שו״ת · אחרונים · צמח צדק

צמח צדק (לובאוויטש) אבן העזר חלק ב

רבי מנחם מנדל שניאורסון

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

צמח צדק (לובאוויטש) אבן העזר חלק ב

רבי מנחם מנדל שניאורסון

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/צמח-צדק-לובאוויטש-אבן-העזר-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן צא 43
סימן צב 66
סימן צג 68
סימן צד 96
סימן צה 100
סימן צו 102
סימן צז 103
סימן צח 104
סימן צט 134
סימן ק 146
סימן קא 165
סימן קב 166
סימן קג 194
סימן קד 202
סימן קה 209
סימן קו 231
סימן קז 232
סימן קח 240
סימן קט 241
סימן קי 252
סימן קיא 262
סימן קיב 265
סימן קיג 277
סימן קיד 281
סימן קטו 302
סימן קטז 305
סימן קיז 324
סימן קיח 326
סימן קיט 331
סימן קכ 333
סימן קכא 341
סימן קכב 350
סימן קכג 353
סימן קכד 359
סימן קכה 360
סימן קכו 362
סימן קכז 365
סימן קכח 366
סימן קכט 367
סימן קל 376
סימן קלא 377
סימן קלב 379
סימן קלג 385
סימן קלד 386
סימן קלה 388
סימן קלו 391
סימן קלז 392
סימן קלח 395
סימן קלט 407
סימן קמ 412
סימן קמא 415
סימן קמב 415
סימן קמג 416
סימן קמד 416

מהלכות קדושין סימן צ הנה תוכן השאלה הוא לפי גב"ע הראשון שהבחור יוזיפ טוען שקידש הבתולה פייגא העניא לפני שלשה עדים והבתולה הכחישה דבריו ואמרה שלא קיבלה ממנו שום מטבע ולא קידש אותה כלל והביא יוזיפ שני עדים אלטער בן שמעון ואברהם בן צבי והעידו שבבית חתן מאהל של ר' ישראל מרדכי נתן הנער יוזיפ גריוונע כסף להבתולה פייגא העניא וקודם הנתינה אמר לה הרי את מקודשת לי במטבע זו כדת משה וישראל והעד השלישי לא היה בביתו ומחמת איזה סיבה נתבטל ישיבת הב"ד ולא היה להם פנאי לשאול אותם כל פרטי הדברים ולעשות דרישה וחקירה כדת הגם שידעו הב"ד שיש לחוש בזה חשש רמאות וע"כ לאחר זמן נתאספו הב"ד ושלחו אחר שני העדים הנ"ל ואז היה גם העד השלישי לשאול אותם עוד הפעם וגם לעשות דו"ח. ואמרו בתו"ע באליונ"ע ובח"ח ואחר האיום שאיימנו עליהם ואמר העד אלטער שהאמת שלא ראה אם נתן יוזיפ מטבע להבתולה הנזכרת וגם לא שמע שאמר יוזיפ איזו דברים ומה שהגיד מקודם שראה ושמע אינו אמת כלל רק מחמת יראה אמר שיוזיפ הנ"ל ואביו אמרו לו שאם לא יאמר כרצונם יכו אותו וראוי להתיירא מהם וכעת ששומע מהב"ד החטא והעונש מעדות שקר אומר האמת שלא שמע ולא ראה מעסק הקדושין שום דבר מהבחור יוזיפ בן דוד להבתולה פייגא העניא הנ"ל והבחור אברהם בן צבי העיד מתחלה כמו שאמר בעת גב"ע הראשון שנתן ושאמר מקודם כו' ושאלו הב"ד ממנו אם ראה שנתן המטבע לידה ממש והשיב שמחמת הדוחק והחושך שבעת חתן מאהל הנ"ל של ר' ישראל מרדכי לא היה אפשר לראות אם הניח המטבע לתוך ידה רק ראה שיוזיפ שלשל ידו למטה עם הגר"כ מפני שהיה בוש ליתן לה בפני אנשים ע"כ נתן אונטער ווייליעכש ושאלו ממנו איך אתה יודע שנתן לה המטבע שמא לא נתן לה כלום והשיב שלא ראה רק שמשער בדעתו כן לפי שמקודם ראו אצל יוזיפ א' גריוויניק כסף ובמשך זמן מועט אחר הקדושין קראה יוזיפ מהבית לרחוב ואמר לה אני קדשתיך והשיבה לו דרך שחוק מז"ט לך וכראותה שכולם אומרים שקידש אותה התחילה לבכות ולזעוק איך יכול לומר שקידש אותי והרי אין לי רק גריוויניק אחד שהבאתי מביתי ויותר אין לי ואזי ראיתי אצלה א' גר"כ ואני יודע שגר"כ אחד נתנה לאשה על החתונה וא"כ מאין לה עוד גר"כ זה השני מזה אני משער שזה הגר"כ הוא מהקדושין אבל ראה לא ראיתי אח"כ שאלו אותו הלא על החתונה קול רעש גדול איך שמעת לשון הקדושין והשיב שבאמת לא שמע כלום רק שראה איך ששפתיו נעות כמו שאדם מדבר וקולו לא שמע ולאחר זמן מה אמר הבחור הנ"ל שהסוף מהקדושין שמע היינו תיבות כדת משה וישראל ושאלו אותו למה אמרת ששמעת שאמר לה במטבע זו ושמא לא אמר במטבע זו והשיב נזכרתי

שחמש' תיבות אלו שמעתי היינו במטבע זו כדת משה וישראל ויותר לא שמעתי כל הנ"ל אמר לנו בתו"ע באליונ"ע ובח"ח ובדריש' וחקיר':

אח"ז שאלנו את העד השלישי יעקב בן יצחק אייזיק ואמר לנו בזה"ל יוזיפ בן דוד קרא אותי שאהי' עד איך שיקדש את הבתולה פייגא העניא על החתונה בבית ר' ישראל מרדכי והלכתי עמו וראיתי איך הוא עמה בחוץ ושאלתי אותו מה דברת עמה בחוץ אמר לי שאמרתי לה שאתן לה א' גר"כ על ריקוד כדי שתקבל ממני את הגר"כ אח"כ כשאתן לה בפניכם שאם אתן לה סתם מתירא אני שתרגיש שזהו לשם קדושין ולא תאבה לקבל. ע"כ מוכרח אני להטעות אותה כך אמר לפני ולפני עוד אנשים ואח"כ נכנסנו אנו השלשה עדים ויוזיפ לתוך הבית וגם היא באתה ושלשל ידו למטה ונתן לה תחת ווייללעכש את הגר"כ גם אמר קודם הנתינה הרי את מקודשת לי במטבע זו כדת משה וישראל ולידה ממש לא ראיתי מחמת שהיה דוחק וחושך. רק כמו שראיתי המטבע זו אצל יוזיפ ואחר זמן מה אחר הקדושין ראיתי א' גר"כ אצלה אני משער שזהו הגר"כ ואמר לנו כסברת העד השני אברהם בן צבי הנ"ל גם אמר לנו שהוא עמד בקרוב יותר מהשני עדים אצלו ואצלה ותפשתי שהבתולה לא שמעה את הלשון הקדושין והיתה מדמה שהוא נותן לה על ריקוד כדרכם מקודם מחמת שאני עמדתי קרוב מאד אצלם יותר הרבה מהשני עדים הנ"ל כל הנ"ל אמר לנו בתו"ע באליונ"ע ובאיום כמו שמאיימין על העדים ואנחנו ב"ד קבלנו עדותם הנ"ל יום א' טו"ב סיון שנת תר"ח לפ"ק פ"ק יעזר נאום זאב וואלף בלא"א מוה' ישראל זלהה"ה:

נאום שמעיה יהודא באא"מ דוב נ"י:

נאום זאב בן יהושע:

א מתוך תשו' הרב"י בדיני קדושין סי' ד' למדתי וראיתי לחקור בזה שלשה חקירות הא' אם לפי גב"ע הראשון הוי קדושין ודאין או קדושי ספק או רק כקול קדושין בעלמא החקירה הב' אם לפי גב"ע השני אין הקדושין כלום לגמרי והחקירה הג' אם הדין שיכולים לחזור בהן ממה שאמרו תחלה ושאין בזה משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. וע"ז אשיב תחלה בקצרה ואח"כ אבאר באריכות אי"ה הטעם ואומר בס"ד ע"ד החקירה הא' כיון שעדות הראשונה לא נעשה בה שום דרישה וחקירה לא משבע חקירות המנויות במשנה פ"ה דסנהדרין ולא בבדיקות ודרישות בגופה של עדות והדין מרומה שהרי הבתולה מכחישתו וניכרים דברי אמת לכן קרוב הדבר מאד לומר שהעדות אינו כלום ואין עליה חשש קדושין מדאורייתא והיינו אפילו לא היה עושים גב"ע השני כלל דאין עדות הראשונה עדות גמורה לאוסרה אכ"ע רק ה"ל כמו קול של קדושין ועל

החקירה הב' נראה שלפי הגב"ע השני נתברר שאין עליה חשש קדושין כלל וכלל והרי היא פנויה כמקדם ונתברר שהקול והחשש קדושין שע"פ גב"ע הראשון בטל ומבוטל כחרס הנשבר ועל החקירה הג' ג"כ נראה שיכולים לחזור בהן ועדותן הראשונה בטילה ועדותן השניה קיימת:

ב הנה נידון החקירה הא' הנה אע"ג שהרמ"א בסי' מ"ב ס"ד בהג"ה פסק כמ"ד דעדי קדושין אינם צריכים דו"ח. והיינו כת"ק סוף יבמות גבי עדות אשה דלדיני ממונות מדמינן לה. מ"מ סיים אם לא בדבר שנראה שיש בו רמאות והיינו כמ"ש בש"ס רפ"ד דסנהדרין כאן בדין מרומה כו' ופי' הב"ש שם ס"ק י"ד דהיינו כשהיא מכחשת והוא מתשובת ר"י שבמרדכי פאד"מ הואיל והיא מכחישתו הובא ב"י סי' מ"ב ובח"מ סי' כ"ט וכ"כ האגודה בסנהדרין פ"ד סעיף מ"ב וז"ל ולולי כן לא היתה צריכה לקבל גט כי עדים שבאין לאוסרה צריכים דרישה וחקירה הואיל והיא מכחישתו כו' ועוד אפילו בדיני ממונות בדין מרומה בעי דרישה וחקירה ואין לך דין מרומה יותר מזה עכ"ל והנה הא דדין מרומה צריך דרישה וחקירה פי' התוספת בסנהדרין רפ"ד (דל"ב ב') לא שיודעין בו שהוא מרומה דא"כ אין לדונו כלל וכ"כ בהג"א בשם ריב"ן היינו שנראה בעיני הדיינים כו' וכ"נ מפרש"י שם וכן הסכים בחי' הר"ן. ומהר"מ אלשיך בתשו' סי' מ' כתב וז"ל דחמשה גווני דין מרומה איכא חדא דלא אתחזק בדעתיה דהוא דין מרומה אלא דמספקא ליה ומש"ה בעינן דרישה וחקירה לברורי מילתא והיינו ההיא דר"פ אחד דיני ממונות שנית דמשמע ליה דהוא מרומה ודאי ומש"ה אפילו מידן לא דיינינן לי' והיינו ההיא דר"פ שבועת העדות כו' הרי רק כשמספקא ליה צריך דו"ח מדינא וא"כ הכא לפחות מספקא להו שהדין מרומה וכמ"ש בגב"ע הראשון שהדיינים הבינו שיכול להיות בזה טענות רמאות א"כ ודאי צריך דרישה וחקירה ומה גם כבר נמצא כן בתשובת הריב"ש סי' רס"ו בד"ה וכן דאין לפסול דע"ג א' וז"ל ובודאי אין לך דין מרומה גדול מזה שיאמר אדם שהוא קדש אשה אחת חשובה בלא שדוכין ושלא בפני קרוביה ובלא ברכת ארוסין ושלא בעשרה ובהכמנת עדים בדרך ערמה עכ"ל וכש"כ הכא שהבתולה יש לה אב. ושתתקדש בלי דעת אביה שהיא אצלו וביותר נגלה שהוא דין מרומה ממה שהעיד יעקב איך שאמר לו יוזיף תחלה שמוכרח להטעות אותה לומר שיתן לה הגר"כ על ריקוד שמתיירא שמא תרגיש שזהו לשם קדושין הרי מבואר איך שרצה רק להטעות אותה לבד והרי יעקב לא העיד תחלה בענין אחר א"כ מעדותו מבואר ברור שאין לך ענין מרומה ושקריי גדול מזה וכן מעדות אברהם בן צבי שבראותה שכולם אומרים לה שקידש אותה התחילה לבכות ולזעוק א"כ מזה ג"כ נראה ברור שנעשה הכל במרמה ולא הסכימה

כלל להתקדש לו דא"כ איך ברגע אחת נהפך לבה לבכות ולזעוק ובכה"ג אמרינן הוכיח סופו על תחלתו כיון שבלא"ה קרוב הדבר שלא נתרצית מעולם והנה בהגדה זו דאברהם בן צבי אינו סותר כלל למה שאמר בגב"ע הראשון שהרי גם בגב"ע הראשון לא אמר שהיא הסכימה על הקידושין כ"א סיפר מה שעשה יוזיפ א"כ ע"ז (שהוא) כשאמרו לה שקידשה התחילה לבכות ולזעוק לא נמצא סתירה בגב"ע הראשון וא"כ זה ודאי יש לקבל ממנו לכל הדיעות וא"כ יש שני עדים שהדין מרומה דעדיף ממ"ש רש"י בסנהדרין שם שמכירים בתובע זה שהוא רמאי או מבינים טענת רמאי בדבריו דהכא מלבד דה"ל שהוא רמאי הרי מדברי שני העדים מובן ומבואר שעיקר המעשה היה ברמאות ועדיף ג"כ ממ"ש הריב"ן ע"ש. ואע"ג שבעת עדותן לא היה מובן כ"כ שהוא מרומה רק מטעם דהריב"ש הנ"ל שיאמר אדם שהוא קדש כו' בלא שדוכין כו' אבל ההוכחה מדברי העדים יעקב ואברהם נתגלה אח"כ מ"מ נראה דאמרינן תגלי מלתא למפרע כמו בכל עדים שכ' הב"ח סי' מ"ו בפשיטות דא"צ שהב"ד ישמעו כל דברי העדים בבת אחת וכהא דאמרי' פ"ב דכתובות (דף כ"ו ע"ב) שומעין דבריו של זה היום וכשיבא חבירו למחר שומעין דבריו ואפילו לת"ק דר"נ בכל עד עד שלא נגמרה עדותו יכול להוסיף דבר כו' וגדולה מזו כ' הב"י בח"מ סי' כ"ט מחודש ג' היכא שאינו סותר עיקר דברים הראשונים כו' יכולים לחזור ולהגיד כו' אחר שנחקר עדותם בב"ד כו' כל שאנו יכולים לכוין דברי העד כו' ע"ש ולא דמי למ"ש בגמרא ר"פ החולץ (דף ל"ה ע"ב) דר"ל ס"ל תגלי מילתא למפרע לא אמרינן דכבר פירשו התוס' שם ד"ה תגלי. משום דאין ספק זה ראוי להתברר עכשיו אבל הכא שנתגלה אח"כ מעשה שכבר היה מקודם שפיר אמרינן תגלי מילתא למפרע: ג וא"כ כיון שהדין מרומה צריך דו"ח וגם כשנצרף אל זה מה שהעלה הסדר אליהו שער ב' דף ק' ע"ג וז"ל סוף דבר העולה בידינו כי מה שחשב הרב מהרח"ש דגיטין וקדושין לדיני ממונות דמו אליבא דכ"ע והר"ן שכתב דלד"נ דמו הוא יחיד בסברתו אחרי המחילה אין זאת כמו שכבר כתבנו פעם ופעמיים דהרי"ף והרמב"ם ור"י בעל התוס' והרא"ש ור' פרץ ז"ל קיימי כוותי' וסלקא בידן דפלוגתא דרבוותא היא אם דיני נשים בקדושין וגיטין וזנות אי לדיני נפשות דמיין או לדיני ממונות דמיין עכ"ל וע"ש דאפילו בהיא מכחישתו ה"ל פלוגתא דרבוותא ודלא כהב"ש ולכן אף להרמ"א סי' מ"ב ס"ד דפסק דעדי קדושין א"צ דרישה וחקירה י"ל בהיא מכחישתו עכ"פ יודה דה"ל פלוגתא דרבוותא דהא הב"ש ס"ל דבכה"ג לכ"ע צריך דו"ח וגם הרש"ל ביש"ש סוף יבמות פוסק דעדי קדושין צריכים דו"ח. לכן עכ"פ בהיא מכחישתו י"ל דה"ל פלוגתא דרבוותא וכיון שהדין מרומה ג"כ א"כ יש להורות דודאי היה צריך דרישה וחקירה והיכא שצריך דו"ח

ולא עשו דו"ח נראה שאין העדות כלום דאין לומר אע"ג דצריך דו"ח מדאורייתא מ"מ אם לא דו"ח נהי דאין עונשין מספק מ"מ ה"ל ספק דאורייתא אע"ג דעדות שאי אתה יכול להזימה אינו עדות זהו כשאמר אינו יודע אבל לא כשלא דו"ח כלל ובשו"ת נו"ב סי' ע"ב בד"ה הנה זה ממש כדברי כתב דדו"ח כיון שכבר נעשה מעשה וכבר העידו העדים אין זה מעכב בדיעבד וע"ש סי' ע"ג דהחכם הכולל השיג עליו ובחידושי הר"ן בסנהדרין ר"פ היו בודקין בד"ה מכירים אתם אותו כתב וז"ל והר"ד ז"ל סובר שהשבע החקירות המנויות במשנתינו אין עדותו מתקיימת זולתם שאם לא שאלו אותן הדיינים אין עדותם כלום עכ"ל הרי היכא דצריך דו"ח ולא עשו אין עדותם כלום וכ"מ מהנ"י ר"פ אד"מ שכ' וכן גט דמכשרינן אפילו אין בו זמן מהאי תקנתא הוא דלא בעי דרישה וחקירה כו' ויש כח ביד חכמים לעשות משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ובהאי גט אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה עכ"ל מבואר דמדאורייתא לא הוי גיטא ואס"ד דהיכא דלא עשו דו"ח העדות קיים מדאורייתא א"כ א"צ כאן להפקעת קדושין ועיין בספר תבואת שמש על הרמב"ם בהל' גרושין פ"א הכ"ח וע' תשובת פנים מאירות ח"א סי' כ"ב ובהרמב"ם ס"פ י"ז מהל' מלוה דין ט' הא דשטר שאין בו מקום וזמן כשר משום דבד"מ א"צ דו"ח משמע הא היה צריך דו"ח אף דיעבד אין זה עדות וכ"מ בישו"ש סוף פ' בתר' דיבמות ססי' כ"ח ואף שהתומים סי' ל"ד ס"ט פי' הטעם דשטר קדושין וגט שאין בו זמן כשר משום בעדות שבשטר א"צ דרישה וחקירה ולא בעינן עדות שאתה יכול להזימה מ"מ בזה לא נחלק דאם היה צריך דו"ח ועשאי"ל היה העדות בטל מדאורייתא כמ"ש הנ"י והרמב"ם הנ"ל וק"ק על התומים מהש"ס ר"פ אד"מ ואס"ד כו' היכא חיישינן כו' הא בעדות שבשטר א"צ דרישה וחקירה כלל. וכ"כ בתשובת הריב"ש סי' רס"ו בד"ה וכן דאין דע"ג ע"א וז"ל הנה עדות הב' עדים שהעידו על קדושין בטל כיון שלא היו בעדותם דרישה וחקירה שהרי לא אמרו בכמה בחדש ולא באיזו שעה עכ"ל. וקאי שם על דין מרומה והיינו שיאמר אדם שהוא קידש אשה אחת חשובה בלי שדוכין כו' עד ובהכמנת עדים בדרך ערמה עכ"ל וכ"כ בסדר אליהו שער ב' דף צ"ט ע"א וז"ל משום דאיכא מאן דאמר דבעי דרישה וחקירה ואם לא נחקרו כמאן דליתנהו דמי עכ"ל וכ"נ קצת ראיה מהא דסנהדרין פרק הנשרפין (דפ"א ע"ב) גבי ההורג נפש שלא בעדים דאוקימנא בעדות מיוחדת. או דאתכחוש בבדיקות ואמאי לא אמר שלא עשו דו"ח כלל א"ו דכה"ג אין העדות כלום ובגמרא שם ר"פ אד"מ ואס"ד כו' היכא חיישינן כו' משמע אם צריכים דרישה וחקירה פסול וכיון שכן בנד"ז שלא עשו דו"ח כלל הרי העדות אינו כלום ואף שהריב"ש שם כתב וכן אין לפסול הקבלת עדות כו' שקבלם שלא בדרישה וחקירה כו'

שהרי לא אמרו בכמה בחדש ולא באיזה שעה כו' שנראה דבהודאות והלוואות אפילו בדין מרומה לא בעי דרישה וחקירה כד"נ ממש אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מה דאפשר כו' וכן אם אמרו אמש הלוהו שיהא צריך שיכוונו באיזו שבוע באיזה שנה באיזה חדש וכל שאר החקירות אע"פ שבד"נ צריך כן עכ"ל והביאו ב"י בח"מ סי' ל' מחודש א' הנה בכנה"ג שם בהגב"י אות ח' כתב שבתשובת מהר"ר בצלאל אשכנזי סי' ה' הביא כמה אשלי רברבי שסוברים דדין מרומה דדיני ממונות הוא כד"נ ממש וכל שלא נעשה דרישה וחקירה עדותן בטלה וכ"מ בחידושי הר"ן פרק היו בודקין בד"ה היו בודקין גבי מ"מ נפ"מ לד"מ היכא דהוי הדין מרומה כו' ע"ש דמשמע דצריך שבע חקירות כד"נ ממש (וכ"ד התומים רסי' ל' סק"א) אלא שבר"פ אד"מ בד"ה כאן בדין מרומה כתב וז"ל וכתב הר"ר דוד ז"ל דבמאי דאמרינן הכא דבדין מרומה בעינן דרישה וחקירה אין הכוונה שנצרך כל דיני דרישה וחקירה כמו בד"נ לגמרי אלא שאם הדיין חושש בענין זה צד רמאות שהוא ידרוש ויחקור אותו צד רמאות שחושש בו כו' וא"ת ואי הכי כי מוקמינן מתניתן בדין מרומה ואמרינן אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות כו' מה בין דיני ממונות לדיני נפשות כו' משמע דאין בין דיני ממונות לדיני נפשות אלא מה שפירשו אח"כ:

וא"כ לא שוו דיני ממונות בדין מרומה לדיני נפשות כלל דבד"נ צריך לחקור כל צדדי הדרישות והחקירות ובדין מרומה א"צ לחקור וכדכתיבנא י"ל דמשכחת לה היכא שהדיין חושש בכל הענין כולו שהוא מרומה דבכי האי הוא שצריך לעשות דרישה וחקירה בשלימות עכ"ל הרי הר"ן בשם הר"ד שהוא מקור סברא זו דהריב"ש מודה היכא שהדיין חושש שכל הענין מרומה כו' ובנד"ז הרי החשש האמיתי הוא שמעולם לא נתקדשה כלל ולא עלתה על דעתה לשם קדושין רק לשם ריקוד או שלא קבלה כלל הגר"כ א"כ זהו שכל הענין מרומה ובכה"ג מוכרח מהמשנה דצריך דרישה וחקירה כד"נ ממש וכ"כ בתשובת הרב"צ סי' ה' דף כ"ז ע"א וגם להריב"ש דצריך לחקור אותו צד של רמאות הרי כאן לא חקרו מהם כלל בגוף הענין שיבארו היטב המעשה ולא די שלא חקרו מהם זה אלא אף מה שצריך לבדוק העדים בד"מ בדין שאינו מרומה איך אתה יודע שזה חייב לזה גם זה לא שאלו מהם. כמו שיתבאר לקמן בחקירה הג' א"כ גם להריב"ש י"ל דאין העדות כלום אלא שבכנה"ג בח"מ סימן ל' בהגהת הב"י אות ט' כתב וז"ל לדעת הריב"ש ז"ל אפילו בדין מרומה אם לא נעשה דרישה וחקירה אין עדותן בטלה הר"ש חקאן ומוהרש"ח אבל מהר"י בי רב כתב שאין להבין כן מדברי הריב"ש ואם לא נעשה דרישה וחקירה עדותן בטלה עכ"ל. ועכצ"ל כוונתם שלא נעשה דרישה וחקירה באותו

הצד רמאות ואעפ"כ להר"ש חקאן אין עדותן בטלה אבל יקשה ע"ז מלשון המשנה ר"פ אד"מ מה בין דיני ממונות לדיני נפשות משמע ומבואר שבדו"ח אין הפרש ביניהם בדין מרומה דד"מ כנ"ל ואי הכי ההפרש עצום שבד"נ כשלא עשו דרישה וחקירה העדות בטל ובדיני ממונות העדות כשר א"ו העיקר כמ"ש מהר"י בי רב ובנ"ד שלא נעשה שום דרישה וחקירה בב' הדברים לא בשבע חקירות שבד"נ ולא בדו"ח בעצם הענין שאנו חוששין לרמאות א"כ העדות אינו כלום:

ד אלא שמהר"ר בצלאל בתשו' הנ"ל כ' וז"ל ומיהו בערוה החמורה ראוי לחוש לדברי הרא"ה שהביא הריטב"א סוף יבמות דמן התורה לא בעי כלל דו"ח בקדושין ולכן כ' המאירי שאף בדין מרומה בקדושין א"צ דו"ח. ור"ל שדיעבד אם לא נחקרה עדותן לא יתבטל עדותן. מ"מ זהו רק דרך חומרא להצריכה גט. אבל מעיקר הדין ודאי קיי"ל כדעת רוב הפוסקים דדין מרומה בקדושין לא גרע מדין מרומה דדיני ממונות וצריך דו"ח מדאורייתא מה גם במרדכי ואגודה בשם ר"י כתבו ועוד אפילו בד"מ בדין מרומה בעי דו"ח מבואר דכ"ש וק"ו בדיני קדושין מה גם כיון שהרבה פוסקים ס"ל דבעדי קדושין אפילו בדין שאינו מרומה צריך דו"ח וא"כ איך נאמר שדיני קדושין גריעי מד"מ זהו ודאי סברא יחידאה דאין לחוש לה וכן בסד"א כ' שהפוסקים דחו סברת הרא"ה בשתי ידים. מיהו אחר זה ראיתי בסדר אליהו שער ב' דף קי"ו עד סוף דף קי"ז האריך להעמיד דברי הריב"ש סי' רס"ו משום שי"ל דלרב אשי אין דין מרומה דד"מ שוה לד"נ לענין שאם לא נחקרה עדותן יהיה העדות בטל ומיהו לרב פפא העדות בטל אלא דהלכה כרב אשי ובפרש"י שם משמע דרב אשי ס"ל ג"כ הא דרב פפא כמש"ש רב אשי אמר מתניתין כדשניין שפיר איתרצו בחד מהנך שינויי אי כר' חנינא אי כרבא אי כרב פפא עכ"ל וגם נלע"ד כיון דלרב פפא מוכרח לומר דהעדות בטל ולרב אשי אין מוכרח להפך כ"א שאפשר לומר כן אבל אפשר ג"כ דס"ל דהדין בטל כרב פפא וכדפרש"י דרב אשי לא פליג כלל על רב פפא וכ"נ מדברי ר"י שבמרדכי ואגודה א"כ הרי מצינו בגמרא היכא דלחד אמורא פשיטא ליה דהדין כן אף אם לחד מספקא לי' לא שבקינן פשיטותא דחד מפני הספיקא דאידך ולדעת הרא"ש פ' אלו נערות סי' ה' לא שבקינן פשיטותא דאביי מפני ספיק' דרבא אף דבכל מקום הלכה כרבא נגד אביי ומדברי הנ"י ס"פ כיצד הרגל לא נ' כן ולכאורה נ' ראיה ממ"ש בשט"מ פ' אלו מציאות דכ"ח ע"א וז"ל ולענין פסק הלכה בסימנים אי דאוריית' אי דרבנן דעת הרי"ף דמספקא מילתא ולחומרא דהא לרבא מספקא לי' וכדכתיבנא. ולרב אשי נמי מספקא לי' אי סימנים דאורייתא או דרבנן כדאיתא בפ"ק (די"ח) ובפ"ג דגיטין (דכ"ז) כו' אבל מורי פוסק דסימני' דאורייתא

מפשיטותא דרבא דלעיל ומהדרינן גט האשה בסימנים אע"פ שאינם מובהקים הריטב"א ז"ל עכ"ל וקשה דאף אם נאמר דרבא פשיטא לי' דסימנים דאורייתא הוא הא רב אשי מספקא לי' והוא בתראה א"ו ס"ל להריטב"א ורבו דכיון דרבא פשיטא לי' לא שבקינן פשיטותו דרבא מקמי ספיקו דרב אשי ואף דאנן לא קיי"ל כהריטב"א שם הרי כ' הפוסקים הטעם משום דרבא ג"כ לא פשיטא לי' דלאחר שאמר אלא אמר רבא סימנים דאורייתא הדר ואמר את"ל סימנים דאורייתא כו' וגם יש לישנא פב"ת דיבמות דרבא אמר דכ"ע ס"ל סימנים דרבנן כו' ע"כ מבואר דגם רבא לא ברירא לי' מילתא להכי קיי"ל כספיקא דרב אשי משא"כ כאן דלרב פפא מוכרח דהעדות בטל י"ל לא שבקינן פשיטותא כו' ועוד דגם להנ"י פרק כיצד הרגל שלדבריו נראה דראוי לחוש לספיק' דבתרא מ"מ הרי בגמ' אין שום זכר לומר דרב אשי ס"ל לא כרב פפא אדרבה מדברי רש"י נ' דס"ל לרב אשי כרב פפא א"כ איך נחדש אנו ספיקות לדחות דרב פפא ועוד מאחר שמדאורייתא בעינן דו"ח בד"מ אף בדין שאינו מרומה ורק תקנתא דרבנן הוא שא"צ דו"ח א"כ בדין מרומה שלא תיקנו כלל ממילא נשאר אדאורייתא אלא שלכאורה צ"ע משום שאמרו שהקדושין היו אוף דעם חתן מאהל של ר' ישראל מרדכי והרי היום של חתן מאהל הנ"ל ודאי ידוע בהעיר לכל אנשי העיר א"כ הרי ידוע היום בשבת ובחודש ובשנה וגם המקום ידוע ובחי' הר"ן ר"פ היו בודקין הביא מחלוקת בזה שהרז"ה ס"ל דלא הוצרכו לפרש כל אלו החקירות אלא כשאומר זמן מרובה כו' אבל כשאמר בחדש זה אצ"ל באיזה שנה ולא באיזו שבוע והוא נחלק עליו דאע"ג דאמרו העדים אמש הי' המעשה צריכין הן להשיב על שבע חקירות ואם הוכחשו בחקירות ואפילו אמרו אין אנו יודעים עדותן בטלה וכ"ד הר"ד ז"ל והרמב"ם ז"ל וכ' דנפ"מ עכשיו למעשה לענין דין מרומה ושכ"מ פשטא דגמרא דלא כהרז"ה ואפילו להרז"ה הרי רש"י פי' פ"ק דפסחים דאפילו כיוונו בשש חקירות ורק בחקירה דשעות לא נחקרו ג"כ עדותן בטלה. וכ"כ בהרמב"ם פ"ב מה"ע. וע' בתומים סי' ל' ס"ק י"ג דס"א ע"ב מ"ש דס"ל לרש"י דהנך ז' חקירות ילפינן מקרא א"כ צריך לעולם ז' חקירות ושם ע"ב כ' דהתוס' לא ס"ל כן וצ"ע ועוד מה שאמרו בחתן מאהל כיון שלא אמרו בהדיא ביום פלוני י"ל אין זה הדבר מבואר בפי' אם בליל חתן מאהל או ביום וכ"כ בתשו' בית אפרים חאה"ע סי' נ"ו בתשו' הגאון ר' יעקב ז"ל בעל נתיבות משפט וז"ל וכן נראה דאם משיבין על חקירות בכמה בשבוע ואומרים סימן בהיום כגון שהיה ביום השוק או ביום המעונן אין ממש בתשובתם וצריכים להשיב בכמה דוקא דסימנא לאו מילתא היא כו' עכ"ל והיינו אפילו להרז"ה יעו"ש וכן העלה בחיבורו בנתי"מ סי' ל' סס"ק ב' ואף שהגאון בית אפרים השיב עליו בתשו' שם ססי'

נ"ו וז"ל וכיון שידוע שהיה הירידכך ימים בחדש כפורט היום דמי עכ"ל מ"מ כיון שכ"ז המחלוקת רק לדעת הרז"ה שבלאו הכי נחלק עליו הר"ן והר"ד וכ"ד הרמב"ם אין לחוש כ"כ בשגם שאפילו להרז"ה ואליבא דהב"א ג"כ בצרה לה חקירות דשעה עכ"פ ועוד דהרמב"ם ס"ל דכוונת המעשה הוא ג"כ מכלל הדרישות כמ"ש בתשו' הרב"צ אשכנזי סי' ה' ואף שיש חולקים על הרמב"ם וכ"נ מדברי רש"י פ"ק דפסחים (דף י"ב) דאפילו מכירים אתם אותו נק' בדיקות מ"מ הראב"ן בסנהדרין גבי מכירין אתם אותו כ' כ"ז גוף העדות ואינו לא חקירות ולא בדיקות וגבי וכל המרבה בבדיקות ה"ז משובח כ' לאו אמכירים אתם אותו קאי שיהא קרוי בדיקה שאם אמר איני יודע שתהא עדותן קיימת דחס ושלום ותלתא גווני חקירות קתני מתניתן וגוף העדות דין אחד להם שאם אמר אחד איני יודע עדותן בטלה לענין ביטול ולא לענין הזמה שבגוף העדות לא תליא הזמה אלא בחקירות אבל בדיקות אמר איני יודע עדותן קיימת עכ"ל ונראה דגם לרש"י הדין כן בודאי ועוד כי מ"מ לענין דין מרומה ודאי צ"ל תוספת דרישת בכוונת המעשה כמ"ש בשו"ת רב"צ הנ"ל בשם הסמ"ג וכמ"ש הריב"ש ונלע"ד דזה מוכח מהש"ס ר"פ אד"מ (דל"ב ב') דר"ל נפקא לי' מקרא דצדק צדק תרדוף דדין מרומה צריך דו"ח וא"א לומר דקאי רק על חקירות של זמן ומקום דא"כ אף בדין שאינו מרומה צריך דו"ח זו כדר' חנינא א"כ איך אמר בצדק תשפוט עמיתך דא"צ דו"ח אע"כ צ"ל דזה הדו"ח הוא לבד שבע חקירות שיש בכל עדות כ"א הדו"ח יתירה בכוונת המעשה וכ"מ בסמ"ג דבדין מרומה צ"ל ב' מיני דו"ח. היינו מלבד שבע חקירות הידועים צריך לחקור היטב לברר גוף העדות היטב היטב וע' בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' ק"ד שנשאל על הקדושין שבתשו' רב"צ סי' הנ"ל. והרב"צ כ' שיש לבטל הקדושין משום שלא היה דו"ח ומהרמ"א לא כ' כן ודבריו צ"ע שנראה דס"ל כדעת הר"ש חקאן ומוהרש"ח שבכנה"ג בח"מ סי' ל' אות ט' ההובא לעיל וכבר נת' שזה אינו נכון:

עוד יש כאן טעם לפסול הגב"ע ע"פ מ"ש רומע"ל שהשלשה עדים הנ"ל המה עמי הארץ וקלי הדעת ואינם לא במקרא ולא במשנה וקרוב לומר וגם לא בדרך ארץ והעד השלישי הוא רועה בהמות במחנינו זה כמה שנים ונושא מקל גדול ואפילו בשבת כדרך הרועים והולך חוץ לתחום עכ"ל ותנן ספ"ק דקדושין (ד"מ ע"ב) וכל שאינו כו' א"ר יוחנן ופסול לעדות וכ"פ הרי"ף והרא"ש שם וביש"ש שם סימן פ' וכ"כ בש"ג שם. ואף שרו"מ כ' וקרוב לומר גם כו' משמע שאינו ודאי הרי מדברי הרמב"ם פי"א מה' עדות דין ג' משמע דבכה"ג הוא בחזקת פסול וכמ"ש בלח"מ שם ואף שהרמב"ם שם פי' שהוא רק פסול מדבריהם הרי הב"י באה"ע ססי' מ"ב כ' שהרי"ף כ' בתשו' דהמקדש

בפסולי עדות דדבריהם אין חוששין לקדושיו ואפ"ל הטעם כדרך שאמרו בכמה דוכתי אפקעינהו רבנן לקדושין משום שאומר כדת משה וישראל דמקדש אדעתא דרבנן וא"כ ה"ה כשמקדש בפני פסולי עדות דרבנן אין הקדושין כלום מה"ט ועיין בססי' כ"ח גבי המקדש באיסורי הנאה דרבנן שאין חוששין לקדושיו ועיין מזה בב"ש סי' כ"ח ס"ק נ"א נ"ב ואף שיש חולקים ע"ז וכמו שהאריך הרשב"א בתשו' סי' אלף קפ"ג וצ"ע אם יש להעיר לזה מפלוגתא דרב פפא ורב אחא בר יעקב פ"ד דשבועות (דל"א ע"א) על פי' המשנה ואינה נוהגת אלא בראויין להעיד כו' דלרב אחא ממעט אף פסולי עדות דרבנן ופטורין מחמת זה מדאורייתא משבועת העדות ע"ש ברש"י והריטב"א והרמב"ם ר"פ יו"ד מה' שבועות פסק כרב אחא ויש לחלק דלגבי ממון שאני דהפקר ב"ד הפקר וא"כ סוף סוף לא יתחייב הממון ע"פ עדותם משא"כ לענין איסור וכ"פ בש"ע סי' מ"ב ס"ה להחמיר כדעת הרשב"א מ"מ הרי כ' הרמ"א ססי' מ"ב י"א כו' אבל בקדושי דרבנן כו' ובנד"ז הנה מטעם הראשון שהדין מרומה ולא נחקרה עדותן כלל א"כ אף אם באנו לחוש לקדושין כדעת מהרב"צ בתשו' הנ"ל י"ל דה"ל כמו קדושי דרבנן וא"כ כשנוסף ע"ז טעם שי"ל שהעדים הם פסולים מדרבנן י"ל דאין חוששין לקדושין כלל ואע"ג דאמרינן בחגיגה (דף כ"ב סע"א) דמקבלין עדות מע"ה וכ"כ התוס' ספ"ג דפסחים (דמ"ט ע"ב). כבר פי' הר"ן בפסחים שם דלא סתר להא דספ"ק דקדושין וכן מצאתי באגודה דבספ"ק דקדושין ססי' ל"ו הביא דכל שאינו במקרא ובמשנה ובדרך ארץ פסול לעדות ובספ"ג דפסחים כ' וז"ל ת"ר ששה דברים נאמרו בעם הארץ ובפרק חומר בקדש אמר כמאן מקבלין סהדותא מעם הארץ כר' יוסי והיינו בעם הארץ דאיתיה בדרך ארץ וכו' עכ"ל נשמע בנדון זה שקרוב לומר שאינו בדרך ארץ הרי הם פסולים לעדות:

ועוד יש לבטל העדות משום שנמצא ביניהן עד פסול דאוריית' כי זה שנושא מקל גדול בשבת מרה"י לרה"ר וחוץ לתחום והרי מחלל שבת באיסור דאורייתא כי מקל זה היינו כענין ולא באלה שבמשנה פ"ו דשבת (דס"ג ע"א) דאמרינן מאי אלה קולפא פי' שבט שמכין בו וראשו עב ובערוך ערך אלה כ' פי' בגמ' דשבת דס"ג מאי אלה קופל ודומה למקל והוא של ברזל והוא כאמה ומחצה וראשו עגול כמו כדור ויוצאין בו יתדות שדומה לשקדים ושמה בלשון ישמעאל דבו"ס ובלעז מצ"א סליבא עכ"ל וז"ש הרע"ב בפי' המשנה פ"ו דשבת מ"ד בענין פי' באלה ואני שמעתי באלה מצא בלעז ובערבי דבוס עכ"ל. וכן פי' עוד הרע"ב במס' כלים ס"פ ט"ז גבי חפוי האלה שבט של ברזל והוא ממ"ש הערוך בערך אלה הנ"ל וזה לגירסת הערוך מאי אלה קופל אבל לגירסתינו מאי אלה קולפא י"ל שהוא מקל של עץ ממש כי בערוך ערך קלף החמישי הביא המקומות שנז'

קולפא ואחד מהן פ"ט דברכות (דנ"ח סע"א) יהבו ליה קולפא אמרו ליה דון דינא פרש"י קולפא מקל לרדות והוא דוגמת מ"ש בגמרא פ"ק דסנהדרין (ד"ז ע"ב) מקל ורצועה כו' וכן הביא הערוך מ"ש בגמרא רפ"ו דערכין (דכ"ב ע"א) קולפי טאבי בלעי עלה דההיא שמעתא ופרש"י הכאות גדולות כו' וכ"ה פ"ק דמנחות (ד"ז ע"א) א"כ לפ"ז היינו מקל של עץ ממש דאי אפשר שיכו בבהמ"ד את התלמידים במקל של ברזל ח"ו וא"כ הרי משנה מפורשת היא דהיוצא במקל זה של עץ חייב חטאת ולא דמי למ"ש התוספות שם (דף ס"ה סע"ב) דמי שכווצו גידי שוקיו יש להתיר ללכת במקלו בשבת וכ"כ בפסקי תוס' שם סעיף רע"א מי שנכווצו גידי שוקיו הולך במקלו בשבת עכ"ל התם ה"ט כמ"ש בהג"א שם ספ"ו דשבת סד"ה אוסר וז"ל ולכל הפירושים משמע שיכול להלך במקלות אע"פ שאינם קשורים בו אלא אוחזם בידו הואיל ואינו יכול להלך בענין אחר עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם סי' י"ז ויראה דוקא מי שאינו יכול לילך כלל בלא מקלות כו' אבל זקן כו' ע"ש וכ"כ האגודה ס"פ במה אשה וז"ל הקיטע יוצא בקב ומותר לילך במקלו במקום שאין עירוב אבל זקנים אסורים לילך במקלות דלתרוצי סוגיא עבידי עכ"ל והוא מדברי סה"ת סי' רמ"א ומהש"ס (דס"ו סע"א). ובהרא"ש פ"ג דביצה דטעם היתר דמקל לחגר דכיון שא"א לו לילך בלי מקל הרי הוא לו כמנעל משא"כ זה האיש שצריך המקל להכות הבהמות הוי משוי גמור ולא הוה תכשיט לו כמו מקל החשובים במ"א סי' ש"א ס"ק כ"ז דהא החייט שיוצא במחט התחובה לו בבגדו ונגר בקיסם שבאזנו חייבים חטאת בגמרא פ"ק דשבת (די"א ע"ב) ולא אמרינן דתכשיטין הם להם. וגם הדין דמקל החשובים ג"כ אסור עכ"פ אף להמ"א והא"ר ומדאסרו בגמרא פ"ג דביצה (דכ"ה ע"ב) לסומא לצאת במקלו אף ביו"ט דלכאורה יותר הוא תכשיט לו ממקל החשובים ואסרו אף ביו"ט שהוצאה לצורך מותר כ"ש מקל החשובים דאסור אף ביו"ט ועוד אף אם היה איסור דרבנן כיון דמחלל שבת בפרהסיא הרי אמרו בערובין פרק הדר (דס"ט ע"ב) דהוא כעובד כוכבים וכ' התוס' שם (דס"ט ע"א) ד"ה כאן דאפילו מחלל במידי דרבנן וכ"כ הרא"ש שם סי' י"ד והבה"י בי"ד סי' ב' כ' דפסול לשחיטה ונחלק עליו הפר"ח בק"א שם והת"ש שם הביא שזהו פלוגתא פ"ג דהוריות (די"א ע"א) גבי הלובש כלאים דרבנן דת"ק סבר דאינו מומר ור' יוסי בר"י סבר כיון דמפרסם איסוריה הוי מומר והרמב"ם ספ"ד מה' רוצח נקט והלובש כלאים ואפ"ל ת"ק לא פליג על ר"י בר"י רק גבי כלאים דלא חמיר כשבת וגם לא מפרסם כ"כ איסור כמחלל שבת בפרהסיא ואפשר לענין עדות יודה הפר"ח ג"כ דדוקא לענין שחיטה כ' כן דהא אפילו רשע שעבר על ל"ת של תורה כשר לשחיטה והרי לענין עדות הרשע פסול לעדות ובב"י בח"מ סי' ל"ד ססעי' ל"ב הואיל ומעיז פניו בפרהסיא

נק' רשע ופסול לעדות וכ"ש כשמעיז פניו לחלל שבת בפרהסיא ועוד מי הגיד לו שזהו רק דרבנן הלא כל העולם יודעים שלהוציא בשבת אסור מן התורה ואיך ידע הדין שזהו כמקל החשובים מה שבאמת זה אינו וגם מקל החשובים אין מבואר שאיסורו רק דרבנן רק שהמ"א כ"כ דרך ואין לומר:

וכיון דהוא עד פסול מדאורייתא ויוזיף הזמין ג' אלו שיהיו עדים הנה לפ"ד הדיעה הראשונה בשו"ע ח"מ רסי' ל"ו דבנתכוין להעיד תליא מילתא אפילו לא הגיד הפסול בב"ד כלל ה"ל דין נמצא אחד מהן קרוב או פסול דעדותן בטלה הרי כאן בטל כל העדות וכ"ה דעת הרמ"ה בטור וכן פסק הש"ך וגם לפ"ד הפוסקים דתרתי בעינן נתכוין להעיד והעיד עכ"ז פסק מהרי"ו בתשובה סי' ז' דכיון דייחד עדים אלו והם פסולים לא הוי קדושין כלל אע"ג דהקדושין נעשו בפני המון עם והיו שם הרבה עדים כשרים כו' אך מהר"י בן לב ח"א סי' ק"א לא ס"ל כן וכן בתשובת הרשב"א סימן אלף קפ"ט משמע אפילו בהעדים שהזמין היה פסול אם לא העיד בב"ד לא נפסל לדעה השניה שבש"ע מיהו בשער משפט סימן ל"ו סק"ד כתב דאף לדיעה השניה כיון שפסלו כשהעיד לאחר כדי דבור ה"ה אם העידו זה שלא בפני זה ע"ש שהביא ראיה לזה א"כ בנ"ד נמי הרי העיד בגב"ע השני ע"כ גם גב"ע הראשון נפסל משום נמצא אחד פסול לעדות דכיון שאף בהעידו זה שלא בפני זה פסולים ה"ה לאחר זמן וכ"מ מהראיה שהביא וכ"ש הכא דלאחר זמן העידו זה בפני זה וז"ל הכנה"ג בהגהת הטור אות כ' אם כיון להעיד והעיד בב"ד אע"פ שלא העיד בבת אחת עם כל העדים תכ"ד כל העדות בטלה אליבא דכ"ע מהר"י אדרבי ז"ל סי' רכ"ח ועיין בסימן ש"ל וכ"כ הר"ש חקאן הלוי ז"ל. אבל מהר"י בי רב ז"ל בתשו' כ"י סי' ע"ד וע"ה כתב דלכ"ע לא בעינן שהעידו יחד בב"ד והסכים לזה דעת הר"י שהביא הטור סימן ל"ח סעיף י"ד עכ"ל אח"כ ראיתי בתשו' דברי ריבות סי' רכ"ח הנ"ל כתב ג"כ כדעת מהר"י בי רב ואיני יודע מ"ש הכנה"ג אבל כו' כי שם פסק כן למעשה לבטל הקדושין גם מהך טעמא וראיתי בכנה"ג בהגה"ט סעיף א' סברא דלא נאמרו דינים הללו אלא בדיני נפשות ודיני ממונות אבל לא באיסורין אלא שמהר"י בי רב ומהר"מ אלשקר סי' י"ו וצ"ט דאף באיסורין הדין כן וכ"מ בפשיטות מדברי התוספות פ"ק דמכות דף ו' ע"א שכתבו בגיטין וקדושין שייך זה הדין וכ"כ בתשו' הרשב"א סימן אלף קפ"ט ומדברי רי"ו שהביא הב"י באה"ע ססי' מ"ב ומהתוספות אין ראיה דהם לשיטתם דגיטין וקדושין דומה לדיני נפשות ונראה משום דלכאורה במשנה פי"ב דיבמות גבי חלצה בשנים או בשלשה ונמצא א' מהן קא"פ משמע דלא נפסלו הכשרים אך אפ"ל דיינים לא דמו לעדים ועיין מזה בכנה"ג בהגה"ט סל"ו אות ו' ואולי י"ל מתניתן דיבמות אתיא כר'

יוסי פ"ק דמכות וכ"פ הא"ז כמ"ש בתשובות בנימין זאב סימן רמ"ט אבל רוב הפוסקים פסקו כרבי שם ועמ"ש בתשו' אחרת דקדושין דמשה חיים מענין נמצא אחד מהם קא"פ שם הארכתי יותר ומ"מ כשהפסול הוא רק פסול דרבנן כ' בתשו' ב"י סי' י"א שי"ל תתקיים העדות בשאר ובמ"א כתבתי שי"ל כן כיון בלא"ה נראה דהמשנה פי"ב דיבמות ס"ל כר"י וצ"ע:

ועתה נבוא לחקור החקירה השנית והוא איך הדין לפי גב"ע השני והנה העד אלטר שחזר בו לגמרי והעיד שלא ראה לא שנתן לה הגר"כ ולא שמע שאמר יוזיפ כלל א"כ מעיד שלא נתקדשה כלל ולדברי אברהם בן צבי ויעקב בן יצחק אייזיק ג"כ לא ראו רק ששלשל ידו ליתן אבל לא ראו הנתינה כלל וכ"ש שלא ראו אם קבלה רק שיש להם הוכחה שלדעתם מוכח שקבלה כמבואר בגב"ע והנה מ"ש רו"מ הגם שכתב בב"ש סי' מ"ב ס"ק י"ב דקדושין דומה לד"מ דמהני עדי ידיעה י"ל דוקא בטבעת שמכירה שזהו הטבעת שראה אצלו ועכשיו הוא אצלה לא כן במטבע שאין בה שום סימן ואין כאן שום ידיעה ברורה שנתן לה ושכ"כ הנ"ב במה"ת חאה"ע סי' ע"ה בד"ה הראש הששי ושכ"כ בתשו' שיבת ציון סי' ס"ט וז"ל ואפילו לדעת המרדכי דגם בקדושין מהני ידיעה בלתי ראיה מ"מ הכא גם ידיעה ליכא דשמא כו' ע"ש הנה השיבת ציון ס"ל דאף להמרדכי שהביא הב"ש סי' מ"ב ס"ד ס"ק י"ב בעינן עכ"פ ידיעה ודאית בלתי שום ספק דהיינו כמו בממון דבעינן ידיעה ודאית גבי נחבל בפ"ז דשבועות (דמ"ו ע"ב) אבל אומדנא לא מהני וכמ"ש באו"ת סס' צ' בתומים שם סס"ק י"ד וז"ל מיהו יש מקום לדינו של הב"ש כמ"ש המרדכי כו' דהא כתבו התוספות שבועות דל"ד ע"א ד"ה דאי איתא דמוכח בגמרא דכל אומדנא דאמרינן בד"מ אפילו בד"נ אמרינן כו' וא"כ אפי' בקדושין כך עכ"ל וא"כ זהו ודאי רק כשהידיעה ודאית בלתי שום ספק כההיא דעלתה נשיכה בגבו כו' ע"ש בתומים דאפילו בד"נ היו מחייבים על זה לפי משמעות התוספת ספ"ד דשבועות דל"ד ע"א וצ"ע לפ"ד הרמב"ם בספר המצות שמנה מצוה שלא לחתוך ד"נ באומד הדעת ע"ש בלאוין סי' ר"צ ומשמע שם דבד"מ אין הדין כן יעו"ש סוף הסימן א"כ אפ"ל אפילו דומיא דנחבל זהו מהני רק בד"מ ולא בד"נ ואין כאן מקומו וס"ל להתומים ג"כ דבקדושין ג"כ רק בכה"ג מהני ידיעה בלי ראיה ולפע"ד אינו כן לפ"ד הרא"ם שהביא המרדכי בקדושין פרק האומר ססי' תקל"א אם עד ראה דבר מוכיח' ונראה שיכול להעיד ונדון כאלו ראה גוף המעשה כדאמרינן בגיטין ובקדושין וב"ה אומרים הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה בגיטין ספ"ח (דפ"א ע"ב) והרי התם אף לבית הלל אין זה חשוב ידיעה ודאית שודאי בא עליה אלא חשוב ספק ולר' יוחנן גם לבית הלל אפי' ספק לא הוי כ"א בחזקת שלא בא

עליה כלל ואין כאן שום קדושין ולתנא דמתניתן אליבא דב"ה צריכה גט מספק אלמא שזה חשוב רק ספק לבד ולא כההיא דעלתה נשיכה בגבו דחשוב ידיעה ודאית והרי הרא"ם מייתי ראיה מתנא דמתניתן ס"פ הזורק אליבא דב"ה אלמא ס"ל דאם עד ראה דבר מוכיח כו' אף שאינו ידיעה ודאית ממש יכול להעיד וה"ל ספק קדושין הג"ה מיהו מהר"ם בתשו' מיי' י"ל ס"ל דשם חשוב כאש בנעורת וכ"מ ברש"י ספ"ח דגיטין דפ"א ע"ב ודאי בעל ובפ"ג דקדושין דס"ה ע"ב פי' מחזקינן לי' בחזקת שבעל עכ"ה) ואע"ג דבד"מ ג"כ לא אזלינן בתר אומדנא כמו בד"נ ועדי קדושין לכל הפחות לד"מ מדמינן לה אך לק"מ דאומדנא המוכיח י"ל ספק הוי אלא דבד"מ ספק ממונא לקולא והממע"ה ע"כ האומדנא אינו כלום אבל בקדושין ספיקו לחומרא ואפילו כשיש שני ספיקות להקל רבו המחמירין בקדושין משום איסור א"א ונתלו בזה בסוגיא פ"ב דקדושין (ד"נ) גבי רובא מסבלי והדר מקדשי כו' דמוכח דחיישינן למיעוטא משום איסור א"א א"כ אין תימא אם באומדנא דמוכח יכול העד להעיד כאילו ראה וה"ל ספק קדושין וכמו בהן הן עדי יחוד כו':

אך באמת דין זה תלוי באשלי רברבי דהנה בתשו' מיימוני דשייכי לה' אישות סי' א' מבואר לדחות ראיה זו שהביא הרא"ם וז"ל דדוקא בביאה אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה משום דאיכא למימר אש בנעורת ואינה מהבהבת ועוד כיון דלבו גס בה ועוד דכיון דא"א לראות כמכחול בשפופרת דגנאי הוא כו' ולכן אפילו בד"נ הורגים משיראו כדרך המנאפים וא"צ לראות כמכחול בשפופרת כו' ולהכי הכא גבי קדושין כיון שהיא אשתו שלבו גס בה די בעדי יחוד כו' יעו"ש דס"ל בפשיטות שאין ללמוד מזה לשאר ספק שהעד מסופק אא"כ קרוב לודאי דומיא דהן הן עדי יחוד באשתו דלבו גס בה ויצרו תוקפו דס"ל דה"ל כמו במנאפין שאינה אשתו משיראו כדרך המנאפין דהוי ג"כ רק קרוב לודאי כו' וככה באשתו בעדי יחוד כו' ע"ש. ולכן פסק בנדון שנשאל שם באשה שאמרה לאחד פלוני בא וקדשני וזרק לה קידושיה תוך חיקה והנה כתוב בו שהעדים לא ראו אם נפל הטבעת של הקדושין בחיקה או לאו לפ"ז נ"ל דא"צ גט והא דאמרינן פרק ארבעה אחים ביבמות (ד"ל ע"ב) וכולן שהיו בהן קדושין או גרושין בספק כו' כיצד ספק קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא איירי בכה"ג ששני העדים לא ידעו אם קרוב לו אם קרוב לה כו' דכל כה"ג אין כאן בית מיחוש דאוקמא אחזקה ואפילו אם הוא יודעת בטוב שנפלו קדושין לתוך חיקה בעינן דלהוי סהדי שהגיעו הקדושין לידה כו' וגדולה ממנו נ"ל דאפילו חזו סהדי שנכנס עמה לקדשה בכסף ולא ראו שקדשה לא בעיא גט כיון דלא חזו ממש שקדשה דדוקא בביאה אמר הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה משום

דאיכא למימר אש בנעורת עכ"ד והביאו הב"ח סי' למ"ד ססעי' ד'. אך הנה בהרמב"ם פ"ד מה' קדושין דין כ"ב ובש"ע סי' למ"ד ס"ה או שהי' ספק כו' לא משמע כן כמ"ש החמ"ח שם סק"ח אע"ג דהב"ש שם סק"ט פי' דברי הש"ע ג"כ כתשו' מיימוני הנ"ל הוא משום דס"ל דלית דפליג ע"ז אבל הבית מאיר סי' למ"ד ס"ה הנ"ל הביא דבחידושי הרשב"א ביבמות שם פי' דמתניתן דהתם זרק לה קידושיה ספק קרוב לו ספק קרוב לה מיירי בשנסתפק הדבר לעדים אי קרוב לו או קרוב לה וכ"כ שם בשם ר"ח וס"ל דזה עדיף מע"א אומר קרוב לו וע"א אומר קרוב לה אלא דרש"י שם לא פי' כן וא"כ מבואר שזהו לא כתשו' מיימוני הנ"ל שכ' דכל כה"ג אין כאן בית מיחוש כו' וכן בספר המקנה סי' ל' ס"ה הקשה על מהר"מ בתשו' מיימוני כנ"ל גם מ"ש דאוקמא אחזקה הנה הרמב"ן במלחמות פ"ב דכתובו' סד"ה ועוד שלשה שישבו לקיים את השטר העלה אלא ש"מ דלא אמרינן אוקמא אחזקה ולעולם חולצת עכ"ל יעו"ש וא"כ להחמ"ח והבית מאיר וס' המקנה דס"ל דלהרמב"ם וש"ע סי' ל' ס"ה אם שני העדים מסופקים ולא ידעי אם קרוב לו או קרוב לה ה"ל ספק קדושין א"כ זהו כדעת הרא"ם שבמרדכי דקדושין סי' תקל"א הנ"ל. ובתשובת השאגת אריה שבשו"ת בית אפרים חאה"ע סי' מ"ב הקשה ג"כ על תשוב' מהר"מ הנ"ל וא"כ לכאורה נ"ד דהעדים לא ראו הנתינה לידה ממש רק ראו ששלשל ידו ליתן לה בחשאי ואח"כ ראו גר"כ אצלה ולדבריהם הוא הוכחה שקבלה הגר"כ מפני טעמם שאמרה שלא היה לה רק גר"כ א' והם יודעים שנתנה תחלה לאשה אחת א' גר"כ א"כ לכאורה יש לדמותו לכשהעדים מסופקים אם הי' קרוב לו או קרוב לה דס"ל לגדולי האחרונים החמ"ח והבית מאיר וסהמ"ק דהוי ספק קדושין להרמב"ם וש"ע וכ"ד ר"ח והרשב"א ביבמות דל"א כנ"ל ודלא כמהר"מ בתשו' מיימוני הנ"ל. וה"נ בנ"ד הרי לדברי העדים הוא קרוב שקבלה מידו הגר"כ. וא"כ לא גרע מספק קרוב לו או ספק קרוב לה אכן באמת אינו כן ולא דמי כלל וכלל לספק קרוב לו ספק קרוב לה דהתם שאני דמיירי שברצונה ומדעתה זרק לה הקדושין שאמרה לו שמרוצה להתקדש לו ומדעתה זרק לה דאל"כ שלא נתרצית מתחלה בפירוש להתקדש לו א"כ אפילו הי' ודאי קרוב לה אין כאן קדושין ופשוט הוא וכן מבואר במשנה פרק הזורק גט (דע"ח ע"א) וכן לענין קדושין וכן לענין החוב אמר לו בעל חובו זרוק לי חובי כו' וכן מבואר בהרמב"ם פ"ד דין כ"א ובש"ע סי' ל' ס"א וס"ג וזרק לה קידושיה מדעתה וכיון דנתרצית להתקדש לו א"כ זרק לה מדעתה הרי עי"ז אתרע חזקת פנויה שהיתה ברשותה והוחל דבר העושה בה מעשה אישות וקנין לרשות המקדש וכמ"ש מזה התוס' פ"ב דכתובות דכ"ג ע"א וכיון שההתחלה היא ודאית היינו מרצון שניהם נעשה מעשה אלא שיש ספק בגמרו של דבר

וגם ספק זה ראו העדים שיש ספק שקול ממש שמא היה קרוב לה הרי יש כאן עדים שנעשה בה מעשה מרצונה דבר שהוא ספק ממש שנתקדשה והחזקה אתרעי בודאי בלי שום ספק ע"י שהותחל מעשה קדושין מרצונה ומזה ק"ל עמ"ש בחידושי הרשב"א פ"ק דקדושין דף ה' ע"ב גבי נתן הוא ואמרה היא דה"ל ספק קדושין ופי' הוא ז"ל הטעם משום שאין כאן עדות על קדושין דהא כיון שאמרה קודם נתינתו תן לי ואקדש אני לך ועי"ז נתן הרי אנו רואין שרצונה להתקדש וכן רצונו וא"כ יש כאן עדות כמו בספק קרוב לו ספק קרוב לה דס"ל להרשב"א דמצד העדים חשוב עדות גמור ולא כמהר"מ אעכצ"ל הטעם שם כמ"ש בתוס' רי"ד שם דבעינן שיאמר הוא ולא מהני בהוכחה כו' לא כן בנד"ז שלא היה שום דבור ממנה שרצונה להתקדש לו וגם לא שום משמעות כלל וכלל כ"א אדרבה אמר שהגר"כ יתן לה לשכר רקודין. וגם לא היה שום שדוכין ביניהן כלל א"כ אין כאן שום התחלה על קדושין מצדה ולא אתרעי חזקתה כלל א"כ כיון שלא ראו הנתינה אין כאן שום עדות על הקדושין דכיון שאין כאן שום התחלה על קדושין מצדה א"כ אף אם היה ספק שקול אם קיבלה י"ל שודאי לא קיבלה כלל כיון שלא ידענו כלל שנתרצית לקדושין מהכ"ת נימא שנשתנעה לקבל לקדושין שלא כדרך בנות ישראל הכשרות וכיון שלא אתרעי חזקתה כלל י"ל אוקמא אחזקה שודאי לא קבלה ואף להאומרים דבספק דאורייתא לא מוקמינן אחזקה אף היכא דלא אתרעי החזקה כמבואר בתשו' פנים מאירות חלק א' סי' ט"ו וכ"מ דעת הרמב"ן במלחמות פ"ב דכתובות סד"ה שלשה שישבו לקיים מ"מ הכא שאני דבעינן שיראו העדים שנתקדשה ולא סגי במה שבאמת קבלה הקדושין בלא עדים א"כ הכא אין שום עדות אפילו על ספק קדושין מצדה כיון דלא ידענו ממנה שום משמעות שרצונה להתקדש לו ולא ידענו בודאי שקיבלה הגר"כ. א"כ י"ל שמסתמא לא קיבלה כלל וראי' דבתשו' הרשב"א סי' אלף קע"ט כתב וז"ל וא"כ גם לדבריו אפשר שלא אשה זאת היתה שהכניסה ידה אלא אחרת ואם היא אינה מודה בכך אין בדבריו כלום שאין אוסרין את האשה בעדים כזו שאין מקבלים מן העדים אלא עדות ברורה לא עדות מסופקת וכל שהיא טוענת לא הכנסתי ידי ולא קבלתים והם אינם יכולים להכחישה בבירור היא נאמנת ואין חוששין להם כלל עכ"ל והרי הרשב"א ביבמות דל"א ס"ל שכשהעדים מסופקים אם קרוב לו או קרוב לה הוי ספק קדושין אע"כ צריך לחלק כמו שחילקתי דהתם אתרעי החזקה שהותחל בה ודאי מעשה הקדושין משא"כ בנדון שבתשו' הנ"ל כיון שי"ל שאשה אחרת היא וכמ"כ בנד"ז שאינן יודעים כלל שקיבלה והיא טוענת לא קבלתי והם אינם יכולים להכחישה בבירור היא נאמנת ותדע דבתשוב' מיימוני ס"ל אפילו בזרק לה הקדושין

מדעתה והעדים מסופקים אם קרוב לו אם קרוב לה ה"ל ליכא עדים על קדושין כלל א"כ אף דשם לא קיי"ל כוותיה זהו מפני שזרק לה מדעתה כו' וכנ"ל משא"כ בנד"ז ומהרי"ט בתשובת חאה"ע סי' מ"ג דס"ו ע"ב בד"ה הראש השלישי ובד"ה ושמא תאמר כתב שאע"פ שראו העדים שנתן לה בתורת קדושין רק שלא ראו במה קידשה מקדש בלא עדים קרינן ביה דשמא בפחות משוה פרוטה או אסורי הנאה נתן לה או שמא לא נתן לה כלום ואין ראיה ממה שנתנה באפונדתה כו'. וסיים דבההיא דהרשב"א סי' תש"פ מיירי אע"פ שהוא האתרוג שהי' בידו של ראובן לאו כלום הוא ורואה אני שהדברים ק"ו עכת"ד והדברים ק"ו לנ"ד שלא ראה כלל שום נתינה מידו לידה רק ראה ששלשל ידו למטה ליתן לה א"כ אף אם נתן לה חשוב מקדש בלא עדים הגם שי"ל שמהרי"ט כ"כ ע"פ סברת הרשב"א סי' תש"פ דראיה ממש בעינן כמו בדיני נפשות אינו מוכרח ע"ש אלא שהביא דברי הרשב"א לומר דק"ו הוא ובתשוב' הרשב"א סי' אלף קצ"ג מבואר בהדיא על שאלה דסי' תש"פ הנ"ל שאפילו בדיני ממונות דסגי' בראי' בלא ידיעה ובידיעה בלא ראיה לא מהני כה"ג והיינו משום שאין זה ידיעה ודאית וגם ראיה בלא ידיעה אינו מהני בדיני ממונות רק משום שהוחזק כפרן והוא רק ענין הודאת פיו ובקדושין לא מהני זה וכמ"ש לקמן באריכות וגם נ"ד שלא ראו שום נתינה לא חמיר מדין שתיקה דלאחר מתן מעות בפקדון וכדלקמן וגם יש עוד ראי' מדברי תה"ד סי' ר"ז ורש"ל ורמ"א בתשוב' סי' ל' דזה לא חשוב עדות על נתינה כמו שאבאר בס"ד:

ט ולכן בכה"ג אפי' להחולקים על תשו' מיימוני אינה מקודשת וכ"כ רמ"א בתשוב' סי' ל' הביאו הכנה"ג באה"ע סי' מ"ב בהגהב"י אות מ"ב וז"ל הרמ"א שם ואין להקשות מהא דכתב המרדכי פרק האומר ססי' תקל"א אם עד רואה דבר מוכיח כו' א"כ אפשר לומר מאחר שהרב ר' פנחס ראה דבר מוכח שנשא הארבעה זהובים אדומים אפשר לומר דהוה כאלו ראה הנתינה מ"מ נ"ל דאין בעדותן כלום דזה לא מקרי דבר מוכיח כלל דאפשר שנתן לאיש אחר והוא נתן לכלה שדרך לפעמים לעשות בכה"ג כו' א"כ מאחר שלא ראה הנתינה אפשר לומר שהכלה לא קיבלן בעצמה ולכן לא מקרי דבר מוכיח כלל ולא היא דומיא שכתב עליו בספר החכמה שהביא המרדכי כי מעשה ההוא הי' שנתרצית לקדושין ושניהם לקדושין נתכוונו רק שלא ראה הנתינה ואפשר שבמעשה ההוא שמע העד ג"כ הלשון שאמר בשעת הנתינה רק שלא ראה הנתינה אבל כשאין הוכחה כלל שנתן אינה מקודשת עכ"ל הכנה"ג א"כ מלשונו דוקא שנתרצית האשה כו' מובן בנ"ד שמעולם לא נתרצית הבתולה כלל לקדושין וגם הנתינה לא ראה ושלדעתו לא שמעה ג"כ כלל לשון הקדושין אין כאן שום חשש קדושין והיינו אף לדברי הרא"ם היותר

מחמיר בזה וכ"כ בתשו' מהרש"ל סי' כ"א מאחר שהר"ר פנחס לא ראה הנתינה כו' ואין לומר מאחר שראה הר"ר פנחס תחלת המעשה אפי' לא ראה הנתינה מ"מ סגי בהכי כמ"ש בספר תה"ד סי' ר"ז מ"מ לא נראה דמהני אלא כשראו תחלת ההכנה לסבלונות דהיינו השילוח דאז הוה כאלו ראו כל המעשה כו' עכ"ל וז"ל התה"ד סי' ר"ז רש"י פי' טעם הסבלונות משום דשמא עכשיו קידשה בהני סבלונות וכתב הטור אה"ע דלפ"ז צריך שישלחם בעדים ורש"י פי' נמי הכי מי ששידך אשה ושלח לה סבלונות בעדים משמע דוקא בעדים והא דכתב רבינו שמחה דלעיל דאפילו לפרש"י לא בעי עדים נראה ליישב ולומר דודאי בעינן עדים בשעה שהמשלח שולח סבלונות אבל בשעת שנותנים הסבלונות להאשה סובר רבינו שמחה דלא בעינן עדים התם ונוכל לומר דהאה"ע נמי מודה בזה דרש"י גופיה נמי לא פי' אלא בשולח סבלונות בעדים וכיון דשולח בעדים אנן סהדי דלשם קדושין שלח ובודאי השליח עשה שליחותו ונתנן כאשר צוה המשלח ובהכי סגי דהוה שפיר עדות של שנים בדבר ערוה מדאמרינן פ' האומר (דס"ה סע"א וע"ב) דלבית הלל הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ואע"ג דהביאה היא הקדושין והמקדש אשה בביאה העדים אינן רואין הביאה הואיל ורואין דברים שמתוכן יבוא לידי ביאה חשוב עדות. וה"ה שולח סבלונות עכ"ל התה"ד. א"כ דוקא בכה"ג הוא דחשוב דבר מוכיח דכיון שכבר עשו קנין על השדוכין ודרך כל כלה לקבל הסבלונות ששולח לה החתן וכמש"ש בשם רבינו שמחה דהוי חזקה הבאה מכח הרוב ועדיף משאר חזקה כו' וע' במהרי"ק שרש ע"ב דיש כמה חזקות וחזקה הבאה מכח סברא עדיפא כו' ע"ש ולהכי כשהעדים ראו ששלח לה הסבלונות אף שלא ראו הקבלה של הכלה חשוב דבר מוכיח וכה"ג בענין קדושין ס"ל להרא"ם שבמרדכי פ' האומר דקדושין סי' תקל"א דכיון שנתרצו שניהם לקדושין באותו מעמד ושניהם לקדושין נתכוונו רק שלא ראה הנתינה יכול להעיד והיינו בגוונא דהתה"ד גבי סבלונות משא"כ בנד"ז שמעולם לא נתרצית הבתולה להתקדש לו א"כ כל מה שראה הכנת הנתינה ממנו שרוצה ליתן אינו כלום כיון שלא ראה שקבלה ואין כאן הוכחה דומיא דהתה"ד שנוכל לדמותו להן הן עדי יחוד כו' וכ"כ בתשוב' מהרי"ט ח"א סי' קל"ח דצ"ט ע"א בד"ה וקרוב הדבר לומר דאע"ג דגבי זרק לה קידושיה ספק קרוב לו כו' כיון דודאי זרק הקדושין לית לן למימר אוקמי אחזקתה כו' אבל היכא דאין לנו שום הוכחה שנתרצית אלא מה ששתקה כו' ותוכן דבריו היינו דהתם שנתרצית לקדושין ע"כ לא מוקמינן אחזקה אבל בשתיקה דלאחר מתן מעות אע"ג דיש ספק גדול ממה שלא השליכתה הפקדון תלינן דאימור סברה דמחייבה וטועה היא כמ"ש הר"ן עיין עליו וכ"ש וק"ו הכא דאין ממנה שום רצון. וע' בספר עצי ארזים

בה' קדושין סי' מ"ה ס"ק י"ג וסי' מ"ב ס"ק י"ג שהקשה על התה"ד מתשובת הרשב"א סי' אלף קצ"ג ולא ירד לחילוק זה שחילקתי:

ועוד דכאן י"ל עוד שאם קבלה הגר"כ זהו מפני שלא שמעה לשון קדושין וא"כ בנד"ז מצד הנתינה יש שני ספיקות להקל שמא לא קבלה כלל הגר"כ ואם קבלה ודאי לא קבלה לשם קדושין כ"א על רקידה כמו שאמר לה תחלה ובכה"ג מלבד השני ספיקות והחזקה דלא אתרעי כלל י"ל ודאי חשוב ליכא עדים על קדושין כלל וה"ל כמו במגרש אשתו מן הארוסין ולנה עמו בפונדקי דלכ"ע לא אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וא"צ ממנו גט והיינו משום דכיון שאין לבו גס בה אין לבדות שבא עליה אע"ג דהיתה אשתו ממש כמ"כ הכא כיון שמעולם לא נתרצית להתקדש לו. לא נבדה עליה שקיבלה הגר"כ לקדושין והדברים ק"ו דהתם י"ל אש בנעורת כו' אלא דמ"מ כיון שאין לבו גס בה חשוב שאין עדים על קדושין א"כ כמ"כ הכא חשוב אין עדים כלל על קדושין מטעם הנ"ל דלא רצתה מעולם להתקדש א"כ י"ל שלא קבלה הגר"כ לשם קדושין דהיינו או שלא קבלה כלל או שלא שמעה לשון קדושין ועדיף מהתם דליכא רק ספק א' שמא לא בא עליה דאם בא עליה ודאי הוא לשם קדושין דאין אדם עושה בעילתו באשתו בעילת זנות אלא דכיון שהספק שבא עליה הוא רחוק קצת משום דאין לבו גס בה חשוב ליכא עדים כלל א"כ כ"ש הכא שיש שני ספיקות מכ"ש דהכא אמר העד יעקב בן יצחק אייזיק אז ער האט תופס גיוועז אז דיא בתולה האט ניט גיהערט דאש לשון הקדושין אונ האט גימיינט אז ער גיט איר אויף טאנץ. כדרכם מקודם עכ"ד א"כ ה"ז עכ"פ ספק קרוב שלא שמעה כלל ועוד שהבחור אברהם בן צבי שהוזמן לעד עכ"ז לא שמע רק חמשה תיבות במטבע זו כדת משה וישראל א"כ היא שלא ידעה מזה כלל שרצונו לקדשה ולא נתנה לב לשמוע י"ל שלא שמעה כלל וכיוצא בזה מבואר בתשוב' הרשב"א סי' אלף קע"ט הנ"ל וזהו לשונו ואם היא מודה בקבלת המעות אלא שטוענת שלא שמעה שניתנו לה בתורת קדושין וסבורה היתה שלדבר אחר ניתנו לה גם בזה נראה לי מן הדין שהיא נאמנת לפי שזה לא שידך ולא היה מדבר עמה על עסקי קידושיה והכותל רחב וחוצץ בינו לבינה והחור קטן וצורתו מוכחת עליו כי מי שהכניס זרועו דרך שם צריך הוא להרחיק ראשו מן החור כדי שתכנס זרועו וכיון שאין שם חור אלא הוא אי אפשר לשמוע קולו של המקדש אא"כ מגביה קולו ביותר ועדים אלו לא העידו ששמעה היא אלא שאפשר ששמעה וקרוב הדבר מאד שלא שמעה וכל כיוצא בזה אם אמרה לא שמעתי אע"פ שהעדים אומרים שאפשר לה לשמוע חששא בעלמא היא וכיון שכן הרי היא נאמנת לומר לא שמעתי ולא נתכוונתי לשם קדושין מיגו דאי בעיא אמרה לא

קבלתיה אני כו' לפי ששמיעתה חששא בעלמא הוא כו' ע"ש. א"כ כש"כ בכאן שזה שתשמע חששא בעלמא הוא מאחר שהשני עדים שהוזמנו לזה ג"כ לא שמעו והעד השלישי ששמע אומר שלדעתו שהיא לא שמעה א"כ זה שנאמר שמא שמעה חששה רחוקה בעלמא הוא יותר משמיעה דרך כותל ועוד ששם אף שהעדים לא העידו ששמעה אמרו שאפשר לה לשמוע אבל הכא נראה מדבריהם להפך שלא שמעה שהרי כן מעיד בפירוש עד א' מהשלשה עדים וכו' וכנ"ל ולכן נראה שהיא נאמנת לומר שלא שמעה ואע"ג דשם יש מיגו הכא דהחשש ששמעה רחוק יותר מבנדון שלו י"ל שא"צ למיגו כלל וגם שנגד המיגו יש כאן דבר דעדיף ממיגו שהרי אומרת שלא קיבלה הגר"כ כלל וא"כ ודאי אוקי אחזקתה שלא קבלה הגר"כ לשם קדושין או שלא קבלתו כלל מלבד שי"ל כיון שלפי הבנתו לא שמעה לשון הקדושין א"כ אינו עד על קדושין כלל שהרי אדרבה מעיד שלא שמעה וגם גוף הנתינה לא ראה וסברא זו כ' הנ"ב במהד"ת סי' ע"ה ד"ה הראש החמישי כיון שהעד אומר שיותר קרוב אצלו שהבתולה לא ידעה ולא שמעה כו' א"כ אפי' יהיה האמת ששמעה וידעה והבינה לא מקרי מקדש בעד עכ"ל ונ"ד עדיף מהתם דהתם דיבר עמה בינו לבינה בקול אלא לתלות מפני שנתבהלה לא שמעה כו' הוא רחוק אבל הכא שהיה רוב עם על החתונה וקרוב הדבר בלא"ה שלא שמעה כי דבר תחלה שיתן רק על ריקוד א"כ כיון שלפי דברי העד הנ"ל לא שמעה כלל לשון קדושין א"כ הרי אדרבה מעיד שלא נתקדשה כלל מצד שלא שמעה ושלא ראה הנתינה לידה ובתשובת הב"י בדיני קדושין בסי' ב' ד"ג סע"ד כ' אבל יש מקום לבטלה מפני שהעד אחד אומר שאיננו יודע אם שמעה היא תהי לי מקודשת ואם אינו ברור לו ששמעה אין כאן עדות שהרי זה מכחיש את חבירו בחקירה בדבר שהוא עיקר העדות עכ"ל והרי לדבריו כ"ש וק"ו בן בנו של ק"ו בנ"ד שאיננו יודע אם שמעה אלא אומר שלדעתו לא שמעה וגם מהרי"ט בתשובות חאה"ע סי' מ"ג דס"ו ע"ג בד"ה וגם יש לחקור כתב וז"ל ואפשר שהנערה לא שמעה כו' ויש לנו לומר כן שהיא לא שמעה כדי לכוין שכשם שהוא לא שמע כך היא לא שמעה וכיון שלדברי העד א' אינה מקודשת שלא ידע אם שמעה הנערה כו' עכ"ד הרי העד צ"ל יודע ששמעה הנערה והיינו עכ"פ כששמע קולו כדרך אדם המדבר לחבירו והיא ג"כ במעמד א' ואין מבלבל דבכה"ג מסתמא שמעה עיין ב"ש רסי' מ"ז בשם תשו' שער אפרים סי' קי"ב שכתב בשם מהרשד"ם חאה"ע סי' פ"ח ומהרש"ך ח"א סי' כ"ח ומהרב"צ אשכנזי סי' ז' דאין לחלק בין שמיעה לראיה דבשמיעה נמי אם היו במעמד אחד ואחד אומר שמעתי והשני אומר לא שמעתי הו"ל הכחשה כאלו אומר לא שמעת וכ"כ בכנה"ג בח"מ סי' כ"ט בהגהת הב"י אות ל"ז ועיין

פ"ק דמכות דף ה' מהו דתימא ליחוש לנהורא בריא כו' ובתשוב' א' בדיני עיגונא אשת ר' אליעזר בר' דוד סלוצקער הארכתי בזה דאף במעמד א' היכא דאיכא למיתלי שזה לא שמע מפני שהמדבר היה חולה והיה מדבר עם אחד בנמיכות ע"כ השני לא שמע אין זו הכחשה ומוכרח כן מדברי העיטור ודייקא במילתא שפיר ולא חזינן גרושין וקדושין צ"ע אי אמרינן כה"ג לא ראינו אינה ראיה כו' וז"ש מהרי"ט בתשו' הנ"ל דכיון שהמקדש לא היה מדבר עם האשה כ"א עם העד י"ל שלא שמעה כו' ולכן הכא בנד"ז שהיה קול רעש החתונה ויש לומר שלא שמעה ועוד שדיבר עמה תחלה שיתן לה גר"כ לריקוד וכיון שהעד יעקב אומר שלדעתו לא שמעה כלל וגם הבחור אברהם בן צבי אומר שלא שמע וכן הבחור אלטער א"כ מהכ"ת שתשמע כיון שהם אף שידעו שיאמר ל' קדושין לא שמעו כ"ש היא שלא ידעה מזה כלל וכיון שהעד יעקב אומר שלדעתו לא שמעה הרי מעיד שלא נתקדשה כלל ומ"מ צ"ע להעמיד תשוב' הב"י ותשו' מהרי"ט שמקילים לתלות שלא שמעה יותר קצת מההיא דתשוב' הרשב"א סי' אלף קע"ט הנ"ל דמשמע אע"פ שהעדים אומרים רק שאפשר לה לשמוע ואפשר שלא שמעה כיון שדיבר דרך כותל וגם היא אומרת לא שמעתי עכ"ז חששא הוא וכ"כ בתשו' אמונת שמואל ססי' ה' שעם היות שבנדון שלו העדים המעידים על הנתינה אמרו שניהם שאינם יודעים אם שמעה מה שאמר דוא זאלשט מאיין זיין דר"ל שתהיה שלי וע"ז כתב וז"ל ומצד שהעדים לא ידעו אם שמעה האשה ל' קדושין הנ"ל לאו כל כמינה לומר שלא שמעה כיון דלית לה מיגו וכמ"ש הרשב"א סי' אלף קע"ט דדוקא היכא דיש לה מיגו לומר לא היא היתה מהימנא לומר שלא שמעה כו' ע"ש ובנ"ד כיון שדיבר בפני העדים להיות עמה במעמד א' כשנתן לה ואמר לה ושמעו הם לא מהימנא לומר שלא שמעה עכ"ל ודבריו אלה הם נגד תשו' הב"י שכ' ואם אין ברור לו ששמעה אין כאן עדות כו' וגם הרשב"א לא כ' רק דחששא הוא ולכן מהני להאמינה אף ע"י מיגו שבמקום עדים ע"ש אך בנדון שלפנינו אף להאמונת שמואל נאמנת דהרי טעמו כיון שדיבר בפני העדים כו' ושמעו הם לא מהימנא לומר שלא שמעה עכ"ל והכא נהפוך הוא ששני העדים לא שמעו א"כ נאמנת לומר שגם היא לא שמעה והגם ששני העדים עמדו קצת רחוק מיוזיפ יותר ממנה ר"ל שהיא הבתולה היתה מהסתם קרובה אצל יוזיפ יותר והעד השלישי שהיה קרוב להם יותר אומר ששמע מ"מ נגד זה יש סברא יותר שישמעו הם כיון שהוזמנו בגין זה וידעו שיאמר ואעפ"כ לא שמעו והיא לא ידעה שיאמר לה דבר זה סברא יותר שראוי שישמעו הם ממה שתשמע היא דההכנה והידיעה לדבר הוא מיקל יותר שישמעו משא"כ היא שלא ידעה בדבר לא הרגישה אמירתו ולאו אדעתה כלל וכיון שהם המוכנים ומזומנים

לזה לא שמעו כ"ש שי"ל שהיא לא שמעה א"כ קרוב יותר מצד עדותם שלא שמעה כלל וראיה לזה ממה שתומ"י שאמרו לה שקידשה התחילה לבכות ולזעוק והנה בגמ' סוף יבמות כיון דחזיתנהו בכתה הרי ע"י בכי' זו עשו אותה מסל"ת ע"ש בהרי"ף. לכן גם כאן י"ל קצת ראיה לדבר שודאי לא שמעה כלל ולא שנעמיד יסוד ע"ז אלא כיון דבלא"ה היא בחזקת שלא שמעה כלל וכלל ע"כ יש לצרף גם זה לראיה כללא דמילתא שלדברי העדים בגב"ע השני יש כאן שני טענות עצומות לבטל החשש קדושין הא' דשמא לא קיבלה כלל הגר"כ כמו שהיא טוענת בברי ואין מי שיוכל להכחישה ע"ז הב' דשמא לא שמעה כלל לשון הקדושין שאמר יוזיף כמו שלא שמעו העדים וכמו שאמר יעקב שלדעתו לא שמעה כלל א"כ י"ל בפשיטות שאין כאן שום חשש קדושין וגבי שתיקה דלאחר מתן מעות מפני שאין ממנה גלוי דעת לרצון על קדושין אפי' שדיך תחלה אינו כלום כמ"ש בב"ש סי' כ"ח ס"ק י"ג והוא מוכרח בש"ס:

כ"ש הכא דלא שדיך כלל ואין ממנה גילוי דעת להתקדש יותר מבשתיקה משני טעמים הנ"ל דקרוב לודאי שלא שמעה כלל וגם אין שום עדות שקבלה:

יא ועוד יש ראיה דזה שלא היה ממנה שום גילוי דעת על קדושין הוא עמוד גדול להקל בספיקא דקדושין. דהנה יש להבין לפ"ד ר' יוחנן ספ"ח דגיטין (דפ"א ע"ב) דס"ל כר' שמעון בן אלעזר שם דלא אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה אף בנתגרשה מן הנשואין וא"צ הימנו גט אף לבית הלל אע"ג דס"ל לב"ה דאם נבעלה הוי קדושין דאין אדם עושה בעילתו באשתו בעילת זנות ומבואר בתה"ד סי' ר"ז דהיא חזקה גמורה הבאה מכח הרוב כו' ע"ש וא"כ איפה מדוע בנתייחדה עמו לפני עדים לא חיישינן להיות ספק קדושין דהא זהו ספק גדול עכ"פ שמא בא עליה והרי אם בא עליה הוי ודאי קדושין כנ"ל בשם תה"ד וא"כ איך בספק כהנ"ל אין חוששין לקדושין כלל וא"צ הימנו גט ומאי שנא לר' יוחנן ממתניתן פרק ד' אחין (ד"ל ע"ב) דזרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה הוי ספק קדושין וצריכה גט ולכמה פוסקים הוא מדאוריית' כדין ספק תורה ואין לומר דר' יוחנן יחלוק על סתם משנה הנ"ל דזה ודאי דוחק גדול דדוקא גבי לנה עמו בפונדקי הוא דאמר כר' שמעון בן אלעזר דפליג על תנא דמתניתן ספ"ח דגיטין אבל סתם דפרק ד' אחים הנ"ל אין שום חולק עליה ודאי ס"ל כן לר' יוחנן ועוד שבהר"ן ספ"ח דגיטין יש סברא דהלכה כר' יוחנן שם ודלא כתנא דמתניתן. אע"ג דודאי קיי"ל ג"כ כמתניתן דיבמות פד"א הנ"ל אעכצ"ל דס"ל לר' יוחנן דלא דמי זה לזה כלל דהתם גבי ספק קרוב לו כו' כיון דנתרצית להתקדש לו וזריקת הקדושין הי' מדעת שניהם ע"כ כשיש ספק שהיה קרוב לה חיישינן לזה כספיקא דאורייתא ובפרט באיסור אשת איש

אבל הכא גבי לנה עמו בפונדקי כיון דלא שמענו מהם שום רצון לקדושין אין חוששין כלל לספק שמא בא עליה ונתקדשה לו דכיון שלא ידענו שנתרצו לקדושין אין חוששין הנולד וההשתנות משא"כ התם גבי ספק קרוב לו כו' הרי היה התחלה ודאית במעשה קדושין ברצון שניהם וכיון שספק שמא נגמר לגמרי חיישינן משא"כ הכא ליכא התחלה ודאית כלל (הג"ה מיהו התם גבי הן הן עדי יחוד י"ל מה שנתייחדה עמו חשוב ג"כ התחלה מצדה ג"כ אלא די"ל שאין זה התחלה על קדושין ממש רק על ביאת זנות אע"ג דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אפשר לא אמרינן כן רק באדם שהוא הזכר ולא באשה ושפיר שייך לשון אדם רק על זכר כמ"ש אדם אחד מאלף מצאתי ואשה בכל אלה לא מצאתי (ע' במפתח). וא"כ י"ל ממנה אין התחלה על קדושין ועוי"ל כיון הא ב"ש לא ס"ל דאין אדם עושה בב"ז א"כ לר"י ס"ל דגם לב"ה אין זה ודאי רק ספק לכן בהיחוד ה"ל ס"ס על הסכמה בקדושין ואין זו חשוב להיות ריעותא גמורה על חזקת פנויה כמו בזרק לה קידושיה. עכ"ה) הרי מזה נלמוד דזה שאין ממנה גילוי דעת על קדושין זהו עמוד גדול להקל אף בספק ממש ואף דאנן קיי"ל דלא כר' יוחנן ודחשיב ספק קדושין היינו משום דס"ל דכיון דלבו גס בה קרוב שבעל. והשאגת ארי' דלקמן מלשון תשוב' מיימוני הנ"ל דס"ל דה"ל כמו ודאי ממש משום דה"ל כמו אש בנעורת כו' אלא ששא"פ חולקים עליו וס"ל דחשוב ספק ומ"מ גם לדבריהם י"ל דהוה ליה כמו דחוששין לספק דרוסה אע"ג שלא ראינו כלל שנגע בה וכ' התוספת פא"ט דמ"ג ע"ב משום דשכיח כו' אבל בנתגרשה מן הארוסין מקילין לגמרי מה"ט משום דאין לבו גס בה וה"ט ג"כ דשתיקה דלאחר מתן מעות בפקדון כנ"ל ולכן אין להחמיר בנד"ז ממה שימצא בכמה תשובות דהחמירו בקדושין אפילו כשיש שני ספיקות להקל דזהו כשנתרצית לקדושין אבל בנ"ד שאין ממנה שום גילוי דעת להתקדש ואדרבה גם הוא אמר בפי' לפני אנשים שאם תרגיש שנותן לקדושין לא תקבל בודאי ולכן בא בערמה לומר שיתן לה על ריקוד וגם מהחל ועד סוף לא ראינו ממנה רצון לקדושין ואדרבה כשאמרו לה שנתקדשה התחילה לבכות ולצווח איך יוכל לומר כו' א"כ בכה"ג וכשיש שני טענות עצומות שלא ראה הנתינה ושלדעתו לא שמעה הקדושין אין לחוש כלל וכלל. שוב ראיתי בחידושי הרשב"א ספ"ח דגיטין דבשראוה שנבעלה חוששין לה לשם קדושין משמע דגם בנבעלה אינן קדושין ודאין ממש וכ"מ מלשון הרא"ש (שם ססי' י"ג) אימור נתחרטו על הגרושין וחזר ובעל לשם קדושין לשון אימור נתחרטו משמע דהוי ספק אע"ג שכ' הר"ן פרק אלו טריפות גבי דרוסה גבי אימור נח רוגזיה וכל אימור דאתמר הכא ודאי חשבינן לה כיון דתלינן בה לקולא וצ"ע (בשבת פכ"ג דקנ"א ע"א) גבי חיישינן שמא חוץ לחומה לנו

ופרש"י דמצינו חיישינן לקולא כו' ע"כ אין מוכרח דאימור חשוב ודאי אלא שהוא ספק והדין נותן להקל בזה הספק אך אפילו נאמר שם דהוא ודאי היינו כיון דתלינן בה לקולא אבל הכא דאימור נתחרטו זהו לחומרא י"ל דה"ל רק ספק מה גם הפוסק ה"ל לפרש דבריו ולא היה לומר אימור על דבר שהוא ודאי אך הרמב"ם פ"י מה' גרושין דין י"ז כ' שהוא בחזקת קדושי ודאי ע"כ להרשב"א והרא"ש י"ל דה"ט דר' יוחנן. משום דהוה שני ספיקות שמא לא נבעלה כלל ואת"ל שנבעלה עדיין אינו ברור דלקדושין בעל ואנן דלא קיי"ל כר' יוחנן צ"ל משום דאין הספיקות שקולים וכמ"ש רש"י דכיון דלבו גס בה ודאי בעל. ואין אדם עושה בעילתו בעילת זנות א"כ הספק דשמא לא בעל אינו ספק שקול כלל וגם הספק השני י"ל אינו ספק שקול ממש או משום דשם חשוב ג"כ איתרע החזקה ע"י עדי יחוד מאחר דה"ל כמו אש בנעורת כו' א"כ דוק מזה לנ"ד דלא איתרע החזקה כלל וגם דה"ל שני ספיקות שקולים ועדיף מזה לכ"ע לא חיישינן לקדושין כמו לר' יוחנן התם וזה אפילו לדעת הרשב"א והרא"ש אבל להרמב"ם וכ"כ בתה"ד דבראוה שנבעלה הוי קדושין ודאין א"כ לפ"ז בשני ספיקות כנ"ד פשיטא דאין להחמיר כלל ועיין בש"ע (סי' קמ"ט ס"א) ובב"ש שם סק"ג ס"ל כהרמב"ם דהוו קדושי ודאי ממש ולא דקדקו בלשון הרשב"א והרא"ש גם הרמב"ם כ' בחזקת מקודשת קידושי ודאי ולא כ' מקודשת קידושי ודאי משמע דאינו ודאי גמור לסמוך ע"ז להקל שאם נתקדשה לאחר לא נצריכה גט והרב"י בש"ע רסי' קמ"ט דילג תיבת בחזקת ועוד דהא לר"י דאמר דב"ה דאמר צריכה הימנו גט שני מיירי בשראוהו שנבעלה ולשון צריכה הימנו גט שני משמע רק מספק וא"כ כיון שהר"ן כ' שיש פוסקים כר' יוחנן וכ"כ הריטב"א א"כ אע"ג דפסקינן כהרי"ף והרמב"ם זהו להחמיר ולא להקל ומ"מ אף אם כן בנדון שלפנינו יש להקל:

יב ובתשובת שאגת ארי' שבשו"ת בית אפרים חאה"ע (סי' מ"ב) תפס ג"כ דכשבעל הוי קדושי ודאי ממש ואין דבריו מוכרחים גם העלה שם להקל בשני ספיקות בקדושין משום צירוף חזקת פנויה ובאמת שם בענינו י"ל איתרע החזקה כיון דהיה נשואין כאיש ואשתו. ולכן שם קולא יתירה היא להקל מצד הס"ס שם. וגם הספק דעדי יחוד י"ל בכלל הספק ג"כ שמא הי' כמה פעמים עדי יחוד ולא פעם א' לבד מאחר שהיו דרים כדרך איש ואשתו וכיון שהיו כמה פעמים עדי יחוד א"כ הספק דלא בעל בכמה פעמים הנ"ל אינו ספק שקול אלא י"ל שם היה עוד צד להקל ע"פ פסקי מהרא"י סי' קל"ט יעו"ש ססי' מ"ב הנ"ל אבל בנ"ד שהחזקת פנויה לא איתרע כלל ולא הקנית א"ע כלל והשני ספיקות הנ"ל ג"כ טובים ובריאים נראה להקל ובמהריב"ל ח"ב ססי' ז' שנשאל על קדושין ע"י שתיקותא דלאחר מתן מעות לא בתורת פקדון שהוא מחלוקת הפוסקים ועוד היה בזה

שעד אחד אומר שלא היה שם רק הוא העד אחד ועד שני מכחישו ואמר שהיה הוא ג"כ וא"כ היו שני עדים וע"ז כתב דאם הבתולה מכחשת העד השני יש שני ספיקות להקל ואע"ג דכתב המרדכי פ' החולץ דלפעמים מחמרינן בס"ס מ"מ הכא הספק השני כו' ועוד דאוקמא אחזקת פנויה אבל אם היא מסופקת אם כדברי עד הראשון אם כדברי עד השני אע"ג דג"כ יש שני ספיקות להקל לא פסיקא ליה להקל משום דברי המרדכי הנ"ל הנה אף לדבריו יש לחלק דהתם איתרע קצת חזקת פנויה כיון דשתקה ולא השליכה אותם ואין זה בא בתורת פקדון ועוד דהא גם כשהיה פקדון כתבתי לעיל בשם מהרי"ט דיש קצת ספק על רצון אמאי לא השליכה אלא דכיון שיש לתרץ שטעתה משום האחריות אמרינן דלאו כלום הוא אבל כשנוסף לזה שבא לא דרך פקדון אזי י"ל שזה שלא השליכה אחר שאמר לה לשון קדושין חשוב ריעותא בחזקת פנוייתה כיון דעכ"פ שמעה בודאי לשון קדושין והספק שמא היה רק ע"א ג"כ עכ"פ אפשר היה רצון ממנה להתקדש וגם י"א דהמקדש בע"א חוששין לקדושין משא"כ הכא דהחזקה לא אתרעי כלל ועוד התם הוה ספיקא דדינא אבל הכא ספיקא בגוף המעשה שלא ראה הנתינה כלל זה ספק גדול ועצום כיון דמעולם לא נתרצית לקדושין ולא חשוב שום עדות כלל ולא כשאר ספק כמו ספק קרוב לו וכמש"ל אות ח' ואות ט' וגם הספק השני שלא שמעה ג"כ הוא כמעט כן וע' מהרי"ק סוף שרש ע"ב גם איני מבין כ"כ דברי מהריב"ל איך החמיר מפני דעת המרדכי ולא עמד כנגדו תשו' מיימוני סי' א' שמיקל אפילו בספק אחד והנה אף אם היו דנים זה כשני ספיקות י"ל ג"כ שזהו דומה למ"ש בגמרא רפב"ת דיבמות (דקי"ט ע"ב) סיפא חזקה לשוק ורובא לשוק וענין הרובא היינו כמו ס"ס שמא הפילה ואת"ל ילדה שמא נקבה כו' וה"נ שמא לא קבלה כלל הגר"כ ואת"ל קבלה שמא לא שמעה ל' קדושין דהא העד אומר שלדעתו לא שמעה וה"ל החשש כמו מיעוטא ופחות מיניה ובצירוף החזקה העצומה יש להקל לגמרי והמרדכי דהחולץ סי' כ"א בשם ר' ברוך מיירי דליכא חזקה דהתירא דמסייע להס"ס כ"א ס"ס לבד דבענין שנשאל שם באחות ספק חלוצתו הרי ליכא חזקה להקל ע' תוס' יבמות (דל"א א') ועוד דכבר חלץ לה א"כ עשה מעשה והראיה מאשת טומטם דבכורות (פ"ז דמ"ב) התם ודאי ליכא חזקה דאין לך ריעותא מזו שהוא טומטום וההיא דס"פ בהמה המקשה ג"כ ליכא חזקה דהא עכ"פ היא יולדת וחזקת טומאה עליה עכ"פ ליכא חזקה דטהרה ומשרקפא דספק דרוסות פשיטא דליכא חזקה מאחר דקיי"ל חוששין לספק דרוסה. והראיה משתוקי דפרק עשרה יוחסין דהחמירו בס"ס הרי זהו משום מעלת יוחסין ואף שי"ל בקדושין לא גרע ממעלת יוחסין. מ"מ התם השתוקי ודאי לית ליה חזקה דהתירא ועוד דהתם בבודקין את אמו סגי ומהימנינן לה בדבורה הקל

והכא הרי יש לה חזקה שלא הקנית א"ע וגם צווחת ככרוכיא שלא נתקדשה וביוחסין מקילין בתרי רובא אף שאינה טוענת והנך שני טענות דהכא שלא קבלה ושלא שמעה י"ל חשוב כתרי רובא. וכן מ"ש במשנה פרק המפלת (דכ"ט) תשב לזכר ולנקבה ולנדה. וכ' התוס' אע"ג דהוה ס"ס כו' ומיהו בטועה כו'. הנה לבד תירוץ התוס' התם ודאי כיון דהפילה ליכא למימר אוקמא אחזקת טהרה עכ"פ וגבי טועה איכא ג"כ חזקת טומאה משא"כ גבי ס"ס דקדושין שיש חזקה כנ"ל ובסדר אליהו סוף חלק א' בסופו ממש כ' וז"ל אמנם בעניני קדושין יש מקום להקל בו מכח ס"ס והעיד שזכור הוא שבימי חורפו בעירו שאלוניקי שנפל ספק קדושין ונועצו יחדיו רבני העיר והתירוה בלא גט מטעם ס"ס ואני הקטן כו' מההיא דר' ברוך שבמרדכי פרק החולץ והרשב"א בתשובת סי' אלף רי"ו נראה דאין להקל גם בזה כו' עכ"ל. ונראה אף לדבריו זהו כאשר אתרעי החזקה שלה כגון שנתרצית בקדושין או עכ"פ יש מעשה ממנה המורה שי"ל שנתרצית דומיא דשתיקותא דלאחר מתן מעות כשאינו בפקדון דאמרינן בגמ' חושו לה אף שיש עוד ספק ס"ל למהריב"ל ח"ב סי' ז' שאינו מוכרח להקל אבל כשאין שום מעשה ממנה המביא להיות אתרעי חזקתה כנ"ד נ' שאין להחמיר כלל וההיא דהרשב"א שם אתרעי חזקתה דעכ"פ נתקדשה מרצונה מקטנותה והיתה כאשתו לכל דבר. א"כ עכשיו שיש ספק שמא כבר גדולה היא ליכא למימר אוקמא אחזקת פנויה שהרי כבר הקנית א"ע לו וקנה אותה לכמה דברים לגמרי כדאיתא ביבמות פרק האשה רבה (דף פ"ט ע"ב). גם כ' בתשו' מהרי"ט ח"א רסי' מ"א דחזקת קטנות לאו חזקה היא להעמידה בחזקת קטנה כמו שהיתה מקודם דכי אמרינן אוקי מילתא אחזקתי' היינו בדבר שמצוי לעמוד באותה חזקה אבל חזקת קטנות כיון דכל יומא גדלה ואתאי אינה חזקה והביא ראיה מהמשנה פ"ז דיבמות ספק שהוא בן תשעה ויום אחד כו' א"כ בנדון דהרשב"א ליכא חזקה לסייע להס"ס לומר דקטנה היא מלבד דמהרי"ט שם מפרש דאינו ס"ס גמור ועוד דטענת ברי שלה מה שצווחת ככרוכיא שלא עלה על דעתה ענין קדושין נמי מילתא היא. ויש להוכיח זה מהש"ס פ"ק דכתובות במשנה (דף י"ג א') ר"ג ור"א אומרים נאמנת דר"ג אלימא ליה טענת ברי דאפילו בחד ספיקא מכשר התם (דף י"ד א') וע' בהרא"ש שם סי' י"ח ומיהו נ"ל לקיים כו' והכא דאיכא שני ספיקות גדולים וחזקה וטענת ברי שלה ואין לומר דהכא ברי וברי הוא דהנער טוען ג"כ ברי שקידשה זה אינו דהא הוא א"א לו לטעון ברי ששמעה ל' הקדושין ואפילו אם יטעון הרי עדים מכחישים אותו בזה שהרי העד אומר שלדעתו לא שמעה כלל ועוי"ל דחזקה דנ"ד אלימא טובא דמבואר במהרי"ק שרש ע"ב וז"ל ידוע כי כמה חזקות בתלמוד אשר מחמתה מוציאין ממון כגון

חזקה דר"ל פ"ק דב"ב דף ה' כו' כי אין לומר אוקי ממונא בחזקת מריה אלא כנגד חזקה דאתיא ממילא כגון חזקת הגוף אבל היכא שהחזקה באה מחמת טעם כגון חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו כו' פשיטא דלא תעמוד חזקת ממון כדפי' לעיל עכ"ל ועד"ז יש לחלק בין ספק קרוב לו ספק קרוב לה דמלבד דאתרעי החזקה עוד זאת עצם החזקה היא רק כמו חזקת הגוף שאין לנו לבדות הנולד וההשתנות אבל חזקה דהכא להעמיד האשה על חזקתה שמעולם לא נתרצית להקנות א"ע להתקדש לו היא חזקה מעליא יותר שהרי יש בה חזקת הגוף ועוד זאת שיש בזה ג"כ טעם שאיך תעשה הנבלה הזאת להתקדש בלי שידוכין ובלי דעת אביה ואמה שהיא מתגדלת בביתם מה שלא יעשה כן בבנות ישראל הכשרות והרי עכ"פ רובא דרובא של הבתולות אינם עושים כן א"כ זהו ממש ענין חזקה הבאה מחמת סברא וטעם שכ' מהרי"ק דהיינו שרוב בני אדם אין עושים אלא בענין זה כמ"ש בתה"ד סי' ר"ט כו' ע"ש כ"ש הכא שתומ"י שאמרו לה הרי קדשך בכתה וצווחה כו' הרי סופה מוכח על תחילתה כ"ש שהנער אינו מסוג אחד עמה ובהצטרף כל זה אל חזקה דגופה להעמידה בחזקת שלא הקנתה א"ע לו הוי כחזקה מעליא שכ' מהרי"ק ותה"ד הנ"ל וא"כ עכ"פ בצירוף השני ספיקות אלו י"ל דמצד כל אחד לבד חשוב ליכא עדות כלל כמש"ל אות ט' ואות י' העולה מזה שאף לדברי העד יעקב בן יצחק אייזיק שאמר שיוזיפ שלשל ידיו ליתן וגם אמר לשון הקדושין עכ"ז אין שום חשש קדושין עליה מהנך שני הטענות האמורות:

יג וכש"כ לדברי העד אברהם בן צבי שנוסף עוד מלבד שני טעמים הנ"ל עוד טעם עצום שהרי הוא מעיד שלא שמע רק שראה שפתיו נעות וקולו לא שמע כ"א אמר אח"כ ששמע ה' תיבות אלו במטבע זו כדת משה וישראל כיון שלא שמע רק תיבות במטבע זו כדמו"י ולא שמע כלל תיבות הרי את מקודשת לי במטבע זו הרי ודאי אינו עד על קדושין כלל דגרע מהרי את מקודשת במטבע זו ולא אמר לי דס"ל לרוב הפוסקים דאין מקודשת כ"ש וק"ו הכא וכמ"ש בתשוב' מהרי"ט ח"א (סי' קל"ח) במי שנתן צמיד למשודכתו ואמר טומאלה פור קדושין ונתן בידה (היינו שתטלנו לקדושין וכ' שהלשון הזה אין בו יד מוכיח לא שהוא המקדש ולא שהיא המתקדשת ויש במשמעו שתטלנו לקדושין לשם אשה אחרת ולכן אפילו שידך תחלה לא הוה ספק קדושין כלל דכיון דליכא ידים מוכיחות לא בדידיה ולא בדידה לא הוויין ידים כלל. ואף שבסוף תשובתו נראה דלא ברירא לי' מילתא לגמרי היינו משום ששידך תחלה ואמר שתטלנו לקדושין אבל בנ"ד שלא שמע לשון קדושין כלל אין שום ספק וחשש קדושין כלל וגם שלא שדיך תחלה כלל מיהו יש לחלק דהתם שאני שאמר לשון קדושין דגריעי אבל הכא אפשר שיוזיפ

אמר ג"כ כל לשון הקדושין היינו הרי את מקודשת לי במטבע זו כדמו"י רק שאברהם לא שמע תיבות הרי את מקודשת לי. וא"כ י"ל עדותו זו ה"ל כמו ספק אם אמר אם לא אמר ואף אם כן הרי כתבתי לעיל אות ח' בשם תשוב' הרשב"א סי' אלף קע"ט שאין מקבלין מן העדים אלא עדות ברורה לא עדות מסופקת ועוד דאף אם זהו ספק שמא אמר מ"מ עכ"פ יש להחזיק שהאשה ג"כ לא שמעה זה כמוהו וא"כ ודאי לא נתכוונה לקדושין מאחר שלא שמעה כלל תיבות הרי את מקודשת לי דהא אפילו הרי את מקודשת בלא אמר לי לא הוו קדושין לפ"ד רוב הפוסקים והרב"י בש"ע כ"ש בתיבות במטבע זו כדמו"י בלא הרי את מקודשת לי לא חשוב אפי' ידים שאין מוכיחות כלל ועוד שלא ראה גם הנתינה כלל כ"א מהוכחה בעלמא שאמרה אח"כ איך יכול לומר שקידשה הלא אין לי רק גר"כ אחד וכנ"ל בגב"ע והוכחה זו אינה כלום כמ"ש לעיל באריכות ואין לגמגם מפני שבתחלה גם בגב"ע השני אמר שיוזיף שאמר וקידש ואח"כ כששאלו ממנו כו' שז"א דמ"מ עדיין לא ביאר דבריו איך יודע שהרי מבואר בהגב"ע שכשהעיד שנתן יוזיף: ושאמר מקודם כו' שאלו הב"ד ממנו איך ראית אם ראית שנתן המטבע לידה ממש והשיב שמחמת הדוחק כו' לא היה אפשר לראות כו' א"כ הרי ביאר דבריו תוך כדי דבור שאפילו לחזור יכול לחזור בו ואף שהשאלה של הב"ד היא יותר משיעור כדי דבור. מ"מ כיון שהשאלה היה תכ"ד לדבריו ותשובתו הי' תכ"ד לשאלתם נחשב הכל תכ"ד כמ"ש בתולדות אדם להרשב"א סי' אלף קל"ד מהא דפרק אלו נערות (דף ל"ג ע"א) ונתרו בהו תכ"ד כו' דאע"ג דאתיא ההתראה ומפסקא טובא כו' מפני שההתראה צורך העדות הוא כו' וע"ש בתוס' ד"ה ונתרו בהו וא"ת ניחוש שמא בין דבריו לשאלת הב"ד נשתהה יותר מתכ"ד ע"ז י"ל דמסתמא שאלוהו תומ"י תכ"ד דכה"ג כ' הריב"ש סי' רס"ו סד"ה אבל מה שמבטל דע"ג סע"ב וזה העד כבר נראה שחזר בו תכ"ד כו' וע"ש עמוד ג' ומ"ש ומזה הלשון נראה כו' וא"כ לא אמרו לאחר כדי דבור עכ"ל. א"כ כמ"כ י"ל שנראה כאן ג"כ שהדברים היו תכופים בלי הפסק יותר מתכ"ד ועוד שאף אם נחוש שמא נשתהה יותר מכדי דבור כיון שמדינא צריך לברר ולשאול ממנו אם ראה שנתן המטבע לידה ממש כמשי"ת בחקירה הג' לקמן באות א' ובפרט בדין מרומה שזה מעיקר הדרישות א"כ כל זמן שלא שאלו זאת ממנו נקרא לא נחקר עדותו בב"ד. וכ"ש לפמ"ש הריב"ש סי' רס"ו סד"ה אבל מה שמבטל שאף דס"ל דבדין מרומה אם לא עשו דו"ח אינו מעכב דיעבד עכ"ז כיון שמן הדין צריך לעשות דו"ח א"כ נקרא לא נגמרה העדות ויכול לחזור בו הרי מובן מדבריו דאף בדבר שאינו מעכב דיעבד נק' לא נגמרה עדותו לענין שיכול לחזור בו ועוד דנדון זה אינו חזרה כלל אלא שמבאר דבריו כמ"ש רומע"ל וכמ"ש הב"י בח"מ

סי' כ"ט בשם תשוב' הר"ן כל שאינו יכולים לכוין דברי העד כו' וכ"כ הב"י בתשובתו בדיני קדושין סי' ד' וכמ"ש לקמן בחקירה הג' וא"כ אף אם היה לאחר כ"ד נאמן לבאר דבריו כ"ש שמסתמא היו הדברים רצופים והיה הכל מסתמא תכ"ד כנ"ל נמצא נת' ג' טעמים שיש לתפוס עדות אברהם בן צבי כפי שפירש דבריו אם משום דמסתמא הי' השאלה תכ"ד ואח"כ תשובתו ע"ז ג"כ תכ"ד ואם משום דאפילו לאחר כ"ד מהני מתרי טעמי הא' דנקרא לא נחקרה עדותו עדיין הב' משום דזהו רק פירוש ולא חזרה ועוד שאפילו היינו חוששין לכל החששות ישאר הוא עד אחד לבד ובהכחשה מיעקב בן אייזיק ובהכחשה מפי עצמו אח"כ ובעד א' בקדושין ודאי יש לסמוך על ג' טעמים הנ"ל בלי שום חשש בעולם:

גם כיון שהוא שונא מוחלט לאבי הבתולה ובצירוף מה שאינו במקרא ולא במשנה כו' י"ל דחשיב פסול לעדות לגמרי כמשי"ת לקמן אות י"ט ועם שלא נסמוך ע"ז לבד מ"מ ודאי יהי' מהני ג"כ לשלא נחוש בעדותו לחומרות יתירות ולתפוס עדותו כמו שביאר דבריו:

יד ובגוף ענין ההוכחה שמוכיחים העדים שקיבלה הגר"כ מיוזיפ שהוא מפני שאמרה איך יכול לומר שקידש אותי והרי אין לי רק גריווניק אחד שהבאתי מביתי ויותר אין לי עכ"ל והם יודעים שגר"כ אחד נתנה לאשה על החתונה וא"כ מאין לה עוד גר"כ זה השני מזה הם מוכיחים שזה הגר"כ הוא מהקדושין עכת"ד הנה בתשו' הרשב"א סי' אלף קצ"ג כ' וז"ל ולא עוד אלא אפילו ראינו אתרוג יוצא עכשיו מתחת ידה והיא מודה שקבלתו מידו ולשם קדושין איני רואה בו חשש קדושין כו' דאפילו גבי ממון שהעדות מתקיימת בו בידיעה בלי ראיה ובראיה בלא ידיעה ואמרינן ראיה בלא ידיעה כיצד מנה מניתי לך בפני פלוני ופלוני יבאו ויעידו אפילו הכי אם הלה טוען במתנה נתנם לי נאמן ופטור וכדאמר רב המנונא בפרק שבועות העדות (דף ל"ד) אלמא במכחיש בכענין זה פטור ואין ראיה בלא ידיעה חייב אלא משום שטען לא היו דברים מעולם ומשום דהוחזק כפרן ולגבי קדושין עדות ממש בעיא והודאת שניהם כמי שאינה א"כ לעולם אינה מקודשת אלא במקום שיש עדים גמורים שאינן יכולים להכחישן כש"כ כאן שהיא שותקת וכשהיא מודה עכשיו מדין הודאתה אתה בא לאסרן אל תאסרנה עכ"ל וביאור דבריו במ"ש כ"ש כאן שהיא שותקת ר"ל שאפילו לא היה שותקת אלא היתה טוענת לא היו דברים מעולם שלא קבלה אותו האתרוג כלל. והעדים היו מעידים שראו האתרוג בידו של ראובן ועכשיו רואים אותו ממש בידה וכדפי' מהרי"ט בתשובת סי' מ"ג דס"ו ע"ג סד"ה הראש השלישי דמיירי שהעדים מכירין שהוא האתרוג שהיה

בידו של ראובן וא"כ הוחזקה כפרן. ובדיני ממונות כה"ג מתחייב בראי' בלי ידיעה. ר"ל אף שאין יודעים העדים אם בהלוואה נתנן לו או במתנה והכא ג"כ אף שאין יודעים אם לשם קדושין קבלה או לשום מתנה וכמ"ש בספר המקנה סי' מ"ב סעי' ד' בד"ה וצריכים העדים דהרשב"א מיירי בענין שיש להסתפק שנתן לה במתנה אף ששמעו שאמר לה שתתקדש לו בזה אולי חזר בו ונתן במתנה עכ"ל וא"כ נימא נהי דאם היתה טוענת שבמתנה נתנם לי היתה נאמנת כדרב המנונא פרק שבועות העדות אבל כיון דטוענת להד"מ (ואתרוג אחר הוא או שהאתרוג עכשיו ביד נערה אחרת) והעדים מכחישים אותה על להד"מ א"כ הוחזקה כפרן ואמרינן דלשם קדושין קבלה כמו ששמעו העדים שאמר לה שתתקדש לו בזה ע"ז אומר הרשב"א דהא דהוחזק כפרן לא שייך רק גבי דין ממונות משום דענין הוחזק כפרן הרי אין לנו עדות ע"ז כלל שלא נתנם לו במתנה ויוכל להיות שנתנם לו במתנה אלא מדין הודאת פיו אתינן עלה שאחר שטוען להד"מ ה"ל כאלו הודה שלא נתנם לו במתנה וכ"כ הריטב"א בשבועות דל"ד שם וז"ל ואע"פ שלא ידעו הם אם הי' מלוה או מתנה או פרעון לפי שהוחזק כפרן כו' והשתא לא משכחת לה בקנס כדאמרינן לקמן דבעדות קנס לא משכחת ראי' בלי ידיעה שאם אמר לא אנסתי אשה מעולם ובאו עדים שאנס אשה בפניהם (ור"ל שמ"מ אין יודעים אם היא אשה שמחוייב לה קנס או לא כגון אם ישראלית בעל או נכרית ע"ש דל"ד סע"א) אע"פ שהוחזק כפרן אינו משלם קנס שזה בכלל אשר ירשיעון אלקים הוא פרט למרשיע את עצמו דכיון דבהודאת קנס ממש פטור ה"ה דפטור בהודאה הבאה מתוך כפירה עכ"ל וכמ"כ בעדי קדושין לא שייך הוחזק כפרן דהיינו ענין הודאה הבאה מתוך כפירה וכיון דבקדושין לא מהני הודאת שניהם רק העדאת עדים ממש ה"ה הודאה הבאה מתוך כפירה ולכן אמר כ"ש כאן שהיא שותקת ולא טענה להד"מ וא"כ אין שייך כאן הוחזק כפרן והיתה יכולה לומר לשם מתנה נתן לי וכשהיא מודה עכשיו מדין הודאתה אתה באתה לאוסרה ר"ל מדין הודאה גמורה שלא ע"י כפירה אל תאסרנה דמדין הודאת פיה אינה נאסרת דעדים בעינן וכ"ד מהר"מ בתשובת מיימוני סי' א' שכ' אע"פ שמלבד שהעדים מסופקים אם נפל בחיקה כו' היא בעצמה מודה שנפלה הטבעת בחיקה כו' ע"ש הרי הודאתה אינו כלום כל שהעדים אינם יודעים בעצמם וכתב שזהו דומיא המקדש בעד אחד שאין חוששין לקדושין אע"פ ששניהם מודים וזה ודאי כדעת הרשב"א וכ"כ בד"מ סי' מ"ב סק"ד דמהר"מ ס"ל כהרשב"א אך אפשר שגם החולקים על מהר"מ עיין בש"ע סי' ל' ס"ה בחמ"ח שם סק"ט ובבית מאיר ובספר המקנה היינו מטעם אחר דכיון שהעדים מצד עצמן מסופקים שמא היה קרוב לה חשוב עדות בלי הודאתה כלל אבל בנדון דהרשב"א

כיון שלולי העדות אין כאן עדות ולא דמי לספק קרוב לה דהתם זרק לה הקדושין מדעתה משא"כ הכא א"כ גם מצד הודאתה י"ל דלאו כלום הוא:

טו ונחזור לענינינו דהודאה הבאה מתוך כפירה ס"ל להרשב"א והריטב"א דחשוב רק כהודאה ממש ולא שייך בקדושין ובקנס הוחזק כפרן ועפ"ז נ"ל שהדין שבתשו' מהרמ"פ ססי' ל"ב שכיון שהנערה אמרה להד"מ וע"ז הוכחשה משני עדים ולא ראתה אחד מהן אפילו אם תטעון מעתה ששחקה בו אינה נאמנת דהא במה שטענה להד"מ הודתה שלא שחקה בו ודומה להא דאמרינן פרק שבועות הדיינין (דמ"א סע"ב) ההוא גברא כו' רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי דהתם טעמא מאי כיון דאמר לא לויתי או להד"מ א"כ מודה שלא פרע ה"נ כיון דאמרה להד"מ הודתה שלא שחקה בו וק"ל עכ"ל הביאו הרמ"א בד"מ סי' מ"ב סק"ד ובש"ע שם סעי' ג' בהג"ה ולפע"ד דלהרשב"א והריטב"א דס"ל דגבי קדושין וגבי קנס הודאה מתוך כפירה ה"ל כהודאה לבד. א"כ יכולה לחזור ולטעון ששחקה בו וזה שאתה ר"ל דה"ל כאלו הודית שלא שחקה בו כאילו בממון דהאומר לא לויתי הודה שלא פרע. זה אינו דרק בממון מהני הודאת פיו אבל הכא הודאת פיה אינו כלום ולכן לא שייך סברת הוחזק כפרן וע"כ יכולה לחזור ולטעון לשחוק כיוונתי וכמו בשאלה דהרשב"א הנ"ל מ"ש וכ"ש שהיא שותקת דר"ל שאפילו היתה טוענת להד"מ אינה מקודשת ובאמת דברי הרשב"א והריטב"א מוכרחים מהש"ס דשבועות הנ"ל דגבי עדי קנס לא משכחת לה ראי' בלא ידיעה וע"כ משום דבקנס לא שייך הוחזק כפרן והיינו משום שהעדאת עדים בעינן והוחזק כפרן אינו חשוב העדאת עדים כלל כ"א הודאת פיו והרי גבי קדושין לא מהני הודאת פיה ואי אפשר להעמיד דינו דמהרמ"פ רק כשנאמר דטענת לשחוק כיוונתי לא מהני כלל נגד מה שמקבלת הקדושין וכמ"ש בתשו' מיימוני דשייכי לה' אישות סי' א' ואע"ג דאמרה בלבי לא היה אלא לשחוק ולהתלוצץ עמו כו' דברים שבלב נינהו ודברים שבלב אינן דברים עכ"ל וע' בקדושין פ"ב (דמ"ט ע"ב) ובכולם אע"פ שאמרה בלבי היתה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת כו' ונאמר דאע"ג שלא ראתה רק עד אחד אינה יכולה לומר לשחוק כיוונתי ושלא כדעת הרשב"א שחידש שכשאינה רואה את העדים יכולה לומר לשחוק כיוונתי כאשר באמת יש חולקים על הרשב"א אבל לפי מה שתופס מהרמ"פ בזה בפשיטות כהרשב"א א"כ אין כאן עדות על קדושין כנ"ל. שהרי כיון שהיא לא ראתה את שני עדים א"כ אף לדברי העדים אין הקדושין כלום שי"ל לשחוק כיוונה כדעת הרשב"א ואם משום שכופרת לגמרי שלא קיבלה וא"כ מסתמא לא לשחוק קיבלה. א"כ מצד כפירתה באנו להחזיקה מקודשת ופיה לאו כלום הוא:

ויש להסתפק לפ"ד הרשב"א בתשובה דבעדי קדושין לא שייך הוחזק כפרן אם יכולה לחזור ולטעון המשל בנדון שלו אם יכולה לחזור ולטעון אמת שקבלתי אבל לשם מתנה והגם שלפ"ד הרשב"א אין צריך לזה שאפילו נשארה בטענת ההכחשה שלהד"מ וכיון שמוכחשת ע"ז מעדים אנו דנין כאלו היא מודה שקבלם ולשם קדושין אפ"ה אין כאן קדושין דה"ל מקדש בלא עדים כיון שרק מדין הודאת פיה אתינן עלה כנ"ל עכ"ז אם יכולה לחזור ולטעון הי' עדיף. ולכאורה נ"ל דיכולה לחזור ולטעון ומנא אמינא לה ממ"ש בש"ע ח"מ (סי' ע"ט ס"ט) אינו מוחזק כפרן אלא א"כ כפר בב"ד ובאו שני עדים והכחישוהו וכ' הסמ"ע אבל אם הכחישו עד א' אליבא דכ"ע לא נעשה כפרן כו' וסיים דלהרשב"א כיון דע"פ עד אחד לא נעשה כפרן על פיו וכיון שאינו יודע שלא פרע נאמן זה בשבועת היסת לחזור ולומר אין לויתי ופרעתי כאלו לא העיד העד כלל דיכול לחזור בו מטענת לא לויתי לטעון לויתי ופרעתי והוא מבואר באריכות בתשו' הרשב"א שהביא בב"י שם סי' ע"ה מחודש כ"ג ומעתה כיון גבי קדושין לא שייך הוחזק כפרן א"כ לא נתחייבה מאומה ע"פ כפירתה א"כ ה"ל כמו בממון כשהכחישו עד א' דיכול לחזור ולטעון הפך ממה שטוען תחלה וכש"כ לפ"ד הסמ"ע בסי' פ"ז סעיף ה' ס"ק י"ד דגם כשהוחזק כפרן ע"פ עדים וחייב לשלם לא חשוב זה הודאה כהודאת פיו ממש לענין מודה במקצת כו' ע"ש. רק שלענין ממון חייב לשלם ובשט"מ ריש ב"מ ראיתי סברא אחת דהא דהוחזק כפרן הוי דרבנן א"כ כיון דאין זה הודאה גמורה ודאי יכול לחזור ולטעון אלא אפילו לפ"ד הש"ך שם דחשוב מודה במקצת מ"מ כיון שכאן בקדושין ס"ל להרשב"א דהודאתה לאו כלום הוא א"כ יכולה לחזור ולטעון וכמו בע"א המכחישו בממון כנ"ל. והנה הבית מאיר סי' מ"ב ס"ד בהג"ה בד"ה עד שיראו הנתינה הביא ג"כ תשו' הרשב"א סי' אלף קצ"ג מיהו מ"ש בכוונת הרשב"א דלא היה ראיה אלא כעין ידיעה כו' נלע"ד להפך דכוונת הרשב"א דאף בד"מ הוי כעין ראיה בלא ידיעה דמהני מצד שהוחזק כפרן ובקדושין לא שייך הוחזק כפרן וכנ"ל:

טז ועוד כ' הבי"מ שם רסעי' ג' דברי הריטב"א פ"ב דקדושין דמ"ג לאפוקי הטמין עדים חדא כו' ועוד דהא מצי למימר לא שתקתי בשעת קדושין אלא בשביל שלא הי' שם עדים וכסבורה שלא הועיל מעשיך וה"ל כמקדש בלא עדים ור"ל מפני שאם רצתה לטעון לא שתקתי כו' הרי יכולה ולכן תו אף כי מודה שכיוונה לשם קדושין ה"ל כמקדש בלא עדים והיינו נמי טעם הריב"ש כו' עכ"ד וזה ג"כ הפך תשו' מהרמ"פ דמה בכך דס"ל דע"י שכפרה להד"מ ה"ל הודאה שלא שחקה מ"מ כיון שאין עדים רק טמונים והיתה יכולה לטעון שלא קבלה הקדושין רק לשחוק להכי אף כי מודה כו' דה"ל כמקדש בלא עדים

מ"מ הנה בתשו' הב"י בדיני קדושין ססי' י' כ' ג"כ כדברי מהרמ"פ ממש כיון שהכחישה לגמרי שוב לא יכולה לטעון לשחוק כיוונתי דהוחזקה כפרנית כו' ואע"ג דאמרינן פרק ז"ב מילי דכדי לא דכירי אינשי הכא רוה שהיה מעשה בדבר ליכא למימר הכי אלא שאח"כ כ' ויש לדחות דבריו דכיון דבין לדברי העדים בין לדבריה אינה מקודשת אע"ג דלדברי העדים נצטרך לומר ששחקה בהם ולדבריה אין צריך מ"מ לא שייך לומר אנן לא טענינן לה עכ"ד ואפ"ל משום דבש"ג פ' זה בורר הביא שנחלקו הראשונים בדין זה כשלא ראו העדים דהראב"ד פסק דאינה מקודשת וכדעת הרשב"א והריטב"א ונחלקו עליו והש"ג הביא ראי' להחמיר מיבמות פרק מצות חליצה (דף ק"ה סע"ב) ועדים רואים אותו מבחוץ הרי זה חשוב עדות לענין חליצה אע"ג שלא ידעו מהעדים כלל וא"כ שמא לא נתכוונו דהא חליצה בעיא כוונה שם (דק"ו ע"א) וע"ש בהריטב"א דפי' מנא ידעי משום דאין דבר שבערוה פחות משנים כו' וע"ז מתרץ ועדים רואים אותו מבחוץ וצריך לחלק דבחליצה הוא יותר בחזקת שמכוונים לחליצה משום שאפשר ג"כ רקקה וקראו משא"כ בקדושין שייך יותר דלשחוק כיוונו ולפע"ד עוד ראי' להחמיר מהא דאיתא בגמרא רפב"ת דערכין (דכ"ט ע"ב) המוכר את שדהו בשנת היובל עצמה כו' ושמואל אמר אינה מכורה כל עיקר כו' ומעות חוזרין ופריך שם (ד"ל ע"א) מ"ש ממקדש אחותו דהמעות מתנה. וכדמפרש הש"ס פ"ק (דב"מ דט"ו ע"ב) משום אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה וא"כ ה"נ נימא הכי. וכ' התוס' וז"ל ומיהו לפי האמת שהוכחנו דמעות חוזרים אמרינן דלא דמי למקדש אחותו לפי שאדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה אבל במוכר שדהו בשנת היובל אין העולם בקיאין בכך ולא גמר ונתן לשם מתנה עכ"ל וכ"כ התוספת עוד בגיטין פרק השולח דמ"ה ע"א וא"כ כמ"כ עד"ז י"ל גבי מקדש בלא עדים דאין אדם יודע כ"כ שאין קדושין תופסין בכה"ג עד שנאמר שגמר ונתן לשם מתנה וכן שהיא נתכוונה לכך דדוקא גבי מקדש אחותו אדם יודע כו' שזה דבר הנודע ומפורסם לכל שאין שום אדם מקדש ונושא אחותו כו' משא"כ במקדש בלא עדים ודאי אין הכל יודעים וכמו במוכר שדהו בשנת היובל כו'. וע"כ ס"ל למהרמ"פ דאף לפ"ד הרשב"א אין להקל אלא בטוענת כן שלפי שידעה שאין קדושין תופסין בלא עדים ע"כ קיבלה לשם שחוק הא כשלא טענה כן הוא בחזקת שקיבלה לשם קדושין משום שאין הכל בקיאין בכך שאין קדושין תופסין בלא עדים ולכן ס"ל בדין שנשאל שהיו עדים רואין רק שהיא לא ראתה עד השני דכיון שהכחישה וה"ל הודאה שלא כיוונה לשחוק היא בחזקת מקודשת גמורה דהא בלא"ה י"ל שאין הכל בקיאים כו' ודי להקל כשטוענת כן בפירוש לא כשאינה טוענת וכ"ש כשהיא מודה

שלא כיוונה לשחוק ואפשר לומר דס"ל למהרמ"פ דעדיף מהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה שהוא רק מחמת החזקה כו'. כ"ש הכא שראו עדים שקידשה רק שבאנו לבדות שמא כיוונה לשחוק וכיון שאין הכל בקיאים בדין זה וגם היא מודה שלא כיוונה לשחוק היא מקודשת:

קיצור הבית מאיר הביא ג"כ מהריטב"א פ"ק דקדושין דכיון שיכולה לטעון לא נתכוונתי אלא לשחוק ה"ל כמקדש בלא עדים ולא כמהרמ"פ וכ"כ הב"י בתשו' בדיני קדושין סי' י' מיהו כיון שהש"ג פרק ז"ב כ' שיש חולקין דעדים רואין מבחוץ מהני כמו ביבמות ק"ה ע"ב א"כ י"ל אף להרשב"א דוקא כשטוענת לשחוק כיוונתי אבל אנן לא טענינן לה:

יז ומעתה נשוב לנד"ז דהעדים לא ראו כלל אם נתן לידה הגר"כ וכ"ש שלא ראו אם קבלה ממנו רק שמוכיחים כן מפני שראו בידה גר"כ ומדבריה שהוחזקה אצלם כפרנית על דיבורה שאמרה אין לי רק גר"כ אחד שהבאתי מביתי והם יודעים שנתנה גר"כ לאשה על החתונה הנה אף אם נאמר דע"י הכחשה זו נאמין כאלו הביאה רק גריוניק אחד לבד ושנתנה אותו לאשה ושעל כרחך הגר"כ שבידה קיבלה מיוזיפ הנה לא מיבעיא לדברי הרשב"א והריטב"א כיון שידיעה זו נמשך רק מדבריה והעדים מצד עצמן לא ראו וגם לא ידעו שנתן לה א"כ ה"ל מקדש בלא עדים ועדיף טובא מנידון דתשו' הרשב"א סי' אלף קצ"ג דהתם גם בלי הודאתה ממה שראו העדים האתרוג בידו ואח"כ תומ"י בידה וגם שמעו שאמר לה תתקדש לי בזה כמעט חשוב ראיה וידיעה שנתנו לה בתורת קדושין אלא משום שיש להסתפק שמא אח"כ חזר בו ונתן לשם מתנה ע"כ אין ידיעה ודאית בלי הודאתה וחשוב זה מקדש בלא עדים כ"ש וק"ו הכא דלולי דבריה אין שום עדות כלל לא על הנתינה ולא על האמירה ומה שראו גר"כ בידה אין שום ראי' דהא אין סימן למטבע:

והלא לדבריהם היה לה עוד גר"כ משלה שנתנתו להאשה א"כ שמא גם זה היה לה מביתה כדאמרינן פ"ח דזבחים (דף ע"ז ב') מדהא דהתירא הא נמי דהתירא כו' משא"כ התם גבי האתרוג פי' מהרי"ט דמכירים שזהו האתרוג ממש שהיה בידו וגם בלא"ה אתרוג אינו מצוי ויש בו סימנים שזהו משא"כ במטבע וא"כ לולי דיבורה אין כאן שום עדות פשיטא דע"י דיבורה אינה נאסרת אף את"ל דדיבורה זה חשוב הודאה שקיבלה הגר"כ מיוזיפ וגם לדעת מהרמ"פ דוקא התם הוא דע"י הודאת פיה שלא כיוונה לשחוק חשוב קדושין משום דשאני התם שבלא הודאת פיה יש שני עדים על קדושין רק כשטענה לשחוק כיוונתי היתה נאמנת וכשהיא מודה נשארה בקדושין בעדים אף שהעדים אין יודעים שלא כיוונה לשחוק מ"מ חשוב עדים וכמו שהעיר בסהמ"ק סי'

מ"ב ס"ג בהג"ה בד"ה ונראה דטעם מהרי"ט מהא דבש"ע סי' כ"ז ס"ב בהג"ה אם הבינה דבריו כו' ואם אומרת דלא הבינה נאמנת הרי מהני הודאתה והיינו מפני שיש עדים על קדושין גמורים כו' משא"כ הכא בנדון זה שהעדים לא ראו הנתינה כלל וגם לא היה משמעות ממנה על קדושין א"כ אף אם היינו אומרים שמדבריה יומשך כאלו יש הודאה ממנה שקבלה הגר"כ אין זה כלום דודאי חשוב מקדש בלא עדי' במכש"כ מהדין דתשו' הרשב"א סי' אלף קצ"ג הנ"ל ובודאי דמהרמ"פ לא יחלוק על דין תשובת הרשב"א הנ"ל ואפשר לא על מהר"מ בתשו' מיימוני וכ"ש וק"ו בנדון שלפנינו דעדיף מהא דתשו' הרשב"א סי' א' קצ"ג דהכא זולת דיבורה אין שום עדות והרי אומרת שלא קבלה ממנו מאומה:

יח ועוד נראה לחלק דבשלמא בהא דמהרמ"פ הוחזקה כפרנית מפני שטוענת שקר בדבר שהעדים ראו בהפך ובכה"ג חשוב הוחזק כפרן כמו אומר לא לויתי והעדים מעידים שלוה משא"כ בנד"ז לא ראו העדים שהביאה מביתה גר"כ אחד לבד כ"א רק מפיה אנו חיים שאמרה כן ואמרה ג"כ איך יכול לומר שקידש אותי הרי אין לי רק גר"כ אחד שהבאתי מביתי וע"ז הם מכחישים אותה שהרי נתנה לאשה א' גר"כ ור"ל נמצא לפי דבריה שלא הביאה רק גר"כ א' הוחזקה שקרנית שהרי נתנה גר"כ א' לאשה נמצא אינה מוכחשת רק מדבריה וזה אינו חשוב כלל הוחזק כפרן דהא אפילו אם מוכחש מעד א' לא חשוב הוחזק כפרן כש"כ כאן שאין מי שיכחישה בבירור לומר שלא הביאה רק גר"כ א' וזה הגר"כ נתנתו לאשה רק היא אמרה כן והעדים יודעים שלפי דבריה זו היא שקרנית במה שאומרת שזהו הגר"כ שיש אצלה שהרי ראו שנתנה א' גר"כ לאשה וכנ"ל וזה לא נקרא הוחזק כפרן ועוד דהוחזק כפרן שיהיה חשוב כהודאה זהו רק בדוגמת לא לויתי כו' דה"ל ודאי שלא פרע והרי ידוע ודאי שלוה אבל כאן אינו ודאי שקיבלה הגר"כ מיוזיפ דהא י"ל ששיקרה במה שאמרה שלא הביאה רק גר"כ א'. וי"ל ששנים הביאה ומנלן דהשקר הוא בזה שמא השקר בדבור הראשון שלא אחד הביאה אלא שנים אבל זה הגר"כ אפשר הוא מה שהביאה מביתה. ומה שאמרה שהביאה רק גר"כ אחד זהו לחזק טענתה אבל איך נוליד מזה שזהו הודאה שקבלה גר"כ מיוזיפ מה שהיא צווחת להד"מ ויש שני דרכים בהשקר שלה אם ששיקרה במה שאמרה שהביאה רק גר"כ א' אם שמשקרת במה שאמרה שזהו הגר"כ שהביאה מביתה ומי הגיד לך שהשקר הוא במה שאמרה שזהו הגר"כ שמא השקר במה שאמרה שהביאה רק גר"כ אחד משא"כ בנדון דתשו' מהרמ"פ שידוע בעדים שמשקרת במה שאומרת שלא קיבלה ממילא מחזיקים לודאי שלא כיוונה לשחוק אבל הכא ליכא עדים רק על ששקר אחד יש בדבריה ואינו

ידוע מהו השקר א"כ אין להוליד מדבריה שקיבלה גר"כ מיוזיפ ונשאר מדבריה רק ספק לבד לא הודאה ודאית דוגמת לא לויתי והעדים מעידים שלוה דחשוב הודאה ודאית שלא פרע ועיין בתשו' בית אפרים חאה"ע סי' כ"ד מ"ש בשם תשו' מ"ב (סי' ק"ט) ואע"ג דחזינא ביה תיוהא כו' וזה שקר גמור כו' נ' דאין לתלות זה לעדות שקר כו' ובשם תשו' ח"צ סי' מ"ד בשם הרמב"ם פ"ט מה' קידוש החודש כו' ובשם התשב"ץ ח"א סי' ס"ו שכ' ומה שאמרו שדברי העד הראשון הם מוכחשין מאליהן כו' אפ"ה אין עדותו נפסל בשביל זה עכ"ל יעו"ש וה"נ י"ל שאע"פ שיש שקר בדבריה נאמנת שלא קיבלה הגר"כ מיוזיפ. ואפ"ל כמו שאם העדים ששמעו מהלוה שחייב לפלוני אינו עדות דאמרינן שלא להשביע עצמו אמר כן במשנה וגמרא פ"ג דסנהדרין (דכ"ט ע"א). כמ"כ הכא אין לעשות עדות מדבורה הקל שאמרה שלא הביאה רק גר"כ א' מביתה לבנות ע"ז הוכחה שקיבלה גר"כ מיוזיפ מה שצווחת ככרוכיא שלא קיבלה ובשבועות פ"ו (דמ"א סע"ב) כל מילתא דלא רמיא עליה כו'. אף שהוכחש בזה לאו כלום הוא כו':

יט ועוד נראה דודאי אם תפרש דבריה שמה שאמרה והרי אין לי רק גר"כ א' שהבאתי מביתי היינו לבד הגר"כ שנתנה לאשה שלא היה לה להזכיר זה ודאי יכולה לפרש במכ"ש ממש"ל סוף אות ט"ו דיכולה לחזור ולטעון אלא דא"צ לזה דזה אינו לחזור ולטעון כ"א לפרש דבריה שכיון שהיא אמרה והרי אין לי כו' יכולה לבאר דבריה דוגמת מ"ש פב"ת דכתובות דק"ט ע"ב אם טען ואמר חזרתי ולקחתיו ממנו נאמן כו' ופרש"י דהפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' גם ע"ד כל מילתא דכדי לא דכירי אינשי בסנהדרין פז"ב (דכ"ט ובח"מ סי' פ"א כמ"כ י"ל הגר"כ שנתנה להאשה הוא מילי דכדי אף להחולקים על החמ"ח סי' מ"ב סק"ט ועוד שמא שלחו על ידה הגר"כ להאשה הנ"ל או שמא חזרה ולותה הגר"כ מהאשה הנ"ל דוגמת חזרתי ולקחתיו וכל היכא דיכולה לטעון כן א"כ אין זה הודאה עכ"פ שקבלה גר"כ מיוזיפ דגדולה מזו אמרו היכא דיכולה לטעון אין שקלי ודידי שקלי פ"א דקדושין (די"ג ע"א) ואפי' אינה טוענת כן אנן טענינן ופסקינן דאינן קדושין והב"י סי' כ"ח כ' דאפילו אמרה דלשם קדושין קיבלה אינו כלום אלא שכ' הטעם משום דשמין דעתה כו' אבל עוי"ל כיון דיכולה לטעון כן אין כאן עדות על קדושין כמ"ש כה"ג בחי' הרשב"א פ"ק גבי נתן הוא ואמרה היא וכ"ש הכא דצווחת שלא קיבלה כלל. ועל מה שנראים דבריה מוכחשים יש לתרץ בטוב אע"פ שהיא לא פירשה דבריה אנן טענינן לה ועמש"ל אות ט"ו דיכולה לחזור ולטעון אף ההפך כ"ש הכא לבאר ולפרש דבריה ועוי"ל כיון העד אברהם י"ל שפסול לעדות מדרבנן ויעקב י"ל פסול דאורייתא א"כ אין דבריהם בענין הגר"כ שנתנה להאשה חשוב עדות כלל דאף

שלא עמדנו יסוד לפוסלם ממש היינו אם מעידין על קדושין ממש אבל בעדותן זה שאף אם נאמין לדבריהם שנתנה להאשה גר"כ אין זה ראי' כלל שקיבלה מיוזיפ גר"כ רק איזו חששא וגם זה רק כהודאת פיה שי"ל שאינו כלום ע"כ בחששא קלה כזו שאין בה ממש כלל מדינא הנמשכת מפסולי עדות הנ"ל אין לחוש כלל וכלל גם לפמ"ש שהעד אברהם הנ"ל ידוע שהוא שונא מוחלט לאבי הבתולה א"כ בצירוף מה שאינו לא במקרא כו' ופסול מדרבנן י"ל יותר שאין לחוש לעדותו על הנ"ל. ובכנה"ג בח"מ סי' ל"ג בהגה"ט אות ג' וז"ל אי לאו דמסתפינא ה"א דשונא גמור שהוא לו כאחד מן הרודפים ומבקש להתנקם ממנו פסול להעיד רש"ל ז"ל בתשו' סי' ל"ג רמ"א בתשו' סי' י"ב וכן יש ללמוד מדברי התוס' פ"ק דמכות בד"ה אלא מעתה הרוג יציל ואפשר שיהיה זה דעת מהריב"ל ח"א סי' מ"א עכ"ל גם כ' רמ"א שם וז"ל ועוד דאיכא למ"ד דשונא פסול לעדות כדאיתא פז"ב ואע"ג דהלכתא כרבנן דחולקים ואומרים לא נחשדו ישראל על זה מ"מ בחשודים כבר והם שונאים ודאי חיישינן וברור לנו שאלו העדים שונאים עם משפחת הגרשוני עכ"ל וכ"כ רש"ל סי' ל"ג וז"ל ואף שהלכתא כחכמים דשונא כשר להעיד מ"מ גבי ריקים ופוחזים פשיטא ופשיטא דלא מהימני ולולי דמסתפינא אמינא דשונא גמור פסול להעיד עכ"ל הרי אפילו בסתם שונא שהכשירו חכמים עכ"ז כשהוא ג"כ מהריקים ופוחזים דהיינו ע"ד שאינו לא במקרא ולא במשנה כו' ע"ש וא"כ בנ"ד שזה אברהם בן צבי אינו לא במקרא ולא במשנה כו' ונוסף ע"ז הוא שונא לאבי הבתולה שנאה מוחלטת א"כ י"ל שאין לחוש לעדותו כלל והעד יעקב י"ל שבלא"ה פסול דאורייתא:

א קיצור השאלה יש בה שלשה חקירות האחד איך הדין לפי גב"ע הראשון השני איך הדין לפי גב"ע השני השלישי אם יכולים לחזור בהן מעדותן הראשון. לעדותן השני:

ב עדי קדושין כשהאשה מכחשת צריכים דרישה וחקירה ואין כן דעת הסדר אליהו אבל דין מרומה בעדי קדושין לכ"ע צריך דו"ח ולא שיודעים בו שהוא מרומה רק דמספקא להו ומובן להם כן כ"נ מהתוס' והג"א ומפרש"י והר"ן דפ"ד דסנהדרין דל"ב ב' וכ"כ מהר"ם אלשיך בתשו' סי' מ' וא"כ הכא חשוב דין מרומה כמ"ש כה"ג הריב"ש סי' רס"ו שיאמר אדם שהוא קדש אשה אחת חשובה בלא שדוכין וכו' ועוד שכאן מגב"ע השני נתגלה ברור איך הענין היה מרומה ולא בדברים שחזרו בהן מגב"ע כ"א רק גם בדברים שהוסיפו על גב"ע הראשון ובכה"ג אמרינן תיגלי מילתא למפרע כי תחלתו וסופו מוכיח שהענין מרומה:

ג גם בלא"ה העלה הסדר אליהו דפלוגתא דרבוותא היא אם עדי קדושין צריכין דו"ח אף כשהדין אינו מרומה וכ"ש בהיא מכחשת וכשנוסף ע"ז שהדין מרומה י"ל ודאי צריך

דו"ח והיכא שצריך דו"ח ולא עשו דו"ח אין העדות כלום כמ"ש הסדר אליהו וכן מפורש בחידושי הר"ן ר"פ היו בודקין וכ"מ בנ"י ר"פ אד"מ גבי וכן גט וכ"מ בהרמב"ם ס"פ י"ז מה' מלוה דין ט' וכ"כ הריב"ש סי' רס"ו בד"ה וכן אין ולא כתשו' נ"ב חאה"ע סי' ע"ב אף שהריב"ש כ' דבד"מ אפילו בדין מרומה לא בעי דו"ח כד"נ ממש ועפ"ז ס"ל למהר"מ אלשיך בתשו' סי' ק"ד ולמהר"ש חקאן ומוהרש"ח דבעדי קדושין בדין מרומה אם לא נעשה דו"ח אין עדותן בטלה אין כן דעת הר"ן ר"פ היו בודקין וכ"ד הרבה פוסקים וכ"פ התומים רסי' ל' סק"א וגם לדעת הר"ד שהביא הר"ן ר"פ אד"מ שנראה שממנו מקור דברי הריב"ש עכ"ז היכא שכל הענין מרומה צריך דו"ח כמו בד"נ ממש וכ"פ בתשוב' מהרב"צ אשכנזי סי' ה' וחלק על מהר"מ אלשיך בזה:

ד הרב"צ בשם הרא"ה דעדי קדושין וגיטין קילי מד"מ שמדאורייתא א"צ דו"ח כ' הסד"א שהפוסקים דחו סברא זו בשתי ידים דאדרבה הרבה פוסקים ס"ל דעדי גיטין וקדושין כד"נ דמיא ומ"ש עוד הסד"א ליתן מקום לסברת הריב"ש דלעיל אות ג' ולומר דרב אשי לא ס"ל כרב פפא הוא ג"כ אינו נכון כלל מכמה טעמים ומה שאמרו בחתן מאהל אף שידוע יום החתן מאהל אין זה כמו יום אתמול ואף באומר יום אתמול ס"ל להרמב"ם והר"ן דצ"ל כל שבע חקירות וגם עכ"פ לא אמרו איזה שעה ועוד דגם החקירות בגוף העדות בדין מרומה נ' שהוא מדאורייתא מהא דצדק צדק תרדוף:

ה עוד יש כאן טעם לומר דה"ל פסולי עדות מדרבנן והרי"ף הובא ב"י ססי' מ"ב ס"ל המקדש בפסולי עדות דרבנן אין חוששין לקדושיו ואע"ג דלא קיי"ל כן מ"מ עפמ"ש רמ"א ססי' מ"ב י"א כו' אבל בקדושי דרבנן כו' לפ"ז י"ל כאן אין העדות כלום:

ו ועי"ל דנמצא ביניהן ע"א פסול דאורייתא:

וכיון שכן י"ל דמה"ט בטלה כל העדות:

נידון גב"ע השני שלא ראו הנתינה ממש לידה רק שיש להם הוכחה שקבלה. להתומים ססי' צ' סס"ק י"ד אף להמרדכי אינו כלום אך לכאורה מדברי הרא"ם שבמרדכי פ' האומר דקדושין ססי' תקל"א משמע כשעד רואה דבר המוכיח אף שאינו ידיעה ודאית חשוב עדות מספק. והוא תולה באשלי רברבי היינו תשו' מיימוני סי' א' עם הרמב"ם והרשב"א ור"ח ההובא בש"ע סי' ל' ס"ה בדין אם העדים מסופקים אם היה קרוב לו או קרוב לה אכן באמת אינו כן דהתם שאני שמרצונה ומדעתה זרק לה הקדושין ועי"ז איתרע חזקת פנויה שהיה לה ובכה"ג הוא דפליגי הרמב"ם והרשב"א ור"ח על מהר"מ שבתשו' מיימוני הנ"ל משא"כ בנד"ז שלא נודע לנו שום רצון ממנה על קדושין וגם לא

ראו הנתינה א"כ הספק שמא קבלה משום ההוכחה שלהם כיון שאין זה ידיעה ודאית רק הוכחה בעלמא אינו כלום. וראיה מהרשב"א בתשו' סי' אלף קע"ט וסי' אלף קצ"ג: ט וכ"כ רמ"א בתשו' סי' ל' דהמרדכי דקדושין סי' תקל"א מיירי כשנתרצית לקדושין וגם מהתה"ד סי' ר"ז מבואר דפי' דבר מוכיח דמהני היינו דוקא כשיש רצון לשניהם על קדושין ועכ"פ כשכבר היא משודכת לו ועומדת לאירוסין אזי כשיש עדים על התחלת השילוח חשוב הוכחה משום דמסתמא יוגמר דוגמת הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה משא"כ בנ"ד דאין שום שידוכין ביניהם כלל וגם אין עדות על ההתחלה רק מצידו ולא מצד שלה כלל וכלל אינו כלום וכ"נ בתשו' מהרי"ט ח"א סי' קל"ח בד"ה וקרוב הדבר לומר:

ועוד דכאן י"ל עוד שאפילו את"ל שקבלה הגר"כ מה שאין לחוש לזה מדינא כנ"ל אות ח' ואות ט' אך עוד זאת י"ל שגם אם קבלה זהו מפני שלא שמעה לשון הקדושין שהרי עד א' אומר שאע"פ שהוא שמע עכ"ז לדעתו היא לא שמעה וכן עד א' אומר שגם הוא לא שמע כלל ועד אחד אמר שהוא שמע רק תיבות במטבע זו כדמו"י ואם הם שהזמינם יוזיפ לזה להיות עדים לא שמעו מכ"ש שי"ל שהיא לא שמעה ויש ראיה לזה מתשו' הרשב"א סי' אלף קע"ט ויותר מזה משמע בתשו' הב"י בדיני קדושין סי' ב' ד"ג סע"ד ובתשו' מהרי"ט חאה"ע סי' מ"ג דס"ו ע"ג בד"ה וגם יש לחקור ואף שדבריהם צ"ע לזווגם עם תשו' הרשב"א הנ"ל ועיין תשובת אמונת שמואל סי' ה' מ"מ בנד"ז שגם העדים לא שמעו וע"א ששמע אומר בפירוש שלדעתו היא לא שמעה י"ל לכ"ע נאמנת לומר שלא שמעה:

יא לר' יוחנן דלא אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ואין צריכה גט מ"ש מזרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה צ"ל משום דשם ידוע שהותחל ענין קדושין משא"כ עדי יחוד אינו התחלה לקדושין ובנתגרשה מן הארוסין לכ"ע א"צ גט ולכן בנ"ד דג"כ אין שום התחלה ודאית רק הכל ספיקות ויש לכל הפחות שני ספיקות גדולים להקל א"צ גט להרשב"א י"ל טעמי' דר' יוחנן משום דהוי ג"כ שני ספיקות ואנן דלא קיי"ל כר' יוחנן י"ל משום שאין הספיקות שקולים או משום דשם חשוב ג"כ איתרע החזקה משא"כ בנד"ז ולהרמב"ם נראה דר' יוחנן אינו חושש אף שהוא רק ספק אחד וכנ"ל:

יב ועדיף נ"ד ממ"ש השאגת ארי' בתשובת בית אפרים סי' מ"ב להתיר ע"י ס"ס ומהריב"ל ח"ב סי' ז' שהחמיר שלא להקל ע"י ס"ס. י"ל שם איתרע החזקה דעכ"פ שמעה בודאי לשון קדושין משא"כ הכא וראי' דבשני ספיקות כשיש לזה עוד חזקה דלא אתרעי כלל לא חיישינן מר"פ בתרא דיבמות והתשו' רשב"א סי' אלף רי"ו שלא הקיל בשני ספיקות שם ודאי אתרעי החזקה גם י"א דשם לאו חזקה היא גם י"א דאין שם שני ספיקות גמורים

גם החזקה דנד"ז אלימא טובא וגם סופה מוכיח על תחלתה וגם טענת ברי וגם השני ספיקות הם שקולים כמו תרי רובי וא"כ יש תרי רובא וחזקה וסופה מוכיח וטענת ברי:
יג וכ"ז אף לדברי העד יעקב שאומר שהוא שמע ל' הקדושין וכ"ש לדברי הבחור אברהם שאומר שלא שמע רק תיבות במטבע זו כדמו"י ובודאי שיש לתפוס עדותו כמו שביאר דבריו מצד ג' טעמים ונוסף ע"ז עוד טעם שי"ל שהוא פסול לעדות זה לגמרי וגם שישאר עד א' מוכחש משני עדים:
יד ההוכחה מדבריה לא עדיף מאמרה שקבלה ופסק הרשב"א בתשו' אלף קצ"ג דאינו כלום כיון שאין כאן עדות גמורה ע"י העדים מצד עצמן כ"א בצירוף פיה שכפרה והוחזקה כפרנית א"כ ה"ל כדין הודאת פיה לבד:
וכ"ד הריטב"א דהודאה הנמשכת מתוך כפירה לא עדיף מהודאה:
טו וא"כ לכאורה פליגי על הדין שבש"ע סי' מ"ב ס"ג בהג"ה מתשו' מהרמ"פ ססי' ל"ב ונ' דלהרשב"א יכולה ג"כ לחזור ולטעון הפך ממה שאמרה אף שא"צ:
טז הבית מאיר הביא ג"כ מהריטב"א פ"ב דקדושין דלא כמהרמ"פ מיהו לדינא דינו דמהרמ"פ שאני דשם בלא"ה יש מחמירים:
י' ובנד"ז יודה מהרמ"פ ג"כ דלא יחלוק על תשו' הרשב"א הנ"ל וכ"ש נד"ז דעדיף טובא מדהרשב"א:
יח ועוד דאף את"ל דהוחזק כפרן חשיב כהודאה ולא כתשו' הרשב"א אקצ"ג זהו כשהוחזקה כפרן נגד מה שעדים ראו משא"כ הכא לא הוחזקה כפרן רק לפי דיבורה הראשון ובכה"ג לא שמענו בגמ' הוחזק כפרן דשמא דיבורה הראשון שקר ואיך ידמה דיבורה לראיית עדים:
יט ועוד דודאי יכולה לתרץ דבריה הראשונים וכל היכא דיכולה לומר כן אין זה שייך להוחזק כפרן ועוד די"ל ששני העדים המעידים נידון אמירתה הם פסולים לעדות לגמרי וכיון שאין מעידים על הנתינה רק על הוכחה בעלמא מדיבורה הקל אין לחוש כלל לזה נמצא אין נשאר שום עדות על הנתינה ולא אפילו על הוכחה על הנתינה וגם לא על השמיעה:

סימן צא

הנה אחר שנתבאר החקירה השנית שלפי גב"ע השני אין בהקדושין שום ממש כלל מעתה נבואה לחקירה השלישית והוא אם יכולים העדים לחזור בהן מהגדתן הראשונה ושיהיה עדותן הראשונה בטלה ועדותן השניה קיימת:

א מאחר שבגב"ע הראשון לא העידו השני בחורים רק שאמר לה ונתן לה ולא שאלו מהם איך ומה היה הדבר היינו אם שמעה שאומר לה הרי את מקודשת לי כו' וקיבלה על דעת זה או אפשר שלא שמעה כלל מחמת שהיה בעת אסיפת עם על חתן מאהל וכמו שהעידו אח"כ בגב"ע השני וגם היה צריך לשאול אם גילתה דעתה תחלה שרצונה להתקדש להנער יוזיפ או שאינו כן שאם לא ידעה מזה כלל תחלה קרוב הדבר שלא שמעה כלל ולא נתכוונה לקדושין גם היה צריך לשאול מה עשתה אחר שנתן לה אולי השליכה הקדושין או צווחה שאינה רוצה כלל. וכמו שהעידו בגב"ע השני שאח"כ כששמעה שאומרים שקדשה התחילה לבכות ולצווח להכחישו כ"ז היה צריך לשאול אפילו את"ל שא"צ דו"ח וגם את"ל שאין זה דין מרומה מ"מ זהו דברים שצריכים להוודע בגוף העדות דהא אין האשה נקנית אלא מדעתה ואם כן היו צריכים לשאול מהם אם היה זה מדעתה או לא ואם לא הי' זה מדעתה והסכמתה צריך לידע אם ודאי שמעה כו' עד שנדע שזהו מדעתה ע"ד שפרש"י פ"ק דקדושין די"ב סע"ב דכי קבילתיה אדעתי' דהכי קבילתיה עכ"ל וזהו כשודאי שמעה מה שאמר ה"א מקודשת לי כו' משא"כ כשיש להסתפק שלא שמעה כלל וכמ"ש לעיל בשם תשו' מהרי"ט חאה"ע סי' מ"ג בד"ה ושמא תאמר ואפשר שהנערה לא שמעה כו' והיינו מפני שהיה דבריו כלפי העד ולא כלפי הנערה כו' ע"ש. וכש"כ שי"ל כן בנד"ז שהיה המעשה בעת דוחק ורעש וקול מאסיפת אנשים ונשים בבית המשתה והיה ודאי מנגנים כלי זמר יש ויש מקום להסתפק שמא לא שמעה הבתולה כלל ורק היו דבריו כלפי העדים שהזמינם לעשוק הבתולה וכמש"ל כה"ג בשם תשו' הרשב"א סי' אלף קפ"ט וגם היה צריך לידע אם לא צווחה אח"כ וכנ"ל וא"כ י"ל שזה נקרא שלא נגמרה עדותן וצריכים עדיין לדברי העד. ולכן יכולים לחזור בהן כמ"ש בתשו' אחרת בשם שו"ת משאת בנימין סי' ק"ו שהוכיח כן מהרמב"ם פ"ג מה"ע דין ה' ומתשו' הר"ן ומתשו' הריב"ש סי' רס"ו ולכאורה י"ל שעינים אלו הם חסרון בגופה של עדות אפילו דיעבד דהא מעדותם אין ידוע ברור שנתקדשה מדעתה אם י"ל שלא שמעה לשון הקדושין מחמת רעש העולם בבית המשתה ושמא אמר בחשאי כדי שלא תשמע שלא נזכר בעדותן רק האט ער ג'יזאגט הרי את כו' ולא נז' שאמר לה לנוכח רק אפשר אמר כן בחשאי להעדים במכוון שלא תשמע שאם תשמע לא תקבל וגם אם נוסיף לזה שצווחה ובכתה אח"כ אזי י"ל הוכיח סופה על תחלתה שודאי לא שמעה ולא הבינה כלל שזהו ענין קדושין וכמ"ש בהגמ"ר דקדושין סי' תקל"א וז"ל ואמרו פ"ב דחולין דל"ט ע"ב ופ"ח דב"ב דקל"ו דכ"ע מודים היכא דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא מוכחת הוכיח סופה על תחלתה עכ"ל וכשלא נחקר כ"ז י"ל ה"ל רק ספק קדושין לבד

כי מאחר שלכל העדים לא ידעה מזה כלום קודם האמירה והנתינה א"כ צריך עדות ברור שנתקדשה לדעת ועדותם הנ"ל אינו מספיק מחמת ספיקות הנ"ל וא"כ נקרא לא נגמר עדותן:

ועוד ראי' לזה שזה נקרא לא נגמר עדותן אף בדיני ממונות מהדין הנזכר בהרמב"ם והטור ובש"ע ח"מ סי' כ"ח סעי' ח' אח"כ כו' ואומרים לו אמור האיך אתה יודע שזה חייב לזה וכתב הסמ"ע שם ס"ק ל"ז דכבר העידו שהוא חייב לו אעפ"כ צריך לשואלו איך הוא יודע שחייב לו כו' ודין זה הוא משנה מפורשת בסנהדרין פרק זה בורר דכ"ט ע"א דהיינו שמא מעיד עד מפי בעל דבר הוא הלוה שלא בפני המלוה או שמא מעיד עד מפי עד ומשמע בהדיא מהרמב"ם פי"ז מה' עדות דין ב' ובהטור סי' כ"ח סעי' י"ב ובש"ע שם סעי' ח' דאף דדיני ממונות א"צ דרישה וחקירה אבל בדיקה הנ"ל שהיא לכוין שידע גופה של עדות צריכה גם בד"מ ומעכבת כמו שמעכב דרישה וחקירה בד"נ שהרי כן משמע מהמשנה שהרי כ' שאחר שבדקו העדים הנ"ל ונמצאו דבריהם מכוונים אז נושאים ונותנים בדבר וגומרים הדין מכלל דבלא בדיקה זו אין זו עדות גמורה כלל ובחי' הר"ן פ' היו בודקין משמע דבדיקה הנ"ל דהאיך אתה יודע שזה חייב לזה זהו לכתחלה לבדוק העדים ודיעבד אם לא שאלו אותן עדותן קיימת ואין דבריו מוכרחים וראי' דכה"ג מצינו במשנה פ"ב דר"ה (דכ"ג ע"ב) כיצד בודקין את העדים כו' כיצד ראית את הלבנה כו' אם נמצאו דבריהם מכוונים עדותן קיימת וכי גם שם נאמר שאם לא בדקו אותן כלל עדותן קיימת ועוד דגם לחי' הר"ן מ"מ כיון שעכ"פ לכתחלה צריכין לבדוק אותן כן א"כ נקרא לא נגמרה עדותן ויכולים לחזור בהן כמ"ש בתשו' הריב"ש סי' רס"ו סד"ה אבל מה שמבטל דע"ג ד' י"ל אע"פ שאין העדות בטלה מ"מ לא נגמרה והי' יכול לחזור בו כו' ומצאתי מזה בחידושי הר"ן פז"ב שם וז"ל אמתניתן הנ"ל ואומרים לו אמור האיך אתה יודע שזה חייב לזה כו' לכאורה משמע לפום האי לישנא שכבר העיד העד שזה חייב לזה מאתים זוז דאל"כ האיך יפתחו לו ב"ד לומר שזה חייב לזה ואי הכי קשיא כיון דקיי"ל דדיני ממונות א"צ דו"ח כיון שהעיד העד שזה חייב לזה מנה מה להם לב"ד לשאול להם האיך הוא יודע ואיכא למימר דאילו העיד העד פלוני הלוה לפלוני בפני מנה פשיטא דבכה"ג אין שואלין לו כלום אבל כלפי שאמר מאמר סתום שזה חייב לזה מנה אפשר שזה העד טועה בעצמו וסובר שכיון שאמר לו הלוה דרך שיחה אני חייב לפלוני מנה דמהני וליתא שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו ויאמר לאנשים דרך שיחה שהוא חייב לפלוני כדי שלא יחזיקוהו בעשיר וכן נמי אם אמר פלוני אמר שהוא חייב לו לא אמר כלום דה"ל עד מפי עד הלכך הדבר ברור שאם כתבו בשטר יודעים אנו שפלוני

חייב לפלוני מנה שזו עדות ברורה דעדים החתומים בשטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד וכאלו איימו אותן ולא אמרו כאן שחוקרים האיך הם יודעים אלא בעדים המעידים בב"ד שצריכים איום וחקירה בלשון כדי שלא יטעו בעצמן ויש מפרשים שקודם שיאמר העד כלום שואלים אותו האיך הוא יודע כדי שיברר דבריו דמן הסתם המלוה הביאם לב"ד להעיד על חיוב זה ומש"ה שואלין אותו בלשון האיך אתה יודע אבל לאחר שאמר יודע אני שחייב כך וכך אין לנו עליו כלום שעדות שלימה העיד ודיו ופרושא קמא עיקר עכ"ל חידושי הר"ן פז"ב אמתניתן הנ"ל הרי מבואר מדבריו שאע"פ שהעידו בפני ב"ד ובפני הבעל דין שפלוני חייב לפלוני מנה צריכים מדינא לשאול מהם שיבררו דבריהם האיך הם יודעים שהוא חייב לו וכנ"ל בשם הסמ"ע וא"כ כמ"כ בנד"ז שהעידו על לשון הקדושין שלו והנתינה ולא העידו שרצתה להתקדש לו ושידעה שמקדשה ואדרבה מובן מעדותם שבתחלה לא שמעו שדבר עמה דבר מזה כלל א"כ היו צריכים לברר מהם שמא הם טועים וסוברים שכשקיבלה המטבע והוא אמר קודם שנתן לשון קדושין היא מקודשת אע"פ שלא שמעה כלל דאולי סבורים שכיון שאמר ונתן א"צ כ"כ רצונה ע"ז וא"כ יש לחוש אולי אמר בלחש והיא לא שמעה או שמא עכ"פ יש ספק אם שמעה וגם על הנתינה צריך לשאול אם ראו כולם שנתן מידו לידה ממש ושאחזתם אח"כ ולא השליכה אותם אחר שהרגישה שזהו לקדושין וכנ"ל דלא גרע מדיני ממונות ועפי"ז יש לפרש מ"ש רמ"א באה"ע סי' מ"ב ס"ד בהג"ה כל עד שלא נחקר בב"ד לא מקרי עדות לענין קדושין וכ' הב"ש שם ס"ק י"ד שלכאורה הוא תמוה שהרי פסק דעדי קדושין א"צ דו"ח:

ובספר עצי ארזים שם ס"ק ט"ו כתב דגם בדבר שא"צ דו"ח שייך לשון עד שלא נחקר והכוונה הוא עד שלא נגמר קבלת העדות בב"ד עכ"ד והביא ראי' ע"ז מלשון התוספתא והירושלמי העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר כו' עד שלא נחקרה כו' ולטמא ולטהר א"צ דו"ח וא"כ מ"ש עד שלא נחקרה ע"כ הכוונה הוא עד שלא נגמר קבלת העדות בב"ד וא"כ נבין מהו עד שלא נגמר לענין קדושין ע"כ כבר העידו שפלוני קידש פלונית דאל"כ פשיטא שאין כאן עדות א"ו צ"ל אף שהעידו כן כיון שלא ביארו דבריהם על דרך האיך אתם יודעים כו' חשוב לא נגמר קבלת עדותן בב"ד ועיין בגמ' פ"ד דסנהדרין (דל"ז ע"ב) דלענין הבדיקה שמא אומרים מאומד הלב אע"פ שפסול בד"מ כמו בד"נ עכ"ז א"צ לשאול זה בד"מ אפ"ל דבדיני קדושין אף למ"ד דא"צ דו"ח ולא דמי לד"נ כ"א לד"מ מ"מ חקירה זו שמא אמרו מאומד י"ל שייכא בקדושין כמו בד"נ דבד"מ אין זה שייך כ"כ כ"א בעובדא דר' אחא בגמל האוחר שאינו מצוי אבל בענין קדושין שפיר שייך שאומרים

שנתן לה אף שלא ראו הנתינה מיד ליד ממש וכמו שהי' בנד"ז שבגב"ע אמרו שלא ראו הנתינה לידה ממש כ"א שאומרים כן מהוכחה שאח"כ ראו גר"כ אצלה וכמו בתשו' הרשב"א סי' תש"פ:

ובהגמ"ר דקדושין סי' תקל"א. א"כ אפשר מדינא צריך לשאול זה ג"כ שבקדושין כאלו שבלא שדוכין ובלא ידיעת קרוביה זהו דרך ערמה ע"י תחבולה קרוב ואפשר הדבר שלא יראו העדים הקבלה לידה ממש ע"כ היה צריך לשאול עכ"פ איך ראו הנתינה כמו שבד"מ שואלים שמא הוא אמר לך שאני חייב לו כו' והן אמת שאם הי' מבואר בעדותם שהיא נתרצתה להתקדש לו היה די וכמ"ש הר"ן שבד"מ אם אמר העד פלוני הלוה לפלוני בפני מנה די בכך אבל מאחר שבעדותם אין מבואר כלל רצון ממנה כ"א רק שהוא אמר ונתן אלא שמזה אנו מוכיחים שרצתה ג"כ כיון שקבלה המטבע לכן היו צריכים לשאול מהם אם שמעה אמירתו ושקיבלה ולא השליכה ולא צווחה וכנ"ל וא"כ עדיין אין זה עדות גמורה כלל וכל שלא נגמרה עדותן יכולים לחזור בהן ועוד כיון שלא נחקרו העדים בדרישה וחקירה והבתולה מכחישתן י"ל שיכולים העדים לחזור בהן כמ"ש ר"י במרדכי פ"ד דסנהדרין הובא ב"י בח"מ סי' כ"ט ובאה"ע סי' מ"ב וכ"כ האגודה בסנהדרין רפ"ד סעיף מ"ב דהיכא שהאשה מכחשת בעינן דו"ח וכ"כ הב"ש סי' מ"ב ס"ק י"ד. ואף שהסד"א בשם הרבה פוסקים חולקים ע"ז מ"מ הא כתב דבלא"ה הוי ספיקא דדינא אם עדי קדושין צריכים דרישה וחקירה כמו שהעלה בסדר אליהו דצ"ח ובתשו' שאגת אריה שבתשובת בית אפרים חאה"ע סי' מ"ב כתב דרוב הפוסקים ס"ל דעדי קדושין ועדות לאוסרה על בעלה צריכים דו"ח וגם יש סברת מקצת אחרונים דטעמו דר"י הוא שאפילו אם עדי קדושין א"צ דו"ח כיון שזהו מדרבנן אבל מדאורייתא צריכים דו"ח לכן מהני עכ"פ שיוכלו לחזור בהן אם לא עשו דו"ח כ"כ בכנה"ג בח"מ סי' כ"ט בהגהת הב"י אות ה' בשם הרא"ם סי' כ"ד בשם ר' ישעיה וכ"כ בסדר אלי' דצ"ח ע"א מה גם בהצטרף טעם זה אל טעם הראשון דאף לו יהא רק כדיני ממונות י"ל שלא נגמר עדותן כנ"ל יש להורות דיכולים לחזור בהן כ"ש לפמש"ל באריכות דחשוב דין מרומה ולכן כיון שלא נעשה דו"ח כלל י"ל שאין העדות כלום א"כ אף אם לא נסמוך ע"ז לבד מ"מ לכל הפחות מיהו יכולים לחזור בהן ואם חזרו בהן בטלה עדות ראשונה ונשארה עדות שניה שהרי אף הריב"ש סי' רס"ו דס"ל שבדין מרומה דד"מ וקדושין שאף אם לא נחקרה העדות אין העדות בטלה עכ"ז נקרא לא נגמרה עדותן ויכולים לחזור בהן א"כ כ"ש לפ"ד רוב הפוסקים דס"ל שאם לא נחקרה עדותן העדות בטלה דפשיטא דיכולים לחזור בהן ואין בזה שום פקפוק כלל וכלל דאם חזרו בהן מהני חזרתן ודנין

רק ע"פ עדות השניה קיצור מוכח במשנה וגמרא פז"ב (דכ"ט ע"א) ובחי' הר"ן לשם ובטוש"ע ח"מ סי' כ"ח ס"ח ובסמ"ע שם ס"ק ל"ז שאע"פ שהעידו שפלוני חייב לפלוני מנה אין זה עדות גמור עד שיבארו איך יודעים שהוא חייב לו א"כ עדי קדושין לכל הפחות אינו גרוע מד"מ וכשהעידו שאמר ונתן כיון שמובן מעדותן שלא דברו מזה כלל תחלה עם הבתולה א"כ צריכים לשאול מהם אם יודעים שנתרצית ע"ז היינו ששמעה לשון הקדושין ושקבלה אחר ששמעה שהרי המעשה הי' בעת אסיפת רוב עם וכלי זמר בבית המשתה דיש ויש לספק שלא שמעה כלל עוד יש טעם נכון שיכולים לחזור בהן משום שהבתולה מכחישתו ולא נחקרה עדותן בדו"ח וביותר שהדין מרומה:

ב ומה שיש לחוש כיון שבתחלה בעדותן הראשונה הטילו הב"ד עליהם ברמ"ח שיאמרו להם האמת בענין זה ואח"ז הגידו עדותם שהוא כן וא"כ כשהעד חוזר בו ומעיד באופן אחר הרי משים עצמו רשע על עדותו הראשונה ששקר העיד ומשנה שלימה שנינו פ"ד דשבועות (דף ל"א ע"ב) השביע עליהם חמשה פעמים חוץ לב"ד ובאו לב"ד והודו פטורים כפרו חייבים על כל אחת ואחת וכ' בחי' הריטב"א שבועות דל"א ע"ב וז"ל וא"ת וכי חוזרים ומעידים בב"ד מאי הוה דהא לא מהני סהדותייהו שהרי נשבעו חוץ לב"ד שלא יודעים לו עדות ואין בידם לחזור ולומר שנשבעו לשקר שהרי משימים עצמם רשעים ואין אדם נאמן לשום עצמו רשע וי"ל דלאו ברשיעי עסקינן שיאמרו עתה בב"ד שנשבעו לשקר אלא שיאמרו שהיו שכוחים באותה שעה ונזכרו דבהא ודאי נאמנין ועוי"ל דאפי' אומרים עכשיו בשקר נשבענו פלגינן דיבורי' ומהימנינן להו בגופה של עדות ואין נאמנין לומר שנשבעין על שקר דהא תרי עניני הוא ובתרי גופי פלגינן דיבורא וכההיא דעד שהעיד לאשה שהרג את בעלה דפלגינן דיבורא ונאמן שנהרג להשיא את אשתו ואינו נאמן לומר שהוא הרגו לשום עצמו רשע וכדתנן הרגתיו תנשא אשתו מעתה עד שכפר חוץ בב"ד ונשבע על כך אם חזר והודה בב"ד מקבלין עדותו כו' עכ"ל והנה לכאורה הכא בנדון שלפנינו לא שייך הני תרי תירוצים דהא נשבעו שאמר ונתן וא"כ איך יאמרו שהיו שכוחים באותה שעה וי"ל דשפיר שייך תירוץ זה שנאמר שהיו סבורים דאע"פ שלא אמר רק בטבעת זו כו' הוי אמירה וגם אף שלא ראה הנתינה בפועל כיון שאצלו קרוב הדבר שנתן נשבע ולכן עכשיו ששואלים מהם בפרטות הם אומרים וכמ"ש בירושלמי תמן כשאומר לא חתמתי ברם הכא באומר ע"ז חתמתי וע"ז לא חתמתי כו' וכמ"ש לקמן אות ד' בשם תשו' הרב"י בדיני קדושין סי' ד' כי האי גוונא אך בעדות אלטער לא שייך לומר כן דהא עכשיו אומר שלא שמע כלל ולא ראה כלל. מיהו ק' על

תירוץ הריטב"א דהא מתחייב עי"ז בשבועות ביטוי כמ"ש הרמב"ם פ"ט מה' שבועות דין י"ד ובפרק יו"ד דין י"ו י"ט:

וכיון דמתחייב בשבועות ביטוי מחזקינן דבשקר נשבע והרי אעפ"כ עדות שמעיד אח"כ בב"ד מקבלין עדותן ומש"ה נפטר מדין שבועות העדות וצ"ע ע"כ לכאורה מוכרח משם דכיון דמד"ת יכול לחזור בו ממה שאמר שאינו יודע לו עדות משום שהיה חוץ לב"ד ואם לא יגיד היינו בב"ד ע"כ אפילו נשבע יכול לחזור ולהעיד ואף שממילא מבואר שהי' רשע למפרע מ"מ בעדותו זה אין משים א"ע רשע על העדות שמעיד עכשיו רק אלמפרע על מה שכפר תחלה וא"כ יש לדמותו למ"ש התוספת פ"ג דכריתות די"ב ע"א בד"ה או דילמא ואע"ג דלא משוי אינש נפשי' רשיעא כו' היינו ליפסל נפשי' לא מהימן אבל אי אמר מזיד אכלתי חלב מהימן דאימור מתכוין לטובה שאינו רוצה להביא חולין בעזרה וה"נ מתכוין לטובה להעיד עדות אמת ומודה שנשבע לשקר וכ"כ התוספת פ"ק דב"מ ד"ג סע"ב סד"ה מה אם ירצה לומר מזיד הייתי וי"ל דאינו נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין בעזרה ובשט"מ שם כ' בשם הרמב"ן קשיא להו היכי מצי למימר מזיד הייתי והא אין אדם משים עצמו רשע אלא גבי עדות דלא פסלינן עדותיה ופלגינן דיבורי' אבל כשאומר מזיד הייתי אין אומרים לו להביא קרבן הואיל והוא יודע בעצמו שאינו חייב בו עכ"ל וא"כ כמ"כ הכא במודה בב"ד שיודע עדות אף שמשים א"ע רשע למפרע מ"מ אינו לפסול עדותו כ"א אמילתא אחריתא שנשבע לשקר אבל עדותו בא להעיד וא"כ מקבלין עדותו ולא שייך בזה אין אדם משים א"ע רשע דזה לא נאמר אלא שאין נאמן לפסול א"ע מעדות אבל הכא אין זה שייך כלל ליפסל א"ע מעדות אך ק' דזה דומה למ"ש בפ"ק דסנהדרין (ד"ט סע"ב) לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד. רבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע אבל הכא שאנו ידענו שנשבע:

וא"כ לדבריו שבא להעיד וא"כ ע"כ בשקר נשבע והתורה אמרה אל תשת רשע עד ויש לחלק דהתם בשעת העדות מוכרח להזכיר שנעשה רשע כי זהו מעיקר עדותו שפלוני רבעו לרצונו אבל הכא העדות הוא מלתא אחריתי שאין בה שום רשעת מצד עצמו היינו שבעצם העדות אינו משים א"ע רשע כלל כ"א שמזה נוכיח שעשה מעשה רשע מקודם מה שנשבע וכיון שאין זה מעדותו ע"ז לא שייך אין אדם משים א"ע רשע ודומה להא דכריתות י"ב וב"מ ד"ג ע"ב כנ"ל מיהו זהו דוחק דמ"מ הכא ידענו דרשע הוא אם עדותו בב"ד אמת:

קיצור מאות ב' שיש לחוש משום דכשמעיד באופן אחר הרי משים א"ע רשע שהרי נשבע תחלה ויש לפשוט מדין המשנה פ"ד דשבועות השביע עליו חמשה פעמים חוץ לב"ד ותירץ הריטב"א דאפילו אומרים עכשיו בשקר נשבענו פלגינן דבוריה ובנ"ד לא שייך כן בעדות אלטער ואפ"ל דא"צ כלל לפלגינן דבוריה כיון בעדותו בב"ד אינו משים א"ע רשע ולא כמו פלוני רבעני לרצוני רק שאנו מוכיחים כאשר נעריך לפנינו מה שהעיד ונשבע חוץ לב"ד עם עדותו בב"ד נבין שהיה רשע למפרע זה לא איכפת לן. שהרי אין עדות ממש שהוא רשע:

ג ויש לבאר הדבר עוד דהנה הא דאין אדם משים א"ע רשע פי' בתשו' מהר"ם לובלין סי' פ"א סד"ה ואם כן בנ"ד דל"ה ע"ד. וז"ל לא מסברא בעלמא אמרו כן אלא מדינא כדאיתא התם סנהדרין פ"ק ד"ט ע"ב. רבא אמר דאדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע ופרש"י כלומר ע"י עדות עצמו אינו נעשה רשע שהרי התורה פסלה קרוב לעדות וכיון דמן התורה הוא דאינו נפסל ע"פ עצמו מטעם קורבא אין לחלק בשום אופן עכ"ל וא"כ זהו שאין מאמינים לו על מה שפוסל א"ע אבל הכא במתניתן פ"ד דשבועות שבא לב"ד והודה שיודע לו עדות כמו שהתובע משביעו א"כ זה יש להאמינו אלא שתאמר א"כ פוסל א"ע לומר שנשבע לשקר והרי הא בהא תליא שאם תאמינו העדות תאמין שנשבע לשקר וע"כ האמנת העדות גורם שמאמינים לו ליפסל א"ע ע"ז יש להשיב כיון שבשעה שמעיד העדות בב"ד א"צ ואין מוכרח להזכיר נידון השבועה לשקר א"כ אני מקבל זה וכשאני בא לדין אם פסול לעדות מחמת שנשבע לשקר אומר שאין פסול ע"פ עצמו דכוותה אשכחן פט"ו דיבמות שהאשה נשאת ע"פ עצמה ולגבי צרתה הוא בחזקת חי לגמרי ואוכלת בתרומה אלא שיש לחלק דהתם האשה והצרה הם שני גופים אף שהבעל גוף אחד הדין נותן להאמינה גבי גופה ולא לגבי חברתה כלל אבל הכא הכל איש אחד ועדות אחת ועוד דאף אם נניח חילוק זה עכ"ז זהו שייך כשאין שני עדים ששמעו איך שנשבע חוץ לב"ד שאין יודע לו עדות רק התובע והוא ע"ז שייך לומר כן אבל כשיש שני עדים ששמעו איך שהשביעו חוץ לב"ד וכפר בו הרי אם עדותו שהעיד בב"ד אמת ממנ"פ השני עדים מעידים שרשע הוא שהרי ממנ"פ אם עדותו בב"ד אמת ע"כ נשבע לשקר בפני שני העדים והרי הוא מודה ג"כ לדבריהם שנשבע כן א"כ אינו נעשה רשע ע"פ עצמו כ"א גם ע"פ שני עדים בצירוף עצמו שאינו מכחיש להעדים שרשע הוא ועוד דאף שאין שני עדים שהשביעו חוץ לב"ד וכפר מ"מ התובע עצמו מודה שהשביעם חוץ לב"ד ה"פ וכפרו בהם א"כ מאי מהני ליה הודאתם הרי לדבריו רשעים הם שנשבעו בשקר ה"פ והרשע פסול לעדות א"כ איך יוציא ממון בעדותם. כיון שלדבריו הם פסולי עדות

מן התורה. עכ"ז י"ל כמ"ש הריטב"א כיון שאינו מוכרח גמור שהיה רשע כגון שי"ל ששכח או שי"ל שהי' טועה דהי' נשבע ומחשב בלבו איזה תנאי כדרך הנזכר בש"ע יו"ד סי' רל"ב סעי' י"ד בש"ך ס"ק ל"ג ובט"ז ס"ק כ"ו או י"ל שמא היה אנוס מחמת פקוח נפש שהיה ירא מהנתבע בדבר שיש חשש ס"נ ואף שכ"ז רחוק מאד מ"מ מאחר שאפשר הוא אין שני העדים ששמעו יכולים להעיד בודאי שרשעים הם. וכן התובע א"י ודאי שרשעים המה. וצ"ע מהא דאמרינן ביבמות פרק החולץ דמ"ז ע"א ולדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי. וה"נ נימא לדבריך נשבעת על שקר ורשע אתה ואין עדות לרשע ויש לחלק ג"כ דהתם בהעדות גופא מזכיר איך שהוא נכרי ופסול לעדות ואין נאמן לפסול א"ע זהו פי' אין עדות לנכרי משא"כ הכא בעדותו השניה אין מזכיר כלל שהוא רשע כ"א עי"ז מוכיחים שהי' רשע למפרע אינו נפסל דאפשר תולין בסברא דלעיל ומיהו בש"ע ח"מ סי' ל"ד סכ"ד משמע דאין תולין בדבר שצד הזכות רחוק יעו"ש וע' בש"ך סק"ח ובב"י רסי' ל"ד בסעיף ה' בד"ה כ' הריב"ש בסי' שי"א ואע"פ שאין רוב העולם טועים בזה אבל כיון שהשכחה מצויה כו' יעו"ש ובהא אתי שפיר דלק"מ אמתניתן פ"ד דשבועות הנ"ל ממתניתין פ"ב דכתובות די"ח ע"ב העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו כו' הרי אלו נאמנים ובגמרא שם אמר רמי בר חמא לא שנו אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות (נאנסו דלא משוו נפשייהו רשיעי וכיון דעלייהו סמכינן הא בתוך כדי דבור עקרוה לסהדותייהו והפה שאסר התיר) אבל אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים מ"ט אין אדם משים עצמו רשע (אינו נאמן לפסול עצמו מחזקתו דקרוב הוא אצל עצמו וקרוב פסול לעדות) וכ"פ הרמב"ם פ"ג מה"ע דין ו' ז' והטוש"ע סי' מ"ו סל"ז. ומ"ש מהא דפ"ד דשבועות דנשבעו חמשה פעמים חוץ לב"ד ובאו לב"ד והודו מקבלין עדותן אע"פ שאומרים בשקר נשבענו א"ו החילוק פשוט דהתם בעדותו שמעיד בב"ד אין מבואר שהוא רשע כלל ע"כ נאמן בזה אבל הכא עיקר עדותו שמעיד שהוא רשע היינו שחתם בשקר מחמת ממון ועי"ז בא לפסול השטר וכיון שבעיקר עדותו הוא רק שהוא רשע הרי זה אין מקבלין ממנו מפני שאדם קרוב אצל עצמו ואינו נאמן ע"ז לבטל עדותו שהעיד על חבירו אבל לפמ"ש הריטב"א פ"ד דשבועות דהתם הטעם משום דפלגינן דבוריה וכמו פ"ק דסנהדרין ד"ט סע"ב יש להקשות דא"כ אמאי גבי אנוסים היינו לא פלגינן דבוריה ואף שהתוס' שם בכתובות הקשו אמאי לא פלגינן דבוריה כמו בפלוני רבעני לרצוני ותירצו שם כמה תירוצים. אפשר התירוצים ההם לא יספיקו לחלק אמאי פלגינן דבוריה במתניתן פ"ד דשבועות הנ"ל דמש"ש משום דאונס מחמת נפשות לא שכיח הלא גם במתניתן דשבועות לא שכיח מאד השכחה שישכחו ה' פעמים כו'

כמשי"ת לקמן ואעפ"כ פלגינן דבוריה גם מ"ש עוד א"נ שאני הכא דמחמת ממון הוי פירושא דאנוסים היינו כו' הלא כמ"כ וכ"ש במתניתן דשבועות כיון שמעידין עדות בב"ד מוכרח שבשקר נשבעו גם התירוץ הד' שכתבו א"נ כו' מיד עושין עצמן רשעים כו' כש"כ שכן הוא במתניתן פ"ד דשבועות הנ"ל וא"כ אמאי שם פלגינן דבוריה מיהו התירוץ שכתבו כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דבוריה כדי לפסול השטר וכ"כ בסנהדרין ד"ט סע"ב כיון מדאורייתא עה"ח על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי כו' תירוץ זה אתי שפיר גם להריטב"א לחלק כן בין הך דשבועות ג"כ וכ"כ בשט"מ שם בשם הרב ר' יוסף הלוי ז"ל לחלק בין אנוסים היינו ובין פלוני רבעני לרצוני כו' מכי חתמי אשטרא כבר נחקרה עדותן בב"ד כו' וכיון דלא מהימני לשווייה נפשייהו רשעים מוקמינן לה אחת"י דבשטר חזקה דהא עה"ח על השטר כו' נמצא השטר עומד על חזקתו בחותמיו והא דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו כו' שאני התם דליכא שטרא עכ"ל:

קיצור מאות ג' זה שאין אדם משים א"ע רשע מפני שהוא קרוב והיינו כשבשעת עדותו מבואר בתוך העדות דבר שהוא רשע כמו פלוני רבעני לרצוני משא"כ בדין המשנה דשבועות הנ"ל בתוך עדותו אינו מבואר רק שפלוני חייב לפלוני ואין זה רשעת על עצמו רק שיש ממ"נ מבחוץ שהוא רשע ע"ז יש לתרץ גם באיזה טעם רחוק שאפילו בלא טעם אינו נפסל ע"פ עצמו כי י"ל שאמת שעכשיו עושה תשובה ומעיד האמת וראי' לחילוק זה שלא יקשה אמתניתן פ"ב דכתובות והגמרא שם דאין נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון משום דאין אדם משים עצמו רשע ממתניתן פ"ד דשבועות דמקבלין עדותן בב"ד אף שלפ"ז בשקר נשבעו חוץ לב"ד ולפמ"ש החילוק פשוט דהתם בעדותו מבואר שהוא רשע ע"כ אין מקבלים זה ממנו משא"כ במתניתן פ"ד דשבועות ולהריטב"א דהכא הטעם משום פלגינן דבוריה אינו מתורץ הטעם דהתם לא פלגינן דבוריה רק ע"פ תירוץ א' של התוספת:

ד ונשוב לנדון שלפנינו דאף שקיבלו עליו בח' יכול לחזור בו כנדון דפ"ד דשבועות הנ"ל. ולא דמי לכתובות י"ח ב' משני טעמים הנ"ל דבאנוסים היינו מחמת ממון נזכר בדבריו שהוא רשע וזהו עיקר העדות הב' שכבר נתקיים עדותן הראשונה מה"ת לגמרי ע"כ אינו נאמן להשים א"ע רשע לשבור עדותו הראשונה וכמו דלא פלגינן דבוריה מה"ט משא"כ בנדון שלנו שלא נזכר בעדותן השנייה שהוא רשע. וגם עדיין לא נגמר עדותו הראשונה מדאורייתא שפיר מהימנינן ליה אלא שי"ל נהי דלא דמי להא דאנוסים היינו מחמת ממון עדיין גם להא דפ"ד דשבועות ג"כ לא דמי דהתם י"ל הטעם כמ"ש הריטב"א דפלגינן דבוריה כמו בפ"ק דסנהדרין ד"ט סע"ב אבל הכא לא שייך זה מאחר שבתחלה

קיבל הבחור אלטער בח' שאמר ונתן ועתה אומר שלא שמע ולא ראה כלל א"כ אין מה לפלוג דבורו הראשון אך כבר כתבתי שאף אם לא שייך פלגינן דבוריה כיון בעדותו השנייה בעצם העדות לא נזכר שהוא רשע א"כ יכול להעיד ולא דמי לפלוני רבעני לרצוני דהתם בעדותו נזכר שהוא רשע ע"כ אי לא פלגינן דבוריה ע"כ אומר בעדותו שהוא רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד וממנ"פ אם תאמין עדותו רשע הוא ע"כ העדות בטל אבל הכא שבעדותו אין נזכר שהוא רשע אף אם לא פלגינן דבוריה מקבלין עדותו כמש"ל שאפשר דהיה טועה ומחשב בלבו איזה תנאי כו' וכנ"ל ומיהו באמת זהו דוחק מטעם הנזכר לעיל סעיף ג' כיון לדברי התובע עצמו רשעים הם שנשבעו על שקר וכ"ש אם יש עדים ע"ז איך יוציא ממון בעדותן אך עכ"ז נראה דהכא בנקל הרבה יותר לקבל עדותו השניה מבהמשנה פ"ד דשבועות דע"כ שם דוקא הוצרך הריטב"א לחדש הטעם דפלגינן דבוריה וכאן א"צ לזה דהתם בהמשנה עדותו השניה הוא לקיים ולהחזיק דבר מחודש שפלוני חייב לפלוני מנה ואם הוא רשע א"א לקיים על פיו דבר זה ע"כ הוצרך לטעם דפלגינן דבוריה ולא היה רשע כלל משא"כ הכא שעדותו השניה אינו כלל לקיים דבר כ"א לבטל הגדתו הראשונה שלהד"מ זה יוכל לבטל אף אם לא פלגינן דבוריה דאף שקבל בח' תחלה שעדותו על הקדושין אמת מ"מ מאחר שעדיין לא נגמרה עדותו ויכול לחזור בו וחוזר בו ואומר שא"י מהקדושין כלל הרי יש לקבל חזרתו שעד שלא נגמר עדותו יכול לחזור בו ובעדותו זה לא נזכר כלל שהוא רשע אלא שמבחוץ תאמר א"כ נעשה רשע למפרע שעבר על הח' ואין אדם משים עצמו רשע היינו רק שהוא אינו נאמן לעשות עצמו רשע אבל הכא על החזרה נאמן הוא מדינא ונעשה רשע לא ע"פ עצמו כ"א ע"פ הב"ד ששמעו שבועתו ומהכ"ת לא יוכל לחזור בו כיון מדינא יכול לחזור בו רק מפני שתאמר שא"כ מ"ע רשע ע"ז נשיב הלא מה שמע"ר זה אינו כ"א ע"פ אחרים ששמעו שבועתו ובאמת נעשה רשע עי"ז ע"י אחרים ועכ"ז לא מפני זה נשלול ממנו הדין שיכול לחזור בו מעדותו ואין לומר שע"י שקבל בחרם חשוב כנגמר עדותו זה ודאי ליכא למימר כיון שאנו רואים שלא חקרו ממנו כל הצורך וזה תולה בדין עד שהעיד בב"ד וקודם שנגמר עדותו עבר על ל"ת שנשבע על שקר עד"מ ואח"כ חזר בו מעדותו הראשונה לכאורה י"ל איך עתה שהוא רשע יכול לבטל העדות שהעיד קודם שהיה רשע ומ"מ י"ל כיון דהדין נותן שיכול לחזור בו והרי חזר בו א"כ עכ"פ ה"ל עדותו כמאן דליתי' כלל ולכן אף שהב"ד יודעים שאם חזרתו אמת על כרחנו נעשה רשע שעבר על הח' עכ"ז י"ל שזה אינו מציל מלקבל חזרתו לענין שיכול לחזור בו וה"ל עדותו כמאן דליתא כמש"ל וכעת נרחיב עוד בזה והוא שי"ל דבלאו הכי אף אם לא נשבע ולא קיבל

בחרם תחלה עכ"ז כיון שהעיד תחלה בב"ד שנתקדשה ועכשיו חוזר בו הרי העיד עדות שקר ועושה עצמו רשע ובן מלקות הוא ואזהרתיה מפסוק לא תענה ברעך עד שקר שחייבין ע"ז מלקות כדאיתא בסנהדרין ד"י ע"א. ובפ"ק דמכות (דף ד' ע"א וע"ב). ועיין בחידושי הריטב"א שם במכות (דף ד') בד"ה אלא אמר ריש לקיש ואעפ"כ אמרה תורה שיכול לחזור בו אף שעי"ז משים את עצמו רשע למפרע שהעיד שקר דאין לתרץ דשם לא עושה א"ע רשע שסמך על שיחזור בו דהא עד"מ בדין מרומה שצריך דו"ח או בשאר עדות שצריכים דו"ח כמו בדיני קנסות או בדין מרומה דקדושין וכה"ג מניין יודע זה העד שידרשוהו ויחקרוהו וגם אם הדו"ח הי' אחר שנה ובינתיים לא חזר בו הרי עכשיו שחוזר בו אחר שנה משים א"ע רשע למפרע שיצתה מתח"י עדות שקר ואעפי"כ אמרה תורה שיכול לחזור בו והטעם אפ"ל דאע"פ שמשים עצמו רשע למפרע מ"מ כיון דעדיין לא נגמר עדותו כלל איך אפשר לקיים עדותו אחר שחזר בו כיון דכלל גדול ודין גמור שכשלא נגמר עדותו בדו"ח (ואין זה נכון) אין העדות כלום א"כ מה בכך שמשים א"ע רשע עכ"פ אין כאן עדות ודוקא בההיא דפ"ד דשבועות שמקבלין עדותו מחדש לקיים דבר על פיו הוצרך הריטב"א לומר דפלגינן דבוריה אבל לענין שיכול לחזור בו מעדותו הראשונה קודם שנגמר עדותו א"צ לזה דכיון שעדיין לא נגמר עדותו כלל ובתוך כך חזר בו אין כאן עדות עכ"פ וא"כ אף אם מתחלה נשבע ע"ז שעדותו אמת כיון שלא נחקר עדותו ובגמר דו"ח חוזר בו אין כאן עדות וא"כ לפ"ז אפילו עדות הבחור אלטער אף שחזר בו לגמרי אף אם הוא בענין שאין לומר פלגינן דבוריה הראשון וקבל עליו בח' תחלה יכול לחזור בו שכיון שהוא דין מרומה וצריך דו"ח וגם אפילו אינו דין מרומה לא פירש ולא נגמר עדותו כנ"ל ויכול לחזור בו וכשחוזר בו אין כאן עדות כלל והנה בתשו' הב"י סי' ד' נשאל על עדים שהעידו תחלה שיצחק אמר לחנה לקחי אלו בתורת קדושין דה"ל ידים שאינן מוכיחות וא"צ גט. והעידו זה ע"פ הח' ואח"כ העידו שא' הריני נותנו לך בתורת קדושין דפסק הריב"ש דהוי ידים מוכיחות וכ' דיכולים לחזור בהן משום שי"ל שלא חשבו שיש חילוק בין לקחי אלו בתורת קדושין ובין הריני נותנו לך בתורת קדושין וכשאמרו לנו שיש חילוק בדבר העדנו דברים כהווייתן ולכן אע"פ שהעידו תחלה ע"י קב"ח כשחזרו להעיד שניה לא נפסלו מפני כך דלא היו חוזרים ומגידים עכ"ד והר"ם מטראני כ' ע"ז ואם מה שהעידו תחלה הוא שקר ומה שהעידו אח"כ הוא אמת הרי עברו על הח' ופסולים לעדות הובא בכנה"ג באה"ע סי' כ"ז בהגה"ט אות למ"ד לכאורה זהו סתירה לדברינו שאמרנו שאע"פ שלדברי הבחור אלטער עבר על הח' כשהעיד בראשונה עכ"ז יכול לחזור ולהעיד שניה דכבר הקדמנו החילוק דלקיים

דבר ע"פ עדותן השניה הוא שא"א כאשר עברו על הח' בעדותן ראשונה אא"כ י"ל פלגינן דבוריה כמ"ש הריטב"א פ"ד דשבועות. והרב"י והמבי"ט ע"כ צ"ל דס"ל דבנדון שלהם לא שייך לומר פלגינן דבוריה משא"כ בנדון שלפנינו שעדותן השניה הוא לבטל דבר של הגדתן הראשונה א"צ לזה דאף שעבר על הח' עכ"ז כיון מדינא יכול לחזור בו הרי חזר בו ומ"מ צ"ע על הרב"י והמבי"ט שהרי כמו בדין המשנה פ"ד דשבועות עכצ"ל דמתרצים דבריהם שהיו שכוחים באותו שעה ונזכרו עתה כמ"ש הריטב"א שזהו ענין פלגינן דבורי' שאנו מתרצים דבריהם א"כ גם בנדון דהרב"י שייך לומר כן שמתרצים דבריהם שבשעה שהעידו בראשונה היו סבורים בדעתם שאמר לקחי אלו בתורת קדושין ועתה נזכרו שאמר הריני נותנו לך בתורת קדושין ולכן נ' שהמבי"ט והרב"י לא ראו ד' הריטב"א הנ"ל ועמ"ש לקמן תירוץ אחר על המשנה שלא כדברי הריטב"א:

קיצור. וא"כ בנדון שלפנינו אף שבעדות ראשונה קיבל עליו בח' כיון דלא נגמר עדותו ויכול לחזור ולהעיד אין מה שקבל עליו בח' מונעו מלחזור ולהעיד כמתניתן פ"ד דשבועות הנ"ל ועכ"ז כ"ז הוא דוחק כיון שהתובע מודה שרשעים הם שנשבעו לשקר וכ"ש כשיש שני עדים ע"ז שנשבעו כן חוץ לב"ד וע"כ נשבעו לשקר איך יוציא ממון בעדותם וא"כ א"א לתרץ המשנה דשבועות אלא משום דתלינן שלא נשבעו לשקר אלא שכחו העדות וכמ"ש הריטב"א ובנד"ז לא שייך זה כנ"ל אך עכ"ז נ"ד עדיף. דנד"ז היינו שמעידים לבטל עדותן הראשונה א"כ לא איכפת לן אף שי"ל שנעשה רשע דבלא"ה הא קיי"ל שיכול לחזור מעדותו קודם שנחקרה ואפילו לאחר שנה וא"כ הרי העיד שקר תחלה ונעשה רשע אעפ"כ לגבי חזרה מהני ה"ה אף שנשבע תחלה ואין קשיא ע"ז מתשו' הב"י והמבי"ט ומ"מ הם לא ראו דברי הריטב"א:

ה שוב ראיתי שדין זה מפורש בב"י ובש"ע ח"מ סי' כ"ח סט"ז דז"ל הב"י שם מחודש י"א כתב הר' מנחם הארוך עדים שנתקבלה עדותן שלא בפני בע"ד אפילו השביעום ב"ד חוזרין ומקבלים עדותן כו' אם לא כיוונו עדותן עדות הראשונה והאחרונה בטילה ממ"נ עברו על השבועה ואי לאו דמסתפינא בעינן למימר דעדות האחרונה קיימת והביא ראיה מההיא דפרק שבועות העדות השביע עליהן חמשה פעמים חוץ לב"ד כו' וכ"פ רמ"א בש"ע שם סט"ז הולכין אחר העדות השני שהגידו בפניו אע"פ שהגידו בראשונה ע"פ הח' וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק מ"ח דה"ה אם הגידו בראשונה ע"פ השבועה. ואע"ג דהסמ"ע שם כ' דכל שלא בפניו אין מדקדקין כ"כ:

הנה כמ"כ כאן כיון דעדות זה היה צריך דו"ח ולא עשו זאת וגם לא נגמר עדותן כלל ה"ל כמו התם כשנתקבל שלא בפניו כו' וגם הט"ז שם והבאה"ט נראה מסכימים לדין

זה יעו"ש בט"ז ומ"ש בתשובת הריב"ש סי' ק"ח כי מעתה לא יחזרו בהם אחרי שהעידו בכח חרם אבל אם היו חוזרים בהם היה מהני חזרתם וזה כדעת הר"ם הארוך ואע"פ שבכנה"ג סי' כ"ח בהגהת הב"י אות ק"ח כתב להפך דכוונת הריב"ש דאם חזרו בהם לא יועיל הפך מ"ש ר"מ הארוך דעדות אחרונה קיימת משפט צדק ח"ב סי' ס' עכ"ל אין דבריו נכונים לפע"ד דאם כדבריו ה"ל להריב"ש לומר כי מעתה לא יוכלו לחזור בהם אבל אומרו לא יחזרו בהם הכוונה רק שלא יעשו כזאת לא שלא יועיל חזרתם והנה הכנה"ג שם אות ק"ו הביא ספר מ"צ הנ"ל סי' ס' שהקשה על הר"מ הארוך למה לא יהיו פסולים לעדות לפי שעברו על השבועה והכנה"ג תירץ דאינו רחוק מן הדעת שיסבור הר"מ הארוך כסברת רש"י ז"ל שבשבועות ביטוי דלהבא לא נפסל לעדות ולכן עדות השניה קיימת דבמה שעברו על השבועה בעדות הראשון לא מיפסלי ומיהו בטל העדות לפי שחזרו בהם עכ"ל ואין מובן תירוצו דהא הר"מ הארוך הוכיח דין זה מהמשנה פ"ד דשבועות כנ"ל והתם עברו על שבועת ביטוי דלשעבר שיצתה שבועת שקר מפיהם ובכה"ג רש"י ג"כ מודה דנפסלו ושוב ראיתי שהתומים הקשה כן על הכנה"ג והוא בסי' כ"ח ס"ק י"ט וז"ל אך לפי דבריו לא היה לו להר"מ הארוך להביא ראיה מן משנה הנ"ל דשם אי נשבעו שאין יודעים עדות ה"ל שבועה שעבר עכ"ל:

קיצור:

שדין זה מפורש כן בש"ע ח"מ סי' כ"ח סט"ז בהגהת רמ"א ומקורו בב"י מחודש י"א בשם הר' מנחם הארוך והקשה ע"ז במשפט צדק. והכנה"ג תירץ ואין התירוץ נכון לפרש כן המשנה אלא פשט ד' הר"מ הארוך ורמ"א משמע כמש"ל אות ב' ואות ג' וצ"ע:

ו והתומים כתב לפרש דמיירי שלא עברו על השבועה כלל ומ"ש דמיירי במושבע מפי עצמו היינו שענה אמן ואעפ"כ לא עברו על שבועת ביטוי יעו"ש זהו נגד לשון המשנה שבועות העדות כיצד כו' שבועה שאין אנו יודעים לך עדות או כו' ואמרו אמן וע"ז גופא אומר השביע עליהן ה"פ חוץ לב"ד וכן מבואר בהרמב"ם דחייבים משום שבועת ביטוי שנשבע לשקר. רק שפטורים משבועת העדות כמבואר בהרמב"ם פרק י' מה' שבועות דין י"ו פטורים משבועת העדים כמו שביארנו ור"ל כמש"ש פ"ט דין י"ד כל מקום שאמרו פטור פטור משבועת העדים וחייבים משום שבועת ביטוי והרשב"א בחידושיו שם כ' ליתני או שאמר להם משביע אני עליכם שאם אתם יודעים לי עדות שתבאו ותעידוני ואמרו אמן חייבים והעלה דמתניתן לא מיירי באופן זה כ"א באופנים המבוארים במשנה כנ"ל וזה הפך דברי התומים שפירש השביע עליהם ה"פ חוץ לב"ד באופן הנ"ל אך מ"ש לתרץ דמתניתן דהשביע עליהם חמשה פעמים חוץ לב"ד לא מיירי בענין מושבע מפי

עצמו או מפי אחרים וענה אמן דהוי כמו נשבע מפי עצמו אלא מיירי במושבע מפי אחרים זהו נכון וכ"כ בקצה"ח שם סק"ח בשם תשוב' עה"ג. וכ"מ מלשון הר"ן דבשבועה בב"ד משוי נפשייהו רשעים וכ"כ בכ"מ פכ"א מה' עדות משמע בשבועה חוץ לב"ד לא והיינו במושבע מפי אחרים ולא ענו אמן והיינו כי פי' מושבע מפי אחרים פי' רש"י בהמשנה ר"פ שבועות העדות (דף ל' ע"א) כגון משביע אני עליכם שתבואו ותעידוני ואמרו לו אין אנו יודעים לך עדות ולא הוציאו שבועה מפיהם. א"כ בכה"ג אין חייבים משום שבועת ביטוי כלל רק משום שבועת העדות לבד וכיון שבאו לב"ד והודו פטורים משבועת העדות לגמרי ולא הוו רשעים משום שבועת ביטוי מאחר שלא הוציאו שבועה מפיהם ולא ענו אמן דבשבועת העדות הוא דחייב מושבע מפי אחרים כדכתיב ושמעה קול אלה והיינו אפילו שלא ענה אמן וילפינן מיניה שבועת הפקדון בגז"ש דתחטא תחטא כדאיתא בגמ' ורש"י שם דף ל"א ע"ב וסע"א משא"כ בשבועת ביטוי מושבע מפי אחרים פטור אם לא כשענה אמן כמ"ש בהדיא בגמרא שם ספ"ג (דף כ"ט סע"ב). אך הרמב"ם ס"ל דבשבועה מפי אחרים ולא ענו אמן אין חייבים כלל על חוץ לב"ד אע"פ שכפרו בב"ד כמ"ש בה' שבועות רפ"ט ולדידיה א"א להעמיד המשנה כלל אבל אין כן דעת רש"י ושא"פ והקצה"ח שם הקשה על התומים וס"ל דמתניתן דהשביע עליהם ה"פ חוץ לב"ד מיירי ג"כ בנשבע מפי עצמו וע"כ תירץ קרוב לתירוץ הריטב"א ע"ש ססק"ח במ"ש והנלע"ד בדברי הר"מ הארוך כו'.. וא"כ אם נאמר דהוי ספיקא דדינא ספק כדעת הריטב"א וגם הקצה"ח כתב שכ"מ מהתוספות וכ"ד הר"מ הארוך והרמ"א ספק כדעת התומים וכן בכנה"ג שם כ' דה"ל ספק א"כ בנד"ז יש עוד ספק דהכא לחזור בו מעדותו הראשונה י"ל דיכול אף להתומים מטעם הנ"ל אות ד' ועוד דכיון שהבחור אלטער אומר שהוכרח להעיד מחמת שאל"כ היו מכים אותו האב והבן א"כ ה"ז אומר שהיה אנוס מחמת נפשות דנגדא חמירא מקטלא כמארז"ל אלמלא נגדוהו, כו' וא"כ אינו משים א"ע רשע כלל ואע"פ שזהו טענה רחוקה קצת הנה לפמ"ש הריטב"א פ"ד דשבועות דפלגינן דבוריה ונאמר ששכחו עדותן אז ומי לא איירי שתומ"י אחר שנשבעו באו לב"ד והודו וא"כ זה רחוק שכל החמשה פעמים שהשביע עליהן חוץ לב"ד היו שכוחים מהעדות אף אם שהה זה כמה ימים שהשביע עליהן יום יום וברגע זו האחרון שאחר השבועה החמישית ביום החמישי אזי דוקא תומ"י נזכרו עדותן ובאו לב"ד והודו זה ודאי רחוק יותר ואעפ"כ תלינן בזה ואינם נחשבים רשעים ומקבלים עדותן עתה א"כ כש"כ שיש לקבל טענה הנ"ל דאנוס היה מחמת נגדא כדי לבטל עדותו הראשונה ע"פ עדותו זו השניה אלא אף לפ"ד התומים שי"ל דהמשנה לא מיירי כלל רק במושבע מפי אחרים

כנ"ל וא"צ כלל לענין פלגינן דבוריה מ"מ י"ל דכמו במשנה פ"ב דכתובות העדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו מחמת נפשות נאמנין אם אין כת"י יוצא ממקום אחר. ואף שמדאורייתא עדים החתומים עהש"ט כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי רק מדרבנן צריך קיום עכ"ז נאמנין א"כ כמ"כ בנד"ז כיון שעדיין לא נגמר עדותן ויכול לחזור בו נראה דלא עדיף עדותן מעה"ח עהש"ט כשצריך לקיים עדותן דאדרבה הכא גרע עדותן הראשונה טובא דצריך לברר עדותן מן התורה וגם לעשות דו"ח כיון שהדין מרומה וגרע טובא יותר ויותר משטר שאינו מקויים ועוד דכיון שנאמנין לומר מבודין היינו לומר שבשקר העידו ה"ה דנאמנין לומר אנוסים היינו מחמת נגדא לבטל עדותן הראשונה וא"כ נראה דהבחור אלטער נתבטל עדותו הראשונה ויכול לחזור בו ולא לחוש למה שאמר עדותו ע"פ הח' מתרי טעמי חדא דהוי שני ספיקות לשיוכל לחזור בו ועוד טעם חזק ע"פ המשנה פ"ב דכתובות מלבד שאף את"ל שלא יוכל לחזור בו ישאר הוא עד אחד מוכחש משני עדים היינו מן הבחור אברהם בן צבי שהוא נראה דודאי יכול לחזור בו ומן יעקב בן יצחק אייזיק וא"כ פשיטא דלאו כלום הוא דאפילו ע"א בהכחשה דע"א לאו כלום הוא כשהאשה ג"כ מכחשת לגמרי כמבואר בהראב"ד ספ"ט מה' אישות דין למ"ד ובהה"מ בשם הרמב"ן והרשב"א ואף לפמ"ש הרמב"ם שם דלכתחלה לא תנשא ופי' המגיד הטעם כשעד אחד אומר כדבריה סומכת עליו ומעיזה הכא לא שייך זה שהרי הכחישתם בעת גב"ע הראשון כשהיו שניהם אומרים שנתקדשה א"כ כשאח"כ בגב"ע השני חזר בו ע"א והודה לדבריה לא שייך טעם דהה"מ ועוי"ל דע"כ לא אמר הרמב"ם דלכתחלה לא תנשא אלא כשהעד האומר נתקדשה מחזיק דבריו אבל הכא שגם הוא חזר בו והודה שלהד"מ אף את"ל שלא יוכל לחזור בו י"ל דתנשא לכתחלה כ"ש כשיש כמה פנים לומר שיוכל לחזור בו דפשיטא שהם מספיקים באיסורא דלכתחלה שלפ"ד הרמב"ם וכש"כ דהעיקר שבאמת יכול לחזור בו וכנ"ל וכש"כ מפי שנים:

קיצור. שהתומים פי' דהשביע עליהן חוץ לב"ד מיירי במושבע מפי אחרים והקצה"ח פי' כהריטב"א:

וא"כ ה"ל ספיקא דדינא והכא לחזור בו ולבטל עדותו הראשונה י"ל אף להתומים יכול ועוי"ל דהכא שאומר שהיה אנוס מחמת נגדא נאמן כדין המשנה פ"ב דכתובות כשאין כת"י יוצא ממק"א והכא דלא נגמרה עדותן ה"ל אין כת"י יוצא ממק"א ואפילו אם לא היה יכול לחזור בו ה"ל מוכחש מפי שני עדים:

אך הנלע"ד לתרץ המשנה דפ"ד דשבועות השביע עליהן ה"פ חוץ לב"ד כו' באופן מרווח שא"צ למה שנדחק הריטב"א שפלגינן דבוריה ואמרינן שהיו שכוחים כו' גם א"צ למ"ש

התומים דמיירי דוקא במושבע מפי אחרים דכ"ז נגד לשון המשנה וכמ"ש המפרשים דלרבנן מיירי בין במושבע מפי עצמו בין במושבע מפי אחרים ואעפ"כ לא נפסלו לעדות כלל גם בלא"ה ק"ל שהרשב"א והר"ן והתוס' לא הקשו כלל במשנה זו איך לא נעשו פסולי עדות ע"י שנשבעו שקר ה"פ חוץ לב"ד:

זולת הריטב"א לבדו הקשה קושיא זו וקושיא עצומה כזו איך העלימו עיניהם ממנה התוספות והרשב"א והר"ן בחידושיהם. ומתחלה אקדים מ"ש בב"י בח"מ סי' ל"ד סעיף ה' בד"ה בתשו' הרשב"א נמצא ואם חשוד על שבועת ממון אף לעדות פסול דתניא בפז"ב אל תשת חמס עד אלו הגזלנין ומועלין בשבועות ואוקימנא בשבועת ממון דהוי רשע דחמס עכ"ל א"כ לפ"ז במועל בשבועות שאינן שבועות ממון רק שבועת ביטוי אינו פסול לעדות לפ"ז הי' א"ש הסוגיא דשבועות ל"א הנ"ל דנשבע חוץ לב"ד ומודה בב"ד עדותו כשר דאינו נפסל לעדות בשבועת שקר שאינו של ממון דהכא שבועה זו אינו מרוויח בה ממון לעצמו. אך הב"י כ' ע"ז ויש לתמוה על מ"ש דלפוסלן לעדות בעינן שיהא רשע דחמס דהיינו לרבא פרק ז"ב דף כ"ז א' אבל לאביי כל רשע פסול אפילו דלאו חמס וקיי"ל כאביי כמו שנתבאר בסמוך עכ"ל וע' כנה"ג סי' ל"ד בהגהת ב"י ס"ק י"ג שהביא שהגמי"י פ"י מה' עדות פסקו כרבא והיינו כהרשב"א הנ"ל ושכמ"כ בתוספת פא"נ ד"ה שטר שיש בו רבית דנ' מדברי ריב"א ז"ל שפוסק כרבא ומורי הרב ז"ל (הוא מהרי"ט) בתשו' חאה"ע סי' מ"ג הליץ בעדם עכ"ל וראיתי שם בתשו' מהרי"ט דס"ז סע"ג סד"ה אבל קשה דהא מייתי פז"ב שיש שבועה דלא לקי ע"ז ובה אינו נפסל אם אינו שבועת ממון אף לאביי דקיי"ל כוותיה וע' בב"מ פ' הפועלים ד"צ ע"ב בתוס' ד"ה ריש לקיש מה שהביאו מפרק אלו הן הלוקין דט"ו ע"ב בשבועה שאוכל ככר זו היום ולא אכלה דר' יוחנן פטר ליה משום לאו שאין בו מעשה ושם לעיל מיניה בד"ה א"ר יוחנן ועיין מזה בהרמב"ם פ"ד מה' שבועות דין כ' כ"א שבשבועה לשעבר דיצתה שקר מפיו בשעה שנשבע לוקה אף שאין בו מעשה כלל כגון אם נשבע שאכל והוא לא אכל והוא מהש"ס פ"ג דשבועות (דף כ"א ע"א). א"כ לפ"ז במתניתין פ"ד דשבועות השביע עליו חמשה פעמים חוץ לב"ד כו' שבשעה שנשבע יצא שקר מפיו שהיא שבועה דלשעבר הרי חייב מלקות וא"כ נפסל לעדות ולא שייך תירוץ דמהרי"ט ועיין מזה בש"ע ח"מ סי' ל"ד ס"ה ובאו"ת שם סק"ז ועיין בשו"ת שמן רוקח סי' ס"א מדין אין אדם מע"ר עד סי' ס"ה וע' מזה בכנה"ג סימן פ"ב בדיני מיגו סעיף קנ"ד ובסי' מ"ו בהגב"י אות פ"ד ובסי' מ"ז בהגהב"י אות ובסי' ל"ד בהגה"ט אות ס' עד אות ס"ח ועכ"פ לפ"ז לדברי מהרי"ט הנ"ל ששבועה שאינו לוקה עליה ואינו שבועת ממון לא נפסל לעדות אף לאביי א"כ לפ"ז שפיר יש

לתרץ המשנה דקיי"ל שבשבועת העדות ליכא כלל הלאו דשבועות ביטוי כמ"ש בגמרא פרק שבועת שתים דכ"ה סע"ב לפ"ד רבא דקיי"ל כוותי' ולא דמי כלל לשבועת השומרים דהיכא דאינו חייב משום שבועות השומרים חייב משום שבועת ביטוי כמ"ש בגמ' פב"ת דשבועות (דף מ"ט ע"ב) משא"כ בשבועת העדות אף היכא דפטור משבועת העדות אין בו כלל הלאו דשבועת ביטוי כמ"ש התוספת שם ודלא כהכסף משנה פ"ט הי"ד שכ' ללמוד משבועות השומרים לשבועת העדות נגד התוספת וגם נגד הגמרא (דף כ"ה) סע"ב הנ"ל וא"כ לפ"ז בדין המשנה השביע עליהם ה"פ חוץ לב"ד כו' ודאי לא לקי משום שבועת ביטוי כיון בשבועת העדות אף חוץ לב"ד ליכא משום שבועת ביטוי וכיון דלא לקי אינו נפסל לעדות כלל דהא אין לו בה הנאת ממון ולכן אתי שפיר המשנה היטב ודברי הרמב"ם פ"ט מה"ש הי"ד הם לכאורה נגד הגמרא דשבועות (דף כ"ה סע"ב) הנ"ל לרבא רק לפי שטת ר"י בן מיגש שהביא בחידושי הרשב"א שם יש לקיים ד' הרמב"ם אבל לפרש"י בגמ' שם א"א לקיים דברי הרמב"ם כלל ואף גם לפמ"ש בחי' הריטב"א דהסוגיא משמע יותר כפירש"י מפירוש הרמב"ן יעו"ש ולכן אתי שפיר מה שהתוס' ושאר מפרשים לא הוקשה להם במשנה דשבועות (פ"ד הנ"ל) אמאי לא נפסלו לעדות כו' וכנ"ל ושוב ראיתי שי"ל שגם הריטב"א לא הוקשה לו כלל מדוע לא נפסלו לעדות דהא ע"ז הטעם י"ל שאפילו נשבעו בשקר לא נפסלו לעדות רק קושייתן איך נאמנים על העדות מאחר שאם כן משים את עצמו רשע וקיי"ל אין אדם משים א"ע רשע ולכן צ"ע אם ללמוד מכאן לדין של הר"מ הארוך דאפשר דבדין של הר"מ הארוך אף שהוא בשבועת העדים שייך דין שבועת ביטוי דלא דמי לשבועת העדות שבקרא שהתובע משביעם בזה דוקא הוציא התורה שבועת עדות מדין שבועת ביטוי משא"כ היכא שב"ד משביעים אותם שיעידו אמת אך עכ"ז בנדון שלפנינו שפיר י"ל שחזרת אלטער מהני מכמה טעמים דלעיל:

קיצור סעיף ז' מתשו' הרשב"א משמע במועל בשבועות ביטוי אינו פסול לעדות והב"י תמה ע"ז דזהו כרבא וקיי"ל כאביי ומהרי"ט תירץ שיש שבועה שאינו לוקה עליה ובה אף לאביי לא נפסל לעדות. וא"כ גבי שבועות העדות אף אם העידו בשקר ליכא משום שבועת ביטוי כמ"ש בגמרא שבועות פ"ג (דף כ"ה ע"ב). ולכן א"ש דין המשנה השביע עליהם ה"פ חוץ לב"ד שלא נפסלו לעדות עי"ז אף שהעידו שקר דשבועה שאין בה הנאת ממון וגם אינו לוקה עליה לא נפסל לעדות על ידה:

ח וע"ד הבחור אברהם בן צבי הנה לבד השני ספיקות הנז' לעיל באות ו' עוד יש טעם נכון כמ"ש רומע"ל שנוכל לתרץ דבריו הראשונים שלא יהיו מוכחשים מדבריו האחרונים. כי

מה שאמר בדבריו הראשונים ששמע שאמר לה הרי את מקודשת לי במטבע זו כדמו"י אמר לפי אומדנא דמוכח כיון ששמע סוף דבריו היינו במטבע זו כדת משה וישראל סבר שמסתמא אמר גם תחילת הדברים וכיון שהוברר אצלו שבודאי אמר כך ע"כ אמר ששמע הכל כי לא כולא עלמא דינא גמירא ובפרט ע"ה כמותו ואומר בדדמי לי' ששמע הכל בעדות הראשונה ואחר הדו"ח שנודע לו שאין לילך אחר אומדנות אמר ששמע רק תיבות במטבע זו כדת משה וישראל ותחלת הדברים לא שמע כלל וכן מה שאמר בעדות ראשונה שראה שנתן לה המטבע מידו לידה ממש הוא בעצמו תירץ דבריו בעדות אחרונה שלפי אומדנא דמוכח אמר כן כיון שראה אצלו אגר"כ וראה שהושיט ידו לה ואחר זמן מה ראה אגר"כ אצלה אמר כנ"ל וא"כ עדות אחרונה עיקר מטעמים האלו עכ"ל רומע"ל וכיוצא בזה כ' הרב"י בתשו' מדיני קדושין (סי' ד') שהבאתי לעיל אות ד' והביא כמה ראיות לדבריו האחד מתשו' הר"ן שהביא בב"י בח"מ סימן כ"ט מחודש ג' כל שאינו יכולים לכוין דברי העד כו' הב' ממ"ש בב"י רסי' כ"ט מהגמרא פ"ב דב"מ מסתבר לא מייתי אינש כו' ולא אמרינן בכי הא כיון שהגיד כו' הג' מהש"ס דפרק גט פשוט שהביא בב"י שם אמר אביי אע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד כו' וס"ל דנדון שלו הוא כש"כ מהנך עובדי וז"ל והשתא ומה התם שהוא ברור לכל שדבריו הראשונים הם הפך מדבריו האחרונים משום דלאו אורחי' סומכין על דבריו האחרונים לא הוי חוזר ומגיד בנדון דידן דמשמע דבשעה שהעידו עדות ראשונה לא הוה משמע להו שיש חילוק בין אותו עדות למה שהעידו באחרונה משום דלאו דינא גמירי לאו אורחייהו למידק על אחת כו"כ דלא מיקרו חוזרים ומגידים וסומכים על עדות אחרון וכ"כ הרב רבינו נסים בפ"ק דר"ה ואפי' אם נחקרו בעדות ראשונה בדרישות וחקירות בעדי נפשות יכולים להעיד כמו שהעידו בעדות שניה וסומכים על עדות שניה לדברי הכל בלי ספק ומזה נלמוד שאע"פ שקבלו העדים נח"ש בעדות ראשון כשחזרו להעיד שניה לא נפסלו מפני כך דלא הוו חוזרים ומגידים עכ"ל וכמ"כ נאמר אנו בנד"ז ומה גם בצירוף השני ספיקות שי"ל דיוכל לחזור בו לגמרי בלאו הכי נראה ודאי שיכולים אנו לסמוך ע"ד הרב"י לומר שיכול לחזור בו ולעשות מעשה רק ע"פ עדותו השניה מה גם שנראה שהעדות הראשונה הי' מרומה וגם לא נגמרה עדות הראשונה מדינא א"כ בלא"ה לא היה זה עדות כלל כמו שנת' בחקירה הא' מכמה טעמים א"כ כשחזרו בהן ויש טעמים רבים ועצומים דיכולים לחזור בהן ודאי דנתבטל עדותן הראשונה מכל וכל ויש לדון רק ע"פ גב"ע השני וכבר נתבאר שלפי גב"ע השני לדברי כל השלשה עדים אין שום חשש קדושין כלל וכלל והרי

הבתולה פייגא העניא בת ר' בצלאל היא פנויה לגמרי ואין עליה שום חשש קדושין כלל וא"צ גט כלל:

ואם יאמר האומר לא יהא עדותן הראשונה אלא רק כמו קול קדושין עכ"ז יש להחמיר להצריכה גט ממ"ש המרדכי בשם ר"י דאע"ג דיכולים לומר מבודין היינו עכ"ז צריכה גט משום קול הובא ב"י בח"מ רסי' כ"ט וכ"כ האגודה פאד"מ אך באמת יש הרבה טעמים להקל הא' דהרבה גדולי האחרונים ס"ל דמבטלינן קלא כהובא בש"ע סי' מ"ו ס"ד בהג"ה וע"ש מזה בבאר היטב ס"ק י"ז מהכנה"ג סי' מ"ו בהגהב"י אות י"ד שנראה שם דהמקילים הם רבים מהמחמירים וכ"נ דעת הריב"ש ססי' רס"ו כמהר"מ מרוטנבורג והוא בתשו' מיימוני דשייכי לה' אישות סי' א' יעו"ש באריכות וכן פסק הריטב"א בחידושיו בסוף מסכת גיטין דקיי"ל כרב דמבטלינן קלא דהלכה כרב באיסורי ובנדון של ר"י במרדכי שאני שעד אחד לא חזר בו רק ע"א חזר בו וי"ל דה"ל כמו תרווייהו בא"א קא מסהדי והאי דקאמר נתגרשה ה"ל חד פ"ב דכתובות (דף כ"ג ע"א) ואף שאין הנדון דומה לשם כלל ע"ש מ"מ י"ל מש"ה החמיר לחוש לקלא כיון שלא נתבטל עדות הראשונה לגמרי משא"כ בנד"ז שלדברי שני עדים הראשונים ג"כ נתברר היטב שהקדושין אינו כלום וכמ"כ לדברי עד החדש השלישי י"ל דיודה ר"י דמבטלינן קלא הטעם הב' עפמ"ש הבית מאיר סי' מ"ו בשם התוספות ס"פ הזורק (דף פ"א ע"א) ד"ה ובנהרדעא שהקשו מהא דמבטלינן קלא לענין אכילת תרומה ותירצו לחד תירוצא דהתם כדי שלא יאסור באכילת תרומה לעולם ומזה הוכיח הבית מאיר דה"ה היכא שיש עיגון מבטלינן קלא והנה כדברי התוספת ס"פ הזורק הנ"ל מבואר כן עוד בתוס' פ"ב דכתובות (דף כ"ו ע"ב) סד"ה ואסקיניה וע"ש דאפילו ע"י עד א' מבטלין הקול וכ"כ בסהמ"ק סי' מ"ו ס"ד ואפילו ע"א י"ל דמצטרף עם חזקת פנויה להכחיש את הקול ונמצא לפ"ז בנ"ד שיש חשש עיגון שאינו רוצה ליתן גט ס"ל להבית מאיר דלכ"ע מבטלינן קלא וכיוצא בזה כ' בכנה"ג באה"ע סי' מ"ו בהגהת ב"י אות י"ז וז"ל אפילו למ"ד דלא מבטלינן קלא דילמא משום תקנות הגאון שתקנו הקהלות מודה דמבטלינן מהריב"ל סי' ק"א עכ"ל וט"ס וצ"ל מהרי"ל והוא בתשו' מהרי"ל סימן צ"ו אך בהריטב"א בכתובות שם והובא בשט"מ דקדק מלשון רש"י דהתם מיירי בקלא דלא אתחזק בב"ד וע"כ מבטלינן קלא. משא"כ בקלא דאתחזק בב"ד אך יש פי' א' שם דמיירי בקלא דאתחזק בב"ד ועיין ב"ש סי' ג' סעיף ז' ס"ק י"ד משמע דמבטלין אפילו קול גמור ומ"ש דמיירי בתרומה דרבנן זהו כתירוץ השני דתוספת והרי החמ"ח שם סק"י כ' שהב"י הביא מחלוקת הפוסקים אם מיירי בתרומה דאורייתא ג"כ ועיין בהרמב"ם פ"כ מהא"ב דין ט"ז ועיין במהריב"ל סוף

ח"א בחידושי דינים בד"ה שאלה אשה אחת נשואה לכהן משמע לכאורה דמפרש לה אף בקלא דאתחזק בב"ד (הטעם הג' שי"ל קצת דהוי כמו במקום אמתלא כיון שנראה להב"ד שהי' רמאות דלא חשוב כ"כ אתחזק קלא כיון שהיה נראה קצת שיש רמאות בהענין ולא נגמר הגב"ע כלל מלבד שלא נחקר וגם אפשר שזה שהיה נראה קצת שיש בזה רמאות אפשר חשוב כמו מקום אמתלא לפמש"כ בתשובת משאת בנימן סימן נ"א דאפילו אמתלא כל דהו סגי מיהו זה דוחק דא"כ מ"ט דר"י במרדכי שהצריך גט) ועוד יש טעם כמ"ש בספר המקנה סי' מ"ו ס"ד וז"ל. אמנם נראה פשוט דאם באו עדים והעידו שלא נתקדשה כלל פשיטא דמבטלין את הקול לכ"ע כו' אלא דהכא מיירי שהביטול הוא אינו להכחיש את הקול שלא נתקדשה אלא להכחיש את החיזוק שנתחזק בב"ד על פיהם ואין להקשות א"כ אמאי קאמר הש"ס אלימא דאי מגלי מילתא דקדושי קמא לאו קדושי מעליא. הוא מבטלינן קלא כו' דלמא אמר אי מגליא מילתא ע"י שני עדים שהעידו שלא נתקדשה ז"א די"ל דהא מילתא דפשיטא היא ותו לא שכיח כולי האי שיכולין להעיד בבירור שלא נתקדשה דדילמא קדשה ע"י שליח קבלה או שליח הולכה אבל אם יכולין להעיד בבירור שלא נתקדשה כלל נראה פשוט דמבטלין אותו ובזה מיושב מ"ש הב"ח, דמעשים בכל יום שיצא הקול שנתקדשה והעידו העדים בב"ד ואח"כ נתברר ע"פ הדין ע"י גדולים אשר בארץ המה שהקדושין אינם כלום מתירין אותה דלפמ"ש אם נודע בבירור שהקול הוא שקר ואינם קדושין כלל לכ"ע מבטלין ולא פליגי אלא היכא שנתברר שהחיזוק בב"ד הוא שקר אבל הקול אפשר שהוא אמת עכ"ל וא"כ לדבריו בנד"ז שנתברר ע"י שני העדים הראשונים שאין בהקדושין שום ממש וה"ז שלא נתקדשה כלל א"כ לכ"ע מבטלינן קלא וכן מצאתי כדבריו בשו"ת מהר"ם אלשקר סי' צ"ט בשם הרמ"ה וז"ל אפילו למ"ד לא מבטלינן קלא ה"מ דלא אשתכח ריעותא דמבטלא ליה לקלא לגמרי אלא כגון אמתלא דצד ספק הוא ומספיקא לא מבטלינן קלא דחיישינן ללעז אבל היכא דאתבריר דשיקרא הוא כו' לכ"ע מבטלינן ליה עכ"ל הרמ"ה וע"ז כ' מהר"ם אלשקר וז"ל וזה מושכל ראשון דכיון דעמדנו על המקור של הקול ומנין יצא ואין לו עיקר ידוע הוא דמבטלין ומבטלין ליה אפילו למ"ד אין מבטלין עכ"ל ומיהו צ"ע דדברי הרמ"ה שהובאו בטור סי' מ"ו נראה טעמו דס"ל מבטלינן קלא ולא כמ"ש מהר"ם אלשקר דדבריו נאמרו אף למ"ד לא מבטלינן קלא ועכ"פ גם הב"ח סי' מ"ו ס"ו כ' ומעשים כמה פעמים כו' אם לבסוף נתברר ששקר היה בטל, הקול דפשיטא דאין צריך שיגידו העדים כל העדות בבת אחת עכ"ל והרי בנ"ד ג"כ העדים לא הגידו כל העדות בבת אחת שהרי בגב"ע הראשון לא נגמרה עדותן כלל כמש"ל אות א' מלבד שלא נחקרה ואח"כ בגב"ע השני

גמרו עדותן ונתברר שאין בהקדושין ממש א"כ בכה"ג ס"ל להב"ח דמבטלינן קלא נמצא יש ב' טעמים דמבטלינן קלא בנד"ז אף אם אינו מקום עיגון כלל היינו הטעם האחד דרוב גדולי הפוסקים ס"ל דהלכה כרב דמבטלינן קלא והטעם השני משום דלהב"ח וספר המקנה ומהר"ם אלשקר בנד"ז אף למ"ד לא מבטלינן קלא מבטלין ומבטלין מטעם האמור בדבריהם כנזכר. וטעם ג' משום דבמקום חשש עיגון לכ"ע מבטלינן קלא כדברי הבית מאיר שהוכיח כן מהתוס' ולכן בנד"ז שנקבצו ובאו כל השלשה טעמים ודאי לכ"ע מבטלינן קלא:

סוגיות הש"ס שנתבארו בתשובה זו חקירה הא' שייכא לסוגיא ר"פ אד"מ בענין דין מרומה אם צריך דו"ח שם אות ה' לסוגיא ספ"ק דקדושין כל שאינו במקרא כו' פסול לעדות ואות ו' ז' בענין נמצא אחד מהן קא"פ ומשנה פ"ו דשבת ולא באלה כו':

בחקירה הב' אות ח' שייך לדין הנזכר בש"ע סי' מ"ב ס"ד וצריכים עדים לראות הנתינה כו' ובדין עדות המתקיים בידיעה בלא ראיה בשבועות (ל"ד) ובתומים ססי' צ' ובדין המשנה פרק הזורק גט המגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי שצריכה ממנו גט ובדין המשנה ספ"ג דיבמות ספק קרוב לו ספק קרוב לה ובדין תשו' מיימוני דשייכי לה' אישות סי' א' והדין המובא בש"ע סי' למ"ד ס"ה:

אות ט' חקירה וביאור ד' תה"ד סי' ר"ז בענין שילוח סבלונות שי"ל דלק"מ עליו מתשובת הרשב"א סי' אלף קצ"ג ולא כעצי ארזים סי' מ"ה ס"ק י"ג:

אות י' בענין כשהעדים אומרים שאפשר לא שמעה היא לשון הקדושין ויש בזה בתשו' הרשב"א סי' אלף קע"ט ותשוב' הב"י בדיני קדושין סי' ב' ותשו' מהרי"ט חאה"ע סי' מ"ג בד"ה וגם יש לחקור ובתשו' אמונת שמואל סי' ה' וממ"ש הב"ש רסי' מ"ז בשם שער אפרים סי' קי"ב ובתשו' נ"ב מה"ת סי' ע"ה ד"ה הראש החמישי:

אות י"א סוגיא דפרק הזורק גט (דפ"א ע"ב) ור' יוחנן דאמר כי האי תנא כו' שיש להקשות על ר' יוחנן ממתניתן פד"א (ד"ל ע"ב) גבי זרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה ושיש ע"ז ב' תירוצים האחד שם ידוע שהותחל ענין קדושין ממש משא"כ עדי יחוד אינו התחלת ספיקות והתם רק ספק אחד ואנן דלא קיי"ל כר' יוחנן הוא משום שאין הספיקות שקולים וא"כ קושיא על התו' יקותיאל בי"ד סי' נ"ג:

אות י"ב סוגיא דר"פ בתרא דיבמות (דף קי"ט ע"ב) סיפא חזקה לשוק ורובא לשוק מוכח בחזקה עם ס"ס מותרת לשוק וכן אפילו באיסור כרת כה"ג לא חיישינן ע"ש:

והתשובת רשב"א סי' אלף רי"ו שלא הקיל בשני ספיקות י"ל שם ליכא חזקה גמורה ועוד דאתרעאי החזקה ועד"ז י"ל טעם מהריב"ל ח"ב סי' ז' והמרדכי דפרק החולץ סי' כ"א י"ל כל ראיותיו אינן אלא בס"ס בלי צירוף חזקה המסייע להס"ס:

אות י"ד סוגיא דשבועות (דף ל"ד ב') מנה מניתי לך בפני פו"פ והלה טוען להד"מ דהוחזק כפרן וכ"ה בח"מ סי' ע"ט ס"ד חשוב עדות רק לענין ממון משום דבממון הודאת פיו ג"כ מהני אבל לענין קדושין דהודאת פיה אינה כלום לכן גם עדות כהנ"ל לא חשוב עדות כיון שאין כאן עדות גמורה רק ע"י פיה שהוחזקה כפרנית כ"כ בתשו' הרשב"א סי' אלף קצ"ג וכ"כ הריטב"א בחידושיו בשבועות שם דלענין קנס ג"כ בכה"ג פטור דהודאה הנמשכת מתוך כפירה לא עדיף מהודאה:

אות ט"ו. וא"כ מוכח מדבריהם ומהסוגיא הנ"ל הפך מ"ש הרמ"א בש"ע אה"ע סי' מ"ב ססעי' ג' בהגה"ה אבל אם מכחשת שקבלה כלום כו' ומ"מ לפי דיעה א' יש לקיים דינו דמהרמ"פ מטעם אחר:

בסוגיא פ"ק דב"מ (דף י"ז ע"א) בדין מנה לי בידך כו' הוחזק כפרן ובש"ע ח"מ סי' ע"ט ובסמ"ע שם ובסמ"ע סי' פ"ז סק"ה:

אות י"ז בסוגיא פ"ב דקדושין (דף מ"ג סע"א) אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא אמ"ל אתם עדיי כו' ומה שהוכיחו הרשב"א והריטב"א מזה דאם לא ראתה העדים כו' והש"ג פרק הביא חולקין ע"ז מכח סוגיא דיבמות פרק מ"ח (דף ק"ה ע"ב) ועדים רואים אותו מבחוץ והערה מסוגיא פב"ת דערכין (דף כ"ט ע"ב) גבי מ"ש ממקדש אחותו כו':

אות י"ט בדין מ"ש במשנה פ"ג דסנהדרין (דף כ"ז ע"ב) דשונא כשר להעיד מ"מ בשונאים גמורים וגם הם ריקים ופוחזים י"ל שהם פסולים להעיד ע' תשו' רש"ל סי' ל"ג הובא כנה"ג ח"מ סי' ל"ג בהגה"ט אות ט' ועמ"ש במ"א בדין חמשה נשים שאינן נאמנות להעידה מחמת שהם שונאים כתבתי מזה בתשו' השייך ליו"ד סי' קי"ט פ"ב דכתובות (דף כ"א סע"ב) ומפרש"י שם בד"ה משחתמו ה"ל נוגעים בעדות כו' וכן פחז"ה (דף מ"ד סע"א) בפרשב"ם בד"ה אלא כדרבין ולא להוי מוכר לוה רשע כו' וע' תשו' מהרי"ט ח"א סי' י"ד וחח"מ סי' פ' ובש"ך בח"מ סי' מ"ו סכ"ו סס"ק ס"ו ובתשו' כנסת יחזקאל סי' פ"ג ובמראות הצובאות סי' י"ז ס"ק ט"ז:

בחקירה הג' אות א' במתניתן פ"ג דסנהדרין (דף כ"ט ע"א) כיצד בודקים את העדים בד"מ אומרים לו האיך אתה יודע שזה חייב לזה. וכ' בחידושי הר"ן דאע"ג שכבר העיד שזה חייב לזה וד"מ א"צ דו"ח אעפ"כ צריך לשואלו שיבאר דבריו איך הוא יודע שזה

חייב לזה וכ"ה בש"ע ח"מ סי' כ"ח ס"ח ובסמ"ע שם ס"ק ל"ז וכל כמה שלא נגמרה עדותן יכולים לחזור בהן וא"כ כמ"כ וכש"כ גם גבי קדושין כן:
אות ב' בדין מ"ש במשנה פרק שבועות העדות (דף ל"ד ע"ב) השביע עליו חמשה פעמים חוץ לב"ד ובאו לב"ד והודו פטורים והקשה הריטב"א איך מהני עדותן בב"ד דהא לפי הודאתם בב"ד א"כ נשבעו לשקר ותירץ דפלגינן דבוריה:
אות ג' ד' מה שיש להקשות לכאורה אמתניתן הנ"ל מהא דפ"ב דכתובות (דף י"ח ע"ב) העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו כו' שאם אומרים אנוסים היינו מחמת ממון אינן נאמנים דאין אדם משים עצמו רשע:
ואמאי שם לא פלגינן דבוריה ויש לתרץ משום הכא בעדותו בב"ד אינו אומר שהוא רשע ושמ"מ חילוק זה דוחק:
אות ה' שהר' מנחם הארוך הוכיח ממשנה זו דעדות שנתקבלה שלא לפני בע"ד אפילו השביעום חוץ לב"ד כו' הולכים אחר העדות שהעידו אח"כ בפניו הובא ב"י בח"מ סי' כ"ח מחודש י"א ובהרמ"א בש"ע סט"ז בהג"ה והקשה בכנה"ג למה לא יהיו פסולים לעדות לפי שעברו על השבועה:
אות ו' והתומים תירץ דהמשנה מיירי במושבע מפי אחרים:
אות ז'. י"ל תירץ המשנה עפמש"כ בב"י בח"מ סי' ל"ד סעיף ה' בתשובת הרשב"א נמצא כו' והקשה ע"ז ותירץ מהרי"ט ששבועה שאינה לוקה עליה וגם אין בה הנאת ממון גם לאביי לא נפסל לעדות וא"כ גבי שבועות העדות דלא מחייב משום שבועות ביטוי בגמרא בשבועות (דף כ"ה ע"ב) וא"כ לא נפסלו עי"ז לעדות לכן גם הריטב"א י"ל שאינו מקשה רק איך נאמנים להשים את עצמן רשעים ולא שיהיו פסולין לעדות ולפ"ז אין להוכיח ממשנה זו דינו דמהר"מ הארוך:
אות ט' בסוגיא סוף גיטין אי מבטלינן קלא מ"ש הבית מאיר ע"פ התוספת (דף פ"א ע"א בד"ה ובנהרדעא. כדי שלא יאסור באכילת תרומה לעולם דא"כ כמ"כ במקום עיגון ועי' תוספת פ"ב דכתובות (דף כ"ו) סד"ה ואסקיניה ומ"ש בסהמ"ק סי' מ"ו ס"ד ומהר"מ אלשקר סי' צ"ט בשם הרמ"ה היכא דאתבריר דשקרא הוא כו' לכ"ע מבטלינן:

סימן צב

עיין תשו' מיימוני דשייכי להי' אישות סי' א' שאם כת א' מסופקת אם קרוב לו כו' א"צ גט וע' בש"ע סי' ל' ס"ה או שהיה ספק כו' לא משמע כן וכמש"ש החמ"ח סק"ח:

והב"ש סק"ט פי', דברי הש"ע כתשו' מיימוני והבית מאיר שם הניח בצ"ע ד' תשו' מיימוני הנ"ל דמה בין זה ובין נתן הוא ואמרה היא וע' בסהמ"ק סי' ל' ס"ה שכתב ובאמת יש לתמוה דא"כ בכל ספק קדושין כו' נימא דהוה כמקדש בלא עדים דאוקי אחזקה כו' ונלע"ד דמהר"ם לא אמר אלא כשלא ראו העדים כלל להיכן נפל הקדושין כו' ע"ש וא"כ גם לפ"ז בנ"ד שלא ראו הנתינה כלל אף שראו ששלשל ידיו למטה כדי ליתן לה בחשאי מ"מ מאחר שלא ראו אם קיבלתם אין כאן שום עדות ולא דמי כלל להן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה דהתם ה"ל קרוב לודאי עכ"פ וע' בתוס' רפב"ת דיבמות דלא חשוב רובא דתלי במעשה כו' אבל הכא מי יימר דתקבלם כיון שלא דברו כלל תחלה מענין שתתקדש לו. א"כ אדרבה הדבר בחזקת שלא תקבלם לשם קדושין כלל וכמו שאפילו בנתייחד עם גרושתו מן הארוסין לא אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וההוכחה משום שאח"כ ראו אצלה גר"כ הרי היא צווחת שגר"כ זה הי' בידה מקודם מביתה ואם משום שנתנה גר"כ לאשה א' הרי אין ע"ז רק עד אחד ושמא הוא שקר וגם שמא הי' אצלה שני גר"כ עכ"פ כיון שלא ראו כלל הנתינה והקבלה הוכחה זו אינה כלום הב' מצד האמירה שלא שמע גם עד א' רק סוף דבריו היינו במטבע זו כדמו"י ותחלת הקדושין ה"א מקודשת לי לא שמע שום א' א"כ בזה ודאי אין כאן עדות על קדושין דא"ל דג"ז חשוב ספק שמא אמר הרי את כו' דהא אפילו חסר אמירת לי אינו חשוב קדושין ואפילו ספק קדושין אינו וה"נ אפי' אמר הרי את כו' שמא לא אמר לי וה"ל כמ"ש בסהמ"ק בפי' ד' מהר"מ בתשו' מיימוני כשלא ראו העדים כלל להיכן נפל הקדושין כו' כנ"ל דה"נ כיון שלא שמעו כלל הרי את מקודשת לי אין בזה עדות כלל ועוד דהכא אפילו אמר כיון שלא שמע זה שום אחד א"כ מהסתם גם היא לא שמעה וכיון דלא שמעה אמירתו אינו כלום דהא אין האשה נקנית אלא מדעתה ורצונה והיינו שיהיה ממנה דעת ורצון שרצונה להתקדש שלכן שתיקה דלאחר מתן מעות אינו כלום אף שלא זרקה הדינר ואוחזת אותו כו' א"כ מכ"ש כשלא שמעה ה"א מקודשת לי אף ששמעה במטבע זו כדמו"י אין כאן דעת ממנה שרצונה להתקדש לו עכ"פ וגם י"ל שלא הבינה כלל שזהו ענין קדושין כיון שלא שמעה אמירת ה"א מקודשת לי כ"ש שע"א אומר שלדעתו ודאי לא שמעה כלל שום דיבור. וגם שמתחלה אמר שיתן לה גר"כ על ריקוד ורק אדעתא דהכי קיבלתם אם קיבלתם שאפילו נתן בשתיקה כ' החמ"ח סי' כ"ז ס"ק ט' דאינו כלום והדין עמו דהא אפי' באמרה היא ואח"כ נתן הוה רק ספיקא א"כ כשאין כאן שום אמירה ודאי אינו כלום וכ"ש שהי' אמירה להפך שיתן לה על ריקוד שתרקד בבית החתן וכלה א"כ הרי

יש לבטל הקדושין אפילו היו רואים הנתינה משום שלא היה שום אמירה כדבעי והיא לא שמעה כלל וכ"ש שגם על הנתינה ליכא שום עדות:

סימן צג

בתולה שחטפה מאיש אחד א' רוכ"ס כמו שחטפו ג"כ שאר נערים ע"ד שחוק ואח"כ החזירה לו הרוכ"ס הנ"ל וחזר אח"כ ונתן לה ואמר נא דיר זיך ואח"כ ביקש ממנה בחזרה הרוכ"ס ושאם לא תחזור וועל איך זאגן וכשלא החזירה תומ"י אמר לה הרי את מקודשת לי ואמרו לה העדים הרי קדשך אז השליכה לו הרו"כ הנ"ל:

גרסינן בגמ' פ"ק דקדושין (די"ב ע"א) ההוא גברא דקדיש בציפתא דאסא (מחצלת של הדס) אמרו לי' והא לית בה שו"פ א"ל תקדש בארבעה זוזי דאית בה (כרוכים היו בה) שקלתה (כלומר נקטא לה ולא השליכתה ואישתקה רש"י פי' לפירושו דלכאורה מל' הגמ' משמע דשקלתה לאחר שאמר תקדש בד' זוזי כו' וזה א"א דא"כ איך אמר לקמן דהו"ל שתיקה דלאחר מתן מעות מה זו שתיקה כיון שנטלה. אלא שר"ל דשקלתה תחלה כשא"ל שתקדש בהציפתא ואח"כ כשאמרו לי' והא לית בה ש"פ ואמר הוא תקדש בד' זוזי הכרוכים בה לא השליכה הציפתא עם הזוזי' וז"ש רש"י כלומר נקטה לה כו' ר"ל דמ"ש בגמ' שקלתה היינו שאחזתו כמקודם ואינה משליכתו וצ"ע באמת למה קורא הגמ' מה שאוחזתו בשם שקלתה ואפ"ל שזהו קצת ראי' למ"ש לקמן אות ג' דמה שאוחזתו ואינה משלכת אותה ה"ל כעושה מעשה. ולפיכך הוצרכו ליתן טעם ע"ז סברא אי שדינא כמשי"ת לקמן וכ"מ ד' ס' המקנה סי' מ"ב ססעי' א' שקלתה ואישתקא דהיינו שעשתה מעשה המוכיח כו' ולא השליכה זהו מעשה המוכיח עכ"ל וע"ש דכוונתו מה שאוחזת בידה זה נק' מעשה) ואישתקא אמר רבא הוה שתיקותא דלאחר מתן מעות (שמתחלה כשקבלתה והמעות היו בתוכה לא ידעה בהן וכשידעה אח"כ ושתקה שתיקה דלאחר מ"מ הוא ולא כלום היא דהאי דשתקה משום דלא אכפת לה מימר אמרה מעיקרא לאו אדעתה דהכי קבלתינה. רש"י) פי' וכיון שכן אין גילוי דעת והודאה ממנה שהיא מתרצה לקדושין אלו כיון שי"ל דהאי דשתקה משום דאמרה בנפשה הרי אני לא עשיתי שום מעשה עתה שאתקדש לו עי"ז שהרי מתחלה קבלתי בתורת קדושין ע"ד הציפתא ונתברר אח"כ שזה אינו כלום באמ"ל והא לית בה ש"פ וא"כ אח"כ כשאמר תקדש בד' זוזי הכרוכים בה ואני לא ידעתי בהם כשקבלתי הציפתא שיתכן לומר שע"ד כן קבלתים להתקדש בהן א"כ מעולם לא עשיתי מעשה ע"ד להתקדש בד"ז ועכשיו כשאמר תקדש בד' זוזי דאית בה אינני עושה שום מעשה ואיך אתקדש לו כיון שאין שום הוכחה ממני

שאני רוצה בזה ומה שאיני משלכת דהו"ל כמעשה כמ"ש לק' יתבאר ע"ז תירוץ שאינו מעשה המורה על קידושין כי יראה להשליך שמא יאבד ותתחייב לשלם. וגם צ"ל דאע"פ שמקודם רצתה להתקדש לו שהרי קבלתה הציפתא מ"מ אין זה גילוי דעת לקדושין שאח"כ ע"י הד"ז משום די"ל שמא לבשתה רוח אחרת בינתיים ואין רצונה להתקדש לו ואנן בעי' גילוי דעת שרצונה ממש בשעת הקדושין להתקדש לו ולכן בשתיקה דלאחר מ"מ לא מהני מה ששדיך מקודם (כמ"ש בב"ש סי' כ"ח ס"ק י"ג בשם הר"ן והריב"ש דהא הכא עדיף משדיך וז"ל הר"ן שם ובכה"ג ליכא לאפלוגי בין שדיך ללא שדיך דהא בהאי עובדא דציפתא גופיה כבר נתרצית לו שהרי קיבלה ציפתא דאסא גופיה לשם קדושין ומשמע ודאי דלא גרע הא משדיך וצ"ע מכאן על מה שכ' הרא"ש בפ' האיש מקדש סי' ז' שאם גילה דעתו לשדכן שהוא חפץ לשדכה לו והלך השדכן וקדשה לו בלא מינוי שליחות שהיא מקודשת עכ"ל דמאי שנא מכאן שאע"פ שכבר נתרצית להתקדש לו וקבלה ממנו הציפתא עכ"ז לא מהני להקדושין שקידשה בהארבעה זהובים אע"פ שאוחזת אותם לא הוה כלל כאלו הודית ונתרצה בקדושין השניים ואיך ע"י גלוי דעתו לשדך אותה לו נחשב כאילו עשאו שליח לקדש ושני הדינים הובאו בש"ע דין דציפתא בסי' כ"ח סעיף ה' ודינו של הרא"ש בסי' ל"ה ס"ד ולא העירו כלום ושמא נחלק בין האיש המקדש דקונה וזוכה לאשה המתקדשת שהיא נקנית ומשתעבדת לו ואין כאן זכי' אבל הוא דוחק דאדרבה לקמן (דמ"א א') שהאשה רוצה יותר להתקדש למאן דהוא מהאיש להאשה וכמש"ש אבל בהאי איסורא ליכא ואין כאן מקום דין זה) וכל שתיקותא דלאחר מ"מ לאו כלום היא ובפנ"י בדף י"ג ע"א בד"ה שלח לי' ביאר טעם אמאי לא חיישי' שמא רצתה להתקדש וז"ל אלא דאכתי איכא למידק אפי' למאי דפריך רב אחאי אטו כולהו נשי דינא גמירי מ"מ מידי ספק לא נפקא דילמא האי אתתא דינא גמירא כו' ונראה דהא דשתיקותא דלאחר מ"מ לאו כלום הוא משום דבעדי קדושין בעינן דבר ברור כו' משא"כ הכא שאין לעדים שום הוכחה שנתכוונה לקדושין עכ"ל וכ"כ בק"א סעיף כ"ח. ועכ"ז הניח בצ"ע ודבריו אלה עולים ע"פ מ"ש בתשו' מיימוני דשייכי לה' אישות סי' א' וז"ל אבל בנדון זה דליכא סהדותא כלל כו' ע"ש אבל בחמ"ח סי' למ"ד ס"ה סק"ח כ' שמלשון השו"ע נראה דלא ס"ל כן וכן בבית מאיר ובסהמ"ק שם העירו על דין זה ויש לחלק דשם איתרע החזקה כיון שרצתה להתקדש וזרק לה הקדושין אבל הכא שיש ספק בעיקר הענין אם רצתה להתקדש א"א שתהי' נקנית בלא ראי' וכמו שאמרו רפ"ק האשה נקנית מדעתה אין בע"כ לא והיינו שבעינן שיהי' ידוע דעתה שרצונה להקנות א"ע לאיש זה. וצ"ל דהכא אע"ג דמתחילה גילתה דעתה שרצונה להתקדש לו ע"י ציפתא

אין זה חשוב אתרע החזקה לגבי קדושין השניים שהם מילתא באפי נפשי' וכנ"ל ולפי"ז י"ל שזה דומה לאותה ששנינו לקמן פרק שני (דמ"ט סע"ב) ובכולם אעפ"י שאמרה בלבי היתה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת ומל' הרמב"ם ר"פ ח' מה"א נראה דקאי אפי' אהתקדשי לי בדינר זהב ונמצא של כסף כו' וע"ש בגמ' (דנ"ב ע"א) דבדברים שבלב אינם דברים אפי' היכא דלא אתני ממש בתנאי ע"ש דגבי זביני ודילמא שאני התם וכיון דאתני כו' מוכח דלפי האמת אע"ג דלא אתני ממש והנה ענין קדושין זהו לא גרע מזביני דהא הלשון שהאשה נקנית ועיין בחידושי הרשב"א רפ"ק גבי האשה נקנית מדעתה אין דפי' דקמ"ל דחמיר מזביני לענין תליוה ונתקדשה כו' וא"כ לא גרע מזביני וא"א להיות נקנית אא"כ גילתה דעתה שרצונה להיות נקנית לו אבל לא בדברים שבלב לבד דלא גרע משאר זביני וכדאי' לעיל ד"ז ע"א וכן לענין ממונא כו' וע"ש פ"ב (דמ"ט סע"ב) גבי זביני דגלייא דעתה בשעת מעשה בעינן ולא מהני הג"ד דמקודם כמש"ש ובעידנא דזבין לא אמר כו' אע"ג דמקמי דזבין אמר כמ"ש הר"ן וכ"כ שם הפנ"י בשם רש"י והרשב"א וה"נ ממש אע"ג דגילתה דעתה בקבלת הציפתא מ"מ בשעת קדושין אלו בד' זוזי לא גילתה דעתה וה"ל דברים שבלב:

קיצור מה שאוחזת הציפתא והד' זוזי ואינה משלכת י"ל דהוה כמעשה ע"כ צריך תירוץ ע"ז סברא אי שדינא וכדלקמן אות ב' והקשה הפנ"י אמאי לא חשוב ספיקא ותירץ דבעינן שיהיו עדים על קדושין וכאן אין העדים יודעים שרצונה להתקדש והנה לד' תשו' מיימוני סי' א' סברתו אמת דכמו בכת אחד שמעידים שזרק לה קידושין מרצונה והם מסופקים אם קרוב לו אם קרוב לה חשוב כאלו אין כאן עדות על קדושין ולא הוי ספק קדושין. א"כ ה"נ כיון דליכא הוכחה דנתכוונה לקדושין אין כאן עדות אבל החמ"ח והבית מאיר וסהמ"ק סי' ל' סעי' ה' כ' שיש להקשות על תשו' מיימוני הנ"ל וכ"ד הרמב"ם וש"ע והרשב"א דבשני עדים שמסופקים אם הי' קרוב לה נחשב ספק קדושין א"כ לכאורה אין תירוץ הפנ"י מספיק אלא צ"ל דעצם הענין אינו כלום דאין האשה נקנית אלא מדעתה וכאן ליכא הודאה ממנה על קדושין ומ"ש הפנ"י מידי ספק לא נפקא י"ל לא דמי כלל לספק קרוב לו ספק קרוב לה דהתם כבר נתרצית בקדושין שזרק לה הקדושין מרצונה א"כ הספק קרוב לה חשוב ספק קדושין אבל הכא אף אם נאמר כדברי הפנ"י שכיון שנתרצית להתקדש בציפתא חשוב ספק שמא היא מרוצה ג"כ עכשיו כיון שזהו קדושין אחרים בעינן שנדע שרצונה להתקדש וכאן ליכא שום ידיעה וספק זה שהוא ספק בעיקר הענין ובהתחלתו אם רצונה להתקדש זה גרע טובא מספק קרוב לה ולא חשיב קדושין כלל דאנן בעינן שנדע שרצונה על קדושין והא ליכא ידיעה גם י"ל דחשוב כדברים שבלב

כיון דלא עשתה מעשה המורה על קדושין וכן חילק בתשו' מהרי"ט ח"א סי' קל"ח בד"ה וקרוב הדבר לומר דצ"ט ע"א וז"ל דאע"ג דגבי זרק לה קידושיה ספק קרוב לו כו' כיון דודאי זרק הקדושין לית לן לומר אוקמא אחזקתה כו' אבל היכא דאין לנו שום הוכחה שנתרצית אלא מה ששתקה היכא דאיכא אמתלא למיתלי שמשום הכי שתקה לא תהא שתיקתה כהודאה עכ"ל:

ב אך צ"ע ממ"ש בחה"ר פ"ב דקדושין דף נ' בד"ה ואסיקנא כל שהדברים שבלבו אינן מבטלין מעשיו אלא מקיימין כו' הוי דברים ובנ"ד אם רצתה ג"כ אין זה לבטל שום דבר רק לקיים הקדושין שנתרצית עליהם תחלה ע"י קבלת הציפתא ולחילוקו של הפנ"י א"ש דדוקא בנזיר ותרומה מהני כה"ג דלא בעינן עדים משא"כ הכא בקדושין מ"מ ליכא עדים ולדרכי ג"כ יתכן דדוקא בנזיר ותרומה שהוא דבר שבינו לבינו מהני דברים שבלב משא"כ בקדושין ומקח וממכר לא מהני כלל הדברים שבלב אפי' לקיים דבר דבשביל שיש בלב המקנה להקנות אינו נקנה לחבירו עד שיאמר בפי' כו' וכעין זה חילק בריב"ש בתשו' סי' קצ"ה הובא בי"ד סי' רי"ח בין נדרים שבינו לבין עצמו דאזלי' בתר כוונת הנודר ובין נשבע לחבירו דלא אזלי' בתר הדברים שבלב ואע"ג דשם ר"ל דבנשבע לחבירו לא מהני הדברים שבלב לבטל מ"מ כיון דע"כ הוכרחנו לחלק דלגבי בינו לבין עצמו מהני ג"כ לבטל ממילא שיש לחלק אפי' בענין לקיים דבר כו' וע"ש בהריב"ש (סד"ה ועוד שאף אם) שנסתייע בחילוקו זה מהרמב"ן פי"נ ופסקו כן בשו"ע י"ד סי' רי"ח. ובעיקר הוכחת הרשב"א לא הבינותי דמה שהביא מתרומה צ"ע דבהדיא מבואר בגמ' לחלק ביניהן בזה בקדושין (דף מ"א ע"ב) בין תרומה וקדשים לקדושין וגרושין כמש"ש מה להנך שכן ישנם במחשבה וא"כ איך נלמוד אם דברים שבלב מהני בתרומה שכמ"כ מהני בקדושין כיון דבהדיא מבואר בגמ' לחלק ביניהן בזה ממש. ומ"ש דא"כ איך אתי למיפשט מיקריב אותו ר"ל מה ענין קרבנות דמהני בהו דברים שבלב לקדושין צע"ג דאדרבה א"כ הראי' כפולה ומכופלת כיון דאפי' בקדשי' דמהני מח' לבד כשאין אומר בפיו להפך אפ"ה כשאומר בפיו להיפוך בטלים הדברים שבלב א"כ כ"ש בקדושין דלא אזלי' בהו בתר דברים שבלב לבד שאין מועילים כשאומר בפיו להיפך וצ"ל דכוונתו רק להביא ראי' שהסוגי' מדברת בכה"ג שאמרי פיו מורים להיפך אמנם מ"מ מה דמשמע מיני' לכאורה דכשאין אמרי פיו להיפך אזלי' בתר דברים שבלב לבד ונסתייע בזה מתרומה אינו מובן שזהו נגד הגמ' הנ"ל דמשמע דתרומה וקדשים לחוד ישנן במח' ולא קדושין וגירושין ובפ"ג דשבועות (דכ"ו ע"ב) מבואר בהדיא דאפי' שבועה לא גמרינן מתרומה וקדשים ואהא דנזירות צ"ל דשאני דהוי יד המוכיח וגם דבר שבינו לבין עצמו משא"כ דבר שבינו

ובין חבירו כ"ש דבר שבינו לחבירו כקדושין וגירושין ומקח וממכר שצריך עדים ועיין בחה"ר עצמו גבי מה לתרומה שכן ישנן במח' כו' ועוי"ל דודאי דברים שבלב דקאמר הרשב"א דהוי דברים כשאין אומר בפיו לנגד היינו דוקא כשיש הוכחה גמורה דלזה נתכוין כאהא דנזירות וכמש"ש בחה"ר בפי' בד"ה בעידנא דזבין דאם לא אמר כן קודם המכר אפי' דברים שבלב לא הוי כו' ע"ש וצ"ע בשדיך לשיטתו והכא בציפתא הוי כשדיך אבל להריב"ש סי' קצ"ה הנז' לעיל אתי שפיר דמ"מ הוי דברים שבלב ולא מהני כלל בקדושין אבל צ"ע בתשו' מהר"מ שבמיי' ה' אישות סי' ד' והביא דבריו הרמ"א בש"ע סי' כ"ז ס"ג בהג"ה ואפי' נתן לה בשתיקה ולא דבר כלום, והוא והיא אומרים. שכוונו לשם קדושין הוו קדושין אך עיין בט"ז סי' כ"ז סק"ו במה שהשיג ג"כ באמת על מ"ש רמ"א שם סעיף ג' בהג"ה ואפילו נתן לה בשתיקה כו' ואף על דברי תשו' מהר"מ הנ"ל דהא דברים שבלב אינן דברים ועיין מזה ג"כ בחמ"ח שם סק"ט ובב"ש שם סקי"ב והנה הרשב"א עצמו דף י"ג גבי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כ' ואפי' מודה דלשם קדושין נתכוונה אינה מקודשת עכ"ל הרי כיון דיכולה לומר כו' ואין כאן מעשה המוכיח שרצונה להתקדש ולכן אין הקדושין כלום. ולהכי אף שאומרת שלשם קדושין נתכוונה אינו כלום דה"ל דברים שבלב ואינן דברים:

קיצור. יש להקשות ממ"ש הרשב"א פ"ב דף נ' דדברים שבלב הוי דברים כשאין סותרים אמרי פיו וא"כ ה"נ אם בלבה היתה להתקדש מאחר שקיבלה הציפתא תחלה להתקדש לו אמאי לא יהיו קידושין. ועפ"י דברי הריב"ש סימן קצ"ה יש לחלק דבדבר שבינו לחבירו לא אזלינן בתר הוכחה כ"ש בקדושין דבעינן עדות ממש:

ג אמר רבא מנא אמינא לה (דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא רש"י) נלע"ד דהוצרך לראי' אע"ג דלכאורה פשוט הטעם משום דליכא גילוי דעת ממנה שרצונה להתקדש כנ"ל והאשה אינה נקנית אלא מדעתה ברפ"ק דקדושין (ד"ב ע"ב) והיינו שתאמר שהיא חפיצה להתקדש או מעשה המוכיח שרצונה להתקדש כפירש"י די"ג סע"ב דכי קבילתי' אדעתי' דהכי קבליתי' והיינו כשאמר ואח"כ נתן ודברים שבלב הלכה פסוקה היא לקמן דף נ' דאינן דברים וא"כ אמאי לא מייתי מהתם אך באמת לא הוצרך לראי' ע"ז דדברים שבלב אינן דברים אלא שהוצרך לראי' לומר דהוי דברים שבלב לפי שיש להשיב ולומר דמה דאוחזת הדינרים ואינה משליכתם ה"ל כעושה מעשה ממש וכמש"ל אות א' מלשון הגמרא שקליתה כו' שזה שאוחזתו נקרא כאלו נוטלתם. וכיוצא בזה מצינו בגמ' פ"ג דברכות (די"ט ע"ב) המוצא כלאים בבגדו ואינו פושטו חשוב כעושה מעשה ממש ולא כמו שב ואל תעשה כמש"ש בגמ' (ד"כ תחלת ע"א) שב ואל תעשה

שאני וברש"י שם אבל מיעקר בידים לא והלובש כלאים עוקרו במעשה ממש שהוא לובשו ור"ל דמה שאינו פושט הבגד שמצא בו הכלאים חשוב כמו עושה מעשה ולא כמו שב ואל תעשה וכ"כ המג"א בה' ציצית סי' י"ג סק"ח וז"ל דאי מקרי קום ועשה ה"ל כמו כלאים דפושטו אפי' בשוק הרי גבי כלאים חשוב זה מה שאינו פושט כ"א מלובש בו כמו קום ועשה וכ"פ הרא"ש פ"ט דנדה בה' כלאים סי' י"א דפושטו ואפי' בשוק והרמב"ם פ"י דכלאים דין כ"ט החמיר בזה ביותר וז"ל הרואה כלאים של תורה על חבירו אפי' היה מהלך בשוק קופץ לו וקורעו עליו מיד ואפי' היה רבו שלמדו חכמה שאין כבוד הבריות דוחה איסור ל"ת המפורשת בתורה עכ"ל וע' מזה בטוי"ד סי' ש"ג מזה מוכח דחשוב עובר בל"ת בקום ועשה וכן מבואר שם יותר בהרמב"ם שם דין למ"ד גבי ה"ז חייב על כל שהייה ושהייה שהתרו בו עליה והכ"מ כ' ויש לתמוה מאחר שאינו עושה מעשה בכל פעם למה יתחייב על כל התראה והתראה ונ"ל שמאחר שהי' בידו לתקן להסיר האיסור מעליו בכל פעם שמתרים בו חשוב כלובש וכ"כ הריטב"א בשם התוס' וכ' שהביאו ראי' לדבר עכ"ל לכאורה לפי"ז גם בנד"ז שהאשה אוחזת הציפתא והארבעה זוזים שבתוכה ואינה משלכת אותם מידה חשוב שהיא עושה מעשה גמור וכמו שאינו פושט הכלאים שמצא בבגדו שמלובש בה דחשוב מעשה גמור ואם התרו לוקה וה"נ מה שאמר הרי את מקודשת לי בד' זוזים שבהציפתא חשוב כהתראה וכשאוחזת ואינה משלכת חשוב כמעשה גמור שבכלאים הי' לוקה ע"ז אך הרא"ש פ"ט דנדה סי' י"א הנ"ל הביא הירושלמי דר' אמי ס"ל דאינו פושטו ונדחק קצת לפרשו ועיין ברי"ו נ"ט ח"ב:

ולכאורה אפ"ל דר"א ס"ל דזה ג"כ נקרא שב ואל תעשה כיון שאינו עושה מעשה ממש רק שאינו פושטו וכקושיית הכ"מ הנ"ל. ולא כהתירוץ ואפ"ל שכן משמע פשט לשון המשנה פ"ג דמכות (דף כ"א סע"א) היה לבוש בכלאים כל היום אינו חייב אלא אחת אמרו לו אל תלבש והוא פושט ולובש חייב על כל אחת ואחת דמשמע דדוקא כשפשט ואח"כ לבש מתחייב מלקות על כל פשיטה ולבישה ולא כשלא פשט וכדפי' רב ביבי א"ר יוסי שם וכמו שאמר רב אחא שם עיין רש"י שם. וכ' התוס' פ"ב דשבועות די"ז ע"א בד"ה או אינו צריך א"נ לרב ביבי לא לקי אשהייה משום דהוי לאו שאין בו מעשה עכ"ל וכן מבואר בחידושי הריטב"א פ"ג דמכות שם וז"ל אמר רב ביבי כו' רב אשי אמר אפי' לא הי' פושט כלום אלא ששהה כדי לפשוט וללבוש והיו מתרין בו על כל שהייה ושהייה חייב על כל אחת ואחת וקשי' לי' לר"מ ז"ל האיך לוקה לדברי רב אשי הא לא עביד מעשה ולא תירוץ כלום אבל בתוס' תירצו דכיון דהוה יכול לפשוט ואינו פושט ועומד במלבושו זה חשוב מעשה דבכלל לא תלבש דאמר רחמנא הוא שלא יעמוד לבוש

וזה חשוב לו כל שעה כאלו לובש. והביאו ראי' לדבריהם מנזיר שנכנס לבית הקברות בשידה תיבה ומגדל ופרעו עליו את המעזיבה שהוא חייב על כל שהייה ושהייה אע"ג דלא עביד מעשה כיון דבכניסה או בפריעה עביד מעשה והוא שוהה שם במזיד כדאי' במס' נזיר פ"ו דף מ"ג. ועוד הביאו ראי' מדאמרינן במס' ברכות די"ט ע"ב המוצא כלאים בבגדו פושטו ואפי' בשוק דלא אתי כבוד הבריות ודחי לאו דכלאים ואותבינן מדתני' והתעלמת מהם פעמים שאתה מתעלם כגון זקן ואינו לפי כבודו ופרקינן שב ואל תעשה שאני כלומר הא דלבוש כלאים פושטו ואפי' בשוק דהוי קום ועשה ואמאי דהא בכלאים נמי שב ואל תפשוט בגדיך הוא אלא ודאי ש"מ כיון דיכול לפשוט ואינו פושט חשבינן לי' כאלו הוא לובשו עכשיו עכ"ל והנה זהו לדעת רב אשי אבל לרב ביבי שם במסכת מכות נק' שב ואל תעשה דלרב ביבי היינו שאינו חייב מלקות ע"ז כלאו שאין בו מעשה וא"כ אינו עובר בקום ועשה. ור' אמי בירושלמי י"ל ס"ל כרב ביבי אך עכ"ז הרי הפוסקים פסקו בי"ד סי' ש"ג דפושטו אפי' בשוק כסוגיא דברכות די"ט הנ"ל והיינו כרב אשי ועוד יש שינוייא בתוס' פ"ב דשבועות די"ז ע"א דרב ביבי אינו חולק כלל על רב אשי:

קיצור די"ל מה שאוחזת הציפתא בשתיקה ואינה משליכתו חשוב מעשה כמו המוצא כלאים בבגדו דמה שאינו פושטו חשוב מעשה ולוקה ע"ז לפ"ד רב אשי פ"ג דמכות דכ"א ע"ב וכ"פ הרמב"ם והרא"ש והטוש"ע י"ד סי' ש"ג והריטב"א במכות שם מיהו יש דיעה בגמ' דאין זה מעשה וכן יש בירושלמי:

ד אלא דהתוס' ביבמות פ' האשה רבה ד"צ ע"ב אהא דאמרינן שם דהלובש סדין בלא ציצית חשוב שב ואל תעשה הקשו וא"ת סדין בציצית היכי הוה שב ואל תעשה כו' וי"ל דבשעת עיטוף אכתי לא מחייב כו' ולאחר שנתעטף שמחוייב שב ואל תעשה הוא וא"ת בפ' מי שמתו די"ט משמע כשהוא לבוש בכלאים ואינו פושטן לא חשוב שב ואל תעשה אלא עמוד ועשה ואור"י דשאני כלאים דעיקר האיסור בשעת לבישה שלבש באיסור אבל כאן לא מתחייב עד אחר שנתעטף כדפרישית עכ"ל ואינו מובן כ"כ התירוץ דהא בכלאים מלבד שחייב על הלבישה חייב גם על מה שאינו פושט כמ"ש רב אשי פ"ג דמכות כנ"ל הרי דגם מה שאינו פושט חשוב קום ועשה. וא"כ גם גבי ציצית נימא כן דמה שאינו פושט הסדין חשוב מעשה וי"ל דה"פ דודאי נכריח מסוגיא דפ' מי שמתו דמה שאינו פושט חשוב ממש כאלו לובש בידים ולכן גבי כלאים דעיקר האיסור בשעת הלבישה שהלבישה הוא איסור גמור וא"כ כיון דמה שאינו פושט חשוב כאלו לובש הרי א"כ זה שאינו פושט חשוב עושה איסור בקום ועשה מאחר דמה שאינו פושט חשוב כאלו לובש ובכלאים הלבישה הוא האיסור וא"כ זהו איסור בקום ועשה שלובש בידים

מה שאסור לו ללבוש אבל גבי סדין בלא ציצית הלבישה אינו איסור כלל כ"א שלאחר שלבש מחויב להטיל בו ציצית וא"כ זה שאינו מטיל בו ציצית אינו חשוב קום ועשה כ"א שב ואל תעשה שמונע א"ע מלהטיל ואינו עושה איסור בידים כלל וא"כ גם מה שאינו פושט הסדין אינו חשוב עושה איסור בקום ועשה דאף שמה שאינו פושטו חשוב כאלו לובש בידים הלא הלבשת סדין בלא ציצית אינו אסור כלל רק שהמצוה שלאחר שלבשו יטיל בו ציצית וא"כ אינו עובר על הלבישה כלל רק על מה שאינו מטיל בו ציצית ומה שאינו מטיל בו ציצית זהו רק שב ואל תעשה. וכן מפורש במרדכי ה' ציצית סי' תתקמ"ה בשם ר"י הובא ב"י בה' ציצית סי' י"ג לכן נ' לר"י דמ"ע דציצית אינו אלא להטיל בו ציצית כשילבשנו ולא אמר הכתוב בלשון לא תלבש בגד שיש לו ד' כנפים בלא ציצית דאז ודאי הי' הדין עמו (ר"ל עם ה"ר שלמה מדרויש דס"ל שאם נפסק לאיש חוט של ציצית בשבת דאסור ללובשו ור"י ס"ל דאינו כן) אלא מ"ע גרידא להטיל בו ציצית ומ"מ אין הטלית אסור ללבוש וגם אינו עובר כיון שאין עתה יכול להטיל בו שהוא שבת ובחול ודאי עובר כל שעה שלובשו בעשה דהטל בו ציצית וכן במזוזה ומעקה ותדע דאטו במזוזה יאסר ליכנס לבית אלא בעמוד ועשה קאי ותו לא עכ"ל הרי מפורש דגם בחול הלבישה אינו אסור כמו שאינו אסור ליכנס בבית שאין בו מזוזה אלא שעובר על מ"ע מה שאינו מטיל וא"כ זה עבירה בשב ואל תעשה כמו מה שאינו עושה מזוזה אע"ג דעדיין י"ל דמה שלובשו הרי עי"ז מביא עליו בידים דבר שיבטל מ"ע בשב ואל תעשה וא"כ ה"ל כעושה מעשה מ"מ כיון שהלבישה אינו אסור שהתורה לא אמרה לא תלבש כו' כ"א אמרה שלאחר הלבישה יטיל בו ציצית א"כ הו"ל עבירה בשב ואל תעשה א"כ לפר"י הכא גבי שתיקה לאחר מתן מעות י"ל דלא דמי לסדין בציצית דחשוב רק שב ואל תעשה אלא הכא דמי לכלאים דמה שאינו פושט חשוב מעשה כו' דהא לפר"י גם גבי סדין בלא ציצית מה שאינו פושט הסדין חשוב כאילו לובשו כמו גבי כלאים אלא דנהי דהוה לי' כאלו לובשו הרי הלבישה אין בו איסור כלל ולא כמו בכלאים דהלבישה הוא איסור אבל גבי סדין בלא ציצית אין הלבישה איסור רק שהוא מצות עשה להטיל בו ציצית וא"כ הכא גבי שקלתה ואשתיקה ואינה משלכת אם ה"ל כאילו נוטלתו עתה הרי ה"ל היא מודה בהקדושין כמו אלו מקבלת הקדושין לאחר האמירה מאחר שזה שאינו פושטו ה"ל כאילו לובשו עתה ה"נ מה שאינה משלכת כ"א אוחזת הציפתא עם הד' דינרין ה"ל כאילו מקבלתם עתה וקבלה זו דעתה היא הודאה והסכמה גמורה שנתרצית לקדושין כמו שתיקה דקודם מתן מעות דכי קבליתיה אדעתא דהכי קבליתיה אך הנה התוס' ביבמות שם סד"ה כולן הקשו על ר"י מדמברכין להתעטף בציצית משמע דבשעת

העיטוף עביד מצוה וכן הקשה באגודה א"כ זהו כדעת הר"ש במרדכי בה' ציצית סי' תתקמ"ה דהמ"ע שלא ללבוש בגד ד"כ בלא ציצית ואעפ"כ כשלובש סדין בלא ציצית נק' שב ואל תעשה בגמרא ביבמות שם ולא חשוב הלבישה מעשה וכן משמע בפרק התכלת (דף מ' ע"א) בפרש"י ד"ה לפי שאינן בקיאין כמ"כ י"ל כאן בשתיקה דלאחר מתן מעות מה שאינה משלכת לא חשוב מעשה:

קיצור לפר"י בתוס' יבמות ד"צ ע"ב י"ל נד"ז דשתיקה דלאחר מתן מעות דומה למי שאינו פושט כלאים דחשוב מעשה לרב אשי כנ"ל ולהר"ש במרדכי ה' ציצית סי' תתקמ"ה אפ"ל דחשוב שב ואל תעשה (הג"ה ומיהו דברי רש"י נראה לפרש דענין דסדין בציצית נקרא שב ואל תעשה היינו מה שחכמים התירו וציוו שלא להטיל ציצית בסדין זהו ענין שב ואל תעשה היינו שאין להטיל ציצית ולכן לבישת הסדין בלא ציצית אף שזהו מעשה כדברי הר"ש מדרויש שרי כיון שכבר עקרו חכמים מצות הטלת הציצית בהסדין וא"כ לפ"ז גם כן אין ראי' שמה שאינה משלכת הציפתא חשוב שוא"ת ואין ללמוד זה מסדין בציצית). ומיהו גם להר"ש אין זה אמת אלא די"ל כיון שכבר עקרו חכמים שלא להטיל ציצית וזהו ענין שב ואל תעשה ע"כ גם כשלובשו דחשוב עושה מעשה שרי ולכן גבי שתיקה דלאחר מתן מעות מה שאוחזתו ואינה משליכתו נראה דחשוב עושה מעשה:

ה אך אפשר לומר עוד דרך אחר בכוונת התוס' דיבמות (דף צ' ע"ב) הנ"ל בשם ר"י והוא דאזלי לשיטתייהו בשבועות (דף י"ז ע"א] ד"ה או דהא דרב אשי במכות (דף כ"א ע"ב) חשיב מה שאינו פושט הכלאים למעשה גמור לחייב מלקות על כל התראה והתראה וכדפסקו הרמב"ם פ"י מה' כלאים דין ל' היינו משום דכיון דתחלת הלבישה הי' ע"י מעשה ור"ל שהיה מעשה באיסור דאסור ללבוש משא"כ אם בתחלה לא היה מעשה כגון שלבש בהיתר ואח"כ נעשה כלאים י"ל דאז מה שאינו פושט לא חשוב מעשה כ"כ הפמ"ג בספרו שושנת העמקים כלל וא"ו בד"ה ודע דביבמות צ' ב' איתא שם דסדין בציצית לא הוי מעשה. ולפ"ז י"ל דאזלי התוספת לשטתם בנזיר (דף מ"ג א') גבי כהן ונזיר שנכנסו בשידה תיבה ומגדל לאהל ופרע חבירו את המעזיבה כו' דמיירי שסייע הכהן בפריעת המעזיבה והיינו משום דאל"כ אינו מתחייב על השהייה כיון שמעשה הכניסה היה בהיתר לא חשוב מעשה מה שאינו יוצא אבל בכלאים שהלבישה באיסור אע"פ שהיה שוגג ומצד איסור שוגג א"צ לפשוט אבל מ"מ מהני דמה שאינו פושט חשוב מעשה כדפסק רב אשי בהדיא במכות כנ"ל ועיין מל"מ פ"ג מהלכות ביאת מקדש סוף הכ"א נסתפק במעשה דשוגג אם חשוב מעשה להתוס' ופשיט דהוי מעשה כנ"ל ומתחלה רצה המל"מ לומר דאפי' מעשה דהיתר חשוב מעשה עי' ספר שושנת העמקים

שם. ולפי"ז בציצית הטעם דאינו חשוב מעשה צ"ל כמ"ש באות הקדום דהלבישה אינו איסור כלל וא"כ להתוס' דדוקא משום שלבש באיסור א"כ הכא גבי שתיקה דלאחר מתן מעות דהקבלה היה בהיתר ר"ל שלא ע"ד קדושין כלל א"כ מה שאינה משלכת אח"כ לא חשיב מעשה אך בחידושי הריטב"א פ"ג דמכות שם משמע כפשוטו דמה שאינו פושט חשיב מעשה או לפחות כשהיה מעשה תחלה אפי' בהיתר ועכ"מ ה' כלאים שם הביא ד' הריטב"א הנ"ל (ועיין עוד מענינים אלו ברמב"ם פרק ג' מהל' אבל ה"י ולח"מ שם פ"ד ורמב"ם פ"ה מנזירות הי"ח שכ' מדעתו וצ"ע איך ס"ל) גם הראב"ד בהשגות פ"ו מה' נזירות ה"ט משמע להדיא דמתחייב מלקות במה ששוהה ואינו יוצא ואע"פ שהכניסה היה בהיתר וגם עכשיו אינו עושה מעשה שהרי חבירו פרע המעזיבה וכ' בתוס' דנזיר די"ז ע"ב דמיירי שפרע שלא ברצונו של הנזיר רק לאונסו אלמא דמה שאינו יוצא חשוב מעשה ועיין בתה"ד סי' רפ"ה הובא בש"ע יו"ד סי' שע"ב בהג"ה כהן ששוכב כו' משמע ג"כ מה שאינו יוצא חשוב מעשה אעפ"י שהכניסה בבית הי' בהיתר גמור כגון שהמת מת אח"כ כדמשמע שם וכ"כ התה"ד שם לא נעשה שום איסור ומ"ש הש"ך בשם תשו' מהרי"ל אע"ג דאינו עושה מעשה איסורא איכא צ"ע דאיסור שאין בו מעשה נדחה משום כבוד הבריות ויש לחלק ע"ד מ"ש המג"א ססי' י"ג לחלק בין גנאי גדול לגנאי קטן כו' וממוצא דבר נשמע דלפ"ד רוב הפוסקים מה שאינו פושט חשוב מעשה גמור ולא משום שהלבישה היה באיסור וסדין בציצית שאני שאין האיסור בלבישה רק שמ"ע להטיל ציצית כנ"ל ועי' עוד במנחות ספ"ג (דף ל"ז סע"ב) אפסיק לי' קרנא הרי לבש בהיתר גמור אעפ"כ אלו הי' ברה"ר הי' חייב לפשוט אע"ג דיש גנאי גדול אלא ע"כ צ"ל מה שאינו פושט חשוב מעשה (ושמא יש לדחות דאיסור סקילה שאני שאינו נדחה אפי' בשב ואל תעשה כמו שמצינו בפסחים (צ"ב א') שלפעמים לא העמידו חכמים דבריהם במקום כרת כו') וא"כ לפי"ז כמו"כ ממש מה שהאשה אוחזת הדינרים ואינה משלכת אותם ה"ל מעשה גמור ואף לפ"ד האומרים דכה"ג אינו חשוב מעשה מ"מ הרי באיסורא כה"ג חשיב עכ"פ עובר על לאו רק שהוא כמו לאו שאין בו מעשה א"כ י"ל לכאורה דמתקדשת עי"ז שהרי נראה שמתרצית לקדושין שלו מדאוחזת ואינה משלכת ומש"ה הוצרך להביא ראיה דאפ"ה לאו כלום הוא והטעם צ"ל משום דיש תירוץ על אחיזתה כמ"ש בגמר' סברא אי מתבדא תחייב לשלם כו' הג"ה מיהו אפ"ל דלרבא א"צ כלל סברא אי שדינא כיון דעכ"פ אין זה מעשה גמור לכמה פוסקים לא מיבעי לרב ביבי בפ"ג דמכות כנ"ל באות ג' אלא אפי' לרב אשי ס"ל להתוס' דדוקא כשהלבישה היה באיסור א"כ אף אם לדינא לא קיי"ל כן י"ל האשה היא טועה וסברא כרב ביבי שאין

כאן שום מעשה ממנה לכן אין זה הוכחה גמורה שרצונה להתקדש לו דיכולה לומר אני לא עשיתי שום מעשה כלל וכענין דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כו' אף שאמר התקדשי לי בו קודם שקיבלתה כו' ואנן בעינן גילוי רצונה ע"י דבור או דמוכח היטב שמקבלת ע"ד כן וכן ראיתי בפנ"י דף י"ג ד"ה שלח ליה שכתב דלרבא אין כאן חשש קדושין כלל אלא שפירש הטעם משום דבעדי קדושין בעינן דבר ברור להוציאה מחזקת פנויה לחזקת אשת איש כו' משא"כ הכא שאין לעדים שום הוכחה דנתכוונה לקדושין דהא איכא למימר מאי דשתקה הוא משום דלא איכפת לה עכ"ד ועמש"ש לעיל מיניה בד"ה קשו בה בפום נהרא וכ"כ עוד בקו"א שם סי' כ"ח וכבר כתבתי לעיל דסברא זו דבעדי קדושין בעינן דבר ברור אינו נכון כלל דגם אם יש ספק להעדים אי הוה קרוב לו או הוה קרוב לה חשוב עדות גמור וה"ל מקודשת מספק א"כ ה"נ הי' ראוי לומר כן אלא עיקר הטעם כיון דלא עשתה מעשה שיהיה מורה שמסכמת על קדושין אין כאן קדושין וס"ל לרבא דכיון שהקבלה לא היה ע"ד קדושין א"כ מה שאוחזת הדינר לא חשוב הודאה על קדושין כיון שי"ל שהיא סבורה שאין זה שום מעשה כלל שהרי רב ביבי ס"ל כן אלא רב הונא בדר"י ס"ל דשום אשה לא תטעה בזה לומר שאין זה שום מעשה דאם אין רצונה למה תאחוז הקדושין וה"ל להשליך אותם ומש"ה הוצרכו לומר דסברה אי שדינא ומתבדא תתחייב באחריות עכ"ה:

קיצור. נתבאר די"ל מה שאוחזת בשתיקה חשיב מעשה כמו בכלאים כשאינו פושט והא דאינו פושט טלית בלא ציצית ל"ח מעשה כיון דשם רק מ"ע להטיל ציצית לא איסור ללובשו וכן כהן ונזיר שנכנסו בשידה כו' בהיתר מתחייבי' במה שאין יוצאים אע"פ שחבירו פרע המעזיבה שלא מדעתו וכ"ד ראב"ד ותה"ד וריטב"א אבל י"א דכל שלא היה מעשה איסור תחלה אין מה שאינו פושט חשוב מעשה וכ"ד מהרי"ל ולדבריהם י"ל כאן ג"כ אינו מעשה גמור מ"מ הרי ג"כ כמו לאו שאין בו מעשה ואעפ"כ לא חיישינן להקדושין כיון דאיכא טעמא וסברא אי שדינא כו' ועי' בהג"ה שי"ל דסברה שאינה עושה מעשה:

ו נחזור לענינינו אמר רבא מנא אמינא לה דתניא אמר לה כנסי סלע זה בפקדון וחזר ואמר התקדשי לי בו בשעת מתן מעות (אם קודם שקבלתן אמר לה התקדשי לי בו מקודשת דכי קבליתה אדעתי' דהכי קבליתי' רש"י ויש לשמוע מזה דדוקא קודם שקבלתה אבל לאחר שקבלתה אפילו תכ"ד להנתינה לאו כלום הוא וכ"ד תשו' מהרי"ט חלק אה"ע סי' ל"ח ד"ה ונבא דכל שסילק ידו מקרי לאחר מתן מעות משמע שם בהדיא דכל שקדמה נתינה לאמירה אפילו אם תומ"י לאחר הנתינה אמר לה ה"ל לאחר מתן מעות וכ"מ

בתוספתא פ"ב אם משנטלתו מידו משמע תומ"י שנטלתו מידו חשיב לאחר מתן מעות ועוד דלקמן סעיף י"א והוא מהגמרא שם דף י"ג ע"א גבי אין שקלי ודידי שקלי י"ל אחר אומרו כנסי סלע זו שאני חייב ליכי וקבלתו אף אם תכ"ד לקבלתה אמר לה התקדשי לי בו ודאי לא הוו קדושין דכיון שחייב לה וסילק לה הסלע על פרעון החוב מאי מהני חזרתו וא"כ ה"נ דכוותה אך אפ"ל להיפך דצ"ע גם שם דבמלוה שלא הגיע הזמן פרעון יכול הלוה לחזור בו ועוד אפילו הגיע הזמן כיון שאמרה רוצה אני א"כ מסכמת לחזרתו ראוי שיהא מהני תכ"ד אעכצ"ל דמיירי לאחר כ"ד מהנתינה וא"כ ה"נ דכוותה ויש לדחות דשם ג"כ אף דבמלוה שלא הגיע זמנה יוכל לחזור בו מ"מ כיון שכבר נתן לה ותפשה בידה יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ועיין ב"ש סי' כ"ח ס"ג סק"י אבל עכ"פ בהגיע זמנה ודאי י"ל דלא מהני חזרתו אף תכ"ד ויכולה לזכות מדינא בע"כ וא"כ אף כשהיא מתרצה ואמרה רוצה אני הרי הריצוי הוא אחר כ"ד מלקיחתה שהרי תיבת את מקודשת לי מפסיק והוא המשך יותר מתכ"ד ועיין לקמן מזה שוב מצאתי בס' המקנה בדף י"ג ע"א בד"ה וחזר ואמר לה התקדשי לי בו כ' ג"כ דמשמע מהגמרא דאפי' תכ"ד לא מהני החזרה ועיין מזה בשו"ת חמדת שלמה חאה"ע סי' נו"ן תשו' הג"מ עקיבא איגר ז"ל ד"ה ומ"ש מעכ"ת עוד וד"ה ולפי הכרעת הב"י ובסי' נ"א ד"ה ומ"ש עוד ולפי וד"ה ובגוף הדין ועי' לק' אות י"ב עוד מזה) מקודשת לאחר מ"מ רצתה מקודשת לא רצתה אינה מקודשת מאי רצתה ומאי לא רצתה אלימא רצתה דאמרה [אין לא רצתה דאמר'] לא מכלל דרישא (דלא פליג בין רצתה ללא רצתה) אפי' אמרה לא (בתמי') נמי הוו קדושין ואמאי הא אמרה לא (וצ"ל דאע"פ שמקבלת דינר ברצון והוא נותנו בתורת קדושין כאמרו התקדשי לי בו אפ"ה כיון שבשעת הקבלה אומרת לא שאינה רוצה להתקדש א"כ א"א לומר דהוו קדושין משום זה שמקבלת הדינר) אלא לאו רצתה שאמרה אין לא רצתה דאישתיקה משתקה (ולא רצתה דקאמר ה"ק לא אמרה רוצה אני) וש"מ שתיקה דלאחר מ"מ ולא כלום היא (דהאי דשתקה משום דלא אכפת לה הוא רש"י) ר"ל מה שאינה משיבה לא משום דלא איכפת לה הוא וכמ"ש הטעם בגמ' וכדלקמן ולא כהפני יהושע קשו בה בפום נהרא משמי' דרב הונא בריה דרב יהושע מי דמי (שתיקה דהכא לשתיקה דהתם) התם גבי כנסי בפקדון מעיקרא בתורת שמירה קבילתי' כי הדר אמר התקדשי לי בו סברה אי שדינא לי' כו' הלכך לא שדיתינהו והאי דלא מחאי משום דלא איכפת לה) בתורת פקדון יהבינהו ניהלה סברה אי שדינא להו ומתבדא מחייבנא בהו הכא גבי ציפתא מעיקרא בתורת קדושין קבילתיה ונהי דציפתא לית בה שוה פרוטה כי הדר ואמר תקדיש בזוזי דאית בה אי לא ניחא לה תשדינהו דהא לא נתחייבה בשמירתה

ומדלא שדתינהו ש"מ נתרצית בקדושין) בתורת קדושין יהבינהו ניהלה ואי איתא דלא ניחא לה לשדינהו (ואע"ג דלא נתן לה מעיקרא בתורת קדושין רק הציפתא אפ"ה לא נתחייבה בשמירת הד' זוזים כיון שלא ידעה מהן ולא קבלתינהו אדעתא דפקדון א"כ אפי' ש"ח לא הוה ופטורה אפי' מפשיעה ואע"פ שחייבת כשתזיק בידים מ"מ ההשלכה אינה כמזיק בידים רק י"ל דהוה פשיעה נ"ל). כ' הפנ"י וז"ל לענ"ד דלרווחא דמילתא נקט הכא דסברה אי שדינא כו' דהא אכתי אמאי לא אמרה לאו אע"כ כפרש"י דהא דלא מחאי משום דלא איכפת לה ונראה הכוונה בזה דכיון דלאו בתורת קדושין יהיב לה מעיקרא א"כ מה שאמר לה אח"כ התקדשי לי בו ולא יהיב לה מידי סברה דמשחק הוא בה ואינה חוששת לדבריו כלל א"כ מה"ט גופא לא שדי לי' לפקדון שסוברת עדיין לא חזר ממה שמסר לה לפקדון ולא איכפת לה שתחזור ג"כ מפקדון וכ"נ מהריטב"א עכ"ל והנה לכאורה אין דבריו נכונים מאי דמשווה הא דלא אמרה לא להא דלא שדיתינהו דעל שניהם י"ל דלא אכפת לה משום דסברה דמשחק בה כיון דלאו בתורת קדושין יהיב לה מעיקרא דא"כ מה יענה בהא דפריך רב אחא אטו כולהו נשי דינא גמירי כו' וס"ל דאפילו בעובדא דציפתא דיהיב לה מעיקרא בתורת קדושין ולא שייך הטעם דמשחק הוא בה שכ' הפנ"י אפ"ה אין חוששין להא דלא שדיתינהו משום דסברה שמא יאבד ותתחייב באחריות דמ"מ אכתי קשה אמאי לא אמרה לא וכאן לא שייך תירוצא של הפנ"י לפי הבנתו ברש"י דהא דלא איכפת לה ושתקה משום דסברה דמשחק הוא בה ואינה חוששת לדבריו כלל דהא כאן נראה ברור דכוונתו לקדשה ולא לשחוק א"ו פשוט דיש לחלק טובא בין הא דלא אמרה לא שע"ז שייך מ"ש רש"י משום דלא אכפת לה ואפי' בנדון דציפתא ודאי לקדשה וכן גבי פקדון ג"כ אין ראי' כלל לומר דסברה דמשחק כו' אלא אע"ג דמתכוין לקדשה מ"מ כיון שהיא איננה עושה מעשה שיהיה הוראה שרצונה להתקדש בהא סגי ושתטעון לגלות דעתה איך שאין זה רצונה אינה מחוייבת ולא איכפת לה דאומרת לנפשה למה לי לטעון כיון שלא עשיתי מעשה כלל והלכך לא איכפת לן במה שלא אמרה לא דזה שתאמר לא ה"ל שתעשה מעשה וזה אין אנו מבקשים ממנה כלל רק שלא תעשה מעשה והוראה להפך שרצונה להתקדש להכי מה שלא השליכה הדינרים דה"ל כמו מעשה שאוחזת הדינרים כמשנ"ת ע"ז אין שייך לומר דלא איכפת לה דעכ"פ אין לה לעשות מעשה להיפך משא"כ במניעת אמירתה לא איננה עושה מעשה להיפך רק שהיא וא"ת גמור אבל אחיזתה המעות אינו שוא"ת וכנ"ל מענין אינו פושט דכלאים כו' ומש"ה הוצרך הגמ' סברה אי שדינא לה כו' הלכך לא שדיתנהו כו' דאיכא טעמא ע"ז ולכן לא הוי זה להוראה שרצונה להתקדש אע"ג דהוי כמעשה כיון שיש טוב

טעם על מעשה זו דיראה מלהשליך. וזה מבואר מלשון רש"י דעל דלא מחאי סגי בטעם משום דלא איכפת לה משא"כ אהא דלא שדיתינהו:

קיצור נתבאר לדחות מ"ש הפנ"י דלרווחא דמילתא אמרו הטעם אי שדינא מתבדא שזה אינו אלא הכרח הוא טעם זה משום דאחיזתה ה"ל מעשה המורה קצת שנתרצית לקדושין ע"כ צריך לטעם סברה אי שדינא משא"כ מניעת טענתה לומר לא ה"ל שוא"ת הגה"ה ולפי מש"ל באות ה' בהגה"ה דרבא ס"ל כרב ביבי שאין זה מעשה או ס"ל דהאשה טועה בכך וקסברה שאין זה שום מעשה שהרי רב ביבי ס"ל כן אפשר להעמיד דברי הפנ"י וכמו שכתבתי לעיל ססעי' ה' בהגה"ה עכ"ה):

ז **וכאשר** כתבתי כן מוכח להדיא מדברי חה"ר דז"ל בד"ה סברה אי שדינא כו' וא"ת ולימא לי' לא וי"ל דלא איכפת לה כיון דלא מידי קעבדה דמוכח דניחא לה וכן פרש"י והא דלא מחאי משום דלא איכפת לה עכ"ל עוד כ' בד"ה וא"ת ולימא ליה שקול דידך ואי לא בעי' למשקלי' אשדינהו וי"ל אנן לא אתינן עלה משום דלא טענה דאי הכי ה"נ אי לא ניחא לה למימר לא עכ"ל נראה שצ"ל תאמר לא והדברים מבוארים כמש"ל דאין אנו מבקשי' ממנה שתטעון ותעשה מעשה ע"כ אין אנו מבקשים שתאמר לא וכן שתאמר לו הרי שלך לפניך דכ"ז הוא טענה שתטעון וזה אינה צריכה כלל דלא איכפת לה לטעון מטעם הנ"ל אבל במה שאינה משלכת המעות ליכא למימר הכי משום דאחיזתה הדינרים הוי כעובדא דמוכח דניחא לה דאין זה דומה כלל לשוא"ת דמניעת הטענה דמ"מ למה לה לאחוז וכנ"ל אלא דמ"מ היכא דאיכא טענה לומר שיראה להשליך סגי דתו ליכא הוכחה דניחא לה אע"ג דעבדא מעשה באחיזתה הדינרין כנ"ל דאין חשוב קדושין אא"כ יש הוכחה מעליא דעל דעת קדושין קיבלתם וכ"מ לפע"ד ג"כ מהריטב"א בד"ה אמר רבא וז"ל אלא דאכתי תקשי לן אמאי שתקה לגמרי תימא לי' אינני רוצה בקדושין ותו לא וליכא עלה משום חששא כו' מיהו הכא אין אנו באין לדון אלא על שתיקתה ועיכוב המעות אם היא הודאה שמודה בקדושין או לא ובהא טענינן דלאו הודאה היא אלא דחיישא דמתבדא ומחייבה באחריותן ואיהי לא בעיא למיטען בהדיא ולא למימר לי' אינני רוצה בקידושי ולא לומר לו טול אתה את שלך אי משום כסופא וצניעותא אי משום דמאיס לה דבוריה הלכך אין לנו לדון אלא על שתיקותה בלבד וזהו עיקר מפי רבינו נרו ובשם רבו ז"ל עכ"ל נראה דרבו של רבינו הוא הרמב"ן. והנה עכ"פ ג"כ חילק בין למיטען דאין צריכין ע"ז טעם למה לא טענה ובין מה שאוחזת המעות שע"ז צריך טעם והוא משום דחיישא דמתבדא כו' ולא כמו הפנ"י שהשווה שניהם ואמר דסגי בהא דלא איכפת לה כו' שכן משמע מהריטב"א ונהפוך הוא. אך מ"מ יש חילוק דק

בין חה"ר להריטב"א שלפ"ד החה"ר ופרש"י טעם החילוק שא"צ לטעון הוא משום דלא איכפת לה ונתבאר הפי' שכיון שמניעתה מלטעון הוא שב וא"ת להכי מונעת א"ע כי היא רואה שא"צ לטעון ולעשות מעשה משא"כ במה שאינה משלכת דהוי מעשה צריך טעם ואילו להריטב"א החילוק בענין אחר דלטעון אינה רוצה משום דכסיפא לה או משום דמאיס לה דבורי' כו' וזה אינו שייך בהשלכה אבל אינו מחלק בין שב וא"ת לקום ועשה ויש לצייר נ"מ לדינא בין ב' שטות אלו והוא ענין השאלה שראיתי בשו"ת שארית יוסף סכ"ח שאמר המקדש לאחר מ"מ להאלמנה וז"ל תן לי המטבע או התקדשי לי בו וע"ז דן משום שתיקה דלאחר מ"מ וכ"פ ג"כ בתשו' מהרמ"פ סי' כ"ד על נדון זה רק שם לא העתיק הל' תן כו' או כו' והנה לפ"ד חה"ר י"ל דבנד"ז יש חשש קדושין משום דלא החזירה לו המטבע דבשלמא כשאינו נותן לה ברירה שתחזור או שתתקדש רק אומר בהחלט לשון קדושין אז שפיר י"ל דזה שאינה אומרת לו הרי שלך לפניך היינו משום שאינה צריכה לטעון ולעשות מעשה כו' וזה שתאמר לו הרי שלך לפניך נקרא טענה כיון שהוא אינו מבקש זה משא"כ בנד"ז שמבקש שתחזור לו או שתתקדש אם לא תחזיר א"כ זה שתחזיר לו ושתאמר לו איננו טענה רק אדרבה קיום הבקשה. וכשמונעת א"ע מזה י"ל דה"ל מעשה להיפוך כמו מניעת ההשלכה דכיון שהוא מבקש שתחזיר לו א"כ ה"נ מדרנה א' החזרה לו היינו שתאמר לו הרי שלך לפניך עם ההשלכה וכיון שמונעת א"ע מזה מוכח שנתרצית בקדושין ולא שייך ע"ז התירוץ סברה אי שדינא כו' דאדרבה לא תשליך רק להריטב"א שכ' דהיכא די"ל דכסיפא כו' א"כ בנד"ז ג"כ יש להקל דאף שנאמר שלא החזירה לו ה"ל מעשה מ"מ יש ע"ז התירוץ אי דמאיס לה דיבורי' אי משום כסופא וצניעותא כנ"ל. ומ"מ צ"ע:

קיצור ראיות עמ"ש באות ו' מחדושי הרשב"א והריטב"א ושיש חילוק קצת בין הרשב"א דתולה הטעם במעשה ושב וא"ת ובין הריטב"א דכ' משום כיסופא וצניעותא או דמאיסה לה דיבורי' ונ"מ להנדון שו"ת שארית יוסף סי' כ"ח

תן כו' או התקדשי כו' ושתקה דלהרשב"א יש להחמיר דמניעת החזרה ה"ל מעשה ולא שייך התירוץ אי שדינא כו' ועי' בש"ע סי' כ"ח סעי' ה' בהג"ה הג"ה בנ"ד מה שלא נתנה לידו אף שביקש תחלה דלכאורה מה שלא נתנה ה"ל כעושה מעשה דומי' דלא השליכה ול"ד לשאר שתיקה דלאחר מתן מעות כשאינו מבקש שתחזור לו דזה שתתן לו לידו ה"ל שתעשה מעשה וא"צ כמו שא"צ לומר לא. עיין חה"ר ולא כפנ"י. משא"כ כשביקש תחלה שתחזיר לו ואם לא יאמר א"כ תומ"י שאמר היתה צריכה להחזיר לו כבקשתו יש ע"ז ג' תירוצים האחד שאמר וועל איך זאגין ולא פירש מה יאמר א"כ י"ל

שלא הבינה רמיזתו כלל ולא דמי לנדון דשו"ת שארית יוסף ותשו' מהרמ"פ דשם אמר בפירוש תן לי המטבע או התקדשי לי בו גם בתשו' מהרמ"פ רסי' כ"ד בהשאלה העתיק והאיש שואל ממנה להחזירה ולא רצתה ואז אמר בפני עדים הנני מקדש אותך באלה. ולא העתיק מ"ש בהשאלה בשארית יוסף סי' כ"ח תן לי המטבע או התקדשי לי בו מבואר שאין נפקא מינה אצלו בין אם אמר או כו' או שכשביקש שתחזיר לו המטבע ולא החזירה אמר התקדשי לי בהמטבע וכן העתיק רמ"א בשו"ע סי' כ"ח ססעי' ה' תירוץ ב' י"ל מאיסה לה וכסיפא מיני' עיין ריטב"א ג' דסברה דשחוק הוא עי' פנ"י או דשלה הוא שנתן לה כאומרו נא דיר זיך עי' ר"ן אע"ג דטעתה בדין. והיכא שיש תירוץ אפי' עושה מעשה אין לחוש כמו האי דלא שדיתינהו משום דסברה כו'. ע"כ הג"ה:

ח פריך רב אחאי אטו כולהו נשי דינא גמירי (וידעה כיון דלא קיבלה נטירותא עלה אי שדי להו לא תחייב) ה"נ סברה אי שדינא להו ומתברא מתחייבנא באחריותייהו:

כ' בחה"ר ויש לדקדק אפי' בפקדון נשדינהו ונימא לי' הרי שלך לפניך ותירץ הראב"ד דסברה אי שדינא להו אתי זיקא או כלבא ושדי להו מקמי' דלא מצי ידא דמרייהו למשלט בהו וקא מחייבנא והרמב"ן כתב דפקדון אי שדי להו מחייבא בי' עד דמהדרא מיד ליד דלהכי קבילתי' אבל אי אמרה לי' תא שקול דידך ולא בעי למשקלי' אי אמרה לי' הרי שלך לפניך ושדיתינהו קמי' מפטרא והלכך שדיתינהו קמיה בשתיקה מחייבה בהו וא"ת לימא לי' שקול דידך ואי לא בעית למישקלי' אשדינהו אנן לא אתינן עלה משום דלא טענה דאי הכי אי לא ניחא לה לימא לא עכ"ל. וההפרש בין הראב"ד להרמב"ן מובן דלהראב"ד אע"פ שלא אמרה לי' תחלה שקול דידך ולא רצה כו' רק שמתחלה זרקה לו ואמרה לו הרי שלך לפניך אם לא הי' שום רוח וכלב באופן שהמעות היו מונחים שיכול ליטלם נפטרה מאחריות ואע"פ שנתעצל ולא נטלם ואח"כ נאבדו פטורה ולא משכחת דחייבת רק אם אתי רוח או כלב ואיבדם קודם שהיו הבעלים יכולים ליקח בהם ואע"ג שחשש זה הוא לא שכיח כ"כ אפ"ה ס"ל להראב"ד די"ל שמחמת זה לא זרקה אבל לא שייך לפוטרה משום דעכ"פ צריכה לומר לו בשעת זריקה הרי שלך לפניך ואנן אין מצריכין לה שתטעון עמו י"ל דזה אינו חשוב טענה מה שתזרוק לה בחמתה ותאמר לו הרי שלך לפניך דאדרבה בזה תבזה אותו וטענה אינו רק שתאמר לו הרי שלך לפניך בא וטול מיהו י"ל מאי שנא מזה דתשיב לא דג"כ חשוב טענה ויש לחלק אמנם הרמב"ן ס"ל דלא נפטרה כשזרקה אפי' היה שהות למפקיד ליטול ולא נטל ונאבד מחייבא באחריותו אא"כ אמרה לי' תחלה שקול דידך ולא רצה וכמשנ"ת בש"ע ח"מ סי' ק"כ ס"ב גבי חוב ולכן א"א לה לזרוק שמא יאבד ושתטעון בא ושקל זה זה אין מצריכין אותה והריטב"א

ז"ל כ' דקושיא מעיקרא ליתא דאיהי לא בעי למטען בהדיא כו'. הנה חשיבא ליה טענה אפי' מה שתצטרך לומר לו בשעת הזריקה שקול פקדונך כו' (כדפסק הראב"ד). והרשב"א ז"ל תירץ כמ"ש הר"ן דטעתה וסברה שתתחייב באחריות וי"ל שהוצרך לזה משום דפליג אדעת הרמב"ן וחששא דהראב"ד לא שכיח ומה שצריכי' לומר הרי שלך לפניך לא חשיבא טענה שכיון שתזרוק בחמתה לו מה שתאמר לו הרי שלך לפניך אין זה ענין כ"כ ול"ד לאמירת לא בלא הזריקה דהוי מעשה וטענה. והריטב"א דחשיב לי' טענה לשיטתי' אזיל דכסיפא ומאיסה לי' דבורי' כו' משא"כ להרשב"א שא"צ לעשות מעשה כו' י"ל דזה אינו מעשה א"נ י"ל דס"ל דכל שזורקת בפניו א"צ כלל שתאמר הרי שלך לפניך מש"ה צ"ל משום דטעתה כו':

קיצור. נתבאר ארבעה שיטות בענין אי שדינא מתבדא כו' דקשה נשדינהו ונימא הרי שלך לפניך שהראב"ד תירץ דחוששת דילמא אתי זיקא כו' והרמב"ן תירץ דבפקדון מחייבא עד שתחזור מיד ליד והריטב"א כ' דקושי' מעיקרא ליתא דמאיסה לה לדיבורי' לומר לו הרי שלך לפניך והרשב"א תירץ דטעתה וסבורה שתתחייב באחריות:

ט שלחה רב אחא בר רב קמי' דרבינא כה"ג מאי שלח לי' אנן לא שמיע לן (לא הוא אמר לנו ולא אחר משמו) אתון דשמיע לכו חושו לה ואצריכו גיטא):

ופסק הרמב"ם דא"צ גט וכ"ד הרשב"א. והרי"ף פסק דצריכה גט והנה יש לחקור בדין שתיקה דלאחר מתן מעות דלאו כלום בפקדון לכ"ע (ובציפתא לפ"ד הרמב"ם) אם תכ"ד להנתינה אמר לה הרי את מקודשת לי ושתקה מהו והנה בחמ"ח סי' כ"ט סק"ד ממה שהביא בשם הב"ח משמע דתכד"ד כד"ד וכ"מ בב"ש שם סק"ו בשמו הג"ה לאח"ז מיהו י"ל מדברי הב"ח אין ראיה כלל לומר דלאחר מתן מעות יהי' מהני אמירה תכ"ד דלא דמי כלל להדין דסימן כ"ט ס"ב דהתם אמרה לי' תחלה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך א"כ הרי כבר נשתעבדה מדין ערב שכשיתן תהי' מקודשת אלא דעכ"פ בעינן אמירה דידי' וס"ל דבעינן תכ"ד אבל לא דתכ"ד יהי' מהני בשתיקה שלה שלאחר מתן מעות) והט"ז סי' כ"ט סק"ז השיג על הב"ח דהא קיי"ל בקדושין לא אמרינן תכ"ד כד"ד. ובאמת אינו ענין כלל זה לזה כמ"ש מהריב"ל ח"ג סי' כ' בחקירה הג' וז"ל החקירה הג' אם נאמר דע"כ לא קאמר הרשב"א דנתן לה כסף סתם דבתורת מתנה נתן לה ואפילו שתאמר הן לא מהני אלא דוקא כשאומר להוי קדושין לאחר כד"ד אבל אם הי' תכ"ד הויא כההיא שבאו לידה בתורת קדושין ואמרו הא לית בה שוה פרוטה וחזר ואמר תקדש בארבעה זוזי ומלתא דפשיטא היא דתכ"ד לא מהני כאלו היה בשעת מ"מ וקל להבין ומה דאמרינן בפ' יש נוחלין (דקכ"ט סע"ב) דתכ"ד כד"ד חוץ מעכומ"ז וקדושין

וכתבו המפרשים דמיירי במקדש עצמו שמקדש האשה וחזר בו תכ"ד והיינו טעמא לפי שהעושה דברים אלו בגמר דעתו הוא עושה אותן ע"כ אינו ענין לנ"ד כלל דהתם לענין חזרה אתמר וכדיהבו טעמא לפי שהעושה אותן בגמר דעתו הוא עושה אותן עכ"ל הנה אע"ג דס"ל דמילתא דפשיטא היא דתכ"ד לא הוי כדין בשעת מ"מ עכ"ז לא ס"ל טעמא דהט"ז מהא דפי"נ דדוקא כשנתן תחלה לשם קדושין לא מהני כשיחזור תכ"ד לומר דיהי' מתנה משום דהקדושין בגמר דעתו עושה אותן וכמ"ש בש"ע אה"ע סי' מ"ט סעי' ב' אבל להיפך כשנתן מתחלה לשם מתנה וחזר תכ"ד ואמר דלהוו קדושין לא שייך הא טעמא דהא הקדושין באמת בגמר דעתו עושה אותן ולא יכול לחזור מהם אף תכ"ד אבל מה שאמר תחלה שיהיה מתנה ע"ז לא שייך הטעם בגמר דעתו עושה אותן וא"כ אמאי לא יהיה מהני החזרה ואפ"ל כיון דמ"מ בקדושין לא אמרינן תכ"ד כד"ד ה"ה גם כשחוזר מהמתנה תכ"ד ומהפך על הקדושין לא מהני משום דקדושין צ"ל בגמר דעתו עושה אותן וכאן ראינו שאינו בגמר דעתו שנתן לשום מתנה וחזר בו ובודאי אין בתכ"ד כ"כ להתיישב הדעת כו' ועוד כיון כשחוזר מהקדושין תכ"ד לא מהני ה"ה להיפך לא מהני דלא פלוג חכמים בקדושין כעין מ"ש התוס' בפ' י"נ שם סברת דלא פלוג:

ואם תאמר אם מדאורייתא מהני תכ"ד איך מהני לא פלוג ע"ז י"ל כיון שאומר כדת משה וישראל לכן אפקעינהו כו' וכ"ז אפי' לדעת הר"נ בפב"ת דנדרים (דף פ"ז ע"א) שסובר הטעם דבקדושין תכ"ד לאו כד"ד משום דכל העושה דברים אלו בגמר דעתו הוא עושה אותן אבל להתוס' שם דהא דתכ"ד כד"ד הוא תקנת חכמים ובהני לא תיקנו י"ל יותר כמ"ש הט"ז דה"ה להיפוך לא תיקנו כו' ומ"מ אין ראי' כלל להקל ולומר כן אך עכ"פ נראה כן דעת מהריב"ל דפירוש לאחר מ"מ היינו אפי' תכ"ד להנתינה וכ"כ בד"מ סי' כ"ח סק"ד בשם הריב"ש סי' ק"ע והתימא שנעלם מעיני הב"ח ושאר אחרונים הנ"ל דברי הרמ"א בד"מ ומיהו בהריב"ש שם ס' הנ"ל לא נמצא כן מפורש רק דמשמע כן עיין מזה לקמן סעיף י"ב והנה לעיל אות ג' כתבתי דמלשון רש"י משמע דכל שאמר לה אחר שנטלתה אפי' תכ"ד ה"ז בכלל לאחר מ"מ. והטעם פשוט לכאורה דבשלמא בשעת מ"מ אמרינן שע"ד קדושין מקבלתם דאל"כ לא תקבל משא"כ כשכבר קיבלה מה לה לעשות ואין לה דרך רק להשליך או לומר לא וע"ז כבר תירצו בגמ' סברה אי שדינא כו' וא"כ מאי נ"מ בין לאחר כ"ד לתכ"ד רק שידיו מסולקות ממנה י"ל כן וכ"כ מהרי"ט בתשו' חאה"ע סי' מ"ג בפירוש וכ"מ במהרי"ט סי' ל"ח חאה"ע הנ"ל ובשארי תשובותיו ונראה שגם הב"ח ודעימיה לא אמרו דתכ"ד כד"ד אלא התם גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דהא להחמ"ח ושאר אחרונים שם אין צריך כלל תכ"ד כיון דאמרה לו תחלה

תן מנה לפלוני ואקדש אני לך א"כ כבר נשתעבדה על הקדושין מדין ערב שכשיתן לפלוני תהי' מקודשת להנותן והרי הוא נותן על פיה אלא דאעפ"כ בעינן אמירה דידיה וס"ל להחמ"ח דא"צ כלל תכ"ד שהרי יש גילוי דעתיה שמקדשה ע"י שנותן לפלוני על פי דבריה וגם אומר לכן אע"פ שאין האמירה תכ"ד הוי קדושין גמורים אלא שהב"ח ס"ל דבעינן תכ"ד ושם דוקא מהני התכ"ד אבל בשאר שתיקה דלאחר מ"מ לא יחלוק על הד"מ דלאו כד"ד אמנם אפשר דיש מקום להחמיר כיון דתכ"ד כד"ד לענין פקדון ומתנה שהרי מה דבקדושין תכ"ד לא כד"ד היינו בחזרה מהקדושין עצמם משא"כ בנד"ז שאנו דנין אם יהיה לו דין פקדון (או מתנה) כשחוזר בו מהפקדון ורוצה בקדושין י"ל דתכ"ד כד"ד וכנ"ל בשם מהריב"ל וכן בספר המקנה סי' כ"ט השיג על הט"ז בזה וא"כ לא שייך הטעם שאמרו בגמ' סברה אי שדינא כו' דכיון דכבר חזר בו מהפקדון תכ"ד לנתינה אינה חייבת באחריותו דה"ל כאלו לא בתורת שמירה קבילתיה כיון דתכ"ד חזר בו ואפ"ל דא"כ אפי' לאחר כ"ד הרי חוזר בו מהפקדון ובידו לחזור אעכצ"ל דאין זה חזרה מהשמירה רק כשתתרצה להתקדש אבל אם אין רצונה הפקדון בתקפו וא"כ אפי' תכ"ד י"ל כן ואעפ"כ יש לחלק דמ"מ תכ"ד להנתינה בידה לחזור בה מתורת השמירה שקיבלה ולא תתחייב באחריות כלל דהא קיי"ל ארבעה שומרין צריכין משיכה וקיי"ל דבמשיכה ג"כ שייך חזרה תכ"ד כמ"ש הב"י בח"מ סי' קצ"ח ואין לומר דחזרה היינו דוקא שתחזור לידו ולא שתשליך לו דהא השלכה זו אין לו דין מזיק בידים דא"כ אפי' לא בתורת שמירה קבילתי' תתחייב אעכצ"ל דאין חייב ע"ז רק השומר וא"כ כיון שחזרה מהשמירה לא תתחייב ע"ז ובפרט דיש לה אמתלא רבה שהשליכה מיראת הקדושין:

קיצור. אם תכ"ד לאחר מ"מ הפקדון אמר התקדשי לי בו ושתקה לכאורה קצת משמע מהב"ח וחמ"ח וב"ש סי' כ"ט להחמיר ורמ"א ומהרי"ט ואחרונים הקילו וכן משמע ד' מהריב"ל ח"ג סי' כ'. אך באמת גם מהב"ח וסיעתו אין שום ראיה כלל להחמיר:

אך לפי הרשב"א והר"ן דטעתה וסברה שתתחייב באחריות א"כ אפי' תכ"ד י"ל כן וכש"כ לדעת הרמב"ם דאפי' כשקבלה בתורת קדושין י"ל סברה אי שדינא כו' כש"כ בפקדון ותכ"ד גם להראב"ד דלעיל אות ח' הרי הטעם דלא השליכה דחיישא דילמא אתי זיקא או כלבא כו' וזהו ג"כ חששא רחוקה וכ"ש אם המעשה היה בתוך בית דליכא זיקא ולא כלבא וע"כ דאפי' א"א לתרץ מה שלא השליכה רק ע"י שעלה על דעתה חששא רחוקה ג"כ סגי לומר שאין זה הודאה בקדושין א"כ כמו"כ בענין תכ"ד אין לחלק דאכתי י"ל שעלתה על דעתה שתתחייב באחריות והנה בחה"ר והריטב"א כ' ראי' לסברת הרשב"א מלשון סברה כו' מיחייבנא מכלל דאין האמת כן ולולי דבריהם הי' נ"ל הטעם דאע"ג

דבפקדון דעלמא מחייבא כה"ג אי מתבד כו' מ"מ הכא פטורה מדינא דהוא הגורם שהוכרחה להשליך כיון שאמר לה התקדשי כו' א"כ מה תעשה וא"כ הוא פשע והגם שהיא יכולה לומר לא או טול שלך מ"מ יש לה טענה דכסיפא לה או לא אסקה אדעתה והעיקר דאדעתא דהכי לא קבילתי' (וראיה קצת לזה מהא דב"מ פ' השואל (דף ק"א ע"ב) דדמית עלי כי אריא ארבא כו' יעו"ש. ואע"פ שלא התנה שעמ"כ משכרת לי' ואפי' חצר דקיימא לאגרא מ"מ דמיא כו' ה"נ י"ל כן) ומש"ה אמרינן סברה כו' משום שאינה יודעת שמחמת זה תפטור כו' משא"כ גבי ציפתא דמעולם לא קבלה בתורת שמירה ס"ל לרב הונא בדר"י דאין שייך לומר טעיתי בזה ולפי"ז בנ"ד בתכ"ד יש להסתפק די"ל דלר"ה ג"כ אין שייך טעות בזה דכיון דתכ"ד חזר בו בודאי תדע שתוכל לחזור בו ועוי"ל דא"כ הי' לה לטעון לא דהא דאין מצריכים שתטעון משום דסבורה מה עשיתי והיינו דוקא לאחר כ"ד אבל תוך כ"ד כיון דכדיבור דמיא י"ל דה"ל לאסוקי אדעתה שעכ"פ צריכים להראות שאינה רוצה ואין כאן מקום לשתוק כמו לאחר כ"ד דאם תשתוק לגמרי ה"ל כקבילתי' כיון דתכ"ד כדיבור דמי מיהו להריטב"א דאין הטעם מצד דלא עביד מעשה רק דכסיפא לטעון א"כ גם בכאן שייך לומר כן מיהו להרמב"ם אין לחוש לזה ג"כ דהא בציפתא נתרצית תחלה להתקדש אפ"ה א"צ לטעון כיון דעכשיו לא עשתה מעשה א"כ י"ל כמ"כ בתכ"ד דפקדון כו' וגם להרשב"א י"ל דטעתה דסבורה דמה נפ"מ בין תכ"ד לאחר כ"ד כיון דמ"מ בשעת שקיבלה לא קיבלה ע"ד קדושין א"כ א"צ לטעון נמצא יש בדבר כמו ס"ס דלהרמב"ם הפוסק כרבא ורב אחאי דאטו כולהו נשי דינא גמירי א"כ אפי' שתיקה לאחר מ"מ לאו כלום הוא ולהפוסקים כר"ה בדר"י יש ג"כ ב' סברות היינו להרשב"א דג"כ אמרינן דטעתה וסברה דמחייבנא כו' ה"נ י"ל כן דגם על תכ"ד שייך טעות זה דדוקא התם גבי עובדא דציפתא דלכתחלה לא קיבלתם מעולם בתורת שמירה הוא דאפי' נשי ידעי דלא תתחייב בהם משא"כ כשקיבלתם בתורת שמירה הא דיכולה לחזור בו תכ"ד י"ל דלאו כולא נשי ידעי וכ"ש לפמ"ש לקמן דבאמת יש חולקין בדין זה אמנם לפי הסברא שכתבתי בפי' סברה כו' י"ל דתכ"ד לא טעתה אבל אין זה בפשט לשון הרשב"א אך לפי דעת הרמב"ן דהתם דינא קאמרי דבאמת תתחייב ומ"ש בגמרא וסברה צ"ל דקאי על שמא יאבדו כו' א"כ בתכ"ד דיכולה לחזור בו י"ל דיש לחוש לקדושין ואין לומר דאפי' לפי סברתם כיון שדיבור שלו הרי את מקודשת לי מפסיק בין הנתינה דע"כ א"א לה להשליך עד שתשמע תחלה שאמר הקדושין וא"כ כבר יש אחר כ"ד מהנתינה ושוב אינה יכולה לחזור בה כיון שמשכה אדעתא דשמירה ע' בש"ע ח"מ סי' פ' בהג"ה בשם תשו' הרשב"א סי' אלף ס' ובד"מ סי' ע"ט סקי"א דתכ"ד של חבירו לא כד"ד:

דיש לחלק דהכא כיון שדבור שלו דקדושין הוא נגד דיבור ומשיכה דפקדון לכן מהני עכ"פ לשתוכל לחזור בה תכ"ד של דבור זה שהיה תכ"ד להנתינה דאע"ג שביארנו שאינו חוזר לגמרי מהפקדון רק באם תרצה להתקדש לו מ"מ מישך מיהא שייך בענין זה לשיהיה הכל תכ"ד א' וכענין שאמרו במכות ד"ז גבי עדות כשהעידו כ"א תכ"ד של חבירו חשוב הכל עדות א' אע"ג דכשהעידו שנים כשרים תו אין צורך גדול כ"כ לשאר עדים וע' בת"א להרשב"א סי' קל"ד (לא הביא גמ' זו מיהו יש לחלק בין זה לנדון שלו דמ"מ מצורכי עדות הוא) מ"ש דאין כפירת עדותו כו' ובשבועות שם כ' דאפי' הודה הראשון תכ"ד לכפירת השני שהיתה תכ"ד לכפירתו הוי הודאה י"ל כיון דעדות אחת הוא משא"כ בנדון שלו שם. אבל בנ"ד י"ל דמישך שייך ג"כ ול"ד לאותו נדון דהרשב"א וצ"ע:

קיצור. נתבאר דיש כאן שני ספיקות או שלשה להקל. הא' להפוסקים דלא כרב הונא בדר"י הב' אף להפוסקים כר"ה בדר"י יש ג"כ להקל לפי' הרשב"א בו ואפ"ל עוד ספק ג' דהא אף לשאר פוסקים מ"מ הא דר"ה גופא י"ל רק ספק קדושין הוו ועוד סניף משום דאמירתו הרי את מקודשת לי אפשר ה"ל הפסק בין מתן הפקדון לשתיקה ע"כ לא ה"ל שתיקתה תוכ"ד וביותר שכן משמע מלשון הגמרא והתוס' שתיכף ומיד כשנטלתו הוי לי' לאחר מתן מעות:

יא והנה לכאורה יש להביא ראי' בפי' בשעת מ"מ שבבריי' היינו אפי' תוכ"ד לנתינה וכמו בעלמא דתוכ"ד היינו כבשעת מעשה דאלת"ה אלא דבשעת היינו ממש דוקא קודם שקיבלתה אבל לאחר שקיבלתה אפי' תוכ"ד נק' לאחר מ"מ א"כ בשלמא בברייתא זו המדברת מדין שתיקה דלאחר מ"מ בפקדון י"ל הטעם דטעתה וסבורה שתתחייב ומש"ה לא השליכתה אבל הענין השני דברייתא בענין א"ל כנסי סלע זו שאני חייב ליכי וחזר ואמר לה התקדשי לי בו דאמרינן שם דלאחר מ"מ אפי' רצתה ואמרה אין אינה מקודשת ואם תכ"ד לנתינה נקרא לאחר מ"מ אמאי אינה מקודשת דהטעם דאינה מקודשת פרש"י דמעיקרא קבילתי' בחובה וכי הדר אמרה אין לא קיהיב לה מידי דזה יתכן לאחר כ"ד שאז לא יוכל לחזור בו מסילוק החוב אבל תכ"ד כשחוזר בו הוי חזרה וכיון שהיא מסכמת ג"כ לחזרתו ואמרה אין למה לא יהי' מהני ואע"ג שהסכמתה הוא אחר כ"ד ממשיכתה מ"מ י"ל דמהני דמישך שייך כנ"ל וכיון ששניהם מסכימים על החזרה מסילוק החוב א"כ הרי קיהיב לה מידי וכמו בשעת מ"מ הנזכר תחלה בברייתא בדין פקדון וראיתי להגאון ספר המקנה פ"ק דקדושין די"ג ע"א בד"ה וחזר ואמר התקדשי לי בו שנתעורר בזה וז"ל אלא דהא קשיא לי כיון דקיי"ל בכל התו' כול' תכ"ד כד"ד חוץ

ממקדש ומגרש משמע לכאורה דבמכירה ומתנה תכ"ד כד"ד כו' לא מיבעי בלא הגיע הזמן הפרעון דפשיטא דדינו כמו מתנה כו' אמנם העיקר נראה דלא מהני חזרה תכ"ד במכירה או מתנה לאחר שעשה קנין וכמשנ"ת באורך בק"א סי' כ"ז עכ"ל והוא בסי' כ"ז סעי' ג' סד"ה ובמקום דלא הוו קדושין וז"ל ונראה דאם נתן לה סתם ומיד תכ"ד אמר לה הרי את מקודשת לי לא אמרינן בזה תכ"ד כד"ד דאם נתן לה לשם מתנה אינו יכול לחזור בו כו' ואדרבה מצינו גבי הקדש דאינו יכול לחזור בו תכ"ד כדאיתא בתמורה משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי משמע להדיא דלאחר מסירה להדיוט אינו יכול לחזור בו אפי' תכ"ד ונ"ל הטעם בזה משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה כדאי' ר"פ האומר אלא דק"ל מהא דב"ב פי"נ שבש"ע אה"ע סי' מ"ט ס"ב והרי מקדש ומגרש איכא מעשה ומאי איריא מקדש אפי' מכירה ומתנה נמי ונראה דלק"מ כיון דמקדש ומגרש קיי"ל דבעינן דבור עם המעשה כו' לכן ס"ד אתי דבור ומבטל דבור כו' אבל במכירה ומתנה דלא בעינן דבור א"י לחזור בו מהמעשה אפי' תכ"ד עכ"ל ודבריו אלה הם נגד מ"ש הב"י בח"מ סי' קצ"ה סעיף י"ב מחודש ד' וז"ל וכ' עוד שבשאר קנינים תכ"ד מיהא יכול לחזור בו כו' ויש לבעל דין לחלוק ולומר דמשיכה במטלטלי כו' אפי' תכ"ד אינו יכול. לחזור בו כו' עכ"ל. וע"ז כ' הב"י וז"ל ולענין הלכה דברי בעל דין החולק בטלים לגבי כל הנך רבוותא דבשאר קנינים יכול לחזור בו תכ"ד עכ"ל וכ"פ בש"ע שם סעי' ובסמ"ע וש"ך שם. וע' מזה בכנה"ג בסי' קכ"ו בהגהת הטור אות י"א ב' דעות בזה ושההכרעה כמ"ש הב"י בש"ע סי' קצ"ה ס"ז כנ"ל וראיות סהמ"ק מאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט י"ל אינה ראי' כלל דה"ל כמסירה להדיוט ואז האי כדיני' והאי כדיני' דבהקדש א"י לחזור בו תכ"ד משא"כ בהדיוט. וכ"מ בתוספת דמנחות פ' התודה דפ"א ע"ב סד"ה תודה מן החולין (עיין בהמפתח). ובגוף הדין דגבי אמירה לגבוה חולק הש"ך בח"מ סי' רנ"ה סק"ד דיכול לחזור בו תכ"ד א"כ כ"ש במסירה להדיוט אך המל"מ ר"פ ט"ו מה' מעשה הקרבנות קיים ד' הרמב"ם דבהקדש א"י לחזור בו תכ"ד ובקצה"ח סי' רנ"ה סס"ק ב' הכריח דגם רש"י בתמורה דכ"ה סע"ב ס"ל כהרמב"ם וכ' ומדברי התוס' מבואר דטעמא דלא מהני חזרה בהקדש תכ"ד משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואע"ג דבמסירה להדיוט גופא מהני חזרה תכ"ד וכמבואר בש"ע סי' קצ"ה ס"ז היינו משום דמשיכה לא מהני בלא דבור שאומר לו שימשוך ויוכל לחזור בו מהדבור עכ"ל וסברא זו לקוחה מדברי סהמ"ק סי' כ"ז הנ"ל אלא דסהמ"ק ס"ל במסירה להדיוט א"צ דבור, א"כ א"י לחזור בו אף תכ"ד אך בלא"ה י"ל דמ"מ האשה טועה וסבורה שאינו יכול לחזור בו אף תכ"ד דהא הא דתכד"ד כד"ד י"ל שהוא תקנת חכמים לפי דעת התוס' פי"נ דקכ"ט ע"ב

בד"ה והלכתא וא"כ פשיטא שהיא אינו עולה על דעתה תיקון חכמים וסברה כיון שכבר נתן לידה בתורת מתנה והגיע לידה שוב א"י לחזור בו ואפי' לדעת הר"ן פב"ת דנדרים (דפ"ז א') דדינא הוא ולא תקנתא י"ל שהיא טועה בזה. ואיך לא תטעה כיון שאפי' התוס' ס"ל דלאו דינא הוא וא"כ וכי תהי' שכלה מסכים דוקא לדינו של הר"ן וע' בחידושי הרשב"א פ"ק דקדושין (דף י"ג ע"א). י"ל בטעות כזה לכ"ע יש לתלות שטועה היא וכן ראיתי בפסקי הגאון רע"ק איגר ז"ל והג"מ זלמן מפוזנן ז"ל בשו"ת חמדת שלמה חאה"ע מסי' מ"ח עד סי'. ס"ל תומ"י אחר שסילק ידיו חשוב לאחר מ"מ בודאי יעו"ש:

קיצור. בנותן מתנה ותכ"ד. חזר ואמר התקדשי לי בו י"א דהוו קדושין אם אמרה הן. ולהט"ז סי' כ"ט סק"ו י"ל דזהו ג"כ בכלל דבקדושין תכ"ד לאו כד"ד ודוחק אמנם סהמ"ק ס"ל במסירה להדיוט לא מהני חזרה אף תכ"ד וכן יש דעה בב"י סי' קצ"ה סי"ב אך רוב הפוסקי' חולקים ומ"מ בשתיקה ששתקה י"ל דלא הוו קדושין כלל די"ל היא סברה שאינו יכול לחזור בו. ועדיף מהסברא אי שדינא להו מחייבנא באחריות:

יב ועוי"ל הטעם גבי כנסי סלע זה שאני חייב לך דלא מהני אף אם אמרה הן תכ"ד אם מיירי במלוה שהגיע זמ"פ. דא"כ מה שאמרה רוצה אני הוו אחר כד"ד למשיכה ודבורו הרי את מקודשת לי אינו מצטרף לעשות זה לדבור אחד דכיון דהוא חייב לה בתורת פרעון א"כ אין בידו לחזור בו אם הגיע זמ"פ רק בדידה תלי' לכן לא מהני חזרה שלו אם היא לא חזרה תכ"ד למשיכה ועיין בהראב"ד ספ"ב מה' שבועות שהשיג אהרמב"ם שם דכ' דמה שאמרו לו חזור בך הוי כתכ"ד ובשו"ע י"ד ססי' ר"י משמע כהראב"ד. ומ"מ בדין דפקדון י"ל יותר דאפי' תכ"ד לנתינה לא מהני השתיקה מטעם הנ"ל אות יו"ד דהוה כמו ס"ס. ועוד דאפי' הפוסקים כר"ה בדר"י היינו משום דמספקא להו א"כ הוו ג' ספיקות עי' בהרמ"פ סי' כ"ד דכ' אנדון שלו דהוו ס"ס לפ"ז כאן יש ג' ספיקות ואין הכרח לומר דיגיד עליו ריעו ברייתא שניה דחוב דגם שם י"ל דתכ"ד לאו כד"ד כנ"ל ועמש"ל אות ו' מזה אך גם אם נאמר דשם תכ"ד כד"ד י"ל הא כדאיתא והא כדאיתא דזיל בתר טעמא (וכבר נת"ל אות א' דבתוספתא תניא משנטלתו כו' אך למה שינו רבא ור"נ הלשון בשעת מ"מ ולאחר מ"מ י"ל להורות דתוכ"ד כד"ד ואינו מוכרח) והנה הרמ"א בד"מ סי' כ"ח סק"ד כ' בשם הריב"ש דתוכ"ד לאו כד"ד ואע"פ שלא נתפרש זה בפי' שם מ"מ מוכח כן דהא בהשאלה סי' כ"ו מבואר דתיכף להזריקה לר' סימן אמר אברהם הסופר הרי בתך מקודשת לי ואהא כ' לבטל הקדושין משום שתיקה דלאחר מ"מ אלמא דאפי' אמר תכ"ד לאו כלום הוא אם שתקה ואין החילוק שם משום זריקה לנתינה דזה כ' אח"כ ע"ש מיהו הריב"ש לא העמיד היסוד ע"ז לבד אלא דהתם השליך תומ"י כשאמר לו ר"א

בתך מקודשת לי וא"כ למאי ניחוש לה וא"כ כיון דלא הוצרך כ"כ למעשה שם סברא זו דשתיקה כו' אין להכריע כ"כ משם למעשה לסמוך ע"ז לבד הנה נת' בענין תכ"ד לנתינת הפקדון אמר לה התקדשי ושתקה יש פנים לומר דהוה ס"ס או ג' ספקות:

יג מעתה יש לעמוד על מה שנסתפק מהריב"ל ח"ב סי' ז' היכא שבתחלה נתן בסתמא ואחר שנתן אמר לה התקדשי לי בו אי דמי לפקדון או לציפתא והעלה ע"פ לשון רבינו ירוחם די"ל דדמי לעובדא דציפתא ולהרי"ף הוה ספק מקודשת אבל בח"ג סי' כ' הביא דלדעת הרשב"א זה גרע מפקדון דאפי' רצתה ואמרה הן אינה מקודשת והטור ג"כ ס"ל כהרשב"א לא כרי"ו וכן פסק בח"א סוף כלל שלישי סי' י"ט רק שהיה שם עוד ריעותא טובא בהקדושין ומהרי"ט בתשו' חאה"ע סי' מ"ג ד"ה מיהו צריך האריך בזה והעלה דיש לסמוך להקל בשתיקה ועיין בסהמ"ק בק"א סי' כ"ז אשתמיטתי' תשו' מהרי"ט הנ"ל והעיר המקומות שהביא הוא ודחה והנה ראי' מהרי"ט משבועות ל"ד נרמז כאן בהר"ן רפ"ק דקדושין גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך ויפה השיב המל"מ פ"ג מה"א דין ז' ע"ז אע"פ דאשתמיטתי' ד' הר"ן הנ"ל ונראה לו שגם הר"ן יחלוק על סברא זו ע"ש:

ובאמת ז"א דהר"ן כ' בפי' כן. ומקור הדין בחה"ר ד"ו ד"ה ר' יהודה וז"ל דהא אי בעי למהדר בי' לא מצי הדר דמימר אמרה לי' את בסתמא יהבת ניהלי' ואנא למתנה איכוונינ' לי' עכ"ל והנה ראיות המל"מ להיפוך מהא דאיתא בב"י אה"ע סי' ע' בשם הרשב"א והובא בב"ש שם ס"ק כ"ח הזן או המהנה לחבירו סתם חוזר ומשתלם ממנו ולא אמרי' במתנה יהיב לי' ובס' המקנה כ' שהוא מחלוקת הפוסקים נתכוין להש"ך בח"מ ססי' רמ"ו ולהרשב"ץ שבב"י שם סי' שס"ג ולכאורה ד' הרשב"ץ הם נגד הירושלמי גבי המלוה את חבירו כו' אשריתי' גו ביתי' עי' בהר"ן ר"פ אין בין המודר אכן לכאורה ראיות המל"מ לא יספיקו רק נגד מ"ש הרשב"א דאפי' רצתה ואמרה הן לא מהני עד שיטלנה ממנה ויחזור ויתן לה אבל עמ"ש מהרי"ט דבשתיקה לאחר מ"מ יש להקל כמו בפקדון אין שובר מהנ"ל דמ"מ אם נתן לה אדעתא שישתלם ממנה א"כ בהלואה הוא אצלה וחייבת באחריותה יותר משומר חנם כנ"ל בשם הרשב"א דבחוב הוא באחריות הלוה עד שישלם מיד ליד כו' דאין לומר כיון שלא קיבלה עליה לשמור אינה חייב באחריות דכיון שקיבלה בידה מסתמא אדעתא שתשמור דאלא מי ישמור דלא מיבעיא לחכמים במשנה הקדר (פ"ה דב"ק דמ"ז) דס"ל דאם הכניס ברשות קיבל עליו בעה"ב נטירותא ואפי' חנק א"ע והא. דאיבעי לי' אם קיבל עליו נטירותא דעלמא עי' תוס' והג"ה שם בדבר דלא מסיק אדעתא כו' וא"כ כ"ש בנד"ז שקיבלתו לידה דעכ"פ קיבלה עליו נטירותא שלא תשליכם כו' ועיין בהאומנים (דפ"א ב') בחצר דבת נטורי היא כו' וא"כ כ"ש וק"ו

בידה ממש אלא אפי' לר' דס"ל דלא קיבל עליו נטירותא הא אמרינן הטעם בהאומנין שם דתוב ונטר לך קאמר וז"א שייך כשהוא בידה ממש דהיא יכולה לשומרה ולא הוא. עיין גיטין פרק הזורק דע"ח ועוד בהג"א בב"ק שם כ' דל"פ רבי אלא בחצר אבל אם הכניס לבית בעה"ב ברשות סתמא דמילתא קיבל עליו בעה"ב נטירותא ואפי' ר' מודה ואע"ג דאין כן דעת הרא"ש בתשו' שבטוח"מ סי' רצ"א ס"ג דבהניח בבית הנפקד לא קיבל נטירותא מ"מ נ"ד שקיבלה בידה י"ל דלכ"ע עליה השמירה וכענין תשו' הרא"ש שם דהא ה"נ הוא אינו יכול לשמור כמותה דבר שבידה וכדמוכח ג"כ בב"ק מ"ז א' גבי עובדא דאיתתא דעיילא למיפא דהיכא דזה שעליו השמירה ניכר שמוכרח לסלק נפשו מהשמירה אזי האיתתא קיבלה עליה נטירותא כשנכנסה ברשות ודכוותה בנ"ד בחפץ שבידה ודאי הוא מסלק נפשו מהשמירה וכיון שקיבלתה מדעתה עליה השמירה וא"כ א"א לה להשליך דתתחייב באחריות וא"כ ממ"נ אין כאן חשש כששתקה דאם נתפוס דאין זה מתנה א"כ ה"ז כאלו קיבלה נטירותא כיון שקבילתי' לידה ואם נתפוס דזהו מתנה ואינה חייבת באחריות א"כ אפי' אמרה הן לא מהני דלא קיהיב מידי (אלא דבחוזר בו תכ"ד לנתינה י"ל דאם מתנה ויכול לחזור בו הרי יהיב לה והיא לא נתחייבה באחריות ואי לא ניחא לה תשדינהו משא"כ בפקדון. עיין לעיל אות יו"ד ובמהרי"ט סי' מ"ג שם כ' אפי' תכ"ד ל"מ וצ"ע וכבר כ' לעיל שי"ל דעכ"פ האשה טועה וסבורה דכיון שנתן לה במתנה שוב אינו יכול לחזור בו אף תכ"ד ולכך אינה משלכת דסבורה שלה הוא). אלא הגאון מוה' מאיר כ"ץ אבוה דהש"ך בתשו' סוף ספר גבורת אנשים (סד"ה ועוד אני אומר) כ' וז"ל דהכא אע"ג שבאמת דעתו הי' ליתן בתורת פקדון לבד מ"מ היא לא קיבלה שמירה דסברה לשם מתנה נתן לה וא"כ ה"ל להשליך עכ"ד. ור"ל כשהרגישה אח"כ באומרו התקדשי לי בו תבין ג"כ שלכתחילה לזה נתכוין וא"כ ה"ל למשדינהו דלמאי תחוש אי משום אחריות הא לא קיבלה עלי' שמירה דיכולה למימר למתנה איכוונית ואי משום א"כ שמא תחזיק החפץ כיון דסבורה דמתנה הוא ומש"ה אינה משלכת הא ליתא דנהי דמעיקרא קבילתי' אדעתא דמתנה ומהני לפוטרה מאחריות מ"מ עכשיו רואה היא דעתו וסופו מוכיח על תחלתו דלא נתכוין למתנה רק להערים לקדשה בזה וא"כ למה תחזיק זה כיון שלא תזכה בו וה"ל למשדינהו עוד כ' שם דאפשר שלכן נתכוונו מתחלה שניהם הוא נתן לשם קדושין ובודאי אין דעתו של הגאון הנ"ל לומר שדייניין לה כאילו קיבלה ממש לשם קדושין דזה ודאי אינו דלו יהא שהי' דעתם כן ה"ל דברים שבלב ואין זה כלום כמשנ"ת לעיל אות א' אלא כוונתו רק לתת טעם דלא קיבלה עלי' שמירה אם משום דהיא לשם מתנה קיבלה והוא נתכוין לשם פקדון כנ"ל אי משום ששניהם לדעת

קדושין נתכוונו וא"כ פטורה מאחריות עכ"פ וה"ל למשדינהו ומ"מ נראה שאין דברים אלו מכריחים להחמיר נגד כל הפוסקים המקילים שהוא לא ראה אותם דכיון דאפי' ודאי קיבלה בתורת קדושין כעובדא דציפתא (הגם שהד"ז לא קיבלה בתורת קדושין מ"מ לא קבלתם בפקדון והציפתא קיבלה בתורת קדושין גם איגלאי מילתא שהיו בה ג"כ ד"ז וי"ל שלכן נתכוין תחלה וא"כ ודאי לא קיבלה שמירה עד"ז ג"כ כדפשוט בגמ') אפ"ה משום די"ל שמא סברה שתתחייב רבו צדדי ההיתר כמ"ש מהרמ"פ דהוי כמו ס"ס א"כ בנדון זה דלא הי' שום סברא לקדושין איך נחמיר כ"כ לומר דקיבלה בתורת קדושין ושלכן פשיטא לה שלא תתחייב באחריות. וגם לחוש דפשיטא לה שפטורה מאחריות משום דיכולה לומר למתנה איכוונית ג"כ רחוק דממ"נ א"כ יהי' פשיטא לה כ"כ תומ"י שאמר התקדשי כו' שלא תוכל לזכות בהמתנה ושמא טעתה וסברה שלא יוכל להוציא מידה מדינא הכלל העולה שי"ל דדי להחמיר בעובדא דציפתא ממש שקיבלתו בודאי בתורת קדושין אבל כשי"ל עוד שמא נתחייבה בשמירה כנ"ד דמדינא אינה מתנה וא"כ נתחייבה בשמירה אין להחמיר דאם אנו אומרים שמא טעתה בדין. כש"כ שי"ל שמא כיונה כסומא בארובה להדין דמחוייבת באחריות ולכך לא השליכה ולא נשאר לומר רק שמא בנ"ד יש טענה לגריעותא מעובדא דציפתא והוא דמש"ה סבורה להפטר מאחריות דלמתנה נתן ע"ז אני אומר דהא איכא נמי מעליותא לומר דמש"ה אינה משלכת אע"פ שברור לה שאינה מחוייבת באחריות דהא סבורה דשלה הוא ממש וא"כ למה תשליך ובתוכ"ד צ"ע אם שייך זה). והנה בתשו' הרב"י מדיני קדושין שאלה ב' (ד"ה עוד יש לבטלה) פסק ג"כ דשתיקותא לאחר מ"מ בכה"ג שנתן לה בסתם לאו כלום הוא ואפי' להרי"ף והרא"ש המחמירים בציפתא ולכאורה משמע ממנו דאפי' תוכ"ד להנתינה לא כלום הוא דכתב מנה חתיכות א' ב' ג' עד שמונה (ואח"כ) ואמר לה אח"כ תהא לי מקודשת בזה. וע"ז כ' הב"י כיון שאחר שגמר מלמנות השמונה קאטעש אמר לה תהא את מקודשת ושתקה ה"ל שתיקה דאחר מ"מ ולאו כלום הוא ובספר עצמות יוסף דקדק מתשו' ריב"ש סי' ק"ע להחמיר ופסק כן והמעיין בריב"ש יראה דשם היה המעשה שתיכף לזריקה אמר התקדשי כו' דבכה"ג אין לספקו במתנה ועוד דג"כ אין לספקו שנתחייב אבי הבת בשמירה דהא לא קיבלו ברצון רק זרקו אבל אם קיבלו לידו וגם לא אמר תיכף לנתינה רק אחר כד"ד שום ראי' מהתם להחמיר ולכן יש לסמוך בזה על המקילים שלא לחוש לשתיקותא בכה"ג ועיין בכנה"ג סי' כ"ח בהגהת הטור סעי' ל"ז שרוב גדולי האחרונים מקילים בזה מהריב"ל והר"מ מטראני והב"י ומהרי"ט ומשפטי

שמואל והרש"ך ומהר"מ אלשיך ססי' ק"ד ודברי ריבות וכ"נ מדברי מהרמ"פ ובנימין זאב ומהרשד"ם רק שהביא ג"כ איזה אחרונים מחמירים:

קיצור בנתן לידה סתם ואח"כ אמר הרי את מקודשת לי והיא שתקה בשאמר אחר כדי דבור יש להקל:

יד ואם קיבלה בידה אלא שתכ"ד אמר התקדשי נראה לכאורה להחמיר דהא אפי' בפקדון לא ברירא כ"כ להקל בפשיטות בתכ"ד כמש"ל אות ט' כש"כ בסתם דאין להקל אף שמשמע מתשו' הב"י להקל בזה כנ"ל אות י"ג וכמש"ל הטעם אות י"א אמנם אם יש עוד צד להסתייע כגון שלאחר שאמרו לה העדים ראי מה אתה עושה השליכתה י"ל דיש להקל אע"ג דאבוה דהש"ך שם העלה דזריקה לאחר כ"ד לא מהני היינו שאין להקל על סמך זה לבד אבל סניף מיהו הוה להקל כדמשמע מתשו' הרשב"א שבב"י רסי' כ"ח גבי שתיקה כו' וכש"כ כו' ועוד אני מוסיף בה טעם דע"כ ל"ק ר"ה בדר"י דכשלא קיבלה בתורת שמירה אי איתא דלא ניחא לה לשדינהו ולא ס"ל לסמוך על שמא טועה וסברה דתתחייב כו' אלא כעובדא דהתם דאישתקא ונשאר החפץ בהחלט בידה אבל אם מיד אחר שאמר לה ראה כו' השליכה כו' מודה דאין לחוש על מה שעיכבה החפץ בידה רגע דמזה אין ראי' דניחא לה דאטו פשיטא לה כ"כ עד שא"צ להתיישב אפי' רגע דעל זמן מועט כזה יקבל אמתלא דיכולה לומר נתיישבתי אם אשליך שמא אתחייב באחריות או שמא אינו צריך להשליך דזכיתי בהם או כסבורה דשחוק בעלמא הוא עד שא"ל ראי כו' ואמתלאות אלו מהני עכ"פ על שתיקתה. ועוד זאת דגם אם טוענת שלא הבינה שמקדשה עד שא"ל ראי מה אתה עושה י"ל הוי אמתלא אף דלשון הרי את מקודשת לי הוה חזקה שהבינה היינו טעם חשוב להקל בלא"ה משא"כ בנד"ז וכ"מ בתשו' מהרמ"ל ססי' קל"ט מתשו' מיימוני סי' ג' שהביא דלסניף יש לצרף להאמינה כשאומרת שלא הבינה לה"ק אפי' הרי את מקודשת לי וכ"פ בש"ע סי' ל"ה ס"ט (ועי' רסי' כ"ז שלא הביא דעת תשו' מיי' וצריך לחלק דהכא לסניף כו'). כמו"כ כאן יש לצרף לסניף לענין שתיקותא דלאחר מ"מ. ומהרמ"ל ל"פ רק לגבי קדושין בשעת מ"מ אין להאמינה ודלא כתשו' אבוה דהש"ך שהביא עזר כנגדו גם בכנה"ג סי' כ"ח בהגהת הטור סי' ל"ט כ' בשם מהרח"ש וז"ל אפי' למי שירצה להחמיר ולומר דבנתן לה כסף סתם ואח"כ פירש לה לקדושין ושתקה דהוה ספק מקודשת היכא דלא הביאה סימנין דאע"ג דיש לחוש ולומר שמא הביאה ונשרו מ"מ יש לספק שמא לא הגיעה לכלל שנותיה והיא קטנה ואין קבלת קדושין שלה כלום יש להקל לכ"ע הרח"ש בתשו' סי' ל"ו עכ"ל. וא"כ ה"נ יש לצרף הענין מה שתומ"י כשאמרו לה ראי שקדשך השליכתה כו' ובתשו' אחת הארכתי בזה דזה

חשוב צד להקל ממ"ש המרדכי בקדושין פרק האומר סי' תקל"א דאמרינן בכה"ג הוכיח סופו על תחלתו ומ"מ אין צד זה שקול כמו הצד שבנדון דהרח"ש סי' ל"ו הנ"ל (הג"ה ובנדון שנשאלתי זה מחדש כענין הנ"ל וגם שלא נחקרו העדים כלל והדין מרומה די"א שעדי קדושין צריכים דו"ח וכ"ש כשהענין מרומה דלרוב הפוסקי' צריכה דו"ח וכיון שלא נחקרו העדים י"ל אין זה עדות כלל א"כ בכה"ג נראה להקל דצירוף שני טענות אלו מה שהשליכה אח"כ ושלא נחקרו העדים חשוב כצירוף של הרח"ש עכ"ה) ובפקדון ותכ"ד אמר לה התקדשי כו' נראה ודאי לסמוך ע"ז כשהשליכה אחר שאמרו לה ראי כו' ויש להעיר ממ"ש בתשו' דאמלין נידון שאף בקדושין דתכ"ד לאו כד"ד היינו בחזרה אבל נאמנת לפרש דבריה יעו"ש א"כ שמא כמו"כ הכא בלאחר כ"ד:

קיצור. בתוכ"ד יש להחמיר. ואם זרקתו אחר שאמרו לה העדים מה אתה עושה ונותנת אמתלא על שלא זרקה תיכף יש לצדד להקל ואם גם לא נחקרו העדים ודאי יש להקל:

קיצור סעי' א' מה שאוחזת הציפתא והארבע זוזי ואינה משלכת י"ל דהוה כמעשה וכמ"ש לקמן סעי' ג' ראיה ע"ז מהגמרא פ"ג דברכות (דף כ' ע"א) ורש"י שם. ועוד פוסקים וכ"כ המג"א בה' ציצית סי' י"ג סק"ח אף שיש חולקים מ"מ הפוסקים פסקו כן וכיון דהוה כאילו היא עושה מעשה ע"כ תירוץ ע"ז סברה אי שדינא כדלקמן סעיף ב'. וגם צ"ל דאע"פ שאנו רואים שקיבלה הציפתא על דעת להתקדש לו מ"מ אין זה גילוי דעת לקדושין שאח"כ ע"י הארבעה זוזי דשמא בינתיים נתחרטה וכמו דשדיך לא מהני בשתיקה דלאחר מתן מעות כמ"ש הב"ש סי' כ"ח ס"ק י"ג וצ"ע מזה על דברי הרא"ש פרק האיש מקדש סי' ז' שאם גילה דעתו כו' ובפנ"י דף י"ג הקשה אמאי לא חשוב ספיקא ותירץ דבעינן עדים על קדושין וכאן אין העדים יודעים שרצונה להתקדש לו ותירוצו צ"ע הגם שלדברי תשו' מיימוני סי' א' סברתו אמת דס"ל בשני עדים שמעידים שזרק לה קדושין מרצונה והם מסופקים אם קרוב לה אם קרוב לו חשוב כאילו אין כאן עדות על קדושין ולא הוי ספק קדושין א"כ ה"נ כיון דליכא הוכחה דנתכוונה על קדושין דארבעה זוזי אין כאן עדות אבל בחמ"ח סי' למ"ד ס"ה סק"ח כ' דמלשון הש"ע נראה דלא ס"ל כן וכן הבית מאיר וסהמ"ק שם. והרמב"ם והרשב"א והש"ע שם ס"ל דנחשב ספק קדושין א"כ גם כאן א"א להעמיד תירוצו של הפנ"י וצריך לחלק דשם שרצתה להתקדש בקדושין אלו איתרע החזקה שהיא בחזקת פנוי' משא"כ הכא שהספק בעיקר ההתחלה אם נתרצית לקדושין אלו דארבעה זוזי ויש ראיה לזה מדין דברים שבלב אינן דברים פ"ב דקדושין (דמ"ט סע"ב) ובכולם אע"פ שאמרה כו':

קיצור סעי' ב' יש להקשות ממ"ש הרשב"א פ"ב דקדושין ד"נ דדברים שבלב הוו דברים כשאין סותרים אמרי פיו וא"כ ה"נ אם בלבה היתה להתקדש מאחר שקיבלה הציפתא תחלה להתקדש לו אמאי לא יהי' קדושין וע"פ דברי הריב"ש בתשו' סי' קצ"ה שחילק בין נדרים שבינו לבין עצמו דאזלינן בתר כוונת הנודר ובין נשבע לחבירו דלא אזלינן בתר הדברים שבלב יש לחלק ג"כ בין מ"ש הרשב"א ובין ענין קדושין אע"ג דהריב"ש ר"ל רק דלא מהני הדברים שבלב לבטל הנדר מ"מ גבי קדושין דבעינן עדות ממש י"ל דלא מהני אפילו לקיים ובעיקר דברי הרשב"א צ"ע איך נלמוד אם דברים שבלב מהני מתרומה שכמ"כ מהני בקדושין מאחר דבהדיא מבואר בגמרא בקדושין ר"פ האיש מקדש (דמ"א ע"ב) לחלק ביניהם בזה ממש כאמרם מה להנך (היינו תרומה וקדשים) שכן ישנם במחשבה משמע לא בקדושין וגרושין ועיין פ"ג דשבועות דכ"ו ע"ב ועיין בהרשב"א קדושין די"ג גבי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי:

סימן צד

לענין ס"ס בקדושין בתשו' בית אפרים חאה"ע סי' מ"ב השיב השאגת ארי' דתולה בהסוגיא פ"ב דקדושין (ד"נ ע"ב) בענין חוששין לסבלונות דלפרש"י שם וגירסת הש"ס דוקא ברובא מקדשי והדר מסבלי חיישינן לסבלונות וא"כ למיעוטא לא חיישינן וכן לפמ"ש התוס' סד"ה ה"ג אך ר"י מ"כ מבואר כן בהדיא וא"כ ה"ה בס"ס אין לחוש ולכאורה לרש"י דוקא ברובא מקדשי חיישינן ולמיעוטא דמסבלי והדר מקדשי לא חיישינן אבל אם הוא מחצה על מחצה י"ל ג"כ לא חיישינן והטעם י"ל דהא איתא בש"ס פ"ק (ד"ה ע"ב) גבי נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן וכאן הספק נוטה יותר להקל מטעם שכתב הרשב"א כאן לפרש"י דכיון ששלח סתם ולא פירש לשם קדושין מסתמא לא לשם קדושין שלח שלכן היה הקס"ד דניחוש אף למיעוטא להקל ונהי דלמיעוטא לא חיישינן אבל בשהספק שקול י"ל להקל אבל לגירסת המ"כ שהביא ר"י אין להקל רק היכא דרובא מסבלי והדר מקדשי וגם לפ"ז יש לצדד להקל בס"ס אך אין ראי' דשאני הכא דכיון ששלח סתם כו' אבל לגירסת הגאונים חיישינן אף למיעוטא דמקדשי והדר מסבלי א"כ כמ"כ בס"ס אין להקל אך לפי הטעם שכ' בחידושי הרשב"א דמיעוט זה שאני דדוקא רוב הקבוע כטבע כגון נשים מתעברות ויולדות ומיעוט מפילות אבל רוב התלוי במנהג כו' ע"ש, וכ"כ הריטב"א שם א"כ לפ"ז אין ראיה להחמיר בס"ס אבל התוספת כ' הטעם דחיישי' למיעוטא משום חומרא דא"א ופי' הרשב"א כמו במשאל"ס וגוסס כו' א"כ לפ"ז כ"ש שיש להחמיר בס"ס:

וקשה על שטה זו מהסוגיא (דף ה' ע"ב) הנ"ל דספיקא הוי וחיישינן מדרבנן. הרי אף בספק א' אין חוששין מדאורייתא רק מדרבנן ומדוע כאן יחמירו אף לחוש למיעוטא ול"ד כלל לגוסס דהתם איכא חזקת איסור אשת איש ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כדאמרינן רפב"ת דיבמות דקי"ט ע"ב והריב"ש בתשו' סי' שע"ט כתב דיש שני חזקות לאיסור חזקת חיים של הבעל וחזקת אשת איש ע"כ לכ"ע אמרינן סמוך מיעוטא לשני חזקות אלו משא"כ הכא גבי קדושין אין שום חזקה לאיסור אדרבה אפ"ל חזקה להקל דאוקמא אחזקת פנויה וא"כ מדוע יחושו למיעוטא:

ב והנה שם גבי ספיקא הוי מיירי אף שהיא אמרה דבריה קודם הנתינה שי"ל דהוא נתן אדעתא דידה כמ"ש בחידושי הרשב"א שם דאמרה ליה תן דינר ואתקדש אני לך ונתן לה ולא פירש וכן מבואר בתוספת רי"ד שם דבמכר כה"ג הוי מכירה ובקדושין הוי ספק משום שמא [אמירתו] בעינן כדכתיב כי יקח. וע' ב"ש סי' כ"ט סק"ה דנתן הוא ואמרה היא הוה בכה"ג אך הריטב"א פי' הטעם דחיישינן רק מדרבנן משום שאין הספק שקול שהדין נותן יותר להתיר ולא ידעתי טעמו כיון במכר כה"ג הוי מכירה אלמא פשיטא לן דנתן ע"ד האמירה של הלוקח א"כ ה"נ גבי קדושין היה ראוי לומר כן. ומדוע יאמר כאן להפך שהדין נותן יותר להתיר ומ"ש הרשב"א טעם דהמקדש בלא עדים כו' ע"ז יש להשיב שזה חשיב יש עדים ועדיף מהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי ויש עדי יחוד דחשיב עדי קדושין אע"פ שהמקדש והמתקדשת י"ל אין יודעין הדין דהן הן ע"י הן הן ע"ב וגם י"ל א"י ברור הדין שאין אדם עושה בעילתו ב"ז אפ"ה חשוב עדים ועוד כמו בזרק לה קדושיה ספק קרוב לו ספק קרוב לה כו' דהעדות חשיב עדות לפ"ד הרמב"ם פ"ד דין כ"ב וש"ע סי' למ"ד ס"ה וכ"ד הרשב"א עצמו ביבמות פד"א דל"א בשם ר"ח ולא כמהר"מ בתשו' מיימוני כמ"ש במ"א:

ג ואולי מיירי הש"ס בנתן הוא שהתחיל נתינתו מקודם שאמרה היא ותומ"י אמרה היא אף שהי' האמירה קודם גמר הנתינה מ"מ כיון שהיה אחר התחלת הנתינה י"ל איהו אדעתא דידיה קא יהיב אבל כשגם התחלת נתינתו היה אחר שאמרה היא י"ל ספק שקול הוה דהא במדבר עמה ע"ע קדושיה א"צ אמירה שלו כלל. ונתן הוא ואמרה היא מיירי דומיא דנתן הוא ואמר הוא דהאמירה לאחר התחלת הנתינה שפשט ידו ליתן רק קודם שקיבלתה ובכה"ג בנתן הוא ואמרה היא הוא די"ל מדאוריי' אינו ס' קדושין אע"ג, בדידה כה"ג חשיב הסכם גמור הרי היא עושה מעשה לאחר האמירה ומקבלת משא"כ הוא התחיל בהמעשה קודם האמירה ואף לפמ"ש מהרי"ט חאה"ע סל"ח בד"ה ונבוא לעדות דאם אמר בשעה ששניהן אדוקין מקודשת מדלא סילקה ידה אף שתחלת הקבלה

לא הי' לשם קדושין עכ"ז חשיב הסכם י"ל לגבי דידה סגי בהסכם כזה אבל לגבי דידיה בעינן הסכם יותר דומיא דמדבר עמה עע"ק. ולכן כשהתחיל ליתן שלא ע"ד קדושין אף שאח"כ אמרה היא ואז גמר ונתן אין זה הסכם חזק אבל בשהתחיל ליתן אחר שאמרה תן דינר וכו' י"ל הוי קדושין או ס' קדושין מדאורייתא וכ"מ דהש"ס מיירי בכה"ג דאל"כ הל"ל אמרה היא ונתן הוא דאז הוי משמע שהאמירה שלה קדמה לנתינתו אבל מדאומר נתן הוא ואמרה היא משמע להפך שהנתינה קדמה והיינו ע"כ שפשט ידו ליתן ואמרה היא ונתן הוא וא"כ היוצא מזה דאין מכאן ראי' דבס"ק מדאו' אינה מקודשת די"ל הכא שאני אח"כ ראיתי בספר עצי ארזים סי' כ"ט סק"ה בשם הר"ן גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמדברי הרי"ף נראה שא"צ שיאמר הרי את מקודשת לי ולא דמי לנתן הוא ואמרה היא דהוי ס"ק דהתם נתן הוא תחלה ואין הדבר מוכיח שנתן לה בתורת קדושין כו' אבל אמרה היא תחלה והוא נתן על פיה אמירה דידה הוי כמדבר עמה על עסקי קדושיה כו' וכ' שלשונו של הר"נ מגומגם קצת וצריך תיקון ולפמש"ל מובן טעם דעה זו דס"ל דכשידענו בבירור שמרוצה על קדושין ומסכים לדבורה אף שלא אמר כלום מהני וראיה מדין היה מדבר עמה על עסקי קידושיה ולכן גבי אמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך וע"פ דבורה נתן הוי ודאי הסכמה גלויה ומוכחת שלשם קדושין נתן אבל גבי נתן הוא ואמרה היא כיון שהתחיל ליתן מקודם אף שאמרה היא קודם גמר הנתינה והוא נותן אין זה הוכחה חזקה להסכם גמור על קדושין ובביאורי הגר"א סי' כ"ז ס"ק ל"ג אבל הוא הר"ן סתר את דבריהם מנתן הוא ואמרה היא דמוכח דשתיקתו אינה כהודאה עכ"ד ובאמת אין בזה כדי סתירה מהחילוק המבואר כאן. ולדעת רוב הפוסקים דס"ל גבי תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך אם נתן בשתיקה ה"ל כנתן הוא ואמרה היא ס"ל דהסכמה וריצוי דידיה לא מהני עד שיאמר בפירוש ול"ד למדבר עמה על עסקי קדושיה דמיירי שאמר תחלה בפי' שרוצה לקדשה לו והיא הסכימה ומדברי הרמ"ה גבי נתן הוא ואמרה היא דאם אמר הבעל הן דמהני נראה לכאורה שעומד ג"כ בשטת הרי"ף דהא כשאומר הן אין כאן רק הסכמה. וא"כ ה"ה כשאמרה היא תחלה ואח"כ נתן וראיתי בספר המקנה סי' כ"ז ס"ח בד"ה ואמרה היא דהוא נדחק מה"ט לפרש דהרמ"ה מיירי בשדיבר עמה עע"ק אלא שהפסיק בעניינים אחרים דאל"כ שלא דיבר עמה תחלה א"כ לא עדיף הריצוי דידיה מריצוי דתן מנה לפלוני כו' ואפ"ה לא מהני עד שיוציא בשפתיו וס"ל כן לדבר פשוט ולא ראה שהר"ן כ' שיש חולקים דגבי תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך סגי כשנתן אח"כ בשתיקה:

ד ועפ"ז יש ליישב בטוב טעם מ"ש הריטב"א הטעם דגבי נתן הוא ואמרה היא דאמרינן ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן משום שאין הספק שקול לכן לא חיישינן רק מדרבנן כמש"ל ס"ב והקשיתי ע"ז כיון במכר כה"ג הוי מכירה גמורה כו' ולק"מ דאיהו אזיל בשטת הפוסקים דבעינן אמירה דידיה בפירוש ולא סגי כלל בריצוי ע"י אמירה דידה דה"ל כי תקח אשה איש ובעינן כי יקח איש אשה וכמ"ש בספר עצמות יוסף. בדף ד' בסד"ה תוספת היכא דיהבא וכ"כ הבית מאיר בשם הפנ"י שם. וכ"כ עוד העצ"י גבי סוגית דנתן הוא ואמרה היא בד"ה ולענין הלכה דהך ספיקא לא הוי ספיקא דאורייתא אלא חששא דרבנן בעלמא והיינו מטעם הנ"ל דממעטינן זה מכי יקח איש אבל לדעה דגבי תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך דמקודשת ודאי אף שנתן בשתיקה כמ"ש העצי ארזים א"כ כיון דריצוי על אמירה דידה מהני א"כ גם גבי נתן הוא ואמרה היא י"ל הספק שקול כיון דמיירי שאמרה קודם גמר הנתינה ומה גם לפמש"ל דמיירי שפשט ידו ליתן ואמר לה (תן) [הא] לך דינר וקודם שנתן אמרה היא ונתן הוא א"כ ה"ל ספק שקול שמא מסכים לקדושין והסכם גמור מהני וא"כ היה ראוי להיות ספיקא דאורייתא ואעפ"כ אומר הש"ס וחיישינן מדרבנן יש להוכיח לכאורה דספק קדושין מדאורייתא מוקמינן אחזקה ומדרבנן לא מוקמינן וכן פי' הפר"ח דעת הרי"ף בתחלת כללי ספק ספיקא בד"ה וא"ת בתרא והקשה על הר"ן שלא הבין כן מדעת הרי"ף וראיתי שהפר"ח כיון בזה לסברת העצמות יוסף שכתב כן ממש. ומ"מ העצ"י כ' שלמעשה יש לומר דה"ל ספק דאו' ממש ומהרי"ט בחידושיו רפ"ק דקדושין כ' הטעם דלא מוקמינן אחזקה מדאורייתא משום דאתרעי החזקה והכא גבי נתן הוא ואמרה היא דאומר הש"ס וחיישינן מדרבנן שאני הכא כיון דאמרה היא אין נתינתו של בעל כלום דשמא מתנה יהיב לה ומה ששתק אח"כ כמסכים לדבריה שתהא נקנית ע"י עצמה כו' ע"ש בדבריו ואולי לדבריו י"ל שאפילו לדיעה דריצוי ודאי מהני אעפ"כ הכא אינו אפילו ספק שקול או אולי י"ל שאפילו לדיעה זו גבי תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך כשלא אמר בשעת נתינה הרי את מקודשת לי ה"ל ס"ק מדאורייתא ולא ודאי קדושין ולכן א"ש דגבי נתן הוא ואמרה היא ה"ל הספק נוטה יותר להתיר ולכן רק חיישינן מדרבנן אבל העצ"א כ' דלדיעה זו גבי תן מנה כו' הוי קדושין ודאין. לכן לפ"ז גבי נתן הוא ואמרה היא דחיישינן מדרבנן י"ל או משום דכל ספק מדאורייי' אוקמא אחזקה או משום דספק זה גרוע יותר נמצא לפ"ד רוב הפוסקים ה"ל ספק קדושין ספק דאורייתא ממש דהא רוב הפוסקים ס"ל גבי תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך דאעפ"כ צריך שיאמר דוקא האמ"ל א"כ לפ"ז גבי נתן הוא ואמרה היא ודאי הספק נוטה להתיר כמ"ש הריטב"א ואף לפי הדעה שהביא הר"ן

גבי תן כו' יש סברות לומר דגבי נתן הוא ואמרה היא הספק יותר נוטה להתיר ומש"ה חיישינן מדרבנן אבל בספק שקול י"ל אף לדעה זו ה"ל ספק דאורייתא וההיא דסבלונות לפרש"י דרק למיעוטא לא חיישינן שאני כמש"ל בשם הרשב"א כיון דשלח סתם כו' ובהרמב"ן פ"ב דכתובות גבי שלשה שישבו לקיים את השטר ס"ל דהך חזקה אין לה עיקר כלל כ' יעו"ש ומשמע דס"ל בספק שקול דקדושין לא מוקמינן אחזקה כלל:

סימן צה

משנה רפ"ק דקדושין האשה נקנית ובגמרא (ד"ב ע"ב) דאשמועינן מדעתה אין בע"כ לא. והעצמות יוסף פי' דאשמועינן דתליוה עד שנתרצית להתקדש לא הוו קדושין ולא כמו במקח וכרב אשי פרק חזקת (דמ"ח ק ע"ב) וכבר קדמו בזה הרשב"א בחידושיו והביאם הפנ"י במסכת קדושין רפ"ק בד"ה איבעית אימא וק"ל ע"ז דא"כ לאמימר שם דס"ל פרק חזקת שם דהוי קדושין איך יפרש המשנה והעצ"י הרגיש בזה הגם שי"ל דיוכל לתרץ כמ"ש בתוספות רי"ד כיון דכל הפרק תנא בדברים הנקנין כמו עבד עברי נקנה בכסף ובשטר עבד כנעני נקנה כו' בהמה גסה נקנית כו' גם י"ל דהתירוץ כמ"ש הרשב"א דאמימר מתרץ כתירוץ הראשון שבגמ' משום דתנא סיפא וקונה את עצמה בדידה תנא נמי רישא בדידה עכ"ל אך עוד אפ"ל בענין אחר דאשמועינן דמדעתה אין. היינו שצריך שיהיה מעשה ממנה שהיא חפיצה בקדושין מדעתה ורצונה או דבור שאומרת כן בפי' אבל כשאין ממנה דבור והמעשה מסופק שיש פנים לומר שזה המעשה אינו רצון על קדושין כלל אף שיש פנים לומר ג"כ שנתרצית על קדושין כיון שי"ל ג"כ שלא נתרצית כלל ודבור אין ממנה אין זה נקרא מדעתה כי אנו צריכים שתקנה את עצמה מדעתה ורצונה וכל שיש לומר שלא רצתה להקנות א"ע לא נקנית כלל דאוקמא אחזקתה שהיא שלה ולא הקנתה את עצמה ואע"פ שבשאר ספק קדושין לא אוקמינן אחזקה כמו בזרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה התם שאני דמיירי שנתרצתה תחלה להתקדש לו וכיון ששניהם רוצים וזרק לה קדושין איתרע החזקה כמ"ש התוספות פ"ב דכתובות (דף כ"ג ע"א) אבל הכא שלא ידענו ממנה שום רצון כלל על קדושין ולא שום דבור והמעשה אינו מוכרח כלל על רצון דקדושין אף שיש לספק שמא נתרצית אין זה שום קדושין וזהו ששנינו האשה נקנית מדעתה אין אבל כשי"ל שהוא בעל כרחה לא שהרי גדולה מזו מצינו במקח דקנין חזקה לא מהני אפילו נתרצה למכור וזה נתרצה ליקח אא"כ יאמר לו לך חזק וקנה פרק חזקת (דף נ"ב סע"ב ודנ"ג ע"א) פרשב"ם אפילו נתן לו המעות במקום שנוהגים לכתוב את השטר כו' ונהי דבמקום שכסף לבד קונה א"צ

שיאמר לך חזק כו' מ"מ עכ"פ בעינן שיהיה ברור שרצונו להקנות לו. וכ"ש בהקנאת גוף האשה לבעלה דצריך קנין טפי וכמו אשה בחליפין לא מקניא נפשה (ד"ג ע"א) וכן מתנה ע"מ להחזיר לא מהני בקנין אשה אע"ג דמהני במכר (ד"ו סע"ב) ע"כ כשאין דבור ממנה שרצונה להתקדש וגם המעשה שקיבלה הפרוטה י"ל שלא נתכוונה כלל להתקדש לו אינה מקודשת וזהו הדין הנזכר בגמרא (דף י"ג ע"א) גבי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי שאע"פ שנטלה הסלע לאחר שאמר התקדשי לי בו כיון שמתחלה אמר לה ג"כ כנסי סלע זו שאני חייב ליכי אע"פ שאח"כ חזר ואמר התקדשי לי בו ולכן יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אינה מקודשת כלל והרי מעשה זו מסופק די"ל ג"כ כיון שקיבלה אותו לאחר אומרו התקדשי לי בו רצתה להתקדש לו דאל"כ מי הכריחה ליכנס בספק זה לעשות מעשה ולקבל והרי לאו כולהו נשי דינא גמירי שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי א"כ מאחר שקיבלה הסלע אחר אומרו התקדשי לי בו י"ל שבאמת רצתה להתקדש לו אלא דכיון שיש לנו לומר שאפשר לא נתרצית כלל להתקדש וקיבלתו כדי לגבות מה שחייב לה על כן אין זה חשוב כלל דעת ורצון ממנה על קדושין ואין הקדושין כלום ועיין עוד בגמ' (ד"ח סע"ב) יש סברא דאף שנתן לשם קדושין ככר שלו על פיה לכלב שרץ אחריה לנושכה אינה מקודשת משום דאמרה ליה שמדאורייתא מחויב להצילה ולא נתרצית להתקדש רק הטעתו אלא שזה נשאר בתיקו כיון דמ"מ הככר שלו ממש ונתנו על פיה לשם קדושין אבל כשי"ל אין שקלי ודידי שקלי אינה מקודשת. וזהו כנ"ל דבעינן מדעתה שנדע שנתרצית להתקדש לו וכן דין שתיקה לאחר מתן מעות י"ל ג"כ מה"ט הוא דלא מהני דאע"פ שאינה משלכת הכסף ואוחזתו והוי קצת מעשה וא"כ י"ל דבאמת נתרצית לקדושין דאל"כ ה"ל להשליך אלא שמשום שי"ל דהא דאינה משלכת משום דסבורה שתתחייב אם יאבד ע"כ אינה מקודשת כלל ובאמת שזהו ספק שקול דהא החשש דאחריות רחוק קצת שמא יאבד ושמא לא יאבד וגם אם יאבד יש ספק בשכל אם תתחייב באחריות הגם שקיבלתו תחלה בתורת פקדון אך כיון שאח"כ שינה בה ואמר התקדשי לי בו י"ל כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור וגם כמו הוא עשה שלא כהוגן ע"כ גם היא עשתה לו שלא כהוגן וכגמול ידיו יעשה לו וכדין הנזכר בגמ' בב"מ פרק השואל (דף ק"א ע"ב) ובש"ע ח"מ סי' שי"ט או שהטעה עד שהכניס פירותיו והלך יש לבעה"ב כו' ע"ש דה"נ ממש דכוותה שהטעה אותה שתקבל הכסף בשביל שיאמר לה אח"כ לשון קדושין לאוסרה אכ"ע ע"כ מדינא יכולה להשליכם.. וכ"ש שמשלכת אותם לפניו דאפילו להי"א שם בהרמ"א סי' שי"ט סגי וכ"כ בחה"ר בקדושין כאן דהפירוש הוא דילמא הכא טעיא וסברה הכי דתתחייב באחריות וא"כ

לכאורה זהו טעם קלוש שתחשוש לדבר שא"א כ"א ע"י שני ספיקות כנ"ל וגם שי"ל מדוע תחשוש לממון הקל של שוה פרוטה ולא תחוש לחשש גופה שתאסר אכולי עלמא ע"כ נראה קצת יותר דהשתיקה מורה שסברה וקיבלה על קדושין וכ"ש דהכא מיירי ששדיך תחלה ואעפ"כ כיון שאין זה גילוי דעת ממנה שרצונה להתקדש כיון שיש פנים לומר דמה שאינה משלכת הכסף הוא מפני חשש אחריות ע"כ אין זה שום קדושין כלל ע"כ זהו שהשמיענו האשה נקנית מדעתה אין בע"כ לא דבעינן שנדע שדעתה ורצונה להתקדש לו לאפוקי שתיקה דלאחר מתן מעות אפילו בשדיך תחלה אינה נקנית כלל דאין זה מדעתה ומזה ראיה למ"ש הפנ"י שם דלרווחא דמילתא נקט סבר אי שדינא כו':

סימן צו

[עוד זאת מצאנו בד"ק] בהרשב"א קדושין (דף ה' ע"ב) הא נתן הוא מ"מ העדאת עדים בעינן וכו' ולכאורה הרי העדים ראו הנתינה וגם אמירה דידה ושהוא מסכים לזה שהרי אחר אמירתה נתן א"כ במקח כה"ג קנה כמ"ש בתוספות רי"ד כאן א"כ חשוב העדאת עדים ומ"ש הרשב"א אפשר שלשם מתנה נתן זהו דוחק וא"כ לדבריו אף במקח לא קנה וזהו נגד הש"ע ח"מ סי' ק"צ ס"ג דהא הרשב"א כ' והא דאמרינן לקמן תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב דוקא בשחזר הוא ואמר לה בשעת נתינה הרי את מקודשת לי במנה זה שאני נותן לזה וכ"כ בש"ע סי' כ"ט ס"ב וכ"כ בב"ש שם סק"ה ואילו בדין קניית שדה דהיינו הדין שבש"ע ח"מ סי' ק"צ ס"ג הנ"ל א"צ שיאמר הלוקח דבר כמ"ש הרב"י שם בסעי' ד' בבד"ה וז"ל ול"נ דדוקא גבי קדושין קפדינן בהכי [כי] היכי דלא להוי אמרה היא אבל גבי ממון א"צ הלוקח לומר דבר עכ"ל רק הטור סעיף ד' כ' ואמר לו יקנה לי כו' משוה זה לקדושין והב"ח סעיף ה' שם הסכים לדעת הב"י והפרישה ג"כ הסכים לזה בנותן ליד המוכר ואע"ג הכא בנתן הוא לידה ואמרה היא ספיקא הוי. א"כ ע"כ צ"ל דזה חשיב העדאת עדים והא דבקדושין לא מהני זהו משום דבעינן שיאמר הוא וכה"ג יש חילוק לענין תכ"ד כד"ד דבקדושין תכ"ד לאו כד"ד מדאורייתא משא"כ במקח וממכר ע"כ גם לענין זה בקדושין לא סמכינן על גלוי דעת שלו אחר אמירתה דמתכוין לקדושין וכמ"ש הרשב"א אבל א"צ לטעם שאין כאן עדים דהא עדים יש כאן שראו ושמעו כ"ז. רק שהמעשה גופא לא חשיב קדושין אא"כ יאמר הוא. ודוגמא ממ"ש בש"ע סי' כ"ז ס"ו בהגה"ה ובב"ש שם ס"ק כ' ואם מרמז כו' ובח"מ כו' ע"ש. ומכאן ראיה לדברי הש"ג ולא כהחמ"ח:

סימן צז

במ"ש הרא"ש פ"ק דקדושין סי' ב' ואם היה מדבר עמה על עסקי קדושין כו' ולא אמר לי מסתברא כו' וכ"פ הטוש"ע סי' כ"ז דהוי קדושין ודאין רק הב"י בבד"ה כ' ועיין בהגמ"ר סוף גיטין. וראיתי שם משמע דמפרשים דהא דהרי את מקודשת ולא אמר לי מיירי אפילו במדבר עמה עע"ק וכן מבואר בקיצור הדינים היוצאים מהמרדכי שהם באלפסי דחולין ושם סי' ת"ע שה"ר נתן הורה בה להתירא כיון דלא אמר לי ונחלקו עליו חכמים ואמרו שאם יש עדים שדבר עמה על עסקי קדושיה אע"פ שלא פירש בשעת הקדושין צריכה גט עכ"ד ור"ל אע"ג שלא פירש לי יעו"ש הרי משמע גם להחכמים צריכה גט רק מספק. ולהר"ר נתן אינה מקודשת כלל וזה דלא כהרא"ש והטוש"ע. ועיין מזה בכנה"ג סי' כ"ז בהגהת הטור אות ט"ל שיש דיעות כן. רק שרבו החולקים ולפע"ד קשה מהסוגיא פב"ת דגיטין דף פ"ה ע"ב) ר' יהודה אומר ודן דיהוי כו' ור' יהודה סבר ידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים והרי התם אין לך עוסקים ומדבר עמה על עסקי גיטה יותר מזה שצוה לסופר ולעדים לכתוב ולחתום לה הגט ונותן לה הגט ואעפ"כ כשלא כ' בו ודן דיהוי לר' יהודא לא הויין ידים א"כ כש"כ במדבר עמה על עסקי קדושיה וכשמקדשה לא אמר לי והטעם כמ"ש בגמרא פ"ק דקדושין (ד"ו ע"א) ואי דיהיב לה ושתיק ה"נ כו' ואף שיש לדחות ולומר דהתם הרי טעמיה דר' יהודה דאם לא כ' לה ודן אמרינן דבדיבור גרשה ושטרא ראיה בעלמא הוא לכן אף דודאי מדבר עמה על עסקי גיטה מ"מ אין זה רק ראיה שרוצה לגרשה אבל י"ל שמא הענין שבדבור לבד מגרשה ואין כאן ידים מוכיחות שבהגט מגרשה מ"מ זהו דוחק דודאי חשוב עסוקים באותו ענין גם על הגט שהרי ציוה לסופר לכתוב ולעדים לחתום ואיך נאמר שכ"ז לראי' לבד אע"כ הכוונה דמ"מ חיישינן שמא בשעת גרושין נותן לה הגט לראיה מיהו י"ל דלק"מ דר' יהודה לשיטתי' דס"ל במשנה (פ"ד דמע"ש מ"ז) ובגמ' פ"ק דקדושין (דף ו' ע"א). דאע"ג דמדבר עמה על עסקי גיטה וקדושיה לא מהני אא"כ פירש ואנן קיי"ל כר' יוסי אך עדיין קשה דא"כ מה מוכרח הש"ס פב"ת דגיטין שם לומר דרבנן דפליגי על ר' יהודה הוא משום דס"ל ידים שאינן מוכיחות הויין ידים תיפוק לי' דאפילו לא הויין ידים מהני משום דקיי"ל כר' יוסי דבמדבר עמה על עסקי גיטה א"צ לפרש. והכא חשיב כמדבר על עסקי גיטה לגרשה בהגט ולא בהדבור ובפרט אם אומר שיכתוב הגט לשמו ולשמה ולשם כריתות דבודאי היינו שבהגט מגרשה. אך יש להשיב דא"כ הא התם לא גרע מנותן לה בסתם דלר' יוסי מהני לכ"ע במדבר עמה עע"ק וגיטה אע"כ צ"ל דשם לא חשיב כמדבר לגרשה בזה הגט די"ל הגט לראיה בעלמא אך עוד ראיה מהסוגיא פ"ק דנדרים (דף ה' סע"ב וד"ו

ע"א) ורבא אמר אנא דאמרי אפילו לרבנן ע"כ לא קאמרי רבנן דלא בעינן ידים מוכיחות אלא גבי גט דאין אדם מגרש את אשת חבירו כו' ופרש"י דהא כתיב ביה הרי את מותרת לכל אדם משמע דלאשתו קאמר. והרשב"א הוסיף דהא כתוב בהגט שמו ושמה. הרי מוכח דאיהו מגרשה. ועכ"פ משם מבואר דהחשש דידים שאינן מוכיחות משום דלא כתיב ביה מנאי וחיישינן שמא כוונתו שאחר מגרשה בזה הגט. וע"ז תירץ רבא דהא איכא הוכחה דאיהו מגרשה ולא אחר משום דאין אדם מגרש אשת חבירו והשתא אי איתא דגבי קדושין אם היה מדבר עמה עע"ק ואמר הרי את מקודשת ולא אמר לי. דיו ולא חיישינן שלאחר קדשה. כש"כ הכא גבי גט שמדבר על עסקי גיטה שהוא מגרשה ואומר לסופר לכתוב וכו' ועסוקי' הכל באותו ענין ונותן לה הגט דמלבד ההוכחה דאין אדם מגרש אשת חבירו סגי כמו בקדושין דסגי בהכא אע"ג דלא שייך הוכחה זו כלל שהרי היא פנויה ושמא מקדשה לאינש דעלמא עכ"ז סגי כיון שדיבר עמה על עסקי קדושיה לו ועסוקים באותו ענין וה"נ דכוותה וא"כ למה הוצרך רבא להוכחה דאין אדם מגרש אשת חבירו לימא ליה מהא דקיי"ל כר' יוסי ויותר יהי' קשה על אביי דמתרץ אנא דאמרי אפילו לר' יהודה מיהו יש ליישב לאביי דר' יהודה לשיטתי' דלא סגי ליה אף במדבר עמה על עסקי גיטה וקדושיה אבל לרבא דאומר אפילו לרבנן קשיא וא"כ מזה קצת ראיה לסברת הר"ר נתן שבהגמ"ר סוף גיטין ונפקותא בחרש שקידש אשה ובא לגרשה ויש ספק אם הוא חרש כי יכול לומר איזו תיבות דהגם שי"ל כקדושין כך גירושין אך יש מספקים אולי עכשיו נשתנה לגריעותא והנה בשעת הקדושין למדוהו לומר הרי את מקודשת ולא אמר לי דאולי יש לצרף גם ספק זה דאף לו יהא שאז לא היה חרש הרי אין כאן קדושין משום שלא אמר לי רק שי"ל דה"ל כמדבר עמה על עסקי קדושיה שהרי נכנסו לחופה ואולי י"ל זה לא הוה מדבר עמה ממש כיון שלא יכול לדבר כו' א"כ אולי יש לצרף גם ספק הנ"ל של סברת הר"ר נתן ולסמוך על גיטו:

סימן צח

נידון הקדושין שהיה מעשה באחד שקידש אשה ושאל מע"ל אותו קודם הקדושין אם הטבעת שלו ואמר שהוא שלו אח"כ נודע שהטבעת שאל מנכרי אחד והנכרי המשאיל התנה בפירוש שיוחזר לו הטבעת דוקא ואינו רוצה תשלומין אחרים יפה פסקת שצריכה קדושין אחרים. והואיל ואתא לידן דין זה נתלמד. בתשו' הרא"ש כלל ל"ה ובפסקיו פ"ק סי' כ' במה שפסק שהמקדש בטבעת שאולה שהמשאיל השאילו אדעתא שיקדש בו את האשה ה"ז מקודשת וטעמו כיון שהשאיל לו אדעתא לקדש בו את האשה אנן סהדי.

דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל לעשות קדושין שתהא האשה מקודשת לו כי אדעתא דהכי מסר בידו הטבעת ואם לא יועיל לו בלשון שאלה יהיה בלשון מתנה ולכל הפחות תהיה מתנה ע"מ להחזיר והוי מקודשת ויקנהו מן האשה ויחזירהו לו או יחזיר דמיו וחזרת דמים הוי חזרה אפילו לרבנן דפליגי על רשב"ג באצטלית דדוקא התם דלצעורי קא מכוין והא לא ציערה אבל הכא משום הרווחה והא קא רווח עכ"ל והמובן מדבריו דלא פסיקא לי' למימר שאדעתא דהכי מסר בידו הטבעת שאם לא יועיל בלשון שאלה תהיה מתנה גמורה לחלוטין ולצמיתות לפי דלא שייך כלל אנן סהדי שזה רוצה ליתן לו מתנה גמורה אבל לגבי מתנה על מנת להחזיר שלא יפסיד הטבעת שפיר ס"ל דשייך לומר ע"ז אנן סהדי שאדעתא דהכי מסר לו שאם לא יועיל בלשון שאלה תהיה לכל הפחות מתנה עמ"ל. שהרי אין המשאיל מפסיד מאומה בזה שהרי יוחזר לו הטבעת וכיון דאינו מפסיד אזלי' בתר אומדנא וע"ז הביא ראיות שם יעו"ש וכן לקמן שם לא הזכיר רק מעמ"ל ולא הזכיר עוד מתנה גמורה מה"ט:

קיצור הרא"ש עצמו לא פסיקא ליה לומר שאדעתא דהכי מסר לו הטבעת שאם לא יועיל בלשון שאלה תהיה מתנה גמורה רק שיהיה מעמ"ל הטבעת או דמיה והראיה שהביא דאזלי' בתר אומדנא זו מקידשה בגזל דידה בדשדיך או בלא שדיך ואמרה אין דהוי מקודשת משום אנן סהדי שמחלה לו מה שגזל ממנה ונתנתו לו במתנה כדי שיקדשנה באותו חפץ שגזל ג"כ אינה ראיה כלל על שנאמר בנד"ז אומדן דעת שהמשאיל נתכוין ג"כ למתנה כו' דל"ד כלל דהתם ע"י קבלת הקידושין אינה מפסדת מאומה ואדרבה החזיר לה החפץ. רק שהיתה יכולה להוציאו ממנו בדין בלא הקדושין ועכשיו מקבלת אותו ע"י קדושין וכיון שרצונה להתקדש וע"י הקדושין אינה מפסדת מאומה והיא מקבלתו בתורת קידושין שפיר י"ל ע"ז אנן סהדי שמחלה לו כו' שהרי אינה מפסדת רק מה שאילו הי' מקדשה בדבר משלו היתה מרווחת אותה שוה פרוטה ואמדינן דעתה שאינה מקפדת ע"ז הפרוטה מאחר שרצונה להתקדש לו עכ"פ וכש"כ לפמ"ש בחה"ר שם בפ"ק דקדושין דקידשה בגזל דידה ושדיך מפרש בירוש' שהוא חייב לה לשלם כדי גזילה דלא אחלא גבי' אלא אקנויי אקני גבי' לשם מלוה והוא חייב לה כנגדו כו' משא"כ בנ"ד לשנאמר שנתן לו מתנה מכיסו מנלן לומר כן דיש טובא לחנק בין נתינה מכיסו ובין מניעת ריוח בלבד כדאיתא בגמרא ר"פ מי שהחשיך כו' נותן כיסו לנכרי אבל מציאה לא ע"ש ובטוש"ע א"ח רסי' רס"ו ועוד דשם ודאי יש לה הנאה גדולה במה שמוציאה הגזילה מתחת ידו שבודאי נותנת שוה פרוטה כדי שיוציאו לה הגזילה א"כ אינה מפסדת מאומה כלל ואפילו מניעת ריוח ליכא הלכך אין משם ראיה כלל לנד"ז על מתנה מכיסו

ממש רק על מתנה עמ"ל דגם כן אינו מפסיד בזה מאומה ואפילו על שיהי' מהני החזרת דמים במקום החפץ אין שום ראיה משם. כי בין עצם החפץ ובין דמיו יש קפידא טובא ואין ראיה משם כלל ועוד דשאני אשה שהרצון להתקדש הוא ניחא דגופה דטב למיתב טן דו ביבמות (ספט"ו דקי"ח סע"ב) ע"כ י"ל דמחלה אבל מנלן לחדש כן באיש המשאיל לחברו שאין לו ניחא דגופא כלל מענין זה ע"כ אין לחדש ולומר דמתרצה ג"כ כשלא יחזיר לו החפץ רק דמיו די"ל שאינו רוצה כלל למכור חפציו כדאיתא פ"ק דעכומ"ז (די"ב סע"ב) במשנה ושאין מעוטרות מותרות ופרש"י א"נ דרך לוקח להיות שמח ואזיל ומודי אבל ליזבן מינייהו דבר המתקיים שרי דסתם מוכר עצב הוא עכ"ל הביאו בתוי"ט שם משנה ד' ובמשנה בב"ב פרק ג"פ והלוקח נותן שכר ובגמרא (דקס"ח ע"א) פשיטא לא צריכא אלא במוכר שדהו מפני רעתה ופרשב"ם מום גדול שבה או רחוקה ממנו וסד"א יתן הוא שכר דהנאה דידיה הוא וכדכתיב הקונה אל ישמח והמוכר אל יתאבל ביחזקאל (סי' יו"ד) וכדאמרי אינשי זבנת קנית זבין אוביד עכ"ל ועי' תוי"ט משנה ד' דצ"ל קמ"ל וכדאמרי אינשי כו' ור"ל קמ"ל דאפ"ה הנאת לוקח הוא וז"ל חידושי הרמב"ן שם ולוקח נותן שכר תקנת חכמים הוא שכך בדין דמי שנשכר יתן השכר כו' וכ"כ הנ"י שם וז"ל והלוקח יתן שכר שהרי לעולם הוא נהנה יותר מן המוכר דהא אמרי אינשי זבנת קנית דזבין אוביד עכ"ל ובפרק חזקת (דמ"ז סע"ב) כל דמזבין אינש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ופרשב"ם רוב חפצים וכלי ביתו וטליתו שאדם מוכר אי לאו דאניס ודחיק למעות לא הוה מזבין כו' עכ"ל וא"כ זה שמשאיל לו טבעת איך נאמר שמתרצה בהחזרת דמים מאחר שאינו אנוס כלל למכור ואינו מוכר כלל רק משאיל ואמרינן מאן דזבין אוביד א"כ איך אפשר לומר מעצמנו שמתרצה להיות אובד אין ע"ז שום ראיה ולכן אם קידש בהטבעת ע"ד להחזיר מעותיו להמשאיל י"ל דדינו כמ"ש בש"ע סי' כ"ח סעיף י"ז הנכנס כו' אע"פ שאמר לו כו' הואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו ה"ז גזל ואינה מקודשת כו' וצ"ע בטוש"ע ח"מ הל' גזילה סי' שנ"ט ס"ב דיש לחלק בכמה חילוקים דאינו דומה לשם ועיין עוד באה"ע סעיף י"ז דאף אם קידש בדבר שאין בעה"ב מקפיד כו' ה"ז ספק כו' וע"ש סעיף י"ח וקידש בחלקו כו' וה"ה הכא כשמשנה מדעת המשאיל: קיצור. הראיה שהביא הרא"ש מקידשה בגזל דידה בדשדיך אינה ראיה כלל לכאן רק לשנאמר שתהיה מתנה על מנת להחזיר הטבעת עצמה ולא על מתנה גמורה שהיא הפסד משא"כ שם. ועוד דשאני התם דהוי ניחא דגופה ואף על מתנה על מנת להחזיר דמיה אין שום ראיה. דהא לא ניחא כלל לאיש למכור חפציו כדמוכח בגמרא בכמה

דוכתי בפרק חזקת (דמ"ז סע"ב) ובפרק ג"פ במשנה והלוקח נותן שכר ופ"ק דעבודת ככבים (די"ב סע"ב) וא"כ י"ל דדמי להדינים שבש"ע סי' כ"ח סעיף י"ז י"ח:

ב ומ"מ גם ע"ז אינו מובן הראיה כ"כ משם אפילו אם נאמר שהאומדנות שוות (מלבד שי"ל דחזקה כל הנשים רוצות להתקדש והוי ניחא דגופה עדיפא מאומדנא זו דהכא והתם דברים שבלב נינהו ואין כח בדברים שבלב לסתור דברים המפורשים להדיא שהוא אומר בפה מלא שמשאיל לו הרי אומר שאלה ולא מתנה ואנן נפרש דבריו להפך ולומר דהיינו נמי מעמ"ל מחמת האומדנא. דלו יהא שיש אומדנא שהיה מתרצה ע"ז אם היה מבקש ממנו כן. מ"מ עכ"פ עכשיו אנו רואים שלא נתן לו על אופן זה ובתורת שאלה ניתן לידו ואיך תתהפך ממילא למתנה בלא דעת הנותן משא"כ התם גבי גזל דידה הרי היא מקבלתו לשם קדושין וליכא דברים המורים להפך וכ"ש בלא שדיך ואמרה אין דמפרשת להדיא כן שתקבלנו בתורת קדושין אלא מאחר דשלה הוא במה תתקדש וכיון שמקבלתו לקדושין אנן סהדי שמחלה לו כו' כיון שלא אמרה להפך שאינה מוחלת והרי מצינו שלפעמים ע"י השתיקה שאינה תובעת החוב זמן רב דייניו ליה למחילה בכתובות פרק הנושא (דף ק"ד ע"א) במשנה וחכ"א כו' כל זמן שהיא בבית אביה גובה כתובתה עד עשרים וחמש שנה כו' ובטוש"ע אה"ע סי' ק"א. לכן הכא גבי קידשה בגזל דידה ובדשדיך דייניו לי' במחילה משא"כ הכא שאומר בפירוש לשון שאלה שמשאיל לו י"ל מחמת אומדנא אין בכחינו לעשות משאלה מתנה דהא שאלה ומתנה ע"מ להחזיר הם שני ענינים חלוקים דגבי לולב ואתרוג יוצא גם ביו"ט הראשון של חג במתנה ע"מ להחזיר בסוכה פרק לולב הגזול (דף מ"א ע"ב) ובשאול אינו יוצא בגמרא ר"פ הנ"ל (דף ל' ע"א). ובטוש"ע א"ח סי' תרנ"ח סעיף ג' ד' וכן חילק הרשב"א ז"ל בחידושיו פ"ב דקדושין (דף נ') בד"ה ואסיקנא דדברים שבלב וז"ל דכי אמרינן דברים שבלב אינן דברים הייניו שאינן דברים לבטל מה שאמר בפיו כההיא דזבין והיה בלבו תנאי שיעלה לירושלים ובאומר סבור הייתי שהיא כהנת וכן כולם אבל כל שהדברים שבלבו אינן מבטלים מעשיו אלא מקיימין כנזיר כו' שאין דברי לבו מבטלין שום דבר היו דברים עכ"ל ועיין בפ"ק דנזיר (דף ב' ע"ב) בתוספות ד"ה מהו דתימא בעינא פיו ולבו שוין במ"ש דמחשבת הלב מגלה אדבורו שדבריהם מטין כדברי הרשב"א ועיין מ"ש המרדכי פרק אלמנה ניזונית סי' רנ"ד בשם ר"א ממיץ בס"י. וחילוק זה יוכל להיות ג"כ בין הראי' שהביא הרא"ש להנדון שלו דבהראי' אין האומדנא מבטלת שום מעשה שלה שהרי המעשה שלה היא מה שמקבלתו בקדושין (אבל מעשה הגזילה אינה מעשה שלה רק שלו ואינה שייכה לזה דמה שהיה הוא שהי') והאומדנא היא ג"כ שרצונה להתקדש

כיון דשדיך וגם חזקה כל הנשים רוצות להתקדש וכ"ש בדאמרה אין א"כ אומדנא מסייע להמעשה (ומבטלת המעשה שלו שכבר הי' קודם ר"ל הגזילה שעשה הוא שיש מעשה ואומדנא שמבטלת זה לומר דהוי מחילה אבל אין מעשה שלה סותרת לאומדנא כנ"ל רק מסייע) משא"כ בהנדון של הרא"ש הרי האומדנא באה לבטל דברים שבפיו שהוא אומר לשון שאלה ואנחנו נפרש שאינו שאלה אלא מעמ"ל ע"ז נאמר דדברים שבלב אינן דברים והנה במשנה וגמ' ר"פ הנושא גבי המקבל עליו לזון בת אשתו אף שאומדנא הוא שבודאי לא נתכוין להתחייב לזונה אלא כל זמן שהיא אשתו אעפ"כ אזלינן רק בתר אמרי פיו ומחייבין אותו לזונה חמש שנים. ועיין מזה בט"ז בח"מ סי' סמ"ך גבי ומעשה אירע במקומינו והח"צ שם בהגה"ה הסכים לדבריו ועמ"ש ג"כ כזה בתשו' בשכ"מ שגירש מעכשיו אם מתי דדעת ר"ת דמפרשים דבריו שלא גירש מהיום ממש כ"א סמוך למיתה ורוב הפוסקים ס"ל כשטת רש"י גיטין (דף ע"ג סע"ב) דלא אמרינן כן אלא באומר מעת שאני בעולם ושם כתבתי ג"כ מזה דלא אמרינן ע"י אומדנא לסתור דבריו המפורשים שהוא אומר מהיום ואנו נאמר מחמת אומדנא דר"ל מעת שאני בעולם גם בדין התקדשי לי בדינר של כסף ונמצא של זהב אף שאומדנא גדולה שהיתה מתרצה בשל זהב שהרי יש לקנות בו כ"ה דינרי כסף עי' במשנה פרק מי שהיה נשוי שלש נשים. דפשוט שם דסתם דינר זהב הוא כ"ה דינר כסף:

וגם אפילו אם היא אומרת אח"כ שהיא מרוצה בדינר של זהב עכ"ז אינה מקודשת כמבואר בטוש"ע סי' ל"ח סכ"ד הר' כמה גדול כח הדבור שאמר בדינר של כסף שא"א לשנותו אפילו ע"י אומדנא עצומה ועם דבריה א"כ כמ"כ י"ל שאי אפשר לשנות הדבור של השואל והמשאיל שאמר לשון שאלה לומר מצד אומדנא דהוי מתנה על מנת להחזיר משא"כ גבי קידשה בגזל דידה אין צריך לשנות הדבור אדרבה הדבור של קדושין מסייע להאומדנא דשדיך ולמעשה הקבלה שלה שוב ראיתי בפנ"י פ"ק דקדושין (דף י"ג) ד"ה האי איתתא. שהקשה ג"כ על עובדא הנ"ל דקידשה בגזל דידה אמאי מהני בדשדיך דאמרי' דמחלה הא דברים שבלב נינהו וז"ל לכאורה יש לתמוה כיון דלא מחלה בפירוש ה"ל דברים שבלב דקיי"ל דאינן דברים ומאן יימר דמחלה מיהו לפמש"ל ד"ו ע"ב בשטת רש"י גבי מחילת מלוה והערמת ריבית דאע"ג דדידה קא מהדר לה אפ"ה ההיא הנאה דלא צריכא למיזל בדינא ודיינא שוה פרוטה ומתקדשת בו וכתבתי שם שזה מוכרח לשטת רש"י א"כ ה"נ אתי שפיר בכה"ג עכ"ל (ואעפ"כ בדלא שדיך יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי עמ"ש מזה בד"ה גרסינן בגמרא פ"ק דקדושין (דף י"ג ע"א) ההוא אתתא דהוה מזבני וורשכי יעו"ש סוף הדבור מזה) וא"כ לדברי הפנ"י אין שום התחלת

ראיה משם להנדון של הרא"ש אמנם אפי' למ"ש הרא"ש שם ושא"פ דמחלה הגזל כו' אין ראיה לפמש"ל בשם חה"ר דדברים שבלב מהני היכא שאינו נגד דברים שבפיו א"כ מש"ה מהני התם וגם מעשיו ודיבוריו מבוארים להדיא שנותנו לה בתורת קדושין והרי היא מסכמת ע"ז ואין זה דברים שבלב כ"כ ויש לדמותו להא דגיטין פרק המביא תניין (דף כ') אשה ידעא לאקנויי כו' ע"ש. משא"כ בנדון של הרא"ש שדברי פיו הם ל' שאלה א"כ מה דאמדינן דעתי' נגד זה ה"ל דברים שבלב שנגד אמרי פיו דלא מהני לכ"ע:

קיצור. (ואפילו על מעמ"ל י"ל דאין ראיה כ"כ משם דהתם האומדנא דמחילה אינה סותרת אמרי פיה משא"כ הכא שאומר בפירוש שמשאיל לו אין כח בדברים שבלב לבטל אמרי פיו ועיין ר"פ הנושא גבי המקבל עליו לזון בת אשתו וכן גבי התקדשי לי בדינר זה של כסף ונמצא של זהב דא"א לסתור הדבור אף שיש אומדנא גדולה. משא"כ לענין מחילה ע"ש ס"פ הנושא גבי כ"ז שהיא בבית אביה וכ"ש לפירוש הפנ"י גבי קידשה בגזל דידה אין שום התחלת ראיה משם):

ג ועיין בר"ן פרק האיש מקדש שם כ' ג"כ חילוק דהרשב"א מיהו ביאר שם הר"ן תחלה לתרץ מה שקשה ע"ז דדברים שבלב אינן דברים מהא דאיתא בגמ' באיזהו מקומות דאזלינן בתר אומדנא דכל כה"ג שהענין מוכיח מתוכו לאו דברים שבלב הן אלא דברים שבלבו ובלב כל העולם. ומשמע שם דאומדנות כאלו מהני אפי' לסתור אמרי פיו יעו"ש. וכ"כ התוס' פ"ב דקדושין שם (דף מ"ט סע"ב) ובכתובות פרק אלמנה ניזונית (דף צ"ז ע"א) והרא"ש שם ובב"ב פי"נ סי' מ"ח. (ועי' במרדכי פ' אלמנה ניזונית סי' רנ"ד בשם ספר יריאים דלחילוקו י"ל דלא מהני) וא"כ לפ"ז י"ל דמ"ש הרא"ש אנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל לקדושין כו' י"ל דס"ל ג"כ דהוי כמו אומדנות הנ"ל והיינו עכ"פ לשנאמר שתהיה מתנה ע"מ להחזיר החפץ עצמו דאינו מפסיד בזה מאומה ע"ז י"ל שיש אומדנא זו ממש אך צ"ע דאפילו נאמר דה"ל כאומדנא דמוכח הנ"ל הנה המעיין בתוס' והרא"ש והר"ן שם מכל המקומות שהביאו מהגמרא דמהני אומדנא דמוכח דהיינו רק לבטל המעשה שעשה או הדיבור ולומר שאילו הי' יודע שכן לא הי' עושה ונשאר הדבר כאילו לא נעשה מאומה אבל מ"מ לשנאמר ע"י האומדנא כאילו נעשה מעשה מה שבאמת לא נעשה. זה לא שמענו. ומצאתי סברא זו במהריב"ל ח"ב סי' פ' וז"ל דצריך לחקור חקירה אחת כתב עליה הרד"ך בית כ"ח והיא לדעת אי מהני האומדנא להוסיף על לשון ההסכמה מה שאין כתוב בה בפירוש ולא משמע כלל מתוך הלשון דומיא דנדון דידן דבהסכמות החזקות כתוב ששום יהודי לא יוכל לשכור בית או חצר שמחזיק בו יהודי אחר כו' דלשון שכירות אינו כולל מכר אכן מחמת האומדנא אית

לן למימר דמה לי שכירות מה לי קנייה כו' ואומדנא דמוכח היא דהרבנים המתקנים ההסכמה על שניהם נתכוונו כו' ואיברא דלא מצינו דבר זה מפורש בשום מקום שנוכל להוסיף על ההסכמה מחמת האומדנא מאי דלא משמע כלל מהלשון כו' והאריך בזה עד וכן נראה נמי מתוך תשו' מהר"ם שבמרדכי פרק המקבל גבי מעשה שגזרו הקהל שלא לקנות בית משום ערבי ושאלו למהר"מ כו' ואם איתא דס"ל למהר"ם דהאומדנא מהני להוסיף על התקנה מאי דלא משמע כלל מהלשון א"כ מה לו למהר"מ להרבות בראיות דחלוף מקרי זביני והלא אע"ג דלא הוה מקרי זביני האומדנא היה מהני להוסיף על התקנה מאי דלא משמע כלל מהלשון כו' ונמצא לפ"ז דהנך תרי אריווותא אבות העולם אמרו דבר אחד והסכימו בדעת אחד דאין כח באומדנא להוסיף על התקנה מאי דלא משמע כלל מהלשון איברא דמתוך מ"ש תלמידו של הר"ם יראה איפכא שכתב וז"ל נ"ל דבמה שתיקן ר"ת להחזיר כל הנדוניא לאב לא על הבת לבדה תיקן כו' אבל אם הבן נותן הנדוניא ומת בתוך השנה הנדוניא חוזרת גם לאביו עכ"ל. ועיין מזה בחמ"ח ססי' נ"ג סק"ך ועיין בתשו' צ"צ סי' מ"ד שהעלה ע"פ תשו' הרד"ך בית ל"ב דאמדינן דעת מתקני התקנה אף להוסיף בכלל התקנה מה שלא פירשו בו עכ"ל ואשתמיטתי' תשו' מהריב"ל הנ"ל דהשיג על הרד"ך ע"ש ולכאורה יש ראיה עצומה למהריב"ל ממ"ש הרא"ש ספ"ח דנדרים בפירושו ובפסקיו גבי טיפת צונן שאני טועם לך כו' ומיהו גם באכילה ושתיה מותר וכ"כ הרע"ו ברטנורה שם וכ"כ הטי"ד סי' ריי"ח אלמא דלא אזלינן בתר הכוונה למה שלא הוציא בשפתיו אלא שהב"י שם הביא שבתוספתא קתני דאסור באכילה ושתיה ואעפי"כ אין מזה תיובתא למהריב"ל דשם י"ל דה"ל כאלו פירש מאחר דאמר טיפת צונן שאני טועם לך כ"ש אכילה ושתיה מרובה משא"כ שכירות וממכר שני דברים הם ועיין בגמ' פ"ג דנדרים גבי הנודר מרואי החמה כו' ג"כ י"ל דה"ל כאלו פירש מדלא אמר מן הרואין כו' ולכאורה יש ראיה מהגמרא פרק מי שאחזו (דף ע"ג א') גבי זה גיטך מהיום אם לא יעמוד מחולי זה ונפל עליו הבית או הכישו נחש ומת דמסיק בגמ' שם דאינו גט משום דלא. אסיק אדעתיה ענין זה. והרי יש אומדנא גדולה דאילו אסיק אדעתי' היה אומר שיהא גט מאחר שעיקר כוונתו הי' לפוטרה מן היבום מה לו אם ימות מהחולי או שיכישו נחש. א"כ יש כאן אומדנא שהי' רוצה לפוטרה ע"י גט זה כל שימות שלא תצטרך ליבום וחליצה ואפ"ה כיון שאין ענין מחודש זה במשמעות דבריו אין לנו להוסיף על הדבר האמור בדבריו והירושלמי דפליג באם לא יעמוד מחולי זה היינו משום דס"ל דזהו ג"כ נכלל בדבריו ע"ש בתוספת ד"ה מאי שנא. ועיין בש"ע סי' קמ"ה ס"ו ועמ"ש לקמן סעיף ט' ג"כ מזה מב"ק (דף מ"ה).: ואי לזאת להאומרים

שם דאין כח באומדנא להוסיף על התקנה מאי דלא משמע כלל מהלשון כמ"כ בנדון של הרא"ש גבי טבעת קדושין שבאנו לומר מחמת האומדנא שבמתנה נתנה לו ובדבריו פירש בהדיא רק לשון שאלה:

אין לנו כח לשנות הלשון לגמרי מחמת האומדנא וגרע מנדון מהריב"ל דהוי רק להוסיף והכא הוא לשנות ולהחליף דבריו לגמרי מיהו לכאורה אפשר לחלק ולומר דהסכמות שאני דבעינן לבטא בשפתיו משא"כ בשאלה ובמתנה וכה"ג ומ"מ י"ל דלהוציא ממון מחזקתו משאלה למתנה וכה"ג לא גרע ג"כ מדין ההסכמות ואין לנו כח לשנות מוצא שפתיו מחמת האומדנא שהרי ריא"ז כ' בש"ג פ' אלמנה ניזונית וז"ל ולא אמרו דברים שבלב אינן דברים אלא במכר כו' ע"ש ובהכי ניחא הא דגבי זבין ולא אצטריכו ליה זוזי בעינן גילוי דעת דייקא משא"כ בשטר מברחת והכותב נכסיו לאשתו כו' הביאו בש"ע ח"מ סי' ר"ז ס"ד בהגה"ה וכתבתי מזה במ"א. והגע עצמך אפילו מי שאומר בפה מלא שרצונו ליתן מתנה לחבירו כל שלא נתן עדיין אין זה מתנה וכה"ג חילקו בירוש' הובא בש"ך ח"מ סי' כ"א בענין אונסא כמאן דעביד או כמאן דלא עביד יעו"ש ונראה ראי' עוד מהא דאיתא במשנה סוף מסכת טבול יום רבי יוסי אומר אף מי שהיה בו דעת להתנות ולא התנה. נשברה אינה מדמעת מפני שהוא תנאי ב"ד ורבנן פליגי עליה וגם רבי יוסי לא אמר אלא מפני שהוא תנאי ב"ד וק"ל כרבנן הרי מהתם מוכח דכל שלא התנה בפי' אף שיש אומדנא לא מהני ואף דהתוי"ט שם פי' דודאי אם היה בלבו בשעה שתורם דאף רבנן לא פליגי כו' היינו משום דאל"כ אין פיו ולבו שוין ואנן בעינן שיהיה פיו ולבו שוין משא"כ בנד"ז מה"ט גופא אף אם היה בלבו לאו כלום הוא כיון דאין פיו ולבו שוין ובפיו פי' להיפך והנה לפי' הב' שבר"ש שם שהביא התוי"ט ור' יוסי אמר שאפילו לא עלה על דעתו מעולם כו' אע"פ שעל תרומה זו לא עלה בדעתו מעולם כו' אבל על מי שאינו בר דעת כו' ע"ש ורבנן פליגי ע"ז וא"כ מ"ש הרא"ש דכ"ע לאו דינא גמירי והיו סבורין שיועיל לשון שאלה כו' ה"ז כנדון דר' יוסי שאעפ"י שעל תרומה זו לא עלה על דעתו כו' וא"כ גם לר' יוסי לא הוי כאילו התנה מאחר שאינו יודע להתנות ולאו דינא גמיר וכ"ש לרבנן:

מיהו לכאורה שפיר מצינו דאע"ג שלא נעשה מעשה אמרי' דה"ל כאילו נעשה והוא בקדושין (דף נ"ב ע"ב) אבל הכא משום כיסופא הוא דאמר ליה משמע הא אם היינו יודעין באמת דלאו משום כיסופא הוא ה"ל קדושין גמורים אע"ג שבשעת קדושין עדיין לא נתן לו מ"מ מהני למפרע לומר דה"ל כאילו נתנם לו אעפ"י שאז לא נעשה מעשה מהני כאלו נעשה וא"כ י"ל גבי אומדנא נמי כן דה"ל כאילו נעשה מעשה. והנה הב"ח

באה"ע סי' כ"ח סעי' ט"ו הביא פלוגתא בדין הנ"ל שבחידושי הריטב"א פי' דלולי משום כיסופא הוה קדושין מכאן ולהבא ומיירי דהשתא איתנהו לקדושין בעין ביד האשה אבל בתוס' רי"ד נראה דס"ל דלולי כיסופא ה"ל קדושין למפרע וכ' הב"ש שכ"ד שא"פ והחמ"ח סי' כ"ח סק"ל והב"ש שם ס"ק מ"ד פי' גם כן שהקדושין מכאן ולהבא אבל הוא דחוק בגמרא ולפעד"נ דמרא דדינא שם הוא רבא ורבא לשיטתי' דס"ל ר"פ אלו מציאות יאוש שלא מדעת הוי יאוש דאמרי' הוכיח סופו דלמפרע נמי הוה מייאש וס"ל דאמרי' ג"כ הכא מדהשתא ניחא לי' כמ"כ למפרע הוה ניחא לי' ואנן קיי"ל כאביי דלא אמרי' הכי כמ"ש התוס' שם דכ"ב סע"א וגם רבא ל"ק רק בדבר שעומד להתייאש דהיינו דבר שאין בו סי' ובכה"ג דוקא הוא דמחזקי' מסוף אלמפרע כמ"ש בשט"מ וה"נ דוקא בדבר שדרך הבעלים שלא להקפיד אסרסי' דילי' עי' רש"י וא"כ אין זה ענין לדינו של הרא"ש שוב מצאתי מזה ג"כ בספר עצי ארזים ס"ק נ"ד דרבא לשיטתי' אזיל ומ"מ העלה דלהרמב"ם שבי"ד סי' של"א סעי' ל"א גם לאביי הדין כן כאן לפ"ז אם בעל הבית הי' אומר אחר הקדושין שמסכים שיהי' אצל המקדש במתנה ע"מ להחזיר ויקנהו מהאשה ויחזירנו לו י"ל דהוה קדושין למפרע להרמב"ם אבל כשאינו אומר כלום אין ראיה משם: קיצור מיהו בר"ן שם דיש אומדנא דמהני גם לנגד אמרי פיו וי"ל דגם כאן הוי אומדנא דמוכח שמסכים על מתנה ע"מ להחזיר אך גם אומדנא דמוכח לא מהני רק לבטל המעשה של המתנה ולהחזיק הדבר ביד הנותן אבל לא להפך שנמשיך ממנה מעשה חדש להפקיע הדבר מיד המשאיל לעשותה מתנה וראי' ממהריב"ל ח"ב סי' פ' וכ"מ לכאורה בגיטין פרק מש"א (דע"ג א') בדין אם לא יעמוד מחולי זה דאינו גט וכן ראיה ממתניתן סוף מסכת טבול יום דכל שלא התנה אף שיש אומדנא שהיה מתנה אינו כלום והא דגבי פרומא דשיכרא ממשיכי' מלהבא אלמפרע היינו משום דעכ"פ אמר אח"כ כן ובדבר שעומד לכך ולא מעצמינו ממש ועוד דגם שם רוב הפוסקים ס"ל שאינו רק להבא):

ד אך הנה לכאורה אפשר לפרש דעת הרא"ש בע"א. דהנה בטעמו דרב אשי ואמימר בב"מ שם פא"מ בשט"מ דיודע הי' שמרי אוהב החכמים כו' א"כ מוכח דכשידוע לן שאינו מקפיד ע"ז לא הוי גזל לכ"ע אלא רק מר זוטרא לא סמך ע"ז לפ"ז מ"ש הרמב"ם אם קידשה בתמרה ואגוז שאין דרך הבעלים כו' הוי ספק י"ל למד הדין מרב אשי הנ"ל רק פסק דהוי ספק שמא ל"ד ממש להא דמרי שהי' ידוע בכך שאינו מקפיד לגבי החכמים כנ"ל. או משום דהתם שאני שהאריס נתן להם ולא מעצמו לקחו הלכך כיון שהאריס נתן להם דבר שבעה"ב ג"כ לא יקפיד ע"כ בכה"ג דוקא אין לחוש לגזל משא"כ בנדון

דהרמב"ם שמעצמו לקח ע"ז דרך העולם להקפיד או משום דמר זוטרא פליג אפילו בכה"ג ולפ"ז יש לפרש דין של הרא"ש דכששאל לו ע"מ לקדש בו מהני האומדנא עכ"פ שבודאי אינו מקפיד שיהי' במתנה עמ"ל הלכך גם בלא דעתו יוכל לזכות בו לעצמו למתנה עמ"ל ועיין חמ"ח סי' כ"ח ס"ק ל"ה משום דמסתמא אין הבעל מקפיד כו' מיהו הב"ש שם סס"ק נו"ן כ' דאל"כ היה מותר כו' אלמא דזה אינו סברא כלל ועוד דהא שואל שלא מדעת גזלן הוה אלא כך י"ל דכשהשאילו כדי לקדש בו אז מסתמא י"ל דלא יקפיד על מעמ"ל ואז ה"ל דומיא דמרי שגם שם הוא לפי שנתן האריס עכ"פ ומ"מ לפ"ז ראיות שהביא הרא"ש מהא דב"ב גבי אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפלוני וכן מחלוק אינן מכריעות דשא"ה גבי אתרוג שהזכיר ל' מתנה ממש:

משא"כ הכא שאמר שאלה כנ"ל וא"כ מהו הראי' אם אמרו דהאומדנא מהני לקיים דבריו שיהי' מתנה ואדיבוריה קא סמכינן אלא דבמקום דשייך אכילת פירות מפרשין דהמתנה היא רק לפירות לפ"ד רבי מדאמר ואחריך לפ'. והיכא דליכא אכילת פירות עכצ"ל דלמיפק יהבי' ניהלי' דאל"כ לא יהי' לדבריו קיום ועי' רשב"ם דזהו רבותא דלא יכול לאוכלו כו' משא"כ בנד"ז דאדרבה דבריו מורין להפך ואדרבה משם מוכח דדוקא מדאמר ל' מתנה אמרי' דלמיפק יהבה הא השאילו לא מהני אעפ"י שהשאילו ביו"ט כו' עוי"ל דהתם שאני כיון דרשב"ג ס"ל דנכסי לך אף שאמר ואחריך לפלוני דקנין הגוף הוא ע"כ גם רבי דפליג מ"מ כשליכא פירות עכצ"ל דהקנה לו לצאת בו ועמ"ש לקמן אות ז' בפי' דברי רבי ומחלוק ג"כ אינו ראי' דהתם לא מהפכינן לה למתנה רק שמתירין לו לעשות קרע משום דאומדנא שאדעתא דהכי השאילו אבל להפך משאלה למתנה ליכא ראיה כלל משם. ואדרבה מוכח קצת בהפך מדקי"ל בי"ד סי' ש"מ סל"ד דמאחה הקרע אף אאביו משום דלא הקנהו רק השאילו כמ"ש הנ"י עב"י שם והרא"ש והטור י"ל לשיטת' שם אזלי דמהפכי הגי' וס"ל דאינו מאחה משום דהקנהו אבל כל הפוסקים לא כ"כ וכ"כ ב"י וב"ח שם ומ"מ י"ל כמו היתר הקריעה בחלוק כך השינוי משאלה להיות מעמ"ל אינו שינוי כ"כ ואפשר גם מר זוטרא דלעיל מודה ע"ז והנה הראיה מחלוק כתובה ג"כ בהגמ"ר דקדושין סי' תקמ"ה שנחלקו שם שני מורים והמקיים הקדושין הביא ראיה זו אבל הר"ש משאנץ שפסק ג"כ לקיים הקדושין נראה דלאו מה"ט דשואל אדעתא לקדש מהני אלא כמ"ש בתשו' מיימוני דשייכי להלכות אישות סי' י"ח דכיון דמסר לו הטבעת על מנת לקדש בו האשה וא"א לה להתקדש אא"כ היתה שלו במתנה או במכר אין לו לשמעון אלא דמיו גם כי הודה שמעון שבמתנה נתן לו ואע"פ שחזר בו למחרתו ואמר שבמתנה ע"מ להחזיר נתן לו אין בדבריו כלום עכ"ל הרי ס"ל דאף מתנה ע"מ להחזיר

כדי לקדש בו לא מהני אא"כ היתה שלו ממש ואם אמר לשון שאלה ודאי ליכא אומדנא שנתן לו לחלוטין עד שאין לו אלא דמיו אלא פי' כיון דמסר לו היינו שנתנו לו נתינה סתם על מנת לקדש בו את האשה ובכה"ג שפיר מפרשינן דנתנה לו לחלוטין ואין לו אלא דמיו כיון שנתנה לו סתם כדי לקדש בו וא"א לה להתקדש אא"כ היתה שלו כו', משא"כ אם אומר בפירוש שמשאילה לו לא נת' בתשו' הר"ש כלל שיהי' מהני ועוד דאי איתא דאפילו אמר שמשאיל לו אמרינן דר"ל שנותן לחלוטין ואין לו אלא דמיו משום דכיון דמסר לו כו' א"כ מהו שסיים ואע"פ שחזר בו למחרתו ואמר שבמתנה ע"מ להחזיר נתן לו אין בדבריו כלום. דר"ל שאינו נאמן שאמר כן כיון שהודה שבמתנה גמורה נתן לו הרי אפילו הי' נאמן שאמר כן נאמר דר"ל על מנת להחזיר דמיו במכ"ש דאפילו אמר רק לשון שאלה אמרינן כן כ"ש וק"ו בנתן לו מעמ"ל דעדיף מלשון שאלה יש לפרש כן מטעם הנ"ל דכיון דמסר לו הטבעת ע"מ לקדש בו האשה וא"א לה להתקדש כו' א"ו ס"ל דאם אמר בפי' שנותנו לו במתנה ע"מ להחזיר אף שנתן לו כדי לקדש בו לא הי' מהני ופליג בזה על הרא"ש ואין מפרשין לשנות דבריו וכ"ש אם אמר בפירוש שמשאיל לו לא הי' מהני אלא דכיון שמסר לו בנתינה כדי לקדש כו' אמת שהמורה הא' מהגמ"ר ס"ל כן דאפילו אמר ל' שאלה מהני אבל תשו' הר"ש נראה שאינה עד"ז ואע"פ שבד"מ סי' כ"ח ס"ק י"ב הבין הפי' דהר"ש קאי עמ"ש בלשון שאלה לפעד"נ כמ"ש דזהו דעת המורה הראשון מיהו בקיצור דיני המרדכי שהם באלפסי סוף חולין ושם סי' תקמ"ה משמע כמ"ש בד"מ סי' כ"ח והנה כל הנ"ל שכתבתי בפי' דעת הרא"ש בנוי ע"פ שטת השט"מ פא"מ שם בטעם מה שאכל רב אשי ואמימר אבל לפמ"ש התוס' שם דכ"ב סע"א אין ראי' כלל מיהו יש להביא ראי' ממקום אחר דהרה"מ ריש הל' גזילה כ' דאע"ג דאסור לגזול כל שהוא מדאורייתא אפי' פחות מש"פ מ"מ כ' קצת מן המפרשים דוקא כשיעור מאי דקפדי בי' קצת מן האנשים אבל ליטול מן החבילה קיסם או מן הגדר לחצוץ בו שיניו דליכא אינש דקפיד בי' בכי האי שרי עכ"ל וכ"ה בח"מ סי' שנ"ט והשתא בין שאלה למעמ"ל לכאורה ליכא שום קפידא לפ"ד הרא"ש פ"ד דסוכה דבמעמ"ל חייב באונסין כמו שואל יעו"ש (מיהו לפ"ד רשב"ם והמגיד פ"ג מהל' זכי' דאינו חייב באחריות י"ל דיש קפידא ועבח"מ סי' רמ"א דקיי"ל כוותייהו) וגם חייב יותר אפי' במתה מחמת מלאכה אך לפמ"ש הר"ן בפ"ג דסוכה והריטב"א בחידושיו דמ"א ע"ב סד"ה לא החזירו וז"ל ושמעינן משמעתין דמתנה ע"מ להחזיר נותנה לחבירו וחבירו לחבירו אפילו כמה דכל שחוזרת לבסוף לבעלים סגי עכ"ל משא"כ השואל אינו רשאי להשאיל וא"כ יש קפידא וחילוק בין שאלה למעמ"ל. מיהו לכאורה התוספות בסוכה שם ד"ה ואם לאו פליגי

עלייהו דכתבו ומה שלא החזירו ר' יהושע לר"ג אלא נתנו לר' אלעזר בן עזריה וראב"ע לר' עקיבא דעתו של רבן גמליאל היה כן [משמע דאל"כ] לא הי' ר' יהושע רשאי ליתנו לראב"ע אלא הי' צריך להחזירו לרבן גמליאל ועיין בתוספות פ"ק דקדושין ד"ו סע"ב ד"ה ואם לאו שכ' אע"פ שר' יהושע לא החזירו לרבן גמליאל כו' לכאורה י"ל דקושייתם אינו ממה שנתנו ר' יהושע לראב"ע כו' כ"א אמאי אח"כ לא החזירו ר' יהושע בעצמו לר"ג אך זה אינו כדסיימו שם דיחזור לידו אחר שיצאו כולם משמע דקושייתם הוא ג"כ כמו שהקשו בסוכה כנ"ל וכ"ד הרא"ש בסוכה שם כהתוספות ועיין בש"ע א"ח סי' תרנ"ח ס"ה פסק כמ"ש הר"ן וריטב"א וכ"כ המ"א שם בשם תשו' הרשב"א ותמיהני שלא הביאו דעת התוספות דלא ס"ל כן וליתנו להאשה הרי לכתחלה נתנו לו ע"ד כן וא"כ לדבריהם י"ל דליכא קפידא וכיון דליכא קפידא א"כ כשהשאילו יוכל השואל מעצמו לזכות בה להיות לו למעמ"ל דליכא משום גזל מאחר דליכא קפידא בהכי דמ"ל אם החפץ מצד עצם קטן מאד עד שאין בו קפידא כמו קיסם כו' או שאין קפידא מצד שאין חילוק בין שאלה למעמ"ל. ומ"ש הרמב"ם פ"ה מה"א ה"ח דבדבר שאינו מקפיד מקודשת מספק עי' מל"מ שם דהספק הוא מטעם אחר ודבריו צ"ע שהוא נגד סוגי' סנהדרין נ"ז א' דמשמע דאית לי' צערא מהסתם גם בפחות מש"פ ועי' תשב"ץ ח"א סי' כ"ג מיהו ט"ז וב"ש פי' דסתם בנ"א אינם מקפידי' לכן הספק שמא מ"מ זה מקפיד לפ"ז י"ל בין שאלה למעמ"ל דליכא שום קפידא הוי קדושין ודאין. ועוד דלא דמי להההיא דהרמב"ם דנטל מעצמו משא"כ הכא דהשאילו ע"מ לקדש ע"כ אין מקפיד כשיזכה מעמ"ל ובהא א"ש מ"ש הב"י בח"מ סי' קצ"ה סעיי' י"א ד"ה כ' המרדכי בס"פ הספינה קנין חליפין צריך שיהי' הסודר שלו אבל אם הוא שאול כיון דאינו יכול להקדיש אינו יכול ליתנו עכ"ל ואין נראה לי דאין דרך בני אדם להקפיד אם זה נוטל קנין בסודר שלו כיון שהוא מחזירו לו עכ"ל הב"י שם וקושי' הרמ"א שם מהרמב"ן לק"מ דשם מיירי שלא השאילו כלל ופשיטא דיש קפידא שאדם ישאל מעצמו משא"כ כשהשאילו א"כ יוכל לזכות מעצמו מעמ"ל דאין קפידא כו' אלא לפ"ז קשה להב"י יהי' מהני בקדושין ג"כ אפילו לא השאילו כדי לקדש כמו שם דמהני הקנין אפילו לא השאילו כדי לקנות וזה ליכא למ"ד כמ"ש בתשו' הרא"ש כלל ל"ה וי"ל דבקנין דמהני אם הקונה נותן להמקנה הסודר עמ"ל ליכא שום קפידא משא"כ בקדושין צריך ליתן להאשה מתנה גמורה על סמך שיקנהו ממנה בכה"ג יש קצת קפידא לכן בעינן שיתן לו אדעתא לקדש כו' ודוחק דהא בנתן לו מעמ"ל משמע דרשאי לקדש אף שלא נתן לו מעמ"ל כדי לקדש כו' והנה מהמרדכי שבב"י שם אין ראי' דפליג על הרא"ש דשא"ה שהשאילו כדי לקדש והרמ"א שם יוכיח דמחלק בהכי והנה

לדידן דקיי"ל בח"מ סי' רמ"א ס"ח דבמעמ"ל פטור מאחריות כהרשב"ם. א"כ לכאורה איכא קפידא טובא ואזיל לי' הך סברא דאמינא:

מיהו אפ"ל דלזה מהני עכ"פ מה שהשאילו אדעתא לקדש בו לפמ"ש הרא"ש אנן סהדי שדעתו ליתן לו בכל יפוי כו'. וא"כ מסתמא לא הי' מקפיד כלל על האחריות שהוא מילתא דלא שכיחא וכיון דאנן סהדי דליכא קפידא א"כ יוכל לזכות להיות לו מעמ"ל ומ"מ צ"ע דא"כ לא עדיף מדינו דהרמב"ם בדבר שאינו מקפיד דהוי ס"ק דהא גרע דהתם סתם בנ"א אינן מקפידים ואפ"ה מספקינן שמא האי גברא מקפיד. כ"ש הכא דיש קפידא טובא אלא דסמכי' אאומדנא ומי עדיפא הך אומדנא מרובא דסתם בנ"א כו' (אלא דלא) [דהא לא] אזלי' בתר רובא בד"מ. וכ"ש בתר אומדנא לרבנן דר' אחא (בב"ב דצ"ג). מיהו. י"ל בנדון דהרמב"ם שאני שנטל מעצמו וע"ז דרך העולם להקפיד איך יטול מעצמו משא"כ הכא שהשאילו ע"מ לקדש ומאחר שאי אפשר לקדש אא"כ יהיה מתנה על מנת להחזיר ובזה אין הפסד כלל להמשאיל י"ל דאינו מקפיד ע"ז כלל מאחר שהדבר נעשה ברשותו ולא חוץ ממנו ויש לחוש עוד דהא עכ"פ בעינן שנתכוין לקנות ולזכות במעמ"ל דבלא נתכוין לקנות כלל לא קנה כדאיתא ביבמות (דנ"ב) גבי עודר בנכסי הגר כו' והרי לא לקחו [רק] דרך שאלה ואפשר דכיון שנותנו להאשה בשעת קדושין דרך נתינה גמורה וחלוטה ע"כ הוה כאלו מתכוין לזכות לנפשו תחלה במעמ"ל עכ"פ ועיין בטור אה"ע סי' ק"כ בשם הרמ"ה גבי ונמצא זכיית הבעל וגירושי האשה באין כאחד:

קיצור. (י"ל דומיא דרב אשי אכל כיון דהאריס נתן ומרי ידוע שלא יקפיד כן כשהשאילו לקדש ואין הפסד כלל בין שאלה למעמ"ל יוכל לזכות מעצמו שיהיה שלו במתנה ע"מ להחזיר מיהו מאחריך וחלוק אין ראיה ומיהו התוספות פי' טעם אחר ברב אשי אך עכ"ז י"ל דדומה לדבר שאין מקפיד עליו דליכא משום גזל ועד"ז ס"ל להב"י בח"מ סי' קצ"ה דמותר להקנות קנין סודר בשאול):

ה א"ש מ"ש בש"ע א"ח סי' י"ד סעי' ד' מותר ליטול טלית חבירו ולברך עליה והקשה המ"א סק"ה למה יברך כו' ונדחק לתרץ דבאמת אין חיוב ברכה רק דרשאי לברך כמו הנשים אבל בט"ז שם סק"ה נראה דאמרינן דהקנה לו ע"מ להחזיר והיינו משום דניחא לי' לאינש למיעבד מצוה בממוניה כו' ולכן ניחא ליה שיקנה מעצמו ע"ד מתנה ע"מ להחזיר ואף להמ"א שם היינו דבלוקחה מעצמו לא שייך לומר כן אבל כשמשאיל לו שפיר י"ל דעכ"פ אינו מקפיד שיקנה מעמ"ל והט"ז שם הקשה על סברת הרא"ש גבי טבעת קדושין מדין אתרוג השאול דאין יוצאים בו ביום טוב הראשון ואמאי לא נימא כיון שיודע שא"א לצאת י"ח אא"כ נתנו לו במתנה ע"מ להחזירו ודאי נתכוין לזה כו'

ונדחק לתרץ בדוחק גדול וגם זה לא א"ש לפמ"ש דיזכה בו מעצמו שיהי' מעמ"ל מאחר שהשאילו ואין קפידא כו' ובחמד משה שם תירץ דלהרא"ש באמת דין אחד לאתרוג כמו בקדושין כו' וכ"ת א"כ שאול דכתב רחמנא היכי משכחת לה זה לק"מ דאי לאו מיעוטא דקרא הו"א דשאול ממש נמי יוצאין בו ואפילו לא נתכוין כ"א לשאלה ועכשיו גילה הכתוב דאין יוצאין בשאול ומעתה השואל לחבירו ע"כ למתנה ע"מ להחזיר יתכוין כו'. וכ"ך המ"א שם סי' י"ד סק"ח ובסי' תרנ"ח סק"ג בשם הרא"ש פי"נ. ועיין ברשב"ם פי"נ דקל"ז ע"ב ד"ה ואם לאו דעתינו מסכמת כו' ואע"ג דלא פריש כו' דלא גרע ממתנה ע"מ להחזיר כו' הובא בהרא"ש פ"ג דסוכה ועד"ז כ' המגיד סוף הלכות לולב בשם הרשב"א אכן הגמ"י ורי"ף ורמב"ם עי' מגיד שם וריא"ז בש"ג פ"ג דסוכה לא ס"ל כן וא"כ דברי המ"א הנ"ל דבהשאילו לצאת בו יוצא יש להם פנים לשטת רשב"ם וסיעתו וג"ז לא דמי ממש לשם. אבל לדברי הגמ"י והרי"ף וסיעתם ודאי דאינו יוצא וגם מדבריהם יש סתירה לכאורה לדעת הרא"ש גבי טבעת קדושין ומיהו נלע"ד שיש לחלק בין אתרוג לטבעת קדושין דהשאילו כדי לקדש בו עדיף טובא מהשאילו אתרוג דהתם י"ל שלא נתכוין כלל למתנה אלא דבאנו להוכיח דהא אין יוצאין בו וע"ז לא סמכינן לסתור דברים המפורשים בהדיא דבשאלה יהיב ליה משא"כ הכא אף שאמר לשון שאלה הרי עכ"פ השאילו ע"ד שהוא יתננו להאשה כדרך המקדש אשה. וקדושין ידוע לכל שהוא דרך מתנה א"כ הרי השאילו על דעת שהוא יוכל ליתנו במתנה א"כ אין לך מתנה ע"מ להחזיר מפורשת מזו ומה שאמר לשון שאלה היינו משום דלא נתנו לו לחלוטין כ"א שיחזירנו לו אח"כ לכן קורא זה שאלה. אבל עכ"ז ה"ל כפירש שיוכל ליתנו לאחר וא"כ מה בכך שקורא זה שאלה כיון דדבריו מבוארים שהיא ג"כ מתנה. וה"ל כהא דאיתא בב"ב פי"נ (דף קכ"ו ע"ב) כתב בין בתחלה בין באמצע בין בסוף משום מתנה דבריו קיימין הרי דאע"ג דלשון ירושה לא מהני מ"מ כשאמר ירושה תחלה והזכיר מתנה בסוף מהני לקנות וה"נ אף שאמר לשון שאלה כיון שמפורש ג"כ שהוא יתננה לקדושין י"ל דשאלה זו הוי מתנה ע"מ להחזיר הגם שי"ל שמא לא ידע דנתינת קדושין זהו מתנה מ"מ נתן לו רשות ליתן לקדושין מה דמדינא זהו מתנה משא"כ בהשאילו אתרוג וציצית שאין כאן רק שאלה לו לבד ולא שהוא יתננה לאחר דרך נתינה י"ל דמפרשי' דהוי שאלה לבד כפשוטו:

קיצור שי"ל גבי אתרוג אינו יוצא כששואל לו ולא אמרינן דמסתמא ה"ל מעמ"ל וכן משמע פשט לשון הש"ע סי' תרנ"ח. אבל הכא גבי קדושין כיון שנותן לו ע"ד לקדש בו האשה מסכים הוא, שיתננו להאשה מתנה גמורה רק שעכ"ז יהי' מחויב להחזירו לו ולא דמיו והיינו ע"י שיקנה אותו מיד האשה ויתן לה יותר משויו. עכ"פ הוא מחוייב

להחזירו לו רק שמותר לו ליתנו לה מתנה גמורה באופן שיקנהו ממנה ואם לא תאבה האשה להקנותו בחזרה ולא יקיים התנאי באמת הקדושין בטילין:
ו מיהו אפילו בנותן לו בפירוש מתנה ע"מ להחזיר צ"ע האיך יוכל לקדש בו האשה שצריך ליתנו לה מתנה גמורה הרי חייב להחזירו ומ"ש הרא"ש דחזרת דמים הוי חזרה ובכנה"ג בח"מ סי' רמ"א בהגהת הטור אות מ"ג הביא סברת הרא"ש זו ושהריב"ש בתשו' סי' ב' ס"ל להפך בפשיטות דחזרת דמים לא הוי חזרה ע"ש בתשו' במ"ש וא"ת האיך יחזיר המתנה והלא יש לו למכור הסחורה ההיא ולשלוח דמיה למפקיד כו' עכ"ל הרי ס"ל בפשיטות דחזרת דמים אינה חזרה אף שהמכירה היא בשביל טובת המפקיד ועיין מזה באריכות בשו"ת מהר"א בן ששון סי' ס"ג והזכירם הש"ך בח"מ סי' רמ"א והנה בש"ע או"ח סי' תרנ"ח גבי אתרוג פסק דאם לא החזירו אפילו נאנס לא יצא ידי חובתו והוא מדברי הרא"ש פ"ג דסוכה בשם בעל העיטור ומי לא איירי שבעל האתרוג כבר יצא י"ח בנטילת האתרוג והרי ביום שני היה יוצא בשאול ואעפ"כ אם לא החזירו לא יצא המקבל י"ח אף אם נאנס משום דאעפ"כ אמרינן דבודאי קפיד הנותן שיחזיר לו גוף האתרוג דוקא א"כ כמ"כ בכל מתנה ע"מ להחזיר י"ל כן שקפיד על גוף החפץ דוקא כדרך קפידת בעל האתרוג על גוף האתרוג אף שהיה יוצא י"ח גם בשאול וא"כ אם לא החזירו אף אם נאנס מידו וליתא בעיניה נתבטלה המתנה כיון שלא קיים תנאו וכ"מ ודאי מדעת הריב"ש שם. וכש"כ הכא כשמקדש בו האשה דאיתא בעיניה ביד האשה והרי בהדיא אמרינן בגיטין פ' מש"א (דע"ה) אימור דאמר רשב"ג היכא דליתא בעינא והיינו כגון שנאבדה כמו באבדה אצטליתו היכא דאיתא בעיניה מי אמר. וצ"ל דס"ל דמה שנתנו ליד האשה מקרי ליתא בעיניה כיון שאינו אצלו וכמ"ש בק"נ פ"ג דסוכה ס"ק ק"ג ובקצה"ח סי' רמ"א אבל באמת זהו דוחק גדול דכיון שישנו ביד האשה המתקדשת אין זה דומה כלל לליתא בעיניה ממש שנאבד דהתם יש אומדנא שעל סיבה כזו לא התנה בדוקא כמ"ש בתה"ד בסי' שי"א. משא"כ הכא שהרי ידע שיתננו להאשה ובשביל זה היה הנתינה ועכ"ז התנה בפירוש שיחזירנו לו דהיינו החפץ עצמו ואדרבה אפילו בליתא החפץ בעיניה יש מקום לומר שלא מהני כדמוכח מהא דאתרוג הנ"ל ומה שמוכח מהא דרשב"ג ורבנן דהיכא דלא לצעורא קא מיכוין מהני החזרת דמים וכמ"ש בתה"ד בסי' שי"א וז"ל אפ"ה היכא דליתא החפץ בעיניה אמדינן דעתיה שאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו אלא יטול את דמיו עכ"ל זהו כשהוא מבקש להוציא חפצו ממנה שכבר אין החפץ תחת ידו כ"א תחת ידה שתפסה בו למזונות וכה"ג אז אמרינן היכא דליתא החפץ בעיניה אמדינן דעתיה וכו' כנ"ל אבל כשהחפץ אצלו והוא נותנו מתנה ע"מ להחזיר י"ל

דקפיד שיחזירו לו דוקא גוף החפץ ולא דמיו ולכן אפילו ליתא בעיניה מתבטל המתנה כההיא דאתרוג אבל באיתא בעיניה ביד האשה ודאי תתבטל המתנה. ויתן לה תרקבא דדינרי ותחזיר לו הטבעת:

קיצור כשנותן לו מתנה עמ"ל לקדש בו האשה מוכרח להחזיר לו גוף הטבעת ולא מהני חזרת דמים דהא אפילו בליתא בעיניה אפילו שנאנס מתבטל המתנה עמ"ל גבי אתרוג אף שלמחר יוצא הנותן בשאול מ"מ קפיד כמ"כ י"ל דקפיד על טבעת שלו וכמו שהוכיח המכמ"א ש"ח סי' יו"ד וכ"נ דעת תשו' הריב"ש סי' ב' דהא התם הנותן רוצה שיהי' ליתא בעיניה ועדיף מנאנס וליתא בעיניה והא דגבי אצטלית אילו לא לצעורא מיכוין מהני חזרת דמים זהו בחפץ שתחת ידה ואינו תחת ידו שם י"ל דלא מקפיד כ"כ בליתא בעיניה אבל בחפץ שתחת ידו ונותנו במעמ"ל י"ל דקפיד טובא שיוחזר גוף החפץ לידו דוקא כמו גבי אתרוג דקפיד אף ליום שני וכש"כ הכא החפץ איתא בעיניה אף שהוא ביד האשה. ודאי קפיד שיוחזר לו גוף החפץ דוקא ולא דמיו:

ואפ"ל דהרא"ש אזיל לשיטתיה דמיקל בתנאי זה דאצטליתי אפילו לגבי גיטין דכתב בפרק מי שאחזו ססי' ז' דחזרת דמים לחוד לא מהני אבל כשמוחל ג"כ על גוף החפץ מהני ובש"ע סי' קמ"ג ס"ז הביא סברא זו בשם יש מי שאומר ועב"ש שם שהקשה ע"ז גם הבית מאיר שם כתב דסברה דחוקה כו' וכ"כ במכמ"א ש"ח סי' יו"ד דלכל הפוסקים לא מהני שום מחילה עם חזרת דמים וא"כ להרא"ש דמיקל בתנאי לענין החזרת דמים לכן מיקל ג"כ בנד"ז להחשיב מה שביד האשה כליתא בעיניה משא"כ לשא"פ החולקים עליו וכה"ג אמרינן בגיטין (דע"ה ב') רשב"ג היא דמיקל בתנאי וכן בעל העיטור שהרא"ש פ"ג דסוכה נסמך עליו לענין חזרת דמים ג"כ מיקל בתנאי דהחזרת דמים אפילו לענין גיטין בענין ע"מ שתחזירי לי את הנייר והר"ן שם חולק עליו ודבריו מוכרחים בגמרא כמ"ש במכמ"א. ועיין ב"ש סי' כ"ט סק"ד משמע דס"ל אפילו העיטור חולק על הרא"ש בנד"ז ואי משום דא"כ שנאמר שלא נתן לו אלא ע"מ להחזיר החפץ דייקא א"כ הרי לא ברירא שיתקיימו הקדושין דאולי לא תאבה האשה להחזיר והרי נתנו לו כדי לקדש נראה דזה אינו כלום דהא בה"ז גיטך והנייר שלי הגט בטל ולא אמרינן דא"כ ודאי לא עשה פועל בטל ונימא דחזרת דמים מהני א"ו כיון דהתנה התנה וכ"ש הכא שאפשר דמפייס לה המקדש במעות יותר משווי החפץ ותחזיר לו החפץ ועי' בהרא"ש פ"ג דסוכה סי' כ"ט שכ"כ בשם העיטור דחזרת דמים מהני והתם קאי אליתא בעיניה ומ"ש מה לי הן מה לי דמיהן אינו ענין לכאן דזה נאמר בפרק איזהו נשך (דס"ג) דשם אין שייך קפידא כלל שהרי נותן מרצונו הטוב הן או דמיהן רק משום חשש אבק רבית וע"ז אמר ר' ינאי מה לי

הן כו' ורב פליג ואינו ענין כלל להיכא שמתנה על הדבר ממש דאיכא ודאי קפידא רבה דהן דייקא ולא דמיהן ואפילו גבי פירות שמצויים לקנות בשוק משנה שלימה שנינו בפרק המפקיד (דל"ח) המפקיד פירות אצל חבירו אפילו הן אבודין ה"ז לא יגע בהן כו' ולא אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן ואפילו גבי מצא אבידה תנן פרק אלו מציאות (דכ"ח ע"ב) כל דבר שעושה ואוכל יעשה ויאכל כו' ופרש"י ולא ימכרה אותו המוצא אם שהו בעליו מלדרשו שכל אדם נוח לו בבהמתו שהכירה כבר כו' וכן בכל שארי הכלים כדאיתא שם (דכ"ח ע"ב) מצא ספרים כו' ובתפילין דשם דמיהן ומניחן משום דשכיחי בכל עידן בבית האומן גם זאת הוא במוצא אבידה לבד שיש לחוש שירקבו עד שיבוא הבעלים לדורשו עי' בהרא"ש שם סי' י"ח משא"כ בפקדון כנ"ל מדין המפקיד פירות כו' ועיין בהרא"ש פרק המפקיד סי' יו"ד דרב נחמן בר יצחק אית ליה דרב כהנא כו' לכן עכצ"ל דסמיך אטעם השני דיקנהו מן האשה ויחזירנו לו וכ"כ רבינו אביגדור בתשו' הרא"ש בשם מורו מאישפירא אך גם זה צ"ע איך רשאי ליתן מתנה חלוטה על סמך שיקנהו אח"כ מן המקבל שמא לא תתרצה למוכרו ולא יוכל לקיים תנאו להחזירו והרי נמצא שבמתנה זו יורד לספק ביטול התנאי דעמ"ל וא"כ שמא עי"ז הוי ביטול התנאי וא"כ בטלה המתנה לגמרי. ותדע שהר"ן בספ"ג דסוכה הוצרך להוכיח שהנותן לחבירו מעמ"ל יוכל ליתן לחבירו ע"מ להחזיר כו' משמע דייקא עמ"ל ולא מתנה גמורה דזה הוי כביטול התנאי והתוס' בסוכה דמ"א ע"ב משמע דחולקים על הר"ן וס"ל דגם מתנה עמ"ל לא יוכל ליתן וכמש"ל אות ד' ואין לומר דממ"נ אם לא ירצה המקבל השני למוכרו א"כ תיבטל המתנה לגמרי מפני שלא יתקיים התנאי של הנותן הראשון עם המקבל הראשון ותחזור ממילא לבעלים הראשונים וא"כ אינו יורד לספק ביטול התנאי דזה אינו דמ"מ לא יוכלו להוציא מיד המקבל השני כ"א ע"י שירדו עמו לדינא ודיינא וכל כה"ג י"ל שאדעתא דהכי לא נתן הנותן הראשון ועי' כה"ג בתוספות פרק בתרא דגיטין (דף פ"ד ע"א) סד"ה הכא ובחידושי הרשב"א שם ד"ה הכא בשם רבינו יצחק הזקן. ועיין תה"ד סי' ר"י בשם מהרי"ח אם קידשה בדבר שעבר על דין דאין השואל רשאי להשאיל י"ל דאינה מקודשת וכ"פ רבינו ירוחם נכ"ב ח"א א"כ כ"ש הכא שעבר ע"ד הנותן לו ע"מ להחזיר במה שנתן מתנה גמורה י"ל דאינה מקודשת. עוד יש לספק כאן חסר קצת] כ"ח ס"ק ל"א. ועוד דהא רוב הפוסקים ס"ל דמדאורייתא מתנה ע"מ להחזיר מהני גם בקדושין רק מדרבנן הוא דלא הוו קדושין כמ"ש בתוס' רפ"ק דקדושין (דף ה' סע"ב) ובחידושי הריטב"א שם ושאר פוסקים וא"כ כשהמתנה ע"מ להחזיר הוא. בענין שלא תחזיר עד שיתן לה דמי החפץ י"ל דמקודשת. מיהו לפרש"י שם אפשר גם בכה"ג לא

הוו קדושין וצ"ע ואפשר גם לשא"פ לא מהני עי' חידושי הרשב"א דאיהו לא מקדשה אלא בגופו של חפץ והרי מחוייבת להחזירו ובהדמים שיתן לה אח"כ לא קידשה אבל עכ"פ כשאינו מודיע לה הרי סבורה שמתקדשת בגוף החפץ ממש שנותנו לה לטבועין ע"ד נתינה גמורה ובאמת אינה מתנה גמורה אלא בצד א' היינו באם תתרצה להחזירה לו עבור מעות ואם לא תתרצה אין כאן נתינה כלל:

וא"כ היא מתנה ריעא מאד והיא סבורה שזהו מתנה טובה וה"ל כמו התקדשי לי בכוס של יין ונמצא של דבש כו' בדינר זה של כסף ונמצא של זהב כו' ועוד דעכ"פ אם האשה הקדישה את החפץ אינו הקדש וקיי"ל כל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה:

קיצור אפילו נותן לו בפירוש מתנה ע"מ להחזיר איך יוכל לקדש בו דחזרת דמים נראה דלא מהני כיון דאיתא החפץ בעין ביד האשה וצ"ל טעם ב' עיקר שיקנהו מן האשה ויחזירנו ומ"מ יש ע"ז ד' ספיקות הא' שבמתנה זו יורד לספק ביטול התנאי א"כ אף כשפודהו ממנו ומחזירו לא נקרא נתקיים התנאי כיון שעבר ע"ד הנותן ב' אולי ע"מ להחזיר היינו להחזיר לו תחלה טרם שיתנהו לאחר אפילו מעמ"ל. מיהו כשנתן לו ע"ד לקדש בו לא שייכי ב' ספיקות אלו רק במעמ"ל סתם והוא קידש בו שייכי ב' ספיקות אלו ג' הוא נתן דרך נתינה גמורה להאשה ובאמת הרי היא נתינה גרועה שאם לא תחזירנה הנתינה בטילה. ד' עכ"פ אינה מתנה שאם תקדישה מקודשת):

והנה אנהרינהו לעיינין סוגיא פרק המגרש (דפ"ד) בדין המגרש את אשתו ע"מ שתנשא לפלוני ונשאת מקודם לאחר אם גירשה האחר ונשאת אח"כ לאותו פלוני דלהרמב"ם פ"ח מה"ג הי"ג נישואי האחר היו באיסור ובניה ממנו ממזרים אע"פ שנשאת אח"כ לאותו פלוני לא מהני ולשא"פ כיון שנשאת לאותו פלוני הרי נתקיים התנאי ובניה מהאחר כשרים כ"ד הראב"ד והרשב"א. והר"ן כ' על הרמב"ם שדבריו תמוהים. וע' בטור וב"י סי' קמ"ג. והנה המגיד פי' שם טעמו דהרמב"ם דעל מנת שתנשאי לפלוני תחלה משמע ולכן כשנשאת לאחר תחלה עברה על תנאה ובטל הגט א"כ לפ"ז גם על מנת שתחזירהו לי י"ל ג"כ תחלה משמע היינו קודם שימכרנו או יתננו לאחר מיהו המכמ"א שער ח' סי' י"ח הביא ראיה מהגמרא בגיטין שם הפך ד' המגיד מדפריך הכא בדידה קיימא לאיגרושי כו' וא"כ לפ"ז מוכח לכאורה דע"מ שתחזירנו לי היינו ג"כ אפילו אחר כך. אך מהתוספות דסוכה דמ"א סע"ב לא משמע כן ואולי יש לחלק בין לפלוני ובין לי וכמ"ש בגמרא פ' יש נוחלין (דקל"ז ב') לעצמו לא והנה מ"ש המכמ"א שם טעם לדעת הרמב"ם הוא דחוק יותר למעיין. וא"כ צ"ל טעמיה דהרמב"ם דזה שירדה לעשות מעשה

שיש בה ספק סתירת התנאי לגמרי ה"ל ביטול התנאי אף אם אחר כך נתהוה שפעלה לקיים התנאי וביאור הדבר היינו כיון שא"א לה לקיים התנאי אא"כ יגרשנה האחר ולאו בדידה קיימא לאיגרושי א"כ יורדת למעשה שיש בה ביטול התנאי וכנ"ל בניתן לו מעמ"ל והוא נותן זה לאחר מתנה גמורה ומש"ה באמת להרמב"ם נק' זה ביטול התנאי ואע"פ שאח"כ גירשה האחר ונשאת לאותו פלוני לא מהני וא"כ ה"ה בנד"ז נק' זה מה שנתן מתנה גמורה ביטול התנאי וכ"פ הרמב"ם בהדיא פי"א מה' מכירה דין ה' ובש"ע ח"מ סי' ר"ז ס"ה אבל לשא"פ החולקים עליו והם הרבים כמו שנתבאר למעלה וס"ל דכשגירשה האחר ונשאת לפלוני בניה מהאחר כשרים. א"כ ה"ה בנד"ז אם קנה הטבעת מהאשה והחזירו להנותן הוי קידושין דהא לדבריהם ע"כ צ"ל מה שירדה לספק אין זה ביטול התנאי כל שנתקיים התנאי אח"כ:

קיצור (בנידון הספק הא' שבמתנה זו שנותן לה לקדושין יורד לספק ביטול התנאי י"ל לדעת רוב הפוסקים אין זה ביטול התנאי ועיין לקמן רסעי' ט'):

אבל הספק הג' אין לפשוט משם ולומר דכשם ששם נישואי האחר אין יכולים להתקיים רק אם יגרשנה ותנשא לפלוני ונמצאו הנשואין תלויין בצד אחד ועכ"ז כשגירשה הוי נישואין כמו"כ כאן אף שהקדושין אינן אא"כ תחזיר הטבעת עכ"ז כשהחזירה הוי קדושין דלא קרב זה אל זה כלל חדא דאף אם נשואי האחר אינן נשואין מ"מ בניה ממנו כשרים כיון דעכ"פ כשקיימה התנאי איגלאי מילתא דלא היתה אשת איש ואף לפמ"ש הרשב"א שם דאם קיימה התנאי ה"ל קדושי ונשואי האחר קדושין ונשואי' גמורים למפרע ולא עמדה אצלו באיסור פנויה מ"מ שאני התם שהאחר לא התנה עליה מאומה וגם לא הטעתו ואולי ידע מזה הענין משא"כ הכא שאומר הרי את מקודשת לי בטבעת זו. דמשמע שמקדשה בנתינת טבעת זו לחלוטין. והרי הטעה אותה דאינו יכול ליתנה כלל לחלוטין א"כ י"ל דאינה מקודשת וה"ל כדינר של כסף ונמצא של זהב ויש לחלק דהתם ודאי אינו של כסף והוא אמר התקדשי לי בדינר של כסף משא"כ הכא אם נתרצית אח"כ למוכרו לו ולקבל דמים ממנו וכן עשה והחזירו לנותן נמצא בשעת קדושין הי' שלו ממש ושפיר נתנו לה מתנה גמורה וקידשה בטוב כמו בדינר כסף ונמצא של כסף. אך לכאורה י"ל דדומה יותר לדין דינר כסף ונמצא של זהב וכשאומרת בלבי היתה להתקדש לו אע"פ כן ועכ"ז אינה מקודשת כיון דאינו כמו שאמר אלמא הרצון שלה עכשיו לא מהני ע"ז רק דבעינן שיהי' כמו שאמר. א"כ ה"נ עכ"פ אינו כמו שאמר דאיך נאמר שעכשיו כשנתרצית להחזיר איגלאי מילתא שנתן לה מתנה גמורה בשעת הקדושין מאחר שמוכרח להחזירו אין יכול ליתן יותר מהזכות שיש לו בו וא"כ

לא שייך כלל לומר מתנה גמורה שאיך יתן לה מה שאין לו בהחפץ כלל אלא דאם לא נתרצית אח"כ להחזיר אז הנתינה בטילה לגמרי ולא נתן לה אפילו מתנה ע"מ להחזיר וכשנתרצית להחזיר הוי נתינה כפי הזכות שיש לו בו שיוכל ליתנו מתנה ע"מ להחזיר החפץ עבור שיתן דמים מחירו אבל מתנה גמורה וחלוטה החפץ עצמו אי אפשר כלל ליתן וא"כ גרע מדינר של כסף ונמצא של זהב דהא זהב עדיף טובא מדמי הדינר של כסף א"כ כ"ש וק"ו מה שנמצא שאין לה בו רק דמי הטבעת והחפץ עצמו אין בכחו ליתן כלל ואפשר דמה"ט פשיטא ליה לרבינו שמשון בתשו' מיי' סי' י"ח דאם נתן לו מתנה ע"מ להחזיר כדי לקדש בו את האשה אינה מקודשת אלא דיש לדחות משום דהיתה מתרעמת על שאינה שלו כו' אף דמסתמא נתרצית אח"כ לקבל הדמים י"ל מיד שנתרעמה נתבטלו הקדושין ועי' בתשו' הרשב"א סי' אלף קפ"ו במ"ש ואין אומרים בכה"ג לא ידעה ולא הבינה דמ"מ הטעה הרי אף שי"ל שלא ידעה ולא הבינה אומרו בטבעת זו לכן אע"פ שאינה טבעת תהיה מקודשת לא אמרינן כן אלא דאע"פ שלא הבינה אומרו בטבעת כיון דמ"מ הטעה אותה שאמר בטבעת ונמצא כלי אינה מקודשת. כיון שהטעה. א"כ י"ל ה"ה בנד"ז אע"פ שאח"כ נתרצתה להחזיר הטבעת כיון דמ"מ בשעת הקדושין הטעה אותה שנתן לה טבעת בנתינה גמורה כאלו היא שלו לגמרי ובאמת אין ביכולתו ליתן נתינה לגמרי הרי הטעה אותה וגם מה שהיא מתרצה אח"כ י"ל משום כסופא הוא ומשום דאל"כ יתבטלו הקדושין ויהי' גנאי:

קיצור (הספק הג' הוא חזק שי"ל דה"ל כהתקדשי בדינר של כסף ונמצא של זהב. דהטעה אותה ולדעת הרשב"א אף שלא הבינה אומרו של כסף אינו קדושין וה"נ הרי הטעה אותה אף לגריעותא ולא לשבח):

וצריך לדחוק להרא"ש דזה שאין בכחו ליתן מתנה גמורה היינו לא מפני שלא נתנו לו לחלוטין דמתנה ע"מ להחזיר הוי לשעה מתנה גמורה כמתנה חלוטה רק מפני שצריך לקיים התנאי דתנאי זה אינו גורע מהות המתנה יותר משאר תנאי שאם התנה עליו ע"מ שילך למקום פלוני דודאי יכול לקדש בו אף קודם שילך וכשהלך אח"כ הוי קדושין אף דבשעת הקדושין היה ספק שמא לא ילך כיון דמ"מ כשילך איגלאי מילתא למפרע דהיה שלו וה"נ תנאי דע"מ להחזיר כשהחזירו אח"כ איגלאי מילתא דהוי מתנה גמורה:

קיצור. (להרא"ש צ"ל דאח"כ כשקנה הטבעת ממנה איגלאי מילתא שהיה מתנה גמורה ואע"פ שבשעת הקדושין היה צד אחד בהטעאה מ"מ אח"כ נשאר הצד שאין בו הטעאה משא"כ בדינר של כסף ונמצא של זהב נשאר ההטעאה קיימת וצ"ע ועמ"ש מזה ג"כ סוף תשובה זו) מיהו אם כן הרי עכ"פ לפחות ה"ל פלוגתא דרבוותא שהביא בשער המלך פ"ג

מהלכות זכייה ומתנה שמדברי הר"ר ישעיה שבהרא"ש פ"ג דסוכה סי' כ"ט מבואר דס"ל דמתנה ע"מ להחזיר אין הגוף קנוי למקבל ואין צריך שיחזור המקבל ויתנה לו במתנה וכתב שכ"ד הרשב"א וכ"ד י"א שהביא הריטב"א פ"ג דסוכה גבי לא ליקני אינש לולבא לינוקא ולהרא"ש והריטב"א הקנאה גמורה היא וממון שלו הוא וכשמחזירה לו הקנאה גמורה בעי כשאר הקנאות דעלמא עכ"ד ע"ש גבי ודע דמדברי הר"ר ישעיה ז"ל מבואר דס"ל דמתנה ע"מ להחזיר אין הגוף קנוי לו כו' ובאמת מ"ש הריטב"א דכשמחזירה לו הקנאה גמורה בעי לענ"ד קשה ע"ז טובא דמי עדיף הך מתנה עמ"ל שאין למקבל בה כלום לחלוטין כ"א לשעה מנכסי לך ואחריך לפלוני דקיי"ל כר"ש בן גמליאל דאין לשני אלא מה ששייר ראשון דגוף ופירות נתן לראשון ואפ"ה א"צ הקנאה מראשון לשני כ"א ממילא נקנה לו במות ראשון ולא עוד דאפילו נתן ראשון במתנת שכ"מ לא עשה כלום דכבר קדמו אחריך עיין בגמרא פי"נ דף קל"ז ע"א) ובפרשב"ם דמשעה דאין הראשון צריך לנכסים הללו זיכהו הנותן לזה השני אחריו כו' הרי דמתנה שנתן לראשון אע"פ שהיה בה קנין גוף ופירות נפקעה ממילא וזוכה השני וא"צ קנייה אחרת כלל. וכ"ש שי"ל כן במתנה ע"מ להחזיר לעצמו דאטו גרע עצמו מאחריך אדרבה עדיף טובא טפי כדאיתא בגמרא שם (דף קל"ז ע"ב) א"כ א"צ זכייה מהמקבל להנותן כי ממילא הוא שלו כשמחזירו וכ"ש דגם מעיקרא לא זכה בה כ"כ כמו בנכסי לך ואחריך לפלוני שהרי אינו יכול למכור וליתן ובאמת גבי עובדא דר"ג ור' יהושע בסוכה (דף מ"א ע"ב) לא משמע כלל שחזר והקנו לרבן גמליאל כ"א שהחזירו לו כו' דא"כ הל"ל וחזרו ונתנו לרבן גמליאל גם הנה שם פי"נ גבי נכסי לך ואחריך לפלוני כ' הנ"י בשם הריטב"א בשם שני רבותיו דאע"ג אם מכר ונתן הראשון אין לשני בה כלום מ"מ אם לא מכרו ונתנו אלא ששעבד ואפילו באפותיקי מפורש ובמשכונא ומת יורד השני ואין בעל חוב זה גובה ממנה כל שלא מכר ונתן ממש זוכה בהם אחריך אם לא החליט לו מחיים עכ"ד:

וא"כ איך כתב הריטב"א פ"ק דקדושין (דף ז') גבי מתנה ע"מ להחזיר ומסתברא שאם שעבדה לבעל חובו הרי הוא משועבד ומחזיר וגובה ממנה לאחר חזרה וכדפרישית פי"נ עכ"ל וא"כ יציבא בארעא כו' דהא בנכסי לך ואחריך לפלוני יש לראשון קנין הגוף יותר הרבה מבמתנה ע"מ להחזיר כנ"ל ותדע דאפילו לרבי דפליג על רשב"ג שם וס"ל דאין לראשון רק קנין פירות אבל לא יוכל למכור וליתן עכ"ז ס"ל דהראשון יוצא באתרוג כזה. א"כ גם לרבי ה"ל כערך ומדריגת מתנה ע"מ להחזיר דג"כ איתא שם הרבותא דיוצאים בו אלמא דחדא דרגא הוא עם הא דרבי וא"כ לרשב"ג דיש לראשון קנין הגוף ממש עדיף טובא ממתנה ע"מ להחזיר ועיין בטור ח"מ סי' רמ"ח ובב"י שם סעיף ד' ה' שיש

מחלוקת הפוסקים בדין זה שכ' הנ"י גבי נכסי לך ואחריך לפ' דלא מהני שעבוד כי הר"מ מרוטנבורג והרא"ש והמרדכי והגמ"יי לא ס"ל כן אבל גבי מעמ"ל לפע"ד כולם יודו דלא מהני שעבוד דדוקא גבי נכסי לך כו' דמכירה מהני ס"ל להר"מ וסיעתו דה"ה שעבוד אבל גבי מעמ"ל דאם מכר ונתן לא עשה כלום ה"ה דשעבדו לא מהני וכן משמע ממ"ש בעה"ת סוף שער ב' קנה הזוכה מה שזיכה לו עד שיגיע זמנו אך אם עשאה בסתם כו' יכול המקבל לעכב בידו מתנתו זמן מרובה כו' והובא בקיצור בסמ"ע סי' צ"ט סק"ה. דמזה מבואר דעכ"פ מוכרח לחזור אח"כ למלוה ואי איתא הרי יכול המקבל לשעבדה לבעל חוב שלו ואז לא יהנה מזה המלוה של הנותן כלום כמ"ש הריטב"א שמחזיר וגובה ממנה לאחר חזרה ולא משמע כן מדברי הבעה"ת שדבריו לקוחים מהרמב"ם בשם תקנת הגאונים וכ"מ ממ"ש בגמ' דסוכה (דף מ"א ע"ב) מילתא אגב אורחא קמ"ל דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה והפי' דאע"ג שאין לו בו קנין עולם רק לשעה עכ"ז ה"ל מתנה ויוצא בו ואי איתא דיוכל לשעבדה לבעל חוב שלו א"כ כיון דיש לו בה זכות גם אלעולם ממש וגם לשעה נתנה לו מתנה ממש א"כ לא הוי רבותא כ"כ דהוי מתנה עד שיצאו בו ועוד דא"כ כשהקשו הפוסקים ממתנת בית חורון על מעמ"ל והרי להריטב"א יש חילוק עצום ביניהם דכאן יוכל לשעבדה לבעל חוב ונמצא יזכה בכל דמיה משא"כ במתנת בית חורון דפירש ואינן לפניך אלא כדי כו' וגם כאן יוכל להקדיש זכות זה דהוי כמעט כל ערך החפץ אע"ג דהרשב"א כ' דמה שפי' הראב"ד אי מקדש להההוא זכות כו' אינו מחוור התם הוי דבר קטן הזכות שיש לו בו אבל לפי' הריטב"א דהוי כל שיווי החפץ י"ל כן וכ"מ ממ"ש התוספות דסוכה (דף מ"א ע"ב) אבל הכא דמזכה ליה שיהנה בו משמע רק שיהנה בו אבל לא יוכל לשעבדה ממש והטעם נראה פשוט דע"מ שתחזירהו לי מידי דחזי ליה קאמר ליה כמ"ש בגמרא וא"כ היינו נמי לאפוקי כשיש עליו שעבוד וחוב לאחר שמוכרח לסלק לו א"כ אינו חזי ליה כמו שהיה מקודם הנתינה. וגם כמ"ש הפוסקים ובש"ע א"ח סי' תרנ"ח גבי ע"מ שתחזירהו לי דאתרוג שאם החזירו אחר החג לא יצא כו' והיינו משום דאומדן דעתא הכי הוה כמ"ש בב"י שם בשם הר"ן וכ"כ עוד הב"י בח"מ סימן רמ"א סעי' ט' מחודש ד' בשם תשובת הרשב"א סימן אלף לא נתכוין זה אלא שיחזירנו לו למה שצריך לו כו' ובלבד שיחזירהו בענין שהוא ראוי לו כו' ע"ש וא"כ ה"נ יש לומר ובלבד שיחזירהו לו בענין שלא יצטרך להוציא מנה על מנה. ואין לומר דנכסי לך ואחריך לפ' ה"ל כאומר הא לך מתנה זו ותחזירם לי דגרע ממתנה על מנת להחזיר כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"א סי' קצ"ח וסי' תשנ"ח הובא בש"ע י"ד סי' ש"ה ס"ח בהגה"ה דהא הש"ך שם סק"ח פי' הטעם דהתם לא גמר בלבו שעה א' לשם מתנה

והט"ז שם סק"ז פי' הטעם דהוי חזרה משא"כ בנכסי לך ואחריך לפ' לא שייך כ"ז. עכ"פ נראה הריטב"א מעדיף טובא כח המעמ"ל לענין שעבוד ולענין שצריך לחזור ולהקנות ממש ולכן ס"ל דגופו קנוי אבל להאומרים דלא יוכל לשעבד אפשר שאין בה קנין הגוף וכמ"ש הר"ר ישעיה ויש לדמותו לאתרוג ואחריך לפלוני לפ"ד רבי דאע"פ שיוצא בו מ"מ אין לו בו קנין הגוף:

קיצור להר"ר ישעיה במתנה ע"מ להחזיר אין הגוף קנוי להמקבל ולהרא"ש והריטב"א הקנאה גמורה היא ומ"ש הריטב"א דכשמחזירה לו בעינן הקנאה קשה ע"ז דמי עדיף מנכסי לך ואחריך לפלוני ואפ"ל הריטב"א לשיטתי' דבפ"ק דקדושין דף ז' שהמקבל מעמ"ל אם שעבדה בחובו הרי הוא משועבד וגבי נכסי לך ואחריך לפלוני ס"ל יש דעות אם שעבדם הראשון אם אחריך מפקיע השעבוד וא"כ כ"ש גבי מעמ"ל דלא יוכל לשעבדה לכן י"ל הריטב"א דס"ל שיכול לשעבדה ס"ל שיש לו בה קנין הגוף אבל לשא"פ דס"ל שאינה יכול לשעבדה י"ל דלא עדיף מאתרוג זה לך ואחריך לפלוני לרבי דאע"פ שהראשון יוצא בו אין לו בו קנין הגוף):

ולכאורה לפמ"ש הפנ"י בקדושין (דף ו') דלרש"י במתנה עמ"ל לא הוו קדושין מדאורייתא כמו בחליפין ממש ושכן משמע בחידושי הרשב"א לשם ומ"ש התוס' שם ד"ו סע"ב הא בחליפין גופייהו אמר בנדרים דמ"ח דאי תפיס לה מיתפסי הנה הר"ן והרשב"א בנדרים שם העלו דאי תפיס לא מיתפשי וכ"כ בב"י סי' קצ"ה סעי' ה' בשם בעל העיטור ורבינו ירוחם ובסעיף י"א כ"כ בשם הרא"ש וכ' הר"ן שם דמ"ח ע"ב גבי דהא סודרא קני על מנת להקנות הוא דכי יהיב קונה סודרא למקנה אינו מזכהו בו לשום דבר אלא שיהא לו בו קנין בכדי שיקנה לו קרקע שלו כו' וכ"כ בחידושי הרשב"א שם ד"ה ועוד סודרא וז"ל שההקנאה גרועה שאינו קונה הסודר קנין גמור אלא כדי שיקנה בו את השדה לבעל הסודר עכ"ל אלא דבמתנה ע"מ להחזיר משמע בר"ן שם דעדיף ממהות מתנה דקנין סודר כמש"ש דף מ"ח ע"א דמ"מ לשעתה מתנה היא ואתי שפיר לגירסת הספרים בקדושין (ד"ו סע"ב) גזירה שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין גזירה לבד אבל לגירסת רש"י שם לפי שאין אשה נקנית בחליפין משמע דמתנה עמ"ל וקנין סודר הם שוים בענין מהותם. וא"כ גם במעמ"ל ליכא קנין הגוף וכדעת הר"ר ישעיה (ועיין בב"י בח"מ רסי' קצ"ה סעי' ד' ונראה כו' מההיא כו' ואיני יודע למה הוצרך לזה הא אפילו קני על מנת להקנות קני וצ"ל דהוצרך לזה לדעת רב עמרם דס"ל כרב אשי בנדרים שם כמ"ש בב"י שם סעי' י"א ואפ"ה מתנה ע"מ להחזיר מהני דכשפירש ע"מ להחזיר עדיף). והא דמשמע בגמרא בנדרים שם (דמ"ח סע"ב) דמתנת בית חורון הוא קני על מנת להקנות

וא"כ עכצ"ל דמתנה על מנת להחזיר עדיפא מזה י"ל דלפרש"י אין העדיפות לשיהיה בה קנין יותר אלא העדיפות הוא דכשפירש על מנת להחזיר עדיף מכשמקנה בסתם וההקנאה גרוע כעין מ"ש הרא"ש פי"נ סי' ל"ח ובזה מתורץ קושיית התוספות בבכורות פרק יש בכור דנ"א ע"ב ד"ה הלכך אי נמי הגריעות דמתנת בית חורון הוא מטעם דמסיק הש"ס שם דסעודתו מוכחת עליו או משום דויתור אסור כו' והשתא לא מיבעיא את"ל כדעת הר"ר ישעיה שבמתנה עמ"ל אין למקבל בה קנין הגוף ממש רק דוגמת קני ע"מ להקנות וה"נ קני האתרוג כדי לצאת בו כו' א"כ ודאי אם נותנו מתנה גמורה לאחר אין זו מתנה כלל אף אם קיים התנאי אח"כ דמאחר שלא היה לו בו קנין הגוף איך יתן לאחר בו קנין הגוף אלא אפי' לפ"ד שאר הפוסקים דמשמע דס"ל דהוי קנין ממש לשעה. ועוד דעכ"פ נתן לו שיהנה בו כמ"ש התוספות בסוכה (דף מ"א ע"ב). משא"כ בק"ס. מה גם לפי הגירסא בקדושין (ד"ו סע"ב) גזירה שמא יאמרו כו' כנ"ל עכ"ז יש לומר דאינו יכול ליתן מתנה גמורה דהוא קנין לחלוטין ואפילו אם יקננה ממי שנתן לו ויחזירנו לנותן ויקיים תנאו עכ"ז י"ל דלא היה ע"ז דין מתנה גמורה אצל מי שנתן לו דזה שנתן לו לא עדיף מגברא דאתי מחמתיה שלא היה לו בהחפץ קנין עולם רק קנין שעה ומ"ש לעיל לדמות זה לשאר תנאי דעל מנת שאף אם נותן לאחר קודם שמקיים התנאי הוי מתנה גמורה כל שמקיים התנאי אח"כ לא דמי כלל דהתם הדבר קנוי לו קנין עולם רק שעליו לקיים התנאי ולכן גם קודם שמקיים התנאי יוכל ליתן מתנה חלוטה כיון בידו לקיים התנאי והתנאי הוא בעל מנת דכשמקיים התנאי קונה מעכשיו קנין עולם משא"כ תנאי זה דעל מנת להחזיר שאף כשמקיים התנאי לא היה לו בו קנין עולם רק קנין לשעה א"כ איך יוכל ליתן בו לאחר קנין עולם מה שלא הי' לו בו קנין כזה מעולם כלל. ואין לומר דכיון שנתן לו מתנה ע"מ להחזיר אדעתא לקדש בו את האשה. וידוע דלקדש האשה צריך ליתן מתנה גמורה א"כ ה"ל כהרשהו ג"כ ליתן מתנה גמורה רק דמ"מ מחוייב לקנותו ממנה אף ביותר מדמיו בכפלי כפלים ולהחזירו להנותן וא"כ לפ"ז כיון דברשות נתן המתנה גמורה ה"ל מתנה גמורה דסוף סוף מאחר שהתנאי מעכב שמחוייב להחזיר לו שאף אם לא תתפייס בשום מעות עכ"ז מחוייב להחזיר החפץ א"כ סוף סוף אין לו זכות לחלוטין בהחפץ ואין ביכולתו כלל ליתן מתנה גמורה ועוד דהרא"ש כ' בהדיא פ"ק דקדושין ס"כ דכ"ע לאו דינא גמירי והיו סבורין שיועיל לשון שאלה כו' א"כ י"ל דלא הרשהו כלל ליתן מתנה גמורה וכ"ש בנותן לו סתם מתנה ע"מ להחזיר והלך וקידש בו האשה דאף אם קיים תנאו וקנהו מהאשה והחזירו להנותן דיש לחוש טובא יותר:

קיצור (לפ"ד רש"י פ"ק דקדושין י"ל מעמ"ל זהו כערך הקנאת הסודר וגבי קנין סודר ס"ל להרשב"א והר"ן ספ"ה דנדרים שאינו זוכה בו לשום דבר אלא שיהא בו קנין בכדי שעי"ז יקנה לו קרקע שלו והר"ן ס"ל דמע"מ להחזיר עדיף מהקנאת הסודר דמ"מ לשעה הוי קנין והשתא לפ"ד הר"ר ישעיה הנ"ל וכן לפרש"י שבמעמ"ל אין לו בה קנין הגוף א"כ נותנו מתנה גמורה לזו המתקדשת לאו כלום הוא אלא אפילו לפ"ד שא"פ דיש לו בה קנין הגוף כיון שהוא רק קנין לשעה אין בכחו ליתן יותר מזכותו דהיינו קנין עולם לכן לא דמי מעמ"ל למתנה על מנת איזו תנאי דשם ע"י קיום התנאי יש לו בה קנין עולם. אבל במעמ"ל אף שיקיים התנאי אין לו בה קנין עולם כ"א קנין. שעה ואיך יתננו לאחר קנין עולם ואין לומר דכיון שנתן לו במעמ"ל כדי לקדש בו האשה ה"ל כהרשהו ליתנו במתנה גמורה דזה אינו כיון שמ"מ התנאי שיחזירנו לו הוא לעיכובא א"כ הקנה לו רק קנין שעה וממילא א"א לו ליתנו קנין עולם דזהו ב' הפכיים וכמו מתנה על דבר שאי אפשר הגם דשם התנאי בטל והמעשה קיים הכא א"א לומר כן דהרי אפשר לו לקיים התנאי וא"כ התנאי אינו בטל וממילא מה שהרשהו לקדש בו אינו פעולה לדינא וכ"ש בנותן לו סתם מעמ"ל והלך וקידש בו את האשה דיש לחוש יותר):

ונידון החשש שאיך הוי נתינה הלא אם המתקדשת היתה באה להקדיש החפץ אינו קדוש הנה קושיא זו הקשו ג"כ כל הראשונים על דין מתנה על מנת להחזיר שהרי אם הקדישה אינה מקודשת ותנן ספ"ה דנדרים שכל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה והנה התוספות בפרק יש נוחלין (דף קל"ד ע"א) תירצו ב' תירוצים הא' דבמתנה עמ"ל יכול הוא להקדישו כל זמן שהוא בידו שלא יהנו אחרים ממנו כו' הב' לר"י נראה דלא תליא מתנה בהקדש ומתנת בית חורון שאני שלא נתנה לו שיהנה המקבל שום הנאה שבעולם אלא שיהא מותר לאביו של נותן זה כו' וכן כתבו עוד בסוכה דמ"א ע"ב וכתירוץ זה השני כתבו ג"כ התוס' והר"ן בנדרים ספ"ה והריטב"א בסוכה שם והרשב"א פ"ק דקדושין ד"ו בשם הרמב"ן וגם כ' בשם הראב"ד כעין תירוץ קמא דהתוספות בסגנון אחר קצת והוא דמתנה עמ"ל נמי אי מקדיש זכותא דאית ליה בגויה קדיש כגון אתרוג ע"מ לצאת בו ולהחזירו אי מקדיש לזכותיה וטובת הנאה שיש לו באתרוג זה כו' וכ' עליו הרשב"א שזה אינו מחוור כלל וכ"כ עליו הריטב"א בסוכה שם. והרא"ש פרק יש נוחלין סי' ל"ח תירץ בענין אחר משני התירוצים הנ"ל והוא לחלק בין נותן מתנה בסתם ובין כשמפרש דבריו על מנת להחזיר וכה"ג דבנותן סתם בעינן שתהא מתנה גמורה עד שתהא ברשותו לעשות בה כל צורכי חפצו אבל אם פירש דבריו אפילו נתן שלא ליתן ושלא למכור ושלא להקדיש ושלא יעשה בו דבר כי אם דבר אחד הוי

מתנה לאותו דבר וכן כתב הטור ח"מ סי' רמ"א סעיף ז' ח' והב"י שם לא העיר ע"ז אם חילוק זה מוסכם מכל הפוסקים או לא ומ"מ בש"ע שם כתב זה בשם יש מי שאומר: ולכאורה התוספות והרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א כולם לא ס"ל כן שהרי לא נזכר כלל בדבריהם חילוק זה בין נותן סתם לפירש דבריו אלא עיקר החילוק הוא לפמ"ש התוספות דמתנת בית חורון שאני שלא נתנה לו שיהנה המקבל שום הנאה שבעולם כו' הוי הערמה בעלמא והר"ן כ' שלא נתכוין להקנותה לו כלל והרשב"א והריטב"א כ' דסעודתו מוכחת עליו דהוי הערמה בעלמא ועכצ"ל כן גם להר"ן דהא סודרא נמי קני ע"מ להקנות הוא שאינו מתכוין לזכהו בו כלל כו' אלא דמ"מ אינו הערמה א"כ מדברי כולם משמע דכל שמזכהו לו ממש שיהנה בו אפילו לא יוכל להקדישה הוי מתנה אפילו בנותן סתם אלא דאי אפשר לצייר דכשנותן סתם אמאי לא יוכל להקדישו ואפשר שהרא"ש מפרש כן הירושלמי ספ"ה דנדרים וז"ל רבי ירמיה בעי מעתה אין אדם נותן מתנה לחבירו על מנת שלא יקדישנה לשמים כיני מתניתין כל מתנה שהיא כמתנת בית חורון שהיתה בערמה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה עכ"ל והנה התוספות דפי' שהיתה בערמה היינו שלא נתנה לו שיהנה המקבל שום הנאה שבעולם כו' אבל הרא"ש מפרש דהערמה היינו לפי שלא פירש לו על מנת שלא יקדישנה כי אם נתן לו מתנה סתם ועכ"ז אינו יכול להקדישה משום שאמר לו והן לפניך עד שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה. וכן הגירסא במשנה שבגמרא דילן הינון לפניך כו' א"כ זה גרע טפי אמנם לפי הגירסא שבמשניות ואינן לפניך אלא כדי שיבא אבא כו' וכן הוא בפי"נ (דף קל"ד) א"כ לכאורה י"ל דה"ל כפירש דבריו שאינו נותן לו רק לדבר אחד דהיינו כדי שיבא אבא כו' ועכ"ז לא מהני ועכצ"ל מטעם שכתבו הפוסקים דלא כהרא"ש ואפשר כוונת הרא"ש דדוקא כשפירש דבריו דרך על מנת מהני משא"כ בסתם או אף שפירש ואינן לפניך כו' כיון דלא הוי דרך על מנת לא מהני דכשמתנה דרך על מנת א"כ המתנה בעצמה היא מתנה רק שאין יכול להקדיש מפני התנאי משא"כ כשעצם המתנה היא ששייר בה וע"ד שחילקו בפרק בתרא דגיטין בין תנאי דעל מנת לתנאי דחוץ כו'. גם בתשו' הרשב"א ח"א סי' קצ"ח וסי' תשנ"ח הובא בש"ע י"ד סי' ש"ה ס"ח בהגה"ה משמע כן לחלק בין תנאי דעל מנת ובין תנאי דותחזירהו לי משום דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ועי' בגיטין (דף ע"ה א') גבי ע"מ שתחזירי לי את הנייר דהוי גט משא"כ כשאמר והנייר שלי והטעמים שכתבו הט"ז והש"ך סי' ש"ה שם דחוקים מאד דהטעם שכ' הש"ך סק"ח סתרו בט"ז סס"ק ז' דלמה נאמר כו' וגם הטעם של הט"ז דחוק מאד ואעפ"כ דברי הט"ז יש לפרש ע"ד שנתבאר. מיהו אין ראיה כלל משם דהתם משום דשייר לה בגט ואין זה

כריתות אבל במתנה לא שייך זה כלל וא"כ עכצ"ל כוונת הרא"ש רק כשנותן בסתם דוקא ולא פירש כלל אלא דא"כ צ"ל דהא מוכיח דין זה ממתנת בית חורון והרי שם פירש דבריו ואינן לפניך אלא כדי כו' וי"ל דכוונת הרא"ש רק לפרש כן מה שאמרו חכמים שם הלשון כל מתנה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה:

זהו דוקא כשנותן בסתם ואינו מפרש דבריו אבל מתנת בית חורון אע"פ שפירש דבריו לא מהני משום מאי דאסיק בגמרא שם משום דסעודתו מוכחת עליו וכן משמע בהרא"ש שם פי"נ סל"ח דכך היא כוונתו ולכאורה יש ראיה לסברת הרא"ש מפרק יש בכור (דנ"א ע"ב) אמר ליה לא גמרת ויהבת כו' הלכך אין בנו פדוי וכ' התוספות שם תימא מ"ש ממתנה, ע"מ להחזיר כו' ולסברת וחילוק של הרא"ש א"ש דהתם כיון שנתן בסתם ואעפ"כ היה כוונתו שיחזירנו לו גרע טפי משפירש שנותן לו ע"מ להחזיר ולכן שם אין בנו פדוי וכן משמע מתשובות הרשב"א הנ"ל שמבואר בהם שמהדין דפרק יש בכור הנ"ל לקח מ"ש דלא מהני אלא בתנאי דעל מנת דוקא לא זולת ע"ש אבל התוספות פרק יש בכור שם שתירצו דהכא רבי חנינא לא היה רוצה לזכות אלא במתנה גמורה כו' עכצ"ל דלא ס"ל חילוקו של הרא"ש ולשיטתייהו אזלי בפרק יש נוחלין (דקל"ד ע"א) ובסוכה (דף מ"א ע"ב). והרא"ש בפרק יש בכור שם כתב ג"כ כתירוץ התוספות שם והתימא שלפי חילוקו בפי"נ סי' ל"ח לא היה נצרך לתירוץ זה כלל. ומעתה נשוב לנ"ד שהמקדש נותן להמתקדשת נתינה סתם. ועכ"ז אם המתקדשת הקדישה החפץ אינו קדוש מאחר שאינו של המקדש רק במתנה ע"מ להחזיר וא"כ לפ"ד הטוש"ע ח"מ סי' רמ"א ס"ו שכתבו חילוקו של הרא"ש פי"נ סל"ח אין זו הנתינה של המקדש להמתקדשת חשובה נתינה כלל כיון שנתן לה בסתם בעינן שיהא ברשותה לעשות בה כל צורכי חפצה להקדיש ולמכור וליתן כו' וכיון שאין יכולה להקדישו וכה"ג כמו שכתבו הפוסקים בפשיטות דמתנה ע"מ להחזיר אם הקדישה אינה מקודשת. א"כ לא עדיפא מגברא דאתיא מחמתיה וא"כ כיון דאיכא בה תרתי לריעותא שניתן לה בסתם ואעפ"כ אינה יכולה להקדישו אינה מתנה כלל אבל לפי חילוקם של התוספות והרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א י"ל דאין זה מזיק כיון דעכ"פ בנד"ז יש לה קנייה גדולה במתנה זו אע"ג דאיכא קצת הערמה שנתן לה דרך מתנה גמורה מה שאין בכחו כלל מ"מ לא דמי כלל להערמה דמתנת בית חורון דר"ל שלא נתן לו לשיהנה שום הנאה כו' משא"כ הכא ולתירוץ קמא דהתוספות פי"נ ולהראב"ד צ"ע דאע"ג דיכולה להקדיש הזכות שיש לו בהחפץ מ"מ הרי אינה יכולה להקדיש כפי מה שנתן לה שהרי נתן לה בדרך מתנה גמורה וא"א לה להקדיש הקדש ג"כ להיות הקדש גמור לחלוטין משא"כ

בנותן מתנה עמ"ל יכול המקבל להקדיש כל מה שנתן לו ואין לצדד לדעת הרא"ש פי"נ והטור סי' רמ"א ע"פ מ"ש הרא"ש פ"ק דקדושין ס"ך וז"ל וגבי שור בפרק יש נוחלין כו' ע"ש וא"כ ה"נ יכולה להקדיש ותחזיר הדמים או הבעל מחוייב להחזיר הדמים דהא כל הפוסקים לא ס"ל כן דאל"כ אין מקום והתחלה לקושייתם מכל מתנה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת על מתנה עמ"ל כו' גם מ"ש הר"ר אביגדור הכהן בתשו' הרא"ש סי' ל"ה דמעמ"ל נקרא יכול להקדיש ואי משום דצריך להחזיר יפדהו מההקדש משמע מהפוסקים דלא ס"ל כן וכנ"ל:

קיצור. (נידון הספק הד' דכל מתנה שאם הקדישה אינה מתנה לפ"ד התוספות פי"נ דקל"ד ע"א והרשב"א והר"ן והריטב"א יש להקל בנד"ז אבל לפ"ד הרא"ש פי"נ סי' ל"ח והטור ח"מ סי' רמ"א יש חשש גדול לבטל הנתינה גם מה"ט) ט העולה מכ"ז דאפילו בנתן לו בפי' מתנה ע"מ להחזיר ע"ד לקדש בו האשה וה"ה בהשאילו ע"מ לקדש אף שי"ל דה"ל כנותן לו מעמ"ל כדי לקדש מ"מ יש בזה ב' חששות הא' גדולה מאד שי"ל דה"ל כאומר התקדשי לי בדינר כסף והוא באמת של זהב וכך הוא נותן לה נתינה גמורה ובאמת אין זה אמת דאין ביכולתו וזכותו כלל רק ליתן מתנה ע"מ להחזיר הב' חששא ע"פ דעת הטוש"ע ח"מ סי' רמ"א ס"ו וכ"ש בנותן לו סתם מתנה על מנת להחזיר. והלך וקידש בו האשה דאז מלבד דבכה"ג גדול יותר החשש הא' הנ"ל עוד זאת נוסף עוד ב' חששות המבוארים לעיל אות ו' והוא ע"פ דעת הרמב"ם פי"א מה' מכירה דין ה' וש"ע ח"מ סי' ר"ז ס"ה וצירוף מטבע ג"כ לא ידעתי מהו התועלת דלא דמי למלוה ופרוטה דקיי"ל דדעתה אפרוטה דהתם פי' הטעם בלבוש סי' כ"ח סעי' י"ד משום דהפרוטה היא בעין משא"כ המלוה אע"ג דהמלוה חשיבא כמ"ש רש"י בסנהדרין (דף י"ט ע"ב) אבל הכא ששניהם בעין דעתא אתרווייהו והרי בקידשה במנה ונמצא מנה חסר דינר אינה מקודשת דדעתה אכל המנה וגם כמ"ש הפוסקים גבי ההוא אריסא דקדיש במוזא דשמכי בפרק האיש מקדש (דף נ"ב ע"ב) והובא בש"ע סי' כ"ח סעיף י"ח בהגה"ה. ועוד דבנד"ז. הטבעת ג"כ חשוב מהמטבע לכן יש לנהוג כמו שנוהגים פה שהשמש יש לו טבעת קדושין של כסף ומוכרו להמקדש ואחר הקדושין למחר חוזר השמש וקונה אותו מהאשה המתקדשת:

ולענין שאילתינו נראה פשוט דאפילו לפ"ד הרא"ש לא הוו קדושין מאחר דהמשאיל היה עוכום"ז. והתנה בפי' שיחזיר לו גוף הטבעת דייקא ואינו רוצה תשלומין עבורו דהא ל"ל שחזרת דמים מהני מאחר שהתנה בפי' להפך ואף לפמש"ל דעיקר טעמי' דהרא"ש צ"ל דהוא שכשיקנהו מן האשה ויחזירנו לו קיים תנאו. מ"מ דוקא במשאיל יהודי י"ל

דכשמשאיל לו ע"מ לקדש ה"ל כמתנה ע"מ להחזיר כיון שהשאילו ע"ד לקדש בו דהיינו שיתן דרך נתינה כדת משה וישראל משא"כ באינו יהודי דלא איכפת ליה ודאי כשאומר לשון שאלה אף שהשאילו כדי לקדש אין ע"ז רק תורת שאלה כפשוטו הגם שהמג"א סי' תרנ"ח סק"ג כ' דלפמ"ש הרא"ש פ"ק דקדושין ס"ך וכ"מ בתשו' כלל ל"ה מיירי בשאין המשאיל יודע שאי אפשר לקדש בשאולה משום הכי לא הוה גזל דאנן סהדי דאילו ידע הוה מקנה לו במתנה והיינו ממ"ש הרא"ש שם דכולי עלמא לאו דינא גמירי כו' ולעולם אמדינן דעתיה כו' שדעתו שאם כו' וא"כ לכאורה כיון דמיירי באינו יודע אלא משום דאילו הוה ידע הוי מקנה כו' ואע"פ שעכשיו לא הקנה מהני א"כ גם במשאיל אינו יהודי י"ל כן מאחר שהוא מכירו ואהובו א"כ מסתמא היה מקנה לו ג"כ במתנה ע"מ להחזיר אם היה מבקש ממנו מ"מ בתשובה [סי' צ"ט ס"ד] נתבאר ראיה מב"ק (דמ"ה) ומגיטין (דף ע"ג א') דכל דבר דלא אסיק אדעתיה עתה אף אם הוא בענין דאילו אסיק אדעתיה לא היה מונע א"ע מזה אעפ"כ עכשיו דלא אסיק אדעתיה כלל הרי לא קבל עליו זה הדבר וא"כ מאי מהני דאלו הוה ידע הוה מקנה כו' עכ"פ עכשיו לא אסיק אדעתיה להקנות לו וע"כ צ"ל להרא"ש כמ"ש אנן סהדי שדעתו ליתנו לו בכל לשון ויפוי כח שיועיל ויהיה לו בו כח וזכות לקדש בו את האשה אדעתא דהכי מסרו לידו עכ"ל וא"כ מה"ט ה"ל כאלו אסיק אדעתיה אולי צריך כח וזכות יותר מענין שאלה ומסרו לידו אדעתא דהכי והגם שתומ"י כתב הרא"ש דכ"ע לאו דינא גמירי והיו סבורין שיועיל לשון שאלה צ"ל הפירוש שהדבר מפוקפק אצלו ויודע ואינו יודע כדאיתא קרוב לזה בפרק האיש מקדש (דמ"ו ע"ב) יודע ואינו יודע כו' ובהא א"ש שדברי הרא"ש פרק יש נוחלין סי' מ"ו דמשמע שם דיודע כמ"ש המ"א לא סתרי עם מ"ש בפ"ק דקדושין (דף כ"א) דכ"ע לאו דינא גמירי והיו סבורין כו' דהיינו שיודע ואינו יודע לגמרי ומש"ה לא ה"ל כאילו לא אסיק אדעתיה כלל וא"כ פשיטא דבאינו יהודי לא שייך כ"ז וה"ל כאילו לא אסיק אדעתיה כלל חוץ משאלה ועוד דג"כ לא שייך בכל לשון ויפוי כח שיועיל לקדש כו'.

אך לפמ"ש המ"א שם לחלק בין קדושין לאתרוג משום דבאתרוג בעינן שלכם משא"כ בקדושין שפיר דמי אף שאינו עדיין שלכם דמ"מ אינו גזל א"כ לפ"ז שמא גם במשאיל עכומ"ז י"ל דאין זה גזל אך דברי המ"א שם בלא"ה אינו מובן כ"כ דגם לענין קדושין אם אינו שלו במה מקדשה ואדרבה קדושין חמירי מאתרוג דבאתרוג יוצא במתנה ע"מ להחזיר משא"כ בקדושין לא מהני כשנתן לה מעמ"ל א"כ אם לגבי אתרוג לא מהני כה"ג כ"ש בקדושין וראיתי בספר מחצית השקל שפי' וז"ל דלא הוה גזל ביד האשה משום דהא כשעתה יוודע להמשאיל דאין אשה מתקדשת בשאול יתננו במתנה ולכן אינו גזל

ביד האשה אע"ג דלא קנה הבעל והאשה למפרע כ"א משעת מתנה ואילך מ"מ סגי בכך ולא הוי גזל בידה אבל באתרוג דבעינן לכם נהי דלסוף כשיוודע למשאיל דאינו יוצא בשאול יתננו במתנה מ"מ בשעת נטילה לא הוי לכם ולא יצא עכ"ל ופירושו צ"ע דא"כ בקדושין ג"כ הוא שלו ושלה ממש רק (שהוא) אח"כ כשיוודע לו ועוד קשה דא"כ שמא לא נודע לו גם אח"כ דאין אשה מתקדשת בשאול כו' ועכ"פ גם לפ"ז במשאיל עוכום"ז ליכא למימר הכי דפשיטא דלא יוודע לו אח"כ יותר מבתחלה וגם כשיוודע לו י"ל לא יתננה במתנה ואפשר כוונת המ"א ע"ד שכתבתי לעיל דאף אם המשאיל נתכוין לשאלה בלבד מ"מ מאחר דנתנו לו כדי לקדש אלא דלא ידע שא"א לקדש בשאול אבל רצונו היה ליתן לו בכל יפוי כח שיועיל לקדש רק שלא יפסיד המשאיל א"כ מעצמו יוכל לזכות בו שיהיה שלו במתנה ע"מ להחזיר דבודאי לא קפיד ע"ז אלא דס"ל דמ"מ אינו שלכם ממש כיון דזוכה מעצמו רק שאינו גזל וע"כ באתרוג לא מהני. אבל בקדושין שיש כאן שינוי רשות שהמקדש נותן להמתקדשת בנתינה גמורה א"כ לא גרע מיאוש ושינוי רשות דמהני גם בגזל ממש אף דיאוש כדי לא קני א"כ כשהיה אצל המקדש לא היה שלו עדיין רק בהגיעו ליד האשה הוי נתינה וה"נ כיון דאין כאן גזל לא גרע מגזל שנתייאש. ולכן כשנוסף ע"ז שנתנו נתינה גמורה ליד האשה הוי נתינה וגם טעם זה לא שייך בעכום"ז דלא שייך כ"כ לומר דרצונו ליתן בכל יפוי כח שיועיל כו' רק לשאלה לבד נתכוין וא"כ כשזה נותנו ליד האשה מתנה גמורה אפשר הוה גזל ממש. ועיין בש"ע סכ"ח ס"א בהגה"ה ובחמ"ח ובב"ש שם:

עיין תשובת מיימוני דספר נשים סי' כ' וה"ל כאומר התקדשי לי בדינר של כסף ונמצא של זהב כו' ע"ש אף שלא אמר כלל התקדשי לי בשל כסף יעו"ש כש"כ כשאומר התקדשי לי בטבעת זו ונמצאת שאינה שלו והדמים שיתן לה לא עדיף מדינר של כסף ונמצא של זהב. ומ"מ יש לחלק דהתם הרי נשארה של זהב אבל הכא אע"פ שבשעת הקדושין ה"ל כשל זהב מ"מ אח"כ כשקנה הטבעת ממנה ברצון נמצא הרי הטבעת של כסף. ור"ל הרי קידשה בטבעת זו ונשאר הקדושין כן אלא שלאח"כ מכרה לו ברצון וא"כ בשעה שקידשה הי' ב' צדדין צד א' שאם יקנהו ממנו בחזרה ה"ל קדושין וצד א' שאם לא יקנהו או שלא תתרצה למוכרו לא הוי קדושין וכיון דלבסוף קנה אותו ברצון נשאר הצד הראשון קיים דהוה קדושין ובכה"ג אין לנו ראיה דאינה מקודשת דלא דמי למקדש בדינר של כסף ונמצא של זהב שלא היה בו שום צד לא בתחלה ולא בסוף שיהא כדבריו ואולי יש להעיר מצד אחד ברבית דר' יהודה ס"ל דמותר ואף לרבנן דס"ל אסור זהו כשאח"כ בשעת הפרעון הוי רבית כמ"ש התוספות פא"נ דס"ג ע"א ד"ה צד אחד משא"כ

כשבסוף לא היה רבית ובנד"ז הרי בסוף נשאר הענין בטוב ועוד דא"כ יתקיימו הקדושין משעה שהסכימה למוכרו לו שהרי הטבעת עדיין בידה וצ"ע בגיטין (דף ע"ה א') גבי ע"מ שתחזירי לי את הנייר ובטוש"ע סימן קמ"ג סי"א ועמ"ש בתשו' [סי' ק"] המתחלת הנה נידון מ"ש כת"ר ססעי' ז' בשם החמ"ח סי' כ"ח סס"ק ל':

בכנה"ג בסי' כ"ח בהגהות הב"י אות כ"ח כ' וז"ל מתוך דברי הרא"ש ז"ל דכל שהשאילו המשאיל ע"ד לקדש בו האשה הויא מקודשת גמורה אבל מדברי הרב בעל העיטור שלא חילק נראה דבכל גוונא לא הוי מקודשת וכ"כ מהרח"ש ז"ל בתשובה סי' ל"א וט"ו וכו' עכ"ל ומ"מ בסוף העלה הכנה"ג כהרא"ש ואין דבריו מוכרחים:

סימן צט

במ"ש הרא"ש פ"ק דקדושין ס"כ ואם לא יועיל בלשון שאלה כו' וכ"כ בתשו' כלל ל"ה ססי' א'. ובדין אם אדם מוציא דבריו לבטלה ובענין מקדש אחותו:

א והנה כל זה שכתבתי [לעיל] להעמיד דעת הרא"ש מדינא אבל רחוק הוא בפשט דבריו למעיין בו שנראה שכוונתו שהמשאיל מקנהו ממש ע"ד מתנה גמורה או מעמ"ל עכ"פ אע"פ שאומר ל' שאלה (ולא כמ"ש שהשואל זוכה בו מעצמו כו'). ובמג"א סי' תרנ"ח סק"ג כ' דלהרא"ש דפ"ק דקדושין מיירי דוקא כשאין המשאיל יודע שא"א לקדש בטבעת שאולה ולמ"ש הרא"ש בפי"נ סי' מ"ח הוא אפי' כשיודע ולכאורה נראה דדינו של הרא"ש שהוא שנפרש שנתן לו במתנה אע"פ שאמר ל' שאלה כיון דבקדושין לא מהני שאלה ואנן סהדי שהיה דעתו ליתן לו בלשון שיועיל מש"ה אמדינן דעתי' דה"ל כאילו נתן לו במתנה הוא כדברי ר' מאיר בפ"ק דערכין (דף ה') דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה יודע שאין ערכין לפחות מבן חדש וגמר ואמר לשם דמים וכ' התוס' ואפילו אינו יודע מ"מ דעתו ע"פ שתיקנו חכמים הלשון עכ"ל ועי' גמ' ותוס' רפ"ב דנזיר לפ"ז א"ש הרא"ש דפי"נ ודקדושין דבין שיודע בין שא"י י"ל אין אדם מוציא כו' אבל הרי רבנן פליגי עלי' וקיי"ל דאדם מוציא דבריו לבטלה כמ"ש בש"ס ופוסקים בכמה מקומות והנה בהגמ"ר דקדושין סי' תקמ"ה אפילו אמר ליה לשון שאלה שחוזרת בעיניה אפילו הכי הואיל ואדם יודע שאינו יכול להתקדש אם תחזור בעין גמר ונתן לשם מתנה כדאמרינן גבי מקדש אחותו וכה"ג נמי אמרינן במסכת שמחות השואל חלוק מחבירו כו' עכ"ל וזהו דברי המורה הראשון שם אמנם בתשו' הר"ש משאנץ דשם להמורים לא משמע כן כמש"ש דאין נאמן לומר שהשאילו מכלל דאילו הי' נאמן שאמר לשון שאלה לא הוה אמרינן כן ונלע"ד הטעם דלא דמי כלל להא דמקדש אחותו דהתם גבי מקדש

אחותו הדברים שהוציא הם ודאי, לבטלה ואפ"ה טעמא דשמואל הוא דכיון שהנתינה שנתן לה הוא בענין שיהי' שלה לגמרי ולא בעינן לאפוקי מלישניה בעיקר הענין רק ממה שנתן בתורת קדושין ואדם יודע שאין קדושין תופסין מש"ה ס"ל לשמואל דמקיימי' הענין באופן אחר שיהי' שלה בדרך מתנה ולכך גם רבנן דס"ל אדם מוציא דבריו לבטלה מודו התם. דהא אפילו ר"מ מודה דבכה"ג שאין קדושין שייכין באחותו ע"כ כשאמר ל' קדושין הוציא דבריו לבטלה כמ"ש התוס' רפ"ב דנזיר בהריני נזיר מן הגרוגרות. דר"מ נמי מודה דאינו נזיר כיון דגרוגרות לא שייך בהם ל' נזירות כו' א"ו הכא לכ"ע הדברים שהוציא הוציא לבטלה מיהו אנו דנין על מעשה מסירת המעות שנתן מידו לידה דעל כרחך א"א להמלט מב' אופנים או שנתנם לשם פקדון או לשם מתנה ולשמואל אלימא לי' לקיים המעשה שיהי' שלה כמו שנתן שיהי' שלה בפרט שיש טעם למה שלא נתן בל' מתנה משום דכסיפא לי' מילתא ולרב לא מפקינן ממונא מחזקתי' בסברא זו ותלינן דנתן לשם פקדון משא"כ הכא דנתן לשם שאלה שחוזרת בעיניה איך נעשה מזה מתנה הרי זה הפך נתינתו לגמרי וא"כ ל"ד כלל למקדש אחותו וכל דדמי ליה דהוי מתנה לשמואל דהוא קיום הנתינה והמעשה כמו שנתן שם הדבר לטבועין כך נשאר אלא השינוי רק באופן הנתינה מקדושין למתנה וממכר למתנה. וע"ז יש טעם משום דאדם יודע שאין קדושין תופסין כו' א"כ אין זה שינוי דמעיקרא להכי איכוין ואזלינן בתר המעשה דנתן לטבועין אבל הכא נהפוך הוא לשנות המעשה ע"ז ודאי אין ראי' משם. וי"ל דמודה שמואל לרב דלא מפקינן הממון מחזקתו וה"ל שאלה או פקדון ועוד דגם גבי מקדש אחותו היינו משום דאי אפשר כלל לתלות בטעות שטעה וקסבר שיכול לקדשה כגון במקדש אחותו וכה"ג דכ"ע ידעי שאין קדושין תופסין באחותו אבל היכא שי"ל שטעה כגון במוכר שדהו בשנת היובל דס"ל לשמואל דאינה מכורה כל עיקר ואפ"ה מעות חוזרין ולא אמרי' אדם יודע כו' וגמר ונתן לשם מתנה משום דאין העולם בקיאין בזה ולא גמר לשום מתנה משא"כ במקדש אחותו כ"ע ידעי שאין קדושין תופסין באחותו לכן ס"ל לשמואל דגמר ונתן לשם מתנה כמ"ש התוס' בערכין (דף למ"ד ע"א) ובגיטין (דמ"ה ע"א) ובפ"ק דב"מ (דט"ו ע"ב). וכ"כ התוספות עוד במסכת ב"ק ספ"ד (דף מ"ה ריש ע"א) ד"ה מכור וא"כ להוי מעות מתנה כמו במקדש אחותו וי"ל שאין הכל בקיאין בדין שור הנסקל כו' וכ"כ הש"ג פרק איזהו נשך גבי דיני אסמכתא בד"ה ופשוט בפרק ד' וה' (דף מ"ה) וז"ל מיהו דוקא במלתא דברור לן שהוא היה יודע בו ולא הי' יכול לטעות כגון המקדש אחותו שיודע בודאי שאין הקדושין תופסין בה וגמר ונתן לשם מתנה אבל דבר שהוא תלוי דאיכא למימר שהנותן מעות טועה כו' אז לא אמרינן דגמר ונתן לשם

מתנה כו' עכ"ל והכא גבי טבעת שאולה ודאי אין לומר דברור שלא הי' יכול לטעות כו' וכמשי"ת לקמן:

קיצור לכאורה דברי הרא"ש הם כמ"ד אין אדם מוציא דבריו לבטלה והרי לא קיי"ל כן. ואין לומר דדמי למקדש אחותו משום דעושה מעשה ולא דברים לבד דשאני במקדש אחותו דלשמואל מקיימים המעשה שנתן שיהי' שלה לטבועין ולכך הוא מתנה משא"כ הכא נהפוך הוא ועוד התם ג"כ היכא שי"ל שטעה לא הוי מתנה והכא י"ל שטעה וסבור דשאלה נמי מהני כדלקמן):

ב והנה כת"ר כ' דיש לדמות נד"ז למקדש אחותו יותר מלענין אין אדם מוציא דבריו לבטלה מצד ג' טעמים דהא ע"כ הא דמקדש אחותו אתיא אפילו לרבנן דפליגי ארבי מאיר אשר ע"כ הנראה לחלק ביניהם בג' אופנים הא' מצד הסיבה שמחמתה באנו לתקן ולשנות הדבור דהתם איננו כ"א דבור ולעצמו בלבד באופן שאף לפי פשטות דבריו אין כאן כ"א שיחה בטילה ס"ל לרבנן דאדם עשוי להוציא דבריו לבטלה משא"כ היכא שעושה מעשה כגון שמסר מעות לאחותו כו' דיש לחלק בין דבור למעשה ע"ד החילוק שכ' הרשב"א גבי הוחזקה נדה כו' לפמ"ש הט"ז ססי' א'. וה"ה במוסר טבעת לחבירו לקדש לא אמרינן שעשה כ"ז לבטלה עכ"ד והחילוק זה לחלק בין דבור למעשה מצינו ג"כ בגמרא בגיטין ס"פ התקבל (דס"ז סע"א) מעשה לא עבדי דבורא קא אמרי כו' וקיימתיה ג"כ מסברא לומר דהא דלא חיישינן במקדש אחותו לשמואל שנתן המעות לפועל בטל ורצה לשחק בה דומיא דאמרי' לרבנן אדם מוציא דבריו לבטלה וה"נ שמא כיון לא לפקדון ולא למתנה רק רצה לשחק בה. א"ו צ"ל דדוקא דברים שייך לומר שמוציא לבטלה דאין הפסד בזה אבל שיוציא מעותיו ליתנם לאחר לבטלה לא אמרינן דירא לנפשו פן יחזיק בהן מש"ה לא תלינן בהכי לכן ס"ל לשמואל דגמר ונתן לשם מתנה. ולרב נמי י"ל דלא תלינן בפועל בטל רק לפקדון כו' אלא דהיה חושש שלא תקבל ממנו מש"ה אמר ל' קדושין ובב"מ (דט"ו ע"ב) שם יש טוב טעם יותר דמלבד הפקדון עוד יש לו תועלת כמש"ש אנא איחות לארעא ואיעבוד ואיכול בגוה כי היכי דהוה קא עביד איהו ולכי אתי מרי דארעא זוזאי נהוו פקדון כו':

וז"ל השט"מ שם בשם הריטב"א לאו לשם פקדון ממש דא"כ לית ליה רשותא למוכר לאנפקינון כו' ע"ש ואפשר דמה"ט פסק התם רבא כרב אע"ג דבמקדש אחותו קיי"ל כשמואל כמבואר בש"ע אה"ע סי' נ' סעי' ב' משום דהכא מסתבר טעמיה דרב למיתלי בפקדון כזה כיון שיש טעם למה שנכנס בספק להוציא מעותיו מידו על שדה שמכיר בה שאינה של המוכר ושיצטרך אח"כ להוציאם בחזרה דמשום שיהי' פקדון לבד קשה

לתלות שיכניס מעותיו לבית הספק שהרי המוכר יטעון חייתא דקטרי סברת וקיבלת אבל משום הנאת אכילת פירות שפיר תלינן בצירוף הפקדון אבל גבי מקדש אחותו דאין לתלות רק דעשה כן כדי שתקבל ממנו פקדון לא תלינן בהכי דאמדינן דעתי' שלא הי' עושה כן בשביל דבר זה לבד ליכנס לבית הספק שאחותו תטעון שמסתמא נתן למתנה כמו שנתן שיהי' שלה אלא שנתן בתורת קידושין והרי כ"ע ידעי שאין קדושין תופסין באחותו מש"ה קיי"ל התם כרב והכא כשמואל ומובן מזה ג"כ דכל היכא דאיכא לקיים המעשה כמו שאמר מקיימים כמו גבי הכיר בה שאינו שלו קיי"ל כרב כנ"ל משום שיש פנים לומר שנתכוין כמו שאמר שיהי' שם מכירה עד שיבא מרא דארעא ר"ל שיאכל הוא הפירות ואח"כ יהי' פקדון כו' משא"כ במקדש אחותו דליכא שום אופן לקיים הדברים כפשוטן קיי"ל דתלינן במתנה דמסתבר טפי מפקדון מטעם הנ"ל ובפועל בטל לגמרי ודאי לא תלינן כנ"ל. ועיין בהרא"ש פ"ק דב"מ ססי' ל"ט שכתב וז"ל ומהא דפסק דמעות יש לו אין לדקדק דהלכה כרב במקדש אחותו דדילמא שאני בין אחותו לנוכראה עכ"ל והלח"מ פ"ו מהלכות זכייה ה"כ דקדק מדברי הרמב"ם דאין חילוק בין אחותו לנכרית כגון אשת איש ולכן כ' הוא ז"ל טעם אחר לחלק ביניהם ע"פ פרש"י בב"מ שם דט"ו ע"ב ד"ה בין לרב שכתב סבור הי' שהמכר יהי' קיים ולא היה בקי בדין כו' עכ"ל ולהכי התם כיון דטעי מעות יש לו. ולפע"ד לא דק כלל בפרש"י דרש"י לא כתב כן רק לדעת המקשן שהקשה בין לרב כו' כלומר היכן מצינן לומר טעמא דרב כדפי' הש"ס דגמר ונתן לשם פקדון כו' אלא ודאי טעם אחרינא הוא אבל למאי דמתרץ הגמרא לכי אתי מאריה דארעא זוזאי נהוו לרב דאמר פקדון פקדון כו' עכצ"ל שלא הי' סבור כלל שיהי' המכר קיים ועיין מל"מ פ"ד מהלכות עבדים ה"א ד"ה ויש להסתפק ועי' בשעה"מ פ"ו מהלכות זכייה שם ועי' בספר המקנה באה"ע סי' נ' ועיין בתוס' דב"ק דמ"ה ע"א משמע ס"ל בפשיטות דהלכתא כשמואל במקדש אחותו וכ"ד הגמ"ר דקדושין ולפמ"ש לחלק בין זה להכיר בה שאינו שלו כנ"ל:

קיצור. (יש לחלק בין הא דקיי"ל דאדם מוציא דבריו לבטלה להא דמקדש אחותו דלא תלינן לכ"ע דעשה כן לפועל בטל דיש לחלק בין דבור למעשה וגם הא דבהכיר בה שאינו שלו קיי"ל כרב דמעות יש לו אע"ג דבמקדש אחותו או נכרית א"א קיי"ל דהוי מתנה כשמואל משום דבהכיר בה שפיר מסתבר הטעם שלפקדון נתן כיון שפקדון זה יש בו הנאת אכילת פירות כו'):

ומעתה מובן דענין מקדש אחותו והכיר בה שאינו שלו ומוכר שדהו בשנת היובל לא שייכו כלל אי אדם מוציא דבריו לבטלה אי לא דלכ"ע שיוציא מעותיו לבטלה ליתנם

לזולתו ובאופן שזולתו יוכל להיות לו טענה בהם שהם שלו כנ"ל באריכות ויצטרך לבוא עמו בדינא ודיינא ודאי לא תלינן שיעשה זה לפועל בטל רק אא"כ הוצרך לפקדון להפקיד כו' וכה"ג משא"כ גבי דברים בעלמא שעדיין לא הוציא מעותיו שפיר ס"ל לחכמים דאדם מוציא דבריו לבטלה. ויתיישב עוד בזה דהנה נזכר לעיל שהתוס' בערכין כ' דלר"מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה אזי לאו דוקא משום שיודע שאין ערכין לפחות מבן חדש וגמר ונתן לשם דמים. אלא אפי' אינו יודע מ"מ דעתו ע"פ שתיקנו חכמים הלשון כנ"ל הרי היכא דאמרי' אין אדם מוציא דבריו לבטלה ס"ל להתו' דאין חילוק בין יודע לאינו יודע והנה כבר נת' דלענין שיוציא מעותיו לזולתו לבטלה ולשחוק כ"ע מודו דאמרינן שלא יעשה כזאת כנ"ל ואפ"ה כ' התוס' להדיא דהיכא שאינו יודע תלינן שנתכוין למה שאמר ממש ומ"ש מהיא דערכין הנ"ל אכן לפי האמת ל"ד להדדי דהתם גבי ערכין כיון שנתרצה ליתן המעות להקדש ס"ל לר"מ דלא קפדינן אלישני' ודעתו ע"פ שתיקנו חכמים הלשון. מאחר דעכ"פ מרוצה ליתן הדמים להקדש משא"כ הכא אנו באים לומר שנתן לו במתנה משום דאל"כ לא היה מוציא מעותיו לפועל בטל ולשחוק וכשיש לתלות שלא ידע שהוא פועל בטל מהכ"ת ניתלי בהכי:

ומעתה מובן שאין מקום להשגתו עלי מאי פסקא לדמות להיא דר"מ ולא להיא דקדושין דמקדש אחותו כו' כי ממקדש אחותו אין שום ראיה כלל להרא"ש דהרי גבי מקדש אחותו מבואר להדיא דדוקא משום שאדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו כנ"ל וליכא דטעי בהכי משה"ה הוא דתלינן במתנה אבל היכא די"ל שטעה לא תלינן בהכי וכנ"ל בשם התוס' במוכר שדהו בשנת היובל וכ"כ בחה"ר גיטין דמ"ה דשא"ה דכל אדם יודע כו' אבל הכא לאו כ"ע דינא גמירי (ור"ל דאחותו הוא דבר הנראה ונגלה לכל שאין שום אדם שיקדש אחותו משא"כ התם י"ל דלא גמר הדין). והנה גבי טבעת שאולה כ' הרא"ש בהדיא בפ"ק דקדושין דכ"ע לאו דינא גמירי והיו סבורין שיועיל ל' שאלה כו' וכ"כ בתשו' כלל ל"ה וא"כ ל"ד כלל למקדש אחותו ואדרבה משם ראי' להפך דדמי למוכר שדהו בשנת היובל דלא תלינן במתנה כיון דלאו כ"ע דינא גמירי לכן תלינן דנתכוין כמו שאמר דמהכ"ת להשיאו לכונה אחרת מאחר דל"ל אדם יודע כו' (וא"כ לא עשה פועל בטל דהוה סביר שיועיל גם כשישאלהו וכמו שביקש ממנו המקדש שישאיל לו הטבעת) וממקדש אחותו לא מוכח רק היכא דאדם יודע כו' כנ"ל אבל מההיא דר"מ שפיר הוה מוכח לכאורה לפמ"ש התוס' דאפילו ל"ל אדם יודע כו' אמרינן דאין אדם מוציא דבריו לבטלה. וחנם השיג מעלתו עלי וז"ל בשגם שא"כ גם אליבא דר"מ לא מיתוקמא שפיר לפ"מ שהטעים הרא"ש ז"ל כאן דלאו כ"ע דינא גמירי והיה סבור כו'

והרי התם בדר"מ אדרבה עיקר הטעם דאדם יודע כו' משא"כ אי טעי וסבר דגם פחות מבן חדש נערך כו' ע"ש בגמ' דערכין עכ"ל מע"ל ולא ידעתי למה הכחיד דברי התוס' שכ' להדיא דאפי' אינו יודע מ"מ דעתו כו' ובודאי דל"פ על הגמ' דפי' טעמא דר"מ משום אדם יודע כו' אלא ס"ל להתו' דהא במסקנא אמרי' התם הוא דטעי סבר כו' איכא נמי לפחות מבן חדש כו' וס"ל דדוחק דר"מ יחלוק ע"ז להכי פי' ד' ר"מ דבין שיודע בין שא"י א"ש דביודע הטעם כמ"ש הגמ' ואפי' א"י דעתו כמו שתיקנו חכמים הלשון וכ"כ השט"מ פ' אע"פ אגמ' נ"ח ב' (והוא בשט"מ ט"ו ב') דההיא דפחות מבן חדש נמי לאו כ"ע בקיאי בי' וכ"ש שם גבי מקדיש דשלב"ל יעו"ש (ולכאורה זה מוכרח ודאי דלא שייך לומר ע"ז אדם יודע כו') אלא דלעולם לר"מ אין דעת מקדיש להוציא דברים אלא על דבר שאפשר ואע"ג דבשעת הקדישו לא הי' יודע דאין אדם מקדיש דשלב"ל מ"מ איהו לדבר שאפשר איכוין וכל היכי דמצי ליחול ליחול וכיון דא"א בלא ידים מתקנינן לישנ' דה"נ קאמר עכ"ל והשתא לפ"ז הי' מקום לקיים סברת הרא"ש גבי טבעת שאולה גם לפ"מ שהטעים הרא"ש כיון דלאו כ"ע דינא גמירי כו' דענין אמדינן דעתי' (שברא"ש) דכיון דמסרו לידו לקדש בו את האשה שדעתו שאם לא יועיל ל' שאלה שיתנהו לו בלשון אחר המועיל לענין קידושין ולכל הפחות מעמ"ל עכ"ל היינו כמו גבי ערכין ומקדיש [מעשה] ידי אשתו דאנו מקיימי' הענין אע"פ שלא אמר בל' המועיל וגם לא שייך אדם יודע כו' אלא אע"ג דלאו גמיר דינא ועכצ"ל משום דאמדינן דעתי' שכיון שנתרצה להקדיש זה דעתי' שיהי' ע"ד שאפשר כו' כנ"ל בשם השט"מ והתוס' וע"ז שפיר הקשיתי דמאן שמעת דס"ל הך סברא ר"מ לבד אבל רבנן פליגי עלי' ואין לומר הלא נת"ל דלענין שנאמר שיוציא מעותיו לזולתו לבטלה גם רבנן מודו דלא תלינן בהכי וא"כ בנ"ד שמסר לו הטבעת ה"ל כאילו הוציא לבטלה ז"א דכבר נתבאר דלרבנן לא אמרינן דלא תלינן בהכי רק היכא שאדם יודע כו' כמו במקדש אחותו שאז אם לא נתן לשם מתנה לשמואל או פקדון לרב עשה פועל בטל וזה לא תלינן משא"כ בנ"ד שי"ל דטעי כמ"ש הרא"ש להדיא. א"כ לא עשה פועל בטל רק שבאנו לומר משום דאמדינן דעתי' כו' והך סברא בדר"מ שייכא דשמעינן לי' הכי כנ"ל ורבנן פליגי עלי' גבי דיבור בהקדש וגבי מקדיש [מעשה] ידי אשתו דלא אמרי' נעשה כו' וממילא דפליגי נמי בנ"ד אע"פ שהוציא מעותיו מאחר דלא אזלי בתר אומדן דעתי' אין לחלק לענין זה בין דבור לגבוה מעשה ולא חלקנו בין דיבור למעשה רק היכא דאדם יודע כו' שאז י"ל דדיבור יוציא לבטלה. אבל לא יוציא מעותיו לזולתו שזולתו יהי' לו טענה לעכבם כנ"ל אבל לגבי אמדינן דעתי' בהיכא דאינו יודע

כו' אין מקום לחלק ביניהם ואת"ל דמודו רבנן גבי מעשה כנ"ד דטבעת שאולה הוו מודו ג"כ גבי אמירה לגבוה. ומדפליגי התם ה"ה הכא:

קיצור. (מש"ה גבי אין אדם מוציא דבריו לבטלה אפילו אינו יודע כיון שנתרצה בהענין דעתו ע"פ מה שתיקנו חכמים הלשון משא"כ גבי מוכר שדהו בשעת היובל כשי"ל שטעה א"כ לא נתרצה בהענין ליתן מתנה ובנדון משאיל טבעת לקדש מאחר דלאו כ"ע דינא גמירי א"כ לא נתרצה במתנה רק י"ל משום דא"כ יהיו דבריו ומעשיו לבטלה והרי רבנן פליגי ע"ז ועוד דגם לר' מאיר כאן אינו לבטלה דסבור ששאלה מהני ומה יעשה שטעה אבל למתנה לא נתרצה כלל ול"ד להא דערכין דעכ"פ נתרצה ליתן הדמים):

ד והנה התוספות ר"פ המדיר (דף ע' ע"ב) ד"ה אלא כ' דאף לר"מ משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה יש לנו לתקן דיבורו כו' דאינו אלא תיקון מלה בעלמא אבל להוסיף על הדבור מה שלא אמר כלל אין לנו להוסיף כו' ומש"ה אפילו לר"מ לא אמרינן נעשה כאומר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך ע"ש והשט"מ ר"פ המדיר כתב בשם הריב"ש שלא אמר ר"מ אין אדם מוציא דבריו לבטלה אלא בהקדש אלא שסיים וצ"ע ובדיקה בתלמוד ולפעד"נ להביא ראי' מהא דספ"ק דנדרים (די"ג ע"ב) גבי קונם פי מדבר עמך כו' דפרכי' והרי אין נדרים חלין אלא ע"ד שיש בו ממש והוצרך רב יהודה לתרץ באומר יאסר פי כו' ולמה הוצרכו לזה מ"ש ממקדיש מעשה ידי אשתו דאמרי' נעשה כאומר משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה כו' הן אמת הר"ן שם כ' דנעשה כאומר קאמר כיון שהזכיר הידים ובפ"ב דנדרים דט"ז סע"ב כ' דלפ"ז גם במקדיש [מעשה]ידי אשתו נעשה כאומר יקדשו ידיך כו' כיון שהזכיר הידים אלא דהא לאו כ"ע ס"ל הכי והרמב"ם מכללם:

וכמבואר בש"ע אה"ע רסי' פ"א דבאומר יקדשו ידיך לעושיהן כל מעשה ידיה קדש אבל המקדיש מעשה ידי אשתו הרי זו עושה ואוכלת אלמא דלא אמרינן נעשה כאומר וגם פשטא דגמרא פרק אע"פ (דנ"ח ע"ב) משמע דוקא לר' מאיר אמרינן נעשה כאומר ולא לרבנן. ואין לומר דמש"ה לא אמרינן בספ"ק דנדרים נעשה כאומר משום דבעינן לאוקומי מתניתן אפילו כרבנן דמ"מ אם כן גבי קונם שאני ישן כשלא הזכיר הפה דתנן פ"ב דנדרים (דף י"ד ע"ב) דאינו נדר מדאורייתא רק מדרבנן אמאי ל"פ ר"מ ולומר כיון שאין אדם מוציא דבריו לבטלה ה"ל כאומר קונם עיני לשינה וא"כ מזה ראיה להריב"ש שלא אמר ר' מאיר אין אדם מוציא דבריו לבטלה אלא בהקדש אך י"ל דגם לחילוק התוספות א"ש דהתם כשהחזיר הידים שאמר מעשה ידיה ואנו מתקנים דה"ל כאומר יקדשו ידיך לעושיהם אינו אלא תקון מלה בעלמא משא"כ כאן שלא הזכיר העינים כלל רק קונם שאני ישן אם באנו לומר דה"ל כאומר קונם עיני לשינה ה"ל להוסיף על

הדבור מה שלא אמר כלל וצ"ל גבי ערך כלי דמערך לדמים ג"כ אינו אלא תקון מלה כיון שהכל ענין נתינת שיווי הכלי להקדש ולכאורה יש קושיא על הריב"ש מהא דרפ"ב דנזיר (דף ט' ע"א) גבי הריני נזיר מן הגרוגרות דמבואר בגמ' שם דשייך בזה ענין אין אדם מוציא דבריו לבטלה וצ"ל דנזירות הוי כהקדש כמ"ש בנזיר קדוש יהי' כו' שנעשה גופו קדוש בקדושה יתירה שעל מת לא יבא כו' ככהן גדול וכ"כ בתשו' מהרי"ט ח"א סי' נ"ג בד"ה וכך נ"ל בירורן של דברים וז"ל ונזיר הוא עצמו נתפס בנדר ונתקדש גופו דומיא דכהן כו' כדמוכח בר"פ שני דנזיר דב"ש סברי אין שאלה בהקדש וכי היכי דאין שאלה בהקדש כך אין שאלה בנזירות דכהקדש דמי דגופו קדוש דכתיב קדוש יהיה כו' וע"כ לא פליגי ב"ה עלייהו אלא דאיהו ס"ל דנשאלין על ההקדש כו' ועפ"ז נראה איפכא ממ"ש כת"ר לחלק בין ההיא דערך כלי לרבנן לנדון טבעת שאולה מצד אופן השינוי דהתם הענין משונה דערך הוא דבר הקצוב בתורה ודמים כפי שווייה משא"כ בין שאלה למתנה ע"מ להחזיר לא רחוק השינוי בענין בפרט לפ"ד בני אדם ולפע"ד מוכח מדברי התוספות דר"פ המדיר להפך ממש דהא ס"ל דאפילו לר' מאיר אין אנו מתקנים לשונו אלא תיקון מלה בעלמא וא"כ עכצ"ל דמערך לדמים אינו אלא תיקון מלה בעלמא והיינו כיון שאין שום נפקותא בגוף הענין דהכל ענין א' שיתן דמי הכלי להקדש משא"כ זה שנפרש דמ"ש שאלה ר"ל מתנה אפילו ע"מ להחזיר ה"ל להוסיף על הדבור מה שלא אמר כלל ומ"ש כת"ר בשם השט"מ דכתובות פ' אע"פ דנ"ח ע"ב שכתב בשם הריטב"א גבי מקדיש מעשה ידי אשתו דאמרינן לר' מאיר נעשה כאומר כו' אע"ג דלא שייך לומר אדם יודע כו' משום דאין השינוי כל כך מתקנינן לישני' אבל מערך לדמים שינוי גדול דוקא משום אדם יודע כו' אמרינן דלשם דמים קאמר:

ומזה מוכיח כת"ר דמערך לדמים הוה שינוי גדול יותר משאלה למתנה ע"מ להחזיר אין זה ראי' כלל משני טעמים הא' דהא תוס' פ"ק דערכין העלו דגם גבי ערך מתקנינן לישני' אף היכא שי"ל שאינו יודע שאין ערך לפחות מבן חדש וכן העלה בשט"מ דכתובות שם א"כ לפ"ז א"צ לחדש כלל דמערך לדמים הוה שינוי גדול יותר מבין מקדיש מעשה ידי אשתו ליקדשו ידיך לעושיהן הב' דאף את"ל דמערך לדמים הוה שינוי גדול יותר מ"מ עכצ"ל דאינו אלא תקון מלה בעלמא כנ"ל משא"כ משאלה למתנה הוה ודאי הוספה דבר מחודש ממש ומ"ש כת"ר עוד לחלק ע"פ דברי הריב"ש דהפלוגתא דר"מ ורבנן נראה שלא מצינו רק גבי הקדש דאין שם קנין אחר זולת האמירה שהיא כמסירה להדיוט לכן אם גם האמירה שלא כהוגן לא נשאר דבר כו' ואף אם גמר בלבו לא מהני דהא צריך להוציא בשפתיו משא"כ גבי מתנה וכה"ג דגם זולת האמירה יש קנין משיכה וכה"ג.

לכן אם מאיזו צד שיהי' נדע דדעתו וכוונתו של הנותן לדבר הראוי לחול די בכך ומה שדיבורו משובש לא איכפת לן דאם לא יועיל לא יזיק ג"כ והרי הוא כאילו אינו לא שנצטרך לסרס ולתקן דיבורו עכ"ד והנה מה שכ' מעל' לחלק דגבי מתנה וכה"ג כו' יש לזה פנים ועכ"ז הרי קיי"ל דדברים שבלב אינן דברים לסתור אמרי פיו וכמ"ש בחה"ר פ"ב דקדושין (דף נ'):

וא"כ אף אם הי' בלבו שיהי' מתנה לא מהני כיון שאמר בהדיא רק לשון שאלה. וכ"ש שי"ל דלא הי' בלבו כלל ע"ז דהא לאו כ"ע דינא גמירי שצריך מתנה ולא די בשאלה ואף אם הוא בענין שאם הי' יודע שצריך מתנה לא הי' מונע א"ע גם מזה מ"מ עכשיו שלא עלה בלבו א"כ הרי לא נתן וכיוצא בזה כ' הש"ג פרק איזהו נשך שם וז"ל ופשוט בפרק ד' וה' (דף מ"ה) דאיכא למימר דהמתנה תנאו או המקבל עליו לעשות דבר פלוני לא קבל עליו כל הצדדין שבאותו הדבר דהא מי שהכיר בשור שהוא נגחן וקבל עליו שמירת נזקיו והוזק השור פטור השומר כו' דלא מסיק אדעתיה הך מילתא שהרי אין שור מתייצב לנגדו מפחד כו' עכ"ל ע"ש. והרי התם מאחר דקיבל עליו שמירת נזקין כ"ש שאם הי' בעל השור מבקש ממנו שיקבל עליו ג"כ שמירת שלא יוזק מאחרים שהי' מקבל עליו מאחר דדבר קל הוא יותר הרבה משמירת נזקיו מהך טענה גופא דאין שור מתייצב לנגדו מפחד. ועכ"ז מאחר דלא אסיק אדעתיה ולא קיבל עליו זה התנאי אין לחייבו עליו ולא אמרינן דיש בכלל מאתים מנה ועי' בגיטין פרק מי שאחזו (דף ע"ג ע"א) גבי קבילו עלייהו כל אונסא דמתייליד דעכ"ז אונסא דלא שכיח לא קבילו עלייהו אף שאם היו מבקשים זה הדבר מהם י"ל שהיו מקבלים עליהם מאחר דלא שכיח כלל זה הדבר והובא בש"ע ח"מ סי' רכ"ה סעי' ג' ד' כ"ש בנד"ז דמתנה דבר גדול הוא יותר משאלה שלא נאמר דמכיון שאם הי' מבקש ממנו ליתנו לו במתנה הי' נותן לכן גם עכשיו שנתן לו בשאלה ה"ל ממילא כמתנה מאחר דמ"מ לא אסיק אדעתי' כלל ליתנו לו במתנה מהיכן תתהוה המתנה מעצמה רק גבי מקדש אחותו שם שפיר י"ל כן דעכ"פ הרי נתן לה הדבר לטבועין ואף שפירש לקדושין לא שייך כאן דברים שבלב אינן דברים לסתור אמרי פיו מאחר דאמרי פיו בלא"ה בטלין ומבוטלין וגם הוא ידע מזה כשאמר שדיבורו בזה הוא חרס א"כ שם הדברים שבלב וגוף המעשה עצמה מסייעים להיות מתנה ועכ"ז כשי"ל שלא נתכוין למתנה רק לפקדון טוב כמו בלקח שדה מגזלן קיי"ל דאין זה מתנה כנ"ל וכ"ש גבי משאיל טבעת לקדש שיש לפרש המעשה והדבור הכל כפשוטו דלא מהני המשיכה כלל אף אם הוא בענין שאם היה יודע שצריך דוקא ליתן במתנה היה נותן וכנ"ל גם מ"ש כת"ר דטעמא דרבנן דפליגי אר"מ משום דאף אם גמר

בלבו הרי לא הוציא בשפתיו זה אינו דהא רבנן פירשו טעמם בהדיא משום דאדם מוציא דבריו לבטלה דאלת"ה (ה"ל) עדיפא מהך סברא הל"ל דהרי לא הוציא בשפתיו עכ"פ ומה לנו ולכוונתו א"ו דאי ידעינן דגמר לשם דמים הוה מהני אע"ג שאין לשונו מתוקן והיינו אומרים נעשה כאומר כו' ועיין בתוס' פ"ק דערכין (דף ה' סע"א) דמדבריהם מובן דלק"מ מהא דלא הוציא בשפתיו בטוב כיון דגמר בלבו אלא טועה בדבורו ועיין במסכת שבועות (דף כ"ו ע"ב) גמר בלבו מניין כו' ותרומה פרש"י שם תרומת מלאכת המשכן א"כ ערכין דהוה קדשי בדק הבית הם ג"כ בכלל זה באופן דנראה ודאי דרבנן לאו מה"ט דלא הוציא בשפתיו אתו עלה כלל ועי' בתוס' רפ"ב דנזיר שביארו טעמא דר' מאיר ומשם יובן ג"כ לרבנן:

קיצור התוס' ר"פ המדיר כ' דגם לר"מ אין לנו להוסיף על הדבור מה שלא אמר כלל רק תיקון מלה בעלמא ולפ"ז משאלה למעמ"ל הוי הוספת דבר חדש וגרע מערך לדמים שאין לחלק לומר דרבנן דפליגי אר"מ משום שם ליכא רק אמירה והכא משיכה דהא רבנן לאו מה"ט אתו עלה כ"א משום דהוציא דבריו לבטלה ועוד דהכא כיון שי"ל שהמשאיל לא הי' מכוין כלל למתנה מאי מהני המשיכה ואף אם הוא בענין שלא הי' מונע מליתן במתנה ג"כ מ"מ עתה עכ"פ דלא נתן רק בתורת שאלה אינה מתנה כלל וראי' מב"ק (דמ"ה) ומגיטין (דע"ג א'):

ה ולכאורה יש לקיים הראיה ממקדש אחותו שהביא בהגמ"ר דקדושין בענין זה בסי' תקמ"ה כשנאמר דאדם יודע בודאי שאי אפשר לקדש בטבעת שאולה שכך משמע בהדיא דעת הגמ"ר שם. ואפשר שכ"ד הרא"ש ג"כ בפרק יש נוחלין סי' מ"ו ואפשר דהראיה מקידשה בגזל דידה בדשדיך מוכח כן דעכ"פ אפילו אשה יודעת שא"א להתקדש בחפץ שלה דאל"כ מנ"ל דאחליתיה שמא נתרצתה להתקדש בחפץ שלה א"ו אמרי' שהכל יודעי' זה וכה"ג אמרי' בפ"ב דגיטין (דף כ' ע"ב) אשה ידעא לאיקנויי כו' ע"ש בתוספת ד"ה אשה דהיינו אפילו בדבר שהוא יחזיר לה ולא חיישינן דלא גמרה ומיקניא אלא בתורת שאילה משאילתו לו כ"א אמרינן דידעא וגמרה ומקנה לי' וכן משמע מפי' רש"י שם וכ"כ הרא"ש וכ"כ בחי' הריטב"א מיהו זה אינו דהתם האיבעיא אף אם ידעה שצריכים שטר מקנה מ"מ שמא לא גמרה ומקנה כיון דעתיד להחזירו לה וע"ז מסקינן דמ"מ גמרה ומקנה והיינו כשיודעת שעכ"פ צ"ל שטר מקנה. משא"כ בנד"ז שהספק שמא אינו יודע כלל שצריך ליתן במתנה דייקא אמנם הריטב"א כ' בשם רש"י שם דהאיבעיא שמא לא ידעה לאקנויי היינו שמא לא ידעה שהיא צריכה להקנות דלא ידעה דשטר מקנה בעינן וא"כ כיון דמסיק דידעה לאקנויי היינו שגם אשה יודעת

דשטר מקנה בעינן וא"כ גבי קדושין נמי י"ל דהכל יודעים שא"א לקדש בטבעת שאולה אבל לפרש"י שלפנינו ולהתוס' והמפרשים לא מוכח מידי משם. וגם הראי' מקידשה בגזל דידה הנה לפי' הפנ"י בקדושין שם (דף י"ג) לפ"ד רש"י אין מוכרח לומר אשה יודעת שא"א להתקדש בחפץ שאינו שלה ועחה"ר שם בשם רמב"ם משמע כן לכאורה כפי' הפנ"י מיהו הרשב"א בשם רש"י כ' דאחליתיה א"כ צ"ל דיודעת וכו' וכ"ש לפמ"ש בירושלמי דחייב לה הסלע א"כ הקנתו לו כדי שתתקדש בו א"כ עכצ"ל אשה יודעת כו' וא"כ אפ"ל דה"ה אדם יודע שא"א לקדש אשה בחפץ שאול א"כ כשנאמר שרק השאיל לו הטבעת א"כ עשה פועל בטל מאחר דאדם יודע כו' ולא תלינן בהכי גבי מקדש אחותו כו' א"כ תלינן דלמתנה נתנו לה ואע"ג רב ס"ל דלפקדון וזה ג"כ אינו פועל בטל מ"מ י"ל רב לא פליג רק התם שעכ"פ א"א לקיים מה שאמר לקדש אחותו ומתנה או פקדון שניהם לא אמר א"כ שמא פקדון כו' אבל הכא כשנאמר למתנה יהיה יוכל לקדש האשה שאדעתא דהכי נתנו לו טפי עדיף לתלות במתנה מבפקדון. והא דלא אמר לשון מתנה י"ל כסיפא לי' מילתא א"נ לא חש לפרש כיון שהמקדש ביקש רק להשאילו ומ"מ אין לסמוך ע"ז מכמה טעמים חדא דהרא"ש פ"ק דקדושין ס"ך ובתשו' כלל ל"ה כ' דלאו כ"ע דינא גמירי וסבור שיועיל שאלה כו' א"כ ל"ל אדם יודע כו' ול"ד לנדון דשדיך דהתם לשתתקדש בשלה ממש הכל יודעים שא"א משא"כ בשאול אין הכל יודעים כ"כ ומסוגי' דגיטין אין ראיה אפילו לפרש"י שבריטב"א דשאני התם שהאשה נותנת לו הטבלא דרך נתינה ממש ולא אמרה לשון שאלה וסתם נתינה הוי מתנה לכן סמכינן דאשה ידעא לאקנויי אבל כשאומר ל' שאלה לא סמכינן דיודע דהא איכא ריעותא ברורה המורה שאינו יודע מאחר דנתן בתורת שאלה ועוד דאף את"ל שיודע מ"מ מאחר דעכ"ז אמר לשון שאלה א"כ מנלן דנתן בתורת מתנה ואדרבה מאחר דידע שא"א לקדש בטבעת שאולה ועכ"ז לא אמר לשון מתנה רק שאלה א"כ ריעא טפי מאלו לא ידע עי' מג"א סי' תרנ"ח ס"ג ועכ"פ אין ללמוד זה כלל ממקדש אחותו מכמה טעמים דהתם נתן בתורת שיהיה שלה לחלוטין ולכן אנו מקיימין זה המעשה אף דאמר לקדושין הרי אדם יודע כו' וא"כ גמר ונתן בתורת שנתן לחלוטין אבל הכא הרי בהדיא לא נתן רק בתורת שאלה ואף דידע שא"א להתקדש בשאלה מה בכך אדרבה גרע טפי כיון דידע ועכ"ז לא רצה לומר שנותן בתורת מתנה משא"כ גבי מקדש אחותו עכ"פ נתן שיהיה שלה לחלוטין דה"ל כמו מתנה ואף דאת"ל שאדם יודע ועכ"ז נתן בתורת שאלה א"כ עשה פועל בטל ולעיל אמרנו דממקדש אחותו מוכח שאין אדם עושה מעשה לבטלה י"ל הכא שאני דכמו שביקש ממנו שישאילנו כך השאילו ול"ד למקדש אחותו דהתם יה' לה טענה

ותאמר שבודאי במתנה נתן לה שהרי נתן בפי' שיהיה שלה וידע שא"א לקדש א"כ למה הכניס א"ע לבית הספק א"ו במתנה נתן לה משא"כ הכא נתן רק בלשון שאלה א"כ אין להמקדש טענה עליו ולא שייך לומר למה הכניס א"ע לספק. ועוד התם גבי מקדש אחותו דיבורו א"א להתקיים בשום אופן שאין קדושין חלין באחותו וכיון שהדבור בהכרח בטל וא"א לקיימו בשום צד מש"ה אנו דנין אהמעשה לחוד ולא שדינן המעשה בתר הדיבור שהרי הדיבור בהכרח הוא דבר בטל וא"א לקיימו בשום צד הלכך לרב פקדון ולשמואל מתנה וכן בהכיר בה א"א עכ"פ לקנות דבר של המוכר משא"כ בנ"ד דיבורו יכול להתקיים שיהי' שאלה ביד המקדש נהי שלא ישלמו כוונת הקדושין זהו מילתא אחריתי הוא ואפשר משום זה לא אמרי' דגמר ונתן אע"פ שיודע כו' כיון שהוא אמר שאלה ויכולים לקיים דיבורו אזלי' בתר דיבורו משא"כ התם הדיבור בודאי כמאן דליתא ועוד דגם להגמ"ר דאדם יודע כו' עכ"ז לא עדיף מבהכיר בה שאינו שלו דודאי אדם יודע שא"א לקנות שדה שאינה שלו דלא כהלח"מ. ועכ"ז קיי"ל כרב דאין המעות מתנה. והיינו משום שהנתינה לא היה על דעת מתנה כי אם דרך קנין ולכן אנו מקיימין הענין כמו שהוא כיון שהוי קצת דרך קנין לשעה עד שיבוא הנגזל משא"כ גבי מקדש אחותו אע"ג דג"כ נתן בשביל קדושין דהוי כקנין מ"מ התם המעשה קידושין אין לה קיום אפילו לשעה לכן ה"ל כמתנה משא"כ גבי הכיר בה שאינו שלו הוי קיום להמעשה לשעה שיורד לשדה כדרך לוקח עד שיבא הנגזל ויטרוף ועמ"ש הרי"ף פ' השולח בענין מכורה לשעה כו' וכיון דגבי הכיר בה שאינו שלו מקיימים הענין דאינו מתנה מחמת זה שיש קיום לשעה אע"פ דאין זה מכירה אמיתית אפילו לשעה כ"ש הכא גבי משאיל לו טבעת לקדש דדבריו יש להם קיום לעולם כמו שאמר דבשביל שיצמח מזה שהקדושין לא יהיה להם קיום אין זה מספיק לבטל דבריו כו' ולעשות משאלה מתנה כיון דלא דמי למקדש אחותו שעצם הדיבור אין לו קיום מצד עצמו אפילו לשעה ועוי"ל שהמשאיל הטבעת סבר שהמקדש יצרף ג"כ מטבע להטבעת וסבר שעי"ז יהיו הקדושין קדושין אף שהטבעת רק שאול או שסבר שתתקדש בהנאה שתשתמש בלבישת הטבעת איזו זמן ומ"מ לענין שיהיה מתנה ע"מ להחזיר נתבאר בתשו' דלעיל טעם אחר שיש לומר כן כיון שהשאיל לו על אופן שהוא יתנו להאשה לקדשה בו א"כ הרי השאיל לו ע"ד שיתן הטבעת מתנה לאחר אלא דהא אמר לשון שאלה. ולכן צ"ל דהיינו מתנה על מנת להחזיר. ומיהו יש לחוש שסבר שיצרף מטבע להטבעת:

קיצור:

(דגם לפמ"ש בהגמ"ר בשם מורה א' שאדם יודע כו' מ"מ ל"ד למקדש אחותו דהכא אדרבה כיון שיודע ועכ"ז נתן בתורת שאלה א"כ לא רצה ליתן במתנה משא"כ התם נתן בתורת שיהיה שלה כמו מתנה ועוד התם דיבורו א"א להתקיים בשום אופן משא"כ הכא שיש לקיים שיהיה שאלה כמו שאמר אזלינן בתר דיבורו וכ"ש שהרא"ש כ' בהפך דלאו כ"ע ידעי דלא כהמורה שבהגמ"ר).

סימן ק

להרב ר' נחמיה ז"ל.

הנה נידון מ"ש כת"ר לתרץ דברי הרא"ש במ"ש בפ"ק דקדושין ס"ך דחזרת דמים הוי חזרה שהקשיתי עליו דכיון שהטבעת לא נאבד וישנו אצל האשה שנתנו לה מרצונו א"כ ה"ל איתא בעיני' ובגיטין פרק מי שאחזו (דע"ה א') אמרינן דאפילו רבן שמעון בן גמליאל דאמר תתן לו את דמיה לא אמר דאפשר דקא מיפייסי ליה בדמי אלא היכא דליתיה לאצטלית בעיניה היכא דאיתא בעיניה מי אמר ואף דהתם איתא בעיניה ביד מי שהתנה הבעל עמה והכא איתא בעיניה רק ביד מי שקבלו ממי שהתנו הבעלים עמו אין נפקותא דאין לומר דא"כ יתבטלו הקדושין ולכן כדי שלא לבטל הקדושין שהבעלים נתנו לו כדי לקדש ה"ל כליתא בעיניה דז"א דהא התם ג"כ יתבטל הגט שהבעל עצמו מגרשה ואעפ"כ אמרינן דמ"מ יתבטלו הגרושין כיון דבפועל ממש איתא בעיניה וה"נ דכוותה וע"ז השיב כת"ר וז"ל לכאורה דברי מעלת כתר"ה תמוהים דכאן שהטבעת ביד האשה נראה פשוט דה"ז כליתא בעיניה לגבי דידיה וכמ"ש בנתי"מ סי' רמ"א סק"ז. אך מהיות שמעלתו סיים שבנ"ד חשוב איתא בעיניה נראה שיש לו איזה ראיה דכה"ג חשוב איתא בעיניה לכן אמרתי בחפזי דלו יהי כן אין סתירה מהגמרא דגיטין להרא"ש דקדושין די"ל דהתם רק גבי אצטליתא דגט דשייך לומר לצעורה מכוין אלא דרשב"ג פליג דאפשר דפייסה ליה בדמי פי' ופייסה לי' כמ"ש הרשב"א סד"ה ה"נ דמיירי בדפייסה ליה בזה אמרינן אימור דאמר רשב"ג כו' פי' דהיכא דאיתא בעיניה אפשר מודה לחכמים ור"ל דלענין זה י"ל דמודה דלצעורה ג"כ מכוין רק עיקר כוונתו לעיכובא אינו אלא להרווחה ולכן היכא דליתא סגי כשמתפייס בדמי משא"כ בעלמא דלא שייך לצעורי אלא ודאי להרווחה לבד איכוין דלכ"ע אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן פי' ברצון דהיינו כשמתפייס בדמי אין חילוק בין ליתא בעיני' לאיתיה בעיני' וכ"מ לכאורה מדברי הרמ"א בח"מ סי' רמ"א ס"ז דמסתימת לשונו משמע ודאי דבכל גווני מיירי אף באיתא בעיניה וברצון מיירי אף שהנתי"מ לא פי' כן וכן הרא"ש דפ"ק דקדושין ס"ך מיירי ג"כ שמתרצה המשאיל

בדמים דאל"כ זה גרע מנתינה בעל כרחו דלא הוי נתינה. ומדוקדק הלשון שכתב ויקנהו מן האשה כו' או יחזיר לו דמיו פי' דודאי מחוייב לקנות ולהחזיר גוף החפץ אלא שאם יתרצה המשאיל די בכך והוי חזרה גם לענין קיום התנאי עכ"ל כת"ר ועפ"ז כתב כת"ר ג"כ שדברי תה"ד סי' שי"א כולו מקשה אע"פ שדינו אמת וחובה ליישבו וכוונת כת"ר היינו דהא דינו של תה"ד הוא לומר דחזרת דמים בעל כרחו לא מהני היכא דהחפץ איתא בעיני' והוכיח זה מהא דאפילו לרשב"ג היכא דאיתא לחפץ בעיניה לא מיקיים תנאו עליו בדמיו וע"ז קושיית כת"ר דהא רשב"ג מיירי אפילו בדפייסה ליה ועכצ"ל דזה אינו רק בגט לבד משום דלצעורי ג"כ מכוין אפילו לרשב"ג כמ"ש הרשב"א בחידושיו בד"ה הא דבעא מיניה רבי אסי וא"כ אינו ענין לדינו של תה"ד דמיירי בשאר דברים דלהרווחה לבד קא מיכוין עכת"ד:

קיצור קושיא על הרא"ש מהא דבאיתא החפץ בעיניה אפילו לרשב"ג לא מיקיים תנאו בהחזרת דמים וחכם א' תירץ משום דהתם בגט גם לרשב"ג אף לצעורה נמי מתכוין לכן אפילו מתפייס בדמים לא מהני משא"כ בשא"ד דלהרווחה מיכוין החזרת דמים פי' ברצון לכן קשה על תה"ד סי' שי"א דהביא מהא דרשב"ג לדין תנאי בשא"ד אע"ג דדינו אמת):

ב ולפע"ד דברי תה"ד נכונים דנמשך אחר לשון רש"י שם דע"ד ב' דפי' בד"ה תתן את דמיה דלא איכוין אלא להרווחה דידי' הרי בהדיא דלרשב"ג להרווחה לבד קא מיכוין ולא כפי' הרשב"א וכן פרש"י דע"ה ע"ב ד"ה מתניתין רשב"ג ותוס' ד"ה הנ"ל וכן פי' הר"ע ברטנורה ומה שהכריחו להרשב"א לומר דלרשב"ג אף לצעורי נמי קא מיכוין הוא משום דמשמע ליה דבמחולין לך אף לרשב"ג אינה מגורשת כמו לרבנן י"ל דרש"י ותוספות לא ס"ל כן. וכן משמע בירושלמי ספ"ח דנדרים דלרשב"ג הוי גט דהא שם מדמו הריני כאלו התקבלתי להא דרשב"ג דאמר כל עכבה שאינה הימנה ה"ז גט וגם י"ל דדומה ג"כ להא דאי אפשי שתשמשני שלא בהקפדה כו' וא"כ לפ"ז י"ל דלרשב"ג להרווחה לבד קא מיכוין כדברי רש"י דלפי' זה א"ש טפי הא דהחזרת דמים מהני בליתא בעיניה מלפי' הרשב"א דאף לצעורי קא מיכוין אלא דסגי בלצעורה דהחזרת מעות דמאי פסקת וכיון דלרשב"ג להרווחה לבד קא מכוין א"כ ה"ז דומה לתנאי שבשאר דברים והיינו דינו דתה"ד. אך קצת קשה לפ"ז דא"כ איך כתב הרא"ש בפרק מי שאחזו גבי מתניתין דרשב"ג דאמר כל עכבה שאינה ממנה ה"ז גט וז"ל ולית הלכתא כרשב"ג ור"ת ור"י ז"ל פוסקים בכל מקום כההיא פיסקא דר' יוחנן דפסיק הלכה כרשב"ג עכ"ל דמשמע דגם כאן הלכה כמותו וכמ"ש הטור ברמזים שם ובטור סי' קמ"ג:

ולפמ"ש בשם הירושלמי דנדרים הנ"ל דדין דכל עכבה שאינה הימנה הוא שוה לדין דמחולין לך א"כ הא התם קיי"ל דאינה מגורשת ועכצ"ל דכאן לכ"ע לא קיי"ל כרשב"ג וכ"מ בגמרא דידן דאמרי' הא מני רשב"ג היא דמיקל בתנאי אלמא דהא דרשב"ג באידך דצידן שייכא מיהו בחי' הרשב"א דע"ה בד"ה מתניתן ה"ז גיטך על מנת שתשמשי את אבא כתב וז"ל ולרשב"ג דקאמר דכל שאין העכבה ממנה ה"ז גט נמי יש לחלק בין תנאי זה לתנאי דעל מנת שתתני לי מאתים זוז ואמר לה מחולין לך דהתם כיון שהתנה עליהן מתחלה ובידו ליקחם עכשיו כמו בשעת התנאי ודאי בעינן קיום התנאי אבל הכא מעיקרא לא נתכוין אלא שאם יצטרך לכך שתניק את הבן ותשמש האב. ועכשיו שמת הבן והאב אינו רוצה בשמושה ה"ז מגורשת עכ"ל וצריך לומר דההפרש בין שהאב אינו רוצה בשמושה דהוי מגורשת ובין כשהוא מוחל המאתים זוז ואינו רוצה לקבל הוא כמ"ש הפנ"י דע"ה בד"ה כלל אמר רשב"ג שאפשר שיש לחלק בין תולה בדעת אחרים לתולה בדעת עצמו כו' אכן לפי הירושלמי י"ל דא"צ לזה:

ומה שהקשה כת"ר דהא הרשב"א כתב דרשב"ג מיירי בדפייסה ליה שיקבל הדמים תמורת החפץ ואפ"ה לא מהני באיתא החפץ בעיניה וא"כ עכצ"ל שאין זה רק בגט ומשום דאף לצעורי נמי קא מכוין. הנה מקודם נזכיר שבפירוש איך מיירי רבנן ורשב"ג מצאנו ג' שיטות דהנה הרשב"א בד"ה אצטליתא דוקא קאמר כתב וז"ל הקשו בתוספות במאי עסקינן אי כגון שהוא רוצה לקבל הדמים ומוחל לה האיצטלית תיפשוט בעיין דבסמוך דאמר לה מחולין לך:

דלרבנן לא מצי מחיל ולרשב"ג מצי מחיל ואי בשאינו חפץ לקבל הדמים א"כ תיפשוט בעיין דנתינה בעל כרחו הויא נתינה דהא הכא לא פליגי רבנן אלא משום דאצטלית דוקא קאמר הא לאו הכי נתינתו נתינה ורשב"ג אפילו בהכי פליג ומכשר אלמא לכ"ע היא נתינה ובתוספות העלו הדבר בקושיא ומסתברא דלא דמו כו' עכ"ל ויתר לשונו יובא לקמן והנה בתוספות כאן בגיטין לא נמצא מזה דבר אבל בפ"ט דערכין (דף ל"ב ע"א) מבואר מזה בתוספות ומשמע דס"ל דלפי האיבעיא דרבי אסי מחולין לך מהו ע"כ הא דאמרי רבנן אצטליתו דוקא קאמר בעל כרחו מיירי דאי מדעתו לא גרע ממחולין לך. ואפ"ה קאמר רשב"ג תתן לו דמיה אפילו בעל כרחו דס"ל לרשב"ג נתינה בעל כרחו הוי נתינה (והיינו כל"ב דרבא שכ"ד רב האי גאון וסיעתו). וללי"ק דרבא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה צ"ל דרשב"ג דאמר תתן לו דמיה מדעתיה קאמר ואפ"ה לרבנן אצטלית דוקא קאמר ואינה מגורשת. והאי בעיא דמחולין לך אינה אליבא דל"ק דרבא דלל"ק דרבא ודאי לרבנן אפילו מחולין לך לא מהני נמצא לפי שיטה זו אתי שפיר דברי תה"ד דמשמע

דמפרש דברי רשב"ג דאפילו בעל כרחו דהא דעת הפוסקים נוטה דלענין ממונא קיי"ל כלישנא בתרא דרבא דנתינה בעל כרחו הויא נתינה בפרט לדברי התוס' הנ"ל דכל שקלא וטריא דבעיא דמחולין לך מהו ס"ל ג"כ כן כנ"ל וכיון שכן הרי לפ"ז רשב"ג דאמר תתן לו את דמיה היינו אפילו בעל כרחו ולכן מאי דאמרינן ע"ז אימור דאמר רשב"ג אלא היכא דליתא בעיניה היכא דאיתא בעיני' מי אמר ה"ה גם בתנאים שאינן בגיטין הדין כן דהיכא דאיתא לחפץ בעיניה לא מיקיים תנאו עליו בדמים בעל כרחו של מי שהתנה והנה לפ"ד הרא"ש בגיטין פמש"א ססי' ז' משמע ג"כ לכאורה כפי' התוספות הנ"ל דרשב"ג מיירי אפילו בעל כרחו דהא כתב שם דגם לרבנן דפליגי על רשב"ג נראה דמדעתו הוי גט ואע"ג דמחולין לך לא הוי גיטא שאני התם דלא ציערה אבל הכא דיהבה דמי וציערה על גוף האצטלית יכול למחול עכ"ל וכיון דאפילו לרבנן מהני נתינת דמים מדעתו א"כ עכצ"ל דרשב"ג דאמר תתן לו את דמיה היינו אפילו בעל כרחו וצ"ל דהיינו משום דכתב לעיל מיניה בשם בעל העיטור בשם רב האי גאון דהלכתא כלישנא בתרא דרבא דלפ"ז שפיר י"ל דרשב"ג מיירי בעל כרחו אך קשה שהרי כתב דטוב להחמיר כדעת הרמב"ם שכתבו בשמו דמספקינן שמא הלכה כל"ק דרבא ולפ"ז צ"ל דרשב"ג ורבנן מיירי שהנתינה היא מדעתיה ואפ"ה ס"ל לרבנן דאצטלית דוקא קאמר. (ולכן מדברי התוספות הנ"ל מוכח דפליגי על הרא"ש במ"ש ויראה דמדעתו הוי גט ואפילו לל"ב דרבא כ' דאי מדעתו לא גרע ממחולין לך וא"כ כמו דבמחולין לך אינה מגורשת ה"ה בנתנה לו דמים אפילו מדעתו. וכן דעת הרשב"א ד"ה אצטליתא נראה ג"כ בזה בפשיטות דלא כהרא"ש) ולקמן ית' מזה.. קיצור. י"ל תה"ד ס"ל כפרש"י ותוס' והרעב"ט דלרשב"ג להרווחה לבד קא מיכוין וכ"מ בירושלמי ספ"ח דנדרים ולפ"ז יש ללמוד לתנאי דמקח מתנאי דגט לרשב"ג ומהירושלמי הנ"ל קשה על הרא"ש גבי כל עכבה כו' ועי' חה"ר ומנידון מה שפי' תה"ד דברי רשב"ג דמיירי בעל כרחו כן הוא בתוס' דערכין דל"ב ללישנא בתרא דרבא:

ג השטה הב' היא שטת הרשב"א שכתב וז"ל ומסתברא דלא דמו דהכא מתכוין הוא בקבלת המעות לקיום תנאו והא לא איקיים לרבנן דאצטלית דוקא קאמר ולרשב"ג הא איקיים דלאו דוקא קאמר אבל בעיין דמחולין לך הא לא מתכווני לקיומיה תנאה אלא לבטולי ומיבעי בעו אי מצי מחיל אתנאיה או לא כו' עכ"ל והאריך נמצא דפי' שמקבל המעות תמורת החפץ מדעתו ורצונו ואעפ"כ לא מהני ולא דמי אפילו למחולין לך משום דלקיום תנאה מכוין ואנן סהדי דלא איקיים ופי' אנן סהדי דלא איקיים ורשב"ג ס"ל דאיקיים צ"ל ע"ד שכתב בתה"ד ססי' שי"א דודאי בעלמא כשהוא מתנה על החפץ והחפץ בעין אין אומרים שיתן את דמיו שהרי על החפץ התנה ולא על דמיו.

אם היה רוצה בדמיו היה אומר תן לי שוה כך וכך אלא על כרחך דדוקא החפץ היה חביב עליו אפילו הכי היכא דנאבד וליתא בעיניה אמדינן דעתיה שאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו אלא יטול את דמיו עכ"ל התה"ד וז"ש הרשב"א ורשב"ג ס"ל דאיקיים והיינו משום דאמדינן דעתי' שאין רצונו כו' והיינו שגם מתחלה לא היה מקפיד ע"ז שאם יאבד יטול את דמיו רק היכא שהחפץ בעין בדוקא התנה על החפץ ולא על דמיו ולפ"ז טעמייהו דרבנן היינו כיון דבדוקא התנה על החפץ אפילו היכא דנאבד לא אמרינן אומדנא דאמדינן דעתיה שאין רצונו כו' ולכאורה י"ל דדוקא בתנאי דגיטין אמרינן כן לרבנן משום דלצעורי קא מיכוין ע"כ אמרינן דאף אם ליתא בעיניה בדוקא התנה אך מדמחלק הרשב"א דלא דמי קבלת המעות אפילו ברצון למחולין לך והיינו דאף דחזרת דמים לא מהני עכ"ז איבעיא ליה לגמרא שמא מחולין לך מהני וא"כ צ"ל דאכתי לא אסיק הש"ס אדעתי' דטעמייהו דרבנן משום דלצעורי קא מיכוין דא"כ פשיטא דמחולין לך מהני וא"כ כיון דעכ"ז חזרת דמים לא מהני אפילו ברצון צ"ל משום דבלאו ה"ט דלצעורי קא מכוין אין זה קיום התנאי כיון שעל החפץ התנה בדוקא ולא על דמיו מנלן לבדות דהיכא דליתי' בעיניה הדמים הם במקום החפץ דילמא הכל בדוקא החפץ קאמר ועוד אף אם יש אומדנא דהיכא דלהרווחה קא מיכוין לא הי' מבטל המעשה והתנאי אם יאבד החפץ שלא יקבל דמים תמורתו מ"מ הרי עכשיו עכ"פ שבשעת התנאי לא נזכר מזה ובדוקא התנה ולא אמר שאם יאבד אזי לאו דוקא החפץ קאמר אמרינן דאין זה קיום התנאי ועיין בגמרא פרק שבועת הדיינים (דף ל"ט סע"ב ודף מ' ע"א). דלכ"ע גבי חפץ אמרינן דדוקא קאמר התובע ולא שוה ואף אם טענו בחוב דליתי' בעיני' וכשהודה לו מעות אין ההודאה ממין הטענה וכמ"ש בטוש"ע ח"מ סי' פ"ח וא"כ ה"ה כאן נאמר כשהתנה על החפץ דוקא קאמר ולא מעות ולכן אפילו ליתא החפץ בעיניה אין חזרת דמים אפילו ברצון נקרא קיום התנאי כמו שאין נקרא הודאה ממין הטענה כלל וכן נראה דעת הריב"ש בתשו' סי' ב' שכתב שיתנו לך במתנה על מנת להחזיר שהיא מתנה כו' ואם תאמר האיך יחזיר המתנה והלא יש לו למכור הסחורה ההיא ולשלוח דמיה למפקיד או סחורה אחרת שיקנה לו בדמים יש לומר אפשר להם להתנות שיחזירם לו או לפלוני בעבורו הדר בעיר הנפקד כו' ע"כ. והרי התם כשמוכרה נעשה ליתא בעיני' ומכירה זו היא מדעת הנותן שעל דעת כן שלח וזו היא כוונתו וא"כ לא גרע מנאבדה שנעשה ליתא בעיניה ממילא וכאן נעשית ליתא בעיניה ע"פ דעת הנותן ובמצותו ואף שכתבתי לעיל דהטבעת כיון שישנו אצל האשה לא נקרא ליתא בעיניה התם שאני דאין

נתינה זו טובת בעל הטבעת כלל אבל הכא ששולח למוכר והלוקח שנתן דמים עבורה ודאי לא יחזיר בשום אופן:

ומאחר שכל זה במצות הנותן י"ל דנקרא ליתא בעיניה כיון שאי אפשר שיוחזר (משא"כ גבי טבעת קדושין תחזיר ואם יתבטלו הקדושין מה איכפת לי' לבעל הטבעת) ואפ"ה ס"ל להריב"ש דלא מהני חזרת דמים דאין זה קיום התנאי שאמר על מנת להחזיר דמשמע גוף החפץ וזו חומרא גדולה יותר מדעת התה"ד ססי' שי"א דס"ל דאפילו באיתא בעיניה כה"ג דלא חזינא שחפץ בהחפץ של חבירו יוכל ליתן דמים ולהריב"ש אפילו בליתא בעיני' צריך להחזיר החפץ עצמו אף שידוע שהנותן הי' מרוצה בהחזרת דמים יותר וצריך לדחוק להריב"ש דכיון דבפיו אמר על מנת להחזיר דהיינו החפץ ה"ל כההיא דקדושין (דף נו"ן ע"א) לאו כל כמינה דעקרה לה לתנאה הואיל ושמעה ולא מיחתה וכ"ש הכא שפירש בעצמו התנאי וכ"כ בתשובה מהר"א בן ששון רסי' ס"ג וז"ל שהרי מתוך דברי הריב"ש ז"ל נראה דמתנה ע"מ להחזיר צריך להחזיר המתנה עצמה ולא דמיה ולא סחורה אחרת בדמיה כו' עכ"ל ובסוף תשובתו כתב שמדברי הריב"ש ז"ל נראה דמחזרת דמים לא הוי חזרה אפילו אם הנותן יתננה על תנאי כך עכ"ל וכוונתו ע"ד שכתבתי דאף ששולח לו הסחורה על דעת כן כיון שאמר על מנת להחזיר דמשמע הסחורה אין נקרא קיום התנאי בחזרת דמיה אף שבאמת לזו נתכוין ונקוט מיהו עכ"פ להיכא שמתנה על החפץ ממש ואין שום גילוי דעת שמרוצה בדמיו דא"כ ודאי משמע דדוקא קאמר אז ודאי כ"ש וק"ו דלהריב"ש לא מהני חזרת דמים אפילו ברצון ואפילו ליתא החפץ בעיניה אין חזרת דמים קיום התנאי כלל. אע"ג שאפשר שלא עלה ע"ד מי שהתנה התנאי שאם יהיה הלה אנוס שיאבד אצלו החפץ עכ"ז יתבטל התנאי וכמ"ש התה"ד בטעם דרשב"ג דאמדינן דעתיה וכמש"ל מ"מ לרבנן לא מהני כיון שהתנה על החפץ בדוקא הרי התנה ולא נתקיים התנאי ודומה קצת למ"ש הש"ך בח"מ סי' כ"א וביד סי' רל"ו בנקה"כ דנהי דאונס רחמנא פטריה מ"מ הוה כמאן דלא עבד ולא קיים התנאי אף שי"ל ג"כ שלא עלה ע"ד המתנה שאף גם אם יהיה אנוס יתבטל המעשה בפרט בתנאי שאין בו קפידא כ"כ עכ"ז ס"ל להש"ך בנקה"כ שם דכיון שהתנה ולא נתקיים התנאי אפילו באונס נתבטל המעשה ולפ"ז גם במסקנא דאמרינן דגבי גיטין לצעורי קא מיכוין לא הוצרך טעם זה רק למחולין לך אבל חזרת דמים אף בלאו ה"ט וגם היכא דלא שייך לצעורי קא מיכוין לא מהני ועכ"פ למדנו מדברי הריב"ש דס"ל ודאי מ"ש התה"ד דחזרת דמיה לא מהני באיתא בעיניה כיון דלדידי' אפילו בליתא בעיניה לא מהני ואפילו ברצון. וגם דפליג ודאי על תשו' הרא"ש גבי טבעת קדושין דלא מהני

חזרת דמים אפילו ברצון דאפילו את"ל דזה שהטבעת ביד האשה נקרא ליתא בעיניה לא מהני להריב"ש כ"ש שזה נקרא איתא בעיניה ולכן לא מהני אפילו לרשב"ג ואפילו ברצון וכן בתשו' מהר"א ששון סי' ס"ג העלה דהריב"ש פליג על דינו דהרא"ש:

קיצור שטת הרשב"א דרשב"ג ורבנן מיירי ברצון ועכ"ז ל"ד למחולין לך וטעם פלוגתתן דלרשב"ג אמדינן דעתיה כמ"ש בתה"ד ססי' שי"א ולרבנן לא אמדינן או דלא מהני האומדנא נגד מה שבפיו התנה בדוקא על החפץ ועי' בגמ' פ"ו דשבועות בענין שוה ודוקא ולפ"ז גם היכא דלא שייך לצעורי קא מיכוין לא הוי חזרת דמים קיום התנאי כלל ואפילו ליתא החפץ בעיניה אפילו מקבל הדמים ברצון וכמ"ש בפשיטות בתשו' הריב"ש סי' ב' וכדפי' במהר"א בן ששון סי' ס"ג וכ"ז שלא כדעת הרא"ש גבי טבעת קדושין ודינו של תה"ד דבאיתא החפץ בעיניה לא מהני חזרת דמים אתיא במכ"ש מדין זה לשטה זו):

ד אמנם לכאורה הטעם שפי' הרשב"א לחלק בין קבלת מעות דלא מהני אפילו ברצון ובין מחולין לך לפי האיבעיא הוא דחוק במה שפי' אבל בעיין דמחולין לך הא לא מיתכווני לקיומי תנאיה אלא לבטולי דקאמר מחולין לך ובטליה לתנאיה משא"כ גבי חזרת דמים לקיומיה תנאי' קא מיכוין והא לא איקיים דלכאורה גם במחולין לך ה"ז מצד כאילו נתקיים התנאי בפרט לפמ"ש הרשב"א בפ"ג דנדרים דף כ"ד דדוקא בקיום מעשה כו' ומשום דאילו קיבלם ממש יכול הוא להחזיר ואפוכי מטרתא למה לי כו' יעו"ש והובא ב"י בי"ד ססי' רל"ב אבל לפי השטה הג' א"ש הסוגיא יותר והוא שטת הריטב"א בגיטין פמש"א שם וז"ל והא דאמר רשב"ג תתן לו את דמיה פי' כשרצה לקבל הדמים וקמ"ל דאם רצה לקבל הדמים אע"פ שלא מחל לה האצטלית מגורשת דקיימה תנאו אבל לא מחל לה בפירוש האצטלית והכי מוכח הא דאמר עד כאן לא אמרי רבנן התם אלא דלא אחליה גבה עכ"ל הרי חילק בין מחילה ובין קבלת המעות סתם כשלא מחל בפירוש על האצטלית אף שקיבל המעות ברצונו הטוב דמ"מ הרי לא מחל בפירוש וא"כ לק"מ קושיית התוס' והרשב"א במאי עסקינן אי כגון שהוא רוצה כו' ואי בשאינו חפץ לקבל הדמים א"כ תיפשוט בעיין דנתינה בעל כרחו כו' כהובא לעיל אות ב' דשפיר מיירי שרוצה לקבל הדמים ולא מיירי בנתינה בעל כרחו כלל כ"א מרצונו ואעפ"כ אין זה ענין למחולין לך דהא לא מחל בפירוש כלל ומ"מ לרשב"ג נקרא זה קיום התנאי משום דאמדינן דעתיה שאין רצונו כשנאבד החפץ שבשביל כך יתבטל תנאו אלא יסתפק בהחזרת דמיו ולרבנן כיון דבדוקא התנה אין זה קיום התנאי כלל ולפ"ז כ"ש שי"ל שכן הדין לרבנן גם בתנאי דמקח ולא בגיטין. אף דשם מחילה ודאי מהני אבל הרי לא מחל בפירוש ואין זה שייך למחילה כלל כ"א מצד קיום התנאי נגעו בה לרשב"ג ורבנן ס"ל

דאין זה קיום התנאי כלל וכדפ"ל לשטת הרשב"א אלא דלשטת הרשב"א הטעם דאין זה כמחילה הוא משום דמחילה היא לבטולי תנאיה כו' אבל להריטב"א א"ש בפשיטות דאין זה מחילה דמחילה בפירוש בעינן שימחול על האצטלית והא ליכא כאן מחילה זו בפירוש רק שקיבל הדמים ברצון ע"ד למלאות התנאי והרי לא נתמלא וכמו שהתנה על מאתים זוז והיא סילקה לו קצ"ט וקיבל דלא מפני זה נאמר שמחל הזוז החסר דאעפ"כ קיבל אלו כו' ומ"מ התוס' דערכין פליגי על הריטב"א בזה וס"ל דקבלה מרצונו הטוב שמקבל הדמים ה"ל כמחולין לך על האצטלית ג"כ וכ"ד הרא"ש פמש"א ססי' ז' ויראה דמדעתו כו' עד יכול למחול הרי ס"ל דזה שמקבל המעות ברצון ה"ל מחילה לגבי האצטלית ונלע"ד דדין זה תלוי באשלי רברבי דהנה הב"י בח"מ סי' רמ"א סעי' ג' כתב אדם שעושה מעשה שנראה כמודה לחבירו הוי כמחילה מהרי"ק בשרש קי"ח ותשו' הרא"ש כלל מ' סי' ב' עכ"ל וכן הביא הד"מ שם סק"ד והנה מקור דברי מהרי"ק שרש קי"ח הוא מתשו' מהר"מ שבמרדכי שלהי פרק חזקת סי' תקנ"ט בענין אי דלא ליה צנא דפירי א"כ הודה כו' או שמחל לו כו' ע"ש והובאו דברי תשו' מהר"מ הנ"ל בד"מ סי' קמ"ב סק"א ובש"ע סי' קמ"ב סעי' א' בהגה"ה והוא בשם י"א כו' ע"ש דתליא לפי' ר"ח שם. ובמרדכי שם ס"פ חז"ה כ' דרשב"ם לא ניחא לי' פי' ר"ח וגם הוא ז"ל בעצמו הקשה על דינו דמהר"מ מפרק יש נוחלין דקל"ב דמוכח דבעינן שיאמרו בפירוש הריני מוחל השעבוד וראיה זו היא ג"כ תשובה על מ"ש הב"י בשם תשוב' הרא"ש וגם המעיין בתשו' הרא"ש עצמו כלל מ' סי' ב' שכתב דדוקא גבי כתובת אשה כו' ע"ש הרי ס"ל ג"כ כהמרדכי בעצמו ועיין בב"ש סי' ק"ו סק"ב לת"ק צריך ג' אופנים כו' וע"ש סק"ה אבל חוב כו' ועיין בהרא"ש פי"נ סי' מ' בשם מהר"מ וי"ל לשיטתי' אזיל או דשם עדיף ועיין במרדכי ספ"ק דסנהדרין גבי יהי כדבריך כו' כאילו פירש משא"כ בדין הנ"ל שעושה מעשה שנראה כו' ועיין בתה"ד סי' שי"ז אבל בנ"ד שאין דרכו של ראובן להאכיל בשכר מחמת עושרו כו' נראה דאין לחלק הכי כו' ע"ש נלע"ד שזה שלא כסברא שכ' הב"י אדם שעושה מעשה שנראה כו' דאל"כ הרי הכא ודאי נראה דמחיל א"ו דלא סמכינן ע"ז אא"כ רגילות הוא בעשירים שבאותה מדינה כו' ע"ש בתה"ד ססי' הנ"ל. ואפשר דגם מהר"מ שבמרדכי ס"פ חזקת עיקר טעמו משום הודאה כמ"ש א"כ הודה שאין לו כח בישוב כו' ומ"ש או שמחל לו היינו לסניף דבהודאה שאין לו בה כח כלל מעיקרא הוא דסמכינן על הוכחה זו. משא"כ לגבי מחילה שהוא אם ודאי הי' שלו אלא דמוחל ע"ז י"ל דלא סמכינן על הוכחה הנ"ל להפקיע זכותו שהיה לו בה בודאי והש"ס כאן דאומר ע"כ לא אמרי רבנן התם אלא דלא אחלה גבה לפי' הריטב"א מסייע להרשב"ם והמרדכי דאע"ג

שעשה מעשה שנראה כמוחל לא הוי מחילה גם מ"ש בגמ' (דע"ה א') אפשר דמפייסה לי' בדמי אין זו מחילה וכדמוכח במסכת ב"ב פרק לא יחפור (דכ"ג ע"א) אימא פיוסא פייסי' אי נמי אחולי אחיל גביה הרי דפיוס ענין בפ"ע שהוא קבלת מעות. ומחילה הוא ענין בפ"ע. וא"כ הכא אע"ג דנתפייס לקבל המעות י"ל שאין זה מחילה על החפץ ממש אך קשה כמו התם מהני אימא פיוסי' פייסיה ה"נ הכא יהיה מהני. וצ"ל דמ"מ אין זה קיום התנאי משא"כ התם אין שייך זה:

(שטה ג' היא דמיירי ג"כ במקבל מרצונו כמ"ש הרשב"א אך הטעם דלא הוי כמחילה הוא משום דמחילה בעינן שיאמר בפירוש מוחל אני ולא סמכינן על מה שנראה כן. והתוס' והרא"ש ס"ל דה"ל כמחילה וכה"ג יש ב' דיעות במרדכי ס"פ חזקת באדם שעושה מעשה שנראה כמוחל אי הוי מחילה. ועכ"פ לשטה זו הדין בסוגיא זו כמו לשטת הרשב"א דלעיל אות ג' ה והנה להרא"ש פמש"א ססי' ז' דס"ל כהתוספות דערכין דכשמקבל המעות מדעתו הוי מחילה א"כ אי אפשר לפרש הסוגיא לא כשטת הריטב"א ולא כשטת הרשב"א וגם אי אפשר לומר דמיירי בעל כרחו דהא הרא"ש כ' דטוב להחמיר דנתינה בעל כרחו הוי ספק מגורשת אלמא דאי אפשר לפשוט מהמשנה דין נתינה בעל כרחו ועכצ"ל דלא מיירי המשנה בהכי וכמ"ש מזה לעיל אות ב' וצריך לומר להרא"ש שיש אופן שהוא אינו מדעתו ורצונו ממש ואעפ"כ אינו בעל כרחו כגון כשמקבל המעות בלי הכרח וכפייה אלא שאומר שמקבל מחמת הכרח האבידה דאין לו ברירה אחרת דאלא מאי יעשה אבל אינו שוה לו כלל המעות כמו החפץ ממש ומצטער עליו. דזה ודאי לא דמי למחולין לך דע"כ לא אמרו התוספות והרא"ש דכשמקבל מדעתו לא גרע ממחולין לך אלא, כשמקבל בלב שלם ונפש חפיצה וחזינן דמתפייס לגמרי בהדמים כאילו קבל החפץ אז י"ל דהוה כאילו מחל בפירוש כיון דמרוצה ממש בהמעות אבל כשאומר שאינו מקבל המעות רק מחמת הכרח האבידה ושאין ברירה כו' איך יהיה זה דומה למחילה בפירוש דאומר הריני כאילו התקבלתי והרי הכא אינו שוה אצלו כלל המעות עם החפץ ומ"מ לא דמי כלל לנתינה בעל כרחו דהיינו ע"י הכרח וכפייה מזולתו וברצונו לא היה מקבל כלל וה"ל אונסא דאחריני משא"כ הכא מקבל בעצמו שלא מכפייה כלל אלא שהוא כמו אונסא דנפשי' דה"נ אינו אונסא דאחריני אלא שבא בידי שמים מחמת האבידה ועיין בפרק חזקת הבתים (דמ"ז סע"ב) ודילמא שאני אונסא דנפשי' מאונסא דאחריני ומ"מ שם דף מ' סע"ב גבי ההוא גברא דאזיל לקדושי איתתא מוכח דחשיב אונס לגבי מתנה כו' ע"ש וכ"ש דאונס כזה שמחמת האבידה דגרע מאונסא דנפשי' שבודאי מבטל שלא יהיה מחילה אע"פ שאין בו כלל משום נתינה בעל כרחו ואפשר

אף אם מקבל המעות בסתם אינו מחילה מה"ט ולא אמרו התוס' והרא"ש דמדעתו הוי מחילה אלא כשאומר רוצה אני דכה"ג מחלקינן בב"ק פרק הכונס דס"ב א' לענין חמסן והגם דשם הוא אונסא דאחריני משא"כ הכא מ"מ לשנאמר דהוי מחילה ממש אפשר צ"ל בפי' רוצה אני או שיהיה ניכר שמתפייס לגמרי וזה צ"ע אבל עכ"פ כשאומר שאינו מקבל רק מחמת אין ברירה וצר לו על החפץ י"ל ודאי דלא דמי למחילה ועפ"ז י"ל הא דבאיתא בעיניה מודה רשב"ג היינו ג"כ בכה"ג ואע"ג דשם אינו שייך אונס הנ"ל י"ל ג"כ שאומר שמקבלו מצד אין ברירה שאל"כ יתבטל הגט ותצעוק האשה כו' אבל כשאומר שמקבל מרצונו ממש לפ"ד התוספות ורא"ש דה"ל כמחילה י"ל דמהני לרשב"ג את"ל דרשב"ג ס"ל דלהרווחה לבד קא מיכוין (וס"ל לתה"ד דכה"ג לא מהני באיתא בעיניה גם בתנאים שבמקח וממכר אע"ג דלהרווחה לבד קא מיכוין מאחר דאין זה מחילה וגם אין כאן קיום התנאי דכשיש החפץ בעין ע"ז ודאי בדווקא התנה אף דלהרווחה התנה) מיהו מלשון הגמרא משמע דבאיתא בעיניה אע"ג דקמפייסה ליה ונתפייס לא מהני ואפשר משום דכשאיתא בעיניה לא מהני מחילה אלא הקנאה ממש בעינן מיהו צ"ע כיון שנתנו לה אלא שהיא צריכה להחזירו לקיום התנאי י"ל דמהני מחילה בפירוש ולא בעינן הקנאה כיון שעדיין הוא שלה וא"כ הא דרשב"ג דמודה באיתא בעיניה מיירי בלא נתפייס או דבגיטין מודה דאף לצעורי נמי קמכוין כמ"ש הרשב"א מיהו בספר שער המלך פ"ג מהלכות זכייה ומתנה הביא שיש ב' דיעות בזה שמדברי הר"ר ישעיה שברא"ש פ"ג דסוכה סכ"ט מבואר דס"ל דמתנה על מנת להחזיר אין הגוף קנוי לה ואין צריך שיחזור המקבל ויתנה לו במתנה ושכ"ד הרשב"א וכ"ד י"א שהביא הריטב"א פ"ג דסוכה גבי לא ליקני אינש לולבא לינוקא ולהרא"ש והריטב"א הקנאה גמורה היא וממון שלו היא וכשמחזירה לו הקנאה גמורה בעי כשאר הקנאות דעלמא עכ"ד ונמצא להרא"ש והריטב"א ראוי שיהיה מהני מחילה משא"כ להר"ר ישעיה והרשב"א והנה אף דשא"פ פליגי על הדין שחידש הרא"ש פמש"א ססי' ז' דמדעתו הוי גט כמ"ש המכמ"א ש"ח סי' י' וכנזכר ג"כ לעיל סוף אות ב' היינו משום דמחולין לך בפירוש נמי לא מהני אפילו עם קבלת המעות וכמ"ש בבית מאיר סי' קמ"ג דה"ל כאילו ציערה בקבלת מקצת מעות או רובם ועל המותר מחל בפירוש דודאי לא הוי גט כלל:

אבל מ"מ בעצם הסברא דמדעתו ורצונו ממש הוי מחילה י"ל הרי כן ג"כ דעת התוס' דערכין והר"מ שבמרדכי ס"פ חזקת. לכן עכ"פ י"ל החילוקים הנ"ל אמיתיים בפי' הסוגיא ונפ"מ לשאר תנאים שלא בגיטין והנה הרא"ש ס"ל דבשאר תנאים שלא בגיטין מודו רבנן לרשב"ג דחזרת דמים מהני בליתא החפץ בעיניה כמ"ש בפ"ק דקדושין ס"ך

ובפ"ג דסוכה סי' כ"ט בשם בעל העיטור גבי ואם נגזל ממנו ולא החזירו כו' אע"ג דחזרת דמים הוי חזרה כו' דטעמא דרבנן התם גבי אצטלית משום דלצעורה קא מיכוין והא לא ציערה אבל בעלמא מודו רבנן כו' וכ' הק"נ בסוכה שם ס"ק ק"ג דוקא בשאין החפץ בעין כו' ועכצ"ל דלא מיירי מדעתו ורצונו דא"כ אפילו באתרוג נמי דאע"ג דבאתרוג ודאי בדוקא התנה מ"מ מאחר דלאו לצעורי קא מיכוין כבגיטין י"ל דמהני מחילה א"ו מיירי אפילו לא ברצון ופיוס גמור רק ע"ד הנ"ל ומ"מ מהני ועוד דמדעתו ממש אפילו בגיטין מהני להרא"ש כנ"ל וס"ל דלא כמש"ל אות ג' דלרבנן לא אמדינן דעתיה כו' אלא ס"ל דלפי המסקנא דמחולין לא מהני משום דלצעורי קא מיכוין ה"ה והטעם דחזרת דמים לא מהני הוא ג"כ רק מהאי טעמא אבל היכא דלהרווחה קא מכוין מהני חזרת דמים בליתא החפץ בעיניה אף לרבנן וה"ל כמו קיום התנאי ממש ועמ"ש מזה לעיל אות ג' הטעם משום דאמדינן דעתיה כו' ונראה לבאר עוד דהנה גבי הריני כאילו התקבלתי פי' הר"ן בנדרים פ"ג (דף כ"ד ע"א) ב' טעמים א' דאפוכי מטרתא כו' ב' נשלם רצונו ע"ש. וכ"ד תה"ד רסי' שי"א כטעם הב' ועי' חה"ר שם לטעם דאפוכי מטרתא למה לי אף שגם כאן גבי מחולין לך יכול הוא להחזירם לה אעפ"כ לא מהני כאן דמ"מ הרי נתכוין הוא שתצטער בנתינתם ולטעם הב' דאזלינן רק בתר השלמת רצונו ולכן אפילו בביטול מעשה מהני אע"ג דלא שייך אפוכי מטרתא א"כ צ"ל דאמאי בגיטין לא מהני מחולין לך אע"ג דבתחלה לצעורי קא מכוין מ"מ מאחר שכעת נהפך רצונו ואינו חפץ עוד לצערה ורוצה למחול הרי נשלם רצונו אלא מזה משמע דבעינן שיתקיים התנאי כמו שהיה בעת שהתנה. ולא מהני מה שנהפך רצונו וא"כ קשה איך מהני שם גבי ביטול מעשה כשהדירו שלא ילך כו' כשנהפך רצונו וצריך לומר כיון ששם היה התנאי להרווחה שהוצרך שלא ילך א"כ כשאח"כ לא איכפת ליה ורוצה שילך א"כ ה"ל כמו נשלם רצונו הראשון שהיה ג"כ להרווחה והא לא אצטריך משא"כ כשהתנאי היה לצעורי אע"פ שאח"כ אינו חפץ לצעורי אין רצון זה קיום הרצון הראשון כלל ופנים חדשות באו לכאן וכ"כ בתה"ד רסי' שי"א וז"ל דלגבי גיטין לצערה קמכוין ולכך צריך להתקיים התנאי ממש כמו שהתנה אבל בכל מילי דמכוין בתנאי להרויח הואיל ונתפייס הרי הוא כאלו נתקיים לו התנאי ממש דמחילה כקבלה היא כדפרש"י התם עכ"ל והנה לענין החזרת דמים תמורת החפץ הנה הטעם דאפוכי מטרתא ודאי לא שייך אבל הטעם הב' שבמחילה משום שנשלם רצונו י"ל דשייך ג"כ גבי החזרת מעות כשמתפייס בזה שהרי נשלם רצונו וכמ"ש בב"ב (דכ"ג סע"א) אימא פיוסיה פייסה או אחולי אחליה הרי דקרובים זה לזה ולכן לפ"ד הרשב"א דחזרת דמים דמהני היינו כשמתפייס י"ל לכאורה דמה"ט מודו רבנן לרשב"ג

בשאר תנאים שלא בגיטין אך א"כ גם באיתא בעיני' ואפשר באמת היכא דלהרווחה מכוין מהני כה"ג אפילו באיתא בעיניה אלא דהא הרשב"א עצמו כ' דקבלת דמים אף ברצון ממש לא דמי למחילה והרא"ש הא ס"ל דבעלמא מהני חזרת דמים אף שלא מדעתו ממש ולכן צ"ל הטעם משום אומדנא שבתה"ד ססי' שי"א ועל כן מה לנו ולרצונו עתה מאחר דאמדינן דעתיה שעל דעת כן התנה שבשביל כך יתבטל התנאי ויטול את דמיו. וכה"ג איתא בחידושי הרשב"א סד"ה ה"ז גיטך על מנת שתשמשי את אבא וז"ל ולרשב"ג דאמר כל עכבה שאינה הימנה ה"ז גט כו' הכא מעיקרא לא נתכוין אלא שאם יצטרך לכך כו' שעל דעת כן התנה עליה מתחלה עכ"ל ורבנן דפליגי התם היינו משום דלצעורה קמכוין אבל היכא דלהרווחה קמכוין מודו דאזלינן בתר אומדנא כזו ולמ"ד דנתינה בעל כרחו הוי נתינה מהני נתינת דמים תמורת החפץ בליתא בעיניה אפילו בעל כרחו לפ"ד הרא"ש וכמ"ש התוספות דערכין (דף ל"ב ע"א) כהובא לעיל אות ב':

להרא"ש צ"ל דיש אופן ממוצע שאינו מדעתו ורצונו ממש ואעפ"כ אינו בעל כרחו ואף דשא"פ פליגי עמ"ש הרא"ש דמדעתו מהני בגט מ"מ זהו מטעם אחר משום דגם מחילה בפי' עם המעות לא מהני גם ס"ל להרא"ש דרבנן מודו לרשב"ג בשא"ד רק בגיטין פליגי משום דלצעורי קא מכוין ואיך הם הדמים קיום התנאי הנה להרשב"ג דמיירי ברצון היה מקום לומר דפיוס ושלימות הרצון ה"ל כמחילה אלא דהרשב"א לא כתב כן ועוד להרא"ש מיירי שלא מרצונו ולכן צ"ל הטעם משום דאמדינן דעתיה כמ"ש בתה"ד ססי' שי"א):

ו ולכאורה יש ראיה לזה דטעמי' דרבנן גבי חזרת דמים דלא מהני הוא ג"כ רק משום דלצעורי קמכוין מעובדא דההוא גברא דאמר ליה לאריסא דאמר הש"ס תחלה ורבה דאמר כרשב"ג ופרש"י דדמים במקום אצטלית הכא נמי מטר במקום השקאה ואח"כ מסיק ורבה דאמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא דלצעורי קא מכוין אבל הכא משום הרווחה הוא והא לא איצטריך ומאחר דדימה המטר לגבי השקאה כמו דמים לגבי אצטלית והיכא דלהרווחה קא מכוין מהני המטר כאילו השקה הכא נמי מהני נתינת דמים במקום אצטלית ומיהו יש לחלק דדמים לאו אצטלית הן כדפרש"י לעיל ד"ה תיבעי לרבנן משא"כ מטר ה"ל כהשקאה ממש אלא רק הטענה משום דלא האריס השקה וע"ז אמר הכא משום הרווחה הוא והא לא אצטריך וא"כ מה בכך שלא הוא השקה עכ"פ הא לא אצטריך. וכמ"ש הש"ס לעיל גבי מחולין לך לשון זה ממש והא לא אצטריך וא"כ בכה"ג דוקא הוא דהטעם דלא מהני בגט רק משום דלצעורא קא מכוין אבל דמים דלאו אצטלית הן י"ל בלא"ה לרבנן אין זה קיום התנאי ועוד דהא

התוס' שם ובב"מ (דע"ז א') הקשו מפועלים דכשאתי מיטרא הוי פסידא דפועלים ולא מהני טעמא דלא אצטריך ותירצו ומיד כו' זכה כו' וכ"כ הרי"ף וא"כ הוי כאילו משמיא רחימו עליה דהאריס כמ"ש התוס' בב"מ ודומה כאילו איזו אדם היה מחזיר החפץ עצמו למי שהתנה עבור מי שהיה התנאי עליו להחזיר דודאי מהני אף שהוא לא החזיר בעצמו וכמו בסוכה (דף מ"א ע"ב) לפי' הר"ן והריטב"א. ובפועלים דלא מהני היינו שמפני שלא יש להם זכות בהשדה אין המטר עבורם כלל ועוד דהא בחידושי הרשב"א בגיטין שם הקשה עוד מדין הנושא את האשה ופסקה עמו כדי שיזון את בתו כו' נשאת לאחר כו' דמשם מוכח דטעמא דלא אצטריך לחוד לא מהני מאחר שנתחייב לזון ותירץ דהכא אי אפשר לבעה"ב לומר השקה אתה ואני מסלק מי גשמים כו'. ור"ל התם יכול האריס לומר אני מוכן לקיים תנאי רק שאם יקיים היתה השדה מתפסדת כו' ע"ש. וא"כ ה"נ מה"ט ל"ד לנתינת דמים שהמניעה מצד מי שהיה התנאי עליו שאינו מביא את החפץ ועוד דהנה במשנה (דע"ה ב') ה"ז גיטך על מנת שתשמשי את אבא כו' דמת האב ה"ז גט אף לרבנן דרשב"ג משום דהתם מודו דלהרווחה קא מכוין כמ"ש בתוס' וכיון דהא לא אצטריך ה"ל גט אע"ג דאין כאן קיום בפועל כלל וכ"ש בירידת המטר דג"כ הא לא אצטריך ויש כאן קיום בפועל רק שהקיום מן השמים וכן בחידושי הרשב"א שם ד"ה מתניתין ה"ז גיטך ע"מ שתשמשי את אבא דימה זה להא דאמר רבה גבי אריסא והא לא אצטריך אבל בנתינת דמים לא שייך לומר והא לא אצטריך שצריך הוא לגוף החפץ רק איש אפשר להשיגו ואין להביא ראיה להפך דטעמא דרבנן משום דחזרת מעות נגד החפץ אינו קיום התנאי ממ"ש הר"ן והריטב"א פמש"א גבי על מנת שתחזירי לי את הנייר דרבנן לאו באצטלית דוקא שהוא דבר חשוב פליגי אלא הוא הדין בדבר שאינו חשוב כנייר וכיוצא בו כו' ולכאורה מה צער יש בהחזרת נייר הגט אלא הטעם דאע"ג דלא שייך לצעורי קמכוין מ"מ נתינת דמים נגד הנייר לא חשיב קיום התנאי. והעיטור דס"ל דטעמא דרבנן רק היכא דלצעורי קמכוין י"ל דבאמת מה"ט ס"ל דבנייר לא פליגי רבנן על רשב"ג כמ"ש הר"ן בשמו אך באמת זה אינו דא"כ דנאמר דלהר"ן והריטב"א ג"כ בנייר לאו לצעורא קמכוין ראוי שיהי' עכ"פ מהני כשאמר מחול לך הנייר וכ"ש כשנתנה דמים וגם אמר מחולין לך וזה אינו משמע כלל מסתימת כל הפוסקים דמשמע דכך לי תנאי נייר ושא"ד כמו תנאי דאצטלית ועוד דא"כ ה"ל להש"ס לתרץ הב"ע דקמפייסה ליה עד דאמר מחול לך א"ו צ"ל דגם בנייר אמרינן דלצעורה קמכוין וכן העלה המכמ"א ש"ח ססי' יו"ד:

(לכאורה יש ראיה מסוגיא דאריסא דהמטר ה"ל כהשקאה אפילו לרבנן לומר דהיכא דלהרווחה קמכוין ה"ל נתינת דמים כמו האצטלית אך באמת זה אינו דמטר עדיף [מנתינת דמים ועוד מכמה טעמים וגם אין ראיה להיפך מדין והנייר שלי):

ז ויש לחקור לפ"ד הרא"ש ס"פ מש"א ויראה דמדעתו כו' אם הדין כן אפילו באיתא החפץ בעיניה מאחר דמצערה בנתינת דמים י"ל שעל גוף החפץ יכול למחול ויותר י"ל דאפילו הרא"ש לא קאמר רק בליתא בעיניה דמצערה כפי שאפשר משא"כ באיתא בעיניה מיהו אין נפקותא כ"כ דכל הפוסקים לא ס"ל כהרא"ש בזה אפילו בליתא בעיניה כנ"ל ובשא"ד שלא בגיטין דמהני מחילה אפילו החפץ בעין אפשר דה"ה דמהני פיוס בדמים ברצון לפ"ד הרא"ש והתוס' דערכין דהוי כמחילה אבל להרשב"א והריטב"א אין זה כמחילה אא"כ מוחל בפירוש ולפי זה מה שאמרו בגמרא היכא דאיתא בעיניה מי אמר אין הטעם משום לצעורי קא מכוין שהרי לא נתבאר בגמרא דרשב"ג ס"ל לצעורא נמי קמכוין וא"כ איך פשיטא ליה כ"כ מי אמר אלא הטעם משום דאין זה קיום התנאי משום דבאיתא החפץ לכ"ע בדוקא התנה ולהרשב"א וריטב"א היינו דאפילו מרצונו לא הוי קיום התנאי ולהרא"ש צ"ל דמיירי שלא מרצונו ממש דבכה"ג לא מהני גם היכא דלהרוחה מכוין אבל מדעתו ורצונו ממש דהוי כמחילה מהני בשארי תנאים רק בגיטין לא מהני גם להרא"ש באיתא בעיניה כנ"ל ואפשר גם לרשב"ג לא מהני בזה בגיטין להרא"ש כפשט לשון הגמ' דאע"ג דקמפייסה ליה מודה רשב"ג ולפ"ז נצטרך לומר דהרא"ש מודה ג"כ למ"ש הרשב"א דרשב"ג ס"ל ג"כ דאף לצעורא קמכוין אבל לפרש"י דרשב"ג ס"ל דלהרווחה קמכוין משמע דבאיתא בעיניה לא מהני אפילו נתפייס גם בשאר תנאים וצ"ע:

ומעתה נשובה לדברי כת"ר דמה שרצה כת"ר לומר דמ"ש הרא"ש בפ"ק (דקדושין ס"ך) דחזרת דמים מהני היינו דייקא כשהוא מתרצה ומתפייס לקבל הדמים עבור הטבעת דא"כ לא אתי שפיר מ"ש הרא"ש דדוקא התם דלצעורא קמכוין כו' דהא כשמתרצה ומתפייס ס"ל להרא"ש דאפילו בגיטין נמי מהני נתינת דמים אעכצ"ל דמיירי הכא בענין דבגיטין לא מהני והיינו בעל כרחו למ"ד דנתינה בע"כ הוי נתינה ולמ"ד דלא הוי נתינה מיירי שמקבל שלא בנפש חפצה כנ"ל הגם שיש לומר דבאיתא בעיניה לא מהני להרא"ש גבי גיטין נתינת דמים אפילו נתפייס מרצונו כנ"ל והכא גבי טבעת קדושין דלאו לצעורי כו' מהני כה"ג מ"מ א"כ עיקר חסר מהספר במ"ש הרא"ש אפילו לרבנן דפליגי ארשב"ג כו' הלא באיתא בעיניה לא נזכר כלל פלוגתא ביניהם ואדרבה אפשר רשב"ג מודה בזה לרבנן דאפילו נתפייס לא מהני והפלוגתא הנז' בגמ' הוא בליתא בעיניה ושם עכצ"ל דמיירי שלא מדעתו ורצונו לפי' הרא"ש דבכה"ג דייקא פליגי וא"כ משמע דבטבעת

קדושין מיירי נמי בכה"ג ועוד דא"כ אין שייך ע"ז לומר וחזרת דמים הוי חזרה דהכא העיקר משום הפיוס דה"ל כמחילה נגעו בה ואפילו בלא דמים אם מוחל ואומר הריני כאלו התקבלתי מהני אלא דה"ה נמי פיוס דמים מרצונו ודעתו לפ"ד התוס' והרא"ש אבל עיקר ענין דחזרת דמים הוי חזרה מיירי להרא"ש שלא מרצונו ודעתו אלא משום דהדמים ממש ה"ל כקיום התנאי בליתא בעיניה משום שע"ד כן התנה וכן מוכרח ממ"ש הרא"ש פ"ג דסוכה סכ"ט אבל בעלמא מודו רבנן כו' דא"א לומר מדעתו ורצונו דייקא דא"כ באתרוג נמי לפ"ד הרא"ש והתוספות דמדעתו ורצונו הוי מחילה ומחילה מהני ודאי גם באתרוג אע"ג דבדוקא התנה מאחר דמ"מ לאו לצעורא קמכוין ותדע דאפילו לענין גט הקשה הרשב"א פ"ג דנדרים (דף כ"ד) אמאי לא מהני מחילה אע"ג דלצעורה קמכוין תיפוק ליה שהרי אחר קבלתם יכול הוא להחזירה ואפוכי מטרתא למה לי ותירץ דמ"מ לא דמי שהרי נתכוין הוא שתצטער בנתינתם וא"כ גבי אתרוג שלא נתכוין לצעורא. י"ל דמהני מחילה בפירוש ועכ"פ איך פשיטא ליה להעיטור דלא מהני אעכצ"ל דמיירי שלא מרצונו ודעתו דלא הוי מחילה ואפ"ה ס"ל דבעלמא חזרת דמים הוי חזרה:

העולה מכ"ז דלכ"ע לרשב"ג בליתא החפץ בעין הוי נתינת דמים קיום התנאי משום דאומדנא הוא ולמ"ד דנתינה בע"כ הוי נתינה מיירי אפילו בעל כרחו ולמ"ד דנתינה בע"כ לא הוי נתינה מיירי בענין דלא הוי בעל כרחו ממש ועמש"ל סוף אות ב' וס"ל להעיטור והרא"ש בפ"ג דסוכה סי' כ"ט דרבנן לא פליגי על רשב"ג רק בגיטין משום דלצעורי קמכוין אבל בתנאים שבשא"ד מודו ליה אבל להרשב"א והריטב"א י"ל דפליגי עליה משום דנתינת דמים אינו קיום התנאי כלל ולכן בעל כרחו ודאי לא מהני אפילו למ"ד דנתינה בע"כ הוי נתינה. ולא עוד אלא אפי' מדעתו ורצונו לא מהני דהא אין זה קיום התנאי וגם לא מחל בפי'. מיהו התוס' והרא"ש ס"ל דמדעתו הוי כמחילה בפירוש. ובתשובת הריב"ש (סי' ב') מבואר כשטת הרשב"א והריטב"א:

ובאיתא החפץ בעיניה מודה רשב"ג דלא מהני נתינת דמים והיינו אפי' מתפייס ברצון בדמים אמנם להאומרים דמדעתו הוי כמחילה צ"ע אם בגיטין לבד כה"ג לא מהני או גם בשא"ד:

ועוד דאם כן דאי אפשר לקיים תנאו אא"כ יתפייס, בעל הטבעת לקבל המעות ברצון מחיר הטבעת אם כן איך יוכל המקדש לכתחלה לקדש בו האשה על סמך זה שמא לא יתפייס לקבל דמים ועכ"פ מקדשה בחפץ שאינו שלו וכאילו קידשה בחמס עי' ב"ש סס"ק ב' ועי' בחמ"ח סס"ק ל' דאף אם מתרצה אח"כ והקדושין בעין ביד האשה צ"ע אם מקודשת להבא כו':

ח ומ"ש כת"ר דזה נקרא ליתא בעיניה ונסתייע כן מדברי הקצה"ח סי' רמ"א סעיף ז' סק"ז והנתי"מ (שם סק"ז). אין נ"ל מאחר שהטעם דבליתא בעיניה מהני חזרת דמים הוא משום האומדנא הנ"ל. י"ל דדוקא בשנאבד דא"כ מה יעשה זה והלא עי"ז מפסיד עוד דמים ג"כ א"כ ע"ז הוא דאיכא אומדנא דאין רצונו שבכה"ג יתבטל התנאי. משא"כ בנד"ז שהלה גורם במעשה ידיו ליקחה מהבעלים ליתנו להאשה אין כאן אומדנא כלל ע"ז ועוד דהנה הרא"ש בפ"ק דקדושין ס"ך שם כ' וגבי שור בפרק יש נוחלין (ד' קל"ז) אם אמר שור זה נתון במתנה על מנת שתחזירהו לי והקדישו והחזיר לו דמיו ה"ז קדוש אע"ג דקאמר על מנת שתחזיר לי דכיון שהחזיר לו דמיו ויכול לקנות בהם שור אחר שפיר כיוצא בזה קרינן ביה שפיר מידי דחזי ליה עכ"ל הרי השוה דין מקדש בטבעת שנתנו לו במתנה ע"מ להחזיר שיכול להחזיר דמיו כמו השור שיוכל להקדישו ובאמת שם גבי שור מוכרח בראיות גמורות דכל הפוסקים פליגי עליה וס"ל שאינו יכול להקדישו כלל אפי' מחזיר דמיו. שהרי התוס' נדרים פרק השותפין גבי מתנת בית חורון דאיתא שכל מתנה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה. והר"ן שם והתוס' בפ"ג דסוכה (דף מ"א ע"ב) ובב"ב (דף קל"ד ע"א) והרשב"א והריטב"א כולם הקשו דא"כ מדוע מתנה ע"מ להחזיר הוי מתנה הא אינו יכול להקדישה ותירצו בתירוצים שונים ועכ"פ לכל התירוצים מבואר דאינו יכול להקדישה כלל ואילו לדברי הרא"ש אין כאן התחלת קושיא כלל שהרי יכול להקדישה באמת ויחזיר דמיה משא"כ במתנת בית חורון שאינו יכול להקדישה כלל אף שיתן את דמיו לפי שאמר לו ואינן לפניך אלא כדי שיבא אבא כו' ע"ש וזה היה חילוק ותירוץ טוב יותר מכל התירוצים שתירצו המפרשים הנ"ל דעכ"פ גם לדבריהם אינו יכול להקדישה כלל אבל לפי תירוץ זה הרי יכול להקדישה ולכן הר"ר אביגדור כ"ץ שבתשו' הרא"ש דס"ל בזה כהרא"ש כתב באמת לתרץ כן וז"ל והשתא אתי שפיר דלא תיקשי ממתנת בית חורון דתנינן עלה כל מתנה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה דמתנה על מנת להחזיר ודאי יכול להקדיש עכ"ל אע"ג דפי' הטעם משום דכדי לקיומיה תנאיה מצי פריק. ליה ומקיים תנאיה מ"מ אח"כ כתב ואי משום לקיומיה תנאיה יחזיר לו דמיו וההיא דשור זה נתון לך במתנה על מנת שתחזירהו (לי. כצ"ל ע"ש) והקדישו ולא הוי חזרה שלא החזיר לו כלום לא שור ולא דמיו דשור כיון דלא חזי ליה כמאן דליתיה דמי עכ"ל. ואפשר גם הרא"ש פ"ק דקדושין ס"ך שכ' וההיא דשור כו' נתכוין לזה דלפ"ז לק"מ ממתנת בית חורון דהכא יכול להקדישה וחזר בו ממ"ש בפי"נ סל"ח לחלק בענין אחר ואיך שיהיה עכ"פ כל הפוסקים הנ"ל צריך לומר דס"ל בפשיטות דאינו יכול להקדישה כלל (ועיין בב"י בא"ח סי' תרנ"ח ד"ה כ' הרוקח

בנדרים). והיינו משום דחזרת דמים לא מהני וצ"ל הטעם משום דלא דמי כלל לליתא בעיניה כיון שהוא עושה זה בידים שמוציאה מרשות בעליה ומקדישה ל"ד כלל לנאבדה ועוד דגם עכשיו איתא בעיניה רק שהקדישה א"כ ההקדש אינו כלום והיא של בעליה הראשונים וכמ"ש המגיד פ"ג מהלכות זכייה שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו וא"כ ה"ה והוא הטעם כשקידש בו את האשה דלא עדיף מה שקידש בו את האשה ממה שהקדישה הקדש גמור דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכמ"ש הקצה"ח סי' רמ"א שם דשוין זה לזה ממש דלכל הפוסקים הנ"ל לא קנתה האשה כלל כמו דאין השור קדוש כלל ולא מהני חזרת דמים ולכאורה היה מקום לומר דהרא"ש לא אמר כן רק גבי טבעת קדושין שהנותן הטבעת במתנה ע"מ להחזיר הוא כדי שיקדש זה בו את האשה. וא"כ כיון שאי אפשר לקדשה במתנה ע"מ להחזיר מוכרח היה ליתנו לה במתנה גמורה ולא פשע כ"כ בזה לכן הוי שלה ומהני חזרת דמים כמו בנאבדה משא"כ גבי שור הנ"ל פשע במה שהקדיש שלא נתנו לו אדעתא דהכי כלל לכן ס"ל לכל הפוסקים שאין ההקדש כלום דאיך יקדיש דבר שניתן לו רק במתנה ע"מ להחזיר משא"כ הכא נותן לו מעמ"ל זו כדי לקדש בו את האשה כך היה אפשר לחלק מסברא אבל מאחר שהרא"ש והר"א כ"ץ שהם מקור סברא זו דחזרת דמים מהני גבי טבעת קדושין דימו זה בהדיא להיא דשור זה כו' וס"ל בפירוש דבשניהם הדין שוה ממש דמהני חזרת דמים. ושם כל הפוסקים חולקים עליהם יש לנו לתפוס כדבריהם עצמם שהשוו אותם וא"כ החולקים שם כמ"כ ה"ה והוא הטעם גבי טבעת קדושין ואין לנו לחדש סברא מדעתינו לחלק ביניהם בפרט שבאמת אין כאן אומדנא כ"כ שהרי אף שנתן לו כדי לקדש עכ"ז פי' בהדיא על מנת להחזיר לו א"כ לא רצה כלל החזרת דמים ולא נתן לו אלא ע"מ שיתנהו במתנה ע"מ להחזיר להאשה והיה טועה בהדין שסבור שיכול לקדש האשה בכה"ג. או שיקנהו מן האשה בחזרה בתרקבא דדינרי [עיין במפתח]. ועכ"פ הוא התנה ע"מ להחזיר דמשמע ודאי החפץ עצמו בדוקא גם בלאה"נ יש סברא דבמתנה ע"מ להחזיר יש קפידא יותר בהחזרת גוף החפץ מבפלוגתא דרשב"ג ורבנן שעכ"פ העיקר הוא המעשה שנתרצה לגרש אלא שהתנה ג"כ תנאי שתתן לו אצטליתו סברא לומר דאין התנאי מבטל המעשה כשמחזיר דמים בליתא בעיניה החפץ. משא"כ כאן שאין מעשה אחר רק נתינת החפץ ואין נותנו אלא ע"מ להחזיר יש מקום לומר דאף בליתא בעיניה התנאי מעכב. ול"ד לה"ז גיטך ע"מ שתחזירי לי את הנייר דמדמה הש"ס לע"מ שתתני לי אצטליתי דהא התם יש ג"כ מעשה בפ"ע והוא הגרושין ולכן עכ"פ בנד"ז שישנו בעין אלא שהוא אצל האשה ודאי דנתינת דמים לא מהני:

ומ"מ נשאר עוד טעם שבהרא"ש שיקנהו מן האשה כו' או שיחזיר לו הדמים ויפעול שיאמר הריני כאילו נתקבלתי גוף החפץ אלא דיש לפקפק מכמה טעמים האחד שמא חשיב ביטול התנאי במה שנותן מתנה גמורה ומכניס א"ע לבית הספק נגד התנאי דעמ"ל ושמא לא תרצה להחזיר ומצאתי סברא זו במל"מ פי"א מה' מכירה דין יו"ד בשם יש מי שאומר כו' ואע"פ שהמל"מ כ' עליו ואין זה נכון. דבריו צע"ג דהא ודאי יציבא מילתא עכ"פ לפ"ד הרמב"ם פ"ח מה"ג הי"ב דס"ל שאם ניסת תחלה לאחר הרי נשואיו בטלים והולד ממזר אע"פ שניסת אח"כ לאותו פלוני וה"נ דכוותה (ועיין בספר נתי"מ סי' ר"ז סעיף ה' מזה שהדין אמת דלא כהמל"מ ומש"ש ב' מהר"א ששון דהטעם כמ"ש המ"מ פ"ח מה"ג אינו במשמע כלל בתשוב' מהרא"ש ונ"ל כדלקמן) וי"ל דהטעם כמ"ש היש מי שאומר שבמל"מ מיהו המ"מ כ' שם טעם אחר ואפשר טעמו שייך ג"כ בנ"ד במעמ"ל דר"ל ג"כ שתחזיר לו בראשונה טרם שיתנהו מת"ג לאחר רק מעמ"ל מותר ליתן לאחר כמ"ש הר"ן וריטב"א ספ"ג דסוכה ואפי' את"ל דטעם של המ"מ לא שייך בנ"ד מ"מ שמא הטעם כמ"ש היש מי שאומר שבמל"מ מאחר שהדין אמת עכ"פ לפ"ד הרמב"ם דלא כהמל"מ והמל"מ לא סתר דבריו רק משום שלא נראה לו הדין וז"א בודאי. ועוד דבתשו' מהר"א ששון (סי' קי"ח) כ' דהראב"ד והטור שחולקין על דינו דהרמב"ם פ"ח מה"ג הנ"ל מודו בדין שבפי"א מה' מכירה הל' י' דאם מכרו לאחר אע"פ שלקחו אח"כ ממנו וחזר וקיים תנאו (ומכרו ונתנו לפלוני):

המקח בטל. ואם הטעם כמ"ש המ"מ בה"ג קשה אי פליגי שם מ"ש דמודו הכא. אבל אם הטעם כהיש מי שאומר שבמל"מ א"ש דס"ל דשם י"ל דבידה לקיים התנאי אף שלא יגרשנה זה שניסת לו לדעת ר"י הזקן שבחה"ר שם שכ' כן להדיא יעו"ש ומה שהקשה עליו המכמ"א ש"ח סי"ט דהאיך כשנתגרשה מן הראשון הוו קדושין למפרע ובלא נתגרשה הופקעו הקדושין כו', מ"ל נתגרשה מ"ל לא נתגרשה עכ"ל המכמ"א. ודבריו תמוהים דבמחכ"ת כי רב ועצום הוא לא הבין ד' הרשב"א ור"י שכיון שהתנה הבעל ע"מ שתנשאי לפ' ר"ל שיהיו נשואין גמורים כדת ולא שישא אשת איש דאין זה נשואין כלל (כי כ"ד התוס' פ' המגרש דפ"ג ולא כהרמב"ן דלא קפיד רק אשם נשואין ועוי"ל דבכה"ג הרמב"ן נמי מודה דע"מ שתנשאי ל"ד כלל לשלא תנשאי לפ' דבשתנשאי משמע ודאי בהיתר משא"כ התם דמשמע אפילו באיסור יעו"ש). וא"כ זו שניסת תחלה לאחר אם גירשה ואח"כ ניסת לפ'. הרי נתקיים התנאי שניסת לו בהיתר שהרי גירשה האחר וכיון שנתקיים התנאי הוי מגורשת למפרע ושפיר חלו קדושי האחר משא"כ כשלא גירשה האחר אע"פ שניסת אח"כ לפלוני בלי גירושין מ"מ את"ל שקדושי האחר קדושין הם

הרי לא נתקיים התנאי שהרי א"כ אין נשואי פ' נשואין שנשא א"א וכיון שלא נתקיים התנאי ממילא קדושי האחר לאו קדושין הם. וא"כ שפיר בידה לינשא לפ' בלי גט מן האחר מיהו י"ח שם אהרשב"א ור"י וס"ל דצריכה גט כפשטא דגמ' משום דדמי לחוזרות חלילה דאם תאמר שתנשא בלא גט וחשיב קיום התנאי (משום דלא חלו קדושי האחר אם אין התנאי מתקיים ואמאי לא תנשא). י"ל כיון שניסת לו ונתקיים התנאי א"כ ה"ל מגורשת למפרע ואמאי לא חלו קדושי האחר כו'. (וכשתאמר חלו קדושי האחר א"כ לא קיימה התנאי ואינה מגורשת כו' ולא חלו קדושי הפ' וגם לא קדושי האחר). ולדינא צ"ע היטב בסוגיא שם עכ"פ אם נימא דס"ל כהר"י ורשב"א נמצא התם בידה לקיים התנאי וא"צ כלל להאחר:

והלכך ל"ח ביטול התנאי במה שניסת לו ומש"ה פליגי ראב"ד ושא"פ שם אהרמב"ם משא"כ בדין שברמב"ם פי"א מה' מכירה הל' י' שפיר חשיב ביטול התנאי במה שמכרה לאחר שהרי אין בידו שיתרצה האחר למוכרו לו כו' ויצטרך לבא עמו בדינא ודיינא ושמא לא יוכל להוציאו וכל כה"ג קפידה הוי וה"ל ביטול התנאי וכדפסק בש"ע ח"מ סי' ר"ז ס"ה ואין לומר דהכא ודאי ל"ח ביטול התנאי כשנתנו לו מעמ"ל כדי לקדש. דא"כ הרי נתנו אדעתא שיתנהו לאשה. די"ל שלא נתנו רק שיתנהו לה ג"כ מעמ"ל שאז יהי' הטבעת מוכרח עכ"פ להיות נחזר אצלו אבל לא שיתן לה מת"ג. ועי' בר"ן פ"ג דסוכה שכ' ושמעינן משמעתין דמעמ"ל נותנה לחבירו וחבירו לחבירו ואפילו כמה דכל שחוזרת לבסוף לבעלים סגי. י"ל פי' נותנה לחבירו היינו עמ"ל לסוף לבעלים הראשונים ולא מת"ג. מיהו לדעת המל"מ נראה דס"ל דהחולקים על הרמב"ם בפ"ח מה"ג ה"ה דפליגי הכא ולדבריהם מה שנתנו מתנה גמורה להאשה אין זה ביטול התנאי דע"מ להחזיר ובלבד שיקנהו ממנה ויחזיר לו וכמש"ל בתשובתי הראשונה סי' צ"ח שם סעי' זיין. ובפרט בנד"ז שנתנו לו כדי לקדש בו האשה י"ל כן דאין זה ביטול התנאי רק שיקיים הדבר לסוף. וע"ז י"ל שיספיק הראיה משאילת חלוק לבקר את אבא וכו' דמותר לקורעו ונותן לו דמי קרעו שלפע"ד אין ראיה זו מספקת על שגבי טבעת יהי' מהני חזרת דמים דלא דמי כלל דהתם מחזיר לו גוף החלוק רק שקרוע קצת ע"ז מהני חזרת דמים אבל שיהי' מהני חזרת דמים לגמרי נגד החלוק ונגד הטבעת אין ראי' משם כלל אך ע"ז יספיק הראיה דיכול ליתנו לה מתנה גמורה באופן שיקנה אח"כ ממנה בתרקבא דדינרי ויחזירנו לו כו' ומ"מ עוד יש בדבר זה פקפוקים וחששות גדולות יותר וכמשנ"ת לעיל בתשובה הראשונה:

סימן קא

שאלה אשה שנתגרשה מבעלה הראשון ונשאר אצלה הטבעת קדושין מבעלה הראשון וטבעת שנתן לה אבי הבעל אחר הנשואין והי' כמה קטטות בין הזוג שלא רצתה למיתדר עמו וברחו להם ב"ד שיפשרו אותם הבעל ואבי הבעל עם גיסה של האשה הנ"ל ועשו ב"ד פשרה ביניהם כמה מעות תחזיר להבעל ונשאר אצלה המטלטלין שלו ואין הב"ד זוכרין אם דברו מהשני טבעות הנ"ל ואח"כ נשאת לבעל השני וקנה אצלה ע"י שליח אחד מהטבעות הנ"ל וקידש אותה ואחר הנשואין אחר כמה זמנים סיפרה לו הענין מהטבעת ונשאר אצלו לחקור הענין מפי גדולי הדור ושלח אותה למשפחתה וזה שתי שנים שנחלה האשה מחמת לידה ועתה בעלה אינו רוצה לעשות שלום בשום אופן כ"א כשיצא הדין מוסכם מפי גדולי מורים שאין צריך לקדשה עוד הפעם:

תשובה. החמ"ח סי' נ' סק"ה ס"ל מן הנשואין ודאי לא הדרי הקדושין ומלשון מהרי"ו שהביא משמע במורדת לא הדרי משום גזירה ובבית מאיר משמע מדינא לא הדרי דאף למ"ד לאו לטבועין היינו רק שיהיו קיימים עד הנשואים וכן מצאתי בשט"מ ס"פ המדיר דע"ו ב' גבי ואף למ"ד לטבועין כו' דכ"ז רק עד הנשואין שהרי כ' דמעיקרא לא ניתנו הקדושין לטבועין אלא צריך שיהיו עומדין בעין כדי שיחזרו לו אם לא תנשא לו וכ"כ עוד שם בשם רש"י במה"ק אלא צריך שיהי' עומדין בעין כדי שיחזרו לו אם לא נשאת לו כו' עכ"ל מבואר דהא דלא נתנו לטבועין היינו רק עד שנשאת לו ודומה למש"ש בגמרא בב"ב (דקמ"ה ע"א) לענין שושבינות כששמח עמו שבע ימי המשתה ולא הספיק לפורעו עד שמת והכא גבי דידה כיון שנשאת לו כבר נגמר הדבר ועי' בערוך ערך טבע פסק בפשיטות דקיי"ל כר"מ דקדושין לטבועין ניתנו והט"ז ס"ק ג' ג"כ כ' אחר הנישואין לא שייך כלל ענין קדושין הדרי אח"כ מצאתי בתורת חיים במסכת ב"ב פ"ט דקמ"ה בד"ה הלכתא שהביא תשו' מהרי"ל דבנשואה הדרי ודברי רמ"א בהג"ה וכ' וז"ל ודבריהם תמוהים כו' יעו"ש שהאריך בראיות לסתור דבריהם וסיים לכך נראה דהנושא את האשה ומת לא הדרי קדושין ונותנים לה הכתובה מלבד טבעת קדושין עכ"ל אך ס' המקנה ועצ"א החזיקו ביד הב"ש ע"פ מהרי"ל ובאמת במהרי"ל עצמו בתשו' מבואר שאינו נראה לו רק שאין משיבין את הארי והיינו בדיני ממונות אבל בדבר ערוה חמורה כנ"ד חלילה להקל ונ"ל דנד"ז דהקדושין עדיף ממתנה דבמתנה תלוי בדעתן לבד ע"כ יש סברא לומר אדעתא למיקם קמיה כו' אבל הטבעת קדושין הוא קנין שבו ועל ידו קונה את האשה וה"ל כקונה ממוכר לא כנותן מתנה כמבואר בהדיא בש"ע רסי' מ"ב וכ"מ במשנה פ"ק דמעשר שני וגבי קנין ודאי אין לומר אדעתא דהכי לא קנה כו' דהא אדרבה

י"ל בשעת הנשואין נגמר הקנין לגמרי וגבי קנין לא אזלינן בתר אומדנא אא"כ התנה ואמר דזבין אדעתא למיסק לא"י וכן חילקו התוס' ספ"ט דב"ק דק"י סע"ב גבי דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה בין אירוסין לנשואין וכן חילק מהר"מ במרדכי פרק החולץ ועוד נלע"ד דלא גרע מיאוש ושינוי רשות ר"ל יאוש ביד האשה שהרי לא תבעו המגרש כלל ושינוי רשות שמכרה אותו לזה שרוצה לקדשה ועדיף מהדין הנז' רסי' כ"ח ואף למ"ש החמ"ח שם סק"ד דדברי ר' ירוחם חולקים כו' מ"מ בנד"ז שיש שינוי רשות אצלו מודה ודאי דמקודשת ועיין בגמ' פ"ג דסוכה ד"ל גבי אוונכרי כו' והנה בטבעת של האב י"ל דגרע מטבעת קדושין עב"ש סי' צ"ט סק"ז קרובי החתן כו':

בב"ב פ"ט (דף קמ"ה סע"א) בסוגיא אי קדושין לטבועין ניתנו ובפרק המדיר (דע"ו ב') מזה יתבאר דאפילו למ"ד לאו לטבועין ניתנו היינו בארוסה אבל אחר שנשאת לכ"ע לטבועין ניתנו משרש הדין. כ"מ בשט"מ בכתובות שם וכ"כ התו"ח בב"ב שם וכ"ד הט"ז והחמ"ח באה"ע סי' נ' והבית מאיר שם ודלא כתשו' מהרי"ל ורמ"א ומהרמ"ל הו' בתשו' סי' י"ט):

סימן קב

האשה העלובה אידליא פעסיא בת צבי המכונה הירש מבעליצא קבלה ג"פ כדמו"י מבעלה דוב המכונה בער בן אפרים הנלקח לעבודת המלך לא"ח בלי שום תנאי ואונס כלל. רק מרצונם הטוב נתפשרו וניתן הג"פ מידו לידה בפני ב"ד וע"מ ועשרה אנשים מישראל ביום ד' תשעה ימים לחודש טבת דנא פ"ק רהאטשאוו תקצוי"ו לפ"ק ועתה אציע נא לפני רמעכ"ת המעשה אשר לא יעשה שנעשה אחר כן במוצאי ש"ק נגהי י"ג טבת יצא קול גדול ולא יסף בכל העיר שחזר וקידש אותה בטבעת קדושין של כסף בפני מנין אנשים מהרעקרוטין היהודים ולמחרתו ביום א' י"ג טבת הושבנו ב"ד לחקור ולדקדק אחר הקול אם יש בי' ממש. כמבואר בש"ע סי' מ"ו ס"ב בהג"ה ובחרנו מהם שני אנשים המוחזקים בכשרות שהיו במעמד ההוא וגם אחי בעה"ב מהאכסניא שלהם וגבינו עדות מפיהם. ע"פ איום והודעת עונש עדות שקר ח"ו ובאליו"ע ובהטלת ח' שיגידו עדות אמת והעידו בפנינו בתו"ע זה שלא בפני זה שלשתם בסגנון אחד ובשינוי לשון קצת ותוכן דבריהם כי הוא זה שבכל הג' ימים שאחר הג"פ הלכה אליו פעמים ושלש בכ"י. ושהתה ושחקה עמו וישבה אצלו בהתקרבות יתירה והם היו מדיחין אותה מעליו לאמר מה לך פה כו'. והשיבה אמרי' להם שהמ"ץ התיר לה לישב עמו גם לקחה ממנו את כתונתו לכיבוס וביקשה מאתו א' רו"כ על הוצאות פור לביתה והשיב שיתן לה חצי

רו"כ וביום ש"ק לא מצאה אותו פעם א' באכסניי הנ"ל ושאלה עליו והשיבו לה שהלך לבית אושפיזא אחרינא דידהו היא מקום לינה שלהם בבית עכו"ם והלכה גם היא לשם. אח"כ באתה שוב לאכסניא שלהם בעת סעודה שלישית וישבה על המטה עד שהתפללו ערבית ובעת שהציתו האור בבית אמר לה הבה ידך לי ואתן לך מדעם ופשטה ידה אליו ונתן את הטבעת באצבעה ואמר (הרי את מקודשת לי בט"ז כדמו"י) ואחז בידה משך מה ואמר להעומדים שם אתם עדים שקדשתי אותה לי לאשה והתחילו כולם לשחוק עליה לומר עתה תלך עמנו והרי את אשתו כבראשונה אז השליכה את טבעתו מעל ידה לארץ עכ"ל העדות. והנה האשה אמרה בתחלה שלקח את ידה בחזקה ותיכף שהרגישה שרוצה ליתן הטבעת באצבעה מיאנה בו וניערה את ידה. ובעוד שלא הספיק ליתן את הטבעת לידה מידו נפל לארץ. אך אחרי שהעדים העידו שפשטה את ידה אליו ושראו את הנתינה באצבעה ממש. השיבה שמה שפשטה ידה. סברה שיתן לה את החצי רו"כ שהבטיח לה ליתן על פור לביתה והדעת מכרעת שכך הוא האמת כמו שאמרה לבסוף כי מדברי כולם נשמע שמתחלה לא דיבר עמה מעסקי קדושין כלל ומה שכיחשה תחלה כנ"ל אטו כלהו נשי דינא גמירי אפשר שסברה אם נותן באצבעה אף ברמאות ושלא מרצונה ליהוו קדושין וגם כמה אומדנות והוכחות שלא כיוונה לשם קדושין כלל הא' והוא העיקר שתיכף ששחקו עליה השליכה את הטבעת לארץ הב' שבכל משך הד' או ה' שבועות ימים שנתעכבו פה בכמה יגיעות חזרה אחריו לבקש מאתו שיגרשנה עד שהוכרחה לפייסו בממון ומכרה מבגדיה ונתנה לו שבעה רו"כ משלה בעבור זה שיפטרנה בג"פ והאיך תתפייס שוב לחזור ולהתקדש אליו עוד הג' אם היתה מרוצה להנשא אליו לא היתה בושה מלעשות בהיתר לפי מנהגינו שאין מארסין אלא בשעת נשואין ע"י חופה וקדושין עם שבע ברכות כדמו"י ולפי כ"ז נראין הדברים שברמאות בא וקדושין הללו נעשו שלא ברצונה או דרך שחוק בעלמא ואין בהם ממש:

גב"ע שני שהוגבה במאהילוב ע"ד המאורע שנתהווה באחד מאנ"ח יהודי דוב בר' אפרים שמו שעשה שלא כהוגן וקידש את מתרכתו בערמה ובחזקה כנראה גם לפי דבריו וזה אשר סיפר לפנינו אחר הג"פ היתה מתרכתו הולכת בכל יום על אכסניא שלו וביקשה מאתו חצי רו"כ על הוצאה בש"ק היתה ג"כ בשם עד חשכה אחר תפלת ערבית ועדיין לא הדליקו האור אמר לה אידליא פעסיא אתן לך דבר מה הושיטה ידה לקבל תפסה בידה ולקח את אצבעה בידו והיא משכה ידה ואצבעה לחזרה אך תקפה באצבעה בחוזק ונתן עליו הטבעת ואחר נתינת הטבעת אמר ל' הקדושין ואמר לחביריו אתם עדים אח"כ הדליקו נר צעקו עליה חביריו ראה שקדשך. נענעה בידיה ואמרה לאו לאו ראו שאין על

ידי כלום. ואמר שבשעה שנענעה בידיה השליכה בתוך כך הטבעת מאצבעה אך מחמת הרעש מקול המולה (גם) [לא] שמע קול נפילת הטבעת לארץ ואח"כ מצא הטבעת על הארץ במקום ישיבת האשה אלו תוכן דברי האיש. והאשה טענה ששקר הוא דובר שלא נתן הטבעת באצבעה רק הכי הוי עובדא שמתחלה הובטחה מאתו ליתן חצי רו"כ על הוצאה ואחי' ג"כ אנ"ח התאכסן עם בעלה המגרש הנ"ל על אכסניא אחת והיתה הולכת אל אחי' וגם לבקש מבעלה החצי רו"כ הנ"ל אחר תפלת ערבית אמר לה שיתן לה דבר מה הושיטה ידה לקבל וסברה שיתן לה החצי רו"כ הנ"ל הרגישה שרצונו ליתן איזה דבר באצבעה השמיטה אצבעה מידו בחוזק ונפל הטבעת לארץ וכשהדליקו הנר נענעה בידיה להראות לכל שאין על ידיה כלום אך הטבעת נפל מקודם על הארץ בעת שהשמיטה אצבעה מידו אלו תוכן דברי האשה הנ"ל ואנחנו הב"ד דרשנו מאתו מי היו העדים ואמר שני אנ"ח הנקובים בשמותם בהגב"ע למטה גם הבע"ב הי' שם ושארי אנ"ח רובם קטנים ואפשר הי' איזה מהם בני יג"ש. אך לא ראו שום דבר כי עמדו מרחוק וגבינו עדות בפני האיש והאשה משני אנ"ח הנ"ל כפי הגב"ע דלמטה:

במותב תלתא ב"ד כחדא הוינא ואתו לקדמנא תרי סהדי ה' ניסן בר' מאיר וה' אליעזר בר' דוד והעידו לפנינו בת"ע באליונ"ע. ובתחלה העיד ה' ניסן הנ"ל בזה"ל האשה אידליא פעסיא בת צבי הירש איז גיקומען שבת פ' ויחי צו מנחה על הקוואטיר צו אונז וואש מיט אונז איז גיוועז בעלה בער בר' אפרים וואש האט זי מגרש גיוועז יום ד' ט' טבת איז זיא גיזעסין אויף דיא בעטיל מיט דיא בעלת הבית. אחר שהתפללו מעריב במנין קודם שהדליקו הנר קומט צו איר דער מאן און איך בין גישטאנין צו קאפין פון בעטיל זאגט צו איר דער מאן אידליא פעסיא איך וויל דיר עפיש געבין. אונ חאפט זיא פאר איר האנט אונ זיא האט זיך גיבאדרעוועט מיט אים אונ האט גיריסין דיא האנט צו זיך. עש איז שון פינצטער גיווארין קיין פאייער האט מען נאך ניט אן גיצונדען האב איך ניט גיזעהען ציא האט ער איר עפיש גיגעבין ציא ניט רק איך האב גיהערט וויא ער האט גיזאגט דעם לשון קדושין האט ער אגישריי גיטאן אתם עדים רבותי איך האב זיא מקדש גיוועז. בתוך כך האט מען אן גיצונדען פאייער האבין מיר גיזאגט זעה ער האט דיך מקדש גיוועז שראייט זיא ניין ניין. וואו וואו אונ שאקולט מיט דיא הענט אונ זאגט זעט עש איז באיי מיר ניטא נישט אויף דיא הענט. האבין מיר גיזעהין אויף דיא הענט איז נישט ניטא דער ווייל האט מען אן גיצונדען פייער האט מען גיזעהען על הארץ האט מען גיפונען דעם פינגעריל על הארץ אונ קיין שום קלאפ האט מען ניט גיהערט דער נאך האט זיא גיוואלט אוועק גיין מהבית האט ער זיא גחאפט פארין קורטקע האט זיא גימוזט ווארטין ביז מיא האט

גיפונען דעם פינגעריל על הארץ איז גיבליבען דיא קורטקע באיי אים אונ זיא איז אוועק גיגאנגען כה העיד הר"ר ניסן הנ"ל. ר' אליעזר בר' דוד העיד לפנינו בזה"ל. דיא ווייב איז גיקומען צו אונז אויפין קוואטיר שבת צו מנחה מחמת דער מאן האט איר מבטיח גיווען צו געבין על הוצאה חצי רו"כ האט זיא זיך גיזעצט אויפין בעטיל מיט דיא בעלת הבית מיר האבין אפ גידאווינט מעריב מיט אמנין איז שוין פינצטער גיווארין גיזעהן האב איך גאר נישט נאר איך האב גיהערט דעם לשון קדושין אונ האט גיזאגט אתם עדי רבותי דער ווייל האט מען אן גיצונדין פייער זע איך וויא זיא טריישילט מיט דיא הענט אונ זאגט וואו וואו זעט באיי מיר איז ניטא נישט אוף דיא הענט קיין קלאפ האב איך ניט גיהערט דער נאך האט זיא גיווועלט אוועק גיין חאפט זיא דער מאן פארין קורטקע אונ זאגט ווארט ביז מיא וועט גיפינען דעם פינגעריל האט ער זיא גיהאלטין ביז מיא האט גיפונען דער נאך האט זיא זיך אוש גירישין אונ איז אוועק גיגאנגען אונ דיא קורטקע איז גיבליבען באיי אים כל הנ"ל הגידו לפנינו העדים הנ"ל אחר דרישה וחקירה בתו"ע באליונ"ע ולראיה באעה"ח היום יום ב' ו' שבט תקצוי"ו לפ"ק פ"ק מאהילוב יצ"ו:

נאום מאיר ברלין ונאום אליעזר פיי"ס מ"מ ומו"ד פ"ק הנ"ל ונאום צבי הירש במ' יצחק נאיימרק מכתב מהמ"צ דרהאטשוב:

ובענין שאילתא דשאילנא מן קדמוהי הנני להשיבו על ראשון ראשון כפי הרשום בזכרוני כי לא נשאר בידי שום העתק מהגב"ע דפה ודמאהילוב כי הנחתי אותם אשתקד בבית הרב ר' הלל מפאריץ. והוא הא' שמות העדים מהגב"ע שבפנינו ר' דוב בר' אברהם שטרעסינער ממחנינו והוא בעל האכסניא הנז' בגב"ע ושנים מהרעקרוטין א' שמו ניסן מטיחאניץ והב' אינני זוכרו קרוב להיות שהוא אליעזר בר"ד הנז' במכתב מעל' הב' בנידון הלשון ואחז בידה הכתוב בגב"ע דפה. כן הגידו העדים בפנינו סתם:

רק הבעל הודה שאחז בידה בחזקה ולזה כתבתי באגרת הב' שלי להרב מוהרי"א סג"ל שהבעל והאשה מודים שהי' בע"כ:

הג' האחיזה בידה היתה מתחלת נתינת הטבעת עד אחר גמר אמירתו אתם עדים ומרומז בלשונו מש"ך מ"ה הד'. התחלת הגדת העדות היתה בפני הבעל והאשה. רק תיכף התחילו האשה ואביה לבלבל דבריהם בצעקות וקטטות וקללות אשר ממש לא היה באפשרי לשמוע דברי העדים מחמתן. ואחרי העיון בח"מ סי' כ"ח סט"ו בהגה"ה שבחשש קטטות ומריבות תקנת הגאונים לקבל עדות שלא בפני [בע"ד]ע"כ הוציאנו את הבעל והאשה לחוץ עד שגמרו עדותן ותיכף שנכנסו חזרו והגידו בפניהם בלי שינוי זאת ועוד אחרת מצאתי א"ע מחוייב להודיע מה שנזכרתי דבר א' אשר אני חושש אולי נשמט

בגב"ע הנ"ל שאמרו כולם פה א' הבעל והאשה והעדים שתיכף אחר המעשה רצתה האשה לברוח ולצאת מהבית וסגר הבעל הדלת בעדה ולא הניחה ללכת עד שמצאו את הטבעת להראותו לכל העומדים שהוא של כסף ויש בו שוה פרוטה ומזה ג"כ קצת הוכחה שנעשה בע"כ. שוב הכל שלום:

עוד כ' המ"ץ דרהאטשוב וז"ל ידעתי בנפשי שבכותבי לשון הגב"ע הא' דקדקתי שלא להוסיף ושלא לגרוע ושלא לצאת מכוונת דבריהם אפילו כמלא נימא והן עתה שותא דמרן לא ידענא וכו' ואולי מלות זיא האט זיך גיבאדרעויט שהוסיפו במאהילוב הוא דרך פירוש וביאור למה שהגידו בפנינו סתם בפרט שגם הבעל הודה בפנינו שאחז ידה בחזקה כאשר השבתי מאז עכ"ל הר"ר ר' אברהם הלוי מרהאטשוב:

במותב תלתא בי דינא כחדא הוינא בשלישי בשבת בתשעה ימים לחודש מרחשוון שנת תקצ"ח לפ"ק ואתא לקדמנא הרב המ"ץ דפ"ק ראהטשוב ה"ה ר' אברהם בר' שמואל הלוי והעיד בפנינו בתו"ע כד"ת בזה"ל מכח דעם גב"ע וואש מיר האבין מקבל גיווען פאר צווייא יארין וינטער מכח דיא קדושין וואש דער ציצערסקער רעקרוט האט מקדש גיווען זיין גרושה וויא איך גידיינק דעם לשון העדות וואש זייא האבין עדות גיזאגט פאר אונזער ב"ד איך אונ ר' חיים דער שוחט אונ ר' ירחמיאל מלמד דאש איז גיוועזין זונטאג דראייצענטער טאג אין טבת תקצוי"ו האבין זייא אזו גיזאגט נעכטין צו שלש סעודות איז זיא גיקומען צו אונז אונ איז גיזעסין אויפין בעטיל מיט דער יונגער בעל הבאסטע בעריל שטרעסינערש ווייב אונ איז גיזעסין ביזין מיר האבין אוש גידאווינט מעריב מיטין מנין. איז ער גיקומען צו איר אונ זאגט ווייז מיר דאיין האנט איך וועל דיר עפעס געבין האט זיא עם דער לאיינגט דיא האנט. האט ער זיא גינומען פארין האנט אונ האט איר אן גיטאן דעם פינגעריל אונ האט גיזאגט הרי את מקודשת וגו' אונ אתם עדים כו' ער האט זיא גיהאלטען אהיפשע ווילע האבין זייא אלע אן גיהייבין צו לאחין אונ שרייען מקודש מקודש האט ציא אראפ גיטריישילט דעם פינגעריל אויף דער ערד אונ שרייט ניטא גאר נישט אונ בשעת מעשה האט מען גיבלאזין פייער אופין קאמעניק האט מען תיכף גיבראכט דעם פאייער אונ ער האט זיא ניט גילאזין אוועק גיין ביז מען האט אוף גיהייבין דעם פינגעריל אונ אלע האבין גיזעהין אז ער איז אזילבענער אונ מער גידיינק איך ניט קיין משמעות פרטיות. אונ מכח חקירות ודרישות העדים באיזו שנה באיזה שבוע וכו' האבין מיר בודאי ניט חוקר ודורש גיווען כלל ווארעם דיא קבלת עדות איז גיווען אום זונטיג האבין זייא גיזאגט דעם לשון נעחטין צו שלש סעודות ממילא וואש האבין מיר גיזאלט מער פרעגין נאך אזאך האב איך זיך דער מאנט אז מיר האבין פאר

געסין שרייבין אין ערשטין גב"ע אז איינער פון דיא עדים האט אונז גיזאגט אז בעריל שטרעסינערש ווייב האט גיוושט פון גאר דער קנוניא ווארום זיא האט פאר קופט דעם ט"ק שלה להבעל בעש"ק ההוא בכיון פון דעשט וועגין אונ זיא איז גיזעשין לעבין דער אשה הנ"ל בשעת דיא קדושין הנ"ל האט ציא זיך אן גילייגט מיט איר האנט אופין שוס של האשה הנ"ל בכדי צו פאר שטעלין זיא זאל ניט, קענין אנטלופען עכ"ל עדות המ"ץ הנ"ל יום הנ"ל פ"ק הנ"ל ולראיה באעה"ח:

נאום בן ציון במוהרי"א זצלה"ה ונאום שרגא פייווש במ' יצחק ז"ל ונאום יהודא במ' נפתלי הירש הלוי עפשטיין ואח"כ באו לפנינו ר' חיים בר' אברהם שו"ב ואמר לפנינו בתו"ע כנ"ל בזה"ל מכח קדימת הנתינה או האמירה או בבת אחת גידיינק איך גאר ניט ווארעם מיר האבין דרוף ניט מדקדק גיווועזין צו פרעגין רק מכח חקירות ודרישות גידיינק איך בודאי אז מיר האבין באיי זייא גאר נישט גיפרעגט כלל ולראיה באעה"ח יום הנ"ל פ"ק הנ"ל:

נאום בן ציון במוהרי"א ז"ל ונאום שרגא פייווש במ' יצחק ז"ל ונאום יהודא במ' נפתלי הירש הלוי עפשטיין הדיין הג' ר' ירחמיאל כ"ץ אינו בביתו כי הוא מלמד בבאברויסק ע"כ לא נגבה עדות מפיו:

ותוכן הענין לפי הגב"ע דרהאטשוב הוא שהמגרש אמר לה הבה ידך לי ואתן לך מדעם ופשטה ידה אליו ונתן לה את הטבעת ואמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדמו"י ואחז בידו את ידה מתחלת נתינת הטבעת עד אחר גמר אמירתו אתם עדים כמבואר במכתב ההמ"צ דרהאטשוב ואמר להעומדים שם אתם עדים כו' אז השליכה את טבעתו מידה לארץ והיא אומרת שאחז ידה בחזקה גם מכחשת המעשה כו' והפשיטת יד שפשטה היה בשביל חצי רוכ"ס שהבטיח ליתן לה וזה יוכל להיות אמת גם לדברי העדים גם יוכל להיות שהאמירה הי' אחר הנתינה שכבר תחב הטבעת בידה או עכ"פ אחר התחלת התחיבה ולפי הגב"ע שבמאהילוב אמרו העדים בסגנון אחר שאחד מהעדים אמר שלא פשטה ידה כ"א שלקח את ידה בחזקה והיא סירבה ולא רצתה ושניהם אומרים שלא ראו הנתינה כלל:

ושאלה זו נשאלה ממני ולא רציתי להורות בה כלל רק אח"כ נודע לי שאחד מהרבנים התירה וכתבתי תשובה זו דלקמן מה שיש לצדד בזה והוא שי"ל דגם לפי גב"ע דרהאטשוב יש צדדים לומר להקל בקדושין והגם שא"א לסמוך ע"ז למעשה י"ל שיכולים לחזור בהן מהטעם שיתבאר לקמן ולפי חזרתם במאהילוב יש להתירה ולכן אף שלא סמכתי ע"ז להתיר עכ"ז ג"כ לא אמרתי בה איסור כי מהני תרי טעמי י"ל שכדין הותרה:

הנה גם אם באנו לדון ע"פ גב"ע דרהאטשוב לכאורה קלישא החשש קדושין דאם באנו להחמיר מהדין דבשעת מתן מעות מקודשת יש שני ספיקות להקל ואפשר שלשה ספיקות ואם משום השתיקה דלאחר מתן מעות עד ששחקו עליה ואז השליכתה נראה דע"ז יש להקל לגמרי בנד"ז שאחז ידה. ומתחלה נדבר מנדון אם שייך כאן לומר שתיקה בשעת מתן מעות שהוא יותר עיקרי והנה פי' בשעת מתן מעות פרש"י בקדושין (דף י"ב ע"ב) אם קודם שקבלתן אמר לה התקדשי לי בו וכ"כ בש"ע סי' כ"ח ס"ד אם אמר לה כן קודם שנטלתו ונטלתו כו' והוא לשון הרמב"ם פ"ה אכן הטור סי' כ"ח כ' אם אמר לה כן בשעה שנתנו לידה או קודם לכן והב"ח שם סעי' ד' תמה על הרמב"ם למה לא כתב נמי לשון הברייתא בדאמר לה בשעת מתן מעות וגם משמע בב"ח דשעת מתן מעות פשוט יותר דהוי קדושין מאם אמר לה כן קודם לכן וכן הוא בהדיא בספר המקנה בק"א סי' כ"ח רסעי' ד' וצע"ג איך נעלם מעיניהם לפי שעה לשון רש"י שפי' דשעת מתן מעות היינו ממש שקודם שקבלתן אמר לה. וזהו ממש דעת הרמב"ם וש"ע דאין כאן ב' אופנים כלל כמ"ש הטור בשעה שנתנו לידה או קודם לכן ולרש"י והרמב"ם והש"ע אין נק' שעת מתן מעות אא"כ אמר לה כן קודם שנטלתו ונטלתו כו' והטעם פשוט משום כיון דשתיקה דלאחר מתן מעות לא כלום היא כי אין האשה מתקדשת אלא לרצונה ודעתה ומשתיקה דלאחר מתן מעות אין ממנה הודאה שרצונה להתקדש א"כ הא דבשתיקה דבשעת מתן מעות מקודשת וחשוב הודאה שרצונה להתקדש זהו מפני שקבלתה שמקבלת הסלע היא מקבלת ע"ד קדושין וזה לא יצוייר אא"כ שקודם שמקבלת ידעה שמקדשה בסלע זו וכמו שפרש"י אם קודם שקבלתן אמר לה התקדשי לי בו מקודשת דכי קבליתיה אדעתא דהכי קבליתיה וכמ"ש ג"כ הריב"ש סי' ק"ע כיון שכבר שמעה שנתן לה לשם קדושין והיא מקבלת ובחמ"ח סי' כ"ח סקי"ב דזהו ענין דעבדה מעשה דמוכח דניחא לה משא"כ אם לא אמר לה שמקדשה בסלע זה עד שנתנו לידה א"כ אין ממנה הודאה על קדושין רק שתיקה דהא לא עשתה מעשה אחר שידעה מהקדושין ולכן צריך לפרש גם לשון הטור דבשעה שנתנו לידה היינו שאומר לשון הקדושין בשעה שהסלע עדיין בידו ולא בידה ומ"ש או קודם לכן היינו קודם התחלת הנתינה לגמרי ובשעה שנתנו היינו כשמתחיל ליתן לידה אבל מ"מ אמר ל' הקדושין קודם שקבלתו לידה ורש"י והרמב"ם והש"ע לא עשו מזה שני חלוקות כיון דעכ"פ הכל קודם שנטלתו אמנם אפשר לפרש לשון הטור שהוא ע"ד מ"ש בשו"ת מהרי"ט חאה"ע סי' ל"ח (ד"ה ונבוא לעדות העדים) וז"ל לשון זה (של העד) מסופק ומגומגם שממה שאמר נתנה לידה אז אמר לה וכו' משמע שקדם נתינה לאמירה וממה שאמר אלא שנטלתו ונתנתו בארגז משמע שעדיין

לא נטלתו כשאמר לה דברי הקדושין כו' ונראה לתרץ דבריו ולומר שהאמירה היתה בין נתינתו לנטילתה שעדיין היו שניהם אדוקים בו דעד שלא סלק ידו לא מיקרי נתינה כדאמרי' בהזורק לענין גיטין גט בידה ומשיחה בידו כל שיכול לנתקו ולהביאו אצלו לא מקרי נתינה והכא אפילו אינו יכול לנתקו אצלו כל שהיתה יכולה לסלק ידה וישארו הקדושין בידו לא מקרי שתיקה לאחר מתן מעות דטעמא דשתיקה דלאחר מתן מעות לא כלום היא משום דסברה אי שדינא ליה מחייבנא באחריותיה אבל זו שהיתה יכולה לסלק ידה וישאר בידו שלא יפול ע"ג קרקע ולא עשתה אלמא נתרצית בקדושין עכ"ל מהרי"ט וא"כ כן י"ל בכוונת הטור במ"ש אם אמר כן בשעה שנתנו לידה ר"ל אף אם אמר כן בשעה שהי' הסלע גם בידה מ"מ מאחר שגם ידו היה אדוק בו א"כ אין זה שתיקה דלאחר מתן מעות ומטעם שכ' מהרי"ט שהרי היתה יכולה לסלק ידה וישאר הסלע בידו כו' ומ"ש הטור או קודם לכן היינו קודם שנתן לידה דאז ודאי אין שייך משום שתיקה דלאחר מ"מ (ואע"ג דא"כ הוי זו ואצ"ל זו יש לומר דגם בזה יש רבותא ע"ד שכ' בס' המקנה ע"ש) ואמנם רש"י שפי' דשעת מתן מעות היינו דוקא קודם שקבלתן כו' י"ל משום דהא רבא לא הזכיר עדיין ענין אי לא ניחא לה תשדינהו כ"א זה חידשו בפום נהרא משום רב הונא בריה דרב יהושע. וא"כ משמע לי' לרש"י דהא דבשעת מתן מעות מקודשת לאו מהאי טעמא דאי לא ניחא לה תסלק ידה הוא נמשך כ"א שקבלתה הוא הודאה על הקדושין ועוד דא"כ ה"ל לרב הונא בדר"י להביא ראי' לדבריו מרישא כיון דברישא ג"כ הטעם רק משום דאי איתא דלא ניחא לה תסלק ידה ה"ה דאמרינן אי לא ניחא לה תשדינהו א"ו דברישא הטעם משום דמעשה הקבלה הוי הודאה על קדושין ולכן הוצרך רש"י לפרש דפי' בשעת מ"מ היינו שקודם שקבלתן אמר לה התקדשי לי בו דכי קבילתיה אדעתא דהכי קבליתיה ועוד דגבי כנסי סלע זו שאני חייב ליכי שם ההכרח לפרש דבשעת מתן מעות היינו קודם שהגיע לידה דאם שם יפרשו ג"כ שכבר הוא בידה אפשר שאף אם שניהם אדוקי' בו לא מהני אמירתה אין למהוי קדושין ודאין כדאיתא בגמ' פ"ק דב"מ (דף ז' ע"א) גבי האי סודרא כיון דתפיס ביה כו' ונתן לרעהו קרינא בי' ול"ד לגט דבעינן כריתות ועיין בש"ע ח"מ סי' קצ"ה ס"ד שוב ראיתי בתשו' הגאון רע"ק איגר נ"י סי' צ"ז דס"ל דנדון דמהרי"ט לא נק' בשעת מתן מעות אלא דמהרי"ט מחמיר משום דה"ל לסלק ידה כו' א"כ לפ"ז א"א לומר דהטור מיירי בכה"ג כיון דלא עבדה מעשה. וכ"מ בב"ח שם ס"ד דס"ל דגוונא דהטור פשוט יותר דהוו קדושין מגוונא רש"י והרמב"ם וא"כ עכצ"ל דמפרש דברי הטור כדפרישית אחר זמן נדפס ספר חמדת שלמה ושם חאה"ע מסי' מ"ח עד סי' נ"א מבואר שגם הגאון תורת גיטין ס"ל כהגאון

רע"ק איגר והחמדת שלמה חולק ובעל מחלקותו הוא הגט מקושר דס"ל כהגאונים הנ"ל בתשו' משיבת נפש סי' ל"ז:

קיצור. רש"י והרמב"ם והש"ע סי' כ"ח ס"ד פי' דבשעת מתן מעות היינו שאמר התקדשי לי בו ואח"כ נטלתן והטור כ' דאמר לה כן בשעה שנתנו לידה והיה אפשר לומר דכוונתו שאמר לה כן בשעה שהיו שניהם אדוקים בו דמשמע בתשו' מהרי"ט חאה"ע סי' ל"ח דלא נק' שתיקה דלאחר מ"מ אכן בתשו' רע"ק איגר סי' צ"ז פי' דאפילו למהרי"ט אין זה בשעת מתן מעות כיון דלא עבדא מעשה:

ב והנה בנ"ד לשון גב"ע דרהאטשוב (דממנו נמשך החומרא) ונתן את הטבעת באצבעה ואמר הרי את מקודשת לי בט"ז כדמו"י א"כ פשט הלשון הגב"ע משמע שקדם הנתינה להאמירה. שמתחלה נתן את הטבעת באצבעה ואח"כ כשהי' כבר הטבעת באצבעה אמר. דאל"כ הל"ל ובשעת נתינה אמר וכה"ג דקדק מהרי"ט כנ"ל ממה שאמר נתן לידה אז אמר לה כו' משמע שקדם נתינה לאמירה ולולי שנמצא שם סתירה ממה שאמר נטלתו כו' משמע שהיה דן ע"ז שתיקה דלאחר מ"מ מלשון העד הנ"ל. אך י"ל דקדוקו דמהרי"ט הוא מלשון אז אמר כו' אז דוקא משא"כ בנ"ד ונתן כו' ואמר כו' אפשר לפרש ג"כ שבשעה שנתנו לידה אמר. ע"ד שכתב מהרי"ט לסוף בנדון שלו כנ"ל ומ"מ גם בנ"ד יש דקדוק כעין זה מדהאריך ונתן את הטבעת באצבעה ואמר כו' משמע קצת דכשהיה באצבעה אמר וא"כ אז לא שייך לומר שתסלק ידה וישאר בידו. ועוד דכיון דבגב"ע שהוגבה במאהילוב אמר המקדש עצמו לפני בד"צ שאחר נתינת הטבעת אמר לשון הקדושין א"כ י"ל שדבריו יהיה סיוע שנפרש כן גם ל' הגב"ע דרהאטשאב כיון דבלא"ה י"ל כן יותר בפי' הגב"ע וקיי"ל דורשין לשון הדיוט כדאיתא פרק ט' דב"מ (דף ק"ד ע"א) ומבואר שם גבי אנשי אלכסנדריא דאפילו לענין אסור ממזרות דאשת איש סמכו ע"ז וכ' הנ"י שאע"פ שאפשר הי' לפרש הלשון כפשוטו לכשתנשאי ה"ל נשואה גמורה כו' אלא שא"כ כו' ובחי' הר"ן שם הביא ראיה לפי' זה מהירושלמי פ"ד דכתובות גבי זה מדרש דרש ר"א בן עזריה אלא שבתוס' שם דאי דוקא כשכתב כו' משמע שמפרשי' בע"א וכ"מ ברש"י שם ועי' בחי' הריטב"א שם בשם הרמב"ן פי' ג"כ בע"א:

ובתשובה בענין גט כתבתי שי"ל דהתוספות לא פליגי רק שמוסיפים דאף שלא כתב ה"ל כמו כתב יעו"ש ומ"מ בנד"ז י"ל דקרוב יותר שכך הי' המעשה שהרי לדברי הכל אחז ידה מהתחלת הנתינה עד אחר אתם עדים א"כ לא סמך שתקבל ברצון א"כ מסתמא ג"כ לא אמר ל' קדושין קודם הנתינה וכמו שניכר ג"כ ממה שאמר תחלה הבה ידך ואתן לך מדעם ולא רצה להזכיר לשון קדושין לומר ואקדש אותך מפני שבודאי לא תקבל וכמו

שהוכיח סופה שהשליכה הטבעת וברחה כו' א"כ י"ל שקרוב הדבר יותר שגם לא אמר כלל דיבור הקדושין רק אחר שנתן הטבעת באצבעה אמר וגם אחז ידה כו'. והנה א"כ היה המעשה אין כאן עכ"פ דין דבשעת מתן מעות מקודשת שאפילו תכ"ד לנתינה נקרא אחר מתן מעות כמ"ש רמ"א בד"מ סי' כ"ח סק"ד וכ"ד מהרי"ט בתשובה הנ"ל דלכל הפחות לא נקרא בשעת מתן מעות אלא כשעדיין היו שני' אדוקים כו' כדלעיל משמע כל שידו הי' מסולקת אף תכ"ד להנתינה לא נקרא בשעת מתן מעות. ואף שי"ח ע"ז מ"מ רוב הפוסקים ס"ל כן. ולכן אם האמירה היה אחר גמר הנתינה היה ראוי להקל לכאורה: קיצור ובנ"ד יש לספק שאמר אחר שכבר נתן הטבעת באצבעה כמו שהודה בעצמו במאהילוב וכ"מ יותר מהגב"ע וא"כ אין שייך כאן דין בשעת מ"מ:

ג אלא שמ"מ יש לומר דספיקא מיהו הויא שמא הי' האמירה בשעת הנתינה וא"כ באנו לדין בשעת מתן מעות שבגמ' אלא שלכאורה גם אפילו אם היה בכה"ג יש לצדד כמ"ש כת"ר וז"ל מיהו יש לומר דאף שלא הזכירו העדים ברהאטשאב שהיא דחקה ומשכה ידה לאחור בעת הנתינה של הטבעת באצבעה הוא משום שלא ביחנו הדיינים בזה ובמאהילוב שביחנו הגידו האמת כאשר הוא ואין בזה הכחשה מעדות דמאהילוב לרהאטשוב ולפ"ז הרי יש כאן הוכחה גדולה שלא נתרצית בקדושין עכ"ל ויש ראיה לזה דאין זה נקרא הכחשה ממ"ש הב"י בח"מ סי' כ"ט מחודש ג' בשם תשובת הר"ן וכמש"ל וא"כ חזר הדין שאין לחוש לדין בשעת מתן מעות מקודשת. דהתם ה"ט משום שבודאי נתרצית בקדושין בשעת קבלתה וכמש"ל בשם רש"י והרמב"ם וכ"כ בתשו' הריב"ש סי' ק"ע שהביא כת"ר:

משא"כ הכא אדרבה בשעת מתן מעות ודאי לא נתרצית שהרי עושה מעשה בהפך שמושכת ידה לאחור ואף שלא אמרה איני רוצה מאחר שעשה מעשה המורה ע"ז שאינה רוצה הרי מעשה לא גרע מדיבור ועכ"פ אין כאן שום קדושין ברצון. ומ"ש כת"ר וז"ל אמנם דבכה"ג לא הוי לה למישתק אלא למצווח דוקא דלא ניחא לה ולא די במשיכת ידה לאחור עכ"ל אינו מובן לי דהרי עושה מעשה שניכר ממנו שאין רצונה בשום אופן להתקדש ואין האשה מתקדשת אלא לרצונה וגם מ"ש מהא דסי' ל' ס"ז זרקתו כו' דלא הוה קדושין אע"ג שלא דברה מאומה וה"נ משיכת ידה ממנו הוי כזרקתו ואם משום אמאי לא השליכה אח"כ זה אינו שייך עכ"פ לדין בשעת מ"מ רק משום שתיקה דלאחר מ"מ וידובר לקמן מזה בס"ד ובהגמ"ר דגיטין סי' תע"א והביאו רמ"א סי' מ"ב סעי' א' לקח יד האשה בחזקה דהוי מקודשת היינו משום טעם אמאי לא זרקה אח"כ וא"כ אדרבה משם מבואר דאין זה ענין לדין בשעת מתן מעות כיון דלקח ידה בחזקה אלא דחיישי'

משום שתיקותא דאח"כ אחר שהניח ידה אמאי לא זרקה כמו דחיישינן בשתיקה דלאחר מתן מעות כמ"ש החמ"ח שם סק"ב והב"ש סק"ג וא"כ לפ"ז בנ"ד ג"כ עכ"פ אין לחוש לדין בשעת מ"מ מקודשת שבגמ' רק לחוש משום שתיקותא דלאחר מ"מ וע"ז יש לצדד בנ"ד כמש"ל ובפרט לפ"ז שאחז ידה בחזקה א"כ אין זה דומה כלל לשתיקותא שבגמ' אך מ"מ הרי בנ"ד רק אחד מהעדים הגיד כן במאהילוב שהיא דחקה ומשכה ידה לאחור וא"כ אף שיכול לפרש כן דבריו שברהאטשוב מ"מ הרי הוא רק עד אחד והעד השני שהגיד במאהילוב לא הגיד כלל מזה שהיא דחקה ומשכה ידה לאחור רק הגיד שלא ראה הנתינה כלל וא"כ אינו יודע כלל אם דחקה ומשכה ידה לאחור או לא כיון שלא ראה כלל והרי מה שאומר שלא ראה כלל הוא מכחיש עדותו שהעיד ברהאטשוב שהעיד ונתן בידה כו' וכיון שהגיד ברהאטשוב שוב אינו חוזר ומגיד (זולת מטעם שלא עשו דו"ח ולא גמרו עדותן עדיין ברהאטשוב שזהו היתר בפ"ע ואינו שייך לחקירה זו שאנו דנין לפי הגב"ע דרהאטשוב) וא"כ כיון שברהאטשוב העידו ע"ז שלשה עדים היינו שני האנ"ח שחזרו והעידו במאהילוב בסגנון אחר כנ"ל ועוד הבעה"ב מאכסני' שלהם והוא לא היה במאהילוב נמצא אף גם שאחד מן השלשה עדים חזר ופי' דבריו שהיה הנתינה בעל כרחה. מ"מ נשארו שני עדים שהעידו סתם ונתן בידה כו' ולא ביארו כלל שהיא דחקה ומשכה ידה לאחור:

ואף דגם הם פי' שאחז ידה וגם המקדש אמר לפני הב"ד דרהאטשוב שאחז ידה בחזקה מ"מ מאחר שעכ"פ העדים לא הגידו שהיא משכה ידה לאחור י"ל אין כאן עדות מהם שהיה הנתינה בעל כרחה. דאחז ידה י"ל דאין זה בעל כרחה כו' ול"ד למ"ש רמ"א לקח יד האשה בחזקה דהכא העדים לא אמרו בחזקה וא"כ העד השלישי שפי' שהיה בעל כרחה ה"ל חד לגבי תרי ואף שהמקדש מסייע לו י"ל דלא מהני נגד שני העדים שהעידו בסתם. דאע"ג דמבואר בש"ע ח"מ סי' כ"ט שיש לנו לתרץ דברי שני עדים הנראים מכחישים זה את זה כדי שתהא עדותן מכוונת ואף כאן כיון שגם השני עדים הנשארים ברהאטשוב ג"כ לא פי' להפך שלא משכה ידה לאחור א"כ יש לנו לומר שאין זה נחשב הכחשה להעד השלישי וכמ"ש כת"ר שי"ל שלא הזכירו זה ברהאטשוב מפני שלא ביחנו הדיינים בזה מ"מ אין לנו עכ"פ ע"ז רק עד אחד רק שנקרא עד אחד שלא בהכחשה וכמו שכ' הריב"ש בתשו' סי' תע"ו שהביא הסמ"ע סי' כ"ט סק"ו דמועיל שם בנדון הריב"ש לחייב הברורים שבועה נגד החזן להכחיש העד כו' אבל מ"מ פשיטא דמה"ט שיש לנו לתרץ כו' אין לנו כח להמשיך מזה פי' גם בדברי השני עדים הנשארים דמ"ש ואחז ידה היינו בחזקה מאחר שמ"מ הם לא העידו כן בפי'. וכמ"ש הריטב"א בפי' הא דאמרינן פ"ב

דכתובות (דף י"ט ע"ב) והאי דקאמר תנאי ה"ל חד ואין דבריו של אחד במקום שנים דהיינו אפי' אין מכחישין זה את זה הובא בש"ך בח"מ סי' מ"ו ס"ק ק"ח ואף דשם קיי"ל דהאומר תנאי נאמן זהו משום דלא אמרינן תרווייהו בשטרא מעליא קא מסהדי כיון דהאומר תנאי עוקר סהדותיה והוא נאמן בכך משא"כ בכאן דנשארו שני עדים בלעדו א"כ אף דהוא נאמן לפרש דבריו מ"מ אין דבריו של אחד במקום שנים ונמצא לדברי שני העדים ההם דרהאטשוב הוי קידושין (אם האמירה היה בשעת הנתינה לאפוקי אם קדמה הנתינה כו') דה"ל שתיקה בשעת מתן מעות. לכן אף שיש עד א' שלא בהכחשה המפרש שלא שתקה כ"א דחקה ומשכה ידה לאחור הרי י"ל ע"א בקדושין לאו כלום הוא אף שלא בהכחשה. וכ"ש להקל נגד שני עדים. אלא שמ"מ י"ל דעכ"פ מצד העדאת העד ושהמקדש הודה ג"כ שאחז ידה בחזקה גורם דספיקא מיהו הויא בעדות השני עדים ג"כ שהרי הניחו מקום ספק באמרם שאחז ידה והיינו שאחז ידה מתחלת הנתינה עד סוף האמירה אתם עדים כמ"ש ההמ"ץ דרהאטשוב א"כ י"ל דכה"ג מהני הע"א שלא בהכחשה והמקדש לעשות מזה ספק גמור שמא מ"ש השני עדים שאחז ידה ר"ל בחזקה ובעל כרחה בהצטרף זה הספק לספק הראשון שמא היה האמירה אחר גמר הנתינה ה"ל שני ספיקות להקל היינו הספק הא' שמא האמירה היה אחר שכבר נתן הטבעת באצבעה והספק השני שאף אם אמר בשעה שהיה הטבעת בידו דילמא האמת שהיא ניתקה ידה ממנו ואין כאן שתיקותא ובתשובת מהרי"ט ח"א ססי' קל"ח מצדד להקל בשני ספיקות גבי קדושין אף שהביא ד' מהריב"ל ח"ב סי' ז' המחמיר בזה (וכ"ה בח"א סי' י"ז):

ואם נאמר דבשני ספיקות ממש לא חמיר מקי' דרבנן א"כ בכה"ג ודאי יש לצדד ע"פ ההיתר דמהני החזרה דמאהילוב כו' ולכאורה משמע בפרק האיש מקדש בסוגיא דקדושין שאין מסורין לביאה (דנ"א תחלת עמוד ב') דאפילו מדאורייתא אין שני ספיקות מועילים כלום דאמרינן אלא לאו דאמר להו אחת מכם וקתני אין האחיות מקודשות ואי איתא דשני ספיקות מהני א"כ י"ל וליטעמיך לרבא מי ניחא הרי יש שני ספיקות שמא האחת היא מן הנכריות ואת"ל מן האחיות דילמא זו היא וא"כ בכל א' מהאחיות יש שני ספיקות הרי דאעפ"כ נקרא קדושין שאין מסורין לביאה אלמא דס"ס לא מהני וכן משמע עוד בש"ע סי' מ"א סעיף ג' ואם אמר א' מכולכן כו':

קיצור. אלא דמ"מ ספיקא הויא ומ"מ אף אם אמר קודם הנתינה ממש יש עוד ספק שני להקל לפמ"ש א' מהעדים במאהילוב שהיא דחקה ומשכה ידה לאחור בעת הנתינה וא"כ אין זה שתיקותא שהרי אדרבה עבדה מעשה להפך אלא דמ"מ כיון רק א' מהעדים

פי' כן ושני עדים נשאר דבריהם בסתימות אף שגם המקדש הודה כן במאהילוב אין לעשות מזה רק ספק אך ספק מיהו הוי אף שהוא נמשך רק מעד א' והמקדש כיון שגם השני עדים אמרו שאחז ידה כו' וא"כ על בשעת מתן מעות יש שני ספיקות להקל:

ד עוי"ל שיש כמו ספק שלישי אם שייך כאן דין דבשעת מתן מעות היינו אף אם לא משכה ידה לאחור כמו בספק השני וגם לא היה האמירה אחר גמר הנתינה כמו בספק הא' עדיין י"ל שמא היה האמירה בשעה שהיו שניהם אדוקים בהטבעת ר"ל אחר התחלת תחיבת הטבעת באצבעה ומהתחלת התחיבה עד גמר התחיבה אמר לשון הקדושין וא"כ י"ל שאין זה נקרא בשעת מתן מעות דהא מהרי"ט לא בא ע"ז רק מחמת אם לא ניחא לה תשדינהו וזה שייך בלאחר מתן מעות כן מצאתי בתשו' הגאון ר' עקיבא איגר נ"י סי' צ"ז ודפח"ח ע"ש כיון דלא עבדה מעשה שכשהתחיל לתחוב לא ידעה עדיין שלקדושין מכוין וגם כששמעה לשון הקדושין אינה מנחת אצבעה שיתחוב בה הטבעת כי אם הוא אוחז ידה ותוחב בה א"כ מה מעשה עבדה דטעמא דבשעת מ"מ מקודשת הוא כדפרש"י די"ב ע"ב דכי קבילתיה אדעתא דהכי קבילתי' וכמו שכ' הריב"ש סי' ק"ע שהביא כת"ר שקבלתה הויא הודאה כו' א"כ בעינן שתעשה מעשה. משא"כ בנדון זה דלא עשתה שום מעשה כ"א הוא אחז ידה בחזקה או עכ"פ סתם אחז ידה) ואזי אח"כ נתן עליה הטבעת א"כ אף אם לא משכה ידה לאחור מ"מ לא דמי לשאר מתן מעות שמקבלת המעות בידה או אף אם מקדשה בטבעת והיא מנחת ידה מעצמה שיתן עליה הטבעת אף שאינה מקבלת הטבעת בידה י"ל דנקרא מעשה וכ"ש בקדושין שמזמנת ופושטת ידה שיתן הטבעת עליה כמו קדושין הנהוג ביניינו אבל הכא בנדון זה שהוא אחז ידה ומניח הטבעת עליה א"כ אין כאן מעשה ממנה רק שי"ל דהוא הוכחה דנתרצית דאל"כ אמאי לא עשתה מעשה להפך למשוך ידה ממנו מ"מ אין זה רק מניעת דבר וע"ז יש לתרץ דאולי אחז ידה בחזקה שלא יכלה למשוך ידה בקל ממנו כמו דמתרצין על אם איתא דלא ניחא לה תשדינהו סברה דתתחייב באחריות כו' ובפרט שגם הוא הבעל הודה שבאמת אחז ידה בחזקה וא"ת אכתי היה לה לעשות מעשה ולהלחם עמו לשמוט ידה ממנו י"ל דס"ל למה לי זה כי אטו בעל כרחה תתקדש לו. הלא היא אינה עושה מאומה וכה"ג כ' בחי' הריטב"א די"ב ואיהי לא בעיא למטען בהדיה כו' ומ"ש כת"ר דנד"ז היינו ממש הך דתניא בברייתא בשעת מ"מ מקודשת כו' ואין לומר דברייתא מיירי כשפשטה ידה לקבל הקדושין כו' דאיכא גילוי דעת שרצונה להתקדש כו' דאם איתא דדוקא בעינן פשטה ידה ליפלוג וליתני בדידה כו' ודוחק לחלק בין סלע שצריך אחיזה ביד אף לאחר פשיטת יד ובין טבעת שמאליו הוא נאחז באצבעה דכל שעושה מעשה

בגופה ממש כדרך קדושין גמורים אי איתא דלא ניחא לה לא הוי שתקה עכ"ל כת"ר תמיהני הרי רש"י כ' בהדיא אם קודם שקבלתן אמר לה התקדשי לי בו מקודשת דכי קבילתי' אדעתא דהכי קבילתי'. א"כ אף דלא בעינן פשיטת יד מ"מ בעינן קבלה שהיא מקבלת הקדושין א"כ לכאורה אין שום דוחק לחלק בין סלע שמקבלת לידה ובין טבעת שהיא אינה מקבלתו כלל רק שהוא תוחבו על אצבעה אלא דבאמת אין לחלק בהכי והיינו אם מנחת אצבעה מעצמה שיתחוב הטבעת עלי' י"ל דה"ז כקבלה כיון שמנחת אצבעה בלי שום הכרח שיתן עליו הטבעת אבל בנד"ז שלא כן הוא רק הוא אחז ידה ותחב הטבעת עליה הרי אם האמת כמו שהודה שאחז ידה בחזקה א"כ היא לא עשתה שום מעשה רק הוא עשה מעשה על אצבעה בחזקה ומה ענין זה לדין הברייתא דמיירי שקבלה ממש מרצונה כנ"ל. ואף שהעדים לא העידו בפי' שאחז ידה בחזקה מ"מ מאחר שהגידו שאחז ידה וי"ל שאחז בחזקה וכמו שאחד מהעדים הגיד כן במאהילוב ביתר שאת. א"כ אין לנו ידיעה ועדות שקיבלה הקדושין ברצון ולא דמי כלל לדין הברייתא שיש לנו עדות שקיבלה ברצון כנ"ל ובפרט דנד"ז מוכח תחלתה וסופה שהיה שלא ברצון כלל וגם בשעת מעשה אין שום ראיה שהיה רצון שהרי היא לא עשתה שום מעשה רק הוא עשה בה מעשה והיינו ע"י שאחז ידה א"כ, י"ל דאין כאן ידיעה מראי' זו על קדושין וה"ל כעדות ראיה בלי ידיעה דלא משכחת לה דמהני רק בממון כדאיתא בשבועות (דף ל"ג ע"ב ודל"ד ע"א) ועיין בחי' הרשב"א דף ה' גבי נתן הוא ואמרה היא שכ' הטעם דאינה מקודשת גמורה משום דהודאת עדים בעינן כו' יעו"ש וכך י"ל בנד"ז דאין כאן עדות על קבלתה וכ"ש שהוא והיא אומרים שהי' בע"כ:

קיצור. עוי"ל שיש ספק ג' להל היינו שאם האמירה הי' בשעת נתינה ר"ל אחר נתינת הטבעת בראש אצבעה אין זה נקרא בשעת מ"מ וגדולה מזו י"ל דאף אי מדלית מהכא הפי' של העד שהיא ניתקה ידה כו' מ"מ כיון שלדברי כל העדים עכ"פ אחז ידה מהתחלת הנתינה והאמירה והוא הודה שאחז ידה בחזקה א"כ אפ"ל דאין כאן עדות על קדושין שהרי בשעת מ"מ לא ראו שום מעשה ממנה שמסכמת על קדושין:

ה ועוד יש לחזק סברא זו דהא לכאורה יש מקום וסברא לומר דכל שאחז ידה ותחב הטבעת באצבעה כיון דהיא אינה עושה שום מעשה אין זה קדושין לדעת הרמ"ה שהביא הטור סי' כ"ח והביאו הרמ"א בש"ע סי' כ"ח ס"ד בהג"ה והרב"י בסי' למ"ד ס"ו בשם י"א. ועיין במסכת מכות פ"ג (ד"כ ע"ב) דהניקף נקרא שאינו עושה מעשה ואינו חייב אא"כ מסייע לו ופרש"י שמזמין השערות למקיף וכמבואר בש"ע יו"ד סי' קפ"א סעיף ה'. שוב ראיתי בשו"ת משיבת נפש להגט מקושר סי' ל"ו כ' וז"ל והנה תחלה נבאר

שמ"ש רמ"א בחזקה אין הכוונה שנתעצמו ונתאבקו זע"ז כו' אלא כל שהוא שלא ברצונה ולקח הוא ידה מבלי שפשטה ידה מקרי בחזקה והינו דמפרש רמ"א שלא ברצונה עכ"ל והנה בספר המקנה סי' כ"ח ס"ד הביא ראי' לדעת הרמ"ה מהא דאיתא בקדושין (דף י"א ע"א) פשטה ידה וקיבלה לא קאמינא כי קאמינא דקידשה בליליא ולא קאמר כי קאמינא בזרק לה משמע דכל שלא פשטה ידה וקיבלה אפילו זרק לה ושתקה לא הוו קדושין אפילו לבית הלל עכ"ל והטעם דמהיכי תיתי שנתרצית להתקדש לו כיון דלא עבדה מעשה ואע"ג דכאן הוי שתיקה בשעת מתן מעות לא דמי לשתיקה דבשעת מ"מ שבברייתא דשם מקבלת ועושה מעשה משא"כ הכא מה איכפת לה במעשה דידי' היא לא עבדה מידי וגם מבואר דלהרמ"ה בכה"ג קיל אפילו משתיקה דלאחר מ"מ דאמרינן לדעת רב הונא אם איתא דלא ניחא לה תשדינהו משא"כ הכא לא חייש הרמ"ה לזה וכ' בספר בית מאיר סי' כ"ח ס"ד דטעמו דהרמ"ה דס"ל דלא שייך אם איתא דלא ניחא לה תשדינהו אלא בעבדה מעשה ופשטה וקיבלה דומיא דציפתא בזה רצו לדון דהשתיקה הוכחה לריצוי דאי איתא דלא ניחא לה מיבעיא לה למיעבד עובדא דזריקה לבטל מעשה הקבלה אבל בלא פשטה אלא איהו זרק לה אף דמקדש בשעת זריקה ושתקה גם לא ניערה לאו כלום הוא כי מה איכפת לה בדידיה עכ"ל וא"כ לפ"ז בנ"ד ג"כ דלא עבדה שום מעשה אע"ג דה"ל שתיקה בשעת מ"מ לאו כלום הוא דלא דמי לשאר שתיקותא בשעת מ"מ לא מיבעיא בפשטה ידה וקיבלה דהוי מעשה גדול אלא אפילו היתה ידה פשוטה כיון שמקבלת הקדושין לידה הוי נמי מעשה ואפילו אינה מקבלת כ"א שמנחת אצבעה מעצמה והוא תוחבו עליה י"ל דהוי נמי מעשה ול"ד לזריקה דהרמ"ה (וזהו כעין ניקף כשאינו מסייע דמ"מ נקרא לאו שאין בו מעשה וחייב לר"י דאמר לאו שאין בו מעשה לוקין עליו כיון דמניח א"ע להקיף ודוגמת זה גבי קדושין כשמנחת את אצבעה והוא תוחב הטבעת עליה אבל כשלקח ידה ותחב הטבעת עליה י"ל קיל מניקף וצ"ע) אבל הכא שאחז ידה ואח"כ נתן הטבעת באצבעה אין שתיקותה הודאה על קדושין והוה כמו בשתיקה בשעת מ"מ דרך זריקה דחד טעמא הוא דהיא לא עבדה מידי. ומ"ש כת"ר שי"ל דאפילו הרמ"ה נמי יודה בנדון שלפנינו דדוקא בזרק לחיקה קאמר שי"ל דלא איכפת לה ולא בנתן בידה אף שאחז ידה ואפילו בחזקה כו') הנה באם אחז ידה בחזקה ודאי ס"ל להחמ"ח סי' מ"ב סק"ב דלהרמ"ה לא גרע מזריקה כיון דלא עבדה מעשה וכ"ד הב"ש שם. אלא שלכאורה י"ל דאפילו בסתם כל שאנו רואין שאחז ידה אף אם לא ידעינן שאחז בחזקה י"ל דלהרמ"ה אינה מקודשת וראי' ע"ז מהש"ס דקדושין (דף י"א) שהביא בספר המקנה פשטה ידה כו' דקידשא בליליא ואם איתא הל"ל כי קאמינא דאחז ידה ונתן עלי'

טבעת א"ו משמע דכל שלא עשתה מעשה לקבל לא הוו קדושין אפילו לבית הלל דאין לומר דזה הוה כפשטה ידה וקיבלה דהא התם בעינן גילוי דעת שרצונה להתקדש בכדי שיהי' מהני אפי' בפרוטה לבית שמאי דאע"פ דב"ש ס"ל דאשה אינה מתקדשת אלא בדינר משום דסתם אשה מקפדת על עצמה ואינה מתקדשת בפחות מדינר מ"מ כיון שאנו רואין שזו מגלה דעתה שרצונה להתקדש בפרוטה מתקדשת דגלתה דעתה דאינה מקפדת כמ"ש התוס' וזה ודאי לא שייך אלא בדעבדה מעשה עכ"פ דומיא דפשטה ידה וקיבלה או שמקבלת מעצמה עכ"פ ועושה מעשה אבל באם היא אינה עושה שום מעשה כנדון שלפנינו ודאי ליכא גילוי דעת כ"כ עד שיהי' מהני אפילו לבית שמאי בפרוטה דהא י"ל דשתיקתה הוא משום דסברה מה איכפת לי כיון שאין מקדשה כדרך סתם קדושין דהוא בדינר לב"ש וכיון דשותקת ואינה עושה מעשה ודאי לב"ש לא הוה קדושין בפרוטה עכ"פ. וא"כ אי איתא דלבית הלל הוי קדושין נימא דפלוגתתם הוא בכה"ג. א"ו דאפילו לב"ה לא הוו קדושין כיון דלא עבדה שום מעשה וכמו בזריקה לפ"ד סהמ"ק וצ"ע אם יש להביא ראי' להפך מהא דאיתא בסנהדרין (דע"ד ע"ב) אסתר קרקע עולם היתה ופרש"י אינה עושה מעשה הוא עושה בה מעשה והנה קרקע עולם לא מהני רק באנוסה משא"כ באינה אנוסה אף שאינה עושה שום מעשה כגון שלקחה ועשה בה מעשה ודאי חייבת אם לא נלחמה עמו כמ"ש ע"ד אשר לא צעקה כו' וא"כ נידוק מזה לנ"ד אף שאחז ידה כיון שלא נלחמה עמו ה"ז כמעשה דיש לחלק דהתם שאני שמוזהרת ע"ז כמו האיש וא"כ כל שאינה עושה כל היכולת להנצל ממנו עברה על ל"ת זו שמוזהרת עליה. משא"כ גבי קדושין בעינן שיהי' גילוי דעת שנדע שרצונה להתקדש לו והא ליכא. והתם מספיקא חיישינן דמרצונה אם לא כשנדע שאנוסה. משא"כ הכא אפילו באמת רצתה אינו כלום כל שיש לומר שאין ראי' שרצתה דהא בעינן עדים על קדושין וכדמוכח מענין היתר שתיקה דלאחר מ"מ:

והנה בס' עצי ארזים על אה"ע סי' כ"ח סקט"ו כ' שמדברי הרשב"א בחי' די"ב יש להוכיח שחולק על סברת הרמ"ה מדכ' וכגון דשדא זוזי בחיקה ואמר לה בסוף התקדשי כו' ע"ש והנה כיוצא בזה הוא לשון הריטב"א שם. אמנם בסהמ"ק סי' כ"ח ס"ד כ' דמ"ש הרשב"א ואמר לה בסוף ולא כתב שאמר בשעת זריקה כמ"ש הרמ"ה משום דהם היו צריכים לשאול ממש כההוא עובדא דציפתא שנתרצה בתחלה להתקדש אם מהני דהיינו שדיך ובזה מועיל כשאמר בשעת זריקה כמ"ש הרמ"ה לכך הוצרך לומר דשדי זוזי בשתיקה ואמר לבסוף עכ"ל ועפ"ז ג"כ י"ל דלק"מ מה שהקשה הבית מאיר סי' כ"ח ס"ד על הרמ"ה מסוגיא (דנ"ב ע"ב) די"ל דהתם היינו לומר דאפילו בדשדיך אינה מקודשת ומש"ה

הטעם דוקא משום דקידשה בגזל דעלמא משא"כ מטעם שתיקה בשעת מ"מ דזריקה הי' מהני בדשדיך. גם לכאורה עכצ"ל דהתם מיירי בדשדיך דאל"כ לכ"ע אינה מקודשת דהא התם איתא ושדא לה אבל לא נזכר בחיקה או במשיכלא. ומשמע שזרק קרוב לה ובכה"ג ודאי דאם לא נתרצית תחלה להתקדש לכ"ע אינה מקודשת עי' סי' למ"ד ס"ה מיהו הגמ"ר סוף גיטין סי' תע"א פליג על הרמ"ה כמ"ש החמ"ח אף שהב"ש כ' שי"ל דלא פליג הוא דוחק. והנה כ"ז באם אחז ידה סתם אבל באם אחז ידה בחזקה י"ל דליכא משום שתיקה דבשעת מ"מ לכ"ע ומ"מ י"ל כיון שבדברי העדים נזכר רק שאחז ידה ולא פי' בחזקה אף שקרוב הדבר שכן היה כנ"ל מ"מ ודאי אין לדון כ"ז רק כמו ספק דהא דינו דהרמ"ה שבטור ורמ"א סי' כ"ח ס"ד ובש"ע סי' למ"ד ס"ו הוי רק ספק והבית מאיר הקשה עליו מהא דדף נ"ב אף שסהמ"ק הביא ראי' לדבריו כמש"ל מ"מ אין לדונו רק כמו ספק ובנדון זה שאחז ידה ונתן לה אם לא אחז ידה בחזקה לא ברירא כ"כ דגם להרמ"ה הוי כדין זרק לה קדושיה כו' ע"כ לא ברירא לי מילתא לדון זה כמו ספק ממש והנה בתשו' בית אפרים חאה"ע סי' מ"ב העתיק שם תשו' הגאון השאגת אריה שהשיב דדין זה דשני ספיקות בקדושין תליא בהא דחוששין לסבלונות בקדושין פרק האיש מקדש (ד"נ ע"ב) דלפי' ר"ח בתוספות שם דחיישינן למיעוטא בחשש קדושין משום חומר דאשת איש ולא אזלינן בתר רובא כמ"כ לא מהני שני ספיקות להקל אבל לפי' הרשב"א והריטב"א שם דהתם משום דאינו רוב גמור כו' וכ"ש לגירסת רש"י שם דלא חיישינן למיעוטא יש להקל בשני ספיקות ולפ"ז בנד"ז אם היינו אומרים דיש שלשה ספיקות הי' מקום לצדד להקל דהא לדעת הש"כ בי"ד סי' ק"י בהשגתו עמ"ש הט"ז שם ס"ק ט"ו העולה מדברינו כו' מהני שלשה ספיקות אף להוציאה מחזקת אשת איש כו' ונהי דהט"ז שם חולק ע"ז כמ"ש אפילו הוה כמה ס"ס כו' מ"מ בנד"ז דאדרבה החזקה מסייע להנך שלשה ספיקות דהא בחזקת פנויה עומדת י"ל דאפילו לפי' ר"ח דחיישינן למיעוטא אפילו נגד רובא מעליא באיסור אשת איש מ"מ בשלשה ספיקות טובים יש מקום לצדד להקל כיון דלהש"ך מהני כה"ג אף להוציאה מחזקה ומ"מ אינו מוכרח ואין כאן מקומו כיון בלא"ה לא ברור דיש שלשה ספיקות כנ"ל רק כוונתי לומר דגם ע"פ גב"ע דרהאטשוב יש כמה ספיקות בכן יש לסמוך יותר לדון ע"פ גב"ע דמאהילוב ששם חזרו בהן השני עדים בכמה פרטים וכמשי"ת הטעם לקמן דיכולים לחזור בהן משום שלא נגמר עדותן עדיין ומכמה טעמים אלא דלפמ"ש כי גם לפי הגב"ע דרהאטשוב יש כמה ריעותות בהקדושין ע"כ יש לסמוך יותר על טענות דלקמן:

קיצור וראי' לזה מדעת הרמ"ה ובסהמ"ק הביא ראי' לדבריו ומה שבעצ"א כ' דהרשב"א חולק אינו מוכרח כלל והנה להרמ"ה כל שלא עבדה מעשה אין לחוש דבעינן גילוי דעתה שרצונה להתקדש וכשאיננה עושה מעשה אין כאן ג"ד ובנד"ז כיון שפשיטת ידה היה ע"ד לקבל החצי רו"כ ולא לענין קדושין ח"ו ואח"כ מתחלת נתינת הטבעת עד גמר הענין אחז ידה ויש סברא שאחז ידה בחזקה כמו שאמרה היא והוא א"כ לא עבדה שום מעשה שיהי' הוראה שמסכמת על קדושין מיהו הגמ"ר פליג על הרמ"ה ומ"מ בנד"ז שי"ל דאחז ידה בחזקה יש לצדד:

ו ועתה יש לחקור על חשש שתיקה דלאחר מתן מעות שלא השליכה הטבעת עד אחר ששחקו העדים עליה והנה כ' ההמ"צ דרהאטשוב שהאחיזה שאחז ידה היה מתחלת נתינת הטבעת עד אחר גמר אמירתו אתם עדים ומרומז בלשונו (בהגב"ע) משך מה עכ"ל אכן עכ"ז לא ביאר אם בשעה ששחקו כולם עליה לומר עתה תלך עמנו והרי את אשתו כבראשונה ג"כ עדיין אחז ידה ולפ"ז נמצא שהשליכה הטבעת תומ"י שהניח ידה או י"ל שלא אחז ידה רק עד אחר גמרתו אתם עדים ואפשר התחילו לשחוק אחר גמר דבריו לגמרי וא"כ לפ"ז זרקה הטבעת אחר כדי דבור מגמר דבריו:

והנה מקודם צריך לחקור בדין שתיקה דלאחר מ"מ אם הוא בענין שליכא למיתלי דסברי אי שדינא להו מיחייבי באחריות. אם הוי קדושין דאורייתא או ספק קדושין או רק קדושין דרבנן וראיתי בפנ"י די"ג ד"ה שלח ליה דלרבא אפילו בכה"ג אין כאן חשש קדושין כלל והטעם כיון בעידי קדושין בעינן דבר ברור וכו' והכא י"ל ששתקה משום דלא איכפת לה ור"ל די"ל דסברה הרי אני לא עשיתי שום מעשה וכו' (ועי' בחה"ר גבי אמרה היא ונתן הוא שכתב סברא זו וכמש"ל אך בק"א סי' כ"ח אסברה לה הפנ"י משום שהספק דילמא לא שדיתינהו מצד דסברה שתתחייב באחריות ומה"ט אין זה דבר ברור לעדים משמע היכא דליכא ה"ט משום לא איכפת לה לחוד אינו מוציא מדבר ברור) ונ' ליתן טעם לדבריו דהנה איתא בחה"ר (דף י"ג ד"ה ופריך) בשם הרמב"ן וא"ת לימא ליה שקול דידך כו' אנן לא אתינן עלה משום דלא טענה כו' יעו"ש הרי דאין מצריכין ממנה רק שלא תעשה מעשה שהוא הודאה על קדושין אבל אין מצריכין אותה לעשות מעשה או אפילו לדבר דיבור ביטול הקדושין כמו שתאמר איני רוצה בקדושין וכן כ' בחי' הריטב"א שם סד"ה אמר רבא אלא שהוסיף טעם דלא בעי' למיטען אי משום כסופא כו' אמנם בפרש"י (דף י"ג ע"א) ד"ה מי דמי שכתב והאי דלא מחאי משום דלא איכפת לה משמע כמ"ש הרשב"א דאין מצריכין אותה לטעון, אפילו בלא טעמא דכסופא כו' וזהו מ"ש רש"י דלא איכפת לה וכנ"ל דהחיוב עלי' רק שלא תעשה מעשה שהוא הודאה

כו' ולא לדבר ולמחות כו' ומעתה צ"ל א"כ למה הוצרכו ליתן טעם על הא דלא השליכה המעות משום דסברה שתתחייב באחריות ת"ל הא בלא"ה נימא שאין מחייבין אותה לעשות מעשה ולהשליך המעות כמו שאין מחייבין אותה לטעון ולמחות בדברים וצריך לומר משום דאדרבה אחיזתה המעות נחשב כמו מעשה הודאה על הקדושין דלא דמי להעדר הדיבור והמחאה שהוא שב ואל תעשה אבל העדר השלכת מעות הקדושין אינו נחשב שב ואל תעשה דאדרבה י"ל דאחיזתה אותם נחשב מעשה ומש"ה הוצרכו ליתן טעם דאע"פ שיש כאן מעשה אין זה הודאה על קדושין כיון די"ל שהוא מחמת שסבורה שתתחייב באחריות כו' ולפ"ז לכאורה דבר זה אם נק' העדר ההשלכה מעשה או שב ואל תעשה תליא בפלוגתא. דהנה איתא במכות (דף כ"א) הי' לבוש בכלאים כל היום אינו חייב אלא אחת כו' פושט ולובש חייב על כל אחת ואחת ובגמ' שם אמר רב ביבי אמר ר' יוסי פושט ולובש לובש ממש כו' רב אשי אמר כו' והקשה בחי' הריטב"א היאך לוקה לדברי רב אשי הא לא עבד מעשה ותירץ בשם התוספות דכיון שהי' יכול לפשוט ואינו פושט ועומד במלבושו זה חשיב מעשה כו' והביאו ראי' מהא דאיתא בברכות (דף י"ט ע"ב) המוצא כלאים בבגדו פושטו ואפילו בשוק כו' ואותבינן עלה כו' ומפרקינן שב ואל תעשה שאני כו' משמע דהא דאינו פושט נקרא קום ועשה עכ"ד וכ"מ שם בברכות (דף כ' ע"א) ברש"י סד"ה שוא"ת ובתוס' דשבועות (דף י"ז ע"א) ד"ה או אין לחד תירוצא איתא דלרב ביבי אין זה נק' מעשה אכן לב' תירוצים משמע דמודה רב ביבי דנקרא מעשה והנה ביבמות (דף צ' ע"ב) איתא דכשלבוש סדין בלא ציצית נק' שב ואל תעשה והקשו התוס' מהא דברכות דכשאינו פושט לבוש הכלאים נק' קום ועשה ואור"י דשאני כלאים דעיקר האיסור בשעת לבישה שלבש באיסור כו' וביאור דבריהם נראה כמו שכ' בתוס' דשבועות שם דאפילו רב אשי דפליג עלי' דרב ביבי וחשיב שהייה כמעשה היינו כיון דתחלת הלבישה ע"י מעשה ור"ל מעשה דאיסורא מש"ה אע"ג דלבסוף ליכא מעשה חשוב כמעשה משא"כ גבי סדין בלא ציצית אע"ג דתחלת הלבישה הי' ג"כ ע"י מעשה מ"מ כיון דהוי מעשה דהתירא דלא מתחייב בציצית עד אחר שנתעטף מש"ה מה שלבוש ואינו פושט לא מצטרפת למעשה הראשונה למיחשב מעשה וע"כ נק' בגמ' שוא"ת וכן רצה המל"מ (פ"ג מהל' ביאת מקדש הכ"א ד"ה גרסינן בגמ' פ"ב דשבועות) לומר בכוונת התוס' דשבועות כמש"ש ועד כאן לא אמרינן כו' אבל כשהיתה בהיתר כו' אלא שאח"כ כ' דנראה כוונת התוס' כל שתחלת הדבר היה ע"י מעשה אף שהיה בהיתר חשיב כמעשה אם נעשה איסור אח"כ בלתי מעשה ולפע"ד דמתוס' דיבמות הנ"ל מוכח כסברתו הראשונה וכ"מ בתוס' דנזיר (דף מ"ג א') ד"ה כגון

וכן מצאתי בס' שושנת העמקים להפמ"ג כלל ו' (ד"ה ודע דראיתי) שכ' והרואה יראה שא"א לפרש כלל דברי התוס' כ"א כמ"ש דכיון שלבש בהיתר השהייה לא הוי מעשה וכלאים דהלבישה באיסור הוי השהייה מעשה כו' והשתא כיון דלתוס' מה שאינו פושט לא נק' מעשה מצד עצמו אלא ע"י צירוף שמתחלה עשה מעשה באיסור כו' א"כ גבי קדושין בשתיקה לאחר מתן מעות. הרי ודאי מעשה הראשונה אינה שייכה לקדושין וה"ל כמו מעשה דהתירא א"כ מה שאינה משלכת אח"כ אינו נק' רק שב ואל תעשה כמו מה שאינה פושט הסדין שבלתי ציצית אמנם לפ"ד המל"מ הנ"ל נק' קום ועשה וסדין בלי ציצית דנק' שוא"ת היינו מטעם שכ' המ"א סי' י"ג וביארו הפמ"ג בש"ה שם דציצית אין איסור ל"ת בכלאים כ"א מ"ע שצריך לעשות ציצית וכשאינו עושה הוי שוא"ת כו' ואי לזאת הרי כ' הפוסקי' גבי סברה אי שדינא להו מיחייבי באחריותא דאע"פ שמדינא אינו חייבת באחריות אמרינן דטועה וסברה דמיחייבא באחריות ולרב אחאי אמרינן דטועה אפילו טעות רחוק כו' א"כ לפ"ז ה"נ אפילו את"ל דהלכה כסברת המל"מ מ"מ אטו נשי דינא גמירי ונימא דסברה שזהו שוא"ת והיא אינה מחוייבת לעשות מעשה כו' ולכן י"ל דשפיר כ' הפנ"י בחידושיו דלרבא אין שום חשש קדושין בשתיקה דלאחר מ"מ מטעם שי"ל דלא שדיתינהו משום דלא איכפת לה כו' וא"כ ליכא עדים על קדושין:

קיצור. ועתה יש לחקור משום שלא השליכה הטבעת עד אחר ששחקו עליה וגם ספק אם השלכת הטבעת היה תומ"י אחר שהניח ידה או אחר כ"ד והנה בפנ"י ר"ל דלרבא בכל ענין שתיקותא דלאחר מ"מ לאו כלום הוא ולכאורה יש ליתן טעם לזה דהא מוכח מהרשב"א לרש"י דאין מצריכין אותה שתאמר לא. א"כ כמ"כ י"ל דלא איכפת לן במה שאינה משלכת הכסף דה"ל כשב ואל תעשה לדעת התוס' דיבמות (דף צ' ע"ב) אף כי לדעת המל"מ פ"ג מהל' ביאת מקדש הכ"א נקרא זה מעשה אטו נשי דינא גמירי וסברה דזהו שוא"ת:

ז אמנם משמעות הגמ' אינו כן דהא גם רב אחאי שס"ל כרבא לא קאמר רק מטעם דגם בעובדא דציפתא היא טועה וסברה דתתחייב באחריות כו' אך י"ל דרבינא דהשיב בסתם אנן לא שמיעא לן הא דרב הונא בריה דרב יהושע ופי' בחה"ר לפ"ד הרמב"ם דר"ל דלא חש לדברי ר"ה אפשר דהיינו מטעם דאין לחוש כלל בשתיקה דלאחר מ"מ אף בזולת טעמא דאחריות דהא לא הזכיר רבינא כלל טעמי' דרב אחאי אלא אנן לא שמיעא לן כו' וכ"מ ממ"ש הרשב"א והריטב"א דהא דשלח ליה רב אחאי לקמיה דרבינא לאו עובדא דציפתא שלח ליה אלא כגון דשדא זוזי בחיקה ואמר לה לבסוף התקדשי לי בהן ואשתיקה. והנה בכה"ג י"ל דלא שייך כלל הא דרב אחאי דסברה אי שדינא

להו ומיתבדא מיתחייבנא באחרותייהו דזה לא שייך רק בכמו עובדא דציפתא דמתחלה קיבלה הציפתא ברצון ונהי דלאו בתורת חיוב שמירה קבילתינהו מ"מ י"ל דאעפ"כ סברה דתתחייב באחריותן שהרי קיבלתם מרצון כ' משא"כ גבי זריקה ודאי ליכא למימר הכי (ועוד דאי גבי זריקה נמי שייך ה"ט א"כ תו אין שום אופן שלא יהיה שייך ה"ט וא"כ כ"ש דבנ"ד שייך ה"ט) וא"כ הא דהשיב רבינא דלא שמיעא לי' כלומר דלא ס"ל הא דרב הונא עכצ"ל דהוא מטעם הנ"ל דס"ל דרבא מילתא פסיקא אמר דבשתיקה דלאחר מ"מ ליכא חששא דקדושין כלל וכמ"ש הפנ"י וכן משמע קצת בירושלמי פ' האיש מקדש סוף הלכה א' שהביאו שם הברייתא כנסי סלע זו ובשעת מתנה אמר כו' אם משנתנה לה רצת ה"ז מקודשת לא רצת אינה מקודשת שממנה דייק רבא בש"ס דילן דשתיקה דלאחר מ"מ לאו כלום הוא והרי שם בירושלמי לא נזכר כנסי סלע זו בפקדון כ"א כנסי סלע זו כו' אלא שי"ל מטעמי' דרב אחאי או דמיירי בפקדון:

והנה מ"מ לדינא הרי להפוסקים דחיישינן להא דרב הונא ודאי לא ס"ל סברא הנ"ל ויש לומר הטעם דאע"ג שי"ל שזה נקרא שב ואל תעשה מ"מ לא דמי כלל לשב ואל תעשה דדיבור ומחאה שלה דהכא הוי כלבוש סדין בלא ציצית דעכ"פ יש כאן דבר מעשה לפנינו אלא דבהתירא אתי לידי' לפיכך נחשב כשוא"ת וה"ל עכ"פ כמבטל מ"ע בשוא"ת ולכן גבי קדושין אין דרך האשה לבטל עשי' זו בשוא"ת בחנם אם אינה רוצה בקדושין משא"כ מניעת הדבור הוא שוא"ת גמור שאין כאן שום מעשה לפנינו שמבטלתו בשוא"ת או מטעם דכסיפא לה שכ' הריטב"א ואעפ"כ אפשר לומר דאין כאן רק חששא דרבנן מדהקשה הריטב"א אהא דמסקינן חושו לה תיפוק ליה משום דשמואל דחיישינן שמא הציפתא שוה פרוטה במדי. וגבי הא דשמואל כ' הריטב"א שמדינא אפי' ודאי ש"פ במדי אינה מקודשת רק דהוי קדושי ספק מדרבנן וכ"ד רוב הפוסקים כמ"ש הב"ש סי' ל"א סק"ו וסקי"א. וא"כ אי איתא דחושו לה לומר דהוי ספק קדושין דאורייתא ודאי יש הבדל עצום ביניהם כמ"ש מהריב"ל ח"א סי' י"ז. ויש נפ"מ ג"כ לענין הדין הנז' בש"ע סי' ל"א סס"ד וי"א שאם ילדה משני כו' וצ"ל לפ"ז דאפילו לרב הונא ה"ל רק קדושי ספק ולדידן דרק חיישינן לדרב הונא ה"ל כמו ספק ספיקא כו' וא"כ לפ"ז אפילו היכא דודאי ליכא הסברא דאחריות הוי רק ס"ק כמו לדעת רב הונא בנדון דציפתא מיהו הוכחה זו רק לפ"ד הריטב"א בהא דשמואל משא"כ לפ"ד הרשב"א ור"ן שם ובסהמ"ק דף י"ב (ד"ה אמר רבא הוי שתיקותא) כ' דלרב הונא בעובדא דציפתא הוי מקודשת ודאי אמנם נ' שכ"כ רק ליישב דעת הרמב"ם ומדברי הרמ"ה נ' להוכיח כמ"ש לעיל דמשום דמניעת ההשלכה הוי שוא"ת מש"ה אין חוששין לקדושין אלא דמחלק קצת דהנה כבר נת' למעלה דתירץ

הבית מאיר דעת הרמ"ה דס"ל דלא שייך אם איתא דלא ניחא לה תשדינהו אלא בעבדה מעשה בתחלה כו' אבל בלא פשטה אלא איהו זרק לה כו' כנ"ל וצ"ל מה נפ"מ בעבדה מעשה הרי המעשה היה ע"ד פקדון כמו בכנסי סלע זו בפקדון כו' ולא ע"ד קדושין ואעפ"כ הוה אמרינן תשדינהו לולי דיש טעם דאחריות וע"כ לכאורה אין דרך לתרץ אא"כ משום דמה שאינה משלכת ה"ל מצד עצמו כשוא"ת ולאו כלום הוא אלא דבעבדה מעשה תחלה אף מעשה דאינו שייך לקדושין רק קבלת מעות אלו עכ"פ אז מצטרף האחיזה שאינה משלכת להחשב כמעשה וכמו שכ' המל"מ כל שתחלת הדבר היה ע"י מעשה אף שהי' בהיתר כו' כנ"ל:

קיצור. אמנם לכאורה משמעות הגמ' כאן דבמניעת ההשלכה יש חשש קדושין כשאין תירוץ ע"ז וכ"ד כל הפוסקים וי"ל דאף את"ל דנקרא שוא"ת מ"מ אין דרך האשה לאחוז הקדושין אם אין רצונה להתקדש ולא דמי למניעת הדבור ומ"מ מהריטב"א יש להוכיח דבשתיקה דלאחר מ"מ אף שאין תירוץ ליכא רק ספק קדושין מיהו לשא"פ אין זה מוכרח:

ח וכ"ז בשתיקה שבגמרא שביכולתה להשליך המעות ואין לה מונע אבל בנ"ד שאחז המקדש ידה (בחזקה לפי הודאתו או עכ"פ סתם) ואשת בעריל שטרעשינער האט זיך אן גילייגט מיט איר האנט אופען שוס של האשה (הגרושה שקידשה) בכדי צו פאר שטעלין זיא זאל ניט קענין אנטלופען א"כ לא יכלה להשליך הטבעת אא"כ ע"י מלחמה ולכן אף אם לא נלחמה הוי זה שוא"ת גמור כמניעת המחאה דלכ"ע לא מצריכין שתמחה ותאמר איני רוצה בקדושין וה"נ אף שלא עשתה מלחמה להשליך אין בכך כלום דשתעשה מלחמה זהו מעשה גמור וזה ודאי אינו מעכב בקדושין דלאחר מ"מ עכ"פ (ועמש"ל אות ה') כ"ש שלפי עדות דמאהילוב באמת משכה ידה לאחור אלא שלא יכלה לו כו' ועוד יש טעם להקל כיון שבאמת השליכה אח"כ וכן איתא בהדיא בהגמ"ר דקדושין סי' תקל"א בענין שתיקה דלאחר מ"מ שלא השליכה הקדושין עד שאחד מן העדים אמר לה השליכי כי לקדושין נתנו לך ואז השליכה וכ' רא"ם דהוכיח סופה על תחלתה שהשליכתה ואמרו פ"ב דחולין (דף ל"ט ע"ב) ופי"נ (דף קל"ו) דכ"ע מודו היכא דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא מוכחת הוכיח סופה על תחלתה אמרינן עכ"ל ובנ"ד ודאי אמתלא מוכחת שלא השליכה רק מפני שאחז ידה ותומ"י שהניח ידה השליכה ואף אם המעשה היה שמה ששחקו עליה היה אחר שהניח ידה ואז אח"כ השליכה הרי נדון דהרא"ם הוא ג"כ כה"ג ועכ"ז מיקל כה"ג כיון דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא מוכחת והיינו משום שי"ל שלא השליכה תחלה מפני שלא סברה שיהיה בזה חשש קדושין כיון האמירה הי' לאחר

מ"מ ולכן כשאמר לה השליכי כי לקדושין נתנו לך השליכה ולכן אף שההשלכה היה אחר כ"ד טובא מהני להוציא מחששא דשתיקה שלאחר מ"מ. וה"נ בנ"ד י"ל שלא סברה שיהיה זה ענין כ"כ וגם י"ל שלא השליכה מפני שאם יאבד לא יתן החצי רו"כ שהבטיח ליתן לה או שרצתה לעכב הטבעת עבור החצי רו"כ ותיכף שאמרו לה שיש בזה חשש קדושין מיד השליכה א"כ יש כאן אמתלא על השתיקה ומהני ההשלכה להוציא מידי ספק כו' כמ"ש הרא"ם. ומ"ש כת"ר הדבר פשוט בעיני דמה שהשליכה הטבעת אחר השחוק ממנה ואחר האחיזה בידה משך מה אין זה דומה כלל למ"ש באה"ע ס"ל ס"ז השליכתו לים כו' דהתם היינו ודאי שעשתה כן תכ"ד כלשון תשו' הרא"ש שהביא הרב"י ססי' ל' שהשליכתו מיד כו' וכלשון תשובת מהר"מ הובאה רסי' מ"ב בפשיטות דתכ"ד ודאי בעינן כו' וכ"ה בחמ"ח להדיא סכ"ח סקי"ב דבלא השליכתו מיד הוי ס"ק. ויתר על הכל לשון הגמ' תמורה (דף כ"ה סע"ב) אלא כל אימת דבעי מימליך אמר ר"פ לא נצרכה אלא תכ"ד ע"כ אלמא דאחר כ"ד תלינן בשינוי דעת וה"נ אית לן למיחש שמא גם היא נתרצה מתחלה ואח"כ נשתנה דעתה ובפרט מחמת השחוק ששחקו עליה שמה אל לבה ביותר צער ההילוך אחריו וחזרה אז משתיקתה והסכמתה שמקודם עכ"ל הנה אם כת"ר דן נ"ד לשתיקה בשעת מתן מעות אז ודאי שפיר קאמר דההשלכה אחר שאחזה משך מה לא מהני ולא כלום אבל הרי כוונתינו לומר בענין שהשתיקה בנ"ד לא נקרא שתיקה בשעת מ"מ כמו שנת' למעלה וגם כת"ר מסכים ע"ז אח"כ משום דס"ל שבשעת הנתינה והאמירה ודאי לא נתרצית בקדושין כמו שנת' בגב"ע דמאהילוב שהיא דחקה ומשכה ידה לאחור ואין בזה הכחשה מעדות דמאהילוב לרהאטשוב (ועמש"ל ע"ז שא"ז מוכרח) וכיון שכן השתיקה שאח"כ ה"ל שתיקה דלאחר מ"מ מאחר שמתן מעות הי' באונס ולאו כלום הוא ובשתיקה דלאחר מ"מ אם אחר כך השליכה אפילו לאחר כ"ד אין שום ראי' מכל הראיות שכ' כת"ר דלא יהיה מהני ואדרבה אפשר יש משם ראיה להפך כמו שית' אי"ה. כי הנה מהדין דסי' ל' ס"ז שהביא כת"ר הרי התם נטלתו אחר שאמר התקדשי לי בו וא"כ בהקבלה לכאורה נגמרו הקדושין ולכן אדרבה יש להפליא איך מהני אפילו השלכה דתכ"ד הא קיי"ל דבגיטין וקדושין תכ"ד לאו כדבור דמי ומה שתירץ ע"ז בתשו' ח"צ סי' קט"ו דהיינו דוקא לאחר שכבר נגמרו הקדושין בודאי כגון שאמרה הן או שאמרה לו בוא וקדשני כו' אבל בלא אמרה ולא מידי אלא הוא אמר ונתן לה קדושיה והיא נטלתן וזרקתן כו' מעולם לא נתרצית בקדושין כלל כיון שנטלתן וזרקתן ודוקא שזרקתן תכ"ד עכ"ל לכאורה אינו מובן אמאי אין זה כנגמרו הקדושין מאחר שקיבלה אחר ששמעה ל' הקדושין ועי' בב"ב פי"נ (דף קל"ח) תחלת ע"א וכאן בשותק

ולבסוף צווח דלא מהני ע"ש ברשב"ם וצ"ל כמ"ש בס' המקנה סי' ל' ססעי' ז' דהכא שאני דמוכחא מילתא דלא קיבלה מתחלה לקדושין אלא לזריקה. ואף שהניח זה בצ"ע מ"מ נראה שכן עיקר ועי' ט"ז באה"ע סי' ל"ז ס"ק י"ט. וא"כ אדרבה כמו דסמכי' התם אהוכחה זו כך י"ל בנד"ז דשתיקה לאחר מ"מ יש לסמוך על הוכחה אף אם השליכה אחר כ"ד כו' וכסברת הרא"ם ועוד ראי' מהא דב"מ (דף כ"ח ע"ב) מסתברא לא מייתי כו' דהוכחה מהני שלא נאמר דהוי כחוזר ומגיד יעו"ש ובב"י בח"מ רסי' כ"ט:

וה"נ כיון שיש הוכחות שרצתה מאד להתגרש מהני לומר שזה שהשליכה אח"כ מוכיח סופה אתחלתה שאין זה שינוי דעתא:

קיצור וכ"ז בסתם שתיקה אבל בנ"ד דאחז ידה ומחמת זה לא השליכה והרי הוא הודה שאחז דה בחזקה והעדים לא אמרו בהפך עכ"פ א"כ לכ"ע י"ל שאין לחוש בלאחר מ"מ עכ"פ בכה"ג (ועמש"ל אות ה') ועוד יש טעם להקל כיון שהשליכה אח"כ אמר בהגמ"ר דקדושין סי' תקל"א דהוכיח סופה על תחלתה היכא דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא ומ"ש כת"ר דהשלכה אחר כ"ד לאו כלום הוא זהו בדין דסי' ל' ס"ז דה"ל בשעת מתן מעות ואדרבה שם צ"ל איך מהני אפילו תכ"ד דהא בקדושין תכ"ד לאו כד"ד אלא התם מהני משום דמוכח דנטלתו כדי לזרוק אבל בנ"ד דהשתיקה אחר מ"מ יש להקל אפילו השליכה אחר כ"ד היכא שיש אמתלא על השתיקה כמ"ש הרא"ם בהגמ"ר הנ"ל:

ט והנה לכאורה יש להקשות על הרא"ם שבמרדכי דקדושין סי' תקל"א דהא אדרבה בההיא דפי"נ (דקל"ו) פליגי רבנן ארשב"ג דלא אמרינן הוכיח סופה על תחלתה אע"ג דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא דרשב"ג ובח"מ סי' רמ"ו סי"א פסק בש"ע דהוי ספק אי הלכתא כרבנן או כרשב"ג והסמ"ע כ' דהרי"ף והרא"ש ס"ל דהלכתא כרבנן. וצ"ל דכוונת הרא"ם כך דרבנן לא פליגי אלא משום דלא חשיבא להו אמתלא אבל היכא דאיכא אמתלא מוכחת מודו דתלינן השתיקה בהכי וס"ל דבנד"ז הוי אמתלא מוכחת ועיין בב"י בי"ד רסי' קכ"ז הביא בשם ריצב"א אם שותק ולבסוף צווח ונותן אמתלא לדבריו דמה ששתק לא בשביל שהודה כו' הך שתיקה לאו כהודאה דמיא כו' והביא ראי' ע"ז מב"מ (דף ל"ז ע"ב) וצ"ל מ"ש מהא דרבנן דרשב"ג וצ"ל דהתם ס"ל לרבנן דאין זו אמתלא מקובלת כלל דאף דלא מטא לידיה היה לו לצווח כשזיכה לו בפניו ע"י אחר דהא זכין לאדם וכל זמן שאינו מוחה ואומר שאינו רוצה לקבל מתנה הנה מסתמא נקרא זה זכות וא"כ מהו הטענה דכי לא מטא לידיה אמאי אצווח משא"כ התם בנדון דריצב"א האמתלא מקובלת ול"ד להא דפ"ק דב"מ (דף ו' ע"א) בבעיא דשתק ולבסוף צווח דסלקא בתיקו אף שיש לו אמתלא על השתיקה דהא קא חזו לי' רבנן די"ל התם שאני דהא אף

בלא השתיקה והתקיפה היה לנו ספק שמא היא של זה התוקף לכן בכה"ג השתיקה כהודא' דמי ואין זו אמתלא משא"כ כשהיתה בחזקת של מי שתקפו ממנו אפי' שתק מתחלה עד סוף לאו כהודאה דמי עיין קצה"ח סי' קל"ח סק"ב מה שדקדק מפרש"י שם ועיין תומים סי' קל"ח סק"ה בשם הרמב"ן והריטב"א ועוד יש ראיה על זה דטעמא דרבנן דפליגי ארשב"ג הוא משום דלא חשיבא להו אמתלא וית' בסמוך בס"ד. ועוד לפמשנ"ת למעלה דבשתיקה לאחר מ"מ אף אי ליכא אמתלא על השתיקה י"ל דאין כאן רק ספק קדושין משום דלרבא ורבינא י"ל דבכל ענין לאו כלום הוא וכיון שכן מאחר שהשליכה אח"כ וגם יש אמתלא על השתיקה יש לקיים סברת הרא"ם ומיהו בנד"ז איכא עוד טעמא עפמ"ש בגיטין (דס"ו) אם הוכיח סופו על תחלתו ה"ז גט וכ"פ הפוסקים וכ' הר"ן הטעם דהכא שאני דאמר כתבו כדאיתא בחולין (דף ל"ט ע"ב) ושם פרש"י דכיון דאמר כתבו איכא קצת הוכחה בתחלה כו' ע"ש נשמע מזה דאף לרבנן דרשב"ג דלא אמרי הוכיח סופו על תחלתו מ"מ כשיש הוכחה תחלה וסוף מודו דמהני ובנד"ז מלבד הוכחה דסוף מה שהשליכה. איכא הוכחות עצומות גם בתחלה שאין רצונה בשום אופן להיות אשתו. דאל"כ למה אחז ידה מתחלת נתינת הטבעת עד גמר אמירת אתם עדים. וגם הודה להה"מ"ץ שאחז ידה בחזקה וכ"ש לפי מה שפירש דבריו אחד מהעדים במאהילוב שהיא משכה וניתקה את ידה ממנו לאחור אך שתקף באצבעה בחוזק וא"כ אין לך הוכחה מתחלה גדולה מזו שאינה רצונה בקדושין גם עוד הוכחה ממ"ש א' מהעדים ברהאטשוב ג"כ שאשת הבעה"ב ישבה אצלה במתכוין וסמכה עליה כדי שלא תוכל לברוח כו' א"כ נראה ודאי שלא היה רצונה ע"ז כלל:

קיצור אך לכאורה יש קושיא על הרא"ם דהביא עזר כנגדו דהא לרבנן שם אמרינן כיון דשתק אע"ג דלסוף צווח לאו כלום הוא אע"ג דיש שם אמתלא על השתיקה כמ"ש רשב"ג וצ"ל משום דהתם לא חשיבא אמתלא כלל לרבנן משא"כ בשיש אמתלא טובה וכ"מ בב"י בי"ד רסי' קכ"ז בשם ריצב"א שהוכיח מב"מ (דף ל"ז) ול"ד להא דב"מ דף ו') דהתם אף בלא השתיקה הי' ספק כיון דשניהם אדוקים בה ועי' בתומים סי' קל"ח סק"ה ועי' לקמן בסמוך ראי' לתירוץ זה שבישוב ד' רא"ם ועוד דבנ"ד איכא הוכחה ג"כ בתחלה ובדאיכא הוכחה תחלה וסוף מוכח בגיטין (דף ס"ו) דלכ"ע מהני ולא פליגי רבנן ארשב"ג בכה"ג ע"ש בר"ן:

ועתה אבא על סדר דברי כת"ר מ"ש וגם הא חזינא דאיכפת ואיכפת לה ודחקה להוציא ידה מתחת ידו בתחלה ואעפ"כ אחר שגבר עליה ונתן הטבעת באצבעה שתקה ולא צווחה הודאה גמורה היא עכ"ל והנה אם כוונתו לומר דשתיקה זו גרעא משאר שתיקה

דלאחר מתן מעות משום דאע"ג דאין כאן משום דין בשעת מ"מ כיון שדחקה להוציא ידה מתחת ידו אלא שגבר עליה ונמצא הי' הנתינה בע"כ עכ"ז בשתיקותא דאח"כ חיישינן טפי דהודאה היא דנראה דאע"ג דתחלתה באונס סופה ברצון איני מוצא לזה שום טעם דאדרבה מסברא י"ל להיפך דבשאר שתיקותא דלאחר מ"מ י"ל דשייך טפי החששא דרב הונא דאי איתא דלא ניחא לה תשדינהו אבל הכא י"ל דסברה הא קא חזו כולי דמשכה ידה ממנו בתחלה ושניתן לה בעל כרחה כו' לכן י"ל דסברה דתו א"צ לעשות מעשה עוד משא"כ התם וראיה לזה ממ"ש הטור אה"ע סי' למ"ד בשם התוס' גבי תנהו על הסלע ואפילו זרקו לתוך חיקה בשתיקה כיון שגלתה בדעתה שאין רצונה להתקדש יכולה לומר בתורת מתנה קבלתיו עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם בפ"ק דקדושין סי' י"ב:

וגם מהגמ"ר יש ראיה דעכ"פ לא גרעא משאר שתיקה כמשמעות החמ"ח סי' מ"ב סעיף א' סק"ב והב"ש סק"ג ואם כוונתו דיש להחמיר בזה כמו בשתיקה דלאחר מ"מ כבר נת' מה שיש לצדד בזה דל"ד לשתיקה דלאחר מ"מ שבגמרא. ומ"ש ואין לומר דמש"ה שתקה דסברה הא קא חזו העדים דלא בעינא דכיון דאח"כ צווחה היינו בעיין דפ"ק דמציעא תקפה אחד כו':

במחכ"ת אין הנדון דומה לראיה (בראש מ"ש כת"ר ומי לא אסקינן נמי התם שהוא נתעצם עמו ולא הניחו לתקוף כו' לא עיין בשט"מ שם ד"ה אי דאישתיק שפי' דאשתיק כשתקפה ועודה בידו ולבסוף צווח תיכף כשהוציאה מידו כו' אך אף גם אם הפי' כמ"ש כת"ר מ"מ) הנה כ' הריטב"א בחי' שם וז"ל כ' הרמב"ן ז"ל דמדקאמר תקפה אחד בפנינו כו' פשיטא לן דכל אחד שתוקף לחבירו מה שבידו דאי אשתיק לאו הודאה הוא אלא הכא דמעיקרא תרווייהו תפסי בה וכל א' אומר כולה שלי והשתא תקפה מיני' ואישתיק בה מספקא לן אי הויא הודאה או לאו עכ"ל והובא ג"כ בתומים סי' קל"ח סק"ה וכ"כ ג"כ בחי' הר"ן כיון דודאי טלית זו מתחלה בספק היתה עומדת כו' אף בספק הודאה סגיא ליה אבל אילו היינו תופסים אותה בתחלה כאילו היא של שניהם בודאי הדבר ברור שאין זו מעמידתה בחזקת התופס עכ"ל וגדולה מזו דקדק בקצה"ח סי' קל"ח סק"ב דאפילו בדתפסי תרווייהו לא מהני תקיפה אחר שנשבעו דאז כבר זכה בחציו תו לא אמרינן אודויי אודי ליה ואפילו שתק מתחלה ועד סוף לא אמרינן שתיקה כהודאה נשמע דלא מספקינן דשתק ולבסוף צווח שמא הויא הודאה אא"כ הוא בענין כשגם מבלעדי השתיקה הי' לנו ספק גמור שמא הוא של זה שתקף כו' משא"כ כשהיא בחזקת א' מהם וכמו בנסכא דר' אבא משמע דאין השתיקה שום ספק כמ"ש הקצה"ח וכ"מ מהרמב"ן (ולהר"ן י"ל דהוי ספק רק דאין מוציאין מחזקתו וי"ל דגם הר"ן לא ס"ל דהוי

ספק רק בדתפסי תרווייהו ועי' בפנ"י שם (דף ו') שהאריך ג"כ בזה ועולה כמ"ש הרמב"ן וכ"ד האו"ת סי' קל"ח כמש"ל) וא"כ ב"ד דקודם השתיקה הרי היא פנויה גמורה ובחזקת עצמה היא א"כ את"ל דהאחיזה וההשלכה שאח"כ הוי כמו שתק ולבסוף צווח אין זה פועל שום ספק ובאמת לפמ"ש בשם הרמב"ן דכשהוא בחזקת א' מהן אין השתיקה שום ספק א"כ הא דגבי קדושין מספקינן בשתיקה דלאחר מ"מ צ"ל משום דשתיקה דהכא גרעא טפי דה"ל כמעשה דאוחזת הקדושין ואי לא ניחא לה תשדינהו ול"ד לשתיקה דגבי נסכא דר' אבא ולפ"ז בנ"ד דהאחיזה הוא מפני שאחז ידה ולא הניחה להשליך א"כ ה"ל כשאר שתיקותא דלאו כלום הוא וכ"ש שהשליכה אח"כ:

קיצור:

ראי' מהרא"ש פ"ק דקדושין סי' י"ב ומהטור סי' למ"ד דנד"ז שגילתה דעתה בשעת הקדושין שאין רצונה בשום אופן להתקדש אף אם שתקה אח"כ לא גרע משתיקה דלאחר מ"מ עכ"פ ומ"ש כת"ר מבעיין דפ"ק דב"מ (ד"ו) אינו ענין לכאן ואדרבה ממ"ש הרמב"ן שם הי' נ' לומר דשתיקה דלאחר מ"מ לאו כלום הוא ומה שבקדושין מחמירין בגמ' כשאין טעם על השתיקה צ"ל משום דשתיקה דהכא גריעא טפי דה"ל כמעשה משא"כ בנד"ז:

יא ועוד דהנה לכאורה צ"ל אמאי לא הביאו בגמ' פ"ק דב"מ לפשוט בעיין דשתק ולבסוף צווח אי הוי הודאה או לא מפלוגתא דרשב"ג וחכמים בב"ב (דף קל"ז ע"א) ובחולין (דף ל"ט ע"ב) שנחלקו בהדיא בדין זה והתוס' בחולין שם העירו בזה אלמא דלא כל שתק ולבסוף צווח שוים הם וכמ"ש התוס' שם. והנה התוס' שם פי' דלרשב"ג אע"ג דבנדון שלו ס"ל דשתק ולבסוף צווח לא הוי הודאה היינו משום דיש אמתלא על השתיקה משום כי לא מטא לידיה אמאי אצווח ולכאורה אין זה מספיק דהא גם שם איכא אמתלא על השתיקה משום הא חזו לי' רבנן ואדרבה עכצ"ל דאמתלא זו עדיפא לרבנן דרשב"ג מאמתלא דברשב"ג כמ"ש התוס' שם וא"כ איך נאמר דלרשב"ג היא גריעא טפי והוי פלוגתא רחוקה ולכן נ' לומר דלרשב"ג החילוק כמש"ל דבנדון דרשב"ג בלא השתיקה הרי אין שום ספק שאינה של זה שזיכה לו ולא באת לומר שהיא שלו רק משום השתיקה וכיון שצווח אח"כ ויש אמתלא על השתיקה אין עושין ספק מהשתיקה ונשאר על חזקתו הראשונה משא"כ בהא דפ"ק דב"מ דאף בלא השתיקה היה לנו ספק שמא היא שלו ע"כ התם השתיקה גריעא טפי ולרבנן דרשב"ג י"ל להפך דהכא ה"ט דס"ל דאמתלא זו דכי לא מטא לידיה אמאי אצווח גריעא טובא משום דהכל יודעין דזכין לאדם ומתנה זכות הוא מהסתם דהא קיי"ל זכין לאדם שלא בפניו כמ"ש בש"ס בכמה מקומות ועבב"י

בח"מ רסי' רמ"ג ונהי דאי טעין לא בעינא אין זוכה בע"כ משום דיש בזה ג"כ קצת חובה דכתי' ושונא מתנות יחי' מ"מ מן הסתם נק' זכות. אא"כ מוחה בפי' ולכן גבי זיכוי קרקע לכתוב עליו פרוזבול מהני אף שלא בפניו עי' ר"ן פ' השולח ולכך אמתלא זו גרועה היא ביותר ועוד דע"י השתיקה נעשה כמו קנין גמור מאחר דמהסתם זכות הוא והרי זיכה לו ע"י אחר בפניו ושתק א"כ נעשה ק"ג לו ולכן לא מהני הצווחה דאח"כ לבטל כ"ז משא"כ התם פ"ק דב"מ דיש אמתלא על השתיקה וגם לא שייך לומר שע"י השתיקה נעשה ק"ג מש"ה י"ל דס"ל לרבנן התם דלאו הודאה היא ומעתה בנדון שלנו הנה יש אמתלא טובה ובריאה על האחיזה אם משום שהרי לא הניחה להשליך ואחז ידה ואם משום דקא חזו כ"ע שנתן שלא מרצונה כו' וגם שבלא השתיקה לא הי' שום ספק קדושין וגם לא שייך לומר שע"י השתיקה נעשה ודאי ק"ג כמו בהא דזכין כו' א"כ י"ל דלכ"ע הך שתיקה ולבסוף צווח לאו כלום הוא ולא מיבעי' לרשב"ג דגם התם בנדון שלו ס"ל דאע"ג דשתק כיון דלבסוף צווח לאו כלום הוא דכ"ש הכא שי"ל כן כיון דקודם השתיקה לא הי' שום ספק כמו התם וגם אמתלא דהכא לא גריעא מאמתלא ההיא. (אע"ג דהכא מטיא לידה מ"מ הרי מטיא בע"כ או מטיא שלא בתורת קדושין כנ"ל לפי הספיקות הנז"ל) אלא אפילו לרבנן דהתם לא מהני הצווחה שאח"כ היינו מטעם הנ"ל דע"י השתיקה נעשה ק"ג וגם האמתלא גריעא ע"כ לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו משא"כ בנד"ז שאף אם לא השליכה כלל אין כאן רק ספק קדושין וגם האמתלא טובה יותר לכן כשהשליכה אח"כ אמרינן הוכיח סופה על תחלתה וכמ"ש הרא"ם בהגמ"ר דקדושין סי' תקל"א כמש"ל וכש"כ דאיכא הכא הוכחה תחלה וסוף וכמש"ל:

ועפ"ז יתורץ ד' הרא"מ מה שלכאורה יש להקשות עליו איך הביא ראי' מההיא דפי"נ דקל"ו וחולין דל"ט דהא רבנן ס"ל התם דלא אמרינן הוכיח סופו על תחלתו וכנ"ל ולפמ"ש א"ש דהא מדלא פשטו מזה בש"ס פ"ק דב"מ בעיין דשתק ולבסוף צווח לא מהני לרבנן מוכרח לומר דטעמא דרבנן התם משום דלא חשיבא להו אמתלא על השתיקה וגם משום שע"י השתיקה נעשה כמו ק"ג משא"כ בבעיין דפ"ק דב"מ דהוה אמתלא נסתפקו בגמ' אפילו לרבנן והיינו דומיא דהתם דגם קודם השתיקה היה ספק שמא הוא שלו משא"כ בנדון דהרא"ם דקודם השתיקה אין שום חשש קדושין רק מחמת השתיקה נולד ספק להכי ס"ל דכשהשליכה אח"כ ויש אמתלא על השתיקה מהני לכ"ע:

קיצור ועוד דמדלא הביאו בפ"ק דב"מ לפשוט האיבעיא מרבנן ורשב"ג צ"ל כמ"ש התוס' בחולין (דף ל"ט ע"ב) דבין רבנן ובין רשב"ג יכולים לסבור שם או כך או וא"כ לרשב"ג צ"ל משום דהתם בלא השתיקה היה ספק וזה ראי' לדעת הרמב"ן ולרבנן צ"ל משום

דהכא האמתלא גרועה וגם ע"י השתיקה נעשה כמו ק"ג משא"כ התם בפ"ק דב"מ (ד"ו) ומזה ראי' לסברת הרא"ם דלעיל שבנד"ז שבלא השתיקה לא הי' שום ספק וגם האמתלא טובה וגם לא שייך לומר שע"י השתיקה נעשה כמו ק"ג. מש"ה בכה"ג כשהשליכה אמרינן לכ"ע הוכיח סופה על תחלתה. וכ"ש בנ"ד דאיכא הוכחה תחלה וסוף:

סימן קג

ועתה נבוא לבאר שיכולים העדים לחזור בהן ושלכך יש לדון בהקדושין ע"פ הגב"ע שהוגבה בק' מאהילוב:

א תנן רפ"ד דסנהדרין (דף ל"ב ע"א) אחד דיני ממונות ואחד ד"נ בדרישה ובחקירה (חקירות ודרישות שדורשין את העדים) שנאמר משפט אחד יהיה לכם (ובד"נ כתוב ודרשת וחקרת). מה בין ד"מ לד"נ. וכ' התוספות אע"ג דשוים בחקירה ודרישה מדכתיב משפט אחד יהי' לכם לענין מילי דתלו בזכות וחובה אין שייך להשוותם דלא שייך בד"מ עכ"ל ובחי' הר"ן כתוב וז"ל איכא למידק כיון דכתיב משפט אחד יהי' לכם ומיניה ילפינן דרישה וחקירה לד"מ נילף נמי מהתם ונימא דכל מילי דנהיגי בד"נ להוי נמי בד"מ ואנן מנינן עשרה דברים דאיכא בינייהו במתניתן כו' ויש לתרץ ולומר דקרא דמשפט אחד יהי' לכם לא אתא אלא בעיקר הדין שהיא קבלת העדות וכיוצא בו היינו דרישה וחקירה אבל הנהגת הדיינין בד"נ אינו שוה לד"מ שיותר ראוי שנחמיר בד"נ מבד"מ עכ"ל ולכאורה הי' נראה לתרץ עוד עפמ"ש התוס' פ"ק דסנהדרין (דף ג' ע"א) ד"ה שנאמר משפט אחד כו' וז"ל וא"ת ת"ל דעיקר דרישה וחקירה כתיב בפ' שופטים בד"מ ובד"נ וי"ל דמ"מ לא הוה מצרכינן דו"ח בשאר ד"מ אלא דוקא בעדים זוממין אי לאו דכתיב משפט אחד עכ"ל ולפ"ז י"ל דכיון דדו"ח כתי' ג"כ בד"מ בעדים זוממין ע"כ מהני הקרא דמשפט אחד להשוות כל עדים דד"מ לדו"ח אבל אין ללמוד מזה לשא"ד דלא כתיבי כלל בד"מ:

אך בפרק זה בורר (דף כ"ח ע"א) ילפינן נמי ממשפט אחד דקרובי האם פסולי' בד"מ כמו בד"נ. עוד י"ל דפי' משפט אחד היינו משפט השוה לכולכם כדאי' פז"ב שם ובכתובות (ל"ג א') ובב"ק (דף פ"ג ע"ב ודף פ"ד ע"א) והיינו שבדין א' לא יהי' שינוי וה"נ קבלת עדות דין א' הוא לא יהיה שינוי בזה בין ד"מ לד"נ וכן קרובי האם משא"כ הנהגת הדיינין זה אינו דין ומשפט שנצריך שיהי' שוה ד"מ לד"נ:

ופריך הש"ס ד"מ מי בעינן דרישה וחקירה ורמינהי כו' ואי סלקא דעתך בעינן דו"ח היכי חיישינן שמא איחרוהו וכתבוהו (מכדי דרישה וחקירה לאכחושי קא אתיא והיכא דקא

מיתכחשו קמן ניקו אנן מתרצינן למילתי' בשמא) וצריך להבין דהא בד"נ אע"ג דודאי בעי' דו"ח אפ"ה מתרצינן למילתייהו בא' אומר בשנים בחדש וא' אומר בג' בחדש: וכן א' אומר בשתי שעות וא' אומר בג' ויש לחלק משום דהתם שניהם שוים שעיקר העדות אמת. הגם דלקמן גבי שטרי חוב המאוחרים ג"כ העדים השני' מעידין ג"כ שהמלוה אמת מ"מ הם אינן מודים שהי' מלוה בשטר משא"כ התם שניהם שוים לגמרי בעיקר העדות עוי"ל משום התם שניהם כיונו היום א' בשבת עוי"ל התם רובא דעלמא עבידי דטעו בהכי. וכדאיתא בהדיא בסנהדרין פרק בן סורר (דף ס"ט ע"א) דהיינו טעמא דתלינן בטעות הנ"ל:

ומתרץ הש"ס אמר רבי חנינא דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד ד"נ בדרישה ובחקירה שנאמר משפט אחד יהיה לכם ומה טעם אמרו ד"מ לא בעינן דו"ח כדי שלא תנעול דלת בפני לוין (ומתניתן דאורייתא קמי תקנתא ובריתא דרבנן בתר תקנתא רש"י. וצ"ל דמתניתן דשביעית דשטרי חוב המאוחרים היא ג"כ בתר תקנתא). ופסקו כן הפוסקים דמדאורייתא בעינן בד"מ ג"כ דו"ח אלא דתקנתא דרבנן הוא וק' דהא רפ"ק דסנהדרין (דף ג' ע"א) פליג רב אחא ברי' דרב איקא על רבי חנינא דלרבי חנינא בעינן בד"מ מדאורייתא ג"כ שלשה דייני' מומחין ומדרבנן הקילו שא"צ מומחין מטעם הנ"ל ולרב אחא מדאורייתא ג"כ חד כשר אפילו אינו מומחה וא"כ י"ל כמ"כ לרב אחא א"צ בד"מ דו"ח מדאורייתא דהיינו בהודאות והלוואות אך באמת שם רוב הפוסקים פסקו דלא כרב אחא אכן הרמב"ם דפסק כר"א פ"ג מהל' סנהדרין ואעפ"כ לענין דו"ח פסק בהל' עדות כמ"ש ר' חנינא צ"ל דס"ל דודאי לענין דו"ח מודה ר"א ג"כ דשוה ד"מ לד"נ משום משפט א' ורק גבי דיינים פליג דהא אפילו לר' חנינא לא דמי בזה ד"מ לד"נ דד"מ בשלשה וד"נ בעשרים ושלשה ור' חנינא לא אמר כלל מילתי' רק לענין דו"ח אלא דהש"ס ר"ל דמה"ט הקילו ג"כ בד"מ שא"צ מומחין ולר"א א"צ לזה לענין דיינים דבלא"ה חד כשר כנ"ל גם בסוף מסכת יבמות הובא הך דרבי חנינא בענין דו"ח דד"מ משמע דלכ"ע נקטינן הכי כמ"ש ר' חנינא. ולענין עדי נשים כ' הרמב"ן והרשב"א שם דכד"מ דמיא ור"ל מדאורייתא בעי' דו"ח אלא דתקון רבנן וכו' ובתשו' רבינו בצלאל סי' ה' הביא ד' הריטב"א סוף יבמות ב' הרא"ה בשם אחיו ר' פנחס ז"ל דלכ"ע בענין שריותא דאתתא בענין גטין וקדושין לא בעי' דו"ח מן התורה והוא ז"ל דחה סברא זו ושכ"ד כל הפוסקים דמדאורייתא בעו דו"ח והב"ש סי' מ"ב סקי"ד הביא תשו' המ"ב סי' נ"א דעדי קדושין צריכין דו"ח כד"נ. ובמ"ב מיירי כשהאשה מכחשת שאז י"ל דהוה כדין מרומה ובמרה"צ ס"ק ע"ח האריך לחלוק על המ"ב ומסיק דעת כל הפוסקים זולת המרדכי פאד"מ דלא בעו דו"ח כד"מ וכדעת

הרמ"א בסי' מ"ב ס"ד ובתשו' הב"י בדיני קדושין סי' ד' נראה דס"ל דעדי קדושין צריכין דו"ח כמו לאסור אשה על בעלה דכ' הגמי"י פכ"ד מה"א אות כ' דצריך דו"ח ומ"מ נראה דלא פסיקא ליה מילתא והשאגת אריה בתשובה שבשו"ת בית אפרים חאה"ע סי' מ"ב בתחלת תשובתו דצ"ה סע"ב כ' וז"ל תדע שהרי עדי קדושין ועדות לאוסרה על בעלה לדעת רוב הפוסקים בעינן דרישה וחקירה עכ"ל ובסדר אלי' דף ק"י ע"ג העלה דהוי ספיקא דדינא ותמיהני שלא הביאו המרה"צ שם ואפשר לא ראהו עדיין בסעי' כ' עיין בהקדמתו סעי' ח"י וי"ט הגיע לידי כו' ובו בפרק הגיענו ס' סד"א כו' אפשר אחר סעי' כ' ומ"מ ק"ל מהא דאי' פ"ק דקדושין (דף י"ב ע"ב) הא איכא סהדי באידית כו' ובתוס' כלומר יצא הקול וכו' ובגיטין (פ"ט א') פלוני היכן שמע מפלוני ופלוני מפלוני והלכו להם למדנה"י. הרי בעדים מפי עדים חיישי' כ"ש וק"ו בעדים שלא דרשום בדו"ח וצ"ל כוונת מ"ד דצריך דו"ח דכשלא נחקרו הוי רק כמו קול וג"ז דוחק להשוות עדים מפי עדים לעדים ממש שלא דו"ח ועוד דבעמפ"ע ודאי לא שייך דו"ח א"כ דכוותה גבי עדים י"ל הוי קדושין מדאורייתא:

ב וגרסינן בגמ' פאד"מ (דף ל"ב ע"ב). רב פפא אמר כו' כאן בדין מרומה כו' ופרש"י שב"ד מכירין כו' או מבינים וכו' והתוס' כ' לא שיודעים וכו' דא"כ וכו' אלא ר"ל דכאן מיירי דמספקא להו ובשבועות מיירי שיודעים ורש"י פי' בשבועות (דף ל"ה) שהוא מרומה שלמד מתוך דברי עדים שאין עדותן אמת. והכא פי' שמבינים טענת רמאי בדברי התובע ואפשר דמש"ה הכא סגי בדו"ח והתם אין לדונו כלל וכן הסכים בחי' הר"ן פז"ב שזהו החילוק. והרא"ש בשם רבינו מאיר תירץ בע"א וכ"כ בהגמי"י רפ"ג מה' עדות והנה בעדי קדושין בדין מרומה ג"כ בעי' דו"ח כמ"ש בתשו' הריב"ש סי' רס"ו וכ"כ המרדכי רפאד"מ בשם ר"י וכ"כ רמ"א באה"ע סי' מ"ב ס"ד וכן מסיק בתשו' רבינו בצלאל דלא כד' המאירי שם ובנד"ז ודאי הוה דין מרומה לכל הפי' דלא מיבעי' לפי' התוס' הרי אפילו בשמסתפקים שהדין מרומה צריך דו"ח וכן הסכים בתשו' מהר"מ אלשיך סי' מ' דהעלה שיש ה' גווני דין מרומה חדא דלא אתחזיק בדעתיה דדיינא דהוא מרומה אלא דמספקא ליה ומש"ה בעי דו"ח לברורי מילתא שנית דמשמע לי' דהוא מרומה ודאי ומש"ה אפי' מידן לא דיינינן לי' וכיון כדברי התוס' אע"פ שלא הביא דבריהם אלא אפילו לפרש"י דלפירושו אין מוכרח לומר דגם בספק דין מרומה צריך דו"ח ולכאורה ק' אם בספק ג"כ צריך דו"ח א"כ בהא דפאד"מ שם (דף ל"ב ע"א) בשטר כו' ובאו עדים ואמרו בא' בניסן עמנו הייתם ה"ל ספק דין מרומה דהא אפשר שאיחרוהו וכתבוהו ואפשר לא אחרוהו וא"כ יש כאן הזמה וא"כ הא צריך דו"ח ואיך תלינן באיחרוהו כו' וצ"ל דהתוס' לא כתבו

כן רק כשנראה הצד דהוא דין מרומה מצד גוף הענין וכה"ג ומ"מ בנ"ד אף לפרש"י הוי דין מרומה אם מצד טענת התובע שהרי הודה לפני המ"ץ דרהאטשוב דאחז ידה בחזקה א"כ אם הי' הקדושין ברצון לא הי' צריך לזה גם הודה במאהילוב שהאמירה הי' אחר גמר הנתינה ועוד בלא"ה מבינים טענת רמאי בדבריו דאשה זו שמהדרת אחר הגט בכל כחה והוצרכה לפייסו ברצי כסף עד שנתן לה גט איך תשתגע ותחזור להתקדש לו ולילך אתו למקום אשר לא ישב אדם שם וכו' ניכר ודאי שזהו רמאות ועוד כ' המ"ץ דרהאטשוב ראי' שהי' בערמה ממה שאחזה בקורטקע ולא הניחה ללכת עד שמצאו הטבעת על הארץ אם מצד העדים שהרי בב"ד דמאהילוב חזרו בהן בכמה דברים בשינוי ממה שהעידו ברהאטשוב א"כ ניכר שאין עדותן אמת או כאן או כאן וה"ז כהא דפרש"י בשבועות שלמד מתוך וכו' דה"נ מבין שני ההגדות אנו רואים שבפ"א אין עדותן אמת מיהו י"ל כיון לולי הגדתן במאהילוב אין ניכר מהעדים ברהאטשוב שאין עדותן אמת ה"ל נגמרה עדותן שהרי א"צ דו"ח ושוב אין יכולים לחזור ולהגיד ול"ד לפרש"י בשבועות (דף ל"ב) דבשעת עדותן מובן וניכר שאין עדותן אמת. ובהא א"ש הא דרפאד"מ בשטר שכ' בו א' בניסן כו' דלא נק' דין מרומה אף לפי' התוס' כיון דכשהוציא השטר קודם שבאו העדים האומרים בא' בניסן עמנו הייתם הרי נתקבל העדות בטוב ונגמרה עדותן תו לא מהני הספק דאח"כ להצריך דו"ח ועוד דעכ"פ מהעדים שאמרו ג"כ שאחז ידה מתחלת הנתינה עד אחר אמירת אתם עדים. מזה מובן קצת שהיה בע"כ ועוד כ' המ"ץ דרהאטשוב שאמרו כולם פה א' הבעל והאשה והעדים שתיכף אחר המעשה רצתה האשה לברוח ולצאת מהבית וסגר הבעל הדלת בעדה ולא הניחה ללכת עד שמצאו את הטבעת להראותו לכל העדים שהוא של כסף ויש בו שוה פרוטה ומזה ג"כ קצת הוכחה שהי' בע"כ עכ"ל ועוד כ' עכשיו מה שהגיד אז א' מהעדים נידון שאשת בעריל שטרעשינער ידעה מכל הקנוניא כו' האט ציא זיך אן גילייגט מיט איר האנט אופען שויס של האשה הנ"ל בכדי צו פאר שטעלין זיא זאל ניט קענין אנטלופען עכ"ל מזה ג"כ הוכחה דהקדושין הי' דרך ערמה שלא מרצון האשה המתקדשת ולכן בין לפרש"י בין להתוס' הוי כדין מרומה דצריך דו"ח ומהר"מ שבהרא"ש והגמי"י לא פליג ע"ז ועיין כנה"ג בח"מ סי' למ"ד בהגהת הטור אות ה' ובמהר"מ אלשיך סי' מ' בשם מהרי"ק סי' ס"ז:

אמנם כ' הב"י בח"מ סי' למ"ד מחודש א' וז"ל וכ' הריב"ש נ' דבהודאות והלוואות אפילו בדין מרומה כו' ע"ש. והכנה"ג בהגהב"י שם כ' בשם ה"ר בצלאל בתשו' סי' ה' הנ"ל שהביא כמה אשלי רברבי שסוברים דדין מרומה דד"מ כד"נ ממש כו' ובערוה החמורה

ראוי לחוש לדברי הריב"ש עכ"ל והנה לפ"ז שבנד"ז לא חקרו בכמה בחודש וכ"ש שלא חקרו באיזו שבוע באיזה שנה באיזה חודש הרי להאומרים דהוי כד"נ עדותן בטילה אף אם לא חזרו בהן במאהילוב ואף שאמרו אמש הי' המעשה מבואר בהרמב"ם פ"ב מהלכות עדות ה"ד שואלין להן באיזה שבוע באיזו שנה כו' וכ' הר"ן ר"פ היו בודקין שכן משמע פשטא דגמרא ושכ"ד הר"ד ז"ל ושהרז"ה לא ס"ל כן וע"ש בר"ן ונפקא מינה לדין מרומה כו' כדעת הרז"ה משמע דלהרמב"ם בדין מרומה אפילו אמר אמש הי' המעשה צריך כל ז' חקירות הנ"ל וזה סותר למ"ש פאד"מ סד"ה כאן בדין מרומה וכ' הר"ד כו' ע"ש ומיהו י"ל אפילו להרז"ה לא נגמר החקירות דמקום כי אף שהעידו שהיה זה בבית בעריל שטרעשינער הרי לא נתפרש אם בבית או בקאמער וכה"ג ואיתא בכנה"ג סי' למ"ד בהגהב"י אות י"ט בשם מהריב"ל ס"ג סי' י"ב א' אומר בבראנדארי וא' אומר בבית הוי הכחשה בחקירות לפי' הריב"ש גבי דיוטא העליונה ודיוטא התחתונה וכו' ועי' בהרמב"ם רפי"ט מה' עדות במזרח הבירה וכו'. ולכאורה כמו גבי כוונת הזמן צריך לידע גם באיזה שעה:

כמ"כ גבי כוונת המקום צריך לחקור המקום בפרטות דהא גבי בדיקות בדקי' תאנה זו עוקציה גסין או דקין וכ"ש בענין המקום שזו היא המועלת להביא את כל החקירות להזמה שיש לחקור על פרטי המקום אלא שיש להשיב דכיון דמ"מ יוכל לבא להזמה ע"י אם יאמרו עמנו הייתם במקום אחר לגמרי די בכך כאותה שאמרו פ"ב דגיטין (דף י"ז ע"ב) אהנו לשבוע דלקמיה כו' אע"ג דבכוונת הזמן לא סגי בהכי היינו משום דשבעה חקירות ילפינן מקרא ומוקמינן ששה על כוונת הזמן עד שנתרבה לחקור גם באיזו שעה אבל בכוונת המקום דלא למדו ע"ז רק חקירה א' י"ל בכללות המקום סגי. מיהו ק' א"כ הא דאיתא ר"פ היו בודקין (דף מ' ע"ב) ושמנה חקירות מי איכא כו' בכמה בשעה כו' באיזה יובל וכו' ומאי דוחקא אי איתא דבאיזה מקום שבמשנה הפי' רק כללות המקום א"כ לימא דהחקירה השמינית הוא המקום פרטי דוגמת שעה ביום. א"ו דבאיזה מקום היינו כל פרטיות המקום והא דלכוין הזמן בפרטות צריך ששה חקירות היינו דשם החקירות על הזמן העבר שאפילו אמר אמש הי' המעשה צריך לחקור באיזו שנה כו' מש"ה צריך לימודי' בפ"ע על כל א' משא"כ כוונת המקום דהוא החקירה [על] המקום של שעת המעשה מלימוד א' שפיר ילפינן שצריך לומר המקום בפרט לכן אין צריך ע"ז שני לימודים כו' ולפ"ז אפילו להרז"ה לא נגמר הדו"ח אמנם לדעת הריב"ש שבב"י בח"מ סי' ל' מחודש א' והר"ן רפאד"מ בדין מרומה דד"מ אין כ"ז מעכב כנ"ל ועיין בכנה"ג שם בהגב"י אות ט' שנחלקו האחרונים בדעת הריב"ש ולדעת מהר"י בי רב שם י"ל בנ"ד

שלא נעשה דרישה וחקירה כלל אפילו להריב"ש עדותן בטלה אמנם כ"ז לענין אם עדותן בטלה מעצמן אבל לענין אם יכולים לחזור בהן משמע דאפילו לדברי הריב"ש כל שלא נעשה דו"ח יכולים לחזור בהן כמ"ש בסי' רס"ו (סד"ה אבל מה) ואע"פ שאם לא עשו דו"ח אין עדותן בטלה אבל מ"מ כיון שצריך דו"ח כו' לא נגמרה והי' יכול וידאל דבוריאן לחזור בו עכ"ל וצ"ע דמהר"ר בצלאל לא הבין כן בהריב"ש עי' בכנה"ג שם אות יו"ד מיהו י"ל כוונת הריב"ש כשלא עשו דו"ח הצריכי' בדין מרומה דד"מ אזי לא נגמרה אבל אם לא שאלו באיזו שנה כו' בכמה בחודש י"ל אין יכול לחזור בו שזה לא הי' צריך אפילו לכתחלה בדין מרומה דד"מ כיון שאמרו אמש הי' המעשה כו'. וא"כ נגמרה העדות קרינן בי' להריב"ש ומ"מ לפ"ד הרמב"ם שהביא מהרר"ב בתשו' הנ"ל ודאי יכולים לחזור בהן והוא ז"ל כ' ששטת הרמב"ם עיקר דדין מרומה שוה ממש לד"נ ואע"ג שמהרר"ב כ' באיסור ערוה החמורה ראוי לחוש לדעת הריב"ש י"ל דהיינו רק לענין שאין עדותן בטלה מעצמן אף שלא עשו דו"ח והוא דין מרומה אבל לענין שיכולין לחזור בהן כיון שלדעת ר"י שבמרדכי פאד"מ משמע דאפילו בד"מ ואין הדין מרומה דא"צ דו"ח מ"מ כיון דמדאורייתא צריך דו"ח ע"כ אם חזרו בהן קודם דו"ח יכולין לחזור בהן כן פי' דבריו בסדר אלי' רבא שלזה נתכוין במ"ש ועוד כי אפילו בעדות הודאות והלואות צריך דו"ח וכן ראיתי שפי' בחי' הגהות שבטור סימן כ"ט והב"י סי' כ"ט העתיק ועוד דהוי כדין מרומה כו' ולכן השוה דעת ר"י לדעת הר"ן ובאמת אין נז' כלל במרדכי דין מרומה ולכן צ"ל הפי' כמ"ש הסא"ר. ובכנה"ג סי' כ"ט בהגב"י אות ה' כ' שהרא"ם בתשו' סי' כ"ד הביא מחלוקת הפוסקים בדין זה בשם הרשב"א ז"ל כ' כדברי הר"ן שבתשו' סי' ל"ד המובא בב"י סי' כ"ט ובשם הר' ישעיה כ' שחוזרין ומגידין והיינו כפי' הסא"ר בדברי ר"י שבמרדכי ואפשר שגם דעת הרמב"ם כן שהרי אחר שכ' רפ"ג מה' עדות שחכמים אמרו שעדי ממון א"צ דו"ח עכ"ז כ' שם דין ה' כל עד שנחקרה עדותו בין בד"מ בין בד"נ אינו יכול לחזור בו כו' כללו של דבר כו' אחר שנחקרה עדותו כו' אין שומעין לו עכ"ל מדכלל בזה ד"מ עם ד"נ דדוקא אחר שנחקרה עדותו אין יכול לחזור בו משמע דאע"ג דאמרו חכמים דד"מ א"צ דו"ח מ"מ לענין שיכול לחזור בו כ"ז שלא נחקרה עדותו הוא כמקודם התקנה ואוקמוה אדאורייתא דלענין זה לא תיקנו כו' דאל"כ ה"ל להרמב"ם לומר דבד"מ מיד שגמרו עדותן א"י לחזור בו ולמה כ' שנחקרה עדותו כו' וא"כ בדין מרומה כשלא נעשה דו"ח י"ל דיש לסמוך עכ"פ שיכולים לחזור בהן כסברת רוב הפוסקים החולקים על הריב"ש ועיין במהריב"ל ח"ג ססי' כ"ה הביא בשם הרשב"א דא"י לחזור בהן מ"מ אין כן דעת רוב הפוסקים כנ"ל:

ד אמנם עוד נ' לצדד אפילו לדעת הריב"ש (והרשב"א שהביא מהריב"ל) והוא עפמ"ש בתשו' מ"ב סי' ק"ו שאפילו בד"מ שא"צ דו"ח כל זמן שלא נגמרה עדותן וצריכין אנו עוד לדברי העד יכול לחזור בו ולא הוי כחוזר ומגיד משום דכ"ז שלא נגמרה עדותו הוי תכ"ד עכ"ל והביא ראיות ע"ז מתשו' הרשב"א סי' אלף י"ב ומתשו' הר"ן ומתשו' הריב"ש סי' רס"ו ומהרמב"ם והנ"י ומיהו ראייתו מהנ"י לא הבינותי דהנ"י פ' מי שמת אע"ג דכ' ולא שייך לומר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דהא לא הגיד עדיין לגמרי מ"מ מיירי בענין שאינו סותר דבריו הראשונים כלל רק מפרש אותם וכן מיירי הרשב"א בתשו' הנ"ל אמנם מהרמב"ם פ"ג מה"ע דין ה' י"ל דשפיר הוי ראי' דלכל הפחות אחר שנחקרה דגבי ד"מ שבהרמב"ם שם היינו כמ"ש הר"ן שנגמרה עדותו ואין אנו צריכין עוד לדבריו כו' וכן מהר"ן והריב"ש שפיר מייתי ראיה ולכאורה משמע מלשון הריב"ש דאפילו חסר מדברי העדות בד"מ דברים שאין מעכבין דיעבד רק שלכתחלה היו צריכים לברר עדותן ג"כ נק' לא נגמרה שהרי כה"ג כ' גבי דו"ח דדין מרומה כמש"ל דכשלא עשו דו"ח נק' לא נגמרה עדותן ויכול לחזור בו אף שאם לא חזר בו אין העדות בטלה ואין חסרון הדו"ח מעכב כו' ע"ש ובנ"ד ל דלא מיבעי' שנשאר דברים שלכתחלה היינו צריכים לשאול מהן אלא נשארו חסרון פי' בדברים שהן גוף העדות ועיקרו ממש שהרי בל' הגב"ע ונתן את הטבעת באצבעה ואמר הרי את מקודשת לי בט"ז כדמו"י אינו מבואר הפי' אם האמירה היה אחר גמר הנתינה דהיינו שאמר כשהיו ידיו מסולקות מן הטבעת והיה הטבעת באצבעה דא"כ לפ"ד הרבה פוסקים אינה מקודשת כלל דה"ל שתיקה דלאחר מ"מ ואפי' היה האמירה תכ"ד להנתינה כמ"ש רמ"א בד"מ סי' כ"ח סק"ד וכ"ד מהרי"ט. ואע"פ שי"ח ואם הי' הנתינה והאמירה בבת א' ה"ל בשעת מתן מעות וא"כ היו צריכים לברר עדותן ובגב"ע דרהאטשוב אין מבואר ששאלו ע"ז כלל וכן מבואר בגב"ע מא' מדיינים מקבלי הגב"ע שהעיד וז"ל מכח קדימת הנתינה או האמירה או בבת אחת גידיינק איך גאר ניט ווארעם מיר האבין דרוף ניט מדקדק גיווען צוא פרעגין רק מכח חקירות ודרישות גידיינק איך בודאי אז מיר האבין בייא זייא גאר נישט גיפרעגט עכ"ל וההמ"ץ דרהאטשוב שהוא עיקר שקיבל העדות דקדושין ברהאטשוב כ' ידעתי בנפשי שבכותבי ל' הגב"ע הא' דקדקתי שלא להוסיף ושלא לגרוע ושלא לצאת מכוונת דבריהם ואפילו כמלא נימא עכ"ל א"כ מדלא מבואר בגב"ע ההוא אם היה האמירה אחר גמר הנתינה או לא משמע שלא ביררו זה כלל בעדותן ברהאטשוב וא"כ עדיין לא נגמרה עדותן בדברי' שכמעט תלוי בזה עיקר הענין ועוד דבנד"ז שהוא דין מרומה היה צריך לחקור בזה היטב אם קדמה הנתינה לאמירה או לא וחקירה ברורה ודאי לא עשו

בזה. גם בענין ואחז ידה משך מה לא נתבאר הפי' אם היא הניחה א"ע שיאחוז ידה או לא רק שלא עצרה כח כנגדו והרי כ' המ"צ שהמקדש עצמו הודה שאחז ידה בחזקה ובמאהילוב הגיד א' מהעדים אז זיא האט זיך גיבאדרעויט מיט אים. ואם היו חוקרים מהם זה ברהאטשוב י"ל שגם שם היו אומרים כן וכמ"ש עכשיו ההמ"ץ דרהאטשוב שאולי מלת זיא האט זיך גיבאדרעויט שהוסיפו במאהילוב הוא דרך פי' וביאור למה שהגידו בפנינו סתם שאחז ידה בפרט שגם הבעל הודה בפנינו שאחז ידה בחזקה עכ"ל וא"כ חסר חקירה ושאלה מהם ג"כ עוד בדבר שעיקר ענין הקדושין תלוי בו ולכן י"ל דלכ"ע נק' לא נגמרה עדותן ויכולים לחזור בהן אף אם לא היה הדין מרומה כ"ש בדין מרומה שלדעת הר"ן והריב"ש זהו עיקר ענין הדו"ח שצריך לעשות בדין מרומה שהוא כההיא דרבי טרפון שלהי יבמות לא כך אמרת לי יונתן בן יוחנן כו' שאינה דו"ח דזמן ומקום כ"א הי' דורש וחוקר בכוונת המעשה היטב אולי יהפוך את דבריו כו' וכמ"כ כאן היה צריך לחקור ולדרוש בענינים הנ"ל דקדימת הנתינה לאמירה ובענין מהות אחיזת ידה כנ"ל והדו"ח היינו כמ"ש בגמ' שם גבי ר"ט לא כך כו' ודקדק עליו שנים ושלשה פעמים כו' וא"כ להריב"ש כשלא דקדקו כן הרי לא עשו הדו"ח ואע"ג שאין עדותן בטלה מ"מ יכולים לחזור בהן וכ"ש שבנד"ז משמע שלא שאלו לגמרי אודות זה כלל (ובס' שער משפט סי' כ"ט הביא דברי ריב"ש ותשו' מ"ב סי' ק"ו הנ"ל והניח בצ"ע וכבר נת' שאדרבה בתשו' מהר"ר בצלאל סי' ה' הביא אשלי רברבי דמקילים יותר מהריב"ש וגם שבנד"ז דהוי דין מרומה גם להשע"מ י"ל דיכולים לחזור בהן):

ה ועוי"ל שזה שאמר א' מהעדים במאהילוב זיא האט זיך גיבאדרעויט אין זה עוקר דבריו הראשונים כלל רק פי' וביאור שהרי גם ברהאטשוב העידו שאחז ידה לכן נאמן ע"ז וכמ"ש בב"י בח"מ סי' כ"ט מחודש ג' בשם הר"ן. ולכאורה יש לדמות הוספה זו להא דתנאי היה דברינו בפ"ב דכתובות (דף י"ט ע"ב) דנאמנין משום דל"ד למודעא ואמנה דקא עקרי לי' לשטרא אבל הכא מילתא אחריתי היא ופרש"י וזו עדות אחרת היא ושטרא ממילא מעקר ולדעת רוב הפוסקים נאמנים אף שכת"י יוצא ממקום אחר אך התוס' שם ד"ה או דילמא פי' ואינו נעקר אם יתקיים התנאי הלכך אין כאן הורעת השטר ולפ"ז שעי"ז שהוסיפו במאהילוב אז זיא האט זיך גיבאדרעויט נעקר העדות למפרע י"ל דל"ד לתנאי ואינו נאמן ואפשר לחלק בין התם שעוקרים שטר ובין הכא שאין כאן מעיקרא רק עדות על פה או י"ל דהתם שאני שתנאי הוא דבר חדש לגמרי ונגד משמעות השטר דלא נזכר בו רמז תנאי ע"כ אינו נאמן רק משום שאין כאן עקירת השטר אם יתקיים התנאי ומש"ה ג"כ בעינן להרבה פוסקים שאין כת"י יוצא ממ"א אבל הכא שבעדותן

הראשונה נזכר ג"כ ואחז ידה א"כ י"ל שזה סובל הביאור שהוסיף במאהילוב אז זיא האט זיך גיבאדרעויט וה"ט דהר"ן שבב"י שהדברים סתומים וסובלים ביאור כו' רחוק כו' כל שאנו יכולים לכוין כו' ולכאורה קשה ע"ז מהא דתנאי די"א שאינו נאמן כשכת"י יוצא ממ"א. ועוד דהתם הטעם כמ"ש התוס' משא"כ הר"ן שבב"י סתם קאמר אע"כ צריך לחלק דהכא שאני לפי שאפשר לכוין זה בדבריו הראשונים אף שהוא ביאור רחוק עדיף מהא דתנאי שאין לזה שום רמז בהשטר ואדרבה כו' והריב"ש בתשו' סי' תע"ו שכ' ואיני רואה מי שיכחיש עדותו של ר' שם טוב כו' אפשר שהם כו' י"ל התם ה"ט שזה מהני רק שאינו נקרא הכחשה ממש לרש"ט ולכן רש"ט שפיר נקרא עד א' שהוא עצמו לא אמר תחלה שכל התנאים נכתבו ונחתמו כו' ועיין בסמ"ע סי' כ"ט סק"ו וצ"ע מהא דכתובות (דף י"ט ע"ב) תרווייהו בשטרא מעליא קא מסהדי כו':

סימן קד

עוד תשובה על ענין הנ"ל א כת"ר וז"ל בעיקר היסוד שהחליט מעל' שנ"ד יש לו דין מרומה לכאורה צ"ע דאם משום חזרת העדים במאהילוב א"י איך שייך לומר מפני זה דלהוי למפרע ד"מ מאין היה להם לב"ד דרהאטשוב לידע שיחזרו בהם דליצטרכו אז דו"ח ושנאמר דכיון דלא עשו דו"ח לא נגמרה עדותן ויכולים לחזור בהן וא"כ בכל חוזרין ומגידין דעלמא נימא הכי ונפל דין כיון שהגיד כו' בבירא בכל ד"מ וכה"ג אם לא שעשו מתחלה דו"ח עכ"ל הנה גם אני לא העמדתי יסוד ע"ז שמפני חזרת העדים יקרא דמ"ר. ויש קצת ראיה ע"ז מסוגיא דפאד"מ גבי חיישי' שמא איחרוהו וכתבוהו דכיון דבשעה שנתקבל העדות לא היה מקום לקרותו דמ"ר שוב אף אם אח"כ נתחדש דבר מצד אחר לספק על העדות אין לזה דין מרומה אמנם לכאורה במהרי"ק שרש ס"ז מבואר להיפך שכ' אהא דתנן פ"ב דכתובות העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו כו' משמע מכאן שאפילו במקום שהדין נראה מרומה כי התם שהעדים עצמם מכחישים השטר ואיתנהו קמן אפ"ה אמרינן דנעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד עכ"ל הרי ס"ל דמחמת חזרת העדים נק' דין מרומה אלא דהתם מועיל עדותן דה"ל כמו שנחקרה עדותן ור"ל דהא גם בדין מרומה מהני דו"ח וא"כ בנד"ז שלא עשו דו"ח בתחלה ה"ל כדין מרומה שלא נחקרה העדות תחלה וגם בתשו' מהר"מ אלשיך סי' מ' משמע דס"ל דכה"ג נקרא דין מרומה כמש"ש בתחלת התשו' וז"ל ומינה דאי הוה כו' וזו היא ששנינו פסולי עדות היינו כו' ההוא נמי דין מרומה הוא כדכתב מהרי"ק סי' ס"ז עכ"ל עוד כ' שם חדא כו' שנית כו' ג' כו' ומש"ה בבבא תניינא כו' הרי ס"ל אפי' דזה הוא מדרגה שנית שבדין

מרומה ע"ש אך צ"ע דאם הפי' כמו שנחקרה עדותן דמי ר"ל כאילו עשו שבע דו"ח א"כ מאי פריך הש"ס בסנהדרין רפאד"מ (דף ל"ב ע"א) ואי ס"ד בעינן דו"ח היכי חיישינן שמא איחרוהו כו' ומאי קושיא דכיון שעשו דו"ח תחלה מש"ה אף שאח"כ נולד ספק מהכחשת עדים אחרים לא מרעינן העדות שנחקרה תחלה. כיון דליכא ודאי הכחשה דבכל מקום לא מהני הכחשה דעדים אחרים לבטל עדות שלימה אא"כ יש כאן הכחשה ודאית כמבואר בגמ' ופוסקים ועיין במכות (דף ה') גבי במזרח הבירה עמנו הייתם כו' וכיון דהכא ליכא הכחשה ודאית כיון שי"ל איחרוהו וכתבוהו א"כ ה"ל רק ספק הכחשה ולכן אין זה פוסל העדות שכבר נחקרה כדין ולעולם אימא לך דדיני ממונות בעו דו"ח. ושאני התם דעה"ח עהש"ט ה"ל כמי שנחקרה עדותן כו' א"ו דאין הפי' כמי שנחקרה עדותן בשבע דו"ח דמי רק כשאר עדות בע"פ דד"מ שא"צ דו"ח. דכה"ג ג"כ נקרא נחקרה עדותן כיון שא"צ דו"ח וכמ"ש הר"ן בתשו' סי' ל"ד אכן באמת אין זה הוכחה דאדרבה את"ל דעה"ח עהש"ט אינו כמו שעשו שבע דו"ח א"כ מה נתחבטו בגמ' שם להוכיח דדיני ממונות א"צ דו"ח הא בפשיטות יש הוכחה מדסמכינן בהו על עדות שבשטר כו' א"ו משמע להיפך דעדות שבשטר ה"ל כמו שנחקרה עדותן בשבע דו"ח כיון שכותבים הזמן והמקום ואף שאין כותבין באיזה שבוע י"ל דמהני משום שכותבין לשנות המלך וה"ל כשנה שבשבוע פלוני כו' ואעפ"כ מקשה הש"ס שפיר דאס"ד דיני ממונות בעינן דו"ח היכי חיישינן שמא איחרוהו כו' דהא התם יש הכחשה גמורה בזמן שבשטר וא"כ אף שנחקרה עדותן בשבע דו"ח הא יש עדים שמכחישין אותן בחקירות הכחשה גמורה וא"כ אף שאפשר לתרץ דבריהם שאיחרוהו מ"מ פשיטא דתירוץ זה אינו טוב יותר מאם לא עשו כלל החקירה דזמן ההוא דאדרבה גרע טובא מיני' וזה מבואר בלשון רש"י שם מכדי דרישה וחקירה לאכחושי קא אתיא והיכא דקא מיתכחשו קמן ניקו אנן מתרצינן למילתייהו בשמא עכ"ל ור"ל דהכחשה זו אף שיש לתרצה בשמא מ"מ שמא זה ודאי לא עדיף מאילו לא היה הכחשה כלל (אף) [אך] שלא נחקר הזמן כו' וגרע יותר דהתם ליכא ריעותא והכא איכא ריעותא וספק הכחשה כו' וא"כ לפ"ז מובן דאדרבה עה"ח עהש"ט כשכ' הזמן והמקום בשטר כדין ה"ל בדיני ממונות כאילו נחקרה עדותן בדרישה וחקירה ממש וכן משמע בשט"מ פ"ב דכתובות (די"ח ע"ב) גבי כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי במש"ש ומיהו כו' אלא במידי דבעי חקירות כו' וא"כ, שפיר י"ל כמ"ש מהרי"ק ומהר"ם אלשיך דחזרת העדים נקרא דין מרומה ואעפ"כ אם כת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנין דהא כנחקרה עדותן בשבע דו"ח דמי וכ"מ בהדיא במהרי"ק שם ובש"ך בח"מ סי' ע"א ס"ק כ"ח. ואע"פ שהכריח מתשו' הרא"ש ההובאה בטור ח"מ סי' ע"א סעי' כ"א דכשיש

אמתלאות שהדין מרומה אזי אפי' בעה"ח עהש"ט הגם דנעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד עכ"ז צריך דו"ח אין להכריח מזה דנדון המשנה דפסולי עדות היינו לא נקרא דין מרומה מדא"י לחזור בהן דאלמא א"צ דו"ח עוד. דע"כ מוכח ממהרי"ק ומהר"ם אלשיך דגם נדון המשנה ה"ל כדין מרומה אלא דא"י לחזור בהן כיון שנחקרה עדותן כדבעי ונדון הרא"ש י"ל דשאני דיש אמתלאות טובא שהדין מרומה אזי לא סגי בדו"ח שבשטר כ"א בעינן עוד דו"ח אחרת ע"ד מ"ש הריב"ש בתשובה סי' רס"ו שהדו"ח בדין מרומה הוא כההיא דר' טרפון שלהי יבמות לא כך אמרת לי כו' יעו"ש בפרש"י אולי יהפוך את דבריו כו' ובגמ' שם ודקדק עליו ב' וג' פעמים כו' ואף דהריב"ש ס"ל דבדמ"ר א"צ רק דו"ח זו וכ"ד הר"ד בחי' הר"ן ר"פ אד"מ מיהו לפ"ד רוב הפוסקים החולקים ע"ז וס"ל דבדין מרומה בעי' דו"ח כמו בד"נ ממש כמו שהובא בתשובות מהרר"ב אשכנזי סי' ה'. מ"מ י"ל דהדין אמת כמ"ש הר"ן והריב"ש דכשנראה לדיין צד רמאות שצריך לדרוש ולחקור אותו צד רמאות שחושש בו נוסף על שבע דו"ח שבמשנה וזה מוכרח מההיא דר"ט הנ"ל:

ומעתה בנדון פסולי עדות היינו דלא שייך צד רמאות די בשבע דו"ח שבמשנה וכבר נעשו בשטר. משא"כ בנדון הרא"ש דהיה אמתלאות טובא המראים על רמאות היה צריך ג"כ דו"ח דהר"ן והריב"ש ולדו"ח זו נתכוין הרא"ש בתשו' או דצריך לחקור ג"כ בע"פ שנים ושלשה פעמים ג"כ כל השבע דו"ח ואפשר להביא ראיה לדעת מהרי"ק והאלשיך מדברי ר"י בעל התוס' שבמרדכי ר"פ אד"מ ממ"ש ולבסוף חזר בו אחד מן העדים והשיב ר"י כו' כי אפילו בעדות הודאות והלוואות צריך דו"ח עכ"ל דלכאורה יפלא הא בעדות הודאות והלוואות א"צ דו"ח והרב"י בסי' כ"ט נתכוין לתרץ זה במ"ש דהוי כדין מרומה: ויש לומר דהטעם דהוי דין מרומה היינו משום שחזר בו אחד מן העדים. וא"כ הוא ממש כדעת מהרי"ק והאלשיך ויש שטה אחרת בדברי ר"י לומר דאף בדיני הודאות והלוואות כיון דמדאורייתא צריך דו"ח ע"כ הגם דרבנן תקנו שא"צ דו"ח מ"מ אם חזרו בהן מהני חזרתן ואין בזה משום כיון שהגיד וכו' ודלא כמ"ש הר"ן כן ביאר בסדר אלי' רבא שער ב' דף צ"ט סע"א. גם בכנה"ג בח"מ סי' כ"ט בהגהת הב"י אות ה' הביא שהרא"ם בתשובות סי' כ"ד הביא מחלוקת הפוסקים בזה. וכ"מ לכאורה דעת הרמב"ם פ"ג מהל' עדות דין ה':

וא"כ לפ"ז אין להכריח מדברי ר"י ראי' לדעת מהרי"ק ומהר"ם אלשיך מ"מ לפ"ז בלאה"נ יכולים לחזור בהן אפילו לא יקרא זה דין מרומה אלא דע"ז ודאי אין לסמוך נגד פסק הרב"י סי' כ"ט כתשו' הר"ן סי' ל"ד וכ"מ במהריב"ל ח"ג ססי' כ"ה דלא נחלקו אלא בדין מרומה משמע דס"ל בד"מ דין שאינו מרומה א"י לחזור בהן אף שלא עשו דו"ח מ"מ הא נגד זה י"ל דלהב"י אליבא דר"י נקרא זה דין מרומה מטעם הנ"ל שוב ראיתי

בתשו' ר"ב אשכנזי סי' ה' הביא נוסח מרדכי ישן כ"י מוגה דכ' בהדיא כמ"ש הב"י וז"ל ועוד כי אפילו בעדות הודאות והלוואות צריך דו"ח בדין מרומה כדמוכח פאד"מ וכיון דצריך דו"ח יכולים לבטל עדותן כ"ז שלא נחקרה עדותן עכ"ל ומ"מ י"ל דטעמי' דר"י דנקרא דין מרומה הוא מפני שהטעה להעיד כו' וכמ"ש בחי' הגהות שנדפסו בטורים בסי' כ"ט. מיהו י"ל ע"כ נתוודע זה אחר העדות כשחזר בו אחד מן העדים סיפר כן וא"כ סוף סוף מוכח דכשחזר בו א' מן העדים וסיפר דברים הניכרים והוכחות איך שהעדות היה בטעות נקרא דין מרומה וא"כ גם בנד"ז שחזרו העדים וגם יש הוכחות גדולות שלא היה המעשה ומ"ש כת"ר מאין הי' להם לב"ד דרהאטשוב לידע שיחזרו בהן דליצטרכו דו"ח כו' לפע"ד לק"מ דאין זה קנסא מפני שלא עשו כדין אלא דאע"ג שעשו כדין מ"מ כיון שנודע אח"כ שהדין מרומה. חזר הדין דבעי' דו"ח כמו מדינא דאורייתא ולא הקילו רבנן בכה"ג ומ"ש עוד וא"כ נפל דין כיון שהגיד כו' בבירא ג"ז אינו קושיא דעיקר דין כיון שהגיד כו' היינו כשנחקרה עדותן וכמו שעכצ"ל כן לפ"ד סד"א בדעת ר"י ולהפוסקים שהביא הרא"ם כו' אלא דלדידהו היינו מצד דגם בלא דין מרומה יכולים לחזור בהן ולמהרי"ק ותשו' מהר"ם אלשיך הוא משום דכה"ג נק' דין מרומה ולא מועיל עדותן אא"כ עשו דו"ח תחלה ותקנת חז"ל דבד"מ א"צ דו"ח מהני כשלא חזרו בהן שאין הדין מרומה גם אפשר יש לצייר כיון שהגיד שוב כו' בשהחזרה הוא בפרט א' שאין מוכח מזה שהדין והעדות מרומה וגם מה שהקשתי מר"פ אד"מ גבי חיישי' שמא איחרוהו וכתבוהו י"ל דהתם מחמת ספק זה אין לקרותו דין מרומה מאחר שהעדים עצמן החתומים עהש"ט לא חזרו בהן כ"א נולד ספק מחמת הכחשת עדים אחרים וכיון שי"ל איחרוהו וכתבוהו אין כאן דין מרומה מש"ה א"צ דו"ח משא"כ כשהעדים עצמן חזרו בהן הרי ניכר שהעדות והדין הי' מרומה כמ"ש מהרי"ק:

ב אמנם עיקר כוונתי שהדין מרומה היינו דכל מקום הספק שיש לחוש לפי גב"ע דרהאטשוב הוא מפני שאינו מבואר מהגב"ע שהקדושין היו בעל כרחה בשעת הנתינה כגון שמשכה ידה ממנו לאחורי' אלא שגבר עליה. משא"כ לפי גב"ע דמאהילוב שהיא ניתקה את ידה כו' שהנתינה הי' בעל כרחה וגם לא נתבאר אם אחז ידה בחזקה או שהניחה א"ע שיאחז ידה. וע"ז ודאי יש הוכחות עצומות שהקדושין היו שלא ברצונה וא"כ מה שבגב"ע דרהאטשוב אע"פ שהעידו שראו הנתינה והאמירה ושאחז ידה ולא אמרו כלל שניתקה את ידה ממנו. הרי ממ"נ או שהעלימו האמת או שלא שאלו זה מהם ולפי ב' האופנים ה"ז מה שהגב"ע משמע שהקדושין היו בלי הכרח הוא אינו אמת לפי ההוכחות המראות בהפך וא"כ התובע בא בעקיפין וטוען שקר על האשה שטוען

שקידשה ובאמת אין כאן קדושין וזהו ודאי דין מרומה וכדפרש"י פאד"מ (דף ל"ב ע"ב) דדין מרומה היינו שב"ד מכירין בתובע זה שהוא רמאי או מבינים טענת רמאי בדבריו עכ"ל הרי לא נזכר שהדין מרומה מחמת שמבינין מדברי העדים שאין עדותן אמת. רק דדי במה שמבינים טענת רמאי בדברי התובע וא"כ עכ"פ הדין מרומה וע"כ בעי דו"ח אולי עי"ז יתברר מדברי העדים לדחות טענת רמאות שבדברי התובע וזה הפך מדברי כת"ר שכתב וז"ל ואם מפני שיש אומדנות והוכחות שהי' בערמה ובע"כ ושלא כיוונה לקדושין אין זה ענין לדין מרומה שענין ד"מ היינו שאנו חוששין שהעדים משקרים וכאן אין ראי' והוכחות שגוף המעשה הי' שקר כו' עכ"ל ולפע"ד ז"א לפרש"י הנ"ל אלא דאע"ג שאין חוששין שהעדים משקרים הוי דין מרומה כשמבינים טענת רמאי כו' וא"ת א"כ מה מהני דו"ח של העדים אם אין חוששין שהם משקרים. י"ל דאנו חוששין שלא ביארו דבריהם היטב בכוונת המעשה וכשיבארו היטב ע"י דו"ח תתגלה בהתתיה של טענת רמאי דהתובע וכן מתבאר בהדיא בחי' הר"ן פאד"מ שם דכ' דההיא דשבועות (דף ל"ב) דמשמע דבדין מרומה אין לדיין להזקק כלל אפילו ע"י דו"ח פרש"י בשבועות שם דהיינו כשהדיין לומד מתוך דברי העדים שאין עדותן אמת אבל הכא דדנין ע"י דו"ח היינו כדפרש"י דהדין מרומה מחמת התובע כו' כנ"ל והר"ן עצמו הסכים ג"כ לחילוק זה וא"כ לפ"ז מוכח אדרבה להפך דאם חוששין שהעדים משקרים לא מהני דו"ח כלל וצריך שלא ידונו הדין כלל אלא היכא דהריעותא בטענת התובע ע"ז צריך דו"ח העדים. ואף דהתוס' ומהר"ם בהרא"ש והגמי"י פ"ג מהל' עדות חילקו בע"א מפרש"י והר"ן בין סוגי' דשבועות וסוגיא דפאד"מ. מ"מ ע"ז דמבואר מרש"י והר"ן דכשמבינים טענת רמאי בדברי התובע צריך דו"ח ע"ז לא יחלוקו כלל וא"כ מה לי שמבינים טענת רמאי בדברי התובע או עכ"פ שמובן שהענין אינו כפי דמשמע מתוך הגב"ע שמגב"ע משמע שהקדושין היו בלי הכרח ובאמת מוכח טובא שהיה בע"כ הרי עכ"פ הענין מרומה מהפך להפך. ולכן ם לפי האופן דאין חושדין שהעדים שיקרו במזיד רק שלא ביארו הענין היטב מ"מ עכ"פ מה שמובן מהעדות הפך מה שהי' באמת נק' דין מרומה לפרש"י והר"ן ובדין מרומה צריך לדרוש ולחקור העדים בשבע דו"ח לפ"ד רוב הפוסקים כי עי"ז יתגלה תוכן כוונת המעשה כי מתוך זה יבואו לחקור ג"כ בכוונת המעשה היטב. והוא ע"ד דפרש"י ריש מס' גיטין ד"ה לפי שאין בקיאין לשמה וממילא שיילינן לי' אם נכתב לשמה כו' ודו"ק: ג ומ"ש כת"ר עוד ואף אם ניתן לזה שם דין מרומה מצד זה. ז"א כ"א להצריך דו"ח באותו ענין שנפל לנו הספק כו' כמו לברר איך היה אחיזת היד אם בחזקה כו' וג"ז לא שייך כאן לפ"מ שהודית האשה שפשטה ידה עכ"פ לקבל החצי רו"כ כו' גם אין ראיה כ"כ שלא

חקרו ע"ז אלא שהעדים לא הרגישו כ"כ אם הוא ביד חזקה או ברצון כו' אבל להצריך ע"י האומדנות הנ"ל כל הז' דו"ח בזמן ומקום לכאורה אין סברא כלל מאחר שלא נפל לנו שום ספק בזמן ומקום בגוף עיקר המעשה לומר שלהד"מ וכ"ש שלא יהיה מספיק מה שאמרו אתמול בעת שלש סעודות כו' ומה שי"א כן הכל ע"כ הוא רק בענין שאנו חוששין שכל עיקר המעשה להד"מ עכ"ל לפע"ד אינו כן מאחר דבגמ' פאד"מ נזכר רק דבר פסוק דדין מרומה צריך דו"ח ולא חילקו אם הוא מרומה באופן זה או באופן זה ואדרבה המפרשים כולם הכריחו דדין מרומה זה הוא מרומה פחות מדין מרומה הנז' בשבועות (דף ל"ב). וכמ"ש בתשו' מהר"ם אלשיך סי' מ' שיש ה' גווני דין מרומה זה למעלה מזה ודין מרומה דפאד"מ הוא מדרגה הראשונה שהיא הקלה שבכולם וע"ז אמרו שצריך דו"ח וכבר הסכימו רוב הפוסקים דצריך שבע דו"ח כד"נ ממש ולא כדעת הר"ן בשם הר"ד בונפיר והריב"ש סי' רס"ו. וה"ט דמדאורייתא אפילו כשאין הדין מרומה כלל צריך דו"ח אלא דרבנן הקילו וכשהדין מרומה אוקמוה אדאורייתא וא"כ ודאי אף שלא נפל הספק בזמן ומקום דעדים רק שמבינים טענת רמאי בטענת התובע ע"ז אמרו בגמ' שהעדים צריכים דו"ח והיינו שבע דו"ח כמו בד"נ ממש והטעם כנ"ל שעי"ז ממילא יבואו ג"כ לדרוש ולחקור בגוף כוונת המעשה ויתגלה השקר כו' ואין תימא אם עיקר הדו"ח הצריך לזה הוא דקדוק כונת המעשה כמ"ש הר"ן והריב"ש ועכ"ז יצטרכו דוקא השבע דו"ח שבד"נ. דכה"ג ממש הוא מש"ל בשם רש"י ריש גיטין דעיקר מה שהצריכו לומר בפנ"כ ובפנ"ח הוא משום שישאלו מהם אם נכתב ונחתם לשמה ועכ"ז לא הצריכו שיאמרו בפנ"כ לשמה ובפנ"ח לשמה רק בפנ"כ ובפנ"ח וסמכינן דממילא שיילינן לי' אם נכתב לשמה כו'. וכך כאן חז"ל לא ראו בדין מרומה רק לאוקמי אדאורייתא שהוא להצריך דו"ח דזמן ומקום ועי"ז ממילא יבואו ג"כ לשאול מהם דקדוק כוונת המעשה איך ומה הוא כו' ולא הצריכו דו"ח דכוונת המעשה לעכב כי זהו דבר חדש והם לא רצו לחדש דבר. רק לאוקמי אדאורייתא דצריך דו"ח וממילא יבואו ג"כ לבדוק העדים בבדיקות ויתוודע הענין היטב וזה כמ"ש רב"א סי' ה' בפי' ד' הסמ"ג דה"ק בדין מרומה צריך לעיכובא דו"ח השנויין במתניתן ומצוה להוסיף עליהן כפי היכולת כו' והנה אף שהתוס' בגיטין פי' בע"א מפרש"י והסכים לזה הרשב"א מ"מ בחי' הר"ן הביא ראי' מהירושלמי לפרש"י וע"ש בירוש' בתוס' קה"ע ועי' בפנ"י ובק"א שהעמיד ג"כ פרש"י וגם להתוס' י"ל דהכא שאני דבכלל דו"ח ודאי ממילא יבאו לבדוק ג"כ יותר בגוף המעשה ולא מיבעיא לדעת הרמב"ם דס"ל פ"א מהל' עדות דכוונת המעשה הוא מכלל החקירות והדרישות א"כ היכא שא"צ דו"ח א"צ לחקור כ"כ בכוונת המעשה ג"כ רק מה דלא סגי

בלא"ה וכמ"ש בהדיא רפ"ב ולא את המנה אם היה ממטבע פלוני כו' והיכא שצריך דו"ח צריך לחקור יותר בכוונת המעשה ג"כ א"כ ממילא א"ש דכשהצריכו בדין מרומה דו"ח ממילא יתברר כוונת המעשה ג"כ. אבל מ"מ החיוב הוא שבע דו"ח ג"כ המנויין במשנה נמצא שניהן בכלל אלא אף לשא"פ דלא ס"ל כהרמב"ם אלא ס"ל דכוונת המעשה הוא גוף העדות שאינו שייך לקרותו לא חקירות ולא בדיקות וכמ"ש בגי"ת שער ס"ו וזה מעכב בדיני ממונות ג"כ והחילוק בין היכא שצריך דו"ח להיכא שא"צ הוא רק בענין כוונת הזמן והמקום לא בכוונת המעשה מ"מ מאחר שהיכא שצריך דו"ח צריך ג"כ לבדוק העדים בבדיקות והבדיקות הם ביאור וסימן בענין המעשה. הרי דהא בהא תליא וכמ"ש בהדיא בחי' הר"ן פז"ב ד"ל ד"ה אמר רבא דד"מ נפקי מכלל בדיקות לגמרי כו' ואע"פ שהוא מה"ת בד"נ כו' אבל בדין מרומה כיון דאוקמוהו אדאורייתא ודאי דצריך ג"כ לשאול ולבדוק הבדיקות דהא מדאורייתא גם בד"מ צריך בדיקות דהא כתי' משפט א' יהי' לכם כו' אלא דהקילו בד"מ בבדיקות יותר ובדין מרומה ודאי צריך בדיקות כיון דאוקמוהו אדאוריי' משפט אחד כו' א"כ ממילא מבואר דבדין מרומה צריך כל השבע דו"ח. דהתורה לא חילקה לחקור רק זה ולא זה כו':

ומ"ש עוד כת"ר וכ"ש שלא יהי' מספיק מה שאמרו אתמול בשעת שלש סעודות כו' הנה מאחר שנת' שהסכמת רוב הפוסקים דדין מרומה דמי לד"נ ממש כמ"ש בתשו' רב"א סי' ה' בד"ה ומ"מ האי שיטתא. עד והילכך כו'. שכן משמע פשטא דגמרא יעו"ש וא"כ אפילו באומר אמש הי' המעשה הרי כ' הר"ן בחי' דמשמע פשטא דגמ' שצריך כל השבע דו"ח הובא בתשו' רב"א שם ואף שבכנה"ג בח"מ סי' למ"ד בהגה"ט אות כ"ב כ' בשם הרדב"ז שבדין מרומה דד"מ יש לפסוק בזה כדעת הרז"ה דבאומר אמש כו' אפשר היינו לענין שאין עדותן בטלה מעצמן מבלי חזרה אבל דלענין דמהני חזרה דבלא"ה יש צד מקיל' בזה כמש"ל בשם תשו' רא"ם סי' כ"ד וגם גבי קדושין הביא הב"ש סמ"ב סקי"ד בשם תשו' מ"ב דפוסק דצריך דו"ח לכן בכה"ג אפשר שיש לסמוך על משמעות פשטא דגמרא שכ' הר"ן דלא כהרז"ה כו' בפרט שבנד"ז יש עוד סניפין הרבה שהרי לא נגמר גוף העדות היינו כוונת המעשה מה שהוא עצם העדות אם ניתקה ידה לאחור או לא שזה לא נזכר בגב"ע דרהאטשוב ובודאי דכל כי האי הי' צריך לשאול ולומר בפירוש ואם חקרו ע"ז ודאי היו אומרים הן או לאו או אין אנו יודעים ולא ראינו והי' להם לבאר זה בהגב"ע והמ"ץ כותב שנזהר בנפשו לכתוב הגב"ע. גם נידון קדימת הנתינה להאמירה או בב"א וא"כ זה נק' לא נגמרה עדותן אף אם אין הדין מרומה דהא כוונת המעשה נוגע לגוף העדות יותר מחקירות ודרישות כמ"ש בגי"ת שער ס"ו כנ"ל וא"כ אף בדין ממונות

כשאין הדין מרומה י"ל דכשלא חקרו כוונת המעשה יכול לחזור בו במכ"ש מחסרון דו"ח דדמ"ר כו' שהרי הב"י בח"מ סי' כ"ט נסתפק אפילו בחסרון דו"ח גם בשאין הדמ"ר כו' ולא פשיט מתשו' הר"ן סל"ד רק כיון שנגמר עדותו ואין אנו צריכים עוד לדבריו כו' משא"כ כשצריכין עוד לדבריו בביאור עצם כוונת המעשה מה שהוא נפקותא לדינא מהקצה אל הקצה כו' הרי לא נגמרה עדותן ולכן יכול לחזור בו:

קיצור מתשובה הנ"ל בתשובת מהר"ם אלשיך סימן מ' ע"פ תשובת מהרי"ק שרש ס"ז מבואר דמחמת חזרת העדים נק' דין מרומה והא דאיתא פ"ב דכתובות (דף י"ח) פסולי עדות היינו אין נאמנים כשכת"י יוצא ממק"א היינו משום דעה"ח עהש"ט כמו שנחקרה עדותן בב"ד בשבע דו"ח דמי והרא"ש שהצריך בשטר דו"ח היינו משום דהיה הוכחות טובא שהדין מרומה ע"כ בעי' דו"ח ע"ד ההיא דר"ט שלהי יבמות לא כו' לא נעשה בעה"ח עהש"ט. ולפי' הב"י בהמרדכי ר"פ אד"מ בשם ר"י דהוי דין מרומה וכ"כ בתשו' רב"א סי' ה' י"ל דהטעם משום שחזר בו א' מן העדים מיהו י"ל משום שהטעה את העדים. וא"ת א"כ נפל דין כיון שהגיד כו' י"ל דבלא"ה י"א דדוקא כשנחקרה עדותן אמרי' כן כמ"ש בכנה"ג בח"מ סי' כ"ט בהגהב"י אות ה':

אמנם עיקר כוונתי שנק' דמ"ר הוא ע"פ משמעות רש"י בסנהדרין שם דדמ"ר היינו שמבינים טענת רמאי בדברי התובע ואז צריך דו"ח וסגי בזה. משא"כ כשמבינים מדברי העדים שאין עדותן אמת ע"ז אפילו דו"ח לא מהני כדמשמע ברש"י בשבועות (דל"ב) וכן ביאר בחי' הר"ן ר"פ אד"מ בשם רש"י והסכים לזה וא"כ כמו כן אם מובן לנו בהוכחות טובא שהקדושין היו שלא ברצונה וזהו הפך המובן מהגב"ע למה לא נק' זה דמ"ר והיה צריך דו"ח ובדיקת העדים שעי"ז יתגלה הענין איך שלא הי' ברצונה וכמו שבאמת העידו כן במאהילוב:

ומה שתמה למה צריך ע"ז שבע דו"ח י"ל דודאי עיקר הפעולה בדמ"ר הוא ע"י החקירה ע"ד שכ' הריב"ש כענין הא דר"ט סוף יבמות או ע"י בדיקות אלא שבד"מ שא"צ דו"ח כ"ש שא"צ בדיקות כלל אבל בדמ"ר שהצריכו שבע דו"ח עי"ז יבואו לבדוק ג"כ בבדיקות ואז יתברר המעשה:

סימן קה

בעלת הבית שלחה משרתת שלה שהיא בת י"ג שנה ויותר לקנות שמרים לשבת בעד מטבע צעהנער וציותה להמשרתת שתקח בעד פינפער שמרים ופינפער תקח אוש גאב והנה כשבאה המשרתת לבעל השמרים באותו פעם ומדדה לה אשתו השמרים

וקבלה ממנה הצעהנער ונתנה האשה להמשרתת אוש גאב פינפער אסימון בלי צורה ולא קיבלה והחזירה השמרים להאשה וקבלה הצעהנער ממנה בחזרה והלכה לה ובעל האשה העושה שכר הי' יושב אצל השולחן וקראה בעד החלון ואמר שיש תח"י פינפער טוב וחזרה הבתולה והלכה אצל האשה ומסרה הצעהנער ליד האשה והאשה מדדה לה השמרים ועמד הבעל ואמר בפני שני עדים בעת מסירת הפינפער ליד הבתולה הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל ונתן הפינפער לידה והבתולה קיבלה ושתקה והלכה לה ואח"כ שחק המקדש ואמרו לו העדים מה זה עשית ויאמר מה בכך יהי' לי שתי נשים ע"כ המעשה ועכשיו אומר המקדש שלא כיון לשם קדושין אלא לשחוק בעלמא והבתולה אומרת שלא הבינה דבריו:

תנן פ"ב דקדושין (דף מ"ח ע"ב) התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש של דבש ונמצא של יין. בדינר זה של כסף ונמצא של זהב כו' על מנת שאני עשיר ונמצא עני כו' אינה מקודשת והנה מלשון ונמצא משמע לכאורה שבשעת קבלתה הקדושין לא ידעה שהוא של דבש ואדעתא דהוא של יין קבלתו ואח"כ נמצא של דבש וכדאמרינן פ"ב דשבועות (דף י"ח ע"א) והא נמצא קתני ונמצא לבתר הכי משמע וגם דומיא דעל מנת שאני עשיר ונמצא עני דבשעת קבלת הקדושין קא סברה שהוא עשיר ואח"כ נמצא שהוא עני וכ"כ הטור סי' ל"ח וז"ל או שאמר התקדשי לי בכוס של יין ונמצא של דבש כגון שהיה מכוסה ולא הכירה בו עד אח"כ שאילו ראתה אותו וקבלתו סברה וקבלה עכ"ל והב' כ' ע"ז ופשוט הוא ושכ"כ הרשב"א בתשו' סי' אלף קפ"ו אבל אם ראתה כו' לפי שהרי ידעה היא שאין זה טבעת ואפ"ה פשטה ידה וקבלתו כו' ומ"מ אין אתנו ראיה מוכרחת שתהא מקודשת ודאית עכ"ל וכ"ה תשו' זו ג"כ בתשו' המיוחסות סי' קכ"ו וע"ש בתשו' הרשב"א שראייתו ג"כ ממ"ש במשנה ונמצא של דבש כו' גם דימה זה למ"ש בגמ' פ"ק דקדושין (דף ח' סע"א) האי דינר של נחשת היכי דמי אי דידעה ביה הא סברה וקיבלה לא צריכא דיהבה ניהליה בלילא ועי' מזה בש"ע סי' כ"ט ס"ז או שנמצא מהם דינר נחשת ולא הכירה בו תחלה עוד הביא ראיה מהא דב"ב פ' בית כור (דף ק"ו ע"ב) אמר ליה סברת וקבילת ואעפ"כ סיים ומ"מ אין אתנו ראיה מוכרחת וכנ"ל ועיין בספר עצי ארזים סי' ל"ח סעי' כ"ד ס"ק סמ"ך כ' דטעם החולקים על הרשב"א ע"פ הא דאמרינן בגמ' (דף מ"ח סע"ב) באוקימתא דרבא ומאי נמצא דצייר בבליתא כו' דמשמע דבתירוץ רבא הוא שחידש כן אבל להס"ד דמיירי שקידש הוא עצמו להאשה עצמה אפילו אינו מכוסה אינה מקודשת שלא חששה לקבל אותו שיודעת דלאו כלום הוא עכ"ל ובספר המקנה דמ"ח ד"ה התקדשי לי הביא ראיה לדעת הרשב"א וז"ל וכיון

דגבי המקדש אף שאומר בפירוש שהוא של כסף אפ"ה ס"ל לר' שמעון דאם הטעה לשבח מקודשת אע"ג דשבח דידה גריעותא הוא לגבי דידיה אפ"ה אמרינן כיון דידע דהוא של זהב ונתרצה ליתן אע"פ שאמר בפירוש שהוא כסף מהני א"כ ממילא נשמע אם היתה יודעת אפי' לגריעותא הוי קדושין דמאי עדיפא דעתה דידה מדעתא דידיה עכ"ל ור"ל ורבנן לא פליגי עליה דר"ש רק משום שהטעה אותה משא"כ מחמת המקדש היו מודו דהוי קדושין אע"פ שאמר התקדשי לי בדינר זה של כסף והוא של זהב וא"כ ה"ה להפך כשאמר התקדשי לי בדינר זה של זהב והוא של כסף והוא מגולה וראתה שהוא של כסף וקיבלה אותו ג"כ הדין דמקודשת דהאמירה של זהב אינו מקלקל כיון שראתה שאינו של זהב כ"א של כסף וקיבלה אותו וכמו בדידיה אין האמירה מקלקל כיון שהוא מרוצה כנ"ל ועי' בספר מחנה אפרים עמ"ש הרמב"ם פי"ז מה' מכירה דין ב' גבי שחמתית ונמצאת לבנה וז"ל צ"ע אי איירי בשידע המוכר מעיקרא ואפ"ה יכול לחזור או דילמא איירי היכא דלא ידע ומדברי רשב"א בשמעתין נראה דהיינו דוקא בדלא ידע והה"מ בפ"ז מה' אישות דין י"ז כ' דלשון נמצא הכי משמע עכ"ל. וא"כ לדבריו משו"ה המקדש לא יוכל לבטל הקדושין משום שאמר של יין ונמצא של דבש שהרי הוא ידע מעיקרא שהוא של דבש ועי' עוד שם ד"ה ומאי נמצא פי' מכאן בהפך העצ"א ולכאורה לא נמצא בפוסקים חולק על הרשב"א ועי' במרדכי פ' המפקיד סי' רצ"א דאע"ג שלא הוציא בפיו שהוא של זהב הכל הוי כאילו הוציא בפיו שהוא מוכרו בתורת זהב כו' ע"ש וזה ראיה לדעת הרשב"א שאם ראתה כו' ה"ל כהוציאה בפיה שסברה וקיבלה אולם רבינו ירוחם נתיב כ"ב חלק ד' כתב וז"ל ויש מפרשים דוקא כשלא הכירה בו כשקיבלו אבל הכירה בו וקבלה כו' הוי מקודשת דסברה וקיבלה וכן כתב הרא"ש עכ"ל מדכתב תחלה סתם אינה מקודשת ואחר כך כתב ויש מפרשים משמע בהדיא דס"ל שי"ל מלשון המשנה דאפילו הכירה אינה מקודשת אלא שיש מפרשים כו' ולכאורה נראה דהרמ"ה שהביא הטור שם חולק על סברת הרשב"א דאהא דתנן (דף מ"ט סע"ב) ובכולם אע"פ שאמרה בלבי היתה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת והאי בכולן קאי ג"כ אהא דנמצא של דבש כמ"ש הטור שם וכ"כ בתשו' הרשב"א הנ"ל ומוכרח הוא דהא ע"כ קאי ג"כ אהא דתנן שם (דמ"ח) ע"מ שאני עשיר ונמצא עני דהוה ממש כהנהו דע"מ שיש לי בת או שפחה כו' וא"כ מסתמא קאי ג"כ אהא דכוס זה של יין ונמצא של דבש דהוא חד בבא עם ע"מ שאני עשיר כו' והנה ע"ז כ' הרמ"ה ודוקא שאמרה בלבי היה ולא הוציאה בשפתיה אבל אם אומרת כן בשעת קדושין הוו קדושין כיון ששמע הבעל ושתק נתבטל התנאי עכ"ל וכ"כ רי"ו שם בשם הרא"ש הובא ב"י וכ' הב"י ואיכא למידק כי אמרה

כן בשעת הקדושין מאי הוה הא כיון שהבעל לא קידש אלא על מנת כך כל שלא הי' כך איך יחולו הקדושין שלא מדעת המקדש כו' ונ' דה"ק כיון שבשעה שאמר המקדש ע"מ כך וכך אמרה היא ואפי' לא יהיה כך אני מתרצה להתקדש ושתק המקדש ודאי שהסכים לדבריה וקידש בלא תנאי עכ"ל ובאמת שזה מבואר ממ"ש הרמ"ה כיון ששמע הבעל ושתק כו' הרי מבואר מהרמ"ה ורי"ו והב"י דלאו בדידה לחוד תליא משום שידענו שהיא סברה וקיבלה להתקדש אף שלא יהי' כמו שהתנה אלא ג"כ משום שגם הבעל שתק כשאמרה כן ועי"ז דוקא נתבטל התנאי הא אם הבעל לא שמע מה שאמרה אע"פ שאמרה כן אינה מקודשת שהרי מ"מ הוא קידש על תנאי זה והרי אינו כמו שהתנה ולא אמרינן הא הוא רצונה לקדשה והוא הטעה אותה בהתנאי וא"כ מצידה באנו לחוש לבטל הקדושין והרי היא סברה וקבלה ולמה הקדושין בטלים א"ו דכיון דבעינן ונתן ואמר והרי אמירה זו גרועה מאד שמקדשה על תנאי שאינו אמת הרי הקדושין בטלים וא"כ דכוותה גבי התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש אף אם הכירה בשעת מעשה שהוא של דבש וא"כ סברה וקיבלה מ"מ הרי הבעל קידשה רק באמרו שהוא כוס של יין והרי אמירה זו גרוע ועומד הוא שאינו של יין ונמצא לא קידשה ומה שהיא סברה וקיבלה לא עדיף ממה שאמרה בפירוש שרצונה להתקדש בלי תנאי דאעפ"כ אינה מקודשת אא"כ שמע הבעל ושתק כו' דאז דייקא נתבטל התנאי משא"כ בנד"ז אף שהכירה שהוא של דבש אף דלגבי דידה י"ל הא סברה וקיבלה מ"מ לגבי הבעל לא שייך לומר דה"ל כשמע ושתק כו' דהתם שאני דכיון דפירשה דבריה שאפי' לא יהי' כן אני מתרצה להתקדש והוא שומע ושותק ונותן הקדושין מוכח מלתא דהסכים לדבריה וקידש בלא תנאי וכמו שביאר זה הרב"י שם ד"ה וכ' הרמ"ה עיין עליו משא"כ הכא שלא פירשה בהדיא שאף שהוא של דבש רצונה להתקדש רק מחמת הוכחה לבד אנו אומרים כן דיינו לקיים הקדושין מצידה אבל אין כח בהוכחה זו לעשות מזה עוד הוכחה שניה שגם המקדש ביטל התנאי והדברים שאמר בכוס זה של יין וכו' שהרי גם בנידון דהרמ"ה כ' הב"י ואיכא למידק וכו' הרי דאפי' שם אין הדבר מוכרח כ"כ וגם רבינו ירוחם כ' דין זה רק בשם ויש מפרשים דדוקא כו' אבל אם אמרה כן כו' ע"ש וכן מצאתי בספר עצי ארזים ס"ק ס"ב שדקדק מדברי רבינו ירוחם שיש חולקים על דינו דהרמ"ה וס"ל דאפילו בכה"ג אינה מקודשת כיון שמ"מ לא השיב הוא על דבריה הן וה"ל כנתן הוא ואמרה היא כו' וא"כ בנ"ד שאף היא לא אמרה בפירוש רק דמוכח דסברה וקיבלה ודאי גם להרמ"ה אינה מקודשת. והיינו מחמת הבעל דהא אמירתו גרוע שקידשה בכוס של יין וה"ל כקידשה על תנאי שהוא כהן ואינו כהן דאף דהיא סברה וקיבלה מ"מ הקדושין

בטלים וא"כ נראה לכאורה ברור דהרמ"ה ובעלי מחלקותו חולקים על דינו דהרשב"א וס"ל דאפילו הכירה בו שהוא של דבש אינה מקודשת. והיינו משום דאמירת הבעל לית בה מששא ומאי מהני הא דסברה וקיבלה דאין לומר הא ראינו שמקדשה וא"כ לא יגרע מאלו נתן לה בשתיקה ועסוקין בענין קדושין דמהני דהא ליתא דמוכרח בהדיא בגמ' (דף ו' ע"א) דכשאומר לשון גרוע גרע טפי ואפי' עסוקין בענין קדושין לא מהני יעו"ש. ולכן איתא שם דאת"ל דהני לישני דמיוחדת מיועדת כו' לא לישני דקדושין הוא אינה מקודשת אף שעסוקין באותו ענין וא"כ בנ"ד דפשיטא דהאמירה הפך ענין קדושין אמיתיים שאומר בכוס של יין והוא של דבש י"ל דאין כאן קדושין כלל כ"ז נראה לומר בטעם החולקים על סברת הרשב"א אך ק"ל על סברת הרמ"ה מפלוגתא דר"ש ורבנן בעל מנת שאני עני ונמצא עשיר דלר"ש מקודשת מפני שהטעה לשבח ומשמע דרבנן לא פליגי רק מצידה דאיכא דניחא ליה בעני יותר ולהרמ"ה אפי' היא ניחא לי' בעני מ"מ הוא לא קידשה אלא בתנאי זה ויש לדחות דהא בגמ' מדמו לי' לחומץ ונמצא יין דשניהם יכולים לחזור בהן א"כ גם מצידו אין ממש בהקדושין כמו שהלוקח והמוכר שניהם יכולים לחזור בהן כו' ואין להקשות עוד על הרמ"ה ממש"ש אבייי הכא במאי עסקינן ועי' רש"י גבי דידה כו' גבי דידיה כו' אשר מבואר מכאן דגבי דידיה לא קפדינן אטעות אפילו השליח שינה בדבריו לדעת ר' שמעון משא"כ גבי דידה וא"כ גם לרבנן י"ל דכשאין מי שמטעה אותו כגון בהתקדשי לי בכוס של יין ונמצא של דבש מאחר דהוא ידע שהוא דבש לכ"ע מצידו אין לבטל הקדושין כו' אך י"ל דזה אינו ראיה דגבי טעות ששלוחו שינה מדבריו יש להקל טפי כמו באוקימתא דרבא דמקילים בטעות שלוחה לומר דמראה מקום היא לו ובקיבלה עצמה אמרינן איכא דניחא ליה בכספא כו' וצ"ל הטעם כיון דעשתה שליח אמרינן דסמכה עליו מה שקיבל לקדושין יקבל ותלינן דמ"ש שאמר לי כו' מראה מקום היא לו משא"כ בקיבלה בעצמה הדין דחיישינן לקפידא כו' כמ"כ י"ל החילוק בהמקדש בעצמו דכשעשה שליח לקדש סמך מה שיתן יתן ועיין בחי' הריטב"א ובתוספות רי"ד מ"ש בזה. אבל בקידש בעצמו ואמר ע"מ שאני עני עד"מ הרי קידשה בפי' בתנאי זה כו':

ולכאורה דבריהם מוכרחים מהש"ס (ד' נ' ע"א) גבי ודילמא שאני התם כיון דאתניה לאו כל כמינה דעקרא לה לתנאיה. וע"כ הפי' דאף אם דברים שבלב הוו דברים וה"ז כאלו אנו ידעינן דסברה וקיבלה להתקדש לו בכל ענין (וגם אנו מאמינים לה שכן היה בלבה ע"ש במפרשים דהפי' כן ור"ל דאם משום שאינה נאמנת לבד אמאי אין הקידושין תופסין אף לחומרא אלא וודאי דאף אם נאמנת אין כאן קדושין) אפ"ה אינה מקודשת

ועל כרחך היינו רק מצד אמירת הבעל שמ"מ הוא לא קידשה אלא על תנאי זה וכן משמע שם לכאורה בפרש"י ד"ה כיון דאתניה והנה רש"י ד"ה כיון דאתניה כ' שפירש תנאו בפי' כו' למיעקר תנאו כו' מזה משמע דגם מחמתו התנאי מבטל הקדושין אך א"כ צ"ל מ"ש ולא מיחתה כו' אפי' אם מיחתה הקדושין בטלים מחמתו אלא מזה משמע לכאורה דהביטול אינו רק מחמתה אלא דמ"מ לא מהני דברים שבלב אע"ג דהן דברים וכענין שכ' הריטב"א דהוי לבו סותר את דברי פיו כו' ושמעינן מהכא כו' ע"ש מיהו י"ל דאם מיחתה מהני משום מ"ש הרמ"ה דכיון ששמע ושתק נתבטל התנאי וכן צריך לומר להריטב"א דאם איתא דאין הביטול רק מצידה לבד א"כ איך הדברים שבלב אע"פ שהן דברים לא מהני משום שהן סותרים לאמרי פיו. הרי היא לא אמרה כלום רק הוא אמר על מנת כו' ומצידו אין לבטל הקדושין רק מצידה והרי אמרה שבלבה כו' ודברים שבלב הוו דברים כשלא אמר להפך והיא לא אמרה דמקבלת על תנאי זה כו' אלא משמע דהקדושין בטלין מצדו וכמ"ש בגמ' דכיון דאתניה כו' לתנאי כו' (וכן ראיתי ג"כ בס' עצי ארזים ס"ק ס"ב שהביא ראיה מכאן להחולקים על הרמ"ה וכ"ש שיהי' זה ראי' להחולקים על הרשב"א) ואע"ג דמסתמא הנך תנאים התנה הבעל לטובת האשה ואנו ידענו דהיא סברה וקיבלה להתקדש גם בלא"ה עכ"ז כיון שהתנה כן אף שהתנה לטובת האשה מ"מ מאחר שהתנה התנאי קיים שאם לא ימצא כן אינו קדושין ועיין בפנ"י שם (ד' נ') ד"ה אלא אמר אביי שביאר כן ועי' בח"מ רסי' ר"ז וכן משמע בגמ' (דע"ז) גבי זכו בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר דעד שלא כתבו לו השטר חוזר בין בשטר בין בשדה דאע"פ שהמזכה התנה תנאי שהוא לטובת הזוכה לבד הוי תנאי גמור גם לטובת המזכה דלכך עד שלא נתקיים התנאי יכול לחזור בו וכמ"ש בב"י בח"מ סי' רמ"א סי"א בשם הרמב"ן והר"ן פ"ק דקדושין והמ"מ וכ"כ עוד בסי' רמ"ג ס"ח בשם הרא"ש דב"ב שם פרק הספינה ססי' ה' וכ"כ ג"כ הרשב"א בחידושיו פ"ק דקדושין דכ"ז סד"ה ע"מ שתכתבו וז"ל וכ' הרמב"ן נר"ו דמהא שמעינן דתנאה בהנאת מקבל תנאה הוי ולא בעינן בהא דומיא דבני גד ובני ראובן כו' עכ"ל וכ"כ בחי' הריטב"א שם וז"ל ואגב אורחין שמעינן שהנותן על תנאי ואותו תנאי הוא להנאת המקבל אם לא נתקיים נתבטלה המתנה ואין המקבל יכול למחול אותו תנאי עכ"ל וכיוצא בזה הוא לשון הר"ן שם שהביא הב"י סי' רמ"א סי"א ואין הלה יכול לומר הריני כאילו התקבלתי שהמוכר ג"כ לפיכך תלה הדבר בתנאי כדי שיוכל לחזור בו בכל שעה קודם שיתקיים התנאי עכ"ל ולכאורה מכ"ז קשיא טובא על סברת הרשב"א בתשו' סי' אלף קפ"ו הנ"ל דמאי מהני דהאשה סברה וקיבלה מ"מ הא כיון שאינו מתקיים כמו שאמר מתבטל המעשה ואפשר לחלק דדוקא בתנאי

שאפשר שיתקיים בכה"ג אמרינן דאף שהתנה הנותן טובת המקבל מחשיב תנאי אבל בנד"ז שהתנה דבר שא"א שיתקיים התנאי שאמר בכוס זה של יין והרי הוא דבש א"כ את"ל דבדוקא התנה הרי מעיקרא עשה דברים בטלים ע"כ אמרינן דודאי לא נתכוין לתנאי רק לעשות רצון להאשה דאולי חפיצה ביין כו' ומש"ה כיון שהיא סברה וקיבלה להתקדש בדבש ג"כ הוי קדושין וה"ל כעין הא דאמרינן בגמרא פ' בתרא דגיטין (ד' פ"ד) גבי תנאי שא"א לקיימו דהלכה כר' יהודה בן תימא דאמר דאינו אלא כמפליגה בדברים והתנאי בטל והמעשה קיים. אך א"כ קשיא אהא דאמרינן בקדושין (ד' נ') ודילמא שאני התם כיון דאתניה כו' דהא התם ג"כ התנה תנאי שא"א שיתקיים שאמר ע"מ שאני כהן והרי הוא לוי וכיון דהיא סברה וקיבלה איך יבטל הוא הקדושין ע"י תנאי זה שידע שא"א שיתקיים אעכצ"ל דמ"מ כיון שהתנה התנאי קיים ומיהו י"ל דמהתם לק"מ דאל"כ תקשה הלכתא אהלכתא דקי"ל דתנאי שא"א לקיימו אינו מבטל המעשה וגבי ע"מ שאני כהן כו' התנאי מבטל המעשה אעכצ"ל דזה נק' תנאי שאפשר שיתקיים שהרי בשעה שהתנה התנאי לא ידעה האשה שאינו כהן ואף שבאמת אינו כהן מ"מ מאחר שענין זה מצד עצמו אינו מן הנמנעות בעצם כמו ע"מ שתעלי לרקיע כו' אין זה נק' כלל תנאי שא"א לקיימו משא"כ גבי התקדשי לי בכוס זה של יין כיון שהוא של דבש ושניהם רואים שהוא דבש ולא יין ה"ל כמו תנאי שא"א לקיימו שא"א בדרך הטבע שיתהפך כוס זה של דבש להיות יין כמו שא"א בדרך הטבע שתעלה לרקיע ולכן התנאי בטל והמעשה דקדושין קיים ואמנם משמע דהרמב"ם פליג על סברא זו גבי המקדש ע"מ שאין בה מומין דכ' הה"מ והרב"י בבד"ה סי' ל"ט הביאם הב"ש שם ס"ק י"א דס"ל דאפי' מומין שבגלוי מבטלין הקדושין הרי אע"ג דראה המומין וא"כ ה"ל התנאי א"א להתקיים אפ"ה בטילין הקדושין. אעכצ"ל דאין זה ענין לתנאי שא"א לקיימו דזה אינו אלא דבר שהוא נמנע לכל כמו שתעלי לרקיע כו' אבל ע"מ שאין בה מומין אף שבאשה זו א"א שיתקיים התנאי מ"מ כיון דבעצם ענין תנאי זה הוא דבר שאפשר שיתקיים לכן גם באשה זו ה"ל תנאי אך זה אינו דלא גרע מעל מנת שתבעלי לאבא או לאביך דנק' תנאי שא"א לקיימו לפי שאין בידה שאחרים יעשו איסור כדאי' פ' בתרא דגיטין וכ"ש דנד"ז נק' א"א לקיימו שיהיה כוס זה יין כשהוא דבש וכן גבי מומין כשאומר ע"מ שאין בה מומין ורואה שיש בה מומין. הרי רואה שאי אפשר שיתקיים התנאי. ומצאתי בספר המקנה סי' ל"ט כתב דאין ראיה משם דהכא אינו ודאי שראה המומין כמו התם כשהכוס מגולה כו' ע"ש אך בלא"ה א"א לומר דטעמיה דהרשב"א גבי התקדשי לי בכוס זה של יין דאם הוא מגולה מקודשת משום דה"ל כתנאי שא"א לקיימו דדוקא גבי תנאי אמרינן הכי דכשהתנאי

א"א לקיימו התנאי בטל והמעשה קיים משא"כ הכא שלא בדרך תנאי אמר כן רק בדרך מעשה הקדושין שמקדשה בכוס של יין נמצא אף שא"א שיתהפך הדבש ליין מ"מ לא שייך לומר שהתנאי בטל והמעשה קיים דאין כאן מעשה שהרי לא קידשה עדיין דאע"ג שיש כאן נתינה מ"מ האמירה כמאן דליתא ובדבר שא"א לקיימו ממש כמו שתעלי לרקיע אילו אמר זה שלא בדרך תנאי רק התקדשי לי בטבעת זו כשתעלי לרקיע או ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא אחר שתעלי לרקיע י"ל דאין כאן גט וקדושין כלל שאף שתלה בדבר שא"א לקיימו מ"מ הרי לא עשה המעשה עד אחר שיהי' הדבר שא"א לקיימו וחילוק בין תנאי לענין כזה שלא גירש עד שיהי' המעשה מבואר בהרמב"ם פ"ט מהל' גירושין הל' ו' וכן מצאתי בס' המקנה סי' ל"ח סכ"ד שכ' כן בהדיא וז"ל ונראה דבסיפא יש לדחות כיון דאמר בלשון ע"מ שהוא תנאי י"ל כיון שידעה שאינו כהן ה"ל כמתנה על דבר שא"א לקיימו. דאמרינן לעיל דהתנאי בטל והמעשה קיים משא"כ ברישא דלא אמר בלשון תנאי עכ"ל הרי כמו שכתבתי דכשלא אמר בלשון תנאי רק שעושה המעשה עד"ז גרע טפי ולא שייך לקיים הקדושין משום שא"א לקיים הדבר דמ"מ הא לא קידשה רק בכענין זה וכנ"ל:

ג וצ"ל טעמא דהרשב"א דהכא כיון שלא התנה בדרך תנאי ע"מ שהוא יין א"כ אדרבה עדיף יותר דאין לבטל הקדושין כאן רק משום שהאמירה גרוע וליכא ואמר הוא והכא לא גריע כלל דלא דמי ללישני גריעי דבפ"ק ד"ו שי"ל שאין במשמען לשון קדושין כלל וא"כ אומר שאינו מקדשה רק שתהי' לו שפחה וכה"ג אבל הכא הרי אמר בפה מלא התקדשי לי בכוס זה והרי הכוס דבש די ודי שתתקדש בו והיא סברה וקיבלה להתקדש לו בהדבש כיון שראתה שהוא דבש ומקבלתו בתורת קדושין אלא שבאנו לבטל המעשה משום שאמר בכוס זה של יין. והרי אינו יין ומה בכך הרי זה דבר הנראה שהוא דבר שוא ושקר שהוא דבש ולא יין וכי מפני שאמר דבר שוא על העמוד של אבן שהוא של זהב יתבטלו הקדושין שמ"מ קידשה בכוס זה יהי' מה שיהי' ואין זה דומה כלל לאמירה גרועה מצד עצמה שאין בה הוראה על קדושין כלל משא"כ הכא אמר לשון קדושין בטוב שתתקדש לו בכוס זה שנותן לה אלא דפתיך ג"כ דבר שוא הנראה לו ולה ולהעדים שהוא שוא וכי מפני השוא והשקר יתבטלו הקדושין וגם ראי' לזה מהא דר' שמעון דאם הטעה לשבח מקודשת והיינו משום דאנן סהדי דבודאי סברה וקיבלה וקשה מה בכך דסברה וקיבלה מ"מ האמירה גרוע דאמר התקדשי לי בכוס של יין ונמצא של דבש א"כ האמירה הוא שקר אעכצ"ל דמשום השקר אין שייך לבטל הקדושין כל שבודאי סברה וקיבלה וכמש"ל ודוחק לחלק דשקר של שבח אינו גורע כח האמירה כיון בודאי

סברה וקיבלה משא"כ כשהשקר באמירה הוא להפך אע"ג שהוא מגולה וסברה וקיבלה מ"מ י"ל אין כאן אמירה כיון שאמר התקדשי לי בדינר של זהב ונמצא של כסף אע"ג שהיה מגולה וסברה וקיבלה י"ל אין חשוב אמירה. חילוק זה הוא דוחק קצת ולפ"ז י"ל דהרמ"ה לא פליג כלל על הרשב"א דדוקא גבי ע"מ שאני כהן שאמר דרך תנאי בההוא ס"ל להרמ"ה דאף שסברה וקיבלה להתקדש אף שלא יהי' כהן מ"מ מאחר שהוא אמר שמקדשה ע"מ כן דוקא א"כ בטלים הקדושין אא"כ ביטל התנאי מעיקרא ע"י ששמע ושתק כו' אבל בנידון התקדשי לי בכוס זה של יין שאינו דרך תנאי כ"א ל' קדושין גמורים רק דעירב בזה דבר שוא הנראה לכל לכן כשסברה וקיבלה להתקדש לו ואינה מקפדת על השוא כו' הוי קדושין גמורים ואע"ג דלענין דבר שא"א לקיימו כשאומר לא בדרך תנאי מבטל המעשה טפי זהו כשי"ל שעדיין לא עשה המעשה כלל כמ"ש הרמב"ם פ"ט מה"ג משא"כ הכא שעשה מעשה וקידשה ואמר ונתן רק דעירב בו שקר וע"כ צריכין אנו לחלק כן לדעת הטור דס"ל גבי התקדשי לי בכוס זה של יין כדעת הרשב"א וגבי ע"מ שאני כהן ס"ל כהרמ"ה א"ו צריך לחלק כנ"ל. ורבינו ירוחם שכ' דינו דהרשב"א בשם יש מפרשים דמשמע דמסתפק בדין זה וכן הרשב"א ג"כ כ' שאין ראי' מוכרחת ע"ז אפשר דהוא רק מצד האשה דאולי לא שייך כ"כ לסמוך ע"ז דסברה וקיבלה שהרי יכולה לומר שלא חששה לקבל אותו כיון שרואה שהוא דבש והוא אומר שמקדשה ביין וא"כ משטה היא בו והוא בה ומיהו י"ל שגם מצד הבעל הוי אמירה גרוע דאע"ג דאמר התקדשי לי בכוס זה וה"ז לשון קדושין בטוב מ"מ כיון שפירש דבריו של יין. ה"ז כאומר שהוא משטה בה שמקדשה ביין והרי באמת אינו יין ואין להקשות על הרשב"א מהא דרפ"ב דנזיר (דף ט' ע"א) הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה ב"ש אומרים נזיר וב"ה אומרים אינו נזיר ובגמ' ב"ש סברי לה כר' מאיר דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה וב"ה סברי לה כר' יוסי דאמר בגמר דבריו אדם נתפס וכ' התוספות שם וא"ת ואמאי קאמר ב"ה כר' יוסי לימא דסברי ב"ה כרבנן דר"מ כו' ותירצו דר"ל דאפי' לר' מאיר בהא אינו נזיר ולא דמי לערך כלי כו' וע"כ הוציא דבריו לבטלה כו' ע"ש וא"כ ה"נ י"ל דדמי לנזיר מן הגרוגרות דהא השינוי מיין לדבש הוי כמו מענבים לגרוגרות ולא דמי לשינוי מערך לדמים וא"כ אפילו לר' מאיר ע"כ הוציא דבריו לבטלה ועוד דקיי"ל כרבנן דר"מ דיש לחלק דהתם שאני כיון דבגמר דבריו אדם נתפס ונזירות בגרוגרות ליכא לכן לא אמר כלום אבל הכא קדושין שייכי ע"י דבש כמו ע"י יין א"כ בעיקר הענין לא לבטלה הוא אלא רק הדבור של יין הוציא לבטלה ומחמת דבור זה לא תתבטל המעשה שיכולה לחול ע"י זה הנשאר מהדבור שלא לבטלה כו' ואף לא דמי לערך כלי דלא אמר כלום לרבנן

דר' מאיר משום דערך ליכא בכלי אבל הכא יש קדושין ע"י דבש כמו ע"י יין כו' וא"כ המעשה אינו לבטלה. וגם בהדבור עם שיש קצתו לבטלה היינו תיבת של יין מ"מ קצתו אינו לבטלה היינו התקדשי לי בכוס זה ודבריו סותרים זה את זה דאמר בכוס זה ואמר ג"כ של יין ע"כ ההכרח לבטל א' מהדבורים כיון שהם סותרים זא"ז ע"כ אנו אומרים שהדבר הבטל הוא מה שבאמת הוא שוא ושקר היינו מ"ש של יין. ודבור התקדשי לי בכוס זה נשאר בתקפו וחל על המעשה ואין כאן לבטלה ועי' בב"י בח"מ סי' מ"ב סעי' י"ח בשם בעה"ת דדיבור א' הוא וא"א לחלק ביניהן וכיון דדבריו סותרים זא"ז אמרינן דבעהש"ט על התחתונה כו' ע"ש אלמא אע"ג שהדברים סותרים זא"ז מקיימים עכ"פ הפחות שבלשונות ולא אמרינן דא"כ הכל יתבטל אלא מקיימינן מה שאפשר וכו' וא"כ ה"נ אע"ג דדבור א' הוא וסותר קצתו את קצתו מקיימין מה שנראה שהוא אמת ומבטלין מה שנראה בחוש שהוא שוא ושקר כו' וכעין זכר לדבר ממ"ש עוד בשו"ת ח"צ סי' מ"ד והמאמר ההוא לאין יחשב כו' והביא ראיה מהרמב"ם פ"ב מהל' קידוש החדש דין ו' ועי' בבעל המאור פ"ב דר"ה הרי גם בעדות דבעינן ודאי שלא יסתרו דבריו את דבריו עכ"ז אמרינן שהמאמר ההוא לאין יחשב כו' כמ"כ י"ל כאן ומיהו גם שם משמע ברש"י ותוס' דהטעם בענין אחר יעו"ש:

ד והנה אף שנת' ליישב דעת הרשב"א על נכון בס"ד עכ"ז מאחר שכבר נת' די"ח ע"ז לכן לדבריהם צריך ליישב הראיות שהביא בתשו' מהא דסברה וקיבלה שנז' פ"ק דקדושין (דף ח' סע"א) גבי קדושין ממש ומהא דסברת וקבילת דפ' בית כור (דף ק"ו ע"ב) לענין מכירה ועי' בעצי ארזים ס"ק שנדחק ליישב ההיא דקדושין ולפע"ד י"ל החילוק דהתם השינוי אינו רק בקצת הדבר כמו גבי בית כור דעד שתות בלא"ה אינו נק' שינוי כלל כיון דאמר ליה בית כור בסימניו ומצריו רק שכאן נוסף שחסר עד רביעי לכן מ"מ מאחר דעדין שמו עליו ע"ז שייך לומר דהוי מכירה כיון דידע סבר וקיבל וכן פ"ק דקדושין אף שיש דינר של נחשת מ"מ שם מנה עליו משא"כ הכא שהוא שינוי מהקצה אל הקצה שאומר של יין והוא דבש. הרי השם שהוא אומר אינו שייך לגמרי לכוס זה ע"ז אין ראיה כ"כ מהנך תרתי עובדי הנ"ל ועי' בח"מ סי' רי"ח סט"ז דאף למ"ש הה"מ שם ל"ד כלל לנד"ז וכ"ש לפמ"ש הש"ע שם. ויש להקשות על הרשב"א מדידי' אדידי' מהא דכ' הב"י סי' מ"ב בשמו שכ' בפ' האיש מקדש דמ"ג ודוקא בשקדשה בפני שנים שהם אצלם אבל הכמין לה עדים כו' דדילמא אי ארגישה בהו לא מקבלה קדושין וכו' וכ"כ הר"ן שם וכ"כ בחי' הריטב"א שם (רק שכ' עוד טעם דהא דהטמין לה עדים לא חשיב עדות בדבר שגוף הדבר צריך לעדות אלא בדבר שצריך עדות משום שקר [כו'][ועי' בספר בית מאיר סי'

מ"ב ס"ג דהרשב"א ור"ן לא הזכירו טעם זה וכן הראב"ד שבש"ג פז"ב דלקמן לא הזכיר טעם זה רק טעם דמשטה כו') וכ"כ הריב"ש סי' רס"ו ואף אם שמעו מפיה שהיא מקבלת אותם בתורת קדושין אינה ראיה שנתרצית בקדושין אלא אומרת כן מפני שסבורה שאין שם עדים ויודעת שהמקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין עכ"ל ופסק שם כן בש"ע סעי' ג' וא"כ לכאורה ה"נ בנדון התקדשי לי בכוס זה של יין אין ראיה שנתרצית לקדושין אף שראתה שהוא של דבש וקיבלה אותו דדילמא קיבלה מפני שסבורה דשחוק בעלמא הוא שהרי אומר שתתקדש לו בכוס של יין ובאמת הוא דבש וכמ"ש העצי ארזים כמש"ל ואפשר לחלק לפמש"ש רמ"א בהג"ה בשם תשו' מהרמ"פ דדוקא שאומרת שכיוונה לשחוק אבל אם כוונתם הי' לשם קדושין מהני א"כ י"ל ה"נ בנדון דהרשב"א בתשו' סי' אלף קפ"ו הרי כ' בהשאלה ששניהם מודים שלשם קדושין נתכוונו ומש"ה הוי קדושין אבל אה"נ אם טוענת דלשחוק נתכוונה לא הוי קדושין אכן לפ"ד החמ"ח שם ס"ק ז' ח' ולפ"ד מהרי"ט שהביא הב"ש שם סק"י דאף שמודה שכיוונה לשם קדושין לא מהני א"כ לכאורה ק' דגם בנידון זה י"ל כן מאותו הטעם והנה הב"ש סקי"א חילק בין טעם החמ"ח לטעם דמהרי"ט וכ' דנפ"מ בין הטעמים אם הקדושין היו וכו' ע"ש ולפע"ד י"ל דאף לשטת מהרי"ט מ"מ בגוונא ההוא הוי מקודשת דטעמו דמהרי"ט היינו דכיון שיכולה לומר משטה אני א"כ אף אם באמת כיוונה לקדושין הרי ה"ל כאלו אין עדים על הקדושין כלל מאחר דיכולה לומר לשחוק כיוונתי וסברא זו יש לה סמך בחי' הרשב"א דף י"ג ד"ה יכלה למימר אין שקלי ודידי שקלי ודף ה' סד"ה הא נתן הוא ואמרה היא אע"פ שהוא מודה כו' אפ"ה אין כאן עדות כו' ע"ש משא"כ בגוונא דצייר הב"ש דלא יכלה למימר לשחוק כיוונתי א"כ הרי העדים שמבחוץ הם עדים גמורים על קדושין רק טעמא דמהרי"ט בנדון שלו משום דה"ל כנמצא א' מהן קרוב או פסול וכו' ע"ש וא"כ לפ"ז קשה דאי איתא דבנ"ד אם טוענת שלשחוק כיוונה לא הוי קדושין כמש"ל א"כ אפילו מודה דלשם קדושין כיוונה ה"ל כאלו אין עדים ע"ז ומדפסק הרשב"א בתשו' דסי' אקפ"ו דהוי קדושין עכצ"ל דאפי' טוענת דלשחוק כיוונה לא נאמנת להפקיע הקדושין וצריך לחלק משום דהתם מידע ידעה טפי דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין ע"כ רצתה לשחק בו משא"כ הכא אף שאמר בכוס זה של יין והוא באמת דבש לא שייך לומר דמידע ידעה דאין בקדושין אלו כלום דהא באמת אין הדין פשוט כמו שם ואדרבה אם סברה וקיבלה מקודשת ע"כ אין יכולה לומר שלשחוק נתכוונה כו' וע' בש"ג בסנהדרין פ' זה בורר הביא דין זה דסי' מ"ב ס"ג בשם הראב"ד ומבואר שם הטעם משום דטוענת משטה אני וכו' וגם כ' שי"ח ע"ז לומר דהוי מקודשת והביא ראיה לדבריהם מפרק מצות

חליצה גם בספר עצי ארזים סי' מ"ב סעי' ג' מסיק כדעת מהרמ"פ שברמ"א והיינו כדעת הראב"ד הנ"ל וא"כ לדבריהם אפשר שיש לצדד גם בנד"ז דאם טוענת שלשחוק נתכוונה מפני שאמר כוס של יין והוא דבש י"ל דנאמנת כו' עוי"ל דהנה הרשב"א בסי' אקפ"ו נשאל בענין שמתחלה היו מדברים על עסקי קדושין אבל אם לא דברו תחלה על עסקי קדושין י"ל דיש לדמותו לדין נתן הוא ואמרה היא דספיקא הוי וחיישינן מדרבנן והק' הפוסקים מ"ש מנתן בשתיקה כשמדבר על עסקי קדושין ועי' התירוץ בחה"ר שם דכמ"כ שייך תירוץ זה גם באמירה גרוע דכאן שאמר הוא ולכן אם טוענת שכיוונה לשחוק יש מקום לצדד ולהקל כשלא דברו תחלה על עסקי קדושין דהא דהתם ספיקא הוי מדרבנן י"ל משום דילמא אמירה דידה נמי מהני משא"כ הכא באמירה גרוע וכשטוענת לשחוק כו' מיהו בחי' הריטב"א שם ד"ה כ' דהספק שם רק שמא הי' דעתו בנתינתו על סתם שלה כו' ע"ש וא"כ לפ"ז כאן נמי י"ל ספיקא הוי מדרבנן:

ה ומ"מ כ"ז רק לפלפולא אבל למעשה ודאי י"ל דבנידון דהרשב"א הוי ס"ק ממש מדאורייתא כפשט לשון הש"ע סי' ל"ח סכ"ד (הג"ה אחר זמן וגם י"ל שחמור יותר מספק קדושין כדמוכח מהא דר' שמעון דהיכא דודאי סברה וקיבלה לא איכפת לן ההטעאה שבאמירה ורבנן לא פליגי עליה דר' שמעון רק כשי"ל שלא סברה וקיבלה משום דאיכא דניחא ליה בכספא כו' משא"כ היכא דודאי סברה וקיבלה כנידון דהרשב"א עכ"ה). אך בנ"ד בלא"ה אין שייך כ"כ לומר דכיון שהכירה סברה וקיבלה כיון שהפינפער נתן לה מה שמגיע לה אוש גאב מהצענער א"כ אף שאמר לה ג"כ לשון קדושין הרי ודאי י"ל דהיא לא סברה וקיבלה לקדושין רק לקבל המגיע לה ולכן אף אם הוא בענין שאם אמר לה התקדשי לי בפינפער זה לא יכלה לומר אין שקלי ודידי שקלי מ"מ מאחר שאמר לה בטבעת זו אז אין להחמיר רק משום כיון שהכירה שאינו טבעת סברה וקיבלה וכאן ליכא למימר הכי דהא יש עכ"פ ספק גדול שלא נתכוונה רק לקבל המגיע לה ולכן אף שאם אמר לה התקדשי לי במטבע זו אפשר לא הי' הספק מספיק להוציא מחשש קדושין אבל אם אמר בטבעת זו אז ודאי כל שיש ספק דלא סברה וקיבלה לקדושין אינה מקודשת מאחר שאינו טבעת כו' וראי' לזה מהתקדשי לי בדינר של כסף ונמצא של זהב דאינה מקודשת משום דאיכא דניחא לי' בכספא כו' אף שבאמת הוא חששא רחוקה ביותר שהרי עבור ד"ז יקנה כ"ה דינרי כסף לפ"ד הריטב"א ורוב הפוסקים דד"ז ממש קאמר אפ"ה כיון שאמר בד"ז ויש מקום לומר דלא היה סברה וקיבלה ע"ז אינה מקודשת. כ"ש בנד"ז שיש ספק גדול ועצום דלא סברה וקיבלה כלל לקדושין וקיבלה הפינפער על האוש גאב דאינה מקודשת כלל מאחר שאמר בטבעת זו כו'. והרי נדון זה שקיבלה

הפינפער המגיע לה אוש גאב אף אם נאמר ששמעה והבינה מה שאמר הרי את מקודשת לי בטבעת זו כיון שנתן לה פינפער ואינו טבעת והרי אם בשעת מעשה לא ראתה שזהו פינפער ונמצא שהוא פינפער אין כאן קדושין כלל אף אם לא היה מגיע לה הפינפער כלל וכדין התקדשי לי בכוס זה של דבש ונמצא של יין והכא אף שראתה שזהו פינפער דהא י"ל יותר שלא סברה וקיבלה להתקדש בו כ"א לקבל האוש גאב המגיע לה וזה קרוב יותר הרבה מהקפידא בין יין לדבש. דשם מיירי שרצונה להתקדש רק מפני שאמר בכוס זה של יין ונמצא של דבש אינה מקודשת משום דילמא לא ניחא לה להתקדש בשל דבש. כ"ש הכא שי"ל בודאי שלא ניחא לה להתקדש כלל ולא קיבלתו כ"א על המגיע לה וכיון דאמר בטבעת זו והרי אינו טבעת בעינן הוכחה דסברה וקיבלה להתקדש גם באינו טבעת וכל דליכא הוכחה אינה מקודשת ולכן בנמצא שאינו טבעת אינה מקודשת והכא אף שראתה שהוא פינפער אין שום הוכחה דסברה וקיבלה להתקדש ואדרבה י"ל יותר שלא עלה על דעתה להתקדש א"כ לא גרע זה מהתקדשי לי בכוס של דבש ונמצא של יין. ועוד דבכה"ג ודאי יש לדמותו לדין הש"ע סמ"ב ס"ג הנ"ל דמפני שלא ידעה שיש עדים קבלתן ורצתה לשחק בו א"כ ה"נ י"ל דמפני שצריכה לקבל הפינפער המגיע לה אוש גאב לכן קיבלתו ואף שאמר לשון קדושין סברה דשחוק בעלמא הוא מאחר שאמר בטבעת זו והרי אינו טבעת כ"א הפינפער המגיע לה וא"כ בהצטרף הני תרי טעמי שמגיע לה הפינפער והוא אמר בטבעת זו י"ל דלא גרע מדין הנ"ל ואדרבה גם לפ"ד הש"ג פז"ב דחולק על דין דסי' מ"ב ס"ג הנ"ל. י"ל דמודה כאן דהתם אין לתלות דלשחוק כיוונה רק מסברא דמידע ידעה דהמקדש בלא עדים אינו כלום וכו' וע"ז יש לפקפק מסוגיא דפ' המדיר (דף ע"ד ע"א) אבל בהנך טעי וכו' ר"ל גבי המקדש במלוה אין הכל בקיאין בהלכות קדושין כדפרש"י שם ועי' בב"ש סי' ל"א ס"ק כ"א אבל עיקר נראה בשלשתן צריכה גט לחומרא וקדושין של אחר תופסין בה עכ"ל הרי דלחומרא חיישינן שמא טעה וסבר דקדושין תופסין אפי' בפחות משוה פרוטה כו' וכיוצא וא"כ כמו שיוכל האיש לטעות בהמקדש במלוה כמ"כ יכולה האשה לטעות במקדש בלא עדים דהוי קדושין דהא בגמ' קדושין (דף ס"ה ע"ב) איתא ג"כ אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכו' וא"כ מי לנו הערב שלא תטעה האשה בזה וכדאמרינן פ"ק דקדושין (דף י"ג) אטו כולהו נשי דינא גמירי ועל טעם שהזכיר בחי' הריטב"א דמ"ג דהא לא חשיבא עדות כו' ע"ז יפה השיג הש"ג מעדי' רואין אותו מבחוץ דחשיב עדות פ' מצות חליצה ע"ש גם בתשו' מהריב"ל ח"ג סי' פ"ו דקדק דהרא"ש הדין דסי' מ"ב ס"ג כנ"ל. משא"כ בדין זה שיש טעם הגון לתלות דלא כיוונה רק לקבל המגיע לה וגם שהאמירה גרוע שאמר

לה בטבעת זה ואילו נמצא אח"כ שהוא פינפער ודאי דאינה מקודשת. וא"כ גם עתה שהכירה הרי עליך הראיה דסברה וקיבלה כיון שי"ל דלא סברה וקיבלה רק שקיבלה לאוש גאב. ולתלות דלא סברה וקיבלה לקדושין מה"ט הוא יותר מתקבל מבדינר זהב ונמצא של כסף כו' כנ"ל (וישוב דין דסי' מ"ב ס"ג מהקושיא שהקשיתי ע"ז מהדין דבב"ש סי' ל"א ס"ק כ"א אפ"ל בדוחק כי הדין כל שאפשר שהיה טעות ולא נתכוונה לקדושין אינה מקודשת משום דליכא עדים על הקדושין וזהו הדין דסי' מ"ב ס"ג וס"ל דזה ג"כ נקרא ליכא עדים כיון, העדים מסתפקים שמא כיוונה לשחוק אמנם מה"ט גופא גם בדיני' שבב"ש סי' ל"א ס"ק כ"א אשר שם ודאי קרוב יותר שכל אדם יודע שאין קדושין ע"י פחות מש"פ כו' וא"כ יש לנו לומר דבעיל אח"כ לשם קדושין דהא אאעבב"ז וה"ל כמו יש עדים על קדושין ע"י הבעילה אעפ"כ מאחר שאפשר שיטעה האדם בזה וידמה שקדושין תופסין גם ע"י פחות מש"פ וכה"ג וא"כ לא בעיל לשם קדושין לכן ליכא עדים ממש על הקדושין ע"י הבעילה ואעפ"כ מפני שקרוב יותר שאדם יודע כו' לכן צריכה גט כו' וא"כ אדרבה משם קצת ראיה לדין דהרשב"א דסי' מ"ב ס"ג דהיכא שיש ספק ממש שמא לא כיוונה וכו' אין חוששין לקדושין כלל כיון דאפי' במקום שי"ל שודאי בעיל לשם קדושין לא חשיב ה זה רק ספק כו' ולהחולקים על הרשב"א י"ל גבי הדין דסי' מ"ב ס"ג כיון העדים רואים הקדושין נקרא יש עדים על הקדושין ומה שיש להסתפק שמא כיוונו לשחוק אף אם הי' מקום להסתפק אין זה נקרא אין עדים על הקדושין שאפי' ביש ספק להעדים אם היו הקדושין קרוב לו או קרוב לה נקרא יש עדים על הקדושין רק שהן קדושי ספק מחמת שמא היה קרוב לה מחמת שאין עדים וכ"ש הכא בהדין דסי' מ"ב ס"ג שאין לנו לבדות מלבנו שמכוונים לשחוק כיון שאומרים בפי' לשון קדושין ואין לנו אמתלא מהמעשה לתלות על שחוק כו' עי' מהריב"ל ח"ג סי' פ"ו שהזכרתי לעיל ואזלינן הכל לחומרא כמו בדינים שבב"ש סי' ל"א ס"ק כ"א משא"כ הכא דאמר בטבעת זו והוא אינו טבעת דעליך הראיה שסברה וקיבלה והרי יש אמתלא מבוארת מהמעשה דלא סברה וקיבלה כלל כו' י"ל דלכ"ע אין לחוש לקדושין הג"ה. ומיהו לקמן בתשובה השניה כתבתי לפקפק ע"ז דיש לחוש שלא הבינה כלל פי' בטבעת זו דהיינו פינגעריל כו' וע"ש עוד מזה. עכ"ה):

ו הא חדא להתירא ועוד י"ל כי אפי' אם היה אומר ה"א מקודשת לי בפינפער זה. י"ל דאין כאן קדושין דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כמו באומר כנסי סלע זו שאני חייב ליכי כו' דה"נ הרי חייב לה ליתן הפינפער בשעת מעשה ואע"ג דהרשב"א בתשו' סי' אלף רכ"ז כ' וז"ל ולא עוד אלא כשנתן לה סלע ולא הזכיר לה פרעון מעיקרא אינה יכולה

לומר אין שקלי ודידי שקלי ואע"פ שהגיע זמן המלוה עכ"ל הכא ה"ל כהזכיר לה א פרעון מעיקרא שהרי קראה בעד החלון ואמר שיש תח"י פינפער טוב אז חזרה הבתולה כו' הרי אמר לה בפירוש שיתן לה תומ"י אוש גאב פינפער טוב ועל אופן זה דוקא נתרצית ליקח השמרים וא"כ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ואע"גב דהתם בגמ' מיירי כשאמר לה בשעת נתינה כנסי סלע זו שאני חייב ליכי. לכך בכה"ג הוא שי"ל דאע"ג שחזר בשעת נתינה ואמר לה התקדשי לי בו יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון דסמוך לזה ממש אמר כנסי סלע זו שאני חייב ליכי כו'. ע"כ יכולה לומר אני סומכת על לשון ראשון אבל הכא שמה שקראה בעד החלון כו' הי' קודם למדידת השמרים ולנתינת הפינפער ובשעת נתינה אמר לה רק הרי את מקודשת לי כו' י"ל דאין לנו להוסיף לומר דגם בכה"ג יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי וע"ד שכ' בתשו' הרשב"א שם מאין לנו להוסיף על חידושו של נחמן כו' אך נראה דדוקא נדון דהרשב"א שם נקרא הוספה כמש"ש מאין לנו להוסיף כו' אלא שהיה חייב לה ושהיא יכולה לתפוס בו מן הדין עכ"ל אבל בנד"ז הרי חייב לה הפינפער ויכולה לתפוס מן הדין פינפער טוב שלו ול"ד למשכון וגם אפי' אם הי' חייב לה ולא אמר תחלה שיתן לה הסלע כעת ע"ז ודאי י"ל ג"כ מאין לנו להוסיף כו' אבל הכא דאמר לה תחלה שיש תח"י פינפער טוב כו' אין זו הוספה דהיא היא דרב נחמן כיון שאנו רואים בנד"ז שהבתולה החזירה השמרים תחלה מחמת שהפינפער היה גרוע א"כ גליא דעתה שאין רצונה ליקח עד שיתנו לה תומ"י פינפער טוב והבעה"ב קראה בעד החלון ואמר שיש תח"י פינפער טוב. ועל סמך זה חזרה א"כ מצדה יש כאן מעשה המורה דמקפדת דוקא ליקח המגיע לה ועדיף מבנדון דרב נחמן דליכא מעשה מהאשה שרצונה דוקא ליקח החוב כו' לכן אף גם אם מצד המקדש עדיף קצת בנדון דרב נחמן י"ל דשקולים הם ויכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון העדיפות שבנדון דרב נחמן מצד המקדש הוא מעט מזעיר שהרי גם בנ"ד קראה בעד החלון כו' ועי' במשנה ג' פ"ב דנזיר מעשה באשה אחת כו' ואמרו חכמים לא נתכוונה זו אלא כו' הרי מפני ההוכחה מבטלין הדבור שאמרה הריני נזירה ממנו שהדין שהיא נזירה ומפני ההוכחה אומרים דלא נתכוונה לנזירות וה"ה כאן איכא הוכחה גדולה ממה שהחזירה השמרים והפינפער שבלא צורה והלכה לה ולא חזרה עד שקראה והבטיחה ליתן לה פינפער טוב שכשקיבלה אח"כ הפינפער ממנו ודאי לאוש גאב קיבלה אותו. ועדיף ממחשבתו ניכרת מתוך מעשיו הנזכר בפ"ק דחולין (דף י"ג) והוה כמחשבה ומעשה דאפי' גבי קטן שם מהני לומר דלשם כן עשה וא"כ אף שהוא אמר לשון קדושין יכולה לומר דידי שקלי כ"ש שטוענת אח"כ שלא הבינה כלל לשון הקדושין. וגם בנד"ז יש עוד מעליותא

מבנדון דרב נחמן דהכא היא שליח מבעלת הבית שלה ששלחתה אחר השמרים וליקח פינפער אוש גאב א"כ מוכרחת לקבל האוש גאב אף ששמעה לשון הקדושין דאימת בעה"ב שלה עליה וסמכה טפי ע"ז שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי מבנדון שבגמ' דהתם היה חייב לה ולא היה לה לקבל כששמעה לשון הקדושין ואף שמגיע לה ממנו תהא מאמינתו כמו שהאמינתו עד הנה משא"כ הכא מאי הוה לה למיעבד ויש להסתייע ג"כ מחזקת שליח עושה שליחותו דה"נ כיוונה לעשות שליחותה של גבירתה לקבל הפינפער לאוש גאב. וגם מהר"מ בתשו' מיימוני דשייכי להלכות אישות סי' ג' נסתייע מחזקת שליח עושה שליחותו בענין קדושין יעו"ש ועי' במל"מ פ"ד מהל' בכורות קודם הלכה ז' דאף דקיי"ל דלא מהני חזקת שליח לקולא היכא דהשליח פתח לומר שהוא רוצה לעשות פעולה אחת אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו ואפי' לקולא. ולפ"ז בנד"ז ג"כ שאימת גבירתה עליה וחזינן דקפדא טובא לקיים צוויה ולא לקחה פינפער רע י"ל דסמכינן יותר על חזקת שליח עושה שליחותו מבשאר שליח שלא ידענו ממנו שזהיר לקיים צווי המשלח וכיון דאפי' התם בעובדא דוורשכי אמרינן יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כ"ש בנד"ז שאינו שלה וגם מעיקרא לא רצתה להאמינו שהרי חזרה השמרים כשלא נתנו לה פינפער טוב כו' ועי' לח"מ פ"ה הי"ב אבל גזלן כו' דאנן סהדי כו' וקרוב לזה י"ל בנ"ד דאנן סהדי כו' שהרי החזירה השמרים תחלה כו':

אך הנה לכאורה אף אם נאמר דנ"ד הוי כהזכיר לה פרעון עדיין י"ל דלא דמי לנדון שבגמ' דאמר לה כנסי סלע זה שאני חייב ליכי משא"כ הכא עכ"פ לא הוה רק כאומר כנסי סלע שאני חייב ליכי שמתחלה אמר לה שיש לו פינפער טוב. ולא אמר פינפער זה ולכן אח"כ כשנתן לה פינפער וא"ל הרי את מקודשת לי כו' י"ל דהוי קדושין ומצינו גבי משכון דחילקו החמ"ח והב"ש בסי' כ"ח ססעי' ג' ס"ק י"א דאע"ג דכ' הרשב"א דבאומר לה הלוני דינר על משכון זה ונתנה לו המעות ואח"כ נתן לה המשכון לשם קדושין הוה ספק קדושין מ"מ אם אמר לה הלוני על משכון סתם ואח"כ נתן לה משכון לשם קדושין אפשר דאין כאן ספק דאפשר דיתן לה משכון אחר לבטחון הלוואה וא"כ שמא כמ"כ גם לענין חוב יש לחלק בין אומר כנסי סלע זה שאני חייב ליכי דאז י"ל אין שקלי ודידי שקלי ולא באומר כנסי סלע שאני חייב ליכי דאפשר א"י לומר דידי שקלי דיתן לה סלע אחר לחוב שלה אך מדברי הב"ש שם ס"ק י"א משמע בהדיא דדוקא גבי משכון חילקו כן אבל גבי חוב אין לחלק אא"כ לא אמר לה כלל כנסי סלע שאני חייב לך וכ"מ ג"כ מלשון רמ"א שם בהגה"ה וכ"ז כשאמר לה כנסי סלע שאני חייב לך כו' ולא כ' סלע זה והחמ"ח והב"ש לא השיגוהו ע"ז כמו שהשיגו עליו גבי משכון וטעמם ונמוקם

עמם דכך משמע ממ"ש הה"מ פ"ה הי"ב בשם הרשב"א וז"ל ומ"מ בשלא הזכיר כלל בתחלה פרעון אלא שהוא חייב לה מנה והגיע זמנו ואמר הרי את מקודשת במנה זו ונטלתו ושתקה מקודשת אע"פ שלא שידך ואע"פ שאמרה לא נתכוונתי להתקדש אלא כדי להפרע מחובי קבלתיו אינה נאמנת עכ"ל והוא מדברי הרשב"א בחידושיו ובתשו' דלעיל הרי משמע דוקא שלא הזכיר כלל בתחלה פרעון אבל כשאמר לה כנסי סלע שאני חייב ליכי אף שלא אמר סלע זה ואח"כ נתן לה סלע ואמר הרי את מקודשת לי בסלע זו אינה מקודשת ויכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי והטעם י"ל משום דגבי משכון כיון דאפילו אמר לה תחלה הלוני דינר על משכון זה ס"ל להרשב"א דקרוב לומר שא"י לומר אין שקלי ודידי שקלי משום דאין יכולה לתופסו מדינא וכמ"ש הרשב"א שם בתשובה שאינו קנוי לה ולא משועבד לה יותר משאר נכסיו ואינה יכולה להכניסו אלא כשאר נכסיו עכ"ל ולכן ס"ל להחמ"ח וב"ש דבלא ייחד לה המשכון אין כאן ספק שאינה יכולה לתפוס משכון זה דהא כתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט ודרכו של איש להוציא פחות שבכלים ובדידי' תליא רחמנא שיתן איזה משכון שירצה א"כ ס"ל דאפשר שאין ספק שא"י לומר אין שקלי ודידי שקלי דאיך הוא דידה כיון שלא ייחדה לה למשכון ונותנו לשם קדושין אבל גבי חוב שחייב ליתן לה סלע ואמר לה שיתן לה סלע לסילוק חובה לכן כשאח"כ נתן לה סלע יכולה לומר דידי שקלי שהרי הוא חייב לה סלע כזה ממש שנתן לה וכמ"ש הרשב"א שם בחידושיו דלענין דינא הדין עמה שאפי' לא הזכיר לה פרעון יכולה לומר דידי שקלי דאילו היה חייב מנה לשמעון ומנה ללוי וא"ל לשמעון הולך מנה זה ללוי שאני חייב לו וקבלתו בשתיקה יכול לומר לו שמעון ללוי אין שקלי ודידי שקלי אבל לענין קדושין דחזקה כל הנשים רוצות להתקדש כל שלא הזכיר לה פרעון מעיקרא לשם קדושין נתכוונה עכ"ל והיינו דוקא כשלא הזכיר לה פרעון כלל משא"כ כשאמר כנסי סלע שאני חייב ליכי הרי הזכיר פרעון יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ועוד דנד"ז עדיף מהזכיר פרעון שהרי היא תבעה הפרעון דוקא והוא הבטיחה שיתן לה הפרעון ולכן י"ל דמעלה זו עדיף מכנסי סלע זו כו' שלא תבעה הפרעון ואעפ"כ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ועי' לקמן בסמוך:

הג"ה ודברי הרשב"א במשכון ג"כ יש להתלמד בהם עפמ"ש דודי הה"ג מוהרי"ל ז"ל בשארית יהודה בתשו' דשייכי לחלק או"ח סי' ז' וז"ל ולענין שעבוד ודאי דמעות קונות לכ"ע שנשתעבד בקבלת המעות בלבד בלי שום קנין דהא למ"ד שעבודא דאורייתא (פב"ת דב"ב קע"ה ב') ה"ט דנשתעבד כמו שנשתעבד הערב מן התו' כו' וע"ש ובתשו' דסי' ט' שזהו מחלוקת הרז"ה פ' כל שעה עם הרמב"ן במלחמות שם בסוגיא (דף ל"א)

נכרי שהלוה את ישראל על חמצו והנה בס' המקנה בקו"א סי' כ"ח ס"ג ד"ה ביקש ממנה שתלוה לו מעות על המשכון כתב וז"ל עי' ברשב"א בתשו' שם דטעמא דכל זמן שלא משך לא קנה המשכון ולא ידענא מנא ליה הא דהא גבי מקח קיי"ל דמדאורייתא מעות קונות ולא משיכה אלא תקנת חז"ל משום שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה כו' וגבי משכון לא שייך האי טעמא דנתן המעות ולא נתן המשכון אין אחריות המשכון על המלוה כו' א"כ מנ"ל דתקנו חכמים בזה מעות אינו קונה עכ"ל והנה בש"ע ח"מ סי' קצ"ח ס"ו י"א דשכירות המטלטלין נקנה בכסף דליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה דכיון שהגוף שלו טרח ומציל עכ"ל והוא ממ"ש הב"י רסי' הנ"ל בשם הר"ן בנמוק"י פ' הזהב וא"כ לפ"ז כ"ש במלוה על המשכון דנקנה לו המשכון לשעבודו אף שהוא עדיין אצל הלוה ויש להעיר עוד מדברי בעה"ת שער מ"ח דין א' בשם הרמב"ן ובש"ע ח"מ סי' ל"ט סי"ז ובש"ך שם וא"כ כיון שי"ל שיש לה שעבוד במשכון זה דוקא וגם הענינים סמוכים זה לזה שהיא מלוה לו הדינר על משכון זה ע"פ בקשתו והיא נותנת לו הדינר והוא נותן לה המשכון א"כ י"ל אין שקלי ודידי שקלי ועוד דאף אם לא קנתה המשכון מ"מ אם לא יתן לה המשכון מחויב להחזיר לה המעות שהלותה לו שהרי לא הלותה לו כ"א על משכון זה ודמיא להא דאמרינן בב"מ פרק האומנין (דע"ט סע"א) אילימא בספינה זו ויין סתם אם נתן אמאי לא יטול נימא הב לי ספינתא ופרש"י הב לי ההוא ספינתא גופא דהא אמרת לי ספינה זו כו' וכ"כ הרי"ף והרא"ש שם דאי מייתי ליה אחריתא אמר ליה לא שקילנא אלא ההיא דאגירנא מינך כו' ובש"ע ח"מ סי' שי"א ס"א שהקפדה גדולה יש בספינה זו כו' וכמ"כ ודאי יש הקפדה בין משכון למשכון ואף אם נאמר דשם גבי ספינה זהו משום שטבעה יינו לכן כל שיש הקפדה לא מחייבין אותו זהו שם שנטבע הספינה (ואינה) [ויינה] ע"כ זה שבעל הספינה יהיה הדין שלא יוכל להביא אחרת הטובה כזו הוא דוקא משום שנטבע יינו אבל בנד"ז שהמשכון שהלותה עליו קיים ביד הלוה י"ל ודאי אם אין רצונו ליתנו לה מחויב להחזיר לה המעות וראיה ממ"ש בגמ' פ' הזהב (דף מ"ה סע"ב) אי אמר ליה מארנקי חדשה יהיבנא לך לא מצי יהיב ליה מארנקי ישנה אע"ג דעדיפא מינייהו וכ"ש הכא גבי משכון שיכולה לומר אין רצוני להלוות רק על משכון זה דוקא מאיזו טעם שיהיה. וא"כ כיון כשלא יתן לה המשכון זה מחויב להחזיר לה הדינר הרי יש לה תביעה על המשכון הזה שמחויב ליתן לה משכון זה דוקא ואם לאו מחויב להחזיר לה הדינר וכיון שאין דעתו להחזיר לה הדינר כ"א שמקיים דברו ונותן לה אותו המשכון כמדובר אף שאומר ג"כ לשון קדושין י"ל שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כסברת השואל שם בהרשב"א ומ"ש הרשב"א וז"ל מ"מ

משכון זה אינו קנוי לה ולא משועבד לה יותר משאר נכסיו ואינה יכולה להכניסו אלא כשאר נכסיו עכ"ל יש להשיב ע"ז דלדעת הש"ע ח"מ סי' קצ"ח ס"ו י"ל שמשועבד לה בודאי ע"י הדינר שהלותה לו עליו דשעבוד מטלטלין נקנה בכסף כמו שכירות מטלטלין אף שכתב כן רק בשם י"א ואין זה ברור לגמרי מ"מ כיון שעכ"פ אם לא יתן לה משכון זה מחויב להחזיר לה הדינר א"כ משכון זה משועבד לה יותר משאר נכסיו ועוד הא אמרינן אטו כולהי נשי דינא גמירי ולכן כיון שי"ל שכסבורה אין שקלי ודידי שקלי אין מקבלתה המשכון ראיה והודאה שהיא מתרצית על קדושין. שהרי י"ל דקבלתה היה בכדי שתהיה בטוחה בהדינר שהלוותה לו שע"מ כן שיתן לה משכון זה הלוותה לו וכל שאין מקבלתה ראיה שדעתה להתקדש לו י"ל דאינו קדושין כמו גבי כנסי סלע זו שאני חייב ליכי כו':

ומ"ש הרשב"א וטעמא דמילתא משום דסתם אשה ניחא לה להתקדש מדר"ל דאמר טב למיתב טן דו כו' אין זה מספיק אא"כ שדיך תחלה הא לאו הכי לא סמכינן ע"ז דהאשה נקנית מדעתה דוקא ותדע דאל"כ התקדשי לי בדינר של כסף ונמצא של זהב ששוה כ"ה דינרי כסף אמאי אינה מקודשת א"ו בעינן דעתה ממש ועי' בחידושי הריטב"א דף י"ג, ע"א) גבי סברה אי שדינא ומיתבדא מיחייבנא בהו ההובא לעיל ובחידושי הרשב"א שם דבעינן דעבדא עובדא דמוכח דניחא לה ועי' עוד בחידושי הרשב"א פ"ק דקדושין דף י"ג א') בד"ה כנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' והוא שהגיע זמנו אבל היה [חייב] לה ולא הגיע זמנו ואמר לה התקדשי לי במנה זו ואשתיקה מקודשת כו' עכ"ל ופי' הגאון מהו' יהונתן ז"ל בספרו בני אהובה פ"ה מה"א הי"ב דמיירי שאמר לה כנסי סלע זה שאני חייב לך וחזר מדבריו ואמר לה התקדשי לי בו דכיון שהוא תוך זמן פרעון ס"ל דחזרתו חזרה ואינה יכולה לומר אדבורך הראשון סמכתי כיון שהוא תוך זמן פרעון ובט"ז ס"ק ה' ובב"ש סס"ק ט' חולקים על דין זה ודין זה י"ל לא גרע מגבי משכון זה אך באמת הבנ"א כ' דאינן חולקים אלא באומר כנסי סלע זה שאני חייב לך והתקדשי לי בו ובזה גם הרשב"א ס"ל כן אבל באומר כנסי סלע זו שאני חייב לך וחזר ואמר לא לשם פרעון אני נותנו לך אלא לשם קדושין יודו דהוי קדושין כיון שהוא תוך זמ"פ וכ"כ בעצ"א ס"ק י' ומ"מ הדין דמשכון זה צ"ע כאשר בהסמ"ק הניחו בצ"ע:

קיצור דינו דהרשב"א סי' אל"ף רכ"ז צ"ע דין בחוב כשהוא תוך זמ"פ אם אמר כנסי סלע זו שאני חייב ליכי וחזר ואמר לא לשם פרעון אני נותנו לך אלא התקדשי לי בו י"ל אפי' קיבלתו בשתיקה מקודשת עכ"ה) ומ"מ לפמ"ש הרשב"א בתשו' שם ובחידושיו דלבה"ג ורש"י והרמב"ם י"ל שאף כשאמר כנסי סלע זה שאני חייב ליכי וחזר ואמר לה

לא לפרעון אלא לקדושין אפי' קיבלתו בשתיקה אפ"ל דמקודשת ובחי' הניח זה בצ"ע והביאו הה"מ פ"ה הי"ב והרמ"א הביאו ג"כ ס"ג בשם י"א ועחמ"ח וב"ש שם ובעצ"א סס"ק ח' וא"כ היכא שלא אמר תחלה כנסי סלע זה רק סתם שיתן לה סלע כנ"ד אז אפי' בשעת נתינה לא אמר לא לפרעון אלא לקדושין כ"א שאמר לשון קדושין לבד ה"ל כמו גבי כנסי סלע זה שאני חייב ליכי ואמר אח"כ לא לפרעון כו' דהכא נתינה סתם לקדושין ה"ל כמפרש דהתם לא לפרעון כו' דהתם כשלא פי' לא לפרעון דעתו שתתקדש ושתהיה נפרעת משא"כ הכא כשלא אמר תחלה כנסי סלע זה א"כ כשנתן לה אח"כ סלע לקדושין ודאי אין הפי' שתהיה נפרעת ג"כ ומיהו אין זה מוכרח דהא הרמב"ם פ"ה הי"ב וכן בש"ע סכ"ח ס"ג לא הזכירו לשון כנסי סלע זה שאני חייב ליכי כ"א החזיר לה חוב ואעפ"כ כ' באומר לה ה"א מקודשת וכו' יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי (ולהרשב"א היינו כיון שלא אמר לא לפרעון כו'). א"כ נד"ז נמי שמובן מהענין שמחזיר לה אוש גאב אע"פ שאמר לשון קדושין אינה מקודשת כיון שלא אמר לא לפרעון כו' ועוד דהא מבואר בחה"ר דאף גם לשטת בה"ג ורש"י והרמב"ם הוא צ"ע דבאמת אף כשאמר לא לפרעון אמאי ניזיל בתר דעתיה כיון דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כו' ולשא"פ י"ל ודאי אינה מקודשת ונד"ז שלא אמר בפירוש לא לפרעון כו' י"ל שאין לחוש ועוד דנד"ז הרי בשעת קדושין אמר בטבעת זו א"כ אדרבה מוכח דלא חזר בו מנתינת הפינפער לאוש גאב דהא לא אמר שמקדשה בהפינפער כ"א בטבעת כו' ואע"ג דאין כאן טבעת י"ל דבאמת לשחוק כיון כו' ולכן עכ"פ לא דמי למ"ש הרשב"א כשחזר ואמר לא לפרעון אלא לקדושין בסלע זה משא"כ הכא שאמר בטבעת זו ועוי"ל דנ"ד שאני דאיכא הוכחה טובא דלשם אוש גאב קבילתיה שהרי ראינו שמתחלה כשלא היה לו אוש גאב טוב החזירה השמרים א"כ קפדה ליקח אוש גאב דאימת גבירתה עליה והיכא דאיכא הוכחה ודאי אפי' לא אמר כלל כנסי סלע זה שאני חייב ליכי אינה מקודשת וכמ"ש הלח"מ פ"ה הי"ב ליישב הא דגבי חטף סלע מידה אינה מקודשת אף שלא אמר תחלה כנסי סלע זה דגבי גזל אע"ג דנתנו לה סתם אנן סהדי דהיא קיבלה בחזרת הגזל שלה כו' ע"ש ועי' ב"ש סי' כ"ח סק"ז מיהו יש לומר הטעם בע"א דבלא"ה לא דמי כ"כ חטף סלע מידה לחוב. דגבי חוב הרי הסלע הוא שלו ממש ויש במה שתתקדש רק החסרון משום דאין כאן ראי' שנתרצית לקדושין כיון שחייב לה ויכולה לתפוס סלע זה מן הדין ומ"מ כיון שהוא עדיין שלו ואומר שנותנו לקדושין והיא מקבלתו אין תולין דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אא"כ אמר לה תחלה כנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' דאל"כ ליכא הוכחה לבטל הקדושין שמקדשה בסלע שלו והיא מקבלת. משא"כ גבי חטף סלע מידה

שמקדשה באותו סלע שחטף ממנה שהוא שלה וע"י מה יחולו הקדושין הא לא נתן לה מאומה. א"כ כל דליכא הוכחה להיפך דאחילתי' הסלע כמו בשדיך אינה מקודשת ע"כ אף אם לא אמר תחלה כנסי סלע זו שחטפתי ממך אינה מקודשת ול"ד לחוב כנ"ל מיהו אם נאמר דחטף סלע מידה מיירי שקידשה לאו דוקא בסלע זה שחטף מידה אז בטל חילוק זה אך בגמ' (דף נ"ב סע"א) איתא שחטף סלע מידה וקידשה בו ומ"מ י"ל ה"ה שקידשה בסלע אחר ועוד דאפשר גם לר' שמעון דס"ל סתם גזילה יאוש בעלים מודה בחטף סלע מידה וקידשה בו דאינה מקודשת משום דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי וא"כ צריכין אנו לחילוקו של הלח"מ אלא שאין ראיה ע"ז דר"ש מודה בדין זה וגם אין ראי' דמיירי בסלע אחר ולפ"ז אין מוכרחים ד' הלח"מ ומ"מ בנד"ז דאיכא הוכחה טובא דמקפדת ליקח האוש גאב וגם קראה תחלה בעד החלון ואמר שיתן לה פינפער טוב אף שלא אמר תחלה פינפער זה מ"מ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ואף אם אין כל היתר מהנך שני היתרים מספיק בפ"ע מ"מ בהצמדם יחד נראה דודאי יש להתיר דכיון שאמר בטבעת זו והרי הוא פינפער דפחות הרבה מדמי טבעת אין לדון שנתקדשה רק משום דכיון דפשטה ידה וקבלה סברה וקיבלה כמ"ש הרשב"א מהא דקדושין (דף ח' סע"א) ובנד"ז הרי קרוב הדבר שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי וא"כ מנלן דסברה וקיבלה כו':

קיצור מתשובה הנ"ל מ"ש הרשב"א גבי התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש שאם ראתה שהוא של דבש י"ל דהוי מקודשת משמע ברבינו ירוחם שי"ח ע"ז ובעצי ארזים הביא ראיה לדבריהם ומיהו בספר המקנה הביא ראי' להרשב"א מדברי ר' שמעון שבמשנה גם לכאורה הרמ"ה דכתב כיון ששמע הבעל ושתק נתבטל התנאי משמע דלא ס"ל כהרשב"א דהא ס"ל דלאו בדידה לחוד תליא והיינו משום דאמירה דהבעל גרוע ומאי מהני הא דסברה וקיבלה:

ולכאורה יש ראי' לזה מהגמ' (ד"נ) כיון דאתניה כו' ואף שמסתמא התנאי לטובת האשה מ"מ אם לא נתקיים אע"פ דהיא סברה וקיבלה בטל המעשה כדמוכח בב"ב (דף ע"ז) ובב"י בח"מ סי' רמ"א סי"א וסי' רמ"ג ס"ח ויש לחלק דדוקא בע"מ שאני כהן וכה"ג אבל הכא שאמר בכוס זה של יין ושניהם רואים שהוא של דבש לא גרע מתנאי שא"א לקיימו דהתנאי בטל והמעשה קיים ומיהו ז"א כיון שלא בדרך תנאי אמר כן אין לקיים המעשה מחמת דה"ל כתנאי שא"א לקיימו דמ"מ י"ל שלא עשה המעשה עי' רמב"ם פ"ט מה"ג הל' ו':

מיהו לא דמי דהתם בהרמב"ם י"ל שעדיין לא חל המעשה כלל אבל הכא הרי עשה המעשה קדושין וכוס זה מצד עצמו די שתתקדש בו א"כ מפני שעירב דבר שוא לא תתבטל המעשה כיון שלא התנה וא"כ י"ל הרמ"ה דכ' דינו גבי תנאי לא פליג כלל על הרשב"א וכן מוכח מהטור ואין להקשות על הרשב"א מהריני נזיר מן הגרוגרות ומערך כלי דשאני התם דנזירות בגרוגרות ליכא אבל הכא קדושין שייכי ע"י דבש כמו ע"י יין וא"כ המעשה אינו לבטלה רק בהדבור סותר קצתו את קצתו אם כן אנו אומרים שהדבר הבטל היינו מה שבאמת נראה לעין שהוא שוא ושקר ועי' בב"י בח"מ סי' מ"ב סי"ח וכיון דדבריו סותרים זא"ז כו' ובתשו' ח"ץ סמ"ד והמאמר ההוא לאין יחשב כו':

ואף שנת' ליישב דעת הרשב"א עכ"ז הראיות שהביא יש ליישב דלק"מ להחולקים ע"ז ויש להקשות על הרשב"א מדידי' אדידיה היינו מהדין הנז' בש"ע סי' מ"ב ס"ג וצריך לחלק דהתם ידוע יותר שהמקדש בלא עדים לאו כלום הוא לכך יכולה לומר דלשחוק כיוונה ולכן אף אם היא מודה דלקדושין כיוונה לאו כלום הוא לפ"ד הח"מ והב"ש שם משא"כ הכא משום שאמר של יין והוא דבש אינו פשוט כ"כ דלא הוי קדושין כיון דסברה וקבלה לכך לא יכלה לומר לשחוק כיוונה מיהו לפ"ד מהרמ"פ דגם שם דוקא בטוענת דלשחוק כיוונה לא הוה קדושין ולא במודה וכ"ד הראב"ד הובא בש"ג פז"ב לפ"ז אפשר שגם בנד"ז דשל יין והרי הוא דבש אם טוענת דלשחוק כיונה לא אמר הרשב"א דמקודשת גם יש להעיר מנתן הוא ואמרה היא דספיקא הוה וחיישינן מדרבנן וה"נ אע"ג דאמר הוא כיון שאמר של יין והוא דבש י"ל דה"ל כאמרה היא כו':

ומ"מ למעשה יש לדון בדינו דהרשב"א דהוי ס"ק מדאוריי' לכה"פ וא"א להקל מהטענה שלה לשחוק כיוונה אך בנ"ד יש להקל דהא כל טענת הרשב"א משום דודאי סברה וקיבלה ובנ"ד קרוב הדבר להפך שלא נתכוונה רק לקבל אוש גאב המגיע לה. ואף אם הוא ספק עכ"פ דלא סברה וקיבלה יש להקל כיון שאמר בטבעת זו והוא פינפער עליך הראיה שסברה וקיבלה והרי אם בשעת מעשה לא ראתה שהוא פינפער אין בכאן חשש קדושין כלל אף אם לא היה מגיע לה פינפער משום דילמא לא סברה וקיבלה א"כ הכא דמגיע לה פינפער והיא בע"ח דוחק לגבות הפינפער וא"כ אף כשראתה שהוא פינפער ה"ל כמו לא ראתה דהא גם כשראתה י"ל יותר שלא סברה וקיבלה לקדושין כלל כ"א לגבות הפינפער שהיא מוכרחת לגבותו ולקבלו קושיא על דין הנ"ל דסי' מ"ב ס"ג מהדינים שבב"ש סי' ל"א ס"ק כ"א שהוא גמרות מפורשות וישוב קצת ע"ז:

עוד צד להתיר דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון שחייב לה אוש גאב והזכיר שיתן לה ואע"ג דלא אמר בשעת נתינה ממש כנסי סלע זה שאני חייב ליכי כ"א מקודם

כשקראה בעד החלון נגד זה איכא עדיפות מצידה דעשתה מעשה והחזירה השמרים והלכה לה ולא חזרה עד שהבטיחה ליתן לה פינפער טוב א"כ מוכח דאדעתא דהכי דייקא קיבלה הפינפער ועדיף ממחשבתו ניכרת מתוך מעשיו וגם אימת גבירתה עלה ובודאי לאוש גאב שקלה:

לכאורה יש כאן עוד חסרון דגם כשקראה לא אמר כנסי סלע זה רק כנסי סלע וגבי משכון חילקו בין משכון זה למשכון (בלא זה). מיהו מוכח מהרשב"א והה"מ ורמ"א וחמ"ח וב"ש דגבי חוב אין חילוק ויש טעם לחלק בין חוב למשכון לענין זה מיהו לפמ"ש בחה"ר בשם בה"ג רש"י ורמב"ם יש לחוש קצת מיהו אינו מוכרח ועוד היכא דאיכא הוכחה כ"ע מודו והכא איכא הוכחה דלאוש גאב קבילתיה כנ"ל:

סימן קו

עיין בש"ע ח"מ סי' רל"ב ס"ג בהגה"ה מכר לו כלי של עץ ואמר לו שהוא של זהב הואיל והלוקח חזי ליה מצי אמר ליה דטוב כשל זהב אמרתי והוא מהנמוק"י פ' בית כור גבי עובדא דרב פפא בגמ' (דף ק"ו). והנה הנ"י שם כ' אבל גבי פרדס אמרי' דבעינן דמתקרי פרדס ואע"ג דקאי בגויה דהוי כעין פרדס זה והוא ענין הנזכר בב"מ ר"פ המקבל (דף ק"ד ע"א) ובב"ב (דף ז' ע"א) והוא דמתקרי פרדס אך לכאורה בגמ' אין הכרח דמיירי דקאי בגויה מיהו התוס' בב"ב שם ד"ה והוא דקרו כתבו בהדיא כן ואפילו אם רואה בשעת מכירה שאין שם בית כור יכול לומר סבור הייתי שהיה משלים לי בית כור וצ"ל הא דבעובדא דרב פפא לא אמרי' שיכול לומר סבור הייתי שישלים לי היינו משום דאמר ליה בסימניו ומצריו והנה הנ"י כ' וטעמא דשני התם דמצי אמר לוקח הייתי סבור כי אמר לי פרדס דבעי למימר שיעשה שם פרדס וזה כעין מ"ש התוס' הנ"ל סבור הייתי שישלים לי כו' משא"כ גבי מכר לו כלי עץ ואמר לו שהוא של זהב לא שייך לומר כן כי איך יעשה אותו שיהיה כוס של זהב עכ"פ מובן מזה היכא שאפשר לנתקו לענין הלשון שהזכיר יכול הלוקח לומר סבור הייתי כו' וכמו שפי' בחי' אנשי שם שם. וא"כ לפ"ז בנ"ד שנתן לה פינפער וא"ל התקדשי לי בטבעת זו אע"ג שראתה שהוא פינפער י"ל כסבורה הייתי שישלים עד שיוכלו לקנות טבעת קדושין הנהוג וה"ל כדין התקדשי לי במנה ונתן לה דינר דמקודשת וישלים וכ' הב"ש בסי' כ"ט ס"ק י"ב דאם לא נתן השאר בטלים הקדושין כו' ע"ש ועוד כיון דמהני טענה דלוקח סבור הייתי שישלים לי כמ"ש התוס' או מ"ש הנ"י שיעשה שם פרדס. ה"ה י"ל דמהני הטענה דקבלתי לאוש גאב כו'

דמאיזו טעם מהני טענות הנ"ל היינו מאחר שאמר בית כור ופרדס. ה"נ י"ל מאחר שאמר בטבעת זו וראיתי שאינו טבעת ע"כ ודאי שחוק הוא וקבלתי על אוש גאב כו'

סימן קז

עוד תשו' על הנ"ל:

א הרב האוסר מי הכריחה לקבל בשתיקה כהודאה היה לה לומר תן לי מה שאתה חייב לי ודמי למי שבקש ממנה שתלוה לו מעות על משכון כו' הרי אע"פ שהיתה מוכרחת לקבל המשכון כיון דבכך הוי התנאי אעפ"כ כיון דקבלתה בשתיקה הוי קידושין עכ"ל הנה מ"ש הי' לה לומר קושיא כזו מבואר בהראשונים גבי סברה אי שדינא להו מחייבנא בהו (דף י"ג ע"א) שמבואר בחידושי הריטב"א שם הקשה הראב"ד אי משום הא הוא דלא שדיתינהו תשדינהו ולימא לי' שקול פקדונך דהשתא לא מחייבא בהו כו' ותירצו דהכא אין אנו באין לדון אלא על שתיקתה ועכוב המעות אם היא הודאה שמודה בקדושין או לאו כו' ואיהי לא בעיא למיטען בהדיה ולא למימר איני רוצה בקדושין ולא לומר לו טול את שלך אי משום כסופא וצניעותא אי משום דמאוס לה דבוריה עכ"ל וא"כ כמ"כ י"ל הכא דמה שלא השיבה לו זהו משום כסופא וצניעותא או משום דמאיס לה דבורו והרשב"א שם תירץ בענין אחר וז"ל סברה אי שדינא להו מתבדי ומחייבנא בהו וא"ת לימא ליה לא י"ל דלא איכפת לה כיון דלאו מידי קא עבדה דמוכח דניחא לה וכן פרש"י והא דלא מחאי משום דלא איכפת עכ"ל והנה מ"ש דלא קא עבדה מעשה צריך פירוש דהא י"ל דהאחיזה שאוחזת המעות ואינה משלכת אותם חשיב מעשה לדעת רב אשי במכות פ"ג (דף כ"א ע"ב) דאומר אפי' לא שהה אלא כדי לפשוט וללבוש חייב וכמ"ש במ"א [בסי' ד'] וצ"ל דכוונתו שאינו מעשה גמור המורה בקום עשה שרצונה להתקדש לכן אינה מחוייבת לומר לו לא א"כ גם בנד"ז כיון שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אין קבלתה מעשה המורה על שרצונה להתקדש ולכן אינה מחוייבת כלל להשיב לו לא (קיצור. מ"ש הי' לה לומר כבר כתבו הרשב"א והריטב"א דאין מחייבין אותה שתאמר לו לא וסגי במה דאין ממנה הודאה על קדושין משום דלא עבדה מעשה גמור וה"ה בדעבדה מעשה כשהמעשה אינה הודאה על קדושין משום שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי):

ומ"ש ודמי למי שביקש ממנה שתלוה לו מעות על משכון הרי גבי משכון ג"כ אין הטעם משום שלא טענה עמו אלא משום דס"ל להרשב"א דמשכון זה עצמו אינו קנוי לה ולא משועבד לה יותר משאר נכסיו כו' ומדמה זה לאילו הי' חייב לאשה מנה והגיע זמנה של

מלוה ונתן לה כלי ואמר לה התקדשי לי בזו משא"כ הכא שחייב ליתן לה פינפער טוב ובזה הם עסוקים א"כ מטבע פינפער שצריך ליתנו לה תומ"י בדוקא ונתנו לה ודאי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי. ואין כאן שום הודאה על קדושין אף אם הי' אומר לה הרי את מקודשת לי בפינפער זה וא"צ כלל לטעון עמו כיון שי"ל דלא מידי עבדה דקבלתה הפינפער היא צריכה לקבל המגיע לה ומוכרחת לקבל גם י"ל דנד"ז עדיף מכנסי סלע זה שאני חייב ליכי דהתם היא לא התחילה כלל לתבוע ממנו הסלע רק הוא התחיל כנסי כו' ואעפ"כ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אבל הכא היא הקפידה מאד על הפינפער אוש גאב והחזירה השמרים כשהפינפער לא הי' טוב ולא חזרה ליקח השמרים אלא בשביל שהבטיחה שיתן פינפער טוב וכיון שהיא התחילה לתבוע ולבקש הפינפער אוש גאב יש סברא דאף אם תבעה דבר משלו בתורת מתנה ונתן לה והזכיר לשון קדושין אין חשש משום דאדעתא דמעיקרא קבלה כמו שהיתה מבקשת שלא בתורת קדושין כן קיבלה ולשיטתה אזלא כ"כ התוס' פ"ק דקדושין (דף ט' ע"א) בד"ה הב אשקי ושדי:

וע"ש בהר"ן מ"ש ואיכא מ"ד דטעמא דמילתא משום דאדבורא קמא קא סמכא ועי' בש"ע סי' כ"ט ס"ט אם אמרה הן כו' ובב"ש שם ס"ק כ"ג אבל שתיקה לא מהני כאן כיון דשאלה בתחלה שלא לשם קדושין והוא אמר בדרך שאלה כ"כ בד"מ וב"ח עכ"ל וזהו שם שהחפץ שלו ולכן שם י"ל אם אמר שלא בדרך שאלה הוי קדושין ולא סמכינן ע"ז לבד שביקשה תחלה החפץ שלא ע"ד קדושין כלל לומר דעל דעת הראשונה עושה כיון שאמר לשון מוחלט דקדושין לא סמכינן ע"ז אבל בנד"ז שחייב לה הפינפער ויכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ודאי יש לצרף זה לסיוע גדול מה שהיא תבעה בתחלה הפינפער טוב מה גם קצת י"ל דהכא שהלשון קדושין בטבעת זו גרוע שהרי הוא פינפער ה"ל כמו שלא אמר לשון קדושין בהחלט גם לפ"ד הב"י שהביא הב"ש שם ולפ"ד הט"ז שם עכ"פ מה שהתחילה היא הדבר לבקש שלא ע"ד קדושין זהו אחד מהעמודים דלא חיישינן לקדושין אף בחפץ שלו א"כ בענין שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי מצטרף ענין זה להגדיל כח ההיתר:

קיצור. מה שרצה חכם א' ללמוד נד"ז מדין שביקש ממנה שתלוה לו מעות על משכון לא דמי כלל דהתם ס"ל להרשב"א דמשכון זה דומה לשאר כלי שאין להאשה תביעה עליו יותר משאר נכסים אבל הכא שנתן לה פינפער זהו שמגיע לה ושמחוייב ליתן לה עוד י"ל שיש כאן עוד. טעם דעדיף אף מכנסי סלע זו שאני חייב ליכי והיינו משום דהכא היא התחילה בתביעת הפינפער אוש גאב והיכא דהיא התחילה לבקש אף חפץ שלו ס"ל להתוס' דף ט' ע"א (שעם עוד ב' טענות מספיק) להקל לומר שעל דעת דיבורה

הראשון מקבלת ולא ע"ד קדושין א"כ בענין שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ודאי יש לצרף זה ג"כ:

והנה בענין ההיתר הראשון שכתבתי בתשובתי הראשונה משום שאמר בטבעת זו והרי הוא פינפער ולא טבעת יש לחוש שלא ידעה ולא הבינה כלל ל' בטבעת זו דהיינו דוקא טבעת עד שנאמר לדון בו דין התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש מאחר שקרוב הדבר שלא הבינה כלל שטבעת קאמר וא"ת א"כ נימא שלא הבינה כלל שמקדשה כמו שאומרת. ע"ז י"ל דלשון הרי את מקודשת לי ודאי כל הנשים מבינות אבל פי' בטבעת זו יותר י"ל שאין מבינות וא"כ י"ל שיש לדון בזה כאלו אמר סתם התקדשי לי בזה ונתן לה הפינפער דלא מהני הטענה דיכולה לומר דלא סברה וקיבלה כלל לקדושין רק לאוש גאב את"ל דלא דמי לכנסי סלע זו שאני חייב ליכי כו' כדלקמן מיהו בתשו' הרשב"א סי' אלף קפ"ו משמע דאע"ג שלא הבינה מה שאמר בטבעת זו עכ"ז הקדושין בטילים אא"כ ידעינן דסברה וקיבלה בשעת קדושין להתקדש לו במה שקידשה דייקא שהרי כ' וז"ל ולעיקר הדין ששאלת במי שמקדש בכוס ואמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו אם היא לא ידעה בו כגון שפשטה ידה ועיניה מכוסות ואמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו שורת הדין אינה מקודשת שטעות היא זו ואפי' הטעה לשבח ואין אומרים בכיוצא בזה לא ידעה ולא הבינה דמ"מ הרי הטעה אותה עכ"ל הצריך לענייננו משמע מלשונו דאע"ג שלא ידעה ולא הבינה שאמר לה בטבעת זו אינה מקודשת כיון שמ"מ הטעה אותה אא"כ ידעה בודאי שאין זה טבעת ואעפ"כ פשטה ידה וקבלתו כו' ע"ש וא"כ ה"ה בנד"ז אף את"ל שלא ידעה ולא הבינה מהו טבעת מ"מ כיון שהטעה אותה באמרו בטבעת זו אינה מקודשת אא"כ פשטה ידה לקדושין וכל שי"ל דלא סברה וקיבלה כלל לקדושין עדיף מפשטה ידה לקדושין רק שעיניה מכוסות כו' מיהו לכאורה אין טעם לזה דאם ודאי לא ידעה ולא הבינה מהו טבעת דקאמר מדוע יגרע זה מאם ראתה היא במה מקדשה דמקודשת לפי שהרי ידעה היא שאין זה טבעת ואפ"ה פשטה ידה וקבלתו וסברה וקיבלה לשם קדושין וה"ה והוא הטעם כשלא הבינה כלל דר"ל טבעת דוקא רק הבינה לשון הרי את מקודשת לי וכו' א"כ סברה וקיבלה לשם קידושין וצ"ל דמ"מ בהטעה גרע טפי ולפ"ז בנ"ד שלא הטעה י"ל דאין להקל אם ודאי לא ידעה ולא הבינה דטבעת היינו פינגעריל דהא כיון דלא הטעה ופשטה ידה וקיבלתו ה"ל קדושין מעליא ומה שי"ל דילמא לא סברה וקיבלה כלל לקדושין רק לאוש גאב זהו טענה אחרת ולא מהני אא"כ דומה ממש לדין כנסי סלע זו שאני חייב ליכי כו' אבל מצד טענה שאמר בטבעת והרי הוא פינפער אין להקל:

(מ"ש האוסר מי הכריחה לקבל כו' אינה טענה כיון דבעינן שתהי' סברה וקיבלה ובנד"ז י"ל דלא סברה וקיבלה כלל ומה שקיבלה רק לאוש גאב ובפרט שי"ל דאדיבורה קמא דידה קא סמכא ואוחזת א"ע בדיעה אחת מתחלתה עד סופה רק בענין היתר הראשון דאומרו בטבעת זו והרי אינו טבעת יש להחמיר דקרוב שלא ידעה ולא הבינה כלל ענין דטבעת היינו פינגעריל וא"כ ה"ל כאומר התקדשי לי בזה דלא מהני הא דיכולה לומר דידי שקלי אא"כ הוא דוגמת מ"ש בגמ' גבי כנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' ואף שמתשו' הרשב"א נראה שאין אומרים בכיוצא בזה לא ידעה ולא הבינה דמ"מ הטעה אותה היינו בהטעה דוקא משא"כ הכא):

ג ומיהו כיון שטוענת שלא הבינה כלל מה שהוא אומר אע"ג דהב"י סי' כ"ז כתב דבלשון הרי את מקודשת לי לא מהימנא לומר שלא הבינה דהא ודאי כ"ע ידעי דלשון קדושין הן הנה בתשו' מיימוני דשייכי לה' אישות סי' ג' מצאתי לכאורה שחולק ע"ז שהרי כ' וז"ל ועוד אפי' הוא נתכוין לקדשה במה שאמר הרי את מקודשת לי נישיילה לדידה אם היא נתרצית להתקדש לו אם לאו ואם אמרה דלא נתרצית והאי דשתקה משום דלא ידעה מאי קאמר כי לא הבינה לשון הקדש מהימנא דעד אחד נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא והכא ודאי לא אתחזק איסורא דלא אתחזק מעולם שנתרצית לו עכ"ל הרי בהדיא דמהימנא לגמרי לומר שלא הבינה לשון הקדש אף בלשון ה"א מקודשת לי וזה לכאורה כדעת הב"ש שם סי' כ"ז סק"ה דכ' אפי' אם אמר ה"א מקודשת צריך לידע שהיא מבין שהוא לשון קדושין דלאו כל הנשים מבינים לשון הקדש וכ"כ ב"ח ולא כב"י עכ"ל. ואדרבה ההיא דמהר"מ עדיפא דאלו להב"ש וב"ח אם אמרה דלא הבינה הוי ספק קדושין משא"כ למהר"מ נאמנת לומר שלא הבינה משום דע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא ובאמת שיש חולקים וס"ל דע"א אינו נאמן בדבר שבערוה אע"ג דלא אתחזק איסורא כמ"ש הרמב"ן ריש גיטין. והנה בחי' הרשב"א והריטב"א מבואר בהדיא לחלק בין לשון הרי את מקודשת לשאר לשונות אף שהן לשון קדושין ודאין וזה כהב"י דלא כהב"ח וז"ל הרשב"א אבל ודאי היכא דקאמר לה בלישנא דידעי לה נשי כגון הרי את מקודשת לי דכולהו נשי ידעי ליה מקודשת דהא ידעה מאי קאמר וגמרה ומיקדשא עכ"ל. וז"ל הריטב"א מיהו היינו לדידהו אבל השתא לדידן דלא בקיאין נשי בלישנא דהני ואינם יודעות לספר בלשון הקדש כל היכא שאין מדבר עמה על עסקי קדושיה ואמר לה אפי' מהנהו לישני דתניא בהו מקודשת לא חיישינן לה דאיהי לא ידעה מאי קאמר אבל במדבר עמה על עסקי קדושיה הא ידעה דלקדושין קאמר לה וכיון דהוו לישני דקדושין ה"ז מקודשת גמורה ובאומר הרי את מקודשת לי ה"ז לשון ברור ומובהק

וחזקה הוא דידעה ואפי' בשאין מדבר עמה על עסקי קדושיה חוששין לה שידעה והוי מקודשת וזו שטת גדולי רבותינו ז"ל והיא הנכונה בעיני עכ"ל וכן פסק הבית מאיר רסי' כ"ז כהב"י וכ"ד העצי ארזים שם סק"ה אך כולם לא הביאו דברי מהר"ם בתשו' מיי' הנ"ל שנראה מדבריו להפך ועי' תשו' מהר"ם לובלין ססי' קל"ט ונראה לתרץ דמהר"מ אין ר"ל שנאמנת לומר שלא הבינה כלל שזהו ענין קדושין אלא דר"ל שלא הבינה תיבת לי דהפי' שמקדשה השליח לעצמו כי אינה מבינה לה"ק להבין פי' כל תיבה בפרט אבל מ"מ ודאי דרך כלל יודעת דהרי את מקודשת לי זהו לשון הנהוג לומר כשמקדש האיש את אשתו ולכן אינה נאמנת לומר שלא הבינה ומשמע שאינה נאמנת אפי' לעשות ספק קדושין ומ"ש הריטב"א חוששין לה שידעה י"ל דאין ר"ל דהוי ספק ממש כ"א שמחמת חששא זו עשאוה לחומרא כודאי מקודשת כדסיים והוי מקודשת רק דמ"מ נקרא רק חוששין והיינו כמ"ש החמ"ח סק"א דלחומרא נאמנת לענין זה אם קדשה שני שצריכה גט גם משני דהא שויתה נפשה פנויה לגבי ראשון לפי דבריה עכ"ל והנה מלשון החמ"ח משמע שאינה נאמנת לחומרא רק משום דשויתה נפשה חד"א כו' וזה צ"ע דהניחא לעלמא שאם יגרשה ראשון אינה מותרת לעלמא עד שיגרשה ג"כ שני דהא שויתה נפשה חד"א לעלמא משא"כ לגבי ראשון עצמו אם רוצה לקיימה אמאי צריכה גט משני הא בכה"ג לא מהני טעמא דחד"א כיון דמשועבדת לו לאו כל כמינה להפקיע א"ע מבעלה כמו בדביתהו דר' חייא קדושין (י"ב) ובש"ע אה"ע סי' מ"ח ס"ז וצ"ע אלא אפשר דלחומרא חוששין לדבריה אבל להקל לעשותו ס"ק ממש שיצטרף אם יש עוד ספיקות לסמוך ע"ז להקל לדעת הפוסקי' המקילים בשני או בשלשה ספיקות ודאי אין מצטרף כלל ועי' בס' המקנה סי' כ"ז סעי' ב' ומ"מ בנד"ז שיש לה מיגו דאי בעי אמרה שהבינה ג"כ שאומר בטבעת זו דהיינו פינגעריל וא"כ הקדושין בטלים מהאי טעמא דכיון שאמר בטבעת זו ואין כאן טבעת קיבלה הפינפער לאוש גאב לכך י"ל כי אומרת ג"כ שלא הבינה כלל שזהו ענין קדושין י"ל דמהימנא כי זהו מיגו טוב [צע"ק]. יען שמלבד המיגו הוי קצת כמו ממ"נ שי"ל או שלא הבינה כלל או שהבינה ג"כ מ"ש בטבעת זו ומדוע נתפוס החבל בשני ראשין לומר שהבינה שזהו ענין קדושין ולא הבינה מ"ש בטבעת זו הגם שיש סברא לומר כן וכנ"ל בפי' תשו' מהר"מ מ"מ אין זה מוכרח כ"כ כי הנה מאיזו טעם אמרינן דהרי את מקודשת הוא חזקה שהנשים יודעות ומבינות היינו רק מפני שהמנהג הפשוט בכל חופה וקדושין לומר לשון זה הרי את מקודשת לי ומש"ה אמרינן דכ"ע ידעי דלשון קדושין הן וא"כ הרי המנהג הפשוט שאומר ג"כ בטבעת זו דהיינו שמקדשין בטבעת וזה ידוע ודאי יותר לכל הנשים ענין טבעת קדושין וא"כ אפשר לומר ג"כ דכ"ע ידעי

פי' בטבעת זו דהיינו הפינגעריל שנק' טבעת קדושין כמו שיודעות דהרי את מקודשת הוא לשון קדושין ולכן גם בלאו המיגו אפשר אין לחוש להחמיר כ"כ דהיינו גם אם נחזיק שהבינה שזהו לשון קדושין י"ל שאין לחוש לבדות מלבנו שלא הבינה דבטבעת זו היינו טבעת קדושין אלא דמ"מ אין לסמוך ע"ז כ"כ וכמ"ש לעיל לחוש לזה שמא לא הבינה מהו טבעת. אך י"ל דע"ז מהני המגו להאמינה שלא הבינה כלל שזהו ענין קדושין אך בספר המקנה שם כ' שי"ל דלא אמרינן מגו במקום חזקה אך לפמש"ש בשם הש"ך דאין כל החזקות שוות ולכן בנד"ז שהיא בתולה הגם שהיא יותר מי"ג שנה אפשר אין החזקה עצומה כ"כ שבודאי ידעה וכדמשמע מלשון החמ"ח שכ' וכל אשה חכמת לב יודע' שזה לשון קדושין כו' ועוד שהיתה טרודה בענין לעשות שליחות גבירתה ליקח השמרים ולקבל האוש גאב י"ל שלא נתנה לב כלל לפטומי מילין אשר דבר לה בעת נתינת האוש גאב כו'. ועוד דמיגו במקום חזקה הוא בעיא דלא איפשטא וא"כ עכ"פ הוי ספק גמור שמא לא הבינה כלל שזהו ענין לשון קדושין והספק השני אף את"ל שהבינה שמא הבינה ג"כ פי' בטבעת זו דאז ג"כ הקדושין בטלים והספק השלישי דאף אם הבינה ג"כ פי' בטבעת זו שמא מ"מ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי היינו אף את"ל דלא דמי ממש לכנסי סלע זה שאני חייב ליכי מ"מ מידי ספיקא לא נפקא כיון שהזכיר פרעון האוש גאב שהרי אפי' גבי הלוני דינר על משכון כ' רמ"א דהוי ספק קדושין אע"ג דהחמ"ח והב"ש השיגו עליו דהיינו דוקא באומר משכון זה מ"מ כנסי סלע דהחזרת חוב אפי' בלא סלע זה פשיטא דעדיף ממשכון זה ולכן בכה"ג פשיטא דספק גמור הויא:

(מה שטוענת שלא הבינה שזהו לשון קדושין להב"י אינה נאמנת ולהב"ח י"ל דהוי ס"ק ולכאורה ראי' להב"ח ממהר"מ בתשו' מיי' סי' ג' אך הרשב"א והריטב"א כ' בהדיא כהב"י וד' מהר"מ י"ל שאין חולק ע"ז וכ"ד האחרונים כהב"י ומשמע דאינה נאמנת אפי' לעשות זה ס"ק רק לחומרא ולא לקולא. ומ"מ בנד"ז שיש לה מיגו הגם דזהו מיגו נגד חזקה י"ל דנאמנת להיות ספק מדינא כי גם בלא"ה י"ל דחומרא היא לבדות שאע"פ שהבינה לשון הקדושין לא הבינה פי' בטבעת זו ומאחר דנאמנת להיות ספק נגד חומרא זו א"כ יש עוד שני ספיקות והוי ג' ספיקות להקל):

ד יש לפקפק במיגו הנ"ל ממ"ש באורים ותומים בסי' פ"ב בדיני מיגו סעי' כ"ח אין להאמין לע"ה במיגו דטען טענה דאפשר דהוא לא ידע כי אין טענה זו גלויה לכל עכ"ל וביאר שם שהוא מדברי הרא"ש בכתובות פ' הכותב בסי' כ"ח. וכ"פ בש"ע א"ע סי' ק"ה בסעי' ב' וה"נ י"ל שלא ידעה דטענה שאמר בטבעת זו יהי' מהני ע"כ אין זה מיגו כו'

מיהו הב"ש בא"ע שם ס"ק ז' הקשה ע"ז קושיא נכונה ותירץ וע"ש ועי' באו"ת בדיני מיגו שם סעיף ק"ך והוא מהכנה"ג בדיני מיגו ס"ק ק"צ וס"ק קע"ו ומ"מ בס"ק קע"ח כ' מצינו מיגו אף במקום שטענתו יותר טובה מטענת המיגו בפ"ב דכתובות גבי שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו כו' ואולי י"ל דהנה בפ"ק דכתובות (דף י"ב ע"ב) קיי"ל כר"ג ור"א דאמרי' מיגו וכ' התוס' (דף י"ג א') ד"ה נסתרה דהתם לא הוי מיגו גמור כו' וכ' מהריב"ל ח"ג ססי' ע"ט דהא דמהימנא במיגו גרוע כי האי היינו משום שיש צירוף בריא ושמא א"נ היכא דאיכא חזקת הגוף כו' וא"כ בנ"ד מסייע חזקת פנויה להמיגו ועוד יש לצדד משום דהמקדש אומר שלא כיון אלא לשחוק בעלמא והנה צריך לעיין אם הי' נאמן שכיון לשחוק אם מהני לבטל הקדושין כי י"ל דאע"ג דכיון לשחוק מה בכך דברים שבלב אינם דברים כיון שמוציא בפיו בכוונה הפך מה שבלבו וגם עושה מעשה. וכ"מ ברש"י ותוס' פ"ב דקדושין (דף מ"ג סע"א) גבי הא דאמרינן אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא אמר להם אתם עדיי ה"נ דלא הוי קדושין. וכ' רש"י ותוס' דלא מצרכי לומר אתם עדיי כ"א בהודאה כו' אבל בעלמא לא משמע בקדושין לא שייך כלל טענת משטה אני בך וי"ל מטעם הנ"ל דה"ל דברים שבלב ולא מהני נגד ואמר ונתן דקדושין אמנם בחי' הרשב"א והריטב"א ובהר"ן שם ובתשו' הריב"ש סי' רס"ו מבואר דבהכמין לה עדים אחורי הגדר ולא הרגישה בהם אע"ג שפשטה ידה וקיבלה קדושין אינה מקודשת כו' דרצתה לשחק בו והאחרונים נחלקו בזה אם בעינן שתטעון כן דנתכוונה לשחוק או לא וכמש"ל ועכ"פ ס"ל להפוסקים הנז' דמה שכיוונה לשחוק מבטל מעשה הקדושין וצ"ע דהא ה"ל דברים שבלב כו' וצ"ל משום דהכא גם המעשה אינה כדבעי שלא ראתה העדים והכל יודעים דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין ע"כ דברים שבלב מהני לבטל מעשה זו. וא"כ אפשר לפ"ז ה"ה בנד"ז שהמעשה אינה כדבעי מכמה טעמים הא' שהאמירה גרוע שאמר בטבעת זו הב' שגם המעשה גרוע שהרי נתן לה הפינפער לאוש גאב. וכיון שכן אף את"ל דל"ד ממש לכנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' מ"מ אין כאן מעשה ואמירה כדבעי. י"ל דאם טוען ג"כ שכיון לשחוק הנה זה מבטל ממש הקדושין וכיוצא בזה מצינו בחי' הרשב"א רפ"ק גבי לשונות דהוי קדושין רק דסתם נשים לא ידעי לה כמו הרי את זקוקתי דאי מודה דידעה ולשם קדושין קבלינהו מקודשת ואי אומרת דלא ידעה ולא הבינה כלל אינה מקודשת כשלא דיבר עמה תחלה על, עסק קדושין אלמא כשהאמירה גרוע תולה הענין בה דעל ידי הודאתה תוכל לעשותם קדושין וכשאינה מודה אינם קדושין כלל והנה הכא האמירה והנתינה גרוע יותר מהתם לכן אף את"ל דאם היה טוען דנתכוין לקדושין הוי קדושין מ"מ עכשיו שטוען שכיון לשחוק

בעלמא י"ל דאינה מקודשת כלל גם יש לדמותו למ"ש החמ"ח סי' כ"ז סק"ד והב"ש שם סק"ט דבאמר לה הרי את מיועדת לי וכה"ג מלשונות המסופקים דקיי"ל דאם דיבר עמה תחלה על עסק קדושין מ"מ נאמן לפרש דבריו דלא היתה כוונתו לקדושין וה"נ כיון האמירה גרוע שאמר בטבעת זו וכמשנת"ל דאפ' נתכוין לקדושין י"ל דאין כאן רק ספק קדושין ועוד שגם הנתינה גרוע ע"כ י"ל דנאמן לפרש דבריו שלא היה כוונתו רק לשחוק ואף שבבית מאיר שם סי' כ"ז ס"ב תמה על החמ"ח והב"ש דכיון דהיו מדברים תחלה על עסק קדושין י"ל שלא יהיה נאמן לפרש שנתכוין בהאמירה להפך ממה שדיבר תחלה עמה כו' מ"מ הכא שלא היו מדברים כלל על עסק קדושין ולא עלתה על לבם י"ל דלכ"ע נאמן לפרש דבריו שנתכוין רק לשחוק ואדרבה כאן יש רגלים לדבר שכיון רק לשחוק או לצעורה מפני שהקניטה את אשתו בעסק לקיחת השמרים שהחזירה השמרים מחמת שהפינפער אוש גאב לא היה טוב עד שהוכרח לקרוא אותה שנית ולהבטיחה ליתן לה פינפער טוב ע"כ כיון לצעורה ולא שיהיו קדושין ממש רק שיצא עליה קול קדושין כו' וכמ"ש המ"צ דדיסנא דאומדנא דמוכח הוא שלשחוק כיון שהוא איש כשר שלא נשמע עליו שמץ פסול והרי יש לו אשה ובנים ואיך ימעול בחר"ג ומה שכנגדו כתב ע"ז דאינו אומדנא אף שהמורה קורא אותו אדם כשר א"כ מה הנחת לכשרים באמת כו'. י"ל דמ"מ א"א שיכוין באמת לקדושין שהרי יודע שלא יניחוהו ליקח שתי נשים והוא יש לו אשה ובנים וזה עדיף ממ"ש בתשו' מיי' דשייכי להל' אישות סי' א' דאיכא למימר דאנן סהדי דלא נתכוונה אלא להתלוצץ כו' אע"ג דאמרה לו פלוני בא וקדשני כו' כ"ש בנד"ז שלא דיברו מעולם עע"ק ולא עלתה ע"ד ואע"ג דהתם העלה שאין לסמוך ע"ז כלל היינו דוקא התם דהאמירה והנתינה היה כדבעי משא"כ הכא שהאמירה והנתינה גרועים ויש ג"כ אומדנא שכיון לשחוק י"ל דלכ"ע נאמן לפרש דבריו שלא כיון לשם קדושין:

(גם י"ל מה שטוען שכיון לשחוק מבטל הקדושין אע"ג דה"ל דברים שבלב מ"מ הרי מצינו דס"ל להרשב"א כשלא ראתה העדים אמרינן רצתה לשחק בו אע"ג שהאמירה והנתינה היה כהוגן וי"ל כ"ש הכא שהאמירה והנתינה גם שניהם גרועים שי"ל אף שאם נתכוין לקדושין הוה ספק קדושין מ"מ כשטוען שכיון לשחוק נאמן ועדיף זה ממ"ש החמ"ח סי' כ"ז סק"ד והב"ש שם סק"ט כי שם היו מדברים תחלה עע"ק משא"כ כאן ואדרבה כאן יש אומדנא שלא כיון לקדושין כו'):

ה נמצא העולה מזה יש בקדושין אלו ד' טענות להקל (או חמשה עי' לעיל רסי') אשר גם אם הם כמו ספיקות יש ד' ספיקות וכ"ש ששנים או שלשה מהם שכל א' בפ"ע כמעט מספקת להקל אמנם היסוד העיקרי להקל הוא דיש לדמות דין זה לדין כנסי סלע זו

שאני חייב ליכי וחזר ואמר לה התקדשי לי בו דכל שלא אמרה אין אינה מקודשת ומפני שלא אמר סלע זה אין לחלק בנ"ד עכ"פ כנזכר לעיל הטעמים ע"ז וראיתי בלח"מ פ"ה הי"ב שכ' דבעינן שיזכיר לה כנסי חוב זה כו' הרי ס"ל בהדיא דלא בעינן סלע זה רק חוב זה והרי הכא הזכירו שניהם שיסלק לה חוב זה היינו האוש גאב ויש קצת ראיה לזה מהירושלמי פרק האיש מקדש סוף הלכה א' דאיתא התם אההיא דחטף סלע מידה וכו' במה קידשה כו' סלע דרכה להתחלף והפי' היינו שי"ל שאין זה הסלע שחטף מידה כ"א נתחלף אצלו ודלא כפי' קה"ע שם והגם דלכאורה הירושלמי אינו כסוגיא ש"ס שלנו זו הסברא י"ל אמת גם לפי הש"ס שלנו וא"כ לפ"ז אין לומר דכנסי סלע זו בדוקא תנא אלא ה"ה באומר כנסי סלע שאני חייב ליכי כו' ועוד דנ"ד דומה קצת לכנסי סלע זו שהרי החזירה השמרים מפני שלא היה להם אוש גאב פינפער טוב ואח"כ קראה בעד החלון ואמר שיש תח"י פינפער טוב א"כ כשאח"כ נתן לה הפינפער טוב משמע דהוא הוא שנזכר עליו כשקראה בעד החלון ועוד דבנד"ז יש הוכחה טובא דודאי לא קיבלה אלא לחזרת האוש גאב מטעמים הנזכרי' לעיל שמתחלה החזירה השמרים הרי לא רצתה להמתין האוש גאב כו' (הגה"ה ומה גם לפמש"ל אות א' לחזק היתר זה משום שי"ל ג"כ דעדיף מכנסי סלע זה וכו' משום דהכא היא התובעת מתחלה ועד סוף האוש גאב משא"כ התם ממנה לא היה שום תביעה על החוב רק שיש לה לומר שעל דברים הראשונים שלו קא סמכה. והרי חזר בו מדבריו הראשונים. אבל הכא יש תרתי דבור שלו ג"כ שקראה בעד החלון ואמר שיתן לה פינפער טוב אוש גאב ודיבור שלה שמחזקת בו חזק מתחלה ועד סוף שתובעת אוש גאב ע"כ באמת היתר זה לבד ג"כ מספיק עכ"ה):
ב' יש לצרף מה שאמר בטבעת זה ואין כאן רק פינפער שבצירוף זה עם מה שי"ל דלא סברה וקיבלה כלל על קדושין רק על אוש גאב אינה מקודשת. ג' מה שהיא טוענת שלא הבינה לשון הקדושין וא"ת דאינה נאמנת א"כ הבינה גם כן מה שאמר בטבעת זו. גם מה שהוא טוען שלא כיון רק לשחוק:

סימן קח

אחר שנתן לה א' ז"כ עבור הדבש שהיה המקח ששה קטנים כסף אח"ז אמר הראיני מה בידך והראתה לו א' ז"כ אחז בהמטבע ובידה ואמר ה"א מקודשת לי ואתם עדים ואח"כ לקח המטבע א' ז"כ הנ"ל והלך לו:
לכאורה יש כמה טעמים לבטל הקדושין א' דה"ל שתיקותא דלאחר מתן מעות ואין שייך שתשליך המטבע דהא יש לה בו ו' קט"כ. ועוד איך תשליך הרי אחז ידה והמטבע ואח"כ

לקח המטבע ב' אפילו היה האמירה בשעת מ"מ כיון שאחז ידה בע"כ כתוב בהגמ"ר דגיטין הובא ב"י רסי' למ"ד (קודם ד"ה השאיל לה הבעל) מאחר שלא זרקה צריכה גט ובנ"ד אין שייך זה שהרי אח"כ לקחו מידה ועיין בחמ"ח סי' מ"ב סק"ב דהרמ"ה שבש"ע סי' ל' ס"ו חולק על הגמ"ר ומיקל אפילו לא השליכה והב"ש סק"ג פי' דגם הגמ"ר לא קאמר אלא כשבתחלה היה רצונה להתקדש נשמע לפ"ז בנד"ז שלא היה שום רצון י"ל שאין כאן חשש קדושין מטעם הב' אף אם לא השליכה מכ"ש שבנד"ז לא שייך הטענה דשלא השליכה כנ"ל הג' דאין כאן שום נתינה דבשעה שנתן לא אמר כלום כ"א אח"כ יותר מתכ"ד התחיל לומר ובסיום דבריו לקח המטבע מידה אף שאמר תחלה אתם עדים כיון שתומ"י בסיום דבריו אתם עדים לקח המטבע ה"ל אמירה בלא שום נתינה וה"ל דומיא נטלתו וזרקתו לים פ"ק דקדושין (דף ח' ע"ב) וכ"ש הכא דנטל הוא ואין לומר דה"ל נתינה רק אח"כ גזל ממנה המטבע ואף שהגזילה היה תכ"ד להנתינה י"ל בקדושין תכ"ד לאו כד"ד דא"כ גבי נטלתו וזרקתו נמי נימא הכי אע"כ בכה"ג הוכיח סופו אתחלתו דנטלתו לזרוק וה"נ י"ל כן ובמ"א כתבתי מדין נטלתו וזרקתו אך עוד נראה דהכא מוכח היטב תחלה וסוף שהנתינה של א' ז"כ לא היה כלל בשביל הקדושין שבתחלה נתן עבור הדבש ובסוף לקחו לגמרי לחזרה והיכא דמוכח תחלה וסוף משמע בחולין ס"פ השוחט (דף ל"ט ע"ב) דגם רבנן דרשב"ג דפרק התקבל (דף ס"ו) מודו דאזלינן בתר אומדנא ועיין בש"ע אה"ע סי' קמ"א סי"ח ובב"ש שם ס"ק כ"ו ואפ"ל אף אם רבנן פליגי על רשב"ג גם כה"ג היינו משום בתחלה ליכא הוכחה גמורה דכתבו בלא תנו אינו הוכחה גדולה משא"כ הכא נתינתו תחלה רק עבור דבש הרי ברור שאין כאן קדושין ועוד אף אם ה"ל רק כמו כתבו דשם הרי בכה"ג הלכה כרשב"ג עכ"פ:

סימן קט

גרסינן בפ"ק דקדושין (דף י"ג ע"א) ההיא איתתא דהוה קא מזבני וורשכי כו' ואמר ר"נ יכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי וכ' הב"ח בתשו' סי' צ"ו שיש להקשות אמאי לא קאמר רב נחמן טעם דלית דחש להא דר' שמעון דאמר סתם גזילה יאוש בעלים כדאמרינן בפרק האיש מקדש (דף נ"ב ע"ב). וגם רבא שהקשה לר"נ קשה עליו דהא ס"ל שם לית דחש להא דר"ש:

ואין לחלק משום דהתם מיירי בגזל דעלמא והכא מיירי בגזל דידה דהא ממתני דפרק האיש מקדש מעשה בחמש נשים כו' מוכיח רב (שם דף נ"ב ע"א) דבגזל דידה נמי אינה מקודשת כו' ותירץ דהאי עובדא דוורשכי בידוע היה דלאחר יאוש הוה ומ"ה קאמר ר"נ

דאף בזו יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי והיינו משום דלא קני ליה גזלן ביאוש כדי כו' ולסוף העלה כיון דמדרבנן לגבי ממון יאוש כדי קנה לגבי גזלן ישראל אף לענין קדושין קני מדרבנן ובעיא גט וכ"כ בחיבורו רסי' כ"ח דאם קידש אשה בגזל דידה לאחר יאוש מקודשת מדרבנן ובתשוב' א"ש ססי' כ"ב כ' דהב"ח לא קאמר אלא בידוע שנתייאשה ולא בסתמא לחוש לסתם גזילה בגזלן ישראל הוי יאוש ולא ראה שהב"ח בתשו' הנ"ל החמיר בכה"ג ממש וכ' הב"ש סי' כ"ח סק"ו לפ"ז צ"ל בכה"ג א"י לומר דידי שקלתי כיון דנתייאשה ממנו ואין דבריהם מוכרחים גם דברי הרמ"ה בטור לא משמע כן עכ"ל וכ"כ סס"ק הנ"ל ור"ל דאף את"ל לחוש להסברא דיאוש כדי קונה מדרבנן מ"מ עדיין י"ל דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון דמדאורייתא צריך להחזיר ולא גרע מכנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' דאע"ג דהסלע שלו לגמרי עדיין מ"מ שחייב לה יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כ"ש הכא שעכ"פ חייב לה הממון וגם עיקר החפץ שלה מדאורייתא וכן בעצ"א סק"ה תמה על הב"ח שהרי לפמ"ש הב"ח דעובדא דוורשכי מיירי לאחר יאוש מוכח דאפילו קדושין דרבנן ליכא כדמשמע לישנא דרב נחמן יכלה למימר אין שקלי כו' אך בתשו' הב"ח בתחלה כתב דר"נ ס"ל דיאוש כדי לא קני כלל אבל אנן דחיישי' להא דרבה דיאוש כדי קנה כמ"ש הרא"ש פרק מרובה לכן חיישי' לקדושין מיהו אין זה מספיק כלל לדחות דברי רב נחמן ורבא בכדי דמנ"ל דרב נחמן לשיטתיה דס"ל יאוש כדי לא קני כלל הא אדרבה ר"נ אמר רק הטעם יכלה למימר אין שקלי כו' אשר י"ל דטעם זה שייך גם למ"ד יאוש קני דמ"מ יכלה למימר אין שקלי ודידי שקלי מכמה וכמה טעמים האחד שהרי מנ"ל דנתייאשה יכלה למימר לא נתייאשה כלל וכמו שהביא הבאה"ט סי' כ"ח סק"ד בשם הסמ"ע סי' שס"ח סק"ד דבחטף מידה בפניה לא מייאשה ומ"ש הב"ח בתשו' לחלק בגזלן ג"כ בין גזלן גוי דלא מייאשה ובין גזלן ישראל דמייאשה הנה בשחטף מידה בפני עדים לא שייך לחלק בין גוי לישראל כו' הב' דאפילו את"ל שנתייאשה מ"מ כיון דרוב הפוסקים ס"ל יאוש לא קנה כלל אפילו מדרבנן וכ"פ הש"ע בח"מ סי' שנ"ג ס"ב א"כ יכלה למימר אין שקלי ודידי שקלי כרוב הפוסקים דהא גבי עובדא דקדיש בציפתא ס"ל לא חיישינן לאי איתא דלא ניחא לה תשדינהו משום דאטו כולהו נשי דינא גמירי וסברה אי שדינא להו ומיתבדי מיחייבנא בהו ואף להמחמירים שם כרב הונא בריה דרב יהושע היינו משום דהתם קצת רחוק, שתטעה כ"כ בזה כיון שלא ניתן לה בתורת פקדון כלל והיא משלכת בפניו משא"כ הכא השכל והסברא אדרבה דודאי הוא שלה וכ"ד רוב הפוסקים באמת א"כ אף לרבה עצמו דס"ל יאוש קני מ"מ אטו כולהי נשי דינא גמירי וי"ל דטעתה וס"ל דלא קני כלל דאף לרבה יש כאן בכדי שהדעת טועה

וראיה דהא תנן פ"ב דקדושין (דף נ') המקדש שתי נשים בשוה פרוטה או אשה אחת בפחות משוה פרוטה אע"פ ששלח סבלונות לאחר מיכן אינה מקודשת שמחמת קדושין הראשונים שלח וכן קטן שקידש ובגמרא אמר רבה דחוששין לסבלונות שמא קדושין הן ומתניתן כדקתני טעמא שמחמת קדושין הראשונים שלח הכא הוא דטעי כו' והרי טעות ההוא אינו בכדי שהדעת טועה דהא לכ"ע אין חשש קדושין כלל בפחות מש"פ וכן קטן שקידש אעפ"כ מאחר שי"ל דטעה לא חיישינן לסבלונות אלא דהיינו גבי סבלונות דהוא רק חששא דקדושין שם לא חיישינן אפילו בטעות כהנ"ל משא"כ כשיש לחוש לקדושין גמורים ודאי לא מהני טעות כהנ"ל (ועי' בפרק המדיר (דף ע"ד) מיהו התם שאני דאין אדם עושה בב"ז) מ"מ בשהטעות קרוב מאד ומתקבל בשכל כנדון דוורשכי ודאי גם רבה יודה להא דר"נ דיכלה למימר אין שקלי ודידי שקלי וכ"ש וק"ו לדידן דרוב הפוסקים לא ס"ל הא דרבה כלל שי"ל אטו כולהי נשי גמירי הא דרבה דיאוש כדי קני שתמנע לקבל גזילתה מחמת זה ועיין בחי' הרשב"א ד"ה יכלה למימר ואפילו מודה דלשם קדושין נתכוונה אינה מקודשת עכ"ל והטעם צ"ל כיון דאפשר וקרוב הדבר דלא נתכוונה לשם קדושין רק דידה שקלה א"כ אף אם באמת לשם קדושין נתכוונה ה"ל דברים שבלב ובחי' הרשב"א (דף ה' ע"ב) סד"ה הא נתן הוא ואמרה היא פי' אכיוצא בזה דה"ל כמקדש בלא עדים כו' ע"ש וא"כ זהו ג"כ טעם לנדון זה דאף כדי קני מ"מ מאחר שקרוב הדבר מאד דהיא סברה דלא קני ודידה שקלה אין כאן שום עדות על קדושין וה"ל דברים שבלב כו' השלישי י"ל דהא אף אם יאוש קונה עכ"פ חייב לה הממון של הגזילה ומאחר שהוחזק גזלן על חפץ זה יכולה למימר שכדי להציל מעותיה לקחה החפץ ממנו ול"ד למ"ש בתשובת הרשב"א סי' אלף רכ"ז דגבי כאשר נתן לה המשכון א"ל התקדשי לי בו וקבלתו בשתיקה ה"ל ס"ק אלמא לא מהני הטענה שכדי להיות בטוח במעותיה קבלתו י"ל התם שאני שהרי הלוה לא הוחזק גזלן ע"כ אין לחוש כ"כ אבל הכא דהוחזק גזלן על חפץ זה שאני ובפרט שמקבלת זה החפץ ממש ועי' בב"ב פחז"ה (דף מ"ז ע"א) כגון שהוחזק על שדה זו בגזלנותא כו' ע"ש ועוד י"ל דל"ד למשכון דהכא ע"י תפיסה מהני לכ"ע לגוף החפץ ממש ועדיף מהא דהרשב"א והה"מ גבי כנסי סלע זו שאני חייב ליכי שמיעטו אם לא הזכיר לה פרעון אע"פ שחייב לה הממון והגיע זמ"פ לא יכלה לומר אין שקלי כו' ואף שמדינא יכולה לתפוס הממון בחובה כו' ע"ש והיינו דוקא התם שהממון זה הוא שלו לגמרי קודם שנתן לה וגם לא הוחזק גזלן על ממון זה משא"כ הכא דעיקר החפץ הוא שלה ומשורש הדין מהני תפיסה ממש לגוף החפץ ג"כ. כיון דרוב הפוסקים ס"ל יאוש לא קנה כלל גם להרא"ש פרק מרובה דמספקא לי' אין הספק

רק על שמא מדרבנן קני וכיון דמדאורייתא לכ"ע לא קני רק הספק בדרבנן ודאי מהני תפיסה לכ"ע מדינא והוא חייב לה ועדיף מהגיע זמ"פ. וגם הוחזק גזלן על ממון וחפץ זה י"ל דודאי יכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי כיון שיש לה זכיי' בגוף החפץ ע"י תפיסה לכ"ע וגם מקודם תפיסה נוטה יותר דהוא שלה כנ"ל וגם הוחזק גזלן וכ"ה דעת הלח"מ פ"ה מהל' אישות הי"ב לחלק בין גזל לחוב וז"ל דגבי גזל אע"ג דנתנו לה סתם אנן סהדי דהיא קיבלה בחזרת הגזל שלה דע"כ לא אמרינן דלאו כל כמינה לומר בתורת חוב קבלתי אלא גבי חוב דאפשר שהיא סבורה שיפרע לה החוב אח"כ אבל גזלן כיון דהוא גזלן וגברא אלמא וחטף מידה כשבא לידה ודאי לא קיבלה אלא לדעת חזרת הגזל עכ"ל הרי ס"ל דדוקא בחוב אע"פ שהגיע הזמ"פ הוא דלא מהני כשלא הזכיר פרעון כו' משא"כ בגזל כה"ג יכלה למימר דידי שקלי ולכן אע"פ שנתייאשה מה בכך מאחר דתפיסה מהני לכ"ע כנ"ל לא גרע מחוב שהגיע הזמ"פ דג"כ הטעם משום דתפיסה מהני אלא דהתם החסרון משום דאפשר שהיא סבורה שיפרע לה החוב אח"כ אבל גזלן כו' ודאי לא קיבלה כו' כדחילק הלח"מ וע"ש שהכריח זה מהגמ' דאל"כ קשה איך אמרו ומנא תימרא דשני לן בין שדיך ודלא שדיך כו' דתניא וכו' הא ליכא ראיה כלל:

(הנה הב"ח בחיבורו כתב דאם קידשה בגזל דידה לאחר יאוש מקודשת מדרבנן ובתשובת א"ש ססי' כ"ב [כ'] דאין להחמיר אלא בודאי יאוש ולא בסתמא ומשמע שם דגם לב"ח הדין כן ולא ראה שהב"ח בתשו' סי' צ"ו החמיר אפי' בכה"ג ממש מיהו הב"ש כ' די"ל דיכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי ובאמת בסתמא יש כמה טעמים להקל. הא' כיון שחטף ממנה בפני עדים א"כ אפילו בגזלן ישראל י"ל ליכא יאוש כלל הב' דאמרי' בגמ' אטו כולהו נשי דינא גמירי אפילו היכא דלכ"ע אין הדין כן. א"כ עכ"פ הכא דרוב הפוסקים ס"ל יאוש לא קני י"ל אטו תגמור לחוש למיעוט הפוסקים הג' דהא אפי') ידעה דעת המיעוט מ"מ הא חייב לה הממון לכ"ע וגם תפיסה מהני לגוף החפץ וכיון דגברא אלמא הוא והוחזק גזלן על חפץ שלה י"ל דיכולה לומר דידי שקלי):

ב והנה בעצ"א שם כ' להביא ראיה מסוגיא דנ"ב דאפילו קדושין דרבנן ליכא מדמתרץ אקושיא והא רב נמי גזל דידה קאמר לא קשיא הא דשדיך כו' ואמאי לא מוקי לברייתא אפילו בלא שדיך ומיירי לאחר יאוש ולהכי מקודשת דרבנן ורב ע"כ מיירי קודם יאוש (דהא רב מיירי גם בגזל דעלמא ורב ס"ל בב"ק ס"ז יאוש כדי קני וא"כ בגזל דעלמא ל"ל דאינה א"ו מיירי קודם יאוש) א"ו דבגזל דידה לא מהני יאוש ובעינן דוקא שדיך וכדעת הרמ"ה עכ"ל והבית מאיר סי' כ"ח ססעי' א' כ' שיש קצת ראיה מסוגיא דנ"ב לדעת הב"ח דלא שייך לומר אין שקלי ודידי שקלי אלא קודם יאוש אבל לאחר יאוש לא הואיל ויש

לו קנין במקצת מדברי רב שאמר ש"מ המקדש בגזל אינה מקודשת ואפילו בגזל דידה ופירשו התוס' שם סד"ה והוא דחידש רב בגזל דלא אמרינן לענין קדושין אף קודם יאוש מקודשת לחומרא להצריכה גט וקשה א"כ מנ"ל לרב להוכיח זה ממתניתן ומה דשמעינן במתניתן היינו בגזל דידה ומשום דיכולה לומר דידי שקלי אלא משמע דהא בהא תליא דאם בגזל דאחרים מקודשת לחומרא אף בגזל דידה אינה יכולה לומר דידי שקלי הואיל והוא דידיה במקצת עכ"ל. ומהר"ד בן לב בתשו' מהריב"ל ח"א אחר כלל ג' בד"ה טורים סי' כ"ח כ' ג"כ תחלה דנראה שהתוס' הנ"ל חולקים על הרמ"ה מדהקשו שם וא"ת לרב כו' מאי אתי לאשמועינן כו' ולא אמרו דרב אשמועינן דאפילו איכא יאוש אם קדשה בגזל דידה אינה מקודשת ואח"כ תירץ קושייתו ובספר שער המלך פ"ה מהל' אישות ה"י כ' ג"כ לתרץ להוכיח דרב מיירי קודם יאוש ולפמש"ל בשם העצ"א מוכרח דרב מיירי קודם יאוש כנ"ל וראיית העצ"א ג"כ אינו ראיה כלל דהנה הפנ"י שם ד"ה גמרא מתיביה כתב דליכא למימר דברייתא לאחר יאוש מיירי דא"כ בגזל דאחרים מאי למימרא הא ה"ל יאוש ושינוי רשות כו' ומיהו י"ל זו אינה דחייה דהא אדרבה הריטב"א שם הקשה כיון דקיי"ל דיאוש כדי לא קני א"כ בעוד שהיה ביד המקדש לא היה שלו וליכא כאן נתינה ותירץ כיון דכי מטא לידה קניתיה דהוי שינוי רשות אחר יאוש אף הוא קונה אותה יעו"ש שזהו כוונתו בשינוי לשון. גם בס' המקנה סי' כ"ח ססעי' א' כתב שיש סברא לומר דליכא נתינה לגבי המקדש וא"כ כל כי האי צריך לאשמועינן דאעפ"כ הוי מקודשת אלא שי"ל כיון דברייתא תניא או שחטף סלע מידה וקדשה בו משמע דהקדושין היה באותו מעמד מיד כשחטף א"כ בכה"ג דוחק לומר דמייאשה דהא לא שהה זמן בינתיים וגם מסתמא העדים ראו שחטף הסלע מידה ומדוע תתייאש במהרה כ"כ ע"כ דוחק להעמידה לאחר ייאוש והוכחת הבית מאיר להפך ג"כ אינה הוכחה לפמ"ש בפני יהושע שם ד"ה וש"מ המקדש בגזל דממתניתין גופא מוכרח דבגזל דאחרים אינה מקודשת וכ"כ בסהמ"ק שם בד"ה ש"מ קידשה בגזל כו' ע"ש שכ' ויותר נראה דיליף גזל דאחרים מעיקר מתניתן ועוד כתב שם בפנ"י סד"ה הנ"ל אע"ג דבשדיך כו' מכ"ש כו' וג"ז מספיק לדחות הוכחת הבית מאיר דאף שבגזל דידה יש כאן קולא יותר משום דיכולה לומר אין שקלי כו' הא לעומת זה יש כאן סברא להחמיר מדרבנן אטו שדיך כו' משא"כ בגזל דאחרים גם הנה מהר"ד בן לב שם הכריח דלא גרסינן במילתיה דרב ואפילו בגזל דידה מדפריך שם והא מתניתן דגזל דידה וקאמר רב דאינה מקודשת שמזה נראה בהדיא דרב לא אמר בפי' ואפילו בגזל דידה ולכאורה יש קושיא עצומה דאיך נאמר דבמתניתן אשמועינן דבגזל דידה דומיא דמתניתין אינה מקודשת היינו אם לא היתה של שביעית

והא במתניתן תנן וקיבלה אחת מהם ע"י כולם וכ' הרא"ש שם שאמרו לה קבלי בשביל כולנו וא"כ היינו שעשאוה שליח לקבל הקדושין והרי בגמ' (דף י"ג) מדמה ר"נ גזל דידה לדין כנסי סלע זה שאני חייב ליכי דתניא רצתה מקודשת והיינו דאמרה אין וכיון דעכ"פ באמרה אין מקודשת א"כ ה"ה כשעשתה חברתה שליח לקבל הקדושין ה"ל כאמרה אין ודוחק לומר דבגזל גרע טפי דאפילו אמרה אין לא מהני משום דודאי אערומי קא מערמה כדי שיחזיר לה גזילתה כיון דגברא אלמא הוא משא"כ גבי חוב. ולא מהני בגזל אא"כ שדיך שנתרצית מעיקרא קודם הגזל להתקדש לו דהרי"ף והרא"ש כ' בהדיא שם בפ"ק דבאמרה אין אע"ג דלא שדיך קדושיו קדושין בין בחוב דילה בין בגזל דילה וכ"פ הרמב"ם פ"ה ה"י ואם אמרה הן ה"ז מקודשת והוא מוכרח בגמ' שם גבי וורשכי דאמרינן שקלתיה ואשתיקה דדוקא משום דלקחתה בשתיקה אר"נ יכולה לומר כו' משא"כ אילו השיבה הן אפילו קודם שנטלתו משמע ודאי דהוי קדושין וא"כ בנדון דחמש נשים אילו אמרו לה קבלי הקדושין בשבילנו היינו דאמרה הן. וצריך ליישב דמ"ש הרא"ש דאמרו לה קבלי בשביל כולנו אין זה דומה כלל לאמרה הן שזהו פי' שרצונה להתקדש לו כמו שאמר משא"כ הכא אין מלשונם קבלי בשביל כולנו תשובה שרצונם להתקדש לו כיון שלא אמרו קבלי לקדושין בשביל כולנו דכיון שלא הזכירו לקדושין יכולים לומר דלא נתכוונו כלל לקדושין כ"א לקבל חזרת הגזלה שלהם וע"כ אינה מקודשת ובספר המקנה ד"ה בגמרא המקדש בפירות שביעית הבין פי' ד' הרא"ש דמירי שאמרו לה שתקבלם לקדושין בשביל כולם וגם פי' שעשו אותה שליח לקבל קדושין מפלוני סתם והוא נתן פירות שביעית וקבלה בשביל כולן וכיון שעשו אותה שליח קדושין סתם הרי נתרצו להנשא לו. וה"ל כשדיך. א"כ ליכא למימר מטעם גזל דידה דהא בשדיך מתקדשת בגזל דידה אעכצ"ל משום גזל דאחרים אך לגבי אותה שקיבלה הקדושין שייך טעמא דגזל דידה דהיא לא דמי לשדיך כיון שלא עשתה שליח כו' והנה מ"ש שעשו אותה שליח לקבל קדושין סתם הוא נגד לשון המשנה דתנן ואמר הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו וקיבלה אחת מהם ע"י כולם. משמע דענין שליחות הקבלה היה אחר שאמר בכלכלה זו א"כ ע"ד כלכלה זו נעש' שליח מהם לקבלה לכן לא דמי כלל לשדיך אלא דמ"מ דומה לאמרה אין דהוה ג"כ קדושין אע"ג דלא שדיך. והיינו אם מיירי שאמרו לה לקבל לקדושין בשביל כולם אבל יותר נכון כמשנ"ת דהענין שאמרו לה רק לקבל ממנו. אבל לא הזכירו לשון קדושין כלל ואפשר ג"כ אין צריך לפרש שאמרו קבלי בשביל כולנו רק שאמרו לה קבלי ממנו דגם בזה נעשית שלוחם לקבלה ומ"מ אינם מקודשות אילו לא היתה שביעית משום דקידשם בגזל דידהו והרי לא אמרה אין שוב אחר זמן רב ראיתי

בק"נ פ"ב דקדושין סי' כ"ז ס"ק נ"ה עמ"ש הרא"ש אמרו ה קבלי בשביל כולנו כ' וז"ל היינו שמזמן הקודם אמרו לה קבלי בשביל כולנו דאין לומר דמיירי שאמרו לה עכשיו כשקיבלה קדושין דא"כ האיך דייק רב ממתניתן דקידשה בגזל אינה מקודשת הא קיי"ל בדאמרה אין אע"ג דלא שדיך קדושיה קדושין בגזל דילה כמ"ש הרי"ף ורבינו בפ"ק סי' י"ט עכ"ל ועיין בישו"ש פ"ב דקדושין סי' כ"ב ובב"ק סי' כ' שלא הרגיש בקושיית הק"נ (ובזה יתורץ ג"כ קושיית סהמ"ק דה"ל שליח לדבר עבירה מאחר שלא אמרו בפי' שתקבל לקדושין רק קבלי סתם גם בלא"ה י"ל דאיסור לקדש בפירות שביעית ה"ל רק איסור דרבנן ובכיוצא בזה י"ל דלא אמרינן אין שליח לד"ע עיין בתשובת נ"ב חאה"ע ססי' ע"ח):

(בעצ"א הביא ראיה מהגמ' (דף נ"ב) נגד הב"ח והבית מאיר הביא ראיה מהתוס' שם להב"ח ובאמת דברי שניהם אינן ראיה לא להאי גיסא ולא לאידך גיסא ויש קושיא על סוגיא הנ"ל איך אמרי' שם דאינה מקודשת משום גזל דידה הא כשאמרו לאחת מהם לקבל הקדושין ה"ל כאמרה אין ובסהמ"ק פי' דבאמת ליכא משום גזל דידה משום דלדבריו שם ה"ל כשדיך וזה אינו נראה דל"ד לשדיך אבל מ"מ קשה דדמי לאמרה אין וצ"ל דלא אמרו לה רק לקבל ממנו הכלכלה אבל לא פירשו שתקבלם לקדושין ע"כ לא דמי לדין אמרה אין):

ג והנה עפ"ז אפשר ג"כ לתרץ הקושיא שהביא בשעה"מ פ"ה מהל' אישות ה"י וז"ל וראיתי להרב החידושין ז"ל שם שהקשה וז"ל ותימא הוא הא דאמר רב נחמן פ"ק ומנא תימרא דשני לן בין שדיך ללא שדיך דתניא כו' אדמיהדר אברייתא אמאי לא פשיט לה ממתניתין דקתני שלהם היתה ושל שביעית היתה אלמא דאי לאו דשל שביעית היתה לא היתה מקודשת עכ"ל ולפמ"ש כי הנה ענין יכולה לומר דידי שקלה הוא טעם נוסף זולת ענין דהמקדש בגזל אינה מקודשת וכמו בכנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' דמקדשה בממון שלו שאין בו דררא דגזל כלל רק דמשום דיכולה לתופסה בחובה והוא הזכיר לה תחלה פרעון ע"כ אף שאח"כ חזר ואמר התקדשי לי בו יכולה לומר דידי שקלי ולכן אין להכריח כלל דין זה מהמשנה דהתם אי לאו דשביעית לא היתה מקודשת היינו משום קדושי גזל דידה דכיון דלא שדיך ולא אמרה אין. הרי ליכא שום מחילה ממנה. והיא בחזקת קדושי גזל ואיזה ראיה יש מכאן למקדש בסלע שלו שיכולה לומר דידי שקלי והגם שי"ל דהא בהא תליא דהא כיון בגזל דידה ג"כ אם אמרה אין הוי קדושין משום דאחילתיה וא"כ הא דאינה מקודשת בקיבלה בשתיקה היינו משום דאמרינן דלא אחילתיה ומה שקיבלה עכצ"ל דהיינו דדידה שקלה וא"כ ה"ה והוא הטעם גבי

כנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' אך באמת זה אינו ולא קרב זה אל זה דהתם דהוא גזל ממש מספיק הטעם שי"ל דידה שקלה להעמיד הענין כמו שהוא בחזקת קדושי גזל אבל איך נלמוד מזה שיספיק טעם זה לבטל חזקת קדושין גמורים שקדשה במעות שלו ממש ע"ז אין שום ראיה מהמשנה רק מברייתא דכנסי סלע זה שאני חייב ליכי כו' יש ראיה ע"ז ובהכי א"ש ג"כ מה דגבי דין המשנה אמרו רק הטעם ש"מ המקדש בגזל אינה מקודשת ואפילו בגזל דידה ולא הזכירו הטעם שיכולה לומר דידי שקלי דהתם עיקר הטעם משום דמקדש בגזל ולא יהיב לה מידי הגם שצריך טעם שלא נאמר דמחלה לו ע"ז פשיטא שיספיק טעם דיכולה לומר דידי שקלה ואין בזה שום רבותא דהא מדינא ג"כ א"א להוציא דבר מחזקת בעליו לומר שמחלו ונתנו לאחר אלא ע"י ראיה ברורה וכאן אין שום ראיה ע"ז דמה שקיבלה אין שום ראיה דפשוט די"ל שלא חשה לדבריו וקיבלה את שלה וכיון דאין כאן ראיה נשארו הפירות בחזקתן וה"ל קדושי גזל ואולם טעם יכולה לומר דידי שקלי הנלמד מהברייתא היינו לומר שמהני אף לבטל חזקת קדושין גמורים שהם מעות שהם שלו ממש בעת היותן בידו רק משום שיכולה לומר שלקחתם בחוב ולא קיבלתם לקדושין ועפ"ז אפשר עוד לומר שבדין המשנה כיון דהנשים עשו שליח לקבל ממנו אף שלא אמרו קבלי לקדושין כמש"ל. מ"מ כיון דאמרו לקבל גרע טפי מאילו קיבלה בשתיקה כנדון דהברייתא (די"ג) דכנסי סלע זה דקיבלה בשתיקה וי"ל בפשיטות דידי שקלי משא"כ התם כיון שאחר שאמר כולכם מקודשות לי בכלכלה זו אמרו לאחת מהם לקבל ממנו אמירה זו גריעא מקבלת עצמה בשתיקה די"ל דהפי' לקבל ממנו היינו כמו שאמר לקדושין אלא דמ"מ כיון דלא אמרו לקדושין ע"כ אין ראיה דאחילתיה לכן כשהקדושין הם בגזל דידה גם בכה"ג הקדושין בטילין מצד קדושי גזל אבל גבי חוב כה"ג י"ל דלא היה מהני כגון אם אמר להם כנסי סלע זה שאני חייב לכם וחזר ואמר להם התקדשו לי בו ואמרו הם לאחת מהם לקבל ממנו אפשר לומר דחוששין לקידושין.דדוקא כשקיבלה בשתיקה יכולה לומר דידי שקלי אפילו בחוב כהנ"ל אבל באמרו לקבל ממנו אחרי שאמר התקדשי י"ל דלא מהני הטענה דדידי שקלי לבטל קדושין שקידשה במעות שלו רק בקדושי גזל מהני ואם נאמר כן אזדא לה הוכחת הבית מאיר שהביא ראיה להב"ח מדברי רב כנז' לעיל. כי שפיר יליף רב גזל דאחרים מגזל דידה דאם בגזל דאחרים מקודשת גם בגזל דידה אין להקל מחמת די"ל דידי שקלי כי מאחר שאמרו לקבל ממנו ריעא קצת טענה זו ולא מהני לבטל חזקת קדושין ולא מהני רק את"ל דהמקדש בגזל דאחרים אינה מקודשת ולכן גם בגזל דידה הרי אין כאן שום חזקת קדושין ושנחוש להחמיר יותר בגזל דידה משום דילמא אחילתיה ע"ז מספיק

טענת דידי שקלי אף בכה"ג שאמרו לקבל אבל את"ל דבגזל דאחרים מקודשת לחומרא וא"כ גם בגזל דידה הוא חזקת קדושין דמאי שנא שהרי עכצ"ל שיש כאן חשש נתינה ואין להקל רק משום טענת דידי שקלי וזה לא מהני לבטל חזקת קדושין משום דריעא קצת טענה זו מחמת שלא היה שתיקה ממש אלא שאמרו לקבל כנ"ל:

(ועפ"ז יש לתרץ ג"כ קושיא למה הביא ר"נ ראיה מהברייתא ולא מהמשנה כי אע"ג דבדין היוצא מדיוק המשנה דאינם מקודשות בגזל ג"כ צריך לטעם דידי שקלי מ"מ שם אין טעם זה משמש רק שלא לחדש דבר חדש ע"י קבלתה לומר שמחלה הגזל לו רק להעמיד הדבר כמו שהוא בחזקתו אבל מהברייתא מוכח דטעם זה מהני אף לבטל קדושין שקידשה במעות שלו ממש וי"ל דלא מהני אלא כנדון דהברייתא שקיבלה בשתיקה ממש. משא"כ אילו אמרה לשליח לקבל ממנו י"ל דלא היה מהני בענין הברייתא אע"ג דמהני בדין המשנה משום דהתם עיקר הטעם שקידשה בגזל וכנ"ל ואם נאמר כן אזדא לה בפשיטות הוכחת הבית מאיר להב"ח מדברי התוס'):

ד ומיהו צריך להבין בנדון דוורשכי שקידשה בגזל דידה ממש א"כ היה רב נחמן יכול להביא ראיה דאינה מקודשת מהמשנה. ולמה הביא ע"ז מהברייתא ומשום דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אשר שם משמש טעם זה לבטל קדושין שאינן בגזל ולמה הוצרך לזה על נדון שלו דהוה גזל ממש ואפשר לומר כיון שאמר אי יהיבנא לך מיקדשת לי י"ל דלשון זה משמע שמקדשה בהנאת חזרה שמחזיר לה הגזל. שלא תצטרך לטרוח עליו בדינא ודיינא עד שתוציא ממנו. ובודאי יש בהנאה זו שוה פרוטה וכדאמרינן עביד אינש דזבין דיניה וכמו שהביא בתשובת מהרי"ל סימן צ"ו דהא דקידשה בגזל דידה בשתיקה אינה מקודשת היינו טעמא דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי דילמא היינו משום דהיה עליה לטורח למיזל לבי דינא דלאו אורחא דנשי למיזל לבי דינא ואפי' בגברא אמרינן כה"ג פב"ת דכתובות זה היה פקח כו' ופחז"ה אי לאו דאודי ליה כו' ועביד אינש דזבין דיניה עכ"ל וא"כ יש בהנאה זו שוה פרוטה אלא דאעפ"כ כשמקדשה סתם בגזל דידה אינה מקודשת כלל דדעתיה על גוף הדבר שבזה מקדשה ולא בהנאת החזרה וכמו שהמקדש במלוה אינה מקודשת אע"פ שאם פי' שמקדשה בהנאת מלוה מקודשת ופרש"י (דף ו' ע"ב) דהיינו אם מחל לה כל המלוה ואמר לה התקדשי לי בהנאת מחילה זו ואעפ"כ אם אמר סתם התקדשי לי במלוה שאתה חייבת לי אמרינן דמקדשה בעיקר המעות ולא בהנאת מלוה ואינה מקודשת כמ"כ גבי גזל דידה אע"פ שאם פירש שמקדשה בהנאת שמחזיר לה גזילתה יש כאן נתינה דומיא דהנאת מלוה אעפ"כ אם אמר סתם הילך את זה והתקדשי לי בו אמרינן דמקדש בגוף הדבר שגזל

ממנה וא"כ לא קיהיב לה מידי ואמנם בנדון דוורשכי שאמר לה אי יהיבנא לך מיקדשת לי משמע הפירוש שתתקדש לו עבור שמחזיר לה ולא בגוף הדבר ועצמותו וא"כ י"ל דיש כאן נתינה היינו הנאת שמחזיר לה אלא דלכאורה תליא בפלוגתא דרש"י ותוספות בכתובות פרק המדיר (דף ע"ד א') הביאה הב"י סי' כ"ח דלפרש"י לא נקרא הנאת מלוה אא"כ הזכיר בפי' לשון הנאת דהיינו שאמר בהנאת מחילת המלוה אבל אם אמר במחילת מלוה לא משתמע דבהנאה שמוחל לה קאמר כ"א בגוף המלוה אף שהזכיר לשון מחילת מלוה אבל להתוס' שם (ד"ה המקדש במלוה) אין נקרא מקדש במלוה עצמה אא"כ פי' שמקדשה במעות מלוה שהיא חייבת לו אבל כשאמר במחילת מלוה מפרשינן דאינו מקדשה בהמעות מלוה עצמן כ"א בהנחת רוח שיש לה ממחילת מלוה וא"כ ה"ה בנדון דוורשכי שאמר אי יהיבנא לך שהוא כענין לשון מחילת מלוה. כן ה"נ היינו החזרת הגזל י"ל דלרש"י ודאי כיון שלא הזכיר בהנאת החזרה ה"ל מקדש בגוף הדבר אבל להתוס' י"ל דהפי' שמקדשה בהנחת רוח והנאה שיהיה לה מחזרה זו שיחזיר ויתן לה הדבר כיון שאמר אי יהיבנא. דה"ל כמו במלוה אם הזכיר במחילת מלוה. והנה הב"ש סי' כ"ח ס"ק כ"ה פסק כרש"י ולא כתוספות ומיהו י"ל דהכא אפי' לפרש"י י"ל דדעתי' על הנאת החזרה ולא אגוף הדבר דדוקא התם גבי מלוה יש לומר מסתמא דעתיה אמלוה עצמה מלומר דדעתיה אהנאת מחילה שהרי המלוה עצמה שוה כפלי כפלים יותר מההנאה ולמה יעשה הטפל עיקר שהרי גם מעות המלוה הן שלו ממש ומדוע נאמר דדעתי' אההנאה שהיא טפל דטפל לגבי עצם המלוה דאפילו גבי מלוה ופרוטה איכא מ"ד דדעתיה אמלוה מה"ט ואפילו למ"ד דעתי' אפרוטה והכי קיי"ל היינו משום שהפרוטה בעין אבל הכא דגם הנאת מחילה אינה דבר ממשי בעין ממש כפרוטה י"ל דלכ"ע מסתמא דעתיה אמלוה עד שיבאר בפי' בהנאת מחילה. אבל כשאמר במחילת מלוה שי"ל שסובל ב' פירושים אמרינן דדעתיה אמלוה עצמה משא"כ הכא גבי גזל דידה. כל שהלשון סובל שמקדשה בהנחת רוח מחזרת הגזל ולא בגוף הדבר אף שיש לפרש ג"כ להיפך שהפירוש שמקדשה בגוף הדבר י"ל דלכ"ע אמרינן דדעתיה על הנאת החזרה שהרי גוף הדבר הוא שלה שחטף ממנה ואיך יקדשה בדבר שלה ע"כ מסתבר יותר דדעתיה על הנאת החזרה ולכן כל שהלשון סובל כן י"ל דמפרשינן כן אף לפרש"י ג"כ:

ומעתה בנדון דוורשכי י"ל הפי' אם יהיבנא לך מיקדשת לי היינו עבור הנאת החזרה תתקדש לו וכמ"ש ריא"ז בש"ג פ"ק דקדושין גבי הנאת מלוה שהרי לא היה דעתה

להתקדש במנה של מלוה אלא בנחת רוח שעשה לה להרחיב הזמן וכל נחת רוח שעושה האיש לאשה בעת נתינת הקדושין שיש בו שוה פרוטה הרי היא כנתינת כסף עכ"ל:
ועוד יש ראיה לזה דהנה איתא פ"ק דקדושין (דף ז' ע"א) הילך מנה ואקדש אני לך ופרש"י והוא קיבלו ואמר לה התקדשי לי בכך מקודשת. אם האיש אדם חשוב דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומקניא ליה נפשה. ופרש"י בההיא הנאה שתרצה זאת לתת פרוטה לאדם לפייסנו לזה לקבל הימנה מתנה והוא דוגמא ממש שפרש"י (דף ו' ע"ב) גבי הנאת מלוה ע"ש. והשתא צ"ל מדוע התם אינה מקודשת לפרש"י אא"כ פירש בהדיא שמקדשה בהנאת מחילה זו כנ"ל הא לאו הכי אמרינן דבמלוה עצמה קידשה. והכא משמע בהדיא בפרש"י שדי באומר התקדשי לי בכך. ומפרשינן מעצמינו שמקדשה בההיא הנאה שתרצה לתת פרוטה כו' ואמאי לא נאמר שקידשה בגוף הדבר שנתנה לו והלא לא היא ולא הוא הזכירו שיהיו הקדושין בהנאת פרוטה כו' אמת שהרמב"ם ז"ל פ"ה הכ"ב הצריך שיאמר הרי את מקודשת לי בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה. וכ"כ בחי' הרשב"א וכגון שחזר הוא ואמר לה התקדשי לי בהאי הנאה דקא שקילנא מינך מתנה עכ"ל וכ"כ בחידושי הריטב"א וביאר זה יותר דמה"ט גבי קנין לא מהני בכליו של מקנה אף אם הוא אדם חשוב דהיינו כשקונה סתם ולא פירש בההוא הנאה כו' הא באדם חשוב ומפרש בהנאה שקיבלת ממני חליפין אלו ודאי קנה עכ"ל הרי ביאר דבעינן דוקא שיפרש שמקדשה בההיא הנאה שקבלתי ממך מתנה זו. הא לאו הכי אינה מקודשת אפילו באדם חשוב מיהו מפרש"י משמע דא"צ לומר בהנאה רק די באמר לה התקדשי לי בכך וכן הביא בספר המקנה ססי' כ"ז שכ"ד הרא"ש והתוס' והרי"ף שא"צ שיאמר בהנאה וכ"מ פשטא דגמרא וצ"ל הטעם דל"ד למלוה דבעינן שיאמר בהנאת מחילת מלוה משום דהכא סתמא כפירושו דבהנאה קא אמר דהא הכל יודעים שהאיש המקדש צריך ליתן להאשה כסף קדושין שהרי הוא הקונה וכן ידוע ג"כ המנהג בכל יום שהאיש נותן. וא"כ כשהיא נותנת ואומרת שעי"ז תתקדש לו וגם הוא אמר כן שתתקדש לו בזה ודאי כוונתם שבהנאה זו שמקבל ממנה תהיה מקודשת לו משא"כ במלוה כיון שהמעות שלו י"ל ודאי דכוונתו על מעות מלוה עצמו עד שיפרש ויאמר בהנאת מחילת מלוה ולפ"ז במקדש בגזל דידה כיון שהוא חפץ שלה יש לומר ג"כ דסתמו כפירושו דכוונתו שמקדשה בההיא הנאה שמחזיר לה החפץ ולא בגוף החפץ דהא גוף החפץ הוא שלה ואין כאן נתינה ממנו אלא דאעפ"כ אינה מקודשת משום שקיבלתם בשתיקה ויכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ולא נתרציתי לו כלל להתקדש בהנאה זו אף שיש כאן הנאה ולא קיבלתי החפץ רק ע"ד דדידי שקלי שהרי באמת מחוייב להחזיר

לי חנם. אך א"כ גם בסוגיא דפרק האיש מקדש (דף נ"ב) היה צריך הש"ס לומר הטעם דאינה מקודשת בגזל דידה משום יכולה לומר דידי שקלי והרי התם לא נזכר טעם זה אלמא דבגזל דידה אין נתינה כלל ולכן צ"ל דבגזל דידה אין סתמו כפירושו דלא דמי להילך מנה ואתקדש אני לך דהיא נותנה ולא הוא ע"כ מסתמא בהנאה קאמרינן אבל גבי גזל דידה כיון דמ"מ הוא נותן לה החפץ י"ל מיטעא קא טעה וסובר דיש כאן נתינה ע"כ כיון שאומר שמקדשה בחפץ זה אין לנו לעשות פירוש מעצמנו לדבריו לומר דבהנאה קאמר ולכן שם בגמ' דנ"ב דאמר שיתקדשו לו בכלכלה זו אין כאן נתינה אם לא משום דשביעית היתה כיון שאמר בהדיא שמקדשה בכלכלה של תאנים שהיא גזל דידהו משא"כ הכא גבי עובדא דוורשכי שלא אמר התקדשי לי בוורשכי אלא אמר אי יהיבנא לך שעבור שמחזיר לה תתקדשי לו דלשון זה סובל ג"כ שבהנאת החזרה תתקדש לו ולא בעצם החפץ אע"פ שי"ל כן שבעצם החפץ מקדשה וה"ל כלשון מחילת מלוה דמפרשינן דלא בהנאה קאמר היינו גבי מלוה מטעם דלעיל אבל גבי גזל דידה יותר י"ל דבהנאה של החזרה מכוין לקדשה משנאמר שמקדשה בשלה וכיון דהלשון סובל פירש זה כזה מפרשינן כן ולכן י"ל דיש כאן נתינה ע"כ הוצרך רב נחמן לומר דמ"מ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי שהרי באמת החפץ שלה ומחוייב להשיב לה אלא שאינו רוצה וע"כ אף אם מחמת אלמותו יש שוה פרוטה בחזרה זו מ"מ מאחר שמדינא אין כאן נתינה ע"כ יכולה לומר דידי שקלי ולא נתכוונה לקדושין והביא ראיה ע"ז מדין כנסי סלע זה שאני חייב ליכי וחזר כו' דאע"ג שהוא נותן סלע שלו ממש שהרי אע"פ שחייב לה מ"מ כל זמן שלא נתן לידה הסלע שלו והרי אומר עתה שנותנו לקדושין ויש כאן מצידו נתינה ממש והסלע שחייב לה יסלק לה אח"כ ועכ"ז אף שמקבלת בשתיקה יכולה לומר אני נתכוונתי לקבל המגיע לי הפך ענין נתינתו כמ"כ גם כאן אף שמתכוין לקדשה בהנאת החזרה היא יכולה לומר אני מתכוין ליקח את שלי כמו שמחוייב מהתורה להחזיר לי חנם ותדע שהרי בגמ' (דף ח' סע"ב) יש סברא דמשום דמדאורייתא מחוייב לאצולה לכן אף שנותן ככר שלו על פיה לכלב שרץ אחריה לנושכה אינה מקודשת מה"ט דמחוייב ליתן הככר ואף דהתם נשאר בתיקו היינו משום דמ"מ הככר שלו ממש משא"כ הכא דהחפץ שלה והוא מחוייב להחזיר לה ודאי יכולה לומר דידי שקלי לכ"ע:

סימן קי

יש"ש אה"ע סי' כ"ח סכ"א. דין זה כתב הרב"י סס"י כ"ח בשם תשו' הרשב"א סימן תר"ב שאשה שנדרה הנאה מראובן ואמרה כל נכסי פלוני עלי כקרבן ואח"כ בא אותו ראובן

וקדשה נראה בעיני פשוט שאינה מקודשת וכן הנהגתי אני במקומי להסיר המכשולות בפני הרמאין עכ"ל. והביאו הרמ"א להלכה. וכל האחרונים לא הביאו ערער ע"ז. אך בספר נתיבות המשפט ססי' ער"ה הביא שהרב בעל מחנה אפרים בהלכות זכייה מהפקר סי' ג' הביא דברי הר"ן פ"ה דנדרים (דף מ"ז ע"א) שכתב על המשנה פ"ט דב"ק (דף ק"ט ע"א) האומר לבנו קונם אם אתה נהנה משלי כו' בחייו ובמותו אם מת לא יירשנו ויחזיר לבניו או לאחיו לאו למימרא דכיון דנכסים אלו אסורים לו בהנאה לא יזכה בהם דהא קתני ויתן לבניו או לאחיו או לוה ובע"ח, באים ונפרעים מהם אלא ודאי נכסים דידיה נינהו אלא שאינו רשאי ליהנות מהם עכ"ל הר"ן וכ' המחנה אפרים דלדברי הר"ן ה"ה בנדון דהרשב"א הקדושין שנתן לה ראובן דידה נינהו אע"ג דאסורים לה בהנאה ויכולה ליתנם לאחיו או לבע"ח. וא"כ אמאי לא יהיו קדושין אע"פ שכתב שיש לחלק דלא דמי האי דאסרה נכסי ראובן על עצמה להההיא דאסר לו אביו נכסיו דהתם כיון דאינו הוא האוסר לא הפקיר זכותו ומש"ה אית ליה קנין בגווייהו ליתנם לאחיו או לבע"ח:

אבל זו שאסרה נכסי ראובן על עצמה חשוב כאלו הפקירם. וחילוקו זה מוכרח לדברי הר"ן עצמו פרק בתרא דנדרים (דף פ"ה ע"א) גבי רבא אמר שאני תרומה כו' שווייא עפרא בעלמא יעו"ש מ"מ נראה מדברי המחנה אפרים שלא נתפייס בחילוקו זה ולכן נשאר בקושיא על תשובת הרשב"א דסי' תר"ב הנ"ל גם הקשה עליו עוד מהמשנה פב"ת דנדרים (דף פ"ח א') המדיר הנאה מחתנו כו':

קיצור. (הדין שהביא הב"י והרמ"א סי' כ"ח סעיף כ"א אשה שנדרה הנאה כו' הקשה ע"ז המחנה אפרים הל' זכייה מהפקר סי' ג' מהמשנה פ"ט דב"ק (דף ק"ט ע"א) וממשנה פב"ת דנדרים):

ע"כ נעתיק פה שו"ת הרשב"א סי' תר"ב שאלת אשה אחת שנדרה הנאה מראובן ואמרה כל נכסי פלוני עלי כקרבן ואח"כ בא אותו ראובן וקידשה מה דינן של קדושין אם נאמר הואיל ומותר לשאר העולם הרי היא מקודשת כענין מערבין לנזיר ביין אי נמי הואיל ויכולה לישאל (הגה"ה ביאור הדברים דתנן רפ"ג דערובין (דף כ"ו סע"ב) מערבין לנזיר (ערובי תחומין) ביין (ואע"ג דלא חזי לדידיה חזי לאחריני וכיון דמזונא הוא גבי אחריני שרו ליה רבנן). ולישראל בתרומה (דהא חזיא לכהן) סומכוס אומר בחולין (דמידי דחזי ליה בעינן ובגמרא מפרש מ"ט לא פליג סומכוס איין לנזיר). ובגמרא שם (דף ל' ע"ב) דבית הלל ס"ל שמערבין לישראל בתרומה כמו שמערבין לגדול ביוה"כ למי שהוא גדול שהביא שתי שערות שחייב בעינוי ואע"ג דלמחר לא חזי ליה הואיל וחזי לקטן שאינו בר עונשים). וטעמא דסומכוס דס"ל מאי דחזי ליה בעינן וגדול ביוהכ"פ שאני דאיכא

סעודה הראויה מבעוד יום. (של ערב יוהכ"פ) ופריך ואלו לנזיר ביין לא פליג סומכוס מאי טעמא. אפשר דמתשיל אנזירותיה (ישאל לחכם ויתיר לו נדרו ויהא יין ראוי לו) אי הכי תרומה נמי אפשר דמתשיל עלויה ויפתח בחרטה לא נתכוונתי לכך ותנן בנזיר פרק ה' (דף ל"א) הקדש טעות אינו הקדש). אי מיתשיל עלה הדרה לטיבלא וטבל לא חזי כו' עכ"ל הגמרא עם פרש"י וע"ש בתוספות ד"ה תרומה נמי וד"ה אלא סומכוס וכתב רש"י בגמ' ד"ל סע"ב בד"ה שמיה אהל דבין ר' יהודה ובין רבנן דפליגי גבי ולכהן בבית הקברות כסומכוס סבירא להו דאמר מידי דחזי ליה למיכלא בההיא שעתא בעינן. והרא"ש שם ססי' ב' כתב ול"נ דאין זה תלוי במחלוקת סומכוס ורבנן כו' ולית הלכתא כסומכוס ואע"ג דסתם משנה פי"ז דמסכת כלים כוותיה כו' כמ"ש בגמרא (דף ל' ע"ב). ועפ"ז מבואר דברי השואל שבהרשב"א לענין קדושין אם נאמר כו' כענין מערבין לנזיר ביין לת"ק דהטעם הואיל וחזי לאחריני ומ"ש אי נמי הואיל ויכולה לישאל. ר"ל אפילו לסומכוס דאין מערבין לישראל בתרומה משום דמידי דחזי לדידיה בעינן עכ"ז מודה דמערבין לנזיר ביין משום שיכול לישאל על נזירותו ויהיה יין מותר לו וה"נ יכולה האשה לישאל על נדרה ויהיו כסף הקדושין דראובן חזי לה ממש וכמו דסמכינן על הואיל ויכול לישאל לענין ערובין לסומכוס כמ"כ נאמר דלענין קדושין נמי תהיה מקודשת מהאי טעמא. עכ"ה). (ראיי' הרשב"א מפי"נ אינו מוכרח כ"כ דשם שאמר אי אפשי נתבטל המתנה אבל הכא הרי קיבלה הקדושין ואי משום שאסורי' לה בהנאה באמת לא תהנה מהם כלל עד שתשאל על נדרה. וי"ל משום בשעת הקדושין לא היו שוה פרוטה יש לדחות דשוה כיון דמהני שאלה. כמו שמערבין לנזיר ביין לסומכוס ועוד ה"ל כמקדש לאחר שלשים יום היינו אחר שתשאל מיהו כיון שאינה רוצה לישאל לא שייך זה). או שמא הואיל ואינה יכולה ליהנות והיא אינה רוצה לישאל אלא רוצה בקיומו אין דבריו קיימין כלום דבכדי לא מקניא נפשה (הג"ה נראה מדברי השואל דאם היא רוצה לישאל על הנדר אזי חלין הקדושין אף שעדיין לא נשאלה וא"כ לכאורה אמאי לא ניחוש שמא רצתה כההיא דע"מ שירצה אבא. וצ"ל דהכא מיירי שאמרה בפי' שאיננה רוצה בהקדושין כלל עכ"ה) וכההיא דאמרינן בככר זה עלי הקדש שאין מערבין בה הגה"ה והוא בפ"ג דערובין (דף למ"ד ע"א). ר"א אומר ככר זו עלי מערבין לו בה (דאמר לקמן אין מערבין אלא לדבר מצוה ומצות לאו ליהנות ניתנו הלכך משום הנאה לא איכפת לן ואי משום דלא חזיא ליה הא חזיא לאחרים דומיא דנזיר ביין) ככר זו הקדש אין מערבין לו בה לפי שאין מערבין בהקדשות (ככר זו הקדש לא חזיא לא לדידיה ולא לאחריני ואנן סעודה הראויה בעינן כדלקמן זה עיקר רש"י וכ"כ בחידושי הריטב"א שם). ולפ"ז

איני מבין מה ראיה מביא השואל מהקדש שאני התם דהככר אסור לאחרים ג"כ ע"כ הוא דאין מערבין לו בה אבל הכא דהקדושין אינן אסורים רק עליה לבד ולאחרים הם מותרים אין שום דמיון לשם שלא יהיו קדושין משמע משם כמו דהא דחזי לאחריני ולא לו נמי מילתא היא ומערבין לו בה אף שעליו אסור בהנאה כמו גבי ככר זה עלי קונם שמא כמ"כ הכא גבי קדושין יש לומר כן ואם נאמר דלא דמי עכ"פ י"ל משום הואיל כמו לסומכוס שם וכנ"ל עכ"ה):

קיצור. השואל נסתפק שמא כמו לענין ערובין קיי"ל דאף מידי דאסור ליה באכילה ואפילו בהנאה עכ"ז מערבין לו בה משום דחזי לאחריני שמא כמ"כ לענין קדושין נמי אף שמעות אלו אסורים עליה בהנאה עכ"ז כיון שראויים לאחרים ואף לאמה ולאחיה לכן הוי קדושין ואף אם נאמר דבקדושין בעינן שיהיה ראוי לה עצמה הנה גבי ערובין ג"כ ס"ל לסומכוס דמידי דחזי לדידיה בעינן ואעפ"כ ס"ל דמערבין לנזיר ביין אף שאסור לו משום שיכול לישאל על נזירותו ויהיה מותר לו היין וה"נ כיון דיכולה לישאל על נדרה ויהיה הקדושין מותרין לה הוי קדושין מטעם הואיל או שמא לא מהני ההואיל מאחר שאינה רוצה לישאל על נדרה):

ג וע"ז השיב הרשב"א וז"ל דברים אלו נראים בעיני כפשוטים שאינה מקודשת ולא שייך בהאי ענין ערובין שאמרת דמה שבאתה לדמותה להההיא דמערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה משום דחזי לאחריני הרי היא כשלו ולומר דהכא קדושין אלו אע"ג דלא חזו בדידה הואיל וחזו לאחריני הרי הם כשלה ומקודשת הא ליתא דלגבי עירוב היינו משום דלא בעיא סעודה הראויה לו ממש. אלא כל שראויה לעלמא הוה עירוב וכבית הלל דאמרי מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה דאלו לבית שמאי בעי סעודה הראויה לו ממש דעליה הוא נסמך לשבות שם משום סעודתו אבל הכא כיון דלא חזיא לדידה אע"פ דחזיא לאחריני מאי נפ"מ:

והא אינה מתקדשת אלא במה שיש לה הנאה ממש דהנאת אחרים מאי מהני לה (הג"ה. צ"ע פ"ק דקדושין (דף ח' סע"ב) אפילו עני כו' מ"ט כו' אבל עכ"ז חשוב הנאה לה והרי הכא היתה יכולה לומר לעניים קחו לכם. וכן (דף ז' ע"א) דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה כו' מיהו א"כ גבי המקדש בערלה יכולה לומר לנכרים קחו לכם. ואולי תגיע לה הנאה ממש עי"ז מהם אח"כ ואעפ"כ אינה מקודשת כלל והיינו דהא אפילו טובת הנאה משמע בגמ' ספ"ב דקדושין (דף נ"ח ע"א) דאינו ממון לענין קדושין וכ"פ הרמב"ם פ"ה מהל' אישות דין ו'. מיהו הרא"ש שם ס"פ הנ"ל בשם ר"ח פסק דט"ה חשוב ממון. וצ"ל זה גרע מט"ה. דט"ה הוא ודאי משא"כ הכא וגם דבר הגורם לממון י"ל, דלא

הויא עכ"ה). אא"כ אמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך ומדין ערב פ"ק (ד"ז ע"א) אבל הכא דלית לה הנאה מידי כי מקדשה (נראה שיש כאן חסרון ואולי צ"ל במאי מקדשה) ומשום הואיל נמי ליכא דלגבי עירוב עיקרא דמילתא לא משום הואיל הוא דא"כ אפילו בהקדשות נמי. דהא קיי"ל כבית הלל דאמרי יש שאלה להקדש אלא משום דחזי לאחריני הוא (הגה"ה דבריו אלה לכאורה צ"ע דהא לסומכוס בעינן מידי דחזי לדידיה ופרש"י דגם ר' יהודה ורבנן הכי ס"ל והרא"ש כ' שכן בסתם משנה דכלים פי"ז וכמש"ל סעיף ב' ואעפ"כ ס"ל דמערבין לנזיר ביין משום הואיל וא"כ אמאי ככר זה הקדש אין מערבין לו בה. ובחידושי הריטב"א פ"ג דערובין (דף ל' ע"ב) בד"ה דאפשר דמיתשיל בנזירותיה כתב וז"ל וא"ת א"כ למה אין מערבין לדברי הכל בטבל דאי בעי (מעכה) שם מיניה וביה. ובככר של הקדש דהא א"כ אפשר דמיתשיל עליה י"ל דלא אמרינן הואיל אלא במידי דבלא הואיל חזי לאחריני ומעתה אין לנו טעם הואיל בענין עירוב אלא לסומכוס דאילו לרבנן בלא הואיל מערבין בו כיון דחזי לאחריני עכ"ל ועיין בש"ע א"ח סי' שפ"ו ס"ח ועיין בגמרא רפ"ב דנזיר (דף ט' ע"א) מבואר בהדיא דנזירות הרי הוא כהקדש ממש לענין שאלה משום דכתיב קדוש יהיה גדל פרע יעו"ש. ובדברי הרשב"א כאן משמע טעם אחר דלא אמרינן הואיל רק במה שהוא שלו כו' עכ"ה). והטעם שאמרת משום דיכולה לישאל א"כ לא אשכחן בכי הא הואיל דלא אמרינן הואיל אלא במה שהוא שלו אלא דאריא דאיסורא רביע עלה דנזיר ביין שלו בין שערבו לו אחרים בשלהן זוכה הוא בגוף היין דהא מותר לו ליהנות ממנו ובשלו אמרינן הואיל אי נמי במה שאין לאחרים רשות כגון הפקר או במי שליקט את הפאה ואמר הרי זו לפלוני עני דאמרינן בזה אפילו תרי מיגו דהיינו מיגו דאי בעי מפקיר לנכסיה ומיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה פ"ק דב"מ (דף ט' ע"ב) ופ"ק דגיטין (דף י"ב ע"א) אבל לזכות במתנה שנתנו לו אחרים ובאותו שעה שאינו יכול ליהנות בו שיהיה שלו נימא הואיל ואי בעי מיתשיל אינו דכיון שבשעה שקבלו אינו יכול לזכות בו ואינו שלו שוב אין לו בו זכות ואע"ג שנשאל אחר מכן. דכיון דבשעת מתנה לא זכה שוב אינו יכול לזכות עכ"ל:

קיצור:

שהשיב הרשב"א דקדושין לא דמי לערוב דהתם העיקר משום דקיי"ל דלא בעינן שיהיה הדבר ראוי לו וסגי במה שראוי לאחרים אבל גבי קדושין אינה מתקדשת אלא במה שיש לה הנאה בו והואיל לא אמרינן רק בדבר שהוא שלו או בשל הפקר כמו בפאה אבל כאן שאחר נתן לה והיא אסורה בהנאה ובשעה שקבלתו אסור הדבר עליה בהנאה לא מהני הואיל כלל ואע"פ שנשאלה עליו לא מהני וכ"ש דהואיל לא מהני:

ד ויש להקשות על הרשב"א מהסוגיא פ"ג דפסחים (דף מ"ו ע"ב) אמתניתן דהתם ר"א אומר לא תקרא לה שם עד שתאפה כו' והכא בהואיל קמיפלגי ר"א סבר אמרינן הואיל ואי בעי איתשיל עליה ממוניה הוא. ופרש"י דעל כל נדר והקדש ותרומה הקדוש באמירת פה יכול לישאל לחכם ולעקור דיבורו הלכך ממוניה הוא ועבר עליה כו'. ור' יהושע סבר לא אמרינן הואיל ופרש"י הלכך על חימוצה אינה עובר כו' ובגמ' (דף מ"ח ע"א) תניא רבי אומר הלכה כר' אליעזר וכן פי' הרי"ף בהדיא דהלכה כר' אליעזר דאמרינן הואיל ואי בעי מיתשיל עליה כדידיה דמי ומוזהר עליה בבל יראה וב"י וכ"פ הרא"ש שם ואע"ג דרש"י (דף מ"ח ע"א) בד"ה אבל הכא כ' דאין הואיל בזה בדבר שאינו שלו דנימא הואיל ואי בעי מייתי ליה ברשותיה כו' ואו ממש כדברי הרשב"א בתשו' הנ"ל דלא אמרינן הואיל אלא במה שהוא שלו אבל הרי הרי"ף והרא"ש שפירשו הואיל דר"א ואי בעי מיתשיל עליה מוכרח דלא ס"ל כן וכן משמע גירס' הש"ס שלפנינו וכ"מ בפשיטות דעת התוס' (דף מ"ו ע"ב) ד"ה הואיל יעו"ש וכ"כ בשו"ת שאגת אריה ססי' ס"ג שכ"ד התוספות והרי"ף והרא"ש כמו שכתבתי ומיהו ראיתי שהר"ן שם בד"ה איתמר האופה מיו"ט לחול השיג על הרי"ף דאפשר דר"א דסבר שעוברין עליו בב"י וב"י טעמיה משום דטובת הנאה ממון ולאו משום הואיל כו':

ועוד קשיא מ"ש הרשב"א בפשיטות דכיון שבשעה שקבלו ממנו אינו יכול לזכות בו ואינו שלו דמנלן שאינו שלו. דכיון שזה נתן לה הדבר בתורת קדושין י"ל דחשיב שלה ואע"פ שהדבר אסור עליו בהנאה יש לומר שעדיין אין זה מונע שלא יהיה חשיב שלה כי יש כמה דברים שאסורים בהנאה ונעשים שלו אף שאסורים עליו בהנאה והוא דין המשנה פ"ט דב"ק כמש"ל סעי' א' בשם הר"ן פ"ה דנדרים וכ"כ בשט"מ פ"ט דב"ק (דף ק"ח ע"ב) אמתניתן הנ"ל בשם הר"ר יהונתן ואע"פ שאסור ליהנות מהן אפ"ה שלו הן וכ"כ עוד בשם הרב המאירי וז"ל ר"ל לא יירשנו לענין שיהא מותר בהנאתם שאע"פ שממילא אחר שלא חלקם על פיו לאחרים יורש הוא מ"מ הרי הוא כיורש איסורי הנאה והרי הוא זוכה בירושה מן הדין אלא שנאסר בהנאתם עכ"ל וזה שלא כמ"ש בחידושי הרשב"א שם וע"ק האיך בעלי חוב באין ונפרעין מהן והרי אין לו בהן כלום ואפילו נתנם לו האב אינו זוכה בהם עכ"ל והרי הר"ר יהונתן והרב המאירי ס"ל להפך שהוא זוכה בהם מן הדין רק שנאסר בהנאה וכיורש איסורי הנאה ונראה מדברי הרשב"א עצמו דכמ"כ וכש"כ כשנותן לו האב הדין כמו בירושה ולהר"ר יונתן והרב המאירי זוכה בהן וכ"מ דעת הישו"ש פ"ט דב"ק סי' סמ"ך. גם שם סי' ס"א פסק וז"ל ומה שאוסר עליו בקונם יכול ליתנו לצדקה או כה"ג ואחרים אינן יכולים ליטלו ממנו בעל כרחו ולא עוד אלא

אף מוציאין מידן ומ"מ אי אכלו כבר פטורין מלשלם ואי איתשל עליה ונשאר מאותו דבר הנאסר עליו מחוייבים לשלם מה שאכלו דאין שייך לומר שזכו מן ההפקר כ"א גבי תרומות ומעשרות עכ"ל וכ' עוד שם בפנים דאע"פ שאסורים עליו כגון שאסר אותן בקונם עליו מ"מ אינן הפקירא ויכול ליתנם לצדקה וחלק על הרשב"א פב"ת דנדרים (דף פ"ה ע"א) והר"ן לשם שהביאו דס"ל הפך מזה וס"ל דהאוסר הנאות פירותיו על עצמו יכולים אחרים ליטול אותו בעל כרחו כו' ע"ש. דהרשב"א לשטתו דס"ל כשאסורים עליו בהנאה אין לו זכות בהן ואינן שלו וכהפקירא והיש"ש ס"ל כמשמעות המשנה פ"ט דב"ק וכפי' כל הפוסקים שהן שלו וכנ"ל וא"כ כיון שהוכחנו דרוב הפוסקים ס"ל שהן שלו וה"ה כשהיא אסרה על עצמה בקונם א"כ כשקדשה ראובן הרי זכתה בהן וא"כ אף שאסורים עליה בהנאה הרי בדבר שהוא שלה גם לפרש"י פסחים מ"ח א' אמרינן הואיל ואי בעי מיתשיל עליה כו' וכ"ד הרשב"א עצמו בתשובה הנ"ל אלא דאזיל לשטתו דחשיב אינן שלה ואזיל לשטתו בפי' המשנה פ"ט דב"ק שפירשה בשם הראב"ד בדרך אחר שמ"ש ויחזיר לבניו או לאחיו קאי על האב המדיר כלומר שהאב המדיר יכול ליתנו לבנו של המודר וכן פורע לו חובו כו' משום דהוקשה לו כמה קושיות לשטתו איך יכול הבן המודר ליתנם לבניו או לאחיו כו' ואח"כ הקשה גם על פי' זה ותירץ בשם הרמב"ם דלעולם אנידר קאי אלא דכיון דאומר אלו נכסים שאסר עלי אבא אין זה כנותן משלו אלא כמגביה להן מציאה כו' ובנדרים ס"פ השותפין (ודמ"ז א') כתב בחה"ר דאינו יכול ליתן לבניו גם מ"ש בכוונת הרמב"ם דע"י שמודיעם שהם נכסים שאסר עליו אבא אין זה כנותן משלו אלא כמגביה מציאה אינו מוכרח כלל דהכ"מ שם פי' הטעם דעי"ז ה"ל כאין לו טובת הנאה ממה שנותנם להם. אבל לעולם הענין שנותן את שלו ולכן כל הפוסקים שם דמפרשים המשנה כפשוטו ע"כ ס"ל שהן שלו וא"כ אמרינן בזה הואיל לכל הדיעות גם הנה פי' ויחזיר לבניו היינו לבנו של המודר ממש כמבואר מדברי התוספות שם (דף ק"ח ע"ב) אף שכתבו כן על הגוזל את אביו כו' ודאי הפירוש לבניו דגבי מודר ג"כ לבניו ממש וכ"כ הרמב"ם פ"ה מהל' נדרים דין ח' וכ"כ הראב"ד שם והלא בלא תנאי אנו אומרים יתן לבניו כו' וכ"כ הטור י"ד סי' רכ"ג אלא שהר"ן כ' דלאו למימרא שיתנם להם ממש אלא שמראה להם מקום כו' והכ"מ כ' ולעד"נ שאע"פ שיתנם להם ממש מותר כו' ע"ש א"כ מכ"ז נלמוד שהם שלו ממש גם הנה הרמב"ם שם כ' וכן אם פרעו בחובו והטור השיג עליו והכ"מ כ' על הטור דאשתמיטתיה מתניתין דהגוזל קמא הנ"ל והלח"מ שם תירץ דההשגה היא דהמשנה אמרה ובעלי החוב באים ונפרעים והיינו שב"ד מגבין להם אבל לא שיפרע הוא בעצמו להם כו' וכ"כ הט"ז סי' רכ"ג סק"ד

א"כ לא מיבעי להרמב"ם אלא אף להטור י"ל דהן שלו ממש. רק כיון שאסורים עליו בהנאה אינו יכול לפרוע בעצמו., קיצור. דמדברי הרי"ף והתוס' פ"ג דפסחים מבואר דקיי"ל דאמרינן הואיל אי בעי מיתשיל עליה אף שעכשיו אינו שלו וכ"פ הרא"ש, שם רק רש"י שם ס"ל כמ"ש הרשב"א דלא אמרינן הואיל בדבר שאינו שלו אך בנד"ז י"ל דאף לפרש"י אמרינן הואיל והיינו משום דחשיב שלו אף שאסור עליו בהנאה שכ"כ בשט"מ פ"ט דב"ק בשם הר"ר. יונתן והרב המאירי וכ"פ הישב"ש פ"ט דב"ק סי' ס"א ובחידושי הרשב"א שם הוכרח להוציא לשון המשנה מפשוטו לומר ויחזיר לבניו קאי על האב המדיר וזה נגד כל המפרשים וכמ"ש התוספות שם וכ"פ הרמב"ם פ"ה מהל' נדרים דין ח' והראב"ד שם:

ה וז"ל הרשב"א בחידושיו בנדרים פרק השותפין (דף מ"ז ע"א) בד"ה בחייו ובמותו כו' ומשמע שיתן המודר לבניו או לאחיו לאחר מיתת אביו קאמר וכ"כ הרמב"ם כו' וקשיא לי כו' אדרבה הוא אסור ליתנו כשאר איסורי הנאה ואם הוציא מעל וב"ח שזוכה בנכסים מן ההפקר הוא זוכה כחמץ בפסח וכערלה וכלאי הכרם. (הגה"ה. פ"ק דפסחים (דף ז') סע"ב ופ"ג דב"ק (דף כ"ט ע"ב) ע"ש בפרש"י שני דברים אינן ברשותו של אדם בור ברה"ר וחמץ בפסח ופרש"י לפי שאסור בהנאה וא"כ ע"י שאסור בהנאה חשיב אינו ברשותו א"כ כמ"כ נאמר גבי קונם חשיב אינו ברשותו ובשט"מ בב"ק שם בשם הר"י מווינא הקשה אמאי לא חשיב שור המועד והנה גבי חמץ בפסח אינה מקודשת א"כ כמ"כ בקונם ויש לחלק חדא דגם שם עכ"פ עשאן הכתוב כאלו הוא ברשותו א"כ ה"נ בקונם אלא דהתם אין מקודשת שהרי לא תוכל ליתן לבע"ח שלכולם אסור בהנאה משא"כ גבי קונם ועוד התם ליתא בשאלה ומוכרחת לבערו דעובר עליו בב"י וב"י משא"כ הכא דמותרת להשהותו וישנו בשאלה כנ"ל עכ"ה). והראב"ד פירשה על האב המדיר כו' עכ"ד ושם דף מ"ח ע"ב ד"ה ורב נחמן האריך עוד בקושיא זו וז"ל וקשיא לי אם נותן הוא לבנו או לאחיו היכי קתני לא יירשנו ודאי יורש הוא שהרי יכול הוא ליתנו לבנו או לאחיו כו' ועוד האיך נותן לבניו או לאחיו שהרי מועל הוא וכדאמרינן בר"פ אין בין המודר (דף ל"ה ע"א) באומר לחבירו ככרי עליך ונתנה לו מקבל שהוא הנידר מעל לכשיוציא ועוד קשה האיך אפשר שיירשנו והלא כיון שאסר בהנאתו אין לו בהם כלום כו' ועוד קשיא לי כו' והלא אפילו שתיק מיניה כו' עכ"ל ולע"ד יש ליישב דהנה ס"פ השותפין שם (דף מ"ח ע"ב) ההוא גברא כו' אסרינהו לנכסי עליה פי' הרא"ש והתוספות שם אסרינהו עליו בחייו ובמותו כו' ליקני הדין ואי הוה בר בריה כו' וכ' הרשב"א בחידושיו שם וקשיא לי האיך אפשר לבן לקנות נכסים אלו כלל דהא אסרן עליו האב בהנאה וכיון

שכן האיך הוא יכול להקנותם לבנו לכי הוה צורבא מרבנן שאם הוא לא קנאם אינו יכול להקנותם ותירץ דרב נחמן ס"ל דכיון שאין הבן קונה נכסים אלו אלא להקנותם לבנו לא נכנס זה בכלל איסורו כלל ומיהו קנה להקנותן עכ"ל. וא"כ עד"ז ממש יש לפרש הטעם של המשנה פ"ט דב"ק בחייו ובמותו אם מת לא יירשנו ויחזיר לבניו או לאחיו שלכן לא מעל הבן הנידר דכיון שאינו זוכה בהן לעצמו כלל רק ליתן לבניו או לאחיו לא נכנס זה בכלל האיסור דומיא דהכא שאסרן עליו בחייו ובמותו ואעפ"כ התירו שיוכל לומר לו שיקנה בשביל להקנות לבנו כו' ועיין תוספות פ"ט דב"ק (דף ק"ח ע"ב) דבן הבן מכח אבוה דאבא קאתי. והקושיא הראשונה האיך קתני לא יירשנו כו' כבר תירץ הר"ן פ"ה דנדרים דף מ"ז ע"א). ומ"ש וע"ק האיך אפשר שיירשנו כבר כתבתי לעיל בשם השט"מ דה"ז כמו שיורש איסורי הנאה כו' ועיין במשנה פ"ו דדמאי משנה יו"ד והקושיא האחרונה עיין תירוצה בכ"מ פ"ה מהל' נדרים דין ח' וכבר כתבתי לעיל סעיף ד' בשם הישׁ"ש פ"ט דב"ק סי' ס"א דמה שאסר עליו בקונם אינו הפקר. ולע"ד יש ראיה ברורה לזה ממשנה שלימה ספ"ד דנדרים (דף מ"ג א') אם אין עמהן אחר מניח על הסלע או על הגדר ואומר הרי הן מופקרים לכל מי שיחפוץ והלה נוטל ואוכל ורבי יוסי אוסר ואי איתנהו לדברי הרשב"א דכשאסורים עליו בקונם אינם שלו וחשוב הפקר א"כ גם לר' יוסי יש תקנה ועצה שהמדיר יאסור על עצמו בהנאה ככר לחם אחד שלו ואז ה"ל הפקר ויהיה זה המודר מותר לאוכלו דה"ל זוכה מן ההפקר וכענין מ"ש הרשב"א ובעל חוב שזוכה בהנכסים מן ההפקר הוא זוכה כו' כנ"ל ומדלא שמעינן עצה זו כלל מוכרח שאף שאסר הנאה מככרו לא חשיב הפקר כלל והרי הוא שלו כמקודם ואסור להמודר הנאה לאוכלו:

קיצור גם בחמץ בפסח עשאו הכתוב כאלו הוא ברשותו וכ"ש בקונם דליכא ב"י וב"י מה שהקשה הרשב"א האיך נותן לבניו והלא מועל הוא מבואר בדברי קדשו בעצמו תירוץ בכעין זה על הא דאמר ואי בר ברא צורבא מרבנן ליקנינהו כו' גם לכאורה ראיה מהמשנה ספ"ד דנדרים גבי ורבי יוסי אוסר דע"י קונם לא חשיב הפקר:

ו והנה המחנה אפרים הביא עוד ראיה מהסוגיא פ"ד דנדרים (דף ל"ה סע"א) ככרי עליך ונתנה לו במתנה מי מעל למעול מקבל יכול לומר דהתירא בעיתי דאיסורא לא בעיתי וכתב הר"ן שאילו היה יודע שהוא של איסור לא היה רוצה לזכות בה. ונמצא זכייה בטעות ואינה זכייה עכ"ל משמע דאי הוה ניחא ליה איסורא מעל ואי לא קנה אמאי מעל כדאמרינן פרק השואל (דף צ"ט ע"א) גבי המשאיל קרדום של הקדש כו' ואי לא קנאו אמאי מעל כו'. ור"ל א"כ ה"נ גבי ככרי עליך ונתנה לו מתנה קנה המקבל א"כ

מוכח מזה דאע"ג דאסור להמקבל ליהנות ממנו מ"מ זכה בו לענין להורישו לבניו או לאחיו או לב"ח עכ"ל והנה בענין ליתנו לבניו אפשר לחלק דהתם שאני שהבן יכול לומר מכח אבוה דאבא קא אתינא משא"כ הכא אבל לענין בעל חוב בא ונפרע ודאי חד דינא הוא אך אפשר גם שם נותנו לבנו או לאחיו לאו דוקא דה"ה גם לאחר אלא דרבותא קתני לפמ"ש הר"ן פ"ה דנדרים (דף מ"ז ע"א) דלאו למימרא שיתנם להם ממש אלא מראה להם מקום כו' וגם לפמ"ש הכ"מ שיוכל ליתן להם כיון שמודיעם שהם אסורים עליו א"כ י"ל ה"ה לאחר וצ"ע דהא גבי חמץ בפסח אחר זמן איסורו משמע דאסור ליתנו לנכרי כו' והנתי"מ ססי' ער"ה הקשה על המחנה אפרים וז"ל ולק"מ דודאי אסור לה לזכות בשביל זה דאין לך הנאה גדולה מזו עכ"ל ר"ל מה שבע"ח יהיה נפרע מזה ולא ידעתי מנין לו מ"ש מהמשנה פ"ט דב"ק הנ"ל והנתי"מ לא עיין בדברי הר"ן פ"ה דנדרים (דף מ"ח ע"ב). גם מה שדחה ראיית המח"א מהא דככרי עליך אינו נכון. דמדברי הר"ן מוכרח דאילו רוצה לזכות בו זכה בו אף שאסור עליו בהנאה אלא שלמ"ד יש מעילה בקונמות חייב עי"ז קרבן מעילה ולמ"ד אין מעילה בקונמות אין עליו איסור כלל דזכה בו לא לענין שיהנה ממנו רק לענין שבע"ח בא ונפרע וכנ"ל בשם השט"מ דב"ק דה"ל כיורש איסורי הנאה כו'., ואפשר לחלק בין ירושה דממילא באה לכן אף שאביו אסר עליו בהנאה ה"ל כיורש איסורי הנאה אבל הכא שמקבל המתנה ביד והיא אסורה עליו בהנאה י"ל יש איסור מ"מ אינו מוכרח די"ל דמקבל ע"מ שלא יהנה רק מה שמותר והרי אין כאן איסור ב"י וב"י ועוד אף דעבדא איסורא מ"מ כיון שאין זה איסור הנאה ממש רק קצת איסור כמערים לשיבא בע"ח ויגבה י"ל חשוב זכייה ולכן נהי דבקונם דידיה י"ל אינה מקודשת דהא לא מהני ביה שאלה שלה כדאיתא ביבמות פרק האשה רבה (דף פ"ח ע"א) אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה אלא דאחר וכו' אבל בקונם דידה דבידה לאיתשולי עליה שפיר י"ל דאמרינן הואיל ומקודשת וכנ"ל. וגם שפיר יכולה לקבלם לא כמערים בשביל שב"ח יפרע מהן אלא משום שתלך אצל חכם ויתיר הנדר. והנה ראיתי בחידושי הרשב"א פ"ה דנדרים וספ"ט דב"ק דעיקר ראייתו שהמקדש בקונם אינו מקודשת הוא מהסוגיא דפ"ה דנדרים (דף מ"ז א' ב') וז"ל דמ"ח ב' בד"ה ורב נחמן והלא כיון שאסור בהנאתו אין לו בהם כלום ואפילו נתנם לו האב אינו זוכה בהם ואם קדש בהן את האשה אינה מקודשת וכדמשמע בפירוש באותה שמועה שבפרקין איבעיא להו קונם פירות אלו על פלוני מהו בחילופיהן ואתיא למיפשטא מהא דתנן המקדש בערלה ובכלאי הכרם אינה מקודשת מכרן וקידש בדמיהן מקודשת אלמא אוסר פירותיו על חבירו כערלה וככלאי הכרם דמו ליה. ואם קדש בהן את האשה אינה מקודשת. וכ"כ הראב"ד ז"ל שאפילו

המקדש בגידולין צריך לחזור ולקדש עכ"ל ולע"ד יש לדחות דעיקר האיבעיא אם חליפי האיסור חשובין כמו האיסור או לא ולכן פשט ממכרן וקידש בדמיהן דאי איתא דחליפין כגוף האיסור דומה א"כ גבי חליפי ערלה היה צריך להיות הדין דאינה מקודשת כיון שהמקדש בערלה אינה מקודשת א"כ כמ"כ בחליפי ערלה אי איתא דהחליפין ה"ל כמו עצם האיסור ומדקתני מקודשת אלמא דחליפי האיסור לאו כגוף האיסור דמו ומינה גבי קונם פירות האלו על פלוני החליפין של הפירות מותרים לפלוני ולאו כגוף הפירות דמו דמ"ש מחליפי ערלה אבל לענין קדושין לא עלה ע"ד הש"ס לדמות חליפי קונם לחליפי ערלה כיון גם המקדש בקונם עצמו מקודשת משום דאפשר בשאלה אלא האיבעיא היה לענין הנאה אם חליפי פירות הנ"ל דקונם מותרים בהנאה לחבירו ומדין קדושין בחליפי ערלה יש לפשוט לענין דין הנאה בחליפי קונם ועוי"ל אף את"ל דהפשט משמע כמ"ש הרשב"א דאוסר פירותיו על חבירו ה"ז על חבירו כמו ערלה וכלאי הכרם שאם קדש בהן את האשה אינה מקודשת שאני התם דאין ביד חבירו המקדש לשאול על הקונם של המדיר וכדאמרינן רפ"י דיבמות אלא דאחר כו' משא"כ בקונם של האשה המתקדשת כנדון שנשאל בסי' תר"ב שבידה לישאל עליו שפיר י"ל דמקודשת:

קיצור המח"א הביא ראיה מככרי עליך ונתנה לו במתנה נדרים (דל"ה סע"א) דמבואר שם ובהר"ן דיכול המקבל לזכות בו ואפשר כשזוכה לא ע"ד ליהנות כ"א שיבא בע"ח ויפרע ממנו אין בזה איסור ועכ"פ אף אם עבד איסור אבל זכייה שייך בו ודלא כהנתי"מ. ובקונם דידה שהיא זוכה ע"ד שלא תהנה עד אחר שתשאל על נדרה י"ל ליכא איסורא כלל וראיית הרשב"א דבקונם אינה מקודשת מהסוגיא פ"ה דנדרים (דף מ"ז) גבי מכרן וקידש בדמיהן יש לדחות דלק"מ על המח"א משם. ועוד שם מיירי בקונם שאין ביד המקדש ולא ביד המתקדשת לישאל עליו אבל בקונם דידה שבידה לשאול עליו אין שום ראיה משם כלל:

[חסר]:

סימן קיא

בחור ירא שמים נשתדך עם בתולה בת י"ד שנה ברצון אביה ועשו ת"כ וקבלו ק"ס וכתבו תנאים אח"כ בא איש אחד שיש לו ממון הרבה ודיבר עם אבי הבתולה שיחזור מהשידוך הנ"ל ויתננה לו והבתולה כשמעה את זאת הלכה אצל החתן והסכימו ביניהם שיקדש אותה כדי שלא יהיה מועיל מה שאביה רוצה לחזור בו. וקידשה בטבעת בינו ובין עצמה וכשנודע לו שהמקדש בלא עדים אינן קדושין אפילו שניהם מודים בדבר

כמבואר בש"ע סי' מ"ב ס"ב קרא אותה שנית ואמרה לפני שלשה אנשים עדים שרצונה שיקדש אותה וקידש אותה שנית בפניהם והטבעת היה מכסף טהור רק שבתחלת עשייתו היה מוזהב (גיגילט) וכעת נמחק הזהב ממנו אעפ"כ מכירים שהיה מוזהב וגם שיש על הטבעת הפרוב (ענין הפרוב היינו אם הוא 14 פרוב או 12 פרוב) ואצל הפרוב יש עוד איזה צאצקע, (ר"ל איזה רושם עשוי לנוי) הכלל שהוא טבעת מחנות שעושים למוכרם והטבעת הנ"ל נתן להמקדש איש חבר וריע שלו:

א והנה נידון הטבעת אין לחוש מהדין הנזכר בש"ע סי' ל"א ס"ב בהגה"ה או בסתם טבעת ונמצא של נחשת חיישינן לקדושין משמע שהם רק קדושי ספק היינו משום דהיה נראה טבעת של זהב ונמצא שהיא של נחשת יש לחוש מדין התקדשי לי בדינר של זהב ונמצא של כסף וגם שם באמת לא דמי לזה כלל כיון דלא אמר שהוא של זהב כמבואר בתשו' מיימוני דשייכי להלכות אישות ססי' י"ט בד"ה שוב שמעתי שאותה טבעת בחזקת של זהב היתה כו' ונשתברה אח"כ ונמצאת של נחושת כו' אם יש בה שוה פרוטה מקודשת כיון שקבלה סתם ולא אמר שהוא של זהב כו' ע"ש והיא תשובת רבינו שמשון בעל התוספות ומהר"מ בתשובה שאחריה שם סי' כ' לא פקפק רק כשהעדים אמרו בשעת קדושין שהיא טבעת של זהב אעדים קא סמכה וה"ל כאומר המקדש התקדשי לי בדינר של זהב ונמצא של כסף אבל אם לא אמרו העדים כלל שהיא של זהב י"ל דלא פליג כלל על הרא"ש דה"ל קדושין וכ"ז אינו שייך בנד"ז דהיא של כסף ונמצא כן של כסף ואם היתה מוזהבת לגמרי ותוכה של כסף ג"כ עדיף אפילו מדינו של רבינו שמשון דהיתה של נחושת ומוזהבת כאילו שהיא של זהב וכיון שאין דרך להזהיב כלי של נחושת ה"ל הטעאה אבל כלי של כסף דרך להזהיב ואין כאן שום הטעאה דה"ל למיסק אדעתה שאפשר היא של כסף ומוזהבת לכן אף אם טעתה וסבורה שהיא כולה של זהב ה"ל כדין הנזכר במשנה ה' פ"ג דקדושין המקדש את האשה ואמר קסבר הייתי שהיא כהנת והרי היא לויה כו' עשירה והרי היא ענייה ה"ז מקודשת מפני שלא הטעתו ופרש"י אלא הוא הטעה א"ע וכיון דלא פירש לאו כל כמיניה דהוה להו דברים שבלב. וה"נ כיון שלא אמר לה לא הוא ולא העדים שהיא של זהב אע"פ שהיא מוזהבת היה לה לשאול אם היא כולה זהב או רק כסף מוזהב לכן אע"פ שכסבורה שהוא של זהב ה"ל דברים שבלב אע"ג שי"ל שאני הכא שכיון שהיתה מוזהבת מבחוץ סמכה שהיא כולה תוכה כמו ברה זה אינו כיון דדרך ג"כ להזהיב כלי כסף אם איתא דמקפדת שתהיה דוקא של זהב היה לה לשאול דאפשר גם גבי עשירה והרי היא ענייה היה לו מקום לחשוב שהיא עשירה כגון שהלכה בבגדים חשובים שאין דרך עניים ללבוש כן ואעפ"כ כיון שלא פירש מקודשת

בודאי אף אם היא ענייה וה"נ דכוותה. וכ"ז אפילו היה מוזהב היטב בענין שיש להסתפק שמא כולו של זהב אעפ"כ כיון שלא הזכיר שהוא של זהב מקודשת ודאי. כ"ש בנדון הלזה שנמחק מעט הזהב ממנו וניכר שהוא טבעת של כסף שהי' מוזהב. א"כ ליכא שום חשש הטעאה. והוי קדושין גמורים:

ב רק עוד יש לפקפק משום שהטבעת לא היה שלו רק שהוא של חבירו שנתן אותו לו שיקדש בו את הבתולה הנ"ל והנה בש"ע סי' כ"ח סעיף י"ט פסק השואל חפץ מחבירו והודיעו שרוצה לקדש בו האשה מקודשת כש"כ הכא שלא נזכר לשון שאלה כ"א לשון נתינה שנתן לו הטבעת שיקדש בו את הבתולה לשון נתינה עדיף טובא מלשון שאלה וזהו המבואר בתשו' מיימוני דשייכי להל' אישות סי' י"ח דכיון דמסר לו הטבעת על מנת לקדש בו האשה וא"א לה להתקדש אא"כ היתה שלו במתנה או במכר אין לו לשמעון אלא דמיו עכ"ל די"ל דהרשב"א בעל התוס' בעל תשו' זו לא ס"ל דינו דהרא"ש בהשואל את הטבעת דכיון דנתנו לו בפירוש בתורת שאלה. אף שהודיעו שרוצה לקדש בו את האשה אין לומר שבמתנה או במכר נתנו לו שהרי אמר בפירוש ששואל וכמו שיבואר לקמן אבל כשנתנו לו סתם לקדש בו את האשה ולא הזכיר ל' שאלה אז אמרינן דאין לו אלא דמיו וכמ"ש מזה בתשו' אחת באריכות וכ"ש שזה הטבעת של כסף הוא ממין טבעות שנמכרים כן בחנויות א"כ אין קפידא כ"כ בהחזרת דמים כיון שיש ויש לקנות בדמים אלו כיוצא בו או טוב ממנו בכה"ג ודאי י"ל יותר דנתנו לו לחלוטין ע"מ שיחזיר הדמים או שיקנה לו טבעת כיוצא בו. ועי' כה"ג בהרמב"ם הל' שאלה ופקדון רפ"ו גבי אם היה הפקדון דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנות כמותו כו' אין משביעין השומר שבועה שאינה ברשותו וכה"ג בנד"ז לא יש מקום קפידא כ"כ שיחזיר לו טבעת זה דוקא ולא אחר כמותו חדש וכיון שנתנו לו בדרך נתינה לקדש בו אשתו י"ל שאין לו עליו אלא דמים אבל בנותן לו בפירוש בתורת שאלה נ' שהרשב"א בעל התוס' בתשו' הנ"ל לא ס"ל הא דהרא"ש כי הנה הרא"ש פ"ק דקדושין סי' כ' כתב דכיון שהשאיל לו אדעתא לקדש בו את האשה כו' לכל הפחות תהיה מתנה עמ"ל והויא מקודשת ויקנהו מן האשה ויחזירנו לו כו' והרי הרשב"א בתשו' הנ"ל ס"ל דאפי' נתנו לו בפי' במתנה עמ"ל וקידש בו לא הוי קדושין ע"ש דלא האמין לשמעון שנתנה לו רק במתנה עמ"ל כיון שנתן לו סתם בלי שום תנאי על שיקדש בו האשה וכיון דהרב הב"י בש"ע סי' כ"ח סי"ט פסק כהרא"ש כ"ש וק"ו בנד"ז דחבירו נתן לו הטבעת סתם שיקדש בו הבתולה דמקודשת דהיינו נדון של הרשב"א דעדיף טובא מדינו של הש"ע סי' כ"ח סי"ט:

מה שיש להסתפק עוד כיון בנערה קיי"ל כר' יוחנן קדושין (דף מ"ג ע"ב) דאביה ולא היא וכ"פ בש"ע רסי' ל"ז ושם ס"ד א"כ שמא עדיין נערה היא ולא בוגרת אף שכ' בהשאלה שהיא בת י"ד שנה. י"ל שמא עדיין לא הביאה שתי שערות או אף שהביאה שמא רק ערך ב' חדשים שהביאה או על השנים צריך עדים. אך י"ל אף שאין לה שתי שערות חוששין שמא נשרו כדאי' בנדה פ"ה (דף מ"ו סע"א) הלכתא חוששין שמא נשרו כו' דאיכא ספיקא דאורייתא כו' אלא שי"ל הכא הוה ס"ס שמא לא נשרו ואת"ל נשרו שמא עדיין היא נערה ולא בוגרת ועי' תשובת הרשב"א סי' אלף רי"ו לא הקיל בשני ספיקות וכ"ש היכא דלא בדקו אם יש בה שתי שערות הרי אמר רבא שם קטנה שבאה לכלל שנותיה חזקה הביאה ש"ש והיינו לענין שלא תוכל למאן כמ"כ הכא שהיא בת י"ד חזקה שכבר בגרה ועי' בהרמב"ם פ"ג מהל' קדושין הי"ד היתה הבת ספק בוגרת כו' ועי' פ"ט (דב"ב קנ"ו א') גבי בודקין לקדושין:

סימן קיב

על אודות המקרה אשר קרה בקהילתנו פה לאדיזין באחד מבע"ב העיר שמו דוד במ' אליעזר ההולך בתום דרך ואין עול בו ביום ה' פ' עקב תר"ט העבר שלח אחריו הפאוויערינא של הקאנטאהר אטקופ שלנו ואמר לו לך אל אחד הנגידים ותלוה מעות על בטחוני סך ארבעה מאות רו"כ:

כי נצרכתי לשלם ראטי להקאזנא והלך ר' דוד הנ"ל בפקודתו לקבץ מעות עבורו כי מוזג שלו הוא ומוכרח לקיים תפקידו והלך בין החנוונים ושם אשה אלמנה חנוונית שאל אותה היש אתך מעות להלוות ואמרה יש ת"י סך מאה וחמשים רו"כ והניחה והלך לו לשאר החנוונים ושאל גם אותם היינו לר' ניסן חנווני ולר' נחמן חנווני היש אתכם מעות ענה ר' ניסן יש ת"י מאה וחמשים רו"כ ואתן לכם. ור' נחמן השיב גם לי מאה רו"כ ואתן לכם. ולקחו צרור כספם והלכו יחד עם ר' דוד השליח הנ"ל אל חנות האשה ציריל הנ"ל לקחת גם את הסכום אשר הבטיחה ליתן ולקחו המעות וימנו ומעות שלהם ג"כ ויצורו אותם בטיכל של ר' דוד הנ"ל כי היה סבור שהוא ישא המעות להקאנטאהר ולקח צרור הכסף ועקר רגליו ללכת מהחנות. ותחזק האשה הטיכל עם המעות לאמר אני בעצמי אשא המעות להקאנטאהר כי אני אוציא יותר עיסקא ממנו מאשר תקח אתה וירא ר"ד הנ"ל כי היא מתאמצת בתפיסת המעות ענה לה הא לך המעות הרי את מקודשת ולא סיים לי והעדים החנונים הנ"ל שמעו זאת ויהי כמצחק בעיניהם ופערו פיהם בשחוק. ובשעת אמירה נתן לה המעות עם הטיכל והיא קיבלה מידו והלכה בעצמה להקאנטאהר

ותתן להפאוויערינע וקבלה מידו קוויטל על המעות ומשך זמן ההלוואה רק על כמה ימים. כ"ז העידו בפנינו עדים כשרים ונאמנים ה"ה מ' ניסן ומ' נחמן בתורת עדות גמור ובאליונ"ע בזה הלשון ממש ומעתה ילמדנו מו"ר מה לעשות בזה אם להצריכה ג"פ דוקא אם לא והאשה ציריל הנ"ל נגידה וחשובה וחרפה לה לעמוד לפני ב"ד לקבל ג"פ גם ר' דוד הנ"ל איש נכבד הוא נגיד בעיר בדעתו חשב כי צחוק הוא והנה כל הפוסקים מקילים בזה אם לא אמר לי אך הב"ח חושש לקדושין. אכן הב"ש מקיל אף לדעת הב"ח אם נמצא עוד ריעותא אשר תורה קלקול הקדושין:

א הנה בענין אומרו הרי את מקודשת ולא אמר לי מבואר בב"י סי' כ"ז דרוב הפוסקים רובם ככולם ס"ל דאין חוששין לקדושין ובבד"ה כ' שהריב"ש סי' י"ח כתב אין חוששין לה להצריכה גט וכ"כ בישו"ש פ"ק דקדושין ססי' ד' וז"ל ומה שכתבתי שאם לא אמר לי דלא היו קדושין כלל אפילו לחומרא לא בעינן גט עכ"ל רק הב"ח מחמיר בזה כמ"ש מעלתו ובספר עצמות יוסף כ' בשם רבו מהרשד"ם שלא הסכים להקל אלא כשמוצא גריעות אחר בענין הקדושין אם מצד הלשון או מצד הענין עכ"ל. ובספר גט פשוט בכללים שבסוף הספר כלל ה' הביא בזה מחלוקת מהריב"ל ומהרשד"ם אשר מהריב"ל ח"א סי' י"ט כתב וז"ל וכיון דכן הוא מסתברא דאין לנו להחמיר כסברת היחיד (היינו היש מי שאומר שהביא הר"ן דלענין קדושין אזלינן לחומרא אע"ג דלא אמר לי) היכא דכל חכמי ישראל חולקים וכתבו להקל וכמ"ש מהרי"ק כו' אין לנו לומר קים לי כפלוני הגאון היכא דכל ישראל חולקין עליו אבל בנידון דאיכא שדוכין יראה לי להחמיר אע"ג דלא אמר לי עכ"ל מהריב"ל ומהרשד"ם חושש להחמיר היכא דלא אמר לי אם לא היכא דאיכא סניף אחר דהוא פוסק להקל כמ"ש בכמה תשובות עכת"ד הג"פ והרב"י בתשו' סי' ח' כ' ומענין פסק דין הקדושין יפה דנת שלא לחוש להם מאחר דלא אמר לי מאחר שכל הפוסקים הושוו בכך זולת סברא אחת כו' עכ"ל וזה כדעת מהריב"ל ועי' בכנה"ג בהגהת הב"י אות מ"ג נטה קצת להחמיר וכ"כ הב"י עוד בתשו' סי' ד' ובאות מ"ו כ' לאו דוקא גריעותא דמתבטלת הקדושין אלא אפילו באומדן דעתא כגון דאין דרך לקדש דרך שחוק ולעג כו' אין לחוש לידים שאין מוכיחות מהר"א בן חיים ז"ל עכ"ל. וע"ש אות מ"ד ואות ע"ז. ועיין בב"ש סי' כ"ח ס"ק י"ד:

אך אנן בנד"ז אין צריכים לכל זה ולא נכניס עצמינו בכל זה דבנד"ז יש עוד ריעותות גדולות ועצומות אשר קרוב דמתבטלות הקדושין מחמתן לבד. ע"כ פשיטא דבהצטרף זה אל זה שאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי שאין צריכה שום גט אפילו להמחמירים וכמשי"ת:

גרסינן בגמרא פ"ק דקדושין (דף ט' ע"א) אמרה ליה הב לי חד שוכא אמר לה אי יהיבנא לך מיקדשת לי (בלשון שאילה) אמרה ליה הבה מיהבה אמר רב חמא כל הבה מיהבה לאו כלום הוא ומסקינן דה"ה אם אמרה הב (דלא כפלתיה לדבורה) וכ' התוס' וא"ת מי גרע מתן מעות לפלוני דמקודשת (ד"ו סע"ב) כ"ש כשאומרת תן לי וי"ל דשאני הכא דמעיקרא היתה שואלת שלא בתורת קדושין ומש"ה איכא למימר כשאומרת הב דאדעתא דמעיקרא אמרה עכ"ל וממ"ש רש"י בלשון שאילה י"ל דבעינן עוד תנאי שאמר אי יהיבנא לך מיקדשת לי שהוא לשון שאילה ע"כ בכה"ג הוא דכי אמרה הב הוא דסמכה דעתה דתשובתה הוא אדעתא דמעיקרא מטעם הנ"ל שהרי בא בלשון שאלה ותשובתה נראה שמבקשת רק על דעתה הראשון אבל אם לא אמר בלשון שאלה אלא כשביקשה תחלה הב לי חד שוכא אמר הרי את מקודשת לי בו ונתן אע"פ שאמרה הבה מיהבה י"ל דמקודשת ובתשובת מהר"א ששון ססי' קע"ה משמע דס"ל דלהתוס' דעיקר טעמם משום דמעיקרא היתה שואלת כו' ומש"ה כו' דאדעתא דמעיקרא אמרה אין חילוק שאפילו לא אמר בלשון שאלה אלא אמר הרי את מקודשת לי בו והדרה איהי ואמרה הבה או הבה מיהבה אינה מקודשת (וכ"נ דעת רמ"א בהגה"ה סי' כ"ט סעי' י' כדלקמן אות ג' ואינו מוכרח כי רמ"א מיירי כשמקודם היה ג"כ לשון שאילה אי יהיבנא לך כו') רק להרשב"א כ' שם שני סברות בזה וז"ל ובהא מסתפקא לי מה יסבור הרשב"א ז"ל כשאמרה לו הב לי חד שוכא ולא אמר איהו בלשון שאלה אי יהיבנא לך מיקדשת לי אלא אמר לה הרי את מקודשת לי והדרה איהי ואמרה הבה או הבה מיהבה מהו מי אמרינן כיון דלא אמר בתורת שאלה אע"פ שהיא אמרה מעיקרא הבה לי לא אמרינן דבתר מאי דקאמרה מעיקרא אזלינן או דילמא אין הכי נמי דהרשב"א מודה בזה אלא דעדיפא מיניה קאמר דאפילו לא קאמרה מעיקרא כלום כו' אבל איה"נ שיודה כשאמרה הבה מעיקרא ולבסוף אע"פ שלא אמר הוא בלשון שאלה עכ"ל מדכתב לשון דהרשב"א מודה כו' איה"נ שיודה כו' למאן קא מודה עכצ"ל להתוס' דטעמם הוא משום דמעיקרא היתה שואלת כו' ולפע"ד דממ"ש רש"י בלשון שאילה נראה דגם זה בעינן אבל אם לא אמר בלשון שאילה אע"פ שאמרה מעיקרא הבה וכן לבסוף יש לחוש לקדושין שהר"ן כ' ג"כ ול"נ כל שלא אמרה בלשונות האמורים בגמרא איכא לספוקי בלשון קדושין כו' ונלע"ד קצת ראיה ממ"ש בישש"ש ססי' י"ד וז"ל מה שהקיל הרשב"א אפילו התחיל הוא ואמר בלשון שאלה אם אתן לך כו' והיא אמרה הבה מיהבה שאין כאן קדושין כו' אומר אני שהן קדושין גמורין דדוקא כשהיא תבעה מתחלה שלא לשם קדושין כו' אבל כשהוא התחיל בלשון שאלה והיא השיבה שיתן אין לך ריצוי גדול

מזה כו' ע"ש א"כ אפילו כשהיא תבעה מתחלה שלא לשם קדושין כו' כשהוא אמר ע"ז שלא בתורת שאלה כלל כ"א בסכינא חריפא הרי את מקודשת לי בו והיא אמרה הבה מיהבה י"ל שמסכמת לדבריו רק כשאומר בלשון שאלה אזי י"ל כשאומרת הבה אין זו הסכמה דאם היה הסכמה היה לה להשיב כדרך שמשיבים על שאלה היינו הן וכיון דמעיקרא תבעה שלא בתורת קדושין וגם מתשובתה ניכר לא ע"ד הסכמה אז ע"י הני תרתי סמכינן דלאו כלום הוא אבל בחסרון א' מהם א"א לומר דלאו כלום הוא וכן מצאתי בט"ז ס"ק י"ד וז"ל ונראה דס"ל ג"כ דכל שאומר הוא לשון שאלה הוי לישנא גרייעא כו' והיינו דתרתי לריעותא בעינן חדא שהיא אומרת תחלה הב שנית שאומר אח"כ לשון שאלה אז הוויין הני לישני לגריעותא אבל כו' ע"ש שוב ראיתי מזה במל"מ פ"ד מה"א דין ה' בד"ה כ' הר"ן ובד"ה עוד נסתפק הרב ונוטה ג"כ לדעת הט"ז רק שלא ראה דבריו ומ"מ לולי פרש"י בלשון שאילה מהגמ' עצמו אין הכרח לזה דאע"פ שבגמ' נז' בלשון אי יהיבנא לך כו' שהוא לשון שאילה הלא לקמן (דף י"ג ע"א) בעובדא דההיא איתתא דזבנה וורשכי כו' נזכר ג"כ הלשון אי יהיבנא לך מיקדשת לי ושם ודאי ה"ה אף אם אמר לה לא בלשון שאלה כ"א בלשון הלכה פסוקה הרי את מקודשת לי אפ"ה אינה מקודשת משום דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי וכדאמרינן שם לענין חטף סלע מידה וקידשה בו דבלא שדיך אינה מקודשת וכ"כ כל הפוסקים ופירשו שאמר הרי את מקודשת לי כמ"ש הרמב"ם פ"ה דין יו"ד והטוש"ע סי' כ"ח ס"ב הרי אנו רואים דמ"ש בגמרא שם אי יהיבנא לך כו' ה"ה אף אם אמר הרי את מקודשת לי ג"כ הדין כן דאינה מקודשת א"כ גם כאן הב לי חד שוכא כו' הבה מיהבה י"ל ג"כ דאף שנזכר אי יהיבנא לך כו'. ה"ה גם אם אמר הרי את מקודשת לי ג"כ אינו כלום כיון דאיהי לא אשתיקה אלא אמרה הבה מיהבה גילתה דעתה דאדעתא דמעיקרא אמרה וכמ"ש מהר"א בן ששון ובפרט אם כפלתיה לדיבורה ואמרה הבה מיהבה. עיין ב"ש ססי' כ"ט מיהו מלשון רש"י נראה דדוקא כשאמר בלשון שאילה כנ"ל ובפרט בחידושי הרשב"א עשה מזה עיקר גדול מה שאמר בלשון שאלה וכן נראה ודאי שכך דעת נוטה:

קיצור כל הבה מיהבה לאו כלום הוא פי' התוס' משום דמעיקרא היתה מבקשת שלא בתורת קדושין ורש"י כתב מפני שגם הוא אמר בלשון שאילה (הגה"ה. ועיין בב"י ססי' כ"ט שהה"מ כ' דהרשב"א ס"ל להקל רק משום טעם זה שאמר בלשון שאלה אף שהיא לא ביקשה תחלה כלל והמרדכי פ"ק דקדושין סי' תפ"ז כ' וז"ל כל הבה מיהבה לאו כלום הוא ספק ביד רבי היכא דאינה מבקשת אותו דבר תחלה כי הכא אלא הוא אומר אם אתן לך דבר פלוני תהא מקודשת לי ואמרה הבה מיהבה אם היא מקודשת לו אם לא עכ"ל

הרי מה דהרשב"א מיקל המרדכי מספקא ליה וכ"פ הרמ"א ססי' כ"ט עכ"ה). ומהר"א בן ששון ס"ל דלהתוס' אפי' לא אמר בלשון שאילה אינה מקודשת ואך להרשב"א יש לספק בזה ואפ"ל דלרש"י בעינן שני הטעמים דהתוס' והרשב"א וכ"מ דעת הר"ן והיש"ש ס"ל דספיקו דהמרדכי הוא קדושין גמורים א"כ י"ל ס"ל כמ"ש הט"ז דתרתי לריעותא בעינן וכ"ד המל"מ פ"ד מה"א דין ה' ואף שמהגמ' אין הכרח גמור לזה מ"מ כן הדעת נוטה כדעת הר"ן וישׁ"ש והט"ז והמל"מ דאין לפסוק דלאו כלום הוא אא"כ יש תרתי לריעותא כהמעשה שבגמרא:

ומעתה נוציא מזה לנד"ז דמה שמחזקת הכרך מעות ואינה רוצה ליתן לידו הרי עדיף טובא מן תבעה היא שלא לשם קדושין וגם מהחל ועד סוף היא מחזקת על דעת זו וא"כ עדיף מאומרת מעיקרא הבה ולבסוף הבה מיהבה וא"כ אם היה אומר לה בלשון שאלה אי יהיבנא לך מיקדשת לי פשיטא דלאו כלום הוא דאיהי מחזקת אדעתא דמעיקרא אלא שיש לחוש משום שאמר לא בלשון שאלה. כ"א סתם הרי את מקודשת וכבר כתבתי שמהר"א בן ששון ס"ל דלהתוס' אף שלא אמר בלשון שאלה אינה מקודשת כלל ואע"פ שכתבתי שלפע"ד העיקר אינו כן. היינו התם דהם רק דבורים שלה ויש הפסק בין דבור ראשון שאמרה הבה ובין דבור השני א"כ יש לחוש שבדבור השני מסכמת לקדושין כיון שהשיבה כן אחר לשון הגוזר אבל הכא שאינו דבור אלא מעשה רב שאוחזת הכרך בחזקה ובטענה אמיתית שאין רצונה ליתן לידו את שלה והמעשה הזה היא עושה מתחלה ועד סוף בלי שום הפסק א"כ נראה לכל שגם בסוף אוחזת רק על דעתה הראשון לבד ועוד דדוקא התם כיון קודם דיבורה השני לא היה החפץ בידה כ"א בידו א"כ י"ל שלא היה לה לקבל כשאמר התקדשי לי בו ואף שאמרה הבה לא היה לה לסמוך ע"ז די"ל הבה לשם קדושין אבל הכא דכבר מחזקת ומעכבת מעות שלה א"כ מה שאינה מנחת לו אחר שאמר לשון קדושין אין זה כלום דהא מובן לכל שהכל מעשה אחד כדמעיקרא שאין רצונה ליתן לידו ואין ממנה שום גילוי דעת על קדושין כלל וכלל יותר מבאמירת הבה אחר לשון שאילה כאן נראה יותר שאינו שייך לקדושין אף שלא אמר בלשון שאילה דהתם רק מצד דקדוק הלשון באנו לומר שאין כאן הסכם ורבינא חולק בהם בלא כפלתיה לדיבורה אבל הכא אינו מצד דקדוק הלשון ולא מצד דיבור כ"א דבר הנראה לעיני כל מעשה רב שלה אשר רק כוונתה שאין רצונה ליתן לידו המעות ועי' רפ"ג דקדושין (דף נ"ט ע"ב) ובחולין פ"ק (די"ב ע"ב) ובמס' טהרות פ"ח סוף משנה ו' דמעשה עדיף מדבור ואם בשתיקה דלאחר מתן מעות בפקדון אינה מקודשת משום דאמרינן ששתיקתה ואחיזתה המעות אינו גילוי דעת על קדושין כש"כ

הכא שמעשה עכבה זו עשתה מעיקרא ועד סוף מטעם וענין אמיתי אין כאן שום גילוי דעת על קדושין והאשה אינה נקנית אלא מדעתה. ועדיף טובא מהבה מיהבה דלאו כלום הוא. ועוד דהנה רמ"א בהגה"ה סי' כ"ט ס"י וז"ל ואם אמר לה בשעה שהוא נותן לה הרי את מקודשת לי וקיבלה בשתיקה מקודשת והוא מ"ש הרא"ש פ"ק ססי' י"ד ויראה שאם אמר כו' הראב"ד ז"ל עכ"ל וע"ז כ' הרמ"א עוד ואם לא קיבלה בשתיקה (כן הגיה הט"ז וכ"ה בבאה"ט סס"ק י"ז) רק חזרה ואמרה תן לי או השלך וכיוצא בו אינה מקודשת עכ"ל הרי אף שאמר אח"כ לא בלשון שאלה אינו כלום מחמת שאמרה אז ג"כ הבה. וזהו כמש"ל בשם מהר"א בן ששון להתוספות וא"כ לדבריהם כ"ש וק"ו בנדון זה דעדיף מדבור (ג"פ) הבה כי הוא מעשה אחד מתחילה ועד סוף לא לשם קדושין ואף ששם הרבה חולקים על דינו דרמ"א וגם דברי הרא"ש אינו מוכרח כלל לפרש דמיירי שקיבלה בשתיקה אלא דקאי ג"כ על דאמרה הב או הבה מיהבה אעפ"כ כיון שלא אמר בלשון שאלה רק מאמר מוחלט הרי את מקודשת לי ס"ל דהוי קדושין גמורים וכן משמע ברבינו ירוחם נכ"ב שלאחר שכפל ושילש בענין שתאמר תחלה הב לי ואח"כ אמרה הבה מיהבה יעו"ש כ' ויש מפרשים דאע"פ שאמרה אלו הלשונות אם אמר לה בשעה שנתן לה הרי את מקודשת לי וקיבלה ממנו מקודשת עכ"ל. מבואר בהדיא דהיינו אף שאמרה תחלה תן לי כו' וגם אח"כ אמרה הבה מיהבה אעפ"כ [אם]אמר לה בשעה שנתן לה וכו' וכנ"ל ואפשר ג"כ כוונתו דמיירי שאמרה תחלה תן לי וכו' ואמר הוא בלשון שאילה אי יהיבנא לך מיקדשת לי כו' ואמרה הבה מיהבה ואח"כ בשעת נתינה חזר ואמר לה הרי את מקודשת לי וקיבלה בשתיקה ה"ז מקודשת גם בחידושי הרשב"א מפרש כן דלבסוף בשעת נתינה חזר ואמר לה ה"א מקודשת לי אלא דס"ל דאעפ"כ אינה מקודשת והראב"ד והרא"ש ס"ל דבכה"ג הוי מקודשת והגמ' מיירי שלא אמר לה מידי בשעת נתינה בכאן נראה שיודו דאינו כלום:

ג כ"ש אם נצרף לזה דאומרו הרי את מקודשת בלא תיבת לי אף להמחמירים בזה לא עדיף מלשון אם יהיבנא לך מיקדשת לי הגם דאין הריעותות שוים מ"מ י"ל ג"כ שמפני שלא אמר לי סמכה יותר לעכב בידה כמקדם שוב מצאתי כדברי בשו"ת הרב"י בדיני קדושין סי' ח' בתשובת חכם א' ששיבחו הרב"י ושמו ר' יעקב בן נחמיאש וז"ל ומעתה בנ"ד כיון שהעדים העידו שהיא אמרה מעיקרא שיתן לה הפאנדירו והוא לא השיב לשון קדושין גמורים אלא אמר טומלא דו פור קדושין ולא אמר לי דהוי לשון גרוע כו' כמו הרי את מקודשת לא הוו קדושין מקל וחומר ומה היכא דאמר אי יהיבנא לך מיקדשת לי דהוה לשון קדושין והיכא דלא אמרה מעיקרא הב שלא לשם קדושין הוו קדושין

גמורים ואפ"ה היכא דקאמרה מעיקרא הב אינה מקודשת בנדון דידן דהיכא דלא אמרה היא מעיקרא הב לא הוי אלא ספק מקודשת ומשום חומרא דאשת איש היכא שאמרה מעיקרא הב שלא לשם קדושין לא כ"ש דלא הוו קדושין כלל עכ"ל וע"ש שרצה להקל מה"ט אף שקיבלתו בשתיקה ולא אמרה הבה מיהבה או הבה וע"ז חלק עליו הרב"י שם וכמ"ש בחיבורו ב"י סי' כ"ט דאם אחר שאמרה הבה לי חד שוכא ואמר אם יהיבנא לך מיקדשת לי קיבלתו בשתיקה ולא אמרה הב מקודשת ולא כמ"ש הרמב"ם אם אמרה הן וכו' ולכן בנדון של החכם הנ"ל שקיבלתו בשתיקה לא הסכים הרב"י לצרף קולא זו אלא דפסק להקל בלא צירוף קולא זו משום דכל שאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי אינה מקודשת כלל וכמש"ל בשמו עכ"פ בנדון זה יש לצרף גם צד זה כדי לצאת י"ח המחמירים דהא בנ"ד הוי לכל הפחות כאומרת מעיקרא ולבסוף הבה כנ"ל וא"כ בכה"ג הרי פסק החכם הנ"ל דכשאומר רק הרי את מקודשת לא הוי מקודשת כלל אפילו למ"ד דיש לחוש לקדושין אף בלא אמר לי. ומטעם הנ"ל דלא עדיף מאם יהיבנא לך כו' והרב"י לא ערער ע"ז רק משום דהתם קיבלתו בשתיקה משא"כ בנ"ד דה"ל כאומרת מתחלה ועד סוף הבה מיהבה וכנ"ל ועיין בלח"מ פ"ה סוף דין י"ב במה שחילק בין מלוה לגזל וכ' אבל גזלן כו' דאנן סהדי שבתורת חזרת הגזילה קיבלה וכדכתיבנא עכ"ל ועד"ז גם כאן יש לחלק בין הב לי חד שוכא שבגמ' ובין נ"ד דהכא י"ל יותר דאנן סהדי שבתורת שמעכבת את שלה בידה לקחתה ותו לא מידי הרי נתבארו ג' טעמים שאין בהקדושין כלום הא' משום דלא אמר לי הב' דה"ל כהא דרב חמא (דף ט' ע"א) כנ"ל ס"ב הג' עוד טעם לומר דעדיף מדרב חמא:

קיצור מסעי' ב' ג' מה שמחזקת הכרך מעות מתחלה ועד סוף ע"ד שתוליך בעצמה דוקא להקאנטאהר וזהו מבוקשה עדיף טובא מדין הב לי והבה מיהבה. לכן כאן אף אם היה אומר הרי את מקודשת לי ולא בלשון שאלה י"ל דאינו כלום דהא הישי"ש והרמ"א ומהר"א בן ששון ס"ל דאף בהב והבה מיהבה כה"ג אינה מקודשת ואף שנראה הרבה חולקים ע"ז היינו גבי דיבורים ויש הפסק בין הדיבורים והחפץ היה בידו תחלה והיא עושה מעשה ומקבלת אותו אחר אומרו הרי את מקודשת לי אבל הכא שהוא מעשה רב ממנה שלא על דעת קדושין כלל וכלל מקודם אמירתו וגם אח"כ מחזקת על דעת זו י"ל דלכ"ע אינה מקודשת כלל דמעשה עדיף טובא מדבור וגם ניכר שמתחלה ועד סוף הוא מעשה אחת ולא עשתה שום מעשה המורה קצת על קדושין ואפילו אם היינו אומרים דהמעשה רב לא עדיף מאמירה בתחלה הב ואח"כ הבה מיהבה עכ"ז אין חשש

בהקדושין לכ"ע כי הרי את מקודשת בלא אמר לי זה הדבור חלוש יותר מדבור אי יהיבנא לך מיקדשת לי וכן מבואר בתשו' הב"י דיני קדושין סי' ח':

ד הטעם הד' שהרי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כמעשה המבואר בגמ' (דף י"ג ע"א) גבי ההיא איתתא דהוה מזבנא וורשכי אתא ההוא גברא חטף וורשכא מינה כו' ע"ש ובטוש"ע סי' כ"ח ס"ב והכא עדיף שהרי עדיין לא חטף מינה לגמרי ולא יצאו המעות עדיין מתחת ידה ואם משום דהכא בהכרך יש ג"כ עוד סך שני מאות וחמישים רו"כ שאינן שלה כ"א של השני אנשים ר' ניסן ור' נחמן וא"כ הלא שקלה גם המעות דלאו דידה ואיך תאמר ודידי שקלי אך זה אינו כיון שהיו מעותיה מאה וחמישים רו"כ בכרך אחד עם מעות של שני האנשים הנ"ל ולא היה אפשר לה ליטול את שלה בלתי אם תקח כל הכרך והרי א"כ היינו דידי שקלי דהפירוש שלא נתכוונה לקדושין כ"א רק ליקח את שלה. וה"נ כיון שנתכוונה ליטול את שלה א"כ אין כאן גילוי דעת על קדושין ואם מפני שלקחה גם הר"נ רו"כ שלהם הרי לא היה אפשר בענין אחר והרי שני האנשים עומדים בצדה והם לא איכפת להם במה שלוקחת היא המעות להוליך להקאנטאהר ואדרבה זהו טובתם כמו טובתה והרי לא מיחו בידה לומר אנו רצונינו שר"ד יוליך א"כ לפחות לא איכפת להם זה וכן עשתה והוליכה כל המעות להקאנטאר ה"ז ודאי רק דידי שקלי, ואדרבה הכא עדיף דהתם שקלתיה ואשתיקה אלא דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי והכא הרי עשתה המעשה בפועל כמו שביקשה תחלה שתוליכם להפאוויערנע ותקבל הצעטיל ממנו בשביל כולם היינו בשבילה ובשביל שני האנשים הנ"ל דמסתמא כן אמרה להפאוויערנע א"כ הרי בפירוש גילתה דעתה שאינה מקבלת זה לשם קדושין דא"כ היו כל הארבע מאות רוכ"ס שייכים לה לבד והיא ודאי אמרה להפאוויערנע או עכ"פ לר' ניסן ור' נחמן הנזכרים שרק ק"נ הוא שלה וסך ר"נ הם של שני אנשים ר"נ ור"נ החנונים הנ"ל א"כ עדיף משקלתיה ואשתיקה:

קיצור הטעם הד' שהרי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כדין ההיא איתתא דמזבני וורשכי כו' ואף שבהכרך היו ג"כ מעות שאינן שלה מ"מ יכולה לומר כן כיון שבעלי המעות הנ"ל לא איכפת להם כלל אם היא תוליכם להפאוויערנע דהקאנטאהר ולא מיחו ע"ז נראה שהסכימו שהיא תוליכם וגם שבלתי אפשר היה לה ליקח את שלה לבד כיון שהי' הכל בכרך א' לכן י"ל שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי וגם באמת הכא עדיף דהתם שקלתיה בשתיקה משא"כ הכא אמרה שרצונה להוליך בעצמה דוקא:

ד הטעם הה' שהרי כל המעות הארבעה מאות רוכ"ס אינן שלו וא"כ קידש בדבר של חבירו ואין זה שום קדושין כלל וכמ"ש הרמב"ם פ"ה דין ח' והטוש"ע סי' כ"ח סעיף

י"ז והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו הרי זה גזל ואינה מקודשת כו' והוא מהש"ס פ"ב דקדושין (ד' נ"ב ב') גבי ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא כו'. ואין לומר דהכא שאני שקיבל המעות מר' ניסן ור' נחמן בהלואה וא"כ הרי הן כשלו ויכול לקדש בהן האשה דזה אינו מתרי טעמי האחד שלא הלוו לו המעות כ"א עשאוהו שליח שילוה להפאויערנע דקאנטאר ואין לו רשות ליקח אותם לעצמו ואם הי' לוקחם לעצמו הרי אפילו שואל שלא מדעת קיי"ל דגזלן הוא בפרק המפקיד (דף מ"א ע"א) ובהרא"ש שם סי' י"ט ובטוש"ע ח"מ סי' שנ"ט ס"ה וזה אפילו בשאלה דהדרא בעיניה ונוטלו רק להשתמש בו לפי שעה וכ"ש ללות מעות שלא מדעת אפילו על דעת לשלם דהלוואה לא הדרה בעיניה דבשואל שלא מדעת יש פלוגתא דר"י וחכמים אם נקרא שואל או גזלן בפרק הספינה (דף פ"ח ע"א) ובפרק המפקיד (דף מ"ג ע"ב) דלר' יהודה לא נקרא גזלן אלא שואל והיינו משום שדעתו להחזיר זה החפץ עצמו מיד אלא דקיי"ל כחכמים כדמשמע בפרק המפקיד (דף מ"ג ע"ב) וכמ"ש הרמב"ם ספ"ג מהל' גזילה ובטוש"ע סי' שנ"ט ס"ה כנ"ל אבל בלוה שלא מדעת אפילו ע"ד לשלם לכ"ע נקרא גזלן כמבואר בטור סי' שנ"ט ס"ג ובב"י שם מסוגיא דפרק הכונס (דף ס' סע"ב) וכן מבואר בהדיא מהדין שבש"ע אה"ע סי' כ"ח סעיף י"ח לענין קדושין ואפילו אם היו המעות נתונים לו בעיסקא יש מקום עיון אם קידש בהם אשה אם אין זה קידשה בגזל דהא האי עיסקא פלגא מלוה פלגא בפקדון ואפילו בהפלגא מלוה אסור לו להוציא ביציאותיו כדאמרינן בב"מ פרק המקבל (דף ק"ד סע"ב) כי יהיבנא לך לאעסוקי ביה ולא למשתיה ביה שיכרא ואם מת אינה נעשה מטלטלין אצל בניו יעו"ש:

ועכ"פ זה שקידש בכל המעות א"כ קידש גם בפלגא דפקדון וה"ל מקדש בגזל ויש להעיר ממ"ש במשנה ספ"ה דנדרים (דף מ"ח ע"א) לא נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים כו' עד כל מתנה שאינה שאם הקדישה מקודשת כו' ואף שיש טעמים ע"ז היינו התם שנתנה לשם מתנה אבל הכא כשהפקיד ונתן לו העיסקא ודאי ברור שלא נתן לו על מנת שיקדשם לשמים ואם הקדישם ודאי אינו הקדש א"כ כמ"כ אם קידש בהם אשה אין כאן קדושין וכה"ג פסק הרמב"ם פ"ז מהל' שלוחין הל' ה' וז"ל המתעסק שנתן מתנה לאחרים מן המטלטלין של עסק או ממעות העסק והביא בעל המעות ראיה ברורה שאלו המטלטלין או המעות משל עסק הן מוציאין אותן מידו ואפילו שינה המקבל אותן כו' עכ"ל וכ' הכ"מ בשם המ"ע דאיתיה בתשובת הגאונים ובסמ"ג וצ"ע ממ"ש הב"י בי"ד ססי' קע"ז בשם רבינו ירוחם שכ' בנתיב שמיני ח"ג בסופו ע"ד הרי"ף דלא מהני תנאי לחלוק כו' וע"ז כ' רי"ו ונראה דוקא כשלא שינה שאם שינה כגון שאמר להתעסק בדבר

פלוני ונתעסק בדבר אחר ואמר בפירוש לעצמי אני קונה ממחצה מלוה הכל לעצמו כאשר תמצא בשליחות בחלק א' ודוקא שאמר כך בפני עדים כי נעשה גזלן על המעות וקנה בשינוי עכ"ל והוא בנתיב כ"ח חלק א' מהש"ס דפ"ט דב"ק (דק"ב). ועיין מזה בטור ח"מ סי' קפ"ג ס"ו וס"ג ובב"י שם ובתולדות אדם להרשב"א סי' שס"ט האריך בזה וע"ש סוף הסימן ועוד צ"ע אם י"ל גבי המקדש במעות עיסקא דה"ל כמו קידשה בגזל לאחר יאוש שהרי הבעלים נתנוהו לו ע"ד שישלם מעות אחרים תחתיהם א"כ נתייאשו מגוף המעות הללו ועוד דסתם נותן מעות בעיסקא דעתו שיוכל המקבל להוציא מהמעות לצרכו כי עיקר נותן לו על בטוחות שלו שיסלק לו ואין הפנאי מסכים לעיין בכל זה. מיהו בנד"ז שהמעשה היה בפני המלוים ודאי יכולים לתבוע ממנו וממנה המעות שאדעתא דהכי לא נתננו לך א"כ ה"ל קידשה בגזל וצ"ע בפוסקים ואין לומר תתקדש בהטיכעל שלו דהכא ודאי היה המכוין שתתקדש בהמעות ועיין בפ"ב דקדושין (דף מ"ט ע"ב) אפילו אמר התקדשי לי בכוס זה לפעמים אמרינן במה שבתוכו ולא בו וכ"ש וק"ו הכא דודאי היה המכוון רק בהמעות שעל זה היו מתאבקים ואפילו את"ל שהיה המכוון בהמעות ובהטיכעל כיון דהמעות אינן שלו לאו כלום הוא ועיין במ"ש הה"מ פ"ה מהל' אישות דין ט' בשם הרשב"א לפי שבכולו היא מתקדשת לו לא בחציו אא"כ פירש כו' ע"ש והובא בש"ע סי' כ"ח סעיף י"ח בהגהת רמ"א כ"ש וק"ו הכא דהטיכעל טפל לגבי המעות סך רב כזה והנה עוד זאת עפ"ז יש ג"כ סניף אל חיזוק הטעם דביטול הקדושין מצד חסרון אמירת לי דאף למ"ד ידים שאין מוכיחות הויין ידים וחוששין בהרי את מקודשת משום דמסתמא קרוב יותר שמקדשה לעצמו מ"מ הכא שאני כיון דקידשה במעות שאינן שלו כ"א של ר' ניסן ור' נחמן העומדים בצדו איכא למימר יותר דפי' הרי את מקודשת אינו לי כ"א למי שהמעות הן שלהן דאיך יקדש לעצמו במעות שאין שלו א"כ שפיר י"ל שאומר הרי את מקודשת למי שהמעות שלו וא"כ כה"ג לא חשיב אפילו ידים שאינן מוכיחות כיון דכך י"ל שקידשה לבעל המעות כמו שי"ל שמקדשה לעצמו א"כ זה לא חשיב כלל יד כמ"ש בתוס' פ"ק דקדושין דף ה' ע"ב בד"ה הא לאו הכי וי"ל דטפי משמע אהא לשון נזירות מלשון תענית כו' מבואר דאם אינו משמע טפי לשון נזירות מלשון תענית אז אפי' יד שאינו מוכיח לא הוי ע"ש וא"כ בנד"ז אין משמע טפי שמקדשה לעצמו כיון דהמעות אינן שלו כ"א של ר"נ ור"נ העומדים בצדו כך י"ל שמקדשה להם כמו שי"ל שמקדשה לו. מיהו י"ל כיון דאיתתא לבי תרי לא חזיא ובעלי המעות הם שנים א"א שמקדשה להם כ"א לו מיהו י"ל שהכל לשחוק או להקניטה וא"כ בכה"ג הכל מודים דאין זה ידים כלל:

קיצור עוד טעם להתיר שהרי כל המעות שבהכרך אינן שלו כלל ולא ניתנו לו רק ע"ד להלוותן להפאוויערנע ואם יקדש בהן ה"ז גזל א"כ זהו הדין הנזכר בש"ע סי' כ"ח סעיף י"ז כשקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו אינה מקודשת ועוד מה"ט נתגדל החסרון דאמירת לי:

ו הטעם הששי י"ל שעדיין לא הגיע אפילו לדין קידשה בגזל כי קידשה בגזל היינו שכבר החפץ הוא בידו כמ"ש ויגזול את החנית מיד המצרי אזי יש פנים לומר דקנאו ע"י יאוש לא כן הכא שעדיין לא גזלו כלל מידה שהרי החזיקו שניהם בהמעות הוא מקצה מזה והיא מקצה מזה והיא מתאמצת בתפיסת המעות (וגם מסתמא לא היה יכול לנתק ולהביא המעות אצלו וגם אם יוכל לנתק להביא אצלו אינו כלום עיין ב"י סימן קצ"ה ססעי' ה' במה שחלקו על הרמב"ם). ועיין בהרמב"ם פ"ה מהל' מכירה דין ז' ובטור ובב"י סי' קצ"ה ס"ה גבי קנין סודר וז"ל אע"פ שלא תפס המוכר כל הכלי שהקנהו חלף ממכרו אלא אחז מקצתו כו' והוא בגמ' פ"ק דב"מ (דף ז' ע"א) האי סודרא כיון דתפיס ביה כו' י"ל דאע"ג דהתם מהני אף שאינו תופס בכל הסודר רק במקצתו זהו מפני שמקנה לו מקצתו מרצונו הטוב משא"כ הכא דהיא אין רצונה ליתן לו והוא בא לחטוף בעל כרחו א"כ כל שלא יכול לחטוף מידה עדיין לא כלום הוא. ולא הגיע אפי' למדריגת גזל. שהרי עדיין אינו בידו ולא דמי לשנים שהגביהו מציאה דעכ"פ כל אחד קנה מחצה וכן שותפין שגנבו דהא אמרינן בגמרא פ"ק דב"מ (דף ח' ע"א) אמר רמי בר חמא זאת אומרת המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו (ופרש"י מתניתן דקתני שנים שהגביהו מציאה קנאוהו ויחלוקו וכשמגביה מגביה לדעת שיקנה חבירו חציה ש"מ המגביה מציאה כו') דאי ס"ד לא קנה חבירו תיעשה זו כמי שמונחת ע"ג קרקע וזו כמי שמונחת ע"ג קרקע ולא יקנה לא זה ולא זה (וכל הרוצה יחטפנה מידם) אלא לאו ש"מ המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ובשט"מ שם דתפיסת כל א' מבטל קנין חבירו כו' ע"ש וא"כ הא דקיי"ל דהגביהו שנים קנאוהו זהו משום דכל א' מכוין ג"כ שיזכה גם חבירו מחצה וכמ"ש בסמ"ע סי' רס"ט סק"ג. אבל בנד"ז שכל אחד מכוין שישאר רק בידו ולא ביד חבירו א"כ לא קנה ר"ד כלל דעצם המעות אינן שלו וגם לא הגיע לידו והאשה אינה מתכוין לזכות לו כ"א להפך שמתאמצת שישאר בידה לבד א"כ לא קנה אף מחצה ואף שהריטב"א בחידושיו שם ד"ה אמר רמי בר חמא כתב ואע"פ שאינו מתכוין להגביהו לחבירו כו' אלא לעצמו כו' ע"ש הנה הפנ"י שם חלק עליו ואף להריטב"א עכ"פ מיירי שאינו מתכוין לחטוף מחבירו כ"א ששניהם הגביהו בלי שיגזול א' מחבירו כו' אך עכ"ז נראה דמה שתפוס בידו קנה אף שהיא אינה רוצה ליתן לו מ"מ

מה שתפוס בידו כשיעור מעות ר"נ ור"נ הנ"ל י"ל דקנה דהא בגמ' שם (ד"ז) גבי סודרא אמרינן שמע מינה האי סודרא ופרש"י ש"מ מדקתני עד שידו מגעת קנוי לו ש"מ וכ"כ הרי' הלכך האי סודרא כו' ועיין בהרמב"ם פ"ט מהל' טוען ה"ט ועי' בשט"מ בדף ח' ע"א סד"ה תיעשה שכ' והוי יודע כו' אבל מה שכל א' תפוס בידו פשיטא דקנה לכ"ע וכ"כ בפנ"י שם ובש"ע סי' רס"ט. וא"כ י"ל מה שבידו חשיב כגזל עכ"פ והשאר אינו אפילו כגזל כ"א של אחרים לגמרי ומעתה אילו היה מקדש במעט המעות שבידו היינו באים לדין קידשה בגזל אבל כיון שאמר הא לך המעות הרי את מקודשת משמע שקידשה בכל המעות והרי רוב המעות אינן בידו אפילו דרך גזל וחטיפה כ"א אינן בידו כלל וקידשה בשלה ובשל אחרים לגמרי וגרע מקידשה בגזל:

קיצור י"ל כאן גרע מקידשה בגזל כי עדיין לא הוה בידו ומ"מ מה שתפוס בידו משל ר"נ ור"נ י"ל דה"ל כמו גזל וא"כ קידשה בגזל ובמה שגרע מגזל ולכן אינו כלום הרי נתבאר ששה טעמים ע"ז שאין בהקדושין ממש כלל האחד משום שלא אמר לי וכנ"ל סעיף א' וססעי' ה' הב' דה"ל כהא דרב חמא ד"ט ע"א כנ"ל ס"ב הג' עוד טעם לומר דעדיף מהא דרב חמא הד' שעדיף מהא דאמרינן (דף י"ג א') שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כנ"ל ס"ד ה' דה"ל מקדש בממון חבירו שלא מדעת חבירו כנ"ל ס"ה. הששי דגרע מקידשה בגזל כנ"ל ס"ו:

והנני חוזר ומזכיר בקצרה טעמי ביטול הששש קדושין ראשונה יש להתיר משום דהויין ידים שאינן מוכיחות שהרי לא אמר לי שכ"ד רוב הפוסקים כמ"ש הרב"י בש"ע וכ"פ מהריב"ל ח"א סי' י"ט ועיין מזה ג"כ בכללים שבסוף ספר גט פשוט כלל ה' מה גם שבנדון זה שהמעות הן אינן שלו כ"א של שני אנשים אחרים העומדים בצדו אפשר לומר דגם להמחמירים שהביא הרמ"א חשיב ידים שאינן מוכיחות כלל כמשנ"ת בסוף התשובה ואת"ל שגם בזה יש עדיין חשש להחמיר לפ"ד הב"ח שהביא רומע"ל יש להקל לפי שהיא תבעתם והחזיקתם מתחלה ועד סוף שלא בתורת קדושין כ"א להחזיק מעות שלה א"כ אף שהוא אמר בינתיים לשון קדושין יש לדון דתפיסתה שבסוף ולקיחתה הוא רק אדעתא דמעיקרא כדין הב לי חד שוכא כו' הבה מיהבה שבגמ' דף ט' ע"א ובש"ע סי' כ"ט סעיף יוד:

ואת"ל שגם בזה יש לפקפק עדיין ולומר שמא לא דמי כ"כ לגמרי לנדון שבגמ' הנ"ל יש להקל מטעם שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כדין הנז' בגמ' דף י"ג ע"א ואף שבהכרך היו ג"כ מעות שאינן שלה מ"מ יכולה לומר כן כיון שבעלי המעות הנ"ל לא איכפת להן כלל אם היא תוליכם להפאוויערנע ולא מיחו ע"ז והרי נראה שהסכימו

שהיא תוליכם וגם שבלתי אפשר הי' לה ליקח את שלה לבד כיון שהיה הכל בכרך אחד לכן י"ל שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ואת"ל שמא גם בזה יש לפקפק יש לצרף עוד דהרי כל המעות שבהכרך אינן שלו כלל ולא ניתנו לו רק ע"ד להלוותן להפאוויערנע ואם יקדש בהן הרי זה גזל א"כ זהו הדין הנז' בש"ע סי' כ"ח סעי' י"ז כשקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו אינה מקודשת. מכל הלין טעמי נלע"ד פשוט דאין שום חשש קדושין כלל וכלל ואין להצריכה גט כלל חנם ומ"מ אין רצוני להיות גס לבי בהוראה להורות לבדי אא"כ יסכימו לזה הרבנים דסביבותיכם היושבים על כסא ההוראה. אזי תהא האשה הזאת מותרת להנשא בלי גט:

סימן קיג

בגמרא פ"ק דקדושין (דף ט' ע"א) אמר רב חמא כל הבה מיהבה לאו כלום הוא וכ' התוס' וא"ת מי גרע כו' וי"ל דשאני הכא דמעיקרא היתה שואלת שלא בתורת קדושין ומש"ה איכא למימר כשאומרת הב דאדעתה דמעיקרא אמרה עכ"ל וכ"כ הר"ן משום דאדיבורה קמא קא סמכה והוא מדברי הרשב"א שכתב כן בפירוש דברי התוס' וצ"ע להעיר מהא דגיטין פרק התקבל (דף ס"ג ע"א) דיש סברא לומר אדיבורה דידה קא סמיך אע"פ שהשליח לא אמר כמו שאמרה כמ"כ שיש לומר כאן דאדיבורה קמא שלה קא סמכה אע"פ שהוא אומר אופן אחר דהתם מיירי דאמר הילך כמו שאמרה. א"כ יש גילוי דעת דאדיבורה דידה קא סמיך ה"נ יש לדמות כן דהא נמי אומרת הבה מיהבה או הב. היינו כמו שאמרה אלא דא"כ קשיא דהא התם קיי"ל דהוי ספק כמו שפסק בטוש"ע סי' ק"מ ס"ט וא"כ אמאי קיי"ל דהכא אינה מקודשת כלל ויש לחלק דהתם אינו ידוע לבעל שאמרה אשתו התקבל לי גיטי ע"כ אף שאמר הילך כמו שאמרה י"ל אדבוריה דידיה קא סמיך אבל הכא שפיר י"ל יותר דאדיבורה קמא שלה ממש קא סמכה ועוד דשאני התם דהשליח אומר בפירוש להפך ואשתך אמרה הבה לי גיטי אבל הכא האיש אומר רק בלשון שאילה אי יהיבנא לך מיקדשת לי ע"כ כיון שאומר רק בלשון שאילה ומדבריה ניכר דאדיבורה קמא דידה קא סמכת לכן מחליטין דאינה מקודשת ולכן באמת י"ל דתרתי בעינן שיהיה שייך לומר אדיבורה דידה קא סמכת ושיאמר הוא רק בלשון שאילה אי יהיבנא לך מיקדשת לי אבל אם לא אמר בלשון שאילה כ"א כשאמרה תן לי אמר הרי את מקודשת לי בו ואמרה הבה מיהבה ונתן לה בשתיקה מקודשת כדמשמע מדברי הרא"ש בשם הראב"ד וכמ"ש ריי"ו נכ"ב ח"א והיינו כיון דאומר לשון מוחלט שנותן בתורת קדושין לא אמרינן אדיבורה דידה קא סמכת:

קיצור התוספות ס"ל דעיקר הטעם משום אדיבורה קמא דידה קא סמכת אע"ג בגיטין (דף ס"ג א') ובב"מ פרק האומנין נשאר בספק אי אמרינן אדיבורה דידה קא סמיך יש לחלק דלגבי נפשה י"ל יותר אדיבורה דידה קא סמכת או משום שאמר בלשון שאילה: ב ומהר"א בן ששון בתשו' סי' קע"ה משמע דס"ל דלהתוס' אפי' לא אמר בלשון שאלה אלא אחר שאמרה הב לי אמר הרי את מקודשת לי בו והשיבה היא ואמרה הבה מיהבה או הבה אינה מקודשת משום דאמרינן אדיבורא קמא ששאלה החפץ שלא לשם קדושין קא סמכת (רק לפ"ד הרשב"א דלסברתו העיקר משום שהוא אמר בלשון שאלה נסתפק בדין זה). וכן מצאתי בישׁ"ש פ"ק דקדושין ססי' י"ד וז"ל גם מ"ש הר"ן בתחלת דבריו שאפילו אמרה איהי מתחלה שלא לשם קדושין וחזר ואמר בשעת נתינה התקדשי לי בו ואמרה איהי הבה מיהבה לי דמקודשת דעת הרמב"ן דאינה מקודשת כדפרישית והיינו טעמא דלעולם אדיבורה קמא קסמכת שלא היו לשם קדושין אם לא שקיבלה בשתיקה וכ"ד הרא"ש דלא פסק כשחזר ואמר התקדשי לי בו דיש בו ממש אלא כשקיבלה בשתיקה (ומ"ש בישׁ"ש אם לא קיבלה בשתיקה הוא ט"ס וצ"ל אלא שקיבלה בשתיקה או שצ"ל אם לא שקיבלה בשתיקה ור"ל דבכה"ג דוקא מיירי הרא"ש בשם הראב"ד) וכמ"ש ג"כ לעיל הישׁ"ש בפי' דברי הרא"ש וז"ל ונראה בעיני דוקא קיבלה הימנו בשתיקה אבל אם חזרה ואמרה הבה מיהבה או באחד מהלשונות שאין משמעות לשון קדושין לא מהני ולא מידי עכ"ל ועי' לח"מ ומל"מ וכ"נ דעת רמ"א בהגה"ה סי' כ"ט ס"י שכתב ואם אמר לה בשעה שהוא נותן לה הרי את מקודשת לי וקיבלה בשתיקה מקודשת ואם קיבלה בשתיקה רק חזרה ואמרה תן לי או השלך וכיוצא בזה אינה מקודשת עכ"ל וכ' הט"ז שצ"ל ואם לא קיבלה בשתיקה רק חזרה וכו' וכ"כ בבאה"ט סס"ק י"ז והיינו שפירש כן דברי הרא"ש. אבל לפע"ד אין נ' כן בדברי הרא"ש דמיירי שקיבלה בשתיקה אלא דקאי ג"כ על דאמרה הב או הבה מיהבה אעפ"כ כיון שלא אמר בלשון שאלה רק מאמר מוחלט הרי את מקודשת לי ס"ל דהוי קדושין וכן אפילו אם אחר שביקשה תן לי אמר בלשון שאילה אם יהיבנא לך מיקדשת לי והיא עכ"ז (אם) אמרה הבה מיהבה ואח"כ בשעת נתינה אמר לה הרי את מקודשת לי וקיבלתו בשתיקה ס"ל דהוי מקודשת וכן משמע ברבינו ירוחם נכ"ב ח"א שלאחר שכפל ושילש הענין שתאמר תחלה תן לי והוא יאמר בלשון שאילה ואח"כ אמרה הבה מיהבה. כתב ויש מפרשים דאע"פ שאמרה אלו הלשונות אם אמר לה בשעה שנתן לה הרי את מקודשת לי וקיבלה ממנו מקודשת ולכאורה נראה דמיירי באופן השני שכתבתי שאמרה תן לי ואמר אי יהיבנא כו' ואמרה הבה מיהבה ואח"כ בשעת נתינה אמר לה הרי את מקודשת

לי וקיבלה ממנו מקודשת גם בחידושי הרשב"א מפרש כן דבמעשה שבגמ' מיירי ג"כ דלאחר הדבורים אמר לה בשעת נתינה הרי את מקודשת לי וס"ל דאינה מקודשת והראב"ד והרא"ש ס"ל דבכה"ג הוי מקודשת והמעשיות שבגמ' מיירי דלאחר שאמרה הבה מיהבה נתן לה בשתיקה ולא אמר שום דבור עוד מענין קדושין בכה"ג דוקא פסקו בגמרא דאינה מקודשת אבל אם בשעת הנתינה חזר ואמר לה הרי את מקודשת לי וקיבלתו ס"ל להראב"ד והרא"ש דמקודשת וא"כ ודאי ה"ה אף אם בשעת הנתינה נתן בשתיקה אם (מקודשת) לאחר שאמרה תן לי לא אמר בלשון שאילה כ"א בלשון החלט הרי את מקודשת לי והיא אמרה הבה מיהבה ונתן בשתיקה הוי ג"כ מקודשת:

קיצור הישׁ"ש ורמ"א ומהר"א בן ששון ס"ל דלהתוס' אע"פ שלא אמר בלשון שאילה כ"א בלשון החלט אינה מקודשת כיון שאמרה תחלה הב וגם אח"כ אמרה הבה מיהבה או הב וא"כ ה"ה אם אמר בלשון שאילה ולאחר שאמרה הבה מיהבה אמר הרי את מקודשת לי וקיבלתו אינה מקודשת אבל הראב"ד והרא"ש ורבינו ירוחם בשם י"מ ס"ל דמקודשת אא"כ אמר בלשון שאילה ואחר שאמרה הבה מיהבה נתן בשתיקה וקיבלתו אזי דוקא אינה מקודשת:

ג ומדברי המרדכי פ"ק דקדושין סי' תפ"ז ספק ביד רבי כו' נראה דמפרש ג"כ שלאחר שאמרה הבה מיהבה נתן בשתיקה דאל"כ אין מקום לספק והוי ודאי קדושין והנה כ"ז שטת התוס' דעיקר הטעם משום דאמרה מעיקרא תן לי ולכן כשאמרה אח"כ הבה מיהבה או הב י"ל אדיבורה קא סמכת אבל הר"ן כ' שהרשב"א ס"ל שאפילו לא אמרה איהי מעיקרא מידי כיון דאיהו אמר לה בלשון שאלה אי יהיבנא לך מיקדשת לי ואיהי לא מהדרא ליה אין מקדשנא לך אלא אמרה ליה הב או הבה מיהבה אפילו חזר ואמר לה הרי את מקודשת לי בזה לא מהני ולא מידי דעיקר טעמא דאינה מקודשת היינו משום כיון דבלשון שאלה קאמר אם איתא דמרציא ליה הי' לה לאהדורא אין מיקדשא לך ומדלא מהדרא הכי אלא אמרה הבה מיהבה ודאי הכי קאמרה בקידושי לא ניחא לי אלא במתנה ולפיכך אפילו חזר ואמר התקדשי לי אינה מקודשת נראה לי כל שלא אמר לה בלשונות האמורים בגמרא איכא לספוקי בלשון קדושין וצריכה גט שכל כיוצא בזה אין לנו אלא מה שאמרו חכמים עכ"ל והמובן מדברי הר"ן בשם הרשב"א דאפילו אם כשחזר ואמר התקדשי לי בו קיבלה בשתיקה אינה מקודשת כיון שהשיבה תחלה הבה מיהבה שמובן דבקדושי לא ניחא לה. וההמ"מ פ"ד דין ה' כתב וז"ל וכתב הרשב"א ז"ל הטעם מפני שהוא אמר בלשון שאלה מתחלה ואפי' חזר ואמר לה בשעת נתינה התקדשי לי והיא אומרת אחד מן הלשונות שהזכיר רבינו אינה מקודשת אבל

אם שתקה ודאי מקודשת עכ"ד והנה מ"ש והיא אומרת אחד מן הלשונות יש לפרשו שאמרה זה להשיבו על השאלה אע"פ שאח"כ כשחזר ואמר לה בשעת נתינה התקדשי לי קיבלה בשתיקה וכמשמעות הר"ן אבל י"ל דגם כשחזר בשעת נתינה ואמר התקדשי לי אמרה ג"כ עוד הפעם אחד מן הלשונות הנ"ל אזי הוא דאינה מקודשת אבל כשקיבלה בשתיקה מקודשת ועיין מזה במל"מ שם בד"ה עוד כ' הרב בעל פ"מ שהפ"מ ס"ל כסברא האחרונה והמל"מ ס"ל כסברא הראשונה וכמשמעות הר"ן בהרשב"א וכ"מ בחי' הרשב"א (הרשב"א ס"ל דאע"ג שלא אמרה תחלה הב לי רק הוא התחיל בלשון שאילה והשיבה הבה מיהבה או הב אינה מקודשת ואע"פ שאמר לה בשעת נתינה הרי את מקודשת לי). אבל המרדכי כ' דהוא ספק מקודשת והיינו אע"פ שנתן לה בשתיקה ולא אמר הרי את מקודשת לי וז"ל סי' תפ"ז כל הבה מיהבה לאו כלום הוא ספק ביד רבי היכא דאינה מבקשת אותו דבר תחלה כי הכא אלא הוא אומר אם אתן לך דבר פלוני תהא מקודשת לי ואמרה הבה מיהבה אם היא מקודשת לו אם לא עכ"ל הרי להמרדכי הוי ס"ק אפילו אם לא אמר לה אח"כ בשעת נתינה הרי את מקודשת לי וכיון שכן נראה דאם אמר לה בשעת נתינה לשון מוחלט להמרדכי הוי מקודשת ודאי והיש"ש ס"ל דהוי קדושין גמורים אפילו לא אמר לה מידי בשעת נתינה וז"ל ססי' י"ד והנראה בעיני מה שהקיל הרשב"א כו' אומר אני שהם קדושין ודאין גמורין דדוקא כשהיא תבעה מתחלה שלא לשם קדושין הוא דאמרינן דלאו כלום הוא כדברי התוס' והרא"ש אבל כשהוא התחיל בלשון שאלה והיא השיבה שיתן אין לך ריצוי גדול מזה כו' ואדרבה אמרה תן והנני מוכן לקבל אמרינן חיזוק לשון הוא כמו כל הכפולים שבתורה עשר תעשר כו' עכ"ל. ור"ל אפי' השיבה הבה מיהבה בלשון כפול הוי קדושין גמורים והיינו אף שבשעת נתינה לא אמר מידי:

קיצור (המרדכי ס"ל היכא שהוא התחיל השאלה והשיבה הבה מיהבה הוי ס"ק אף שבשעת נתינה לא אמר מאומה והיש"ש ס"ל דהוי קדושין גמורים ואם בשעת נתינה אמר הרי את מקודשת לי נראה דגם להמרדכי הוי קדושין גמורים):

ד והנה במ"ש לעיל ססי' ב' דלהיש"ש ורמ"א כשאמרה תחלה הב ולבסוף הבה מיהבה או הב אע"פ שהוא לא אמר בלשון שאילה אינה מקודשת. הנה הר"ן ודאי פליג ע"ז מאחר דס"ל דכל שלא אמר לה בלשונות האמורים בגמ' איכא לספוקי בלשון קדושין כו' כנ"ל סעיף ג' וכן מצאתי בט"ז סי' כ"ט ס"ק י"ד וז"ל דתרתי לריעותא בעינן חדא שהיא אומרת תחלה הב שנית שאומר אח"כ לשון שאלה אז הוויין הני לישני לגריעותא כו' עכ"ל והיינו כשאמרה ג"כ לסוף הבה מיהבה או הב כהמעשה שבגמרא ואף אם היה

כמעשה שבגמ' אם אח"כ בשעת נתינה חזר ואמר ה"א מקודשת לי וקיבלתו כבר נת' לעיל ססי' ב' שיש דעות שמקודשת. ואפ"ל שגם אם השיבה גם אז הבה מיהבה וקיבלתו הוי קדושין דהבה מיהבה אחר לשון החלט של קדושין יש לפרשו שמסכמת ע"ז ועי' כנה"ג בשם מהרשד"ם כ' דרוב הפוסקים חולקים על הרשב"א דלעיל סעיף ג':

סימן קיד

שאלה מעשה שהיה בשנת תקפ"ח נשאת קטנה לאיש אחד ואביה היה בעיר בביתו ולא היה בשעת החופה וקדושין רק אמה היתה ומ"מ סעודת הנשואין היה בבית אביה ואח"כ היתה ג"כ הקטנה ואישה בבית אביה ערך ג' שבועות ואח"כ הרחיק הבעל נדוד ולא נשמע ולא נודע מקומו איה והיא יושבת בעיגון מחמתו זה עשר שנים ועתה אומר אבי האשה ר' שמשון וטוען לפני ב"ד שהקדושין והחופה היה שלא לרצונו ולכן לא היה אצל החופה וגם המעט זמן שהיה המקדש בביתו עם בתו היה הכל שלא לרצונו וברוגז היה עמו ולא ייחדו החתן והכלה לחדר אחד אפי' פעם א' עכ"ד אבי הקטנה. וגם מעיד עד א' שמו ר' זכריה במו' יצחק איך שר' יחזקאל אבי חורגו של בעל הקטנה הנזכרת ביקש אותו בעת החתן מאל שילך עמו איין ריידען את אבי הכלה ווארום (שהוא) אבי הכלה וויל ניט הערין אונ ניט זעהען דעם שידוך והלכתי עמו ולא מצאתיו בביתו רק אשתו אמרה ער (בעלה) איז משוגע גיווארין וויל ניט הערין ניט זעהין דעם שידוך עכ"ד העד ר' זכריה הנ"ל. וזה אשר העיד ר' יחזקאל שהיה בעת החופה וקדושין הנ"ל אבי חורגו של הבעל וכעת מתה אשתו אמו של הבעל הנז' וזה עדותו בשעת חופה האט מו' שמשון ניט גיוואלט גיין להחזן שרייבען די כתובה ער האט גיזאגט איך האב פריער ניט גיוואלט איך וויל האיינט ניט גייט אייך צום חזן שרייבט אייך דיא כתובה עש האט צו מיר ניט בין איך גיגאיינגען צום חזן און האב גישריבען דיא כתובה אונ באיי דער חופה איז ער ניט גיוועזין עס איז גיווארין איין שמועת באיי דער חופה האט מען גיענטפערט אז ער האט זיך באהאלטין ער וויל ניט גיין צו דער חופה און נאך דער חתונה איז גיווען כמה פעמים אז ער איז גיקומען מיט איין בכיה לאשר שחותנו מגרש אותו מביתו און וויל אים ניט קענען אונ גיט אים ניט עשין על פי רוב פלעגט ער קומען בשבת והיה בביתו לערך שלשה שבועות עכ"ד ר' יחזקאל אבי חורגו של הבעל הנ"ל. ומקודם שהוגבה העדות הלז נחקר פ"א אצל אבי הקטנה ואמה ונשכח כעת הדבר איך השיבו וכמדומה שהשיבו שההכנות החופה. והסעודה היה ברצון וכעת השיבה אמה שסוברת שכך יפה הדבר להתיר ועל דברי אביה אין לעמוד כי הוא איש קל מאד שאין לעמוד על דבורו כלל

ובתשו' הרב דק"ק קאניוב נזכר שפ"א השיב האב בזה הלשון איך ווייל ניט טוט אייך וואש איר ווילט. והרב מק"ק וואסילקוב אומר שכמדומה לו ששמע מאנשים שבעת החופה אח"כ בעת הסעודה בלילה שתה האב עמהם יי"ש רק שאמר שאין זה ראיה גמורה שנתרצה כי אפשר מגודל השכרות של אביה הנ"ל עשה זה והטבעת קדושין שלה נאבד תיכף אחר החתונה קודם שהגדילה זה תורף הגב"ע:

והנה הרב מוה' שאול הכהן נ"י כ' דכיון שסיים אביה אני איני רוצה טוט אייך וואש איר ווילט י"ל דזה דומה להפקיר זכותו שברש"י פ' האיש מקדש (דף מ"ו ע"א) והרב מו' משה שלום נ"י העיר לדון בזה מדין חזרה ולבסוף העלה וצידד להקל:

והנה מתחלה יש לדון מהלשון איך ווייל ניט טוט אייך וואש איר ווילט דהיינו הפירוש שאינו חפץ לקדשה להחתן ומ"מ מעביר על מדותיו ומבטל רצונו לרצון אשתו ושאר אנשים כעין כופין אותו עד שיאמר רוצה אני והוא ע"ד אונסיה דנפשיה הנזכר פ' חזקת (דף מ"ז סע"ב) ודילמא שאני אונסיה דנפשיה מאונסא דאחריני. ומ"מ אין רצונו לעשות הדבר בעצמו כיון שאין לו חפץ בזה אבל מסכים להם שהם יעשו בשליחותו הב' י"ל אף אם נאמר דכיון שאמר איך ווייל ניט אין זה שליחות עכ"ז י"ל דאומרו טוט זיך וואש איר ווילט היינו חזרה ממה שאמר איך ווייל ניט ונותן להם רשות לקדשה ואח"כ יש לדון מצד דאף את"ל דלא תלינן בחזרה וגם אין זה נתינת רשות עדיין יש לדון מצד הדין הפקיר זכותו שיש לו בה המבואר בפרש"י פ' האיש מקדש (דף מ"ו ע"א) דג"כ חשוב קדושין ונשואין ואח"כ יש לדון מצד שידע האב מההכנה של החתונה ושנעשה סעודת הנשואין בביתו ומצד שהכניסו הזוג אח"כ לביתו להיות כאיש ואשתו וגם אבי הכלה היה בביתו משך הנ"ל ולבא אל העיון בזה הנה עיינתי תחלה בחשש הב' אם י"ל דהוי חזרה:

א הנה בקדושין פרק האומר (דף נ"ט ע"ב) גבי מעכשיו ולאחר ל' יום פשיטא ליה לשמואל דתנאה הוי ולא חזרה ופרש"י תנאה הוי אי לא אחזור בי בתוך שלשים יהיו קדושין מעכשיו ובחידושי הריטב"א הקשו על פרש"י דכיון שאין התנאי מפורש בלשונו דברים שבלב הם ר"ל שהרי לא הזכיר חזרה בדבריו כלל ופי' הרמב"ן והריטב"א דהכי פירושו דתנאה הוי ור"ל הרי את מקודשת מעכשיו אם ירצה האל יתברך שנגיע שנינו ונחיה עד שלשים יום ולאפוקי דאי מיית חד מינייהו תוך ל' יום לא הוי קדושין עכ"ל ולכאורה פרש"י נכון יותר דלפירוש הריטב"א קשה מ"ש במשנה ובא אחר וקדשה תוך שלשים יום מקודשת לשני דנהי דשמואל מפרש דמקודשת לשני רק עד שלשים יום ולאחר ל' יום פקעי קדושי שני וגמרי קדושי ראשון דמ"מ איך מקודשת לשני אפילו עד שלשים יום כיון שקידשה הראשון לגמרי ואינו יכול לחזור בו רק שאם ימות יתבטלו

הקדושין הרי י"ל למיתה לא חיישינן כלל כדתנן פ"ג דגיטין (דף כ"ח ע"א) ונהי דמסיק התם לשמא מת לא חיישינן לשמא ימות תנאי היא. הרי עכ"פ תנאי היא ואיך אומר במשנה בפשיטות מקודשת לשני ע"כ נראה יותר כפרש"י ועיין בפנ"י שם ד"ה לרב מספקא ליה מדבריו יובן תירוץ על קושיית הריטב"א שהקשה על פרש"י ובחידושי הרשב"א ד"ה לרב מספקא ליה ג"כ הסכים עם פרש"י ותירץ בטוב קושיית הרמב"ן ועי' בב"ש סי' מ' סק"ו:

(פירוש תנאה הוי היינו אם לא אחזור בי בתוך שלשים יהיו קדושין מעכשיו כ"כ רש"י והרשב"א ולא כפי' הרמב"ן) ולרב מספקא ליה אי תנאה הוי אי חזרה הוי. פרש"י אי תנאה הוי כנ"ל לשמואל אי חזרה הוי ממאי דקאמר מעכשיו וקאמר איני אומר מעכשיו אלא התקדשי לי לאחר שלשים וכ' עוד הריטב"א וכי תימא וכי חזר בו מאי הוה דהא קיי"ל כל תכ"ד כד"ד חוץ ממגדף ומגרש דלא מצי הדר ביה אף תוך כדי דבור (עיין במכמ"א שער ז' סי' ג') איכא למימר דהתם הוא בתר דמטא גיטה או קדושיה לידה דתו לא מצי הדר ביה אבל הכא קודם נתינת הגט והקדושין לידה אמר לשון זה דהוה יכול למיהדר ביה ועל לשון זה נתן הגט והקדושין ולהכי ומספקא לן אי הוה נתינה מעכשיו בתנאי או לאחר ל' יום כו' עכ"ל ובחידושי הרשב"א רצה לפרש תחלה באופן אחר ולבסוף העלה ג"כ ומסתברא דהכא באומר לה קודם נתינת המעות כו' ע"ש וא"כ לדבריהם אם נתן המעות לידה באומרו הרי את מקודשת לי מעכשיו ותיבות ולאחר ל' יום גמר אחר שהיו המעות בידה י"ל אין שייך לספק בחזרה דהא משהגיעו הקדושין לידה שוב אינו יכול לחזור בו ועי' בעצ"א סי' מ' סק"ז וצ"ע די"ל כיון שהכל דבור אחד ממש אין שייך כאן הדין שבקדושין לא יוכל לחזור בו דזהו בחזרה לגמרי אבל הכא נראה הכל דבור אחד ממש וכמ"ש התוס' בב"מ ס"פ השואל (דף ק"ב ב') ובב"ב פרק בית כור (דף ק"ה ע"א) ד"ה ובא מעשה דבכולהו לר' יוסי כאלו הוציא שניהן יחד וכיון שכן אין זה נוגע לדין שלא יוכל לחזור בו דה"ל כהא דאמר ר' יוסי אם לכן נתכוין מתחלה הרי דבריו קיימין וה"ל תמורת עולה ותמורת שלמים וה"נ לכן נתכוין מתחלה לומר שני הדבורים משנים עשר דינרים לשנה מדינר זהב לחדש לפי דלא אסיק אדעתיה חודש העיבור ואעפ"כ כיון שעצם זה הלשון סותר קצתו את קצתו מספקינן שמא מדינר זהב לחדש הוא עיקר וה"נ גבי מעכשיו ולאחר שלשים יום כיון דדבור אחד הוא. דייקינן ליה כאלו לכן נתכוין מתחלה לומר כן אבל מ"מ מספקינן שהלשון סותר קצתו את קצתו וחזרה הוא ור"ל שלכן נתכוין מתחלה לומר קדושין מעכשיו ולומר קדושין לאחר

שלשים יום דהיינו חזרה וא"כ לפ"ז אף אם נתינת החפץ לידה היה קודם אומרו ולאחר שלשים יום כיון דהכל דבור אחד הוא שייך לספק בחזרה לרב:

קיצור פירוש תנאה הוי העיקר כדפרש"י שיהי' הקדושין מעכשיו אם לא יחזור בו לאחר שלשים יום וכן הסכים הרשב"א בחדושיו והקשה על תירוץ הרמב"ן והריטב"א ועיין ב"ש סי' מ' ס"ג סק"ו ובענין אי חזרה הוי הקשו הרשב"א והריטב"א הא בגיטין וקדושין לא מהני חזרה אפילו תכ"ד ותירצו דמיירי שאמר הלשון הזה קודם נתינת הקדושין לידה ואפ"ל דכיון דדבור אחד הוא ה"ל כאלו לכן נתכוין מתחלה ומ"מ שייך לספק שמא ולאחר] שלשים] יום חזרה הוא ממעכשיו ולכן נתכוין מתחלה לומר כך וגם כך דבר וסותרו:

והנה הטעם דשמואל ס"ל דתנאה הוי ולא מספק בחזרה נראה משום דכולו דבור אחד מעכשיו ולאחר שלשים יום ורחוק מאד שיהיה זה חזרה דוגמת מ"ש הב"י רסי' ל"ח כיון דדברים אחדים הם בלי הפסק כו' ועי' במל"מ פט"ו מהל' מעה"ק מה שהביא מהסוגיא פ"ט דב"ב (דף קמ"ח ע"ב) שכ"מ שחילק כל נכסיו אם כמחלק כו' אם כנמלך כו' ובהמגיד פ"ח מהל' זכייה דין כ"א בשם רש"י אם כמחלק שאינו שותק בין דבור לדבור כו' וכ"כ הנמוק"י שם אם כמחלק שאינו מפסיק בדבורו כו' וכ"כ בטוח"מ סי' ר"ן סעיף י"ז ועיין בסהמ"ק סי' ל' ססעי' ז' גבי נטלתו וזרקתו שהקשה אמאי לא חיישינן דמה שזרקתו הוי חזרה מהא דנטלתו. והעלה לסוף משום דמוכחא מילתא דלא נטלתו אלא כדי לזרקו ועי' תשוב' ח"צ סי' קט"ו לכן כמ"כ ס"ל לשמואל דסמכינן גם הכא אהוכחה דזהו כולו דבור אחד וכוונה אחת ואין כאן חזרה אלא תנאה הוי ואעפ"כ קיי"ל כרב דמספקינן בחזרה כיון דלא בא מפורש שזהו תנאי ע"כ חיישינן שמא הוא חזרה אף שזהו רחוק כנ"ל. ועיין ג"כ בטוש"ע סי' קמ"ה ס"ג ובמכמ"א ש"ח סי' מ"ה:

קיצור. (דקי"ל בקדושין וגיטין בענין מהיום ולאחר שלשים יום מספקינן בחזרה אף שקרוב הלשון יותר שאינו חזרה כלל) ומכאן לכאורה ראיה נגד מ"ש מהרי"ט חאה"ע רסי' ל"ט בדין מי שאמר לאשה לשון קדושין וסיים בסבלונות כמנהג קושטא וידוע שסבלונות בקושטא אינן קדושין כלל. שר"ל תחלה דחזרה הוא ומהדר הוא דקהדר ביה שלא רצה לתת אלא בתורת סבלונות כמנהג שנהגו בקושטא וסיים אלא שנראה שלא אמרו להסתפק אי חזרה הוי אלא היכא דאין הלשון מתפרש בענין אחר כמו מהיום ולאחר מיתה שהם שני דברים סותרים זה את זה דאי לאחר מיתה לאו מהיום ולשון תנאה נמי לא שייך בענין זה דהול"ל אם ימות ומ"מ משום דחזרה נמי מילתא דלא שכיחא שיחזור בו תכ"ד בלי שיגלה דעתו בחזרה וכיון דא"א בענין אחר מספקא לן אי תנאה

הוי אי חזרה הוי וע"ש סי' מ' דהא הכא ג"כ אפשר לפרש בתנאה ולכן רבי ס"ל כזה גט והחזרה דחוק מאד ואעפ"כ מספקינן בחזרה א"כ גם בנדון שלו יש לספק כן. ויש לישב דלא מספקינן בחזרה רק לחוש לחומרא ומה"ט גופא אין להקל בנדון דמהרי"ט:

קיצור הערה על תשובת מהרי"ט חאה"ע ס' ל"ט וסי' מ' גבי ל' קדושין וסבלונות שכתב שאין להסתפק בחזרה):

והנה מהרי"ט הביא מהא דב"ב פי"נ (דף קל"ז א') גבי הכותב נכסיו לבנו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דלא מספקינן לא בתנאה ולא בחזרה משום דאפשר לפרש גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ואע"ג דשם ג"כ אפשר דאומרו ולאחר מיתה חזרה הוי מאומרו היום. עכ"ז לא מספקינן ומפקינן ארעא מחזקת מרא קמא כל שאפשר לפרשו שלא יסתור דבריו הראשונים. וע"ש בפרשב"ם שכתב דהכי משמע טפי ר"ל לומר שנתן שני מתנות גופא מהיום ופירי לאחר מיתה משמע טפי מענין תנאה ומענין חזרה ובפרק בית כור (דף ק"ה ע"א) משמע אע"ג שיש לפרש אומרו מדינר זהב לחדש פירושי קא מפרש אעפ"כ מספקינן ג"כ דילמא מיהדר קא הדר ביה מיהו התוס' ביבמות (דף צ"ג ע"א) סד"ה קנויה כ' דלא בכ"מ אמרי' דהפי' גופא מהיום ופירות לאח"כ כ"א דוקא גבי מהיום ולאח"מ דמסתברא דלהבריח נכסים משאר יורשים קאתי ומקני לי' לגוף מהשתא. משא"כ גבי משוך פרה זו ותהיה קנויה לך מעכשיו ולאחר ל' יום לא אמרי' הפי' גופא מהיום כדמוכח בכתובות (דף פ"ב א') דאל"כ היה קונה אפילו עומדת ברה"ר כו' ע"ש בתוס' דיבמות הנ"ל אלא דלר' יוחנן קנה בעומדת באגם משום. דלית ליה תנאה הוי ולא חזרה הוי אלא מעכשיו מתחיל הקנין ואינו נגמר עד לאחר שלשים כמ"ש התוס' בכתובות שם סד"ה הא דאמר. ולפ"ז לרב דמספק בחזרה י"ל דאפילו בעומדת באגם לא קנה ואע"ג דאמר מעכשיו וכמ"ש התוס' בהדיא ביבמות שם דלרב דמספקא ליה אי חזרה הוי לא מהני מידי מה שעומדת באגם ולכן הקשה הט"ז בח"מ ססי' קצ"ז מאחר דבאה"ע סי' מ' קיי"ל דמספקינן בחזרה אמאי פסקו גבי פרה כר' יוחנן ולכאורה י"ל דבממון לא החמירו לספק בחזרה רק בגיטין וקדושין החמירו כן וכ"ה שטת הרמב"ם עיין מפתחות] כדלקמן אך אין כן שטת התוס' הנ"ל וכן משמע פשטא דגמ' בב"ב קל"ז דגם לענין ממון מספקינן בחזרה בחזרה לולי שמוכח הפי' גופא מהיום כו' כנ"ל והכא לא מוכח כנ"ל ויש ליישב קושיית הט"ז משום דהא רב נחמן בכתובות (פ"ו ב') לדעת הר"ן והרבה פוסקים ס"ל דאפי' בלא מעכשיו קנה אלא דיש פוסקים דוקא במעכשיו לכן במעכשיו עכ"פ אין לחוש ועוד דאף גם להפוסקים דבלא מעכשיו לא קנה י"ל דמ"מ במעכשיו קנה גם לרב כמ"ש בשט"מ בכתובות (דף פ"ו) בשם הרמב"ן דבפרה ליכא לספוקי בחזרה

כיון דאפשר למימר בה גופא מהיום ופירא לאחר שלשים יום עכ"ל וכ"כ הר"ן שם ולא ס"ל כהתוס' דיבמות הנ"ל אך צ"ע לשטתם ליישב מ"ש התוס' ביבמות צ"ג סד"ה קנויה דא"כ אפילו בר"ה כו' ומזה הכריחו דלא מפרשינן כן וי"ל התוס' כ"כ לר' יוחנן אבל לרב י"ל דבאמת ה"ה אפילו בר"ה אלא דאנן קיי"ל ג"כ כר' יוחנן ולפ"ז מתורץ קושיי' הט"ז בח"מ ססי' קצ"ז דשם ממ"נ קונה בין לר' יוחנן בין לרב וא"כ יצא לנו דגם בממון מספקינן בחזרה נגד פי' דתנאה אלא משום שי"ל גופא מהיום כו' ולהתוס' אפילו היכא שי"ל הפי' גופא מהיום מספקינן בחזרה לרב ואנן לא סמכינן לומר דקנה רק משום שרבו האומרים דאפילו בלא מעכשיו קנה כנ"ל ולשט"מ נגד פי' גופא מהיום כו' לא מספקינן בחזרה ועיין ב"ש סי' קמ"ו וסק"א דהרמב"ם ס"ל גבי איסור א"א מספקינן בחזרה אבל בממון ס"ל דתנאי הוא וכ"כ הלח"מ ספ"ב מהל' מכירה ומ"מ הניחו דבריו בצ"ע וצ"ל לרב ושמואל אמאי לא מספקינן גבי קדושין לפי' דר' יוחנן דההתחלה מעכשיו והגמר לאחר שלשים יום דאין לומר משום דס"ל דכה"ג ליכא שום קדושין מצד שיור עי' ריטב"א מ"מ אם אפשר שלזה נתכוין אמאי לא נפרש כן ויהיו הקדושין בטלים ונפ"מ לדינא יש ודאי מפי' זה וצ"ל דלא ס"ל פי' זה כלל וצ"ע:

ב ובב"מ (דף ק"ב ע"ב) אמר רב כולו למשכיר משום דס"ל דחזרה הוא ותפוס לשון אחרון אע"ג שי"ל דאין כאן חזרה רק פירושי קמפרש ע"ד מ"ש ר"י בתוס' שם ד"ה הוה אמינא והוי כולו לשוכר הרי מוכח משם דאף בענין שי"ל איזה פירוש תופסי' דחזרה הוה. ויש לדחות משום דאם נאמר פירושי קמפרש י"ל ג"כ הפי' בענין שכולו למשכיר והוא כפי' שכ' רשב"ם בב"ב ק"ה ב' והביאוהו התוס' דב"מ שם וכיון שקרקע בחזקת בעלים עומדת לכן כולו למשכיר אמנם מהא דאיסתרא מאה מעי דס"ל לרב דהוי חזרה ותפוס לשון אחרון אע"ג שי"ל פי' קמפרש וכפי' התוס' בב"מ שם הגם שי"ל ג"כ הפי' בע"א שיסכים להיות כלשון אחרון והוא פי' שכ' רש"י מ"מ מספיקא איך מפקינן ממונא אלא צ"ל לרב תפסינן יותר דהוי חזרה משנאמר פי' קמפרש פי' דחוק וזה ראיה לכאורה לד' התוס' דיבמות (דף צ"ג) הנ"ל שכ' ולרב כו' דלא כמ"ש השט"מ ב' הרמב"ן דבפרה כו' כיון כו' ועוד מוכח כן ממ"ש התוס' בב"ב (דף ק"ו ע"א) ולא ידע ר"י דמנא לן א"כ דסבר רב תפוס לשון אחרון אלא נראה משום דהנך דיחויי לאו עיקר טעם נינהו עכ"ל הרי מוכרח דבאמת לא אמרינן לרב פרושי קא מפרש אלא דחזרה הוא ותפוס לשון אחרון וכ"כ רשב"ם שם (דף ק"ה ע"ב) ד"ה דהתם א"ו מיהדר קא הדר ביה כו' ע"ש והא דב"ב (דף קל"ז) צ"ל כדפי' רשב"ם שם וז"ל וכיון דאיכא למימר הכי לא נתכוין לא לתנאי ולא לחזרה דהכי משמע טפי עכ"ל וכמ"ש התוס' ביבמות (דף צ"ג סע"א) כנ"ל ועפ"ז צע"ג

עמ"ש מהרי"ט בתשו' חאה"ע סי' ל"ט ורסי' מ' במ"ש דלא מספקא לן פי"נ אי תנאה או חזרה הוי אלא שאין הלשון מתפרש בענין אחר תדע דגבי ממונא אפשר לפרשו בחזרה ואפ"ה לא מספקינן ומפקינן ארעא מחזקת מריה עכ"ל שדבריו אלו הם נגד מ"ש התוס' בב"ב דף ק"ו) וכ"מ בגמ' דלרב אמרינן דחזרה הוא ותפוס לשון אחרון אע"ג שיש לפרש הלשון בענין אחר כנ"ל ומה שהביא ראיה תדע דגבי ממונא ונתכוין להההיא דב"ב (קל"ז א') כבר כ' התוס' ביבמות (צג א') הטעם משום דהתם מסתבר הפי' טפי וכ"כ רשב"ם. משא"כ בשאין מוכח הפי' כ"כ הא מספקינן בחזרה כמו גבי משוך פרה כו' כנ"ל והא דקיי"ל שם דקנה נת' הטעם משום כיון די"א דגם בלא מעכשיו קנה וכ"מ פשטא דגמ' דכתובות (פ"ו ב') כמ"ש הר"ן שם. וביותר גבי קדושין מבואר בהדיא בפוסקים דלא כמהרי"ט דהא גבי משנתינו רפ"ג דקדושין מעכשיו ולאחר ל' יום י"ל הפי' הפשוט כמ"ש ר' יוחנן דאין כאן לא תנאי ולא חזרה רק שהקדושין מתחילין מעכשיו ונגמרין לאחר ל' יום ואעפ"כ קיי"ל ג"כ כרב דמספקינן בחזרה ובתנאי ובשלמא לרב עצמו י"ל דלא ס"ל כלל פי' דר' יוחנן ומש"ה מספק בחזרה אבל אנן הא שמיע לן הא דר' יוחנן וס"ל כוותיה ג"כ ואעפ"כ מספקינן בחזרה כרב מזה מוכח דחיישי' לחזרה אע"ג שי"ל פירושי קמפרש אם לא כשהפירוש מסתבר טפי כההיא דב"ב קל"ז וכ"ש להרמב"ם דס"ל דבב"ב קל"ז ה"ט דבממון לא החמירו כל כך כנ"ל וצריך ליישב ד' מהרי"ט דכוונתו דלחומרא לא מספקינן בחזרה אבל לא להקל ח"ו ויש להקשות מזה על תשו' הרא"ש שהביא הטור ססי' קמ"א למה יש לנו לתלות בחזרה יש לומר דלייפות כחו נתכוין כו' ע"ש והקשה ע"ז בתשו' מהריב"ל ח"ב ססי' ג' ותירץ דשאני התם דדין הוא דמספקא לן אי תנאה הוי אי חזרה הוי כו' אבל בנ"ד כו' אית לן למימר טפי דלייפות כחה נתכוין כו' עכ"ל ומהתוס' דיבמות (צ"ג) הנ"ל ומהא דרפ"ג דקדושין קשה על זה:

ג ובנ"ד שאמר אביה. איך וויל ניט טוט אייך וויא איר ווילט (ונ"א וואש איר ווילט) ופעם אחר אמר איך האב ניט גיוואלט פריער אונ וויל היינט אויך ניט גייט אייך צום חזן אונ שרייבט אייך דיא כתובה עכ"ל. י"ל דמספקינן בחזרה דמאי שנא מהא דרפ"ג דקדושין. דאין לומר משום דניכר שהכל המשך דיבור א' ואיך נפסיק בין הפרקים לומר דהוי חזרה. הרי אין לך דיבור אחד יותר קצר מהא דמעכשיו ולאחר ל' יום דניכר שהכל כוונה א' לכאורה וי"ל הכוונה כדפי' ר' יוחנן או כדפי' שמואל דהוה תנאי ואעפ"כ מספקינן ג"כ בחזרה. וכן גבי ההיא דמרחץ דס"פ השואל ושא"ד הנ"ל וכן גבי גט אפילו במעכשיו ולאחר ל' יום כמ"ש בב"ש רסי' קמ"ו וכמ"ש בר"ן פ' הכותב והר"ן שהקיל שם היינו משום דס"ל דאף אם חזרה הויא מגורשת עכ"פ מבואר משם דפשיטא ליה דמספקינן

בחזרה אף שהכל דיבור א' ממש כ"ש בנד"ז שיש כאן דיבורים ותיבות רבים שיש לספק דמה שאמר טוט אייך וואש איר ווילט הוי חזרה ונפלאתי על מ"ש הרב המ"צ דק' קאניוב וז"ל אין לומר דהוי חזרה כיון דבתוך כ"ד אין דרך ב"א להחזיר מדבריו הראשונים ולסתור אותם יעו"ש בח"מ סי' מ"ב דהכל הולך אחר התחתון דודאי חזרה הוא:

אבל אם כ' בתוך כ"ד מאה שהם מאתיים או כור בלמד סאה בסלע ומדה בחבל הן חסר הן יתיר כו' דבהנך לישנא מספקא לן אי תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון ולא אמרינן דהוי חזרה כיון דהוא בתוך כ"ד אין דרך בנ"א לחזור תוך כ"ד עכ"ל הרב הנ"ל הנה מ"ש ולא אמרינן דהוי חזרה. לא נז' כלל בב"י שם סי' מ"ב ס"ד וכל כוונת הב"י שם בשם בעה"ת שכ' בשם ר"י בן מיגש והוא בחי' ר"י בן מיגש פ' גט פשוט וכוונתו רק ליתן טעם אמאי התם במשנה פג"פ לפעמים אמרינן דאם יש שני לשונות בשטר הסותרים זה את זה הולכין אחר התחתון אף להוציא והיינו ענין תפוש לשון אחרון והיינו ענין כתב בו מלמעלה מנה כו' ולפעמים ברוב המקומות קיי"ל דספיקא הוי ויד בעהש"ט על התחתונה וע"ז תירץ דכשהפריש ביניהם בענין אחר אז אמרינן שהתחתון עיקר. אבל כשהן סמוכין זל"ז לא אמרינן שהתחתון עיקר אלא ספיקא הוי וכמ"ש הנ"י פ' השואל שם בשם הריטב"א אלא הולכים אחר הפחות שבלשונות וכ"כ הרשב"א בתשו' בת"א סי' רס"ט שהביא הב"י שם מחודש ה'. וא"כ ה"ה בנ"ד גבי קדושין כשיש ב' לשונות סמוכין זל"ז והם סותרים זא"ז. הולכים אחר הלשון המחמיר במכל שכן מממון הקל דאמרי' חומרא לתובע וקולא לנתבע וכל שכן בערוה החמורה הן אמת שבתשו' הרשב"א הנ"ל מסיים ומיהו כו' בשני מקומות כו' דחזרה היא זו בבירור כו' דמזה משמע דס"ל בשני לשונות הסמוכי' הסותרים זא"ז לא אמרינן דחזרה היא זו וכן משמע קצת מלשון בעה"ת בשם ר"י מיגאש שכ' וכי אמרינן הלך אחר התחתון כו' אמרינן מיהדר קא הדר ביה מעליון כו' ע"ש בב"י משמע דבסמוכין לא אמרי' דהוה חזרה אך מ"מ אין נפ"מ לדינא דהא מ"מ ס"ל דהולכים אחר הפחות שבלשונות דאין לומר דכוונתם משום דאמרינן דפירושי קמפרש והולכין אחר הפי' הפחות דז"א דבהדיא כ' בעה"ת שדבריו סותרים זה את זה אלמא דהולכין אחר הפחות שבלשונות אף שאין אומרי' פרושי קמפרש וכן מוכרח בהדיא בש"ס (בב"מ דק"ב ב') אי מהתם ה"א פרושי קא מפרש כו' הרי דבאמת אמרינן דאין זה פירוש אף שהלשונות תכופי' זל"ז וכ"ה בב"ב שם דק"ה ע"ב ואף דהיינו לרב דאמר תפוס לשון אחרון מ"מ הרי כ' רשב"ם שם ד"ה דהתם דבהא לא פליג שמואל עליה דרב כו', ולא מספקא לן אי פרושי מפרש או לא א"ו מיהדר קא הדר ביה כו'. וכ"כ התוס' בב"ב דק"ו סד"ה פרושי וז"ל ואצטריכו נמי שלשה מילי דשמואל כו' דפרושי קא

מפרש כו' ע"ש הרי דבאמת ס"ל לשמואל שאין זה פי' ודבריו סותרים זא"ז וכ"כ עוד התוס' שם דק"ה ע"א ד"ה ובא מעשה שהרי סותר זא"ז כו' וההיא דנזיר דמפרש דבריו כו' הרי ס"ל דהכא גבי מרחץ אין זה מפרש דבריו כ"א דבריו סותרים זא"ז והיינו גם לשמואל וכ"כ עוד בב"מ דק"ב ע"ב ד"ה ובא מעשה ועוד דבהדיא אמרינן בגמ' בב"ב (דקל"ז ע"א) גבי הכותב נכסיו לבניו מהיום ולאחר מיתה דהוה מספקינן בחזרה לולי שי"ל פי' גופא מהיום ופירי לאח"מ והיינו משום דהכי משמע טפי הא בעלמא מספקינן בחזרה אף שהלשונות סמוכין זל"ז ממש ואף אם אפשר לומר בדוחק פרושי קמפרש אין זה מוציא מספק חזרה כנ"ל וא"כ עכצ"ל מ"ש הרשב"א ובעה"ת דכשהם בב' מקומות אמרינן דחזרה היא זו בבירור כוונתם דבכה"ג אמרינן שהחזרה הוא שמסכים כמו שאמר באחרונה דהלך אחר התחתון משא"כ כשהלשונות סמוכים זל"ז אף שדבריו סותרי' זא"ז לא אמרינן דבודאי הסכים כמו שאמר באחרונה כ"א ספיקא היא שמא עיקר הסכמתו כמו שאמר בראשונה כו' והיינו דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון ועי' בחי' הרשב"א רפ"ג דקדושין דנ"ט ד"ה אי חזרה הוי שביאר בהדיא דמספקינן בחזרה ממש אפי' כשהוא דבור אחד ממש כמו מעכשיו ולאחר ל' יום כו' ולא כעין חזרה כ"א חזרה ממש ע"ש:

ד ומש"ע ראי' מח"מ סי' רנ"ז דקיי"ל גוף מהיום ופירי לאח"מ ולא תלינן בחזרה כבר נת' דההיא שאני כמ"ש התוס' דיבמות צ"ג ואע"ג שבנתי"מ ססי' קצ"ז כ' דהש"ע סי' רנ"ז לא ס"ל כהתוס' אלא דגם במעכשיו ולאחר ל' אמרינן בממון גוף מהיום ופירי לאח"ז. ועפ"ז יישב קושי' הט"ז ססי' קצ"ז ובאמת לפע"ד לא נתכוין רמ"א סי' רנ"ז בהג"ה להכריע נגד התוס' דיבמות הנ"ל כ"א שהעתיק דעת הרשב"א וההיא דססי' קצ"ז כבר נת' התירוץ לעיל ועוד דאפילו להרשב"א והר"ן דוקא בממון שי"ל הפי' גוף מהיום ופירי לאח"מ סמכינן ע"ז שהוא פי' טוב משא"כ כשאין הפי' מרווח אפילו בממון תלינן בחזרה כדלעיל באריכות מהא דמרחץ ואסתראי. וא"כ מי יאמר לנו דכאן זהו פי' טוב לפרש דבריו מה שאומר טוט אייך וואש איר ווילט גייט אייך צום חזן אונ שרייבט דיא כתובה שנאמר שכוונתו שהם יעשו נגד רצונו ושיהיו הקדושין בטלים הלא פי' זה גרוע מאד שירצה שיעשו דבר של בטלה וה"ל כמ"ש הרשב"א בתשו' סי' תקס"ג שמפני שא"א בהקדש לומר הפי' גופא מהיום ופירי לאח"מ ע"כ אמרינן דחזרה הויא מספק כו' וה"נ י"ל כן מחמת ספק ערוה להחמיר כו' ועיין בפסחים (דף נ"ג ע"ב) בפרש"י ד"ה ה"ג:

משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה כו' וכ"ש לשטת הרמב"ם שהביא הב"ש סי' קמ"ו לחלק בין ממון לקדושין וגרושין דאף היכא דבממון לא מספקינן בחזרה מ"מ בקדושין

וגרושין משום חומרא דא"א מספקינן בחזרה ועוד דבגמ' בקדושין (דף מ"ה ע"ב) איתא דרבא ס"ל דסמכינן על חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה בענין קדושין ע"ש וא"כ בנד"ז ג"כ אם לא הי' רוצה בקדושין לגמרי למה הניח שיטרחו בסעודה להפסידה וכ"ש לפמ"ש בגב"ע שאביה ואמה אמרו שההכנות החופה והסעודה היו ברצון אביה כו' ע"כ נלע"ד שיש להחמיר ג"כ לחוש לחזרה דהיינו שמה שאמר טוט אייך כו' הכי' שנותן רשות לקדשה ולהשיאה:

ה ועוד דבנד"ז אף גם אם נאמר דאין כאן חזרה ופרושי קא מפרש דבריו יותר קרוב הפירוש להחמיר מהפירוש להקל שהרי אם באנו לומר הפי' להקל היינו שהוא אינו נותן רשות כלל לקדשה ומה שאמר טוט זיך היינו מדעתכם כמו קטנה שהשיאה אמה שלא מרצון האב והאב כאן דא"כ אין זה שום קדושין ולפי"ז ציוה לעשות דבר בטלה וטרחת הסעודה הוא להפסד והרי י"ל הפירוש איפכא טוט זיך כו' היינו שנותן להם רשות לקדשה ואף שאמר שאינו רוצה גם עכשיו מ"מ אין רצונו להעמיד על דבריו כ"א מבטל רצונו למעשה לרצון אשתו וזהו ממש כעין המעשה הנז' בגמ' (דף מ"ה) כפתיה עד דאמר תהוי לקריבה רק שמ"מ אין רצונו כ"כ לעבור על מדותיו ולקדשה בעצמו כ"א שיהיו הקדושין נעשין על ידם אבל הוא ברשותו ונמצא זה נק' נתקדשה מדעת אביה ממש אע"פ שבאמת אין לו חפץ בקדושין אלו מאחר שמ"מ נתן רשות לקדשה ולא גרע מגט המעושה דכשאמר רוצה אני ה"ל גט אע"פ שנעשה ע"י עישוי גמור רק כשהוא מעושה כדין בישראל אף שידענו שבאמת לבו בל עמו כ"ש הכא דאין כאן עישוי כלל רק ע"ד כפתי' בדברים שאף שאמר שאין לו רצון בזה באמת אבל מ"מ מאחר שאעפ"כ נותן רשות לקדשה ה"ז קדושין גמורים ואף שאין זה מוכרח שהפי' כן ואפשר לומר ג"כ דהפי' טוט זיך כו' שלא ברשות מ"מ יותר קרוב הפי' דה"ל כנותן רשות ולפחות ספיקא מיהו הויא:

ו אך כ"ז לפי לשון הנז' בשו"ת הרבנים שהעד מעיד שהאב אמר הלשון הנז' לעיל איך וויל ניט טוט אייך וואש איר ווילט וכ"ש אם אמר הלשון גייט אייך צום חזן שרייבט דיא כתובה ע"ז יש לדון דמה שאמר טוט אייך כו' וכ"ש מה שאמר גייט אייך כו' הוי חזרה שנותן רשות לקדשה ולהשיאה אך בגוף הגב"ע מבואר שר' יחזקאל העיד וז"ל בשעת חופה האט מו' שמשון אבי הכלה ניט גיוואלט גיין להחזן צו שרייבען דיא כתובה ער האט גיזאגט איך האב פריער ניט גיוואלט איך וויל היינט ניט גייט אייך צום חזן שרייבט אייך דיא כתובה עש האט צו מיר ניט בין איך גיגאנגען צום חזן און האב גישריבין, דיא כתובה אונ באיי דער חופה איז ער ניט גיווען עכ"ל א"כ מאחר שאחר תיבת גייט אייך

צום חזן און שרייבט אייך דיא כתובה הוסיף עוד ואמר עש האט צו מיר ניט. משמע שאין הפי' גייט אייך כו' שנותן להם רשות וכח ע"ז דא"כ מהו עש האט צו מיר ניט הלא אם נותן להם רשות הן הן שלוחיו וכלשון המשנה פ"ד דקדושין דף (ע"ח ב') מי שנתן רשות לשלוחו לקדש את בתו כו' וכמ"ש הריב"ש בפשיטות בתשו' סי' קצ"ג דאם נתן לה רשות הרי עשאה שליח כו' ומדאמר עש האט צו מיר ניט משמע ודאי דלא נתכוין לעשות שלוחים שלו וא"כ עכצ"ל פי' דבריו גייט אייך צום חזן כו' שאין זה ע"ד נתינת רשות כ"א גייט אייך כו' בלי שליחותו אך זהו דוחק דמ"מ לשון גייט אייך כו' שרייבט כו' משמע נתינת רשות. ומה שסיים עש האט צו מיר ניט י"ל משום דקסבר שכל שאין זה דרך ציווי ממש ממנו אין זה שליחות ממנו ולא כולי עלמא דינא גמירי דנתינת רשות היינו שליחות. ומאחר שבאמת זהו לשון שליחות כדמוכח מהמשנה וכמ"ש הריב"ש א"כ מפני שאמר אח"כ עש האט צו מיר ניט י"ל דלא עקר לשליחותיה כי כוונתו אינו לעקור הנתינת רשות רק להודיע שאין זה ציווי ממנו ואין לו חפץ בזה רק שמבטל רצונו למעשה ונותן להם רשות אך מ"מ נראה מאחר שבאמת משמעות לשון עש האט צו מיר ניט היינו שאינן שלוחים שלו א"כ אף את"ל שבלבו נתכוין בענין אחר ע"ד שנת' מ"מ הולכים אחר משמעות הלשון ואין כאן שליחות וכמ"ש הרשב"א בחידושיו רפ"ג דקדושין (דף ס' ע"א) אהא דאמר אביי בגמ' שם מהו דתימא האי לישנא משמע תנאה ומשמע חזרה ותיבעי ליטא מכל חד וחד קמ"ל ולא שירדו חכמים לסוף דעתן של בריות שאין אומר כך אלא כולן משום תנאי או כולן משום חזרה אלא שלחכמים נסתפק להן משמעות הלשון האיך והלכך אע"פ שזה אומר לכך נתכוונתי וזה אומר אני בהיפך זה נתכוונתי אנו אין לנו אלא לדקדק עיקר משמעות הלשון ודינו שכוונת המקדש אינה נשמעת לעדים ואין כאן עדים אלא מעיקר הלשון ומשמעותו עכ"ל וא"כ ה"ה בנד"ז מאחר שלשון עש האט צו מיר ניט משמע ודאי דאינן שלוחים שלו הולכים אחר לשון זה ואף שהה"מ פ"ז מהל' אישות הובא ב"י סי' מ' פי' דהרמב"ם לא ס"ל כאביי אלא דמספקינן ליה בתנאה לחוד ובחזרה לחוד ובתנאה וחזרה כהדדי מ"מ הרי הרא"ש והרמב"ן הובאו ב"י שם ס"ל בפשיטות כאביי ועוד גם להרמב"ם י"ל דהלשון ההוא דוקא סובל ב' פירושים ממש אבל כאן לשון עש האט צו מיר ניט משמע ודאי דאין כאן שליחות ממנו ואין לומר דמ"מ אין זה מספיק מלהוציא הלשון גייט אייך כו' שרייבט כו' מנתינת רשות. ומה שאמר אח"כ עש האט צו מיר ניט זהו חזרה וחיישינן לתפוס לשון ראשון. דמ"מ אין כאן חשש כיון שבתחלת דבריו אמר ג"כ איך וויל היינט ניט כו' וגם סוף דבריו ג"כ כן. א"כ ודאי לא חיישינן למה שבאמצעית דבריו משמע

נתינת רשות דהא בין ללשון ראשון בין ללשון אחרון אין כאן שליחות ממנו כו' וגם דבריו האמצעיים הוא לשון מסופק ולכן אם בתחלה וסוף אמר הלשון הנז' לעיל ודאי אין לחוש לנתינת רשות ומיהו לפי מ"ש הרבנים שלא נז' בדבריהם שסיים עש האט צו מיר ניט. י"ל דה"ל כנתינת רשות אף שלא הזכיר בפי' רק שרייבט דיא כתובה ולא חופה וקדושין מ"מ ענין הכתובה היינו להשיאה לחופה וקדושין ועיין במרדכי בכתובות פרק מי שהי' נשוי סי' רמ"ב שכתב דגבי שליחות לא בעינן רק גילוי דעת כו' ועי' בהרא"ש פ"ב דקדושין סי' ז' שאם גילה בדעתו כו' וצ"ע בהריב"ש סי' קצ"ג בד"ה אבל עדות ר' זרח במ"ש ואע"פ שאינו אומר בפי' שתהי' שליח שלו מהני דלא מפקינן בר"פ המדיר אלא כל הזן אינו מפסיד כו' וע"ש לעיל מיני' בד"ה גם עדות רבי יהודה כו' וכ"ש שאמר עוד לשון אחר איך וויל ניט טוט אייך וואש איר ווילט שלשון וואש איר ווילט כולל ג"כ חופה וקדושין ושם לא סיים עש האט צו מיר ניט י"ל שהלשון טוט אייך וואש איר ווילט ה"ל נתינת רשות להשיאה ואף את"ל שבלשון איך וויל ניט טוט אייך וואש איר ווילט דוחק לומר דפירושי קא מפרש דאע"פ שאינו רוצה מ"מ נותן רשות דאיך יתיישבו שני הענינים יחד מ"מ י"ל דבאמת טוט אייך וואש איר ווילט הוא חזרה ממה שאמר איך וויל ניט וכמבואר למעלה דחיישינן לחזרה במעכשיו ולאחר שלשים יום אע"ג דאינו סובל יותר חזרה מבלשון זה כו':

אך באמת זאת נראה דאף גם אם סיים עש האט צו מיר ניט היינו ממש ענין הפקיר זכות שיש לו בה שכ' רש"י בקדושין (דף מ"ו ע"ב) כמו שכ' הרב מוה' שאול נ"י דכיון דאמר איך האב פריער ניט גיוואלט איך וויל היינט ניט גייט אייך צום חזן שרייבט דיא כתובה אין לך הפקיר זכותו שיש לו בה יותר מזה ואף שסיים עש האט צו מיר ניט. היינו שבאמת אין כאן שליחות רק שמ"מ אין זה כאומר שלא יהי' מעשיהם כלום לפי שאינו רוצה דא"כ מהו גייט אייך כו' אלא הפי' שאינו מבטל מעשיהם אלא שהוא אינו עושה מאומה בזה ולא איכפת ליה כלל יעשו מה שיעשו א"כ היינו ממש הפקיר זכותו כו' ורואה אני שהדברים ק"ו מדין נתקדשה שלא לדעת אביה וניסת שלא לדעת ואביה כאן לרב הונא ורבא דהוי קדושין משום דכיון ששתק כ"כ אמרינן דהפקיר זכותו שיש לו כדפרש"י כ"ש הכא דהפקיר זכותו בפה מלא. ובכה"ג י"ל אפילו ר' ירמיה לא פליג דלא פליג אלא בשתיק לגמרי דאין לנו ראיה שהפקיר זכותו אלא י"ל מירתח קא רתח משא"כ כשאמר בפי' שמפקיר זכותו ושיעשו הם מה שיעשו י"ל דלא פליג על רב הונא גם יש עוד עדיפות הכא שהפקיר הזכות קודם למעשה החופה וקדושין כו' משא"כ התם (עיין מפתחות):

ולכאורה יש בזה עוד מקום עיון דהא קיי"ל דהפקר היינו דוקא כשמפקיר לכל כשמטה כמבואר בש"ע ח"מ סי' רע"ג ס"ה. ועיין בהר"ש רפ"ו דפאה שהביא פלוגתא דר' יוחנן ור"ל במפקיר לאנשי עיר אחת ולא לאנשי עיר אחרת דלר"י הוי הפקר ולר"ל לא הוי הפקר ומלשון הש"ע נ' דס"ל כר"ל מדקאמר כשמטה והר"ש לא הכריע בזה וכן בתוס' דגיטין (דף מ"ז סע"א) וכ"ה בשט"מ פרק אלו מציאות דל"א בשם תוס' שאנץ ועכ"פ גם לר' יוחנן דוקא לכל בני העיר נק' הפקר משא"כ לעניים ולא לעשירים מבואר משנה שלימה רפ"ו דפאה דאינו הפקר וא"כ זה שמפקיר זכותו אדעתא למוסרו לאשתו שהיא תעשה בקידושי ונישואי בתם כרצונה אין זה הפקר כלל וכיון שאינו הפקר א"כ לא יצתה מרשותו אך באמת צריך לומר דמ"ש רש"י הפקיר זכותו אין ר"ל ממש כדין הפקר אלא כוונתו שזכותו שיש לו בבתו סילק עצמו מזכות זה כאומר אי אפשי בזכות זה אע"ג דלא שייך ממש לומר שהפקירו בענין שיוכלו לזכות בזכות זה העולם כשאר הפקר נכסים דהא דברי רש"י היינו על ענין נתקדשה שלא לדעת אביה וניסת שלא לדעת אביה ואביה כאן א"כ כשהפקיר זכותו ממילא היינו דקדושין ונשואין אילו קיימין וא"כ א"א לקיים ענין ההפקר רק באופן שיזכה בה איש א' לבד הוא המקדש ואפ"ה מהני א"ו דלא בעינן בהפקר זה שיהי' שייך בו דין הפקר של נכסים ממש בכל הצדדים רק הכוונה דדומה להפקר בצד א' היינו במה שמסלק זכותו ועי"ז ממילא יכולה להתקדש דכל זמן שרשותו עלי' אין לה יד להתקדש בלי ידיעתו ורצונו אבל כשמסלק זכותו יכולה להתקדש ועוד דעכצ"ל דגם בענין סילוק זה שמסלק זכותו שיש לו בה אינו דומה לסילוק זכות שמסלק זכותו מנכסיו כשמפקיר נכסיו דהנה לכאורה צ"ל כשמפקיר זכותו שיש לו בה איך עי"ז יכולה להתקדש ולהנשא מעצמה מדאו' מהו החילוק בינה ליתומה שאין לה אב שאין קדושין שלה כלום מדאורייתא וכעין זה איתא בהרא"ש פ"ק דקדושין סי' כ"ה אבל יתומה קטנה נהי שיש לה כח לזכות לעצמה אין לה כח להקנות א"ע לבעלה דאין מעשה קטנה כלום אבל האב מקנה אותה לבעל בקבלת קידושיה עכ"ל וא"כ שהאב מפקיר זכותו שיש לו בה הרי אינו עושה מעשה ההקנאה לבעל וא"כ מ"ש מיתומה קטנה ולכן עכצ"ל דהכא עדיף כי זה שמפקיר ומסלק כחו אנו חושבין כאלו נותן רשות להתקדש וה"ל כנתקדשה מדעת. שהרי מדעתו ורצונו הוא מפקיר זכותו ומניחה להתקדש משא"כ ביתומה ל"ל הכי וה"ה כשמת האב אחר שהפקיר זכותו ועדיין לא נתקדשה ודאי אין קדושין שלה כלום מדאורייתא.. כי כשמת האב שוב אין כאן שום דעת האב בשעת הקדושין ועיין בהריטב"א פ"ק דקדושין (דף י"ט) גבי אמר לה צאי וקבלי קדושיך ומת דא"א לה להתקדש עוד והיינו מטעם הנ"ל אבל כשהאב קיים אנו חושבין זה שמדעתו

הוא מסלק א"ע ממנה ע"ד להניחה להתקדש כאילו יש כאן דעת האב. וא"כ מאחר שאדרבה מוכרחים אנו לומר שגם אחר שהפקיר זכותו נחשב כאילו יש רשותו עלי' לומר שמדעתו נתקדשה והוא ההפך משאר הפקר ששם עיקר הענין לומר שהבעלים נסתלקו מזה לגמרי ולכן אם מתו אחר ההפקר לא נגרע כח ההפקר משא"כ הכא דכשמת תו לא מהני ההפקר כלל כנ"ל ולכן ממילא מובן דא"צ כאן שיהי' כדין הפקר נכסים שיוכלו כל העולם דוקא לזכות משום דילפינן משמטה אבל הכא אין זה ענין לשמטה דהא בשמטה יוצאה הקרקע מרשותו לגמרי משא"כ הכא כנ"ל. אלא עיקר כוונת רש"י שקורא הפקיר זכותו היינו דהכריח מהגמ' שזה שמדעתו ורצונו הוא מסלק זכותו ממנה ומניחה להתקדש ולהנשא מהני וה"ז כעין הפקר וכה"ג מצינו ג"כ בגמ' שקוראים לכה"ג הפקר אע"ג שאינו הפקר ממש כשמטה ואין לו דין הפקר. כמ"ש בב"ק (דף קי"ו ע"א) אדעתא דאריה אפקרי' אדעתא דכ"ע לא אפקרי' ובגיטין (דף מ"ז סע"א) נהי דמפקרי אדעתא דישראל כו' ע"ש והרי כה"ג אין לזה דין הפקר שבגמ' ועי' בתוס' דב"ב פי"נ (דף קל"ז ע"א). ואפ"ה נק' הפקר אדעתא דאריה אפקריה והוא לשון מושאל וכך עד"ז נתכוין רש"י במש"כ או הפקיר זכותו כו' אע"ג דאפקרי' רק אדעתא דידה מהני מטעם הנ"ל וה"ה בנד"ז שהפקיר זכותו והניחו ע"ד אשתו ודעימה בעסק הקדושין שקידשה הבת והשיאה לאיש ההוא הוי קדושין גמורין מדאורייתא לפ"ד רש"י וכן דעת הר"ן שם והריב"ש סי' קצ"ג דאוכלת בתרומה דאורייתא דלא כהפנ"י. והנה במה שנת' בפי' וענין הפקיר זכותו שכ' רש"י נסתלק הקושיא שהקשה המופ' מוהר"ר פסח נ"י על שטת רש"י הא הפקר צ"ל דוקא בפה ולא בלב כו' לפ"ד הר"ן ריש פסחים ועוד הקשה ע"ז והנה באמת אף אם לא היינו מוצאים תירוץ על דברי רש"י. מי הוא זה שיערב לבו להשיג עליו במקום שלא הקשו שום אחד מהראשונים על דבריו ודי לנו להבין דבריו אכן באמת כבר נת' דלק"מ ודברי רש"י מוכרחים ג"כ בגמרא והפקר זה אינו אלא שם המושאל לענין סילוק זכות כו' וכנ"ל הרי מבואר טעמים הרבה להחמיר אף אם הי' כאן עדות המועיל שאמר האב מה שמעיד ר' יחזקאל:

ח אך באמת אף את"ל דלשון זה לא משמע הפקיר זכותו מ"מ כיון שאין ע"ז רק עד א' וגם הוא קרוב שהרי היא לו אשת חורגו דפסול להעיד לה כמ"ש בגמ' פז"ב (דף כ"ז ע"ב) וכ"ש דעדות זו הוא ג"כ על חורגו שמעיד שזו אינה אשתו ואנו מחזיקין שהיא אשתו א"כ פשיטא דאין בעדות זו ממש להוציאה מחזקתה ולכן צריך לחקור אם היתה בחזקת אשת איש ע"י החופה וקדושין או לא כיון שעכ"פ ידוע בודאי גם בלא העד שאביה לא הי' בשעת חופה:

והנה פשוט דלרב הונא ורבא דס"ל דנתקדשה שלא לדעת אביה וניסת שלא לדעת אוכלת בתרומה דאורייתא א"כ פשיטא דלפ"ז בנ"ד הוי בחזקת אשת איש מדאורייתא דלכל היותר אין לנו להחזיק זה שלא הי' האב בשעת החופה וקדושין רק כאילו נתקדשה וניסת שלא לדעתו ושתיק אבל אין לנו להחזיק זה כאילו אמר שאינו רוצה דהא אין לנו עדות ע"ז שאמר כן רק הקרוב הנ"ל והוא אינו נאמן ועוד דהא יש לנו ראי' דשתיק שהרי אחר החו"ק הי' הבעל בבית חמיו עם אשתו הנ"ל כמה שבועות וזה לא גרע עכ"פ משתיק ועדיף מיניה טובא. וגם באמת אדרבה קרוב לומר שזהו בחזקת שנתקדשה ונשאת מדעתו. כי פי' וענין נתקדשה שלא מדעת פירש"י (דף מ"ד ע"ב) לא אמר לה אביה לקבלם ולא ידע (ודף מ"ה סע"ב) גבי ונשאת שלא לדעת פרש"י ולא הודיעתו ובנד"ז א"א לומר שבתו לא הודיעתו שהרי גם הכנת הסעודה הי' ע"פ הסכם האב. וגם פרסום כזה הנהוג עכשיו בנשואין בכלי זמר לפני כל הקהל ועדה ודאי שידע מכל אלה וא"כ איך נחזיק כ"ז בחזקת נתקדשה וניסת שלא מדעתו דהיינו שלא ידע ולא הודיעתו והכא אנן סהדי דידע והודיעתו מכ"ז ואף דהר"ן כ' תחלת הסוגיא ואפילו בשאביה כאן כל שלא נתרצה האב בפירוש כו' י"ל דהיינו כמ"ש הריב"ש סי' תע"ט או אם הוא כאן ולא הי' שם בשעת הקדושין ולא נתקדשה בפניו זה נק' שלא לדעת כמו שפרש"י ז"ל שם לא אמר לה אביה לקבלם ולא ידע עכ"ל משמע דס"ל דכשנתקדשה בפניו אף שלא אמר לה לקבלה חיישינן דה"ל מדעת האב אמנם בתשו' הרשב"א סי' אלף ריי"ט משמע לכאורה דגם כה"ג י"ל דנק' נתקדשה שלא לדעת האב ע"ש בהשאלה בפני האב כו' אך י"ל דהיינו בדידעו העדים שלא נתרצה האב בפי' משא"כ מהסתם אמרינן שידע ובידיעתו נעשה וכמו שסיים הרשב"א שם כי בודאי נראים הדברים שע"פ האב וברצונו נתקדשה ונשאת כו' ובנד"ז אף שלא הי' האב בשעת חופה וקדושין מ"מ מאחר שנעשו בפרסום כהנ"ל א"כ פשיטא שידע מזה. וא"כ אין זה דומה לנתקדשה שלא לדעת שפי' רש"י ולא ידע וכמ"ש הריב"ש ויש לדמותו למ"ש בגמ' דקדושין (דף נ' ע"ב) גבי סבלונות דבאתרי דרובא מקדשי והדר מסבלי וה"נ עכ"פ רוב חופה וקדושין הנעשים בכיוצא בזה הנהוג עכשיו בתופים ובמחולות בפני קהל ועדה וסעודות ודאי הם ע"פ רצון האב ואע"ג שם כ' הב"ש סי' מ"ה בסק"א דאפי' במקום שרובא מקדשי והדר מסבלי מ"מ אין בסבלונות רק חשש בעלמא ולא חזקה גמורה והוא מהתה"ד סי' ר"ז ובפסקיו סי' ע"ד נ' דהטעם משום דעל כרחינו זה המאורע אינו דומה להרוב דרובא אורחייהו לקדושי בריאה ואח"כ שולח סבלונות וכאן אנו רוצים לומר דסבלונות אלו הם לשם קדושין לפרש"י א"כ אינו ממש כמו הרוב לכן אין זה רק חששא ולפי' תוס' דהחשש שמא

קידשה כבר י"ל דבאמת ברובא מקדשי תחלה הוי איסור דאורייתא וכן דקדק הבית מאיר מתשו' רשב"א שבב"י ומכ"ש כו' וכ"מ בהריטב"א דאפי' לענין לחוש למיעוטא כ' דספיקא דאורייתא הוא א"כ ברובא מקדשי ודאי ה"ל חמור מספיקא דאורייתא וכ"ד החמ"ח סי' מ"ה סק"ז ואף להב"ש סס"ק י' לחלק דהתם לאחזוקי כולא מילתא אינו אלא חששא משא"כ הכא דודאי יש כאן חו"ק ואנו מסופקים על רצון האב ע"ז ודאי מהני הרוב וכעין זה חילק הר"ן בפ"ק דקדושין גבי מש"ש בגמ' (דף י"ב) ההוא דקדיש באבנא דכוחלא כו' היינו לאחזוקי כולי מילתא משום קלא כו' לא חיישינן לקלא דלא אתחזק אבל הכא דפשטה ידה וקיבלה קדושין אלא דלא ידעינן אי אית בהו שוה פרוטה אפילו בקלא דלא אתחזק חיישינן עכ"ל ועיין בב"ש ססי' מ"ה ס"ק כ"ג בשם הטור וגם הנה בגמ' (דף מ"ה ע"ב) סמכו אפילו לקולא אהא דלא חציף אינש לשוי' אבוה שליח כן י"ל אנד"ז דבודאי לא חציפא הבת לילך לחופה בפרסום כזה בלי שאלת פי אביה ובלי ברכתו כנהוג. גם הנה גבי אבנא דכוחלא לולי שנתברר שעכ"פ עכשיו אין ש"פ ודאי מספק היא אסורה לכו"ע וכ"ש לשמואל דאפילו ודאי אינו ש"פ כאן חיישינן שמא ש"פ במדי א"כ מדוע לא נחוש ג"כ שנתקדשה וניסת מרצון האב ואע"ג דשמואל באמת חייש לנתרצה האב ואנן קיי"ל כרבינא מיהו הא התם קיי"ל כשמואל וצריך לומר דדוקא כשידוע שהנשואין היה שלא מדעתו בהא ל"ח שמא נתרצה כיון דעכשיו ודאי אין כאן קדושין משא"כ גבי אבנא דכוחלא שהספק שבשעת קדושין היה ש"פ או שמא ש"פ במדי או י"ל ספק דש"פ הוא קרוב יותר ושמא ש"פ במדי זהו רק חומרא דרבנן. ומ"מ גם לפ"ז בנד"ז שהספק ג"כ קרוב שהיה מדעת האב מטעמי' הנ"ל ודאי חיישינן ואף את"ל דליכא בכה"ג רובא כ"כ כי יש לומר דזה שתשמע לציווי אמה בלתי רצון אביה אין שייך כ"כ ע"ז לומר רובא ומיעוטא וגם לא שייך לבדות סברא לומר ע"ז לא חציפא הבת כו' מ"מ הרי כ' בתשובת הרשב"א סי' אלף רי"ט וז"ל וכן אם עשה סעודה דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה כדאיתא בקדושין פרק האיש מקדש עכ"ל והיינו דבכה"ג חשבינן לה מקודשת דאורייתא לומר שבודאי מרצון האב נתקדשה ע"ש וכ"כ הריב"ש סי' תע"ט ולא טרח בנשואיה להורות שחפץ בהם. וא"כ בנד"ז אשר עשו סעודה בבית אביה א"כ היא בחזקת מקודשת ודאי מרצון האב ושנחוש ונבדה מלבינו שמא אמה טרחה בסעודה בלי אביה זה ודאי לא נימא להקל דאין לאשה קנין בלא בעלה והרי משל האב נעשו כ"ש שגם הוא בא ואכל עמהם בסעודה נמצא אפילו לרב ירמיה בר אבא ועולא דפליגי ארב הונא בנתקדשה שלא לדעת וניסת שלא לדעת דאינה אוכלת בתרומה

י"ל דכאן יודו דאוכלת מטעם הנ"ל דהיא בחזקת שנתקדשה וניסת לדעת משום חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה כמ"ש הרשב"א:

ועוד יש לאלומי כח החזקה משום שעכ"פ ידוע שאחר החופה היה האיש עם אשתו הקטנה הזאת בבית חמיו כמה שבועות וכיון שהאב הניח בתו להיות גדילין בבית עם איש זה שנשאת לו כדרך איש ואשתו ה"ל חזקה גמורה שמדעתו ורצונו נשאת לו או שנתרצה אח"כ עכ"פ וכדאיתא שלהי קדושין (דף פ' ע"א) איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה ונשרפין זע"ז ואע"פ שאין אנו מכירין בהם בעדות גמור שזהו איש ואשתו כו' רק בחזקה זו חשבינן לי' איש ואשתו כמ"ש רש"י שם. וא"כ ה"נ ממש דכוותה שאע"פ שאין לנו עדות גמור שהאב נתרצה בקדושין מ"מ מאחר שהניחן להיות שוהין בתוך ביתו בחזקת איש ואשתו זהו חזקה שנתרצה האב ואף להחולקים על מהרי"ק שרש פ"ז כדלקמן ובעינן חזקה ע"י מעשה כמו איש ואשה שהגדילו כו' שיש כאן מעשה מהם. משא"כ כאן בעינן חזקה על רצון האב וא"כ מעשה שלהם מה מהני אך נ' דזה שהאב מחזיקם בביתו ה"ל כמו מעשה מהאב ג"כ שעושה מעשה שהניח איש זה לבתו להיות איש לביתו כו' וה"ז ע"ד את בתי נתתי לאיש הזה ואף שהאב אומר עכשיו שכל זמן שהיה בביתו לא היה יחוד בין הזוג לא מפיו אנו חיים ואינו נאמן ע"ז כלל רק אנו צריכים לדון על מה שראינו שנכנס לביתו עם אשתו כדרך איש ואשתו כו' ואף ששם בקדושין (דף פ') בעינן חזקה שלשים יום כמש"ש ריא"ז בש"ג בשם הירושלמי וכ"כ הרמב"ם ספ"א מהא"ב ה"א (וד' הה"מ שכ' שהוא מהש"ס בב"ב קס"ז צ"ע) יש לחלק ע"ד שנת' לעיל בשם הר"ן פ"ק דקדושין דהתם דבעינן לאחזוקי כולא מילתא ע"י חזקה זו שהרי אין לנו ידיעה מעצמינו כלל שהן איש ואשתו רק מחמת חזקה זו מש"ה בעינן חזקה ל' יום ע"ד מ"ש רשב"ם בב"ב (דף קס"ז ע"ב) דכל כך כו' זמן מרובה כו' אבל הכא שידענו המעשה שנתקדשה ונשאת לזה רק שאנו מסופקים על רצון האב מפני שלא היה בשעת חו"ק ע"ז מהני החזקה שהניחם לביתו כדרך איש ואשתו אפילו בזמן מועט משלשים יום גם יש לדמותו למ"ש בגמ' פרק חז"ה (דף ל"ה ע"ב) אהא דתנן חזקתן שלש שנים מיום ליום א"ר אבא אי דלי ליה איהו גופי' צנא דפרי לאלתר הוי חזקה ופרשב"ם שאל"כ לא היה לו לסייעו כו' אא"כ טען לפירות הורדתיו. וא"כ הכא דלא שייך טענה זו אמרינן דאם איתא שלא נתרצה בנשואין כלל לא היה לו להניחו לביתו להיות לאיש לבתו א"ו שנתרצה בדבר והוי חזקה לאלתר ועדיף מחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה הנז' בגמ' דקדושין (דף מ"ה ע"ב) דלאלתר הוי חזקה שנתרצה האב וכ"ש חזקה זו שהכניסם לביתו דלאלתר הוי חזקה גם יש לדמותו להוחזקה נדה

בשכינותיה דבעלה לוקה עליה משום נדה והיינו ע"י שלבשה בגדי נדות וא"צ ע"ז חזקה דל' יום והב"ח סי' י"ט הביא ראיה מזה דלגבי דידהו לא בעי' למ"ד יום והחמ"ח שם סק"ג כ' ואין זו ראיה דהתם א"א לומר שלשים יום דאין דרך ללבוש בגדי נדה יותר מימים אחדים כו' אבל חזקה דשאר בשר אינה פחותה משלשים יום עכ"ל ובנ"ד אף להחמ"ח נ' דסגי בפחות משלשים יום מטעם הנ"ל ועוד דכיון שידוע שהיו הזוג בבית האב וזה שלא היו כ"א ג' שבועות אינו ידוע רק ע"פ הקרוב א"כ י"ל דלא נגרע כח החזקה. ועוד יש להגדיל החזקה ע"פ מ"ש מהרי"ק שרש פ"ז דכיון שיצא הקול זמן ארוך כ"כ בלי הפסק שהיתה ארוסתו כו' שיש להחזיקה בחזקת מקודשת כו' ע"ש הובאו דבריו בתשו' אאזמו"ר הגאון ז"ל (בתשו' המתחלת הנה זה לשון תשו' הרא"ש) וכ' דכוונת מהרי"ק מה שעמד הקול זמן ארוך כ"כ משוי לי' כחזקה וה"נ הרי עמדה בחזקת אשת איש זה עשרה שנים דהיא אגידא ביה ויושבת בעיגון מחמתו א"כ ה"ל חזקת אשת איש ואף דבתשו' הנ"ל דחה דעת מהרי"ק וכן הבית מאיר ססי' י"ט כ' ג"כ כן מ"מ היינו שע"י עמידת הקול לבד בלי שום מעשה לא מהני אבל בנ"ד שיש בתחלתו מעשים רבים מהחופה וקדושין ושנעשה הסעודה בבית האב ושהכניסם לביתו ודאי יש לצרף ג"כ עמידת הקול זמן ארוך כ"כ שמורה על אמיתית המעשים האלו שבאמת הי' בזה רצון האב שטרח בסעודה והכניסם לביתו מרצונו והסכמתו כו' ועיין בתב"ש סי' י"ח ס"ק כ"ט מ"ש בפי' הגמ' פ"ב דכתובות גדולה חזקה כו' וחזקה זו אינה כשאר חזקות שבגמ' כו' דהא הכא לאו ברור כשרותן מעולם כו' רק ה"ק שא"א לשנות דבר שנוהגין בו היתר לנהוג בו איסור כ"א בראיה ברורה עכ"ל והדברים ק"ו לנד"ז דחזקה זו ברורה יותר שהרי היא חזקה שיש עמה טענה מצד המעשים הנ"ל המורים על רצון האב כו' לכן הדבר ברור שאפילו לרב ירמי' בר אבא ועולא היא בחזקת א"א גמורה כ"ש לרב הונא ורבא דפשיטא דהיא בחזקת א"א אף גם בלי הטעמי' האלו וכמשנ"ת למעלה ומה שכ' המופ' ר' פסח נ"י לחלק בין הקדושין ונשואין דעכשיו שעושין שניהם כא' דהוי כחדא שתיקה משא"כ בזמן הש"ס דהיה בין הקדושין והנשואין לא פחות מי"ב חדש. הנה אדרבה בהריב"ש ססי' תע"ט מבואר דבכה"ג (דנהוג עכשיו) שייך טפי סברת רב הונא ורבא ע"ש במש"כ ואע"ג דאיכא לדחויי דההיא דנתקדשה שלא לדעת וניסת שלא לדעת מיירי כגון שלא שמע הקדושין מתחלה עד שנשאת ואז שמע הקדושין והנשואין יחד עכ"ל הרי בכה"ג פשיטא ליה טפי דהוה קדושין ודאין דבודאי נתרצה אע"ג דאין כאן רק חדא שתיקה כיון ששמע הקדושין והנשואין יחד והנה הרמב"ן ריש גיטין כ' וז"ל ודבר שבערוה אפילו לא אתחזק איסורא נמי אין פחות משנים עכ"ל וכ"מ בחי' הר"ן שם ד"ה הוי דבר שבערוה. וגם כמ' קצת

בהר"ן באלפס שם ד"ה ובדין הוא אבל מהר"מ בתשו' מיי' דשייכי להל' אישות סי' ג' ס"ל דעד א' נאמן גם בדבר שבערוה היכא דלא אתחזק איסורא וכ"כ מהרי"ק סוף שרש ע"ב ותמיה שלא הביא לו עזר מתשו' מהר"מ הנז' והנה לדעת הרמב"ן והר"ן פשיטא וכ"ש דאין ע"א נאמן בנד"ז דה"ל דבר שבערוה ואתחזק איסורא ולכאורה גם למהר"מ ומהרי"ק אינו נאמן מה"ט. אלא דמהר"מ שם בתשו' כ' ואע"ג דאתחזק לן ביה איסורא כל מה דלא אמר דאטעייה לדבוריה הא לא מקרי אתחזק איסורא אלא היכא דאף לדברי העד הבא להתיר האיסור מכאן ולהבא מודה הוא דמעיקרא אסור היה עכ"ל ע"ש וא"כ לדברי מהר"מ אף דלדידן אתחזק לן בה איסורא דא"א מ"מ את"ל דלדברי עדות מ' יחזקאל לא היה שום חשש קדושין הרי זה נק' לא אתחזק איסורא וא"כ י"ל דנאמן אך באמת כיון דהרמב"ן והר"ן ס"ל דאפילו לא אתחזק איסורא כלל אין ע"א נאמן בדבר שבערוה ודאי אין להקל עכ"פ בדבר דאתחזק בו לדידן איסורא וגם מהר"מ לא הקיל רק מצד שהיה שם אומדנות והוכחות טובא שכן האמת. וגם שהיה שם בשעת מעשה ממש שבאנו להחזיק איסורא תומ"י אמר העד דבטעות היה משא"כ בנד"ז דגדולה החזקה מכמה טעמים כנ"ל דאין ע"א נאמן וכ"ש שהוא ג"כ קרוב ופסול לעדות וכ"ז אף אם נתפוס שלדברי עדות מ' יחזקאל אין כאן חשש קדושין אבל באמת זה אינו דאפילו לפי עדותו יש לומר דהוי כהפקיר זכותו וא"כ אדרבה ה"ל קדושין גמורים ואפילו את"ל דזה אינו כהפקיר זכותו מ"מ הרי זה היה קודם החו"ק ואולי אח"כ נתרצה מדטרח בסעודה ומדהכניסם לביתו והרי הרשב"א ס"ל דאפילו נתקדשה שלא לדעת וגם אח"כ כששמע האב צווח שאינו רוצה מ"מ אם אח"כ נתרצה מקודשת כמבואר בחידושיו פרק האיש מקדש דמ"ד ד"ה אתמר קטנה כו'. ואע"ג דהריטב"א והמרדכי לא ס"ל כן אלא דאם מיחה כששמע תו לא מהני ריצוי דידיה אח"כ היינו כשמיחה אחר הקדושין דכיון שנתבטלו מיד כשמיחה שוב א"א להן לחול דהא לא קידשה אח"כ שיהיה מהני מה שנתרצה האב משא"כ הכא שלא נתרצה קודם החו"ק י"ל דלכ"ע מהני הריצוי אחר הקדושין כיון שלא היה מחאה בין הקדושין לריצוי. ואף את"ל דגם בכה"ג לא מהני הריצוי דהא טעם הריצוי משום דזכות הוא לו כמ"ש התוס' דמ"ו ע"א והר"ן וכשמעיקרא אמר שאינו רוצה לא שייך כ"כ זכות ותדע דהא י"א דבעינן שדיך דוקא כו' ואי לא שדיך לא ואע"ג שי"א בנתרצה בפי' אח"כ לא בעינן שדיך מ"מ כשמיחה בפי' קודם שאני. מ"מ כאן דשדיך מעיקרא אף שאמר אח"כ שאינו רוצה יש לספק שמא קודם החו"ק צוה לבתו לילך לחופה. ויש מקום לספק בזה דמסתמא בירך אותה כנהוג העולם לכן כשנתרצה אח"כ מהני לכ"ע ועוד הרי לכמה גדולי הפוסקים שבמרדכי א"צ לומר דהקדושין חלין למפרע כ"א משעת

הרצוי ואילך כשלא נתאכלו המעות בשעת הרצוי כללא דמילתא שיש כמה טעמים לומר דאפילו נאמין לעדות מ' יחזקאל יש כאן חששא גמורה בהקדושין כ"ש דמעיקר הדין אין להאמינו כלל שהוא ע"א וקרוב וכאן אתחזק איסורא דא"א ודבר שבערוה וחלילה להקל בזה ח"ו:

מעתה כיון שהיא בחזקת א"א אין ע"א נאמן ועוד אפי' היו שני עדים שקודם החו"ק לא רצה הרי להמרדכי כיון דהקדושין חלין רק משעת רצוי כשלא נתאכלו א"כ כיון שעשה סעודה והכניסום ה"ז נתרצה ויש לדחות לפמש"ל דטעם מר' משום זכות ה"ל כמו דבר שבידו והכא שלא רצה אינו זכות וי"ל מ"מ עצם הענין הוא זכות כו' או טעם זה אינו במרדכי וכ"ש להרשב"א והרמ"ה דחלין הקדושין ואולם לרש"י צ"ע דהא אינו זכות ועי' ריא"ז י"א דוקא שדיך ואף להאומרים לא בעינן שדיך מ"מ לא רצה גרע וראיה מקושיי' הרשב"א והריב"ש על כל הפוסקים והביאו ראי' לרי"ף מדף מ"ו א' שצריכה קדושין אחרים ול"מ נתרצה וי"ל משום ה"ל כמו דרך בזיון וצ"ל בכה"ג אפילו ריצוי בפי' לא מהני כיון דאין כאן זכות למפרע וכ"ש לתוס' שם וכ"ש בנד"ז שלא רצה בפירוש מיהו י"ל אפילו לרש"י הא נק' ניסת לדעת אביה שזה שהכניסום לביתו ה"ל כמו חופה.

ועי' כתובות מ"ח ב' סתם חצר דידיה לנשואין ושם נ"ו א' דסתם חופה לביאה קיימא משמע חופה היינו יחוד ועיין סוכה כ"ה ב' בתוס' שם סע"ב א"כ בנד"ז זהו חופה ועיין תשובת רשב"א אלף רי"ט וכן אם מסרה האב לחופה כו' ועיין חמ"ח סי' נ"ה סק"ו דהא הר"ן הביא ראיה כו' ולע"ד ראייתו תמוה דבהדיא איתא בגמרא דמ"ח ע"ב ור"ל אמר כו' אמר רבינא כו' הרי שכתובתה מאחר מנה אף שעדיין לא נכנסה לחופה רק שמסר האב לשלוחי הבעל כו' דהיינו קירוב נשואין ומ"מ לדעת הר"ן נק' זה חופה אע"ג דלא ייחדום וכן לתוס' סוכה כ"ה ב' נקרא זה חופה ועי' ב"ש שם סק"ה ועי' בי"מ שם דאף להרמב"ם לאו היינו יחוד ממש כ"א במקום צנוע וע"ש דאפילו באלמנה שייך חופה בלא יחוד והיינו כניסה לביתו כו' ועיין תשו' פ"י סי' ג' וע"ש מסיטומתא כו' והנה בנד"ז אף שהבית של אבי הכלה הנה כתובות מ"ח ב' אמרינן סתם חצר דידה ללון משא"כ היכא דהיא לנשואין כנד"ז הוי חופה והנה מאחר שחופה היה לדעת האב י"ל גם למ"ד חופה אינו קונה גומר הקדושין דשלא לדעת כו' ועיין בשעה"מ בחופת חתנים סעיף א' רש"י ס"ל דקיי"ל כר"ה וע"ש בסעי' ט' בשם גדול א' דנשואין וחופה תרי מילי נינהו ואותו בית ששומחין בו נק' חופה כו' וע"ד עד המעיד שתיכף אחר הנשואין לא קיבל מז"ט הרי מע"ל מסופק אם לסמוך עליו ועוד ע"א הוא ועוד מה מהני זה נגד שהכניסה לחופה אח"כ לביתו לשמוח כו' ומה שיש כאן ע"א שלא רצה השידוך לאו כלום הוא

ואף לצרף ב' העדים אין כאן עדות כי נתקדשה וניסת שלא לדעתו ה"ל כהפקיר וא"כ מה בכך שלא רצה אדרבה לכן הפקיר זכותו ולא מיחה וגם לפי' דנתרצה הא יש כאן הוכחות טובא שנתרצה וכו':

קיצורים מתשובה הנ"ל בענין הלשון שאמר איך האב פריער ניט גיוואלט איך וויל האיינט ניט גייט אייך צום חזן שרייבט דיא כתובה:

א גבי מעכשיו ולאחר ל' יום להתוספות ביבמות דצ"ג ד"ה קנוי' מספקינן בחזרה אפילו בממון ואע"ג שבממון י"ל הפי' גופא מהיום ופירי לאחר שלשים יום ולא סמכינן על פי' זה שלא לספק בחזרה אלא היכי דמוכח שהפי' כן ולהרמב"ן ולהר"ן כיון שי"ל הפי' גופא מהיום ופירי לאח"ז לא מספקינן בחזרה אבל כשא"א לפרש כן הגם שי"ל יותר דתנאה הוי לא סמכינן ע"ז ומספקינן בחזרה והרמב"ם לפ"ד הלח"מ והב"ש רסי' קמ"ו ס"ל דגבי ממון אמרינן דתנאי הוא וגבי איסור אשת איש מספקינן ג"כ בחזרה:

ב מהא דס"ל לרב גבי איסתרא מאה מעי דאזלינן בתר לשון אחרון מוכח דס"ל דאמרינן חזרה הוא אע"ג שי"ל פירושי קמפרש וכ"כ התוס' בב"ב דק"ו ע"א ועפ"ז קשה על מהרי"ט בתשו' חאה"ע סי' ל"ט מ' וביותר קשה עליו דהא לדידן גבי הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום י"ל פירש מרווח כדר' יוחנן שם ואעפ"כ קיי"ל דמספקינן גם כן בחזרה:

ג ולכן בנ"ד בהלשון שאמר איך וויל ניט טוט אייך וואש איר ווילט יש לומר דטוט אייך וואש איר ווילט היינו חזרה ונותן להם רשות לקדשה ומ"ש הרב דקאניוב דבתוך כ"ד לא תלינן בחזרה והביא ראיה ממ"ש הב"י בח"מ סימן מ"ב ס"ד בשם בעה"ת לא כיון יפה דהתם המכוון שכשהלשונות סמוכים לא אזלינן בתר לשון אחרון אבל לעולם מספקינן בחזרה אף שהוא הכל דיבור אחד:

ד דרמ"א בח"מ סימן רנ"ז לא ס"ל כהתוספות דיבמות אינו מוכרח ועוד דגם להרשב"א והר"ן י"ל בנד"ז שהפירוש גרוע מודו דמספקינן בחזרה וכ"ש לשטת הרמב"ם דלעיל:

ה ועוד דגם אם נאמר דאין לספק בחזרה ופרושי קא מפרש י"ל ג"כ הפי' היינו שאין רצונו לקדשה ומ"מ מעביר על מדותיו ומבטל רצונו לרצון אשתו ולכן נותן להם רשות שיעשו מה שירצו רק שמ"מ אין רצונו לעשות כן בעצמו כ"א יהיה נעשה על ידם:

ו אך זהו לפי הלשון שאמר איך וויל ניט טוט אייך וואש איר ווילט אבל לפי הלשון גייט אייך צום חזן כו' עש האט צו מיר ניט משמע דאין זה נתינת רשות וגם לא שייך להחמיר משום חזרה כיון דתחלתו וסופו מורה על בלתי רצון:

ז אך גם לפי הלשון השני נהי דאינו נתינת רשות ולא חזרה מ"מ י"ל שזהו ענין הפקיר זכותו שיש לו בה הנזכר ברש"י דמ"ו ואפשר גם רבי ירמיה לא פליג אכה"ג שהפקיר זכותו בפירוש. ומה שיש מקום עיון דאינו הפקר כשמטה הנה בלא"ה צ"ל דאין זה דומה ממש להפקר נכסים אפילו לענין סילוק רשות דהכא אם מת האב תו לא הוי קדושין משא"כ בהפקר נכסים ואשכחן כה"ג מה שאינו הפקר נק' הפקר בגמרא בלשון מושאל והוא בב"ק קי"ו א' ובגיטין מ"ז א':

ח ומלבד כ"ז הרי היא בחזקת א"א לא מיבעיא לרב הונא ורבא כיון דנתקדשה וניסת שלא לדעת אביה ואין עדות שמיחה וצווח אדרבה אח"כ הכניסום לביתו א"כ הוי קדושין דאורייתא אלא אפילו לרב ירמיה ועולא נד"ז לא דמי לשלא לדעת דעכ"פ ודאי ידע מכ"ז והעיקר כיון שנעשה סעודת הנשואין בביתו חזקה שנתרצה ע"ז כמ"ש הרשב"א בתשובה סי' אלף רי"ט:

ועוד יש טעם לחזקה משום שהניחם בביתו ה"ז ע"ד את בתי נתתי לאיש ואף דבאיש ואשה שהגדילו בתוך הבית בעינן חזקה ל' יום שאני התם שזולת חזקה זו אין אנו, יודעים מאומה אבל הכא שידוע החופה וקדושין רק לא ידעינן שנתרצה האב ע"ז י"ל דלאלתר שהכניסם לביתו הוי חזקה וראיה מדלי ליה צנא דפירי ומחזקה אין אדם טורח בסעודה ומהוחזקה נדה בשכנותיה דלאלתר הוי חזקה ועוד יש טעם להגדיל החזקה ע"פ דעת מהרי"ק שורש פ"ז מעמידת הקול זמן ארוך כ"כ ואף שהשיגו עליו מ"מ בנד"ז ודאי מצטרף להחזיק המעשים הנ"ל וכ"ז אפילו לרב ירמיה וכ"ש לרב הונא דפסקו כוותיה הר"ן והריב"ש:

סימן קטו

תשובה קצרה על ענין הנ"ל הנה אשה זו היא ודאי בחזקת אשת איש גמורה מדאורייתא מכמה טעמים. דהנה גם אם היינו אומרים דזה שידוע שאביה היה בעיר ולא היה בשעת החופה הוי כנתקדשה שלא לדעת אביה וניסת שלא לדעת הרי הר"ן בסוגי' זו כפל שלשה פעמים דהלכה כרב הונא דהוה נשואין מדאורייתא וכ"כ הריב"ש סי' קצ"ג כמו שהביאו כת"ר ג"כ. (דלא כהפנ"י שכתב דאוכלת רק בתרומה דרבנן וגם ברש"י ותוספות שם דמ"ה סע"ב משמע דלא כוותיה). כ"ש שיש כאן הוכחות טובא דנתרצה האב כדלקמן. ומ"ש המופ' ר' פסח נ"י לחלק בין הקדושין ונשואין דעכשיו ששניהם בבת א' הוי כחדא שתיקה הנה בהריב"ש ססי' תע"ט משמע דאדרבה כה"ג שייך טפי סברת רב הונא ורבא יעו"ש וא"כ בזולת דברי העדים שבגב"ע הויא בחזקת א"א מדאורייתא ואפילו לדברי

הרמב"ם ספ"ח מהל' תרומות שהביא הר"ן כאן דמשמע דפוסק כעולא וכ"כ בכ"מ שם נראה דנד"ז לא דמי לשלא לדעת שבגמרא דהיינו שהבת לא הודיעתו כלל מהקדושין והנשואין ולא ידע מזה כדפי' רש"י וכ"כ הריב"ש סי' תע"ט ובחופה וקדושין הנהוג עכשיו בפרסום רב בפני קהל ועדה ובכלי זמר ובהכנה דרבה ודאי שהאב ידע מכ"ז ובתו הודיעתו ועם היות שמ"מ אין לנו ראיה שברצונו נעשה זה י"ל דמ"מ מידי ספיקא לא נפקא ומה שלא היה בשעת החופה אינה ראיה ברורה ע"ז. דאפשר מחמת איזה תיגרא לא היה. ועוד דהא עכ"פ מובן מהגב"ע שאחר החופה הי' סעודת נשואין בבית האב וכנהוג וא"כ זהו חזקה גמורה שנתרצה בהחופה וקדושין כמ"ש הרשב"א בתשו' סימן אלף רי"ט וכן אם עשה סעודה חזקה כו' ע"ש וכ"מ בהריב"ש סימן תע"ט הנ"ל. ושנחוש להקל שמא נעשה כ"ז שלא ברצון האב מנלן לחוש כן להקל וסתמא דמילתא כל איש שורר בביתו כ"ש שגם האב בא ושתה עמהם בסעודה. יתר על כן גדולה החזקה כיון שהי' החתן בבית חמיו עכ"פ לדברי הכל ג' שבועות עם אשתו. הנה אף שהאב אומר שלא ייחדו החתן וכלה בחדר א' הנה מלבד שאינו נאמן ע"ז אך עכ"פ שזה שהניחו לביתו ע"ד חתן בבית חמיו הרי זה הודאה גמורה שנתרצה בהחופה וקדושין וכמו את בתי נתתי לאיש הזה ולא בעינן כאן חזקה שלשים יום כמו באיש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית בקדושין דף פ' ע"א דהתם הוא דזולת חזקה זו אין לנו ידיעה כלל שהי' להם חופה וקדושין מש"ה בעינן חזקה ל' יום:

משא"כ הכא שידוע לנו מהחו"ק רק חסר לנו ידיעת רצון האב א"כ כל שהאב עושה מעשה שמוכחא שנתרצה לאלתר הוי חזקה וראיה מחזקה אין אדם טורח בסעודה שברשב"א:

וכמו הוחזקה נדה בשכנותיה דלא בעינן ל' יום ואף להחמ"ח סי' י"ט סק"ג נדון זה יש לדמות לשם מטעם הנ"ל גם הוא כעין מ"ש בגמרא פרק חזקת (דל"ה ע"ב) אי דלי ליה איהו גופא צנא דפירי לאלתר הוי חזקה אא"כ טעין כו' והכא לא שייך טענה ההיא וא"כ מה שהניחו לבא לביתו בדרך נשואין ה"ז חזקה שנתרצה על החופה וקדושין וכבר אמרנו שאין לנו לבדות מלבינו דכ"ז נעשה בביתו בלי רצונו כיון שהיה האב בביתו וא"כ זה שהובאו בביתו הוי כעין מעשה מהאב ומה שהקרוב מעיד שבכל שבת הי' בא אליו ואמר שחותנו מגרשו הרי אין הקרוב נאמן ע"ז ועוד דאולי אח"כ נתחרט יתר על כן נלע"ד שי"ל דזה שהכניסו בביתו ע"ד חתן בבית חמיו הוי ממש נשואין לדעת אביה ואף לדבריו שאומר שלא ייחדום:

כי הנה הר"ן רפ"ק דכתובות כ' דחופה לאו היינו יחוד אלא כל שהביאה הבעל מבית אביה לביתו לשם נשואין כו' עד שאנו נוהגין עכשיו לעשות חופה בלא יחוד והביאו רמ"א סי' נ"ה ס"א בהג"ה והחמ"ח שם סק"ו כתב דכ"ע מודו בדין זה וא"כ לפ"ז הרי ה"ה בנד"ז שהביאו החתן והכלה לבית האב לשם נשואין אע"ג דהוא בית האב והר"ן כתב שהביאה הבעל מבית האב לביתו אורחא דמילתא קתני אבל באמת כל שהביאום לשם נשואין אין חילוק ולא מחלקינן בגמרא בכתובות דף מ"ח ע"ב בין חצר דידיה לחצר דידה אלא בסתמא משא"כ כשבאו לשם נשואין כנד"ז אין חילוק וכן הוא בתוס' במסכת סוכה דכ"ה סע"ב וצריך לדקדק מה היא חופה כו' ע"ש ובהרא"ש שם סימן ח' ונוהגין באשכנז כו' אבל אם הולך לגמרי לבית אחר כו' גם שם נק' חופה א"כ לפ"ז פשיטא דבית האב שהביאו לשם החתן והכלה תומ"י אחר החופה זהו עיקר החופה וא"כ לפ"ז בנד"ז אף את"ל שלא הי' יחוד מ"מ עכ"פ יש להחזיק שהי' נשואין וחופה מדעת האב כיון שנכנסו לביתו לשם נשואין כהנ"ל ועיין בבית מאיר סימן נ"ה ובספר שעה"מ פ"י מהל' אישות בחופת חתנים ססעי' ט' והנה לפ"ז הרי הרשב"א סימן אלף רי"ט כ' להחמיר כדברי ר"ח דחופה קונה כקדושין ובשעה"מ שם סעיף א' כתב דרש"י ס"ל דקיי"ל דחופה קונה וגם למ"ד דחופה אינה קונה מ"מ גם הקדושין הקודמים מהני כיון דחזינן שנתרצה האב בהחופה וכמו שכ"ד כל הפוסקים זולתי הרי"ף. וא"כ ברור שהיא בחזקת אשת איש מדאורייתא לכ"ע כ"ש שזה עשרה שנים שעומדת בעיגון מחמתו דמהרי"ק שרש פ"ז ס"ל דזה לבדו הוי חזקה ואף שגדולי האחרונים כתבו דאין זו חזקה מ"מ מצטרפי עכ"פ לאלומי כח החזקות הנ"ל מעתה א"א להוציאה מחזקה אא"כ ע"י בירור גמור ע"פ שני עדים כשרים שיעידו בבירור שכל הנ"ל מהחופה וקדושין והסעודת נשואין וביאת החתן לבית חמיו היה הכל רק מדעת האם לבד ושהאב מיחה בכל זה בפירוש ושהכל נעשה בעל כרחו מה שהשכל אינו נותן כ"ז שיהיה כ"ז נעשה נגד רצונו כו' ואפילו היו עדים ע"ז אפשר היו צריכים דרישה וחקירה היטב. כ"ש שלפי הגב"ע אין אפילו עד א' ע"ז. כי ר' זכריה במ' יצחק הוא עד מפי אשה אמה של הקטנה. ור' יחזקאל הוא קרוב וגם אדרבה לפי עדות ר' יחז' יש להחמיר טובא דה"ל כהפקיר זכותו כמ"ש הרב מ' שאול נ"י כ"ש כשנוסף ע"ז מההוכחות שנתרצה ג"כ אח"כ אף גם לפי המכתב שכתב הרב ר"ש נ"י זה מקרוב שנתחדש מקרוב שאמה של העגונה אמרה שתיכף אחר הנשואין לא קיבל מז"ט ואמר אז איך וועל טאן מיט אנאנדערין אשידוך וועל איך אפ נעמין מז"ט ויש ע"א שמעיד על זה (אלא שמסופק אם לסמוך על עד זה לקבל עדותו) גם כתב דיש ע"א חוץ מן ר' יחזקאל הנ"ל (שהוא קרוב) שלא רצה האב השידוך ולא ידעתי אם כוונתו על ר' זכריה

הנ"ל הרי הוא עד מפי אשה קרובה כנ"ל ובגב"ע לא נזכר עדות אחר אך גם אם נתחדש שיש עד אחר ע"ז אין בעדותן כלום מכמה טעמים שהרי עד המעיד על שלא נתרצה בעת השידוך אינו כלום לבטל מה דחזינן מכמה חזקות שנתרצה אחר החופה וקדושין ומה בכך שלא רצה מקודם כיון שאח"כ הוא בחזקת שנתרצה ועד השני הנה אפילו היה נאמן הוא רק ע"א וגם לדבריו לא מהני כלום דאפילו מיחה האב אחר החופה אם אח"כ נתרצה בשעה שהכניסום לביתו ובשעת הסעודה מהני מדאורייתא מכמה טעמים לפ"ד גדולי הפוסקים אם ע"פ דעת חי' הרשב"א פרק האיש מקדש דף מ"ד ד"ה אתמר קטנה כו' שלדעתו חלין הקדושין הראשונים עי"ז ואם משום דזה שהביאום לביתו הוי כחופה ואנן חוששין כמ"ד חופה קונה וכ"ש שאפילו לדבריו אין כאן מחאה גמורה וגם הוא עד א' ע"כ אין בכ"ז כלום והיא בחזקת א"א גמורה מדאורייתא:

סימן קטז

הנה רש"י פרק האיש מקדש (דמ"ד ע"ב) ד"ה והוא ששידכו ס"ל כשנתרצה כששמע הוה להו קדושין למפרע לרב ושמואל וז"ל דאיכא לספוקי שמא נתרצה כששמע והוה להו קדושין למפרע עכ"ל. ומסתמא י"ל דה"ה לרבינא כשנתרצה בפירוש כששמע וכ"כ בתוס' רי"ד שם ד"ה אתמר וז"ל דרב ושמואל ס"ל כיון דשידכו יש לחוש שמא נתרצה האב כששמע וכיון דנתרצה כששמע אמרינן הוברר הדבר דבשעת קבלת הקדושין נמי כאלו נתרצה האב בפירוש דמי והוו להו קדושין למפרע וכך פי' המורה והוה להו קדושין למפרע ועולא סבר אע"פ שנתרצה אביה עכשיו כששמע מה מועיל זה הרצון כיון שבשעת קבלת הקדושין לא ידע ולא היה רצונו שם ולא אמרינן הוברר הדבר למפרע שרצה האב אלא בעינן רצון האב באותה השעה וכיון שלא היה שם רצונו אפי' מיאון אינה צריכה עכ"ל ועי' פנ"י בד"ה רש"י בד"ה והוא ששידכו שהקשה על סברא זו לומר דה"ל קדושין למפרע וכן משמע דעת התוס' (דף מ"ו א') ד"ה בין דזכות הוא לו כו' שכך פי' ג"כ הר"ן ד"ה אתמר קטנה וז"ל אבל כל שנתרצה גלי אדעתיה דזכות הוא לו ומהני מעשה ראשונה עכ"ל וכ"כ המרדכי סי' תקט"ו בשם ר"י מועיל ריצוי האב למפרע אם אומר כו' (אבל אם כו' ע"ש) וכ"כ שם בשם ר"ת וכ' הר"ן בד"ה גרסינן תו בגמרא קטנה שנתקדשה חיילי הקדושין משעת קבלתה ואע"פ שנתאכלו המעות קודם שנתרצה האב כו' דביאה ליתיה בעולם כשנתרצה עכ"ל וכ"מ מדברי ר"י שבמרדכי סי' תקט"ו הנ"ל מדהקשה ע"ז תחלה דדמי לכנסי סלע זה שאני חייב לך כו' דאם המעות בעין י"ל דדומה לפקדון כמש"ש המרדכי תחלה סי' תקי"ד ובלא"ה צ"ל כן לדעת הפוסקים דס"ל דה"ל

קדושין למפרע והנה ריא"ז בש"ג כ' בשם ר"י דבעינן תרתי ששידכו עליה קודם קדושין נתרצה האב בעת ששמע כו' וכ"מ בתוס' רי"ד וכן בה"ג סוף הל' קדושין כ' כיון דשדיך ה"ל כמאן דארצי קמיה כו' ע"כ י"ל דייקא בכה"ג ה"ל קדושין למפרע וריא"ז עצמו כ' אע"פ שלא שידכו כו' גם לכאורה משמע בגמ' דמ"ו גבי קטנה שנתקדשה כו' שלא נזכר שידכו ומשם הוכיח הר"ן דחיילי קדושי למפרע ע"ש קיצור. (רש"י ותוס' וסיעתם ס"ל כשנתרצה כששמע ה"ל קדושין למפרע ואע"פ שנתאכלו המעות קודם שמיעה):

והרמ"ה בטור ורי"ו ס"ל ג"כ דאפי' נתאכלו המעות קודם שמיעה מהני ריצוי דאב אלא דמ"מ ס"ל הקדושין חלין משעת שמיעה כ"כ הטור סי' ל"ז בשמו אבל ברי"ו לא נזכר דחלין משעת שמיעה דוקא ועיין פנ"י בד"ה רש"י הנ"ל כ' וז"ל ונהי דבשעת שמיעה ודאי איכא למימר דהוו קדושין מהאי שעתא אע"פ שנתאכלו הקדושין כיון דמעיקרא בתורת קדושין אתאי לידה כו' עכ"ל והנה הרא"ש ס"ל ג"כ כשטת רש"י דכשנתרצה האב הוי קדושין למפרע וכ' הטעם דהוה כאלו אומר לבתו צאי וקבלי קדושיך כ"כ בסי' ו' ובסי' ח' ולכאורה לא משמע כן ברש"י (דף מ"ה ב') ד"ה שמא אבל גברא דייק כו' ולהרא"ש א"צ לזה דאפ' נתרצה הבן אח"כ אינו מועיל כו' ע"ש בהרא"ש סי' ו' גם בחי' הריטב"א דמ"ד ד"ה אתמר ביאר דדין נתרצה האב אין לו ענין לדין אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי כו' וכ"כ בפנ"י שם:

קיצור. שאין הטעם משום דה"ל כאומר לבתו צאי וקבלי קדושיך אלא דה"ל כאלו נתרצה בפירוש בשעת קבלת הקדושין:

שטה ב' המרדכי סי' תקי"ד בשם רבינו אליקום וראב"ן ורשב"ם ואביו ר"מ שאם היו הקדושין בעין כשנתרצה חלו הקדושין דאז ה"ל כאומר לבתו צאי וקבלי קידושיך אבל אם נתאכלו כשבא האב או נאבדו או נשרפו מקודם לא חיילי הקדושין וכ"כ שם סי' תקי"ג בשם ראבי"ה ומבואר שם דקידשה בביאה ה"ל אין הקדושין בעין ועפ"ז יהיה נדחה הראיה שהביא בחי' הרשב"א (דף מ"ו) והריב"ש סי' קצ"ג לשטת הרי"ף ממ"ש אביי בגמ' (דף מ"ו א') צריכה קדושין לדעת אביה כו' שזהו כהרי"ף דשא"ה שבעילה הראשונה אינה בעין כו' וכ"ד הריטב"א בחידושיו דבעינן שיהיה הכסף בעין בשעה שמתרצה האב כו' וגמרי הקדושין מדין תן מנה לפלוני או לכלב ותתקדש בתי לך כו' אלא דחילק דהיינו דוקא בקטנה אבל בבתו נערה לא בעינן שיהא הכסף בעין בשעת ריצוי כו' וכי שמע האב ונתרצה זכתה לו למפרע כו' ומקודשת למפרע משעה שזכתה לו כו' וק"ק על שטה זו ממ"ש בגמ' (מ"ו א') א"ל רב כו' יכול לשנויי כו' והרי התם משמע דמיירי בקטנה והבעילה אינה בעין אפ"ה משמע דמהני הריצוי כו' ואפשר מיירי בנערה:

קיצור. והרבה גדולים הובאו במרדכי ס"ל דבעינן שיהיו הקדושין בעין בשעת ריצוי וחיילי הקדושין משעת ריצוי והריטב"א ס"ל בנערה כרש"י ובקטנה כהמרדכי:

שטה ג' בחי' הרשב"א דה"ל כהתקדשי לי ע"מ שירצה אביך שמקודשת לכשישמע כו' ואע"פ שלא חלו בשעת נתינה כו' ואע"פ שנתאכלו המעות קודם שישמע האב כו' דה"ל כהרי את מקודשת לי לאחר ל' יום דאע"פ שנתאכלו המעות מקודשת כו' וזהו כשטת הרמ"ה דלעיל שהקדושין חלין משעת שמיעה כשנתרצה ואע"פ שנתאכלו המעות מקודם. ובמהרי"ק שרש ל"ב הביא טעם לשטת הרמ"ה דאע"ג שנתאכלו המעות לא דמי למקדש במלוה כיון דבתורת קדושין יהבינהו כו' והביא דוגמות לזה מגמ' ותוס' אך הטעם של הרמ"ה נ' שאינו כטעם דהרשב"א דה"ל כהתקדשי לי ע"מ שירצה אביך כו' דאין הנדון דומה לראי' דהתם בפ' האומר גבי ע"מ שירצה אבא הרי היא גדולה ויש לה יד לקבל הקדושין רק שתולין בתנאי ומה ענין זה לקטנה שאין לה יד ועי' בפני' (דף מ"ד) ברש"י ד"ה והוא ששידכו שכ' ונהי דבשעת שמיעה כו' אבל במ"ש הרשב"א כו' הנה הסכים בפשיטות לדברי הרמ"ה ותמה על סברת הרשב"א ואפשר לומר דראיה דהרשב"א הוא משום דבפ"ג דגיטין (דף כ"ה ע"ב) איתא דתנאי על מנת שירצה אבא תולה באם יש ברירה והנה אנן קיי"ל דאין ברירה וא"כ הא דע"מ שירצה אבא מקודשת צ"ל דלא חלו הקדושין עד אחר שירצה האב דבכה"ג א"צ לברירה כמ"ש בתולדות אדם סי' פ"ב וז"ש אע"פ דלא חלו בשעת נתינה משום דאין ברירה אעפ"כ הם חלים אח"כ כמ"כ בקטנה אע"ג דלא חלו עכשיו חלים לכשישמע כו' ובש"ע סי' ל"ח משמע דס"ל דא"צ בזה לברירה (ועוד דגם לפמ"ש הרשב"א בת"א שם אבל בדבר שקיומו אין תלוי בברירה כמכר וכמתנה כו' וכן בהרי עלי עולה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל י"ל דגם בקדושין לא צריך לברירה מה"ט וע"ש ובחי' הרמב"ן רפ"ג דגיטין כ' בשם התוספות דא"צ בזה לברירה והוא ז"ל לא הסכים לסברתם) ועוד יש לחלק ע"ד חילוק הגמ' בבכורות (דף מ"ט) התם בידו לקדשה מעכשיו כו' בלי תנאי דע"מ שירצה אבא ומש"ה יכול לקדשה ג"כ על תנאי זה ויחולו הקדושין עכ"פ לאחר שירצה האב למ"ד דזה תולה בדין ברירה (עי' פנ"י ובית מאיר סי' ל"ח ס"י) משא"כ הכא גבי קטנה שאין יכול לקדשה עכשיו כלל בלא רצון האב וכיון שכן לא חלים הקדושין אף לאחר שירצה האב כמ"ש בבכורות שם הכא אין בידו לפדות מעכשיו וכדלקמן:

שטה ד' הוא מ"ש הרשב"א (דמ"ד ד"ה אתמר) בשם הראב"ד דהסוגיא מיירי שנתקדשה בפני האב ולא מיחה דה"ל כאומר צאי וקבלי קדושיך כו' דאם נתקדשה שלא בפניו כו' כי שמע האב והודה מה בכך כו' והנה עם היות שהרשב"א כ' שאין פירושו מחוור היינו

במ"ש דשלא בפניו לא מהני ריצוי דאב אבל מ"מ אפשר ה"ה אפי' נתקדשה בפניו ג"כ דינא הכי וכ"מ לכאורה בהר"ן שכ' ומדאמרינן סתמא קטנה שנתקדשה כו' משמע דבכל ענין איירי כו' אך אין זה מוכרח כלל בהר"ן דכוונתו בכל ענין היינו שהוא בעיר אבל אם נתקדשה ממש בפניו י"ל דנק' לדעת האב וכ"כ הריב"ש סי' תע"ט וז"ל התם הוא שהאב במדינת הים בשעת הקדושין או אם הוא כאן ולא היה בשעת הקדושין ולא נתקדשה בפניו זה נקרא שלא לדעת כמו שפרש"י ז"ל שם כו' ולא ידע עכ"ל וע"ש מה שדימה זה שנתקדשה בפנינו לקטן העושה ע"ד אביו הנז' ביבמות פ' חרש ופרש"י שהתינוק צופה באביו ורואה שנוח לו בכך ואביו עומד לו עליו דהוה כאלו מצוהו לעשות עכ"ל מיהו זה כשרואה שנוח לאביו בכך משא"כ בנתקדשה סתם בפניו ומ"מ מידי ספיקא לא נפקא כיון דלא דמי לנתקדשה שלא לדעת דהיינו שלא בפניו כלל ולא ידע מזה כנ"ל ועוד הרי בש"ע סי' ל"ז ססעי' י"א בהגה"ה הביא רמ"א י"א דאם שמע האב ושתק ולא מיחה מיד הוי כאלו נתרצה ונהי שהב"ש שם סקכ"א כ' שנראה דכל הפוסקים חולקים ע"ז היינו כשלא היה במעמד הקדושין אבל בנתקדשה בפניו ממש ושתק ולא מיחה י"ל כ"ע מודים להמרדכי דחיישינן שנתרצה:

השטה הה' הרי"ף והרמב"ם דאפי' נתרצה האב בפירוש אח"כ לא מהני ומשמע אפי' הקדושין בעין ואפי' שידכו מדלא מצא לתרץ דברי אביי ורבא רק משום שמא שלח לה קדושין בחשאי כו' והתם משמע שהקדושין בעין וגם ה"ל כמו שידכו כמ"ש הריטב"א שם דהא גלי דעתיה טפי דניחא לי' משדיך כו' א"ו גם בכה"ג לא מהני נתרצה כו' והריטב"א (דמ"ה ד"ה א"ל רבה) והריב"ש סי' י"ד כ' שכ"ד ה"ג ולא נמצא זה בהדיא בה"ג ומהרי"ק שורש ל"ב כ' שכ"ד סמ"ג וסמ"ק וכן מצאתי דעת תוס' רי"ד דמ"ד ד"ה אתמר קטנה כו' והש"ג בשם מז"ה ס"ל בקטנה כדעת הרי"ף ובנערה ס"ל דמהני נתרצה האב כו'. ולכאורה יש ראיה להרי"ף ממ"ש בב"מ (דף כ"ב א') דלאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש לא אמרינן כיון דעכשיו ניחא ליה למפרע הוה ניחא ליה ואפי' בתרומה דהוא מצוה ועי' מזה בט"ז בי"ד סי' של"א ס"ק ט"ו מיהו יש לחלק דהכא ה"ל זכות טפי שזוכה כסף קדושיה לבד המצוה וגם להשיא בתו נחשב זכות טפי משאר מצוה שאין בה הנאת הגוף דמצות לא ליהנות נתנו ועוד כששידכו תחלה שאני ועוד הרמב"ם והש"ע שם פוסקים דבתרומה כיון דהוא מצוה אמרינן דגם למפרע ניחא ליה ע"ש בט"ז ועי' עוד בעירובין פ' הדר (דע"א א') בפרש"י ד"ה כלך אצל יפות דלפירושו שם זהו ממש כשיטתו כאן וע"ש בתוס' מה שהקשו על רש"י ותירצו והריטב"א שם תירץ בע"א וז"ל ואע"פ שלא אמרו כלך אצל יפות אלא בדשווייה שליח סתם כדפרישית בפ' אלו מציאות

הכא גבי עירובי חצרות דרבנן די לנו בגלויי דעתא דהשתא עכ"ל ולפי פסק הרמב"ם וש"ע יו"ד סי' של"א סעי' ל"א אתי שפיר סוגיא גמרא דערובין הנ"ל כפרש"י ועי' קדושין פ"ב (דף נ"ב ע"ב) גבי לא אמרו כלך אצל יפות ובתוס' שם ובחי' הריטב"א שם בד"ה ההוא גברא דקדיש בפרוזמא דשיכרא ועי' בש"ע סי' כ"ח סעיף י"ז בחמ"ח סק"ל ובב"ש ס"ק מ"ד:

קיצור והרשב"א והרמ"ה ס"ל שהקדושין חלין משעת שמיעה ואע"פ שנתאכלו המעות קודם ששמע. והראב"ד ס"ל דהסוגיא מיירי שנתקדשה בפני האב אבל הריב"ש כ' דבנתקדשה בפניו ה"ל לדעת האב אלא מיירי שלא בפניו דווקא והרי"ף והרמב"ם פליגי על כל הנ"ל וס"ל דבנתקדשה שלא לדעת לא מהני ריצוי דאב כלל ומשמע אפי' הקדושין בעין ואפי' ג"כ שדיך:

ב והנה מה שהביא מהרי"ק ראיות לשטת הרמ"ה דאפילו נתאכלו המעות קודם שמיעת האב חלין הקדושין כשמתרצה מהא דקדושין (דף נ"ט) גבי ה"א מקודשת לי לאחר ל' יום כו' דבריו הם נגד תלמוד ערוך בבכורות (דף מ"ט ע"ב) ושמואל אמר לך התם בידו לקדשה מעכשיו הכא אין בידו לפדותו מעכשיו ומש"ה לא מהני בנתאכלו המעות אף אם אמר לאחר ל' יום וא"כ כש"כ וק"ו הכא דהרי אין בידו לקדשה מעכשיו כיון שעדיין לא שמע האב ולא נתרצה דחסרון שמיעת האב ורצונו לא גרע ממחוסר זמן דהתם שהרי הוא דבר שאינו ביד שניהם כלל וכל דבר שתולה ביד אחרים ודאי נקרא אין בידו וראיה מכתובות (דף פ"ב ע"א) התם בידו הכא לאו בידו משום דמחוסר מעשה היבום וה"ה בנד"ז מחוסר מעשה שמיעת האב ורצונו שזהו עיקר מעשה הקדושין וכיון שכן איך אמר שמואל כאן דחיישינן לנתרצה האב ולהרמ"ה היינו אפילו נתאכלו המעות הא בכה"ג לא מהני לשמואל אפי' אמר לו בפירוש ה"א מקודשת לי לאחר שיתרצה האב אם נתאכלו המעות קודם שמיעת האב כנ"ל וכ"ש באומר סתם ה"א מקודשת לי די"ל דמשמע מעכשיו וגבי פדיון הבן מבואר שם בין לרב בין לשמואל דאפי' איתנהו המעות בעין לאחר ל' יום כמש"ש (דף מ"ט א') דכ"ע מעכשיו כו' כי פליגי לאחר ל' יום ואיתנהו כו' מבואר דבמעכשיו אפי' איתנהו אחר שלשים יום לאו כלום הוא ועי' בש"ך בי"ד סי' ש"ה ס"ק י"ט שכ' ואפשר דכל הפוסקים מודים בזה לדינא דהפודה בסתם דעתיה במעכשיו עכ"ל (ועי' קדושין דס"ב לכשיתלשו כו' משמע הא בסתם הפי' דתורם מעכשיו ומ"ש הכא גבי פדיון וקדושין) וזו קשה ג"כ על שטת המרדכי בשם רשב"ם וראב"ן וסיעתם דבאיתנהו הקדושין בעין אחר שנתרצה חלין הקדושין שקידשה תחלה והיינו שחלין אז כשנתרצה דא"כ מ"ש מהא. דפדיון הבן תוך שלשים דלא מהני אפי'

איתנהו בעין אחר שלשים יום דהש"ס מדמה אותם להדדי וצ"ל לדעתם דהמקדש בסתם ה"ל כאומר לאחר שיתרצה האב כו' והוא נגד מ"ש הש"ך בשם הפוסקים והגם שי"ל הטעם בזה ע"ד שכ' בחי' הרשב"א וז"ל וטעמא דמילתא משום דכל מאן דמקדש את הקטנה שלא לדעת יודע שאין קדושיה קדושין אא"כ נתרצה האב בקדושיה ועל דעת שיתפייס האב הוא מקדש וה"ל כמתנה על מנת שירצה אביך כו' עכ"ל אך קשה דא"כ בפדיון הבן נמי י"ל כן דכל אדם יודע שפדיון הבן צ"ל אחר חודש ימים וזיל קרי ביה רב הוא מקרא מלא בתורה מבן חדש תפדה וכשפודה בתוך שלשים יום בסתם דעתו ודאי שיחול הפדיון לאחר שלשים ואיך אמרינן דדעתו מעכשיו אעכצ"ל משום דמ"מ משמעות הלשון כן הוא דכיון שפודה בסתם משמע מעכשיו א"כ גבי קדושין נמי י"ל כן אך עכ"פ על סברת הרמ"ה דס"ל דאפי' נתאכלו מהני ודאי קשה ואין לתרץ דהרמ"ה אמר דינו כרב שם דס"ל אע"ג שאין בידו לפדותו מעכשיו מהני דא"כ מ"ט דשמואל דהא רב ושמואל כאן קיימי בחדא שיטתא וצ"ל דבאמת לשמואל בעינן שלא נתאכלו המעות עד שמיעת האב אלא דפסק כרב וגם ע"ז קשה דרב ג"כ לא אמר רק כשאמר בפירוש לאחר שלשים וגם כאן היינו דוקא באומר שיהיו קדושין לאחר שיתרצה האב וע"ז יש לדחוק דס"ל ג"כ דסתם ה"ל כאומר כו' אכן עכ"פ הוא נגד גירסת ספרים שלנו בש"ס שם דהלכה כשמואל ועי' תה"ד סי' רס"ט שכן גירסת רוב הספרים ושכן משמע בתוספות נדה ט"ז ב' שכן הגירסא ושכ"פ התוס' דמרובה ובפסקיו סי' רל"ד כ' ג"כ שכן עיקר והביאו בד"מ סי' ש"ה ס"ק י"א וגם לרב יש לחלק דאפשר ע"כ לא פליג רב עליה דשמואל אלא התם דכיון ששניהם רוצים האב וכהן רק שמחוסר זמן והזמן ודאי ממילא יבא א"כ נקרא בידו לפדותו שאע"פ שאין בידו לפדותו מעכשיו מ"מ בידו לפדותו עכשיו על לאחר שלשים יום ע"י שיהיו המעות שנותן עכשיו בעין ואין כאן חסרון מעשה וע"כ מדמה זה לקדושין אף דשם בידו לקדשה מעכשיו ממש מ"מ אינו מחלק בהכי אבל בנד"ז דאין בידם כלל שיהיו הקדושין קיימין ותולה ביד אחרים לגמרי דהיינו בהאב י"ל דודאי רב נמי מודה כסוגיא דכתובות (דף פ"ב הנ"ל). ועוד דאף את"ל דרב פליג אפי' בכה"ג כמ"ש התוס' דכתובות שם ד"ה התם בידו מדאמר רב בפ"ק דב"מ (דף ט"ז) שדה זו לכשאקחנה כו' הרי כ' התוס' דרב לשיטתי' דס"ל אדם מקנה דשלב"ל ולא קיי"ל הכי כו':

וכן מתבאר בהדיא לחלק בכה"ג בגמ' דקדושין (דס"ב סע"ב) לאו בידו כו' משום דצריך שלשה כו' מי יימר דמזדקקי לי' כו' משא"כ בדבר שבידו אע"ג דמחוסר מעשה ה"ל כנעשה המצוה וה"נ להפוסקים בבכורות כרב צ"ל משום דה"ל כמו בידו מטעם הנ"ל דהזמן ממילא יבא וכ"כ במל"מ פ"ד מה"א ה"ו סד"ה ודע דמסוגיא דבכורות וז"ל דשאני

פדיון דהוא מחוסר זמן וזמן ממילא קא אתי ולא חשיב דשלב"ל כו' ע"ש. משא"כ הכא דתולה ברצון האב ה"ל כמי יימר דמזדקקי ליה וכ"ז אפי' לרב וכ"ש לשמואל דאפי' בפדיון ס"ל דלא מהני בנתאכלו המעות:

קיצור מה שהביא מהרי"ק ראיה להרמ"ה מקדושין (דנ"ט) יש להשיב כמו שחילקו בהדיא בבכורות (דף מ"ט ע"ב) לשמואל שם ואין לתרץ דהרמ"ה אמר כרב דא"כ מ"ט דשמואל כאן ועוד גם לרב יש לחלק טובא וגם על שטת המרדכי יש להקשות ממ"ש הש"ך בי"ד סי' ש"ה ס"ק י"ט בשם הפוסקים שוב ראיתי שגם בחי' הרשב"א נזכר סברת מהרי"ק וז"ל והכא אע"פ שנתאכלו המעות קודם ששמע האב נמי חוששין לה דה"ל כהרי את מקודשת לי לאחר ל' יום דאע"פ שנתאכלו המעות מקודשת ולא זכיתי להבין דבריו הק' דהא עכ"פ לשמואל א"א לומר הטעם כן כדאמרינן בהדיא בבכורות שם ובודאי דכאן בסוגיא טעם א' לרב ושמואל בדין זה גם לפי מה שהעלה אח"כ דה"ל כמתנה ע"מ שירצה אביך כו' יש להשיב כן דמ"מ מה יועיל זה לענין נתאכלו המעות כיון דהקדושין אי אפשר שיחולו כ"א לאחר שנתרצה האב ואפי' בלא נתאכלו יש לדון ולעיין בזה איך מהני שיחולו אז את"ל דלא חלו למפרע משעת קדושין:

וכדי להבין בזה יש להציע עוד סוגיות דשייכי קצת לענין זה ג קדושין פ' האומר דס"ב אין תורמין מן התלוש על המחובר ואם תרם אין תרומתו תרומה אמר פירות ערוגה זו תלושים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברת לכשיתלשו ונתלשו הוי תרומה דכל שבידו לתולשם לאו כמחוסר מעשה דמי וכ' בש"ע והוא שהביאו שניהם שליש בעת שאמר וכן משמע בגמ' יתר על כן כו' ולא קיי"ל כראב"י ומשמע ברש"י דס"ב סע"א ד"ה ונתלשו דהוי תרומה למפרע וצ"ע ממ"ש הר"ש פ"ג דחלה מ"א לכשתעשה כולה גוש א' תקדש כו' ובש"ע י"ד סי' שכ"ז ס"א ודוקא כו' מיהו משם אין ראיה כלל נגד פרש"י דהתם מתנות כן במכוון ועי' מענין בידו בב"מ פא"נ דע"ד ע"א. אבל (משנה שם) האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר אינה מקודשת ולא נקרא בידו להתגייר כיון דצריך שלשה מי יימר דמזדקקי ליה ומשמע אפילו אחר שנתגייר לא חלו הקדושין אא"כ מקדשה אז ואפי' איתנהו המעות קדושין בעין צריך שיאמר הוא והיא תסכים גמ') וכן הנותן פרוטה לשפחתו ואמר ה"א מקודשת לי לאחר שאשחררך אע"ג דבידו לשחררה וא"צ שלשה (עי' תוס') מ"מ אינה מקודשת משום דמעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת וגרע מהחילוק שבין מחובר לתלוש לפ"ז י"ל ה"ה המקדש הקטנה ואמר לה ה"א מקודשת לי לאחר שתגדיל וגידלה והקדושין בעין אינה מקודשת דמעיקרא לאו בר דעת השתא בר דעת. ועי' חי' הרשב"א בקדושין (דף ס"ב ד"ה) הא דתרצי' התם מעיקרא

בהמה השתא דעת אחרת ה"ה דסליק אגר וגיורת דהכא נמי מעיקרא כו' השתא דעת אחרת עכ"ל וכ"כ הריטב"א שם. א"כ לפ"ז גם במקדש הקטנה לאחר שתגדיל י"ל כן. וגם לפמ"ש הרשב"א לחלק בין שפחה לגיורת מ"מ בקטנה י"ל ודאי מעיקרא לאו בר דעת כו' ועוד דבקטנה גם אינה בידה כ"כ שתגדל כ"א בידי שמים וה"ל כמו פירות ערוגה זו תלושים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברים לכשיביאו שליש ויתלשו ועדיין לא הביאו שליש דאין תרומתו תרומה אף אחר שהביאו שליש ונתלשו כו' וא"כ מכאן קשיא ג"כ על דין המרדכי בשם רשב"ם דנתרצה האב מהני משום שהקדושין בעין וחיילי אז דכיון דאין בידו שיתרצה האב ה"ל כמו קודם שהביאו שליש דלא מהני ועי' בסימני סה"ת סי' פ"ג שי"א דלא מצי לעשות שליח למידי דלא יוכל לעשות בעצמו עכשיו א"כ כש"כ שלא יוכל לקדשה עכשיו בענין זה על אח"כ כו' ואף להחולקים שם שאני התם שהשליח יעשה המעשה אח"כ כדבעי כו' שוב ראיתי שהמל"מ פ"ד מה"א ד"ז העיר בדין זה כו' ועי' בעצ"א סי' מ' ס"ק ט"ז ועי' בס' בני אהובה שם וכמ"ש לקמן סעיף ו':

הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה האמ"ל לאחר שאגרשך אינה מקודשת משום דאין בידו לקדשה אם יגרשנה שמא לא תתרצה בקדושין ול"ד למ"ש בבכורות (דמ"ט) דהאמ"ל לאחר שלשים יום נקרא בידו לקדשה מעכשיו אע"ג דאין בידו לקדשה לאחר ל' יום דהכא הרי גם מעכשיו אין בידו לקדשה ועוד דהתם גם לאחר ל' יום נקרא בידו לקדשה אם תעמוד בדעתה דעכשיו שמתרצית בכך משא"כ הכא נק' אין בידו לקדשה דמה שמתרצית עכשיו אין זה ענין קדושין כלל דעכשיו היא אשתו אבל הנותן לאשה שתי פרוטות באחת אמר לה התקדשי לי היום ובאחת א"ל התקדשי לי לאחר שאגרשך נק' אין בידו לקדשה משיגרשנה ומ"מ י"ל דמהני משום מיגו (רש"י) דבידו לקדשה מעכשיו והוי ספיקא אע"ג דבבכורות (דמ"ט) נקרא זה בידו ולא ספיקא התם שאני (שאין השלשים יום חשיב הפסק כ"כ בין הקדושין דעכשיו לאחר ל' יום כמו שחשיב הפסק הקדושין והגירושין כו' לגבי הקדושין השניים) שבידו ממש לקדשה אותן הקדושין שיעשה אח"כ (ר"ן בנדרים ד"ל) אבל הכא מנלן שבידו עכשיו לקדשה ב"פ הרי ע"ז אנו דנין רק מה שבידו ודאי הוא לקדשה פעם א' והנה פי' המיגו י"ל לא ע"ד מיגו דאי בעי כו' לבד כדפרש"י אלא כמ"ש בגמ' מיגו דתפסי קדושי מהשתא ר"ל מתוך שמקדשה פעם א' חל ג"כ על פ"ב זה עדיף ממיגו דאי בעי לכן י"ל דמהני אף לדבר שאין בידו וכמ"ש לקמן:

איתא בכתובות פ' אע"פ (דנ"ט ע"א) האומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש קדשה אם מכרה וחזר ולקחה משום דבידו להקדישה עכשיו ולכן יכול לקדשה אף על זמן שיקחנה אחר שימכרנה (רשב"א קדושין ס"ב). ואע"ג דאינו מקדשה

אלא אחר שיחלוף עליה זמן שא"א לו להקדישה דהיינו כשהיא מכורה אפ"ה לא מקרי דשלב"ל כיון דבידו להקדישה עכשיו ולכן מה"ט דעת הרמב"ם לפשוט הספק הנ"ל שבקדושין (דס"ב) בנותן לאשה שני פרוטות באחת אמ"ל כו' דמקודשת והר"ן בנדרים (דף ל' ע"א) כ' דלא דמי דהכא שאני שאותו הקדש עצמו שהוא מקדישו לאחר זמן אף מעכשיו הוא יכול להקדישו משא"כ בקדושי אשה שאותה קדושי שנייה אי אפשר לה שתחול עכשיו שכיון שהוא מתפיס בהן קדושה ראשונה א"א לאותה קדושה שנייה לחול עכשיו כו' אע"פ שהאומר לחבירו שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תקדש ולקחה ממנו אינה קדושה משום דאין בידו להקדישה עכשיו מ"מ האומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש משיפדה אותה תתקדש שהרי בידו לפדותה ולהקדישה ואפי' ממושכנת לעשר שנים שאין בידו לפדותה עכשיו מ"מ הואיל ובידו לפדותה אחר עשר שנים ועוד שגם עכשיו אין לבעל המשכון בה קנין הגוף ממש ונפ"מ בין הטעמים במוכר לזמן קצוב עי' בש"ע ח"מ סי' רי"ב ס"ד דלא שייך טעם הב' אבל שייך טעם הא' בטוב יותר שהרי אחר הזמן תחזור לרשותו ממילא כו' ועי' בהרא"ש בנדרים דף כ"ח סע"א ועי' לקמן:

קיצור:

אע"פ שהתורם מן התלוש על המחובר אין תרומתו תרומה אם אמר שיהיה תרומה על המחובר לכשיתלש ונתלש תרומתו תרומה ודוקא כשהמחובר הביא שליש דראוי לתרומה כשיתלש עכשיו משא"כ כשהמחובר עדיין לא הביא שליש אין תרומתו תרומה אבל האומר לאשה ה"א מקודשת לי לאחר שאתגייר אין מקודשת אע"ג דדומה למחובר לכשיתלש שא"ה דבידו לתלוש משא"כ הכא מי יימר כו' והאומר לשפחתו האמ"ל לאחר שאשחררך אע"ג דבידו לשחררה אינה מקודשת משום דמעיקרא כו' הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה האמ"ל לאחר שאגרשך אינה מקודשת משום דאין בידו לקדשה כשיגרשנה וגם עכשיו לא שייך בה קדושין אבל הנותן לאשה שני פרוטות כו' הוה ספק אם חלין הקדושין השניים כיון דעכשיו שייך בה קדושין איכא מיגו כו' והרמב"ם ס"ל דהוה ודאי קדושין ואין כן דעת הר"ן. וכ"פ בש"ע כהר"ן ועי' בתשו' הרשב"א סי' אלף רי"ב (כתובות נ"ט) האומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך כו' וכ' הרשב"א ואע"ג כו' האומר שדה זו שמשכנתי כו' מתוך שבידו ועוד דהגוף שלו:

ד איתא בנדרים (דכ"ח) הרי נטיעות האלו קרבן אם אינן נקצצות כו' עי' בפי' הרא"ש הרי כו' עד כו' אין להם פדיון ובגמ' (כ"ח ב') ולעולם אמר בר פדא כו' וכ' הרא"ש בפי' (דכ"ט סע"ב) ד"ה לבר פדא דעולא נמי מודה דחוזרות. וקדושות ולא פליג אלא דכשנקצצו

פקעה קדושתן בכדי וא"צ פדיון וכ"מ בהרמב"ם ספ"ד מהל' מעילה דהא פסק כעולא ואעפ"כ פסק שבכל עת שיפדו כו' וכן משמע לשון המשנה אין להם פדיון וא"כ ע"כ עולא נמי מודה בזה אבל הר"ן כ' דבירושלמי ס"ל לר' יוחנן דפדאן פדויים ופי' אין להם פדיון היינו לכשיקצצו א"צ פדיון ושזהו דעת עולא. והרשב"א ס"ל כהרא"ש ורמב"ם ונפ"מ לדינא באומר יהא קרקע זה לעניים עד שאעלה לירושלים כו' עי' ר"ן שם וכ' הרא"ש (דכ"ח סע"א) הטעם דחוזרות וקדושות כדאמר בפ' אע"פ כו' וצ"ע דמהו הדמיון למשכון דגופא שלו משא"כ הכא כיון שהקדיש יצא מרשותו כו' ואע"פ דבפ' אע"פ נזכר הטעם שבידו לפדותו י"ל דלא מהני רק כשהגוף שלו ולא בכה"ג. ועי' בר"ן (ד"ל. ע"א) דהרשב"א מדמה זה למ"ש בפ' אף על פי שדה זו שאני מוכר כו' והר"ן השיב ע"ז יפה דהתם הטעם שעכשיו בידו להקדישה אותו הקדש משא"כ הכא הרי אין בידו עכשיו להקדישה רק פעם א' אשר זה הוא בידו בודאי ואנו רוצין לומר שיהיה יכול להקדישה פעם אחר פעם ומנלן שזה בידו עכשיו והרי ע"ז אנו דנין וא"כ מה דס"ל לבר פדא דחוזרות וקדושות אין זה מטעם דפ' אע"פ משום שבידו עכשיו כו' אלא משום שני טעמים הא' שמ"מ בידו בודאי עכ"פ להקדישה פ"א עכשיו ע"כ י"ל מיגו עי' רש"י קדושין ס"ב ע"ב גם י"ל המיגו ע"ד מ"ש מיגו בפ"ק דב"מ (ד"ט ע"ב) דאע"ג דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו מ"מ מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה כו'. וכעין זה י"ל כאן מתוך שחל ההקדש על עתה חל ג"כ לכשיפדה כו'. הב' דוקא בפדאן הוא שלא יצא מרשותו משא"כ פדאו אחרים אע"פ שהכניסום אח"כ לרשותו אין חוזרות וקדושות ולא מהני מיגו הנ"ל דל"ד לפ"ק דב"מ דמגביהו לו עכשיו משא"כ הכא שיחול ההקדש אחר שתפדה כו' ולפ"ז בהא דפ' אע"פ באומר שדה זו שאני מוכר לך כל זמן שאקחנה פעם אחר פעם תקדש י"ל דלא קדשה רק פעם א' דהא כשמכרה ה"ל כפדאוה אחרים ולא שייך רק הטעם הא' לבד משום שבידו עכשיו להקדישה ולכן אע"פ שבינתיים יוצאת מרשותו ומרשות הקדש לגמרי מהני שיחול ההקדש אח"כ כשתבא לרשותו והיינו משום שבידו ממש עכשיו להקדישה והרי מה שבידו בודאי להקדיש עכשיו אינו רק פעם א' כנ"ל ולכן גבי הנותן שני פרוטות לאשה כו' הנזכר בגמרא הרי ג"כ לא שייך לומר שבידו ודאי לקדשה עכשיו רק על פעם א' והי' ראוי לומר דלא מהני הקדושין השניים כמו בשדה לא מהני על ב' פעמים רק על פעם א' שיקחנה כנ"ל אלא שיש לחלק לכאורה משום דהכא איכא מיגו דחל הקדושין עכשיו יחולו ג"כ אח"כ דזה י"ל דמהני אע"פ שאין בידו להקדישה ב"פ כנ"ל מענין מיגו דזכי לנפשיה כו' משא"כ מיגו דאי בעי זכי לנפשיה לא אמרינן עי' רש"י שם וכך גבי שדה זו הוה כמו מיגו דאי בעי מקדשה עכשיו לכן יחול

ההקדש גם אח"כ וזה אינו מהני רק פעם א' כיכולת המיגו דאי בעי מקדשה כו' אבל גבי הנותן לאשה שתי פרוטות כו' דומה למיגו דזכי לנפשי' שהרי מקדשה ממש עכשיו ג"כ אלא דאעפ"כ אין מועיל אפי' מיגו כזה ביוצאת מרשותו אח"כ שהרי בנטיעות כה"ג פסק ר' יוחנן דפדאום אחרים אין חוזרות וקדושות וא"כ לפ"ז י"ל דה"נ אין הקדושין שניים כלום אלא הא דאעפ"כ משמע דלא איפשטא הבעיא לאידך גיסא היינו כמ"ש הרשב"א בחי' דלא דמי לגמרי לפדאום אחרים דהתם לאחר שפדאום אחרים אין בו כח להקדיש כו' אבל אשה זו כיון דשניהם רוצים עכשיו כו' ולכן י"ל דהוי ספק קדושין אבל מ"ש הרשב"א עוד ובהא דשמעתין נמי אילו אמר נטיעות האלו קרבן עד שיקצצו ואפי' יפדום אחרים אקחם מהם להקדישן ודאי קדשן כההיא דהאומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך כו' לפ"ד הר"ן נ' דבכה"ג ודאי לא חל ההקדש כלל כשפדאום אחרים דל"ד כלל לשדה זו דהתם הטעם משום שבידו ממש להקדישה עכשיו וזה לא בידו ודאי רק על פעם א' וכמש"ל דבשדה כה"ג על ב"פ י"ל דודאי אינו קדושה רק פעם א' והנה ראי' לסברא זו דהר"ן דהנה הרשב"א הקשה אשעתי' קושיא עצומה וז"ל ואי קשיא לך א"כ מאי קאמר להו ר' ירמיה ואשה כפדאום אחרים דמי הא. אפי' בפדאום אחרים שאמר בפי' כו' ותירוצו אינו מספיק כלל דהא בפ' אע"פ שם אמרינן זה לדבר פשוט מי לא קדשה כו' אכן להר"ן א"ש דבפדאום אחרים ודאי לא קדשה אפי' אמר בפי' שיקדוש ול"ד כלל לשדה זו מטעם הנ"ל ועי' תשו' הרשב"א סי' אלף רי"ב הביאו בשעה"מ פ"ז מה"א הי"ד וע"ש:

ובנותן לאשה שתי פרוטות ואומר לה בא' תתקדשי לי לאחר שאקדשך ואגרשך ובא' תתקדשי לי היום י"ל אף להר"ן מקודשת ודאי דהכא לא באנו לפעול ע"י המיגו שבידה לקדשה רק קדושין פעם א' היינו אותן שיחולו לאחר שיקדשה ויגרשנה לכן אף דאשה כפדאוה אחרים דמי מהני כמו בשדה זו דמהני על פ"א. ואין לחלק דפעם זה הא' לא דומה לקדושין דעכשיו שהם קדושה ראשונה. משא"כ הפעם הב' הוא קדושה שנייה ואין לומר מיגו מקדושה ראשונה לקדושה שנייה וכמו שמשמע ל' הר"ן דא"כ גבי שדה נמי אין דומה קדושה זו דאחר שימכור ויקחנה לקדושה דעכשיו אלא דמ"מ שם קדושה הוא לכן אמרינן מיגו ולא איבעיא ליה לרב אושעיא רק באומר תחלה התקדשי לי היום כו' דיש כאן שני קדושות ולכן י"ל דלא מהני המיגו מאחר שמקדשה עכשיו ג"כ הרי הוציא כח המיגו ואיך יהיה מהני על קדושין השניים אבל במשאיר כח המיגו על קדושין שניים לבד י"ל דמהני ועי' כה"ג בסמ"ע סי' ק"ה ס"ק ג' גבי מיגו דאי בעי זכי לנפשיה כו' אך יש לחלק די"ל דאפי' בכה"ג אינו משאיר כלל כח המיגו שהרי שפתיו ברור

מללו שיחולו הקדושין קדושה שנייה דהיינו לאחר שיקדשה ויגרשה א"כ ה"ל כמו שני קדושות מאחר שמזכיר עכשיו שיקדשה פעם א' תחלה ושאח"כ יחולו קדושין השניים ול"ד לדינו של הסמ"ע דכשתופס לחבירו לא מזכיר תפיסתו לעצמו כלל כו' ע"כ אף אם אח"כ יוכל לתפוס לעצמו אינו מזיק כו' וכ"מ מסתימות הבעיא דלעולם הוי ספיקא אם יוכל לקדשה קדושה שנייה עכשיו כו' ובס' עצי ארזים סי' מ' ס"ק י"ח כ' דבכה"ג אף להר"ן מקודשת ודאי ואין דבריו מוכרחים כלל גם מה שהשיג על הר"ן וכ' וה"נ באשה לא הוי כפדאוה אחרים כו' הוא נגד הגמ' דנדרים. גם מ"ש דלענין כו' אין סברא לחלק כו' סברא עצומה היא כי באותו ההקדש עצמו יש למיגו כח גדול משא"כ קדושה שנייה אין בכח המיגו כו' ולכאורה דין זה דפלוגתא רשב"א ור"ן אם מהני מיגו כה"ג הוא כפלוגתא דהסמ"ע הנ"ל עם הב"י והש"ך שם סק"ב וי"ל דגם להב"י וש"ך לא דמי דהתם זוכה לחבריה עכשיו משא"כ הכא ענין אחר הוא ואין ללמוד כלל משם:

קיצור. (נדרים כ"ט ל') הרי נטיעות כו' עד שיקצצו פדאן הוא חל עליהם קדושה שניה (וי"ח ונ"מ כו') ובפדאן אחרים אין חל קדושה שניה והנותן לאשה ב' פרוטות כו' י"ל כפדאן אחרים דמי ואין חל קדו' שני' וי"ל דל"ד והוי ס"ק ובאומר להפך שמקדים בדבריו הקדו' שנים כ' העצ"א דהוי ודאי מקודשת ואינו מוכרח ובאומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך כו' י"ל לכ"ע אין ההקדש חל רק פ"א:

ה והנה במל"מ פ"ד מה"א ה"ז כ' ונסתפקתי בקטן שקידש כו' עד וזמן ממילא אתי ובד"ה ודע דמסוגיא דבכורות הביא ראיה לזה ובחי' הרמב"ן יבמות ל"ד כ' ג"כ כשטת התוס' שם דאין הקדו' חלין אף לאחר שיגדיל ומ"ש המל"מ דזמן ממילא קא אתי י"ל דמ"מ הרי חסרון הזמן גורם שהקטן אינו בר דעת וה"ל כתבואה שלא הביאה שליש דלא מהני כשאמר פירות תלושים אלו יהיו תרומה על ערוגה זו לכשיביאו שליש ויתלשו אע"ג דאינו מחוסר רק זמן אלא דהיינו משום שג"כ מחוסרין גידול וה"נ ממש בקטן שקידש משא"כ בבכורות (מ"ט) דבין קודם לבן חודש לבן חודש אין שום נפ"מ בדעת רק דגזה"כ הוא להתוס' שם או שעי"ז נתברר שאינו נפל לפרש"י שם ד"ה יחזיר. א"כ אגלאי מלתא אלמפרע דגם קודם ל' יום לא היה נפל לכן שם שפיר י"ל מ"ש המל"מ דשאני זמן דממילא קא אתי משא"כ הכא דהקטן מחוסר דעת וה"ז קרוב למ"ש בקדושין (ס"ב ב') גבי שפחה מעיקרא בהמה והשתא אדם דאע"ג דשם בידו לגמרי לשחררה לא מהני מה"ט. וכך י"ל כאן דמעיקרא אינו בן דעת כלל והשתא בן דעת וכ"ש דגם אינו בידו כל כך שיגדל ויהיה בן דעת וכמו גידול תבואה הנ"ל ועוד נראה לדמותו לדין הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך דאינה מקודשת משום דנהי דבידו

לגרשה בידו לקדשה בתמיה וכי בידו לקדשה אם יגרשנה שמא לא תתרצה בקדושין רש"י וכ' בחי' הרשב"א וז"ל תמיה לי והלא שניהם מרוצים עכשיו בכך ואע"פ שאין בידו לקדשה בע"כ מדעתה יכול הוא לקדשה וכל שביד שניהם אמאי מחוסר מעשה ויש לומר כיון שאין ביד אחד מהם מחוסר מעשה הוא שאף אם תרצה היא להתקדש לו אחר שתתגרש אין בידה בעל כרחו וא"נ אף היא שמא תהיה אחר גירושין בדעת אחרת וכיון שעכשיו אינה ראויה לקבל קדושין ולאחר גירושין תהיה בדעת אחרת אין בדבריהם כלום ותירוץ זה עולה לכל השנויין במשנה עכ"ל. והנה התם הרי מצד שעדיין לא גירשה לא חשיב כמחוסר מעשה משום דבידו לגרשה רק מ"מ אין חלין הקדושין שמקדשה לאחר שיגרשה משום שמא אחר הגירושין תהי' בדעת אחרת לכן לא מהני כלום מה שמקדשה לאחר שתתגרש ולא אמרינן אוקי מילתא אחזק' והרי עכשיו רצונה להתקדש אחר שתתגרש והיא בר דעת אעפ"כ כיון דעכשיו אינה ראויה לקבל קדושין ולאחר גירושין יוכל להיות שתתחרט ולא תרצה להתקדש לו לכן אין בדבריהם דעכשיו כלום א"כ כמ"כ ממש במקדש הקטנה לאחר שתגדיל אע"פ שרצונה עכשיו להתקדש לו אחר שתגדיל מ"מ מאחר שעכשיו אינה ראויה כלל לקבל קדושין מדאורייתא ואחר שתגדיל שמא תהיה בדעת אחרת א"כ אין בדבריהם כלום ולכאורה הדברים ק"ו דהתם עכשיו היא ג"כ גדולה ובת דעת אעפ"כ משום שמא תהיה לאחר גירושין בדעת אחרת לא מהני הקדושין וכ"ש הכא שהיא עכשיו קטנה ואינה בת דעת שי"ל כשתגדיל תהיה בדעת אחרת וא"כ אף אם יהיבנא ליה להמל"מ סברתו דזמן ממילא קא אתי מ"מ פשיטא דלא עדיף מבידו לגרשה דהוא ודאי בידו ואפ"ה לא מהני מטעם הנ"ל כיון דעכשיו אינה ראויה לקבל קדושין ולאחר גרושין יוכל להיות שתהיה בדעת אחרת כנ"ל וה"נ דכוותה ואין מקום לחלק רק משום דבקטנה עכשיו חלין קדושין מדרבנן משא"כ בנותן פרוטה לאשתו כו' והרי ע"ז י"ל כמ"ש מהרי"ק מה תועיל תקנת חכמים לענין חלות הקדושין דאורייתא ואע"פ שבחי' הרשב"א ביבמות פ' בית שמאי (דף ק"ט) ד"ה הא דאמרינן דכי גדלה גדלי קדושין בהדה כ' קצת טעם ע"ז משום שנשאר עליה שעבוד הדינר כו' כיון דתקינו לה רבנן נשואין כו' צ"ל שזהו רק ליתן טעם להקס"ד דגמרא שם אבל באמת הא קיי"ל דלא גדלי קדושין בהדה וא"כ אפי' מתנה בפי' לאחר שתגדיל לא מהני ותדע דהא בנותן פרוטה לאשתו וא"ל ה"א מקודשת לי לאחר שאגרשך נמי אע"פ שעכשיו אין הקדושין חלין כלל אעפ"כ נשאר שעבוד הדינר עליה דגדולה היא ומשתעבדת ד"ת ואעפ"כ לא חלו הקדושין אחר הגירושין כנ"ל וה"ה לקטנה אע"פ שנשאר שעבוד הדינר עליה כו' ואין לחלק משום דבמקדש אשתו ה"ל שעבוד הדינר רק כמלוה משא"כ בקטנה

כיון דלשם קדושין ניתנו ל"ד למלוה כיון שיש בה קדו' דרבנן עכשיו ג"כ די"ל דגם באשתו לא דמי למלוה ועוד דבאשתו אפי' הפרוטה בעין לאחר שגירשה משמע ודאי דאינה מקודשת דהא הטעם משום אין בידו לקדשה וא"כ פשיטא דשעבוד הדינר של הקטנה לא עדיף מכשהדינר או הפרוטה בעין אצל אשתו ויותר יש להביא ראי' מדין הנותן ב' פרוטות לאשה דנשאר בבעיא אם חלין הקדושין שניים ולא מבעיא לן דיהיה מהני רק משום מיגו דדילמא כי היכי דתפסי קדושין עכשיו תפסי נמי לאחר מכן הא לאו הכי לא והרי התם ג"כ בידו לגרשה רק שאין בידו לקדשה קדושיה הב' דילמא אחר הגירושין תהיה בדעת אחרת כנ"ל בשם הרשב"א והרי הכא מקבלת שני הפרוטות בבת אחת כשהיתה עדיין פנויה ושייך בה קדושין א"כ י"ל שגם על פרוטה הב' שמקבלת בתורת קדושיה הב' ג"כ חל עכ"פ שעבוד הדינר ולא גרע זה ממ"ש מהר"יק שרש ל"ב בשם תוס' רבינו פרץ פ' המדיר דע"ב דאע"ג שנתאכלו המעות כו' כיון דנתנו לה לשם קדושין כו' אע"ג שא"א לקדושין לחול מתחלה כי התם שקידשה ע"מ שלא יהיה בה מומין והרי יש בה מומין אפ"ה לא הוי כמלוה ע"ש וא"כ ה"נ גם הפרוטה הב' כיון שניתן לה בתורת קדו' אע"ג שא"א לקדו' אלו לחול אז לא הוי כמלוה וא"כ לאחר שגירשה יחולו הקדושין וכיון דקיי"ל דאפ"ה לא חלין הקדושין כלל רק הספק משום מיגו דדילמא כי היכי כו' וא"כ בקטנה דלא שייך מיגו מקדושין דרבנן לקדושין דאורייתא וכדמוכח בפ"ק דסוכה (דף ז') גבי מיגו דשבת וסוכה ע"ש בתוס' ושאר מפרשים (ועי' עוד בכנה"ג בח"מ סי' פ"ב בדיני מיגו אות ר"ז) א"כ פשיטא דלא חלו הקדושין אחר שתגדיל וכ"ש מה שנסתפק המל"מ בקטן שקידש שיחולו הקדו' לאחר שיגדיל כו' דודאי לא מהני ואע"ג שהמעות בעין ואע"ג דבפדיון הבן פחות מבן חדש לכ"ע מהני כשאומר שיחול הפדיון לאחר ל' יום והמעות איתנהו בעין ואע"ג דעכשיו אין בידו לפדותו הנה מלבד שי"ל התירוץ כמ"ש לעיל דהתם הוא שאינו כדשלב"ל כיון דע"י שיהוי שלשים יום נתברר דגם מקודם שלשים יום לאו נפל הוא ואין זה כמו גדלות דקטן וקטנה שנעשה בהם עכשיו הויה חדשה ובאו לכלל דעת ולא גילוי אלמפרע אך עוד זאת הרי אף את"ל דגם כאן י"ל זמן ממילא קא אתי כמו שם ואין כאן דשלב"ל עכ"ז הכא שייך הטעם שבגמ' גבי הנותן לאשתו כו' וכמ"ש הרשב"א ורש"י דילמא אח"כ תהיה בדעת אחרת ואין זה ביד אחד מהם. משא"כ התם גבי פדיון הבן י"ל דהוא ביד א' מהן היינו ביד האב וה"ל כמו כאן בנותן לאשתו אילו היה בידו לקדשה ג"כ אחר שיגרשנה דאין לומר דהתם ג"כ שמא לא ירצה הכהן לקבל אחר ל' יום חדא דזכות גמור הוא לו ומסתמא ירצה בזכותו משא"כ גבי אשה אולי תחפוץ אז באיש אחר. ועוד דהא כתב הרא"ש סוף בכורות גבי

בכור בהמה והכהן צריך לקבלו ואינו רשאי לסרב משום דהוי כמבזה מתנות כהונה ואינו מודה בהן והובא בש"ע סי' ש"ו ס"ד ועוד דגם בהאב אין זה כמו בקדושין דהתם אף אם היה בידו לקדשה היינו רשות אבל הכא הוי חוב גמור על האב שא"א להפטר מבלתי יתן פדיון בנו לכהן עכ"פ לכן מהני טעמא שם בנו פדוי כשאומר שיחול הפדיון לאחר ל' יום אם המעות בעין דלמאי ניחוש לה משא"כ הכא היינו הדין דנותן פרוטה לאשתו או נותן ב' פרוטות לאשה כו' גם בחי' הריטב"א ביבמות שם כ' כמ"ש התוס' דקטן שקידש לאחר שיגדיל לאו כלום הוא וגם לפרש"י י"ל דדוקא כשקידש ביום האחרון דיג"ש כמ"ש המל"מ בשם מהר"י טאייטצאק וגדולה מזו יש להפליא על המל"מ מ"ש דעבד או שפחה שקבלו גט שחרור לזמן כו' דאינו מחוסר שום מעשה אלא זמן דפשיטא דחלו הקדושין עכ"ל דהוא נגד תלמוד ערוך במקומו קדושין (ס"ב ב') הנותן פרוטה לשפחתו כו' דאע"ג דמה שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי אפ"ה אינה מקודשת משום דמעיקרא כו' והיינו ממש הנדון שלו:

קיצור יש להביא ראיה דקטן שקידש שיחולו הקדושין לאחר שיגדיל וכן קטנה שנתקדשה עד"ז לא חלו הקדו' אחר שיגדילו דלא כמל"מ פ"ד מה"א ה"ז דה"ל דשלב"ל כתבואה שלא הביאה שליש וגם דומה לנותן פרוטה לאשתו ואמר לה האמ"ל לאחר שאגרשך דלא חלו הקדו' ואע"ג דבקטנה שייך גם עכשיו קדו' דרבנן אין לחלק וכ"ש בקטן דגם קדו' דרבנן לא שייך עכשיו דומה ממש לד"ז ואפי' המעות קדושין הם בעין אחר שהגדילה לא מהני אא"כ מסכים שיהיו המעות לקדושין עכשיו וגם היא רוצה ול"ד לפדיון הבן:

ו והנה ז"ל הרמב"ן בחידושיו ביבמות שם וקשיא לן כיון שמסרו הקדושין כשהן בקטנותן האיך הם חלים לעולם והלא דבר שלא בא לעולם הן בשלמא דנשי משכחת לה ע"י אביהן אלא קטנים א"א להן לקדש אלא משהגדילו ויש שנדחקו בה כר' מאיר (בקדושין דס"ב) דאמר לאחר שאשתחרר מקודשת כו' עכ"ל וכ"ה ל' הריטב"א דזכרים ונקבות אלו בקטנותם נתנו וקבלו הקדושין ולא הוי קדושין עכ"ל הרי מבואר בהדיא דגם בקטנה שקיבלה קדושין בקטנותה שיחולו לאחר שתגדיל לאו כלום הוא כמו בקטן ואע"ג דקטנה תקינו לה נשואין מדרבנן בקטנה שאין לה אב אפ"ה מאחר דמדאורייתא אין לה קדושין לא שייך כלל לומר שכיון שקיבלה הקדושין בעת שיש לה קדו' מדרבנן שיהיו מהני לגבי דאורייתא אף אם התנו בהדיא שיחולו לאחר שתגדיל ולכן לא מצא הרמב"ן בקטנה רק ע"י אביהן כו' אבל ע"י עצמן א"א כמו בקטן והנה אע"פ שבתוס' וחי' הרשב"א לא עשו הקושיא רק מהקטנים ולא הזכירו הנקבות היינו ודאי משום מ"ש

הרמב"ן דבנקבות משכחת לה ע"י אביהן כו' אבל לדינא ודאי ס"ל כהרמב"ן והריטב"א דאל"כ הל"ל בשלמא בקטנות כיון דיש להן קדו' מדרבנן כו' א"ו דאין חילוק וכ"מ בגמ' (דק"י ע"ב) דלרבנן בודאי לא גדלי קדושין דקטנה וכן לר"ג והשתא את"ל דבמתנה בהדיא שיחולו לאחר שתגדיל הוי קדושין אמאי פשיטא לן דלא גדלו שמא ה"ל כפירש שיחולו כו' והנה מכ"ז יש סתירה למ"ש מהרי"ק שרש ל"ב הראשון בקדושי קטנה שלא לדעת אביה דריצוי דידה מהני כשגדלה כשהקדושין בעין שיש לומר שחלו הקדושין כשגדלה ונתרצית כו' דמדברי הרמב"ן והריטב"א מוכח בק"ו דאין בקדושין אלו כלום כיון דאפילו התנו בפי' שיחולו כשתגדיל לא מהני וכשלא מיחתה ה"ל כנתרצית מאחר דהתנו בהדיא כן שיחולו כשתגדיל והיא מחזקת הקדו' כשהגדילה כו' וכ"ש דקידשה סתם ונתרצית אח"כ דלא מהני שהרי בחי' הרשב"א ביבמות פרק ב"ש דק"י ד"ה הא דאמרינן דכי גדלה גדלי קדושין בהדה פי' דעשאום כמתנה בשעת קדושין הרי את מקודשת לי לאחר גדלות כו' והובא בנ"י שם. א"כ מבואר דמתנה בפי' עדיף טובא וכיון דקיי"ל דאפי' מתנה בפי' לא מהני כ"ש דכי קידשה סתם וגדלה ונתרצית דלא מהני והנה במל"מ פ"ד מה"א ה"ז הביא הרב המגיה ראיה מדברי הרשב"א והנ"י הנ"ל דס"ל דהמקדש קטנה שיחולו הקדו' לאחר שתגדיל דמהני והסכים לזה בס' בני אהובה ולפע"ד משם ראיה להפך דהרשב"א כ"כ לפרש טעם הסברא דכי גדלה גדלי קדו' בהדה דהוא משום דעשאום כמתנה כו' וא"כ כיון דקיי"ל דלא גדלי קדו' בהדה אפילו לר"ג א"כ י"ל דאפי' תנאי בפי' לא מהני אע"ג שי"ל דתנאי בפי' מהני אלא דבסתם לא מהני משום דלא עשאום כמתנה כו' מ"מ יותר י"ל דאפי' תנאי בפי' לא מהני דאל"כ ה"ל לחוש דכמתנה דמי שעתה יחולו הקדו' מדרבנן ולכשתגדיל יחולו מדאורייתא ועי' רשב"א שם דהנך קדו' דרבנן לא סתרי לתנאי דקדו' דאורייתא כשגדלה ואדרבה עי"ז דוקא יש סברא לומר דהתנאי מהני משום שנשאר עלי' שעבוד הדינר כו' כיון דתקינו לה רבנן נשואין וא"כ אמאי פשיטא לן דגם לכי גדלה אין שום קדו' מדאורייתא אלא י"ל יותר משום דאפילו תנאי לא מהני בכה"ג וכמ"ש הרמב"ן והריטב"א בפשיטות פ' ד"א כנ"ל וראיה לזה דהריטב"א פב"ש כתב ג"כ מ"ש הרשב"א והנ"י וא"כ איך כתב פד"א בהפך א"ו דבפ' ב"ש כ"כ לפי הקס"ד דכי גדלי גדלי קדו' בהדה משא"כ לפי המסקנא מיהו בחי' הרשב"א בקדושין בסוגיא דנתרצה האב מדמה זה לע"מ שיתרצה האב אך י"ל דהיינו דוקא בקטנה שיש לה אב וכמו שחילק אאזמו"ר הגאון ז"ל בין קטנה שיש לה אב דבת קדושין היא מדאורייתא אילו מתרצה האב ובין קטנה יתומה כו' ע"ש:

והנה אף את"ל דתנאי בפי' מהני בקטנה יתומה מ"מ מ"ש מהרי"ק להוכיח מראבי"ה דאפילו בקידשה סתם אם היו הקדושין בעין משגדלה אז נעשו קדו' מהתורה כו' הוא ודאי נגד ד' הרשב"א והני' הנ"ל אף לפי' הרב המגיה שבמל"מ כו' גם מ"ש מהרי"ק דלענין דינא דאורייתא אין לחלק בין קטנה יתומה לקטנה שיש לה אב כו' אף שקטנה שיש לה אב לא תקינו לה קדושין אף מדרבנן כו' הוא נגד מ"ש הרשב"א ונ"י שם פב"ש דכל הסברא שיש לומר דמתנה בפי' שיחולו משיגדיל יהיה מהני הוא משום דיש לה קדושין מדרבנן ושייך שעבוד הדינר עליה כו' מיהו יש לדחות דזהו בנתאכלו המעות אבל כשהמעות בעין כשנתגדלה י"ל דא"צ לזה שיהיה עליה שעבוד מתחלה כו' אלא דא"כ עכ"פ אין כאן קבלה וה"ל כטלי קידושיך מע"ג קרקע:

קיצור:

הרמב"ן והריטב"א פד"א ס"ל בהדיא דלא כמל"מ הנ"ל וכ"כ התוס' והרשב"א בפשיטו' בקטן עכ"פ וי"ל ה"ה בקטנה ומה שהביא המגיה במל"מ והבנ"א ראיה מחה"ר ונ"י פב"ש דמהני זהו להקס"ד דגדלי קדושין משא"כ לפי המסקנא ועפ"ז קשה אמהרי"ק שרש ל"ב:

והנה עפ"ז צ"ע ג"כ על שטת המרדכי בשם ר"א וראב"ן ורשב"ם בסוגיא דנתרצה האב דבשעה שנתרצה חלין הקדושין כשהן בעין דקשה דהא ג"כ הקטנה מצד עצמה א"א לה לקדש א"ע ומאחר דתלוי ברצון האב א"כ ה"ל דבר שתלוי ביד אחרים וה"ל כדבר שלב"ל וכמש"ל ממ"ש קדושין (ס"ב) מי יימר דמזדקקי ליה כו' וא"כ אפילו מקדשה בפירוש שיחולו הקדושין לכשיתרצה האב י"ל דלא מהני ויש לחלק דהתם גבי מי יימר איכא תרתי דמחוסר מעשה ומי יימר דמזדקקי ליה אע"ג דאם לא המי יימר קיי"ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי מ"מ כיון דאיכא מי יימר עם המחוסר מעשה ה"ל דשלב"ל אבל הכא דאין' מחוסר מעשה רק מי יימר שיתרצה האב י"ל דלא נק' דשלב"ל ומ"מ י"ל דדומה להנותן פרוטה לשפחתו כו' דאע"ג דנקרא לגמרי בידו ולא כמחוסר מעשה דמי אפ"ה אין חלי' הקדושין משום דמעיקרא כו' וה"נ דעתה לאו כלום היא וכשנתרצה האב מילתא אחריתי היא. מיהו בנערה י"ל דל"ל הכי ומ"מ גם כן י"ל דדומה לדין הנותן פרוטה לאשתו או שני פרוטות לאשה הנ"ל דאע"ג דנקרא דבר שבידו לגרשה ואינו מחוסר מעשה רק מ"מ לאו בידו שתרצה היא אח"כ ואע"ג דעכשיו היא רוצה וכ"ש דאין בידו שיתרצה האב ולכן את"ל דא"א לקדושין שיחולו עכשיו ע"י רצון האב רק מעת שנתרצה ואילך א"כ' לכאורה דומה לדין הנ"ל משא"כ לשטת רש"י דהקדושין חלין למפרע לק"מ מהתם דשם א"א בשום ענין שיחולו הקדושין עכשיו כ"א לאחר זמן

ובכה"ג אמרינן כשאין בידו לקדשה לא מהני אבל בנד"ז שיוכלו הקדושין לחול עכשיו ממש אע"ג שתלוים ברצון האב ואין בידו שירצה האב אין ראיה משם דלא מהני ומ"מ יש לדחות דגם לשטת המרדכי דהקדושין לא חלין רק משעת ריצוי ל"ד לנותן לאשתו פרוטה דמחוסר מעשה הגט אע"ג שהוא בידו מ"מ מצטרף לחסרון ידיעת רצונה אז משא"כ הכא אין מחוסר רק רצון האב וצ"ע ועיין בדברי הגאון אאזמו"ר ז"ל ד"ה מ"ש הח"מ סימן ל"ז כו' שהאריך לחלק בטוב טעם בין נתרצה האב ליתומה דלא מהני מה שנתרצית בגדלותה כו' ויש לזה תנא דמסייע הרמב"ן והריטב"א פד"א דס"ל דאפילו תנאי מפורש לא מהני ביתומה שנתגדלה כו' אכן עכ"ז גם בנתרצה האב יש לפקפק כנ"ל אשר ע"כ המחוור יותר בסוגיא דנתרצה האב הוא סברת רש"י וסיעתו דכשנתרצה חלין הקדושין למפרע משום דזכות הוא לו כו' (רק צ"ע ליישב קושיית הפנ"י הא אין לה יד). ומ"מ אפשר לפ"ז ג"כ ליישב דעת המרדכי כיון די"ל דזכות הוא לו ומקודשת אפילו למפרע. לכן עכ"פ מהני ה"ט שלא יהיה נחשב דשלב"ל מחמת שעדיין לא נתרצה האב כיון דזכות הוא לו וקרוב הדבר שיתרצה וכעין דבר שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי וה"נ כיון שקרוב הדבר לזכות כו' לכן לא הוה דשלב"ל וכשיתרצה חלין הקדושין אז כמו במחובר לכשיתלש ונתלש דהוי תרומה. ול"ד לנותן פרוטה לאשתו דאפשר אין זה זכות כ"כ להתקדש אחר גרושין וכמ"ש בנדרים (דס"ו) כך הוא וסתו של פלוני מגרש את נשיו כו' ועוד ג"כ מחוסר מעשה הגט אע"ג דבידו לא דמי לכאן שאין מחוסר מעשה כנ"ל. ועוד הא כאן יש תפיסת קדושין עכשיו אילו רצה האב וכיון שי"ל דזכות כו' משא"כ התם באשתו:

קיצור. עפ"ז צ"ע ג"כ על שטת המרדכי בסוגיא דנתרצה האב אכן שטת רש"י א"ש ומ"מ יש ליישב ג"כ דעת המרדכי:

גרסינן בקדושין (י"ט א') אמר רבא אר"נ אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך ועי' תוס' שם ד"ה צאי דבדעת אחרת מקנה יש לה זכייה מדאורייתא וביאר דבריהם הרא"ש סי' כ"ה דהחילוק בין זו ליתומה נהי שיתומה יש לה ג"כ כח לזכות לעצמה אין לה כח להקנות עצמה לבעלה כו' אבל האב מקנה אותה וצ"ל הא דאעפ"כ, קדושי יעוד אין נקרא ע"י האב הגם שבע"כ צ"ל שהאב מקנה אותה כי ענין הקנאה זו היינו כמ"ש הרא"ש תחלה קמ"ל ר"נ דאותו כח וזכות כו' מדעתה וכיון שמדעתה מתקדשת אלא שהוא נתן לה כחו שעי"ז תוכל להקנות א"ע ע"כ אין נקרא קדושין אלו ע"ש האב ממש שהרי מדעתה נתקדשה רק שהאב נתן לה כחו והנה להרא"ש כסף הקדושין הוא שלה ולא של האב כמש"ש דלרב חסדא זוכה לעצמו כו' אכן בהר"ן מבואר דאב זכיא

ממילא דכיון דכל שבח נעוריה לאביה כל מה שהיא זוכה הרי היא של אב כו'. ובחי' הריטב"א כתב בזה ג' פירושים הא' דאע"ג דקטנה אין לה יד מעצמה כיון שאביה שיש לו יד עליה מרשה אותה ומרקן רשותו אצלה הרי ידה כידו ואע"ג שאין לה זכייה בממון י"ל כשאין כאן זכיית ממון כגון שקדשה בשטר או במאכילה ומשקה שוה פרוטה כו' הב' שהיא זוכה בקדושין לאביה ואתא רבא למימר דמדברי ר' יוסי בר' יהודה שמעינן דקטן וקטנה יש להם יד לזכות בממון לאחרים ומיירי בשאמר תחלה למקדש שכל זמן שיתן מנה למי שיזכה בו בשבילו תתקדש בתו לו כו' (וצ"ל דהוצרך לזה משום דאל"כ אין לה יכולת להקנות א"ע להמקדש אע"פ שיש לה יד לזכות כקושיית הרא"ש הג' דהכא מדין זרוק מנה לים ותתקדש בתי לך אתינן עלה ואע"פ שלא דבר תחלה עם המקדש כן כיון שאמר לה צאי וקבלי קדושיך סתמו כפירושו כו' וזה מוכח מדברי ר' יוסי בר' יהודה כו'. ובתוס' רי"ד די"ח כתב דמדאורייתא היא מקודשת כיון שהאב הרשה אותה. ועיין פנ"י שכתב שטה אחרת בסוגיא זו והנה רש"י די"ח ע"ב פירש ואין קדושין אלו ע"י האב. וגזרת הכתוב הוא והנה מ"ש דקדושין אלו אינן ע"י האב מוכרח בגמרא שם ודף מ"ה דאל"כ הרי אין אדם מוכר בתו לשפחות אחר אישות וכבר נת' זה אפילו לדעת התוס' והרא"ש אך מ"ש דגזה"כ הוא כתב ע"ז בתוס' רי"ד ואינו נראה לי דלקמן ילפינן מדר' יוסי דאומר אדם לבתו צאי וקבלי קידושיך ומדאורייתא היא מקודשת כיון שהאב הרשה אותה עכ"ל ועי' בפנ"י די"ח ע"ב ד"ה ואמר רב עמרם שכתב דלפרש"י יעוד לא מטעם צאי וקבלי קידושיך כו' ולכאורה י"ל דרש"י לשיטתיה בגיטין (ס"ד ע"ב) דזכיי' קטן הנזכר שם לרב יהודה ורב חסדא הוא רק מדרבנן לבד. אבל מדאורייתא אין לו זכיי' אפילו בשדעת אחרת מקנה אותו וא"כ לפ"ז יהיה נסתר טעם התוס' והרא"ש והרשב"א והר"ן בטעם דאומר אדם לבתו צאי וקבלי קידושיך דהוא משום דיש לה זכיי' מדאורייתא וז"א לדעת רש"י וכ"כ הריטב"א בגיטין שם וגם הר"ן שם מסכים לפרש"י ומש"ה צ"ל דגזה"כ הוא גבי קדושי יעוד אלא דמינה ילפינן ג"כ לקדושין דאומר אדם לבתו צאי וקבלי כו' דשם קדושין חד הוא ומאחר דגזה"כ הוא בקדושי יעוד ה"ה בשאר קדושין כה"ג מיהו דוקא כשהאב קיים ואמר לה צאי וקבלי כו' משא"כ כשמת האב כו' ואפשר הגזה"כ דילפינן קדושין מגרושין והרי גבי גרושין קטנה יש לה יד להתגרש אף אם נתקדשה קדושי תורה ע"י אביה כדאיתא בגיטין (דף ס"ה א') והיינו משום דלא בעינן דעתה ומתגרשת בע"כ וא"כ כמ"כ בקדושין היכא דא"צ דעת כגון שיש דעת אביה היינו בקדושי יעוד וכן באמ"ל צאי וכו' ואפשר גזה"כ הוא אף שגם דעת אביה אין כאן לגמרי רק שהרשה אותה שתתקדש מדעתה ה"ל כאילו יש כאן דעת האב וילפינן

מגרושין כו' ועי' בפנ"י די"ט מ"ש בלשון התוס' ד"ה אומר. קרוב לזה במ"ש דנהי דיתומה כו' אבל לדעת אביה כו' כדאשכחן כו' לענין גט כו' ע"ש ועפ"ז י"ל דהפקיר רשותו שברש"י דמ"ו ע"א ה"ל קדושין דאורייתא ממש כדמשמע פשט הסוגיא שם (דף מ"ה ע"ב) דמיירי בתרומה דאורייתא עי' ברש"י שם ד"ה ומודה רב אכלה מדאורייתא וכ"ה בתוס' ד"ה אוקי ולרב הונא בהפקיר רשותו לפרש"י אוכלת בתרומה כהנ"ל ויש לומר הטעם משום דזה גופא שמפקיר רשותו ומניחה שיהיה הקדושין לדעתה זה נקרא לדעת אביה ואף שאין זה דעת גמור דידיה מ"מ קצת נחשב מדעתו שהרי מדעתו מפקיר רשותו להניחה שתתקדש דאם לא היה מפקיר רשותו אין שום מקום להקדושין וכיון דהכא גבי קדושי יעוד ג"כ אין כאן דעת גמור דהאב שהרי מה"ט נחשבו קדושין אלו שלא ע"י האב כנ"ל ומש"ה כתב רש"י דגזה"כ הוא א"כ גם בקצת דעת דהפקיר רשותו נמי ה"ל קדושין דאורייתא לרב הונא ול"ד ליתומה דה"ל שלא לדעת לגמרי ואע"פ שהפנ"י כתב דהפקיר רשותו הוי רק קדושין דרבנן אין נראה לפי פשט הגמרא שם וכ"כ בהדיא הר"ן שם וז"ל הלכך נשואין גמורין הוה ויורשה ומיטמא לה דהא אכלה בתרומה דאיסורא דאוריי' עכ"ל וכ"כ עוד בתחלת הסוגיא וכ"כ הריב"ש בתשו' סימן קצ"ג וז"ל ופסק רבינו חננאל כוותיה משום דרבא מפרש טעמיה הואיל ונעשו בה מעשה יתומה בחיי האב ומשמע דלדידיה קדושי ודאי הוו כיון דאוכלת בתרומה דהוי איסור דאורייתא עכ"ל ועי' בהר"ן פרק קמא דקדושין גבי כתב לה על הנייר דה"ה בקטנה שאמ"ל אביה צאי וקבלי קידושיך דמתקדשת בשטר ואע"פ שהר"ן כתב ולבי נוקפי מ"מ כ"ד כמה פוסקים ועי' במכמ"א ש"ה סי' ב' גבי גט בקטנה שיש לה אב להאומרים דאביה ולא היא מ"מ אם קיבלה גיטה מדעת אביה כתב הרשב"א דמתגרשת היא בלי ספק הובא ב"י סימן קמ"א והביא שם י"ח ועי' בב"ש סי' קמ"א סק"ה מכ"ז יש לשמוע דבהפקיר רשותו שיש כאן קצת דעת אביה י"ל דהוי קדושין דאורייתא כו' דילפינן קדו' שמדעת אביה מגרושין שא"צ דעתה. וה"נ בקדושין כשיש דעת אביה ע"ד הנ"ל:

סימן קיז

היות שיש בכאן אשה אחת שזה ח' שנים שהיא עגונה ושכולה וגופא דעובדא הכי הוה שבעלה מסר גט פטורין לשליח והשליח היה שליח לקבלה שהיא עשתה אותו שליח לקבלה כדין אך מחמת שבכאן סיביר עושים כל א' מה שלבו חפץ ולקח אותה בתקיפות ודר אתה ב' שנים בלא חופה וקדושין ונולד לה ממנו בת בשתי השנים שדר אתה ואחר זאת נמסר הוא למשפט ושלחו אותו ליערקוצק וזה שמונה שנים אשר לא נשמע ממנו

ואינה יודעת אם הוא חי או מת והאשה בת כ"ה שנים וקרוב הדבר להיות הפקר אכן יורנו כ"ק איך להתנהג:

זאת ועוד אחרת היות ששני בעלי בתים בני כפרים עשו שידוך וכאשר באו בני הכפרים על ימים הנוראים הלך החתן וקידש הכלה כדת בפני כמה עדים ואבי הכלה לא היה בשעת הקדושין והכלה בת י"א שנים ותיכף כששמע אביה אמר אבי הכלה איך אתם יכולים לקדש את בתי הכלה אך מחמת גודל הפצרת אבי החתן נתרצה אבי הכלה ואמר אין צועקין כו' ולאחר יום כפור תיכף לקח אבי החתן את הכלה אצלו מחמת שאבי הכלה הוא איש עני והיתה אצל אבי החתן עד לאחר פסח ואחה"פ לקחה אביה אצלו ומיד שידך אותה לאיש אחר והשיאה לאיש אחר והוא כהן וילדה ממנו שני בנים אכן ילמדנו רבינו איך להתנהג:

ע"ד השאלה הא' עמ"ש רמ"א בהג"ה רסי' קמ"ט או שגלוי לכל וכו' ועי' ב"ש ואם לא נשאה כדין נשואין מהכ"ת לומר דבעל לשם קדושין וכדין נשואין פי' הבית מאיר ע"י חופה וד' הב"ש אינם מובנים כלל הא קיי"ל במגרש את אשתו ואח"כ בא עליה דודאי בעל לשם קדושין משום דאין אדם עבב"ז ואע"ג דבבא על שאר אשה ל"א כן זו שהיתה אשתו תחלה שאני וכיון שכן אף שלא נשאה כדין נשואין ר"ל שלא ע"י חופה וקדושין מ"מ כיון שגלוי לכל שבא עלי' אמרי' דמקדשה ע"י ביאה אלא מ"מ הריב"ש סי' ו' חולק על סברת התוס' וס"ל דעדי יחוד דוקא בעינן ועוד י"ל כיון שלקחה ע"י תקיפות בלא רצונה א"כ אף את"ל דבא עליה לשם קדושין ה"ל מקדש אשה בע"כ דאינה מקודשת כמ"ש בטוש"ע רסי' מ"ב ואף דאפשר וקרוב לודאי שאח"כ נתרצתה מ"מ וכי כל הבעילות בעל לשם קדושין ודאי לא בעל רק בעילות ראשונות והרי אז היה בע"כ ואף את"ל דגם בביאות ראשונות היה הבעילה מרצונה דאפשר הלכה למקוה מ"מ י"ל שלא נתרצי' כלל להתקדש לו רק נבעלה שלא ע"ד קדושין וזה דוחק דכשם שאין אעבב"ז כך באשה י"ל כן רק צ"ל שהוכרחה והיה באונס ואע"פ שהלכה למקוה הוכרחה כן דאל"כ יבעול בנדות עוי"ל דאולי היה סובר דהגט אינו גט ומש"ה לא קידשה וזה קרוב יותר משום דאל"כ ודאי היה מקדשה ע"י חו"ק ואפשר טעה משום עכשיו אין נוהגין לעשות ש"ק ע"כ היה סבור דאפילו דיעבד אינו גט וא"כ ה"ל כאותה תשוב' הרא"ש שהביא הטור ססי' קמ"א והב"י הביאה ג"כ בסי' קמ"ט בכה"ג אמרינן ודאי שלא כיון עכשיו לקדשה כיון דסבור דהגט אינו גט:

ע"ד שאלה הב' הנה לכאורה כיון שאח"כ נתרצה האב הוי קדושין כי הישש"ש פרק האיש מקדש כתב דבטלה דעת הרי"ף נגד המשיגים עליו אכן הב"י בש"ע סל"ז סי"א הביא דעת

הרי"ף ראשונה ועי' ריב"ש סי' י"ד כתב שכ"פ בה"ג. אך בנד"ז יש לצדד כיון שמעיקרא כששמע אמר איך כו' לקדש כו' ה"ל כמיחה ובמיחה תחלה לכ"ע לא מהני אף שנתרצה אח"כ כמ"ש בש"ע שם. אך י"ל דאין זה מחאה דאינו רק תימה שהוא מתמיה איך עשו זאת. אבל לא אמר שרצונו לעקור הקדושין ועיין בהריב"ש סי' קצ"ג שכתב ואין לך מחאה גדולה מזו ואע"פ שלא פי' בהתראתו שאינו חפץ בקדושין כו' ע"ש מזה משמע דבנד"ז אינו מחאה מיהו לעומת זה י"ל דגם מה שנתרצה האב אח"כ אין כאן נתרצה בפירוש שאמר אין צועקין כו' אדרבה משמע דמשום שסובר שאין בידו לעקור הקדושין מש"ה בעל כרחו עונה אמן והרי לפי ב' הטעמים שהביא הב"ש סי' ל"ז סי"א סק"כ הטעם דמהני כשנתרצה בפי' אי משום זכין אי משום דה"ל כאומר צאי כו' י"ל דבכאן אין שום משמעות ע"ז ולכן כיון שענין שנתרצה אינו מפורש ע"כ ע"ז יהיה מהני הקצת מחאה שמקודם ואם משום שאח"כ עשה מעשה שלקח אבי החתן את הכלה אין זו הוראה שנתרצה אבי הכלה על הקדושין כי הרי היתה תחלה משודכת לו וי"ל שנתרצה על השידוך שבתחלה אבל יהי' קדושין אחרים:

סימן קיח

ע"ד השאלה באשה שנשאת לנער חרש שאינו לא שומע ולא מדבר בחופה וקדושין כאורח כל ארעא ושהה עמה לערך חמשים יום ושבק חיים לנו ולכ"י ועתה היא זקוקה ליבם קטן מאד. ובא המורה המסדר קדושין שלה ואמר שבעת חופתה צוה לאביו שהוא יתן הטבעת על ידה ויאמר הרי את מקודשת לבני וכו' ואפשר לפ"ז אין ממש בקדושין דחרש לאו בר משוי שליח הוא ועוד זאת אומרת שלא נבעלה כלל וגם אביו ואמו אומרים כן שהיה נשען על ביתו ולא יעמוד עכ"ל השואל:

הנה בדין אם חרש עושה שליח לקדש הנה לכאורה מאחר שחכמים תקנו קדושין לחרש וחרשת י"ל שמסתמא תקנו לו ככל דיני קדושין בפקח שיוכל לקדש ע"י שליח ועוד דהא עיקר שליחות בקדושין ילפינן משליחות דגרושין בגמרא ר"פ האיש מקדש. וגבי גרושין ע"כ יש שליחות לחרש לפ"ד הפוסקי' דבכתיבת הגט בעינן שליחות דוקא וכמ"ש מזה בב"ש סימן קכ"א סק"ט וז"ל ואין להביא ראיה מכאן דאין צריך שליחות דאל"כ איך כותב הסופר ע"י רמיזתו הא חרש אינו יכול לעשות שליח די"ל כיון דקדושיו לאו קדושין הם א"צ כאן שליחות גמור אבל בעלמא צריכים שליחות גמור עכ"ל א"כ אפשר גם בקדושין מהני כשמקדש ע"י אחר ובפרט בפניו ממש דהא שנינו כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה והרי מוציא ע"י שליחות בענין הכתיבה והחתימה א"כ כמ"כ כונס

כן וצ"ע במתניתן פ"ב דגיטין (דכ"ג ע"א) הכל כשרים להביא את הגט חוץ מחרש שוטה וקטן מי נימא דבגט של חרש יכול החרש להיות שליח להביא את הגט דלא משמע כן מלשון המשנה אלא שאין החרש שליח כלל בשום גט. ועיין בש"ע סימן קמ"א סעיף ל"א ועוד דהא גבי קדושי קטנה כשאמה ואחיה מקבלים קדושיה נחלקו הפוסקים ר"פ בית שמאי דאהא דתנן התם איזהו קטנה שצריכה למאן כל שהשיאוה אמה ואחיה לדעתה איכא דס"ל דהשיאוה דוקא והקשו ע"ז מהא דתנן דארוסות צריכי מיאון ותירץ הרמב"ן דכל הני דאמרינן דצריכי מיאון מיירי כשקבלה היא קדושיה אבל ע"י אמה ואחיה לא תקנו לה אלא נשואין וכתב הטעם משום שאין שליחות לקטנה כו' והביאו ג"כ הרשב"א שם וסיים וצריך תלמוד וכ"כ הנ"י שם אמתניתן איזהו קטנה שצריכה למאן הובאו ב"י רסי' קנ"ה, וע"ש בב"ש רסי' הנ"ל מ"ש בשם מהרש"ל שדקדק כן מהסמ"ג בה' מיאון אבל ביש"ש פסק להיפוך וכמ"ש לקמן והריטב"א חלק על זה בחידושיו ר"פ הנ"ל וס"ל דאף שאמה או אחיה מקבלים הקדושין מתקדשת כאילו קיבלה בעצמה וכ"נ דעת רש"י בגיטין פרק התקבל דס"ה ע"א ד"ה וכנגדן שכתב ומתקדשת בקדושי אמה או אחיה לדעתה או בקבלת עצמה אם יתומה היא עכ"ל מדכ' או בקבלת עצמה משמע ברישא מיירי שאין היא עצמה מקבלת אלא אמה או אחיה ולכאורה גבי גט דמוציא ברמיזה אפשר לומר אף נתינת הגט ג"כ ע"י רמיזה כמו בפקח שאומר כתבו ותנו כך החרש רומז על כתבו ותנו דאל"כ אמאי לא השמיענו במשנה וגמרא גבי חרש שצריך שיתן הגט בעצמו דוקא ולא סגי בכתבו ותנו ע"י רמיזה והנה גבי נתינה בעינן שליחות לכ"ע וא"כ אם נאמר דבחרש מהני ענין תנו ג"כ ע"י רמיזה ע"כ יש לו שליחות לענין הגט א"כ כמ"כ לענין קדושין תקינו קדושין לקטנה אף ע"י שליחות רק דצ"ל אמה ואחיה כמ"כ הכא כשאביו קידש לו וכ"ש כשמקדש בפניו תחת החופה דדומה למ"ש בש"ע סימן ל"ז ס"ז או יעמוד אצלה כשתקבלן דה"ל כאלו קבלן בעצמו וכה"ג איתא בתשו' הרשב"א ססי' אלף ר"ז שהיה הבעל במעמד כו' שזה כאילו קבלו מיד הבעל כו' ע"ש ועיין מזה בב"י בהל' גיטין ססי' קמ"א ובהרמ"א ובב"ש רסי' הנ"ל והנה הב"ש רס"י קנ"ה כ' אף אחר שנעשה כיתומה בחיי האב לא גרע מיהא כח האב מכח אמה ואחיה עכ"ל ועי' עוד ב"ש ססי' מ"ג סק"ה ויש להעיר ממ"ש בגמ' פ"ק דכתובות (דף י"ג ע"א) לענין קטן דניחא ליה במה דעביד אבוהו ועי' בתשובות מהרי"ט חאה"ע סי' מ"א לענין קטן שקידש לו אביו שי"א דהוי קדושין משום זכייה שזכין לקטן ואע"ג שהרבה לחלוק ע"ז בראיות היינו בקטן דלא תקינו ליה רבנן נשואין אבל גבי חרש דתקינו לי' רבנן נשואין י"ל כיון דניחא ליה במאי דעביד אביו ועשאו ג"כ שליח לקדש לו י"ל מהני הקדושין אע"ג שי"ל

דוקא קטן אית ליה זכיי' ר"ל שזכין לקטן מדאורייתא משום דאתי לכלל שליחות בב"מ פא"נ (דף ע"ב א') אבל עכומ"ז לית לי' זכייה משום דלא אתי לכלל שליחות וא"כ חרש דג"כ לא אתי לכלל שליחות י"ל לית ליה זכייה אך הרמב"ם פ"ד מהל' זכייה דין ז' כתב שהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה והמגיד הביא ראיה לזה מהגמ' וכ"פ בש"ע סימן רמ"ג סט"ז וע"ש בטור סעיף כ"ב. עכ"פ לרש"י והריטב"א י"ל כמו בקטנה מהני קדושי אחיה ואמה ה"נ בחרש ע"י אביו בפניו והנה בספר חוסן ישועות ביבמות ר"פ ב"ש חלק ג"כ על סברת הרמב"ן וס"ל כדעת הריטב"א וכן פסק בישש"ש שם רסי' א' וגם הרמב"ן עצמו כתב כן רק להעמיד תשו' הרי"ף וסיים שצריך תלמוד א"כ יש לתפוס לכאורה דיש שליחות לחרש לענין קדושין בפרט ע"י אביו דמ"ש מקטנה וכן בב"מ פרק איזהו נשך (דף ע"א ב') מצינו שיש, שליחות לחומרא לענין רבית אך אף לפ"ד הרמב"ן דאין שליחות לקטנה לענין קדושין מ"מ בנשואין עם הקדושין מהני אף שאמה ואחיה שהם שלוחים מקבלין הקדושין כמש"ש בהדיא כמ"כ הכא כיון הקדושין היה תחת החופה ומברכין ברכת ארוסין וברכת נשואין שהקדושין והנשואין הם יחד ואביו קידש ברצונו בפניו ע"פ צווי המורה המסדר ודאי חשיב קדושין ונשואין אף אם אין שליחות לחרש דמ"ש מקטנה וגם שמתחלה אחז החרש עצמו הטבעת קדושין ע"ד ליתן להמתקדשת ועפ"י צווי המורה לקח אביו ממנו ונתן לה:

קיצור. שלכאורה י"ל דיש שליחות לחרש בקדושין כשאביו קידש לו בפניו ממש וכמו בגרושין כותב הסופר ע"י רמיזתו ולפ"ז י"ל שגם נותנין הגט ע"י רמיזתו גם יש להעיר מהא דניחא ליה במה דעבד אבוהו ועם דעתו ג"כ וכשהיו נשואין עם הקדושין כמו בחופה שלנו נראה ודאי דמהני אף שהקדושין היו על ידי אביו:

ב ועוד מטעם אחר דאף אם היינו אומרים דאין שליחות לחרש עכ"ז יש להכריח בנדון זה דהוי קדושין גמורים כמו שאגיד בס"ד. דהנה זה שהחרש הלך תחת החופה עם אשתו ועמד לקדש את אשתו בפני קיבוץ אנשים כנהוג במזמוטי חתן וכלה עדיף טובא יותר מדין רמיזה דחרש. וכ"ש וק"ו מדין קפיצה דהנה בתשו' הרשב"א הובא ב"י באה"ע רסי' צ"ו כתב לענין שבועת אלמנה שנשתתקה ולא שנלך אחר רמיזותיו אלא הרכנת הראש דהרכנת הראש כדבור כו' ע"ש הרי ס"ל דהרכנת הראש עדיף מרמיזה. ואע"ג דרמיזה פרש"י ג"כ בידו ובראשו מ"מ עכ"פ באצבעותיו הוי רמיזה וכמ"ש הטור והסמ"ע בסי' רל"ה סעיף י"ז וכאן ס"ל להרשב"א דלא סמכינן על רמיזה כ"א על הרכנת הראש דעדיף מרמיזה וה"ל כדבור והנה בגמרא פ"ק דחולין (דף י"ג ע"א) מסקינן דמעשה דחש"ו עדיף טובא גם מדבור דחש"ו יש להן מעשה ואפי' מדאורייתא ואין להם מחשבה (דהיינו

דבור אפילו מדרבנן מחשבה ניכרת מתוך מעשיו מדאורייתא אין לו מדרבנן יש לו וכ' התוס' שם דרש"י פי' דמעשה עם הדבור חשיב מעשה ומחשבה גרידא היינו דבור בלא מעשה ומחשבתו ניכרת מתוך מעשיו היינו מעשה בלא דבור ואין לשון הש"ס משמע כדבריו דיש להן מעשה משמע מעשה גרידא אע"פ שלא אמרו כלום כו' ונראה לפרש כו' מעשה גמור כגון ההיא דאלון ורמון דפשיטא דהם חוקקים לצורך בית קבול כו' חשוב מעשה גמור כו' מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו כמו עולה דהוה קיימא בדרום ואתיוה בצפון כדלקמן כו' ע"ש ובחידושי הרשב"א מסיק כהתוס' ועיין בלח"מ פ"א מהל' פסולי המוקדשין דין ו' דהרמב"ם משמע ג"כ ס"ל כהתוס' וגם כתב דלרש"י יש ג"כ חומרא דאם אמר הקטן בפי' כו' ע"ש. ובנדון זה נראה לכ"ע ה"ל מעשה גמור דלא מיבעיא להתוס' דא"צ כלל דיבור כ"א מעשה גמור שלא יהיה בו ספק שמא לא נתכוין לזה היינו לאפוקי כמו עולה דהוה קיימא בדרום ואתיוה בצפון שאינו חשיב מעשה גמור משום שאני יכול לתלות משום דמקום הוא דלא אתרמי ליה לפ"ז הכא מה שהלך מביתו לעמוד עם אשתו תחת החופה ומסתמא לבש בגדי חתן הכל כנהוג ועמד תחת החופה ושאר ענינים כדרך כה"א ודאי חשיב מעשה גמור וא"א לתלות דהיה צריך לילך למקום הנ"ל בעלמא. והאריכות בזה למותר אלא אפילו לפרש"י דבעי מעשה עם דבור וכאן ליכא רק מעשה מ"מ נראה בנ"ד דאיכא מעשה גמור וטוב חשיב מעשה אף בלא דבור ומנא אמינא לה משנה שלימה שנינו פ"ח דטהרות משנה ו' גוזל שנפל לגת כו' חשב עליו חרש שוטה וקטן טהור אם העלהו טמא שיש להן מעשה ואין להם מחשבה וע"ש בר"ש מה שכתב ול"ד להעלהו חש"ו דפב"ת דמכשירין כו' יעו"ש ובהרא"ש שם. וצ"ל דמיירי שהעלוהו ונתנו לגוי והובאו בתוי"ט ומדברי הרמב"ם ספ"ג מהל' טומאת אוכלין לא משמע כדבריהם ועיין בתוס' חדשים ממוהרש"ח. והרי חרש אין יכול לדבר ואין בו רק מעשה לבד אפ"ה יש לו מעשה וא"כ ה"נ דכוותה ואף לפי' ר"ש והרא"ש מעשה דהכא עדיפא אף משם כשנתנו לגוי דהא הכא אחר הקדושין והחופה דר עם אשתו כדרך איש ואשתו א"כ פשיטא דעדיף מכל המעשים הנ"ל והוה מעשה גמור מדאורייתא א"כ עדיף טובא לאין ערך מרמיזה. שהרי הרכנת הראש עדיף מרמיזה והיינו רק משום דהוי כדבור ומעשה גמור עדיף טובא מדבור וכ"ש מהרכנת הראש וכ"ש מרמיזה ואין לומר דה"ל מעשה שלא נגמר כיון שלא נתן הקדושין בידו לה י"ל כיון אם אמר לה טלי קידושיך מעג"ק הוי קדושין כדלקמן א"כ כאן המעשה שלו עדיף מדבור טלי קידושך ונתינת אביו לא יהא אלא כטלי מע"ג קרקע וכדלקמן:

קיצור. עוד טעם שאין צריך כאן משום שליחות כי אם שיש כאן מעשה גמור ממנו על הקדושין וחש"ו יש להן מעשה העדיף מרמיזה:

ג מיהו ודאי אע"ג דיש לו מעשה מדאורייתא עכ"ז גבי קדושין נראה דאינן קדושין מדאורייתא:

הטעם ע"פ מ"ש התוס' שם בחולין (דף י"ג ע"א) דכיון דקטן יש לו מעשה כו' לענין גט נמי יועיל כו' ע"ש ומאחר דלענין גט באמת לא מהני מדאורייתא א"כ כמ"כ לענין קדושין ג"כ וה"ה לחרש ועיין מזה בספר בית מאיר ססי' קכ"א אבל עכ"פ לענין קדושי חרש דרבנן יש כאן מהחרש מעשה גמור המועיל מדאורייתא בשא"ד יותר מרמיזה כנ"ל ולכן חשיב קדושין ונשואין גמורין מד"ס ככל קדושי חרש:

ועוד דלא גרע מנתן לה בשתיקה כשעסוקים באותו ענין דמשנה שלימה שנינו פ"ד דמעשר שני מ"ז היה מדבר עם האשה על עסקי גיטה וקדושיה ונתן לה גיטה וקדושיה ולא פירש רבי יוסי אומר דיו והכי קיי"ל פ"ק דקדושין (ד"ו ע"א) והכא שעמדו שניהם תחת החופה במזמוטי חתן וכלה עדיף מהיה מדבר עם האשה כו'. ואם משום דהכא גם נתינה ליכא כי אביו נתן כיון שכבר נתבאר דכאן חשיב מעשה א"כ לא גרע מדין אמר לה טלי קידושיך מע"ג קרקע דלפ"ד רוב הפוסקים חשיב קדושין עיין תשובת מהריב"ל ח"ב סי' ל"ג ואע"פ שיש חולקים העיקר כהאומרים דהוי קדושין א"כ אף את"ל דאין שליחות לחרש בקדושין ואין אביו נעשה לו שליח כיון שהחרש עשה מעשה לקדשה והטבעת היה תחלה בידו ועמד עמה תחת החופה לקדשה אלא שאח"כ צוה המסדר שאביו יקח מידו הטבעת ויתן לה ויאמר הרי את מקודשת לבני כו' א"כ אף אם נתפוס שאין אביו נעשה שלוחו פשיטא דלא גרע מטלי קידושיך מע"ג קרקע וחשיב קדושין ועיין במעילה פרק השליח דכ"א סע"א ובתוספות ד"ה נתנו במ"ש לכן נראה דהכא מיירי כו' ע"ש וגבי קדושין דטלי מע"ג קרקע מהני יש לדמות להדין דהתם דאע"ג דחש"ו אין נעשי' שלוחים מהני שם יעו"ש וה"נ כאן כיון שניתן לה הטבעת בפניו מהני מכל הלין נלע"ד פשוט שזקוקה גמורה היא עד שתחלוץ ואף אם מהיבם קטן. דמשום עיגון אין להקל:

קיצור. ועוד דלא גרע מדין טלי קידושיך מע"ג קרקע שלפ"ד רוב הפוסקים חשיב קדושין:

ד וכ"ז כתבתי אף גם לפי תשובת רומע"ל אמנם לפי מה שכ' לי מזה בשם צורב אחד מלמד שהבעל אינו חרש גמור כ"א שומע גם בלשון עלגים דבר אך לא ככל אדם ויודע להשיב בלעג לשונו. ומעשה הקדושין כך היה כל היום קודם החופה למדו את הבעל לומר בעצמו הרי את מקודשת וכאשר שמע הרב דפה שאינו מדבר בלשון בני אדם צוה הרב שיקח אביו מידי הבעל את הטבעת ואמר הרי את מקודשת לבני והבעל שמע

והבין כל הענין כאשר הוא פקח עכ"ל א"כ לדבריו ה"ל קדושין גמורים דאורייתא שהרי הפר"ח בסי' קכ"א ס"ק י"ו וז"ל ומסתברא נמי דאף שאינו שומע כשמדברים עמו בקול רם זולת ע"י מין חצוצרות וכיוצא דלא מקרי חרש עכ"ל גם החלוץ כתב שהוא בשנת הי"ב ולא קטן ממש. אך גם לפמ"ש הרב המופלג מוהר"ר אברהם הכהן נ"י ג"כ פשוט לפע"ד שצריכה חליצה בלי שום ספק:

קיצור. אם שומע כשמדברים עמו ע"י חצוצרות לא מיקרי חרש וא"כ הכא אינו חרש כלל:

סימן קיט

תוכן השאלה בענין שעשו מרמה וקראו נערה א' לבית על טייא ושם קידשוה במרמה. והעד הוא מפורסם לרשע וגם חתם א"ע על עדות הקדושין בשקר שהוא נקרא אברהם מרדכי וחתם א"ע אברהם ישעיה. ומעשה הקדושין הוא ממש כאשר יקום איש על רעהו לסבב עליה קדושין שלא מדעתה ורצונה אם מקבלין עדות על אברהם מרדכי הנ"ל לפוסלו מעדות אף שלא בפניו כי לקבל בפניו אי אפשר ותוכן התשובה דלקבל פיסול עדים שלא בפניהם ה"ל פלוגתא דרבוותא אכן בנד"ז יש טעמים להכריע כדעת הפוסקים דמהני הקבלה שלא בפניו:

פ"ב דכתובות (דף י"ט ע"ב) ת"ר שנים חתומים עהש"ט ומתו ובאו שנים כו':

הריב"ש ססי' רס"ו בד"ה עוד יש טעם אחר לבטל הקדושין הנזכרים והוא דהעדים יכולים להעיד על פיסול עדים לפסלן ולבטל עדותן ע"י פסול הגוף אפילו שלא בפניהם כמ"ש הרמב"ן שפירש פסולי עדות היו מחמת קורבה דאי משחקי בקוביא כפרש"י י"ל לא הוה אמרינן תרי ותרי נינהו דאטו לא מצי למיפסלינהו בגזלנותא כו' משמע דכשהן חיים דומיא דמתו דהיינו שלא בפניהם מצי למיפסלינהו עכ"ל וכ"מ בתוספות שם ד"ה ואם לא שאומרים שעדיין הם פסולים דא"כ אמאי אין נאמנין וקאי על מתו הרי אף שאינן לפניהם נאמנים לפוסלן וכ"ש חיים דומיא דמתים דהיינו שאינן לפניהם כמ"ש הרמב"ן דזהו כש"כ ועיין בשט"מ דף י"ט סע"ב ד"ה ובאו שנים מן השוק וכן מבואר בש"ע ח"מ סי' מ"ו סל"ז אבל אם העדים עדיין חיים כו' וכן הכריע הש"ך שם ס"ק ק"ב וגם היש חולקים ומכשירים השטר והוא הרא"ש פ"ב דכתובות שם סי' י"ג שחלק על השטר הוא מטעם אחר הביאו הסמ"ע וכ"מ עוד בש"ך ססי' ל"ח בד"ה כתב הריב"ש סי' רס"ו וע"ש ס"ל גבי הזמה שלא בפניהם אין העדים נפסלים ובמעידין עליהם שהם גזלנים נפסלים ועי' באו"ת סי' ל"ח דף פ"ד עמוד שני ד"ה ודע נראה מסכים להש"ך וכן בסי' מ"ו סל"ז

באורים סי' קי"ז וע"ש בנתי"מ וכ"מ בתשו' מהרי"ט חאה"ע ססי' ל"ז דלפסול העדים נאמנין שלא בפניהם ומש"ש דספיקא הויא י"ל לענין הזמה שלא בפניהם ובתשובת נ"ב חאה"ע סי' ע"ב גבי ובענין היתר החמישי הביא מ"ש הב"י באה"ע סי' מ"ב בד"ה מצאתי כתוב שאחד קידש בפסולי עדות אם לא נתקבלה עדות פסולם בפניהם עדות הפסולים בטלה (ר"ל עדות הפוסלים אותם היא בטלה) ומי שהורה להתירה אם לא ידע שלא נתקבל עדות פיסולם בפניהם ראוי לנדותו וכו' עכ"ל. ובכנה"ג שם אות קע"ח הביא הרבה פוסקים דס"ל כן והרבה שחולקים ע"ז וס"ל כהריב"ש מהרלנ"ח בתשו' סי' קל"א מבואר דחולק על הריב"ש גבי הזמה ולא כשמעידים לפסול אותן בגזלנותא ע"ש דף רכ"ט ע"ג וע"ד שמחלק בין לפסול עה"ח על השטר יש מקום לומר כהריב"ש דא"צ בפניהם משא"כ בעדות שנתקבלה בע"פ בב"ד י"ל שלפסול העדים צריך שיעידו בפניהם וכ"כ בנתי"מ סי' מ"ו סל"ז ס"ק כ"ב בשם מהרלב"ח דאין העדים נפסלים שלא. בפניהם ושכ"כ הש"ך שם ס"ק ק"ב לפ"ד הרא"ש גם התומים סימן ל"ח קודם ד"ה ודע דאף כתב ומהרלב"ח באמת תמה אף לענין גזל למה יקבלו העדות שלא בפניהם עכ"ל ומדברי מהריב"ל ח"ד סי' ב' נראה דס"ל דדין זה הוי ספיקא דדינא ועיין בהג"א פ"ב דכתובות בסי' ט"ו פסק ראבי"ה כו' וריב"א הוכיח כו' דהכחשה לא הוי חוב העדים כלל כו' ועיין מזה בתשו' מיימוני דשייכי להל' עדות סי' ו' א"כ לפ"ז לפוסלן בגזלנותא דהוי חוב העדים י"ל דלא מהני להריב"א וגם קשה אראבי"ה דא"כ אמאי הוה רק הכחשה דמשמע דין תרי ותרי הרי הם פוסלין אותן וצ"ל משום מ"מ גבי הזמה שלא בפניהם עיקר עדותן על הממון. משא"כ כשפוסלין את העדות בגזלנותא עיקר עדותן על העדים נפסל השטר לגמרי אבל גבי הזמה שלא בפניהם הוי רק כתרי ותרי וכ"מ בהרמב"ם פי"ח מהל' עדות ודלא כהנתי"מ סי' מ"ו ס"ק כ"ב דכתב בהזמה שלא בפניהם לכ"ע בטל השטר דלא עיין בתשו' מהרלב"ח סי' קל"א ותשו' מהרי"ט דלעיל ועיין בתשו' רמ"א סי' י"ב במ"ש דהא אמרינן פ"ב דכתובות שנים החתומים על השטר כו' ה"נ אע"ג דלא נפסלו בהעדאת עדים אלו עליהם שלא בפניהם כו' זהו נגד התוס' והרמב"ן כנ"ל וכדעת הפוסקים החולקים עליהם. ועיין ב"י בח"מ סי' ל"ד מחודש ג' ותשו' מ"ב סי' נ"א:

ובנד"ז עי' בכנה"ג באה"ע סי' מ"ב בהגב"י אות קע"ט אם היה מוחזק ומפורסם לרשע א"צ לקבלת עדות שמפני חזקתו פוסלים אותו הר"ם אלבילה בתשו' כ"י וכ"כ הרמ"א בתשו' סי' י"ב עכ"ל והנה הרמ"א שם נסתייע ע"ז מפסקי מהרא"י סי' רכ"ד אם הוא מן הריקים הפוחזים כו' וגם לא גרע מהא דכל שאינו במקרא ובמשנה ובדרך ארץ עכת"ד ועיין בש"ע אה"ע סי' י"ז ס"ו בהג"ה. עוד העיר הרמ"א שם מהא דסוקלין על החזקות

ויש להעיר ג"כ מהא דהוחזק מסור ג"פ ומהא דעבירות מחזיקות פ"ט דסנהדרין (דפ"א ע"ב). הרי ע"י שהוחזק רשע מכניסין אותו לכיפה מכ"ש לענין לפוסלו לעדות מכ"ש לעדות אשה אפילו לעיולי בקל יותר לפוסלו עיין טור ח"מ סי' ל"ד ובתשו' מהרמ"ל סי' פ"א. מכ"ש שכאן בחתימתו על העדות חתם א"ע שקר בשמו שנקרא אברהם מרדכי וחתם א"ע אברהם ישעי' דכיון ששיקר איך נסמוך על עדותו הגם שהשקר אינו בגוף העדות מ"מ שקר הוא והר"ן בתשו' סי' מ"ז לא הקיל רק משום שהיה אומר שישנה שמו ובב"י ח"מ סי' כ"ח סי"ח בד"ה מצאתי אבל בדבר ברור שאין בו חשש א"כ לפ"ז גם כאן י"ל כיון שמפורסם לרשע ה"ל כדבר ברור ולכן מקבלים עדות להציל המתקדשת ע"י שיפסול מעדות אף שלא בפניו וע"ש בכנה"ג בהגהב"י אות נ"ד עדים שנתקדשה פלונית לפלוני דבר ברור מיקרי עכ"ל לפ"ז כש"כ כהנ"ל וע"ש בכנה"ג אות נ"ב ועוד בב"י שם סעיף ך' דהא מדרבנן היא כו' (ועיין בהרד"ך בית כ"ב חדר ב' ס"ל ג"כ דמדרבנן הוא) והם אמרו דהיכא דאיכא אונס מקבלין כו' ע"ש וא"כ כש"כ כשהענין מפורסם כן. וכ"נ מדברי מהרא"י בפסקיו סי' קע"ה שהביא הרמ"א בד"מ שם סק"ט שמקילינן בדבר היכא דאיכא צד וטעם ובסי' ק"י בב"י ססעי' ט"ו וכתב בעה"ת בשער י"ד ח"א אם גזל אביו כו' דקיי"ל כרבנן כו' דבגזילה מקבלין עדים שלא בפני בע"ד עכ"ל וכ"פ בש"ע סי' שס"א ס"ז וא"כ ה"נ מעשיו של עד זה ה"ל כמו גזילה כאשר יקום איש על רעהו ורצחו לסבב עליה קדושין שלא מדעתה ורצונה ע"כ י"ל מקבלין עדות עליו לפוסלו אף שלא בפניו:

סימן קכ

נידון קדושין שקידש אחד בפני שני עדים קרובים זה לזה היינו אב ובנו וגם היא מיד ששמעה שאומר לשון קדושין השליכתם לפניו ונתנה עליו בקולה איש רע ובליעל כו' כמו שמבואר לקמן בסמוך:

הנה גם לדברי המקדש אין שום חשש קדושין משני טעמים האחד מטעם שזרקה תומ"י וצווחה והנה לדבריו ביקשה היא ממנו מקודם להלוות לה איזה מטבע כסף ונתן לה רבע כסף ואמר לה בשעת נתינה דוא זאלשט צוא מיר מקודש ווערין והיא תיכף כשמעה זה השליכה מידה בכעס לארץ ואמרה דוא פאדלעץ דעם אנדער מאל זאלשט דאש ניט טאן וועשט אבייזין סוף האבין האב איך אויף גיהייבין דעם רבע כ' אונ בין אוועק גיגאנגען עכ"ל והנה הגם ששמעתי ממע"ל שמה שביקשה להלוות היה זמן רב קודם. מ"מ כיון תיכף ששמעה לשון קדושין זרקה המטבע למאי ניחוש לה היינו הא דת"ר בקדושין (ח' ע"ב) התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו כו' אינה מקודשת ומשמע התם

דאפילו זרקתו בשתיקה אינה מקודשת כמש"ש סברה איבדקיה כו' ואילו אמרה בפי' איני רוצה לא שייך לומר כן וכ"מ בכל הפוסקים ובפרט בב"ש סי' ל' ס"ק י"ב בשם הב"ח ע"ש והב"ח שבב"ש שהחמיר שם בזרקה בתוך חצירה היינו חצירה דוקא משא"כ בנ"ד החצר של אביה (והקדושין ודאי אינם שייכים לאביה דמסתמא ודאי כבר בגרה) ומיהו בספר המקנה שם כתב דה"ה אם זרקתו למקום שיכולה לשומרו כיון דמתקדשת בכה"ג כמ"ש בסימן ל' ס"ה י"ל דה"נ מקודשת וע"ש בסעיף ה' דאפילו בחצר שאינה של שניהם מקודשת כשיכולה לשומרו א"כ לכאורה אין הזריקה מצד עצמה מועלת בנ"ד דאולי היתה יכולה לשומרו מיהו בתשו' מיי' דשייכי להל' אישות רסי' א' מבואר דעכ"פ בחצר שאינה של שניהם אין לחוש בזריקה יעו"ש (וסהמ"ק הביאו ותירוצו צ"ע דהא יכולה לשומרו מהני נמי בחצר שאינה של שניהם כנ"ל). וגם המעיין בב"ח סי' מ"ב ס"ב יראה דלא כ' דינו רק דהו"א לחוש כן ולא החליט זה כלל וכ"מ ממש"ש אח"כ והמעיין כו'. אך בנ"ד שאמרה בפי' דוא פאדלעק כו' ודאי אין כאן חשש כלל וזהו כנדון שנשאל הרא"ש בתשוב' הובאה בטור רסי' מ"ב שהשיב שאין כאן בית מיחוש כלל והב"ח שם הקשה מאי קמ"ל הטור דפשיטא ופשיטא הוא וע"ז תירץ דאפילו האשה עומדת בחצירה כו' ומה שיש מקום עיון בברייתא הנ"ל עמדו בזה האחרונים דהנה פשטא דברייי' משמע שהציע דבריו ואמר לה התקדשי לי במנה ואח"כ נטלתו וזרקתו כו' וא"כ מאי מהני הזריקה הא קיי"ל דבקדושין לא אמרינן תכ"ד כד"ד א"כ אמאי לא נחוש כיון שנטלתה מדעתה שמא בתחלה נתרצית ואח"כ חזרה בה כו' ולמה פשיטא ליה להש"ס כיון דשדיתינהו קמי' לא הוו קדושין וסהמ"ק תי' דהכא שאני דמוכחא מילתא דלא קיבלה בתחלה לשם קדושין אלא לזריקה וצ"ע עכ"ל ואע"פ שהניח בצ"ע נ"ל שתי' זה עיקר וראיה לדבר בתוס' ב"ק דע"ג ב' ד"ה ונמלך דלמאי דהוי ס"ל דר' יוסי ס"ל תכ"ד לאו כד"ד עכ"ז לענין לפרש דבריו מהני תכ"ד והכא הוי כמפרש וגם מוכח כן דלזה נתכוונה ואף שבתוס' שם ד"ה תרי מבואר דלמסקנא דבתוך כד"ד גדול אין מועיל אפי' לפרש ובתכ"ד קטן דנאמן לפרש י"ל משום דיכול גם לחזור וא"כ בקדושין דתכ"ד קטן נמי לאו כד"ד י"ל דאינו נאמן גם לפרש דבריו וכ"מ בש"ע סי' ל"ז סט"ז בהג"ה והוא בב"י בשם המרדכי וא"כ הדרה קושיא לדוכתה אמאי לא נחוש שמא בתחלה כשנטלתה נתרצתה כו' אמנם הב"ח רסי' ל"ח כתב דלהרמב"ם נאמן תכ"ד לפרש דבריו ובאמת מוכרח הוא ברמב"ם פט"ו מהל' מעשה הקרבנות כמ"ש במ"א מיהו א"כ ק' לפ"ד התוס' וש"ע סי' ל"ז סט"ז הנ"ל דאינו נאמן כלל לפרש וכ"כ הט"ז שם ס"ק י"ט לכן לכאורה י"ל כמ"ש הב"י רסי' ל"ח כיון דדברים אחדים הם בלי הפסק עדיף מתכ"ד ומהני אפילו בקדושין והיינו

דמהני לומר שלכן נתכוין מתחלה ואין כאן חזרה כלל וגם לא פירוש כ"א שלזה נתכוין מתחלה ובספר המקנה סי' ל"ח סעי' ב' הביא ראיה לזה מרי"ו שבב"ש סי' ל"א סקי"ג והב"ח הקשה אהב"י דא"כ במגדף נמי נימא הכי ולק"מ דהתם חזרה הוא ולא מהני מה שדברים אחדים מאחר שמ"מ חזרה הוא וחזרה לא מהני אבל בקדושין כיון דדברים אחדים הם נראה לעין שכן היה כוונתו בתחלה ואין כאן חזרה אלא שלכן נתכוין מתחלה והשתא א"ש ברייתא דנטלתו וזרקתו כו' דעדיף מתכ"ד כי הנטילה והזריקה הם בלי הפסק א"כ נ' לכל שנטלתו ע"ד לזרוק והיינו כמ"ש סהמ"ק דמוכחא מילתא כו' כנ"ל לכן אין חוששין שמא הוה חזרה ויש ראיה לזה והוא מה שהעיר המל"מ פט"ו מהל' מעשה הקרבנות מהסוגיא פ"ט דב"ב דקמ"ח ע"ב שכ"מ שחילק מכל נכסיו אם כמחלק כו' אם כנמלך כו' וכתב המגיד פ"ח מהל' זכייה דין כ"א בשם רש"י אם כמחלק שאינו שותק בין דבור לדבור אם כנמלך ראשונה אמר זו לפלוני וחשב כמעט ואמר זו לפלוני כו' וכ"כ הנ"י שם אם כמחלק שאינו מפסיק בדבורו כו' אם כנמלך כלומר דנראה מדבורו דבשעה שציוה לתת לראשון לא היה בדעתו לצוות עוד כלום אלא שנמלך כו' וכ"כ הטור ח"מ סי' ר"ן סעיף י"ז אם לא הפסיק בין אחד לחבירו כו' הרי מזה מבואר דשייך הבנה שאנו מבינין אם מתחלה נתכוין לכך לחלק לכולם או לא אלא נמלך. והיינו אם לא הפסיק בדבורו נראה שלכן נתכוין מתחלה וא"כ ה"נ דכותה שכיון שנטלתו וזרקתו בלי שום הפסק כלל בין הנטילה לזריקה אנו סומכין לומר דלכך נתכוונה מתחלה והנה המל"מ פט"ו מהל' מעה"ק שם מפרש סוגיא זו דאפילו תוך כדי דבור חשוב נמלך כל ששהה בין זה לזה אמנם בהג"א בב"ב שם כתב וז"ל פי' אם שהה בין אחד לאחד יותר מכדי דבור רק שלא יהא נראה כממתין וחושב מה לעשות במותר קנו כולן עכ"ל ולכאורה זה קאי אריש דכה"ג הוי כמחלק אע"ג דשהה מאחר שאינו כממתין וחושב וקצת משמע כן בפי' רשב"ם שלא התנה גבי אם כמחלק שאינו שותק ומפסיק בנתיים כו' כמו שהתנו הה"מ והנ"י והטור וצ"ע והנה לא מיבעיא לפי' המל"מ זהו ראיה גמורה לכאן דאפי' לגבי תכ"ד יש חילוק אם נראה שלכן נתכוין מתחלה או לא. אך אפי' לפי' הג"א מא"ז מ"מ ג"כ מובן משם דיש הפרש בין שנראה שלכך נתכוין מתחלה או לא ומינה ג"כ לנד"ז אפילו תכ"ד הגם שתכ"ד לאו כד"ד היינו בחזרה אבל כל שנראה שלכן נתכוין מתחלה מהני ואפילו התוס' דב"ק י"ל דלא פליגי רק כשיש הפסק בינתיים רק דאע"פ שההפסק מועט תכ"ד דשאילת תלמיד לרב אבל כל שהוא בלי הפסק כלל ונראה ממש שלכן נתכוין מתחלה גם הם מודים ע"ז. ועי' בתשובת ח"צ סי' קט"ו ג"כ כתב בישוב הברייתא הנ"ל דנטלתו וזרקתו וז"ל היינו בזרקתן תוך כדי דבור ואף דאמרינן בב"ב פי"נ

תכ"ד כדבור דמי בר מקדושין היינו לאחר שכבר נגמרו הקדושין בודאי כגון שאמרה הן או שאמרה לו בוא וקדשני ונתן לה קדושיה אינה יכולה לחזור אפילו תכ"ד אבל בלא אמרה ולא מידי אלא הוא אמר ונתן לה קדושיה והיא נטלתן וזרקתן לים או בפניו מעולם לא נתרצית בקדושין כלל כיון שזרקתן ודוקא שזרקתן תיכף תכ"ד עכ"ל ודבריו קרובים לדברי הט"ז סי' ל"ז ס"ק י"ט שחילק ג"כ בין אם סיים דבורו תחלה אלא שלאח"כ בא לפרש דבזה לא מהני אפילו תכ"ד וכ"ש אם בא לסתור דבריו הראשונים דלא מהני ובין אם בדבורו הראשון אין כאן סיום עדיין ע"כ מהני אם הסיום הוא תוך כדי דבור ע"ש ועי' בב"ש סי' ל"ז סעי' כ"א ס"ק מ"ד. ולכאורה יש נפקותא בין פי' הח"צ ובין מ"ש לעיל דלהח"צ משמע אף שהיה הפסק מועט בין הנטילה לזריקה רק שהיה ההפסק מועט מאד עד שהזריקה היה תוך כדי דבור לנטילה מהני אמנם לפמ"ש בשם הב"י סי' ל"ח ורבינו ירוחם שבב"ש סי' ל"א ס"ק י"ג י"ל דלא מהני אא"כ לא היה שום הפסק כלל בין הנטילה להזריקה שאז נראה בעליל שנטלתו רק כדי לזרוק ובתשובת אבי הש"ך בסוף ספר גבורות אנשים משמע ס"ל כשתוך כ"ד לנטילה זרקתו סגי ועיין בתשובת מהר"ם לובלין ססי' קל"ט ג"כ מענין זה. וצ"ע:

ולשון הרא"ש בתשו' כלל ל"ה סי' יו"ד וזרקתן לאלתר מידה כו' ולשון הריב"ש סי' ק"ע ומיד ששמע האב דבורו נער בגדיו כו' וכן לשון התשב"ץ ח"א סי' כ"ג וכששמע ראובן הדבר הזה מיד השליך הטבעת ובנדון דידן כיון שתיכף ששמעה שמזכיר לשון קדושין זרקה הרבע כסף מידה משמע שהיה בלי שום הפסק בינתיים ודאי אין לחוש כלל ואפילו אמר תחלה דבריו ונטלתו וזרקתו מיד אין כאן חשש כנ"ל. מכ"ש שגם הוא אומר שלא אמר דבריו רק בשעת נתינה והיא תיכף השליכה כו' דא"כ בכה"ג י"ל שאין שייך כלל הקושיא הנ"ל שבקדושין לא אמרינן תכ"ד כדבור דמי שזה אינו שייך אא"כ נטלתו אחר ששמעה לשון קדושין. משא"כ כשלא אמר לה רק בשעת נתינה א"כ הוצרכה לגמור הקבלה כדי לזרוק ולהראות שאינה חפיצה בשום אופן בהקדושין. ובהריב"ש סי' ק"ע סד"ה עוד יש טעם אחר משמע קצת שמפרש הברייתא דנטלתו וזרקתו בכה"ג שהרי כ' ועוד שאפילו אמר לה בשעת נתינה כו' והיא לקחה אותה בידה והשליכתו לפניו לארץ כו' דגרסינן בפ"ק ת"ר כו' עכ"ל ויש להסתפק בדשדיך תחלה ואח"כ אמר התקדשי כו' ונטלתו וזרקתו כו' אי חיישינן לקדושין או לא ואין להוכיח מהחמיר ממ"ש בתשובת מיימוני לאסור משום דשמעו העדים דאיהי אמרה לו מעיקרא פלוני בוא וקדשני דלא דמי כלל דזה עדיף טובא משדיך. וע"ש שגם הוא אמר בשעת קדושין פלונית ביקשה ממני לקדשה וכן אעשה ושתקה. דכל זה עדיף טובא משדיך אלא דשם אוסר מהר"מ

אפילו לא נטלתו כלל רק שזרקו לתוך חיקה כו' ותומ"י נענעה בגדיה מיהו כאן א"צ לחקירה זו אף ששמעתי שהמקדש אומר שהיה כעין שדיך מ"מ הרי שמעתי ג"כ שהיא מכחשת בזה וא"כ כיון דליכא עדים דשדיך אין כאן בית מיחוש וכדמשמע מתשובת מיי' הנ"ל דשמעו העדים כו' כ"ש שקרוב שגם המקדש אינו אומר שהיתה מרוצה ממש להתקדש לו ושדיך לא נקרא אא"כ נתרצית כו' מיהו אף אם אומר שנתרצית אין כאן בית מיחוש אם אין עדים ע"ז זאת היא טענה א' מספקת שאין ממש בהקדושין אף גם לדבריו שאומר שאמר לה בשעת נתינה התקדשי כו' הטענה השנית הוא שהרי קדש בפני אב ובנו שהם פסולי עדות דאורייתא וזימנם להעיד שהרי אמר להם איך דארף אייך כו' וגם עכ"פ העידו בב"ד וקיי"ל שאם נמצא בין העדים קרוב או פסול עדותן בטלה ופי' בטילה היינו שאינן אפילו כעד א' כשר ואינו זוקק אפילו לשבועה כמ"ש בחידושי הריטב"א פ"ק דמכות בשם הגאונים וכ"כ בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בח"מ ססי' ל"ו סעי' ה' אין משביעין כו' דודאי בטלה לגמרי כו'. ומ"ש התוס' פ"ק דמכות שם שבדיני ממונות אפי' בשנים שנמצא א' מהן קרוב או פסול השני אינו בטל לגמרי דמחייב שבועה פי' הריטב"א שם דהיינו לר' יוסי אבל לרע"ק ורבי דגמרי דיני ממונות מד"נ מה התם בד"נ עדות היחיד בטלה לגמרי אף בדיני ממונות בטילה לגמרי ואינו קם אפילו לשבועה עכ"ל וכ"כ בכנה"ג בהגהת הטור בח"מ סי' ל"ו אות א' ובתשובת מהר"מ פאדווה סי' ל"ז שלכן אפילו למ"ד המקדש בעד א' חוששין לקדושיו אין לחוש בכה"ג ומ"ש הב"ש סימן מ"ב סק"ח שלשטת הרא"ש שבטור ח"מ סי' ל"ו אע"ג דנתכוונו לשם עדות והעידו כבר כו' אבל כאן בעת הקדושין עדיין לא נתבטלו עדותן א"כ הקדושין היו קדושין כשרים עכ"ל. לפע"ד אינו מובן דהא כתב הסמ"ע סי' ל"ו ס"ק ז' וסי' מ"ה ס"ק ל"ד דשוב אין תיקון אפילו יחזרו ויעידו הכשרים לבדן בב"ד אחר והט"ז שם רסי' ל"ו הביא ראיה לזה מהמשנה פ"ק דמכות וא"כ הרי אין כאן שום עדות על הקדושין וגם פיסולן התחיל בשעת הראיה מעת שנתכוונו להעיד ונגמר כשהעידו בב"ד א"כ איך היו כשרים בשעת הקדושין ואם משום דאז בשעת הקדושין עדיין לא נגמר פיסולן עד שהעידו בב"ד מ"מ לאחר שהעידו בב"ד אפשר לומר שהעדות פסולה משעת ראיה וכ"מ בתוס' פ"ק דמכות (ד"ו) סד"ה אמר רבא במ"ש ואם כן עדותן התחיל מראייה שלהם וכו' ע"ש הרי אע"ג דבב"ד אינן מעידים בבת אחת עכ"ז אזלינן בתר שעת ראיית העדות שראו בבת אחת. ועיין מזה ג"כ בב"י בח"מ סי' ל"ו ססע"י א' דאפי' לפ"ד הרא"ש הדין כן וכן התוס' במכות שם ד"ה שמואל אומר קיימי בשטת הרא"ש ע"ש גבי לכן נראה לר"י כו' ואפילו אירע לאחר כדי דבור וכמו דהתם אזלינן בתר שעת ראייה להחשיבם כת עדות אחת כך י"ל

דכשהעידו בב"ד חשבינן להו עדות פסולה משעת ראייה כיון דאז ג"כ נתכוונו להעיד ועוד ראיה נגד דעת הב"ש מגוף דברי התוס' הנ"ל ד"ה שמואל אומר שכתבו קשה האיך מצינו ידינו ורגלינו כשנותנין גט שיש במעמד קרובים כו' ותירצו לכן נראה לר"י דגם לר' יוסי לא אמרו דעדותן בטילה אלא דוקא באותן שמעידים בב"ד אבל בשביל ראייה לחודא לא עכ"ל מבואר דלא מצאו טעם לקיים הגיטין רק משום שלא יבואו הקרובים להעיד בב"ד וכ"כ עוד בפרק יש נוחלין (דף קי"ג ע"א) סד"ה אבל בלילה אלא כשהעידו אח"כ בב"ד דאלת"ה אין לך גט כו' או קדושין כו' עד שיעידו בב"ד עכ"ל ע"ש משמע דעכ"פ אילו באו הקרובים והעידו בב"ד היו הקדושין בטלים וזה הפך דברי הב"ש שכתב דלהרא"ש וכ"ד התוס' אע"ג דהעידו בב"ד הוי קדושין כשרים כיון שבשעת הקדושין עדיין לא נתבטלו עדותן ומהתוס' הנ"ל מורה בהדיא להפך א"ו צ"ל דאע"ג שהתוס' והרא"ש ס"ל דאין העדות פסולה ע"י צירוף קרוב או פסול עד דאיכא תרתי לריעותא שנתכוונו להעיד ושהעידו בב"ד מ"מ עכ"פ בדאיכא הנך תר"ל בטלה עדותן מעיקרא ומש"ה לא מצאו טעם לקיים הקדושין והגיטין רק משום שהקרובים לא יבואו להעיד בב"ד שוב מצאתי בספר שער משפט על ש"ע ח"מ בסי' ל"ו סק"ד שהאריך ג"כ להוכיח דגם לשטת התוס' והרא"ש הצירוף הוא משעת ראיה אלא שהקפידה התורה שהקרוב יהא מקיים הדבר בב"ד. ולכן אפילו העיד הפסול בב"ד שלא בפני העדים הכשרים כלל בטלה כל העדות הכשרים ג"כ שראו יחד עם הפסול כו' דאלת"ה א"כ כשיעידו הכשרים שנית בב"ד לבדם בלי הפסולין יתכשר עדותן כו' דה"ל תחלתו וסופו בכשרות כו' ע"ש אלא דמ"מ ס"ל שטעם פיסולן דה"ל תחלתו בכשרות וסופו בפסלות. ודבריו אלה אינן מתקבלים דמאחר דעיקר הוא מה שנצטרפו יחד בשעת ראיה א"כ איך יקרא זה תחלתו בכשרות. הא אדרבה אפי' להתוס' ורא"ש זהו עיקר הפיסול וכמש"ש בעצמו דלא משוינן פלוגתא רחוקה בין התוס' והרא"ש להרמב"ם וכיון דלדעת הרמב"ם וסיעתו בכיון להעיד לחוד תליא הפיסול אף שלא העיד כלל בב"ד נתבטל כל העדות א"כ נהי דלשטת הרא"ש תרתי בעינן כיון לראות כדי להעיד ובא לב"ד והעיד מ"מ עכ"פ הא דכיון לראות גורם מחצה הפיסול עכ"פ או יותר שהרי העלה בעצמו דלא איכפת לן אף שבשעת עדותו לא נצטרף כלל עם העדים הכשרים א"כ עכצ"ל דהעיקר מעשה הפיסול הוא מה שכיון להעיד בשעת ראייה שאז נצטרפו יחד ונהי דעכ"ז אם לא העיד בב"ד לא נפסלו הכשרים ע"י הראי' לבדה עכ"ז אחר שהעיד בב"ד ונגמרו ב' תנאי הפיסול אז עכצ"ל דעי"ז נחשב ג"כ תחלתו בפיסול ואדרבה קרוב לומר שזהו עיקר מעשה הפיסול גם להתוס' והרא"ש אלא דתולה ג"כ בתנאי שיעיד ג"כ בב"ד ואם לא נתקיים התנאי ב' בהפיסול שלא העיד

בב"ד אז גם מעשה הפיסול מה שכיון לראות כדי להעיד אין בו כדי לפסול אבל כל שנתקיים התנאי והעיד בב"ד אז י"ל שנתקיים מעשה הפיסול מעיקרא משעה שכיון לראות כדי להעיד כו' מאחר דזהו לבד המצרפן להיות נחשב כת עדות אחת ותו דאפילו להב"ש דלהרא"ש ה"ל מקדש בעד א' מ"מ כיון דלהרבה פוסקים בח"מ סי' ל"ו הנ"ל גרע מעד א' כנ"ל וכ"פ הש"ך שם סק"ח א"כ אין לחוש כלל לקדושין דהא רוב הפוסקים ס"ל דהמקדש בעד א' אין חוששין לקדושין ונהי דאנן חוששין להחמיר לדעת הסמ"ג די להחמיר במקדש בעד א' משא"כ בנ"ד שלפ"ד הרבה פוסקים לא חשיב כלל אפי' מקדש בעד א' כ"ש שגם לדעת הרא"ש י"ל באמת ג"כ כן וכן מצאתי בספר עצי ארזים סי' מ"ב ס"ק י"א שהשיג על דברי הב"ש הנ"ל בפי' דעת הרא"ש ולכאורה יש לעיין דתנן פ"ט דסנהדרין (דף פ"א ע"ב) ההורג נפש שלא בעדים מכניסין אותו לכיפה וכתב הר"ן שם שזהו הלמ"מ ומוקי לה בגמרא בעדות מיוחדת כו' ויש לעיין איך הוא אם היו ג' עדים ונמצא אחד מהן קרוב או פסול דלכאורה מאחר דעדות אמת הוא רק דגזה"כ הוא דמה שנים כו' א"כ י"ל דג"כ הוי בכלל דין הנ"ל ועי' רש"י שם סד"ה בעדות מיוחדת אבל ע"פ עד אחד כו' משמע הא כנדון הנ"ל שיש שני עדים כשרים אף שנצטרף עמהם עוד עד ג' פסול מכניסין אותו לכיפה וא"כ כיון דבד"נ סמכינן ע"ז איך המקדש אשה בעדות כזה לא יחושו לקדושין ולכאורה מזה ראיה לרבני שפירא שבהגהת סמ"ק בסי' קפ"ב שפי' מהרמ"פ בתשו' סימן ל"ז דס"ל כו' ע"ש אך יש להשיב דאף את"ל דשם מכניסין אותו לכיפה עי"ז אין ללמוד מזה לקדושין להאומרים דאפילו לשבועה אין מחייבין עי"ז ועכצ"ל הטעם שם גבי כיפה כמ"ש הרמב"ם פ"ד מהלכות רוצח ה"ט שהוא משום גודל הרעה דשפיכות דמים שאני ע"ש באריכות ועוד י"ל דגם שם לא מכניסין אותו לכיפה עי"ז דהא בגמרא שם אוקמה רק בעדות מיוחדת או דאתכחש בבדיקות דעדות זה כשירה בדיני ממונות כדאיתא פ"ק דמכות (דף ו' ע"ב) ובסנהדרין (ד"ל סע"ב) וכיון דבד"מ כשרה לכן מכניסין אותו לכיפה משום גודל העון דשפיכות דמים משא"כ גבי נמצא אחד מהן קא"פ דפסולה אפילו בד"מ י"ל דאין מכניסין לכיפה ע"י עדות זה אמנם לר' יוסי דס"ל דבד"מ תתקיים העדות בשאר י"ל ודאי דמכניסין אותו לכיפה ע"י שני עדות כשרים הגם שהשלישי קרוב או פסול והא דלא אוקמוה כן בסנהדרין (דף פ"א ע"ב) י"ל דלא רצו להעמיד המשנה בפלוגתא דרבי ור' יוסי וכל זה הוא אפילו לדברי המקדש עצמו וכ"ש לדברי העדים אב ובנו שהמקדש תלה הקדושין בהם ה"ה ר' מרדכי ובנו ר' יצחק כמבואר בגב"ע שאמר שקרא אותם כו' והנה הם אומרים שמתחלה נתן לה מטבע כסף הנ"ל ואחר הנתינה תיכף אמר לה דוא זאלשט צוא מיר מקודש ווערין ותיכף

כששמעה זרקה בכעס ואמרה דוא פאדלעץ דוא אחברעש קיסלער וכו' כנז' לעיל בדברי המקדש ולדבריהם שאמירתו היה אחר הנתינה הנה א"כ אפי' לא היתה זורקת המטבע ולא היתה אומרת מאומה קיי"ל שתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא ואפילו תכ"ד למתן מעות לאו כלום הוא כמ"ש בד"מ סימן כ"ח והארכתי בזה בתשובה אחת אך שיש לחוש לחומרא משום שלא נתן לה בתורת פקדון רק בסתם ויש דיעות בזה באחרונים מ"מ בקדושי עד אחד אין להחמיר בזה וכ"ש דבנ"ד זרקה תומ"י הקדושין ודין זה דומה ממש לתשובת ריב"ש סי' ק"ע שכתב שם שאין ממש בהקדושין ואמנם ענין ההיתר דזרקתו היינו דוקא בזרקה תכ"ד לסוף דברי המקדש כמ"ש בתשו' אבי הש"ך סוף ספר גבורת אנשים. וההיתר דשתיקה לאחר מ"מ היינו עכ"פ כשאמירתו היה אחר סילוק ידו מהמטבע אך בנ"ד שאמר המקדש והעדים תיכף כששמעה זרקה משמע דהיינו תכ"ד ומצינו בהריב"ש סי' ק"ע שהתיר מטעם שניער בגדיו תיכף כו' משמע דסמך דתיכף היינו תכ"ד ויש להסתפק מאימתי מונין התכ"ד אם מתיבת מקודשת שאמר המקדש או מגמר דבריו דהיינו תיבת וועריו דלכאורה גם אם לא אמר תיבת וועריו היה מספיק הלשון על קדושין א"כ אף שליפוי הלשון ולביאור הענין צריך היה לומר תיבת וועריו י"ל דמונין התכ"ד ממקודשת ונראה דמונין מגמר דבריו ממש:

דכיון שתיבת וועריו צריך היה לומר ליפוי הלשון וביאור הענין הכל דיבור א' הוא והכי משמע בשבועות (דף ל"ב ע"א) תכ"ד של חבירו ופרש"י כשגמר זה כו' והתם נמי תיבות ל"ך עדו"ת אינן מעכבין דכשאמר שבועה שאין אנו יודעין הוי כפירה ומה שסיים לך עדות היינו ביאור הענין ואעפ"כ משמע דמונין התכ"ד אחר לך עדות. ועי' מכות (ד"ו ע"א) ועי' רמב"ם ספ"ב מהל' שבועות. דגם להראב"ד שם הדין דנ"ד אמת כיון דמישך שייכי אהדדי הדיבורים והכל גמר דיבור א' ועוד ראי' ממ"ש התוס' בכתובות (דף ל"ג ע"א) ד"ה ונתרי בהו תכ"ד דכ"ז שעסוקי' באותו דבר חשיב הכל תכ"ד. וא"כ כ"ש בנ"ד. ובענין שתיקה דלאחר מ"מ כתב מהרי"ט חאה"ע סי' ל"ח ונראה שאפשר לתרץ דבריו ולומר שהאמירה היתה בין נתינתו לנטילתה שעדיין היו שניהם אדוקים בו כו' לא מקרי שתיקה דלאחר מ"מ כו' ובכך אין דברי העדים מכחישים זא"ז כו' יעו"ש א"כ אף אנו נאמר כדי לתרץ דברי המקדש (שאמר לפני' הב"ד שאמר לה בשעת נתינה) עם העדים (שאמרו בב"ד שאחר הנתינה אמר לה) שהאמירה היה בין נתינתו לנטילתה כו' מיהו ז"א כיון דבגב"ע מבואר שהעדים אמרו ותיכף אחר הנתינה בבירור דוקא אמר זאלשט כו' א"כ אין לבדות חששות מלבינו כדי לתרץ דברי המקדש. מה גם ששמעתי ממע"ל שדברי המקדש שנז' בשעת נתינה לא נכתב בדקדוק שגם הוא אמר אחר נתינה וא"כ

ה"ל שתיקה לאחר מ"מ וכ"ש שאין כאן שתיקה אלא זריקה וצווחה רבה. ואף שהעדים הם קרובים ואין להאמינם. מ"מ מאחר] שתלה הקדושין בהם א"כ מפיהם אנו חיים ולכן מאחר שלדבריהם אין שום ממש בהקדושין למאי נחוש לה. ועי' בטור אה"ע סי' מ"ו בשם הרמ"ה כגון אותם שתלה בהם הקדושין כו' ומה"ט אין לחוש שמא היו עוד עדים אחרים שהרי המקדש תלה רק באלו גם לא היה שום קול שהיו עדות אחרים גם אין לחוש משום די"א דלא מבטלינן קלא דבנ"ד לא היה קלא שהקול צ"ל שנתקדשה בפני שנים עכ"פ ובנ"ד היה הקול שנתקדשה בפני אב ובנו גם הוא קול ושוברו עמו כמ"ש בתשובת הרא"ש כלל ל"ה סי' י' הובא בב"י ססי' מ"ו ודומה למ"ש הריב"ש ססי' ק"ע ועי' במ"ב סי' י"ו ופ"ח מכל הלין נראה פשוט שאין שום חשש כלל בקדושין אלו והיא פנויה גמורה ומותרת לכל אדם:

סימן קכא

זה דבר השאלה ע"פ גב"ע מב"ד הבאים עה"ח ח"מ במותב תלתא כחדא הוינא בא אלינו מוה' יקותיאל ויצעק צעקה גדולה על הנעשה לו מנער שמו יעקב עריץ ופריץ בן בליעל ועז פנים אבי הנער וזקנו המירו דת מכבר והוא גם הוא נקל לו להמיר וזה הנער קידש את בת ר' יקותיאל הנ"ל בחתיכה מאטעריי' של חצי משי והקדושין היה שלא מדעת ורצון בתו וחקרנו אחר עדים ובא לפנינו זקן אחד ושמו ר' מנחם נחום והגיד לפנינו זאת הייתי בחדר שבחצר ואשמע קול מדבר הרי את מקודשת לי בזה אט מיט דעם זיי"ד ויצעק נכדי לאמר קידש יעקב את רבקה קול דברים אלו שמעתי ומאומה לא ראיתי ולי בת ושמה ג"כ רבקה ויאחזני רעדה כי דמיתי שקידש את בתי כי מעולם לא שמעתי עסוקים באותו ענין עם מוה' יקותיאל הנ"ל או עם בתו וארוץ החוצה והנה אין איש כי נס הנער יעקב הנ"ל והמאטעריי' מונחת על השלחן שבחצר ואשת ר' יקותיאל לשמע אוזן דאבה נפשה בשמעה בבירור כי את בתה קידש הנער הנ"ל ולהיותה בהולה מאוד ותחל להכות את בתה ותאמר מה זאת עשית ותען הבתולה ותאמר אמי אמי מדוע תכני מה עשית רע כי לא הבינה לשון הקדושין ולא הרגישה כלל לענין קדושין ולא ראתה שום עד בעולם. זה יוצא וזה בא נכדו של הזקן ר' נחום הנ"ל הבחור שמו אברהם ומכבר יצא עליו חשד בדבר ערוה שלא בעדים ואמר לפנינו הח"מ הבתולות ישבו בחצר ועסוקות במלאכתן אמר אלי הנער יעקב זה בלט הכנס נא להחדר שבחצר ומאחורי הכותל תביט ותראה אשר אעשה להבתולות ונכנסתי להחדר ולא ידעתי מה בדעתו לעשות ואביט מאחורי הכותל והנה הנער יעקב אוחז בידו חתיכת מאטעריי' ויגש אל הבתולות ויאמר

אליהם המעטעריי' זאת יאות לכם על לתפור כיסים הנקרא קעסינקעס וכאשר לקחה הבתולה רבקה בת ר' יקותיאל הנ"ל את המאטעריי' בידה ויצעק הנער יעקב הרי את מקודשת לי בזה אט מיט דעם זייד וכשמעי ואזעק בקול גדול קידש יעקב את רבקה והיה כהרימי קולי וינס הנער יעקב החוצה:

הנה בהגב"ע לא נזכר אם כששמעה הבתולה מאמר הנער יעקב הרי את מקודשת לי השליכה המאטעריי' מיד או לא דאם מיד השליכתו פשוט שאין כאן שום חשש קדושין וכמ"ש בתשובת הרא"ש שבטור סי' מ"ב ובתשובת מהר"מ שבמיי' המובא בב"י שם דע"כ לא החמיר שם מהר"מ אלא משום שנתרצית תחלה להתקדש לו כו' ע"ש משא"כ בנ"ד כנז' בהגב"ע שלא נשמע אפי' משידוכים כלל ביניהם א"כ פשיטא דבהשליכה מיד דלא הוו קדושין כדאיתא בקדושין (ד"ח ע"ב) נטלתו וזרקתו כו' ע"ש ואף גם בדינו של מהר"מ צ"ע לכאורה דהתם בברייתא הנ"ל איתא התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו כו' ופשט ל' זה מורה שאמר לה התקדשי קודם שנתן לה המנה ואח"כ נטלה ממנו המנה וזרקתו כו' ואמרינן דלא הוו קדושין ול"ח לומר שכשנטלתו מיד נתקדשה ואח"כ כשזרקתו רצונה לחזור ולא מהני והגם דלכאורה נ' שכ"ה דאם לא נתרצת תחלה למה נטלתו ואעפ"כ ל"ח להא כיון דמיד השליכתו מוכחא מילתא דלא חזרה בה אלא דרצתה להראות לו במעשה איך שאינה חפיצה בו. א"כ בנדון דמהר"מ נמי נימא הכי וצ"ל דשא"ה משום שנתרצתה בפי' ואמרה לו בא וקדשני כו' מיהו מש"ש וגם שוב כו' טעם זה אינו מספיק לפי' ברייתא הנ"ל מיהו אפשר דמהר"מ מפרש הברייתא בשלא אמר לה התקדשי קודם שנטלתו אלא אח"כ ומ"ש נטלתו וזרקתו כו' פי' שנטלה המנה שכבר בידה וזרקתו כו' אבל הנטילה מידו היה קודם ששמעה ממנו התקדשי כו' אבל אם אמר לה התקדשי לי במנה זו ואח"כ נטלה ממנו המנה וזרקתו י"ל דמקודשת מיד כשנטלה ממנו ושוב לא מהני הזריקה דדילמא מיהדר קא הדרה בה ולא מהני חזרתה אפילו תכ"ד דקיי"ל דבקדושין וגיטין ל"א דתכ"ד כד"ד כדאיתא בנדרים (דף פ"ז ע"א):

אך בתשובת הריב"ש סימן ק"ע פי' דברייתא הנ"ל מיירי דאמר לה התקדשי לי בשעת נתינה והיא לקחה אותו בידה והשליכתו כו' ולא ראיתי לא' מן המפרשים שעמד על חקירה זו בברייתא הנ"ל זולתי הגאון מוהר"פ ז"ל בס' המקנה שלו לשם ובקו"א סי' ל' סעיף זיין ד"ה נטלתו ומ"ש דמעשה מוציא מידי מעשה הוא צע"ג דלא א"ש לפמ"ש הר"ן בטעם דבגיטין וקדושין לא הוי תכ"ד כדיבור ע"ש ועי' בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' ג' דמדאורייתא הוא וגם מש"ש בענין משיכה דלא מהני חזרה תכ"ד הוא נגד דעת הרב"י בח"מ סי' קצ"ח שדחה דעת העיטור:

והעיקר כמש"ש הגאון המקנה בק"א ססי' ל' וז"ל וצ"ל דהכא שאני דמוכחא מלתא דלא קיבלה בתחלה לשם קדושין אלא לזריקה וצ"ע עכ"ל:

ב אבל הנלע"ד בישוב זה הוא כמ"ש הב"ח סי' ל"ח ססע"י ב' בישוב דעת הרמב"ם דאם מפרש דבריו שלכן נתכוין מתחלה ולא שחוזר בו מהני תכ"ד אף בגיטין וקדושין ואף שכתב כן מסברתו לבד מ"מ יש לזה ראיה ממשנה שלימה ומייתי לה בב"ק (דע"ג) ובזבחים (ד"ל) דר' יוסי אומר גבי תמורת עולה ותמורת שלמים שאם לכן נתכוין מתחלה דבריו קיימין והיינו עכצ"ל במקום דלא מהני חזרה דהיינו כדמוקי לה בב"ק שם תוך כדי שאילת שלום דתלמיד לרב ואפ"ה מהני אם מפרש שלכן נתכוין בתחלה וכ"כ שם להדיא התוס' והשט"מ וא"כ משם יש ללמוד לתכ"ד בקדושין וגיטין דאע"ג דלאו כד"ד היינו דלא מהני חזרה אבל אם מפרש שלכן נתכוין מתחלה נאמן תכ"ד ואע"ג שהתוס' שם כתבו דלמסקנא אין צריכין לחילוק זה מ"מ לדעת הרמב"ם פט"ו ממעשה הקרבנות עכצ"ל חילוק זה דהרמב"ם ס"ל דבהקדש ג"כ הדין כמו בקדושין וגיטין תכ"ד לאו כד"ד כמו שהאריך המל"מ שם ואעפ"כ נאמן לומר שלכן נתכוין מתחלה כו' ומהתם יש ללמוד לדין ברייתא דקדושין הנ"ל דהתם נמי כיון דאמר תמורה תמורה תרי זימני ולא אמר תמורת עולה ושלמים י"ל לכאורה דחזרה הוא אלא משום די"ל נמי דלאו חזרה הוא וקאמר הכי כו' כדאיתא בזבחים (ד"ל) הוא נאמן ה"נ גבי התקדשי לי במנה ואח"כ נטלתו וזרקתו הגם שי"ל לכאורה דהזריקה חזרה הוא דאל"כ למה נטלה מידו מ"מ כיון די"ל נמי שאינו חזרה ושנטלתו להראותו במעשה שאינו חפיצה בו ולהכעיסו היא נאמנת כשמפרשת כן ואף גם לדעת התוס' דב"ק הנ"ל י"ל דהכא נאמנת כיון שמיד השליכתו מוכחא קצת דאינו חזרה (ועי' במל"מ שם שדבריו קרובים למ"ש הרי"ו שבב"ש סי' ל"א סקי"ב) לכן נאמנת עכ"פ על פירושה כשאומרת שלכן נתכוונה מתחלה ולפ"ז צ"ע מ"ש בהגה"ה סימן ל"ז סט"ז ואפי' חזר תכ"ד ופי' בתך פ' אינו מועיל וצ"ל דהגה"ה הנ"ל ס"ל כהתוס' בב"ק הנ"ל ומשום דהיה שיהוי קצת עכ"פ משא"כ בברייתא הנ"ל הג"ה שוב מצאתי בח"ץ רסי' קט"ו שפלפל בברייתא הנ"ל ומ"ש משום שלא נגמרו הקדושין כו' יש לכוין למ"ש דהיינו משום דבכה"ג נאמנת לפרש דבריה משא"כ כשאמרה הן א"כ לא שייך אלא חזרה אבל אין לומר דכל שלא אמרה הן לא הוי גמר ואפי' חוזרת מהני דזה אינו דאם מקבלת ברצון באמת ה"ז גמר מיד ושוב לא מהני חזרה:

ומעתה בנ"ד אם מיד השליכה המאטעריי' אין לחוש להקדושין. וכ"ש לפי משמעות הגב"ע שאמר לה הרי את מקודשת אחר שכבר נטלה המאטעריי' מידו ובכה"ג לית דין ולית דיין דבהשליכתו מיד ששמעה הקדושין שאין לחוש לחשש קדושין כמ"ש מהר"מ

והרא"ש כנ"ל אמנם אף גם אם לא השליכה מיד אלא אחר כ"ד דבכה"ג י"ל דלא מהני ההשלכה וכמ"ש בתשובה שבסוף ספר גבורת אנשים מ"מ עדיין יש לבטל הקדושין מחמת שאמר לה הרי את מקודשת לי אחר שנתן בידה המאטעריי' וא"כ כיון דשתקה ה"ל שתיקותא דלאחר מתן מעות דלא מהני לפ"ד הרמב"ם וכתב הריב"ש סי' ק"ע שכ"ד האחרונים הובא בב"י סימן כ"ח. והגם כי הרי"ף והרא"ש חשו לה ומצריך גט מספק:

מ"מ כבר כ' מהרמ"פ בתשו' סי' כ"ד דלדידן הוי ספק ספיקא וגם נטה להקל די"ל דלא חשו הרי"ף והרא"ש אלא כעובדא דציפתא דמי לשדיך ובתשובת אבי הש"ך בס' ג"א הנ"ל שהחמיר בזה ביותר היינו כמ"ש בעצמו שלא היה תשובת מהרמ"פ בידו לכן השיא דעתו לדרך אחרת דבאומר תתקדש לי הרמב"ם נמי מודה וז"א כמבואר בתשו' הנ"ל שאמר הנני מקדש אותה באלה הרי הזכיר שהוא המקדש והיא המתקדשת והוי כהרי את מקודשת לי כמבואר מתוך תשובת ריב"ש סי' רס"ו שבב"י סימן כ"ז ועוד דהשאלה שבתשובת מהרמ"פ הנ"ל היא השאלה עצמה שבשארית יוסף סימן כ"ח ושם נזכר אתה מקודש לי כו' והש"י כתב שם שמהרמ"פ הסכים עמו והיינו התשובת מהרמ"פ סימן כ"ד שהקיל בזה וגם י"ל דנ"ד שלקחה מידו בסתמא דמי לפקדון דחייבת באחריות דבכה"ג הרי"ף והרא"ש נמי מודו ואף לד' אבי הש"ך שם דבנדון שלו ל"ד לפקדון היינו משום שהאשה אמרה לו תחלה תנה לי במתנה ונתן לה בסתם ואח"כ א"ל שתתקדש בזה ושתקה וס"ל דכה"ג לא נתחייבה בשמירתה שהרי נתן לה במתנה אי לא ניחא לה לשדיי' משא"כ בנ"ד שלא נזכר תחלה לשון מתנה ודאי י"ל דדמי לפקדון דהרי"ף וסיעתו נמי מודו דל"ח לקדושין אלו ועי' בתשובת הב"י סימן ב' שהקיל בזה ועי' בתשובת מהריב"ל ח"ב סימן ז' שדקדק מל' רי"ו להחמיר בזה מיהו בח"ג סימן כ' ובח"א סוף כלל ג' דנטה להקל ועי' בתשובת מהרי"ט חאה"ע סי' ג' שהקיל בזה ובמל"מ פ"ג מהל' אישות ה"ח השיגו (ואעפ"כ י"ל דלא השיגו רק דל"ד למתנה אבל י"ל דלא גרע מפקדון כו'). ועב"י בח"מ רסי' ע"ה מחודש א' דילמא במתנה כו' ועי' בחמ"ח סי' כ"ח ס"ק י"ג שעם היות שמהרמ"פ החמיר קצת לחוש לקלא עכ"פ להצריכה גט מ"מ הרמ"א והחמ"ח כתבו להקל בפשיטות בלי גט:

ד מיהו מה שצ"ע בזה הוא אם תכ"ד כשלקחה המאטעריי' א"ל הרי את מקודשת לי דבכה"ג י"ל דלא הוי שתיקותא דלאחר מתן מעות כיון שהוא תכ"ד למתן מעות. וראיתי בד"מ סי' כ"ח סק"ד כתב בשם תשובת ריב"ש סי' ק"ע דאפי' תכ"ד למתן מעות ל"א דכד"ד ולא מצאתי זה בתשובת ריב"ש סי' הנ"ל ועיין מזה בספר עצי ארזים סימן כ"ח ס"ד ס"ק ט"ז שהניח הדבר בצ"ע ונלע"ד דלדעת הרי"ף אפשר יש להחמיר (את"ל דלא

בעי' שדיך עיין לעיל) והיינו דכיון דתכ"ד כד"ד א"כ נתבטל ענין משיכתה בתורת פקדון ע"י אמירה זו ושוב אינה חייבת באחריותו וא"כ אי לא ניחא לה לשדיי' ומיהו לפ"ד העיטור דגבי משיכה ל"א תכ"ד כד"ד י"ל דלא נתבטל תורת פקדון עי"ז ועמש"ל סוף אות א' שהב"י פסק דלא כהעיטור אבל לפ"ד הרמב"ם שפסק כמ"ד אטו כולי נשי דינא גמירי כו' י"ל דאין לחלק דאע"ג שא"ל כן תכ"ד למתן מעות לאו כלום הוא ועוי"ל דגם להרי"ף אין לחלק והוא לפמ"ש הרשב"א והר"ן דבפקדון נמי אי שדיא לא מחייבי באחריות מדינא אלא ה"ק דסברה כיון דבפקדון אתא לידה לא נפיק מרשותה כו' אבל היכא דאתו לידה בתורת קדושין ס"ל שאין לך שום אשה שתחשוב שאם תשליכם תתחייב בהם והלכך אם לא ניחא לה תשדינהו ולפ"ז בנ"ד שלא באו לידה בתורת קדושין אלא שתכ"ד אמר לה התקדשי י"ל דלא שייך לומר שאין לך שום אשה שתחשוב כו' דלאו כ"ע ידעי בהא דתכ"ד כד"ד. וכיון דאף לדעת הרי"ף י"ל דאין להחמיר בזה א"כ נראה דלדידן יש להקל עכ"פ כיון דרוב הפוסקים ס"ל כהרמב"ם וכנ"ל בשם מהרמ"פ ועי' בתשובת מהריב"ל ח"ג ס"ב ובתשו' מהרי"ט חאה"ע סי' ל"ח דכשעדיין שניהם אדוקים בו לא מיקרי שתיקה דלאחר מתן מעות כו' משמע דאם כבר הוא בידה לבד אע"ג שהוא תכ"ד לנתינתו מקרי לאחר מתן מעות. ועי' בס' המקנה סי' כ"ט ס"ב ד"ה אמרה לו:

ה ואעפ"כ אין לסמוך על טעם זה לחוד להקל כי בתשו' מהריב"ל ח"ב סימן ז' העלה להחמיר בנתן לה תחלה בסתם. ומיהו בח"ג סימן כ' לא משמע כן וכ"ה בח"א סוף כלל ג' וכ"ה בתשובת מהרי"ט חאה"ע סימן מ"ג ד"ה ובעדות יהודה אבל בנ"ד איכא עוד טובא צדדים להקל והוא שהרי לפי הגב"ע אין כאן רק עד א' על הקדושין ודעת רוב הפוסקים דהמקדש בעד אחד אין חוששין לקדושין אפילו שניהם מודים ואף שיש מחמירים בזה ודעת רמ"א סי' מ"ב ס"ב דאין להקל אלא במקום עיגון ודוחק מ"מ בנ"ד דאיכא לצרף טעם הנ"ל משום דה"ל שתיקה דלאחר מתן מעות היה נראה להקל אף גם שלא במקום עיגון וכ"ש לפמ"ש במכתב מע"ל שיש חשש עיגון ועוד דבנ"ד הבתולה אומרת שלא הבינה לשון הקדושין וכתב הב"ח בתשוב' סימן צ"ז דכשאומרת שלא הבינה קרינן בה אינה מודה לדברי העד ואז אין חוששין לקדושין לכ"ע גבי עד אחד ולא אמרו הרא"ש והה"מ והר"ן דאינה נאמנת לומר שלא הבינה אלא במקדש בפני ב' עדים כו' ע"ש באריכות ולתשובה זו רמז ג"כ בחיבורו סימן מ"ב ססע"י ג' לענין אומרת שמשטה היתה בו כו' ואע"ג שהחמ"ח וב"ש השיגו על הב"ח מ"מ בתשובת ח"ץ סי' קט"ו החזיק ביד הב"ח ויישב קושי' הב"ש. ומיהו י"ל שהח"ץ לא הסכים להב"ח אלא בטענת השטאה ומשום מיגו אבל בטענת שלא הבינה לשון הקדושין י"ל דהוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי

דמבינה ל' מקודשת לי כמ"ש הב"י סימן כ"ז דהא ודאי כ"ע ידעי כו' מיהו בב"ח שם רסי' הנ"ל חולק עליו ומסיק בשם רי"ו דכשאומרת שלא הבינה הוי ס"ק וכיון דספיקא מיהו הוי י"ל דנאמנת במיגו בנ"ד. ואפי' את"ל דבנ"ד הוי מיגו דהעזה שהרי היו ג"כ נשים ובתולות במעמד ההוא ואע"פ שאין נאמנות מדין עדות מ"מ עכ"פ קשה לה להכחישם וזכר לדבר מ"ש בח"מ סימן ע"ב סי"ח בהגה"ה דמפורסם הוי כראה כו' מ"מ הרי י"א דמיגו דהעזה נמי הוי מיגו כמ"ש בש"ך סימן פ"ב. ועוד דבב"ח לא נזכר כלל מיגו וי"ל דאף על גב דלית לה מיגו כלל כל שאינה מודה בהקדושין אין חוששין לקדושין בעד א' ועמ"ש הב"ש בענין משטה ובתשב"ץ ח"א סימן ע' בהשאלה לא משמע כן) וכ"מ בתשובת מהרי"ט חאה"ע סי' מ"ג ד"ה נראה דאף לאותם כו':

ו עוד יש טענה חזקה בנ"ד לבטל הקדושין עפמ"ש הרשב"א בחי' לקדושין בדף מ"ג אבל הכמין לה עדים אחורי הגדר לא כו' וכ"כ הריב"ש בתשוב' סימן רס"ו וכ"פ הרב"י בש"ע סימן מ"ב ס"ג ובנ"ד הרי הבחור אברהם הביט מאחורי הכותל לבד והבתולה אומרת שלא ראתה שום עד בעולם וא"כ אפילו היו שני עדים לא היתה מקודשת כ"ש בעד א' והן אמת דלכאורה יש לי מקום עיון בדברי הרשב"א משום דכל כי האי חידושא ה"ל להש"ס לפרש וגם צ"ע מתוספתא שהביא הרי"ף בפרק מי שאחזו א' שחרית וא' בין הערבים זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין וכ' הר"ן אע"ג דלגבי ממון קיי"ל בפז"ב דהודאה אחר הודאה כו' מצטרפין לגבי אישות דשייך בדיני נפשות בבת אחת בעינן להו וכבר עמד ע"ז מהרי"ט חאה"ע סי' ל"ח למה הוזקק הר"ן לטעם זה ולא פי' משום דבקדושין שני עדים בעינן כו' ור"ל דכיון שהבעל והאשה ראו שאין שם אלא עד א' לא נתכונו לשם קדושין אלא לשם זנות וכמ"ש הרשב"א בפ' הזורק והיינו ע"ד מ"ש בקדושין (דף מ"ג) כנ"ל וכמו שבאמת פי' הב"י בח"מ סי' ל' ס"ז דה"ט ותי' מהרי"ט שם דלישני' דברייתא קשיתי' דקתני אין מצטרפין ומאי צירוף שייך בהא אפי' אם יצטרפו ונאמין אותם בזה אכתי אין שם קדושין כו' וכ"כ בתשובת מ"ב סי' נ"א דמל' הנ"ל הוכיח הר"ן שהטעם משום דס"ל שאין מצטרפין ולפ"ז הדרה הקושי' על הברייתא גופא למה הוזקקה לטעם זה (ומ"ש מהרי"ט דמיירי בשכל, א' מעיד שנתייחדה בפני שנים כו' הוא דוחק גדול מל' הברייתא ראוה שנים שנתייחדה כו' א' בשחרית כו' והאי א' בשחרית אראוה קאי שזה הא' לבד ראה בשחרית) והלא הטעם שלדעת הרשב"א עדיף טפי דאילו משום דאין מצטרפין הרי לא א"ש את"ל דדיני גיטין וקדושין דמי לד"מ וכמשמעות סוגיא דגיטין (דף ל"ג) דמדמי שם ע"ח דגיטין לד"מ כו' וכ"ד הרב"י בבד"ה בח"מ סימן למ"ד והמ"ב סי' נ"א. וא"כ לפ"ז צ"ל דמ"ש בברייתא דאין מצטרפין היינו משום דס"ל כרבנן דריב"ק

וא"כ הל"ל טפי טעם הנ"ל דא"ש אפילו לריב"ק א"ו משמע לכאורה דברייתא הנ"ל לא ס"ל טעמו של הרשב"א כלל והיינו דכיון דאא"ע בעילתו ב"ז י"ל דנתכוין לשם קדושין ואע"ג שלא היו ב' עדים י"ל דלא ידע הדין וכי האי גוונא אי' בכתובות (דע"ד) דאמרינן גבי מקדש במלוה ובעל דא"צ הימנו גט משום דע"ד קדושין הראשונים בעל וטעי קסבר המקדש במלוה מקודשת ולא הכל בקיאים בהל' קדושין וא"כ ה"נ י"ל בנתייחדה עמו לפני עד א' שחרית כו' דוודאי לאו כ"ע ידעי דהמקדש בעד א' אינה מקודשת כיון דאיכא מ"ד בגמ' דמקודשת והוא כ"ש מדין מקדש במלוה וה"נ י"ל אפילו במקדש בלא עדים כלל דטעי בהא ואין לומר דהרשב"א מדמי לי' לפחות משוה פרוטה דאמרי' התם דבהא לא טעי אינשי דמאן מפיס דאדרבה הסברא נותנת מבחוץ דלא איברי סהדי אלא לשיקרי כדאיתא בקדושין (דף ס"ה) וי"ל דכסבורי' כיון שמקדשה בל' קדושין אע"ג דליכא עדים מקודשת ועוד דגם בקידשה פחות משוה פרוטה י"ח וכיון שכן אע"ג דאנן בעינן שיהיו עדים מ"מ כיון דאיכא עדים ההכמנה נמי מהני ואולם מ"ש הריב"ש שאין העדים יכולים להעיד שנתרצית בקדושין שהרי אף אם אמרה כן הי' לפי שידעה שאין ממש בדברי' כיון שכסבורה שאין שם עדים כו' זהו לכאורה טענה אחרת לבטל הקדושין משום דאין כאן עדים באמת שבודאי נתקדשה כו' כיון שאפשר לפי שידעה כו'. אבל באמת סברא זו כבר פרכה בס' המקנה סי' מ"ב סעי' ג' בהגה"ה ד"ה ונראה. וע"ש שהניח בצ"ע ד' מהרי"ט והחמ"ח והב"ש בזה ולפמ"ש אף גם דינו של הרשב"א צ"ע ולא הייתי יכול לומר כן לולי שראיתי במהריב"ל ח"ג ססי' פ"ו שכתב דהרא"ש בתשוב' לא ס"ל כהרשב"א וסיים דהמחמיר בזה לכתחלה לא הפסיד ועי' בסהמ"ק רסי' מ"ח פלפל בתשובת הרא"ש הנ"ל ואשתמיטתי' ת' מהריב"ל הנ"ל. ולפמ"ש יש ויש מקום להחמיר בזה ולדונו כדין ס"ק. ואע"פ שהראי' מהברייתא הנ"ל אפשר לדחות והוא משום דבהתוספתא עצמה לא סיים אין מצטרפין כו' ע"ש אלא אחד הוא כו' ול' זה יש לפרשו בדוחק כטעמו של הרשב"א ועי' מ"ב ססי' נ"א ודבריו דחוקים מאד. וגם להעמיס הפי' שכתבתי לטעמו של הרשב"א הוא ג"כ דוחק ועוד דבירוש' הגירסא אין מצטרפין כמ"ש הב"י בח"מ סי' למ"ד ס"ז וגם מהגמ' דכתובות הנ"ל יש קושי' לעיקר טעמו של הרשב"א ועי' בסי' כ"ח סי"ו וסס"י ל"א. ומ"מ לא חמירי מס"ק עכ"פ כמו בדיני הנ"ל וא"כ יש לצרפו עכ"פ לסניף בנ"ד:

ו ובהא א"ש טובא דעת מהרמ"פ בתשו' ולק"מ קושיי החמ"ת עליו ונהפוך הוא. ובתשובת ב"י בדיני קדושין סס"י י' מסיק דאפילו לא ראתה שניהם כיון שהיא לא טענה שרצתה לשחק בו אנן לא טענינן לה ולא עוד אלא אפילו חזרה היא וטענה כן אינה נאמנת לפי שהוחזקה כפרנית כו' והיינו ממש כדעת מהרמ"פ וכבר כתבתי שאני

מסתפק מאד בעיקר דין זה אי נאמנת באומרת שרצתה לשחק כו' די"ל דמידי ספיקא לא נפקא שוב מצאתי בש"ג פ' זה בורר הביא שנחלקו בזה הראשונים ועין בקצה"ח סימן פ"א סקי"ג שוב מצאתי במרדכי בכתובות ר"פ הנושא ובהג"א דמשמע דבממון א"צ לומר אתם עדי אלא כדי שידעו שהעדים עומדים סגי וא"כ הא דאמרינן גבי קדושין דאצ"ל אתם עדי היינו ודאי אפילו אין יודעים שהעדים עומדים שם. מיהו סברא הנ"ל צ"ע וגם נלע"ד ראיה מהא דס"ל ב"ה דאמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב בגיטין ס"פ הזורק גט ואי איתא לסברת הרשב"א מנלן דהמקדש והמתקדשת יודעים הדין דאמרינן הן הן ע"י כו' שהרי ב"ש ס"ל דלא אמרינן כן וכן ר' יוחנן סובר דגם ב"ה לא ס"ל כן דא"כ הרי המקדש והמתקדשת ס"ל דאין עדים כלל על קדושין וה"ל המקדש בלא עדים ועבב"ש סי' קל"ג תמה על הר"ן ולפמ"ש א"ש) מיהו בפ"ב דקדושין כתב הרשב"א בלשון אחר דדילמא כו' וגם זה צ"ע האיך ע"י ספק נבטל הקדושין וצ"ל דס"ל דמספק אוקמא אחזקת פנויה וראיה לדבריו מכתובות (ע"ד) אבל בהנך מיטעא טעי. ואכתי קשה כיון דספק הוא א"כ נצריך גט מספק וצ"ל משום חזקת פנויה מיהו יש לדחות דשאני התם שאתה בודה דבר מלבך לומר דלשם קדושין בעיל מחדש ועליך הראיה וכיון שי"ל דטעי אין כאן ראיה משא"כ הכא נהפוך הוא שאנו רואים שמקבלת לשם קדושין ואתה בודה מלבך לומר דהיא משחקת משום דיודעת שאין קדושין בלא עדים ועליך הראיה (עחה"ר יבמות ל"א ולישנא אחרינא כו') וכיון שי"ל דטעי אין כאן ראיה ועוד דבקדושין (ד"נ) ורסי' מ"ג בקטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות כו' אמרינן דטעי ואע"פ שהכל יודעים שאין קדושי קטן כלום מ"מ לא אמרינן הכי אלא היכא דבעיל דדייק ובעיל אבל בלא"ה אמרינן שאין יודע כו' וכ"ש שי"ל כן לענין קדושין בלא עדים וכ"ש ששומעים שאמרה לשם קדושין ועי' בתשובת רשב"א סי' תש"פ ושם נראה דהוא בעצמו אינו מחזיק סברתו:

ה ואין להחמיר בנ"ד משום שלפי הנראה מהגב"ע היה קבלת העדות שלא בפני המקדש וקיי"ל דעדות שנתקבלה שלא בפני בע"ד אין דנין על פיו כמבואר בח"מ סי' כ"ח וה"ה לעדות נשים כמ"ש הרא"ש כלל מ"ו והובא בש"ע סי' י"א ועי' בכנה"ג ח"מ סכ"ח בהגהת ב"י אות פ"ה מיהו בתשו' מהריב"ל ח"ג סי' ך' וסס"י פ"ד דבדיני נשים יכולים לקבל העדות שלא בפני בע"ד ובכנה"ג בח"מ סי' כ"ח בהגהת ב"י אות צ"ט כ' וז"ל לא היה הבע"ד בעיר והוא עדות קדושין שבאין לומר שנתקדשה לפלוני לכ"ע מהני עדות שנתקבל שלא בפני בע"ד הרח"ש ז"ל חאה"ע סי' מ"ב עכ"ל ועבב"י בח"מ סס"י כ"ח מ"ש בשם הרשב"א בענין לא היה האשה בעיר כו' ומכל הלין נשמע דבלא היה המקדש בעיר ודאי דדנין ע"פ קב"ע שנתקבל שלא בפניו ועי' בכנה"ג שם אות צ"ט הראשון שאחר צ"ז

ועי' אות ס"א אמנם אם היה בעיר אין לסמוך על תשו' רשב"א נגד שא"פ שחולקים ע"ז שהרי הרשב"א כתב בדיני נשים כו' משום דל"ד עדות אשה לעדות ממון עיין במהריב"ל ח"ג סס"י פ"ד ואילו הרא"ש כתב להפך כנ"ל ובתשו' רמ"א סי' י"ב ורש"ל סי' י"א מחמרי יותר בע"נ מבממון אלא שבאמת י"ל לכאורה דבעל דין נקרא האשה משא"כ המקדש ועוד שהאשה באה לפטור א"ע וכתב הר"ן בפי"א דכתובות והובא בש"ע ח"מ סי' כ"ח סי"ח דהמביא עדים לפטור א"ע מקבלים שלא בפני בע"ד ועש"ך ותומים שם דלדבריהם י"ל דה"ה בנ"ד אבל לפמ"ש מהרי"ט חח"מ סימן ל"ב בפי' דברי הר"ן דדבריו אלו אינם אלא היכא שבאים להוציא מהלוה שלא בפני המלוה כו' משא"כ בשאינו תובעו כו' ובקצה"ח הסכים לזה ע"ש א"כ אין שייך לומר בנ"ד כשאין המקדש תובע כו' אבל הטעם הראשון י"ל שהוא אמת דשא"ה שהמלוה נקרא בעל דין כיון שידוע בעדים שהלוהו וכן המערער לגבי המחזיק כיון שידוע שהיתה של אבותיו דהמערער משא"כ בנ"ד דעדיין אין ידוע לנו שקידשה אלא שאנו באים לברר זה א"כ מהכ"ת לומר שלא נקבל עדות אלא בפני המקדש שהרי א"י לנו כלל אם הוא בע"ד או לא דשמא לא קידשה כלל ובשלמא על האשה שייך לומר כן שאין מקבלים העדות אלא בפניה שהרי באים להוציאה מחזקתה שהיתה פנויה והרי היא בודאי בע"ד דעכ"פ מתחלה היתה פנויה בודאי ואין לומר דגבי המקדש נמי שייך לומר כן דע"י עידי קדושין באים להוציאו מחזקת פנויותו עכשיו שיש חר"ג הא ליתא דא"כ אי מה"ט אתית עלה א"כ הרי בנ"ד נזדכה עפ"י גב"ע זה שהרי מחזקינן ליה בפנוי ובכה"ג לכ"ע מהני עדות שנתקבלה שלא בפני בע"ד כמ"ש כנה"ג בח"מ סימן כ"ח בהגהת ב"י אות ס"ח (ועי' בתשו' שא"י סי' כ"ח די"ל דבס"ק לא שייך חר"ג על המקדש לשלא ישא אחרת ועוי"ל דאת"ל דאין הקב"ע כלום נמי אין בכך כלום דמ"מ מ"מ תאסרנה כיון דליכא עדים ועד א' הזה אפילו אם אמר שנתקדשה קדושין גמורים אין בכך כלום א"כ מאי נ"מ שנתקבל שלא בפניו ועוד דעד א' לא עדיף מקלא ובקלא ודאי דמקבלים שלא בפני המקדש לחקור אחריו כדמוכח בגמרא שלהי גיטין גבי יצא קול שנתקדשה כו' מוכח בגמרא דל"ח לקלא כלל אא"כ נרות דולקות כו' או אי איכא שני עדים ששמעו משני עדים דהיינו עד"מ שראובן שמע משמעון שנתקדשה וכן שמע לוי מיהודה הא בעד א' מפי א' או שנים מפי עד א' ל"ח לקלא כלל וא"כ י"ל דה"ה בעד א' ממש אף אם היה אומר שראה הקדושין ל"ח לזה דשנים מפי א' הרי הם כעד א' וכ"מ בתשו' הר"ן סי' למ"ד דבעד א' לא עדיף מקלא וכיון דל"ח לקלא כלל בכה"ג א"כ לא שייך לומר שאין מקבלים עדות כ"א בפני בע"ד כיון דל"ח כלל לקלא אף אם היה העד אומר שנתקדשה א"כ כ"ש באומר שלא נתקדשה מיהו אם היה שני עדים

שהיו מעידים על הקדושין רק שהיינו מבטלים מחמת שתיקה דלאחר מתן מעות בזה אפשר שאין מקבלים עדות [שלא]בפני בע"ד אך לפמש"ל די"ל שלא נקרא בע"ד כלל י"ל דמקבלין ועיין בגיטין שם אייתי רמב"ח לאבוה כו' ומשמע דנתקדשה בפני ב' עדים ואעפ"כ לא אייתי להמקדש עצמו ושמא שלח הוא אבוה והיינו דינו של הר"ן לפירש מהרי"ט ויהיה איך שיהיה מ"מ בנ"ד דליכא אלא עד א' בודאי מקבלין ועי' בכתובות דכ"ז דעד א' גרע מקלא דאילו ערער חד לא הוי ערער משא"כ ע"י קלא אחתיניה כו' ואין לומר כיון דבודאי קיבלה קדושין איתרע כמ"ש התוס' כתובות כ"ג ולא דמי לשאר עד א' דעלמא דגרע מקלא דשאני התם דידוע לנו עפ"י ב' עדים כשרים שזרק לה קדושין משא"כ הכא נודע עפ"י עד א' ומשום שהיא מודית א"כ ממ"נ תאמין לה שלא הבינה ושלא ראתה עד כו' ועוד דלא שייך איתרע אלא בשזרק לה קדושין לפני ב' עדים משא"כ בנ"ד. וגם אין לחוש משום שלא שלחו אחר המקדש לשאול ממנו אם יש לו עדות דכיון דביארנו דנ"ד לא חמיר מקלא והרי מוכח שלהי גיטין דל"ח לקלא אא"כ אתחזק כו' וכ"ש בנ"ד דשוברו עמו ולא מצינו ששלחו אחר המקדש מיהו בתשו' הר"י בן הרא"ש שבב"י סס"י מ"ב משמע דצריך לשלוח אחר המקדש וכ"מ מתשובת הרשב"א שם לפיכך נ"ל שישלחו אחר המקדש שיברר זכותו ואם לא ימצא לו עדיות יותר בטלה ענין הקדושין וכ"מ בתשו' ר"ן סי' למ"ד ששלחו להמקדש וכן בתשו' ריב"ש סי' ק"ע כתב ר"ש חלאין לאהרן הסופר שיודיע מי הם כו':

סימן קכב

תשובה שניה על שאלה הנ"ל. והנה עפ"י גב"ע זה נלע"ד שאין ממש בהקדושין לפי שהיו רק בעד א' הבחור אברהם וגם הוא עמד אחורי הכותל והבתולה אומרת שלא ראתה אותו ושלא הרגישה ולא הבינה מענין קדושין כלל וידוע דרוב הפוסקים ס"ל דהמקדש בעד א' אין חוששין לקידושיו אפילו שניהם מודים וכ"פ הרב"י בש"ע סי' מ"ב ואף שרמ"א שם הביא דעת היש מחמירים וכ"ה בתשו' האחרונים מ"מ בנ"ד שאומרת שלא הבינה לשון הקדושין דעת הב"ח בתשו' סימן צ"ז דלד"ה אין חוששין לקדושין אלא שהחמ"ח וב"ש בסי' מ"ב השיגו עליו ובתשובת ח"צ סימן קט"ו החזיק ביד הב"ח ומ"מ לדבריו נמי י"ל דבנ"ד אינה נאמנת במיגו דהיתה מכחשת העד משום דנתפרסם ממעשה הקדושין ע"י אמה והבתולות שבחצר והזקן ר' נחום ולא היתה מעיזה כ"כ להכחיש אותם וליכא מיגו וכה"ג אי' בב"ב דל"ג ע"א ובתוס' שם ד"ה לקוחה והובא בכנה"ג בדיני מיגו אמנם באמת המעיין בתשו' הב"ח עצמו (ונ' שהחמ"ח וב"ש וח"ץ לא ראו תשו' ב"ח רק מ"ש

בחיבורו) יראה דלאו משום מיגו אתי עלה אלא משום דס"ל דאף למ"ד המקדש בעד א' חוששין לקידושיו היינו דייקא בששניהם מודים אבל כשאומרת שלא הבינה או שנתכוין לשחוק כו' אינה מודה לדברי העד קרינן בה ובכה"ג לכ"ע אין חוששין לקדושיו וכ"ד מהרי"ט בתשו' חאה"ע סי' מ"ג וכן פסק בתשו' ושב הכהן סי' נ"ב רק שבפני יהושע בקדושין דס"ה ע"ב פי' דאיכא למימר דרב פפא דאמר חוששין לקדושין מיירי אפילו באין שניהם מודים ולדבריו יש להחמיר בנ"ד וכ"ד מהרמ"פ בתשו' סי' ל"ב ועי' בח"ץ סי' קט"ו שכתב דמהרמ"פ לא חזר בו בסי' ל"ז והגם שהרמ"א פסק בפשיטות דעד א' בהכחשת בעל דבר ג"כ אין חוששין מ"מ יש לחוש עכ"פ לדעת החמ"ח וב"ש וח"ץ דס"ל דהיינו דייקא כשמכחישתו ואומרת להד"מ. ולא כשאינה מודה לו בטענה שאין נאמנת עליו כגון בטענת השטאה ומ"מ י"ל דטענת שלא הבינה עדיף מטענת השטאה משום די"א דבטענת שלא הבינה הוי ס"ק אפילו בשני עדים כמ"ש הב"ח רסי' כ"ז ועי' בחמ"ח שם בשם רי"ו ועב"ש שם. וכיון שאפי' לדעת החמ"ח וסיעתו י"ל דהוי רק ספק קדושי עד א' א"כ אפשר דיש לסמוך על הב"ח וסיעתו דס"ל דאין כאן חשש קדושין כלל ואף את"ל שאין להקל מה"ט לחוד כיון שי"א דאין נאמנת לומר כלל שלא הבינה ל' הרי את מקודשת כו' ולפ"ז להחמ"ח וסיעתו הוי כמו ודאי קדושין בעד א' דאנו חוששין להחמיר להם מ"מ יש לצרף להקל מה שלא ראתה את העד דהא דעת הרשב"א והובא להלכה בש"ע סי' מ"ב ס"ג דאפי' בשני עדים אם אין המקדש או המתקדשת רואים אותם א"צ ממנו גט ולכאורה לפ"ז לא היינו צריכים עוד טעמים אחרים לנ"ד אלא שבתשו' ב"י סי' ט' כתב דהיינו דייקא בשטוענת שרצתה לשחק בו (והיינו כדעת מהרמ"פ שהביא רמ"א ודברי מהרי"ט והחמ"ח וב"ש בזה כבר הניח הגאון בעל ס' המקנה בצ"ע וגם תשו' הב"י היא כנגדם ואנן לא טענינן לה כו' ולפ"ז בנ"ד שאינה טוענת כן רק שלא הבינה לשון הקדושין איכא לאסתפוקי להאומרים דאינה נאמנת כלל לומר שלא הבינה כנ"ל אי נאמנת בנ"ד משום מיגו שהיתה יכולה לומר שרצתה לשחק בו. משום די"ל דכסבורה שטענה דשלא הבינה עדיפא ומתקבלת יותר מטענה שרצתה לשחק בו ובכי האי גוונא לא אמרינן מיגו כמ"ש הכנה"ג בח"מ סי' פ"ב בדיני מיגו אות ע"ז וק"ץ ובתומים שם אות כ"ח הביא לו סמוכות מהרא"ש והטוש"ע עיי"ש ומיהו הש"ך בסי' ס"ו ס"ק נ"ו חולק עליהם וצ"ע בתוס' בכתובות פ' הכותב פ"ה א' סבורה היתה שהיא טענה מעולה וגם לפמ"ש בכנה"ג שם אות קנ"ח בשם מהר"י טאייצק דמיגו שאם היה אומר טענה היה מתבייש ממנה לא אמרינן וכ"מ בר"ן פרק האשה שנתארמלה גבי האומר שטר אמנה כו' וא"כ י"ל ה"נ דבטענה שרצתה לשחק בו היתה מתביישת מזה דבושה היא לבתולה

לשחק עם נער בענין קדושין וקושיית התומים שם אות ק"ז יש ליישב דבטענת נאנסתי לא פשעה היא במידי ואין כאן ביוש כ"כ. משא"כ היכא דהביוש הוא מצד מעשיה (וגם מצד גוף הטענה דשלא הבינה י"ל דאינה נאמנת אפי' במיגו לדיעה הנ"ל כעין טענה דטעיתי עבח"מ סי' קכ"ו סי"ג מיהו זה יש לדחות) ועוד דבתשו' מהריב"ל ח"ג ססי' פ"ו הוכיח שהרא"ש חולק על דינו של הרשב"א וגם מתשו' הרשב"א עצמו סי' תש"פ הביא סתירה לדין הנ"ל ובאמת שיש בזה מקום עיון ואעפ"כ בנ"ד שהקדושין היו רק בעד א' לבד יש לעשות מזה סניף להקל ויש לדקדק קצת כן מדפרש"י דס"ה סע"א ד"ה מהו והא הימנוה כו' (וכבר עמד על דקדוק לשון זה בושב הכהן שם) דבעד א' כיון שאינו נאמן מהתורה רק לשבועה אינו חשוב לענין קדושין אלא היכא דאחשבוהו ג"כ המקדש והמתקדשת והאמינוהו עליהם ואין שייך לומר כן עכ"פ רק כשידעו ממנו שאז י"ל דמה שמקדש אותה בפניו היינו שמאמינים אותו עליהם משא"כ בנ"ד שלא ידעה מהעד כלל ולכן אף את"ל כמ"ש מהריב"ל דהרא"ש ס"ל דאפי' כשעדים רואים מבחוץ והמקדש והמתקדשת אין יודעים מהם נמי הוי קדושין היינו דייקא בשני עדים שנאמנים מהתורה משא"כ בעד א' כנ"ל. וכיון דהכי הוא דאף להחמ"ח וסיעתו אפשר להקל בנ"ד א"כ נראה דאין להחמיר כ"כ בקדושין דעד א' ויש לסמוך על הב"ח וסיעתו דלדבריהם יש להקל בפשיטות מה גם כי החמ"ח וב"ש עצמן מקילים בשלא ראתה העדים בכל ענין ואף שדבריהם צ"ע בזה מ"מ נ"ד עכ"פ בין למר בין למר שרי ואין לתפוס כל החומרות בקדושי עד אחד שרוב הפוסקים מקילים בזה לגמרי בלא"ה כנ"ל:

ועוד יש צד להקל בנ"ד מלשון העד וכאשר לקחה הבתולה את המאטעריי' בידה ויצעק הנער יעקב הרי את מקודשת לי בזה אט מיט דעם זייד וא"כ אם צעקתו היה אחר שסילק ידו מן המאטעריי' וידה לבד היתה אוחזת המאטעריי' אזי כיון שלא אמרה הן רק ששתקה ה"ל שתיקה דלאחר מתן מעות כמבואר למעיין בתשו' מהרי"ט חאה"ע סי' ל"ח ולא מהני לפ"ד הרמב"ם ואע"ג שאמר לה תכ"ד לנתינה (עד"מ סי' כ"ח סק"ד וכ"נ במהריב"ל ח"ג סי' ך' ומתשו' מהרי"ט הנ"ל וכ"מ משאר פוסקים) ואף להרי"ף והרא"ש דפליגי עם הרמב"ם י"ל דמודו בנ"ד משום דנ"ד שנתן לה בסתם תחלה י"ל דדמי לפקדון דמודו ביה הרי"ף והרא"ש ועי' במשנה למלך פ"ג מהל' אישות שהניח בצ"ע דברי מהרי"ט י"ל דהיינו לענין דלא עדיף מפקדון ומהני באמרה הן והן אמת כי מהריב"ל בתשו' ח"ב סי' ז' דקדק מל' רי"ו להחמיר בזה ג"כ אפי' בשתיקה אבל בחלק א' סוף כלל ג' ובח"ג סי' ך' נטה להקל בשתיקה עכ"פ ואע"פ שהגאון מוהר"מ אבי הש"ך בתשו' שבסוף ספר גבורת אנשים החמיר בזה לומר דבאומר תתקדש לי הרמב"ם נמי מודה מ"מ

הרי כתב בעצמו שלא היה אז לפניו תשו' מהרמ"פ ושהרוצה יעיין שם וראיתי במהרמ"פ סי' כ"ד שהשיב על השאלה שבשו"ת שארית יוסף סי' כ"ח ששם אמר אתה מקודש לי כו' ואעפ"כ השיב בפשיטות דלהרמב"ם לא מהני והנה אפי' את"ל דנ"ד ל"ד לפקדון מ"מ הרי כתב מהרמ"פ דהוי ספק ספיקא לדידן וא"כ הוא צד גדול להקל בנ"ד עכ"פ שהקדושין היו בעד א'. ועוד אפשר לעשות סניף להקל מחמת הקול שעל העד אלא שאין מהצורך כי די בצדדי היתר הנ"ל לבטל מעשה הקדושין בפשיטות ולהחזיקה בפנויה כמו שהיתה קודם הקדושין אלא שבאחת אני תמה על מקבלי הגביית עדות שלא נזכר ששלחו אחר הנער יעקב המקדש לשאול ממנו נידון ענין הקדושין דהיינו אולי יאמר שיש לו זכות בזה שקידש בפני שני עדים וכן משמע בב"י ססי' מ"ב בשם רשב"ץ שצריך לשלוח אחר המקדש והדעת נותנת לזה כדי להוציא הדבר לאמיתו וכמ"ש בש"ע סי' מ"ו ויש לב"ד לחזור ולדקדק כו' ואולם אם באמת שלחו אחריו ואמר ג"כ כנ"ל או שישלחו אחריו עתה ויאמר כנ"ל אזי לפע"ד קדושין אלו בטלים ומבוטלים לגמרי ובתנאי אם יסכימו לזה שני' ממורי הוראה מפורסמים כי אע"פ שלפע"ד דין זה פשוט מאד להקל אעפ"כ מחומר הנושא חלילה לי לתקוע עצמי לדבר הלכה ולא הייתי משיב כלל בעניני קדושין רק לא יכולתי להשיבו ריקם והנה אף שגם אם יאמר המקדש שקידש בפני ב' עדים אלא שירחיק עדותו לומר שנסעו מזה למרחקים מאד אין אנו צריכים לחוש לדבריו וכמ"ש הר"ן בתשו' סימן למ"ד ובש"ע סי' מ"ח ס"ה שזוהי ששנינו בפרק האומר דקדושין האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה והיא מותרת בקרוביו ואוקימנא בגמרא כגון דאמר לה קדשתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים מ"מ אם הם במקום קרוב צריכים לשאול מהם ומסתמא אם יהיה בזה שינויים יחזרו וישלחו השאלה למי שיוכשר בעיניהם ולמה לנו להחליט הדין בזה עכשיו אבל זאת עכ"פ שבאם שעפ"י המקדש יתגלה ג"כ שהמעשה היה כמו שכתוב בהגב"ע אין לחוש כלל לקדושין אלו. אם יסכימו לזה שני מורים מפורסמים כנ"ל. ד' אהו' הד"ש וטובתו מנחם מענדל באאמ"ו מוהר"ר שלום שכנא זללה"ה:

סימן קכג

בדין עידי קדושין אם צריכים דרישה וחקירה א הנה הרמ"א באה"ע סימן מ"ב ס"ד כתב עידי קדושין אינם צריכים דרישה וחקירה אם לא בדבר שנראה שיש בו רמאות. והוא מהמבואר בב"י שם ד"ה כתב הרשב"א בתשו' סי' תקס"ו אין בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה בין בגרושין בין בקדושין דקיי"ל כת"ק דרע"ק ור"ט וכ"ד הגאונים והרמב"ם

והרמב"ן וכ"כ נמוק"י סוף יבמות עכ"ל ומ"ש כת"ק דרע"ק זה אינו בגירסת הש"ס שלפנינו דהת"ק הוא רע"ק כמ"ש בגמרא סוף יבמות (דף קכ"ב ע"ב) דתניא אין בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה דברי ר' עקיבא ר' טרפון אומר בודקין:

והנה בסדר אלי' רבא שער ב' דף קו"ף עמוד ג' כתב וז"ל סוף דבר העולה בידינו כי מ"ש הרב מוהרח"ש דגיטין וקדושין לדיני ממונות דמו אליבא דכ"ע. והר"ן (פרק מי שאחזו גבי ולא תתייחד עמו) שכתב דלד"נ דמו הוא יחיד בסברתו אין זאת כמו שכתבנו פעם ופעמיים דהרי"ף והרמב"ם ור"י בעל התוס' ור' פרץ קיימא כוותי' וסלקא בידן דפלוגתא דרבוותא היא אם דיני נשים בקדושין וגיטין וזנות אי לד"נ דמיין או לד"מ דמיין ולכן בכל נדון ונדון ראוי להחמיר לפי הנושא ומ"מ גבי עדות מיתה כבר עלתה הסכמת כולם פה אחת בלי פוצה פה ומצפצף דלא בעי דרישה וחקירה למר כטעמיה ולמר כטעמיה כו' עכ"ל והנה מ"ש דהרי"ף ס"ל כהר"ן זהו ממ"ש סוף יבמות ולא בעינן בעדות אשה דרישה וחקירה משמע רק בעדות אשה שמת בעלה לא בעינן דו"ח והיינו כי שם ע"א נאמן ועד מפי עד. ומדלא כתב דכל עידי נשים אין צריכים דו"ח משמע דבזה ס"ל כמ"ד דצריך דו"ח. וכן משמע מהרמב"ם ס"פ י"ג מה"ג דין כ"ח שכתב ואין בודקין עידי אשה בדרישה וחקירה שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עיגונא עכ"ל משמע דרק בעדות אשה שמת בעלה הקילו בזה וכמ"ש בפי' אח"כ דין כ"ט ובלא דרישה וחקירה כו' מפני שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד הזה (ר"ל שהוא מילתא דעל"ג) לפיכך הקילו חכמים בדבר זה כו' ובלי דו"ח כדי שלא תשארנה בנו"י עגונות עכ"ל א"כ מדבריו מובן דעידי גיטין וקדושין שאינן מילתא דעל"ג צריכין דו"ח וע"ש בלח"מ שהקשה על הרמב"ם דבגמרא אמרו הטעם דכיון דאיכא כתובה למשקל כדיני ממונות דמי ולמה לא כתב רבינו טעם זה אלא שכתב שהטעם משום עיגונא דהקילו רבנן ותירץ דצ"ל דטעם דאזלו בתר כתובה הוא משום דבעיגונא אקילו רבנן וכ"כ מהרש"ל ביש"ש סוף יבמות סי' כ"ח וכבר קדמם הרשב"א בזה בחידושיו סוף יבמות ולעד"נ דהרמב"ם לא מעייל נפשי' בפלוגתא דת"ק עם רע"ק ור"ט משום דמסתברא לי' יותר טעמא דרע"ק ור"ט דבשביל הכתובה אין שייך להקל בעיקר הדין דהיתר אשת איש וכמו שהקשו ע"ז ג"כ הרמב"ן והרשב"א ועי' מזה ג"כ במהרש"ל ביש"ש שם. ולכן לא פסק דא"צ דו"ח רק בעדות אשה שמת בעלה משום דהקילו בזה בעד מפי עד ובגמל"ת וע"כ ודאי א"צ דו"ח. ולכן מ"ש הרשב"א דבגיטין וקדושין לכ"ע א"צ דו"ח לא משמע כן מהרי"ף והרמב"ם ולכאורה נראה ראיה דמצינו שמחלקים בין עצם ההיתר להכתובה כמשנ"ת בש"ע אה"ע סי' י"ז סל"ה לענין משאל"ס דאע"פ שלא תנשא י"א דגובה הכתובה וע"ש, בב"ש ס"ק

ק"ז. הגם שיש לחלק דשם אם נשאת לא תצא מ"מ עכ"פ מחלקין בין עצם האיסור לגביית הכתובה. גם ס"פ המדיר כ' הר"ן בשם הירושלמי דהיכא שאמרו יוציא ויתן כתובה ולא אמרו שכופין להוציא אין כופין להוציא ואעפ"כ כופין שיסלק הכתובה הרי בהדיא שלא שוה ההיתר דהגט לסילוק הכתובה וזה נוטה לדברי רע"ק ור"ט דמשום דאיכא כתובה למישקל לא אמרינן שיהיה עצם הדין דאיסור א"א נידון כד"מ אלא האי כדיניה והאי כדיניה גם התוס' פ"ק דמכות ד"ו סע"א ד"ה שמואל שכתבו דהגט הוה כמו ד"נ דשרינן א"א לעלמא משמע ג"כ דס"ל כמ"ד דעידי נשים לד"נ דמיין וצריכים דו"ח ולא כדיני ממונות עי' ב"י בח"מ סי' ל' ובתשובת מ"ב סימן נ"א ובתשובת נו"ב חאה"ע סי' ע"ב מדינים אלו:

קיצור. הרמ"א פסק דעידי קדושין אין צריך דו"ח על פי תשובת הרשב"א סי' תקס"ו ומ"מ מדברי האלפס שם יבמות לא משמע כן וכדבריו משמע בהרמב"ם סוף הל' גרושין דרק בעדות מיתה א"צ דו"ח משום דה"ל מילתא דעל"ג ולא בשאר עידי נשים ואע"ג דאיכא כתובה למישקל אין זה עיקר הטעם ועי' ר"ן סוף פרק המדיר מחלקים בין עצם הגט להכתובה ועי' בש"ע אה"ע סימן י"ז סל"ה. ועי' כתובות פרק המדיר (דף ע"ג ב') גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא א"ו דהרי"ף והרמב"ם וסיעתם מסתברא להו טעמיה דרע"ק ור"ט יותר מהאי טעמא וגם התוס' פ"ק דמכות (ד"ו סע"א) ודאי לא ס"ל כתשובת הרשב"א הנ"ל:

ב והנה הב"י בח"מ סימן למ"ד סעיף א' ד"ה ומשמע הביא שכתבו התוס' פ"ק דסנהדרין (דף. ח' ע"ב) סד"ה והביא וז"ל ויש ללמוד מכאן דאי אתו עדים ואמרו אשת פלוני זנתה דצריך דרישה וחקירה לאוסרה על בעלה וסברא הוא דלא גרע מגזלות וחבלות עכ"ל. וכן כתב בפסקי תוספות שם סעיף כ"ב אמרו אשת פלוני זנתה בעי דרישה וחקירה לאוסרה על בעלה עכ"ל. ובאגודה שם סעיף ח' כתב ויש ללמוד לפירוש ר"ת דאי אתו סהדי. ואמרו אשת פלוני זנתה צריך דרישה וחקירה לאוסרה על בעלה וכשלא כיוונו עדותן או שהוכחשו מותר עכ"ל משמע דזהו רק לפי' ר"ת דכוליה שמעתא מיירי שהאב תובע מאה סלעים אבל לפרש"י דמפרש דהבעל טוען פתח פתוח מצאתי להפסידה כתובתה אין ללמוד משם דין זה. וכ"כ בהגמי"י פכ"ד מהל' אישות אות כ' וז"ל נאמר בשם ר"ת שצריך דרישה וחקירה לאוסרה על בעלה עכ"ל וכן כתב הסמ"ג במ"ע סימן מ"ח קרוב לסס"י וז"ל בשם רבינו יעקב אמרו ששנים שהעידו על אשת איש שזנתה שצריכים דרישה וחקירה לאוסרה על בעלה עכ"ל לפ"ז צ"ל מ"ש האגודה סוף יבמות בודקין עידי נשים בדרישה ובחקירה דברי ר' עקיבא רבי טרפון אומר אין בודקין בדרישה

וחקירה פסק רב אלפס קיי"ל כר' טרפון דאמר אין בודקין בדרישה וחקירה עכצ"ל כדי שלא יסתור א"ע למ"ש בשם ר"ת בסנהדרין דעידי זנות צריך דרישה וחקירה וכאן פסק בפשיטות דעידי נשים א"צ דרישה וחקירה צ"ל דכאן קאי רק על עדות אשה שמת בעלה. דע"ז משמע מרב אלפס דפסק דלא בעי דרישה וחקירה. אבל עידי זנות י"ל שצריך דו"ח וכ"מ ממ"ש האגודה בסנהדרין ר"פ אחד דיני ממונות בשם ר"י כי עדים שבאים לאוסרה (לומר שנתקדשה לפלוני) צריכים דרישה וחקירה הואיל והיא מכחישתו כו' הרי ע"כ להאגודה צריך לחלק בין עדות אשה שמת בעלה ובין עידי זנות ועידי קדושין (ונשמע דהאגודה גורס דרע"ק ס"ל דעידי נשים צריכים דו"ח וכן הגירסא בב"י בח"מ שם:

ולגירסא זו אפילו נאמר דקאי על כל עידי נשים בין בגיטין בין בזנות י"ל הלכה כרע"ק מחבירו אף נגד ר' טרפון כדאיתא בכתובות פרק הכותב (דף פ"ד ע"ב) ולכן רק בעדות אשה הקילו כיון דנאמן גמל"ת ועד מפי עד מיהו גירסא שלנו הוא בהפך מיהו מצינו ביבמות (דף קי"ח ע"ב) דהלכה כר' טרפון נגד רע"ק) וכן הביא הב"ח בח"מ סימן ל' מהאגודה פרק הבע"י ושם סעיף ע"ז כתב ויחקרו אותם בדו"ח כמו על עידי נפשות מ"ש בהגהת דרו"פ שם סי' למ"ד אות א' דהטעם הואיל והיא מכחישתו אינו מובן דממנ"פ אם לד"מ דמי הלא אף שהנתבע מכחיש א"צ דו"ח וא"כ ה"נ מה בכך שהיא מכחישתו. והב"י שם רסי' כ"ט פי' מ"ש הואיל והיא מכחישתו היינו דאל"כ שווייה אנפשה חד"א. והנה הרב"י בבד"ה שם הביא תשובת הריב"ש סי' רס"ו דפסקו הגאונים בשלהי יבמות דאין בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה דלדיני ממונות משוינן להו וכ"ש לכל דיני קדושין וגרושין וכו' יעו"ש והסד"א דף צ"ה ע"ד כתב על דברי הב"י ואשר נראה ברור בדבריו ז"ל שהוא עושה בזה שתי שיטות שלדעת התוספות בסנהדרין וסמ"ג עשין מ"ח והגמי"י דיני גיטין וקדושין וזנות לד"נ דמי שהם פוסקים הלכה כמ"ד בודקין ע"נ בדו"ח ולדעת התוס' שלהי יבמות והנמוק"י בשם הגאונים והרמב"ן לד"מ דמי דפוסקין כת"ק דאין בודקין ע"נ בדו"ח וכ"ד הרשב"א והריב"ש. אמנם הרי"ף והרמב"ם י"ל ס"ל דדיני גיטין וקדושין לד"מ דמיא וכ"ד התוספות פ"ק דמכות כנ"ל:

קיצור הב"י בח"מ סימן למ"ד הביא דהתוספות פ"ק דסנהדרין (דף ח' ע"ב) כתבו דלפי' ר"ת שם עידי זנות הבאים לאוסרה על בעלה צריכים דו"ח ושכ"כ הסמ"ג עשין סי' מ"ח והגמי"י פכ"ד מה"א בשם ר"ת. וכ"ד מהרש"ל ביש"ש סוף יבמות סימן כ"ח אך בבד"ה שם הביא תשובת הריב"ש סימן רס"ו דפסקו הגאונים דכל עידי נשים א"צ דו"ח. והעלה הסד"א דהוא פלוגתא דרבוותא והם שתי שיטות:

ג והנה לכאורה נלע"ד ראיה לדעת הרמב"ן והרשב"א וסיעתם דהנה בגמ' ר"פ אד"מ פריך על המשנה דאומר אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה מהברייתא שטר שכתב זמנו כו' עד חיישינן שמא איחרוהו וכתבוהו ופריך ע"ז הגמ' וליטעמיך תיקשי לך ממתניתין שטרי חוב המוקדמין פסולים והמאוחרים כשרים ואי ס"ד בעינן דו"ח מאוחרים אמאי כשרים הרי מובן מזה דאם שט"ח המאוחרים כשרים ע"כ צ"ל דלא בעינן דרישה וחקירה וא"כ כיון גבי גיטין ס"ל לכל הפוסקים זולתי הרמב"ם דגט שזמנו מאוחר כשר כהובא בטוש"ע אה"ע סי' קכ"ז ס"ט:

א"כ ע"כ צ"ל דלא בעינן בגיטין דרישה וחקירה כמו בשטרי ממון והנה רש"י שם פירש והמאוחרין שבאו עדים ואמרו אנו יודעים במלוה זו שקדמה לזמן הכתוב כו' נימא זיופא הוא כו' והנה לדעת הירושלמי גבי מוקדים. מי מודיע עה"ח עהש"ט הן מודיעין כו'. א"כ אם כמ"כ עה"ח עהש"ט הן מודיעים שהשטר מאוחר לא שייך קושיא זו דהן המודיעין שהיה מאוחר והן המודיעין אמתת השטר. והתו"ח שם פי' אי ס"ד בעינן דו"ח מאוחרין אמאי כשרין והא עדות שאי אתה יכול להזימה הוא כו' ועיין באו"ת סימן ל"ד ס"ט בתומים סק"ט דחה פירוש זה ועיקר הפירוש כרש"י. אלא דאי בעינן דרישה וחקירה ש"מ דלא מחזקינן דעדים אמרו קושטא וא"כ כשחזינן שהשטר מאוחר יש לחוש דזיופא הוא כו' ע"ש. ואף אם הע"ח החתומים עהש"ט עצמן מודיעין שהם מאוחרים יש לחוש דזיופא הוא את"ל דד"מ בעו דו"ח. ולפע"ד זה גרע מדין הוכחשו בחקירות דימי החדש ואע"פ ששניהם כיוונו ליום אחד מימי השבת כגון בשלישי בשבת רק שמחולקים בימי החדש אם הוא י"ז בחדש או י"ח בחדש דהעדות בטל אף דמוכח שטעה אחד בימי החדש אעפ"כ העדות בטל כש"כ הכא דשניהם מודים שאין הזמן כמ"ש בהשטר דיש לפסול העדות מיהו זה אינו דאם זה גרע מהכחשה דחקירות של ימי החדש א"כ אמאי כשר אף בד"מ דהא אף שד"מ אין צריך דו"ח עכ"ז אם הוכחשו בחקירות עדותן בטלה ובודאי אף בהוכחשו בחקירות דימי החודש הדין כן. א"כ אם ענין מאוחר גרע מהכחשה דחקירות דימי החדש א"כ אף שאין צריך דו"ח איך מכשירין השטר אעכצ"ל דזה לא דמי כהוכחשו ממש בחקירות מ"מ זה ודאי לא עדיף מדין אם אמר אחד איני יודע באיזה חקירה דגם כן בטל העדות היכא שצריך דו"ח וענין מאוחר י"ל ודאי לא עדיף מדין איני יודע באיזה חקירה ולכן זהו הקושיא דאס"ד ד"מ צריכין דו"ח מאוחר אמאי כשר דזה ודאי לא עדיף מדין איני יודע באיזה חקירה:

והנה מקור הדין דגט מאוחר כשר בגט אשה גם כן הוכיחו התוס' פרק ב' דגיטין (דף י"ז ע"א) ד"ה ריש לקיש וז"ל ובפרק גט פשוט (דף ק"ס ע"א) בהמשנה ר"פ ג"פ מוכח דגט

מאוחר כשר מדאמר מקושר שכתבו עדיו מתוכו כשר מפני שיכול לעשותו פשוט ואז יהיה מאוחר כו' ע"ש ומ"ש הר"ן שיש לדחות דאיירי לא בגט אשה הוא דוחק גדול. דהא מבואר שם דתקנת גט מקושר היה רק בשביל גט דאשת כהן וגם פלוגתא דר' חנינא בן גמליאל שבמשנה ורשב"ג משמע בגמ' יותר דקאי על גט אשה. כמ"כ בעידי זנות מאחר דלאביי פרק האומר (דף ס"ו א') אפילו עד א' נאמן א"כ סברא הוא דאף לרבא דצריך שני עדים עכ"ז א"צ דו"ח ועוד דהא הא דרבא מצריך שני עדים הוא משום דהוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים והרי רפ"ק דגיטין (דף ב' ע"ב) פי' רש"י דהא דאין דבר שבערוה פחות משנים הוא משום דיליף דבר דבר מממון וא"כ כיון בגיטין דילפינן ג"כ מממון לא בעינן דו"ח כמו"כ י"ל בעידי זנות ועוד דהא נאסרת ע"י קינוי וסתירה אף על ידי עד אחד דטומאה כדאיתא בגמרא פ"ק דכתובות (דף ט' ע"א) ופרש"י שם משום שרגלים לדבר שזינתה שהרי קינא לה ונסתרה ועד אחד מעידה שהיא טמאה כו' נשמע שנאסרת בגמר הדבר אף על ידי עד אחד משא"כ בדבר שבממון אין מוציאין ממון בכה"ג אף שיש רגלים לדבר אא"כ בדבר ברור ממש ע"פ שני עדים ולא על ידי עד אחד והא דמפסדת הכתובה היינו כי גם כן על ידי קינוי וסתירה לבד מפסדת הכתובה כדאיתא במשנה פרק ארוסה (דף כ"ד ע"א) בדין מתו בעליהן עד שלא שתו דס"ל לב"ה שלא נוטלות כתובה וכדמפרש הטעם בגמרא שם (דף כ"ה ע"ב ובפרש"י שם. ובמשנה ר"פ מי שקינא (דף ל"א ע"א) מבואר דאף חמש נשים ששונאות אותה נאמנות לאוסרה על בעלה אף שאינן נאמנות להפסידה כתובתה. הרי הקילו בסוף העדות להאמין גם חמש נשים מה שאין נאמנות אף על הכתובה ועיין בשו"ע אה"ע סימן קע"ח סעיף י"ד וסעי' ט"ו א"כ אין להחמיר בעדות זנות בשני עדים להצריכן דרישה וחקירה גם בעידי קדושין הנה מבואר בגמרא פ"ק דקדושין (דף י"ב ע"ב) דמשום דנפיק קלא דאיכא עדים באידית שיודעים שהיו הקדושין שוה פרוטה ס"ל לאביי ורבא לאסור אותה משא"כ גבי שבוי' אין אוסרין אותה מחמת הקול אף שיצא הקול שיש עדי טומאה כמבואר בהר"ן משום דמנוולה נפשה לגבי שבאי אמרינן שאין הקול אמת ואם נאמר דעידי קדושין צריכין דוקא דרישה וחקירה לאוסרה לכולי עלמא והיכא שצריך דו"ח אם לא כיונו בדו"ח אין העדות מהני כלל. א"כ למה נחלקו אביי ורבא על רב חסדא שהרי אף אם יש עדים עדיין יש ספק אם יכוונו בדו"ח ואין זה גרע מהא דמנוולה נפשה לגבי שבאי:

קיצור. ולכאורה יש ראיה מהגמ' דעידי גיטין א"צ דו"ח דהא ר"פ אד"מ מוכרח דהיכא דשט"ח המאוחרין כשרים א"צ דו"ח. וגם י"ל טעם ע"ז דמאוחר לא עדיף מדין אינו יודע באיזה חקירה והרי התוס' בגיטין דף י"ז ע"א הוכיחו דגט מאוחר כשר מהמשנה והגמ'

פרק גט פשוט.. א"כ כיון דמאוחר כשר משמע דעידי גיטין א"צ דו"ח וכמ"כ גבי עידי זנות כיון לאביי י"ל נאסרת אפילו ע"י עד אחד לבד א"כ גם לרבא דצריך שני עדים לא חמירא מעידי גיטין גם בעדות אחרונה לכ"ע נאסרת ע"י עד אחד ואפילו אחת מחמש נשים נאמנות לאוסרה משא"כ בדיני ממונות גם בעידי קדושין י"ל כן וכ"מ קצת בקדושין (דף י"ב ע"ב) מדחשו לקלא שיש עדים:

סימן קכד

ב"י באה"ע סס"י מ"ב בדין המקדש בפסולי עדות דרבנן ורס"י ק"ל במגרש בפסולי עדות דרבנן ועי' מזה בתשו' הרשב"א סי' אלף קס"ו ובתשו' להרמב"ן סי' קכ"ה וצ"ע מדוע לא העירו מהא דפרק שבועות העדות דל"א ע"א בענין ואינה נוהגת אלא בראויין להעיד. דאף משחק בקוביא שהוא פסול לעדות רק מדרבנן ומדאורייתא כשר לעדות עכ"ז אינו חייב על שבועות העדות מדאורייתא כיון מדרבנן פסול להעיד וא"כ ה"נ נימא הכי דכיון דפסול לעדות מדרבנן א"כ גם מדאורייתא אין זה עדות ויש לחלק עפמ"ש בגמרא רפב"ת דיומא (דף ע"ד ע"א) שאני התם דאמר קרא אם לא יגיד ופירש"י משמע מי שהגדה שלו מועלת לבעל הדין והאי לא מהני הגדה דידיה הואיל ולא מקבלינן לה מדרבנן עכ"ל. ולכן אף מדאורייתא פטור בשבועות העדות. אבל גבי גיטין וקדושין לא שייך לומר הכי. דכיון דמדאורייתא נאמן להעיד י"ל חשיב עדות אף דהמקדש בפני משה ואהרן אין זה קדושין כלל וה"ל כמקדש בלא עדים דאף שקידש אינו כלום מ"מ הכא י"ל כיון מדאורייתא כשרים לעדות אף דפסילי מדרבנן אין זה כמקדש בלא עדים. ול"ד לשבועות העדות דהתם הוא תולה במה שבעדותו יגבה הממון וכיון דבעדותו לא יוכל לגבות הממון א"כ אין הגדתו מועלת לו וכנ"ל ועיין עוד מזה בתשו' הרשב"א סי' אלף קפ"ה ועיין בגיטין פ' הזורק דע"ט סע"ב בתוס' ד"ה וצריכה דלכאורה י"ל דהר"ר יוסי ס"ל כהרשב"א אבל לרש"י גם המגרש בפסולי עדות דרבנן ג"כ אין הגט כלום כמו בהנך פסולים שבמשנה דג"כ רק פסולי דרבנן ואעפ"כ ס"ל לרש"י דאין הגט כלום ועיין בהר"ן שם השיג ג"כ על פרש"י ועי' ב"ש סי' קכ"ח סק"ו הביא שטת רש"י. מיהו אפ"ל דגם לשטת רש"י יש לחלק דשאני התם ששינה ממטבע שטבעו חכמים בגיטין. אבל הכא בהחתים עדות הפסולים מדרבנן י"ל שאין זה ענין לשינוי מטבע שטבעו חכמים בגיטין ואפ"ל ראיה להרשב"א מהברייתא דפ"ק דגיטין המביא גט ממדה"י ולא אמר בפנ"כ ובפנ"ח. דלרבנן לא הוי הולד ממזר אע"פ שאין כאן עדים גמורים מדרבנן רק מדאורייתא:

סימן קכה

במשנה ספ"ק דקדושין (דף מ' ע"ב) וכל שאינו לא במקרא כו' ובגמ' א"ר יוחנן ופסול לעדות ופירש"י דכיון שאינו מן הישוב כו' וכן האוכל בשוק כו' וכ' הרמב"ם ר"פ י"א מהל' עדות ה"ז בחזקת רשע ופסול לעדות מדבריהם מבואר דמדאורייתא אינו פסול ואף שכ' חזקה שהוא עובר כו' מ"מ מדאורייתא אינו נפסל בחזקה זו עד שיבואו שני עדים שעבר על ל"ת. ופי' בדרך ארץ נראה מדבריו שם דין ג' דהיינו שהוא הולך בדרכי הישרים ועי' בחגיגה (כ"ב סע"א) כמאן מקבלין האידנא סהדותא מע"ה כמאן כר' יוסי וכ' הר"ן ספ"ג דפסחים דלא פליגא אר' יוחנן דספ"ק דקדושין דהתם בחגיגה מיירי בע"ה דליתיה בתורה אבל בדרך ארץ ומצות איתא כו' והרא"ש ספ"ג דפסחים סי' יו"ד דאדרבה מהתם מוכח שפסול לעדות כו' ואהא קאמר רב פפא כו' אפשר ס"ל דאף כשאינו בדרך ארץ מקבלין סהדותי' דר' יוחנן לא קאמר רק דפסול לעדות מדינא אבל מ"מ צריכין למיחש למאי דחייש רבי יוסי וכן הבין הרב"י בח"מ סי' ל"ד סכ"ז בפי' דברי הרא"ש. ובנ"ד נדון היהודים אנ"ח שהעידו על מיתת אחד מהם להתיר הזקוקה לו שבמדינתנו מה שחשש רב א' לפסול עדותן מטעם וכל שאינו לא במקרא כו' נראה אף לדבריו הרי כ' הרמב"ם שפסולים לעדות מדבריהם והפסול מדרבנן כשר לעדות אשה ולכן אף את"ל שהן בחזקה שעוברים על כמה עבירות היינו עד"מ מפני שהן שנים רבות בארץ רוסיא שאין שם שו"ב אפשר אכלו פעמים טריפות או שמא מפני ששרוים בלא אשה י"ל שמא עשו עבירה ח"ו. הרי כיון שאין שום עדות ע"ז רק סברא בעלמא לא גרע ממ"ש הרמב"ם ר"פ י"א מהל' עדות מי שאינו לא במקרא כו' חזקה שהוא עובר על רוב העבירות שיבואו לידו עכ"ל ואעפ"כ כתב ופסול לעדות מדבריהם אבל מדאורייתא אינו נפסל דאין לפסול האדם מחזקת כשרות אלא על ידי שני עדים כשרים ולא ע"י אומדנות וחזקות וכה"ג פסק בשו"ת משאת בנימין סי' נ"א שאפילו ע"י קלא דלא פסיק מגזילה שיצא על אדם אחד עם שני עידי כיעור ממש נידון גזילה הנ"ל אין לפסול האדם ולא נעשה עי"ז אפילו פסול מדרבנן ולא כמשמעות תשו' הרשב"א שהביא הב"י בח"מ רס"י ל"ד מחודש ג' ועיין בתשו' מהר"מ לובלין סי' פ"א ס"ל כתשו' הרשב"א אבל הסמ"ע סי' ל"ד סעיף כ"ה ס"ק ס' ס"ל כהמ"ב וכן משמע בהרמ"א שם ובנד"ז דאין כאן לא קול ולא ע"כ רק סברא בעלמא ודאי לכ"ע הדין כן:

ועוד דכמו שיש לחוש שמא עברו על עבירות כך י"ל שעשו תשובה. וע"ש בתשו' מהרמ"ל הנ"ל. סס"י הנ"ל שצירף להכשיר הגיטין שחתם בהן העד ההוא מחמת מה שנוהגין המסדרי גיטין להזהיר העדים שיהרהרו בתשובה כו' והביא ג"כ תשו' מהרי"ק

סי' פ"ה בשם רש"י במעשה באנוס שקידש בפני אנוסין שקדושיו קדושין מטעם שמא הרהרו בתשובה כו' ובתשו' מהר"ם פאדווה סי' ל"ז כו' ואף שמהרמ"ל לא סמך ע"ז לבד היינו משום דהתם החשש שידוע בעדים שנפסל אבל הכא שבאנו לחוש מסברא ומספק כמ"כ י"ל דספק התשובה מוציא מידי ספק העבירה ע"ד אתי ספק ומוציא מידי ספק כדאיתא פ"ג דעבודת כוכבים (דף מ"א ע"ב) ובפ"ב דנדה (דף ט"ו ע"ב) ועיין בפסקי מהרא"י סי' ר"כ ורכ"א ס"ל אף מי שידוע שהיה רשע גמור לכל עבירות שבתורה ושב אח"כ אף דלא מקרי בעל תשובה שלימה עד דעביד תשובה מעליא כו' היינו מדרבנן. אבל מדאורייתא י"ל דתומ"י ששב בתשובה אינו פסול לעדות כ"א מדרבנן פסול ולכן רצה להכשירו לעדות אשה וע"ש מזה ג"כ בסי' קל"ח ובמהרי"ו סי' קס"ד ובלקוטיו סי' מ"ה ובתשו' מהריב"ל ח"ג סי' ו' נקוט מזה לנ"ד דלא ידענו כלל שנפסלו דפשיטא דכשרים לעדות אשה עכ"פ אף שבנדון דמהרא"י לא סמך להקל מ"מ הכא שאני דעדיף טובא:

ועוד אפ"ל שאפילו אכל טריפות איזו פעמים מפני שתקפו יצרו שלא אכל בשר זמן רב כמו שנה ושנתים לא נפסל לעדות אשה עכ"פ ולא דמי לשאר אוכל נבילות לתיאבון שפסול לעדות מדאורייתא כמו שאבאר בס"ד דגרסינן בסנהדרין (פז"ב דכ"ו סע"ב) אמר רב נחמן החשוד על העריות כשר לעדות אשה וכ' התוס' תימא מ"ש מאוכל נבלות לתיאבון כו' וי"ל דמיירי הכא בחשוד בעלמא כו' א"נ הכא משום דיצרו תוקפו ולא דמי לנבילה וגם לרביעה דליכא יצרו תוקפו כ"כ כמו בערוה עכ"ל ור"ל לפי האי נמי היינו אף שבא על הערוה ממש כשר לעדות וכ"כ הרא"ש בשם ר"ת ואיך שכן משמע מתוך דברי רב אלפס וכ"כ בחידושי הר"ן שם וז"ל פי'. הרי"ף ז"ל כגון שבא על הערוה וכן פירשו הראשונים עד שנמצא במקצת נוסחאות אמר ליה רב ששת עני מאריה ארבעין אכתפיה וכשר אמר ליה יצרו תוקפו וזהו טעמו של רב נחמן שהכשיר והקשה עליו הרב המאור כו' ומ"מ נראה שהפי' הוא כדברי הרי"ף ז"ל כו' ופלוגתא דר"נ ורב ששת לא שייכא בפלוגתא דאביי ורבא אם רשע דחמס בעינן כו' אלא משום דר"נ הוה מכשיר דיצרא דעבירה תקיף ליה טובא כו' וטעם אוכל נבלות לתיאבון דפסול לכ"ע מפני שהוא רשע דחמס שאוכל אותה מפני שמוצא אותה בזול עכ"ל וכן פירש"י דף כ"ז ע"א מומר אוכל נבילות לתיאבון ד"ה פסול דכיון דמשום ממון קא עביד דהא' שכיחא בזול טפי מדהתירא כו' והנה ודאי אף מומר אוכל נבילות לתיאבון שאינו רשע דחמס כגון דלא אכיל נבילות אלא בדלא משכח כלל בשר כשרה ג"כ פסול לעדות לדידן דקיי"ל כאביי דלא בעינן רשע דחמס ועוד דמבואר בי"ד סי' ב' סעי' ב' דגם ע"ד הנ"ל נקרא מומר אוכל

נבילות לתיאבון כמ"ש בט"ז שם סק"ב דכל כמה דמשכח התירא כו' אך בנדון זה שלא אכל טריפות זמן רב וסבל עינויים ימים רבים שאכל רק לחם וירקות וכה"ג אלא שברבות הימים לא יכול לעמוד על נפשו ואכל טריפות וגם מפני שהיו מאיימים עליו שיאכל י"ל דזה חשיב יצרו תוקפו שהרי מצינו בתורה התאוו תאוה כו' מי יאכילנו בשר כו' ועתה נפשינו יבשה כו' ועוד דאיתא במדרש רבה ר"פ ויקרא ע"פ גבורי כח עושי דברו בשומרי שביעית הכתוב מדבר. אדם עושה מצוה ליום אחד כו' לחדש אחד כו' ודין חמי כו' ע"ש הרי מה שאינו זורע שנה א' נקרא גבורי כח. וא"כ זה ששומר מלאכול טריפות שנים רבות ואינו טועם טעם בשר כלל אין לך גבורי כח גדול מזה ועיין בתה"א בית שני שער שלישי דל"ג סע"ב בשם הילמדנו מי יגלה עפר מעיניך אדה"ר שאתה לא יכולת לעמוד בנסיונך אפילו שעה אחת והרי בניך משמרין כל המצות כו' בודק בריאה ונמצא טריפה מונע ואינו אוכל עכ"ל הרי נחשב זה לנסיון וא"כ מה יאמרו במי שמונע א"ע מלטעום טעם בשר שנים רבות ודאי קדוש יאמר לו ולכן אף אם ח"ו יצרו תוקפו ולא יכול לעמוד בנסיון נהי דחוטא גמור הוא ואין לו שום תירוץ מ"מ י"ל שלא נפסל לעדות דשייך לומר ע"ז יצרו תוקפו כמו בעריות לרב נחמן שאף דרשע הוא וארבעין אכתפיה כשר לעדות מטעם הנ"ל. כמ"כ הכא. והנה אף שהמפרשים כן דברי נחמן פסקו כרב ששת וכמ"ש הב"י בח"מ סי' ל"ד סעיף ח' וז"ל ולענין דינא לכ"ע כו' פסול כו' מ"מ בכנה"ג שם אות ל"ו הקשה עליו דלסברת בעל העיטור שהביא הנ"י דמפרש כפר"ת ופוסק ג"כ כרב נחמן כו' וכן מצאתי באגודה בסנהדרין סי' כ' שהביא ור"ת פירש בא על הערוה יש פוסקים דהלכה כר"ש. משמע יש מהפוסקים ס"ל הלכה כר"נ ואף לפר"ת. דלאו הא בהא תליא. ועוד אפ"ל כיון בלא"ה איכא מ"ד בגמרא פ"ב דיבמות (דף כ"ה) דאפילו רשע דאורייתא כשר לעדות אשה אף דהפוסקים פסקו כרב מנשה דחולק ע"ז שכן משמע בגמ' ספ"ק דר"ה. מ"מ בנדון כהנ"ל דלרב נחמן כשר לכל עדות י"ל דסמכינן ע"ז בעדות אשה ואף שלא היינו סומכין ע"ז למעשה מ"מ בנד"ז שיש בלא"ה שני ספיקות טובים שמא לא חטאו כלל ושמא עשו תשובה נראה שאין לחוש כלל:

סימן קכו

מה שהקשה עמ"ש הר"ן פב"ת דנדרים (דף פ"ז א') בענין תכ"ד כדבור דמי דהרמב"ן פי"נ כ' בשם ר"ת דתקנתא הוא דתקון רבנן וקשה לו ע"ז מהא דפרק אלו נערות (דף ל"ג ע"א) דאמרינן ונתרי בהו תכ"ד והנה התוס' בנדרים שם כתבו ג"כ דיעה זו דר"ת בשם רבינו אליעזר שפירש דמדרבנן הוא כדי שישיב אדם וישאל בהפסק מחבירו ולא יפסיד

וקשה דהא גבי דינין דאורייתא הוא כגון גבי מנחת חטין מן השעורין וגבי שבועת העדות אמרינן ליה וצ"ל דהוי דאורייתא עכ"ל גם התוס' פרק מרובה דף ע"ג ע"ב ד"ה כי לית ליה הביאו סברת ר"ת תיקנו חכמים כו' והביאו לו ראיה מנזיר רפ"ד (ד"כ סע"ב) גם הרמב"ן פי"נ דף קכ"ט כ' שמשם היא ראייתו ומ"מ התוס' פרק מרובה שם לא נ"ל סברתו והקשו עליו מדין קריעה וצ"ל אמאי לא הקשו מהסוגיא דשם גופא דמבואר שם דלענין פיסול העדות אמרינן ג"כ תכ"ד כד"ד שכשהוזמו על הטביחה נפסלו גם על הגניבה אם היתה העדות דטביחה תכ"ד לעדות דגניבה ואיך ניחא להו כאן לר"ת יותר מהא דקריעה וצ"ל שזה ניחא להו משום שי"ל יותר שבתכ"ד אין משתנה האדם וכיון שהוחזקו שקרנים על הטביחה מחזקינן להו שקרנים ג"כ על עדות הגניבה אף שהיה קודם עדות הטביחה כיון שהיה תכ"ד לא אמרינן שתכ"ד נעשו שקרנים ומתחלה תכ"ד לא היו שקרנים. לכן זהו ניחא להו שמשם אין קושיא על ר"ת דסברא הוא וא"כ לפ"ז ג"כ לק"מ הא דאמרינן ונתרי בהו תכ"ד דלענין עדות סברא הוא דתכ"ד כד"ד. כן צ"ל לפ"ד התוספות דבב"ק הנ"ל והנה פ"ק דמכות (דף ו' ע"א) מבואר דלענין עדות אמרינן תכ"ד כד"ד לענין שיחשבו מאה עדים כשנים דאמרינן מה שנים כו' ע"ש. ולשטת רש"י הוא ג"כ לענין מה שנים אם נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטלה ואיך לא הקשו משם לר"ת איך מחמת תקנתא דרבנן יבטלו העדות ונפיק מיניה קולא שאם העידו על קדושין ומבטלים עדותן מחמת שנמצא א' מהן קא"פ מתירין אשת איש לעלמא ע"ש בתוס' דף ו' סע"א ואין לתרץ דס"ל לר"ת כדאמרינן לענין שבועות העדות דאף אם אין פסול לעדות רק מדרבנן ומדאורייתא כשר כמו משחק בקוביא עכ"ז לא חלה עליו שבועות העדות מדאורייתא גם כן בפרק שבועות העדות דף ל"א ע"א דזה אינו חדא דהוא פלוגתא בגמ' שם ועוד דגם למאן דס"ל שם כן זהו כדפירש"י שם ורב אחא ס"ל הואיל וסוף סוף אי מסהיד לא מקבלינן מיניה לא קרינן ביה והוא עד עכ"ל ור"ל דהכתיב אם לא יגיד וכיון דהגדתו לא מהני לא קרינן ביה ונשא עונו כו' והיינו דוקא לענין שבועות העדות לא חלה שבועה ע"ז כיון דלא מהני הגדתו אבל הכא ודאי לא סמכינן ע"ז וכמ"ש הרשב"א הובא בב"י אה"ע סי' מ"ב המקדש בפסולי עדות דרבנן כיון מדאורייתא הם כשרים ה"ז מקודשת לחומרא וכ"ש וק"ו לענין שיפסלו מאה עדים מחמת שנמצא א' מהן קא"פ שהגיד תכ"ד זה ודאי א"א לומר אא"כ נאמר דתכ"ד כד"ד מדאורייתא והנה תוכן קושייתו של רו"מ הוא דאם תכ"ד לאו כד"ד מדאורייתא א"כ עדים זוממין לאו בני התראה נינהו מדאורייתא א"כ אף שמדרבנן תכ"ד כד"ד מנלן להצריכן התראה ע"ז י"ל דהנה בשט"מ בכתובות שם הקשה בשם הראב"ד דלמה לי התראה תכ"ד אפילו אתרו בהם לאחר כמה יכולים לחזור בהם תכ"ד של

התראה דהא לא נגמר חיוב עדותן עד דמתרין בהן. ותירץ דהיינו טעמא משום דלאחר כ"ד יכולים לומר אשתליין מה שהעדנו עכ"ל וכ"כ שם בשם הרא"ה וא"כ לדבריהם פשיטא דלק"מ ובספר הפלאה שם ד"ה דלאו בני התראה נינהו הקשה גם כן כקושיית הראב"ד והרא"ה עמ"ש בגמ' ואי אתרו ביה בתר הכי מאי דהוה הוה אמאי הא קיי"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות א"כ אי נימא דבעי התראה אם כן כל זמן דלא התרו בהן עדים לא נגמר העדות דא"א לקיים בהו כאשר זמם וכיון שאין העדות נגמר ממילא דיכולים לחזור בהן דלא חשיבא הגדה עדיין ושפיר יועיל התראה ותירץ כיון דר"א מיירי בעדות ממון דהא קאי אפלוגתא דר"מ ורבנן ובממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה ועיין ש"ך ח"מ סס"י ל"ג א"כ כיון שהעידו כבר נגמר העדות ומאי דהוה הוה עכ"ל לכן גם לדבריו י"ל מ"מ כיון דתכ"ד כד"ד אף שהוא מדרבנן שפיר תקינו רבנן התראה תכ"ד כיון דעכ"פ עדים זוממין בני התראה נינהו מדאורייתא בדיני נפשות אף לאחר כדי דבור לכן גם בד"מ תקינו התראה תכ"ד ועי' שו"ת הרשב"א בת"א סימן קל"ה והנה הרשב"ם פרק י"נ (דף קכ"ט סע"ב) שכתב דהא דגבי קדושין תכ"ד לאו כדיבור דמי זהו חומרא דרבנן משום לעז ממזרות ע"כ ס"ל דהא דתכ"ד כדבור דמי בכל מילי הוא מדאורייתא ודלא כר"ת. ומתוך ד' השט"מ לב"ב פי"נ (דף קכ"ט) הבנתי דטעם האומרים דתכ"ד כד"ד הוא מדרבנן זהו מפני שבגיטין וקדושין אמרינן דתכ"ד לאו כדבור דמי וס"ל דשם העמידו אדאורייתא דהפסק הוא ולא כדפרשב"ם שזהו רק חומרא דרבנן ואם כן ממילא מובן דהא דבשאר מילי תכ"ד כד"ד הוא מדרבנן אך באמת אינו כן דגם לפ"ד כל הפוסקים דלא ס"ל כרשב"ם אלא דבגיטין וקדושין תכ"ד לאו כד"ד הוא מדאורייתא וכדמשמע בהרמב"ם פ"ז מה"א הכ"ב וכדלקמן עכ"ז הא דבכל מילי תכ"ד כד"ד הוא גם כן מדאורייתא ממש כדמוכח הסוגיא דב"ק פרק מרובה (דף ע"ג ודשבועות העדות ופ"ק דמכות כנ"ל וכמ"ש התוס' בנדרים שם. וטעם החילוק ביניהם הוא כמ"ש הר"ן בנדרים שם דבשאר מילי דלא חמירי כולי האי כשאדם עושה אותם לא בגמר דעתו הוא עושה אלא דעתו שיוכל לחזור בו תכ"ד אבל הני כיון דחמירי כולי האי אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה ומש"ה חזרה אפילו תכ"ד לא מהני עכ"ל (ראיה מגלוייא דעתא בגיטא לאו מילתא היא משא"כ במתנה וכן בקנין כ"ז שעסוקים באותו ענין יכול לחזור בו) וכ"כ הריב"ש בתשוב' סימן רס"ו. והר"ן בתשוב' סס"י מ"ג הובאה ב"י סס"י קל"ד ועיין בש"ע אה"ע סימן ל"ח סל"ד בחמ"ח ובב"ש שם ובסי' מ"ט ס"ב ועי' בעצי ארזים סימן ל"ח ס"ק ס"ט מה שהביא ראיה להרשב"ם ועי' חידושי הרשב"א קדושין (דף נ"ט ע"ב) ד"ה אי חזרה הוי שהקשה קושיא זו ותירץ בשני אופנים והתירוץ הראשון

י"ל דהא הכא הכל דבור אחד ממש אלא שזהו כעין חזרה ואפ"ל דוקא תכ"ד לאו כד"ד בקדושין וגרושין כיון שהפסיק אף מעט אבל כשאומר דיבור אחד בלי שום הפסק י"ל אף בקדושין וגרושין מהני חזרה שהרי זהו דבור ושוברו עמו דוגמת מנחה מן השעורים במנחות פי"ב (דף ק"ג ע"א) דמקשה אמאי נדר ופתחו עמו הוא ופרש"י שמתחרט וכ"מ לכאורה ממ"ש בברייתא פ"ק דקדושין (דף ח' ע"ב) נטלתו וזרקתו לים וקשה הרי נטלתו. ומה שזרקה לים ה"ל חזרה תכ"ד ולא מהני אלא משום שניכר שכמו דבור אחד הוא ולא כמו תכ"ד ועי' ספר המקנה סימן ל"ח סל"ד וסי' מ"ט ס"ב ועי' בקצה"ח סימן רנ"ה ססע"י ג' שכתב במסירה להדיוט יכול לחזור בו תכ"ד דלא כמ"ש ספר המקנה:

סימן קכז

ב"ב (דף קכ"ט סע"ב) תכ"ד כד"ד. קדושין (דף י"ג א'):

רצתה דאמרה הן ובקדושין (נ"ב סע"א) דאחילתיה וקבלתו לשם קדושין. ור"ל שבעודו בידו זכה בו כי מחלתו. וצ"ע בח"מ סימן רמ"א אם מחילה מהני בדבר שהוא בעין וכשקבלתו אחר המחילה קבלה דבר שלו ממש וא"כ לאחר שנתנו בידה אף תכ"ד לא שייך לומר כן דאף דתכ"ד כד"ד מ"מ איך יזכה בו המקדש והיא לא תוכל לזכות לו את שלה כדתנן פ' חלון וחכ"א לא זכו לו מעותיו אבל עוי"ל דפי' רצתה דאמרה הן אין הענין שהיא מזכה לו החפץ דהא לפעמים אמרה הן בשעה שכבר הוא גם בידה כגון ששניהן אדוקים בו ואיך מהני ליה הזכייה מיהו י"ל כיון שהיא מזכה לו מרצונה ודעת אחרת מקנה אותו מהני אף כה"ג וצ"ע גבי קנין סודר בח"מ סימן קצ"ה אך י"ל שזהו ע"ד נתנה היא באדם חשוב מקודשת בההיא הנאה דמקבל מינה הנאה זו חשוב כנתינה כמ"כ הכא כיון דאמרה הן א"כ יש לה הנאה מזה שמקדשה א"כ הנאה זו חשוב כנתינה אף שהחפץ שלה וא"כ לפ"ז אף תכ"ד אמרה הן יש לומר דמהני דתכ"ד משוי זה נתינה אך עוי"ל כיון אחר הנתינה אמר הרי את מקודשת לי ד' תיבות א"כ תשובתה הן זהו אחר כדי דבור מהנתינה וזה תלוי בדיעות אם יש לומר כיון שהתחיל תכ"ד חשוב תשובה שלה גם כן תכ"ד עי' שבועות (דף ל"ב). מלשון הש"ע כ"ח ב' ונתנו בידה ואמרה הן והוא לשון הטור משמע כל שבשעת נתינה אמר התקדשי לי בו אע"פ שתשובתה הן היה אחר שהוא בידה מקודשת מוכח קצת כפירוש הב' אך ק' דא"כ בכל נתינה אפילו באדם שאינו חשוב כיון דשדיך נימא אף בנתנה היא מקודשת. ובה"ג ס"ל דספיקא הויא וי"ל דמ"מ לא דמי נתנה היא להכא דנתן הוא רק שהחפץ שלה רי"ו נכ"ב ח"א קמ"ד ג' ואם אמרה אין כשאמ"ל אם אתן כו' משמע שצריך שתשיב אין קודם הנתינה עי' בהרא"ש

פ"ק דקדושין ס"כ כתב גבי גזל דידה בשדיך זהו משום אומדנא דאנן סהדי כו' ע"ש עי' מענין תכ"ד בחוס"י ב"ב שם בשם הב"י אה"ע קל"ד בסוף הסימן עי' בעה"ת שכ"ח ח"ד סימן א' הובא ב"י ח"מ רס"י קכ"ו לר"ת בכל הקנינים חוזר בעסוקי' בא"ע והוא נחלק ע"ז עכ"פ תכ"ד ודאי חוזר ועי' חי' הרמב"ן פי"נ קי"ד ב' סד"ה והלכתא. והוי יודע כו' אלא בתכ"ד:

ובנ"י שם ד"ה קנין ומיהו בקנין שטר וכסף. צ"ע למה לא נקט משיכה:

סימן קכח

בב"ש סי' מ"ב ס"ד ס"ק י"ב מהני בלא ראייה וס"ל כמרדכי כו' וכ"ד התומים סס"י צ' ס"ק י"ד פי' דברי המרדכי דה"ל ידיעה ודאית דומיא דנחבל שם בעלתה לו נשיכה בגבו וס"ל כתוספות שבועות ל"ד א' דמהני בדיני נפשות גם כן והרשב"א ס"ל דבדיני נפשות לא מהני אף דומיא דנחבל ובאמת י"ל נחבל לא עדיף מאומדנא דר"ש בן שטח עי' מהרי"ק שרש קכ"ט משמע עכ"פ ידיעה ברורה בעינן דומיא דנחבל וכן כתב הבית מאיר סי' מ"ב ס"ד דידיעה דמוכח דומיא דאומדנא דרבי אחא בגמל האוחר לא מהני ולא חשוב אף ספק קדושין וס"ל העובדא דתשובת הרשב"א סימן אלף קצ"ג הוי ידיעה כידיעה דגמל האוחר ואף על פי כן פסק הרשב"א דאינה מקודשת כלל אף אם קדושין לדיני ממונות דמיא והתה"ד סימן ר"ז ודאי ס"ל דגם אומד כגמל האוחר חשיב ספק קדושין לפ"ד רבינו שמחה שם דאפילו לפרש"י לא בעינן עדים בשעת נתינת הסבלונות לידה אלא שישלח בעדים ואנן סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו כו' כמו הן הן עדי יחוד כו' ובודאי דחזקה זו לא עדיף מאומדנא דגמל האוחר כדאיתא בגיטין פרק התקבל (דס"ד סע"א) דלא סמכינן על חזקה זו להקל ואפשר לחלק שם שאני דכבר משודכת לו וא"כ ודאי גם כן חזקה שתקבל הסבלונות וכמש"ש הא"ז בשם רבינו שמחה דהוי חזקה מכח הרוב ועדיף משאר חזקה כו' וכן כתב הר"ח כיון שכבר קבלה קנין על הקנס כו' ועי' בעצ"א סימן מ"ה ס"ק י"ג וסימן מ"ב ס"ק י"ג שהקשה על תה"ד ולא ירד לחילוק זה שחילקתי ומיהו מהא דהן הן עידי יחוד הן הן ע"ב משמע דאומד כגמל האוחר מהני דהא התם איכא תרי מיעוטי להקל אחד שמא לא ידעו דא"א טבב"ז ובעל בלי כוונת קדושין השני שמא לא בעל כלל ובהצטרף הני תרי מיעוטי יחד י"ל לא חמור ממיעוטא דגמל האוחר והרי חשיב ספק קדושין וי"ל שם גם כן על ידי היחוד אתרעי החזקה שהרי נתייחדו יחד מרצון שניהם ובכה"ג דאתרעי החזקה יש לומר אפילו ספק שקול מהני כמו ספק קרוב לו ספק קרוב לה דכיון שזרק מרצונה כמ"ש התוס' פרק ב' דכתובות (דף כ"ג א').

והרמב"ן במלחמות פרק ב' דכתובות סד"ה שלשה שישבו לקיים את השטר העלה אלא ש"מ דלא אמרינן אוקמא אתתא אחזקה ולעולם חולצת משמע כשיש ספק אם קרוב לה הוי ס"ק מדאורייתא וקשיא עמ"ש כאן אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה כו' ויש לחלק דשם הרמב"ן מיירי בשני כיתי עדים אם כן הרי יש כת אחד מעידין בבירור על קדושין. וגם בכת אחד הרי העד אחד אומר ברור שהיה קרוב לה ושגם העד השני ראה כן א"כ לדבריו יש עדות ברורה רק השני משקר. ובכת אחד ששניהם מסופקים ס"ל למהר"מ בתשובת מיי' סימן א' דאינה מקודשת. ולהרשב"א יבמות (דף ל"א) דהוי ס"ק. י"ל משום שזרק לה מרצונה כו':

סימן קכט

מעשה שאירע בקהלה אחת סמוכה לפה איש אחד ושמו יצחק רצה להשתדך לפני בתולה אחת בת מוה' דוד ושלח אנשים לאבי הנערה לדבר על לבו שיחפוץ בשידוכין והשמיט את עצמו וגיזם שירבה לו מוהר ומתן והיה זאת משך זמן ולא נגמר הדבר. ועשה אבי הנערה שידוך אחר ובא הר' יצחק הנדבר הראשון לפני ב"ד במענה כזאת את האלקים אני ירא ואודיע לכם קושט הדברים שבאותו העת שדיברו לפניו להשתדך לפני הבתולה הזאת הזמין עדים ארבעה אנשי חיל בני י"ח שנים. ואמר להם תשמעו מה שאומר להבתולה בפניכם ולקח דג חשוב הנקרא קאפצאנקע ואמר לה בזה"ל בדעתי איז אז דוא זאלשט זאיין מיין ווייב ע"כ גיב איך דיר דאש פון דעסט וועגין אז דוא זאלשט זאיין מיין ווייב ונתן לה הדג וקיבלה בידה והלכה לה כן אומר לפנינו ב"ד שכך אמר לה בפני העדים ולזאת עתה שנשתדכה לאחר מודיע הדברים וחפץ ליתן לה גט פטורין על הוצאות שלו בכדי להצילה מאיסור חמור כזה והמשודך שלה עתה אינו כהן. כ"ז אמר בפני הבתולה והעדים שמפרש שאמר כן בפניהם הלכו למאסקווע והבתולה מכחשת אותו בפניו על כל דבריו שלא דיבר עמה ולא נתן לה שום דג ואינה רוצה לקבל ג"פ ממנו זולת בתרקבי דדינרי והר' יצחק אמר שיברר דבריו על הוצאותיו אך שתמתין מלהנשא לאיש עד שיברר אך שרוצה ליתן לה ג"פ תיכף על הוצאות שלו. זהו תורף השאלה:

א בקדושין פ' האומר (דף ס"ה ע"א) האומר לאשה קדשתיך כו' והובא פ"ק דכתובות (דף ט' ע"א) ומוקים לה בגמ' כאן דאמר לה קדשתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים וכ' הריטב"א ומדלא פרקינן דהכא במאי עסקינן בעד אחד שהעיד שנתקדשה בפני שנים שמעינן דאפילו בהא נמי אין חוששין לו דגזה"כ הוא דבאיסור ערוה אין פחות משנים כו' ועי' בהרמב"ם פ"ט הט"ז והלכו למדינה אחרת. וא"כ בנד"ז אף לדבריו

שקידשה בפני ד' אנ"ח כיון שאומר שהלכו העדים למאסקווע. כיון שהיא מכחשת אותו לגמרי. הרי מותרת להנשא להמשודך שלה כמו שמותרת בקרוביו דהיינו להנשא לאביו דאם נחוש לדבריו יש כאן איסור אשת איש ואיסור הבא על כלתו דהוא בסקילה ואפ"ה לא חיישינן לדבריו כלל כש"כ שמותרת להנשא להמשודך. ועוד ראיה מהמשנה בגיטין ס"פ המגרש יצא שמה בעיר מקודשת ופרש"י פנויה יצא עליה קול פלונית מתקדשת היום לפלוני ויש דברים נראים כדמפרשי אמוראי בגמרא ה"ז מקודשת ופרש"י ולא תנשא לאחר בלא גט. ובגמרא שם (דף פ"ט ע"א) ובתוס' שם ד"ה עד שמגיעין מבואר דלא חשוב הקול אלא בשני אופנים האחד כשיש רגלים לדבר חזקים שהקול אמת והוא מש"ש לא שישמעו קול הברה אלא כדי שיהיו נרות דולקות ומטות מוצעות ובני אדם נכנסים ויוצאים ואומרים פלונית נתקדשה היום הב' אף שאין רגלים לדבר כאופן הנ"ל אלא שיש שני עדים אף שכל אחד רק עד מפי עד מ"מ כיון שיש שני עדים שנתקדשה אף שהן עד מפי עד בכה"ג חיישינן ולא תנשא בלא גט אבל בעד אחד אומר נתקדשה לא מיבעיא אם הוא עד מפי עד אלא אפילו בעד מפי שני עדים אין חוששין לה כיון שהיא אומרת ששקר הדבר וכן כתב בחידושי הרשב"א שם שלא הכשירו אלא עד מפי עד אבל לא עד אחד. וכן כתב הר"ן שם. זולתי הרמב"ם פ"ט מה"א הכ"ב מחשיב קול כשהם שנים ששמעו מאחד שנתקדשה בפני שנים וגם לדבריו היינו כשיש רגלים לדבר קצת שאומרים השנים שראו כמו שמחת אירוסין וע"ש בלח"מ שגם לדבריו דוקא כשבאו שנים ואמרו כן לא כשבא העד אחד כו' וא"כ בנד"ז שאין שום רגלים לדבר שקידשה וגם אין שום עד שקידשה פשיטא דאינה מקודשת ור"ל דמותרת לינשא לאחר בלי שום גט ואף גם לדעת הרמב"ם אין צריך גט דהא בעי גם כן שיבואו שנים ויאמרו ששמעו מאחד כו' ומצריך גם כן רגלים לדבר קצת. משא"כ בנד"ז דליכא שום רג"ל וליכא שנים שיאמרו כ"א הבחור לבד שאומר שקידשה דאינו חשוב כלל גם כעד אחד כי הוא בעל דין ולא עד:

ב ועוד ראיה מפ"ק דקדושין (דף י"ב ע"ב) והא איכא סהדי באידית דידעי דבההוא יומא הוה ביה שוה פרוטה השתא מיהא ליתנהו קמן כו' עידיה בצד אסתן ותאסר. וכ' התוספות שם ד"ה והאיכא. נראה לר"י לפרש והא איכא סהדי כלומר שיצא הקול שיש עדים באידית או במדה"י ואפ"ה ס"ל לרב חסדא דלא חיישינן לקול זה ומותרת להשני. כ"ש בנד"ז שאין שום קול רק הבחור שרוצה ליקחה אומר כן. לכן אף לאביי ורבא שם דלא ס"ל הא דרב חסדא וחיישינן לקלא. זהו לקלא דוקא דקלא עדיף אף מעד אחד כמבואר בגמרא בכתובות פרק האשה שנתארמלה דף כ"ו סע"א) גבי וכי תימא

ערער חד איכא בינייהו כו' האמר ר' יוחנן ד"ה אין ערער פחות משנים וכ' התוספות לאפוקי חד דלא הוו ערער אבל קול נמי פוסל בתרומה קודם שבא העד והכשיר עכ"ל וכ"כ עוד בתוספות פרק חז"ה (דף ל"ב ע"א) ד"ה אין ערער וא"כ י"ל דלא פליגי אביי ורבא על רב חסדא רק כשיצא קול שיש עדים באידית אבל לא כשליכא קול רק עד אחד אומר כן שיש עדים לא חיישינן לזה וכ"ש וק"ו הכא שאין אף עד אחד אומר כן רק הבחור פשיטא דיודו אביי ורבא לרב חסדא לומר עידיה בצד אסתן ותאסר דהא היינו המשנה המפורשת דקדושין (דף ס"ה ע"א) דלעיל האומר לאשה קדשתיך (בפני פו"פ והלכו להם למדה"י) והיא אומרת לא קדשתני שהיא מותרת בקרוביו וממילא מובן דא"צ כלל להמתין עד שיברר דהא רב חסדא אומר עידיה בצד אסתן ותאסר הרי שאין מצריך להמתין עד שיתברר ובכה"ג דליכא קלא ולא ע"א כולם מודים לרב חסדא שא"צ להמתין. ועוד דהנה הריטב"א שם פ"ק דקדושין מפרש ג"כ והאיכא סהדי באידית שיצא קול שיש עדים באידית ולא אתחזק הקול בב"ד וע"ז הקשה וז"ל ואע"ג דקיי"ל התם (ס"פ המגרש) דכל קלא דלא אתחזק בב"ד לאו קלא הוא קסבר הני רבנן דהתם הוא שקול הקדושין יוצאין לגמרי ואין קדושין מוחזקים כלל אלא ע"פ הקול דלא מחזיקין קדושין מעיקרא אפומייהו אבל בזו שכבר היא מקודשת בפנינו אלא דמספקי לן בקידושי אי הוה שוה פרוטה או לא בכי הא חיישינן לקלא אע"ג דלא אתחזק ורב חסדא סבר כיון דסהדי ליתנהו לא חיישינן לקלא דלא אתחזק אפילו בכי הא עכ"ל וכן כתב הר"ן שם. אם כן לדבריהם בנד"ז כיון שאין שום קדושין מוחזקים כלל אם כן אף אם היה קול לא חיישינן אף לאביי ורבא. אם לא בקלא דאתחזק ע"פ ב"ד כההיא דס"פ המגרש. וכ"ש בנד"ז שאין שום קול ואף לא עד אחד. כ"א הבחור אומר כן שאין שום חשש כלל ומותרת להנשא להמשודך שלה. עי' ב"י סס"י מ"ב עי' תשובת רמ"א סימן ל'. וכבר האריך בזה הרשב"ץ בתשוב' ח"א סימן קל"ב וסי' קנ"ד ושם הביא מעשה שהיה בימי הרשב"א ז"ל והתירה לינשא אף שהיה גם כן עד אחד מעיד כדברי הטוען שקידשה וגער מאד על מי שחלק עליו וכן כתב הריב"ש סימן קכ"ג דאפילו אומר שהעדים במקום קרוב לא חיישינן הביאו הד"מ סימן מ"ו סק"ב כ"ש בנד"ז שהוא מקום רחוק מאד:

ומ"ש רומע"ל דכיון דהאיש הזה אינו רוצה ליכנס רק לפטור אותה בגט א"כ שוב לא ה"ל נוגע בדבר וה"ל כעד אחד שמעיד שנתקדשה בפני שנים וכו' הנה נראה שאינו דומה כלל לעד אחד דאולי כאשר יסדרו את הגט ובשעת נתינה יחזור בו ויאמר איזו לשון שמקלקלה כמו שיאמר הרי את מגורשת כו' והרי את מותרת לכל אדם לאחר עשרה שנים כמו שאירע מקרה כזה בסביבותיכם או שיאמר הרי את מותרת לכל אדם

חוץ מפלוני שבזה בטל, הגט לגמרי או אף שיאמר על מנת שלא תנשא לפלוני שהוא המשודך שלה ואז אפשר תוכרח להנשא אליו דכיון שכבר סדרו גט כדרך שמגרש האיש את. אשתו מוחזקת עי"ז בחזקת אשת איש כדמשמע בגמ' (דף ס"ה א') גבי היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך ואם בקשו אותו שיתן לה גט כדי להתירה הוא נאסר על ידי זה בקרובותיה אף שמחזיק במאמרו שלא קידשה ורק על ידי בקשה כתב לה גט נאסר בקרובותיה וכן כתב הה"מ פ"ט מהל' אישות הלכה ט"ז ודע שכל שנתן לה גט נאסר בקרובות שלה כו' ולשון רבינו שכתב שאין לו בזה הפסד צ"ע עכ"ל והיינו אף באומר לא קדשתיך. ואם כן ממילא ה"ה בהוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני אם נחמיר עליה שמוכרחת לקבל גט י"ל גם כן שנאסרה בקרוביו ואף שהרמ"א בש"ע סימן מ"ח חילק בין האיש ובין אשה בכה"ג הרי חלק עליו החמ"ח שם ס"ק ג' גם בתשובת הרשב"א סימן תק"נ הביא ראיה מהגמרא הנ"ל לדין האשה גם כן שנאסרת על ידי קבלת הגט כמו שהוא נאסר אף שאומר לא קדשתיך כמ"כ האשה נאסרת גם כן בכה"ג הביאו הב"ש סימן וא"ו ס"ק ג'. וזה כדברי הר' אלעזר מביהם שבהגמ"ר דקדושין סימן תקל"א. ולא כדעת ר"י הלבן והרא"ם שם דמחלקים בין האיש לאשה. ועיין ב' רס"י י' מ"ש בשם תשובת הרא"ש כלל ל"ה סי' י"ג וכתב ועיין בתשובת הרשב"א שכתבתי סימן י"ג ובמרדכי פרק האומר. וע"ש בכנה"ג בהגהת הב"י אות ב' דכוונת הב"י לומר שתשובת הרשב"א שהביא בסימן י"ג חולק על תשובת הרא"ש הנ"ל ותשובת הרשב"א זו הוא מה שהביא בב"י סימן י"ג בד"ה מעשה באחת שנתגרשה ויצא קול של פיסול על הגט וז"ל הב"י שם בשם הרשב"א וכבר נשאלתי על דבר זה בלשון רחב כו' ואם נפשך לומר הרי שנינו בפרק האומר קדשתני והוא אומר לא קדשתיך כו' אבל לאחר שנתברר שלא היה בדברי ראובן זה כלום כו' גט זה שנתן שגעון בעלמא הוא ואין בו ממש כו' לאוסרה לכהונה עכ"ל והכנה"ג סי' וא"ו בהגהב"י אות ה' כתב דתשובת הרשב"א סימן תק"ן סותרת תשובה זו דהרשב"א שהביא הב"י סי' י"ג. ובאמת הענין שבתשוב' שהביא הב"י סימן י"ג חמור יותר מהענין שבתשוב' סימן תק"ן. שבתשוב' דסי' תק"נ לא היה שום עד שקידשה. וגם שמעון המשודך לא אמר שקידשה אעפ"כ כיון שנתן לה גט פסלה לכהונה ובתשוב' דסימן י"ג היה עד אחד שקידשה ואעפ"כ כתב להתיר גם לכהונה כיון דעד אחד בהכחשה לא כלום הוא א"כ מובן שהתשו' סותרות זו את זו כמ"ש הכנה"ג. גם הט"ז רס"י וא"ו ס"ק ב' פסק כהתשו' דסי' תק"ן ושאפילו דיעבד אם נשאת לכהן תצא וחלק על הב"ח דס"ל שאם נשאת לא תצא. וכיון שלדעת הרא"ש והרשב"א בתשוב' סימן תק"נ והר"א מביהם במרדכי פרק האומר סי' תקל"א כל שקיבלה גט אף שלא היה

צריך מדינא להגט חשיבא גרושה ואסורה בקרוביו א"כ ממילא אם נתבטל אח"כ הגט מאיזו פיסול אסורה לכולי עלמא מחמת איסור אשת איש כמו שאסורה לקרוביו כשהגט כשר והוא גם כן כש"כ מהדין דתשובת הרא"ש כלל ל"ה סימן י"ג שאסרה להחזירה לראשון משום מחזיר גרושתו שנחשב איסור קל לגבי איסור אשת איש ואם כן עפ"ז מובן שזה הבחור שאומר שקידשה אף שרצונו ליתן גט חשוב נוגע בעדות ובעל דין ממש דגרע מנוגע בעדות ולא דמי כלל וכלל לעד אחד גם י"ל דאתיא במכ"ש ממה שעד שצריך שבועה אף שנשבע לא חשוב עד כמבואר בפ"ב דקדושין (דף מ"ג ע"ב) בתוס' ד"ה והשתא. כ"ש זה האומר שקידש שעכשיו הוא בעל דין ולא עד אלא אחר שיגרש בגט כשר יחשב עד זה ודאי אינו ואין צריך כלל ראיה ע"ז כי זהו נגד השכל והנה י"ל עוד דהא אדרבה לפי תשובת הרשב"א שהביא הב"י סי' י"ג דפליגא על תשוב' דסימן תק"נ דבריו מבוארים שאפילו יש עד אחד אומר שנתקדשה לאו כלום הוא ואין צריך גט כלל וכ"ד הריטב"א כדלעיל אות א' שהוכיח כן מהגמרא מדלא מתרץ הגמ' (דף ס"ה ע"א). אם כן אף אם היה נחשב זה הבעל דין כעד אחד משום שרצונו ליתן גט לא חיישינן לדבריו כלל. כ"ש שאינו דומה כלל וכלל לעד אחד ועיין בפרש"י פ"ב דכתובות (דף כ"א סע"ב) ד"ה משחתמו אף רק כשי"ל שמעיד מפני שאל"כ גנאי הוא לו לא חשוב עד. אם כן הכא ודאי גנאי הוא לו יותר אם הענין שאומר שקידשה הוא שקר לגמרי. וגם י"ל שרצונו לפגום אותה לומר שקיבלה קדושין ע"כ אינו חשוב עד נוסף על הטעמים העיקריים דלעיל:

ד ומה שהעיר מע"ל עוד להחמיר ע"פ מ"ש הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז סק"ד שהקשה מהגמרא פרק הניזקין (דף נ"ד סע"ב) דאמרינן מתוך שאתה נאמן להפסיד שכרך אתה נאמן לפסול ס"ת על הש"ס דקדושין (דף ס"ה) בהיא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך דמותר בקרובותיה ולא אמרינן מתוך שנאמנת לאסור א"ע תהא נאמנת גם כן על קרובותיה ותירץ הט"ז משום דזו יש לה חזקת פנויה משא"כ הס"ת ועפי"ז דן מעל' בנד"ז גם כן כיון שאוסר א"ע לישא אחרת מחמת תקנת רגמ"ה אם כן יהיה נאמן גם עליה והוסיף חומרא על חומרא דגם חזקת פנויה ושמכחשת את הבחור לא יועיל לה. כל אלה הם דברים בטילים במח"כ לחפש חומרות זרות נגד המשנה המפורשת האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני דאין דבריו כלום לגבי דידה ונאמר בראש גם קושיית הט"ז אינו כלום במחכ"ת הקדושה. דמה ענין כתיבת ס"ת דשם יש דיעות רבות דעד אחד נאמן באיסורין אלא מפני שלא אמר לו בפעם ראשון אינו נאמן ע"כ כשיש לומר מתוך שנאמן להפסיד שכרו כו' נאמן משא"כ בעניני קדושין דעד אחד אינו נאמן כלל ובעינן

שני עדים דוקא ואפילו שניהם מודים אין נאמנים לא שייך כלל וכלל לומר שיהיה הוא או היא נאמנת על ידי. סברא של מתוך כו' וראיה לזה מדין האומרת טמאה אני לך למשנה אחרונה דשלהי נדרים (דף צ' ע"ב) דאינה נאמנת לאסור א"ע על בעלה והקשה הר"ן כו' עד ואחרים תירצו דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע א"ע מבעלה כו' עד אוקמוה אדינא עכ"ל יעו"ש בדבריו וקשה אם כן באומרת טמאה אני לך שזינתה ברצון אמאי לא נאמנת מדינא נימא מתוך שנאמנת על עצמה להפסיד כתובתה תהא נאמנת גם כן לאסור א"ע על בעלה כמו דאמרינן בגיטין (דף נ"ד ע"ב) מתוך שאתה נאמן להפסיד שכרך כו' אלא ודאי צריך לומר דאע"ג שרוצה להפסיד כתובתה לא נאמנת לאסור א"ע על בעלה כיון דאין האשה נאסרת על בעלה אלא בשני עדים לא מהני הסברא דמתוך הנ"ל. משא"כ בדבר איסור דע"א נאמן באיסורים שם הוא דאמרינן מתוך כו' אבל בדבר דבעינן שני עדים לא אמרינן מתוך שנאמן להפסיד כו'. וכן ראיתי בספר פתחי תשובה ביו"ד הל' ס"ת סי' רפ"א ס"ק י"ב שהביא כן בשם תשובת שבו"י ח"ב סימן ע"א: והנה התוספות בכתובות פרק אע"פ (דף ס"ג ע"ב) ד"ה אבל כתבו וז"ל ויש לדחות דהתם נוטלת כתובתה (משום דבגמרא שלהי נדרים מוקמינן המשנה באשת כהן שאמרה שנאנסה) דוקא איכא למיחש שמא עיניה נתנה באחר אבל הכא דיוצאה בלא כתובה לא עכ"ל הנה עלתה ע"ד דהיכא דיוצאה בלא כתובה לא חיישינן לעיניה נתנה באחר וא"כ זהו כעין סברא מתוך שאתה נאמן להפסיד שכרך כו' וע"ש גם כן בהרא"ש סימן ל"ד ויש דוחין דדוקא היכא דיוצאת ונוטלת כתובה חיישינן ולאו דיחוייא הוא כו' אבל הרי כל הפוסקים ס"ל דגם באשת ישראל שאומרת שזינתה ברצון אע"פ שמפסדת כתובה לא נאסרה על בעלה כמבואר בהרמב"ם פכ"ד מהל' אישות הלכה י"ח. ובטוש"ע סימן קט"ו ס"ו וכ"מ בגמרא סוף נדרים (דף צ"א א') דאמרינן אילימא באשת ישראל אי ברצון כום יש לה כתובה מבואר דזה שאינה נאסרת על בעלה לא קשיא להו אף באשת ישראל אף שאין לה כתובה דאל"כ ה"ל להקשות אי באשת ישראל כלום יש לה כתובה וכלום מותרת לבעלה שמתוך שמפסדת כתובה לא נחוש לעיניה נתנה באחר א"ו זה לא קשה להו דאע"פ שמפסדת כתובתה לא מהימנא על ידי זה לאסור א"ע על בעלה ואמרינן דשקורי משקרא ולא אמרינן מתוך כו' וכ"ד הגמ"ר דקדושין רפ"ג וכן כתב מהרש"א שם פרק אע"פ דאין לחלק בין אשת כהן לאשת ישראל ועוד ראיה מהמשנה פב"ת דקדושין (דף ע"ח ע"ב) ואפילו שניהם אומרים על העובר שבמעיה ממזר הוא אינם נאמנים ופרש"י שאינו מן הבעל אלא מאיש אחר ואמאי לא נאמר מתוך שנאמנים לאסור את עצמן זה על זה כיון לדברי שניהם זינתה האשה בכה"ג אף למשנה אחרונה

דשלהי נדרים נאמנים וא"כ נאמר מתוך שנאמנים לאסור א"ע זע"ז עד שחייב לגרשה יהיו נאמנים גם כן לפסול את העובר שבמעיה לעשותו ממזר א"ו כיון דלפסול גברא בעינן שני עדים בכה"ג לא מהני מתוך. ור' יהודה דס"ל נאמנים היינו משום דמוכח מקרא שהתורה האמינה את האב כו' ולא משום מתוך כו' ואין לומר דהתם מיירי ממזר הוא על ידי שזינתה באונס דליכא מתוך דזהו דוחק גדול מכמה טעמים ועוד קצת ראיה לדבר מהמשנה פ"ג דקדושין (דף ס"ד א') נשבית ופדיתיה בין שהיא קטנה בין שהיא גדולה אינו נאמן אע"פ שיש לו מיגו דאי בעי הוה אמר קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא קטנה דהיה נאמן לכן יהיה נאמן גם כן בקטנה באומר נשבית ופדיתיה והר"ן והריטב"א שם הקשו קושיא זו ועיין בהר"ן שם הביאו הב"ש סי' ז' ס"ק ט"ו. והנה מיגו ודאי עדיף טובא מענין מתוך שאתה נאמן כו' עיין גיטין (דף ס"ד א') מיגו דאי בעיא כו' ואם כן כיון דיש מקומות דאפילו מיגו לא מהני להאמין האב לפסול בתו כ"ש הכא גבי קדושין דצריך שני עדים דאין להחמיר ע"י מתוך כו' דגרע טובא ממיגו להאמין לבעל דין כו':

כ"ש דהוא אוסר א"ע באיסור קל דרגמ"ה ושאינו איסור עולם שאם תנשא לאחר מתבטל איסור זה ממנו ואיך יהיה נאמן על ידי זה לאוסרה באיסור חמור דאשת איש ושאין היתר לאיסורה אלא על ידי גט דלאו בדידה תליא שיתן הגט. כ"ז מוקצה מן הדעת וישתקע הדבר ולא יאמר כלל. גם לפי מ"ש לקמן יש לומר שלא הכניס א"ע בשום איסור דממנ"פ אם הבתולה תרצה להנשא לו הרי זהו תשוקתו ואם לא תרצה להנשא לו ותכחיש הקדושין יש לומר שמותר לו לישא אחרת כדלקמן ואם כן ליכא שום ענין מתוך כלל:

ה ומ"ש רומע"ל עוד וז"ל ועכ"פ בנ"ד דאפשר לברר דמייחד מקום העדים אפשר לומר דלכ"ע צריכין לחוש לדבריו ולמונעה מלינשא עד שתברר כו' וכן מבואר נגלה מדברי תשובת מ"ב סימן פ"ח שכתב וז"ל אמנם אם הבחור יודע ומכיר מי הם הבחורים ששמע מהם בכה"ג נ"ל לכ"ע דחיישינן לקדושין אפילו חד מפי תרי כיון דאפשר לשאול הבחורים שיעידו בב"ד אמתת הדבר כו' עכ"ל מע"ל והם דברים תמוהים שהרי המ"ב מסיים וזה לא דמי להההוא דר' אבא (גיטין דף פ"ט דבחד מפי תרי לא חיישינן) שהלכו העדים למדינת הים דהתם אי אפשר לשאול העדים ולהכי לא חיישינן לקדושין כל כמה דליכא תרי מפי תרי אבל הכא בנדון זה דאפשר לשאול העדים ולמיקם עליה דמילתא אפילו בחד מפי תרי חיישינן עכ"ל הרי מבואר מדברי המ"ב דאינו מחמיר רק בנדון שלו שהבחור שבתי המעיד ששמע מפי בחורים היינו שהם כולם באותו עיר שהבתולה דר שם ולכן שפיר קורא לזה שבידינו למיקם עלה דמילתא אבל כשהלכו העדים למדה"י

כתב המ"ב עצמו דבכה"ג אי אפשר לשאול העדים ואם כן בנדון זה שאומר הבחור יצחק שהעדים הם אנ"ח והלכו למאסקווע שזהו רחוק מעירכם יותר מעשרה מאות ווייארסט ודאי נקרא שאי אפשר לשאול העדים והרי בתשובת הריב"ש סימן קכ"ג כתב וז"ל ואין חילוק בין אם הם במקום רחוק בין אם הם במקום קרוב כל שאינן כאן כו' עד נראה מלשון זה דכל שאין העדים כאן הרי הוא כאלו הם רחוקים הרבה עכ"ל והיתכן שהמ"ב יחלוק על הריב"ש ולא יביא גם דבריו כלל אלא ודאי דברי המ"ב אמורים בשהבחורים שאמר שבתי מפיהם הם כאן ממש ולכן אפשר לשואלם משא"כ כשהן אינן כאן וכש"כ בנד"ז שרחוקים ממקום הבתולה ערך שני מאות פרסאות שזהו יותר מהריחוק דמדינת הים שבגמרא. ודאי היא מותרת להנשא תומ"י ממש וחלילה מלמונעה להנשא עד שתברר ולעשות בנות ישראל מרמס לעושי עולה ומ"ש מע"ל עוד ראי' לדבריו מתשובת הרשב"ץ ח"א סימן קל"ב שאם רואים בטענותיו שאין כוונתו לעגנה צריכים לקבוע לו זמן לברר הנה הרשב"ץ שם נשאל על כאשר טוען שהעדים שהוא אומר הם במקום קרוב ואפשר לברר טענתו אם חוששין לדבריו או לא חיישינן ליה כלל וע"ז השיב נ"ל שאין חוששין כלל לדבריו (והיינו כמ"ש הריב"ש סימן קכ"ג כנ"ל). אלא שאח"כ כתב שאף על פי שזהו שורת הדין עכ"ז אם ב"ד יראי שמים רואים שיש ממש בטענותיו אפשר להם לקבוע זמן לברר טענותיו הרי מבואר שזהו אינו משורת הדין. וגם דוקא כשהעדים הם במקום קרוב. וגם כשרואין שיש ממש בטענותיו והכא העדים שאומר הם במקום רחוק מאד וגם אפשר שהלכו להם ממאסקווע למקום אחר וגם איזו ממש מצא רומע"ל בטענותיו הלא נהפוך הוא כמ"ש מעל' בעצמו ורק משום שרוצה ליתן גט אין זה חשיב כלל שיש ממש בטענותיו כי י"ל שזה גופא הוא תחבולה כמו שכתבתי לעיל ועכ"פ להביאה לידי בזיון כי זהו ודאי בזיון שבתולה תקבל קדושין בסתר בלי שום שדוכין ובלי דעת אביה כו' וע"כ כיון גם כשיש ממש בטענותיו והעדים שאומר הם במקום קרוב אינו משורת הדין לקבוע זמן לברר טענותיו רק דרך חומרא בנד"ז שאין ממש בטענותיו שהרי אינו מביא שום ראיה לדבריו וגם אין שום קול שנתקדשה לו זולת ממה שהוא אומר בעצמו לבד ואם היה אמת כדבריו שקידשה בפני ארבעה יהודים אנשי חיל היה ודאי קול יוצא שנתקדשה פלונית לפלוני כי חברך חברא אית ליה ומדליכא שום קול זה מורה ההפך שזהו שקר וגם העדים שאומר הם במקום רחוק הרבה אין לבוא ע"ז אפילו מדרך חומרא לקבוע לו זמן לברר טענותיו עוד י"ל במקום קרוב אף שיתקבל העדות שלא בפני הבתולה אפשר אח"כ לעשות' שיעידו בפני הבתולה עי' בחו"מ סי' כ"ח סט"ו. משא"כ ממאסקווע לא יוכלו לעולם להעיד בפני הבתולה. ועי' תשו' נו"ב

חאה"ע סי' ע"ב בהיתר הרביעי ועי' בש"ע אה"ע סי' י"א ססע"י ד'. ובתשו' דסי' קנ"ד הביא תשו' הרשב"א שהורה למעשה במי שטען שקידש האשה בשני עדים ועד אחד היה כאן ומעיד כדבריו ועד אחד הלך לו והאשה מכחשת והתירה הרשב"א וכעס על מי שבעט כנגדו וכ' שמכיון שאינו נאמן אין לשום אדם לפרוש ממנה והרי לא נתן לו שום זמן עד שיברר טענותיו רק מ"מ יש לומר לה כמ"ש הריב"ש סי' קכ"ג שהיא תחוש לעצמה. ור"ל אולי אמת הדבר שנתקדשה לו תחוש לעצמה:

נידון הבחור יצחק נראה שאף לדבריו שקידשה כיון שהיא מכחשת ואין רצונה להנשא לו י"ל בכה"ג לא גזר רגמ"ה דהרי בש"ע סי' א' סעיף יו"ד מבואר בארוסה לא גזר רגמ"ה. והח"צ סי' קכ"ד פי' שאף בארוסה מותר לישא עליה כשדעתו לגרש את הארוסה והסכים הבית מאיר לפי' זה אמנם הבה"י פי' שבארוסה לא גזר רגמ"ה לענין שיוכל לגרשה בע"כ אבל קודם שגירשה אינו יכול לישא עליה ופי' הבית מאיר דמ"מ אם היא אינה רוצה להנשא ולא לקבל גט אז יש להקל לו לישא אשה. וא"כ בנד"ז הרי היא אינה רוצה להנשא לו וגם לא לקבל גט ממנו מפני שאומרת שלא קידשה כלל א"כ יש להתיר לו לישא אחרת ועיין בעצי ארזים סי' א' ס"ק י"ב מה שהביא שהח"צ סי' קכ"ד כ' שמהרי"ל חולק על מהרי"ק והקשה על רמ"א למה פסק כמהרי"ק ולא חש למהרי"ל. מ"מ כשהארוסה אינה רוצה לא להנשא לו ולא לקבל גט לכ"ע יכול לישא אחרת א"כ נד"ז הוא כה"ג ושוב ראיתי כן בשו"ת חתם סופר חאה"ע סי' ק"ד ושוב ראיתי בכנה"ג סי' א' בהגהת הב"י אות כ"ו וז"ל האומר לאשה קדשתיך בקדושין ובסבלונות וכפי הדין האשה מותרת לשוק אע"פ שנאסר בקרובותיה אין חר"ג מונעו מלישא אשה אחרת רש"ל. בתשו' סי' כ"א:

וראיתי בגוף התשו' שם סס"י כ"א כ' שהרי אין העכבה ממנו ולא תיקן ר"ג שיתבטל האדם מפריה ורביה וכבר יש בידי תשובות חבילות ע"ז דמותר לו לישא אחרת עכ"ל:

קיצור. ע"ד השאלה מעסק החשש הקדושין שטוען הבחור יצחק שאמר לה לשון קדושין בפני עדים אנ"ח ונתן לה דג אחד והאנ"ח העדים הלכו להם למאסקווע והבתולה מכחישתו מכל וכל נלע"ד פשוט שאין בזה שום בית מיחוש והבתולה מותרת להנשא להמשודך שלה ואין צריכים כלל להמתין עד שיברר הבחור יצחק טענתו ממאסקווע כן מבואר מהמשנה והגמרא ופוסקים ראשונים ואחרונים כי הבתולה נאמנת לגמרי ואין שום חשש מדברי הבחור יצחק שאומר שקידשה שאינו נאמן כלל וכלל רק שמ"מ יש לב"ד לומר לה מקודם שאף שהיא נאמנת מ"מ היא תחוש לעצמה שמא ח"ו אמת הדבר כולו או מקצתו אבל אם עכ"ז תחזיק בדבריה שהדבר שקר מכל וכל אין לעכב עליה מלהנשא להמשודך שלה תומ"י וגם המשודך שלה אין לו לחוש מלישא אותה מכיון

שהיא נאמנת והבחור יצחק אינו נאמן וחלילה מלכופה שתקבל גט מן הבחור יצחק הנ"ל וע"ד הבחור יצחק הנה אחר שתנשא הבתולה להמשודך שלה ודאי מותר לו לישא אשה אלא אף גם קודם שתנשא אפשר ג"כ שיש להתיר לו לישא:

סימן קל

בענין שידוכים שכתבו קישורי תנאים והכלה אין רצונה להנשא להמשודך מפני שנתוודע לה אחר התנאים שהמשודך יש בו מום שדדיו גדולים והיא לא ידעה ממום זה כלל כי הוא מעיר אחרת ועכשיו כשצ"ל הנשואין נודע לה ממום זה:

הנה צריך לחקור בזה ב' חקירות האחד אם גם כן הוא כדבריה אם יכולה לבטל הקישורי תנאים לענין שאין צריכה קנס ושלא יחול עליה איסור שמביישת את החתן הב' אם נאמנת ע"ז שלא ידעה ממום זה כיון שלא ערערה זמן רב עד עתה שהגיע זמן הנשואין והנה דדיו גדולים י"ל שזה חשוב מום כמ"ש במשנה בבכורות פרק מומין אלו (דף מ"ד ע"ב) דדיו שוכבות כשל אשה ופרש"י דדיו גדולים. הרי דדדיו גדולים חשוב מום. אך הרמב"ם בהל' ביאת המקדש פ"ח הלכה ט' כתב מי שדדיו שוכבים על בטנו כדדי אשה עכ"ל אך במשנה בנדה פרק ה' משנה ט' שנינו לענין סימני בוגרת משיעלה הקמט תחת הדד ופרש"י שגדלו דדיה עד שכפול מעט על החזה ויראה כקמט עכ"ל ובגמ' שם אמר שמואל לא שיעלה הקמט ממש כו' וא"כ לענין כהנים בנדון זה שדדיו גדולים י"ל דחשוב מום אם הוא כשיעור הנ"ל ואיתא בכתובות פרק המדיר (דף ע"ב ב') כל המומין הפסולין בכהנים פוסלין בנשים והיינו גם כן לענין כנסה סתם ונמצאו בה מומין תצא שלא בכתובה וכ"פ בש"ע אה"ע סי' קי"ז סעיף ד' וז"ל וכן הכונס את האשה סתם ונמצא בה מום ממומי הנשים שנתבארו בסי' ל"ט ולא ידע הבעל במום זה תצא בלא כתובה לא עיקר ולא תוספת עכ"ל. ומשמע אפילו קידשה סתם וכנסה סתם הדין כן לענין כתובה וכן משמע בגמ' שם (דף ע"ג ע"ב בין לרבה בין לרבא וכן מבואר בהרמב"ם פכ"ה מהל' אישות דין א"ב ובהה"מ שם. וכיון דהאשה מפסדת כתובתה ותוספת כתובה ע"י מום זה י"ל כמ"כ אם נמצא מום כזה בהמשודך פטורה היא ג"כ מהקנס ואין עליה שום איסור א מלהנשא לאחר מחמת התנאים. כיון שהיה בו מום ולא הודיע אותה איהו דאפסיד אנפשיה:

קיצור דכמו בכנסה סתם ונמצאו בה מומין מפסדת הכתובה והתוספת אע"פ שגם הקדושין היו סתם כמ"כ י"ל כאן כשנשתדכו סתם ונמצאו בו מומין. אין מחייבין אותה להנשא לו ופטורה מהקנס ומהאיסור דאיהו דאפסיד אנפשיה שהיה לו להודיעה:

אע"ג האיש שנולדו בו מומין אין כופין אותו להוציא י"ל נהי דאין כופין אותו מ"מ גם אותה אין מחייבין שתדור עמו וכמשמעות המרדכי המובא בהגהת הש"ע סי' קנ"ד ס"ה. ובמשנה פרק מומין אלו משמע דנכפה שוה למומין וא"כ כמו בנכפה אין כופין אותה שתהיה עמו כמ"כ גם במומין אין מחייבין אותה שתהיה עמו ואע"ג שהש"ע שם ס"ד מחשיב אותה כמורדת אם נאמר דהמרדכי לא פליג נצטרך לומר דהמרדכי מיירי בהיו בו מקודם והיא לא ידעה והש"ע ס"ד מיירי בנולדו אבל יותר י"ל דהמרדכי פליג ולהמרדכי אפילו בנולדו נהי דאין כופין אותו להוציא מ"מ גם אותה אין כופין ולא חשיבא כמורדת וראיה לזה דהא לחייא בר רב דאומר דמתני' שאין כופין האיש להוציא היינו בהיו בו מומין אבל נולדו לא. ר"ל דבנולדו כופין אותו להוציא רק בהיו אין כופין אותו להוציא ור"ל בהיו והיא ידעה מהם כ"כ בשט"מ שם א"כ אע"ג דקיי"ל כרב יהודה דגם בנולדו אין כופין אותו להוציא י"ל מ"מ גם אותה אין כופין ואף את"ל כהש"ע ס"ד דבנולדו חשיבא כמורדת זהו משום דלא פשע אבל בהיו בו מקודם ולא הודיע אותה דפשע י"ל דלכ"ע עכ"פ אין מחייבין אותה להיות עמו ולא חשיבא כמורדת:

ואף בנולדו בו מומין כ' הרע"ו בפי' המשנה משנשאה וכ' התוי"ט וז"ל וכ"כ הרמב"ם פכ"ה מהל' אישות אחר שנשאה. ונראה דר"ל דאי אחר שאירסה אע"ג דאין כופין אותו להוציא ה"נ אין כופין אותה שתכנס משא"כ משנשאה דאם אין רצונה שתשב עמו דנין אותה כדין מורדת עכ"ל וא"כ שידוכין אף שנתחייבו בקנס מ"מ לא חמירי מאירוסין וזה אפילו בנולדו וכש"כ בהיו בו המומין השדוכין ולא הודיע אותה:

על דינו דהש"ע סעיף ד' שהעתיק ל' הרמב"ם פכ"ה מה"א דין י"א קשה ממ"ש הה"מ שם דהרמב"ם לשיטתיה אזיל פי"ד שבמורדת כופין אותו לגרש א"כ לפ"ז לדידן דבמורדת אין כופין אותו לגרש י"ל שאין דינה כמורדת:

והנה שנינו במשנה ס"פ המדיר (דף ע"ז ע"א) האיש שנולדו בו מומין אין כופין אותו להוציא וכ' הרמב"ם פכ"ה מה"א הי"א ואם לא רצתה תצא בלא כתובה כדין מורדת וכ"פ בש"ע סי' קנ"ד סעיף ד' וצ"ל מדוע בנולדו מומין בהאשה מפסדת כתובתה אלמא אין מחייבין הבעל לדור עם האשה בעלת מום וכאן בנולדו בו מומין אמרינן דאם אין האשה רצונה לדור עמו נחשבת כמורדת והרי אדרבה בנולדו בה מומין י"ל נסתפחה שדהו: ע"כ מצאנו]:

סימן קלא

שייך לאה"ע סימן ע"ז:

עי' תשו' מהר"מ שבמרדכי שלהי כתובות בענין הוא אומר לעלות והיא אומרת שלא לעלות תצא שלא בכתובה שלכאורה יש להקשות הרבה על דבריו הא' מ"ש ולשניה לא דמי כו' דלענין אי איתנהו אין נ"מ בין שניה לאיילונית וממאנת דבשני' נמי נוטלתן ואם כן למה הוצרך לומר דל"ד לשניה דמשמע דאילו הוה דמי לשניה לא היתה נוטלתן אפילו איתנהו הב' מ"ש גבי ממאנת שאני ם דעקרתינהו לנשואין כו' וה"ל כאילו לא קבל עליו אחריות כו' דה"ט לא סגי אלא לנגנב או נאבד הא אם הפסידן בידים לצורכו מחייב לשלם והרי מדברי רש"י והתוס' שם (דק"א) משמע דאפילו הוציאן שלא כדין פטור הג' מ"ש דההיא דמורדת מיירי כגון שנגנבו כו' וההיא דפ' אלמנה מיירי כגון ששלח בהן יד כו' אבל נצ"ב ברשות עבד ולא ישלם כו' והרי בדינא דמתיבתא נמי כ' הרי"ף שמחוייב לשלם נצ"ב גם במה שנפסדו ע"י מה שנשתמש בהן ברשות והנה לזו הקושיא הג' י"ל דאיה"נ דמדינא דגמ' פטור לשלם נצ"ב שהפסיד ברשות אבל מדינא דמתיבתא חייב בהו לשלם דכיון דחייבו נמי לשלם מה שנגנב או נאבד מנצ"ב אע"ג דפטור בזה מדינא דגמ' משום דלא קבל עליו אחריות אלא לשלם כשיוציאנה מדעתו ולא כשיוציאנה מחמת מרדה ואעפ"כ תקנו דה"ל כאילו מוציאה מדעתו ומחוייב לשלם מה שנגנב או נאבד א"כ ה"ה דמחוייב נמי לשלם בנצ"ב מה שנפסדו אע"פ שנשתמש ברשות כיון דאילו הוציאה מדעתו היה מחוייב לשלם אם פחתו פחתו לו השתא נמי מחוייב לשלם אבל בנ"מ פטור מלשלם כמבואר בדינא דמתיבתא שברי"ף היינו משום דמיירי שנשתמש בהן ברשות. דוגמת דמיירי התם בנצ"ב דמיירי בנשתמש ברשות הלכך פטור מלשלם בנ"מ שהרי אילו הוציאה מדעתו נמי הוה פטור מלשלם אבל באמת בנ"מ שהוציאן שלא ברשות אילו בהוציאה מדעתו פשיטא דהוה חייב לשלם א"כ י"ל דה"ה במוציאה מחמת מרדה דמ"מ מאי הוה ליה גבייהו וכדמוכח מההיא דאיילונית:

ב ועפ"ז יבוא אל נכון פסק החמ"א סי' ע"ה סקי"ט דנצ"ב שהפסיד הבעל נמי חייב לשלם והיינו אפילו נשתמש בהן ברשות ודלא כמ"ש הב"ש שם דבכלו מחמת השמוש שלו אז בנצ"ב פטור דזה אינו דמהר"מ לא קאמר אלא לדינא דגמ' והרי לדינא דגמ' אפילו בנגנבו ונאבדו פטור כמש"ש להדיא אלא דהא דחייב היינו משום שתקנו דה"ל לענין נכסיה כאלו מוציאה מדעתו כמש"ש להדיא ולפ"ז אם כן מה שכלו מחמת השימוש נמי חייב לשלם דהא במוציאה מדעתו חייב לשלם ולדעת רמ"א והב"ש צ"ל דעשו אותה כמוציאה מדעתו לענין גניבה ואבידה ולא לענין השימוש שנשתמש וזה דוחק. וגם ברי"ף פ' אע"פ מבואר דשוין הן וכ"ה בהג"ה ש"ע סי' ע"ז ס"ג בדינא דמתיבתא ע"ש וראיתי בב"ש סי' ע"ז סס"ק כ"ז שפי' נמי בד"מ דבשלח בהן יד פטור בנצ"ב וא"א לומר כן בלשון הרי"ף

במ"ש אבל מאי דבלו כו' ומ"ש הב"ש דאיירי שכלו מחמת שאינו משמר הוא דוחק עצום ועוד דסוף סוף עכצ"ל דהטעם שמתחייב הוא דעשו אותה כאילו מוציאה מדעתה א"כ ה"ה בכלו מחמת השימוש כנ"ל:

ג ובישוב הקושיא הראשונה י"ל דהא הר"ן שם פליג על פרש"י וכ' שמ"ש רש"י שבנ"מ נמי אע"פ שלא ברשות הוציאם יכול לומר אין לי להחזירם עד שאגרשנה מדעתי הוא תימה גדול האיך הוא יכול לומר שלא יחזירם ולפיכך פי' הסוגיא בדרך אחר ומעתה י"ל דהר"מ נמי לא ס"ל כפרש"י ז"ל. אלא שאני תמה על הר"ן דלדבריו דהא דאמרי' בממאנת אי דליתנהו אידי ואידי ל"ל מיירי בנ"מ שהוציאן ברשות א"כ מדוע באיילונית אמרינן דנ"מ אית לה ונצ"ב ל"ל ומסתמא נ"מ דאיילונית היינו כנ"מ דממאנת שברשות הוציאם וא"כ מדוע אית לה הנ"מ באיילונית ומ"ש נ"מ מנצ"ב כיון ששניהם הוציא ברשות:

סימן קלב

באיש דלא מיתדר ליה עם אשתו אף ששהה עמה זה קרוב לכ"ה שנה וטוען דהיא אשה רעה ובלתי אפשר לו לדור עמה גם לא זכה להבנות ממנה שמתו הבנים והיא כמעט אינה ראויה ללילד עוד וכבר נפרד ממנה ששה שנים:

בהג"א פרק אף על פי בסוגיא דמורדת כתב דרגמ"ה פסק גם כן כדינא דמתיבתא בטוענת מאיס עלי שכופין את הבעל להוציא וכדעת הרמב"ן במלחמות וריא"ז בש"ג שם והרמב"ם ורשב"ם ס"ל דמדין הגמרא כן הוא וכמו שהאריך בזה בשו"ת שבסוף ספר סדר אליהו סימן י"ג דף ל"ח ע"ד וכתבתי במ"א דצ"ל שהטעם משום שסמכו על הא כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין מיניה כ"כ הטעם בתשובת הרא"ש. דלא כמ"ש בפסקי מהרא"י ובתשובת הרדב"ז טעם אחר שאינו עולה לפ"ד כל הפוסקים דס"ל דגט המעושה שלא כדין אף בב"ד של ישראל הגט פסול מדאורייתא ועפ"ז נ' דרגמ"ה שתיקן שלא לגרש אשה בע"כ ושלא לישא אחרת עליה הא כיון דודאי לא ייפה כח האשה מכח האיש כמ"ש בתשוב' הרא"ש אם כן בטוען מאיס עלי ונותן אמתלא אמיתית נ' דג"כ יכול לגרשה בע"כ מאחר דאפילו האיש כופין כה"ג אף שאינו מדאורייתא מ"מ תיקנו כן א"כ ודאי גם באשה יש לנהוג כן דלא יהא חמור כח חר"ג מהפקעת קדושין וכיון דרגמ"ה עצמו ס"ל לנהוג כתקנת המתיבתא אפילו באיש. כמ"כ באשה מסתמא לא החמיר יותר בתקנתו אלא שי"ל שמ"מ צריך היתר מאה רבנים. אף ששם גבי אשה לא הצריכו מאה רבנים אפשר משום דאם כן לא תתקיים התקנה כלל אבל עכ"פ ע"י מאה רבנים נראה ודאי דיכולים להתיר וז"ש בהתקנה שהובאה בסוף

תשובת מהר"מ ב"ב בכלבו סי' קי"ז עד שיראו טעם מבורר דלא קאי על דבר מצוה ממש דאין זה בלשון טעם מבורר ועוד דבמקום מצוה ממש ס"ל לרוב הפוסקים דלא תיקן רגמ"ה כלל וכמ"ש הגאון מוהרצ"ה חתנו של ושב הכהן א"ו קאי אכה"ג דאין לך טעם מבורר מזה כיון דאפילו באשה התקינו שיכופו האיש ואף דאנן קיי"ל דאין כופין האיש היינו משום שלא רצו לסמוך על הפקעת קדושין אבל להתיר חר"ג טעם מבורר הוא דל"ד כלל להפקעת קדושין שהוא איסור א"א וממזרות משא"כ חר"ג כתב הריב"א בתשוב' מהר"ם סימן תתס"ו דגריעא טובא מחייבי לאוין ור"ל דקילא טובא מחייבי לאוין יעו"ש: מכ"ש דרגמ"ה גופא ס"ל דאפילו באיש כופין א"כ ודאי לא נתכוין להחמיר באשה יותר וכן נראה לי ראיה לזה ממ"ש בתשובת מהר"מ סימן תתרי"ח ורוב רבני אושטרייך שהתירו לרבי ברוך לגרש את אשתו בעל כרחה מפני עיגונו אף כי היא היתה חפיצה להיות עמו עכ"ל וכיון דהיא היתה חפיצה להיות עמו ע"כ צ"ל שהמניעה היה ממנו שטען דמאיסה עליו או שהיא אשה רעה בדעותיה וכיון שעכ"פ היה מעוגן מחמת זה ולא נתחבר עמה התירו לו לגרשה בע"כ. משום שזהו טעם מבורר כיון במתיבתא תקנו אף להפקיע קדושין מה"ט שאינה כשבויה שתבעל לשנאוי לה מכש"כ באיש שהרי אשה בכל דהוא ניחא לה דטב למיתב טן דו כו' ס"פ ט"ו דיבמות (דף קי"ח סע"ב). וכמ"ש סברא זו במרדכי בשם רבינו יואל לענין נכפה דאף על גב דבאשה הוי מום י"ל דבאיש אינו מום משום דאשה בכל דהוא ניחא לה והובא בתשובת מהרמ"ל סי' א' וכ"פ שם מהרמ"ל דגבי אשה נכפית כופין אותה לקבל גט אף שבאיש י"ל שאין כופין א"כ הכא גבי מאיס עלי שגם באיש תקנו שיכופו מכ"ש דגבי אשה י"ל שלא תיקן הגאון שלא יכופו ועכ"פ מהני היתר מאה רבנים ושוב מצאתי בכנה"ג סימן א' בהגהת הב"י סעי' ל"ג המורד על אשתו ואומר מאיסה עלי כתבתי בתשובה שחרגמ"ה מונעו מלישא אשה אחרת עליה והרביתי ראיות לזה עכ"ל ונראה שדבריו אלה הם למה שהסכימו הפוסקים דאין כופין האיש ואין בזה די השב למ"ש שרגמ"ה פסק כהתקנה ע"כ סברא שלא כיון לתקן שבאשה כה"ג יהיה חמור מהאיש ושלא יועיל היתר מאה רבנים כו' וכ"ש הכא שמעוגן והוא נפרד ממנה זה ערך ששה שנים ואעפ"כ אינו מתחבר עמה בשום אופן וידוע שהוא איש כשר וחרד לדבר ה' א"כ אנן סהדי דבאמת מאיסה עליו או שאינו אפשר לדור עם נחש בכפיפה דאל"כ לא היה סובל ששה שנים. ועדיף זה מהא שהתירו לרבי ברוך דלא נזכר שהיה מעוגן כ"כ זמן רב. והנה בספר בני אהובה פי"ד מהל' אישות הט"ו הביא מ"ש הרמ"א סימן ע"ז סעיף א' בהגה"ה ובחמ"ח סק"ג בשם תשוב' מוהרא"מ ושהחמ"ח וב"ש השיגו עליו ופי' הוא דמוהרא"ם מיירי בטוען מאיס עלי שאילו ידעינן

שהאמת כדבריו היה בידו לגרשה רק דאין אנו מאמינים לו א"כ לענין הוצאות מזונות יש לומר אני יודע דהאמת הוא כדברי כו' ולמד זאת מהרמב"ם דס"ל דאם היא טוענת מאיס עלי כופין אותו לגרש שלא יהיו בנות ישראל כשבויות ואע"פ דלא קיי"ל כרמב"ם היינו לגבי אשה בספק איסור דאורייתא דשמא נתנה עיניה באחר דגט מעושה פסול שלא כדין וגם לעשות מעשה לגרש לא פסקינן כוותיה אבל בענין חרם דר"ג וגם רק בענין ממון כדאי הוא הרמב"ם לסמוך עליו דאינו עובר חרדר"ג ופטור ממזונות דהא לדינא דרמב"ם אף לגרשה בע"כ מותר ולית כאן חרם דר"ג עכ"ל. אם כן זה ראיה למ"ש שמאחר דרגמ"ה עצמו ס"ל כפסק הרמב"ם גבי טוענת מאיס עלי דכופין אותו לגרשה אלא לא מטעמיה דלהרמב"ם זהו מדינא דגמ' ולרגמ"ה היינו מתקנת רבני סבוראי אם כן מסתמא לגבי אשה היה ג"כ כוונת תקנתו שלא לאסור עליו בכה' והניח דבר זה לחכמי הדור ע"פ מאה רבנים שאם יראו טעם מבורר שבאמת מאיסה עליו יתירו לו וכ"מ מלשון תשוב' הרשב"א שהביא מהרי"ק סוף שורש ק"א שכתב וז"ל שלא עשה אלא לגדור בפני הפריצים וההוללים המעוללים בנשותיהם שלא כראוי כו' שתולין מעשיהם בדברים בטילים כו' עכ"ל משא"כ אם מאיסה עליו באמת מה יעשה וכמ"ש מהרי"ק שרש ק"ז שהרי אם יהיו בנים ממנה הם בני שנואה וגרושת הלב וכ"ש באשתו שניה דכתב בש"ע סי' קי"ט אבל שניה אם שנאה ישלחנה וכ"ש אם היא רעה בדעותיה דמצוה לגרשה אפילו בזיווג ראשון י"ל כל זה נכלל במ"ש בהתקנה עד שיראו טעם מבורר כו' וז"ל ספר החינוך פ' תצא סי' תקע"ט משרשי המצוה לפי שהאשה נבראת לעזר לאדם והיא לו כאחד מכלי חמדתו כו' ואחר שכן היה מרצונו ב"ה שכל זמן שיקוץ נפשו בכלי הזה שיוציאנו מביתו כו' ואחר שהיא לו מורת רוח ונפשו קצה בה אין הכרח עליו להיות אתה עכ"פ כאשר יעשו קצת מן העכום"ז שיכרתו ברית עם האשה ברית חזקה עד שאול תחתית כו' עכ"ל והאריך וא"כ איך אפשר שרגמ"ה יתקן בהחלט הפך מכוונת המצוה א"ו הענין שמסר הדבר לחכמי הדור שיוכלו להתיר החרם אם רואין שבאמת מאיסה עליו ונפשו קץ בה כו' וכ"נ מתשוב' ריב"א שבתשוב' מהר"מ סס"י תתס"ו שכתב ועוד דלא דמי כלל לשאר איסורין דהא מישרי שרי ליה בהתרת החרם עכ"ל ואיך פסיקא ליה שיוכלו להתיר החרם בשביל מצות יבום כיון דאפשר לחלוץ ואע"ג דמצות יבום קודמת מ"מ דילמא הב"ד ס"ל כרש"י ור"ת דמצות חליצה קודמת ולא יתירו לו ועוד כיון שיש לו. אשה הרי י"א דבכה"ג לכ"ע מצות חליצה קודמת כמ"ש הב"י סימן קס"ה בשם תשובת הריב"ש סימן ש"ב אלא נראה דס"ל להריב"א כיון אף למ"ד מצות חליצה קודמת עכ"פ יבום מצוה היא ע"כ יכולים להתיר החרם מאחר שאינו רוצה לחלוץ כ"א לייבם

וא"כ גם בשעת נפילה הרי אני קורא יבמה יבא עליה דהא אפשר להתיר החרם ומזה נשמע דס"ל שרגמ"ה מסר הדבר לחכמי הדור שיוכלו להתיר בענין שנראה להם שהכרח הוא. ואף שיש כמה פוסקים דפליגי וס"ל שאין מתירין החרם לייבם היינו דכיון דס"ל מצות חליצה קודמת אין הכרח להתיר הח' אבל בנד"ז שזה טוען דמאיסה עליו ונפשו קץ בה וכשיש ראיות שאמת הדבר יוכלו להתיר במכ"ש מדין תקנת רבנן סבוראי הנ"ל ובהגמ"ר דיבמות פרק החולץ סי' ק"ז וז"ל ואשר הצריך רבינו גרשום מאה אנשים אינו רק להוציא בעל כרחה בגט (מש"ש בלא גט הוא ט"ס) ע"י הוראת שעה ע"פ גדולים עכ"ל מלשון הוראת שעה משמע דאינו במקום שהגרושין הם הכרח גמור מדינא כמו בשהה עמו עשר שנים ולא ילדה וכה"ג דאם כן אין זה הוראת שעה כי אדרבה זהו חוק לדורות שבכה"ג יש להתיר חר"ג:

ואין שייך לקרותו הוראת שעה ועיין מענין הוראת שעה במשנה פ"ז דפרה משנה ו' ז' דהיינו שמחמת שעת הדחק התירו מה שמדינא הוא פסול. ודומה למ"ש בגמרא פ"י דיבמות (ד"צ ע"ב) לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך משא"כ בענין שהה עמה עשר שנים ולא ילדה אין השעה גורם כ"א דין זה פסוק כן בכל זמן ע"כ נראה דמיירי אף שאין טענה מוחלטת גלויה לכל כעין שהה עמה ע"ש ולא ילדה אלא רק שהיא אשה רעה וטוען מאיס עלי ע"ז שייך לקרותו הוראת שעה ובהגמ"ר דכתובות סימן רצ"א בשאלת הר"ר חזקיה נ' דכללות חר"ג הוא מדרבנן כמש"ש ה"נ שדוכים דחרם דרבנן פקעי הזיקה לענין חרם, דרבנן היינו חר"ג ע"ש וכ"מ דעת רמ"א בד"מ סימן א' דכתב לילך בספיקו להקל וזה דלא כמשמע במהרי"ק ש' ק"ז שהחמיר בפשיטות בספיקו דחר"ג גם בתשובת הר"ר אביגדור במרדכי שם שלא גזר הגאון אלא משום קטטה ולא משום דרדא דאורייתא כלל כו' ולגבי גזירת גאון דלית ביה דרדא דאוריית' כלל כו' עכ"ל ואם החרם הוא מדאורייתא ממש אף שגזר משום קטטה עכ"פ הוי איסור דאורייתא ממש אלא משמע דס"ל דהוי דרבנן ועיין עוד במרדכי דיבמות סימן נ"ה יש חרם כו' הלכך יתן כתובה כו' ושם סימן נ"ז ומורי הרא"ם היה נוהג להתיר חר"ג לישא ב' נשים ליבם כו' שבמקום מצוה לא נגזרה גזירה כו' ושאר רבותי לא נהגו כן עכ"ל ועיין בפירוש סדר חליצה סעיף מ"ו ובזה"ז אע"ג דליכא חדר"ג שלא גזר אלא עד סוף אלף החמישי כו':

אך ממהרי"ק שרש ק"ז מבואר דלא ס"ל מ"ש שבמאיסה עליו יוכלו להתיר חר"ג דהא התם שהיה לה מום עד שכתב שיש לו צערא דגופא להיות לו אשה שהוא קץ בה ואינה מתקבלת בעיניו ובפרט שיש טעם גדול בדבר ואעפ"כ כיון דידע בהמום שהרי שהה עמה כמה ימים וי"ל דמחל רק שאח"כ א"י לסבול העלה דאין בידינו להקל מספק להתיר לו

לגרש בע"כ דספק איסורא לחומרא וכ"ש איסור כי האי דחמיר רק שא"א לחייבו בשאר וכסות ג"כ מספק כו' והשתא מה בכך דידע ומחל בתחלה מ"מ לא גרוע מאשה שאין בה מום דאם היו יודעים דאח"כ מאיסה עליו באמת היה הדין נותן להתיר חר"ג כמ"ש גם כן בשם הבני אהובה אם כן הכא דעל כל פנים ודאי מאיסה עליו מצד המום אין להחמיר עליו וגם כיון מה שידע הוא ג"כ אחר הנשואין כו' וע"ש שרש ק"ה החמיר בזה יותר. וצ"ל דס"ל כיון דקיי"ל דעכשיו אין כופין האיש לגרש כשטוענת מאיס עלי א"כ ה"ה האשה אין כופין בטענה זו. דר"ג השוה האשה לאיש ולא ירד לחלק למ"ש דכיון דרגמ"ה אית ליה גם באיש כדינא דמתיבתא שכופין מסתמא לא החמיר באשה יותר. אבל לפמ"ש שיש לומר כן א"כ אין דבריו מוכרחים וגם מ"ש דספק איסורא לחומרא זהו נגד הרמ"א בד"מ והגמ"ר דכתובות הנ"ל. גם לבד זה אין להשוות האשה לאיש. וכמ"ש בתשובת מהרמ"ל סס"י א' ובב"ש סימן קי"ז ס"ק כ"ב ובספר מים עמוקים בתשוב' מהראנ"ח סימן ל"ב באשה שאחר הארוסין נסמית בב' עיניה העלה דיכול לגרשה בעל כרחה ובנסמית בעין אחד נסתפק בדבר והניח בצ"ע. ובאמת באיש אפילו בב' עיניו חולק הש"ך בספר גבורת אנשים סעיף מ"ד מיהו י"ל מהראנ"ח נמשך אחרי דברי הרא"ש בפסקיו דכופין כו' ועי' בתשובת מיימוני דשייכי לספר נשים סימן ל"ג והנה בש"ע סס"י א' אבל ביבמה לא גזר כו' וע"ש בב"ש והכנה"ג אות מ"ב שכ"כ הרא"ם סימן י"ד ומהר"מ גלאנטי בסי' ס"ז ובתשובת מהר"מ אלשקר סס"י צ"ה או נדנוד עבירה או איזה סבה המחייבת הגרושין כו' א"נ במקום מצוה מגרש ומגרש עכ"ל והנה הרי יש ב' דיעות במשניות וגמרא אם מצות יבום קודמת. או מצות חליצה קודמת. מה גם כשהוא נשוי ס"ל להריב"ש דלכ"ע מצות חליצה קודמת ואעפי"כ לא החרים ביבמה. מזה יש ראיה דכמ"כ יכולים להתיר הח' בשביל שלא להכריחו להיות כל ימיו עם אשה המאוסה ושנואה לו נגד כוונת התורה במצוה לגרש ואפשר שזהו שכ' מהר"ם אלשקר או איזו סבה המחייבת הגרושין והנה בכנה"ג סימן א' סעיף י"ח רשות ב"ד לא מהני אלא ע"פ הדין כו' ובסעיף י"ט כ' אפילו שהתה עשר שנים ולא ילדה לא מהני רשות ב"ד לדעת המרדכי ז"ל דתקנת רגמ"ה חלה אף בשהתה ע"ש ולא ילדה תומת ישרים סי' פ"ד אמר המאסף ואני מגמגם בזה ועיין בספר פני משה סי' נ"ה עכ"ל כוונתו לומר דאף שלהמרדכי נכלל בגזירת רגמ"ה גם כששהתה ע"ש ולא ילדה מ"מ היתר ב"ד מהני בכה"ג. והמרדכי אינו מחמיר אלא נגד האומרים דא"צ בכה"ג היתר ב"ד כלל ועיין תשוב' הב"ח סי' צ"ג כשיגיע איזה ענין שבין איש לאשתו כו' ע"ש. ועפ"ז לא רחוק הדבר לומר דכמ"כ מהני רשות ב"ד גם לענין טענת מאיסה עליו כשנתברר שבאמת כן הוא ועכ"פ להאומרים דבמקום מצוה לא גזר

רגמ"ה כלל וא"צ היתר ב"ד א"כ באיזה ענין צריך היתר ב"ד ומהני היתר ב"ד י"ל בכה"ג וכמש"ל אות א':

ומיהו צ"ע דהא מבואר בגמרא סוף גיטין (דף צ' ע"ב) ע"פ כי שנא שלח דבזווג ראשון שנאוי המשלח והיינו אף כששונא אותה א"כ לכאורה אף במאיסה עליו אין כאן מקום להתיר חר"ג מאחר דשנאוי המשלח ולפ"ז פלוגתא דב"ש וב"ה במשנה זהו בזווג שני כ"כ הב"ש בשם הרמב"ם והטור ובג"פ סימן קי"ט סק"ו כתב דלרש"י והר"ן פלוגתא דב"ש וב"ה זהו בזווג ראשון וא"כ מ"ש ר' יוחנן דשנאוי המשלח זהו כשמגרשה בלא דבר רק שמצא אחרת נאה הימנה ומשום דלית הלכתא כרע"ק אלא כב"ה והבית מאיר. כתב דלהרמב"ם והטור ג"כ פי' פלוגתא דב"ש וב"ה במשנה מיירי בזווג ראשון רק מ"מ מפסוק כי שנא שלח דשנאוי המשלח יש להחמיר דהיינו מדברי קבלה ויש להקשות א"כ מ"ש מבאשה דכשאומרת מאיס עלי לא כייפינן לה אע"ג דאתתא בכל דהו ניחא לה. ואפ"ל דמ"מ כמו באשה אין כופין אותו לגרש ה"נ לא יגרשנה בעל כרחה כ"א מדעתה וכ"מ בפנ"י א"נ אפשר לחלק בין שנאה ובין מאיס דמאיס הוי יותר משנאה ע"ד מ"ש במדרש סוף איכה אם מאיסה היא לית סבר כו' והפסוק כי שנא שלח דשנאוי המשלח י"ל דלא מיירי בכה"ג דמאיסה עליו וצ"ע מפסוק ואשת נעורים כי תמאס בישעיה נ"ד ו' דהפי' שאף אם תמאס לא יתמיד המיאוס כי ישוב ונחם לפי שהיא אשת נעורים וכדאיתא בסנהדרין (דף כ"ב סע"א) לכל יש תמורה חוץ מאשת נעורים שנאמר ואשת נעורים כי תמאס. ומ"מ י"ל הכל לפי הענין כי הלה עומד וצווח שהיא רעה בדעותיה ועוד שכל הבנים שהיו לו עמה מתו אם כן לא הצליח זווגם ועוד אפ"ל דמ"ש ששנאוי המשלח י"ל היינו בזמן שלא היה חר"ג והיה יכול לישא אחרת שתהא אהובה לו. אבל שיהיה מוכרח לדור כל ימיו עמה לבדה י"ל אין מחייבין אותו א"כ עכשיו דאיכא חר"ג י"ל דאין שנאוי המשלח כשמאיסה עליו גם הת"י במלאכי סי' ב' מפרש כי שנא שלח כרב יהודה דאם שנאת שלח ומשמע דמיירי אף בזיווג ראשון. מכ"ז אפ"ל דבענין זה שצווח ועומד שהיא אשה רעה שעשתה לו דברים הרבה לרוע עד שכוחו כשל לסבול ומעוגן ממנה ששה שנים אין נקרא שנאוי המשלח. ומ"מ כ"ז נראה להלכה אבל לא למעשה משום דלא חזינן שנעשה מעשה כזה להתיר חר"ג בטענת מאיס עלי. ועי' במהרי"ק סוף שרש ס"ג שאם יתירו במורדת יבואו כו' כך י"ל על נדון זה אבל מ"מ בנד"ז יש עוד טעם גדול שהרי לא זכה להבנות ממנה שהיו להם בנים ומתו כולם ולא נשאר לו שום זרע והיא כבר באה בשנים עד שכמעט אינה ראויה עוד לילד שהיא בת מ"ו או מ"ז שנים. א"כ בכה"ג שאין לו תקוה עוד לקיים מצות פו"ר על ידה. הרי גבי נשא אשה ושהה עמה עשר

שנים ולא ילדה פסק הב"ש דכופין לגרש אף שבתשו' שב"י סי' א' לא פסק כן. דבריו תמוהים דבנה פסקו על סברא של פוסק א' נגד כל הפוסקים והטוש"ע וכבר האריך בזה הגאון מוהרצ"ה חתנו של ושה"כ והעלה בפשיטות דכופין האשה להתגרש בעל כרחה וכ"ד הבית מאיר סס"י קנ"ד שחלק על השב"י הנ"ל גם שם בחקירה השלישית העלה דרוב הפוסקים ס"ל שבמקום מצוה לא תיקן רגמ"ה כלל ומצות פו"ר גדולה מכל המצות דלא כמהר"י מינץ וכ"ש הכא דג"כ מעוגן וחשש הרהור כו' ותשו' רש"ל סי' ס"ה היא סברא של יחידאה שהחמיר בחר"ג יותר מבדין כפיית האיש שהוא איסור אשת איש שנשאל ברואה מ"ת ג"פ עד שהוחזקה לו באיסור עולמית ולא התיר לגרש בעל כרחה. והרי באשה שטוענת על בעלה שאינו יכול לשמש עמה והוא מודה מבואר בתוספות ס"פ הבע"י (דף ס"ה ע"ב) דצריך ליתן גט וכתובה כיון דאינו יכול כלל לקיים עונה ומבואר בטור סי' קנ"ד דכופין אותו להוציא ושכ"כ הרא"ש בתשו' וכ"כ הב"י שם בשם כל הפוסקים ולא נחלקו אלא לענין אם נאמנת ע"ז כשהוא אינו מודה שזהו ענין השמים ביני לבינך שבמשנה סוף נדרים לפירוש הירושלמי דלמשנה אחרונה אינה נאמנת אבל כשהוא מודה לכ"ע כופין אותו וכמ"ש בש"ע סי' קנ"ד ס"ז וכופין כו' ובסעיף ג' וכן הדין למי שאינו רוצה לשמש שכופין אותו והוא ממ"ש התוס' בכתובות ס"ג סע"א ובהרא"ש שם סי' ל"ב דהא אמרינן פ"ד דכתובות (דף מ"ח ע"א) אפילו האומר אי אפשי אלא אני בבגדי והיא בבגדה יוציא ויתן כתובה וכ"ש מונע ממנה תשמיש עכ"ל ועיין בש"ע סס"י ע"ו סעיף י"ג ואף דלשון יוציא אינו מוסכם לכ"ע דכופין בשוטים מ"מ גבי מונע תשמיש לגמרי משמע לכ"ע כופין בשוטים וה"ה באינו יכול כנ"ל וא"כ איך באשה כשאסורה לו עולמית לא יכופו אותה לקבל הגט הלא לענין מורדת מתשמיש החמירו יותר על האשה מהאיש המורד משום דצערו גדול יותר. וגם האיסור דכפיית האיש גדול יותר מחר"ג כנ"ל א"כ כיון דכופין האיש כה"ג כ"ש האשה. ע"כ דבריו תמוהים בזה במח"כ ומלבד זה הרי רגמ"ה עצמו התיר להתיר הח' ע"פ מאה רבנים כשיש טעם מבורר בדבר ואין לך טעם מבורר כזה ואיך החליט רש"ל לאסור לגמרי. ולא כ' רק שיתאמצו לעשות לה רצון כו' א"כ בהצטרף הני תרי טעמי דקיום מצות פו"ר וטענת מאיס עלי שיש לה הוכחה שהוא אמת כהנ"ל שמעוגן ששה שנים נראה להתיר לו על פי מאה רבנים לישא אחרת רק שישליש כתובתה ותוספת ביד נאמן:

סימן קלג

לאה"ע סי' ע"ז:

דין מי שאומר שמאיסה עליו אשתו ראשונה בס' ג"פ העלה דבזווג ראשון אסור לו לגרשה ושנאוי המשלח וצ"ע מכתובות (ס"ג ב') דלא כפינן לה ועוד צ' יוליד בני שנואה וכ"מ בכתובות שם דמה"ט לא כפינן לה דחיישינן שלא יהיו הבנים הגונים ומש"ה מייתי עובדא דמר זוטרא דהתם סייעתא דשמיא הוה ע"כ נלע"ד דאף על גב דאסור לו לגרשה מ"מ אינו מחוייב לשמש עמה דלא גרע עכ"פ מינה ואם עי"ז מתרצית לקבל גט שוב אין לחוש דהוי מדעתה ושרי כמ"ש בש"ע סי' קי"ט וכ"כ בפנ"י שלהי גיטין:

סימן קלד

משנה כתובות פרק המדיר (דף ע"ב ב') המקדש את האשה על מנת שאין עליה נדרים. ובתוספות ד"ה על מנת תימה לר"י כו' משום סמפון ע"ש בגמ' (דף נ"ז סע"ב ודף נ"ח סע"א). וברש"י שם (דף נ"ז סע"ב) ומום באשה כו' שמבטל המקח קרוי סמפון ועיין פ"ק דקדושין (דף י' סע"ב) משום סמפון פרש"י שמא ימצא בה מום ונמצאו קדושי, טעות עכ"ל ובערוך ערך סמפון (השני) משום סמפון שאם ימצא בה מום ויניחנה ונמצא בשעה שאכלה בתרומה כי זרה היתה עכ"ל ותירצו התוספות ועוי"ל דנהי דשייך בה סמפון אפילו בקידשה סתם ולא תאכל בתרומה מ"מ צריכה גט מדבריהם או מדאורייתא מספק עכ"ל ומ"ש מדאורייתא מספק לא משמע כן מלשון רש"י שכתב שמבטל המקח ונמצאו קדושי טעות וכן ממ"ש הערוך כי זרה היתה דמשמע דע"י המום מתבטלין הקדושין לגמרי. ועוד דאם אף שנמצא בה מום יש ספק דאורייתא בהקדושין א"כ לא היה לגזור שלא תאכל בתרומה שמא ימצא בה סמפון דה"ל שני ספיקות ועדיף משני ספיקות דודאי רוב נשים אין בהם מומים וה"ל רק מיעוטא ולכן ד"ת אוכלת בתרומה דלא חיישינן לסמפון ורבנן גזרו ואם שאפילו ימצא סמפון הוה רק ספק לא היה לגזור כ"כ אלא משמע יותר שע"י המום ה"ל קדושי טעות וכ"מ לשון סמפון שמבטל הדבר לגמרי במשנה ספ"ק דב"מ (דף כ' ע"א). ועמ"ש על המשנה רפ"ק דכתובות בענין בתולה נשאת ליום הרביעי כו' שאם היה לו טענת בתולים כו' ושם נת' דחיישינן לשני ספיקות ואפילו שיש שלשה ספיקות יש לחלק דהתם תקנה דלכתחלה לצאת מידי כל ספק אבל הכא למונעה מלאכול בתרומה לא שייך להחמיר כ"כ:

קיצור. משמע דע"י מומין מתבטלים הקדושין לגמרי מדאורייתא רק מדרבנן צריכה גט: ב וכתב בשט"מ דס"ל להתוס' דנדרים ומומין חדא נינהו ב כו' ואין לך מום גדול מאשה נדרנית דבעון נדרים בנים מתים כו' הלכך קושיית התוספות קאי נמי אנדרים ובחידושי ריב"ש כתב דיש מי שמחלק ואומר דהכא בסתם מומין כגון כל המומין הפוסלים

בכהנים וההיא דארוסה בת ישראל [הוא] משום סמפון דמומין גדולים כגון בעל פוליפוס ודכותיה כו' והר"י מטראני תירץ כתירוצו של ריב"ש שכ' וז"ל ודאי בשאר המומין כגון הני דתנינן שכל המומין הפוסלין בכהנים פוסלין בנשים אי אתני עלייהו הוא דלא הוו קדושין אבל מסתמא הוו קדושין אבל במומין המכוערים כגון ריח הפה וריח החוטם ומכות שבגופה אפילו מסתמא הוה מקח טעות ועלייהו קאמרי דחיישינן משום סמפון עכ"ל. ויש להקשות דאם כדברי הריב"ש א"כ מום מכוער לא שכיח כלל ומדוע יגזרו באיסור תרומה לחוש למיעוט כזה דלא שכיח והרי סמכינן על חזקה באיסור תרומה פ"ג דגיטין בת ישראל הנשואה לכהן כו' ופרק ט"ו דיבמות (דף קי"ח ע"א) היתה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה כו' ורוב כזה שהמיעוט לא שכיח כלל עדיף מחזקה ועי' בהרמב"ם פט"ו מהל' מכירה דין ה' ודין ו' אלא הדבר השלם כו' ונראה שמדברי התוספות אלו יש ראיה גדולה להדין שכתב הב"ש סס"י קי"ז ס"ק כ"ד אבל אם היה בה מומין והוא לא ידע כו' דכיון דלהתוספות מבואר שהקדושין בטלים לגמרי מדאורייתא מחמת זה א"כ. אף דצריכה גט מדרבנן או אפילו מדאורייתא מספק ודאי דעכ"פ כופין אותה לקבל הגט דפשיטא דרגמ"ה לא תיקן בכה"ג שהתורה הקפידה שאין הקדושין כלום כו' אך זהו בקדושין לבד אבל בנשואין הא ס"ל לרב דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וצריכה גט וכ' הרא"ש בהמדיר סי' י"א דהוי נשואין גמורים ואם קידשה אחר י"ל דא"צ גט וא"כ אין ראיה מהתוספות להב"ש דמיירי בנשואין:

קיצור הריב"ש תירץ דסמפון לא הוי רק במומין גדולים ולא בסתם מומין הפוסלים בנשים ונראה יותר כהתוס' ומזה ראיה גדולה לדינו של הב"ש סס"י קי"ז ס"ק כ"ד דאם היו בה מומין והוא לא ידע כופין אותה לקבל גט. מיהו י"ל שאינו ראיה:

עוד כתבו התוספות וא"ת לפי מה דפרישית דקידשה סתם צריכה גט מ"ש דבנמצאת אילונית דא"צ גט כו' וצריך לחלק בין מום דאילונית לשאר מומין עכ"ל והנה גבי אילונית ס"ל להתוספות דאפילו נשאת ובא עליה א"צ גט דהא רש"י פרק השולח (דף מ"ו ע"ב) פי' הטעם דאילונית צריכה גט משום דאין אדם עושה בעילתו זנות והתוספות פירשו דמיירי בספק אילונית. משמע ודאי אילונית אפילו נשאת א"צ גט ושם כ' והא דפליגי בהמדיר בקידשה על תנאי וכנסה סתם דבעיא גט משום שאין אדם עושה בב"ז היינו בשאר מומין דמחיל אבל באילונית לא מחל עכ"ל והנה הא דקידשה על תנאי וכנסה סתם צריכה גט זהו דברי רב בהמדיר שם אבל שמואל שם ס"ל דא"צ גט כו' א"כ לשמואל גם בשאר מומין א"צ גט וא"כ ה"ה בקידשה וכנסה סתם ג"כ לשמואל א"צ גט רק מדבריהם או מספק כמבואר בגמ' (דע"ג ב') ועכ"פ במומין גדולים י"ל כן לשמואל

והגם דאנן קיי"ל כרב עכ"פ נפ"מ דיש לכופה לקבל הגט דכיון דלשמואל א"צ גט רק מדבריהם או מספק א"כ ודאי לא יתקן הגאון בכה"ג שלא יוכל לגרשה בע"כ והיינו אם ודאי שלא ידע מהמומין עד אחר זמן וכמשי"ת. ועוד אף לרב הא עכ"פ לענין כתובה תצא שלא בכתובה אף בקידש סתם ובעיל סתם וכמ"ש בב"ש סי' ל"ט ס"ה ס"ק ט"ז וכיון דאין לה כתובה מחמת סמפון י"ל בכה"ג לא תקן רגמ"ה וזהו כדעת הב"ש סי' קי"ז ס"ק כ"ד הנ"ל אך בהפלאה שם סס"י קי"ז ס"ק י"ח נסתפק בזה וז"ל י"ל דבנשאה כיון דאמרינן א"א עושה בב"ז ומכוין לקדשה בביאה אפילו אם לא יתקיים התנאי תו אינו יכול לכוף אותה כו'. מיהו י"ל כיון דעכ"פ היה ברמאות יכולים לכופה וצ"ע עכ"ל ולפע"ד בקידשה על תנאי אף שכנסה סתם כיון דלשמואל א"צ גט ודאי אף דקיי"ל כרב דצריכה גט יכולים לכופה אך הב"ש מיירי אף בקידשה סתם וכנסה סתם והיינו כיון דתצא שלא בכתובה אף לרב ולשמואל צריכה גט רק מספק י"ל ודאי לא תיקן רגמ"ה בכה"ג ועכ"פ במומין גדולים שהיה בה מקודם והוא לא ידע כגון חולי גדול שיש בה אף שאינו נכפה ממש רק חולי קשה להתרפאות שלא ישאר ממנו רושם ודרך בני אדם להקפיד הרבה ע"ז בכה"ג ודאי י"ל שלא תיקן רגמ"ה ומהני עכ"פ היתר ע"פ מאה רבנים. והרי הריב"ש בלא"ה מחלק בין מומין קטנים למומין גדולים וא"כ לדבריו במומין גדולים אפילו קידשה סתם וכנסה סתם ה"ל כקידשה על תנאי וכנסה סתם דלשמואל א"צ גט והנה בתשו' מהר"ם אלשיך סי' פ"ו נשאל בנשבע שלא ישא אשה על אשתו בחייה ואח"כ נסמית האשה משני עיניה והעלה דיכול לישא אחרת עליה בחייה וא"כ לכאורה לא יהא חרגמ"ה חמור משבועה ותשו' הנ"ל מיירי אף שנסמית אח"כ א"כ בהיה בה מתחלה מומין גדולים והיא הטעתו ואמ"ל שאין בה מומין כלל שי"ל דלא תיקן רגמ"ה ועיין בתשובת מהרח"ש חלק שלישי בסוף הספר עוללות הכרם סי' ז' וסי' ח' ג"כ בכעין השאלה דתשו' מהרמ"א הנ"ל ועוד כיון במום דאילונית ס"ל להתוספות דאפילו קידשה סתם וכנסה סתם א"צ גט כלל. א"כ נהי שכתבו שצריך לחלק בין מום דאילונית לשאר מומין מ"מ החילוק מספיק לענין שצריכה גט אבל לא שלא יוכל לגרשה בע"כ אפילו אחר התקנה ועכ"פ במומין הגדולים כהנ"ל בהיה לה תחלה ולא ידע מהן:

סימן קלה

בדין מאיס עלי הטעם דתקנות רבנן סבוראי ונפ"מ בענין כשהבעל טוען מאיס עלי: במשנה המורדת על בעלה:

הנה בהרי"ף פ' אע"פ דכייפינן ליה כו' מעיקר תקנתא. ובמאור כ' הוראת שעה היתה. ובמלחמות חולק שלדורות תקנו כו' ונהגו בה כו' כחמש מאות שנה כו' ומשמע דרשאי לנהוג כן גם עתה וכ"פ ריא"ז בש"ג ובמרדכי הביא כן ושר"ת חלק ע"ז וסיים ואמר ראבי"ה כו' יתנו לב כו' שלא תצאנה בנו"י לתרבות רעה עכ"ל ס"פ אע"פ וכ"כ בהג"א פ' אע"פ סי' ל"ה בשם רב האי ורגמ"ה ובתשו' סד"א סי' י"ג דנ"ח ע"ד בשם העיטור אות מ' בשם רב שרירא שראו חכמים שבנות ישראל הולכות ותולות עצמן בעובד כוכבים ליטול מבעליהן גט באונס כו' תקין מר בר רב הונא נ"ע כו' והרא"ש בתשו' כלל מ"ג סי' ח' כ' וסמכו על כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש והסכימה דעתם להפקיע הקדושין כו' וזה לא כהרדב"ז ח"א סי' קפ"ז שכ' הטעם דכיון שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני אנן סהדי דגמר בדעתו לגרש ברצון כדי לשמוע דברי חכמים כו'. ואף שכ"כ בפסקי מהרא"י סי' קל"ח הוא תמוה דא"כ צ"ל דגט המעושה שלא כדין בב"ד של ישראל כשר מן התורה מטעם הנ"ל דאנן סהדי דגמר לגרש כו' ואמת שכ"ד הרמב"ם אבל כבר חלקו ע"ז כל הפוסקים וס"ל דהגט בטל מן התורה וכמ"ש בב"י סי' קל"ד וכבר האריך בזה המכמ"א שער זיי"ן סי' י"ג וא"כ לכל הפוסקים הנ"ל א"א לומר כמ"ש מהרא"י והרדב"ז אלא עכצ"ל כמ"ש הרא"ש בתשו' הנ"ל והרא"ש פ' אע"פ סי' ל"ה כ' מוטב כו' ולא ירבו ממזרים כו' מ"מ בתשו' כלל ל"ה סס"י א' צירף תקנה זו לענין הנדון ההוא שעשה בקדושין שלא כהוגן לכופו לגרשה כו' ולכאורה יש לדון מזה לנד"ז שיש לחוש שלא יצא האיש לתרבות רעה מחמת שאינו חפץ באשתו ומאיסה עליו וגם עיגנה אותו זה יב"ח ולא נודע מקומה וכמו שמעיז פניו לומר כן ואע"ג דגזים אינש ולא עביד עכ"ז כיון שהחציף פניו לומר כן יש לחוש שהרי מהרי"ק שורש ק"ס סוף ענף א' כתב דר"י ט"ע פסק כרבינא פ"ז דסנהדרין (דף ס"א ב') ולכן אף לחולקים אתקנה הנ"ל היינו שלא לכוף האיש דזהו מדאורייתא אבל להתיר תקנת רגמ"ה י"ל לכ"ע מתירין כה"ג והרי ראבי"ה כ' אף באיש כו' לכן עכ"פ באשה כו' אך לכאורה יש סתירה ע"ז ממה שנחלקו הט"ז והש"ך בנקוה"כ בי"ד רס"י של"ד. ורוב האחרונים ס"ל כדעת הש"ך וכמ"ש בספר פתחי תשובה ועיקר הטעם כי זהו תיקון לכל העם שימנעו מלחטוא ואין חוששין לספק ת"ר של זה הפושע משום דאל"כ יש לחוש שיתגבר הנגע באחרים כו' וא"כ לק"מ ממ"ש בא"ח סס"י ש"ו דהתם אין שייך חששא זו רק החשש דאין אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך. וע"ז העלה שם הרב"י דמוטב שיעשה זה איסורא זוטא כו' ועי' נ"ש סי' פ"ג משא"כ בי"ד סי' של"ד דהחשש מצד קלקול דאחרים כו' אך א"כ גם על הא דפרק אע"פ הנ"ל יקשה כן איך תקנו בשביל שלא תצאנה כו' הא יש לחוש שיתרבו לומר כן

וע"ז תירץ הרדב"ז ח"א סי' קפ"ז הנ"ל דשם אין זה חשש כ"כ דאנן סהדי דגמר לגרש כנ"ל וא"כ הגט כשר אבל. הכא אף שלהתיר חר"ג ג"כ אין חשש יותר משם דהא י"ל רגמ"ה לא תיקן בכה"ג שמחמת זה יצא ח"ו לת"ר מ"מ יש חשש שיבואו לומר כמו שאומר זה הבליעל ואמירה זו הרי לרבינא כו' כנ"ל אבל להרא"ש דשם הפקעת קדושין וזה ודאי דבר גדול ויש חשש כו' עי' רשב"א סי' אלף קפ"ה ואפ"ה לא חשו. לפ"ז צריך לחלק בע"א דהכא שאני שבעצם הענין היושר עמה שאינה כשבויה שתבעל למי שהוא מאוס לה והרי כתיב דרכיה דרכי נועם כו' ע"כ חסו עליה לעשות לה תקנה כשיש לחוש שתצא לת"ר ועיין בתוספות ביבמות פרק האשה רבה (דף פ"ט סע"ב) ד"ה כיון שיש כח ביד חכמים לעקור דבר שהוא מן התורה בדבר הדומה כדפירש לעיל עכ"ל והוא בתוספות (דף פ"ח סע"א) ד"ה מתוך וכ"ש כשיש סעד לזה ע"י שהפקיעו הקדושין שא"כ אין זה גם עקירת דבר מה"ת ועיין בתה"ד סי' רכ"ג בשם רב נחשון גאון גבי וכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וקיימי רבנן ומתקני בה מילתא דאתי לידי תקלה כו' ע"ש נראה שצירפו זה לפוטרה בלא חליצה משום דאחי המקדש אמר בשעת קדושין ה"א מקודשת כו' כדת משה וישראל וכיון שכן א"א שיקיימו רבנן מילתא דאתי בה לידי תקלה כו' ועיין מענין כזה בפרש"י רפ"ק דכתובות (דף ג' ע"א) ד"ה שווייוה רבנן שהרי הוא תלה בהן וכ"כ בפ' השולח גט (דף ל"ג ע"א) ויש בהן כח לכך שהרי כשקידש על מנהג חוק דתם קידש ואע"ג דאנן לא קיי"ל כהנך גאונים שבתה"ד כמ"ש הרב"י בש"ע סי' קנ"ז ס"ד זהו משום דכתב הרשב"א דבכדי לא מפקע להו רבנן קדושין אלא היכא דאיכא בידה גיטא כדהכא עכ"ל הביאו השט"מ פ"ק דכתובות שם. ופי' בגיטא ר"ל אע"פ שמדאורייתא יש לומר שהגט בטל לגמרי כמ"ש בגמרא שם ומי איכא מידי דמדאורייתא לא הוי גיטא ופרש"י שמצינו טענת אונס מה"ת כו' אפ"ה משום צנועות ומשום פרוצות סמכו רבנן להפקיע הקדושין ע"י גט כזה משא"כ בלא גט כלל לא הפקיעו הקדושין ולכן לא קיי"ל כהנך גאונים הנ"ל דס"ל להפקיע הקדושין בלי שום דבר ועפ"ז י"ל טעמא דהנך גאונים דס"ל שכופין הבעל לגרש בטענת מאיס עלי משום כיון שראו שהכרח היה בזמנם כן ע"כ סמכו על הפקעת קדושין ע"י גט כזה ג"כ כמ"ש הרא"ש בתשו' וטעם רוב הפוסקים שחולקים ע"ז י"ל דהיינו משום דהא בפרק השולח גט (דף ל"ג ע"א) גבי ביטלו מבוטל פליגי רבי ורשב"ג אם סמכינן בזה על הפקעת קדושין ואיפסיקא הלכתא כרבי דלא סמכינן בזה כלל על הפקעת קדושין ע"י גט כזה וה"ל א"א מדאורייתא א"כ כמ"כ י"ל גבי כפיית גט דמאיס עלי ג"כ לא סמכינן על הפקעת קדושין ולא דמי לדין אין אונס בגיטין שסמכו' שם על הפקעת קדושין דהיכא דאתמר אתמר היכא דלא אתמר אין לנו ולכן

זהו לגבי איסור גרושין שלא ברצון האיש דה"ל איסור א"א ממש אבל בענין להפקיע תקנת רגמ"ה שלא לגרש שלא מרצון האשה י"ל דשפיר יש לסמוך היכא דאיכא חששא זו כמו באומר הבעל מאיס עלי ויש חששא כו' אבל בי"ד סי' של"ד שזה כבר פשע ועשה מעשה רשע אין אנו אחראים לתיקונו כו' וא"כ עפ"ז בנד"ז שבגוף המעשה היושר אצלו שאינו מחוייב לדור עם נחש בכפיפה וגם שאינה [חסר קצת] כלל ועד מתי ימתין כו' שפיר י"ל שיש לחוס עליו שלא יצא לת"ר כו' ואף שגם זה פשע באמירה הנ"ל י"ל כיון שבגוף הענין היושר עמו אזלינן בתר העיקר כו'

סימן קלו

לאה"ע סימן קט"ו:

שאלה בתולה שנישאת ושמשה כמה פעמים בנדתה ומתרצת שלא ידעה שזה עון חמור כ"כ אם הבעל יכול לקיימה:

בתשובת מהר"י הלוי אחיו של הט"ז סימן ל"ט הפליג להחמיר בענין עוברת ע"ד ופסק דבעוברת ע"ד משה ב' פעמים כופין אותו להוציא ולא משמע כן ברמב"ם פכ"ד מה"א הי"ד שכתב וחזרה ועברה אם רצה הבעל להוציא כו' מכלל דאם לא רצה רשאי לקיימה אף שעברה ע"ד שני פעמים ומה שתירץ בתשוב' הנ"ל דכיון דמיירי בלא עדים ומש"ה אין כופין והוי כמו אמר לו עד א' נאמן כבי תרי שזנתה ע"ש בתשוב' ד"ה אמנם וד"ה ועוד יש לתרץ ובד"ה לענין שכופין כתב טעם דחיישינן שמא הוא משקר כו' ע"ש וכ"ז ליתא דשם גבי נאמן כב"ת כתב ואסור לו לבא עלי' משא"כ הכא כתב אם רצה משמע דאם אינו רוצה אפילו לדבריו אינה אסורה לו ולא משום דאמרינן שמשקר כו' וזה ברור לכל מודה על האמת. וגם לדינא משום דאין נאמנת על להבא אין חילוק בין פ"א לפ"ב דהא החשוד אינו נאמן לאותו דבר אפי' בפ"א וא"כ כיון דאעפ"כ כתב דרשאי לקיימה כשעברה ע"ד בפ"א א"כ ה"ה ב"פ ועי' חוו"ד סי' קפ"ה סק"א:

מיהו י"ל בב"פ ה"ל חזקה לרבי ונקרא מועד עי' ש"ך בי"ד סי' קכ"ז סק"כ שחילק בין חשוד למועד ומומר לדבר ואפשר מהר"י הנ"ל לשיטתיה אזיל דס"ל דבהתרה בה ועברה ע"ד אינו רשאי לקיימה וא"כ בב"פ לא גרע מהתרה משום דבפ"א יש לתלות בשוגג כו' אבל הב"ח סי' קט"ו ס"ד פסק דגם בהתרה רשאי לקיימה וכ"כ להדיא בחי' הרמב"ן שלהי גיטין ולעד"נ להביא ראי' לדברי מתשובת מהר"מ שבתשובת הרשב"א סימן תתל"ג שהבעל ראה באשתו שלשה דברים מכוערים ואעפ"כ התירה מהר"מ ופשוט דדבר מכוער גרע מעוברת עד"מ תדע דאין צריך התראה וגם בזה שגג מהר"י בתשובה

הנ"ל דף כ"ג ע"א ד"ה ואם תאמר שכתב דשוין הן וזה אינו כמ"ש ברמב"ם פכ"ד וכ"מ בש"ע סימן קט"ו ס"ד ובב"ש סימן י"א וכיון דאפי' בג' דברים מכוערים אינה נאסרת עליו כ"ש בעוברת עד"מ וגם האוסר בתשובת הרשב"א לא אסרה אלא משום דס"ל דגרע מדבר מכוער והוי כראה שזינתה כו' ע"ש הלכך ד' תשוב' מהר"י לא ברירן לי ואע"פ שד' ר"ת לכאורה כדבריו מ"מ עכ"פ דעת הרמב"ם והר"ם ושא"פ אינו כן. ולכן נלע"ד שאין להחמיר עכ"פ כשמקבלת תשובה ולפי ראות עיני הדיין אם באמת מתחרטת מה גם בנ"ד שהיא אומרת תירוץ הגם בתשובת מעיל צדקה סי' ס"א כ' דאינה יכולה לתרץ בכך דאין לך מנשי ישראל כו' י"ל דבתולה שאני וגם כי בבתולה גם כן אין להאמינה שלא ידעה מאיסור נדה כלל כי מסתמא אמה מגדת לה מ"מ י"ל שזה אמת שלא ידעה מחומר העון כ"כ א"כ הוי כחשוד לדבר קל שאינו חשוד לדבר חמור ומ"מ אם הבעל רוצה לגרשה י"ל דבנ"ד נמי יוכל לגרשה בע"כ ולא יאמין לה שלא ידעה כו' ועוד דמ"מ ידעה שזה עבירה א"כ לא עדיף ממאכילתו שאינו מעושר שהוא רק דרבנן וא"כ יש לה דין עוברת עד"מ שיוכל לגרשה בע"כ ומצוה קעביד אבל אם רצה לקיימה נלע"ד דיש להתירה לו:

סימן קלז

משנה בכתובות ס"פ אלמנה ניזונית (דף ק' סע"ב) הממאנת והשניה והאילונית אין להם כתובה כו' אם מתחלה נשאה לשם אילונית יש לה כתובה וכתב הרי"ף ואחריו הרא"ש סס"י כ"ח מדמפליג תנא באילונית ולא מפליג בשניה ש"מ דשניה בין הכיר בה בין לא הכיר בה אין לה כתובה ועוד הוכיחו כן מהש"ס ביבמות פרק יש מותרות מיהו הוכחה זו היא לרב יהודה אבל לרב הונא דס"ל באלמנה לכה"ג אפילו לא הכיר בה יש לה כתובה אינה הוכחה ומ"מ הא קיי"ל כרב יהודה. וההוכחה מהמשנה מדמפליג תנא היא אפילו לרב הונא וכ"פ בטוש"ע אה"ע סי' קי"ו ס"ד. וכתבו התוספות ד"ה והאילונית ואין לדקדק הא גיטא בעיא כדפרישית בפרק המדיר עכ"ל ושם דע"ב סע"ב) דהכא איכא למימר דמשום שניה נקט אין לה כתובה לדקדק הא גיטא בעיא דהא ע"כ ממאנת לא בעיא גט עכ"ל ור"ל כמו דממאנת לא בעיא גט כמ"כ י"ל דאילונית שלא הכיר בה ג"כ לא בעיא גט והוכיחו כן מהמשנה ריש מסכת יבמות וכתבו וצריך לחלק בין מום דאילונית לשאר מומין והיינו דבשאר מומין כשקידשה סתם ונמצא בה מומין ס"ל דצריכה גט אף שלא בא עליה עדיין דאין שייך לומר הסברא אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קדושין עי' רש"י בגיטין פרק השולח (דף מ"ו ע"ב). והמום נקרא סמפון

שמבטל הקדושין אף שקידשה סתם כמו שהוכיחו מפרק אע"פ (דף נ"ז סע"ב) מ"מ צריכה גט מדבריהם או מדאורייתא מספק היינו כמ"ש בגמ'. (דף ע"ג ב') לרבה ורב חסדא א"צ גט רק מדבריהם ולרבא צריכה גט מספק מדאורייתא אבל במום דאילונית אין צריכה גט אפילו מדבריהם והנה הא דגיטא בעיא בשניה אף בלא הכיר בה ואף בלא בא עליה עדיין. צ"ל אם הוא רק מדבריהם לרבה ורב חסדא אבל מדאורייתא לא בעיא גיטא כמו בקידשה סתם ונמצאו עליה נדרים משום דיכול לומר אי אפשי באשה נדרנית וכמ"כ י"ל בקידשה סתם ונמצאת שהיא שניה. מדאורייתא י"ל דלא בעיא גיטא כיון שאסורה לו מדבריהם יכול לומר אי אפשי באשה האסורה ואף שהאיסור מדרבנן מ"מ הקדושין י"ל אינן כלום אף מדאורייתא כמו קפידא דנמצא עליה נדרים או מומין ועי' כה"ג בגמרא בשבועות פרק שבועות העדות (דף ל"א א') ורב אחא בר יעקב אמר לאפוקי משחק בקוביא אף על גב דרק מדרבנן פסול לעדות עכ"ז אין עליו חיוב שבועות העדות מדאורייתא ואף לרב פפא שם י"ל הכא שאני דפסול ואיסור דבריהם נחשב גם כן כמום דהא לבד האיסור בידי שמים שחמורים דברי סופרים מד"ת הנה הוא בזיון גדול לפני אנשים או שמא יש לומר כיון שהאיסור רק מדבריהם י"ל שמא צריכה גט מדאורייתא אף לרבה ורב חסדא:

קיצור. גבי שניה אפילו הכיר בה אין לה כתובה. ולענין גט ס"ל להתוספות דאילונית שלא הכיר בה אין צריכה גט ושניה אף שלא הכיר בה צריכה גט. ויש להסתפק בשניה אם אין צריך גט רק מדבריהם או מספק דאורייתא או שצריכה גט בודאי:

ב ולכאורה נראה ראיה מהא דאמרינן בגמרא (דף ק"א סע"א) אמתניתין אין להם כתובה אבל תוספת יש להן וכתב הרי"ף בס"פ יש מותרות דקאי גם כן על חייבי לאוין שלא הכיר בהן כגון גרושה לכהן וממזרת לישראל ובחידושי הריטב"א בכתובות שם הקשה ע"ז האיך יש להן תוספת שהרי מקחם מקח טעות כו' וכ"ת היה להם לחוש ולבדוק אם אילונית או אלמנה הא ליתא דסתם נשים לאו בחזקת אילונית ואלמנה קיימי כו' (הגה"ה ולכאורה היה לו להקשות דאם מה"ט אמאי אין לה כתובה כו' עכ"ה) לפיכך פי' הראב"ד ז"ל דכל שלא הכיר בה והיה מקחו מקח טעות כשם שאין להם כתובה כך אין להם תוספת כו' ומיהו בירושלמי נראה כפירוש הרי"ף ז"ל עכ"ל ועי' מדברי הראב"ד בהשגות פכ"ד מה"א ה"ב ועיקרו בספר תמים (דעים) סימן רל"ח ס"פ אלמנה ניזונית והר"ן פסק כהרי"ף וכ"פ בטוש"ע סימן קי"ו ועי' בכנה"ג שם האריך אם יכול המוחזק לומר קים לי כהראב"ד או לא ולכאורה כיון שיש להן תוספת אי אפשר אא"כ היא מקודשת גמורה וצריכה גט בודאי דהנה ג' טעמים יש בזה דתוספת יש להן הא' פרש"י דמתנה בעלמא

יהיב לה משום חיבת ביאה ור"ל דלא דמי למנה ומאתים דתקנת חכמים הוא ע"כ כשיש מקח טעות לא תקנו משא"כ התוספת דהוא מעצמו יהיב לה מתנה זהו רק משום חיבת ביאה יש לה והרי עכ"ז קיי"ל דהא שיש לה תוספת זהו רק כשהוא רוצה להוציאה אבל אם היא רוצה לצאת אין לה תוספת כמ"ש הרמב"ם. פכ"ד מה"א ה"ג והה"מ שם דאדעתא למיפק לא אקני לה א"כ כיון שלא הקנה לה התוספת אלא ע"ד שתהיה עמו ותהיה אשתו אם כן מוכרח שקידשה וכנסה בתורת ודאי שתהיה אשתו דאם אין כאן קדושין לא שייך תוספת דהא דמתנה יהיב לה בשביל חיבת ביאה אין ר"ל בשביל חיבת ביאה דפנויה ע"ד אתנן כ"א בשביל חיבת ביאה דנשואין שהיא אשתו ולכן כשהיא רוצה לצאת ממנו אין לה כתובה אם כן מוכח מזה דכיון דיש לה תוספת היא גם כן אשתו ומיהו יש להשיב ע"ז דהא התוס' ס"ל דאילונית שלא הכיר בה א"צ גט כלל ואפילו נשאת ולא אמרינן בזה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כמו שכתבו בפרק השולח (דף מ"ו ע"ב), וריש יבמות (דף ב' ע"ב) סד"ה או שנמצאו אילונית ואעפ"כ יש לה תוספת ואפשר התוספות ס"ל כהראב"ד מיהו זה דוחק לכן להתוס' אין מכאן ראיה אכן לשטת רש"י פרק השולח (דף מ"ו ע"ב) דאילונית כשנשאת צריכה גט משום דאין אדם עושה בב"ז. א"כ יש לומר הא דיש לה תוספת משום דהיא ג"כ מקודשת ועיין בפנ"י בגיטין שם שהאריך לחזק דעת רש"י ועי' בהרא"ש פרק המדיר סי' י"א שכתב דמשמע מפרש"י ומתוך דברי התוספתא דהא דאין אדם עושה בב"ז קדושין גמורים הם ואם קדשה אחר א"צ גט משני כו' ועי' מזה בב"י סימן ל"ט שיש דעות בזה והנה החמ"ח ר"ס קי"ו דנסתפק אף בחייבי כריתות שלא הכיר בה שמא יש לה תוספת והב"ש שם החליט בשמו דיש לה תוספת ע"כ ס"ל בפשיטות דגם היכא שאין צריך גט כלל שייך תוספת אבל באמת הבית מאיר שם השיג עליהם דלא אמרו כן אלא בחייבי לאוין דנקרא מקח דהקדושין תופסין בה כו' אבל חייבי כריתות אין כאן מקח כלל ובמה תזכה בתוספת ואף בהכיר בה לפ"ד עדיין צ"ע עכ"ד. א"כ ס"ל כמ"ש דהיכא דא"צ גט משום שאין כאן קדושין אין שייך תוספת. ולכאורה יקשה עליו מאילונית שלא הכיר בה דגם כן אין שם מקח להתוספות ואעפ"כ יש לה תוספת ומ"ש מחייבי כריתות וצריך לחלק דגבי אילונית שייך מקח אם הכיר בה ע"כ אף שלא הכיר בה והמקח בטל זהו מחמתו לכן התוספת יש לה. אבל בחייבי כריתות דאפילו הכיר בה אין שייך מקח כלל א"כ עכ"פ כשלא הכיר בה אין שייך תוספת שוב ראיתי בספר הפלאה סימן קט"ז סס"ק א' כתב וז"ל ומשמע דפשיטא להו להחמ"ח והב"ש דאע"פ שאין הקדושין תופסין אפ"ה שייך תוספת משום חיבת ביאה והיינו דמוכח מאילונית ודאי לדעת התוספות והרא"ש בריש יבמות כו'

ולפמ"ש אין ראיה מאילונית לשטת רש"י והרא"ש פרק המדיר סי' י"א ועי' עוד בית מאיר רס"י קי"ו הקשה מהדין דח"מ סי' ר"ל שהוא מהמשנה ספ"ה דבכורות ואולי יש לחלק בין הנאת אכילה ובין ביאה דיצרו תוקפו והוא החליט דהעיקר כמ"ש הר"ן והוא מ"ש הריטב"א דהיה לו לחוש ולבדוק כו' ומדלא חקר יערב עליו המקח וא"כ מה"ט י"ל כמ"כ לענין הקדושין שמדלא חקר קידש בהחלט:

קיצור. לכאורה מהא דתוספת יש להן לחייבי לאוין שלא הכיר בהן מוכח דיש כאן קדושין דאף על גב דמתנה יהיב לה משום חיבת ביאה אין ר"ל סתם ביאה דפנויה. אלא חיבת ביאה דאשתו. אך החמ"ח והב"ש וההפלאה ס"ל דאף היכא שא"צ גט כלל יש לה תוספת משום חיבת ביאה ואפילו בחייבי כריתות והבית מאיר חולק ע"ז ולכאורה מדאמרינן בגמרא ר"פ אע"פ דהתוספת שם כתובה עליו מוכח כהבית מאיר ולטעם השני מדלא חקר י"ל כמ"כ לענין קדושין:

והנה הר"ן במשנה הממאנת והשניה כתב ומיהו לא דמו לגמרי דאילונית בשלא הכיר בה לא בעיא גט כו' ואילו אלמנה לכה"ג אפילו לא הכיר בה צריכה גט עכ"ל וכתב בהפלאה דה"ה לכל חייבי לאוין. אך ל' צריכה גט י"ל או מדבריהם או מספק דאורייתא. אך הא מוכח דבהם הסברא יותר שיערב עליו המקח מבמומין שהרי מה"ט יש להן תוספת כתובה משא"כ במומין אין לה גם תוספת כתובה כלל וכיון גבי מומין ג"כ צריכה גט לרבא מספק דאורייתא ולרבה ורב חסדא מדבריהם א"כ הכא יש סברא דצריכה גט ביותר אפשר ע"ד ודאי או עכ"פ מספק גמור גם מהא דבמומין אין לה גם תוספת מוכח קצת כהבית מאיר דהא משום חיבת ביאה יהיב לה היינו ע"ד שהיא אשתו דוקא ולא כשאינה אשתו כמו בחייבי כריתות והנה גם מהא דרב הונא ס"ל דחייבי לאוין שלא הכיר בהן יש להן כתובה אע"ג דלא קיי"ל כוותיה מ"מ לענין גט י"ל ודאי גם לרב יהודה צריכה גט וכמ"ש הר"ן ונוסף ע"ז לרש"י דכיון שבא עליה אמרינן אאעבב"ז ע"כ קרוב לודאי דצריכות גט:

סימן קלח

מי שהיה נשוי אשה ויש לו בנים ותקפו יצרו וייחד לו עוד אשה בלי קדושין וייחד לה בית והיה נכנס ויוצא בביתה ויש לו בת ממנה ויש יותר מעשרה שנים שנוהג עמה כן כדרך פלגש ולא היתה טובלת לנדתה ג"כ ברוב העתים רק בתחלה י"א שהיתה טובלת וכעת רצונה להניחו ולהנשא לאיש אם יכולה להנשא בלי גט ממנו:

בסנהדרין פרק כה"ג (דף כ"א ע"א) תנן לא ירבה לו נשים אלא שמונה עשרה ובגמרא והכתיב ויקח דוד עוד נשים ופלגשים בירושלים בשמואל ב' סי' ה' אלמא טובא הוו ליה נשים) למלויי שמונה עשר מאי נשים ומאי פלגשים נשים בכתובה ובקדושין פלגשים בלא כתובה ובלא קדושין וכתב הרמב"ם פ"ג מהמ"ל ה"ב בין הנשים ופלגשים הכל שמונה עשר והראב"ד השיגו וכתב שהן שמונה עשר חוץ מן הפלגשים והכ"מ כתב ולדברי רבינו מצאתי ראיה כו' לייחד עם אבישג כו' למה להו למשרי יחוד ננסיבה לפלגש א"ו אף פלגשים אינו יכול להוסיף על שמונה עשר כדברי רבינו עכ"ל ואם כן מזה מוכרח דלהרמב"ם פלגש אף שהיא בלא כתובה ובלא קדושין עכ"ז צריכה גט שהרי אמרינן שם (דף כ"ב סע"א) אמר רב שמן בר אבא בא וראה כמה קשין גרושין שהרי לדוד התירו לו לייחד (עם אבישג ואע"פ שנאסר יחוד של פנויה) ולא התירו לו לגרש (אחת מי"ח וישאנה) ולשון גרושין משמע גט וא"כ כיון דשמונה עשר הם עם הפלגשים וע"ז אומר קשין גרושין מוכרח דגם פלגש אינה קונה את עצמה להיות מותרת לעלמא אלא ע"י גט ואף שבהדיא אמרו שם דפלגש היא בלא כתובה ובלא קדושין אעפ"כ מוכרח לפי"ז דצריכה גט. וצ"ל הטעם כיון שהיתה מיוחדת לו איך תצא ממנו בכדי זה אי אפשר ואמת שהלח"מ שם כתב דלפלגש א"צ גרושין כו' דזה הוי כגרושין להוציאה כו' אכן דבריו דחוקין דגרושין משמעו כפשוטו ע"י גט ממש ואין זה תימא שהרי כן משמע ג"כ מהתוס' פ"ק דגיטין (ד"ו ע"ב) גבי ותזנה עליו פלגשו זבוב מצא לה נימא מצא לה וכתבו התוס' וא"ת מנלן דלא הוה זנות ממש ואמר ר"ת מדרצה להחזירה כדמוכח קראי דאפילו פלגשים לא היה דרכם להחזיר אחר זנותם כדכתיב בא אל פלגשי אביך וכתיב ותהיין צרורות עד יום מותן אלמנות חיות עכ"ל ומדכתבו לא היה דרכם. מוכרח שאין זה דין תורה ממש והיינו על כרחך שלא הי' להם קדושין ואעפ"כ היו נוהגים בהם חומרא זו שבזנות אסורה לו. לפי שלמראית העין נראית כאלו היא אשתו וכה"ג אמרו אשת חמיו אסורה מפני מראית העין. וכיון שכן ה"ה דאינו יוצאה ממנו בלי גט דודאי הא בהא תליא. מאחר דחשיבא קשורה בו עד שאסורה לעלמא ונקראת זונה ונאסרה עליו איך תצא ממנו בלא כלום וכ"כ בחידושי הרמב"ן והר"ן והריטב"א בגיטין שם. דאילו ברצון לא היה מחזירה ואמת שהריב"ש בתשוב' סימן שצ"ו הקשה על התוספות וז"ל ואין לומר לפי שהיתה אסורה להם מפני שהיתה מיוחדת כמו שכתבת בשם התוספות כו'. ואם כן צריכה ממנו גט ולא מצינו גט בלא קדושין עכ"ל ובסי' שצ"ח ד"ה ומה שכתבת שאדם אסור בפלגש חבירו נראה דלהרב ר' חסדאי החולק עליו ודאי צריכה גט ועכ"פ

לפי' הרמב"ם דלעיל שמספר שמונה עשר הוא עם הפלגשים ועז"א כמה קשים גרושין מוכרח דין זה שפלגש אסורה לעלמא בלי גט:

קיצור. (לפי' הרמב"ם שמספר שמונה עשר נשים הוא בין נשים ופלגשים מוכרח דגם פלגש אסורה לעלמא בלי גט וכן יש לומר לדעת התוס' פ"ק דגיטין (ד"ו ע"ב) והריב"ש הקשה ע"ז שלא מצינו גט בלא קדושין מ"מ הרב ר' חסדאי ס"ל כן בהריב"ש סי' שצ"ח דצריכה גט):

אכן להראב"ד דס"ל דמספר שמונה עשר הם לבד הפלגשים אין ראיה מהגמרא הנ"ל דפלגש צריכה גט וכ"ד חידושי הר"ן בסנהדרין שם כהראב"ד וז"ל (דף כ"ב ע"א) ד"ה אמר לה אסירת עלי פי' שכבר נשא ח"י נשים וא"ת לינסבה לפלגש ותירצו המספר י"ח הם בין נשים ופלגשים וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהמ"ל והקשו ע"ז דהא דוד נשא רצפה בת איה דכתיב ואת נשי אדוניך בחיקך. וליכא למימר שנשאה בחופה וקדושין דא"כ הוה להו שבע וקאמר ליה נביא כהנה וכהנה לפיכך פירשו דאין ה"נ דאם נתרצית אבישג להיות פלגש שהיה מותר בה אלא שלא נתרצית להיות פלגש וכיון שלא נתרצית היה אסור בה כו' וכתב הר' דוד ז"ל שכן עיקר שכן מצינו ברחבעם שנשא י"ח נשים כדינו והיו לו ששים פלגשים כדכתיב בדברי הימים ב' סי' י"א כ"א עכ"ל ולפ"ז מאי דקאמר בגמרא קשין גרושין לא קאי כלל על פלגש כ"א על אחת משמונה עשר נשים שהיה צריך לגרש אחת מהן דוקא לישא את אבישג וע"ז שפיר אמר קשין גרושין אבל פלגש י"ל דא"צ גט כלל ואין שייך ע"ז קשין גרושין דלא כהלח"מ:

אך אעפ"כ לכאורה יש ראיה גמורה דפלגש ה"ל כאשה ממש וצריכה גט. מהא דאיתא בירושלמי ביבמות פרק כיצד הל' ד' אשת חמיו (שאינה חמותו) אסורה מפני מראית העין אי תימר תורה (אין לומר אשת חמיו מן התורה אסורה) הרי דוד שנשא רצפה בת איה שהיתה אשת שאול. חמיו וא"ת דוד שלא כדין עשה או שמא לא נשאה לאשה הא כתיב ואתנה) שנאמר ואתנה לך את בית אדוניך ואת נשי אדוניך בחיקך (מדנביא הוא דקאמר שניתנו לו מאת הקב"ה ש"מ דבהתירא קא נסיב להז) והביאוהו התוס' ביבמות (דף כ"א ע"א) והרא"ש שם ואי איתא מאי ראיה מרצפה הלא רצפה בת איה היתה רק פלגש שאול כמ"ש בשמואל ב' סי' ג' ז' ומאחר דפלגש א"צ גט אינה ענין לאשת חמיו ושפיר יש לומר דאשת חמיו אסורה מן התורה ופלגש חמיו מותרת וכמ"ש בתשובת הרא"ש כלל ל"ב סי' א' דאע"ג דאשת אחי אביו היא ערוה דאורייתא פלגש אחי אביו מותרת לו ע"ש. הובא בש"ע סס"י ט"ו א"ו צ"ל דס"ל להירושלמי דפלגש ה"ל כאשתו לענין זה ותיובתא כלפי סנאיה דהרא"ש בתשוב' שם ומה שדימה זה הרא"ש שם פלגש

למפותה צ"ל דלהירושלמי לא קרב זה אל זה כלל דמפותה אקראי בעלמא הוא משא"כ פלגש המיוחדת לו ה"ל כאשה וכמו שאמר הכתוב ששים המה מלכות ושמונים פלגשים אלמא יש להן קצת דמיון למלכות ועוד נלענ"ד ראיה ברורה מתורה שלימה. בפ' וישלח וילך ראובן וישכב את בלהה פלגש אביו ואמרו בגמ' פ"ה דשבת (דף נ"ג ע"ב) תניא רבי שמעון בן אלעזר אומר מוצל אותו צדיק מאותו עון ולא בא מעשה זה לידו אפשר עתיד זרעו לעמוד על הר עיבל ולומר ארור שוכב עם אשת אביו ויבא חטא זה לידו אלא מה אני מקיים וישכב את בלהה פלגש אביו עלבון אמו תבע כו' ע"ש ואי איתא מאי קושיא אף את"ל שהמקרא כפשוטו אין זה ענין לשוכב עם אשת אביו ח"ו כיון שהיתה פלגש אביו והרי הרא"ש בתשובה הנ"ל למד ממה שאחיתופל אמר לאבשלום בא אל פלגשי אביך שאין הפלגש דומה כלל לאשה והרי בכל הש"ס והמדרשים לא מצינו לימוד זכות זה על ראובן כ"א רק לומר שמוצל ממעשה זו לגמרי ולא שהמעשה עצמה אינה חטא ועון גמור וזה הפך לגמרי מדברי הרא"ש שם ומדברי תשובת מהר"מ פאדווה סימן י"ט שדימו פלגש לענין אנוסת אביו ומפותת אביו דא"כ למאי דקיי"ל נושא אדם מפותת אביו יקשה כנ"ל א"ו נראה הדבר ברור כהירושלמי דפלגש ה"ל כאשתו לענין זה:

קיצור. (אך הר"ן כתב בשם הר"ד ראיה ברורה מפסוק בדברי הימים ב' סימן י"א כ"א כהראב"ד דמספר שמונה עשר הן לבד פלגשים ולפ"ז בטלה ראיה הנ"ל אך עכ"ז יש להכריח מהירושלמי פ"ב דיבמות ה"ד והביאוהו התוס' והרא"ש ביבמות (דכ"א) בענין רצפה פלגש שאול שמשם מוכרח דפלגש ה"ל כאשה וכן מוכח לכאורה מענין ראובן):

ג אך הנה מצאתי בק"נ רפ"ב דיבמות סק"ד הביא בשם הכנה"ג שהקשה קושיא הנ"ל האיך מוכח מדנשא דוד רצפה בת איה הלא פלגש שאול היתה ומשום הכי אין כאן איסור אשת חמיו ותירץ או דס"ל להירושלמי דפלגש בקדושין או דס"ל כמו שאסור פלגש אביו ה"ה פלגש חמיו ומה שאומר דס"ל להירושלמי דפלגש בקדושין קשה שהוא נגד הירושלמי פרק אע"פ דפליגי רבי מאיר ור' יהודא אם פלגש יש להם כתובה או לא ואי ס"ל דפלגש בקדושין הוי פשיטא שיש להן כתובה וכ"כ בישו"ש פרק זה סי' י"א ע"ש באריכות עכ"ל הק"נ והנה מאי דפשיטא ליה מהירושלמי הנזכר דפלגש היא בלא קדושין אדרבה המפרש בירושלמי שם בעל קרבן העדה ס"ל בפשיטות מירושלמי זה להפך דפלגש היא ע"י קדושין רק הפלוגתא היא אם יש לה כתובה והוא בפרק אע"פ ה"ד ואיזהו אשה ואיזהו פלגש רבי מאיר אומר אשה יש לה כתובה פלגש אין לה כתובה ר' יהודה אומר אחת זו ואחת זו יש לה כתובה אשה יש לה כתובה ותנאי כתובה פלגש יש לה כתובה ואין לה תנאי כתובה. וכתב הקה"ע בתוספותיו וז"ל בבבלי בסנהדרין פ"ב

גרסינן מאי נשים ומאי פלגשים אמר רב יהודה אמר רב נשים בכתובה ובקדושין פלגשים בלא כתובה ובלא קדושין ופליגא אסוגיין דמשמע לכולי עלמא פלגש היא בקדושין עכ"ל הרי הבין בפשיטות להיפוך מכוונת הק"נ בהירושלמי בשם מהרש"ל וכדבריו משמע מדברי רש"י בפי' החומש ס"פ חיי שרה כ"ה ו' בפסוק ולבני הפילגשים אשר לאברהם שכ' וז"ל נשים בכתובה פלגשים בלא כתובה כדאמרינן בסנהדרין בנשים ופלגשים דדוד עכ"ל והרמב"ן שם חלק עליו ואמר שאין הדבר כן כי לא תקרא פלגש אלא כשהיא בלא קדושין והרא"ם בפירושו על רש"י הביא ראיה לפרש"י מהירושלמי הנ"ל ונמצא לפ"ז אין קושיא מהירושלמי גבי רצפה בת איה דקורא לה אשת חמיו כיון דלהירושלמי פלגש היא ע"י קדושין א"כ ה"ל אשת חמיו ממש ובהא לק"מ ג"כ מראובן וכמובן וכ"נ ראיה לפי המדרש דקטורה היא הגר והיא הנק' פלגשם ע"ש בפרש"י והוא במד"ר שם פס"א. והרי גבי קטורה כתיב ויקח אשה ושמה קטורה מוכרח עכ"פ שהיה ע"י קדושין מדכתיב אשה ומה שנקראת פלגש צ"ל לפי שלא היה לה כתובה אמנם היש"ש פ"ב דיבמות סימן י"א כתב דמירושלמי זו משמע להיפוך והביא עוד ראיה שפלגשי דוד היו בלא קדושין דאל"כ וכי היה אבשלום כל כך משוגע כו' וכ"כ בכנה"ג בא"ח בסופו בביאורו להרמב"ם המ"ל פ"ד וז"ל דאדרבה פשוטן של כתובים מוכיחים שמה שיעץ אחיתופל לא היה גילוי עריות כו' שהעצה שיעץ לא היה אלא כדי שידעו כל ישראל שמרד באביו כמ"ש ושמעו כל ישראל כי נבאשת את אביך כו' בש"ב סימן י"ו כ"א ואם הפלגשים היו בקדושין איך היה הוכחה שמרד באביו כיון שהמרד היה ג"כ בהקב"ה שבא על אשת איש ועל אשת אביו כו' אלא שהדבר מוכיח שהפלגשים היו בלא קדושין עכ"ל וכ"נ לכאורה עוד ראיה מהא שהכריחו הר"ד והר"ן דלא ירבה לו נשים יותר משמונה עשרה היינו לבד פלגשים ואי איתא שהפלגשים הם ג"כ ע"י קדושין אין טעם כ"כ להתירם דהא דא ודא מקודשת היא לו ממש והקה"ע שם מחמת זה העלה לחלק בין פלגשי המלך שהם בלא קדושין לפלגש דהדיוט שהיא ע"י קדושין וזהו דוחק קצת ומעתה אם פלגש היא בלא קדושין ואעפ"כ אמרו במדרש רבה פ' נח ר"פ ל"ב ור"פ ל"ח שאחיתופל שאמר בא אל פלגשי אביך התיר גילוי עריות מוכרח דאף שהיא בלא קדושין כיון שמיוחדת לו נחשבת לענין זה כאלו היא אשתו ומה שתירץ ע"ז הכנה"ג שם משום דאסור להשתמש בשרביטו של מלך זהו דוחק דאין זה שייך כלל לגילוי עריות ומדקרי לה גילוי עריות מוכרח דחשבינן לה לענין זה כאלו היא אשתו וכתב הכנה"ג שכ"ד מהר"ר אייזיק שטיין בביאורו לסמ"ג עשין סימן קט"ו שכתב וז"ל אבל לעיל דקאי על איסור ביאה מוכח שפיר דליכא איסור דאורייתא באשת חמיו מדוד שנשא רצפה בת איה דלענין איסור ביאה אפשר שאין

חילוק בין נשים לפלגשים עכ"ל והרי הסמ"ג בלאוין סימן רכ"ב כתב דפלגשים הם בלא כתובה ובלא קדושין ואעפ"כ ס"ל לביאור הסמ"ג דאסור אדם בפלגש אביו ולא דמי למפותת אביו דהוי באקראי בעלמא עכ"ד הכנה"ג וע"ש בסמ"ג הביא הירושלמי דפרק אע"פ מזה משמע דמפרש הירושלמי כמו שפי' מהרש"ל הובא בק"נ כדלעיל:

קיצור. הקה"ע מפרש דהירושלמי ס"ל דפלגש היא ע"י קדושין וכן דעת המזרחי ס"פ חיי שרה לפ"ז לק"מ מירושלמי דגבי רצפה אך היש"ש וכנה"ג ס"ל דפלגש היא בלא קדושין ושכ"ד הירושלמי ג"כ לפ"ז מוכרח דגם בכה"ג ה"ל כאשתו מהמדרש רבה פ' נח ר"פ ל"ב ור"פ ל"ח וכתב הכנה"ג שכ"ד מהר"א שטיין בביאורו לסמ"ג במ"ע סימן קט"ו:

ד ובמדרש רבה פ' ויקרא סוף פרשה א' ורבנן אמרי משל למלך שהיה לו אשה ופלגש כשהוא הולך אצל אשתו הולך בפרהסיא וכשהוא הולך אצל פלגשו הולך במטמונים עכ"ל ואי איתא דפלגש היא ע"י קדושין א"כ אין כאן גנאי כ"כ שיצטרך לילך במטמונים וכ"ש דר' יהודה ס"ל דיש לה כתובה וא"כ אם גם קדושין יש לה ה"ז קרוב. לאשה גמורה אלא מזה משמע כדברי הרמב"ן וסיעתו שהיא בלא קדושין וכיון דעכ"ז אמרו ברבות ובירושלמי שפלגש אביו אסורה לו דלא כתשוב' הרא"ש א"כ ממילא א"א להתירה לעלמא בחיי בעלה בלי גט ואף שמדברי תשוב' הר"ן סי' ס"ח נראה ג"כ שא"צ גט וכן בתשובת מהרמ"פ סי' י"ט אפשר הם מפרשים דהירושלמי פליגא על ש"ס דילן היינו דלהירושלמי פלגש היא ע"י קדושין ומש"ה אמרו ברבות פ' נח זה התיר גילוי עריות דהרבות הוא אגדה ירושלמי אבל לש"ס דילן דפלגש היא בלא קדושין י"ל שאין זה נקרא גילוי עריות וכ"נ מדברי התוס' ביומא פרק שני שעירי יום הכפורים (דף ס"ו ע"ב) גבי שאלו את רבי אליעזר פלוני מהו לעוה"ב פר"ת אבשלום שבא על פלגשי אביו מהו לעוה"ב מי ס"ל הא דאמר רב נשים בכתובה וקדושין פלגשים בלא כתובה ובלא קדושין או לא וכ"כ בתוספות ישנים הביאו היש"ש משמע דמספקא לן אם הענין כמ"ש רב ע"כ י"ל הירושלמי ס"ל דלא כרב לכן ס"ל להרא"ש והר"ן דפלגש שבלי קדושין א"צ גט וס"ל להרא"ש דפלגש אחי אביו מותרת לו. אבל לפ"ד הפוסקים שאין עושים פלוגתא בין הירושלמי לש"ס דילן ושי"ל לכ"ע פלגש הוא בלא קדושין ואפ"ה פלגש אביו אסורה לו ונקרא גילוי עריות יש לומר דצריכה ג"כ גט. וכן נראה מדברי התוספות פ"ק דגיטין (ד"ו ע"ב) כמבואר למעלה כן נראה לענ"ד. אך קשה לי שמצאתי בדברי האחרונים העומדים בשטה זו שעכ"ז ס"ל שאין צריך גט היינו בישש"ש ביבמות פ"ב סס"י י"א כתב דכתיב ותהיין צרורות אלמנות חיות אין הפירוש שיהו צריכים גרושים כו' עכ"ל הרי ס"ל שא"צ גרושין ומהירושלמי פרק כה"ג שהביא שם נראה דצריכה גרושין אלא שהוא ז"ל פירשה

כשיטתו ע"ש וכ"כ בכנה"ג שם בפ"ג מהמ"ל בד"ה וכן מה שהקשה וז"ל דכיון דפלגש היא בלא כתובה ובלא קדושין אלא ביחוד בעלמא כיון שכבר יחדה אין לו תקנה לגרשה אלא כשיעשה מעשה המורה שאין לו חפץ בה לעולם כו' ועי"ל דלגרש לאו דוקא בגט כו' עכ"ל מיהו י"ל שמ"מ מסופק אם צריכה גט ועוד שזה כתב מקודם שהעלה אח"כ בפ"ד ע"פ הירושלמי דאסור אדם בפלגש אביו אף שהיא בלא כתובה וקדושין אבל לאחר שהעלה שם כן אפשר ס"ל דצריכה גט ומדברי הרמ"א בש"ע סעיף יו"ד ס"א נראה ודאי דאין צריכה גט וכן משמע יותר מהדין שבש"ע סימן כ"ו ססע"י א' בהגה"ה. ועיין בספר המקנה סימן כ"ו מדין פלגש ומה שהביא מהש"ס דיבמות (דף ל"ז) מאן הויא ליומא לומר שזהו פלגש כבר נזכר מזה בתשוב' הריב"ש סי' שצ"ז ובבית מאיר רס"י יו"ד עמ"ש רמ"א אפילו היתה מיוחדת כתב וז"ל עיין תוספות גיטין (ד"ו ע"ב) ד"ה זבוב משמע דמ"מ אם זינו עם אחר לא היה דרכם להחזיר ולדינא מבואר מדבריהם כפסק הש"ע עכ"ל לדבריו כמו שהם לא היה דרכם להחזיר דרך חומרא על שרש הדין כמ"כ אין דרך לאיש אחר שישאנה בלתי גט מהראשון מיהו לדברי הר' חסדאי שבתשוב' הריב"ש סימן שצ"ז שכתב שאדם אסור בפלגש חבירו ושירשנו דבר זה מבני נח כו' ע"ש שפיר י"ל חילוק שאף שאם זינתה תחתיו אסורה לו מ"מ יוצאה ממנו בלי גט ע"ד שכתב הרמב"ם פ"ט מהמ"ל דין ח' ב"נ שייחד שפחה לעבדו כו' משיוציאנו מביתו וישלחנה לעצמה כו' מיהו קשה דהא בב"נ לא מצינו שתאסר אשתו. עליו על ידי שזינתה וכ"מ בבראשית רבה ס"פ י"ח איני קורא עליו לא יוכל בעלה הראשון. ועי' מזה בירושלמי פ"ק דקדושין ה"א באריכות אם כן פלגש של ישראל דאסירא כשזינתה חמירא טובא מאשת ב"נ אם כן ממילא יש לומר דצריכה גם גרושין על ידי גט כדי להנשא לאחר. יהיה זה מדינא או ממנהגא סוף סוף שניהם שווין ר"ל כיון שנאסרה עליו בזנות צריכה גם כן גט ובנ"י ר"פ נושאין על האנוסה מבואר בשם הריטב"א גם כן דפלגש ה"ל כאנוסה ומפותה הביאו הב"ש סי' ט"ו ס"ק י"ב והנה בחולין פרק כל הבשר (דף ק"ט סע"ב) כל דאסר לן רחמנא שרא לן כוותי' אשת איש גרושה בחיי בעלה וקשה אמאי לא אמר רבותא יותר דשרא לן פלגש חבירו אף בלא גט כלל ותוספות בשם הקליר כתבו כנגד אשת איש יפת תואר ש"מ פלגש אסורה להנשא לחבירו בלי גט דאם לא כן זהו רבותא יותר לומר דפלגש חבירו שהיא כאשה אצלו שרא לן כשיוצאה ממנו אף בלי גט כלל הן אמת דמזה לא נוכל להקשות דהא אף כשהיא תחתיו יש לומר אין בזה איסור דאורייתא אף לדעת התוס' פ"ק דגיטין (ד"ו ע"ב) כ"ש לדעת תשוב' הרא"ש כלל ל"ב סימן א' ועיין כנה"ג סוף חלק

א"ח מ"מ ע"ז י"ל דודאי מדרבנן אסור ואם כן לא שרא לן רחמנא אכן כשרוצה להוציאה כיון שמותרת בלי גט:

שפיר י"ל שרא לן רחמנא אלא משמע דבאמת לא שריא בלי גט:

ה ועתה יש לעיין אם יש עוד טעם משום חששא דאין אעבב"ז הנזכר בגיטין ס"פ הזורק (דף פ"א ע"ב). והנה מדברי התוס' שם שכתבו וב"ה סברי דלעולם אא"ע בב"ז. משמע אף שלא קדמו קדושין ביניהם ולאו דוקא בהמגרש את אשתו אמרו כן אלא אפילו בפנויה כמו שדקדק כן מדבריהם בתה"ד סי' ר"ט. ויותר דקדק כן מדברי התוספות דיבמות ר"פ בית שמאי שכ' אבל הכא כו' ובעלמא כו' ע"ש. והביא עוד שכן פסק ר"ב במרדכי בקדושין פרק האומר סי' תקל"ג אבל הרמב"ם פ"י מה"ג כתב שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגרשה בלבד כו' וכ"כ הרא"ש פרק הזורק שם. וכ"כ בחידושי הרשב"א שם ובהריטב"א וכ"כ בחידושי הר"ן שם בשם הרמב"ן והתה"ד שם כ' דקשה לסמוך ע"ד הרמב"ם והרא"ש נגד האוסרים ואפ"ל שכתב כן מפני שלא ראה שהרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א גם כן עומדים בשטת הרמב"ם והרא"ש. די"ל שאין להחמיר כ"כ לחוש למיעוט הפוסקים כיון שיש מ"ד בגמרא פרק מי שאחזו (דף ע"ד ב') דאפילו באשתו שגרשה לא אמרינן דלשם קדושין בועל וס"ל שלא נחלקו ב"ש וב"ה בדבר זה ועוד דא"כ פלגש דהיא בלא כתובה ובלא קדושין היכי משכחת לה. נימא חזקה אא"ע בב"ז ואפ"ל בפלגש אף התוספות מודים כיון דמעיקרא התנה עמה כן שתהיה מיוחדת לו על אופן זה לא חיישינן לומר דילמא אימליך אח"כ ובעל לשם קדושין אלא מעמידין הדבר על חזקתו דומיא בממנה סופר ועדים לכתוב וליתן גט לאשתו דאין חוששין שמא נמלך וביטל דבורו אמת הכנה"ג סס"י קמ"ט בהגהת הטור הביא תשו' בנימין זאב סי' קי"א דאף בפלגש י"ל אא"ע בב"ז לדעת התוס' ודעימיה וכנה"ג שנחלק עליו י"ל באופן הנ"ל: אכן י"ל כ"ז במקומות שהיו נוהגים קצת היתר בפלגש ע"פ דעת הרמב"ן בתשו' סי' רפ"ה ודעימיה אבל במדינות אלו שאנו חוששים כהמחמירים ואומרים דגם מדינא אסור פלגש בלא קדושין וכתובה להדיוט כמו שהאריך בזה בתשו' הריב"ש סי' שצ"ה ובספר עצמות יוסף תחלת מס' קדושין ובשאר פוסקים ומעולם לא נשמע כלל דבר זה א"כ ודאי זה שייחד לו פלגש הנ"ל היה סבור שזהו איסור כזנות ממש ולא ידע דעת הרמב"ן שיסמוך עליו א"כ י"ל דבודאי לא עשה בב"ז כ"כ פעמים רבות ומה שכתב מעלתו משום כשיש לו אשה אין לחוש שיקדש זו דא"כ פוגע בחרם ר"ג כמ"ש בתה"ד סס"י ר"ט הנה יש לחלק דהתה"ד לא כתב כן רק על סתם ב"ז אבל בנ"ד שאת"ל שלא קידשה ה"ל ג"כ פלגש אצלו ובפלגש שייך ג"כ חר"ג כמ"ש הישו"ש פ"ב דיבמות סס"י י"א וא"כ כיון שאף

אם לא יקדשה עבר על זה אמאי לא נימא שאין אע"ב ב"ז ובכנה"ג סימן א' אות משמע בפלגש ליכא חר"ג ולא ראה דברי הישׁ"ש וההיתר השני שכתבו מצד מ"ש בתה"ד שם דדוקא בסתם בני אדם כו' ע"ז איני יכול לידע ולכן בהצטרף חשש זה אל חשש הראשון דעצם פלגש אפילו לא קידשה י"ל שצריכה גט אין בידי להתירה לעלמא בלי גט ונכון להתאמץ לדבר על לבו שיתן גט וא"צ לפרסום כלל כ"א יאמר דבור לסופר שיכתוב ולעדים שיחתמו ושיהיו עדי מסירה והסופר עצמו יהיה שליח להולכה וסגי בהכי גם א"צ כלל פרסום עשרה כ"א די בשלשה אנשים הנ"ל עם מעלתו ואז תנשא בהיתר גמור ואם אי אפשר לפעול אזי אני איני אומר בזה לא איסור ולא היתר ואיסור איני יכול לומר נגד תשו' הרא"ש ותשו' הר"ן ומהרמ"פ. והפוסקים המקילים בחשש השני ג"כ. והיתר איני יכול לומר מחמת הירושלמי דגבי רצפה בת איה והמדרש רבה פרשה כח ר"פ ל"ב ור"פ ל"ח מה גם שנוסף ע"ז החשש השני לדעת כמה פוסקים:

אחר כך ראיתי בספר פרשת דרכים להמל"מ דרוש ראשון (דף ב' ע"א) מ"ש ברבות ויחי פצ"ח א"ל יעקב איני לא מרחקך ולא מקרבך כו' עד שיבא משה כו' דיעקב נסתפק לפי שבלהה היתה פלגש ובישראל אין דינה כא"א כלל אכן בבני נח דלית בהו קדושין אלא בבעילה תליא מילתא דפשיטא היא דחייב על פלגש אביו משום אשת איש ומשום אשת אב והנה יעקב נסתפק אם יצאו מכלל בני נח לגמרי כו' ע"ש ויש לתמוה עליו דאם פשיטא ליה דבן נח חייב על פלגש חבירו והוא כדעת הר' חסדאי בתשו' הריב"ש סי' שצ"ז א"כ הרי י"ל מי איכא מידי דלישראל שרי ולבן נח אסור כדאמרינן בסנהדרין (דף נ"ח ע"ב) בסמוך ממש לענין בן נח שייחד שפחה לעבדו דהיינו כענין פלגש כמו שפי' הר' חסדאי בתשו' הנ"ל וכן איתא שם עוד (דף נ"ט סע"א) ליכא מידעם דלישראל שרי ולעובד כוכבים אסור ופריך והרי יפ"ת (שאסורה להם כדאמר לעיל דף נ"ז ע"א) ומשני התם משום דלא בני כיבוש נינהו וע"ש בפרש"י ובחי' הר"ן דף נ"ז ע"א סד"ה כותי בכותי והן אמת דרש"י (דף נ"ז ע"א) פי' הא דבן נח שייחד שפחה לעבדו ובא עליה נהרג עליה דהיינו משום גזל ואע"פ שאין זו בעולת בעל כ' הרי הר"ן שם נחלק ע"ז וכ"ד הרמב"ם פ"ט מהמ"ל דין ח' שנהרג משום אשת חבירו ואף לפרש"י היינו דוקא בעבדו ושפחתו ס"ל דלא שייך אישות אבל בן נח שייחד לו פלגש י"ל שיודה שחבירו נהרג עליה וכדעת המל"מ וא"כ נימא מי איכא מידי דלבן נח אסור ולישראל שרי וכן מסקנא ג"כ בחולין פרק השוחט (דף ל"ג ע"א) גבי אחד נכרי ואחד ישראל מותרין בו וכ' התוספות משמע דטעמא משום דליכא מידי דלישראל שרי ולב"נ אסור וכ"כ בחה"ר שם וז"ל וכן הלכה ותמיהני על הרמב"ם ז"ל שפסק בספר שופטים דלישראל שרי ולב"נ אסור כו' עכ"ל.

וכ"כ עוד רש"י פ"ט דחולין (דף קכ"א ע"ב) ד"ה אחד נכרי וכמו שהביא הש"ך בי"ד ס' כ"ז סק"ב. ועיין מזה ג"כ בהריב"ש סי' שצ"ח שהעיר מזה וכו' וז"ל ולדבריך שאין במיוחדת שום איסור והיא אשת איש גמורה עכ"ל. עוד כ' הרי גם זו מקודשת אלא שאין בה מיתה עכ"ל. הרי הר' חסדאי סובר שאסורה לעלמא כמו אשת איש רק שאין בה מיתה א"כ י"ל שצריכה ודאי גט להתירה לעלמא:

גם מ"ש עוד המל"מ בדרוש הנ"ל (דף ד' סע"ד) בשם מהר"ש יפה שתירץ המדרש רבה פ' נח ר"פ ל"ב בענין אחיתופל שהתיר ג"ע דאולי ס"ל כר"י דס"ל דלא יגלה כנף אביו היינו אנוסת אביו. הן דברי תימה לאוקמי המדרש בשני מקומות שיהיה לנגד רבנן ומה קשה לו הלא הירושלמי גבי רצפה בת איה ג"כ סובר כן כהמדרש כדלעיל גם מ"ש המל"מ דתנאי דס"פ במה בהמה פליגי בפלוגתא דר"י וחכמים הם ג"כ דברים בטלים במח"כ. עיין עוד במל"מ בדרוש י"ב (דף כ"ז ע"ד) מה שהקשה על התוספות דגיטין פ"ק (דף ו' ע"ב):

ואחר כותבי כל הנ"ל מצאתי סתירה לפסק דלעיל מהא דגרסינן בנדה פרק בא סימן (דף נ"ב ע"א) ויש לך אחרת שאע"פ שלא נתפשה מותרת ואיזו זו שקדושיה קדושי טעות שאע"פ שבנה מורכב על כתיפה ממאנת והולכת לה. ופרש"י דלאו נשואין הוי לענין זנות נמי לא מיתסרא עליה דפנויה בעלמא היא כו' עכ"ל וכתבו התוספות שם דר' ישמעאל בקדושי קטנה נמי איירי שהרי בתו שבאת למאן היו קדושי קטנות כו' ושמואל לא סבר כר' ישמעאל אלא בקדושי טעות אבל בקדושי קטנות לא סבר כוותיה וכ"כ עוד התוספות רפ"ק דיבמות בד"ה ואי אתה יכול לומר בחמותו. והנה מאי דשמואל לא ס"ל כר' ישמעאל בקדושי קטנות זהו מפני שהיו קדושין דרבנן ולא תיקנו מיאון כ"א עד י"ב שנה ולא יותר וכמבואר מדברי התוספות שהכריחו דשמואל לא ס"ל כרי"ש מסוגיא פ"ט דב"ב (דף קנ"ו ע"א) גבי ולמיאונין כו' וכ"כ בהדיא הרמב"ן בחידושיו בנדה שם וז"ל ומיהו דרבנן הוא מפני שנראית כגדולה שנתקדשה או מפני שלא מיחתה בקדושי דרבנן שעה אחת שוב אינה יכולה למחות מדבריהם עכ"ל ובחי' הר"ן בנדה שם כ' ואינו נראה שיהיה קדושי קטנות בכלל כו' כ"ע מודו שכשהוא בועל לאחר גדלות לשם קדושין הוא בועל כו' עכ"ל ודבריו צ"ע איך כ"ע מודו הרי שמואל בכתובות (דף ע"ג ע"א) בהדיא לא ס"ל כן ע"ש בפרש"י בד"ה צריכה גט. ובחידושי הריטב"א ביבמות פרק ב"ש (דף ק"ט ע"ב) נראה ס"ל ג"כ כדברי הר"ן. והוא מדברי הרשב"א בחידושיו שם. אך הרשב"א שם כ' הטעם משום דלא תקינו רבנן מיאון אלא בקטנות כו' ומכי גדלה תקינו לה רבנן נשואין גמורין ואינה ממאנת עכ"ל והשתא מדברי כולם מוכרח שאע"פ שהיא מיוחדת לו לאשה

ממש בלי שום תנאי שנשאה קטנה ע"י אמה ואחיה והגדילה ונשואה לו ברצון וילדה לו בן אפ"ה כיון שע"ד קדושין הראשונים בועל היא פנויה גמורה מדאורייתא והחולקים ע"ז הוא רק משום שלא תקינו רבנן מיאון רק עד שהגדילה כנ"ל וכיון שא"י למאן נשארו הקדושין שקדשו אמה ואחיה דה"ל קדושין רבנן וא"כ פלגש שאינו מכוין לשם קדושין כלל לא חמור מקדושי קטנות לר' ישמעאל דממאנת והולכת לה וא"צ שום גט והכא אפילו מיאון אין צריכה כיון שלא היו אפילו קדושי דרבנן כלל וכמ"ש המפרשים שם גבי קדושי טעות שא"צ שום גט ומה שכתבנו לעיל לאסור מפני שמיוחדת לו לאשה הלא מכאן מבואר סתירת דבר זה שהרי קטנה שהגדילה היא מיוחדת לו לאשה גמורה ולא לפלגש לבד ועכ"ז כיון שע"ד קדושין הראשונים בועל אין כאן שום קדושין וה"ל פנויה גמורה מדאורייתא וע"י המיאון לרי"ש עוקרת גם הקדושין דרבנן וכ"ש הכא דאין שום קדושין שיהיו צריכה עקירה א"כ ממאנת והולכת לה וע"ד מ"ש הרמב"ן וז"ל שאם לא רצתה בבעל הולכת לה ולא שתהא צריכה גט מיאון עכ"ל וא"כ לפ"ז הירושלמי דגבי רצפה בת איה שמדמה זה לאשת חמיו צ"ל דס"ל דפלגשים הוא בקדושין רק המחלוקת בירושלמי פרק אע"פ הוא לענין כתובה לבד וכאשר כתבתי מהסוגיא דנדה כן משמע גם כן מהסוגיא דכתובות פרק המדיר (דף ע"ג ע"א) דס"ל לר' אמי דדוקא המקדש בפחות משוה פרוטה ובעל צריכה הימנו גט דבהא הוא דלא טעי אבל המקדש במלוה ובעל א"צ הימנו גט דע"ד קדושין הראשונים הוא בועל אלמא כיון דהקדושין אינן כלום אע"פ שמ"מ דר עמה כדרך איש ואשתו א"צ שום גט כלל ומשמע ודאי אף שדר עמה שנים רבות הדין כן ואע"ג דלא קיי"ל כרבי אמי זהו משום דמספקא לן שמא ידע דקדושי מלוה אינן כלום ובועל לשם קדושין משא"כ היכא דלא בעל לשם קדושין אף שמיוחדת לו אינו כלום ועיין בתשו' מיימוני דשייכי להלכות אישות סימן י"ט גבי ואפילו בא עליה לאחר שנתברר דליכא שוה פרוטה אי ליכא עדי יחוד אין חוששין לקדושיו כו' מוכח ג"כ כנ"ל וע"ש בתשו' סי' י"ח:

מה שהשבתי ע"ז לשם מעשה:

הנה גם בענין פלגש יש מקום עיון כי הנה לפ"ד הרמב"ם בספר שופטים שמספר שמונה עשרה נשים שהותרו לדוד פ"ב דסנהדרין (דף כ"א ע"א) הם בין הנשים ופלגשים א"כ הא דאיתא שם בגמרא (דף כ"ב ע"א) כמה קשים גרושין כו' ולא התירו לו לגרש על כרחנו קאי גם על פלגש דאל"כ יגרש פלגש אחת וישא אבישג לאשה אלא ע"כ קאי גם על פלגשים א"כ מוכח דלא דמיא כלל לאנוסה ומפותה ופשט לשון גרושין כו' לגרש משמע שצריכה גט. והכ"מ שם חיזק שכדעת הרמב"ם הוא העיקר הרי דאע"ג שפלגש היא בלא

קדושין ובלא כתובה צריכה גט ואין לתמוה ע"ז אף שהוא נגד תשו' הרא"ש כלל ל"ב סי' א' ותשו' הר"ן סי' ס"ח שהרי עכ"ז נראה שכן דעת הרב רבי חסדאי בתשו' הריב"ש סי' שצ"ח. שכתב שם ולדבריך שאין במיוחדת שום איסור והיא אשת איש גמורה כו' הרי גם זו מקודשת אלא שאין בה מיתה עכ"ל וטעמו של החכם הנ"ל הוא משום דאמרינן בסנהדרין (דף נ"ח ע"ב ודף נ"ט סע"א) דליכא מידעם דלישראל שרי ולב"נ אסור עכ"ל וכן איתא בש"ע י"ד סי' כ"ז בש"ך שם סק"ב והוא מהגמ' חולין (דף ל"ג ע"א):

והנה גבי ב"נ שייחד לו פלגש משמע להר' חסדאי הנ"ל דנחשבת כאשת איש וכן דעת המל"מ בספר פרשת דרכים דרוש א' וז"ל אכן בב"נ דלית בהו קדושין מילתא דפשיטא היא דחייב על פלגש אביו משום אשת איש ומשום אשת אב עכ"ל ואם כן הרי י"ל בפשיטות דליכא מידעם כו' וז"ש בהריב"ש שם שאדם אסור בפלגש חבירו אף בלא קדושין ושירשנו דבר זה מבני נח כו' עכ"ל ואף שהריב"ש שם חולק ע"ז היינו דס"ל שאף לב"נ אין פלגש חבירו אסורה והנה המל"מ כ' בפשיטות להפך. והנה אף שגדולי הפוסקים לא ס"ל כן היינו הרא"ש והר"ן כנ"ל עכ"ז יש קושיא עליהם מהירושלמי שהביא הרא"ש עצמו פ"ב דיבמות סי' א' אשת חמיו אסורה מפני מראית העין וא"ת תורה הרי דוד נשא את רצפה בת איה והקשה הכנה"ג הלא רצפה פלגש שאול היתה כמבואר בפסוק בשמואל ב' סי' ג' א"כ מהו הראיה מפלגש חמיו לאשת חמיו. לעולם אימא לך אשת חמיו אסורה ד"ת ופלגש שאני דאפילו פלגש אביו או אחי אביו שריא להרא"ש א"ו ס"ל להירושלמי דפלגש אביו הרי היא כאשת אביו וכן תירץ הכנה"ג שם לחד תירוצא הובא בק"נ ביבמות שם סק"ד ועל תירוצו הראשון הקשה הק"נ שם. אך אף שיש פוסקים ס"ל כתירוצו הראשון מ"מ יש ג"כ רבים דס"ל בהירושלמי כסברת הק"נ שם. והנה במדרש רבה פ' נח ר"פ ל"ב ור"פ ל"ח משמע גם כן בהדיא כהירושלמי הנ"ל דפלגש דומה לאשת איש ואמרו על אחיתופל שהתיר גלוי עריות. והמל"מ בדרוש הנ"ל נדחק מאד במדרש הזה אבל באמת דבריו פשוטים דס"ל כמ"ש הירושלמי גבי רצפה בת איה ועיין ברבות פ' ויקרא ספ"א שהיה לו אשה ופלגש כו' מוכח קצת דפלגש היא בלא קדושין ואפ"ה כתבו מ"ש בפ' נח ריש פ' ל"ב כנ"ל:

ונוסף ע"ז החשש דאין אע"ב ב"ז כמ"ש בתה"ד סימן ר"ט. ובכנה"ג סי' קמ"ט בהגהת הטור אות כ' הביא דלדברי ספר בנימין זאב סי' קי"א נראה דגם בפלגש יש לחוש לזה והוא נחלק עליו ומה שצידד מעל' משום דא"כ עבר אחר"ג אין זה עולה לפמ"ש הישש"ש פרק שני דיבמות סס"י י"א דבפלגש בלא"ה שייך חשש זה כשנשוי אשה ולזאת היה ראוי שיתן גט ואין צריך לפרסומא כ"א יבקשו ממנו רק דבור שיצוה לסופר לכתוב ולעדים

לחתום ויעשה את הסופר לשליח הולכה ויכתבו ויתנו שלא במעמדו כלל וליכא שום בזיון ואז תנשא בהיתר גמור ואם בלתי אפשר זה א"א לי לומר בזה היתר וגם לא איסור ברור ומ"מ מהסוגיא דנדה פרק בא סימן (דף נ"א) משמע דא"צ גט:

סימן קלט

בענין מ"ש בתשו' מהר"מ אלשקר סי' ל"ה איזו קולא בענין שער באשה כו' שהביא המ"א סימן ע"ה סק"ד הנה בשו"ת מים רבים חאה"ע סי' למ"ד הביא בשם הכנה"ג באה"ע סי' כ"א בהגהת הטור אות ז' לאחר שהביא תשו' מהרמא"ל הנ"ל כ' שמעולם לא ראה מנהג זה ואין מוציאין שום שערות להתנאות בהן ואפילו על המנהג שראה מקצת נשים שלוקחים משי שחור ומשימים בפדחתם כדי להתייפות משום שבני אדם הרואים טועים בהם וחושבים שהם שערות שלהם כתב רע עלי המעשה. ולכן בעל תשו' מים רבים צווח ככרוכיא על מנהג שראה במקצת מקומות כעין ההיתר דמהר"מ אלשקר דודאי לא מיירי המים רבים בפרועות ראש ממש דזה דאורייתא היא כמ"ש בגמרא כתובות (דף ע"ב סע"א) אע"כ מיירי בכעין המנהג שהביא מהרמא"ל. וע"ז כ' הוא ז"ל אצעק חמס וריב כו':

ובאמת יש לתמוה על מהרמא"ל שיסוד דבריו להתיר במקום שנהגו כן בנה על דקדוק חלוש מלשון חידושי הרשב"א פ"ג דברכות (דף כ"ד ע"א) מה שבאמת יש לומר שאינה ראיה כלל ואיך אשתמיטתיה לשעה ההיא תלמוד ערוך בשבת פרק במה אשה (דף ס' ע"א) דס"ל לרש"י בהדיא דשיער באשה ערוה אף שיער היוצא חוץ לצמתה ע"ש בפר"שי ד"ה הואיל ואשה אוגרת בה שערה. ובד"ה ותהוי כבירית ולכן מותרת לצאת במחט זו בשבת דודאי לא שלפא המחט ומחויא משום דשיער באשה ערוה יע"וש. וגם מהתוספות ד"ה הואיל והר"אש שם סי' ז' מבואר כן דאף שהתוספות שם ד"ה ותהוי כבירית כתבו לפרש טעם אחר להא דלא חיישינן דילמא שלפא ומחויא דהיינו משום שהמחט אינו תכשיט ולא סמכו על טעם דרש"י הנ"ל כבר פי' הט"ז סי' ש"ג סס"ק ח' דאם אוגרת בהמחט גופא שערותיה כפרש"י שאם תסיר המחט יתגלו מיד קצת שערותיה לחוץ מודים התוספות ג"כ דאפילו אם המחט עשויה כעין תכשיט לא חיישינן דילמא שלפא ומחויא מטעם שפירש רש"י אלא לפי שהם פירשו שתוחבת המחט בתוך השבכה ואוגרת בה השבכה כדי שלא יצאו שערותיה חוץ לקישוריה וא"כ אף אם תסיר המחט לא יצאו שערותיה מיד לכן בכה"ג ס"ל דאיכא למיחש דילמא שלפא ומחויא כמו דחיישינן כה"ג גבי בירית לשיטתם שהוא ג"כ מה"ט שאם היתה שולפת

בירית לא היו שוקיה מתגלות מיד אלא לאחר שיפלו בתי שוקיה כמ"ש הרא"ש שם סי' ז' ובכה"ג דוקא הוצרכו לטעם דהמחט אינה תכשיט וכן ביאר דבריהם בספר תוספת שבת סי' ש"ג ס"ק ט"ז. ועוד הכריח התו"ש שם דהרא"ש חולק על התוספות בזה וס"ל דאפילו בכה"ג לא חיישינן דילמא שלפא ומחויא מהטעם דפרש"י דשיער באשה ערוה ולכן אפילו המחט עשויה כעין תכשיט שרי וכן פי' הקרבן נתנאל פרק במה אשה סי' ז' ס"ק יו"ד דברי הרא"ש ושכן מבואר ברבינו ירוחם נתיב י"ב חלק י"א. וכ"כ החמד משה סימן ש"ג סק"א בפי' דברי הרא"ש והטור וכן פסק הלבוש סימן ש"ג סעיף ט' וכן כתב האליה רבא שם ס"ק י"ג דאף שהמחט הוא תכשיט מותר לכתחלה בין שדוחק המחט לשערות תחת צעיפה היינו כפרש"י באוגרת בה שערה) בין שתוחב המחט על הצעיף שלא תפול (היינו כפי' התוס') דמשום גילוי שער לא משלפא ומחויא כו' וכן מבואר בהרא"ש ורמזים ורבינו ירוחם וראב"ן סימן שמ"ט כו' עכ"ל וע"ש דס"ל שי"ל דבגלוי שער צנועה האשה יותר אף מבגלוי שוקה וכ"כ בביאורי הגר"א סי' ש"ג ס"ק כ"ב בביאור ד' הרא"ש כנ"ל ושכ"פ הטוש"ע יעו"ש נמצא מבואר דהכל סוברים כפרש"י דגם במקצת שערה היוצא חוץ לצמתה אמרינן שער באשה ערוה. וזה ממש כדברי המורה שהביא מהרמא"ל שאסר המנהג ההוא משום דשיער באשה ערוה. ואין לדחות ולומר דהמשנה והגמ' דשבת מיירי במקום שנהגו כן שלא לגלות שערות כלל דזהו דוחק גדול דאם במנהגא תליא לא שייך לומר שיער באשה ערוה ועוד דא"כ כדפריך הש"ס ותהוי כבירית טהורה ותשתרי יתרץ דכיון שבמקום שנהגו לגלות אסור לילך במחט זו גזרינן במקום שלא נהגו אטו מקום שנהגו א"ו לא שייך בזה מנהג להקל ח"ו דכיון דשער באשה ערוה כמו שוק באשה ערוה ולהאליה רבא חמור משוק הנאמר שאם ינהגו לגלות שוקן בימי הקיץ זמן החום יהיה מותר שהרי נהגו כן ישתקע הדבר ולא יאמר דכיון שהוא ערוה לא מהני מנהג:

ומנהג כזה הוא אותיות גהינם כמ"ש כה"ג בשל"ה. ותדע דא"כ מדוע צווח ישעיה הנביא סי' ג' יען כי גבהו בנות ציון ותלכנה כו' הרי נהגו כן. וכך י"ל כאן ועיין עוד בגמרא פרק במה אשה (דף נ"ז סע"ב) כמה מיני לבושים לובשת בכדי שלא יגלו שערותיה האחד כפה של צמר ועליה שבכה שמכסה השערות יותר ומתפשטת למטה מהשבכה ואח"כ יש עוד אסטמא והוא הנקרא כליא פרוחי לכלוא ולמנוע שלא יצאו שערות קטנים חוץ לקישוריה ע"ש בפרש"י ד"ה כליא פרוחי וד"ה כליא ובערוך ערך סבכה איתא דכשיוצאת לשוק משימות עוד סודר בראשיהם הביאו הר"ש פכ"ד דכלים משנה ט"ז:

ב וראייתו דמהרמא"ל מהרשב"א ברכות כ"ד ובב"י סי' ע"ה אינה שום ראייה כלל והוא דהנה במ"ש שם בגמרא טפח באשה ערוה ואסיקנא אלא באשתו ולק"ש יש ב' שטות האחד כפשטא דגמרא דדוקא באשתו הוצרכו לזה לומר טפח באשה ערוה אבל באשה אחרת שאינה אשתו לא שייך זה דאפילו פחות מטפח וכמ"ש בהגמי"י פ"ג מהל' ק"ש דין י"ו בשם בה"ג. הב' משמעות הטור והב"י בש"ע שכתבו אפילו היא אשתו משמע דה"ה גם באינה אשתו כמ"ש הב"ח רס"י ע"ה. ועי' מזה בש"ע רסי' ע"ה והקשה הב"ח עצמו על פירושו דבאינה אשתו הרי אפילו המסתכל באצבע קטנה של אשה שהוא מקום מגולה שבה ופחות מטפח הוא כאלו מסתכל במקום התורף. ואם כן למה אמרו דוקא טפח וממקום המכוסה כמו שוק וכה"ג ונדחקו בזה ועיקר התירוץ בזה צריך לומר דס"ל דגבי ערוה לענין קריאת שמע לא סגי במה שאינו מסתכל ואפילו מעצים עיניו מראות לא מהני אלא עד שיחזיר את פניו ודלא כהש"ע סס"י ע"ה ס"ו אלא כמ"ש בב"י בשם הרוקח וכ"כ המ"א שם סק"ט שכן פסק הב"ח דדוקא החזרת פנים מהני דהוי מחנהו קדוש אבל עצימת עינים לא מהני ולכן אתי שפיר דהא דהמסתכל באצבע קטנה של אשה כאלו מסתכל במקום התורף זהו כשמסתכל אבל כשעוצם עיניו סגי אף לק"ש אבל טפח המגולה ממקום שדרכו להיות מכוסה הוי ערוה ולכן לא מהני אף שעוצם עיניו עד שיחזיר את פניו וכן משמע התירוץ בעטרת זקנים רס"י ע"ה במ"ש ולא מהני העלמת עין יעו"ש אבל לשטה הראשונה דבאשתו דוקא מיירי י"ל הטעם כפשוטו דבאשה אחרת שאינה אשתו לא שייך דין זה דממנ"פ איך מיירי אם במסתכל בה הרי בלא"ה אפי' אצבע קטנה ה"ל כמקום התורף ואם בעוצם עיניו מראות אף אם טפח מגולה בה ממקום המכוסה מותר לקרות ק"ש משום דס"ל כמ"ש השו"ע סס"י ע"ה בדין היתה ערוה כנגדו דסגי בעוצם עיניו מראות דבראיה תלי רחמנא והא לא חזי לה ע"כ אי אפשר לצייר דין זה כ"א באשתו דוקא שהרי מותר לו להסתכל בה אף בימי נדותה עיין בהרמב"ם פרק כ"א מהא"ב דין ד' ובש"ע י"ד סי' קצ"ה ס"ז. אך לענין ק"ש אמרו דטפח המגולה בה ממקום שדרכו להיות מכוסה חשיב ערוה גם לגבי בעלה לענין ק"ש ואף שאינה נדה וטהורה היא והיינו דוקא ברואה ומסתכל בה אבל במעצים עיניו מראות שרי. וכן הרמב"ם כתב רק לפיכך לא יסתכל וכן הר"ר יונה ועיין בבאר היטב סי' ע"ה סק"ג שהקשה על שטה דאשתו לאו דוקא וכבר קדמו בקושיא זו גם כן הלח"מ פ"ג מהל' ק"ש דין י"ו והעלה דדוקא באשתו מיירי והנה הרשב"א ודאי מפרש גם כן דלא מיירי אלא באשתו דוקא כמבואר מלשונו ואוקימנא באשתו ובק"ש כו' ובאשה אחרת אסור להסתכל בשום מקום כו' עד אלא הכא משום דמיטריד וברואה עכ"ל ור"ל דמיירי באשתו דוקא וברואה

בה לכן בטפח ממקום המכוסה אסור לק"ש משום דמיטריד ובאשה אחרת כיון דאסור להסתכל אפילו באצבע קטנה א"כ ממילא אסור להסתכל כלל וא"כ כשאינו מסתכל מותר לקרות ק"ש אפילו בטפח כיון שעוצם עיניו יעו"ש דודאי כ"ה כוונתו גם בלא"ה הכריח הב"י סס"י ע"ה מדברי הרשב"א דבעוצם עיניו שרי לק"ש. אף שהמ"א סס"י ע"ה דחה ראייתו מ"מ הרי כאן כתב בהדיא דמיירי ברואה דוקא אלמא באינו רואה לא שייך דין זה ואפ"ל אף לשטת המ"א משום דאינו ערוה ממש ע"ד לבו רואה את הערוה דר"ל ערוה ממש אלא מה שכל גוף האשה ערוה כמ"ש הרמב"ם זהו משום הרהור לכן סגי כשעוצם עיניו מראות וכיון דהרשב"א מיירי רק באשתו לבד ולק"ש ולכן אינו אסור אלא בטפח ממקום המכוסה דוקא או בשערה שמחמת זה מיטריד ומהרהר ע"ז שפיר אמר דרך אפשר יעו"ש דשערה שחוץ לצמתה חשיב לגבי בעלה לענין ק"ש כמו פניה וידיה שרגיל בהן ומותר לקרות ק"ש כנגדן אף ברואה בה דה"נ לגבי בעלה שערה שחוץ לצמתה אינו נקרא מקום המכוסה דרגיל בהן. משום דבביתה לגבי בעלה שרי לה לגלות שערה שחוץ לצמתה דכל האיסורים בשיער באשה ערוה כנזכר בגמרא דשבת ד"ס הנ"ל זהו לגבי אחריני לא כן עם בעלה. וממשמעות הגמרא כתובות (ע"ב ב') ובהרמב"ם פכ"ד מה"א דין י"ב י"ג בביתה עם בעלה סגי כששערה מכוסה במטפחת אע"פ שאין עליה רדיד. אף שממנהג צניעות אמרה קמחית ביומא רפ"ה (דף מ"ז ע"א) שלא ראו קורות ביתה שערות ראשה והרבה נוהגים כן ע"ש. מ"מ משורש הדין לגבי בעלה לבד אין איסור ביציאת שערה חוץ לצמתה כיון עיקר שער הראש הוא מכוסה. על כן לגבי בעלה דוקא חשיב שערה שחוץ לצמתה כמו פניה וידיה ושרי לקרות ק"ש אף ברואה דלא מיטריד כלל אבל לגבי איש אחר שאינו בעלה הא לא מיירי מזה הרשב"א כלל ובודאי לגביה חשיב זה שער באשה ערוה כדמוכח הסוגיא דשבת (דף ס' ע"א) הנ"ל אלא דלהרשב"א ליכא נפקותא כלל לענין קריאת שמע דממנ"פ בשאותו האיש מעצים עיניו שרי אפילו טפח ממקום המכוסה מגולה ובשאינו מעצים עיניו אפילו אצבע קטנה אסור אלא דלשטה דס"ל דבטפח המגולה אסור אפילו במעצים עיניו עד שיחזיר את פניו. ואם היו אומרים דבשערה שחוץ לצמתה אין צריך איש אחר גם כן להחזיר את פניו היה זה ראיה לדינו של מהר"ם אלשקר דלגבי אחר ג"כ אינו חשיב כשער המכוסה שבאשה אבל במחכ"ת הרמה אנה מצא דין זה הרי שא"פ לא דברו מדין שערה שחוץ לצמתה זולתי הרשב"א והוא בהדיא פירש דמיירי רק לבעלה. ובאיש אחר שאינו בעלה פי' בהדיא דאסור להסתכל כלל וזה סגי ליה לק"ש אפילו נגד טפח באשה ממקום המכוסה ולפ"ד שא"פ י"ל בפשיטות דשערה שחוץ לצמתה לגבי איש אחר חשוב כטפח באשה

ממקום המכוסה ואם שם לא סגי במעצים עיניו עד שיחזיר את פניו ה"ה בזה. וכן משמע בהרא"ש ובמרדכי שהמרדכי שם סי' פ' כ' אבל בתולה הרגילה בגילוי שער לא חיישינן דליכא הרהור עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם סס"י ל"ז ולא הזכירו כלל ההיתר דשערה שחוץ לצמתה בנשואה והיינו משום דהם ס"ל דה"ה לגבי אחריני שאינה אשתו שייך דין זה וכמו שנקטו להתיר בבתולות ואם כן ע"כ הם עומדים בשטה השנייה דנפקותא לענין שצריך להחזיר את פניו. וע"ז כתבו דשער בתולה אינה ערוה אבל ודאי אסור להסתכל בה ובשערה כמ"ש ברית כרתי לעיני ומה אתבונן על בתולה וכן הביא הב"י באה"ע סי' כ"א בשם הר"ר יונה ללמוד מפסוק זה איסור ההסתכלות אפי' בפנויה וא"כ מה שהתירו המרדכי והרא"ש בשער בתולות בק"ש היינו רק לומר שאין לזה דין ערוה אלא כמו פניה וידיה שהם מקומות המגולים שבאשה. ופשיטא דאעפ"כ אסור ההסתכלות בהם אפילו בלא ק"ש וכש"כ בשעת ק"ש אלא דהמכוון שאין צריך להחזיר פניו וכנ"ל וסגי בעצימת עיניו ושעכ"פ אין לזה דין ק"ש נגד ערוה כנ"ל ואם כן קשה אמאי לא נקטו היתר שערה שחוץ לצמתה בנשואה דהוו רבותא טפי משער הבתולות אלא ודאי דבאמת לשטתם זה חשוב שער באשה ערוה. משום דרק בעלה לבד רגיל בשערה שחוץ לצמתה כמש"ל אבל לאיש אחר זהו בכלל שער באשה ערוה וכל אשה זהירה שלא יתגלה שערה כלל בפני כל איש שבעולם חוץ מבעלה. ולכן זהו ממש כדין טפח באשה ממקום המכוסה וכיון דהם מפרשים דה"ה לגבי אחריני לא מצאו רק להתיר שער הבתולות לבד ולא בנשואה כלל וכלל לא אף שערה שמחוץ לצמתה ורק הרשב"א לבד חידש דין זה משום דס"ל דבק"ש נגד טפח ושער האיסור רק במסתכל ורואה ולא במעצים עיניו כנ"ל ולכן ס"ל דדין זה לא אפשר למצוא רק לענין אשתו לבד דוקא ולק"ש דבאיש אחר הרי אסור להסתכל בלאו הכי אפילו באצבע קטנה שהוא מקום המגולה ופחות מטפח וכיון דמיירי רק באשתו לבד והאיסור רק במקומות המכוסים שאינו רגיל בהן דאז מיטריד ע"כ כתב דשערה שחוץ לצמתה לגבי בעלה אין לו דין מקום המכוסה דהוא רגיל בה ולא מיטריד והיינו בעלה דוקא משא"כ לגבי שאר איש שאינו בעלה יודה הרשב"א דחשיב שער באשה ערוה כמו טפח משוקה וכש"כ דשאר פוסקים שלא הזכירו דין זה ודאי ס"ל כן ואם כן ממילא בטלה לגמרי ראייתו של מהרמא"ל ונקטינן דשיער באשה ערוה לגמרי אף שערה שחוץ לצמתה וכמו שאומר הכתוב שה"ש רסי' ד' מבעד לצמתך שערך ופרש"י מבעד הוא לשון מבפנים צמתך לשון דבר המצמצם השער שלא יפריח לצאת וזו היא השבכה והקישורים עכ"ל:

ומה שהביא עוד ראיה מפירש הערוך בענין בת צדעא והובא גם כן בב"י סימן תק"ס שכתבו הר"ן סוף תענית בשם בעל העיטור הלא יש עוד פירושים אחרים בענין צדעא ובת צדעא דהרשב"ם במקומו ס"פ חז"ה (ד"ס ע"ב) פי' להסיר שיער דק וכן פרש"י בשבת פרק המוציא יין (ד"פ ע"ב) וצדעא פי' להשכיב שער הצדעים ולעולם י"ל שהיה מכוסה וגם לפרש"י בנזיר (ד"ג ע"א) שמקפל השער כדי להעמיד על גבן כפה שבראשה אם כן המכוון אינו כלל לגלות השער ח"ו כ"א להפך שלא יפול השער שבאזן למטה יעו"ש וכיון שעל הכפה יש עוד שבכה ותחתיה אסטמא כנ"ל ודאי י"ל שזה השער היה מכוסה גם בערוך עצמו ערך אנדיפי פי' באופן אחר ענין בת צדעא וז"ל לסוף הפדחת סדין שלא יהיה שערות שיהא מצחן גדול עכ"ל אם כן זהו אדרבה להפך להסיר השיער וכפי' רשב"ם. ואם כן איך יסמוך על פירוש אחד נגד כמה פירושים ועוד דגם לפי פירוש זה י"ל שהיתה מראה הבת צדעא רק בביתה עם בעלה לבד וכמש"ל בענין שערה שחוץ לצמתה לפי' הרשב"א אבל חלילה לא בפני שאר אדם כש"כ שבאמת אסרו בת צדעא כמבואר בגמרא ס"פ חז"ה ובהרי"ף סוף תענית. והנה בתה"ד סימן רס"א כתב אפילו לענין נט"י דקיי"ל ספק שבטהרת ידים טהור עכ"ז מאי דאשכחנא בהדיא בפסקי הגאונים לאיסור ולא אשכחנא בפסקי גאון אחר בהדיא היתר אלא דדייקינן מיניה בהוכחה דהכי סבר קשה לסתור בזה דברים המפורשים להדיא עכ"ל הביאו הב"י בא"ח רסי' קנ"ט ולא חלק עליו אלא היכא שבדברי הגאונים האחרים מוכרח לפרש כן דאז ס"ל דה"ל כמפורש בהדיא. וא"כ הכא לדברי שניהם כיון הסוגיא דגמרא בשבת (דף ס' ע"א) וכל הפוסקים שם מוכח דשיער באשה ערוה אף בשערה שחוץ לצמתה א"כ אף אם היה הוכחה שאינה מוכרחת כ"כ להפך ממקום אחר לא דחינן הסוגיא המפורשת לאיסור וכ"ש שבאמת אין שום ראיה כלל להפך איך נדחה דברים המפורשים לאיסור לכך אף שלענין שלא לגלח שער ראשה אין איסור רק שלא יצאו חוץ לצמתה (זולתי שקשה מאד לענין טבילה צריכה להזהר מאד שלא יצא קצת שער ראשה חוץ ח"ו שאז לא עלתה לה טבילה כלל). אבל לגלות קצת שערן זהו איסור גמור:

סימן קמ

בגמרא סוף נדרים ההוא גברא דהוה מהרזק בביתא כו' אמר רבא ואיתתא שריא כ' הר"ן והא דאצטריך להני טעמי כו' לצאת ידי שמים. וז"ל הרשב"א באשת כהן נמי נינהו וא"נ באשת ישראל ולמי שרוצה להחמיר על עצמו הא לאו הכי שריא כו' לכאורה משמע באשת כהן אף למי שאינו רוצה להחמיר על עצמו כו' ועי' פסקי מהרא"י סס"י רכ"ב

ומ"ש משום דאשת כהן היא כו' נראה דאין כאן בית מיחוש כו' וכ' בתשו' אאזמ"ו הגאון ז"ל דס"ל דאין להחמיר באשת כהן יותר מבאשת ישראל וכן משמע בתשו' מיימוני דשייכי להל' אישות ושם סי' ח' מעשה באדם אחד כהן שראה אשתו כו' עכ"פ הרשב"א והר"ן ס"ל דמדינא אין כאן איסור רק לצי"ש והתוס' פרק אע"פ (דף ס"ג סע"ב) משמע להו ואתתא שריא מטעם כו' ולולי זה הטעם יש כאן איסור מדינא ומוקי לה באומרת טמאה אני לך וז"ל דהוה מהרזק כו' אם כן לכאורה נראה דבאומרת טמאה אני לך איירי דאי לאו הכי אמאי הוות מיתסרא כו' ואחר כך כתבו דבאומרת טמאה אני לך אין נראה כלל להתירה מטעם דאירכוסי הוה מירכס כיון דשוייה נפשה חתיכה דאיסורא וכתב בפסקי מהרא"י סי' רכ"ב אע"ג דלמשנה אחרונה לא חיישינן למאי דשווייה נפשה חד"א יש לומר דהיכא דאיכא רגלים לדבר בלאו הכי ואומרת נמי טמאה אני כה"ג אין להתיר משום דשווייה נפשה חד"א וכתבו התוס' שם דלהשאלתות דמפרשים היכא דאיכא עדים בדבר מכוער תצא אף מן הבעל אתי שפיר דמיירי בלא אומרת טמאה אני לך וזה לא כמ"ש הרא"ש פ"ב דיבמות ובעדים שראו דבר מכוער דוקא אבל אם הבעל לבדו ראה דבר מכוער כו' דהא התם בנדרים רק הבעל ראה דבר המכוער וס"ל להתוספות דלהשאלתות ה"ל כעדים שראו דבר המכוער כו' והתוס' ביבמות פ"ב (דף כ"ד סע"ב ודף כ"ה ע"א) כתבו דהני עובדי הנ"ל דהוה מהרזק כו' מיירי באומרת טמאה אני כי מתניתן דהתם דעלה קאי ואפ"ה שריא מהנהו טעמי כו' ואין לתמוה אמאי שריא כו' ס"ל דאע"פ שיש גם כן רג"ל ואומרת טמאה אני לך מ"מ אי איכא טעמא להתירא כגון דאם איתא דעביד איסורא אירכוסי הוה מירכס שריא כמ"ש החמ"ח סי' קט"ו ס"ו ס"ק כ"א. והב"ש שם ס"ק כ"ג כ' דלהתוס' פרק אע"פ הנ"ל אין להתיר כה"ג והיינו משום דרג"ל עדיפי מהטעם דאם איתא כו' ושויתה נפשה חד"א באומרה טא"ל והנה בש"ע סי' קט"ו ודוקא שאין רגלים לדבר אבל אם יש רג"ל נאמנת כתב אאזמו"ר הגאון נ"ע בתשו' הנ"ל והנה מקור האיסור ברג"ל נובע מהני עובדי דשלהי נדרים מההוא גברא דהוה מהרזק כו' כמ"ש בפסקי מהרא"י סי' רכ"ב בשם התוס' דיבמות פ"ב הנ"ל והרא"ש שם. ושם מבואר דלא הוצרכו לפרשם באומרת טמאה אני אלא לשטת ר"ת שם פ"ב דיבמות דהא דאמר רבי הואיל ומכוער הדבר תצא מן הרוכל קאמר אם נשאת לו דאין לומר תצא מן הבעל כו' אבל לפרש"י דמפקינן מבעל בעידי כיעור אתי שפיר בלא"ה וכן כתבו בהדיא התוס' פרק אע"פ דלשטת השאלתות דמפקינן מן הבעל בעידי כיעור אתי שפיר כנ"ל ור"ל דא"כ לשטת רש"י אין ראיה מכאן לאסור בטא"ל אפילו אם יש רג"ל אא"כ בעידי כיעור דנאסרת על ידי זה מצד עצמן אבל לא שאר רג"ל. וכן מצאתי בספר

בני אהובה פכ"ד מה"א אחר שהאריך בדין רג"ל ושהעיקר כהתוס' דיבמות סיים וז"ל ובאמת דהך דינא דברג"ל נאמנת אין לו שורש רק מהנך עובדי דסוף נדרים כו' ובאמת הרשב"א והר"ן כתבו דהנך עובדי מיירי בלי הודאתה רק דלולי הנך סברות היה ראוי לבעל נפש לחוש לעצמו ואם כן אין כאן ראיה דברגלים לדבר נאמנת עכ"ל רק אח"כ כתב להביא ראיה מהירושלמי פ"ק דסוטה על משנה ג' ואלו אסורות מלאכול בתרומה האומרת טמאה אני לך. ומקשה שם מתניתן לא כמשנה הראשונה דתנינן בראשונה היו אומרים שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובה האומרת טמאה אני לך כו' ומתרץ א"ר אבין ואפילו תימא כמשנה האחרונה מ"מ יש רגלים לדבר וכתב בקה"ע כלומר שאני הכא דאיירי לאחר קינוי וסתירה ואיכא רגלים לדבר הלכך אסורה מלאכול בתרומה אך באמת זה אינו ראי' כלל דשאני התם שהם רגלים לדבר דאסורה מחמתן לבד עד שתשתה להכי כשאומרת גם כן טא"ל לא מהני השתיה וכמו שברג"ל הנ"ל גם ע"א דטומאה נאמן. וכמ"ש בגמרא פ"ק דכתובות (ד"ט סע"א) ובפרש"י שם. אם כן משם משמע להפך דסתירה בלא קינוי לא חשוב רג"ל. אלא הבנ"א פי' דשם מיירי שמחל לה הקינוי ולשטת מהרא"י בפסקיו סימן רכ"ב דס"ל דאומרת טא"ל ואיכא גם כן ע"א דטומאה חמור יותר מטא"ל עם רג"ל ע"ש במ"ש והוי כהודאה אחר הלואה שמצטרפין כו' ור"ל דאז האיסור מדינא ולא משום שויתה אנפשה חד"א לבד אם כן לפ"ז הרמב"ם פכ"ד מה"א ותשובות להרמב"ן ורי"ו דמתירים בטא"ל עם עד אחד עד שיהיו שני עדים לפמ"ש אאזמו"ר הגאון ז"ל בתשוב' הנ"ל בדבריהם וכן מצאתי בספר גאון צבי בתשובה סי' א' אם כן כש"כ שיתירו באומרת טא"ל עם סתם רג"ל שאינן כהנך דירושלמי פ"ק דסוטה הנ"ל. וכ"מ קצת מתשוב' מיימוני דשייכי להל' אישות שהבאתי לעיל דשם היה רג"ל טובא ואף על פי כן ס"ל להתיר משום דא"כ כל הנותנת עיניה באחר תוכל למצוא לה דרך ליפטר מבעלה כדרך הזה אם כן מוכח דגם בהצטרף לזה אמירתה טא"ל גם כן לא מהני. דהא אם כן תוכל למצוא לה דרך כו'. ומ"מ ראייתו אינה מוכרח כלל דאנן לא חיישינן רק שבשביל ע"נ תאמר דבור טא"ל ולא שתעשה עבור זה מעשה דברי כיעור כו' כהנך דהתם ובספר בית מאיר סי' קט"ו ס"ו וסי' וא"ו סי"ג הביא ראיה מהגמ"ר דיבמות סי' ק"א בשם הסמ"ג מ"ע מ"ח בשם הירושלמי אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת ופי' אמתלא היינו רג"ל והביאו הד"מ סי' קט"ו אות י' וכ"ה גם כן בקיצור פסקי המרדכי שבסוף כרך חולין הלכות איסורי ביאה סי' ק"א והוכיח מזה ג"כ דהאיסור בטא"ל עם רג"ל הוא מדינא ולא משום דשווייה נפשה חד"א וחלק על מהרא"י אבל באמת ליתא זה לא בירושלמי ולא בסמ"ג שם. ומ"מ למעשה חלילה לנו לזוז מפסקי מהרא"י והרמ"א

להחמיר בטא"ל עם רג"ל אבל מ"מ אין להחמיר רק ברגלים לדבר חזקים וכמ"ש הבני אהובה ובתשוב' א' כתבתי מזה:

סימן קמא

שאלתי מכ"ק שי' שימחול להודיעני חוות דעתו הקדושה בנידון השידוך אשר הסכסוך היה בינינו שרצונה שאקבע דירתי בביתה ואין דעתי נוחה מזה. שזה הוא נגד רצון בניי ועוד שביתי הוחזק בסימנא טבא ולהפך כאשר לא זכתה לבנים ומעמדה נגרע נכון שתשנה מקומה:

תשובה קשה עלי להכריע בזה כי יש פנים לכאן ולכאן ע"פ טענות שניהם כי בגמרא פ"ב דכתובות (דף כ"ח ע"א) אמרו טלטולא דגברא קשה מדאתתא אך נגד זה אמרו פרק אע"פ (דף ס"א א') עולה עמו ואינה יורדת עמו וגם לחיים ניתנה ולא לצער ע"כ כיון שדירתה חשובה יותר מדירתו וחשש צער וקטטה י"ל ג"כ שהדין עמה לכן קשה עלי להכריע בזה רק דרך אפשר יש לומר שידורו בביתו על תנאי אם יהיה מתקבל לה ידורו בביתו למז"ט או יסמכו על אנשים ממוצעים ומ"מ י"ל הא דטלטולא דגברא אתמר גבי גרושין אבל לענין נשואין האשה נקרא ביתו וכתיב ע"כ יעזוב איש כו' וכ"ש שיעזוב ביתו לדור בביתה שהיא ביתו כו'

סימן קמב

במי שצריך להשיא אשה לבנו גדול בן ט"ו שנה ויש שני שידוכים א' בת ט"ו כמוהו וב' בת י"ב שנה ושמונה חדשים:

לכאורה ממ"ש בפ"ב דנדה (דף י"ג ע"ב) אלא דנסיבי קטנות כו' משמע כל שראויה לילד עדיף טפי ובודאי דבת ט"ו ראויה טפי אך שם עכצ"ל קטנות ממש שלא הגיעו ליב"ש ויום א' דאל"כ תיקשי ממ"ש פ"ט דסנהדרין (דף ע"ו ע"ב) והמשיאן סמוך לפרקן כו' הרי אף בתו סמוך לפרקה מצוה להשיאה מכ"ש אחר פרקה ודין הראשון דפ"ב דנדה הובא בהרמב"ם פכ"א מהא"ב דין י"ח והמל"מ שם דין כ"ה אשתמיט ליה זה ודין דפ"ט דסנהדרין הובא גם כן בהרמב"ם שם דין כ"ה וכן מבואר בהדיא בסנהדרין פרק חלק (דף ק"ד סע"א) ע"פ העיר רבתי עם שהיו משיאין קטנה לגדול ופרש"י ולא קטן וקטנה ממש אלא שעומדים על פרקן שראויין הן להוליד כו' הרי שבעומדין על פרקן שרי אם כן כש"כ אחר פרקן. ומ"מ אם שניהן שוין נראה דבת ט"ו ראוי יותר אבל אם בת י"ב ושמונה חדשים עדיפא לו מאיזו טעם נראה דרשאי ועוד ראיה ברורה מכה"ג דאסור לו

לישא קטנה ולא בוגרת אלא נערה דוקא כדאיתא פ"ו דיבמות (דף ס"א ע"א) ובהרמב"ם פי"ז מהא"ב דין י"ג:
אם כן הרי בתולה אחר יב"ש ויום אחד עדיף טפי מבת ט"ו לענין כה"ג א"כ גם לישראל עכ"פ לית בה שום נדנוד:

סימן קמג

בדבר ששאלו ממני על קישורי התנאים שהמחותן נקרא שמואל בנימין וגיסכם שהוא המחותן השני נקרא ג"כ שמואל ואחותיכם אשת גיסכם הנ"ל חוששת אולי מחמת זה נתגבר עליה החולאת שלה לפי ששמעה שיש לחוש לזה ע"פ צוואת ר' יהודה חסיד נ"ע הנה בתשוב' שב יעקב חאה"ע סי' כ"ג נשאל על כיוצא בזה ששם החתן והמחותן היו שוים והשיב ששמע מכמה גדולי רבנים שלא הקפידו ע"ז אפילו לכתחלה מטעם המבואר שם שי"ל שצוואה זו היא רק לזרעו דהחסיד נ"ע וכיוצא בזה כתב בשו"ת נודע ביהודה מה"ת חאה"ע סי' ע"ט והאריך בזה אך בנדון זה. אין צריך לכל זה כיון שאין שמותיהם שוים ממש שזה נקרא שמואל וזה נקרא שמואל בנימין א"כ אין זה כלל שמותיהן שוין (וכן השיב כאאזמו"ר הגאון נ"ע שגם בענין אם שם הכלה כשם חמותה שבזה יש קפידא יותר משאר שמות שוין לפי שזה הוזכר בספר משנת חסידים גם כן דף פ"ה ע"א ולא הוזכר שם עוד דבר כלל ואפשר הוא מהאריז"ל ולא נזכר שם שיהיה זה לזרעו דוקא משא"כ בצוואת ריז"ח שי"ל שזהו רק לזרעו כו' עכ"ז אם אין השמות שוין ממש כגון שהאחת נקראת רחל והב' נקראת רבקה רחל עד"מ אין לחוש כ"ש בנדון זה דשמות המחותנים שוין שבלא"ה אין זה קפידא לפ"ד השב יעקב בשם גדולי הרבנים כנ"ל דכשאין שוין ממש כנדון זה אין שום חשש כלל וכלל). ובחנם היא מצטערת ותולה בוקי סריקי בהשידוך ח"ו על לא דבר ממש דבנדון זה אין שום חשש בעולם כלל:

סימן קמד

תשובה להה"ץ דאולע:
והנה קודם כל אני תמיה על רומע"ל מה ששלח שאילה זו אלי מהיות בענין זה המנהג המדינה הוא העיקר ועל פיו דנין כמ"ש הרמב"ם וש"ע אה"ע סי' ס"ו סעיף י"א והוא משנה שלימה פ"ו דכתובות ר' שמעון בן גמליאל אומר הכל כמנהג המדינה וכתב הרי"ף ז"ל והלכתא כוותיה ועי' ר"נ שם שכן פסקו הגאונים ואם כן דבר זה צריך להתברר בעיר גדולה דשם ע"פ רוב משלישים הרבה נגידים נדוניא זמן רב קודם החתונה ליד

שליש המרוצה לצדדין ומסתמא יש שם מנהג קבוע איך כותבים התוספת כתובה אם רק עיקר הנדן לבד וע"ז מוסיפים שליש ותו לא מידי או שכוללים גם הריוח שהרויח עד החתונה או שמוסיפים גם ע"ז שליש כפי הספיקות שנסתפקו כבוד מעלתם וכיון שכן היה לרומע"ל לשאול בוויטעפסק או בפאלצק ואחריהם ימשכו ע"ד מארז"ל ספ"ד דכתובות נהרדעא וכל פרדווהי נהוג כו' שהעיירות קטנות נמשכין בדבר שבממון מן הסתם אחר העיר הגדולה שבמדינה וכן ראיתי בתשו' גאוני בתראי ובשקלאב כמדומה לי יהיה ודאי ידוע המנהג יותר להיותם מורגלים בזה מימים כבירים ובודאי המנהג א' בשוה בשקלאב ופאלצק וויטעפסק. לכן משם היה מתברר לכם ביותר תוכן הענין והנהוג, אך מאחר ששלחו אלי ציר מיוחד א"א להשיבכם ריקם ע"כ ההכרח להשיב דלכאורה מצד המנהג כמדומה לי שהוא שכותבים רק עיקר סך. הנדוניא לבד שנתן אבי הכלה מכיסו ע"ז מוסיפים שליש והריוח שעלה עד החתונה שייך להחתן כמו הריוח שיעלה ביד השליש אחר החתונה. וגם י"ל מילתא בטעמא כי מוסיפים שליש מלבד תכשיטים השייך לגופה ובכלל זה כמה תכשיטים שיספיקו נגד הריוח כו' וכן שמעתי מאיזהו מקומן שעשו כן להוסיף השליש רק על עיקר הנדן וגם מדינא נראה כן דלשון המשנה כתובות (דף ס"ו) פסקה להכניס לו כספים סלע כסף נעשה ששה דינרין דהיינו הוספה שליש מלבר כמנהגינו הרי תנן להכניס לו א"כ משעה שהיא מכנסת לו על אותה שעה צריך לחשוב כמה הכניסה לו והן אמרו אם הכניסה הנדן בעת החופה צריך להוסיף שליש אבל מ"מ גם כשהכניסה לו מקודם גם כן אין צריך להוסיף רק שליש על מה שהכניסה לו דאין לומר כשהכניסה לו מקודם יוחשב הריוח שמקודם החופה לה ויהיה כאלו מכנסת בעת החופה דגם כן צריך החתן להוסיף שליש דהא ליתא דאם הכניסה רק בעת החופה הרי היו המעות עד זמן זה באחריותה להפסד וכיון דאם הפסידו הפסידו לה ה"נ אם הרוויחו הרוויחו לה משא"כ כשהכניסה לו מקודם הנשואין כמנהגינו שמשלישין הנדן ביד שליש המרוצה לצדדין ה"ז כאלו באו לרשותו של החתן דהשליש חשוב מוחזק מכחו גם כן כמ"ש בב"ש סי' נ"ג סקי"א במ"ש ואם עשאו שליש לטובת הזוג ובחמ"ח שם ס"ק י"ג וס"ק ט"ו ואם כן אם ח"ו הפסידו הפסידו לו ואין צריך אבי הכלה להשליש נדן אחר דהא כבר סילק ליד שליש ועשה מה שמוטל עליו ולכאורה נראה שמחויב החתן ליתן כתובה לאשתו כפי הנדן שהכניס לו אבי הכלה ואף שנפסד מהנדן קודם החופה וכמ"ש רמ"א באה"ע סי' נ"א בהגה"ה וכן חתן שפסק לעשות לה כתובה כו' צריך לקיים ואיהו מיירי שפסק בתורת מתנה ולכן אין צריך לקיים רק מצד הקנס אבל כשקיבל הנדן נראה דצריך לקיים מדינא אא"כ יחזיר הנדן מכיסו

וגם ישלם הקנס כו'. וכיון דאם הפסידו הפסידו לו כך אם הרוויחו הרוויחו לו דהכי הוא ענין נדוניא שנקרא נכסי צאן ברזל. אבל שיהא ההפסד על החתן והריוח יהיה לכלה זה אינו כסתם נצ"ב ומנ"ל להחמיר על החתן וגם י"ל דהוי רבית לפ"ד הראב"ד שהביא בעה"ת בדין המקבל צ"ב מחבירו וקבל עליו כל האחריות ונתן הריוח לבעל הבהמה שחכמי לוניל התירו והראב"ד אסר הובא ב"י בי"ד רסי' קע"ז ד"ה וכתב הר"ן ע"ש ואף דרמ"א שם בש"ע סי' קע"ז ס"א בהג"ה פסק כחכמי לוניל דהכא יודה שיש לחוש משום דהחתן יהנה מן הריוח שהרי יהי' ברשותו וכו'. וכ"ש אם באנו לעשות פשר שמחצה הריוח יהיה שייך לה יש לפ"ז חשש רבית אפי' לחכמי לוניל בפשיטות יותר דוק שם ותשכח ול"ד למ"ש בהפלאה סס"י ס"ו בטעם דלא שייך איסור רבית בכתובה מההוספה שליש ע"ש הטעם דאינו ענין לנד"ז שיהיה ריוח בעיקר ההכנסה כו' שיש לחוש והנה דין תורה לא ידענא רק הנלע"ד מכל הנ"ל שאין לכתוב רק עיקר הנדן וע"ז יוסיפו שליש אך לבד תכשיטין השייך לגופה אא"כ היה מדובר בפי' נידון התכשיטין ואם היה הנדן באחריות אבי הכלה שאם היה הפסד היה צריך לשלם מכיסו אז ודאי גם הריוח שייך להכלה אבל מהסתם אין שייך אחריות על אבי הכלה כ"א ההפסד והריוח להזוג א"כ זהו באחריות החתן ומ"מ נראה שטוב יותר שיכתבו לשקלאב לשאול איך נהוג שם שהמנהג הוא עיקר בזה כנ"ל:

ד' אהו' ד"ש באהבה מנחם: