקו שלא להוסיף על עישור ואיך יכריע בש"ע להוציא מיורשים המוחזקים נגד רה"פ ומהרי"ק כתב להדיא דאין בידינו לחייבו יותר מעישור נכסי רק משום ועשית הישר והטוב ראוי ליורש עצמו ליתן מחלקו לפי האומד וא"כ כאן כתב רמ"א לפי הדין דא"צ לקיים ופטורים מן הקנס ובסימן קי"ג כתב דראוי לפי עשיית הישר והטוב לעשות מעצמו ונראה הטעם דהא מה דס"ל להפוסקים דלא למיזל בתר אומדנא משום דביותר מעישור הוי איעבורי אחסנתא וה"ד כשכופין אבל כיון דפטורים מן הדין הרי הם יורשים הירושה רק משום עשיית ישר והטוב ראוי להם לוותר משלהם מחמת לפי האומדנא היה רצון האב כך א"כ ליכא איעבורו אחסנתא ומתקיים רצון אביהם בהיתר ועיין שבו"י ח"א סימן קס"ח הובא בע"ת לחו"מ סימן רנ"ב ס"ק א' דאף דאין מצוה לקד"ה כשלא השליש וכ"ש מילי אפילו בצוואות או"א מ"מ מצד החסד לפנים משוה"ד ראוי לקיים גם בשאר מילי אך אין כופין אלא בדברים בעלמא עיי"ש וברמ"א חו"מ סימן י"ב ס"ב תדע דהא אפילו בטענת קי"ל כמיעוט הפוסקים א"צ להחזיר לציי"ש כמ"ש בכנה"ג בכללי קי"ל אות י"ב דהוה כשמא ושמא או כברי וברי כ"ש כשהמוחזק רוב הפוסקים מסייעים לו ואדרבה נימא להבת דתעשה הישר והטוב שלא ליקח כיון דרוב הפוסקים כנגדה.

עו"כ הב"ש דע"כ ל"פ אלא אם צריכין לאמוד דעת האב דסברא הוא דאין הולכין אחר אומדנא דמי יודע בעצמים בבטן המלאה אבל אם גילה דעתו בפירש דא"צ לאומדנא פשיטא דהולכין אחר דעתו לכ"ע את"ד ואני תמה איך פשיטא לו ואיך יאמר כן לכ"ע הא הר"ן בפרק מציאת האשה כתב ואני תמה האיך נלך אחר דעתו של אב להוסיף כיון דלרבות מעישור אסור כדמוכח בפרק נערה דף נ"ב וכיון שכן אם האב עשה שלא כהוגן האיך נכוף את היתומים וכי זיכה אותה האב מחיים או בשעת מיתה את"ד וא"כ הי"ט שייך נמי אפילו גילה דעתו בפירש דמ"מ לא זכתה הבת ע"י קנין או מצוה מח"מ וכן מוכח בשו"ת הרא"ש כלל פ"ד ס"ד הובא בחו"מ ס"ס רפ"א בהג"ה דאין הולכין אחר

אומדנא למעקר נחלה דאורייתא כיון שלא נעשה מעשה עיי"ש סמ"ע וטו"ז דע"כ הכונה כיון שלא נעשה מעשה המועיל ממילא אף דודאי כך דעתו לא משגיחינן כיון דעדיין ליכא זכיה וקנין המועיל לא צייתינן ליה

עו"כ וכעין סברא זו מצינו עוד בחו"מ סי' רכ"ז לענין אונאה דאין הלכה כר"י דאמר אין אונאה בבהמה ומרגליות מפני שאדם רוצה לזווגן היינו מטעם דלא אמרינן אומדנא אבל אי הוה ידעינן בודאי שדעתו היה לזווגם גם חכמים מודו דאזלינן בתר דעתו עכ"ל תלי בדלא תניא ואדרבה מסתימת הפוסקים לא משמע הכי ועוד א"כ כמו במוכר שור ונמצא נגחן דאף דרובא לרדיא זבין לא אזלינן בתר רוב כ"ש הכא דליכא רובא יאמר המוכר לזווגן לקחת וא"צ להחזיר האונאה אע"כ אפילו ידוע דלזווגן קנה יש בו אונאה.

ועוי"ל לשיטת הפוסקים דאין אומדין להוסיף על עישור דל"ד נותן לבתו בחייו לנותן לאחר מותו דלאחר מותו הוי עבורי אחסנתא ממש דלולא שהוסיף לבת ודאי היו יורשין הבנים אף דליכא רק מניעת ריוח כיון דעדיין לא זכו היורשין מ"מ מניעת ריוח בודאי הוי גרמי ממש כדאיתא בירושלמי ב"מ פא"נ ה"ג המבטל כיס חברו אין לו עליו אלא תרעומת והמבטל שדה חברו חייב כי כיס חברו אינו ברי שהיה מרויח במעותיו אבל שדה מצוי לעשות פירות וה"נ אם נותן בחייו אינו ברי המניעת ריוח דאפשר גם אם לא היה נותן לבת היה נפסד טרם מותו כי העניות שכיח כדאיתא בנדרים דף ס"ד ע"ב וביו"ד סימן רכ"ח מיתה ל"ש ועניות שכיח לכן אף אם השיא לבת אחרת בחייו והוסיף לה על עישור שהוא יותר מתק"ח אין אומדנא מוכחת שהיה מניח לבת אחרת להוסיף על עישור לאחר מותו ובך אפילו פסק בפירש לבתו יותר העישור אין אומדנא שהיה פוסק לה ליתן לה לאחר מותו כי בחייו אינו רק ספק עבורי אחסנתא ולא עלתה ע"ד שימות טרם שתשא לבעל כי מותה הוי נולד אבל על לאח"מ אפשר לא היה מעביר האחסנתא מבניו.

ועוד נראה דבחייו ליכא שום איסור להאב להוסיף על עישור דבשלו יכול לעשות מה שירצה דעדיין לא באו הנכסים לירושה והא דתנן בפי"נ דף קל"ג הכותב נכסיו לאחרים ומניח בניו אין רוח חכמים נוחה הימנו ובירושלמי אמר עליו הכתוב אומר ותהי עונותם על עצמותם היינו על לאח"מ דכבר בא לכלל ירושה והוי עבורי אחסנתא ממש ולקמן סימן קי"ג ס"א בהג"ה י"א דאף בחייו אין להוסיף על עישור נכסי ואין נוהגין כן והנה ראיית האוסרין מהא דכתובות דף נ"ג דאמר אי מנאי דידי וכו' וא"כ קשה למה לא נהגו כן ונ"ל די"ל אדרבה משם ראיה להיתר דאמר אבא סוראה השתא נמי אהדר בי וא"ל יהודא בר מרימר שווייה נפשיך הדרנא לא קאמינא וקשה אם יש איסור ותחלה

לא ידע אבא סוראה למה לא נוכל לחזור בו ליהוי כתרי תרעי דאין בו משום מחוסר אמנה כדאיתא בפרק הזהב בהרז"ה ובחו"מ ס"ס ר"ד אע"כ דבעצמו רשאי להוסיף בחייו והא דאמר יהודא בר מרימר אי מנאי דידי אפילו האי נמי דכתבת לא ניחא לי היינו משום דהוסיף מחמת כבודו של יהודא בר מרימר דאחר דאין לו להתערב בזה לחוב להבנים וכמו אמל"ח דלא קנה חברו וכן תופס לב"ח במקום שחב לאחריני דאמר אין לו להתערב לגרום ריוח לאחד ומניעת ריוח לחברו ולפ"ז אף שבחייו פסק יותר מעישור ליכא אומדנא שאם היה יודע שתנשא לאח"מ היה פוסק ג"כ כך כיון דבחייו ליכא שום איסור לדידיה משא"כ לאח"מ דאין רוח חכמים נוחה הימנו ומה דפריך בכתובות נ"ב ע"ב ומי איכא מידי דרחמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות ואתו רבנן ומתקני דתירות ברתא אף דהתקנה היה שיכתוב אדם לבתו כבנו בחייו היינו נמי כהי דבעצמו רשאי ליתן בחייו משלו מ"מ רבנן לא היה להם לתקן זה לחוב להבנים וכה"ג איתא בשבועות דף ל"א ובחו"מ סימן קכ"ג סט"ו ואשר לא טוב עשה זה הבא בהרשאה וידעתי כי הע"ג ונו"ב בחו"מ סל"ג נמשכו אחר מהר"ם שכתב דבכגון זה כ"ע מודו והרי קמן דהר"ן לא ס"ל הכי ולטעמיה גם ר"ח ורוב הפוסקים דלא אזלו בתר אומדנא להוסיף גם בגילה דעתו בפירש לא מוסיפין וכ"ד השארית יוסף א"כ לדעתי אין להוציא מיד הבנים שהם יורשים מן התורה אפילו אין הירושה עדיין תחת ידם וכ"ש אם תפוסים ועומדים זולת אם תפסה הבת אין להוציא מידה.

ס"ז בהג"ה דיני שדכנות בפנים מאירות ח"ב סימן ס"ג כתב בשדכן ששידך בן פלוני ממקום פלוני לבת פלוני ממקום אחר והשדכן דר במקום החתן ושם מנהג לשלם יותר שכר שדכנות ממקום הכלה מחוייבים שני הצדדים לשלם כמנהג מקום היוקר הובא בפ"ת כאן והוכחתו מירושלמי פרק הפועלים בני טבריא לא משכימין ולא מעריבין ובני מעון משכימין ומעריבין בני מעון שעלו לשכור בטבריא משכרים כבני טבריא והרי בטבריא הפועלים ביוקר כי לא משכימין ולא מעריבין ומ"מ השכר שוה למעון הרי דהולכין אחר מקום שהפועלין דרין את"ד אבל הגרסא בירושלמי אינו כן אלא הכי בני מעון שעלו לשכר בטבריא נשכרין בטבריא והיינו שהפועלים מבני מעון הלכו לטבריא להשכיר עצמן שם והחילוק מבואר כי הבעלים דרין במקום שאין משכימין וסתמא יודעין מנהג מקומן ואדעתא דמנהג שלהם שכרו הפועלים אבל אם בני מעון הם הבעלים הלכו לטבריא לשכור משם פועלים יכולין הבעלים לומר לא ידענו רק מנהג שבמקומינו שנהגו להשכים ולהעריב וכיון שלא התנו בפירש יד הפועל שבא להוציא מבעה"ב על התחתונה כי הפועל בא לכוף את בעה"ב שישלם לו שכירות בשלימות אף שלא ישכים

ויעריב ואם עדיין לא עשו אה"נ שיכולים הפועלים לחזור ולומר אנו לא ידענו רק מנהג מקומינו אבל אם כבר עשו או באים להכריח את בעת"ב מחמת שהלכו למעון דהוי כהתחילו במלאכה או מחמת שאין מוצאים עתה מקום להשכיר עצמן דאזי הפועלים באים להוציא מבעה"ב ידם עה"ת דהא מבואר בש"ך חו"מ סימן מ"ב סקל"ו ובסימן ס"א ס"ה דאין לחייב מחמת המנהג רק אם ידוע שידע מזה המנהג והוכיח כן בראיות מן הראשונים וכן הסכימו עמו האחרונים וא"כ איך נחייב צד הכלה שדרין במקום הזול לשלם במקום היוקר ואין ידוע שידעו צד הכלה מנהג של מקום השדכן והחתן וענין פני משה שעל הירושלמי שם פירש כמו שכתבתי ואפילו לפירוש הפנים מאירות אינו ראיה לדבריו די"ל מעון וטבריא סמוכין ויודעין מנהג שתי המקומות כי שכירות פועלים מעשים בכל יום ובריב"ש סימן תע"ה הביא הירושלמי וז"ל בני טבריא לא משכימין ולא מעריבין בני בית מעון משכימין ומעריבין בני מעון שבאו לשכור מטבריא נשכרין כבני טבריא אבל אדם מטבריא וכו' זהו כשהשוכר הולך למקום הפועל לשוכרו שיכול הפועל לומר ע"ד מנהג מקומי השכרתי עצמי עיי"ש אמנם בירושלמי שעם פירש הפני משה הגרסא בני טבריא לא משכימין ולא מעריבין בני בית מעון משכימין ומעריבין בני טבריא שעלו לשכר בית מעון נשכרין כבית מעון בני בית מעון שירדו לשכר בטבריא נשכרין כטבריא אבל שעולה מטבריא לשבור פועלים מבית מעון וכו' ולזה הגרסא א"א לפרש דמיירי שהשוכר הולך לשכור פועלים מבית מעון דא"כ היינו סיפא אבל שעולה מטבריא לשכור פועלים מבית מעון וגם לגרסת הריב"ש קשה אם השוכר מבית מעון בא לשכור פועלים בטבריא הל"ל שוכרין כטבריא ולא נשכרין דהיינו הפועלים וגם למה תחלה לא הזכיר פועלים ובסיפא אמר לשכור פועלים ותפנים מאירות נדחק לפרש בני גובריא שעלו לשכור מבני בית מעון היינו לעשות המלאכה בבית מעון וגם זה אינו להפסיק בסכינא חריפא דרישא מיירי שעושים המלאכה שלא במקום השוכרים וסיפא מיירי שעושים במקום השוכרים וג"כ קשה למה ברישא לא הזכיר פועלים ובנו"י ר"פ הפועלים יש חסרון הניכר בדפוס ווין וא"א להולמו כלל,

ועיין בחו"מ ריש סימן של"ב דאם לא פסקו השכירות ויש במדינה מי שנשכר בשלשה ומי שנשכר בארבע אינו נותן אלא שלשה דדעתו דאינש אתרעא זילא ועלייהו רמיא לאגלויי לבע"ה ושם בריש סימן של"ד בנפסק הנהר כחצי יום בין שניהם יודעין בין שניהם א"י דרך הנהר פסידא דפועל דהממע"ה ועליו להתנות ואם כן ה"נ איך יהא יד פועל על עליונה.

וברמ"א חו"מ סי' של"א ס"א כתב הלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב או אפכא אזלינן בתר מקום ששכר שם הפועלים והוא מנמ"י וכה"ג כתב הריב"ש בסי' תע"ה כשהשוכר הולך למקום הפועל לשוכרו יכול הפועל לומר ע"ד מנהג מקומי השכרתי עצמי וזה יצא לתם עפ"י הגרסא והפירוש בירושלמי דמיירי שהשוכר הלך ממעון לטבריא לשכור פועלים דא"צ להשכים ולהעריב אבל לפי הגרסא והפירוש של מבי משה לא מיירי הירושלמי מזה כלל ומ"מ גם לו יהא כדבריהם אינו דומה לשדכן כי התם הפועלים לא הלכו לבקש למקום אחר שוכר להשכיר עצמם אלא השוכר בא אצלם כי לא מצא פועלים במקומו והפועלים אפשר היו מוצאים במקומו להשכיר עצמם הרי השוכר נחוץ יותר ונחית אמנהגא דפועלים משא"כ בשדכן דדרך שהוא מתחיל לעסוק עם הצדדים וגם לא מצא השדכן במקומו כלה שתתחתן לחתן זה וכיון דשדכן והכלה נחוצים זה לזה בשוה יד הפועל עה"ת דהממע"ה וה"ל להתנות ועוד הריב"ש ורמ"א ונמ"י אמרו רק כשהלך בע"ה ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שאין משכימין ומעריבין ושכר שם פועלים אזלינן בתר מקום ששכר שם הפועלים והוא על דרך דאית' בב"ר פמ"ח ובילקוט פרשת עקב עלת לקרתא הלך בנימוסה משא"כ כאן הכלה לא הלכה ממקומה למקום השדכן לשוכרו אדרבה הוא כתב למקומה שיש לו שידוך בעדה ועוד להפכים מאירות לפי פירושו בירושלמי דתליא במקום שנעשה בו הפעולה והרי סתם שידוך אינו נגמר עד בתיבת התנאים והקנס או עד הנשואין וכל זמן שלא נגמר אין שום שכר לשדכן דהרי אפילו אחר כתיבת התנאים אם חזרו בהם הצדדים אין לשדכן שכר כדאית' בחו"מ סי' קפ"ה ס"י ורוב פעמים יש כמה סכסוכים בין הצדדים והשדכן ממצען בשעת כתיבת התנאים והם נעשין במקום הכלה ובשו"ת הרא"ש כלל וא"ו סט"ו כתב כל תקנות הקהל על השערים ועל המדות כל היושב שם נגרר אחריהם והוכיח מזה בשו"ת שב יעקב חחו"מ ס"ג דאין כח בתקנות ומנהגי העיר על איש שאינו דר בעירם והובא בפ"ת לחו"מ סי' זיי"ן וא"כ הל"ל אם שוכר ממקום שנהגו להשכים ולהעריב הלך למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב שלא יחויב השוכר בחיוב תקנת ומנהג העיר שהלך לשם לשכור פועלים וצ"ל לדעת נמ"י וריב"ש ורמ"א אף שאין השוכר דר בעיר הפועלים א"מ כיון שהלך למקום הפועלים בטלה דעתו אצלם וכעין שכתב הר"ן בע"ז פרק השוכר את הפועל שאותו דבר שעומד במקומו חשוב יותר מן הבא עליו לכן אותו דבר העומד במקומו מבטל דבר הבא עליו כענין ששנינו במקוואות פי"ד דרביעית מים שאובין בתחלה פוסלין את המקוה מפני שמי המקוה באין עליהן עיי"ש וכאן יש להסביר יותר דאמדו חכמים דעתן שאם היו באין להתנות בפירש היה השוכר מתרצה

להפועלים שלא יחזור ריקם למקומו כיון שהלך אצלם לשוכרם ולו יהיבא להפנים מאירות סברתו יש לחלק דאם צד הכלה כתבו להשדכן שישדך חתן ממקומו הוי כהלכו צד הכלה למקום השדכן לשוכרו ומחויבין לשלם שכרו כמקום היוקר שדר בו השדכן משא"כ אם השדכן כתב תחלה לצד הכלה שיהא להם שדכן הוי כהלך אצלם להשכיר עצמו ומשלמים לו בזול כמקוען.

בעבוה"ג סי' נו"ן נשאל אם נשאת האשה והכניסה כל אשר לה לבעלה והשדכן תובע שכר שדכנות אם נימא בעל לוקח הוי וא"צ לשלם מנכסיה והובא בפ"ת וסיים הפ"ת דצ"ע לדינא ולי צ"ע אפי' מעולם לא היה לו או לה לשלם למה לא יחויב צד השני לשלם כולו כשנים שלוו מאחד או לקחו מקח מאחד דנעשו ערבים זה בזה וכשאין לאחד לשלם חייב חברו כולו ה"נ יהא כנשכר לשניהם ביחד דהא עשה הפעולה לשניהם ביחד ואפשר דהוי כעשה שתי פעולות נפרדות כי אצל צד החתן עשה פעולה לצד הכלה בהשתדלותו אצל החתן שישאנה ואצל צד הכלה עשה מעולה לצד החתן בהשתדלו אצלה שתשא לו וכן נראה משו"ת ענים מאירות ח"ב סי' ס"ג אך חזינן ממנהגי המדינות לשלם שכר שדכנות לפי ערך הפרסאות שהלך השדכן ומשלמין שניהן בשוה וגם לפי ערך הנדן מצד הגדול ולמה הלא אם השדכן קרוב להחתן שדר עמו בעיר אחת והכלה בעיר אחרת רחוקה הרי השתדלות השדכן אצל החתן שישא אותה כלה לא טרח בהליכה כלום אבל מה שהשתדל אצל הכלה בעד החתן שתנשא לו הלך בדרך למרחוק ולמה ישלמו בשוה וכן אותו צד שנותן כדן הסך הגדול ישלם בפחות מצד שכנגדו שמקבל נדן סך רב יותר וע"כ דחשבו מתקני התקנות שכר השדכן בשוה דעושה פעולה לשניהם יחד בשוה דונה שמשתדל אפל צד הכלה עושה מעולה בעדה עד שנתפייסה לשידוך זה וכן מה שמשתדל אבל החתן עד שנתפייס עושה פעולה גם להחתן ועפ"י רוב אין שום אחד שילח שדכן לשדך לו זה או זו אלא השדכן ממציא השידוך ומדבר על כב כל אחד וא"כ כשממציא השידוך לכל אחד עושה הפעולה לו ולמחותנו ביחד ובמקומות שלא נהגו לשלם דבר קצוב דהתשלומין לפי שומא א"ם למה יגרע זכות השדכן אם צד אחד עני מ"ו פעולתו שוה בין שניהם עשירים או רק אחד ולמה לא ישלם העשיר כל שיווי הפעולה דבשלמא ביש לשניהם לשלם וזה נותן מחצה וזה מחצה הרי נפרע כל שכר מעולתו אבל כשאין לאחד לשלם הרי פעל אצל העשיר כמי כל הפעולה ואפילו בלא טעם דערבים זה בעד זה יחויב העשיר לשלם הכל דהאי נהנה מכל הפעולה שעשה השדכן בין שניהם ולא מצאתי גילוי לדין זה ומהעבוה"ג חין ראיה דלא נשאל על זה ואולי מיירי שהיה תנאי בין החתן והשדכן שהוא לא ישלם כלל שדכנות או שהיה החתן

בחור סמוך על שלחן אביו דהמנהג דהאב משלם השדכנות וכתבתי בערך ש"י על חו"מ סי' קפ"ה דאין לשדכן על הבן כלום דלא נחית מעיקרא להשתלם מן הבן לכן היתה השאלה רק מחמת שהכניסה לו האשה נכסיה אם צריך לשלם בעדה מנכסיה ומהרי"ט חחו"מ סי' ק"ו כתב דאפילו לדעת הסוברים דשנים שלוו מאחד אינם ע"ק רק ערבים סתם אבל אם לוו לשותפות ולא חלקו ביניהם ההלואה לכ"ע גובה המלוה הכל עמי שירצה כיון דכל אחד נהנה מכל המעות הוי לוה על כולו והובא בתומים סי' ע"ז סק"ג ושרש דבר זה ממהרי"ק שרש ק"ב וכ"ד המבי"ט ח"ב סי' קע"ז ושאר חכמי ספרדים וא"כ ה"נ תרי כל צד מהמחותכים נהנה ומקבל תועלת מהשתדלות השדכן דהא מה שפעל אצל החתן שישא כלה זאת הוא תועלת גם לחתן וכן להיפך אם כן דינא שיוכל לגבות כל שכרו ממי שירצה אלא די"ל בזה קי"ל כמאן דלא מחלק בהכי אבל מ"מ כשאין לצד אחד לשלם חייב צד שני כולו כי קבל תועלת מכל ההשתדלות של השדכן וזה פשוט דשכירות כהלואה דהא בירושלמי ר"פ שבועות הפקדון יליף דשנים שלוו דאחראין זל"ז מוכחש בעמיתו והתם כתיב כמי או עשק עמיתו דהיינו שכירות כפרש"י ובלא"ה פשוט דאין לחלק וכ"כ בזכור לאברהם חחו"מ אות עין בשם תורת חסד וגם א"ל כיון דליכא לשדכן שטר לאו אחראין זל"ז לדעת הפוסקים דס"ל דבמע"פ לא נעשו ערבים דהא כתב הש"ך בריש סי' ע"ז וגד"ת שער מ"ד משום דכל אחד נוטל חפי המעות וזהו כמאן דפליגי דמי משא"כ בלקחו מקח אחד דנעשו שותפים כיון דצריך חלוקה ושומא א"כ כ"ש כאן דאין בו חלוקה ונשתתפו בהשתדלות השדכן וכל מה שטרח לשניהם טרח ביחד.

שדכן שסמוך לגמרו נשתדך צד אחד עם אחר אח"כ נפרד חבר השני ובא אחר עם שדכן ראשון וגמרו שידוך ראשון חולקין שני השדכנים בשוה וטענת שדכן הראשון שיקח שלשה חלקים חצי בעד התחלה לבדו ובחצי שבעד הגמר יחלוקו אינה טענה דכבר אסח ראשון דעתו כ"כ בשו"ת מוהרא"ל בחו"מ סי' ל"ז וכבר כתבתי כן בערך ש"י חחו"מ סי' קפ"ה

סימן נא

ס"א איש ואשה כ"כ רמב"ם פכ"ג מאישות וכתב הה"מ דכ"ש הוא מדין האב ותמה שעה"מ מהירושלמי ר"מ אע"פ דאמר כשם שהבעל פוסק כך האב עוסק אלא שהבעל מזכה בכתב והאב בדברים ואפילו נימא דבבלי פליג מ"מ לא הל"ל דכ"ש את"ד ונ"ל לפימ"ש טו"ז חו"מ סי' ר"ז סט"ז הא דמחילה א"צ קנין דוקא מחילה ברורה אבל כשהוא תלויה דומה למוחל ע"י פשרנים דגם מחילה צ"ק כדאית' בסי' י"ב עכ"ל ושם מבואר ברמ"א דל"ד קנין אלא ה"פ בתן שטר ולכן הירושלמי דמיירי לענין מה שהבעל מוסיף

בכתובתה דזה תלוי דאם תמות בחייו לא יהא לה כלום לכן דוקא ע"י כתב משא"כ בנתינה ברורה שמסלקין בחייהם א"צ כתב והא דס"ל לרמב"ם בפי"א דמכירה ה"ד הנותן ערבון לחברו ואמר אם אני אחזור בי ערבוני מחול לך מהני י"ל כיון שנותן ליד חברו הערבון דעדיף מקנין דעושה מעשה בגוף הערבון זה נותן וזה מושך וכדאית' בחו"מ סי' קצ"ה לענין חזרה כ"ז שעסוקין באותו ענין דעושה מעשה בגוף דבר הנקנה עדיף מקנין משא"כ מחילה בדבר שמכבר תחת יד חברו דהשתא ליכא רק דיבור וע"כ צריכין לחלק הכי דהא הטו"ז הכריח חילוק זה מהא דקנו על המחילה והרי זה כתבו הרמב"ם וכן נראה מהסמ"ע סי' ר"ז סי"א ס"ק כ"ג שכתב שפליגי אי מהני לשון מחילה דאמר לו וגם מסרו לידו עכ"ל דמאי צ"ל וגם מסרו לידו הרי מחילה מה שהוא תחת יד חברו אלא צ"ל דגם לרמב"ם אם אומר מלוה ללוה על חוב קדום אם יהא כך חובי מחול הוי אסמכתא ול"מ בלא קנין או כתב ועוי"ל דתוספת כתובה דאם נתאלמנה ואין בידה כתובה אינה גובה דטוענין ליורשים שנפרע כדלקמן סי' קו"ף ס"ו וכ"ש הכא דלקמן מרובה מיתה שכיח ואם מייתו העדים אינה נאמנת שפסק לה תו"כ א"כ סתמא נוהגין לכתוב והרי קרקע דינו דקונה בכסף ומ"מ באתרא דכתבי שטרא לא קני בלא שטר ה"נ אף דמדינא נתנין באמירה כיון דהמנהג לכתוב אין קונה בלא כתב.

ועמדו וקדשו לקמן סי' ס"ו ס"ח הובא פלוגתא אם גם בנשואין איתי' לדרב גידל דנקנין באמירה דבמרדכי פרק הנושא כתב אהא דמשה ב"ע נעשה ערב בעד בנו על הכתובה דפריך הש"ס בשילהי פג"ה איך משתעבד בלא קנין ולא משני משום דר"ג משום דלא קבל עליו מקמי קידושין רק מקמי נשואין לא רצתה להנשא עד שנעשה ערב ובשער המלך הקשה דמרדכי סותר א"ע דבפרק נערה אהא דהאב כתב לבתו לפני נשואין שיתן לה כשתלך לבעלה פירות כסות וכלים דל"ד כתב דגם אמירה מהני מדר"ג עיי"ש ונ"ל טעמו של המרדכי כיון דמקמי קידושין לא התנו שיעמיד ערב על הכתובה א"כ מחייבת להנשא בלא ערב אלא דמורדת ודינה להטעותה כפועלים היכא דמדינה מחויבים לעשות וחוזרים בהם כדאית' בחו"מ סי' של"ג ס"ה והירושלמי ר"פ אע"פ דס"ל גם אחר נשואין אם הוסיף לה על כתובתה אצ"ק דגמיר ומקני שלא תצערהו לא קי"ל הכי כמ"ש הר"ן ריש פרק אע"פ ולכן דייק מרדכי דלא רצתה להנשא אבל לא עיכבה הנשואין אלא לא רצתה לפסוק לו ג"כ מה שלא פסקה מקמי קידושין זולת אם יעמיד אביו לערב על פסיקתו גם בנשואין שייך דר"ג תדע דהא דר"ג חידוש הוא ואין לך בו רק חידושי כמ"ש הריב"ש סי' קכ"ט א"כ בנשואין דאמרינן נמי הא דר"ג עכצ"ל משום כ"ש אבל בזה שכבר מחויבת ודאי גרע מדר"ג דקמי קידושין דאינה מחויבת וכ"ז לענין פסיקה מבעל

לאשתו אבל אב הפוסק לבתו כיון דגם אחר קידושין בידו ומותר לגרשה גם המרדכי מודה דשייך דר"ג גם אחר קידושין מקמי נשואין.

והמקנה הקשה דבלאו דר"ג חייב כדלקמן סי' ק"ב הנשאי כו ואני קבלן והטעם דשכירות א"צ קנין ואף דמחויבת להנשא מ"מ בלא רצונה אינו קונה בע"כ והרי באתנן חייב משום שכירות ולכן כתב דחיוב ודאי איכא אלא דמדר"ג נ"מ לקנות גוף הדבר ולא נראה דשאני אתנן או שאר שכירות פועל דלא היה חייב בלאו הכי לעשות משא"כ הכא דאחר שנתקדשה בלא תנאי זה כבר מחויבת להנשא ליכא בו משום שכירות כדאית' בחו"מ סי' פ"א ס"א בהג"ה ובש"ך שם סק"ו והרי חליצה בע"כ ג"כ ל"מ ומ"מ חליצה מועטת כשרה כדלקמן סי' קס"ט ס"נ תדע דהא דשכירות אצ"ק ילף ריב"ש בסי' הע"ו מחלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתיים זוז והרי ביבמות סם מסיק אם מחויב בלא"ה לחלוץ לה פטורה ומועיל החליצה וגם הקבלן פטור כה"ג דמנה אין כאן כיון דבעל פטור איך יתחייב הערב ועיין בית מאיר לעיל סי' נו"ן והא דמרדכי כתב דמשה ב"ע נתחייב מדין קבלן היינו כיון דבאמת הבעל חייב לה כתובה ל"ל מנה א"כ משכון א"כ דהא המרדכי ס"ל בס"פ ג"פ סימן תרנ"א דקבל מתחייב גם לאחר מתן מעות בלא קנין לכן ה"נ אף דכבר אגודא בו ומחויבת להנשא לא גרע מקבלן לאחר מתן מעות דלא הוציא על פיו.

ולולא המרדכי דכתב דמיירי אחר קידושין ולפני נשואין י"ל הא דלקמן סי' ק"ב מיירי שהנשואין וקידושין בבת אחת וכן משמע הלשון הנשאי לזה דמשמע דהבירה בידה להנשא לאחר ולא לזה וזה ודאי בהוציאה על פיו ובלא"ה נמי לענין הקבלן י"ל דא"י לפטור משום דהשטה בה אחר שכבר מחויבת וכן משמע מסמ"ע בסי' פ"א סק"ו דל"ש טעינת השטאה רק אם מוטל עליו כגון בן בנו דמוטל עליו ללמדו י"ל משטה הייתי בחתני כיון דיותר מחויב מזקנו וכיון שהבעל חייב בכתובתה ל"ל מנה א"כ משכון א"כ וחל הקבלנות והא דפריך ש"ס ס"פ ג"פ אהא דמשה ב"ע דערב דכתובה לא משתעבד ולא משני משום דר"ג ומיירי לפני קידושין או לרה"ג דגם לפני נשואין שייך דר"ג אפשר דוקא במתחייבין האבות לגמרי י"ל אגב דמתחתני גמרי ומקני כהא דר"ג כמה אתה נותן לבנך ולבתך אבל ערב דאינו גומר ומתחייב רק אם לא יהא לבעל לפרוע או לא ירצה לפרוע לא אתמר דרב גידל מאחר דהריב"ש כתב דהא דר"ג חידוש ואין לך בו אלא חידושו וכ"ש כתובה דתני ספיקא הוי שמא תמות בחיי בעלה ולא יגיע לה כתובה ושמא יפרע הבעל או יורשיו מנכסיו ולא תלך לגבות מהערב וכיון דלא חסרה כלום ומצוה קעביד הערב לא משתעבד זולת קבלן או קנו מידו.

ונחזור לענין ראשון דכתב המקנה דבנשואין שייך שכירות וגם הבית מאיר נתקשה בזה מה צריך לדר"ג כיון דבלא"ה חייבין משום שכירות ול"ל דצריך דר"ג לקנות גוף החפץ שפסקו אבל חיוב בלא"ה יש משום שכירות דהא בפסק לזון בתה דאינו רק חיוב ומ"מ רק מדר"ג חייב כדאית' ר"פ הנושא אתיד ובענ"ד אין בזה משום שכירות כלל לפימ"ש הרא"ש בתשובה כלל ס"ד ס"ג אם פסק לערב שכר בלא קנין פטור כי ערבות אינו דבר שלוקחין עליה שכר והוי כמו בורח שהיה מעבורת לפניו ואמר העבירנו ופסק לו שכר הרבה א"צ ליתן יותר משכר הראוי והוא בחו"מ ס"ס קכ"ט הרי אף דלא רצה בלא שכר ופסק לו הלוה שכר פטור וה"נ כ"ג האשה דטב למיתב ט"ד וכא חסרה מידי כדאית' בשילהי פג"ה וברא"ש ספ"ק דב"מ לענין מקדש אשה בשט"ח וחזר ומחל לא חשבינן רק כלקחה השט"ח בפרוטה דכן שיוויו האשה שמתקדשת בפרוטה וגם הבעל מבואר בא"ח בשם ראב"ד בב"י לקמן סי' ס"ו והובא לעיל סי' ב' ס"א בהג"ה הממון שאדם לוקח עם אשתו אינו ממון של יושר א"כ כל הפסיקות הוי יותר מכדי שכרן וגם ערב לחתן בעד הנדוניא דעת המרדכי והובא לקמן סי' ק"ב דהוי כערב לאשה בעד כתובתה דפטור משום דלאו מידי חסריה ומה שנוהגין בדורנות ונתינת נדוניא אינו שכר אלא מתנות כדי שיוכלו להתפרנס ומזונת תחת מע"י ויעבוד ישראל באשה ובאשה שמר ולכן לולא דר"ג לית בזה משום שכירות כלל.

וברשד"ם חיו"ד סי' ע"ט כתב אח לכלה פסק סך גדול לחתן הדר בעיר אחרת שיסלק לו כשיבא ויכנוס כלתו דהוי כמו שכר שליח ללילך לאיזה מקום דחייב לו השכירות שעסק ואצלי מפוקפק הדבר הרבה דמה ענייננו לשליח דהולך בשביל משלחו משא"כ תתן זה מה דעביד לגרמיה עביד וכבר אמרו ברפ"ק דקידושין דכך האיש לחזור אחר אשה דבעל אבדה מחזר אחר אבדתו וזה עדיף משכר ערבות דעושה רק לטובת לוה והוי כאומר עשה סוכה לעצמך ואשלם לך דפטור כדאית' בחו"מ סי' פ"א בנתיבות סק"ב וכ"ש בנידון רשד"ם דפסק לו סך רב דהוא יותר ממה ששוה שכר טרחא דהליכה.

וי"א דבעינן עמדו וקדשו מיד ולא הפסיקו בדברים אחרים יל"ד מ"ש מהא דחו"מ סי' ר"ז ס"א בהג"ה התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם ודאי ע"ת ראשון כתבוהו ויותר מזה בסי' רכ"א בהג"ה ובסי' של"ג ס"ח בהג"ה בש"ך שהשכיר עצמו והוא עשו"ת ריב"ש סי' עת"ה ונראה כיון דאמירה לא קנה בשאר דוכתי רק הכא אמדו חכז"ל דעתם דגמרי ומקני אף דלפעמים יזדמן דאין פיו ולבו שוין מ"מ הלכו אחר אומדנא בזה וגם הא דע"ד ראשונה עושה ג"ב אינו רק אומדנא לכן תרי אומדנא לא אמרינן.

ובמועד קטן דח"י ע"ב אמר שמואל מותר לארס בחוה"מ לימא מסייע לו דתנן כותבין שטרי קידושין לא בשטרי פסיקתא כדר"ג והובא קושיא בדרישת ארי הא דר"ג דוקא עמדו וקדשו מיד וא"כ עדיין מסייע לשמואל ולכאורה ראיה מזה להמבי"ט סי' רכ"ג אם כתבו הפסיקה בשעת שידוך ואח"ז קדשו סתם קנו מדרב גידל דא"צ קנין אך טעמא בעי דממ"נ אם הכתיבה עושה החיוב א"ל לבא מטעמא דר"ג ואם הכתיבה ל"מ הוי כאמירה בעלמא ודוקא עמדו וקדשו מיד ומהא דמו"ק יש לדחות דבאמת מה שתירץ רשב"ם בזה דדוקא קדשו מיד הא דאית' בכתובות דף ק"ט דפסק לו ולא נתן תשב עד שתלבין ראשה ולמה לא נוציא ממנו בב"ד כדר"ג דמיירי בלא קדשו מיד בלא"ה איכא כמה תירוצים בתוס' ורא"ש ואס"ז אלא דמוכח מלשון דר"ג דאמר עמדו וקדשו וכמ"ש ב"י כאן וא"כ י"ל דר"ג אמר רב לטעמיה דרב דלמסקנא בכתובות דף ע"ג פליגי רב ושמואל בקידשה ע"ת ואח"כ כנסה סתם דלרב צריכה גט ולשמואל א"צ גט הרי לרב לא אמרינן כשעשה המעשה סתם ע"ד ראשונה עשה ונהי דל"ל דרק משום חומרא דא"א צריכה גנו דהא מוכח מכ"ד שהבאתי בסמוך דאמרינן כ"ד ראשון עשה ומהני אפילו להוציא ממון וע"כ רק משום חומרא וכ"כ תוספת בפ"ק דב"מ כ"ף ע"ב דמחמירין באיסור א"א יותר מממון ועכ"פ לרב יש צד חששא כיון דעשה סתם ולא הזכיר התנאי דלא עשה ע"ד התנאי וכמ"ש טו"ז לעיל סי' ל"ח סל"ה והכי קי"ל התם כרב לכן גם לענין ממון בהא דר"ג כיון דאינו רק משום אומדנא דגמר ומקני לכן אם לא קידש מיד דנפל עוד חשש כיון שלא הזכיר התנאי לא עשו ע"ד התנאי כולא האי לא אמרינן להוציא ממון מכח אומדנא דצריכין תרי אומדנות אבל לשמואל דקדשה ע"ת וכנסה סתם אציג הרי דלית בזה שום ספק א"כ הוי כהזכיר בשעת כניסה התנאי בפירש ושייך דר"ג אפילו לא קדשו מיד וש"ס דמו"ק מביא מדר"ג אמר רב דא"ל קנין דגמרי ומקני באמירה בעלמא אבל הא דדוקא עמדו וקדשו מיד אינו רק לרב ולא לשמואל וא"כ שפיר דחי דליכא סייעתא לשמואל לשיטתו.

ובפשיטות י"ל תא דדוקא עמדו וקדשו מיד משום דאל"ה הרי חזינן דלא נגמר בדעתם לברך על המוגמר ואפשר עדיין בלבם להתיישב בדבר וכיון דכל עיקרו דר"ג דאיידי דמתחתני גמרי ומקני והרי הכא גוף החיתון תלוי ברפיון אבל אם נעשה בחוה"מ ונימא דאסור לקדש ליכא תוכחת ממה דלא קידש מיד וסתמא אין דעתם לחזור מהני דר"ג אף שקדשו תכף אחר יו"ט ואף דגם כשרשאים לקדש יזדמן איזה עיכוב מלקדש מיד מ"מ לא נתנו דבריהם לשיעורין לשער אם היה עיכוב א"ל דהא דר"ג רק תק"ח כמ"ש בנו"ב

חחו"מ סי' כ"ו וכ"ח והיינו היכא דמותר לקדש אבל בזמן דאסור לקדש א"צ לשער דהרי קמן דלכ"ע אסור עכשיו לקדש וודאי יברכו על המוגמר אחר יו"ט דשא"י לא ידברו כזב.
ובית יעקב בכתובות דף ק"ט כתב דבלא דר"ג כיון שלא התנה כתנאי ב"ג וב"ר תנאו בטל ומעשה קיים דבכל קניינים כשמתנה איזה דבר כגון שתתן מאתיים זוז ולא כפל או שחסר ד"א מדיני תנאי המעשה קיים ופטור מליתן עיי"ש ולא נראה דלשון ר"ג כמה אתה נותן אינו תנאי רק פסיקה והרי מוכר קרקע בסך מה וקנו מן המוכר נימא ג"כ דהקרקע קנה ופטור מליתן ומבואר הביטול בכמה דוכתי עחו"מ סי' ק"צ ס"י וסי' ר"ג ס"ג בהג"ה ואדרבה לענ"ד גם אם אמרה אני מתקדשת לך ע"מ שתתן לי כך וכך ועוד וקדשה התנאי בטל והמעשה קיים ופטור מליתן כיון דנחיתה לתנאי ולא התנה כדינו וכן משמע בריש סי' ל"ח ס"ב דאית' שם המקדש ע"ת ולא התנה כתנאי ב"ג וב"ר בטל התנאי וכאלו אין שם תנאי כלל אלא תהיה מקודשת מיד כאלו לא התנה כלל משמע דאין חיוב מדר"ג ג"כ אף בשעת קידושין ומשום דל"ל איידי דאתחתנו גרמי ומקני אהדדי דהרי מספקא להו דהא אמרו דרך תנאי אם יהא כך או על מנת.
ומה שפרש"י במו"ק פ"ג דח"י ע"ב כדרב גידל שכותב תנאי זה בשטר לאו תנאי אם או ע"מ רק משום דדוקא אם לא פסק מעצמו כמ"ש הריב"ש סי' שמ"ה שאם לא התנו כן אלא שעשה כן מעצמו הוי כשאר חיוב דעלמא ולא מקני באמירה וכן נ"ל מלשון דר"ג כמה אתה נותן לבנך כו"כ כמה אתה נותן לבתך כך משמע אם מעצמן אומרים אני נותן כו"כ ולא נקנה באמירה ובפ"ק דקידושין דף טי"ת ע"ב פרש"י שטרי פסיקתא התנאים שביניהם וממון שפוסקין זה לזה הרי חלקן רש"י וצ"ע למה האריך רש"י דהא הגמ' אמר שטרי אירוסין שטרי פסיקתא וכדר"ג ולא אמר שאר תנאים וגם הגמ' למ"ל וכדר"ג הא י"ל שאר תנאים שביניהם ועכצ"ל דרק הא דר"ג אין כותבין שלא מדעתם שלא לעשות ממע"פ מלוה בשטר.
וי"א דאין מנכין לבת מירושתה הואיל וזכה בהם בחיי האב כתב חמ"ח דכתב בלשון וי"א משום דאפשר לומר אף שפסק בשעת קידושין ה"ד בחייו ויש בזה מחלוקת בין הפוסקים כדאית' במל"מ פ"ו מהלכות זכיה ובכנה"ג ובאמת הדבר מבואר בירושלמי ר"פ אעפ"י ז"ל תני כשם שהבעל פוסק כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב והאב אינו מזכה אלא בדברים ובלבד דברים שהן נקנין באמירה האיך עבידא גידל בשם רב כמה אתם נותן לבתך כו"כ כיון שקדשה זכת בין הבנות עכ"ל ומוכרח דכונתו דאין מנכין מירושתה כמו שפירש הק"ע דאם בחיי אב פשיטא דאין לבנות טענה דעדיין אין הממון נפל להן בירושה וביאור הירושלמי נ"ל דיל"ד מה זה דהאב אינו מזכה אלא בדברים

דהל"ל אפילו בדברים וגם מה זה דפריך האיך עבידא הא כבר אמר דמזכה בדברים וגם תחלה ה"ל לסיים בדרב גידל דהן דברים הנקנין באמירה כמבואר בבבלי ואח"כ הל"ל דאם מת האב זכת בין הבנות ונ"ל דרמב"ם פ"ו מה"ז הלכה י"ז כתב דאין קונין באמירה זו עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס וכתב בתשובת בית יוסף להלכות קידושין תשובה י"א דהוי כע"מ שיכנס דזוכה למפרע כשמתקיים התנאי ויל"ד בשלמא בפירש ע"מ הוי כאומר מעכשיו אבל כאן לא אמר ע"מ מנ"ל דהוי כאומר מעכשיו וב"י גופא בחו"מ סי' ר"ז סי"ד כתב דעל תנאי אינו כאומר מעכשיו והובא בנה"מ סי' רמ"א וברדב"ז ח"ד סי"א כתב דודאי האומר ע"ת לאו כאומר מעכשיו דמי ולא כאומר על מנת דבע"מ נמי קשיא היכא משמע דע"מ כמעכשיו וכתב הרמב"ן ז"ל דאנן לא בקיאין במלת ע"מ ואינהו דבקיאי בה ידעי דמשמעותא הוי מעכשיו והבו דלא לוסיף עלה דהא על תנאי ידעינן שפיר משמעותא ואין משמעותא מעכשיו את"ד וא"כ כיון שכל הפוסק דעתו לכנוס ולא אמר לשון על מנת מהיכא תיתי דהוי מעכשיו ולא יהא ספק איך כונתו הממע"ה ונראה דהנה בחו"מ סי' קצ"ה ס"ה איתי' דק"ס סתמא מעכשיו כיון דהדרא סודרא למריה אם לא עכשיו א"א לחול עוד ובכדי לא עביד וא"כ ה"נ דברים הנקנין באמירה דכתב הר"ן בפ"ג דנדרים דף כ"ט ע"ב דאם אמר שיהא עולה לאחר ל"י הל"ל דאינו מועיל כיון דכלתה אמירתו ואם לא חל בשעת אמירה תו א"א לחול אלא דמהני משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכמו משוך ולא תקנה עד אחר ל"י אם החפץ ברשות הלוקח אחר ל"י קונה עיי"ש וזה שייך בהקדש דכל היכא דאית' בי גזא דרחמנא הוא וא"כ בפסיקא אם דכלתה אמירתו ולא עדיף מקנין גמור או שטר שנקרע לפני הזמן וא"כ סתמו כמעכשיו ולשיתקיים התנאי דבכדי לא עביד או אם קנין דרבנן הוא ע"כ כן תקנו שיחול מיד כיון דא"א לחול אח"כ דכלתה אמירתו לכן כשמת האב זכתה הבת בין הבנות ואין מנכין מירושתה כיון דבחיי אביה זכתה אבל אם נתן כתב דאפשר שיחול כשיכנוס אם לא יתקרע הכתב אינו חל עד שיתקיים התנאי וכיון שמת האב לפני הנשואין ונפל הממון לפני יורשים אינה נוטלת רק חלק ירושתה וזה שאמר האב אינו מזכה אלא בדברים ולא בכתב ופריך האיך עבידא דהא הל"ל כ"ש כתב ומשני דנ"מ לענין שתזכה בין הבנות מחמת הפסיקה אף דמת האב לפני נשואין דאזי רק כשזיכה באמירה.

ומה שאמר הירושלמי ובלבד דברים שהן נקנין באמירה אפשר לפרש דבב"ב פ"ה דף ע"ז איתי' אין אותיות נקנין במסירה דאותיות מילי ננהו ומילי במילי לא מיקני וכתבו תוספת שם דמסירת השטר קרי מילי דקאמר ליה קני לך שטר זה דהיינו מילי בעלמא אבל כשכותב שטר בשמו על השעבוד אין לך מעשה גדול מזה עכ"ל לכן כאן דאב

אינו מזכה בכתב רק באמירה לענין שתזכה בין הבנות א"א שיזכה לה שט"ח באמירה דמילי במילי לא מיקני ולפימ"ש רמ"א בחו"מ סי' ר"ט ס"ד בהג"ה דאם נתן דשלב"ל ומסר לו שטר וכשבא לעולם השטר ביד המקבל קנה כמ"ש הטו"ז שם ה"נ דשלב"ל אינו נקנה באמירה כיון דאינו מועיל רק אם קני מעכשיו דאח"כ כלתה אמירתו והרי עכשיו לא ב"ל וכשיבא לעולם אין ביד הבת כלום וכן לדעת האומרים שבהג"ה שם אם אומר בפירש שיקנה כשיבא לעולם קנה לא מהני כאן דאז כלתה אמירתו אבל בכתב יכול להקנות לאותן דעות כשיהא תפיס שטרא כשיבא לעולם או כמ"ש לעיל דבעל מזכה בכתב תוספת כתובה משום דהוא ספק אם תתאלמן הוי כאסמכתא דצריך כתב לזה אמר דגם האב אינו מזכה אם יש בו אסמכתא דגם מחילה דסגי באמירה לא נקנה על ספק באמירה והנה בירושלמי ר"פ הכותב אהא דתנן כתב לה דו"ד אין לי בנכסייך בחייך ובמותך אם מתה אינו יורשה רשב"ג אומר יורשה דהתנה עמש"ב ואמר רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה דמתנה עמש"ב בממון תנאו קיים אלא משום שבסוף הוא זכה בהן ופירש ק"ע דהא לא ידע שתמות היא בחייו דלא הוי מחילה גמורה דאסמכתא היא ואסמכתא לא קניא והרי קמן דזה חשוב אסמכתא ה"נ בהוסיף לה כתובה אך מה דס"ל לרב דגם כתב לא מהני ואיך יועיל כשכותב לה תוספת כתובה צ"ל כיון דנהגו להוסיף בכתב מהני משום סטימתא כמ"ש תוספת בפא"נ דף ס"ו דסטימתא קונה באסמכתא וכיון דנהגו בכתב לא מהני רק בכתב ולא באמירה לבד ועוד דכתב בשו"ת הרא"ש כי"ב ס"ג דסתמא לא מהני רק כשעשו מעשה ולא בדיבור בעלמא אפילו נהגו.

ובשו"ת ריב"ש סי' שמ"ה הובא בשם הרב ר' יוסף יחיא שכתב בשם הגאונים דדברים הנקנין באמירה בשעת קידושין אעפ"י שלא בא לעולם ובלשון אסמכתא עיי"ש אבל ברמב"ם פ"ו מזכיה ופכ"ג מה"א ובטוש"ע מבואר דאין נקנה כשאין ברשותו א"כ אפשר גם אסמכתא דהא הריב"ש סי' קכ"ט כתב דהא דנקנין באמירה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו והרי לשון ר"ג כמה אתה נותן לבתך ולבנך ואין בזה הלשון אסמכתא ועוד דהא הא דהכותב דו"ד אין לי עליך דמיירי בכותב לה בעודה ארוסה כדמוקי בירושלמי שם ומ"מ אמר רב דיורשה משום דהוי אסמכתא או כמ"ש הרא"ש משום דהוי דשלב"ל ולמה לא יועיל לפני נשואין מדר"ג אמר רב ואין לומר ראיה להיפך מדאמר בבבלי שם דף פ"ד דטעמיה דרב דחכמים עשו חיזוק לדבריהם ולא אמר משום אסמכתא או דשלב"ל זה אינו דהא בש"ס בבלי פ"ק דב"מ דף ט"ז ע"ב איתא דרב אמר בשדה זו לשאקחנה מכור לך קנה והרי בזה יש נמי ספק אי אתי לידו והוי אסמכתא וכ"כ בהגמ"ר פ"ק דב"מ וכ"כ בתומים סי' סמ"ך ס"ו ס"ק י"ד ופשוט הוא דהוי ספק כמו ירושת אשתו

לכן הוכרח בבבלי לומר טעם אחר אבל מהירושלמי מוכח דנ"ג א"ר ליתא בדשלב"ל או באסמכתא ולא מצינו בבבלי דחולק בזה שו"ר בכנה"ג בהגהות ב"י משו"ת מהר"א די בוטין דאסמכתא לא מהני אף בשעת קידושין.

ועוד נראה דכונת הירושלמי ובלבד דברים שהן נקנין באמירה בשעת אמירה כי בית תורה על הזמן בכמה מקומות ובא למעט דבר שאינו ברשותו או לא ק"ל דאפילו למ"ד אדם מקנה דשלב"ל אין הקנין חל עד שב"ל וזה א"א באמירה דכלתה אמירתו ואף להתוספת ביבמות דף צ"ג למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מהני אם אומר מעכשיו שלא יוכל לחזור בו קודם שב"ל מ"מ כשלא אמר מעכשיו לכ"ע אין חל הקנין עד שב"ל והריטב"א בפ"ג דקידושין דף ס"ג מחלק באם מקנה דשלב"ל ל"מ מעכשיו ולכ"ע יכול לחזור דאין לקנין על מה לחול עד שבא לעולם וכשמקנה דבר שישנו בעונם רק אינו ברשותו מהני מעכשיו לר"מ ושאר תנאי דס"ל דאדם מקנה דשלב"ל שלא יוכל לחזור אף טרם שבא לרשותו וכ"ז כתבתי מחמת שלשון הירושלמי אינו סובל פירוש הפ"מ וקה"ע אח"כ מצאתי באו"ת סי' ס"ו סכ"ח ס"ק ק"ו הביא מן הראב"ן דמכניס שט"ח לחתנו בנצ"ב אף דגם בזה שייך תן הדברים הנקנין באמירה מ"מ צריך כומו"ס לבעל מחמיו.

אם אמר אתן ב"י הביא מהרשב"ש מי שנדר לתת בשעת נשואין בראש כל הקהל מתנה מרובה אינו כלום אפילו אם קנו מידו לפי שהוא קנין דברים ולא תועיל המתנה אלא במעכשיו ותמה ב"י דהא קי"ל כל קנין כמעכשיו הוא וא"כ אמאי ל"מ כשקנו' מידו לתת מתנה כמו כשאומר מעכשיו את"ד והש"ך בחו"מ סי' רמ"ה כתב דנעלם מן הב"י דברי הטור בחו"מ שם וא"כ צריכין לתרץ תמיהת ב"י ונראה דבחו"מ סי' קצ"ה בהג"ה כל ק"ס סתמא מעכשיו דבכדי לא עביד ובכתובות דף נ"ח ע"ב המקדיש מע"י אשתו אמר הגמרא דנעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהם והא לא אמר לה הכי ומשני ר"מ לטעמו דאין אדם מוציא דבריו לבטלה לכן נעשה כאומר יקדשו הידים וכתבו התוספת בפרק המדיר דף עי"ן ע"ב משום דצריך לתקן דיבורו ולשנות מכמו שנדר לכן דוקא לר"מ משנין והנה לא קי"ל כר"מ רק כחכמים וא"כ בשלמא בק"ס סתם דא"צ לשנות כי י"ל כונתו מעכשיו כמו לאחר זמן אמרינן בכדי לא עביד אבל הכא הא נדר לתת בשעת נשואין א"כ גם כשקנו מידו אין לומר דכונתו להתחייב מעכשיו דזה הוי שינוי דהא לתת אין בו חיוב הגוף ואם אמר בשעת נשואין ואפשר אפילו לר"מ ל"ל הכי לפימ"ש תוספת שם בהמדיר דגם לר"מ משום אין אדם מוציא דבריו לבטלה אין לנו להוסיף על דבריו מה שלא אמר כלל אלא לתקן דבריו שאמר והכא צריכין להוסיף לומר מה שקנו מידו היינו דקיבל עליו חיוב גוף מעכשיו והפרעון יהא בשעת נתינה והא לא אמר וזה כלום

אך כשקנו מידו ואמר בפירש מעכשיו ע"כ צריכין לפרש דבריו מעכשיו מיחייב גופו דאל"כ יסתרו דבריו ואית' בחו"מ סי' כ"ט דיש ליישב דבריהם אפילו בדרך רחוק שלא יסתרו דבריו.

ולהב"י צ"ל נדר לתת אינו דומה למקדיש מע"י אשתו דהתם אין במשמעות מע"י שיקדשו ידיה גופה משא"כ הכא דנדר לתת ואמר אתן יש ישבו שתי משמעות די"ל שאינו חיוב רק הבטחה שיתן אח"ז כפרש"י בפרק השולח דף מ"ם ע"ב וי"ל נמי שמעכשיו מחייב עצמו ליתן לאח"ז וכל ספק בלשון יד הנותן על העליונה הן מחמת שהוא מוחזק או דכל הקונה מחמת הלשון אינו קונה רק הברור בלשונו כמ"ש נה"מ בכללי תפיסה סקי"א ולכן אם אמר מעכשיו חרי חזינן דכונת דבריו דמעכשיו מתחייב ליתן בשעת הנשואין וע"כ תמה ב"י הא כל קנין הוא כמעכשיו אבל בחו"מ סי' רמ"ה ל"ל אתננה דמחייב עצמו מעכשיו ליתן לאח"ז בשטר אחר דממ"נ אם כיון דלא הגביל זמן מתי יתננה מחויב תיכף א"כ למה לו שתי שטרות הוי ליה לכתוב בשטר זה נתונה לך ואם אינו מחויב מיד איזה זמן תתן ויכול לדחותו לעולם עדיין יש לי פנאי ליתן א"כ ליכא חיוב ובטל כל השטר כדאית' בחו"מ סי' מ"ב ס"ו דהיכא דיכול לדחותו בטל כל השטר ע"ב גם קנו מידו לא מהני והיינו דהאריך הרמ"ה שם וכתב אם אמר אתננה לו אפילו אם קנו מידו לא קנה דקנין דברים בעלמא הוא ולא מיחייב לקיימו בע"כ עכ"ל דאתי לאפוקי דלא נימא נהי דלא קנה גוף השדה עדיין בקנין ושטר זה מ"מ יש עליו חיוב ליתנה לו בקנין ושטר אחר וכופין אותו ומיהו אם אמר אתננה לו מעכשיו בין בשטר בין בקנין קנה לאלתר דכיון שאמר מעכשיו אינו לשון הבטחה אלא בהאי שטרא מקנה לו גופא דארעא וה"ט כיון דפירש מעכשיו לישנא יתירה ע"כ לומר דמקנה לו גופא דארעא אף דאין זה במשמעות לשון אתננה בע"כ מתקנין הלשון אפילו לשנותו דאין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכונה כדאית' בחו"מ ס"ס ס"א ומהר"א ששון סי' קל"ג כתב דאף דאמר אתננו שהוא לשון הבטחה עכ"ז לשון מעכשיו מתקנו ומסירה מזאת הכונה ומפרשין לשון אתבנה לשון הוה והקשה איך יועיל לשון מעכשיו לעקור משמעות אתננו שהוא לשון להבא ותירץ כיון דלר"מ קנה הרי דלשון אתננו אינו מוכרח שהיא להבא דוקא אלא אדרבה חזינן שהוא בהוה לדעת ר"מ כאלו אמר הריני נותן לך א"כ מינה לדעת רבנן נימא נמי שאינו אלא לשון מסופק. ולפיכך לא קנה כיון דספק בכונתו אבל כשהוא אומר מעכשיו הרי גילה שדעתו הוא מעכשיו את"ד והוא דחוק מאד לומר דאתננו הוא לשון מסופק ואין ראיה מר"מ דס"ל בערכין דף ד' ובכתובות דף נ"ח ע"ב דמשום דא"א מוציא דבריו לבטלה מתקנין ומשנין לשונו ועכ"פ צ"ל למהר"א

ששון דל"ל בזה כיון דיתבטל השטר לגמרי יד המקבל על עליונה כמו עד הפסח בחו"מ סי' מ"ב ס"ט דהכא י"ל דטעה הנותן וכסבור דגם קנין אתן מועיל וכצ"ל לדידי בישוב דברי ב"י דלא תמה רק משום דכל קנין כמעכשיו ולא משום דיד בעל השטר על העליונה וכן בקנין ומשום דלאו נ"מ ידעי האי דין דקנין אתן ל"מ והרי כ"פ באמת ס"ל דמהני ועיין סמ"ע בסי' מ"ב ס"ט ס"ק כ"ו ויש לו ראיה מהר"א ששון וב"י בחו"מ סי' קצ"ה מחודש י"ב הביא משו"ת רשב"א סי' אלף ל"ג יש מהגאונים שאמרו דכל לשון עתיד שאתן כך הוי ק"ד וישמ"ש דהרי הוא כאלו קנו מידו בחיוב אותו סך עכ"ל ותקשי נמי הא כל קנין כמעכשיו ואפשר אותם גאונים ס"ל גם מעכשיו ל"מ והב"י כאן תמה רק לדברי ריב"ש דמעכשיו מהני ה"נ יועיל קנו מידו סתם ולדידיה לא סבירא ליה אלא בקרקע דע"י מעכשיו מפרשין דמקנה לו עכשיו גוף הקרקע אבל כאן מטבע אין נקנה בק"ס וכ"ש כשלא סיים דבר בעין שנאמר כי הוא זה שנקנה גוף הדבר ולומר דקנו מידו בחיוב תליא במחלוקת שבשו"ת רשב"א שם.

הג"ה שפסק לעשות לה כתובה וכו' לכן נהגו לעשות תנאים חדשים קודם הנשואין ובחו"מ סי' רמ"ה כתב רמ"א ס"ב דהכותב לאשתו בשעת שידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה כ"ז שלא כתב לה לכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה וכתב סמ"ע שם יש מקשים מה מועילים תנאים אחרונים יותר מראשונים וכתב עצי ארזים כאן סק"י ולא ידענא מה קשיא ליה הא תנ"א עושים סמוך לחופה וקידושין וקנו מדר"ג דאין קפידא בלשון אתן דכל קנין דר"ג כמה אתה נותן לבתך ולבנך עיי"ש ולפימ"ש לעיל לפרש מ"ש הירושלמי האב מזכה לבתו בדברים ובלבד דברים שהן נקנין באמירה דהיינו דאם פוסק ליתן לה שט"ח שיש לו לא מהני כמ"ש בב"ב דף ע"ז דמוכר שט"ח צריך כומ"ס דמילי ננהו ומילי במילי לא נקנה ובסמ"ע ר"ס ס"ו ביארו דאין ק"ס וחליפין חלין כ"א אדבר שגופו ממון והוא בידו וושאזם שטר דאינו אלא לראיה שכו"כ חייב ושהשדות של הלוה משועבדים לו אבל עדיין אינם שלו דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ולכן אפילו מסר השטר ביד הזוכה וא"ל בע"פ קני לך איהו וכל שעבודיה עדיין מילי במילי עד שיכתוב לו דכתובה זו חשוב מעשה עכ"ל ולכן כמו דמדר"ג אינו נקנה רק דבר שבידו כן לא נקנה שט"ח שפסק דזה אינו נקנה באמירה דא"י להקנות גוף החוב דאינו בידו ומה שאומר ופוסק כל שעבודיה הוי רק מילי ומילי במילי לא מיקנו וא"כ ה"נ כשפוסק ליתן לה כתובה גדולה דעדיין לא יהא רק מילי האותיות שבתוכה א"כ מה מוסיף בתנאים אחרונים כנ"ל אף שלא מצאתי בפוסקים זה והוא דבר חדש מ"מ הרי הבאתי לעיל מהריב"ש דר"ג חידוש הוא ואין לנו רק שמפורש כמה אתה נותן ה"נ שגם

מילי יהא נקנה לא נשמע מדר"ג וכן אם אבי הבת פוסק לפני החופה ליתן שטח"ז יכול לחזור בו אף דעמדו וקדשו וצריך לקנות ממנו שמחייב עצמו ליתן כתובה או שטח"ז דזה מהני כמ"ש בערך ש"י לחו"מ סי' רמ"ג.

סימן נב

יכולה היא לומר לבעל בפרק מציאת האשה דף ס"ו במשנה הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו אמרו חכמים יכול הוא שיאמר לאחיך הייתי רוצה ליתן לך איני רוצה ליתן ופרש"י ונפלה לפני יבם והיא תובע מה שפסקו לאחיו יכול הוא שיאמר או חלוץ או יבם אבל אחיו או יתן או תשב עד שילבין ראשה עכ"ל ותמה הר"ן הא קי"ל כאדמון לקמן דף ק"ט דגם להחתן יכולה לומר או כנוס או פטור ויותר קשה על מהרי"ח בהג"א שכתבו כרש"י וכן רבינו ישעיה דטראני באס"ז ונהי די"ל רש"י לא נחית לפרש רק אליבא דת"ק דאינו פוסק רק מפרש אבל מהרי"ח ורי"ט איך כתבו כן להלכה ונראה דאדמון אינו אומר רק יכולה היא שתאמר אבל אם שותקת ואינה מקפדת לא אכפת לן דהא אינה מצווה על פ"ו וכאן בא לומר דיכול הוא האב בעד בתו נערה לכוף את היבם כיון דנערה ברשותו ומצוה עליו רמיא להשיאה לאיש כמו דאית' בפ"ג דקידושין דף ס"ד ע"ב ואם לא היה לו טענה לאחיך הייתי רוצה ליתן לא היה יכול לכוף להיבם כיון דהכלה בעצמה שותקת והוא אינו מיקיים פסיקתו ומה דלא פרש"י לענין דהאב פטור מליתן פסיקתו י"ל דזה פשיטא טובא כיון דהיבם בא להוציא ואפילו בלא טענת האב אין ידוע אם היה רוצה ליתן לזה וע"כ דקמ"ל דיכול האב ליכוף היבם דבזה ה"א דאין האב נאמן לכוף להיבם וקמ"ל דיכול לכופו והטעם כדאית' בפרק לא יחפור דף כ"ד ע"ב ספק אילן קדם לעיר ספק העיר קדם קוצץ ואינו נותן דמים משום דודאי למיקץ קאי ספיקו נמי אמרינן לו קוץ ואי משום דמי אייתי ראיה ושקול ה"נ ודאי מחויב או ליבם או לחלוץ ספיקו נמי מחויב כן ולענין דמי צריך ראיה או דרש"י דייק מה דשנה התנא יכול הוא שיאמר דהל"ל יכול לומר והנהו דאדמון אומר שבעה דבפרק בתרא דבמקצתן נמי זה הלשון יש ליתן טעם בכל אחד ובירושלמי באמת שם ליתא וגם מאי דתנן בפרק מציאת האשה בדף ס"ח יכולה היא משתגדיל להוציא מידו י"ל משום דדוקא היא אבל אם היא אינה רוצה לדון אין הבעל יכול לדון כדאית' בש"ך חו"מ סי' קכ"ב סקל"ד לכן ה"נ מאי דתנן יכול הוא לרבותא אף דאם החתן היה חי לא היה האב כופהו לישא או ליתן גט מ"מ ביבם הוא יכול אף דבתו אינה מקפדת להמתין.

סימן נג

ס"א האב שפסק ע"י בתו בירושלמי פרק מציאת האשה ה"ב על המשנה הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו אמרו חכמים יכול הוא שיאמר לאחיך הייתי רוצה ליתן ולך א"א ליתן פריך ולא דברים שהן קונין באמירה הן תני ב"ק פוסק ע"מ לכנוס וכינו הפוסק מעות לבתו קטנה כופין אותו ליתן הא לגדולה לא אמר ר"א כופין אותו ליתן גט והק"ע שיבש והגיה ובשירי קרבן פירש בלא הג"ה דמייתי סייעתא לדברי ב"ק מדתני לבתו קטנם הא לגדולה לא ש"מ דהטעם דבגדולה אמרינן שאין כונתו אלא שישאנה אבל קטנה כונתו לשם מתנה וזכתה לעולם אפילו מת החתן זה והא דאמר ר"א וכופין אותו ליתן גט הוא ענין בפ"ע דקאי אמתניתין דכופין אותו לחלוץ וגט ל"ד עיי"ש ואין בו טעם לחלק בין גדולה לקטנה וגם הגאון ר"ה שבסמוך ס"ב לא מחלק בהכי וגם דחוק לפרש גט היינו חליצה ופנ"מ פירש וכינו דתניא נמי הכי דאינו קונה בפסיקה אא"כ כנס וכדמפרש ר"א דכופין הבעל ליתן גט דעדיין לא כנס ולא קנה בפסיקה וכיון שאין לאב מה ליתן כופין אותו לפוטרה ונ"ז אינו נכון דמה בכך דלא קנה בפסיקה מ"מ הבעל אדעתא דהכי קידש ואם משום דיכולים לומר אבא פסק עלי ומה יש לי לעשות כאדמון דבפרק שני דייני א"כ אפילו קנם טענתה טענה וכמבואר כ"ז בתוספת דף ק"ט לכן נראה דס"ד הירושלמי טעם הברייתא דבקטנה כופין האב ליתן ובגדולה לא משום דקטנה רמיא מצוה על האב להשיאה כדאית' בפרק האומר דף ס"ד ע"ב ואית' בבכורות דף י"ח ע"ב אקנויי אקני ליה מקום בחצרו דניחא ליה דליתעביד מצוה בממונו וכתבו תוספת ואפילו בלא קנין קא קני דקאמר ומשעבד נפשו לכן ה"כ בקטנה נקנה באמירה בלא קנין ועוד כיון דמצוה הוא הוי כמו אשנה פרק זה דהוי נדר כדאית' בפ"ק דנדרים דף חי"ת עיי"ש לכן פריך על ב"ק וכינו יתרץ כן כדמחלק הברייתא דבגדולה אין כופין לאב ליתן ומשני ר' אבון דפירש הברייתא לענין לכוף את הבעל ליתן גט אם האב פושט לו הרגל דמיירי כשפסק במעמדה כדאית' בירושלמי פרק שני דייני דבזה ס"ל לרבנן דתשב עד שתלבין ראשה כיון דגדולה היא הוי כפסקה בעצמה וכן פירש מראה פנים דברי ר' אבון.

עוד נראה די"ל האי וכינו דמייתי ראיה מהך ברייתא לב"ק דיל"ד למה תני דכופין ליתן גט ולא תני כופין או לכנוס או לפטור כלישנא דמתניתין בפרק שני דייני וכן בתוספתא בשילהי כתובות והך תוספת' דכופין תני ג"כ תיכף התם לכן נראה דהנה בב"ב דף ע"ז איתא האומר זכו בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר חוזר בשטר אף דכבר החזיקו לו בשדה ומתבטל ג"כ המתנה ובראי"ש שם הקשו הא ע"מ כאומר מעכשיו ויכתבו שטר בע"כ של נותן כמו ע"מ שתתנו לו מאתיים זוז ותרצו דכתיבת שטר צריך

שיהיו שלוחים של הנותן ויכול לחזור משליחותו והרא"ש שם כתב דגם בע"מ שתתנו לו מאתיים זוז כן הוא משום דמקבל ה"ל לאתנויי שהוא לטובתו וכן הוא בחו"מ סי' רמ"ג ס"ז והנה בע"מ שתתנו לו מאתיים זוז רבים חולקים על הרא"ש כמבואר בתפארת שמואל על טוח"מ שם ובשו"ת הרא"ש כלל ל"ד ס"ג נמי כתב דבע"מ שתתנו לו מאתיים זוז יכולים ליתן למקבל בע"כ ומתקיים המתנה דא"צ בזה דעת נותן וכ"כ הראשונים באס"ז בב"ב שם וגם הרא"ש בפסקיו לא קאמר רק בע"מ שתתנו לו מאתיים זוז דהוי רק טובת המקבל ואיהו ה"ל להתנות וזה לא שייך הכא דכניסה לחופה גורם התחייבות לבעל כתובה ושכו"ע וא"כ כשפסק האב לקטנה ואח"כ פשט לו הרגל כדאית' בתוספתא התם דפרשו הרמב"ם שהלך האב למרחקים וכן לשאר מפרשים שאינו רוצה ליתן מה שפסק א"כ בקטנה דאי אפשר שתנשא בלא דעת האב אף שנתקדשה מדעתו כדאית' בקידושין ולעיל סי' ל"ז סי"ג א"כ לא אפשר לכוף האב ליתן מה שפסק דיכול למחות מלכנוס ממילא בטל המתנה שפסק כיון דכל הפוסק ע"מ לכנוס פוסק וכן בהלך לו דא"א לכנוס בלא דעת האב וע"כ כופין החתן ליתן גט שלא לעגנה דמה יכולה לעשות דהאב פסק והאב מעכב הנשואין ולא שייך בזה לומר או כנוס דא"א בלא דעת האב משא"כ גדולה יכולה להנשא בלא דעת האב וממילא מתקיים התנאי ויורדין לנכסי האב ונותנין לבעל מה שפסק לו האב וממילא מוכח דכל הפוסק ע"מ לכנוס פוסק דאל"כ אלא דהאב אין לו או גבר אלם מ"ש גדולה או קטנה ובהכי ניחא מה דאית' בבבלי דף ק"ט תנא בד"א בגדולה אבל בקטנה כופין כופין למאן אי לימא לאב אפכא מבעיא ליה דלרש"י שפירש דקאי אפסקא היא על עצמה קשה איך נכוף לאב במה שהגדולה פסקה על עצמה נהי דתנאה תנאי לעצמה מה לנו על האב ואם לפירש התוספת דקאי על המשנה דהאב פסק במעמד הבת עדיין מ"ש גדולה מקטנה כיון דהאב פסק ותנאו תנאי ולפימ"ש א"ש דגדולה נוכל לכוף את האב אף דפסיקתו ע"מ לכנוס תוכל לכנוס שלא מרצון האב וממילא נתקיים התנאי אבל קטנה יכול האב לעכב שלא תכנוס וממילא בטל הפסיקה וא"א לכופו ומשני כופין לבעל ליתן גט דזה דוקא בקטנה אבל בגדולה עד שנכוף לבעל ליתן גט תנשא ונכוף לאב ליתן ומה שפסק וא"ל גם בקטנה נמתין עד שתגדיל ותנשא ונכוף לאב דאין נותנין לבתולה יותר מיב"ח וכן לו ואפילו בקטנה אם רוצה להנשא תדע דנאמנת ע"א במיתת הבעל הוא משום דדייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת עליה ומשום עגונא הקילו בה רבנן כדאית' ר"פ הא"ר ומ"מ גם בקטנה הכי הוא כאשר כתבו נו"ב בחא"ע סי' כ"ז ומ"ב וב"מ לעיל ס"ס ט"ו אף דאינה בת דעת לדייק בעצמה וגם אפשר ליכא בה החומר אם ניסת וכמבואר בב"מ שם והלא טוב שתמתין

מלהנשא עד שתגדיל אע"כ כיון דרצונה להנשא מיד שייך עיגון ואין לומר בגדולה נמי אם אינה רוצה להנשא נכוף הבעל ליתן גט דזה אינו דהא המשנה בפרק שני דייני ובתוספת' שם אמר אדמון רק דיכולה היא לומר אבא פסק עלי ומה אני יכולה לעשות או כנוס או פטור וא"כ כשאינה רוצה להנשא ומחמת כן א"א להוציא מהאב אזי ודאי א"א לכוף להבעל ליתן גט.

בהג"א פרק מציאת האשה כתב רב נטוראי גאון דלא איירי אלא במקדש בלבד אבל אם כתב כתובה קנאה היבם בכתובה ולא יכול לומר לך א"א ליתן עכ"ל והשמיטו המחבר ורמ"א ועמד בזה המקנה ונראה דר"נ גאון ס"ל כדעת רי"ן מיגאש ורמב"ן דאם הבטיח מלוה להלוות ללוה וכתב וחתם לו הלוה שטר חוב מחויב המלוה להלוות כיון דנשתעבדו לו נכסי הלוה אבל לרשב"א וטור וש"ע בחו"מ סי' ל"ט דאינו מוכרח להלוות לו ואפילו כבר מסר הלוה השטר ליד מלוה כדאית' במ"ב הובא בש"ך שם סק"נ ה"נ אף דנשתעבד לה בכתובה על מה שפסק לי האב של הכלה מ"מ אינו כאלו כבר זכה החתן וכמו די"ל ולך א"א ליתן כשפסק לבד ה"נ כשכתב כתובה וכיון דהמחבר ורמ"א סתמו בחו"מ שם כהרשב"א וטור ה"נ לא הביאו דעת הגאון.

ס"ג שתנשא וכו' וכיון שנתקדשה ברשד"ם חיו"ד סי' צ"א פשיטא לו מכמה ראיות דגם בלשון בני אדם אם אחר נשואין אין קידושין בכלל ולעיל סכ"ז ס"ג בהג"ה ובאחרונים ובקה"י בלשון ב"א סי' ר"ט וסי' ש"ז מבואר מחלוקת בזה ונראה דעת הגאון כאן דיש לפרש ג"כ קידושין וכיון דהוה ספק בתנאי אינו מוציא מידי ודאי מתנה כמ"ש לעיל סי' מ"א ס"ג ולכן יפה כתב הדרישה דאם מתה בנה יורשה ואם תפס האב י"ל קי"ל דאין קידושין בכלל נשואין בין מתה בין מת הארוס כיון דעדיין לא נשאת ועיין ב"מ ומל"מ רפט"ו מה"א.

הג"ה ור"ת פירש דלא זכה בהן הבעל במלחמות פנ"ש הקשה כיון דאומדנא דלא נתן רק כדי שתהנה בתו א"כ אפילו כבר בא ליד הבעל ומתה יחזיר ונראה לפימ"ש באס"ז לשון הרא"ש דאנן סהדי שלא היה כותב לה אם היה חושש שתמות ולא תהנה עיי"ש והיינו דמש"ה לא התנה כי מיתה ל"ש ולהכי חשבינן נולד לענין נדר ביו"ד סי' רב"ח סי"ב בהג"ה וא"כ לפימ"ש בהג"א פרק איזהו נשך דמחילה בטעות היכא דליכא איסור הוי מחילה משום דזכה מכח יאוש וכבר כתבתי לעיל סימן נו"ן ס"ב דתוספת החולקים על הג"א דס"ל דאף דע"י טעות בא לידו הוי באיסורא בא לידו ולא מהני יאוש והיינו כגון במוכר פירות דקל דכששחיט ואכיל באיסור היה ואלו היה יודע הדין היה יודע דהוא גזל משא"כ כאן דכשנתן לו חמיו מה שפסק לו ועדיין בתו קיימת היה מחויב

ליתן אלא דאם היה חושש שתמות בתו היה מתנה אם תמות יחזיר לו אבל הנתינה היה בהיתר אלא דאח"כ נולד שמתה וכיון שלא התנה משום שלא עלה על דעתו כלל שתמות קודם שתהנה א"כ נתייאש וזכה הבעל במה שבידו מכח יאוש ולפ"ז לר"ת אם רק השליש אין לבעל כלום כיון דהשליש הרי עדיין לא הסיח דעתו וליכא יאוש וזה י"ל נמי כדעת ר"י שהביא בתה"ד סי' שכ"א מתשובת מיימוני ובסוף ספר נשים בתשובת מיימני סי' ל"ה הוא מתשובות ר"מ בר ברוך שאפילו השליש הנדוניא יחזיר לאב לר"ת אך בהגמ"ר לכתובות סי' רע"ז מתשובת רמב"ב לא משמע הכי לכאורה אלא דמלשון רמ"א כאן משמע דהך דהגמ"ר ס"ל דמהני השלשת הנדוניא ולא כדעה ראשונה שברמ"א וכ"כ החמ"ח בסק"י ובתוספת בפרק נערה דף מ"ז בהא שכתבו דותם לריק מיירי שהחתן מוחזק משמע דוקא מוחזק ובספר הישר לר"ת ז"ל והך ברייתא דקתני אע"פ שכתובתה בבית אביה בעלה יורשה כשזכתה האשה בנכסים דהוחזקה וקנתה אשה קנה בעלה ולשון יורשה מוכיח כן אבל הכא כתב לה קתני ואכתי לא אתי לא לידו ולא לידה עכ"ל נראה ביאור כפל דבריו כשזכתה האשה בנכסים דהוחזקה דתרתי בעי דאם הוחזקה בלבד ולא זכתה כגון שעדיין לא נתן לה האב לפרעון הנדוניא אלא פקדון בידה וכדומה או נתן לה אביה שתתן לבעלה לפרעון הנדוניא ולא תזכה בעצמה אזי אם מתה חוזרת הנדוניא לאביה וכן אם הקנה לה הנדוניא ע"י ק"ס כגון דברים הנקנין בק"ס או מטבע אג"ק ואין צבורים נהי דזכתה מ"מ לא הוחזקה כי אין מונח ברשותה אתי ג"כ חוזר לאביה ומשום האומדנא דכיון דאומדנא מתבטלת רק ע"י יאוש א"כ צרך שיהא מונח ברשותה שתקנה לה רשותה ועיין במרדכי פרק הגוזל בתרא סי' קס"ט ובמרדכי ר"פ רש איתא שזכתה האשה בנכסים והחזיקה ומבואר בדברי ר"ת עצמו דתרתי בעי שזכתה והחזיקה ואפשר הפוסקים שכתבו לר"ת גם אם השליש הנדן או העמיד ערבות הוי בגבה לא ראו דברי ר"ת בספר הישר ולכן צל"ע מ"ש שבו"י ח"ג סי' קכ"א בנתן שטר לחברו על מקום בביהכנ"ס גוף מהיום ופירות לאח"מ דהוי כגבה כיון דקנה הגוף ומשום דיכול למכור הגוף מיד יש הנאה לבתו עיי"ש ולפימ"ש ל"ח כגבה גם טעמו לא נראה מתה"ד סי' שכ"א שכתב הטעם בהגבהו אסח דעתו ולהשבו"י אם פסק לנדן דבר בעין הרי קנה מדר"ג וג"כ יכול למוכרו לאחר וה"ל לתוספת לתרץ הך דת"כ ותם לריק בכה"ג ולא בהגבהו דפסק לא משמע הכי.

כ"ז שלא באו פ"א ליד החתן בב"ש לקמן סי' ע"ז סק"ח כתב בהג"מ מדמה ד"ז לדין המבואר בסי' נ"ג אם מתה בתו דא"צ ליתן הנדוניא כי לא הבטיח ליתן הנדוניא אלא שתהנה בתו כן ה"נ כשבתו אומרת מ"ט א"צ לסלק הנדוניא לע"ז אם עדיין מונח הנדוניא

בידה או ביד אביה א"צ ליתן לו והשיגו הב"מ מלשון המרדכי הנ"ל ובאמת בספר הישר לר"ת מבואר יותר דדוקא א"ל אתי לידה מועיל האומדנא אמנם דוקא כשזכתה והחזיקה כמבואר שם ובמרדכי לכן דוקא כשנתן לה נדוניא בהסכמת הבעל אבל אם נתן לה הנדוניא סתם דכסבור דא"צ ליתן לחתנו ויוצא י"ח בזה ובאמת לא מהני כדאית' במהרי"ו סי' קל"ז והובא בהג"ה לעיל ס"ס נ"ב אזי לא זכתה דהוי נתינה בטעות ובזה נכונים דברי הב"ש וגם אם נתן אביה הנדוניא לבתו שתתן לבעלה ועד שלא נתנה מתה או אמרה מאיס עלי או מגרשה יש לומר דלא זכה הבעל אף דכבר פסק הנדוניא בשעת קידושין או נשואין ונקנה מדר"ג ובחוב ופקדון תן כזכי מ"מ י"ל לענין לבטל האומדנא תן לאו כזכי דהא מבואר בחו"מ סי' קכ"ה ס"ה בסמ"ע וש"ך דבחוב שכבר מגיע לזה שנשלח לו בקל יכול השליח לזכות בשבילו משא"כ במתנה דבא עכשיו לזכות בממון שלא היה שלו מעולם מש"ה בעינן לשון מעילה שיהא מבורר טפי עכ"ל וא"כ בנדן שפסק דאומדנא ולא פסק רק אדעתא שתהנה בתו ולא קיבל עליו ליתן לחתנו שיהא לו לבדו וכשנותנו ליד חתנו אזי גומר ומקנה לחתנו אפילו לא תהנה בתו א"כ לענין זה הוי מתנה חדשה ולא הוי תן כזכי שיחשב כאלו בא ליד החתן וגם בזה ל"ל דזכתה האשה ומה שקנתה קנה בעלה דהא לא נתן האב שתזכה לעצמה אלא שתתן לבעלה דהא פסק נדוניא ובעלה כתב כתובה על נדוניא דהנעלת ליה א"כ צריך דוקא שיתן הנדוניא ליד הבעל וסתמא הכי הוא לכן שפיר כתב הב"ש דאם הנדוניא בידה ומתה או אומרת מ"ע חוזר הנדוניא לאב משא"כ ר"ת דכתב דזכתה האשה ומה שקנתה קנה בעלה ע"כ דלה לבדה נתן ולא שתתן לבעלה וסתמא מיירי בהכי כיון דקתני בהך ברייתא שמסרה האב לשלוחו בעלה ואם נתן לה הנדוניא שתתן לבעלה היתה מובילה עמה הנדוניא ומאי בעי בבית אביה ומה שאמרה הברייתי' דכתובתה בבית אביה שהסכים הבעל לזה וקיבל בכתובתה ומשום דזה דחוק לומר דמיירי הברייתי' בהכי דאטו בשופטני שיסכים הבעל שישאר הנדוניא אצלה והוא יתן לה כתובה כנגד ויכתוב דהנעלת ליה לכן תרצו בתוספת תירוץ אחר דהברייתי' ר' נתן הוא אף דגם זה דחוק לאוקים כיחידאה ודלא כהלכתא אבל הב"ש דאמר דהנדן בידה סתמא דמלתא דנתן לה אביה ע"י הסכמת הבעל באופן שתתן הנדן אח"כ לידו או דאביה נתן לו סתם וממ"נ אם ע"ד שתחזיק לה הנדן ולא תתן לו הוי נתינה בטעות כמ"ש לעיל דהא האב רוצה לפטור בזה ממה שפסק לחתנו ואינו נפטר זולת אם תתן לבעלה ואם נתן לה האב ע"ד שתתן לבעלה הרי לא זכתה האשה ול"ל מה שקנתה קנה בעלה וגם לא חשוב כהגיע ליד בעלה משום תן כזכי וכמ"ש ובשו"ת פנים מאירות

ח"ב סי' קמ"ד כתב דתוספת פליגי עם המרדכי לענין אם הנדוניא ביד הבה מדלא תרצו הברייתא הכי ואינו מוכרח.

אם באו ליד שליש במרדכי אית' יחלוקו וב"כ בתה"ד מהמרדכי ומספ"ל למרדכי אי חשיב בגבה הבעל דאזי אומדנא דדעתא שהסיח האב דעתו מן הממון וגמר והקנה והקשה ממ"ש הרא"ש פח"ש גבי שכ"מ שהקדיש כל נכסיו או הפקיר או חלק לעניים דסלקא בתיקו אי עמד חוזר וכתב הרא"ש כיון דמכח אומדנא באנו לבטל המתנה בעינן אומדנא ודאי וכיון דנשאר בתיקו אינו אומדנא ודאי והוכיח כן מן התלמוד וא"כ ה"נ דלר"ת באנו לבטל המתנה מכח אומדנא דלא פסק רק ע"ד שתהנה בתו ולמה יחלוקו מספק והניח בצ"ע ואפשר מש"ה לא כתב רמ"א דיחלוקו אמנם י"ל דשאני שכ"מ דתק"ח דמועיל דיבורו שלא תטרוף דעתו ורק מכח אומדנא אי עמד חוזר והל"ל דברים שבלב ליה דברים כיון שלא התנה בפירש רק כל היכא דאיכא אומדנא דאנן סהדי על דברים שבלבו הוי כהתנה בפירש לכן היכא דיש ספק ממילא דברים שבלב אינן דברים אבל הכא כשפסק ודאי יש אומדנא לר"ת דרק ע"ד שתהנה בתו פסק והוי בהתנה בפיו אלא כשהשליש אח"כ יש ספק אם אסח דעתו וגמר ומקנה וביטל האומדנא דמעיקרא א"כ הל"ל אפכא דהוי מחילה בלב שנאמר דמחל התנאי וצ"ל כיון דהספק על שעת מעשה מהני מחילה בלב כמ"ש נתיבות בסי' י"ב ס"ח ועמ"ש בערך ש"י שם אבל להיפך ל"ל דהוי דברים שבלב א"צ ביטל ומחל האומדנא כיון דכבר קדמה אומדנא ודאי כשפסק טרם שהשליש ואפילו השליש סמוך לקידושין או לנשואין וא"צ לפסיקה ראשונה די"ל בשעת שלישות גמר ומקנה מ"מ מה שהשליש לא הוי קנין במקום אחר כשלא אמר לשליש זכה בשביל המקבל כדאיתא ברשב"א שבב"י ס"ס כ"ו הובא בנתיבות סימן ר"ז סט"ז והוא בתולדות אדם סי' צ"ט ואף דנתיבות שם כתב דדוקא במתנה דתן לאו כזכי מ"מ ה"נ בממ"נ אם באת מכח פסיקה דמעיקרא הרי אז היה אומדנא וכהתנה בפירש ועתה רק כמחילה על התנאי ואם באת מצד השלישות עצמו דזה יהא כפסיקה חדשה א"כ תן לאו כזכי ומפרט לפימ"ש לעיל בסמוך דלענין זה שיהא של הבעל אפילו לא תהנה בתו דינו כמתנה ותן לאו כזכי ואין לומר דשאני הכא כיון דא"צ קנין דסמוך לקידושין או לנשואין קני מדרב גידל באמירה בעלמא ממילא א"צ לומר זכה כיון דמשליט כדי ליתן להחתן אחר איזה זמן ממילא נקנה באמירה דזה אינו דהא דנקנה באמירה משום דאמדו חכז"ל דעתו דגמר ומקנה בכל לבו איידי דמתחתנו אהדדי א"כ צריך שיהא ודאי שבלבו גמר ומקנה כיון שהאמירה והשלישות אינו קנין וכיון שיש לנו

ספק על דעתו אי גמר ומקנה בלבו מעכשיו אפילו לא תהנה בתו אי אפשר לקנות מדרב גידל בודאי.

בפ"ת סק"ה השיג על הבגדי ישע שכתב דיש ט"ס ברמ"א ול"ל זכה החצי דלא מצינו בשום פוסק דיזכה בכולו דהא מבואר בהגמ"ר בשם תשובת מהר"ם דאם הקנה לו נדוניתה ע"י משכנות מונחים ביד נאמן זכה ופשיטא דבנתן גוף המעות ביד נאמן עדיף ממשכנות עיי"ש ולא נראה דהקנה לו נדוניתה וע"י משכנות ר"ל דאמר להנאמן זכה לחתני באותן משכנות דאל"כ מאי הקנה הל"ל דנתן משכנות ביד נאמן ובזה א"ש דהא בשו"ת מיימני סי' ל"ה לסדר נשים ג"כ תשובת מהר"ם וכתב שם דמה שהניח הנדוניא ביד נאמן לא מהני ואף די"ל בלא"ה כמו שחילק מהרי"ל סי' ס"ד הובא כאן בב"ש מ"מ לפימ"ש החילוק מבואר במ"ש דהקנה.

וזקפן במלוה עב"ש דהוי ס"ס ובדרישת ארי כתב דהוי ס"ס מש"א דהספק אם כרש"י הלכה היינו דליכא אומדנא וספק שני אם כהש"ג בזקפן נמי ליכא אומדנא זולת אם קצת נדוניא לא זקיף במלוה דאזי ספק ראשון מוציא יותר מהשני הוי שפיר ס"ס את"ד ואינו בכון דא"צ שיתיר ספק אחד יותר דוקא בנידון שדנין עליו אלא אפילו נ"מ בענין אחר כגון הכא דלרש"י אפילו אם לא זקף כלל ליכא אומדנא ולש"ג כאן בזקף ליכא אומדנא תו ל"ח שם אחד וכן מוכח בשו"ת מהרי"ט חחו"מ סי' מ"ז וסי' ס"ז והאי כללא דשם אחד חידוש וצווחו בתראי עלה טובא והוא בא להוסיף.

בהגמ"ר לכתובות סי' רפ"ה תשובת מהר"ם ב"ב כתב סברת ר"ת דאוקי ממונא בחזקת מאריה דהיינו האב וכו' והאב נו"נ בנדונית חתנו לפי שנתרצו שניהם להרויח לטובת חתנו כבר זכה בו חתנו לפי שגמר בלבו להקנותו לפי שאלו הן דברים הנקנין באמירה את"ד ויל"ד דהא כל פסיקה שבשעת קידושין ונשואין נקנה באמירה ומ"מ לר"ת כשמתה בתו א"צ ליתן ואם משום שנו"נ להרויח לחתנו מה צורך לטעם דנקנין באמירה ונראה דאית' בחו"מ סי' קפ"ג הובא בש"ך סק"ב בשם רי"ו דאם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחברו לק"ח וכתב הש"ך דאם א"ל זיל זבין לי קנה דכמאן דאוזפינהו דמי וכתבו מח"א ונה"מ משום דכשהוציא המעות נתחייב לו המשלח וחשוב מעותיו וקנה המשלח והנה זה ל"ל הכא דלא אמר חתנו לחמיו שילוה לו מעות ויתחייב לשלם לו לכן צ"ל שהן דברים שנקנין באמירה א"כ יש לחתן מעות הפסיקה אצל חמיו וכיון שאמר לחמיו הוא או אביו שיקנה לו סחורה להרויח בעדו מיד שקנה חמיו סחורה קנה חתנו דהוי חמיו שלוחו כמ"ש נה"מ בר"ס קע"ו בהיה לו הלואה אצל חברו ואמר לו יהיו בידך למחצית שכר כיון שקנה סחורה נקנה הסחורה למלוה עיי"ש ובסחורה זו ל"ש לומר אוקי ממונא

בחזקת מאריה דמעולם לא היה של חמיו ומיד שקנה נקנה לחתנו והוי כחזר חתנו והפקידו בידו ולפי"ז אפילו מה שאמר לו חתנו שישא ויתן בנדן שלו היה אחר הנשואין רק פסיקת הנדן היה סמוך לנשואין או לקידושין ג"כ זכה חתנו אפילו מתה אח"כ אשתו ובשו"ת רמ"א סי' פ"ט לא הבין כן והנלע"ד כתבתי ואפשר מ"ש מהר"ם שם שהעמיד האב לחתן ע"ק היינו לפימ"ש בערך ש"י על חו"מ ריש סי' קע"ו די"ל מה שנתרצה לוה שישאר בידו למחצית שכר אמר רק לאשטמוטי ופטומי מילי לכן ה"נ דוקא אם העמיד לי ע"ק גם על מה שירויח דתו ל"ל פטומי מילי דע"כ מיירי בקנין דאל"כ כיון שאינו בשעת מת"מ ל"מ הערבות.

תוך שנה ראשונה בספר הישר לר"ת סי' תקע"ט איתא וראינו שנה ראשונה לדבר זה ולא יותר כי אחרי שנתו נשכח מן הלב מה שנתן ולא יוסיף עצב עמה עכ"ל נ"ל דיצא לו זה דאחר שנה נשכח מפרק הרואה דף נ"ח ע"ב אריב"ל הרואה חברו לאחר יב"ח אומר ברוך מחיה המתים א"ר אין המה משתכח מן הלב עד לאחר יב"ח שנאמר נשכחתי כמת מלב הייתי ככלי אובד ופרש"י סתם כלי לאחר יב"ח משתכח מן הלב דיאוש בעלים לאחר יב"ח בפרק א"מ דכ"ח מי שמלא כלי או שום מציאה חייב להכריז יב"ח ושוב א"צ להכריז עיי"ש וביו"ד סי' שצ"א מבואר דאינו חייב להתאבל על או"א יותר מיב"ח אף בשנת העיבור ודייק לה הראבי' ברא"ש פרק אלו מגלחין מדקתני יב"ח ולא שנה ויל"ע לפימ"ש רש"י בפרק הרואה שם דיאוש בעלים לאחר יב"ח מדאינו מכריז רק שלש רגלים אם מצא אחר סכות דא"כ שנת העיבור הוי יג"ח אלא דקשה נמי לאידך גיסא דאם מצא לפני חג סכות דמכריז סכות פסח עצרת ליכא יב"ח וכן אם מצא בניסן וצ"ל דמ"מ רגל רביעי הוא כבר אחר יב"ח ומ"מ קשה דא"כ אם מצא תיכף אחר סכות ונתעברה השנה לא יכריז רק פסח ועצרת דהא רגל שלישי יהא אחר יב"ח וצ"ל דלא פלוג בתקנתם וכיון דרוב שנים אינם מעוברים וצריך להכריז שלשה רגלים לכן גם בשנת עיבור יכריז ש"ר וא"ל כיון דאחר יב"ח נתייאש למה יכריז ברגל שלישי אחר יב"ח ויחזיר בחנם דזה אינו דהא באיסור בא לידו קודם יאוש ול"מ יאוש וזו יל"ד לפרש"י מאי הועיל דבי"ב חודש נתייאש הא באיסורא בא לידו וצ"ל משום דרש"י קאי על מימרא דרב והוא ס"ל במרובה דף ס"ז ע"ב דיאוש קונה אף בגנב וא"כ לדידן ע"כ ל"ב ה"ט דיאוש ועוד הא אפשר לא ידע בעל אבדה לפני ההכרזה של שלש רגלים שאבד כלל כדאית' בב"מ דף כ"ח כדי שילך לביתו ג' ויחזור וא"כ הוי ישל"מ דקי"ל דאינו יאוש ועכצ"ל ט"א וכמ"ש באס"ז לב"מ דעד ג"פ יש לומר דחולה או אנוס היה ולא עלה לרגל וגם בת"ח שם כתב דבג"פ חזקה נשמע לו מהכרזה ותר"י בברכות שם לא כתבו רק דביב"ח מתייאש ולא הביאו

הראיה מהכרזות ג' רגלים ובאס"ז ב"מ דף כ"ד ע"ב כתב דילפינן דאחר יב"ח מייאש דכתיב נשכחתי כמת מלב הייתי ככלי אובד ומקיש כלי אובד למת דמתייאש ומשתכח אחר יב"ח ועכ"פ מדמבואר בגמרא לשון יב"ח ולא שנה ש"מ דאין חדש העיבור בכלל ואפשר מה"ט א"צ להתאבל על או"א חדש העיבור רק יב"ח כיון דגזרו שישתכח מן הלב אחר יב"ח אלא דאפשר הטעם משום דדין גיהנם רק יב"ח ועכ"פ מוכח מזה דתקנת ר"ת ג"כ רק יב"ח דזיל בתר טעמא ובשו"ת מהרי"ו סי' ס"ח כתב דחדש העיבור בכלל מדכתיב בלשון התקנה אם מתה תוך שנה כמ"ש בתוספת בפרק כ"ש מ"ז ע"ב ובשו"ת מהרמב"ב סי' תקל"ד וסתם שנה גם חדש עיבור בכלל דהא באבלות או"א פסק מהר"ם דא"צ להתאבל אלא יב"ח מדלא נקט שנה משמע אי הוה נקט שנה היה צריך להתאבל חדש העיבור ובמיימוני פסק כ"ד חדש דתינוק בלא חדש העיבור מדלא נקט שתי שנים עיי"ש ולע"ד אינו ראיה דבשלמא אי היה יכול לומר שנה ואמר יב"ח יש ראיה כיון דהיה יכול לקצר למה יאריך אבל להיפך י"ל דלא רצה להאריך ובאמת בספר הישר לר"ת מבואר בלשון התקנה יב"ח וע"כ מה דנקט לבסוף שנה קיצר מפרט דכבר פירש יב"ח עוד כתב מהרי"ו ראיה מדתנן פרק השואל דף ק"ב המשכיר בית לחברו לשנה ונתעברה השנה נתעברה לשוכר ובנדרים דף ס"ג קונם יין שאני טועם השנה אסור נמי בעיבורה והשבו"י ח"ב סי' קכ"ה דחה דבשוכר י"ל משום דהשוכר מוחזק ועומד בקרקע ובנדר אזלינן להחמיר עיי"ש ולא נראה דהא בכל ספק אמרינן קרקע בחזקת משכיר וכדאית' בב"מ שם ובחו"מ סי' שי"ב וכ"כ בטו"ז שם ואפשר לומר נהי דדינא קרקע בחזקת משכיר מ"מ הרי משכיר זה הכניס השוכר להבית וכישלמו יב"ח יהא צריך להוציאו מדירתו שעומד בה השוכר בדינא ודיינא ולא מחית אינש נפשו לספיקא שיהא צריך לילך לב"ד כדאית' בקידושין דף ס"ד ע"ב במשנה ורש"י שם אע"כ דהסכים המשכיר בדעתו שאם תתעבר השנה יהא לשוכר דאל"כ היה מתנה להדיא.

אמנם א"צ לזה דהרי בפירש הר"ן בנדרים דף ס"ג הביא מהרשב"א דשנה סתם רק יב"ח ולא חדש העיבור והביא ראיה מערכין דף ל"א דאמר שם כיון דכתיב שנה תמימה להביא חדש העיבור ודחה הר"ן דשאני תנאי שבין אדם לחברו דאם היה תנאי בין מוכר ללוקח א"ל תגאל מיום זה לשנה האחרת יהא חלוט הוה נמי חדש העיבור בכלל וא"צ ריבויא אבל הא דכתיב שנה תמימה אין מוכר ולוקח מתנין כלל אלא תורה הוא שפסקה הבי זמן בכל השנים שא"ל יגאל עד שנה יהא נחלט לכך אם לאו רבויא ה"א דתורה זמן אחד פסקה לכל הלוקחין דהיינו יב"ח דהוי שנה ברוב שנים עיי"ש ונראה טעמו דמוכר ולוקח או משכיר ושוכר כשמתנין כונתם על שנה אחת הבאה עכשיו והרי אותה שנה

נתעברה ול"ל דכונתם על יב"ח כרוב שנים דאין מתנין רק על שנה הסמוכה וא"כ אין ראיה ממשכיר דנתעברה לשוכר ואדרבה ראיה מדצריך בבתי ע"ח רבויא ש"מ דסתם שנה רק יב"ח וה"נ פסקה התקנה זמן אחד לכל הנשואות דהיינו יב"ח ברוב שנים **והמאירי** בנדרים דף סמ"ך פסק כהרשב"א דשנה סתם אין עיבור בכלל הן בנדר הן לענין משכיר בית לשנה אם לא אמר לשנה בפתח ועומד בר"ה דהוי כשנה זו וא"כ לענין תקנה דכל ספק בתקנה מעמידין על הדין ומכ"ש כאן שבא להוציא מהבעל איך נוציא מספק בלשון אח"כ ראיתי ברשד"ם חא"ע שאלה קכ"ה הביא ג"כ דברי הר"ן ועוד ראיה מהגמ"ר דקידושין והוא בסי' תקס"ז עוד כתב שם דאין ראיה מהראבי' שכתב בשנה מעוברת א"צ להתאבל על או"א בחדש העיבור כיון דאמרו יב"ח ולא אמרו שנה דמשמע אי הוי אמרו שנה היה יג"ח די"ל שכ"כ לרווחא דמלתא דהשתא ליכא לספוקי ולמטעי כלל והשבו"י כתב דנ"מ למ"ד ספק אבלות לחומרא ואי הוה אמרו שנה הוי לחומרא ולי נראה דנ"מ דאי הוה אמרי שנה דמשמע הכי ומשמע הכי נהי דהוה ספק אבלות לקולא מ"מ אם היה עוד ספק אם כלו היב"ח דאזי הוה ס"ס לכן הוכיח מדאמרו יב"ח ליכא ספק לכן אם יסופק אם כלו היב"ח ספקו לקולא.

ומהרי"ק בשרש קצ"א ז"ל כתב ראב"ן להכי נהגו הראשונים כשיוצא אדם מיישובו יב"ח שאבד חזקתו כי כשם שקונה אותו ביב"ח כך מאבד זכותו ביב"ח כשיוצא משם ומתיישב במק"א וכיון שמאבד זכות יישובו כשהפקירו ויצא ממנו הרי הוא כשאר כל אדם וא"י לחזור שם בלא התרה אבל אם אין מפקירו ודעתו לחזור כגון שנותן מסים עם הקהל אפילו שהה כמה שנים לא אבד את יישובו וכו' אבל אם מתיישב במק"א עם ב"ב בשנה אחת אבד את יישובו הראשון כך נהגו הראשונים ומנהג תורה עכ"ל והנה אף דסיים שנה אחת עכצ"ל ג"כ יב"ח בלא חדש העיבור דהא לא נניח מ"ש תחלה ג"פ יב"ח ממה שאמר לבסוף שנה ועוד הא אמר כשם שקונה אותו ביב"ח דהיינו מה דאית' במשנה פ"ק דב"ב כמה יהא בעיר ויהא כבני העיר יב"ח וכ"כ כל הפוסקים יב"ח ולא נזכר שנה וע"כ מה שאמר לבסוף שנה נמי רק יב"ח ומשום דביב"ח אסח דעתו מיישובו הראשון וגם הא דקונה אותו ביב"ח משום דאסח דעתו ממקום שהיה לפני זה וכ"כ רמ"א בהג"ה חו"מ ס"ס קנ"ו וז"ל נהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר יב"ח וגילה דעתו שאין דעתו לחזור אבד חזקתי אבל אם לא גילה בדעתו בכך לא אבד חזקתו עד ג"ש ואם גילה שדעתו לחזור לא אבד חזקתו אפילו בג"ש מהרי"ק וי"א דאפילו בסתם לא אבד חזקתו עכ"ל והרי הרמ"א לא נקט כלל שנה רק יב"ח וראיתי בשו"ת אמונת שמואל שאלה מ"ב תמה על הרמ"א דכתב דבסתם לא אבד חזקתו עד ג"ש ובלשון הראב"ן מוכח

דגם בסתם אבד חזקתו ביב"ח דהא כתב בשם שקונה ביב"ח וגם כתב רק אם נתן מסים לא אבד חזקתו עיי"ש ונראה משום דהראב"ן מירי שהיה חרם שלא להתיישב בעיר מי שאין לו חזקה בלא התרה כמבואר במהרי"ק שם לכן סתם חרמים להחמיר כדאית' בנדרים וביו"ד סי' ר"ח ע"כ ה"נ בסתם דהוי ספק וגם אפשר דבעצמו מסופק כי צא סתם אדעתא שיראה איך יפול הדבר ואפילו יטעון ברי שהיה דעתו לחזור אינו נאמן חדא כיון דלא חזר תוך יב"ח סתמא לא היה תו דעתו לחזור ועכשיו נמלך ואפילו בספק שקול י"ל דלא מהימן נגד חרם כיון שנוגע בינו בין בני העיר וכמ"ש הש"ך יו"ד סי' רל"ב סעיף י"ב ס"ק כ"ה כה"ג אבל רמ"א דלא הזכיר רק מנהג סתם לכן מספק אין להוציא מחזקתו דאפילו נשתרבב המנהג ממקומות אחרים שישבו הקדמונים ושם היה חרם מ"מ כיון שלא נגזר החרם על מדינות שלנו ואין המנהג משום חשש איסור דאוריית' לכן ספקו לקולא כמ"ש בד"מ והובא בב"ש לעיל סי' א' סעיף יו"ד ס"ק כ"א לענין חדרגמ"ה לכן גם תקנת ר"ת וסייעתיה אף שהיה בחרם מ"מ לא גזר רק על המקומות הנזכרים בספר הישר לר"ת סי' תקע"ט ובשו"ת מהר"ם ב"ב סי' תתקל"ד ומהם נשתרבב המנהג למדינות אחרות וא"כ אינו רק מנהג וספקו לקולא לנתבע ולהיות כי אין דעתו מכרעת ולכן עכ"פ יבצעו תמימים אפילו בע"כ של בע"ד ובשו"ת יד אליהו סי' ע"ז מסיק נמי דלענין חדש העיבור יכול הבעל דמוחזק לומר קים לי ושם סי' מ"ח כתב דליכא בזה חשש משום ספק חרם ועיין כנה"ג סימן קי"ח בהגהות ב"י אות ל"ה שכמה גדולים הסכימו לרשד"ם לענין חדש העיבור דאין להוציא מהבעל ועיי"ש עוד אות מ"ב.

וכן המנהג פשוט בשו"ת תשובה מאהבה ח"ר סימן פ"ז כתב דלפי תקנת שו"ם אחרי מות הבת משיגיע ממון בחזרה לאב מחויב לעשר מחדש כי הוא ריוח חדש דע"כ מתייאש דאין אדם יושב ומצפה מתי תמות בתו ויבאו הנדן לידו את"ד ולדידי צ"ע נהי דגם אני כתבתי למעלה דאסילוק הנדן ליד החתן מתייאש מ"מ אחר תקנת ר"ת ושו"ם להחזיר אם מתה בתו וי"א בסוף הג"ה דיכולין היורשין לעכב שלא ימכור מהנכסים ועכ"פ כ"ז שהנדן בעין אגיד גבי אב אף דנתייאש מ"מ הפקיעו הגאונים קניינו שלא יזכה עד אחר שנה ושנתיים ולא יהא אלא מנהג מ"מ כמו דסתימתא הוי קנין משום המנהג שנהגו לקנות כן להיפך אינו קונה אם המנהג שלא לקנות כמ"ש בית מאיר לעיל סימן כ' ס"ו ואיתא בקצו"ח סימן ת"ה ובנתיבות סי' רס"ב דע"י יאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה והכריחו כן מהש"ס א"כ כיון דהבעל לא זכה ממילא לא יצא מרשות האב ואינו ריוח חדש וא"צ לעשר כמו אם נאבד לו בביתו ממון ונתייאש ואח"כ נמצא הממון בביתו דודאי גם התיו מודה דא"צ לעשר כיון דלא יצא מרשותו לעולם ה"נ אף דהנדן או

חליפיו ברשות הבעל מ"מ כיון דלא זכה בו תוך שנה לר"ת והחצי בשנה שניה לנוהגין בתקנת שו"ם א"כ בכ"מ שהוא ברשות האב הוא וכמופקד ביד הבעל וכיון דהת"ו לא הביא ראיה לזה רק מסברא דנפשו אמרו ומעשר כספים אינו מדאורייתא רק מנהגא או מד"ס כאשר האריך בח"מ שם ושאר אחרונים נ"ל דבכגון זו א"צ לעשר ועיין ביו"ד ריש סימן קע"ד היכי דמכר לי שדה והתנה לכשיהיו לי מעות תחזיר לי השדה אם אכל לוקח הפירות ואח"כ החזיר לו המעות הוי רבית קצוצה דלא קנה השדה והוי רק הלואה עיי"ש בחידושי רע"ק מה שהביא מהריב"ש סימן ש"ה וסימן תס"ד וא"כ ה"נ כשמתה הבת נתגלה למפרע דלא זכה הבעל במה שנשאר והנדן וא"כ ע"י יאוש האב לא יצא עדיין מרשותו כיון דלא אתי לרשות זוכה וכ"ש לענין מעשר כספים דבדרבנן קי"ל יש ברירה והוברר למפרע דמתה הבת ולא זכה הבעל תדע דהת"מ עצמו לא אמר כיון דכבר קנה הבעל הנדן משעה שקבלו רק כשמתה הבת מחויב להחזיר יהא ריוח חדש דלא הפקיעו מהבעל זכותו בהנדן למפרע רק מכאן ולהבא אלא בא הת"מ מחמת יאוש הרי מודה דלא זכה למפרע רק האב נתייאש והרי כיון דלא זכה הבעל גם ביאוש לא יצא מן רשות האב וכמ"ש ולכאורה י"ל כיון דמצי הבעל בחיי אשתו לאכול ולהוציא כל הנדוניא א"כ מה שצריך להחזיר אם נשאר בעין מכאן ולהבא גובה האב כמו בפסחים דף ל"א דב"ח מכאן ולהבא גובה כיון דמצי לוה לסלוקי בזוזי וכן בפ"ק דף וא"ו שם לל"ק בבהמת ארנונא כיון דמצי לסלוקי למלך בזוזי חייבת בבכורה וה"נ אפקעתא דתקנת שו"ם לא עדיף מאפקעתא דמלכא ולא הפקיעו למפרע רק מכאן ולהבא א"כ הוי ריוח חדש לאב אפילו בלאו טעם דיאוש אמנם אנן קי"ל ביו"ד סימן ש"כ אף דמצי לסלק למלך בזוזי פטורה מן הבכורה וגם לל"ק בפסחים חלקו בתוס' שם דהיכא דמתחלה הוי של גוי אף דמצי לסלוקי בזוזי עדיין לא יצא מרשות בעלים ראשונים וה"נ כיון דמתחלה היה של האב ואם לא הוציא הבעל הנדן ומתה אשתו חוזר לאב עדיין לא יצא מרשות האב:

סימן נה

ס"א אסורה לבעלה מד"ס וכתב הה"מ רפ"י מה"א ראיה ממנהג יהודא שמייחדין אותם לפני החופה ואם היתה אסורה מה"ת לא היה מותר להתייחד עמה והקשה ב"א מפ"ק דכתובות דף זיי"ן דמברכין ברכת חתנים ביהודא בבית אירוסין מפני שהתייחדין ש"ר אף לאיסור דרבנן חששו ונ"ל לפימ"ש הרע"ב בפ"ג דעירובין משנה ג' אהא דנתנו במגדל ואבד המפתח דלת"ק הר"ז ערוב ולר"א אינו ערוב כגון שהמנעל קשור בחבל דצריך סכין לחתכו ומקלקל אינו רק שבות ולא גזרו ביה"ש ור"א סבר דאין כלי ניטל שלא לצורך תשמישו המיוחד לו לחתוך האוכלים ובתרתי שבותים גזרו גם ביה"ש ומוכח בש"ס שם

דף ל"ה דת"ק נמי ס"ל דבתרתי שבותים גזרו רק דלת"ק ס"ל דכלי ניטל גם שלא לצורך תשמישו ובשו"ת שע"א שאלה כ"ו ובלחם השמים בעירובין שם הקשו מרישא דהך משנה דנתנו באילן למטה מיו"ד טפחים הר"ז עירוב אף דיש נמי שתי שבותים דמשתמש באילן ומוציא מכרמלית לר"ה ותרצו דהאילן עומד בכרמלית ונדחקו במאי דאמר בגמרא לעולם דקאי בר"ה ולי נראה דדוקא שני שבותים ביחד גזרו כגון לחתוך החבל בסכין דבשעת חתוך מטלטל הסכין נמי אבל הא דמשתמש באילן ומוציא בכרמלית לר"ה אינם בבת אחת דכשעומד באילן עדיין אינו מוציא רק כשיורד מן האילן מוציא א"כ כל חד שבות בפ"ע ל"ג ביה"ש ועכ"פ על שני שבותים ביחד גזרו גם ביה"ש כאלו הוא איסור תורה לכן מברכים ב"ק דלא ישאר רק חד איסור דרבנן דמחוסרת חופה ובחד איסור דרבנן דמחוסרת חופה ובחד איסור דרבנן לא גזרו על היחוד ומיושב קושית החמ"ח סק"ב וב"ש סק"א.

ס"ה בהג"ה וה"ה אם נשאה כתב החמ"ח כלומר שהנדן בבית אביה משמע דס"ל אפילו מתה כמה שנים אחר נשואין כיון דעדיין הנדוניא בבית האב ואין הבעל יורשה כסברת ר"ת אינו חייב לקוברה ובאמת לא נזכר זה במהרי"ל וד"מ אלא בשנת החזרה דהפקיעו ירושתה אבל מצד הדין דר"ת דלא כתב לה אלא ע"מ שתהנה בתו הוי כאלו לא פסק דאדעתא דהכי לא. נתחייב האב ואין בזה הפקעת ירושה א"כ הא איתא לקמן סימן פ"ט דאפילו הכניסה ערומה חייב בקבורתה כיון דיורש ביש לו לא פלוג כמ"ש בתשובת מהרי"ל הביאו הב"ש שם עכ"ל המקנה בקו"א ולפימ"ש במל"מ רפ"ו מה"ז בביאור דברי תוס' בפרק נערה דף מ"ז ע"ב דאומדנא לא מהני כשיש דעת אחרת אם יש פסידא להאחר דל"ד לכתב לארוסה דאמרינן אומדנא של"כ אלא ע"ד לכונסה כיון דלא מפסדת מידי ואם ימות ולא יתנו לה התוס' חזרה להיות כדמעיקרא עיי"ש וא"כ כיון דקבורתה תחת ירושתה ואם מחויב לקוברה הרי מפסיד הבעל ואינו כדמעיקרא ולמה יועיל האומדנא וא"כ לר"ת עכצ"ל כהחמ"ח ול"ד לכנסה ערומה דאין האב מרויח במיתתה משא"כ בפסק לה נדוניא מרויח במיתתה דנפטר מליתן הנדוניא.

ועוד כיון דאנן סהדי דלא פסק רק ע"מ שתהנה בתו ואם יתחייב הבעל לקוברה לא יועיל האומדנא והפסיקה יותר מהוצאות הקבורה אנן סהדי דניחא לאב שישאר עליו חיוב הקבורה דעל כרחך בהכי מיירי להחמ"ח דאם דמי הקבורה יותר מהפסיקה ל"ל אומדנא דלא פסק וישאר עליו הוצאות הקבורה וכיון דנשאר חיוב הקבורה על האב מחמת האומדנא אינו דומה לכנסה ערומה דהכא האב רוצה בזה והוי כאומר א"א בתק"ח שתקנו לפוטרני דעי"ז יחויב מה שפסק ואף דלקמן סימן ס"ט ס"ה איתא דכמו

בפרקונה דתקנו תחת פירות אין אחד מהם י"ל שלא יאכל פירות ולא יפדנה כן בירושה וקבורה אין אחד מהם י"ל שלא יקבר ולא יירש אלא קובר ויורש הא מבואר בבית יעקב שם עפימ"ש בתוספת פרק נערה מ"ז ע"ב לענין פירות כיון דכבר זכה בהן הבעל דידו כידה וה"נ ירושה דנדוניא דבעל כלוקח הוא ותכף זכה בהם בשעת נשואין כשמסרתם לידו וקבורתה תחת נצ"ב הוא ומש"ה אינו יכול לומר את"ד ובתוס' שם ובב"ל דף מ"ט ע"ב בד"ה יכולה כתבו עוד שני טעמים בפרקונה חדא שלא תטמע בין הגוים ועוד כיון דפירות של כל ימי חייה תחת פרקונה אי אפשר לעקור לגמרי תק"ח והנהו טעמי לא שייכי כאן דלא מיעקר לגמרי תק"ח דהא אם שילם הנדן לפני מיתתה חייב הבעל בקבורתה ויורש אותה וגם אין לחוש שלא תבא לקבורה דהא הנדן בבית אביה והוא מחויב לקוברה וגם עדיין לא זכה הבעל דלא בא עדיין הנדן ליד הבעל ול"ל ידו כידה ואף דהחמ"ח לקמן סימן ס"ט סק"ט כתב משום דלטובת שניהם תקנו אין שום אחד י"ל א"א בתק"ח למנוע טובת שני מ"מ הכא האב א"צ ליתן מה שפסק דמוחזק וי"ל קי"ל כטעמים שכתבו התוס' בפרקונה ממילא אין לחייב הבעל לקוברה די"ל ממ"נ אם כטעם הר"ן דא"י לומר א"א בתק"ח א"כ מפסיד ומחויב האב ליתן לו מה שפסק ואם כטעמי התוס' א"כ על האב מוטל לקוברה.

ס"ו עיקר כתובתה מבנ"ח זה דעת הרמב"ם ובסוטה דף כ"ד ארוסה וש"י לא שותה ולא נוטלת כתובתה ובסיפא שם מתו בעליהן עד שלא שתו ס"ל לב"ש דנוטלת כתובה משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי ופריך ירושלמי למה לא פליגי ב"ש בארוסה דתטול כתובה ובגיטין דף ל"ז מבואר דגם לב"ש הא דשטר דוקא כשיש בו שעבוד נכסי כגבוי דמי אם כן מה פריך הירושלמי לרמב"ם דארוסה לא טרפה ממשעבדי את"ד ישיע"ק.

ונ"ל הא דארוסה אינו גובה ממשעבדי דברמב"ם פי"א ממכירה מבואר שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה שמא לא יהי' והא דכתב שם אה אמר קנה מעכשיו אינו אסמכתא כתב שם הכס"מ סוף ה"ז הא דמהני קנין מעכשיו ולא הוה אסמכתא להרמב"ם היינו כשייחד לו קרקע אי מטלטלין ידוע אבל אם אמר לתת לו מטלטלין או מעות לאו כלום הוא לפיכך כתב הרמב"ם כיצד אם באתי עד יום פלוני קנה בית זה ללמדינו דדבר מסוים וידוע בעינן עוד מבואר ברמב"ם שם אם החזיק למקבל בהבית לפני קיום התנאי אינו אסמכתא וכן אם אחזיר בי ערבוני מחול לך אינו אסמכתא שהוא בידו ומעתה צריך להבין איך יועיל חיוב כתובה מה שאינו מד"ת ולא מתק"ח רק מחייב את עצמו הא הוא רק על ספק אם יגרשה או תתאלמן בשלמא תוס' כתובה בנשואה י"ל משום חיבת ביאה גמר ומקנה וכדאמר ראב"ע של"כ לה אלא

ע"מ לכונסה ובירושלמי ר"פ אעפ"י ס"ל דאינו יכול להתחייב חיוב חנם בשטר ופריך א"כ תוס' כתובה מה אהני ומשני משום חיבת ביאה גמר ומקנה או אפשר משום שכן המנהג ומעשים בכל יום להוסיף אפילו כמה שנים אחר נשואין מועיל משום סטימתא וכה"ג כתבו תוס' בפרק איזהו נשך דף ס"ו לענין קנס שדוכין אמנם לענין מנה ומאתיים מן האירוסין דלרמב"ם אין לארוסה כתובה מן הדין או מתקנה רק אם נזדמן שכתב לה למה לא יהא אסמכתא דהא לרמב"ם שטר לא מהני לסלק אסמכתא כמבואר בהה"מ ר"פ כ"ו מהלכות מלוה ובחו"מ סימן קכ"ט ועיין תומים סימן י"ב סק"ז וצ"ל דמשום דרב גידל אמר רב דנקנה באמירה בהנאת חיתון כדאיתא ריע הנושא וס"ל דזה מועיל נמי לסלק אסמכתא שמ"ש בשו"ת ריב"ש סימן שמ"ה בשם הרב ר"י חייא עיי"ש ומבואר ר"פ הנושא דדברים הללו הנקנין משום הנאת חיתון לא נתנו לכתוב לגבות ממשעבדי רק מבריח ואיתא ברמב"ם והה"מ פ"ו מה"ז הי"ז דאפי"ה כתב שטר לא גבי ממשעבדי עיי"ש וכיון דכ"ז דאינו מועיל למשעבדי משום דהוה כאסמכתא ביון דעדיין לא החזיקה אמנם לב"ש דשטר כגבוי דמי וכן כתובה א"כ הוי כהחזיקה ואין בו משום אסמכתא ממילא מועיל גם בארוסה לטרוף ממשעבדי ובאין שתיהן כאחת ע"י שגובה מהמשועבדין אינו אסמכתא וע"י שאינו אסמכתא גובה מהמשועבדין וכה"ג כתב רשב"א בפרק הנזקין דף נ"ה דגנב שהקדיש אחר יאוש חל ההקדש משום יאוש ושינוי השם או שיר ואי קשיא לך הואיל ויאוש כדי לא קני היכי מצי מקדיש ליה י"ל כיון דשינוי השם או שיר קני הקדשתו וקניינו באין כאחד.

ונראה לה"ט דברים הנקנין באמירה לא נתנו לכתוב לגבות ממשעבדי דקשה למה יגרע ממי שמחייב עצמו ליתן לחברו מנה דגובה ממשעבדי ע"י השטר אף דמיחייב בחנם כמבואר בפוסקים והובאו בש"ך חו"מ סימן מ"ם סק"ה לפימ"ש ה"ט כיון דדברים הנקנין באמירה כשעמדו וקדשו אינו רק ע"מ לכנוס כמבואר ברמב"ם שם א"כ הוי כאסמכתא שמא יהיה שמא לא יהיה דאם מת או מתה או נתגרשה מן האירוסין א"צ ליתן מה שפסק לכן לא מהני שטר רק מועיל משום תק"ח והם אמרו דלא יועיל לענין משועבדים ואם נתחייבו בשעת נשואין י"ל אה"נ מועיל שטר וכן משמע ברמב"ם סוף פכ"ג מהלכות אישות דדוקא כשהתנו בשעת קידושין לא מהני שטר מפני שאז עדיין הדבר בספק.

ולעיל סימן נ"א כתבתי דגם דברים הנקנין באמירה לא נקנה באסמכתא אבל י"ל כמו דערב מתחייב בהנאה דמהימן לו אף דהוי אסמכתא כדאיתא בשילהי ב"ב ומ"מ אם זולת ספק דשמא יפרע הלוה יש אסמכתא אחרת לא מתחייב כמ"ש הרמב"ם בפכ"ה

מהלכות מלוה הכ"ח ה"נ דברים הנקנין באמירה דמהני הנאת חיתון אף דספק אם יהיה ספק א"ל יהיה מ"מ אם זולת זה יש עוד אסמכתא י"ל דלא קני.

ובהגמ"ר ספ"ק דב"מ כתב ז"ל מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום פרש"י משום דאין אדם מקנה דשלב"ל ותימא מ"ש מכתובה שיכולה אשה למכור שאם תתגרש או תתאלמן שיהא לו וי"ל דאין טענה כאן משום דשלב"ל אלא משום אסמכתא דשמא לא יירש ואסמכתא לא קני אבל כתובה לאו אסמכתא היא דמיד הוא שלה הכתובה אך הוא יורש ממנה עכ"ל הרי דדבר שהוא ספק יהיה הוי אסמכתא אף דאינו דרך קנס ולכן תוספת כתובה מהני כי מיד יש לה הכתובה אלא שאם מתה יורש ממנה אבל כותב כתובה לארוסה דאם מתה בעודה ארוסה דפטור ל"ל משום דיורש דהא הארוס אינה יורשה כמבואר כאן בש"ע ועכצ"ל דאין מתחייב כלל רק אם ימות הוא או יגרשה א"כ הוי אסמכתא ומה מהני החיוב ועכצ"ל רק מדרב גידל ולכאורה דברי הגמ"ר צ"ע מן פרק נערה דף נ"ג דאמר הא דמתה ארוסה אין לה כתובה ואינו יורש כתובתה שיתחייב בקבורתה בעד הירושה דבלא"ה אין לה כתובה משום שאין אני קורא בה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי עיי"ש הרי דמתה אין לה כתובה בלאו משום דיורשה אמנם בנמ"י בשם הרא"ש שם כתב דבנשואה שיש לה כתובה מתנאי ב"ד אין הולכין אחר לשון הכתוב ואף דאין לה נדוניא חייב לקוברה בעד עיקר כתובתה שיורשה אבל ארוסה דא"ל כתב לה לית לה כלום הולכין אחר לשון הכתיבה את"ד ועיין לעיל סימן י"ז סעיף מ"ג דמדרש כתובה לכשתנשאי וכו' דורשין רק לענין עיקר הכתובה ולא על הת"כ וא"כ נהי דת"כ ג"כ אין לה רק משום שכתב לה מ"מ לא עלה קאי לכשתנשאי לאחר ומה שאינה נוטלין יורשיה הת"כ כשמתה משום דיורש אותה הבעל אבל ארוסה אינה יורש אותה רק לא נתחייב כלל רק אם תנשאי לאחר.

ומ"מ דברי הגמ"ר צל"ע דמה בכך דהכתובה שלה מ"מ אינה מוכרת רק אם תתאלמן או תתגרש ויהא אסמכתא ואפשר כונתו כשעכשיו אינו שלו ויש ג"כ ספק אם יהא שלו דהוה תרתי לריעותא א"י להקנות אבל מחמת דשלב"ל היה יכול להקנות כיון דממילא אתי הירושה

סימן נו

ס"ב כמו שנותנין לה זה דעת הרמב"ם וסייעתיה דבחור שקידש אלמנה אין לו רק ל"י וש"פ הביאו ירושלמי פרק אעפ"י ה"ג הוא בחור והיא אלמנה והיא בעיא מיסב יכול הוא מימר חיבתה עלי יותר מבתולה ונראה דרמב"ם אזיל לשיטתו בפ"י מה"א והיא

לקמן סימן ס"ד ס"ב דבחור שנשא בעולה א"צ לשמוח עמה רק ג"י והוציא כן מהש"ס פ"ק דכתובות דף זיין הרי דנגרר בתרה.

ועוד נראה דלפי מה דמסיק הש"ס בפרק קמא דקידושין דף חי"ת לענין פדיון בכור בה"ס בפודה בכלי אינו שוה ה"ס לאו כ"כ לומר לדידי שוה ה"ס רק כגון ר"כ דגברא רבה ובאמת שוה לדידיה עיי"ש א"כ ה"נ לאו כ"כ לומר חיבתה עלי יותר מבתולה מה דאמדו חכמים רוב דעות העולם דאלמנה אינה חשובה כבתולה ואף דהרמב"ם פי"א מבכורים פסק דכל כהן אם קבלו בה"ס מהני כבר תמהו עליו ונדחקו בזה מאד עיי"ש כס"מ וב"י ואחרונים ביו"ד סימן ש"ה ס"ה אך אפילו לרמב"ם שם דוקא היכא דליכא פסידא לאחריני י"ל לדידי שוה כמבואר בפרק מי שהיה נשוי דף צ"א ע"ב אהא דאם אמרו יתומים אנו מעלין במותר דינר אין שומעין להם ועוד שם אהא דתרי אפדנא דאם קיבל המלוה אפדנא דשוה רק ת"ק באלף מסיק הלכתא דאין כותבין טרפא ללוקח רק בת"ק והכל מה דזה קבלו ביותר משוייה בטלה דעתו אצל רוב ב"א והירושלמי דס"ל די"ל חיבתה עלי יותר י"ל דס"ל הא דאין שומעין ליתומים שאומרים אנו מעלין ביותר משום דזה חשוב כנתייקר אחר מיתה כיון דלא אמרו בשעת מיתה כן וכיון דאז כשמת לא היה מותר דינר אין דין כתובת בנין דכרין והא דרב כהנא קיבל הפדיון ביותר מן שוייה משום דליכא פסידא לאחריני ואפשר מש"ה פסק הרמב"ם גם לענין פדיון בכור די"ל לדידי שוה יותר משום הך סוגיא דמי שהיה נשוי דמסיק היכא דליכא פסידא לאחריני י"ל לדידי שוה יותר וא"כ הכא דהיא בעיא מיסב ויש לה הפסד ממונות וכסות ועונה לאו כל כמיניה לומר חיבתה עלי יותר כיון דירושלמי נמי לא אמר אלא אם טען כן משמע בסתם אומדן דעת אינו כן ואין להקשות הא רב אשי בתרא הוא ולמה לא פסק הרמב"ם כרב אשי דאמר לא אמרן אלא כגון ר"כ דגברא רבא הוא ומבעי ליה סודרא אריישא דלק"מ כיון דבכתובות מסיק להדיא דהלכה דהיכא דליכא פסידא לאחריני יכול להעלות ולומר לדידי שוה יותר א"כ לית הלכתא כרב אשי ועוד לרב אשי ליכא לדחויי ראיות רב יוסף מברייתא דמיירי דקבלו עליה דהא הברייתא תני עגל זה טלית זה ולאו בסודרא וגברא רבא דוקא וע"כ רב אשי בא לפלוג על מה דדחי ראיית רב יוסף וגם רב יוסף לשיטתו בפרק מי שהיה נשוי שם דס"ל דאפילו היכא דליכא פסידא לאחריני אינו יכול להעלות בדמים לומר לדידי שוה יותר וכיון דמסקינן בפ"ק דקידושין דף טי"ת דאין הלכה כרב יוסף וכן מסיק בפרק מי שהיה נשוי שם דאין הלכה כרב יוסף ע"כ אין הלכה כרב אשי.

עוד נ"ל דהא די"ל חיבתה עלי יותר מבתולה תליא בפלוגתא דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אי אפילו מנה אין לה דהוה מק"ט דאם גם מנה אין לה ע"כ דחשיב מום שהסכימו עליו העולם כמבואר ברמב"ם פט"ו ממכירה דין ה' ובחו"מ סימן רל"ב ס"ו כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירים בו מקח זה מחזירין שכל הנו"נ סתם על מנהג המדינה הוא סומך וא"כ כשטוען חיבתה עלי יותר מבתולה טוען נגד המנהג דקי"ל דאינו נאמן אפילו יש לו מגו ומוחזק כדאיתא בחו"מ ס"ס ש"ל ובש"ך בס"ס פ"ב בכללי מגו ס"ב והוא מהש"ס ס"פ המקבל ועוד כיון דסתם אומדן דעת אינו כן עליו מוטל להתנות בפירש וכמ"ש בשו"ת וצל מאש סי' ס"ה לחלק בין ארוסה ליבמה דבארוסה אמרינן כיון שלא פרשה מסתמא סמכה על זמן הרגיל וא"כ ה"נ כיון דרגילות דבעולה אינה חיבתה עליו כבתולה סמכה על זה ולא פרשה ועליו היה להתנות בפירש וא"כ הירושלמי לשיטתו דס"ל בפ"ק דכתובות ה"ד נשא אשה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אינו מק"ט ויש לה כתובה מנה וע"כ דס"ל דאין זה מידי דקפדי בה אינשי לכן י"ל חיבתה עלי יותר מבתולה משא"כ לש"ס דידן דבפ"ק דכתובות דף י"א ע"ב דמסיק דהוה מק"ט ואין לה אפילו מנה וכ"פ הרמב"ם פי"א מה"א ובש"ע לקמן סימן ס"ז ע"כ דהוה קפידא לפי מנהג רוב העולם וא"כ לאו כל כמיניה לומר חיבתה עלי יותר מבתולה.

ודעת הרא"ש שהביא ראיה מהירושלמי י"ל עפימ"ש בפירשב"ם בר"פ המוכר פירות בהא דלא אזלינן בתר רובא דלרדיא זבין כיון דרובא לא כלום הוא לא היה לו למוכר לפרש אלא הלוקח הל"ל לרדיא קבעינא וה"נ אף דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מק"ט ואין לה אפילו מנה י"ל דלא עדיף מרוב דלרובא דעלמא הוי קפידא ומ"מ האשה היה לה לפרש מתחלה שישאנה אחר לוי דשמא הוא מן המועט ודעת הרמב"ם כיון דבפ"ק דכתובות דף י"א ע"ב מסיק מקח' טעות לגמרי משמע הרי הוא ככל מק"ט אף דהמוכר מוחזק בדמי מוציאין ממנו וע"כ דעדיף מרוב דהא הרמב"ם ס"ל תקפו כהן אין מוציאין ממנו ומהני תפיסה אפילו נגד רוב דזה דגל קי"ל די"ל קי"ל אפילו כהמועט והכא דהוה מק"ט אפילו תפסה האשה מיורשי הבעל מוציאין ממנה אבל להרא"ש דס"ל בב"ק פרק כיצד הרגל ס"ב וכ"ד הטור חו"מ בכמה דוכתי דתפיסה ל"מ א"כ י"ל נהי דהוי מק"ט לגמרי ואפילו תפיסה לא מהני משום דמעיקרא דדינא דהיה הממון בחזקת הבעל ויורשיו א"צ ליתן לה כלום לא מהני תפיסה מ"מ לא עדיף מרוב וכאן הבעל מוחזק ומ"מ ראיות הרא"ש מהירושלמי אינו מוכרח כלל דכיון דלהירושלמי כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אינו מק"ט ויש לה מנה ומוציאין מהבעל אם גרשה אף דטוען ברי דלדידי' קפידא הוי הרי דס"ל להירושלמי דאינו רוב ואפילו ספק שקול אינו לכן

שפיר י"ל חיבתה עלי יותר מבתולה משא"כ לדידן דמק"ט הוי דכך אמדוהו חכז"ל לאו כ"כ לטעון בהיפך אף בברי נגד אומדן חכז"ל כמ"ש בשו"ת א"ז סימן תשע"ה והובא ג"כ בתה"ד לענין סבלונת ואף די"ל בשלמא כנסה בחזקת בתולה הכריעו חכז"ל דנמצאת בעולה הוי מק"ט אבל מקדש בעולה הרי חזינן דלא קפיד ליקח דוקא בתולה מ"מ נימא גם כנסה בחזקת בתולה אף אי היתה בעולה לא היה מקפיד באפשר ולמה הוא מק"ט ואף אם רוצה לקיימה צריך לקדשה מחדש כמ"ש תוס' והובא בב"ש לקמן סימן ס"ח ס"ק כ"ד והוא בתוס', פ"ק דכתובות דף יו"ד בד"ה חזקה הרי אף דחזינן דרוצה לקיימה מ"מ הכריעו חכמים דהוי מק"ט דאין חיבת בעולה כחיבת בתולה וגם הרמב"ם כתב סוף פי"א מה"א הרי שרצה לקיימה אחר שהפסידה עיקר כתובתה חוזר וכותב לה מאה עכ"ל חזינן אף דרוצה לקיימה מ"מ הפסידה כל כתובתה דמעיקרא.

ס"ד אין הקרובים יכולים למחות ולעיל סימן ל"ז סי"ג כתב רמ"א וי"א דהה"ד אם מת האב קודם שנשאת ונשאת והקשה חכ"א בנוב"ת סימן צ"ז דכיון דפסק רמ"א בסימן ל"ז דאינה יורשה איך הביא כאן היפך זה דהם שתי דעות הפכיים במרדכי ואיך זיכה הרמ"א שטרא לבי תרי ולי נראה דלק"מ דכאן נקט רמ"א דעה אחרונה שבמרדכי דתמה על דעה ראשונה והרבה בטעמים וכיון דבחייה מוחזקת בעצמה ונכסיה אין הקרובים יכולים למחות ואם מתה יורשה בעלה כיון דאין קרובים מוחזקים דהעיקר כדעה זו דיורשה וכ"ש אם הבעל מוחזק ולעיל סימן ל"ז הביא בשם י"א דנ"מ אם אחר מותה מוחזקים הקרובים דאין להוציא מידם די"ל קי"ל כדעת הי"א דגם במיעוט נגד רבים קי"ל די"ל קים לי.

סימן נז

ברשות בעלה בחת"ס חא"ע סימן קכ"א העלה באלמנה שנכנסה לחופה בנדתה או חופת בתולה בנדתה ומתה קודם טהרתה אע"ג דאיכא פוסקים דלא חשו להירושלמי דחופת אלמנה אינה קונה וכן פליגי אחופת נדה ולדדהו איכא מצות עשה לטמא לה מ"מ כיון שהוא פלוגתת הפוסקים שוא"ת עדיף דמספיקא אסור לכהן לטמא לה וממילא נמי שאסור להתאבל עליה משום שיבא מזה מכשול לענין טומאה וכמ"ש תוס' כעין זה בפ"ק דחולין י"ב ע"ב דהקילו באבלות שלא יבא להקל בחליצה עיי"ש ובשבת דף קל"ה ע"ב ועיי"ש ולי צ"ע דלפימ"ש המל"מ פ"א מהיו"ט סוף הלכה י"ז דלא אמרינן מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת אלא באיסור לאוין שחייבים עליהם מלקות והנה דעת הראב"ד בהשגות פ"ה מנזירות הי"ז דהיכא שכבר טמא שוב אינו מוזהר על הטומאה וכתב הדג"מ בגליון יו"ד סימן דע"ש דלפ"ז כהנים בזה"ז אינם מוזהרים על הטומאה

ולדעת המל"מ סובר הראב"ד שאין איסור כלל והדג"מ כתב דאולי גם לראב"ד יש איסור תורה רק ליכא חיוב מלקות ואף דלא קי"ל כהראב"ד מ"מ ספק הוי עיי"ש ולפ"ז הכא יש לענין טומאה ס"ס שמא הוי נשואה ומצוה לכהן לטמא לה ואת"ל דאינה כנשואה שמא כראב"ד בזה"ז ליכא חיוב מלקות עכ"פ וא"כ לענין אבלות ליכא למגזר דאפילו יטמא הוי כודאי אין חיוב מלקות כיון דיש ס"ס והא דתוס' בחולין דגזרו היינו שלא יבואו להקל בערוה אף דמדינא א"צ חליצה חששו ללעז ולקלקול עיי"ש ועוד איסור טומאה גופא י"ל דאינו כאן דאולי כהפוסקים דחופת נדה קונה ובד"מ סימן ס"א כתב דלא קי"ל כרמב"ם והמנהג דלא כרמב"ם וכ"כ כנה"ג בהגה"ט ס"ס ס"א וגם לרמב"ם הא דחופת נדה אינו קונה אינה רק מכח בעיא דלא איפשטא בש"ס והוי ספק ורא"ש וסייעתיה ס"ל דהבעיא רק לענין תוס' כתובה וא"כ זה גופא כס"ס שמא כהרא"ש ואת"ל כרמב"ם שמא מ"מ גם הבעיא לענין קנין י"ל דקונה כיון דעלתה בספק ושמא כהמל"מ אליבא דראב"ד דבזה"ז אין איסור טומאה לכהנים ועיין טו"ז סק"ד לענין חופת אלמנה בזה"ז דקונה לכל כבתולה וא"כ כמו בבתולה נדה יש לומר דמותר לטמא לה ה"נ באלמנה נדה ואפשר נמי מצוה הוא וכ"ש שאין לומר דאסור להתאבל משום גזרה כאן דלא נזכר בש"ס ואין לנו לחדש גזרות כמ"ש ברא"ש בפרק במה מדליקין וריב"ש סימן קכ"ה וסימן רמ"א ופר"ח א"ח סימן תנ"א וסימן תס"ג הובאו בעין זוכר מערכת הג' אות זיין אך אם צריך להתאבל צ"ע דלטעם שכתבו תוס' בולד שמת תוך ל"י דלא יתאבל משום גזרה צריך כאן להתאבל ולטעם השני שכתבו דהלכה כדברי המיקל באבל אפשר גם כאן שייך זה אף דיש כאן ס"ס מ"מ התם נמי רוב ולדות אינן נפלין ולרבנן הוי בן קיימא ולרשב"ג דחייש למיעוטא הוי רק ספק נפל ונראה מש"ה הוצרכו לטעם גזרה דאפשר כה"ג אין הלכה כדברי המיקל באבל כיון דלהמיקל הוי ספק ולהחמיר ודאי וא"כ לטעם שני של התוספת ה"נ י"ל הלכה כדברי המיקל אך הבית מאיר כתב דאפשר מסירתה לרשות בעלה עדיף מחופה לענין נדה א"כ להתוס' וריא"ז דמסירתה לרשות בעלה קונה לכל א"כ ה"ה לענין אבלות וכ"ש חופה ומסירה לרשות בעל ובעצ"א פשיטא לו דמסירה לרשות בעלה מהני גם בנדה וא"כ בחופה ומסירה לרשות בעלה נתוסף עוד ספק להחמיר.

הב"ש הכריח דמסירה לרשות בעל קונה ליורשה מטעם מחילה ומהני אף באלמנה ונדה וכמו שפרש"י בכתובות דף מ"ח ע"ב כיון דמסרה אחולי אחיל אב מהשתא מחמת קירב נשואין והפנ"י תמה דמה מהני הכא מחילה בירושה ומ"ש הפנ"י דמיירי בנדוניא שבא ליד הבעל והשיגו הב"מ הא מבואר אפילו נדוניא בבית אביה בעלה יורשה ועוד הוסיף הב"מ להקשות דזה ל"ש אלא באב המוסר שהוא המוחל או מקנה אבל אלמנה המוסרת

עצמה מה יועיל מחילתה נגד זכות האב הא אפילו אומרת קודם מותה אבי לא יירשני לא מהני כדאיתא בחו"מ סימן רפ"א וכן הקשה החת"ס חא"ע סימן קכ"א ונראה דהא בח"מ סימן רפ"א מבואר דוקא כשאומר פלוני ירשני או פלוני בני לא ירשני ליטע דמתנה עמש"ב אבל כשהזכיר לשון ירושה ומתנה מהני וא"כ הכא דלא אמרה בפירש לשון ירושה ויש משמעות ירושה ומתנה מהני אף דבמתנה צריך קנין כמ"ש ש"ך שם י"ל לפימ"ש תוס' בפרק שני דבכורות דף י"ח ע"ב בד"ה אקנויי אקני ליה מקום בחצרו ואף בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשו עיי"ש ונראה סברתם כיון דלא שמענו ממנו דאקני ליה רק אומדן חכמים הוא דאקני ליה בלבו ה"נ אומדן חכמים דגמר ומשעבד נפשו ועדיף ממי שאומר בפיו דנותן לחברו מתנה דצריך קנין דשמא אין פיו ולבו שוין לגמור ולהקנות וכה"ג כתב קצו"ח בסימן סמך לענין דבר שאינו קצוב ולענין אסמכתא עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דמכח אומדנא הוא א"צ קנין ואף דלגבי אב הירושה דשלב"ל מ"מ כיון דגמר ומקנה מהני גם בדשלב"ל ועיין בהגמ"ר פ"ק דב"מ בהא דמה שאירש מכור לך לא מהני הוא משום אסמכתא וא"כ הכא דגמר ומקנה שאני ואפשר באלמנה המוסרת עצמה לבעלה י"ל נמי דהוי כעשו שותפות דאגב דצייתי אהדדי גמרי ומקנו אפילו דשלב"ל וא"צ קנין כמ"ש מהרי"ק שורש קפ"א ענף ב' וכ"ד כ"פ שהביא שם ובהגהות רמ"א חו"מ סימן קע"ו ס"ג.

ס"ג וכן אם ייחד לו בית ואכסדרה הנה זה בעיא דסלקא בתיקו ומספיקא לא נוציא מחזקת בעליו כ"כ באה"ג אך מלשון וכן משמע דשוה לבית ועליה דפשוט בש"ס ויש נ"מ כגון שיש על האב מע"פ ומת דמע"פ גובה מהיורשים אך לא ממקבל מתנה וא"כ כיון דמלוה אינו מוחזק דאפילו בשטר קי"ל מכאן ולהבא גובה וא"כ אם ספק הוא לא יגבה בחובו ואאת"ל דגם הבן לא חשיב מוחזק בבית דהוא כקרקע וליכא למימר בזה בחזקת יורש קיימא דמדין יורש גובה המלוה מ"מ הל"ל יחלוקו או אם הבן יושב בבית חשוב מוחזק נגד המלוה שבא להוציאו לכן נ"ל לפימ"ש הרא"ש בפרק מי שמת סימן כ"א וכ"ג דאם יש ספק באומדנא חשוב כודאי ליכא אומדנא ומוציאין מהמוחזק והובא בתה"ד סימן שכ"א וכתב דאפילו להא"ז דס"ל בספק אומדנא נמי אמרינן המע"ה היינו משום דחזקת ממון עדיפא כ"כ דאפילו ספק אומדנא מהני ליה אבל כשאין שום אחד מוחזק לא חיישינן כלל לספק אומדנא והוי כאלו ודאי ליכא אומדנא אף דסליק בש"ס בתיקו עיי"ש לכן ה"נ כיון דזה דהוי מתנה להבן מכח אומדנא הוא כמ"ש רמב"ם בפ"ו מה"ז ורשב"ם ותוספת בב"ב דף קמ"ד ולענין אכסדרה או שני בתים זה לפנים מזה דסלקא בתיקו' הוי כודאי ליכא אומדנא וגובה המלוה כיון דלא שייך תפיסה במחובר ואין לשום

אחד חזקת מ"ק ועוד טרם שמת האב החזקנו שהוא של האב דיש לו חמ"ק ועכ"פ כיון דבזה ל"ל דאלים חזקת ממון כיון דהבן אין לו חמ"ק י"ל גם להא"ז לא מהני להבן ספק אומדנא ולכן אף דרמב"ם פ"ט מה"ז הי"ט וש"ע חו"מ סי' ר"ן ס"ב פסקו דלא כהרא"ש מ"מ י"ל מודו כאן ועוד נראה דהא הבן לא עשה שום חזקה דנעל וגדר ומ"מ קנה מתק"ח וכמ"ש תוספת בב"ב דף קמ"ד משום דסמכא דעת הבן וא"כ בזה דעלתה בתיקו ולא נתברר אם אביו נתנה לו ליכא למימר דסמכא דעת הבן ויותר מזה איתא בב"ב דף קמ"ב אפילו בחזקה גמורה היכא דרפיא בידיה אי קנה אמרינן דלא קנה כ"ש הכא דכל הקנין רק משום דסמכא דעת הבן.

ס"ד שני בתים זהו בעיא דלא איפשטא ופסקו הפוסקים קולא לנתבע ולפ"ז לפימ"ש רמ"א בס"א דבעינן שיהא לאב בית אחר לדור בו א"כ אם אין לאב רק אלו שני בתים זו לפנים מזו ואי הוה אמרינן לאידך גיסא דקנה הבן כל השני בתים לא נשאר לאב בית לדור ולא קנה הבן כלום וכיון דהוא בעיא דלא אפשטא אמרינן קולא לנתבע לכל אחד מהצדדים ולא קנה הבן כלום עכ"ל דרישת ארי ולי נראה כיון דאומדנא דנתן האב הבית לבנו במ"ש הרמב"ם והפוסקים וכשאין לו בית אחר לדור בו יש אומדנא להיפך דלא יתן ביתו לבנו והוא לא יהא לו בית לדור בו כמ"ש בדרישה וכה"ג כתב בשו"ת הרא"ש כלל חי"ת סימן ד' והוא ביו"ד סימן רל"ב סט"ז ומוכח בשו"ת הרא"ש שם דמטעם אומדנא בא דאדעתא דהכי לא נשבע למכור ביתו וליתן בדן לבתו וכ"כ רשד"ם סימן ק"ד בחיו"ד והובא בחת"ס יו"ד סימן רכ"ח ובפ"ת ליו"ד סימן רל"ב שם ואם כך בכאן יש תרי אומדנות דסתרו אהדדי והוי כשתי כתי עדים דסתרו אהדדי דכל מה שיש לישב שלא יסתרו אהדדי יש לנו לתרץ כדאית' בחו"מ סי' כ"ט ס"א ה"נ בתרי אומדנות דהוי כאנן סהדי וא"כ בבה"ג לית ספיקא אלא אמרינן שתי האומדנות אמת דלא הקנה לבנו רק הבית אחד אשר השיאו בו ונשאר לו בית שני לדור וגם להבן נתן בית אחד.

סימן ס

כשנושא בב"ב דף קמ"ה ע"ב ת"ר עשה עמו בשניה וביקש לעשות עמו בראשונה י"ל לו לכשתשא אשה אחרת אעשה עמך ורמב"ם בפ"ז מה"ז השמיט זה ועמד בזה בעצי ארזים ונראה לפי שכתב שם בהלכה י"ג ואינה משתלמת אלא בעונתה כעין נשואי ראשון תו אצ"ל הא די"ל כשתשא אחרת דהתם נמי הטעם דעדיין לא הגיע הזמן עד נשואי שניה כמ"ש באס"ז והברייתא דתני לה משום דבבריית זו לא הוזכר דחזרת בעונתה ורמב"ם דכתב ברייתא האחרת החמשה דברים שנאמרו בשושבינות וחד מהן דאינה משתלמת אלא בעונתה כעין נשואי ראשון תו אצ"ל הא דעשה עמו בשניה.

ולפי שבזמן הזה לא נהגו לתבוע תביעה זו ראיתי שלא להאריך בזה בבית הלל בסי' שלפני זה איתא אם מזדמן אחד תובע השושבינות אין חייבים הב"ד לפסוק ובב"ש הביא ג"כ דברי הב"ה ומשמע דאינו נוהג דין זה בזה"ז וצל"ע דמדברי ב"ה בראה משום דלא שכיח אין ב"ד חייבים לפסוק והוא מטעם המבואר בחו"מ סי' א' דמלתא דלא שכיח אין דנין בזה"ז אבל מ"מ חייב בעצמו להחזיר לציי"ש או אם תפס אידך מהרי תפיסתו אלא דלפ"ז קשה מה טענה זו לפי שבזה"ז לא נהגו לתבוע לא ראה להאריך הלא נ"מ טובא לענין לציי"ש ולפימ"ש הש"ג הובא בש"ך חו"מ סימן רל"ב סק"ב שהמלוה לחברו ואינו תובע הלואתו אין הלוה חייב לשלם לו מאליו הואיל ואינו תובע במתנה ביקש ליתן לו והש"ך כתב דצ"ע בזה וכאן י"ל דעדיף כיון שלא נהגו לתבוע א"כ מעיקרא אדעתא דמנהגא נתן שלא לתבוע ותלה ברצון מי שנשתלח לו אם ירצה יחזיר דבכמה דוכתי מצינו דאדעתא דמנהג נחית ביו"ד סימן קע"ד ס"א בהג"ה ובסי' קס"ט סח"י שם ובחו"מ סימן רל"ב ס"ו ובסי' של"א ולפ"ז גם מלציי"ש פטור גם תפיסה ל"מ וצ"ע ובדרישת ארי לא כ"כ ודייק מדלא כתב המחבר דלא נהגו לתבוע תביעה זו משמע אבל השושבינות וחזרתו נוהג אף בזה"ז עיי"ש ולא נ"ל דאם חזרתו נוהג ה"ל להמחבר לבאר הכל שידע כל איש בעצמו אימת צריך להחזיר אף דאין תובעין אותו אלא משמע דכיון דלא נהגו לתבוע א"צ להחזיר ומ"ש בחו"מ דין האחין משום דנ"מ אם ימצא מקום דנהגו כדין הש"ס או אם תחזור הדבר ליושנה אך להאריך לא ראה כיון דבזמן הזה במקומות הידועין לנו לא נהוג דין זה.

סימן סא

אינה כאשתו ז"ד רמב"ם ותמה מהרש"ך הא זו בעיא דלא איפשטא בפרק אעפ"י דנ"ו וא"כ הל"ל דהוי ספק דנ"מ אם תפס ירושה או מע"י או אם תפסה תנאי כתובה ונ"ל דר"ש גאון ופרח מט"א כתבו דדוקא לענין פרסה נדה דתהא ראויה אח"כ הוי בעיא אבל אם לעולם לא תהא ראויה לביאה פשיטא דלא הוי חופה הובא בשער המלך וה"ט דודאי עיקר חופה לביאה שתהא הכנה לביאה כמ"ש ר"ן בפ"ק דקידושין ד"י אלא בנדה הוי הכנה לאח"ז והנה כתבו הגמ"יי דבעיא דלא איפשטא גם באיסור דרבנן אסור וכ"מ מהרמב"ם דפסק בא עליה לשם קידושין אסור לבועלה בלא חופה דביאה רק אירוסין עושה והיא בעיא דלא איפשטא בפ"ק דקידושין ד"י ואיסור ביאת ארוסה רק דרבנן כמ"ש הרמב"ם רפ"ו מה"א א"כ כשפרסה נדה בחופה או קודם דספק אי הוי חופה אסור לבוא עליה כשתטהר מחמת חופה זו דרך משל אם הלכה אחר חופה לבית אביה דלרמב"ם החופה היינו הכניסה לבית חתנה ואם כן צריך לעשות מחדש עוד חופה ממילא חופה

ראשונה לא הוי שום הכנה לביאה לעולם כיון דצריך חופה שניה ובה סגי ממילא לדידן ודאי אין קונה ולא מהני תפיסה וקי"ל ועיין מנחת יעקב כלל א' בסק"ו הוכיח בראיות דבעיא דלא איפשטא גם באיסור דרבנן לחומרא וכ"ש הכא דיכול לעשות חופה שנית כדאמר הא איכא מיא בנהרא זיל טבול בפרק אין מעמידין דף ל"ז ע"ב ונ"מ במקומות שפוסקין כהרמב"ם.

בחמ"ח סק"א במרדכי משמע דאף דהיתה טהורה כשנכנסו לחופה אם פירסה נדה בתוך חופתה פסקה לה חיבת ביאה והדבר תמוה אם כבר קנתה בתחלת חופה איך יופקע הקנין כשפירסה כדה עכ"ל ונראה דודאי לא בדקה עצמה תוך חופתה אף שבדקה עצמה מקודם מ"מ שמא עם סילוק ידיה נטמאה וכותלי בית הרחם העמידו לדם אף דלא ארגשה והא דבריש פ"ק דנדה דף ג' ע"ב אמרינן לכ"ע דלחולין או לבעלה לא חיישינן לטמאה למפרע רק לטהרות חיישי רבנן כתבו תוספת שם ובחידושי ר"ן דף ג' דלא סמכינן אסברא דכותלי בית הרחם לא מוקמי דם ואסברא מדלא ארגשה רק משום דאוקמינן לאשה בחזקת טהרה ורמב"ן הובא בב"י יו"ד סימן קצ"ו דלפיכך בהפסקת טהרה צריך בדיקה בעומק בחורין וסדקים משום דיש לה חזקת טומאה אימר כותלי בה"ר העמידו להדם והובא בחוו"ד ריש סימן קפ"ו והכא נגד חזקת טהרה יש חזקת ארוסה כמ"ש בשו"ת פר"ח מט"א ח"א סימן קי"ד דלפיכך פסק הרמב"ם דחופת נדה אינו קונה ולא כתב דהוא ספק דהא בש"ס נשאר בתיקו אם צריך חופה דחזיא לביאה משום דמוקמינן לה בחזקת ארוסה וא"כ נשאר ספק שמא בתחלת חופה כבר טמאה היתה ואף דהוי ס"ס שמא לא צריך חופה דחזיא לביאה ושמא בתחלת חופה לא היתה טמאה וכבר קנתה החופה מ"מ בס"ס אין מוציאין ממון כמו שהעלה בספר תק"כ סי' ק"כ ואחרונים וא"כ אינה יכולה להוציא הת"כ מן יורשיו ואם מתה האשה אין הבעל יכול להוציא הירושה מן יורשיה וי"ל גם הרא"ש מודה לזה ומ"ש דאין לומר דהבעיא רק בפרסה נדה אח"כ דהא כבר קנאה בתחלת חופה ר"ל דאם תאמר אם לפני החופה פרסה נדה פשיטא להש"ס דלא קנאה והבעיא רק נכנסה לחופה ואח"כ פרסה אם צריך חופה דחזיא לביאה לפ"ז עכצ"ל דס"ל להש"ס דלא מחזיקינן אותה לנדה למפרע או דמיירי דידוע שבתחלת חופה לא היתה נדה א"כ הא כבר קנאה בתחלת חופה ולפי האמת שפיר י"ל כיון דפרסה נדה בתוך החופה חיישינן דכותלי בית הרחם העמידו לדם כיון דיש לה חזקת ארוסה ויורשיו יש להם חזקת ממון לענין הת"כ.

והנה סיים במרדכי שם דמש"ה תקנו הגאונים שאחר שתספור ז"נ ותטבול יכניסנה ויברכו ברכת חתנים ויל"ד הא מסיק הש"ס תיקו אם חופה דלא חזיא לביאה אינה קונה

וא"כ שמא הוי חופה וכבר יצאו במה שברכו אז ולכאורה ראיה למ"ש הפנ"י בברכות ספ"ק ובפרק מי שמתו דף בי"א דאין איסור משום ברכה לבטלה אם מברך מספק שמא לא יבא עדיין או אפשר דגאונים היו יכולין לתקן לברך נמי שמצינו כמה ברכות שלא נזכר בש"ס ותקנו הגאונים ועיין מג"ד סימן מ"ו סק"ז ועוי"ל לפימ"ש ברי"ט אלגזי בפ"ב דבכורות דהיכי דיש נ"מ לענין ממון ויש ס"ס רק אין מוציאין ממון בס"ס אזי איסורא גריר בתר ממונא אפילו לקולא למ"ד תקפו כהן מוציאין מידו עיי"ש לכן ה"נ כיון דלענין ממון חשובה כארוסה לענין דאם מתה אינו יורשה ואם מת הוא אין לה ת"כ וגם בשניהם בחיים אין לה מזונות ואין מעש"י שלו לכן גם לענין איסור הצריכו ברבה ולא חשו לברכה שא"צ.

בשראויה לביאה בגמרא דף נ"ו בעי רב אשי נכנסה לחופה ופרסה נדה מהו את"ל חיבת חופה קונה חופה דחזיא לביאה אבל לא חזיא לביאה לא תיקו וכתב הרא"ש מדבעי רב אמי שהוא בתראה ש"מ דחיבת חופה קונה ס"ל אף דאת"ל קאמר הלכך אינו קונה והדר אח"כ מפרש הרא"ש דהבעיא רק לענין ת"כ דמסתמא על חופה דחזיא לביאה כתב לה ולא ע"ד חופה דלא חזיא לביאה דמסתבר דעיקר האומדנא על קירוב דעת של חיבת ביאה ודי לנו אם נאמר אדעתא דחופה דחזיא לביאה את"ד ויל"ד הא בראי"ש בב"ב פמ"ש סי' כ"א וכ"ג כתב דכיון דלא נפשט הבעיא לא מבטלין קנין ברור ע"י אומדנא דלא ברירא וא"כ למה פסק כאן דאינו קונה כיון דסלקא בתיקו אין לבטול הח"כ ע"י ספק אומדנא ומצאתי שבעצ"א הקשה ג"כ הכי ולא תירץ.

ונראה דיש עוד לדקדק איך קאמר הרא"ש דמדבעי ר"א ש"מ דחיבת חופה קונה ס"ל אף דאת"ל קאמר הא דעת הרא"ש דאת"ל לאו פשיטותא הוא כמבואר ביד מלאכי בראיות מדברי הרא"ש שבשילהי ב"מ ומהאחרונים לכן נ"ל דמשום דספק אומדנא לא מבטל חיוב ברור לכן אף דאת"ל לאו פשיטותא מ"מ נשאר החיוב דת"ה בודאי אבל בחופת נדה דלא חזיא לביאה דנתוסף עוד ספק א"כ הוי סרס לבטל החיוב מכח האומדנא דהא על ס"ס מתירין איסור דאורייתא הרי דלא חשיב ספק משא"כ בהך דב"ב דאינו רק ספק אחד אם יש אומדנא לא מבטלין חיוב ברור וכאן עדיף משאר ס"ס לפימ"ש הרא"ש דסתמא על חופה דחזיא לביאה כתב לה וכו' דמסתבר דעיקר האומדנא על קירוב דעת של חיבת ביאה א"כ בכל ספק נוטה סברא יותר על אומדנא דלא כתב לה עד"ז וא"כ השתא דסלקא בעיא דר"א בתיקו ובעיא דרבין ג"כ רק באת"ל נצטרפו שני ספיקי וכל ספק נוטה יותר להאומדנא ממילא חשוב כאומדנא ברורה.

אינה כאשתו במסכת כלה ספ"ג איתא כשנכנסתי לחופה נדה הייתי ופירש ממני בעלי משמע להדיא דע"י חופת נדה נעשה בעלה עכ"פ כשידע שהיא נדה.

סימן סב

ס"א כוס המנהג כשמברכין בהמ"ז מברך עה"ג אחר הששׁ ברכות והטעם כדי שלא יהא נראה דמברכין בפה"ג לצורך בהמ"ז ולא משום השבע ברכות ב"ש סק"ב בשם ב"ה ועצ"א סקי"ט הקשה מברכות הבדלה כשאין לו רק כוס אחד משלשלן אחר הוחון ואומר תחלה בפה"ג כדמשמע בפע"פ דף ק"ה ע"ב וכ"כ בפירשב"ם שם והתם נמי איכא למטעי לכן המציא טעם אחר ולפי טעמו כשאין לו רק כוס אחד מברך בפה"ג לפני ב"ח עיי"ש וטעמו רחוק וקושיתו לק"מ דהא אותו ברייתא דפע"פ ס"ל הבדיל בתפלה צריך להבדיל על הכוס כדאית' התם וסתם בני אדם מבדילין בתפלה כפירשב"ם שם ותוספת כתבו רוב ב"א מבדילין קודם בתפלה וא"כ ליכא למטעי דבפה"ג משום מזון לבד ולא משום הבדלה דא"כ למה מבדיל שנית הא כבר הבדיל בתפלה.

והרמ"ע תשובה מ"ם ס"ל לברך בפה"ג אחר בהמ"ז ואח"כ ב"ח ותמה בעצ"א דהא כתבו רש"י וראשונים דלפיכך אשר ברא מתחיל בברוך אף דסמוכה לחברתה משום דכשליכא פ"ח מברכין רק אשר ברא ולהרמ"ע הרי סמוכה לעולם לבפה"ג ונ"ל דהא דברכה סמוכה לחברתה אין פותחין בברוך כתב המרדכי פע"פ משום דפתיחת הברכה שלפניה פוטרתה והובא בחרדים שעל הירושלמי בפ"ק דברכות הלכה ה' וסיים בה כלומר דכחדא ברכתא חשיבה ובק"א המקנה כאן ס"ט כתב דיכול אחד לברך בהמ"ז ויוציא כולם וששה ברכות יברך אחר והמברך בהמ"ז יברך בפה"ג ול"ד למ"ש והוא מברך על המוגמר דברכת נשואין מלתא אחריתי הוא ואינה שייך לבהמ"ז וראיה מהא דלוי בריך שית והא עם ברכת היין ה"ל שבע א"ו דאחר בירך בהמ"ז ובפה"ג את"ד והנה אין ברכה אחת ומתחלקת לשנים כדאית' בא"ח סימן נ"ט וסימן קכ"ו וא"כ כשמחלקין לשנים ע"כ ניכר דלאו כברכתא חדא הן לכן לעולם פותחין בברוך.

ס"ד וחתן מן המנין רבים תמהו הא זה יליף הש"ס מויקח בועז עשרה אנשים והיה סגי בתשעה ובועז ונראה דבמדרש רות ובירושלמי אמר מיכן לבית זה שהן ממנין זקנים בבית המשתאות שלהן והיינו להשגיח שלא יבואו לידי יחוד וכדאית' בקידושין דף פ"א אביי דייר גולפי רבא דייר קנה שלא ילך איש לחדר שהנשים בו ולא ירגישו בו לכן נטל בועז זקנים לבית המשתה שישגיח אם יכנס איש לחדר שהנשים בו ילך אחריו ואם היה נוטל רק תשעה היו מוכרחים לישב עמו בשעת הטבע ברכות ולא היה יכול להציל מהיחוד ואם יציל מהיחוד לא ישארו תשעה בשעת הברכות וגם לא היה מורא על מי

שירצה לכנוס בין הנשים כי יודע שבשעת הברכות מוכרחין כל התשעה זקנים להיות עם בועז אצל הברכה.

ב"ש סק"ד ובמקום דליכא עשרה אין לעשות נישואים כ"כ הרשב"א ובפסקי מהרא"י חולק על זה עכ"ל ולא נמצא כזה ברשב"א רק כתב דגם ברכת אשר ברא צריך עשרה כמבואר בתשובה סימן אל"ף קס"ז אבל לעכב הנשואים אפשר אין לעכב וניקנית בלא ברכות וגם אפשר מותרת לבעלה כדעת מהרא"י דכלה בלא ברכה היינו בלא חופה אך בכנה"ג יש פלוגתא אם אסורה בלא ברכה וי"ל מש"ה ויקח בועז עשרה אנשים מזקני העיר דהוי סגי לומר עשרה אנשים זקנים אלא בא ללמד כיון דנמצאו בעיר לקחם אבל אם לא היו נמצאים בעיר אין לעכב הנישואים.

סימן סד

כקונה קנין בשבת המקנה בקו"א כתב דיש להתיר הבעילה בשבת מטעם שהתירו בבתולה אעפ"י שעושה חבורה משום דהוי דשא"מ דלהנאת עצמו הוא צריך מכ"ש באיסור דרבנן דיש להתיר הבעילה מה"ט דלהנאת עצמו מיכוין והקנין הוא דבר שאינו מתכוין ומותר לכתחלה ולא אסרו בירושלמי אלא כניסה לחופה דל"ש הנאת עצמו אלא לקנותה לאשתו משא"כ בבעילה ואף דהוי פ"ר אפילו להמג"א בסי' שי"ד שחולק על תה"ד וס"ל אפילו באיסור דרבנן אסור פ"ר מודה בדבר שאיסורו משום גזרה כמו שהביא תה"ד ראיה מהמרדכי דמתיר לשפוך מים אף שיורד לכרמלית דכיון שאינו מתכוין לא אתי להוציאה וה"נ דאסור מו"מ רק משום גזרה דשמא יכתוב כדאית' בביצה דל"ז וכיון דאינו מתכוין לא גזרו את"ד ולא נראה כן מירושלמי ריש כתובות דאמר שם בר קפרא אמר מפני שכתוב בם ברכה ופריך הלא כתיב ברכה בשביעי ומתרץ אין כתיב ברכה בבריות אלא ביום ופריך הא אילו הוי כתיב ברכה בבריות היתה נישאת בשבת לא כן תני לא יבעול בתחלה בשבת מפני שעושה חבורה ומשני מפני שאחרים מתירין ופריך כלים אחרים מתירין אלא בשכנס אבל עד שלא כנס זוכה ע"י בעילה בשבת במע"י והוי קונה קנין בשבת עיי"ש הרי דאוסר הבעילה בשבת כיון שקונה אותה עתה עיי"ש בק"ע ופ"מ ול"ל דאזיל למ"ד דשא"מ אסור דהא כמו שתירץ דהוצרך לומר משום שלא כתיב ברכה לבריות למאן דמתיר בעילה בשבת ולא אסר משום חבורה ה"נ י"ל למאן דמתיר דשא"מ ולא אסור משום קנין ומכ"ש אם ההיתר בחבורה משום דשא"מ ומה שטען המקנה כיון דאינו מתכוין לקנין ליכא למגזר משום שמא יכתוב גם כן אינו לפימ"ש הר"ן ריש פ"ק דכתובות שהיא לא תשמע לו מפני שיודעת דקלה בעיניו להוציאה אם לא כתב לה כתובה ואדרבה גם לתה"ד דמתיר פ"ר דרבנן י"ל דוקא אם האיסור משום

מלאכה כיון דאינו מתכוין אינו מלאכת מחשבת אבל כאן דהאיסור משום שמא יכתוב ל"ש אם מתכוין לקנין או לא דמ"מ שמא יכתוב אם לא תשמע לו בלא כתובה.
גם מה שכתב דיכולים להתנות שלא יזכה על ידי זה בשום זכיה עד שיתיחד עמה אחר השבת כיון ששניהם אינם רוצים שיזכה בביאה זו שומעין להם דכל האומר א"א בתק"ח שתקנו לטובתי שומעין להם עיי"ש ג"ז נסתר מן הירושלמי דא"כ ל"ל משום דבשביעי ליכא ברכה לבריות דאל"כ היה בועל בשביעי ע"י תנאי זה.
אמנם מ"ש דבזמן התלמוד לא היו נוהגין בחופה שנוהגין עכשיו רק חומת בתולה בהינומא ואלמנה ביחוד דוקא אבל עכשיו דהחופה שוה בבתולה ואלמנה תחת טלית פרוסה על כלונסת ע"כ קונה גם באלמנה דאל"כ איך מברכין ז' ברכות והא הוי הפסק גדול עד היחוד עיי"ש אף דאין מזה הכרח כלל כמ"ש בבני אהובה פ"י סוף הלכה ב' דאין זה כברכת המצות דצריך שלא להפסיק אלא ברכת שבח ותפלה לכן יכול להקדימה זמן מרובה עיי"ש דהכריח כן מ"מ י"ל להמקכה דאל"כ בכדי עושין חופה באלמנה אם אינו קונה וגומר ואף דבזמן התלמוד לא היה זה קנין מ"מ עכשיו דנהגו בחופה קונה מטעם סטימתא המבואר בב"מ דף ע"ד ובחו"מ סימן ר"א דה"נ ע"כ נהגו בחופה כדי שתהא נקנית לגמרי כשאר נשואה דבכדי לא עביד ועדיין צ"ע דאפשר סטימתא לא מהני רק בדבר שבממון והירושלמי ריש כתובות אומר כיון דמשכנס זוכה במע"י ובמציאתה ובהפרת נדריה הוי כקונה קנין בשבת א"כ לענין הפרת נדריה מה יועיל סטימתא אך י"ל כיון דמתחייב במזונות אלא דמ"מ כ"ז שלא נכנסה לחופה לאו ע"ד בעלה נודרת אבל בנשואי דרבנן יכול בעלה להפר נדריה אף שהנדרים מן התורה משום דע"ד בעלה נודרת כמ"ש הר"ן בפ' נערה המאורסה דף ע"ג ע"ב ה"נ כאן כיון דנהגו בחופה ומתחייב במזונותיה הוי כנשואי דרבנן דמפר נדריה דע"ד בעלה נודרת כיון דבדעתה תלוי לא גרע מדבר שבממון דמהני סטימתא ועיין בתוספת פרק יוצא דופן מ"ו ע"ב בסד"ה כדר"פ.
בשעה"מ פ"י מה"א בקונטרס חופת חתנים ס"ג הקשה על הפוסקים דאין חופה לאלמנה מפ' הבע"י דף נ"ז ע"ב דפליגי רו"ש אי יש חיפה לפסולות ופרשו רש"י ותוספת דקאי על אלמנה לכ"ג ועיי"ש ולע"ד י"ל עפימ"ש בנתיבות סי' קע"ו ס"ג וסימן ר"ז סי"ג בדעת הפוסקים בנשתתפו על דשלב"ל דמהני דאיידי דבעי לקנוה גמר ומקנה דדוקא דשלב"ל כיון דלא מצי להקנות עכשיו משא"כ בדבר שבא לעולם דמצי להקנות ע"י וכסף וכדומה לא קנו בלא קנין המועיל עיי"ש וא"כ י"ל ה"נ בחיפה באלמנה כשרה דיש בה קנין ע"י יחוד וביאה של היתר לא אמרינן איידי משא"כ בפסולות דבעל לוקה ואינו קונה כמ"ש הר"ן ריש קידושין הובא בב"ש לעיל סימן נ"ה סק"ג דביאה של איסור אינה קונה וא"כ

החופה קונה במה שמתקרבין לביאה דאיידי דבעי לקנות שתהא אשתו דאף דבעל לוקה הרי דעתו לבעול באיסור וכן דעתה ורוצין באישות וזכיית שזוכין זה בזה ע"י החופה דלית בה איסור מלקות ועיין בפ"ת לעיל סימן וא"ו סק"א בשם שו"ת אכ"ע שפיר קונה כמו בבאו להשתתף דקונין משום איידי לכ"פ והכא אפשר לכ"ע באיידי דמתחתני אהדדי עדיף ולפ"ז יש סברא לומר באלמנה נדה עדיף שהחופה קונה כיון דהשתא א"א לקנות ע"י יחוד וביאה ורוצין לקנות עכשיו י"ל איידי מיהא לפימ"ש לעיל סימן ל"ג ס"ב גם ביאה של איסור קונה להיות כנשואה גם כן ולא אמר הר"ן רק עמ"ש הרי"ף דהעראה עושה נשואה דיליף מיבמה ומכל מקום י"ל נהי דביאת איסור קונה מ"מ אינו רוצה לבעול ולקנות בפני עדים כיון דבעיל לוקה לכן עושה הקנין בפני עדים עכשיו רק ע"י החופה דאינו לוקה ועיין בקידושין דף ע"ח משא"כ באלמנה להדיוט דיכול לעשות קנין בהיתר ע"י יחוד לא קנו בחופה שאינו ביחוד וכן נראה לפימ"ש בנתיבות שם קע"ו דאיכא דיכולים לעשות קנין המועיל לא אמרינן איידי דאדרבה אמרינן אלו גמר ומקנה היה עושה קנין גמור.

סימן סה

מצוה לשמח כהב מהרי"ל בהלכות נשואין כבוד חתן ביום חתונתו של בחור עדיף מכל רגל ואם יש לו כלים חדשים ופגע בו הרגל לפני החופה לא ילבש עד החופה והובא בכנה"ג ובאה"ט ובפ"ת הניחו בצ"ע לפימ"ש רדב"ז הובא בבאה"ט א"ח סימן צדיק סקי"א ונ"ל לפימ"ש לקט הקמח לחלק בין ציבור ליחיד דביחיד יש לחוש שמא ימות לכן אין מעבירין על המצות ועושה מיד אף דלאח"ז יהא עדיף יותר עיי"ש וא"כ י"ל כאן טעמו של מהרי"ל לפימ"ש הרא"ש ריש כתובות בשם הרמ"ה דיום ראשון של שמחת חתן הוי דאורייתא והנה ברמב"ם פרק שלשים מהלכות שבת ה"א דכבוד ועונג שבת מד"ס דכתיב ע"י נביא וקראת לשבת עונג ולקדוש ד' מכובד ובפ"ו מהיו"ט והט"ז כתב כשם שמצוה לכבד שבת ולענגה כך כל יו"ט שנאמר לקדוש ד' מכובד ויו"ט נמי נקרא מקרא קודש ומג"א סימן קכ"ט סק"ד כתב אהא דבגדי יו"ט יהיו יותר טובים משל שבת משום דחייב בשמחה והנה חיוב שמחה ביו"ט אינו כן דרבנן דמ"ש ושמחת בחגך היינו בקרבנות חגיגה כמ"ש תוס' בפרק אלו מגלחין דף י"ד וכן משמע מרמב"ם הנ"ל ובפ"א מהלכות חגיגה והנה מבואר בא"ח סימן תקצ"ה דספק של תורה דוחה ודאי דרבנן וא"כ הכח דשמחת וכבוד חתן בחופתו יום ראשון מן התורה לבן אף דמשהה הבגד עד אז וספק יחיה אז דוחה שמחת הרגל של עכשיו אף דהוא ודאי משא"כ אם שניהם של עכשיו ושל אחר זמן שוין או דרבנן או מן התורה אף דהמצוה של אח"ז עדיף אין לה

להחמיץ המצוה להשהותה ול"פ מהרי"ל ורדב"ז ואין להקשות על מהרי"ל מרפ"ב דביצה דפליגי שמאי הזקן והלל וב"ש וב"ה דלב"ש מצא בהמה נאה מניחו לשבת ולב"ה א"צ להניחו וכה"ג הקשה רמב"ן בפירושו עה"ת בפ' יתרו על פרש"י בפסוק זכור את יום השבת דאם נזדמן לו חפץ יפה יזמינו לשבת דהלכה כב"ה דזה דוקא אם בדעתו לקנות עוד על שבת לכן לב"ה א"ל להניח זה דיש לבטוח בד' שיזמין לו הש"י כפרש"י בביצה שם והיינו דאמר שם שנאמר ברוך ד' יום יום יעמוס לנו אבל אם אין בדעתו לקנות אחרת כנידון דמהרי"ל גם ב"ה מודו וכן י"ל פרש"י ומזרחי שם תירץ דשמאי הזקן והלל פליגי בין במאכל דמצוי בין בכלים דאינו מצוי אבל ב"ש וב"ה ל"פ רק במאכל ורש"י כונתו רק על חפץ שאינו אוכל והלכה כב"ה נגד ב"ש אבל אין כלל זה בפלוגתא דשמאי והלל עצמו עיי"ש והגו"א כתב דברי המזרחי דאין בדבריו ממש ושארי ליה מאריה דאגב שיטפיה לא ירד לכונת המזרחי והשיג עליו בחנם עיי"ש.

ויש להביא ראיה להררב"ז משינה סוכה דאמר אביי אהא דמשמר הנכנס נוטל בלחה"פ שבע משום דבוצינא מבא מקרא עיי"ש הרי אף דאבילה לחה"פ מצוה מ"מ טוב עתה בוצינא שהוא קטן מלאכול קרא גדול בשבת הבאה וא"כ תקשי על מהרי"ל דילבש ברגל מלהמתין עד אח"כ ללבוש בחופה אף דבחופה מצוה יותר אע"כ כמ"ש משום דכיבוד רגל רק מדרבנן וחופה מדאורייתא אבל בלחה"פ דהמצוה שוה אפילו היה עתה פחות משבת הבאה חשוב יותר עתה כאשר אמר בוצינא טב מקרא.