הלכה · משנה תורה · מפרשים · שורשי הים · ספר נשים

שורשי הים על משנה תורה, הלכות אישות

רבי יצחק מאיו

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שורשי הים על משנה תורה, הלכות אישות

רבי יצחק מאיו

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שורשי-הים-על-משנה-תורה-הלכות-אישות/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה 38-202611161024v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ב 4
הלכה ד 6
הלכה ח 6
פרק ג 12
הלכה א 12
הלכה ב 18
הלכה ג 22
הלכה ד 28
הלכה ה 31
הלכה ו 49
הלכה ח 52
פרק ד 53
הלכה א 53
הלכה טז 55
הלכה יט 58
הלכה כב 76
פרק ה 80
הלכה ב 80
הלכה יג 83
הלכה טו 84
הלכה כא 89
הלכה כב 90
הלכה כג 98
הלכה כד 104
פרק ט 107
הלכה ו 107
פרק י 109
הלכה ב 109
פרק יב 112
הלכה ז 112
פרק טז 127
הלכה יב 127
פרק יז 128
הלכה יא 128
פרק כג 129
הלכה יג 129

פרק א

הלכה ב

שורש מצות קידושין לנשים הכשרות וליקוחין **אלו מצות עשה מן התורה היא ובאחד מג' דברים אלו האשה נקנית בכסף או בשטר כו'**. הכי איתא ברפ"ק דקדושין ובעי בגמ' בכסף מנ"ל גמר קיחה קיח' משדה עפרון כתיב הכא כי יקח איש אשה וכתיב התם נתתי כסף השדה קח ממני וקיחה אקרי קנין דכתיב השדה אשר קנה אברהם א"נ שדו' בכסף יקנו כו' וכתבו התוס' בד"ה א"נ שדות כו' וקשה א"כ הו"ל לאתויי השדה אשר קנה אברהם כו' עיין בחי' הרב מהריב"ל ז"ל ובתשו' להרב מהר"י אדרבי ז"ל סימן ת"ז שביארו כונת דברי התוס' ז"ל ויען הר"ב מר דרור ג"כ כיוון לדרכם וספרו מצוי לא העליתי דבריהם על ספר יע"ש.

כ"ע התוס' וי"ל דמההיא ליכא למידק דאיכא למימר השדה אשר קנה אברהם בשטר או בחזקה עכ"ל הנה הרב מהרש"ך בח"ב בתשובותיו סימן ל"ד נשאל דברי התוס' אלו עם מ"ש הם עצמן לקמן דכ"ו ע"א ד"ה שדות בכסף יקנו וז"ל הא דלא מייתי קרא דהשדה אשר קנה אברהם דכתיב גבי עפרון משום דדילמא הני מילי מנכרי שכל קניינו בכסף עכ"ל, והוא ז"ל הבין בכונת השואל דהוקשה לו בדבריהם דלמה לא השוו התוס' מידותיהם ולתרץ תי' אחר בשני המקומות דהכא יתרצו מה שתירצו התם והתם מה שתירצו הכא והרב ז"ל השיב דהכא לא מצו לתרץ מה שתירצו התם משום דאפילו נאמר דשאני נכרי דכל קניינו בכסף אכתי הוה מצי תלמודא למילף שפיר דקיחה דכסף אקרי קנין ולהך מילתא מה לי נכרי מה לי ישראל ומה שלא תירצו התם מה שתירצו הכא עדיפא מינה משנו דלא מבעיא אי מיירי שקנה בשטר או בחזקה דליכא לאוכוחי מידי אלא אפילו אם נאמר דמיירי בכסף אין להוכיח כלל דקרקע נקנה בכסף מהאי קרא דאיכא למימר שאני נכרי דכל קנינו בכסף את"ד ז"ל.

ולע"ד זה שכתב הרב ז"ל דעדיפא מינה משנו התם מידי דוחקא לא נפקא ואפילו לפי דבריו ז"ל כל כי האי הי"ל להתוס' לעלות בזכרונם מ"ש הכא ולומר בסוף דבריהם שע"פ מ"ש הכא אין מקו' ג"כ לקושי' ז"ל אמנם לדידי נ"ל דהתם לא מצו לתרץ כמו שתירצו הכא דהתם אין כונת התוס' כמו שחשב הוא ז"ל דקשיא להו אמאי לא אייתי קרא דהשדה אשר קנה אברהם לחוד ולא בעי קרא דשדות בכסף יקנו אלא עיקר קושייתם ז"ל היא דאמאי התם לא אייתי קרא דאברהם מעיקרא והדר נימא א"נ שדות בכסף יקנו כדקאמר הכא דהשתא אין מקום לתרץ ע"פ מה שתרצו הכא דכונ' דבריהם הכא הוא לומר דמאי דנייד תלמודא מקרא דהשדה אשר קנה אברהם דמייתי מעיקר' וקאמ' א"ן

הוא משום דיש לדוחה לדחות כמ"ש בהבנת דבריהם הרב מהריב"ל והר"י אדרבי ז"ל והשתא מקשו התם שפיר אמאי לא קאמר התם כי הכא ואין מקום לתרץ אלא כמו שתירצו התם ודוק ואף כשתמצא לומר שפשט דברי התוס' שם משמע דק"ל אמאי לא אייתי קרא דאברהם ולא קרא דשדות בכסף דההוא מדנביאי אכתי איכא למימר דלא ניחא להו לתרץ קושיי' ע"פ מ"ש הכא כי היכי דלא תיקשי אמאי לא אייתי שתיהן כדקאמר תלמודא הכא.

ולעיקר קושית התוס' נ"ל לתרץ דמש"ה נייד תלמודא מקרא דהשדה אשר קנה אברהם ומייתי קרא דשדות בכסף יקנו משום דבעי למפשט נמי שהאשה מתקדשת בשוה פרוטה ומקרא דאברהם אין ראיה דהא לא קנהו השדה אם לא שנתן כל שיוייו ד' מאות שקל כסף עובר לסוחר משא"כ השתא דמייתי קרא דשדות בכסף יקנו דסתם כסף הוי ש"פ כדאיתא לקמן בגמ' דף י"א ע"ב ואף דהתם קאמר והרי קדושי אשה דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון ותנן בה"א בפרוטה ובש"פ כו' דמשמע דמקרא דעפרון נמי שמעינן דהאשה מתקדשת בש"פ וכ"כ התוספות בדי"ג ע"א ד"ה כשם שאין האשה מתקדשת וכו' ולפי מ"ש אין הוכחה משם די"ל דסמך אקרא דשדות בכסף יקנו ומה שיש לתמוה מאותה סוגיא עמ"ש מרן ב"י בח"מ סימן ק"ץ כתבתי במקום אחר, ובהכי מתיישב קושית התוס' דלקמן דמש"ה מייתי קרא דשדות בכסף לאוכוחי דאפילו בש"פ נקנה הקרקע כמ"ש הטור בח"מ סימן ק"ץ ולפי דברי התוס' איכא למידק דאכתי אמאי לא מייתי מקרא דסוף יאושע ודסו' שמואל יע"ש.

עוד כתב רבינו שקדושי כסף הם מד"ס וכתב ה"ה שאעפ"י שהם מד"ס דין תורה גמור יש להם כקדושי שטר וביאה שהם נקראים מדאורייתא ותמה ע"ז הרב מ"ל ז"ל דלקמן בפ"ד מהל' אישות עמ"ש רבינו ז"ל דהמקדש בפסולי עדות של דבריהם הויא ספק מקודשת, כתב ה"ה שהם קרובי האם שקראן רבינו בפי"ג מה' עדות שהם מד"ס ולכך הויא ספק מקודשת יע"ש ולפי דבריו שכתב כאן דאעפ"י דקדושי כסף קראן רבינו ד"ס דין תורה גמור יש להם התם נמי אף על גב שקראן ד"ס הול"ל דדינן כדין תורה גמור וכמקדש בפסולי עדות של תורה יע"ש וקושיא זו הוקשה ג"כ להלח"מ ותירץ דקרובי האם לא נפקי מדרשא די"ג מידות כקדושי כסף אלא מרבוייא ולהכי דינן כדין ד"ס כשאר מילי דרבנן יע"ש ולפי מ"ש רבינו בספר המצות בשורש הב' דכל דבר הנלמד מי"ג מידות ולא מצאנו בהדיא בגמ' דקראן דאורייתא הו"ל כד"ס אין מקום לקושייתם דקדושי כסף חזינן בכל התלמו' דחשיב להו דאורייתא וכמ"ש הרמב"ן בס' המצות יע"ש לא כן גבי קרובי

האם ובעיקר דברי רבינו הללו בשורש הזה עיין להרב דברי אמת בקונט' הט' שהעמיק הרחיב בזה יע"ש ובמ"ש אנן יד עניי בשורשי המצוות בשורש הב' יע"ש.

הלכה ד

הבא על הפנויה לשם זנות בלא קדושין לוקה מן התורה. עיין בדברי ה"ה ז"ל שיש סיוע לרבינו ממ"ש חז"ל בכל מקום אין אדם עושה בעילתו ב"ז ואי כשבועל לשם זנות ליכא אלא איסורא דרבנן לא היו סומכין על חזקה זו דאיסורא דרבנן כלהו אינשי לא זהירי ביה עכ"ל ועיין בהגהת המ"ל בפ"ד מה' מלוה ולוה הל' יו"ד מ"ש שדברי ה"ה ז"ל הללו נראין כסותרין למ"ש הוא עצמו שם בה' מ"ול גבי רבית מאוחרת דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן אע"ג דרבית מאוחרת איכא למ"ד דהוי דרבנן עיין בי"ד סימן קס"ב ודוק, והרשב"א בתשו' סי' תתקל"ח כתב דגרע אפי' מאבק רבית וכתב שאם נשבע ליתן רבית מאוחרת שבועה חלה עליו יע"ש ויש לחלק דהתם כיון דלית ליה הנאה לנותן שפיר איכא למימר דלא מחזיקינן שעובר אדרבנן בלי הנאה אבל הכא דאית ליה הנאת איסור איכא למימר דבדרבנן לא זהירי אינשי ודוק ועיין במה שאכתוב לקמן בה' גירושין פ"י הי"ט בשורש אין אדם עוש' בעילתו בעילת זנות יע"ש.

הלכה ח

ויש איסורי ביאה מן התורה בעשה והן מצרי ואדומי ובעולה לכ"ג. והקשה הרב לח"מ אמאי לא מנה הכונס ליבמתו שנאסרו הצרות ליבם בעשה כמ"ש רבינו פ"א מהל' יבום די"ב והרב מש"ל תירץ דלא מנה רבינו כי אם אותם שבא עליהם אזהרת עשה מיוחד ועפ"י זה ניחא ליה נמי מה שלא מנה אשה שנסתרה אחר קינוי דאסורה לבעלה דכתי' ונטמאה והיא מאיסורי עשה וכמ"ש ה"ה בפי"א מהל' גרושין הי"ד וכ"כ הרא"ש בפ"ק דיבמות די"א וכ"כ התוס' שם ובסוטה דכ"ח ד"ה מה ת"ל ובפרק אלמנה לכ"ג דס"ט ד"ה כי תהיה אך בפרק יש מותרות דפ"ו ד"ה לרבי מתיא כו' כתבו בסוף דבריהם וז"ל ועוד דלא מרגלא ליה דאיכא השתא תרי לאוי משמע דס"ל דבספק סוטה איכא לאו ועיין בפ"ק דסוטה ד"ז דאמרינן סוטה שהיא בלאו לכ"ש ופי' רש"י בלאו דלא יוכל בעלה כו' עכ"ל.

והנה זה שכתב שלא מנה רבינו כי אם אותם שבא עליהם אזהרת עשה מיוחד כו' עיין להרב עצמו בס' פרשת דרכים דרך מצוותיך דס"ט ע"ג ד"ה ודע שכל הנשים כו' שכתב שקרא דיבמה יבא עליה מיותר הוא דהא כתיב בית אחיו בית אחד הוא בונה ולא שתי בתים וכי כתיב קרא אחרינא יבמה יבא עליה הוא לנתקו מכרת לעשה דמה"ט לא אמרינן כיון דאהדריה אהדריה לאיסור אשת אח דמעיקרא יע"ש וא"כ הדרא קושיין

לדוכתא, ואפשר ליישב דאכתי עיקר קרא דיבמה בא לעש' על היבם שייבם אשת אחיו וממילת עליה דמיית' הוא דילפינן דהכונס ליבמתו אין בו כי אם עשה ואין כאן אזהרת עשה מיוחדת ודוק, ואולם בראיות הללו שהביא מדברי הרא"ש והתוס' בפ"ק דסוטה די"א דס"ל דספק סוטה היא מאיסורי עשה אני בעניותי לא כן אדמה כי הנה הרואה יראה להתוס' ז"ל שם בדי"א ע"ב ד"ה מאי שכתבו דאף כשבא עליה בעלה בדרך לוקה משום דהכתוב עשאה לספק סוטה כודאי יע"ש וזו היא שיטת הרשב"א שכתב ה"ה בפי"א מה' גרושין די"ד דאף בספק סוטה לוקה וחשיב כעובר על לאו יע"ש.

ומ"ש התוס' שם בדי"א ע"א ד"ה צרת סוטה על מה שהקשו וא"ת כיון שלא נכתב שם טומאה אלא על הודאי אמאי אסורה לביתה ולתרומה ולמאי דפרישית לעיל דלמסקנא דשמעתין טומאה בעריות דכתיב בו דאמר רב היינו במקום לאו ניחא כו' דההיא טומאה לא כתיבה אלא על הודאי נבעלה עכ"ל דמשמע לכאורה מדבריהם הללו דס"ל דבספק טומאה ליכא לאו הא לא מכרעא לע"ד דודאי הם ז"ל אזלי ומודו דגבי ספק סוטה לא כתיב לאו בהדייא אלא דמפני שהכתוב החמיר עליה לעשותה כודאי הוא שכתבו דלקי כסוטה ודאי ומיהו לא חשיבא טומאה זו דספק סוטה כשאר עריות כיון דלא כתיב לאו בהדייא כי היכי דכתיב גבי סוטה ודאי ומה שיש לדקדק על דברי התוס' הללו עיין להרב מש"ל בה' יבום פ"ו די"ט יע"ש והן הן דברי הרא"ש שם באותה סוגיא כאשר יראה הרואה שם, באופן דאכתי אפשר לומר דס"ל כסברת הרשב"א שהביא ה"ה ז"ל דאף בספק סוטה לקי ולא חשיב כאיסור עשה ובהכי ניחא דברי התוס' בפ' יש מותרות דפ"ו שדקדק מהם הר"ב מש"ל י"ל דס"ל דבספק סוטה איכא נמי לאו ולפי דבריו ז"ל הנה התוס' ז"ל תברי לגזזייהו ממקום למקום ועפ"י האמור הנה נכון כי כולם שפה אחת ודברים אחדים הם כדבר האמור.

איברא שבעיקר דברי הרב מש"ל במה שרצה לדקדק מדברי התוס' הללו דפ' יש מותרו' דס"ל דבספק סוטה איכא לאו לע"ד יש לדון בזה כי אפשר לצדד בדבריהם ולומר במ"ש דהשתא איכא תרי לאוי שאין כונתם לומר חד לאו בספק סוטה דאסור להחזירה ואידך לאו דזונה כמו שהבין המ"ל זלה"ה אלא כונתם לומר חד לאו דגרושה ואידך לאו דזונה וקיימי התוס' למה שסיימו לומר ואע"ג דבלא"ה אסורה לכהונה משום גרושה כו' וע"ז כתבו דלר' מתיא ן' חרש דס"ל דסוטה שבא עליה בעלה בדרך עשאה זונה קאמ' תלמודא שפיר דהוא מרגלא ליה כיון דאיכא תרי לאוי לאו דגרושה ולאו דזונה ואולם לפי מ"ש אין אנו צריכין לזה שאף אם נאמר דכונתם היתה אלאו דספק סוטה ניחא דס"ל דס"ס כיון דלקי חשיב כעובר על הלאו כמ"ש ה"ה ע"ש הרשב"א ז"ל, ואולם הראיה שהביא

מדברי התוס' דסוטה דכ"ח דס"ל דבס"ס ליכא אלא עשה היא ראיה שאין עליה תשו' ומ"מ דבריהם סותרין בהדיא למ"ש ביבמות דאף בס"ס לקי ולא ידעתי איך לא שת לבו לזה הרב ז"ל, גם מ"ש עוד שמדברי התוס' בפרק אלמנה לכ"ג דס"ט ד"ה כי תהיה משמע דס"ל דבס"ס ליכא אלא עשה לע"ד יש לדון בה שהם ז"ל עמ"ש שם בגמ' דלרבי עקיבא דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין מאי כי תהיה כי תבעל הקשו דלר"ע נמי איכא לפרושי כי תהיה בהנך דאית בהו הוייה וכגון בסוטה שבא עליה בעלה בדרך דליכא אלא עשה וממה שכתבו דליכא אלא עשה דקדק הרב ז"ל דמשמע להו דבס"ס לא לקי כיון דלדידהו משמע להו דליכא אלא עשה דונטמאה לחוד ולא לאו דלא יוכל בעלה הראשון וזה הבין בכונת דבריהם הרב דברי אמת בקונטריס ששי דנ"ו ע"א והוקשה לו דלפי סברתם הלזו דבס"ס ליכא אלא עשה דונטמאה ק' לרבנן דלר"ע בפרק האומר דקדושין אמאי לא מוקמי קרא דכי תהיינה לחייבי עשה כגון סוטה שנסתרה ובהכי מיירי קרא וליכא שום קושיא לא מעם אחד ולא מי כתיב כי תהיינה לבועל אלא ודאי תשמע דסוטה שנסתרה בלאו קאי עכ"ל.

ולפום מאי' דמשמע להו בהבנת דבריהם אנכי לא ידעתי למה להו להתוס' לומר דלהכי תפסי קדושין משום דליכא אלא עשה דמשמע דאילו הוה כתיב בה לאו דלא יוכל לא הוו תפסי בה קדושין והלא סוטה ודאי דאיכא ביה לאו דלא יוכל כדאמרינן בפ"ק די"א ואפי"ה קדושין תופסין בה כדאמרינן לעיל בפרק החולץ דמ"ט ובפרק האומר דקדושין דס"ח אמר אביי הכל מודים בבא על הנידה ועל הסוטה דקדושין תפסי בה וכתבו שם התוספות ז"ל דאפילו גרשה וחזר ולקחה קדושין תפסי בסוטה ודאי מקרא דלהיות לו לאשה יע"ש ותו קשה דלפי דבריהם ז"ל מאי קא ק"ל להתוס' אמאי לא מוקי קרא דלא תהיה בספק סוטה דתפסי בה קדושין כיון דליכא אלא עשה ומאי קושיא דאכתי הוה קשיא ליה לתלמודא ולמ"ד אין קדושין תופסין בחייבי עשה מאי איכא למימר וכדאקשי תלמודא בפרק האומר גבי קרא דכי תהיינה לאיש ב' נשים ובכמה דוכתי.

כי ע"כ הדבר מבואר לע"ד דכונת התוספות הייתה להקשות אמאי לא מוקי קרא לר"ע בס"ס דתפסי בה קדושין ולא מפני שהוא מחייבי עשה כי אם אפילו אם נאמר דאיכא נמי בס"ס לאו וכסברת הרשב"א שהביא ה"ה ז"ל אכתי קדושין תופסין בה מקרא דלהיות לו לאשה וכמ"ש התוס' לעיל דמ"ט ובפרק האומר דקדושין ומשום דהוה מצינן לתרוצי דלהכי לא מוקי לה בס"ס משום דבס"ס בלא"ה היא אסורה בתרומה משעה שנסתרה מקרא דונטמאה דדריש ר"ע בסוט' פרק כשם דכ"ח תלת ונטמאה כתיב חד לאוסרה לבעל וחד לאוסרה לבועל וחד לאוסרה בתרומה ע"ז באו כמשיב דאי מקרא דונטמאה

דתרומה ליכא אלא עשה וקרא דובת כהן אתא ללאו ולאוסרה בלאו כשבא עליה בעלה ומאי דלא ק"ל אמאי לא מוקי לה בסוטה ודאי דאעפ"י דאיכא לאו קדושין תופסין בה כמ"ש התוס' לעיל הוא משום דכיון דסוטה ודאי שזינתה תחת בעלה היא מן החמורות מחייבי מיתות ב"ד כבר כתבו התוס' ז"ל לעיל ד"ה נכרי ועבד ע"ש ר"י דפשיטא ליה להש"ס דעיקר קרא דלאיש זר אתא לחייבי כריתות אפילו שאין קדושין תופסין בה מק"ו דהשתא ממזר הוי ליפסל מיבעיא וכי דרשינן כי תהיה הנך דאית בהו קדושין חידושא קאמר דאפי' הנך דקיל מפסלי בתרומה יע"ש.

איברא שדבריהם תמוהים דהכא משמע להו דחייבי כריתות ומיתות ב"ד מהאי קרא נפקי ואפילו הנך בלאו זה מעיקרא ולעיל בפ' ד' אחין דל"ה ע"א ד"ה אע"פ כתבו דהנך כריתו' דלאו זה מעיקרא נינהו לא נפקי מהאי קרא יע"ש. ומ"מ לפי דבריהם שם דאשת איש פסולה לכהונה משום טומאה יתיישב מאי דלא ק"ל מאשת איש שזינתה בהכי דלהא לא צריך קרא והשתא אין מקום לפרש קרא דכי תהיה בסוטה ודאי דתפסי בה קדושין דמשמע דדוקא משום דנבעלה לבעלה הוא דנאסרה בתרומה והלא משעה שזינתה הרי היא אסור' לאכול בתרומה כיון דנבעלה לפסול לה כשאר חייבי כריתו' דבשעה שנבעלה נאסרה לתרומה מהק"ו שכתבו התוס' דהשתא ממזר הוי ליפסל מיבעיא ולכן נקטו קושייתם בספק סוטה שבא עליה בעל' בדרך הנה לפי האמור בכונת דבריהם אין מכאן ראיה דס"ל דס' סוטה ליכא אלא עשה דאפשר ואפשר דס"ל כשי' הרשב"א דלקי וחשיב כעובר על הלאו ומ"ש דליכא אלא עש' דונטמאה לא קאי אעש' דונטמ' דדרשינן ליה לאוסרה לבעל אלא אעשה דונטמאה דדרשי' מיניה לאוסרה בתרומה כדבר האמור, ומ"מ אף למאי דמשמע להו בכונת דבריהם במ"ש דליכא אלא עשה דונטמאה דקאי אעשה דונטמאה לאוסרה לבעל אין מכאן ראיה דס"ל דליכא לאו בס"ס כסברת הרשב"א דאכתי אפ"ל שפיר דס"ל כסברת הרשב"א דספק סוטה לקי וחשיב כעובר על הלאו וכמ"ש בהדיא בדי"א ע"ב אלא לענין אי תפסי בה קדושין משמע להו דתפסו שפיר לר"ע כיון דליכא לאו בהדיא אלא עשה דמה"ט כתבו התוס' לעיל די"א דלא חשיב כטומאה דעריות לפוטרה מן החליצה ומן היבום כיון דלא כתיב לאו בהדיא בספק סוטה וא"כ ה"נ לר"ע דלא תפסי בה קדושין בחייבי לאוין מ"מ גבי ספק סוטה אע"ג דלקי קדושין תפסי בה כיון דלא כתיב לאו בהדייא והאי דלקי משום דלחומרא עשאה הכתוב לספק כודאי ודוק.

ועיין בס' דברי אמת בקונט' ו' דנ"ה ע"ג וע"ד במה שעמד על דברי הר"ב מש"ל ז"ל הללו ושם הקשה לו קושייא חזקה למה שהוק' להם להמ"ל ז"ל ולהל"מ אמאי לא מנה רבינו

צרת סוטה שהיא בעשה דקו' זו קשה על הגמ' בקדושין פ' האומר דלא משכח לאוקומי קרא דכי תהיינה לרבנן באיסורי עשה ולפי דברי רבינו דצרת יבמה היא בעשה אמאי לא מוקי קרא בהכי והביא דברי הרשב"א ז"ל בפ"ק דיבמו' דס"ל דצרת יבמה היא בלאו יע"ש, שוב ראיתי להר"ב מ"ל גופיה הוק' לו קושיא זו על הש"ס בפי"ט מה' א"ב ד"ה ואגב גררא יע"ש ויישבה היטב ודוק, ויתר דבריו שם הם מגומגמים ויותר במה שרצה לומר דגבי סוטה לבועל איכא איסור לאו עיין שם, והנה ראיתי לדברי מהר"י כולי ז"ל בהגהתו שציין דברי הירוש' שהביאו התו' בשלהי פ' המגרש וז"ל בירוש' פריך אמאי אצטריך קרא דלא יוכל בעלה תיפוק לי דבלא"ה אסור להחזיר סוטתו ומשני לעבור עליו בב' לאוין ע"כ, עוד ציין מ"ש התוס' בפ' אלו נערות ד"מ ד"ה ניתי עשה דונטמאה הוא עשה יע"ש, ואין מדברי התוספות הללו דגיטין ראיה לומר דס"ל דבס"ס איכא לאו דאפשר דס"ל דליכא אלא עשה ומ"ש תרי לאוי הם קיימי אסוטה ודאי דלכ"ע איכ' לאו כדאמרי' ביבמו' ובסוט' די"א וראיתי שהבי' דברי הרב פנים מאירו' שהגיה בדברי התוס' הללו דגיטין במקום תרי לאוי לעבור עליו בלאו והכריח כן הרב הנז' בספרו משום דביבמות די"א אמרינן דלר"י בן כיפר לאו בסוטה לית ליה ולרבנן ילפינן לאו בסוטה מהאי קרא דלשוב לקחתה א"כ לא מקשו התו' מידי אמאי אצטריך קרא אלא ע"כ צ"ל לעבור עליו ותמה על המפרשים שלא הרגישו בזה ודוק ותשכח עכ"ל.

ולדעתי אין צורך להגיה ואין מקום לקושייתו בדברי התוס' דהתוס' ז"ל ק"ל שפיר דכיון דלב"ש כי כתיב קרא דוכתב לה ס' כריתות אכי מצא בה ערות דבר קאי דהיינו דבר ערוה בעדים ברורים אם כן לדידהו למה אסרה הכתוב מטעם דהלכה והיתה לאיש אחר דאפי' לא היתה לאיש אחר אסורה מקרא דאחרי אשר הוטמאה דדרשי' לה לרבות סוטה שנסתרה וכיון דאפילו בסוטה שנסתרה לבד רבי לן קרא שהיא אסור' לבעל' למה זה כתיב ושלחה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר דכיון דאפי' בלא שלוחין אסורה דלב"ה אצטריך להזהיר המחזיר גרושתו אפי' שלא נטמאה ולהזהיר על הנטמאה שהם ב' לאוין אך לב"ש קש' ולזה תירצו דלב"ש אתא קרא לעבור עליו בב' לאוין וכאלו כתיב לא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה ולא יוכל להושיבה תחתיו אחרי אשר הוטמאה דהשתא כי נטמאת והלכה לאיש אחר עובר משום לא יוכל לקחתה ומשום לא יוכל להושיבה תחתיו ושוב מצאתי הדבר מפורש בהרמב"ן בפי' התורה בפרשת כי תצא על פסוק זה דאחרי אשר הוטמאה שכתב וז"ל וא"כ יאמר הכתוב לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשו' לקחתה ואחרי אשר הוטמאה והנה הם ב' לאוין יזהיר במחזיר גרושתו משנשאת ויזהיר במחזיר אשתו שנשאת בזנות עכ"ל וא"כ לב"ש דמחזיר גרושתו היינו שגרשה

משום זנות כדכתיב קרא דלעיל מיניה ע"כ אצטריך לעבור עליו בב' לאוין משום מחזיר גרושתו ומשום מחזיר סוטתו.

גם מ"ש הרב מהר"י כולי שהתוס' בפ' אלו נערות כתבו ונטמאה חשיב עשה לא ידעתי למה הביא דבריהם הללו שהם בלי צורך דאף הרשב"א ז"ל אזיל ומודה דונטמאה הוא עשה וכי מספקא לן אי בס"ס איכא לאו היינו מקרא דלא יוכל בעלה הראשון דכיון דהכתוב עשאה לספק כודאי הו"ל כעובר על הלאו סוף דבר בהא סלקינן ובהא נחתינן שאין מדברי התוספות והרא"ש דיבמות שום משמעות דס"ל דגבי ספק סוטה ליכא לאו כשי' הרשב"א ואדרבא מדבריהם בדי"א ע"ב משמע בהדייא דס"ל כפי' הרשב"א ז"ל זולת דבריהם שבסוטה דכ"ח מוכח דס"ל דלא כהרשב"א ז"ל וזה הפך דבריהם שביבמות כן נלע"ד ודע שראיתי להרב פני יאושע בס"פ המגרש עלה דאמרי' התם א"ל רב פפא לרבא לא מצא בה לא ערוה ולא דבר מהו א"ל מדגלי רחמנא גבי אונס דכתיב לא יוכל לשלחה כל ימיו בעמוד והחזר קאי מכלל דבעלמא מאי דעבד עבד, כתב הרב הנז' וז"ל וקל"ט דהא רבא גופיה אמר במסכת תמורה דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והא דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא ומקשינן עליה מאונס שגירש אי ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה ואמאי לא לקי כיון דעבר אמימרא דרחמנא ומשני רבא שאני התם דאמר רחמנא כל ימיו בעמוד והחזר ניתקו הכתוב לעשה ולפ"ז נהי דלא קשיא לן בעיקר מימרא דרבא דהתם אמר אי עביד לא מהני והכא קאמר מאי דעבד עבד דהתם איירי דוקא היכא דאמר רחמנא לא תעביד בלשון לאו משא"כ בלא מצא לא ערוה ולא דבר אין כאן לאו אבל הא ודאי ק' היאך יליף רבא הכא מדגלי רחמנא גבי אונס כל ימיו מכלל דבעלמא מאי דעבד עבד דהא אפי' אי בעלמא כשגרשה שלא כדין לא מהני אפי"ה אצטריך לכתוב גבי אונס כל ימיו למימרא דלא לקי דסד"א כיון דעבר אמימרא דרחמנא לקי משו"ה נתקו הכתוב לעשה דלא לקי, והנלע"ד ליישב דמהא מילתא גופיה יליף רבא דכיון דלקושטא דמילתא באונס לא לקי דהו"ל לאו הניתק לעשה א"כ אמאי אצטריך כלל קרא דלא יוכל לשלחה כו' וליכא למימר דלא אצטריך לענין כהן דהא לב"ש בלא"ה אסור משום זנות ואי משום לעבור עליו בלאו הא ליתא דכיון דלא לקי לא אצטריך למיכתב לאו יתירא כדאיתא בתוס' ר"פ אז"ן אע"ג דלב"ש היכא דלא מצא בה ערות דבר וגרשה מאי דעבד עבד וא"כ אצטריך לא יוכל לשלחה והשתא מדב"ש נשמע לב"ה דהיכא דלא מצא לא ערוה ולא דבר מאי דעבד עבד כנ"ל נכון עכ"ל.

ואנא גברא רבא חזינא ותיובתא חזינא ופירוקא לא חזינא דמ"ש תחילה כשהביא מימרא דרבא דמס' תמורה גבי כל מילתא דאמר רחמנא דמעיקר מימרא דרבא ל"ק דהתם

דוקא איירי היכא דאמר רחמנא בלשון לאו כו' אשתמיט מיניה מאי דפריך תלמודא התם לרבא ממתני' דאין תורמין מן הרע על היפה ואי תרם תרומתו תרומה דאמאי תרומתו תרומה לרבא כיון דלא מהני והוצרך לשנויי שאני התם דגלי קרא כו' ואם איתא דרבא לא קאמר דלא מהני אלא היכא דאמר רחמנא בלשון לאו הא בתורם מן הרע על היפה ליכא לאו הבא מכלל עשה כמ"ש שם רש"י בהדייא מקרא דמכל חלבו ממנו והוי דומיא דגט דכתיב כי מצא בה ערות דבר דהוי לאו הבא מכלל עשה, גם מ"ש עוד ליישב הקו' השניה דמהא מילתא יליף רבא דא"כ אמאי אצטריך קרא דלא יוכל לשלחה כו' אחר המחילה רבא לא ידענא מאי קאמר דהא שפיר אצטריך קרא ללאו ולמלקות בין לב"ש ובין לב"ה דאע"ג דהוי לאו הניתק לעשה ולא לקי היינו היכא דקיים העשה אבל אם לא קיים העשה כגון שמתה האשה אחר שגירשה למ"ד קיימו ולא קיימו או שהרגה באונס או בשגגה למ"ד ביטלו ולא ביטלו לקי שפיר על הלאו וכן בכהן שעבר וגירשה דלוקה ואינו מחזיר וא"כ שפיר אצטרי' קרא דלא יוכל לשלחה ללאו ולמלקות והדרא קו' לדוכתה היאך יליף רבא מקרא דכל ימיו בעמוד והחזר למימרא דבעלמא מאי דעבד עבד הא שפיר איכא למימר דבעלמא מאי דעבד לא עבד דכופין אותו להחזירה דהתם גבי אונס אצטריך קרא דכל ימיו לומר דלא לקי אלאו דלא יוכל היכא דמקיים העשה.

והנלע"ד לעיקר קושיותיו דמאחר דקרא דכל ימיו איכא למדרשיה דאתא למילף בעלמא דאי עבד עבד ולא אתא לנתוקי לעשה ואיכא למדרשיה דאתא לנתוקי לעשה ולא למילף בעלמא דאי עבד עבד כל כה"ג אמרי' הי מינייהו מפקת ותרתי ש"מ וכי אתינן למילף דילקי על לאו דלא יוכל אמרי' דילמא אתא קרא לנתוקי לעשה ולא לקי וכי אתינן למילף בעלמא דכופין למי שגירש אשתו בלא ערוה ובלא דבר שיחזור לקחתה אמרינן דאתא קרא למילף בעלמא דאי עבד עבד כנלע"ד ועדיין צ"ע.

פרק ג

הלכה א

שורש ידים מוכיחות אומר **לה הרי את מקודשת לי או הרי את מאורסת לי כו'**. וכתב ה"ה ז"ל ואי אמר את מקודשת ולא אמר לי כתבו הרמב"ן והרשב"א והרבה מן המפרשים שאינה מקודשת והוכיחו כן מן הסוג' משום דידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים ע"כ.

הנה בגמ' אמרי' אמר שמואל בקידושין נתן לה כסף ושוה כסף ואמר לה הרי את מקודשת הרי את מאורסת הרי את לאינתו הרי זו מקודשת כו' א"ל רב פפא לאביי למימרא דסבר שמואל ידים שאין מוכיחות הויין ידיים והתנן כו' הכא במאי עסקינן

דאמר לי כו' ע"כ, מה שיש לדקדק בסוגיין מ"ש דכשלא אמר לי אינה מקודשת מטעמא דהוה ליה ידים שאין מוכיחות דלא פי' בדיבורו למי הוא מקדשה ואלו בפ' האיש מקדש דנ"ב אמרי' דהאומר אחת מבנותיך מקודשת לא' מבני דכולם מקודשות מספק אע"פ שלא פי' לאיזה מהן קדש ולמי מקדש יע"ש עיין להריב"ש ז"ל בסי' רס"ו שתי' לזה דשאני הכא שאין הוכחה בלשון הקידושין שהוא המקדש ושהיא המתקדשת אבל בההיא דלקמן הלשון של הקידושין הוא שלם שהוא המקדש לבתו של פ' ומצד הלשון של הקידושין אין חסרון אלא מצד הענין שלא ידענו מי היא זאת הבת ומי הוא זה הבן ולהכי כולם מקו' מס' ואני אפרש עוד דשאני ההיא דלקמן דמה שחשב בלבו ומה שהוציא בשפתיו הכל א' ואין שום חיסור בלשונו ממה שחשב בלבו שמעיקרא כך חשב בלבו לקדש א' מבנותיו לאחד מבניו לאיזה מהם שירצה לקדש אח"כ ולומר לו ולשון זה הוא שלם ומפני שלא בירר א' מהם אנו אומרי' שכולם מקודשו' משא"כ הכא שהוא חשב לקדשה לו ובלשונו לא אמר לי כ"ן לע"ד ועיין בתשו' מהר"י הלוי סי' ד' ה' ו' ז' בסוגייא זו.

וכתב עוד שם דבאומר הריני נותנו לך בתורת קידושין מקודשת ודאי דאין כאן ידים אלא דבור שלם שכיון שהזכיר שהוא הנותן לה בתורת קדושין כבר נראה מלשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת דלא שביק אינש מצוה דנפשיה ועביד מידי דלא רמי עליה והביא ראיה מאותה סוגייא דאחת מבנותיך דאמרי' עלה שאפילו מנתה הגדולה שליח לקבל קדושיה אינה מקו' מה"ט יע"ש ולכאורה אין דבריו מובנים דמאי אהני לן האי טעמא דלא שביק כו' להיכא שאין הוכחה בלשון שהוא דמקדש לה לדידיה ושהיא עצמה תהיה המתקדשת וההיא דאחת מבנותיך שאני דהלשון והדבור שלם ומובן אלא שאין הוכחה מצד הענין וכבר תמה על דבריו בס' קמ"ר בה' אישות דל"ז ע"א יע"ש.

ולק"ד מבואר כוונתו ז"ל דלדידיה משמע ליה דכל דע"י האומדנא מבואר לשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת ואין שום חסרון בלשונו של המקדש אין כאן ידים כלל אע"פ שלולי זאת האומדנא לא היה הוכחה בלשון כלל משא"כ כשיהיה אופן לשונו שאף ע"י האומדנא אכתי יש חסרון בלשונו ואין דבורו שלם דודאי כל כי האי הו"ל ידים שאין מוכיחות ולהכי באומר הריני נותנו לך בתורת קדושין דמשמע ליה להרב שכיון שהזכיר שהוא הנותן לה בתורת קדושין כבר נראה מלשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת כיון דאיכא אומדנא זו דלא שביק כו' ולזה הביא ראיה דאומדנא זו אלימא טובא שהרי גבי אחת מבנותיך אהני לן אומדנא הלזו לומר דאפילו מנתה אותו שליח שלא תהיה מקודשת אפי' שאמר בתך מקודשת לי ולשון זה דבתך מוכח טפי דעלה קאי ואפ"ה

אמרינן דלא היא ה"נ כל שהאומדנא מפרש כונת לשונו דמ"ש הריני נותנו לך הכונה לומר שהוא המקדש אותה הרי זו מקוד' משא"כ באומר הרי את מקודשת ולא אמר לי דאף דאיכא אומדנא זו מ"מ לשון המקדש חסר הוא שלא פי' דלדידיה הוא מקדשה ולהכי אינה מקודשת דע"י האומדנא לא נוסיף על דבריו ונאמר שאמר לי כנלע"ד.

ועיין עוד בס' הנז' שכתב דמהרלב"ח ז"ל בדרל"א תירץ עוד לזה וז"ל ולאו דבעינן שיורה לשון הקדושין עד הוא איש מסויים וכן המתקדשת דאי הוה בעינן הכי הוה קשיא לן ההיא דפ' האיש מקדש אבל עיקרא דמילתא דבעינן דלימא לשון מוכח מיניה שמקדשה לשום איש שיחולו בה הקידושי' ושיהיה ההוכחה בלשון הקדו' שהאשה היא המתקדשת לאיש הראוי לאוסרה בקידו' יע"ש ותירוץ זה מבואר בטעמו יותר אמנם ממ"ש התוס' דלהכי חשיב ידים שאין מוכיחות כל שלא אמר לי משום דאדם עשוי לקדש אשת חבירו משא"כ בגט כו' אין מקום לתי' זה דהכא נמי אין אדם עשוי לקדש אשה למי שאין ראוי לקידו' ולדידהו אין ליישב אם לא ע"פ דברי הריב"ם ז"ל והנה התוס' ד"ה הכא כו' כתבו וז"ל ומדקאמר שמואל מוקי כו' מכלל דאיהו לא ס"ל כו' עיין להר"ן שם בנדרי' שכתב הפך זה והכריח כדבריו וכ"כ שם הרא"ש ומה שיש לדקדק בדברי הר"ן עיין להרב עצמות יוסף בסוגיין ועיין בספר לשון למודים בה' נדרים סי' א'.

וראיתי דק"ל ז"ל לפי דבריו אמאי אוקמא שמואל למתני' כר"י לוקמא אפילו כרבנן כיון דס"ל דאע"ג דבעלמא ידים שאין מוכיחות לא הויין ידיים דוקא בגט הויין ידים מטעמא דאין עשוי כו' יע"ש ולדידי אי מהא לא אירייא דאפשר לומר דתלמודא ה"ק שמואל מוקי מתני' דנדרים כר"י כלומר כס' ר"י דאית ליה גבי גט ידיים שאין מוכיחות הויין ידיים ולא דאתי מתניתין כוותיה דר"י דוקא אלא ככ"ע ומשום דלא אשכחן האי סברא דידים שאין מוכיחות דהויין ידים בעלמא אלא לר"י קאמר דמוקי מתני' כר"י והדר פריך מנ"ל לשמואל לחלק בין גיטין לנדרים ולאוקמא מתני' דנדרים כס' ר"י וקאמר דמתני' קשיתיה כו' ועוד אפ"ל שאף הר"ן לא כתב כן אלא לפום סוגיי' דקי' ודגיטין אמנם לפום האי סוגיי' דנדרים הדבר מבואר דליכא לחלק בהכי ודוק.

ובדברי הרא"ש בסוגייא דקידושין לא יכולתי עמוד על עומק כוונתם דנראי' כסותרים זה לזה בתכ"ד דבתחילת דבריו משמע דס"ל דשמואל ס"ל כר"י ומשו"ה מוקי למתני' כוותיה שכתב ומסיק הכא דקאמר לי כו' וק' דבריש נזיר מסיק כו' וי"ל דהרי את מקודשת ולא אמר לי אבל היכא דאיכא הוכחה קצת כהנהו דריש נדרים הויין ידים כו' הנה מבואר מלשון זה דמשמע ליה דההיא דריש נדרים דאיכא הוכחה קצת ס"ל דידיים שאין מוכיחות הויין ידיים וע"כ דמשמע ליה דכי מוקי שמואל מתני' כר"י היינו משום

דהכי ס"ל ובסוף דבריו משמע להפך שכתב וז"ל ובלא"ה הלכ' כההיא סוגייא דנדרי' דידים שאין מוכיחות לא הויין ידים דשקיל וטרי תלמודא במילתא דשמואל טובא עד דמוקי ליה הכי עכ"ל הנה מלשונו זה מבואר דס"ל דשמואל מוקי מתני' כר"י ולא ס"ל וכעת צריך ישוב ועיין במהרימ"ט ז"ל בח"י על הרי"ף דשקיל וטרי עוד בדברי הרא"ש הללו.

ולענין הלכה במקדש את האשה סתם ולא אמר לי כתב הרב עצמות יוסף שיש לחוש להחמיר כיון שמצאנו ראינו סברת י"א שהביא הר"ן ז"ל בפרקי' גם בהגהות מרדכי בסוף גיטין כתב להחמיר גם הרשב"א בחי' למס' קידושין נוטה דעתו להחמיר אף שלא אמר לי והביא כל לשונו באורך יע"ש ולקע"ד סברת הי"א שהביא הר"ן בפרקי' היא היא סברת הרשב"א בחי' שכתב איכא למימר דכשלא אמר לי יש לחוש ולהחמיר וכ"כ מהרימ"ט ז"ל בחי' על הרי"ף ועיין בס' קול יעקב שהביא דברי הרשב"א הללו שלא הבין כן והאריך להקשו' לפי הבנתו ושרי ליה מאריה וכבר ביטל דעתו מפני דעת הי"א שהביא אחריו אשר ע"פ דבריהם אין מקום לסברא זו לחוש ולהחמיר כיון דעיקר הראיה אינו אלא מההיא דאיבעייא לן בגיטין אי בעי' ודין או לא ונדחה קרו לה הי"א והיא היא עיקר הדחית הר"ן וזו היה לו לה"ה כאן לכתוב בשם הרשב"א דכל שלא אמר לי אין לחוש לקידו' ומה שהביא ראיה מת' הרשב"א סי' תשע"ד ואלף רל"ד כבר אפשר לפרש שדעתו דכל דלא אמר לי לא מהני' והכא ה"ט משום דאמר הריני כו' כמו שפי' הוא באחד מן הפירושים ונמצא שאף הרשב"א ז"ל משמע ליה דכל שלא אמר לי אין לחוש לקידושיו ואין מקום לחוש ולהחמי' בזה ושוב ראיתי שכך העלה מהרימ"ט בחי' על הרי"ף להלכה ולמעשה וכתב ככל אשר כתבנו.

ועוד אני תמיה בעיקר סברת הי"א שהביא הר"ן ז"ל והיא סברת הרשב"א ז"ל שכתב דברי'ה שכתבו דיש להחמיר בדבר כיון דחזינן דתלמודא ספוקי מספקא ליה אי בעי' ודין או לא ולא אפשיטא כו' דמבוארים דבריהם ז"ל דמשמע להו דמש"ה מספקא ליה לתלמודא אי בעי' ודין אע"ג דלפי למאי דקי"ל דבעי' ידים מוכיחות אין ספק בזה דודאי בעי' ודין אלא דמשו' חומרא הוא דמספ"ל לתלמודא הכי ומינה דה"ה גבי קידושין נמי ספקא הוי והוא תימא איך הפה יכולה לדבר דמשום חומרא דגט נחית תלמודא נפשיה לספק זה דא"כ מה הלשון אומרת בעי' ודין או לא בעי' ודין דלשון זה מוכח דמספק"ל אי לכתחילה בעי' שיכתוב ודין או לא ובזה ליכא ספקא דפשיטא ודאי דבעי' למכתב ודין כיון דקי"ל דבעינן ידים מוכיחות ואי עיקר הבעייא היא אי חוששין להחמיר היכא שלא כתב ודין ונ"מ דאם פשטה ידה וקבלה קדושין שתהיה ספק מקודשת ותהיה צריכה גט

משני לא הול"ל האי לישנא דבעינן או בעי' אלא אם לא כתב ודין מאי ועוד שאם זו היתה עיקר הבעייא היכי הוה ס"ד דתלמודא למפשט בעיין מההיא דרבא דאתקין בגיטין כו' ואלו ודין לא קאמר ש"מ לא בעינן ודין והשתא מאי פשיטותא איכא דאטו לדידיה מי ניחא דלכתחיל' ודאי בעי' ודין למאי דקי"ל כר"י ואמאי לא אתקין רבא אלא ודאי דעיקר הבעיא דבעי' התם ללכתחילה הוא דבעי לה אי בעי למכתב ודין או לא וכמו שדחה הר"ן ז"ל והוא מן התימא איך לא דחה הר"ן ז"ל בהכי וכעת צ"י.

ולעניין האומר הריני נותן לך זה לקדושין כתב הר"ב עצמות יוסף ז"ל שהרשב"א בתשו' כתב שיש לחוש ולהחמיר שמא בקדושין בענין זה לא בעי' ידים מוכיחות כו' וכתב שיש לפרש בדבריו ג' פירו' או שטעם החומרא הוא מפני שדעתו להחמיר אפי' בשלא אמר לי או מפני שלשון הריני הוא לשון נאה כמ"ש הריב"ש בתשו' או מפני שבנדון הרשב"א הוא והם מודים שלשם קדושין נתכוונו ותמה על מוהרשד"ם שבסימן ג' משמע ליה כהבנה השניה ובסימן י"א וי"ג משמע ליה כהבנה הראשונה ויש חילוק גדול לענין הדין יע"ש ועיין בסי' ל"א ול"ו ועוד דגם שם משמע כהבנה ראשונה ובסי' ן' ספוקי מספק"ל בהבנת דברי הרשב"א יע"ש ומוהרימ"ט בחי' על הרי"ף הסכים על ההבנה השניה והוא הנכון לע"ד ועיין למרן ב"י בא"ה סימן כ"ז יע"ש ולענין הלכה למעשה העלה הע"י דהוא ספק מקודשת והדבר ברור כיון שהרשב"א בתשו' כתב שיש להחמיר.

וראיתי להרב מש"ל ברפ"ג מה' אישו' שתמה על מהרשד"ם שבסי' ג' כתב דבאומר הריני דעת הריב"ש הוא דהוו קדושין גמורי' וכ"כ בסי' ל"ז ואלו בסי' צ"ט כתב במי שאמר דעי שאני נותנו לך בתורת קדושין שאין כאן הוכחה לא למקדש ולא למתקדשת וכתב וז"ל ממה שקשה עליו ממילת אני שמורה שהוא המקדש אם מכח יתור הלשון כמ"ש בסי' ג' ואם ממ"ש הריב"ש דכל שאמר הריני נותנו לך כו' הוא דבור שלם דיש כאן הוכחה בין למקדש כו' זאת ועוד דמדקאמר דעי משמע שהיא המתקד' כמ"ש הוא ז"ל בסי' ע"ו וצ"ע עכ"ל והנה מה שהוקשה לו דבריו שבסי' ג' עמ"ש בסי' צ"ט לע"ד אין כאן מקום לקושייתו שבסימן ג' לא סמך על סברת הריב"ש ז"ל אם לא מפני הטעמים אחרים שכתב הרב שהיתה משודכתו מקודם ואין אדם עשוי לקדש את משודכתו לאחרים, ועוד שהיו אוכלים ושותים יחד שהיא אומדנא דאין אדם טורח בסעודה וכן נמי שהזכיר ארוסתי בל' הקידושין יע"ש ובסי' צ"ט לא היה בה אחד מהטעמים הנז' זולת הריני ולא סמך על הריב"ש וחשש להחמיר וכן ההיא דסי' ע"ו מיירי נמי במשודכת ולכך עשה עיקר מלשון מירה קי ווש לודו משא"כ דסי' צ"ט.

ועיין עוד במה שתמה על הרב עצמות יוסף שהק' על מה שפסק מוהרשד"ם בסי'

י"ב וז"ל ולא ידעתי איך לא שת לבו להחמיר כו' וכתב עליו ותמהני שהרי לא התירו מוהרשד"ם שכ"כ בפי' ואע"פ שחכמי דורו התירו עכ"ז הוא החמיר בדבר והצריכה גט יע"ש ולפי ק"ד כונת הרב ע"י היתה למה לא חשש להחמיר מטעם זה שאני וכו' והוא לא החמיר מהאי טעמא אלא מטעם שהוא דאפילו באומר הרי את מותרת ולא אמר לי יש לחוש אחר סברת י"א שהביא הר"ן ותשו' הרשב"א שחוששין להחמיר בדבר ולמה לא החמי' מטע' שאמר שאני שלפי דעת הריב"ש הוייא מקודשת גמורה כמ"ש הוא בסי' ג' שזה הלשון הוא דבור שלם ובזה אין מקום למה שהאריך עוד לחלק בין מ"ש בסי' ג' להא בסי' י"ב כי לא היתה כונת קושייתו ממה שפסק שם כי אם מעיקר תשו' הריב"ש דס"ל דזה הלשון הוא דבור שלם ודוק כנעל"ד, ועיין עוד במה שהק' בתשו' הרשד"ם שבסי' ל"ו וסי' ן' עמ"ש בסי' ך' ויע"ש וי"ל דבסי' ל"ו וסי' ן' מיירי בשדוכין ולכך עשה אותם הדברים ס' להחמיר משא"כ בסי' ך'.

ולענין גט אי בעי' ודין ומינאי יש ג' מחלוקות בדבר איכא למ"ד דבעינן לשניהם ואיכא למ"ד דלא בעי' לא זה ולא זה ואיכא למ"ד דודין בעינן ומינאי לא בעי' עיין בחי' הר"ן לנדרים ובנימוקיו על הרי"ף לגיטין וקידושין ודעתו בדעת רבינו דלא בעינן ודין ולא מינאי ואולם הלח"מ בפ"א מה' גירושין ובפ"ד ומהר"י הלוי בתשו' והתי"ט ז"ל ס"ל בדעתו דבעינן ודין ובעי' מינאי ועיקר דבריהם תלוי במ"ש רבינו בפי' המשנה בפ' המגרש גבי פלוגתייהו דר"י ורבנן שכתב דאף ר"י מודה דגופו של גט הוא הרי את מותרת לכל אדם ולא בעינן ודין לעיכובא אלא מדרבנן יע"ש והפ"ח בה' גיטין סי' קכ"ה סקל"ט ד"ה גרסי' דחה דברי רבי הללו שבפי' המשנ' מהסוג' דנדרים ומורינו הרב בס' קול יעקב ישב עיקר קושייתו ויע"ש ולדידי ק"ל טובא בדברי רבינו הללו שבפי' המשנה ממסקנת אותה סוגייא דנדרים דקאמר אביי אמר אנא דאמרי אפילו כר"י ע"כ לא אמר ר"י כו' והשתא אם איתא דר"י גופיה אזיל ומודה דעיקר הגט אינו אלא את מותרת ולא בעינן ודין אלא מדרבנן מאי קא ק"ל לאביי מדר"י אדרבא ר"י נמי קאי כוותיה ועיין להרב גט פשוט בסי' קכג ובהרב מכתב מאליהו שגם הם ז"ל ניחא להו דברי רבינו ע"פ מ"ש בפי' המשנה יע"ש והרשב"א דקדק מדברי רבינו דגבי גט לא בעי' שיאמר ודין מינאי בשעת הנתינה ותמה עליו הרב קול יעקב דמדברי רבינו נראה דאפילו בכתיבת הגט לא בעי מינאי שהרי הוא ז"ל כתב דגופו של גט הרי את מותרת לכל אדם יע"ש ואין ספק שהוא ז"ל לא דקדק מדברי רבינו כן אלא ממ"ש גבי נתינת הגט ויאמר הר"ז גיטך ולא הצריך שיאמר ממני ואף שהוא ז"ל כתב בזה הלשון דבקדושין הזכירו לי וכגרושין כתבו דברי

שמואל כהלכתן כו' לא כתבו כן אלא על דברי הרי"ף ז"ל והר"ב ה"ג ז"ל כי רבינו לא הביא דברי שמואל ודוק.

הלכה ב

שורש קדושי ספק הכסף **נתנה היא ואמרה לו הריני מקודשת וכו'**. ברייתא במס' קדוש' ד"ה ע"ב ת"ר כיצד בכסף וכו' סוגייא זו מבוארת כל הצורך בדברי הרב ע"י ומהא דמשני הכא תלמודא דנתן הוא ואמרה היא נעשה וכו' יש לתמוה עמ"ש הרב גופי הלכות בכלל תכ"ג ע"ש שיטת הראשונים דלא אמרי' נעשה כל היכא דתני סיפא בלשון אבל יע"ש, ושיטה זו הביאה הר"ב בשיטה מקובצת לבבא מציעא ד"ל ע"א יע"ש ועיין בהר"ן ז"ל ר"פ בני העיר דיש ראיה לזה ודוק והוא תימה שהרי הכא בשמעתי' משני תלמודא נעשה אע"ג דתני סיפא בלשון אבל, ואולי אפשר דמשמע להו דמה"ט משני שינוייא אחרינא, ועוד אפשר לומר דהכא נמי תני סיפא בלשון אבל כי היכי דלא נימא נעשה אכל מאי דדייקינן ברישא שהרי על מה שדקדקו בתוס' דאמאי לא דייק תלמודא דייוקא דרישא ודייוקא דסיפא בחלוקה דנתנה היא ואמר הוא, תירץ הר"ן דהא לא קשייא משום דהא והא איתא וכאן באדם חשוב וכאן בשאינו חשוב והשתא אי לא תני סיפא בלשון אבל כי מפרשינן לסיפא בנעשה לכל מאי דדייקינן ברישא בין נתן הוא ואמרה היא ובין בנתנה היא ואמר הוא מפרשינן לה וא"כ עכ"ל דגם חלוקה דנתנה היא ואמר הוא לעולם אינה מקודשת ואפי' באדם חשוב דומייא דחלוקה דסיפא דנתנה היא ואמר הוא דמפרשינן לה בנעשה והא ודאי ליתא דבנתנה היא ואמר הוא באדם חשוב מקודשת להכי תני סיפא בלשון אבל כי היכי דלא נפרש לה בנעשה אכל מאי דדייקינן ברישא כיון דלשון אבל הוצרך למתני' לחלק ושלח לפרש לה בנעשה לכל מאי דדייקינן ברישא אע"ג דבחדא מן החלוקות דדייקינן מרישׁ' מפרשינן לסיפא בנעשה אין קפידה ודוק.

ועל מאי דמסקינן בשמעתין דנתן הוא ואמר' היא ספיקא הוי כתב הר"ן ז"ל וז"ל לפיכך אני מסתפק בכל ספק קדושין דאמרינן ספיקא הוי אי חומרא זו דבעייא גט הוא דוקא מדרבנן או דילמא אפילו דאורייתא והרי"ף ז"ל לקמן גבי בעייא דכלב רץ אחריה דסלקא בתיקו כתב וז"ל וכיון דספיקא דאורייתא היא אזלינן לחומרא וצ"ע עכ"ל, ועיין למוהרי"ט ז"ל בח"א סימן קל"ח דקפ"ה ע"א וע"ב שהאריך בדברי הר"ן ז"ל הללו, ועיין להרפ"ח בי"ד סימן ק"י בכללי הס"ס שכתב דלהכי קא מספק"ל להר"ן ז"ל אע"ג דקי"ל דמדאוריית' מוקמינן לה אחזקא דמעיקרא משום דמשמע ליה דספקא דדינא חשיב כחסרון דידיעה ועיין להרב יבין שמועה כלל קפ"ו שכתב להפך דס' דדין קיל מספק דמציאות וצ"ע ועיין דברי אמת בתשו' די"ז ע"ג ועל מה שהוקשה לו להר"ן

מדברי הרי"ף דלקמן תמה עליו הרפ"ח איך יצאו דברים אלו מפיו דכונת הרי"ף מבוארת דמשום דהוי ס' במידי דאורייתא קאמר דאזלינן לחומרא ולעולם דאינו אלא דרבנן מאי דאזלינן לחומרא יע"ש גם הרב עצמות יוסף כתב שדברי הר"ן בזה מגומגמים ואין ספק שהוא ז"ל לא הגדיל מדורת קושיתו כהרפ"ח משום שי"ל דהר"ן ז"ל דקדק מדברי הרי"ף מדלא קאמר והו"ל ספק במידי דאורייתא וכתב והו"ל ספק דאורייתא דכונתו לומר דאף מדאוריית' נמי אזלינן לחומרא ועיין להרב בני חיי שם בי"ד סי' ק"י דע"ג ע"ד יע"ש.

ומהרימ"ט בחי' על הרי"ף כתב דטעמו של הרי"ף ז"ל דס"ל דמדאורייתא נמי אזלינן לחומרא ולא מוקמינן לה אחזקה דמעיקרא משום דחזקה דפנויה הא איתרע לה במה שפשטה ידה וקבלה קדושין והביא ראיה ממ"ש התוס' בפרק האשה שנתארמלה דכ"ג ע"א ד"ה תרווייהו שכתבו דמש"ה לא אזלינן בתר חזקה דפנויה כשעד א' אומר קרוב לו ועד א' אומר קרוב לה משום דחזקה זו הא איתרעא לה משעה שזרק לה קדושין וכתב שכיונו לומר דמה"ט לא תינשא לכתחי' אפי' מדאורייתא ומיהו בדיעבד אם נשאת לא תצא כיון דלית לה חזקה דאיסורא דלאוסרה על מי שנשאת צריך כח עכת"ד ז"ל ועיין בדברי הר"ן לקמן בפרקין גבי ההוא גברא דקידש באבנא דכוחלא שכתב בהדיא כדברי מהרימ"ט הללו ואין ספק דמ"ש דמדאורייתא נמי אינה נשאת לכתחילה אינו אלא לשיטת האומרים ספקא דאורייתא לחומרא דאורייתא היא וזה ברור ומיהו איכא למידק לפי דבריו בספק גרושין דע"א אומר קרוב לו וע"א אומר קרוב לה דמשעה שזרק לה גיטה הא איתרע לה לחזקת א"א אמאי תני סיפא שאם נשאת תצא ומאי שנא מספק קדושין ואפשר דמדרבנן הוא דאמרינן שאם נשאת תצא בספק גרושין דלא אמרינן דאתרעא לה לחזקת אשת איש משעה שזרק לה גיטה דלחומרא דוקא הוא דאמרינן הכי ולא לקולא וכן ראיתי להרב גופיה בתשו' ח"א סי' נ"א שישב כן למה שהקשה עליו מחכמי דורו מההיא דמקוה שנמדד ונמצא חסר דמוקמינן גברא בחזקת טמא אע"ג שכבר טבל לפנינו והורעה לחזקת טומאה יע"ש אבל אנכי לא ידעתי למה לא הוקשה להחכם המשיג ע"ד מהא דספק קדושין והביא ממרחק לחמו ועיין עוד להרב ז"ל באותה תשו' שכתב דע"כ לא אמרינן דכל שפשטה ידה וקבלה קדושין דאתרעא לה לחזקת פנויה אלא בשראינו שפשטה ידה וקבלה קדושין קודם שבאו העדים שאמרו קרוב לו וקרוב לה אבל אם לא ידענו ולא שמענו אלא מפי עדים אז לא אמרינן הכי כיון דע"פ העדים אנו חיים והאומר שנתקדשה אומ' קרוב לה והאומר שלא נתקדשה אומר קרוב לו יע"ש ומיהו אין ליישב בהכי הא דתני סיפא גבי גרושין שאם נשאת לא תצא דמיירי בכה"ג שלא ראינו ולא שמענו מהגרושין אלא ע"פ העדים עצמן דלפ"ז לא אתרע לה לחזקה דמעיקרא דא"כ גבי

קדושין אמאי לא תנשא לכתחלה כיון דאית לה חזקה דפנויה וברור.

ואולם זו היא שקשה טובא לדבריו דבפ"ד אחין עלה דמתני' איזהו ספק קדושין זרק לה קדושין ספק קרוב לה ספק קרוב לו שקיל וטרי תלמודא התם למיהב טעמא אמאי לא קתני הכי בספק גרושין ובין לפום מאי דס"ד למימר מעיקרא ובין למאי דמסיק לבסוף משמע דלא ס"ל לתלמודא האי כללא דכייל לן הרב ז"ל דכל שפשטה ידה וקבלה קדושיה וגרושיה הורעא לחזקתה דמעיקרא מן התורה והוא דמעיקרא קאמר תלמוד' דה"ט דלא קתני הכי גבי ספק גרושין משום דבספק גרושין כה"ג דספק קרוב לו וספק קרוב לה לא שייך למיתני חולצת ולא מתייבמת משום דאף חליצה נמי לא בעיא שאם אתה אומר חולצת מתייבמת וביבום אסירא כיון דאשה זו עד השתא בחזקת היתר לשוק עומדת ובחזקת איסור ליבם, והשתא לפי דברי הרב ז"ל דמשעה שזרק לה גרושי' אתרעה לה לחזקה דמעיקרא השתא נמי אם תתייבם אין בכך כלום דהא חזקה זו דהוה לה מעיקרא דהיתר לשוק ואיסור ליבם הא אתרעה לה משעה שזרק לה גרושיה והשתא לית לה לחזקה דמעיקרא דהתר לשוק במה שפשטה ידה א"כ איך מתירין אותה לשוק בלא חליצה משום גזרה שאם אתה אומר חולצת מתייבמת דכיון דמהשתא אתרעה לחזקה דמעיקרא אשה זו קיימא בספק וכיון דספקא דאורייתא לחומרא מדאורייתא הו"ל למימר שתחלוץ מן התורה גם במסקנא אסיקנא התם דתרי ותרי ספקא דרבנן היא דמדאורייתא אזלינן בתר חזקה בין באיסורא כגון אשת איש דתרי אמרי קרוב לה זרק לה גיטה ותרי אמרי קרוב לו דמדאוריית' אזלינן בחר חזקת א"א דמעיקרא וכן להיתרא כגון בתרי ותרי בספק קדושין יע"ש וזה הפך מה שכתב הוא ז"ל דכל דאתרעה לה לחזקה דמעיקרא במה שפשטה ידה לקבל גרושיה וקדושיה הותרעה לחזקתה דמעיקרא מן התורה.

וכבר ראיתי בספר קרית מלך רב בפ"ג מה' אישות סוף ד"ב דל"ז ע"ד עמד בזה ובסוף דבריו כתב וז"ל שוב ראיתי שנראה דמהרי"ט כבר הרגיש מכל הנז' בחי' שם ותירוצו צריך ישוב ונראה דכונתו לומר דכל שקודם שנולד לנו הספק כבר אתרע חזקה דהיינו שידענו שנתקדשה סתם ולא ידענו מהספק כי אם אח"ך אז לא אזלינן בתר חזקה עכ"ל והרואה למהרימ"ט בחי' יראה שדברים אלו לכאורה הם דברי נבואה ולא עלה על דעת מהרי"ט ז"ל שמץ דבר ממ"ש הוא ז"ל בזה ואולם אף כי באו דברי מהרי"ט סתומים וחתומים דבר ה' בפיהו אמת ואני אפרש כי הרב כבר הביא דבריו הללו בתשו' ח"א סי' מ"א ושם בסימן נ"א שכתב וז"ל ואם באת לדחות את דברי היה לך לדחות באוקמתא שבפרק הזורק דאוקמוה למתני' בתרי ותרי ולכך לא אזלינן בתר חזקה אע"ג שהיא חזקה אלימתא ולכך חולצת ולא מתייבמת ושוב כתב ומ"מ דברי התוס' שבפרק הזורק אינן

הפך מ"ש בפ"ב דכתובות דשניהם אמת דאף אם לא היו הגרושין לפנינו אלא ע"פ שתי כיתי עדים הללו אנו דנין ודאי לא אתרעה חזקתה דהוי כמו קול ושוברו עמו שאלו המחזיקים אותה במגורשת הם מכחישין זה את זה וכמאן דליתניהו דמי ואוקי אתתא אחזקתה.

ומ"מ כתבו התוס' דבתרי ותרי מדרבנן אין להעמידה אחזקתה דהכי הוא קושטא דמלתא כדמסקינן בפ"ד אחין וכשהיו הגרושין והקדושין לפנינו אפי' בחד וחד לא אמרינן אוקמא אחזקתה להתירה לכתחילה עכת"ד מהרימ"ט יע"ש וכונתו מבוארת שהרב ז"ל הוקשה לו לכאורה לדבריו שכתב בסימן מ"א דטעמא דמתני' שזרק לה הקדושין או הגרושין דאיכא ספקא דחד אמר קרוב לו וחד אמר קרוב לה דחולצת ולא מתייבמת ולא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא היינו משום דחזק' דמעיקרא הורעה משעה שידענו שפשטה ידה לקבל קדושיה וגרושיה והביא ראיה לדבריו דכל כה"ג לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא ממ"ש התוס' בכתובות פרק הכותב דלפי זה אין מקום לקושיתם שהק' בפרק הזורק דע"ח ע"ב ד"ה והא שכתבנו וז"ל וא"ת ונימא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי איתתא בחזקת א"א ותירצו וי"ל כיון דמספ"ל בתרי ותרי מדרבנן נתנו לה דין מגורשת ואינה מגורשת עכ"ל והשתא לפי דבריהם שבפרק הכותב לא הוו צריכי לזה דבלא"ה ניחא משום דחזקה דמעיקרא הורעה לה משעה שזרק לה גרושיה וע"כ הוצר' הרב ז"ל לומר דקושטא דמילתא קמשנו דאפילו איכא חזקה אלימתא כגון שלא ראינו הגרושין והקדושין לפנינו מ"מ כיון דתרי ותרי ס' דרבנן עשאוה ספק מגורשת זה נראה ברור בכונת דברי הרב מהרימ"ט ז"ל והרואה יראה שט"ס נפל בדבריו במ"ש ומ"מ דברי התוס' שבפ' המגרש וצ"ל שבפ' הזורק והן הן הדברים שכתבנו ועיין בס' מוצל מאש שבס"ס רב יוסף סימן מ"א.

ואיך שיהיה הנה מבואר יוצא מדבריו הללו דע"כ ל"א דכל שפשטה ידה וקבלה גרושיה וקדושי' דאתרע לה לחזקה דמעיקרא אלא בשראינו כן קודם קבלת העדות אבל אם ע"פי העדים אנו חיים לית לן בה והשתא אותה סוגיא שבפ"ד אחין דמוכחינן דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא מיירי בהכי שלא ראינו ולא שמענו אלא מפי העדים המכחישין זא"ז ומ"מ אנכי לא ידעתי אמאי זה דחה הרב דבריו שכתב בסימן מ"א דטעמא דמתני' היינו משום דאתרע לה לחזקה דמעיקרא כמ"ש התוס' בפרק הכותב מתוך מאי דאסיקו התם בפ"ד אחין דתרי ותרי חזקה דרבנן כי אלו לפום מאי דס"ד דתלמודא דהתם ניחא וכבר כתבנו כי לפום מאי דס"ד דתלמו' אין מקום לפרש מתני' בכה"ג דא"כ יכולה היא לחלוץ ואדרבא אם לא תחלוץ איכא איסורא מדאורייתא והוא תימא בעיני וכעת צ"ל.

ודע שמהרימ"ט בתשו' ח"א סימן קל"ח דקפ"ז ע"ג הקשה בהוכחה זו שהכריח הר"ן דמ"ש מכל תיקו דממונא דאזלינן ביה בתר חזקה דמעיקרא ותמה עליו דמה הוכחה היא זו דחזקה דממונא ודאי דעדיפא טובא מחזקה דפנויה שהרי חזקה דממונא עדיפא מחזקת הגוף דעדיפא מחזקת דפנויה ואם חזקת ממון עדיף מחזקת הגוף כ"ש מחזקת פנויה דגריע לגבי חזקת הגוף שהרי בפרק מי שמת תנן לא כתב לה ש"מ הוא אומר ש"מ היה והם אומרים בריא היה רמ"א אם בריא הוא עליו להביא ראיה שהיה ש"מ וחכמי' אומרי' המע"ה אלמא רבנן לא חיישי לחזקת הגוף דברי הוה במקום חזקת ממון ובס"פ המדיר בשמעתתא דכלה אמרינן לא תימא ר"י לא אזיל בתר חזקה דגופה כלל אלא כי לא אזיל ר"י בתר חזקה דגופה היכא דאיכא חזקת הגוף כו' וחזקת דגופה עדיפא מחזקה דפנויה כדמוכח התם גבי מומין כדכתבו התוס' שם דמהני חזקת הגוף אעפ"י שיש חזקה אחרת כנגדה דהיינו העמידנה בחזקת פנויה א"כ היכי מדמי הר"ן חזקת פנויה לחזקת ממון דעדיפא טובא וכתב וז"ל ונראה שעיקר ראית הר"ן היינו ממ"ש שהסכימו כל גדולי האחרונים שאפי' תקפו תובע מוציאין אותם והיינו משום דמוקמינן ממונא בחזקת מרא קמא ומפקינן לו מיד התוקף והיינו דומיא דחזקה קמייתא דפנויה אבל חזקת ממון דעדיף מחזקת הגוף היינו הוצאת ממון מיד בעליו הראשונים עכ"ל.

ואנכי לא ידעתי מה יענה הרב ביום שידובר בו ההיא דפ"ד אחין דל"א ע"א דקא' תלמודא דשתי כיתי עדים דחד אמר קרוב לו היו הקדושין וחד אמר קרוב לה מדאורייתא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא דפנויה וקאמר מידי דהוי אנכסי דבר שטייא דבר שטייא זבין נכסי ואתו תרי ואמרי כשהוא חלים זבין ואתו בי תרי ואמרי כשהוא שוטה זבין ואמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת דבר שטייא יע"ש הרי דקמדמי תלמודא חזקה דפנויה לחזקה דממונא ואין לומר דה"נ מוקמינן ממונא בחזקת בר שטיא ומפקינן לה מיד המוחזק שהרי התוס' בפרק האשה שנתארמלה ד"ך ע"א ד"ה ואוקי ממונא כו' כתבו דדוקא בקרקע הוא דאמרינן הכי דכל היכא דאיתיה בחזקת מאריה קמא איתיה אבל במטלטלין אמרינן דהוו בחזקת המוחזק יע"ש הרי דמדמי חזקה דפנויה לחזקת ממון אעפ"י שממון זה לא אתינן לאפוקי מיד המוחזק כי היכי דנימא דדמיין אהדדי על הדרך שכתב הוא ז"ל בדברי הר"ן ז"ל וכעת צ"ע.

הלכה ג

ואם קידש בשטר כותב על הנייר או על החרס וכו' הרי את מקודשת לי הרי את מאורסת לי כו'. הכי איתא בפ"ק דקדושין ד"ט וכתבו התוס' שם ד"ה כתב על הנייר או על החרס וז"ל משמע דשטר כשר על החרס וכו' וקשה דאמרינן בפ"ב דכתובות דכ"ח

האי מאן דבעי לאחוויי חתימת ידיה בב"ד ליכתוב אחספא אבל אמגילתא לא דילמא משכח אינש דלא מעלי וכתב עליה מאי דבעי כו' משמע אבל על חרס ליכא למיחש להכי דאפילו כתוב עליו לא יועיל, ואומר ר"ת דההיא דהכא ודלקמן אתי כר"א דאמר עידי מסירה כרתי וההיא דכתובות אתי כר"מ עידי חתימ' כרתי כו' עכ"ל והדבר קשה דבההיא דכתובות לא שייך שם עידי מסירה כלל וכל כה"ג אף ר"א מודה דפסול כיון דמחמת הכתב אנו באין לדון ואפשר שזייפוהו וכן הקשה הרב ע"י ומה שרצה לתרץ דא"כ אמגילתא נמי לא שייך שיעשה עידי שקר יע"ש אין דבריו מובנים כלל וכה הראני מרן מלכא כמהרח"א נר"ו כתוב בכתב ידו וז"ל ואפשר ליישב דלר"א דאמר עידי מסירה כרתי כל שכתב בכתב ידו ומסרו בפני עדים יש לו דין שטר גמור לגבות אפילו ממשעבדי כמבואר בטח"מ ס"ס ס"ט והשתא לא מצית אמרת דההיא דכתובות אתיא כר"א דכיון דסבור עידי מסירה כרתי אכתי אף אחספא נמי איכא למיחש שמא היום או מחר ילוה לו אדם א' ויכתוב לו כתב על חרס בחתימת ידו וימסרנו בפ"ע ואחר הפירעון בחזרת השטר שוב יחזור ויתבענו בחרס זה שמצא בחתימת ידו ואינו נאמן לומר פרעתי כיון דמצי א"ל שטרא בידי מאי בעי וגם אינו נאמן לומר דכבר החזירו לו השטר וזה שטר אחר הוא שחתם בו על החלק וכסברת החולקים על הטור בסי' ס"ט וכמ"ש שם מרן ב"י וא"כ ע"כ ההיא דכתובות לא מצית לאוקמא כר"א דאדרבא איכא למיחש למידי וברור א"ד וראויים אליו נר"ו.

עוד הקשה הרב עצמות יוסף דלפי מ"ש התוס' בסמוך שלא הכשיר ר"א אלא בגיטין אבל בשטרו' לא אמאי לא אוקמוה להההיא דכתובות אף כר"א דהא איהו לא אמר אלא בגיטין יע"ש וכן הק' הרב ח"ה ז"ל שם בכתובות יע"ש ואין כאן קושיא כלל דהך מילתא במחלוקת היא שנויה שם בפ' כל הגט דלר' יוחנן אף בשאר שטרות מכשיר ר"א כמבואר שם אמור מעתה לסב' ר' יוחנן אין כאן מקום ישוב כיון דגם בשאר שטרות מכשיר ר"א והתוס' בסמוך לא כתבו כן אלא להק' מינה לר"א דסבור התם דלא הכשיר ר"א אלא בגיטין דהך בריי' דהכא הוייא תיובתיה כיון דע"כ לאוקמא כר"א כמ"ש ר"ת אמנם לר"י לק"מ דאדרבא מסייע ליה כמבואר ומה שתי' ז"ל דכתב ידו דמי לשטרי מכר וקדושין משום דנאמן לו' פרעתי ואינו עשוי לעמוד ימים רבים יע"ש הנה התוס' שם בכתובות ד"ה הוציא חלוקים על הרי"ף ז"ל בזה וס"ל בכתיבת ידו אינו נאמן לומר פרעתי לכן העיקר כמ"ש וכ"כ בכרבי הקדש למרן מלכא הרב מהרח"א נר"ו.

ועיין בחי' ה"ה מהרימ"ט שתמה ע"ד התוס' דאמאי לא העמידו הכא והתם כר"מ שאין הכתב שעל החרס ניכר אלא חתימתו לבד ואיכא למיחש דמלת' אחריתי הוה כתיב בה

וחתי' עלה וזה מחק וחזר וכתב ולא מנכרא מילת' דדבר שיכול להזדייף הוא אבל הכא דכת' בתך מקו' לי או שדי מכורה לך וניכרת כתיבתו בטביעות עינא הא ליכא למיחש למידי דודאי גוף כתיבתו הוא וחשיב שפיר שטר בין לענין קדושי אשה בין לענין קניין שדה וכי בעי ר"מ עדים בשטר קדושין כשאין כתיבת השטר אלא מיד סופר אבל אם הוא כתב ידו כמאה עדים דמי וכדתנן בפ' המגרש כתב בכתב ידו כו' וכמ"ש התוס' דגיטין עכ"ל יע"ש. ודבריו ז"ל הן הן דברי התוס' בפרק חזקת דנ"א דאחר שהביאו דברי ר"ת כתבו וז"ל ועוד י"ל דהכא ודקדו' לא איירי אלא בכתיבתה כדאמרינן הוציא עליו כתב ידו וזה אינו יכול להזדייף שהיה ניכר שאין זה כתב ידו עכ"ל והוא תימא איך לא העלה דבריהם על דל שפתיו והנה זה שכתבו התוס' דכת"י אינו יכול להזדייף אין ספק דהיינו דוקא בכתב ידו לחוד קאמרי דליכא חתימת ידו וכ"כ הר"ן ז"ל בפי' ההלכות עלה דמתני' דכתב בכתב ידו ואין עליו עדים וז"ל וכתב ידו בלא חתימתו מהני בדיני ממונות והיינו מאי דתנן בס"פ גט פשוט הוציא עליו כתב ידו ולא קתני חתימת ידו שלא כדברי מי שאומר דכתיבת ידו דמתני' ר"ל חתימת ידו עכ"ל וכונת דבריהם מבוארת בהכי וכמ"ש הרב החסיד מוהריט"א בקונ' גט מקושר דמ"ד ע"ב ויפה השיב על הרב בני יעקב ז"ל שלא עמד על כוונת דברי התוס' ומוהרימ"ט יע"ש.

ועל מ"ש עוד התוס' והך דהכא לא אתייא כר"מ דכיון דבעי' כו' ועדים שע"ג החרס לא חשיבי ואין מוכיח מתוכו כלום ע"כ וכוונתם מבוארת דהוצרכו לזה כי היכי דלא נימא דאכתי אפשר לאוקומי הך בריית' דהכא כר"מ דע"כ לא קאמר ר"מ התם דאין כותבין על דבר שיכול להזדייף אלא דוקא כשאנו באין לדון מכח היכר חתימתן אמנם אי אתו סהדי קמן ומעידים שלא זייפוהו גם ר"מ מודה דכשר וכמו שכן הוא דעת רש"י ז"ל שם בגיטין יעו"ש וכיון שכן הוא אפשר לומר דהך ברייתא דהכא מתוקמא אף כר"מ ובדאיכא סהדי דמסהדו שלא היה בה זייוף כלל וכ"כ בתוס' רי"ד בשמעתין לזה כתבו דהך ברייתא לאו כר"מ דלר"מ אף אי אתו סהדי השטר פסול דבעי' מוכיח מתוכו שהם ז"ל אזלי לשיטתייהו דחלוקין על רש"י בזה כמבואר שם בפ' המביא תניין ד"ה מאן חכמים יע"ש ותמה ע"ז הרב בני יעקב בדקי"ג ע"ג דמדברי הרשב"א ז"ל שם בחי' לגיטין נר' דדעת ר"ת בזה כדעת רש"י דלר"מ לא בעי' מוכיח מתוכו וכיון שכן למה זה נדחק ר"ת ז"ל לאוקומי הך ברייתא כר"א כיון דגם כר"מ אתייא כמדובר והוא ז"ל ניחא ליה דכיון דברייתא סתמא קתני כתב על החרס משמע ליה לר"ת אפי' לכתחילה קאמ' והא ליתא לר"מ דלדידיה אסור שמא תזייף ויבא לסמוך על עידי חתימה ומשו"ה אוקמא כר"א ושוב נרגש ממ"ש התוס' דעדים שעל החרס לא חשיבי ואין מוכיח מתוכו ונדחק בפי'

דבריהם ושוב דחאו מדברי התוס' בפ' חזקת דנ"א יע"ש ואי מהא לא אירייא דאפשר ואפשר דהני מילי לאו ר"ת גופיה אמרם אלא הן הן דברי התוספות ז"ל דאזלי לשיטתייהו דס"ל דלר"מ בעי' מוכיח מתוכו ומצאו מקום וסייוע לדברי ר"ת ז"ל שכתב דהך ברייתא אתייא כר"א ודלא כר"מ ואולם ר"ת גופיה לא תירץ כן אלא מההכרח האמור דברייתא סתמא מיתנייא.

אך הדבר הקשה בזה הוא שאם עיקר דברי ר"ת לא נאמרו אלא מהטעם האמור דברייתא סתמא מיתנייא הא ודאי אין זה הכרח כלל לאוקמא דוקא כר"א דאפש' דמשו"ה נקט תנא סתמא ולא פי' דדוק' בדיעבד שעבר וכתב ובדאיכא סהדי קמן משום דתנא נקט מילתיה ככ"ע בין לר"א ובין לר"מ ואי הוה מפרש דבדיעבד דוקא קא' כמ"ש הרב ז"ל לא מצית לאוקמא אלא כר"מ כמובן מש"ה נקט סתמא כתב על החרס וסמך על המבין דלמר כדאית ליה עידי מסירה כרתי היינו אפי' לכתחילה ולמר כדאית ליה עידי חתימה כרתי אינו אלא דיעבד וברור באופן שאי אפשר לומר שזו היתה הכרעת ר"ת לאוקמא לברייתא כר"א אם לא מהכרח התוס' ז"ל והדרא קושיין לדוכתא כמדובר ונראה דמעולם לא קאמר ר"ת דלר"מ כשר על דבר שיכול להזדייף אי אתו סהדי ומסהדי קמן דהא כיון דשטרא גופיה לאו כלום הוא כיון דבידו לזייפו האי שטרא חספא בעלמא הוא ואין כאן שום שטר ומה בצע בהעדאת העדים שאומרים שלא זייפוהו כל שהשטר גופיה אינו ראוי לקדש בו ובידו לזייפו ונמצא שאין כאן שטר כלל והר"ז דומה למקדש בשט' שכתבו שלא לשמה שפיסולו מגופו ה"נ דכוות' כמבואר ברם בההיא דכתב לגרש בו את הגדולה וגרש את הקטנ' דיכול לגרש בו את הגדול' סבור ר"ת דאפי' לר"מ אי אתו עידי חתימה ומסהדי דגרש את הגדולה כשר מטעמא דשטרא גופיה מיהא חזי ואין בו שום פיסול מצד עצמו כלל אלא דאנו מסופקים מבחוץ שמא לא מסרו לגדולה אלא לקטנה כל כה"ג כל דאתו סהדי ומסהדי דלגדולה מסרו שפיר דמי דעדותן מועלת ואין זה דומה לכתב שיכול להזדייף וכמו שביארנו והרשב"א שם בחידושיו לא קאמר אלא שדעת רש"י דסבור דגם אם כתבו על דבר שיכול להזדייף אי אתו סהדי ומסהדו קמן כשר והק' עליו התוס' מההיא דפ' כל הגט דאוקמוהו למתני' כר"א מוכח דאפי' אי אתו סהדי קמן אפי"ה לא מכשר דכלפי קושייא זו בא הרשב"א ליישב דעת רש"י ולומר דמההיא דפ' כל הגט ליכא תברא דאפשר דסבור כסברת ר"ת דס"ל בההיא דפרק כל הגט דגם כר"מ אתי אבל אין מזה הכרח לומר דר"ת אזיל ומודה לסברת רש"י דבדבר שיכול להזדייף אי אתו סהדי קמן מכשיר ר"מ כיון דהשמים בינו לבינו כמ"ש.

וע"פ האמור יתיישב מה שהוקשה לו עוד להרב בני יעקב שם בדקכ"ו עמ"ש הריטב"א

בחי' בפ"ב דגיטין שדחה דברי רש"י וכתב דאף דאתו סהדי קמן לא מכשר ר"מ ואלו בפ' כל הגט הסכים לדעת ר"ת ז"ל וכן תמה על הרמב"ן יע"ש וע"פ האמור ומדובר צדקו דבריה' ז"ל והרואה דברי הריטב"א שם בפ"ב לבבו יבין דכונתו כמו שאמרנו ומדוייקים דבריו שכתב וז"ל ומיהו אפילו אתו עדים של שטר ומעידים שלא זייף כלום לר"מ ודאי אינו כשר דכיון דשטרא מגופיה לאו כלום הוא שהרי היה יכול להזדייף ה"ה דפסול בעדים שהעידו שלא זייפו ע"כ דברים אלו מורין כמ"ש וברור וע"פ זה יש ליישב דברי מרן ב"י ז"ל שהביא דבריו סתם בההיא דהיו מוחזקים בעבד כו' וקרא עליו ערער הרב בני יעקב ז"ל כיון דאיכא כמה מרבוותא ז"ל הלא הם רש"י ור"ת והרמב"ן והריטב"א דס"ל דלא בעינן מוכיח מתוכו למה סתם דבריו עיין שם בדקכ"ז ע"ד וע"פ האמור לא מצינו מי שיסבור כן זולת רש"י ותוס' רי"ד בדבר שיכול להזדייף דוקא.

ועל מ"ש עוד התוס' וז"ל ואע"ג דאמרינן בגיטין לא הכשר ר"א אלא בגטין אבל בשטרות לא הנ"מ בשטרות העומדות לראיה אבל זה אינו עשוי כו' כעין גטין הוא עכ"ל, ודבריהם מבוארים דחילוק זה לא ניתן ליאמ' אלא לר"א אבל לר"מ דאמר ע"ח כרתי גם שטרי קניין ודאי פסולי' על החרס דהא גיטין שטרי קניין הם ופסולים לר"מ אך בס' אסיפת זקנים למס' כתובות כתב ע"ש הרמב"ן וז"ל דכי בעינן כתב שאינו יכול להזדייף היינו בשטרי ראיה שעומד ברשות הקונה אבל שטרי מקנה שעושין לשעתו לקנות בו ולזורקו אע"פ שיכול להזדייף כשר כי לעולם אין מביאין ראיה ממנו לב"ד אלא שהעדים יעידו למחר שזכה זה בשטר כתוב וחתום כראוי ואתייא מתני' אפי' כר"מ דאמר עידי חתימה כרתי והוא תימא דהא לר"מ אף בשטר העשוי לשעתו מיפסיל בדבר שיכול להזדייף וכדאשכחן בגט דפוסל בו ר"מ אף דאינו אלא לשעתו לגרש בו את האשה וכדאיתא בפ' המביא תניין דכ"ב יע"ש וכבר עמד ע"ז הרב בני יעקב דקכ"ו ע"ב ומה שרצה ליישב בזה אינו מן הישוב וכעת צ"ע.

ובעיקר דברי התוס' הללו שכתבו דכל שטרי קניין העשויין לשעתן דינן כגיטין וכי קאמר לא הכשיר ר"א אלא בגיטין ודכוותייהו קאמר וקידושי' לגיטין דמו שעיקרן אינן אלא לראיה וכן כתב הרמב"ן ז"ל בפ' חזקת והר"ן בפי' ההלכות שם בגיטין אמילתיה דר"א דאמר לא הכשיר ר"א אלא בגיטין יע"ש הק' הרב בני יעקב דק"ל ע"א על הרמב"ן והר"ן ממ"ש בפ' המגרש עלה דההיא דהלכתא כר"א בגיטין אבל לא בשטרות דהא בשטרי קניין קאמר דהא מקרא דוכתוב בספר וחתום גמר וההיא בשטרי קנין הוא יע"ש ומאי שנא האי מהאי כיון דהך מילתא דאין כותבין ע"ד שיכול להזדייף מלמען יעמדו ימים רבים גמר לה התם בפ' כל הגט והוי בשטר מקנה והצריכה עיון יע"ש ואין זה

מן התימה דשאני ההיא דלמען יעמדו ימים רבים דלעיל מיניה כתיב את ספר המקנה ואת ספר הגלוי ופי' רש"י שם בפי' ספר הגלוי הוא אשרתא דדייני לעשות הדבר גלוי ומפורסם פן ימותו העדים יע"ש וכיון שכן י"ל דעלה קאי מה שאמר הכתוב דלמען יעמדו ימים רבים כיון שעומד לראיה פן ימותו העדי' כמ"ש רש"י ואע"פ שסיים וכתב ורבותינו פי' לענין גט פשוט ומקושר יע"ש מ"מ למסקנ' דהתם דר"פ גט פשוט דאמרי' דגט מקושר דרבנן וקרא אסמכתא בעלמא ע"כ לפרש כמ"ש רש"י ז"ל וברור.

והנה הר"ן ז"ל בפי' ההלכות כתב כדברי התוספו' דהך ברייתא דכתב לו על החרס אתיא כר"א דעידי מסירה כרתי ומשו"ה כשר על החרס ומיהו דוקא בדלית ליה עדים אבל בדאית ביה עדים אפי' לר"א פסול גזירה דילמא אתי למסמך עליה בעידי חתימ' לחוד דמודה ר"א במזוייף בתוכו שהוא פסול כדאיתא בגטין עכ"ל, ושמעתי מפי קדוש מרן מלכא מהרח"א נר"ו שהוק' לו מהא דאמרי' בפ"ק דגטין ד"ט בג' דרכים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים כו' ופרכינן והא איכא לשמה ומחובר ומהדרינן במסקנא דכי קתני מילתא דליתא בקדושין מילתא דאיתא בקדושין לא קתני ופי' רש"י ז"ל דערכאות ליתא בקידו' היכא דאיכא עידי מסירה ישראל דבגט ושחרור הוא דגזרינן דילמא אתי למסמך עלייהו ומצרכינן ליה גיטא אחרינא אבל בקדושין כיון דמדאורייתא מקודשת משום ע"מ אי אמרת שאינה מקודשת שרית אשת איש לעלמא ע"כ ומעין זה כתבו התוס' שם ד"ה כי קתני הכי להדייא דהאי דגזרינן במזוייף מתוכו דילמא אתי למסמך עלייהו אינו אלא בגיטין ודוכוותיה אבל בקידושין לא גזרינן וזה הפך דברי הר"ן ז"ל שכתבנו ובחי' הר"ן לגיטין הביא דברי רש"י וגמגם עליהם דכי היכי דגבי גט אמרינן דהגט פסול וקדושי אחר תופסים בה ה"נ נימא בקדושין ולכך כתב הוא דבקדושין מילתא דלא שכיחא היא ולכאורה נראה שכוונתו לומר דמילתא דלא שכיחא הוא לחוש לפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר וכמ"ש התוס' והרשב"א בחי' שם ולבאר דברי רש"י הוא בא וכיון שכן קשה דזה הפך מ"ש כאן דגבי קידושין אי איכא עדים פסול משום גזירה דילמא אתי למסמך אבל אפשר לדחות דכונתו לומר דמילתא דלא שכיחא היא שיעשה שטר קדושין בערכאות של גויים אבל בגיטין לפי שע"י קטטה הוא מגרשה מצוי הדבר לגרשה בערכאות של גויים וכ"כ בחי' הרשב"א ז"ל ואם זו היתה כונתו אפשר דסבר ז"ל דגם בקידושין גזרינן דילמא אתי למסמך עליה ואף דמן התורה מקודש' מ"מ נ"מ לחזור ולקדשה וכמ"ש מרן בספ"ה מה' נדרים ע"ד הראב"ד שכתב דאם קדש בגדולין צריך לחזור ולקדש יע"ש אך קשה שהר"ן ז"ל כתב עוד שם בחידושיו לגיטין ועוד דכולהו קדושין לאו בשטר נינהו דהא אפשר בקדושי כסף או ביאה ורובא דעלמא בקידושי כסף

מקדשי כיון שכן מילתא דלא שכיחא היא ולא גזרי' אבל בגיטין דלא אפשר אלא בגט חיישינן ע"כ, ולפי פירוש זה האחרון אכתי תורה יוצאה דקידושין ליכא למגזר דילמא אתי למסמך בע"ח בלא עידי מסירה וכיון דמילתא דלא שכיחא היא דרובא מקדשי בכסף כמ"ש ז"ל וכיון שכן ק' איך כתב הכא בפשיטות דאי איכא עידי חתימה פסול אף בע"מ משום גזירה דילמא אתי למסמך עליה דזה אינו לפי הפי' האחרון שפי' שם וכדאמרן ועיין עוד להרב בני יעקב דקכ"ז ע"ב וג' במה שתמה עוד ע"ד הר"ן ז"ל יע"ש ע"כ באו דברי מרן מלכא ז"ל.

והנה הרואה יראה שהרב נר"ו עמד מתמיה ע"ד הר"ן ז"ל בין ממ"ש התוס' שם בפ' המביא ובין ממ"ש הר"ן גופיה בא' מהטעמים הנז' ולא כן אנכי עמדי דלפי מה שפי' התוס' ז"ל ל"ק כלל שהם ז"ל נתנו טעם לדבר דבקדושין לא חיישינן משום דלא נפיק מיניה חורבה דאם יסברו לסמוך אעידי חתימה הם אוסרים את המותר וכיון שכן י"ל דהכא ודאי גבי דבר שיכול להזדיי' שייך למגזר דיפיק מיניה חורבה דדילמא אתי למסמך אעידי חתימה וכיון דהוי דבר שיכול להזדייף אפשר שיזדייף ותכתוב איזה תנאי בשטר מאי דלא הוה מעיקרא ואם יסמכו אעידי חתימה מתירין א"א לעלמא אם לא קיימה האשה אותו תנאי הכתוב בשטר ונמצא מתירין את האיסור ואולם אי קשייא לדברי הר"ן דוקא קשייא וכדבר האמור וכבר עמד ע"ז הרב החסי' מוהריט"א נר"ו בקונ' גט מקושר בסי' ד' דל"ה ע"ג וע"ד יע"ש.

הלכה ד

וצריך שיכתוב לשם האשה כו' כתבו שלא לשמה כו' אינה מקודשת כו'. הכי איתא בגמ' בפ"ק דקדושין ד"ט ע"א אתמר כתבו לשמה ושלא מדעתה רב פפא ורב שרבייא אמרי אינה כו' הנה רבינו ז"ל כאן פסק כרב פפא ורב שרבייא דאינה מקודשת ולפ"ז מתני' דאין כותבין שטרי ארוסין ונשואין אתייא כפשטה בשטרי אירוסין ממש כדקאמרינן בשמעתין אבל הוא ז"ל בפכ"ד מה' מלוה ולוה הביא למתני' דאין כותבין שטרי אירוסין ונשואין בנראה שהוא מפרש לה בשטרי פסיקתא וכ"כ ה"ה שם יע"ש וכבר עמד ע"ז הל"מ ואין זו קושייא כ"כ דאע"פ שהוא פוסק כרב פפא ורב שרבייא מפרש להה"א מתני' בשטרי פסיקתא כיון דרבא ורבינא מפרשי לה הכי ולענין דינא במקדש שלא מדעתה פסק כרב פפא ורב שרבייא דמסתבר טעמייהו ורב אשי קאי כוותייהו בפ' הנושא ואינהו לא פלוג בעיקר דינא בשטרי פסיקתא ארבא ורבינא אך מה שקשה טובא לדעת רבינו ז"ל הוא מה שהוקשה לו עוד להרב לח"מ דמאחר דרבינו פסק בפ"ו מה' זכיה ומתנה די"ז דדברים הללו לא ניתנו ליכתב ובפ' הנוש' דק"ב אמרי'

דמאן דאית ליה הכי מוקי הך מתני' דשטרי ארוסין בשטרי אירוסין ממש ולא בשטרי פסיקתא דאי בשטרי פסיקתא הא לא ניתנו ליכתב ומאי אין כותבין אלא מדעתן דקתני אלא ע"כ בשטרי אירוסין ממש קאמר כדאיתא התם א"כ איך מפרש לה רבינו בשטרי פסיקתא, והלח"מ תירץ דלפי המסקנא דתירצו לברייתא אחרת דמייתי התם תלמודא הכא במאי עסקינן בשקנו מידו הך מתני' דאין כותבין שטרי ארוסין נמי מצינן לתרוצי בהכי בשקנו מידו ומיירי בשטרי פסיקתא בשקנו מידו ואע"ג דבקנו מידו לא בעינן דעת דסתם קנין לכתיבה עומד הכא בשטרי פסיקתא לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא בעי' דעת שניהם עכ"ל יעש"ב והרואה יראה שאין בזה כדי שביעה דמה טעם לחלק בין שטרי פסיקתא וקנו מידו לשאר שטרי קנין כיון דסתם קנין לכתיבה עומד מה לי שטרי פסיקתא מה לי שאר שטרי קנין.

ואולם אפשר ליישב באופן אחר דלפי מה שנראה מדברי רבינו בפ"ו מה' זכיה שהוא מפרש מאי דבעי רבינא דברים הללו ניתנו ליכתב או לא ניתנו ליכתב שהכונה אי מהני בהו כתיבה לגבות ממשעבדי או לא מהני בהו כתיבה דאפילו נכתבו אינו טורף ממשעבדי שלא עלה על דעתם להשתעבד באמירה שלהם אלא אצל ב"ח אבל לא אצל משועבדין כמ"ש שם ה"ה ולפ"ז כי פריך ליה רבינא ור"א דאמר לא ניתנו ליכתב ולא מהני בהו כתיבה ממתני' דאין כותבין שטרי ארוסין אלא מדעת שניהם הכי פריך דאם איתא דאפילו יכתוב לא מהני בהו כתיבה לטרוף ממשעבדי למה לי דעת שניהם דדעת שניה' מאי מהני וע"ז תריץ יתיב שפיר ר"א דמתני' בשטרי אירוסין וכרב פפא ורב שרבייא ועל זה הוקשה לו לרבינו קושיית התוספו' שם דכיון דרבינא ס"ל דשטרי ארוסין לא בעינן דעתא וע"כ לאוקמא להך מתני' בשטרי פסיקתא א"כ מאי קמבעיא ליה אי דברי' הללו ניתנו ליכתב או לא תפשוט ליה מהך מתני' דמהני בהו כתיבה לטרוף ממשעבדי מדבעינן דעת שניהם וליישב זה משמע ליה לרבינו דאע"ג דמתני' איירי בשטרי פסיקת' אכתי ספוקי מספ"ל לרבינא בפירושא דמתני' דאין כותבין אלא מדעת שניהם דילמא אף על גב דלא ניתנו ליכתב ולא מהני בהו כתיבה לטרוף ממשעבדי מיהו הבא לכתוב דברים הללו לראיה בעלמא ולטרוף מבני חרי מיהא לא יכתוב אלא מדעת שניהם כלומר עד שידע מפי שניהם שנתרצו בדבר וגמרו אפסיקא דומייא למאי דקתני לעיל מיניה כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו דהכונה אע"פ שאינו יודע מפי המלוה שאם הלוהו אם לא וכותבין שטר למוכר אע"פ שאין הלוקח יודע ועלה קתני דשטר אירוסין אין כותבין לראיה ביד אחד מהם אלא מדעת שניהם דאע"ג דאין בשטר זה דין שטר ויכול לטעון להד"מ שהרי אין כאן כתיבת ידו מיהו כל שנכתב בשם העדים

פ' פסק כך עם פ' אהני עדותן מיהא לגבות מב"ח ולכך אין כותבין אלא מידיעת שניהם וכעין זה כתבו התוס' שם בד"ה ניתנו ליכתב יע"ש ומאי דפריך ליה רבינא לר"א דאמר לא ניתנו ליכתב ממתני' דאין כותבין אלא מדעת שניהם הכונה דכיון דמתני' אפשר לפרשה לענין גביה ממשעבדי ולהכי אין כותבין אלא מדעת שניהם אמאי מפשט פשיטא לך לו' דלא ניתנו ליכתב דלא מהני ליה כתיבה וכ"כ בשיטת הראשונים ז"ל יע"ש ודחי ליה ר"א דמתני' בשטרי אירוסין ולהכי מפשט פשיטא לי בשטרי פסיקתא דלא מהני בהו כתיבה ומ"מ שמעינן לרבינא דלא מצי לאוקמא בשטרי אירוסין ממש דהא איהו ס"ל דאפי' שלא מדעתה מקוד' דמתני' בשטרי פסיקתא איירי וכיון דקי"ל כר"א דמפשט פשיטא ליה דדברים הללו לא ניתנו ליכתב ע"כ לפרש מתני' לרבינא בשטרי פסיקתא וכפירושא דאמרן דאין כותבין שטרי פסיקתא לראיה ולגבות מבני חרי אלא מידיעת שניהם שגמרו ביניהם הפסיקא כדבר האמור והן הן דברי רבינו בפכ"ד מה' מלוה ולוה.

א"נ אפשר לומר דרבינו משמע ליה דכי אקשי ליה רבינא לר"א ממתני' דאין כותבין שטרי אירוסין ונשואין אלא מדעת שניהם היינו משום דפשטא משמע דאפי' לא אמר לו המתחייב לכתוב כל שהוא בידיעת שניהם ששניהם נתרצו בדבר דידעו גמר הפסיקא אבל לא ידעו בכתיבה דומיא דהנך דלעיל מיניה כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה וכותבין שטר למוכר אעפ"י שאין לוקח עמו ולהכי אקשי ליה רבינא לר"א דאם איתא דדברים הללו לא ניתנו ליכתב כלומר דאפי' נכתבו לא טריף ממשעבדי מפני שאין דעת שניהם להשתעבד באמירה אלא אצל בני חורין אבל לא אצל משועבדין דעת שניהם ל"ל כיון דליכא תועלת לגבות ממשעבדי בידיעה.

ואולם רבינא גופיה אע"ג דאיהו מוקי להך מתני' בשטרי פסיקתא כמ"ש התוס' ז"ל ניחא ליה מתני' דבעי דעת שניהם דאיהו לא מספקא ליה אי ניתנו ליכתב או לא כלו' אי אהני כתיבה לגבו' ממשעבדי אלא כשנכתב שלא בלשון חיוב ומדעת המתחייב אלא באמירה בעלמא פ' אמר כך ופ' אמר כך והיינו טעמא כמ"ש ה"ה ז"ל שלא עלה על דעתם באמירה לבד אצל משועבדים הילכך אפי' נכתב בספר אמירה זו אינו טורף אבל כשנכתב בלשון חיוב בצווי המתחייב שחייב עצמו טורף ממשעבדי שהרי אין כאן אמירה לבד כי אם חיוב בשטר וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות בפירקין על פי' זה וז"ל שהטעם שכיון שלא קבלו עליהם בחיוב ולא פירש חייב אני לך מנה לבני לענין המשועבדים לא קנו אלא א"כ פי' חייב אני לך מנה בשטר יע"ש וכמ"ש כל זה הרב נתיבות משפט דצ"ה ע"ב.

אשר ע"פ זה מ"ש רבינו בפכ"ג מה' אישות וז"ל מהו אלו שפסקו לזון אותם אם קנו מידו או שחייב עצמו בשטר הרי זה כבעל חוב וטורפת עכ"ל, יע"ש ועיין להב"ח בא"ה סי'

נ"א הרי דמשמע ליה לרבינו דחיוב בשטר מהני אע"ג דלא קנו מידו אע"ג דהוא ז"ל כתב בפ"י מה' זכיה דדברים אלו אינן כשטר לטרוף בהם כלומר דלא מהני בהו כתיבה לטרוף ממשעבדי אלא ודאי דיש חילוק בין כתיבה בלשון חיוב ומדעת המתחייב לכתיבת הדברים בלבד פ' אמר כך לפ' מעתה מתני' דאין כותבין שטרי אירוסין ונשואין אלא מדעת שניהם מצינן לפרושה שפיר בכה"ג דאין כותבין שטרי פסיקתא בלשון חייוב אלא מדעת שניהם דכשהוא מדעת שניהם שגילו דעתם בפי' שרצונם להתחייב בשטר כותבין בלשון חייוב בשטר ואז גובה ממשעבדי ורבינא דחיק ומפרש מתניתין בהכי אע"ג דלא הוי דומיא דהנך דלעיל כמ"ש התוס' אלא דרב אשי דמפשט פשיטא ליה טובא דלא ניתנו ליכתב אקשי ליה מהאי מתני' דפשטא אזלא כהנך דלעיל ודחי ליה דהאי מתני' מיתנייא לענין שטרי אירוסין ממש דלא שייכא כלל בהנך דלעיל והילכך לענין הלכה דקי"ל כר"א דדברים הללו לא ניתנו ליכתב מפרשינן למתניתין בשטרי אירוסין ושטרי פסיקתא וכדמפרש לה רבינא לענין שאין כותבין אותם הדברים בלשון חייוב שנתחייבו בשטר עד שיהיה מדעתם ומרצונם להתחייב בשטר ואז גובה ממשעבדי כלע"ד ועיין בב"ה שער ס"א ח"א ובספר גד"ת שם דף של"ז ע"ג במה שתמה שם עמ"ש התוס' דתלמודא משמע ליה דאין כותבין אלא מדעת שניהם היינו בידיעת שניהם דומיא דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין המלוה עמו ותמה על דבריהם דעל דדייקי מרישא לדייקו מסיפא דקתני אין כותבין למלוה עד שיהא לוה עמו יע"ש וע"פ האמור ניחא דרבינו גופיה הכי מפרש למתני' אלא דלר"א הוא דפריך דמפשט פשיטא ליה מילתא דלא ניתנו ליכתב דכיון דמתני אפשר לפרושה דדומיא דהנך דלעיל הוא דקתני ולא דומיא דסיפא אמאי פשיטא לך מילתא לומר דלא ניתנו ליכתב ודוק.

הלכה ה

והמקדש בביאה מסתמא דעתו על גמר ביאה. והנה התוס' בפ"ק דקדושין דיו"ד ד"ה כל הבועל הק' וז"ל תימה דבפ' הבע"י ילפינן דאשה נקנית בהעראה כו' ואומר רשב"א דהתם בשלא עשה כי אם העראה ופירש דמוכח דלא היה דעתו לקנות על גמר ביאה אבל הכא מיירי בשגמר ביאתו וריב"ם תירץ במפרש לקנות בהעראה והכא בשלא פי' דבסתם דעתו על גמר ביאה עכ"ל הרב מוהרימ"ט ז"ל בתי' שם משמע ליה דרשב"א וריב"ם פליגי לענין דינא דלריב"ם אינו קונה בהעראה אם לא בשפירש בהדיא שדעתו לקנות בהעראה לבד ואפי' הערה ופירש לא קנה כל שלא פי' ועפ"ז ק"ל דאמאי לא אמרו בגמרא דנפקא מינה אם הערה ולא גמר אך לפי' רשב"א ניחא דהא פשיטא דמקודשת כמבואר והוא ז"ל תירץ דכשלא גמר אין ס' שאינה מקודשת דהו"ל כאומר הרי את מקודשת במנה ולא

נתן לה אלא דינר דאמר ר"א ה"ז מקודשת וישלים וכמ"ד לה ע"מ דמי וכשינוייא דר"א דמונה והולך שאני סוף ביאה קונה דכולה ביאה במקום קדושין דש"פ קיימא וכי היכי דבש"פ מצי למיהדר בה עד שישלים הפרוטה ה"נ מצי למיהדר ומסיק כל הבועל כו' עכת"ד ז"ל ובכתבי הקדש למרן מלכא מוהרח"א נר"ו כתב עליו וז"ל ובקוצר ידיעתי לא הבנתי כונת הרב ז"ל חדא דלפום מאי דמשני התם ר"א מונה והולך שאני א"כ נראה דבבועל סתם כמונה והולך דמי ואינה מקודשת ועוד דלמאי דמצדד אצדודי ואמר דכולה ביאה במקום קדושין דש"פ קיימה ומה"ט אינה מקודשת אמאי לא הכריחו דפשיטא דאינו כן מטעמא דאי לקדו' דש"פ מדמית ליה א"כ אמאי במפרש לקנות בהעראה מקו' אטו מי איכא מאן דס"ל דאם נתרצתה להתקד' בפחו' מש"פ דמקודש' הא ליתא כמבוא' וכיון דמההי' דיבמו' חזינן דבמפרש לקנות בהעראה דמקודשת הרי מוכח דלאו לקדושין דש"פ דמו אלא למקדש במנה והיכי קאמר דאינה מקודש' משום דדמי כולה ביאה לש"פ ויותר היה נראה לע"ד כמתלמד מדבריו דודאי פשיטא ליה לבעיין דאם הערה בה ופירש שאינה מקו' כיון דגלו דעתייהו מעיקרא להתקדש בביאה וסתם ביאה לגמר ביאה לאנשי משמע להו ולא הערא' אמנם בשגמר ביאתו אפשר לצדד ולומר דמקו' משעת הערה וטעמא דכיון דאי אפשר לגמר ביאה בלא הערה קודם א"כ נמצא דבהערה תליא מילתא שהיא הגורמת הנאה לביאה הא למה זה דומה למקדש בכסף שאין הנאתה מן הכסף בשעת הלקיחה כלל אלא שע"י לקיחת הכסף שלקחה בשעת הקדושין גורם שתהיה האשה נהנית אח"כ וה"ה ה"נ כמובן וכיון דגמר ביאתו נמצא למפרע דהערה הראויה להתקדש בו הויא משא"כ בשלא גמר אף שהערה בה אותה הערה לא חשיבה כלל ודוק עכ"ל.

והאמת יורה דרכו דהני תרי שנויי לא פליגי ומר אמר חדא ומא"ח וכן משמע מדברי הרא"ש והרמב"ן והרשב"א והריטב"א וכ"כ הרמ"ל בפי"ז מה' א"ב דט"ו ד"ה נסתפקתי בכ"ג שבא לקדש אשה כו' יע"ש וכתב עוד הרמ"ל שם דאף לפי תירוץ רשב"א וריב"ם אסור לכ"ג לקדש בביאה אם לא שיגמור ביאתו או שיפרש שדעתו לקנות בהערה וליכא למימר דכיון דאיכא איסו' לא אמרינן כל הבועל דעתו על גמר ביאה אלא אמרינן דעתו לקנות בהערה דהא קושיא זו שהקשו הראשונים היא ג"כ על הבעיין דמאי קבעי וכי לא גמר מס' יבמות דגמרי הערה דאשה לבעלה מקיחה קיחה ועוד דהרמב"ן והרשב"א החזיקו פירושם מדלא קאמר הבעיין נ"מ להערה בה ופירש כו' יע"ש.

וכתב על זה מרן מלכא מהרח"א נר"ו וז"ל ואף כי דברי הרב אינן צריכין חיזור ותור' אמת היתה בפיהו ומה גם שכבר עשה לו סמוכות הן מדברי הבעיין עצמו הן מדברי

הרמב"ן והרשב"א ע"ד הבעיין עכ"ז נראה שהדין דין אמת מטעם אחר דחזינן להראשו' ז"ל שאחר שכתבו דבסתם אינו קונה בהעראה הם אמרו דיבם ליבמה אף בסתם קונה משעת העראה והכריחו מההיא דפרק כיצד בכ"ג שנפלה לו יבמה מן האירוסין דמדין תורה מיבם אותה משום דאתי עשה ודחי ל"ת כו' ככתוב בחי' הרשב"א והריטב"א והר"ן ז"ל בפי' ההלכות ואי אמרת דבכ"ג אף בסתם הו"ל כפירש כיון דאיכא איסורא אין משם ראיה דהתם שאני משום דהו"ל כפירש כיון דאיכא איסורא כדאמרן אמנם ביבמה דעלמא דלא שייך האי טעמא אה"נ דכל שלא פירש וגמר ביאתו אינו קונה כי אם בגמר ביאה אלא מוכרח שדינו דין אמת דגם בכ"ג על הסתם דעתו על גמר ביאה ולא אמרינן דכיון דאיכא איסו' הו"ל כפירש כמבואר.

ומכאן ק"ל למ"ש הריטב"א הביאו מרן ב"י ז"ל בא"הע סימן מ"ה שאם יש חרם בעיר שלא לקדש אשה אלא בעשרה אין חוששין לסבלונות שמא הם קדושין וכ"כ מהרי"קו בשורש קע"א שאם שלח סבלונות בשבת שאין חוששין לקדושין יע"ש ומבואר טעמם דכיון דאיסור רביע עלייהו שלא לקדש אף שהוא איסור מדרבנן ודאי דלא עביד איסורא ולא לשם קדושין שלחם וכדבריהם פסק שם מור"ם ז"ל ועיין להרב פ"מ ח"א סימן פ"ח דף רכ"ד ע"ג הלא בספרתם ולפי דבריהם ז"ל אמאי לא אמרי' הכא נמי דאף שגמר ביאתו ולא פירש דלהוי כאלו פירש דאלת"ה איסורא רביע עליה דקעבר על עשה דבתולה יקח דומיא דסבלונות דאף דסתמא הוו קדושין מ"מ כל שיש שם איסור אמרינן דהו"ל כאלו גלי דעתיה דלשם מתנה שלחם ולא לקדושין כמ"ש ז"ל.

שוב ראיתי לה"ה מופת הדור בספר מש"ל ברפ"א מה' מכירה שתמה משמעתין דהכא ומתוך מה שהעלו הראשונים על תשו' ה"ה מהריב"ל ח"א סוף כלל י"ג שכתב שאע"ג דבמקום שכותבין שטר לא קנה בכסף לבדו אם לא היכא דפריש היכא דאיכא שבועה הוי כפריש וקנה בכסף לבד או בשטר לבד עכ"ל ותמה עליו דלפי מאי דפירשו הראשונים בשמעתין הויא תיובתיה יע"ש, ובסוף דבריו העלה שיש לחלק בין היכא שהוא בדה את האיסור להיכא דהאיסור בא מעצמו שבנדון הריב"ל שנשבע לקיים את המקח הוי כאלו באותה שבועה שנשבע כאלו גילה דעתו שרוצה לקנות באותו קנין משא"כ גבי כ"ג דליכא שום גילוי דעת שרוצה לקנות בתחילת ביאה עכ"ל והדבר ברור שאין זה מעלה ארוכה ומרפא למה שהקשינו ע"ד הריטב"א ומהרי"קו ז"ל בההיא דסבלונות כמובן.

כי ע"כ בהורמנותיה דמר אנא דאמרי דאפשר לחלק ולומר דע"כ לא כתבו הראשונים דבכ"ג אף על הסתם לא קנה ולא אמרינן כיון דאיכא איסורא הוי כאלו פירש אלא דוקא

בההיא דהעראה דלאו כ"ע דינא גמירי וסוברים דכל שלא גמר ביאתו לא חשיב בעולה וכיון שאינו יודע זה מסתמא דעתו על גמר ביאה ואף דבכ"ג ליכא למיחש שטועה בזה וכדאמרינן הגדול מאחיו שיהא גדול בחכמה מ"מ אף דבדידיה ליכא למימר דטעי בהכי מ"מ בעינן דעת האשה ג"כ ואם הוא מכוין בתחילת ביאה משו' שיודע דבגמר ביאה נעשית בעולה ואסירא ליה אכתי היא האשה אינה יודעת דבהעראה נעשית בעולה ודעתה לגמר ביאה וכיון שאין כאן דעת שניהם אינה מקודשת משא"כ בההיא דמהריב"ל והריטב"א ומהרי"קו ז"ל דידעי אינשי בהכי ובירירא להו איסורא דפשיטא דסתמו כפירושו ודוק עכ"ל מרן נר"ו ומדבריו הללו זאת שמענו דהא דאמרינן דאי פריש בהדיא שדעתו לקנות בהעראה דקני היינו דוקא כשפירש ג"כ האשה שרצונה להתקדש בהעראה אבל אם האשה לא גלתה דעתה אינה מקודשת בהעראה אע"ג דמקדש גילה דעתו שדעתו לקנות בהעראה ודבר זה לא ראינו לשום א' מהפוסקים שיאמרו כן בהדיא.

כ"ע ור"ת תירץ דאחרי שנתרבתה העראה בגמר ביאה א"כ כל מקום שמזכיר ביאה בהעראה קא' וה"ק תחילת העראה קונה או סוף העראה ולמ"ד דהעראה זו הכנסת עטרה דשייך בו תחילה וסוף עכ"ל וכתב ע"ז הרב משל"ל בפי"ז מה' א"ב הט"ו ד"ה עוד כתבו התוספות כו' וז"ל ולא ידעתי לאיזה דבר קרי תחילת העראה אם הוא לנשיקה הוא דבר תימא שתקרא בעולה ותיאסר לכ"ג בשביל נשיקה, ושוב כתב שכן תמה הריטב"א בחי' ע"ד ר"ת יע"ש ולעד"ן דמעולם לא עלה על דעת ר"ת לומר דבנשיקה תקרא בעולה דפשיטא שעדיין בתולה מקרי ולא תקרא בעולה אלא בהכנסת עטרה שזו היא הנקראת העראה אמנם דעת ר"ת לומר דאי סוף ביאה קונה דהיינו אחר גמר העראה אסור לכ"ג לקדש בזה דכיון דהבעילה והקניה באים כא' אי איפשר לצמצם והרי באותו רגע ממש שהוא קונה אותה הרי היא בעולה אבל אי תחילת ביאה דהיינו נשיקה קונה אותה הרי בשעת הקניה היא בתולה ולא נעשית בעולה עד העראה ומש"ה אמרו דנ"מ לכ"ג והדברי' ברורים.

ומהרימ"ט הרבה להקשות על סברת ר"ת הלזו שלפי דבריו אמאי לא אמרו בגמרא דנ"מ אם עשה תחילת העראה ולא גמר להערות ועו' דמאי קמבעיא ליה בתחילת העראה הא כיון דילפי' קיחה קיחה לא קני אלא מה שקונה בעריות דהיינו בהכנסת ראש עטרה גמורה דפחות מכאן ודאי דלא מחייב שאינו אלא נשיקה כדאמרינן בפרק הבא על יבימתו כ"ש גבי קדושין דא"ל דעתו על גמר ביאה ועיין בספר משנה למלך ז"ל, ועוד הקשה דכיון דמסקינן כל הבועל דעתו על גמר ביאה פשיטא דהיינו מירוק לגמרי דומיא דשפחה דאין סברא לומר שדעתו אהכנסת עטרה ותו לא דהא אמרינן בעלמא

תחילתו באונס אעפ"י שלבסוף אמרה הניחו לו שאלמלא נזקק לה שוכרתו פטורה מ"ט יצר אלבשה א"כ היכי אמרינן התם דאשה ניקנית בהראה ולא אמרי' דעתו על גמר ביאה והוא ז"ל יישב דפשיטא ליה לר"ת נמי דבשעשה הראה גמורה ולא מירק דלא הוו קדושין ולא מטעם דלא קניא אלא דקדושי טעות הן שדעתייהו על גמר ביאה והא דאמרינן דניקנית בהראה היינו לענין שלא תוכל האשה לחזור בה דהו"ל כע"מ ומקיים תנאה ואזיל והכא מ"ל בהראה גופה שהאשה ניקנית בה אם מתחילת הראה נקנית דלא מצייא למהדר בה או אם היא חוזרת עד סוף הראה ומסיק כל הבועל כו' ולא סגי בלא מירוק דכולה הראה במקום פרוטה דקדושין קיימא ופחו' מכאן לאו כלום הוא עכ"ל.

ויש לדקדק על דברי הרב חדא דאכתי מה תיקן בזה למה שהקשה דכיון דמקיחה דעריו' ילפינן לה פשיטא שצריך הכנסת עטרה והן עוד היום אף לפי תירוצו ז"ל דקאמר כמ"ש בפרק הבע"י דהראה קונה היינו דלאחר שגומר ביאתו קני משעת הראה א"כ דוקא משעת עטרה ואילך הוא דקני שזהו מאי דילפינן מעריות ולא קודם לכן ומדבריו משמע שרוצה ליישב בזה גם קו' זו כמבואר ועוד דלפי דבריו מוכח דסבור ר"ת שאם פירשו דבריהם מקודם שמתרצים להתקדש בהראה שמקודשת אף שלא גמר ביאתו דהשתא ליכא טעמא דקדושי טעות וזה ברור אם כן עדיין קשה ע"ד ר"ת דאמאי לא אמרו בגמר' דנ"מ אם פירשו דבריהם ואמרו דבתחילת הראה דהיינו נשיקה שתהיה מקודשת אף שלא יגמור דאי אמרינן דכולה ביאה לקדושי פרוטה דמייא פשיטא שאינה מקו' אך אי לקדושי כסף במנה דמו תנאם קיים ומקו' כמ"ש הרב והיא גופה קשיא לדעת הר"ן שכתבו התוס' בתר הכי ועיין בס' עצמו' יוסף דאמאי לא אמרו דנ"מ אם פי' שדעתו לקנו' ולא ידעתי אמאי לא ערער הרב על תי' ר"ן.

וסבור הייתי לומר שאף לתי' ר"ן והיא תי' הרי"ף כל שפירש דעתו לקנות בהראה או שלא גמר ביאתו דמוכחא מילתא שדעתו לקנות בהראה אין ספק שהיא מקו' וכסברת רשב"א וריב"ם ז"ל ומאי דלא אוקמוה ההיא דפרק הבע"י בכה"ג היינו משום דס"ל ז"ל דמ"ש התם אשה לבעלה גמר קיחה קיחה היינו נמי בשגמר ביאתו בסתם דהא דומיא דיבם ליבמה קתני לה התם וביבמה עכ"ל דהיינו אפילו על הסתם וכמ"ש הראשונים ומש"ה הוצרכו להעמידה בביאה שלאחר קדושין ונ"מ להפרת נדריה אם נדרה בין הראה לגמר ביאה דמפר לה בעל או אם מתה בנתיים ליורשה וליטמא לה כמובן וכמו שכן מוכרחין אנו לומר כן לפי דברי ה"ה שאכתוב בסמוך בס"ד אך אמנם אנכי הרואה להרב מש"ל מפשט פשיטא ליה טובא דלהרי"ף ור"ן גאון בכל גוונא אסור לכ"ג לקדש

בביאה אף אי אמרינן דביאה עושה נשואין יע"ש והכי מסתבר וכיון שכן הדרא קושיין לדוכתא אמאי לא אמרו דנ"מ אם פירש דעתו לקנות בהעראה ולא גמר ביאתו וכדאמרן.

ולכן נלע"ד דס"ל להרי"ף ור"ן גאון ור"ת דהעראה לחודה בלא גמר ביאה פשיטא ליה לתלמו' דלא הוו קדושין כלל דאותה העראה כלא חשיב כיון שאין אחריה גמר ביאה והרי זה דומה ממש למקדש בפחות מש"פ שאינה מקו' וע"כ לא נסתפקו בגמ' אלא בשגמר ביאתו דהשתא כיון שאי אפשר לגמר ביאה בלא העראה תחילה חשיבא להו שאפשר דקונה וכמ"ש לעיל ומש"ה אמרו בגמ' נ"מ לפשטה ידה א"נ לכ"ג כו' דבלא"ה אין שם נפקותא כלל ופשטוה שגם בזה אינה מקו' ודוק ועיין להרב מש"ל שם בפי"ז מה' א"ב שכתב ע"ש הרמב"ן בחי' שכתב ע"ש ר"ת שאם פירש ולא גמר ביאתו לדברי הכל לא קנה אבל בשגמר בעינן דמאיזו שעה קנה אם מתחילת ביאה או מסופה ואפשר דהיינו מן הטעם האמור בזה ודוק.

כ"ע ורבינו נסים גאון תירץ דההיא דיבמות אחר קדושין שע"י אותה העראה הוי כנשואה כמו חופה דלאחר קדושין וקשה לפי' דקיחה גבי קדושין כתיב ולא מיירי בחופה כלל עכ"ל גם הרי"ף בפרק הבע"י תי' כתי' רבינו נסים גאון והביא דבריו הר"ן בפי' ההלכות בשמעתין והרשב"א בחי' הוקשה לו בתי' זה כמו שהקשו התוספו' ותירץ שי"ל כי יקח ובעלה משמע ביאה לבתר קדושין כדאיתא בשמעתין וכתב ע"ז ומיהו לא נהיר דא"כ לעולם לא יקנה עד דקדיש ובתר בעיל וכ"ת אתא בעולת בעל וגלי על ביאה לבדה שתקנה א"כ ובעלה לחודה משמע והדרא קושיין לדוכתא עכ"ל ואין דבריו מובנים דאי בעולת בעל גלי על ביאה לחודה שתקנה תו אין לפקפק דובעלה לחודה משמע דאדרבא היא הנותנת לומר דובעלה לאו לחודה משמע דא"כ תרי קראי למה לי בביאה לחודה דקני אלא ודאי עכ"ל דקרא דבעולת בעל אתא לאשמועינן דביאה לחודה קנה ומ"מ אינה כנשואה ואתא ובעלה לאשמועינן דביאה דאחר קדושין קונה קנין גמור להיות לו כאשתו לכל דבר ולא תימא חופה דוקא בעינן להיות דינה כנשואה וכסף אחר כסף אינו גומר כנודע והוה אמינא ביאה אינו גומר בה כל שלא היה שם חופה להכי אתא קרא לאשמועינן דביאה נמי לאחר קדושין משוה אותה נשואה וכיון שגמר קיחה קיחה מעריות די אפילו בהעראה כמובן ואי קשיא לך דא"כ מאי האי דפריך תלמו' לר"י האי ובעלה מאי עביד ליה ומשני דאצטרי' למעט אמה העבריה ולפי האמור שפיר אצטריך קרא ובעלה לאשמועינן דביאה גומר בה להיות דינה כנשואה כדאמרן לזה י"ל דכיון דאכתי לא ברירא ליה אי ביאה אירוסין עוש' או נשואין עוש' ואפשר דנשואין עושה דובעלה למילתא אחריתי אצטריך דאי לענין שתהיה גומר אחר כסף הא לא אצטריך

שאפילו בביאה לחודה היא גומרת למה לי קרא שהיא גומרת אחר כסף אך אי אמרינן דאירוסין עושה אצטריך קרא להכי לומר דביאה גומרת אחר כסף ואפשר דר"י לפום קושטא הכי ס"ל דביאה אירוסין עושה וניחא ליה ההיא דיבמות וכ"כ הר"ן דאביי ורבא ס"ל דאירוסין עושה יע"ש.

ומרן מלכא מהרח"א נר"ו כתב בקונטריסו דמשום דאכתי לא ברירא ליה לתלמו' אי בעי' גמר ביאה ואפשר שתחילת ביא' קונה דקרא בתחילת קנין מיירי מש"ה קאמר דובעלה אצטריך למילתא אחריתי אמנם למאי דאסיקנא שסוף ביאה קונה מצינן למימר שפיר דקרא בביאה לאחר קדושין מיירי לאשמועינן אגב גררא שקונה להיות דינה כנשואה וכדאמרן א"ד נר"ו ולא זכיתי להבין אמרי קדוש שמי גילה לו רז זה דכי אמרינן דתחילת ביאה קונה קרא דובעלה בתחילת קנין מיירי ולא בגמר קנין והיינו בביאה לאח' קדושין ואתא קרא לאשמועי' דביאה גומר וכ"ת שאם איתא דקרא בגמר קנין מיירי א"כ ג"ש דקיחה קיחה מעריות למה לי הא שמעינן ליה מעיקר קרא דובעלה דבעילה ביאה אחר קדושין גומר בה להיות דינה כנשואה הא לא קשיא דהוה אמינא היא גופה אתא ג"ש לאשמועינן דקרא דובעלה בתחילת ביאה מיירי ולא בביאה גמורה וקמ"ל שתחילת ביאה קונה דאי לאו ג"ש הוה אמינא דקרא דבעולת בעל בביאה גמורה איירי לעניין תחי' קניין וקרא דובעלה בביאה גמורה שלאחר קדושין ולענין גמר קנין קמ"ל.

והר"ן ז"ל בפי' ההלכות בשמעתין הוק' לו בתי' ר"ן נאון והרי"ף שתירצו דההיא דיבמות מיירי לאחר קדושין וז"ל ואיכא למידק ביאה דקניא אחר קדושין היכי דמי אי דאיכא חופה ביאה ל"ל ואי דליכא חופה כיון שביאת איסור היא דהא קי"ל הבא על ארוסתו בבית חמיו לוקה אינו בדין שתקנה דהא בפ"ד אחין אמרינן שאפילו למ"ד מאמר קונה קנין גמור מאמר דהיתרא קני מאמר דאיסורא לא קני וי"ל דאה"נ שאם בא שלא לשם נשואין כו' אבל בא עליה לשם נשואין קונה ואינו לוקה ואע"ג דלא אשכחן בהדיא שאינו קונה אלא חופה סברא היא שכיון דחופה לא קניא אלא מפני שהיא צורך ביאה כ"ש ביאה עצמ' ועוד שיש ללמוד מדין ק"ו ומה יבמה שאין כסף קונ' בה ביאה גומרת בה זו שכסף קונה בה אינו דין שביאה גומרת בה וליכא למפרך מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת שאף זאת זקוקה ועומדת עכ"ל וכדבריו ז"ל כתוב בחי' הריטב"א יע"ש והנה זה שכת' דהבועל ארוסתו בבי' חמיו לוקה וכ"כ הריטב"א צריך לפרש במכת מרדות מדרבנן קאמרי וכמ"ש ה"ה ברפ"י מה' אישות וה"נ משמע בפ' הבע"י דנ"ח וכבר עמדתי ע"ז במקום אחר.

ובעיקר דבריו שכתב דביאת איסור לא קני והביא ראיה מההיא דאמרינן מאמר דהיתרא

קני וכו' מרן מלכא מוהרח"א נר"ו עמד מתמיה עליו שהרי ביבמה גופה קיל"ן דאם בא עליה ביאת איסור וכגון שהיא נידה אפי"ה קונה אותה וכדמוכח בפסחי' פ' אלו דברים דע"ב ע"ב וכמ"ש התוס' בריש יבמות ד"ה אחות אשתו ובחייבי לאוין דקי"ל דקדושין תופסין בחייבי לאוין נראה ודאי דאפי' קדשה בביאה מקודשת כדמוכח מדברי הר"ן בפ' האומר גבי ההיא דנשבית ופדתיה שהק' דנאמניה במיגו דאי בעי אמר קדשתיה בביאה לפסול לה יע"ש וכן מבואר מדברי התוס' דפ' הבע"י דנ"ז ד"ה רב אמר ומה שהק' שם משם הרי"ט מיוני ופסקו הטור בא"ה סי' קס"ד וההיא דבפ"ד אחין לא מכרעא דהתם שאני דאכתי לא עבד איסורא כלל ואם אנו אומרים דמאמר קונה בה קנין גמור א"כ נמצא דע"י קנין זה הוא בא לעבור את האיסור ולבא על אחות זקוקתו לכתחילה ומשו"ה דין הוא שנאמר דקנין כזה אינו מועיל ובזה מוצל אותו האיש מאיסור אחות זקוקתו, ברם הכא בבא על ארוסתו בבית חמיו דאיסורא דעבד כבר עבד דאם אנו אומרים דקנין כזה כיון שהוא באיסור לא מהני אצולי לא מצלא ואיסור שבו כדקאי קאי מה בצע בשנאמר דאין קניינו מועיל ואפשר דמהני כמובן, וכ"כ מוהרימ"ט בתשו' ח"א סי' ס"ט יע"ש, ועיין בס' קרית מלך רב בפ"י מה' אישות ד"ב וקו' זו ע"ד הר"ן הצריכה עיון מרן מלכא נר"ו.

ומורי הרב המובהק בעל שער המלך בקונטריס חופת חתנים ס"ט כתב ליישב זה וז"ל ולפי חומר הנושא נראה לומר דודאי הר"ן ז"ל אזיל ומודה דחייבי לאוין שקידשו בביאה וא"נ המקדש אשה נידה בקדושי ביאה דודאי היא מקודשת דכיון דנפ"ל דקדושין תופסין בחייבי לאוין מקרא דכי תהיינה לאיש ב' נשים וכן גבי נידה מקרא דותהי נידתה עליו כדאיתא בפ' האומר אין לחלק בין קדושי כסף ושטר לקדושי ביאה דהא אתקוש הוייות אהדדי כדאיתא בפ' נערה אמתני' דהאב זכאי בבתו אלא שהר"ן לא כתב כן אלא למאי דכתב הרי"ף ז"ל דביאה דבתר קידושין קני לה ליורשה וזכאי במציאתה ובמעשה ידיה ואהא הוא דק"ל דאם בא עליה בבית חמיו אינו בדין שתקנה אותה לדברים הללו כיון דביאת איסור היא א"כ מצינו חוטא נשכר ואהא הוא דמייתי ראיה אותה שאמרו בפ"ד אחין דאע"ג דמאמר דהיתרא קני לה קנין גמור ופקע מיניה איסור אחות זקוקתו ומותר בה מכל מקום מאמר דאיסורא אינו בדין שיקנה אותה קנין גמור כדי שיהא נשכר ויהא מותר באחות זקוקתו ואם כן ה"נ דוכוותא דכיון דביאת איסור היא אינו בדין שיהא נשכר לקנותה לכל הדברים הללו זה נר' לי אמת ויציב בכונת דברי הר"ן עכ"ל.

ואני בענייותי אכתי לא נחה דעתי בזה דמאחר דבקנין זה שקונה אותה הבעל מתחייב הוא לה בעשרה דברים והוא אינו זוכה בה אלא בד' דברים וכמו שכתב רבינו ברפי"ב

מה' אישות אין זה נקרא נשכר עד שנאמר שאינו בדין שתקנה משום שלא יהא חוטא נשכר כיון שהוא קרוב להפסד יותר מהשכר ולדידי חזי לי דמשמע ליה להר"ן דאע"ג דאשכחן שהאשה מתקדשת בביאה של איסור מ"מ כל דלא אשכחן בהדייא גבי קנין שהיא נקנית בה לא ילפינן מקדושין ועיקר קנין משום דכיון דהסברא נותנת דכל שהקנין הוא באיסור אינו בדין שתקנה אית לן למימר שלא תהא האשה נקנית בה וגבי קידושין דוקא דגלי קרא גלי דחי' הוא שחידשה תורה גבי קידושין ואין לך בו אלא חידושו וראיה לדבר שהרי אי לאו דגלי קרא בחייבי לאוין דקדושין תופסין בה מקרא דכי תהיינה לא הוו תפסי בה קידושין לרבא דאמר פרק קמא דתמורה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וכבר מותבינן עליה דרבא התם ד"ד ממתניתין דאלמנה לכהן גדול דקדושין תופסין בה ומשני דשאני התם דגלי קרא ואין ספק דהכא נמי הוה מצי למפרך מכל חייבי לאוין וצריך לשנוייי דשאני התם דגלי קרא אלא דבפלוגתא לא קמיירי דהא איכא למ"ד דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין ועיין בפ' האומר דס"ח ע"א ולפום קושטא דמילתא דילפינן העראה באשה מיבמה ה"נ ודאי שהאשה נקנית אפי' בביאה של איסור דילפינן לה מקנין דיבמה שהיא נקנית אפילו בביאה של איסור כדאמרי' בפסחים פ' אלו דברים ודברי הר"ן אינן אלא לפום מאי דמשמע מדברי הרי"ף דתלמודא לא קא מספקא ליה אלא בהעראה דוקא ולהכי יליף לה בפ' הבע"י מיבמה אבל בביאה גמורה מפשט פשיטא ליה דקני לה וע"ז היטב חרה לו להר"ן היכי מפשט פשיטא ליה בביאה גמורה כיון דאיכא איסורא והסברא נותנת שלא תהא האשה ניקנית בה וע"ז הביא ראיה כדוגמא לדבר אותה שאמרו בפ"ד אחין מאמר דהיתרא קני דאיסורא לא קני הרי דאע"ג דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ומן התורה יבמה ניקנית בביאה של איסו' כביא' נידה אפי"ה חכמים לא תקון הכי משום דדבר זה חי' הוא שחידשה תורה וא"כ ה"נ כיון דלא אשכחן דגלי קרא בהדייא שהאשה ניקנית לבעלה בביאה של איסור היכי מפשט פשיטא ליה לתלמודא האי מילתא גבי ביאה גמורה דלא הוצרך לאתויי לה אלא להעראה כנלע"ד ועיין להרב פרשת דרכים בדרך האתרים דרוש א' ד"ד ע"ג במה שנתספק בגוי שבא על אמו יע"ש.

עוד הוקשה לו למרן מלכא מוהרח"א נר"ו בדברי הר"ן ז"ל הללו דנראה מדבריו דלמאי דס"ד מעיקרא אין הפרש בין בא עליה לשם נישואין לבא עליה שלא לשם נישואין קונה ולוקה לדעת הרי"ף וכיון שכן אמאי הוצרך לאתויי למימרא דאינו קונה מההיא דמאמר דהיתרא קני ולא דאיסורא דמההיא אפשר למימר דלא דמי וכמ"ש לעיל והלא בפי' משמע מדברי הגמ' דלא קני שהרי בפ' הבע"י דנ"ח גבי ההיא דאמרי' ותנא תונא

אמן שלא שטיתי ארוסה ונשואה ושומרת יבם וקאמר רבא דלא מתרצתא היא משום דבעינן שקדמה שכיבת בעל לבועל ואמר רבא משכחת לה שבא עליה ארוסה בבית אביה ופרכי' דוכוותא גבי שומרת יבם שבא עליה יבם בבית חמיה שומרת יבם קרית לה אשתו מעלייא היא כו' יע"ש ואם איתא דכל שבא עליה בבית חמיה שלא לשם נשואין קנה מגופה הו"ל לאקשויי דהא ארוסה קרית לה נשואה הוייא אלא ודאי דלא קנה הפך סברת הרי"ף ז"ל ונר' דמעולם לא אסיק אדעתיה הר"ן ז"ל דאם בא עליה לשם זנות ולא לשם נשואין דקונה אלא דמעיקרא אסיק אדעתיה דאף בבא עליה לשם נשואין אף שקונה אותה לוקה משום ביאת איסור ולזה הוקשה לו דכיון שלוקה היאך קונה והשתא לא מצי לאתויי מההיא דפ' הבע"י דאמרן דהתם בבא עליה שלא לשם נישואין אלא דרך זנות ומשו"ה אינו קונה אבל אה"ן דאם בא לשם נשואין קונה ולוקה, אמנם מההיא דמאמר דאיסורא הוכיח שפיר דכיון דיש שם איסור אינו קונה ולזה תירץ דדעת הרי"ף דבא עליה לשם נשואין קונה ואינו לוקה כמבואר וזה נראה דעת רש"י בסוטה דל"ד שפי' כגון שבא עליה ארוסה בבית חמיה בזנות ע"כ הורה לנו דכל שאינו בזנות אלא לשם נשואין קנה.

ואכתי איכא למידק טובא בדברי הר"ן ז"ל במה שהכריח דביאה בתר קדושין קונה קנין גמור מק"ו דיבמה דא"כ תיקשי ליה ל"ל ג"ש דקיחה קיחה דעריות לאשמועינן דהעראה גומרת באשה דתיפו' לי מק"ו דיבמה דאף שאין כסף קונה בה העראה גומ' בה כדילפינן התם בפ' הבע"י דנ"ה ע"ב מג"ש דביאה ביאה כ"ש אשה לבעלה דכסף קונה בה שהעראה גומרת בה והשתא נמי ליכא למיפרך מה ליבמה שכן זקוקה ועומד' דהא נמי זקוקה ועומדת היא ואולי אפשר לחלק דדוקא ביאה גמורה ילפינן לה מק"ו דיבמה משום דאשכחן דתחילת קנין קונה בה באשה מקרא דבעולת בעל או מקרא דכי יקח ובעלה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אבל העראה שאינו קונה באשה תחילת קנין ומטעמא דכל הבועל דעתו ע"ג ביאה ולדעת ר"ן גאון והרי"ף אפי' בשפי' שדעתו לקנות בהעראה לא קני כמ"ש הר"ב מש"ל בפי"ז מה' א"ב דט"ז ד"ה העולה ממ"ש יע"ש, אף דאשכחן ביבמה דהעראה גומר בה חידוש הוא שחידשה תורה לא ילפינן מינה לאשה ובעלה מק"ו אף דאיכא ק"ו וכעין זה כתב הרב ע"י לעיל בד"ד ע"ב כי הוה בעי תלמו' למילף ביאה באשה מיבמה מק"ו וזה דאע"ג דהיבמה נקני' בע"כ באשה לא ילפינן מיניה בע"כ משום דאין סברא שתהא האשה נקנית לו בע"כ דלא ילפינן מיבמה אלא שביאה קונה בה וברצונה יע"ש והכא נמי כיון שהסברא נותנת שלא תהא אשה ניקנית בהערא' מהאי טעמא שאין דעת הבועל אלא על גמר ביאה לא ילפינן מיבמה לענין זה כי היכי

דלא ילפינן אנוסה ושוגגת דע"כ ועדיין צ"ע.

והרב מש"ל בפי"ז מה' א"ב דט"ו ד"ה נסתפקתי בכ"ג וכו' הוקשה לו בדברי ר"ן גאון והרי"ף מההיא דלעיל דפריך תלמודא לר"י אמאי לא יליף קדושי ביאה מקרא דובעלה וקאמר דאי מהתם הו"א עד דאקדיש והדר בעיל והקשו ע"ז דנערה המאורסה היכי משכחת לה יע"ש ולדעת הרי"ף אמאי לא הקשו ג"כ קרא דוהוא אשה בבתוליה יקח היכי משכחת לה דהא לעולם בעינן ביאה וביאה אינו קונה אלא בגמר ביאה כמ"ש ז"ל וא"כ הרי היא בעולה אלא ודאי דכסף קונה ולא מצית לתרוצי השתא כגון שבא עליה ארוס שלא כדרכה דהא פלוגתא דתנאי היא בפ' הבע"י דנ"ט ע"א דאיכא תנא דס"ל התם דשלא כדרכה לא חזייא לכ"ג מגזרת הכתוב דכתיב בבתולי' יעש"ב וליכא לתרוצי דמשו"ה לא אקשי לר"י מקרא דוהוא אשה בבתוליה יקח דאפש' דר"י כר"ה ס"ל דחופ' קונ' כדאיתא לעיל בריש פרקין ולדידיה ה"ה נמי דהעראה קונה וכטעמו של הר"ן שכתב דכיון דחופה שהיא צורך ביאה קונה כ"ש ביאה עצמה ותלמודא דמסיק דסוף ביאה קונ' ולא תחי' ביא' אתי דלא כרב הונא אבל ר"י מצי סבר כר"ה ולהכי אקשי ליה מנערה המאורסה דהשתא לא מצי לשנויי כגון שקידשה בחופה דאי הכי הוייא לה כנשואה ודינה בחנק ולא בסקיל' עד שהוצרכו לומר שבא עליה ארוס שלא כדרכה תירוץ זה לא ניתן ליאמר חדא דהעראה לא שייכא בחופה כלל דאפשר דחופה קונה ולא העראה והטעם שכתב הר"ן ז"ל אינו אלא על ביאה גמורה וכיון דחופה לצורך ביאה היא וקונה כ"ש ביאה גמורה אבל העראה לא קני כל שלא גמר ביאתו דחופה דוקא קונה מפני שהיא הכנה לצורך ביאה גמורה וכבר עמדתי ע"ז במקום אחר ועוד דעיקר טעמו של ר"ה דחופה קונה אינו אלא דיליף לה מק"ו מכסף וכמו שאמר כסף שאינו גומר קונה כו' חופה שגומרת אינו דין שתקנה ולמאי דס"ד השתא דכסף לחודיה אינו קונה עד דבעיל ליכא ק"ו תו למילף מיניה דחופה לחודה קונה וא"כ לפום מאי דס"ד השתא הדרא קושיין לדוכתא אמאי לא אקשי דבתולה לכ"ג היכי משכחת לה.

ולדידי מקום יש לדחות דלהכי לא אקשי ליה תלמודא מקרא דוהוא אשה בבתוליה יקח משום דמצי שפיר למדחי ליה דכ"ג אינו מוזהר על הבתולה אלא בשעת תחילת קניינו דהיינו בשעת נתינת הכסף דהא קרא והוא אשה בבתוליה יקח כתיב וקיחה היינו כסף כדאמרינן כי יקח איש אשה דהיינו קדושי כסף ותלמודא גופיה ספוקי מספ"ל בפ' הבע"י דנ"ט גבי קרא דוהוא אשה בבתוליה יקח אי קיחה דקדושין בעינן או קיחה דנשואין יע"ש ובהכי ניחא נמי מה שהוקשה לו למרן מלכא לשיטת כל הראשונים ז"ל אמאי לא פריך תלמודא לר"י מהאי קרא דוהוא אשה בבתוליה יקח שהרי הם ז"ל הוק'

להם עלה דהך בעיא דבעי תלמודא תחילת ביאה קונה או סוף ביאה קונה ואמרו דנ"מ לכ"ג אי מצי לקדש בביאה דאי אמרת דתחילת ביאה קונה יכול לקדש בביאה כו' דהיכי אפשר לכ"ג לקדש בביאה אפי' אי אמרי' דתחילת ביאה קונה והא בתר נשואין אזלינן ולא בתר אירוסין ובשעת נשואין בעולת עצמו היא ואסורה ותירצו דהכא הוה ס"ד דביאה נשואין עושה ועיין בתוס' בפרק הבע"י דנ"ט ד"ה הא לא אשתני כנראה דס"ל כתירוץ זה יע"ש.

והנה הדבר ברור דלמאי דקאמר ר"י התם דאי לאו בעולת בעל הו"א עד דקדיש והדר בעיל עכ"ל דביאה אירוסין עושה דא"ת נשואין עושה לא משכחת לה שם ארוסה כלל כיון שמיד שקדשה בכסף או בביאה הויא לה נשואה וכיון שכן עכ"ל דלפום מאי דס"ד דאינו קונה עד דקדיש או דבעיל ביאה ודאי אירוסין עושה דע"כ לא נסתפקו שם אי אירוסין עושה או נשואין עושה אלא לפום קושטא דמילתא וכיון שכן תקשי אמאי לא הק' שם דבתולה לכ"ג היכי משכחת לה כיון דבשעת נשואין הרי היא בעולה והו"ל כונס בעולת עצמו והא עדיפא ממאי דפריך התם מנערה המאורסה כמ"ש הרב מש"ל ז"ל ובכן תמה על הרב מ"ל דאדמקשה ליה קושיא זאת בדעת הרי"ף אמאי לא תקשי אף לסברת החולקים על הרי"ף כדבר האמור והשתא לא תעלה ארוכה ומרפא לקושיא זו עפ"י מה שדחה הוא ז"ל כמובן וע"פ האמור ניחא כמדובר.

ובר מן דין לקע"ד אין כאן קושיא כלל דיסוד זה אשר בנה מנ"ר נר"ו דלמאי דקאמר ר"י דאי לאו בעולת בעל הו"א עד דאקדיש והדר בעיל עכ"ל דביאה אירוסין עושה דאי נשואין עושה לא משכחת לה שם ארוסה כלל הנה כשאני לעצמי לא אדע שכו'ל מאי קאמר מר דאה"נ דלפום האי ס"ד לא משכחת שם ארוסה כלל וכל הנו מתני' דתני תנא מה בין ארוסה לנשואה היינו לפום קושטא דאית לן קרא דבעולת בעל ותלמודא לא מצי פריך לר"י מינייהו אלא מהך דנערה המאורסה היכי משכחת לה דבלא קרא דבעולת בעל הא שמעינן דאיכא חילוק בין ארוסה לנשואה ולר"י ל"ל קרא דבעולת בעל אבל מעיקר שם ארוסה לא מצי פריך דמצי למימר שפיר דהיינו בתר דגלי לן קרא בבעולת בעל וכיון שכן אכתי מצינן למימר שפיר דר"י לפום האי ס"ד נמי ס"ל דביאה נשואין עושה ולא קשיא מזה לדברי הראשונים ז"ל כמובן.

תו ק"ל למרן מלכא נר"ו לתירוץ ר"ן גאון והרי"ף מההיא דאמרינן לעיל ד"ד ע"ב ובעלה מלמד שנקנית בביאה והלא דין הוא ומה יבמה שאינה נקנית בכסף נקנית בביאה זו שנקנית בכסף כו' ופרכינן ול"ל קרא הא אתיא ליה כו' יע"ש והשתא לפי דברי ר"ן גאון והרי"ף ז"ל מאי קושיא אי מיבמה הוה אמינא דאפילו בהעראה קונה משו"ה אצטריך

קרא דובעלה לאשמועינן דבגמר ביאה דוקא קונה ולא בהעראה והרב נר"ו תירץ דאה"נ דלפום מאי דפשיטא לן הכא דכל הבועל דעתו על גמר ביאה והעראה אינה קונה איכא למימר שפיר דמשו"ה כתיב ובעלה דלא ילפינן מיבמה כאמור אמנם לפום מאי דאיבעיא לן התם אי תחילת ביאה קונה ולא פשיט לה מהך ברייתא דקאמר ובעלה מלמד שנקנית בביאה וע"כ העראה אינה קונה דאי קונה תפשוט לה מיבמה ולא צריך קרא עכ"ל דלאו מה"ט קאמר דאתא קרא למי' דנקנית בביאה אלא מטעם דשאני יבמה משום דזקוקה ועומדת היא כמ"ש שם ופשוט עכ"ל ולדידי אין צורך לזה דבלא"ה תקשי ליה אמאי לא קאמר תלמודא דאי מיבמה הו"א אפי' בע"כ ואפי' שוגגת ואנוסה וכמו שהק' הרב ע"י ז"ל שם ועכ"ל דמלתא כדנא דחדוש הוא גבי יבמה לא ילפינן מינה לאשה כמ"ש הרב הנז' וכיון שכן א"ל דה"ה להעראה כיון דדעתו של אדם על גמר ביאה אין סברא שיקנה גבי אשה וכל כי הא לא ילפינן מיבמה משום דחדוש הוא כאמור.

ומורי הרב המובהק בעל שע"ה הוקשה לו עוד לסברת הרי"ף והר"ן גאון ז"ל אמאי לא אקשי תלמודא מקרא דכתיב גבי סוטה ומבלעדי אישך ודרשינן בפרק הבע"י ובסוטה דכ"ד מי שקדמה שכיבת בעל לבועל ולא שקדמה שכיבת בועל לבעל יע"ש והשתא אם איתא דארוסה לא משכחת לה אלא בדקדיש ובעיל וכל דליכא ביאה לא הויא ארוסה כלל אמאי אצטריך קרא למעט משקדמה שכיבת בועל לבעל הא אמרן דכל דליכא שכיבת בעל לא הויא אשתו כלל וארוסה לא משכחת לה עד דקדיש והדר בעיל א"ד נר"ו ואפשר דאכתי הוה מצי למדחי דארוסה היא בדקדיש ובא עליה שלא כדרכה וקרא דמבלעדי אישך הוה אמינא דאתא לומר דבעינן ביאת בעל כדרכה תחילה א"נ הוה ממעטינן שכיבת סריס כדאמרינן בס' ארוסה דכ"ו אשת סריס שותה פשיטא ומשני מהו דתימא מבלעדי אישך בעינן והאי לאו הכי קמ"ל יע"ש, והנכון דכיון דהאי מילתא דקדמה שכיבת בעל לבועל אינה מפורשת בקרא דאתייא מדרשא לא פריך מינה דהוה מצי למדחי דאי לאו קרא דבעולת בעל לא הוה דרשינן קרא להכי ואמטו להכי פריך ליה מההיא דנערה המאורסה היכי משכחת דמפורש בקרא בהדיא דלא הוה בעינן קרא דבעולת בעל.

והנה הרב מ"ל ז"ל אחר שהביא תירוץ הרי"ף כתב וז"ל ונראה דאף לפי סברא זו דביאה דקדושין בעינן גמר ביאה יבם ליבמתו קני בהעראה דהתם ביבמות אמרינן יבמה מנ"ל אתייא ביאה ואפשר דטעמא דמילתא הוא דכי היכי דביאה דאחר אירוסין שהיא כדי לקנותה סגי בהעראה מאחר שכבר קדמו קדושין ה"נ ביבמה שכבר היא זקוקה לו סגי בהעראה שהרי הקש זה כתבו אותו הראשונים ז"ל ומוכרחין אנו לומר כן דהא

בפרק כיצד אמרינן דאלמנה שנפלה ליבום לפני כ"ג אם היא מן האירוסין מד"ת מייבם אותה דאתי עשה כו' ואי אמרת דגם יבם אינו קונה אלא בגמר ביאה א"כ היכי מייבם אותה הרי בשעה שקונה אותה עבר על עשה ול"ת אלא ודאי כדכתיבנא דיבם ליבמה קונה אותה בהעראה לכ"ע עכ"ל והרואה יראה שדברי הרב הללו לא ניתנו ליכתב מרוב פשיטותן ומהיכא תיתי דתיסק אדעתיה דעת הרי"ף ביבם ויבמתו אינו קונה בהעראה ומשנה ערוכה שנינו אחד הגומר ואחד המערה קנה וע"כ לא הוצרכו הראשונים ז"ל לומר דיבם ויבמתו קונה אותה בהעראה מההיא דפ' כיצד אלא למאן דס"ל דהעראה אינו קונה באשה אלא כשפירש דעתו או כשהערה בה ולא גמר ביאתו דכל כי האי הוה אפשר למיסק אדעתין ולומר דדכוותא ביבמה דוקא כשפירש שדעתו לקנות בהעראה או שהערה בה בלבד הוא דקני אבל בסתם לא קנה לזה למדונו ז"ל דבכל גוונא קנה ביבמה ואף בסתם אמנם לדעת הרי"ף דאין חילוק בין סתם למפרש כלל הא ודאי פשיטא טובא דבכל גוונא קני ביבמה ואי אמרת דיש לחלק א"כ גם באשה דעלמא נימא הכי ולזה אין צורך למיהב טעמא דמילתא וגם לאתויי עלה מההיא דפ' כיצד וכמובן.

ומרן מלכא נר"ו ביאר לנו דע' הרב ז"ל שכיוין בזה לענין אחר דהנה על ההיא דתנן שם בפ' הבע"י אחד הגומר וא' המערה קנה אמרינן בגמרא דלשמואל לא קנה אלא לדברים המפורשים בפרשה ולא להיות זוכה בה ליורשה וליטמא לה ולהפר נדריה וכיוצא וכתבו שם התוס' דלא קאי מילתיה דשמואל אלא דוקא לשוגג ולאנוס וכיוצ' השנויין במתני' דכיון דאין כיוצ' בהם בעלמ' חשוב קנין ה"ה ה"נ לא חשיב קנין גמור ולא קנה אלא לדברים המפורשים בפרשה אמנם הראה דבעלמא קונה קנין גמור מודה שמואל דקנה לכל יע"ש אמור מעתה תינח לדעת התוס' ז"ל ודעימייהו דס"ל דהעראה קונה בעלמא דמש"ה איכ' למימר ביבמה דאפי' שמואל מודה דקנה קנין גמור אמנם לפי סברת הרי"ף ז"ל דסובר דהעראה אינה קונה באשה תחילת קנין אפשר דגם ביבמה לא קנה קנין גמור לשמואל ואתי שפיר לפי זה מה שהביאו שם בגמ' מלתיה דשמואל עלה דההיא דא' המערה כו' ולדברי התוס' ז"ל צריכין אנו לומר דמשום דסיים קנה וקאי על כל החלוקות האמורות מקודם משו"ה נקט מילתיה דשמואל עלה כמ"ש ז"ל וכיון שכן נמצא דהתוס' והרי"ף פליגי ביבמה אי קנה לכל או לא כדאמרן לזה השמיענו ז"ל דגם להרי"ף ז"ל קנה לכל ופירש טעמא דמילתא דכיון דיבמה זקוקה ועומדת ובעלמא בזקוקה ועומדת חשיב קנין לדעת הרי"ף ה"ה ה"נ קנ' קנין גמור ועוד הכריח כן מההיא דפרק כיצד דמודעת זאת דכהן גדול מוזהר על הבתולה גם בשעת נשואין אף שבשעת הקידושין היתה בתולה כנודע ואי אמרת דלא קנה קנין גמור הרי בשעת נשואין עובר על עשה ול"ת אלא ודאי

דיבם ויבמתו קונה קנין גמור בהעראה לכ"ע א"ד מר"ן נר"ן והם ראויים אליו.

ועל מ"ש הר"ן דיבמה נקנית בהעראה לכ"ע והכריח דבריו מההיא דפ' כיצד דהוה בעי תלמודא למימר דכ"ג מייבם ליבמתו שנפלה לו מן האירוסין כתב עליו הרב מש"ל דיש לדקדק מה הכרח הוא זה אימא דה"ק מן האירוסין אמאי לא מייבם ויפרש דעתו לקנות בתחילת ביאה או שלא יגמור ביאתו דהשתא ליכא כי אם ל"ת מנ"ל דאפי' בסתם קנה בהעראה ופי' הרב ז"ל כוונת הר"ן דאי קושיית הגמ' היתה דמן האירוסין יפרש דעתו או שלא יגמור ביאתו למאי אצטריכו התם לומר גזירה ביאה א' אטו ביאה שניה אימא גזירה אטו שלא יפרש דעתו ויגמור ביאתו סתם שהיא חששא יותר קרובה אלא ודאי דבביאה ראשונה ליכא איסורא אפילו יגמור ומשום דתחילת ביאה קונה יע"ש ואי מהא לא איירייא דאם איתא דטפי אית לן למגזר תחילת ביאה אטו סוף ביאה הן עוד היום אף שנאמר דביבמה אף בסתם קונה בהעראה זו היא שקשה על מילתא דרבא דקאמר דמשום גזירת ביאה שנייה אינו מייבם א"כ אמאי לא אמרו ג"כ בעלמא שכ"ג לא יקדש בביאה מה"ט גופיה דגזירה שלא יפרש דכוונתו לקנות בתחילת ביאה ונמצא עובר על עשה דבתולה ושמ"ת אה"ן דהא רבא גופיה קאמר הכא דדוקא על הסתם אינו יכול לקדש בביאה אבל אם מפרש או אינו גומר שרי א"ו עכ"ל דלא דמייא הא להא כלל ופשיטא ליה לרבא דגזירה שמא לא יפרש דעתו ויגמור ליכא למיגזר כלל דודאי לאו ברשיעי עסקינן דכיון דסמי בידיה לעשות בהיתר לא יעשנו באיסור ופשיטא דכל כה"ג ליכא למגזר כלל אמנם בגזירה ביאה ראשונה אטו שנייה דבביאה שנייה אי אפשר לו לעשותה בהיתר איכא למיחש שמא יבא עליה באיסור משו"ה גזרינן ביאה ראשונה אטו שנייה וכיון שכן עדיין קושיית הרב במקומה עומדת ואנו אין לנו אלא כדברי הריטב"א ז"ל וכמ"ש הוא ז"ל.

עלה בידינו בענין המקדש בתחילת ביאה דלהרא"ש ז"ל ודעימיה כל שפי' דעתו לקנות בהעראה או אפי' שלא פי' כל שלא גמר ביאתו מקודשת, ולדעת הרי"ף ודעימיה אינה מקודשת כמבואר ורבינו ז"ל כאן נראה שדעתו כדעת הרא"ש ודעימיה מדכתב והמקדש בביאה סתמא דעתו ע"ג ביאה וכשתגמור ביאתו תהיה מקודשת נר' דדוקא על הסתם דעתו ע"ג ביאה אמנם אם פי' ואמר שדעתו לקנות בתחילת ביאה או שלא גמר ביאתו הוו קידושין וכ"כ ה"ה ז"ל אבל הלח"מ תמה עליו שלא הוצרך הרב ההלכות לומר כן אלא לתרץ קושיית התוס' דבפ' הבע"י אמרי דנקנית בהעראה והכא אמרינן דכל הבועל דעתו ע"ג ביאה ולא קני בהעראה לכך תירץ בעל ההלכות דשאני התם דפי' ואמר דדעתו לקנות בתחיל' ביאה אבל הרי"ף תי' דהתם מיירי בהעראה במקום חופה דאחר קידושין ורבינו

אית ליה כדברי הרי"ף כמ"ש בפ"י מהל' אישות וז"ל והבא על ארוסתו אחר שקידשה משהערה בה קנאה ושם כתב ה"ה ז"ל שזה כדעת ההלכות וא"כ למה הוצרך רבינו ז"ל לשתי התירוצים ותי' דפשט הדברים דקאמר דעתו ע"ג ביאה מורה דהיכא דפי' מקודשת דס"ל ג"כ כדברי הרי"ף משום דק"ל קושיית התוס' שהק' לעיל ד"ה עלה **ובין שבא עליה כדרכה ובין שבא עליה שלא כדרכה ה"ז מקודשת**. ע"כ. והנה הרב כנ"הג בא"ה סימן ל"ג הגה"ט אות ב' כתב וז"ל ולענין אם האשה מתקדשת בביאה שלא כדרכה לא ביארו הרמב"ם והטור אם היא מקודשת אך המפרשים כתבו דמקודשת וגם הרב המפה כתב משם הטור דמקודשת ושוב כתב דמצא בקצת דפוסי הטור שכתב בפי' דמקודשת וכן היתה גירסת מרן הב"י שם כמבואר שם גם בספרי הרמב"ם שנדפסו מחדש באמשטרדם כתוב שם בהדייא דאף אם בא עליה שלא כדרכה לשם קדושין דמקודשת וכתב שם ה"ה דזה מפורש בפ"ק דקדושין וכ"כ מרן ב"י ע"ד הטור דהכי משמע בפ"ק דקדושין יע"ש ואין ספק שכונתם ז"ל להה"א דאמ' לקמן ד"ט ע"ב משכחת לה כגון שבא עליה ארוס שלא כדרכה יע"ש דמודה דבעילה שלא כדרכה קני באשה ומלבד מה שיש לגמגם בה שלא אמרו כן אלא לפום מאי דס"ד לומר דאין אשה נקנית אלא בדאקדיש תחילה ואח"כ בעיל דהשתא כי היכי דלא תקשי נערה המאורסה היכי משכחת לה עכ"ל דבעילה שלא כדרכה קני אמנם לפום קושטא דכסף לחודיה קני אפשר דאינה נקנית אלא בביאה כדרכה ולא בשלא כדרכה עוד זאת איכא לדחויי ולמימר דדוקא למאי דס"ד מימר עד דאקדיש והדר בעיל דבעינן תרווייהו הוא דאמרינן הכי ומשום דהוה ילפינן לה שפיר מיבמה מק"ו דאע"ג דכסף לא קני בה הראה קני בה כ"ש אשה דכסף קני בה דהשתא ליכא למדחי מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת דהא נמי זקוקה ועומדת היא ע"י הקדושין הראשונים אמנם לבתר דמסקינן דכסף לחודיה קני תו ליכא לדמויי ליבמה דאיכא למדחי כדאמרן וכעין זה כתב הר"ן ז"ל לקמן גבי מאי דאיבעייא לן אי תחילת ביאה קונ' או סו' בביאה קונה דמה שביאה גומרת אחר כסף בלי סופה הוא משום דאתי מק"ו דיבמה דליכא למפרך שכן זקוק' ועומדת דהא נמי זקוק' ועומדת היא יע"ש.

ואמנם אחר מעט התבוננות לאו מילת' היא דשניי' היא ההיא דהר"ן דלפום מאי דס"ד השתא דאין אשה נקנית אלא בדאקדיש והדר בעיל כל דלא עביד אלא חדא מינייהו לא מידי עביד ולא זקוקה ועומדת מקרי וא"כ למאי דס"ד מימר דאין אשה נקנית אלא בדאקדיש ואח"כ בעיל לא מצי ילי' לה מיבמה ושפיר דייקו מרן וה"ה מינה דביאה שלא כדרכה קני באשה אך קמייתא ק' דאימא דלפום קושטא לא קני הכי כדפרישית ובכתבי

הקדש למרן מלכא מוהרח"א נר"ו כתוב וז"ל ואפשר דס"ל ז"ל דכיון דאמרינן התם דלכ"ע אם בא עליה בעלה שלא כדרכה הויא בעולה ולא בתולה והכתוב תלאו בבעילה מוכח דבעילה שלא כדרכה קני כיון שנקראת בביאה הלזו בעולה כמובן עכ"ל והן הן דברי הרב עצמות יוסף ז"ל לקמן בד"ט ע"ב שכתב ובביאה שלא כדרכה נמי נקנית האשה וכ"כ הפוסקים וראייתם מדקרי לה בגמ' בעולה אפי' שלא כדרכה ואין משם הכרח כ"כ דנקנית בזה אבל יש בזה מן הירוש' ראיה ברורה עכ"ל הרי שכתב דמשמעו' הפוסקים הוא מדקרי ליה בעולה בביאה זו ומ"ש דמן הירושלמי יש ראיה ברורה לזה מרן מלכא נר"ו הביא דברי הירושלמי הנז' והוא ממ"ש שם גבי מתני' דהאשה נקנית בביאה לא סוף דבר בכדרכה אלא אף בשלא כדרכה עכ"ל ועוד ראיה ע"ז ממ"ש בסוגיין ובעלה מלמד שנקנית בביאה והלא דין הוא ומה יבמה כו' ת"ל ובעלה ופרכינן הא אתייא לה ומשנינן משום דאיכא למימר מעיקרא דדינא פירכא ע"כ והשתא אם איתא דבביאה שלא כדרכה אינה מקודשת מאי קושיא לימא דאי מיבמה הו"א אפילו שלא כדרכה דומיא דיבמה שנקנית בה כדתנן בפ' הבע"י להכי אצטריך ובעלה לומר דדוקא כדרכה דאי אפילו שלא כדרכה ל"ל קרא מק"ו נפקא אלא ודאי דבקדושין נמי שלא כדרכה מקודשת א"ד נר"ו.

ולדידי מלבד דשערי דחיה לא ננעלו דאיכא למדחי דתלמודא גופיה ספוקי מספ"ל גבי קדושין אי קני לה שלא כדרכה ולהכי לא קאמר דמה"ט אצטריך ליה לתנא קרא דובעלה דא"כ פשיטא ליה מילתא דבביאה שלא כדרכה נמי מקודשת ולהכי קאמר פירכא אחריתי לומר דאכתי לא תפשוט מידי, עוד זאת שהרי כתבנו לעיל עוד משם הרב עצמות יוסף דאפילו הכי ילפינן ביאה באשה מיבמה לא ילפינן שהיא נקנית בעל כרחה ושתהא גומרת בה כיבמה אי משום דאין סב' אי משום דאיכא למימר דייו ואינו נעשה פירכא משום דהו"ל פירכא הבאה אחר דייו ולא פרכינן וכבר חיזקנו זרועותיו מדברי התוס' שהביא ג"כ הרב גופי הלכות בכלל קכ"ז יע"ש ולפי זה אין ראיה זו מכרחת דאיכא למימר דאע"ג דילפינן עיקר קדושי ביאה באשה מיבמה היינו דוקא קידושי ביאה בכדרכ' ולא דשלא כדרכה כי היכי דלא ילפינן מינה שתהא נקנית בעל כרחה ושתהא גומרת בה הכא נמי אין סברא שתהא נקנית בביאה שלא כדרכה כיון דלית לה שום הנאה ואדרב' היא מצטערת בכך כמ"ש התוס' ספ"ד אחין ומשום דאמרינן דייו שתהא בקידושי כסף דאית לה הנאה וכבר כתבנו דזה אינו נעשה פירכא כיון שהיא באה אחר דייו.

ומו"ר בעל שע"ה דחה עוד דאיכא למימר דכי קאמר והלא דין הוא כו' לאו אעיקר קרא פריך דאיכא למימר דקרא ודאי אצטריך להכי אלא אדברי עצמו פריך למ"ל למילף

ביאה באשה מקרא הא איכא למילף כן מק"ו וקאמר דמק"ו לא שמעת לה וכבר הרב ח"ה כתב כן בברייתא דלעיל דיליף כסף באשה מקרא וקאמ' והלא דין הוא ע"ש בד"ה כתב רחמנא ולע"ד שנייא היא דבברייתי' דלעיל איכא למימר שפיר דתנא אדברי עצמו פריך משו"ה הוה אתי כסף מק"ו דאמה מצי שפיר תנא למילף עיקר קידושי כסף ולשון הקידושין מקרא אבל הכא כי יליף תנא עיקר קדושי ביאה מק"ו דיבמה איכא למיטעי דאף בביאה שלא כדרכה היא מקודשת דומייא דיבמה ולהכי יליף לה מקרא כי היכי דלא נטעי בהכי ואף התוספות בד"ה אמה העבריה כו' משמע להו דהכא ליכ' לפרושי דתנא אדברי עצמו קפריך דאלת"ה הוו מצו לתרץ עיקר קושייתם בהכי ודוק.

ודע שאעיקר' דדינא יש לדקדק מאיזה טעם אמרו דאשה נקנית בביאה שלא כדרכה כיון דלא מטי לה שום הנאה וכבר ידוע דבקדושין בעי' שיקדש' במידי דאית לה הנאה וכל שאין האשה נהנית אין שם קידושין כנודע וכיון דבבא עליה שלא כדרכה מלבד דלית לה הנאה היא מצטערת בכך כמ"ש התוס' ספ"ד אחין אמאי היא מקודשת ובכתבי הקדש למרן מלכ' מוהרח"א נר"ו עמד בזה ותי' דאפשר דקים להו לרבנן דקדושי ביאה לאו משום שהיא נהנית מטו בה אלא הרי הוא כקדושי שטר דאף דלית לה הנאה בגופ' של שטר אפי"ה קאמר רחמנא דמקוד' ה"ה והוא הטעם לקדושי ביאה עכ"ל וע"פ דבריו יעלה מן הישוב מאי דקשיא לן עלה דהאי מילתא דאמרן דהאשה מתקדשת בביאה מההיא דלקמן ד"ה ע"א דקאמר לא לכתוב רחמנא בשטר ותיתי מכסף וביאה ודחינן מה לכסף וביאה שכן הנאתן מרובה ואם בביאה שלא כדרכה נמי מקודשת היכי קאמר דביאה הנאתן מרובה דהא תינח ביאה כדרכ' אבל ביאה שלא כדרכ' מאי איכא למימר אלא משום דמאי דקים להו לרבנן דקדושי ביאה לאו מטעמא דמטי לה הנאה הוא דמקודש' אינו אלא מקדושי שטר דאע"ג דלית לה הנאה מקודשת א"כ כל היכא דאכתי לא ידעינן עיקר קדושי שטר אית לן למימר דבביאה שלא כדרכה נמי דלא מטי לה הנאה אינה מקודשת ולהכי כי אתינן למיל' קדושי שטר מקדושי ביאה דחי' שפיר מה לביאה שכן הנאתן מרובה דכיון דאכתי לא שמעינן קידושי שטר אף קידושי ביאה שלא כדרכה נמי לא שמעי' וכן לקמן בד"ה ע"ב דילי' רב הונא חופה מק"ו דכסף וביאה ודחינן מה להנך שכן הנאתן מרובה והדר קאמר שטר יוכיח להכא נמי הוה מצי למימר ביאה שלא כדרכה יוכיח אלא כיון דהיא גופ' לא שמעינן אלא מקדושי שטר ניחא ליה לתלמוד' למימר שטר יוכיח דמיניה אתי ביאה שלא כדרכה.

והנה לשיטת המפרשים לקמן גבי בעיית תחילת ביאה קונה או סוף ביאה קונה דמשמע להו דההיא דפ' הבע"י דילפינן הראה שקונה באשה מג"ש דקיחה קיחה

דחייבי כריתות דמיירי אפי' בתחילת קנין וכגון שלא פי' שאינו רוצה שתקנה כמ"ש שם התוס' ז"ל והרא"ש וכן הוא דעת הטור בסי' ל"ג הדבר ברור דלדידהו ז"ל כי היכי דילפינן מההיא לענין הראה ה"ן ילפי' מינה לענין ביאה שלא כדרכ' דאין ג"ש למחצה אבל לשי' הרי"ף ורבינו בפ"י מה' אישות דלא ילפינן מינה אלא להראה דבתר קדושין ולענין שתעשה נשואה ה"נ לא מצינן למילף לענין ביאה שלא כדרכה עיקר קדושין וכיון שכן יש לתמוה על מרן ב"י למה לא כתב עמ"ש הטור בסי' כ"ו דהאשה נקנית בביאה שלא כדרכה דנפ"ל הכי מההיא דפ' הבע"י דלשיטת הטור מצי למילף שפיר מהתם וכדאמרן ובחי' הרשב"א ז"ל ליבמות דנ"ד עלה דאמרי' התם ולקחה לו שלא כדרכה כתב וז"ל וא"ת שלא כדרכה ל"ל קרא מג"ש דביאה ביאה מעריות נפקא דכתיב בהו משכבי אשה ותירצו בתוס' דאצטריך ביבמה שלא תאמר הואיל ועיקר ביאה לקיום זרע הוא ושלא כדרכה ליכא קיום זרע כלל קמ"ל עכ"ל וכ"כ בחי' הריטב"א מוכח מדבריהם דאי לאו להאי טעמא דקיום זרע הוה ילפינן שפיר ביאה שלא כדרכה ביבמה מעריות כי היכי דילפינן הראה וא"כ בקדושי אשה דליכא להאי טעמא ילפי' שפיר מהתם לשיטתם ז"ל זאת תורת העולה דהאשה מתקדשת בביאה שלא כדרכה.

ולענין משמש באבר מת אם האשה נקנית בו כתב הרב שע"ה דבאנו למחלוקת אביי ורבא בשבועות פ' ידיעות הטומאה ד"י ע"א דלרבא דאמר משמש מת בעריות פטור ה"ן אינה מקודשת דילפי' קיחה קיחה מעריות ולאביי דאמר חייב ה"ן מקודשת והתוספו' בר"פ הבע"י ד"ה שאנסוהו נכרים כתבו ע"ש ר"י וז"ל ואר"י דיש לדקדק מכאן דאין יבמה נקנית אלא בבא עליה בקשוי כו' ואיכא למימר דאתי הך סוגייא כמ"ד משמש מת בעריות פטור וילפינן קיחה קיחה מעריות דאינה נקני' אלא בקשוי עכ"ל הרי שתלו הדבר בפלוגתא דאביי ורבא וה"ן דוכוותא ואף שלבתר הכי כתבו וז"ל ועוד אור"י דאתייא שפיר אפי' למ"ד משמש מת בעריות חייב ולענין יבום בעינן ביאה דרך הקמת שם עכ"ל היינו דוקא גבי יבמה דאיכא למימר להאי טעמא אבל קידושי אשה דמתקדשת בכסף ושטר ועוד שאין בזה משום הקמת שם ודאי דלאביי ילפינן שפיר מעריות ומתקדשת בה מיהו לדידן דקי"ל כרבא דהמשמש מת בעריות פטור כמ"ש רבי' פ"א מה' א"ב ה"ן ודאי דאינה מקודשת דילפינן קיחה קיחה מעריות כמ"ש התוס' ביבמות זאת תורת העול'ה דבמשמש מת אין האשה מקודשת.

הלכה ו

שורש לשון הקידושין הרי **את שלי הרי את חרופתי מקודשת כו'**. הכי איתא בגמ' דקידושין פ"ק ד"ו ע"א שכן ביאודה קורין לארוסה חרופה ורבינו לא חילק בין יאודה

לשאר מקומות וכבר ביאר דעתו הרשב"א בחי' דמשמע ליה דתנא דברייתא דקתני דוקא ביאודה מקודשת ס"ל כמ"ד דקרא מיירי בשפחה כנענית אבל לדידן דקי"ל כמ"ד דקרא מיירי בחצייה שפחה וחצייה בת חורין האומר חרופתי מקודשת במקדש בת חורין כיון דאשכחן לשון זה בענין יחוד דצד חירות ואע"ג דנחרפת לאו היינו מאורסת אלא מיוחדת כדדחי תלמודא בפ' השולח הא מיהא ל' יחוד הוי והו"ל כצלעתי וסגורתי דמשום דאתמר בענין אישו' ויחוד היא מקודשת יע"ש ואף הריטב"א ז"ל כתב כן והביא דבריו מרן בכ"מ ויש ט"ס כי לא בא לשונו על נכון יע"ש, וראיתי למרן כ"מ אחר שהביא לשון הריטב"א שכתב וז"ל ועדיין ק' דהא משמע בהשולח דאפילו למ"ד התם דתפסי בה קידושין ס' קידושין הן דתניא ואם נשתחררה וקבלה קידושין מאחר מקודשת מס' עכ"ל ודבריו מגומגמי' דודאי למ"ד התם דהוייא מקודשת לאו קדושי ס' אלא מקודשת ודאי ומ"ש דאם נשתחררה וקבלה קידושין מאחר מקוד' מס' אינו אלא משום דמספ"ל כמאן הלכתא וכ"כ רש"י בהדייא משום דפלוגת' דאמוראי הוא דספק"ל הי מינייהו הוו קדושין יע"ש.

ולענין האומר מיועדת לי באמה העבריה אם היא מקודשת בלשון זה הדבר מבואר דבספקא תלייא מילתא שאלו היתה מקודשת בכך אין מקום להסתפ' בשאר נשי דעלמא דכל דאשכחן שהוא לשון יחוד גבי אישות אע"פ שהוא גבי אמה העבריה מינה ילפינן דאלת"ה היכי הוה בעינן למפשט בעייא דהרי את חרופתי ממ"ש גבי שפחה חרופה ולפי שיטת רש"י ורבינו קושטא קאי הכי דהאומר חרופתי מקודשת כמ"ש ע"ש הרשב"א דלשון חרופתי פירושו מיועדת כמ"ש הר"ן ז"ל וכיון שכן ק"ל עמ"ש רש"י בפ' משפטים ד"ה ואם לבנו יעדנה וז"ל מלמד שאף בנו קם תחתיו ליעדה ואומר לה הרי את מיועדת לי בכסף שקבל אביך ורבינו בפ"ד מה' עבדים כתב כיצד מצות יעוד אומר לה הרי את מקודשת הרי את מאורסת הרי את לאנתו עכ"ל והיא ברייתא שנוייא לקמן די"ט ע"ב.

ובהיותי בענין זה כתבתי פתקא א' לעמיתינו בתורה החכם השלם והכולל כמ' אליקים גאטינייו בלשון זה יעיין כת"ר במ"ש רש"י בפ' משפטים בפסוק ואם לבנו יעדנה וז"ל מלמד שאף בנו קם תחתיו ליעדה ואינו צריך לקדשה קדושין אחרים אלא אומר לה הרי את מיועדת בכסף שקבל אביך ע"כ דק"ל דבפ"ק דקידושין ד"ה ע"א מספקא לן גבי קדושין באומר מיועדת לי מהו ולא איפשיטא וא"כ קשה איך פשיטא ליה לרש"י ז"ל באומר לה הרי את מיועדת לי ורבינו בפ"ד מה' עבדים כתב כיצד מצות יעוד אומר לה הרי את מקודשת הרי את מאורסת הרי את לי לאשה ואלו את מיועדת לא קאמר והכי איתא בברייתא בפ"ק די"ט ע"ב והר"ן בפ"ק דקידושין גבי בעייא זו דהרי את מיועדת לי כתב כלשון הזה ויעוד הכתוב באמה העבריה לשון מושאל הוא בודאי ולא לשון מיוחד

באישות כדכתיב הילכו ב' יחדיו בלתי אם נועדו ע"כ ואין לומר דס"ל לרש"י דלשון זה מהני גבי אמה העבריה דוקא ובגמ' לא מספקא לן אלא גבי נשים דעלמא ומאמה העבריה לא ילפינן דא"כ קשה היכי הוה בעי למפשט לשון חרופתי מהא דתנייא האומר חרופתי מקודשת שנאמר והיא שפחה נחרפת לאיש כו' והשתא מאי פשיטותא איכא מהאי קרא שלא נאמר אלא גבי שפחה חרופה לנשי דעלמא ועכ"ל דכל שנאמר גבי יחוד ואישות אפי' שנאמר גבי שפחה ילפינן מינה וא"כ ה"נ נאמר ללשון זה דמיועדת לי ועיין בחי' הרשב"א שם באותה סוגייא שדקדק מפי' רש"י דס"ל לפום קושטא דמילתא דהאומר חרופתי מקודשת וכסברת הרמב"ם בפ"ג מה' אישות יע"ש ומיהו ק"ק אמאי לא פשיט תלמודא בעיין דהאומר מיועדת לי דלא מהני מאותה ברייתא דמייתי לקמן בדי"ט ע"ב דקתני כיצד מצות יעוד הרי את מקודש' הרי את מאורסת ואילו הרי את מיועדת לא קאמר וכעת צ"ע.

ועיין עוד בלשון הר"ן שם שכתב על מה שפסק רבינו דהאומר הרי את חרופתי מקודשת וז"ל וראיתי שהק' היאך אפשר דטפי עדיף לשון חרופה שפירושו מיועדת משום דאיתיה בחציה בת חורין יותר מאמה העבריה דשייכי בה קידושין גמורים וכתיב בה לשון יעוד וא"ה מספ"ל מיועדת לי מהו כו' והא ל"ק לי מידי דלשון יעוד דכתיב באמה העבריה כו' אבל ל' חרופתי גבי אישו' דחצי' שפח' וחצי' בת חורין אפש' שהוא מיוחד בו עכ"ל ודוק וע"פ דבריו הללו אפש' ליישב בדוחק דס"ל לרש"י דבתר דמייתי תלמודא ברייתא דהאומר חרופתי מקודשת למפשט בעיין דהאומר חרופתי כו' ה"ן איפשיטא דמיועדת לי נמי מכל דכן דהא חרופתי הוי פי' מיועדת כמ"ש הר"ן וכיון דבאומר חרופתי מקודשת כ"ש מיועדת לי וכיון דלשיטת רש"י באומר חרופתי לפום קושטא דמילתא אפשיטא בעיין ולשיטת רבינו ה"נ גבי מיועדת לי נמי איפשיטא בעיין כנלע"ד.

ועל זה שלח אלי פתקא אחת החכם השלם הנז' וז"ל על מאי דבדיק לן כת"ר במאי דכתב רש"י קושייא מעיקרא ליכא דהרי כתב רש"י בגמ' בלשון הבעייא וז"ל מיועדת לי לשון אשר לא יעדה שהוא לשון קידושין באמה העבריה וכ"כ הר"ן נמצא דכל הספק הוא בשאר קידושין ולא באמה העברי' דהתם ודאי כך הוא לשון הכתוב עכ"ל וכה היתה תשובתי אליו חזיתיה לדעתיה דמשפט פשיטא ליה טובא בכוונת רש"י והר"ן ז"ל דבעו מימר דלשון מיועדת הוא לשון קידושין באמה העבריה והיא מתקדשת בהאי לישנא ולבבי לא כן יחשוב דא"כ מאי טעמא ספוקי מספ"ל להש"ס בשאר נשים טפי מאמה העברי' דכיון דאשכחן באמה העבריה שהיא מתקדשת מהיכא תיתי לבא לידי ספק בשאר נשים וכי תימא דשאני אמה העבריה שהיא מתקדשת בכסף מכירתה א"כ נימא

דדוקא בלשון מיועדת היא מתקדשת ולא בלשון אחר ואלו בבריית' לקמן די"ט וכתבה רבינו בפ"ד מה' עבדים קתני כיצד מצות יעוד הרי את מקודשת הרי את מאורסת וכיון דבשאר לשונות מתקדשת כשאר נשים א"כ היא כשאר נשים וכיון דגלי לן קרא דבלשון יעוד היא מתקדשת א"כ נימא נמי שגם בשאר נשים נמי דינא הכי ועוד דא"כ היכי פשי' תלמודא לשון חרופתי מקרא דוהיא שפחה נחרפת לאיש לימא דבחציה שפחה שייך לשון זה ולא בשאר נשים וכבר הר"ן הוקשה לו כן לפום מאי דמשמע ליה לרש"י ורבינו לפום קושטא דהאומר חרופתי מקודשת דמאי שנא לשון מיועד' לי ותריץ יתיב דשאני לשון יעוד שהוא לשון מושאל ולא ל' מיוחד באישו' יע"ש וכוונתו ז"ל לע"ד דהכתוב כיון דלא מיירי בלשון המקדש לא קפיד למינקט לשון מושאל אבל במקדש עצמו צריך לקדש בלשון ברור ולא בלשון יעוד דמשמע נמי לשון כדכתיב הילכו ב' ולהכי קמספ"ל לתלמו' בלשון מיועדת לי טפי מלשון חרופתי והעד ע"ז שבבריית' לקמן די"ט ורבינו בפ"ד מהל' עבדים לא נקטו בקדושי אמה העבריה לשון מיועדת לי וזה ברור אצלי והדרא קו' ע"ד רש"י שבפי' התורה לדוכתא דמילתא דפשיטא ליה ספוקי מספ"ל להש"ס.

ואולם את זה אחוה לך מה שראיתי בס' הילקוט בפ' משפטים נוסח הברייתא דלקמן בדף י"ט כיצד מצות יעוד הרי את מיועדת לי הרי את מקוד' כו' וכן מצאתי בדברי הרי"ף בפ"ק דקידושין ד"ה ע"ב הביא ברייתא זו אגב גררא וגריס בה בהדייא הכי יע"ש ולפ"ז צריכין אנו לומר דהכא לא מספק"ל אלא בשאר נשי' ולא באמה העבריה ומאי דקשיא לן אמאי לא פשיט מינה תלמודא לשאר נשי' י"ל דכיון דהכתוב נקט באמה העבריה לשון יעוד במקום לשון קידושין מעתה תו ליכא לאסתפוקי שמא לשון יעוד קאמר משא"כ בשאר נשים ומעיקר קרא לא מצי למפשט מידי דהכתוב לשון מושאל נקט אלא דבתר דנקט קרא לשון מושאל מינה דמצי לקדש בהאי לישנא באמה העבריה דוקא ולא בשאר נשים.

הלכה ח

היה מדבר עם האשה על עסקי הקידו' ורצתה ועמד וקדש דייו כו'. ודקדק מרן בכ"מ ממ"ש ורצתה שצריך שתאמר אין ואם לא אמרה אין לא מהני ועיין להלח"מ ולמוהרימ"ט בחי' על הר"ן שחלקו עליו בזה דודאי כל ששתקה אין לך הוכחה שנתרצית גדולה מזו ותו אם ברצתה ואמרה אין ההיא שדוכין מקרו דאפי' קדשה בגזל וחמס דידה ושתקה מקודשת ולא מציא אמרה דידי שקלי וכן הוא לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' אישות אם קדם ביניהם שידוכין כו' ומה שהכריח מרן ממ"ש ורצתה ולא כתב ומחתה כו' דדוקא בשאמר' אין אין זו ראיה דרצתה נמי יש במשמע נמי שלא מיחתה כו' כדאמרינן בפ'

האומר ע"מ שירצה הבעל ע"מ שלא ימחה כו' יע"ש באורך עכ"ל והנה מה שהכריח דאי רצתה ואמרה אין ההיא שידוכין מקרו עיין להתוס' ד"ן ד"ה חוששין יע"ש ומ"ש דרצתה יש במשמע ששתקה ולא מיחתה עדיפא מינה עיין למרן ב"י בח"מ סי' ר"ז גבי הא דאמרינן בפ' הכונס הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני שפי' הא דשתק הא דלא שתק ועיין עוד בדברי רבינו בפ' זה הלכה ח"י ועיין בס' דינא דחיי בעשין די"ו ע"א ועיין עוד למר"ן החביב בסי' כ"ח הגהת ב"י אות ה' ומ"ש בס' שער יוסף ד"ב רע"ג ולענין הל' בהיה מדבר עם האשה מענין לענין ונתן לה סתם כתב הרב עצמות יוסף דאינה מקודשת וגמגם על מרן ב"י שכתב כן ע"ש הרי"ף דא"כ למאי הלכתא הביא כל הך שקלא וטריא וכן נר' בהדייא בחי' הרשב"א והרא"ש ומ"מ לענין הל' העלה הר"ש יונה להחמיר ובנותן לאשה כסף סתם ולא היה מדברת על עסקי קדושין כלל כתב ה"ה ע"ש הרשב"א שאם רצה לקדשה עכשיו צריך שיחזור ויקח הכסף ויתננו לה בתורת קידושין ופי' הטעם הלח"מ ומוהרימ"ט בסי' מ"ג דכיון דמעיקרא נתנו לה סתם לשם מתנה איכוון, וכן כתב בחי' הרשב"א בשמעתין בהדייא וכ"כ הר"ן לקמן עלה דתן מנה לפ' ואקדש אני לך דהנותן לחבירו דבר סתם לשם מתנה הוא יע"ש ודברים אלו נעלמו מעיני הרב מש"ל כמ"ש בס' קרית מלך רב ועיין בס' אש דת בפרשת שלח לך שכתב ע"ש ס' גבורת אנשים שמי שאמר לחבירו תן לי דבר זה במתנה ונתנו לו סתם דיכול לומר לפקדון נתתיו, והרב ז"ל עשה לו סמוכות מההיא דפ' אז"ן האי מאן דיוזיף לחבריו ואשכח טופיינא יע"ש ואין זו סמיכה ודברי הרשב"א והר"ן ז"ל הויין תיובתיה ולענין דינא אם היא מקודשת עיין למרן החביי"ב בא"ה סי' כ"ח הג"הט אות ל"ז.

פרק ד

הלכה א

שורש מקדש בעל כרחה אין **האשה מתקדשת אלא לרצונה והמקדש אשה בע"כ אינה מקודשת כו'**. הכי אמרינן במס' קידושין ד"ב ע"ב אי תנא האיש קונה כו' תנא האשה נקנית דמדעתה אין שלא מדעתה לא ע"כ ואפי' לרב אשי דאמר בפ' חזקת דמ"ח ע"ב דתלוה וקדי' קדושיו קדושין היינו דוקא כשקבל' קדושין אחר האונס ולא גילה דעתה שאין רצונה בכך אבל אם מסרה מודעא או שצוחה בשעת קבלת הקדושין שאין רצונה בכך אינה מקודשת ולדעת הראב"ד דכל שלא אמרה רוצה אני חשיב כאלו מסרה מודעא וצוחה בשעת הקדושין, ותלמודא הכא מיירי בכה"ג בגילה דעתה שאין רצונה בכך למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה דלכ"ע אינה מקודשת ודוק בלשון רבינו שכפל לשונו

ותראה איך רמז בדבריו שני עניינים אלו ועיין בדברי ה"ה שנר' ברור מדבריו דבתלוה וזבין לא בעינן שיאמר רוצה אני והלח"מ ז"ל תמה עליו מהסוגייא דפ' הכונס דמשמע מינה דבעינן שיאמר רוצה אני וכתב שאף שמרן ב"י ז"ל בח"מ סי' ר"ז כתב דהוא ז"ל מפרש דמאי דקאמר תלמודא הא דאמ' רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני אין הכונה שיאמר בפי' כן אלא לומר הא דשתק הא דלא שתק מ"מ צרי' הכרח לדבריו מנין לו כן יע"ש ולע"ד יש לו סמוכות מסוגייא דפ' האומ' משקלי עלי דדייק רב ששת ממתני' דאמר כופין אותו עד שיאמר רוצה אני דצריך שיבטל המודעא שמס' על הגט מדקתני עד שיאמר רוצה אני ולא קתני עד שיתן ואם איתא דגבי תלוה וזבין כל שלא אמר בפי' לאו זביני זביני מאי קאמר ליתני עד שיתן דהא כל שלא אמר בפירוש רוצה אני לאו מידי הוא אלא ודאי דכל ששתק ועביד מעשה ולא גילה דעתו ע"י מודעא חשיב כאומר רוצה אני ודוק.

ועיין להלח"מ ברפ"י מה' מכירה שתמה עמ"ש ה"ה בפ"א מה' גזילה שדעת רבינו ז"ל הוא דהחומד ממון חבירו ולקחו ממנו אעפ"י שהמקח קיים עובר הוא על לאו דלא תחמוד ותמה עליו מסוגייא דפ' הכונס דפרי' תלמודא אי יהיב דמי חמסן קרית ליה ומאי קושייא הא אעפ"י שהוא חמסן מקחו קיים כמו שהוא האמת לדעת רבינו וצ"ע עכ"ל.

ולע"ד נראה דתלמודא פריך שפיר היכי קרי ליה חמסן כיון דמקחו קיים דחמסן לא מקרי אלא למי שגוזל ממון חבירו שלא כדין וזהו פי' של חמסן על דרך כי מלאה הארץ חמס מפניהם והיינו דבעי מאי בין גזלן לחמסן כלומר שניהם גזלנים הם וממונם אינ' שלהם וע"ז השיב דגזלן לא יהיב דמי וחמסן יהיב דמי ואפ"ה לא קני ליה וע"ז פריך מהא דרב הונא דזביני זביני ומשני הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני כלו' דכל שלא נתרצה המוכ' הא לא קני אפי' שנתן דמים והו"ל גזלן ואין הדבר כמו שחשב הוא ז"ל בדעת רבינו דכל דעבר על לאו דלא תחמוד מקרי חמסן, ועיין לרבינו בפ"י מהל' עדות הלכה ד' ותראה איך קורא לחמסנים גזלני' שלוקחים ממון שאינם שלהם יע"ש וכ"כ הר"ב ע"י ותמה ע"ד מרן ב"מ במ"ש בפ"י מה' עדות דדעת רבינו הוא דכל שנותן דמים אינו עובר על לאו דלא תחמוד ומש"ה לא פסילי החמסנים אלא מדרבנן שזה הפך דברי רבינו שבפ' ראשון מה' גזילה דנר' בהדייא מדבריו דאפי' שנותן דמים עובר על לאו דלא תחמוד אלא שאינו לוקה על לאו זה כמ"ש ה"ה ז"ל יע"ש.

והוא ז"ל כתב דלדעת רבינו יש ב' חמסנין חמסן דאורייתא וחמסן דרבנן דכל דלא אמר רוצה אני הוא חמסן דאורייתא ואם אמר רוצה אני הוי דרבנן ובשניהם הוא פסול לעדות יע"ש, ולא כן אנכי בענייותי אלא דדעת רבינו ז"ל דכל דיהיב דמיהם אפי' שאין הבעלים

מתרצים לא פסיל לעדות אלא מדרבנן דמדאורייתא לא מיפסיל דלא מיקרי רשע דחמס אלא בגזלן שאינו נותן דמים ואע"ג דעבר על לאו דלא תחמוד כיון שאין לוקין על זה כמ"ש בפ"א מה' גזילה לא מיפסיל לעדות שהרי כתב הוא ז"ל בפ"י מהלכו' גזילה דלא מיפסיל לעדות מן התורה אלא בעובר על לאו שחייבים עליו מלקות שקראו התורה רשע אם בן הכות הרשע או ברשע דחמס יע"ש ומאי דבעי תלמודא בפרק הכונס מאי בין גזלן לחמסן לדעת רבינו ז"ל צריך לומר דבעי מאי בין גזלן דאורייתא לחמסן דרבנן ועיין למרן מלכא בס' בתי כהונה ח"א חב"ו דע"ד ע"ב ולענין אם האיש שקדש בע"כ ע"י שאנסוהו לקדש אם קידושיו קידושין כבר האריכו בה הרב עצמות יוסף וה"ה מוהרימ"ט ז"ל כיד ה' הטובה עליהם ועיין לשון ערומים ד"ה ע"ד וכעת אין כל חדש בענין זה.

הלכה טז

המקדש אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורים עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקדושי קטנה שגדלה ואינו צריך לקדשה קידושין אחרים בא אחר וקדשה אחר שנשתחררה הרי זו ספק קדושין לשניהם. ע"כ.

והשיג עליו הראב"ד שאם גמרו קדושיה אחר שנשתחררא איך תהיה מקודשת מספק לשני והם דברים סותרים, וה"ה ז"ל יישב דבריו דמ"ש שהם קדושין גמורים מיירי בשבעל אחר שנשתחררה ומשום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות גמר ובעל לשם קדושין ומ"ש שאם בא אחר וקדשה דהרי זו ספק קדושין מיירי בשלא בעל וזה רמז במ"ש הרי זו כקדושי קטנה שגדלה דהתם נמי מיירי בהכי עכ"ל, והר"ן ז"ל הביא דבריו מרן בכ"מ דחה תירוץ זה משום דלא אמרינן הכי אלא גבי קטנה שגדלה דוק' דאדם יודע שאין קידושי קטנה כלום אבל הכא גבי שפחה שנשתחררה דמספקא לן אי גמרו הקדושין הראשונים או לא היכי נימא דאדם יודע כו' דמי איכא מידי דאנן לא ידעינן ואיהו ידע עכ"ל, ומרן כ"מ יישב זה באומרו דהכא נמי נאמר דאדם יודע שאין קדושין תופסין בשפחה וכשהיא חציה שפחה מספקא לן וגמר ובעל לשם קדושין.

וראיתי למוהרימ"ט בחידושיו על הרי"ף ד"ע ע"א שגם הוא ז"ל כ"כ והבי' ראיה לדבריו דגבי ספקא נמי נחית איניש נפשיה לספקא וגמר ובעל לשם קידושין מההיא דאמרינן בפרק האומר ובכתובו' בפ' המדיר דהמקדש על תנאי ובעל סתם לשם קדושין בעל וכתב דהתם שאני שהוא חושש שמא לא יתקיים תנאו ותהא מופקעת ממנו לגמרי והו"ל בעיל' זנות למפרע אבל גבי חציה שפחה וחציה ב"ח לעולם אגידא ביה משום ספיקא ואע"ג דקמי שמייא גלייא והו"ל בעילת זנות מ"מ כיון דמנטרא ליה וזרעו מיוחס אחריו לא חשיב ליה זנות ולא יהיב דעתו לקדשה אח"ך עכ"ל, והרואה יראה כמה יש מהדוחק

בתירוץ זה, ולקע"ד נ"ל דמעיקרא קושיא ליכא דשנייא היא ההיא דמקדש על תנאי דכיון דאיהו מתנה בדבר וידע איהו בתנאיה שאם לא יתקיים תהיה בעילתו בעילת זנות ולכך גומר ובועל לשם קידושין משא"כ הכא גבי שפחה דפלוגתא דאמוראי היא ואיכא למ"ד דהוייא מקודשת גמורה מי יימר שלא יעלה בדעתו שהיא מקודשת גמורה כמ"ד הכי ולא תהיה בועל לשם קידושין דמילת' כדנא בסברא תלייא ואפשר שתדמה בדעתו שהיא מקודש' וכמ"ד הכי ומ"ש הר"ן דמי איכא מידי דאנן לא ידעינן ואיהו ידע אין הכוונה לומר דלדידיה ספוקי מספק"ל אלא דהכא ודאי ליכא למימר דגמר ובעל לשם קדושין אם לא בשנאמר דקים ליה הלכתא כמ"ד דאינה מקודשת דאי משום ספיקא מי יימר דנחית נפשי' לספקא ואנן לא קמספקא לן אלא משום דאשכחן פלוגתא דמר אמר הכי ומר אמר הכי אבל האי גברא אזיל בתר סברתיה וע"ז כתב הוא ז"ל דמי איכא מידי דאנן לא ידעינן ואיהו ידע לאסוקי שמעתתא כמ"ד דאינה מקודשת אלא כיון דאיכא למימר הכי והכי אפשר שתדמה בדעתו שהיא מקודשת ולא יבעול לשם קידושין כנלע"ד.

ומרן בכ"מ תירץ עוד בדעת רבינו דמיירי כשלא בעל ומשמע ליה דמאי דאיפליגו אמוראי בגמרא היינו אם בא אחר וקדשה אבל בשלא בא אחר וקדשה אינה צריכה קדושין אחרים יע"ש, והוא פליאה למה לא יהיה צריך קידושין אחרי' דומייא דקטנ' שהגדילה דמודה הוא ז"ל דבעי קידושין אחרים כמ"ש בתחי' דבריו וכבר עמד על דבריו הללו מוהרימ"ט שם בחידושיו על הר"ן ועוד הוקשה לו לפי דרכו לישנא דגמרא מר סבר פקעי ומר סבר גמרי ואי מ"ד פקעי מיירי בשקדשה שני ה"נ מ"ד גמרי מיירי בהכי דבחדא מילתא מיירו יע"ש ולדידי נ"ל דרבינו קשיתיה קושיית הרא"ש שם בפ' השולח וז"ל תמיה לי למ"ד אין קדושיו קדושין היכי מצי למימר דאין חייבים עליה אשם ואפילו אי מוקי קרא בשפחה כנענית המיוחדת לע"ע כו' וכי בשביל שחציה ב"ח גריע טפי וכתב הרמ"ה כו' יע"ש, והשתא מתוך קושייא זו הוכרח לומר דמ"ד קדושיה קדושין היינו לומר שאינה צריכה קדושין אחרים לעולם ומ"ד אין קידושיה קידושין היינו לומר דלאחר שתשתחרר צריכה קידושין אחרים דלאחר שתשתחרר לא נ"מ מידי דלעולם הבא עליה באשם קאי ולזה לענין שלא יצטרך קדושין אחרים פסק כמ"ד דקדושיה קידושין ולענין אם בא אחר וקדשה אחר שנשתחררה דפליגי בה אמוראי בתר הכי דמר אמר פקעי קדושין ומר אמר גמרי פסק דהוייא ספק מקודשת ודוק כנלע"ד.

והרב פ"ח בחידושיו לגיטין שם בדמ"ג עמד ע"ד רבינו ודחה דברי ה"ה ז"ל ממ"ש רבינו בפ"ג מהלכו' א"ב וז"ל שפחה חרופה האמור בתורה היא שחציה שפחה וחציה ב"ח המקודשת לע"ע שנאמר לא יומתו כי לא חופשה הא אם נשתחררה כולה חייבי' עליה

מיתת בית דין וכ"כ בפ"ו מהלכות עבדים שפחה חרופה אם רצה לשחרר חציה הנשאר דתעשה אשת איש גמורה ה"ז משחרר עכ"ל הרי בהדייא שכל שנשתחררה הוייא כא"א גמורה ומתוך כך כתב שנ"ל בדעת הרב ז"ל דס"ל דלכ"ע כל שלא בא אחר וקדשה אחר שנשתחררה ה"ז מקודשת גמורה והבא עליה חייב מיתת ב"ד ופלוגתייהו דהני אמוראי אינו אלא לכשנתקדשה מאחר אחר שנשתחררה דמר סבר דע"י קידושי שני שמצאו מקום לנוח בשעת חירות פקעי קדושי ראשון שאלו הקדושין השניים הולכים ומתפשטים בכולה ופקעי קידושי ראשון ומר סבר דקדושי ראשון גמרי אחר שנשתחררה ואין חלות לקדושי שני את"ד ז"ל.

ואחר שאלת אלף מחילות מעצמותיו הקדושים לא ידעתי אם יצאו דברים אלו מפי קדוש כי איך הפה יכולה לדבר שהבא עליה יהיה חייב מיתת ב"ד ותהיה מקודשת מס' לשני כי הן דברים סותרים ז"לז ועוד דאם איתא דכל שלא נתקדשה לב' הבא עליה חייב מיתת ב"ד הא ודאי מודה הוא ז"ל דטעמא דכשנתקדשה לב' פקעי קדושי ראשון אינו אלא דמיגז גייז לקדושי ראשון מפני שע"י אלו הקדושין מתפשטין והולכין בכולה ופקעי לקדושי ראשון מכאן ולהבא דאי מעיקר עקרי להו מעיקרא וכאלו לא נתקדשה מעולם א"כ למה כשלא נתקדשה יתחייב הבא עליה מיתת ב"ד יקדשנה לו ויפטר ממיתת ב"ד וא"כ קש' דכיון דקדושי ראשון לא פקעי מעיקרא אלא מכאן ולהבא היכי קאמר תלמודא שאין אני קורא בה אשת שני מתים ומותרת להתייבם לאחיו הג' דאין לך אשת שני מתים גדולה מזו ולפי דברי הרב צ"ל דמיירי באופן שאין מקום לקדשה לו מהשתא וזה דוחק גדול ועוד דלמה לא נאמר שכשבא עליה כיוין לקדשה בביאה והעדים המעידים שבא עלי' הן הן עידי הקדושין וטעמא רבא איכא שאין אדם עושה בב"ז.

סוף דבר אין מקום חלות לדרך זה ועיקר קושייתו לדרכו של ה"ה ז"ל מאותם המקומות שהביא מדברי רבינו אינן מכריחות כי מה דוחק מצא יות' באותם המקומות לפרש דבריו בשבעל אחר שנשתחררה טפי ממ"ש כאן בפ"ד מה' אישות וביאר דבריו ה"ה ז"ל דמיירי בשבעל אחר שנשתחררה, האמנם דרכו של מרן כ"מ ומה שכתבנו אנן בענייותינו הוא נדחה ממקומות הללו שכ' רבינו בהדייא שכל שנשתחררה הרי היא א"א גמורה ולפי דרכינו אינו כן אלא לענין שלא יצטרך לקדושין אחרים בעודה תחתיו אבל אם בא עליה אחר אין בה חיוב מיתת ב"ד כא"א שהרי קדושין תופסי' בה, ועיין למרן החבי"ב בא"ה סי' מ"ד הגב"י אות ט' שכתב שראה לא' קדוש יישב דברי רבינו בכל המקומות ולא זכינו לאורו ה' יאיר עינינו בתורתו.

הלכה יט

שורש מקדש בספק אי שוה פרוטה קדשה **באוכל כו' ה"ז מקודשת מספק שמא דבר זה שוה פרוטה במקום אחר כו'**. וכתב ה"ה פ"ק אמר שמואל קדשה בתמרה כו' ע"כ הנה הרשב"א והר"ן דקדקו מלישנא דמשני תלמודא הא בקדושי ודאי הא בקדושי ספק ולא קאמר הא מדאורייי' הא מדרבנן דכל שידוע שש"פ במדי הרי אלו קדושי תורה וכל שאינו ידוע הו"ל ספקא דאורייתא, והר"ן ז"ל הוסי' בה דברים וכתב דכיון שהיא נתרצתה בהן וש"פ באיזה מקום אילו ידעו העדים שדרכה לתת פרוטה באותו דבר הו"ל כאלו אמרה לדידי שוה כדאמרי' לעיל גבי דעגל זה לפדיון בני עכ"ל, ומשמע לכאורה מדבריו שכל שאין העדי' יודעין שדרכה להתייקר אין כאן קדושין אפי' במידי דספק שמא ש"פ במדי כיון דליכא עדות בדבר שקבלה ש"פ וכ"כ הוא ז"ל לעיל גבי ההיא דעגל זה לפדיון בני וז"ל ומיהו פשיטא לי שכשאין העדים יודעין שדרכה להתייקר בו לא מהני דהו"ל כקדושין בלא עדים דלא מהני אפי' ב' מודים עכ"ל וכ"כ הר"ב ע"י בשמעתי' וז"ל ולענין הלכה באתי לחדש מה שמצאתי להר"ן לעיל גבי עגל זה לפדיון בני כו' וסיים עו' וז"ל ואפי' למפרשים דס"ל דטעם גזירה זו דשמא ש"פ במדי הוא משום דילמא יהיה כאן אחד מאנשי מדי אפי"ה נראה דלא גזרינן אלא היכא דאפשר להיות שדעת האשה לתת פרוטה באותו דבר הא לא"ה הוי כמקדשה בלא עדים עכ"ל.

ואני בעניותי לא כן אדמה ולבבי לא כן יחשו' דודאי אף הר"ן ז"ל אזיל ומודה כשאפשר שוה פרוטה במדי אעפ"י שאין העדים יודעין שדרכה לתת פרוטה בכך מידי ספקא לא נפקא ומקודשת מספק, ומ"ש הר"ן דבעינן שידעו העדים שדרכה להתייקר בכך ולדידה ש"פ היינו כדי שתהיה מקודשת גמור' מדאורייתא דכל שאין העדי' יודעין אינה מקודשת גמורה אבל מידי ספקא לא נפקא, ומ"ש הר"ן ז"ל לעיל דכל שאין העדים יודעין שדרכה להתייקר הו"ל כמקדש בלא עדים ע"כ לפרש דהיינו דוקא במקדש אותה בדבר שיודע שאינו ש"פ בשום מקום כגון בדבר שאינו מתקיים לדעת רבינו והיא קאמרה דלדידה ש"פ דהתם ודאי כל שאין העדים יודעין בכך אין כאן קדושין אבל בדבר שאפשר שש"פ בשום מקום אף כשאין העדים יודעין שדרכה של אשה להתייקר בכך כיון דאינהו נמי ספוקי מספ"ל שמא ש"פ במדי הו"ל ספק מקודשת והרי זה דומה לעדים שראו שזרק לה קדושין ס' קרוב לו ס' קרוב לה דמקודשת מס' וראיה לזה דאם איתא דכל שלא ידעו העדים שדרכה להתייקר בכך אינה מקודשת א"כ כי אמרינן בשמעתין דחיישינן לדשמואל דילמא ש"פ במדי עכ"ל דמיירי שידעו העדים שדרכה להתייקר בכך ואפ"ה אי לאו דתלינן טעמא דילמא ש"פ במדי אפילו שדרכה להתייקר בכך לא היתה מקודשת

וא"כ מאי קמספ"ל להר"ן לעיל במקדש את האשה בדבר שאינו ש"פ ואיהי אמרה לדידי ש"פ והעדים יודעין בכך אי הויא מקודשת דמ"נ במאי קמיירי הר"ן אי בדבר שאינו ש"פ בשום מקום תפשוט דאינה מקודשת מדקאמר שמואל בשמעתין טעמא דדילמא ש"פ במדי ולא קאמר בפשיטות דאינה מקודשת משום דדעתה להתייקר בכך ש"מ דמה"ט אינה מקודשת ואי הר"ן ז"ל מיירי לעיל בדבר שהוא ספק אי ש"פ במדי הנה אין מקום לזה דעיקר ספיקו הוא דברי שמואל דקא' דילמא ש"פ במדי ומאי קמספקא ליה להר"ן ז"ל אלא ודאי דהר"ן ז"ל לעיל מיירי במקדש את האשה בדבר שידוע שאינו ש"פ בשום מקום ולהכי ספוקי מספ"ל כי קאמרה איהי דלדידה ש"פ והעדים יודעין בכך אי מקודשת או לא ולא מצי למפשט ספיקו מדשמעתין דתלינן טעמא דמקודשת דשמא ש"פ במדי ולא בדרכה להתייקר דהכא מיירי בדבר שאין דרכה להתייקר בכך ואפי"ה אמרינן דמקו' מספק שמא ש"פ במדי מיהא וכי קמספ"ל להר"ן הוא כשידוע שאינו ש"פ בשום מקום ואיהי דרכה להתייקר בכך.

באופן דחידוש דין זה שחידש לנו הר"ב ע"י ז"ל דכל שלא ידעו העדים שדרכה להתייקר בכך אפילו בדבר דאיכא למיחש שמא ש"פ במדי לא נהירא לקע"ד, ועיין להרב בית שמואל סי' ל"א סק"י שכ' וז"ל וא"ת מאי מהני אי ש"פ במקום אחר כיון שאינו ש"פ במקומו הוה ליה כאלו קידש אותה בלא עדים דהא במקום שהעדים עומדים אינו ש"פ, וי"ל כיון דהאי ס' שמא ש"פ במקום אחר ספק הוא גם להעדים לכן חוששין לקדושין עכ"ל, הנה דבריו ז"ל הפך דברי הרב ע"י ז"ל ומיהו מ"ש עו' הרב בית שמואל שם דכי מספ"ל להר"ן ז"ל באומרת לדידי ש"פ היינו היכא דאינו ידוע שש"פ במקום אחר כו' לפי האמור לא דקדק יפה בלשונו וצריך לומר דכי מספ"ל להר"ן ז"ל היינו היכא שידוע שאינו ש"פ במקום אחר דאלו באינו ידוע לא הוה מספ"ל להר"ן דהוה מצי למפשט לה שפיר משמעתין כמדובר, עוד ראיתי להרב בית שמואל שם שהוק' לו למ"ש הרא"ש ז"ל ע"ש ר"י דאפי' כשידוע שש"פ במקום אחר אינה מקודשת מדאורייתא משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו מההיא דפ"ב דנ"ג גבי המקדש במעשר שני שכתב רש"י ז"ל לפי' שני דמקודשת מיד אפי' שאינו שוה כאן ש"פ אלא בירו' יע"ש, ואשתמיט מיניה דמר דברי הריטב"א שם בחידושיו יע"ש ודו"ק.

ודע דבגמ' אחר שהביא האי מימרא דשמואל מייתי עובדא אחריתי דההוא גברא דאקדיש באבנא דכוחלא כו' ויתיב ר"ח וקא שמעה ליה אי אית ביה ש"פ אין ואם לאו לא ופרי' ואי לית ביה ש"פ לא והא אמר שמואל חיישינן כו' ר"ח לא סבר להא דשמואל וכתבו התוס' ד"ה ר"ח כו' לא מצי לשנויי כו' משום דמיירי שקדשה אחיו עיין

למוהרימ"ט בחידושיו שכתב דמש"ה הוצרכו התוספות לומר דמיירי בשקדשה אחיו דאי לא"ה אף ר"ח היה אוסרה לשני משום דאיהי שויתיה נפשה חתיכה דאיסורא וכל כה"ג לא אמרינן עיניה נתנה באחר כדתנן בסוף נדרים כיון דבדבורא לא נאסרה לב' לעולם שהרי יכול לגרש ראשון ומצי להנשא לב' או כשמת ראשון יעש"ב, ולכאורה קשה מי הגיד להם שהאשה עצמה היתה מודה לדברי אמה כדי שנאמר שויתיה נפשה חתיכה דאיסורא דאפש' שהאשה עצמה לא היתה יודעת אם בשע' קדושין היה ש"פ ושוב ראיתי לחי' הריטב"א שהכריח בהדייא שהאש' עצמה מודה לדברי אמה מדברי ר"ח הא דמדמה דהכא לדיאודי' דביתהו דר"ח ולא מדמי לה למתני' דלקמן דתנן הוא אומ' קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני אלא בתי בתו מותרת לקרוביו אלמא שאין האם נאמנת יע"ש, ולדבריו ז"ל צ"ל דיאודית דביתהו דר"ח אעפ"י שהיתה אומרת שאמה אמרה לה שקיבל אביה קדושיה כשהיא קטנה ובודאי דלא ידעה במילי דאבוה מ"מ כיון שהיא היתה סומכת על דברי אמה ומהמנא לה כבי תרי חשיבא לדידה ומה"ט הוא אסירא ליה כעובדא דסמייא דלקמן ולא מפני שאמ' לאו בר סמכה היא לא נאסרה עליה דר"ח ומשו"ה מדמי ר"ח שפיר הא דידיה להיא עובדא דביתהו דר"ח ואף ע"ג דהתם איהי נמי שויתיה נפשה חתיכה דאיסורא אפ"ה לא נאסרה עליה דר"ח.

ובהכי ניחא לי מ"ש התוס' רי"ד עלה דהך עובדא דר"ח וז"ל אמרה לה לאו כל כמינך דאסרת ליך עילוואי פי' ואע"ג דהיא מהמנא לשווייא נפשה חתיכה דאיסורא ותנן לקמן היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך הוא מותר בקרובותיה והיא אסור' בקרוביו התם משום דלא אגידה ביה ולא מפסל' לאחריני אבל הכא דאגידה ביה ומשעבדא ליה ומטי איסו' לגביה לא מהימנא וכדאמרי' בשלהי נדרים עכ"ל, וראיתי למוהריב"ל בח"ג סי' ק' שכתב וז"ל ואיברא דהך לישנא מזה החכם לכאורה ק' טובא דמאן דכר שמיה דשוי אנפשיה חתיכה דאיסורא בהך עובדא דיאודית דהרי לא ידעה דבר מהקדושין אלא דאמה היא דאמרה קבל אביך קדושין אדזוטרת והך קושייא איכא לאקשויי נמי בהגהות מרדכי דהוה ק' בעיני ה"ר שמואל על המעשה הנעשה כו' דהא לא חיישינן לה ונראה דקאי על ההוא דיאודית דלא חיישינן לה ומה ענין זל"ז דההיא דיהודית לא מפיה אנו חיים אלא מפי האם דקאמרה לה קיב' ביך אביך קדו' כדזוטרת וכדכתבינן וכבר היה אפשר לתרץ בדוחק כי אלו החכמים תוס' רי"ד והר"ש ז"ל הי"ל הנוס' לאו כל כמינך דאסרת ליך עילוואי ולא גרסי לא כ"כ דאימך וכ"כ בתו' רי"ד דס"ל דה"ק ליה ר"ח דאפי' אם אתה היית אומרת שקבלת קדושין מאחר לאו כ"כ ואין ספק כי זה התירוץ הוא דחוק וצ"ע עכ"ל.

ועפ"י האמור צדקו יחדיו דברי תוס' רי"ד והר"ש ז"ל דמשמע להו דכל שהיא סומכת לדברי האם ומהימנא לגבי דידה חשיבא כאומרת בפירוש שהיא יודעת בכך ושויתיה אנפשה חתיכה דאיסורא אם לא דלא משגחינן בה מטעמא דלאו כ"כ למסרא ליה אבתר' ובעיקר תירוץ זה שתירצו בתוס' רי"ד לעיקר הקושייא עיין למהרימ"ט ז"ל בח"א מתשו' סי' צ"ב מה שהוקשה לו על דבריהם מההיא מתני' דסוף נדרים ונראה מדבריו דס"ל דענין זה דשוי אנפשיה חתיכה דאיסורא מדין נדרי איסר נגעו בה יע"ש ובזה נסתפק הרב מוהר"י באסאן ז"ל בתשו' סי' פ' והרב מ"ץ ח"א סי' ס"ה מפשט פשיטא ליה דמדין נדרי איסר נגעו בה ובכן עמד מתמיה על תשו' הרשד"ם שעלה לחלק בין אותה שכתב הרשב"א בתשובותיו בעובדא דטבח שהטבח נאמן על עצמו לומר שהוא לא שחטה להיכא שאומר קדשתי את בתי ויש עדים שלא קדשה יע"ש, ואשתמיט מיניה תשו' הרשב"א בדין הקדו' הביאה מרן ב"י בא"ה סימן מ"ה דהתם אפילו נגד עדים נמי הוא ומה שייחס עוד הר"ב מ"ץ בדעת הרא"ש ז"ל דס"ל הכי הנה דברי הרא"ש ביבמות דכ"ב הויין תיובתיה ואשתמיט מיניה.

ולעיקר קו' הרב מוהרימ"ט ז"ל על מה שתירצו בתוס' רי"ד מההיא מתני' דסוף נדרים מקום יש ליישב ע"פ מ"ש הר"ן ז"ל שם אבל התוס' חלוקים ע"ד הר"ן ולדבריהם הדרא קו' התוס' בשמעתין לדוכתי' וליכא לתרוצי כתירוץ מוהרימ"ט ז"ל דסוגיין לא אזלא כוותיה בין ממ"ש ר"ח בההוא עובדא דאבנא דכוחלא דהתם נמי אמיה הוה בין מעובדא דדביתהו דר"ח דאיהי לא הוה בעי לאנסובי לאיניש אחרינא משום צער לידה וליכא חששא דשמא עיניה נתנה באחר ובזה יש מקום להתיישב, מיהו אפשר ליישב קו' תוס' רי"ד לדברי התוס' דסוף נדרים דמשו"ה לא מייתי רב חסדא ראיה מההיא מתני' דלקמן משום דשנייא היא הך עובדא דהיא אינה יודעת עיקר העדות ואדברי אמה קסמכה ואפשר דכל כה"ג שאינה מעידה מצד עצמה ליכא למיחש לשמא עיניה נתנה באחר ולהכי מדמי לה להההיא דיאודית ובכן ע"פי האמור יש ליישב ג"כ תשו' הרא"ש ז"ל שהביא מרן ב"י בא"ה ס"ס מ"ו שעמד מתמיה עליה הר"ב ע"י ושאר האחרונים ז"ל מהא דשמעתין דהתם שאני שהיא היתה יודעת שנתקדשה לאחר וכל כה"ג אמרינן ודאי שוייא אנפשה חתיכה דאיסורא ועיין בזה להר"ב ד"מ שדבריו תמוהים גם מ"ש הר"ב עצמות יוסף ז"ל קשה יע"ש, ועוד אחרת י"ל לתשובת הרא"ש ז"ל הלזו ע"פי מ"ש התו' בכתובות דס"ג ע"ב באחד מן התירוצים שתרצו שם עיין עליהם ואע"פ שהרא"ש דחה תירוצם הלזו שם באותה סוגייא ולא חילק בין היכא דמפסדא כתובה להיכא דלא מפסדא יע"ש, הנה בתשובותיו חשש לסברא זו דכל דמפסדה כתובה אמרינן ודאי

שוייא נפשה חתיכ' דאיסורא ולא אמרינן עיניה נתנה באחר, ואותה סוגייא דסוף נדרים מיירי באשת כהן שנאנסה דלא מפסדה כתוב' לפי דברי התוס' והרא"ש הנז', ובכן יש לתמוה על מ"ש מרן ב"י בא"ה סימן קט"ו עמ"ש הטור דאיהי מהימנא לומר שנטמאת להפסידה כתובתה וציין מרן ז"ל מתני' דסוף נדרים וכתב דפשוט הוא ולא זכר ש'ר דברי התו' דכתובות הנז' שלפי דבריהם ההיא מתני' לא מכרעא דמיירי באשת כהן שאומרת שנאנסה וליכא הפסד כתובה ודוק.

ודע שרבינו בפכ"ד מהלכות אישות די"ח משמע דסבור כשיטת התוס' דכתובות הנז' ודבריו סותרין למ"ש בפי"ד ד"ח יע"ש, ושמעתי מפי מו"ה בעל שע"ה שיישב דבריו בהקדים לבאר כוונת התוס' שם בכתובות שהק' הקו' האחרונה באומרם שיהא נאמן במיגו ולא הוק' להם סתמא בפשיטות והיינו טעמא דאי לאו דאיכא מיגו לא הוה ק"ל מידי דאיכא למימר שאני הכא דאיכא סברא לומר אין אדם מע"ר אבל היכא דאיכא מגו אמרינן שפיר אפילו היכא שמשים עצמו רשע וזה כדברי הרשב"א בתשו' ושלא כדברי מהריב"ל שכתב דלא אמרינן מיגו היכא שמע"ר ולדידי אכתי אין זה נכון שהרי כתבו התוס' בדוכתי טובא הביא דבריהם בספר ארעא דרבנן דלא אמרינן אין אדם מע"ר היכא שהוא מכוין לטוב יע"ש עוד יש ליישב תשו' הרא"ש שהביא מרן ב"י בא"ה ס"ס מ"ו ע"פ מ"ש הרא"ש גופיה בסוף נדרים וז"ל ועוד נ"ל טעם טוב דהלכתא כרב המנונא שאפי' למשנה אחרונה היא תובעת שיגרשנה בעלה דחיישינן שמא נתנה עיניה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה בעלה אבל ודאי חזקה שלא תאמר אשה לבעלה גרשתני להפקיע עצמה בטענת שקר מתחת בעלה להיותה באיסור א"א כל ימיה יע"ש ה"נ דוכוותא היא ודוק.

שורש מקדש בשוה כסף ככסף **הא למדת שכל המקדש בש"פ כו' הרי אלו קדושי ודאי כו'**. הנה התוס' ז"ל בפ"ק ד"א ד"ה בפרוטה כתבו וז"ל ואם תאמר ומנ"ל דשוה כסף ככסף כו' ופדיון הבן דכתיב ביה כסף ואמרינן לקמן דרב כהנא שקל סודרא בפדיון הבן מנ"ל דשוה כסף ככסף ומיהו בפ"ק דשבועות דריש בכלל ופרט עכ"ל ואנכי לא ידעתי למה לא הביאו ראיה דגבי פדיון הבן דש"כ ככסף ממשנה ערוכה דתני תנא בפ' יש בכור דמ"ט ע"ב וכולם נפדין בכסף ובש"כ ועיין שם בפי' הרע"ב ז"ל גם במ"ש בפ"ק דשבועות דריש לה בכלל ופרט וכלל לא ידעתי למה הביאו ממרחק לחמם ממס' שבועות והיא משנה ערוכה שם בפ' יש בכור עלה דהך מתני' דלכולם נפדין בכסף ובש"כ דתנן אין פודין לא בעבדים ולא בשטרות ולא בקרקעו' ומפרשינן טעמא בגמ' משום כלל ופרט וכלל וצ"ע.

כ"ע אבל גבי ערכין דכתיב ביה כסף והקדש נמי דתנן בערכין כו' מנ"ל דש"כ ככסף עכ"ל הנה למאי דמשמע להו דגבי ערכין נמי ש"כ ככסף לא הביאו ראיה מהיכא משמע להו כן ואי מהא דתנן בספ"ו דערכין דחייבי ערכין ממשכנין אותם ונפרעין מעבדי' וקרקעות שלהם כדאיתא התם ופסק כן רבינו בספ"ג מהל' ערכין משם תשו' יוצאה לעיקר קושייתם דקראי טובא איכא להכי ומינייהו ילפינן דלאו דוקא כסף ועוד דמהתם ליכא ראיה שעיקר לקיחת עבדים וקרקעות אינו אלא כדי למוכרן ולגבות מהדמים שלהם וכי קפיד קרא הוא שלא יהיה עיקר פרעון חובו משווי העבדים והקרקעות סוף דבר לא ידעתי מהיכא משמע להו גבי ערכין דש"כ ככס' ועיין בדברי הריטב"א דמשמע ליה דערכין נמי דין הקדשות אית להו יע"ש.

כ"ע מיהו בהקדשו' אפשר דדרשינן כלל ופרט כו' עיין בדבריהם בפ' הזהב כי שם פירשו ענין כלל ופרט דנפ"ל מקרא דויסף חמשית כסף ערכך והיה לו ויסף חמשית כלל כסף פרט והיה לו חזר וכלל והקשה לזה וז"ל וא"ת דאי לא הוה כתוב אלא כסף לחודיה הו"א ש"כ ככסף והשתא דכתיבי כללי ממעטינן קרקעות עכ"ל וכתב ע"ד הר' ח"ה וז"ל מצינן למימר השתא דכסף דהכא דוקא ולא גמרינן ליה מנזקין ועבד אלא דניחא להו למימר דכסף דה"נ כסף ואפילו ש"כ דילפי' ליה מנזקין ועבד עכ"ל והרואה יראו שדבריו הם כמילתא בלא טעמא דאמאי ניחא להו למימר הכי ולבקש תשו' אחרות ליישב קושייתם אבל הדבר מבואר דמשמע להו הכי דאי לא הוה כתיב אלא כסף לחודיה הוה ילפינן מנזקין וע"ע דה"ה ש"כ כי היכי דילפינן כסף דקידושין וערכין מהנהו וכמ"ש הם ז"ל הכא בקידושין וברור ומיהו התוס' ז"ל בפ' יש בכור דנ"א ע"א ד"ה אימא כתבו דבת"כ פ' אם בחוקותי דריש לכלל ופרט מקרא דוכל ערכך יהיה בשקל הקדש ומאי דמייתי תלמודא בפ' הזהב קרא דונתן הכסף וקם לו לא חש לו להביא אלא חד מקראי דכתיב כסף ועיין בספר לשון ערומים בלשונות הרמב"ם ד"ח ע"ג.

כ"ע וי"ל דילפינן מנזקין וע"ע כו' הרב ע"י הק' דא"כ אמאי לא ילפינן עיקר קנין כסף מע"ע ולמה אצטריך ג"ש דקיחה קיחה והאריך בזה יע"ש ותמיה לי על דבריו דהא לקמן ד"ד ע"ב כי הוה בעי תלמו' למילף קנין כסף באשה מאמה העבריה מק"ו פריך מה לאמה העבריה שכן יוצאה בכסף יע"ש והשתא היכי מצינן למילף עיקר קנין כסף מע"ע דאיכא למפרך הכי משא"כ גילוי מילתא דכסף דקרא לאו דוקא אלא ה"ה שוה כסף ילפינן שפיר מהתם ודוק והרב ח"ה ז"ל כתב ע"ד התו' הללו וז"ל דע"כ מפדיון הבן והקדש לא נילף להו דהא קדושין איתנהו בקרקע וכן בשטר וה"נ פשיטא להו בערכין דאיתא בשטר וקרקע עכ"ל הנה הרב ז"ל מינח ניחא ליה בהכי מה שלא כתבו התוס' דש"כ

דקדושין וערכין ילפי' מפדיון והקדש משום דמשמע להו דאיתנהו בשטר וקרקע דאי מהתם ילפינן לה הו"ל למעוטינהו דומיא דהנך.

ואולם אכתי היא גופא קשיא מהיכא משמע להו דאיתנהו בשטר וקרקע אם לא משום דילפינן לה מע"ע ונזיקין ואם כן דאדילפי לה מעבד עברי וניזקין ומרבו אפילו שטר וקרקע לילף מהקדש ופדיון ונמעוט שטר וקרקע ומה תקן הוא ז"ל בזה, וראיתי להרב עצמו' יוסף שכתב דמרבויי קניינין אית לן למילף ולא ממיעוט קניינין ולדידי נ"ל דמהקדש ופדיון ליכא למילף דהוה ליה שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין ואף שהוא ז"ל דחה זה יש לעמוד על דבריו ולא עת האסף עוד כתב הרב חידושי הלכות ז"ל וז"ל מיהו ק"ק אמאי לא ניחא להו כדבעו למימר מעיקר' דמס' נימא דש"כ ככסף בקידושין וערכין ומיהו אצטריך קראי בע"ע ונזיקין דאי לא הוה כתיב בע"ע ס"ד דלא יהיה ש"כ ככסף לפי שהוא גרם לו למכר כמ"ש התוס' בתירו' שני וכן בנזיקין לפי שמצינו שהקפיד הכתוב לענין מיטב כמ"ש התוס' בתירוץ קמא עכ"ל, ואין מקום לקושייתו לע"ד דודאי אי הסברא היה נותן לומר דכל מקו' דכתיב כסף ה"ה ש"כ מהיכא תיתי למעט נזיקין וע"ע מהני טעמי דאז הו"ל כאילו כתיב קרא בהדייא בהו דמהני ש"כ והתוס' לא כתבו דמהני טעמי לא ילפי מהדדי אלא לפום קושטא דמשמ' להו דכל דלא רבי קרא ש"כ בהדיא אין סברא לרבויי ממילא ועיין בס' לשון ערומים בלשונו' הרמב"ם ד"ח ע"ג.

כ"ע וא"ת והא גבי ניזקין כו' א"נ י"ל אי כתיב בעבד הו"א דדין הוא שנקל עליו כדי שלא יטמע עכ"ל והק' הרב ע"י דאכתי נימא פדיון הבן יוכי' דאע"ג דליכא האי טעמא שכ"כ וליכא למימר דכי אמרי' הכי הו"א דייו לבא מן הדין להיות כנדון ומה פדיון הבן שטר לא אף נזיקין כן שהרי כתב הרא"ש ז"ל בפ"ק דבבא קמא ד"ו ע"א דלא אמרינן דיין ויוכיח ולהכי כי ילפינן התם אבנו סכינו ומשאו מבור ומאש כתב הוא ז"ל דיהבי' להו כל דין בור אע"ג דמבור לחודיה לו אתו אלא מבינייא דבור ואש לא אמרינן דייו שיהא דינם כאש ונפטור בהו טמון דומייא דאש הואיל ועיקר הילפותא אינו אלא מבור ואש אינו אלא יוכיח לא אמרי' דייו איוכיח וה"נ כי אמרי' פדיון הבן יוכיח לא אמרינן דייו שיהא דינו כפדיון ע"כ ת"ד ז"ל ולע"ד י"ל דדוקא התם הוא דכתב הרא"ש דלא אמרי' דייו איוכיח משום דאבנו סכינו ומשאו דמו טפי לבור ובור גמור היינו משום דלא דמו לגמרי בהך מילתא דתחילת עשייתה לנזק או משום דדבר אחר מעורב בו בעשייתן או שלא גרמו לו מעשיו או שעשייתה ברשות כל דאשכח בשאר נזיקין כה"ג שלא מנע הכתוב החייוב בהם גם אלה לא יצאו מכלל בור משום הנך פירכות וכל דין בור יש להם קלות

וחמורות שבו כמ"ש כל זה הרא"ש ז"ל משא"כ הכא דלא דמו נזיקין לע"ע טפי מפדיון הבן ועיקר הילפותא היא דכי היכי דהתם גלי רחמנא דבכסף לאו דוקא ה"נ הכא א"כ כי אמרינן פדיון הבן יוכיח איכא למימ' דיהבינן ליה כל דין פדיון מטעם דיו.

עלה בידינו מכלל דברי התוס' דמשמע להו דמאי דמהני ש"כ גבי קידושין הוא משום דילפינן הכי מנזיקין וע"ע אבל הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן כתבו דמסברא אית לן למימר הכי בכל קנין דהא לדידהו דמקנה וקונה ניחא להו בהכי משא"כ גבי ע"ע דכיון דע"כ דרבו הוא מגרע פדייונו ויוצא סד"א כסף דוקא להכי אצטריך קרא לרבות ש"כ וכן גבי נזיקין אע"ג דמסברא הו"ל למימר דש"כ ככסף דדומייא דמה שהזיק ישלם מ"מ הואיל וקפיד קרא שישלם לו ממיטב סד"א דה"נ קפיד אכסף דוקא קמ"ל דלאו דוקא ועיין עוד בדברי הרשב"א והריטב"א שיישבו לפי שיטתם ההיא דאמרינן לקמן ד"ח ע"א האי תבואה וכלים היכי דמי ישיב אמר רחמנא לרבו' ש"כ כו' יע"ש.

ולדידי ק"ל לפי דבריהם עיקר מימרא דרב יוסף שם דקיליף מכסף דמידי דלא קייץ לא מהני לקדושין דמה כסף מידי דקייץ אף ש"כ מידי דקייץ והשתא כיון דבמידי דקייץ בדידהו דמקנה וקונה תלייא מילתא ומה"ט אמרינן דכסף לאו דוקא וה"ה ש"כ ה"נ נימא במידי דלא קייץ נמי דלאו דוקא כיון דלדידהו דמקנה וקונה הא ניחא להו בהכי ועיקר הילפותא דיליף מע"ע דבעינן מידי דקייץ לפי דבריהם לא מכרעא דשאני ע"ע כיון דע"כ דרבו הוא מגרע פדיונו ויוצא החמירה עליו התורה שלא תצא כי אם במידי דקייץ משא"כ באשה דהסברא היא שתקנה עצמה בכל מידי דבעי דומייא דש"כ.

והנה הרב פר"ח בתשובותיו שבס"ס מים חיים סי' ה' העלה דגבי פדיון הבן וכל שאר מתנות כהונה אם נתנה בע"כ של כהן יצא י"ח נתינה דנתינה בע"כ במידי דממונא שמה נתינה וראיתי למורינו הרב בס' קול יעקב בקונט' חידושי הלכות דנ"ז ע"ג שדחה דבריו משיטת הראשונים הללו שכתבו דגבי ע"ע אצטריך קרא לרבות ש"כ דכיון דע"כ דרבו מגרע פדיונו ויוצא הו"א דוקא כסף והשתא לפי דברי הרב פר"ח ז"ל אכתי תקשי דלמה לי קרא דהא מפדיון הבן דנתינה בע"כ שמה נתינה ואפי' בש"כ כדאמרינן רב כהנא שקל סודרא בפדיון הבן מניה הוה שמעינן דה"ה בע"ע יע"ש ולק"ד אין דמיונו' עולה יפה דאכתי איכא למימר דגבי ע"ע שאני דאיכא פסידא לרבו שהרי אנו באין להוציאו לעבד מרשותו בע"כ הילכך אית לן למימר שפיר דקפיד קרא אכסף דוקא ולא אש"כ משא"כ גבי פדיון הבן דכיון דמתנה הוא דיהיב ליה רחמנא ולית ליה פסידא כי יהיב ליה ש"כ דינא הוא דאפי' בע"כ שמה נתינה ועוד דגבי עבד כשקנאו רבו נתן כסף ועכשיו שאנו באים להוציאו מרשותו נותנין לו ש"כ משא"כ גבי פדיון ועוד דאי מפדיון הבן הוה

שמעינן לע"ע הו"א דייו לבא מן הדין להיות כנדון ומה פדיון הבן שטר וקרקע לא מהני ה"נ הכא להכי אצטריך קרא גבי ע"ע.

ודע שהרב מש"ל ברפ"ד מה' מלוה ולוה מייתי הא דתניא בר"פ אז"נ נשך כסף נשך אוכל אין לי אלא אלו מנין לרבות כל דבר ת"ל נשך כל דבר והקשה הרב דלמה אצטריך כל דבר דהרי גבי קדושין כתיב כסף ומרבינן כל דבר ואפי' קרקעות ואפילו מאן דפליג בקרקעו' היינו משום היקשא דויצאה והיתה ועיין במה שישב הוא ז"ל ולשיטת הראשונים הללו דמשמע להו דה"ט שמרבינן ש"כ בקדושין אינו אלא מסברא דגבי קנין בדידהו דמקנה וקונה תליא מילתא אין מקום לקושייתו דגבי רבית מהיכא תיתי לרבויי ש"כ ועיקר קושייתו לא חלה כי אם לדברי התוס' דנפ"ל מקרא דנזיקין וע"ע והוא מן הקושי למה לא בירר שיחותיו בזה והרב מהרימ"ט עלה ונסתפק לשיטת הראשונים הללו דנפ"ל ש"כ דגבי קדושין מסברא אי מהני נתינה בעל כרחה אפילו בש"כ כגון שאמר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן ליך ק"ק זוז ונתן לה בע"כ כדי שווים מהו כיון דבע"כ יהיב מסתברא דכסף דוקא וכ"כ נסתפק גבי הלוהו על שדהו ואמר אם אין אתה נותן לי מכאן ועד יום פ' הרי היא שלי ונתן לו ש"כ בע"כ אם קיים תנאו בהכי או לא וכתב דמע"ע לא מצינן למילף דשאני ע"ע דאקיל רחמנא גביה כדי שלא יטמע בין הגוים ובע"ע הנמכר לישראל מפני שריבה לו הכתוב יציאות הרבה בשנים וביובל והתורה הקפי' על ישראל שלא ישתעב' דכתיב עבדי הם וכתב דגבי גט מסתברא ודאי דלא מהני שהרי לצעורה קא מכוין כי ההיא דאמרינן גבי אצטלית בפרק מי שאחזו אבל גבי קדושין וקרקע בספקא תליא מילתא עכ"ל ואין ספק כי לשיטת התוס' דנפקא להו ש"כ גבי קדושין מקרא דע"ע דדינא הוא דאפי' בע"כ נמי מהני דומיא דע"ע ועיקר ספקו של הרב ז"ל אינו אלא לפי שיטת הראשונים שכתבנו ולענין כשהתנה עמו ע"מ שתתן לי כלי פ' וישנו כגון אם יכול ליתן כלי אחר כמוהו נראה ברור שיכול ליתן אחר אך כשאומר כלי שלי פ' עיין בס' בני אהרן בביאורו לטח"מ סי' רע"א דקכ"ז ע"א ד"ה אבל גם איפכא לא קא מספקל"ל להרב ז"ל כגון אם התנה לתת לה חפץ פלוני ונתן דמים אי מהני שדבר זה כבר בא מפורש בדברי הרא"ש שם בפרק מי שאחזו ובפרק לולב הגזול שחזרת דמים מהני בכל מקום לבד מגט משום דלצעורה קמכוין ועיין להר' מח"א ה' זכיה סי' ך' ודברי הרב בית שמואל בא"הע ריש סימן כ"ז במ"ש ע"ד מהרימ"ט הללו תמוהים הרבה וכמו שתפס עליו בס' אור יקרות.

ואולם עיקר ספיקו של הרב ז"ל במחלוקת הוא שנוי בין גדולי האחרונים ודעת הרב מהר"י בירב הובאו דבריו במהר"ם אלשקאר ז"ל סימן ל"ב ובהרלב"ח סימן קל"ד דאפילו

בגיטין כל כה"ג שהתנה לתת דמים ואפי' בש"פ ממטבע פ' יכול ליתן שוויים אפי' בע"כ שע"כ לא פליגי רשב"ג ורבנן גבי גט אלא כשהתנה לתת איצטלית ורצה ליתן דמים אבל כשהתנה לתת דמים כולי עלמא מודו שיכול ליתן שוויים ועי' בספר משאת משה ח"ג תשו' בנו סימן כ"ז בריש התשובה שכתב וז"ל שראובן חייב ליתן לסופר השלשים אמות חיטא'י ואע"ג שבכל אתר ש"כ ככסף בכל שכן הוא בנ"ד דכסף גופיה עדיף מש"כ דאדרבא לקיחת הדמים עדיף מל' אמות חיטא'י מ"מ כו' ולא זכר דברי הר"י בירב אלו דאזיל בתר איפכא ועיין בתשובו' הרא"ש כלל ח' סימן ט"ז והרלנ"ח והר"ם אלשקאר חלקו על מהר"י בירב כמו שתראה למרן החבי"ב בא"הע סימן ל"ח הג"הט אות י"ג וי"ד ובסי' קמ"ג הג"הט אות ס"א ושם בסימן ל"ח כתב שהרב המבי"ט הסכים לדברי מהר"י בירב ז"ל והוא מן התימא איך אשתמיט מיניה דמהרימ"ט ז"ל תשו' זו כי כל רז לא אניס ליה.

ולענין אם האשה מתקדשת במחובר לקרקע מדין כסף כתב הר"ן דאיכא מ"ד דלא מהני דהא אתקש הויה ליציאה ותנן גבי גט בפרק המביא תניין אין כותבין במחובר לקרקע והביאו ראיה לדבריהם מההיא דפריך תלמו' בפ"ק דגטין ד"ט עלה דתניא בג' דרכים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים דאמאי לא תני נמי פסול מחובר ומשני מילתא דאיתיה בקדושין לא קתני ודחה הר"ן ז"ל דבריהם דהתם מיירי לענין קדושי שטר אבל גבי קדושי כסף לא מקשינן הויה ליציאה כדמשמע ההיא דריש לקיש לקמן בסוגין דף ט' שאמר הויות להדדי מקשינן כו' ואף על פי שדחה זה באומר ודהתם מיירי לענין לשמה דאין סברא אפילו לשיטת החולקים להקיש הויה ליציאה מ"מ דחה דבריהם מכח התוספתא דתניא במכילתין פ"ד גבי המקדש בעיר הנידחת דמינה משמע דקדושי כסף מהני במחובר יע"ש.

וראיתי למהרימ"ט ז"ל בנימוקיו על הרי"ף והר"ן שכתב דבריו הללו וז"ל וא"ת אם איתא דפיסול מחובר ליתיה בקדושי כסף היכי מבעיא ליה לר"ל הויות להדדי מקשינן כלומר שיהא שוה שטר לכסף הרי מחובר דפסול בשטר ולא בכסף וכ"ת ודאי דלמאי דמספ"ל דהויות להדדי מקשינן אף כס' פסול במחובר אבל לפי המסקנא לא גמרינן אלא בשטר אין לנו לומר כן כו' עד וי"ל דבתר דאסיקנן לענין לשמה דהויה מיציאה ילפי' ה"ה לענין מחובר דלא ילפינן אלא בשטר דדיו לבא מן הדין להיו' כנדון מה התם בשטר דוקא אף הכא בשטר ולא בכסף ולדידי נ"ל דודאי דמאי דמספ"ל לר"ל אי בעינן גבי שטר אירוסין לשמה ה"נ מספ"ל לענין מחובר ולמאי דבעינן מימר אתקוש הויות להדדי ה"נ גבי שטר אירוסין מהני מחובר דומיא דהויה דכסף דלא מפסיל במחובר כיון

דליכא היקשא דהויה ויציאה ור"ל נקט בעייתו בענין לשמה וה"ה לענין מחובר כמ"ש הרב עצמו שם לעיל מזה יע"ש ומה שתירץ הוא ז"ל דכי מספ"ל אי אמרינן אתקוש הויות להדדי אף כסף פסול במחובר אלא דלמאי דפשיטא ליה דאתקש הויה ליציאה לא אמרינן הכי אלא גבי קדושי שטר דמיניה הוא דאתי לקדושי כסף משום דדיו לבא מן הדין להיות כנדון אכתי קשה דנהי דמיניה לא אתי אכתי נילף הכי מקדושי שטר ומשום היקשא דהויות להדדי ונילף שטר מיניה וכסף משטר.

ואולם הא ק"ל למו"ה בספר שער המלך דכיון דעכ"ל דכי מספ"ל לר"ל בקדושי שטר אי בעינן לשמה ה"נ מספ"ל לענין מחובר א"כ אמאי לא פשיט לה מאותה ברייתא דפרק המביא ד"ט דאייתי הר"ן דלא מני פיסול מחובר בהדי אינך דברים ששוו גיטי נשים לשחרורי עבדים דלית לן למימר אלא כדמשני התם תלמו' מילתא דאיתיה בקדושין לא קתני וכיון דילפינן מינה לענין מחובר ה"נ לענין לשמה דלפי שיטת הר"ן כהדדי נינהו משא"כ לפי שיטת החולקים על הר"ן שלענין מחובר מפשט פשיטא ליה לר"ל דפסיל ולענין לשמה דוקא הוא דמספ"ל אי מקשינן הויות להדדי דגבי קדושי כסף פשיטא ליה דבעינן לשמה דמפני שיוויו היא מתקדשת ולא מפני טבועו כמ"ש הר"ן ז"ל ואין לומר ולדידך מי ניחא דסו' סוף תקשי אמאי לא פשיט מינה לענין לשמה דמדלא מני להו התם מוכח דאיתיה נמי גבי קדושין דהא ודאי לא קשיא דאיכא למימר דר"ל ס"ל כרבא דטעמא שצ"ל בפני נכתב ובפ"נ הוא מה"ט שלשמה והא מני לה יע"ש ואפשר לומר בדוחק דכיון דאותה ברייתא לא יהיב טעמ' אמאי פסיל מחובר גבי שטר קדושין ולא ילפינן היתרא מהיקשא דהויות להדדי לא מייתי מינה ראיה אע"ג דמינה שמעינן עיקר דינא וא"נ אפשר לומר דהא דמשני התם תלמו' מילתא דאיתי' בקדושין לא קתני היינו בתר דשמעי' לר"ל דמפשט פשיטא ליה דאית לן למימר אתקש הוייה ליציאה אמנם לפי מאי דס"ד דר"ל דהוויות להדדי מקשי' לא שמעינן מידי מההיא ברייתא דאיכא למימר איפכא דמילתא דליתיה בקדושין קתני וטעמא רבה איכא למימר הכי דכיון דתנא תני גיטי נשי' רצה לכלול במילתיה שני גיטין דהיינו ב' שטרות שטר גרושין ושט' קדושין ומילתא דאיתא בשניהם קתני דליתיה בשניהם לא קתני והוה שמעינן נמי דגבי שטר קדושין צריך שיאמר השליח בפ"נ ובפ"ן והוה פסלי' ליה בנעשה ע"י ערכאות והוה מכשרינן בעד כותי וטעמא איכא למימר הכי דשטר קדושין מיניה דגרושין ילפינן ליה השוו חכמים מידותיהם בהם ועיין שם בדברי המפרשים ז"ל.

תו ק"ל למו"ה הנז' נר"ו לשיטת הר"ן דמחוב' ולשמה כי הדדי נינהו לענין קדושי כסף א"כ לקמן בפרק הא"מ דף מ"ח דקאמר תלמודא דר"א לית ליה הך פשיטותא דר"ל אלא

סבירא ליה דלא בעינן לשמה לענין קידושין הכא נמי ודאי דלית ליה הא דמחובר אלא לדידיה מצי לקדש במחובר וכיון שכן ק' אמאי לא מני באותה ברייתא דפ' המביא לר"א ד' דברים דליתני מחובר נמי דהא לר"א ליתיה בקידושין והו"ל למימר ולדברי ר"א בד' כדקתני ולר"מ בד' ועיין להתוס' בגיטין פ' כל הגט דכ"ו ע"א ד"ה חוץ תו ק"ל למו"ה הנז' אמאי לא אייתי הר"ן ז"ל סייעתא לדבריו דלא ילפינן מהוייה ליציאה אלא דוקא גבי קידושי שטר ולא גבי קדושי כסף מדברי הירושל' הביאם הר"ן גופיה בר"פ האומר דקאמר התם הרי את מקודשת לי ל' יום הרי היא מקודשת לעולם אמר ר"י בר אלעזר הדא דתימר מקודשת בשקידשה בכסף אבל אם קידשה בשטר הואיל ולא למדנו כתב קידושין אלא מגירושין מה בגירושין אינה מגורשת אף בקידושין אינה מקודשת ואע"פ שהר"ן ז"ל כתב שם דמאי דמשמע ליה מהירוש' דבגרושין אינה מגורשת תלמודא דידן פליג וקי"ל דמגורשת מ"מ במאי דמשמע ליה מהירוש' דיש חילוק בין שטר לכסף לענין היקשה דהוייה ליציאה לא אשכחן פלוג' בהא את"ד נר'ו ושוב ראיתי להרב מש"ל בפ"ו מה' אישות ד"י ציין דברי הר"ן ז"ל הללו בשני המקומות כנר' שרצה להק' לו כן ועיין בנדרים פ"ד דכ"ט ע"א דקאמר תלמודא ומה אלו אמר לאשה היום את אשתי ומחר אין את אשתי נפקא בלא גט וכתבו שם התוס' והרא"ש דפשי' ליה הכי מהקשא דהוייה ליציאה דכי היכי דגבי גט קי"ל דכיון דפסקא פסקא ה"נ גבי קידושין יע"ש והשתא מדקא' תלמודא סתמא דמקודשת לעולם ולא חילקו בין קידושי כסף לקידושי שטר משמע דפליג תלמודא דידן אירושלמי דמחלק בהכי.

איברא דלפי זה אפסדן לקמייתא דהשתא תיקשי לן איפכא לשיטת הר"ן איך כתב דגבי קידושי כסף לא עבדינן הקשא דהוייה ליציאה וההיא דנדרים הוייא תיובתיה ויש ליישב דאף הר"ן לא כתב כן אלא דוקא לענין מחובר דסברא הוא שלא לפסול קידושי כסף במחובר כיון דבהנאה תליא מילתא והא אית לה משא"כ בההיא דנדרים דאין מקום לחלק בהכי ובהכי ניחא ההיא דר"פ המגרש דפשיט ר' אבא דהמקדש לאשה חוץ מפ' שאינה מקודשת לרבנן משום דמקשינן הוייה ליציאה ולא אשכחן דמחלק תלמודא בין קידושי כסף לקידושי שטר ועיין שם בדברי הר"ן ז"ל גם הרא"ש והטור ז"ל בא"ה ס"סי ל"ח פסקו לדרבי אבא ולא חילקו ביניהם גם רבינו בפ"ז מה' אישות דפסק דהוייא ס' מקודשת לא חילק בהכי וע"פ האמור הנה נכון ועיין בס' קרית מלך רב בפ"ז מה' אישות דס"ד ע"ג שתמה ע"ד הר"ן ז"ל מהא דאיבעיא לן לקמן דפ"ז ונקיש הוייה ליציאה מה הוייה בכסף אף יציאה בכסף דנר' משם דגם לענין כסף מקשינן הוייה ליציאה יע"ש ואין מקום לקושייתו דאף הר"ן לא כתב כן אלא לפום קושטא דמילתא דלית לן כסף

גבי גירושין אלא שטר דוקא ותלמודא פריך שפיר דאמאי לא נילף ליה מהקשא דהוייה ליציאה והדברי ברורים.

ולשיטת החולקים שהביא הר"ן ז"ל הקשה מורי הרב נר"ו מהא דלקמן ד"ד ע"ב דהוה בעי תנא לאתויי כסף גבי קדושין מק"ו דאמה העבריה אף על גב דאינה נקנית בביאה ודחי לה יע"ש והשתא לפי שיטת החולקים דמשמע דאף בקידושי כסף מקשינן הוייה ליציא' ופסלינן מחובר היכי הוה ס"ד למילף מאמה העבריה דאיכא למידחי מה לאמה העבריה שכן נקנית במחובר מקרא דישיב דמרבינן כל מילי תאמר באשה שאינ' נקנית עכת"ד נר"ו ולדידי הא ל"ק כלל די"ל שאף החולקים על הר"ן אזלי ומודו דאי הוה ילפינן כסף גבי קידושין מאמה העבריה דלא הוה עבדינן הקשא דויצאה והיתה לענין כסף לפסול מחובר דכיון דילי' לה מאמה העבריה יהבינן לה כל דין אמה העבריה בענין כסף והקשא דויצאה והיתה היינו דוקא לענין שטר וכדברי הר"ן ז"ל וא"נ י"ל דכי פרכינן הכי מצינן מימר הקדש יוכיח דאע"ג שאינו נפדה במחובר לקרקע נפדה הוא בכסף ודוק.

תו ק"ל למו"ה הנז' לשיטת החולקי' על הר"ן ומשמע להו דגבי קדושי כסף נמי מקשי' הוייה ליציאה ופסלינן מחובר א"כ לר"י הגלילי דאית ליה דאין כותבין הגט לא על דבר שיש בו רוח חיים ולא על האוכלי' מדכתיב וכתב לה ספר כריתות מה ספר שאין בו רוח חיים ולא אוכל כדאיתא בפ' המביא תניין דכ"א ע"ב ה"נ ודאי גבי קדושין ממעטינן להו מהקשא דהוייה ליציאה וזה לא שמענו בשום מקום דלר"י הגלילי אין קדושין במידי דאית ביה רוח חיים ואוכלין, ועוד דבפ' הא"מ דב"ן ע"א עלה דתנן המקדש בחלקו בין קדשי קדשים בין קדשים קלים אינה מקודשת קאמר תלמוד' נימא מתני' דלא כר"י הגלילי כו' יע"ש, ואם איתא דלר"י הגלילי אין קדושין במידי דאוכלין פשיטא ודאי דמתניתין דלא כוותיה את"ד נר"ו.

איברא דלע"ד הא לא מכרע' כולי האי דאיכא למימר דתלמוד' ה"ק נימא תנא דמתני' לית ליה כר"י הגלילי לענין זה דמאי דמשמ' ממתני' דמהני קדושין באוכלין פשיטא ודאי דלית ליה כר"י הגלילי בהא נמי נימא דלית ליה כוותיה, ומשני דבהא מצי סבר כוותיה מ"מ מדלא אשכחן לר"י הגלילי בעלמא דס"ל הכי הא ודאי מכרעא דלדידיה נמי מהני קדושין באוכלין ועוד דקרא כתיב תנה את אשתי את מיכל אשר ארסתי לי במאה ערלות פלשתים וכיון דלר"י הגלילי עכ"ל דלא מקשי' הוייה ליציאה לענין קדושי כסף ה"נ אית לן למימ' לרבנן דאפושי בפלוגתא לא מפשינן את"ד מו"ה נר"ו.

ולע"ד איכא למימר לשיטת החולקים הנז' דלר"י הגלילי ודאי דאין סברא להקיש הויי' ליציאה ולמעט אוכלין דכיון דאוכלין מטלטלי' נינהו ודמו לכסף אית לן למימר דבכלל

כסף נינהו וכיון דגלי רחמנ' גבי קדושין דמהני ביה כסף כל מידי דדמו לכסף מרבינן מסברא דעיקר טעמא משום הנאה הא אית לה הנאה מה שא"כ במחובר לקרקע כיון דלא דמי לכסף דהוי מידי דמטלטל ואית לן הקשא דהוייה ליציאה אית לן למעוטי וכה"ג אשכחן לקמן דקממעט רב יוסף מידי דלא קיץ משום דלא דמו לכסף דשוה כסף דומייא דכסף בעי' ואף ע"ג דלא קי"ל כרב יוסף הכא דאית לן הקשא ממעטינן ליה משום הקשא ודוק.

ואולם בראיה זו שהביא הר"ן ז"ל מהתו' דמכלתין ועליה בנה דייק לדחו' סברת החולקי' הנה הרשב"א ז"ל נידחית קרי לה דאפש' דמשום סיפ' דמכרן וקידש בדמיהם נקט לה בעיר הנדחת ובאשרה יע"ש, ולדידי ק"ל לדעת הר"ן ז"ל דעשה ממנה עיקר לדחות סברת החולקים אמאי לא פריך מינה תלמודא לקמן לר"י דאמר דש"כ דומייא דכסף בעינן ומה כסף מידי דקיץ אף כל מידי דקיץ דהשתא לדידיה ודאי ה"נ ממעטינן מחובר לקרקע דלא דמי לכסף דהוי מידי דמטלטל ולא מרבינן לדידיה אלא מטלטלין דומייא דכסף וא"כ תקשי ליה הך ברייתא דאייתי הר"ן ז"ל דמינה משמע דמחובר לקרקע מהני בקדושי כסף דהיא היא עיקר ראיית הר"ן ז"ל, ועיין להרב מוהריט"א נר"ו בקונט' גט מקושר מה שתמה על ראיה זו שהביא הרשב"א מהתוספתא הלזו יע"ש, זאת תורת העול'ה דדע' הרשב"א והר"ן ז"ל דהאשה מתקדשת במחובר לקרקע מדין כסף ולא מדין שטר דבשטר אזלי ומודו דאינה מקודשת כדמוכח ההיא דפ"ק דגיטין ד"ט כהא דר"ל דלקמן דפסיל בשנכתב שלא לשמה משום דמקשינן הוייה ליציאה לענין קדושי שטר ודברי הרשב"א בתשו' סי' ת"ר כבר תמה עליהם מוהריב"ל בח"ב סי' ל"ג ומוהרימ"ט ז"ל בנימוקיו על הרי"ף בסוגיין ועיין בספר בני חיי בחי' לגיטין ד"י ואין בדבריו כדי שביעה.

ולענין תלוש ולבסו' חברו וביטלו אי דינו כתלוש או כמחובר ונ"מ לענין שטר אירוסין דפסול במחובר לכ"ע אם כתבו על תלוש כזה אי מהני או לאו הנה הרשב"א בחי' לגיטין פ' המביא תניין דכ"א עלה דתנן אין כותבין במחובר מסכים הולך דדינו כמחובר ועיקר יסודו מדתנן התם ר"י פוסל עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש דנקט חתימתו אע"ג דממילא משמע ודאי כיון דכתיבתו מיהא צריך שיהיה בתלוש לאשמועינן האי דינא דאם אחר שכתבו בתלוש וחיברו וביטלו דלא מהני עד שתהא כתיבתו בתלוש וכן נוטי' פשט דברי הירוש' שהביא הרב שם יע"ש, אמנם בתשו' סימן אלף רל"ג נסתפק בדעת השואל אי ס"ל דדינו כתלוש או כמחובר וצידד שני צדדין בדבריו והוא ז"ל לא גילה דעתו בדבר זה יעו"ש, ויש בו מן התימא למה לא דחה הצד הראשון אשר רצה לצדד בדברי השואל דס"ל דדינו כתלוש עפ"י שיטתו שהסכים במס' גיטין דדינו כמחובר

ועיין עוד בתשו' שהביא מרן ב"י בה' נדרים סס"י רכ"א שכתב וז"ל ועו' דאפשר דתלוש וחיברו וביטלו לענין הקדש כתלוש דמי משמע דלשאר דברים מפשט פשיטא ליה דדינו כמחובר יעויין שם.

עוד כתב באותה תשו' וז"ל גם מה שאמר' דבאשרה ופירותיה דקתני בברייתא דאינה מקו' מיירי באשרה שנטעה מתחי' לכך ומשמע לי מתוך דבריך שאתה סבור לומר שגם זו כתלוש וטעמא דאינה מקודשת משום ע"ז הא בעלמא מקודשת גם זה אינו שלא מצינו בשום מקום תלוש ונטעו שיהא דינו כתלוש לשום דבר דתלוש וחברו אמרו תלוש ונטעו לא אמרו עכ"ל ודבריו תמוהים שהרי בפ' כל הצלמים דמ"ה ע"ב מוקי תלמוד' פלוגתייהו דר"י ורבנן באילן שנטעו ולבסוף עבדו ולפי שיטת רש"י ז"ל שם קמפלגי באילן שנטעו גרעין ואפ"ה לר"י הגלילי דינו כתלוש ולרבנן בנטעו אילן מיהא דינו כתלוש, ולפי שיטת התוס' בנטעו אילן הוא דפליגי אבל בנטעו גרעין כ"ע מודו דדינו כמחובר לר"י הגלילי מיהא שמעינן דכל שנטעו אילן דינו כתלוש והשתא בין לשיטת רש"י בין לשי' התוס' ז"ל דברי השואל נכונין דלשיטת רש"י ז"ל מצי אתי ברייתא ככ"ע וכגון שנטע אשירה זו אחר שנעשה אילן דבהא כ"ע מודו דדינו כתלוש ואי לאו משום איסור ע"ז מקודשת ואי לשיטת התוס' אכתי מצינן מימר דהך ברייתי' אתייא כר"י הגלילי דס"ל שכל שנטעו אילן דינו כתלוש.

איברא דדברי השואל שכתב דמיירי באשי' שנטעה מתחיל' לכך משמ' דאם נטעו ואח"ך עבדו אינ' נאס' והיינו כרבנן דר"י הגלילי דס"ל דאילן שנטעו ולבסו' עבדו אינו נאסר דהו"ל מחובר לשיט' רש"י בנטעו גרעין ולשי' התוס' בנטעו אילן ולפ"ז ק"ט דאיך כתב דאי לאו טעמא דע"ז היתה מקודש' דהא לרבנן דר"י הגלילי אי לאו שנטעו מתחילה לכך לא היה נאסר משום דלדידהו הו"ל מחובר ואיך כתב דמקודשת משום דהו"ל תלוש ואפשר דלהכי קאמר דאיירי באשירה שנטעה מתחילה לכך דאי בנטעה כשהוא אילן ולבסו' עבדו דאתי כר"י הגלילי לשיטת התוס' וא"נ אפי' כרבנן לשיטת רש"י הוייא מקו' בעיקרו של אילן כשידעה האשה שהוא אילן של ע"ז שהרי כתב רש"י באותה סוגייא דאף לר"י הגלילי דאסר בנטעו ולבסו' עבדו מודה הוא דעיקרו מיהא שרי כדאמר שמואל לקמן עלה דמתני' דג' אשירות וה"ן ודאי לרבנן דמודו לר"י הגלילי כשנטעו כשהוא אילן ואח"כ עבדו לשיטת רש"י, ועיין בדברי רש"י פ' נגמר הדין דמ"ז ע"ב ד"ה בקבר בנין שכתב דכוותיה בע"ז בית שבנאו מתחילה לע"ז אסור דתלוש ולבסו' חברו הוי תלוש בענין ע"ז עכ"ל והן דברים תמו' דבית שבנאו מתחילה לע"ז לאו משום דתלוש שחברו דינו כתלוש הוא שהרי עלה דאמר רב בפ' כל הצלמים דמ"ז ע"ב דהמשתחוה לבית אסרה

פריך תלמודא לימא תלוש שחברו דינו כתלוש והא בנאו מתחילה לע"ז תנן ומשני כו' יע"ש וצ"ע ועיין בדברי התוס' בפ"ק דגיטין ד"ד ע"א ד"ה עד שתהא כו' דנראה מדבריהם דאף כשחברו וביטלו דינו כתלוש כל שלא השריש.

ועיין בהריטב"א בחי' לגיטין בפ' המביא תניין עלה דמתני' דאין כותבין במחובר כתב וז"ל ולענין תלוש שחברו וביטלו י"א דפסול מדאמ' ר"י עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש ורבינו נר"ו אמר דאין מכאן ראיה דאצטריך דאי אמר כתיבתו הו"א דלא בעינן חתימה לשמה ובפ"ק מוקמינן מתני' דבעינן כתיבה וחתימה לשמה כר"י דלא אשכח תנא דאית ליה הכי בהדיא ועוד דאפשר שיהא כתיבתו בתלוש כגון שכתב הגט על עץ לח ונטעו ואחר ג' ימים שנקלטו הנטיעות דהוי מחובר גמור אפשר שיחתום בו עדים משו"ה אצטריך עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש הילכך אפשר בתלוש ולבסו' חברו וביטלו דלא חשיב כמחובר דהא לענין ע"ז והכשר זרעים הוי כתלוש כדאי' בפ"ק דחולין תדע דלר"י אין ראיה דבירוש' דבעי כתבו בתלוש וחברו מהו אמאי לא פשיט זה מר"י מיהו אפשר דגמרין פשיטא להו דהוי כע"ז וזרעים עכ"ל והר' בני יעקב בדקכ"ה ע"ד הרבה להשיב ע"ד הריטב"א ז"ל הללו במה שהכריח דבריו מדברי הירוש' דאדרבא משם ראיה הפך דבריו דנראה דפשיטא להו דדינו כמחובר שהרי לשון הירוש' שהביאו הרשב"א והר' העיטור הוא זה בעי ר"ש בר אבא כתבו בתלוש חברו חתמו תלשו ונתנו לה מה אמרין ביה רבנן בעי ר"א בר בון כתבו וחתמו בתלוש חברו ותלשו ונתנו לה מה אמר ר"י כו' ומדקבעי היכא דכתבו בתלוש ואחר שחברו חתמו לרבנן וכן היכא שכתבו וחתמו בתלוש לאחר שחברו נתנו לר"י משמע דמפשט פשיט' ליה שאם כתבו לרבנן וחתמו לר"י בתלוש אחר שחברו דפסול משום מחובר וזה הפך דברי הריטב"א יע"ש שהארי'.

ולקע"ד הדבר ברור דהריטב"א ז"ל משמע ליה דה"ה דהוה מצי למבעי נמי היכא שחברו וביטלו וכתב בו את הגט אלא דנקטיה בכה"ג משום דאף בכה"ג נמי קמבעיא ליה כמ"ש הרב פר"ח בקונטרי' מים חיים בחי' לגיטין דכ"ה וע"ש במ"ש וז"ל אבל סברת הרשב"א להכשיר כשכתבו וחתמו בתלוש ואח"ך חברו ותלשו ונתנו לה אינה מחוורת דאיכא למימר כמ"ש התוס' ד"ד דמשכחת לה שכתבו על אילן תלוש ואח"ך נטעו והשריש ובהכי נדחו כל דברי הרשב"א עכ"ל ודברים אלו משוללי הבנה דאיך ע"פ דברי התוס' נידחה קרי לה ס' הרשב"א הלזו ואדרבא מדברי התוס' יש ראיה לדבריו דמשמע להו דכל שלא השריש אפי' ביטלו דינו כתלוש וכ"ש כשכתבו בתלוש ואח"ך חברו ותלשו ונתנו דפשיטא דכשר ולע"ד ט"ס יש בדברי הפ"ח ז"ל ובמקום להכשיר

שכתב צ"ל לפסול ושיעור לשונו הוא זה דסברת הרשב"א שכתב לפסול הגט בשכתבו וחתמו בתלוש ואח"ך חברו דסבירא ליה להרשב"א ז"ל דתלוש ואחר כך חברו דינו כמחובר אינה מחוורת דאיכא למימר כדברי התוס' דמתני' בשחברו והשריש והן הן דברי הריטב"א ז"ל שכתבנו ועדיין צ"י, ועיין בדברי הטור א"ה סי' קכ"ד שכתב ע"ש הרמ"ה דאפי' בלא ביטלו כל שחברו דינו כמחובר וע"ש בדברי הפ"ח דנ"ט לדבריו והנראה שהרמ"ה ז"ל דעתו לפסוק כר"י דפ' נגמר הדין דמ"ו דס"ל דמחוסר תלישה לבד חשיב מחוסר מעשה ורבינו בפט"ו מה' סנהדרין פסק כרבנן דדוקא מחובר גמור הוא דאסור ויש בדברי מרן כ"מ מקום גמגום במה שדקדק דדעת רבינו לפסוק כן ממה שפסק בהל' י"ו ודברי רבינו ברור מללו שם בהל' ז' שכתב משקעין את הקורה וכמו שגמגם עליו הפ"ח בחי' על רבינו ויש ליישב שרצה לדקדק דדעתו ז"ל דאפי' כשבטלו חשיב כתלוש ולא אסר אלא דומיא דאילן שהוא מחובר גמור שהשריש ודוק.

ודע שדעת רבינו דתלוש שחברו וביטלו דינו כתלוש לענין ע"ז בפ"ח מהל' ע"ז ה"ד וכן לענין שחיטה דבעינן דבר תלוש כתב בפ"א מהל' שחיטה די"ט שאם חברו וביטלו בדיעבד אם שחט שחיטתו כשרה וכ"כ לענין הכשר זרעים בפי"ב מה' טומאת אוכלין ד"ג אבל לענין מעילה בפ"ה מה' מעילה ד"ה כתב דדינו כמחובר וע"ש בדברי מרן כ"מ שכתב דלענין ע"ז דוקא הוא דקי"ל דדינו כתלוש משום חומרת ע"ז וכ"נ מדברי הרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף רל"ג ומדברי הרדב"ז בתשו' הנז' וקשה שהרי לענין שחיטה נמי פסק כן ואפילו שהוא להקל ועיין בס' צרור החיים שם ע"ש ובעיקר דברי רבינו הללו תמה הלח"מ בפ"ו מה' ערכין הל' ל' שדבריו סותרים למה שפסק שם דהמשכיר בית לחברו והקדישו ה"ז קדש ופקעה שכירות ואם דר בו השוכר מעל הרי דגבי בית נמי פסק דאית בה מעילה הפך מה שכתב כאן בהלכות מעילה גם הרב ברכת הזבח בסוף פרק רביעי מערכין דף כ"א עמד ע"ז ועיין במה שתירץ חתנו ז"ל בס' צאן קדשים שם ובס' חזון נחום ואין בדבריהם כדי שביעה ועיין להרדב"ז בתשו' החדשות ח"ב סי' קי"ט שעמד בזה ויישב דבריו באומרו דבה' ערכין דמיירי בבית העשויה להשכיר כשעשאה הקדש חייל ההקדש על דמי השכירות ולהכי מעל כשדר בו יע"ש וק' טובא דא"כ כי מעלי דמי השכירו' להקדש אמאי מעל וקפריך תלמודא דהיכי מעלי שכר להקדש והא מכי מעל ביה נפק שכר לחולין.

ומורי הרב הי"ו יישב דברי רבינו ע"פ חילוק זה שחילק הרדב"ז ז"ל דשאני ההיא דהלכות ערכין דמיירי בשעשויה הבית להשכיר ואולם אין הטעם כמו שכתב הוא ז"ל אלא דכיון דעשויה להשכיר הדר בו בשכירות ודאי מעל דהא קי"ל שכירות ליומיה

ממכר וכיון שכן נמצא שהשוכר הפקיע הבית מרשות הקדש והניחה ברשותו ע"י שכירותו וחזקתו דכל דאיכא שינוי מרשות לרשות אפי' במחובר כי האי ודאי מעל דכי ילפי' מתרומה מג"ש דחטא חטא למעוטי מחובר כדאיתא בר"פ הנהנה אינו אלא לענין נהנה מהקדש בלי הוצאה מרשות לרשות דומיא דתרומה אבל הוצאה מרשות לרשות מע"ז ילפינן לה דכתיב וימעלו בני ישראל מעל בה' כמ"ש התוס' שם ואפילו בלי שום הנאה דומיא דע"ז וכיון שכן אפילו מחובר כי האי נמי שהוציא מרשות לרשות כה"ג שעשויה בית להשכיר והשכירה מהקדש ודר בו בשכירות הרי הוציאה מרשות הקדש ומעל וכי הוה בעי תלמודא לסייועי לרב מהא דתנייא הדר בבית של הקדש מעל ומוקי לה ר"ל בשהקדישו ואח"ך בנאו היינו בסתם בית שאינה עשויה להשכיר דסתמא קתני ואפ"ה הוה בעי לסייועי ליה לרב דכי היכי דלענין ע"ז תלוש וחברו חשיב ליה כתלוש ואסרו ה"נ לענין מעילה חשיב כתלוש דכל שנהנה בו מעל דאע"ג דגבי תרומה לא אשכחן דתלוש שחברו שיהא דינו כתלוש מ"מ ילפינן הכי מע"ז ודחי ר"ל דכיון דגבי תרומה דמיניה ילפי' דהנהנה מהקדש מעל לא אשכחן תלוש שחברו שיהא דינו כתלוש ה"נ לענין מעיל' וה"נ לענין הנאה דילפינן לה מתרומה משא"כ לענין הוצאה מרשות לרשות דילפינן לה מע"ז דכי היכי דלענין ע"ז חשיב כתלוש ה"נ לענין הקדש את"ד נר"ו.

ולדידי איכא למשדי נרגא בתי' זה דאף כי נימא דע"י השכירות מוציא הבית מרשות הקדש אכתי צריך לדעת למה מעל אחר שהוא נותן הדמים של שכירו' ואשכחן בפ"ד דשקלי' מ"ז ופסקה ר' בפ"ה מה' ערכין ד"ז דהמקדיש נכסיו והיו בהם בהמה ראויה למזבח זכרים ימכרו לצורכי עולות ונקבות ימכרו לצורכי שלמים וכן המקדיש נכסיו והיו בהם יינות שמנים וסלתות ימכרו לצורכי אותו המין הרי דהקדש ב"ה יכולים למוכרו ולהוצי' מרשות הקדש מפני הדמים שנכנסים תחת הדבר היוצא לחולין וה"נ כיון שנותן דמי שכירות הבית למה ימעול ודוחק לומר דהכא מיירי כשנותן דמי השכירות לבסוף דוקא ולהכי מעל כיון שבשעה שהוציא הבית מרשות הקדש עדיין לא נתן הדמים כדי שיחול בהם ההקדש אבל אם נתן הדמים תחילה אפשר דלא מעל וכי פריך תלמודא דאחר דמעל היכי מעל' שכר להקדש ה"ט דלא משני דמיירי בשמעל' שכר תחי' דל' מעל' שכר להקדש משמע שנותן השכר לבסוף כדין שכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף, ודוק ועיין במ"ש הרע"ב ז"ל בפ"ד מה' שקלים מ"ה ובס' מוצל מאש דת סי' מ"ד יישב דברי רבינו ז"ל הללו דמ"ש ואם דר בו השוכר מעל לאו דוקא מעל אלא איסורא קאמר כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן בה' נדרים סי' רכ"א דאע"ג דאין מעילה במחובר איסורא מיהא איכא יע"ש ולא ידעתי מה יענה לסוגיא דס"פ האומר משקלי דפריך

כיון דמעל ביה נפק שכר לחולין דמוכח מינה דמעילה ממש קאמר ועיין בס' בני דוד בה' מעילה.

באופן עלה בידינו דדבר זה דתלוש ולבסוף חברו לענין גט וה"ה לקדושין ג' מחלוקות בדבר דלדעת הרשב"א כל שחברו וביטלו דינו כמחובר גמור דמדמי ליה לאיסור ע"ז ולדעת התוס' אפי' ביטלו דינו כתלוש כל שלא השריש בקרקע ולהריטב"א ז"ל ספוקי מספ"ל ולדעת הרמ"ה שהביא הטור בא"ה סימן קכ"ד אפי' אם לא ביטלו דינו כמחובר ולענין שחיטה לכ"ע דינו כתלוש לענין אם שחט דיעבד ובשלא ביטלו אבל בשביטלו דעת הרא"ש ז"ל דדינו כמחובר כמ"ש מרן כ"מ בה' שחיטה, ולענין הכשר זרעים לכ"ע דינו כתלו' ואפי' בטלו ולענין הקדש דעת רבינו דדינו כתלוש והרשב"א ז"ל ספוקי מספ"ל וכמו שנראה מתשובה שהביא מרן ב"י בה' נדרים ססי' רכ"א, ועיין להתוס' ז"ל בערובין דל"א ע"ב ד"ה ונתן הכסף דמפשט פשיטא להו גבי חילול הקדש דתלוש שחברו דינו כתלוש וע"פ דבריה' יש לפשוט ג"כ לענין פדיון הבן דאין פודין במחובר, ועיין להר"ב פו"ד בי"ד סי' ו' ועיין להש"ך בח"מ סי' צ"ה דמפשט פשיטא ליה לכ"ע דגבי ממונא בית דינו כמחובר יע"ש, ולכאורה עלה על דעתי להביא ראיה דתלו' שחברו ובטלו לענין הקדש דינו כתלוש מאותה שאמרו בפרק כל שעה דכ"ו אמר רבא מנא אמינא ליה דתניא לולין היו פותחין לבית קדש הקדשים שבהם היו משלשלים האומנים כדי שלא יזונו עיניהם כו' ותסברא והא אמר ר"ש בן פזי קול ומראה וריח אין בהם משום מעילה יע"ש, ואם איתא דתלוש שחברו וביטלו דינו כמחובר אמאי לא דחי לה מהאי טעמא והא אין מעילה במחובר אלא משמע דכיון דמתחילה היה תלוש דינו כתלוש לענין מעילה ומשו' הכי הוצרך לדחות מטעמא דמראה אין בה משום מעילה ושוב ראיתי דאין זו ראיה דשאני מקדש דכל דבר שהיו צריכין לו היו מקדישין אותו ואח"ך היו בונין אותו כמ"ש רבינו בפ"ח מה' מעילה ה"ד לכך יש לו דין תלוש כיון שההקדש חל עליו בעודו תלוש כדדחי ר"ל בספ"ה דמעילה דלא נסייעיה לרב מאותה ברייתא דהדר בבית של הקדש מעל דמיירי בשהקדישו והדר בנאו כמ"ש רבינו בפרק ה' מהלכות מעילה ותו לא מידי.

הלכה כב

שורש ספקא דאורייתא לחומרא אי הוי דאורייתא או דרבנן היו **עומדים בר"ה כו' או שהיו ס' קרוב לו ס' קרוב לה ה"ז ס' מקודשת כו'**. ע"כ. הנה בענין ספקא דאורייתא לחומרא אם הוא דאורייתא או דרבנן הפליגו הראשונים ז"ל כמו שכתבתי בשורש קדושי ספק פ"ג מה' אלו ה"ג והרב פר"ח בי"ד סי' ק"י הביא ראיה לשיטת רבינו ודעימיה דס"ל

דהוי דרבנן מההיא דפ"ב דיומא דאפליגו ר"י ור"ל בחצי שיעור אם הוא דאורייתא או דרבנן ומייתי ההיא בריי' דקאמר כל חלב לרבות חצי שיעור ושני ר"ל דקרא אינו אלא אסמ' בעלמא וראיה מדקתני נמי כוי ואי מדאורייתא אצטריך קרא לאתויי ספקא הרי דכוי שהוא ספק וחצי שיעור הוא מדרבנן ואף לר"י דפליג אר"ל תנא כוי משום שהוא בריה בפני עצמה הא לא"ה לא הוה אסיר מדאורייתא יע"ש.

ומורי הרב המו' מר יאוד' אשכנזי ז"ל דחה ראיה זו משום דע"כ לא מספקא לן אלא בספק שקול דליכא חזקה לאחד מן הצדדים אבל כל דאיכא חזקה המסייע סמכינן אחזקה וגבי כוי אית ליה חזקה דמעי אמו שאין איסור חלב בשליל כמ"ש רבינו בפ"ז מה' מ"א וכבר התוס' ביבמות דקי"ט ע"א ד"ה מחוורתא כו' ובפ"ק דחולין די"א ע"ב לר"מ כתבו דחזקת מעי אמו חשיבא חזקה ומש"ה לא אמרינן סמוך מיעוטא דחולבות אעפ"י שאינן יולדות אחזקה דבהמה שלא ילדה משום דאיכא נמי חזקה דולד שאינו קדוש בבכורה במעי אמו יע"ש.

ולק"ד יש לחלק דשאני גבי איסור חלב דאשכחן דאף במעי אמו אסור וכגון כשכלו לו חדשיו כמ"ש רבינו ה"נ ואף לשיטת החולקים שכתב גם ה"ה ז"ל אזלי ומודו דכל שהושיט ידו לתוך מעיו ותלש חלב מבן ט' חי דחייב לר"י משא"כ גבי איסור קדושת בכורה דכל שלא פטר את הרחם אע"פ שכלו לו חדשיו אינו קדוש בבכורה ואין לומר דגבי חלב נוקים ליה אחזקה דקודם שכלו לו חדשיו דחזקה זו לא חשיבא חזקה משום דקודם שכלו חדשיו לא הותר חלבו אלא מטעמא דחשיבא כירך אמו ואינה אלא פרשא בעלמא ומה"ט ניתרת בשחיטת אמו ואם נתנבלה האם היא נמי אסירא מה"ט משא"כ בשכלו לו חדשיו דחשיבא בפני עצמה ואינה נמשכת בתר אמו ומה שניתרת בשחיטת אמו היא מגזרת הכתוב כל בהמה תאכלו כל שבבהמה תאכלו כדאיתא בגמ' ומש"ה חלבה אסיר ופנים חדשות באו לכאן לא כן גבי קדושת בכורה דאף כשכלו לו חדשיו ואינה נמשכת בתר אימה אינה קדושה עד שיפטור את הרחם דאז ודאי איכא לאוקמא אחזקה דמעי אמו דחזקת התר זה הותר מכללו בגופו של עובר ולא מצד אמו ויש לחזק חילוק זה מדברי התוס' דפ"ק דחולין די"א ע"א ד"ה אתייא מפרה אדומה וכמו שיראה המעיין שם.

ומ"מ בעיקר דברי התוס' ז"ל הללו דחזקת מעי אמו חשיבא חזקה יש לדון בהם מההיא דר"פ בהמה המקשה דע"ז ע"ב עלה דמתני' דמבקרת שהפילה שליא ישליכנה לכלבים כו' דקאמר בגמ' טעמא משום דרוב בהמות יולדות דבר הקדוש בבכורה ומיעוט בהמות יולדות דבר שאינו קדוש כגון נדמה וכל היולדות יולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות

סמוך מיעוטא דנקבות למיעוטא דנדמה והו"ל זכרים מיעוטא יע"ש, והשתא לפי דברי התוס' ז"ל למה הוצרך להכי דתיפוק ליה דאפי' הוו מחצה על מחצה אכתי סמכינן אחזקה דמעי אמו דלא קדשה ואוקמינן לה אחזקתה דמעי אמו ויש לישב דתלמודא הוצרך לזה לאוקמא סתם מתני' כר"מ ואלו לר"מ אפי' כי סמכינן אחזקה וחשיב חזקה ומחצה כרוב בהמות דיולדות דבר שאינו קדוש מ"מ כיון דאיכא מיעוטא דיולדות דבר הקדוש חייש רבי מאיר למיעוטא כדאמרינן בפרק קמא דחולין ד"ו דגזר ר"מ ביין של כותי מהאי טעמ' וכן ביבמות דס"א גבי קטן וקטנה לא חולצין כו' וסוגיין דהכא ושם דקי"ט ע"א ובר"פ כל הצלמי' גזר כל המקומות אטו מקומו ובנידה בפרק בנות כותי' נידות מעריסתן משום מיעוטא דחזייא אמנם למאי דקא' השתא תלמו' אתיא נמי כר"מ דהא ר"מ מיעוטא דמיעוטא לא חייש כדאמרי' הכא בסוגייא דיבמות דקי"ט ובע"ז דף ל"ד ותו לא מידי.

ודע דלכאורה עלה על דעתי להביא ראיה לשיטת האומרים דספקא דאורייתא לחומרא הוי דאורייתא מאותה שאמרו בפרק הקומץ רבה דל"א ע"א אמר ר"ש שזורי פעם אחת נתערב לי טבל בחולין ובאתי ושאלתי את ר"ט ואמר לי קח לך מן השוק ועשר עליו ואמרינן קסבר דאורייתא ברובא בטיל ורוב ע"ה מעשרין הם וכתב רש"י וז"ל ונ"ל שהטבל הזה טבל גמור היה וכיון שנתערב בחולין בטיל דאורייתא והו"ל פטור דאורייתא ורבנן הוא דאחמור ביה ואמרו טבל אוס' במשהו והצריכו להפריש עליו תרומה ומיהו מיניה וביה לא דחולין מתוקנין נפטרו לגמרי ואפילו חיובא דרבנן ליכא ואמר לו צא ולקח מן השוק ועשר עליו לפי חשבון קסבר רוב ע"ה מעשרין והו"ל פטור מדאורייתא וחייב מדרבנן ע"כ ואמרינן תו איכא דאמרי אמר ליה לך קח מן הגוי קסבר יש קנין כו' ולימא ליה קח לך מן השוק קסבר אין ע"ה מעשרין וכתב רש"י איכא דאמרי כו' קסבר אין רוב ע"ה כו' ושמא זה שמכרו לא עשר והו"ל מדאוריי' וטבל המעורב בה פטור דאורייתא עכ"ל, והשתא אם איתא דספקא דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן מאי קאמר קסבר רוב ע"ה מעשרין כו' ואפי' נימא דאין רוב ע"ה מעשרין אלא ספק שקול אכתי לא מחייב אלא מדרבנן אלא ודאי דכל דהוי ספק שקול אזלינן לחומרא מדאוריי' אלא דלזה יש לדחות דהכא איכא חזקה דמעיקרא שלא היה מעושר וכל דאיכא חזקה לכ"ע סמכי' אחזקה ומדאו' אסיר ולשיטת האומרים דספקא דאורייתא לחומרא הוי מדרבנן לכאורה יש להביא ראיה מאותה שאמרו בפסחים פ' האשה גבי שחט גדי וטלה יאכל מן הראשון דדוקא גבי מלך התירו משום שלום מלכות אבל לשאר בני אדם אסו' לאכול משניהם משום דאין ברירה בדאורייתא יע"ש והנה הא דקי"ל דאין

ברירה בדאורייתא כתב הר"ן בפרק כל הגט דתקס"ו ע"א דאינו אלא משום דקי"ל ספקא דאורייתא לחומרא יע"ש והשתא לשיטת האומרים דהא דקי"ל ספק' דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן ניחא דהתירו למלך משו' שלום מלכות דהם אמרו והם אמרו אבל אי הא דקי"ל דספקא דאורייתא לחומרא מדאורייתא איך התירו משום שלום מלכות.

וראיתי להרב תי"ט בפרק האשה מ"ב דספוקי מספ"ל בהאי מילתא דקי"ל דבדאוריי' אין ברירה אם הוא מדאורייתא או מדרבנן ובתחילה צדד לומר דהוא מדרבנן מדהתירו למלך משום שלום מלכות ושוב כתב שיותר נ"ל דהוי מדאורייתא ואפי"ה התירו למלך משום שלום מלכות כדאמרינן בעלמא כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש כו' ה"נ כל שיהיה ספק לאדם בפסחו נתלה בדעת החכמים והחכמים קבעו לראשון ודוקא למלך קבעו חכמים ראשון אבל לכל אדם לא רצו לתלות בדעתם לפי שאין בו צורך כמו גבי קדושין דשכיח הדבר ויש הכרח גדול בזה לתקן הרבה עיקרי דינים אבל גבי ק"פ דלא שכיח לא רצו חכמים שיסמכו על דעתם אלא דוקא גבי מלך משום שלום מלכות עכ"ל והנה מה שנסתפק הרב אי הוי דאוריי' או דרבנן אין כאן מקום להסתפק דהדבר מבואר דזה תלוי בפלוגתא דרבוותא דאפליגו בעלמא דספק דאורייתא לחומרא אי הוי דאורייתא או דרבנן ולמ"ד דהוי מדרבנן ה"נ גבי ברירה דמשום ספיקא הוא דתלינן לחומרא בדאו' כמ"ש הר"ן בפרק כל הגט הוי דרבנן ומ"מ הראיה שהבאתי לשיטת האומרים דהוי מדרבנן מההיא דפ' האשה לפי מ"ש התי"ט שם יש מקום לדחותה כמובן אלא שבעיקר דברי התוספות י"ט יש לדון במה שדימה נדון זה להההיא דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ודוק.

וכעת יש להביא ראיה קצת לשיטת הנז' דס"ל דספק דאוריית' לחומרא הוי מדרבנן מההיא דמסכת נידה דע"א ע"א עלה דאפליגו תנאי בדם תבוסה דהני ס' יצא מחיים או לאחר מיתה ואלו בפרק האשה שם דס"ב ע"ב אמרו דדם תבוסה דרבנן וה"נ אמרו בב"ק דק"א וצ"ע ועיין בס' שער אפרים סימן ע"ט ועיין למרן החביי"ב ביי"ד סי' רכ"ח הגהב"י אות נ"א ועיין להרפ"ח ביי"ד סי' ס"ב סק"ז ד"ה ולענין דינא בני דוד פ"י מה' כלאים ועיין תשו' הראנ"ח ח"א סימן נ"ב דפ"ה ע"ג, ודע שהרב מוהריט"א נר"ו בס' הלכות יום טוב דכ"ב כתב דבמ"ע ספקא דאורייתא לחומרא לכ"ע הוי דאורייתא והוכיח כן מההיא דחטאת העוף וליתא ועיין למוהרימ"ט חי"ד סי' א' מה שתמה על זה לדברי מוהר"ש חיון שכתב שאשם תלוי יוכיח דלקרבן בעינן חתיכה אחת משני חתיכו' משא"כ בקרבן זיבה ויולדת ואיסורא מהכשר קרבן לא ילפינן ועיין בס' שער המלך בה' מקוואות בכללי הס"ס ס"ז שכתב גבי ספקא דרבנן לקולא במ"ע אף דהוו תרתי דסתרן אזלינן לקולא

משא"כ בס' איסור וגם זה אינו נרא' לע"ד ועיין למוהרימ"ט חי"ד סי' ב' שלא חילק בין ס' מצוה לספק איסור.

ואמנם לעיקר קושייתו יש לחלק דגבי מגילה כיון דע"כ מחייב לקרות בי"ד משום ה"ט דאי לא מיעקר ודאי תקנתא דרבנן ומשו"ה אמרי' דחייב לקרותה בא' מהם ואם אנו באים לקרותה בי"ד או בט"ו ע"כ מחייבי' ליה בי"ד דמאי חזית לקרות בט"ו ולא בי"ד הבא ראשון וכיון דע"כ באים בזה אח"ז כיון דקרא בי"ד שוב לא יקרא בט"ו מספק וגבי ארבע כוסות הוה אמרי' דוכוות' אי לאו מטעמא אחרינא נגעו בה שאפשר דלא נתקיימה כלל תקנת חכמים משא"כ גבי אתרוג דס' מעשר עני וס' מעשר שני שניהם באים בבת א' ואם אנו באים לומר נפרוש מ"ע ושוב לא יפרוש מ"ב אמרינן מאי חזית דאזלת לקולא בהאי טפי מהאי ואם באנו לומר בהפך ה"נ י"ל מאי חזית כיון שהשני חיובים באים בבת אחת וכשבא לעשר עישור א' יהיה מה שיהיה ולהפטר מחברו אמרינן מאי חזית לעשר הך עישור ולא חבירו ולהכי מחייבינן ליה בשניהם משא"כ בשאין כל החיוב בבת אחת ואי אפשר לבא אלא בזה אחר זה החיוב הבא ראשון מותר עליו לעשות כיון שאי אפשר למיזל לקולא בשניהם ואם בא למינקט חד ולמישבק חד אם בא להניח המוקדם אצל המאוחר אמרינן ליה מאי חזית ואדרבא אמרינן מצוה הבאה לידך קיים אותה ואין מעבירין על המצות והיינו טעמא דמגילה וגבי הסיבה שאני וכמ"ש הרמ"ל ודוק.

פרק ה

הלכה ב

שורש מקדש בשור הנסקל אבל **המקדש בפרש שור הנסקל ה"ז מקו' אעפ"י ששור הנסקל אסור בהנאה כו'**. ע"כ. והנה התוס' בזבחים ר"פ כל הזבחים ד"ה אפי' ובסנהדרין פרק הנשרפין דע"ט ע"ב ד"ה בשור כתבו ע"ש ר"ת ז"ל דשור הנסקל ורובע ונרבע אינן אסורין בהנאה לאחר שנגמר דינו אלא לאחר מיתה אבל קודם מיתה בעודן חיים מותרין בהנאה כגון לרכוב עליו ולחרוש בו עד שעת מיתה יע"ש ועיין להתוס' בפ' הא"מ דנ"ז ע"ב ד"ה הרי רובע כו' ובב"ק פרק שור שנגח דמ"ה ע"א ד"ה מכור יע"ש ובכריתות דכ"ד ע"א ד"ה אם יע"ש ולפ"ז נראה שאם קדש את האשה בשור הנסקל לאחר שנגמר דינו ליהנות בו בשערות או לחרוש בו או לרכוב עליו מקו' מיהו לפי מ"ש התוס' שם בזבחים שאע"ג שמותר בהנאה אם מכרו לאותה הנאה אינו מכור שהלוקח אינו יכול לזכות בו טפי משאר אדם שכל שאין לו בעלים אין לו מכר יע"ש לפ"ז אם קדש בו את האשה נמי אינה מקו' שהרי לא זכתה בה האש' טפי משאר אדם וכשם שאינו מכור כך אינה מקו'

מיהו נראה שאם אמר לה הרי את מקו' לי באותה הנאה שנתתי ליך דבר זה שתתהני בו מקו' וכמ"ש הרדב"ז בתשו' הביאה הרמ"ל ברפ"ו מהל' אישות גבי מקדש בדבר האסור בהנאה שאם אמר לה כן מקו' יע"ש.

ודע שבפ' אין מעמידין דל"ד אמרינן שהמקדש בפרש של שור הנסקל מקו' מפני שהפרש אינו חשוב ופירשא בעלמא הוא יע"ש ולפי דברי ר"ת ז"ל צריך לומר דמיירי במקדש בו לאחר מיתת השור דאי מחיים מאי אירייא משום דלא הוי דבר חשוב שאפילו אם יהיה חשוב כיון שאינו נאסר מחיים הרי היא מקו' בו ולפי מ"ש ע"ש ר"ת ז"ל דכל שאין לו בעלים אין לו מכר שאין הלוקח זוכה בו טפי משאר אדם לפ"ז אין צורך לומר דמיירי במקדש בו לאחר מיתה שאפילו מחיים נמי אינה מקודשת מיהו מדברי התוס' בפרק כיצד הרגל דכ"ג ע"ב ד"ה ולא ישמרנו מבואר מדבריהם דלר"ת כל שלא נסקל השור אף על פי שנגמר דינו עדיין של בעלים ראשונים הוא והנאתו שלו הוא ומה"ט אם נגח והמית אחר שנגמר דינו מחייבי הבעלים כופר שלם יע"ש ולפ"ז ודאי דההיא דהמקדש בפרש של שור הנסקל שהוצרך לטעמא דפירשא בעלמא היא מיירי לאחר מיתה דאי מקודם מיתה פשיט' דמקו' כיון דמחיים לא נאסר.

ודע שלפי דבריהם הללו שכתבו בפרק כיצד הרגל דשור הנסקל לאחר שנגמר דינו עדיין של בעלים הוא עד לאחר מיתה יש לדקדק מאותה שאמרו בכריתות פרק המביא אשם דכ"ד ע"א שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו יע"ש ולפי דברי ר"ת למה זכה זה בו כיון שלא נסקל עדיין של בעלים הוא דמה"ט מחייב בכופר שלם כשהרג לאחר גמר דין ויש ליישב קצת ע"פ מ"ש התוס' שם בכריתות למה שהוק' להם לפי' רבי' אפרים יע"ש והיותר נכון שר"ת ז"ל מפרש לה בהוזמו עדיו אחר שנסקל ודוק ועיין לרש"י בפרק החובל דצ"א ע"א ד"ה ומשני שנראה דקאי בשיטת ר"ת דכל שלא נסקל נפטר בהנאה ועיין שם בע"ב גבי מ"ש האומר שורי הרגת מאי קטעין ליה כו' יע"ש.

והנה הרמ"ל בה' מכירה פי"ו הי"ד עלה ונסתפק במוכר לחבירו דבר שאסור בהנאה וידע הלוקח שאסור בהנאה ואעפ"כ נתחייב לתת לו המעות אי מחייבינן ליה ללוקח ליתן דכיון שידע ונתחייב הו"ל כמתחייב לתת מתנה לחבירו וכפינן ליה או דילמא כיון שהמעות אסורות למוכר לא כפינן ליה והעלה הרב שם מתוך דברי הרב התרומות ז"ל דלא כפינן ליה יע"ש, ועיין במ"ש התוס' בב"ק פ' שור שנגח דמ"ה ע"א ד"ה מכור וז"ל וא"ת וסיפא כשנגמר דינו דקתני אינו מכור מסתמא יודע שנגח ושנגמר דינו דומיא דרישא שיודע שהרג וא"כ להוי מעות מתנה כמו במקדש אחותו וי"ל שאין הכל בקיאין עכ"ל והשתא אם איתא דס"ל דכל שלא נתן הלוקח המעות לא מחייבינן ליה ליתן מאי

ק"ל דלהוי המעות מתנה דאה"נ דכל שנתן המעות במתנה הם מיהו להכי תני שאם מכרו אינו מכור לומר שאם לא נתן הלוקח המעות לא כפינן ליה ליתן אלא ודאי משמע דכל שנתחייב ליתן כפינן ליה ליתן איברא שהדברים תמוהים דאיך הפה יכולה לדבר דכל שעדיין לא נתן המעו' למוכר שנחייב אותו ליתן דכיון שהוא אסור בהנאה לאו מידי יהיב ליה ונהי דכשכבר עבר ונתן אמרינן דמתנה קא יהיב ליה כדאמרינן במקדש את אחותו אבל כל שעדיין לא נתן מה מקום לו' דמחייב לו ליתן דאע"ג דמעיקרא נתחייב ליתן הרי הוא חוזר בו וממאן ליתן ואדרבא על הרמ"ל יש לתמוה לכאור' שהוצרך ללמו' דבר זה מדברי הרב התרומות שדבר זה לא נכנס בסוג ספק כלל.

ונראה דעיקר ספק הרב הוא בנתחייב בקנין לתת המעות לחבירו דשוב אינו יכול לחזור בו כמבואר בח"מ סימן ס' וקא מספ"ל דכיון שעדיין לא נתן המעות לא כפינן ליה ליתן דכיון דמתנה זו שנותן הלוקח למוכר בשביל הדברים האסורים בהנאה הוא שנותן ונמצא שהמוכר נהנה בהם שהוא מקבל מתנה מהלוקח בשבי' דבר האסור בהנאה ובשעה שהוא מקבל המתנה הו"ל כנהנה באותן הדברים האסורים בהנאה ולכן לא כפינן ליה ליתן או"ד לא חשיב כאלו באותה שעה החליפן דמיד שנתחייב הלוקח ליתן הו"ל כאלו באו לידו וכפינן ליה אח"כ ללוקח ליתן כיון שהרי נתחייב בקנין לתת מתנה לחבירו וע"ז פשיט הרב מדברי הרב התרומות שאפי' לדעת רבינו דס"ל דדמי איסורי הנאה מותרי' היינו היכ' שבאו לידו כבר אבל כל שלא באו אפי' כשנתחייב הלוקח ליתן דמי איסורי הנאה לא כפינן ליה ליתן דבשעה שנותן הו"ל כאלו באותה שעה מחליפן ואסור ומשמע ליה להר' ז"ל שהר"ב התרומות מיירי בשנתחייב הלוקח ליתן בקנין או בהודאה דלא מצי לחזור בו אם לא מטעם דאסור המוכר בדמים אלו דאי ס"ל להרב ז"ל דהרב התרומות מיירי היכא דליכא קנין או בדרך הודאה לא פשיט מידי מדבריו ז"ל דמש"ה כת' הרב דלא כפינן ליה משום דמצי למימר מתנה הוא דיהיבנא לך וחזרתי בי וזה מבואר בכונת דברי הרב ז"ל ובכן דברי התוס' שבפרק שור שנגח הם תמוהים אמאי לא תירצו דלהכי תני אם מכרו אינו מכור לומר דלא כפינן ללוקח ליתן לו את הדמים מפני שהמוכר אסור בהם ואפשר דמדקתני סתמא אינו מכור משמע להו אפי' בשכבר קבל המעות המוכר אינו מכור ומחזיר את הדמים, ומ"מ זה דוחק דמי הגיד להם כן שאפי' בשקבל המעות קא' דאיכא למימר שאינו מכור דקתני היינו לענין שאם לא נתן המעו' לא יתן ואף כשנתן לא מתורת מכר זכה המוכר אלא מתורת מתנה ונראה דהתוס' לא ניחא להו לפרש כן שאינו מכור דקתני היינו לענין שאם לא נתן המעות הלוקח לא כפינן ליה משום דאכתי קשה לשיטת ר"ת שכתב דשור הנסקל מותר בהנאה בעודו

בחיים אין סברא לומר דלא כפינן ללוקח שיתן המעות למוכר שנתחייב ליתן שהרי המוכר מותר בדמים אלו וע"כ לא כתב הר"ב התרומות דלא כפינן ללוקח ליתן אלא בשלקח מהמוכר דבר שאסור בהנאת המוכר אבל במוכר שור הנסקל לאחר שנגמר דינו בעודו חי שלדעת ר"ת מותר בהנאה כפינן ללוקח שיתן ועיין בתשו' הרשב"א אלף קכ"א.

ונראה דספיקו של הרמ"ל תלוי במחלו' הפוסקי' במי שנשבע שלא למכור ועבר ומכר אי הוי המכר מכר ומרן הב"י בח"מ סימן ר"ח כתב בשם המרדכי שאם עבר ומכר שאין מכירתו מכירה ומרן ז"ל דחה דבריו שם והב"ח והסמ"ע והש"ך כתבו דהמע"ה יע"ש ובכן ה"נ כיון דאמור רבנן דלא לזבון איניש דבר האסור בהנאה כמ"ש הריטב"א בפ' הא"מ דנ"ח עלה דמתני' דמכרן וקדש בדמיהן וכו' דאיכא איסור למכור משום שנראה כמתהנה מאיסורי הנאה א"כ אם עבר ומכר אין מכירתו מכירה אלא כפינן ליתן לו את הדמים ללוקח וכ"ת אם איתא שאין מכירתו מכירה היאך קתני מתני' שאם עבר וקדש בדמיהן מקודשת כבר כתב הרמ"ל שם דכיון שידע הלוקח שהוא מאיסורי הנאה ואפ"ה נתן לו המעו' למתנה הוא שנתן לו וליכא למימר דאכתי משם אין ראיה דאפשר דהתם שאני דהוי מילתא דאמר רחמנא לא תעביד לדעת המרדכי אבל באיסורים דרבנן היכא דאשכחן דאמור רבנן בהדיא דאי עביד לא מהני אמור ואי לא לא דהא ליתא כמ"ש הרב חזון נחום במס' תמורה דקנ"א ע"א יע"ש.

ודע שכתב הטור בא"הע ס"ס כ"ח ובמוכר איסורים דאורייתא ומקדש בדמיהן דמקודשת דוקא במכרו לגוי או לישראל ויודע הלוקח שהוא איסורי הנאה אבל אם אינו יודע לא חל המכר ונראה שאם הלוקח טוען שהוא לא היה יודע שאסור בהנאה המעות גזל ביד המוכר ואינה מקו' כ"ן מדברי התוס' שבפ' שור שנגח ד"וה דמ"ה ע"א ד"ה מכור יע"ש.

הלכה יג

שורש מקדש במלוה או בהנאת מלוה המקדש **במלוה אפי' היתה בשטר אינה מקודשת כו'**. ע"כ. וכתב ה"ה ז"ל פ"ק מימרא המקדש במלוה אינה מקודשת כו' ע"כ וכתוב בחי' הריטב"א ואיכא דק"ל מ"ש מקדש במלוה שאינה מקודשת מהאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר ל' יום בכסף זה שאם לא חזרה בה בתוך ל' יום מקודשת ואע"פ שנתאכלו המעות והא התם הנהו מעות עד ל' יום בתורת מלוה הם ברשותה ואף ע"ג דליתנהו בשעת חלות הקדושין ואיכא למימר דשאני התם דכיון דלתורת קדושין יהבינהו ניהלה הרי הוא כאלו פירש שתתקדש לו בהם לאחר ל' בהנאה שהלוה אותם לה ונפטרת מהם דודאי להכי אקדמינהו ניהליה ויהבינהו לה לאנפיקינון שתהנה בהם ותתקדש

בהנאתן אבל הכא דבתורת מלוה הגיעו לידה ושלה הם לגמרי והוא בא לקדשה בממון שלה אינה מקודשת עכ"ל ודבריו ז"ל סוגייא ערוכה היא לקמן בר"פ האומר דנ"ט ע"א דאמרי' התם לא בא אחר וקדשה בתוך ל"י מהו רב ושמואל דאמרי תרווייהו מקודשת אע"פ שנתאכלו המעות מ"ט הני זוזי לא למלוה דמו ולא לפקדון דמו לפקדון לא דמו פקדון ברשותא דמריה קמתאכלי והני ברשותה דידה קמתאכלי למלוה נמי לא דמו מלוה להוצאה ניתנה הני בתורת קדושין יהבינהו ניהלה ע"כ, ועיין שם בחי' הריטב"א והרשב"א והר"ן ועיין להתוס' בפרק האשה רבה דצ"ג ע"א ד"ה קנויה וצ"ע ולענין דינא אם היא מקודשת עיין למרן החבי"ב בא"ה סימן כ"ח הגה"ט אות ל"ו יע"ש ואפשר ליישב דברי הריטב"א דכונתו להקשות למה לא הקשה הש"ס עתה על אביי מההיא דשמואל ולימא כהתם ולזה תירץ דבלאו הכי ממלוה לחוד להההיא דשמואל לא ק"ל להש"ס אבל התם יהיב טעמא למה לא יהיו מעות הקדושין פקדון בידה עד ל' יום ודוק.

הלכה טו

המקדש בהנאת מלוה ה"ז מקודשת וכו' ואסור לעשות כן מפני שהיא כרבית כו'. ע"כ. מימרא דאביי בפ"ק דקדושין ד"ו ע"ב המקד' בהנאת מלוה מקודשת ופריך בגמ' האי הנאת מלוה היכי דמי אילימא דאזקפה לה ד' בה' האי רבית מעלייתא היא כו' כתוב בחידושי הריטב"א פי' לישנא בעלמא קמקשה היכי קרי לה הערמת רבית אבל ודאי אפילו ברבית גמורה אם כבר פרעתו לו וחזר וקדשה בו מקודשת דמעות דרביתא שפרעם לוה למלוה קנאו לגמרי וממונו גמור הוא אלא שיש עליו חובה להחזירו וב"ד מוציאין ממנו ואם מת אין בניו חייבים להחזיר אלא בדבר מסויים משום כבו' אביהם ולא עו' אלא שאפילו בחזרה לא מתקן לאויה כדמתקין לאו דגזל וכדפרישית בפרק אז"ן פי' מרווח עכ"ל ודבריו בפ' אז"ן הם בדס"ה ע"א עלה דאמרינן התם האי מאן דמסיק זוזי דרביתא בחבריה כי מפקינן מיניה ה' מפקינן מיניה הובאו דבריו בש"מ.

ועיין להרב מח"א בה' מלוה ולוה סימן ב' דפ"ה ע"ב שעל דבריו הללו שכתב בשמעתין כתב עליו וז"ל ודברים אלו קשים לע"ד שאפילו אם נודה לדבריו במ"ש דזוזי דרביתא אחר שבאו ליד המלוה קנאם ואם קדש בהם את האשה מקו' מ"מ כשעדיין לא באו לידו אין סברא שיוכל לקדש בהם את האשה דכיון דרבית קצוצה יוצאה בדיינין לאו מידי קא יהיב לה וכ"ן מדלא נקט אביי למילתיה במקדש בהנאת מלוה אפי' בכה"ג דהוי רבית קצוצה עכ"ל, ותמוהים דבריו לע"ד דהיכן ראה הרב בדברי הריטב"א דס"ל שאפי' בשלא הגיעו ליד המלוה מעות של רבית שיכול לקדש בהם את האשה ודבריו ברור מללו דוקא כשפרעם ובאו ליד המלוה הוא דמצי לקדש בהם את האשה ומ"ש

בפי' השמועה דלישנא בעלמא הוא דמקשה דמשמע שהאשה מקו' אע"ג דהכא מיירינן כשלא באו ליד המלוה כוונתו רצויה דלמאי דלא אקשי אכתי תלמו' ועו' היינו מלוה משמע דבעי להקשו' דאפי' כשיגיעו המעות ליד המלוה לא תהא מקו' משום דרבית מעלייתא הוא והדר פריך ועוד היינו מלוה כלומר דהכא בלא"ה מיירינן בשלא הגיעו ליד המלוה והיינו מלוה וכו' וע"ז כתב הריטב"א דמאי דאקשי תחי' רבית מעלייתא הוא ואפי' בשהגיעו ליד המלוה לאו בענין שלא תהא מקו' אלא לישנא בעלמא קמקשה אמאי קרי ליה הערמת רבית ולא רבית מעלייתא אבל ודאי כשהגיעו המעות ליד המלוה היא מקו' בהם שהרי קנאם כן נרא' לי ברור בהבנת דברי הריטב"א וההכרח הזה שהכריח הרב מדלא נקיט אביי למילתיה אפי' בכה"ג דהוי רבית קצוצה ש"מ דכל שלא באו ליד המלוה אינה מקו' בהם מפני שעדיין לא קנאם אינו מובן לע"ד דאפי' אם נאמר שקנאם אכתי מלוה נינהו גבה והמקדש במלוה אינה מקו' והיכי מצי נקיט לה אביי למלתיה בכה"ג אבל נר' שכונתו לומר אמאי לא אשמועינן לה אביי בקדשה בהנאת מחילת מעות של רבית אלא ש"מ שעדיין לא קנאם כיון שלא באו לידו ועדיין אין זה הכרח לע"ד דאביי לאו להכי אתא אלא לענין קדושין ומה לו השתא לאשמועינן מילתא דלא שייך בקדושין ומ"מ האמת יורה דרכו בדעת הריטב"א דודאי כל שלא הגיעו המעות ליד המלוה שלא קנאם המלוה כיון דעתידין להיות יוצאין בדיינין מהיכא תיתי שכל שלא באו לידו שיהיה קונה אותם וכ"כ בהדייא בספ' בית שמואל בסי' כ"ח ס"ק י"ו בדברי הריטב"א ז"ל ודוק.

איברא שמדברי הרשב"א שכתב הוא ז"ל בסוף דבריו נראה לע"ד דאפי' לא באו לידו של מלוה קנאם שהרי הוא ז"ל כתב דאם הלוה לחבירו ע"מ שידור בביתו חינם או שישתמש במשכונה התנאי קיים והרי החצר קנוי למלוה לדור ואע"פ שהתנה באיסו' והביא ראיה מההיא דאז"ן דהוה מסיק זוזי דרביתא בחבריה ומכר לו החפץ בעדם דהמקח קיים והרי התם דהחצר והמשכונה לא יצאו מרשות הלוה ליד המלוה דהיכא דאיתיה ברשות הלוה איתיה ואפי"ה בשביל התנאי שהתנ' עמו נתחייב הלוה ומיד נכנסו ברשו' המלו' ה"נ בענין הדמי' שנתחייב ליתן הרי קנאם המלוה אלא דאיתנהו לגבי לוה כמלוה וכחוב בעלמא וכל שקדש בהנאת מחילת חוב זה תהיה מקודשת מיהו אף שמדברי הרשב"א נוכל לדקדק כן מדברי הריטב"א הללו דשמעתין לא משמע הכי וצריך להתיישב בזה ועיין למרן החביב בסי' כ"ח הג"הט אות נ"ו יע"ש.

עוד כתב הרב מח"א שם שנ"ל דזוזי דרביתא אפי' אחר שבאו ליד המלוה לא קנאם וצריך הוא להחזיר הדמים עצמן או אותו החפץ שלקח ברבית והביא ראיה מההיא דריש

הגוזל בתרא דאמר רמי בר חמא זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי כו' ועמ"ש התוס' שם יע"ש ויש לדחות דהריטב"א לא כ"כ אלא למאי דקי"ל כרבא דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי וטעמא דהיורשי' פטורים משום דדוקא גבי אביהן חייב מקרא דוחי אחיך אהדר ליה כי היכי דנחיה לדידיה קמזהר רחמנא ולא לבניו ומשמע ליה דטעמא ודאי לאו משום דגזרת הכתוב הוא אלא משום דרבית לא הוי כגזל דהא מדעתו של לוה באו לידו וכן מוכח לשון הריטב"א שבפ' אז"ן דמדפטרינהו רחמנא ליורשין שמעינן דרבית ממון גמור הוא והיינו ודאי כרבא דיליף הכי מקרא דוחי אחיך ודלא כרמי בר חמא ודברי התוס' דר"פ הגוזל עצים לרמי בר חמא נינהו, גם מה שהקשה עוד לדברי הריטב"א מהיא דר"פ קמא דתמורה דלא קאמר איכא בינייהו דרבא ואביי לענין רבית אי קנינהו מלוה או לא אינה קושייא כלל דכיון דגלי קרא דהיורשים פטורים לא מצי למימר לרבא דלא קנינהו מלוה דא"כ הוי כגזל והיורשים חייבים ומדפטרינהו רחמנא ליורשים ש"מ שהמלוה קנאן דלאו כגזל דמו וממון גמור הוא באופן שאין מכל ראיותיו הכרח לדחות דברי הריטב"א וכ"ש שכבר מצינו לו חבר להרשב"א כמ"ש הוא ז"ל שם וגם עיקר דברי הריטב"א הם משם הרמב"ן ומצינו שלושת הרועים בסברא זו ועיין להרב עצמות יוסף שכתב שרי"ו חולק בסברא זו יע"ש ועיין להרב מש"ל בפ"ד מהלכו' מלוה ולוה הל' ג' וד' כי שם הביא דברי הריטב"א הללו ויישב ההיא דרמי ב"ח כאשר כתבנו ועיין עוד שם שהבי' מחלו' בדבר שהרב החינוך ור"יו ס"ל דרבית וגזל כי הדדי נינהו וצריך להחזיר הכל בעין יע"ש ועיין בפ"ח דט"ל כי שם כתב בפשיטות דהנותן חפץ ברבית צריך להחזיר החפץ עצמו ולא זכר ש'ר דברי הרשב"א והריטב"א דהכא וצ"ע.

והנה התוס' בפ"ק דקידושין ד"ו ע"ב ד"ה דארווח לה זימנא כתבו וז"ל פי' רש"י שהייתה חייבת לו ונתן לה זמן כו' עיין בחי' הריטב"א שכתב דלא חשיב רבית במה שמתנה עצמה מפני שבזה אדרבא קונה אדון לעצמו כלומר שהוא מתחייב עכשיו בשאר כסות ועונה ואין זה רבית שכל הנאה של מעות דרבית למלוה וכעין זה כתב הרשב"א ז"ל ועיין להרב לח"מ בפ"א מה' אישות בדין זה דהמקדש במלוה יע"ש ועיין להרב מח"א ה' מלוה ולוה סי' ט' הביא דברי הריטב"א ושקיל וטרי בהו ע"ש ובספר מוצל מאש שבס"ס רב יוסף סי' ט"ו הביא דברי הריטב"א ז"ל אלו וכתב וז"ל הנה מכאן ראיה למ"ש במקום אחר לענין אתנן דהצריכו חז"ל משיכה לשיהיה לו דין אתנן דהכי הקשו בפ"ב דע"ז והא מחסרא משיכה ותרצו דקאי בחצרה וק' לן דכיון דמן התורה מעות קונות הוייא לה אתנן ומ"ש ממ"ש הרמב"ם בספ"ט מה' תרומות שאם מכר כהן פרתו לישראל ולקח הדמים אף על פי שלא משך הרי זה אסור להאכילה תרומה דמן התורה מעות קונות

וניחא לי דהביאה לא מקרייא מעות לענין זה אעפ"י שהיא יוצאה בדיינים דלא אמרינן מעות קונות אלא מעות בעין, ועתה נלע"ד ראיה גדולה מדברי הריטב"א ז"ל הללו דלא מיקרי ממון מה שנקנית האשה וכל שכן דהביאה לא מקרייא ממון לקנות הטלה מדין מעו' קונות עכ"ל, והדברים תמוהים עד מאד דמלבד דאין מדברי הריטב"א הללו ראיה כלל דאין כונ' הריטב"א לומ' דהביאה מקרייא מעות אלא כונתו לומר דאין זה רבית כיון דהוא ג"כ מתחייב בשאר כסות ועונה ואין כל הנאה של המלוה ואדרבא מגרעות נתן בקניה זו דהוא קונה אדון לעצמו ואם היא נותנת לעצמו הוא ג"כ מתחייב בעשרה דברים מה שא"כ כשנותן לה טלה באתננה דהביאה קרויה ממון ולפי דעתו דהביאה אינה קרויה מעות יש לתמוה מה תרצו בגמ' לקושיית והא מחסרה משיכה בזונה נכרית דלא קנייא במשיכה יע"ש, מוכח בהדייא דהביאה קרויה מעות ולהכי בזונה נכרית דלא קנייא במשיכ' אלא במעות קנייא היא לאותו טלה בביאה ולהכי אסיר ועיק' קושייתו מההיא דתרומה לא קשייא כלל עפ"י מ"ש התוס' ז"ל שם ד"ה והא מחסרא משיכה כו' שכתבו ולא דמייא להה' דפ' הזהב נתנה לסיטון מעל שקניית הכסף מועיל דכיון דמעל מן התורה מי יפקיע המעילה ממעות הקדש עכ"ל וביאור דבריהם עיין להרב לח"מ בריש פרק ג' מהלכות מכירה יע"ש.

עוד כתבו התוס' בקדושין בא"ד וכ"ש אם קדשה בהנאת מחילת מלוה ולזה הסכים הרא"ש והריטב"א ושאר הפוסקים אבל הר"ן ז"ל כתב דאפש' דכל שמחל המלוה עצמה אפי' אמר לה בההיא הנאה דעתה אזוזי ומש"ה נקט לה בארווח לה זימנא דליכא אלא הנאה גרידא יע"ש, וכעין זה כתבו התוס' בפ' הגוזל עצים דצ"ט ע"א ד"ה אלא במאי מקדשה כו' וז"ל ואומר ר"י דסברא הוא כו' שאינה מקודשת במה שמוחל לו שכרו אפי' לא יהא אלא מלוה והוא מוחל לה אינה מקו' שאין דעתה להתקדש עד שיבואו הנזמים לידה, ולכאורה קשה בדברי הר"ן והתוס' הללו דהא קי"ל כרבא דהמקד' במלוה ופרוטה שהיא מקודשת משום דדעתה אפרוטה ולא אמלו' כמו שהביאה הר"ן ז"ל לזו סמוך ונראה בסוגיין וא"כ ה"נ דהנאת מחילת מלוה חשיבה כפרוטה למה לא תהא מקודשת ולמה אמרו שדעתה אמלוה, וי"ל דשנייא היא היכא דיהיב בידה פרוטה מיהא בעין להיכא דמקדש לה בהנאת מחילת מלוה דלא יהיב לה מידי וברור ועיין מ"ש בתוס' רי"ד לקמן דמ"ח גבי עשה לי שיריים ונזמים ובס' פרישה בא"ה סי' כ"ח יע"ש, ומדברי התוס' שם בא"ד הכריח הרב מח"א בה' קנין מעות סי' ג' די"ג ע"א דלא אמרינן דהמקדש בהנאת מחילת מלוה דמקודשת אלא בשהגיע זמן המלוה ליפרע אבל קודם לכן אינה מקודשת יע"ש, עוד כתבו התוס' בא"ד לכן פי' ר"ת כו' וא"ת אמאי אסור כו' וי"ל היינו

כשאין הלוה נותן כלום לנותן אבל אם היה נותן היה נראה כשלוחו ואסור עכ"ל הדבר מבואר דאסור זה משום דנראה כשלוחו אינו אלא מדרבנן כדמוכח בגמ' דאמר ואסור לעשות כן מפני הערמ' רבית ועיין להר"ב גד"ת בדר"ם ע"ב שכתב עמ"ש מרן ב"י ז"ל שהרוצה לסמוך על דברי המתירים בזה רשאי כיון דמידי דרבנן הוא כו' כתב וז"ל ויש לגמגם על פסק זה דכיון דפלוגתא דהני רבוותא הוא אי הוי כשלוחו או לא הא אי הוי כשלוחו הרי הוא כמותו ואסור מן התורה כו' יע"ש ואין ספק דאשתמיט מיניה דברי התוס' הללו דמוכיחים דבריהם דליכא איסורא אלא מדרבנן וברור.

ודע שעיקר דברי ר"ת ז"ל הללו הביאן שם הר"ב התרומות והוסיף עוד וז"ל גם הראב"ד ז"ל כתב דדוקא בשלא דבר הלוה עם המלוה בשום רבית אבל אם דבר עמו ואמר לו אני לא אתן לך רבית אבל פלוני אהובי יתן לך לאהבתי אסור מפני שהוא כשלוחו וכ"ש אם יפייס אותו שיתן עכ"ל, והרב גד"ת ז"ל כתב וז"ל נראה מדברי רבינו מדעירב דברי ר"ת עם דברי הראב"ד דכולם אמרו דבר אחד ומה שיסבור מר יסבור מר ואין זה מוכרח דנהי דהראב"ד ז"ל יסכים לדברי ר"ת דלדידיה אפי' פיוס אסור אע"ג דלא פרע מידי כ"ש כשמחזיר לו מעות מ"מ ר"ת ז"ל יסבור דדוקא כשמחזיר המעות הוא דהוי כשלוחו אבל פיוס דברים בעלמא לאו כלום הוא תדע דהרמב"ן סובר כן עכ"ל, ולדידי מאי דמפשט פשי' ליה להרב ז"ל דהראב"ד מודה לר"ת ספוקי מספ"ל טובא דאפשר לומר דפיוס דברים לנותן מחזי כשלוחו טפי מחזר' המעות לנותן משום דבפיוס דברים עינינו הרואות שקבל מלוה מעות הרבית ע"פ דבורו ופיוסו של לוה והו"ל כאלו באו מידו של לוה משא"כ כשהנותן נתן שלא מדעת הלוה אעפ"י שחזר ופרען איכא למימר שכר טרחו הוא שנותן לו ולא מעות של רבית ובשיטה מקובצת לבבא מציעא בפרק אז"ן כתוב ע"ש הריטב"א שאפי' פייסו הלוה לנותן שיתן משלו למלוה כדי שילוה לו ואח"כ חזר ופרע לו אין בכך כלום דכיון דמדינא אינו חייב הלוה לשלם לנותן שכר טורחו הוא דיהיב ליה מנפשיה עכ"ל יע"ש, ועיין במ"ש הריטב"א בחי' למסכת קדושין שהסכים לדברי התוס' דכל שחזר המעות לנותן אסור וזה הפך דבריו הללו שבפ' א"ן ויש ליישב שלא הסכים לדברי התוס' אלא לפי' השמועה ובענין שהאשה אמר' לו כן מעיקרא שיתן למלוה בעבורה והיא יתקדש לו וכל כה"ג ודאי אסיר ועיין בדברי הר"ן בשמעתין.

אבל יש לתמוה על מ"ש עוד לקמן עלה דאמר רבא תן מנה לפ' ואקדש אני לך מקו' מדין ערב וצ"ע ואלו היה רואה הרב גד"ת דברי הריטב"א הללו אפשר דהוה מספ"ל בדעת הראב"ד ז"ל אם הוא מודה לר"ת דהא איכא טעמא רבה למילתא דפיוס דברים מחזי כשלוחו טפי גם מ"ש עוד הרב ז"ל דלדעת הרמב"ן והרשב"א כל דאיכא שתיהן פיוס

דברים וחזרת המעות לכ"ע אסור לפי מ"ש ע"ש הריטב"א אפשר דאף הרמב"ן והרשב"א מודו בה דאל"כ לא היה מחליט הדבר הריטב"א ז"ל וכל כי האי הול"ל דאין הרמב"ן והרשב"א מודו בדבר גם מה שנסתפק עו' שם הרב אם בחזרת המעות לנותן בלי פיוס מודו הרמב"ן והרשב"א לפי מ"ש ע"ש הריטב"א דאפילו בדאיכא שתיהן שרי כ"ש חדא מינייהו דשרי ועיין להרמ"ל בפ"ו מה' מלוה ולוה הל' יו"ד ד"ה כתב הטור דפשיטא ליה בדעת הרשב"א דבחזרת המעות אסור מכח אותה תשובה שהביא מרן ב"י ע"ש, והוא ז"ל עלה ונסתפק היכא שלא פייס ולא נתן אלא שדבר עם המלוה פ' יתן לאהבתי אם יודו הרמב"ן והרשב"א ז"ל להראב"ד דאסיר יע"ש והוא תימא מה מקום יש בזה לבא לידי ספק דמדברי הראב"ד שהביא הר"ב התרומות משמע דטפי מחזי כשלוחו במפייס הלוה לנותן שיתן למלוה משלו מהיכא שדבר עם המלוה פ' יתן לאהבתי דאחר שכתב הראב"ד שלא ידבר הלוה עם המלוה פ' יתן לאהבתי סיים וכ"ש אם פייס את הנותן שיתן ומבואר מדברי מרן ב"י דהאי וכ"ש חלוקה בפני עצמה היא וכן נראה מדברי הרב גד"ת יע"ש וכיון דבחלוקה זו דפיוס הלוה חלקו עליו הרמב"ן והרשב"א דמשמע להו דשרי כ"ש בחלוקה ראשונה דפ' יתן לאהבתי דודאי לדידהו ז"ל שרי במכ"ש ואפי' כשתירצה לומר דהאי וכ"ש שכתב הראב"ד אינה חלוקה אחרת אלא סיום חלוקה הראשו' וכונתו לומר וכ"ש בדאיכא שתיהן הנה הרמב"ן והרשב"א עליו דהראב"ד אתו וחלקו עליו כמו שתראה בסדור הלשון המובא בשיטה מקו' לבב"מ פ' א"ן יע"ש ונמצא שהם ז"ל התירו בשתיהן בדאיכא פיוס של הלוה לנותן וגם הלוה עם המלוה וא"ל פ' יתן לאהבתי באופן שאין מקום להסתפק בדעתן אי שרו לומר פ' יתן לאהבתי ולענין הלכה במקדש לה בהנאת הרוחת זמן עיין למהר"ש יונה בסי' ס"ב אסף וקבץ סברות כל הפוסקים בזה ונשא ונתן לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא יע"ש.

הלכה כא

שורש קידושין בדין ערב האשה **שאמרה תן דינר לפ' מתנה ואתקדש אני לך הרי זו מקודשת כו'**. הכי איתא בגמ' קידושין ד"ז ע"א אמר רבא תן מנה לפ' ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב פרש"י וכשנתנו אמר לה התקדשי לי מקודש' ואע"ג דלא מטי הנאה לידה הרא"ש כתב וז"ל וכשנתן המנה לאותו פ' אמר לה הרי את מקודשת ממנה שנתתי לפ' וכ"כ הטור בא"ה ר"ס כ"ט אבל הרשב"א והריטב"א והר"ן כתבו שהיא מקודשת בהנאה זו שנתן המנה על פיה שיש בהנאה זו שוה פרוטה שהיתה נותנת לאחרים שיעשו רצונה אבל במנה עצמו אינה מקודשת שהרי לא הגיעו לידה והתוס' ז"ל בפרק הריבית דע"א ע"ב ד"ה מצאו ישראל ובפ' הזהב דנ"ח ד"ה לספק סלתות משמע להו

נמי כשיטת הרא"ש והטור שהיא מקודשת במנה עצמו שנתן על פיה דחשיב כאלו באו לידה ולכך כתבו דכשהלוה לחבירו ע"מ שיתן מנה לפ' חשיב כאילו קיבל הוא המנה שנתן לאותו פ' על פיו וכתב שם המרדכי דכי מפקינן מיניה מפקינן כל מה שנתן לאותו פ' על פיו יע"ש לא כן לשיטת הרשב"א והריטב"א והר"ן בשמעתין דלא מפקינן מיניה מידי שאפילו הנאת אותה פרוטה לא קץ ליה ולא חשיב רבית קצוצה וכמ"ש רש"י ז"ל לעיל גבי המקדש בהנאת מחילת מלוה יע"ש ועיין להרב מח"א בה' מלוה ולוה סי' י"א דשקיל וטרי בדברי הריטב"א במ"ש בשמעתין עמ"ש בפ' הריבית יע"ש.

וכעין זה איכא למידק על הש"ך והט"ז בי"ד רס"י ק"ס דמאחר שמר"ן ז"ל בא"ה ריש סי' כ"ט הסכים לשיטת המפרשים שאינה מקודשת אלא בהנאת פרוטה זו שעשתה רצונה איך כתבו שם בי"ד דברי הטור שהוא הולך שם לשיטתו שכתב כאן בא"ה שהיא מקודשת באותו מנה עצמו ולכן גם לענין רבית כתב ג"כ דחשיב כאלו קבל המנה עצמו שנתן על פיו לא כן לדעת מרן ז"ל ודוק ובעיקר מחלוקת זה של הרא"ש והתוס' עם שאר המפרשים שכתבנו דאיכא מ"ד דנתינת מעות לאחר ע"פ דבורו של זה חשיב כאלו באו המעות לידו של זה ממש ואיכא מ"ד דליכא אלא הנאת פרוטה עיין להרב מח"א ז"ל בה' קנין מעות ס"ב שכתב נפקותא אחרת לענין מכי' מטלטלין ע"מ שיתן לפ' מנה אי קנה בזה כקנין חליפין או לא דלדעת הרא"ש והתוס' דחשיב כאלו באו המעות שנתן ע"פ דבורו כאילו נתנו לו ממש במוכר מטלטלין כי האי גוונא לא קנה שהרי מטלטלין אינן נקנין בכסף ולדעת שאר המפרשים דליכא אלא הנאה שקיים דברו הרי כתב הר"ן בשמעתין ע"ש ר"ח דהנאה זו חשיב כחליפין וקני אף מטלטלין אלו דבריו יע"ש ולפ"ז לדעת מרן ב"י שפסק בא"ה סי' כ"ט כשיטת המפרשים דליכא אלא הנאה שעשה רצונה א"כ לענין מכירת מטלטלין באופן זה קנה כמ"ש אבל מרן החבי"ב בח"מ סי' ק"ץ הגהת ב"י אות ד' כתב ע"ש הרב משאת בנימין בסי' י"ז שכתבו לדברי מרן ב"י דבמטלטלין לא קנה באופן זה אם לא באותה שכתב הר"ן ז"ל ע"ש ר"ח ז"ל דוקא ע"ש וכעת צריך ישוב.

הלכה כב

אמר לה הילך דינר זה במתנ' והתקדשי לפ' וקדשה אותו פ' כו'. הכי איתא בגמ' אמר רבא הילך מנה והתקדשי לפ' מקודשת מדין עבד כנעני כתב רש"י והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו עכ"ל וכתב הרשב"א ז"ל וכיוון בזה לומר שאם לא עשאו שליח אינה מקודשת ואפילו נתרצה לבסוף משום דבשעת קדו' מיהא לא מקנייא דהא איהו לא שוייא שליח ודילמא לא נתרצה מעיקרא בהכי והא דאמרינן לקמן בפרק האיש מקדש דמ"ה ודלמא ארצויי ארצי קמיה ה"ק דמעיקרא גילה דעתו דניחא ליה בהא וכן פרש"י

ז"ל שם עכ"ל ולכאו' קשה על דברי הרא"ש דבההיא דלקמן כתב כפי' רש"י ז"ל דאפילו נתרצה הבן אח"כ אינו מועיל וכאן כתב דאפילו לא עשאו שליח אלא שאח"ך אמר המקדש הרי את מקוד' במנה שנתן ליך פ' מקודשת ע"ש וי"ל דאפילו רש"י ז"ל לא אמר אלא כשנתרצה אח"כ בקידושין שקדשה הראשון דאז לא מהני דילמ' לא נתרצה מעיקרא דכיון דבשעה שנתקדשה מן הראשון לא נתרצ' לא מהני מה שנתרצ' אח"כ כיון דבשעת קידושין לא מקניא כמ"ש הרשב"א אבל כשחוזר הוא ומקדשה אח"ך במנה שנתן אותו פ' ודאי מקודשת דמהשת' מתחילין הקידושין ואע"ג דהשתא לא יהיב לה מידי לא הוי כמקדש במלוה כיון דמעות הללו מעיקרא בתורת קידושין הגיעו לידה והו"ל כנותן מעות לאשה שתתקדש לו מעכשיו ולאחר שלושים יום דאמרי' בפ' האומר דנ"ט דמקודשת דהני זוזי לאו למלוה דמו ולא לפקדון דמו יע"ש.

והנה בעיקר ילפותא זו דילפינן מדין עבד כנעני להך דקידושין יש להכריח קצת שיטת הראשונים שכתב הר"ן לקמן עלה דמתני' דבכסף על ידי אחרים שכתבו דעבד כנעני אינו יוצא בכסף שע"י אחרים אלא כשיהיה ברצונו אבל אם הוא בע"כ אינו יוצא דאין זכין לו לאדם ע"כ יע"ש והשתא מדמדמינן אשה לעבד כנעני משמע מינה הכי דאי לא הא איכא למפרך מה לעבד שכן יוצא על ידי אחרים אפילו בע"כ לא כן באשה והיכי מדמינן להו אהדדי ויש לדחות ועיין בטור ח"מ סימן ק"ץ לענין ממונא ועיין שם בב"י ועיין להרב מח"א הלכות שלוחין סי' ט"ו ובס' דברי אמת בקונ' דנ"ג ע"א כת' וז"ל תן מנה לפ' ואקדש אני לו מקודשת מדין שניהם כו' הרמב"ם בפ"ה מהל' אישות כתב שצריך שיאמר המקדש הרי את מקודשת בהנאה שהבאתי ברצונך והשיג עליו הרשב"א דזה הוי כנתנה היא ואמר הוא והר"ן ז"ל הליץ בעדו ודבריו צריכין ביאור כי יש חיסור לשון בדבריו ועיין למהריב"ל בס"ג סי' ס"ו יע"ש.

שורש סתם אדם אם יש לו דין קרקע **ומ"ש** עוד רבינו **אמרה לו הילך דינר זה מתנה ואקדש אני לך ולקחו כו' ואם אדם חשוב הוא ה"ז מקודשת שהנאה יש לה בהיותה נהנה ממנו כו'**. הכי איתא בגמרא שם בעי רבא הילך מנה ואקדש אני לך כו' א"ל רב אשי א"כ הו"ל נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות וכתבו התוס' פירש"י דאדם הוקש לקרקעות וקשה דההוא קרא כתיב בעבד אבל בן חורין לא אתקש אלא דוקא לדמי עלי לפי ששמין אותו כעבד כדאיתא בפ"ק דסנהדרין עכ"ל וכדבריהם כתבו הרשב"א והריטב"א בשמעתין ולדברי כולם הדבר מבואר דעבד עברי אתקש לקרקע דומיא דעבד כנעני דהא ההיא דסנהדרין דהאומר דמי עלי דשמין אותו כעבד לית פתרי לדבריהם אלא בהכי דאע"ג דבן חורין הוא האומר דמי עלי אפי"ה

יש לו דין קרקע משום דשמין אותו כעבד ועבד אתקש לקרקע ואותו עבד לאו כנעני הוא דמהיכא תיתי לעשותו לבן חורין זה משום דאמר דמי עלי עבד כנעני ועיין להתוס' במגילה דכ"ג ע"ב ד"ה שמין אותו כעבד ובמ"ש שם הרב חידושי הלכות ז"ל דמ"ש שמין אותו כעבד היינו כעבד כנעני יע"ש ודבריו תמוהים דעבד כנעני מאן דכר שמיה כיון דישראל גמור הוא ומשום דאמר דמי עלי הוא דיהבינן ליה דין עבד לשומו כעבד וא"כ למה זה נידון אותו בכבודו כעבד כנעני ולא כעבד עברי ואפשר דכיון דאמר דמי עלי כונתו לומר שהוא מקדיש דמי גופו כפי מה ששוה למי שיקנה אותו לעבוד בו כל ימי חייו וזה כעבד כנעני שאינו יוצא בשש וביובל וכיון שכן דנין אותו כעבד כנעני ממש דאיתקש לקרקע ועפ"י האמור ניחא דההיא דאמרינן בסנהדרין אית לה פתרי כמ"ש הרב חידושי הלכות.

ועפ"י דברי הרב ז"ל הללו נוחים אצלי דברי הר"ן ז"ל שכתב לקמן בפרקין דכ"ח עלה דאמרינן עד היכן גילגול שבועה כו' אמר רבא השתבע לי שאין אתה עבדי וכתב שם הר"ן בפי' ההלכות וכן בפרק כל הנשבעין דלאו למימרא דעבד עברי הוי כקרקע דהא לא איתקש לקרקע אלא עבד כנעני כו' יע"ש, ותמה עליו הרב ש"ך ז"ל בח"מ סימן צ"ה בדין החופר בשדה חבירו כו' דמההיא דריש סנהדרין מוכח דעבד עברי נמי איתקש לקרקע יע"ש ועיין להרב ט"ז בה' שבת סס"י של"ו שכתב וז"ל יש ליזהר שלא יתלוש מן העור שבידו או שבמקום אחר שבגופו בשבת דהאדם הוי כמחובר לקרקע כדמשמע בריש סנהדרין עכ"ל ולא זכר שר שדבר זה במחלוקת הוא שנוי בין רש"י והתוס' ז"ל בשמעתין וההיא דסנהדרין לא מכרעא כמ"ש התוס' בשמעתין ועיין להריב"ש בסימן קכ"ט שנראה קצת מדבריו דסתם אדם לא הוקש לקרקע כעבד יע"ש.

ולדידי קשיא לשיטת רש"י ז"ל דס"ל דכל אדם הוקש לקרקע כעבד מאותה ששנינו בר"פ המצניע דצ"ד ע"ב הנוטל צפורניו זו בזו או בשיניו וכן שערו וכן שפמו וכן זקנו ר"א מחייב חטאת וחכמים אוסרין משום שבות ואמרינן בגמ' מחלוקת ביד אבל בכלי דברי הכל חייב ופירש"י ז"ל דביד פטור משום דאין דרך גזיזה בכך בחול יע"ש והשתא לפי שיטתו כאן דכל אדם הוקש לקרקע לחייב משו' תולש מן הקרקע דאב מלאכ' שלו משום קוצר כמ"ש רבינו בפ"ח מה' שבת הל' ג' דכל התולש או העוקר דבר מגידולו חייב משום קוצר וכתב הלח"מ ז"ל דאפי' ביד נמי חייב משום תולדה זו דקוצר יע"ש ואף דבפ' הלוקח בהמה דכ"ה ע"א מוכח דאף אם נאמר דתולש דבר מבעלי חיים חייב משום עוקר דבר מגידולו לא מחייב אלא בכלי ולא ביד דהו"ל עוקר דבר מגידולו כלאחר יד וא"כ לא נ"מ מידי בין אם נאמר דטעמא דהנוטל צפורניו כו' הוא משום תולדת גוזז או

משום תולדת קוצר דלעולם אינו חייב אלא בכלי ולא ביד מ"מ הרואה יראה דלא אתמר התם הכי אלא גבי בעלי חיים שתולדת עוקר שלהם הוא משום גוזז וגוזז ליכא אלא בכלי ולא ביד אך לפי שיטת רש"י דאדם סתם הוקש לקרקע למה לא יתחייב בתולש מניה וביה כתולש מן הקרקע בין ביד ובין בכלי וכמ"ש הרב ט"ז וכעת צריך טעם לחלק בזה בין איסורי שבת לשאר דברים ועיין להתו' בשבת פ' השואל ד"ק גבי ענבים העומדות ליבצר יע"ש ועיין מ"ש רש"י בפ"ק דכתובות ד"ז ע"ב גבי המפיס מורסא בשבת חייב וז"ל חייב שהוא מתקן פתח וחייב משום בונה דאשכחן בנין בבעלי חיים כדכתיב ויבן ה' אלהים את הצלע עכ"ל מוכח דאדם דין קרקע יש לו ועיין בפרק שילוח הקן דקל"ט גבי מצא קן בראשו של אדם דחייב בשילוח מדכתיב ואדמה על ראשו יע"ש.

ודע דבנדרים פר"א דס"ה ע"ב עלה דמתני' דפותחין לאדם בכתובת אשתו כו' אמרינן בגמ' מטלטלי מי משתעבדי לכתובה אמר אביי קרקע שוה שמונה מאות דינר קאמר ופרכינן והא קתני שער ראשו ושער ראשו מטלטלי הוא יע"ש ויש מכאן קצת ראיה לדברי התוס' ז"ל דמשמע להו דסתם אדם לא הוקש לקרקע אלא עבדים דוקא מדקרי התם לשער ראשו מטלטלי אע"ג דשער הראש מחובר בגוף האדם הם ואם סתם אדם הוקש לקרקע גם שער הראש שמחובר בו דין קרקע יש לו ומדקרי ליה תלמודא לשער הראש מטלטלין משמע כדברי התוס' ז"ל דלא הוקש לקרקע אלא עבדי' דוקא וראיתי לרש"י ולהרא"ש ז"ל שכתבו וז"ל ושער ראשו מטלטלי הוא דכל העומד ליגזז כגזוז דמי עכ"ל כנראה שבאו לשלול מ"ש דלא מפני שגוף האדם יש לו דין מטלטלין הוא דחשיב שער ראשו כמטלטלין אלא מפני שעומד ליגזז הוא.

ואולם מרן מלכא הרב המופלא מוהרח"א נר"ו הק' לדבריהם ז"ל מההיא דפ' השולח דל"ט ע"א דאיתא התם פלוגתא דרבנן ורשב"ג גבי שער הראש אי אמרינן ביה כל העומד ליגזז כגזוז דמי ולרבנן דרשב"ג דהלכתא כוותייהו ס"ל דגבי שער הראש לא אמרינן כל העומד ליגזז כגזוז דמי ואפילו לר"מ דס"ל גבי ענבים העומדות ליבצר דכבצורות דמיין אמרינן התם גבי שער הראש מודה הוא לרבנן דרשב"ג דלאו כגזוז דמי משו' דשער הראש כל כמה דקאי שבוחי משבח יע"ש והשתא הך סוגייא דנדרים לפי דברי רש"י והרא"ש ז"ל אזלא דלא כהלכתא והיותר תימה על הרא"ש שהוא ז"ל כתב בסוגיין דקידושין כתוספותיו שבנדרים דסתם אדם לא הוקש לקרקע זולת עבדים דוקא והכריח כן מההיא דרפ"ק דסנהדרין וא"כ לא ידעתי למה לו לפרש ההיא דנדרים דקרי לשער הראש מטלטלי מטעם זה דעומד ליגזז וטפי היה לו לפרש משו' דסתם אדם לא הוקש לקרקע ודין מטלטלין יש לו ומיהו מאי דקשיא לן מההיא דפרק השולח דרבנן דרשב"ג

ור"מ ס"ל גבי שער הראש דלא אמרינן ביה כגזוז דמי הנה מקום איתי ליישב זה עפ"י מ"ש התוס' ז"ל בסנהדרין דף ט"ו ע"א ד"ה בענבים כו' דגבי בעל חוב כ"ע מודו דלא גבי מדבר העומד ליגזז אפי' למ"ד דלאו כגזוז דמי משו' דאיכא טעמא דלא סמכא דעתיה דבעל חוב לגבות מדבר העומד ליגזז יע"ש ועיין להתוס' ביבמות דצ"ט ע"א ד"ה מאי והשתא הן הן דברי רש"י והרא"ש שכתבו דשער הראש העומד ליגזז כגזוז דמי משום דקאי תלמודא גבי בעל חוב ובבעל חוב כ"ע מודו דחשיב כגזוז מטעמא דלא סמכה דעתיה ואע"ג דבתמרי הצריכי לדיקלא אמרינן בפ' נערה דבעל חוב גובה ממנו וא"כ גבי שער הראש דכל כמה דקאי שבוחי משבח הו"ל כתמרי דדיקלא לא היא דהתם כיון דצריכי לדיקלא אינן עומדות ליבצר אבל בשער הראש אע"ג דצריך לגוף כל שעומד ליגוז גוזזן מיד ודוק.

ודע שגם הרב המגיד ז"ל בפ"א מה' טוען הל' ב' קאי ג"כ כשיטת התוס' ז"ל דשמעתין שלא הוקשו לקרקע אלא דוקא עבדים שכתב שם וז"ל דכי אמרינן דאדם הוקש לקרקע הני מילי עבדים דכתיב בהו בהדיא והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם אבל שאר אנשים ודאי לא עכ"ל וראיתי להרב משנה למלך שכתב שם וז"ל זה אינו דאף שאר אינשי הוקשו לקרקע וכ"כ רבינו בפרק י"ג מהל' מכירה דהשוכר את הפועל בין בקרקע בין במטלטלין אין להם אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין להם אונאה וטעמא מפני שהוקשו לקרקע ושמא יאמר הרב דהתם דוקא אתמר שהוא מטעם שכתב רבינו שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין להם אונאה אבל אין דברי הרב המגיד ז"ל מיושבים שכתב הנ"מ עבדים דכתיב בהו בהדיא והתנחלתם וההוא בעבד כנעני הכתוב מדבר ויש ליישב בדוחק ובודאי כך היא כוונתו עכ"ל, והדברים מוכרחים ליאמר בדעת ה"ה ז"ל שהרי הרמב"ם ז"ל בפ"ח מהל' ערכין ד"ב פסק כאותה סוגייא דריש פ"ק דסנהדרין דהאומר דמי עלי שמין אותו כעבד בעשרה ואחד כהן משום דאיתקש לקרקע הרי דסתם אדם נמי הוקש לקרקע משום דשמין אותו כעבד שמע מינה דעבד עברי נמי אתקש לקרקע ומ"מ יש לדחות במ"ש לעיל ע"ש הרב חידושי הלכות ז"ל במגילה.

וראיתי להרמ"ל שם בפ"ח דערכין שכתב ע"ד הרמב"ם וז"ל ולא ביאר רבינו בעבדים ישראלים אי סגי בג' או בעינן עשרה ובירוש' פ"ק דסנהדרין ובפרק הקורא עומד איתא דסגי בג' וכ"כ התוס' בפ' הקורא אך מדבריהם פ"ק דסנהדרין נר' דס"ל דאף בעבדים בעינן עשרה עכ"ל ולא ידעתי כונתו דודאי עיקר ספיקו ז"ל לא חלו בו ידים אלא במקדיש עבדו העברי דאי באומר דמי עלי מי גרע משאר אינשי שכתב רבינו בדין הנז' שאם אמר דמי פ' עלי שמין אותו בעשרה וא"כ הוא קשיא טובא שהרי כתב הרמב"ם בפ"ו מה'

ערכין הל' כ"א שדוקא עבד עברי אינו נקדש שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו ואפילו האומר שיהיה קדוש לדמיו נראה מדברי התוספות בפרק השולח דל"ח ע"ב ד"ה גופיה כו' שאינו קדוש אלא דוקא באומר דמיו עלי דוקא יע"ש ועיין שם בחי' הרשב"א ז"ל וכעת צריך ישוב אצלי ולפי מ"ש הוא ז"ל כאן דרבי' ס"ל דאפי' בפועל דינו כעבד לענין אונאה דאתקש לקרקע לא מצאתי מקום לספיקו בדעתו ז"ל דאם פועל בעלמא יהבינן ליה דין עבד כנעני דאתקש לקרקע כ"ש בעבד עברי דקנין כספו הוא וגופו קנוי דודאי דין עבד כנעני יש לו דאתקש לקרקע ושמין אותו בעשרה ורבינו לא הוצרך לבארו משום דכיון שכתב דסתם אדם נמי באומר דמי עלי שמין אותו בעשרה מכל שכן אתי עבד עברי כנלע"ד.

ודע שלפי דברי רבינו ז"ל הללו שהביא הרמ"ל בפרק י"ג מה' מכירה שאפי' פועל בעלמא יש לו דין עבד לענין אונאה דאין אונאה לקרקעות יש ללמו' ממנו נמי לענין שבועה שאין נשבעין על העבדים ועל הקרקעו' שאין נשבעין ג"כ על הפועלים כיון דאתקש לקרקעות ואי תיקשי לך אותה שכתב רבינו בפי"א מה' שכירות ד"ו כל שכיר ששכרוהו בעדים כו' שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול לומר כו' וישבע בע"הב היסת או שבועת התורה אם הודה במקצת עכ"ל והשתא לפי מ"ש דפועל דינו כעבד היאך יכול לישבע שבועת התורה כיון דאתקש לקרקע וכן קשה במ"ש שם הר' המגיד ד"ה היה לו עד א' ששכרו אינו מועיל לו כלום שבקש טעם לדבר ולא כתב מהטעם שכתבנו דאיתקש לקרקע והיותר תימא מ"ש ע"ש רבינו מאיר ז"ל שחייב בעל הבית לישבע שבועת התורה ולא זכר שר שלפי דברי רבינו הנז' דפי"ג מהל' מכירה ליתיה לדברי הרמ"ה ז"ל.

איברא דלפי מ"ש הרב המגיד בפ"ה מהל' טוען ד"ה גבי הטוען את חבירו ב' חדשים שכנת בחצרי כו' ששכירות קרקע אחר הזמן חוב גמור הוא כיון שמחלוקתן בדמים שאם היה מחלוקת זו שזה אומר יש לי לדור עדין והלה כופר הרי זה תביעת קרקע והרי הוא כקרקע לענין קניה ואונאה כו' אבל כאן שאין מחלוקת אלא בתביעת דמי השכירות נר' שזה כשאר חיובין יע"ש באורך והשתא לפי דברי הרב המגיד הללו יש לומר דההיא דפי"א מה' שכירות הוי נמי כה"ג שהם מחולקים בדמי השכירות שזה אומר שכרתני ולא נתת לי שכרך וזה מודה לו במקצת אבל אם מחלוקתן הוא בשכירות עצמו שזה אומר שכרתיך לב' ימים ולא עבדת עמי אלא יום א' וזה אומר כבר עבדתיך שני ימים הוי כשכירו' דבית שמחולקים בימי השכירות דאין נשבעין עליו ואי תיקשי לך אכתי נהמניה לבעל הבית במה שטוען עכשיו בלי שבועת התורה במיגו דאי בעי הוה טעין

הרי שכרתיך ועדיין לא עבדת עמי דבשכרו שלא בעדים עסקינן והיינו שלא ראוהו עדים במלאכה כמ"ש שם ה"ה בפי"א מה' שכירות ואלו היה טוען הכי אז היה פטור אפי' משבועה כמ"ש דכיון דהיה טענתם על עיקר השכירות אין נשבעין על הקרקעו' כמדו' הא לא קשיא כלל דכלל זה בידינו בדעת רבינו ז"ל דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרי' וכמ"ש בפי"ג מה' מלוה בדין הטוען על המשכון.

ואגב אורחי עמדתי על דברי ה"ה ז"ל בפי"ד מהל' טוען ד"ט עמ"ש רבינו גבי אכלו שני חזקה בחיי אביהן מתוך שיוכל לומר לקוחה היא בידי מאביהן נאמן לומר חוב יש לי על אביהן וגובהו שלא בשבועה כו' והשיג עליו הראב"ד ז"ל דאמאי גובהו שלא בשבועה כיון דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כו' וכתב על זה הרב המגיד וז"ל עוד הקשה הראב"ד בהשגו' ממה שהסכימו הגאונים ונתבאר בדברי רבינו בהרבה מקומות ומהם פ"ח שכשטוען על המשכון שהוא נאמן עד כדי דמיו שאינו נוטל אלא בנקיטת חפץ אף כאן אם בא לגבות לכתחילה צריך הוא לישבע ויש לי לתרץ דחילוק יש בין משכון מטלטלין לקרקע שהרי דבר תורה אין נשבעין על הקרקעו' ושבועת היסת אין כאן לפי שאין טענת בריא הפך דברי זה המחזיק ואין נשבעין היסת על טענת שמא עכ"ל.

וראיתי להרב גד"ת בשער י"ד ח"א דפ"א ע"ג שכתב על דברי ה"ה הללו וז"ל ואם השגת הראב"ד היא השגה נר' שתירוצו של ה"ה לא העלה לה ארוכה שהמיגו לא יועיל לפוטרו משבועה מפני הכלל שלמדנו מדין המשכון שנתבאר פ"ג מה' מלוה דאין אומרי' מיגו לאפטורי משבוע' ולא לפוטרו ממון וכלל זה הוא מוחלט ולא פרטי ומה יועיל היות כאן משכון על הקרקע ולא של טלטול ס"ס כיון שאתה בא לפוטרו משבו' מטעם מיגו הרי נתבאר שאין כח במיגו לפוטרו משובע' בכל ענין שתהיה ל"ש טלטול ל"ש קרקע עד כאן לשונו יע"ש, ולק"ד דברי הרב המגיד נכונים וטעמם ונימוקם עמם דשני' היא משכון קרקע ממשכון דמטלטל דמשכון קרקע שעיקר טענתו של המחזיק שחוב יש לו לגבותו מזה הקרקע ושבעל הקרקע הורידו לתוכו לאכול הפירות עד שיפרע חובו ואלו היה בעל הקרקע קיים והיה מכחישו כל שיש לו טענת מיגו לא היה צריך שבוע' אפי' בטענת מודה מקצת וכההיא דפ"ה מה' טוען גבי הטוען את חבי' שתי חדשים שכנת בחצרי שכ' שם ה"ה דכל שטענתם ומחלוקתם הוא בעיקר השכירות שזה אומר יש לי לדור עדיין בתוכו וזה מכחישו אז הו"ל כפירת שעבוד קרקע ואין נשבעין על הקרקעות וא"כ ה"ן גבי יתומים כיון שטענתו של המחזיק הוא זה שאביהם הורידו לתוכו כדי שיפרע חובו אף שטענינן ליתמי שלא הורידו לתוכו כל שיש לו מיגו לא מצינן להשביעו כיון דאין נשבעין על הקרקעות ומה לי הם מה לי אביהם כן נלע"ד נכון.

שורש קידושי אדם חשוב **ומ"ש** עוד רבינו **ובהנאה זו הקנה עצמה לו**. הכי איתא בגמ' הכא באדם חשוב עסקינן דבההיא הנאה דקא מקבל מינה מתנה גמרה ומקניא עצמה ע"כ הנה אני בעניותי נסתפקתי לענין אתנן זונה דאמרינן בפ' כל האיסורים דכ"ט ופסקה רבינו בפ"ד מה' איסורי מזבח הל' ט' שאם נתנה האשה אתנן לבועל דהוא מותר ואין בו משום אתנן אם היה המקבל אדם חשוב דלגבי קידושין חשיב כאלו נתן הוא לאשה והיא מקודשת בקבלתו אי אמרי' ה"נ גבי אתנן דחשיב כאלו נתן הוא לה ואסיר או דילמא הכא גבי קידושין מה שהיא מקודשת לא מפני דחשיב נתינתה כקבלה הוא אלא משום דבאותה הנאה שעושה רצונה לקבל מידה דחשיבא כפרוט' הוא דמקודשת ולכן גבי אתנן שהדבר עצמו לא בא מידו לידה ודאי דשרי דאין כאן אתנן וכן נמי יש להסתפק במנות ביום פורים ששלח לאדם חשוב אם יצא י"ח ולכאו' עלה על דעתי לומר דדבר זה תלוי במחלוקותן של ראשונים שכתבנו לעיל גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דאיכא למ"ד דחשיב כאלו נתן המעות לידה ואיכא למ"ד דליכא אלא הנאה לבד שעשה רצונה ליתן לאותו פלוני בעבורה ושוויא ההיא הנאה כפרוטה ובאותה פרוטה היא דמקו' עיין מש"ל בשורש קידושין בדין ערב הובאו דבריהם ז"ל וה"נ אפשר דכל שהיא נהנית בקבלה זו חשיבה הנאה זו כאילו נתן לידה בעצמו שנתנה לו ואסור משום אתנן לחד מ"ד שוב ראיתי דלא דמיא להההיא דאפי' למ"ד התם דחשיב כאלו באו לידה לאו משום הנאתה הוא אלא כיון שנתן לאותו פ' ע"פ דבריה אעפ"י שהיא לא קבלה מידו חשיב כאלו היא קבלתן ונתנה לאותו פ' וכיון דאית לה הנאה נתחייבה בדבר אבל הכא ליכא נתינה לידה כלל והיא הנותנת וליכא אלא הנאה שקיבל מידה ומהיכא תיתי לומר דחשיב' נתינ' זו כקבלה עיין בחידושי הריטב"א ובהר"ן וברבינו ז"ל שכתבו דכשמקדש לה אומר לה הרי את מקו' בהנאה זו שקבלתי ממך ודוק.

וכתוב בחי' הרמב"ן וז"ל הכא באדם חשוב וכו' תמהני ללוי דאמר בפרק הזהב קונין בכליו של מקנה ומפרשינן טעמא משום דבההיא הנאה דקמקבל מיניה גמר ומקני ליה ולא בעינן אדם חשוב הכא אמאי בעינן אדם חשוב ואיכא למימר דקדושין שאני שאינה מקנה עצמה בהנאת פורתא אבל התם אעפ"י שאין בו שוה פרוט' קונין ועוד דהתם מה שנהנה בכך שויוה רבנן אדם חשוב ותמיה לי לרב דאמר קונין בכליו של לוקח ולא בשל מקנה באדם חשוב אמאי אין קונין בכליו של קונה לא קשיא דההיא הנאה דקמקבל מיניה דמים הוא והמעות אינן קונות מטלט' לפיכך לא תקינו חליפי סודר אפי' בקרקע אלא בשל קונה ועו' דסתם מקנה זו היא ע"מ להחזי' אינה מקנה של הנאה שיקנה באותה הנאה עכ"ל והנה זה שכתב דהנאה זו דמקבל מינה היא גופה אינה אלא דמים הרשב"א

והר"ן דחו דבריו וכתבו שהנאה זו חשיבא דמים וחשיבא מטלט' ולגבי קידושין חשיבא דמים ולגבי קנין חשיבא מטלט' יע"ש וכדבריהם משמע ודאי מדלוי דאמר קונין בכליו של מקנה ומפרש רש"י טעמא משו' דבההי' הנא' דמקבל כו' ואי חשיבא ההיא הנאה דמים אכתי היכי קני מטלט' ולדבריו צ"ל דבהא פליגי לוי ורב דמר חשיב ליה להההיא הנאה מטלט' ומר חשיב ליה דמים והוא דוחק.

ובדברי הר"ן ג"כ יש לגמגם שהוא ז"ל כת' דלרב לא קשיא אמאי אין קונין בכליו של מקנ' כשהוא אדם חשוב משום דלא מקרייא הנאה דאדם חשוב מקנה אלא במתנה גמורה אבל במקבל ע"מ להחזיר שאין הנותן מתחשב בשביל כך ולא חשיבא מקנה וסתם חליפי סודר ע"מ להחזיר היא עכ"ל וקשה שהוא ז"ל הביא לקמיה דברי ר"ח שכתבה למימרא דרב אהילך מנה ויקנו לך נכסי דבאדם חשוב קנה משו' דההיא הנאה חשיבא כקבלת מטבע' וקני אפי' מטלט' וכתב הוא ז"ל דהנאה זו חשיבא דמים וחשיבא חליפין ולהכי גבי אשה היא מתקדשת באותה הנאה כקבלת דמים וגבי קנין קונין באותה הנאה כקנין חליפין יע"ש וכיון שכן הדרא קושיין לדוכתא לרב אמאי אין קונין בכליו של מקנ' מדין חליפין דאפי' שאין הנותן מתחשב בשבי' כך כל שהוא בתורת חליפין הנאה כל שהוא מהניא וכמ"ש הוא ז"ל ללוי דאמר קונין בכליו של מקנה ואפי' שלא באדם חשוב יע"ש ובשלמא אי חשיבא הנאה זו כקבלת דמים ניחא לרב דלא קני דכיון שאין בהנאתה שוה פרוטה לא קני אבל אי חשיבא חליפין קשה וי"ל דמשמע לרב דכל שאין הנותן מתחשב בשבי' כך לא חשיבא הנאה כלל ובהא הוא דפליגי לוי ורב לפי דבריו.

הלכה כג

שורש קדושי משכון האומר **לאשה התקדשי לי בדינר וה"ז המשכון בידיך עד שאתן אינה מקו' כו'**. הכי איתא בגמ' אמר רבא אמר רב נחמן אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליו אינה מקו' מנה אין כאן משכון אין כאן הנה הרמב"ן משמע ליה דאפי' נתחייב בקנין על המלוה והניח עליו משכון או שא"ל זכי בגוף משכון זה לשעבו' מנה אינה מקו' אבל הראב"ד חלוק וס"ל דכל שנתחייב בקנין על המלוה והניח עליו משכון או שא"ל זכי במשכון זה לשעבו' מנה מקו' וכן כל מידי דמקני בכסף מהני בכה"ג והריטב"א הסכים לס' הראב"ד ודעת הרשב"א כדעת הרמב"ן כמ"ש בשמעתין בהדיא דאפי' אמר לה הריני מתחייב בקנין אינה מקו' שאין כאן מנה אבל אידך שכתב הרמב"ן דגם באומר לה זכי במשכון זה לשעבו' מנה דאינה מקו' לא כתב כנראה דבהא מודה ליה להראב"ד וכן יש לדקדק קצת מדבריו שכתב לקמן בדף י"ט ע"א עלה דאמר רבא המקדש במלוה שיש עליה משכון מקו' שכתב בתוך דבריו וז"ל ואינו דומה לאידך דרבא

אמר רב נחמן דאמר לעיל התקדשי לי במנה והניח עליו משכון אינ' מקו' דהתם לא היה המשכון קנוי לשעבו' המנה אלא במנה גרידא הוא מקדשה ואח"כ הוא משעבד המשכון למלוה כו' יע"ש כנראה מדבריו שאם א"ל תחילת דבר זכי במשכון זה לשעבו' מנה והתקדשי לי בו מקו' שהרי יש לו קנין במשכון לשעבו' המנה ומ"מ אין מכאן ראיה כ"כ.

והרא"ש ז"ל הסכים לשיטת הראב"ד ז"ל דכל שנתחייב בקנין על המנה והניח עליו משכון היא מקודשת אבל אידך שכתב הראב"ד ז"ל דאף באומר לה זכי במשכון זה לשעבוד מנה מקודשת לא בא הדבר מבואר בדבריו ומתוך הלשון שכתב בתוך דבריו לענין השדוכין וז"ל הלכך כשעושין שידוכין ונותנין ערבונות לשם קנס לא יאמר אם אחזור בי אני אתן כו' אלא צריך להקנות לו בקנין או יאמר תזכה בגוף משכון זה בכך וכך עכ"ל נראה דלדידיה משמע ליה דלא מהני בשיאמר תזכה בגוף משכון זה לשעבוד מנה אלא צריך לומר תזכה בגוף משכון זה סתם דכשאומר תזכה בגוף זה לשעבוד מנה כיון דלא קדם לו חיוב ושעבוד לא מהני לשון זה דאמרינן שעבוד אין כאן זכיה אין כאן אבל כשאומר זכה במשכון זה שיעור מנה אין לך זכיה גדולה מזו. ונמצא דהרא"ש ז"ל מודה ליה להראב"ד בחד' ופליג בחדא וזה הבין מוהרימ"ט ז"ל בדעת הרא"ש שכתב שדברי הרא"ש אינן לא כדברי הרמב"ן ולא כדברי הראב"ד ז"ל והרב בני יעקב במאמר קנין דק"ב ע"ג כתב שלדעתו אין בין דברי הראב"ד לדברי הרא"ש כמלא נימא ולא צדק בזה דהמרחק בניהם רב ועיין במ"ש הוא ז"ל לקמן דק"ג ע"ד על דברי הרא"ש ז"ל הללו.

והן עתה נדפס מחדש ס' קהלת יעקב וראיתי לו ז"ל שם באות פ' דצ"ו ע"ד עמד בזה ובהכי ניחא מה שתמה הוא ז"ל על הרב המפה בסי' כ"ט שכתב על מ"ש מרן דאם הניח עליה משכון אינה מקודשת וה"ה אם כתב עליה שטר אבל אי א"ל זכי במשכון זה בשעבוד מנה מקודשת עכ"ל ותמה עליו דהרב פסק תרתי דסתרן דכיון דפסק דאפילו אם כתב שטר אינה מקודשת עכ"ל דה"ט משום דהוי"ל מקדש במלוה וכדברי הרמב"ן וכפי הטעם הזה אפילו אמר לה זכי במשכון שעבוד מנה אינה מקוד' ואיך כתב דאם אמר לה זכי במשכון זה שעבוד מנה אינה מקודשת והניח דבריו בצ"ע והרואה דברי הרב המפה על מרן שכתב יראה דלא ק"מ שהרי הוא ז"ל כתב כלשון הזה אבל א"ל הרי את מקודשת לי בדינר ותזכה בו בגו' המשכון שאני נותן לך על זה הרי זו מקודשת וציין שהוא מדברי ר"יו נ"ג ואין ספק שהן הן דברי הרא"ש ז"ל כאשר כתבנו דאע"ג דפליג עליה דהראב"ד באומר זכי במשכון זה לשעבו' מנה מודה הוא ז"ל באומר זכי במשכון זה שיעור מנה ידע דלשיטת הראב"ד ז"ל כשמתחייב בקניין לתת לה מנה ומקדשה לה בההוא מנה מקודש' ואפי' לא נתן לה משכון עליה וזה מבואר בדברי הריטב"א שכת'

וז"ל אבל אם נתחיי' לה מנה בקנין וחזר וקדשה בו או שלקח ממנו שדה אשה מקודשת ושדה מכורה ומה שסיים עוד על זה וז"ל ואם נתן משכון על אותו מנה זכתה בו דהא איכא הנאה דשויא פרוטה להתקדש בו ומילתא באפי נפשיה היא דכיון דהיא מקודשת בחיוב המנה דאית לה הנאת ש"פ בחיוב זה כשנתן לה משכון זכתה בו ולא בעינן חיוב ומשכון וזה ברור לע"ד.

אשר עפ"ז אפשר לישב מה שהוק' לו למהרימ"ט ז"ל בחי' על הר"ן ז"ל לשיטת הראב"ד ז"ל הלזו דס"ל דכל שאמר לה זכי במשכון זה לשיעבוד מנה דמקודשת מאי האי דפריך רבא לרב נחמן מהא דתניא קדשה במשכון מקודשת והוצרך לשנויי במשכון דאחרים כו' ואמאי לא משני דקדשה במשכון דידיה ובכה"ג דא"ל זכי במשכון זה לשעבוד מנה והוא ז"ל תירץ דהא פשי' ליה יעויין שם, ולפי דעתי יש לומר דאי תנא דברייתא נחית לאשמועינן האי דינא הוה ליה לאשמועי' עדיפא מינה אפילו במקדשה בחיוב מנה בקנין לבד שאינו מוסר בידה כלום וכ"ש בקדשה במשכון שהרי איכא נתינה מידו לידה ואי משום דהא עדיפא ליה שהרי כתבנו בדעת הרא"ש דאע"ג דמודה ליה להראב"ד במקדשה בחיוב מנה ובקנין פליג עליה בההיא דזכי במשכון זה לשעבוד מנה הא ליתא דהיכן השמיענו תנא דברייתא דמיירי באומר זכי במשכון לשעבוד מנה דאפשר דמיירי באומר זכי בגוף המשכון שיעור מנה דבהא מודה נמי הרא"ש ועיין במה שהוקשה עוד למהרימ"ט על שיטת הראב"ד מההיא דגיטין פ' האומר דס"ו גבי גניבא יוצא בקולר הוה כי הוה קא נפיק אמר הבו ארבע מאה זוזי לרבי אבינא מחמרא דנהר פניא כו' דאמר רבי אבא חמרא לא קאמר דמי חמרא לא קאמר מחמרא קאמר ואידך כדי ליפות את כחו יע"ש ועיין בכתובות ס"פ נערה דנ"ד ע"ב תוס' ד"ה ארבע כו' ועיין בפ' מי שמת.

עוד ראיתי להרב בני יעקב שם דק"ב ע"ד שכתב תמיה על הרא"ש במ"ש דבערבונות של שידוכין צריך שיתחייב בקנין תחילה ואח"ך יתן לו המשכון דאי לא"ה לא מתפיס דמאחר שהטור בח"מ סי' ר"ז כתב ע"ש הרא"ש דבערבונות של שדוכין אין צריך לקנות בב"ד חשוב משום דשפיר מתחייב בקנס אם חזר בו שביישו א"כ למה הצריך שיתחייב לו בקנין תחילה כיון דהרי מחוייב ועומד וכשנתן המשכון שפיר מתפיס כדאמרינן גבי פועלים אם באת חבילתה לידו מחייבינן לקיים דבורם שהרי גרמו לו הפסד וכמו כן תמה על הטור ממ"ש בח"מ סי' ר"ז למ"ש בא"ה סי' ן' יע"ש וזו אינה קושיא לע"ד דכל דליכא קנין אע"ג דכשהמשכון תחת ידו גובה בו מיהו אם יצא מתחת ידו אינו יכול לגבות כדאמרי' גבי פועלים שאם לא באת חבילתה ליד בע"ה אע"ג דגרמו לו הפסד אינו יכול לגבות מהם ה"ן הכא אם יצא המשכון מתחת ידו אינו יכול לגבות מידי ולהכי

הצריך קנין כדי שיוכל לגבות לעולם ואמנם מה שהוצרך קנין דלא כאסמכתא בב"ד חשוב זה תימה וכבר עמד ע"ז מר"ן ב"י ועיין בספר ב"ח ובקיצור פסקי הרא"ש בשמעתין לא ראיתי שהעתיק דבר זה יע"ש ועיין עוד בדברי הרב בני יעקב דק"ב ע"ד במה שנסתפק גבי פדיון אי מהני על ידי משכון דפשיטא ליה מדברי הרשב"א בשמעתין ומההיא דפ' יש בכור דחיוב לא מהני גבי פדיון וכיון דלא מהני חיוב לא מהני משכון דמנה אין כאן משכון אין כאן דגבי פדיון נתינה מעליא בעינן לכ"ע וכעין זה יש להסתפק לענין מתנות לאביונים בפורים אם יצא ידי נתינה ע"י משכון או דילמא מנה אין כאן משכון אין כאן ולא עת האסף ועיין בדינים אלו דמנה אין כאן בטור ח"מ סי' ס' ובס' דברי אמת בקונט' ז' סי' ב' יע"ש.

ומ"ש עוד רבינו **היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה כו'**. הכי איתא בגמרא ד"ח התם במשכון דאחרים וכדר"י דאמר ר"י מניין לבעל חוב שקונה משכון כו' כתב רש"י במשכון דאחרים וקדשה בחוב שיש לו עליו כו' אבל מדברי כל הראשונים משמע דמקדשה במשכון עצמו ועיין למהר"ש יונה בסי' ס"ג מה שהוקשה לו לפי' רש"י ולא קשיא כלל כאשר יראה הרואה ולפקע"ד היה נר' דהוצרך רש"י לפרש דקדשה בחוב שיש לו עליו דאי לא קדשה אלא במשכון לבד ומפני שהוא קנוי לו הוא דמקודש' לו אכתי ק' היכי מקדשה דהא אמרי' לקמן בפ"ב דמ"ח דהיינו טעמא דהמקדש במלוה של אחרים אינה מקודשת משום דלא סמכה דעתה מימר אמרה הוא מחיל ליה כדשמואל דאמר המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול והשתא כי מקדש לה במשכון ועיקר המלוה והחוב הוא של הבעל מאי הוי אכתי לא סמכא דעתה דמימר אמרה שהבעל מוחל חובו ללוה וממילא לא נשאר לה שום קנין על המשכון משא"כ כשהוא מקדשה בעיקר החוב ומוסר המשכון בידה דמקודשת דהשתא איהו לא מצי מחיל כמ"ש הרשב"א ז"ל בשמעתין והר"ן והריטב"א ז"ל בגיטין דל"ז דקדקו כן מהא דר"י דשמעתין יע"ש.

אלא שלפ"ז משמע דלדעת רש"י אם קדש במתנה שנתנו לו ע"מ להחזיר אינה מקודשת כיון דעתיד לחזור ולא כן משמע מדברי הרא"ש ז"ל לקמן דף ט"ז סימן ך' דפשיטא ליה דהמקדש במתנה שנתנו לו ע"מ להחזיר מקודשת ומחזיר המתנה ונותן לה דמים תחת המתנה יע"ש וטעם הדבר כיון דבשעת שקדשה היה שלו הרי באותה שעה נתן לה כסף משלו וקנאה מקודש' גמורה היא וכשחוזר ולוקחה ממנה בדמים שנותן לה כאילו חוזר וקונה הדבר ממנה ואפשר דאפי' חוזר ולוקחה ממנה בע"כ לא מפני זה נאמר שאינה מקודשת אלא חשיב כאילו גוזלה אבל הקדושין שקדש במקומן עומדין ואם כן ה"ה נמי

הכא כשקדשה במשכון דבשעת הקדושין קנוי לו כדר"י ומקדש אותה במשכון זה אע"ג דכשחוזר ומוחל החוב פקע שעבודו הו"ל כמתנה ע"מ להחזיר דמקודשת גמורה היא כיון דבשעת הקדושין היה שלו ואם כן צ"ל דמ"ש רש"י ז"ל וקדשה בחוב שיש לו עליה לחידושא נקטיה דלא מבעיא דמקדשה במשכון אלא אפי' במקדשה בחוב היא מקדושת.

ודע שכתב הרשב"א ז"ל בשמעתין דאע"ג דמשכון דאחרי' קנוי לו ומצי מקדש בו את האשה אפי"ה אינו קנוי לו ממש ואי אקדיש ליה מלוה או זבין מלוה לא עבד כלום ולענין קדושין כיון שיש לו מקצת קנין לענין שביעית ושאינו נעשה מטלט' אצל בניו הו"ל כדידיה ומתקדשת האשה בו יע"ש ואיכא למידק לכאורה ממ"ש לקמן בפ' האיש מקדש דנ"ב ע"א גבי מאי דקאמר רב המקדש בגזל אינה מקודשת וקאמר ר"י עלה מי קאמר רב הכי ופרכינן והוא לא אמר הכי והא אמר ר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו כו' יע"ש דמשמע דקדושין והקדש כי הדדי נינהו וכל היכא דלא מצי מקדיש לא מצי מקדש ומשו"ה פריך לר"י דאמר ומי אמר רב הכי ממאי דאמר איהו גבי הקדש ולפי דברי הרשב"א ז"ל מאי קושיא הרי מצינו במשכון של אחרים דאע"ג דלא מצי מקדיש מצי מקדש בו ואם כן אע"ג דגבי גזל ס"ל לר"י דלא מצי מקדיש אפשר דס"ל דמצי מקדש והדבר ברור דהתם לא משום דגבי הקדש קאמר ר"י דלא מצי מקדיש הוא דפריך אלא ממאי דקאמר דה"ט דגזל משום שאינו שלו וכיון שאינו שלו מינה דלא מצי מקדש בו ועיין להרב ש"ך בח"מ סימן ע"ב ס"ק י"ז שהכריח מאותה סוגיא דהקדש וקדושין כי הדדי נינהו ומתוך כל העלה דמשכון אחרים כיון דמצי מקדש בו יכול להקדיש יע"ש ואישתמיט מיניה דברי הרשב"א ז"ל בסוגיין וצ"ע.

ומ"מ לדידי ק"ל לדברי הרשב"א ז"ל הללו מ"ש ממתנה על מנת להחזיר דאמרינן בפ' יש נוחלין דאם לא אמר ע"מ שתחזירהו לי הקדישו והחזירו מוקדש ומוחזר וי"ל דהתם קנוי לו לגמרי לאותו זמן שנתנו לו אבל הכא אינו קנוי לו לגמרי ויש להסתפק בממשכן את חבירו אתרוג שלא בשעת הלואה אי קני ליה לצאת בו ידי חובה מי אמרינן כיון דלא מצי מקדיש ליה לא קרינן ביה לכם או דילמא כיון שיש לו מקצת קנין ולענין חמץ קרינן ביה לך וכן לענין שמיטה אם יוכל לקדש בו את האשה והסברא נותנת דכיון דאתרוג של שות' אינו יוצא בו ה"נ לא נפיק ביה כיון דאין לו אלא מקצת קנין כנלע"ד אבל יש להסתפק אם יכול הלוה לקדש במשכון זה שנתן למלוה כיון שמן הדין קנוי למלוה או דילמא כיון שיכול להוציאו בדמים חשיב שלו והסברא נוטה לזה, ושוב מצאתי בדברי הרמב"ן בחי' לקדושין שכתב בהדיא דלוה מצי מקדיש ליה יע"ש.

ולענין משכון זה של אחרים אם הוא דוקא במשכון שמשכנו שלא בשעת הלואתו או לאו דוקא אלא אפי' משכנו בשעת הלואתו עיין בזה להרא"ש ז"ל ועיין במהר"ש יונה סימן ס"ג שעמד על דבריו במה שיש בהם מן הקושי יע"ש והרמב"ן וכן הרשב"א והריטב"א בגיטין משמ' להו דאפי' במשכון שמשכנו בשעת הלואתו היא ומקודשת ועיין בספר המלחמות להרמב"ן בפרק שבועת הדיינים כי שם הרבה להשיב על שיטת רש"י והרז"ה דס"ל דהך דר"י לא אתמר אלא שלא בשעת הלואתו דוקא ולפי דבריהם מתחייב באונסים ג"כ לא כן במשכנו בשעת הלואתו שאינו חייב באונסים והוא ז"ל השוה מידותיהן ובין בשע' הלואתו ובין שלא בשעת הלואתו לא מחייב אלא בגניבה ואבידה כיון שאין כל הנאה שלו והוכיח מתוך סוגיא זו דקדושין ודפסחים וגטין דהך דר"י אפי' בשעת הלואתו מיירי ואי כדברי רש"י והרז"ה דמחייב אפי' באונסים הא לענין משכון בשעת הלואה משנה ערוכה שנינו בפרק האומנים מלוה על המשכון כו' ואיך יתכן לומר דדברי ר"י שנאמרו סתמא בכל משכון שיהיה דברו לחצאין ובמשכון דבשעת הלואתו קנוי לו להיות ש"ש ושלא בשעת הלואתו להיות כשואל.

וכבר הרב ש"ך בח"מ סי' ע"ב עמד על כל דבריו ז"ל ויש גימגום בדבריו ובסו' דבריו המצי' לנו דבר חדש דכל שחטף משכון מיד חבירו שלא ברשות ב"ד ושלא מדעת הלוה אפי' לדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל חייב באונסים שהרי נעשה שלו והביא ראיה מדברי רבינו בפ"י מה' שכירות דקאי כשיטת הרמב"ן דבמשכנו שלא בשע' הלואתו לא מחייב אלא בגניבה ואבידה ואפ"ה כתב בפ"ו מה' מלוה ולוה הל' ד' דהממשכן את חבירו שלא ברשות ב"ד חייב באונסין וכמ"ש שם ה"ה ז"ל ועפ"ז ניחא ליה ההיא דפרק אלו הן הלוקין דקאמר ותו ליכא והא איכא השבת העבוט כו' יע"ש ולפי דבריו הללו דחיוב דאונסין הוא מפני דהו"ל גזלן לא ידעתי לכאורה טעמו של הראב"ד דאיהו ז"ל בספ"ג מה' אבידה השיג על רבינו וס"ל דהממשכן שלא ברשות אינו נקרא גזלן ומתני' דפרק כל הנשבעין ששנינו דשכנגדו נשבע ונוטל היינו דוקא בנמצא שלא היה לו חוב יע"ש וי"ל דהראב"ד לשיטתיה אזיל דס"ל דמשכנו שלא בשעת הלואתו קני ליה לגמרי אפי' לאונסים ואם כן הכא אמאי חייב באונסים וע"ד ה"ה יש לעמוד שכתב שלדעת רבינו אינו נקרא גזלן ושם בספ"ג מה' אבידה קראו רבינו גזלן יע"ש ועיין להרב מח"א בהגהותיו על רבינו פ"ג מה' מלוה וכבר עמדתי ע"ז בחיבורי על הש"ע ח"מ סי' ע"ב.

והנה הרמ"ל בפ"י מה' שכירו' הביא דברי מהריט"ץ בתשובו' סימן י"ב שכתב דכל שמשכנו שלא בשעת הלואתו אפי' שלא ברשות ב"ד כי אם שהלוה בעצמו משכן לו ברצונו חייב באונסים לשיטת רש"י ז"ל והרז"ה ז"ל וכתב עליו שטעה בזה שזה אינו אלא

דוקא במשכנו לבסוף ע"י ב"ד ששם הוזהר המלוה להחזיר כסות של יום ביום וכסות לילה בלילה ושם הוא דאמר ר' יצחק בעל חוב קונה משכון אבל במשכון הבא מיד הלוה ליד המלוה ברצו' כך הוא שעת ההלואה כשלא בשעת ההלואה לכ"ע אין בו למרבה אלא ש"ש ואלו דברים ברורים הם עכ"ל ודבריו תמוהים שהרי בהדיא כתב רבינו בפ"ג מה' מלוה ולוה הל' ה' דאפי' במשכנו מדעת הלוה הוזהר להחזיר לו העבוט בעת הצריך לו את הכר בלילה ואת המחרישה ביום והכי איתא בפרק אלו מציאות דל"ז ע"ב השב תשיב אין לי אלא שמשכנו ברשות ב"ד שלא ברשות ב"ד מנין ת"ל השב תשיב ועיין בס"פ אלו הן הלוקין דפרכינן ותו ליכא והא איכא השבת העבוט דכתיב השב תשיב כו' ומיירי במשכנו שלא ברשות ב"ד אלא דמהתם אין ראיה כ"כ דהתם מיירי במשכנו בע"כ אבל ההיא דאלו מציאות מוכח דאפי' מדעת הלוה איכא השב תשיב ועיין בפי' רש"י ז"ל שם.

הן אמת כי זה שכתב דכל שלא משכנו שלא ברשות ב"ד כי אם מדע' הלוה ומרצונו אינו מתחייב באונסים כן משמע מתוך פירש"י שם בפרק האומנים דפ"ב עלה דהך מימרא דר"י וכן בפרק המקבל דקי"ג במתני' דהמלוה את חבירו לא ימשכנינו אלא בב"ד יע"ש ועיין להרב מח"א ה' גביית חוב סימן י"א דק"ב ע"ב אמנם אין הטעם בדבריו מפני ששם לא הוזהר המלוה להחזיר דאע"ג שהוזהר להחזיר מ"מ קרא דולך תהיה צדקה משמע דלא קאי אלא אמה שמפורש בכתוב שהוא על הממשכן ע"י ב"ד ולא על מאי דמרבינן מריבוייא דהשב ישיב שהרי בריבוי הכתוב מרבינן נמי על הממשכנו בעל כרחו שאז נקרא גזלן כמ"ש רבינו בספ"ג מה' אבידה ולדעת רבינו אין הבעל חוב קונה משכון אלא להתחייב בגניבה ואבידה והממשכן את חבירו בע"כ מתחייב הוא באונסין ג"כ כדין גזלן כמ"ש בפ"ג מה' מלוה ולוה ואי קרא דולך תהיה צדקה קאי על הממשכן חבירו בע"כ אין סברא שיפורש הכתוב בשני ענינים דעל הממשכנו מדעתו הוא חייב בגניבה ואבידה והממשכנו בע"כ שיתחייב באונסין ועדיין צ"ע.

הלכה כד

שורש אי אשה נקנית בחליפין האומר **לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה ע"מ שתחזירהו לי אינה מקודשת כו'**. הנה מתוך דברי הר"ן משמע שאם קדשה במתנה ע"מ להחזיר ופי' ואמר שתהא מקוד' בהנאת קשוט שהיא נהני' בזמן שהמתנ' בידה הרי היא מקו' שכתב וז"ל אבל רבינו בפ"ה מה' אישות נראה שהוא מפרש דמתנה ע"מ להחזיר הרי הוא כחליפין לגבי אשה כו' שהרי אם אינה מחזרת אותה לא קנתה ואם מחזרת אותה הרי לא נהנית באותה מתנה ואפילו נהנית בש"פ קודם שהחזירתה איהו

לאו בההיא הנאה קאמר לה כו' יע"ש משמע שאם פי' בהדיא ואמר שתהא מקודשת בההיא הנאה הויא מקודשת וכ"ן מדברי הרא"ש ז"ל לקמן בפרקין די"ב סי' ך' גבי מקדש בטבעת שאולה שכתב וז"ל ואני אומר אם השאילו לו הטבעת לזמן ידוע ונתנו לו רשות להשאילו לאחר לקדש בו את האשה והודיע שהיא שאולה בידו עד זמן פ' ומסרו לה שהיא מקודשת בהנאת שמוש וקשוט שתוכל להתקשט בו עד זמן פ' ושמין אם יש בהנאת אותו קשוט ש"פ מקו' ואעפ"י שאין גוף הטבעת שלו דכל הנאת ש"פ אשה מקוד' בה מידי דהוי מרווח לה זימנא ונותנת מנה לאדם חשוב עכ"ל וא"כ יש לגמגם על מרן ב"י ז"ל שבא"הע ר"ס כ"ט כתב דבר זה שאם קדשה בהנאת קשוט אפי' במתנה ע"מ להחזיר שהיא מקודשת בשם רי"ו ולא זכר שר דברי הר"ן והרא"ש הללו.

ומיהו יש לדחות דאין מדברי הר"ן והרא"ש ראיה כ"כ לענין מתנה ע"מ להחזיר שתהא מקו' בהנאת קשוט שהיא נהנית בזמן שהיא בידה דאפשר דכיון שאם קדשה במתנה עצמה אינה מקודשת מדרבנן משום דדמי לחליפין אע"ג דמדאורייתא היא מקודשת גמורה כמו שפירשו התוס' וכל המפרשים ה"נ כשקדשה בהנאת קשוט דמתנה ע"מ להחזיר לא תהא מקודשת מדרבנן דאתו למיטעי שהיא מתקדשת במתנה עצמ' אע"ג דהדרא למריה ודברי הר"ן אפשר לומר שאינן אלא לדעת רבי' שסובר דמתנה ע"מ להחזיר לגבי אשה כחליפין ממש הוא ואף מדאורייתא אינה מקודשת ולא משום גזרה אתינן עלה ולהכי כתב דלדבריו אם קדשה בהנאת קשוט שהיא נהנית כל זמן שהיא בידה היא מקודשת דלדידיה ליכא למיגזר כלל ודברי הרא"ש דלקמן ג"כ אינן אלא בטבעת שאולה דליכא בה משום גזרה אבל במתנה ע"מ להחזיר אפשר דכי היכי דגזרינן במקדש במתנה עצמה ה"נ גזרינן בהנאת קשוט המתנה ולהכי הוצרך הרב להביא הדבר בשם רי"ו שאמר כן אפי' במתנה ע"מ להחזיר ועיין בספר חלקת מחוקק סימן כ"ח ס"ק ל"ה וסימן כ"ט סק"ג ועיין להרשב"א בשמעתין.

והנה התוס' ד"ה לבר מאשה כו' כתבו וא"ת במאי דמו לחליפין הא חליפין גופייהו אמרינן בפ' השותפין דאי תפס מתפיס ונר' לר"י דלאו חליפין כו' אלא לפי שדרך העולם להחזיר חליפין והוי כעין חליפין עכ"ל גם הרא"ש בשמעתין כתב וז"ל אלא אמר רבא בכולהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין לפי שדרך הוא להחזי' הסודר שמקנין בו כו' עכ"ל משמע דס"ל כשיטת התוס' דחליפין נמי אי תפיס מתפיס מדינא אלא שאין דרך להתפיס וקשה דבנדרים ס"פ השותפין פסק דבחליפין אי תפיס לא מתפיס שכתב שם וז"ל כתב הרמב"ן דהלכת' כר"י דסודרא קני ע"מ להקנות הוא כלומר מתנה ע"מ להחזיר ואע"ג דאמר רב אשי ומאן לימא לן דסודרא אי תפיס לא מתפיס

הא רב נחמן אמר דלא ועוד דר"א גופיה מדחי הוא דדחי כו' אבל איהו גופיה כר"נ ס"ל דגרסינן בפ"ק דקדושין כו' שמעינן מינה דחליפין קני ע"מ להקנות הוא ואי תפיס לא מתפיס וה"נ פסק הגאון בס' מקח וממכר עכ"ל וכעת צ"ע.

ולענין הלכה מרן ב"י בח"מ סימן קצ"ה אסף וקבץ דעת כל הפוסקים בזה ובסעיף ה' כתב שהרב בעל העיטור במ"ב קאי כשיטת הרא"ש והר"ן דנדרי' דאי תפיס מתפיס אבל בהגהת אשר"י דפרק הזהב וכן הג"מי בפ"ה מהל' מכירה כתבו בשם רב עמרם דאי תפיס מתפיס כדעת התוס' דשמעתין ולקמן בדכ"ו ע"ב ד"ה ה"ג ובסעיף ו' הביא דברי רב עמרם בשם הרב העיטור במ"ב עש"ב ובסעיף יו"ד אחר שהביא דברי הרא"ש והר"ן דנדרים כתב וז"ל ומ"ש לעיל בשם ר"ע דאי בעי מקנה פסיק לסוד' אפשר דס"ל כר"א ולא תיקשי ליה ההיא דקידושין דכיון דיכולין להקנות בסודר ואז לא מצי למפסקיה גזרי אפילו היכא שקונה הבעל בסודר עכ"ל והנה זה שכתב דכשקוני' בסודר אז לא מצי למפסקיה הוא ט"ס וצ"ל אז לא חציף למפסקיה וכן הוא בדברי רב עמרם שהביא הוא ז"ל לעיל בסעיף ו' יע"ש אלא שדבריו תמוהים במ"ש דכשקונה הבעל בסודר גזרו משום היכא שקונה בסודר דלא חציף למפסקי' דקנין סודר דבעל באשה לנוטלן משום גזרה דעדים שהרי אמרו בגמ' לעיל דאתתא בחליפין לא מקנייא משום דחליפי' איתנהו בפחות מש"פ ואתתא בפחות מש"פ לא מקנייא נפשה ופי' רש"י חליפין קנין סודר יע"ש והרא"ש והר"ן בנדרים לא הביאו ראיה משמעתין דחליפין אי תפיס לא מתפיס אלא מדמדמי תלמודא מתנה ע"מ להחזיר לקנין סודר דמשמע דקנין סודר נמי הדרא למריה כמתנה ע"מ להחזיר אבל קנין סודר ודאי טעמא דלא מהני באשה לאו משום דהדרא הוא אלא משום דאיתיה בפחות מש"פ כדאמ' לעיל ולייושב סוגיא דשמעתין לדעת ר"ע דס"ל דסודר אי תפיס מתפיס וא"כ היכי מדמי לה לתלמודא למתנה ע"מ להחזיר כבר כתבו התוס' הכא דמשום דרגילות הוא להחזיר דמו אהדדי אף על גב דמדינא אי תפיס מתפיס והדברים ברורים ודברי מרן ב"י בזה לדידן צ"י.

ודע שבעיקרן של דברים הללו דקמפלגי התם בס"פ השותפין ר"נ ורב אשי אי קני ע"מ להקנות קני או לא קני ומייתי ראיה ר"נ מהא דקנין סודר ודחי לה רב אשי יש לגמגם קצת אמאי לא מייתי ראיה דקני ע"מ להקנות קני מאותה ששנינו בפ' המביא תניין דכ"ב האשה כותבת את גיטה והאיש כותב את שוברו ופירש"י כותבת את גיטה ומקנהו לבעל וחוזר ומוסרו לה הרי דקנין זה שמקנהו האשה לבעל אינו אלא כדי שאח"כ יקנהו לה וה"ל כמקנה ע"מ להקנות וכ"כ הר"ן והריטב"א ז"ל שם בדכ"א דמייתי התם תלמודא להך מתניתא והא ודאי בורכא דהתם הוי כמתנה ע"מ להחזיר דאית ליה תועלת למקבל

באותה מתנה לזמן שהיא בידו ה"נ אית ליה תועלת במתנה זו שאינו נותן הגט משלו וכל כי האי הו"ל מתנה על מנת להחזיר והדבר מבואר משא"כ בקני ע"מ להקנות שלא זכה הקונה אותו לשום דבר זולת להיות מקנה אותו לאחר.

פרק ט

הלכה ו

שורש חזקה שליח עושה שליחותו האומר **לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח כו' שחזקת שליח לעשות שליחותו כו' והואיל ואינו ידוע איזו קדש לו ה"ז אסור בכל אשה שיש לה קרובות שהן ערוה עמה כגון כו'**. הנה הרב מש"ל עלה ונסתפק אם מותר בשניות שאיסורן הוא מדרבנן וכתב תחילה דדבר זה במחלוקת הוא שנוי דלדעת התוס' שם בנזיר דס"ל דחזקה זו אינה מן הדין לאסור עליו כל הנשים שבעולם דדילמא לא נתרצתה שום אשה להתקדש לו ועוד אפילו תימא נתרצתה שום אשה למה נאסור אותו בכל הנשים נזיל בתר רובא שלא נתקדשו וע"כ מה שאנו אוסרין אותו אינו אלא מטעם קנס יע"ש ולפ"ז י"ל שפיר דלא קנסו אותו אלא באיסור תורה ולא בשניות שהן מדרבנן כו' אבל לדעת הרמב"ן דס"ל דלא מתורת קנס נגעו בה אלא מדינא א"כ אף בשניות אסור עכ"ל והנה זה שכתב דלהרמב"ן הוא מדינא ולא מתורת קנס לימדו הרב ממ"ש ה"ה על שמו שישב הוא ז"ל קושיית התוס' בנזיר שהקשו למה לא נאסר כל הנשים הפנויות לינשא מה"ט דחזקה וכן קטנות שמתו אביהן והוא ז"ל לא ניחא ליה דהכא משום קנסא הוא ולדידיה גזרו ולא לדידה אלא תי' תירו' אחר דחזקה זו מהנייא לאסור לו כל הנשים שיש להם קרובות ואין אנו יודעין מה בפיהן של אותן קרובות דאפשר שיודו שנתקדשו ולא אתי חזקה דמה שהיו פנויות מקודם לבטל חזקה זו כל שאפשר שהם ג"כ יודו שנתקדשו אבל כשיודו שלא נתקדשו ודאי נאמנות דע"א נאמן באיסו' וכל שכן הכא דלא אתחזק איסורא דנאמנות נמצא דלהרמב"ן לא מתורת קנס נאסרו קרובותיה אלא מדינא דכל דאתו הקרובות לב"ד ואמרו לא קדשנו איכא חזקת שליח דעשה שליחותו ולפ"ז אומר הרב שכל הנשים אסורו' אף שניות דרבנן.

ואני לא ידעתי כונתו דכיון דההכרח שהכריחו התוס' שהוא קנס הוא משום דמדינא היה לנו לילך בתר רובא או שמא לא נתרצית האשה להתקדש וליכא חזקה א"כ מה"ט אפילו לדעת הרמב"ן אינו אלא מדרבנן מה שאנו הולכין אחר חזקה זו ולחומרא בעלמא דהרי ההכרח שהכריחו התוס' חזקים הם כראי מוצק ואין ספק דמה"ט אמרו בפ' התקבל דס"ד דחזקה זו לא אזלינן בתרה אלא לחומרא ולא לקולא וכיון שהוא מדרבנן ולחומר'

ודאי דבשניות שהן מדרבנן שרי ואין בין דברי התוספות והרמב"ן אלא שהתוס' קנסו אותו אפילו כשהקרובות באות לפנינו ואומרות שלא נתקדשו דאסורות לו משום קנס ולהרמב"ן כל שהן באות לפנינו ואומרות שלא נתקדשו ע"א נאמן באיסורי' ואולם לכ"ע כשאינן באות לפנינו אינן אסורות כי אם מדרבנן וכי היכי דלדעת התוס' ז"ל מפשט פשיטא ליה להרב דמותרות ה"ן לדעת הרמב"ן ז"ל לפקע"ד.

האמנם ספקו של הרב יש להסתפק כשהשניו' באות לפנינו לב"ד ואומרות שלא נתקדשו אם שרו לדעת התוס' דאפשר דע"כ לא קנסו אלא באיסור תורה כה"ג ולא באיסור של דבריהם וספק זה ליתיה אלא כשנאמר בדעת התוס' דאפי' בשניות גזרו אבל כבר פשיט' ליה להרב ז"ל דלא גזרו בשניות לדעת התוס' יע"ש.

עוד כתב הרב ז"ל שם דאף לדעת הרמב"ן דלא אזלו בתר חזקה זו משום קנסא אלא מדינא דשניות מותרות דהא בפ' התקבל דס"ד מוכח דחזקה זו אינה אלא מדרבנן כדאמרו שם דכי אזלינן בתר חזקה זו לחומרא לקולא מי אזלינן יע"ש וכיון שאינו אלא מדרבנן בשניות דרבנן לא גזרו ולפי דבריו הללו אף למ"ש הוא תחי' בדעת התוס' דבאומר צא וקדש לי אשה פ' אסור בקרובותיה מדינא אינו אסור כי אם מדרבנן דהאי מאי דס"ל לתוס' באשה פ' שהוא מדינא ס"ל להרמב"ן בצא וקדש לי אשה סתם שאסור בקרובותיה מדינא וכי היכי דמפשט פשיטא ליה בדעת הרמב"ן דאינו אסור כי אם מדרבנן מאותה סוגייא דפ' התקבל ה"נ ס"ל להתוס' ולפ"ז לא ידעתי מהו זה שכתב בתר הכי סמוך ונראה וז"ל והא דכתיבנא דאפילו לדעת התוס' דאית להו דמה שאסור בכל הנשים הוא מדרבנן משום קנסא באומר צא וקדש לי אשה פ' דאסור בקרובותיה מדינא לדעתי איכא לעייוני טובא שהרי התוס' כתבו בזה ב' טעמים לומר שאין איסורו מן הדין חדא דאית לן למיזל בתר רובא ורובא דנשים מותרות לזה אך לפי הטעם האחר שכתבו דאין זו חזקה גמורה דשמא לא תתרצה וטעם זה שייך אף באומר צא וקדש לי אשה פ' וק"ו הדברים אם באומר צא וקדש לי אשה סתם דרחוק הוא לעלות על הדעת ששום אשה שבעולם לא תתרצה להתקדש אפ"ה אמרי' כ"ש באומר אשה פ' דאפשר דאותה האשה לא רצתה דפשיטא דלא אמרי' בזה חזקת שליח עושה שליחותו וכיון שכן נר' דמותר בקרובותי' היכא דמיית השליח דמדינא אין כאן חזקת שליח וקנסא ליכא דהא קנס לא שייך באשה פלונית אלו דבריו ז"ל.

הרי דמשמע דתפס עיקר בדעת התוס' דלהטעם הראשון שכתבו דחזקה זו הוא קנסא משום דמדינא הו"ל למיזל בתר רוב נשים דכל שהוא אומר אשה פ' אפי' השניות אסורות דהכא ליכא טעמא דרובא שהרי אמר אשה פ' וכיון דמדינא אסורות גם השניות אסורות

וק"ל טובא דכיון שהוא ז"ל הסכים בדעת הרמב"ן דאפילו דס"ל דחזקה זו הוא משום דינא אפ"ה אינו אלא מדרבנן וכדמוכח מאותה סוגייא דפ' התקבל א"כ גם לדעת התו' עכ"ל כן דליכא איסורא כי אם מדרבנן אפי' היכא דליכא טעמא דרובא כגון באומר צא וקדש לי אשה פ' כדמוכח אותה סוגייא דפ' התקבל דמאי דס"ל להרמב"ן ז"ל בכל הנשים ס"ל להתוס' באשה זו וכדאמרן ולומר דלא כתב הרב כן אלא לפום מאי דס"ד תחילה לומר לדעת הרמב"ן דלדידיה איכא איסורא אפי' בשניות ואה"ן דלפום מאי דאסיק בתר הכי דלהרמב"ן נמי ליכא אלא איסורא דרבנן ומותר בשניות ה"נ לדעת התוס' באומר אשה זו לא אסיר אלא מדרבנן ומותר בשניות הוא דוחק והא ודאי בורכא היא דאף הרב ז"ל לא כתב אלא דאיכא איסורא מדינא באומר אשה פ' אבל אה"ן דאינו אלא מדרבנן כמ"ש לדעת הרמב"ן והשניות מותרות וכל עיקרו ז"ל לא בא אלא לומר דלא אסיר משום קנסא אלא מדינא ושזה אינו אלא לפי הטעם הראשון דאז אסור בקרובותיה של אשה זו מן הדין דחזקת שליח עושה שליחותו וליכא למימר נזיל בתר רובא דמאי רובא איכא באשה זו ואע"ג דמוכח בפרק התקבל דחזקה זו הוא מדרבנן ה"נ אסור מדינא מדרבנן לפי הטעם הב' שכתבו שמא לא נתרצו ה"נ איכא למימר שמא לא נתרצו ומותר בקרובותיה דמאיזה טעם נאסור אותו.

ודע שראיתי לר' בפ"א מה' מעשר ה"ח שכתב וז"ל האומר לחבירו הריני מעשר על ידיך אינו צריך לעמוד עמו עד שיראה אם יעשר או לא יעשר ואם אמר הוא לחבירו עשר ע"י צריך לעמוד עמו וכתב הרב כ"מ שהוא ירוש' פ"ב דמעשרות והטעם דכיון שהשליח פתח לומר שהוא רוצה לעשר על ידו חזקתו שעשה שליחו' משא"כ כשלא פתח הוא ועיין להמש"ל בה' בכורות בתשובתו הרמת'ה פ"ד ה"א דק"ג ע"ב שכתב וז"ל וזה כלל גדול דאף דקי"ל דלא מהני חזקת שליח לקולא היכא דהשליח פתח תחילה לומר שהוא רוצה לעשות פעולה א' אמרינן דחזקת שליח עושה שליחותו ואפילו לקולא יעש"ב.

פרק י

הלכה ב

שורש אי חופה קונה כיון **שנכנסה ארוסה לחופה וכו'**. הנה הרא"ש פ"ק דקדושין כתב שהרמב"ן פסק דלא כר"ה ושכן נראה דעת הרי"ף מדלא הביא דברי ר"ה משמע דס"ל דלית הלכתא כוותיה והאריך בדבר ובסוף דבריו כתב שלזה הסכימו כל הפוסקים ושלא כדעת ר"ח שכתב דהא דר"ה ספיקא הוי א"ד ז"ל וראיתי למו"ה בעל שער המלך בקונטריס חופת חתנים ס"א שכתב וז"ל האמנם זו היא שקשה טובא לדעת ר"ח וסיעתיה

דס"ל דהלכה כר' הונא דכיון דהך ק"ו פריכא הוא דאיכא למימר דייו וסוף דינא מה חופה גומרת אחר כסף אף כאן אחר כסף וכמו שהקשו התוספות בד"ה חופה ולא מצאו מענה לזה אלא בשנאמר דהא דר"ה אתי כר"ט דהיכא דמיפריך ק"ו לא אמרינן דייו וא"כ מאחר דקי"ל כרבנן דר"ט דאפי' בחצר הניזק משלם חצי נזק וכמ"ש כל הפוס' וע"כ משום דאמרי' דייו אפי' היכא דמפריך ק"ו א"כ הא דר"ה אין לה ישיב' בעולם דכיון דאיכא למימר דייו ק"ו פריכא איהו וכבר נתקשה בזה הרב עצמות יוסף והניחה בצ"ע ואיהו ז"ל יישב זה בהקדים לבאר כונת התוס' שלכאורה יש בהם מן הקושי שלפי דבריהם דהא דר"ה אין לה מקום פטור אלא בשנא' דאתי כר"ט א"כ מאי קא ק"ל לרבא דקאמר שתי תשובות בדבר חדא דשלש תנן וארבע לא תנן ודחיק אביי לשנויי מתני' מילתא דכתיבא בהדיא קתני מילתא דלא כתיבא בהדיא לא קתני ואמאי לא משני עדיפא מינה דכיון דהא דר"ה בפלוגתא מתנייא מתני' מילתא דתליא בפלוגתא לא קתני כדמשני תלמודא בדוכתי טובא ובר מן דין ק' דאם איתא דהא דר"ה לא מתאמרה אלא אליבא דר"ט כל כי האי לא הו"ל לר"ה למסתם סתומי כאלו היא הלכה פסוק' כי ע"כ פי' דבריהם ע"פ מ"ש הרב יבין שמועה בדל"ד ע"ב כלל ע"ו דלפעמים דורש הגמ' ק"ו ולאו דוקא אלא סמך אמ"מ ונקט ק"ו משום דאלים ולהכי במקומות שאינו אומר הגמ' דייו איכא למימר סמך אמ"מ והאריך בזה ובסוף דבריו הוקשה לו דברי התוס' דשמעתין דאמאי לא תירצו דר"ה סמך אמ"מ וישב זה באומרו דע"כ מוכח הכא דלא מצינן למימר סמך אמ"מ מדפריך רבא וקאמר שתי תשו' בדבר כו' ועוד כלום חופה גומרת אלא ע"י קי' וכי דנין חופה שלא ע"י קדושין מחופה שע"י קדושין דהיינו כעין דייו וחזינן דלא משני תלמודא דק"ו לאו דוקא וסמך אמ"מ אלא אדרבא מכח קושיא זו דחיק אביי לשנויי ר"ה ה"ק כו' ומש"ה ק"ל להתוס' שפיר דכיון דע"כ בשמעתין לא מצית למימר סמך אמ"מ סוף סוף איך תקן פרכת דייו את"ד הרב יבין שמועה.

ובעיקר דבריו הללו הוקשה לו למורי הרב הנזכר דאם איתא דבשמעתין לא מצית מימר דסמך אמ"מ וע"כ ודאי משום דאיכא למיפרך שום פירכא ואנחנו לא נדע הן עוד היום היכי מייתי לה במה הצד משלשתן כסף שטר וביאה והדר דינא למ"מ ולא פריך תלמודא אותה פירכא דשייכא אמ"מ אלא ודאי דלר"ה לית ליה שום פירכא אף כי מייתינן לה במ"מ וא"כ הדרא קושיין לדוכתא דמאי ק"ל להתוס' וכמו כן קשה מאי דפריך תלמודא כלום חופה גומרת ולא משני דסמך אמ"מ כי ע"כ נראה דודאי מילתיה דר"ה א"ש במ"מ אלא דתלמו' לא מצי לשנויי דר"ה סמך אמ"מ משום דחזינן דמעיקרא הוה מייתי לה ר"ה מק"ו דכסף שאינו מאכיל בתרומה וכי פרכינן והאמר עולא דבר תורה ארוסה בת

ישר' אוכלת בתרומה הדר ביה וקאמר אלא פריך הכי ומה כסף שאינו גומר כו' והשתא אם איתא דבהך ק"ו איכא למיפר' מידי וסמך ר"ה אמ"מ א"כ אמאי הדר ביה ר"ה מהק"ו דעביד מעיקרא ואיכפל לאתויי ק"ו אחר ואמאי לא משני מיד דק"ו לאו דוקא וסמך אמ"מ כיון דעוד היום מייתי לה מהך ק"ו ע"כ לומר הכי דק"ו לאו דוקא וסמך אמ"מ אלא עכ"ל דרב הונא ס"ל דהך ק"ו לית ליה פירכא ומש"ה ק"ל להתוס' שפיר דנימא דייו אסוף דינא ולזה תירצו דר"ה אתי כר"ט דכיון דמפריך ק"ו לא אמרינן דייו וכונתם דכיון דר"ה ס"ל כר"ט מש"ה מייתי לה בק"ו דהשת' לדידיה לית ליה פירכא ומ"מ לאלומי מילתיה מייתי לה בק"ו דאלים טפי וכן נמי מאי דפריך בגמ' כלום חופה גומרת כו' הכי פריך כיון דהך ק"ו פריכא איהו אמאי איכפל ר"ה לאתויי ליה מק"ו והול"ל דסמך אמ"מ ואהא משני אביי שפיר דר"ה ה"ק כו' ושפיר מייתי לה מק"ו וכיון שכן איכא למימר דאפילו למאי דקי"ל בהא כר"ה משו' דאע"ג דלא מצי אתי הא דר"ה בק"ו מייתינן ליה במ"מ את"ד מו"ה נר"ו.

ולקע"ד דרך זה דחוי מעיקרו הוא דהכ' בשמעת' ליכא למימר דק"ו לאו דוקא אלא דסמך אמ"מ שהרי הכריח הרב עצמות יוסף בשמעתין דבק"ו של מקומות ליכא למילף במ"מ כמ"ש התוס' בחולין דכ"ג ע"ב ד"ה ותהא פרה כו' והסברא נוטה לזה גם זה שהכריח דמדהדר ביה ר"ה מהק"ו דעביד מעיקרא ש"מ דלא סמך אמ"מ אין דעתי נוחה בזה דע"כ לא כתב הרב יבין שמו' דלפעמי' עביד הש"ס ק"ו וסמך אמ"מ אלא היכא שאותו ק"ו איתביה שום פירכא מבחוץ אבל היכא שהק"ו דחוי מעיק' כי הכא בשמעתין מה מקום יש לומר דסמך אמ"מ ונקט ק"ו משום דאלים דמאי אולמיה וא"כ אכתי אפ"ל דר"ה מש"ה הדר ביה ועביד ק"ו אחר אע"ג דלא דוקא אלא דסמך אמ"מ משום דהך ק"ו דהוה עביד מעיקרא דחוי מעיקרו הוא גם מה שהוקשה לו בדברי הרב יבין שמועה שכתב דהכא בשמעתין ליכא למימר דסמך אמ"מ וכו' דא"כ עוד היום היכי מייתי לה במה הצד כו' הא לק"מ לע"ד למי שיעיין במ"ש הרב עצמו בס' גופי הלכות בכלל תפ"ז יע"ש.

ובמ"ש הרמב"ן והרשב"א שדעת הרי"ף ז"ל כדעת ר"ח דרפויי מרפייא בידיה אי קי"ל הלכה כר"ה עיין במ"ש ע"ז מו"ה בספר שע"ה בדין זה ס"ב משם מרן מלכא הרב המופלא מהרח"א נר"ו ובסו' דבריו כתב וז"ל מיהו מאי דקשיא ליה תו דאם איתא דלר"ה הראה אינו קונה איכא למיפרך הראה תוכיח הא ודאי קשה טובא ועיין להרב עצמות יוסף לקמן באותה סוגיא דתחילת ביאה קונה כו' שכתב דלהסוברים הראה אינו קונה תחילת קנין כלל עכ"ל דר"ה אית ליה הא דרבא והפוסקים כר"ה לא יפרשו כפי' הר"ן והרי"ף יע"ש ומו"ה חשב ליישב זה ע"פ מה שנסתפק הרמ"ל בפ"ג מה' אישות

הי"א במי שקדש את בתו פחותה מבת ג' שנים ויום אחד בכסף דאי"ל דהוי אשת איש גמורה אם הכניסה אביה לחופה אי חופתה חופה אי חשיבא נשואה או לא והאריך שם וכלל דבריו שלדעת הרשב"א חופה דפחותה מבת ג' חשיבא חופה יעש"ב וא"כ אף אנו נאמר שדעת הרי"ף כדעת הרשב"א ומש"ה ליכא למימר הראה יוכיח משום דאיכא למימר מה להראה שכן אינה גומרת בפחותה מבת ג' דלא חשיבא ביאה כלל תאמר בחופה בהראה שגומרת בפחות' מבת ג"ש ואכתי אפשר דס"ל לר"ה דהראה אינו קונה ואחר מעט התבוננות יראה הרואה שדבר זה אין לו שחר שהרי כתב שם הרב ז"ל שלדעת הרשב"א דס"ל דחופה פחותה מבת ג"ש חשיבא חופה חופת נידה נמי חשיבא וכו' יעש"ב.

ולקע"ד אפשר ליישב בדוחק ע"פ מה שמצאנו ראינו לבעלי הכללים ומלכם בראשם הוא המלך שלמה בספר גופי הלכות כלל תע"ד שכתבו שלפעמי' פריך תלמודא על ק"ו ומ"מ מה לפלוני שכן ישנו במינו כך כההיא דרפ"ב דזבחים מה לשם יושב שכן פסול לעדות וכ"כ בתוספי הרא"ש בר"פ כיצד מברכים עכ"ל ואם כן אפשר דכי היכי דבק"ו פרכינן פירכא כי האי ה"ה נמי גבי יוכיח דהוי כעין מ"מ דחינן הכי ומה"ט הוא דלא דחי בשמעתין הראה יוכיח משום דאיכא למידחי מה לביאה בהראה שכן במינו דהיינו בביאה גמורה קונה ואמטול היא גומרת כנ"ל בדוחק ואולם לדידי ק"ל קושיא זו באופן אחר והוא כי הנה זו שמענו להרי"ף בפרק אעפ"י דס"ל דחופת נידה לא קניא מפני שאינה ראויה לביאה והואיל וכן עכ"ל דלית ליה כר"ה דחופה קונה דהא לדידי' דר"ה עכ"ל דס"ל דחופת נידה קניא דאי לא היכי יליף לחופה שקונה במה הצד מכסף ושטר וביאה הא איכא למיפרך מה להצד השוה שבהם שכן קונין אפי' באיסו' שאפי' קדשה בביאת נידה היא מקודשת גמורה אלא עכ"ל דלר"ה חופת נידה נמי קניא וא"כ איך יתכן דהרי"ף שפסק דחופת נידה לא קניא שיפסוק להא דר"ה.

פרק יב

הלכה ז

שורש מתנה על מה שכתוב בתורה התנה **עמה שאין לה עליו עונה תנאו בטל וחייב בעונתה שהרי התנה עמ"ש בתו' ואינו תנאי ממון כו'**. הנה בתנאי שאינו של ממון ליכא פלוגתא ולכ"ע כל שמתנה עמ"ש בתורה תנאו בטל ומשנה ערוכה שנינו בספ"ו ממסכת פאה הריני קוצר ע"מ מה שאני שוכח אני אטול יש לו ופירשו הטעם בירוש' והביאו הר"ש ז"ל מפני שהוא מתנה עמש"ב וכ"כ רבינו בפ"ה מה' מתנות עניים ה"ח וז"ל וכל

האומר הריני קוצר ע"מ כו' יש לו שכחה שכל המתנה עמש"ב תנאו בטל עכ"ל ובפ"ק דקדושין די"ט ע"ב תניא המוכר את בתו ופסק ע"מ שלא לייעד נתקיים התנאי דברי ר"מ וחכ"א אם רצה לייעד מייעד מפני שהתנה עמש"ב וכל המתנה עמש"ב תנאו בטל ופרכינן ולר"מ תנאו קיים והתניא האומר לאשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הרי זה מקודשת ותנאו בטל דברי ר"מ רי"א בדבר שבממון תנאו קיים ומשנינן אמר חזקיה שאני הכא דאמר קרא לאמר פעמים כו' יע"ש וכ"כ רבינו בספ"ד מה' עבדים המוכר את בתו ופסק על האדון ע"מ שלא לייעד אותה אם רצה האדון לייעד מייעד שהתנ' עמש"ב שתנאו בטל עכ"ל.

ובפ"ב דמסכת נזיר שנינו הריני נזיר ע"מ שאהא שותה יין ומטמא למתים ה"ז נזיר ואסור בכולן יודע אני שיש נזירות אבל איני יודע שהנזיר אסור ביין ה"ז אסור ור"ש מתיר ופריך בגמרא ולפלוג נמי ר"ש ברישא כי היכי דפליג בסיפא וס"ל דלא חייל עליו נזירו' משום דלא קיבל כל דקדוקי נזירות אמר ריב"ל חלוק היה ר"ש אף ברישא רבינא אמר ברישא לא פליג ר"ש מ"ט משו' דהו"ל מתנה עמש"ב דתנאו בטל וכתב רש"י בד"ה רבינא אמר ברישא לא פליג ר"ש דאלו התם כיון דאמר הריני נזיר קבל עליו כל תורת נזיר והאי דאמר ע"מ הוה ליה מעמ"ש בתורה ואין בתנאו כלום והו"ל נזיר גמור דהו"ל כמי שאמר ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה והדר מותבינן לריב"ל היאך קאמר כי חלוק היה ר"ש אף ברישא הא הו"ל מתנה עמש"ב ומשנינן אמר לך ריב"ל האי ע"מ כחוץ דמי ופרש"י כיון שקבל עליו נזירות במקצת לא הוי מתנה עמש"ב דאלו לגבי מ"ד ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה לא קבל עליו כלום אבל הכא קבל עליו במקצ' ומש"ה הוי תנאו קיים ואינו נזיר לפי שאין דבריו הראשו' כלום משום דלר"ש לא הוי נזיר עד שיזור מכולן עכ"ל.

מבואר יוצא מדבריו דבין לרבינא ובין לריב"ל אף לר"ש מתנה עמש"ב תנאו בטל מיהו בהא פליגי דלרבינא אפי' מתנה לעקור מקצת מש"ב תנאו בטל וע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה אפי' במתנה לעקור א' מהם תנאו בטל לר"מ אמנם לריב"ל כל שמתנה לעקור מקצת מ"ש בתורה ולקיים מקצת תנאו קיים וההיא דע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דלר"מ תנאו בטל מפני שהתנה עמש"ב מיירי במתנה לעקור שלשתן אבל במתנה לעקור א' מהם מהני תנאו שפיר לריב"ל ולפי דבריו ז"ל אותה ששנינו בספ"ו דפאה הריני קוצר ע"מ מה שאני שוכח אני אטול יש לו שכחה ופירשו הטעם בירוש' מפני שהוא מתנה עמש"ב לריב"ל מיירי במתנה ליטול כל מה שהוא שוכח אבל אם מתנה על מקצת מה שהוא שוכח שאינו עוקר מצו' שכחה לגמרי מהני תנאו שפיר וכן

אותה ששנה רשב"ג בר"פ הכותב דין ודברים אין לי בנכסייך בחייך ובמותיך אם מתה ירשנה מפני שמעמ"ש בתורה צ"ל לריב"ל דמיירי במתנה שאין לו דין ודברים בכל נכסיה אבל אם התנה כן על מקצת נכסיה מהני תנאו שפיר שהרי מקיים מצות ירושה במקצת נכסיה אך ק' מההיא דר"פ אעפ"י דקתני ר"מ כל הפוחת לבתולה ממאתים ולאלמנה ממנה הרי זו בעילתו בעילת זנות ודייקינן התם בגמ' דנ"ו ע"ב כל הפוחת אפי' בתנאה דכל המתנה עמש"ב תנאו בטל יע"ש אלמא אפי' שאינו מתנה לעקור כתובתה לגמרי אלא מקצ' אמר ר"מ דחשיב מתנה עמש"ב דס"ל כתובה דאורייתא ודוחק לומר דלריב"ל דוקא לר"ש הוא דס"ל הכי דבמתנה לעקור מקצת מש"ב תנאו קיים אבל ר"מ ושאר תנאי פליגי וס"ל דאפי' במתנה לעקור במקצת תנאו בטל דכיון דלא אשכחן דפליגי בהכי אפושי פלוגתא לא מפשינן וי"ל ודוק.

ומדברי התוס' ז"ל בד"ה האי ע"מ ובד"ה תניא כו' נראה דמשמע להו דרבינא וריב"ל פליגי בע"מ זה אי תנאה הוי ולא מהני או חוץ הוי וה"ל כאומר חוץ מן היין ומן הטומאה ואין זה מתנה עמש"ב דלרבינא תנאה הוי וחשיב מעמש"ב ולריב"ל חוץ הוי ואין כאן משום מתנה עמש"ב וכתבו דלריב"ל דהוי כאומר חוץ מן היין לא קשיא מההיא דע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דחשיב מעמש"ב דהתם אפי' אמר חוץ משאר לא מהני ליה דבורו דאין קידושין לחצאין אבל גבי נזיר ילפי' לעיל מקראי דצריך שיזיר מכלן דאם נזר מאחד מהם לא הוי נזיר עכ"ל גם הרמב"ן ז"ל בחי' לב"ב פ' המוכר את הבית דס"ג גבי ברייתא דב"ל שמכר שדה לישראל ואמר ע"מ שהמעשרות שלי כו' שפיר' הוא ז"ל דכשאומר לו ע"מ שהמעשר שלו ר"ל שהוא משיירו לעצמו ולא מוכרו ואינו כתולה ממכרו במעשר הילכך אע"פ שלא נתן אין המכר בטל בכך כו' סיים וכתב דסוגייא דשמעתתא סלקא ע"מ שיורא הוא לא שנא שיתנה על הלוקח בלשון חוץ או שהתנה בלשון ע"מ הכל שיורא כדאמרי' מקום מעשר שיורי שייר ודמי להא דגרסינן בחולין גבי ע"מ שהמתנות שלי דמר סבר ע"מ כחוץ דמי ומ"ס ע"מ לאו כחוץ דמי חוץ שייורא ע"מ לאו שייורא ואפי' למ"ד לאו שייורא הוא אין ממכרו בטל דהא תניא ע"מ שהמתנות שלי נותנן לכל כהן שירצה ובדדמי להא דע"מ חוץ הוי אתמר בנזיר פ"ב עכ"ל והיינו הך דשמעתין דלריב"ל ע"מ חוץ הוי ומשו"ה ס"ל דלר"ש לא חשיב מתנה עמש"ב והן הן דברי התוס' דנזיר.

ואיכא למידק לפי שיטתם ז"ל אמאי לא מסייע תלמודא לריב"ל מאותה ברייתא דפרק המוכר את הבית ומאותה ברייתא דפ' הזרוע דף קל"ד דס"ל דע"מ חוץ הוי וכמ"ש הרמב"ן ז"ל וכ"כ ג"כ הרא"ש בפ' הזרוע דאותה ברייתא דפ' המוכר את הבית גבי ן' לוי

שמכר שדהו לישראל ע"מ שהמעשר ראשון שלו דהמעשר ראשון שלו ס"ל דע"מ שיורא הוא יע"ש ולרבינא נמי הוה מצי לסיועי מאידך ברייתא דמייתי התם בפרק הזרוע דקתני ע"מ שהמתנות שלי נותנן לכל כהן שירצה משום דס"ל דע"מ תנאה הוי והו"ל מעמש"ב כמ"ש התוספות ז"ל והרא"ש שם יע"ש וראיתי להרא"ש ז"ל שם בפ' המוכר את הבית שכתב דהטעם דס"ל לתנא דע"מ שיורא הוי ולא תנאה משום דבתנאה לא מצי לאתנויי דלא שקיל לוי חלף עבודתו דמעשר אלא בשביל התנאי יע"ש וכעין זה כתב בפ' הזרוע וז"ל אבל אם אמר כהן לישראל פרה זו מכור' לך ע"מ שהמתנות שלי נותנן לכל כהן שירצה דע"מ לאו שיורא הוא אלא תנאי שמכר לו הכל בתנאי שיהיו המתנו' שלו ואין בו כח להתנות זה שהתורה אמרה שיתנם לכל כהן שירצה ולא אמרי' שהמכר בטל מאחר שאין התנאי מתקיים משום דמתנה עמש"ב התנאי בטל והמעשה קיים ודוכוותא אמרי' בפ' המוכר את הבית גבי בן לוי כו' משום דסבר הך תנא דע"מ שיורא הוא ושיורא שייר למקום מעשר אבל בתנאי לא מצי לאתנויי שיתן לו המעשר בכל שנה ושנה דמתנה עמש"ב הוא עכ"ל אשר מבוארים דבריו ז"ל דאי לאו טעמא דמתנה עמש"ב הוא או משום טעמא דלא שקיל לוי חלף עבודתו היינו אומרים דע"מ תנאה הוי ולא שיורא.

והשתא איכא למימר דמשו"ה לא מסייע ליה הכא תלמודא לריב"ל דע"מ חוץ הוא ולא תנאי מאותם הברייתות משום דהתם שאני דאיכא טעמא למימ' דע"מ חוץ הוא ולא תנאי משו' דכי מפרשינן ליה לע"מ בלשון חוץ אהני תנאו שפיר ואין אנו מוציאין דבריו של מתנה לבטלה אבל הכא אם נאמר דחוץ הא דקאמר וקיבל עליו נזירות במקצת במ"ש הריני נזיר אין דבריו הראשונים כלום משום דלר"ש אין זה נזיר עד שיזור מכולם וע"כ לומר שזה הוציא דבריו לבטלה וכן אם נאמר דתנאה הוא דקאמר מעמש"ב הוא ותנאו בטל באופן דבין הכי ובין הכי עכ"ל שזה הוציא דבריו לבטלה א"כ טפי אית לן למימר דע"מ תנאה הוי ומעמש"ב הוא והרי הוא נזיר לחומרא מלומר דחוץ הוי ולא הוי נזיר ודוק.

והנה התוס' שם בפ' הזרוע דקל"ד ד"ה חוץ שיורא כתבו וז"ל וא"ת כי אמר ליה ע"מ דאמרי' נותנן לכל כהן שירצה א"כ המקח בטל שלא נתן לו הבהמה אלא ע"מ שהמתנות שלו וי"ל דמיירי שהתנו שיהיו המתנות שלו ואם לא יתן לא יהיה המקח בטל א"נ הוי כמו מתנה עמ"ש בתורה שהרשתו תורה ליתנן לכל כהן שירצה עכ"ל וראיתי למרן החביב בי"ד סי' ס"א הגהת הטור אות נ"ד כתב על דבריהם וז"ל וצריך להבין דלפי הנראה גם בתי' הא' צריכים הם למ"ש בתי' השני דהוי מתנה עמש"ב דאי לא"ה דהמקח קיים מ"מ המתנות שלו מחמת התנאי אלא ע"כ דהמקח קיים משום שכך התנה בפי'

דאפי' לא יתן לו המתנות המקח קיים והמתנות נותנן לכל כהן שירצה מפני שאף אם הוא תנאי מעמש"ב הוא והתנאי בטל והמעשה קיים וא"כ מה חידשו התוס' בתי' האחרון ונר' שכגון דא אינה צריכה רבה דלא חדשו התוס' בתי' השני אלא דאין צ"ל שהתנו בפי' דאפי' לא יתן המתנות המכר קיים ויתקיים המכר ולא יתן המתנות דכיון דהתנו ע"מ שכתוב בתורה הרי הוא כאלו אין כאן תנאי וזהו שהרא"ש והר"ן והטור ור"יו ז"ל לא הזכירו אלא התי' השני מפני שכיון דבין הכי ובין הכי צריכין לטעמא דמתנה עמש"ב אין צורך לומר דהתנו בפי' ואף התוס' סתמו בתי' הב' מה"ט והן הן דברי הרמב"ם בפ"ו מהל' בכורים שהאומר ע"מ לא שייר לו במתנות כלום הואיל ולא שייר לו בהן שותפות לא קנאן בתנאי זה כלומר כיון שלא שייר לא הוי אלא תנאי ותנאי לא מהני ועיין בדמש"א דתי"ח ע"ב וא"ת ומה בכך שהתנה עמש"ב דבדבר של ממון תנאו קיים וי"ל דהא איסו' הוא כיון שהרשתו תורה ליתנן לכל כהן שירצה שיזכה במצות הפרשה כל שנותנן לכהן זה לא קיים מצות ונתן עכ"ל.

ולע"ד מה שעלה לישב בכונת דברי התוס' ז"ל לא נחה דעתי בו דלפי דבריו ז"ל שאף בתי' הראשון צריכין הן לומר דהכא הוי מע"מש בתורה ומה"ט התנאי בטל ולא באו לחדש בתירוץ השני אלא דמה"ט נמי הוי המעשה קיים ולא מפני שהתנה כן בפי' כו' לפי זה העיקר חסר מדבריהם דכיון דלא באו לחדש בתי' הב' אלא דבר זה לא היה להם לומר אלא א"נ כיון שמתנה עמש"ב הוא התנאי בטל והמעשה קיים ומתוך לשונם מבואר שבאו לחדש דהכא חשיב מתנה עמש"ב מפני שהרשתו תורה ליתנם לכל כהן ולפי דברי הרב ז"ל זה היה ידוע להם בתירוץ הראשון ועוד דכיון שלפי תירוצם הראשון צריכין לומר ע"כ דהכא הוי מעמש"ב אם כן מה צורך להם ז"ל לידחק דמיירי שהתנה כן בפי' וכי נעלם מהם דמי שמתנה עמש"ב תנאו בטל ומעשהו קיים אלא ודאי דלפי תירוצם הראשון משמע להו דהכא לא חשיב מתנה עמש"ב דדבר זה כממון הוא דתנאו קיים כמו שהוקשה לו להרב ז"ל בתר הכי.

ולעיקר קושייתו ז"ל בדברי התוס' בתי' הראשון שהוקשה לו דאפי' התנו כן בפי' שהמקח יהיה קיים א"כ המתנות שלו מחמת התנאי ואיך קתני בברייתא נותנן לכל כהן שירצה נלע"ד דלא קשיא דכיון דתנאי זה לפי מ"ש התוס' ז"ל בתי' זה לא אגיד בעיקר המקח שהרי התנו בפי' שאפי' לא יתן יהיה המקח קיים א"כ תנאי זה אינו אלא פטומי מילי בעלמא כיון שאין זה מחילת דבר וליכא הכא קניין אלא דברים בעלמא ותנא דברייתא גופיה לא נחית לאשמועינן דבר זה דמילתא דפשיטא הוא שתנאי דברים בלתי קניין מועיל לא מהני ולא אתא לאשמועינן אלא דע"מ לא הוי חוץ אלא תנאה ולאו

שיורא הוא דאי הוה שיורא אעפ"י שהתנו בפירוש שאפי' לא יתן לא יהיה המקח בטל מ"מ מיחייב הוא לשלם לו דמי המתנות כיון דשיירן לעצמו ולא מכרן לו וזה מבואר לע"ד ופשוט בכונת דבריהם וזה לע"ד כונת רבינו ז"ל בפ"ט מה' בכורים שכתב שהאומר ע"מ לא שייר לו במתנות כלום הואיל ולא שייר לו בהן שותפות לא קנאן בתנאי זה כלומר מפני שתנאי זה אינו אלא פטומי מילי בעלמא שאם כונתו ז"ל כמ"ש מרן החבי"ב ז"ל שלא קנאן בתנאי זה הוא מפני דהו"ל מתנה עמש"ב כל כי האי לא היה לו לרבינו ז"ל להכחיד תחת לשונו ועוד דהיה לו לומר בפי' מפני שמתנה עמש"ב כדרכו בכל מקום בענין זה וכמ"ש בפ"א מה' מתנות עניים ופ"א מה' נזירות הי"ג ופ"ט מה' שמיטה ה' יו"ד ובספ"ד מה' עבדים ובפרקין אלא ודאי שכונתו ז"ל כמ"ש והן הן דברי התוס' בתירוץ הראשון וכמדובר וא"ת אם כונת רבינו ז"ל כן אכתי היה לו לבאר שהתנו כן בפי' שאפי' לא יתן לו המתנות לא יהיה המקח בטל כמ"ש התוס' בתי' הראשון לזה נרא' לע"ד דרבינו לשיטתיה אזיל שכת' בפ"ו מה' אישות ופ"ג מה' זכיה דאף בתנאי שבממון בעי' משפטי התנאים וחד מינייהו שיהיה התנאי כפול ואם לא כפליה התנאי בטל והמעשה קיים ובכן הכא מיירי בשלא כפל תנאו ולכן לא הוצרך לבאר אלא דע"מ זה לאו חוץ הוא וליכא שיורא וכיון שאינו אלא תנאה ממילא דכיון דלא עשאו כדינו תנאו בטל אמנם התוס' נראה דאזלי בשיטת הגאונים דס"ל דבתנאי שבממון לא בעינן שיהיה כפול ומש"ה הוצרכו לידחק בתי' הראשון דמיירי שהתנו בפי' שאף אם לא יתן לא יהיה המקח בטל ובתי' הב' הוצרכו לומר דחשיב מעמש"ב כן נראה לע"ד ודוק.

הוספה

כתבתי לעיל בפי' דברי רבינו דפ"ט מה' בכורים שהאומר ע"מ לא קנאן בתנאי זה דר"ל מפני שתנאי זה אינו אלא פטומי בעלמא וע"ז נתקשה אצלי דא"כ הי"ל לבאר שהתנו כן בפי' שאפילו לא יתן המתנות. ותרצתי לזה דרבינו אזיל לשיטתו דאף בממון בעינן משפטי התנאים וחד מינייהו כפול והכא מיירי שלא כפל תנאו עכ"ל. ועתה בהיות הס' על מזבח הדפוס הק' אלי רחימא דנפשאי החכם השלם עצו"ר כמה"ר רפאל ן' חסון נר"ו וז"ל ואני בעוניי לא ירדתי לסוף דעתו שהרי מפורש יוצא בדברי רבינו שם סוף הפרק ובה"ז פרק ג' ה"ח דס"ל דבמעכשיו או באומר ע"מ אין צריך ת"כ וא"כ הכא דמיירי באומ' ע"מ התנאי קיים בלי ת"כ עכ"ל.

ואני אומר דאין ספק דאישתמיט מיניה דמר מ"ש הרשב"א בס' תולדות אדם סימן ק"מ כי לא כל ע"מ האמור בש"ס שוה פירושו לע"מ דהרי את מקודשת או מגורשת ע"מ שתתן או אתן ק"ק זוז וכיוצא כי יש ע"מ שפי' ובלבד שתהא כו"כ יע"ש. א"כ אפשר לומר

דע"מ זה שכתב הרמב"ם בעניין זה שאהי' שותף עמך ע"מ שהמתנות שלי שאינו עוש' שום מעש' כקידושי' וגרושי' ע"מ כו"כ הו"ל ע"מ זה כאומר אהיה שותף עמך בתנאי אם יהיו המתנות שלי וכל כה"ג לדעת רבינו צריך לכפול תנאו זה נ"ל לדעת רבינו דע"מ זה הוא כתנאי אם ואין ע"מ זה כההיא דהרי את מקודשת או מגורשת ע"מ כו"כ שעוש' מעש' הקידושין והגירושין משא"כ באומר אהיה שותף עמך ע"מ שהמתנו' שלי שאין כאן מעש' ודוק.

עוד ראיתי שכתב על מה שהקשתי שם על הרב מוהרח"א מסוגייא דפ' עד כמה וז"ל כת"ר ובזה לא ידענא מאי קשיתיה דלע"ד הא ודאי אזיל ומוד' דגם בכהנים איכא איסור מסייע בבית הגרנות כנודע אלא דס"ל בפי' דברי הרא"ש דפ' המוכר את הבית דבבן לוי לא מצי לאתנויי משום דלא שקיל חלף עבודתו אלא משום תנאו והו"ל כאלו לא עישר כלל משא"כ גבי איסור כהן המסייע דאי עבד האיסור נהי דחילל כהונתו מעשיו קיימי' וכמ"ש בהלכות תרומות עכ"ל והנה זה שכתב כת"ר שיש חילוק בין תרומה למעשר באיסור זה דמסייע בבית הגרנות דבתרומה מעשיו קיימים אע"פ שעבר האיסור דמסייע משא"כ במעשר שאם עבר ונתן במסייע בבית הגרנות דאין מעשיו קיימ' ושכ"כ הר"מ ז"ל בהלכות תרומות עכ"ל כת"ר. ואני חזרתי ע"כ דברי הר"מ בהלכות תרומות ולא מצאתי חילוק זה אלא אדרב' מלשונו של רבינו שכתב בדין זה דמסייע בבית הגרנות השוה מידותיו מעשר לתרומה שכ"כ בהלכות תרומות פי"ב הח"י אסור לכהני' וללויים לסייע בבית הגרנות כדי ליטול מתנותיהם וכל המחלל חילל קדש ה' ועליהם נאמר שיחתם ברית הלוי וכו' הרי לך בהדייא דכולם שוים באיסור זה ככהן כלוי ואין חילוק ביניהם אפי' כמלוא נימא. ובני ותלמידי החכם המרומם מרדכי נחום ה"י הביא ראיה דאין חילוק בין תרומה למעשר דכל מאי דאמרינן בתרומה דאין תרומתו תרומה ה"נ במעשר וכן איפכא ממ"ש רבינו בפרק ז' מהלכות מעשר יע"ש. ואם כן קשה מנ"ל חילוק זה דמעשר לתרומה. [עד כאן ההוספה].

עוד ראיתי למרן החבי"ב שהקוש' לו במ"ש התוס' בתי' הב' דמש"ה תנאו בטל דמתנ' עמש"ב הוא דמה בכך הא קי"ל בדבר שבממון תנאו קיים ועלה לתרץ דהא איסור' הוא דכיון דהרשתו תורה ליתנם לכל כהן שירצה ושירצה במצות הפרשה כל שנותן לכהן זה לא קיים מצות ונתן עכ"ל ולא נתקררה דעתי בתי' זה דכיון דהתורה הרשתו ליתנם לכל כהן שירצה וזה ברצונו נותנו לכהן זה בשביל שרוצה בקיום המקח למה זה נאמר שלא קיים מצות ונתן ומ"ש ממצות שארה וכסותה שאם התנה עם האשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות דלדידן דקי"ל כר"י דבדבר שבממון תנאו קיים מהני תנאו שפיר ולא

אמרינן דחשיב מעמש"ב דעבר על מצות שארה וכסותה לא יגרע וטעמא דמילתא דכיון דמידי דממון ניתן למחילה הו"ל כאומ' ע"מ שתמחלי לי ממון השאר והכסות שזכתה לך תורה והיינו טעמא נמי דע"מ שאין לך עלי אונאה כמ"ש הרב בספר אסיפת זקנים בשם הרשב"א ז"ל בכתובות פרק אעפ"י יע"ש, וכ"כ נמי הרמב"ן בחידושיו לב"ב דקכ"ו וז"ל ובדבר של ממון יכול הוא למחול שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה כו' יע"ש וא"כ דוכוותא נמי הכי דכיון שהתו' הרשתו ליתנם לכל כהן שירצה וזה התנה עמו שברצונו יתנם לו ולא לכהן אחר אין כאן עקירת מצות ונתן שהרי הוא נותנם לכהן אלא שמחל רשותו וכחו אצל כהן זה ובס' מוצל מאש ח"א סימן ד"ן הוקשה לו קו' מרן החבי"ב הלזו והניחה בצ"ע.

והנראה לע"ד ליישב בזה הוא בהקדים ליישב מה שהקשה עוד בס' הנז' על הרא"ש ז"ל דבפ' הזרוע יהיב טעמ' דהתנאי בטל באומר ע"מ שהמתנו' שלי משום דהוי מתנה עמש"ב והתורה הרשתו ליתנם לכל כהן שירצה ואילו בפ' המוכר את הבית כתב דטעמא דלא מצי לאתנויי הלוי ע"מ שהמעשרות שלי משום דלא שקיל לוי חלף עבודתו אלא בשביל תנאו דלמה לי האי טעמ' דלא שקיל לוי כו' תיפוק לי מהטעם שכתב בפרק הזרוע דהו"ל מתנה עמש"ב ועיין בספר נחפה בכסף חי"ד סימן ב' דכ"ד ע"ג מה שרצה ליישב לזה ולא עלה בידו יע"ש והוא ז"ל כתב וז"ל ונראה לומר בדוחק דדוקא גבי בן לוי שייך הך טעמא דלא שקיל לוי חלף עבודתו משום דהאי קרא דחלף עבודתו גבי בן לוי כתיב אבל גבי כהן לא שייך הך טעמא ומש"ה אצטריך למיהב טעמא מפני שהתורה אמרה שיתנם לכל כהן שירצה והא דלא יהיב הרא"ש ז"ל טעמא גבי בן לוי מפני שהתור' אמר' כו' עדיפא מיניה נקט וזה דוחק גדול ומה גם דהרשב"ץ בספר זוהר הרקיע מצוה נ"ו כתב דכהן נמי לא מצי שקיל אלא חלף עבודתו עכ"ל.

ומהתימא על הרב שנראה דאשתמיט מיניה אותה שאמרו בר"פ עד כמה דכ"ו ע"ב ופסקה רבינו בפי"ב מה' תרומות הלכה ח"י דכהנים ולויים המסייעים בבית הרועים ובבית המטבחיים ובבית הגרנות אין נותנין להם תרומה ומעשר בשכרן ואם עשו כן חיללו ועליהן נאמר שיחתם ברית הלוי ואומר ואת קדשי בני ישראל לא תחללו ולא תמותו מאי ואומר וכ"ת מיתה לא ת"ש כו' ובקשו חכמים לקונסם ולהיות מפרישין תרומה משלם כו' יע"ש הרי בהדיא דגם הכהנים מוזהרים שלא ליטול מתנותיהן אלא חלף עבודתם וחייבים עליהן מיתה ובפ"ק דקדושין ד"ו ע"ב גבי מתנה ע"מ להחזיר אמרינן בתרומה יצא ידי נתינה ואסור לעשות כן מפני שנר' ככהן המסייע בבית הגרנות ועיין בטי"ד סימן ש"ה בענין הפודה את בנו במתנה ע"מ להחזיר יע"ש ועיין בערכין דכ"ח

ע"ב ברש"י ותוס' ד"ה לבן בתו או לבן אחותו דמבואר מדבריהם שם דאפי' ליתן הכהן לבע"ה פרוטה כדי שיתן תרומותיו לבנו אסור משום כהן המסייע בבית הגרנות יע"ש ואין ספק דטעם זה שכתב הרא"ש גבי בן לוי דלא מצי לאתנויי משום דלא שקיל חלף עבודתו היינו ודאי איסורא דמסייע בבית הגרנות וכן מבואר בדברי התוספו' שם בפרק המוכר את הבית דע"ג ד"ה ע"מ יע"ש וא"כ לא ידעתי איך עלה על דעתו ז"ל לחלק בענין איסור חלף עבודתו בין כהן ללוי והביא ממרחק לחמו ממ"ש בס' זוהר הרקיע וצ"ע.

ואשר אני אחזה לע"ד הוא זה דשתי טעמי' הללו שכתב הרא"ש בפ' הזרוע ובפרק המוכר תרווייהו צריכי והא בלא הא לא סגי והיינו משום דבלשון התנאי הזה דע"מ שהמתנות או המעשר שלו יש במשמעו' שתי כונות דאפשר לפרש שכונתו להתנות עם הלוקח דע"מ שתתן לו המתנות או המעשר הוא מוכר לו את המקח הזה ואם זו היתה כונתו אין לבטל את התנאי משו' דהו"ל מעמש"ב משום שהתורה הרשתו ליתנם לכל כהן שירצה שהרי כתבנו דכל כה"ג אין כאן משום מעמש"ב דכיון שעיקר תנאו הוא עם הלוקח שיתנם לו הו"ל ככל תנאי שבממון דתנאו קיים כמדובר אמנם אם זו היתה כונתו יש לבטל התנאי הזה מהטעם שכתב הרא"ש בפרק המוכר את הבית דאם כן לא שקיל המתנות משום חלף עבודתו אלא משום תנאו והתורה אמרה שיקחם חלף עבודתו והו"ל כמסייע בבית הגרנות ותנאו בטל מיהו אפשר לפרש עוד כונת התנאי הזה ע"מ שהמתנות או המעשר שלי שהוא מכוין להתנות עם התורה דאף שהתורה נתנה לך רשות שתתן המתנות למי שתרצה אני מתנה לעקור כח ורשות זה שנתנה לך והריני מוכר לך את המקח הזה על מנת שאלו המתנות יהיו שלי ולא יהיה לך רשות בהם לתתן למי שתרצה והו"ל כאותה שאמרו בפ"ק דמכות גבי ע"מ שלא תשמטני שביעית שאין התנאי עם הלוה ע"מ שלא תשמיטהו בשביעית אלא עיקר תנאו הוא עם התור' שציותה על השביעית כמ"ש שם רש"י והרמב"ם בפ"ט מה' שביעית די"ב וכעין זה כתב הריטב"א ז"ל בחי' לגיטין פ' המגרש דפ"ד ע"ב יע"ש.

ואם זו היתה כוונתו בתנאי זה אין לבטל התנאי מהטעם שכתב הרא"ש בפ' המוכר דלא שקיל לוי חלף עבודתו דכיון שלא התנה עם הלוקח שיתן לו המתנות אלא עיקר תנאו הוא עם התורה אי הוה מהני תנאי זה ולא היה בזה משום מעמש"ב חשיב מתנות אלו כמתנות של בהמתו דליכא בהו משום חלף עבודתו אמנם קושטא קאי דמתנה עמש"ב הוא כמ"ש הרא"ש ז"ל בפרק הזרוע והשתא שפיר כתב הרא"ש שתי הטעמים הללו לומר דבין אם יהיה כוונת התנאי הכי או הכי עכ"פ תנאו בטל משתי הטעמים הללו ובכן ממילא נתיישב מה שהוק' לו מרן החבי"ב ולהרב מוצל מאש ז"ל דאחר דהוי

דבר שבממון למה לא מהני תנאו דלפי האמור לא דמי לשאר תנאי שבממון כההיא דע"מ שאין לך שאר כסות וע"מ שאין עלי אונאה דהתם לשון התנאי מורה שהוא מתנה עם האשה או עם הלוקח שימחלו לו וממון ניתן למחילה כמ"ש לעיל בשם הרשב"א והרמב"ן ז"ל אמנם בתנאי זו דע"מ שהמתנות או המעשר שלי משמע להו להתוס' והרא"ש בפר' הזרוע דמדלא קאמר ע"מ שתתן לי המתנות אלא שהמתנות שלי משמע טפי שכונתו לעקור כח ורשות שנתנה התורה לנותן דומה לע"מ שלא תשמטני שביעית ובכן אפי' דהוי דבר שבממון תנאו בטל שאין כח בידו לבטל מ"ש בתורה כנלע"ד.

וע"פ האמור מינח ניחא לי נמי מה שהקשה הרב מח"א בהלכות מלוה סימן ל"ח דצ"ו ע"ג בתי' התוס' והרא"ש ז"ל הלזו שתי' בפ' הזרוע וז"ל ולכאורה ק' דמ"ש מע"מ שתאכל בשר חזיר דאמרי' דלא חשיב מתנה על מש"ב משום דאמרי' לא תיכול ולא תגרש ה"נ נימא לא תתן ולא יקנה ונדחק ליישב כיע"ש אמנם ע"פ מ"ש לא דמי להההיא כלל דהתם אין התנאי עם התורה כמ"ש שם הריטב"א בחי' אלא התנאי הוא עם האשה שתאכל בשר חזיר וכמ"ש משא"כ בלשון זה דע"מ שהמתנות שלי דדמי לע"מ שלא תשמטני שביעית כמדובר.

וראיתי עוד למרן החבי"ב ז"ל שכתב וז"ל וכתב הסמ"ע בח"מ סי' כ"ב ס"ק ט"ו דאע"פ שאסור לדון בדיני גויים ואם קנו מיניה לדון בדיני גויים אין הקנין כלום ואסור לדון בפניהם היינו דוקא היכא דאין יפוי כח וזכות לאחד מבעלי דינין במשפט הגויים טפי מבמשפט ישראל אבל אם יש לאחד מהם יפוי כח וזכות במשפטם טפי מבמשפט ישראל אז מהני הקנין ולא אמרינן אין אדם מתנה עמ"ש בתורה כי אם בתנאין בעלמא אבל אין לאחר קניין כלום עכ"ל ויש לחקור אם מהני קניין כאן במתנה ע"מ שהמתנות שלי אע"ג דהוי מתנה עמש"ב דומייא דהמקבל עליו לדון בדיני גויים וקנה בקניין דתנאו קיים על הדרך שכתב הסמ"ע ויראה ודאי דהתם שאני דיש לו יפוי כח במשפט הגויים מבמשפט ישראל וכאן לא שייך זה עכ"ל.

והנה לפי הטעם שכתבו התוס' והרא"ש שם בפרק הזרוע דמאי דחשיב מתנה עמש"ב הוא מפני שהתורה הרשתו ליתנם לכל כהן שירצה ופירשנו כוונתם ז"ל דמשמע להו דלשון תנאי זה דע"מ שהמתנות שלי הוי כלשון ע"מ שתשמטני שביעית שהוא מתנה עם התורה לעקור כח ורשות שנתנה לו ללוקח כמדובר לעיל, הנה לפי הטעם הזה אין מקום לע"ד לדברי הרב ז"ל דבנדון זה כשקנה מיד הלוקח גילה דעתו המתנה שאין כוונתו בתנאי זה לעקור מ"ש תורה שהרשות ביד הלוקח ליתנם לכל כהן שירצה אלא כוונתו להתנות עם הלוקח ע"מ שתתן לי המתנות וכבר כתבנו דכל כה"ג אין כאן משום

מעמש"ב דאע"פ שהתורה הרשתו ליתנם לכל כהן שירצה יכול הוא להתנות שיתנם לו כיון שהרשות בידו ומפני שעיקר תנאו הוא עם הלוקח לכך קנו מידו בקנין כדי שלא יוכל לחזור בו שאם כוונתו היה להתנות עם התורה ע"מ שלא יהיה לך כח ורשות שנתנה לך תורה כמו ע"מ שלא תשמיטני שביעית קנין מאי בעי הכא, מיהו אם יש מקום להסתפק לפי דברי הסמ"ע ז"ל הוא לפי הטעם שכתב הרא"ש בפרק המוכר את הבית דטעמא דלא מהני תנאי זה דע"מ שהמתנות הוא מפני דא"כ לא שקיל להו למתנות חלף עבודתו אלא מפני תנאו וכל שקנה מידו יש להסתפק אם קנאן למתנות ע"י הקנין אע"פ שיש איסור בדבר דומייא דמתנה לדון לפני גוים וקנה בקנין דמהני.

ולעד"ן דכי היכי דהתם מהני הקנין ה"נ מהני הכא דאע"ג דאיכא איסורא כיון שע"י הקנין הרי עבר וקנאו אין לאחר קנין כלום כמ"ש הסמ"ע ז"ל, וראיה לדבר שהרי בפרק עד כמה לא אמרו אלא דכהנים ולויים המסייעין בבית הגרנות אין נותנין להם תרומה ומעשר בשכרן והיינו דוקא לכתחילה אבל עם עברו ונתנו להן מה שעשו עשו וכמו שסיימו בברייתא ואם עשו כן חיללו ובקשו חכמים לקונסם כו' הרי מבואר דכל שבאו לידם אע"ג דעבדו איסורא דלא נטלום בשביל חלף עבודתן מה שעשו עשו ה"נ כל שקנאן ע"י קנין כמי שבאו לידם דמי, וכי תימא אדרבא משם ראיה דע"י קנין לאו כמי שבאו לידם דמי שהרי פועלים קונין שכר עבודתן ע"י פעולתן ולא בעו קנין כנודע דקנין דידהו היינו פעולתן ואפי"ה אמרו דלכתחילה אין נותנין להם תרומה ומעשר בשכרן ואם איתא דכל שקנו בקנין כמי שבאו לידם דמי אמאי אין נותנין להם תרומה ומעשר בשכר פעולתן שסייעו בבית הגרנות וקנו אותם בשכרן אלא ודאי דכל שלא באו לידם ממש לא מהני בהו קנין נלע"ד דאי מהא לא אירייא שהרי כתב הרא"ש בע"ז פרק השוכר את הפועל דס"ג דקנין דפועל גרע מקנין דעלמא שכתב שם וז"ל ומכאן נ"ל לדקדק דהאומר לפועל עשה עמי מלאכה זו ואני אתן לך חפץ פ' בשכרך יכול ליתן לו דמי החפץ כו' אבל גוף החפץ אי אפשר לו לקנו' אלא במשיכה או שיהיה ברשות הפועל בשעת עשיית מלאכה עכ"ל וכ"כ ג"כ הר"ן ז"ל שם בהלכות והביא דבריהם רמ"א בח"מ סימן של"ב ס"ד ובסי' רמ"א ס"ז יע"ש, ועיין למהרימ"ט ז"ל בח"א סימן כ"ב ובחח"מ סימן כ"ג ובדברי הר"ב משנה למלך פ"ד מהלכו' איסורי מזבח הלכה יו"ד ובדברי הר"ב מח"א ז"ל בהגהותיו על מוהרימ"ט ז"ל, ועיין בספר פנים מאירות סימן צ"ב ובספר משאת משה ח"ג סימן כ"ה ובספר זכרון דברים דנ"ז ע"ג יע"ש ובכן איכא למימר שפיר דכהנים ולויים המסייעים בבית הגרנות בשביל תרומות ומעשרות אם קנו מיד הבע"ה בקנין קנו שפיר וכמי שבאו לידם דמי וצריך ליתנם להן כנלע"ד.

וא"ת כיון דקנין זה באיסור הוא לא מהני דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ואיך כתב הסמ"ע דאם קנה בקנין לדון בדיני גוים כל שיש יפוי כח וזכות לאחד מהם דאין לאחר קנין כלום והלא הסמ"ע גופיה בסימן ר"ח כתב דאפי' באיסור דרבנן אי עביד לא מהני וכ"כ הש"ך ז"ל שם יע"ש, הא לא קשיא שכבר עלו לחלק שם הם ז"ל בין מקח שנעשה באיסור כגון נשבע או נדר שלא למכור ועבר ומכר בקנין שאי אפשר לקיים המקח אא"כ ע"י האיסור דכל כה"ג אי עביד לא מהני אבל היכא שאפשר לקיים המקח בלתי איסור כההיא דמוכר גלימא בדמי רבית דכל שמסלקים האיסור המקח קיים מהני יע"ש, ה"נ במקנה בקנין לדון בדיני גוים שעיקר הקנין שקנו ממנו הוא לתת כח וזכות לחבירו בממונו ובזה אין בו איסור והאיסור הוא לבא לפני הערכאות לדון לפניהם כשמסלקים האיסור שלא לבא לדון לפניהם כיון שהדבר ידוע שיש לזה יפוי כח זכות בדיניהם זכה שפיר, ובנ"ד ג"כ שהקנה לו המתנות בשביל תנאו אין האיסור תלוי בעיקר הקניין אלא במה שהתנה מתחילת המכר שיתן לו כל שקנאן בקניין והרי הן שלו אין לנו להוציאן מרשותו בשביל התנאי דסמי מכאן עיקר התנאי והרי הוא נוטלן בשביל קניינו כאלו הקנה אותן לו בלתי תנאי, ואפי' אם נאמר דנ"ד דמי טפי למקח שנעשה באיסור כי ההיא דנשבע שלא ימכור כו' כבר הוכחנו מההיא דר"פ עד כמה דכהנים ולוי' שסייעו בבית הגרנות אם כבר באו לידם המתנות אין מוציאין מידם וכיון דקליש איסור זה שהרי אין מוציאין מידם אף אם קנו מידם נמי קנו דלא דמי להההיא דנשבע שלא ימכור דאפי' בא המקח לידו צריך לחזור ועיין בס' חזון נחום דקנ"א ע"א שכתב דאיכא איסורי' דרבנן דאי עביד מהני דהם אמרו והם אמרו כדאמרי' בפ"ק דתמור' שאני התם דגלי קרא יע"ש.

עוד ראיתי למרן החבי"ב ז"ל עמד על דברי רבינו הר"ם במז"ל דבפ"ט מה' בכורים הי"א פסק דהאומר ע"מ שהמתנות שלי תנאו בטל מפני שמתנ' ע"מ ש"ב ואלו בפ"ו מה' מעשר הי"ט גבי בן לוי שמכר שדהו לישראל ואמר ע"מ שהמעשר שלי פ' דתנאו קיי' והמעשר שלו משום דע"מ שיור הוא ושייורי שייר למקום מעש' וכבר עמדו בזה הר"ב ט"ז והש"ך ז"ל שם ס"ק ח"י, ומרן החביב ז"ל עלה לחלק דהתם גבי בן לוי משו"ה חשבי' לתנאי דע"מ כאומר חוץ ושיורא הוי משום דאי תנאה הוי הא קי"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ועכ"ל דשייר מקום כדי שיקנה ולא תהוי דשב"ל וכיון דשייורי שייר מקום מעשר תו ליכא משום מתנה עמש"ב אבל במוכר פרה ואמר ע"מ שהמתנות שלי דליכא טעמא דמקנה דבר שלא בא לעולם תנאי גמור הוא והו"ל מתנה עמש"ב אלו תורף דבריו ז"ל יע"ש וכדבריו ז"ל כתב ג"כ הרפ"ח שם ס"ק מ"ד.

ואני בעוניי לא זכיתי להבין דבריהם ז"ל דמלבד דאין הטעם הזה מספיק לע"ד לחלק דמה לי טעמא דמתנה עמש"ב ומה לי טעמא דאין אדם מקנה דשלב"ל דכי היכי דמשום טעמא דאין אדם מקנה דשלב"ל אנו אומרים דע"מ חוץ הוא ושייורי שייר למקום מעשר ה"נ משום טעמא דאין אדם מתנה עמש"ב הוה לן למימר דע"מ חוץ הוא ולא תנאה, וכבר תפס על הפ"ח ז"ל בזה בהגהת הרב ט"ז ז"ל סי' רי"ב ס"ג, ועיין בספר נחפה בכסף חי"ד סי' ב' דכ"ד ע"ד שעמד ליישב דברי הפר"ח ז"ל ומרן החבי"ב ואין בדבריו כדי שביעה, ולבר מן דין נר' דאשתמיט מינייהו מ"ש הרא"ש ז"ל בפרק המוכר את הבית דס"ג דאע"ג דאין אדם מקנ' דשלב"ל אדם מתנ' בדבר שלב"ל עד שמתוך כך הוצרך הרא"ש ז"ל לומר דההיא דפריך תלמודא בפ' המוכר והא אין אדם מקנה דשלב"ל היינו משום דע"כ האי תנא סבר דע"מ שיור' הוא ולא תנאה דאי תנאה הוא מתנה עמש"ב הוא יע"ש אשר מבואר יוצא מתוך דבריו ז"ל דטעמא דמשמע ליה לתנא דע"מ שיורא הוא ולא תנאה לאו משום טעמא דאין אדם מקנה דשלב"ל הוא כדמשמע מפשט השמוע' דהא ודאי ליתא דהא אדם מתנ' בדשלב"ל אלא עיקר טעמא הוא משום דאי תנאה הוא הו"ל מתנה עמש"ב הפך דברי מרן החבי"ב והפ"ח ז"ל וצ"ע, ועיין למרן ב"י בח"מ ס"ס ר"ט שכתב ע"ש הרמב"ן והרשב"א והר"ן ז"ל דכל תנאי שהוא מתנה בעיקר המקח לכ"ע לאו תנאה הוא אלא שיור' יע"ש, ועיין למוהר"ש יונה ז"ל בסי' כ"ה מה שהקשה בעיקר דברי הרמב"ן ז"ל ועיין בס' נחפה בכסף שם דף כ"ד.

והרב ש"ך ז"ל תירץ דלישנא דע"מ משמע תנאה ומשמע שיורא ולכן ס"ל להר"ם במז"ל דיש חילוק בין קרקע למטלטלים דגבי בן לוי שמכ' שדהו ע"מ שהמעשר שלי כיון דקרקע בחזקת בעלים הראשו' עומדת אמרי' דע"מ לאו תנאה ושייורי שייר מקו' מעשר אבל גבי מוכר פרה ע"מ שהמתנות שלו כיון דמסר' הבהמ' ללוקח וקאי בידיה לא אמרי' שייורי שייר לאפוקי מיני' המתנות את"ד ז"ל יע"ש, ותירוץ זה לא איפר' מחולשא דלפ"ז צ"ל לדעת רבינו ז"ל דתנא גופיה ספוקי מספ"ל בלשון ע"מ אי תנא' הוי או שיורא הוי וזה דוחק.

ולכן נלע"ד דמשמע ליה לרבינו ז"ל דלישנ' דע"מ תנא' הוי והיינו טעמא משום דאי חוץ הוי למה אפקיה המתנה הזה בלשון ע"מ ולא בלשון חוץ אם היתה כונתו לשיורא דטפי הול"ל חוץ דהוא לשון מבורר ומדאפקי' בהאי לישנא דע"מ אנו אומרים שכונתו הוא לתנא' ולא לשיורא מיהו היכא דאיכא טעמא למימ' דחוץ הוא והא דאפקי' בלשון ע"מ משום דאי הוה אמר חוץ הוה משמע שיורא טפי ממאי דבעי לשייר ולהכי אפקי' בלשון ע"מ אז אנו אומרים דע"מ חוץ הוי ובכן ממיל' מתיישב דחילוק יש בין ההיא דבן לוי

שמכ' שדהו ע"מ שהמעשרו' שלי להההיא דמוכר פרה ע"מ שהמתנות שלי דגבי ההיא דבן לוי להכי אנו אומרים דע"מ שיורא משום טעמא דאי תנאה הוא הו"ל מתנה עמש"ב כמ"ש הרא"ש בפ' הזרוע א"נ משום דלא שקיל לוי חלף עבודתו והא דלא אפקיה בלשון חוץ ממקום המעשר הוא משום דאי הוה אמר הכי לא היה לו כח ללוקח באותו מקום כדי לעשר על חלקו דהא שייר המוכר אותו מקום לעצמו לגמרי ולהכי קאמר לשון זה דע"מ דמשמע נמי תנאה ולא שיורא מפני שהוא מכר ללוקח כח זה במקום המעשר שיהיה כשלו כדי שיוכל לעשר ממנו על חלקו וכמ"ש התוספות ז"ל בפרק המוכר את הבית דס"ג ד"ה ע"מ וז"ל הכא לא הוי כמו כהן המסייע בבית הגרנות דהא קאמר מקום מעש' שיורי שייר והוי מעשר שלו לגמרי אלא שמכר לו כח זה שיוכל לעשר על חלקו עכ"ל, אבל גבי מוכר פרה ע"מ שהמתנו' שלו אם כונת המתנה הוא לשייר לעצמו המתנות לגמרי ולא למוכרן ללוקח הול"ל חוץ מהמתנות ומדאפקיה בלשון ע"מ ש"מ תנאה הוי ולא שיורא דהתם ליכא טעמ' למימר דלהכי אמר ע"מ משום דשייר ללוקח כח וזכות שיוכ' לעשר על חלקו דהתם לא שייכא האי מילתא כמובן כן נר' לע"ד ודוק.

עוד ראיתי למרן החבי"ב ז"ל הביא ההיא דאמר ר"ל עלה דהך ברייתא דבן לוי זאת אומרת המוכר בית לחבירו ואמר ע"מ שהדיוטא העליונה שלי דיוטא העליונה שלו וקאמר ר"ל דנ"מ להוציא זיזין לחצר ופסקו כן הרמב"ם בפכ"ד מה' מכירה והטור והש"ע בח"מ סי' ריי"ב וריי"ד וכתב על זה ואע"ג דע"מ לא מהני לדידן בבן לוי שמכר כו' משום דלדידן ע"מ לאו שיורא הוא וא"כ ה"ה נמי גבי דיוטא שלמד ממנה ר"ל לא היא דגבי מעשר ומתנות ל"מ משום דמעמש"ב הוא אבל גבי דיוטא לא הוי מעמש"ב ותנאו קיים עכ"ל, והנה לפ"ד ז"ל קל"ט דאם כן למה הוצרך ר"ל ללמוד דבר זה מברייתי' דבן לוי ועל הדרך שפי' הרא"ש ז"ל שם דתפ"ל דמשום תנאו שהתנה להוציא זיזין לאויר מהני תנאו שפיר דאע"ג דאין אמ"ד שב"ל וה"ה דבר שאין בו ממש מ"מ אדם מתנה ע"ד שב"ל וה"ה בדבר שאין בו ממש דגבי ע"מ שהמעשר שלי לא הוצרכנו לטעמא דשיור מקום אלא משום דס"ל לתנא דע"מ לאו תנאה הוא אלא שיורא כמ"ש הרא"ש ז"ל שם ואין אדם משייר דשב"ל אבל בע"מ שדיוטא עליונה שלי דלית בה משום מתנה עמש"ב ותנאה הוא מה צור' לטעמ' דשיור מקום כי ע"כ נרא' לע"ד דההיא דר"ל ל"מ אלא באומר חוץ מדיוטא העליונה וע"מ דנקט לאו דוק' כמו שכ' רשב"ם ז"ל שם והרא"ש והטור ז"ל הביאו הא דר"ל ללמוד ממנו לענין האומר חוץ מדיוטא כו' דבאומ' ע"מ אין צורך לטעמא דשיור מקום כמדובר וכ"כ בהגה' הט"ז בסי' ריי"ב יע"ש.

ודע שהר"ב פר"ח ז"ל בס' מים חיים בתשו' סימן ו' נשאל על מי שקידש אשה ע"מ

שאם תפו' לפני יבם שתחלוץ מי אמרי' דמתנה עמש"ב הוא ותנאו בטל או דילמא כיון דמן התורה מצי לחלוץ אין זה מתנה על מש"ב וכ"ש למ"ד מצות חליצה קודמת, והשיב כיון דמן התורה מצי לחלוץ או ליבם ואיהו קמתני שלא ליבם הו"ל מעמש"ב ותנאו בטל וראיה לדבר מהא דאיתא בפ' הזרוע דקל"ד דכהן שמכר פרה לישראל ע"מ שהמתנות שלו תנאו בטל וטעמא דמילתא משום דהוי מתנה עמש"ב שהרי מן התורה יכול ליתנם לכל כהן שירצה וה"נ דוכוותא כן נ"ל עכ"ל, והנה לא זכר הרב ז"ל הטעם שכתב הרא"ש בפרק המוכר את הבית דטעמא דלא מהני תנאי זה דע"מ שהמ' שלי הוא מפני דא"כ לא שקי' להו למתנות חלף עבודתו אלא מפני תנאו דלפי אותו הטעם אין ראיה מההי' לנדון הרב ז"ל מיהו לפי מ"ש אנן יד עניי לעי' בישוב שתי הלשונות שכתב הרא"ש בפ' הזרוע ובפ' המוכר דאותו הטעם שכתב הרא"ש בפ' המוכר הוצרך אפי' אם נפרש כוונת לשון התנאי שהוא מתנה עם הלוקח שתתן לו המתנות שאם זו היתה כונתו אין בזה משום מעמש"ב דומיא דע"מ שאין לך עלי שאר כסות וכיוצא כמדובר לעיל, אמנם כשהוא מתנ' עם התורה ע"מ שלא יתחייב במ"ש התורה כההיא דע"מ שלא תשמטני שביעית וכן ע"מ שהמת' שלי אם כונתו לעקו' כח ורשו' שנתנ' התו' ללוק' ליתנם למי שירצ' והוא מתנה עם התור' שיהיו המתנות שלו ולא יהיה ללוקח כח ורשות בהם אלא ליתנם לו בזה מודה הרא"ש דתנאו בטל מטעם מעש"ב וזהו שכתב בפ' הזרוע דטעמא דתנאו בטל הוא משום דמתנה עמש"ב הוא לפ"ז שפיר מייתי הרב ראיה מההיא לנדון שלו שהוא מתנה בקדושין שאם תיפול לפני יבם שתחלוץ דכיון שהתורה נתנה רשות ליבם או לחלוץ אין בידו של מקדש לעקור כח ורשות שנתנה תורה ליבם והרי תנאי זה הוא עם התורה ממש ותנאו בטל משום מעמש"ב.

ואף שהתוס' ז"ל בפ' הזרוע תירצו בתי' א' דטעמ' דלא מהני תנאו הוא משום שאין התנאי אגיד בעיקר המקח דמיירי שהתנו בפי' שאפילו לא יתן לו המתנות שלא יתבטל המקח והו"ל תנאי זה פטומי מילי בעלמא ולא קנה זה המתנות משום תנאי בעלמא וכבר כתבנו לעיל דהכי נמי משמע ליה לרבינו ז"ל בפ"ט מה' בכורים כמדובר לעיל וא"כ לפי תירוץ זה אזדא ליה ראית הפר"ח ז"ל לא היא דהתוס' ז"ל בתי' הראשון משמע להו דלשון תנאי זה דע"מ שהמתנות שלי כונתו ע"מ שתתן לי המתנות דעיקר תנאו הוא עם הלוקח ולא לעקור מ"ש בתור' ואין בזה משום מעמש"ב ולזה הוצרכו לומר דטעמ' דתנאו בטל הוא משום דלא אגיד בעיקר המקח מיהו למאי דמשמע להו בתירוץ הב' דכונת לשון התנאי הוא לעקור כח ורשות שנתנה תורה ללוקח ויש בזה משום מתנה עמש"ב שמעינן מדבריהם ז"ל דאפי' במתנה לעקור מקצת מ"ש בתורה כההיא דע"מ שהמתנות שהוא

מתנה שלא יהיה ללוקח כח ורשות כי אם לתתם לו חשיב שפיר מתנה עמש"ב ובזה לא נחלקו התוס' בתי' הראשון וא"כ בנדון הפ"ח שהוא מתנה בהדייא עמש"ב כמדובר דן הרב דאפי' דהוי מתנה לעקור מקצת מש"ב דתנאו בטל כדברי התוס' והרא"ש שם ודוק. **ובעומדי** בענין זה כן בא אצלינו חד צורבא מרבנן מע"הק ירושלי' תובב"א הוא החה"ש עצ"ור כמה"ר מ

פרק טז

הלכה יב

שורש נודרת על דעת רבים ואם **נשאת כו' אבל אינה נודרת שמא יפר לה בעלה.** ע"כ. הכי איתא בפ' השולח דל"ה ע"ב דקאמר ר"ן אפי' נישאת מדרינן לה כו' ופרכי' נשאת ודאי מפר לה בעל ומשני דמדרינן לה ברבי' וכתב רש"י ז"ל בד"ה ברבים נודרת בפני עשרה וקסבר נדר שהודר ברבים אין לו הפרה ע"כ שמעתי מקשים שדברי רש"י הללו הוא הפך מ"ש בפ' השולח דמ"ה ע"א וכמה רבים ר"ן אמר ג' ר"י אמר עשרה ר"ן אמר ג' כו' וא"כ הכא דקיימינן אליבא דר"ן איך פרש"י דמדרינן לה ברבים היינו עשרה הפך מאי דס"ל לר"ן ואף דמדברי התוס' לקמן נר' דהוו גרסי ר"ן בר יצחק ואפשר דהכי הוה גריס רש"י ז"ל שם והכא גריס ר"ן סתם והוא ר"ן בר יעקב או ר"ן בר חסדא מלבד שזה לא ניתן ליאמר דהא לשיט' רש"י ר"ן סתם נמי הוא ר"ן בר יצחק כמ"ש התוס' ז"ל בגיטין ס"פ הנזקין דל"א ע"ב ד"ה אנא יע"ש, עוד בה דאפי' אם נפרש הכא שהוא ר"ן בר יעקב אכתי קשה מנא ליה לרש"י לפרושי דר"ן ב"י ס"ל דרבים היינו עשרה ולא פי' דס"ל דהיינו ג' וכמו שכן פסקו כל הפוסקים לענין נודר ע"ד רבים דהיינו ג' ואפשר דרש"י ז"ל משום דקשיתיה לישנא דתלמודא דקאמר דמדרינן לה ברבים דמשמע דכי ניסת דוקא הוא דמדרינן לה ברבים כדי שלא יפר לה הבעל אבל כי לא ניסת לא מדרינן לה ברבים וזה ק' דהא מקמי הכי שם דל"ה ע"א אמרינן דא"ל רב יאודה לרב ירמי' ביראה אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד נראה דאפי' סתם אלמנה כי מדרינן לה לא מדרינן לה אלא בב"ד וסתם ב"ד היינו ג' וא"כ כי מקשה הכא תלמודא עליה ניסת ודאי מפר לה בעל הו"ל לשנויי הכי הא מדרינן לה בב"ד דהוי רבים ומדקאמר דמדרינן לה ברבים משמע דס"ל להאי תרצן דכי ניסת עבדינן לה מילתא יתירתא טפי מב"ד ועכ"ל דהכי קאמר דמדרינן לה בעשרה דאע"ג דסתם אלמנה מדרינן לה בב"ד של ג' כי ניסת עבדינן לה מילתא יתירתא להדיר לה ברבים דהיינו עשרה ודוק ועיין להרב ב"ד חא"ה סי' פ"ו וסי' צ"ט ודוק.

פרק יז

הלכה יא

שורש לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה הבעל **שמכר נכסיו כו' אבל אם קנו מיד האשה תחילה שאין לה שעבוד במקום זה ואח"ך מכר אותו הבעל אינה טורפת אותו.** ע"כ. הנה דברי רבינו מבוארים הם בפרק מי שהיה נשוי דצ"א ע"א ובמ"ש התוס' שם ד"ה תימה כו' ומתני' דלקח מן האשה וחזר ולקח מן האיש דמייתי התם הש"ס כתבה רבינו בפ"ל מה' מכירה ד"ג והביא דבריו ה"ה ז"ל לקמן בפ' כ"ב ה' י"ו וז"ל וכשנתנה לאחרים או מכרה פשוט הוא שאין מעשיה כלום אא"כ רצה הבעל אח"ך אבל ודאי אם רצה בעל לקיים יקיים דהו"ל קנו מן האשה וחזרו וקנו מן האיש שהמקח קיים כנזכר פ' הנזיקין ונתבאר פ"א מה' מכירה וראיתי למרן ב"י בס' ב"ה בא"ה ס"ס צ' שכתב וז"ל ולדברי רבינו אף בנדון תשו' הרא"ש שהסילוק לגבי בעלה מהני שהרי מבואר מדבריו דהא דתנן לקח מן האישה וחזר ולקח מן האיש מקחו קיים האי לקח מן האשה לא מכרה לו היא אלא לסילוק כתובתה קרי לקח מן האשה שהרי כתב בפי"ז מה' אישות וז"ל אבל אם קנו מיד האשה כו' עכ"ל.

וזה לי ימים נשאלתי מהחכם השלם והכולל עצום ורב ספרא רבא כמוה"ר בנימין פונטרימולי נר"ו להבין כונת מרן בזה דאיך שם מרן ז"ל מחלוקת בזה בין הרמב"ם להרא"ש והלא דברי רבי הללו מבוארים הם בסוגייא דפ' מי שהיה נשוי ומי זה אמר שהרמב"ם מפרש פי' אחר במתני' דלקח מן האשה והלא בפ' ל' מהלכות מכירה ד"ג ומדברי ה"ה לקמן בפ' כ"ב מבואר דאף הוא מפרשה למתני' דלקח מן האשה כפשטה כמבואר שם אלו ת"ד והנלע"ד דכונת מרן לומר דמדברי רבינו משמע דאפילו לא סילק האשה שעבודה ממקום זה אלא לגבי הבעל לבד ולא כתבה כן ללוקח בפי' מהני ומדברי הרא"ש לא משמע הכי אלא בעינן שיכתוב כן ללוקח שסילק שעבוד' מזה ולא תטרוף ממנו דאלו לא כתבה כן ללוקח בפירוש אלא לבעלה לא מהני דהו"ל כאלו לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה כמבואר בתשו' הרא"ש שהביא הטור שם ומה שכתב שהרי מבואר מדבריו דהא דתנן לקח מן האשה לא מכרה לו היא אלא לסלוק שעבודה קרי לקח מן האשה כו' כונת דבריו דלדעת רבינו דסילוק שעבודה מהני אפי' שלא כתבה כן ללוקח בפי' עכ"ל דמאי דנקט מתני' לקח מן האשה לאו דוקא שהלוקח לקח בפי' מן האשה אלא שעדיפא מינה הו"ל לאשמועי' דאפי' שסילוק שעבודה לגבי הבעל מהני אלא היא היא כוונת מתני' שהאשה סלקה שעבוד כתובתה משדה זו לגבי הבעל וכאלו לקח ממנה תחי' קאמר משא"כ לדעת הרא"ש דמתני' דוקא קאמר שלקח הלוקח ממנה

תחי' או שקנה ממנה שנסתלקה משעבודה כנלע"ד כונת מרן אף כי לא ימלט מן הדוחק קצת ועיין למרן החביב בס' דינא דחיי עשין מ"ח ד"מ ע"ב ד"ה אבל שדבריו תמוהים יותר ואין מקום לישבן ע"פי דרך זה וכנראה דאשתמיט מיניה סוגייא דפ' מי שהיה נשוי דצ"ו ודברי התוס' שם וצ"ע ועיין בס' אדמת קדש חא"ה סי' ל"ד ועיין בפני משה ח"א סי' ס"ו יע"ש.

פרק כג

הלכה יג

שורש דברים הנקנין באמירה איש **ואשה שהיו ביניהם שדוכין ואמר לה כמה את מכנסת לי כך וכך כו' קנו אותן הדברים ואעפ"י שלא היה ביניהם קנין ואלו הן הדברים הנקנין באמירה.** ע"כ. הכי איתא במס' קדושין דף ט' וכרב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כו' הן הן הדברים הנקנין באמיר' ע"כ הנה הריב"ש ז"ל בסי' שמ"ה הביא דבריו מרן ב"י בא"ה סי' נ"א כתב דהא דרב גידל לאו דוקא כשהתנו כן בשעת קדושין דה"ה בשעת נשואין ושכן נר' מלשון רבינו פי"א מה' מכירה שלא הזכי' שם אלא שעת נשואין וטעמא דההיא שעתא הוי גמר החיתון ואיכא אקרובי דעתא ורב גידל נקט וקדשה לרבות' דבקדושין לחוד מהני אעפ"י שלא נזכר התנאי בשעת הנשואין עכ"ל ומדברי התוס' בכתובות פ' נערה דנ"ג ד"ה השתא נמי אהדר בי שכתבו וז"ל ואע"ג דהן הן הדברי' הנקנין באמירה היינו היכא דעמדו וקדשו והכא כשרצה לחזור עדיין לא קדשו א"נ הכא כבר קידשו קודם לכן ואח"ך כתבו ולא אמרינן הן הן הדברים דנקנים באמיר' אלא כשקידשו אחר כך עכ"ל.

והנה מתירוץ הלז שתירצו דהכא כבר קדשו ואחר כך כתבו ולא אמרו הן הן הדברי' אלא כשקדשו אח"כ משמע דס"ל דבשעת הנשואין לא מהני תנאה דאי בשע' נשו' מהני תנאה אכתי תקשי להו דאפי' אם כבר קדשו תקני באמיר' כיון דאיכא נשואין עדיין וגמר ומקנה בההיא הנאה דנשו' ואין לומר דאע"ג דבשעת הנשואין גמר ומקנה היינו דוקא בשעמדו ונשאת והתם כשפסק אבא סוראה והדר ביה עדיין לא גמרו הנשואין דא"כ מה הועילו התוס' בתירוצם השני כיון דאכתי תירוץ זה הוא ניהו מעין התירוץ הא' שעדיין לא קדשו או שעדיין לא נישאו אלא ודאי דכונתם לומר בתירוץ זה דאפילו הו"מ למהדר ביה לעולם וכי אמר אבא סוראה השתא נמי אהדר כי לאו דוקא השתא אלא כי בעינן למהדר הדרנא בי היינו משום דכבר קדשו ומשמע דאפילו עמדו ונשאו נמי מצי למהדר ביה ויש לדחות דודאי התוס' אזלי ומודו דאי התנה נמי בשעת נשואין

ועמדו וגמרו הנישואין הן הן הדברים הנקנין באמי' וכשתירצו דהכא כבר קדשו קודם לכן כונתם לומר דהשתא ארווח לן דכי אמרינן דלא קנה באמירה לבד משום דעדיין לא נישאו אין זה דוחק דהא באותו מעמד הוא דהוה בעי למהדר אבא סוראה ובודאי דעדיין לא נשאו משא"כ אי הוה עובדא שפסק קודם קדושין דאפשר ואפ' דבמה שפסק עמדו וקדשו ומ"מ פשט דבריהם מורים כמ"ש מעיקרא וכבר הרב נ"מ בדצ"א ע"ג דקדק מדברי המרדכי ג"כ דאזיל בתר סברת הריב"ש הלזו יע"ש.

ואני בעניותי עיקר סברת הריב"ש הלזו לא יכולתי להולמה שכ' דר"ג נקט קידושין לרבותא דאפילו התנה כן בשעת קדושין ולא בשעת נשואין דאיכא אקרובי דעתא טפי אפ"ה מהני תנאה באמירה בעלמא והדא מן התימה בעיני דכיון דנישואין בתר קדושין גרירי ועיקר אחתוני אהדדי בקדושין הוא והגע עצמך במי שקדש אשה סתם בלי שום תנאי ובשעת הנשואין היא האשה אינה רוצה לינשא אם לא כשיתן לה האיש כך וכך או להפך וכי הדין נותן שלא תנשא לו אם לא יקיים תנאה אשר שאלה זו אין הדעת סובלו דכיון דקדש סתם שורת הדין מחייב שתנשא לו סתם וכיון שכן איך הפה יכולה לדבר דרב גידל נקט קדושין לרבותא וכ"ש כשהתנו כן בשעת הנשואין דאדרבא נהפוך הוא דדוקא בשעת הקדושין דכל אחד רשאי בעצמו וע"י התנאי' גמרו וקדשו ואחתנו אהדדי אז הוא דמהני תנאי באמירה בעלמא אבל בשכבר קדשו סתם ובשעת הנשואין התנו תנאם ודאי דפטומי מילי בעלמא נינהו הואיל וליכא השתא הנאת דמחתני אהדדי דכבר אחתנו להו ואינן יכולין למאן זה בזה בנשואין.

והנה דבר זה היה מקום ליישב ולומר דהכא לאו מטעם דגמרו להתחתן זה בזה ע"פ תנאם הוא דאמרינן דבאמירה בעלמא גמרי ומקנו דומי' דערב דבההיא הנאה דסמך מלוה אדבורא דערב ויזיף ליה גמר ערב ומשעבד נפשיה ה"נ בההיא הנאה דצייתי ומחתני אהדדי גמר ומקנה כי זו היא סברת חכמי צרפת המובא בהגהות מיימוניות בפכ"ג מהלכות אישות וכבר נדחה קרו לה לסברא זו דא"כ שאר אינשי נמי שייכי בהכי ואלו בירוש' אמרו בהדיא דוקא אב ולא אחי אלא עיקר טעמא דדוקא אב שדעתו קרובה אצל בנו ומרוב שמחתו בנשואין הראשוני' גמר ומקנה ליה באם וא"כ איכא למימ' דאפילו עמדו וקדשו כבר כל שהוא מתנה ליתן בשעת הנשואין גמר ויהיב ולאו משום דאי לא יהיב לא מחתני אהדדי וכי יהיב מחתני אלא כל שהוא מוציא בפיו ובשפתיו בעת ההיא לאמר גמר ויהיב באמירה בעלמא מרוב שמחתו אשר ראו עיניו נשואי בנו וחתון דידיה אשר קרב את הרחוקים ועוד כי במתנות אלו אשר הוא נותן דין גרמא שיהיו כולם שמחים אלי גיל ולא יעבור בהם דרך עוצב ובההיא הנאה הוא דגמר ויהיב

באמירה בעלמא לא כן באדם דעלמא כי לגבי דידיה לשמחה מה זאת עושה.

אך קשה דא"כ אפי' לא התנו על כך אלא שהוא מעצמו אמר ליתן נימא דגמר ויהיב באמירה בעלמא כיון דעיקר טעמא בשמחה תליא מילתא וכדאמרן ואלו הריב"ש ז"ל גופיה הביא דבריו מרן ז"ל שם בב"י כתב דדוקא אם התנו ליתן מהני תנאה אבל אם מעצמו עשה כן הו"ל כשאר חוב דעלמא ולא מקני באמירה ע"כ לשונו יע"ש ויש לישב והדבר תלוי בשיקול הדעת ודוק.

ודע שמרן בכ"מ בפכ"ג מה' אישות הל' י"ג הביא דברי הריב"ש הללו דמשמע ליה דהא דרב גידל לאו דוקא בקידושין דה"ה בנשואין וקדושין לרבותא נקטיה וכתב שכן משמע מדברי רבינו ז"ל יע"ש וקשה טובא שהרב עצמו לקמן בהל' י"ז עמ"ש רבינו הפוסק עם האשה שיזון את בתה ה' שנים והוא שיתנו ע"ז בשע' קידו' אבל שלא בשע' קדו' עד שיתנו כתב דדבר שאינו קצוב כשהוא בשעת קדושין שלא באמירה בעלמא סגי וכשהוא בשעת נישואין לא קני באמי' עד דאיכא קנין דכיון שכבר קדש לא קני באמירה כו' וכ"כ בפי"א מה' מכירה יע"ש וכיון שכן דבשעת נשואין גרע לדעתו משעת קדושין לענין דבר שאינו קצוב א"כ איך יחס בדעת רבינו כסברת הריב"ש ז"ל דאפילו בשעת נשואין נמי אמרינן הן הן הדברים הנקנין באמירה ומנ"ל הא לרבינו כיון דרב גידל נקט קדושין איכא למימר דוקא קדושין ולא נשואין דלדעתו ליכא למימר דקדושין דנקט רב גידל לרבותא נקטיה דהא לדידיה נשואין גרע מקדושין לענין דבר שאינו קצוב דבעי קנין לא כן בשעת קדושין.

ובעיקר חילוק זה שחילק הרב ז"ל לענין דבר שאינו קצוב בין באמירה דשעת קדושין לאמירה דשעת נשואין ראיתי להרב גד"ת בד' שמ"ו ע"ג שכתב וז"ל לדעתו ז"ל גרע שעת נישואין משעת קדושין ואלו הריב"ש ז"ל בסי' שמ"ו כתב דרב גידל נקט קדושין לרבותא דבקדושין לחוד מהני ולפי דבריו הדבר קשה לאוקמא ההיא דרב גידל דוקא בקדושין דהא מתני' קתני הנושא את האשה ופסקה עמו כדי לזון את בתה ה' שנים חייב לזונה ה' שנים עד הפקחין היו כותבין ע"מ שאזון את בתך כל זמן שאת עמי ומסתמא משמע דהך סיפא דהפקחין קאי אריש דהנושא את האשה ופסקה עמה לזון את בתה דהיינו פסקה בשעת נישואין שכן הוא משמעות הנושא ועלה קאמר דהפקחין כשעושין פסיקא זו מפרשי כל זמן שאת עמי ובגמ' שיילינן בהא דרב גידל אי ניתן ליכתב או לא וקאמר רב אשי דלא ניתנו ליכתב ואותיב עלה רבינ' מהא דהפקחין היו כותבין ומשני מאי כותבין אומרים כו' ואם כדעת הרב כ"מ כיון דאוקימנא למתני' דאיירי בנשואין היכי מצינן לאוקומא באמירה הא ע"כ לא סגי בלא כתיבה או קנין עם כי זה היה מקום לתרץ

בדוחק קשה עוד כיון דלדעתו ז"ל כך היא כתיבה בנשואין כמו אמרו בקדושין למה לי לדחוקי דקרי ליה לאמירה כתיבה לימא דהך כתיבה היינו משום דהוייא בשעת נישואין דלא סגי בלא כתיבה ואין לו כח אלא באמירה בשעת קדו' ולעולם דההיא דרב גידל לא ניתן ליכתב עכ"ל.

ולא ידעתי אמאי לא הוקשה לו בפשיטו' טפי למאי דמשמע ליה ז"ל דהנושא דקתני במתני' היינו נשואין ולא קדושין מתחילת הסוגייא דפריך תלמודא לר"ל מהא דתנן הנושא את האשה ופסקה עמו לזון את בתה ה' שנים ומוקי לה בשטרי פסיקתא וכדרב גידל יע"ש, וליכא למימר דבקנין הוא דמוקי למתני' ומייתינן לרב גידל לומר דכי היכי דמהני בשעת קדושין אמירה בדבר קצוב ה"נ מהני בקנין בשעת נישואין בדבר שאינו קצוב דהא ליתא שהרי בדי"ג עמ"ש ר' איש ואשה שהיו ביניהם שידוכין והתנו ביניה' הרי הם דברי' הנקנין באמי' כת' מרן כ"מ דמש' לר' דההי' דר"ג לאו דוק' באב אצל בנו דהה"נ בבעל עם אשתו וראייה לזה מההיא דר"פ הנושא דמוקמי' מתני' דהנושא את האשה ופסקה עמו לזון את בתה בדרב גידל יע"ש הרי דמשמע ליה דמתני' בלתי שום קנין איירי ולפי דבריו ז"ל דבשעת הנישואין ודבר שאינו קצוב לא מהני אמירה בעלמא אם לא בקנין היכי מוקמינן לה כדרב גידל ויש לישב לזו דאה"נ דכי מפרשינן למתני' בשטרי פסיקת' ע"כ לאוקומה בקנין כיון דהוי בשעת נשואין ודבר שאינו קצוב מיהו מינה יליף רבינו ז"ל לדבר שאינו קצוב בשע' קדו' לגבי בעל ואשתו דכי היכי דמהני תנאה בשעת נישואין בדבר שאינו קצוב ובקנין ה"נ מהני בשעת קדושין או נשואין בלתי קנין בדבר קצוב דשקולין הם שעת נישואין בקנין בדבר שאינו קצוב כשעת קדושין בלתי קנין ואפי' בדב' שאינו קצוב.

ומיהו האמת יורה דרכו דמשמע ליה למרן ז"ל דלישנא דהנושא לאו דוקא נשואין אלא ה"ה דלקדושין נמי קרי ליה נשואין וכ"כ רבינו בפ' כ"ג מה' אישות די"ז הנושא את האשה כו' והוא שיתנו על זה בשעת קדושין כו' ובשעת קדושין אפי' דבר שאינו קצוב הוא נקנו באמירה בלתי קנין ולהכי מדמי תלמודא שפיר כי מוקמי' מתני' דהנושא בשטרי פסיקתא להההיא דרב גידל דמיירי בלי קנין כי אם באמירה לבד ומינה יליף רבינו לאיש ואשה שהתנו בשעת קדושין דמהני בהו תנאי בלי קנין באמירה בעלמא ובהכי מתישב שפי' מה שהוקשה לו להרב גד"ת ז"ל מההיא דפריך תלמודא מהפקחין היו כותבין דכיון דהנושא לאו דוקא אמאי היו כותבין בשעת קדושין באמירה בעלמא מחייבי ודחיקא ליה לאוקומה בשעת נשואין דוקא ועיין להר"ב נ"מ ז"ל בדצ"א ע"ג.

ולענין אם הבעל מתחייב לאשתו בשעת נשואין באמירה בלבד מדברי רבינו פכ"ג הל'

י"ג מבואר דמהני תנאם וכתב ה"ה ז"ל דכ"ש הוא מדין האב וג"כ מתבאר מן הגמרא עכ"ל וכבר ביאר מרן בכ"מ ז"ל ראיית הגמרא ואין ראייתו מכרחת לדברי הראב"ד ז"ל וסיעתו שכתבו דר"ל הוא דמוקי למתני' דהנוש' את האשה בשטרי פסיקתא אבל לר"י מתוקמא באומר חייב אני לך מנה בשטר וכמ"ש הרב נ"מ ז"ל בד' צ"ב ע"ב והוא ז"ל הכריח שפיר מסוף אותה סוגייא דפ' הנושא בד' ק"ב דפרכינן לרב אשי דאמר דברים אלו לא ניתנו ליכתב ממתני' דבנותיו נזונות מנכסים ב"ח והיא נזונת מנכסים משועבדים ומשני בשקנו מידו ופריך עלה בנותיו נמי ומשני בשקנו לזו ולא קנו לזו ופרכינן אמאי פסקא כו' ומאי פריך ומאי פסקא האי כדיניה והאי כדיניה בנותיו דאיתנהו בתנאי ב"ד ולא בעו קנין מסתמא לא קנו מידו אבל בעל אשתו כיון שהוא פסק אי לא סגי באמירה מסתמא קנו מידו אלא עכ"ל דבת אשתו נמי קנו באמירה וכיון שעם כל זה נקט למלתיה בשקנו מידו אמאי לא נקט הכי גבי בנותיו אלו דבריו ז"ל.

ולא ידעתי אמאי לא הביא ראיה מהא דפרי' תלמו' מקמי הכי לרב אשי דאמר דברים אלו לא ניתנו ליכתב מהא דתנן הפקחין היו כותבין ע"מ שאזון את בתך כו' ואם איתא דבעל עם אשתו לא קני בלא כתיבא או קנין מאי קושיא לרב אשי מההיא מתניתין דמיירי בבעל שהתנה לזון את בת אשתו אלא ודאי דאף בבעל עם אשתו דינא הכי דמהני תנאה באמירה בעלמא וראיה זו היא ראיה פשוט' ואלימא טובא ולא ידעתי איך העלימה הרב מנגד עיניו.

וכתב עוד הרב נ"מ ז"ל דסברת רבינו הלזו כבר נמצא מי שחולק בה והוא רשב"ט ז"ל שכתבו בהגהות מיימוניות שם בפ' כ"ג מהלכות אישות על שמו דדוקא אב ולא בעל ויש לו על מה שיסמוך מן הירוש' שאמרו בפ' אעפ"י כשם שהאב פוסק כך הבעל פוס' אלא שהבעל בכתב והאב בדברים ע"כ והרי זה מפורש בדבריו אלא דשאר רבוותא אפשר דס"ל דכיון דבגמ' דידן מוכח איפכא לא שבקינן תלמודא דידן ועבדינן כירושלמי עכ"ל ואם הירושלמי הזה מפורש כסברת רשב"ט ז"ל קשה טובא על דברי ה"ה ז"ל שכתב הבעל לגבי אשתו אתי מכל דכן דאב לגבי בנו שהרי מירושלמי הזה מוכח איפכא קאזיל ולולי שבש"ס דידן מוכח איפכא הוה אזלינן בתריה ולא מצד הסברא דליתא להך סברא, ולדידי יש קצת ראיה לסברת רשב"ט ז"ל הלזו מתלמודא דילן מאותה שאמרו בס"פ הכותב דפ"ט ע"ב א"ל מר קשישא ברי' דרב חסדא לרב אשי אלמנה מן הארוסין מנ"ל דאית לה כתובה אי לימא מהא דתנן נתארמלה או נתגרשה בין מן האירוסין בין מן הנשואין גובה את הכל דילמא דכתב לה כו' וכ"ת מאי למימרא לאפוקי מדר"א בן עזריא כו' ואלא מדתני ר"ח בר אבין אשתו ארוסה כו' מת הוא גובה כתובתה דילמא דכתב לה

וכי תימא אי כתב לה מאי למימ' מתה אינה יורשה אצטריכא ליה כו' יע"ש והשתא אמאי לא קאמר דמתני' בשפסק עמה והא קמ"ל כרב גידל דהן הן הדברים הנקנין באמירה ומדלא דחי הכי משמע דהא דרב גידל ליתא בבעל עם אשתו ואין זה ראיה כל כך כאשר יראה הרואה ובפרט דסוגיין דפ' הנושא מוכחא איפכא כמדובר ומ"מ סברת רשב"ט הלזו נידחה קרו לה כל הפוסקים ז"ל.

ודע דרבני צרפת הביאו דבריהם בהגהות מימון פכ"ג מה' אישות כתבו דאפי' כל אדם נמי משתעבד באמירה בשעת קדושין כיון שעפ"י דיבורם נגמרו הקדושין והוה ליה כערב דמשתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה ומ"ש רב גידל בההיא הנאה דמחתני אהדדי הכונה בההיא הנאה דצייתי ליה ומחתני אהדדי גמר ומשעבד נפשיה ורשב"ט ז"ל דחה דבריה' מדברי הירושלמי יע"ש, ונר' שזו היתה סברת הרב המבי"ט ז"ל בח"א סי' רכ"ג שכתב והטעם השני דאף אם לא קדש לא היה יכול לחזור כיון שעשו שידוכין על פיהם ואינן יכולים לחזור בהם ולא נתחייבו אלא על מה שפסקו להם אביהם לכן חייבים לקיים מה שפסקו וכי לא נשתעבדו אלא על דבו' אביהם והו"ל כערב לזר ואני ערב לך כו' עכ"ל, והרב נ"מ ז"ל בד' צ"א ע"ד הרבה להשיב על טעם זה עד שהניחו טועה ח"ו להרב ז"ל בזה יע"ש, ולדעתי הן הן דברי חכמי צרפת הללו שעשה מדבריהם הרב ז"ל סניף לדבריו שם ומבוארים דבריו לע"ד וכבר כתב הרב המבי"ט דלענין הלכה הוא לא היה סומך על הטעם הזה לבד כי סברת חכמי צרפת הלזו נדחה היא לדעת שאר כל הפוסקים.

ולענין אם בעינן עמדו וקדשו מיד מתו' הדברים הנה התוס' ז"ל כתבו ע"ש רשב"ם דדוקא בשמתוך התנאים עמדו וקידשו אז ניקנית באמירה ולזה הסכים הטור בא"ה סי' נ"א ומרן כ"מ בפ' כ"ג מה' אישות הל' י"ד יחס סברא זו בדעת רבינו וכתב שכן כתב הטור שהוא דעת רבינו יע"ש, ואני חפשתי בדברי הטור ולא מצאתי שכתב שזו היא דעת הר"ם במז"ל כי אם בא"ה סי' נ"א הביא סברא זו מעצמו ולא ע"ש הרמב"ם כאשר יר' הרואה שם, ואם מדברי רבינו אין הכרח לזה דמה שכתב מרן ז"ל שיש ללמוד כן מדבריו ממ"ש גבי פוסק לזון את בת אשתו והוא שיתנו על דבר זה בשעת הקדושין וכן ממ"ש שם בסוף הפרק ואם פסקו בשעת הקדושין כו' יש לדחות דדוקא בפוסק לזון את בת אשתו דהוי דבר שאינו קצוב מצריך הרמב"ם שעת הקדושין אבל בפיסוק דמים דליכא רעותא אפי' שלא בשעת קדושין מהני כי היכי דמחל' הרב ז"ל בין שעת הנשואין לשעת הקדושין בדבר שאינו קצוב לדבר קצוב דבדבר קצוב אפי' פסק עמה אחר הקדושין קודם נשואין אהני תנאם בדברים בעלמא בלי קנין ואלו בדבר שאינו קצוב בעי קנין כל שלא

היה בשעת הקדושין וכמ"ש שם בהל' י"ז ובפי"א מה' מכירה יע"ש וכבר עמדו ע"ז הרב גד"ת בד' שמ"ז ע"א ודחה הכרעת מרן הלזו כדבר האמור, וכתבו עוד התוס' ז"ל ע"ש ר"ת ז"ל דהא דרב גידל דוקא באב הפוסק לבנו בנשואין ראשונים אבל בנשואין ב' לא קני באמירה בעלמא עד דאיכא קנין וכ"כ הרי"ף והרא"ש בפ' הנושא משם הירושלמי וכ"כ רבינו בפ' כ"ג מה' אישות והטור באבן העזר סימן נ"א יע"ש.

ונסתפק הרב נ"מ ז"ל בד' צ"ד ע"ד אי בעינן נשואי ראשוני' מדידיה ודידה או בחד מינייהו סגי להתחייב לכל אחד מהם שאפי' הם נשואין הראשונים לגבי הבן אפי' דלגבי דידה הם שניים מתחייב אבי הבן כיון דלגבי דידיה איכא שמחה דהוו נשואין ראשו' וכן להפך יע"ש והנ' מההיא דר"פ הנושא דמוקמי' מתניתין דהנושא את האשה ופסק עמה לזון את בתה חמשה שנים בשטרי פסיקתא וכדרב גידל יש להבי' ראיה דאפי' בנשואין ראשונים דידיה מהני תנאה שהרי התם לגבי האשה הזו נשואין שניים שהרי בתה מורכב לה על כתפה ובדידה קטרח להתנות ע"מ שיזון אותה הבעל הזה חמשה שנים ומוקמינן לה כרב גידל דבאמיר' בעלמא מתחייב ומוקמינן בדרב גידל בנשואין ראשונים דוקא, איברא כי לפי מ"ש הריב"ש ז"ל בסי' שמ"ו הביא דבריו מרן ב"י בא"ה סי' נ"א דאפשר דלא חלקו בין נשואין ראשונים לשניים אלא באב הפוסק ע"י בנו או בתו שעל זה נזכר בירושלמי אבל חתן עצמו הפוסק לאשתו אפי' בנשואין שניים וכו' שכן נראה מדברי רבינו ז"ל עכ"ל.

הנה אין משם ראייה דאפש' דלגבי אב לגבי בנו או בתו בעינן נשואין ראשונים מצד שניהם ומאי דמהני תנאי דברים לגבי בעל אפי' דליכא נשואין ראשונים לגבי דידה משום דלגבי בעל הפוסק לאשתו אפי' נשואים שניים מהני תנאה וע"כ לחלק בהכי שהרי בנשו' שניים מצד שניהם אין ספק דלא מהני תנאה דדברים בעלמא לגבי אב הפוסק לבנו או לבתו וכמ"ש בהדייא כל הפוסקים ודוקא בנשואין ראשונים ולפחות בעינן שיהיו ראשונים לגבי אחד מהם כדי שיתחייב בדברים כמבואר ואלו לגבי בעל עם אשתו אפי' דלגבי דידיה ודידה הוו נשואין שניים אהני תנאי דברים להתחייב ומנא אמינ' לה מאותה סוגייא דר"פ הנושא דק"ב ע"ב דפריך רבינא לרב אשי דאמר דברים הללו לא ניתנו ליכתב מדת' בנו' בנותיהם נזונות מב"ח והיא ניזונת ממשעבדי ומשני בשקנו מידו והד' פריך אי בשקנו מידו אפי' בנו' נמי ומשני בשקנו לזו ולא לזו והדר פריך ומאי פסק' ומשנינן איהי דהוואי בשע' קנין מהני להו קנין בנות דלא הוו בשעת קנין לא מהני בהו קנין והדר פריך מי לא עסקינן דבנות נמי הוו בשעת קנין והיכי דמי כגון דגרשה ואהדרה אלא כו' יע"ש.

והנה מהך דפריך מי לא עסקינן דבנות נמי הוו בשעת קנין והיכי דמי כגון דגרשה ואהדרה מוכח דאפי' בגרשה ואהדרה דהוו נשואין שניים דידיה ודידה מהני נמי תנאי דברים ומשו"ה פריך שפיר דכיון דמשכחת לה דגרשה ואהדרה ומהני בה תנאי דברים ואפי' הכי אוקימת' לה בשקנו מידו דמש"ה גובה מן המשועבדים א"כ בנות נמי בשקנו מידו מיירי דומיא דבת אשתו ואמאי גבי מב"ח אבל בשגרשה ואהדרה דהוו נשואין שניים לגבי דידיה לא מהני ביה תנאי דברים בעלמא לגבות אפילו מב"ח וע"כ לאוקמה בשקנו מידו אפי' לגבי בת אשתו א"כ מאי פריך מינה לרב אשי דאמר דברים הללו לא ניתנו ליכתב דאטו לדידך מי ניחא דכיון דמתני' סתמא מיירי ואפי' בגרשה ואהדרה א"כ לגבי בת אשתו ע"כ לאוקמה בשקנו מידו דאי לא הו"ל תנאי דברים בעלמא ולא קני וכיון שכן לגבי בנות נמי בשקנו מידו הוא ואמאי לא גבו מן המשועבדים כיון שקנו מידו ודוק.

שוב ראיתי שאין מכאן ראיה דודאי כי מוקמינן לה בשגרשה ואהדרה ודאי דכי פסקה עמו לזון את בת אשתו בתר דגרשה ואהדרה צריך שיהיה בקנין כיון דהוו נשואין שניים לגבי בעל וליכא שמחה מיהו ליכא למידק דדומיא דתנאי דפיסוק דבת אשתו הוי נמי תנאי דבנות נמי דידיה והיינו דוקא בקנין משום דאיכא למימר האי כדיניה והאי כדיניה בנותיו דאיתנהו בתנאי ב"ד ולא בעי קנין מסתמא לא קנו מידו אבל בת אשתו דליתא בתנאי ב"ד ואיהו פסק לה ולא סגי באמירה בעלמא כיון דהוו נשואין שניים מסתמ' קנו מידו ולהכי בת אשתו דאית לה קנין גובה מן המשועבדים בנותיו דליתנהו בקנין גבו מב"ח אבל לרב אשי פריך תלמודא שפיר דלדידי' דמשמע ליה דבת אשתו נמי לא גבי ממשעבדי אלא בדקנו מידו וכשלא קנו מידו גובה מב"ח ולדידיה תנא דמתני' דקתני דבת אשתו גובה ממשעבדי בהכי מיירי בשקנו מידו דוקא ע"ז קמתמ' תלמוד' דא"כ דנחית תנא למתני גבי בת אשתו דגובה מן המשועבדים בדקנו מידו אמאי לא נחי' לאשמו' נמי גבי בנות דגבו ממשעבדי בדקנו מידו וגרשה ואהדרה אלא ודאי דליתא דלרב אשי בת אשתו אפי' בלא קנין גובה מן המשועבדים ותנא קא סתים ותני דבת אשתו לעולם היא גובה מן המשועבדים דאי בנשואין ראשונים אפילו שלא קנו מידו ובדברים בעלמא היא גובה מן המשועבדים דדברים הללו ניתנו ליכתב ואי בנשואין ב' לעולם לא גבי אפי' מב"ח אלא בקנין וכיון שקנו מידו גובה מן המשו' לא כן בבנות דידיה דמשכח' לה דגובה מב"ח ולא ממשעבדי בשלא קנו מידו וסמך אתנאי ב"ד וכיון דמשכחת לה דגוב' מב"ח ולא ממשעבדי לא קשיא אמאי לא תני תנא דגבו ממשעבדי בשקנו מידו וגרשה ואהדרה דתנא מילתא פסיקתא קתני דבת אשתו לא משכחת לה דגבי אלא מן משעבדי אבל

בנות גבו מב"ח בשלא קנו מידו באופן דאכתי שפיר איכא למימר דבעל נמי לא מתחיי' בדברים אלא בנשואין ראשונים ולא בשניים וההיא דפ' הנושא לא מכרעא וכדאמרן.

ובהכי ניחא דהריב"ש ז"ל שחילק בין בעל לאב לא הביא ראיה מההיא דפ' הנושא דאיכא למידחי כמדובר ומ"מ מדברי הריב"ש ז"ל הללו יש לפשוט הספק הזה שנסתפק הרב נ"מ ז"ל דאם איתא דלגבי אב הפוסק לבנו או בתו בעינן שיהיו נשואין ראשוני' מדידיה ודידה ואי לאו הכי אפילו שיהיו ראשונים לגבי אחד מהם לא משתעבד אמאי לא פשיט הריב"ש ז"ל דלגבי בעל עם אשתו לא בעינן נשואין ראשונים מדחזינן בפרק הנושא דבעל שפסק לזון את בת אשתו בקנין דבריה' בעלמ' משתעבד וכדרב גידל הרי דאפילו שהאשה היתה נשואה מקודם ולגבי דידה הוו נשואין שניי' הבעל מתחיי' בדברים בעלמא ולגבי אב בעינן שתהיה אשתו ראשונה ובעל רא' אלא ודאי דלגבי בעל לא בעינן נשואין ראשונים ואמאי אמרה הרב ז"ל לסברתו בדרך אפשר אלא ודאי דמשמ' ליה להריב"ש דנשואין ראשונים לגבי א' מהם בעי' ולהכי ליכא שום ראיה מההיא דפ' הנושא דאפש' דבבעל הפוס' בנשו' ראשונים דידיה הוו וכ"ש לפי מה שדחה הרב נ"מ ז"ל דברי הריב"ש שם בדצ"ב ע"ב מדברי הירושלמי שחלקו בין נשואים ראשונים לשניים בבעל עצמו דעלה דמתניתין דהפקחין היו כותבין אמרו ובלבד מן הנשו' הראשונים כו' יע"ש, דלפ"ז מבואר הדבר דנשואין ראשונים היינו לגבי אחד מהם כמובן.

ואת זה חזיתי להרב נ"מ ז"ל בדף צ"ב ע"ד שכתב דמדברי התוס' והרא"ש יש להוכיח הפך דברי הריב"ש שהקשו עלה דהך מילתא דרב גידל מפלוגתא דאדמון וחכמים גבי הפוסק מעות לחתנו ופשט לו הרגל כו' ואמאי כיון שהן דברים הנקנין באמירה מוציא ממנו בב"ד מה שפסק לו ותרצו דמיירי בנשואין ב' דלא קנו באמירה ואם כדברי הריב"ש ז"ל אכתי לא מתרצא דקתני התם בברייתא לא נחלקו על הפוסק לחתנו כו' על מה נחלקו על אשה שפסקה היא לעצמה אדמון אומר דסבור אני כו' ואם איתא דאפי' בנשואין ב' כשפסק' היא לעצמה קנה הבעל באמירה איך שייך לומר דסבו' אני כיון שהיא חייבת מהדין לפרוע לו מה שפסקה לעצמה ויכול להוציא ממנה בב"ד מה שפסקה לו אלא עכ"ל דאף לגבי דידה בנשואין שניים לא קנה עד כאן לשונו.

ואין זו ראיה לע"ד לדחות דברי הריב"ש דאפשר דאף הריב"ש אזיל ומודה דכל שהאשה יכולה לטעון דסבורה אני שאבא פסק עלי טענה אלימתא היא ואפי' בנשואין ראשונים מצי למטען הכי ועיין בשי' מקובצת מ"ש שם הרשב"א ז"ל בטעם הדבר דמיירי שפסקה במעמד אביה ואביה שתק אבל בפוסקת שלא במעמד אביה תשב עד שתלבין ראשה והריב"ש ז"ל לא אמר דבשפסק' היא לעצמה בנשואין שניים קני באמירה בעלמא אלא

כשפסק' לעצמה ואינה יכולה לטעון טענה זו דאז ודאי גמרה והקנה בדברים בעלמא ואינו תלוי זה בזה מיהו הוה מצי הרב ז"ל להביא ראיה מדברי חכמים דפליגי אאדמון ואמרו תשב עד שתלבין ראשה דלדידהו הלא מצי למטען כסבורה אני שאבא פסק עלי אם כן הוה ליה כשאר נשים דפוסקות לעצמן וכיון שכן אמאי תשב עד שתלבין ראשה יכופו אותה לקיים דיבורה כיון שקנה הבע' בדברים בעלמא ואפי' בנשואין ב' אם איתא לדברי הריב"ש וכמו כן יש לדקדק מדברי אדמון דמתניתין דאמר יכולה היא שתאמר אילו אני פסקתי לעצמי אשב עד שתלבין ראשי כו' ואמאי תשב עד שתלבין ראשה כשפסקה היא לעצמה ישלם לה מה שפסק דהן הן הדברי' הנקנין באמירה א"ו דאף לגבי דידה בנשואין שניים לא קנה ומהתימה על הרב ז"ל שהעלים עין מזה.

ועוד זאת חזי הוית בדברי הרב ז"ל דברים תמוהים שכתב ע"ש וז"ל וכן מצאתי במרדכי פ' נערה אההיא דכתב לה פירות כסות וכלים שכתב וז"ל ה"ה אם לא כתב אלא באמירה בעלמא ור' שמואל בר רב פי' דהא דנקט כתב לו משום דבירוש' מחלק בין נישואין ראשונים לשניים דלא קני אלא בכתיבה משום הכי נקט מלתא פסיק' עכ"ד, וההיא בכתב הבעל לאשתו מיירי ועכ"ז כתב דמשו' הכי נקט ולא באמירה משום דמילתא פסיקתא קתני ואף בנשואין שניים דלא קני באמירה הרי דגם בחתן הפוסק לעצמו לא קני באמירה בנשואין ב' כלל ודברים אלו יש לתמוה אם יצאו מפה קדוש דההיא דכתב לה פירות כסות וכלים מבואר בגמ' בפ' נערה דמ"ז ע"א דבכתב לה האב לבתו מיירי כמ"ש שם רש"י ז"ל וכמבואר שם ולית לה פתרי באופן אחר כאשר יראה הרואה והדא מן התימה וצ"ע.