בעזהי״ת

ספר

משנת שלמה

על

מסכת קדושין

נושא ונותן בדברי רבותינו הראשונים והאחרונים
ובפסקי הרמב״ם והשו״ע
ועינים שנדונו בבית הדין הלכה למעשה

חיברתיו וערכתיו
בעזרת הבורא יתברך שמו
עבד ה׳ **שלמה** ב״ר אברהם **שלוש** ס״ט
הרב הראשי וראב״ד חיפה

הובא לדפוס
שנת ידיו רב לו **ועזר מצריו** תהיה (התשס״ו)

כל הזכויות שמורות
למחבר ולבאי כוחו

כתובת המחבר:
הרב שלמה שלוש
ת.ד. 5232 חיפה
טלפקס: 04-8660803, 04-8642024

ישיבת מזרשה רח' השילוח 6 חיפה
טלפקס: 04-8673539

ברכות מאליפות

יחזלו על ראשי ידידינו הדגולים בעלי החסד, רבי הפעלים,

מתמכין דאורייתא, מזקירי רבנן הני תרי צינתרי דדהבא

האחים שלא יפרדו

ר' יוסף נ"י זיעקב ביסון נ"י

מטורנטו - קנדה

אשר נדבה רוחם אותם וזהילו מכספם

להוצאת הספר לע"נ סבם היקר

ר' יוסף רביבו בן אסתר ז"ל

נלב"ע ביום י"ג שבט תשכ"ח

ת.נ.צ.ב.ה.

יהי רצון שזכות התורה תגן בעדם ובעד זרעם כי

"עץ חיים היא למחזיקים בה"

This book "MISHNAT SHLOMO"

Is dedicated by the families of

Joseph and Jacques Bitton

Of Toronto - Canada

In memory of their Cherished Grandfather

Rabbi Joseph Revivo ז"ל

Who learned and revered Torah

הסכמתו של מרן פאר הדור והדרו
שר התורה הרשל"צ, ונשיא מועצת התורה
הגאון הר' עובדי'ה יוסף שליט"א.

עובדיה יוסף
הראשון לציון
ונשיא מועצת חכמי התורה

OVADIA YOSSEF
RISHON LEZION
AND PRESIDENT OF TORAH SAGES COUNSIL

JERUSALEM ירושלים ... יוסף חסדי ...

הסכמה

הרבנו לפני חלונות הספר הנקרא שאלי שלמה", מאשר יקי אוזן. מיט שיין. בקונטרס הזה
תרבה השאלה מלקט אחד ומשפוך אחד מלחמי התורה בשקט טוהרה. וכל מאחלים צלנו מאחלים.
אין הוא הדין. כלקט לפי ערכו. ראוי אין אנו בדורנו, הרי החיזון חמשרשם ראשונים שלמה שלמה, הרבה הרבה
והולכים לתיכה ומחתוכ.

ובדורנו כיון כתבו ונפלתי מאחרונים כי כמה אלפים אין לבקיאות רבים ולחריפות מאחרונים ושרה. ואף
מיכוח אחיפוש בספרי ראשונים והגאונים הקדמונים יום ישנים. וזן פין יואת לאחרון. כשר
ה'ישתן. ועשרי יופיתו. בזה ומחרה יואתו. שיישר חילה לאורייתא.

ואני תפלה ואבקש מהקב"ה יתברך שיפתח לבבו בתורתו ויסודו מאיניתו חולה מתוך מרוב אומנות אומנות
ונפוצו מעליו כדאגת הטורדה אחרי ימים ושנות חיים לשוב ולבריאים. וכן יהי רצון.

בברכת התורה לאחרון

עובדיה יוסף

Rabbi Shmuel Auerbach
Jerusalem

שמואל אויערבאך
פעיהק ירושלים תובב"א

בית ירושלים בין השלשה משפן

RABBI SHALOM MESSAS
Chief Rabbi
and Head of Rabbinical Courts
Jerusalem, Israel

הרב שלום משאש
הרב הראשי
וראש אבות בתי הדין
לירושלים

נס"ד _____

כאור שמש כי יקר"ל. בן האיר ונזרח לנגד עיני סבי " משענת שלמה" ב"חלקים. מעשה ידיו להתבאר. על הדה"ג המופלא. וכבוד ה' מלא. וכתף שט עולה. תריך ובקי. שוקד על דלתיו התורה. ומעכבה את הרבים. הגאון מוהר"ר שלמה שלוש שליט"א. הרב הראשי וראשי"ב בחיבה רבה. הסבו כולו על ב' מסכתות. מסכת כתובות. ומסכת נזיר. מה שחידש בהיותו לומד עם הכולל שלו ומסודר עם ציונים ותשובות. וכל ענין וכל דבר. מלא ונבוך מקבלי ראשונים ואחרונים. לא מנח כנה. ונושא ונותן בהם עד מקום שיד שכלו מגעת. ונוב הנמצאים מניח ההכרעה לקורא. והדבה כמאים מכריע. באופן שראשית עבודה יבה ומסודרת כהוגן וכראוי. הבאה מאליה נקל. ישר חיליה ותוקפיה לאורייתא. ה' ישלח עזרו מקדש ויאריך ימים בטוב ובנעימים. להמשיך בעבודתו הקדושה והנכבדה. להאיר חכמים ובינים. לתוצלת הדור הזה"ד. אמן.

ואני מסיים בברכה כבה. והרב המחבר שישמח כתו ומילו בתורה. ויאריך ימים ושנים על ממלכתו בגי. בהוה ביום עשרה לאלול המעולה שנת ובאתי יתנשא לפן.

ש' שלום משאש

שלום משאש
הרב הראשי
• וראש אבות בתי הדין ירושלים ת"ו •
CHIEF RABBI OF JERUSALEM
Rabbi SHALOM MESSAS

הלשכה רחוב החבצלת 12 - ת.ד. 13, ירושלים 91000 טלפון: 6250606 פקס: 6258294
12 HACHAVAZELET ST. P.O.B. 13, JERUSALEM 91000 - ISRAEL TEL. 6250606 FAX: 6258294

ישיבת באר יעקב
Rabbinical College Yeshivat BE'ER-YAAKOV

בס"ד

הרב מ.ש. שפירא
ראש הישיבה

Rabbi M.S. Shapiro
Dean

תאריך: ג' אדר ב' תשס"ו

לכבוד מעכ"ת הגאון רב הפעלים רבי שלמה שלוש שליט"א
רב וראב"ד דחיפה,נעימות בימינו נצח.

הריני להודות לו על ספרו החשוב "משנת שלמה" ובו חיזו"ת שמסרם בפני תלמידי הכולל המפואר אשר בישיבת מורשה בעיר חיפה,
ואני ברכה כי יוסיף לעשות מטובו עוד כחנה וכהנה לשמחת הרבים.

בכבוד ובהוקרה

רח' הישיבה ת.ד. 3, באר יעקב 70350 טלפקס: Telfax:08-9282166 טל: Tel: 08-9212679 P.O.B 3 Be'er Yaakov 70350

Shlomo Moshe Amar
Rishon Lezion Chief Rabbi Of Israel

שלמה משה עמאר
הראשון לציון הרב הראשי לישראל

בעהית"ש. בחמישי בשבת שמנה עשר יום לחדש אב הרחמן התשס"ד.
ס"ד/849-18-1

אגרת ברכה

שיר המעלות לשלמה.

אשירה נא לידידי שירת דודי לכרמו, עטרת תפארת משנת שלמה. בוצין בוצין מקטפיה ידיע, חכם מוכשר וצניע, את עצמו בעמל התורה השקיע, לילה כיום יאיר ככוכבי רקיע, ודברי א-ל-הים חיים שומע ומשמיע, זה האיש שכל חבריו מחכמתו ירתיע, ובעודו צעיר לימים שמו פקיע, כי תורתו מכרזת עליו דלהוי ידיע. ומאו נכנס לכהן פאר כרב ודיין, קנה לו שם של שנון וחריף ובקיא בכל ענין, פסקן וכתבן לובש צדק כשיריין, ותוארו ההולמו "הדיין המצויין". מברר ומלבן דברי קדמונים, ומוסיף מן החדש, מימיו נאמנים, יוצאים מן המקדש, בעת עלה ונתעלה לאב בית דין מקודש, וכל העם עונים מקודש מקודש. צאנה וראינה שערי ציון במלך שלמה, בעטרתו זו הכתרתו בבית אולמו, כראש הרבנים וכתר הדיינים לכל תחומו, בעטרת תפארת היתה המשרה על שכמו כקש"ת מורנו ורבינו הגאון הגדול רבי שלמה שלוש שליט"א הרה"ר וראב"ד חיפה ת"ו.

אשר זה עתה קבלתי ספרו הגדול והנהדר, דין איהו הדר, בקדש נאדר, זה שמו הטוב "משנת שלמה" על מסכת גיטין, והוא גדול האיכות והכמות בפ"י, ואמת אומר שאיני ראוי ואיני הגון לכתוב בשבח המחבר והחיבור, אשר קטנו עבה ממותני, וענותו תרבני, שפנה לצעיר כמוני, ורק זאת אומר, כי זכינו בחסדי ה' שכב' הגרש"ש שליט"א מאיר בתורתו בדורנו זה, ואשרי המסתופפים בצלו, כי תורתו תורת אמת, וחכמתו מתקיימת, כי יראתו קודמת, לעד היא קיימת, בפתילים וחותמת, ויהי רעוא דיאריכו ימיו ושניו בבריות גופא ונהורא מעליא ושלמא רבה מן שמיא, ורו"נ מכל יוצאי חלציו בגו"ר, וחן וחסד בעיני א-ל-הים ואדם, אמן.

המצפה לישועת ה' על עמו ועל נחלתו בקרוב,

ע"ה שלמה משה עמאר
הראשון לציון הרב הראשי לישראל



תוכן הענינים

סימן א אם יש מצות עשה בקדושין..... ט
סימן ב רצון הבעל והאשה בקדושין..... יט
סימן ג קנין כסף בקדושין..... כט
סימן ד האם צ"ל התקדשי לי בזה..... לג
סימן ה קדושין במחובר וטלי קדושיך מעל גבי קרקע..... לח
סימן ו קנין חליפין בקדושין..... מד
סימן ז קנין חליפין בעכו"ם..... נ
סימן ח זכויות האב בשבח הנעורים..... נה
סימן ט קנין חופה בקדושין..... ס
סימן י לשונות המועילים בקדושין..... עא
סימן יא קנין שטר בקדושין..... עו
סימן יב נתן הוא ואמרה היא..... פה
סימן יג המקדש בהנאת מחילת מלוה..... צג
סימן יד מתנה על מנת להחזיר..... קא
סימן טו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך..... קו
סימן טז קידשה בחפץ סתם אם צריך שומא בקדושין..... קיב
סימן יז המקדש במנה והניח לה משכון..... קיח
סימן יח בעל חוב קונה משכון..... קכד
סימן יט קידשה במנה ונתן לה דינר..... קכט
סימן כ קידשה במנה וזרקתו לים..... קלו
סימן כא קנין ביאה בקדושין..... קמד
סימן כב חיישינן שמא שו"פ במדי..... קמח
סימן כג חזקה דהשתא בקידושין..... קנו
סימן כד שתיקה דלאחר מתן מעות..... קסב
סימן כה קידשה בגזל דידה..... קסט
סימן כו אומר אדם לבתו צאי וקבלי קידושיך..... קעה
סימן כז שליחות בקדושין ובגיטין..... קפא
סימן כח עשה שליח לקדש לו אשה ומת..... קפז
סימן כט אין שליח לדבר עבירה..... קצב

סימן ל שליח נעשה עד ..... ר
סימן לא המקדש בתמרה ..... רו
סימן לב קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה ..... רי
סימן לג גילוי דעת בקדושין ..... ריח
סימן לד זבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י ..... רכא
סימן לה קדשה בגזל דאחרים ..... רכו
סימן לו קידש במעמד שלשתן ..... רלג
סימן לז המקדש באיסורי הנאה ..... רמב
סימן לח עני המהפך בחררה ..... רמז
סימן לט קדשתי את ביתי ואיני יודע למי ..... רנה
סימן מ נאמנות האב על גיל ילדיו וחזקה דרבא ..... רסד
סימן מא עדי קדושין שלא יחדו אותם ..... רעב
סימן מב עדים בממון וקדושין וגיטין ..... רפ
סימן מג אשת איש שזינתה בעד אחד ..... רצ
סימן מד תינוק הנמצא מהול ..... רצה
סימן מה נאמנות חיה ובעל המקח ..... שא
סימן מו קביעת ממזרות ..... שו
סימן מז יכיר ..... שיג
סימן מח קביעת יוחסין ע"י בדיקות דם ובדיקת רקמות ..... שכו
סימן מט קידשה אביה בדרך ..... שלג
סימן נ אם פונדקאית ..... שמג
מפתח מפורט ..... שנג

הקדמת המחבר

יתברך היוצר וישתבח הבורא כל יכול על הטוב אשר גמלני ברחמיו וברוב חסדיו אשר הגדיל ועשה עמדי ועם כלל ישראל, אשר נתן לנו את תורתו, זו תורה שבכתב וחיי עולם נטע בתוכנו זו תורה שבעל פה. וציוונו מלכנו לעשות ולקיים את החוקים והמשפטים להחיותינו כהיום הזה. חסדי ה׳ אזכיר תהילות ה׳ על החסד אשר גמלני שהחייני וקיימני וזכני לשבת באהלה של תורה מעודי עד היום הזה ולחדש חידושין דאורייתא ולהעלותם על שולחן מלכים מאן מלכי רבנן בשני חלקים ״משנת שלמה״ על מסכת כתובות ומסכת גיטין. והראשונים אזלו וכעת זיכני ה׳ בחסדו יתברך להביא לדפוס חלק שלישי על מסכת קדושין. ואמרו חז״ל בברכות דף ח׳. שאין לו לקב״ה בעולמו אלא ד׳ אמות של הלכה. לכן הנני נותן שבח והודיה על העבר ומודה על ההווה והעתיד שזיכני לסיים את ספרי זה על מסכת קדושין ביום הקמת המשכן, יום שהתעטר בעשר עטרות ואמרו חז״ל במדרש פרשת בחוקותי פ׳ כ״ו על הפסוק ואף גם זאת כי מה נשתייר להם לישראל זה ספר תורה ואף שאבותינו עברו כמה סבלות ותלאות, מ״מ אף דבר אחד מתורתינו הקדושה לא התבטל. ומעשה אבות סימן לבנים וכפי שאמרו חז״ל בברכות אין לו לקב״ה בעולמו אלא ד׳ אמות של הלכה והגמ׳ הוכיחה מזה ליישב דברי רבא דא״ל לרפרם בר פפא לימא לן מר מהני מילי מעליתא דאמרת משמיה דרב חסדא במילי דבי כנישתא א״ל הכי אמר רב חסדא אוהב ד׳ שערי ציון מכל משכנות יעקב, אוהב ד׳ שערים מצויינים בהלכה יותר מבתי כנסיות ובתי מדרשות והיינו דאמר רבי חייא משמיה דעולא מיום שחרב ביהמ״ק אין לו לקב״ה בעולמו אלא ד׳ אמות של הלכה.

והדברים צריכים ביאור, חדא דביקשו ממנו לומר מילי דמעליותא מדברים הנוגעים למעלת ביהכ״נ, וענה לו במעלת שערים מצויינים בהלכה ועוד מאחר דהזכיר בתי כנסיות ובתי מדרשות, הרי בבית המדרש יש שערים של הלכה ומאי אוהב ה׳ שערים המצויינים יותר מבתי כנסיות ובתי מדרשות והרב רבינו יונה הרגיש בזה וכתב ששערים המצויינים בהלכה הם מקום קביעת לימוד התורה בכל יום, מבתי כנסיות ובתי מדרשות שלומדים בהם תורה לפי שעה וכ״כ מהרש״א דבתי כנסיות ובתי מדרשות מצויין שם גדול וקטן ולומדים מהן מקרא ומהן משנה כדאמרינן בפרק אלו מציאות העוסקין במקרא מידה ואינה מידה במשנה מידה ונוטלין עליה שכרן בתלמוד אין לך מידה גדולה מזו וקאמר מיום שחרב ביהמ״ק אין לו לקב״ה בעולמו אלא ד׳ אמות של הלכה, נמצא דיש ב׳ סוגי בית המדרש ביהמ״ד שלומדים מקרא ומשנה ויש בית מדרש שבו חכמים מתכנסים לדון בעניני הלכה וזה האהוב לפני הקב״ה הנקרא שערים מצויינים בהלכה וכן נראה מדברי הרמב״ם בפרק ח׳ מהלכות תפילה ז״ל בית המדרש גדול מבית הכנסת וחכמים גדולים אף על פי שהיה בעירם בתי כנסיות הרבה לא היו מתפללים אלא במקום שהיו עוסקים בתורה ע״כ הרי מדברי הרמב״ם המעלה של בית מדרש הוא משום שחכמים היו עוסקים בתורה וקובעים את לימודם וזה נקרא שערים מצויינים בהלכה ועל כך מביאה הגמ׳ ראיה דמיום שנחרב ביהמ״ק אין לו לקב״ה אלא ד׳ אמות של הלכה ופירש המהרש״א דכמו דביהמ״ק חשוב מבתי כנסיות ובתי מדרשות כן שערים המצויינים בהלכה מעלתם כמו ביהמ״ק ביחס לבתי כנסיות ובתי מדרשות וזה מסביר דברי הגמ׳ פרק בני העיר ואהי להם למקדש מעט אלו בתי כנסיות ובתי מדרשות, אבל שערים המצויינים חשיבי טפי דמעלתם מרובה.

ומצאנו מעלת בתי מדרשות שעוסקים בהם בתורה מדאמרינן ברכות ח׳. אמר אביי מריש הוה גריסנא בגו ביתא ומצלינא בבי כניסתא כיוון דשמענא להא דאמר רבי חייא בר אמי דמיום שחרב בית המקדש אין לו לקב״ה אלא ד׳ אמות של הלכה לא הוה מצלינא אלא היכא דגריסנא רבי אמי ורב אסי אע״ג דהוו להו תליסר בי כניסתא בטבריא לא מצלו אלא בני עמודי היכא דהוו גרסי וכתב מר״ן בכסף משנה בפרק ב׳ מהלכות תפילה שרבני צרפת היו אומרים שתפילת יחיד בביהמ״ד עדיף מתפילה בציבור בביהכ״נ. אמנם הרמב״ם שם בהלכה ג׳ כתב מעלת בית המדרש שרבנים היו מתפללים במקום שלומדים

אע״פ שיש להם ביהכ״נ ומ״מ בעינן שיתפללו בציבור. והקשה רבינו יונה אי״כ מה רבותא להתפלל בביהמ״ד ותירץ דבבית הכנסת יש הרבה ציבור וברוב עם הדרת מלך מ״מ ביהמ״ד היכן שלומד עדיף טפי. וחידש רבינו יונה דלפי הרמב״ם בהלכות תפילה בבית מדרש בעי עשרה היינו במי שדרכו לילך מביתו למקום אחר ללמוד כיוון דבין כך מתבטל בהליכתו, אבל מי שלומד בביתו ולא הולך למקום אחר תפילה בביתו במקום שלומד יותר חשובה אפי׳ ביחיד.

והרא״ש חולק וס״ל זמן תורה לחוד וזמן תפילה לחוד ויש ללכת למקום להתפלל בעשרה, בפרט ת״ח שאם לא ילך ילמדו ממנו אחרים ולא יתפללו בציבור ונמצא בתי כנסיות בטלות עכת״ד הכסף משנה. הרי גדול מקום שלומדים בו תורה עד כדי כך שלרבני צרפת יוכל להתפלל שם ביחיד. ולהרמב״ם אע״פ שביהכ״נ מלא וברוב עם הדרת מלך סגי מניין בצמצום. רואים מכאן כמה מעלת התורה שמקדשת המקום ומשרה שכינה באותם שערי ציון ועל כך אמרו מלאכי השרת כששמעו שהקב״ה משרה שכינתו בתחתונים ככתוב ״ועשו לי מקדש ושכנתי בתוכם״, אמרו תנה הודך על השמים דהיינו טענו מדין בר מצרא ואע״ג דבמתנה אין דין בר מצרא והקב״ה נתן את התורה במתנה דכתיב ״כי לקח טוב נתתי לכם״, מ״מ מצאנו שגם בתורת מקח נתנה לנו דכתיב ״ויקחו לי תרומה״ לשון מכירה דאמר הקב״ה מכרתי לכם תורתי, מכרתי לכם עצמי עמה. ולפ״ז יש מקום לטענת המלאכים דכיוון דבתורת מקח מכר את התורה לעם ישראל, מגיע להם שהקב״ה ישרה שכינתו למעלה ויתן להם התורה מדינא דבר מצרא דהקב״ה צדיק וישר הוא אלא הגמ׳ אומרת בפי׳ המקבל ששותפים אין להם דינא דבר מצרא ולכן הקב״ה הסמיך הקמת המשכן לשמירת שבת, דכל שומר שבת הרי הוא שותף לקב״ה במעשה בראשית וכן פרשת דינים משפטים סמוך לפרשת המזבח, לומר דכל דיין שדן דין של אמת לאמיתו נעשה שותף לקב״ה במעשה בראשית לכן לית דינא דבר מצרא.

וכן הביאה הגמ׳ שם כמה סוגים שאין בהם דין בר מצרא אשה שכני העיר יתום ת״ח וקרוב וכו׳ והיות וישראל הם קרובים לקוב״ה כמו שכתוב לבני ישראל עם קרובו ואמר הקב״ה לישראל אני אביכם ואתם בני עשו בית לאב שיבוא וישהה אצל בניו ולכן אין דין דבר מצרא. ועוד מצאנו מעלת ישראל יותר מהמלאכים דדרשו חז״ל על הפסוק ולא קרב זה אל זה כל הלילה שביקשו מלאכים לומר שירה ואמר להם הקב״ה מעשה ידי טובעים בים ואתם אומרים שירה והנה מלאכי השרת היו מחזרין כל הלילה לומר שירה מאהבת הנס שעשה הקב״ה לישראל ובנ״י אמרו שירה למחרת כשעלו מים סוף ופצו בנ״י בשירה. והסביר בעל שמע יעקב פרשת בא מה טעם רצו מלאכים לומר שירה ותירץ ע״פ מה שאמרה הגמ׳ בפרק האומר נט. בדין עני מהפך בחררה ובא אחר ולקחה, נקרא רשע ואמרה הגמ׳ דווקא שהמוכר מתרצה לשניהם אבל אם מתרצה אלא לאחד מהם אין דין עני מהפך בחררה והגמ׳ הוכיחה מרבין חסידא אזיל לקדושי ליה איתתא לבריה קידשה לנפשיה והקשתה הגמ׳ היכי עביד הכי ותירצה דלא היו רוצים לתת הכלה לבנו ונחלקו רש״י ותו״ס האם דין זה נאמר במכר או אפילו בהפקר ומתנה ורש״י פירש דאפילו בהפקר ומתנה יש דין עני מהפך בחררה והתו״ס והרא״ש חולקים וס״ל דרק במכר יש דין עני מהפך בחררה כיוון דיכול להשיג במקום אחר אבל בהפקר ומתנה לא שייך עני מהפך בחררה כיוון דלא יכול למצוא במקום אחר. ורש״י הוכיח דיש דין עני מהפך בחררה בהפקר מפרק הנזקין בעני המנקף בראש הזית מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום אף דהוי הפקר והתו״ס ישבו הטעם שם כיוון דהוא טורח בזה להפילם לארץ וסמכא דעתיה עלייהו ואותה שאמרו בפרק לא יחפור מרחיקין מן הדג כמלא ריצת הדג אף דהוי הפקר היינו טעמא משום שיורד לאומנותו כדאמר התם האי בר מבואה דאוקי רחייא ואתא בר מבואה ואוקי בהדיה מצי לעכובי עליה דא״ל קא פסקת לחיותאי ע״ש. ולכן מלאכי השרת ביקשו לומר שירה ובאו בנ״י ואמרו במקומם א״כ יש כאן דין עני מהפך בחררה על זה אמר להם הקב״ה מעשה ידי טובעים בים ואתם אומרים שירה הרי דהקב״ה עיכב בעדם ובאופן דהמוכר רוצה למכור רק לזה כעובדא דרבין חסידא אין דינא דבר מצרא ואף דמלאכי השרת היו מחזרין לומר שירה מהערב וע״ז סיים רבי

חייא שמלך השלום עשה שלום ביניהם דס״ל כרש״י דאף במתנה והפקר שייך ועשית הישר והטוב ויש דין עני מהפך בחררה ולכן הקב״ה עיכב בעדם דבחר בישראל. ולכן המלאכים לאחר שלא זכו בטענתם, עם ישראל באו לטעון שמגיע להם לומר שירה לפני הנשים דמ״מ הם עוסקים בכך ולכן עושה השלום דס״ל דמתנה והפקר ליכא משום ועשית הישר והטוב ולכן הזכות לגברים לפני המלאכים אלא עושה השלום עשה שלום ואיפשר למלאכים לומר שירה לפני הנשים כיוון דהיו עוסקין בכך. וזה רב השלום עשה שלום ביניהם דנתן זכות לגברים כלפי המלאכים ולמלאכים זכות קדימה בנוגע לנשים.

אמנם רבי לוי ס״ל דבמתנה והפקר ליכא משום ועשית הישר והטוב וליכא דין עני מהפך בחררה והמלאכים סברי דאיכא דין עני מהפך במתנה והפקר ולכן ביקשו לומר שירה ועמדו לדין כלפי גברי וגם כלפי הנשים ונדחו, דגם נשים אמרו שירה לפני המלאכים והקב״ה השיבם דועשית הישר והטוב שייך רק באופן דפסיק ליה לחיותיה כמו בבר מבואה דאוקי רחיא דמעכב מדין קא פסקת לחיותה אבל מלאכים לא יכולים לטעון כן דחיים וקיימים לעולם, והדר דינא דליכא דינא דבר מצרא וישראל יש להם עדיפות לפני מלאכי השרת ובזה הסביר דברי דוד המלך בתהילים ס״ח. מלאכי צבאות ידודון ידודון ונוות בית תחלק שלל דכפל ידודון ידודון לרמוז שתי דחיות שנדחו מלאכי השרת בפני הגברים ובפני הנשים ולפי שהם מחזרין בדבר תחילה א״כ יהיה לכם דין קדימה על זה, ממשיך ונוות בית תחלק שלל לא היה אלא במתנה בעלמא. וזה ג״כ טענתם בקבלת התורה שמגיע להם לפני בני״י כי כל הקרוב לפני הקב״ה חביב ולכן באו בדין עני מהפך בחררה ונדחו, על זה אמר נעים זמירות ישראל מלאכי צבאות ידודון ידודון נדחו פעמיים פעם בשירה ופעם במעמד הר סיני ולכאורה הרי הם מחזרין אחרי זה על זה אמר הקב״ה ונוות בית תחלק שלל דהוי מתנה ובמתנה ליכא דין עני מהפך בחררה.

ותמה הרב למה בשירה על הים נשים אמרו שירה אחר הגברים ובמעמד הר סיני כה תאמר לבית יעקב אלו נשים ותגיד לבית ישראל אלו גברים למה התחיל בנשים וכתב ליישב במתק שפתיים עפ״י הגמ׳ כתובות דף צ״ה הלוקח מהאיש וחזר ולקח מהאשה מקחו בטל דיכולה האשה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי. אבל לקח מהאשה תחילה המכר קיים ולכן הקב״ה רצה לזכות הנשים ג״כ ואם היה מצווה לגברים תחילה הנשים היו נמשכות אחרי רצונם של הגברים הרי יש טענה לומר שאנו לא רצינו לקבל אלא נחת רוח עשיתי לבעלי אבל עכשיו כשהקב״ה הודיע קודם לנשים כה תאמר לבית יעקב אלו הנשים זכו הנשים בקבלת התורה והקדים הנשים כדי שהגברים ישאו ק״ו בעצמן אם נשים שנגאלו ממצרים בזכות עצמן כנאמר בגמ׳ סוטה בזכות נשים צדקניות נגאלו בני״י ממצרים ק״ו אנו הגברים שיציאתנו על מנת שנקבל את התורה.

ויש לדקדק בדברי ר״ע בסוטה י״א בזכות נשים צדקניות שהיו באותו דור נגאלו בני״י ממצרים וקשה הרי הקב״ה הבטיח לאברהם אבינו ואחר כן יצאו ועוד אומרת הגמ׳ בזכות אם תשכבון בין שפתיים זכו ישראל לביזת מצרים, וקשה מה הקשר בין אחד לשני ועוד הגמ׳ בברכות פ״ב דבר נא אמר רבי ינאי אין נא אלא לשון בקשה א״ל הקב״ה למשה בבקשה ממך לך אמור להם לישראל בבקשה מכם שאלו ממצרים כלי כסף וכלי זהב שלא יאמר אותו צדיק ועבדום ועינו אותם קיים בהם ואח״כ יצאו ברכוש גדול לא קיים בהם, ועל זה קשה מה הכוונה שלא יאמר אותו צדיק הרי הקב״ה הבטיח ואח״כ יצאו ברכוש גדול והביא דברי הר״ח אלפנדרי זצ״ל דתלה במחלוקת רבי יונתן ורבי יאשיה במה שאמרה הגמ׳ ומכה אביו ואמו מות יומת האם בעינן שניהם ביחד דו׳ מחברת או ו׳ החילוק וחייב אפי׳ על אחד מהם ומרן ביו״ד סי׳ רכ״ח כתב בשם הרשב״א דאם אדם השביע את חנוך בנו שלא ילווה לשום אדם אלא ברשות ראובן ושמעון ומת שמעון האם יכול חנוך להלוות על דעת ראובן וכתב דזה תלוי בפלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה ואכן קימ״ל כרבי יונתן דאו זה או זה וכו׳ ולפיכך אמר הקב״ה למשה לך אמור להם לבני״י שישאלו איש מאת רעהו ואשה מאת רעותה כדי שיצאו ברכוש גדול שלא יאמר אותו צדיק ועבדום ועינו אותם קיים בהם דהיינו ו׳ החיבור דבעינן תרתי עבדום

ועינו אותם ובקרא כתיב וגם את הגוי אשר יעבדו דן אנוכי ואח״כ יצאו ברכוש גדול ו׳ לחלק ופטר נפשיה במכות שדנם קוב״ה כיוון דקימ״ל כרבי יונתן דו׳ לחלק והיה קוב״ה פטור מעצם הדין מלתת להם הרכוש דאו מלקות או רכוש והשתא שנתן להם מלקות נפטר אבל כדי שלא יאמר אותו צדיק לכן דבר נא וכו׳. ולכאורה לרבי יאשיה דבעי תרתי עבדום ועינו אותם ארבע מאות שנה תרתי איך בני לקחו הרכוש הרי לא השלימו העבודה וגזל בידם, בשלמא לרבי יונתן ועבדום או עינו ארבע מאות שנה דקושי השעבוד השלים העבודה אבל לרבי יאשיה הרי כך היתה גזירתו של מקום אלא ודאי השתא דהקב״ה הוציאם ברכוש היינו מכח החבטחה ואע״פ שלא השלימו ארבע מאות שנה השלימו העבודה בקושי השעבוד כרבי יונתן דקימ״ל כוותיה.

ואיתא במדרש נשא ויהי ביום כלות משה להקים את המשכן מהו ויהי אמר רבי יהושע תנאים עשה הקב״ה עם ישראל עד שלא יצאו ממצרים שאינו מוציאם משם אלא ע״מ שיעשו לו משכן וישרה שכינתו ביניהם כמו שכתוב וידעו מצרים כי אני אלוקיהם אשר הוצאתי אותם מארץ מצרים לשוכני בתוכם. וקשה הרי היתה הבטחה בבין הבתרים ואחרי כן יצאו ברכוש גדול ולמה צריך תנאי אחר, אלא בברית בין הבתרים היתה הגזירה ארבע מאות שנה ובפועל הקב״ה חישב את הקץ ועבדו רק מאתים ועשר שנים על זה בא המדרש דעל דעת שיבנו משכן הקב״ה הוציאם לפני הזמן ואם לא יקבלו התנאי של בניית המשכן יצאו בזמן אחר ארבע מאות שנה.

וראיתי בספר שמע יעקב תרומה דבזה מסביר את הפסוק ויקחו לי ולא ויתנו לי תרומה דהיינו ויקחו לי מהרכוש שלי דהיות והקב״ה אמר לאברהם אבינו ועבדום ועינו אותם ארבע מאות שנה וגם את הגוי אשר יעבדו דן אנוכי ואח״כ יצאו ברכוש גדול בשלמא לרבי יונתן הממון מגיע לבנ״י כדין אע״פ שלא עבדו בפועל ארבע מאות שנה כיוון דקושי השעבוד השלים השנים אלא לרבי יאשיה דכך היתה גזירתו יתברך ועבדו ועינו ו׳ החיבור תרתי וכל שלא עבדו ארבע מאות שנה לא מגיע להם הרכוש נמצא מה שלקחו גזל בידם ואיך אפשר לעשות בו משכן הרי הקב״ה שונא גזל בעולה אלא ע״כ הקב״ה נתן להם והכסף מאיתו יתברך וזה מאמר הכתוב ויקחו לי לא משלהם הם נותנים אלא משלי שנתתי להם ואין להם לחוש משום גזל כיוון שלקחתי את עם ישראל לי לעם בהיותם עם סגולה וגוי קדוש וקימ״ל הקדש חמץ ושחרור מפקיעים מידי שעבוד וזה מאמרו יתברך שמו למשה רבינו בהוציאך את העם ממצרים תעבדון את האלוקים על ההר הזה. ודבר אלוקים יקום לעולם ועל ידי דבריו יתברך הוי מעשה והופקעו מידי שעבוד וזו כוונת קוב״ה בעשרת הדברות אנוכי ה׳ אלוקיך אשר הוציאך מארץ מצרים דהיינו ע״מ כן הוציאך ולכן ויקחו לי הממון משלי ואין לחוש לגזל.

ויש לתמוה איך הקב״ה בעל הרחמים על בריותיו דן את המצרים בתרתי מכות וממון, הרי אין אדם לוקה ומשלם דקים ליה בדרבה מיניה ובמסכת כתובות פרק ג׳ נחלקו רבנן ורבי נחוניה בן הקנה דלרבנן קים ליה בדרבה מיניה רק במיתת בי״ד ולר״נ בן הקנה אפי׳ במיתה בידי שמים ומגמ׳ שם מוכח דהלכה כרבנן דרק כשחייב בדיני אדם אמרינן קים ליה בדרבה מיניה ובמסכת ע״ז דף ע״א נחלקו רש״י ותו״ס אם בבן נח אמרינן קים ליה בדרבה מיניה דדעת רש״י הביאו התו״ס דבריו שם דגם בבן נח אמרינן קים ליה בדרבה מיניה ותו״ס נחלקו עליו וכתבו דבגוי נידון במיתה וממון וזו כוונת הפסוק וגם את הגוי זה גוי ולא אמרינן ביה קים ליה בדרבה מיניה ואת״ל כרש״י דבגוי גם אמרינן היינו בבי״ד אבל לא בדיני שמים לכן דן אנוכי וזוהי הסיבה דאח״כ יצאו ברכוש גדול ולא אמרינן קים ליה בדרבה מיניה ממ״נ הן מצד שזה גוי הן מצד אנוכי שדינם בדיני שמים לא אמרינן כן. ועי׳ בס׳ פרשת דרכים שהאריך גם כן בעניין קים ליה בדרבה מיניה.

ויש לדקדק למה הקב״ה נפרע מפרעה ומעבדיו כדכתיב ואכבדה בפרעה ובכל עבדיו ממ״נ אי אמרינן יש שליח לדבר עבירה בגוי למה עבדיו לקו ואי אין שליח למה פרעה לקה אמנם ע״פ הסוגיא בקדושין מ״ב. כתב ליישב הרב שמע יעקב פרשת יתרו ופירש ע״י מה שסיפר משה רבינו ליתרו ויספר משה לחותנו את אשר עשה ה׳ לפרעה

ולמצרים על אודות ישראל וייחד יתרו על כל הטובה וכו' עתה ידעתי כי גדול ד' מכל האלוקים וכתב דפרעה היה המסית את עמו כפי שמעיד עליו הכתוב ויאמר אל עמו הנה עם בנ"י רב ועצום ממנו ולכן מסית חייב ולמ"ד אין שליח לדבר עבירה למה לקה פרעה וכן יש שליח לדבר עבירה למה לקו המצרים והלא פרעה הוא המסית והוא המדיח וכתב ליישב דלמ"ד אין שליח לדבר עבירה שפיר המצרים לקו וגם פרעה לקה כיוון דחייב המסית בידי שמים ועונשו של פרעה שונה מעמו, דפרעה לקה בדיני שמים ועמו לקו בדיני אדם ולמ"ד יש שליח לדבר עבירה מ"מ המצרים לקו דחייבים בדיני שמים כיוון דעביד מעשה והשתעבדו בישראל ודמי לעשה שליח ולכן חייבים בדיני שמים ועוד דאיתא בבראשית רבה פרשת נח בן נח שעשה שליח להרוג חבירו חייב המשלח דכתיב שופך דם האדם באדם כלומר ע"י אדם אחר דמו ישפך והטעם כתב הרב דבנ"ח שונה מבנ"י דבישראל קימ"ל אין שליח לדבר עבירה ובבנ"ח יש שליח ולכן התחייב פרעה וגם המצרים התחייבו בידי שמים כיוון שיש להם הנאה דהשתעבדו בבנ"י וקימ"ל כרבא דבכל התורה כולה לא מצאנו זה נהנה וזה מתחייב אלא הנהנה גם חייב והוסיף לחייבם למצרים דכתיב קודש ישראל לה' ראשית תבואתו כל אוכליו יאשמו רעה תבוא אליהם נאום ה' כל אוכליו יאשמו ובזה הסביר מה שפרעה אמר במכת הברד ה' הצדיק ואני ועמי הרשעים כי פרעה חשב דהיות ואין שליח לדבר עבירה אינו חייב מלקות כי אין שליח לדבר עבירה אבל כשראה שבאו עליו מכות אמר אני ועמי הרשעים, דהיינו בדין ה' אני ועמי הרשעים.

והנה הניסים והנפלאות שעשה הקב"ה במצרים והאותות והמופתים שנתן בפרעה הכל כדי להוכיח את חיבתן של ישראל ועדות לסתור דברי אוה"ע שהיו אומרים אם בגופם שלטו בנשותיהם לא כ"ש והיינו דכתיב בצאת ישראל ממצרים בית יעקב מעם לועז שהיו אוה"ע לועזים להם ולכן הקב"ה הטביע חותמו בכל שבט לראובן משפחת הראובני ועוד. ובדרך דרש אפשר להסביר ע"פ דברי הגמ' כהן המעיד לשבויה לא ישאנה וא"כ איך הקב"ה מעיד על עמ"י הרי הוא כהן אמנם כיוון שהוציא את עמ"י בניסים ונפלאות הוי כמו כהן שפדה את השבויה שמותר לשאת אותה דלא שדי זוזי בכדי וכן קוב"ה דעביד ניסים ונפלאות כמו שאמר המדרש הבן יקיר לי אפרים אמר הקב"ה בני ישראל ביוקר עמדו לי במצרים שהבאתי עליהם משפחות משפחות של מכות וכל זה כדי לבטל את העוררין דהיינו הפודה את השבויה ומעיד לא ישאנה ובזה הסביר הגאון שמע יעקב את דברי השירה תיפול עליהם אימתה ופחד בגדול זרועך ידמו כאבן עד יעבור עמך ה' עד יעבור עם זו קנית תביאמו ותיטעמו בהר נחלתך וכו' דאומות העולם אומרים בנ"י אין להם זכות באי"י למרות שהקב"ה הבטיח לאברהם אבינו כי אלה לא בנ"י בני אברהם אלא בני זנונים בני המצרים ואין להם זכות, לכן עתה שהקב"ה מביא את עם ישראל לארץ תיפול עליהם אימתה ופחד דכו"ע ידעי שבנ"י מיוחסין הם ולכן בגדול זרועך ידמו כאבן עד יעבור עמך ה' וכו', עד יעבור עם זו קנית דייקא שלא שדי אניש זוזי בכדי ולכן ראויים הם לנחלה תביאמו ותטעמו בהר נחלתך דהיינו כיוון שהקב"ה קנה את עמ"י כפי שכתוב עם זו קנית, זו הוכחה ברורה שעם ישראל קדושים ולא שלטו בנשותיהם.

וכן יש להביא ראיה שתאלמנה פיהם של דוברי שקר שאמרו שהמצרים שלטו בנשותיהם דהרי הקב"ה הוציאם לפני הזמן והטעם דהקדש מפקיע מפני שעבוד וזה גופא ראיה שבנ"י הם קדושים ולא בני זנונים, דאילו הם פגומים לא היתה קדושה חלה עליהם ולכן אפילו לרבי יאשיה דס"ל ו' החיבור ובעינן תרתי ועבדום ועינו אותם ארבע מאות שנה ואח"כ יזכו לרכוש גדול מ"מ הקב"ה הפקיע את השעבוד על ידי שחרור לדבר שבקדושה ולכן אות היא לכל באי עולם דבנ"י עם סגולה, עם נבחר ברוך המקום ברוך הוא, ברוך שבחר בעמו ישראל ברוך הוא והניסים והנפלאות הללו חייבים בכל דור ודור להלל ולשבח ולפאר למי שעשה לאבותינו ולנו את כל הניסים הללו וכל המרבה לספר ביציאת מצרים הרי זה משובח והמגיד בהגדה הביא מגדולים שהיו מספרים עד אור חבוקר.

ויש לשאול כיוון דיש מצווה לספר בסיפור יציאת מצרים ולדעת כמה פוסקים זה מדאורייתא

למה לא מברכין על מצווה זו ובזה נאמרו הרבה תירוצים וראיתי באחרונים שכתבו דכל מה שתיקנו רבנן לברך היינו באופן דאם לא היו חכמים מתקנים לא היינו חושבים על המצווה כגון תפילין וטלית שהתורה ציוותה לקיים את המצווה, בלי זה לא היינו מקיימים המצווה מצד עצמנו אלא מצד ציווי הבורא יתברך ולכן שייך לומר וציוונו. משא״כ במצוות שגם בלא שתקנו חכמים לעשותסהיינו מקיימים אותם כמו כבוד הורים כיוון דבלי שיתקנו חז״ל חייבים לכבד את ההורים מצד הכרת הטוב, וכן בסיפור יציאת מצרים לא שייך לומר וציוונו כיוון דחייבים לספר ביציאת מצרים מדין הכרת הטוב ובלי ציווי חז״ל חייב אדם להודות לבורא יתברך על נפלאותיו שעשה עם אבותינו ועמנו. וע״י סיפור יציאת מצרים אנו מחדירים את האמונה בנו ובזרענו לדור ודור בפרט בליל שימורים שבוא נפתחים שערי רצון כדכתיב ליל שימורים הוא לה׳ שמורים לבני ישראל לדורותם. וכתב התרגום יונתן בראשית על קין ויהי מקץ ימים ויבא קין מנחה לה׳ היה זה יום ארבעה עשר בניסן יום שבו הקריב קין קרבן לה׳ וכן ביצחק אבינו שאמר לו לעשיו להביא לו ציד בעבור תברך נפשי בטרם אמות היה זה יום ארבעה עשר בניסן וא״ל לילה זה עילאי משבחין למרי עלמא וכו׳ הרי שיום ארבעה עשר בניסן בערב נפתחים שערי שמים כפי שאומר הזוהר הקדוש פרשת בא שהקב״ה אומר לפמליא דיליה בואו נכבד ונראה בני שמספרין ביציאת מצרים לכן האמונה נחקקת בלילה זה, כיוון שאבותינו קבעו לדורות שזה זמן הגאולה כיוון שיצאו ממצרים בלי לשאול להיכן הולכים, ולא שום מטען כפי שהנביא מעיד זכרתי לך חסד נעורייך אהבת כלולותייך לכתך אחרי במדבר בארץ לא זרועה, וזה נבע מהאמונה שרכשו במצרים. ויש לשאול למה אמונה זו לא עמדה להם בעומדם על ים סוף והתחילו לצעוק אל משה המבלי אין קברים במצרים לקחתנו למות במדבר אלא יש דרגות באמונה, יש אמונה כשאדם טוב לו כמו במצרים התחילו המכות הפסיק השעבוד כמו איוב שטען עליו השטן הוא מאמין כיוון שיש לו כל טוב אבל על ים סוף כשראו והנה מצרים נוסע אחריהם עת צרה היתה ירידה גדולה באמונה על ים סוף ונדרשה מסירות נפש עילאית כדי שהקב״ה יעשה ניסים ונפלאות כדי להחזיר את האמונה ע״י המופתים שאין להם תקדים להפוך ים ליבשה כדי לרכוש את האמונה בדרגה שונה כמו שאמר הרמב״ם בפי׳ ח׳ מהלכות יסודי התורה הלי׳ א׳ וז״ל משה רבינו לא האמינו בו ישראל מפני האותות שעשה שהאמין ע״פ האותות יש בליבו דופי שאפשר שיעשה האות בלאט וכשוף וכו׳ ובמה האמינו בו במעמד הר סיני שעינינו ראו ולא זר ואוזנינו שמעו ולא אחר את הקולות והלפידים והוא נגש אל הערפל והקול מדבר אליו ואנו שומעים משה לך אמור להם כך וכך וכו׳ ומניין שמעמד הר סיני לבדו הוא ראיה לנבואתו שאין בה דופי שנאמר הנני בא אליך בעב הענן בעבור ישמע העם בדברי עמך וגם בך יאמינו לעולם מכלל שקודם דבר זה לא האמינו בו נאמנות שהיא נאמנות עולם וכו׳ הרי יש דרגות באמונה דרגה יותר למעלה מהשניה ובה אבותינו ואנו עברנו את כל התהליך של האמונה ואמונה זו חדורה בתוכנו ועל כך אנו מודים ומהללים ומשבחים בחג האמונה ואת האמונה הזאת צריך להעביר בצורה ברורה שאנו מודעים ואין לנו ספיקות בכוחו יתברך שמו, לכן סיפור יציאת מצרים שתיקנו לנו חז״ל הוא יסוד ועיקר באמונה בה׳ יתברך שמו ובמשה עבדו. כל מועדי ישראל קשורים בעבוטות אהבה ליציאת מצרים על כך מעיד הקידוש הנאמר בליל התקדש כל חג ומועד, ותתן לנו ה׳ אלוקינו את חג... זכר ליציאת מצרים. חג השבועות קשור בקשר הדוק עם יציאת מצרים על ידי הספירה של חמשים יום כדי לקיים הבטחתו של הבורא יתברך שאמר למשה רבינו וזה לך האות כי אנוכי שלחתיך בהוציאך את העם ממצרים תעבדון את האלוקים על ההר הזה. גם חג הסוכות מתקשר ליציאת מצרים, למען ידעו דורותיכם כי בסוכות הושבתי את בני ישראל בהוציאי אותם מארץ מצרים. גם את שבת קודש התורה קושרת עם יציאת מצרים וזכרת כי עבד היית בארץ מצרים ויוציאך ה׳ אלוקיך משם ביד חזקה ובזרוע נטויה על כן צווך ה׳ לעשות את יום השבת. א״כ במה שונה פסח משאר חגים, התשובה היא שבפסח לא זוכרים את יציאת מצרים אלא צריך להרגיש שהיום יצאנו ממצרים. לכן רבן גמליאל אומר כל מי שלא אמר ג׳ דברים אלו בפסח לא יצא ידי חובתו ואלו הם פסח מצה ומרור. פסח לא מסמל את ספור העבר,

אלא את המציאות העכשווית מצה זו שאנו אוכלים, מרור זה שאנו אוכלים. חג הפסח מרומם את האדם וזוקף את אישיותו, עליו להרגיש בן חורין, בן מלך, לראות את עצמו כאילו הוא יצא ממצרים. נשים לב לדברי החינוך בהסבירו את המצווה של ועצם לא תשברו בו "שאין כבוד לבני מלכים ויועצי ארץ לגרר העצמות ולשברם ככלבים, לא יאות לעשות כן כי אם לעניי העם הרעבים. ולכן בתחילת בואנו להיות סגולת כל העמים, ממלכת כוהנים וגוי קדוש ובכל שנה ושנה באותו זמן ראוי לנו לעשות מעשים המראים בנו המעלה הגדולה שעלינו בה באותה שעה. ומתוך המעשה שאנחנו עושים נקבע בנפשותינו הדבר לעולם.

מצוות ספור יציאת מצרים באה לרומם את הנפש ולחזק את ההרגשה בלב. חייב אדם לצייר לעצמו שהוא עובד עבודת פרך בחומר ובלבנים, מנותק מהמשפחה, מהאשה ומהילדים וחי חיי צער מוכה ומעונה ללא שום הגנה, תחת משטר עריץ. לפתע מוציאים אותו מעבדות לחירות משעבוד לגאולה מאפילה לאור גדול. חייב אדם להרגיש את העבדות ואת החושך כדי שיוכל להרגיש את הרווחה והאור גדול. כשאומר ואותנו הוציא משם לתת לנו את הארץ הרי הוא משתף את עצמו לא רק ביציאה אלא גם בכניסה למצרים ובשעבוד, רק אז יתגלו לפניו הניסים והנפלאות.

כשאנו משתתפים ביציאת מצרים אנו מתרוממים אל כל מלא היקף הכניסה והיציאה ההיא אל מקום מעלת האבות. מצוות ספור יציאת מצרים אינה נופלת בחשיבותה משאר המצוות הנוהגות בפסח ולכן כל המרבה לספר הי"ז משובח, כי כשם שאין פרצופיהם של אנשים שווים כך גם שאלותיהם ועניניהם אינם שווים, הדוגמא החיה כנגד ארבעה בנים דיברה תורה, אותה תורה שנתנה מהשמים במעמד הר סיני התקבלה בדרכים שונות ומשונות אחד חכם, רשע, תם ושאינו יודע לשאול. ולכל אחד מהבנים חייבים אנו להתייחס בצורה ייחודית משלו, בסבר פנים כפי שפסק הרמב"ם בפ"ח מהלכות חמץ ומצה כיצד ספור יציאת מצרים אם היה הבן קטן או טיפש אומר לו בני כולנו היינו עבדים כמו שפחה זו, כמו עבד זה ובלילה הזה פדה הקב"ה אותנו והוציאנו לחירות. ואם היה חכם, מודיעו הניסים והנפלאות שעשה עמנו. החיוב במצווה זו להחדיר את האמונה לדור העתיד ולקשור הבן בעבותות אהבה.

בזמן שהמלאך פגש את גדעון ואמר לו ה' עמך גבור החיל וענה לו גדעון יש ה' עמנו וכו'. ואיה נפלאותיו אשר ספרו לנו אבותינו לאמר הלא ממצרים העלנו ופי' רש"י אשר ספרו לנו אבותינו פסח היה א"ל אמש הקרני אבא ההלל ושמעתיו שהיה אומר בצאת ישראל ממצרים, ועתה נטשנו. אם אבותינו היו צדיקים יעשה עמנו בזכותם ואם רשעים היו כשם שעשה להם נפלאותיו חינם כן יעשה לנו ואיה כל נפלאותיו. רואים מכאן איזו ספיגה של סנגוריה הודות לוהגדת לבנך אבי הקרני אמש זה נשאר אצלו בבחינת טופח על מנת להטפיח להליץ על ישראל. מצוות ההגדה לבן בליל פסח הם הם שהביאו את הבן גדעון לפיסגת השלימות ומעלת האבות. הדברים חדרו לעימקי לבו כיוון שנאמרו לו בזמן שמצה ומרור מונחים לפניך. אכילת מצה עליה אנו מכריזים על שום מה? על שום שלא הספיק בצקם של אבותינו להחמיץ עד שנגלה עליהם מלך מלכי המלכים הקב"ה וגאלם מיד שנאמר ויאפו את הבצק אשר הוציאו ממצרים עוגות מצות וכו'. וכאן נשאלת השאלה למה לא נאמר מצה זו שאנו אוכלים בגלל הסבל והרעב שסבלנו ממצרים אלא חז"ל קבעו שהמצה מסמלת את החירות והאושר עד שנגלה אליהם מהקב"ה. השאלה על שום מה מוחקת את הסבל והצער שהיה לאבותינו במצרים אלא העל שום מה קריאה זו מרוממת אותנו למרום הר השלימות לפסגת העליה הנצחית ולהכרה באלוקותו יתברך שמו.

ההכנה לחג הפסח המלווה במצוות מעשיות לעורר את הלב ולהרגיש את היציאה מעבדות לחירות צריכה לשמש בסיס מוצק לקראת קבלת התורה כפי שעשו אבותינו שהגיעו למצב מרומם, לדרגת מי גלה רז זה לבני, קריאה שנקבעה לדורות כל אשר דבר ה' נעשה.

במעשים יבשים אדם לא יכול להגיע לשלימות מאחר והקב"ה נטע באדם בינה

להבין ולהשכיל חייב הוא להשתמש בכוחותיו, עליו למלא את מצוות בוראו. אדם אינו נדרש לבצע מעשים כמו רובוט אלא עליו להבין ולהשכיל ולכן לאחר הקריאה הקדושה של נעשה באה ההשלמה של ונשמע.

על כן חובה עלינו להשריש בלבנו ובלב בנינו שהנחת אבן פינה לבניין המפואר של עם ישראל ובבשורות הגאולה על ידי הבשורה ולקחתי אתכם לי לעם בו בזמן למדנו שחוסנו של עם ישראל תלוי בתאי המשפחה הקטנים שהם המרכיבים אותו.

פרעה ניסה לערער על כך בקובעו לכו נא הגברים ועבדו את ה', אמנם משה רבנו עונה לו בנערינו ובזקנינו נלך כי חג לה' לנו. הנערים דור העתיד הם בראש החוד כי חג לה' חג שאנו צריכים להנחיל לבנינו את מלוא האחריות שרק משפחה שלימה ומאוחדת ערובה לקיומו של עם ישראל. מחוייבות זו צריכה להיות אור לנגד עיננו שמשפחות שלמות ויציבות הם הערובה לעם ישראל ומצוות זכר ליציאת מצרים אמורות להוסיף חיזוק לבניין משפחות בית ישראל שהדבר המאחד בין הורים לבנים היא המסורת וחינוך הבנים כדבעי שבכוחם לעצור את הרוחות הנושבות במחנינו מתרבות אומות העולם שפרצו את מסגרת המשפחה פתחו פתח לנגעי החברה קלות ראש אנוכיות ופריקת עול והכל במסווה של קדמה ודמוקרטיה, לבתים רבים חדר החיידק ההרסני הזה לרוקן את שולחן המשפחה שנשאר רהיט זנוח, כמו כן בבתים רבים רק פעם בשנה בליל הסדר יושבים כל בני המשפחה סביבו באווירת חג.

נישא תפילה לבורא עולם שלא רק בליל הסדר ניחל בפתיחת הדלת לאליהו הנביא, אלא יקיים בנו דברי הנביא מלאכי "הנני שולח לכם את אליהו הנביא לפני בא יום ה' הגדול והנורא והשיב לב אבות על בנים ולב בנים על אבותם". לאיחוי הקרע במשפחה ולהחזיר השמחה והאושר בבשורת הגאולה "ולקחתי אתכם לי לעם".

ובצאתי אשא כפי לצור שוכן עליה לחוס ולרחם על נפש אבי עטרת ראשי מלא מידות טובות, ישר ועניו יראת ה' על פניו, רחום ומוקיר רבנן ואיהו גופיה צורבא מרבנן פיזר נתן לאביונים צדקתו עומדת לעד אאו"ר אברהם בן הסבא המדוכא ביסורים מסעוד ז"ל שנתבקש בישיבה של מעלה ביום י' שבט תשמ"ו ולעילוי נשמת אמי מורתי אשת חיל רבת מעלות נעלות וטובות מזל־טוב זצ"ל נכדת האדמו"ר המפורסם בעיר מקנס מקים עולה של תורה ר' חיים ברדוגו זצ"ל נתבש"מ בכ"ח טבת תשמ"ו זכותם תגן עלינו אמן.

ואסיים בברכה לאוהבי התורה ותומכיה הני תרי צינטרי דדהבא האחים היקרים ר' יוסף ביטון ור' יעקב ביטון היו"ר על נדיבות ליבם בהוצאת הספר "משנת שלמה" ישלם להם הקב"ה ממקור הברכות בבריאות איתנה ונהורא מעליא וכן אשא תפילה וברכה לכל אותם העומדים לימיני בני ובנותי ונכדי ונכדותי, ואני תפילה לקוב"ה שיעזור לבני יקירי ר' יצחק אלחנן ינון נ"י שיזכה לבנות בית נאמן לתפארת עם ישראל ויעלה זיווגו יפה להגדיל תורה ולהאדירה. ועל הכל תבורך מנשים אשתי המסורה אשת חיל עטרת בעלה שעומדת לימיני ומחזקת אותי ישלם לה ה' כגמולה ותהי משכורתה שלימה מעם ה' בבריאות הנפש והגוף ונזכה יחד לראות בשמחת בנינו ובנותינו ונכדינו וכל יוצאי חלציו ויקויים בנו לא ימושו מפיך ומפי זרעך ומפי זרע זרעך עד עולם עד ביאת גואל צדק במהרה בימינו אמן.

החותם לכבוד התורה ולומדיה,
ערב פסח תשס"ו
הרב שלמה שלוש הי"ו
הרב הראשי וראב"ד חיפה

סימן א

אם יש מצות עשה בקדושין

א. **כתב** הרמב"ם פ"א מהלכות אישות הלכה א' קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצו הוא והיא מכניסה לביתו וכו' וכיון שנתנה התורה נצטוו בנ"י שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחילה בפני עדים ואח"כ תהיה לו לאשה שנאמר "כי יקח איש אשה ובא אליה". וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם. וכ"כ בספר המצוות ובשו"ע אבן העזר ס' א' חייב כל אדם לישא אשה כדי לפרות ולרבות ומשמע דהוי חיוב מדאורייתא. ועוד כתב הרמב"ם פ"ג מאישות הל' כ"ג כל המקדש אשה בין ע"י עצמו בין ע"י שליח צריך לברך קודם קדושין או הוא או שלוחו כדרך שמברכין קודם כל המצוות ואם קידש ולא בירך לא יברך אחר הקדושין שזו ברכה לבטלה וכו' וכתב הראב"ד דמברך אח"כ כיון דהדבר תלוי בדעת אחרת שמא לא תתרצה וכן בברית מילה מברך אבי הבן להכניסו אח"כ ע"כ. ומשמע מהראב"ד דלא פליג על הרמב"ם וסובר שזה ברכת המצוות אלא מחלק בין דבר שתלוי בו לדבר שתלוי באחרים דמברך אח"כ.

אמנם הרא"ש פ"ק דכתובות סי' י"ב חלק עליו וכתב דאין מצוה מהתורה לקדש אשה אלא המצוה היא פריה ורביה ואם לקח פלגשי וקיים פריה ורביה אינו מחוייב לשאת אשה והברכה שאנו מברכין אינה על עשית המצוה אלא ברכת השבח ולא דמי לשחיטה דמברכין עליה דהתם אי אפשר לאכול בלי שחיטה אבל הכא אפשר לקיים פריה ורביה בלי קדושין. וגם גבי שחיטה אפקיה רחמנא בלשון צווי דכתיב וזבחת ואכלת אבל הכא כתיב כי יקח איש וכו'.

והרמב"ם לשיטתו דפלגש אסורה להדיוט דכן כתב הרמב"ם פ"ד מהלכות מלכים הל' ד' דלא הותרה פלגש רק למלך ולא להדיוט. ובשו"ת צמח צדק מלובוויאטש ס' קל"ח האריך להוכיח דהרמב"ם ס"ל דפלגש צריכה גט וכל שצריכה גט בעי קדושין דבסנהדרין כא. יש מחלוקת גירסאות ודעת הרמב"ם פלגש צריכה קדושין ולא בעי כתובה. וכ"כ הרב המגיד שם דהרמב"ם גריס פלגש בעי קדושין בלי כתובה. אמנם הרא"ש ס"ל כגירסת הגמ' פלגש בלי קדושין ובלי כתובה ולכן לפי הרמב"ם גם בפלגש צריך קדושין ושפיר מברך. ובב"ש בס' כ"ו ס"ק ב' האריך בזה ונמצא לפי הרמב"ם אין היתר בפלגש חדא דבעיא קדושין וראיתו ממה שאמרו בסנהדרין כב: כמה קשין גירושין דהרי דוד התירו לו יחוד עם אבישג השונמית ולא התירו לו לגרש אחת מי"ח נשים שהיו לו לפי הרמב"ם בפ"ג ממלכים הלכה ב' דמלך מותר בח"י נשים כולל הפילגשים. ומשמע ממה שאמרה הגמ' ולא התירו לו לגרש פלגש משמע דפלגש בעיא גט דאין גט בלי קדושין ובלחם משנה שם כתב דלעולם פלגש לא בעיא גירושין ומ"מ כיון דהיתה מיוחדת לו מה שהיה צריך להוציאה מביתו הוי כמו גירושין. וכתב עליו הצמח צדק דדבריו דחוקים דגירושין משמע ע"י גט ממש. וכן משמע מתוס' גיטין ו: דאפילו פלגשים לא היה דרכם להחזיר אחר זנותם דכתיב באבשלום בוא אל פלגשי אביך וסמיך ליה ותהיינה צרורות עד יום מותן אלמנות חיות ומדכתב שאין דרכם להחזיר משמע שאין זה דין תורה אלא נהגו בהם חומרא שבנשאת אסורה משום מראית העין. ולפ"ז כשמוציאה מוציאה בגט נמי משום מראית העין והריב"ש בס' שצ"ה הקשה היכן מצאנו גט בלי קדושין מ"מ לפי רב חסדא דפליג עליו שם משמע שצריך גט והראב"ד חולק על הרמב"ם בהל' מלכים וס"ל דח"י נשים שהותרו למלך לבד מפלגשים ולפ"ז אין ראי' שפלגש צריכה גט.

ב. **ולכאו'** יש להוכיח מהירושלמי שפלגש צריכה גט מהא דכתב בירושלמי סנהדרין פ"ב הלכה ד' אשת חמיו אסורה משום מראית העין דאי תימא דאורייתא הרי דוד נשא רצפה בת איה. ומה ראיה מרצפה בת איה הרי היתה פלגש אלא ודאי פלגש צריכה גט. וכ"כ מהר"א שטיין בביאורו לסמ"ג עשין קטו דלענין איסור ביאה אין הבדל בין נשים לפלגשים וכ"כ במדרש רבה פרשת נח ריש פ' לב דאחיתופל דאמר לאבשלום בוא אל פלגשי אביך התיר גילוי עריות ומוכח דפלגש הוי אשתו. ואף שהרא"ש כתב בתשובה כלל ל"ב ס' א' שהובא בשו"ע ס' כ"ו וכן מתשו' מהר"ם פדווא ס' י"ט ומתשובת הר"ן ס' ס"ח דפלגש לא צריכה גט אפשר דהם סוברים דירושלמי ומדרש רבה איירי בפלגש דנתקדשה בלי חיוב כתובה. ובים של שלמה הוכיח מירושלמי דפלגש אינה

צריכה גט וכן משמע מהח"א כאן דפלגש לא צריכה גט ובפלגש יש מחלוקת אי אומרים אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובכנה"ג בס"ס קמ"ט הגה"ט דבמקומות שאין נוהגי' כדעת הרמב"ן להתיר פלגש אבל במקומות שהחמירו לאסור פלגש הרי כל מי שלוקח פלגש לוקח אותה באיסור וחי אתה בזנות והעלה הצמח צדק באופן שלקח פלגש יש להתאמץ להוציאה בגט ואם לא רוצה העלה דאינו אומר בזה לא איסור ולא היתר. לא איסור כנגד הפוסקים המתירין פלגש ולא היתר נגד הירושלמי ע"ש. ובירחון קול תורה שנה תרצ"ו ס' ט"ו כתב הרב ז. טבלסקי להוכיח דפלגש לא בעיא גט והוסיף דכן משמע מתשב"ץ ח"ג ס' מ"ז ומהרדב"ז ח"א ס' שנ"א ומתשובות בעל מעיל צדקה ס' ב' וכתב דאין להוכיח מתוס' גיטין דף ו: וממדרש רבה פ' נ"ח דשמעא משמע שצריכה גט דכבר כתב בשו"ת יעב"ץ חלק ב' ס' ט"ו דפלגש אע"פ שלא צריכה גט מ"מ כל שזינתה נאסרה עליו משום לא תהיה קדשה ולכן כתבו תוס' דלא היה דרכה להחזיר פלגש. ומה שהתירו פלגש כל זמן שמיוחדת לו. אבל זנתה לא ולכן אמרו במדרש רבה פ' נ"ח דאחיתופל התיר עריות ע"ש. וכ"כ בס' בכורי יהודה ס' ג' לדחות ראיות הצמח צדק וכתב דאין ראי' מהירושלמי וכתב דיש דהחמירו וקדשו פלגש ובזה איירי הירושלמי ע"ש. ובאגרות משה ס' ע"ד כתב דפלגש של מלך מותרת למלך אחר ואפילו לבנו ואבישג היתה מותרת לשלמה וכ"כ הרלב"ג בפרושו לספר שמואל דאבשלום שבא על פילגשי אביו לא עבר איסור דפלגש בלי קדושין וכ"כ בס' בית דינו של שלמה ס' ד' כמה צדדי היתר במי שהיה גר עם פלגש. וכ"כ בשו"ת בשמים ראש ס' ל' באחד שהיתה לו פלגש והיה רינון שהיתה מקודשת לו והטילו חרב על מי שיודע אם היתה מקודשת ובסוף לקחה בן אחיו בחופה וקדושין ודנו אם מותרת והעלו שמותרת כיון דהיתה פלגש.

ג. **אמנם** מצאנו בזה מחלוקת הרמב"ם והרא"ש, דהרמב"ם פ"א מאישות הלכה ד' כתב כל בועל אשה לשם זנות בלא קדושין לוקה משום קדשה. והרא"ש תמה עליו דאין קדשה אלא מופקרת לכל אדם אבל המיוחדת לאיש אין בה לא מלקות ולא איסור לאו והיא הפלגש הכתובה בפסוק. וכתב בעצמות יוסף בראש הספר דהראב"ד ס"ל בדעת הרמב"ם שכתב כל הבועל אשה לשם זנות לוקה היינו אפילו במיוחדת לו. וכ"כ ה"ה דהרמב"ם ס"ל דפלגש הכתובה בתורה היינו על ידי קדושין בלא כתובה והוכיח ממה דאמר רבי אלעזר פנוי שבא על הפנויה עשאה זונה ופסולה לכהונה אע"ג דלא קימ"ל כוותיה מ"מ יש כאן מעשה זנות. וכ"כ בספר לב שמח על הרמב"ם בספר המצוות שורש ה' דמה שכתב הרמב"ם בפ"ב דנערה בתולה דאם הניח בתו מוכנה לכל מי שיבא עליה גורם שתמלא הארץ זימה וכו' והבועל והנבעלת לוקין משום לא תהיה קדשה לאו במפקירה לכו"ע אלא אפי' לאדם אחד כל שלא היו קדושין ע"ש. וכן דעת הריב"ש ס' שצ"ח בדעת הרמב"ם דכל אשה המתרצית לביאה בלי קדושין הרי היא קדשה וכן כתב בזרע אברהם יצחק יו"ד ס' כ"ז להוכיח בדעת הרמב"ם דאפי' שלא מופקרת הוי קדשה ממה שכתב הרמב"ם פ"ב מנערה בתולה שלא יאמר הריני שוכר בתי הבתולה לזה לבא עליה בכל ממון שארצה או אניח זה לבא עליה בחינם וכו' מוכיח דאפי' מיוחדת לאדם אחד נמי אסור ומה שסיים דאם עושה כן ומלאה הארץ זימה ונמצא אב נושא בתו ואח נושא אחותו היינו תרתי מתרץ לאיסור קדשה יש עוד איסור ע"ש.

והטור לאחר שהביא דברי הרמב"ם דאם בא עליה ללא קדושין לוקה משום לא תהיה קדשה הוסיף דאפילו לא בא עליה לשם זנות אלא לשם אישות בינו לבינה כופין אותו להוציאה מביתו וכ"כ א"א הרא"ש בתשובה בפנויה המשרתת בבית ראובן ואיכא קלא דלא פסיק דמתייחדת עמו ולא מבעיא דבני משפחתה יכולים למחות בידו שהוא פגם להם שתהא פלגשו אלא שבי"ד כופין אותו להוציאה מבתו שהדבר ידוע שהיא בושה לטבול ונמצא שבועל נדה. ודייק הב"ח מלשון הטור והרא"ש דעצם העובדא שבני משפחתה מוחין בו היינו אפילו באופן דלא בושה לטבול. מ"מ פגם הוא להם שתהיה לו פלגש כיון דאסורה לו משום זונה. ולכן הטור אחר שהביא דברי הרמב"ם כתב וכ"כ בים של שלמה פ"ב דיבמות ס' י"א דכוונת הרא"ש דבני משפחתה יכולים למחות היינו אפי' שאין בה איסור נדה יש איסור לא תהיה קדשה. וכ"כ בנוב"י תנינא ס' קל"ב דהוכיח מהרא"ש פ"ט גיטין הלכה י"א דפנויה אפילו מיוחדת אסורה משום קדשה.

ד. **וכתב** בעל עצמות יוסף בראש הספר דלדעת הרא"ש אין איסור פלגש וכל הטעם דכתב הרא"ש דבני משפחתה כופין אותו היינו משום איסור נדה דבושה לטבול וכן מוכיח מהתשובה עצמה אבל משום איסור פלגש אין שום איסור והוכיח מדברי הרא"ש בכתובות פ"ק ס' י"ב דכתב דאין מצוה לקדש דאי משום פו"ר יכול

לקיים בפלגש ודחה ראית הב״ח דכתב דלפי הרא״ש בני משפחתה כופין אותו משום איסור פלגש והקשה עליו דאם משום איסור פלגש הרי זה איסור המוטל על בי״ד למונעו ולמה צריך התערבות בני משפחתה. וכן הוכיח שכן ס״ל להטור דכל הטעם דכופין משום דבושה לטבול וכ״כ הח״מ בסימן ב׳ דאין ראיה מהרא״ש דס״ל לאסור פלגש וכ״כ הפרישה בדעת הרא״ש. וכ״כ בפירוש הים של שלמה פ״ב דיבמות סי׳ י״א דאין שום ראיה מדברי הרא״ש דדעתו לאסור פנויה אלא הטעם שכתב בתשובה שכופין להוציאה משום בושה לטבול. והראיה דאם בני משפחתה לא היו מדקדקין בכך לא היינו מוציאים אותה והאריך להוכיח דפלגש בלי כתובה וסיים דמ״מ היה לבי נוקפי להכריע בענין פלגש עד שמצאתי תוס׳ גיטין דף ו: דפלגש בלי קדושין וכ״כ תוס׳ יומא דף סו: דפלגש בלא קדושין ומ״מ העלה דאין להתיר פלגש דאם תתיר תמלא הארץ זימה. ואפילו לרמב״ן המתיר פלגש חושש לאיסור נדה. והיכא דכבר עבר ונשא פלגש אין בכוחנו להוציא ממנו ע״ש. ומהר״ם פדוואה סי׳ י״ט משמע נמי שפלגש בלי קדושין דכתב בס׳ י״ט על ראובן שיש לו פלגש והשיאה לאיש אחר וגירשה מביתו ועכשו רוצה להחזירה כתב שיחזירנו בחו״ק כמנהג הכשרים ויאכל בשר תמותה שחוטה. והרדב״ז ח״ד ס׳ רכ״ה תמה לפי מה דגזר דוד על ייחוד פנויה למה תותר פלגש. אמנם בברכי יוסף ס׳ כ״ו ס״ק א׳ הביא בשם רבינו בצלאל בכתב יד לגיטין ו׳ שכתב בשם הריטב״א אע״ג דדוד גזר על הפנויה מותר לבוא על פלגשו מאחר דדמיא פורתא לא״א שהרי היא מיוחדת לו אבל אם בא איניש דעלמא על פלגש חבירו לא חייב מיתה דאינה א״א גמורה דהא לא נתקדשה לאותו גברא שעומדת תחתיו. וכיו״ב כתב הרב ברכי יוסף דלפ״ז לא קשה קושית הרדב״ז דמה הבדל בין יחוד פנויה לפלגש ולפי הריטב״א יש טעם לשבח בפלגש. וכ״כ בשו״ת יעב״ץ ח״ב סי׳ ט״ו דפלגש לאו בכלל גזרה דגזר דוד על ייחוד פנויה ע״ש.

והרב המגיד ביאר בדעת הרמב״ם שכתב שלוקה על ביאת פנויה שיש אומרים דאין כאן מלקות אלא עשה. כיון דהתורה חידשה דלקוחין הם ע״י קדושין כל שבועל בלי קדושין עבר על עשה דכי יקח איש אשה וכ״כ הרא״ב על התורה בפירוש הפסוק ולבני הפלגשים. וכ״כ מהרשד״ם סו״ס רל״ב לאחר שהביא דברי הרא״ם ורד״י כתב שכן נראה דס״ל להרמב״ם בפ״א דאישות הלכה ד׳ דכתב כל הבועל אשה לשם זנות לוקה וכו׳ הא שלא לשם זנות לא לוקה דלא חל עליה שם זונה ומ״מ כל שלא היו קדושין אפילו יחדה לו עובר אעשה. וכ״כ במהרי״ט בחידושיו על הרי״ף דכל המלקות לפי הרמב״ם רק במופקרת ומזומנת לזנות אבל במיוחדת לו אין כאן איסור קדשה אבל איסור עשה יש כאן. וכ״כ המקנה בקונטרס אחרון והוכיח כן מהרמב״ם בין מופקרת לבין מיוחדת לו בלי קדושין דעובר אעשה. וכ״כ בישועות יעקב ס׳ כ״ו בביאור האריך ע״ש. וכ״כ בשם אריה ס׳ י״ז בדעת הרמב״ם דמיוחדת לו הוי פלגש ואסור עליה בעשה דעבר על כי יקח כדעת המהרי״ט והמקנה.

אמנם הרד״ך בית ט׳ חדר ח׳ לאחר שהביא דברי הרמב״ם פ״א מהלכות אישות ממה שכתב דקודם מתן תורה היה נותן שכרה ובועל על אם הדרך הוכיח מלשון הרמב״ם דזה נקראת קדשה אבל במיוחדת אין שום איסור דאורייתא אלא דרבנן. וכ״כ בעצמות יוסף וכן דייק בדברי הראב״ד ע״ש. וכ״כ הרדב״ז ח״ד ס׳ רכ״ה דלדעת הרמב״ם פלגש אסורה רק מדרבנן ותמה על ה״ה דכתב דפלגש בקדושין ובלא כתובה אבל בלי קדושין יש לאו דלא תהיה קדשה והעלה הרדב״ז דמה שכתב הרמב״ם בבועל אשה שלא לשם קדושין לוקה היינו במופקרת אבל לא במיוחדת לו ובמיוחדת לו אסרו חכמים דבושה לטבול אבל למלך דלא בושה לטבול לא גזרו.

ה. **והמעיין** בתשובת הרמב״ן המיוחסות בס׳ רפ״ד שם מוכח דאין איסור אפילו דרבנן במיוחדת אלא שאין נכון לעשות כן. דכתב שם שנשאל מרבינו יונה אם פלגש מותרת וכתב דודאי מותרת כיון שייחדה לו. ומה שאמר ראב״י ביבמות לז: דנמצא אדם נושא בתו ואח אחותו היינו בלא מיוחדת לו אבל הביאה לביתו כולם יודעים שאלה הם בניו ואין שום חשש. וכן גדולי עולם היתה להם פלגש כלב וגדעון וגם פלגש בגבעה וכו׳ ומה שאמרו כלה בלי ברכה אסורה לבעלה היינו בקידש אשה ורוצה שתהיה אסורה לכו״ע בזה בעי ברכה אבל ביחד אשה שלא תהיה אסורה לאחרים הרשות בידו. וכן מוכח מדברי הריב״ש שהבאנו לעיל ותעלומות לב ח״ב ס׳ ל״ב אות א׳ לגבי הסוחרים העוזבים את ביתם ושרויים בלא אשה דיש מהם שמייחדים להם אשה בלי כתובה וקדושין כיון שהם נשואין במקומותיהם והחוק אוסר להם לשאת עוד אשה והאריך לבאר איסור פלגש דדעת האוסרים רק מדרבנן מגזרת יחוד פנויה. וטעם האיסור דבושה לטבול אבל כל שמייחד בפרהסיא ובדעת בי״ד לא בושה לטבול אדרבה חייבת לטבול וכתב דלהתיר דבר

זה לא יכול אבל מי שאשתו נאסרה עליו ולא רוצה להתגרש ולא יכול לשלח ע"פ נימוסיהם אין לו איסור לייחד לו אשה פלגש להנצל מהחטא. ושם תמה על היעב"ץ שלא יפה עשה בהוראתו להתיר פלגש מפני הנזקים הכרוכים בכך ומ"מ אחר שראה את מכסת הארץ וכמה זיקים וחבלות יצאו העלה שדברי היעב"ץ כנים ואמיתיים.

העולה מזה שלפי דעת הרמב"ם יש איסור פלגש או מחמת שפלגש הותרה רק למלך או שפנויה בלי קדושין היא קדשה. ואפילו במיוחדת יש עשה של כי יקח איש אשה ולכן לפי הרמב"ם אין מציאות לקיים מצוות פו"ר בלי קדושין. אבל לפי הרא"ש בכתובות יכול לקיים פו"ר בפלגש דפלגש מותרת. אבל לדעת הפוסקים שהבאנו דגם הרא"ש מודה דיש איסור קדשה במיוחדת ולכן מה שכתב שכופין בני משפחתה להוציאה משום זנות כפי שכתב הב"ח א"כ אין אפשרות לומר שיכול לקיים פו"ר ע"י שיעשה איסור בפלגש כי דבר זה רחוק מהאמת שהתורה תצוה ותחייב לקיים פו"ר ולא תחייב במצוה לקדש.

ו. **ויש** להוכיח כדעת הרמב"ם ממה שאמרה הגמ' האיש מקדש בו ובשלוחו ומצוה בו יותר מבשלוחו משמע שיש מצוה לקדש ואע"ג דאשה נמי מצוה שקדש עצמה והיא מצווה על פו"ר כבר כתב הר"ן דגם היא יש לה מצווה דמסייעת לו דעל ידה מקיים המצווה אבל לפי הרא"ש שאין מצוה לקדש מה שייך מצוה בו יותר מבשלוחו. הרי אין מצוה לקדש ומצות פריה ורביה אפשר לקיים בפלגש. וכתב לחלק בין שחיטה לפו"ר דשחיטה א"א לאכול בלי לשחוט אבל כאן אפשר לקיים פו"ר בלי קדושין.

ויש להוכיח ממה שאמרה הגמ' מועד קטן יח: דלא מבעיא לארס דלא עביד מצוה משמע דאין מצוה לארס אומנם מהגמרא בביצה לו: אהא דתנן ואין מקדשין ביו"ט פריך והא מצוה קעביד משמע שיש מצוה לקדש וזה כדעת הרמב"ם שכתב שיש מצות עשה לקדש וכתב מרן הכ"מ שם שהקשו לרבינו אברהם בנו של הרמב"ם מגמ' מועד קטן יח. דמשמע שאין מצוה לארס. ותירץ דהא דכתב רבינו וליקוחין אלו מצות עשה היינו לפי שהיא תחילת המצוה של הנישואין אבל אירוסין בלי נישואין ודאי שלא השלים המצוה עדין ולכן בתחילת ספר המצות בתחילת ההלכה כתב שהמצוה לישא אישה ולא כתב המצוה לקדש אשה ע"כ. וראיתי שעמד על זה מר"ן החיד"א בשו"ת חיים שאל ח"ב ס' מ"ב והביא סיוע לדברי הרמב"ם דיש מצוה לקדש ממה שאמרה הגמ' ביצה והא מצוה קעביד היינו התחלה של המצוה. ומה שאמרה הגמ' ב"מ יח: לארס לא עביד מצוה היינו לא השלים המצוה עכת"ד. ולפי הרא"ש בכתובות פ"ק ס' י"ב דכתב דאין מצוה לקדש דפו"ר מקיים בפלגש א"ש הגמ' מו"ק. אך מ"מ קשה עליו מסוגי' בביצה דאמרה והא מצוה קעביד ועי' מש"כ מרן הראש"ל במאור ישראל דהביא דברי הרמב"ם והרא"ש ע"ש.

ונראה דהרמב"ם והרא"ש אזלי לשיטתם. דהרמב"ם פסק בפ"ג דאישות כל המקדש אשה בין ע"י עצמו או ע"י שליח מברך כיון דס"ל דהוי ברכת המצוות. וכ"כ הריטב"א בחידושיו לכתובות להסביר דעת הרמב"ם וכ"כ רבי אברהם בן הרמב"ם הובאו דבריו במעשה רוקח על הרמב"ם דאין ראוי לברך ברכה זו אלא המקדש או שליחו והרמ"א כתב דאחר מברך וכתבו הסמ"ג והג' מיימון פ"ג דאישות דבארץ המערב המקדש הוא שמברך אבל במלכויות אלו אין המקדש מברך אלא אחר. וטעם מחלוקתם האם זה ברכת המצוות או ברכה של קדושה וכ"כ הרא"ה למסכת כתובות שאין זו ברכת המצוות ולכן מברך אותה אחר ולא זה שמקיים המצוה והים של שלמה כתב בפ"ק דכתובות ס"ס י"ז דאידנא נהגו שהמקדש לא יברך כדי שלא לבייש מי שלא יודע וכ"כ הכלבו הלכות אישות. ובויקרא אברהם (אדדי) ס' ח' כתב דהיה קשה עליו המנהג דחתן עצמו מברך ולפעמים לא יודע שמע בכמה מקומות שש"צ מברך. ובנהר מצרים כתב בפ' חופת חתנים כי בארץ תימן החתן עצמו מברך וכדעת הרמב"ם ואע"ג דארץ מצרים וא"י גרידי אחרי הרמב"ם מ"מ פשט המנהג דהמסדר מברך כדי שלא לבייש ורבו עמי הארץ. והאריך בשדי חמד מערכת חתן וכלה אות י"א. ועי' בפמ"ג בפתיחה להלכות ברכות אות ט"ו הזכיר המחלוקת בין הרמב"ם להרא"ש אם ברכת אירוסין הוי ברכת המצוות או ברכת השבח.

ז. **ועוד** קשה על הרא"ש הא דקימ"ל כלה בלי ברכה אסורה לבעלה כנדה איך אפשר לקיים מצוות פו"ר בלי קדושין. וכתב הרמב"ן בתשובה דכל שרוצה לקדש ולאסור אשתו על אחרים צריך לעשות קדושין ולברך הברכות שתקנו חז"ל ועל זה אמרו כלה בלי ברכה אסורה כנדה אבל באופן דרוצה לייחד אותה בלי לאוסרה על אחרים לא צריך ברכה וכ"כ הב"ש שם. ולכן שפיר יש

לפרש דברי הרא״ש במה שאמרה הגמ׳ מצוה בו יותר מבשלוחו היינו באופן דרוצה לקדש ולברך ברכת אירוסין בזה אמרינן אסורה לבעלה כנדה אבל באופן דרוצה לייחדה אין שום איסור והילדים שיוולדו הם כשרים בקהל. ולכן שייך לומר לפי הרא״ש באופן שרוצה לקדשה מצוה בו יותר מבשלוחו ושפיר הגמ׳ מביאה ראיתו מברכה לשבת אף דאין זה גוף המצוה מ״מ גם בהכנה הם עושים בעצמם כמו קדושין לדעת הרא״ש שהם הכנה לפו״ר. ולכן לפי הרא״ש אין מצוה לקדש ולא מברכין על קדושין דהוי הכנה למצוה ולא מברכין על הכנה למצוה והרמב״ם חולק עליו והרמב״ם והרא״ש אזלי לשיטתם. לגבי ברכת אירוסין כתב הרמב״ם פ״ג דאישות הלכה כ״ג כל המקדש אשה בין ע״י עצמו בין ע״י שליח צריך לברך קודם הקדושין או הוא או שליחו כדרך שמברכין על כל המצוות ואח״כ מקדש. ואם קידש ולא בירך לא יברך אחר קדושין שזו ברכה לבטלה מה שנעשה כבר נעשה עכ״ל. וכתב הראב״ד אין אנו נוהגים כן אלא מקדש ואח״כ מברך. והטעם מפני שתלוי בדעת אחרים שאם תמאן האשה ולא תרצה הוי ברכה לבטלה וזה הטעם לברכת האב שמברך להכניסו בבריתו של אברהם אבינו ע״כ.

ושיטת הרמב״ם ברורה ע״פ מה שפסק בפי״א מהלכות ברכות שכל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן ואם לא בירך קודם עשיה שוב לא מברך. ונראה שגם הראב״ד ס״ל כן דהרי הראב״ד מודה בעצם הדין שצריך לברך קודם כמו כל המצוות שמברך עובר לעשייתן רק כאן הטעם כיון שתלוי בדעת אחרים והרי כמו ברכת המילה דמברך להכניסו אח״כ, אחר הברית כפי שהביא הטור בס׳ רס״ה בשם רב שר שלום דמברך להכניסו אח״כ כיון שנעשית המצוה ע״י אחר חיישינן שמא יחזור בו ומזה דייק הט״ז דאם האב הוא המוהל מברך לפני המילה. ולזה כיון הראב״ד במה שכתב דמברך ברכת אירוסין אח״כ וכן מנהגנו כמו ברכת להכניסו ודו״ק.

ח. **וכתב** הרמב״ם פ״ג מהלכות מילה הלכה א. אבי הבן מברך להכניסו בבריתו של אברהם אבינו וכו׳ לפיכך אם אין שם אביו אין מברכין אחריה ברכה זו, ויש מי שהורה שיברכו אותה בי״ד או אחד מן העם ואין ראוי לעשות כן ע״כ. וכתב הראב״ד מסתברא כמ״ד בי״ד או מיוחד שבעם מברך וכן נהגו ע״כ. וכתב הכסף משנה על הרמב״ם, ממה שכתב הרמב״ם המל מברך קודם שימול ואבי הבן מברך אח״כ להכניסו. והטעם כמו שכתב ר״ת דאבי הבן מברך אחר המילה ואע״ג דכל הברכות עובר לעשייתן שאני ברכה זו דהיא ברכת שבח והודאה בעלמא. ע״כ. ולפ״ז קשה מה ראי׳ מביא הראב״ד שברכת אירוסין מברכין אח״כ כמו בברכת להכניסו. הרי ברכת אירוסין היא ברכת המצוות וברכת להכניסו מברכין אח״כ מאחר והיא ברכת השבח ובברכות השבח אין הדין של עובר לעשייתן דכל זה רק בברכת המצוות.

ועוד הקשה רע״א על הראב״ד דבגמ׳ פסחים ז: אמרה הגמ׳ כל הברכות מברך עובר לעשייתן חוץ מטבילת הגר שלא יכול לברך קודם אשר קידשנו במצוותיו וציוונו. דהוא לא מצווה לכן מברך אח״כ. ולפי הראב״ד הרי יש עוד מצוה דמברך אח״כ היא ברכת אירוסין. ותירץ רע״א דיש חילוק בין ברכת אירוסין לברכת טבילת הגר דבגר אם ברך לפני טבילה לא עלתה לו ברכה דגברא לא חזי ולא יכול לומר וציוונו. משא״כ באירוסין הן נכון דמברך אח״כ כיון שתלוי באחרים. מ״מ אם בירך לפני כן יצא. וזה כוונת הגמ׳ כל המצוות מברך עובר לעשייתן חוץ מטבילת גר שגם אם בירך לא יצא. ודו״ק. וכתב בהג״א פ״ק דברכות ופ״ק דחולין דאם לא בירך על המצוות עובר לעשייתן מברך אח״כ. והביאו הש״ך ביו״ד סימן י״ט והקשה עליו מהגמ׳ פסחים כל המצוות מברך עובר לעשייתן חוץ מגר. תניא נמי הכי טבל ועלה בעלייתו מברך וכו׳ ואי כדברי הג״א דכל הברכות אפשר לברך אח״כ מה הראי׳ מהברייתא דטבל ועלה מברך בעלייתו הרי טבל לשון דיעבד וכל המצוות דין אחד להם בדיעבד שיכול לברך אח״כ ומזה הוכיח הש״ך כדעת הרמב״ם דכל שלא בירך בתחילה הפסיד הברכה.

ובשאגת אריה ס׳ כ״ו הסביר המחלוקת בין רמב״ם להג״א דבגמ׳ אמרו אמר רב יהודה אמר שמואל כל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן בי רב אמרי חוץ מטבילה ושופר בשלמא טבילה גברא לא חזי אלא שופר מ״ט וכי תימא משום דלמא מקלקלא תקיעה אפילו שחיטה ומילה נמי אלא אמר ר״ח חוץ מן הטבילה בלבד. תניא נמי הכי טבל ועלה בעלייתו אומר אשר קידשנו במצוותיו וציונו על הטבילה ע״כ. ויש לדקדק ממה שאמר שמואל כל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן ובי רב אמרי חוץ מטבילה משמע דלשמואל מברך על טבילת גר נמי עובר לעשייתן והא גברא לא חזי. אלא ע״כ שמואל ס״ל כיון דכל המצוות מברך עליהם

עובר לעשייתן אם לא ברך קודם לא מברך אח״כ ולפ״ז יצא כיון דחיוב לברך עובר לעשייתן לעיכובא נמצא בגר שלא יכול לברך בתחילה שוב לא מברך אח״כ וע״ז באו בי רב ואמרו חרש מגר דאין הכלל דמברך עובר לעשייתן כיון דלא חזי ולכן מברך אח״כ. ורק בטבילה אבל בשאר מצוות לא מברך אח״כ וע״כ בא בהג״ה אשרי ומדייק כיון שמצאנו בטבילה מברך אח״כ דלא כשמואל נמצא דהא דאמר שמואל כל המצוות מברך קודם לעיכובא פליגי בי רב עליה וראי׳ מטבילת גר דמברך אח״כ דלשמואל הוא הדין כיון שלא יכול לברך בתחילה לפני טבילה שוב לא יברך וע״ז אמרי בי רב שמברך בגר ומינה ילפינן שכל מי שלא בירך בתחילה יברך אח״כ ודו״ק. עכת״ד השאגת אריה.

וע״כ דברי הרמב״ם מדוקדקים מדברי הגמ׳ ברכות נא. בעי מיניה מר״ח מי שאכל ולא בירך מהו שיברך אח״כ, אמר רבינא הלכך אפי׳ גמר סעודתו יחזור ויברך דתניא טבל ועלה וכו׳ ולא היא התם גברא מעיקרא לא חזי הכא מעיקרא גברא חזי וכיון דאידחי אידחי. ע״כ. הרי להרמב״ם כל המצוות מברך עובר לעשייתן ובגברא דחזי אם לא בירך כיון דאידחי אידחי חרש מגר דגברא לא חזי ונמצא דשעת חיובו הוא אחר הטבילה ולכן מברך.

ודברי הרמב״ם הם בדקדוק שכתב בפי״א דברכות הל׳ ז׳ אין לך מצוה שמברכין אחר עשייתה אלא טבילת גר בלבד שאינו יכול לומר אשר קדשנו וכו׳ וכתב הרב כסף משנה מקורו של הרמב״ם מגמ׳ ברכות נא. ע״ש ומבואר מדברי הרמב״ם שכל מי שהיה חייב ברכה קודם ולא בירך פקע ממנו דין ברכה וזה נמי דעת הרשב״א בתשו׳ ח״א ס׳ י״ח למה לא מברך על הצדקה כיון שתלוי בדעת אחרים ולכאו׳ יברך אח״כ. ע״ז שפיר ישנו היסוד של הרמב״ם שכל שלא בירך לפני המצוה פקע ממנו דין ברכה אע״פ שלא היה יכול לברך כיון שתלוי בדעת אחרים מ״מ בר חיובא מקרי וכל שלא בירך אע״פ שהוא מנוע מצד אחר פקע ממנו דין ברכה חרש מגר דשם גברא לא חזי. ולא שייך בקיום המצוות. ולפ״ז תקשה דעת הראב״ד דס״ל דמברך אחר אירוסין ולא קודם כיון דתלוי בדעת אחרים והרי הרשב״א ס״ל בצדקה שתלוי בדעת אחרים לא מברך לא לפני ולא אחרי כיון דבשעת חיוב לא חזי דתלי בדעת אחרים פקע ממנו דין ברכה ולא מברך אח״כ ולמה הראב״ד ס״ל דמברך אח״כ.

ט. **אולם** הרא״ש בפרק ראשון דכתובות כתב למה לא מברכין לקדש אשה ותירץ דבכדי לקיים מצוות פו״ר לא צריך קדושין. ולכן ברכת אירוסין היא ברכת שבח וקשה הרי הרא״ש בתשובה כלל כ״ו הביא תשובת הרי״ף דמברך ברכת אירוסין קודם קדושין מדין כל המצוות מברך עובר לעשייתן ודין זה רק בברכת המצוות ולא בברכות השבח ולמה סתר את עצמו. ונראה דהרא״ש ס״ל דגם ברכת השבח מברך עובר לעשייתן וראיה מפרק כ״א דמילה שכתב הרא״ש דאף דמברך אחר המילה להכניסו בבריתו מ״מ יש לברך בין מילה לפריעה וזה נקרא עובר לעשייתן. והרי ס״ל ברכת להכניסו ברכת שבח כמו שהאריך שם. ומשמע שגם בברכת שבח מברך לפני המצוה. ולפ״ז שפיר מושב הראב״ד דמעיקר הדין ברכת אירוסין מברך לפני כן ומ״מ אם לא בירך לפני כן מברך אח״כ מדין ברכת השבח וזה ההסבר דלכתחילה לא יברך כיון שתלוי בדעת אחרים וס״ד כיון דלא יכול לברך פקע ממנו חייב ברכה קמ״ל דדמי למצות מילה דהוי ברכת השבח דמברך אח״כ.

ולפ״ז מיושבת קושיית רע״א לפי הראב״ד שהקשה שתגיד הגמ׳ חרש מטבילה וברכת אירוסין דשאני טבילה דהוי ברכת המצוות. דדוקא בברכת המצוות קיימ״ל מברך עובר לעשייתן אבל ברכת השבח יכול לברך אח״כ ולכן שפיר אמרה הגמ׳ כל המצוות מברך עובר לעשייתן חרש מטבילה דהיא ברכת המצוות, אבל ברכת השבח שפיר יש הרבה מצוות ודו״ק.

ולפ״ז יצא דלהרמב״ם ברכת אירוסין ברכת המצוות. ולהראב״ד היא ברכת השבח כדעת הרא״ש והסבר מחלוקתם האם יש מצוה במעשה הקדושין או המצוה היא פריה ורביה. אבל במעשה הקדושין אין מצוה ומצאנו בזה מחלוקת רמב״ם וראב״ד. דהרמב״ם פ״א מאשות הל׳ ד׳ כתב קודם מתן תורה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובועל לאחר מתן תורה נאסרה הקדשה. לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות שלא לשם קדושין לוקה. והראב״ד כתב אין קדשה אלא מופקרת אבל המיוחדת לאיש זו פלגש שמותרת. וכן דעת הרמב״ן והרא״ש בכתובות דבכדי לקיים מצות פו״ר אין מצוה בקדושין דאפשר בפלגש ורמב״ם ס״ל דאסור בלי קדושין והטעם לרמב״ם הוי מצוה לקדש א״כ ברכת אירוסין ברכת המצוות. ולראב״ד ורא״ש הרי ברכת השבח. והדברים ברורים בדברי הרא״ש פ״ק דכתובות ס׳ י״ב יש מקשים למה לא מברכין אשר קדשנו במצוותיו לקדש את האישה. ועוד היכן מצאנו שמברכין שאסר לנו

האסור והתיר המותר, שלא מברכין שאסר לנו אבר מן החי והתיר לנו את השחוט. ונראה דברכה זו אינה ברכה לעשיית המצוה כי פו״ר הינה קיום המצוה ואם לקח פלגש וקיים פו״ר אינו מחוייב לקחת אשה בחו״ק ע״ש, גם הר״ן תרץ כעין תירוצו של הרא״ש דהוי ברכת השבח. וכתב שאין לברך אשר קדשנו במצוותיו וצוונו על הקדושין דאין מברכין על מצוה שאין עשייתה גמר מלאכתה דאכתי חסרה מסירה לחופה ובשעת החופה א״א לברך על הקדושין שכבר נעשו וכשבא עכשו לקדש ולכנוס בב״א ג״כ לא ראו לתקן לו ברכה בפני עצמו כדי שיהיה טופס ברכה שוה לכל וכיון דברכת ברכה ממש לא הוי לא רצו להוציא מצוה זו בלי ברכה כלל ותקנו לברך על קדושתן של ישראל. והיינו שהקב״ה בחר בהם וקידשם בענין זיווג באסור להם ובמותר להם. והיינו שצוונו על העריות וכדי שלא יטעה השומע לומר שבקדושין אלו בלבד הותרו המותרות הוצרך לומר ואסר לנו הארוסות בלאו דלא תסור ולהזכיר היתרן היינו על ידי חופה וקדושין עכת״ד. וכן תרצו הרמב״ן והרא״ה והביאם הריטב״א. הרי לפי הר״ן והרמב״ן מודים שיש מצוה בקידושי אשה והטעם למה לא מברכין כיון שאין הקדושין גמר מצוה ואין מברכין על חצי מצוה.

י. **אבל** הרמב״ם ס״ל שקידושי אישה הם מצוה כמו שמוכח ממה שכתב ולכן בפ״ג מהלכות אישות הלכה כ״ג המקדש אשה צריך לברך קודם הקדושין או הוא או שלוחו, כדרך שמברכין קודם כל המצוות. והראב״ד חלק עליו דמברך אח״כ כיון שתלוי בדעות אחרות. והרא״ש חידש דלא מברכין כיון שכל המצוות מברך עובר לעשייתן וכאן לא מברך אשר קדשנו לקדש את האשה וכיון שאין מזכירין עשיית המצוה אין הדין שמברכין עובר לעשייתן כיון שלא מזכירין עשיית המצוה.

ונמצא שיש בזה כמה דיעות למה לא מברכין על קידושי אשה דלהרמב״ן והר״ן הטעם משום שלא מברכין על חצי מצוה אלא על גמר המצוה והרא״ש ס״ל דאין בכלל מצוה בקידושי אשה דעיקר המצוה היא פו״ר וזה יכול לקיים בפלגש ולהרמב״ם כיון שמצוה לקדש לכן הוי ברכת המצוות וחל הדין שכל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן ולכן שפיר אפשר למצא ברכת המצוות אחת ויחידה דמברך אח״כ והיא ברכת הגר שמברך אחר הטבילה. אמנם הראב״ד ס״ל כהרא״ש דהוי ברכת השבח ולא קשה קושיית רע״א כיון דגמ׳ איירי בברכת המצוות וברכת אירוסין הוי ברכת השבח ולכן לא יכולה הגמ׳ לומר חוץ מטבילת גר ובריית אירוסין ודו״ק. ויש ראשוני׳ דס״ל דאע״פ דברכת אירוסין ברכת השבח יש לברך קודם כמו שכתב הריטב״א דמברך אותה קודם וכמו שהסברנו בדברי הרא״ש לענין ברכת מילה.

והבאנו לעיל דברי השו״ע אבן העזר ס׳ ל״ד שמר״ן הביא לשון הרמב״ם כשמקדש אשה מברך בין הוא בין שלוחו. וכתב הרמ״א וי״א דאחר מברך. והסבר המחלוקת דהרמב״ם ס״ל דברכה זו היא ברכת המצוות ולכן חובה מוטלת על החתן או שלוחו משא״כ הרמ״א ס״ל דזו ברכת השבח ולכן אחר מברך. וגם לפי הרמב״ם הטעם שאנו מברכין כמו ברכת התורה כדי שלא לבייש מי שאינו יודע ולפי הרא״ש ניחא מה שמברכין ברכות אירוסין בנושא אשה עקרה וזקנה, דהיא ברכת השבח אלא להרמב״ם קשה בנושא זקנה ועקרה הרי אין כאן מצוה פו״ר ולמה מברך. וצריך לומר שלפי הרמב״ם נישואין ופו״ר הם שתי מצוות נפרדות. וכן מונה אותם בס׳ המצוות מצוה רי״ב וריי״ג ובספרו היד החזקה פט״ו מאישות דן במצוות פו״ר ובפ״א מאישות דן במצוות נישואין. משמע שהן שתי מצוות נפרדות. ויש עוד הבדל דמצות פו״ר היא על הבעל כמו שאמרה הגמ׳ יבמות ופסקו הרמב״ם ולא על האשה ומצוות נישואין היא על שניהם. ועוד נ״מ בין הרמב״ם והרא״ש אם חתן וכלה צריכים לכוון לברכות דלהרמב״ם דהוי ברכת המצוות חייבים לכוון. ולהרא״ש דהוי ברכת השבח, יוצאים אע״פ שלא כיוונו. וכן כתב הרב באר שבע בס׳ מ״ט דברכת ארוסין היא ברכת שבח והודאה בעלמא על קדושתן של ישראל נמצא שאינה מוטלת על החתן ומשמע מדברי התבואות שור שאין החתן מחוייב לשמוע הברכה כיון דעיקר הברכה היא בשביל הציבור ולפי הרמב״ם סובר דברכת האירוסין היא ברכת המצוות צריך החתן לשמוע ולכוון.

יא. **ויש** עוד נ״מ במה שנסתפק הנוב״י תנינא אהע״ז ס׳ א׳ אי מברכין ברכות אירוסין בקדושי חרש. ועיקר ספקו הוא משום דמנהג ישראל דהמסדר קדושין מברך וכתב הב״ש מטעם שלא לבייש את מי שאינו יודע ועיקר הברכה להוציא את החתן שלא יודע לפ״ז בחרש שלא חייב לברך אין מברכין. ואם היה מקום לומר שברכות אירוסין להוציא את הכלה היה מקום לברך להוציא את הכלה ע״כ והנה פשוט שספקו הוא לפי הרמב״ם דס״ל דהוי ברכת המצוות אבל לדעת הרא״ש

דס"ל הוי ברכת השבח פשוט שאפשר כיון שהברכה לא נועדה בשביל החתן אלא עבור צבור הנועדים וכ"כ בשו"ת בית שלמה ס' פ"א להסביר דברי התבואות שור דכיון דאין הברכה מוטלת כלל על החתן ולכן גם כשהוא חרש אפשר לברך. ע"כ

ויש עוד נ"מ אם אפשר לברך ברכות אירוסין בקדושי קטן. דבשו"ת יכין ובועז ח"א ס' ע"ד כתב דהיות והוי ברכת המצוות קטן פטור ממצוות, אבל אם היא ברכת השבח בקידושי קטן אפשר לברך. ויש להסתפק במה שהרמב"ם ס"ל דברכות אירוסין ברכת המצוות האם גם ברכת נישואין דהיינו ז' ברכות גם הם נחשבים לברכת המצוות. או רק ברכת אירוסין. והנה בברכות אירוסין כתב מר"ן בשם הרמב"ם בס' ל"ד דמקדש אשה הוא מברך או שלוחו והרמ"א כתב שאחר מברך. והנה דין זה רק בברכות אירוסין אבל בברכת נישואין משמע שלא הוי ברכת המצוות.

אמנם ממה שהשווה הרמב"ם ברכת אירוסין לנישואין לגבי אם אין לו כוס שכתב הרמב"ם בברכת אירוסין לא מעכב כוס. ובברכות נישואין כתב בהלכות אישות בפ"י הלכה ד' ואם היה שם יין מביא כוס יין ומברך עליו תחילה ומסדר את כולן על הכוס וכו' הרי דהרמב"ם ס"ל דכוס לא מעכב בין בברכת אירוסין או נישואין וכ"כ הרב המגיד והביאו החלקת מחוקק וכתב עליו הב"ש בס' ס"א ס"ק ב' דהרב חלקת מחוקק לא דק. דה"ה איירי בברכת אירוסין ע"ש. אבל האמת שהמעיין בדברי ה"ה יראה דה"ה בפירוש איירי על ברכת נישואין שכוס לא מעכב.

יב. **אמנם** הרא"ש בפ"ק דכתובות ס' ט"ז כתב לענין כוס של נישואין בשם רבינו נסים גאון דאם אין לו יין יקח צימוקים וישרה אותם דלא סגי בלי כוס וברכת אירוסין מברך בלי כוס אבל לא ברכת נישואין. וכן משמע דעת מר"ן דבאירוסין כתב אם אין כוס לא מעכב ובנישואין כתב שבעי כוס לפ"ז קשה למה לפי הרא"ש מספיק טעימה כיון שהכוס בברכת נישואין מעכב צריך רביעית. כמו שכתב מר"ן באו"ח ס' ק"צ דכל דבר שצריך כוס צריך לשתות ממנו מלא לוגמיו ואין אנו יוצאים בטעימה. וכן קשה למקומות שהמברך לא טועם בכלל. וכן תמה הפנ"י בקונטרס אחרון כתובות ס' כ"ב על מה נהגו שהמקדש לא טועם אלא נותן לחתן ולכלה הרי בברכות הנהנין ק"ל כל מי שלא אוכל לא יכול לברך להוציא חבירו. והגמ' הסתפקה בברכת בורא הגפן של קידוש אם יכול לברך להוציא אחרים ותרצה שכלל זה נאמר בברכות הנהנין ולא בברכת המצוות. והיות ואם אין שם כוס לא מעכב א"כ ברכת בורא הגפן היא לא לעיכובא אלא ברכות הנהנין ואיך הרב יכול לברך ואינו טועם ומוציא בזה את החתן וכלה בשלמא ברכת נישואין דטעונה כוס הו"ל כדבר שבחובה ובדבר שבחובה קימ"ל אע"פ שיצא מוציא אבל ברכת אירוסין שאינה טעונה כוס הו"ל כדבר שלא חובה והוי ברכות הנהנין וקי"ל שאם לא יצא מוציא וכן מצאנו לרמב"ם בפאר הדור ס' ח' שכתב ומפני זה היו גדולי החכמים בעירנו מברכים תחילה ואח"כ טועם כדי שלא תהיה ברכה לבטלה וכו' ומשמע דטועם היינו המברך.

וקשה איך היה טועם ולא שותה רביעית והנה לפי מר"ן בשו"ע ק"צ יש ליישב שיטת הרמב"ם כיון דרק בדבר שצריך כוס לעיכובא בעי שתי' מלוא לוגמיו. אבל בברכות אירוסין ונישואין דלפי הרמב"ם לא בעי כוס לעיכובא לכן סגי בטעימה. אמנם על הרא"ש דס"ל דברכת נישואין טעונה כוס לעיכובא צ"ע איך מהני טעימה. ונראה ליישב המנהג דהרמב"ם לשיטתו דברכת אירוסין היא ברכת המצוות הרי קימ"ל דברכת הגפן של קידוש אע"פ שיצא מוציא אע"פ שלא טועם. אלא יש לדחות כיון דהכוס לא מעכב יש לה דין ברכות הנהנין לכן כדי ליישב שיטת הרמב"ם והמנהג דידן או שהמברך לא טועם כלל או שטועם כל דהוא.

יג. **וקודם** עלינו לבאר דעת הרמב"ם בברכת חתנים אם נחשבת לברכת המצוות כברכת אירוסין או ברכת השבח. דהנה הרמב"ם כתב בפ"י מהלכות אישות הל' ג' צריך לברך ברכת חתנים בבית החתן קודם נישואין. וכתב מר"ן הב"י בס' ס"ב הטעם משום שכל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן כמבואר בפסחים ז: והר"ן בפ"ק דפסחים דף ד' ד"ה ולענין ברכת נישואין הביא מחלוקת שיש שנוהגים לברך אלא אחר כניסה לחופה לפי שאין ברכות אלו אלא תפילה ושבח תדע שהרי מברכין אותם כל שבעת ימים. וכן נראה מהבה"ג. אבל הרמב"ם כתב שצריך לברך אותם קודם כניסה לחופה וכן דעת הרמב"ן ז"ל ולא מפני שהיא בכלל מה שאמרו כל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן שהרי אלו ברכות השבח הן אלא מפני שהחופה היא ייחוד ובעינן ראויה לביאה וכלה בלי ברכה אסורה לבעלה עכ"ל.

והנה יש לתמוה על מר״ן ב״י שכתב הטעם לרמב״ם משום דכל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן וא״כ קשה היכן מצאנו ברכת המצוות שמברכין אותה כל ז׳ ימים שהרי היא כבר נשואה. ולא מצאנו מצוה שמברך עליה בלי הגבלת זמן אע״ג דאדם מברך על תפילין וציצית כל יום. היינו שכל יום מקיים מצוה חדשה אבל כאן הוא מברך על המצוה של אתמול, דהתחלת המצוה וסיומה לפני כניסה לחופה אלא ע״כ כדברי הר״ן שבעצם תמה על כך והעלה שברכות אלו הם ברכת השבח. ופלא שמר״ן לאחר שנתן טעם בדברי הרמב״ם הביא את דברי הר״ן ולא התייחס לקושיתו על אותם שס״ל בדברי הרמב״ם שמברך קודם מדין כל המצוות מברך עובר לעשייתן.

ועוד מה שייך לומר בברכת הנישואין ברכת המצוות הרי הברכות כפי שקבעו חז״ל כולם שירות ותשבחות לבורא עולם בשלמא ברכת אירוסין מברך אשר קידשנו במצוותיו אבל בברכת נישואין אין שום ברכה על עצם הנישואין אלא שבח והודאה על יצירת האדם ובמעלות הזיווג בין איש לאשתו. ויש להוכיח מהרמב״ם עצמו דס״ל דברכת נישואין הם ברכת שבח. וכן משמע מדברי רבי אברהם בן הרמב״ם המובא בראש ס׳ מעשה רוקח וז״ל דאין ראוי שיברך ברכה זו ברכת אירוסין כי אם המקדש או שליחו שנקדש לו. לא חכם ולא דיין ולא זולתו וקצת הממונים טועים ומברכין אותה על צד ההיקש משבע ברכות של נישואין והוא טעות לפי שז׳ ברכות של נישואין הן שבח להשי״ת ותפילה בעד החתן והכלה וישראל לכן ראוי שיברך אותה הגדול וסיים שחתן אחד ברך לפני הרמב״ם בעצמו ברכת שבע ברכות והרמב״ם כעס עליו כיון שהברכות הללו מברכין את החתן ואין ראוי שאדם יברך את עצמו. ע״ש

וכ״כ בס׳ ערוך השולחן סעיף ט לחלק בין ברכת אירוסין לברכת נישואין, שהם ברכות לחתן וכלה שיצליחו לכן בהכרח שאחרים יברכו אותם. משא״כ ברכת אירוסין להרמב״ם דהיא ברכת המצוות. לפ״ז מובן דעת הפוסקי׳ שהובאו באוצר הפוסקים בס׳ ס״ב אות א דאם החתן והכלה חרשים אפשר לברך ברכת נישואין וכן פסק באגרות משה אהע״ז ס׳ פ״ז והטעם מפני שהיא ברכת השבח. וכ״כ בשו״ת חיי עולם נטע ס׳ פ״א והגם שהנוב״י אהע״ז ס׳ א׳ הסתפק היינו ברכת אירוסין דהיא ברכת המצוות. וכ״כ בשו״ת דברי חזקי׳ ח״ב חו״מ עמוד כ״ה דספקו של הנוב״י באירוסין דוקא. וכן האריך שולחן העזר ס׳ ח׳ סעיף ד׳ כלל א׳. והביא דברי הנטע שורק ולבושי מרדכי ס׳ מ״ח וכן מבואר בדברי הטיב גיטין, קדושין.

וכ״כ מהרי״ל שבברכות שמח תשמח הפך פניו אל החתן וא״כ לא שייך שיברך החתן את עצמו ע״ש. וכ״כ בשיורי ברכה ס׳ ס״ב והניף ידו שוב בחיים שאל ח״ב ס׳ ל״ח אות נז. שגדול אחד ברך ז׳ ברכות לעצמו ונעלמו ממנו דברי הרמב״ם הנ״ל ובהשומר אמת ס׳ ל״ד אות כו כתב דכן הוא בתיקוני הזוהר דף כו. כמו שכתב הרמ״ז ע״ש והניף שוב ידו בספרו ויקרא אברהם ח״ב ס׳ ח׳, שכן הוא בזוהר הקדוש, דחזן מברך לכלה ז׳ ברכות, ועי׳ במנחת יצחק (ווייס) ח״ג ס׳ קי״ד שאין לחתן לברך ז׳ ברכות. הרי משמע דברכת נישואין הם ברכת השבח ולכן שפיר מברך בנישואי חרש כיון שהברכה לא על החתן וכלה אלא על כל הנאספים.

יד. **ולכאו׳** יש להבין טעם הב״י שכתב שטעמו של הרמב״ם משום שכל המצוות מברך עליהם עובר לעשייתן ונראה לישב דברי מר״ן ב״י דגם הוא יסבור דברכת נישואין הוי ברכת השבח. חדא ממה ששינה הרמב״ם לשונו בין ברכת אירוסין לנישואין דבברכת אירוסין כתב בפ״ג מהלכות אישות הל׳ כ״ג כל המקדש אשה בין על ידי עצמו בין על ידי שליח צריך לברך קודם קדושין וכו׳ כדרך שמברך קודם כל המצוות וכו׳ ואילו בברכת חתנים כתב הרמב״ם בפ״י הל׳ ג׳ וצריך לברך ברכת חתנים בבית החתן קודם הנישואין. וכו׳ ולא הוסיף הרמב״ם כדרך שמברך על כל המצוות כמו שכתב לעיל בפ״ג בברכת אירוסין משמע שמה שמברך קודם בברכת חתנים היינו כיון שאנו רגילים להקדים ברכה למעשה הכא נמי והדברים ברורים בדברי הריטב״א בכתובות דס״ל כדעת הרא״ש דברכת אירוסין הוי ברכת השבח ומ״מ מברכין קודם וז״ל דאף שאינו ברכת המצוה יש לתת טעם למה נהגו לברך קודם הקדושין כי אע״פ שאינה ברכת המצוות מקדימין אותה להקדים ברכה למעשה ע״ש והכא נמי. זה כוונת הרמב״ם ודעת הב״י. ולכן מר״ן לא הגיה על תמיהת הר״ן דהוכיח דברכת חתנים הוי ברכת השבח. משמע דגם מר״ן ס״ל כן בדעת הרמב״ם ודו״ק.

א״כ לפ״ז תקשה איך אנו יוצאים ידי חובה בטעימה גרידה או מקומות שבכלל המברך לא טועם בשלמא לדעת מר״ן דברכת נישואין צריכה כוס לעיכובא

כדעת הרא"ש והגאוני' ניחא דהוי ברכה שבחובה שאע"פ שיצא מוציא. אבל ברכת אירוסין לכו"ע כוס לא מעכב ולמה המברך לא טועם ועוד הרי דין זה נאמר בברכת המצוות ולא בברכת השבח ־ דהגמ' ר"ה כ"ט דיברה רק בברכת פוה"ג של קידוש שהיא ברכת המצוות. ולפי מה שכתבנו דדעת מר"ן בס' ק"צ כל דבר שבחובה בעי טעימה רביעית. א"כ בברכת אירוסין שלכו"ע כוס לא מעכב סגי בטעימה לבד. אבל בברכת נישואין נצטרך שחתן ישתה רביעית או המברך.

ובעיקר דברי הפני יהושע דמחלק בין ברכת אירוסין לנישואין הנה בשו"ת חמדה גנוזה ס' קי"ח כתב וכוס של חתן וכלה המברך צריך לשתות ממנו ואם מקפידים עליו יטיף ממנו מעט. ורק מצוה מן המובחר מפני שברך בורא פרי הגפן, ואם עכ"פ יש בני אדם שמקפידים א"נ שאינו מקבל עליו לשתות ממה שטעם ממנו אחר אין בכך כלום אלא שותים החתן וכלה וכן כוס של מילה אם אין מקבלין עליהם לשתות מפני אנינות הדעת שותה ממנו אמו של תינוק ע"כ. כמו שהביא התשב"ץ בח"ג ס' ס"ה במה שנהגו שהחתן והכלה טועמים הכוס בברכות אירוסין ונישואין ויצאו ידי חובה אע"פ שלא טעם המברך אע"פ שבברכת הנהנין אין לברך אם לא יוצא כבר אמרו בר"ה כט. פורס אדם לבניו ובני ביתו אע"פ שלא אוכל עמהם כדי לחנכם במצוות וכשהברכה היא בשביל הטועמים חתן וכלה כשר הדבר דהוי כוס של מילה שמטעימין לתינוק והניף ידו עוד בס' ע"ד. ובח"ד ס' ל"ב.

טו. **ובכנה"ג** ס' ל"ד הג' הטור כתב בשם הרב באר שבע דטוב להיזהר לשתות רביעית לברך ברכה אחרונה וסיים הכנה"ג ולא ראיתי נוהגין כן. ע"ש ובס' יד אהרון כתב בס' ל"ד הג' הטור סעיף א וז"ל אם המברך צריך לטעום מן היין וכו' עיין בתשב"ץ ח"ג ס' ס"ה וס' ע"מ. שכתב שאינו צריך לטעום ולכן נהגו להטעים החתן והכלה כוס של ברכת אירוסין כיון שהברכה נעשית בשבילם. ע"ש וכ"כ בתשובת הגאוני' בחמדה גנוזה ס' קי"ח תשובה רצ"ג, שיטעמו רק חו"כ וכ"כ בתשו' הגאוני' להר"י גאות במאה שערים קידוש ד' ח. ובשו"ת מהרשד"ם ח"ה ס' ח'. ואחר שהביא הב"י שתמה על המנהג שלא לטעום והניח בצ"ע כתב דהפני יהושע למרות שנדחק לא רצה לשנות מנהגם של ישראל והסתמך על דברי התשב"ץ בח"ג ס' ס"ה וכתב דבעיקר הדין נעלם מהרב הפנ"י תשובת מר"ן הב"י ביו"ד ס' רס"ה במה שכתב הטור נוהגים בתענית להסדיר ברכת אשר קידש על הכוס והביא בשם הכלבו דסומכין שלא יטעום המוהל אלא משגרין הכוס לאם או לתינוק וכתב מר"ן ב"י דנפקא שפיר בברכתו אע"ג דברכת הנהנין היא כיון דניתקנה על הכוס הו"ל ככסא דקידושא ואבדלתא ומוציא את אחרים גם בברכת היין ולענין מלא לוגמיו נמי כתב שאין לחייב החתן לשתות מלא לוגמיו דפעמים הוא בצום והיין חזק ותקנתו היא קלקלתו לכן הנח להם לישראל לנהוג כמנהגם בלא פקפוק. הרי משמע מדברי התשב"ץ ומדברי הגאונים שאפי' אם אין הכוס מעכב גם בברכת נישואין אין הכרח שיצטרך המברך לטעום ודי במה שחתן וכלה טועמים וכמו שכתב יד אהרון באבן העזר ס' ס"ב בהג' הטור. וכ"כ בשו"ת חיים ושלום ח"ב ס' צה. ועיין למרן הראש"ל בספרו יביע אומר ח"ה אהע"ז ס' י' שדן בזה והביא דברי הרב שדי חמד במערכת ברכות ס' ג' ופאת השדה מערכת ברכות לא שהעלה למצוא מזור למנהג האשכנזים ע"פ דברי התשב"ץ.

ושם הביא תשו' האדרת שתמה על מנהג הספרדים שטועמים דהרי הגמ' אמרה בתמיד כז: לא ישתה אדם מים ויתן לתלמידו אא"כ שפך מהם ולכאו' היה מקום לחלק בין מים ליין מלבד שאין סברה לחלק. עוד מפורש במסכת דרך ארץ פ"ט לא ישתה אדם מן הכוס ויתן לחבירו מפני הסכנה וסתם כוס כוס של יין. ואולי בכוס של מצוה שאני והא קמן כוס של מצוה בכוס של קידוש בס' רע"א סי"ד ויטעמו כל המסובין עכת"ד.

והנה החילוק בין מים ליין מבואר בב"י אורח חיים ס"ס קע וז"ל כתוב בספר ארחות חיים אמרינן בתמיד כז: חמרא כפר מיא שפוך. כלומר אחר שתית יין קנח מקום נשיקת הפה משום מיאוס ע"ש. ובס' אפיקי ים ח"ב ס' ב' הביא שהגר"ח מבריסק נהג לטעום מן היין שנשאר בצלחות ושכן נחוץ לעשות לצאת ידי ספק ברכה לבטלה שחתן וכלה לא מכוונים לצאת כלל ע"ש. ובכנה"ג ס' ל"ד הביא דברי הרב באר שבע ס' מ"ט שתמה למה לא שותה מלא לוגמיו וכתב עליו כנה"ג דתקנתו הוי קלקלתו. והאמת שמר"ן בב"י יו"ד ס' רס"ה הביא תשו' רשב"א דדוקא בקידוש והבדלה בעי מלא לוגמיו משא"כ בשאר ברכות שעל הכוס ולכן לפ"ז טעימה סגי וגם לאותם שלא טועמין יש להם על מה לסמוך. כמו שכתב הט"ז יו"ד ס' רס"ה ס"ק י' שטעימת התינוק או אמו סגי כדעת התשב"ץ.

וכ"כ בערוך השולחן סעיף ט' דמה שחתן וכלה טועמין שפיר יוצאים ידי חובה ולא הוי ברכה לבטלה מידי דהוה אקידושא והבדלה. כמו שכתב הב"י בס' רס"ה וגם בבית שלמה (מסקלא) או"ח ס' י"ד כתב כיון שמברכין אמנהתא והיום המנהג פשט כן הוי כחיובא מתקנת חז"ל כמו ברכת בורא פה"ג דקידוש אע"ג דלא הוי אלא מדרבנן א"כ הו"ה בופה"ג של אירוסין ע"ש. וכ"כ בישועות יעקב האורך ס"ק ב' דברכת אירוסין אחרי שחכמים קבעו על הכוס הוי ברכת חיוב ושפיר אע"פ שלא טועם מוציא כמו ברכת המוציא דאכילת מצה ויין לקידוש ע"ש. וכ"כ בספר תורת חיים על או"ח ס' קס"ז לישב קושית הפנ"י דתמה הרי זה ברכת הנהנין. וכתב ע"פ דברי הגמ' ברכות מג. מגו דמהני הסיבא לפת מהני הסיבא ליין וכן משמע מגמ' ר"ה כ"ט שכל שברכת הנהנין היא ביחד עם ברכת המצוות אע"פ שלא יוצא מוציא. וכ"כ בספר עזר מקודש כיון דהמנהג דמברך לא טועם אלא חתן וכלה הרי סתמו כפירושו שעל דעת כן מברך. לפ"ז נהרא נהרא ופשטיה ולכן אם המברך חושש לנגיעות היין כיון שמברכין על אותו כוס לאחר שמתקנו. יש לו על מי לסמוך שלא יטעום וכדבר האמור.

סימן ב

רצון הבעל והאשה בקדושין

א. **גמ'** האשה נקנית ברצונה אין בע"כ לא, ולכן נפסק בשו"ע סי' מ"ב המקדש אשה בע"כ אינה מקודשת, והוא גמ' בב"ב מח: ששם נחלקו אמימר ומר בר רב אשי והלכתא כמר בר רב אשי דתלוה וקידשה לא מקודשת דהוא עשה שלא כהוגן לכן אפקעינהו רבנן לקדושין מינה. וע"כ דאמרה רוצה אני דאע"פ דבזביני אמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה באשה אפי' אמרה רוצה אני דמדאורייתא מקודשת רבנן אפקיעינהו. דע"כ כל שאנו צריכים לטעמא דאפקעינהו היינו דמדאורייתא מקודשת וחכמים הפקיעו דאי לא אמרה רוצה אני וצווחה מתחילה ועד סוף לא בעינן לטעמא דאפקעינהו והיא מילתא דפשיטא, וכן פסק הרמב"ם פ"ד מאישות הל' א' והרי"ף והרא"ש אין האשה מתקדשת אלא לרצונה והמקדש אשה בע"כ אינה מקודשת. ולשון הרמב"ם מדוקדק אין אשה מתקדשת אלא לרצונה, דהיינו כל שאין רצון אינה מקודשת מדאורייתא, והמקדש אשה בע"כ שזהו דין של רב אשי אינה מקודשת מהתקנה דהוא עשה שלא כהוגן וע"כ אפי' אמרה רוצה אני, וכ"כ במאירי פ"ק דקדושין ובנחלת שבעה ח"ב סי' י"ט.

ויש לדקדק בדברי רב הונא דאמר תליהו וזבין זביניה זביני, וסמיך לה מחלוקת אמימר ורב אשי, ואמר רב אשי הוא עשה שלא כהוגן, ונמצא שאין תליוה וקדיש תלוי בדברי רב הונא דלרב הונא אי איירי בלא אמר רוצה אני ואפי' הכי מהני קדושין ובזה אמרינן דבאשה לא חלו קדושין, והטעם כיון שלא אמרה רוצה אני הא אמרה רוצה אני מקודשת לרב אשי, לפ"ז יש לתמוה אם לא אמרה רוצה אני לאמימר דס"ל מקודשת הרי לא אמרה רוצה אני וכן באיש שקדש ע"י כפיה שפסק הרמב"ם מקודשת כתב הראב"ד והוא שיאמר רוצה אני, והרמב"ם לא כתב כן משמע דאיירי בלא אמר רוצה אני אפי' הכי חלו הקדושין לרמב"ם, משמע דבאשה דלא חלו קדושין בלא אמרה רוצה אני, ודו"ק. וכן בפ' הסוגי' בב"ב מ"ח. בדברי רב הונא פי' רשב"ם דאיירי שאמר רוצה אני ובב"י בס' ר"ה כתב דמכוח הסוגי' בב"ק ס"ב. משמע דבעי שיאמר רוצה אני, אבל כל שלא אמר רוצה אני אפי' יהיב זוזי הוי חמסן דרבנן ע"ז כתב הב"י דרוצה אני לאו דוקא אלא כל ששתק ולא אמר איני רוצה הוי מכר, ותמה עליו מהרש"ך א"כ הגמ' היתה צריכה לומר כאן דאמר איני רוצה.

ב. **וכתב** הנתיבות לישב דבאופן שיש אונס או הגוף או ממון כדי למכור בההיא הנאה שנפטר מהאונס גמר ומקנה וכיון שיש אומדנא דמוכח דרוצה להתפטר מאונס, לכן אפי' לא אמר רוצה אני מהני כיון שיש אומדנא. אפי' שאמר בלבי לא הייתי שלם הוי דברים שבלב כמו שכתב הרשב"א בקדושין דף נ'. ואפי' בא"א מתירין מכח אומדנא ושפיר כתב הב"ח דמה שכתב בגמ' הא דאמר רוצה אני לאו דוקא דאפי' בסתם כיון דתליוהו וזבין הוי מן הסתם כאומר רוצה אני, משא"כ בחמסן שלא אנסוהו בשום אונס רק שחטף החפץ ונתן דמים שלא נפטר משום אונס במכירה זו וליכא שום אומדנא שם בעינן רוצה אני, ולכן בפ"ד מאישות כתב ה"ה דתליוהו וזבין לא בעינן לומר רוצה אני, ובפ"א מגזלה

כתב ה״ה דבעינן שיאמר רוצה אני דשם לא אנסוהו. ולישב הרמב״ם בדרך אחרת דבמכירה לא בעי רוצה אני ובגמרא בב״ק ס״ב. אמרינן דבעינן רוצה אני, וצריך לישב דלעולם המכר קיים והא דבעינן רוצה אני כדי לסלק הלאו דלא תחמוד כמו שכתבו התוס׳ והרא״ש שם וכשלא אמר רוצה אני נקרא חמסן מדרבנן.

ובמכר דאמר רב הונא תליהו וזבין זביניה זביני אפי׳ בלא אמר רוצה אני מ״מ הוא נקרא חמסן מדרבנן, ולכאורה קשה דכל מאן דאמר רחמנא לא העביד אי עביד לא מהני ע״ז תירץ ה״ה כיון שנותן דמים הוי כמו שינוי שקונה. ואת תירוץ הגמ׳ אפשר לישב כיון דאמר רוצה אני אין לאו דלא תחמוד וכשלא אמר רוצה אני שיש לאו לכאו׳ המכר בטל מדין כל מאן דאמר רחמנא , ומ״מ המכירה קיימת דגמ׳ בתמורה חפשה נ״מ בין אביי לרבא ולא אמרה שיש נ״מ בלאו דלא תחמוד, והטעם כיון דאין איסור בחפצא כגון תורם מרעה על היפה, או גרושה לכהן, התפסות בבעלי מומין, כיון דהאיסור מה שבידו ממון חבירו וכשאומר רוצה אני אפי׳ בכפיה מהני.

ולכן הרמב״ם בהלכות מכירה פרק י׳ הל׳ א׳ דן אם המכירה קיימת או לא ולא הזכיר הדין של רוצה אני דאפי׳ לא אמר רוצה אני המכר קיים,ובהלכות גזלה דן ברין לא תחמוד שם מצריך רוצה אני להפקיע האיסור, ובזה נחלקו הרמב״ם וראב״ד דהרמב״ם בפ״א מהלכות גזלה כתב כל החומד עבדו והכביד עליו רעים וכו׳ אע״פ שנתן לו דמים ה״ז עובר בלאו של לא תחמוד ואינו לוקה כיון דהוי לאו שאין בו מעשה, וכתב הראב״ד היינו באופן דלא אמר רוצה אני, וכתב עוד וע״ז שכתב רבינו שזה לאו שאין בו מעשה ולא ראיתי מעשה יותר גדול מנטילת החפץ והול״ל דאינו לוקה כיון שניתן לתשלומים וכו׳, והנה הראב״ד ס״ל דאם יש כאן לאו דלא תחמוד המכר לא חל, ולכן שייך לומר ניתן לתשלומים, וכן עשה מעשה גדול, אבל הרמב״ם ס״ל המכר קיים ולא שייך ניתן להשבון והראב״ד ס״ל מקח בטל וניתן להשבון ולפ״ז גם במכר ס״ל לראב״ד דבעינן רוצה אני כדעת הרשב״ם. והלחם משנה פ״י ממכירה תמה על ה״ה והראב״ד ששתקו ונשאר בצ״ע. אמנם אם נאמר דהראב״ד ס״ל דבעינן רוצה אני בקידושין כמו שהגיה הו״ה במכר ורמב״ם פליג ולא בעי רוצה אני.

ג. **אמנם** יש להוכיח מגמ׳ באשה שאין אשה מתקדשת אלא לדעתה משמע בע״כ מדינא לא מקודשת כמו שהוכחנו והמקדש בע״כ אינה מתקדשת מתקנה אע״פ שאמרה רוצה אני, נמצא יש אופן דמהדין לא מקודשת ויש מהתקנה באמרה רוצה אני ויש שישבו את הרמב״ם דכל שעשה מעשה לא בעינן רוצה אני כגון מקדשה ע״י כפיה ונותן לידה כסף קידושין לא בעי רוצה אני דעצם הנתינה זה הרצון ורק בקרבן בעינן רוצה אני כיון שהכוהנים מקריבים הקרבן, וכן בחמסן דיהיב דמי בעינן שיאמר רוצה אני דאם לא אמר רוצה אני אנו לא יודעים על מה נתן הכסף במה נדע שנתרצה המוכר רק ע״י רוצה אני אבל בגט למה צריך כיון דתיישינן שמא ימסור מודעה על נתינתו.

ובעצי ארזים כתב לישב דעת הראב״ד דבתליהו וקדיש בעינן שיאמר רוצה אני דס״ל כדעת העיטור דגם בבעל שייך הוא עשה שלא כהוגן ואפקעינהו ולכן בעי שיאמר רוצה אני דבזה מסלק האונס ואמרינן כסברת ה״ה דלא הפקיעו כיון שבידו לגרש. וא״ת הרי כשמגרש נאסר בקרובותיה, על זה צריך רוצה אני. והרשב״א בחידושיו הביא דעת בעל העיטור שכל הדין של אגב אונסיה גמר ומקנה נאמר במקנה ולא בקונה, דאם אנסוהו לקדש אשה לא חלו קידושין דדין זה של אגב אונסיה לא נאמר בקונה, ותמה עליו הרשב״א דאם נאמר במקנה כ״ש בקונה. ובאבני מילואים תמה עליו דאונס שותה בעציצו הרי שם כופין אותו לכנוס ותרץ מצוה שאני. והנה בכל תליהו וזבין אגב אונסיה גמר ומקנה הכוונה שהמוכר אנוס באונס לא נחשב, כמו שאשה לא נאסרת על בעלה באונס דילפינן מולנערה לא תעשה דבר, אע״פ שבא״א מעשה הזנות לא אוסר אלא מעילתה בבעלה ולכן ס״ל למהרי״ק בטוענת דסברה שמותר לזנות אע״פ שהיא שוגגת אסורה, ומ״מ אנוסה מותרת דמעשה אונס לא נחשב, ולכן מוכר באונס לא הוי מכר, אלא המכר קיים מצד רצון גמר ומקנה, ויש כאן רצון ודעת להקנות. וזה שייך רק במקנה ולא בקונה ולכן באשה שלא פועלת כלום דחידוש התורה כי יקח ולא כי תלקח, וע״ז כתב הר״ן בנדרים דאשה לא פועלת בקידושין אלא מבטלת דעתה ורצונה, ומשוי עצמה אצל הבעל הפקר, ולכן אצל האשה שלא צריך מעשה שייך גמרה ומקני׳ נפשה אבל בעל שצריך לעשות מעשה היכא דאנוס אין מעשה האונס יכול לפעול חלות הקידושין. ולפ״ז כל דינו של בעל העיטור הוא בתליהו וקדיש דכל מעשה הקדושין מצד הבעל והוא עשה מעשה אבל תליהו וקני דלא בעינן בקנינים מעשה אלא רצון אה״נ שגם בעל העיטור ס״ל

שקונה בניגוד לדעת הרמ"א. ולכאו' הרי בגירושין יש מעשה גירושין ואיך מהני בכפיה, וצ"ל כיון דכל הכפיה היא ע"פ דין הרי הדין והמצוה לגרש מסלק את האונס, וזה הדין באונס שגרש כתב האבני מילואים להקשות מתוספתא שכופין אותו להחזיר למה לא תני כופין אותו לכנופי כפי שנפסק בשו"ע קע"ז סעיף ג' האונס את הבתולה חייב לישא אותה ואם עבר והוציאה כופין אותו להחזירה, הרי דברישא כתבו חייב לישא אותה וכשהוציאה כתב כופין להחזירה, ולכאו' גם בתחילה יש דין כופין לישא, וצ"ל דבתחילה יש מצוות עשה של ולו תהיה לאשה דהוא משועבד לה, אבל אחר שנשאה וגרשה, יש שעבוד דחייב להחזירה והגמ' אמרה אם אונס גירש נימא אי עביד לא מהני ותרצו בתוס' גירושין כמיתה ולכן חלו הגירושין ומ"מ החיובים נשארו וחייב להחזירה.

ד. **ולפ"ז** לא קשה על בעל העיטור דס"ל תליהו וקדיש בעי מעשה ולכן לא מהני והקשה עליו מאונס שגרש דשם יש חיובים ושעבוד לכן מהני לא כן בתליוהו וקדיש. והנה בכל אונס שאומרים אגב אונסיה גמר ומקני, אמרינן שיש כאן דעת, אבל חסר ברצון, רצון הוא שיאמר רוצה אני ובקנין סגי ברעת להקנות, אבל בגט לא סגי דעת אלא בעינן רצון ולכן הרמב"ם מנה י' דברים שהם עיקר הגירושין ואחד מהם רצון, ולכן הכפיה ומצוה לשמוע דברי חכמים יוצרת הרצון.

והנה הראב"ד בקדושין כשכפו הבעל כתב דאמר רוצה אני ותמה עליו הלח"מ וה"ה למה במכר שתק, והניחו בצ"ע. וצ"ל דהראב"ד ס"ל דגם במכר בעינן רוצה אני כמו שגילה דעתו בהלכות גזלה דרוצה אני מסלק לא תחמוד, ומ"מ כשלא אמר רוצה אני המקח בטל וגם במכר, והא דלא הגיה כיון במכר יש אופן שלא עובר על לא תחמוד כגון ראובן שאנס את שמעון למכור ללוי שלוי לא עובר על לא תחמוד ולכן הקשה ה"ה על הראב"ד דבקידושין למה צריך רוצה אני הרי אין לא תחמוד, ודו"ק.

והנה אם תליוה להתקדש לראובן שהיו בו מומין דכופין לגרש כגון מוכה שחין או בעל פוליפוס, כתב ביד דוד דמדאורייתא לא מקודשת, כיון דאפי' נולדו בו אח"כ כופין אותו לגרש כ"ש כשהיו מתחילה מה שייך אגב אונסיה גמר ומקנה בשלמא במכר מקבל כל התמורה אבל כאן מה מקבלת. והנה דין זה בתליוהו וזבין יש מחלוקת אם בעינן נותן כל התמורה או אפי' חלק, ובאשה כתב הרשב"א אי כפוהו לגרש ע"י דמים לא מגורשת דאשה אין לה דמים, וכ"כ תורת גיטין דבאשה אם כפו הבעל ונתנו לו מעות כיון דבמכר בעי שיתן שווי המכר אחרת אם נתן קצת מעות על השאר אמרינן דתליוהו ויהיב ולא הוי זביני ה"ה באשה וכ"כ פ"ת סי' קל"ד אות י"ז דהטעם דאשתו כגופו וכל הון שבעולם לא יפצה אותו. והנה הא דאנסוה להתקדש לא חלו הקידושין יש להסתפק האם רק באונס הגוף כגון תליוה או אפי' באונס ממון, דבגיטין מצאנו מחלוקת בין הרשב"א לר' מיימון נג"ר מובא בב"י סי' קל"ד ע"ש באריכות.

וראיתי בתשו' זכרון יהודה פ"א להרב יהודה בן הרא"ש שהביא בראובן שהפקיד כסף אצל שמעון ותבע את הפקדון ושמעון א"ל אני לא מוכן להחזיר עד שתקדש בתך לבני והלכה הבת ומסרה מודעה, ואח"כ הלכה והתקדשה למשודך שלה והעלה דהוי אונס ואע"פ שלא מסרה מודעה לא חלים הקידושין כיון דראובן היה אנוס והעלה כיון דשמעון עשה שלא כהוגן להפריד בין משודך למשודכת ולהשיג גבול לכן הקידושין לא חלים מדין אפקעינהו. ומוכח מהסוגי' דמקדש אשה בע"כ שאינה מקודשת אפי' אמרה רוצה אני, וכ"כ המאירי בדף ח'. והש"ג בשם ריא"ז דאפי' הלקה האשה ויסרה עד שנתרצית לו וקדשה אינה מקודשת וכן מוכח לשון הרמב"ם בפ"ד מאישות הל' א' אין האשה מתקדשת אלא לרצונה , והמקדש אשה בע"כ אינה מקודשת דתנא נקט דין דאורייתא, ובסוף בע"כ אפי' אמרה רוצה אני לא מקודשת.

ובענין אונס ממון נראה להוכיח מסוגי' תליוהו וזבין זביניה זביני והתם איירי באונס ממון וכעובדא דפרדסא ע"כ כשאומרים באשה אפקעינהו משום שלא עשה שלא כהוגן גם באונס ממון איירי וכ"כ בס' המקנה בקונטרס אחרון ס' מ"ב. ובס' יד אהרון אהע"ז ה"ג ב"י ס' א' באופן דכפה עליה קידושין מחמת שאם לא היו עושין כך היתה יוצאת לתרבות רעה וכוונתו להציל בת ישראל העלה דכאן עשה כהוגן ולא אפקעינהו, וכ"כ בטיב גירושין באופן שהיה חוב ושבועה וקנס בינהם והאשה חזרה בה והבעל איים עליה ונתרצתה כתב דלא שייך עשה שלא כהוגן אלא טוב עשה ולא אפקעינהו. ואם כפו הבעל וקדש בזה נחלקו הרמב"ם ובעל העיטור, דהרמב"ם פסק בפ"ד הל' א' האיש שכפוהו וקדש מקודשת והטעם כתב הרשב"א כיון דבעל מגרש בעל

כרחה, משא"כ באשה שנתקדשה אי לאו דאמרינן אפקעינהו היתה נשארת תחתיו, והטעם כתב ה"ה דאם במוכר אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני כ"ש לקנות שהיא קונה באונס, ובעל העיטור כתב דלא מקודשת באנסו הבעל. והרמ"א בחו"מ ר"ה סעיף י"ב כתב דכל הדין של תליוהו וזבין אבל תליוהו וקנה אינו קנין, והוא תימה שנעלמה ממנו מחלוקת הרמב"ם ובעל העיטור באנסו הבעל לקנות את האשה. וע"כ הסברא לפי הרמ"א שקל יותר להוציא החפץ דבזה אמרינן במכר אגב וזוזי גמר ומקנה משא"כ להכניס החפץ לא מהני כל עוד אין רצון גמור להכניס החפץ לרשותו לכן כשאנסוהו לקנות ס"ל לרמ"א דלא מהני.

ה. **והנתיבות** בס' ר"ה הקשה על הרמ"א דס"ל באונס לקנות לא אמרינן אגב זוזי, הרי בכל מכר דהמוכר אנוס הוא קונה הכסף, ובאבני מילואים סימן מב חילק דלקנות בעי רצון לכן כל שאנוס הוא לא חל הקנין, משא"כ אשה אינה קנין לגבי הבעל, והנתיבות תירץ שדמי החפץ הוא לא קנין אלא תשלום והיכא דהקנה לו פרה בחמור או שא"ל האנס מכור לי באלו שיש לו דין חליפין כמבואר בס' ר"ג בכה"ג לא קנה האנס הפרה דאם הנאנס לא רוצה לקנות החמור, האנס לא יקנה הפרה.

והרשב"א הביא דעת בעל העיטור דבאיש שאנסוהו לקדש לא מהני דתליוהו וזבין אמרו, תליוהו וקני לא אמרו, ונחלק עליו הרשב"א דסוגי' שלמה אמרינן אגב זוזי גמר ומקני, וכ"ש לקנות וכן דעת הרמב"ם בפ"ד מאישות האיש שאנסוהו לקדש מהני וכתב ה"ה הטעם כיון שבידו לגרש, משא"כ באשה הפקיעו הקידושין שאין בידה להתגרש. והנה בקושית הרשב"א על בעל העיטור דאם למכור אמרינן אגב זוזי כ"ש לקנות, ויש לחלק דלהקנות כיון שיש אונס אם סילק עצמו ואינו מוחה חבירו קונה אבל לקנות דבעי רצון להכניס החפץ לרשותו ובעינן רצון, ורצון ע"י כפיה לא מהני ובפרט אי אמרינן דעיקר הקנין מצד הקונה ולא מצד המקנה ולכן בע"כ לא יכול לקנות. אבל הרשב"א ס"ל דעיקר הקנין מצד המקנה דמצינו דעת אחרת מהני, וכ"כ הרא"ש בב"ב מ"א גבי רב ענן שקיל בידקא דהמקנה יכול להקנות גם בלי ידיעתו של הקונה והנה בכל מעשה מכירה בעינן דעת ורצון ובמוכר דאגב אונסא דזוזי מוכר מ"מ מהני לכן תליוהו וזבין מהני דרוב מכירות הם ע"י אונס אבל לקנות סובר בעל העיטור דבעינן רצון דאין אדם קונה בע"כ.

ולכאורה קשה על בעל העיטור הרי רואים שגם לקנות לא בעי רצון כגון באונס שכופין אותו לכנוס וכן הקשה עליו האבני מילואים בסימן מ"ב ותרץ כיון דיש מצוה לשמוע דברי חכמים הוי רצון ע"ש. ובפרט לפי מה שכתב הרמב"ם בפ"ב דגירושין היאך מהני רוצה אני, ותרץ שכל בר ישראל יש לו רצון לקיים המצוות רק היצר מעכבו, והכפיה מסלק האונס. ובפני יהושע קידושין נ'. גבי קרבן אי ידע דהוי אונס אפי' אומר רוצה אני צריך קרבן אחר אבל במכר כל שאמר רוצה אני לא נאמן לומר בלבי היה אונס דדברים שבלב הם, אבל קרבן דלכפרה נאמן, ודו"ק. והנה לפי הרמב"ם דס"ל באנסוהו לקדש מקודשת שבידו לגרשה יש לדון בזה"ז דלא יכול לגרש אשה בע"כ מה הדין האם נהפך דין האיש כמו דין אשה, ושמא י"ל דבכה"ג לא תיקן רבינו גרשון ואין חדר"ג וכ"כ הט"ז בס"ק ב'.

ו. **ויש** לדון בתליוהו וזבין דהוי זביניה זביני אי בעינן שיאמר רוצה אני. והמעיין ברמב"ם פ"א מגזלה שכתב כל החומס וכו' אע"פ שנתן דמים עובר על לא תחמוד וכו' והראב"ד השיגו וכתב דאיירי שלא אמר רוצה אני, משמע אם אמר רוצה אני אז לא עובר על לא תחמוד ואין לומר דקונה רק באמר רוצה אני דבהלכות מכירה כתב הרמב"ם תליוהו וזבין זביניה זביני אפי' לא אמר רוצה אני והראב"ד לא השיגו, משמע דגם בלא אמר רוצה אני חל המכר והא דאמר הראב"ד בהלכות גזילה דבעינן שיאמר רוצה אני היינו לענין לא תחמוד, אבל אה"נ קנין חל גם בלא אמר רוצה אני ודו"ק. אמנם ה"ה כתב דתליוהו וזבין זביניה זביני לפי דעת הרמב"ם גם בלא אמר רוצה אני והחידוש שלא נאמר דלא חל המכר משום כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני קמ"ל דמהני דבגזלה יש לימוד דשינוי קונה.

ובשיעורי הגרנ"ט תמה על בעל העיטור דאנסוהו לקדש לא מהני משום דאנסוהו לקנות והקשה איך מהני קידשה בע"כ הא לא קונה הכסף דאנסוה לקנות לא מהני, ואין כאן מעשה קידושין, וחידש דלא בעינן קידושין שתקנה הכסף דסגי בנתינה בעלמא, וקשה איך מהני הקידושין ומתוס' דף י"ט. דאי שכתבו דעת אחרת מקנה משמע שצריך קנין. וכתב עוד להקשות דאיתא בגמ' גיטין ע"ח. דאם זרק לה גט קרוב לו אינה מגורשת קרוב לה מגורשת וכן לענין קידושין וכתב הח"מ סי' ל' ס"ק ז' דהיינו מדרבנן, והכוונה שחכמים תקנו שהקידושין יחולו גם אם לא עשה קנין, והפנ"י כתב

דמקודשת ומגורשת מהתורה דילפינן "ונתן בידה" נתינה כל דהוא, וקשה הרי בגט ניחא אבל בקידושין בעינן שיקנה לה הכסף, ואם נפל כסף על ידה לא קנה, ולמה תהיה מקודשת. ותרץ דבקידושין מקודשת כל שהיתה נתינה אע"פ שלא קנתה הכסף דבנתינה לבד חלים הקידושין, כדילפינן "ויצאה והיתה" ולכן תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת ולכן בתליוהו וקידש דהוו קידושין שאין אנו צריכים לכסף האשה לקנות הכסף דנתינה לחוד מהני, ולכן בקידש במחובר לקרקע דלא הוי קידושין דכל שעושין הקידושין בנתינה בלי קנין בעינן דומיא דגט, ולא מהני מחובר, ובעיר הנידחת איירי שנתן לה הכסף בתוך ידה ולכן מדין מחובר היה מהני לולי דהוי עיר הנידחת.

ז. **ולפ"ז** מישב הסוגיא דיכול האב לעשות בתו קטנה שליח לקבל קידושיה והקשו התוס' קידושין י"ט הרי אין לה יד ותרצו דעת אחרת מקנה, ותינח לשיטת תוס' דדעת אחרת מקנה מהני מדאורייתא אבל לרש"י דס"ל דהוי מדרבנן מאי איכא למימר, ולפי הנ"ל ניחא דבעי רק נתינה ובלא קנין סגי. והוכיח דבכל קנין לא צריך לקנות הכסף אלא סגי בנתינה ולפ"ז גם בקנה קרקע בכסף א"צ שהמוכר יקנה הכסף אלא סגי דהלוקח יכניס הכסף לרשות המוכר, ולכן א"ש קושית הנתיבות הרי הלוקח קונה הכסף בע"כ ולק"מ דבאמת לא צריך לקנות וסגי רק בנתינה. ואם נאמר שיש הבדל בין קידושין למכר ניחא, דיש יותר רצון לקנות מאשר למכור, ומ"מ קשה על הרמ"א דס"ל באנסוהו לקנות לא מהני דהרי הרמב"ם ס"ל דמהני.

ובביאור הסוגיא בב"ב מ"ח: תליוהו וקדיש נחלקו אמימר ומר בר רב אשי אמימר אמר מקודשת מר בר רב אשי אמר באשה ודאי לא מקודשת, ומשמע דפליגי בין באיש בין באשה ובאשה ודאי לא מקודשת והטעם פרש"י יבמות י"ט. כתב כדעת הסמ"ג דכתיב "ויצאה מביתו והלכה והיתה" משמע הליכה מרצונה, ובקידושין מ"ד. כתב מטעם דבעי דעתה והנה לרמב"ם האשה לא מקודשת מדאר' מטעם כל מאן דאמר רחמנא לא תעביד, אבל באיש כיון דהוא לא עביד רק אנסוהו מקודשת דאשה רצונה להתקדש, ולכן הרמב"ם לא הצריך לומר רוצה אני נגד הראב"ד.

ח. **ובחו"מ** ס' ר"ה פסק בשם בעל העיטור דתליוהו וקנה לא מהני, וכ"כ הרמ"א בסעיף י"ב, והקשה הח"מ הרי יש לנו כאן דעת הרמב"ם דתליוהו וקדיש מקודשת ובפרט לדעת הרשב"א וה"ה דכ"ש הוא דאם תליוהו למכור חלו קידושין כ"ש תליוהו לקנות וכן הדעת נוטה דהרי מקנין לקטן בדעת אחרת ולא קנין ממנו, ונשאר הח"מ בצ"ע.

אמנם המעיין בט"ז יראה דכתב לישב דאצל הבעל תמיד הוי כזביני דמוכר דאגב אונסיה גמר ומשעביד נפשיה לשאר כסות ועונה והוי מוכר. ובטעם הרמב"ם כתב ה"ה כיון דיכול לגרשה והקשה בטיב גיטין תינח קדשה בפרוטה אבל קדשה בתרקבא דדינרי מאי, דהרי אם קידושין בטלין הדרי קידושין ואם מגרשה לא חזרו הקידושין, וא"כ למה חלו קידושין הרי מפסיד, וצ"ל דחכמים הפקיעו הקידושין משום חשש עיגון לכן אם כפוה להתקדש לא חלו דלא תשאר מעוגנת אבל כפוהו כיון שיש פתרון לא הפקיעו ולא איכפת לן מהממון ודו"ק. וסוגיין משמע כדעת הרמב"ם לחלק בין איש לאשה, חדא ממה שאמרה הגמ' בב"ב מ"ח: מר בר רב אשי אמר באשה ודאי לא מקודשת, משמע דבאיש מקודשת. וכן משמע מסוגיין דתנא האשה נקנית מדעתה אין בע"כ לא, משמע שזה דין באשה ולא באיש, אבל האיש מקדש אפי' בע"כ וכ"כ ישו"י ס' מ"ב בקצר, ומ"מ בבעל שאנסוהו לקדש שמקודשת נחלקו הראב"ד והרא"ש דעת הרמב"ם דלא בעי רוצה אני והראב"ד כתב דבעי רוצה אני.

ובקרית ספר על הרמב"ם כתב לישב למה מקודשת לרמב"ם אם כפוהו לקדש דילפינן מכי יקח איש אשה אפי' בע"כ, וי"ל כיון דעביד מעשה וא"ל הרי את מקודשת לי הרי כאומר רוצה אני, דבשלמא בקרבן כופין אותו כיון דהכהנים הם עושים הפעולה וההקרבה לכן צריך רצונו, וכן חמסן דחטף מידו החפץ ונתן לו מעות בעינן שיאמר רוצה אני, אבל כאן כל הפעולה הוא עושה. והנה מה שבעינן רוצה אני להראב"ד כיון דלכאו' לא רוצה להאסר בקרובותיה או היכא דקדשה בתרקבא דדינרי, דאם הוו קידושין מפסיד ואם יגרש נאסר בקרובים לכן כתב הראב"ד דאומר רוצה אני.

ותימה דהרמב"ם בפ"י ממכירה הל' ה' כתב תליוהו וזבין זביניה זביני ולא הצריך שיאמר רוצה אני והראב"ד לא השיגו משמע שמודה לדין ואילו בפ"א מגזלה הל' ט' כל החומד עבדו או אמתו וכו' והכביד עליו ברעים והפציר בו עד שנתן לו דמים עובר בלא תעשה

"לא תחמוד" ולא לוקה שאין בו מעשה תמה ראב"ד הרי יש כאן מעשה גדול, ולמה לא לוקה וצריך לומר כיון דניתן לתשלומים, וראב"ד איירי שלא אמר רוצה אני, ורמב"ם ס"ל רק בקרבן בעינן רוצה אני וכן בגיטין כשכופין בעינן שיאמר רוצה אני.

ט. **והנה** הרמב"ם בכל אונס לא הזכיר רוצה אני חוץ מגיטין וקידושין, ובגמ' בב"ק ס"ב. סבר א"ל רב אדא בריה דרב אויא לרב אשי מה בין גזלן לחמסן, חמסן יהיב דמי, אי יהיב דמים חמסן קרית ליה הא אמר רב הונא תליוהו וזבין זביניה זביני, הא דאמר רוצה אני, כאן לא אמר רוצה אני לכן נקרא חמסן. וכתבו התוס' ורמב"ם דחמסן דלא אמר רוצה אני הוי פסול מדרבנן כ"כ רמב"ם פ"י מעדות הל' ד' והתוס' בסוגי' ובמציעא ה'., ומשמע מהרמב"ם דלא הביא רוצה אני במכר וגזלן וחמסן, לפי הנ"ל ניחא דכיון דיהיב דמי ולא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו הרי המכר חל מהתורה, רק חכמים קראוהו חמסן כל נותן שלא אמר רוצה אני וכשאומר רוצה אני מסלק האיסור מדרבנן.

והנה בקרבן ובשבועה בעינן לרצונו, למה לא נגיד אגב אונסיה גמר ומקדיש ולמה צריך רוצה אני כיון דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה, וסוגי' מוכחא כרמב"ם, וצ"ל דבלי רב הונא הוה ס"ד כשם ששיכור לא יכול להקנות כך אדם אנוס לא מקנה כמי שאין לו דעת, וקנין בעי דעת, קא משמע לן דאנוס אגב אונסיה גמר ומקנה והוי רצון ויש כאן דעת, א"כ למה בקרבן לא מהני וצ"ל דזה גזה"כ האדם לרצונו, פרט לאנוס בשבועה ובקרבן כתוב לרצונו, והיכא דגלי גלי, דבשאר מקומות התורה גילתה דאנוס מהני, והטעם דאנוס לא שיכור, אלא אמדו חכמים ואמרו אגב אונסיה גמר ומקנה ויש כאן סמיכות דעת משא"כ בקרבן חוץ מסמיכות דעת בעי רצון, סמיכות דעת בעי בקנין, רצון בעי בקרבן, בו כן צ"ל רוצה אני, בקרבן ובגט ונתן בידה.

וכן משמע לשון הטור בסי' ר"ה דאפי' לא מנה המעות כלל רק קבלו וזרקו לתוך הכיס באופן דנראה בעליל שהוא אונס בקבלת המעות המכירה קיימת דבקנין מכר אין קפידא על הרצון רק על הסמיכות דעת המקנה לכן סגי באונס. וכן בגט נמי בעי רצון ולכן כל שאומר רוצה אני בקרבן ובגט אע"פ שאומר מחמת אונס ולבו בל עמו, מ"מ דברים שבלב אינם דברים. אבל במכירה לא גילתה התורה לומר שמכירה באונס לא הוי מכירה דכל מכירה אי לאו דאנסוהו זוזי לא היה מוכר, ואפי' הכי הוי מכר ומה לי אונס זוזי או אונס אחר.

י. **אמנם** מגמ' בב"ק ס"ב. לגבי חמסן דהגמ' הקשתה מרב הונא ואמרה הא דאמר רוצה אני, משמע דגם במכר בעי לומר רוצה אני, צ"ל דהתם איירי לסלק לאו דלא תחמוד, ובפרט לפי' התוס' והרמב"ם הוי רק מדרבנן דמעצם הדין המכר קיים רק מדרבנן עובר על לאו דלא תחמוד ופסול לעדות לכן בעי לומר רוצה אני, אבל גם אם לא אמר רוצה אני המכר קיים, אבל הראב"ד ס"ל דכל מכר בעינן רוצה אני, וכל שלא אמר רוצה אני בטל הקנין, ולכן בהל' גזלה תמה על הרמב"ם דאמר אינו לוקה הרי יש כאן מעשה דהרמב"ם ס"ל דהמכר קיים כן עבר על לא תחמוד רוצה אני מסלק לא תחמוד והוי לאו שאין בו מעשה כי המכר קיים וראב"ד המכר לא חל. נמצא הרמב"ם וראב"ד לשיטתם לרמב"ם לא בעי בקידושין רוצה אני ולכן באנסוהו ואמר הרי את מקודשת אפי' לא אמר רוצה אני מקודשת, וראב"ד פליג. ומ"מ קשה באונס ששותה בעציצו וכופין אותו לכנוס. וכ"כ הרמב"ם פ"י מהלכות נערה, דכל רצה אביה ולא רצה הוא כופין אותן לכנוס ע"ש, והרי לפי העיטור תליוהו וקידש לא מהני, ולרמב"ם מהני מטעם שיכול לגרש וכל שלא יכול לגרש גם לרמב"ם לא חלו הקידושין. והנה התוס' ב"ב מ"ח. כל שמחוייב לקיים מצוה הו"ל תליוהו וזבין, וצ"ל לפי תוס' כיון דמחוייב לעשות הוי כמו מכר ואי נימא דאשה לא קנויה לבעל אז אין דין תליוהו וקדש כמו וקנה דבעל לא קונה באשה דאין גופה קנויה ואין לו זכיה אלא דהבעל אוסרה, ולכן באנסוהו וקדיש מקודשת דלא דמי לקנין.

ולפי הראב"ד בעינן רוצה אני במכר כדי להחיל המכר, דאם לא אמר רוצה אני הרי הוא עובר בלא תחמוד ואי עביד לא מהני, ולכן מתמה הרב המגיד למה הצריך רוצה אני בקידושין הרי אין כאן לא תחמוד, ואם הראב"ד יסבור כבעל העיטור ניחא דרוצה אני עושה חלות הקידושין כמו בקרבן וכפית גט על הבעל.

יא. **ובפנ"י** כתובות בקונטרס אחרון דן באונס ורצון ביחד האם חשיב אונס או רצון והוכיח מסוגיא שם בא"ל ה"ז גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב יום אם חלה ולא בא לא הוי גט דבאופן זה יש אונס בגיטין ולמה לא ניחוש שמא גם אם לא חלה לא היה מגיע והרי רצון אלא ודאי כל שיש אונס בטל הגט

ובהפלאה הפוך מאבוה דשמואל בא"א שנאנסה דאבוה דשמואל כתובות נא: אוסר חייש שמא סופה ברצון ולכאו' אפילו סופה ברצון תחילתה באונס אלא מוכח דכל שיש רצון אוסר. ולכאו' יש לדחות כיון דאין הלכה כאבוה דשמואל וא"א שתחילתה באונס וסופה ברצון הכל חשוב אונס. אך יש להוכיח דאונס ורצון חשיב רצון מכתובות ג: ולדרוש ליהו אונס שרי ומשני דאיכא צנועות דמסרי נפשייהו ופרוצות ופי' רש"י פרוצות שיבעלו ברצון ופירש רש"י דאי מקילין להם עבדי ברצון ונאסרו על בעליהן ע"ש. ואם נאמר דאונס ורצון חשוב אונס למה יאסרו על בעליהן מוכח דכל שיש אונס ורצון חשיב רצון ועי' בהפלאה שדן בזה בסוגיא.

ובספר שערי חיים על קדושין ס' ו' דן לחלק בין אונס בקיום התנאי לאונס אשה שמותרת לבעלה דיש שני פסוקים יש פסוק המלמד דמעשה באונס לא חשוב מעשה וזה ילפינן מולנערה לא תעשה דבר דילפינן דמעשה באונס לא מטיל שום חיובים ודינים. ויש אונס המתיר לבעל דילפינן והיא לא נתפשה הא דנתפשה אסורה והטעם כפי שכתב מהרי"ק שורש קס"ה דאין מעשה הזנות אוסר אלא מה שמועלת מעל באשה זה האוסר דאומרת מותר אע"ג דדינה כשוגגת בכל התורה כלפי הבעל אסורה דכתיב ומעלה מעל באשה ולא כתוב ומעלה מעל בד' וזה לא ילפינן מלנערה לא תעשה דבר דסו"ס מעלה מעל רק הפסוק והיא לא נתפשה דלא חשיב מעילה בבעלה רק ברצון ומה שלא נאסרת באונס הוא משום דלא חשיב שמעלה מעל באשה ולכן לגבי אונס ורצון כאחד לענין קיום התנאי אע"פ שיש רצון מ"מ זה אונס ולא מקיים התנאי אבל לגבי אשה שלגבה יש אונס ורצון הרי אי אפשר לפטור מדין אונס כי פיטור אשה לא מדין הכללי שאונס לא חשיב מעשה אלא מדין שבאונס לא מעלה מעלה באשה ולכן כשיש רצון נאסרת וזה מה שחידש רש"י בסוגיא של ולדרוש להו אונס שרי ע"ש.

ובזה הסביר סוגיא דבב"ב מח. תליוהו וזבין אגב אונסיה גמר ומקנה דיש כאן אונס ורצון אנוס למכור וגם אם לא גמר ומקנה היה מוכר מחמת אונס אלא דיש כאן גם רצון דגמר ומקנה ואע"ג דרצון זה נוצר כתוצאה מהאונס חידש רב הונא דמהני והטעם דבמוכר לא בעינן מעשה קנין אלא רצון למכור וזה יש כאן וחשיב שיש דעת מקנה ובזה ישב דברי הגמ' לבעל העיטור בין אשה שאנסוה לאיש שאנסוהו דבאשה לא פועלת שום מעשה במעשה הקידושין כיון דכתיב כי יקח הבעל הוא שפועל רק האשה מבטלת עצמה כפי שכתב הר"ן בנדרים דף ל. דכתיב כי יקח ולא כי תלקח דלאו כל המינה שתכניס עצמה לרשות הבעל ודעת האשה דבעינן אינו אלא שהיא מבטלת דעתה ורצונה ומשוה אצל הבעל כהפקר והבעל הוא המכניסה לרשותו ע"ש. ולכן כשאנסוה להתקדש הרי מבטלת דעתה ולא עושה מעשה. ולכן חשיב רצון ומקודשת לולי הטעם דהוא עשה שלא כהוגן אבל באיש שאנסוהו הרי הוא צריך לעשות מעשה קנין ואע"פ שיש כאן רצון מ"מ רצון לא פועל בקידושין אלא מעשה קנין דכתיב כי יקח ומעשה הנעשה ע"י אונס לא חשיב מעשה ונמצא שדינו של בעל העיטור רק בקידושין דהבעל קונה אבל בשאר קניינים דרצון הוא הפועל אין הבדל בין מוכר לקונה והרש"א הוא דכתב לחדש בדעת בעל העיטור דבקונה לא אמרינן אגב אונסיה ע"ש.

יב. **ומ"מ** קשה דהרי בגט לכו"ע הבעל הוא הפועל שכר בעינן וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה הכל מעשה ורצון לגרש לא מהני ולמה בכפוהו לגרש אמרינן דמגורשת הרי חסר במעשה הגירושין וע"כ כיון דמחוייב הוא בדין לגרשה הרי האשה יש לה עליו תביעה לגרשה והוא מחוייב לגרשה לכן כל שכופין אותו הוי רצון בפרט לפי מה שכתב הרמב"ם פ"ב מגירושין הלכה ב' שאין אומרים אונס אלא למי שנחלץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב מהתורה או לעשות עבירה והוכה עד שעושה דבר שחייב לעשותו וכו' אין זה אנוס אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מעבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גירש לרצונו ע"כ. ולכן בגט שחייב מהדין לגרש הוי המעשה ברצון. נמצא כל שהדין נותן שחייב לעשות המעשה וכופין אותו שפיר הוי רצון.

ולפ"ז לא קשה קושית האבני מילואים על בעל העיטור מאונס שגירש שכופין אותו לכנוס הרי זה לא כפיה לקנות אלא רצון כיון שמחוייב מהדין. ומ"מ קושית האבני מילואים באונס ומוציא שם רע דנפסק חייב לשאת אותה גירש כופין אותו לכנוס למה לא תנו גם ברישא כופין אותו לכנוס. וכן פסק השו"ע בס' קע"ז סעיף ג' האונס את הבתולה חייב לישא אותה ואם עבר והוציאה כופין אותו להחזירה ובמנ"ח מצוה תקנ"ח עמד על זה וכתב לישב דלשאת האנוסה בעינן בי"ד מומחין ולכן מרן

כבר חייב לשאת אותה אבל כשגירש דעבר על לאו דלא יוכל לשלחה בזה כל ביי"ד יש להם כח לכפות לתקן הלאו ע"ש. ובשערי חיים כתב לישב דבתחילה יש מצות עשה רק עליו שלא תהיה לאשה לכן חובה עליו לקיים מצוה זו כמו כל המצוות אבל אחרי שנשאה יש שעבוד מדיני אישות לכן יש כח של כפיה. והגמ' תמורה אמרה לרבא דאמר כל מאן דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני למה באונס שגירש חלו הגירושין ותירצו דאיתקש גירושין למיתה וכתבו התוס' ומ"מ לרבא אהני דאין שלוח זה לכל ימי חייו משמע דמצד אי עביד לא מהני הגירושין בכלל לא חלו ולכן שייך כפיה ומדין שעבוד אישות חייב ולכן הכפיה במגרש אנוסתו הוא מדין זכויות האשה ושעבוד הבעל לכן מהני לפי בעל העיטור ולכן שפיר פסק השו"ע בס' קע"ז דכופין אותו רק באופן שגירש ודו"ק.

יג. **והרמ"א** בחו"מ ס' ר"ה סעיף ב' כתב דאם אנסוהו לקנות לא מהני והיא דעת בעל העיטור והקשה הב"ש בס' מ"ב על הרמ"א כיון דמר"ן הביא שתי דיעות דעת הרמב"ם ובעל העיטור וסתם כהרמב"ם והן נכון דהוי ספק מ"מ למה הרמ"א פסק באנסוהו לקנות דלא חל הקנין בזמן שבאה"ע שתק ולא כתב דלא מהני כמו שפסק בחו"מ. ובאבני מילואים כתב לישב דאע"ג דבמקח וממכר אנסוהו לקנות לא מהני אנסוהו לקדש מהני דקדושין לא הוי קנין דאין אשה קניינו של בעל אלא שעבוד ובזה מהני. אמנם הרשב"א ס"ל דאם האונס מועיל במכירה הו"ה דמועיל בקניה ובזה נחלקו בעל העיטור והרשב"א דדעת בעל העיטור להקנות מהני דסגי בסילוק עצמו אבל לקנות אינו קונה בע"כ דבעינן רצון ורצון שנוצר ע"י כפיה לא הוי רצון והרשב"א חולק דגם בקנין לא בעינן רצון אלא שלא תהיה התנגדות וזה דעת הרשב"א דקונה לא צריך מעשה קנין דהרי דעת אחרת מקנה כמו בעובדא דרב ענן דשקיל בידקא בב"ב מאי דאי היה יודע שעושה הגדר בצד חבירו אע"פ שלא ידע בעל השדה היה קונה ע"כ דברי הרא"ש.

ויש לדקדק בדברי הרמב"ם פ"ד מאישות דתליוהו וקדיש מקודשת והראב"ד בהשגות הוסיף דבעינן שיאמר רוצה אני משמע דלרמב"ם לא צריך שיאמר רוצה אני וכן פסק במכר דלא בעינן שיאמר רוצה אני והראב"ד לא השיגו כלל שם. ולראב"ד בעינן שיאמר רוצה אני ולא סגי במעשה הקדושין דכל מקדש עושה מעשה ואומר לה הרי את מקודשת לי וע"כ לראב"ד לא סגי מעשה הקדושין גרידא אלא בעינן שיאמר רוצה אני והוכיח דלרמב"ם לא בעינן שיאמר רוצה אני אלא סגי במעשה הקדושין גרידא וכ"כ הרמב"ם בהלכות מקח וממכר ושם הראב"ד לא השיגו וכן תמה ה"ה על הראב"ד.

יד. **וביד** המלך פ"ד דאישות הביא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם בעינן שיאמר רוצה אני דהרמב"ם הביא דין רוצה אני רק בקרבן וגירושין אבל במכר לא הזכיר שבעינן שיאמר רוצה אני דבקרבן ילפינן מפסוק יקריב אותו לרצונו ובגט נמי אמרה הגמ' עכו"ם כופין אותו ואומר רוצה אני. וכתב דמוכח מגמ' פרק הכונס דף סב. דבעינן שיאמר רוצה אני דבלא אמר רוצה אני לא חל המכר דהגמ' הקשתה היכא דיהיב דמי חמסן קרית ליה הא אמר רב הונא תליוהו וזבין זביניה זביני. ותירצה הגמ' הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני ומשמע דבלא אמר רוצה אני לא חל המכר והרמב"ם כאילו העלים עינו הגדולה מסוגי' זו ולא הזכיר במכר דאמר רוצה אני. וכתב לחלק דיש שני סוגים של כפיה במקום שבעינן רצון המוכר כמו קרבן דילפינן מלרצונו וגט דכתיב ונתן בידה שם בעינן שיאמר רוצה אני. ואע"פ שלבו חושב אחרת מ"מ דברים שבלב אינם דברים. וסוג השני הוא ענין מכירה וכדומה שלא מצאנו שהתורה הקפידה שתהיה המכירה ברצון ואדרבא יש סברא להפך בכל מוכר דזוזי אנסוה ועם כל זה המכר קיים ומה לי אונס ממון או אונס הגוף. והגמ' בפרק הכונס דאמרה דכל שאמרה רוצה אני אין לאו דלא תחמוד וכתב להוכיח דזה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דבאמר רוצה אני אין לאו דלא תחמוד וכשלא אמר רוצה אני לדעת הרמב"ם המקח קיים אפי' שיש לאו דלא תחמוד. ולהראב"ד המקח בטל. כיון דיש לאו דלא תחמוד. והרמב"ם איירי לענין קיום המקח ולכן גם אם לא אמר רוצה אני המקח קיים וזה מה שכתב הרמב"ם פ"א מהלכות גזלה כל החומד עבדו של חבירו והכביד עליו רועים והפציר בו עד שלקחו ממנו אע"פ שנתן לו הדמים ה"ז עובר בלא תעשה של לא תחמוד ואינו לוקה על לאו זה משום שאין בו מעשה ע"כ.

ותמה עליו הראב"ד חדא דעל כרחך בלא אמר רוצה אני ועל מה שכתב הרמב"ם דהוי לאו שאין בו מעשה תמה ולא ראיתי מעשה יותר גדול מזה דנטילת החפץ והא דאינו לוקה משום שניתן לחשבון כמו גזלן שחייב להחזיר הגזלה. והרמב"ם ס"ל דעל גוף המכירה חל המכר משום אגב אונסיה רק האיסור הוא משום לא תחמוד וזה לא ניתן להשבון כי המקח קיים בכל אופן

והראב"ד חולק על הרמב"ם בזה ולא השיג על הרמב"ם בהלכות מכירה דלא הצריך לומר רוצה אני כיון דסמך על מה שכתב בהלכות גזילה ולפי זה יצא דלהראב"ד תליוהו וזבין זביניה זביני רק באמר רוצה אני ולהרמב"ם לא בעי שיאמר רוצה אני ובגמ' משמע דמכר וקדושי אשה שניהם שווין או בשניהם לא צריך רוצה אני או שניהם צריך לומר רוצה אני דאם נחלק ונאמר במכר לא צריך לומר רוצה אני. ובאשה בעינן לומר רוצה אני מה מקשה הגמ' ממכר לאשה הרי אפשר לחלק גם בקדושי אשה אותו דין ולהראב"ד דס"ל בקדושי אשה בעי רוצה אני גם במכר בעי רוצה אני כמו שכתב בהלכות גזלה וכתב להוכיח כדעת הראב"ד דאשה דתליוה וקידשה בעי שתאמר רוצה אני דאין אשה מתקדשת אלא לדעתה כפי שאמרה הגמ' בדף ג: ואי לא אמרה רוצה אני הוי אונס גמור ובלי תקנת חז"ל לא מקודשת. והוכיח כן מלשון הרמב"ם נמי דבעי שתאמר רוצה אני דכתב הרמב"ם אין האשה מתקדשת אלא מדעתה והמקדש אשה בע"כ אינה מקודשת. ולכאו' יש כפילות אם אין אשה מתקדשת אלא לדעת ברור שאם התקדשה שלא מדעתה אינה מקודשת אולם הסבר הרמב"ם דמעיקר הדין בקדש אשה שלא מדעתה אינה מקודשת ואם קידש בע"כ ואמרה רוצה אני גם לא מקודשת מתקנת חז"ל כפי שהזכרנו לעיל.

טו. **ובגרנ"ט** הקשה על שיטת בעה"ט באנסוהו לקנות דלא מהני א"כ כשאנסוה להתקדש למה לא מקודשת רק מתקנת חז"ל צריך שלא תהיה מקודשת מהדין כיון דלא קנתה הפרוטה אין כאן כסף קידושין ולכן לא מקודשת. והוכיח ממה שכתב הנתיבות בסי' ר"כ י"ח דאם א"ל מכור לי באלו שמדין חליפין לא קונה גם החפץ לא נמכר וא"כ הקושיא בעינה וכתב לחדש דלא בעינן בקדושין שהאשה תקנה הכסף אלא צריך נתינה והוכיח מזרוק לפני קדושין קרוב לה מקודשת וכתב תורת גיטין אע"ג דלא בא לידה וכן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושין. וקשה בתליוהו וקדיש לבעל העיטור לא מהני דאדם לא קונה בע"כ א"כ גם בתליוהו וזבין לא יקנה דלא קנה הכסף כדי שיתחייב בתמורתו ע"י מסירת החפץ. ולפי הגרנ"ט יצא חילוק בין מוכר לקונה דהאונס גורם למוכר להסתלק מהחפץ וכיון שנסתלק הלוקח חייב לשלם לו תמורתו וכיון שנתן לו המעות הרי דהוי מקח והו"ה בקדושין והגאון הרב שמעון שקופ זצ"ל כתב לחלק בין רצון במוכר לנותן. דבאנסוהו לתת פרוטה אמרינן לא מהני ואם אנסוהו למכור בית גדול דודאי קשה לו למכור אמרינן דמהני וע"כ כתב דיש הבדל בין רצון במתנה לרצון במכר. דמכר כיון דכל מוכר שמוכר הוא מחמת אונס מעות ואפילו בנו חולה וצריך למעות ומוכר המכר וחזינן דמהני רצון ע"י אונס לכן תליוהו וזבין זביני זביני דמאי שנא אונס זה מאונס אחר אבל במתנה בעינן רצון גמור ורצון ע"י כפיה לא מהני דגמירות דעת דמכר ומתנה שונים דבכל מכירה אינו רוצה לקנות הכסף ולמכור וע"כ זה נחשב ג"כ למכירה ולקיחת המעות באונס הוי לקיחה אבל להקנות מתנה צריך דעת ורצון גמור לכן לא מהני בע"כ וזה טעם בעל העיטור דבקונה בע"כ לא מהני כיון דבעינן רצון גמור אבל הרמב"ם והרשב"א חולקים עליו וס"ל דבקנין לא בעינן רצון ממש דדעת אחרת מקנה מהני ודו"ק.

טז. **ומהגמ'** משמע דבעינן רצון ודעת ודייקה הגמ' ממה שכתב האשה נקנית מדעתה דעת רש"י יבמות י"ט: למה צריך דעת האשה דכתיב והלכה והיתה לאיש אחר מדעתה משמע, ותמה במסורת הש"ס לקמן מ"ד. ד"ה דקידושין דמדעתה משום דבעינן דעת המקנה. וכתב בשפתי חיים דשני הלימודים משלימים אחד את השני, חדא מסברא דבעינן דעת המקנה כשאר קנינים, ותו ילפינן מקרא דין מיוחד בקידושין דבעינן דעתה, והיינו דמעשה הקידושין שלא מדעתה לא חשיב מעשה קידושין כל עיקר והם שני דינים נפרדים דעת המקנה יסודו בחלות הקידושין שצריך לזה דעת מקנה, והדין הנוסף הנלמד מקרא הוא במעשה דבעינן דעתה לשויי למעשה הבעל תורת מעשה קידושין ולא רק משום החלות, אלא דמעשה דכי יקח דלא כתיב מעשה אא"כ נעשה מדעת האשה.

וכתב לישב דגמ' בקידושין מ"ד. דכתב רש"י דמצד הסברא בעינן דעתה מדין דעת המקנה כי לקמן אירוי בקידושין, אבל ביבמות י"ט: אירוי במאמר, ובמאמר הוא דין קידושין ביבמה דתקנו רבנן, ולכן מצד קידושין לא בעי דעתה דזקוקה ועומדת ויש לו כח לפעול החלות אף בלא דעתה ורצונה, ולענין זה דינו כיבום, וכל מה דצריך דעתה במאמר הוא מדין ויצאה והיתה מדעתה, דדעתה עושה ופועל בקידושין, לכן הביא רש"י דרשה ויצאה והיתה. ודעת הר"ן בנדרים כ"ט. דכתיב כי יקח ולא כי תלקח דאשה לא פועלת כלום אלא מפקירה עצמה והבעל פועל במעשה קידושין, ופשט דבריו דהאשה מביעה הסכמתה ורצונה לקידושין בלבד, והדברים תמוהים דבקדשה בשטר פסול שמין הנייר, ופי' רש"י דדעתה אנייר וכ"כ הר"ן ולכאו' למה צריך דעתה הרי די בהסכמתה להתקדש, וכן מלוה ופרוטה נחלקו אי דעתה

אמלוה או דעתה אפרוטה, והשתא למה צריך דעתה, די שהיא מסכימה להתקדש, וע"כ צריך דעתה על מעשה הקידושין.

ובשערי יושר שמעתתא ז' פרק י"ב. כתב להוכיח דבעי דעתה דלקמן י"ב ההוא דקידש בצפתא דאסא אמרו ליה והא לית בה שו"פ א"ל תקדש בד' זוזי דאית בה, שתקה ולא השליכתם ואמר רבא הוי שתיקה דלאחר מתן מעות לא מהני וכתב הר"ן ואפי' שדיך והא בשדיך יש גילוי דעת גמור שרצונה להתקדש וא"כ למה לא תתקדש בד' זוזי דאית בה. והוכיח דהא דמבטלת עצמה ועושה עצמה הפקר בעינן מעשה קנין, וכשם שכסף שטר וביאה הוי מעשה קנין מצד הבעל הכא נמי כסף שטר וביאה מועילים לאשווי ביטול דעתה של האשה, דמה שמקבלת הכסף הוא מעשה קנין לכך ולכן לא מהני שתיקה לאחר מתן מעות, ולכן הדין של שתיקה לאחר מתן מעות לא נאמר במכר דשם די בקנין עם ניחותא מצד שני, ולכן כיון שהלוקח נתן הכסף ונתכוון לקנות די בהסכמת המוכר, וזה מהני גם בשתיקה לאחר מתן מעות, ובקידושין דקבלת הכסף מצדה פועל לא מהני שתיקה לאחר מתן מעות דבעינן כוונת קנין מצד האשה.

יז. **ונמצא** לפ"ז מה שחדש הר"ן דאשה מפקירה עצמה והבעל פועל את כל הקנין מדין כי יקח, זה דין של כל הקנינים שלא בעינן דעת קונה אלא מקנה, ולכן צריכים הסכמתה כמו שבכל הקנינים גמירות דעת של קונה בהצטרפות הסכמת המוכר ואפי' הסכמה שאינה מפורשת מהני, דהתורה אמרה כי יקח הבעל לוקח הוא הקונה, ואשה מקנה עצמה, וכמו שכתב הנתיבות בסי' קצ"ז ס"ק ב' דדעת קונה והסכמת מוכר מהני.

אמנם יש דין מחודש בקידושין שאין בשאר הקנינים ויצאה והיתה דבעי דעתה דהיינו התחדש עוד דין דדעת משוה מעשה הבעל לתורת מעשה קידושין, ובלא דעתה אין כאן אלא נתינת כסף ושטר בעלמא וכן מעשה ביאה בעלמא, ודעתה היא דמשוה למעשהו לתורת מעשה קיחה, ולא סגי בניחותא והסכמה להתקדש, ואין כאן חסרון בכי יקח, אלא את הקידושין הבעל עושה ודעת האשה הוא תנאי במעשה הקידושין של הבעל. וזה דין מיוחד בקידושין שאינו בשאר קנינים דבשאר קנינים אין המקנה פועל אלא בחלות ההקנאה אבל בקידושין דרק ע"י דעת האשה חייל חלות מעשה קידושין וזה ילפינן מקרא, והלכה דבעי דעתה ורצונה, ולכן בעינן דעתא אנייר, ודעתה אפרוטה, ודעתה על ד' זוזי ולא מהני שתיקה לאחר מתן מעות דבעי חלות הקידושין.

ולפ"ז מיושב רע"א בתשר' תנינא נ"ו דהקשה לפי הנ"י בב"מ י'. ראה המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה, וכתב בנ"י למה לא יקנו ד' אמות דאמרה בגמ' כיון דנפל גלי דעתה בנפילה רוצה לקנות ולא בד' אמות כיון דד' אמות דרבנן הוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים ומשמע מדבריו דאם הקנין היה מדאורייתא אע"פ שגילה דעתו דרוצה בנפילה קונה מדין ד' אמות, כיון דסו"ס רוצה לקנות, והוכיח רע"א ממלוה ופרוטה דבעינן דעתה אפרוטה וכן דעתה על הנייר והרי כאן רוצה להתקדש, ובקנינים מדאורייתא א"כ למה צריך דעתה גם בלי דעתה תתקדש כיון דרצונה להתקדש, מאיזה קנין שיועיל יחולו קידושין.

ולפי הנ"ל ניחא דחידושו של הנ"י הוא בשאר קנינים דלא בעי דעת מקנה בפועל, אבל בקידושין דבעינן דעתה ורצונה בפועל לא מהני מה שלא כוונה דעתה אפרוטה ואנייר. ובזה מיושב הרמב"ם דכתב המקדש במלוה לא מקודשת, ובמכר במלוה מהני, ובמחילת מלוה מהני לכו"ע וקשה לדעת הרמב"ם למה לא אמרינן כיון דרצונה להתקדש דעתה אהנאת מחילת מלוה ויועיל דבקידושין דבעינן דעתה כל שנתקדשה במלוה לא מהני לומר דאם לא יועיל במלוה יועיל מדין הנאת מחילה, דבעי דעתה ורצונה משא"כ במכר דאמרינן מהני, כיון דיש רצון להתקדש אמרינן כיון שיש כאן שני סוגי קנין אע"פ דדעתו אמלוה ולא אפרוטה, מהני כיון דהקנין מדאורייתא.

ובזה מיושבת נמי קושית רע"א בסימן נ"ב המקדש בפחות משוה פרוטה תחת החופה לפי הנ"י כיון דנפל גלה דעתו דלא רוצה בקנין ד' אמות והוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים אבל בקנין דאו' יועיל א"כ בקדש בפחות משוה פרוטה תחת החופה למ"ד חופה קונה יועיל מדין חופה, או לכל הפחות ספק, כיון דהיא מתרצית וכתב לישב שהמקדש והאנשים עשו הדבר לצחוק ובסי' נ"ו כתב דהוי ס"ס ספק אי חופה קונה, ועוד רוב הנשים נדות, ולהרמב"ם חופה שלא ראויה לביאה לא קונה, ולכן לא מקודשת. ולפי הר"ן שצריך דעת בפועל של האשה בניגוד לשאר קנינים ניחא דלא מקודשת ודו"ק.

יח. **ובשו"ת** דברי חיים אורבעך ז"ל ס' ו' כתב לישב

דמקדש פחות משוה פרוטה תחת החופה שונה מגפל על המציאה, דשם במציאה עצם המציאה זכות היא לו, וכיון שמונח תוך ד׳ אמות הוי כמונח בחצרו וחצר קונה אף שלא מדעתו, ולא בעינן כוונה לקנות מכח חצר, אבל בקנין משיכה והגבהה וקידושין בקנין חופה או כסף בעי כוונה לזכות באותו קנין וקנין בלי כוונה לזכות על ידו לא הוי קנין, ולכן לא מהני דלא היה כוונתו לזכות באותו קנין וא״כ אם קדש בפחות משוה פרוטה תחת החופה לא מהני דלא כוון לקנות בחופה, וכיון שנתרצו לקנות בכסף וכסף הוי פחות משוה פרוטה גם מטעם חופה לא מקודשת, ואף לדעת התוס׳ רי״ד דס״ל דנותן לה חפץ בתורת חליפין ויש בו שוה פרוטה מהני מדין כסף היינו שם אותו חפץ יש בו ב׳ קנינים לכן אם לא מועיל חליפין מועיל כסף משא״כ בפחות משוה פרוטה וחופה ודו״ק. ויש להסתפק נערה שנתרצתה להתקדש ואביה התנגד וכפוהו ואמר רוצה אני אם שייך לומר אגב אונסיה גמר ומקנה, דדוקא באונס של אשה שייך הוא עשה שלא כהוגן ואפקעינהו, אבל אונס דאביה הוי אונס רגיל דמהני באמר רוצה אני, ואם נאמר דמהני בקידושי כסף היינו משום דשייך אגב זוזי אבל שטר וביאה לא. ועוד בקידושי כסף בעינן נתן כל הסכום בזה שייך לומר אגב זוזי ובנתן פרוטה לא שייך , אלא באשה מעצם הדין בתליוה ונתנו לה פרוטה משום שיש צירוף טב למיטב וכן מתחייב לה שאר כסות ועונה מהני, ואפשר גם לאב דמצוה עליו לקדש בתו בכל דהו ניחא ליה, וצ״ע.

ובחו״מ ס׳ ר״ה מי שאנסוהו למכור בין אונס הגוף בין ממון המקח קיים בין קרקע בין מטלטלין והוא מגמ׳ בב״ב מ״ז: ופי׳ רשב״ם היינו באמר רוצה אני המקח קיים מטעם זוזי ויסורין אנסוהו. והרשב״ם סמך על סוגי׳ פ׳ הכונס דשם אמרה הגמ׳ דבעי רוצה אני, אבל הרמב״ם לא הזכיר רוצה אני במכר וכ״כ ה״ה פ״ד מאישות לתמוה על הראב״ד, ולב״י לא דוקא רוצה אני רק שלא יתנגד, מח״א אם המוכר קבל הכסף קודם הוי רצון, נתיבות תמה על ב״י שתחלק הגמ׳ כאן אמר איני רוצה, וע״ז תירץ דהרמב״ם בגזלה פ״א בעי רוצה אני ובפ״י ממכירה סתם. נתיבות אונס למכור בין גוף בין ממון רוצה אני סגי באומדנא דמוכח ולא אמרינן דברים שבלב בב״ק לא איירי באונס אלא חטף החפץ ונתן דמיו בזה שייך לא תחמוד לכן בעינן רוצה אני, והגר״א תרץ הגמ׳ בב״ק ס״ל חמסן דאורייתא אפי׳ נותן דמים, לכן בעינן רוצה אני, אבל גמ׳ סנהדרין כ״ו. לא תחמוד דוקא בלא דמי אבל עם דמי הוי דרבנן לכן המכר קיים ע״כ.

סימן ג

קנין כסף בקדושין

א. **דף** ב. במתניתין האשה נקנית בכסף פי׳ רש״י לבעלה. ולכאורה מאי קמ״ל וצ״ל דהחידוש דקנין אשה שונה מכל הקניינים דכל קנין על ידי מעשה קנין קונה גוף החפץ ונהפך לבעלים, אבל אשה אין גופה קנוי וכן אינה ממונו של בעל למכור אותה אלא צ״ל דקנין הבעל באשתו היינו דמשועבדת לו וזה סוג קנין שונה משאר הקניינים דכל קנינו של בעל היא שעבוד ולא יכולה לאסור עצמה עליו בקונם דאין אדם אוסר דבר שלא שלו. והפנ״י בגיטין מג. כתב בשפחה חרופה שאינה במיתה מ״מ אין קידושין תופסין בה מפני קניינו של בעל. ולפי דבריו הא דאין קידושין תופסין בא״א הוא מחמת שהיא קנויה לבעלה אין מקום לחלות עוד קנין של אדם אחר ולא מדין א״א. אמנם באבני מילואים סי׳ מ״ד השיג על הפנ״י דהגמ׳ אמרה בסוף פרק האומר דכל העריות כולם הוקשו זו לזו והגמרא שאלה אשת איש מנ״ל דלא תפסי בה קידושין ומסיק מהיקשא דרבי יונה דכל העריות הוקשו זו לזו משמע דבלא היקשא קידושין היו תופסין בא״א. ובחזו״א מתרץ דלא קשה משם על הפנ״י דהגמ׳ דרשה דיש ממזר מא״א ולכן הוקשו כל העריות זה לזה לעשות מביאת איסור ממזר אבל אה״נ לגבי קידושין לא תופסין מא״א מחמת שהיא קנויה לבעלה ומ״מ הולד לא ממזר ועל זה ילפינן ההיקש שהוקשו עריות זו לזו. ועי׳ בקובץ הערות סי׳ ג׳ אות ט׳ דמישב ג״כ קושית האבני מילואים בדרך אחרת. ומ״מ גם לדעת האבני מילואים דאין קידושין תופסין בא״א מדין ערוה מ״מ שייך קנין דהיא משועבדת לו לאישות ולשרתו כפי מה שאמרה הגמ׳ בכתובות אפי׳ הכניסה לו ק׳ שפחות לא נפטרת. וכ״כ הרמב״ם בפי״ב דאישות כשנושא אשה יתחייב בעשרה דברים וזוכה בארבעה. וזה מדין קנייני אישות. וכן השואל מהבעל פרה של האשה יש דין בעליו עמו וכן

שברה כלום פטורה לדעת הראב"ד דבעלה עמה. וכן לדעת כמה פוסקים הא דאשה פטורה מכבוד אב דמצויה אצל הבעל ומשועבדת לו וע' תוס' קידושין ל: דכתבו אע"ג דמעשה ידיה לבעלה מדרבנן מ"מ אינה מצויה אצל אביה וכו' ומ"מ יש לומר כיון דמשועבדת לבעלה לחיי אישות דהוי דאורייתא פטורה מכבוד אביה ודו"ק. וכתב רש"י וקונה את עצמה בגט ומתת הבעל. כתב להיות ברשותה להנשא ולאחר וצ"ל דהוא לא קונה שום דבר בגט דפקע רשות הבעל אלא מאחר ונתבטל קנין הבעל נהפכה ברשות עצמה ולא שייך בזה קנין לכן פירש רש"י להיות ברשותה דמשנה רשות על גופה וזה חשיב קנין.

ב. **ובמה** דהתחיל התנא בקנין כסף כתב הר"ן כיון דרוב קנין בכסף ונקט אח"כ שטר שאף הוא קניינו מרובה ע"ש. וטעמא כיון דבמחלוקת רבי יוחנן ור"ל קימ"ל כרבי יוחנן דכסף קונה במטלטלין מדאורייתא נקט כסף וגם לר"ל כסף פודין בו בכור והקדש. אמנם הריטב"א ורשב"א כתבו הטעם דתנא אקרא קאי כי יקח איש אשה ובעלה היינו לקיחה בכסף והדר שטר דדמי לכסף ואח"כ נקט ביאה ע"ש.

ואיתא במשנה האשה מתקדשת בכסף ויש לדקדק דבכל קנין כסף שפועל כיון שהקונה נתן כסף למוכר עצם קבלת המוכר את הכסף מחייב תמורתו ומשתעבד המוכר לקונה לתת לו כנגד הכסף שקיבל תמורה וזה שיעבוד המקיים את הקנין. ובמקום שהכסף לא יכול להטיל חלות השעבוד אין חלות הקנין והמקור לזה למדו האחרונים מב"ק דף ע: באומר עקור תאנה מתאנתי בשבת ותיקני לך גנבותיך אמרי כיון דאי תבע ליה לדינא לא אמרינן ליה זיל שלים כיון דמתחייב בנפשו הא מכירה נמי לאו מכירה. ולכאורה מה ענין קלבד"מ שפוטר מחיוב תשלומים לבטל המכירה שנעשית בכסף זה שבנטילתו מתחייב בנפשו וחזינן מכאן שאע"פ שכ"ז שהתאנה בעין חייב להשיבה מ"מ כיון דאי תבע ליה לא חלו החיובים מחמתה אין הכסף קונה.

ולכאורה יש לתמוה דאם קבלת הכסף יוצרת שעבוד הו"ה גם שוה כסף וא"כ למה הראשונים שואלין מנין ששוה כסף בכסף הרי הקנין חל מכח שעבוד ולפ"ז אין נ"מ בין כסף לשוה כסף. ובאפיקי ים ח"א ס' ט"ז כתב בשם הרב אחיעזר לחלק בין קניינים לקידושין דבקידושין אין הקנין פועל מדין כסף החוזר אלא נתינת הכסף עצמו הוא הקנין והגמ' בב"ק איירי בשאר קניינים ולפ"ז אתי שפיר שדנו בכסף קידושין מנין ששוה כסף ככסף אבל בחידושי הגאון ר' שמערן שקופ ז"ל לא חילק בזה וא"כ מנין לנו לחלק בין כסף לשוה כסף.

וראיתי בשיעורי ר"ש רוזובסקי ז"ל שכתב שתמיד קנין כסף הוא הקנין אלא שחלות פועלת על ידי כסף החוזר ועיקר מעשה הקנין הוא נתינת הכסף אלא שיש תנאי שקנין כסף מהני אם יש בו גם גדר כסף החוזר. ולכן בב"ק בכסף של קלבד"מ אין הכסף קונה אע"פ שיש דינים של כסף. ולכן הקשו הראשונים שמא דוקא נתינת הכסף חשיבה קנין ולא שוה כסף ולכן צריך מקום לרבות ששוה כסף ככסף. וכן דעת הרשב"א שבועות לט. דבכלי אפי' פחות משוה פרוטה מהני גם בתורת כסף דסו"ס השעבוד חל מכח זה הכסף החוזר. וכן לקמן בקידשה בתמרה מקודשת דחיישינן שמא שו"פ במדי ופירש הר"ן מדין לדידי שוה לי אבל הרמב"ם פ"ה הל' כ"ו פירש הא דשמואל כיון שיכול להוליך הוא עצמו למדי חשוב שוה כסף גם כאן. ולכאו' הרי כסף החוזר הוא לפי מקומו ושעתו והוא פחות משוה פרוטה ואיך תתקדש בזה. אלא ודאי עיקר הקנין הוא נתינת הכסף ובזה נאמרה ההלכה שכסף הקנין הוא שוה פרוטה ואע"ג שיש תנאי שיחול שעבוד מחמת הכסף כדמוכח בב"ק מ"מ שעבוד זה סגי גם בפחות מפרוטה ואע"ג דאין בי"ד נזקקין לפחות משוה פרוטה מ"מ חוב ושעבוד יש כאן ודי בכך לקנין כסף.

ג. **והנה** נחלקו הסמ"ע והט"ז בחו"מ ס' ק"צ דכתב הסמ"ע בס"ק א' דהא דשדה נקנה בשו"פ היינו כשנותן בעד שיווי המקח ונותן בעד תחילת פרעון והשאר זוקף במלוה או היכא שכל שיווי המקח אינו אלא פרוטה, אבל אם אינו נותן בעד שיווי המקח אלא לקנין לא מהני שהרי קנין קרקע ילפינן משדה עפרון ושם היה דמי שיווי המקח. והט"ז נחלק עליו דהא אשה נקנית בשוה פרוטה וע"כ משום שקנין כסף הוא פועל הקנין ולא דמי שיווי דאשה אין לה דמים ע"ש.

ובס' ק"צ כתב מרן הב"י דקרקע נקנה בכסף שוה פרוטה וכן דעת הרמב"ם פ"א מהלכות מכירה הל' ד' וכתב ה"ה דהיא ממימרא פ"ק דקידושין וכ"כ רבינו ירוחם וכ"כ ב"י דילפינן ממה דאמרה הגמ' ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקניה וכתבו התוס' דפחות מפרוטה לא חשיב כסף ותמה רבי עקיב"א למה צריך דיוקים דגמ' מפורשת בדף יב. כשם שאשה לא נקנית

בפחות משוה פרוטה כן קרקע לא נקנית בפחות משוה פרוטה ונשאר בצ"ע.

ובמחלוקת הסמ"ע והט"ז נחלקו האחרונים דהאבני מילואים בס' כ"ט ס"ק ב' כתב דהעיקר כהסמ"ע. והנתיבות המשפט בס' ק"צ ס"ק ב' הוכיח כדעת הט"ז ועי' במנחת חינוך מצוה מ"ג בדין יעוד ושם הביא דברי התוס' רי"ד דהביא מחלוקת ר"ת ורבינו ישעי' מטרני שדעת ר"ת גרעון כסף מהני רק אם נקנה בכסף. אבל בשטר ע"ע לא קונה עצמו גרעון כסף ודעת רבינו ישעי' מטרני ס"ל דאפי' בשאר קניינים מחוץ לכסף קונה עצמו ויוצא בגרעון כסף ובגמ' קידושין יא. אמרינן דלא נקנית בפרוטה כיון דצריך גרעון כסף וא"כ קשה לרבינו ישעי' דכלל דגרעון שייך בכל קנין. וכתב להוכיח דדעת רבינו ישעי' כדעת הסמ"ע דכל קנין כסף הוא רק התחלת פרעון והשאר חוב ולכן אמה עבריה כיון שיש דין גרעון כסף צריכה להקנות ביותר מפרוטה כדי שיהיה אפשר להוציא לפועל גרעון כסף. אבל המקח עצמו חל בפרוטה והשאר נזקף עליו במלוה ולכן ס"ל לרבינו ישעי' דגם בשטר ובמתנה שייך גרעון אבל לדעת רש"י ור"ת דגרעון כסף שייך רק בקנין כסף כיון דהקנין נגמר בכסף כמו קנין סודר וחזקה. וסיים דלפ"ז נולדה לנו מחלוקת חדשה דלדעת ר"ת דוקא בקנין כסף שייך גרעון לכן צריך ליתן בשעת הקנין יותר מפרוטה ובלאו הכי לא שייך גרעון ולדעת רבינו ישעיה הפרוטה היא תחילת פרעון ולכן שפיר נקנית בפרוטה ושייך גרעון כסף.

ד. **ונראה** דכסף קידושין שונה מכל הקנינים. בפרט לפי מה שכתב בעל האפיקי ים דדוקא כסף עושה חלות קידושין ולא שוה כסף. ומצאנו לפנ"י דהקשה דמנא לן דשוה כסף ככסף בקידושין דהרי דין כסף ילפינן מגזה"כ. וכוונתו של הפנ"י דבשאר קניינים שפיר שייך לומר שוה כסף ככסף והראי' דקרקע נקנה בכסף ולא מצאנו ראשונים ששאלו מנין ששוה כסף ככסף בקרקע והטעם כיון שיש רצון ומעשה הקנין הוא גמירות דעת שהצדדים מרוצים. אבל בכסף קידושין הכסף הוא הקנין בפרט לפי דעת הט"ז ולכן שייך הסברא דדוקא כסף הוא שעושה חלות הקידושין ולא שוה כסף. והטעם דבקידושי כסף שונה משאר קניינים דבעינן מעשה לקיחה דכתיב כי יקח איש אשה וכ"כ הגר"ח וברכת שמואל ובזה ישבו שיטת הרמב"ם דמקדש במלוה לא מקודשת ואילו קונה במלוה במכר קנה והטעם דמדין קנין כסף סגי במלוה אבל מדין כי יקח חסר במלוה שלא נותן כלום ולכן התוס' שאלו מנין ששוה כסף ככסף בקידושין ולא על שאר קניינים דשם הכסף הוא גילוי דעת שרצונם בכך אבל בקידושין הכסף הוא החלות. ועי' בקובץ שיעורים סוף כתובות וקידושין אות מא.

לפ"ז מובן שכסף קידושין זה דין מיוחד דלא בעינן כסף החוזר והראי' ממה שכתב רש"י חולין דף ד: ד"ה מפני דמי איסורי הנאה מותר לאחרים אבל למחליף עצמו אסור מהתורה. והקשה הר"ן קידושין דף נו: מכרן וקידש בדמיהן מקודשת. ותירץ הר"ן כיון דהיא מותרת ליהנות בהן וקנאתן מחמתו מקודשת ע"כ. והקשו הרי אין כאן כסף החוזר שהרי אם הבעל יחבע את האשה להחזיר לו לא חייבת להחזיר כיון שלא חשיב ממון גביה דאסור לו. ועוד קשה להרמב"ם דס"ל בפי"ב מגבוכים הל' ד' מכרו לפטר חמור קודם פדיון דמיו אסורין וכתב בשער המלך פ"ה מאישות הל' ב' ד"ה עוד ראיתי דהאיסור רק למוכר ולא ללוקח ולכן קידש דמי פטר חמור מקודשת כיון דהאשה מותרת ליהנות מהן ע"ש וקשה הא בעינן כסף החוזר ולפי מה שכתב בעל אפיקי ים דשאני קידושין משאר מכר דדין כסף החוזר ילפינן רק בשאר קניינים ולא בקידושין הכסף הוא קנין כדעת הט"ז ולכן לא בעינן כסף החוזר.

ה. **ובשערי** חיים ס' ב' אות ג' מיישב ע"פ יסוד זה את הדין המקדש בפחות משוה פרוטה מקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי ודין זה הינו רק בקידושין ולא במכר ובשלמא למ"ד שהחשש דרבנן ניחא אלא לדעת הרמב"ם דהחשש מדאורייתא למה בשאר הקניינים לא חוששין כן ועל כרחך לחלק דבשאר קניינים דבעינן קנין החוזר לא שייך לומר דבקונה בפחות משווה פרוטה ניחוש שמא שוה פרוטה במדי. דסו"ס כאן לא שייך שיחזיר הפרוטה אם קיבל פחות משוה פרוטה ולכן אין חלות הקנין. משא"כ לגבי קידושין דלא בעינן ממון החוזר לכן חיישינן והוכיח כן ממה שכתב באבני מילואים ס' מ' ס"ק ד' דלדעת הרמב"ם אם קידשה בפחות משוה פרוטה לאחר ל' יום ונתאכלו המעות אינה מקודשת כלל ולא אמרינן דתהיה מקודשת מספק כדין מקדש פחות משוה פרוטה שמא שוה פרוטה במדי. והטעם דכל שנאכלו המעות מקודשת מדין שעבוד שקיים בקבלת המעות והיינו ששם לא יחולו הקידושין מתחייב להחזיר המעות ובהכ"ג דשמא שו"פ במדי לא חייבת להחזיר כיון דאין תביעה על פחות משוה פרוטה.

ויש להוכיח שבקידושין בין לפי הסמ"ע בין לדעת הט"ז הכסף הוא כסף קנין מהא דכתבו התוס' בדף ג' על רש"י דכתב חליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה. ופחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה מטעם גנאי הוא לה והקשו עליו התוס' פשטה ידה וקיבלה קידושין פחות משוה פרוטה דגילתה דעתה דניחא לה בפחות משוה פרוטה האם תהיה מקודשת וע"ז חידש התוס' דפחות משוה פרוטה לא הוי כסף וכ"כ במרדכי ריש קידושין דהביא קושית התוס' על רש"י והוסיף דבמתניתין אמאי תנן בפרוטה הרי כל הקניינים לא חלין בפחות משוה פרוטה כדאמרינן לקמן דף יג. אף דלא שייך בהן טעמא דגנאי אלא ודאי פחות משוה פרוטה לאו כסף הוא. וכן יש להוכיח מהר"ן דבפחות משוה פרוטה מסתפק אם יכולה לומר לדידי שוה לי דאין בכחה להפוך דבר שאינו כסף לכסף והוא כתב דבעינן שהעדים ידעו שדרכה להתייקר בזה. אמנם הרבה פוסקי חולקים וס"ל כיון דבעינן כסף פחות משוה פרוטה לא הוי כסף כמבואר בס' ל"א וכ"כ המהרש"ל פ"א דקידושין ס' י' אחר שהביא דברי הר"ן שמסתפק וסיים ולי נראה דאין ספיקא בדבר דבודאי בעינן שוה פרוטה. וכ"כ בתפארת יעקב ס' ל"א ס"ק ו' דממה שאמרה הגמ' אשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה אפי' רוצה בטלה דעתה א"כ בהא נמי כיון דכל הנשים מקפידות שלא להתקדש פחות מפרוטה לכן זה ברור דלא מקודשת. ונמצא כיון דאשה מתקדשת בפרוטה מדין ממון ופחות משוה פרוטה לא חשיב ממון לכן פחות משוה פרוטה לא חל עליו דין חצי שיעור של ממון לכן לא מקודשת. ולפ"ז גם בגנבה וגזילה לא יהיה איסור בפחות מפרוטה וזה ליתא דה"ה ריש הלכות גניבה כתב דפחות משוה פרוטה אסור מן התורה מדין חצי שיעור ע"ש.

ו. **במחנה** אפרים הלכות גזילה ס' א' נסתפק בגנב פחות משוה פרוטה ולא נודע לבעלים כדי שימחלו אי חייב להחזיר דהא כיון דלא ידע לא מחל ואע"ג דאי ידע מחול מ"מ השתא מיהא לא ידע ודמי ליאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש ע"ש. וכ"כ במנ"ח מצוה ק"ל דהטעם דפחות משוה פרוטה מדין מחילה אם גנב לחש"ו או אם הבעלים לא מוחלים יש לאו דלא תגזול מדין חצי שיעור ולדעת רש"י בסנהדרין כו. דכל שאין והשיב אין לאו דגזלה. ולפ"ז גם בחצי שיעור אין איסור לפי רש"י אע"ג דליכא מחילה כיון דאין והשיב אמנם המעיין ברש"י יראה דאף דלא עובר על חצי פרוטה בלאו מ"מ איסורא מיהא איכא. וע"כ דחצי פרוטה הוי איסור כיון דאנשים מקפידים וכדעת ה"ה בריש גניבה. ולכן בקניינים כיון דהמכר נקבע ע"י ממון של השבה כפי שפירשנו ממון החוזר ולכן חל המכר וכל שלא יכול לתבוע כגון חצי פרוטה לא חל המכר משא"כ בקידושין דהממון הוא קנין. ורק משום דגנאי הוא לה לא מקנא נפשה. ובשיטה מקובצת ב"ב מח: בשם הרשב"א ונימוק"י בשם הריטב"א דכסף קידושין הוי שיווי והביאו הב"י חו"מ בסי' ר"ה.

והש"ך בחו"מ סי ק"צ ס"ק א הביא דברי הגמ' בקידושין מו. דמכר שוה לקידושין דכשם שמקדש במלוה אינה מקודשת הו"ה במכר שלא נקנה, והרמב"ם פ"ז ממכירה דבמכר קונה בחוב, ומחלק בין קידושין למכר ורבים תמהו על הרמב"ם מסוגי' דקידושין דדינם שוה. והמדקדק בלשון הגמ' בקידושין מו. דהביאה ושווין במכר קנה ומשמע כדעת הרמב"ם לחלק בין קדושין למכר דאפי' מאן דס"ל בקדושין לא מהני במכר מהני, וזה מקור הדין לרמב"ם וטעמא דס"ל לרמב"ם בקידושי אשה שנקנית בכסף, ושאני קידושין למכר דבמכר לא הנתינה ולא קבלת הכסף עושין את הקנין אלא פירעון הדמים בעד החפץ זה עושה קנין דאם פרע הכסף יוצא מרשות מוכר אבל בקדושין אם נותן לה הכסף בתורת פרעון לאו מילתא היא, כמו שכתב הסמ"ע דכסף הקונה הוא דמי שיווי, אין להקשות דא"כ איך מועיל קנין פרוטה לחפץ ששוה הרבה, דהפרוטה אינה פירעון החפץ אלא תחילת הפרעון והשאר נזקף עליו, אבל בקידושין הכסף הוא קנין לכן כל שאין הכסף לא מועיל ובזה מיושב הרמב"ם דיש הבדל בין מכר לקידושין דבמכר הכסף הוא תמורה כל שקיבל שווי מוכר ולכן גם במלוה מהני אבל בקידושין בעינן קנין ובמכר פירעון החפץ הוא קנין א"כ מה איכפת לן אם הכסף אינו בעין דאם רק המוכר קבלן לשם פירעון ונתרצה הוני קני.

לפ"ז לא קשה מה שהקשו על הרמב"ם ממה שאמרה הגמ' מציעא טז. מוכר שדה שאינה שלו ואח"כ לקחה מגזלן ופריך שם הש"ס מכדי במאי קנה להאי ארעא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא, והקשו התוס' נימא דהכסף שנתן בתחילה מלוה נעשה כסף למכר ותרצו התוס' דמלוה לא קונה במכר ע"ש. ולפי הרמב"ם דקונה במלוה מאי פריך ואם נאמר לפי הרמב"ם דהא דקונה במלוה מכר כיון שהמוכר קיבל תמורה ונסתלק וזה שייך לאמר אם המוכר קיבל כסף בתחילה בתורת מלוה ואח"כ התרצה למכור דהוי כפרעון אבל

במכר שדה ונמצאת דאינה שלו דהכסף ניתן על דבר שלא שלו, ולא ראוי לקנין וממילא נעשה הלואה ואנו רוצים שע"י הלואה זו יקנה כעת בזה ודאי לא קנה דמי יימר דהמוכר מתרצה עתה לקבל החזר בתורת פירעון החפץ, וגם לשון הרמב"ם מורה כן דכתב בפ"ז מהלכות מכירה מי שהיה לו חוב אצל חבירו וא"ל מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך ונתרצה המוכר ע"ש הרי הרמב"ם דייק להדיא לאמר שדוקא בא"ל מכור לי בחובך וזה נתרצה אבל אם הלוקח לא הודיע למוכר ולא נתרצה לזה בפירוש לא מהני ומה שקשה מדברי הרמב"ם מסוגי' דמדמה קידושין למכר כמו שהקשה הש"ך הנה מה שמלוה קונה במכר תלוי מאיזה פסוק לומדים דאם לומדים משדה עפרון שפיר י"ל דמלוה לא מהני בקרקע דבקנין קרקע בעינן כסף בעין, כמו שנתן אברהם לעפרון, אבל אם לומדים מפסוק שדות בכסף יקנו אפשר לומר שגם במלוה קונים שדה.

והנה מפסוק של שדה עפרון כתבו התוס' ריש פירקין דלא מוכח שאברהם קנה בכסף דילמא קנה בחזקה או שטר והכסף לפירעון אבל בספר אור חדש על קידושין דף כו. כתב דתוס' כתבו כן רק למאן דלא ידע דאשה מתקדשת בכסף ממקום אחר אבל למאן דיליף דבקידושין בעינן כסף ע"כ אברהם קנה שדה עפרון בכסף ולא בשטר וחזקה, חדא דכסף דאשה ידעינן ממקום אחר,ולכן לשיטתו שוו קידושין למכר דבעינן כסף ממש, ולא מלוה, אבל להרמב"ם ניחא ודו"ק.

סימן ד

האם צ"ל התקדשי לי בזה.

א. **האשה** מתקדשת בכסף ובשוה כסף ופי' רש"י בכסף נותן לה כסף או שוה כסף ואומר לה הרי את מקודשת לי ולא כתב שצריך לומר התקדשי לי בזה אמנם לשון הרמב"ם ושו"ע צריך שיאמר לה התקדשי לי בזה. ובספר בנימין זאב הסתפק בדבר והביא ראיה מגמ' גיטין פ"ה גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם ורבי יהודה אומר ודין דיהוי ליכי מנאי וטעמא מפרש בגמ' דנחלקו בידים שאינם מוכיחות אי הוי ידים ורבי יהודה ס"ל ידים שאינם מוכיחות לא הוי ידים ואם לא אמר ודין אמרינן דבדיבורא מגרשה הכא נמי לרבי יהודה בעינן שיאמר התקדשי לי בזה וכ"כ בהלכות קטנות ח"א סי' ע"ד דהא מילתא תליא אי ידים מוכיחות הוי ידים או לא ע"ש. וכ"כ באוהל אברהם סי' י"א דאף דבגיטין קימ"ל אם לא אמר ודין הוי בעיא דלא איפשטא ומחמרינן. מכל מקום בקידושין לכו"ע אם לא אמר לה התקדשי לי בזה נוכל לומר התקדשי לי בחפץ אחר וכו' ויש שכתבו דאם לא אמר התקדשי לי בזה יש משמעות הרי את מקודשת לי מקודם ואע"פ שאומר לה הרי את דמשמע עכשיו מ"מ כל שלא אמר בזה הרי הוא מודיע שכבר קידשה מקודם וכ"כ בס' אמר שמואל סי' ו' ובמשחא דרבוותא ס' כ"ז סעיף א' הביא בשם המבי"ט דכל שלא אמר בזה משמע דהוי לשון עתיד וכוונתו שתהיה מקודשת לו בעתיד ובפרט לפי התשב"ץ שכתב דבכל קידושין בעינן לשון המוכיח להבא וכו' מ"מ כל שלא אמר בזה אמרינן כוונתו לקדשה בדברים והעלה כיון דהרמב"ם ושו"ע ומנהג העולם לומר בזה כל שלא אמר בזה אינה מקודשת וצ"ע.

וכ"כ הרמב"ם פ"ג בהלכות אישות הל' י"ב כיצד בכסף א"ל הרי את מקודשת לי בזה וכו' ומשמע שזה לשון קידושין וכן דייק בספר זכר יצחק סי' ט"ו דמלשון הרמב"ם משמע דלעיכובא אם לא אמר בזה ודמי למי שלא אמר לי דלא מקודשת א"כ הו"ה אם לא אמר בזה דכמו שאם לא אמר לי לא מוכח דמקדשה לעצמו הו"ה אם לא אמר בזה אמרינן דמקדשה בדיבור וכסף מתנה. וכמו שאמרו בגיטין וכן משמע מהרמב"ם בהלכה ה' לגבי קידושי ביאה שצריך לומר התקדשי לי בביאה זו והיינו ג"כ שלא נאמר דמקדשה מיד בדיבור והביאה אח"כ כאורח כל ארעא אבל דשטר לא הזכיר הרמב"ם בשטר זה כי אם הרי את מקודשת לי ותרי טעמי בדבר חדא בשטר קידושין שונה מגט דבגט שייך לומר דהשטר הוא ראיה בעלמא משא"כ בקידושין דהבעל מקדש מוכח דהוא קונה דאם השטר לראי' היא היתה צריכה לכתוב השטר ועוד בשטר אינו מדבר עמה וכל שלא מדבר עמה לא שייך דיבורא רוצה לקדשה.

ב. **וכ"כ** בבגדי שש ס"ק ג' דמלשון התשב"ץ ס' מ"ג

משמע דאף בדיעבד לא מהני אם לא אמר בזה ע"ש. אמנם בבאר היטב ס"ק ג' כתב בשם המבי"ט ח"א ס' רצ"א דלכתחילה בעינן שיאמר התקדשי לי בזה אבל בדיעבד אם לא אמר מקודשת ופ"ת הביא בשם המקנה בקונטרס אחרון סעיף ה' דהוכיח דלשמואל לקמן בדף ה' משמע שאין צ"ל בזה ומה שנוהגים העולם לומר הרי את מקודשת לי בטבעת זו לרווחא דמילתא אמרינן כן. וכתב דגם בשטר קידושין לא בעינן שיאמר לה הרי את מקודשת לי בשטר זה דדוקא בגט אמרינן שצריך לומר ודין אחרת אמרינן דלא הוי ידים ולא מגורשת שיש סברא לומר דבדיבורא מגרשה מ"מ בקידושין לא מבעיא בקידושי כסף דלא בעינן שיאמר לה בזה אלא אפילו בקידושי שטר דדוקא בגט שייך לומר דמגרשה בדיבור וגט לראיה בעלמא שהיא צריכה ראיה להתקדש לאחריני משא"כ בקידושין וכדאמרינן בגמ' יבמות לא. ע"ש. וכ"כ בקול אליהו ח"א ס' ה' דלא בעינן שיאמר לה בזה דלקמן בדף ח. אמרינן הרי את מקודשת במנה ונתן דינר דאמרינן מקודשת וישלים. והביא דברי התשב"ץ דמשמע מדבריו דהוי לעיכובא בין בקידושי כסף בין בקידושי שטר לראי' אמרינן דבעינן שיאמר בשטר זה דמשמע שטר קידושין ולא מקדשה בדברים אבל בכסף לא בעינן שיאמר בזה וזה היפך סברת הרמב"ם ע"ש. ובתעלומות לב ח"ב סי' ג' דחה דבריו דאין ראיה מתשב"ץ דהתשב"ץ איירי בלא אמר לי ע"ש. גם במשחא דרבוותא כתב בן המחבר דנראה דאם לא אמר בזה מקודשת דהמחלוקת רק בלא אמר לי בזה נחלקו בגמ' אי ידים שאינם מוכיחות הוי ידים או לא. אבל אם לא אמר בזה מקודשת ושו"ע דנקט בזה היינו דנקט לשון ברור ולא לעיכובא. וכן בזרעו של אברהם ח"ב מערכת ק' הביא דעת הרבה פוסקים דס"ל דכל שלא אמר בזה מקודשת. וכן משמע מתשו' ב"י ס' ב' בב' עדים דאחד מעיד שא"ל בזה ושהשני מעיד שלא אמר בזה דאין לבטל עדותם ומקודשת. ויש מהאחרונים שכתבו דכל שלא אמר לה בזה הוי ספק קידושין ובהצטרף עוד ריעותא מבטלין הקידושין ע"ש.

ג. **אמנם** דעת רש"י בפי' המשנה משמע דלא בעינן שיאמר לה הרי את מקודשת בזה. וכ"כ המאירי דאין הכרח לומר בזה אלא לרווחא דמילתא אמרינן כן וכן דעת המקנה בקונטרס אחרון אבל בקידושי ביאה כתב רש"י דבעינן שיאמר לה בפני עדים הרי את מקודשת לי בביאה זו דאל"כ מאין ידעו העדים דדעתו לקדשה ומ"מ קשה לה למה צריך להדגיש בביאה זו מאי שנא מקידושי כסף וסגי לומר לה התקדשי לי בביאה ושמא רש"י בא ללמדנו דסתם ביאה לא הוי מעשה קידושין אלא ביאה לשם אישות וכ"כ בקובץ שיעורים דביאה שקונה הוא דוקא לשם אישות אבל ביאה סתם לא קונה.

ובשיעורי ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל כתב לישב מחלוקת הרמב"ם ורש"י דרש"י נקט רק בביאה התקדשי לי בביאה זו. משא"כ להרמב"ם בקידושי כסף נקט בפרק ג' מהלכות אישות הלכה א' בכסף אומר לה הרי את מקודשת לי בזה ע"ש. והסביר כיון דמצאנו מחלוקת ראשונים בעושה קנין מועיל עם קנין שלא מועיל וכוונתו לקנות באינו מועיל אם מהני לקנות החפץ בקנין המועיל והביא תשובת רע"א ס' ל"ו וכתב להוכיח מתוס' לקמן דף כו. שאמרה הגמרא שאם יש לו עשר שדות בי' מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולם. והוא שנתן דמי כולם. והקשו התוס' תיפוק ליה דקנה בכסף ולמה צריך חזקה. ומפורש בדבריהם שאע"פ שכיוון לקנות בחזקה כיון שעשה גם קנין כסף יועיל ממילא אבל באמת יש לחלק בין שאר קניינים לקנין כסף דבשאר קניינים אם אינו מכוון שהקנין ישמש כמעשה הקנין בזה אין לפעולה שעשה חשיבות של מעשה קנין כי בכל מעשה קנין הכוונה היא העושה את המעשה קנין על הפעולה שעושה משא"כ בקנין כסף גם אם קנה בחזקה מ"מ הקרקע באה לו כתמורה על הכסף ששילם. ולקנין כסף די בזה כי כסף לא עושה מעשה קנין אלא תמורה וזה כוונת רש"י בקידושי כסף לא בעינן שיאמר לה התקדשי לי בזה משא"כ הרמב"ם ושאר הראשונים ס"ל דאה"נ בקניינים מהני כדעת רש"י מ"מ בקידושין שאני דבעינן כוונתו לקדש אחרת אמרינן הכסף לא בא כתמורה אלא כמתנה ודו"ק עכת"ד.

ותשובת רע"א בתשובות תנינא ס' ל"ז בקידשה בכסף וקנין סודר האם זה דומה למקדש במלוה ופרוטה דאמרינן מקודשת דדעתה אפרוטה וכתב אף שיש סברא לחלק מ"מ אין ללמוד להיפך לדון דאינה מקודשת ע"ש. ובשו"ת מהר"י הלוי ח"ב ס' ק"ד בנדון שאמר בשעת הקידושין הרי את מקודשת לי בטבעת זו ובחופה זו ונסתפק הרב השואל אם צריך עוד קידושין אחרים דאף דאמרינן מלוה ופרוטה דעתה אפרוטה היינו כיון דרצונה להתקדש בפרוטה שהיא בעין ולא על המלוה שאינו בעין אבל כאן שניהם בעין ודעתה על שניהם וכיון דקידושי חופה לא מהני לדעת רוב הפוסקים א"כ אינה מקודשת. וכתב הרב המחבר דלכאורה יש להביא ראי' לשואל ממה

שכתב הב״ש ס׳ ל״א ס״ק ה׳ בשם המרדכי דאין מקדשין במטבע דדעתה אצורתא וצורה עבידא דבטלה והרי גם גוף המטבע יש לו שיווי מעצמותו מלבד הצורה ואפ״ה כיון דדעתה גם אצורה ורצונה להתקדש בשניהם לא מהני ומוכח דהמקדש בראוי ואינו ראוי לא חלו הקידושין ומ״מ הדבר תלוי במחלוקת הראשונים אי קימ״ל כר״ש או כרבנן בשבועות לח. בשבועה לא לך ולא לך דלדעת הפוסקים לרש״י עד שיאמר שבועה לא לך ולכל אחד ואחד דס״ל לרבי שמעון האות ו׳ לא מחלקת והכא נמי חשיב מקדשה בכסף וחופה ומקודשת אבל לסוברים כרבנן שהאות ו׳ מחלקת א״כ בנידון דידן הוי כאומר לה שתי לשונות של קידושין כל חד לחודיה והוי מקודשת גמורה מצד הכסף. והעלה כיון דבתחילה א״ל לשון קידושין במה שקידשה בכסף לא נתבטלו הקידושין כשהוסיף תתקדשי בחופה והביא דברי מהרי״ך שורש י״א דהיכא דהוי קנין גמור לא אמרינן שמא לא גמר להקנות אלא בשטר.

ד. **והרי״ף** הביא ירושלמי דאם השטר פסול מקודשת מדין כסף אם הוא שוה פרוטה דכל שטר קדושין לא בעינן שיהיה שוה פרוטה והר״ן לאחר שהביא דברי הירושלמי הקשה על הרי״ף דמה הוכחה דשטר קדושין לא בעינן שיהיה שוה פרוטה דאי בעינן תתקדש מדין כסף והקשה עליו דממילא ידעינן דשטר קדושין לא בעינן שוה פרוטה דהוקש לגט ובגט לא בעינן שיהיה שוה פרוטה ובתוספות רע״א הקשה בגט עצמו מנין ידעינן דלא בעינן בשטר שוה פרוטה מקדושין דאי בקדושין בעי שטר שוה פרוטה תהיה מקודשת מדין כסף ועל כרחך בקדושין לא בעינן בשטר שוה פרוטה ומינה ילפינן לגט עצמו דלא בעינן שוה פרוטה וצריך לחלק דאי ילפינן גט מקדושין דלא בעי שוה פרוטה מ״מ מנין לנו שגט שכתבו על איסורי הנאה כשר כפי שאמרה הגמ׳ גיטין כ. דנהי דלא בעינן שוה פרוטה מ״מ יש מקום לומר דכיון דכתיב בגט ונתן בידה. גם פחות משוה פרוטה חשיב נתינה אבל איסורי הנאה מהיכן ילפינן דבכה״ג מועיל דהגם דבחליפין כתיב ונתן בידו וחליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה ומ״מ לא מהני באיסורי הנאה וכיון דבגט מהני על איסורי הנאה זה גופא מוכח דבגט לא בעינן שוה פרוטה והו״ה בקדושין דילפינן קידושין מגט אבל רע״א דהקשה דגט נילף מקידושין ס״ל דכיון דשטר בקדושין פחות משוה פרוטה מהני נמצא גם איסורי הנאה מהני דחד טעמא לשניהם דלא בעינן נתינה וכל דמהני פחות משוה פרוטה הו״ה דמהני באיסורי הנאה ולכן שפיר ילפינן גט מקדושין ודו״ק.

ומצאנו בתוס׳ ב״מ מז. ד״ה קונה שכל מקום שהתורה אמרה נתינה בעינן שוה פרוטה ועי׳ תוס׳ רי״ד שם לגבי תרומה חיטה אחת פוטרת כל הכרי מ״מ בעינן נתינה בשוה פרוטה ועי׳ בנוב״י דכתב לחדש כן וכתב שלא מצא דבר זה בראשונים וכבר קדמו בעל התוס׳ רי״ד. והתוס׳ שם הקשו דכיון דבגמרא פסחים לב: ילפינן דאין נתינה פחות מפרוטה למה חליפין מהני בפחות משוה פרוטה הרי כתיב נתינה וכתבו נתינה של גזל ותשלומין בעינן פרוטה אבל קנין סודר הוי קנין ומהני גם פחות משוה פרוטה והו״ה גט דכתבו על איסורי הנאה מהני.

ה. **וכתב** הר״ן לתרץ דברי הרי״ף דאם השטר פסול מקודשת מדין כסף דכל מקדש בשטר דעתה גם על הנייר וכן דעת רש״י לקמן דף מח. דשמין את הנייר אם יש בו שו״פ מקודשת ורע״א מקשה על הירושלמי דמה מדייק דהשטר לא שוה פרוטה דאי שוה פרוטה תהיה מקודשת מדין כסף דהא לקמן דף ז: אמר רב יוסף דבעינן כסף קץ ולכן נימא לעולם בשטר בעינן שוה פרוטה רק ההבדל דאם מקדשה בתורת כסף לא מהני דבעינן כסף קץ ואם מדין שטר מקודשת אע״פ שלא קץ ומ״מ בעינן שיהיה שוה פרוטה. ושמא יש לדחות דכיון דקימ״ל בכתובות ח״י דאין עדים חותמים את השטר אלא א״כ נעשה בהכשר הכא נמי העדים ידעו וכן היא דקץ ולכן אם בעינן שוה פרוטה דין שטר וכסף שוה ושפיר הוכיח הירושלמי דע״כ יש הבדל.

עוד הקשה רע״א לפי דעת הרי״ף דאף עדי חתימה כרתי ואם מסר גט בעדי חתימה בלי עדי מסירה מהני יצא שיש הבדל בין אם מקדשה בתורת שטר או בתורת כסף דלעולם גם שטר בעי שוה פרוטה ונ״מ אם כתב שטר ומסר לה בעדי חתימה דמדין שטר מהני ומדין כסף לא מהני דבעינן עדים דאין דבר שבערוה פחות מב׳ ע״ש. וצ״ע כיון דמדין שטר מהני ואמרינן דהוי עדים ומהני לדבר שבערוה למה לא יועיל מדין כסף נמי כיון דבשטר אמרינן מסתמא בא לידה כדין הו״ה בכסף. ובפרט לפי מה שכתב הקצות בס׳ צ׳ בדברי הר״ן שהסביר דעת הרי״ף דמהני בעדי חתימה היינו דאמרינן כשאנו רואים הגט בידה אמרינן מסתמא נמסר לה מיד הבעל ולא חיישינן לנפילה ע״ש. ובחידושי הגרנ״ט כתב דלדעת הרי״ף לא מדין אנן סהדי

אלא עדי חתמה מעידים על המסירה שהיתה כדין ע"ש.

עוד הקשה הגאון רע"א בתשובה תנינא סימן נ"ו מדברי נימוק"י בב"מ דף י: אמתניתין ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה קנאה ומבואר בגמ' טעמא דלא קני הנופל מדין ד' אמות משום דגלי דעתיה דבנפילה רוצה לקנות ולא בד' אמות. ומבאר הנימוקי יוסף טעמא כיון דד' אמות הוי קנין דרבנן וכשנופל הוי כאומר אי אפשר בתקנת חכמים אבל אם קנין ד' אמות היה דאורייתא היה קונה בד' אמות אף על פי דלא ניחא ליה. והקשה רע"א על הר"ן אלמה כתב בדעת הירושלמי שדעתה גם על הנייר אפי' אין דעתה על הנייר תקנה כיון דקנין שטר דאורייתא וכן קנין כסף ולפי חידושי הר"ן שהביא הטעם בשם יש מפרשים דגם בקנין דאורייתא נמי לא קנה דהוי כעודר בנכסי הגר וסבר שהם שלו. וכן דעת הרשב"א דהטעם דבעינן דעת לקנות ועי' בדברי יחזקאל ס' נ"ו. ורע"א תירץ דדוקא בנכסי הפקר קונה אם נפל שקונה מדין ד' אמות אם ד' אמות קנין דאורייתא אבל בעלמא צריך דעת לקנות במקום שיש מקנה. ולכן כתב הר"ן בשטר דעתייהו גם אנייר וכן דעת רש"י לקמן מח ד"ה שמין את הנייר דדעתה אנייר. ורש"י דייק דדעתה ולא כתב דעתייהו אנייר דהכל תלוי בדעת מקנה שהיא האשה. עוד תירץ רע"א בקדושין בעינן שתתרצה בפירוש להקנות עצמה עבור פרוטה של שווי השטר ולכן צריך דעתה וזה מדוייק בלשון רש"י דעתה אפרוטה.

ו. **ויש** להסתפק בהא דאמרינן דאם מקדשה בשטר ונמצא פסול אם יש בו שוה פרוטה מקודשת האם כוונתו דאומר לה התקדשי לי בשטר ובכסף ובחד מנייהו מקדשה ולכן כל שלא מהני מדין שטר מהני מדין כסף, או כל שאומר לה התקדשי לי הכוונה או לשטר או לכסף אע"פ שלא פירש והו"ה באשה דבעינן דעתה האם בעינן דתגלי רצונה שרוצה רק בשטר או גם בכסף או בסתם נמי אמרינן כן. ונראה דזה תלוי במחלוקת הראשונים באופן חלות הקנין האם מעשה הקנין הוא שפועל חלות רק בעינן רצון הקונה לקנות והמקנה להקנות אבל מעשה הקנין הוא הפועל, או הגמירות דעת היא הפועלת רק הקנין מגלה את רצונם ומה שבעינן קנין זה לגלות על הגמירות דעת. ובב"י הביא דין הירושלמי והסתפק בזה וכנראה דזה טעמו של מרן הב"י.

דהרמ"ה הביא דין זה של הירושלמי והב"י הסתפק בדברי הרמ"ה האם איירי כשבא לקדשה בתורת כסף בזה אמרינן דאם שטר פסול שמין את הנייר או אפילו קידשה בתורת שטר יש דין זה של שמין הנייר. וסיים הב"י וזה נראה מדקדוק הלשון וכן משמע בגמרא לקמן מח. דנחלקו ר"מ ור"א וחכמים בהתקדשי לי בשטר לר"מ לא מקודשת ולר"א מקודשת. וחכמים אומרים שמין את הנייר וע"כ במקדש סתם איירי וכן הוכיח הב"ש בס' ל"ב ס"ק ה'. וכ"כ הב"ח דמגמ' זו נסתלק ספקו של הב"י. דאפילו קדשה בשטר מ"מ שמין את הנייר והלכה כחכמים והוסיף דמכאן הוכחה לדעת הרשב"א במקדש בשטר לאחר ל' יום ונשרף השטר דאם יש בו שוה פרוטה מקודשת. והים של שלמה בפ"ב סוף דין י"ב כתב דמגמרא זו מוכח דאין ספק ומקודשת ולמה הב"י הסתפק. וכ"כ הלחם משנה פ"ג דאישות הלכה ד' דודאי הרמ"ה איירי דקדשה בשטר וכ"כ הרמב"ן. ומכאן ראי' דכל מקדש בשטר והוא פסול אם שוה פרוטה מקודשת. והרמב"ם השמיט דין זה ויש להסתפק אם אומרים לא היה דעתם להתקדש בתורת כסף רק בתורת שטר ופשוט אם א"ל אני מקדשך בתורת שטר ולא בתורת כסף דאפי' השטר שוה ק' דינרין לא מקודשת דכל שהשטר פסול בטלי קידושין.

ז. **וכתב** המאירי דכל שהשטר פסול לא מקודשת מדין כסף אא"כ א"ל הרי את מקודשת לי בתורת כסף אבל בסתם לא. וכן דייק השער המלך ספ"ה דאישות מהרמב"ם פ"ג הל' ד' דכתב בשטר שנכתב שלא לשמה אינה מקודשת ולא סיים דשמין את הנייר. ופסק הרמב"ם כר"מ דאינה מקודשת. וכ"כ באור שמח בדעת הרמב"ם. ובאבני מילואים ס' ל"ב ס"ק ה' הביא דעת התוס' רי"ד דף מח. וכתב דאין ראי' מהגמ' דהמקדש בשטר דעתו אנייר נמי והעלה דמידי ספקא לא נפקא. ובתורת חיים כתב דבא"ל משוך פרה זו וקנה פסקינן דהוי קפידא וקונה רק במשיכה וכן נפסק בשו"ע חו"מ ס' קצ"ח ולא מהני קנין אחר וכן בקידושין נמי קפיד רק בשטר כמו המקדש באיסורי הנאה דלא מקודשת גם אם יש שוה פרוטה שלא כדרך הנאתן מ"מ דעתה רק על דרך הנאתן הכא נמי. ומ"מ קשה על השו"ע דבמשוך פרה זו קנה במשיכה דווקא ובמקדש בשטר מקודשת מדין כסף אם השטר שוה פרוטה ויש לחלק דבקידושין סגי בגילוי דעת שרצונה להתקדש ועוד הוסיף לחלק בין אמר לה ה"ז לקידושיך לבין א"ל התקדשי לי בשטר זה דאם אמר לה ה"ז לקידושיך מהני דגילה דעתו וכן היא בכל אופן שיחול קידושין אבל התקדשי לי בשטר זה משמע רק בשטר ותו

לא. ובאור שמח פ״ג דהלכות אישות הלכה ג׳ הסתפק בקדשה בשטר שחתומים בו עדים והשטר שוה פרוטה אם מהני בתורת כסף באופן שהשטר פסול והוכיח מירושלמי דמהני ע״ש.

ובדברי הירושלמי דחידש דאם לא מהני מדין שטר מהני מדין כסף כ״כ התוס׳ רי״ד בקידושין דף ג׳ בהא דאשה לא נקנית בחליפין אם מסר לה סודר שיהיה אצלה והסודר שוה פרוטה דבתורת חליפין לא מקדשה מ״מ מקודשת מדין כסף. והביאו הב״ש בס׳ כ״ט ס״ק ב׳ ע״ש. ולכאורה כשאומר לה שמקדשה בחליפין הרי כונתו רק על חליפין ולא בתורת כסף. וכ״כ המהרי״ט בחידושיו על הרי״ף וכ״כ המקנה בחידושיו לדף ג׳ והוכיח דעת התוס׳ רי״ד מדברי הירושלמי בקדשה בשטר פסול דמהני מדין כסף. וכ״כ דברי חיים אוירעבך ס׳ ו׳ דמהירושלמי יש הוכחה לדעת התוס׳ רי״ד. אמנם הרבה פוסקים חולקים על התוס׳ רי״ד וכתבו שכל שנתנו בתורת חליפין לא מהני בכלל. ובאבני מילואים ס״ק ד׳ כתב לרמב״ם ורא״ש ואפי׳ השאיר לה הסודר אצלה לא מהני וכן דייקו מהמרדכי דבחליפין בכלל לא מהני אע״פ שיש בו שוה פרוטה. ולכאו׳ מה הבדל בין קידושי שטר לחליפין דבחליפין אשה לא מתקדשת בחליפין בכלל לכן לא מהני משא״כ בשטר דאשה מתקדשת בשטר לכן בנמצא שטר פסול מהני מדין כסף ודו״ק. ונראה דלפי מה שאמרנו לעיל שפיר יש לחלק דאם נאמר דהקנין הוא לגלות הגמירות דעת וכל שיש גמירות דעת מהני לכן כשם שאם נתן לה שטר פסול מהני מדין שוה פרוטה כיון שיש גמירות דעת לקידושין והו״ה בחליפין. אבל אם מעשה הקנין הוא הפועל ולכן כל שנתן לה בתורת חליפין דעתה רק על החליפין ולא על הקנין הכסף לכן אע״פ שמשאיר אצלה הסודר לא מהני ודו״ק.

ח. **ובדין** מתנה על מנת להחזיר מצאנו מחלוקת בפוסקים האם הקידושין לא חלו מדאורייתא או מדרבנן. וכתב הרמ״א סימן כ״ט סעיף א׳ דאם נתן לה מתנה על מנת להחזיר וא״ל בהנאה זו שאת נהנית תוך הזמן הרי את מקודשת והוי קידושין ע״כ. ומשמע דאם נתן לה סתם ע״מ להחזיר ולא א״ל לא מקודשת אע״פ שבמציאות היא נהנית מכך מ״מ כל שלא א״ל אין כוונתו על כך. ובאבני מילואים ס״ק ד׳ כתב דדינו של הרמ״א הוא לפי דברי הרמב״ם דהא לא נהנית. ולכן כתב הר״ן בהנאת קישוט מקודשת. אבל לפי התוס׳ דאינה מקודשת מדרבנן מה נפקא מינה שהוסיף לה הנאה הרי הטעם משום גזרה. ומ״מ כל שלא א״ל אע״פ שנהנית לא מקודש. וכ״כ במלא האבן על דברי הב״ש דכל דברי הרמ״א רק לפי הרמב״ם דבמתנה על מנת להחזיר לא מקודשת מדאורייתא. אבל לפי דעת התוס׳ דהוא משום גזרת חליפין גם אם אמר בהנאה לא מקודשת. ומביא ראי׳ מדברי הרשב״א במקדש בדבר המועיל ולא מועיל דלא מקודשת וכתב לחלק דבמקדש במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה. אבל במתנה על מנת להחזיר דלא מקודשת והוי שלה נמצא גם ההנאה הוא שלה ולא חלו קידושין ע״ש. וכ״כ הב״ח בקונטרס אחרון של ההלואה בריש ס׳ כ״ט כתב דדין הנאת רק לפי הרמב״ם והמשיך להוכיח דגם להרמב״ם במתנה ע״מ להחזיר אינה מקודשת משום גזרת חליפין ומ״מ בהנאה מקודשת דבחליפין סתם אין לה הנאה. וכתב עוד דאפילו קדשה בחפץ שאול בהנאה שיהיה לה ממנו במשך השאלה ג״כ מקודשת בההיא הנאה שהיתה מפיסת לראובן שיאמר לשמעון להשאיל לה החפץ להתייקר בו. אבל במקדש בשכר הנאה אינה מקודשת דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והוי מלוה ע״ש. וכתב הב״ח בנתן לה מתנה לזמן ידוע וא״ל הרי את מקודשת בהנאה לכו״ע מקודשת.

ולכאורה לפי מה שכתבנו לעיל להסביר במקדש בשטר פסול דמקודשת מדין כסף וכן לדעת התוס׳ רי״ד דבחליפין מקודשת אם שוה פרוטה אע״פ שלא א״ל אמרינן כיון שיש רצון לקדשה מהני א״כ גם הכא בנתן במתנה ע״מ להחזיר דיש רצון להתקדש גם אם לא א״ל בהנאה שיהיה בידך תהיה מקודשת כמו שאם א״ל בפירוש כיון שיש רצון לקידושין. וצ״ל דמקדש בשטר או בחליפין היה לו כוונה לקדש בגוף השטר או בגוף הסודר רק זה מעכב מצד אחר או פיסול השטר או החליפין אבל במתנה ע״מ להחזיר אין כאן מעשה הקידושין דהוא רוצה לקדשה בגוף החפץ שישאר אצלו ולא נתן לה כלום א״כ אי אפשר לפרש דבריו דרוצה לקדשה בהנאה ולכן לא מקודשת.

ולפי תירוצו השני של רע״א דתלוי בדעתה כפי שכתב רש״י בקידושין מח. מקדש בשטר דעתה אנייר דהיינו תלוי בדעתה שתתרצה בזה וכתב עוד רע״א דבקידושין זה דין מיוחד דבעינן שתתרצה בפירוש להקנות עצמה עבור הפרוטה של השטר וזה מוכח מלשון רש״י אבל הר״ן כתב דדעתייהו אנייר דהיינו דעת שניהם בעינן ומ״מ שיאמר לה בהנאה שיש לה במשך הזמן של המתנה אבל בסתם לא אמרינן כן.

וקצת קשה לפי דעת הסמ"ע דבכסף קונה מדין פרעון ולא מעשה קנין א"כ לפי הירושלמי דמקדש בשטר והשטר שוה פרוטה מקודשת הרי נתן השטר בתורת פרעון וא"כ מה מדייק הירושלמי דאם בעינן שטר שוה פרוטה מתקדש מדין כסף דבכסף הוא מדין פרעון ובשטר חידשה התורה מדין קנין. ולעולם בעינן שוה פרוטה בשטר וצ"ל דס"ל לירושלמי דכל מקדש דעתו שיועיל בכל אופן ודעתו כשנותן שטר ששוה פרוטה דיועיל מדין פרעון דרוצה לקנות בכל מה שאפשר ולכן בעינן דעתייהו אנייר על שניהם מצד המקדש ומצד האשה דהיינו שנותן גם בתורת פרעון דשטר הוא מעשה קנין וגם דעתו שאם לא יועיל השטר יועיל מדין כסף ונתן בתורת פרעון. ולכאורה לפי הירושלמי דהמקדש בשטר פסול ששוה פרוטה מהני מדין כסף למה במקדש במלוה אינה מקודשת נימא דדעתו אהנאת מחילת מלוה דמקודשת ואע"פ שאינו מתכוון להנאת מחילת המלוה מ"מ לפי הנימוקי יוסף הנ"ל בנפל על המציאה דכל קנין דאורייתא מהני אע"פ שלא מתכוון. י"ל דשאני מקדש במלוה להתקדש בכל המלוה ולא רק בהנאת מחילה דכל המלוה הוא שוה יותר מהנאה. וכן צ"ל במקדש במלוה ופרוטה דלמ"ד אינה מקודשת דדעתה אמלוה כיון דהוא שוה יותר מ"מ אין דעתה אפרוטה ודמי לא"ל התקדשי לי במנה ונתן לה דינר דאינה מקודשת ודו"ק.

סימן ה

קדושין במחובר וטלי קדושיך מעל גבי קרקע

א. **כתבו** התוס' בקדושין ה. מה לכסף שכן פודין בו הקדשות ומעשר וא"ת כל זה אכניס בק"ו ומה כסף שאע"פ שפודין בו הקדשות ומעשר ואינו מוציא ואפ"ה מכניס שטר שאין פודין בו הקדשות מוציא אינו דין שיכניס י"ל דחומרא הכתובה בפסוק אין להכניס בק"ו וכו' וא"ת ונימא ק"ו מקרקעות שאינן מוציאות אפ"ה מכניסות כגון אם אדם קידש אשה בקרקע ואינה מתגרשת בקרקע וכו' וי"ל דאיכא למיפרך שכן קונין מטלטלין אגבן וכו'. הרי פשוט לתוס' דאפשר לקדש אשה בקרקע. ומה דפוסלין מחובר היינו בשטר אבל בתורת כסף יכול לקדש בקרקע. ובהמקנה על הסוגי' הביא דברי הים של שלמה שכתב דהר"ן הביא דעת בעל העיטור דס"ל כשם שלא מתגרשת במחובר שאין לכתוב גט על קרקע הכא נמי אינו יכול לקדש לא בקרקע ולא במחובר לקרקע אפי' בתורת כסף ע"ש שהאריך ואין כן דעת התוס' ושאר פוסקים. וכן משמע מדבריהם לעיל ד"ה בשוה פרוטה. והוכיח המקנה כדעת התוס' ממה דאמר רבי יוסי הגלילי לא כותבין גט על בעלי חיים ולא על אוכלים הכי נמי דלא יכול לקדש באוכלין ולא משמע הכי לקמן דף נב: במתניתין במקדש בחלקו דמוקי מתניתין כרבי יוסי הגלילי משמע דיכול לקדש באוכלין אפי' לרבי יוסי הגלילי. וכן משמע לקמן נב המקדש בערלה וכו' וכתב הב"ש בס' כ"ו דהרשב"א והר"ן ס"ל אם קידש בקרקע מקודשת וז"ל הר"ן איכא מא"ד אין מקדשין אשה בקרקע והביא ראי' מגיטין דף י'. דקאמר מילתא דאיתא בקדושין וכו' וליתא דהתם בקידושי שטר איירי אע"ג דמקשינן הוית להדדי. והביא המקנה דברי התוס' דס"ל מתקדשת בקרקע וכתב ואין לדחות דהתוס' כתבו כן בס"ד אבל למסקנה גם לתוס' לא מקדשין בקרקע בתורת כסף ודחה והעלה דמסקנת התוס' דאדם מקדש בקרקע בתורת כסף. והוכיח דלקמן אמרינן דמקדשה בשטר חוב דאחרים ושם מוכח דכל שט"ח הוא שעבוד קרקעות והרשב"א כתב בתשובה אלף רכ"ו דאם הלך זה והחזיק בשלו משמע דקרקע נקנה בקרקע דהיינו אשה מתקדשת בקרקע וכתב המקנה בקונטרס אחרון דאין ראי' דבעל העיטור חולק על התוס' דהא קימ"ל בגיטין כב: כותב על יד של עבד ומוסר לה העבד וכן על עצין נקוב ונותן לה העצין ומעתה פשוט דלא עלה על דעת בעל העיטור ללמוד קדושי כסף מקדושי שטר דבשטר פסול בכתיבת הגט ולכן גם בעל העיטור דפוסל מחובר בגט הוא מטעם חסרון נתינה ובעצין נקוב שייך נתינה והו"ה בקדושין דלא מהני והא דיכול לקדש בשט"ח דאחרים היינו משום דשייך בו נתינה וכן הא דיליף הרשב"א מקנין קרקעות אין ראי' דלא ילפינן גזרה שוה דקיחה קיחה אלא בגוף הקנין ולא בנתינה ולפי זה יפה השיב המהרי"ט בקדושין והביאו הב"ש דהטעם דבקדושין מהני דלא בענין נתינה והראי' שהביא מתן מנה לפלוני ואקדש אני לך שם מקודשת בההיא הנאה שנותן על פיה דמה לי הנאת כסף שנותן לה או נותן על פיה. וראי' דלא בעי נתינה בקידשה בפקדון שיש לו בידה מקודשת ובגט לא מגורשת ולכן בקדושין אם א"ל טלי קדושיך מעל גבי קרקע מהני ודו"ק.

ב. **והרשב"א** הקשה על בעל העיטור מתוספתא פ"ד מקדושין הלכה ז' המקדש באשרה ופירותיה בעיר הנדחת אינה מקודשת והטעם כיון שאסור בהנאה הא בעלמא המקדש בקרקע מקודשת וכ"כ הר"ן דמקדשין בקרקע. ובשער המלך פ"ג אישות הל' ג' הקשה קושית קונטרס אחרון למקנה מרבי הגלילי דלפ"ז לא נקדש בפירות כיון שלרבי יוסי הגלילי לא כותבין גט על אוכלין, ומשניות ערוכות המקדש בתמרה בערלה בתרומה וכו'. ויש לחלק דלרבי יוסי הגלילי למה לא כותבין על אוכלין ובע"ח הגמ' דרשה וכתב לה ספר מה ספר שאין בו רוח חיים הכא נמי נמצא דהתורה גילתה דחסרון זה רק בגט ולא בקידושין וא"כ שייך להקשות כמו שבגט לא מהני הו"ה בקדושין דבגט יש לימוד מיוחד וכתב לה "ספר" כריתות וכ"כ בשערי חיים.

ולגבי מחובר הגמ' למדה הא דאין כותבין במחובר לקרקע מתוספתא גיטין רבי יהודה בן בתרא אומר וכתב לה ספר מה ספר תלוש אף כל דבר תלוש יצא מחובר לקרקע דלא. ובגמ' אמרינן ספר לסיפור דברים הוא דאתא עי' רמב"ן ורשב"א בגיטין כא: והוסיף הרשב"א דבגט ילפינן מונתן בידה דבר הניתן מיד ליד. יוצא לפי הגמ' דדין פיסול מחובר לא מדין ספר אלא מחוסר נתינה דאי פסול מחובר הוא מדין ספר בזה שייך לומר דבקדושין לא בעינן ספר ואפי' מחובר מהני אבל אם פסול מחובר הוא מדין נתינה נמצא זה פסול בפני עצמו והו"ה בקדושין וזה דעת בעל העיטור. ולכן הרשב"א דמכשיר מחובר ומוכיח מהתוספתא הטעם דתוספתא היא כרבי יהודה בן בתרא דחסרון מחובר הוא מדין ספר ודין זה רק בגיטין ולא בקדושין ולכן ס"ל דמקדש במחובר ע"ש.

ג. **והמקנה** הביא ראיה לדברי הרשב"א מלקמן מז במקדש בשטר דאחרים והרי כל שטר שעבוד קרקעות ומשמע דמקדשין בקרקע. וכ"כ בבני אהובה ריש פ"ג על הרמב"ם וכתב לחלק בשערי חיים הא דמקדשה בשטר דאחרים יש להסתפק אם מקדשה בכל החוב והשעבוד או בשטר דהשטר עצמו הוא חפצא מטלטלת ששוה כסף. דאי מקדשה בשעבוד שפיר יש להקשות דנמצא מקדשה בקרקע אבל בעל העיטור יסבור דאיירי שמקדשה בשטר ונהי דאמעטו שטרות משבועה ואונאה ובכפל ושמירה היינו משום שאין גופן ממון ולא מחמת שיש בהם שעבוד אמרינן דהוי כמו קרקע.

ובזה ישב קושית רע"א דפסק מרן ביו"ד ס' ו' סעיף ב' שחט בצפורן או שן פסול וכתב רע"א דלמא דוקא צפורן אדם דאדם הוקש לקרקע אבל של בהמה דהוי מטלטלין שחיטתו כשרה ונשאר בצ"ע. ולפי הנ"ל מיושב דאף דנכון דעבדא כקרקע מ"מ עבד במציאות לא מחובר ודינו מטלטל דמה דאמרינן עבדא כמקרקעי היינו לענין ממונות ובזה דינם שוה אבל במציאות עבד תלוש וקרקע מחובר ולכן לא שייך לפסול עבד לשחוט או לכתוב על יד של עבד. ועפ"ז יישב דין שטרות דאע"פ שיש שעבוד קרקע מ"מ אין להם דין קרקע דבמציאות לא מחובר אלא שדינו להגבות מקרקע ולכן ס"ל לבעל העיטור דבגיטין וקדושין הפיסול לא מצד קרקע אלא מצד מחובר אבל בשטרות מקודשת כמו שאמרה הגמ' בדף מז. דשטר לא הוי מחובר ע"ש.

ד. **ונראה** לישב דברי רע"א דהסוגיא בב"ק יא. לענין עבדא כמקרקע ומ"מ אין כותבין פרוזבול על עבד וקי"ל מטלטלין נקנין אגב קרקע ולא אגב עבדים. וכתבו התוס' אע"ג דעבד כמקרקע לענין אונאה ושבועה אומר ר"י דכאן איירי רק מדרבנן לגבות מיתמי ולקוחות וסבר שעבודא לאו דאורייתא ולא גבי אלא מדרבנן ולענין פרוזבול וקנין אגב דהוי נמי מדרבנן ע"ש. אמנם רשב"ם בב"ב קכח. ד"ה ורב נחמן כתב הא דעבדים הוקשו לקרקע והתנחלתם אותם היינו לענין קנין ושבועה אבל לגבי בע"ח לא סומך דעתו על העבדים לגבות מהן כיון דיכול להעלימם ולאבדם ולכן סומך רק על קרקעות וכ"כ נמו"י שם. וכתבו האחרונים דדעת רשב"ם לחלוק על התוס' דבמילי דרבנן עבדא כמטלטלי, אלא רשב"ם ס"ל דאין חילוק ולעולם עבדא כמקרקעי ובעל חוב שאני דלא סומך דעתו וכ"כ בבעי חיי חו"מ ס' ק"פ אבל הרא"ש בב"ק בפ"ט סי' ו' כתב דתוס' ורשב"ם לא חולקים. והפנ"י קדושין דף כב: הקשה על הא דאמר שמואל עבד כנעני נקנה במשיכה הא עבד איתקיש לקרקע וקרקע לא נקנית במשיכה. ובנתיבות ס' רמ"א ס"ק ג' כתב לחלק דקרקע אינו נקנה על ידי קנין חצר רק בכסף ושטר וחזקה והא דעבד נקנה במשיכה ע"פ דברי התוס' דבדבר דרבנן עבדא כמטלטלי ומשיכה דרבנן. ועבדים כנענים לגבי מילי דרבנן כמטלטלי וכ"כ הגר"א חו"מ ס' קצ"ו ס"ק ג' לחלק ע"פ דברי ר"י. וכתבו התוס' דקנין אגב דרבנן וקרא דערים בצורות אסמכתא וכ"כ הרא"ש בס' י"ד וחידושי הרשב"א למסכת בב"מ יא: וכ"כ בחידושי הריטב"א לקדושין כו: ועי' שער המלך מכירה פ"ג ה"ה ועי' קצות החושן ס' ר"ב ס"ק ה' מה שהקשה על זה והביא דעת

הנימוק״י לקמן דף לד: מדברי הרי״ף דהוא דאורייתא.

וכתב הרשב״א בב״ק צז ד״ה ולענין הלכה דעבדא כמטלטלין דקיימ״ל כרב נחמן ועבדי דיתמי לא גובין מהן מדינא דגמרא אלא מתקנת הגאונים וגרסינן בפרק יש נוחלין בב״ב קכח. שלח ליה רבי אבא לאב יוסף בר חמא הלכה גובין מן העבדים ורב נחמן אמר אין גובין ואמרינן בשלהי שמעתתא א״ל רבינא למר זוטרא דרב נחמן אמר אין גובין מתני לה והקשו התוס׳ הרי עבדא כמקרקעי ותירצו לענין דאורייתא הוקשו אבל שעבוד דרבנן ולכן הוי כמטלטלי. והקשה הרשב״א הרי קימ״ל אין גובין עבדים מיתומים דשעבודא לאו דאורייתא. ועבדא כמטלטלי דשעבודא דרבנן. וקשה הרי קימ״ל שעבודא דאורייתא כדאמרינן בב״ב קעב: רבי יוחנן ור״ל דאמרי תרוייהו מלוה ע״פ גובה בין מהיורשים בין מהלקוחות מ״ט שעבודא דאורייתא וכן פסק הרי״ף שם והרי״ף עצמו פסק לא גובין מעבדים ועל זה כתב הרשב״א דלכל מילי דשומרין עבדי כמקרקעי דדרשינן כלל ופרט וכן לענין שבועה אבל לענין מילי דרבנן כגון פרוזבול ולגבות מיתומים למ״ד שעבוד לאו דאורייתא ואפי׳ למ״ד דאורייתא תקנו שלא יגבו מהיתומים הואיל וניידי כמטלטלין ע״ש.וכתבו כמה אחרונים דהרי״ף ס״ל כרשב״ם דאע״ג דעבדא כמקרקעי בבע״ח לא סמכא דעתו ולכן לא גובין מהם.

ה. **וכן** פסק הרמב״ם כרב נחמן דעבדא כמטלטלי ומ״מ פסק דשעבודא דאורייתא בפרק י״א הל׳ ד׳ ויש שישבו הגם דפסקינן כרב נחמן דעבדא כמטלטלי מ״מ לא מטעמיה אלא תקנת חכמים דלעולם שעבודא דאורייתא וגובין מנכסין מדין ערב אבל במטלטלין ועבדים דיכול להעלימם לא סמכא דעתו. ולפי דברי התוספות מיושבת קושית הפנ״י דהא דאמר שמואל עבד כנעני נקנה במשיכה כיון דלענין מילי דרבנן עבדא כמטלטלי דמשנה קתני עבד כנעני נקנה בכסף ובשטר ובחזקה. ואי עבד דינו כקרקע למה נקנה במשיכה ואי דינו כקרקע למה נקנה בכסף הרי כסף לא קונה. ולפי תוס׳ ניחא. ולכן בעבדים מועיל קנין כסף דדינו כקרקע ומועילה בו משיכה דרבנן דדינו כמטלטלין וכתבו התוס׳ בב״ק דהו״ה לענין קנין אגב דהוי דרבנן לא קונין אגבו מטלטלין ומשמע קנין אגב דרבנן. ואילו תוס׳ בדף ה. בד״ה שכן פודין בו הקדשות כתבו דאיכא למיפרך ומאי לקרקע שקונים אגבה מטלטלין הרי הגמ׳ כאן לומדת לענין קנין דאורייתא ומה פריך מאגב דהוא קנין דרבנן. וכן תמה בקהילות יעקב אלגזי על התוס׳ וכתב לחלק בין מכר למתנה דבמכר קנין אגב דרבנן משא״כ במתנה דליכא מעות קונה מהתורה.

ו. **אמנם** דעת רבים מהפוסקים כדעת הרשב״א והר״ן דאפשר לקדש בקרקע בתורת כסף ולא בתורת שטר. ובס׳ ל״ב סעיף ב׳ כתב הרמ״א דאם קדשה בשטר מחובר יש פוסלין ויש מכשירין. ודעת הפוסלים הם הראשונים דס״ל בהא דאמר בעל העיטור קדשה במחובר לא מקודשת היינו בתורת שטר כמו שאמרה הגמ׳ בגיטין דף י׳. בשלשה דברים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים ופרכינן ולתני מחובר מילתא דאיתא בקדושין לא קתני. משמע דמחובר פוסל בגיטין וקידושין. וכ״כ הרשב״א באלף רכ״ו דכל שמקדש בקרקע בתורת כסף מהני דהלימוד בגמ׳ לפסול מחובר בקדושין היינו בתורת שטר. והוכיח ממה שאמרה הגמ׳ שטר אירוסין שכתבו במחובר ונתנו לה לא מקודשת כיון דהוי מחובר דמה שאמרה הגמ׳ מקשינן הויה ליציאה היינו רק לקדושי שטר וכ״כ תוס׳ רי״ד הזקן בקדושין דף ט. בסוגי׳ דשטר קדושין וכ״כ בעיטור אות קדושין דהא דמקשינן הויה ליציאה לענין לשמה רק בקדושי שטר ע״ש.

ומה שכתב הרמ״א דיש מכשירין אפילו בשטר קדושין מחובר מקורו מתשובת הרשב״א בס׳ ת״ר שכתב ששטר קדושין כשר במחובר דדוקא בגט פסול משום דכתיב ונתן ובירושלמי מפקינן ממה דכתיב ספר מה ספר שהוא תלוש וכן אמרינן בתוספתא המקדש בעיר הנדחת אינה מקודשת משום דהוי איסורי הנאה הא לאו הכי מקודשת אפי׳ במחובר. ונראה דאין כן דעת רש״י פ״ק דגיטין דף י׳. דגרסינן התם בג׳ דברים שוו וכו׳ ואקשינן והא איכא מחובר ומסיק כי קתני מילתא דליתא בקדושין מילתא דאיתא בקדושין לא קתני ופי׳ רש״י מחובר איתא בקדושין דכתיב ויצאה והיתה מקיש הויא ליציאה ויש לפרשה בענין אחר. ובב״י הביא רק תשובת הרשב״א בס׳ ת״ר שמכשיר שטר קדושין במחובר ולא הזכיר תשו׳ הרשב״א באלף רכ״ו שבה פוסל הרשב״א מחובר בשטר ע״ש. ובדרכי משה כתב על דברי הב״י וכ״כ הרשב״א בתשו׳ באלף רכ״ו והמעיין יראה דהרשב״א כתב שם הפוך ממה שכתב בתשו׳ ס׳ ת״ר דמכשיר שטר במחובר. ובח״מ ס״ק ז׳ ובב״ש ס״ק ז׳ כתבו דהרשב״א חזר בו בתשובה אלף רכ״ו ופסק דמקדש בשטר מחובר לא מקודשת.וכ״כ הר״ן וא״כ בחינם כתב הרמ״א ויש מכשירין בשטר מחובר.וכן הלבוש כתב שטר במחובר

לקרקע לא מקודשת וכ״כ הגר״א ס״ק י״א וכ״כ הרשב״א בחידושיו כמו שכתב בתשו׳ אלף רכ״ו דלא מקדשין במחובר בתורת שטר. וכ״כ בעצמות יוסף דף ט. דהרשב״א חזר בו מתשובה בס׳ ת״ר וס״ל כדעת רש״י בדף ט. וכ״כ בבני חיי וההיא תוספתא דהביא הרשב״א איירי דקידש במחובר בתורת כסף דמהני וכ״כ במכתם לדוד (חסאן) פ״ג דאישות הל׳ ג׳ וכ״כ מהרי״ט על הרי״ף ריש קדושין וראיתו מגיטין דף י׳. דבשטר קדושין מקשינן לגט וכ״כ הר״ן והפיסול משום דבעינן ונתן מי שאינו מחוסר אלא נתינה ולא זה שמחוסר קציצה ונתינה. וזה שייך רק בשטר קדושין. וכ״כ במעשה רקח פ״ג דאישות הל׳ ג׳ דהך לענין שטר קדושין מקשינן הויה ליציאה כפי שכתב רש״י ודלא כמו שכתב הרשב״א בס׳ ת״ר וכתב עוד דהרשב״א גופיה בתשובה ס׳ אלף רכ״ו חזר בו מכח הסוגי׳ בגיטין דף י׳. ויש לתמוה על הב״י דהזכיר רק תשו׳ הרשב״א בס׳ ת״ר ולא הזכיר התשובה שחזר בו באלף רכ״ו.

ז. **ובספר** אמרות טהורות ד״ה מעתה כתב לחדש דהרשב״א לא חזר בו וס״ל דהמקדש במחובר בתורת שטר אינה מקודשת ומה שהכשיר הרשב״א שטר קדושין במחובר היינו שטר ראי׳ וזה מה שסיים הרשב״א הא דגיטין ויש לפרשה בענין אחר דהיינו שם מיירי לענין קדושי שטר במחובר דלא מהני כמו שכתב באלף רכ״ו דכן הלכה שכל שקדשה במחובר בתורת שטר לא מקודשת וצ״ע דברי הרמ״א שכתב כאן ויש מכשירין שטר במחובר וציין לרשב״א ס׳ ת״ר וכבר תמהו עליו הח״מ והב״ש ועוד. וכתב בגט מקושר אלגזי ס׳ ג׳ דפשיטא הוא בקידשה במחובר בתורת שטר לא מקודשת ולכן כתב לה על גבי אילן הנטוע או צוק סלע הרי את מקודשת לי ונתן לה האילן או הצוק כיון דהוי מחובר לא מקודשת אע״פ שקנתה האילן באחד מדרכי הקנין.

ובגט מקושר וטיב קדושין קו״א ס׳ ט׳ כתבו להסתפק כשהמחובר הוא שוה פרוטה נהי דבתורת שטר לא מקודשת מ״מ בתורת ממון תהיה מקודשת כמו דקיי״ל בשטר פסול אם יש בו שוה פרוטה מקודשת דכל הפיסול רק בשטר מחובר דמקדשה בתורת שטר אבל בתורת כסף מקודשת לרוב הפוסקים וזה דעת הרשב״א באלף רכ״ו ובזה רצה לישב תשו׳ הרשב״א בס׳ ת״ר דבמחובר מקודשת היינו בתורת כסף ואע״פ שאין בו שוה פרוטה חיישינן שמא שוה במדי. והטעם דבתורת שטר לא מקודשת דמתוסר קציצה וזה שייך רק בגט שאינה מתגרשת רק בכתב משא״כ בקדושין דמתקדשת בטובת הנאה ולא איכפת לן אם מחובר או לא אין בשטר חסרון לגבי קדושין ולא כדברי הרמ״א דהזכיר דברי הרשב״א דיש מכשירין במחובר אם במחובר יש שוה פרוטה ודו״ק.

ח. **ויש** מאחרונים שרצו להכשיר שטר קדושין במחובר ובמעשה רקח פ״ג דאישות הל׳ ג׳ הביא דברי הרב המגיד דהרמב״ם לא הזכיר דין מחובר בקדושין וכתב דממה שכתב הרמב״ם כותבין שטר קדושין על הניר והחרס או על עלה של כל דבר שירצה משמע דמהני אפי׳ מחובר מדכתב ״בכל דבר״. וזו נראית דעת הרי״ף והרא״ש והסמ״ג ושאר פוסקים שסתמו דבריהם ולא פירשו דין מחובר בקדושין משמע דס״ל דאין קפידא בדבר, וע״כ צ״ל דס״ל דההיא סוגי׳ דגיטין דף י׳. לאו הלכתא היא או שמפרשין אותה באופן אחר כמו שפי׳ הרשב״א בס׳ ת״ר וכ״כ במראה פנים בירושלמי קמא דגיטין שזו דעת הרמב״ם דאחר שכתב דנראה דס״ל לרמב״ם דלאו לכל מילי מקשינן הויה ליציאה אלא לענין דמתקדשת בשטר ושאני שלא לשמה דפיסולא דגופא הוא. והעלה דשאני גט שאם כתבו במחובר דהתורה הקפידה וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה וכו׳ ולפיכך לא כתב הרמב״ם דין שטר קדושין שכתבו במחובר ומשמע דאם כתב שטר קדושין במחובר כשר להרמב״ם וזה שכתב הרשב״א בס׳ ת״ר הוא מכח דברי הרמב״ם ע״ש. וכ״כ המקנה בקונטרס אחרון להסביר דעת הרמ״א שכתב שיש מכשירין דהא דילפינן הויה ליציאה רק לענין שטר ולשמה אבל לענין מחובר לא כיון דבקנין כסף מהני במחובר הו״ה דמהני בקנין שטר דמקשינן הווית להדדי ע״ש. ובעושה שלום דף צ״ג לאחר שכתב ששטר קדושין במחובר בטל כתב להיפך דהעיקר כדברי הרשב״א בס׳ ת״ר ואף דלגבי גט לכו״ע לא מהני במחובר ואין הקש למחצה ולפ״ז יצא ששטר קדושין בטל במחובר מ״מ העלה דהעיקר כדעת הרשב״א בתשו׳ ס׳ ת״ר דמחובר כשר בקדושין והרשב״א באלף רכ״ו חזר בו מטעם דבגט התורה הקפידה ונתן בידה דבר הניתן מיד ליד וכמו שהביא טעם זה בב״י ס׳ קכ״ד ולכן בקדושין צדקו דברי הרשב״א בתשובה ת״ר דמקודשת בשטר מחובר.

ט. **ובספר** בני אהובה על הרמב״ם פ״ג הל׳ ג׳ לאחר שהביא דעת הרשב״א וה״ה דבשטר מחובר

לא מהני ודברי הרמ"א בס' ל"ב סעיף ד' דיש מכשירין וציין לתשובת הרשב"א בס' ת"ר הקשה מסוגי' דגיטין דף י'. דמשמע דלית מאן דפליג על כך ששטר קדושין במחובר פסול וכן תמה על הרשב"א דכתב דסוגי' דגיטין יש לפרשה בענין אחר וכתב עליו דרכו נעלם מאתנו ולא ידענו לו פירוש וכתב לישב דיש שני סוגי' מחובר אחד כתב במחובר ולא תלשו שזה פסול משום דלא הוי נתינה כמו שכתב הרשב"ם בגיטין דאפי' נתן לה המחובר מ"מ לא שמיה נתינה ואופן ב' דכתבו במחובר ותלשו ונתנו לה דזה חשוב נתינה מעליא ובגט לא מהני דכתיב וכתב ונתן שלא יהיה מחוסר קציצה ולכן באופן הראשון גם בקדושין לא מהני דבעינן נתינה כמו שכתב מהרי"ט בקדושין דלא מקודשת בכה"ג דהרי לא נותן לה השטר ואם נתן לה גם הקרקע הרי היא מקודשת כמו דקימ"ל בקדושי שטר ונמצא פסול דמקודשת מדין כסף דדל שטרא מהכא הרי היא מקודשת בכסף והרי"ף הביא דברי הירושלמי בקדושי שטר שנמצא פסול ופסק כן להלכה. אבל באופן דכתב במחובר ותלשו ונתן לה דזה פיסול רק בגט מגזה"כ אבל בקדושין מקודשת דיותר טוב להקיש הויות להדדי מלהקיש הויה ליציאה ולומר שלא מקודשת בתלשו ונתנו לה. ואף דהגמ' אמרה בקדושין דעדיף להקיש הויה ליציאה מלהקיש הויות להדדי שם איירי לענין לשמה שייך להקיש הויה ליציאה אבל להקיש הויות להדדי לא שייך דלא שייך לשמה בכסף דדל טבעא מהכא גם בשוה כסף ראוי לקדשה. ולכן במחובר דשייך בכסף יותר טוב להקיש הויות להדדי מאשר להקיש הויה ליציאה. ולכן בקדושין מחובר מהני באופן השני דכתב במחובר ותלש ויהיב לה. ובזה אתי שפיר גמ' גיטין דפסלינן מחובר בקדושין היינו במחובר לגמרי ולא תלשו ויהבו לה וכיון דיש צד מחובר שייך בקדושין לכן לא נקט מחובר אף דיש מחובר דכשר בקדושין כגון כתבו במחובר ותלשו ויהבו לה וכן אמרינן התם בס"ד דלא תנא מחובר משום שהוא פסול דאורייתא והקשו התוס' הרי יש מחובר דפסול מדרבנן כמו אין כותבין טופס שמא יכתוב תורף ותירצו כיון דאיכא מחובר דאורייתא לא נקיט והכא נמי ולכן הא דהכשיר הרשב"א הוא במחובר כזה דתלשו אח"כ ויהיב לה אבל במחובר לגמרי לא מכשיר ודו"ק. וכ"כ בתשו' בני חיי לגיטין דף י'. לישב סתירת הרשב"א בין מה שכתב באלף רכ"ו דפוסל לתשובה בס' ת"ר שמכשיר וכתב שכן משמע בתשובת הרשב"א ס' ת"ר וכ"כ בס' מרכבת המשנה בפ"ג דאישות דמחובר שתלשו ונתנו לה מקודשת.

אבל בגט מקושר למהרי"ט אלגזי ס' ג' העלה דאין חילוק בין מחובר ממש למחובר ולבסוף תלשו דשניהם פסולים בקדושי שטר דאיתקש הויה ליציאה ולכן אם כתבו על אילן נטוע וקצצו ונתנו לה לא מקודשת דילפינן מגט וכתב ונתן שלא יהיה מחוסר קציצה וכו' דהרי הרמב"ם כתב בשחרורי עבדים פסולין במחוסר קציצה עיקרו מסוגיא זו דפריך הגמ' והא איכא מחובר ע"ש. וכ"כ במאירי קדושין דף ט. דמחובר פוסל בקדושין רק בכתב על יד של עבד ונותן לה העבד או קרן של פרה ונותן הפרה אבל קצץ ונתן לה לא.

י. **ויש** לעיין האם יש חילוק בין מחובר דאורייתא לדרבנן כגון עציץ נקוב. והנה בעצי ארזים ס"ק ח' עמד בסתירת דברי הרשב"א בין ס' ת"ר לאלף רכ"ו וכתב דאפשר לישב ולחלק בין מחובר דאורייתא למחובר דרבנן. דבכתב בעציץ נקוב ונתן לה העציץ דבגט פסול גזרה שמא יקטום כדאיתא בגיטין כא. בקדושין בכה"ג לא גזרינן ומקודשת וכו' וכ"כ במעיל שמואל ס' ע"ו דהא דפסל הרשב"א באלף רכ"ו מחובר בשטר היינו דכתב לה על קרקע עולם וסיים דהוא דוחק קצת.

ובספר ימי שלמה פ"א דאישות הלכה ג' דחה יישוב זה בדברי הרשב"א וכתב דדברי המעיל שמואל תמוהין דא"כ מה זה שכתב הרשב"א בס' ת"ר דדוקא בגט פסילנא משום דכתיב וכתב ונתן או משום דכתיב ספר הא בגט בכה"ג לא מיפסל ואפילו לרבא לא פסל אלא מדרבנן ודמייתי הרשב"א קרא ונתן או בספר מוכח דפיסולא דאורייתא ועוד קשה דאי בכה"ג דוקא מיירי הרשב"א אבל במחובר ממש פסול מאי ראיה מייתי מעיר הנדחת הא שם מיירי במחובר לקרקע ממש ופסול רק משום איסורי הנאה משמע בעלמא כשר ועוד מה שכתב דאין נראה כן דעת רש"י הא אפשר לומר דרש"י מיירי במחובר לקרקע עולם ובזה פסול דאיתקש ליציאה אבל מחובר לעציץ נקוב ליכא לפוסלו ע"ש. וקושית בעל העיטור שהקשה הרשב"א מתוספתא כתבו האחרונים לישב דלבעל העיטור במקדשה בהנאת קרקע ולא בקרקע גופא מקודשת דהנאת קרקע לא הוי מחובר ולכן בעיר הנדחת לא מקודשת אפי' מקדש בהנאה דעיר הנדחת אסורה בהנאה הא בעלמא במקדש בקרקע בהנאת קרקע מקודשת ועי' שער המלך בזה ע"כ.

יא. **ויש** להסתפק במקדש בקרקע האם בעי מיטב, ונראה דלפי התוס' בריש פירקין דילפי שוה כסף ככסף

מנוקין בעינן מיטב ולפי הרשב"א והר"ן דלומדים מסברא כל קרקע מהני, ובאבני מילואים ס"ק ג' כתב דגם לתוס' לא בעינן מיטב דגם בנזיקין אי בעי ניזוק ליטול מבינונית או זיבורית רשאי והשתא כיון דאשה מתקדשת לדעתה הוי כאילו אומרת רוצה אני, ורק אי הוה אמינא דשוה כסף לא ככסף כתבו התוס' דלא מהני ריצוי דידה לכן צריך לימוד דשוה כסף ככסף, וכ"כ חידושי הרי"ם דכמו דבפחות מפרוטה כתב הר"ן דלא מהני לדידי שוה לי הו"ה בשוה כסף, אבל השתא דילפינן מנזיקין שוה כסף ככסף א"כ מהני לקדשה בבינונית או זיבורית כיון שהתרצתה הוי כאומרת לדידי שוה לי, ויש לדון במקדשה בקרקע במה קנתה הקרקע כדי שיחולו הקידושין, כתב בחידושי הרי"ם ס"ק ב' דבאמר לה התקדשי לי בקרקע לא חלו קדושין דבמה זכתה, ואין לומר דבזה שמקדשה הוי כאילו נותן לה פרוטה דזה אינו דאיך יתחילו הקידושין ואין לומר דבאין כאחד, וע"ז כתב דצריך להקנות הקרקע בכסף או בשטר אבל ע"י קנין חזקה יש להסתפק אי מהני, דהא הוי כאומר לה טלי קידושיך מעל גבי קרקע.

יב. ובדין טלי קדושיך מעל גבי קרקע כתב הרב באר היטב בס' ל' סעיף א' בשם הב"ש ס"ק ח' דהוי ספק קידושין, שכן כתב מהרש"ך ח"א ס' קנ"ב שכתב דאע"ג דגבי גט בעינן נתינה וטלי גיטך מעל גבי קרקע לא מהני, מ"מ יש להסתפק אי הוקשו הויה ליציאה לכל מילי או לא, ואי אמרינן לא איתקש להך מילתא א"כ יש לחוש ללקיחת הטבעת מעל גבי קרקע וכתב הב"ש דלא דמי לפקדון שכבר הוא בידה ועכשיו מקדשה בו, ע"ש. ומהריב"ל ח"ב ס' ל"ג כתב בתחילה דדוקא בגירושין הוא דאמרינן הכי ולא בקדושין וכתב דאין ללמוד דממה שאמרה תורה "כי יקח איש אשה" משמע שהוא יקח את האשה בכסף ושיתן הכסף בידה ולא שתקח היא את הכסף דהא לענין גיטין ילפינן ושלחה ולא שישלח עצמו וכתיב נמי ונתן בידה, שלא תיטול מעל גבי קרקע, ואמרינן בדף י': בהא דשוו גיטין לשחרורי עבדים הא איכא מחובר ומסיק כי קתני מילתא דליתא בקדושין מילתא דאיתא בקדושין לא קתני ומשמע דמקדש במחובר לא מהני, וכ"כ רש"י מילתא דאיתא בקדושין כגון לשמה ומחובר, ע"ש, ומשמע נמי לענין טלי קידושיך מעל גבי קרקע דלא מהני כמו בגט, וכתב דהא ליתא דהא דילפינן מגז"ש היינו לגבי טלי קידושין ולא לגבי כסף כמו שכתבו הר"ן והרשב"א בריש פרקין.

והביא ראיה גמורה מגמ' דף ח': התקדשי לי במנה תנהו על גבי סלע לא מקודשת בסלע שלה מקודשת וכתבו התוס' לא משום חצרה קונה לה אלא דסמכה דעתה הרי ברור שטלי קדושין מעל גבי קרקע מהני וכתב דנראה דמקודשת ודאי ולא תפסי בה קדושי אחר ומסיים דיש פנים לומר דהוי ספק מקודשת, ע"ש. ובשו"ת שואל ומשיב מהדורא ה' סי' ל"א כתב לדחות דבהתקדשי לי במנה תנם על גבי סלע בסלע דידה מקודשת דיש כאן נתינה על גבי סלע לשם קידושין ובקדושין לא בעי נתינה בידה דלא כתיב ונתן בקדושין אבל באופן דלא היתה נתינה לשם קידושין רק היה מונח על גבי סלע וא"ל טלי קידושיך מעל גבי סלע אפשר דלא מהני ע"ש. ובשו"ת מהרי"ל ס' ע"ד כתב בפשטות טלי קידושיך מעל גבי סלע לא מהני כמו גבי גט וכ"כ בשו"ת חתם סופר ח"א ס' פ"ב וכתב דלא שבקינן פשיטות מהרי"ל מפני ספיקות הגאונים אחרונים (הב"ש ומהרש"ך) שלא ראו דבריו, וכתב דהיות דקידש בשטר איתקש הויה ליציאה וכמו שבגט לא מהני הו"ה בשטר קדושין ואח"כ ילפינן דהוקשו הויות להדדי ולא מהני גם בכסף טלי מעל גבי קרקע ולא משמע שמחלק במקדש במחובר בין שטר לכסף, והעלה בסוף דלגבי קדושי כסף מהני, מ"מ לגבי טלי קידושיך בשטר שפיר מקשינן הויה ליציאה ולא מהני דבשלמא בכסף לא שייך שהכסף יהיה לשמה, משא"כ בטלי שטר קדושין דלומדים מגט ע"ש. וכ"כ בשו"ת ברית יעקב ח"ב ס' מ"א כדעת מהרי"ל וכ"כ בגט מקושר (אלגזי) סי' י"א דלא מהני.

אמנם הרבה אחרונים חולקים וס"ל טלי קידושיך מעל גבי קרקע מהני וכ"כ מהרשד"ם ס' כ"ד אחר שהסתפק העלה דמה שהוקש הויה ליציאה רק לגבי שטר, והוכיח מסוגי' דף ח' התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים, משמע שהיא נטלתו דאם איירי שהוא נתן לה הו"ל לגמ' לומר התקדשי לי במנה וזרקתו לים, משמע שהיה המנה מונח, ונטלתו וזרקתו ורק משום שזרקתו לא מקודשת הא אם לקחה אותו מהני. ובשו"ת הראנ"ח ס' פ"ה הביא ראי' ממקדשה בפקדון שיש לו אצלה ודחה דמ"מ הא נתן לה, והעלה דבקדושין לא בעי נתינה רק הנאה וכל שנוטל מקרקע יש לה הנאה ומקודשת ע"ש. וכ"כ שו"ת מהרח"ש ס' כ"ב. ובאבני מילואים ס' ל' ס"ק א' לאחר שהביא דברי מהרי"ל כתב דאם כי אינו כדי להרהר אחר דבריו אמנם לפי מה שכתב מהר"ם פדאווא ברמ"א ס' כ"ח סעיף ה' באשה שחטפה מעות וכו' דלא הוו קידושין דהוי שתיקה לאחר מתן מעות ומשמע שאם

אמרה כן מועיל אף על פי שלא היתה כאן נתינה, הרי מכאן ראי' דבכסף לא צריך נתינה ומהני טלי קידושיך מעל גבי קרקע ומה שהביא מהרי"ל ראיה דיש גורה שוה צ"ל דזה איירי בקדושי שטר כמו שתרץ הר"ן לגבי מחובר לקרקע, וכן הוכיח ממקדש במעמד ג' דמקודשת גם המקנה בקונטרס אחרון ר"ס כ"ז הסכים למהרי"ט דבקדושין לא בעי נתינה מיד ליד דהכל תלוי בהנאה ותמה על הב"ש דכתב לחלק בפקדון דמהני בקדושין כיון דהיתה נתינה מעיקרא דלא נהירא כיון דטעמא דילפינן מגט ע"ש. והנה דעת הר"ן הובאה בסימן קל"ט דבגט מהני בהיה אצלה בפקדון ואולי המקנה איירי לאותם ראשונים שחולקים על הר"ן וס"ל דאם מסר לה גט בפקדון לא מהני אח"כ שיאמר לה הרי את מגורשת כיון דפסקא נתינה קמייתא.

יג. **ובעונג** יו"ט ס' קל"ו כתב לחלק דבקדושין לא הוי חסרון של טלי קדושיך דדוקא בגט דשייך שליחות ממש דילפינן ונתן בידה. משא"כ בקדושין לא בעינן שליחות ולא גרע מתן מנה לפלוני ואקדש אני לך הרי דמהני טלי קדושיך מעל גבי קרקע והא דבעינן שליחות בקדושין היינו לקדושי שטר דהתם ילפינן מגט דבעי נתינה מידו לידה. והוכיח מגמ' לקמן מז. במקדש במלוה אם מקודשת או לא והגמ' הקשתה ושוורין במכר קנה. ואי טלי קדושיך לא מהני מה מקשה ממכר דבמכר המכר חל כיון שיש הנאה משא"כ בקדושין דבעי נתינה אלא ודאי טלי קדושין מעל גבי קרקע לא פוסל. וכן האריך בגט מקושר והוכיח מדף מח באמרה לו עשה לי שיירים ונזמים מקודשת אם אינה לשכירות אלא לבסוף ושם משמע דלא בעי נתינה ביד. וכן מחליפין דס"ד ילפינן מקיחה קיחה ומה שכתב מהרי"ל דאין להוכיח מעל מנת שאדבר עליך לשלטון או מאדם חשוב דכי דקיית בכולהו איהו קיהיב וכתב דדברי תימה הם אטו טלי קדושיך לאו איהו קיהיב. ופשיטא דטלי קדושיך הוי נתינה טפי ממעמד ג'. וכתב לחלק דבגט לא מהני דבעינן כריתות ע"י גופו של הבעל משא"כ קדושין דתלוי בהנאה. וכתב ומיהו בקדושי שטר יש לדמות לטלי גיטך דלא מהני דילפינן ויצאה והיתה אבל בקדושי כסף לא איתקש ליציאה וכ"כ להוכיח בחלקת יואב סי' י"ד דבקדושי כסף דהוא מצד הנאה מהני ובהון יוסף ס' ס"ז כתב דזה תלוי בדין קדושי כסף במחובר דלדעת הרשב"א והר"ן דכל דמקדש בתורת כסף דמהני הו"ה כאן דלענין כסף לא מקשינן הויא ליציאה אלא לענין קנין שטר ולכן בשטר לא מהני טלי קדושין מעל גבי קרקע. וכתב לדחות דהרי הגמ' לקמן בסוגיא התקדשי לי בדינר תנהו על גבי סלע וכתבו התוס' והרא"ש דאיירי שזרק לה הקדושין לתוך חיקה אחרת הרי זה טלי קדושיך מעל גבי קרקע משמע אפי' בתורת כסף לא מהני וכ"כ הראנ"ח לפי הרא"ש ובגט מקושר ס' י"א הוכיח מרמב"ם פ"ד מהלכות אישות הל' כ"ב זרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה ואבדו קודם שהגיעו לידה וכו' משמע אם הגיעו לידה אפילו נטלתם מהקרקע מקודשת וכבר הארכנו בזה לקמן. ומ"מ בנטלה שטר קדושין מעל גבי קרקע הרב גט מקושר אלגזי ס' י"א הביא דעת מהרשד"ם והראנ"ח והרא"ש דס"ל דמהני וכתב דהני מילי בתורת כסף דבהנאה תליא מילתא אבל בתורת שטר ילפינן מגט דלא מהני דמקשינן הויה ליציאה ע"ש. וכ"כ בשיטה לא נודעה למי ושואל ומשיב מהדורא ה' ס' ל"א דברי אמת קונטרס י"א ס' נ"ה אהל משה קצינלבוגן ס' מ"ג וכ"כ בתפארת יעקב ס' כ"ז ס"ק ג' ומ"מ אם השטר שוה פרוטה נהי דמתורת שטר לא מהני בטלי קדושיך מעל גבי קרקע מ"מ מהני מדין כסף דלדעת רוב הפוסקים מהני מחובר ודו"ק.

סימן ו

קנין חליפין בקדושין

א. **גמ'** דף ג.: מנינא דרישא למעוטי מאי למעוטי חופה ולרב הונא דחופה קונה מנינא למעוטי חליפין ואימא הכי נמי חליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה, ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה, והקשו תוס' חליפין שיש בהם שוה פרוטה למה לא מהני, ותירצו תוס' כיון דילפינן משדה עפרון קיחה לא ילפינן אלא קנין כסף והמקשה הבין שגם חליפין מדין כסף ותירץ חליפין ישנם בפחות משוה פרוטה אלמא אינו מדין כסף, וכן כתב הר"ן בדעת רש"י.

והנה בקנין סודר, אם תפיס המקנה ולא רוצה להחזיר אמרינן בנדרים מ"ט. אליבא דרב נחמן דחליפין

קני ע״מ להקנות הוא ואי תפיס לא מתפיס מהא דאמרינן בקידושין הרי את מקודשת במנה ע״מ שתחזירהו בכולהו קני לבר מאשה גזירה שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין ואי ס״ד דאי תפיס מתפיס מה הגזרה, ואין לך קנין גדול מזה, עכת״ד הר״ן. וכ״כ הרשב״א אלמא למ״ד אי תפיס מתפיס מהני חליפין בקידושין, ומה״ט נהי דלא מהני מדין חליפין יועיל מדין כסף, ודוקא למ״ד אי תפיס לא מתפיס אשה לא נקנית בחליפין.

והתוס׳ ריי״ד הקשה קושיית הרשב״א ור״ן למה לא יועיל חליפין באשה כשיש בו שוה פרוטה, כיון שהיא רשאית לתופסו, וכתב התוס׳ ריי״ד לחלק דאם מקדש בסודר עצמו מקודשת, אלא הגמ׳ איירי מקדשה במנה ומקנה לה המנה בסודר, ובכה״ג לא מקודשת, וזהו חליפין שקונים בכל מקום ובקדושין לא קונה כיון דאיכא פחות משוה פרוטה אבל בפרוטה ליתנהו שאין גזרה שוה למחצה, ע״ש. ובשלטי גבורים על הסוגי׳ הביא דעת זקנו בעל התוס׳ ריי״ד דמחלק בקנין סודר אם מקנה לה הסודר, או דרק הסודר מתחייב ומלשון הר״ן בדעת רש״י דחליפין כיון שישנם בפחות משוה פרוטה לא הוי קנין כסף א״כ חליפין הוא קנין בפני עצמו, אפי׳ אם לא ע״מ להחזיר, והריי״ף הביא הירושלמי בקידושי שטר אם השטר פסול והוא שוה פרוטה מקודשת מדין כסף, משמע כדעת התוס׳ ריי״ד דאפי׳ אם נותן סודר אם יכולה לתופסו הוי כסף אצלה ויועיל מדין כסף וכ״כ בתשו׳ רע״א תנינא סי׳ נ״ג, וכתב רש״י הטעם דדעתה נמי על הניר וכ״כ הר״ן וכ״כ הרשב״א בסוגי׳ לקמן מ״ח. שמין הנייר. ולכאו׳ למה לא נאמר כן בחליפין כשמקדשה בחליפין של פרוטה שיועיל מדין כסף ואע״פ שאפשר לחלק כשמקדשה בשטר יש דין באותיות שזה שטר, וגם הנייר מדין כסף והנייר הוא חלק מהשטר, דגם אם מקדשה בתורת שטר מ״מ מקנה הנייר כמו ה״ז גיטיך והנייר שלי לא מגורשת ולכן כשמקנה גוף הנייר לשם קידושין ה״ז עושה ב׳ קנינים שטר ונייר, וכשתקנה באחד לא בא למעט הקנין השני קנין כסף שבו, אבל כשמקדשה בתורת חליפין הרי הוא כאומר רק בחליפין ולא בקנין אחר, או שמא נאמר שדעתם להתקדש שאם לא יועיל בחליפין יועיל מדין כסף, ולפ״ז אם החליפין שוה פרוטה יהנה מדין כסף, וזה דעת התוס׳ ריי״ד. ומהריי״ט האריך לישב דברי התוס׳ ריי״ד וכתב האבני מילואים שלא נראה דבריו דמחלק בין אם נתרצית להתקדש בגוף הסודר שאע״פ שהזכיר לה שם חליפין מקודשת כדי שווי, ואם לא נתרצית אלא שיתן לה מנה דתפיסת הסודר שתתקדש על ידו שלא תוכל לחזור בה דהו״ל כהתקדשי לי במנה ונתן דינר דאמרינן לקמן דמקודשת וישלים דכל האומר ע״מ כאומר מעכשיו ואינה יכולה לחזור, ונמצא שעיקר קידושין בדינר שנתן לה, וזה נמי מהני, ואי לא מהני בתורת חליפין יועיל בתורת דמים, כי היכי דנתרצית להתקדש בסודר לבדו, ואם נאמר שכן דעתה אמנה והו״ל מלוה גביה, א״כ מטעם מלוה אינה מקודשת ולא משום חליפין אלא ע״כ דפירש שתתקדש לו בקנין חליפין והמנה יהיה עליו מלוה, והוא יתן ובזה ודאי מקודשת וכו׳.

ב. **וכתב** המהריי״ט להסביר דבקנין חליפין יש ב׳ דינים א׳ דנותן לו קנין סודר וזה מחייב לקיים המקח ששום אחד לא יכול לחזור בו ודבר זה ילפינן מקרא על הגאולה ועל התמורה גאולה זה מכר, תמורה חליפין, ואם כדי לקיים המקח שלא יוכל מוכר לחזור, הא ילפינן מתמורה שנתן תמורתו כיצד החליף פרה בחמור משזכה זה נתחייב זה בחליפיו, מאי קמ״ל במכר שנתחייב בדמים, משא״כ באשה אם א״ל התקדשי לי ע״מ שאתן לך מאתיים זוז רצה נותן ומקיים קידושין, רצה לא יתן ולא חלו קידושין. שכל תנאי אינו חיוב. אלא לבטל המעשה, וזה רוצה לקדשה בתורת חליפין שיתחייב בדמים ולא יוכל לחזור, וכיון דהחיוב הוא רק בתורת חליפין אתעקר להו קידושי כסף וקיימו בתורת חליפין ולכן באופן דיהיב לה סודר דחליפין דידה מהני מדין כסף, וכשהזכיר לה בתורת חליפין לא מגרע, אבל באופן דרוצה לקיים הדבר ששום אחד לא יכול לחזור כדין מקח ויהיה חייב שאין דבר זה נוהג בקידושי כסף פקעו קידושי כסף וקיימו קידושי חליפין ובזה אמרינן חליפין לא קונה, והמשיך מהרי״ט דאע״פ דמצאנו בקנין כסף נמי שמחייב אותו ולא יכול לחזור, כגון קנה קרקע וקצבו כסף משקנה הקרקע נתחייב בדמים והוי כאומר לאשה התקדשי לי ואתחייב לך כך וכך משנתקדשה לו נתחייב בגדר ואינו יכול לחזור והן הן הדברים הנקנים באמירה ושמא הוא ס״ל דהיכא דפרשו דמים וא״ל המוכר לך חזק וקנה רק המוכר לא יכול לחזור ולא הלוקח אבל בקנין חליפין שניהם לא יכולים לחזור, דילפינן מעל התמורה שנתקיים המקח משני צדדים, עכת״ד.

ובאבני מילואים תמה עליו וכתב לישב שיטת תוס׳ ריי״ד על פי דברי הסמ״ע בס׳ ק״צ דקרקע נקנה בפרוטה היינו שנותן בעד שווי המקח ונותן בעד תחילת הפרעון והשאר זוקף במלוה, אבל היכא שנותן פרוטה על

לקנין לא מהני דהרי שדה עפרון היה בעד שווי המקח, והט"ז השיגו דאשה ילפינן משדה עפרון ושם הוי קנין ולא שווי דאין שווי לאשה. וכתב אבני מילואים לישב דתוס' רי"ד ס"ל כדעת הסמ"ע ולכן כשמקדשה בסודר שוה פרוטה, הרי החליפין משום דכסף ונקנית בתורת שיווי אבל חליפין שנתן לה סודר ומתחייב לה מנה, הרי זה לא הקנה לה כעת כלום אלא התחייבות ואפי' שהסודר שוה פרוטה לא מנכה ממנו ולא דמי להתקדשי לי במנה ונתן דינר דהרי מנכה השיור, וזה דין כסף משא"כ בחליפין של התחייבות שהסודר לקנין ולא לתחילת פרעון בזה לא דמי לכסף והוי חליפין וזה סברת התוס' רי"ד ודו"ק.

ג. **ובתוס'** ב"מ מו: ד"ה ופירי כתב ר"ת דחליפין שוה בשוה לכו"ע קני ומסוגיא משמע דאפי' בשוה פרוטה לא נקנית בחליפין דהגמ' אמרה מנינא למעוטי חליפין דחליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה ואשה פחות משוה פרוטה לא מקני', ומ"מ למה לא יועיל מדין כסף והנה אם נאמר דהלכה כרב נחמן דכל סודר אי תפס לא מהני א"כ בכל קנין חליפין צריכה להחזיר, ואע"פ שאמרנו בשם הירושלמי קידשה בשטר שאין בו שוה פרוטה שמין הניר, היינו באופן שהנייר נשאר אצלה ולא צריכה להחזירו לכן מקודשת אבל ממון כזה שצריכה להחזיר אין דעתה על הממון וכ"כ הר"ן ונמוק"י דאם לא צריכה להחזיר את הסודר אין לך כסף גדול מזה והיינו שתתקדש מדין כסף ולא בתורת חליפין דדעתה אתורת כסף והוי שפיר כמו הדין של שמין הנייר, והתוס' ב"מ מ"ז. ד"ה גאולה הביאו שיטת ר"ת דחלין חליפין שוה בשוה, וכו' וכ"כ הרשב"א.

והנה הרשב"א בקידושין כתב בשם ר"ת וז"ל ור"ת פי' שיש שלשה קניינים שלומדים מהפסוק דעל הגאולה ועל התמורה וכדדרשינן בפ' הזהב מ"ז. על הגאולה זו מכירה על התמורה זה חליפין, שלף איש נעלו ונתן לרעהו זהו קנין שלישי וה"פ על הגאולה זו מכירה לר"י ור"ל או כסף או משיכה תמורה זה חליפין כגון מחליף דבר בדבר שוה בשוה לקיים כל דבר שלף איש נעלו דהיינו קנין נעל וסודר שאינו דמי חליפין אלא נותנים אותם לקיים הדבר, ובזה נחלקו רב ולוי אי מטבע נעשה חליפין לקנות או ליקנות, וכן רב ששת ורב נחמן אבל שוה בשוה כל דבר נעשה חליפין ונקנה בחליפין, וכו'. הרי דר"ת נמי חילק בדעת התוס' רי"ד ובחינם האריך המהרי"ט לישב דברי התוס' רי"ד והם מונחים בדברי ר"ת, ודו"ק.

וכ"כ הטור בס' רס"ז ביו"ד בשם הרמ"ה דסובר חליפין לא מהני בעבד כנעני אלא לאפקועי שעבודיה ולא לאפקועי איסוריה כשיטת ר"ח שהביאו הרא"ש פ"ד דגיטין ס' כ"ז ההיא אמתא דהוי מרה שכיב מרע א"ל עד מתי תשתעבד ותיזיל שקל כומתא ושדה לה א"ל קני הא וקני נפשיך אמר רב נחמן לא עשה ולא כלום ומסיק מחמת דהוי כליו של מקנה, ואנן קיימ"ל כרב דבעי בכליו של לוקח, משמע אי הוי בכומתא דאמתא קנתה עצמה ויצאה לחירות מכאן משמע דעבד נקנה בחליפין, והתוס' פרשו משום דהו"ל בכליו של מקנה לכן לא קונה עצמה אבל אי הואי בכליו של קונה הוא קנאי נפשה לגבי ממון דעבד נקנה בחליפין דטעמא באשה משום דלא מקני' נפשה אבל עבד בכל דהו ניחא ליה ורבינו חננאל כתב דעבד נקנה בחליפין כעין מקח וממכר אבל צריך גט שחרור.

ד. **ולכאו'** לפי הרמ"ה דאמר דמהני חליפין לענין הפקעת ממון ולא איסור שמא ס"ל כדעת הר"ן ונמוק"י דבאופן דלא מחזיר הסודר מהני וכן משמע דכל שוה בשוה מהני דדמי לקנין דמים דלקמן דף ח. רב יוסף בעי קיץ מה כסף קיץ אף שוה כסף קיץ ולרב נחמן דפירי לא עבדי חליפין מאי איכא למימר והקשה פ"י הרי לר"נ בשוה בשוה גם פירי עבדי חליפין ותירץ דאי אפשר לומר בו לאפוקי קנין שוה בשוה דילפינן מדין כסף וכן לקמן באדם חשוב מקודשת, ובר"ן משמע גם מטלטלין אפשר לקנות באדם חשוב מדין חליפין.

והקצות סי' ק"צ ס"ק ג' הביא דלענין חליפין בעי כלי דומיא דנעלו והנאת אדם חשוב לא חשובה כלי ותירץ נתיבות דבשוה בשוה לא צריך כלי אפי' לרב נחמן, וזה כדעת התוס' רי"ד. ובהא דשמין הניר כתב רש"י והרשב"א שדעתה על הניר נמי והקשה רע"א בתשובותיו ס' נ"ו מראה המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה וכתב הנ"י שם למה לא קנו לו ד' אמות דהיות ונפל גילה דעתו דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד' אמות דד"א מדרבנן יכול לומר לא ניחא ליה בתקנת חז"ל משמע אי הקנין היה מדאוריתא היה קונה בד"א אע"פ דלא ניחא ליה דליקני אע"פ שאדם לא זוכה בע"כ מ"מ כיון דלא גילה דעתו שלא רוצה לקנות אלא הוא רוצה לקנות בנפילה קונה גם בד' אמות לו היה קנין מדאו' וא"כ למה צריך קנין בכוונה בקנית הניר, וכן למ"ד במקדש במלוה ופרוטה אינה מקודשת דדעתה אמלוה והרי יש כאן קנין המועיל דהיינו פרוטה

ושניהם רוצים להתקדש ואמאי אינה מקודשת נהי דמדין מלוה לא חלו הקידושין יחולו מדין פרוטה ונשאר בצ"ע.

ובקהילות יעקב כתב ליישב דבכל הקנינים שטר ביאה חזקה משיכה הגבהה וחצר יש מעשה קנין ואפי' במקום שהבעלים לא רוצים מ"מ יש כאן מעשה קנין משא"כ בכסף הכסף לא הוי מעשה קנין כל שניתן סתם דהן לסמ"ע דס"ל דכל כסף הווי שוה שוה העסק בעינן שיתן בתורת פירעון והן לט"ז דס"ל דכסף הוי קנין מ"מ בעינן שינתן עבור החפץ הנקנה וכל שניתן סתם לא מהני ולכן בקידשה בשטר והשטר שוה כסף מקודשת מדין כסף כיון שדעתו על הנייר הא לאו הכי לא מקודשת כיון שניתן בסתם ולא בתורת פירעון או קנין לכן שפיר כתב רש"י והרשב"א דקדשה בשטר אם יש בו שווה פרוטה מקודשת דדעתיה אנייר הא לאו הכי אינה מקודשת. וכן נמי במלוה ופרוטה דדעתה אמלוה דהיינו אם הלווה מאה והוסיף לה פרוטה הרי הרצון של האשה לקבל מאה ואחד זה שווי גופא כשנותן לה פרוטה הרי היא מקנה באחד ומאה בגופה והוי חצי אשה דלא מהני ודו"ק.

ה. **ובשערי** חיים סי' ט' כתב ליישב על פי שיטת השערי יושר סי' ז' וסימן י"ב ע"פ דברי הר"ן בנדרים דף ל. דאין אנו דנים בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל ומה דבעינן דעת האשה היינו שמפקירה עצמה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל הוא שמכניסה לרשותו ולמד זה מפסוק כי יקח ולא כי תלקח ולכאורה סוגיות שלימות לא משמע כן אלא צריך דעתה בפועל ולא סגי בהסכמה כגון סוגי' דשמין הנייר כתב רש"י משום דדעתה אנייר ולפי הר"ן דמספיק הסכמה להתקדש למה צריך דעת וכן נראה מדברי הר"ן דדעתה אנייר וכן הוכיח בשערי יושר דמקדש אשה במלוה ופרוטה דעתיה אפרוטה ואי דעתה אמלוה אינה מקודשת, ולמה לא תהיה מקודשת הרי יש כאן רצון להתקדש והיא לא פועלת רק מפקירה עצמה ולמה צריך דעתה, ועי' לקמן לענין פחות משווה פרוטה וחופה קושית רע"א תנינא סי' נ"ה.

וכן הוכיח בשערי יושר מסוגי' לקמן דף יב: ההוא דקידש בציפתא דאסא אמרו ליה והא לית ביה שווה פרוטה א"ל תתקדש בד' זוזי שבה שתקה ולא השליכתו אמר רבא דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא. ולכאורה הרי כאן יש לה רצון להתקדש וא"כ למה לא מהני וכתב הר"ן אפי' שתיק לא מהני והרי יש כאן גילוי דעת בשתק וכן בקידש בציפתא דאסא הרי א"ל הרי את מקודשת וע"ז כתב בשערי יושר דמה שמבטלת דעתה ומפקירה את עצמה לא נעשה בדיבור והסכמה אלא בקנין וכשם שכסף שטר וביאה הם עושים קנין מצד הבעל כן נמי עושים קנין מצד האשה דמה שמקבלת הכסף זה מעשה הקנין ולכן לא מהני שתיקה לאחר מתן מעות והנה הדין של שתיקה לאחר מתן מעות לא הוזכר במקח וממכר זה דין בקידושין דבמקח וממכר כשהלוקח נתן כסף די בהסכמת המוכר וגם לאחר מתן מעות מהני משא"כ בקידושין.

ואם נאמר כדברי הר"ן דלא צריך גמירות דעת בפועל הרי לא חידש כלום שגם בקנינים מהני הסכמת המוכר אלא ודאי שקידושין שונה ממקח וממכר דיש לימוד מיוחד בקידושין ויצאה והיתה דמדעתה משמע דנתחדש דדעתה שווה לדעת הבעל לענין קידושין ובלא דעת אין כאן נתינת כסף ושטר וביאה ודעתה היא עושה הקיחה ולכן לא סגי בהסכמתה גרידא ואע"פ שהתורה אמרה כי יקח הפי' הוא הפועל והקונה ורצון האשה הוי כתנאי לחלות מתי מהני כי יקח אם האשה גם רוצה ומקנה עצמה ונמצא בקידושין חמור משאר קנינים דבשאר קנינים סגי רצון ושתיקה של המוכר לאחר מתן מעות ובקידושין בעי רצון בפועל.

ולכן כשמקדשה בשטר פסול ומתקדשת מדין פרוטה של הנייר בעי דעתה, וכן במלוה ופרוטה בעי דעתה על הפרוטה דדעתה בפועל היא פועלת את הקידושין ובזה מיושבת קושית רע"א מגמ' ב"מ י'. מראה את המציאה ונפל עליה דלא קנה מדין ד' אמות, וכתב הנ"י דד' אמות הוי קנין דרבנן והוי כאומר אי אפשי, בתקנת חז"ל ומשמע אי ד' אמות הוי קנין מדאו' אפי' גילה דעתו שלא רוצה לקנות בדין ד' אמות קנה, והקשה רע"א ממלוה ופרוטה אי דעתה אפרוטה אי אמלוה, והשתא כיון דהקנין מדאו' למה צריך דעתה, ולהנ"ל אתי שפיר שיש הבדל בין מקח וממכר לקידושין דבמקח וממכר סגי ברצון וכל שיש רצון לקנות מהני, לכן אי ד' אמות היו מדאו' היה קונה, אבל בקידושי אשה דבעינן דעת האשה בפועל לעשות מעשה הקידושין וילפינן מקרא והיתה, לא סגי בשתיקה אלא דעתה בפועל, ובזה מיושב רמב"ם קנה במלוה מהני קדש במלוה לא מקודשת ובהנאת מלוה מקודשת וצ"ל דהיות ובמכר כל שיש רצון לקנות אמרינן אם לא מועיל מצד מלוה מהני בהנאת מלוה, משא"כ בקידושין בעינן רצון בפועל, ודו"ק.

ו. **ואמרינן** בגמ׳ מנינא דרישא למעוטי מאי למעוטי חופה, ולרב הונא דחופה קונה מנינא למעוטי חליפין מאי טעמא חליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא, רש״י גורס לא מקניא נפשה נראה דלרש״י חליפין ישנם בתורת כסף דגם פחות משוה פרוטה נקרא כסף, ורק בקידושין לא מהני דגנאי הוא לה, ותוס׳ הרא״ש יישב את רש״י דכיון דסתם נשים לא מקנו נפשייהו פחות משוה פרוטה לכן אפי׳ פשטה ידה בטלה דעתה, ולכאו׳ קשה מה מקשה הגמ׳ לקמן י״א. בנתיה דרבי ינאי דקפדן אנפשייהו הכי נמי נאמר שבטלה דעתן והנה הרשב״א בגמ׳ בב״ב חזקת קרקעות ג׳ שנים מ״ט דלא קפדי אינשי רק בחלת פריך בגמ׳ אמר אביי אי הכי הני דבר אלישיב דקפדי אפי׳ במאן דחליף אמיצרא דידהו הכ״נ דלאותם הוי חזקה, והקשה רשב״א אדרבא מהאי טעמא לימא ליה רבא דלא פלוג רבנן ואפי׳ דבר אלישיב כי כשחכמים מתקנים תקנה בשביל הרוב ולא מיעוט כמו שעור מקוה מ׳ סאה לכסות גופו של אדם, ומ״מ אדם גבוה לא מכסה כל גופו וכ״ז מהני מ׳ סאה בשביל כל העולם, ונשאר בצ״ע, והמאירי כתב דאביי לא ציין רק על בר אלישיב אלא לדוגמא דיש הרבה מקפידים, ולפ״ז בנתיה דרבי ינאי הקושיא לאו דוקא מהם אלא למי שדומה להם לכן פריך, משא״כ בפרוטה לכו״ע קפדי.

ור״ת לומד שקנין אשה ילפינן משדה עפרון רק קיחה בכסף וחליפין כיון שישנם בפחות משוה פרוטה זה לא קנין כסף, ונמצא כשאנו לומדים קיחה קיחה, היינו רק על הכסף, אבל צורת הקנין שונה דבשדה עפרון הקנין הוא שווי הקרקע ובאשה לדעת הט״ז הכסף עצמו קנין, והקשה הרשב״א אם חליפין הוי קנין חדש ואינו בכלל כסף א״כ למה צריך ואשה פחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה הרי חליפין זה קנין חדש ולא קנין כסף, ומתרץ דס״ד להשוות קניני אשה לשדה, וע״ז תרצה הגמ׳ דאין להשוות דחליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה ואשה לא מקניא ולכן אפי׳ חליפין של פרוטה לא מהני דגנאי הוא לה, דאפי׳ מקדשה בכלי שוה מנה בתורת חליפין לא יפה כוחו מכלי שאינו שוה פרוטה דשם חליפין חד הוא, דבשלמא אי חליפין לא נתנו לחזרה היה מקום לחלק בין פחות מפרוטה שלא מקודשת לפרוטה, אבל כיון שנתנו לחזרה אין הבדל, ועוד אי חליפין ליתנהו בפחות משוה פרוטה הוה אמרינן כיון דקנין חשיב היא מקני׳ נפשה, אבל השתא דקימ״ל דכל חליפין קני על מנת להקנות אפי׳ במנה, לא מקניה במנה אלא בחליפין שהוא דין הקנין, ובקנין אין הבדל בין מנה לפחות משוה פרוטה לכן גנאי הוא לה להקנות עצמה בקנין שישנו בפחות משוה פרוטה והקצות ואבני מילואים תמהו על הרשב״א דהסתפק בכלי פחות משוה פרוטה הרי גמ׳ מפורשת דלא מהני חליפין כיון דישנם פחות משוה פרוטה ומה הספק וקובץ שיעורים תרץ דהרשב״א ס״ל בחליפין דהדר לכן לא מהני.

וע״ז תירץ דלעולם בכל הקנינים בעי כסף החוזר, אבל בקידושין לא בעי כסף החוזר, ולכן בשאר קנינים כלי פחות מפרוטה לא מהני דכסף פחות מפרוטה לא חוזר, והגמ׳ חדשה חליפין זה קנין חדש, אבל אה״נ קידושין בתורת כסף פחות מפרוטה יועיל. ובקהילות יעקב הסתפק בקנין חליפין האם הסודר בגדר דמי המקח או הסודר עושה קנין, והנה אם אמרינן דחליפין הוא בגדר דמי המקח אע״פ שאינו שוה בשוה, מ״מ זה נקרא חליפין, או דהוא מעשה קנין, בינו לבין המקנה כגון סיטומתא שפ׳ רבינו חננאל דהוא תקיעת כף, וכ״כ הרא״ש פ׳ איזהו נשך ס׳ ע״ב ובחזו״א כתב בס׳ מ״ה דקנין חליפין נתן בתורת דמי המקח דהגמ׳ אמרה בב״מ י״א. חליפין דרך מו״מ הוא קנין אגב נתינה אלימתא היינו דהסודר ניתן בתורת תשלומי המקח, וכשמקנה התרומה לכהן בקנין סודר הוי כאילו קבל הישראל תשלומים עבור התרומה, ואי נאמר דקנין סודר הוא מעשה קנין יוצא דמה שהתרומה נקנית לכהן היא בלא מחיר וא״כ סובר נמי נתינה אלימתא כמו אגב, אלא ודאי חליפין הוי בגדר דמי מקח.

ולפ״ז מיושב רש״י דחליפין איתנהו פחות משוה פרוטה ולא מקני׳ נפשה דגנאי הוא לה, והקשו עליו תוס׳ א״כ פשטה ידה וקבלה קידושין פחות משוה פרוטה מאי איכא למימר ולפי׳ הנ״ל ניחא דאם נאמר דיסוד קנין חליפין הוא שמקבל הסודר תמורת החפץ הנקנה וחליפתו והוא בגדר מקח ונמצא אפי׳ פשטה ידה וקבלה קידושין פחות משו״פ לא מהני מה שפשטה ידה כיון דחלפין הם בשוה המקח ואשה לא מקנה עצמה בפחות מפרוטה, ומה שפשטה ידה וקבלה זה בתורת קנין כיון שרוצה להתקדש אבל לא בתורת שווי שמוכרת גופה, דאנן סהדי דאשה לא מקני׳ גופה בפחות מפרוטה, וכל כה״ג לא הוי חליפין וזה מיושב על פי חזו״א ס׳ מ״ה.

ז. **אמנם** בב״ש סי׳ כ״ט ס״ק ב׳ וס״ק י׳ הביא דעת

הרש"ך כשמקדש אשה בטבעת ואת הטבעת מקנה לה בקנין סודר, דאין האשה מתקדשת בחליפין בנידון זה אלא הכסף נקנה בחליפין מהני, ואפי' לש"ג החולק על זה היינו משום דסובר דגם בכה"ג איכא משום גזרת חליפין ודוקא גבי קידושין לא מהני, אבל במכר מהני לכו"ע ולפי החזו"א דקנין חליפין הוא דמיו ותשלומיו של החפץ הנקנה היינו בנידון דידן דמי הטבעת, וא"כ איך אפשר שהטבעת הזאת תהיה לכסף קידושין עבור האשה הרי היא כבר שלמה עבור טבעת זו את הסודר שנתנה, ואיך יהפך הטבעת להיות דמים לקנות האשה בזמן שהאשה פרעה את הטבעת ע"י קנין סודר, ומשמע דהתחייבות נחשב כסף. וכ"כ במח"א הלכות מכירה בדיני קנין מעות סי' ה' בשם רב האי גאון דהמתחייב מנה על ידי קנין סודר נחשב זה לקנין ממון.

והנה בדינו של הרש"ך בח"א סי' קנ"ב שכתב באחד שאמר לחבירו האם תרצה לקבל הטבעת בעד קדושי בתך והשיב לו טול קנין על כך, וכתב דיש לחוש לאלו הקידושין מחמת הקנין, דאע"ג דלכאו' יראה דאם היתה כוונתו להתרצות ולקבל קידושי בתו מה צורך לקנין יקח הטבעת מידו כשישאל לו, אם יקבלהו בעד קידושי בתו, עכ"ז משום חומרא דא"א אפשר לומר דכוונתו היתה לומר טול קנין שאתה מקנה לי טבעת שבידך בעד קידושי בתי, ומעתה יהיה הטבעת פקדון בידך, וא"כ הוי קידושין גמורים, ופשיטא דלא דמי' להההיא דאין אשה נקנית בחליפין דהתם אינו נותן כלום לאשה, רק חליפין ומשו"ה אינה נקנית אבל הכא הקידושין לא הוו בחליפין כי אם בטבעת והחליפין באו על קניית הטבעת, ע"כ.

והב"ש הביא בשם שלטי גבורים שאם הקנה לה מנה על קנין סודר לא הוו קידושין וכתב כן בשם תוס' רי"ד ובס"ק י' הביא ש"ג שאם הקנה לה טבעת ע"י קנין סודר לא חלו קידושין וכתב ב"מ דמה שכתב כאן ב"ש בס"ק ב' בשם שלטי גבורים היינו בהקנה מנה, ומנה לא נקנה בחליפין ומה שכתב בס"ק י' בשם ש"ג שאם הקנה לה טבעת זה לא בנמצא, וע"ז כתב שהדין שאם הקנה לה טבעת בקנין סודר זה מוסכם דמאי שנא אם הקנה לה הטבעת בהגבהה או בקנין סודר, ואין זה דומה לחליפין וסיים הב"ש שדינו של הרש"ך הוא רק לדעת הראב"ד בסוגי' התקדשי לי במנה והניח משכון, ולהראב"ד דהטעם כיון דלא נתחייב לה, אבל בהתחייב לה וא"ל קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי מקודשת, והרמב"ן והש"מ חולקים א"כ הו"ה כאן.

ומצאנו הרבה פוסקים ס"ל כהראב"ד וכ"כ בבית הלוי לחוש, ודעת הריטב"א כהרא"ש, ועוד כתב הרב בית מאיר ס"ק א' דבהקנה טבעת בקנין סודר לא דמי לדין התקדשי לי במנה והניח משכון, דשם יש התחייבות ולכן שייך אגוד גביה שאין כאן דבר הנקנה בעין, ולא הוי רק שעבוד עליו והוה כמלוה, אבל בטבעת שהוא בעין ומיד שמקנה לה נקנה לרשותה הוי כפקדון אצלו ואין זה ענין למלוה, וכ"כ באבני מילואים, וכן משמע בדברי הרש"ך שהבאנו דהוי פקדון, ועוד יתבארו הדינים בסוף הסוגי' דף ח'.

ח. **ובהמקנה** תמה על הרש"ך דאם הקנה לה חפץ בקנין סודר מקודשת מ"מ בקידושין המקדש בחלקו וכי אשה בעזרה מנין ולפי הרש"ך נימא דהקנה לה ע"י חליפין שנתנה לו, וכתב לישב דסוגי' כרבי יהודה ובעי כליו של מקנה של הבעל והוא נותן הסודר שלו כדי שתקנה וזה דומה ממש לחליפין ולא מקניה נפשה. והקשה הר"ן על הסלקא דעתין בגמ' דהיות ושדה נקנה בחליפין גם אשה, הרי מה שלמדנו משדה רק קנין כסף ולא כל הקנינים דהגמ' למדה קנין שטר מויצאה ולא משדה, ועוד דאמרה הגמ' חליפין איתנהו בפתות משוה פרוטה ואשה פחות משוה פרוטה לא מקני' נפשה תינח חליפין דפחות מפרוטה חליפין דפרוטה מאי איכא למימר, וע"ז כתב הרמב"ן אשה בפחות מפרוטה לא מקני' וכן דעת ר"מ דזה לא הוי קנין כסף אלא קנין אחר, וס"ד דגמ' דחליפין הן מתורת כסף וחידשה הגמ' דחליפין קנין חדש, ויש נ"מ בין קנין כסף לקנין חליפין, דקנין כסף שוה פרוטה הוא קנין הנאה לאשה לכן מסכימה להתקדש בקנין אבל חליפין יש רק נתינה ותמורת הנתינה של הסודר האשה מסכימה למכור החפץ, או עצמה ולכן בקידושין כיון שבעינן הנאה ולא נתינה לא מהני, כיון דאין כאן הנאה דהסודר מחזירה, ולכן הגמ' תרצה בכסף פחות משוה פרוטה לא נקרא הנאה, וחליפין פחות משוה פרוטה אע"פ שזה קנין מ"מ לא הוי הנאה לאשה ולא מקני' ואפי' יתן לה כלי שוה פרוטה מ"מ לית ביה הנאה כיון דמחזירה.

ומצאנו מחלוקת בין הרמב"ם וראב"ד אם עבד כנעני יוצא בחליפין דעת הרמב"ם דלא יוצא בחליפין והראב"ד חולק וס"ל דיוצא, וצ"ל דנחלקו בקנין חליפין דמהני בעלמא מאיזה דין דהר"ח הלוי הביאו בברכת שמואל קידושין א' דדעת הראב"ד חליפין מדין כסף, לכן מהני בעבד כנעני, ורמב"ם ס"ל זה קנין ובקנין

לא משתחרר, והראב"ד הוכיח מגיטין ל"ט: בההיא אמתא דהוה מרה שכיב מרע אתיא בכיה קמיה א"ל עד מתי תשתעבד ותיזיל ההיא איתתא שקיל כומתא שדי בה א"ל זיל קני הא וקני נפשיך, הרי דחליפין מהני להשתחרר, ולרמב"ם צ"ל דלא היה שחרור גמור אלא שלא ישתעבדו בה וצריכה גט שחרור, וכן דעת הריטב"א דחליפין מהני להפקיע ממון ולא איסור.

סימן ז

קנין חליפין בעכו"ם

א. **כתב** ר"ת בתוס' דף ג' דקנין חליפין מהני בעכו"ם והביאו הטור בחו"מ ס' קכ"ג שר"ת היה נוהג לשלוח הרשאה ביד עכו"ם מדקאמר מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתורת תבואה וכלים ומאי ניהו חליפין למדנו שבשאר דברים מועילין בחליפין וצריך ליזהר שלא יכתבו בהרשאה שביד עכו"ם וקנינא מיניה דאין שליחות וזכויות לעכו"ם אלא יכתבו וקנה העכו"ם והביאו מרן בב"י. ובכנה"ג ס' קכ"ג אות ל' הביא בשם מהרשד"ם בחו"מ ט' דדעת ר"ת דעת יחיד, וכתב על דבריו אבל רבינו הב"י בספרו הקצר ועיר שושן סתמו כסברת ר"ת ולא ערערו על זה הסמ"ע והב"ח ע"כ. אמנם הרב הש"ך בס"ק ל' הרבה להשיב על דעת ר"ת וכתב אף דהסמ"ע ומרדכי והטור הביאו סברת ר"ת מ"מ כיון דבש"ס לא הוזכר וכן לגבי מכירת חמץ דנו הפוסקים באיזה אופן מועיל אם בכסף או במשיכה וכן גבי פיטור בהמה מבכורה ולא כתבו קנין חליפין מוכח דלא מהני ובשו"ת מהר"ם מינץ ס' ח' שכתב שלא מצאנו קנין חליפין בעכו"ם והביא מ"ש הרב מוהרשד"ם והעלה שהעיקר כמו שכתבו התוס' בקושייתם דאין קנין חליפין בעכו"ם ע"ש. והרב פנ"י הקשה על ר"ת הרי פסוק מפורש וזאת לפנים בישראל שלף איש נעלו משמע דוקא בישראל ולא בעכו"ם. וכן הקשה המקנה ושער המלך פ"א ממכירה הל' ג'.

ותירץ התומים ועוד אחרונים דהכוונה וזאת לפנים בישראל היינו וכן היה מנהגם לקנות ע"פ רוב בחליפין אבל עכו"ם לא נהגו כן ע"פ רוב אלא נהגו לקנות בכסף אבל קנין חליפין מועיל ג"כ לעכו"ם.וכ"כ בהגהות חכמת שלמה לישב קושית הפנ"י ולא ראה דברי התומים שקדמו. ועי' בבית מאיר אוה"ח ס' תמ"א. והתומים הוכיח דעת ר"ת מפרק הזהב למ"ד משיכה אינה קונה מתנה במטלטלין היכי משכחת ליה וכתבו התוס' מתנה לא סגי דלקני ואין בו מחלוקת והרמב"ן תירץ בשאר אופני קנין סודר אגב קרקע וחצר. ודעת הרמב"ן לחלק בין מתנה למכירה ולפ"ז לר"ל דס"ל דעכו"ם קונה רק במעות באיזה אופן יקנה מתנה באגב לית ליה בחצר נמי לית ליה לר"ל דחצר מדין שליחות ואין שליחות לקטן. וא"כ הו"ה לעכו"ם דאין לו שליחות ואין לו חצר. וע"כ צריך לומר דקונה בחליפין כדעת ר"ת עכ"ד. ומזה דייק התומים דעכו"ם אין לו קנין אגב דאם לא כן הו"ל לר"ת לצוות בהרשאה של עכו"ם להקנות אגב קרקע. וגם בחמץ ובבכור למה לא ציוו המחברים להקנות לו באגב קרקע אלא משמע דלא מועיל. ומה שכתב התומים שאין קנין חצר בעכו"ם כ"כ נחלת שבעה בס' ל' בתשובת מהרש"ך והוכיח דכיון דחצר מדין שליחות ואין שליחות לעכו"ם וכ"כ ברבינו ירוחם אדם וחוה נתיב כ' שלצאת ידי שניהם יקנה לעכו"ם אוזן הבהמה בפרוטה וימשיך הבהמה וכו' הרי מבואר דלא מהני קנין חצר דעכו"ם. וכן דעת הט"ז יו"ד ס' ש"ב ס"ק ז' שכתב המחבר ויקנה לו מקום שהבהמה עומדת שם ויקנה לו חלק באם והוא מדברי הטור והרא"ש בסוגי' דמרי בר רחל וכו' וכתב הט"ז שם דמקנה בקנין אגב ולא משום חצר והט"ז ס"ל כמהרי"ו הנ"ל. וקשה דהגמ' ע"ז דף עא: ותקני לו כליו וכלים מטעם חצר הוא קונה וכ"כ בשטמ"ק בב"מ דף ט. גבי דפריך בגמ' ואי א"ל קני קני ואמאי חצר מהלכת היא משמע דעכו"ם קונה מטעם חצר. וכ"כ הקצות בס' קצ"ד ס"ק ג' ומקור חיים ס' תמ"ח ס"ק ה' ובטורי אבן ס' י"ח כתב להוכיח דיש קנין חצר לעכו"ם ודחה דשמא עומד בצד כליו דקונה מטעם יד. וכ"כ בבגדי ישע או"ח ס' ב' לדחות ראית המקור חיים. אמנם הקצות בס' קצ"ד דחה וכתב שא"א לומר דאיירי בצד כליו דמהני מדין יד. דאם אין חצר לעכו"ם גם בסמוכה נמי לית ליה. ובעונג יו"ט או"ח ס' כ"ח האריך בדברי הקצות אמנם הקצות כתב דהוכחת הגמ' כרב אשי דס"ל דיש לו חצר אבל למסקנת

הגמ' דלא כרב אשי וממילא אין קניין חצר לעכו"ם.

ב. והתומים כתב דקנין אגב אין בעכו"ם מהא דהמחברים לא ציוו בחמץ ובבכור להקנות לגוי באגב. ובקצות ס"ק ג' תמה על התומים מרבינו ירוחם ומהרי"ט אלגזי הקשה על מהרש"ך שהוכיח מהרי"ו דבגוי יש קנין אגב דהא קנין אגב הוא דרבנן וכמו שכתבו תוס' בב"ק יב. ולכן לא מקנין לעכו"ם באגב להפקיע קדושה דאורייתא. וע"כ מה שאמר רבינו ירוחם דיקנה לו לא מדין אגב אלא חצר ולשון אגב הוא לשון מושאל אמנם מצאנו ראשונים דס"ל דקנין אגב דאורייתא בב"ק דף קד. תוס' קידושין דף ה' ד"ה שכן ריטב"א קידושין כו. קצות ס' כב ס"ק ה' וכן דעת רש"י בהזורק וממילא אפשר לומר שגם רבינו ירוחם ס"ל כן. ולא קשה קושית מהרי"ט אלגזי. והרבה פוסקים כר"ת דקנין חליפין שייך בעכו"ם. וכ"כ שער אפרים והביא דעת תה"ד ס' ר"מ דס"ל כר"ת ובברית יעקב ובתשו' עבודת הגרשוני ס' ק"צ ובקצות ס' קצ"ה וחק יעקב ס' תמ"ח ס"ק י"ד ומחצית השקל שם ס"ק י"ד ומגן האלף שם ס"ק ה' ובנשמת אדם ס' ה' לגבי מכירת חמץ וביד אברהם יו"ד ש"כ ובדעת קדושים בסוף הספר ומעייני החכמה בב"מ דף מו. ולר"ת מה שעכו"ם קונה בחליפין ילפינן מכסף וכיון דעכו"ם קונה בכסף קונה נמי בחליפין אמנם הטור והמרדכי לומדים מכסף מקנתו דעכו"ם קונה בחליפין והנה לעיל כתבנו באריכות האם קנין חליפין הוא קנין נפרד מקנין כסף דהיינו יש שני מיני קנינים בכסף: אחד מדין קנין ב' מדין פירעון כמו שכתב הסמ"ע ויש עוד סוג קנין דהיינו שוה בשוה ובזה לא בעינן שיעור פרוטה ומה שאמרה הגמ' חליפין ישנם בפחות משווה פרוטה שאינם משום כסף אלא קנין אחר הוא אבל אצל אשה הגמ' מחדשת כיון דחליפין איתנהו בפחות משוה פרוטה לכן לא נקרא כסף ולכן אם מקדשה בתורת חליפין גם בפרוטה לא מהני דבקידושין קנין חליפין הוא קנין אחר מכסף ודו"ק.

ובקצות החושן סימן קצ"ה ס"ק ח' כתב דכל דבר החוזר לבעלים כגון מתנה ע"מ להחזיר א"נ שאילה ושכירות בכולם לא מקני בחליפין משום דהוי טובת הנאה דאינה ממון לקנות בחליפין ומשום הכי הוצרכו לקבל מעות מזה ע"כ והקשה למה לי קרא דע"ע לא נקנה בחליפין נימא דלא מהני ביה חליפין כיון שהוא דבר החוזר לבעלים וכתב ליישב קו' המל"מ פ"ב דעבדים על הרמב"ם כתב דעבד עברי נקנה בכסף ובשטר ומדלא הזכיר חליפין כמו שכתב בעבד כנעני משמע דבע"ע לא קני והקשה מנ"ל הא דר"נ דממעטינן מקרא דכסף מקנתו רק פחות משווה פרוטה לא מהני וא"כ דמקרבא הנאתייהו ומנין לנו למעוטי ע"ע בחליפין ולפי הקצות ע"ע שאינו נקנה בחליפין כיון שהוא דבר החוזר לבעלים וכיון שאינו נקנה בחליפין ה"ה שאינו יוצא בחליפין וכמו שכתב הריטב"א לקמן יד. והפדה מלמד שמגרעת פדיונה ויוצאת ובמה דנקנה יוצא ע"כ.

ולפ"ז יוצא לפי הטור ומרדכי ע"ע נקנה בחליפין ידעינן מקרא דמכסף מקנתו, ולפי הקצות חושן ילפינן מסברא משום דהוי דבר החוזר לבעליו, וכן נראה מפי' לקמן יד. שכתב ע"ע אין גופו קנוי רק לשעבוד מלאכה בעלמא ושכיר קראו רחמנא, א"כ הו"ל כמו קנין דברים דלא מהני, ואפשר שזה כוונתו קנין דברים היינו לא קנין הגוף ממש אלא התחייבות ושעבוד לעבודה, ויש לו בו רק קנין משכון לגבות ממנו ולכן לא נקנה בחליפין. והנה הקצות הקשה על התוס' דכל דבר החוזר לא נקנה בחליפין וזהו הטעם של מתנה ע"מ להחזיר והקשה הרי כל הלימוד של קנין חליפין ילפינן מגואל ובועז ושם הגואל יורד לשנה וחוזרת ביובל, ויש להסתפק במתנה ע"מ להחזיר האם זה קנין עולם ומה שמחזיר לא מחמת חסרון הקנין אלא מכח התנאי ובקצות החושן ס' רמ"א דן במתנה ע"מ להחזיר אם הוי קנין עולם או לזמן ונ"מ אם כשמחזיר צריך לעשות מעשה קנין ושם הביא דעת הרא"ש והריטב"א דהוי קנין עולם, והוא עצמו כתב דהוי קנין הגוף לזמן, ומה שצריך להחזיר כדי לצאת ידי חובה ולפ"ז א"ש המחלוקת דדעת התוס' מתנה ע"מ להחזיר הוי מתנה לזמן והוי דבר החוזר ולא נקנה בחליפין משא"כ להרא"ש ס"ל דמתנה ע"מ להחזיר נקנה בחליפין ולפ"ז לא יקשה קושית הקצות הרי קרקע חוזרת ביובל, דמכר הזמן שהיובל נוהג הוי קנין עולם רק היובל מפקיע, ולכן לא הוי חוזר, וכ"כ הרמב"ן בנרצע אם חכר הבית ובטל דין יובל העבד עובד לעולם, דהא ליכא יובל המוציאו, אבל בע"ע המכור לשש הוא קנוי לזמן.

ג. והש"ך בס' קכ"ג לאחר שהביא דברי ר"ת באריכות כתב ולבי מהסס בעיקר הדין, וגם הנוב"י בדגול מרבבה באו"ח ס' תמ"ח כתב שהמובחר בקנין חמץ לעכו"ם הוא קנין סודר, אלא שהש"ך קיהה בדבר ע"כ. משמע דהש"ך לא דחה דברי ר"ת, אמנם בדגול מרבבה ס' תמ"א כתב דהש"ך כתב דלא מהני קנין סודר בעכו"ם ע"ש. ובתומים כתב לדחות דברי הש"ך והעלה

דרק קנין אגב לא מהני בעכו"ם והקצות דחה דבריו ובספר בית מאיר בס' תמ"א כתב דבספרו מודע לבינה הוכיח דדעת הרמב"ם דלא כר"ת מדכתב דקטן אינו קונה ואינו מקנה על חליפין משום דתורת חליפין מתורת שטר דלכתיבה עומד, וקטן לאו בר מיכתב שיטרא, ומה שאינו קונה בחליפין יהיה עדיף מחצרו וכו' וכיון שנפסק להלכה כרמב"ם יפה עשו הפוסקים שלא כתבו להתיר בחמץ ובבכור ע"י חליפין. ולכאו' יקשה דמרן בס' קכ"ג הביא דברי ר"ת ובס' רל"ה לגבי קטן כתב בסעיף ו' דקטן אינו קונה ואינו מקנה בחליפין, והו"ה גם עכו"ם וכו'. ובחיי אדם בקונטרס נשמת אדם הלכות פסח ס' ה' כתב שהעיקר כדעת ר"ת ושו"ע וטור ורבינו ירוחם שקנין סודר מהני בעכו"ם ומה שלא הביאו הפוסקים קנין חליפין בחמץ ובכור כמו שהקשה הש"ך י"ל דנקטו קנין המצוי, כמו שכתבו התוס' בבכורות יג. ובס' יד אברהם ס' ש"ך תמה על הש"ך דנעלם ממנו תשובת תרומת הדשן ס' ע"ר שכתב גבי בכור מהני קנין חליפין, ושו"ת שער אפרים ובס' צמח צדק ע"כ, וכיון דאיכא פלוגתא יכול לטעון קים לי, ועי' ישו"י אות ס' תמ"ח ס"ק ו' דהוכיח דעכו"ם קונה בחליפין.

אמנם בס' קהילות יעקב אלגזי בתוספת דרבנן מערכת פ' אות רפו כתב דעכו"ם קונה ומקנה בחליפין, וכ"כ בשו"ת מים חיים לר"ח רפפורט אות ז האריך בזה להעמיד דברי ר"ת ואע"פ שהש"ך דחה דברי ר"ת התומים העלה כר"ת, והביא ס' פורת יוסף ס' טו דכתב לחלק בין חליפין שוה בשוה דבעכו"ם מהני לחליפין בתורת קנין, ובזה דחה ראי' הרב ישו"י בס' תמ"א דבחליפין שוה בשוה לכו"ע מהני. וראיתי בחושן אהרן על חו"מ ס' קכ"ג דכתב להוכיח דחליפין שוה בשוה לכו"ע מהני והוכיח ע"פ מה שכתב הרמב"ם פ"ה מהלכות עבדים דעבד כנעני נקנה בחליפין אבל לא קונה עצמו בחליפין דחשב ה' דברים דעבד נקנה בהם, אבל בקונה עצמו ומקור הרמב"ם מהגמ' קידושין דף כ"ב: דקתני דברים דעבד נקנה בהם וסיפא דברים שקונה את עצמו ואריסא קתני אף בחליפין ומדלא קתני בסיפא נמי שקונה עצמו בחליפין משמע דלא קונה עצמו בחליפין, ויש הבדל דאי אפשר ללמוד קנין לקונה עצמו דנקנה ילפינן משום דאיתקש לשדה אחוזה וקרקע נקנה בחליפין, משא"כ בקונה עצמו וזה דעת הרמב"ם לחלק בין נקנה לקונה והראב"ד תמה עליו מסוגי' בגיטין ל"ט: בההוא שכיב מרע דזרק לה כומתא דלא קנתה משום דהוי בכליו של מקנה משמע דאם היה בכליו של קונה היה מועיל, וכ"כ התוס' שם דתניא עבד עברי נקנה בחליפין משום דחליפין דמי לכסף וכל היכא דכסף קונה חליפין נמי קונה, ע"ש.

ד. **ולכאו'** למה התוס' האריכו לכתוב כשם שכסף קונה גם חליפין קונה, ולפי הנ"ל ניחא דבברייתא לא נזכר אלא דנקנה בחליפין אבל בקונה עצמו לא הוזכר בברייתא ומעצמנו לא לומדים לכן התוס' הוסיפו דבמקום דכסף קונה חליפין נמי קונה וזה דלא כדעת הרמב"ם, ולכאו' מה יעשה הרמב"ם מראי' זו ע"כ צריך לישב ע"פ דברי התוס' רי"ד בקידושין וריטב"א שם וכ"כ באהע"ז הב"ש בס' כ"ט ס"ק ב' היינו דוקא כשמקדשה במנה ולא נתן לה המנה ועשה קנין סודר לחזק את הדבר אבל אם מקדשה בסודר עצמו אף שנותן לה הסודר בתורת חליפין מ"מ כיון שיש בו שוה פרוטה מקודשת מדין כסף, ולפ"ז כל חליפין שיש בו פרוטה מהני מדין כסף, ואף שאמר לה בתורת חליפין מ"מ מהני מדין שוה כסף, ולכן הא דממעט עבד שקונה עצמו בחליפין דהיינו כשאין בו שוה פרוטה או שמתחייב בסודר לתת גרעון כסף בזה לא מהני ושם בשכיב מרע שזרק הכומתא שודאי שוה פרוטה בזה אמרינן דכל החסרון הוא משום כליו של מקנה, אבל כליו של קונה מהני ובזה גם הרמב"ם מודה. והר"ח כתב דאין עבד נקנה בחליפין אלא שהוא צריך גט שחרור ואילו היה כליו של קונה היה מועיל ע"כ להוציאה מידי שעבוד אבל עדין מחוסרת גט שחרור לענין קנין איסור, וכ"כ הריטב"א לקמן כ"ב. ולכאו' למה קנין חליפין לא יוציאה לגמרי כמו כסף וע"ז כתב הריטב"א הטעם שאין הקנין אלא לקיום הדברים ודברים לא מהני בעבד כנעני לקנין איסור שבו אלא בעינן שטר או כסף שפודה עצמו לגמרי, וכופין היורשים לעשות לו גט חירות, עכת"ד. ולכאו' לפי הריטב"א איך מועיל קנין סודר לקנות בו קרקעות ומטלטלין הרי הקנין אינו אלא לקיים הדברים.

וראיתי באחרונים שחקרו ביסוד קנין חליפין האם דומה לשאר מעשה הקנינים כמו כסף ושטר או שקנין חליפין שונה שאין מעשה הקנין פועל בחלות אלא הקנין מחייב את המקנה לקיים דבריו, וזה מה שכתוב בפסוק לקיים כל דבר וכיון שנעשה הקנין ממילא יש גמירות דעת לקיים את דבריו, ושוב לא בעינן למעשה קנין אחר, ומצאנו התחייבות שפועלת בגמירות דעת כגון בשטרי פסיקתא כמה אתה נותן לבנך כמה אתה נותן לבתך עמדו וקדשו קנו, והן הן הדברים הנקנים באמירה, משמע שכל שיש גמירות דעת קונה וכו', ונמצא דכל קנין

חליפין הוא לגלות את הגמירות דעת וזה ההסבר בריטב"א שאין קנין סודר לקיים הדברים, ודברים בעבד כנעני לענין איסור שבו, אלא שעי"ז חייב לקיים דבריו, ולכן לגבי ממון שבו מהני גמירות דעת לא כן לגבי איסור.

אמנם התוס' ס"ל דקנין חליפין מהני גם לענין איסור שבו כמו שמהני בכסף, והרמב"ם ס"ל כדעת הריטב"א דגמירות דעת היא הקנין אלא שלפי הריטב"א גמירות דעת מהני לגבי ממון ולא לגבי איסור והרמב"ם ס"ל דכמו לגבי איסור לא מהני הו"ה לענין ממון שלא מועיל. ולכאו' מאי שנא מהפקר צ"ל דהפקר לא הוי הנאה אלא סילוק ולכן מועיל סילוק לגבי ממון, ודו"ק. ולפ"ז יש מקום לומר בדין חליפין בעכו"ם שדוקא חליפין שבאים לחזק הקנין הוא דלא מהני בעכו"ם אבל חליפין שמקנה אותו בסודר עצמו מהני בעכו"ם לכו"ע מדין כסף, ומה שכתב הש"ך דלא מצאנו חליפין בעכו"ם היינו חליפין שבא לחזק הקנין כמו שפרשנו. וקושיית הפנ"י שתמה הרי חליפין רק בישראל ולא בעכו"ם, ונשאר בצ"ע וכן מהרשד"ם וצ"ל דהא דילפינן חליפין בישראל דהיינו דאחד מהם צריך להיות ישראל, או קונה או מקנה, אבל בשני עכו"ם אין דין קנין חליפין, וא"כ פסוק של מכסף מקנתו דמיירי בע"ע הנמכר לגוי דהמקנה הוא העברי שפיר הוכיח ר"ת דמהני, כמו שאמרה הגמ' בגיטין ל"א. ובזה אתי שפיר שיטת ר"ת.

וכתבו התוס' בשם ר"ת צריך ליזהר שלא לכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות לנכרי וכתב הקצות ס' קכ"ג ס"ק ה', דמשמע מתוס' דהקפידא הוא על לשון וקנינא אבל הסודר יכול להיות של העדים ואפ"ה לא הוי מדין שליחות, אלא העדים נותנים הסודר לנכרי שהוא קונה, אז הוא קונה מדין עבד כנעני, ובזה ישב למה קנין שנעשה בשבת מהני הרי העדים שליחים להקנות הסודר למקנה, ואין שליח לדבר עברה אבל אם נאמר שמה שמקנים לא מדין שליחות אלא מדין עבד כנעני ניחא, ודו"ק.

ה. **ויש** לדון בקנין כסף או משיכה אי מהני בעכו"ם. בשו"ע יו"ד ס' ש"כ סעיף ו' בזה"ז מצוה לשתף עם עכו"ם להפקיע בכורה והוא שיקבל פרוטה מעכו"ם ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם ואגב המקום יקנה לו האם. וכתב הסמ"ע הטעם כדעת רש"י דמעות קונות בעכו"ם בלא משיכה ולר"ת משיכה קונה וצריך שימשוך הבהמה לרשות הרבים או לסימטא ואם יכול למכור הבהמה בסיטומתא דעת התוס' דקנין סיטומתא דאורייתא דכן התנו הסוחרים וכל תנאי שבממון תנאו קיים אבל הנתיבות בס' ר"א פשיטא לו דהוי קנין דרבנן ותלוי במחלוקת אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא ועי' בפתחי תשובה שהאריך. ובמה שכתב מר"ן בשו"ע שיתן פרוטה לנכרי היא דעת רש"י בבכורות ג: ד"ה קנין וחולין לט: דעכו"ם לא קני אלא בכסף דהלכה כר"ל דישראל במשיכה ועכו"ם בכסף וכן דעת הג' אשרי פ' הזהב סי' ח' בשם אור זרוע. ודעת ר"ת הובא בתוס' בכורות יג: ד"ה ר"א וב"מ מח: דהלכה כרבי יוחנן וישראל קונה במעות ועכו"ם במשיכה וכן דעת הרא"ש בכורות שם ובפרק הזהב ס' ח'. וכן דעת הרמב"ן בבכורות. וכן דעת בה"ג הלכות בכורות ס' ע"ג קלט ד. דישראל שנתן מעות לגוי על בהמתו ולא משכה וילדה פטורה מהבכורה ע"כ. הרי להדיא דס"ל כדעת ר"ת. ומהרי"ט אלגזי בבכורות שם אות יז תמה על דה"ג ממה שכתב בהלכות הלוואה ס' מ"ט קט ד ושאין להם אחריות אין נקנין אלא במשיכה דכתיב או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד. ודרשה זו לר"ל דס"ל משיכה מפורשת בתורה ואיך פסק כרבי יוחנן ונשאר בצ"ע. ובכתב סופר יו"ד ס' קנ"ג כתב לחלק בין ישראל מעכו"ם או עכו"ם מישראל, ישראל מעכו"ם קונה רק במשיכה ועכו"ם מישראל קונה בכסף. וזה דוחק דהרי הט"ז והש"ך ס"ק ח' כתבו דאין חילוק בניהם וכ"כ הש"ך חו"מ ס' קצ"ד ס"ק ד'. וריטב"א דף עא ת"ה תדע הביא משם הרמב"ן משם אמימר דמשיכה בעכו"ם קונה הכוונה אף משיכה והו"ה כסף וכ"כ הרשב"א בתורת הבית בית ה' שער ב'. והביאו הב"י לעיל בס' קל"ב ולכאורה הרי הרמב"ן כתב בבכורות משיכה בעכו"ם קונה וזה סותר וצריך להגיה הרמב"ם כ"כ מהרש"ך ח"ב ס' קט"ז דגרסינן בתורת הבית הרמב"ם במקום הרמב"ן. אמנם מהרי"ט אלגזי כתב לישב דלעולם גרסינן הרמב"ן אלא הסוגיות חלוקות בין ע"ז לבכורות דמה שכתב הריטב"א בשם הרמב"ן דהסוגי' בעבודה זרה ס"ל דאפי' לר"י דדרשינן וכי תמכרו לעמיתך בכסף ולעכו"ם בין כסף בין משיכה אבל סוגי' דבכורות ס"ל מה ישראל בחדא עכו"ם בחדא וישראל בכסף לר"י עכו"ם רק במשיכה והרמב"ן ס"ל כסוגי' דבכורות וכתב מהרי"ט שכן דעת הרשב"א בחולין לט:

ו. **ודעת** הרמב"ם פ"א מהלכות זכיה הלכה י"ד דעכו"ם קונה בין במשיכה בין בכסף וכתב הלחם משנה דמקור הרמב"ם היא הגמ' בע"ז דאמרינן התם עכו"ם משיכה קונה הכוונה אף משיכה והו"ה מעות. וכן דעת

רבינו חיים הביאו התוס׳ פ׳ הזהב ע״ש והקשה הלחם משנה על הרמב״ם דכתב פ״ז מהלכות ע״ז הלכה ד׳ הלוקח גרוטאות אם נתן מעות יחזיר ואם משך ולא נתן מעות אע״פ שמשיכה בעכו״ם קונה וכו׳ וכיון דס״ל דבין משיכה בין מעות קונות למה נקט משיכה קונה בעכו״ם והניח בצ״ע. ובחתם סופר ח״ו בחידושיו כתב דשם הוי מקח טעות ואפי״ה בעביד תרווייהו כסף ומשיכה מעיקר הדין יחזיר רק משום דמחזי ע״כ ברישא מעות לחוד ואין ישראל רגיל לקנות לעולם דהא עקרו חז״ל קנין כסף א״כ דשיטא דליכא שכר מחזי משא״כ במשיכה דרגיל לקנות ה״א דאסור משום דמחזי קמ״ל דכולי עלמא ידעי דמקח טעות אך בדאיכא תרווייהו מחזי כמכר ע״ז שלו לגוי עכ״ד.

ורבינו ירוחם משרים נתיב כ״ג כתב וז״ל לשון הרמב״ם הגוי אינו קונה בחזקה וכו׳ ואינו מקנה אלא בשטר אבל במטלטלין קונה ומקנה במשיכה או בדמים וכו׳ ואח״כ כתב משיכה בגוי קונה אם משך הישראל אפילו נתן מעות עד שימשיך וכו׳ וקימ״ל כרבי יוחנן דמעות קונות מדאורייתא ולעכו״ם צריך דבר אחר וזה משיכה. ואח״כ כתב לשון הרמב״ם מתוך שאנו מסופקים אם הלכה כר״י או כר״ל דאמר משיכה כתובה בתורה נמצא גוי בכסף ולרבי יוחנן גוי קונה במשיכה ע״ש. ולכאו׳ סותר דבריו דבתחילה הביא דברי הרמב״ם בהלכות זכיה הל׳ י״ד דעכו״ם קונה או בכסף או במשיכה ואח״כ כתב משיכה בעכו״ם קונה כדעת ר״ת והרא״ש. וא״א לומר משיכה בעכו״ם קונה אף משיכה כדעת הר״ן שכתב הר״ן מסיים אבל נתן מעות עד שימשיך משמע משיכה דוקא וכו׳ ועוד מה שמסיים לשון הרמב״ם הלכה למעשה היות ואנו מסופקים אי הלכה כר״ל או כר״י דלעולם לישראל בדבר אחד וגוי בדבר אחד. וזה סותר מה שכתב הרמב״ם דגוי קונה בין במשיכה בין בכסף ולכן יש שהגיהו במקום לשון הרמב״ם כתבו הרמב״ן דגוי קונה במשיכה דוקא וזה שהביא להלכה דכן דעת ר״ת ורא״ש. ויוצא לפ״ז דרוב הפוסקים ס״ל בגוי משיכה קונה ולא כסף אמנם במשאת בנימין ס׳ ל״ה כתב דרוב הפוסקים ס״ל כרש״י דעכו״ם קונה דוקא בכסף. וכן פסק הטור חו״מ ס׳ קצ״ד וכ״כ פנים מאירות ח״ב ס׳ נ״ב וקשה על הרב משאת בנימין דרוב הפוסקים פסקו כר״ת וכן הקשה שער אפרים ושו״ת רע״א ס׳ ל״ז ומחצית השקל ס׳ תמ״ח ועל מה שכתב הרב משאת בנימין שהטור פסק בס׳ קצ״ד כרש״י קשה דהטור בס׳ קצ״ח פסק כרבי יוחנן וע״כ עכו״ם במשיכה וכן מוכח מהטור יו״ד ס׳ קל״ב בהלכות יין נסך שכתב במה דברים אמורים שהגוי נותן לו המעות קודם שנתן הישראל יין אבל אם הגוי לוקח היין ואח״כ נותן הישראל מעות לא הוי דמי יין נסך ע״כ. הרי דגוי קונה במשיכה ועי׳ בדברי חיים חיו״ד ס׳ נ״ו ובחתם סופר ס׳ שי״ח ע״ש.

ז. **והטור** אחר שהביא מחלוקת רש״י ור״ת כתב הילכך לצאת ידי שניהם צריך שיתן העכו״ם מעות וגם משיכה לרשותו והמובחר שבכולם שיקבל פרוטה מהעכו״ם ויקנה לו מקום שהבהמה עומדת שם והמקום יקנה לו האוזן ע״כ. והוא דעת הרא״ש והתוס׳ ע״ז שם שכתבו דהרוצה לחוש לדברי רש״י ור״ת דהמקנה בהמה לפוטרה מן הבכורה צריך שיתן העכו״ם וגם המשיכה בעכו״ם בסימטא או לרשותו של עכו״ם שהוא שלו ואם אין לו רשות לעכו״ם מקנה לו הישראל חצר בביתו והעכו״ם ינעול ויפתח דבהכי קני לו לרשות כדאמרינן בגיטין דתחות ותפתח ע״כ והביאו הב״י שם וכן פסק בשו״ע דיקבל פרוטה מהעכו״ם ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם והמקום יקנה לו חלק באם. והרמ״א כתב או שיקבל מעות מן העכו״ם וימשוך הבהמה לרשותו או לסימטא דאז משיכה קונה לו עם המעות. ולפ״ז גם במכירת חמץ נמי יש לו להזהר למכור לעכו״ם החצר שהחמץ בתוכו וליקח פרוטה ואקני חדר וחמץ אגבייהו ולא שיקנה לו בתורת חצר וכן משמע מהרא״ש דקונה המקום שהבהמה עומדת שם כוונתו שיקנה במשיכה. וכן נראה דעת רבינו ירוחם דמקנה לו מדין אגב ולא מדין חצר ולא קשה עליו מהרי״ט אלגזי דקנין אגב דרבנן ואיך מהני לבכורה דמהרי״ו ס״ל קנין אגב דאורייתא כפי שהבאנו לעיל אמנם הקצות ומהרי״ט אלגזי כתבו דיש קנין חצר לעכו״ם ומביאים ראי׳ מעז ותקנה ליה כליו.

ועוד כתב בתשו׳ רע״א דיש עוד צד היתר מדין סיטומתא דאם נותן מקצת מעות על המקח שוב אין המוכר יכול לחזור. הרי דס״ל דמנהג הסוחרים נוהג בבכור. ועי׳ צ״צ יו״ד ס׳ רל״ג שהאריך בזה ואם מהני הפקר בבכורה עי׳ טורי אבן ה״ה יג. שהוכיח מהא דרב מרי הקנה אודניה לנכרי ואמאי לא הפקיר. ומשמע דהפקר לא מהני אמנם בחידושי רע״א הביא בשם הרב עבודת הגרשוני ס׳ כ״ה דהפקר לא פוטר מבכורה כי אם ע״י מכירה אמנם בחתם סופר ס׳ שט״ז בהיא תוספתא דמשמע שכן מהני הפקר ועי׳ בדברי חיים ס׳ כ״ז דהאריך בזה ובספר ישוע״י כאן ובדברי נכדו ובשם אריה יו״ד מז. וארץ צבי מס׳ נ״ב ובאר משה יו״ד מ״ה, מ״ו, מ״ז ע״ש.

סימן ח

זכויות האב בשבח הנעורים

א. **גמ'** דף ג: והא דתנן האב זכאי בבתו בכסף בשטר ובביאה ופירש רש"י שהכסף יהיה שלו והוא מקבל השטר והוא מוסרה לביאה בעל כרחה לשם קדושין בעודה נערה ע"כ. וילפינן מכאן שהתורה זיכתה לאב שתי זכויות חדא שהכסף שלו ושיכול לקדשה בע"כ דהוא בעלים עליה וזה לשון זכות שיש לו בה. אבל התוס' הביאו ירושלמי שפירש שהזכות שיש לו ושנותנים לו שכר לקדשה בביאה. דהיינו זכות ממונית יש לו בבתו. והקשה המקנה דהא באותה משנה כתוב האב זכאי בהפרת נדריה ומאי זכות ממון יש כאן ותירץ ע"פ תוס' בהחובל פז. דאם יש בה מום נפחתת מדמיה הו"ה בנדרים וזוהי הזכות אבל בבלי שלא הקשה כן נראה שעצם הזכות הוא שיכול לקדשה בע"כ. דירושלמי היה קשה מה זכות לאב דבביאה הרי לא מקבל כסף על זה תירץ שיש לו זכות ממונית גם בביאה. אמנם רש"י לא פירש כן וכתב דזכות לקדש בע"כ או שגם הבבלי יסבור כירושלמי שגם בביאה יש לו זכות ממונית לקדשה בביאה ולוותר על ממון שמגיע לו שזה גופא הוי זכות ע"כ. והריטב"א פירש דברי הירושלמי דקמ"ל דכי היכי שהתורה זכתה לאב כסף קדושין זיכתה לו גם מה שאתי מחמתיה. ומוכח מדברי הריטב"א דהאב הוא בעלים על קדושיה ולכן יכול לפסוק שכר ביאה דהוא בעלים על כך. וכן מוכח מדברי הריטב"א בפירוש הגמ' השתא אביה מקדשה ואיהי תשקול כספא. וז"ל דכיון שיכול לקדשה בע"כ זה מוכח שהאב בעלים על קידושיה בעל כרחה ואם הוא בעלים גם הכסף שלו דאם הבת תקח הכסף לעצמה זה מראה שהוא לא בעלים ואיך יכול לקדשה בע"כ.

ב. **והגמ'** הסיקה ויצאה חנם אין כסף לאדון זה זה אבל יש כסף לאדון אחר ומאי ניהו אב. ובעצמות יוסף הקשה מנין לנו שמדובר בכסף קדושין דילמא אינה מקודשת בכסף בכלל וזה שיש לו כסף היינו לקדשה בביאה כפי שאמרנו ותירץ כיון דילפינן מיציאה דכוותה מה יציאה דאמה היה בכסף דכסף מוציאה כמו כן היציאה דקדושין דכוותה שהכסף פועל ביציאה מרשות האב דהיינו הכסף עושה הקדושין ומוציאה מרשות האב ע"ש. והגמ' למדה בנעוריה בית אביה כל שבח נעורים לאביה וקשה למה צריך קרא את בתי נתתי לאיש הזה דהשתא נערה שייך לאב שבח נעורים כ"ש קטנה. וכתבו התוס' כתובות מו. את בתי ילפינן לפה שאסר ע"ש והמקנה תירץ את בתי ללמוד שמקדשה בע"כ דמקרא בנעוריה הוא ילפינן רק אם יש שבח נעורים שייך לאב אבל למסור אותה בע"כ לא קמ"ל.

והתוס' כתובות מו. ד"ה יציאה דכוותה קא ממעט כתבו והשתא כיון דשמעינן מהאי קרא דכספא דאביה סברא הוא דהוא יקדשה דאי אפשר לומר אביה יקבל כספא והיא תקדש נפשה ע"ש. וברע"א תמה בשלמא הסברא אביה יקדשה והיא תקבל כספא נכון. אבל הפוך היא תקדש עצמה והכסף לאביה כמו דקמ"ל בכל מעשה ידיה דהאב זוכה בזה וממילא הפוך יש סברא לומר שאביה מקבל כסף קדושי והיא תקדיש נפשה ועל זה תירץ רע"א דאחר דילפינן דכסף קדושיה לאב ילפינן כסף קידושין מהפרת נדרים ולא שייך ביה ממונא מאיסורא לא ילפינן כיון דאין הממון תלוי באיסור דבין כך הממון של האב. ומקושית רע"א ילפינן דמעשה ידיה לא הולכים ישירות לאב אלא אב זוכה מכוחה ולכאו' לפי קושיתו של רע"א היא תקדש נפשה והכסף הולך לאב קשה במה תתקדש הרי לא נהנית. וכל חלות הקדושין תלוי בהנאה ותירץ בקובץ שיעורים אות ג' דמקודשת מדין מתנה ע"מ להחזיר דמדאורייתא מקודשת אע"פ שלא נהנית כלל. וכתב לחלק דבמתנה ע"מ להחזיר קונה לעולם רק יש עליה חיוב לקיים התנאי אבל כאן לא קיבלה כלום דמיד הולך לאב. והוכיח מהרשב"א שכתב בסוגי' אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך כשהמקדש נותן לה מקודשת דקנתה בדעת אחרת ומיד עובר לאב. ומוכח מהרשב"א דאב זוכה ממנה. ובקהילות יעקב ס' כ"ב הוכיח דכסף קדושין הולך אצל האב ואע"פ כן מקודשת כדעת רע"א.

ג. **ובדינו** של הרשב"א באומר לבתו צאי וקבלי קדושיך נאמרו שני תירוצים א' דהיא קונה בדעת אחרת מקנה והאב נוטל ממנה משום שבח הנעורים. וגם כתב א"נ איכא למימר דידה כיד אביה לזכות לו היכא דאיכא דעת אחרת מקנה וזה סותר דבריו הראשונים שכתב שהיא מקדשת עצמה ואין זה קדושין ע"י האב דא"כ איך תתקדש אם הכסף הוא לאב. ולפי הר"ן שם

שיישב דע"י שזכה האב ממנה ע"י דין שבח נעורים מקרי זה שקיבל האב הכסף ונחשב לקדושין ע"י האב דהוי כאומר תן לפלוני שיזכה לי ע"ש. ועוד כתב הרשב"א בדף ד. דלקמן מג: נחלקו ר"י ור"ל אם נערה מתקדשת בין היא ובין אביה מקדשין אותה או רק אביה ולר"ל דס"ל בין היא בין אביה מקבלין קדושין נמצא כשמקדשת עצמה הכסף לאביה כמו מעשה ידיה ובמה מתקדשת וכתב הרשב"א דגם בכה"ג הוי קידושי כסף ולר"י דאמר אביה ולא היא יסבור דאי"ז כסף קדושין משום שמיד זוכה האב ע"ש. וזוהי סברת התוס' דכיון דהכסף לאב זה גופא מוכח דהוא המקדש דא"כ במה הבת מתקדשת אם יכולה לקדש עצמה ודבר זה כתבו התוס' דילפינן מסברא דלא כרע"א דכתב לחלק סברא בין אם האב מקדש או היא מקדשת עצמה וכסף לאביה כמו מעשה ידיה.

ואין ספק שזכות מעשה ידיה זה לא עובר ישירות לאב משום ידו כידה אלא האב זוכה ממנה וכן דעת הרשב"א והריטב"א ולכאורה כיון דיכול לכופה למלאכה וכדילפינן מקל וחומר א"כ יותר מסתברא שכסף מעשה ידיה לאביה והמקנה בדף ד' כתב אבל קדושין דמעלמא קאתי לה כתב בסוף דבריו ויותר נראה דמעשה ידיה שיכול לכופה למלאכה אית ביה איסורא וכו' ולא מצינן כפיה למלאכה אלא גבי אשה דבטלה מביאה לידי זימה א"כ הכפיה למלאכה הוי איסורא דאית ביה ממונא ושפיר אפשר ללמוד מקדושין ע"ש. ומשמע מדבריו הא דכופין אותה למלאכה הוי דין איסור ולא מחמת שיש לו הזכות למעשה ידיה וכמו באדון שהכפיה מחמת שמעשה ידיה שלו ולפ"ז יצא. שיש הבדל בין קטנה לנערה דבקטנה דילפינן דהשתא זבוני זבין לה משמע דמעשה ידיה שלו כמו ששייכים לאדון אבל גדולה דלא יכול לכופה ולמוכרה מ"מ יש לו בה שבח מעשה ידיה הם כמו שיכול לכפות אשתו לעבוד מדין איסור בזה אמרינן דהוא זוכה ממנה ודו"ק.

ד. **ואמרינן** במתניתין כתובות מו: האב זכאי במציאתה ובמעשה ידיה. וכ"כ הרבמ"ם וטור ושו"ע ס' ל"ז ובגמ' אמרינן האב זכאי במציאתה משום איבה ונחלקו בזה רש"י תוס' דדעת רש"י איבה דמזונות ולפ"ז אם לא זן אותה זוכה לעצמה ולתוס' איבה שלא ימסרנה למנוול ומוכה שחין ומשמע דבארוסה אין טעם זה לפי תוס' דלא שייך למוסרה ודעת הרמב"ם פי"ז דאבידה הל' י"ג דמציאת בתו הנערה אע"פ שלא סמוכה על שולחנו הרי הוא של אב וכן נפסק בחו"מ ס' ע"ר ויש להוכיח ממה שהטור ושו"ע הסמיכו דין מציאתה גבי קידושין משמע דמציאה נמי תלוי בקדושין כדי שלא ימסור אותה למנוול ומוכה שחין כדעת התוס'. וכן ראיתי שהמקנה בקו"א הביא סברא זו לאמת דברי הרמב"ם דהב"י וב"ח תמהו על הרמב"ם למה הזכיר מציאה גבי קדושין ועל זה כתב ההפלאה לישב דעת רש"י דלמה לא כתב דאיבה משום דלמא מסר לה למנוול כמו שכתבו התוס' וכתב לחלק דרש"י ס"ל ממה שאמרה האב זוכה במציאתה משמע אפי' ארוסה דבזה לא שייך טעמא שמא יקדשנה למנוול ולכן כתב רש"י טעמא דמזונות וזה דעת הרמב"ם דאע"פ שכבר ארוסה מציאתה לאב אולם במקור ישראל ס' כ"ב דף מ"ה ד' כתב דודאי נראה דאף לסוברים דמציאה משום איבה שלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין מ"מ אי אפשר לומר דאם מצאה מציאה אחרי שנתקדשה דהוי לעצמה דודאי לא פליג רבנן ע"ש. גם באילת אהבים בכתובות מו. לאחר שדן במחלוקת רש"י ותוס' כתב דגם לתוס' דכתבו טעמא דאיבה משום קדושין גם במקודשת בעבר מציאתה לאביה אפילו אינה סמוכה על שולחנו ע"ש.וע"כ דמה שנחלקו בעיקר התקנה משום מה נתקנה אבל אחר שתיקנו רבנן לא פליג בין ניזונת לאינה ניזונת ובין פנויה או ארוסה ודו"ק.

ה. **ויש** להסתפק במתנה שנתנו לה אם האב זוכה בזה. וכתב בחלקת מחוקק ס' ל"ז ס"ק א' להסתפק בזה אי מתנה כקדושין או דוקא קדושין לאביה דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין אבל כל שזיכו אחרים מתנה אין לאביה בזה כלום ולא דמי למציאה מידי דהוי אאשה וכתב במחצית השקל דאע"ג דמציאת אשה לבעלה משום איבה מ"מ במתנה שנתנו לה בעלה לא זוכה הכא נמי ע"כ ובב"ש ס"ק א' כתב להוכיח דמתנתה לאביה ממה דילפינן כסף קידושיה לאביה ואפי' קדשה במאה מנה אע"ג דקידושין בפרוטה ומה שיותר מפרוטה הוי מתנה וקימ"ל דהכל לאביה וזה ראיה דמתנה שנותנים לבת האב זוכה. וכן הוכיח מתוס' כתובות מו: ד"ה זכאי דכתבו דאין ללמוד מציאה מקדושין דמציאה טבעה להתכופף להרים ועוד בקדושין לאביה כיון דנפסד ע"י שיוצאת מרשותו ע"ש. ובבאר היטב דחה דבריו דאין ללמוד מתנה מכסף קדושין שקידשה בק' מנה דשאני התם דהכל ניתן בתורת קדושין והתורה זיכתה לאב ולא חילקה בין מעט בין הרבה משא"כ במתנה בעלמא אפשר דהוי כירושה דמפורש במתניתין דלא יורשה וכו'. וכן הקשה על דברי הב"ש בטיב קידושין דאין ראיה מכסף קידושיה דכיון דהתורה זיכתה לאב לקדשה הרי האב מתרצה לקדשה רק

בסכום זה ולא פחות ושפיר שייך לאביה אבל מתנה מנ"ל דהוא לאביה. וכ"כ המקנה כדעת הטיב קידושין לדחות דברי הב"ש דבקידושין התורה זיכתה לאב לקדשה והוא יכול לפסוק כרצונו כמו שכתבו התוס' בשם הירושלמי אך בעיקר הדין דמתנה צ"ע דמה שכתב הב"ש במציאה להגביה מעצם הדין הוי שלה אבל מתנה דמיא לקדושין והם לבעל ע"כ דחה דמתנה דומה לירושה דאין לאב שום זכיה אפילו בפירות שגדלים לאחר ירושה כדאיתא בכתובות מז. דלא זיכתה התורה לאב אלא שבח הבא מגופה כגון מכירתה קדושיה ומעשה ידיה אבל ממון הבא ממקום אחר לא זיכתה התורה לאב. ומה שכתבו התוס' ללמוד מציאה דמציאה אתי מגופה דטרחה להגביה ודומה למעשה ידיה וכו' וסיים דאין להביא ראי' מכתובת ארוסה דהיא דאב דתקנת הכתובה תיקנו משום איבה מיהו במתנה נמי שייך איבה וצ"ע.

ובאבני מילואים הביא דעת הרשב"א במתנה לא זוכה האב דהתורה זיכתה לו מציאתה כיון דאין דעת אחרת מקנה אבל מתנה דדעת אחרת מקנה אמרינן דדעת המקנה להקנות לאשה ולא לבעל ע"ש. וכמה פוסקים ס"ל כדעת הב"ש דמתנה לאביה וכ"כ הישועות יעקב בפ' הקצר ס' ל"ז ס"ק א' והוכיח ממה שכתובות ארוסה לאב ע"ש. וכבר דחינו דכתובה תיקנו לאב משום איבה ע"ש. גם בספר נזיר ד' פקפק בראית הב"ש והעלה דמתנתה לאב מכתובת ארוסה ולהפוסקים דס"ל כתובה דרבנן קשה וגם לרמב"ם דכתב ארוסה אין לה כתובה רק בכתב לה. וע"כ משום איבה והו"ה מתנה וכ"כ במגיני שלמה כתובות מז. דמתנה שנתן לקטנה או נערה הוי דאביה והוכיח מדברי התוס' מציעא יב. שדימו מציאה למתנה. והקשה מעירובין במזכה עירוב ע"י בנו ובתו הקטנים לא יצא מרשותו דמתנתם שלו. וכן נפסק בשו"ע או"ח ס' שס"ו דלכו"ע לא יכול לזכות ע"י בנו ובתו הקטנים אפילו לא סמוכיין על שולחנו. ואף לרמב"ם דס"ל דיכול לזכות ע"י בנו ובתו הקטנים כתב הטעם באופן דהוא נותן להם לא שייך איבה אבל פשוט אם נתנו לה מתנה הוי דאב ע"ש. וכ"כ הנתיבות בתו"מ ס' ע"ר דלדחות דברי הב"ש דבכסף קידושין מי שנותן מתנה לאביה שייך דהא ביד אביה שלא לקדשה לו ואפילו דמכר דמיא דמכר לו בם משא"כ מתנה דנותן לבת דידה הוי.

ותמה בתו"ס רע"א על הנתיבות ממה שאמרה הגמ' בקדושין דף ד' דאמר איצטריך למכתב קדושיה לאביה ואיצטריך למכתב מעשה ידיה לאביה ולפי הנתיבות איך סלקא דעתין ללמוד מעשה ידיה מקדושין הרי קדושין מעיקרא דאביה משא"כ מעשה ידיה דמינה האב זוכה וצ"ל כפי שפירש רש"י דילפינן כסף קדושין בנערה לאביה מויצאה חינם אין כסף אין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאדון אחר דהיינו כשיוצאת מהאב בעי כסף וכשמקבלת כסף קדושין שייך לאב דאב בעלים על גופה ומזה רצתה הגמ' ללמוד גם מעשה ידיה דהוא בעלים עליה וע"כ דחתה הגמ' שאני מעשה ידיה הטרחה בהו. ולפ"ז צדקו דברי הב"ש דמתנה דלא טרחה בה שייך לאביה ומה שהקשה הבאר היטב דא"כ גם ירושה תהיה לאב יש לדחות דירושה באה מאליה שאני כמו שאמרה הגמ' בב"ב קמד. גבי עובר ואפילו לראב"ד המובא בש"ך חו"מ ס' ר"י דפליג בעובר כיון דלית זכיה משא"כ בבתו דאמרינן דהיא וממונה לאביה מ"מ בירושה אמרינן דיש לה יד ואביה לא זוכה כמו שכתב מהרש"א בקדושין עח. ע"ש. גם באמרי בינה ח"ד ס' י' כתב לישב דברי הב"ש דכיון דילפינן מויצאה חינם אין כסף גילתה לנו התורה דאף בימי נערות רשות אביה עליה א"כ שפיר יש ללמוד מזה גם לענין מתנה דהוי לאביה.

ו. **ובאבני** מילואים ס' ל"ז ס"ק א' כתב דאם האב זכאי במתנה שנתנו לבתו תלוי במחלוקת הראשונים אם האב יכול לזכות ערוב לאחרים דבשו"ע או"ח ס' שס"ו סעיף ט. כתב שאין אדם מזכה עירוב ע"י בנו ובתו הגדולים הסמוכים על שולחנו לא ע"י בתו אע"פ שאינה סמוכה על שולחנו כל זמן שלא בגרה והוא בב"י שם ואם האב אינו זוכה במתנת בתו למה לא מזכה על ידה כשלא סמוכה על שולחנו כיון דידה לא כיד אביה וכן הוכיח הקצות בס' ע"ר שאב זוכה במתנת בתו והביא דדעת הרשב"א שאין הרב זכאי במתנת בתו שכתב בתשובות ח"ג ס' קמ"ו דאין המתנה כמציאה שהרי הבת מעשה ידיה לאביה והבעל מעשה ידי אשתו שלו אין מציאתם להם אלא מפני התקנה הבת משום איבה והאשה כדי שלא תבריח וכל שנתנו להם אחרים מתנה אין לאב ולא לבעל זכות אלא שאוכל פירות בנכסי מלוג ע"ש וכ"כ מרדכי קדושין ס"ק ס' תצ"ג דמתנה דנתנו לבת הוי שלה ולא לאב ע"ש. ועל ראית הקצות מערוב שלא מזכה על ידי בתו נערה אע"פ שלא סמוכה על שולחנו כתב בדברי שאול בסעיף ז. לדחות שאין לדמות אם אחר נתן לה לאביה שנתן לה דבעירוב האב לא נתן לבתו רק לזכות לאחרים ואין לה רשות בפני עצמה והוי כמו גיטה וידה באין כאחד לכן לא מהני משא"כ באחר שנתן לה זכתה לגמרי ודו"ק. ובנתיבות המשפט ס' ע"ר תמה על הקצות

שהוכיח מערוב ממה שפסק מר"ן באו"ח שס"ו דדעת התוס' דס"ל בב"מ יב. דלא יכול לזכות ע"י בנו ובתו הגדולים הסמוכים הטעם משום איבה דמזונות וממילא גם בתו נערה שלא סמוכה יש איבה דמסר לה למנוול ומוכה שחין כדמוכח בתוס' וספיקא דהח"מ והב"ש הוא לדעת הנמו"י דלא שייך איבה ויכולים לזכות העירוב ע"י בנו ובתו הגדולים דמ"מ י"ל דבבתו נערה מתנתה לאביה מדאורייתא משום דדמי לקדושין כפי שמבואר בדבריהם ולהיפך יש להוכיח דאינו זוכה במתנתה מהדעה האחרונה בשו"ע או"ח שהיא דעת הרמב"ן דס"ל דיכול לזכות ע"י בנו ובו הגדולים אע"פ שהם סמוכין על שולחנו מטעם דלא תיקנו תורת מציאתה רק משום איבה וכשהוא עצמו מזכה לה ליכא איבה. ואי נימא דבבתו נערה מתנתה לאביה מדאורייתא א"כ אינו יכול לזכות לה דאין לה יד ע"ש.

ז. **ובמלא** האבן ס' ל"ז כתב דזוהי המחלוקת בין רש"י ותוס' בפירוש הגמ' ב"מ דף יב. מציאת בנו ובתו פי' רש"י בתו ילפינן בכתובות מבנעוריה בית אביה כל שבח נעורים לאביה בין נערה בין קטנה. והתוס' שם עב. סוף ד"ה ור"י כתבו דלא כפירוש רש"י שפירש דילפינן מבנעוריה. דהתם בנדרים איירי וכו' וכתב מלאת האבן דכוונת רש"י דילפינן מקראי נערה וקטנה לא מבנעוריה אלא מויצאה חינם אין כסף. דילפינן מינה דכסף קדושין לאביה ומלאתה ילפינן דמעשה ידיה לאביה. ומשני הפסוקים ילפינן דכל שבח נעורים לאביה מעשה ידיה מציאתה ומתנתה. והיינו בפירוש מציאתה משום איבה כיון דלא חייב במזונותיה חיישינן שלא יזון אותה. והיינו טעמא דאמרינן בקדושין ד: דאי אפשר למילף דקדושיה לאביה כיוון דמעשה ידיה לאביה משום שזן אותה וזה כוונת רש"י דאע"ג דמדאורייתא האב לא חייב במזונותיה מ"מ אורחא דמילתא דאדם זן את בתו ואע"ג דמעשה ידיה לאביה אע"ג דלא זן אותה אלא דטעמא דזיכתה התורה מעשה ידיה לאב כדי שיזון אותה כי דרך האב לזון את בתו ולאו דוקא כוונת רש"י בסמוכה על שולחנו כמו שהביאו התוס' שם מיהו כל זה משום איבה מציאתה לאביה דמקידושין ליכא למילף אבל לבתר דמסיק דמעשה ידיה לאב מהתורה שפיר ילפינן דמציאתה לאביה נמי מדאורייתא דילפינן מעשה ידיה וליכא למיפרק שמציאתה לאביה שזן אותה דמה שאמרה הגמ' אבל בקדושין דמעלמא קאתו הכוונה ולא היתה דעתה לזונה בשביל זה דשהיא תתקדש בזמן בגרות דכל זכות קידושיו רק פעם אחת אבל מציאה ומתנתה יכולים כמה פעמים בזמן שהיא תחתיו. א"כ לרש"י דלומד מכל שבח נעורים הו"ה דגם מתנה שייך לאביה אבל תוס' דס"ל דמציאה לאב מדרבנן משום איבה דמסר לה ואפי' לא זכה ומקידושין לא מצי למילף דמציאה טרחה להרים ובמתנה נמי שייך טרחה דאי לאו דעביד ליה ניח נפשיה לא הווה יהיב ליה. ומ"מ במציאה חכמים תקנו לאב משום איבה אבל במתנה לא תקנו שתהיה לאב משום איבה ולכן מתנתה לעצמה ודו"ק.

והיכא דהאב נתן מתנה לבתו אם זכתה בתועפות ראם טיבש ס' מ' הביא דעת השואל דהוכיח דמתנה שנתנו לה לאביה לא זכתה בזה הבת ואין לחלק בין נתנו לה אחרים לנתן לה האב והמחבר דחה דבריו דגם לפי מ"ד מתנתה לאביה הטעם משום איבה וכפי שכתב רש"י ב"מ יב. דסבר דמציאה לאב מהתורה ותמהו עליו התוס' וכתבו דמציאה מטעם איבה וכל שנתן לה אביה לא שייך איבה וקנתה לגמרי ע"ש. ולענ"ד נמי זה הטעם בזיכה לה עירוב דזכתה בזה הבת.

ח. **ויש** להסתפק אם זכות האב גם לגבי קדושין בעובר ויש שהוכיחו מהירושלמי שהביא החלקת מחוקק ס"ק ד' דבת יום אחד מקודשת דוקא בכלו לו חדשיו או בשהה שלשים יום באדם. דאיגלי מילתא למפרע דלאו נפל הוא ולפ"ז בקידש עובר הוי ספק קידושין ואם קידש עובר ואח"כ קידש אחותו ואח"כ קידש ביתה. הוי ספק קידושין כ"כ הח"מ. והב"ש כתב להוכיח מגמ' נדה כג. דנפל כזה לא חי ולכן קידושין תופסין באחותו אפילו בזמן חיותו ודלא כחלקת מחוקק. דהגמ' אמרה בנדה כג. בעי רבי ירמיה מרבי זירא לרבי מאיר דאמר בהמה במעי אשה ולד מעליא הוא אם האב יכול לקדש מאי נ"מ לקדש אחותה למימרא דחיי והא אמר ר"י אמר רב לא אמר רבי מאיר אלא במינו מתקיים וכו' ומזה הוכיח הב"ש דכיון דלא מתקיים לא תפסי ביה קדושין ובאחותו תפסי קידושין ודאי. ובשבו"י ח"ג ס' קי"ח הביא מחלוקת הח"מ והב"ש הנ"ל וכתב דדברי הב"ש אינם מוכרחים מהגמ' שם וכתב דכל הטעם לרב דנפל לא חי אבל אם חי תפסי ביה קדושין ע"ש. וכ"כ ביד דוד דכתב כיון דבאופן כזה לא חיה ולא תצא לאויר העולם נמצא דאין קידושין ובאבני מילואים ס"ק ב' הביא דברי הח"מ והב"ש וכתב דהרמב"ן בנדה כתב בפשטות דאין קדושין תופסין בנפל והוכיח ממה שאמרה הגמ' למימרא דחיי דהיינו שאם אי אפשר לו לחיות קידושין תפסי באחותה דלא אסרה תורה אלא בחייה. ומבואר

דאין קידושין תופסין בנפל ומה שכתב הח"מ דקדושין תופסין בעובר עובר שאני דיש לו חיים וכן עובר ירית ונפל לא יורש כמבואר בב"ב קמב. ובארץ צבי ס"ק י"ג כתב דהרמב"ן ורשב"א והר"ן כתבו כדעת הב"ש והרמ"א בס' ל"ז סעיף א' הביא דעות הסוברים שאין קידושין תופסין בו ואם קידש אחותו צריכה גט.

ט. **וכתב** הרמב"ם בפ"ז מהלכות אישות הלכה ט"ז האומר לחבריו אם ילדה אשתך נקבה תהיה מקודשת לי אם היתה אשתו מעוברת והוכר עוברה מקודשת. והוא ע"פ דברי הגמ' בקדושין סב: האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה מקודשת לי לא אמר כלום אמר רבי חנינה אם היתה אשתו מעוברת מקודשת והעמידוה בגמ' בלשון אחרון כשהוכר עוברה וכתב הרב המגיד לאחר שביאר דעת הרמב"ם כתב דיש חולקים ואומרים דלדידן דקימ"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפי' הוכר עוברה אינה מקודשת. וזה דעת ההשגות דכתב דמה שאמרה הגמ' אם הוכר עוברה מקודשת היינו לרבי אליעזר בן יעקב דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואנן לא קימ"ל כן וכ"כ רב האי גאון כדעת הראב"ד גם בה"ג בהלכות מיאון כתב כן. וכ"כ הטעם בשם הרמ"ה דאפילו הוכר עוברה לא מקודשת. וכתב הב"י באהע"ז סי' מ' דממה דהרי"ף השמיט הלכה זו משמע דס"ל כדעת רב האי והראב"ד דאפי' הוכר עוברה לא מקודשת וכן נראה דעת הרא"ש שהביא המשנה כצורתה. ובחידושי הרשב"א הא דאמר רבי חנינה אם היתה אשתו מעוברת מקודשת היינו לברייתא אבל המשנה בכל אופן אמרה האומר לחבירו אם ילדה אשתך וכו' לא מקודשת משמע אפי' מעוברת וזה דלא כהרמב"ם גם הר"ן הקשה על הרמב"ם מפי' הרשב"א ועוד דראב"י הוא בשיטה וקימ"ל אין הלכה כשיטה וכן דעת הריב"א ותוס' רי"ד דאפי' הוכר עוברה לא מקודשת וכן סיים המאירי לאחר שהביא דברי הרמב"ם דתימה הוא.

ובארץ הצבי ס"ק י"ג כתב לישב דעת הרמב"ם אע"ג דמזכה לעובר לא קנה מ"מ יש כח בעובר לזכות בירושה הבאה מאליה וכיון דחשיב לשון זה כדבר שבא לעולם לכן תפסי קדושין והיינו דהרי"ף לא כתב דאם הוכר עוברה מקודשת משום דס"ל דאין זכיה לעובר אפילו בירושה הבאה מאליה. ולפי הרא"ש דיש לעובר זכות בירושה הבאה מאליה צ"ל דסובר כדעת הרמב"ם דאם הוכר עוברה מקודשת ולפיכך הטור כשהביא דעת הרמב"ם לא סיים כדרכו דהרא"ש חולק על הרמב"ם וע"כ דס"ל כדעת הרמב"ם דקדושין תופסין בעובר אמנם בים של שלמה פ"ג דקדושין כתב ממה שהביא הרא"ש דברי הירושלמי דדייק מהמשנה אם ילדה אשתך נקבה תהיה מקודשת לי שהדין שלא מקודשת ודייק הירושלמי הא בן יום אחד מקודשת והביאו הרא"ש משמע דבזמן היותו בבטן אמו אפילו הוכר עוברה לא מקודשת.

ובפרי עץ חיים כרך א' ס' צ"ג דף רנ"ה ג' כתב דאף שטעם החולקים על הרמב"ם הוא בעבור שלא שנו במתניתין החלוקה השניה שהיתה בגירסת הרמב"ם ואולי אם היו רואים גירסת הרמב"ם היו מודים לו ועוד דהרב המגיד והב"י כתבו דיש לחוש לסברת הרמב"ם אמנם הם סמכו על מה שהובא בירושלמי פ"ג הל' י' תני רבי חייא בת יומא מתקדשת בכסף בת ג' שנים ויום אחד מתקדשת בביאה אמר ר' מנא מתניתין אמרה כן דתנן האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה תהיה מקודשת לי לא אמר כלום הרי מוכח דרק בין יום אחד מתקדש ושלל קדושי עובר. ושונה גירסת הירושלמי דאינה כגירסת הרמב"ם ולפ"ז גם הבבלי ס"ל כן כהירושלמי דמקדש אשה מעוברת אפילו הוכר עוברה לא מקודשת. ויש אחרונים דס"ל כדעת הרמב"ם וכ"כ החתם סופר יו"ד ס' שי"ב שכתב דדעת האו"ז ומהר"ם בר ברוך ס"ל כהרמב"ם וכתב הרדב"ז ח"א ס' תי"ד דיש לחוש לדעת הרמב"ם להצריכה גט והשו"ע נמי במה שהביא דעת הרמב"ם משמע שיש לחוש לדבריו ולענ"ד יש להוכיח מגמ' מגילה דעובר יש לו אב דאמרה בגמרא ובמות אביה ואמה עברתה אמה מת אביה, ילדתה מתה אמה הרי דיש לעובר אב. וכן בגיטין כג: הרי את שפחה וולדך בין חורין אם היתה מעוברת זכתה לו והרי שחרור כמו קדושין וע"כ מוכח דבהוכר עוברה לא הוי דבר שלא בא לעולם ובשו"ת רע"א ס' ק"ע בשולי המכתב הקשה על הרמב"ם מברייתא גיטין הרי את שפחה וולדך בן חורין דהרי הרמב"ם בהלכות עבדים פ"ז הל' ה' פסק הרמב"ם באומר הרי את שפחה וולדך בן חורין לא אמר כלום שזה כמו משחרר חציה ולמה בהוכר עוברה פסק דמקודשת.

י. **ויש** להסתפק במה שפסק הרמב"ם בהוכר עוברה דהוי מקודשת האם מודאי או ספק ופשטות משמע דדעת הרמב"ם מקודשת מודאי וכ"כ הח"מ ס"ק י"ד והקשה מחו"מ ס' ר"ט ור"י במוכר עובר בהמתו אי מזכה לעובר שלא קנה ושם לא הביא דעת הרמב"ם דבהוכר עוברה מקודשת משמע דמה שנפסק כאן הוא לחומרא. ובבנין ציון ס' ל"ח כתב לדעת הרמב"ם מקודשת מודאי

כיון דאם היה מספק דרכו של הרמב"ם לציין שמקודשת מספק וכ"כ בפרי הארץ ח"א יו"ד ס' י"ז וכן דעת השבות יעקב. אולם דעת הרבה פוסקים דס"ל דהרמב"ם דס"ל מקודשת מספק וכ"כ בית מאיר כאן לתמוה על הב"ש והרמב"ם עצמו בפ' המשנה חשב עובר לדבר שלא בא לעולם ומה שאמר הרמב"ם אם היתה אשתו מעוברת דבריו קיימים לחומרא. וכ"כ בבני אהובה על הרמב"ם דלפי פ' המשנה יוצא מקודשת משום חומרא דא"א. ולפ"ז אם קידש אחותה שניהם צריכים גט. והסתפקו האחרונים בדעת הרמב"ם האם הקדושין של העובר חלו בזמן שהיא מעוברת או לאחר שיולד. ודעת הרב המגיד פ"ב דאישות ונמוק"י ביבמות יב. דלפי הרמב"ם דס"ל אם הוכר עוברה מקודשת נמצא שמצאנו חמותו ממאנת דהגמ' אמרה לא משכחת חמותו ממאנת דבנים הוי כסימנים ואם יש לה בת הרי החמות גדולה ולא יכולה למאן אבל לפי הרמב"ם דקטנה יכולה להתעבר ונעשית גדולה בלידה, נמצא בזמן שהיא מעוברת בולד זה שחלו בו קידושין היא חמותו קטנה ויכולה למאן ונשארו בצ"ע. הרי דהם סוברים דלפי הרמב"ם חלו הקידושין מיד בזמן וכ"כ בפנ"י קידושין סב: דלהרמב"ם מקודשת לאלתר במעי אמה כמו שנראה מלשון הנמוק"י הנ"ל. וכן הוכיח באמריה נעימה ח"א כיון דהיה רצונו לקדש עובר עכשו לכן בהוכר עוברה מקודשת דאם דעתו עד שיולד הוי דבר שלא בא לעולם.

אמנם בתשו' רע"א ס' קמ"ט כתב בדעת הרמב"ם דהקדושין חלין רק לאחר שיולד דדברי המקדש מוכח אם ילדה אשתך נקבה תהיה מקודשת משמע דמקדש לאחר שיולד והא דבעינן הוכר עוברה דלא ליחשב דהוי דבר שלא בא לעולם. אבל בעודו עובר לא נתקדשה דכיון דאמר אם ילדה היינו לכשתלד אשתך נקבה וכ"כ הר"ן בפ' האומר דמקודשת לאחר שיולד. ועוד כתב הרמב"ם שצריך לחזור ולקדשה כשתיולד וכתבו המפרשים דחוזר ומקדש משום חומרא בעלמא ובמגילת ספר ח"ב דף לז כתב לישב דבכל אשה יש שני קניינים איסור וממון: איסור שאסורה לכל העולם וממון שמשמשתו. ולכן כל זמן שהוא בבטן אמה חלו קדושין רק קנין איסור דאסורה על כל העולם ואין קידושין תופסין בזה אבל אחר שיצא לאויר העולם חל קנין ממון וצריך לקדש ע"ש. לפ"ז קושית ה"ה והנמוק"י על הרמב"ם בעינה עומדת דמצאנו חמותו ממאנת ולפי הר"ן ורע"א לא קשה על הרמב"ם דכתבו מקדש רק לאחר שתיולד.

ובחידושי הרב חיים הלוי מבריסק ז"ל כתב לישב תמיהת הנמוק"י וה"ה על הרמב"ם דסובר דהקידושין חלין עכשיו. ומ"מ לא קשה דלא מצאנו חמותו ממאנת דבקדושין יש מעשה הקדושין ויש אישות האוסרת כל העריות לכן בעובר יש התפסת קדושין אבל אין על העובר דין אישות האוסרת העריות. ולכן מדין עריות כל זמן שלא נולד לא נקראת חמותו דחמות רק בלידה דאז יש אישות ואיסור קרובות ולפ"ז מיושב הרמב"ם ולא קשה מגמ' דלא מצאנו חמותו ממאנת ודו"ק.

סימן ט

קנין חופה בקדושין

א. **גמ'** ג. מנינא דרישא למעוטי חופה, ולרב הונא דאמר חופה קונה, מק"ו ומה כסף שאינו גומר קונה חופה שגומרת אינו דין שתקנה מנינא למעוטי חליפין. ונחלקו הפוסקים אם חופה בלי קנין כסף קונה דעת הרא"ש פ"ק דקידושין ס' א' דחופה לא קונה, וכ"כ הרמב"ן וכ"כ תוס' יבמות נ"ז: ד"ה רב בשם ר"ת, ודייק ממה שאמרה הגמ' ולרב הונא דאמר משמע דלא קיימ"ל כוותיה. והר"ן בסוגי' הביא דעת בה"ג והרמב"ן שכתבו בדעת הרי"ף דלא ס"ל כרב הונא מאחר דהשמיט הדין של רב הונא, וכ"כ המאירי והרשב"א.

אמנם הרא"ש הביא דעת הר"ח דס"ל מאחר והגמ' תירצה כל הקושיות על רב הונא, משמע דלא נדחו דבריו, ואע"פ שהגמ' אמרה ולרב הונא, הרי לקמן נמי בדף ח. אמרינן ולרב נחמן דס"ל פירי לא עבדי חליפין אע"ג דהלכה כן, ולכן לפי גירסת הב"י הרא"ש כתב דלא כר"ח, אמנם הטור הביא דעת ר"ח ונפסק בשו"ע כדיעה ב' לחוש, וכ"כ הר"ן לחוש לדברי ר"ח.

וכתב הלחם משנה פ"י מאישות הל' ב', מאחר דהרמב"ם פסק בפ"ג דאשה מתקדשת בכסף

בשטר ובביאה, משמע דלא מתקדשת בחופה, והקשה דהרי הרמב"ם פסק פ"ז דתרומות דחופה בלא קידושין פוסלת מלאכול בתרומה, וכתב ה"ה דאע"ג דחופה לבד לא קונה מ"מ קונה לפסול, והוכיח הר"ן בפ"ב דקידושין דף כ"א: ברי"ף דהרמב"ם ס"ל דחופה לא קונה, ממה שכתב הרמב"ם פ"ז הל' כ"ג המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם ה"ז צריכה גט, שמא ביטל התנאי כשכנס או בעל, וכן המקדש בפחות משוה פרוטה או מלוה וחזר ובעל בפני עדים צריכה גט שעל בעילה זו סמך ע"כ. ודייק הר"ן ממה שכתב הרמב"ם בקידש על תנאי, כנס או בעל, ובפחות משוה פרוטה בעל בפני עדים משמע דוקא דבקידש על תנאי מהני כנס דבכנס מחל על התנאי, משא"כ בפחות משוה פרוטה וכנס לא מהני לכן בעינן בעל, ומשמע דכנס בקידש בפחות משוה פרוטה לא מהני, דאל"כ הו"ל למימר נמי כנס או בעל ע"ש. ובדינא דחיי כתב ממה שלא הזכיר הרמב"ם אלא ג' קנינים אין להוכיח דחופה לא קונה דדילמא מסתפק כדעת הר"ח. ובעצמות יוסף כתב דרוב הפוסקים חששו לדעת ר"ח ולכן הוי ספק מקודשת. ויש להסתפק למ"ד חופה קונה האם חופה במקום כסף וצריך חופה שניה להחשיבה נשואה או למ"ד חופה קונה היא קונה וגומרת, ובתוספות הרא"ש דף ה' הסתפק והעלה דחופה קונה וגומרת. אמנם במהרש"א על התוס' חופה קונה כתב דלפי תוס' שכתבו שכסף לא גומר אחר כסף דמאי אולמיה האי כסף מהאי כסף לפ"ז בחופה יש סברא הפוכה שמתחילה וגומרת דמאי אולמיה האי חופה מהאי חופה, ויש שדחו וס"ל דחופה עושה אירוסין ובעי ביאה לקנות.

ב. **וכתב** בפתחי תשובה ס' כ"ו ס"ק ג' דאשתמיטיה למהרש"א דברי תוס' יבמות נ"ז. דמבואר דאם קידשה בחופה הוי רק ארוסה וכן דייק מלשון הטור דכתב דלכו"ע בחופה לא הוי כנשואה, ובשמחת יהודה כתב להוכיח דחופה לא גומרת, דהרי ביאה עדיפה מחופה והגמ' הסתפקה תחילת ביאה קונה או סוף ביאה וקימ"ל בביאה אינה אלא כארוסה כל שכן חופה, וטעם המלך כתב דיש ב' סוגי חופה יש חופה שקונה וגומרת כגון ארוסה אסורה לבעלה עד שיביאה לתוך ביתו ויתיחד עמה וזהו הנקרא כניסה לחופה, וזה נקרא נשואין בכל מקום, אבל חופת נידה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה ע"כ.

והנה האור שמח אישות פ"י הל' ב' הסתפק אי חופה בעי עדים או סגי בהודאת שניהם, דבקדושין סה: אמרו קדושין צריכים עדים ולא סגי בהודאתם, משום דקא חייבי לאחריני ופי' רש"י שקרובותיה נאסרו ולכן היכא דכבר קידשה ונאסרה לא בעי עדים, וכ"כ חלקת יואב ס' י' ושו"ת האלף לך שלמה ס' קל"ט, ומרן הראש"ל ביביע אומר ח"ה אהע"ז סי' ח' אות ב'. אמנם באבני מילואים ס' ל"ח ס"ק י"ז כתב דנשואין בעי עדים דלכמה דברים יש הבדל בין ארוסה לנישואין, לכן בעי עדים הרי אף דאסורה כבר בעינן עדים.

ויש לדקדק בדברי רב הונא שאמר חופה קונה מק"ו ומה כסף שאינו גומר קונה חופה שגומרת אינו דין שתקנה, ופי' תוס' רי"ד הזקן חופה קונה אם מסרה לחופה לשם קדושין, וכ"כ רש"י דף ג'. חופה קונה אם מסרה האב לחופה לשם קדושין וקשה למה לא נפרש כפשוטו שמסרה עצמה לחופה ואירי בגדולה, וכן עמד הפנ"י והמקנה על זה. וכתב תוס' רי"ד חופה קונה היינו שמיחדים שניהם בלא ביאה, ומשמע שחופה שקונה היינו יחוד, ולא מסירת האב לבעל או לשלוחין דעצם המסירה מוציאה מרשות האב לענין ירושה והפרת נדרים, וכיון דבעינן יחוד גמור, למה תלה את זה באם מסרה האב לחופה.

והר"ן ריש כתובות הביא מחלוקת ראשונים מה פי' חופה האם כניסה לרשות הבעל או יחוד, וכתב דהרמב"ם ס"ל בפ"י מאישות הל' א' הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים כל זמן שהיא בבית אביה עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתיחד עמה ויפרישנה לו, משמע דבעינן תרתי כניסה לרשות ויתיחד עמה, ולכאו' למה לא סגי באחד וכבר עמד השער המלך בקונטרס חופת חתנים ס' ט'. ויש לחקור במעשה הקדושין האם ודאי עושין קנין, ומעשה הקידושין הם מעשה קנין, אבל נישואין זה גמר, שזה נגמר ממילא, וזה תלוי בקנין חופה אי חופה הוי יחוד אין בזה שום קנין אלא כיון דהיו קידושין, כשעשה חופה גומר, אבל אי חופה היא כניסה לרשות הרי זה מעשה קנין ועוד נ"מ אי חופה בעי עדים, אם נאמר דחופה יחוד ולא הוי מעשה קנין לא צריך עדים, אבל אי חופה כניסה לרשות, הוי סוג קנין מעולה דגומר את הקידושין י"ל דבעי עדים.

ולפי זה הרמב"ם דס"ל דחופה היינו יחוד וכניסה לרשות ס"ל דחופה הוא מעשה קנין שעושה נישואין, אבל החולקים ס"ל דחופה מספיק יחוד, כיון דנישואין לא פועלים שום קנין וכו', ונראה דזה תלוי

בדעת הרמב"ם דבעי חופה הראויה לביאה כיון דנישואין והכניסה לרשות זה קנין נקרא נישואין ולכן בעינן ראוי לביאה, ודו"ק. ודעת תוס' ריי"ד הזקן דחופה היינו יחוד ולא עושה שום מעשה קנין, וא"כ קשה לרב הונא איך לומד מק"ו ומה קידושין שלא גומרים קונים חופה שגומרת לא כ"ש דהא יש לדחות דבנישואין ליכא שום מעשה קנין, אבל באירוסין יש מעשה קנין, ולא שייך ק"ו. ונראה דלכן העמיד התוס' ריי"ד במסר האב לבעל לחופה, דבזה שיש מסירה היינו יחוד והכנסה לרשות, אבל בגדולה לא שייך שתמסור עצמה לחופה ודו"ק. אמנם לפי הרמב"ם דס"ל דחופה זה יחוד וכניסה לרשות היינו שיש כאן מעשה קנין שפיר יש להעמיד בדברי רב הונא חופה קונה מק"ו בגדולה שמסרה נפשה לחופה.

ג. **והנה** הר"ן בקידושין דף נ'. הוכיח לפי דעת הרמב"ם שאין אשה מתקדשת בחופה, דפסק הרמב"ם בפ"ז מאישות הל' כ"ג, המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם צריכה גט שמא ביטל התנאי כשכנס או בעל, וכן המקדש בפחות משוה פרוטה או במלוה וחזר ובעל בפני עדים צריכה גט דחזקה אאעובב"ז, והנה לגבי קידש על תנאי סגי בכנס ובפחות משוה פרוטה בעי עדים שבעל והטעם דבקידש על תנאי היו קדושין ולכן כל שמחל התנאי חלו קדושין ראשונים אבל בפחות משוה פרוטה עכשיו מקדשה לכן בעי עדים ומשמע דחופה לא קונה, דאל"כ היה לו לרמב"ם לומר בקידש בפחות משוה פרוטה או במלוה וכנס בעדים קנה, ודו"ק עכת"ד.

ולהלכה פסק מרן דלא כרב הונא דחופה לא קונה וכ"כ התוס' דרבא תמה עליו ואע"ג דאביי תירץ כל הקושיות מ"מ קימ"ל כרבא וכן כתבו תוס' יבמות נ"ז: והרא"ש כאן וכתב שגם הרמב"ן פסק דלא כרב הונא, וכן דעת כל הפוסקים ודלא כר"ח דכתב שפוסקים כרב הונא מספק וכן דעת הרשב"א ומאירי דאין הלכה כרב הונא, וכתב הפנ"י וישועות יעקב דגם לרב הונא חופה אירוסין עושה ולא נישואין, ובדברי הריי"ף שהשמיט הא דרב הונא, וכן מנינא למעוטי חליפין כתב הרמב"ן דהריי"ף מסתפק כדעת הר"ח, אמנם הר"ן לאחר שהביא דעת הרמב"ן בדעת הריי"ף הביא דעת רב יהודה גאון ובה"ג דלא ס"ל כרב הונא. ובעצמות יוסף קידושין דף ה' כתב הפוך דדעת רוב הפוסקים הסכימו להחמיר כר"ח, וכ"כ בס' דינא דחיי עשין מ"ח לחוש לדברי הר"ח.

ויש להסתפק לרב הונא דחופה קונה האם צריך אמירה כשם שצריך בקדושין או מספיק בכניסה לחופה לבד, ותליא מילתא בדיבור הבעל בקידושין האם זה חלק מהקידושין או רק גילוי דעת, כפי שכתב הר"ן בסוגי' נתן הוא ואמרה היא, דחסר באמירת הבעל, מאיזה דין מעכב, והכא נמי דחופה זה הקנין כמו כסף, ובכסף בעי אמירה, או נאמר שהדיבור מגלה דהכסף ניתן לקידושין ולא לפקדון ולכן בחופה יועיל בלי אמירה, וכ"כ חידושי הרי"ם דחופה לא בעי אמירה אע"ג דילפינן ק"ו מכסף, שם גילוי מילתא וכאן חופה לא גרע מעסוקין באותו ענין, וכתב רע"א בתשו' מהדו"ת ס' נ"ו דבחופה לרב הונא בעי אמירה, וכ"כ בברית יעקב (מצויזמיר) ס' נ"ה הביאו אוצר הפוסקים, וכ"כ בהפלאה קונטרס אחרון ס' ל"ג דבעי אמירה וכ"כ בס' יד אהרן הל' ג' ב"י אות כ' ע"ש.

וכתב אבני מילואים אם הכניסה לחופה ואמר בפי' שמכניסה לשם נישואין, לא קונה והוי ארוסה, ובס' חידושי הרי"ם ס' כ"ו סעיף ב' כתב דהוי נשואה. נמצא דיש מחלוקת אי חוששין לדרב הונא אם חופה קונה שדעת הרמב"ם ושו"ע דחופה לא קונה ודעת הרמב"ן רשב"א ור"ן מביאים דברי רב הונא וחוששין וכ"כ ר"ח דיש להסתפק אמנם הרשב"א בתשובה ריט כתב דר"ח ס"ל דודאי מקודשת בחופה וכ"כ ריטב"א אבל הרמב"ן ורשב"א בחידושין ור"ן ס"ל דר"ח מסתפק. ודעת הריי"ף על פי הבנת הר"ן ותוס' ריי' הזקן הרמב"ם ורא"ש דחופה לא קונה. והנה לשיטת תוס' ריי' הזקן דחופה בעלמא היינו יחוד וכמו שכתב חופה שמיחדין שניהם בלא ביאה ומשמע דחופה לא עושה שום מעשה קנין וא"כ קשה לפי רב הונא איך לומד שחופה קונה מחופה שגומרת דהא בנישואין לא בעינן מעשה קנין משא"כ בקידושין בעי מעשה קנין.

ואפשר שלזה כתב התוס' ריי"ד חופה כגון מסר האב לחופה לשם קידושין, דאף דמסירה לחוד לא מהני מ"מ מהני לאשויי היחוד תורת מעשה קנין, אף דהכניסה לרשותו לא מהני לזה והטעם כיון דהאב מוסרה להבעל להתיחד עמה שפיר מצטרפים המסירה והיחוד, אבל גדולה אין בהכנסה לרשות גדר כניסה לחופה, כמו שכתב הבית יעקב כתובות דלא שייך מסירה רק האב, ולא בגדולה המוסרת עצמה דבכל מקום היא ברשות עצמה והנה זה למ"ד דחופה זה יחוד, אבל לראשונים דס"ל חופה זה כניסה לרשות וכן להרמב"ם דבעי תרוויהו יתכן לומר דגם בגדולה שמכניסה עצמה הוי חופה, ודו"ק.

ד. **ובשער** המלך קונטרס חופת חתנים סעיף ט׳ הקשה מהא דתנן בגיטין דף פ״א. המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק ב״ש אומרים אינה צריכה גט וב״ה צריכה גט שני, והעמידה הגמ׳ בעדי יחוד ולא נבעלה ומחלוקתם אי אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, דלב״ה הן הן עדי יחוד ואין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והשתא לרב הונא דחופה לבד קונה אף אם עדים לא ראו הביאה מ״מ ראו היחוד, ויחוד קונה, ובשלמא לרמב״ם דבעי כניסה לביתו א״ש דשם בפונדק לא הוי רשותו, אבל לדעת הראשונים הסוברים דחופה לבד קונה דהיינו יחוד קשה. ולפי תוס׳ רי״ד ניחא דיחוד לבד קונה רק במסרה האב לבעל בזה יש מעשה קנין אבל בגדולה שהתיחדה לא ודו״ק. ועוד הקשה בשער המלך קונטרס חופת חתנים א׳ לפי הרי״ף ביבמות שכתב דהעראה מהני בנישואין אבל בקידושין בעינן ביאה דכל הבועל דעתו על סוף ביאה והטעם כיון שבנישואין היא כבר קנויה לו על כן ביאה כל דהו גומרת וכ״כ הר״ן לקמן דף י׳. משא״כ בביאה של קידושין שאין לו שום קנין קודם בעי ביאה גמורה, וכן הדין ביבמה שנקנית בהעראה כיון שאחיו קידשה קודם קנין מאחר והיא זקוקה, והקשה א״כ מאיזה טעם חופה תקנה, דהרי רב הונא למד דין חופה מק״ו מכסף ומה כסף שלא גמר קונה, חופה שגומרת לא כ״ש, ולכאו׳ יש לפרוך ק״ו זה מהעראה שהעראה גומרת שקונה בנשואה ולא קונה בקידושין לפי הרי״ף והוכיח מזה דהרי״ף ס״ל העראה לא קונה בקידושין ולא סובר כרב הונא אלא כרבא, ודו״ק.

ובקנין חופה כתב מרן השו״ע בס׳ נ״ה דעות שונות האם חופה שפורסין יריעות ולכן יש להסתפק הא דחופה קונה האם גם המנהגים שקוראים להם חופה או יחוד הראוי לביאה בכלל. וראיתי בשערי רחמים פרנקו ס׳ ט״ז דכתב דכל דינו של רב הונא רק בחופה דהיינו יחוד הראוי לביאה. ולכן יש לדון לפי רב הונא דס״ל חופה קונה, האם חופה היא מעשה קנין כמו קנין כסף ושטר והוי ארוסה, או שחופה עושה מעשה נישואין וכל שקידש על ידי חופה היא נשואה. ולקמן דף י׳ הסתפקה הגמ׳ תחילת ביאה קונה או סוף ביאה ואסיק כל דבעיל דעתו על סוף ביאה והקשו התוס׳ מיבמות דשם משמע דהעראה קונה, ותירצו דביבמות איירי בביאה שאחרי קידושין שכבר היא קנויה לכן בהעראה גומר ונעשית נשואה. ולכאו׳ מאחר והגמ׳ אמרה כל הבועל דעתו על סוף ביאה א״כ מה ההבדל בין ביאה דקידושין לנישואין וצ״ל דאדם שרוצה לקנות בביאה דעתו אסוף ביאה דהביאה קונה ולא מקצת ביאה משא״כ בנישואין בהעראה קונה. וזה הלימוד של רב הונא חופה קונה מק״ו דחופה קונה היינו מעשה קנין כיון שראינו שחופה יכולה לגמור ולא כסף א״כ במקום שכסף מועיל גם חופה מהני ודחי ליה רבא כלום חופה גומרת בלי כסף שקדם ומשמע מתוס׳ רי״ד דחופה עושה אירוסין ובתוס׳ הרא״ש מובאות שתי שיטות בהבנת רב הונא האם חופה אירוסין עושה או נישואין, ובזה נחלקו דמהרש״ל בים של שלמה ס׳ ב׳ כתב חופה עושה קידושין, ומהרש״א ס״ל דחופה נישואין עושה.

ולענין הלכה כתבו תוס׳ יבמות נ״ז. דאין הלכה כרב הונא וכ״כ תוס׳ ר״י הזקן וכתב הריטב״א פי׳ דאם ביאה אירוסין עושה הביאה השניה תגמור ותעשה נישואין מק״ו מיבמה דביאה גומרת בה. ש״מ דבביאה לא שייך לומר מאי אולמיה האי ביאה מהאי ביאה ולכאו׳ הו״ה בחופה דחופה ראשונה דילפינן מכסף עושה קנין והוי אירוסין וחופה שניה עושה נישואין, דהוי הנהגת אישות כמו ביאה. ומל״מ פ״י מאישות הל׳ ב׳ חוקר האם חופה שקודם הקידושין מהני שתהא נשואה אח״כ וכתב שזה תלוי במחלוקת הראשונים דמי שסובר אפשר לעשות חופה קודם חופה הוי מעשה קנין אבל אותם שסוברים דלא יכול ס״ל דחופה הוי גמר ולא התחלה ואי אפשר לעשות הגמר בלי התחלה.

ויש להסתפק אם רוצה שהחופה תפעל גם אירוסין ונישואין אי מהני דמצאנו לכמה ראשונים דכתבו דאם עושה קידושין תחת החופה מהני וכתב מל״מ פ״י מאישות הל׳ ב׳ דאף דהיתה חופה לפני הקידושין חלו ושעה״מ נחלק עליו וס״ל דרק אם היו ביחד וכן בביאה אם רוצה שתהיה גם לאירוסין ונישואין חלו ויש להסתפק אם נישואין הם מעשה קנין קשה לומר שמעשה קנין אחד יפעל לשני קניינים שהם אירוסין ונישואין, אבל אם נישואין הם לא קנין אלא פעולת אישות יכול להיות שיחולו, וצ״ע. וכן יש להסתפק אם האשה נמסרה לבעל אם הוי קונה. ובחידושי הרי״ם כתב דמסירה אף שאינו חופה קונה, ותימה איך חופה תקנה לרב הונא הרי זה מסירה לרשות הבעל וחסר בכי יקח, ע״פ מה שכתב הר״ן בנדרים ל׳. דאשה מפקירה עצמה וכ״כ בס׳ חלקת יואב ס׳ כ״ב דאף להפוסקים דס״ל דמסירה לרשות הבעל קונה לכל דבר מ״מ מסירה לבעל לא קונה דחסר בכי יקח, ודו״ק. וכן מי שקידש אשה בקידושין פסולים והכניסה לחופה אי חיישינן שכוונתו לקנות בחופה, כמו דקיימ״ל

בקידש במלוה וכנס או בפחות משוה פרוטה ובעל, וכתב דאין לחוש לקנין מצד חופה כיון דהיה קידושין לפני כן ועשה חופה דעתו לגמור הקנין ע״י חופה והיות וקידושין פסולים לא קנתה חופה, ורב הונא איירי בחופה גרידא וכ״כ בשו״ת שערי רחמים פרנקו ח״ב ס׳ ט״ז ובבית יצחק ס׳ קמ״ה אות ו׳ דבכה״ג אין לחוש.

ה. **אמנם** בתשו׳ רע״א תנינא ס׳ נ״ה דן ע״פ מה שכתב הרמ״א בחו״מ ס׳ רס״ח סעיף א׳ ראה את המציאה ונפל עליה דקונה מדין ד׳ אמות ולא אמרינן גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד׳ אמות, ורק בנפל בר״ה אמרינן גלי דעתיה, והנ״י כתב טעמא דרק בקנין דרבנן ד׳ אמות בזה אמרינן כיון שנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה לקנות ולא בד׳ אמות והטעם דהוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים אבל בקנין חצר דמדאורייתא קונה ע״ש. ולכאו׳ קשה מחו״מ ס׳ רע״ה סעיף כ״א בזכיה בנכסי הגר שאם הגביה אבנים לא קנה כשלא התכוון לזכות בהם רק בקנין הרי דבלא כיון לא קנה. וצריך לחלק בבונה בנכסי הגר הוא רצה לזכות רק אחרי גמר הבנין לכן לא קנה אבנים אף בקנין דאורייתא אבל בנפל הרי רוצה לקנות אלא הוא מגלה דעתו שרוצה לקנות בנפילה לכן לא קונה מדין ד׳ אמות וא״כ כשקידשה תחת החופה בפחות משוה כסף והיא מתרצית נהי דהקידושין לא חלו מצד חסרון של פרוטה, יועילו מצד חופה כיון ששניהם מתכוונים לקידושין ושם דן כיון דהכל היה לצחוק לכן לא חלו הקידושין מצד ס״ס ספק חופה לא קונה ואת״ל חופה קונה שמא הלכה כהרמב״ם דבעינן חופה הראויה לביאה ורוב הבתולות נדות וחופה לא קונה ע״ש.

ובס׳ דברי חיים ס׳ ו׳ הביא דברי רע״א ודחה דבריו דבמציאה דזכות היא לו מה שמונח בד׳ אמותיו הוי כמונח בחצירו וקונה שלא מדעתו, אבל בשאר קנינים ומשיכה וחזקה או בקידושין קנין חופה או כסף דבעי כוונה לזכות באותו קנין וקנין בלי כוונה לא מהני אע״פ שכוונתו לקנות מ״מ באותו קנין המועיל לא כיוון לקנות והאריך להוכיח שלא קונה, ואף לדעת התוס׳ רי״ד דאם קידש אשה בחפץ פחות ואמר שתתקדש מדין חליפין שמהני מדין כסף דשאני התם דאותו חפץ עצמו שנותן לה יש בו ב׳ קנינים ע״ש. וכן יש להוכיח בקידשה בשטר ונמצא פסול מתקדשת מדין פרוטה אע״פ שא״ל בשטר מ״מ הכוונה על אותו חפץ, אבל בב׳ קנינים נפרדים י״ל שלא מקודשת, ודו״ק.

ויש לדון מה נקרא חופה הגומרת ועושה אותה לנשואה דדעת הרמב״ם פ״י מהלכות אישות הלכה א׳ חופה שיבאה לתוך ביתו ויתייחד עמה ויפרישנה לו והוא נקרא נישואין בכל מקום וכן פסק השו״ע אהע״ז בס׳ נ״ה סעיף א׳. עוד כתב הרמב״ם בהלכה ב׳ כיון שנכנסה הארוסה לחופה הרי זו מותרת לבא עליה והרי היא אשתו גמורה לכל דבר ומשתכנס לחופה נקראת נשואה אע״פ שלא נבעלה והוא שתהא ראוי׳ לבעלה אבל אם היתה נדה אע״פ שנכנסה לחופה ונתייחד עמה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה וכ״כ השו״ע בס׳ ס״א סעיף א׳. עוד כתב הרמב״ם בהלכה ו׳ ולא תנשא נדה עד שתטהר וכו׳ ואם עבר ונשא לא יברך שנית וכן כתב שם הלכה י״ט בהגיע הזמן ולא נישאת מעלה לה מזונות חרץ מאם הגיע הזמן בע״ש או חלתה או פרסה נדה ע״ש. אמנם מר״ן בס׳ ס״א כתב כשר הדבר שלא תנשא עד שתטהר והרמב״ם לשיטתו דחופה הוא ייחוד הראוי לביאה.

ו. **וכתב** הרא״ש בפ״ה דכתובות סימן ו׳ ממה דרב אשי מבעי׳ ליה על חופה דהכא ולא מבעי׳ ליה על המשנה דאין האשה אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה נכנסה לחופה ופרסה נדה מהו וכן בכל מקום שנכנסה לחופה בש״ס מצי למיבעי׳ הך בעיא והמדקדק בשמועה יבין דפשיטא ליה דחופת נדה הוי חופה אלא דמיבעיא ליה את״ל לר״א בן עזריה זכתה בחיבת חופה בלא ביאה חופת נדה מהו וכו׳ דאע״ג דחופתה חופה מ״מ לא כתב לה אלא ע״מ שראוי׳ לביאה ולא כשלא ראוי׳ כיון דאזלינן בתר אומדנא על קירוב דעת של חיבת ביאה. ואומר הרא״ש דאין להסביר בעית הגמ׳ בפירסה נדה אחרי שנכנסה לחופה מ״מ נהי דראי׳ אין כאן דחזי לחופה כשהיא נדה גם להם אין ראי׳ דלא חזיא לחופה. דלהרמב״ם דכתב דאם פירסה נדה עודנה ארוסה אייר שפירסה אחר שכנסה לחופה ודחה הרא״ש דכיון דנכנסה לחופה ופירסה אח״כ קנתה התוס׳ כתובה דמ״מ בשעת כניסה לחופה התחייב לה ע״ש. וראי׳ זו יש לדחות כיון דלר״א בן עזריה אזלינן בתר אומדנא היינו מתחילה עד הסוף שתהי׳ ראוי׳ לביאה ולשון הגמ׳ מוכח כן נכנסה לחופה ופירסה נדה. משמע אח״כ אבל אם היתה נדה לפני כניסה לחופה אפשר לומר דכו״ע מודו לרמב״ם ודו״ק.

ועוד הוכיח הרא״ש ממה שכתב הרמב״ם פ״י בהל׳ ו׳ ולא תנשא נדה עד שתטהר ואין מברכין לה ברכת חתנים עד שתטהר ואם עבר ונשא וברך אינו חוזר ומברך

ע"כ. וראי' מריש מכילתין לפיכך חלה הוא או שחלתה היא או פירסה נדה לא מעלה לה מזונות אלמא דפרסה נדה אינו יכול לכנוס כמו בחלתה. ובקרבן נתנאל תמה על הרמב"ם דכתב ולא תנשא עד שתטהר דהיא משנה שלא צריכה דכבר ברישא כתב דאם עבר וכנסה כשהיא נדה הרי היא כארוסה משמע דלא קנאה על כן פי' דברי הרמב"ם דנכנסה לחופה ופירסה נדה איירי דלא הכיר בה. לכן הוי כארוסה והוי מקח טעות. ובהל' ו' איירי שהכיר בה מ"מ לכתחילה לא תנשא עד שתטהר וכמו שכתב בהגה' בשם ר"י ע"ש. וכ"כ בפי' בהג' אשרי ור"י פירש הא דבעי רב אשי היינו בחופה שחתן סבור שהיא טהורה בשעת חופה ונמצאת נדה משום הכי מספקא ליה אי קניא דשמא חיבת בעילה קונה אילו ידע החתן שאינו יכול לבעול אותה עתה שמא לא היה כונס עתה. וכו' אבל אם מודיעין לו שהיא נדה ואע"פ כן כנסה ודאי קנויה לו מיד דעושה חופה כדי לבעול אותה כשתהי' טהורה לכן אומר ר"י שיש להודיע לחתן כשכונס אם היא טהורה מיד אם לאו עכת"ד. ובזה מיושבת הקושיא על יש חופה לפסולות דשם איירי שיודע שהיא פסולה וכונסה ולכאורה יש להוכיח מפ' בתרא דנדה סו. רבינא איעסק לבריה בי רב חביבא א"ל לארבעה לכתוב כתובה כי מתא לארבעה א"ל לנטור עד ארבעה אחרינא א"ל מ"ט עביד מר הכי א"ל לא סבר מר להא דרבא תבעוה לינשא ונתפיסה צריכה ז' נקיים אלמא אפילו בספק נדה אסור לכנוס ולברך ברכת נישואין. ודחה הרא"ש שאין ראי' משם דלא רצה לישא כל זמן שלא ראוי לביאה משום תוחלת ממושכת אבל אה"נ אין ללמוד משם איסור וכן ראיתי בכמה מקומות שאין חוששין לברך ברכת חתנים לכלה נדה אבל אינה נכנסת עמו לסתר אלא הוא ישן בין אנשים והיא בין הנשים עכת"ד.

ז. **וכתב** הר"ן דהרי"ף שסתם וכתב לפיכך אינה קונה משמע שחופת נדה לא קונה לא לירושה ולא ליטמא לה וכ"כ הרמב"ם בפ"י מהל' אישות דהרי היא כארוסה. ותמה הר"ן כיון דקימ"ל ביבמות נו: יש חופה לפסולות כגון אלמנה לכה"ג וחברותיה חופת נדה למה לא תקנה לפיכך נראה כדברי האומר דלא איבעי' רק לענין תוספת כתובה אבל לשאר דברים קונה עכת"ד. ולפי דברי ר"י שהבאנו לעיל דכל שיודע שהיא נדה קונה כמו פסולה לא קשה מידי. ומ"מ לשון הרמב"ם לא משמע כן דמשמע דאם יודע שהיא נדה וכנסה קונה. והיא תימה דכולי האי לא הוה שתיק. והלחם משנה כתב לישב את הרמב"ם מקושיתו של הר"ן כיון דהרמב"ם פסק יש חופה לפסולות וחופה לא קונה מ"מ מהני' לפסול בתרומה אע"פ שלא מהני' להאכיל. ולעולם חופת נדה לא קונה ומ"מ לפסול באכילת תרומה מהני וזו הכוונה יש חופה לפסולות ודו"ק.

ובס' בני אהובה פ"י הל' ב' כתב להוכיח כדעת הרמב"ם מהמשנה דהמשנה אמרה ר"א בן עזרי' אומר מן הנשואין גובה את הכל מן הארוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה ואי נימא דנכנסה לחופה ולא נבעלה יש לה דין נשואה הרי נשואה עצמה, גובה מאתים ולא תוס' כגון דפירסה נדה והגמ' תחלק בנשואה עצמה משמע מכאן דלהרמב"ם נכנסה לחופה ופרסה נדה יש לה דין ארוסה דאל"כ המשנה היתה מחלקת בין נשואה טהורה ללא טהורה.

ועוד הוכיח מהמשנה דף יא. בתולה אלמנה מן הנשואין כתובתה מנה ואין לה טענת בתולים ואמרינן הטעם בגמ' שהרי כנסה ראשון. ופי' רש"י ועליו לדעת שנבעלה וקשה לדעת החולקי' וס"ל דחופת נדה קונה ועושה אותה נשואה אפי' בנכנסה לחופה ופרסה נדה ודאי כתובתה מנה וע"כ מאותו טעם שהרי כנסה ראשון ועליו לדעת שנבעלה וקשה אתו ברשע עסקינן דבועל נדה. וע"כ צריך לחלק בין בתולה לאלמנה מן הנשואין שנכנסה לחופה ולא נבעלה בין פרסה נדה דאז כתובתה מאתים. ללא פרסה נדה כתובתה מנה ולמה המשנה סתמא אלא על כרחך דנכנסה לחופה ופרסה נדה דין ארוסה יש לה. כדעת הרמב"ם ודו"ק.

וגם הרא"ש דפליג על הרמב"ם וס"ל דחופת נדה קונה כתב בתשו' כלל נד בנותן מתנה לבתו על תנאי אם תמות קודם נישואין תהיה המתנה להקדש דרוצה לעשות נחת רוח לנשמתו והלכו היורשים והכניסוה לחופה על מיטת חוליה כדי להפקיע מההקדש והבעל לא קרב אליה. ודן הרא"ש אם במקרה דנן אם מתה יורשה. וכתב חדא דלא ראוי לביאה ועוד אולינן בתר דעת ראובן דרצה לעשות נחת רוח וטובה לנשמתו ליתנו להקדש ולא שירשוה יורשיו וכו' ולא היה בדעתו שתבא לידי נכרי הלכך אומדנא דמוכח דהקרקע הוא הקדש עכת"ד. וא"כ לכאו' דברי הרא"ש סותרין.

ויש לחלק בין חופת נדה דאשה ראויה לביאה רק דאריה רביע עלה. לחולנית דלא ראוי בכלל לביאה דאין לומר דכיון דהשתא היא נדה לא מתחייב לה דמ"מ אשה

זו ראוי׳ וארי׳ דרביע עלה הא ראי׳ מחופה לפסולות דשם נמי לא ראוי׳ ולא תהיה ראוי׳ אלא ע״כ דהיות ואשה בת ביאה רק אריה דאיסורא מפריע בזה יש חופה לפסולות משא״כ בחולה דלא ראויה בכלל.

וגדולה מזו אמרה הגמ׳ בכתובות קא. חייבי לאוין בהכיר בהן יש כתובה ותוס׳ לא הכיר כתובה אין לה תוספת יש לה. וכתב הרמב״ם פכ״ד הל׳ ג׳ וז״ל ולמה אין להן עיקר ויש להם תוספת העיקר שהיא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להרציאה הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר. אבל תוספת שהוא חייב עצמו כל זמן שתרצה ותעמוד לפניו הרי עמדה בתנאי שלה והרי הקנתה לו הנאתה והרי היא עומדת לפניו אלא שהתורה אסרה אותה עליו ומה היא יכולה לעשות לפיכך יש לה תוספת שאין מעשיה הגורמים לה להאסר אחר הנישואין אלא אסורה היתה מקודם עכ״ל. וכ״כ הר״ן דאע״ג כשהיא בעלת מום או נמצאו עליה נדרים הוי מקח טעות ואין לה תוספת שאני מומין ונדרים שאדם לא מתפייס בהם לכן היה לה להודיעו לא כן באיסור. י״ל שסברה שמא מפייסו לפיכך לא גילתה לו. וכ״כ הב״ש בס׳ קט״ז ס״ק ג׳ ע״ש.

ועל דברי הרמב״ם דפסק הרי היא כארוסה תמה המהרש״ק ח״ג ס׳ כ״ז כיון דבעי׳ דלא איפשטא ממילא אם תפוס הבעל בירושה יורש ואם האשה תפוסה בתוס׳ נמי יורשת וגובה וכתב דזה דומה לספק ויבם דבאו לחלוק בנכסי סבא כ״כ בפרח מטה אהרון. וכתב דהדמיון לא עולה יפה. אלא היות ובספק מגורשת פסק הרמב״ם דאינו יורשה אע״ג דנכסים בחזקתו כ״ש כשהנישואין מספק דלא יורשה ודו״ק.

ח. **ובשער** המלך על הרמב״ם הביא דברי הרב משפטים ישרים ס׳ ל״ה שכתב דאפי׳ לדעת החולקים על הרמב״ם וס״ל דחופת נדה קונה היינו דוקא נדה דיש לה זמן לטהר עצמה והיא ראוי׳ לביאה רק אריה רביע עלה אבל באופן דהיא חולנית ולא ראוי׳ לביאה בכלל לכו״ע לא מהני ועל סמך זה פסק בראובן שנשא את בת שמעון ונכנסה לחופה ולא נבעלה כי היא צועקת באופן שלא היה להם יחוד וגם הנער התגלה שאין לו גבורת אנשים. דבכה״ג לכו״ע לא קנתה תוספת וגם לא יורשה דאין כאן חופה. והוא תמה עליהם מדברי הר״ן מחופה לפסולות. דמשמע דאפי׳ לא ראוי׳ בגלל איסור אמרינן שיש חופה ע״ש. ולפי דברינו אין קושיא דיש לחלק בין חולה לאיסורי לאוין כפי שהוכחנו. וכ״כ בשו״ת פרח מטה אהרון ס׳ קי״ד.

ובתשו׳ חכם צבי ס׳ קכ״ד כתב לישב דברי הרא״ש דלעולם חופת נדה קונה אפ׳ בחולנית גוססת ושאני תשובת הרא״ש בכלל נ״ד דשם התנה האב שבתו תנשא וחופת חולנית לא הוי נישואין והוי כלא נתקיים התנאי. ובס׳ בית מאיר תמה על החכם צבי דהרי בס׳ נ״ג סעיף ג׳ פסק מר״ן מי שנותן לבתו סתם שתנשא בו ולא הזכיר שתנשא לפלוני כיון שנתקדשה זכתה ע״ש. וא״כ הכא נמי דל חופה מהכא הרי הבת זכתה במעשה קידושיה ותירץ דאיירי שנתן לה אחרי קידושין. דאז כוונתו על נישואין ע״ש. ודברי הב״מ צריכים תלמוד דבס׳ נ״ג יש מחלוקת אם מתה מי יורשה דדעת הרש״ל והב״מ דלא זכו בניה אלא יחזור לאב. דהא הוא נתן ע״מ שתנשא ולא נתקיים התנאי ובדרישה כתב דאם מתה זכו יורשיה. והביא הב״ש ס״ק ח׳ דברי החולקים.

ופ״ת ס׳ ס״א ס״ק ח׳ הביא דברי הרב בית מאיר שנשאל על זקן שהיה לו בן חורג מאשתו השני׳ ויש לו בנים מאשתו הראשונה ולבנו יש בת ורוצה לחתן הבת עם הבן החורג וכתב תצי דירה והתנה שלא יגמר הקנין עד שיכנסו הזוג לחתונה ושבק חיים. ובהגיע תור הנישואין חלה החתן ואבי הכלה פחד שמא ימות החתן ותתבטל המתנה והכניס החתן לחופה על משענתו ואחר יום מת והעלה דדמי לכנס אשה חולה של הרא״ש שחופה לא קונה. ואע״פ שהח״מ כתב דהרא״ש חזר בו בפסקיו מ״מ הוי ספק ובפרט שהשו״ע סתם כהרמב״ם ויורשים נקראים מוחזקים. וכתב עוד דגם לטעם ב׳ דהרא״ש דכאן העביר ירושה דאורייתא רק אדעתא דנישואין ולא באופן דלא ראוי לביאה ע״ש.

והח״מ בס״ק ד׳ כתב דהרא״ש בתשו׳ דהוי חופת נדה חזר בו ממה שפסק בפסקיו וחולנית עדיפא מחופת נדה דנדה לא חזי׳ לכלום וחולנית בת הכראה ואף על פי שיש סברא הפוכה דנדה ראוי לבא עליה כשתטהר וכאן לא יכול לבא עליה מ״מ רוב חולים לחיים. ועוד דקימ״ל יש חופה לפסולות אע״פ שלא יכול לבא עליה וכ״כ בית מאיר כדעת הח״מ דהרא״ש לא כתב טעם חופת נדה רק לסניף. אמנם הט״ז ס״ק ב׳ כתב דחולה גרע מנדה דנדה דעתו לבא עליה כשתטהר משא״כ חולה וכ״כ משפטים ישרים ס׳ ל״ו ופרח מטה אהרון ח״א קי״ד. וראית הח״מ מרוב חולים לחיים ויש חופה לפסולות.

כתב המקנה לישב דיש חופה לפסולות היינו לחומרא לפסול מתרומה ועל רוב חולים לחיים כתב עזר מקדש אה"נ רוב חולים לחיים אבל אפשר שתהי' חולה כל ימי חייה משא"כ בנדה ידוע מתי תתטהר דיש לה זמן.

ט. **ובדין** חתן חולה כתב בתשו' רע"א תנינא ס' נ"א דיש הבדל בין אשה חולה דהבעל לא מקנה לה כיון דאינה ראוי' כמו שדקדק הרמ"א כדי שירשנה אבל בנ"ד שחלה הוא בודאי היתה כוונתו בחופה שחשב שיתרפא ויבא עליה. וכ"כ בב"י עייאש ס' י"א דדוקא בחלתה שייך לומר לא חזי' לביאה אבל בחלה הוא דהסכימה להכנס לחופה עמו ולא מנעה עצמה מחמת חוליו יורה על אהבתה אליו ושפיר מקנה לה אע"פ שאינו יכול לבא עליה ע"ש. וזה נגד דעת הרב בית מאיר ומשפטים ישרים ס' ל"ו דלא חלקו בין אשה חולה לאיש וכ"כ הטושו"ע ס' נ"ו סעיף ב' חלה הוא או חלתה היא.

ויש להסתפק בזוג זקנים שהבעל ידוע שאין לו גבורת אנשים לאור נתוח שעבר ולכתחילה אדעתא דהכי נשאו שאין חיי אישות אי יש לה תוס' ואי יורשה ועובדא אתא לקמן וחייבנו הבעל בכל החיובים ואע"פ שכתב המ"ל פ"ג מאישות הל' ג' דקטנה פחות מג' שנים לכו"ע אין לה חופה דלא ראוי' וכ"כ במשפטים ישרים ונפת צופים ס' י"א וכרם תמר ס' צ"ד בשם רבני פאס, מ"מ כיון שמצאנו שסריס יורש את אשתו כפי שהביא הטור בס' צ' דאדעתא דהכי נישאו משו"ה יורשה אבל כשהאשה בת ביאה אם אירע חולי לו או לה לא מקנה. ולכן כשהודיעו לחתן שאסור לו לבעול מטעמי בריאות הוי חופה גמורה כמו שכתב הג' אשרי בשם ר"י. דכל שהודיעו גם לרמב"ם מועיל כמו חופה לפסולות. וכ"כ נפת צופים ס' י"א ומשפט וצדקה ביעקב ס' קפ"ז ח"ב. ויש לדקדק בדברי הרמב"ם דס"ל דחופה שלא ראוי' לביאה לא קונה והרי היא כארוסה דהרי הרמב"ם פסק בפ' כ"ב הל' ד' הנושא אשה שהיא אסורה לו הואיל ויש לו קידושין אם מתה תחתיו יירשנה. ולכאו' הרי קנין חופה היא דמזכה הבעל בירושתה וכאן היא פסולה אלא ע"כ ס"ל לרמב"ם דכל שידע שהיא פסולה וכנסה הרי קנאה משא"כ בנדה כיון דיש לה זמן לטהר לא סמכה דעתו. ואה"נ י"ל עוד דכל שידע וכנסה אדעתא דהכי כנסה כמו תוספת שחייב בחייבי לאוין בהכיר בה דרוצה לכתוב לה. ונמצא לדידן דקימ"ל קדושין תופסין בחייבי לאוין גם בקדש בביאה מקודשת. ונמצא מה שכתב הרמב"ם הנושא חייבי לאוין יורשה לא איירי בחופה אלא בנשא ובא עליה.

בסיכום מהסוגי' משמע בעי רבין לענין תוס' וכן בעי רב אשי על אותו ענין ולא על מכלול הבעיא.

ועוד מסר האב לשלוחי פסק הרמב"ם דיורשה וא"ל דמסר עדיף דהרי לענין להחשב בעולה תעא בנכנסה לחופה ולא במסר כדמוכח בכתובות מח: דנכנסה לחופה ולא נבעלה חשוב יותר בעולה מאשר מסר. וצ"ל דמסר מדין מחילה לכן יורשה. ולרמב"ם חופה היינו יחוד ובנדה אסור להתייחד. ומה בעי רב אשי וכי ביחוד של איסור יקנה וכן הקשה הר"ן ריש קידושין וצ"ל דנתיחד ופרסה נדה א"נ קידשה בביאה דיכול להתיחד.

י. **ובמל"מ** פ"ג הל' י"א דן לגבי קטנה אי יש לה חופה בפחות מג' שנים. ורש"י סנהדרין נה. כתב דלא אוכלת בתרומה ואין ביאתה ביאה ואין חופתה חופה ראויה דחופה שלא ראוי' לביאה לא הוי חופה וכ"כ הר"ן בקדושין דף י. וכ"כ תוס' יבמות נז. ד"ה נשאת. ובשו"מ חמישאה ס' י"ט דן כשקידש נדה בביאה אי מקודשת. והעלה דלא מקודשת כיון דחייבי כריתות. ולפ"ז מיושב מחייבי לאוין דתפסי קידושין. ושו"ת פ"י ג' ס"ל דאם קידש נדה בביאה מקודשת עי' פ"ת ס' מ"ד ס"ק ז'. ומירושלמי שמכינים לו אשה לכה"ג וקשה דהרי אסור לבעול וצ"ל יומא גרים. ומה דפשוט ליה דקידש נדה בביאה דחייבי כריתות לא תפסי קידושין התוס' יבמות ב. כתבו נפלה לפניו נדה קונה בביאה. לרב הונא דס"ל חופה קונה הרי בעינן חופה הראוי' לביאה וכשכונסה לחופה יש דם חימוד ולא ראוי' ואין לחלק בין דאורייתא לדרבנן. וצ"ל לדברי הרמב"ם רק חופה הגומרת בעינן ראוי' לביאה ועי' שער המלך דמסתפק באינה ראוי' מדרבנן אי לרמב"ם לא מועיל.

ובישוב סתירת הרמב"ם דס"ל חופת נדה לא קונה והוי כארוסה מחופה לפסולות כתב הגרנ"ט לחלק דלא יקשה הרמב"ם ממסר האב לשלוחי הבעל בפ' כ"ב הל' ב' וכן במסר וזנתה דבחנק ולא בסקילה רמב"ם פ"ג מאיסורי ביאה הל' ד' וכן קושית הב"י שמכינים לו אשה וכתב הירושלמי שהקידושין והנישואין ביוה"כ אם מתה והרי ביוה"כ לא ראוי' לביאה ובכה"ג בעינן נשואין ולא אירוסין וכפר בעדו ובעד ביתו. וע"כ ישב שיש שני סוגי קנין: יש קנין שקונה אותה לענין זכויות ויש קנין לענין אישות לדברים שבינו לבינה. ולכן מסר האב לשלוחי הבעל קנאה לענין קנייני ממון יורשה מטמא לה אכילת תרומה שיצאה מכלל סקילה לחנק. וקנין לענין שמותר לבא עליה ושעבודים שאחד לא יכול לאסור עצמו על

השני וזה בעינן חופה הראויה לביאה. ומדוייק לשון הרמב"ם בפ"י שכתב אבל אם היתה נדה אע"פ שנכנסה לחופה ונתיחד עמה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה עדין ע"כ הרי שכתב שלא גמרו הנישואין משמע שהכניסה לחופה מהני קנית משהו. ובתחילת דבריו כתב הרמב"ם ומשתכנס לחופה נקראת נשואה ומותר לו לבא עליה. משמע לענין זה בעינן חופה הראוי' לביאה וכו' אבל לגבי הפרת נדרים ירושה ומעשה ידיה וחנק ולפסול מתרומה מהני מסירת האב ליורשי הבעל.

ובאופן שמסר האב לשלוחי הבעל כתב הרמב"ם פי"א מנדרים הל' כ"ב מסר האב לשלוחי הבעל האב לא מפר וכן הבעל לא מפר בקודמין וכתב הכ"מ דהכוונה דלא מפר נדרים קודמים אבל במסירה מפר וכ"כ הרדב"ז, והטור חולק על זה דבעל לא מפר בכלל. והנה רש"י בדף מח: במסר האב לשלוחי הבעל שמואל אומר לירושתה מטעם אחולי אחליה משמע דלא קנה הבעל ומה שמהני ירושה מדין מחילה וכ"כ הב"ש בס' נ"ז ס"ק א' וצ"ע מה שייך מחילה בדבר שהוא מוחזק. ולפי ה"ה בדעת הרמב"ם חופת נדה לא יורשה ולא מטמא לה וכו' ובפנ"י וישו"י תמהו על הב"ש אם זה מדין מחילה איך תועיל מחילה וכן תמה הבית מאיר הביאו פ"ת ס"ק ד'. ודעת כמה פוסקי' דמסירה מהני אע"פ שאין חופה וכ"כ תשו' מאהבה על הרמב"ם דהרי שלוחי הבעל לא מתיחדים עמה. ובלחם משנה כתב לישב דיש חופה לפסולות דהיות והיא אסורה עליו ואין לו שעת הכושר לבא עליה לכן יש לה חופה לכן כוונתו לכנוס אע"פ שאסורה לא כן זו שיש לה שעת הכושר ותהיה מותרת דעתו לחכות ולבעול בהיתר.

יא. **ובהגהות** רע"א על הרמב"ם כתב הג' רע"א והרי היא כארוסה משמע לכל. נגד הרא"ש ושאר פוסקי' דדוקא לענין כתובה איבעי'. ואם היא ארוסה ואחיה כהן מטמא לה וכתובתה מאחר מאתים דהוי' בתולה מן האירוסין. ולכאו' היא בעי' דלא איפשטא ולחומרא הו"ל להחמיר על אחיה דמספק היא נשואה וכתובתה מנה ולא הו"ל להרמב"ם לסתור. ולהרמב"ם דחופה היינו יחוד חיישינן שמא בעל אותה באיסור ואחי' אסור ליטמא לה והיא לא בתולה מן האירוסין דמאן ימא לן דהיא בתולה. ולפי הב"ח דחופה לאו יחוד בדעת הרמב"ם תקשה דאפשר למצא יחוד בהיתר דקדשה בביאה דאז מותר להתיחד אתה ולא איתרע חזקת הבעל דהיחוד הוא בהיתר. ואף דלענין טומאה אחי' לא מטמא לה מ"מ יש נ"מ דאם היא ארוסה אביה מקבל גיטה ואם היא נשואה לא מקבל ואיך סתר דברי הרמב"ם דהרי היא כארוסה וצ"ע עכת"ד הגאון רע"א.

ותמהו הרא"ש והר"ן על הרמב"ם מיש חופה לפסולות כדאמרינן בפ' הבא על יבמתו יש חופה לפסולות ובפ"ז מתרומות הל' כ"א ופ' י"ט מאיסורי ביאה הל' ג' משמע דיש חופה וביד המלך פ"י מאישות כתב לישב דברי הרמב"ם דכל בעית הגמ' יש חופה לפסולות היינו חייבי לאוין ומה שאמרה הגמ' חופה הראוי' לביאה זה בנדה ולכן בחייבי לאוין כיון שכנסה לחופה ומתה יורשה כמו שכתב בפ' כ"ב וכתב עוד דאם יש איסור על האשה הרי החופה מצד עצמה ראוי' לביאה רק ארי דרביע עליה ולכן במקום דאיסור תורה פועל דהביאה לא תועיל בזה אמרינן חופה לא ראוי' לביאה אבל במקום דהביאה מועילה החופה מועילה גם כן. ולפ"ז אם קדש חייבי לאוין בביאה לדידן דקימ"ל קדושין תופסין בחייבי לאוין והיות ואיתקיש הויות להדדי ובקדושי כסף ושטר מהני הו"ה בביאה. והיות ובקדושי ביאה מהני בחייבי לאוין יש לתמוה לרבא דס"ל כל מאן דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ולמה קידושין תופסין בשלמא לאביי דס"ל מהני הא דלקו דעבר על דאורייתא ולרבא אף דלא מהני לקו על מה דעבר אדאו'. וקימ"ל כהן שבא על חייבי לאוין לא לוקה דהגמ' אמרה בעל ולא קידש לא לוקה ואם קידש חייבי לאוין בביאה אם נאמר דלא מהני לא הוי קדושין ויש ביאה ובביאה לבד לא לוקה ולכן צ"ל דגם לרבא אמרינן דמהני דהיכי תמצא שילקה לרבא רק אם יש קדושין. אבל בנדה הביאה מצד עצמה אסורה, בכל אופן לוקה על הביאה. ולכן באופן דקידש בביאה דהקדושין באיסור. קימ"ל כרבא דאי עביד לא מהני ואין הקדושין מועילין וכיון דלא מועילה הביאה בדיעבד גם החופה לא מהני משא"כ חייבי לאוין דקידושין תופסין בביאה. וכתב שכן כתב בס' שער המלך דהביא ראי' ממה דקימ"ל כרבא והוכיח דקידושי ביאה תופסין בחייבי לאוין.

יב. **ובדין** קידש חייבי לאוין בביאה אי מקודשת הפת"ש ס' מ"ד ס"ק ח' הביא דברי הנוב"י ס' נ' לדחות דעת השואל דהא דקימ"ל המקדש חייבי לאוין תפסי קדושין דוקא בכסף ושטר ולא בביאה לפי רבא דאמר כל מאן דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני בביאה לא קנה ולא מקודשת והוא תמה עליו. חדא

דלמה הגמ׳ נדחקה למצא נ״מ בין אביי ורבא תעמוד בחייבי לאוין שקידשם בביאה ועוד המקדש בביאה ביוה״כ או בשבת למ״ד חובל לא תהיה מקודשת וליתא והטעם דמתי אמרינן אי עביד לא מהני כפי שכתב הש״ך בח״מ ס׳ ר״ח בשוחט בשבת שחיטתו כשרה ולא אמרינן אי עביד לא מהני דדוקא כשאי אפשר לעשות את המעשה בהיתר רק באיסור בזה אמרינן אי עביד לא מהני. אבל שחיטה אפשר למצא בהיתר. ולכן בקידש חייבי לאוין בביאה כיון שאפשר למצא בהיתר אמרינן דמהני כיון שיכול לקדש בכסף ושטר ועוד בקידושין גלי קרא לא יקח ולא יחלל.

ורבי עקיב״א ס׳ קע״ד הובא בפת״ש יו״ד ס׳ רס״ו כתב דהמל בשבת שלא בזמנו אין צריך הטפת דם ברית ולא אמרינן אי עביד לא מהני דדוקא אי יתוקן האיסור וכאן במילה אי נימא דאי עביד לא מהני הוי מקלקל. ודחה דמ״מ כיון דבעי הטפת דם הברית הוי מתקן. ומטעם זה השוחט בשבת שחיטתו כשרה דאפי׳ נימא אי עביד לא מהני האיסור לא יתוקן דהרי הבהמה מתה ויש כאן נטילת נשמה. וכ״כ מהרי״ט וחוו״ד. ולכן בקידש חייבי לאוין בביאה אי נימא אי עביד לא מהני ואין כאן קידושין מ״מ יש כאן ביאה ותלוי במחלוקת רמב״ם וראב״ד פט״ו מאיסורי ביאה בביאה בלי קידושין לרמב״ם אין איסור ולראב״ד אסור ולא יתוקן. ובאופן שהתתן חולה ולא יכול לבעול או זקן או שעבר נתוח פרוסטטה שלא יכול לבעול ונשא כיון שהוא יודע אדעתא דהכי נסיב. ובזרע אמת כתב דאם הבעל לא יכול לבעול גם להרא״ש דס״ל חופת נדה קונה כאן לא קונה דשאני נדה דארי דרביע עלה. ומחר תהיה ראוי׳ משא״כ בחולה. ומ״מ אם הודיעו לבעל הוי כמו שכתב הג״א שאם הודיעו לבעל שהיא נדה קונה.

יג. **ובמסר** האב לשלוחי הבעל כתב רש״י דמועילה המסירה מדין מחילה וכ״כ הב״ש ותמה בני אהובה מה שייך מחילה הרי הנכסים ביד אבי האשה וצריך הקנאה ולא מחילה ורש״י דכתב אחולי אחליה הוא לשון מושאל. וכתב הר״ן בריש כתובות בהגיע הזמן ופירסה נדה לא מעלה לה מזונות איכא דיליף דחופה היינו ייחוד ולפיכך כשפירסה נדה שאסורה להתייחד עמו לאו בת חופה היא ומשו״ה לא מעלה לה מזונות וכן דעת הרמב״ם פ״י מהלכות אישות אבל אחרים אומרים דחופה לא ייחוד ומה שלא מעלה לה מזונות בפירסה נדה כיון שלא מסורה לביאה חכמים לא חייבוהו. ולפי שאנו נוהגין לעשות חופה בלא ייחוד לא מקפידים אם היא נדה או לא. ומ״מ כשר הדבר שלא תכנס לחופה עד שתטהר ומשמע דהר״ן ס״ל דחופה היינו הכילה שעושים מעל החתן והכלה בשעת ברכת חתנים. ובספר העיטור בדיני חתנים שער ב׳ כתב והחופה היא שמוסרה האב ומכניסה הבעל לבית שיש בו חידוש כגון אלו הסדינים שסביבת הכתלים ויש שעושים סוכה בורד והדס כפי המנהג ומתייחדין בה שניהם והיא הנקראת טלמו בלע״ז וכו׳. ומשמע חופה מקום מיוחד כעין כילה שיושבין ביניהן השושבינין ע״כ. ובספר המנהג כתב חופה ע״ש שחופה אותה בטליתו כדאיתא בקדושין יט. כיון שפירס טליתו עליה והמקרא לפרוס סדין אדום על ראש שניהם זכר לפריסת הכנף שפורס כנף בגדו עליה ע״כ. ומרן הב״י סימן נה הביא דברי הרמב״ם דחופה היינו שיביאוה לתוך ביתו ויתייחד עמה וכתב הרמ״א וי״א דחופה אינה ייחוד אלא כל שמביאה חתן לתוך ביתו לשם נישואין וי״א חופה היא שפורסין סודר על ראשם בשעת הברכה וי״א שחופת בתולה בשיצאה בהינומא ולאלמנה כשנתייחדו. והמנהג דנקרא חופה מה שמכניסין חתן וכלה תחת יריעה פרוסה על גבי כלונסאות ומברכין שם ברכת אירוסין ונישואין והיא החופה הנוהגת היום. ומר״ן הב״י הביא דעות אלו וכתב הב״ח שנוהגים היום לעשות כל סוגי החופות ומכסין ראש והכלה בסודר כדעת התוס׳ ביומא יג: ד״ה ולחדא. והט״ז בס׳ ס״ה ס״ק ב׳ תמה עליו דהרמ״א כתב חופה היינו כלונסאות וכתב בעזר מקודש דאף למ״ד חופה קונה היינו ייחוד גמור דהוא קנין חופה ולא הינומא ובשולחן עזר כתב דאף דהינומא לאו חופה מ״מ נוהגין לכסות כלות הצנועות בעת קידושין כמו שכתב הרמ״א בס׳ ל״א סעיף ב׳.

ובספר פרי אדמה ח״ג דף יד כתב דמנהג א״י החתן לוקח את הכלה והולך אתה ארבע אמות לבית הנישואין וזה שכתב הט״ז בס׳ ס״ד וסי׳ נ״ז ס״ק ד׳ שמה שמוליך החתן את הכלה ארבע אמות קונה אותה בהולכה. וב״ש בס׳ ס״ד ס״ק ד׳ דחה דברי הט״ז ובשער המפקד נתן עוד טעם למנהג זה ובשולחן העזר כתב דכן המנהג בירושלים אצל עדת האשכנזים שמוביל החתן את הכלה בידו ומוליכה לחדר ייחוד. ומה שכתב הרב פרי האדמה שמוליכה לבית הנישואין הוא לספרדים שאינם מתייחדים מיד אחרי החופה. ויש שכתבו עוד טעם למנהג שלא יהיה הפסק בין ברכת הנישואין לבין הייחוד. וכתב בספר אגרא דפרקא אות סו דכלה נכנסת לחופה קודם ואח״כ החתן וכן מובא בזוה״ק ס׳ תרומה קל״ב ופרשת

פנחס והוא ע״פ המדרש רבה בויקרא דמשה רבינו נכנס לחופה רק אחר שקראו לו.

ויש לתמוה היום שלא עושים הספרדים ייחוד אחרי החופה וזה נגד דברי הרמב״ם ושו״ע דפסקו חופה היא שיביאה לתוך ביתו ויתייחד אתה. וראיתי בספר ישכיל לדוד ח״ז ס׳ ו׳ שכתב הטעם לקהילת הספרדים שלא נוהגים כדעת השו״ע ורמב״ם כי סומכים על הפוסקים שהסבירו שחופה היא פריסת סדין והוא מנהג קדום וגם דעת השו״ע עצמו שאין הייחוד מעכב שהרי בס׳ ס״א סעיף ב׳ כתב כשר הדבר שלא תנשא עד שתטהר הרי דמצד הדין מותר לשאת אשה נדה אף שאי אפשר להיות יחד עמה ומנהג הספרדים מיוסד על פי הראשונים מלפני מרן השו״ע שאין מצריכין ייחוד ע״ש. וכ״כ במשפט וצדקה ביעקב (אבן צור) ס׳ קפ״ז שדעת הקדמונים שחופה הוא מקום ישיבת חתן והכלה כפי שכתבו תוס׳ והרא״ש ואע״פ שהרמב״ם ושו״ע ס״ל היינו ייחוד מ״מ לא ס״ל לרבותינו כן ע״ש.

יד. **ולפ״ז** יש נ״מ גדולה במחלוקת מה נקרא חופה דהרי כל הפוסקים פסקו דחופה נישואין עושה ואין מתחילין לספור ז׳ ימי המשתה רק מהחופה והלאה דלפני החופה נקראת ארוסה וכ״כ מר״ן בתשובת ב״י ס׳ י״ב לאהע״ז וכ״כ הט״ז בס׳ ס״ב ס״ק ח׳ שהביא דברי רבינו ירוחם שחתן עם כלתו שיצאו אחרי ז׳ ברכות למקום אחר ונשתהו בדרך זמן מרובה. מיד כשבא לעיר עושה חופה ומתחיל לספור ז׳ ימי המשתה ונוהג ז׳ ימים בברכת חתנים. וכ״כ המקנה בס׳ ס״ב סעיף ו׳ בהג״ה ולפ״ז יצא דאם חופה זה פריסת סדין וכלונסאות הרי היא קנויה מאז ומאותה שעה מתחיל לספור ז׳ ימי המשתה אבל למנהג הספרדים דאחרי הסעודה מביאין החתן והכלה לבית נישואין וזה נעשה בלילה נמצא מאותה שעה מתחילין ז׳ ימי המשתה. מ״מ כיון דהדבר שנוי במחלוקת מאיזה שעה מתחילין הז׳ ברכות האם משעת פריסת הכלונסאות ואם נעשו ביום ד׳ מבעוד יום מברכין עד יום ג׳ ואי הכניסה לייחוד נעשה בלילה מברך עד יום ד׳. מ״מ כיון דיש ספק בברכות קימ״ל סב״ל אפי׳ נגד מר״ן השו״ע. וכ״כ בגנת ורדים או״ח כלל א׳ ס׳ כ״ה דהיום נוהגים לשים שני מושבים צמודים ומושיבים בהם החתן והכלה ומחפין עליהם סודר ומברכין אותם שפיר מקרי חופה ע״ש. והגאון ר׳ רפאל מילדולא בספרו חופת חתנים כתב דפריסת טלית על ראש החתן והכלה אחרי הקידושין חשיב חופה. וכן מנהג פשוט בירושלים לפרוס טלית וכ״כ בס׳ בית עובד וכ״כ בשו״ת כרם חמד אהע״ז ס׳ ע״ד דמנהגנו כדעת הפוסקים החולקים על הרמב״ם ושו״ע דס״ל חופה היינו ייחוד אלא נהגנו חופה היינו פריסת אפריון במקום מושב החתן והכלה.

ובכנסת יחזקאל סימן ס׳ דף פז. כתב דאם עשו חופה ביום ד׳ וסעודה בליל ה׳ ז׳ ימי משתה מתחילין מהסעודה ושבעת ימי המשתה נגמרים ביום ד׳ שהכל הולך אחר הסעודה. והביא דברי הרא״ש שכתב שז׳ ברכות מתחילין מהחופה ודחה דבריו. אמנם רבינו בצלאל אשכנזי בתשובה ס׳ כ״ב כתב שהרא״ש הוא רבן של כל עם ישראל וכ״כ הריב״ש בס׳ שס״ט שבספרד ירשו חכמתו של הרא״ש. וכ״כ מר״ן בתשובה ס׳ נ״ב דמנהגי ספרד מיוסדים על דברי הרא״ש וכ״כ ברכי יוסף חו״מ ס׳ כ״ה ס״ק כ״ט ולכן אין לזוז מפסק הרא״ש. אמנם בשו״ת רב פעלים ח״ד יו״ד ס׳ ל״ט כתב בחתן שאירעו אבל שמשלים ימי המשתה ואח״כ נוהג אבלות דאם העמידו חופה ביום ד׳ מבעוד יום והסעודה בלילה מונה מיום ה׳. וכ״כ בשו״ת חיים ביד שכל שעשה חופה ביום ו׳ ועשה סעודה בו ביום מונה עד יום ה׳ כמו שכתב בעל הכנסת יחזקאל שכל שעשה סעודה בו ביום מתחיל לספור מאותו יום אחרת לא ע״ש. ולפי הרא״ש הוכחנו דלא תלוי בסעודה אלא בשעת חופה ובפרט שבשו״ת רב פעלים ח״ג ס׳ י׳ הביא דברי כנסת יחזקאל והעלה דנישואין הנעשין ביום ד׳ והסעודה בליל ב׳ דאזלינן בתר חופה וכל שעושין קודם ערבית ה״ז נחשב ליום. וסיים אבל אם עשו חופה אחרי ערבית כמנהג בגדד מונים שבע ברכות מהלילה אע״פ שהתפללו מבעוד יום כפי שכתב מרן בשו״ע או״ח ס׳ ל׳ שאם התפלל ערבית מבעוד יום לא יניח תפילין אח״כ וכן ביו״ד ס׳ ת״ב ס׳ י״א שאם שמע שמועה קרובה אחר שהתפלל ערבית מונה מיום מחר דלא להוי תרתי דסתרי. ולכן יש להודיע לשואל שכל שהתפללו ערבית מבעוד יום מונים מיום מחר ורק חסידים ואנשי מעשה מדקדקים לעשות חופה בלילה לאחר ט״ו דקים מקריאת המגרב וכו׳. וכן יש להורות לאנשי באמבי בהודו שהם יוצאי עירק לעשות כמנהגם כי גדול כח המנהג. ורק אם עושים החופה מבעוד יום נחשב אותו יום יום אחד ומונים אחריו ששה ימים. וזה ברור ע״כ. הרי דהרב עצמו כתב שאין להתחשב בסעודה כלל דלא כדעת הכנסת יחזקאל. ולכאו׳ יש לדקדק אותם העושים חופה אחרי תפילת ערבית ומתחילים למנות מהלילה ז׳ ימים הרי יום שביעי הוא יום שמיני שלא צריך לברך דכבר אזלו להם שבעת ימי המשתה כיון דהחופה

היתה מבעוד יום ואע״פ שלענין תפילין אמרינן דלא יניח היינו לחומרא אבל לא לקולא לספור עוד יום דכן פסק בערך השולחן או״ח ס׳ תפ״ט שאם התפלל ערבית בליל שבת מבעוד יום ונזכר שעוד לא ספר ביום הקודם סופר בלי ברכה וממשיך לספור בברכה. וזה לכאורה תלוי במחלוקת מהרש״ל וט״ז בהלכות סוכה ס׳ תרס״ח לגבי שמיני עצרת. אם תוספת חשיב לילה או יום והעיקר כתבו האחרונים כדעת מהרש״ל דלא חשיב לילה ולפ״ז אם עשו חופה מבעוד יום אע״פ שהתפללו ערבית מ״מ נחשב שהחופה נעשית ביום וסופר רק ששה ימים דשב ואל תעשה עדיף. ולכן כיון דהדבר שנוי במחלוקת מה נקרא חופה האם כניסה לייחוד או כלונסאות הוי ספק ומונים מזמן הברכות הנישואין דנחשב חופה דספק ברכות להקל.

טו. ומ״מ עלינו לברר למה לגבי חופה עושין כל החומרות של הרמ״א ואילו ייחוד כדעת הרמב״ם לא עושין מיד אחר הברכות. והדבר תמוה שאחינו האשכנזים נזהרים בענין הייחוד סמוך לברכת הנישואין ואנן דסמכינן אתכא דמרן השו״ע שהביא דעת הרמב״ם וסומכין עליו בכל דבר לא נוהגין כן. והן אמת שהבאנו לעיל כמה גדולי פוסקים אחרונים דס״ל חופה זו פריסת יריעות מ״מ למה לא נוהגים כדעת השו״ע שהם נר לרגלנו שחופה היינו ייחוד ובשערי רחמים פרנקו ס״ס ט״ז כתב דאנן לא זזין מפסק מרן ועושין ייחוד מיד סמוך לז׳ ברכות כדי שיהיה עובר לעשייתן וכ״כ בשו״ת ישא ברכה ס׳ ט׳.

והר״ן בפסחים ז. כתב דברכות נישואין הם ברכות השבח והראי׳ שמברכין אותן בכל ז׳ ימי המשתה. ולכן נהגו לברך אחר הכניסה לחופה אבל הרמב״ם ס״ל דהוי ברכת המצוות ומברך עובר לעשייתן ולכן הר״ן לשיטתו בכתובות דחופה לא ייחוד לכן מברך אחרי החופה דהיא ברכת השבח ולהרמב״ם דהוי ברכת המצוות מברך לפני הייחוד. ודעת מהר״ם חלוואה בפסחים כדעת הר״ן דכתב דז׳ ברכות לא על כניסה לחופה מברך אלא על כנס העם וברכות השבח הם. ובקונטרס אחרון הביא דברי הב״ש דכתב דמברכין ואח״כ מתייחדים והוי עובר לעשייתן ותמה עליו המקנה דההליכה ממקום הברכות למקום הייחוד הוי הפסק. ומה שכתב הרמב״ם עובר לעשייתן היינו באותו בית לפני שמכניסה לחדרו המיוחד ומחדר לחדר לא הוי הפסק. ולכן העלה ביביע אומר ח״ה ס׳ ח׳ דגם מר״ן והרמב״ם ס״ל דברכת הנשואין הם ברכת השבח ולא בעינן עובר לעשייתן וסגי במה שמברך אותם אח״כ ובסוף הסעודה מביא אותה לביתו לשם ייחוד וזה חופה לפי הרמב״ם שייחוד לא בעינן סמוך לברכות אלא בסוף הסעודה ולכן כתב דכשהקרובים מלווין אותם בסוף הסעודה בעינן גם עדים שידעו שמכניסה לחופה וקונה אותה בזה כדקימ״ל בקידושי ביאה הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה. ובחופה גופא האחרונים נסתפקו אי בעינן עדים ומ״מ כתב בערך השולחן כיון שהכל יודעים כלה למה נכנסה הוי כמו שיש עדים ומהיות טוב לייחד עדים עכת״ד.

סימן י

לשונות המועילים בקדושין

א. לשון הקידושין שיאמר לה הרי את מקודשת לי וכן כל לשון שהיא מבינה שהוא לשון קדושין וכתב הרא״ש פ״א ס׳ ב׳ דבלשונות שהם ברורים לא נאמנת לומר שלא ידעה ולא הבינה. ובעצמות יוסף דף ו׳ הסתפק האם כוונת הרא״ש על אותם לשונות של חלות הקדושין כגון זקוקתי ולקוחתי או רק על לשון קדושין דהיינו הרי את מקודשת או מאורסת ומביא ראי׳ מרבינו ירוחם דבכל לשון קדושין לא נאמנת לומר שלא הבינה ואפילו כשאינם עסוקין באותו ענין. וכ״כ הגר״א בס׳ כ״ז ס״ק ח׳ בדעת הרא״ש וכתב הרשב״א בחידושיו דף ו׳ שכן מבואר בבעל העיטור דהיכא דמקדש בלשון מעליא בלשון זקוקתי או לקוחתי אע״פ דאין עסוקין באותו ענין מקודשת ע״ש. אמנם דעת הרשב״א גופיה דאפי׳ לשונות גמורים יכולה לומר לא הבינה דהביא דברי רש״י דמאי דמקשינן בגמ׳ אילמא כשאין מדבר עמה על עסקי קדושין מנא ידעה משמע דנאמנת לומר דלא ידעה ודחה דברי העיטור דלא נאמנת דלא נראים דבריו אלא בכל הלשונות נאמנת לומר שלא הבינה.

ובב״י ס׳ כ״ז הביא דברי הר״ן בקדושין שכתב

דבלשונות דהגמ׳ פשטה דמהני דוקא במדבר עמה על עסקי קידושין אז מהני לקוחתי קנויה לי הא לאו הכי לא שאין האשה מתקדשת אלא לדעתה. וכ״כ ה״ה פ״ג מהלכות אישות שכל שלא אמר לה לשונות דידעה ומכירה ולא היה מדבר עמה על עסקי קדושין לא מקודשת וזה שכתב הרמב״ם שכתב בכל לשון שמכירה. וכתב ה״ה שכן דעת הרשב״א והב״י הוסיף שזה דעת הטור. והוסיף דיש הבדל בין הבעל המקדש שכל לשון שהוציא מפיו מועיל בקדושין ולא יכול לומר שלא הבין אבל אשה שמקבלת ושומעת יכולה לומר לא הבינה. וכ״כ הט״ז בס״ק א׳ דיש חילוק בין לשון שהוא פשוט כגון מקודשת ומאורסת דאשה לא נאמנת לומר שלא הבינה אבל לשון קנויה לי לקוחתי או ברשותי דהגמ׳ עשתה צריכותא דמועיל היא מקודשת רק בהבינה או שעוסקין בצרכי קדושין. וכ״כ באבני מלואים לפרש דברי השו״ע ובפרט שהיא תבין משמע אפילו לשונות הברורים בש״ס דמהני מ״מ כל שאמרה לא הבנתי נאמנת וזה כוונת הרא״ש. וכתב הב״ש ס״ק ה׳ דהא דנאמנת לומר לא הבינה לשון הקדושין היינו לחומרא וכיון שאשה לא בקיאה בלשון הקודש אם אמרה לא הבינה הוי ספק אבל הח״מ כתב דכל שאומרת לא הבינה אינה מקודשת כלל אלא שמהרי״ו כתב דהוי ספק קדושין ולמעשה צ״ע אם יש לחוש לדבריו. ומדברי ה״ה משמע דלא מקודשת כלל ובחזו״א ס׳ ל״ח אות ט׳ כתב לישב שיטת רבינו ירוחם שכתב שהיא ספק מקודשת הרי כל שיש ספק בקדושין נעמידה אחזקת פנויה והרי היא אומרת לא נתקדשתי ולמה לא נאמנת ואי בסתמא הרי היא בחזקת שידעה וע״א לא נאמן בדבר שבערוה ואיתחזיק איסורא דהרי ראינו שנתקדשה ועל זה כתב דמדרבנן הוא דחוששין לדבריה. גם בשי למורא ס׳ נ״ט האריך במחלוקת הפוסקים אם נאמנת לומר שלא הבינה ומסיק להלכה דהוי ספק מקודשת. וגם בנוב״י תנינא ס׳ ע״ה כתב דמעצם הדין נאמנת מ״מ מי יעז להקיל ראש נגד מהרי״ו לכן הוי ספק. ובפת״ש ס׳ כ״ז ס״ק ד׳ הביא דעת הנוב״י קמא ס׳ נ״ט דנאמנת לגמרי לומר שלא הבינה לשון הקדושין כדעת הח״מ דלא כהב״ש ס״ק כ׳ דכתב דהוי ספק והטעם דנאמנת כתב הנוב״י דיש לה חזקת היתר המסייעת לה ע״ש. ובדברי חיים אורבעך ס׳ ב׳ כתב דאין לסמוך על הנוב״י דשמא הנוב״י איירי בשאר לשונות שנאמנת לומר שלא הבינה ע״ש. ובישו״י כתב כיון דע״א נאמן באיסורין נאמנת לומר שלא הבינה לשון הקדושין ונאמנת על כך דלא איתחזק איסורא ולא צריכה גט.

ב. **ובלשון** המקובל אצלנו הרי את מקודשת לי אם נאמנת לומר שלא הבינה כתב בבאר היטב ס״ק ה׳ שיש מחלוקת הפוסקים בזה ולדעת הב״י גם בלשונות הודאים נאמנת לומר לא הבינה. וכן דעת הטור שכתב ובלבד שהיא תבין שהוא לשון קידושין וכתב דהטור לא עוסק בלשון ברור של הרי את מקודשת לי משמע דלא נאמנת לומר לא הבינה אבל הב״ח כתב דגם בלשון הרי את מקודשת נאמנת לומר לא הבנתי. וכ״כ נחלת צבי ס״ק ד׳ לדייק מהטור ובלבד שתבין היינו בכל לשון יכולה לומר לא הבנתי ובנוב״י תנינא ס׳ ע״ח כתב כבר כתבתי בנוב״י קמא דגם בלשונות הודאין נאמנת לומר לא הבנתי דחזקת היתר מסייעת לה.

וכשאמר לה לשונות דהוי ספק אם מדבר עמה על עסקי קדושין מקודשת. וכתב מל״מ פ״ג מהלכות אישות לא שנא אם היה מדבר על עסקי קדושין לעצמו או לחבירו מקודשת ובתשו׳ מהר״ש גאטיניו ס׳ כ״ז דף צו כתב דכל לשון ודבור שרוצה שתהיה לו לאשה מהני אבל לא צריך שיאמר לה לשון קדושין ע״ש. ובפרי צדיק ס׳ י״ד משמע כל שאומר לה נתחתן מהני וכ״כ בשם דברי ריבות ס׳ קמ״ה אולם בספר עבודת ד׳ סי׳ י״ד כתב דבאופן דאמרו לאשה את רוצה אותו לחתן ושתקה ונתן לה מעות לא מקודשת ואף דמהרי״ק ס׳ ק״ע כתב בשם מורה אחד דהיכא דנתן לה סבלונות והאנשים שהיו שם היו אומרים זה לזה לשם חתן וכלה ודן שם המהרי״ק סברת המורה וכתב דהוי לעתיד דרצונה להתקדש תחת החופה. ובתשו׳ רפאל בן חסון הביאו בעל בצל הכסף ח״ב ס׳ כ״ו נחלק על הרב בצל הכסף וכתב עסוקין הוי ראיה דדיבר איתה לשון מבורר של קדושין ממש ע״ש. ובחזו״א מהדורא תשי״ח ס׳ ל״ח אות י׳ דן באופן שהם עסוקין וא״ל לשון שהוא מקנה עצמו אליה כגון התרצי שאהיה לך לאיש ונתן לה דיש מקום להסתפק דבאופן דהדיבור הוא המטיל את החלות זה שייך בשעת קדושין אבל לא באופן שהדיבור מגלה דעתו דרוצים להתקדש ע״ש. ובס׳ חיים ושלום ח״א ס׳ כ״ד כתב אם היו עסוקים ולא אמר תיבת לי אבל קודם דיברו על עסקי קדושין שא״ל התרצי קדושין ממני והעלה לחוש לדברי פרי הארץ ס׳ ג׳ דכל שהיה מדבר עמה ולא אמר לי אפשר דעל דיבור ראשון קיבלה וכ״כ באמרי דוד (פעדער) סי׳ י״ח דיש לחוש לקדושין אולם במאירי דף ו׳ כתב דעסוקין באותו ענין מהני רק בלשון כי יקח ולא שיהיה מקיח את עצמו אליה.

ג. **ובהגהות** מרדכי גיטין משמע דעסוקין אפי׳ פנה אליה בשאלה מהני דשם הביא עובדא של בחור שביקש מנערה להלוות לו כסף והראה לה חפץ וא״ל התרצי להתקדש בו אם אתננו לך והעלה דהוי מדבר עמה על עסקי קדושין. וכ״כ מהריב״ל ח״ב ס׳ פ׳ בתשובת בנו בבחור ששאל לאשה התרצי להתקדש לי ושתקה ונתן לה בשתיקה והעלה שזה חשוב מדבר עמה. ועוד כמה פוסקים ס״ל כן אמנם בחיים לעולם ס׳ א׳ דן בזה ועלה כשם שבלשון הקדושין בעינן שהבעל יפעל מדין כי יקח הו״ה בעסוקין ושם דן באחד שהסיר הטבעת מאצבעה של נערה ונתנה לו ואמרה לו אם אני אתן לך הטבעת תקדשני ושאל אותה אם נותנת הטבעת במתנה וענתה כן ושם לה הטבעת על ידה ולא דיבר כלום כתב דהוי כנתן הוא ואמרה היא דספק מקודשת ודחה דכאן שאני דנתן הוא ואמרה היא היינו לשון ברור אני רוצה להתקדש לך אז הוי ספק אבל הכא שאמרה בלשון תמה ושחוק לא מהני ע״ש.

ובכנה״ג הגה״ט ס׳ כ״ז אות נ״א כתב דאף דהדברים באו בלשון שאלה חשיב מדברים בעסקי קדושין והוכיח מסוגי׳ דף ט. דא״ל אי יהיב לך מקדשת לי שעיקר לשון שאלה הוא על הקדושין. ובתשו׳ הרשב״ש בא״ל קח זהובים אלו על קדושי בתך וא״ל לעדים תעידו על כך וא״ל אנו לא ראינו הנתינה וחזר ולקח הכסף וא״ל תהיו עדים שזה עבור קדושי בתו אע״פ שלא אמר הרי את מקודשת לי היא מקודשת אמנם הרבה פוסקים ס״ל דאפי׳ עסוקים אם הלשון לא מבורר לא מקודשת ולכן אפילו כשעסוקין ולא א״ל לי אינה מקודשת. וכ״כ הג׳ הטור אות ל״ט דמה שכתב הרא״ש דאם עסוקין על עסקי קדושין מהני אם לא א״ל הרי את מקודשת לי היינו דמתוך הענין ברור שמקדשה לו אבל אם לא ברור שמקדשה לו לא מועיל. וכ״כ בדברי ריבות סי׳ רס״ד להתיר הקדושין בנידון דכל דין מדבר על עסקי קדושין דמהני רק כשגילה דעתו שרוצה לקדשה לעצמו ואז אפי׳ נתן בסתם מהני אבל באופן שלא גילה דעתו שרוצה לקדשה לעצמו קודם הנתינה ולא אח״כ לא הוי עוסק בצרכי קדושין ולא מועיל. וכ״כ ב״ש ס״ק ו׳ דעסוקין בענייני קדושין היינו קדושין שלה וע״ש שציין למהר״י הלוי ס׳ ב׳.

ד. **וכתב** הרמב״ם בפ״ג מהלכות אישות הל׳ ח׳ וז״ל היה מדבר עמה על עסקי הקידושין ורצתה וכו׳ וכתב הכסף משנה ממה שכתב הרמב״ם ורצתה היינו דאמר הן אבל אם לא אמרה הן אלא ששתקה ואח״כ קבלה מידו סתם וגם הוא לא אמר לה כלום ליכא הוכחה דלשם קדושין קבלה ואין לפרש דרצתה היינו ששתקה ולא מיחתה דא״כ הול״ל ולא מיחתה וע״כ ממה שכתב ורצתה הינו באמר הן. ובכנה״ג בהג׳ הטור אות ל״ח הביא תשו׳ מהר״א מוטל בית י״ד שכתב דמדבר על עסקי קידושין היינו ששמעו העדים שאמר המקדש תירצי להתקדש ואמרה הן אבל אם לא שמעו שאמרה כן אינה מקודשת. ובלחם משנה שם הביא דברי הכסף משנה שהסביר בדעת הרמב״ם דבעינן שתאמר הן. וכתב שלענין גירושין בגט לא כתב כן הרמב״ם. והטעם לזה דבגט לא בעינן דעתה דמתגרשת בעל כרחה. והקשה הלחם משנה על הכסף משנה דא״כ כשאמרו בגמ׳ דף ו׳ גבי הרי את מיועדת לי מיוחדת לי עזרתי צלעתי תפוסתי דהגמרא נשארה בספק ואמרה הגמ׳ היכי דמי אילמא כשאין מדבר עמה על עסקי קידושיה מנא ידעה מאי קאמר לה ואי כשמדבר עמה אפילו לא אמר לה ולפי הכסף משנה נעמיד דלא אמרה הן ואיירי בידעה בודאי על קדושין אייר. ועוד הקשה דהרמב״ם פ״ז סתם וכתב בהני לישני והוא שיהיה מדבר עמה על עסקי קידושין ולמטה כתב דמדבר עמה צריך שתאמר הן. א״כ למעלה נמי בעינן שתאמר הן וא״כ קשה כיון דידעה דמקדשה למה צריכה לומר הן. ותירץ דבלא אמרה הן לא אסיק אדעתה דתהיה מקודשת דסברה כיון דלא נתרצית לו בפירוש ודאי לא יקדשני אבל בגט דהוא בע״כ אפי׳ בלא אמרה הן מגורשת דמתגרשת בע״כ. וכ״כ מהר״י צהלון ס׳ צ״א כדעת הכ״מ ולחם משנה דבעינן שתאמר הן. וכ״כ בב״ש בריש ס׳ ל׳ דרצתה היינו רצון בפירוש. אמנם הרבה פוסקים חולקים וס״ל דעסוקין באותו ענין ונתן בשתיקה מהני כמ״ש מהרי״ט על הרי״ף לתרץ קושית הכ״מ. וכ״כ הב״ש בס׳ נ״ז ס״ק ו׳ דמהני בשתיקה והוא סותר עצמו ממה שכתב לקמן סי׳ ל׳ וכ״כ הג׳ מרדכי סוף גיטין דשתיקה מהני ובישוע״י הקצר ס״ק ו׳ הביא דברי הכסף משנה דבעינן שתאמר הן ותמה עליו בלשונות שאמרה הגמ׳ מנא ידעה נעמיד במדבר עימה ולא אמרה הן והרמב״ם בלשונות הללו במדבר עמה וע״ז העלה דעסקי בענין קדושין סגי בנתן בשתיקה ולא בעינן שתאמר הן.

ובדינא דחיי עשין מ״ח כתב דאע״ג דבגמ׳ משמע רצתה דאמרה הן כמ״ש בגמ׳ דף יב א״ל כנסי סלע זו לקדושין אוקימנא רצתה מקודשת דאמרה הן. לא רצתה שתקה. מ״מ יש לחלק דשם בשתיקה לא מהני היינו לאחר מתן מעות אבל שתיקה בשעת מתן מעות

מהני וכאן בעסוקין שתקה בשעת מתן מעות אבל מה אעשה שהכ״מ לא כתב כן והעלה דאפי׳ שתקה מקודשת ע״ש. ובאביר יעקב ס׳ כ״ד תמה על הכ״מ דהוא עצמו פ״ד הל׳ ה׳ הביא הרמב״ם היה מוכר פירות ובאה אשה וא״ל תן לי מעט מאלו וא״ל אם אתן לך תהי מקודשת לי אם אמרה הן ונתן לה ה״ז מקודשת ושם תמה הכ״מ למה צריכה לומר הן אפי׳ שתקה כל שקיבלה סגי. הרי דהוא עצמו ס״ל דשתיקה מהני וע״כ כתבו לחלק דהרמב״ם דמצריך שתאמר הן איירי בנתן לה בשתיקה אבל מדבר עמה ונתן לה סגי בשתיקה. וכ״כ בשער אשר ס׳ ל׳ דכל שמדבר עמה ונתן לה מיד ושתקה ליח מאן דפליג דמהני.

ה. **ובחיים** לעולם ס׳ ב׳ בנידון שאשה דיברה עם הבעל על עסקי קדושין ונתן לה הבעל בשתיקה כתב להקל מטעם ס״ס ספק נתינה בשתיקה מהני או לא וא״ת מהני שמא בנתן הוא ואמרה היא דהגמ׳ העלתה בספק שמא לא מהני. אלא לבי נוקפי שלא לעשות ס״ס כזה משום ליח מאן דחש לדעת הכ״מ להקל ואף מר״ן בשו״ע סי׳ ל״א הביא דיעה זו דבעינן שתאמר הן ולכן קשה לעשות ס״ס להקל ואם ראינו לרבי דוד בן הריב״ל דחש לה היינו לחומרא אם בא אחד וקידשה ולכן בנידון דידן שתיקה מהני. ובס׳ משמרת הקדושין הביא דעת החולקים על הכ״מ ומ״מ צירף דעת הכ״מ לס״ס ובקונטרס אחרון למקנה כתב דהא דהרמב״ם הצריך שתאמר הן היינו לחומרא דאינה מקודשת ודאי רק באמרה הן אבל לא אמרה הן הוי ספק ולכן יש לעשות ס״ס ע״ש.

ויש להסתפק בכל עסוקין האם בעינן שהעדים נמי ידעו שהם עסוקים או סגי הודאתם ובברך משה ס׳ ל״ו דף קכ״ז טור ב׳ כתב דמסתיימת הפוסקים משמע דבעינן שהעדים ידעו דעסוקין כיון דחלות הקדושין היא בזה שהם עסוקים ולכן כל שהעדים לא ידעו שהם עסוקין הוי כמקדש בלא עדים וכ״כ בשו״ת ישכיל עבדי ס׳ כ״ה ע״ש. אך בתשובת רבני ארם צובה שבברך משה ס׳ ל״ח כתב דמשמע ממהר״ם מרוטנברג המובא בסוף פרק האיש המקדש והביאו הרמ״א משמע דלא בעינן שהעדים ידעו דמדבר עמה על עסק׳ דכתב דאם אין עדים שנתרצית רק יודעים שקבלה והיא מודה שנתרצית מקודם צריכה גט ואפילו לא דיבר עמה בשעת נתינה. וכתב הח״מ בס״ק ט׳ דעובדא דמהר״ם מרוטנברג היתה שדברו בתחילה על עסקי קדושין רק מיירי שהם לבדם יודעים שנתרצו ולא העדים ובשעת הנתינה א״ל לשם אהבה וחיבה ושניהם כיוונו לשם קדושין בזה כתב מהר״ם דאפילו לא דיבר עמה צריכה גט. ומזה הוכיחו רבני ארם צובה לסתור דברי ברך משה. אמנם במעשה אליהו מערכת ב׳ כתב בפשטות דבעינן עדים שיעידו דהיו מדברים על עסקי קדושין וכ״כ הריטב״א דפשוט דנתינת כסף בעינן בפני עדים. וכ״כ באבן יקרה ח״א ס׳ ל״ב דדבר פשוט הוא דמקדש בלי עדים אינה מקודשת, וכ״כ בדעת מרדכי ח׳ ג׳ דכיון דבקדושין בעי עדים בעינן שהעדים ידעו דהיו עסוקין בצרכי קדושין.

ו. **וכתב** הרמ״א דלא בעינן עסוקין באותו ענין אלא אפי׳ מענין לענין וכ״כ המרדכי סו״פ האיש מקדש וכ״כ הרשב״א והוא מתשובת מיימון הלכות אישות סי׳ כ׳ ובגמרא קידושין אמרינן היה מדבר עם האשה על עסקי קידושיה ולא פירש רבי יוסי אומר דיו רבי יהודה אומר צריך לפרש אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שעסוקין באותו ענין כתנאי רבי אומר והוא שעסוקין באותו ענין רבי אליעזר ברבי שמעון אע״פ שלא עסוקין אי דלא עסוקין מנא ידעה מאי קאמר לה אמר אביי מענין לענין באותו ענין אמר רב הונא הלכה כרבי יוסי וכתב הרשב״א דהאי כתנאי לאו אמילתא דשמואל אלא אעיקר פלוגתא דרבי יוסי ורבי יהודה ורבי אלעזר בריה דרש״י ס״ל כרבי יוסי הלכך מענין לענין סגי.

ודעת העיטור דמענין לענין לא מהני דס״ל הלכה כרבי וכ״כ הר״ן דקימ״ל הלכה כרבי מחבירו וכתב בב״י שכן דעת הריי״ף. ובעצמות יוסף תמה על הב״י דהריי״ף ס״ל כדעת הרשב״א וברכת המים כתב דהריי״ף היתה לו גירסה משובשת. וכן נראה דעת הרמב״ם דהשמיט מענין לענין רק פסק בפ״ג הל׳ ח׳ והוא שעסוקין באותו ענין וכו׳ משמע דרק באופן זה דפסק כרבי ועיין בעצי הארזים דהביא ירושלמי גיטין דמוכח דרבי סבר כרבי יוסי דלא צריך לפרק והיינו דמהני מענין לענין ואילו בקדושין כתב דוקא עסוקין באותו ענין. וע״ז כתב לחלק בין גיטין לקדושין דבקידושין בעינן דוקא בעסוקין ובגט אפי׳ לא עסוקין והוכיח כן מרמב״ם דכתב פ״א מגירושין היה מדבר עמה על עסקי גיטה ונתן לה ולא אמר כלום ה״ז גט כשר ולא מצריך עסוקין באותו ענין ואילו בקדושין פ״ג כתב והוא שעסוקין באותו ענין אלא ודאי יש חילוק בין קדושין לגיטין ובעצמות יוסף תמה על הרמב״ם ולפי הנ״ל ניחא דהרמב״ם הוציא את הדין מהירושלמי ולכן כתבו האחרונים דמענין לענין בקדושין יש להחמיר כדעת הרשב״א ומה גם דיש סוברים שגם הריי״ף ס״ל כן.

ז. **ובדין** מדבר עמה כתב המרדכי לאו דוקא שמדבר עמה אלא כל שמדבר לפניה ובפני יהושע סי׳ א׳ כתב בעינן שידבר עמה דוקא וכן משמע מהרמב״ם דכתב דכשמדבר עמה בענין שתאמר הן כמו שהבאנו לעיל וכ״כ ערוך השולחן דהרמב״ם חולק על המרדכי אבל בים של שלמה ס׳ ה׳ כתב על דברי המרדכי שהם דברים נכונים ושכן מצא בס׳ האגודה בשם או״ז. ובתפארת יעקב הוכיח כן מהסוגי׳ דפריך על לשונות דאיבעי׳ לן אי הוי לשונות קדושין במאי עסקינן אילימא במדבר עמה על עסקי קדושין אפי׳ נתן לה בשתיקה ואי בלא מדבר עמה על עסקי קידושין מנא ידעה מאי קאמר לה ולוקמא כשמדבר עם אחרים בפניה על עסקי קדושין דלא הוי מדבר עמה אלא ודאי כל שמדבר עם אחרים בפניה מהני וכ״כ בי״ד דוד פ״ג אות ק״ב להוכיח מהגמ׳ ע״ש. וכ״כ באדרת אליהו סי׳ י׳ דכל הקפידא שתדע שנתן לה לשם קידושין ולכן כל שמדבר לאחרים בפניה מהני. וביד אהרון הגה״ט אות ט׳ הביא ראי׳ מהרש״ך דבעינן מדבר עמה אבל כל שאמר לעדים תראו אני נותן לה חפץ זה לקדושין ונתן בשתיקה לא מהני וכן דייק הרב אדרת אליהו הנ״ל. אבל בצל הכסף ח״ב ס׳ כ״ז בתשובת הרא״ש גאטיניו כתב לדחות דלא אמר הרש״ק אלא בדברים הנאמרים בשעת קדושין בזה בעינן שיאמר לה אבל מדבר על עסקי קדושין גם מדבר לאחרים ונתן לה מהני ויש שכתבו דאם לא מדבר עמה ממש הוי ספק קדושין וכ״כ מהריב״ל ח״א ס׳ כ׳ ובשו״ת בנו שהביא הוכחה דהרמב״ם לא ס״ל כהמרדכי ולכן יש לפסוק לחומרא וכ״כ בס׳ עבודת ד׳ סי׳ י״ד דאם קידשה שני היא מקודשת לו. וכ״כ בשו״ת פני יצחק אבולעפיא ח״ב ס׳ י״ב דהדבר בספק וחיישינן לקדושין.

ח. **ויש** להסתפק כשהיא דברה אתו על עסקי קדושין ונתן לה הבעל בשתיקה אי מהני. וראיתי במהריב״ל ח״ג סימן ס״ו דכתב דזה תלוי בפ׳ הסוגיא תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך אי בעינן שיחזור ויאמר לה הרי את מקודשת לי במה שנתתי על פיך או סגי בנתינה לבד. והר״ן כתב שם דהעיקר כדעת הרמב״ם דבעינן דיחזור ויאמר לה הרי את מקודשת לי במה שנתתי על פיך ואם לא חזר ואמר לה הוי ספק קדושין. וכ״כ במשנת ר׳ אליעזר דיטולידו ח״ב ס׳ י״א בנידון שרק אבי הבת הקטנה דבר בעסקי קדושין וכתב כיון דרובא דרבוותא ס״ל כהרמב״ם לכן בעינן שיאמר אח״כ הרי את מקודשת לי וכל שלא אמר הוי כנתן הוא ואמרה היא דהוי ספק. ופסקו הרי״ף והריטב״א דהספק מדרבנן דמדאורייתא לא מקודשת דבעינן אמירה דידיה ונתינה דידיה. וכ״כ בחיים לעולם ס׳ א׳ בנידון שנתנה לו טבעת ושאלה אותו האם את רוצה לקדשני בטבעת זו ושאל אותה אם היא נותנת לו הטבעת במתנה והשיבה הן ונתן לה הטבעת בשתיקה כתב ע״פ הרמב״ם דבעי שיאמר לה אח״כ וכל שלא אמר לה חסר בכי יקח איש אשה.

ט. **וכן** יש להסתפק כשהיא דיברה עמו על עסקי קדושין וענה הן האם חשיב כאילו אמר לה כדעת הרמב״ם או בעינן שיאמר לה בפירוש. וקרית מלך רב פ״ג הלכה ב׳ הסתפק בזה באופן דאמרה לו האם תרצה לקדש אותי וא״ל הן ונתן לה בשתיקה האם מהני או בעי דבור ודייק מהר״ן דכתב בנתן הוא ואמרה היא משום שהוא לא דבר כלום הא כל שאמר הן הוי דבור ומקודשת וכ״כ הרמ״ה בנתן הוא ואמרה היא וענה הן הוי כנתן הוא ואמר הוא. וכ״כ בלבושי מרדכי ח״ב ס׳ ל״ו באופן דא״ל אתה רוצה לקדשני וענה ברצון רב ונתן לה בשתיקה דמהני.

וכתב בס׳ מצות כהונה ס׳ ד׳ בנידון הנ״ל דהבעל אמר הן וחזר וא״ל הרי את מקודשת ולא אמר לי העלה דגם לפוסקי׳ דאם לא אמר לי לא מהני מ״מ בנידון זה לכו״ע מהני ומקודשת ודאי. ויש לדון בזמננו דמקדשין תחת חופה בהתאסף ראשי עם והרב ועושין לשם כך סעודות גדולות והכלה לובשת שמלת חופה ונתן לה בשתיקה ולא אמר לה הרי את מקודשת לי אי מהני וראיתי בספר דברי מלכיאל ח״ג ס׳ קמ״ד דכיון דקימ״ל דאם עסוקין באותו ענין ונתן לה בשתיקה סגי לכן בנידון דידן שעומדים תחת החופה וברכו ברכת אירוסין ונתן לה בשתיקה מהני ולא נאמן לומר שלא היתה כוונתו לקדשה דדברים שבלב אינם דברים. וקימ״ל בש״ס ופוסקים דבעסוקין באותו ענין אף בשתיקה מקודשת ולכן בזמננו אנו דאם לא היה חפץ לקדשה לא היה בא לחופה והוי אומדנא דמוכח דרצונו לקדשה ומה שלא א״ל הרי את מקודשת לי או שלא ידע או שכח וכ״כ בזקן אהרון וואלקין ח״א ס׳ פ״ד דהתאספות לשם קדושין הוי מדבר עמה. וכ״כ בערוך השולחן ס׳ ס״ז סעיף א׳ דהיום שמתכנסין תחת החופה הוי כמדבר עמה על עסקי קידושין ונתינה בשתיקה מהני. וכ״כ בחידושי תלמיד הרשב״א דהיום שמביאין האשה לבית בעלה ע״מ להתקדש הוי מדבר עמה. וכ״כ בפני משה ס׳ פ״ח לדייק מדברי ריב״ש ס׳ ה׳ דאספת קהל וישיבת הכלה בבמה הוי כמדבר עמה על עסקי קידושין וכל שנתן בשתיקה מהני. ובאשר לשלמה אבן דנן ס׳ ב׳ כתב דהריב״ש מסתפק בזה

דכתב "ואף אם נאמר שאין אמירתו מעכבת כשהתאספו הקהל" משמע דהריב"ש נקט דהדבר בספק מ"מ מהני כיון דרוב הפוסקי' ס"ל דהוי כמדבר על עסקי קידושין וכ"כ בכתב סופר סו"ס ל"ח ובלבושי מרדכי ח"ב ס' ל"ד ודו"ק. וכ"כ בשושנים לדוד אות ק' מובא בליקוטי דינים דגם באופן דקידש ולא א"ל הרי את מקודשת לי דאמרינן דכל שלא אמר לי להרבה פוסקים לא מקודשת מ"מ כל שיושבת תחת החופה וכל העם מסביב סגי. וכ"כ בנחלת בנימין סי' ז' באופן שעמדו החתן והכלה תחת החופה והחתן לא אמר לה לי דמהני דהוי ידים מוכיחות. וכ"כ בתפארת יעקב דכל שברכו ברכת אירוסין אע"פ שלא אמר לי מהני דאם נאמר שלשלוחו קדש א"כ הוי ברכה לבטלה ודו"ק.

י. **ובמקום** דלא חלו הקידושין אפילו א"ל אח"כ הרי את מקודשת לי לא מהני עד שיקח הכסף מידה ויתנו לה שנית ומקור הדין הוא הרשב"א וה"ה בפ"ג דאישות הלכה ד'. והקשה הט"ז ס"ק ז' על הרמ"א למה צריך ליטול הכסף ולחזור וליתן אף שבגט שלא אמר בפני נכתב נוטלו וחוזר ומוסרו לה מ"מ הא לא דמי בשלמא בגט אם לא מהני הרי הגט בידה בפקדון שלא מהני ובעינן נתינה משא"כ בקדושין אם לא חלו קדושין הרי הכסף פקדון ובקדושין מהני ונשאר בצ"ע ושם בס"ק ג' הביא דברי הרשב"א בחפץ הצריך שומא ולא שמו אותו וקידשה בו אם שמו אותו אח"כ חוזר ומקדשה ולא צריך שומא והעלה הט"ז דלא צריך ליטלו ממנה אלא מספיק אם א"ל הרי את מקודשת אע"פ שלא נטל ממנה ע"ש. והב"ש ס"ק ג' הביא קושית הט"ז ועוד הוסיף להקשות דבגט עצמו כשהנתינה לא היתה כדין כגון שלא היתה נתינה כשרה מספיק שיחזור ויאמר לה בלי שיטלו ממנה אבל באופן שהיא מגורשת קצת מנתינה ראשונה חייב ליטלו כדאמרינן בריש המגרש ונשאר בצ"ע. והב"ש לא ראה חידושי הרשב"א דלא נדפסו עוד בזמנו לכן הביא דברי הרשב"א רק מהרב המגיד והמקור בגט דמהני דיבור אח"כ כגון א"ל כנסי שטר חוב זה ואח"כ א"ל ה"ז גיטך מהני וכן הקשה הלחם משנה פ"א מגירושין הל' ט' על הרשב"א וכתב בקידושין דבעינן אמירה מהתורה מדין כי יקח לכן בעינן דיטול ממנה כיון שכל שלא אמר לא מקודשת הוי רק מדרבנן לכן חוזר ונוטל ממנה אבל בגט נתינה לבד מהני ואמירתו הוי רק מדרבנן לכן אם אמר אחר הנתינה כשר והקשה מפקדון וכתב כיון דנתן לה בסתם ואח"כ אמרה הן כיון דלא ברור לשם מה נתן לה בעינן שיטלו ויחזור ויאמר לה משא"כ כשהיה אצלה פקדון שנתן לה בתורת פקדון וכ"כ המקנה בקו"א בשם הרשב"א דחילק כן דבכנסי שטר חוב סגי אח"כ אמירה משא"כ בקדושין בסתם שהיא יכולה לומר לו אתה התכוונת לקידושין אני התכוונתי אלא למתנה לכן בעינן שיחזור ולקחת החפץ ממנה ולקדשה שנית. ותמה המקנה על הב"ש שלא הזכיר דברי הרשב"א ולק"מ דטרם הודפסו בזמנו וכמ"ש האחרונים לישב. והטעם בקדושין כתב המקנה כיון דנתן סתם הוי ספק למה נתן ולא מוציאין ממנו מספק כיון דהיא מוחזקת ועוד אפי' שיש חזקת מרא קמא מ"מ יש לאשה חזקת פנויה נגד הויא מוחזקת ודו"ק.

סימן יא

קנין שטר בקדושין

א. **דף** ט'. ת"ר בשטר כיצד כותב לו על הנייר או על החרס אע"פ שאין בו שוה פרוטה בתך מקודשת לי בתך מאורסת לי וכו' ה"ז מקודשת. ואי בעינן אמירה בעת נתינת השטר כמו שצריך אמירה בקדושי כסף כתב המאירי בשם חכמי מן ההר שבקדושי שטר לא בעינן אמירה והוכיח מהסוגיא לעיל דף ה': בקדושי כסף בעינן שיאמר לה הרי את מקודשת לי וכאן בגמרא אמרה רק כותב משמע דלא בעינן אמירה, והטעם בכסף שדרך לתיתו למטרות שונות בעינן אמירה לשם מה קבל הכסף אבל בשטר שכתובה בו לשון קדושין לא בעינן אמירה, וכן מוכח מרש"י בתחילת פרקין שבקדושי כסף וביאה כתב שצריך לומר לה שמקדשה בהם ואילו בשטר כתב כותב לה ובפסקי הרי"ד דף ה'. כתב בקדושי שטר לא צריך לומר לה הרי את מקודשת לי אבל מאידך צריך לומר לה הרי זה קדושיך כשם שאומר בגט ה"ז גיטך, ובגט עצמו מצאנו מחלוקת אי בעינן שיאמר לה ה"ז גיטך דלדעת הרמב"ם הגט כשר מדאורייתא גם אם לא אמר דבר מגורשת ואילו הטור והר"ן ס"ל אם מסר גט בלי

דיבור אינו גט. וכתב הב"ש בס' קל"ו ס"ק א' שבקדושי שטר יש להחמיר מכיון שאין ניכר אם דעתה על הקדושין ולכן צריך אמירה אבל הסוברים שבגט בנתינה בלי אמירה בטל נראה שהוא הדין בשטר הוי קדושין אבל לסוברים שלא צריך אמירה בגט יש לדון אם בשטר קדושין בעינן אמירה מדאורייתא כדי שיהיה ניכר אם רצונה להתקדש, ובפנ"י קונטרס אחרון אות י' מביא הטור ושו"ע וכותב לא נראה כשמחייבים אמירה בקדושין ומשאיר הדבר בצ"ע .

והרמב"ם פ"ג דאישות הלכה ג' כתב שכותב לה על הנייר או על החרס או כל דבר שירצה הרי את מקודשת לי וכו' ונותנו לה לפני עדים, ואילו במקדש ע"י שליח כתב שליח האיש שמקדש אומר לה הרי את מקודשת לפלוני בכסף זה או בשטר זה וכו' הרי דלגבי הבעל המקדש בשטר לא הזכיר אמירה ובאור שמח עמד על כך שבשטר צריך אמירה ואפשר דוקא במקדש ע"י שליח.

ב. **וקימ"ל** בכל הקנינים דמוכר שכותב שטר כותב בו שדי מכורה לך וכאן הקונה או"ל הרי את מקודשת לי, וזה הלכה למעשה מסיני דילפינן מכי יקח איש אשה דמשמע שלא תקנה את עצמה, וכן בקדושי קטנה דילפינן את בתי נתתי לאיש הזה כותב בשטר בתך מקודשת לי, והגר"א בס"ק ח' הביא ירושלמי שכתב שאם האב כתב בשטר דקדשתי בתי לפלוני מקודשת, אמנם מגמרא דידן לא משמע כן ואפי' בדיעבד לא מהני, וכתב בערוך השולחן סעיף ד' כיון דשטר קדושין וילפינן מגט בעינן כל הדינים שנאמרו בגט וחש"ו פסולין לכתוב. ובכתיבת הגט יש מחלוקת ראשונים אם זה מדין שליחות או לשמה דאי משום לשמה בחש"ו וגדול עומד על גביו כשר, ואם מדין שליחות חש"ו לאו בני שליחות הם. ובספר גט מקושר למהרי"ט סי' ה' דן בזה וכתב נ"מ לענין קדושין וכתב המאירי דכל דבר שפוסל בגט מדאורייתא פוסל בקדושין וכל דבר שפוסל מדברי סופרים לא פוסל בקדושין כגון בפני נכתב ונחתם וכן חתימת עדים זה שלא בפני זה ומסתפק במה שאמרה הגמרא גיטין י"ט עדים שלא יודעים לחתום מקרעין להם וחותמים ובשאר שטרות לא מהני והספק בקדושין אם מועיל מקרעין להן דגיטין וקדושין חד הוא, אמנם בפסקי הלכות יד דוד ח"א דף ל"ד: פשט ספקו של הרב גט מקושר דאם ציוה שלא בפני עדים כשר השטר ואשה נישאת בו אפילו לכתחילה משום שלאו לכל הפרטים מדמין לגט, וכן אין צריך עדים בשעת הכתיבה ואין צריך שיצוה הבעל בפני עדים לכתוב השטר. ובגט שנמסר רק בעדי חתימה נחלקו הרי"ף והרמב"ם נגד בעלי התוס' האם מה שאמר ר"א עדי מסירה כרתי הפירוש אף עדי מסירה או לפי תוס' רק עדי מסירה ועדי חתימה לא מהני. ודעת הרי"ף ורמב"ם אם מסר לה גט בינו לבינה חתום ע"י שני עדים מגורשת, והתוספות חולקים וכן הובא בשו"ע ס' קל"ג, וכתבו הח"מ והב"ש דפלוגתא זו שייך הכא בקדושין, ע"ש. ובלחם משנה פ"ג דאישות הלכה ג' תמה על הרמב"ם שלא הזכיר נתן לה שטר קדושין בינו לבינה בעדי חתימה דמהני כמו שכתב בהלכות גירושין פ"א דלכאורה אף עדי מסירה כרתי ובקדושין מ"ח. איתא דהא דתניא התקדשי לי בשטר ר"מ אומר אינה מקודשת היינו בלי עדי חתימה אבל אם היו עדי חתימה היתה מקודשת ומשמע לדר"מ שטר קדושין בעדי חתימה מהני וסיים ולא ידעתי למה לא הזכירו כאן רבינו, ע"כ.

ובדרכי נועם סי' נ"ב כתב נמי שכן דעת הרמב"ם דאחר שהביא דברי הלחם משנה הנ"ל דייק מדברי רבינו ירוחם נכ"ב ח"א דסובר נמי דבעדי חתימה לבד מקודשת וכ"כ בישא ברכה על רבינו ירוחם דלדעת הרי"ף והרמב"ם אף עדי מסירה ומיהו לכתחילה בעינן שניהם עדי חתימה ועדי מסירה, וכתב עוד הדרכי נועם דמה שהרמב"ם לא כתב כן בהלכות קדושין כיון דסמך על מה שכתב בהלכות גירושין ולדינא הוא הדין בקדושין ולאחר שהביא בדף קמ"ד ד' לענין כתב בכתב ידו וחתם עד אחד דדעת הרמב"ם רק גבי גט מהני ולא בקדושין כתב לפ"ז יש להסתפק לפי הרמב"ם אם בשטר קדושין סגי בעדי חתימה לבד, ואע"ג דאיתקש הויה ליציאה מ"מ הא חזינן לגבי כתב ידו ועד כשר רק בגט, וגבי קדושין לאו כלום הוא, דאין דבר שבערוה פחות מב' ומה שכתב גבי גט כתב ידו ועד או כתב ידו לחוד לדעת כמה פוסקים היינו מטעמא שכתבו הריטב"א בקדושין ס"ב ונימניה כיון דבגט כתוב וכתב משמע אפילו הוא בעצמו ולמהרי"ט סגי גבי גט בחתימה לחוד, משא"כ בקדושין כיון דכתיב על פי שני עדים יקום דבר, בעינן מפיהם ולא מפי כתבם, דהיינו שיתן בפניהם ולא יסמוך על חתימתם. ובזה נסתלקה תמיהת הלחם משנה הנ"ל די"ל דהרמב"ם סובר דבשטר קדושין לא מהני עדי חתימה לבד שמסרו לה בינו לבינה אלא צריך עדי מסירה שהם עדי קדושין.

וכ"כ בעצי ארזים להסביר דלדעת הרמב"ם לא מהני עדי חתימה לבד בקדושין והטעם דחכמים תקנו

שעדים חותמים על הגט מפני תיקון העולם לכן אם מסר גט בחתימה לבד סגי דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש והם תקנו עדים בחתימה. אבל בקדושין לא תיקנו חכמים חתימה לכן בעינן רק עדי מסירה וכ״כ במרכבת המשנה על דברי הלחם משנה דלהרמב״ם יש הבדל בין מסירת גט בינו לבינה לקדושין דבעינן דוקא עדי מסירה, ובחזו״א סי׳ ק״א אות י״א לאחר שכתב שדעת הרשב״א והריטב״א ונמוקי יוסף דבשטר קדושין מהני בעדי חתימה שהרי נסתפקו אפי׳ בכתב ידו אי מהני בקדושין מ״מ סיים כיון דאם יקדשנה רק ע״י עדי חתימה יש לחוש שמא תכבוש השטר ושום אחד לא ידע שהיא נשואה ולכן לכו״ע בעינן עדי מסירה, ובישא ברכה שעל רבינו ירוחם דף ט׳. הביא דברי הים של שלמה ביבמות פ״ג דין י״א דבקדושין לכו״ע עדי מסירה כרתי.

אמנם כמה פוסקים ס״ל דלהרמב״ם שווין קדושין לגירושין וסגי בעדי חתימה לבד, כ״כ בדינא דחיי עשין מ״ח דף ט״ו: ומוכיחים מהגמרא גיטין ט. גבי ג׳ דרכים שוו גיטי נשים לעבדים ובגמרא אמרה דחשבינן רק מילתא דליתא בקדושין ואם איתא כדברי הדרכי נועם ליתני נמי מסרו לה בינו לבינה בקדושין מהני, וכן הוכיחו ראיה זו מהרי״ט אלגזי בספרו גט מקושר סי׳ ט״ו ובתפארת יעקב ס״ק ב׳ כתב דזה תלוי במחלוקת שהביא מרן בשו״ע ס׳ ל״ב סעיף ד׳ יש אומרים דבעינן שמו ושמה בשטר קדושין דהיינו דילפינן מגיטין ולכן מהני עדי חתימה לבד בשטר קדושין כמו דמהני בגט במסר לה בינו לבינה בעדי חתימה לבד, ולדעת החולקים וס״ל דלא בעינן שמו ושמה בשטר קדושין מוכח דלאו לכל מילי הוקשו הויה ליציאה ולכן בקדושין בעינן עדי מסירה מדין אין דבר שבערוה פחות מב׳.

ג. **ובספר** המקנה בקונטרס אחרון סי׳ ל״ב הסתפק למ״ד דבשטר קדושין כשר בעדי חתימה לבד ממתי מקודשת האם מזמן הכתיבה או המסירה דקימ״ל בעדי חתימה עדיו בחתומיו זכין לו, וכתב דלדעת הב״ש והחלקת מחוקק דלהפוסקים בגט סגי בעדי חתימה לבד הוא הדין בקדושין וכיון דבקדושין בעינן שיכתבו מדעתה וכתב הריטב״א דבעינן שיכתבו ויחתמו בשליחותיה א״כ כל שכן דעדי חתימה זכין לה ומתקדשת משעת חתימה. דכיון דזכין לה הם עצמם עדי מסירה, אלא דבעינן דמטי לידה ואז מתקדשת למפרע משעת חתימה והכי משמע לישנא דברייתא בסוגיא שם שלא הוזכרה הנתינה ונפקא מינה דאם קיבלה קדושין מאחר ואח״כ בא השטר לידה מקודשת למפרע לראשון. ובזה יש לישב קושית הלחם משנה למה הרמב״ם השמיט דין שטר קדושין שנמסר בינו לבינה, דכיון דנמסר מדעתה ורצונה הרי הן הן שלוחיו הן הן עדיו ולכן פשוט דמהני ואף הרמב״ם דלא פסק כאביי לגבי שטר חוב מ״מ הכא שכותבים מדעתה ורצונה עדיו בחתומיו זכין לו דאמרינן הן הן עדיו הן הן שלוחיו אלא לפי מה שכתב הרא״ש לחלק לדעת הרי״ף בין מכר להלואה לענין עדיו בחתומיו זכין לו י״ל דה״נ יש לחלק וצ״ע.

והוסיף להקשות מהא דאמרינן בגיטין דף י׳. והא חזרה גופא איתא בקדושין וכו׳ ומאי קשיא הא לרב פפא ורב שרביא צריך השטר קדושין מדעתה וכיון דהתם קאי אר״מ כדאמר בברייתא וכדברי ר״מ בארבעה ולר״מ בעינן עדי חתימה נמצא שעדים בחתימתם זכין לה ואין הבעל יכול לחזור וכו׳, אך נראה דאין מזה קושיא דהתם קאי אליבא דרבא כדאמר שם בשלמא לרבא וכו׳, אלא לרבא קשיא וכו׳ ורבא ס״ל בקדושין דף ט׳. דלא בעינן כתיבה מדעתה ולהנ״ל י״ל דע״י עדי חתימה מקודשת למפרע, יש לישב לשון הרמ״א בריש סי׳ מ׳ דכתב דיש אומרים בקדשה בשטר לאחר ל׳ יום ונאבד השטר תוך ל׳ יום אינה מקודשת ואינו מובן דלא מצאנו מי שחולק על כך ולהנ״ל יש לומר דאיכא עדי חתימה בשטר קדושין א״כ למ״ד עדיו בחתומיו זכין לו הו״ל כמו מעכשיו ולאחר ל׳ יום דמקודשת אף שנאבד השטר תוך ל׳ יום, אך בחידושי כתבתי דלהסוברים בסימן קכ״ג דבעינן שליחות הבעל בחתימת העדים משום דהעדים שלוחי הבעל נינהו בחתימתם א״כ לא שייך לומר עדיו בחיתומיו זכין לו כיון דזכיה מדין שליחות א״כ הו״ל העדים כמו שליח קבלה לאשה וקימ״ל דשליח הולכה של הבעל לא נעשה שליח של האשה, כדאיתא בגיטין כ״ד. וס״ג: ואף למאי דקימ״ל כר״א דכתב לא קאי לא על החתימה אלא על הכתיבה שפיר י״ל דעדיו בחתומיו זכין לו.

ומסיים דכיון דכבר כתבנו בחידושינו דבגט בעינן שליחות בנתינה כדי למנוע טלי גיטך מעל גבי קרקע, א״כ א״א לומר דעדיו בחתומיו זכין לו, דכיון דע״ז נעשו שלוחי הבעל על הנתינה א״כ שוב אינם יכולים לזכות לה בתורת שליח קבלה דקימ״ל בגיטין שם באופן דנעשה שלוחו ושלוחו הוי ספק מקודשת וצ״ע. ובטיב קדושין ס״ק ב׳ תמה על המקנה דהתוס׳ בב״מ כ׳. כתבו דהא דבשטר שחרור אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו מטעם

תקנה ונסתפקו בשטר שחרור אם מותר בבת חורין משעת חתימה א״כ לענין קדושין פשיטא דלא תקנו לעשותה א״א למפרע, ועוד קשה דהיאך אפשר לומר שיזכו העדים משעת חתימה, הא בגיטין פסול מדין טלי גיטך מעל גבי קרקע, ולא מהני שיזכו וגם בשטר קדושין איכא הך סברא ולפ״ז קשה גם בשטר שחרור איך אפשר לומר עדיו בחתומיו זכין לו כיון דלא קיבל הגט ובשעת חתימה עדיין אין נתינה, ואיך אפשר לתקן עדיו בחתומיו זכין לו וצ״ל דמ״מ תקנה היא ולפי האמת אפשר דלא אמרינן עדיו בחתומיו בשטר שחרור וכמו דמשמע כן מדברי הרא״ש פ״ק דב״מ ס׳ מ״ו ובגיטין י״ג אמרינן אם לא מסרו מיד ליד כתבו רש״י ותו דלא משוחרר.

ד. **בשטר** קדושין צריך לכתוב הרי את מקודשת לי מה הדין אם כתב פלונית מקודשת לי כתב בספר שמחת יו״ט סי׳ ס״ו להוכיח מהגמרא בקדושין דף ט׳. בקידש בוגרת בשטר אפי׳ ע״י אביה שעשאתו שליח צריך לכתוב הרי את מקודשת לי וכתבו הרמב״ן והרשב״א והר״ן דבכתב לו בתך מקודשת לי ונתן השטר לאביה שנעשה שליח עבורה לא חלו קדושין, כיון דלאו ברשות אביה קימא הו״ל ככותב לאחר פלונית מקודשת לי, דלאו דומיא דגירושין נינהו דבגט לא בעינן שידבר עם השליח פלונית מגורשת ממני, ע״ש. והטעם דבכתב בתך מקודשת לי בבוגרת הרי מוכח מתוך השטר שכאן האב מקדשה שלא מחמת עצמה ואף שבגרה איכא למטעי משום שכן הדין בקטנה אבל יש להוכיח כן מהא דבעשתה שליח לאחר או לאחיה נמי לא מהני שיכתוב אחותך או פלונית ששלחתך מקודשת לי שלא מצאנו בגט שידבר עם השליח ובהא ליכא למטעי דמקודשת ע״י שליח אלמא בסתם שליח דבעינן שידבר עם האשה בלשון שבשטר והעלה דבעינן בין בגט בין בקדושין בעינן שיכתוב לה הרי את מקודשת או מגורשת וטעמא דכתיב וכתב לה וילפינן מינה לקדושין דיכתוב לה והוסיף דכ״ז לדעת הרמב״ן והרשב״א והר״ן, אבל לדעת הריטב״א שם פירש דגם בבגרה כשקידשה ע״י אביה מסתבר דסגי באומר בתך מקודשת לי.

וכ״כ המאירי דאע״ג דשליחה הוא ואינו בעל דבר מ״מ מהני משום דלא בעינן שידבר עם האשה לא בקדושין ולא בגרושין אלא שידבר הוא, ואילו עשתה שליח לאחיה יכול לכתוב פלונית אחותך מגורשת ולא צריך לאיזדהורי אלא שיהיה כתוב בלשון בעל השטר ולא בלשון עדים, הרי משמע דאפי׳ כתב בלשון נסתר מהני, ואין ללמוד מפסוק וכתב לה דמשמע בלשון נוכח, ליתא דהא וכתב לה לענין לשמה קאי, והעלה דזה תלוי במחלוקת ר״מ ור״א דוכתב האם קאי אכתיבה או אחתימה ולדעת ר״מ דוכתב אחתימה קאי אין קפידא לכתוב לנוכח, ולר״א דוכתב אכתיבה קאי יש לכתוב לנוכח, ולכאורה הרי קימ״ל כר״א דוכתב אכתיבה והוסיף די״ל דלהרמב״ן לאו מדכתיב וכתב ילפינן אלא דכיון שלא מצאנו בשום דוכתא שידבר שלא לנוכח האשה ולכן משפט הגט שידבר לנוכח האשה והרדב״ז כתב באופן דאם קיבל קדושין עבור בתו הבוגרת, וכתב הרי את מקודשת לי ובשעת המסירת השטר א״ל בתך מקודשת לי העלה דלשון השטר היא הקובעת, והרי כתב כדין ולשון שאמר בעת המסירה אף דאינו לשון חכמים מ״מ אינו מכחיש מה שכתוב בשטר דהא קושיא הוא דהיא בתו, ואם היה הדבר הפוך שכתב בשטר בתך מקודשת לי אפילו אמר בעת הנתינה הרי את מקודשת לי אינו כלום דהא בשטר מתקדשת ולא בדבור, וכ״כ הר״ן שיש הבדל בין נוסח האומר לאב כשמקדש בכסף לנוסח הכותב בשטר כיון דבקדושי כסף הוא עושה הקנין והאמירה באה לפרשו לכן סגי אם אומר בתך מקודשת לי, אבל בקדושי שטר שבשטר עושה את הקנין והוא עיקר בעינן שיכתוב לשון מדויקת שיהיה מכוון למי שמקבל הקדושין, אבל גדולה המתקדשת בשטר ועשתה אביה שליח יש לכתוב הרי את גם כאשר נמסר השטר לאביה, אבל כשמוסר השטר ואומר לאביה בע״פ בבוגרת אומר לו בתך מקודשת לי כמו בגט כשאומר לשליח קבל גט זה לבתך או לאחותך.

אבל הרמב״ם מביא את הנוסח הרגיל של השטר שכותב הרי את מקודשת לי, ואינו מפרט ההבדל בין קטנה לגדולה, ובשו״ע הביא ב׳ נוסחאות כותב הרי את ובקטנה כותב בתך מקודשת לי, אך אינו כותב את הדין כששינה מנוסח זה הרמ״א סי׳ ל״ז ז׳ כתב כשמקדש הקטנה אומר לה הרי את מקודשת לי ואם אמר בתך מקודשת לי מהני דהיא במקום אביה עומדת אע״ג שנותן לה הקדושין, ובישא ברכה הרבה לתמוה על הרמ״א והביא דברי הר״ן שכתב ומ״מ כי אמרינן בתך מקודשת לי אפי׳ יהיב לה לדידה מהני בקדושי שטר, אבל בקדושי כסף אפי׳ לקטנה אומר הרי את מקודשת לי, וחידש דבקדושי כסף אם א״ל בתך לא מהני ולא חלו קדושין והביא דברי הריב״ש בס׳ תע״ט שכתב בנידונו ואם מפני שאמר המקדש לכלה הרי בתך מקודשת לי ולא אמר לה הרי את אין בכך כלום כיון דקדושין חלין מכח אביה, ומטעמיה מקבלת אותם הרי

הוא כאילו מדבר עם אביה, ואפילו מתקדשת ע״פ עצמה מהני לשון הרי בתך כדאמר בקדושין ט׳. כותב לו על הניר בתך מקודשת לי בין ע״י אביה בין ע״י עצמה מקודשת מדעתו, אלא דהמפרשים כתבו דע״י עצמה מהני לשון דהרי את, ומיהו לישנא דבתך מקודשת לי מהני לכו״ע בין ע״י אביה בין ע״י עצמה.

ומשמע מדברי הריב״ש דבתך עדיף מהרי את וא״כ איך כתב הרמ״א דהריב״ש איירי בדיעבד ואיך רצה לחבר הריב״ש עם הר״ן דהא רב המרחק ביניהם והעלה לדינא דדעת הר״ן לא מהני אלא הרי את, ולדעת הריב״ש מהני בתך ולדעת הרמ״א, הר״ן וריב״ש לא פליגי דהר״ן לכתחילה קאמר אבל בדיעבד מהני ולהריב״ש מיירי בדיעבד אבל לכתחילה מודה דצ״ל הרי את וכתב הגר״א ס״ק כ׳ דדברי הרמ״א הם מהרמב״ן והרשב״א שכתבו דאע״פ דאמרה הגמרא בשטר בתך מקודשת לי בין ע״י עצמה לרווחא נקטה אבל באמת מקודשת לי נמי מהני ונראה מדבריהם אפי׳ בקדושי כסף והר״ן חולק, ע״ש.

ומ״מ צ״ע על דברי הגר״א דהרי הלשון דבמקום אביה היא עומדת זה לשון הריב״ש ולא הרמב״ן, ובחלקת מחוקק חילק בין אם האב עומד ע״י בשעת הקדושין לעומדת לבד, דאם היא לבד איך יאמר בתך, ע״ש. וב״ש כתב דאין חילוק בין האב עומד ע״י ללא עומר דתמיד אומר לה בתך מקודשת לי כיון דהוא שלוחו. אמנם כמה פוסקים כתבו כן דאפי׳ אם האב לא עומד מהני בתך מקודשת לי אע״פ שהח״מ מגמגם בזה וב״ש אם אמר האב תן לבתי כסף ותתקדש לך דשפיר מהני בתך מקודשת לי אע״פ שלא בנוכחות אביה. ובישא ברכה דף קצ״ה הביא דברי הח״מ שמחלק בין נוכח האב ללא נוכח ותמה עליו וכן על הלבוש, דכתב דאם האב עומד ע״י אומר לה בתך מקודשת לי ותמה עליו דבדברי הריב״ש מוכח דאע״ג לא עומד על ידו, ע״ש.

אולם מצאנו לאחרונים שהחזיקו בדעת הלבוש, הט״ז והח״מ בטיב גיטין ס״ק י׳ השיג על הב״ש שהביא ראיה ממימרא דרבא דמהני בתך מקודשת לי אפי׳ באין האב עומד על ידה וציין שכן הוא בריב״ש וכתב עליו שאף דמהריב״ש משמע כן אבל אין ראייתו מוכחת דמימרא דרבא קאי אשטר ובשטר שכותבים מדעת האב שייך שיכתוב בתך מקודשת לי וכמו שכתב הח״מ וכן תמה הכנה״ג בסי׳ כ״ו הגה״ט אות ט׳ וכן משמע מהר״ן דבמקדשה ע״י עצמה בשטר דכי יהיב לה אומר הרי את מקודשת כמו גבי גט כשנותן לשליח וכן תמה בעצי ארזים ס״ק י״ז על הב״ש וכתב אע״פ שדברי הח״מ דחוקים מאד כנראה מדברי הריב״ש מ״מ דברי הר״ן ברורים כדעת הח״מ ומילתא דרבא קאי על הכתיבה בלבד, ע״ש. וכ״כ בספר יד דוד ח״א אות ר״ה דכל שאין האב עומד ואומר לה בתך מקודשת לי אין לזה שום משמעות כמו שכתב הח״מ, וגם לרמב״ן ורשב״א מהני אך ורק בשטר ע״ש.

ה. **ובשהאב** מקבל הקדושין אי מהני כשאמר לו הרי את מקודשת לי, כתב הב״ש ס״ק י׳ כשהאב מקבל קדושין עבור בתו קטנה או נערה צריך לאמר בתך מקודשת לי ולא הרי את דהא הוא לא שליח. וכתב בארץ צבי ס״ק ט״ז דלפי דברי הרשב״א שהביא בבדק הבית כאן דקטנה המתקדשת ע״י אביה אם כתב הרי את מקודשת לי לאו כלום, וכ״כ כנה״ג סי׳ כ״ז הגה״ט אות ט׳ דבמקדש קטנה ע״י אביה כתב מהר״א גאליקו בתשובה ב״י צריך שיאמר לו בתך מקודשת לי אבל אם א״ל הרי את מקודשת לא מהני וכ״כ באשר לדוד דף נ״ז. דאם אמר לאב הרי את מקודשת לא מהני אפי׳ עסוקין באותו ענין דזה גרוע ממקדש בשתיקה דאמרינן דכל שעסוקין באותו ענין מהני. וכ״כ באבני שיש (לרה״ג ש״י אבוטבול) ח״ב ס׳ כ״ט דאין כאן חשש קדושין בכלל ומותר לה להנשא דבעינן ידים מוכיחות וזה פשוט.

אולם בשמחת יו״ט סי׳ ס״ו כתב דמדברי הריטב״א משמע דמהני במקדשה ע״י האב וא״ל הרי את מקודשת לי כיון שהיא המתקדשת וליכא למיטעי מידי, וכ״כ בעצי ארזים ס״ק י״ז ומשמע מריטב״א אף בקדושי כסף אם אומר לאב הרי את מקודשת לי מהני, דכתב דבשטר בין ע״י עצמה בין ע״י אביה כותב הרי את והביא ראיה מיעוד שאומר לה הרי את ויעוד הוי קדושי כסף ע״כ. ובעצי ארזים דחה ראיתו דמיעוד אין הוכחה דהתם היא מקבלת ולשון הרי את עדיף, אבל כשאב מקבל אף דבכתיבת הגט ס״ל דהרי את מהני, ומזה למדים בקדושין מ״מ יש לחלק בין קדושי כסף לקדושי שטר, וכמו שכתב הר״ן, ע״ש.

ובשו״ת רב פעלים ח״ג סי׳ ה׳ בנידון אם קיבל קדושין עבור בתו נערה שלא בפניה וא״ל המקדש הרי את מקודשת לי כתב דלכאורה אפשר שלשון זה גרע לקדושין שנראה שהוא דרך שחוק אמנם כשנדקדק נראה

דאין זה לשון גורע מכח הקדושין, כי האב במקום הבת כיון שהיא קטנה ושפיר יכול לומר לשון זה כאילו הוא מדבר עם הבת עצמה וכ״כ הט״ז דדייק הט״ז אם אומר בתך מקודשת לי והאב עומד מהני גם אם אמר לו הרי את והבת עומדת מהני. [וצ״ע דהרב פעלים כתב וכן דעת הט״ז דמהט״ז משמע הא דמהני הרי את מקודשת באמר לאב רק בעומדת על ידו, אבל לא עומדת לא.] וכן העלה הרב שמחת יו״ט מדברי הריטב״א וכן משמע מהח״מ ס״ק ה׳ בקדושי שטר אם כתב הרי את מקודשת לי מהני וב״ש חולק אם כתב דבעינן בתך מקודשת לי ומ״מ חזינן דהדבר שנוי במחלוקת וצריכה גט לצאת ידי חובת החולקים, ע״ש. ומלשון השו״ע סי׳ ל״ב סעיף ג׳ כתב דאם היא קטנה או נערה ומתקדשת ע״י אביה בשטר כותב בתך מקודשת לי, ומקורו מהגמרא אמר רב נחמן דף ט׳. המובא לעיל וכ״כ ב״י כתב לו על הנייר או החרס בתך מקודשת לי בין ע״י אביה בין ע״י עצמה והלא שלא בגרה. ובבדק הבית הביא דברי הרשב״א דהא דנקט בתך משום ע״י אביה נקט, דכי יהיב ליה לאב וכתב הרי את מקודשת לי אינה מקודשת וכתב הטעם כיון דעיקר הקדושין משום אביה ועל ידה יהיב לה לא מקודשת אלא אם כן כתב בתך מקודשת לי וכו׳, וכעין זה כתבו הרמב״ן והר״ן וכ״כ תוס׳ רי״ד שאם כתב הרי את מקודשת, ובשעת המסירה לאב א״ל בתך מקודשת לא מהני, דבעינן כתיבת השטר עם הדיבור שוה, ומאחר ושטר קדושין בעינן לכותבו לשמה בקדושי קטנה ונערה צריך לכותבו מדעת אביה.

ו. **וכן** איתא בגמרא דף ט׳: דנחלקו רב פפא ורב שרביא ארבא ורבינא רב פפא ס״ל מקשינן הויה ליציאה מה יציאה בעינן דעת מקנה היינו הבעל שמקנה אותה לעלמא בגט אף הויה בעינן דעת מקנה היינו האשה שנקנית לבעל, אבל רבא ס״ל דאפי׳ שלא לדעתה מקודשת כמו גט דלא בעינן דעתה, אבל בעינן לשמה והוא הדין בהויה בעינן לשמה ולא מדעתה. וכתב הריטב״א שלא מדעתה פי׳ שלא בשליחותה דהא מקשינן ליה לדעת האיש בגט, והתם דעתו בעינן, היינו שליחותו שיצווה לסופר לכתוב ולעדים לחתום, והוא הדין דבעי דעתה בשטר קדושין שצריך שתאמר היא לסופר לכתוב, ולעדים שיחתמו, וזה פשוט.

וק״ק הרי מצאנו התוס׳ בגיטין כ״ב: הכל כותבים דצווי הבעל לסופר לא מדין שליחות אלא מדין לשמה. וכ״כ הרמב״ן ובסוגיא דדלמא ארצויי ארצי קמיה מוכח דלא בעינן שליחות אלא סגי בגילוי דעת ומאי שנא הכא שצריך שתדבר עם הסופר. וראיתי במקנה ס״ק ג׳ ובגט מקושר דמוכחים מהתוספות דלא בעינן שליחות וכתב הרמב״ן בקדושין ט: דמה שאמרו רב פפא ורב שרביא דאם כתבו שלא מדעתה אינה מקודשת דילפיכן מגט דבעינן דעת מקנה פירושו אף דעת מקנה והוא הדין דבעינן דעת בעל בקדושין כמו בגט. והביא הרשב״א את דבריו, והוסיף להוכיח דברי הרמב״ן מהסוגיא דאמרינן לרבא ורבינא דלא צריך דעתה ואפי׳ שכתבו שלא מדעתה מקודשת מהא דאין כותבין שטרי אירוסין אלא מדעת שניהם ותירצו התם שטרי פסיקתא אלא לרב פפא ורב שרביא דס״ל דאיירי בשטר קדושין ע״כ דבעינן דעת שניהם וקשה עליהם דכיון דרב פפא ורב שרביא ילפי מגט הרי בגט לא בעינן דעת האשה אלא דעת מקנה לבד שהוא הבעל והבא בקדושין דבעל הוא קונה למה בעינן דעתו מספיק בדעת מקנה דהיינו האשה ודעת שניהם בגיטין לא מצאנו, א״כ למה צריך דעתו וכתב הרשב״א דאי משום הקושיא ודאי דלא בעינן דעת בעל אלא מספיק דעת האשה ומה שצריך דעתו משום דכתיב כי יקח ודרשינן ולא שתקח עצמה א״כ. מזה ילפינן דבעינן דעתו הואיל ובעינן דעת קונה ופירשו האחרונים דבריו דאם לא בעינן דעתו הרי הבעל פועל בכל מעשה הקדושין דילפינן מכי יקח אבל אם בעינן דעתו אם יכתוב שלא מדעתו הרי כמקחת עצמה לבעל, לכן בעינן דעתו, וכן מורה לשון הריטב״א בשמעתין דלא דעת מקנה לחוד דכ״ש דבעינן דעת שלו, ובהא ליכא מאן דפליג וכדתנן אין כותבים וכו׳, ורב פפא מוקי לה בשטר אירוסין ממש אלא הכי קאמר בעינן אף דעת מקנה.

וכ״כ תוס׳ הרא״ש שם נ״ל דאף דעת מקנה קאמר ולכן מודה רב פפא שאם נכתב מדעתה ולא מדעתו אינה מקודשת דאי לאו הכי ליפלוג בתרתי כתבו מדעתה ולא מדעתו לרב פפא מקודשת ולרבא ורבינא לא מקודשת, וכ״כ בגט מקושר למהרי״ט אלגזי סי׳ ה׳ דדבר פשוט דאם כתבו שלא מדעת הבעל אינה מקודשת דפלוגתיהו דרבא ורבינא בעינן רק דעת מקדש דומיא דגט ואפי׳ שלא מדעת ולרב פפא ורב שרביא בעינן דעת מקדש וגם דעתה והוכיח כדעת הרמב״ן ורשב״א וריטב״א ותמה למה הרמב״ם לא ביאר זאת והאריך לבאר דכן סברי התוס׳ גיטין כ״ב. דמוכח דצריך לכתוב מדעתו. וכן תמה המקנה בקונטרס אחרון שלא הזכירו הטור ושו״ע בכתבו מדעתה ולא מדעתו אם יש בו ספק בקדושין וכתב משום דפשיטא להן דאפ׳ לרב פפא ורב

שרביא דילפי קדושין מגיטין דבעינן דעת מקנה היינו אף דעת מקנה, וכמו שהוכיח הריטב״א ואח״כ כתב דדין זה תלוי אי בעינן שליחות הבעל בכתיבה וכמו שכתבו התוס׳ גיטין כ״ב: א״כ פשיטא דצריך לכתוב מדעתו, אך לפי מה שכתבו התוס׳ בדעה שניה דוכתב אסופר קאי וכל ציווי הבעל כדי לעשותם לשמה א״כ בשטר קדושין כל שכותב מדעתה חשיב לשלוחו ולשמה כמו בגט דכשכותבים מדעתו הוי לשמו ולשמה, וסיים דמסתירת הפוסקים משמע דאין מחלוקת דבגיטין ודאי תלינן בבעל דכתיב וכתב בקדושין נמי אמרינן בגמרא דף ט׳. בבעל תלה רחמנא א״כ כל שכן דבעינן לשמו ומדעתו ע״כ.

והרמב״ן פוסק כרב פפא ורב שרביא דשטר קדושין שנכתב שלא מדעתו לא מהני שמה שאמרו בגמ׳ דבעינן דעת מקנה היינו אף דעת מקנה ותמהו עליו דבהלכות מלוה ולוה פרק כ״ד הל״א כתב שאין כותבין שטרי אירוסין ונישואין אלא מדעת שניהם ומשמע שאפי׳ לרב פפא שבעינן דעתה מ״מ על דעתו פשיטא. ובפ״ג מאישות הל׳ ח׳ כתב הרמב״ם דגם המקדש כותב שטר הקדושין מדעת השליח, והרמב״ן חולק וס״ל כותב מדעתה, ובס׳ מחנה אפרים הלכות שלוחין ס׳ ח׳ כתב הטעם להרמב״ם דשליח כידה, ואילו לדעת הרמב״ן אין ידו כידה ממש, ולכאורה הרי בגיטין צריך לכתוב הגט לדעת הבעל ולא לדעת השליח ולא מצאנו מחלוקת בזה בכלל, אלא צריך לכתוב הגט מדעת הבעל, וע״ז כתב האור שמח לחלק בין גט שעל הבעל לכתוב ולכן לא יכול לומר למישהו אחר שיצוה לכתוב לבין קדושין שאין שום חיוב לאשה לכתוב וצריך רק את דעתה ודי בדעת שלוחה, ולכן לפי הרמב״ן דפליג ואומר שגם בשליח צריך לדעתה הכוונה אין כותבין שטר קדושין אלא לדעתה היינו בשליחותה, כמו בגט. ובחדושי רב חיים הלוי על הרמב״ם כתב לישב שאין דעת האשה בשטר קדושין כדעת הבעל בכתיבת הגט, ודעת המתחייב בשטרות אחרים ומסביר שצריך דעת הכותב שהוא עושה השטר ואילו בשמעתין צריך דעת האשה.

ז. **ויש** להסתפק בשטר קדושין שכתבו לשמה אבל עוד לא ידעה או עוד לא נתרצתה להתקדש ואח״כ נתרצתה האם מהני דבגט בכה״ג לא מהני אפי׳ זינתה דאשה לאו לגירושין קיימא כמו שאמרה הגמרא בובחים ב׳: אבל בקדושין אדרבה קימ״ל אשה לקדושין קיימא וטב למיטב טן דו וראיתי שהסתפק בזה בספר גט מקושר סימן ב׳ והביא דברי התוס׳ בגיטין כ״ב: האם וכתב אבעל קאי או אסופר ולדעת התוס׳ דס״ל אסופר וצריך לשמה שמא כאן דעומדת להתקדש מהני וכתב לחלק בין נשתדכה לו דמוכח דרוצה להנשא לו מהני ואע״ג דשמא רצונה בכסף ולא בשטר מ״מ כסף מדין הנאה יכול לתת לה כסף במתנה על סמך קדושי שטר והביא דברי הר״י בתוס׳ גיטין ט׳. דאף בכתבו סתם אפי׳ בלי צווי הבעל חשיב לשמה כל שכיוון בשמו ושמה ולפ״ז גם אם לא קדמו שידוכין, ע״ש.

אמנם הריטב״א בשמעתין מפרש כותבין שטר אירוסין מדעתה היינו בשליחותה שצריך שתאמר היא לסופר לכתוב ולעדים לחתום, וזה פשוט והביאו המקנה וכתב דבגט לא בעינן שליחות אלא וכתב אסופר וצריך צווי הבעל משום לשמה ואפי׳ למ״ד משום שליחות מ״מ הסכמה לבד מהני ע״ש. ורש״י והר״ן פירשו לא כותבין שלא מדעתה כגון שלא נמלך בה בשעת הכתיבה ואח״כ הודיעה וקיבלתו ובגדולה מיירי או בקטנה ונערה שלא נמלך באביה ואח״כ נתרצתה ולשון רש״י בכתובות ק״ב: שצריך לכתוב על פיה, ע״ש. ובק״ש סי׳ ל״ו ס״ק ג׳ כתב דמדעתה היינו רצונה להתקדש ולאפוקי שלא יכול לכתוב שטר קדושין קודם רצוי זה, אבל בהתרצתה להתקדש אפי׳ לא התנה אם לקדשה בכסף או בשטר יכול לכתוב שטר קדושין בלא דעתה וכאן לא משמע כן בשו״ע דבעשתה שליח לקדשה בשטר י״א דסגי כתיבת השטר מדעת שלוחה כדעת הרמב״ם וי״א דבעינן דעתה דוקא כדעת הרמב״ן והרי כאן גילתה דעתה דרצונה בקדושין ומ״מ משמע דבעינן דעתה, רק המחלוקת אם דעתה דוקא או דעת שלוחה ובארץ צבי כתב אפי׳ לדעה קמייתא מ״מ בעינן דעת שליח דשלוחה כמותה, אבל ריצוי לבד לא מהני, ובשו״ת ר״א ס׳ כ״א כתב דכל שגילתה רצונה להתקדש כגון משודכת מהני דלא צריך דעתה, ובטיב קדושין ס׳ ל״ו ס״ק ד׳ כתב הב״ש דלכאורה חידוש גדול נשמע משם, דאפי׳ נתרצית להתקדש בשטר בפירוש בעינן דעתה קודם כתיבה והוכיח ממה שנתנה רשות לשליח דנחלקו אם בעינן לדעתו או לדעתה, וכ״כ בתפארת יעקב ע״ש. ונמצא לפ״ז תלוי במחלוקת ראשונים דדעת רש״י ור״ן דדעתה בכוונה רצונה להתקדש ולהרמב״ם ורמב״ן רצונה היינו צוויה לכתיבת שטר הקדושין וכן פירש המאירי שלא מדעתה היינו כתב בלא ידיעתה או בעל כרחה אלא שלאחר הכתיבה נתרצית לו.

ח. **ולגבי** כתיבת שטר אירוסין כתב הרשב״א בתשובה

דבעינן שמה ואע"פ שכתבה הגמרא בשטר כתב על הניר או החרס בתך מקודשת לי צ"ל בתך פלונית, והביאו מרן בשו"ע, ותשובת הרשב"א היא בס' ת"ר ע"ש. וכ"כ הר"ן בסוגיין דלא סגי עד דכתב בתך פלונית או את פלונית מאורסת לי אני פלוני, וכ"כ שלטי גבורים בשם ריא"ז דבשטר קדושין צריך לכתוב שמו ושמה כמו בגט, ע"ש. ובשו"ת הרא"ש כלל מ"ה סי' מ"ה כתב דבגירושין וקדושין צריך להזכיר שם אביה ואם לא הזכיר בקדושין וגירושין מקודשת ומגורשת, ובאבן שתיה סי' צ"ד דייק מהרא"ש דרק בשם האב אם לא כתב כשר, אבל בשמו ושמה אם לא כתב פסול, וכן דעות הרמב"ן ותשב"ץ ח"א ס' מ"ג שנשאל במי ששדך אשה, וכתבו שטר אירוסין ולא הזכיר בו שום קדושין כתב שאם לא כתב בשטר הרי את פלונית בת פלוני מקודשת לי אני פלוני בן פלוני וכתבו מדעתה הרי זו אינה מקודשת. אמנם הריטב"א אחר שהביא דעת הסוברים דבעינן שמו ושמה בקדושין כתב דכיון דהגמרא לא דנה בזה לכן לא צריך לכתוב שמו ושמה ושאני מגט דאם לא כתב פסול דהתם כתיב ספר כריתות שיהיה מוכח מתוכו אבל שטר קדושין כיון שמוכח לנו מי המקדש ומי המתקדש סגי דלא בעינן מוכח מתוכו, ומוכיח מהגמרא דלא כתיב בתך פלונית אלא בתך מקודשת לי ע"ש. ובספר אבן שתיה סי' צ"ד תמה עליו כיון דשמו ושמה בגט הוי דאורייתא הוא הדין בקדושין מכח הקישא ויצאה והיתה, ובאר ע"פ דברי הגמרא בקדושין דף ט'. דהגמרא העלתה פשיטא הויה ליציאה מקשינן והעלה דכל דיני שטר למדנו מגט לכן כל דבר שפוסל בגט פוסל בקדושין. ובסוף העלה להוכיח כהריטב"א והצדיק שיטת הרשב"א המובא בב"י דדוקא בגט בעינן שמו ושמה דילפינן מספר נמצא דהפסול הוא בגט ולא בשטר קדושין.

ובתפארת יעקב ס"ק ז' אחר שהביא דברי הפוסקים החולקים העלה דמדברי הרמב"ם משמע דלא בעינן שמות הבעל והאשה בקדושין, וכן משמע בש"ס דלא הזכר בשום מקום השמות וע"ל הטעם דדעת רבינו יואל המובא במרדכי, משמע דלא בעינן בגט שמו ושמה, ואם לא הזכיר בכלל הגט כשר בדיעבד, רק הא דמצריכין שמות בגט הוא משום ספר תרוכין לסיפור דברים, וכיון דאשה ניתרת לעלמא בגט בעינן שיהא כתוב שמו ושמה, דעד עכשיו היתה אסורה ועכשיו מותרת, אבל בקדושין שהוא מקדש אשה פנויה ואינו אלא גילוי לאלו העומדים כאן, וכמו שבכסף לא צריך שמה גם בקדושי שטר לא בעינן שמה.

אולם בדרכי משה אות א' כתב דצריך להזכיר שמו ושמה כמו בגט והביא דברי הרב המגיד שכתב כן, וכן דעת הקרבן נתנאל, והלבוש. וסיים הרב דינא דחיי דכיון דמקשינן הויה ליציאה בעינן שמו ושמה בקדושין כמו בגיטין וכמו שכתבו הרשב"א והר"ן, וביד דוד לאחר שהביא דעת הרשב"א העלה דהעיקר כדעת הפוסלים ואע"פ שהריטב"א מכשיר הוי דעת יחיד ולית דחש ליה, וכן בירושלמי דקדושין הזכיר אני פלוני קדשתי בתו של פלוני, והעיטור אות ק' קדושין הוכיח דכשר אפי' שלא כתב שמות כלל ותמה עליו מהירושלמי וממה דפוסל בגט ואיתקש הויה ליציאה לכן גם בקדושין בעינן לעיכובא שמו ושמה, ע"ש. ובס' גט מקושר למהרי"ט אלגזי סי' ט"ו העלה בנדון שלא כתב שם המקדש והמתקדשת ושם אביה מידי פלוגתא לא נפקא, דבגט עצמו יש מחלוקת אם צריך מדאורייתא שמות האיש והאשה ומהרמב"ם משמע דכשר אם לא הזכיר, ואפי' נחלק דבגט צריך מ"מ בקדושין יש סברת הריטב"א והעלה דהיות והרשב"א ס"ל בגט הוי דאורייתא ובקדושין מסתפק, לכן נראה להחמיר ע"ש.

ובב"ש ס"ק ג' הביא משלטי גבורים דף ט'. שצריך לכתוב לשמו וגם שם עירו ועירה כדרך שכותבים בגט, וכ"כ בנתיבות שלום נתיב ט"ו, ובחזו"א ס' ק"א א' י"א הביא דברי הש"ג דצריך לכתוב שם עירם וכתב עליו דאי ליכא עדי מסירה הוי שם עירו לעיכובא אבל לפי מה שכתבתי דצריך עדי מסירה לעולם א"כ אין זה מעכב ואף לכתחילה אפשר דאין צריך אלא דלא הוי ראיה לקדושין. וכשאב מקבל קדושין בשביל בתו הקטנה סגי כשכותב שם האב בלבד. כמ"ש בתפארת יעקב ס"ק ז' לאחר שהוכיח דלא בעינן שמות האיש והאשה בשטר קדושין כתב דאפי' להסוברים בעינן שמו ושמה כתב באב שמקדש בתו סגי בשם האב ולא בעי שם הבת, כיון שהוא מקבל הקדושין וכן מבואר ברמב"ן דבקדושי קטנה ואב מקבל קדושין צריך לכתוב בתך פלונית מקודשת לי, אני פלוני, או שיפרש שמו של האב, אבל בסותר שמו, שלא מזכיר שמו אינה מקודשת. וכשיש לאב הרבה בנות כתב בקהלות יעקב מליסא ס"ק ד' כיון דבקדושי כסף אם אומר בתך מקודשת כל הבנות בספק כמובא בגמרא ובשו"ע ס' מ"א בקדושי שטר אם אמר בתך מקודשת סתם בלא הקדושין בכלל דבעינן מוכח מתוכו, ובאבני מלואים ס"ק ב' נחלק עליו וס"ל דהוי ספק מקודשת ועל זה כתב באבני משפט אם יש לו שתי בנות צריך לנקוב בשמה, בתך פלונית מקודשת לי ע"ש.

ט. **ובקדשה** בשטר ונמצא פסול, שמין את הניר אם שוה פרוטה מקודשת, והוא ירושלמי הביאו הרי"ף בריש פרק האיש מקדש על הא דאשה מתקדשת בכסף ובשטר דאם השטר פסול שמין אם יש בו שוה פרוטה מקודשת מדין כסף. וכ"כ הרמ"ה והביאו הב"י והסתפק האם מדובר כשמקדשה בשטר זה בתורת כסף דהיינו אפי' שכתב השטר שלא מדעתה שפסול מדין שטר יכול לקדשה מדין כסף או אפי' קדשה בתורת שטר ונמצא פסול קאמר הרמ"ה דאם יש בו שוה פרוטה מקודשת מדין כסף, וכתב שזה נראה מדקדוק הלשון ובדק בית הוסיף דדברי הרמ"ה מפורשין בקדושין מ"ח. דאיתא שם התקדשי לי בשטר ר"מ אומר לא מקודשת ור"א אומר מקודשת וחכמים אומרים שמין הניר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת ואוקימנא כשכתבו לשמה ושלא מדעתה. וכ"כ בב"ש ס"ק ה' דמה שכתב הב"י אפשר שהכוונה אפילו קדשה בשטר כמו שמוכח מגמרא מ"ח. וכמו שכתב הבדק בית, וכ"כ הב"ח דמגמרא זו נסתלק ספקו של הב"י, דברור אפי' קדשה בתורת שטר שמין הניר, והלכה כחכמים. והוסיף ומכאן למד הרשב"א דאם קדשה בשטר לאחר ל' יום ונשרף השטר דאינה מקודשת ומ"מ אם היה שוה פרוטה מקודשת מדין כסף, והטעם דמאן דמקדש בשטר דעתו לקדש גם בכסף וגם היא דעתה כן עכת"ד הרשב"א והביאו הר"ן שם, והוסיף דכן מצאתי בירושלמי ע"ש. וכ"כ הלחם משנה פ"ג דאישות הלכה ד' דאין מקום להסתפק דודאי איירי הרמ"ה אפי' קדשה בשטר כדמוכח מגמרא לקמן מ"ח. ופסק כחכמים. והרמב"ן, רשב"א וריטב"א כתבו דגם לר"מ אם בשטר שוה פרוטה מקודשת, ע"ש.

ובגט מקושר סי' ה' כתב דאף דלכאורה מוכח מתוכו דרוצה לקדשה בתורת שטר אחרת למה טרח לכותבו היה נותן לה ניר חלק וכ"ש דקשה למ"ד בעינן ידים מוכיחות בעינן שיכתוב בשטר זה י"ל דאמנם כוונתו בתחילה לקדשה בשטר מ"מ בעת הנתינה יהיב דעתיה דאם לא מהני מתורת שטר יועיל מתורת כסף, ע"ש. ובדברי שאול ועדות ביהוסף כאן כתבו דלמה לא קדשה בניר חלק כיון דמסופק אם הוא שוה פרוטה ולכן מקדשה בשטר, ויש אומדנא דבין כך ובין כך רוצה לקדשה אם בתורת כסף, אם בתורת שטר. והרמב"ם פרק ג' דאישות הלכה ד' כתב שטר שנכתב שלא לשמה או שלא מדעתה פסול ולא סיים דשמין הניר, משמע דלית ליה האי סברא, וכ"כ בשער המלך פ"ה דאישות, דכתב מבואר מדברי הרמב"ם דפסק כר"מ בדף מ"ח. ולא כרשב"א אלא כדעות רש"י ותוס', ושם תמה על ה"ה פ"ז דאישות הלכה ו' דהביא דברי הרשב"א דשמין הניר ולא כתב עליו דהרמב"ם לא ס"ל כן, ע"ש. וכ"כ בטיב קדושין ס"ק ס' בדעת הרמב"ם וכ"כ באור שמח פ"ג הלכה ד' בדעת הרמב"ם והסוגיא בדף מ"ח מפרש הרמב"ם דמקודשת מספק משום השטר, וצריכה גט, דאמרינן דעתה דרצונה להתקדש בכל מה שיתכוון המקדש, ולכן בנמצא פסול לא מקודשת בכלל בתורת כסף אע"פ שאומרת אח"כ דניחא לי להתקדש בנייר דהוי כמקדש בלי עדים, שהרי העדים ראו שרצונה להתקדש בשטר, והשטר פסול ע"ש.

ובפני יהושע בשמעתין פירש ע"פ התוס' דהתם דמהגמרא מוכח שאין לחוש לקדושי כסף אלא שיש להסתפק גם על קדושי שטר, דשייכי העדים לקדושין ולא כשמדובר בשטר פסול דבזה יש ספק לרבנן אי כר"מ אי כר"א והרבה פוסקים פסקו כשו"ע שהביא דברי הרמ"ה והיינו במקדש בסתם אבל א"ל אני מקדשך רק בתורת שטר בזה לא מקודשת, אבל במקדש סתם הכוונה באומר לה התקדשי לי בשטר זה בתורת כסף. ובאבני מלואים ס' ל"ב ס"ק ה' כתב דהוי ספק דהביא דעת תוס' רי"ד בדף מ"ח. דאין ראיה מהגמרא דף מ"ח. דהמקדש בשטר דעתו נמי אניר דהאוקימנא דמקדש בשטר היינו בשטר חוב שאין עליו עדים ולא מיירי בשטר קדושין אלא בשטר חוב שיש לו על אחרים אלא מסרו למלוה בפני עדי מסירה לפ"ז הא דשמין הניר אם שוה פרוטה מקדשה בתורת כסף אבל קדשה בשטר קדושין ונמצא פסול לא שמין הניר דשם במחלוקת בין ר"מ לר"א אם עדי מסירה בלי עדי חתימה מהני בשטר חוב, ולשיטתם אזלי והעלה דמידי ספיקא לא נפקי ע"ש. ובדעת הרמב"ם דס"ל דכל שהשטר פסול לא מקודשת אף על פי ששוה פרוטה דהרמב"ם לשיטתו דפסק בפ"ה הלכה כ"ד דבמתנה ע"מ להחזיר אינה מקודשת אף על פי שיש לה הנאה שוה פרוטה מ"מ דעתו לקדשה רק במתנה ע"מ להחזיר, לפ"ז גם במקדשה בשטר אע"פ שהניר שוה פרוטה דעתו אך ורק על קדושי שטר ולא מקודשת ומשוה"כ השמיט דברי הירושלמי דמשמעתין לא משמע כן, ודו"ק.

סימן יב

נתן הוא ואמרה היא

א. **דף** ה: נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן. ולכאורה כיון דספיקא הוי ניחוש מדאורייתא דהוי ספק דאורייתא ולתומרא ולמה חיישינן מדרבנן וכן הקשה הר״ן. ובשלמא לשיטת הרמב״ם דספיקות רק מדרבנן אסורות דספק דאורייתא לקולא מדאורייתא דהתורה לא אסרה ספק אלא ודאי ניחא דהחשש כאן מדרבנן, אבל לדעת התוס׳ והרשב״א דס״ל בכל מקום ספק דאורייתא לחומרא מהתורה למה כאן החשש מדרבנן. וברש״י כתב חיישינן מדרבנן אם בא אחר וקידשה צריכה גט משניהם שמא קדושי ראשון לא חלו וחלו קידושי שני. או שמא של ראשון חלו ולא חלו קידושי שני ע״ש. וקשה למה רש״י צריך להסביר הספק כגון שנתקדשה לשני ולא מעמיד הספק בבעל הראשון שנתן הוא ואמרה היא. ובחידושי המקנה עמד על כך ופירש דהגמ׳ שאמרה ספק היינו שיש ספק לגמ׳ או טעמא דברייתא הוא משום ספיקא או חשש מדרבנן ונ״מ אם בא אחר וקידשה באותו אופן דאם אמרינן ספיקא הוא לא צריכה גט משני ממ״נ. דאם נתן הוא ואמרה היא הוי קידושין אין מקום לקידושי שני ואם לא חלו קדושי ראשון גם קדושי שני לא חלו. אבל אם החשש והספק מטעם גזרה דרבנן נמצא בשניהם צריכים לתת כל אחד גט. וזה כוונת רש״י דאם בא שני וקידשה צריכה גט משניהם עכת״ד. אמנם המעיין בדברי רש״י לא משמע כן דכתב דאם לא חלו קידושי ראשון חלו קידושי שני ומשמע דלא קידש השני באותו אופן של הראשון אלא הראשון קידש בנתן הוא ואמרה היא דהוי ספק והשני קידש קידושין גמורין דלולי קידושי ראשון חלו קידושי שני והיות ויש ספק בקדושי ראשון לכן יש ספק גם בשני ומ״מ קשה דאי איירי ששני עשה קידושין ודאי צריכה גט מהשני מהתורה ומהראשון גט מדרבנן ולמה רש״י פירש ששניהם נותנים גט מדרבנן הלא השני קידש קידושי ודאי.

ויש לבאר הספק כיון דבקידושין קימ״ל כי יקח ולא כי תקח האם זה אומר שבקידושין בעינן גם אמירה ונתינה מצד הבעל דאמירה היא חלק מהקידושין או שכל הקפידא של התורה כי יקח איירי על מעשה הקידושין מצד הבעל והאמירה היא לפרש לשם מה נתן לה הקידושין ולכן בנתן הוא ואמרה היא דהרי היא משלימה ומבארת לשם מה קיבלה הקידושין מהני וכיון דיש ספק על כך הוי ספק מקודשת. ורש״י פירש בדף ד: דקרא דכי יקח ולא כי תקח מיירי בנתנה היא ואמרה היא ולפ״ז זה הספק דמספקא לן דפריך מדיוקא דרישא לסיפא אם באמרה היא מהני או לא מהני דאפשר דרק בנתנה היא שזהו עיקר המעשה הקידושין בזה נאמר כי יקח ולא כי תקח. או דלמא גם אמירה דידה הוי כי תקח ומסיק בלי שינא קמא דבאמרה היא הוי כמו שנתנה היא ולא מהני ולישנא בתרא י״ל דיסבור אמירה דידה מקרי כי תקח רק הספק הוא כמו שכתבו הרי״ף הביאו אבני מילואים ס׳ ס״ז ס״ק י״ח בד״ה ובדברי הרי״ף שכתב לפרש ספק הגמ׳ לפי הרי״ף בנתן הוא ואמרה היא דהספק שמא נתרצה למאמרה וכאומר הן דמי כפי שכתב הרמ״ה דבאומר הן סגי או שמא לא נתרצה ומה ששתק שהניח אותה שתקדש עצמה לו והו״ל ספיקא בגוף המעשה ובזה שפיר מהני חזקת פנויה ע״כ. ומה שכתב שמא לא נתרצה כלל הוא כסברת הר״ן דף ו׳ רבבעל השתיקה לא ראיה דלמה יצווח כיון דהוא אינו נאסר לישא אחרת דלא דמי שתיקת הבעל לשתיקתה דהיא נאסרת אכו״ע ואם לא רצתה להתקדש היה לה למחות.

ב. **ובעצמות** יוסף הקשה לפי תוס׳ דהפסוק כי יקח בא למעוטי אמרה היא א״כ מה הספק לקמן בדף ה׳ בנתן הוא ואמרה היא הרי כשאמרה היא חסר בכי יקח וכתב דהספק מדרבנן דמדאורייתא אין ספק וטעם שהצריכו גט שלא יאמרו א״א יוצאה בלי גט ע״כ. ובקובץ שיעורים אות כ׳ הקשה מה החסרון באמרה היא הלא ע״כ משתיקתו מוכח דנתן לה ע״מ לקדשה דאילו לא ידעינן זה לא צריך קרא למעוטי ובברכת שמואל כתב דהאמירה בקידושין הוכחה שרוצה לקדשה והוכחה זו צריכה לבא מצידו ולא מצידה. ועי׳ ר״ן נדרים ל׳ שכתב כיון שהתורה אמרה כי יקח לאו כל כמינה שתכניס עצמה לרשותו אלא מפקירה עצמה ומבטלת דעתה ורצונה ומשויה נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הלכך בקידושין לא דנין מצד האשה אלא מצד הבעל. ולפ״ז כל החסרון שהיא מקנה עצמה אבל באופן שאומרת לו אני מקודשת לך היינו אני מבטלת דעתי ורצוני כדי שתקח אותי אם כן שפיר הוי כי יקח אבל אם נאמר שההוכחה שהכסף נמסר לקדושין צריכה להיות

מצד הבעל וזה קפידת התורה בכי יקח ולכן מצד האשה לא מהני לפ״ז הספק לקמן דגזה״כ שצריך שההוכחה תבא מצידו או דהספק במציאות דאיך כוונתה או כוונתו האם היא מפקירה עצמה והוא עושה הקידושין או שהיא עושה כל החלות מצידה ולא מהני מדין כי יקח.

ובריטב״א בפי׳ הסוגיא לגבי ספק הגמ׳ בנתן הוא ואמרה היא פירש שאע״פ שאמרה היא מ״מ כיון שנתן הוא שמא היה דעתו בנתינתו על סתם שלה וכאילו א״ל הילך כמו שאמרת שתהא מקודשת לו דהיינו כשמפקירה עצמה הוא מקדשה ע״י אמירתו שמוכחת מתוך מעשיו ואע״פ שלא פירש כן משום חומרא דא״א חישינן לשויא ספק מקודשת להצריכה גט אבל אינו ספק גמור שהדין נותן יותר להתיר ומשום הכי לא תני בהדיא ספק מקודשת אלא נקטינן לחומרא עכת״ד. ופירוש דבריו דבאופן דאמרה היא הוי כי תקח מפני שהיא אמרה והוא מסכים לדבריה והיא פועלת הקידושין שמקנה לו עצמה בעד הכסף שנותן אבל מ״מ הוי ספיקא מדרבנן שמא כוונתו שהוא מקדשה ורבנן חששו משום להחמיר משום חומרא דא״א. ולפ״ז מיושב רש״י דאפי׳ שהשני קידש באותו אופן של הראשון נמי צריכה גט כיון דחכמים חששו שמא היא המקנה או הוא מתכוון לקנות נמצא שהספק על הראשון שמא היא התכוונה ועל קידושי השני שמא הוא התכוון לקנות ולכן אפי׳ באותו אופן שקידש ראשון חיישינן מדרבנן.

ג. **וכן** נראה דעת הריטב״א לחשוש דמדאורייתא ברור שיש כאן כי תקח כל שדברה ונתן הוא אבל חכמים חששו דשמא כיוונו שניהם שהוא עושה הקידושין ויש כאן ואמר הוא ולכן בכל קדושין צריכה גט משניהם מספק דרבנן וזה חידש רש״י דגם מהשני צריכה גט דלא אומרים ממ״נ. וכתבו רע״א בהגהות והחמדת שלמה כיון דכתיב כי יקח נמצא דאשה לא פועלת בקידושין ודיבורה לא מעלה ולא מוריד רק הספק על המעשה הבעל האם כוונתו לקידושין או למתנה ונהי דיש סברא לומר דלשם קידושין נתן לה מ״מ אין כאן עדי ראי׳ אלא עדי הוכחה. ולכן כתב באבני מילואים סי׳ כ״ו אות ו׳ שאפילו אין העדים יודעים שהבינה הלשון יש כאן עדות על הקידושין אם תאמר אח״כ שהבינה והסביר האבני מילואים מפי שהיא עושה עצמה כהפקר והבעל עושה את מעשה הקידושין ולכן בעינן עדות רק על דעתו ולא על דעתה וכל זה נלמד מהפסוק כי יקח אבל אי לאו לימוד זה גם על דעתה היינו צריכים עדים.

והר״ן הקשה למה בנתן הוא ואמרה היא הוי ספק מה גרע מעסוקין באותו ענין ויועיל ותירץ הר״ן ולא דמי למדבר עמה על עסקי גיטה וקדושין דהתם איירי שהוא מדבר עמה אבל כל שלא אמר הוא אע״פ שנתינתו מוכיחה שהוא מסכים לדברי האשה אינו מועיל דשתיקה דידיה הרי הוא כשתיקה דידה לאחר מתן מעות דלא מהני עכת״ד. ונמצא דכל הספק אם זה מקרי כי יקח דהיינו אם נתן לשם קדושין או מתנה ולכן הר״ן סיכם דהספק לא מחמת כי תלקח אלא מכח השתיקה שלו אם הוי הסכמה או לא.

וכן משמע ברע״א שפירש דברי הר״ן דהוי כאן ספיקא דדינא משום דהעמד אשה על חזקת פנויה ואח״כ כתב הר״ן דש״מ מכל תיקו דממונא דאמרינן העמד ממון על חזקתו והסכימו בו כל גדולי האחרונים ע״כ. ופי׳ הגאון רע״א דלמה הר״ן כתב להביא ראיה מכל גדולי האחרונים דמעמידים ממון בחזקתו מספיקא דהרי הגמ׳ מפורשת תקפו אין מוציאין מידו וכתב לחלק דבתקפו כהן הוי ספק במעשה אם יש בו קדושה או לא ולהכי בודאי אזלינן בתר חזקה אבל היכא דהוי ספיקא דדינא כגון כאן אפשר דלא יועיל חזקה ולהכי מביא ראי׳ מכל תיקו דהוי ספיקא דדינא ומ״מ אזלינן בתר חזקה וא״כ גם כאן אזלינן בתר חזקת פנויה ולכן חיישינן מדרבנן מחמת ספיקא דדינא מדרשה כי תקח.

ד. **אמנם** באבני מילואים ס׳ כ״ז אות י״ז מפרש ספקו של הר״ן דהספק במעשה ומשום דשתיקתו אע״ג שנראה כהסכמה לדבריה י״ל דלא איכפת ליה כיון שיכול לישא אחרת אבל שתיקת האשה הוי כהסכמה לדבריו כיון שנאסרת לעלמא לא היתה שותקת. וכ״כ שם בדברי הרי״ף דהספק שמא נתרצה למאמרה וכאומר הן או שמא לא נתרצה הו״ל ספיקא דגוף המעשה ובזה שפיר הוי חזקה חזקת פנויה לכן לא הוי ספק אלא מדרבנן אבל גבי כלב רץ אחריה הו״ל ספיקא דדינא ממש אם יש כאן תורת כסף או משום דחייב להצילה לא הוי כסף ובזה הוי ספיקא דדינא ולא שייך חזקה דבשביל חזקה לא ישתנה הדין עכת״ד. הרי דהאבני מילואים למד בדברי הר״ן דמה שאמרה הגמ׳ ספיקא הוא בגוף המעשה וזה לא כפירוש רע״א בדברי הר״ן דהוי ספיקא דדינא. ולכאורה איך יפרש האבני מילואים דברי הר״ן שכתב להדיא דהספק הוא אם בכה״ג קרינן ביה כי יקח ואיך יצטרפו הספק אם נותן לשם קדושין או לא לספק אם זה מקרי כי יקח ומה מהני אם קרינן כי יקח או לא כיון דהספק הוא במעשה

אם נתן לשם קדושין או לא וע"כ צ"ל דאבני מילואים יפרש דאם יש ראי' בודאי משתיקתו שמסכים לדבריה והוא מקדשה זה נחשב לכי יקח. ורק יש ספק שמא שתיקתו משום דלא איכפת ליה דהוא לא נאסר וא"כ זה לא נחשב כאמירה דידה ולכן אם כי תקח לא מהני גם זה לא מהני אבל אם כי תקח מהני א"כ זה מקרי קדושין דהא זהו סדר של כל הקדושין שהיא אומרת והוא נותן על פי דיבורה ודו"ק. והר"ן פירש בכלב רץ אחריה דהספק הוא על גוף המעשה כמו בנתן הוא ואמרה היא ולכן שפיר קא מקשה דהתם לא אזלינן אחזקה וכאן אזלינן אחזקת פנויה. והאבני מילואים כתב לישב ששם הוי ספיקא דדינא זה לפי פירוש הרשב"א דהסביר הספק אם זה נחשב כסף וחשיבה נתינה או כיון דחייב להצילה לא נתן לה כלום. ולפ"ז קשה גם בנתן הוא ואמרה היא הוי ספיקא דדינא ולמה אמרינן דחיישינן רק מדרבנן דמוקמינן אחזקה. וברע"א כתב דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקה דע"י חזקה הדין לא ישתנה. ועוד דכל הספק בגוף המעשה הוא ספק פרטי ומועיל החזקה של דבר זה אבל ספיקא דדינא הוא נוגע להרבה מקומות והוי ספק כללי ואפילו במקומות שאין שם חזקה ואיך יכולה חזקה פרטית בדבר זה להכריע הספק גופא והלא בשאר המקומות ישאר הדין בספק. וזה אי אמרינן דחזקה מבררת אבל אי חזקה הוי הנהגה בספיקות וכל שיש חזקה זהו הדין שנתנה התורה כאן כמו שהוחזק מקודם שלא נשתנה הדין כיון שאין החזקה מבררת. לכן בספיקא דדינא שייך חזקה וזה שיטת הר"ן דגם בספיקא דדינא מהני חזקה. ועי' בטהרת הבית ח"ב דף רל"ו למרן הרשל"צ ותמצא נחת.

ה. **נמצא** סיכום הדברים בבעית הגמ' נתן הוא ואמרה היא ספיקא האם הספק במעשה הקדושין דהיינו מעשה הקדושין הם הנתינה או האמירה נמי היא חלק מקידושין או שהספק שהאמירה מבררת שהכסף ניתן לשם קדושין ובלעדיה יש ספק בכוונתו.ובמה שאמרה הגמ' ספיקא הוי יש מחלוקת יש אומרים מדאורייתא אין ספק רק מדרבנן צריכה גט ויש סוברים שהספק מדאורייתא ומ"מ הגט מדרבנן וי"א דמקודשת מדאורייתא וצריכה גט מדרבנן היינו משני.

ובדעת הרמב"ם פ"ג מאישות הל' ב' נתן הוא ואמרה היא הוי ספק ולא הזכיר מדרבנן כלל והר"ן מסתפק בדברי הרמב"ם דמאי דאמרינן ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן היינו טעמא דבכל ספק קידושין לא צריכה גט מדאורייתא דמעמידים אותה על חזקתה. ובפר"ח יו"ד ס' ק"י בכללי ס"ס כלל א' כתב דמה שכתב הר"ן שהרמב"ם לא הזכיר מדרבנן כלל יש לתמוה עליו דהא איהו גופיה כתב בסוף ההיא פירקא דלדעת הרמב"ם כל ספיקא דאורייתא לחומרא אינו אלא מדבריהם והוא הדין גבי ספק קדושין דאיכא חזקת פנויה דמשמע לכו"ע בכל ספק אינה צריכה גט אלא מדבריהם. ועוד דאיהו גופיה כתב בפ"ב דכתובות אפילו תרי ותרי ספיקא דרבנן הוא ומדאורייתא מוקמינן אחזקת פנויה והדבר ברור דמה שנסתפק הר"ן הוא משום ספיקא דדינא. והו"ל כספק חסרון ידיעה דמדאורייתא לא מקרי ספק ואפשר דמדאורייתא צריכה גט אף לדעת הרמב"ם ואף דאית לה חזקת פנויה. ומ"מ לי נראה עיקר לפי מה שכתבתי בס' כ"ט ובס' ל' ס"ק ב' דבעיא דלא איפשטא הוי ספיקו כודאי. וכדמוכח מלשון הגמ' ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן. וגם הרמב"ם לא חילק בין ספק זה לספק אחריני משום דמשמע ליה בכולהו מדאורייתא אינה צריכה גט דמוקמינן לה אחזקתה. ומה שהוקשה לר"ן מכלב רץ אחריה דכתב הרי"ף דהוי ספיקא דאורייתא ולחומרא, תמיהני אם יצאו דברים אלו מפיו של הר"ן שהרי פשוט שאין מדברי הרי"ף קושיא כלל אלא בספק דרבנן דלא איפשט ובהיא דכלב רץ אחריה הוי ספיקא דאורייתא ואזלינן לחומרא מדרבנן אבל מדאורייתא אין בית מיחוש אפילו בספיקא דדינא עכת"ד. ויש להעיר דלפי הגירסא ברמב"ם פ"ט מטומאת מת שהובא בכסף משנה דבכל ספק כרת ס"ל דאזלינן לחומרא מהתורה דמביא אשם תלוי לפ"ז ניחא. וכתב המאירי בקדושין דף ה' דמאי דאמרינן ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן אע"פ שספק תורה הוא דהרי עיקר הספק אם כי יקח נפעל על ידי נתינה או בעינן נתינה ואמירה ומ"מ אף ספיקות של תורה אין אסורין אלא מדברי סופרים כמו שכתב הרמב"ם.

ו. **ובאבני** מילואים שם כתב לחלק בין נתן הוא ואמרה היא לכלב רץ אחריה דהוי ספק דאורייתא דהתם ספק בדין אם יש תורת כסף ולכן אין חזקה אבל בנתן הוא ואמרה היא דהספק אם נתרצה או לא נתרצה הו"ל ספק בגוף המעשה ולכן שפיר שייך להעמיד על חזקת פנויה ע"ש. ובדרך המלך פ"ג דאישות תמה על האבני מילואים דאדרבה בנתן הוא ואמרה היא הוי ספיקא דדינא ולא ספק במעשה דאיך שייך לומר דאנו מסופקים אם נתרצה הרי כל שאין כוונתו ידועה לנו הוי דברים שבלב ולא מהני מה שיאמר אח"כ שנתכוון לקדושין. וצ"ל דהספק הוא אם חש לדבריה ולא הוי דברים שבלב שיגועה כוונתו או שלא חש לדבריה ואף

אם יאמר שנתכוון לקדושין לא נאמן דדברים שבלב אינם דברים. ובים של שלמה פ"ק דקדושין ס' ג' אחר שהביא דברי הר"ן כתב דנראה עיקר דהוי ספיקא דאורייתא ומ"ש וחיישינן מדרבנן לאו דוקא אלא מאחר שאין כאן ודאי קדושין מדאורייתא אלא מספק ואזלינן לחומרא קאמר להצריכה גט ולכן נראה עיקר שלא להקל. ונ"מ אם קידשה שלישי קדושין ודאין אחר מיתת ראשון צריכה גט ודאי משלישי דשמא קדושי ראשון הוו קדושין ופקעו במיתתו והוי קדושי שלישי קדושין אבל אם צריכה גט מהראשון מדרבנן אף שאינן קדושין כלל א"כ קדושי שלישי לא חלו וכו'. וכ"כ בערך השולחן דלשון המחבר והרמב"ם משמע דהוי ספק קדושין ואחר שהביא הנ"מ של הים של שלמה הוסיף עוד נ"מ אם אח"כ ילדה דאם החשש מדרבנן הולד כשר אבל אם הספק הוא גמור הולד ספק ממזר.

ובעצמות יוסף ג"כ הקשה דלפי התוס' והרי"ף נראה דהך ספיקא לא הוי ספיקא דאורייתא אלא חששא בעלמא אבל מדברי הרמב"ם נראה דהוי כשאר ספק. ואף שהביא הר"ן שספק קדושין הוי ספק דאורייתא ממה שכתב הרי"ף בכלב רץ אחריה דהוי ספיקא דאורייתא ולחומרא אפשר לדחות ולומר דהוי ספיקא דרבנן כיון דיש חזקת פנויה. מ"מ ראוי לחוש לכל התומרות ולעשות ספק ממזר דאורייתא ע"ש. וכן משמע מתפארת יעקב ס"ק כא דהביא פירוש רש"י וחיישינן מדרבנן שאם בא אחר וקידשה צריכה גט משניהם שמא לא היו הראשון קדושין וחלו קדושי שני או שמא של ראשון קדושין ולא חלו של שני. ולא פירש בהדיא דצריך גט מהראשון דנראה ברור דמהראשון מקודשת מדאורייתא וצריכה גט מהתורה דבנתן הוא ואמרה היא והוא שתק לדבריה יש הוכחה גמורה שרוצה בקדושין רק חכמים חששו בבא שני וקידש לחוש לקדושין והיינו חיישינן מדרבנן שחכמים חששו לקדושי שני. ובערוך השולחן סעיף לו הביא דברי הרי"ף דמהתורה אינם קדושין כלל רק מדרבנן חיישינן לקדושין להצריכה גט וסיים אף דמשמע מדברי הרמב"ם דהוי ספיקא דאורייתא מ"מ נראה דמהתורה אפשר לפוטרה בלי גט דיש לה חזקת פנויה כל זמן שלא תקבל קדושין מאחר אבל בזמן שמתקדשת לשני אזלא לה חזקת פנויה אם מחמת קדושי ראשון או קדושי שני דמ"מ היא מקודשת ולכן בעינן גט משניהם ולפי זה צריכה גט משניהם מדאורייתא כיון דהוי ספק דאורייתא ואין כאן חזקה. וכן מצאתי בפירוש בס' יד יצחק ח"א ס' קפ"ה דכתב דנראה ממה שכתב הש"ס ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן היינו שיש כאן שני אופנים דאם דנים רק על הקדושין של זה לבד הרי יש ספק ומעמידין על החזקה אבל כשתקבל קדושין משני אזלא לה חזקת פנויה דממ"נ היא מוקדשת ויצאה מחזקתה וצריכה גט מכל אחד מספק דאורייתא ודו"ק.

ז. **ויש** להסתפק האם ספקא דגמרא בנתן הוא ואמרה היא או אפי' בנתנה היא ואמר הוא. וכתב הר"ן בשם בה"ג כשם שהגמ' הסתפקה בנתן הוא ואמרה היא הוא הדין בנתנה היא ואמר הוא הוי נמי ספק. וע"כ דאירי לא באדם חשוב דבאדם חשוב נתנה היא ואמר הוא מקודשת ודאי וכן כתב תלמיד הרשב"א בקדושין דף ה בשם הראב"ד דהספק נמי אצלה והא דלא דייק כן בין רישא לסיפא משום דבכה"ג לא פסיקא מלתא דבאדם חשוב בכה"ג מקודשת. וכ"כ בעצמות יוסף דף ה: שהביא תשו' הרשב"א ס' תרי"ג דס"ל כן דראוי להחמיר בנתנה היא ואמר הוא ע"ש. וכ"כ בספר משחא דרבוותא ובהמקנה בקונטרס אחרון סעיף ו' כתב לפרש דספקו של בה"ג בנתנה היא ואמר הוא דהוי ספיקא דאין לפרש דהספק הוא דמה שאמרה תורה כי יקח האם זה חוזר על האמירה ולכן כל שאמר הוא הוי כי יקח דזה ליתא דודאי הקפידא על נותן הכסף דהרי ילפינן משדה עפרון דהלוקח נותן הכסף ולא המוכר ולכן בכה"ג ודאי שאין כאן ספק בנתינתה לא מעלה ולא מוריד אלא הספק כיון דבכה"ג דנתנה היא ואמר הוא באדם חשוב מקודשת וכן הספק בשאר כל אדם דילמא אתי למטעי שגם באדם חשוב יגידו דלא מקודשת לכן חששו בכל אדם באופן שנתנה היא ואמר הוא וזהו טעם בעל הלכות גדולות.

אמנם בטיב קידושין ס"ק ה' כתב דבאופן שנתנה היא ואמר הוא מדאורייתא לא חלו קדושין דכי יקח בעינן גם אמירה וגם נתינה מהבעל רק חכמים חשו בנתן הוא ואמרה היא וכיון דהוא חשש חכמים אין הבדל דגם בנתנה היא ואמר הוא הוי ספק מדרבנן ודעת הרי"ף בזה אחר שכתב בנתנה היא ואמרה היא אינה מקודשת כתב וכן אם נתנה היא ואמר הוא נמי לא מקודשת. וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מאישות הלכה הב' ורבינו ירוחם נתיב כ"ב ח"א הביא רק דברי הרי"ף דאינה מקודשת וכ"כ בטוב קדושין זה שנתנה היא ואמר הוא אם הוא לא אדם חשוב לא מקודשת וכ"כ בתוס' רי"ד דף ה'. וכן דייק הפנ"י מתוס' דכתבו הא דלא כתב נתנה היא ואמר הוא משום דלא פסיקא ליה דלפעמים מקודשת באדם חשוב משמע אם אינו חשוב לא מקודשת כלל. ובבגדי שש ס"ק

ח' הביא דברי הפנ"י וכתב דהתוס' כתבו כן לפי הס"ד אבל למסקנה דאמרה הגמ' נתן הוא ואמרה היא ספק הוא הדין נתנה היא ואמר הוא דהוי ספק וחיישינן מדרבנן.

אמנם מהרא"ש פ"ק סי' א' כתב דפשיטא להו לרבותינו לפרש נתנה היא ואמר הוא אינה מקודשת משום דבעינן כי יקח. וכ"כ הרמב"ן ודברי בה"ג שכתב דהוי ספיקא ליתא. וכ"כ הר"ן לדחות דברי בה"ג דלא נראין דבריו דהכל תלוי בנותן וכיון דנתן הוא ואמרה היא ושתק הרי מוכח דלשם קדושין והוי שפיר כי יקח אבל נתנה היא ואמר הוא אם הוא לא אדם חשוב חסר בכי יקח.

ח. **והנה** הר"ן בסוגי' של תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב הביא דברי הרמב"ם פ"י מקידושין דלאחר שנתן בעי אמירה שיאמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך דאי לא הוה ליה נתן הוא ואמרה היא דאמרינן עלה דהוי ספק, ואחרים אומרים דאפי' לא אמר כלום אלא כל שנתן על פיה מקודשת דלא גרע ממדבר עמה על עסקי קידושיה. ודעת הרשב"א כדעת הרמב"ם, ולכאו' לפי אחרים שחולקים על הרמב"ם למה מקודשת אע"פ שנתן ע"פ אמירתה והר"ז דומה לנתן הוא ואמרה היא ותירצו נתן הוא תחילה ואמרה היא אחרי נתינתו לא מהני דלא מוכח דנתינתו לשם קידושין אלא ע"פ דיבורה ונמצא דבאמירתה נגמרו הקידושין, משא"כ בתן מנה לפלוני הוא עושה כל מעשה הקידושין אפי' בלי אמירתו, וסיים הר"ן דדברי הרמב"ם עיקר, דנתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי משום כי יקח ולא כי תלקח, היינו כשאמרה כן בעת נתינה, אבל לאחר נתינה לא עדיף שתיקה דידיה משתיקה דידה דלאחר קבלה שתיקה לא מהני, דנתן הוא ואמר הוא ושתקה היא גבי פקדון וא"ל כנסי פקדון זה וקבלה שתקה וחזר וא"ל הרי את מקודשת לא מהני, לרבא לקמן דף י"ב: דהוי שתיקה לאחר מתן מעות, וכ"ש כאן דנתן לה ומעיקרא הוי דידה במתנה ואח"כ א"ל ושתק לא מהני כדאמרינן פ' שבועת העדות ל"ג.אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי, כי עדים רואים אותו מבחוץ מאי הוי, דליכא ספיקא דאמירה דידה ושתיקה דידה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא, אלא ודאי בנתן הוא ואמרה היא בשעת נתינה הוא דמספקא לן, ואע"פ שע"מ כן נתן לה ולא דמי לעסוקין באותו ענין, דהתם בשאמר הוא אבל בלא אמר הוא אע"פ שבנתינתו מוכח שהוא כדברי האשה לא מהני וכו' ונהי דבעלמא חשבינן שתיקה כהסכמה כאן לא מהני מדין כי תלקח, וכו'.

וא"כ רואים מהרמב"ם דהאמירה הוי חלק מהקידושין, ובתפארת יעקב ס"ק ד' כתב לישב דלעולם האמירה לא מצד הקידושין אלא לברר, אבל הכא דמקדשה במנה שנתן והוי מלוה לכן צ"ל הרי את מקודשת לי בהנאה שנתתי על פיך, ע"ש. ולפ"ז יש להסביר בדעת הרמב"ם או מטעם שהאמירה חלק מהקידושין כפי שהסביר הר"ן בתחילה או שהאמירה לברר לשם מה נתנו הקידושין וכיון שנתן הבעל והאשה אמרה והבעל שתק יש להסתפק על שתיקתו, ודעת רש"י דהחסרון באמירה. והרשב"א כתב דהחסרון בעדים דהעדים מסופקים על השתיקה של הבעל האם רצון או לא, ומקדש בלי עדים לא מקודשת, וזה הדין של כי יקח דקידושין בעי עדים.

ויש לדקדק בדברי הרשב"א בסוגי' דכתב נתן הוא ואמרה היא פרש"י דדמי לכי תלקח, וכתב כתבתי למעלה דתלקח לא משמע אלא תתרצה אלא הכי פי' כי יקח שכל הליקוחין היינו הנתינה והאמירה תלויין בו וכשאמרה היא הו"ל כי תלקח, וא"ת נתן הוא ואמרה היא מאי שנא מדין עסוקין באותו ענין דאמר רבי יוסי הגלילי דיו, כתבו התוס' דהכא בשלא דברו כלל, אלא השתא הוא דאמרה ליה תן לי דינר ואקדש אני לך ונתן לה ולא פירש וכו' ואע"פ שהדברים מראים דלדעת מה שאמרה לו נתן מ"מ העדאת העדים בעינן דהמקדש בלי עדים לא חוששין לקידושין א"כ כיון שלא פירש כאן ואפשר שלשם מתנה נתן לה ולא לשם קידושין אע"פ שהכא מוכח דלשם קידושין נתן כמו שאמרה אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראייה לשם עדות אלא שהם דנים כוונת הלב ואין כאן עדות, עכ"ל.

ט. **ודברי** הרשב"א צריכים באור דבתחילה כתב דהחסרון הוא מדין כי יקח ולא כי תקח ולבסוף כתב החסרון משום עדים, וכתב להסביר בחידושי הגרנ"ט ע"פ דברי האבני מילואים בס' כ"ז דכתב מרן ובלבד שתבין הלשון ומשמע כל שהבינה אע"פ שהעדים לא יודעים שמבינה היא נאמנת. ולכאו' הרי זה חסר בעדים, וכתב לישב ע"פ דברי הר"ן בנדרים כ"ט. דהתורה אמרה כי יקח ולא כי תקח הרי האשה כן מפקירה עצמה והבעל פועל כל מעשה הקידושין, הלכך העדים מעידים כן על מעשה הבעל ולא האשה, דעיקר דבר שבערוה נאמר על הבעל והרי הם מעידים על הבעל ומצד הבעל הלשון נכון וטוב, לכן האשה נאמנת לומר שהבינה. ולכן אי כתיב כי תקח דהיינו עיקר מעשה הקידושין עושה

האשה ולא הבעל ועל מעשה דידה יש עדים ולגבי דידיה לא בעי עדים, נמצא מי שהפסוק מדבר בו עליו בעי עדים, ונמצא עכשיו שהתורה אמרה כי יקח דהוא עושה כל מעשה הקידושין ולכן באמרה היא, הרי הבעל לא אמר דעושה כן לשם קידושין ונמצא נתן הוא ואמרה היא הוי חסרון בעדים.

ועוד הסביר לפי הר״ן בתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דכתב הרמב״ם פ״ה מאישות דהיינו דא״ל אח״כ הרי את מקודשת בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך דאי לא הוה ליה נתן הוא ואמרה היא. ואחרים ס״ל אע״פ שלא אמר דלא גרע מעסוקין באותו ענין, ולא דמי לנתן הוא ואמרה היא דהא אמר תחילה, ודברי הרמב״ם נראים עיקר, דהא ודאי נתן הוא ואמרה היא דאמרינן ספיקא הוה משום כי יקח ולא כי תקח, היינו בשעת נתינה אבל לאחר נתינה לא עדיפא שתיקה דידיה משתיקה דידה, דאמר רבא לקמן דשתיקה דידה לאחר מתן מעות לאו כלום היא, אלא ודאי בנתן הוא ואמרה היא בשעת נתינה הוא דמספקא לן, שמא תאמר לא כי אלא שתיקתה מורה דהסכמתה שמתוך שהיא נאסרת אם לא ניחא ליה היה לה למחות אבל הבעל אע״פ שאינו מסכים שותק, א״כ אין הספק מחמת כי תלקח אלא מחמת שיש ספק שמא לא הסכים, עכת״ד.

ויש להסביר מחלוקת הרמב״ם והאחרים בתן מנה לפלוני אם צריך אמירה דבמקח וממכר שאנו צריכים דעת כדי שהקנין יוכל לחול העיקר הוא שיהא דעת המוכר להקנות הדבר דעיקר המכר תלוי בו ואין אנו צריכים דעת הלוקח רק שלא יתנגד לקנין כדמוכח בב״ב מ״א. רב ענן שקיל בידקא דאי לאו מחילה בטעות הוה אמינא דלכו״ע קונה רב ענן הקרקע כיון דהמקנה התכוון להקנות אע״פ שרב ענן לא נתכוון לקנות עי׳ רא״ש שם בשם הראב״ד דלא בעינן דעת קונה וכוונה לקנות.

וכן בקידושין ט׳. דקאמרינן התם במוכר תלה רחמנא והיינו דדעת המוכר היא העיקר במכר, וכן הגמ׳ בב״מ ט״ו: הלוקח מגזלן ולא הכיר בה שגזולה וחזר גזלן ולקחה מבעלים ראשונים דקנה השדה של הלוקח, ויש מפרשים התם דהטעם משום דהגזלן הוא שלוחו של לוקח לקנות עבורו מהנגזל ולכן קנה לוקח, כן איתא בשמ״ק בשם הרמב״ן. ואחרים פירשו בההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקנה הגזלן ללוקח וכ״כ הר״ן ואע״ג דהלוקח לא ידע ולא התכוון לקנות, אבל בקידושין הלוקח הוא הבעל ומצד האשה בעינן שלא תמחה.

ולפ״ז אם אחד נתן מעות לחבירו בתורת מתנה והשני קבלה בתורת מכר או פרעון שהיה חייב לו, כבר נפטר הראשון, אע״פ שלא כיון לקנות אבל בקידושין בעינן דעת קונה דדעתו של הבעל לכן אם נתן לה מתנה והתכוונה להתקדש לא מהני, ולכן לפי הרשב״א אם הבעל נתן לה והיא אמרה כיון דהבעל נתן דלמא לא נתן לשם קידושין, בלי עדות נמי לא מהני והספק על הנתינה לשם מה נתן, אבל אם אמרה היא קודם שנתן יש סברא לומר שרוצה לפעול בהתאם לדבריה ואם לאו מטעם עדות, היו הקידושין שרירין, ולכן היות והעדים לא יכולים לומר בברור שהבעל נתן לשם קידושין כיון דנתן סתם יש ספק אם לשם קידושין נתן או מתנה, ולכן במכר היה המכר חל כיון דהבעל לא מוחה, אבל בקידושין יש הלכה כי יקח לכן בעינן עדות דבעל רוצה לפעול קידושין.

אבל אחרים החולקים על הרמב״ם ס״ל דאין חסרון מטעם עדות וכל שאמרה קודם נתינה והוא נתן הוי שפיר לשם קידושין ורק אם קדמה נתינה של הבעל והיא דיברה בזה אמרינן דאינה מקודשת, דבזה אין הוכחה על נתינת הבעל וחסר בעדים. ובזה יצא דלא כהר״ן דלהר״ן אם אמרה בשעת נתינה חלין הקידושין, ולהרמב״ם ס״ל אפי׳ אמרה היא מקודם נמי לא מהני, דיש חיסרון בהעדאת עדים, או החסרון מצד הבעל דלא ברור לשם מה נתן הכסף, ולהרשב״א בדעת אחרים דכל שאמרה מקודם נתינה מהני ואם אמרה בשעת נתינה ג״כ לא מקודשת, כיון שאין ראיה שלשם קידושין נתן.

י. בנתן הוא ואמרה היא כתב הר״ן כיון שאמרה היא ושתק הוי ספק בשתיקתו ומשמע דאמירה לא הוי חלק מהקידושין רק מסבירה את מטרת הכסף, ולכן בעסוקים באותו ענין מהני, והר״ן כתב בדף ז׳. בסוגי׳ דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דטעמא דאינה מקודשת בנתן הוא ואמרה היא כיון שהיא גומרת הקידושין וחסר בכי יקח, ובשלמא אי בעינן אמירה ניחא, אבל אם הכסף הוא הקובע והאמירה מבררת מה ההבדל בין אם הוא מבורר או היא מבררת.

וע״ז כתב הגרנ״ט דיש להסתפק אי רצון האשה תנאי בקידושין או זה גופא מעשה הקידושין, והוכיח כיון דכתיב כי יקח בעינן שהעדים יעידו על מעשה הבעל

ומעשה הקידושין מצידו, וגם על רצונה דדבור הבעל פועל על רצונה, אבל כשאמרה היא הרי גלתה את רצונה מצד כי תלקח ולא מהני. והנה בנתנה היא ואמר הוא נחלקו בה"ג ורשב"א והתוס' ד"ה הא כתבו דאף בנתנה היא ואמר הוא הרי ספק , והרשב"א תמה עליו נתנה היא ואמר הוא אין בכלל קנין דבקידושין הקנין בנתינת החפץ.

ולדעת בה"ג וכן משמע מתוס' ד"ה הא דאף בנתנה היא ואמר הוא הוי ספיקא ולפ"ז צ"ל דלדעת הבה"ג הוי הספק בנתן הוא ואמרה היא דדמי לכי תקח באמירה אך איכא נמי כי יקח, וע"כ הוי ספק וא"כ ה"נ דבנתנה היא ואמר הוא הוי ספיקא דכי יקח נמי עושין בנתינה וגם כי יקח באמירה והרשב"א תמה עליו בנתנה היא ואמר הוא הרי אין כאן קנין בכלל, דבקידושין הקנין הוא נתינת החפץ, ובנתנה היא אין כאן כסף קידושין, ולא צריך להגיע לפסוק לכי יקח ולא כי תקח, ונמצא דהמחלוקת בין הרשב"א ובה"ג האם הכסף קידושין עושה קנין או עושה תמורה כמו מקח וממכר, דהנה הרמב"ן הקשה לשיטת הרי"ף דס"ל דמכירת שטרות דרבנן אין מהני במקדשה בשט"ח דאחרים. שיחולו קידושין מדאורייתא ומשמע מרמב"ן דקנין דרבנן לא מהני לדאו', וכן מוכח ממה שכתב הרמב"ן בקנין ד' אמות בגט מהני משום אפקעינהו, ובס' יד דוד הקשה על הרמב"ן איך מהני משיכה בקידושין והא הרמב"ן עצמו פסק דמשיכה הוי קנין דרבנן וקנין דרבנן לא מהני לדאו' והניח בצ"ע. ובאבני מילואים תמה בס' כ"ח ס"ק ל"ג על הרמב"ן מאי קשיא ליה על הרי"ף דמכירת שטרות דרבנן, הרי גם לדידיה תקשה ממעמד ג' דלכו"ע דרבנן ומקודשת מדאו', וצ"ל דכל הקנין פועלים מצד גמירות דעת וסמיכות דעת, וכמו סיטומטא, וכן בזה"ז דנהגו בתקיעת כף, ולכן כל שיש סמיכות דעת קונה בין אם הסמיכות דעת נוצר ע"י קנין דרבנן או ע"י קנין דאו', וכסף מדאו' עושה גמירות דעת, ומשיכה יוצר גמירות דעת מדרבנן, ולכן בקידושין יש מחלוקת מי עושה הקידושין בכסף האם קנין או תשלומים, ולכן אם נאמר שכסף עושה קנין זה הכי יקח דוקא כסף אבל משיכה ושאר קנינים לא פועלים, דלא מה שמקבלת האשה קונה דמשיכת האשה לא מהני, אבל אם נאמר דבקידושין הסמיכות דעת פועל בקנין כמו כל הקנינים דבמה שמקבלת כסף התשלומים פועל הקנין, דסו"ס יש גמירות דעת.

ולפ"ז הרמב"ן דהקשה על הרי"ף איך מהני קנין דרבנן לדאו', ס"ל אף דקנין דרבנן מהני לדאו' היינו במקום שיש סמיכות דעת אבל במכירת שטרות דהתמעטו דלא שייך בהם מכירה בכלל ולא תלוי בסמיכות דעת איך מהני, ובשלמא מעמד ג' הוי סמיכות דעת ולכן מהני משא"כ בשטרות שאין להם קנין, וכן נמי אי קנין כסף הוי מדין תשלומים התשלומים פועלים הגמירות דעת, ובקבלת כסף מקנה עצמה, וכן בד' אמות דהרמב"ן אמר מדין אפקעינהו כיון דלא בעי קנין בגט אלא נתינה מידו לידה כאן חסר ד' אמות דרבנן לכן חסר בגמירות דעת, ובעינן אפקעינהו, וכן קושית יד דוד על הרמב"ן דס"ל משיכה דרבנן איך קונה, דכאן ע"י משיכה זה תלוי בסמיכות דעת, ולכן מהני.

אבל בה"ג ס"ל כסף עושה קנין ושונה משאר הקנינים דהם מדין שווי, ולכן אם האשה נתנה כסף זה קנין קידושין ואי משום כי יקח ולא כי תקח הא דמי לנתן הוא ואמרה היא, דספיקא דגם בנתינה הוי כי יקח, והספק האם החסרון של כי יקח ולא כי תקח רק אם האשה עושה גם נתינה וגם דבור, אבל אם עושה רק קנין והדבור מצד הבעל הוי שפיר כנתן הוא ואמרה היא, אבל הרשב"א ס"ל קנין כסף תשלומין ולכן צריך לבוא הכסף אך ורק מצד הבעל, ולכן כל שנתנה היא חסר בקנין כסף ולא מהני, ודו"ק. וכתב בכנה"ג יו"ד סי' י"ח וס' כ"ה בה"ג הטור ס' ג' דמ"ש ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן דבספיקא דדינא לא שייך אוקמא אחזקה דמשום חזקה לא הוכרע הדין וכ"כ המל"מ בפ"ב הלכה א' מהל' טומאת מצורע והביאו בשו"ת רע"א ס' ל"ז והוכיח מב"ב ל"ב: מהתוס' ד"ה והלכתא דכתבו דבתרי ותרי כמאן דלתנהו דמי ומוקמינן אחזקה, אבל בספיקא דדינא לא שייך לומר כולי האי, ע"ש.

וביאר מחלוקתם הגאון רע"א דחזקת מרא קמא היא דין בכל החזקות דאמרינן דלא נשתנה הדין ממה שהיה מקודם כמו בחזקת איסור והיתר, אבל בספיקא דדינא לא שייך לומר אוקי אחזקה דמקודם, ממילא לא מוציאין מיד המוחזק, והביא דברי הר"ן בנתן הוא ואמרה היא שכתב וז"ל לפיכך אני מסתפק בכל ספק קידושין דאפשר מדאורייתא שרי די"ל אוקי אשה אחזקתה, דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן העמד ממון בחזקתו והסכימו הפוסקים דאפי' תקפו התובע מפקינן מידו, ע"כ. וביאר רע"א דברי הר"ן שבא לשלול מה דאפשר לומר בספיקא דדינא לא מוקמינן האשה בחזקת פנויה לזה הביא ראיה מדפסקו הפוסקים דבספיקא דדינא אי תפיס מפקינן מיניה והטעם משום

דמוקמינן אחזקת מרא קמא, ואי איתא דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקת איסור והיתר ה"נ לא ניזל בתר חזקת מרא קמא וממילא אי תפיס אין להוציא מהמוחזק, ע"כ.

ובב"ש בס' קל"ו ס"ק כ' הקשה דמרן הביא דברי ר"י ד"א מגורשת אם היה מדבר עמה על עסקי גיטה, ואילו כאן סתם המחבר דכל שאמר לה כן בשעת קידושין אפי' היה מדבר עמה לא הוו קידושין. ותרץ דגט שאני דבגט כתב הלשון הנכון והרי את מותרת לכל אדם, רק בדיבור רוצה לפגום הכתיבה בזה לא מהני לדעת מהרי"ו ע"ש. ולפ"ז אם קדשה בשטר וכתב נוסח השטר הרי את מקודשת לי ובאמירה א"ל הריני אישך הריני בעלך לכאו' יהיה ספק כיון דהשטר כתוב כדינו. ובפני יהושע דף ה': ובקונטרס אחרון אות י' כתב להסתפק בדברי שמואל הא דלא מהני האם גם בקידושי שטר דדילמא כיון שהשטר כתוב כתיקונו לא גרע במה שאומר הריני אישך דלא מצאנו שבשטר צריך לומר לה בע"פ לשון קידושין, דבגירושין שאני שצריך לומר לה הרי את מגורשת.

י"א. **ובפסקי** הלכות פ"ג דאישות הל' ג' כתב הא דכתב הרמב"ם פ"א דגירושין איני אישך איני בעלך אין כאן בית מיחוש כשמואל היינו בכתב כן בגט, ולכן גם בקידושין אייירי שכתב כן בשטר אבל אם השטר כתוב כתיקונו וא"ל בע"פ יש לחוש, אי נאמר שזה גרע ע"ש. ובבאר היטב ס"ק כ"ב כתב בשם מהרח"ם סי' י"ג דאפי' השטר כתוב כדין כל שאמר לה אינה מקודשת דומיא דגט ע"ש. ובגוף התשובה כתב המהרח"ם דכן דעת ריטב"א דאע"פ שהשטר כתוב כדינו כל שדיבר גרע, ע"ש. ובעצי ארזים הוכיח כדעת המהרח"ם. והב"ש ס' ט' הביא דעת מהרי"ו שכל שהיה מדבר עמה על עסקי קידושיה הוי מקודשת י"א ודאי וי"א ספק.

ובשו"ת מהר"י לבית הלוי ס' ה' כתב להוכיח כדעת מהרי"ו דבמדבר עמה ונתן בשתיקה מהני הוא הדין אם א"ל לשון הריני אישך הריני בעלך. וכן הוכיח מהרא"ש נתן הוא ואמרה היא ספק אבל כשהיה מדבר עמה על עסקי קידושיה ונתן בשתיקה מהני ולמד מהרא"ש דכל מדבר עמה מהני אפי' אמרה היא, והטעם כיון שאין אנו צריכים לדבור כל שאמרה דבור הפוך לא מגרע, וראייתו מגט שאם שינה בדבר שלא צריך להכתב לא פוסל,כמו שאמרו תוס' גיטין דף פ'. דאומר ר"י עיר שנולד בה אם שינה כשר, ואפי' לדעת הרשב"א והראבי"ה דדבר שלא צריך אם שינה פוסל היינו בגט דהשינוי סותר כל הגט משא"כ בקידושין.

והנה בנתן הוא ואמרה היא כתב הרא"ש אם היו מדברים על עסקי קידושין מקודשת ודאי וטעמא שלא גרע מנתן בשתיקה, וכתב בערוך השולחן סעיף ל"ז ולא דמי להרי את מיועדת לי מיוחדת לי דאפי' עסוקים לא מהני דשמא שם למלאכה קאמר לכן הוי ספק, אבל כאן שאמרה לשון קידושין גמורים מה קלקלה בדבורה, וכ"כ הרשב"א בחידושיו ובתשובה ח"א תרי"ג, וכן דעת רבינו ירוחם.

י"ב. **וכתב** השו"ע נתן הוא ואמרה היא וענה הבעל הן מקודשת ודאי. ומקורו מהרמ"ה שהביא הטור לאחר הדין של נתן הוא ואמרה היא אם ענה הבעל הן מקודשת. וכתב המל"מ פ"ג מאישות הלכה ב' שהרמ"ה סובר דטעמא דמספקא לן בנתן הוא ואמרה היא משום דלא נודע אם נתן לשם קדושין או לשם פקדון או מתנה או דשמא לא חש לדבריה שאמרה הריני מקודשת לך בזה ומשום הכי כל שענה הן הרי גילה דעתו דלשם קדושין יהיב לה דהוי כי יקח דאפי' נימא בעינן נתינה ואמירה שלו הרי בכה"ג הוי אמירה שלו. וכתב המל"מ אבל אם נאמר דהטעם בנתן הוא ואמרה היא הוי ספק כיון שלא אמר חסר בכי יקח נמצא באופן שאמרה היא הרי חסר באמירה שלו והן שאומר אח"כ לא מהני דנשארה היא הוי כי יקח וחסר בכי יקח לכן אפי' יאמר הן הוי ספק ומשמע דמל"מ מסתפק בדינו של הרמ"ה.

ובקרית מלך רב הלכות אישות כתב דמדברי המל"מ משמע שיש חולקים על דברי הרמ"ה ולא היא דדברי הרמ"ה מוסכמים וכל שאמר הבעל הן הוי אמירתו ברורה דחשיב כי יקח. דהרי הר"ן פי' בנתן הוא ואמרה היא האם שתיקתו הוי הודאה או אפי' הוי הודאה בעינן אמירה בפועל ולכן כל שאמר הן הרי יש כאן אמירה בפועל ולפ"ז יפה כתב הרמ"ה וכ"כ בתפארת מנחם הלכות אישות פ"ג דדברי המל"מ אינם מוכרחים ע"ש. וכן כתב הגר"א ס"ק ג' להביא ראיה לדברי הרמ"ה מנזיר כ: דבשאמר הריני נזיר אם אמרה אמן הוי נזירה הכא נמי כל שאמר הן הוי אמירה מעליא. וכ"כ בשאלת משה (ראזין)ס' ל"ג אות י' דטעמו של הרמ"ה באמר אמן מקודשת כיון שנתן הוא ואמרה היא הוי כעסוקין באותו ענין וכשאמר הן הרי עשה את פעולת הקדושין דאמירתה

לא יכולה לפעול ומ״מ הוי כעסוקין באותו ענין וכל שאמר הן מקודשת.

ובעצי ארזים ס״ק כ׳ כתב דמתוס׳ רי״ד משמע דלא כהרמ״ה משום דכל שאמרה היא הרי הקדושין נגמרו ע״י דיבור דידה ואגן בעינן שיגמרו בדיבור האיש ולכן אפי׳ אמר הבעל הן לא מהני דסוף סוף נגמרו ע״י דבור האשה וראי׳ דשהיו עסוקין והבעל נתן לה מקודשת וכשהיא אמרה לא מהני אלא ע״כ דבעינן קדושין נגמרין ע״פ הבעל. וביד דוד שבה״ג פ״ג דאישות הלכה ב׳ כתב דלדעת תוס׳ רי״ד אם ענה הבעל הן לא מקודשת אף דבנזיר הן הוי כדיבור שאני התם דהין הוי כמסכים בזה אבל הכא אף אם הוא רוצה כמו שאמרה היינו שמסכים לקנותה כמו שמקנית עצמה לו ואיך יועיל אלא שסיים שם דלמעשה נראה שמדבר עמה על עסק קדושין אין אמירתה מגרעת כלום וכו׳ וכמו כן אם ענה הבעל הן ג״כ מקודשת בודאי כיון דקימ״ל דהן הוי כדבור ממש לא הסכמה בלב בלבד דהרי הן מהני לענין שבועה ונדרים אף שצריך בהם שהוא יוציא בשפתיו והיינו דחשבינן דהוי כאילו אומר בעצמו לשון שבועה כדאיתא ברמב״ם פ״ב דשבועות הל׳ א׳ והלכה ח׳ ופ״ב דנדרים וכן משמע בקדושין יג דאמרה הן חשיבה כאמירה שלמה אך כיון דהתוס׳ רי״ד חולק בזה צריך להתיישב בזה למעשה.

סימן יג

המקדש בהנאת מחילת מלוה

א. **גמרא** דף ו׳: אמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן מפני הערמת ריבית האי הנאת מלוה היכי דמי וכו׳ דארווח לה זימנא. ופירש רש״י מקדש במלוה שהלויתיך משמע דמקדשה במעות שקיבלה ממנו. ובכתובות דף עד. כתב דמלוה שמחל לה מה שהיא חייבת לו. והשתא לא מידי יהיב לה. והתוס׳ שם כתבו ולפירושו צריך לחלק בין מקדש במחילת מלוה למקדש בהנאת מחילת מלוה. דבזה מקודשת ע״ש. הרי דתוס׳ מחלקים מקדש במחילת מלוה אין דעתו על ההנאה אלא על המלוה עצמה וזה לאו ממון דלאו מידי יהיב לה דהוא מסלק החוב ומבטלו אבל לא נותן לה כלום. ואינו דומה למקדש בשט״ח דאחרים דמקודשת דשם נותן לה החוב של אחרים ושעבוד נכסים שיש לו על אחרים דשעבוד הוי חפצא דממונא. אבל במחל לה לא נותן לה כלום ולא מקבלת דבר חדש משא״כ מקדש בהנאת מחילת מלוה הרי נתן לה הנאה מחודשת ששוה ממון. שהאשה עצמה היתה נותנת ממון כדי לקבל הנאה זו. אמנם התוס׳ דחו פירוש רש״י בשם ר״י דאין הבדל בין מקדשה במחילת מלוה להנאת מחילת מלוה ושניהם מקודשת וטעמא דמקדש במלוה היינו שאומר לה התקדשי לי באותם מעות שנתתי לך ואת חייבת לי בזה אינה מקודשת שלאו מידי יהיב לה ע״ש. ולכאורה רש״י כאן בסוגיא פירש כדעת התוס׳ דמקדש במלוה היינו באותם כסף שנתתי לך וכיון דמלוה להוצאה ושמא רש״י בא לחדש בכתובות דאע״פ שמחל החוב וקידשה במחילה עם כל זה אדם יודע שאין קדושין תופסין במקדש במחילת מלוה ובעל לשם קדושין.

ולכאורה אביי דאמר כאן המקדש במלוה אינה מקודשת לא חידש כלום דלקמן בדף מז. אמר רב המקדש במלוה לא מקודשת דמלוה להוצאה ניתנה ועוד רש״י כאן כתב הטעם דלא מקודשת כיון דילפינן קיחה משדה עפרון דיהיב לה מידי והלא לקמן רב אמר דין זה מסברא דמלוה להוצאה ניתנה וכבר קנתה הכסף ואין כאן כסף כלל. וגם במכר אמרינן שם ושווין במכר שקנה ואי אמרת להוצאה ניתנה במאי קנה משמע דהא דלא קני במלוה הוא מצד הסברא ולמה הוצרך רש״י לומר כאן הטעם דילפינן משדה עפרון דיהיב מידי בשעת קדושין ובאבני מילואים ס׳ כ״ח אות ט״ז עמד על דברי רש״י.

וממה שכתב רש״י המקדש במלוה וכו׳ וכבר הן שלה ומעות אחרים חייבת לו משמע מדבריו אפילו מעות בעין אינה מקודשת דקנתה אותם. וכן פירש רש״י לקמן מז. וכ״כ הראשונים הרא״ש והריטב״א דאביי נקט דאינה מקודשת ואפילו הן בעין ומשום דמעות אחרים חייבת לו. וק״ק דגם הילך דאמרה הגמ׳ בב״מ דף ד. לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהוא וכתב הגהות אשרי דאיירי במלוה ולא הוציא עדין המעות והסברא הוא דמלוה יש לו רשות וקנין להשתמש בהן אבל כ״ז שלא

השתמש עדין הן שלו ולכן הוי זה כפקדון ואינו מחוסר גובייגא שהרי הן שלו עדין וזה סותר דברי רש״י כאן. דלפי הגהות אשרי ורש״י בב״מ בסוגיא דהילך אם המעות המלוה בעין יש לה להתקדש בהן דעדין הן שלו של המלוה ובשלמא לדעת הר״ן שם דאיירי בפקדון דהתביעה היתה לשולחני שיש לו רשות להשתמש וכל זמן שלא השתמש ברשות בעלים קיימי אבל במלוה לא אמרינן כן דלהוצאה ניתנה ולכן אפי׳ הן בעין יצאו מרשות בעלים אבל לפי הגהות אשרי ברש״י דהילך אפי׳ במלוה קשה.

ב. **ודעת** הרשב״א והריטב״א ור״ן בשבועות לח: דהילך נאמר רק בפקדון אבל הריטב״א בשמ״ק ב״מ ס״ל דהילך גם במלוה ובהגהות הגר״א או״ח ס׳ פ״ז ס״ק י״א הביא דברי הריטב״א קדושין דף מז. דאם הלוה לא הוציא המעות קנאם רק מדרבנן אבל מדין תורה הם של המלוה וכפקדון בידו ויש לו בהן רק זכות קנין להשתמש בהן ואף שמדרבנן קנאן במשיכה מ״מ כשאומר אי אפשר בתקנת חכמים יכול לבטל את הקנין ושוב הן ברשותו של המלוה וזה שכתב רש״י לא הוצאתים והם שלך בכל מקום שהם וכ״כ בנחל יצחק. ותמה בגידולי שמואל דהרי אי אפשי בתקנת חז״ל שייך לפני שיזכה כמו דמועיל סילוק בארוסה ולא בנשואה וכאן כבר זכה ע״י משיכה ואיך יכול לטעון אי אפשי בתקנת חכמים. ויש שכתבו לחדש שלא אמרו מלוה להוצאה ניתנה אלא לענין זה שהמלוה לא יכול לחזור אבל הלוה כל זמן שלא הוציאם יכול לחזור בו דאמרינן דעתיה שלא לווה את המעות אא״כ יצטרך להם ולכן כשטוען הילך גילה דעתו שלא רוצה בהלואה והרי המעות פקדון בידו ואפשר שאם קידש בהם המלוה אשה אחר שחזר בו הלוה מקודשת וכ״כ בחידושי הרי״ם ע״ש.

ויש לומר דלזה רש״י כתב כאן דילפינן משדה עפרון דהיינו אפי׳ מעות בעין ועדין ברשות מלוה מ״מ לאו מידי יהיב לה דילפינן משדה עפרון שצריך לתת לה תמורה כמו במכר דמכר חל רק בקבלת תמורה וזה ילפינן משדה עפרון ולכן המקדש במלוה ומעות בעין כיון שיש רשות ללוה להשתמש בכסף וא״א למלוה לעכב בעדו לא חלו קדושין אבל חידושו של רב המקדש במלוה היינו שכבר הוציא המעות ויש רק שעבוד בזה פשוט דאינה מקודשת וע״כ בא אביי לחדש דאפילו מעות בעין לא מהני כיון דילפינן משדה עפרון.

ג. **וכתב** הרמב״ם בפ״ה הל׳ י״ג מאישות המקדש במלוה אינה מקודשת מפני שמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים להנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו ועברה הנאתו. ודייק הב״ש מרמב״ם דמשמע אם המעות עדיין בידה ולא הוציאה אותם מקודשת. וסוגי׳ לא משמע כן דכן כתבו רש״י והרא״ש והר״ן והמאירי ותוס׳ רי״ד כיון דמלוה להוצאה ניתנה אפי׳ מעות בעין לא מקודשת. וכ״כ הב״י להסביר דעת הרמב״ם דלא פליג על הטור ואפי׳ מעות בעין לא מקודשת ומה שכתב הרמב״ם שאין שום דבר קיים הכוונה כיון דמלוה להוצאה ניתנה אע״פ שהמעות עדין בידה הם שלה גם המהרי״ט כתב כן בדעת הרמב״ם וכן הוא בפירוש ר׳ דוד ערמה על הרמב״ן וכ״כ הריטב״א בקדושין בדעת הרמב״ם. אמנם בחסדי דוד על התוספתא פ״ג לא כתב כן בדעת הרמב״ם אלא דייק כדעת הב״ש דאם המעות בעין מקודשת וכ״כ ביד המלך על הרמב״ם דכל שמעות בעין הוי פקדון ומקודשת ע״ש. והקשה על הרמב״ם דס״ל מקדש במלוה אינה מקודשת למה פסק בפרק ה׳ ממכירה שאם קנה במלוה המכר חל והרי הגמרא אמרה בדף מז ושוין במכר שקנה ואי מלוה להוצאה ניתנה במאי קנה וכן תמה עליו הראב״ד וה״ה כתב דהרמב״ם לא פסק כסוגיא בקדושין מז אלא כהגמ׳ בפרק הזהב דף מ״ו וקדושין כ״ח יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה קנה מ״ט סבר לה כרבי יוחנן דאמר מעות קונות ומאי טעמא אמרו מעות לא קונות משום שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה ומעות חוב לקנות בהם מקח הוי מילתא דלא שכיחא דלא גזרו בה רבנן ע״ש. ומוכח על כל פנים דמלוה הוי מעות דהרי קונין בהם מקח והרמב״ם ס״ל דסוגיות חלוקות ופסק כפרק הזהב. והקשה באבני מילואים ס׳ כ״ח ס״ק ט״ו אכתי יש להבין מאי שנא קדושין ממכר דממ״נ אי מלוה חשיב מעות למה לא מקודשת ואי לא חשוב מעות למה קנה במכר. וכתב להוכיח מדברי הרמב״ם פ״ה מאישות במקדש במתנה ע״מ להחזיר דאינה מקודשת דאם לא תחויר אינו שלה ואם תחזיר הרי לא נהנית ואע״פ שמכר מהני מ״מ בקדושין לא מהני דבעינן שתהא נהנית בקדושין ולכן כתב הרמב״ם דבקדושין לא מקודשת דמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן דבר קיים ליהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו דינר ועבר בה הנאתו. אבל במכר לא בעינן הנאה דהא מתנה ע״מ להחזיר מהני במכר והוסיף עוד טעמא למה הרמב״ם מחלק בין קדושין למכר כיון דס״ל כדעת רש״י בקדושין דבמלוה לא מקודשת דילפינן קיחה משדה עפרון דיהיב מידי בשעת

קדושין וכו׳ משמע דאי לאו דיליף משדה עפרון מלוה נמי חשיב כסף אלא כיון דילפינן משדה עפרון בעינן כסף בשעת המכר דכתיב וישקול אברהם לעפרון אבל במכר דלא ילפינן משדה עפרון כדאמרינן לקמן קרקע בכסף מהיכן ילפינן והביא פסוק דאמר חזקיה שדות בכסף יקנו וכתבו התוס׳ הא דלא מייתי ראיה משדה עפרון משום דהתם איירי בגוי דכל קניינו בכסף דלא משדה עפרון יליף קנין מכר משום הכי נקנה במלוה דמלוה נמי חשיב כסף עכת״ד. והקשה דמ״מ סוגיא לקמן דף מז דאמרה ושווין במכר דקני ואי מלוה להוצאה במאי קנה הרי סוגיא זו קשיא על הרמב״ם דס״ל דבמכר קנה וכתב לישב דגמ׳ בקדושין דף מז. היא מימרא דרב ורב יליף כסף קדושין לא משדה עפרון אלא מדרשה ויצאה חינם אין כסף ואמר רב יהודה אמר רב אין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאדון אחר ומנו אב. ולכן לרב אין הבדל בין מכר לקדושין ע״ש. אבל לדידן דילפינן משדה עפרון שפיר יש הבדל בין קדושין למכר והיא סוגיא דהזהב דף מו ולקמן בדף כח יש דמים שהם כחליפין. ומ״מ יש להסתפק בדעת הרמב״ם במכר למה קנה בחוב הרי סוף סוף לאו מידי יהיב דמלוה להוצאה ניתנה וכבר קנאם הלוה. וצריך לומר דקונה בעצם החוב דכמו שיכול המלוה למכור חוב הר״ה יכול לקנות בחוב דחשיב דמי המקח ולא מדין מחילה קונה.

ד. **אבל** התוס׳ ב״מ שם הרא״ש פ״ב קדושין ס׳ ה׳ כתבו דהא דמהני דמי שור לקנות פרה לאו משום דמלוה קונה אלא דמיירי בבא לקנות בהנאת מחילת מלוה דבכה״ג גבי קדושין מהני. אבל הרמב״ם לשיטתו דפי׳ הנאת מחילת מלוה לא כדעת הראשונים וכתב שהן דברים שאין ראויין לאומרם ומפרש הנאת מלוה בענין אחר לגמרי כפי שנבאר לקמן בע״ה א״כ מדברי הרמב״ם מוכח דמלוה קונה במכר וכמו שכתב ה״ה בקצרה והביאו הרמב״ן ומ״מ צריך להבין דעת הרמב״ם למה בחוב יכול לקנות הרי כל חוב המלוה יש לו רק שעבוד שהלוה חייב לשלם לו ואיך אפשר לומר שאותו חיוב שחייב לשלם לו נחשב לממון לענין שהמלוה יכול לקנות בשעבוד זה קרקע מהמוכר וזה נחשב כקבלת כסף ואם נאמר דבכל מכר קנין כסף הוא פרעון דמי המקח גם כאן דמי המקח פרועים ע״י ניכוי החוב ונראה כיון דבכל חוב יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסים והן נראה ששעבוד הוא דבר שלא ניתו למכירה מ״מ שעבוד נכסים שיש למלוה על הלוה ניתן למכירה ולכן כשהמלוה קונה בשעבוד נכסים הרי הלוה קיבל תמורה ומזכה את השעבוד תמורת המקח דעד עכשיו היה למלוה שעבוד על הלוה והלוה עצמו קרקעותיו היו משועבדים למלוה ועכשיו הוסר השעבוד לכן קונה. וכ״כ המקנה בסוגי׳ על פירוש רש״י ד״ה אינה מקודשת דהא די״ל דמלוה הוי כדבר בעין שיהא נדון ככסף זהו מצד שעבוד נכסים דזה הו״ל כמו שיש למלוה דבר בעין ביד הלוה וכשהוא חושבו כסף תמורת המקח הו״ל כנתינת מעות ע״ש.

ה. **ובאבני** מילואים ס׳ כ״ח ס״ק ל״א הביא דברי הרמב״ן במלחמות פרק שור שנגח דו״ה דס״ל דאי אפשר להקדיש מלוה כיון דהוי דבר שלא בא לעולם דאכתי מחוסר גובייגא ולהכי מקדש במלוה אינה מקודשת ולא מהני גם במקח וממכר ובעל המאור שם חולק עליו וס״ל דיכול להקדיש ולמכור. הרי דלהרמב״ן מקדש במלוה לא מקדשה במעות שהלוה לה ולא במחילת החוב אלא בחוב עצמו וזה לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם. וא״כ גם לרמב״ם במקדש במלוה אינה מקודשת דמקדשה בחוב עצמו דהשעבוד שיש לו על חבירו חשיב ממון ולכן לא מקודשת. והסביר הסוגיא בארווח לה זמן בענין אחר דרק בעל ההלוואה היינו שנותן לה הנאה במעות שתשתמש בהם והוי הנאה בעין ודוקא אם אומר לה כן בעת ההלוואה אבל באמר לה כן אחר ההלוואה אין לה מעות עכשיו במה ליהנות אלא שמסלקה מהצער שלא תצטרך לפרוע, ואף דלא תצטרך לפרוע ויש לה הנאה מהמעות, כיון דהמעות שלה לא חשיבא הנאה ואינו נותן לה כלום זו שיטת הרמב״ם.

ובשו״ע ס׳ כ״ח סעיף ד׳ כתב היה לו מלוה אצלה אפילו היא בשטר וא״ל הרי את מקודשת לי במלוה שיש לי אצלך אינה מקודשת אפילו עדיין המעות בידה ולא שלחה בהם יד וכתב הרמ״א אפי׳ החזיר לה השטר והוא שוה פרוטה ויש מחמירין בזה ע״כ. והוא לשון הטור בשם הרמב״ם דאפילו החזיר לה השטר והטעם משום דלא הזכיר השטר בזמן קדושין לכן דעתה רק על המלוה וכ״כ רבינו ירוחם בנתיב כ״ב ח״א בשם הרמ״ה והמאירי בקדושין. וכתב בביאור הגר״א ס״ק כ״ד דדעת המחבר נמי דאפי׳ השטר שוה פרוטה לא מקודשת מדלא הזכיר השטר והראיה ממה שכתב המחבר אח״כ בסעיף ב׳ א״ל התקדשי לי בשט״ח זה ונתן לה שטר אם שוה פרוטה מקודשת משמע דרק משום שהזכיר השטר הא לאו הכי לא מקודשת. וכתב הב״ח דמקור הרמ״ה מסוגיא בקדושין יג בההוא דקדיש בציפתא דאסא א״ל והא לית בה שוה פרוטה א״ל תתקדש בד׳ זוזי דאית בה

דאמר רבא הוי שתיקה שלאחר מתן מעות לאו כלום היא ולא חש להא דשמואל שמא שוה פרוטה במדי משום דלא היה מתכוון לקדשה בציפתא בלבד וכמו שכתב הר"ן שם וה"ה כאן כשלא הזכיר השטר. וסיים הרמ"א ויש מחמירים בזה והמקור הוא הר"ן וה"ה דהביא בדרכי משה דכתב דמהר"ן וה"ה משמע אפילו שלא הזכיר את השטר חיישינן וז"ל הר"ן בקדושין דף מח יש מי שאומר שאם היתה מלוה בשטר ומחזיר לה השטר בשעת קדושין ויש בשטר שוה פרוטה מקודשת דהוה ליה כמקדש במלוה ופרוטה דאמרינן בגמ' מח. התקדשי לי בשט"ח ר"מ אמר מקודשת ר"א אמר לא מקודשת וחכמים אומרים שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת. ומזה מוכח דבשטר חוב דידה אם יש בו שוה פרוטה מקודשת ע"ש. וכעין זה כתב ה"ה בפ"ה דאישות הלכה י"ג וכתב בדינא דחיי דממה שכתב מר"ן על דברי הטור וכן דעת הר"ן וה"ה לומר דליכא מאן דפליג על זה. ובדברי הר"ן וה"ה אם נבין דאיירי בהזכיר השטר הרי דס"ל כדעת הרמ"ה ואם איירי דלא הזכיר השטר כ"ש בהזכיר השטר דמקודשת. ובב"ש ס"ק כ"א כתב דטעם המחמירים דס"ל דדעתה על הנייר והקשה מנין דין זה דבגמ' משמע דדוקא בא"ל התקדשי לי בשט"ח זה בזה אמרו חכמים שמין את הניר אבל בקידש סתם מנין לנו לומר דדעתה על הנייר וכתב המקנה בקו"א דס"ל דאין חילוק בין הזכיר ללא הזכיר דגם באופן דהזכיר דמקודשת הוי הנייר שלה וכתב הב"ש על זה דהוי כמחזיר לה משכון ולקמן אמרינן במקדש במלוה על המשכון אפי' קדשה במלוה ולא במשכון מהני וכתב בערוך השולחן דגם באופן דא"ל התקדשי לי במלוה שיש לי אצלך הכוונה גם על השטר דבשכר המלוה כלול גם השטר וכמבואר בחו"מ רמ"א סעיף ג' דבמחל החוב אף כשיש שטר בידו לא מעכב המחילה וכשמוחל בחוב חייב המלוה להחזיר השטר הרי דהשטר הוא חלק מן החוב ולא דבר נפרד ולכן כל שמקדש בחוב גם על השטר. וכתבו האחרונים להלכה דלמרות שמרן בב"י כתב דדעת ה"ה המגיד בדיעה ראשונה מ"מ חיישינן לדיעה שניה דאם השטר שוה פרוטה ספק מקודשת אפילו יש בנייר שוה פרוטה וכתב בשי למורא דטעם הספק דלמא הוי כמקדש במלוה ופרוטה כמו שכתב ה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א וכ"כ בדברי מלכיאל ח"ה ס' מ"ג.

ו. **ובדין** ארווח לה זימנא דאמרה הגמ' מקודשת דעת הרמב"ם דוקא דא"ל כן בעת ההלואה שאומר לה הרי את מקודשת לי בהנאת זמן שארויח לך במלוה שתהיה בידך כך וכך יום ואיני תובעו ממך עד זמן פלוני מקודשת ואסור לעשות כן משום דמחזי כרבית ע"כ. וכן פסק השו"ע. משמע להרמב"ם אם היתה כבר הלואה לא מועיל הארכת זמן ותמה עליו הר"ן מ"מ הרי נהנית עכשיו גם אחר ההלואה בהרווחת זמן וזה שוה פרוטה וכל שהוא מהנה אותה מקודשת א"כ למה בהרויח לה זמן אחר ההלואה כתב הרמב"ם דלא מקודשת. הרי קימ"ל דהנאה לבד מהני לגבי קדושין כגון רקוד לפני שחוק לפני ע"מ שאדבר עליך לשלטון. אמנם לפי מה שפירשנו בדעת הרמב"ם דבעינן הנאה שנותן לה בעת הקדושין אבל הרויח לה זמן אחר ההלואה הרי זו הנאה שאינו נוטל את שלו ממנה אבל בפועל לא נותן לה כלום רק גורם לה שתהנה משלה דבודאי היא נהנית הרבה דהלא מעות שווין לה שתוכל להשתמש בהמעות עוד זמן רב. וכתב הראב"ד על הרמב"ם הרויח לה זמן כגון הגיע זמן הפרעון ומעות בידה והאריך לה זמן הפרעון מסיים הראב"ד דבאופן של הרמב"ם דמקודשת ע"ש. וכתב באבני מילואים דכ"ש לדברי תוס' דמקודשת.

ושיטת רבינו חננאל הביאו הטור דאיירי בשעת הלוואה דהיינו דמלוה לה עתה עד זמן פלוני וכ"כ שלטי גבורים בשמו בקדושין דף ו. אמנם בתוס' רי"ד הביא באופן אחר שיטת הר"ח כגון דמטא זימנא למפרעיה וארווח לה זימנא ואמר לה בההיא הנאה דקא שביקנא לך עד כך וכך זימנא מקודשת לי ומסרה לו המעות והחזירם לה להינות בהם עד זמן פלוני וכו' וכ"כ הרמב"ן בשם הר"ח דשקלינהו מינה והדר אוזפינהו ניהלה וכו' וכ"כ הרשב"א בשמו וכן הוא להדיא בפירוש רבינו חננאל שבאוצר הגאונים קדושין שם ע"ש. וכתב הב"ח דלשון הגמ' הכריחו לרבינו חננאל לפרש כן דהגמ' אמרה האי הנאת מלוה היכי דמי משמע דלא מקדש בתחילת הלוואה אלא במלוה שהיתה עליה כבר ולרבינו חננאל משמע שגם בדין של הרמב"ם מקודשת ובזה אין חולק ולכן בשני אופנים מקודשת.

ז. **והבדל** גדול בין שיטת ר"ח לראב"ד דלרבינו חננאל באופן של הראב"ד לא מקודשת דהראב"ד איירי כשהגיע זמן הפרעון והמעות ביד האשה מזומנים לפרוע והיא היתה נותנת מיד ברצון דינר למי שמאריך לה הזמן. והאריך לה בשכר הקדושין מתקדשת ע"ש. אבל לפי הר"ח לא מספיק הגיע זמן הפרעון אלא בעינן שהאשה תתן לו המעות והבעל יחזיר לה אותן. ונראה דהרמב"ם ור"ח לא פליגי כיון ששניהם סוברים שצריך

בשעת הלואה מ״מ הראב״ד יודה להרמב״ם ור״ח אבל הם לא יודו לו. דאין כאן הנאה בהגיע הזמן דבעינן לרמב״ם ור״ח שיהנה אותה עכשיו וכיון דמלוה ליתא אין כאן הנאה של המלוה ונמצא כל שלא לקח ממנה או שלא א״ל כן בעת הלואה הרי היא נהנית משלה ולא נתן לה כלום.

והקשה הרשב״א על הר״ח שתמה על רש״י דאיך מקודשת בהנאת מלוה מאי שנא ממלוה עצמה וע״ז תירץ הרשב״א דהנאת מלוה איתא להנאה ומלוה גופא ליתא. ועוד לישנא דאמרה הגמ׳ דארווח לה זימנא לא משמע כדעת הר״ח דא״כ היה לגמ׳ לומר דאוזיף לה זוזי לזימנא ועוד לפי הר״ח דס״ל דאם לא לקח המעות ממנה לא מקודשת גם אם לקחם ממנה והחזירם לה לא תהיה מקודשת. דהא הוא מקדשה בהנאת הרווחת זמן גם הריטב״א כתב בחידושיו אחר שהביא דברי התוס׳ והסכים להם כתב דארווח לה זימנא מההיא מלוה שהיתה חייבת לו ברישא הרויח לה הזמן וקידשה בההיא הנאה ששוה פרוטה. וכ״כ רבינו ירוחם דהרווחת זמן כדעת הרי״ף והתוס׳ דדעת הרי״ף על המסכת בהנאת מלוה מקודשת היכי דמיא כגון דמטא זימנא למיגבי מינה וארווח לה זמן וכ״כ הרא״ש. ומשמע מהרי״ף רק בהגיע זמן הפרעון. אמנם מדברי רש״י משמע כל שהרויח לה זמן אפילו לפני שהגיע זמן מקודשת דזה נקרא הנאת מחילת מלוה. וכ״כ בשי למורא למהר״ש יונה ס׳ ס״ב דיש הבדל בין רש״י לרי״ף אמנם בתלמידי הרשב״א כתב דלרש״י הא דמהני רק בהגיע הזמן וכ״כ ביד דוד על הרמב״ם פ״ה מאישות אות קצ״ח, אחר שהביא דברי הרי״ף דאיירי בגמ׳ רק בהגיע הזמן בזה יכול לקדשה כתב אבל מלשון בה״ג נראה אף שמרויח ההלוואה ועוד לא הגיע הזמן מקודשת.

וכתב רש״י ד״ה לא צריכה דארווח לה זמן ההלוואה וא״ל התקדשי לי בהנאה זו שאת היית נותנת פרוטה לאדם שיפייסני על כך או שהיית נותנת לי. וקשה למה רש״י כתב בפרוטה שהיית נותנת לי ולא כתב דמקדשה בההיא הנאה שמרויח לה זמן. אלא מקדשה בפרוטה דנשארת אצלה ומשתרשי לה יוצא לרש״י דאותה הנאה שיש לה לא חשיבא הנאה לקדש אותה בה כיון שנהנית במעות שלה לכן הוצרך רש״י להדגיש שמקודשת בפרוטה שמרווחת בכיסה.

ח. **ומצאנו** מחלוקת הרמב״ם וראב״ד בפ״ו ממלוה ולוה הלכה ג׳ וז״ל הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו וא״ל הלה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך ה״ז אבק ריבית לפי שלא קצץ בשעת הלוואה שנאמר את כספך לא תתן לו בנשך ע״כ. והראב״ד השיג עליו וכתב שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זימנא משום ההיא דירה הרי הוא כשעת מתן מעות וקדושין יוכיחו ע״כ. ולכאו׳ לפי הראב״ד למה נחשב כשעת מתן מעות הרי המלוה לא זכה בהם כדי שנאמר דחשיב רבית דאורייתא. ובגמ׳ אמרינן היכא דארווח לה זמן אסור לעשות כן משום דמחזי כריבית. ולפי הראב״ד הנ״ל לכאורה זה רבית גמור כיון דהוא בשעת הלואה וכן מצאנו להר״י בן מיגש שמובא בספר עיטור דוקא בארווח לה זימנא במלוה דעיקרא. אבל ארווח לה זימנא במלוה דהשתא הוה ליה רבית קצוצה. וכ״כ בשו״ת הרשב״ש ס׳ שמ״ב שהביא מהרמ״ק שהשיג על הרמב״ם וכתב דארווח לה זימנא לפי הרמב״ם הוי רבית קצוצה שהאשה נקנית לו בשכר האריכות.

ובשיטת הרמב״ם דכתב שדין ארווח לה זימנא רק בשעת ההלואה סיים הרמב״ם דמחזי כרבית והקשה הב״ש ס״ק כ״ג הרי קוצץ בשעת הלוואה ולמה הגמ׳ אמרה מחזי כרבית ולא רבית גמורה ותירץ כיון דלא נותן לה שום דבר משו״ה לאו רבית גמורה היא ולכן כתב הרמב״ם דמחזי כרבית וכ״כ הטור בשם בעל העיטור ובלבוש סעיף י׳ כתב דרבית גמורה לא הוי כיון דלא קץ לה מידי כגון ד׳ בה׳ וגם לא מידי שקיל מינה. וביד דוד פ״ה מאישות אות קנ״ח כתב דלדעת רש״י וסייעתו דכתב במקדש בהרווחת זמן המלוה מעיקרא אין בה משום רבית קצוצה משום דלא קץ הוא הדין בנ״ד לא הוי רבית קצוצה דהך טעמא שייך גם הכא.

ודעת התוס׳ אפילו מקדשה במלוה דמעיקרא כתב בעצי ארזים ס״ק כ״ד דהוי רבית דאורייתא וכ״ש בנידון של הרמב״ם דאיירי בשעת הלוואה דהוי רבית וס״ל לתוס׳ דמקדש ברבית קצוצה מקודשת. וכ״כ בארץ צבי ובחידושי הרי״ם ובאבני מילואים ס״ק כ״ב וכן משמע מרש״י דהגמ׳ שאלה רבית מעילתא היא ופירש רש״י ואמאי קרי לה הערמת רבית משמע דלא קשה רק מהלשון אבל קידש ברבית מקודשת וכן דייק הריטב״א בשמעתין דמקדש ברבית מקודשת וכן דייק הב״ש בס״ק כ״ו דקושית הגמ׳ רק על הלשון דקרי לה הערמת רבית דזה רבית גמורה ומשמע דקדושין חלו.

ט. **ובאופן** דקדשה ברבית גמורה דנטל ממנה מטבע ומקדשה בו האם נאמר כיון דקימ"ל רבית קצוצה יוצא בדינים לאו מידי יהיב לה או שאני רבית מגזל. ובב"ש ס"ק כ"ו כתב דלרש"י אם קידש ברבית קצוצה מקודשת דכל קושית הגמ' לא על עצם הדין אלא על הלשון דאמאי קרי לה הערמת רבית ושכ"כ הריטב"א. וכתב האבני מילואים הטעם דרבית קצוצה יוצאה בדיינים אבל לא מחזיר גוף החפץ אלא יכול להחזיר דמיו משום וחי אחיך עמך אמנם במ"ל פ"ה ממלוה כתב דחייב להחזיר גוף החפץ והוכיח האבני מילואים כיון דהגמ' אמר דהחיוב להחזיר משום וחי אחיך עמך ולבנו לא הזהירה התורה משמע דהחפץ קנוי דאי לא קנוי לאבא למה הבנים לא מחזירין ע"כ. ועוד הוכיח דר"ת דפליג על רש"י ס"ל כן דלא פליג אלא על מה שכתב רש"י אבק רבית. וע"ז תמה דזה רבית קצוצה אבל על עצם הדין לא נחלק עליו. וכ"כ הריטב"א בחידושיו נמי כתב כן לישנא בעלמא קא מקשי ליה היכי דקרי ליה הערמת רבית אבל ודאי רבית גמורה אם כבר פרעתו וחזר וקדשה בו מקודשת דמעת שפרעה אותם קנינהו המלוה וממון גמור גמור הם לו אלא שיש עליו חובה להחזירם ובי"ד מוציאין ממנו ואם מת בניו לא חייבים ואפי' האב גם אם מחזיר לא מתקן הלאו כדמתקין לאו דגזל בהשבון דבגזל יש מצות והשיב את הגזילה והו"ל לאו הניתק לעשה וע"י ההשבה מתקן האיסור.

אבל רבינו ירוחם ס"ל דאם קידש ברבית קצוצה לא מקודשת וכ"כ בט"ז ס"ק י"ט דלא מקודשת במטבע של רבית שנטל ממנה כיון שצריך להחזיר הוי כמו גזל וכ"כ בבית הלל סעיף ט' ובישועות יעקב הקצר דמקדש ברבית קצוצה אינה מקודשת וכ"כ במחנה אפרים הלכות רבית הלכה ב' דבריבית אפילו באו ליד מלוה לא קנאם וצריך להחזיר אותם דמים עצמם ודלא כהריטב"א.

והמחנה אפרים הוכיח דמלוה לא קונה את הרבית והוי גזל בידו ועוד כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וא"כ הכא נמי לא יועילו קדושין דנעשו בדמי הרבית. ובשער המלך כתב דרש"י וריטב"א איירי דלא לקח הרבית ישירות מהלוה אלא ע"י שליח דלא נעשה איסור ובזה קידשה כמו שנפסק ביו"ד ס' ק"ס כל שנתן הלואה ע"י שליח וגבה הרבית על ידי שליח אין כאן איסור. ובלי זה לא קשה דדעת רש"י באיזהו נשך סא: דחיוב להחזיר רבית רק אם תובעו הרי דלא חשיב גזל. ולכן כל שלא תובעו הוא כסף גמור של המלוה ושפיר יכול לקדשה בו. ובשער המשפט סי' ט' כתב דכל זמן שלא תובעו מחל לו. והט"ז ס"ל מקדש ברבית אינה מקודשת דדמי למקדש בגזל. והוא עצמו כתב בס' קס"א ס"ק ג' דדוקא בתבעו יוצא בדיינים. אמנם התוס' בב"מ סב. כתבו דבהשבת הרבית מתקן הלאו הרי דמדמים ללאו של גזל. והמחנה אפרים הוכיח מהרמב"ן שכתב המלוה את חבירו לא ידור בחצרו מדין רבית וגזל הוא וזה הטעם למה רבית קצוצה יוצאה בדיינים מדין גזילה דאמרינן דחשיב גזל מדאסריה רחמנא וכן דעת הנמו"י ורבינו ירוחם ושם דן אם גם הרשב"א ס"ל כריטב"א או חולק עליו ע"ש.

י. **ועל** דברי רש"י הקשו למה המקדש ברבית מקודשת מאי שנא מגזל ותירץ בראשי בשמים וכן בבאר יצחק יו"ד ס' י"ד על פי מל"מ פ"ח ממלוה אם המלוה הלוה ללוה ברבית לזמן ואח"כ בתוך הזמן תובע המלוה את הלוה להחזיר החוב בטענה אני הלויתיך לחדשיים ברבית אבל עכשיו שנודע לי שאסור לקחת ריבית אני דורש ההלוואה לפני הזמן כתב שמחוייב הלוה להחזיר המעות ולכן במקדש אשה ברבית דהיינו באותה הנאה שלא היתה צריכה להחזיר לו עכשיו החוב לכן היא מקודשת גם אם רבית יוצאה בדיינים. וכ"כ המקנה דלדעת הריטב"א מקדש ברבית אע"פ שעדין ביד האשה נמי נקנו למלוה ומקדשה בהם. ובעצי ארזים כתב דאם עוד לא קיבל הכסף מהאשה לכו"ע לא מקודשת וכל המחלוקת רק בקיבל וקידשה בו וכ"כ בארץ צבי דהריטב"א איירי שכבר קיבלה מעות הרבית וקידשה בהם דהוי כממון גמור של מלוה ע"ש.

ולפי רש"י ושאר הפוסקים דס"ל דמלוה קנה רבית היינו אם כבר גבה בזה אמרינן דהוא חייב להחזיר מדין וחי אחיך אבל באופן שעוד לא גבה הרבית מאחר ואסור לגבות הו"ה דגם הלוה אסור לשלם ויכול לעכב את הרבית נמצא לפ"ז גם לפי רש"י כל הדין שמקדש ברבית רק אם כבר גבה. וכן נמי יתומים לא משלמים חוב רבית שהתחייב אביהם למלוה שכל הדין של חזקה רק אם המלוה גבה לדידיה התורה חייבה לשלם ולהחזיר ולרש"י רק בתבעו אבל לבניו לא חייבה התורה וע"כ רבית לא חוב דאם הוא חוב כמו שהמלוה חייב גם בניו וכן גם בני הלוה. והטעם ממה שאמרה הגמ' לדידיה אזהר רחמנא ונמצא דההחזרת הרבית מבטל הלאו אלא מצוה בעלמא ולכן במקדש ברבית לא יכולה לטעון דידי שקלי אלא לא הוי חיוב גמור גבי מלוה דאם המלוה חייב למה לא

ישתעבדו נכסיו. וכ״כ הריטב״א והטעם אע״פ שאם תבעו בי״ד כופין שונה הדין מגזל דבגזל חייב להחזיר מכח הגזלה שחייב לו ולכן כשמשיב הגזלה ניתק הלאו. אבל ברבית אין כאן חוב אלא מצוה וחי אחיך עמך.

יא. **אבל** באבני מילואים ס׳ כ״ח אות כ״ב כתב דחוב דרבית הוא חוב גמור ויכול לקדש בו אשה למ״ד המקדש במלוה מקודשת אלא שהתורה גזרה שלא יקח המלוה וסיים דרבית הוא חוב שזכה בו המלוה אלא שאינו יכול לתובעו בדין ואפילו יורשיו לא יכולים לתובעו דכתיב אל תקח מאתו נשך ותרבית. ואפי׳ לבנו אזהר רחמנא אבל בלקח כבר לא אזהר לבריה. לפ״ז יכול לקדש ברבית אפילו עוד לא גבה דלפני שגבה התורה מזהירה אל תקח מאתו נשך וזה רק איסור וכשלקח יש לו מצוה להחזיר. אבל בעצם החוב ישנו כמו כל חוב ולמא״ד המקדש במלוה מקודשת הו״ה ברבית ולא יכולה לטעון דידי שקלי דאם גבה אין לה חוב אצלו ואם עוד לא גבה מצד דיני ממונות לא יכולה לעכב שלא יקח הרבית אלא שזה דין איסור ולכן יש כאן מעות שחייבת לו. ולכאורה קשה כיון דאם האשה תחליט לא לתת לו הרבית בי״ד לא יכול לכופה נמצא במה מקדשה. והאמת שהאבני מילואים עמד על כך והעלה דאם מקדש בהנאת מחילת הרבית לא תהא מקודשת דהא אין כאן הנאה כיון דהמלוה מחוייב למחול ולא לגבות החוב ושלא יקח ודמי לכלב רץ אתריה דמדאורייתא חייב להצילה וכ״ש דלא חשיב הנאה אצלה כיון דממילא לא יכול ליקח ודוקא למ״ד מקדש במלוה מקודשת אמרינן דחוב הוא אצלה ויכול לקדשה ע״כ. ונמצא דמקדשה בכסף ממש כיון דלס״ד מקדש במלוה מקודשת אבל בהנאה לא מקדשה דלאו מידי יהיב לה דאין כאן הנאה.

ופירש רש״י בד״ה לא צריכא וכו׳ והערמת רבית הוא דהויא ולא רבית גמור כיון דלא קץ לה מידי ולא מידי שקיל מינה ע״כ. ולכאו׳ למה נקט רש״י שני הטעמים דלא קץ לה מידי וגם לא שקל מינה. ועוד השתא בהרווחת זמן הוא קוצץ וכתב הר״ן דזה נקרא הערמת רבית כיון דלא קץ לה וכוונתו דבעינן קציצה בשעת ההלוואה וכדעת הרמב״ם פ״ו ממלוה דרבית קצוצה לא הוי אלא היכא שקצץ בתחילת ההלוואה הרי כל שלא היה בשעת ההלוואה לא הוי רבית דאורייתא. ולכאו׳ יחשב אבק רבית למה נקרא הערמת רבית דהוא מתב יותר קל ומותר ואין בו אפי׳ איסור דרבנן והטעם כיון דלא מידי נקט מינה ועוד דלא שכיח לכן לא הוי אלא הערמת רבית עכת״ד. ונראה דזה כוונת רש״י ועי׳ מהרש״א שכתב דאם קצץ בתחילת ההלוואה שתתקדש לא הוי ר״ק משמע דכל דבתחילת ההלוואה ארווח לה זמן הוי רבית קצוצה. ולכאורה כיון דרש״י הביא שני טעמים כיון דלא קץ לה ולאו מידי נקט מיניה. א״כ אפילו קצץ בשעת ההלוואה נמי לא יהיה אסור דלאו מידי נקט מיניה. וכתב בקה״י סי׳ ז׳ ע״פ מה שהביא הטור בס׳ קס״ו דקאי בשיטת רש״י דגם קציצה בשעת הרווחת זמן הוי רבית קצוצה וא״כ איך רש״י כתב דלא קצץ לה מידי גם הקשה דהרי הרמב״ן והרשב״א העתיקו לכאן רש״י דלא קץ לה מידי והסכימו לזה וה״ה כתב בשמם דאפי׳ קציצה שלא בשעת מתן מעות אלא ארווח לה זמן הוי רבית קצוצה ועל זה כתב בקה״י לישב דברי רש״י לדעת הרשב״א שכתב ואיכא למידק מה שאמרו ד׳ ב״ה דקא יהיב לה האי טופינא בקדושין ומאי שנא כי ארווח לה זמן בקדושין הכא והכא איתתא קנויה לו ברביתא אטו מאן דארווח זימנא ושקיל דינר מי שרי כיון דאנו רואים בקדשה בדינר החמישי הוי רבית כיון דנחשב לכסף הו״ה בארווח לה זימנא הרי יש כאן גם כסף שתמורתו מקדשה ויהיה רבית דאורייתא. ותירץ הרשב״א כיון דגופו לא קני ליה לא הוי רבית אלא שאסור לעשות כן משום הערמת רבית אבל כי קצץ ארבעה בחמישה ובדמי ההוא דינר של רבית קא שקיל לה הוי רבית מעלייתא דהו״ל כמאן דשקל לא פחות משווה פרוטה בדמי ההוא דינר והוי רבית דאורייתא כך תירץ הראב״ד עכת״ד. וכוונתו לישב דקנית האשה לא נחשבת כקבלת ממון שתהא רבית ממש דאין גופה של אשה קנוי לו ואין זה חשיב ממון לכן בארווח לה שימנא בעבור שתתקדש לו אין זה רבית דלא מידי שקיל מיניה שאין האשה ממונו של הבעל אבל בקצץ תחילה דינר חמישי ובעבור אותו דינר לקחה לאשה חשיב הך קדושין כדינר והי כמו לדידי שוה לי ונמצא שקבל דינר ע״י הקדושין ולכן הוי זה רבית קצוצה. וזה כוונת רש״י דלא קץ לה היינו דלא קץ ממון לשכר המחנת המעות וא״כ כשמקדשה אח״כ אין זה רבית דלאו מידי שקיל מינה דאין גופה קנוי לו.

יב. **ועל** מה שכתב הרשב״א בארווח לה זימנא דלאו מידי שקיל מינה תמה בקה״י אפילו תמצא לומר שקנית אשה הוי קנין איסור ואין כאן קבלת ממון מ״מ הנאה מיהא איכא שמשיג אשה שחפץ בה והנאה זו שוה ממון הרבה דהא מפורין כמה מתנות לסבלונות כדי שתתקדש לו והיאך אפשר לומר שהבעל לא קיבל כלום בשכר המתנת מעות. וכן אע״פ שמשתעבד בכמה דברים

מ״מ הוי אצלו הרבה ממון ומביא גם קבלת הנאה חשובה רבית קצוצה ומביא מח״א על כך שאם אמר ע״מ שאדבר עליך לשלטון עבור הלוואה הוי רבית. וכן יש לדקדק במה שכתב רש״י מהני שאין האשה שהיא הלוה נותנת לו כלום דהלא היא רוצה להתקדש לו. והוי כרבית בלא נשך דאינו רבית קצוצה לדעת הרמב״ן ויכולים לומר דזה כוונת רש״י דלא מידי שקיל מינה היינו שלא החסיר כלום לאשה בקדושין וכן פירש המח״א כוונת רש״י שם בסי׳ ט׳ דרבית אבל הרשב״א הוכיח שא״א לומר כן דא״כ אי אפשר להיות רבית דאורייתא מאחר שלא החסירה האשה כלום. ולמה באזקפה הוי רק מפני דאחשבה וחשיב שקיבל הוא מ״מ היא לא נחסרה וע״כ הרשב״א לא נחית להאי סברא דכל סברת הרשב״א בנויה משום שאין לו קנין הגוף מ״מ למה לא נחשבת הנאה שמשיג אשה לרבית אפילו בלא קנין הגוף ודו״ק.

יג. **קדשה** בהנאת מחילת מלוה. אמנם הגמ׳ הסיקה דאיירי דארווח לה זמן מ״מ אם קידשה בהנאת מחילת מלוה כתב רש״י קדושין ו: דארווח לה זמן וכ״ש אם מחל לה כל המלוה וא״ל התקדשי לי בהנאת מחילה זו דהשתא הוא קיהיב לה הך פרוטה דהנאת מלוה אבל אם מקדש לה בעיקר המעות לאו מידי יהיב לה שכבר הם ברשותה והם שלה. וכ״כ הרא״ש בפ״ק ס׳ ה׳ דאם א״ל בהנאת מחילת מלוה מקודשת דלא גרע מארווח לה זמן כ״ש כאן שמאריך לה לעולם. ויש בהנאה זו שוב כמה פרוטות והוכיח מלקמן יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה וכו׳ והיאך קונה כאלו הא הוי מלוה אלא בהנאת מחילת מלוה ע״ש. וכ״כ התוס׳ בב״מ מו. ד״ה יש דמים שהן כחליפין דקונה בהנאת מחילת מלוה דלא גרע מארווח לה זימנא. וכ״כ הרשב״א דהיכא דמחל לה המלוה או מקצתה וא״ל הרי את מקודשת לי בהנאה שמחלתי לך מלוה זו שהיא מקודשת כיון דהנאה זו שוה פרוטה. וכ״כ שלטי גבורים ותוס׳ רי״ד דיש הבדל בין קדשה במלוה דלא מקודשת להנאת מחילה דדעתה על ההנאה וכתב הב״ש ס״ק כ״ח דמה שכתב השו״ע וי״א אינה מקודשת זה קאי אם ארווח לה זימנא אבל בהנאת מחילה לכו״ע מהני אלא דהר״ן הסתפק בזה דכתב הר״ן על דברי רש״י שכתב בהנאת מחילה מקודשת כתב אפשר כל שמחל לה המלוה עצמה אפילו אמר לה בההיא הנאה דעתה אזוזי ע״כ. וכן בט״ז ס״ק י״ט וערך לחם ס״ל כיון דמר״ן בשו״ע כלל שני דינים מקדש בהנאת מחילת מלוה וארווח לה זימני דיעה ראשונה בסתם מקודשת וי״א לא מקודשת חוזר על שניהם.

וכן תמה חידושי הרי״ם על הב״ש דכתב דבמקדש בהנאת מחילת מלוה מקודשת לכו״ע דנעלם ממנו דברי הרב המגיד בהלכות מכירה פ״ז דכתב דלהרמב״ם אין הבדל בין מקדש במלוה למקדש בהנאת מחילת מלוה וכ״כ בפ״ה שם וכן מבואר בתוס׳ רי״ד דלדעת הב״ח בהנאת מחילה לא מקודשת וכ״כ בארץ צבי ס״ק ל״א שציין לדברי ה״ה בדעת הרמב״ם והוסיף דכן מוכח בדברי הרמב״ם דפירש הנאת מחילת מלוה רק בארווח לה זמן עכשיו אבל במלוה דמעיקרא לא וכן דעת ר״ח וגם לפי הר״ן דס״ל ארווח לה זמן במלוה דמעיקרא מקודשת מ״מ אם אומר לה בהנאת מחילה דעתה אמלוה ולא מקודשת . והתוס׳ בכתובות לאחר שהביאו דברי רש״י דמחלק בין מקדש במלוה דלא מקודשת להנאת מחילת מלוה כתבו בשם ר״י ושמא אין לחלק דאפי׳ במקדש במחילת מלוה מקודשת ויש הבדל רק במקדש במלוה דדעתה אמעות ע״ש.

יד. **והקשה** בקובץ שיעורים ל״ה לחנן דקיי״ל כוותיה דפורע חובו של חבירו הניח מעותיו על קרן הצבי. א״כ קשה למ״ד במקדש במחילת מלוה מקודשת דנותן לה הנאה מחודשת א״כ לחנן כל פורע חובו של חבירו יתחייב לשלם תמורת הנאה זו. ונהי דעצם הפרעון הוא מבריח ארי מ״מ על ההנאה זו החדשה יתחייב לשלם וכן קשה ממודר הנאה מחבירו פורע לו את חובו הרי נותן לו הנאה כיון דיכול לקדש אשה בהנאה זו ולמה מותר לפרוע חוב של חבירו. והביא דברי המל״מ דכתב בפ״ד ממלוה דפורע חוב של חבירו פטור משום דאין זה בתורת פרעון אלא כיון שהמלוה מקבלו מוחל ללוה ונמצא שהפורע חוב של חבירו גורם לכך שהמלוה ימחל ללוה. וסיים המל״מ אף דמותר לפרוע חוב של מודר הנאה מ״מ מלוה אסור למחול חוב של מודר שמהנהו בזה. ובחידושי רב שמעון שקופ זצ״ל מביאו הקובץ שיעורים מישב דשייך לפרוע חוב של חבירו וזה הוי פרעון גמור. וראיה משוקל לו את שקלו עבור המכר ושם לא שייך מחילה. וע״כ דהוא פרעון ומ״מ מותר במודר הנאה וא״כ תקשה למה מותר לפרוע חוב במודר הנאה הרי נותן לו הנאה מחודשת שיכול לקדש בה אשה כנ״ל וזה הוי כסף ממש. וכתב לישב דפורע את חובו לא חשיבא הנאה אלא גרם הנאה והאיסור במודר הנאה שלא יהנהו אבל גרם הנאה שרי וזה הכוונה מבריח ארי דמהנהו בעקיפין וזה כוונת המל״מ דע״י שפורע החוב המלוה מוחל החוב והמשיך להסביר דהברחת הארי הוי הנאה דממילא כגון שמע שיר מהמודר זה הנאה שבא לו ממילא ולכן שרי ועוד חזון למועד.

סימן יד

מתנה על מנת להחזיר

א. **גמרא** דף ו: אמר רבא הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי במכר לא קנה באשה אינה מקודשת בפדיון הבן אין בנו פדוי בתרומה יצא ידי נתינה ואסור לעשות כן מפני שנראה ככהן המסייע בבית הגרנות מאי קסבר רבא אי קסבר מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה אפילו כולהו נמי ואי קסבר לא שמה מתנה אפילו תרומה נמי לא. ועוד הא רבא הוא דאמר מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה דאמר רבא הילך אתרוג ע"מ שתחזירהו לי נטלו והחזירו יצא ואם לאו לא יצא אלא אמר רב אשי בכולהו קנה לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין ע"כ. ויש לשאול מה ס"ד לחלק בין שאר קניינים לתרומה דבשאר קניינים לא מהני ובתרומה מהני. וצ"ל דבס"ד חשבה הגמ' שקנין ע"מ להחזיר הוי קנין לזמן ולכן לא מהני במכר דבעינן קנין לתמיד אבל בתרומה אין צריך הכהן לקנות אלא יש מצות נתינה ולכן מהני. וע"ז פריך ממ"נ כיון דקנין לזמן לא חשיב נתינה כיון דהוא חוזר ולמה מועיל בתרומה ואי חשיב נתינה משמע דמתנה ע"מ להחזיר הוי מתנה לעולם ותנאי מילתא אחריתי א"כ גם במכר יועיל דהוי קנין כסף. וע"ז תירצה הגמ' דמתנה ע"מ להחזיר הוי קנין עולם ותנאי מילתא אחריתי ולכן מהני גם בקנין. ובס"ד מקשה דאם מתנה ע"מ להחזיר לא שמה נתינה. מ"מ בתרומה לא מהני אע"פ שבכהן יכול לתת לו מתנות כהונה בע"כ כמו שכתב הקצות החושן בסימן רמ"ג מ"מ בעינן שהכהן יהיה לו כח לזכות בו זכיה גמורה אבל על מנת להחזיר לא חשוב כאילו קונה הדבר. ולפ"ז מיושבת קושית האחרונים על התוס' דהקשו מאתרוג דאמר רבא החזירו לא יצא הרי בעינן תנאי כפול וכל שלא כפל תנאו המעשה קיים ותנאי בטל והמקבל קנאו ולכאורה קשה למה התוס' לא הקשו מהסוגי' עצמה דאמרינן במכר לא קנה למה לא קנה הרי לא כפל תנאו ותנאי בטל ומעשה קיים והמכירה חלה. אבל להס"ד דמתנה ע"מ להחזיר הוי קנין לזמן לכן לא בעינן דיני התנאים דרק במתנה שקנויה לעולם בעי גדרי התנאים אבל באתרוג דאמרינן החזירו יצא לא החזירו לא יצא משמע דמדיני התנאים קאתי עלה ולכן מקשה הא לא כפליה לתנאיה.

ב. **והקצות** ס' רמ"א ס"ק ו' כתב לפרש דברי התוס' כנ"ל אלא שהוא סובר שגם למסקנא מתנה ע"מ להחזיר הוא קנין הגוף לזמן והוי שיור בקנין. וכמו מה דאמרה הגמ' בב"ב קלז בנכסי לך ואחריך לפלוני דאמרינן שם למיפק לכו"ע נפיק ולא הוי שאול דשאול בזמן השאלה אין לו אלא פירות אבל נכסי לך ואחריך לפלוני הוי גוף לראשון א"כ מה לי אחריך לפלוני או לעצמי והרי אחר שעה לעצמי קנה המקבל את הגוף לזמן ושלו ממש הוי והתנאי ע"מ שתחזירהו לי אינו אלא משום דאם היה אומר ואחר שעה לעצמי הו"ל דינא דאחריך דאין לשני אלא מה ששייר ראשון וא"כ מכרה או אכלה לא יהיה לו שיור ולכן מתנה ע"מ שתחזירהו לי ונותן לו גוף עד זמן לצאת בו ובאופן שיהיה לו שיור אח"כ לכן מתנה ע"מ שתחזירהו לי. אבל גוף המתנה אינו אלא לזמן ונפיק ביה כדמוכח מאחריך לפלוני עכת"ד. ולפי זה פירש דברי התוס' הנ"ל דבתחילה לא קשה דאין אנו צריכים דיני התנאים כדי שיחזור דמלכתחילה לא הקנה לו רק לזמן אבל כאן דאמרינן לא החזירו לא יצא על כרחך. דמדין תנאי דאתינא עלה ולהכי הקשו והרי לא היה כאן תנאי כפול ע"כ. ובאבני מילואים ס' כ"ח אות נ"ג כתב להוכיח דבמתנה ע"מ להחזיר הוי קנין עולם ולכן אם החזירו יצא דהוי לכם דאם לא היה קנין עולם איך יצא הא הו"ל שאול ע"ש.

ולפי שיטת הרא"ש והריטב"א דס"ל דמתנה ע"מ להחזיר הוי קנין עולם דאל"כ הו"ל שאול. תקשה עליהם ראית הקצות, דהוכיח דמתנה ע"מ להחזיר הוי קנין הגוף לזמן והוכיח מגמ' נכסי לך ואחריך לפלוני דיוצא, והרי שם לא הוי קנין עולם. וצ"ל כיון דהראשון בידו לכלותו דאין לשני אלא מה ששייר ראשון א"כ הוי קנין הגוף אבל במתנה ע"מ להחזיר אם נימא שהוא רק קנין לזמן וכיון שבתוך הזמן א"א שיקח לעצמו כל החפץ שהרי א"א לכלותו מקרי קנין פירות ולא חשיב לכם. אמנם הקצות ס"ל במתנה ע"מ להחזיר הא דלא יכול לכלותו הוא מדין שצריך לקיים התנאי שעליו להחזירו אבל באמת בזמן המתנה שלו לגמרי ויכול להכחידו ולהשמידו לולי שצריך לקיים התנאי. ושם חידש הקצות דבכל אופן דהתנאי לא הועיל ואמרינן מעשה קיים מ"מ חייב לשלם מדין שכירות כיון שהתנה על כך. והביא דברי הרשב"א והריטב"א ביבמות קו. גבי חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז שאם היתה הוגנת לו נותנת לו דעת כן חלץ לה אפי' שאין תנאי בחליצה מ"מ חייבת לתת לו מדין שכירות ועי' נתיבות שם.

ג. **ולפי** ס״ד דגמרא דפריך ואי לא שמיה נתינה למה בתרומה יצא ידי נתינה הרי צריך להחזיר. והקשה הגאון רע״א בליקוטי קדושין דלפי מה שאמרו התוס׳ ב״מ ו. בסוגיא של דתקפו כהן לא מוציאין מידו וצדיך להחזיר רק הטובת הנאה לבעלים למ״ד טובת הנאה ממון וא״כ לרבא דהוא מרא דשמעתתא ואיהו סבר בב״מ י״א טובת הנאה אינה ממון וא״כ אין צריך הכהן להחזיר לו כלום א״כ איך שייך שיתנו הבעלים תרומה מתנה ע״מ להחזיר הא אף אם לא החזיר מהני ויכול להחזיק בתרומה. וע״ז תירץ בקובץ שיעורים כיון שאסור לכהן לקחת מעצמו שלא ברשות בעלים דכתיב ונתן ולא שיטול מעצמו וכתיב בחולין קלג ואיש את קדשיו לו יהיו יכול להתנות בנתינת הרשות ע״ש.

ובקהילות יעקב (ספלר) תירץ דאה״נ לרבא אם רוצה כהן לתפוס יכול לתפוס ושום כהן לא יכול לעכב בעדו הבעלים ג״כ יצאו ידי נתינה מ״מ אם הכהן החזיר לבעלים יצאו ידי חובה ויכולים למכור התרומה שקבלו הבעלים לכהן אחר. ובזה איירי רבא דאם החזיר הכהן יצאו הבעלים ידי נתינה אבל אי מתנה ע״מ להחזיר לא שמה מתנה א״כ לא יצאו לעבוד הבעלים ידי חובה דלא הוי נתינה ואם החזיר להם הכהן צריכים לחפש עוד דרך איך לצאת ידי חובה או ע״י נתינה מחודשת או כהן אחר. וכל זה אם הבעלים רוצים לעמוד בתנאי אבל אה״נ אם הכהן תפס ולא רוצה להחזיר בכל אופן קנה דטובת הנאה אינה ממון ע״ש.

ובקצות החושן ס׳ רמ״ג מביא דעת הפר״ח דמותר ליתן לכהן קטן פדיון חמש סלעים כיון דקטן קונה מהתורה בדעת אחרת מקנה. והקצות תמה עליו דלא שייך במתנות כהונה דעת אחרת מקנה כיון דטובת הנאה אינה ממון א״כ אין לבעלים במתנות כלום ואינו זוכה הכהן במתנות אלא לעצמו והו״ל כמו מציאה דאין דעת אחרת מקנה והביא את הדין הזה מתשובת מיימון ומרדכי ב״מ יא וכתב לחלק בין חמשה סלעים דפדיון הבן דבזה אמרינן דעת אחרת מקנה לשאר מתנות כהונה שכבר הופרשו דליכא דעת אחרת מקנה ע״ש. ולכאורה גם למ״ד טובת הנאה ממון הכהן יכול לחפוס לעצמו ולהחזיר רק דמי טובת הנאה ולא מה שתפס ושמא גם אם לא שייך דעת אחרת מקנה מ״מ כיון דהתורה אמרה ונתן לכהן נתנה לו תורה שיכול להקנות לו ושייך שפיר לתת תנאי בהקנאה זו. והן אמת שמתנות כהונה הם ממון השבט ואם תפס לא הוי גזל בידו מ״מ כשרוצה לקנות בעינן דעת בעלים דאל״כ ליכא נתינה. והמרדכי כתב בב״מ יא. דאם טובת הנאה אינה ממון לא יכול להטיל תנאי ולכאו׳ יקשה עליו מהסוגיא דבכהן מהני במתנה ע״מ להחזיר.

ד. **ובפ״ת** יו״ד ס׳ ש״ה כתב הא דנהוג היום לפדות הבן במתנה ע״מ להחזיר, כיון דהכהנים שלנו אינם מיוחסים וא״כ טוב שנותנים בחזרה כדי להנצל מספק גזל. ובח״ס ס׳ רצ״א מבאר לדעת הרמב״ם ביכורים פי״א הל׳ ח׳ דליכא איסור בפדיון הבן במתנה ע״מ להחזיר וראי׳ מהגמ׳ דאמרה רק בתרומה אין לעשות כן משום דנראה ככהן המסייע בבית הגרנות. וסיים הח״ס כיון שלא ברור שהכהן יחזיר לו ויכול לעכב לעצמו מה שמחזיר הוי מרצונו אך טוב לפרסם שאין חייבים להחזיר ע״ש.

ולמסקנת הגמ׳ אמר רב אשי בכולהו קני וגם בפדה״ב מהני מתנה על מנת להחזיר והקשה בקובץ שיעורים הרי פדיון הבן הוא פריעת בעל חוב גרידא והראי׳ אם יש ספק אם הוא בכור פטור מדין מוחזק בממון דהמוציא מחבירו עליו הראיה ועי׳ יו״ד ס׳ ש״ה. ולכאורה בספק בכור יהיה ספק מצוה ונפסוק להחמיר אלא כל המצוה כאן זה חוב וא״כ קשה איך אפשר לפרוע חוב במתנה ע״מ להחזיר מ״מ זה מחילה ולא פרעון ובפדיון הבן בעינן פרעון ע״ש. וברכת שמואל בענין רב כהנא דאמר לדידי שוה לי אבל לכו״ע לא. והקשו התוס׳ מה שונה ממתנה על מנת להחזיר דאמרינן דמועיל בפדיון הבן. וכתב לישב קושית התוס׳ דמדמין מתנה ע״מ להחזיר דמועיל לאומר אדם לדידי שוה לי דלא מהני וכתב לחלק שכל מתנה ע״מ להחזיר דמהני מדין לדידי שוה לי. דלהכי זה חשיב פרעון מפני שקבלו בתורת פרעון גמור של חמש סלעים אבל בלא״ה הלא א״א לפרוע חוב בנותן במתנה ע״מ להחזיר ולפ״ז שפיר מקשו התוס׳ למה לדידי שוה לי כאן לא מהני ובמתנה ע״מ להחזיר מהני.

ובביאור הלכה או״ח סימן תרנ״ו כתב לחדש דהא דאמרינן שאינו חייב לבזבז על מצוה יותר מחומש אפילו במצוה עוברת זה במפזר הון רב ומשום שלא יגיע לעוני ויצטרך לבריות אפילו בעני המתפרנס ממלאכתו אע״פ שאין לו יותר מה׳ סלעים מחויב לפדות את בנו דהלא לא יגרע פרנסתו במה שיוציא על המצוה וכן לא יתחזק מצבו אם לא יוציא והוכיח מגמ׳ קדושין כט. דהוא לפדות ובנו לפדות ואיכא רק חמש סלעים הוא

קודם לבנו דמצוה דגופיה עדיפא ופירש רש"י כל היכי דלית ליה נכסי אלא ה' סלעים וחזינן התם דבאין לו אלא חמשה סלעים דזה כל ממונו חייב לפדות עצמו ע"ש. ולפי מה שאמרנו דפדיון הבן הוא מדין פריעת חוב מה ראיה מביא התם לענין בזבוז מצוה שמוציא כל ממונו הרי התם הוא חייב לכהן כמו שאדם חייב לחבירו דחייב לפורעו אפילו לא נשאר אצלו כלום וצ"ל דכוונת הביאור הלכה כיון דמצות פדיון הבן הוא לפרוע חוב אפילו אם זה כל ממונו ואם ליכא מצוה כשזה כל ממונו לא חייב לפרוע את החוב או דבפדיון הבן יש מצוה לפדות וזה יוצר את החיוב לכהן כיון שזה מצוה והן נכון כשיש ספק פטור מדין המוציא מחבירו מ"מ חיוב המצוה יוצר החוב ואם בעני לא חייב לבזבז כל ממונו לא חל החיוב.

ה. **ובשיעורי** רבי שמואל הקשה גם כן מה שייך בפדיון הבן מתנה ע"מ להחזיר הרי זה חוב ובפרעון חוב לא שייך פרעון ע"מ להחזיר ותירץ כיון דנותנו מדעתו חשיב פרעון ולא מחילה וזה הס"ד בתוס' לקמן דף ח. לדידי שוה לי לא אמרינן בכל אדם מאי שנא ממתנה ע"מ להחזיר ותירץ דלדידי שוה לי בכל אדם לא הוי פרעון אלא מחילה ובנתיבות ס' ק"צ ס"ק י"ב הקשה לדעת הסמ"ע דכסף הקונה הוא כסף פרעון א"כ במתנה על מנת להחזיר איזה פרעון יש כאן וכתב דפרעון ע"מ להחזיר חשיב פרעון.

וכתבו התוס' בהילך אתרוג זה דאע"ג דלא כפליה לתנאיה סגי דיש אומדנא דנותן לו רק שיברך ויחזירנו חשוב כמו שהתנה תנאי כפול ועל כרחך לומר דהתוס' מחדש דכאן לא בעי תנאי כפול מדין תנאי ולא משום אומדנא לחוד דהרי אח"כ הקשו מתנאי ומעשה בדבר אחד. ומוכרח לומר דמדין תנאי קאתי. ולכאורה מה הוכחה דבאתרוג נתן לו ע"מ להחזיר והוי כמו התנה דאי משום שרוצה גם הוא לצאת בו מה יהיה אם נתן לו לאחר שיצא דהרי למחר יוצא בשאול או באופן דיש לו עוד אתרוג ויישב בספר המקנה ע"פ דעת המג"א או"ח ש"ו ס"ק ט"ו דההיתר לקנות אתרוג ביו"ט משום דלא הוי מתנה גמורה אלא ע"מ להחזיר וע"כ דמקנהו לו ע"מ להחזיר דאל"כ אסור. עוד כתב המג"א טעם ההיתר דמשום מצוה מותר להקנות ביו"ט. וכתב המקנה דאפי' להך טעמא יש אומדנא כאילו התנה על מנת להחזיר לו ביו"ט דכיון דחייב להחזיר כדי לצאת ידי חובה ואם לאו לא יצא הרי הוא קונה ביו"ט וכאילו התנה להחזיר לו בחזרה. ועל מה שכתב המג"א דהרי קנין ע"מ להחזיר ולכן מותר דאל"כ היה אסור הרי בכל מתנה ע"מ להחזיר הוי גופו קנוי אחרת הוי שאול דמה שמחזיר לו זה מכח תנאי וכתב כיון דקונה לזמן חכמים לא גזרו גזירת איסור מקח וממכר שמא יכתוב כיון שהוא רק לזמן ודו"ק.

ו. **ויש** לדקדק בגמ' אמר רבא הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי במכר לא קנה באשה לא מקודשת בתרומה יצא ורב אשי העמיד בכולהו קנה לבר מאשה ויש לדקדק איך מיירי האם כפל התנאי או לא כפל תנאו. דכתבו התוס' דרק באתרוג הוי אומדנא כאילו התנה תנאי כפול אבל בעלמא לא מהני אומדנא אלא בעינן תנאי כפול א"כ כיון דהגמ' הביאה ההיא דאתרוג להקשות על מתנה ע"מ להחזיר במכר וקדושין ע"כ בחדא מחתא נינהו ובכולם לא כפל התנאי וא"כ למה קנה במכר הרי לא התנה ואין אומדנא. ובאבני מילואים ס' כ"ט ס"ק א' כתב דכוונת התוס' בעלמא בנותן מתנה ע"מ להחזיר כל שלא כפל דעתו לתת לעולם אבל באתרוג אין דעתו כן כיון שיש אומדנא. ולפ"ז גם במכר ובאשה נמי יש אומדנא זו כיון דאין דעתו ליתן המנה רק לקנות האשה או השדה עכת"ד. וטעמו יש אומדנא דאינו נותן יותר מכיון שהתנה עמ"ל ואינו צריך לכפול דהאומדנא משלמת התנאי כפול אבל היכא שעושה מעשה סתם כגון נותן מתנה לחבירו דסתם מתנה היא לעולם וכל שלא כפל מוכח במעשיו שנותן לגמרי ולכן אם לא נותן לגמרי בעי תנאי כפול. ושם באבני מילואים הביא דעת הב"ח שכתב דהא דפסק המחבר דמתנה ע"מ להחזיר בקדושין אינה מקודשת איירי בכפל לתנאיה אבל בלא כפליה לתנאיה מקודשת דתנאי בטל ומעשה קיים. והקשה הב"ש הרי הסוגי' איירי בלא כפליה לתנאיה כפי שכתבו התוס' משום דיש אומדנא וא"כ בקדושין גם בלא כפליה לתנאי אינה מקודשת דבזה איירי הסוגיא. וכתב האבני מילואים לישב דהאומדנא אם יכול לקנות ע"י מתנה ע"מ להחזיר אבל כל שלא יכול לקנות כפי שאמרה הגמ' דאשה לא נקנית במתנה ע"מ להחזיר א"כ לא נתן לה אלא בע"מ שיהיו קדושין וכיון דבקדושין לא מהני נמצא שנתן לה לקדושין סתם ועל זה כתב הב"ח בלא כפל לתנאו מקודשת דתנאי בטל ומעשה קיים.

ז. **והקשה** השער המלך בפ"ו דאישות דבגמ' אמרינן בכולהו קני לבר מאשה דהיינו בנתן לכהן ה' סלעים ע"מ להחזיר בנו פדוי וקשה דהרמ"א כתב ביו"ד ס' ש"ה דפדיון הבן לא מהני ע"י שליח א"כ איך יכול להטיל תנאי והרי אמרינן בכתובות עד. כל מילתא

דליתא בשליחות ליתא בתנאי. וכיון דבגמ' אנו רואים דאיתא בתנאי מוכח מכאן דאיתיה בשליחות ע"ש. ותירץ אבני מילואים בס' ל"ח ס"ק ה' דבפדיון הבן יש שני דברים א' הקנאת הכסף וזה פשוט שיכול למסור לכהן ע"י שליח דלא גרע מכל הקנאת ממון ורק בדין השני לעשות מעשה הפדיון בזה פסק הרמ"א דלא יכול לעשות שליח. ולכן בקנין הממון דמהני שליח מהני התנאי אבל מעשה הפדיה דליתא בשליחות ליתא בתנאי.

ומשמע מתוס' דמתנה ע"מ להחזיר הוי קני ע"מ להקנות כשיטת הרא"ש וריטב"א ואינו קנין לזמן וכשכלה הזמן חוזר לבעלים הראשונים. דאי נימא דמתנה ע"מ להחזיר לא ע"מ להקנות אלא מתנה לשעה ע"מ שיחזיר אחר זמן, א"כ מה לי שהחזירו ר' יהושע בעצמו או ע"י אחר והתוס' שהקשו דכיון דר"ג התנה עם רבי יהושע שיצא בו ויחזיר אותו איך נתן לר"ע. ותירצו דהיה בידיעתו של ר"ג משמע דמתנה ע"מ להחזיר בעינן שהמקבל צריך להקנות לבעלים ואינה חוזרת לבד. וראית הרא"ש מהא דאמרינן לא יקנה לולב לינוקא ביום ראשון של יו"ט דמקנה קני אקנוי לא מקני משמע דלאחר שיצא מקנה לבעלים והקצות ס' רמ"א ס"ק ד' דחה והעלה דמתנה ע"מ להחזיר חוזר לבעלים מיד. ומה שאמרה הגמ' לא יקני לינוקא ביום ראשון דקנוי קני ולא מקני איירי בנתן לו סתם אבל ע"מ להחזיר חוזר לבד וכתב שמצא כן בתשובת הרא"ש כלל ל"ה ס' ב' דהביא כן בשם הגאון ר' אביגדור כהן צדק ז"ל.

ח. **ומסקנת** הגמ' בכולהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין ונחלקו בזה הראשונים האם מתנה ע"מ להחזיר מועילה מדין חליפין ובמקום שלא מועיל קנין חליפין גם מתנה ע"מ להחזיר לא מועיל או שמתנה ע"מ להחזיר היא קנין כסף ולא קנין חליפין אלא שדומה לחליפין. וכתבו רש"י ותוס' דמעמ"ל גזרו שדומה לחליפין. וכ"כ התוס' רי"ד ורבינו חננאל וכ"כ רב גאון דמדאורייתא אשה מתקדשת במעמ"ל כדין קנין כסף אלא שחכמים גזרו שמא יבאו לקדש בחליפין וכן כתבו התוס' והרא"ש דמשום גזרת חליפין נגעו בה. אבל הרמב"ן והרשב"א מסבירים הסוגי' דאשה לא מתקדשת במתנה ע"מ להחזיר מדאורייתא דהוי כחליפין כיון שצריכה להחזיר המתנה והתוס' הקשו במה דומה לחליפין ואי משום דהדר סודר הא בחליפין גופייהו אמרינן דאי תפיס להו מתפסי והוכיחו התוס' דאין החסרון דלא מהני חליפין בקדושין היא משום דהדרא, דהא אפילו בלא הדרא חליפין לא קנו בקדושין וע"כ משום דחליפין לאו כסף הוא וזה קנין אחר. וא"כ במתנה ע"מ להחזיר הלא שם הוי כסף ולמה לא קנו קדושין ותירצו התוס' דבאמת אין זה חליפין כלל ורק גזרו דלא מהני אטו חליפין ואתי למימר אשה נקנית בחליפין הילכך אפקעינהו רבנן לקדושין מיניה. ולכאורה למה חכמים גזרו משום שמא יקדשנה בחליפין ויאמרו אשה מתקדשת בחליפין הרי אין שום תקלה דגם אם יגור עמה על סמך קדושין הללו מ"מ ליכא איסור לא תהיה קדשה כיון שדר עמה לשם אישות ומה שמצאנו תמיד שחכמים הפקיעו משום חומרת אשת איש ולא משום שעובר על עשה אלא החשש שמא יקדשנה ע"י חליפין ותפשוט ידה ותקבל קדושין משני ויאמרו שאין קדושי שני תופסין שהרי היא כבר מקודשת לראשון ע"י חליפין ויבאו לטעות בא"א.

ט. **ודעת** הרמב"ם דהמקדש במתנה ע"מ להחזיר אינה מקודשת מעיקר הדין, שכתב בפ' מהלכות אישות הלכה כד. האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה ע"מ שתחזירהו לי אינה מקודשת בין החזירה בין לא החזירה שאם לא החזירה הרי לא נתקיים התנאי ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידם כלום ע"כ. וסיים הר"ן דאפילו נהנית בה בשו"פ קודם שהחזירתו ג"כ לא מקודשת דאיהו לאו בהאי הנאה קאמר לה ע"כ ומזה מדייק הב"ש שאם א"ל בפירוש דתתקדש בהנאה שפיר דמי וע"כ כתב האבני מילואים בס' כ"ט דדברי הב"ש רק לדעת הרמב"ם דמדגיש שלא קיבלה כלום ממנו אם תחזיר לכן כל שאומר לה בהנאה שפיר דמי אבל לפי התוס' והרא"ש דאינו אלא משום גזרת חליפין א"כ אפילו אית בה הנאת קישוט נמי לא מהני דאי משום הנאת קישוט הו"ל כשחוק לפני רקוד לפני דלא מהני למ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף הו"ל כמקדש במלוה דאינה מקודשת. וגם אם אמר הרי לך כלי זה להנאת קישוט וזכתה בכלי להנאת קישוט ואין זה מלוה מכל מקום כיון דחייבת להחזירו הו"ל כמו חליפין ואינה מקודשת כיון דהכלי חוזר למקדש. אבל להרמב"ם מקודשת בכסף של הנאה וזה הנ"מ בין תוס' לרמב"ם ובס' המקנה כתב עוד נפ"מ בין התוס' להרמב"ם אם נתן לה במתנה ע"מ להחזיר והחזירה לו ע"מ להחזיר והחזיר לה להרמב"ם כיון דהיה תנאי והתקיים התנאי הרי בסוף כשהחזיר לה הרי נשאר בידה החפץ ומקודשת ולתוס' ורא"ש כל שנותן ומחזיר במתנה ע"מ להחזיר הרי יש כאן גזרת חליפין. ויש לדקדק בדברי המקנה דכתב שיש נ"מ

ולדעת הרמב"ם מקודשת כיון שנשאר בידה החפץ בסוף דמ"מ הבעל נותן לה ע"מ להחזיר והיא החזירה א"כ ממה שנתן לה לא נשאר בידה כלום. והגם דהחזירה ע"מ להחזיר ג"כ והבעל קיים התנאי מ"מ ממון חדש בא לידה ולא ממון קדושין ואמאי מקודשת אלא צריך לומר כיון דממון החדש הזה מגיע לה מכח מתנתו הראשונה הגם דאם היינו מסתכלים על המתנה אינה מקודשת דלאו מידי יהיב לה מ"מ בסוף נשאר בידה חפץ ומקודשת. כיון דבידו שלא יחזיר לה וממילא החזרה שלה בטלה וכיון דלא נתקיים תנאה כיון שלא החזירה נמצא הנתינה מלכתחילה בטלה. ולכן ע"י שהבעל מקיים התנאי ומחזיר לה הוי אצלה מורה שקבלה שלה הוי קבלה והתקיים התנאי בסוף כשהחפץ ברשותה. עוד כתב נ"מ בין התוס' והרמב"ם אם קדשה בכסף ע"מ להחזיר לרמב"ם הקדושין לא חלו ומדאורייתא צריכה להחזיר הכסף. ולתוס' ורא"ש דחכמים ביטלו הקדושין משום גזרת חליפין הרי כל ביטול ע"י חז"ל הוא מדין הפקר בי"ד הפקר. ונמצא שהאשה זכתה בכסף מההפקר ולא צריכה להחזיר. והתוס' הוכיחו שמתנה ע"מ להחזיר וחליפין שני דינים הם דבמתנה ע"מ להחזיר יכול לפדות במטבע. ובחליפין קימ"ל מטבע לא נקנה בחליפין ולא יכול לפדות בנו ולכאו' מה יענה הרמב"ם וצ"ל דס"ל דמתנה על מנת להחזיר הוא חליפין ומדאורייתא לא מקודשת. וצריך לומר שגם לרמב"ם מתעמ"ל הוי כמו חליפין ולא חליפין ממש. דהרי בפדיון הבן מהני אלא בקדושין בעינן כסף הנאה ובזה דומה לחליפין. ולפי האבני נזר דמפרש הטעם לרמב"ם המקדש במלוה לא מקודשת והקונה במלוה מהני דמלוה הוי כסף פרעון ומהני במכר ופדיון הבן בקדושין בעינן כסף הנאה ולכן לא חלו הקדושין דלא מידי יהיב לה.

י. **וכתב** במקנה בקונטרס אחרון ס' כ"ט דגם הרמב"ם ס"ל כתוס' דמה שכתב הרמב"ם שהרי לא נהנית ולכן לא מקודשת וכי ס"ד דבאמר לאשה התקדשי לי במנה ע"מ שתתני לי מאתים זוז דלא נהנית האם נאמר דלא מקודשת דהא ליתא ובודאי מקודשת. ואם נאמר משום שצריכה להחזיר גוף החפץ הרי הרא"ש כתב מפורש דבמתנה ע"מ להחזיר לא בעינן להחזיר גוף החפץ אלא סגי בשווי ודמיו ולכן לפי הרמב"ם כל הקושי דאומר לה ע"מ שתחזירי לי וזה דמי לחליפין והרמב"ם סובר כתוס' ומה שסיים שהרי אין לה הנאה בא לאפוקי דאם נותן לה הנאת קישוט מקודשת גם בקהילות יעקב מליסא פירש דתוס' ורמב"ם לא פליגי ומה שכתב הרמב"ם שהרי לא נהנית הכוונה דלא נהנית בכולו ודמי לחליפין שקונה כולו ומחזירה כולו.

ופסק מר"ן בשו"ע ס' כ"ט סעיף א' האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה ע"מ שתחזירהו לי אינה מקודשת ע"כ. והנה לרמב"ם דכתב דתלוי בהנאה לא חלו קדושין ולא צריכה גט אבל לתוס' ורא"ש דמשום גזרת חליפין והטעם דאפקיענהו רבנן לקדושין מיניה א"כ בעי גט. וכתב הח"מ דמלשון השו"ע משמע דלא מקודשת ולא צריכה גט. אמנם בש"ג כתב דאם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר צריכה גט משניהם. והב"ש דמכל הראשונים משמע דלא מקודשת ולא צריכה גט ולא כדעת הש"ג דמצריכה גט וכ"כ הב"ח וט"ז סו"ס י'.

ובישו"י בפירוש הארוך ס"ק א' כתב דדברי הריא"ז נכונים וביאר בכמה מקומות חזינן דלא אמרינן סברא זו דאפקיענהו רבנן לקדושין מיניה וה"נ במקדש בעדים פסולים מדרבנן אמרינן דצריכה גט וטעמא דכל המקדש אדעתא דרבנן כתבו הרשב"א והריטב"א והובא בשמ"ק כתובות משום שאמר כדת משה וישראל והוי כמו תנאי שתולה הדבר בדעת חכמים שאם ירצו שהקדושין יהיו בטלין יהיה כדברים ולכן כשנולד דבר שלא כדעת חז"ל הם מפקיעין הקדושין ואומרים שאין רצונם בקדושין הללו ובניטין דף עה גבי ע"מ שתחזירי לי את הניר דמגורשת משום דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד. וכתבו התוס' כיון דתנאי סותר המעשה לכן לא מהני וכתב הישו"י הטעם משום דהוי חזרה וכתב להסביר מתי חכמים אמרו אפקיענהו דוקא אם בעת הקדושין נעשה הדבר כתיקון חכמים אלא מחמת דבר שנולד אח"כ עקרו הקדושין אבל בגידון דידן דהקדושין חלו שלא ברצון חכמים א"כ בשעה שא"ל הרי את מקודשת לי חלו הקדושין מהתורה ולא נעשה ע"פ דעת חכמים וכשאומר אח"כ כדעת משה וישראל הרי עוקר וסותר המעשה ותנאי שסותר מעשה לא מהני ובטל התנאי ומעשה קיים כמו בהרי את מגורשת ע"מ שתחזירי לי הנייר ע"ש. ושם האריך לישב דעת הפוסקים דס"ל דלא חלו קדושין ולא צריכה גט וכ"כ בתשובת רע"א תנינא סי' נ"ג דמקדש במתנה ע"מ להחזיר צריכה גט לחומרא ואף דהרבה פוסקים הכריעו כדעת הב"ש שלא צריכה גט כיון דמקדש אדעתא דרבנן מ"מ אמרינן כן רק במקום שהגמ' אמרה מפורש ובסוגי' אמרינן מתנה ע"מ להחזיר האשה לא מקודשת משמע לגמרי לא חלו קדושין ודוקא בחל המעשה ואח"כ מחפשים לבטלו בזה אמרינן

אפקיענהו וצריכה גט אבל כאן מעיקרא קדש נגד חכמים לכן לא חלו קדושין ודו״ק.

יא. **ובקדושין** דאמרינן במתנה על מנת להחזיר לא מקודשת כתבנו לעיל דיש סוברים דגמ׳ איירי בכפל תנאו ולכן כיון שצריכה להחזיר מכח התנאי לא נשאר בידה שום הנאה ולא מקודשת אבל בלא כפל תנאו מקודשת דתנאי בטל או הגמ׳ איירי שלא צריך לכפול דיש אומדנא וכל שיש אומדנא לא צריך לכפול התנאי. על זה כתב הב״ח דסוגיא איירי בכפל לתנאו אבל לא כפל הרי היא מקודשת דתנאי בטל ומעשה קיים. ועוד כתב הב״ח אע״ג דע״מ שתחזירהו לי הוי תנאי ומעשה בדבר אחד מ״מ שייך לדיני תנאים שיכולה להחזיר דמיו וכן ביארנו לעיל בשם הרא״ש עוד כתבו התוס׳ הא דתנאי ומעשה בדבר אחד רק אם שניהם סותרים. אבל למ״ד ע״מ כאומר מעכשיו לא סותר ע״כ. וכתב הב״ש בס״ק א׳ בשם בית הלל דתמה על הב״ח מתוס׳ דכתבו באתרוג לא בעי תנאי כפול כיון שיש אומדנא דמוכח וביאר הב״ש דמה שכתבו התוס׳ זה לא רק באתרוג אלא בכל הסוגיא לא בעינן כפל התנאי כיון שיש אומדנא ע״ש. ומיהו לדינא גם באתרוג כתב הרא״ש בב״ב פ״ח ס׳ מח דאיירי דכפליה לתנאיה וא״כ פשוט לפי הרא״ש בקדושין כפל התנאי וכ״כ הרא״ש בחידושיו לקדושין דהגמ׳ לא דנה בגדרי התנאים אלא במתנה ע״מ להחזיר ואה״נ חלין כאן כל דיני התנאים. ולדינא כיון דנחלקו תוס׳ ורא״ש הוי ספק מקודשת באופן דלא כפל התנאי דלתוס׳ לא בעי תנאי כפול ולכן לא מקודשת ולדעת הרא״ש דבעי תנאי כפול וכל שלא כפל תנאי בטל ומעשה קיים לפ״ז אם לא כפל היא מקודשת ודו״ק. וכתב בבני אהובה פ״ה מאישות הלכה כ״ד דמעולם לא עלה על דעת התוס׳ דבעינן תנאי כפול אלא רק באתרוג בזה אמר רבא אם לא החזירו לא יצא וע״כ דלא בעינן תנאי כפול דאי כפליה לתנאיה פשיטא דלא יצא אלא ע״כ דבלא כפליה ובזה אמרינן דצריך להחזירו. והתוס׳ בגיטין עה. כתבו לרבא אפי׳ באתרוג בעינן דכפליה לתנאיה ע״ש. וכ״כ בעצי ארזים לתמוה על הב״ש שכתב דכל הסוגיא בלא כפליה וכתב עליו דתוס׳ לא הצריכו דיני התנאים רק באתרוג אבל בקדושין בעי תנאי כפול. והרא״ש בפ׳ לולב הגזול כתב בשם בעל העיטור יש דברים דסגי בגילוי דעת ובאומדנא כמו שטר מברחת וכהכותב כל נכסיו ולא ידע שיש לו בן. אבל בקדושין בעי תנאי כפול וכו׳ וכ״כ בארץ צבי לתמוה על הב״ש דדברי התוס׳ איירי רק על אתרוג.

ובאבני מילואים ס״ק א׳ העלה דאפילו לא כפל התנאי אינה מקודשת. ע״פ מה שחידש הקצות בס׳ רמ״א וראיתו מיבמות קו. דכל היכא דלא התקיים התנאי מ״מ המעשה נעשה על דעת כן ואם לא התנה אמרינן תנאי בטל ומעשה קיים וכיון דהמעשה נעשה על תנאי חייבת לקיים מדין שכירות ולכן כיון שצריכה להחזיר לאו מידי קבלה. והנתיבות נחלק עליו וכתב דכל דלא היו תנאים כדין התנאי בטל ומעשה קיים. ולכן היא מקודשת ודאי ומ״מ להלכה כל שלא כפל יש להצריך גט מספק וכ״כ ב״ש ודו״ק.

סימן טו

תן מנה לפלוני ואקדש אני לך

א. **גמ׳** דף ז׳. אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ערב לאו אף על גב דלא מתי הנאה לידיה קא משעביד נפשיה,האי איתתא נמי אף על גב דלא מתי הנאה לידה קא משעבדה ומקניא נפשה. ואיירי שא״ל אומרים הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה שנתתי על פיך וכ״כ הרמב״ם פ״ה מאישות הלכה כ״א שאומר לה הרי את מקודשת בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך ה״ז מקודשת אע״פ שלא הגיע לה כלום,הרי נהנית ברצונה שנעשה ונהנה פלוני בגללה ע״כ.

ויש להסתפק ערב בכל התורה שמשתעבד האם משום שיש לו הנאה שהוציא הוצאות על פיו או דהוי כמו שהמלוה העביר הכסף לערב והערב העבירם ללוה־דהיינו הערב קיבל כסף מהמלוה ולכן הוא חייב למלוה־אלא דיש הסכם דתובע את הלוה תחילה וכן יש להקשות דבקידושין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת למה צריך להגיע מדין ערב מאי שנא מארווח לה זימנא שמקודשת בההיא פרוטה שהיתה צריכה לתת לפייס המלווה להרוויח לה זמן והכא נמי נהנית שהיתה צריכה לפייסו בפרוטה לתת מתנה לפלוני על פיה ויש לחלק דבנידון דידן אין האשה מקבלת הנאה ממשית של כסף או שווה כסף כמו הנאה שיש לה בארווח לה זימנא לכן

צריך להגיע בגמ׳ שמקודשת מדין ערב שאף הוא משעבד נפשו אע״פ שלא קיבל שום הנאה.

ב. **אמנם** לשון הרא״ש שונה מלשון הרמב״ם דהרמב״ם מדגיש מקודשת לי בהנאת מתנה זו, וכו׳ והרא״ש כתב וכשנתן המנה לאותו פלוני א״ל הרי את מקודשת במנה שנתתי לפלוני מקודשת מדין ערב וכו׳ הרי להרמב״ם מקדשה בהנאה, ולהרא״ש מקדשה במנה שנתן דהיינו בגוף הכסף דערב נחשב כאילו מלווה נתן לערב והערב העביר וכ״כ במח״א באריכות בהלכות ריבית ס׳ י״א דדעת הטור דערב הוי כאילו המלווה נתן לערב וכן דעת התוספות בפרק איזהו נשך ע״א:דמצאו ישראל אחר וכו׳ כיון דמשכר הלוואה זו נותן לנכרי ריבית ע״פ המלוה הרי זה כנותן למלוה עצמו מדין ערב כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך וכו׳. וכתב המח״א שזה דעת הריטב״א בפרק איזהו נשך שכתב והיכא דא״ל תן דינר לפלוני ואלוה לך מנה ה״ז ריבית קצוצה אע״פ דלא אתי זוז זה לידי המלוה מ״מ מה שנותן על פיו הוי כאילו קיבלם המלוה דאפי׳ א״ל זרוק דינר לים ואלווה לך הרי זה כאילו הגיע לידו של מלוה וחזר וזרקו לים,כיון שזרק על פיו וכן רבי בשם הרמב״ן ע״ש וכתב המח״א דהרמב״ם חולק על הרא״ש דלא נחשב כאילו קבל הכסף אלא הנאה ולכן מצריך שיאמר לה בהנאה שנתתי לפלוני על פיך ע״ש. ובס׳ חמדת שלמה הסתפק בהא דמקודשת מדין ערב האם מקודשת במה שלא צריכה להחזיר המנה או מדין הנאה ונפקא מינה אם אמרה לו תן פרוטה לפלוני ואקדש אני לך דהנאה שנתן פרוטה היא פחות מפרוטה ולא מקודשת. אבל אם נחשב כאילו קיבלה פרוטה ובאותה פרוטה שנתן על פיה חשוב כאילו היא קיבלה מקודשת. והביא דברי הריטב״א בסוגין דמפרש שמקדשה מדין הנאה וכ״כ הרשב״א בסוגין דהשתעבדות הערב לא מחמת כאילו קיבל הכסף אלא הנאה, והוכיח כן מרמב״ם ונשאר בצ״ע. ותמה עליו בספר באר מים חיים (מאליניק) סי׳ ה׳ דאם מתקדשת מצד הנאה למה צריך ללמוד מערב מאי שנא משחוק לפני דאיתא בקידושין ס״ג דאם יש באותה הנאה שוה פרוטה מקודשת דאפי׳ מקדשה בהנאה כפי שכתב הרמב״ם והמחבר אף אם אמרה לו תן פרוטה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת והטעם כיון דילפינן מערב וערב משתעבד בההיא הנאה הרי ההיא הנאה שווה נגד כל השווי ע״ש. אמנם בקהלות יעקב מליסא ס׳ כ״ט סעיף ב׳ כתב דאפילו אמרה תן פרוטה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב וכו׳ משום דקבלת הפרוטה שקיבל פלוני חשוב ממש כאילו קיבלה האשה בעצמה הפרוטה כמו בערב משא״כ בהרוויח לה זמן ע״ש. וכן דעת רבנו חננאל באוצר הגאונים דערב הוי כאילו קיבל ישר מהמלוה.

ג. **והנה** בגמ׳ לקמן דף ח׳. התקדשי לי בכיכר לחם וא״ל שישליכו לכלב לא מקודשת ודנו הראשונים מאי שנא בא״ל תן לכלב ואתקדש לך, דהרא״ש בס׳ ג׳ מסתפק האם מקודשת מדין ערב או שדין ערב רק לנותן לבן דעת ובר זכיה ומסיק להחמיר, אבל הר״ן בשם הרמב״ן כתב דבאומרת תן לכלב ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב שהוציא הוצאות על פיה והרי הוא כדין ערב ומסיים בדעת אחרים שלעולם אינו מתחייב מדין ערב רק במוציא ממון מרשותו לרשות אחרים של בן דעת ונראה דמחלוקתם בגדר דין ערב האם מתחייב מדין הנאה, או ערב נחשב כמו שקיבל הערב ממלוה דאם חשוב כאילו קיבל באמירה תן לכלב הרי זה כמו שהיא קיבלה ונתנה לכלב וקבלת הכלב כמו שהיא קיבלה שייך לומר שדין ערב הוא רק בבר דעת, אבל אם הדין הוא משום הנאה שהוציא על פיו משתעבד גם באמירה תן לכלב הרי הוציא הוצאות על פיו ולכן מקודשת. ויש לתמוה על הרשב״א שכתב שערב משתעבד מדין הנאה ומ״מ כתב בתנהו לכלב לא מקודשת כיון שנתן למי שאינו בר דעת, ובדין התחייבות הערב כתב הרשב״ם בב״ב קע״ג דגמר ומשעבד נפשיה ושליחותא דערב קעביד מלוה כאילו הערב עצמו הלוה ע״כ. ומשמע מהרשב״ם כשאומר תן לפלוני מנה ואני ערב המלווה הוא שלוחו של הערב והוי כאילו הערב נותן מעות המלוה ללוה ע״ש. וכן דעות הרבה פוסקים וכן משמע בפרק המדיר את אשתו עד ל׳ יום יעמיד פרנס והגמ׳ הקשתה ולאו שליחותיה קעביד ותירצה הגמ׳ באומר כל הזן אינו מפסיד דבכה״ג לאו שלוחו הוא ודעת רוב הפוסקים דלא חייב הבעל לשלם דלאו שליחותיה דבעל עביד דאם הבעל חייב לשלם הוי שלוחו והביאם הר״ן ושיטמ״ק בשם הרא״ה והריטב״א וכן דעת הראב״ד והרמב״ם אמנם הפרישה כתב דחייב לשלם מדין ערב.

ד. **אבל** מהרמב״ם הלכות מכירה פי״א הלכה ט״ו כתב המתחייב עצמו בממון לאחר ה״ז חייב כשאומר אתם עדי שאני חייב לפלוני מנה או שכתב בשטר וכו׳ או שאמר בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר וכו׳ אע״פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא חייב לו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב ע״כ וכ״כ בשו״ע סי׳ מ׳ הרי דהרמב״ם סובר דערב הוא התחייבות ולא חיובא

עבור הכסף שנותן לפלוני על פיו. וכתב הקצות ס' מ' דלהרמב"ם חייב מדין אודיתא וקשה דמה עניין אודיתא לערב דערב לא חייב מדין הודאה וע"י בש"ך שם בס"ק ז'. ויש לתמוה לפי הרמב"ם דערב הוא מטעם התחייבות איך רבא אמר בתן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב הרי באשה בענין כסף או שוה כסף לחלות הקדושין והתחייבות לא מהני ע"ז אומר הרב מח"א בהלכות ערב סי' א' דגם לרמב"ם בערב יש הנאה דמפיק ממון על פיו גמר ומשעבד נפשיה ולכן היא מקודשת בההיא הנאה ע"ש. וזו דעת הרמב"ם דחולק על התוס' בפ' איזהו נשך כתבו דערב חשוב כאילו הוא קבל כסף והעביר ללוה אבל דעת הרמב"ם מדין הנאה שיש לערב דהוציא הוצאות על פיו גמר ומשעבד נפשיה נמצא דהתוס' והראש.

וכן דעת הרשב"ם בב"ת קע"ג והריטב"א בקדושין שונה ממה שכתב בפרק איזהו נשך דבסוגיא דידן כתב דהתחייבות הערב לאו משום דהוי כאילו קיבל כסף מהמלוה אלא הוא משתעבד אע"ג דלא מטי לידיה הנאת מעות שהוציא המלווה ולא הגיע לידי הערב לא כסף ולא שווה כסף אע"פ כן משתעבד בהנאה דמטי ליה בהנאה שהמלוה הלוה ללוה על אימרתו דהנאה בכל דוכתה חשיבא ככסף,ע"ש. ונמצא שהנאה זו הגורמת התחייבות באה לסלק דין אסמכתא דהגמ' בב"מ סה: אמרה כל ערבות אסמכתא היא והיינו דכל התחייבות בלי קניין לא חלה דהוי אסמכתא, וכאן בערב כיון שיש לו הנאה הוי כקבלת כסף וזה כשיטת הט"ז דכסף שאינו לשווי המקח רק לקניין מהני לקניית החפץ וזה הדין כאן ודו"ק.

ה. **והרמב"ם** בפרק א' מהלכות מכירה הלכה א' כתב האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויקנה ביתי לך כיון שנתן קנה הבית מדין ערב ע"ש. וזה בניגוד למה שכתב בהלכות אישות פ"ה הלכה כ"א דמקדשה בההיא הנאה ובמכירה משמע דערבות הוי כאילו קיבל הכסף ובאותו כסף שקיבל חלה הערבות כדעת התוס' והראש. וראיתי בחידושי מרן הרי"ז הלוי בחלק התשובות שעמד על זה וכתב דגם הרמב"ם בקדושין מקודשת מדין הכסף שנתן לפלוני ולא בהנאה בלבד ומכירה וקדושין שווין דהגמ' משווה ביניהם והכל מהני מדין כסף ממש רק בקדושין כסף לבד לא מהני ובעינן הנאה לכן הרמב"ם הדגיש שיש כאן הנאה ובזה מקדשה. ומה שהרמב"ם האריך דבקדושין בעינן שיאמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה דבעינן אמירה של הבעל אחרת אם הבעל לא היה מדבר הוי כנתן הוא ואמרה היא אבל במכר לא בעינן אמירה של הלוקח.

ומ"מ לפי הרמב"ם יוצא דמקדשה בהנאה וקונה ומוכר שווין, ולהרא"ש בין מקדש בין מוכר פועל בגוף המנה. וראיתי בשיעורי ר' שמואל רוזובסקי זצ"ל דהקשה להרמב"ם דס"ל דערב משתעבד בהנאה נמצא בערב לא תמורת המנה משתעבד אלא בהנאה והנאה היא פחות מהמנה ולמה הרמב"ם סתם דבכל אופן מתקדשת הרי באופן דמקדש בפרוטה ההנאה היא פחות מפרוטה. וכתב דגם להרמב"ם ערב מתחייב בגוף המנה כאילו המעות באו לידה וזה חלות הקנין אלא ההבדל בין הרמב"ם להרא"ש דלהרמב"ם חשוב כאילו באו לידה ונשתמשה במנה, לתת למי שרצתה ומקדשה בשימוש שנשתמשה במנה וזוהי כוונת הרמב"ם בהנאת מתנה זו וזה לא כהריטב"א דההנאה שנעשה רצונה דזו הנאה כל דהו. ובפני יהושע בשמעתין הסביר דהא דאשה מקודשת מדין ערב מטעם שהבעל הוציא מעות על הבטחתה ואם לא תרצה להתקדש לו חייבת להחזיר לו מדין ערב ועל ידי הקדושין נפטרה מתשלום, ומתקדשת בההיא הנאה שנפטרה מתשלום, לפי זה לא מתקדשת בממון עצמו ולא בהנאה שהוציא על פיה אלא בהנאה שהיא נפטרת מלשלם והוי כהנאת מחילת מלווה ואע"ג דקימ"ל בהנאת מחילת מלווה לא מקודשת התם היינו טעמא דדעתה אמלוה אבל הכא דעתה אממון דנפטרה ממנו.

ו. **נמצא** דיש כאן ג' שיטות חלוקות בדין ערב:

א. דעת התוס' והרא"ש דהוי כאילו הערב קיבל מעות ישירות והעביר אותם ללוה.

ב. דעת הריטב"א בההיא הנאה שנעשה רצונה וכן פי' שיטת הרמב"ם.

ג. ודעת הפנ"י מקודשת בההיא הנאה דלא חייבת לשלם ויוצא לתוס' אם היא לא רוצה להתקדש חייבת להחזיר הממון דהוי כמו שהיא קיבלה הכסף וכן לדעת הפנ"י שמקדשה בההיא הנאה שלא תחזיר הממון אבל לפי הריטב"א דמקודשת בההיא הנאה שהוציא הוצאות על פיה הרי אם לא תרצה להתקדש לא חייבת להחזיר, או אם לא יחולו הקדושין דנהי דגרם לה הנאה מ"מ לא חייבת לשלם עבור זה וקימ"ל בבא קמא דבממון בעינן ממון החוזר וכבר בארנו דיש הבדל בין מכר

לקדושין בפרט לפי דברי הט״ז דבמכר כשהלוקח שילם דמי חפץ חייב המוכר להמציא החפץ בתמורה או יחזיר הכסף אבל בקדושין הכסף לא מדין שיווי אלא הכסף הוא קניין ולכן שייך לחול הקניין גם אם הכסף לא תחזור דכסף קדושין לא כסף שיווי אלא כסף קנין ודו״ק.

ז. **ולפי** תוס׳ והרשב״ם והרא״ש דטעם חיוב הערב דהוי כאילו הממון בא לרשות הערב אע״פ שבמציאות לא הגיע מ״מ מהני מדין שליחות כדמשמע מהג׳ בהמדיר עד ל׳ יום יעמיד פרנס ופריך ופרנס לאו שליחותיה קא עביד וע״ז אמרה הגמ׳ באומר כל הזן לא מפסיד דבאופן זה לאו שליחותיה הוא וכתב מהרשד״ם דכיון דלא ציוה לאדם פלוני תן לפלוני זה ההיתר וכ״כ הש״ך בס׳ קכ״ט ס״ק ו׳ ומח״א הלכות ערב פי׳ ב׳ והקשה מהרשד״ם מתשובת הרא״ש כלל ס״ח סימן ט׳ שנשאל על שטר שכתוב שמשתעבד בו לכל המוציאו דכתב הרא״ש דהוא שטר גמור וחייב כמו שאמרה הגמ׳ בב״ב קע״ב ממך אפי׳ מריש גלותא.

ועוד מביא ראיה מסנהדרין י״ט אשר יכה את הפלשתי דנתחייב שאול לדוד. והתומים בס׳ קכ״ט הוכיח מב״ב קמ. כל המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ילדה זכר נוטל מנה וכו׳. והוסיף התומים דאע״פ שהאמת הוא בכל הזן אינו מפסיד לאו שליחותיה קא עביד כפי שכתב הרא״ה ור״ן מ״מ אין טעם הפיטור משום שאמר כל הזן ולא דיבר לאיש פרטי תן אלא הטעם שאמר אינו מפסיד ולא אמר אני אשלם אבל באמר כל הזן אני אשלם הוי שלוחו וחייב ע״כ. אבל בשיטה מקובצת פרק המדיר הביא דברי הריטב״א דטעם הפיטור הוא משום שלא אמר לאדם פרטי אבל אמר לו אם תזון לא תפסיד חייב דשליחותיה עביד.

הרי ברורים דברי הריטב״א דטעם הפיטור משום שאומר כל הזן והרשד״ם חולק וס״ל דטעם הפיטור משום שלא דיבר לאדם פרטי. וזה תלוי במחלוקת ראשונים בדין ערב האם צריך הערב לדבר עם המלוה או אפי׳ באומר סתם,דהגמ׳ לקמן י״ט בסוגיא דאומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך דמקודשת והמחנ״א בהלכות ערב סימן ב׳ הביא דעת הראב״ד דמקודשת מדין ערב ואע״פ שאביה לא דיבר עם המקדש מהני דהוי כאומר כל הנותן לבתי מעות תתקדש לו ודמי לתן מנה לפלוני ואקדש אני לך. והביאו הרא״ש בס׳ ט״ז הרי דשייך ערבות גם בלא דיבר עם המלוה. אמנם התוספות בדף י״ט והרא״ש דחו דברי הסוברים דהוא מדין ערב וכתבו דדין ערב מהני רק במדבר עם המלוה וכאן האב לא דיבר עם המקדש ע״ש. וכ״כ הריטב״א בפרק המדיר באומר כל הזן אינו מפסיד דלא שייך דין ערבות בזה כיון דלא דיבר עם המפרנס,ולא אמר אם תזון ע״ש. וצריך עיון דהריטב״א ס״ל באומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך דמקודשת מדין ערב אע״פ שלא דיבר אביה עם המקדש ונמצא דהריטב״א הן נסתר מחמתו. גם מפרק איזהו נשך דכתב כתוס׳ דמקדש בגוף המעות לפ״ק דקדושין דכתב דמקודשת מדין הנאה. ומפרק המדיר קשה לאומר אדם לבתו צאי דמקודשת מדין ערב. ונראה ליישב דיש ג׳ סוגי ערבות ערב סתם דתובע לערב תחילה, ערב קבלן דרצה מזה גובה וערב שלופרוץ שנכנס במקום הלוה. ובזה האחרון ס״ל לריטב״א דבפרק הריבית דחייב שנכנס במקום הלוה דהוי כאילו נטל הערב הכסף עצמו והעביר ללווה וזה מדין שליחות דהוי גוף הממון אצל הערב. ובקדושין ס״ל דערבות חלה מדין הנאה דהיינו שכל הערבות היא ערב סתם ובערב סתם הערב לא קיבל ממון אלא הנאה דהוציא הוצאות על פיו ובזה בעינן שידבר עם המלוה בפירוש או במודר הנאה אומר לו אם תזון לא תפסיד בזה חשוב שליחותיה אבל באומר לבתו צאי וקבלי קדושייך דמהני כיון דרבי יצחק לומד מיעוד זה דין בקדושין דגילוי דעת בעלמא סגי. ואן זה דין ערבות ממש.

ח. **וכתב** הב״ש בסימן כ״ט ס״ק ה׳ בשם מהרש״ל אם האשה אמרה לו תן מנה לפלוני ונתן וא״ל הרי את מקודשת לי בהנאה שנתתי על פיך מקודשת. וכתב שכן מוכח מתוס׳ והוכיח מהגמרא לקמן דף ח: א״ל התקדשי לי במנה אמרה תנהו לאבא או לאביך או לפלוני ונתן להם אע״פ שאמר לה התקדשי לי במנה שנתתי להם אינה מקודשת. וכתב רש״י ואינו דומה לתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב דהתם איהי אמרה מעיקרא אבל כאן משטה היא בו כלומר תן מעותך לאחרים, וכ״כ התוס׳ ומשמע מדבריהם דהכל תלוי במי שהתחיל שאם היא התחילה מהני. ודייקו כיוון דהכל תלוי במתחיל הדיבור לכן כל שאמרה בתחילה תן מנה לפלוני אפי׳ שלא אמרה ואקדש אני לך אם א״ל התקדשי לי במה שנתתי על פיך מקודשת. ולכן בא״ל הי לך מנה וא״ל תנהו לאבא ואביך לא מהני כיוון שלא אמרה בתחילה אלא הוא התחיל. וכ״כ מהר״א ששון בס׳ קט״ו להוכיח כן מדברי התוס׳.

אולם הגר"א ס"ק ג' והרשב"א הרמב"ן והר"ן הוכיחו דהטעם דמקודשת דהיא התחילה וא"ל תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך דהיינו שאמרה כל הנוסח. וכ"כ תוס' רי"ד ובשיטה לא נודעה למי אבל אמרה תן מנה לפלוני וא"ל התקדשי לי כיון שלא אמרה ואקדש אני לך לא מקודשת, וכתב בס' אבן פינה סי' ל' ס"ק א' דכיוון דפליגי התוס' והרשב"א הוי ספיקא דדינא והוי ספק מקודשת. ובמהר"א ששון סי' קט"ו הוכיח מתוס' קדושין ט' גבי ההיא איתתא דאמרה ליה הב לי חד שוכא א"ל אי יהיבנא לך מקודשת לי א"ל הבא מיהבה אמר רב חמא כל הבא מיהבא לאו כלום הוא והקשו דמי גרע מתן מנה לפלוני דמקודשת וכל שכן כשאומרת תן לי,ומאי מקשה התם אמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך אלא ודאי אע"פ שלא אמרה ואקדש אני לך כל שאמרה תן מנה לפלוני וא"ל התקדשי לי מהני ע"כ. והרב שער המלך פ"ה דאישות הלכה כ"א תמה עליו דהרי זה מה שתירצו התוס' דשאני הכא דעיקרא היתה שואלת שלא בתורת קידושין ומשוה"כ איכא לומר כשאומרת הב אדעתא דמעיקרא קאמרה ואי ס"ל בתן מנה לפלוני וא"ל אתן והתקדשי לי מהני, אע"פ שלא אמרה ואקדש אני לך א"כ התם נמי שאלה שלא בתורת קדושין ואפ"ה מקודשת והניח דבריו בצ"ע. והמקנה בקונטרס אחרון תמה על הב"ש מהמהרש"ל דבפרישה מובא בשמו ואמרה הן דהו"ל כאמרה ואקדש אני לך דאל"כ איך נדע שנתרצתה להתקדש, מ"מ ממה שאמרה היא בתחילה וגם מהתוס' אין ראי', דהתוס' חידשו דכשהתחיל הוא אע"פ שא"ל ואתקדש אני לך לא מהני וכו'.

גם בבני אהובה פ"ד דאישות הלכה ג' השיג על הב"ש דאיך יתכן דבלא הזכירה כלל בדבריה ואתקדש אני לך שתהא מקודשת, וגם אין ראי' מהתוס' כמו שכתב המקנה וגם בעצי ארזים ס"ק ה' העלה כדברי הפרישה אות ו', שהביא דברי המהרש"ל שכתב ברור שאם לא אמרה ואתקדש אני לך אלא הוא אמר תתקדשי לי במנה שנתתי לפלוני ואמרה הן מקודשת ע"כ, הרי דבעינן שתאמר הן דאל"כ אינה מקודשת ע"ש שהאריך. וכ"כ באמרות טהרות לתמוה על הב"ש דכל שאמרה תן מנה לפלוני וא"ל התקדשי לי שמקודשת כיון שהתחילה מ"מ מנין לנו לדעת שרצונה בכך דלמא תן לפלוני בהלוואה ואני פורע ועוד אפי' א"ל התקדשי לי במה שנתתי לפלוני ושתקה הוי שתיקה לאחר מתן מעות שכבר זכה פלוני דהא לא גילתה דעתה ורצונה בכך. וכ"כ בקרית מלך רב פ"ד דאישות לדחות דברי הב"ש וכן משמע דברי הרמב"ם ושו"ע כלשון הגמ' דווקא בהתחילה ואמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך. אלמא דלרוב הפוסקים בעינן שתאמר גם ואקדש אני לך דלא כהב"ש. ובביתמאיר סי' ל' סעיף ח' הסכים בתחילה עם הב"ש דמוכח כן מתוס' דף ח' וסיים דמ"מ קשה מה ראי' דרצונה להתקדש והרי זה גרע משתיקה לאחר מתן מעות.

ט. **ובאופן** דא"ל התקדשי לי במנה ואמרה תנם לאבא ולאביך וכו' דאינה מקודשת וטעמה כתבו רש"י ותוס' כיון דהוא התחיל הדיבור, וזה שונה ממה שאמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך. ויש להסתפק האם מה דלא מהני משום דהוא התחיל ולכן בכל לשון שתאמר לו אע"פ שאמרה בפי' תן לאבא ואתקדש אני לך אינה מקודשת או הטעם כיון שהוא התחיל וא"ל תנם אין הוכחה דרוצה בקדושין אבל באופן שהוא התחיל וא"ל הן או תנם לאבא ואתקדש אני לך מקודשת. ומצאנו בזה סתירה בדברי הב"ח דהב"ח בפירושו על הטור לתשובותיו החדשות ס' ע"ט שם כתב לאחר שהביא דברי רש"י ותוס' כתב דהטעם למה לא מקודשת כיון שהוא התחיל ולכן לא מהני אפי' אמרה לו אח"כ ואקדש אני לך. אמנם הב"ח בפי' על הטור ס' כ"ט כתב דכל הטעם דלא מהני כשהתחיל, כיון שלא ברור לנו שהיא רוצה בקידושין אלו אלא משטה בו אבל אמרה הן או א"ל תן לאבא ואתקדש אני לך מהני ע"ש. והמקנה בקונטרס אחרון סי' כ"ט סעיף ב' כתב כדעת הב"ח וכן הביא בשם הב"ש דאפי' הבעל התחיל וא"ל היא הן או ואתקדש אני לך מקודשת.

ובבני אהובה פ"ד מאישות הל' ג' כתב דזה תלוי במחלוקת הראשונים דלפי התוס' הנ"ל מוכח דכל שהוא התחיל לא מהני אפי' א"ל תן לפלוני ואתקדש אני לך לא מהני כיון דהוא התחיל יכולה לטעון משטה אני בך. וראיה מהתוספות שחילקו בין הוא התחיל להיא התחילה והיה להם לתוס' לחלק דגם בהוא התחיל תלוי אם א"ל תן ואתקדש אני לך לאמרה לו סתם ומזה הוכיחו דלתוס' כל שהבעל התחיל אפי' א"ל אח"כ ואתקדש אני לך לא מהני. אמנם הרשב"א כתב בא"ל קחי מנה וא"ל תנם על גבי סלע לא מקודשת כיון שנתן לבלי דעת אבל א"ל תנם לפלוני ואקדש אני לך אע"פ שהוא התחיל מקודשת. והרמב"ן מחמיר באומרת ואקדש אני לך וכו' הרי מדבריהם מוכח דאפי' הבעל התחיל כל שאמרה ואתקדש אני לך מקודשת וזה נגד התוס' גם בקרבן נתנאל בפ"ק סי' י"א אות ס' כתב דמהתוס' מוכח כנ"ל מה שלא

מקודשת כיוון שהוא התחיל אמנם המאירי בסוגיין כתב מפורש ראפי' הבעל התחיל כל שא"ל תנם לאבא או לאביך או לפלוני ואקדש אני לך מקודשת. וכ"כ התוס' רי"צ דכל שאמרה תנם לאבא ואתקדש אני לך מקודשת אמנם בלחם משנה פ"ד אישות הלכה ד' כתב דדעת רש"י ותוס' כדעת הרשב"א דכל דאמרה ואתקדש אני לך מהני לכולי עלמא ובתפארת יעקב ס"ק י"ב דן בדברי רש"י ותוס' והעלה כדעת הלחם משנה, וכתב דמהרמב"ם לא משמע כן דהרמב"ם בפ"ד הלכה ו' גבי תנם לאבא ואביך שינה ממה שכתב בפ"ה דמקודשת מדין ערב דשם א"ל תן מנה לפלוני במתנה ובזה הוא מקדשה אבל בתן לאבי ולאביך לא הזכירה מתנה אלא נתינה בעלמא לכן אפי' אמר לו ואקדש אני לך לא מהני דלא עשאתן שלוחין לקבל עבורה קדושין ודמי לא"ל תנם על הסלע ואתקדש אני לך דלא מקודשת. וכן משמע לשון הגמ' אבל אבא ואביך דמקרבא דעתה לגבייהו אימא במתנה יהיבנא ניהלייהו צריכא ע"ש. ומבואר דעיקר הטעם שלא היתה כוונתה למתנה רק לנתינה בעלמא.ואחר שנשא ונתן בענין וכתב דגם מתוס' אין הוכחה גמורה כן מ"מ העלה דלא מקודשת. ובפסקי הלכות פ"ד דאישות דף ק"ב: כתב דאם התחיל וא"ל תן לאבא ואתקדש אני לך יש להסתפק מה דעתה לכן יש לשאול אותה מה כוונתה האם לשטות או לקדושין וצריך חקירת חכם וישוב דעת גדול ע"ש. וצ"ע כיוון דקדושין בעי עדים מה יתן ומה יוסיף דעתה אם לעדים לא ברור לשם מה התכוונה. וביד דוד כתב לישב דבריו דכיוון דהדבר שנוי במחלוקת הפוסקים רש"י ותוס' דס"ל דלא מהני אפי' אמרה ואתקדש אני לך וכדעת רוב הפוסקים דפליגי עליהם לכן הדבר ספק ומ"מ נאמנת להסביר כוונתה דאם אומרת לקדושין מהני מאחר ורוב פוסקים ס"ל כן. וכן אם אומרת לשטות יש להתחשב בדבריה כיוון דרש"י ותוס' ס"ל כן. ומאחר והדבר ספק ואין לה חזקת איסור נאמנת לברר דבריה.

י. **ויש** להסתפק כשאמרה האשה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך האם חייב המקדש לומר לה התקדשי לי בהנאת מתנה שנתתי על פיך, או סגי שנתן לפלוני אע"פ שלא אמר. ומהרמב"ם פ"ה דאישות הלכה כ"א כתב ונתן לו וא"ל הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה שנתתי על פיך הר"ז מקודשת ע"ש. וכתב ה"ה שכן כתב הרשב"א דבעינן שיאמר לה אח"כ דאל"כ כל שנתן בשתיקה הו"ל כנתן הוא ואמרה היא שאינה מקודשת אלא קדושי ספק, וכ"כ הב"ש. אמנם הר"ן בשמעתין הביא י"א דאפי' לא אומר כלום מהני דאמירתה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך לא גרע ממדבר עמה על עסקי קדושין דמהני נתינתו אע"פ שלא פירש. ולא דמי לנתן הוא ואמרה היא דהתם נתן הוא תחילה ולא מוכח שלקדושין נתן אלא ע"פ דבורה ונמצא שאמירתה גמרו הקדושין אבל כאן הוא עושה הקדושין לגמרי בנתינתו בלי דבורה דדבורה הקודם היה על עסקי קדושין וסיים הר"ן דדברי הרמב"ם נראה לי עיקר דהרי גם בנתן הוא היא אומרת תוכ"ד בעת הנתינה דאם אמרה אחר הנתינה לא מהני דהוי שתיקה דידיה לאחר מתן מעות ולא מהני וע"כ דבעת הנתינה אמרה ומ"מ לא מהני אמירתה משום דהתורה אמרה כי יקח איש ולא כי תלקח אשה לאיש וא"כ ה"ה הכא. וליכא למימר דהתם טעמא משום דמשתיקה דידיה אפי' בשעת מתן מעות אין ראיה דמהני כיוון שיכול לישא אחרת, אבל הכא חזינן דמסכים שהרי נתן לפלוני מנה. דמסוגיא דנתן הוא ואמרה היא משמע דאם הטעם שאין שתיקתו כהסכמה אמינן עלה רק הטעם דלא תלקח אשה לאיש ובשו"ת מהריב"ל ח"ג סי' ס"ו ועצי ארזים ס"ק ה' האריכו במה שדחה הר"ן דעת היש חולקים.

ויש להסביר מחלוקתם אם בעינן אמירה האם האמירה היא חלק מהקדושין וזה כלול בכי יקח ולכן בעי אמירה כפי שכתב הרמב"ם והרשב"א או שהאמירה היא מסבירה לשם מה ניתן בכסף ולכן כל שידוע לי שדעתם לקדושין כגון עסוקים באותו ענין סגי. ולכאו' מצאנו לרא"ש בסוגיא דף ה: באמר לה אני אישך אפי' עסוקין באותו עניין לא מהני וכן דעת המאירי והטור והרא"ש כתב דלשונות אלו גרועים ומבטלים עסוקים באותו עניין וכ"כ הב"ח. והמאירי כתב דעסוקין בא"ע מהני ובשו"ע פסק כדעת הרא"ש אף בעסוקין לא מקודשת כיוון דהוי לשון גרוע. ומ"מ בנידון דידן באמרה לו תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך כתב הרמ"א דאם עסוקין באותו עניין סגי גם אם לא א"ל התקדשי לי בהנאת מתנה שנתתי על פיך.

ויש להסתפק בדברי הרמ"א האם מה שאמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך זה הוי עסוקים בקדושין או שעסקו לפני כן וא"ל תן מנה לפלוני. ובב"ש ס"ק ז' משמע דעצם אמירתה יוצר העסוקים כפי שפי' הר"ן בדעת הי"א. אמנם בתאמי צביה ס"ק ז' כתב דדברי הרמ"א בעסוקין הכוונה שדברו קודם על קדושין ואח"כ א"ל תן מנה לפלוני וכו'. ובמקנה בקונטרס אחרון הסביר דעת הרמ"א דאחר הנתינה בסתם דיבר איתה בעסקי קדושין דהוי כאילו אמר לה הרי את מקודשת לי, דדוחק

לומר שרבנו ירוחם שהביא הרמ"א איירי בעסוקין קודם נתינה דהרי דבר זה לא הוזכר בשו"ע, ודאי דאחר הנתינה דיבר איתה בעסקי קדושין ודו"ק.

סימן ט"ז

קידשה בחפץ סתם אם צריך שומא בקדושין

א. **גמ'** דף ז: ההוא גברא דקדיש בשיראי רבה אמר לא צריכי שומא, רב יוסף אמר צריך שומא אי דאמר לה בכל דהו כו"ע לא פליגי דלא צריכי שומא אי דאמר לה חמשין ולא שוו חמשין הא לא שוו כי פליגי דא"ל חמשין ושוו חמשין רבה אמר לא צריכי שומא דהא שוו חמשין רב יוסף אמר צריכי שומא כיון דאיתתא לא בקיאה בשומא לא סמכה דעתה. איכא דאמרי בכל דהו נמי פליגי רב יוסף אמר שוה כסף ככסף מה כסף קיץ אף שוה כסף דקיץ ואסיקנא הלכתא דשיראי לא צריכי שומא. ופסק הרמב"ם פ"ז מאישות הלכה י"ח א"ל הרי את מקודשת לי בבגדים אלו שהן שוין חמשים דינרים והיו של משי שהאשה מתאווה להן אם היו שוין חמשים ה"ז מקודשת משעת לקיחה, ואינן צריכין שומא בשוק ואח"כ תהיה מקודשת כדי שתסמוך דעתה אלא הואיל והן שוין כמו שאמר לה מקודשת משעה ראשונה ואם אינן שוין לא מקודשת ע"כ.

וכן נפסק בשו"ע אמנם מרן בשו"ע שינה פסיקתו ממה שכתב הרמב"ם דבתחילה כתב קדשה בחפץ סתם דלישנא קמא כו"ע לא פליגי דמהני וגם ללישנא בתרא הלכה כרבה אליבא דרב יוסף ואח"כ נקט התקדשי לי בחפץ זה ששוה חמשים זוז ולא שמו אותו תחילה אם נמצא ששוה חמשים זוז מקודשת. וכתב המאירי ואע"ג דאמרה בלבי היה שהוא שוה יותר מ"מ מקודשת דדברים שבלב אינם דברים.ובאופן דא"ל בכל דהו כתב רש"י דלא צריך שומא כיון דפחות מפרוטה לא שוה וכיון דא"ל כמו שהן סמכה דעתה דשוה פרוטה ולא צריך שומא דאי פחות משוה פרוטה לא מקדשה אמנם המקנה בדף ז: הביא דברי התוס' דכתב בהא דשמין את הניר אם יש בו שוה מקודשת אף דמתחילה לא היתה שומת הניר ידועה. די"ל דא"ל בכל דהו־משמע מדבריהם כל שאמר לה כל דהו אע"פ שהוא פחות משוה פרוטה סמכה דעתה ולא כדעת רש"י דבציר מפרוטה לא שוה וטעמא דס"ל לתוס' דסמכה דעתה אם הוא שוה פרוטה תתקדש בו ולהלכה דקימ"ל כרבה דשיראי לא צריך שומא אפי' אם היא מסופקת אם שוה פרוטה אין צריך שומא דסמכה דעתה דאם שוה פרוטה תתקדש בו ואם לאו לא תתקדש.

ב. **ובהא** דאמר לה התקדשי לי בשיראי סתם דלא בעי שומא ואם שוה פרוטה מקודשת יש להסתפק אם עדי קדושין צריכים לדעת שמקדשה בשוה פרוטה או סגי במה שיתברר אח"כ. דבעצי ארזים סימן ל"א ס"ק ח' כתב דאם העדים לא יודעים אם היה בקדושין שו"פ אע"פ שעדים אחרים מעידים ששוה פרוטה אינה מקודשת דהוי חצי דבר ודמי לשניים אומרים אחד בגבה ושניים אומרים אחד בכרסה וכ"כ הב"ש בס"ק ו' לאחר שהביא דעת הרמב"ם והר"ן דבידוע ששוה פרוטה במקום אחר מקודשת מהתורה כתב דנראה דהעדים יודעים בשעת הקדושין ששו"פ במקום אחר אחרת הוי כמקדש בלי עדים ומקודשת מספק כיון דהעדים מסופקים. וכ"כ החתם סופר סימן פ"ה וכ"כ ערוך השולחן כדעת הב"ש. אמנם הבית מאיר סעיף ג' כתב לחלוק על הב"ש ולפי הרמב"ם לא תשוב חצי דבר כיון דראו כל מה שאפשר לראות כמו שכתבו תוס' בב"ק דף ע. דמאחר והעדים ראו שנתקדשה בחפץ זה וע"י צירוף יוצא שנתקדשה בפני עדים השוה פרוטה מהני ע"ש. וכן דעת הרמ"ה הובא בטור ובבית יוסף דהוכיח מסוגיא קדושין י"ב. בההוא דקדיש באבנא דכוחלא ע"ש. וכ"כ בשו"ת הרב שלמה כהן מווילנא במקור חיים סי' ל"ד דלא בעינן עדים אלא על עצם הנתינה אבל לעניין פרטי הקדושין כגון לדעת אם שוה פרוטה או שאר פרטים סגי במה שיתברר אח"כ. וכ"כ בברית יעקב חב' ס' מ"ב דכל שהעדים ראו כל מה שאפשר לראות ועשו מה שמוטל עליהם הוו קדושין בעדים אע"פ שבשעת הקדושין לא ידעו אם שוה פרוטה

או קדשה באיסורי הנאה ג"כ מהני כל שיכול להתברר אח"כ ואין מוטל על העדים לחקור על זה דכל שראו גוף הקדושין והנתינה ומתברר אח"כ סגי ע"ש. וכן יש להוכיח ממעשים בכל יום שהכלה פניה מכוסות ומקדשה והעדים לא ראו הכלה בעת הקדושין דסגי מה שיראו אותה אח"כ ובמקום אחר הארכנו בזה ועי' פ"ת ס' ל"א ס"ק ה' שהביא דעת מהרי"ט. וראיתי ביד המלך על הרמב"ם פ"ד דאישות הל' י"ט שהאריך בדין זה דלא צריכים עדים לדעת שווי החפץ אלא צריכים להעיד על גוף הקדושין. וכתב לולי דמסתפינא להמציא דבר חדש בעסק חמור כזה הוי אמינא מלתא חדתא דהא בכל התורה כולה מהני הודאתן של בעלי דבר משום דלא איבראו סהדי אלא לשקר רק בעדי גיטין וקדושין לא מהני הודאת שניהם וטעמא אמרינן בגמ' משום דחב לאחריני והטעם משום דאין דבר שבערוה פחות מ"ב וההקפדה אינה אלא על עצם הקדושין וכו' אבל שאר עניינים השייכים לקדושין כגון שוה כסף אף דעצם הקדושין תלוי בזה מ"מ זה לא הוי רק כשאר עדויות דלא בעינן אלא אמיתות עצם העניין ואם באמת נכון הדבר מה לי אם ידעו העדים בעת הקדושין או ידעו עכשיו וכו'. וסברא זו מוכרעת מהסוגי' בדף י"ב מהאי דקדש באבנא דכוחלא ויתיב רב חסדא וקא מעיין ביה אי אית בו שו"פ או לא. ואכתי תקשי מה מהני העיון אם העדים לא ברור להם שוויו בעת הקדושין והוי מקדש בלי עדים אלא על כרחם דמהני בירור אח"כ ע"ש. ויש להוכיח מקריאת הגט בגיטין י"ט: דאם לא קראוהו בעת הנתינה מהני קריאה אח"כ אע"ג דבעת מסירת הגט הדבר לא ידוע וברור לעדים־מ"מ בירור של אח"כ מהני ודו"ק.

וראיתי בברית אברהם ס' קכ"ג דכתב דזה תלוי במחלוקת אם לא קראו את הגט בשעת הנתינה וקראוהו אח"כ אם מגורשת דדעת המרדכי דלא מגורשת כיון דהעדים לא ראו נתינת הגט, אלא מסירת נייר בעלמא והוא הדין בקדושין גם אם אח"כ יתברר ששוה פרוטה במקום אחר לא הוי מקודשת כלל אף שהעדים ראו מסירת החפץ אבל לפוסקים החולקים עליו דהגט ימצא מתחת ידה מהני אף בלא קריאה בשעת המסירה וכאילו ראו מסירת נייר מ"מ וכל שקראוהו אח"כ מהני.

ג. **וכשהעדים** מסופקים בטבעת אם היא כסף או נחושת או בדיל נחלקו בזה המהרש"ם ח"ג ס' נ' והבית יצחק (שמעלקיש) ח"א ס' צ"ח דדעת מהרש"ם כיון דהעד מסופק אולי הטבעת של פח נמצא הספק אם החפץ שוה פרוטה או לא, וכבר נודע מה שכתב הר"ן בסוגיא נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי ומדאוריתא מעמידים אחזקתה חזקת פנויה, ואף שדעת הרמב"ם דהוי ספיקא דאוריתא כתב מהרי"ך היינו ספיקא דדינא דהחזקה לא תשנה את הדין אבל ספק במציאות מעמידים בחזקת פנויה וכ"כ בשו"ת מהרי"ט ח"א ס' קל"ח שהוכיח כן, ובפרט לשיטת הרמב"ם דהספיקות לחומרא מדרבנן. ואפילו יעידו עדים אחרים על הטבעת לא מהני דהוי חצי דבר וכבר נודע דברי התוס' בב"ק דף ע': דכל דהיו יכולים לראות ולא ראו הוי חצי דבר והרי"ף שם חילק דכל שהועילה עדות לגבי פירות לא הוי חצי דבר, ואף דגם לפי דברי העד חיישינן היינו מדרבנן, ובפרט לפי מה שכתב הב"ש בס' ל' ס"ק ט' לעניין ספק קרוב לו ספק קרוב לה דאם היה ספק לעדים הוי כמקדש בלי עדים וכתב הבית מאיר שם דאם העדים היו יכולים לראות ולא ראו בזה הוי כמקדש בלי עדים, אבל בספק שמא שוה פרוטה במדי הרי ראו ולא יכולים לדעת בספק טבעת מפח, היה יכול לראות ובבית יצחק ח"א ס' צ"ח כתב אל המהרש"ם הנ"ל דאם יתברר ודאי על כסף ודאי היא מקודשת והיכא דספק דקרוב לו ספק קרוב לה כל שהעדים מסופקים לא מקודשת כיון דתפקיד העדים להעיד שראו דבר ברור ואפי' אומדנא וידיעה בלי ראי' לא מהני בעדים, רק ביה"ד דנים על זה. אבל העדים צריכים להעיד שודאי ראו משא"כ בלא דבר ברור אבל מפוסקים כגון ראו נתינה ומסופקים אם שוה פרוטה או ראו זריקת גט ומסופקים מי קדם לד' אמות בזה הוי ספק מקודשת ומגורשת דהרי הם מעידים על דבר ברור שהיתה כאן נתינה או מסירה ודמי למה שכתבו התוס' גיטין דף י"ט. דאם לא קראוהו קודם נתינה וקראוהו אח"כ מהני. כפי שנפסק בשו"ע אהע"ז ס' קל"ה והוא הדין כשראו העדים שהוא שוה פרוטה מהני ואע"פ שכתב הפנ"י בשמעתין דאם העדים לא ידעו שהוא שוה פרוטה אין כאן קדושין דהוי כמקדש בלא עדים מ"מ לדעתי אין לסמוך על זה ולפי המבואר בתוס' בב"ק דף ע': בשם הרי"ף דאם יש תועלת בעדותם לא הוי חצי דבר, וא"כ כיון שאף אם אין בו שו"פ צריכה גט מדרבנן שוב לא הוי חצי דבר. ואף לפי דעת התוס' שם דעדים צריך לראות הכא נמי ראו כל מה שצריך לראות והביא ראי' מעדים שראו שראובן מסר תיק חתום לשמעון ולא ידעו כמה יש בו ועדים אחרים ספרו התיק ותחתמו אותו האם נאמר דלא מצטרפים כיון דראשונים לא ידעו ושניים לא ראו הנתינה אלא ודאי מצטרפין דכל אחד ראה כל מה שאפשר לראות ע"ש.

ד. **ופסק** הרמב"ם אם א"ל התקדשי לי בשיראי דשוין חמשים אם שמו אותם ושוין חמשים מקודשת ואם לאו לא מקודשת וכן פסק בשו"ע ויש להסתפק בכל מקדש פחות משוה פרוטה דאמרינן ספק מקודשת שמא שוה פרוטה במדי האם גם כאן אם לא שוו ניחוש שמא שוו במקום אחר ופ"ת ס' ל"א ס"ק ו' הביא דברי השער המלך פ"ד מאישות הל' י"ט שמסתפק בזה והטעם באומר לה סתם התקדשי בזה ונמצא שהוא פחות משוה פרוטה מאחר שברצונה להתקדש רק התורה הקפידה על פרוטה אמרינן שמא שוה במדי אבל באופן דא"ל בפירוש אני מקדשך בפרוטה ונמצא פחות מפרוטה הרי רצון האשה על פרוטה זו ולכן לא מקודשת והוכיח מהרמב"ם פ"ז דאישות הל' י"ח א"ל הרי את מקודשת בבגדים אלו ששווים חמשים וכו' אם אינם שוין לא מקודשת ומדלא סיים הרמב"ם דשמא שוין במדי וניחוש מיהא לקדושי ספק משמע כל שא"ל בפירוש חמשים דעתה על החמשים. ובשלמא לרמב"ם דס"ל דהחשש מדאורייתא ניחא אבל לדעת הרא"ש בכל קדושי פחות משוה פרוטה חיישינן לרואים ואם יראה שאנו מבטלין הקדושין כאן יעשה כן במקומו א"כ למה לא ניחוש בנידון דידן והעלה דאם א"ל התקדשי לי בשיראין אלו דשוין חמשים ושוו פחות חיישינן לקדושין לדעת הרא"ש מחמת הרואים. ותמה על הטור דס"ל כדעת הרא"ש דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי משום הרואים ובאמר לה התקדשי לי בשיראי ששוין חמשים אם לא שוו חמשים כתב דלא מקודשת בכלל, והיה לו לטור לחוש לסברת אביו הרא"ש שמא שוה פרוטה במדי מפני הרואים וצ"ע.

ובספר מעין גנים ס' ל"א סעיף ה' כתב בשם הפנ"י דוקא בקדשה סתם חיישינן שמא שוה פרוטה במדי אבל אם א"ל התקדשי לי בפרוטה ושמו אותן ולא שוו פרוטה אין כאן קדושין בכלל, אף דשוי פרוטה במדי כיון שהיא לא התרצתה לו רק אם שוה פרוטה כאן, ותמה על הפוסקים שלא הזכירו דין זה. ובתפארת מנחם פ"ד מאישות הל' י"ד הביא דברי השער המלך הנ"ל ותמה עליו דכיון דא"ל התקדשי לי בחמשין ולא שוו דמי להתקדשי לי במאה מנה ונתן לה דינר דבעינן שישלם ואינה מקודשת בפחות. ולכן גם לדעת הרא"ש דס"ל דהא דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי מטעם הרואין היינו דוקא במקדש בפחות משוה פרוטה דיש חשש הרואין דאצלם חפץ זה שוה פרוטה ויאמרו אין אשה מתקדשת בפרוטה אבל בהא דאמר חמשין ולא שוו חמשין דעכ"פ שוה כמה דינרין ולא מקודשת הרי הרואה חוקר שטעם שלא חלו קדושין משום טעות ולא אתי לאיחלופי. גם בישא ברכה על רבנו ירוחם כתב לישב ספקו של הרב שער המלך והביא דברי המביט ח"א ס' של"ח שכתב בפירוש במקדש בשיראי וא"ל שוו חמשין ולא שוו דאינה מקודשת וסיים ואין לומר דתהיה מקודשת מספק שמא שוו חמשין במדי כיוון דהכא לא שוו כאן. וכתב דדוקא במקדש בתמרה חיישינן דאדם מקדש בתמרה אבל לא בחמשים זוז.

וכ"כ באבן הפינה ס"ק ג' בפשטות דלדעת הרמב"ם לא הוו קדושין בכלל כל שלא שוו חמשין ואפי' לשמואל דאמר חיישינן היינו במקדש סתם או בכל דהו, אבל במפרש התקדשי לי בפרוטה ונמצא פחות, לא מקודשת גם לשמואל והביא דברי הפנ"י שהזכרנו דס"ל כן בפשטות דטעם הרמב"ם דס"ל ספק מדאורייתא הגם דאין להקדש אלא מקומו ושעתו מ"מ כיון דניחא לה בכל דהו חיישינן שמא שוה והוי כסף דאורייתא אבל באומר בפי' חמשים ולא שוו לא חיישינן. אלא לדעת הרא"ש קשה דהחשש משום גזרת הרואין כמו שכתב הב"ש שמא יזדמן אחד ממדי ויראה שאנו לא מצריכין גט יאמר א"א יוצאה בלי גט וחשש זה שייך כאן. והעלה דדין זה תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש. אמנם המקנה בקונטרס אחרון כתב בפשטות דכל שאמר חמשים ולא שוו לחמשים לא מקודשת ולא חוששין רק במקדש בסתם דאמרינן שמא שוה פרוטה אבל בא"ל חמשין ולא שוו הוי קדושי אמת וכ"כ יד המלך על הרמב"ם לדחות דברי השער המלך וכ"כ בספר הון יוסף ס' כ"א דף נ"ז ג'. וכ"כ בפשטות בס' מחזה אברהם (דיברטון) ס' כ"ב דגם להרא"ש ולר"ן בההוא דקידש בצפתא דאסא בקדושין י"ב. היינו בנתרצית להתקדש ובזה חיישינן. אבל כל שא"ל התקדשי לי בחפץ זה ששוה פרוטה הרי זה כמפרש ע"מ ששוה פרוטה וכל שלא שוה לא מקודשת בכלל ואפי' לדעת הרא"ש דחייב לגזרת הרואין היינו בסתם אבל לא במפרש והביא ראי' מהרשב"א בדף י"ג דכל שא"ל שו"פ ולא שוה לא מקודשת בכלל ובישא ברכה על ר"ן דף ל"ב תמה על השער המלך שלא הזכיר דברי הרשב"א.

ה. **ובא"ל** התקדשי לי בשיראי דשווין חמשין ולא שוו ואמרה לדידי שוה לי אי מהני דזה פשוט דאם אמרה אחר שהתברר שלא שוו דלא חלו קדושין. וראיתי במקנה בקונטרס אחרון סעיף ב' דאשה יכולה לומר לדידי שוה לי להרמב"ם דס"ל לגבי פדיון הבן

דיוכל כהן לומר לדידי שוה לי ולא בעינן דוקא כהן דדרכו להתייקר בזה, שלא כדעת הר"ן דכתב לדידי שוה לי שייך רק במי שדרכו להתייקר. ונפקא מינה לגבי קדושין אם יכולה אשה לומר לדידי שוה לי. והרדב"ז הז' ס' מ"ג נשאל במי שקדש במנה ונתן לה כמה תכשיטים ואמרה האשה לדידי שוה לי אם מקודשת וכתב שראה לחכם אחד מהרבנים מהדור לפניו שכתב שאינה מקודשת ודייק מהגמ' אי דאמר לה חמשין ולא שוו הא לא שוו והוכיח דהגמ' באה ללמד דכל שלא שוו אפי' אמרה לדידי שוי לי לא מקודשת. וכתב עליו הרדב"ז דאין מכאן ראי' ואדרבה נדון לאידך גיסא דאי א"ל חמשין ולא שוו הא לא שוו ולא מקודשת אבל אם אמרה לדידי שוה לי אהנ' ומקודשת והוכיח מרב כהנא שקיל סודרא דאמר לדידי שוה לי ה' סלעים והרמב"ם לא חילק בין גברא רבהו לאיניש אחרינא וכו' והוא הדין לכל אדם וכ"ש בנידון דידן דיכולה לומר לדידי שוה לי מנה שכן דרך הנשים להתכבד ולהתייקר בתכשיטים באותו חפץ יכולה לומר לדידי שוה לי ואפ' החולקים על הרמב"ם נראה דמודו בנידון דידן, דדוקא בפדיון הבן דאין בנו פדוי פחות מה' סלעים, אבל אשה מתקדשת בשוה פרוטה וכשאמר לה התקדשי לי במנה ונתן לה פחות אינה מקודשת משום שהיא מקפדת אבל היכא דאיהי גופה אמרה לדידי שוה לי מנה ליכא קפידא ומקודשת וכו', והר"ן נסתפק במקדש בדבר שלא שוה פרוטה אם יכולה לומר לדידי שוה לי דאפשר כיון דלא שוה פרוטה לאו כל כמינה לתת עליו תורת כסף משמע שאם יש עליו דין כסף יכולה לומר לדידי שוה לי, כי הך דרב כהנא. ואפי' לדעת החולקים על הרמב"ם וס"ל דפחות מה' סלעים כפחות משוה פרוטה בקדושי אשה מ"מ ביותר משוה פרוטה ואומרת לדידי שוה לי מהני. וכן כתב באבן פינה להסביר ספקו של הר"ן דאין בכוחה להחיל על פחות משוה פרוטה שאינו כסף דין כסף. משמע ביותר כן יכולה לומר לדידי שוה לי ע"ש.

ובשו"ת רב פעלים חו"מ ח"ב ס' י"א כתב דדברי החכם דהביא הרדב"ז דלא מהני לדידי שוה לי היינו טעמא דבשעת קדושין א"ל התקדשי לי בחפץ זה ששוה מנה דהיא לא סמכה דעתה שלא יהיה שוה מנה ומה שאמרה אח"כ לדידי שוה לי אין תועלת בדברים אלו להחיל קדושין למפרע מאחר ובשעת קדושין לא אמרה כן אבל כל שא"ל התקדשי לי במנה ונתן לה תכשיטים ובעודם בידו אמרה לדידי שוה לי מנה לכו"ע מקודשת. דאמרינן סברה וקבלה אע"ג דבשוק לא שווין מאה, מאחר ואמרה לדידי שוה לי ע"ש. וכ"כ בטיב גיטין להסביר דברי הקונטרס אחרון של המקנה דמה שהסתפק המקנה יש לחלק כל שאמרה בעת קדושין לכו"ע מהני אמרה אחרי קדושין לא מהני ע"ש.

ו. **ובמחלוקת** רבה ורב יוסף קימ"ל כרבה דשיראי לא צריכי שומא ואם א"ל התקדשי לי בשיראי ששוין חמשין ושוו חמשין מקודשת בשעת הנתינה וכ"כ בחלקת מחוקק וב"ש דמקודשת משעה ראשונה אפי' אם האשה אומרת שאינה סומכת דעתה ומה שקבלה אותם על דעת שישומו אותם אח"כ מ"מ הוי דברים שבלב ומקודשת מעת שקבלתם. וכן דייק הרב המגיד מהרמב"ם שכתב פ"ז מאישות הלכה י"א א"ל התקדשי לי בבגדים אלו וכו' והיו של משי וכיוצא בהן, שאשה מתאוה להן וכו' ועוד כתב הרב המגיד הא דפסק הרמב"ם כרבה דשיראי לא צריכי שומא רק שיראי דאשה מתאוה להם הא סתם בגדים או חפצים לכו"ע צריך שומא. וכ"כ תוס' רי' הזקן וכן דעת הר"ן והסמ"ג ודינא דחי' דהסמ"ג נמשך אחר לשון הרמב"ם שכתב דברים שאשה מתאוה להם מקניא נפשה כל היכי דשוה כמו שאמר. אמנם בתוס' רי' הזקן לאחר שהביא דברי הרמב"ם כתב דאיכא מ"ד דשיראי לא צריך שומא, והוא הדין כל דבר וכן כתב רש"י וכ"כ בס' בני אהובה דדעת רש"י ותוס' בסוגיא דכל דבר לא צריך שומא, ובטיב קדושין דחה ראית ה"ה שביאר בדעת הרמב"ם רק שיראי שאשה מתאוה להם דכולי האי לא הוה שתיק הרמב"ם, ונמצא שיראי וכל דבר לא צריך שומא וכ"כ בתפארת יעקב ס"ק ד' דמה שכתב הרמב"ם דאשה מתאוה לא נתכוון לומר דשאר דברים צריכי שומא, וכן הקשה הלחם משנה על ה"ה דאי הרמב"ם ס"ל בשאר דברים צריכי שומא לכו"ע מה הקשה רב יוסף על רבה מתבואה וכלים וכן מעגל וטלית דהרי בזה גם רבה מודה ולא פליג רק בדבר שאשה מתאוה־אלא ודאי הרמב"ם לאו דוקא ובשאר דברים נמי ס"ל דלא צריך שומא. וכן תמה מהרי"ט בחדושין על הרי"ף על דברי ה"ה שפרש כן את הרמב"ם.

אמנם בשו"ת חתם סופר ח"א ס' ד"ה שוה כתב על דברי הרמב"ם דשיראי אשה מחמדתן נראה דלאו דוקא בגדים אלא ה"ה נזמים וטבעות וכל מיני תכשיטים אפי' יש בהם אבן היא מחמדתן וכן משמע מהבית שמואל דלהרמב"ם תכשיטין שאשה מתאוה אליהם אז סומכת דעתה ע"ש. וכן כתב בס' ישמח לב

גאגין סי׳ י״ד, דנראה דלא שני ליה לרמב״ם בין שיראי לבין אבנים טובות ומרגליות ע״כ. אמנם המקנה בשמעתין דף ח׳. כתב דלאו דוקא שיראי אלא כל חפץ שהוא צורך אדם המקבל כגון תבואה וכלים או עגל וטלית הנזכרים בסוגיא כולן שוו לשיראי שאדם מתאוה להם ולא אתי הרמב״ם לאפוקי אלא דברים העומדים לסחורה ואין בהם צורך אכילה ושימוש המקבל, ושוב הניף ידו בקונטרס אחרון והוכיח כן מתוס׳ רי׳ הזקן ע״ש. וכ״כ בשו״ת ערך שי בסעיף זה דכתב דשיראי דאשה מתאוה להן גמרה ומקניא נפשה והוא הדין בכל דבר שיש ספק שמתאוה דיש אשה מתאוה במחט יותר מבשריון ע״ש.

ז. **קדשה** באבנים טובות ומרגליות כתבו התוס׳ והרא״ש פרק קמ״א דקדושין ס׳ ח׳ בשם ר״ת דאמאי אצטריך לפסוק כרבה לגבי רב יוסף הא קימ״ל בב״ב קמ״ג: הלכתא כרבה בכל מקום בר משדה ענין ומחצה ועוד קשה אמאי לא קאמר והלכתא כרבה כדאמר התם והלכתא כרבי אלעזר על כן היה אומר ר״ת דדוקא שיראי הוא דלא צריך שומא לפי ששומתן ידועה קצת ואין רגילים לטעות בה כל כך, אבל שאר דברים כגון אבנים טובות ומרגליות אין בקיאים בשומתן ופעמים שטועים בהם הרבה צריכים שומא משום דלא סמכה דעתה, והתוס׳ הביאו דעת ר״ת בדף ט׳. ד״ה והלכתא אולם הרא״ש הביא דעת ר״י דחולק על ר״ת וכתב דאין ראיה מהגמ׳ דפסקה כרבה נגד רב יוסף משום דרב יוסף הרבה להוכיח כדבריו, ומה שהוצרך לפסוק כרבה כדי להוכיח דלא דוקא באומר בכל דהו לא צריך שומא אלא אפי׳ אמר לה התקדשי לי בשיראין דשוין חמשים ושוו חמשין דמקודשת. וכ״כ התוס׳ והר״ן ורשב״א הריטב״א והרמב״ן. ובבאר מים חיים ח״א ס׳ י״ג כתב דדעות הרי״ף והרמב״ם והעיטור דלא כר״ת ולכן גם באבנים טובות לא צריך שומא בפרט להרמב״ם דתלה ששיראי אשה מתאוה להם הוא הדין אבנים טובות ומרגליות. וכ״כ המרדכי בס׳ תפ״ח דאם קדשה בטבעת שיש בה אבן לא צריך שומא וכ״כ הב״ח שכל שא״ל התקדשי לי בטבעת זו שיש בה אבן ששוה חמשים ושוה חמשים מקודשת. וכן כתב הגהות מיימון פ״ז דאישות אות ח׳ בשם ראבי״ה.

ודעת השו״ע כר״ת בשם י״א דאם קידשה בדבר שאין בקיאין בשומתן ופעמים טועים בהם הרבה כגון אבנים טובות ומרגליות וכיוצא בהם וא״ל התקדשי לי באבן זו ששוה חמשים זהובים דלא סמכה דעתה וי״א שאפי׳ קדשה באבן סתם ולא א״ל ששוה חמשים צריכה שומא. ולכן נהגו לקדש בטבעת שאין בה אבן ואם קדשה בטבעת שיש בה אבן וכו׳ חיישינן לקדושין וכו׳. ויש לתמוה על דברי מרן שהשמיט דעת החולקים על ר״ת וכתב בים של שלמה ס׳ ט׳ דאפי׳ דיש חולקים על ר״ת אין להקל נגד ר״ת דטעמו מסתבר אפי׳ בלא שום ראיה. ולפי זה מיושבת דעת מרן לחוש לדעת הפוסקים החולקים על ר״ת ולכן הוי ספק. וכ״כ בתפארת יעקב ס״ק ה׳ וכתב בתוס׳ ר״י הזקן דאם קדשה בטבעת שיש בה אבן וא״ל התקדשי לי בטבעת זו ודאי הווי קדושין גמורין. וכ״כ תשב״ץ ח״א ס׳ ק״ל, והמאירי אחר כתב היינו באמר לה התקדשי לי בטבעת זו ששוה חמשים. אבל א״ל בטבעת זו הוי כאו״ל בכל דהו ומקודשת אע״פ שאומרת בלבי היה ששוה יותר, דברים שבלב לא הוי דברים וכ״כ הב״י בשם הר״ן דמקדש בטבעת סתם הוי כמפרש בכל דהו ומקודשת לכו״ע.

ח. **ובדין** שיראי לרב יוסף דצריכי שומא יש לעיין כשלא שמו אותם בתחילת הקדושין ושמו אותם אח״כ האם מקודשת, ונפקא מינה לדידן בדברים הצריכים שומא גם לרבה ולא שמאום בתחילת מעשה הקדושין אלא אח״כ אם מהני, ומצאנו בזה מחלוקת גדולה לדעת רש״י ותוס׳ לרב יוסף שיראי צריכי שומא היינו בעת הקדושין צריך שתהיה שומתם ידועה ואז יכול להתחיל לדבר אתה. אבל אם לא שמו אותם בשעת קדושין וא״ל התקדשי לי בשיראין אלו ששוין חמשים כפי שאמר אינה מקודשת בכלל אפילו שמו אותן אח״כ ונמצא דלדעת התוס׳ ר״י הזקן צריך שומא הכוונה כדי שתהיה מקודשת עכשיו, אם שמו אותם ושוו חמשים כמו שא״ל מקודשת, וכן דעת הרמב״ם כפי שפי׳ הר״ן בדבריו שכל דברי הרמב״ם אליבא דרבה שאמר שיראי לא צריכי שומא ומקודשת משעת לקיחה. משמע, שלפי רב יוסף מקודשת משעת הערכה אחרי השומא. וכ״כ הרב המגיד להסביר דברי הרמב״ם כדעת הר״ן, אמנם הבית שמואל ס״ק א׳ כתב שאין ראי׳ מלשון הרמב״ם ונפקא מינה דלרש״י ותוס׳ דלא מהני שומא אחרי קבלת הקדושין מ״מ אם נתן לה חפץ בלי לשומו שאינה מקודשת אם א״ל אח״כ התקדשי לי בחפץ שנתתי לך לא צריך לקחת אותו ממנה ולקדשה בו אלא סגי במה שיאמר לה התקדשי לי במה שנתתי לך, מאחר ולא קנאתו בהתחלה ופקדון הוא אצלה כ״כ הרשב״א הובא בבית יוסף.

וכ״כ הב״ש שם בס״ק א׳ ע״ש. וה״ה כתב להסביר

דברי הרמב"ם וסיים ואע"ג דבשיראי אין נפקא מינה בין רש"י להרמב"ם דהרי איפסקא הלכה כרבה מ"מ נ"מ לאותם דברים דצריכי שומא, והובא בכ"מ פ"ז מהלכות אישות וכ"כ ה"ה בדעת רש"י והרמב"ם ע"ש. ובלחם משנה תמה עליו דדבריו מגומגמים דהא ודאי נפקא מינה טובא דהא לדעת הרמב"ם פסקינן הלכתא כרב יוסף דלא הוי שיראי וכמו שכתב ה"ה בעצמו, דלרש"י לא מהני שומא אחר הקדושין ולהרמב"ם מהני שומא אח"כ ע"ש. אולם מפשטות ה"ה נראה דמה שכתב אין נ"מ בין רש"י להרמב"ם היינו בשיראי אבל בשאר דברים דדעת הרמב"ם אשה לא מחמדתן שפיר יש נ"מ גדולה ביניהם דלרש"י לא מקודשת בכלל ולהרמב"ם לא מקודשת בעת הקדושין אבל אח"כ מהני שומא.

ט. **ובבית** מאיר כאן הקשה על רש"י דס"ל דאם שמו אותם אח"כ לא מקודשת מלקמן נ"ג: דקימ"ל קידשה במעשר שני בגבולין לא מקודשת אבל אם קידשה עד שתגיע לירושלים מקודשת ששם שוה פרוטה, אבל בגבולין לא חלין הקדושין. והשתא ומה התם דודאי לא סמכה דעתה בשעת קדושין דהא מטעם זה לא חלין בגבולין מ"מ כשתגיע לירושלים חלו הקדושין, כל שכן בשיראי דא"ל חמשין ושוו חמשין רק לא שמו אותם בעת קדושין כ"ש דאם שמו אותם אח"כ מקודשת משעת שומא כמו בנכנסה לירושלים וכן דעת התוס' שם דכל מה שהקשו על רש"י מבכורות אבל בלי זה הם מודים לדעת רש"י, וסיים הבית מאיר ולולא דמסתפינא מכבודו של הר"ן הייתי אומר דרש"י כהרמב"ם ס"ל ומש"כ דאמר אם לא שמאום תחילה אינה מקודשת היינו באופן דחזרה בה באמצע לפני שומא, אבל לא חזרה בה גם רש"י ס"ל דמקודשת לרב יוסף. ונמצא הא דאמר רב יוסף צריכי שומא היינו באופן דחזרה בה, וגם מתוס' אין ראיה דאינה מקודשת מכאן ולהבא וכו', ויותר מתפרשים דברי רש"י ותוס' כהרמב"ם ע"ש. וכ"כ בספר נזיר ד' על הב"ש ס"ק א' די"ל דרש"י ותוס' לא פליגי על הרמב"ם וכוונתם דאינה מקודשת משעת קדושין והוכיח מהגמ' ההוא דקדש בשיראי אי צריכי שומא, או לא צריך שומא דמשמע לאחר שומא ודאי מקודשת דאל"כ הגמ' היתה צריכה לכתוב קידש בשיראי מקודשת או לא מקודשת, וכן מההוא דקדש בשיראי דכבר קידש והמחלוקת לגבי שומא, גם בקרית מלך רב על הרמב"ם פ"ז דחה דברי ה"ה וכתב דאין להוכיח דרש"י חולק על הרמב"ם, דמה שכתב לא מקודשת היינו למפרע אבל שמו אותם מקודשת ונ"מ אם חזרה בה. ע"ש.

ובבני אהובה על הרמב"ם פ"ז כתב להסביר דמה שכתב ה"ה דאין נפקא מינה לדינא בין רש"י להרמב"ם בדברי רב יוסף הכוונה דאף אי אמרינן כדעת רש"י דשיראי צריכי שומא ולרב יוסף לא מקודשת מ"מ קימ"ל כרבה דאף בדברים שאשה לא מתאווה להם כתב רש"י דלא בעי שומא ומקודשת, ואי כדעת הרמב"ם דבשאר דברים שאשה לא מתאווה להם צריכי שומא מ"מ כששמו אותם היא מקודשת אחרי השומא אליבא דכו"ע ודו"ק.

ויש פוסקים שחלקו על הר"ן וה"ה בדעת הרמב"ם וסבירה ליהו בהיפוך דהרמב"ם ס"ל כדעת רש"י דכל דבר שצריך שומא ולא שמוהו בשעת הקדושין לא מהני לשומו אח"כ ואם שמו אותו אח"כ אינה מקודשת וזה דעת הב"ש ס"ק א' באריכות, ודעת מהרי"ט על הרי"ף סופ"ק דקדושין דתמה על הר"ן וה"ה איך דייקו כן מהרמב"ם אדרבה הרמב"ם כתב לרבה שאין צריך לשומן בשעת לקיחה כדי שיחולו הקדושין לאפוקי מרב יוסף דמצריך לשומן לפני הקדושין וכ"כ בשו"ת חתם סופר ח"א ס' פ"ב כדעת המהרי"ט והב"ש דלהרמב"ם אפי' שמו אותם אח"כ אינה מקודשת, ובבני אהובה כתב דאף דפשט הרמב"ם הדברים נוטים כדעת הר"ן מ"מ ממה שכתב הרמב"ם בהלכות עבדים פ"ב הל' ח' מוכח כדעת מהרי"ט ע"ש. ועי' חתם סופר ח"א ס' פ"ב שדחה ראיתו.

י. **נמצא** דיש מחלוקת גדולה בין הפוסקים בדברי הרמב"ם אם חולק על רש"י כפי שהסביר הר"ן, או דמודה לרש"י כדעת הבית מאיר, ודעה שלישית אם הרמב"ם מודה לרש"י דלא מהני שומא אח"כ כדעת הב"ש ומהרי"ט, ובערך ש"י כאן דחה דברי הבית מאיר שהוכיח דרש"י ס"ל כהרמב"ם לפי הר"ן שאם שמו אותם אחרי קדושין מקודשת משעת שומא וראיתו ממקדש במעשר שני ודחה דבריו דאדרבה משם ראי' הפוך, דהתם במעשר שני אי אפשר שיחולו הקדושין עכשיו לכן דעתה שיחולו כשיהיו שוה פרוטה. וכן מוכח מכתובות עד אדם יודע דפחות משוה פרוטה אינן קדושין וכן בבכורות ט' י' אשה יודעת שאין מעשר שני מתחלל על ידה ועולה ואוכלתו בירושלים וכו', משא"כ בדברים הצריכים שומא ליכא למימר כן וסתמא דעתה שיחולו הקדושין עכשיו וכיון דמעכשיו לא חיילי שוב לא חלו וכו' ע"ש.

וכ"כ ביד דוד על הרמב"ם פ"ז שאחר שהביא לדחות דברי הבית מאיר ע"ש. וכ"כ המקנה בקונטרס

אחרון כדעת הב״ש ומהרי״ט שסוברים שגם לרמב״ם לא מקודשת כששמו אותם אחר כך כדעת רש״י, והביא ראיה דאמרינן לקמן מ״ח. דקידשה בשטר חוב של אחרים לא מקודשת משום דלא סמכה דעתה, כיון שיכול למחול, וכי נימא דאם לא מחל וגבתה השטר תהיה מקודשת משעת גביה כיון שדעתה להתקדש עכשיו, מה יועיל שתתקדש אח״כ בזמן שומא לכן נראה דמה שכתב הרמב״ם ואח״כ תהיה מקודשת, היינו על ידי שיחזור ויאמר לה לשון הקדושין ותהא מקודשת אפי׳ לא נטל ממנה החפץ ואפי׳ בשתיקה מקודשת, כיון שנתינה ראשונה היתה לשם קדושין ע״ש.

ובב״ש ס״ק א׳ כתב דמשמע מרש״י ותוס׳ בסוגי׳ שהם חולקים על הריטב״א שהבאתי בס׳ כ״ח דס״ל אם קידשה בגזל ואח״כ קנה החפץ מהנגזל דמקודשת וחלו הקדושין מאותה שעה, וכאן משמע דלא חלו הקדושין אחר השומא, וצריך לומר דדעת הריטב״א דחלו קדושין בשעת שומא כמו שכתב הר״ן בדברי הרמב״ם ע״ש. ובשער המלך פ״א דגרושין הל׳ א׳ כתב דלא דמיא כלל דבדבר שצריך שומא לא סמכה דעתה לאיקדושי כל שלא שמו אותם וכשקיבלה לא לשם קדושין קבלתינהו א״כ במאי מקודשת אח״כ משא״כ בדברי הריטב״א דקידשה בגזל דעתה ורצונה להתקדש רק דבר אחר גורם דקידשה בדבר דלא הוי שלו לכן כשמסלק הגורם מקודשת באותה שעה ע״ש. ובאבני מלואים ס״ק ב׳ הביא דברי הריטב״א דקידשה בגזל וכתב דאין ללמוד משם על קידשה בדבר שצריך שומא ששמו אותו אח״כ דמהני דיש חילוק רב ביניהם ע״ש. וכ״כ בס׳ מלאת אבן ס׳ כ״ט לחלק בין קידשה בגזל לדבר שצריך שומא, וכ״כ בספר בגדי שש ס׳ כ״ח ס״ק כ״ח דבקידשה בשיראי מיקרא לא סמכה דעתה משום הכי אם שמו אותם אח״כ לא מקודשת כיון דלא קיץ לא נחשב כסף, אבל בקידשה בגזל הרי הוא מקדשה בכסף והיא קיבלה כסף לשם קדושין, ואף שזה לא שלו מ״מ, היא סבורה שזה שלו וכי מחיל אח״כ הוי שלו. ואת״ל שהיא יודעת שאין זה שלו מ״מ היא מעלה על דעתה שבעל הבית ימחל לו או שהוא אחרי יאוש או שכבר קנאו, לכן סמכה דעתה ומקודשת ע״ש.

סימן יז

המקדש במנה והניח לה משכון

א. **גמ׳** ח. אמר רבא אמר רב נחמן א״ל התקדשי לי במנה והניח לה משכון, אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן. ופי׳ רש״י מנה אין כאן משכון אין כאן הלכך משכון לא שוה כלום שאין המשכון מתנה ע״כ. וכתבו התוס׳ לפי שהאשה נקנית בכסף, והכסף אינו בעין היאך יקנה שאין המשכון תחת הכסף כיון שלא ישאר ביד האשה, ודאי אי א״ל התקדשי לי במשכון זה והמשכון יהיה שלך פשיטא דמקודשת, וכמו כן אם אדם אומר לחבירו אתן לך מנה במתנה, והניח לו משכון לא קנה המנה במשיכת המשכון, ואין לחלק בין מתנה לקדושין. ורבינו חיים הכהן בשם ר״ת אמר שאם אמר אדם לחברו אתן לך מנה במתנה והילך משכון עליו ואל תחזירהו לי עד שאתן לך המנה ודאי יכול לעכב המשכון עד שיתן לו המנה, ותימה מהא דאמר בהשוכר את הפועלים בבא מציעא פ״ה: גבי השוכר את הפועלים להעלות לו פשתן וכל דבר שהוא אבוד מקום שאין שם אדם וחזרו בהן שוכר עליהן או מטען ואמרינן שם עד כמה עד כדי שכרן ואיתביה רבא לרב נחמן עד ארבעים וחמשים זוז התם שבאה חבילה בידו שבאו כלים של פועל ליד בעל הבית והשתא כי באת חבילה לידו מאי הוי הא מנה אין כאן משכון אין כאן וי״ל דלא דמי דהתם גרמו לו הפסד, ועוד שאין החבילה בתורת משכון אלא קנויה לו לשכור פועלין וכתבו תוס׳ לגבי שידוכין נמי אם חוזר צ״ל שאני מקנה לך כך וכך בגוף החפץ ושמא בשידוכין כשחוזר יש בושה לצד השני בדבר ע״כ.

ב. **וכ״כ** הרא״ש שבקדושי אשה וכן בקנית קרקעות ועבדים יש לבצע את הקנין בכסף ובשוה כסף ולכן בהניח משכון שאין כאן מנה היינו כסף ממשי, ואף לא שוה כסף כיון שגוף המשכון לא ניתן לה לשם קדושין אלא לשם שעבוד מנה וזה אינו קנוי לה, אין הקדושין או הקנין יכולים לחול ע״ש. וכתב הריטב״א דנתינה הזו הוי כהלואה שאינה בעין, שאין לקדש בה ואפי׳ א״ל זכי במשכון שעבוד מנה לא מקודשת מסיבה זו. וכ״כ

הרמב"ן והרשב"א מנה אין כאן משכון אין כאן כיון שלא נתן לה את גופו של המשכון לשם קדושין אלא לשעבוד מנה בלבד ולכן אין לה במה להתקדש, והקשו דלקמן מ"ז: קידשה בחוב של אחרים מקודשת, בין מלוה על פה בין מלוה בשטר, אם סומכת דעתה תירצו ששם מעביר לה מה שיש לו על אחרים משא"כ כאן מקדש במלוה של עצמו שכן השעבוד עדיין קשור אליו וכסף קדושין שקשור אצל הבעל לא חשוב כסף קדושין, כיון שלא יצא מידו לגמרי. מ"מ כתבו התוס' אם א"ל התקדשי לי במשכון זה והמשכון יהיה שלך, פשוט דמקודשת כיון שהקנה לה גוף המשכון , וכ"כ המאירי.

ומצאנו מחלוקת בין הראב"ד והרא"ש לרמב"ן, דדעת המאירי והרא"ש בשם יש מפרשים שהדין של מנה אין כאן משכון אין כאן היינו רק בקדושין דבעינן כסף או שוה כסף כדי להתקדש אבל במתנה או מטלטלין יכול לעשות זאת ע"י משכון באופן דבמשיכת המשכון זכה במתנה, והסביר המרדכי כי משיכת המשכון היא תחליף למשיכת המתנה, ולא עוד אלא אם אמר לחבירו הריני מתחייב לך מנה ונתן לו משכון על המנה מכיון שמשך קנה את הכלי, שנתינת המשכון היא אמצעי טוב להתחייבות ממונית אבל לא יכולה להיות תחליף לכסף. והראי' מפרק השוכר את הפועלים שמשיכת המשכון מביאה להתחייבות הפועלים. וכ"כ בעל העטור שדין הגמ' מנה אין כאן משכון אין כאן רק בקדושי אשה ועבדים דבעינן כסף ממש, אבל לא במתנה ומטלטלין.

ג. **דעת** הראב"ד מובאת בריטב"א וברמב"ן בשם הרב, שפי' מנה אין כאן דהמקדש לא התחייב להקנות לאשה מנה אלא באמירה בעלמא ועל כן לא זכתה האשה בו ואינה מקודשת ומכיון שלא זכתה במנה לא זכתה במשכון, דאדם יכול לשעבד נכסיו רק על דבר שכבר התחייב בקנין כראוי, אבל לא נתחייב כראוי לא חל השעבוד. ודייק בקרבן נתנאל אות ו' שאם התחייב המקדש לאשה על המנה בקנין גמור ה"ז מקודשת ואם נתן לה מנה על אותו הממון זכתה בו. אמנם הרמב"ן והמאירי חולקים וס"ל דאפי' היתה התחייבות על ידי קנין והחלות מותנית בכך שמקבל המשכון נתן או נותן עבור מעות של ממש כהלואה לנותן המשכון, ולדבריהם רק באופן כזה נתפס קנין המשכון. וסברת הראב"ד והרא"ש שכתבו מנה אין כאן משכון אין כאן כיון שהמקדש לא התכוון להקנות לאשה מנה אלא באמירה ולא זכתה לכן אין משכון, דכיון דנתינת המשכון הוא על דיבור בעלמא אינה יוצרת התחייבות כלל, ועל כן אין כאן מנה ואין כאן משכון שתוכל האשה להתקדש ע"י אחר מהן אך כאשר תהיה ההתחייבות ע"י קנין או תוצאה ממלוה ממשי הרי לפנינו שוה כסף והאשה מקודשת.

נמצא דהרמב"ן והראב"ד חולקים על הרא"ש דדעת הרמב"ן וסייעתו לחלק בין דברים הנקנים בכסף לבין מטלטלין, ודעת הראב"ד שאי אפשר לשעבד נכסים רק אם קדמה לכך יצירת התחייבות ועם שעבוד עצמו אבל בלי זה נתינת המשכון אינה יוצרת התחייבות וממילא אין אפשרות לקנות מתנה ע"י דיבור בעלמא והניח משכון, לכן האומר לחברו אתן לך מנה והרי לך משכון, לא קנה את הכסף וגם אין לו זכות במשכון, והם מסבירין סוגיא דפ' השוכר את הפועלים דחבילה אין עליה דין משכון שיקנה אותה בעל הבית, דמשיכת החבילה לא יצרה שום התחייבות ומה ששוכר עליהם כיון דגרמו לו הפסד, או משום שכלי העבודה קנויים לו בקנין גמור לשכור פועלים. וכתב בעל העטור שדעת הרי"ף במי שהקנה לחברו זהובים בקנין ושעבד את נכסיו בשבילם, שלא קנה לא את הזהובים ולא את השעבוד מאחר ומטבע לא נקנה בחליפין והשעבוד אין בו כדי להועיל, והוכיח משמעתין מנה אין כאן משכון אין כאן כיון שאין קנין והתחייבות גמורה, אף שעבוד המשכון אינו חל. וזה כדעת הראב"ד, אמנם לפי דעת הרמב"ן אין ראיה משמעתין דרק בקדושין אמרינן כן דבעינן קנין כסף ולכן מנה אין כאן משכון אין כאן אבל במתנה קנה משכון. וכן דעת בעל העטור לדחות דברי הרי"ף וס"ל שזה דין בקדושין אבל במתנה קנה והטעם דאע"פ שמטבע לא נקנה בחליפין מ"מ השעבוד על הנכסים פועל בקנין חליפין ולכן קונה המשכון.

וחידש הר"ן בשמעתין שאם א"ל קני משכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בר"מקודשת. וזה נגד דברי הרא"ש דס"ל דמשכון חל רק אם קדמה התחייבות גמורה ובאופן כזה לא מהני, ודעת הראב"ד דמקודשת דהתחייבות עם השעבוד חלין בפעולה אחת, וכן כתב מהרי"ט בדברי הראב"ד וזה דלא כהרמב"ן דלהראב"ד התחייבות כזאת נחשבת לשוה כסף ולהרמב"ן התחייבות כזאת לא נחשבת לכסף בקדושין ומהני במתנה. והקצות בסי' ק"צ ס"ק ו' חולק על דברי מהרי"ט ומסביר שהראב"ד סובר כמו הרא"ש שאין אפשרות ליצור שעבוד או משכון אלא כאשר חלה התחייבות מראש. ודברי הראב"ד שהביא הר"ן לא בדקדוק, דלהראב"ד רק באמר

לה זכי במשכון שעור מנה והתקדשי לי ומשכה מהני, ואף שיכול לסלק המשכון מ״מ היא זכתה בגוף המשכון, ולא שעבוד במשכון. וכן דעת הגר״א שהרא״ש סובר כהראב״ד, אבל החזו״א והר״ש שקאפ ז״ל ס״ל דהראב״ד חולק על הרא״ש.

ד. **ויש** לדקדק בדברי התוס׳ שבתחילת דבריהם מנה אין כאן משכון אין כאן הטעם שאינה מקודשת מפני חסרון הכסף ומשמע שזה דין בקדושין כדעת הרמב״ן, ובסוף מסיימים שגם במתנה הדין כן שלא קנה משכון שאין להבדיל בין קדושין למתנה, שהם סוברים כשיטת הרא״ש דלא מחלק בין קדושין למתנה, וכתבו התוס׳ בשם רבינו חיים הכהן בשם ר״ת שאם אמר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה והילך משכון עליו ואל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המנה, יכול לעכב המשכון עד שיתן לו את המנה, ונחלקו המפרשים האם נתינת המשכון באופן זה מהני גם לקדושין או רק במתנה.

ובפני יהושע כתב דדברי רבינו חיים רק במתנה ולא בקדושין. והרב חלקת מחוקק בס״ק ט׳ כתב שדינו של רבינו חיים הוא הדין בקדושין, ואין צריך שתזכה בגוף המשכון. אולם, הב״ש בס״ק י״א כתב דדברי רבינו חיים רק במתנה, אבל לא בקדושין. ולדעת הסמ״ג והרא״ש אפי׳ במתנה לא מהני ורק בא״ל זכי בגוף המשכון אז מקודשת. וזה כדעת הפנ״י וכ״כ הפנים מאירות ח״א ס׳ צ״ז ובאבני מלואים הסכים הטור בין מתנה לקדושין משום דגם בא״ל אל תחזירי לי המשכון עד שאתן לך מנה אין זה קנין בגוף החפץ והרי אינו משכון ומשכון קונה רק בקדם חיוב, לית ביה תורת ערב אך מ״מ הוא מוחל את תביעתו ואומר אל תחזיר עד שאתן לך הדמים ומשו״ה במתנה מהני, אבל בקדושין בעינן כסף וכיון דלא זכתה במשכון אע״ג דלא צריכה להחזיר המשכון עד שיתן הדמים מ״מ לא קנתה הכסף וכן דעת הרא״ש. ובאבני משפט ס״ק י׳ כתב דדין זה שא״ל אל תחזירי לי המשכון גם להראב״ד נמי לא מקודשת, אע״פ דעכשיו לא אגיד גביה כיון שכל משכון קונה בגופו של משכון, משא״כ כאן דאינו נותן לה כלום. וחידש באבני משפט שאם א״ל שמקדשה בהנאה זו שאני מוסר לך משכון שלא תחזירי עד שאתן לך מנה מקודשת לכו״ע. וזה שונה למה שכתב הרמב״ן שהביא הר״ן דאם א״ל קני משכון זה בשעבוד מנה דלא מקודשת גם במשכה אותו, דשם דעתה על המנה והמנה אגיד גביה והוי מלוה־ולכן לא מקודשת. אבל כאן מקדשה בהנאה שמשתמשת במשכון.

ויש לדקדק בדברי הרמב״ן שכתב אע״פ שאינו חייב כלום מ״מ שפיר קנתה במשכון לשעבוד מנה היינו אילו היה נותן לה זה שלא לשם קדושין היתה זוכה במשכון לשעבוד מנה, אלא דאינה מקודשת דהוה ליה מלוה והמקדש במלוה אינה מקודשת. והיינו דכמו מקדש במלוה שהאשה חייבת לו לא נחשב נתינת ממון משום דבלאו הקנאת המלוה לבד, דאין כאן ממון דמלוה ברשות לוה קיימא דהיינו ביד האשה החייבת ולא נתן לה כלום הכא נמי שמקדשה בחוב שהוא מתחייב לה ליתא נתינת ממון דהא עדין הממון ביד החייב דהיינו ביד המקדש. אלא שקשה לפ״ז בקדשה במשכון של אחרים דמקודשת הרי התם נמי ממונא ביד אחרים הוא ולא באת לידה ממון ועל זה תירץ הרמב״ן דמכאן מוכח דכשאשה קונה שעבוד על מלוה נמי מתקדשת בהכי. ושאני גמרא דידן דמנה אין כאן משכון אין כאן היינו משום דשעבוד דידיה שאני ואגיד גביה. ולכאו׳ ממה שכתב במשכון של אחרים מקודשת דנתינת שעבוד דאחרים לאשה חשיב נתינת ממון, ומוכח לומר דמקדשה במנה והניח משכון לא מהני משום דאגיד גביה וצ״ע דלפ״ז למה הרמב״ן לא תירץ שזה החילוק במשכון דאחרים מקודשת דלא אגיד גביה, ולמה לו להאריך דמקדש במנה והניח משכון מקודשת משום דהוי מלוה ולא יהיב לה מידי תיפוק ליה דאגיד גביה. וצ״ל דזה גופא הטעם לפי הרמב״ן, בהניח לה משכון דלא מקודשת דשאני ממשכון דאחרים דנתן לה זכות השעבוד אבל באופן שהוא עצמו התחייב בממון הרי אגיד גביה דהיות והאשה דעתה להתקדש בגוף הממון שהוא עתיד להגבותה ע״פ שעבוד זה ואותו ממון עדין לא השיגה, ומאחר ודעתה אזוזי שעתידה לגבותם ע״י שעבוד זה, ועל זה כתב הרמב״ן דהאשה לא קנתה ולא מקודשת דאגיד גביה.

ה. **ודעת** הרמב״ם בפ״ה הלכה כ״ז וז״ל האומר לאשה התקדשי לי בדינר והרי זה המשכון בידך עד שאתן הדינר אינה מקודשת לו לפי שלא הגיע הדינר לידה ולא המשכון נתן להיות שלה ודייק בעל בני יעקב על הטור ובעל מלאות האבן דדעת הרמב״ם כהרמב״ן כיון שלא נתן לה המשכון להיות שלה א״כ כיון שהמשכון עומד לחזור לבעליו אינה מקודשת, שהרי אינו מקדשה במשכון אלא במלוה שהמשכון עדיין קשור לבעליו וזה ההסבר אגיד גביה של הרמב״ן לא המנה אגיד גביה אלא המשכון. וכן הסביר ה״ה בדעת הרמב״ם שהביא דברי הרשב״א דאע״פ שא״ל הריני חייב לך מנה בקנין והתקדשי לי וכו׳, אינה מקודשת שאין כאן מנה אלא

מלוה. והר"ן בשמעתין כתב שהראב"ד יש לו דרך אחרת ואינה מקודשת כיון דלא נתחייב לאשה אלא במילים ולכן אין למשכון על מה לחול דלא נתפס השעבוד, אבל כשאומר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת. וכ"כ הריטב"א באריכות. והקשה הר"ן על הרמב"ן דלשון הגמ' משכון אין כאן וגם לא מחוור טעמא דמלתא שיהא דין משכון כדין מלוה שתחת ידה קודם לכן, והעלה שהמחוור כדעת הראב"ד שאין משכון משתעבד אלא אם קדם לו חיוב ממון שלוה ממנו או שנתחייב לו בקנין כראוי, אבל הכא שלא נתחייב לה מנה כיון שלא זכתה במנה לא זכתה במשכון וכו'. והשתא אתי שפיר משכון אין כאן , דכיון דלא זכתה במנה לא חל המשכון. אבל היכא דא"ל זכי במשכון שעבוד מנה ומשכה אותו מקודשת, כיון שפירש בהדיא זכי במשכון, הרי זכתה שיעור מנה ויכול לסלקה בדמים. וסיים וזה ברור בלא חשש וכן פי' ר"י ע"ש.

והרב אבני מילואים תמה על הראב"ד דא"כ גם במקדש במנה והניח משכון תהיה מקודשת כיון דנתן לה משכון שעבוד מנה והוכיח מריטב"א דגם לראב"ד בכה"ג לא מקודשת דהדגיש הריטב"א בדברי הראב"ד זכי במשכון "שיעור מנה" ולא שעבוד מנה. וכבר הבאנו דברי הקצות בס' ק"צ דהוכיח כן בדברי הראב"ד והטעם שאפילו זכה במשכון שיעור מנה יכול לסלקו בדמים, בדמים היינו כדין תנאי ויש להגיה בר"ן שכתב שעבוד מנה צ"ל שיעור מנה כפי שכתב הריטב"א ובזה גם הרא"ש מודה. ועוד כתב הקצות דבאופן דא"ל זכי במשכון שיעור מנה גם הרמב"ן והרשב"א יודו ע"כ. אמנם המהרי"ט שהבאנו לעיל גורס בדברי הראב"ד קני שעבוד מנה והעלה דהראב"ד פליג על הרמב"ן, ולהראב"ד קנה שעבוד מנה נמי מהני והטעם דמה שהשתעבד בדרך שעבודו הוי כנתינת כסף, וכ"כ מהרי"ט אלגזי ח"א דף קי"ט:ע"ש. וכ"כ בחזו"א ס' קמ"ח דאינה מקודשת כיון שא"ל התקדשי לי במנה ונתן משכון אבל נותן שעבוד משכון מקודשת. ותמה על האבני מילואים שפי' הסוגיא בזכי שיעור מנה אלא שדעתה עמה שיוכל לסלקה בדמים דבמה נתחייבה האשה לקבל דמים ולמכור לו החפץ וע"ז בנותן לה החפץ על תנאי שאם יתן לה המנה לא תזכה בחפץ למפרע, וא"כ קשה כשנותן לה אח"כ המנה במאי מקדשה כיון שלא זכתה מעולם בחפץ, ואינו שייך למחלוקת הרמב"ן וראב"ד דהרי זה קדושין גמורין בשוה כסף.

ו. **והרב** עצמות יוסף בשמעתין דפירש דעת רש"י דלא כהרמב"ן והטעם דרש"י הסביר משכון אין כאן דלא מקנה לה המשכון ושאני משכון דאחרים דמקודשת דשם הקנה לה השעבוד ומשמע שאם הקנה לה שעבוד במשכון מקודשת, דלא כהרמב"ן נמצא דמשכון אין כאן לא מחמת שהמשכון לא ניתן לה במתנה דא"כ במשכון דאחרים למה מקודשת הרי לא ניתן לה במתנה ע"ש. ודעת התוס' דאם א"ל התקדשי לי במשכון ויהיה שלך פשיטא דמקודשת. ובחזו"א ס' קמ"ח בביאורו לדף ח'. עמד על דברי התוס' שאם א"ל והמשכון יהיה שלך זה לא מקדש במשכון אלא זה קדושי כסף, ואם כוונתם ששיעור מנה יהיה שלך ומשעבד לה החפץ במשכון וכדעת הראב"ד המובא בר"ן, דדברי רב נחמן המקדש במנה והניח משכון לא מקודשת אפשר לפרש בב' דרכים דפי' מנה אין כאן משכון אין כאן דאף דבאמת קנתה משכון מ"מ לא חשוב כסף לענין קדושין וזה דין מיוחד בקדושין אבל במכר מהני כדעת הרמב"ן או דרך אחרת, דכל שזכתה במשכון שיעור מנה מקודשת והכא שאני דמתחייב בדיבור מנה ומתפיס המשכון, והסכימו התוס' לפי' זה ואפי' במתנה לא זכה המקבל, אבל אם א"ל התקדשי לי במשכון שאני מקנה שוויו שתגבי ממשכון זה אם לא אפרעך כיון דבכה"ג זכה שפיר מקבל המתנה גם האשה מתקדשת ובעצמות יוסף הוכיח דגם בא"ל זכה בגוף המשכון הוי רק שעבוד ונמצא לפי התוס' אם א"ל תקנה בגוף המשכון שעור מנה מהני לכו"ע ואפ' שהמשכון שוה יותר מ"מ זה כאילו תנאי שיכול לפדותו ואין זה כאומר קני שעבוד מנה שכתב הר"ן בשם הראב"ד דמהני דבאופן זה לא מהני דאגיד גביה כפי שכתב הרמב"ן וכ"כ בבית מאיר דהתוס' ס"ל כרמב"ן דשעבוד לא מהני אבל קנין בגוף המשכון מהני.

וכתב החזו"א בס' קמ"א דהרא"ש והראב"ד לא פליגי דבאופן דא"ל תזכי במנה במשיכת המשכון מהני בין בקדושין בין במתנה ומה שאמר הרמב"ן דבמתנה מהני רק החסרון בקדושין דבעי כסף ע"ז כתב שאין הבדל בין קדושין למתנה ושניהם לא קנה דמשכון לא קונה היות ואין חוב אלא דיבור בעלמא לא נתפס, ולענין הלכה כתב החי"מ בס"ק ז' דהיכא דא"ל קני המשכון בשעבוד מנה והתקדשי הוי ספק מקודשת והב"ח כתב דהלכה כהראב"ד ומפרש בדעת הראב"ד בהקנה שעבוד מנה במשכון, וכ"כ הריטב"א דהעיקר כהראב"ד וכתב הב"ש ס"ק י' בשם הרש"ך דאם הקנה לה הטבעת בקנין סודר מקודשת כשיטת הראב"ד דלהרמב"ן לא מהני

דאגיד גביה ע"ש. וכתב עליו הבית מאיר דליתא דרק בהתחייבות דמנה שייך הסברא דאגיד גביה שאין כאן דבר בעין שנקנה ולא הוי רק שעבוד עליו והוי כמלוה אבל טבעת שהיא בעין ומיד שמקנה לה נכנס לרשותה כל היכא דאיתא והוי אצלו רק כפקדון אין זה ענין למלוה, וכ"כ באבני מילואים ס"ק י"ב וטיב קדושין.

ז. **וכשכתב** לה שטר על הדינר כתב הרמ"א בשם הרשב"א דכ"ש דלא הוו קדושין וה"ה הביא את דברי הרשב"א וכתב אפי' א"ל הריני חייב לך מנה בקנין והתקדשי בו אינה מקודשת מפני שאין כאן מנה אלא מלוה שהוא חייב לה דלא קיבלה מעות בעין. והוסיף ואפי' כתב לה שטר עליו אינה מקודשת, שהרי אינו מקדשה בשטר אלא במנה, ומנה אין כאן גם שטר אין כאן. וסיים הרב המגיד שכן דעת הרמב"ן שכתב בשעבודא דידיה כגון חייב אני לך מנה בקנין או בשטר אינה מקודשת בכך דומיא דמלוה, והרי לא מסר לידה כלום, ולא נפיק מיניה כלום דשעבודא ברשות לוה הוא וכיון דאגיד גביה לאו קדושין נינהו ע"ש. וכתב המקנה בדף ה'. להוכיח דברי הרמב"ן מתוס' ד"ה שכן פודין דיש להביא ראיה דאינו יכול לקדש בשטר שכתב על עצמו מדין כסף, דהרי בסוגיא שם ילפינן קדושי שטר מק"ו מקדושי כסף מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומעשר שני וכו' ואם נאמר דשטר דכותב על עצמו מהני דזה נקרא כסף, א"כ קשה נילף קדושי שטר מק"ו דכסף בזה, דהיינו שטר חוב עצמו דמהני מטעם כסף, ועוד האריך בקונטרס אחרון ע"ש.

אמנם החלקת מחוקק ס"ק ח' על דברי הרמ"א דאפי' הניח שטר לא מקודשת היינו לרמב"ן והרשב"א אבל לפי הראב"ד וסיעתו דבאמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה מהני הוא הדין בנתחייב לה מנה בקנין ובשטר וא"ל התקדשי לי בו מקודשת דלא גרע ממקדשה בחוב של אחרים דמקודשת אי לאו טעמא דלא סמכה דעתה שחוששת שימחול , ובחוב דידיה דלא שייך מחילה סמכה דעתה, וכ"כ הב"ש ס"ק י' דלהראב"ד כל שמתחייב עצמו ליתן מנה חל המשכון, הוא הדין אם נתן שטר על המנה דמקודשת. וכ"כ ש"ג על הרי"ף דבשטר מקודשת דיכולה לתבוע ממנו המנה בכח השטר ע"ש. וכתב בבית הלוי ח"א ס' כ"ג ד"ה מסקנת דכן דעת הריטב"א בכתובות צ"ב. דקאמר שם רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפו עליו במלוה כתב הריטב"א אע"ג דקרקע לא נקנה במלוה היינו במלוה שהיה המוכר חייב למלוה דמלוה להוצאה ניתנה, אבל מלוה שמתחייב לוקח לתת למוכר כסף גמור הוא נקנה וקונה מדין כסף, ומסיק הריטב"א דמילתא דפשיטא הוא ולא איצטריך לאשמועינן. ובתחילת התשובה דן הרב בית הלוי אם שט"ח הוי ככסף והביא דברי הראב"ד דמהני ושם הביא דברי הגהות מיימון פ"ה דאישות הל' כ"ג דכתב על הסוגיא מנה אין כאן משכון אין כאן כתב ר"י והוא הדין למתנה כה"ג שאין המשכון מועיל לכלום אבל אם הקנוהו בקנין כתב ר"י דמועיל. וכתב הגאון ס"ק י"ד שרש"י סובר כן בקדושין ה'. דאם נתן לה שטר על הדינר מקודשת. והקצות ס' ק"צ ס"ק ו' הביא דברי המ' שכתב שאם כתב לגזבר שטר על מעות פדיון הקדש לא מהני דכתיב ונתן הכסף וקם לו. הרי משמע דרק בפדיה לא מהני, אבל בקדושין מהני, דהוי קנין כסף. דאל"כ הו"ל למימר מה לכסף שקונים בו אשה וקרקע תאמר בשטר שאין קונים בו אשה וקרקע, אלא משמע דשטר דידיה קונים בו, ורק לא פודים בו מגזירת הכתוב. וכ"כ בבית הלוי ח"א ס' כ"ג דמהגמרא עצמה אין הוכחה לסתור דברי הרמב"ן דהרי הרשב"א הביא דברי רש"י ודחה אותם והעלה דבשטר דידיה לא מקודשת וגם המקנה האריך להוכיח דלרש"י לא יכל לקדש בשטר חוב שהוא כותב על עצמו, בפרט לפי מה שכתב רש"י בסוגיא של חייב אני לך מנה בשטר, דאין אדם יכול לחייב עצמו בשטר כי אם במה שחייב לו מכבר אבל לא על להבא, ומפרש כוונת רש"י כדעת הרשב"א והאריך לבסס פ' זה בדבריו ועוד. הניף ידו בקונטרס אחרון, ובבית הלוי מוכיח מלשון רש"י בדף ח': דס"ל כדעת הראב"ד שכתב בא"ל מנה אין כאן הלכך משכון אינו שוה כלום, שאין המשכון מתנה וכו'. ומוכח דס"ל כהראב"ד דכיון דלא נתחייב במנה לא הוי משכון, אבל אם היה באופן שיתחייב במנה מקודשת ע"ש. וכן כתב הב"ש בס"ק ו' להוכיח דגם התוס' והרא"ש ס"ל כן דהטעם דמנה אין כאן משכון אין כאן כיון דלא היתה התחייבות, אין למשכון על מה לחול, אבל כל שהיתה התחייבות קודם כגון שנתן שטר על המנה מקודשת, וכן כתב הבית הלוי הנ"ל דהרא"ש ס"ל כהראב"ד.

ח. **ודב"ח** בתשובה ס' קמ"ט כתב להוכיח דאם הניח התחייבות מהני, בשטר וראיתו מגמ' לקמן ט"ז. לגבי עבד עברי הקונה עצמו בכסף ושוה כסף ובשטר ופריך האי שטר היכי דמי אילימא דכתב שטר אדמיה היינו כסף. והוכיח מהסוגיא דמקדש אשה במנה והניח שטר חוב על המנה מקודשת דהוי כמו כסף, ולא

דמי למנה אין כאן משכון אין כאן דשם לא הקנה לה בגוף המשכון כלום, שאין המשכון אלא הבטחה, אבל שטר חוב שיש בו שעבוד נכסים הוי כסף ממש, והוי כאומר לה קני במשכון זה שעבוד מנה דמהני, מאחר והקנה לה בגוף המשכון וכו'. ותמה על ה"ה דכתב בשם הרמב"ן והרשב"א דלא מקודשת מטעם דאגיד גביה ומכח זה הוכיח דהעיקר כדעת הראב"ד. גם במחנה אפרים הלכות קנין מעות סי' ה' כתב שאני ההיא דפדיון הבן דבפירוש מיעטה תורה שאין פודין בשטרות, משום דאין גופו ממון וכו', אבל בעלמא כשכותב שט"ח על עצמו מהני, והקצות בס' ק"צ ס"ק ו' כתב לדחות דשטר חוב הו"ל שעבוד קרקעות ואין פודין בקרקע ועיין ברית הלוי ח"א ס' כ"ג דהשיג על הקצות וישב קושיית הרשב"א בענין אחר. וכן בקהילות יעקב אלגזי דף ק"כ ע"ג. האריך לדחות ראית הרשב"א.

ובס' פנים מאירות ח"א ס' צ"ז כתב דדברי הרמ"א ברורים ואליבא דכולי עלמא לא מקודשת דאיירי שכתב לה שט"ח ונתן לה אח"כ על הדינר שאמר שמקדשה בו, אבל אם מלכתחילה כתב לה שט"ח על דינר שחייב לה וא"ל התקדשי לי בו מקודשת לדעת הראב"ד, והב"ש לא דק וכן הוא ביאור באבני משפט כאן ס"ק ו', דבסי' כ"ח ס"ק כ"ב דן גם לדעת הראב"ד משום דאיירי שלא התחייב עדיין בדינר אלא שמקדשה בדינר שיתן אח"כ, וע"ז כתב שטר ובה"ג שמקדש במה שיתן אח"כ בקדושין לא חלו, וא"כ א"צ ליתן דלא חל החיוב אא"כ משעבד עצמו מקודם, והוא אינו משועבד רק אם תתקדש יתחייב לה, ומכיון שלא נתקדשה לא חל החיוב, ונמצא דינר אין כאן ושטר אין כאן משא"כ בא"ל קני משכון זה לשעבוד מנה ס"ל לראב"ד דמקודשת דמיד זכתה דהוי כנותן לה גוף המשכון, אבל בשטר הרי לא נותן לה כלום, דאם יתן אח"כ הדינר הרי לא נתן לקדושין, ואם יתן עכשיו לקדושין השטר שנתן מקודם לא שוה נמצא כל שמקדש אותה במנה שיתן אח"כ לא מהני וכו' וכ"כ בעצי ארזים ס"ק י"ב דדברי הרמ"א הם גם לדעת הראב"ד. ואין מחלוקת בזה דהרמ"א ס"ל דלהראב"ד אף שנתחייב בשטר או קנין מ"מ כל שלא נתן משכון אינה מקודשת דכל שלא נתן לה הוי כסף קדושין אגיד גביה, וכל מחלוקת הרמב"ן והראב"ד אם נתחייב לה בתחילה בחוב גמור ומסר משכון על החוב בזה ס"ל לראב"ד דמקודשת, ובבני אהובה פ"ה דאישות הלכה כ"ג כתב דהרמ"א קאי לכו"ע גם באופן דהשתעבד מקודם בדינר דהביא מה שכתבו הח"מ והב"ש דלהרא"ש והראב"ד מקודשת בכתב שטר, וכתב דגם לרא"ש אינה מקודשת והעלה בסוף דבריו דהיינו אפי' בהשתעבד מקודם לא מקודשת דדוקא בנתן משכון מקודשת דמקרי נתינה, וסיים דדברי הרמ"א נכונים ע"ש. וכ"כ בבית הלוי ח"א ס' כ"ג דהרמ"א איירי לכו"ע גם לדעת הראב"ד ושאני משכון דמקודשת כיון שהתחייב מקודם ליתן לה, והוי נתינה במה שקנתה המשכון אבל בכתב לה שט"ח לא מהני כיון דלא נתן לה שום דבר, וציין שכן כתבו הרב בני אהובה ועצי ארזים.

וכתב הרמ"א שאם א"ל הרי את מקודשת לי בדינר ותזכה בו בגוף המשכון שאני נותן לה ה"ז מקודשת. ונחלקו בפי' דברי הרמ"א האם מה שהקנה לה רק שעבוד משכון או בגוף המשכון דאם הקנה לה שעבוד זה תלוי במחלוקת הרמב"ן והראב"ד דהזכרנו לעיל, אבל אם נאמר דהקנה לה בקנין גמור נמצא דין זה לכו"ע. והב"ש בס"ק י"א תמה על הרמ"א דמשמע שדינו הוא לכו"ע, והרמב"ן והרשב"א מודים בזה, וכן בבני יעקב תמה דהרמ"א סתר עצמו דבשטר פסק דלא מהני והיינו כהרמב"ן, ואילו לגבי משכון פסק כהראב"ד, וכן תמה בטיב גיטין על הב"ש דלכאורה הר"ן כתב ברור דלא מקודשת מטעם דאגיד גביה, ולרא"ש ברור דמקודשת, וכבר הארכנו לעיל בזה. ועי' באבני מילואים ס"ק י"א ד"ה אלא דכתב לחלק דבקנה שעבוד משכון בזה יש מחלוקת, אבל כשקנה בגוף המשכון גם הרמב"ן מודה ולא שייך אגיד גביה דמה שמחזירה המשכון מדין תנאי, ועי' קצות בס' ק"צ מ"מ מהב"ש משמע דדעת הרמ"א הוא בשעבוד מנה הקנה לה משכון. וכ"כ הבית מאיר דאחר שהביא הב"ש שכתב להרמב"ן והרשב"א לא מהני וכן דעות הריטב"א דבאופן קנה שעבוד אין כאן משכון, ותמה על הרמ"א שסתם כדעת רבינו ירוחם, וכן תמה על הבית יוסף שהביא דברי רבינו ירוחם בס' כ"ח כאילו אין חולק נגד כמה רבותא, וכתב דאולי הבית מאיר איירי שנתן לה המשכון בשעבוד אפותיקי דלא יהא לה פרעון רק מהמשכון ושלא תוכל לתובעו שיפרע לה זוזי אלא שתזכה בגוף המשכון בדינר וכעין מה שכתב בחו"מ ס' ר"ז ובבית יוסף שם בשם הרא"ש ואע"ג דמצי לסלוקי בזוזי מ"מ לא הוי אסמכתא, כיון שהמלוה לא יכול לתבוע פרעון ממקום אחר חשוב כקנוי בידו, ולכן לא שייך אגיד גביה דהרי אינה יכולה לתובעו מנה.

אולם בשו"ת פנים מאירות סי' צ"ז כתב דמה שהעיר

הב״ש על דברי הרמ״א שהם נגד דברי הרמב״ן לא דק בזה דכיון דא״ל תוכי בגוף המשכון כבר קנתה גוף המשכון ותו לא חשוב אגיד אצלו ע״ש. וכ״כ ביתר ביאור בקהילות יעקב אלגזי ח״א דף ק״כ דהרמ״א לא איירי שהקנה שעבוד במשכון אלא גוף המשכון, ובזה גם הרמב״ן מודה, וכ״כ לעיל שזו דעת הרב אבני מלואים ס״ק י״א דבשעבוד מנה לא מהני להרמב״ן דאגיד גביה, אבל קני בגוף המשכון הרי היא שותף איתו בגוף המשכון, רק שהתנה ע״מ שיחזיר לה בחליפין דמים אם ירצה, ומשום הכי לא רשאים למכור המשכון. וכן אינה יכולה לכופו שיתן לה דמים, ולכן נתן לה חפץ ששוה יותר משיעור מנה שקדשה בו כדי שתשאר לו הזכות לפדותו, וכ״כ בתאמי צביה דדינו של הרמ״א לכו״ע כיון שמקנה לה גוף המשכון, ודו״ק.

סימן יח

בעל חוב קונה משכון

א. **איתביה** רבא לרב נחמן קדשה במשכון מקודשת. התם במשכון של אחרים וכדרבי יצחק דאמר רבי יצחק מנין שבע״ח קונה משכון שנאמר ולך תהיה צדקה אם אינו קונה צדקה מנין. מכאן לבע״ח שקונה משכון. ויש להסתפק באיזה סוג משכון איירי רבי יצחק דבמס׳ ב״מ דף פא: מצאנו שתי אפשרויות שהמשכון מגיע ליד המלוה או בעת ההלוואה דהמשכון משמש בטחון על החזר ההלוואה או בשעה שתבעו ואין לו מה לשלם נותן לו משכון ואז המשכון לגובייניא. ופי׳ רש״י שם בשעת הלוואה משמש המשכון לזכרון דברים. אך אם לא משכנו בשעת ההלואה אלא אחר זמן כשתבע מעותיו בבי״ד ולא שילם, ומשכנו ע״פ בי״ד, משמש המשכון לגובייניא.

והגמ׳ הוכיחה דרבי יצחק איירי במשכון שלא בשעת הלוואתו. דאז המשכון ניתן לפרעון וקנאו מדרבי יצחק אבל בשעת הלוואה בע״ח לא קונה משכון ולא יכול לקדש בו אשה וכ״כ הרא״ש בקידושין פ״ק ס׳ י׳ דבע״ח קונה משכון היינו שלא בשעת הלוואה דאז הוי שומר שכר כיון דיש לו זכות לקדש בו אשה. וכ״כ הראבי״ה בקידושין פ״א ס׳ תפ״ו דקדשה במשכון דאחרים מקודשת כגון שמשכנו שלא בשעת הלוואתו וכ״כ תוס׳ ר״י הזקן ח׳ דהכי אוקימנא לרבי יצחק. וכן הוכיח הרא״ש מלקמן דף מח. עשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך דקאמר למ״ד אין אומן קונה בשבח כלי דאינה מקודשת. ומאי שנא ממשכון דאחרים בשעת הלוואה דהאי נמי ממושכן לו בשכרו דתפיס ליה אאגריה הילכך לא איירי אלא במשכנו שלא בשעת הלוואתו. ובמקנה בקונטרס אחרון סעיף יא. דחה ראית הרא״ש וכ״כ האבני מילואים. אמנם התוס׳ קידושין דף ח. כתבו כיון שלא בשעת הלוואה קני ליה קנין גמור אלים שעבודיה בשעת הלוואה לקדש בו אשה. וכ״כ הרמב״ן וכ״כ הרשב״א וריטב״א דרבי יצחק בכל אופן ס״ל דקני משכון. וציין הרשב״א ראי׳ לדבריו מגיטין לז. המלוה על המשכון שביעית לא משמטת.

ויש להסתפק בדברי רבי יצחק דבע״ח קונה משכון האם מדין גביה כיון דרבי יצחק איירי שלא בשעת הלוואתו והמלוה יש לו קנין גמור במשכון או דבע״ח לא קונה משכון רק לענין חיוב שמירה. ובההיא הנאה דיכול לקדש בו אשה. והתוס׳ בב״מ פב. חולקים על התוס׳ בקידושין וכתבו מפורש שאם קדשה במשכון שקבל בשעת הלוואה כיון שאינו קנוי לו אינה מקודשת משמע בשעת הלוואה לא קונה משכון אמנם מסוגי׳ גיטין הלוהו על המשכון משמע אפי׳ בשעת הלוואה לא משמט. ובמסכת ב״ב קעה: פ׳ רשב״ם למ״ד שיעבודא דאורייתא דכתיב יוציא אליך את העבוט ולמ״ד לאו דאורייתא ס״ל כיון שהפסוק מדבר שלא בשעת הלוואתו ה״ה בשעת הלוואתו ואין לחלק. ולפ״ז סוגיא דב״מ דבע״ח לא קונה בשעת הלוואה ס״ל כמ״ד שיעבודא לאו דאורייתא וסוגי׳ דגיטין לז. ופסחים לא. איירי למ״ד שיעבודא דאורייתא וזה לפי הרשב״ם. אבל לפי תוס׳ דס״ל שיעבודא דאורייתא צריך להגיע לטעם דאם קונה שלא בשעת הלוואה אלים שיעבודיה גם בשעת הלוואה.

ב. **והתוס׳** כתבו להדי׳ דמה שבע״ח קונה משכון הוא לצורך שמירה וכ״כ בקידושין ח: וכ״כ בגמ׳ מציעא פב. המלוה את חבירו על המשכון הוי שומר שכר

ולא מהני כי אם להתחייב בגנבה ואבדה ולא באונסין משמע דכל הקנין הוא מדין שמירה ולא קנין ממש. אמנם למרות שהתוס׳ כתבו שדבר זה פשוט מ״מ דעת רש״י ושאר פוסקים דבעל חוב קונה משכון קנין גמור דגמ׳ בב״מ פא. הביאה הברייתא המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו דברי ר״א רבי עקיבא אומר יכול לומר לו כלום הלויתני אלא על המשכון אבד המשכון אבדו מעותיך אבל הלוהו אלף זוז בשטר והניח משכון דברי הכל אבד המשכון אבדו מעותיו ופרש״י דמשו״ה מודה ר״א בסיפא דכשהלוהו בשטר ונתן משכון כיון דיש שטר ודאי המשכון לגוביינא קאי ולא לזכרון דברים. דסתם שטר יש בו שעבוד קרקעות ובטוח הוא על חובו. הילכך כשלקח המשכון ודאי לגוביינא שקיל ליה ולא לזכרון דברים ולכן חייב באונסין. ובתוס׳ שם הקשו על רש״י דאי ברישא לא שקיל המשכון אלא לזכרון דברים א״כ למה לא יהיה משמט ע״ש. והתוס׳ ס״ל דהלוהו על המשכון היינו בלי שטר ולכן קנה משכון אבל הלוהו בשטר ונתן משכון לא סמיך אמשכון והלוהו על המשכון משמע בשעת הלוואה. וקנה מדרבי יצחק אע״ג דר״י איירי שלא בשעת הלוואה.

ג. **ובשיטה** מקובצת תמה על הראשונים דס״ל בשעת הלוואה הוי שומר שכר ומה הנאה יש לו למלוה בזה דבשביל זה יהיה שומר שכר והא אם המעות היו בידו היו בטוחים יותר ולא דמי לאומן דהוי שומר שכר מטעם דתפיס אאגריה דהתם נהנה בכלי זה להרויח שכר מלאכתו וכמ״ש התוס׳ בבא מציעא דף פ׳. ד״ה דתפיס שמכח זה הקשו על רש״י ופי׳ רש״י דשקיל ליה לגוביינא היינו שיהיה מוכן בידו ממה לגבות ויהיה בטוח בחובו. ולזה שפיר הקשו דמאי סברא היא זו. אבל אי אפשר להסביר ברש״י דשקיל ליה לגוביינא היינו להיות בטוח במעותיו דהא גם ברישא כשהלוהו בלי שטר ס״ל לרבי אליעזר ישבע ויפטור. ופי׳ רש״י כיון שלא נטל המשכון לגוביינא כי אם להיות בטוח במעותיו שלא יוכל לכפור ע״ש. אלא ודאי כל שלא שקלייה כי אם לבטחון המעות לא מקרי זה לגוביינא. וזה כוונת רבי אליעזר דאם הלוהו בלי שטר נוכל לומר דלא שקיל למשכון לבטחון המעות שזה לא נחשב להנאה. ולהכי לא הוי שומר חנם אבל בהלוהו בשטר דיש לו מהיכן לגבות דסתם שטר יש בו שעבוד קרקעות ואינו יכול לכפור א״כ ע״כ נטל המשכון כדי שיגבה ממנו דוקא. ובזה מיושבת קושית השמ״ק על התוס׳ ממלוה על המשכון דהא דאמרינן כשלא נטל המשכון אלא לזכרון דברים משמע היינו כשעיקרו בא לזכרון דברים בלבד ולא לבטחון המעות וכגון שהמשכון לא שווה כנגד ההלוואה. ובאופן כזה הרי הבעל הבית יתבע את הלוה ואתי לידי לא יגוש לכן משמט. אבל כשהמשכון שוה נגד כל החוב הרי בזה לא יגוש אותו ולכן לא משמט וגדולה מזו כתב הקצות החושן בשם גדולי תרומה דאפי׳ אם הלוה לא נתן המשכון רק המלוה תפס מטלטלין נגד החוב כיון שאין צריך להחזיר עד שיפרענו לא קרינן ביה לא יגוש ולא משמט.

והנה ברש״י יש לפרש דנוטל משכון לגובייגא המשכון קנוי למלוה וכשאבד משכון מהמלוה כאילו איבד ממונו. ואילו נוטל משכון בשעת מתן מעות שלא לגובייגא כלל לא שלו והוי עליו שומר חינם ופטור והכי דייק לשון הגמ׳ אבד המשכון איבד מעותיו. וזה דעת רש״י במשכון דרבי יצחק דחייב באונסין וכ״כ בתומים דכיון דלרש״י רבי יצחק איירי שלא בשעת הלוואתו ושלא בשעת הלוואתו ודאי שקליה לגובייגא. וא״כ קרא ולך תהיה צדקה למה לי תיפוק ליה מטעם דנטלו לגובייגא וכתב התומים דזה דחקו לרש״י לפרש דרבי יצחק איירי לענין אונסין דקני ליה לגמרי.

ד. **ונראה** טעמו של רש״י דהמלוה חייב באונסין כיון שנטלו שלא בשעת מתן מעות הרי לקחו לגובייגא וחיובו לא מדין שמירה אלא הוי שלו. ולכן כשנאבד המשכון הוי כחפץ המלוה נאבד. דאם לא נוטלו לגובייגא הוי עליו רק שומר חינם ופטור ואי אפשר לחייבו כדעת התוס׳ בגנבה ואבדה. ולכאו׳ הרי המשנה אמרה הלוהו על המשכון הוי שומר שכר ואיך ס״ל לרש״י דהוי שואל. וראיתי בריטב״א שתמה עליו בב״מ פא: והביא דברי כמה פוסקי׳ דס״ל דהוי שומר שכר ופליגי על דעת רש״י והראב״ד בהשגו׳ על הרמב״ם פ״י להלכות שכירות ורבינו אפרים וגידולי תרומה כולהו ס״ל דהוי שואל וחייב באונסין. ע״ש. ומחלוקתם בדרבי יצחק האם קונה לגמרי או קונה לגובייגא דהוי כמו בטחון על החוב ולכן הוי שומר שכר. ודעת רש״י קונה לגמרי כדמשמע לשון הגמ׳ מנין לבע״ח דקונה משכון. ולכאו׳ לרש״י דמלוה קונה משכון לגמרי איך הלוה יכול לסלקו ולקחת המשכון בחזרה. וצ״ל דהוי כמו תנאי ביניהם כשיביא הלוה המעות מחזיר המלוה את המשכון הקנוי לו.

ה. **ויש** להסתפק לדעת רש״י דבע״ח קונה משכון האם מותר למלוה להשתמש במשכון. ובקצה״ח ס׳

צ״ז ס״ק ב׳ כתב דהש״ך בס׳ ע״ב העלה דרשאי להשתמש במשכון בשעה שהוא בידו כיון שהוא שלו לפרעון רק דחייב לאהדורי מדין צדקה. ולכן כשהוא אצלו רשאי להשתמש ואף אם לא רשאי מ״מ ההגבלה מצד חיוב דחייבא התורה לעשות צדקה וכשישתמש בו יפחת מהצדקה. ולפ״ז משכון עשיר דלא חייב להחזיר מותר להשתמש בו. או דבר שאין ללוה צורך בו שאין מצוה להחזיר מותר להשתמש בו. כיון דבע״ח קונה משכון. ע״ש. ולכאו׳ קשה דהרי הגמ׳ בב״מ קיד. ת״ר ואם איש עני הוא לא תשכב בעבותו ודייק רש״י הא עשיר תשכב הרי זה ריבית משמע אף דבע״ח קונה משכון אסור להשתמש אמנם מתוס׳ קידושין ח: דדייק בע״ח קונה משכון מדכתיב ושכב בשמלתו וברכך ואם לא קונה ליה הוי ליה ריבית דברים. משמע אם קונה לא הוי ריבית. דהוי של המלוה והמלוה נותן לו את שלו ובקצות החושן ס״ק י׳ הסתפק במקום שלא חייב להחזיר אם שרי לקבל שכר מהלוה והעלה שמותר במשכון שלא בשעת הלוואתו. ונתיבות פליג דאסור מדרבנן ובמשובב נתיבות כתב דבמטלטלין אין איסור דרבנן דאין שמו עליו. ובמחנה אפרים הלכות ריבית ס׳ כ״א דן במלוה על המשכון אי מותר להשתמש בו. והביא דעת מהר״ם דהוי אבק ריבית דהוי כמו חצר דלא קיימא לאגרא ועי׳ שם בקצות שהאריך דגם בעשיר אסור להשתמש ויש לדחות כיון דאם יש מעות ללוה פודה המשכון אע״פ שהוא קנוי למלוה לכן הוי כמו ריבית ואסרו חכמים להשתמש בו ולא מדינא. ודו״ק.

והנה בלשון הגמ׳ המלוה על המשכון אינו משמט ופריך אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו נמי ומשני שאני מטלטלין דקנו ליה כדרבי יצחק הרי להדיא דלענין שמיטה בעינן שהמשכון יהיה קנוי לו. ותפיסה לבד לא מהני וכן הקשה הקצות בס׳ ס״ז על דעת בעל הג״ת אכן יש לישב דהרי התוס׳ עצמם התעוררו על כך וכתבו דרבי יצחק איירי שלא בשעת הלוואה והמלוה את חבירו על המשכון משמע דאיירי בעת הלוואה וע״ז תרצו כיון דשלא בשעת הלוואה קני קנין גמור בשעת הלוואה נמי קני לענין שיכול לקדש בו אשה.

ו. **והרז״ה** כתב דבאמת לא בעינן שיקנה המשכון והכי קאמר שאני משכון דקני ליה מרבי יצחק כלומר כיון דמשכחת ליהו צד דקני כרבי יצחק והוא כשמשכנו שלא בשעת הלוואתו מהניא נמי תפיסתו אפי׳ בשעת הלוואה שהוי כנגוש ועומד דלא קרינן ביה שוב לא יגוש הואיל ואיכא שם משכון בעולם דקניא ליה משא״כ בהלוהו ודר בחצירו דלא מקניא ליה חצר לעולם משא״כ במשכון דמטלטלין. נמצא פסקן של דברים דדעת רש״י ושאר פוסקי׳ דחיוב דרבי יצחק מטעם קנין וחייב באונסין ואפי׳ מי שסובר שחייב רק בגנבה ואבדה ולא באונסין ג״כ ס״ל דהוא מדין קנין. וכתבו התוס׳ בד״ה שאני דהוי כשומר שכר כיון דנהנה דקני ליה לקנות בו את האשה. הרי דבאותה הנאה שיש לו לקדש אשה הוי שומר שכר.

ואילו בב״מ פב: הקשו למה יחשב שומר שכר בשביל כך הלא היה יכול לקדש במעותיו. ותירצו כיון שעכשו נטל את המשכון ואין מעותיו בידו חשוב שומר שכר לפי שיכול לקדש בו או לעשות קנין אחר על ידו ע״ש. והתוס׳ שם כתבו דכך היה יכול להיות בטוח במעותיו אם לא הלוהו והנה דוקא במשכנו שלא בשעת הלוואתו יש לו הנאה דבתחילה הלוהו בלי משכון ושלא בשעת הלוואה תבעו לפורעו ולא היה לו והגבוהו בי״ד לכן בשעת לקיחת המשכון מיחשב שומר שכר.

והש״ך בס״ק ט׳ האריך להוכיח כדעת רש״י דמשכנו שלא בשעת הלוואתו קני ליה לגמרי להתחייב באונסין והעלה דיכול הלוה לטעון קים לי כרש״י באונסין וכתב עוד דאין הבדל בין משכנו על דעת בי״ד או שהלוה מדעתו נתן לו המשכון ע״ש. אמנם בשערי בינה שער ה׳ אות י״ח כתב דהא דרש״י כתב דחייב באונסין רק בהגבוהו ע״י בי״ד. ולא שנתן לו מדעתו. ובפרט שמר״ן בס׳ ס״ז סעיף י״ג כתב מפורש משכנו שלא בשעת הלוואתו ע״י בי״ד הוי כמלוה על משכון (דלא משמט). והנה במה שחידש הש״ך דגם אם הלוה נתן למלוה מדעתו קנה המלוה את המשכון הדברים שנויים במחלוקת. דהמל״מ פ״י משכירות הל׳ א׳ הביא דברי מהריט״ץ סי׳ י״ב דכתב דכל משכון הבא ליד המלוה אחר הלואה מיקרי משכנו שלא בשעת הלוואתו להתחייב באונסין ודחה דבריו הרב מל״מ והעלה דכל שלא בשעת הלוואה מקרי משכנו ע״י בי״ד ששם הוזהר המלוה להחזיר לו כסות יום וכסות לילה וע״ז אמר רבי יצחק שבע״ח קונה משכון. ולרש״י קונה להתחייב באונסין. אבל משכון הבא ליד המלוה מיד הלוה ברצונו כך הוא שעת הלואה או אחר ימים אין בו אלא דין שומר שכר.

ז. **ויש** לתמוה ממה שפסק הרמב״ם כאן בפ״י דשכירות דמלוה על המשכון הוי שומר שכר ואם נאנס

פטור. ואילו בפ״ג ממלוה ולוה הל׳ ד׳ פסק לגבי שליח בי״ד שנוטל המשכון אבל המלוה אסור לו לקחת בזרוע. עבר ולקח בעל חוב ונכנס לבית הלוה ומשכנו או חטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבות כבוא השמש ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון לבעליו וכו׳ הרי דכתב דחייב באונסין. וכתב הש״ך לישב בין משכנו שלא ברשות דלקח שלא כדין והוי כגזלן ולכן חייב באונסין משא״כ בגבה ע״פ בי״ד.

ובקצות החושן ס׳ ע״ב ס״ק ב׳ כתב לישב דעת מהריט״ץ דכל שהלוה נותן אחר ההלואה מדעתו נקרא שלא בשעת הלוואתו. וחייב באונסין לדעת רש״י וכן דעת הש״ך והוכיח כן מרמב״ם מפורש מפ״ג ממלוה. ע״ש אמנם דעת ר״י בן מיגש שהביא נ״י במציעא והר״ן בשבועות דס״ל דמשכון נקנה בשני זמנים בזמן הלוואה ושלא בזמן הלוואה כשנגבה ע״י בי״ד דוקא. אבל באופן דלוה נתן למלוה המשכון אפילו מדעתו לא קנה. ובזה הסביר הר״ן הסוגי׳ התקדשי לי במנה והניח לה משכון דאינה מקודשת דמנה אין כאן משכון אין כאן דמשכון לא נקנה ומבואר מדבריו דמשכון נקנה בשעת הלוואה או שלא בשעת הלוואה דהיינו בזמן גביית בי״ד. והעלה דבע״ח קונה משכון אפי׳ לקחו בכח הזרוע ע״ש. ומ״מ הסתירה ברמב״ם דפעם כתב דבע״ח קונה משכון לגבי גנבה ואבדה ופעם ס״ל לגבי אונסין את זה צריך לישב ולחלק בין לקח בכח הזרוע ללקח ע״פ בי״ד. ומ״מ קשה כיון דלפי הרמב״ם יש לו זכות לקחת בכח הזרוע למה יקרא גזלן ויתחייב באונסין.

ויש להבין דעת רש״י דס״ל דבע״ח קונה משכון אף לגבי אונסין דהיינו דהמלוה הוא בעלים והוא קונה ממש ומה שהלוה מחזיר המעות ומלוה מחזיר המשכון זה כעין תנאי ביניהם וסברא זו מצאנו במחנה אפרים בלקח כלים לשגרן לבית חמיו למא״ד דחייב בהליכה משום לוקח הוי. ולא נפטר משום בעליו עמו דהוי כמו משכון לרש״י.

ח. **ובמה** דפשוט ליה לבעל הקצות החושן דמשכנו שלא בשעת הלוואתו בין מדעתו בין ע״י בי״ד, אין הדבר פשוט דמר״ן בס׳ ס״ז סעיף י״ג כתב משכנו שלא בשעת הלוואתו ע״י בי״ד דינו כמלוה על המשכון ע״ש. משמע שכל הדין רק במשכנו ע״י בי״ד. והן דברי המל״מ בפ״י משכירות שהשיג על מהריט״ץ ובחינם השיג הקצות על המל״מ דמר״ן כתב דשלא בשעת הלוואה היינו שגבה ע״י בי״ד. וזה לשון הראב״ן ס׳ קי״ח. ראובן טען לשמעון פרע לי מנה שהלויתיך ושמעון משיבו לא הלויתני כלום אלא על המשכון חפוס משכון עד שאפדנו. דעתו נוטה שחייב שמעון לפרוע אם עברו ל׳ יום מיום שהלוהו. דמלוה על המשכון במקום שטר קאי וכי היכי דמלוה בשטר מצי למיתבעיה לאחר ל׳ יום הכ״נ במלוה על המשכון. ואם לחשך אדם לומר מהא דתנן המלוה על המשכון והמוסר שטרותיו לבי״ד אין משמטין ואמר המלוה על המשכון טעמא מאי משום דתפיס ליה אלמא כיון דתפיס משכון אין יכול לנוגשו ושביעית בלא יגוש חליא רחמנא מדכתיב לא יגוש וכיון דלא נגיש לא משמט ה״נ לא מצי ראובן לאנגושי דהא תפוס משכון לאו מילתא היא. דגמ׳ פריך הלווהו ודר בחצרו הנ״מ דלא משמט ומשני משום דקני משכון וכדברי רבי יצחק והשתא אוקמו במשכנו שלא בשעת הלוואתו דהתם ודאי קני מדרבי יצחק אבל בשעת הלוואתו אע״ג דתפיס לא קנה משכון. ושביעית משמטת. דהא מצי לנוגשו ולתבוע הלוואתו ע״כ. הרי דתופס משכון דלא קני כגון בשעת הלוואה משמט והוא אזיל לטעמיה שכתב בדף קי״ז וז״ל הקשה לי חתני ר׳ שמואל הכא אמרינן אימור דאמר רבי יצחק במשכון שלא בשעת הלוואתו. וכו׳ ובפסחים בפ׳ כל שעה גבי נכרי שהלוה לישראל על חמצו דפליגי ר״מ וחכמים וכו׳ והשבתי לו דודאי לרבי יצחק לא קני משכון בשעת הלוואתו ותנאי דפסחים ס״ל דקני בין בשעת הלוואתו בין שלא בשעת הלוואתו.

ובסוף העלה דגם בשעת הלוואה קני לענין דלא משמט. ובאופן דמשכנו המלוה מדעתו הביא הכנה״ג אות י״ח דעת בעל גידולי תרומה שאם תפס המלוה מטלטלין ועברה שמיטה והמטלטלין ביד המלוה לא משמט ע״ש. והרב בית דוד פי׳ י״ז תמה דמשמע משו״ע וטור דוקא משכנו בבי״ד ולא איירי בנתן מעצמו ונמצא כל שנתן מעצמו משמט. ובסוף כתב שאם נתן לו הלוה מדעתו מהני. ותמה הרב ערך השולחן ס׳ ס״ז אות ט״ו דמהר״ן והרמב״ן ורשב״א וריטב״א לא משמע כן דמשכון נקנה או בשעת הלואה או בשעת גוביינא ע״י בי״ד ולא ע״י מסירה מלוה למלוה ונמצא דכל מלוה על המשכון לא משמט דקני ליה מרבי יצחק לענין זה. ואפי׳ לדעת הסוברים דלא יכול לקדש במשכון שאני הכא דתפיס ליה בשעת הלואה ואין בזה דין לא יגוש. דשביעית תלויה בזה וזה נגד הראב״ן דכתב דמלוה על המשכון היינו שלא בשעת הלוואה.

ט. **והנה** בעצם הדין המלוה על המשכון משמע דאיירי דבשעת הלוואה נטל המשכון ובשעת הלוואה נוטלין משכון או לגובייא או לזכרון דברים וכיון דיש ספק אם הלוה נתן המשכון לגובייא או לזכרון דברים הוי ברי בחיוב וספק בפרעון והוי איני יודע אם פרעתיך ואמאי פטור. ולא משמט. ובפרט אם המלוה טוען ברי לי שלא קבלתי לגובייא למה יפסיד הלוה. הרי זה דומה לאיני יודע אם פרעתי דהלוה מסתפק אם המלוה נטלו לגובייא או לזכרון דברים. וצ"ל דבשביעית הכל תלוי בלא יגוש, וכל שיש ביד המלוה משכון אע"פ שלא נטלו לגובייא אלא לזכרון דברים לא משמט. ומ"מ משמע מהגמ' דכל שתפיס במשכון ולא קני משמט. והכא נמי יש להסתפק אם נתן לו בשעת הלואה דהוי ספק אם לזכרון דברים נתן לו למה לא ישמט. אמנם לפי מה שכתבו התוס' כיון דלר"י שלא בשעת הלוואה קנה הוא הדין בשעת הלוואה או משום פרוטה דרב יוסף וכ"כ הרשב"ם בס' תקע"ה. והרדב"ז ח"ב ס' כ"ב. והוא ע"פ דברי התוס' ודו"ק.

פש גבן לברורי במשכנו שלא בשעת הלוואה אם יש לו דין שומר שכר או חייב באונסין דלפי דעת הרב יורו משפטיך ליעקב בתשובה פשיט ליה דאם נאנס המשכון הלוה משלם החוב. משמע דפשיטא ליה דהוי שומר שכר. אמנם כד נעיין בסוגי' נראה דהדבר שנוי במחלוקת. דדעת רש"י שהביא הש"ך ס' ע"ד בס"ק ט'. ס"ל דחיוב באונסין וכ"כ הרז"ה ורבינו אפרים הביאו בעל התרומות שער מט. וכן דעת הראב"ד בס' תמים דעים ס' רל"ח.

ובהשגות הראב"ד פ"י מהל' שכירות ורבינו ישעי' בס' המכריע ס' צ"א. ודעת בעל העיטור ובסמ"ג והרמב"ן דמשכנו שלא בשעת הלוואתו שלא ברשות חייב באונסין וכן דעת מוהריט"ץ בס' י"ב שהביא הרב מל"מ פ"י משכירות. והרה"ג ר' יהודה עייאש בס' בני יהודה דף מה. כתב לחלק בין משכנו ע"י ביד"ד דאז חייב באונסין לבין נתן לו בינו לבין עצמו שהוי רק שומר שכר. אמנם סתר דבריו מכח דברי הרמב"ם פ"ג ממלוה הל' ד'. וראיתי לכנה"ג הגב"י ס' ט' לדעת מרן הב"י דרש"י ס"ל דבע"ח קונה משכון אף לאונסין בין בשעת הלוואה בין שלא בשעת הלוואה וכן נראה דעת הר"ן דאפי' משכנו בשעת הלוואה קנה קנין גמור להתחייב באונסין לדעת רש"י והש"ך ס' פ"ט תמה עליו אמנם יש לחזק דבריו מדברי הראב"ד בס' א"ז לבבא מציעא דף פב: דס"ל כן דאפי' בשעת הלוואה חייב באונסין דלפרעון יהביה. וכתב הש"ך בס"ק נז. דכל שמשכנו על דעת עצמו שלא על דעת ב"ד לכו"ע חייב באונסין. משום דחשיב כגזלן ובזה מיושב סתירת הרמב"ם דפעם כתב דהוי שומר שכר ופעם חייב באונסין. ויש חולקים וס"ל דאדרבה הגבהו ע"י ב"ד חייב באונסין והם דעת רש"י מהר"ם ראב"ן דאם הגבהו ע"פ ב"ד יש לו קנין גמור למלוה להתחייב באונסין.

י. **ונמצא** בנידון דידן אם מלוה חייב באונסין תליא באשלי רבבי והרב יורו משפטיך ליעקב בס' מ"ט כתב בפשטות דבע"ח קונה מדרבי יצחק רק לענין שומר שכר ולא לגבי חיוב באונסין וא"כ כיון דהדבר שנוי במחלוקת יכול המוחזק לומר קים לי. והנה מר"ן בס' ע"ב סעיף א'. כתב דמלוה המחזיק משכון בין משכנו בשעת הלוואה בן שלא בשעת הלוואה דינו כשומר שכר ואם נאנס פטור. והדבר ידוע שאין לומר קים לי נגד מר"ן השו"ע וכמ"ש האחרונים. ועיין באורך במש"כ מרן הראש"ל שליט"א ביביע אומר ח"ו חו"מ סימן ב' ומ"מ בנד"ד מרן בב"י הביא דעת רש"י ובכנה"ג סימן עב הגה"ט אות י"ג תמה למה המוחזק לא יכול לטעון קים לי כדעת הראב"ד ורש"י ובעל המאור. ורבינו אפרים ומהרש"ק כתב בח"א דפשוט שיכול לטעון המוחזק קים לי. אבל דעת מרן החיד"א בחיים שאל שקבלנו עלינו דעת מרן בשו"ע אבל לא מה שכתב בב"י ובתשובה, גם תשו' מהר"ם סוזין שבשו"ת חקרי לב פסק שאין לנו כח להוציא מהמוחזק ע"פ פסקי מרן בתשו' וכן ע"פ מה שכתב בבית יוסף בדרך שקלא וטריא. וכ"כ בס' שער המים שכמה גדולים בדורו עשה מעשה היפך פסק מרן בתשו'.

ובתשו' רב ברכות לגאון רב פעלים דף קל"ג כתב שיש סוברים שלא קבלנו דעת מר"ן בתשו' ולכן המוחזק יכול לטעון קים לי. ובשו"ת כפי אהרון אהע"ז ס' ס' כתב דבירושלים הלכה רופפת אם קבלנו דעת מר"ן בתשו' אולם בערי ערביסטן קבלו הוראות מרן גם בתשובה וסיים שאין לסמוך על כך כי יש שמועות שלא מכוונות על כך ואפי' למ"ד שקבלנו דעת מר"ן בתשובה מ"מ יכול לומר קים לי כדעת מרן בב"י וכ"כ בס' כל החיים מערכת י' אות נ"ז ששו"ת של מר"ן עדיפי מהב"י. דבב"י מברר את כל הסברות משא"כ בתשובה נחית לברר הלכה למעשה וכתב מהר"ם פרדו בשו"ת שערי רחמים ח"א ס' אע"פ י"ג שיכול לטעון כן קים לי נגד מש"כ בב"י. וכ"כ בשו"ת פני יצחק ח"ב ומהר"י עייאש בשו"ת

בית יהודה והאריך בזה בשו"ת רב פעלים ח"ב ס' ח' דהיות ויש מחלוקת באחרונים אם קבלנו דעת מרן במה שכתב בב"י לכן הלוה יכול לטעון קים לי שקבלנו דעת מר"ן רק מה שכתב בשו"ע ושם דן במי שעזב מקום מגוריו עבור פרנסה דנחלקו התה"ד שהובא ברמ"א ושם דן אם קבלנו דעת מר"ן גם במה שכתב בב"י או רק בשו"ע והדבר שנוי במחלוקת ולפ"ז הדבר נוגע לדידן דמר"ן בב"י הביא דעת רש"י והרז"ה דמלוה על המשכון יש לו דין שואל וחייב באונסין. ולכן שפיר הלוה יכול לטעון קים לי כדעת רש"י ואם נאבד המשכון אני לא חייב לך כלום.

ובלשון המחבר עצמו יש להסתפק מתי נמסר המשכון ובמשכנו בשעת הלוואה. דלשון המשנה המלוה את חבירו על המשכון משמע בשעת הלוואה ואע"פ שבשעת הלוואה לא קונה משכון. כי רבי יצחק איירי שלא בשעת הלוואה מ"מ לא משמט. כיון דילפינן מספרי ששביעית משמטת ואשר יהיה לך את אחיך ולא של אחיך בידך מכאן אתה אומר המלוה על המשכון אין שביעית משמטת. או מטעם שכתב רש"י המלוה על המשכון אין שביעית משמטת דלא קרינן ביה לא יגוש שהרי אינו תובעו ואפי' לדעת הראשוני' שמשכון שבשעת הלוואה לא קנוי ולא יכול לקדש בו אשה מ"מ תפיס לענין יגוש ומשכון כזה הוא עד זמן הפרעון. וכשמגיע זמן הפרעון או שבי"ד מגבין לו משכון ואפי' אותו משכון או שהלוה נותן מרצונו. ובזה יש מחלוקת אי שלא בשעת הלוואה קונה ליה רק לענין גנבה ואבדה או גם לענין שאלה ולכן כפי שהסברנו יכול הלוה לטעון קים לי בפרט שהכנה"ג הביא דעת רש"י והחולקים והש"ך כתב שיכול לטעון קים לי כדעת רש"י. ועי' באמרי בינה חו"מ דיני הלוואה שכתב דקשה להוציא ממון נגד רבים וגדולים דס"ל דמלוה על המשכון חייב באונסין ע"ש. אמנם שם כתב לחלק בין גבה ע"י בי"ד להגבהו מעצמו. ובזה מצאנו סברות הפוכות דיותר חמור בהגבהו הלוה מעצמו או שנטל המלוה מעצמו דבזה גם הסוברים דדינו כשומר שכר כאן גזלן גמור הוא דמי הקנה לו וגזלן חייב באונסין ובזה ישב הש"ך דעת הרמב"ם. וערך השולחן דין ט' והלאה דן באריכות דאם מותר להשתמש במשכון אע"פ שלא השתמש יש לו דין שואל שחייב באונסין ודו"ק.

בסיכום:

א. **נחלקו** הראשונים אם בשעת הלוואה בע"ח קונה משכון לקדש בו אשה. והתוס' סותרים עצמם כמו שבארנו.

ב. **יש** מחלוקת במשכון שלא בשעת הלוואה אי מלוה חייב באונסין או רק בגנבה ואבדה.

ג. **גם** לאותם הסוברים שמלוה על המשכון יש לו דין שומר שכר מ"מ מצאנו ברמב"ם ועוד ראשונים דמחלקים בין משכנו על דעת בי"ד לבין אם המלוה משכן על דעת עצמו.

ד. **נחלקו** הפוסקים בקים לי נגד מרן ונגד מש"כ בב"י.

ולכן בנידון דידן דנאנס המשכון יכול הלוה לומר קים לי כדעת רש"י וראב"ד ועוד פוסקים ומספק אין להוציא ממון. כן נראה לענ"ד. וד' יאיר עניינו בתורתו.

סימן יט

קידשה במנה ונתן לה דינר

א. **גמרא** דף ח'. אמר רבי אליעזר התקדשי לי במנה ונתן לה דינר, מקודשת וישלים. התקדשי לי במנה והיה מונה והולך ורצה אחר מהן לחזור אפי' בדינר האחרון רשאי, הכא דאמר מנה זו, רב אשי אמר מונה והולך שאני, ובהסבר הגמרא שאם אמר לה התקדשי לי במנה ונתן דינר מקודשת וישלים דהוי כאומר על מנת. וכ"כ הרמב"ם דהוי כאומר לה התקדשי לי במנה על מנת שאשלים, ומקור לזה דהרי לא אמר לה על מנת למד הרמב"ם ממה דהגמרא השוותה דינו של ר' אליעזר לאומר על מנת ותמהו דאם זה מדין תנאי הרי חסר גדרי

התנאים ומדוע חייב להשלים. וע״ז כתב הרא״ש דכשאומר לה התקדשי לי במנה הרי יש כאן גילוי דעת שלם וגמור דרצונו לקדש ודוקא במנה שלם. וכשיש גילוי דעת לא צריך גדרי התנאים. וכ״כ הרא״ש בגיטין פ״ז סימן ט׳. אמנם הרשב״א כתב דיש מי שהוכיח מהסוגיא דלא בעינן משפטי התנאים אלא תנאי כפול שאומרים על מנת.

ובשו״ע סי׳ כ״ט סימן ד׳ כתב מרן השו״ע מקודשת וישלים לה השאר שזה כמו שאמר הרי את מקודשת לי בדינר זה על מנת שאתן לך מאתים זוז וכו׳. והקשה החלקת מחוקק דהרי המחבר בסימן ל״ח ג׳ מביא מחלוקת אם באומר על מנת בעי גדרי התנאים וא״כ גם בנידון דידן בעי בגדרי התנאים ולמה סתם כאן השו״ע כלי להזכיר דעת החולקים. ועל זה תירץ הב״ש דמרן השו״ע ס״ל כרא״ש דבגילוי דעת ברור לכו״ע מהני ולא צריכים גדרי התנאים, ע״ש. ובאבני מלואים מפרש בדרך שונה, לדעתו אין להוכיח משמעתין דאם לא ישלים לא תהיה מקודשת, אלא מקודשת בכל אופן כיון דלא התנה בתנאי כפול ומה שצריך להשלים בשביל לקיים דמי הסכמת האשה, דמה שצריך תמיד תנאי כפול כדי להחיל המעשה אשר תלוי בתנאי, ומה שצריך להשלים כשם שאדם שקנה שדה במנה ונתן דינר השדה קנויה לו וצריך הוא לתת דמי השדה ואף אם לא יתן לא יתבטל הקנין גם כאן הקדושין חלין אולם הוא חייב להשלים ע״ש. וכבר האריך הקצות בסי׳ רמ״ד שכל שהתנאי לא תופס כיון שהמעשה נעשה על דעת כן חייב לתת מהן שכירות כמו עובדא דיבמות ק״ו. חלוץ לה ע״מ שתתן לך מאתים זוז אע״ג דאין תנאי בחליצה מ״מ חייבת לתת מדין שכירות ע״ש. ונמצא דהרב אבני מלואים חולק על הב״ש והחלקת מחוקק דכתבו דאם לא השלים לא מקודשת.

כ. **ובמה** דאמרה הגמ׳ אמר רבי אלעזר התקדשי לי במנה ונתן דינר מקודשת וישלים. כתבו ח״מ וב״ש דאם לא משלים בטלו קדושין ע״ש. כמו בכל תנאי שלא מחייבים אותו לקיים התנאי ולכן גם אם יש לו מעות לא כופין אותו לתת. והקשה בדברי חיים (אורבעך) אה״ז ס׳ ט״ו הרי בגמרא קידושין מ״ט. בההוא דמכר נכסיה ע״מ לעלות לא״י שלא צריך תנאי כפול, ומספיק גילוי דעת ובגילוי דעתו אמרינן ליה שחייב לקיים המכר בע״כ דאמרה הגמרא זיל סליק וכופין אותו לקיים המכר כל שאינו אנוס. וכתב הרשב״א רק בתנאי כפול יש לו זכות שלא לקיים את התנאי, אבל בגילוי דעת כופין אותו לקיים המכר, וכאן הרי משלים מדין גילוי דעת ולמה לא נכפה אותו לקיים התנאי ולהשלים בע״כ, והר״ן בסוגיא מ״ט ס״ל כדעת הרשב״א. דבההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא״י וקאמר בגמרא הרי בידו לעלות כתב הר״ן הא דכופין אותו לקיים המעשה רק בגילוי דעת אבל בתנאי כפול לא כופין לקיים התנאי דזכותו לבטל המעשה, ושוב כתבו הרשב״א ור״ן בגיטין ע״ה. והוכיחו דכל היכא דהוי דרך תנאי לא כופין לקיים התנאי, אבל בגילוי מילתא כופין אותו לקיים התנאי, וכן בנאנס כההוא דזבין נכסיה דהוי רק גילוי מילתא ונאנס בטל המכר, וא״כ קשה על הח״מ וב״ש, ועל זה כתב דאם יש לו מעות ולא אנוס לקיים התנאי כופין אותו לקיים התנאי ולהשלים. (עי׳ אבני מלואים שהזכרנו לעיל). והביא דברי הרא״ש בסוגיא לקמן מ״ז. התקדשי לי בפקדון שיש לי אצלך והלכה ומצאה שנגנב, אם נשתייר בו שוה פרוטה מקודשת. וכתב הרא״ש דוקא שלא ידעה סכום הפקדון, אבל ידעה סכום הפקדון אינה מקודשת, כיון שברצונה להתקדש רק בסכום הפקדון בשלמותו, וגם הוא אינו מחוייב להשלים כיון שלא הזכיר סכום בשעת הקדושין. והקשה מח״א בסוף הספר בחידושי טור אהע״ז תיפוק ליה דאף שהזכיר סכום, כיון שאינו חייב להשלים דבכל תנאי קימ״ל דלא חייב לקיים התנאי בע״ז לכן לא מקודשת, ולהנ״ל ניחא כיון דהוי רק גילוי דעת ולא תנאי כפול בגילוי דעת כייפינן ליה להשלים התנאי ולהכי כתב הרא״ש דאינו חייב להשלים כיון שלא הזכיר סכום הפקדון, משמע שאם הזכיר סכום הפקדון כייפינן ליה להשלים כמו שנתבאר לעיל. מיהו מדברי מהריטב״א קידושין מ״ח. נראה בפירוש שהבריר ביד המקדש ואין כופין אותו בגילוי דעת, וסיים ומסתמא כופין אותו או להשלים או לגרש ע״ש. הרי דאין כופין אותו לקיים התנאי כשהוא בגילוי דעת וזה נגד הר״ן והרשב״א.

וכתב בדברי חיים בקדושין ס׳ ט״ו לחלק בשלמא במוכר אדעתא למיסק לא״י דהקנין חל מצד הלוקח רק אח״כ רוצה לבטל אמרינן ליה זיל קיים תנאים, אבל כאן בקדושין בהתקדשי לי במנה ונתן לה דינר דאמרינן דהוי כאומר על מנת שיתן לה כל המנה ואם לא יתן לא תהיה מקודשת, ומ״מ לא כופין אותו לקיים תנאו דאינו דומה למאן דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא״י דכאן היה פסיקת דמים התקדשי לי במנה. ובספר מחנה אפרים הקשה על הרא״ש בהתקדשי לי בפקדון שיש לי בידך דאם ידעה סכום הפקדון ונגנב, לא מקודשת כיון דלא הזכיר סכום הפקדון, והקשה תיפוק ליה דלא כופין לקיים

התנאי. נראה דכוונת הרא״ש דאם הבעל רוצה בקדושין כשנגנב, ורוצה להשלים סכום הפקדון מחויב להשלים מיד. ואם אינו רוצה שהקדושין יחולו, הרשות בידו דבאומר התקדשי לי במנה ונתן דינר אינו חייב להשלים מיד, היינו אחר שיודעת שלא נתן לה תכף כ״א דינר ודעתה מסכמת שיתן לה אח״כ, אבל בקידשה בפקדון דעתה היה על כל מה שהוא בעין, או שאם יאבד ויגנב שישלם מיד ושלא להמתין כלל, ודעתה היה שכל המעות מיד בידה, ואם יהיה גניבה מהפקדון שישלם מיד ומ״מ סמכה דעתה שאם ישלם מיד הוו קדושין ואם לאו, לא הוו קדושין. ומצאנו דעת הרשב״א בגיטין ע״ו ד״ה ת״ר שהביא בשם בעל העיטור דבכל תנאי שהתנה בע״מ ומעכשיו יכול הבעל להתנות תנאי אחר או לבטל התנאי טרם חלות תנאי הרא״שון, והקשה עליו מסוגיא דידן התקדשי לי במנה והיה מונה והולך חזור אפי׳ בדינר האחרון ומוכח דלא הוי כעל מנת שאתן לך דבעל מנת שאתן לך אינו יכול לחזור, דאי יכול לחזור נימא לעולם מקודשת למפרע כשישלם ואי פשטה ידה וקיבלה קדושין מאחר בנתיים אינה מקודשת לשני. והיינו דר״א אבל בחזרו בהם, דהא ביטל את הקדושין קודם קיום התנאי ואפי׳ שקיים התנאי לא מקודשת דלא חלים למפרע כיון שביטל התנאי. ומה שאמר ר״א מקודשת וישלים היינו בלא ביטל התנאי, ומ״מ קשה על הרשב״א דהא דכתב בעל העיטור דיכול לבטל התנאי קודם חלות הקדושין היינו רק הבעל, אבל לא האשה דהוא התנה. ובגמרא משמע ששניהם יכולים לחזור בדינר האחרון. ועיין בקרבן נתנאל שהקשה כן בשם בנו.

ג. **ודעת** הרמב״ן ור״ן הסוברים בגילוי דעת ברור כגון עובדא דידן לא בעי תנאי כפול וכן היא שיטת הרא״ש דהוי כמו שכפל ואם לא יתן או לא ישלים לא חלו קדושין כיון דא״ל התקדשי לי במנה, אלא שאנו אומרים כשנתן לה דינר דלא נעכב ונתלה הקדושין עד שיתן השאר, אלא מיד מקודשת בתנאי שישלים, דכיון דלא קידשה בדינר אלא במאה דינרין הרי על דעת כן הסכימה, ואם לא ישלים לא מקודשת. וכ״כ בתפארת יעקב ס״ק ט״ו. וכ״כ בשיטה לא נודעה דאם אמר לה התקדשי לי במנה ונתן דינר, דעתה להתקדש עכשיו, וגמרא בדעתה לאקנויי נפשה מעכשיו כשיתן, אבל לא נתן, לא מקודשת דהרי לא אמר לה התקדשי לי בדינר ע״מ שאתן לך מנה דבאופן זה התנאי בטל כיון דלא כפליה לתנאו ומעשה קיים. וכן דעת הריטב״א דאם לא השלים לא מקודשת. ויש לדייק בלשון הרמב״ם דכתב והוא שישלים ומשמע שאם לא השלים לא מקודשת. אמנם יש גירסה אחרת ברמב״ם שכתוב בה ״והוא ישלים״ ושתי הגירסאות מצאנו לרב המאירי שהביא מחלוקת בלשונות דלישנא ראשונה דהיא מקודשת וישלים בעל כרחו. ודיעה ב׳ דמקודשת עד שישלים משמע דאם לא השלים לא מקודשת ונ״מ אם מת בנתיים אם הוי מקודשת או לא. וחידש בחזו״א סי׳ מ״ו אות ז׳ דלא בעינן עדים בשעת ההשלמה, ובפסקי הלכות פ״ז דאישות כתב דאם זקף השאר במלוה מקודשת כל שנעשה ברצונה והרי זה כאילו קיים תנאו וכ״כ ביד דוד אות רכ״ד דכל זקיפה במלוה הוי כאילו קיבלה ונפרע החוב וחלים הקדושין למפרע, ושם בהגה הסתפק להסוברים דמחילת התנאי לא הוי כאילו קיימו ואינו חל למפרע אלא מכאן ולהבא בזקף עליו במלוה ואח״כ לא שילם לא יחולו הקדושין למפרע אלא משעת זקיפה ואילך ונשאר בצע״ג.

ד. **ואם** האשה מחלה לו ההשלמה כתב בתוס׳ ר״י הזקן בשמעתין מהא דאמרה הגמ׳ התקדשי לי במנה זו ונמצא חסר דינר אי דידעה ביה הא סברה וקבלה דשמעין מינה דאע״ג דקדושין לא נתנו למחילה היינו דבעינן שיתן לה שוה פרוטה ואפי׳ אמרה הריני כאילו קבלתיה אינו מועיל אבל אם א״ל התקדשי לי במאה דינרים יכולה היא למחול מקצתם, הואיל ומגיע לידה פרוטה ע״ש. וכ״כ הריטב״א בפשטות דאם מחלה לו ההשלמה מקודשת, דמחילה כהאי גוונא חשיבה כנתינה דלהנאתה איכוון. וכ״כ המאירי בסוגיין דאם מחלה לו ההשלמה כתבו רבותי שהוא כקיום התנאי ומקודשת גמורה אלא שצריך עדים במחילה ואע״פ שבפ״ז דגיטין דף ע״ד: אמרו בא״ל ה״ז גיטך על מנת שתתני לי מאתים זוז וחזר וא״ל מחולים לך שהמחילה לא מהני דוקא בגרושין דלצעורה קא מכוון אבל במקום אחר שאין הכוונה אלא משום הרוחה קיום תנאי הוא וכמו שאמרו בגיטין עד: קונם שאתה נהנה לי אם אי אתה נותן לבני כור של חטים שיכול לומר הריני כאילו התקבלתי ע״ש. ומשמע משמעתין דא״ל התקדשי לי במאה דינרים ונתן לה דינר דמקודשת מעכשיו, וכ״כ מרן בסי׳ ל״ח סעיף ו׳ דכל שאומר על מנת דיחולו הקדושין למפרע כשיתקיים התנאי, ולכן צ״ע על הרב תפארת יעקב כאן בסעיף קטן ט״ו דכתב דהיות ומרן בשו״ע ס׳ קמ״ד סעיף ב׳ די״א דגם בע״מ אינו כמעכשיו. הו״ל למרן גם כאן לחלק די״א דאינה מקודשת מעכשיו. וכתב דבירר את הסוגיא ולית מאן דפליג וס״ל דעל מנת לא הוי כמעכשיו, דהרי מרן

בשו"ע ס' ל"ח סעיף ו' כתב כשיתקיים התנאי מקודשת למפרע, והביא דין זה בלי חולק. ותמיה זו תמה הב"ש בס' קמ"ד דדיעה זו של הי"א שהביא מרן השו"ע לא נמצאת בשום מקום והביאו הרב פ"ת בס' ל"ח ס"ק ח' דהרמ"א בס' קמ"ג סעיף ב' ומרן בשו"ע ס' קמ"ד דיעה שלא נמצאת בשום מקום, ויש שכתבו לחלק דהעיקר כמו שכתב כאן דע"מ כאומר מעכשיו ורק שם לענין דינא באומר ע"מ שתצא חמה מנרתיקה, אבל בעלמא כו"ע מודי דכמעכשיו דמי ע"ש.

ה. **ובגמרא** אסקינן דמקודשת כשיתן הכל, דהגמ' הקשתה על רבי אליעזר דאומר מקודשת ויתן, הרי מצאנו שיכול לחזור עד דינר אחרון, ותירצה הגמרא שני תירוצים ברייתא שיכולים לחזור איירי במנה זו, דדעתה על כל המנה, אבל ר"א איירי במנה סתם שמקודשת בדינר ראשון שקיבלה. ותירוץ ב' של רב אשי דברייתא שיכולים לחזור איירי במונה והולך שדעתה לכן על כל המנה ור"א איירי בלא מונה והולך ומקודשת בדינר ראשון ע"כ. ונחלקו הפוסקים דעת הרשב"א והרא"ש ור"ן דלרבי אלעזר וגם הברייתא איירי במנה סתם דלרב אשי במונה והולך יכול לחזור ורב אשי ס"ל באומר מנה זו אינה מקודשת עד שישלים, ובאומר מנה סתם ומונה והולך אינה מקודשת עד דינר אחרון. וכן כתב הרא"ש להלכה דמקדש במנה זו או מקדש במנה סתם ומונה והולך אינה מקודשת עד שישלים. אמנם דעת הרי"ף והרמב"ם ס"ל במנה סתם מקודשת וישלים, אפילו מונה והולך ובמנה זו אם מנה והולך חוזרת בדינר אחרון. ומקורו של הרי"ף מהתוספתא בדין המקדש במנה זו שהאשה יכולה לחזור בדינר האחרון עד שיתן את הדינר האחרון, אם היה מונה והולך . ומזה דייק הרי"ף שהברייתא במונה והולך סוברת כמו התוספתא במנה זו. ודברי רב אשי שפי' במונה והולך דמשמע גם בא"ל מנה סתם נדחו אלא כל שאמר סתם מקודשת אפי' מונה והולך ובמנה זו במונה והולך חוזר, אפי' בדינר אחרון. וכ"כ ה"ה בדעת הרי"ף והרמב"ם. ומ"מ יש להקשות לדעת הרי"ף והרמב"ם דפוסקים כתירוץ קמא דמחלק בין מנה סתם למנה זו, דבמנה זו ס"ל לכ"א דאינה מקודשת עד שיתן למה כתבו דבמנה זו לא מקודשת אם מונה והולך הרי זה לתירוץ ראשון דתירוץ קמא מחלק בין מנה סתם מקודשת למנה זו, אפי' אינו מונה והולך והח"מ והב"ש כתבו שדעת הרי"ף והרמב"ם ושו"ע היא בין אמר מנה סתם למנה זו, וסיימו דהרי"ף והרמב"ם מזכירים מונה והולך להשמיענו שיכולים לחזור בהם, והגאון בהגהות ס"ק י"ט כתב דדברי הרי"ף והרמב"ם בדקדוק אמר מזה ומונה והולך, ויש דיעות דמסבירים שיטת הרי"ף והרמב"ם דרב אשי שתירץ מונה והולך איירי בא"ל התקדשי לי במנה זר־והוא חולק על תירוץ ראשון והרי"ף והרמב"ם פסקו כמותו, וכ"כ תלמיד הרשב"א בחידושיו נמצא לפ"ז דברי הגר"א שכתב שדברי הרי"ף בדקדוק מבוססים על דברי תלמיד הרשב"א שמצריך לשני תנאים לרב אשי מנה זו ומונה והולך ובזה מיושב השו"ע.

ו. **ובשא"ל** התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר לא מקודשת והקשתה הגמ' בקדושין מז. מר"א דא"ל התקדשי לי במנה ונתן דינר מקודשת וישלים, תירצה הגמ' מנה חסר דינר כסיפא לה מילתא למתבעיה מנה חסר תשעים ותשע לא כסיפא לה למתבעיה, וכתב הר"ן בשם הרמב"ן דהא דקיימ"ל לא מקודשת בנתן לה מנה חסר דינר דוקא בא"ל התקדשי לי במנה זו ונמצא חסר דינר לא מקודשת אבל במנה סתם ונמצא חסר דינר מקודשת דלא כסיפא לה מילתא למתבעיה. וכ"כ הרא"ש פ"ב דקדושין סי' י"ט והתוס' ר"י הזקן. וכ"כ הריטב"א בחידושין לקדושין דף מ"ז. בדעת הרי"ף ורמב"ם בסוגיא דהתקדשי לי במנה ונתן דינר מקודשת וכ"ש אם נתן לה צ"ט דינרין וכ"כ הח"מ והב"ש והים של שלמה פ"ב דקדושין סימן י"א אם כי דחה דברי הר"ן שכתב דהרי"ף ורמב"ם ס"ל דמלוה קונה במכר ומ"מ לענין דינא כתב בזה דדעת הרי"ף והרמב"ם דמקודשת ע"ש. אולם הרשב"א בחידושיו לקדושין דף מ"ז. הביא דברי הרמב"ן הנ"ל וכתב דמסתברא כחכמים דאמרי אינה מקודשת והא דתנן התקדשי לי במנה זה ונמצא חסר דינר ומינה דייק הרמב"ן הא במנה סתם מקודשת, לאו דוקא חסר דינר לאשמעינן הא דכוותה במנה סתם מקודשת דעיקר הברייתא לאשמעינן מונה והולך כל שחסר ממנו לא מקודשת לא שנא חסר דינר או צ"ט דינר ואורחא דמילתא נקט בשמונה והולך וחסר ממנו דינר, והוא הדין לחסר רובו, ותדע לך דאי ברייתא דוקא קתני א"כ נאמר דדוקא חסר דינר דאיכא תרתי מנה זו וכסיפא לה מילתא למתביעיה הא חסר רובו דלא כסיפא לה מילתא מקודשת, אלא על כרחין ברייתא לאו דוקא וכיון שכן לא תידוק מינה הא מנה סתם בכי הא דאינו חסר אלא דינר, מקודשת אלא הכי דייק מינה במנה זה ונמצא חסר אינה מקודשת לעולם הא במנה סתם ולא נתן לה אלא מקצתו, מקודשת ולעולם בדלא כסיפא לה מילתא למתבעיה וכן דעת הראב"ד ע"ש. וכ"כ הר"ן לאחר שהביא את הרמב"ן דחה ראיתו דסוגיא דמנה זה

לא שייך לסוגיא של מנה ונמצא חסר צ״ט דינר דאי הכי הא ידעה ביה דמנה אין כאן ואיהו הוא דאסיק שמיה מנה, וסברה וקבלה, אבל חסר דינר שאין האשה מרגישה בו בהא הוא דאמר אינה מקודשת ורבותא קמ״ל סד״א דדרך מנה להיות חסר לפעמים ממנו דינר, וכיון דאמר לה במנה זו כמות שהוא קאמר ותהא מקודשת קמ״ל דלא.

ובבני אהובה על הרמב״ם פ״ז דאישות הל׳ י״ז כתב דלהרמב״ם ליכא למימר דמקודשת משום הוכחת הרמב״ן דהא כתבתי לעיל שהרמב״ם סובר וכן הרי״ף והרא״ש דבמנה זו יש חידוש טפי דסלקא דעתך אמינה דדרך המנה להיות לפעמים חסר. ולענין הלכה כתב בתפארת יעקב ס״ק ט״ז שנראה עיקר כדעת הרמב״ן דמקודשת וראיה ברורה דבמנה זו אינה מקודשת הא מנה סתם מקודשת. אולם הים של שלמה פ״ב דקדושין פ׳ י״ב לאחר שהביא דעת הרי״ף ורמב״ם דמקודשת, כתב דמ״מ מנין לנו לחלוק על הסוגיא דגמרא דמחלקת בין חסר דינר לחסר צ״ט, וא״כ דברי ר״א מסייען דלא קאמר מקודשת אלא בחסר צ״ט דלא כסיפא לה למתבעיה אבל בחסר אחד דכסיפא לה למתבעיה אינה מקודשת ובפרט דבכל דוכתא קימ״ל כתב מנין לחלק הכא, וכן פסק הרא״ש להדיא כתנא קמא, וכן דעת הרשב״א ע״ש. ובעצמות יוסף דף מ״ז. כתב דלענין הדין הוי ספק מקודשת וכ״כ ביד דוד על הרמב״ם פ״ז דאחר שהביא דעת הרי״ף ורמב״ם דמקודשת, כתב דהדעת נוטה בזה כשיטתם דמקודשת וישלים, דדוקא בזקף הדינר מבלוה יש מחלוקת אי כסיפא למתבעיה ולא באופן שהקדושין תלויים בדינר וכ״כ הרא״ש דמקודשת, אך מאחר והראב״ד והרשב״א ס״ל דלא מקודשת מי יקל נגדם לפסוק בספק א״א ויש לחוש לדעתם ע״ש. ובב״ש ס״ק י״ג על דברי הרמ״א בא״ל התקדשי לי במנה ונתן דינר, מקודשת וישלים, והוא הדין אם נתן לה צ״ט וחסר דינר דמקודשת, ובזה ס״ל לרמב״ן דבמנה סתם מקודשת. וכתב הב״ש דלרש״י ור״ן מקודשת בחסר דינר אם קיבל עליו הדינר במלוה, ואם לא קיבל עליו לא הוי קדושין, ולהרמב״ם ושאר פוסקים דס״ל לדינא דמקודשת בחסר אפילו לא קיבל במלוה מקודשת. וכ״כ הרמב״ם והראב״ד ס״ל דאינה מקודשת בחסר, ויש שכתבו דאם זקף במלוה דינר החסר גם לראב״ד מקודשת, ויש שכתבו שאין הבדל בין זקף במלוה ללא זקף במלוה, בשניהם אם נתן לה מנה וחסר דינר אינה מקודשת. וכ״כ בספר שי למורה סי׳ נ״ז, וכ״כ באבני מלואים ס״ק ט״ו אחר שהביא דברי הב״ש כתב דנראה דדרך תנאי ודרך מלוה שווין הן ולמ״ד לא סמכה דעתה בשניהם לא סמכה דעתה ולמ״ד סמכה דעתה בשניהם מקודשת, ורש״י ור״ן ליפרשו לישנא דברייתא דתני המקדש במלוה אינה מקודשת הוא הדין דרך תנאי. וכ״כ בחזו״א סי׳ מ״ו דאין הבדל בין א״ל הדינר החסר יהיה עלי מלוה או לא אמר כן. אמנם במהרי״ט על הרי״ף כתב דא״ל בתנאי שישלים לה הדינר לא כסיפא לה דסומכת עליו שהוא ירצה לקיים הקדושין לכן מקודשת, אבל א״ל הדינר במלוה כסיפא לה ולא מקודשת, וכ״כ המקנה דהא דאמרינן כסיפא לה למתבעיה היינו באופן דא״ל יהיה עלי הדינר במלוה, אבל לא אמר לה יהיה עלי הדינר מלוה לא כסיפא דהוי תנאי ולא שייך לא סמכה דעתה, דאם לא יתן לה יתבטלו הקדושין. ובקונטרס אחרון נראה כדעת רש״י במונה והולך ונמצא חסר דינר וא״ל יהיה עלי מלוה, ושתקה סמכה דעתה ונמצא לרב אשי במונה והולך אפי׳ במנה סתם לא הוי קדושין, היינו דא״ל מנה החסר יהיה עלי מלוה, אבל באינו מונה והולך מודה רש״י דלא בעינן שיאמר יהיה עלי מלוה כיון דתנאי הוא.

ז. **ויש** להסתפק למ״ד כשאמר לה הדינר החסר יהיה עלי מלוה, האם בעינן שתאמר הן למי שסובר שאינה מקודשת מה יסבור אם אמרה הן, ונחלקו בזה הב״ש והח״מ דכתב מרן באמר לה התקדשי לי במנה והתחיל למנות לתוך ידה, אינה מקודשת עד שישלים ואפילו בדינר אחרון יכולים לחזור שניהם אלא א״כ א״ל דינר אחרון יהיה עליו מלוה ונתרצית, מקודשת. וכתב החלקת מחוקק ס״ק י״ד דדין זה פשוט, שאם אמרה הן מקודשת לכו״ע דסברה וקבלה להתקדש בצ״ט דינרים ובתנאי שישלים לה הדינר מלוה, ודמי למקדש במלוה ופרוטה דמקודש, כמובא בס׳ כ״ח סעיף י״ד, אבל אם שתקה כשאמר דינר החסר יהיה עלי מלוה, בזה אפשר לומר דלא נתרצית דכסיפא לה למתבעיה, וחזר הדין כמו שנאמר לעיל באמר לה התקדשי לי במנה סתם, ונתן לה צ״ט ובטור לא כתב דנתרצית אפשר משום דס״ל כדעת הרא״ש דפסק כמ״ד דלא כסיפא לה למתבעיה, ולפיכך מקודשת אפילו שתקה ע״ש. אולם הב״ש ס״ק ט״ז כתב דאם לא נתרצתה אלא שתקה י״ל על דיבורו הראשון היא סמכה שאמר מנה זו ועדיין יכולה לחזור משום דבעינן רצון שלה, ובח״מ הבין מש״כ ונתרצית משום דכסיפא לה למתבעיה והקשה גם בלי כסיפא הרי דעתה להתקדש במנה ולא בחסר.

ובאבני מלואים ס״ק י״ח כתב אפילו אמרה הן יש

דיעות דס"ל לא מקודשת דכסיפא למתבעיה, והוכיח מתוס' בב"ב קמז. וכן בחזו"א ס' מ"ו אות ו', וכתב בים של שלמה פ"ק בקדושין סי' י"א הביא דברי הטור שאם אמר לה התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר וא"ל יהיה עלי מלוה, וכתב בודאי שאמרה הן ונתרצתה בדבר וכו' דלא שייך לומר כסיפא למתבעיה, אלא בדלא אמר מידי. ודוקא במנה סתם אבל במנה זו פשיטא שאינה מקודשת, דהא התקדשי לי במנה זו ולכן אפי' אמר יהיה עלי מלוה לא מקודשת, ובטיב קדושין ס"ק כ"ד כתב דקשיא לי איך סתם התחבר דמקודשת בנתרצית הא אמר לה מנה זו וא"כ ליכא תנאי רק שמקדשה בכל המנה אם כן, אם אמר יהיה עלי במלוה להרמב"ן והרשב"א דס"ל בדין התקדשי במנה והניח משכון היכא דאגיד גביה אינה מקודשת. ולפיכך, אפי' התחייב ליתן לה מנה אינה מקודשת, וכאן נמי כיון שקידשה בכל המנה הרי מקצת כסף קדושין אגיד אצל הבעל ולא מהני רצוני שלה ולא דמי למנה סתם דמקדשא בדינר אחד והמותר אינו אלא השלמת התנאי משא"כ באמר לה מנה זו הרי לא נתרצית להתקדש רק בכל המנה. ועוד אפי' לפירוש הראב"ד בהא דהתקדשי לי בדינר ונתן משכון שאינה מקודשת משום דמנה אין כאן משכון אין כאן, ולהראב"ד אם מתחייב את עצמו ליתן מנה מקודשת, דלפי הראב"ד לא מהני רק בהתחייב וכן באמרה הן אחר נתינה ושתקה, הוי שתיקה לאחר מתן מעות, דלא מהני.

ח. **ואם** א"ל התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר או נמצא דינר נחושת ולא הכירה בו, אינה מקודשת. וכתב הר"ן בשמעתין דאם אמר לה התקדשי לי במאה דינר ונמצא חסר, או דינר של נחושת לא מקודשת, דאם האשה ידעה והכירה שיש כאן דינר של נחושת מקודשת, דסברה וקיבלה. וכן אם א"ל התקדשי לי במנה זו וניכר שאינו מנה מקודשת דסברה וקיבלה, וכתב הר"ן דבמנה זו לא שייך למתני תשעים ותשע כמו דתני במנה סתם דהא אמר לה מנה זו, ואין כאן אלא דינר הרי ידעה שזה לא מנה והוא קורא לו מנה, לכן סברה וקיבלה, אבל מנה חסר דינר שאין האשה מרגשת בו בהא הוא דאמר אינה מקודשת, והביאו הב"ש. ובאבני מלואים ס"ק י"ט כתב דמה שכתב הב"ש דאם ניכר שאינו מנה סברה וקיבלה לדעתי מידי מחלוקת לא נפקא. דהטור חו"מ סימן רל"ב כתב וז"ל כתב הראב"ד פעמים שהמקח בטל וחוזר בו כל זמן שלא השלים לו כיצד היה תופס שק וחלק ומדדו ולא היה בו סאה ה"ז חוזר אע"פ שרוצה להשלים לו הסאה, אבל היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור מידה וזה אומר הנה לך סאה אגוזים בדינר ונטלו ומדדו ומצא פחות ה"ז ומשלים, שהרי זה מכיר שלא היה בו סאה ועל דעת שישלים לו נטלו רואים דבאופן דיודע דמסר ונטלו על דעת השלמה נטלו וא"כ הוא הדין כאן בקדושין, ולדעת הראב"ד הא דפריק בש"ס דינר של נחושת היכי דמי אי דידעה סברה וקיבלה נראה דוקא בחסר דינר שייך דין זה דנטלה דישלים, אבל דינר של נחושת דסברה וקיבלה, לא צריך להחליף דהא קיבלה, דאם היה דעתה שלא לקבל לא היתה מקבלת, ומסיק האבני מלואים מידי ספקא לא נפקא, ע"ש. ויש לדקדק בדברי האבני מלואים דכל מקום דאמרינן סברה וקיבלה צריך השלמה, כגון בנתן לה דינר וא"ל התקדשי לי במנה. ומדברי הר"ן לא משמע כן דכתב איהו דאסיק לדינר מנה, והיא סברה וקיבלה. והר"ן כתב לישב בין מנה זו חסר תשעים ותשע למנה סתם, ואי במנה זו ונתן דינר צריך להשלים, היינו מנה סתם וצ"ע.

ט. **ובדין** מנה חסר דינר דאינה מקודשת, צ"ב האם הקדושין בטלין מעצמם שיכולים לחזור, וכל זמן שלא חזרו מקודשת. והמקנה עמד על זה דהוכיח מדברי הראב"ד דכתב דאם הכירה בו ולקחה, על דעת השלמה לקחה. אלא שהביא דעת הרמב"ן דכתב דאם חסר דינר, הקדושין בטלו מעצמם ולא בעי חזרה, אבל ראתה שחסר סברה וקיבלה להתקדש בזה. אבל מרש"י מוכח דקדושין לא בטלי ממילא אלא שיכולה לחזור בה כל זמן שלא השלים, וטעמו דהא דקאמר מנה זו לאו דוקא היא עצמה יכולה לחזור אלא אפי' בכיוצא בזה אין ראיה שנתרצתה ממה שקיבלה, דיש לומר דאדעתא שישלים קיבלה. ומסיק דלדעת רש"י והרמב"ם ושו"ע דאפי' ראתה שחסר דינר וקיבלתם אין ראיה לומר שנתרצתה, אלא נתרצתה להתקדש ע"מ שישלים. וזה כדבר הראב"ד ולא כדעת הב"ש בדעת הר"ן, והר"ן לטעמיה אזיל לשיטת הרמב"ן דאינה מקודשת כלל, אבל אם ראתה בשעה שאמר לה התקדשי לי במנה זו שהוא חסר ונתרצית בו מקודשת, ע"ש. והחזו"א בס' מ"ו אות ד' הוכיח דהרשב"א חולק על הר"ן דכתב הרשב"א בתשובה סי' תקס"ה הביאה הב"י באדם שלקח טורניש ונתן לאשה ואמר לה הרי את מקודשת לי במנה זו, דאינה מקודשת (דהוי כמנה זו ונמצא חסר) וע"כ דלא כהר"ן דהרי ראתה מה שנתן לה וסברה וקיבלה מ"מ אינה מקודשת, ואע"ג דבדינר של נחושת אמרינן בגמרא סברה וקיבלה אם הכירה בו שאני התם דנתן לה מנה. וכתב עוד דאפשר דהא דהר"ן ס"ל סברה וקיבלה היינו שלא

יתבטלו הקדושין אבל השלמה בעי לתת לה דאדעתא דהכי רצתה ע"ש.

ולפי זה יש להסתפק בנתן לה מנה חסר וא"ל התקדשי לי במנה שחסר וקיבלה, האם נאמר סברה וקיבלה ומחלה, או קיבלה ע"מ שישלים, וראיתי ביד דוד על הרמב"ם אות רל"ה ממה שהר"ן דחידש דכל שידעה סברה וקיבלה ומחלה השאר דמי לדינר של נחושת דהגמרא אמרה אי דידעה סברה וקיבלה וכחם לחלק בין דינר של נחושת לחסר דינר דבנמצא דינר של נחושת מ"מ א"ל מנה הרי יש כאן מאה דינרים אבל בחסר הרי חסר ובמאי קידשה ואפשר דגם השלמה לא מהני כיוון דא"ל מנה זו, או שמא דהוי כדין מונה והולך שכל זמן שלא השלים אינה מקודשת ויכולים לחזור, וכשמשלים חלו קדושין. או דקדושין חלין עכשיו והדינר חוב, או נחוש לדעת הר"ן דכל שידעה מחלה ונשאר בצ"ע ובאבני מלואים בס"ק י"ט כתב נמי לחלק בין נמצא מנה חסר דינר וידעה לדינר של נחושת וכתב דבדינר של נחושת דאמרה הגמרא ידעה וקיבלה הכוונה דאית בה דינא דיחליף כמו בדינר רע ועל זה הגמרא מעמידה שנתן לה בלילה ולא ידעה אינה מקודשת אע"ג דהשתא רוצה להחליף ולהשלים. וכן דעת הרמב"ם דכתב אפי' הכירה בו שהוא דינר של נחושת, אינה מקודשת, דהרמב"ם השמיט ולא כתב דין זה הכירה בו וכתב דהרמב"ם לית ליה סברה וקיבלה רק הב"י ס"ל דבדינר של נחושת אם לא היתה רוצה למה לה לקבל. ומדקבלה ע"ז נתרצית לו, וכ"כ בפסקי הלכות הנ"ל דגם בדינר רע אע"פ שלא יכולה להוציאו כל שראתה וקיבלה מקודשת. וכ"כ הטור דבנמצא דינר רע או של נחושת אם הכירה בו סברה וקיבלה, ואם לא הכירה בו ויכולה להוציאו על ידי הדחק מקודשת ויחליף , ומשמע דבדינר רע כל שהכירה לא צריך להחליף מטעם סברה וקיבלה, והאמת שבשיטה לא נודעה למי התם דלמה הגמרא לא הקשתה נמי בדינר רע אי דידעה סברה וקיבלה ותירץ דכיון דהגמרא חידשה בדינר של נחושת כל שידעתה סברה וקיבלה הוא הדין כאן. אי נמי בדינר רע אע"ג דחזיא ליה לא אמרינן סברה וקיבלה דכיון דיוצא על ידי הדחק הוא יחליף לה דמה ליה ע"ש.

והמקנה הוכיח מדברי הראב"ד דכל שהכירה בו וקיבלה אותו על דעת ההשלמה הסכימה ונטלה, אלא שמדברי הרמב"ן דאם א"ל התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר לא בעי חזרה אלא מיד לא חלו קדושין י"ל דכל דחזיא דחסר דינר סברה וקיבלה להתקדש, אבל לדעת רש"י דקדושין לא בטלי ממילא אלא שיכולה לחזור כל זמן שלא השלים. וטעמו דקאמר במנה זו לאו דוקא היא עצמה אלא אפי' בכיוצא בזה שאין ראיה שנתרצתה במה שקיבלתה דס"ל שקיבלה על דעת שישלים ואז תתקדש, ומסיק לפי זה לדעת רש"י והרמב"ם והשו"ע אפילו ראתה שחסר דינר וקיבלתה אין ראיה שנתרצתה בזה אלא רצונה על דעת שישלים, וכן כתוב בדברי הראב"ד אבל לפי הרמב"ן שכל שידעה וקיבלה הרי נתרצית בכך להתקדש ולא צריך להשלים ודו"ק. וכתב בחזו"א סימן מ"ו דמתשובת הרשב"א שהביא מרן הב"י מוכח דלא כהר"ן דהרשב"א בתשובה ס' תקס"ה דן באמר לאשה התקדשי לי בטורניש וא"ל התקדשי לי במנה שכתב הרשב"א דלא מקודשת דהוי כאומר לה התקדשי לי במנה זו ונמצא חסר, ולפי הר"ן הרי ראתה וסברה וקיבלה מוכח דהרשב"א פליג על הר"ן ועי' בשי למורה סי' נ"ו שהשוה דעת הרשב"א עם הר"ן ע"ש.

י. **וכתב** הרמ"א על מה שכתב בשו"ע אם קידשה במנה ונמצא חסר דינר או דינר של נחושת אינה מקודשת, סיים הרמ"א ויכולים לחזור בהם ע"כ, וכן פירש רש"י בשמעתין דף ח'. דהברייתא אמרה במונה והולך וסיפא דברייתא בחסר דינר ופי' רש"י השתא במנה סתם ומונה והולך, יכולים שניהם לחזור כל זמן שלא קיבלה כולה במנה זו ונמצא חסר דהשתא לא קיבלה כולה מבעיא דמצי הדרא ובחידושי הרמב"ן כתב דמרש"י מוכח דבעי חזרה והרשב"א כתב באריכות דמצי לחזור. ולכן כתב בחזו"א סי' מ"ו והוכיח כן מסוגיא דלרש"י בשביל לבטל הקדושין צריך לחזור. וכתב החזו"א סי' מ"ו דאם לא חזרה ושתקה מחלה מה שחסר לה ומקודשת. אמנם בחמדת שלמה על הסוגיא הוכיח דמה שכתב רש"י דאם לא חזרה לא נתבטלו קדושין היינו כשמשלים דאל"כ פשיטא דאינה מקודשת, וכן מוכח מרשב"א בסוגיא דשיראין דאם א"ל חמשין ולא שוו לא מהני מה שיוסף לה אח"כ. וכתב הרשב"א שיש לחלק בין שיראין למנה חסר דינר דראוי להוסיף ולהשלים, מ"מ מוכח מרש"י שצריך ליתן לה הדינר החסר, ובשיטה לא נודעה למי כתב דקידשה במנה ונמצא חסר אינה מקודשת, מ"מ כשישלים חלו הקדושין וכתב חזו"א צריך ליתן לה הדינר בפני עדים, דבזה חלו קדושין, וביד דוד פסקי הלכות ותפארת יונתן כתבו דאם השלים בשתיקה מקודשת.

ובח"מ ס"ק ט"ו כתב דמלשון השו"ע משמע שהוא יכול לחזור אפילו היא מרוצה וסיים החלקת מחוקק דהדבר צריך תלמוד. וכתב בעצי ארזים ס"ק י"ט דהדבר מפורש בברייתא דקתני רצה אחד מהן לחזור וכו', משמע שכל אחד יכול לחזור, ומוקי לה במנה זו אלמא שגם הוא יכול לחזור קודם דינר אחרון. וג"ל דכוונת החלקת מחוקק בשניהם יכולים לחזור לפני הדינר האחרון דוקא קודם שנתרצית, אבל אחר שנתרצית לא יכול לחזור, ושכן משמע מהרא"ש בב"ב פ"ה בשם רבינו יונה דבאינה יותר משתות דהו ביטול מקח ושניהם חוזרים, אבל אם המתאנה התרצה לא יכול המוכר לחזור, והוא הדין כאן.

ויש פוסקים דחולקים על רש"י וס"ל כל שחסר, קדושין בטלין מיד כפי שכתב הרשב"א בחידושיו ובתש"ע ס' תקס"ה, וכן דעת הריטב"א וכ"כ במגיד משנה פ"ז דאישות הל' י"ז דמנה חסר דינר בטלי קדושין ואפי' לא חזרה, ושכן פרשו קצת מפרשים ועיקר מ"ר ודעת הרמב"ם הם בב"ש ס"ק ט"ו דלדעת הרמב"ם דאם אמר הדינר החסר יהיה מלוה, נמצא לפי הרמב"ם שיכול לחזור בדינר האחרון איירי כשחסר, ובזה שניהם יכולים לחזור ש"מ דהרמב"ם ס"ל כרש"י דדוקא אם חזרו הקדושין בטלים וכ"כ הפני' בקונטרס אחרון בדעת הרמב"ם ע"ש. אמנם הכסף משנה פ"ז אישות הלכה י"ז דלהרמב"ם אם נמצא חסר דינר אינה מקודשת אפי' בלא חזרה, דלא כרש"י וכתב בעצי ארזים דעת הרמב"ם והרמ"א הביא שתי דעות ולא הכריע, וכתבו האחרונים דבמקום עיגון גדול יש לסמוך על הפוסקים ולפסוק דאינה מקודשת ולא מהני השלמה.

סימן כ

קידשה במנה וזרקתו לים

א. **גמרא** דף ח'. התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים או לאור או לכל דבר האבד, אינה מקודשת. הא שדתינהו קמיה הוו קדושין, הא קאמרה לא בעינא לא מיבעיא קאמר לא מיבעיא שדיתינהו קמיה דלא הוו קדושין, אבל זרקתו לים או לאור כיון דמחייבא בהו קדושי קדיש נפשה, והא דשדתינהו איבדקיה להאי גברא אי רתחנא הוא או לא קמ"ל. משמע מהגמרא שזריקת הקדושין הוי ראיה שלא רוצה להתקדש, ולכן יש לומר דדוקא זרקה הקדושין מיד עם קבלתם, אבל זרקה אותם אח"כ יש מקום לומר שאח"כ נתחרטה או שמא רוצה לבדוק אם הוא כעסן. וכ"כ תו"ס ר"י הזקן, דדוקא שלקחה המעות בכעס וזרקה אותם, אבל לקחה המעות שלא בכעס בפני עדים, ואח"כ זרקה אותם צריכה גט. וכתב המאירי דוקא זרקה בתוכ"ד. וכ"כ בשו"ת חכם צבי בס' קט"ו והביאו הפ"ת בנדון נערה שקיבלה קדושין ואחר שאמר לה העד מה את עושה, זרקה הטבעת מידה בפני המקדש, ושם דן בזריקה, והעלה דבגמרא משמע דזרקה בתוך כדי דיבור ואז אינה מקודשת, אבל זרקה אח"כ כבר חלו הקדושין. והקשה החכם צבי דהרי קימ"ל בכל התורה תוכ"ד כדבור חוץ מקדושין וגירושין כפי שאמרה הגמרא בב"ב קכ"ט: ונדרים פ"ז. משמע אפי' תוכ"ד לא מהני וצ"ל דדוקא י"ל באופן שעמדו וקדשו בודאי, כגון שאמרה הן, או שאמרה לו קדשני ונתן קדושין ורצתה לחזור, אבל באופן דנתן לה קדושין וזרקה אותם תוכ"ד הרי אף פעם לא גילתה רצונה ויכולה לחזור, אבל זרקתם אחר כדי דבור כבר חלו הקדושין ולא יכולה לחזור.

והקשה מהגמרא במכות ו. דמאה שהעידו כל חד וחד תוכ"ד של חבירו מקרי עדות אמת אף שיש הפסקה בין ראשון לאחרון. והכא נמי נימא כיון שתכף שא"ל העד מה את עושה השליכה הטבעת מידה מקרי תוכ"ד וצריך לחלק דבשלמא בעדים כולם באו לקיים דבר ולכן חשובים כולם לעדות אחת אבל כאן העד בא לסתור המעשה לכן לא חשוב כדי דיבור וזה ברור. והביא מה שכתב הרשב"א הובא בב"י סימן כ"ו באשה שנתנה טבעת לאומן וכשהחזיר לה א"ל הרי את מקודשת, וא"ל העדים מה את עושה נרתעה וצעקה וחרפה אותו. וכתב הרשב"א שאין כאן חשש קדושין בטבעת שלה דהתם ברור להרשב"א שהיה תוכ"ד ובלא"ה עיקר ההיתר שלא מקודשת כיון דמדובר בטבעת שלה ולא נסתפק אדם מעולם דתיהני זריקה אחר כדי דבור. וכן בכל התורה כולה משא"כ כאן דזרקה תוכ"ד ובזה גילתה דעתה דעושה כן לא מחמת חזרה אלא אף פעם לא התרצתה.

ומשמע מדברי החכם צבי דהרשב״א איירי תוכ״ד ולכן יכולה לזרוק.

ב. **אמנם** יש לדקדק בדבריו שכתב שהרשב״א איירי תוכ״ד דהרי אמרו לה העדים ראי מה את עושה, ואח״כ זרקה, וזה הוי יותר מכדי דבור. משמע דמהני זריקה אחר כדי דבור לרשב״א. ובקהלות יעקב הביא קושייתי המקנה בקו״א כאן כיון דקימ״ל תוכ״ד כדבור חוץ מקדושין וגירושין, איך מהני חזרתה ע״י זריקת הקדושין. וא״כ ניחוש שמא בשעת קבלה נתרצית לקדושין ואח״כ חזרה בה, וכתב לישב כיון שלא אמרה בפירוש הן, אלא אנו דנים על כוונתה, אנו אומרים שהוכיח סופה על תחילתה, ואמרינן שנטלה הקדושין כדי לזורקן. ודומה להא דנחלקו רשב״ג ורבנן בחולין ל״ט: בקיבל מתנה ואמרינן דפליגי בשתק ולבסוף צווח, ששתק בזמן שקבל השטר ולבסוף צווח וס״ל לרשב״ג דהוכיח סופו על תחילתו ולא הוי מתנה, אפי׳ דווח אחר כדי דיבור, רק שהיו עסוקין באותו עניין שהוא סמוך מאד אמרינן הוכיח סופו על תחילתו דאי איירי בתוכ״ד למה נחלקו רשב״ג וחכמים, הא אפי׳ בקנין משיכה ובכל התורה תוכ״ד יכולים לחזור, וכן הוא בחו״מ ס׳ קצ״ה סעיף ז׳ אלא ודאי מחלוקתם באחר כדי דבור דלרשב״ג הוכיח סופו על תחילתו, וכן מוכח מההוא דאמר כתבו גט לאשתו ובריא היה ולא אמר תנו ועלה לגג ונפל ומת דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו, גם אחר תוכ״ד, וא״כ גם בנ״ד בקדושין אף שהיה לאחר כדי דבור מ״מ אמרינן כל שזורקה הוכיח סופו על תחילתו, דהא אמרינן בסי׳ מ״ב ברמ״א באמרה קדשני וזרק לה קדושין לתוך חיקה ונערה אותם אינה מקודשת דהוכיח סופו על תחילתו כסוגיא דחולין דאמר כתבו ועלה לגג ונפל, דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו, ע״ש. ובעזרת ישראל סי׳ י״ג הביא ראיה לגאון מליסא הנ״ל, שאפילו זורקה הקדושין אחר כדי דבור לא חלו קדושין, והוכיח מדברי המרדכי ס׳ תקל״א בנערה שנתן לה אחד טבעת ולא א״ל לשם קדושין עד לאחר שעה שא״ל הוו עלי עדים שקדשתיה, ואחד מן העדים א״ל השליכי כי לשם קדושין נתן לך, והיא השליכה, והושוו כל הגדולים דלא חלו קדושין חדא דהוי שתיקה לאחר מתן מעות דלא מקודשת, ועוד הוכיח דיכולה לזרוק אפי׳ אחר כדי דבור. דאמרינן הוכיח סופה על תחילתה, דהא בנדון המרדכי שאמר הוו עלי עדים שקדשתיך, ואחד העדים א״ל השליכי כי לקדושין נתן לך, ואח״כ השליכה דתיבות אלו הם יותר מכדי דבור, ומ״מ פסקו הרא״ם ור״ת דהוכיח סופו על תחילתו ואינה מקודשת, וזה דלא כדעת החכם צבי הנ״ל וגדולה מזו פסק הרמ״א בחו״מ ס׳ רמ״ה סעיף י׳ במקבל מתנה ששתק כשבאה מתנה לידו ואח״כ צווח ומשמע מצעקתו שלא רצה במתנה מעיקרא, ואפי׳ חב לאחריני כגון שיש לו בעל חוב מכל מקום מאחר ולא היתה בחזקתו עד עתה נאמן עליה, ע״ש. והוא הדין בקדושין דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו.

ג. **ובאור** גדול סי׳ מ״ט דן במעשה שהיה לו באדם שהחזיק ידה של נערה וא״ל הרי את מקודשת לי, וכשהרפה ידו זרקה הטבעת והיה ספק אם זרקה אחר כדי דבור, והביא דברי החכם צבי־שהסתפק ברשב״א והאריך לדון אם יכולה לחזור אחר כדי דבור וסוף דבר העלה דדברי החכם צבי אינם פשוטים משום דאפשר דגם אחר כדי דבור מהני זריקה כמו שכתב המרדכי, וכמו שכתבו הראשונים שהוכחה ע״י מעשה מהני גם אחר כדי דבור, ע״ש. ובס׳ אריה דבי עילאה ס׳ ט״ז כתב להוכיח מדברי מהר״ם פדווא סו״ס כ״ד דכשזורקת הקדושין לאחר כדי דבור מוכח שאף פעם לא היה לה רצון להתקדש, והגם דמדברי הרב חכם צבי לא משמע כן מ״מ בנידון דידן גם החכם צבי יודה שלא קיבלתם לקדושין אלא לצחוק בעלמא, ע״ש. ומ״מ הרבה פוסקים ס״ל כדעת החכם צבי דלא מהני זריקה לאחר כדי דבור, וכ״כ בשו״ת גבורת אנשים לבעל הש״ק שהביא בתשובה סי׳ ה׳ בשם אביו מהר״ם כץ ז״ל, דלא מהני זריקה לאחר כדי דבור, והוכיח מגמרא התקדשי לי בדינר נטלתו וזרקתו לים אינה מקודשת, דוקא זרקתו תוכ״ד אחרת למה הגמרא לא אמרה זרקתו לים דודאי נטלתו כדי לזרוק, דאם לא נטלתו אין כאן זריקה, אלא ודאי נטלתו וזרקתו מיד. וכתב אל יהיה דקדוק זה קל בעינך.

וכן הוכיח מהחינוך לענין חלה דהס״ל מצרף דתנן הרודה ונתן לסל, בזה מצרף, אבל אם רצה והניח על השולחן שנפטר הסל לא מצרף מדאוריתא, וכן הוכיח מב״י בס׳ מ״ב בזרק לבגדיה ונענעה דלא מקודשת כשנענעה תוכ״ד, וכ״כ מרדכי והגי״ה מימון, וכ״כ הרא״ש הביאו ב״י דדוקא בתוכ״ד והרב שמש צדקה ס׳ א׳ ומהרשב״ם ח״ג סי׳ נ׳, ובשו״ת חתם סופר ח״א ס׳ פ״ד הביא הגהות מיימון דרק בתכ״ד מהני זריקה, וכתב לחלק בין אמר כתבו גט לאשתו ועלה ונפל ומת דשם הוכיח סופו על תחילתו, כפי שאמרה הגמרא בגיטין דף ס״ו. וחולין ל״ט. ע״ש. ובשו״ת רב פעלים ח״ב סי׳ ד׳ הביא דברי חכם צבי דאחר כדי דבור לא מהני זריקה כתב

להוכיח כן, ותמה על החכם צבי שלא הוכיח דבר זה מהגהות מיימון וכ״כ בשו״ת זבחי צדק ח״ב סי׳ א׳ וכ״כ בשו״ת פני יצחק אבולעפיה ח״א סי׳ י׳. וסיים שדברי החכם צבי אמת ורוח ד׳ דבר בו שכוון לדעת גדול המהר״ם הובא בתשובות מיימוניות, ע״ש.

ד. **ובשו״ת** חיים אויערבאך דיני קדושין סימן ב׳ הוכיח כחכם צבי ותמה על הקהלות יעקב דס״ל דזריקה מהני אחר כדי דבור, ומה שהוכיח מרשב״ג בשתק ולבסוף צווח היינו בזיכה לו ע״י אחר ולא קיבל בידו מאומה. אבל בקיבל בידו לא יכול לחזור רק בתכ״ד וכן נפסק בחו״מ ס׳ רמ״ה סעיף י״א דרק בזוכה על ידי אחר. וכ״כ בשו״ת ר׳ עקיבא איגר סי׳ צ״ו כדעת חכם צבי דלאחר כדי דבור לא מהני זריקה, וכ״כ בשו״ת דברי מלכיאל ח״ג ס׳ צ״ג שהביא דברי הקהלות יעקב ותמה עליו שאיך מהני זריקה אחר כדי דבור דהוכיח סופו על תחילתו דהא רשב״ג איירי בזיכה לי ע״י אחר ושתק ולבסוף צווח, אבל בקיבלה קדושין וזרקה אותם אין שום הוכחה דלא רוצה בקדושין דבודאי נתרצית והוי קדושי ודאי, רק עכשיו חוזרת בה ואפי׳ כוונתה לכך מ״מ דדברים שבלב אינם דברים, וכתב לחלק דלא דמי למתנה דשתק וצווח דמהני אפי׳ חב לאחרים דכאן בקדושין יש סברא לומר שהיא נתרצית, ועכשיו חוזרת ולא יכולה לחזור דלא אמרינן בקדושין תוכ״ד כדבור. ובס׳ אריה דבי עילאי סי׳ ט״ז הביא דברי הקהלות יעקב שמהני זריקה לאחר כדי דבור דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו דהחת״ס דחה סברא זו והוכיח כדעת החכם צבי דפסק בסכינא חריפא דלא מועיל זריקה לאחר כדי דבור שכתב דלא נסתפק אדם מעולם שמהני זריקה לאחר כדי דבור דהרי גם מהר״ם כץ אבי הש״ך ס״ל כן כדעת החכם צבי, דהא דמהני תוכ״ד כיון שעוד לא חלו קדושין. אבל לאחר שחלו קדושין לא יכולה לחזור, כפי שמובן מדברי רש״י דף י״ב. דהוי שתיקה בעת מתן מעות הוי הוכחה משתיקתה. והיינו שלא מחתה כל השיעור של כדי דבור, דאז נגמרו הקדושין. ומוכח דאם היתה מוחה תוכ״ד לא חלו. והטעם דכל זמן שלא חלו הקדושין מהני חזרה. וזה ראיה לסברת ח״צ דלא מהני זריקה לאחר כדי דבור, והעלה בסוף דבריו דאין לזוז מדברי החכם צבי, דלאחר כדי דבור לא מהני זריקה.

ובחזו״א סי׳ מ״א אות ח׳ הביא דברי החכם צבי וכתב וראיתי מצדדים לומר דמהני זריקה לאחר כדי דבור, וחלילה לומר כן דכל שלא זרקה מיד אלא מחזקת בשקט רוח, כבר הוחלט שנתרצתה וכן מוכח בגמרא קדושין י״ב: דאמרינן בשעת מתן מעות מקודשת בשתיקה, ואין סברא דיועיל זריקה אח״כ. ואף דעל כרחך חלוקה שתיקה מאמרה הן, דבאמרה הן לא מועיל זריקה אפי׳ תוך כדי דבור, ובשתיקה מהני מ״מ לא מסתבר שתועיל זריקה אחר כדי דבור, ומ״מ כשהשליכה תכף מגלה שאין רצונה בנטילה אבל כל שקיבלה והפסיקה בשתיקה הוי כמוכח שלשם קדושין, ואפי׳ אם לא כיוונה לקדושין הוי דברים שבלב וכמו שביאר כל זה החכם צבי בתשובתו, ע״ש. ובעין יצחק ח״א סי׳ נ״ח האריך לדחות דברי הקהלות יעקב ושם הביא ראיה דהרי״ף, הרא״ש ורשב״א לא אומרים הוכיח סופו על תחילתו והרמב״ם מסתפק דלמא הלכה כרשב״ג והעלה דהדבר בספק והיא ספק מקודשת בזרקה אחרי כדי דבור, ע״ש.

ה. **ויש** להסתפק אם העדים עצמם מסופקים מתי היתה הזריקה האם תוכ״ד או אחרי כדי דבור, מה דין אשה זו, וראיתי בס׳ ברית יעקב ס׳ מ״ב שדן בזה והעלה דאם העדים מסופקים אם השליכה תוכ״ד או אחרי מעמידים אותה בחזקתה חזקת פנויה, כמו שכתב הר״ן בסוגיא בפ״ק בנתן הוא ואמרה היא, וכאן נמי כיון שיש ספק לעדים דמי למקדש בלי עדים דלא מקודשת, כמו שכתב הב״ש בשם הג״א והח״מ בשם הר״ם דכל שהעדים מסופקים הוי כמקדש בלי עדים ואח״כ כתב לחלק בין עדים שיכולים לראות ולא ראו לנדון דידן שהעידו על הכל דראו נתינה וקבלת האשה רק שתיקתה לא מוכח אם קבלתו לכתחילה כדי לזורקו או קבלה ואח״כ זורקת, וכיון דהעדים מסופקים אם זרקה תוכ״ד הוי כמקדש בלי עדים. ואח״כ דן בזה דס״ל דאף שקבלה בשתיקה הוי מיד כהסכמה וריצוי לקדושין אלא דאם זרקתו תוכ״ד הוי גילוי דעת דמעיקרא לא נתכוונה לשם קדושין ולפ״ז ליכא חיוב על העדים להמתין לראות עד לאחר כדי דבור שלא זרקתם וממילא לא הוי כמקדש בלא עדים כיון דראו גוף הקדושין שקבלתם בשתיקה ומסיק אמנם נראה דעל כרחך צ״ל כמ״ש לעיל, דאל״כ קשה אהא דמהני זריקתה אפי׳ תוכ״ד והא קימ״ל תוכ״ד לא כדבור דמי בקדושין, אלא ודאי דאמרינן כיון דלא גילתה דעתה מקודם דרוצה להתקדש מה שקבלה בשתיקה לא הוי הוכחה עדיין, אא״כ מחזקת אותו עד לאחר כדי דבור, אז הוי הוכחה דנתרצית לקדושין. אבל כשזורקתו תוכ״ד הוי גילוי דעת דמעיקרא לא נטלתו לשם קדושין וכמו שאמר החכם צבי, ומזה מוכח דלא אמרינן דקבלתה בשתיקה הוי הסכמה דא״כ לא מהני זריקה אפי׳ תוכ״ד.

או כמו שכתב לעיל דנטילתה עדיין ליכא הוכחה דנתרצית לקדושין עד לאחר כדי דבור, וא"כ מחוייבים העדים לראות אם לא מיחתה וזרקתו תוכ"ד ואם לא ראו ומסופקים בזה הוי כמקדש בלא עדים.

ו. **ובספר** נפש חיה סי' י"ט הביא בשם ח"צ הא דמהני זריקה תוכ"ד אע"ג דבקדושין לא אמרינן תוכ"ד כדבור, כיון דלא אמרה בתחילה שרצונה להתקדש לכן שפיר מהני מה שזרקה הקדושין תוכ"ד. שזו הוכחה דלא רצתה הקדושין מעיקרא אבל לאחר כ"ד לא מהני. וכתב עליו הרב נפש חיה דדבריו צ"ע דבקדושין אין חילוק בין תוכ"ד לאחכ"ד, והעלה דהא דמהני זריקה תוכ"ד דוקא נטלתו בכעס וזרקה דלא הוי שום הוכחה דרצונה להתקדש, אבל כל שלקחתו בניחותא אפי' זרקה תוכ"ד מקודשת כיון דלא מוכח שנטלתו לזורקו. ומסיק באופן דיש ספק אם מתחילה דהיא רוצה, יש לחלק בין תוכ"ד לאחר כדי דבור ע"פ הרשב"ם בב"ב קכ"ט דבקדושין לא אומרים תוכ"ד כדבור מדרבנן. וכן דעת הרבה פוסקים ולפ"ז היכא דהוי ספק אם רצתה מעולם לא חיישינן כיון דאפילו רצתה בתחילה יכולה לחזור תוכ"ד מדאורייתא, אבל לאחר כדי דבור דלא מהני חזרה מדאורייתא חיישינן שמא רצתה מתחילה ולא מהני זריקתה ע"ש. וכן פירש המאירי בשמעתין שכתב באומר לאשה התקדשי לי במנה נטלתו בכעס וזרקתו לפניו אינה מקודשת כיון שנטלתם על דעת כן נטלתם, וכן הדין אם הזמינה חיקה לקבלו בכעס ונטלו וזרקתו לפניו, הואיל וניכר לעדים דאדעתא דהכי נטלתם. ומ"מ כל שנטלה בפני עדים בנחת כמתרצה לדברים או שהזמינה חיקה לכך ושלא בכעס ואח"כ זרקתם לפניו או לים כתבו גאוני ספרד שצריכה גט אפי' זרקתם תוכ"ד, דכיון שנטלתם בנחת אעפ"י שזרקתו לאלתר שמא נתחרטה לאחר קבלתה ואפילו נטלתו בכעס אם לא זרקתם אלא לאחר שיעור הראוי לכך מקודשת ודאי ואין זריקתה כלום עכת"ד. ובתוס' ר"י הזקן כתב בשם רבינו נסים בלשון זה ודוקא היכא שנטלתם בכעס וזרקתם מיד אז אינה מקודשת, אבל לקחה בפני עדים ואח"כ זרקתם לפניו או לדבר האבד צריכה ממנו גט ע"כ.

ז. **ויש** להסתפק לדעת החכם צבי דלא מהני זריקה לאחר כדי דבור דכל שנטלה וזרקה אחר כדי דבור אמרינן שהתרצתה ואחר כך מתחרטת, מה יהיה הדין אם גם בשעה שנטלה היה ספק אם התרצתה ובשו"ת מהרש"ם ח"ג ס' נ' כתב בנידון שנתן לנערה טבעת שתראה אם הוא טוב לקנותו, ובשעת נתינה א"ל לשון קדושין וא"ל אחותה דבטבעת כזו עושין קדושין וכששמעה זרקה אותה והאריך בדברי הפוסקים דלא מהני זריקה לאחר כדי דבור ובסוגיא דהוכיח סופו על תחילתו והעלה כיון דהנערה רצתה לקנות הטבעת ונתן לה על דעת לקנות ואח"כ א"ל הרי את מקודשת מ"מ י"ל דהיא לא השגיחה בזה שאמר לאחרים, כיון שאמר לה שימכור לה והיא הסכימה לכך, ועל דעת זה הושיטה אצבעה, הרי דלא קבלה לשם קדושין ויכולה לזרוק אותה אחר כדי דבור ואינה מקודשת.

וכ"כ בשו"ת בית יצחק שמלקיש ח"א ס' צ"ח דגם לחכ"צ דלא מהני זריקה לאחר כדי דבור מ"מ בנידון דהמהרש"ם דרצתה הנערה לקנות טבעת והוא אמר לעדים ראו שאני מקדשה והיא זרקה, לכו"ע לא מהני. דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו, ועי' בנתיבות המשפט חו"מ ס' ר"ס דכתב דגם בקנין חצר מהני שתק ולבסוף צווח לבטל הקנין. והוא הדין ביד שלא מדעת דמהני שתק ולבסוף צווח ושוב הניף ידו בס' כ' ס"ק ט"ו דמהני מה שצווח בסוף לבטל הקנין. וסיים הרב בית יצחק שאף שבספרי על או"ח ס' כ"א אות א' השגתי על הנתיבות בזה מ"מ בנדון דידן שלקח הטבעת בתחילה לא על דעת קדושין יש לצדד דמהני חזרתה ע"י שזרקה אף לאחר כדי דבור, דגם לדעת החכם צבי אם יש ריעותא דמוכח מועילה הזריקה גם לאחר כדי דבור. וכן מצאנו בשו"ת תועפות ראם טוייבש בס' ל"ז דהעד העיד שא"ל רק הרי את מקודשת, ולא אמר לי , דלדעת רוב הפוסקים לא מקודשת ורק הרמ"א בס' כ"ז חשש לדעת מקצת המחמירים. ובנד"ד גם הרב ח"צ יודה כיון דהאשה לא שמעה לי, ולא ידעה למי מתקדשת וכיון דלא א"ל חשבה דלא צריך זריקה דקדושין לא חלו, ולבסוף כשראתה שלא אמר למי מקדשה זרקה הקדושין בכה"ג גם הח"צ מודה דלא מקודשת אפילו זרקה לאחר כדי דבור ודו"ק.

ח. **ובשו"ת** חמדת שלמה ס' מ"ח בנדון שראו עדים שאחד אמר לנערה קחי חפץ זה שבארגז וכשלקחה א"ל הרי את מקודשת לי, ואחרי זה ראו העדים שהחפץ זרוק על הארץ, והעדים מסופקים מתי זרקה החפץ. ועד אחד מעיד שאם הנערה היתה באותו מעמד וצעקה עליה, ועד השני אומר אף אני כמוהו ואחר כמה ימים העיד שהנערה זרקה מיד, והרב המחבר דן באריכות על חלות הקדושין ונשא ונתן עם חכם אחד שכתב ארבעה צדדי היתר להתיר הנערה, וסיים עליו שלא רואה

מקום להקל, וע״ז הביא בס׳ מ״ט תשובת הגאון ר׳ יעקב מליסא זצ״ל שדן בדברי החכם המתיר ודן בדברי החמדת שלמה שכתב דיש מקום לדמות למה שכתב הריטב״א בב״מ כ״ח. שהביאו הב״י ס׳ כ״ט בסוגיא דמרי בר איסק שהביא עדים דהוא לא רמאי א״ל ידעיתון ביה דרמאי וחזרו עדים תוכ״ד של הרב, דכיון דאדם לא מביא עדים לחובתו יכולים לחזור תוכ״ד של הדיין. וכאן נמי כיון שהיא סמוכה על שולחן אביה ויראה מאמה, לכן זרקה משום יראה. והביא דברי התומים דהא דמהני זריקה רק תוכ״ד על כן אין מקום לומר דנטלה בשתיקה לא הוי הוכחה לריצוי דידה עד שמחזקת הקדושין בידה שיעור כ״ד ולא זרקתו דדילמא נשי לאו דינא גמירי וסברה דתתחייב באחריות.

והשיב על דבריו הגאון מליסא דמה שכתב דדמי לדברי הריטב״א בב״מ כ״ח. יש לחלק דשם אפי׳ אי הוי ספק לא מוציאין ממון דלא מוציאים ממון מספק כיון דיש חזקת ממון אבל הכא מספק נעמיד אותה על חזקת פנויה. ועוד דהכא לאו מטעם חזרה הוא, רק שאין כאן גילוי דעת כלל שנתרצית, שהרי לא אחזה בידה רק אחר כדי דבור, וכ״כ בברית יעקב דאחזתו בשתיקה לאחר כדי דבור אז ידעינן דרצונה לקדושין מיהו בשו״ת רע״א ס׳ צ״ז וכן בתשובתו שהביא הרב חמדת שלמה בסי׳ נ׳ אחרי תשובת ר׳ יעקב מליסא ז״ל שכתב דההוכחה דרוצה בקדושין רק מאחיזתה בחפץ עד אחר כדי דבור וכמו שכתב הגאון מליסא מ״מ מסיק דהנטילה בעצמה הוי רצון והסכמה, אלא אם זרקתו תוכ״ד הוי גילוי דעת למפרע דלא נטלתו לקדושין, וממילא בכה״ג דזרקתו אחר שצעקו עליה ליכא הוכחה. וכ״מ מדברי החזו״א ס׳ מ״א אות א׳ דלא מהני אמירתה שלא הבינה שלשם קדושין קבלה דהוי כחזרה. ורק בזרקתו אמרינן דנטלתו כדי לזורקו א״כ בכה״ג דלא שייך למימר הכי גם זריקה הוי כחזרה ולא מהני, ע״ש.

ט. **ובנטלתו** וזרקתו לים בפניו פרש״י לומר איני רוצה וכן דייק המקנה דזרקתו שלא בפניו לא מהני זריקה ומקודשת. וכ״כ הרמב״ם פ״ד מאישות הל׳ ד׳ וזרקתו לים בפניו. וכ״כ הסמ״ג דבעינן שיראה בעצמו הזריקה ובס׳ המקנה בקונטרס אחרון כתב דלפי גירסת הלחם משנה ברמב״ם נטלתו וזרקתו לפניו או לים, דווקא בזרקתו לדבר שאינו אבד בעינן בפניו. אבל בזריקה לאור נראה דלא הוו קדושין בין בפניו בין שלא בפניו. ואדרבה שלא בפניו עדיף דמוכחא מלתא דאינה חפצה בקדושין כיון דלא שייך טעמא דאמרינן דבפניו רוצה לבדוק אותו אי רתחנא הוא. משמע בגמ׳ דאי לאו הכי מילתא דפשיטא דלא מקודשת. ולהכי הגמרא לא הזכירה גבי זרקתו לים בפניו משום דכולל בין בפניו בין שלא בפניו.

ובזה מיושב לשון הטור שלא לדבר האבד וכו׳. ותמהו עליו הב״ח והח״מ מהסוגיא דמשמע דהוי כ״ש מזרקתו לאור או לדבר האבד ולפי הנ״ל ניחא, דבזרקתו לאור לא הזכיר בפניו ובזה הוי פשיטא דאינה מקודשת וכן הוסיף שלא לדבר האבד וזרקתו לפניו דמהני, וכו׳. וכ״כ הרב אמרות טהורות דמהרמב״ם והטור משמע דבזרקתו לדבר האבד בין בפניו בין שלא בפניו אינה מקודשת, ולדבר שאינו אבד בעינן זרקתו בפניו. אבל שלא בפניו מקודשת, ע״ש.

ויש להסתפק בזרקתו בפניו לדבר שאינו אבד אבל היה חצרה או ד׳ אמותיה אי חשובה זריקה זו כביטול הקדושין. וראיתי בב״ש ס״ק י״ב דכתב בשם הב״ח ס׳ מ״ב דאם זרקה והיא בחצרה מקודשת אא״כ אמרה בפירוש שאינה רוצה בקדושין. והוסיף והוא הדין אם זרקה לתוך ד׳ אמותיה. וכ״כ הח״מ ס״ק י״א דבזרקתו לתוך ד׳ אמותיה או קרוב לה הוי קדושין. ובס׳ ארץ צבי ס״ק י״ב הביא דברי הב״ח והח״מ וכתב דמשמע בהגהות מיימון אישות א׳ שהביא הב״י כדבריהם וכן משמע מהרמ״א בס׳ מ״ב סעיף א׳ אם אמרה תחילה קדשני וניערה בגדיה וכו׳, ונפלו בתוך ד׳ אמותיה לא מקודשת. ובשו״ת רב פעלים ח״ב ס׳ ד׳ דן בנדון משרתת שנתנו לה הקדושין בחדר שבבית בעל הבית והיא זרקה אותם על הארץ הביא דברי הב״ח והשואל ומשיב מהדורא ד׳ ח״א ס׳ ל״ז. וכתב כיון שיש לה רשות בחדר והוא מיוחד לה הרי כרשותה ולא חשובה זריקה ומקודשת, ע״ש. וכ״כ בשואל ומשיב הנ״ל דאם קידש משרתת והיא זרקתן על גבי תיבה בבית בעל הבית והעלה כיון שיש לה רשות להשתמש בזה הוי כרשות שלה ע״ש. אמנם הב״ש ס״ק י״ב העיר על דברי הב״ח והח״מ והניח בצ״ע והבאר היטב הוכיח מגמרא דאמרה הא שדתינהו קמיה הוי קדושין דלמא בחצרה דלא מהני זריקה לדעת הב״ח. וכן תמה בתפארת יעקב והעלו הפוסקים האחרונים דמידי ספקא לא נפקא.

י. **ובאמר** לה התקדשי לי במנה וא״ל תנהו על גבי סלע, אינה מקודשת ובסלע שלה מקודשת, והטעם דלא מקודשת דכיון דאמרה לו תנם על גבי סלע, משמע

שלא רוצה להתקדש. ובתוס׳ ר״י הזקן קדושין ח. כתב דאם א״ל הרי את מקודשת לי והיא שתקה מקודשת, וכתב דלאו מילתא היא, ובאר היטב ס״ק ח׳ הביא דברי המרש״ך ח״א ס׳ קנ״ב בטלי קדושין מעל גבי קרקע אי מהני, דהב״ש ס״ק ח׳ הסתפק בזה והביא מדברי הרש״ך שכתב דגבי גט לא מגורשת ואיתקש הויה ליציאה ומ״מ יש להסתפק אי לכל מילי הוקש. וכתב הב״ש דלא דמי לפקדון שכבר היה בידה ובשו״ת מהריב״ל ח״ב סי׳ ל״ג הסתפק בזה וכתב דדוקא בגירושין לא מהני ולא בקדושין, ובגמרא דף ט: מילתא דאיתא בקדושין לא קתני משמע דמחובר איתא בקדושין והמקדש במחובר לא מקודשת והוכיח מסוגיא דידן התקדשי לי במנה תנם על גבי סלע אינה מקודשת דלא סמכה דעתה וסלע של שניהם הסתפק רב ביבי וקשה הא הוא ליה טלי קדושין מעל גבי קרקע מוכח מהגמרא ומתוס׳ דלא אמרינן כן בקדושין וזה דין מיוחד בגט ולאו לכל מילי איתקש הויה ליציאה ובשו״ת מהרי״ל ס׳ ע״ד כתב בפשטות דלא מהני טלי קדושין מעל גבי קרקע ע״ש. ובשואל ומשיב סי׳ ל״א כתב לדחות דאין ראיה משמעתין כיון דגמרא איירי שהוא שם אותם על גבי סלע לשם קדושין, לכן מהני דבקדושין לא כתיב ונתן בידה כמו בגט אבל באופן שהיה מונח על קרקע וא״ל טלי קדושין מעל גבי סלע לא מקודשת דכתיב כי יקח, ובעינן שתהיה על כל פנים נתינה ע״ש. אמנם המהרי״ל ס׳ ע״ד כתב בפשטות דלא מהני טלי קדושין מעל גבי קרקע כמו בגט, דהוקשה הויה ליציאה והקשה איך מועיל בקידשה בפקדון דאמרינן בדף מ״ז. דמקודשת הרי לא בא לידה בתורת קדושין והוי כטלי קדושין מעל גבי קרקע, י״ל דבקדושין בעינן שיבוא לידה מיד הבעל או מיד שליחו אע״ג דמעיקרא לא בתורת קדושין יהיב לה דהכי נמי בגט אם א״ל כנסי שטר חוב זה ואח״כ א״ל הרי זה גיטך מהני. והעלה דבטלי קדושין מעל גבי קרקע לא מקודשת ואפי׳ ספק אין כאן ולא צריכה גט אפי׳ מדרבנן ע״ש שהאריך.

ובשו״ת חתם סופר ח״א ס׳ פ״ב כתב בפשטות דהגם דמצאנו כמה גאונים דמסתפקים בזה מ״מ לא שבקינן פשטותיה של מהרי״ל מפני ספקם של הב״ש והרש״ך שלא ראו דבריו, שאילו ראו דבריו הוו הדרי בהו ופשוט דמקדש בשטר לא מקודשת בטלי קדושין מעל גבי קרקע דכיון דבגט לא מהני הוא הדין בשטר קדושין ושטר שחרור. והר״ן בראש פרקין מחלק במחובר בין קדושי כסף לקדושי שטר דבכסף לא בעינן מטבע לשמה, אבל בשטר בעינן לשמה וכתב שטר קדושין שלא לשמה לא מקודשת דאיתקש הויה ליציאה, והעלה דבכסף מקודשת במחובר אבל מחובר בשטר לא מקודשת, ולענין טלי קדושין מעל גבי קרקע אין הבדל בין קדושי כסף לקדושי שטר, וכ״כ בברית יעקב ח״ב ס׳ מ״א בנדון ששם כסף קדושין על העמוד וא״ל התקדשי לי שכתב דלא מקודשת דהוי טלי קדושין מעל גבי קרקע.

אולם הרבה פוסקים חולקים וס״ל דבקדושי כסף מהני טלי מעל גבי קרקע. וכ״כ במהרשד״ם ס׳ כ״ד דנסתפק בזה וכתב נראה בעיני דדוקא בגיטין צריך שיתנהו ממש לידה אבל בקדושין כל שנטלתו במאמרו הוי קדושין דתניא בקדושין דף ח׳: התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים או לאור אינה מקודשת וכו׳, ומשמע מלשון הגמרא נטלתו וזרקתו שהוא הראה לה המנה והיא נטלתו מעצמה, משמע שאין חיסרון של טלי קדושין מעל גבי קרקע, ואין לומר נטלתו שהוא נתנו לה דא״כ הו״ל לגמרא לומר א״ל התקדשי לי במנה וזרקתו לים. וכן מהמשך הגמרא התקדשי לי במנה תנם לאבא ולאביך. תנהו על גבי סלע דאם היה סלע שלה מהני דודאי לא נתן בידה אלא שהראה לה המנה. הוא הדין בדין נטלתו וזרקתו דהראה לה המנה, וכן נראה מדברי הרמב״ם פ״ד מאישות והטור שהביאו לברייתא הנ״ל בזה אחר זה, משמע ודאי דכולהו בחדא מחתא מחתינהו. וכולם איירי שלא נתן לה ביד, אלא שהראה לה והיא לקחתו, ומשמע דדוקא נטלתו וזרקתו לים לא הוו קדושין הא נטלתו ולא זרקתו הוו קדושין, וכן נראה להביא ראיה מהרמב״ם פ״ה א״ל הילך דינר זה במתנה והתקדשי לפלוני וכו׳ ה״ז מקודשת אע״פ שלא נתן לה המקדש כלום, וכתב הוא הדין שהנותן לא היה שליח, ואע״פ כן מקודשת דהוי כאילו נטלתו מהמקדש ובגט בכה״ג לא מהני שאם הסופר כתב גט בציווי הבעל ולא עשאו שליח לתת לאשתו אלא הסופר מעצמו נתנו לה והבעל אמר לה התגרשי בגט שקבלת מידו ודאי שאינו גט, הרי דגט וקדושין אינם שווין. והטעם דהא דאיתקש הויה ליציאה היינו בקדושי שטר, וכמ״ש הר״ן בריש פ״ק דקדושין לענין קידשה במחובר, אבל בקדושי כסף לא הוקש ע״ש ודו״ק.

י״א. **ובשו״ת** הראנ״ח סי׳ פ״ה דן ג״כ בזה והוכיח בתחילתמקידשתבפקדוךמשמעלאבענתינה ודחה דשם הגיע לידה מידו, וחשיבה נתינה וכמו שכתב הר״ן בגיטין ע״ח. גבי א״ל כנסי שטר חוב זה ואח״כ א״ל הא גיטך מהני וכן דחה הראיה מהתקדשי לי במנה וא״ל

תנם על גבי סלע אם היה סלע שלה מקודשת. וכתבו התו"ס שם דלאו משום חצר, אלא משום סמיכות דעת ובסלע שלא שלה לא מקודשת כיון דחסר בגמירות דעת, ומשמע מדבריו דאם לקחה קדושין מקרקע לא מקודשת, וכתב אח"כ דנראה סברא גדולה דמקודשת כיון דבקדושי אשה לאו בנתינה תליא מלתא אלא בהנאה כדאשכחן בהילך מנה ואקדש אני לך, באדם חשוב מקודשת וכן בעל מנת שאדבר עליך לשלטון וכיוצא בזה, דהכל תלוי בהנאה. וכן מוכח משו"ת מהר"ם פדווא ס' כ"ד באשה שחטפה כסף ואח"כ א"ל התקדשי לי בהם לולי הטעמים שהיו שם להקל ובבתי כהונה ח"א סי' ד' דף י"ח טור ד' שהביא דברי מהרשד"ם ומהראנ"ח הנ"ל וכ"כ בשו"ת מהרח"ש ס' כ"ב שכתב דנראה בהניח כסף בכה"ר וא"ל טלי כסף זה לקדושיך דמקודשת. וראיתי בהתקדשי לי במנה תנם על גבי סלע שאין רצונה להתקדש הא אם רוצה מהני, שהרי בהנאת מחילת מלוה מקודשת דשויא ההיא הנאה פרוטה, וכן משמע מהרמב"ם דכתב דהרווחת זמן מהני היינו בעת השוואה, והעלה דמקודשת גמורה, ע"ש. והביא דבריו בספר אמרות טהורות והביא דברי מהרשד"ם ומהראנ"ח וכ"כ הלכות קטנות ח"ב ס' כ"ה ובשמחה לאיש פי' י"ט.

ובאבני מלואים ס"ק א' אחר שהביא דברי מהרי"ל הנ"ל כתב אם כי איני ראוי להרהר אחר דבריו.

אמנם מוכח מדברי מהר"ם פדווא המובא ברמ"א ס' כ"ח סעיף ה' כי באשה שחטפה מעות וכו' דלא הוי קדושין משום דהוי שתיקה לאחר מתן מעות ומשמע דאם אמרה הן מקודשת, ואע"ג דלא היתה שום נתינה מיד המקדש, וכמובא בראנ"ח הנ"ל, לכן נראה דבכסף קדושין מהני טלי קדושייך מעל גבי קרקע ולייושב ראיות מהרי"ל מהא דכתיב ויצאה והיתה, ההיקש רק לקדושי שטר, אבל בקדושי כסף לא כמו שכתב הר"ן רפ"ק דקדושין בקדושי מחובר, דבתורת כסף מהני, אע"ג דבגט לא מהני, וכו' והוכיח ממה שאח"כ מתקדשת במעמד ג' דלא פסול בקדושין טלי קדושין מעל גבי קרקע דאי פסול בקדושין טלי קדושין איך מהני במעמד ג' הרי לא היתה נתינה, אלא שהביא דברי מהרשד"ם הנ"ל שכתב דמהני טלי קדושין מעל גבי קרקע הוסיף דלפי מה שכתבתי בסי' קל"ו דשיטת תו"ס והרא"ש גבי גט היכא דנתן לה גט לשם פקדון ואח"כ א"ל הרי את מגורשת בו דלא מהני דבעינן מתחילת הנתינה לשם גירושין ובקדושין תנן בדף מ"ז. התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך מהני, משמע דרק בקדושין מהני טלי קדושיך מעל גבי קרקע, ע"ש. ומהר"ש יפה כתב להוכיח ממעמד ג' ודחה הראיה מהתקדשי לי בפקדון דאם הגיע לידה במסירת הבעל משא"כ במעמד ג' שלא היתה כאן שום נתינה משמע דמהני ואין שום פסול בטלי קדושייך מעל גבי קרקע ע"כ. ובחידושי מהרי"ל סי' מ"ג דחה דמקדש במלוה במעמד ג' עדיף דקנין וזכיה באים כאחד, כמו דילפינן בסוגיא דשכיב מירע דתקיף ליה עלמא דאמרינן ותיחוד ותיפתח דכיון דבאה מרשות הבעל לרשותה קונה, ולא הוי טלי גיטך כיון דהקנה לה רשותו, ובפקדון דמקודשת כמו שכתב הר"ן דמהני גבי גט דבפקדון היא חייבת בשמירת הפקדון כשאמרה הנח לפני מתקדשת דהוי כנתן בידה.

י"ב. **וכ"כ** המקנה בקונטרס אחרון סי' כ"ז דהסכים למהרי"ט דבקדושין מהני טלי קדושיך מעל גבי קרקע ואם כי פיקפק על ראייתו מדין ערב דהתם מקודשת בהנאה זו שנותן על פיה דהוי כנותן מעות לידה דמה לה כסף או הנאת כסף דהעיקר מוכח דלא בעינן נתינה כמו בגט, והראיה בקידשה בפקדון שיש בידה מקודשת ובגט לא מהני. וכן בהיה בפקדון ביד אחר והרשה עליהם דמהני בקדושין כדמוכח בקדושין דף מח. והעלה דבקדושי כסף אין מקום לספק, ע"ש. ובעונג יו"ט ס' קל"ו הוכיח ממהרי"ט בגירושין לקדושין נ"ט. דדוקא בגט בעינן שליחות ממש דכתיב ונתן בידה, אבל בקדושין לא גרע מתן מנה לפלוני ואקדש אני לך הרי דמהני טלי קדושיל מעל גבי קרקע , אלא דלפ"כ קשה למה צריך ריבוי שליחות בקדושין הא סגי בגילוי דעת בעלמא דניחא ליה לקדשה וצריך לומר דהא דמרבינן שליחות בקדושין רק בקדושי שטר, דילפינן מגט דבעי נתינה מידו לידה, או בקדושי כסף היכא דלא בירר לשליח איזו אשה יקדש לו אבל אם בירר לשליח איזו אשה יקדש לו, אבל אם בירר לשליח איזו אשה יקדש לו ושלח הכסף לא בעינן שליחות כסף, ונראה להביא ראיה מקדושין מז. הא דאמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת מלוה להוצאה ניתנה נימא כתנאי המקדש במלוה מקודשת ויש אומרים אינה מקודשת וכו' ותסברא ושווין במכר שקנה ואי אמרת מלוה להוצאה ניתנה במאי קנה, ואי נימא בקדושי כסף לא מהני טלי קדושיך מעל גבי קרקע מאי פריק דלמא לעולם אמרינן סובר מלוה להוצאה ניתנה ואפ"ה במכר קנה בההיא הנאה שמחל לו, דלא בעינן שיהיה הדבר בידו אבל בקדושין דבעי נתינה אינה מקודשת אלא ודאי דגם בקדושין לא בעינן נתינה, וע"ש שהאריך. אמנם לפי

מה שכתב האבני מלואים בס"ק א' לדחות ראיה זו דאי נימא דמחילת מלוה מהני א"כ לא נחשב לטלי קדושיך מעל גבי קרקע דדוקא בדבר הצריך או משיכה או ע"י חצר שייך החסרון של טלי קדושין מעל גבי קרקע כיון שלא היתה נתינה מיד המקדש אבל מחילת מלוה אין הלוה צריך שוב זכיה אלא מיד כשמחל המלוה אפילו בעל כרחו דלוה נמחל החוב, וא"כ הו"ל המחילה כנתינה מיד המלוה, דהיינו המקדש וחשיב נתינה, אלא ע"כ הא דלא מהני קדושין משום דלהוצאה ניתנה ולכן פריך למה במכר קנה הרי להוצאה ניתנה ובמאי קנה.

י"ג. **ובחלקת** יואב סי' י"ד הוכיח דגבי קדושין מהני טלי קדושיך מעל גבי קרקע מהא דאיתא בירושלמי פ"ב הל' א' דאם אשה גזלה מעות מאחד, והנגזל קידשה באותו כסף, מקודשת היכא שהיה יכול להוציאו בדיינים הרי אף דלא היתה נתינה מעולם מקודשת והסברא בזה י"ל כמו שכתבתי בס' י"ב דכל היכא שצריך חלות קנין רוצה לומר שלא יכולה לזכות בו בלי הסכמתו מקרי רצון הבעל גרידא נתינה ליד האשה ולהכי מהני בקדושין טלי קדושין מעל גבי קרקע, מפני שצריך שהבעל יניחה לזכות בכסף, ועוד ראיה מקדושין סג. הרי את מקודשת לי לאחר שתשתחרר ונתינה של עכשיו לאו נתינה דאין לה יד, ומ"מ לאחר שתשתחרר מקודשת הרי לא נתן והוי טלי קדושין מעל גבי קרקע, ואין לומר דקדשה בהנאה כמו שחוק לפני דהא מה שנהנית כשהיא שפחה לא מהני כשתשתחרר, וא"כ הוי טלי קדושיך מעל גבי קרקע וכו', ועוד הוכיח מריטב"א דף ז'. הילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת וכתב הריטב"א אע"פ שלא עשאו פלוני שליח נגד רש"י רק מקדשה במה שזה נתן לה בשבילו הרי זו מקודשת, גם בתוספתא פ"ב דקדושין בקידשה בפרה ומשכה האשה את הפרה מקודשת, ומוכח דטלי קדושיך מעל גבי קרקע מהני וכ"כ הר"ן בריש פירקין בסוגיא דמחובר, ע"ש. ובגט מקושר למהרי"ט אלגזי סי' י"א הוכיח מדברי הרמב"ם פ"ד מאישות הל' כ"ה זרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה ונאבדו קודם שהגיעו לידה ה"ז ספק מקודשת, משמע אם הגיעו לידה מקודשת, ולא הוי טלי קדושין מעל גבי קרקע.

ומ"מ כתב בשו"ת פני יצחק אבולעפיא ח"ה סי' ר' דאע"ג דמרוב הפוסקים משמע דלגבי קדושין מהני טלי קדושין מעל גבי קרקע מ"מ להלכה יש לחוש לדעת הפוסקים דס"ל דלא מהני דהוקשו קדושין לגט אפי' קדושי כסף. ושם השיג על רב אחד דכתב דמהני כדעת המהרי"ל וחתם סופר, והביא דברי הרב הון יוסף סי' כ"ז דכתב באריכות דאילו ראה מהרי"ל דברי הראשונים היה תושש להם וכתב דאע"ג דגם הרב דברי אמת ס"ל דמהני טלי קדושין מעל גבי קרקע מ"מ הרב בית אפרים ס' מ"א דעתו לחוש לדעת הב"ש שהביא דברי הרש"ך דהוי ספק, ע"ש. ובקהלות יעקב כאן מחלק בין אם נטלה הקדושין מעל גבי קרקע מיד עם אמירתו לבין נטלתם לאחר זמן והוא ע"פ מה שהעיר על מהרי"ל מה שכתב לתרץ מהריב"ל שלא יקשה עליו מהא דהתקדשי לי ע"מ שאדבר עלייך לשלטון דבההיא הנאה דקא מהנה אותה חשוב כאילו יהיב לה והקשה הרי כל שאומר לה טלי קדושין מעל גבי קרקע מהנה אותה מה שנותן לה רשות לזכות בהם, ולכן כתב דאם א"ל טלי קדושין מעל גבי קרקע ונטלה מיד מקודשת, דהרי נהנית בדיבור שא"ל, ויכולה לזכות בהם ובההיא הנאה מקדשה.

י"ד. **ובס'** כ"ט נחלקו הח"מ וב"ש אם צריך שתהיה הנאה תוכ"ד בקדושין ומיהו לכו"ע עסוקין באותו ענין מהני ולפ"ז הא דמהני במקדש במעמד ג' כיון דמיד נהנית תוך כדי דבור שמצוה ללוה לתת לה, וכן דעת הרמ"א בס' כ"ח סעיף ה' באשה שחטפה מעות דלא הוי קדושין דהוי שתיקה לאחר מתן מעות, ומשמע דאם אמרה הן מקודשת וזה ראיה דטלי קדושין מעל גבי קרקע בתוך כדי דבור מהני, וכן הר"ן דכתב דמקודשת במחובר היינו בא"ל לך חזק וקני ומיד מחזקת בקרקע דאז מקודשת. וכו' ואם הוא נתן לידה מקודם אע"פ שההנאה לא מידית רק במה שזכתה במעות הקדושין כגון פקדון מ"מ מקודשת, דלא הוי טלי קדושין מעל גבי קרקע, ונ"מ לפי הקהלות יעקב אם א"ל כנסי סלע זה לפקדון וא"ל תנהו על גבי סלע ואח"כ נטלתו, דבאופן זה שלא היתה נתינה לאשה לא מהני ולדעת מהרי"ל פשיטא דלא מהני אלא אפי' לסוברים דבקדושין מהני טלי קדושיך וראיתם כפקדון, דלמא בכה"ג יודו דלא מהני וכ"כ בשו"ת הון יוסף סי' כ"ג, וכתב ממה שהגמרא אמרה קדשה בפקדון מקודשת ולא חילק, משמע דאין הבדל בין הגיע לידה מידו לנטלתו מעל גבי סלע. וגם למהרי"ל דכתב דלא מהני טלי קדושין וקשה עליו מפקדון וכתב לחלק דאם בא לידה מידו שמא בנדון זה יודה, ובקהלות יעקב כתב לחלק בין הגיעה הנאה לידה מיד בתוכ"ד לאח"כ נמצא בנדון דידן דנתן פקדון על גבי סלע ואח"כ נטלתו הוי כרשות מפקיד דלא קנתה מיד, רק אחר כדי דבור דלא מהני.

אולם בברית יעקב ח"ב ס' מ"א כתב דאפי' למהרי"ל דלא מהני טלי קדושין מעל גבי קרקע מ"מ בפקדון בכל אופן מהני כפי שאמרה הגמרא, ובפרט לפי הרשב"ם בב"ב דף פ"ה ד"ה המופקדים דנפקד מקנה רשותו למפקיד. וכ"כ הרא"ש בפ"ק דפסחים דאע"ג דנפקד קיבל אחריות מ"מ עיקר הממון של הבעלים וכיון דהשאיל הנפקד ביתו למפקיד הוי ביתו, וכ"כ הט"ז חו"מ ס' קס"ט לפרש דברי הטור א"כ לפ"ז רשות הנפקד הוי כרשות המפקיד, היכא שנתן המפקיד הפקדון לנפקד הוי כחצרו ומחנהו באין כאחד ולפ"ז בקדושין אע"ג דהפקדון לא בא ליד האשה מ"מ אם א"ל התקדשי לי בזה לא הוי טלי קדושין מעל גבי קרקע אלא מיד חצר ופקדון באין כאחד כסוגיא בגיטין ע"ח: בשכיב מירע דתיזיל תיחוד ותפתח. כמו שכתבו התו"ס דלא הוי טלי גיטך מעל גבי קרקע כיון דמקנה לה רשותו גיטה וחצרה באין כאחד. וכל זה בקדושי כסף אבל בשטר קדושין לדעת רוב הפוסקים לא מהני דהוקש הויה ליציאה וכ"כ בספר גט מקושר אלגזי סי' י"א דאחר שהביא הראנ"ח ומהרשד"ם ומהרח"ש דטלי קדושין מעל גבי קרקע מהני כתב הני מילי בקדושי כסף אבל לא בשטר, והטעם דבכסף לא בעי נתינה וסגי בהנאה אבל שטר לא מהני, וכ"כ בשיטה לא נודעה למי בקדושין דף י'. וחידש התפארת יעקב בס' כ"ז ס"ק ג' לפי הירושלמי שהביא הרא"ש ומובא בס' ל"ב דאם קידשה בשטר ונמצא פסול אם שוה פרוטה מקודשת הוא הדין אם נתן לה שטר וא"ל טלי מעל גבי קרקע דלא מהני, אם השטר שוה פרוטה מהני.

סימן כא

קנין ביאה בקדושין

א. **גמרא** דף י'. איבעיא להו תחילת ביאה קונה או סוף ביאה קונה נ"מ אם פשטה ידה וקיבלה קדושין מאחר אי נמי לכה"ג דקני בתולה בביאה. אמר רבא כל הבועל דעתו על סוף ביאה. והקשו התוס' מיבמות נ"ה. ששם מצאנו שאשה נקנית בהעראה מגזירה שוה קיחה קיחה מחייבי כריתות ונאמרו בזה כמה תירוצים. תירץ רבינו נסים גאון וכן היא שיטת הרי"ף ביבמות דסוגיא איירי בקונה אשה בביאה משא"כ שם ביבמות איירי שכבר מקודשת ולכן די בהעראה לעשותה נשואה, והסברא אומרת דאם רוצה לקנות אותה בתורת קדושין בעינן ביאה גמורה, אבל לגמור כגון שהיא מקודשת והוא רוצה לעשותה נשואה די בהעראה. והר"ן שם תמה על הרי"ף ממ"נ אם כבר מקודשת למה צריך ביאה הרי חופה גומרת, ואי לא היתה חופה הרי אסור לבוא עליה דכלה בלי ברכה אסורה וכדאמרינן בירושלמי פסחים פרק י' דהבועל ארוסתו בבית חמיו לוקה. ותירץ הר"ן דהבא על ארוסתו לשם זנות לוקה ואם לשם קנין די בהעראה, ועוד כתב דמסברא דאם חופה שראויה לביאה קונה כ"ש ביאה עצמה שמועיל לעשותה נשואה. ור"ת חולק על שיטת הרי"ף וכתב דהעראה קונה גם בקדושין כמו בגמרא יבמות והספק האם תחילת העראה קונה או סופה. וכתב המאירי להסביר סברת ר"ת דכיון דמצאנו דהעראה נקראת ביאה לגבי עריות מסתבר שתועיל אף לקדושין, והריטב"א דחה שיטת ר"ת דאמרינן בגמרא כל הבועל דעתו על סוף ביאה, ולא שייך לומר כן בהעראה אמנם הריב"ם הביאו דבריו התוס' ובעל הלכות גדולות וכן דעת הרשב"א מפרשים סוגיתנו בביאה ממש ואיירי לענין קדושין אולם יכול לקדש אשה בהעראה אם הוא אומר כן לפני עדים במקדש בהעראה אבל בסתמא אמרינן דעתו על סוף ביאה, ולכן העראה קונה כשדעתו אך ורק להעראה כגון הערה ופרש, אבל גמר ביאתו העראה לא קונה אלא גמר ביאה. נמצא דיש כאן ג' שיטות: דעת הרי"ף העראה לא קונה בקדושין, דעת ר"ת סוף העראה קונה, ולפי ריב"ם העראה קונה ותלוי בכוונתו.

ב. **וכתב** הרמב"ם פ"ג מאישות הל' ה' ואם קידש בביאה אומר לה הרי את מקודשת לי או מאורסת לי בבעילה זו וכל כיוצא בזה ומתיחד עמה בפני ב' עדים ובועלה והמקדש בביאה דעתו על גמר ביאה וכשיגמור ביאתו מקודשת ע"כ. ויש עוד גירסא ברמב"ם והמקדש בביאה מסתמא דעתו על גמר ביאה וכו'. ויש נ"מ בין הגירסאות, דלגירסא א' דכל בועל דעתו אגמר ביאה תחילת ביאה לא קונה. ולפי הגירסה מסתמא היינו בסתם אבל באומר בפירוש שרוצה לקנות בהעראה קונה, והר"ן וה"ה הביאו גירסא זו בדברי הרמב"ם וכתבו

דהרמב"ם גורס מסתמא אבל במפרש קונה בהעראה כדעת בעל הלכות גדולות, אמנם בפרק י' הל' א' מהלכות אישות פסק הרמב"ם שהבא על ארוסתו לשם נישואין אחרי שקידשה בהעראה לבד נעשית נשואה וקנה אותה והרי היא אשתו לכל דבר, וזה כדעת הרי"ף שחילק בין העראה אחרי קדושין להעראה לבד.

ולפ"ז גמרא דידן דעוסקת בקדושין העראה לא קונה בשום אופן וזה מישב את הרמב"ם דלא גורס מסתמא דהעראה בכלל פועלת בקדושין, וזה דלא כדעת הר"ן והרב המגיד הביא שיש גורסין בדברי הרמב"ם מסתמא וס"ל כדעת בעל ההלכות גדולות שכל הבועל סתמא דעתו על סוף ביאה אבל במפרש כוונתו לקנות בהעראה. וע"ז כתב הלחם משנה שהרמב"ם סובר כדעת בעל הלכות גדולות ולישנא דגמרא מסייע ליה כל הבועל דעתו על סוף ביאה ומוכח דהכל תלוי בדעתו ואם מפרש לקנות בהעראה מהני.

ג. **ובשו"ע** ס' ל"ג סעיף ב' כתב דכל בועל דעתו על סוף ביאה ואם אמר בפירוש שדעתו לקנות בהעראה קנה, הרי דס"ל כדעת הרמב"ם ובעל התרומות דגם בקדושין קונה העראה רק תלוי בדעתו, ואילו בשו"ע ס' נ"ה סעיף א' הביא דברי הרי"ף דאם בא על ארוסתו לשם נישואין מיד כשהערה בה היא נשואה והרי היא אשתו לכל דבר וזה כדעת הרי"ף. ויש לדקדק על מה שכתב הר"ן דביאה אחרי קדושין סגי בהעראה ומ"מ אם היתה חופה לא צריך ביאה ואי לא היתה חופה הרי קימ"ל הבא על ארוסתו בבית חמיו לוקה. ואמרינן מאמר דהיתרא קני מאמר דאיסורא לא קונה, ותירץ הר"ן דבא עליה לשם נישואין ולכן העראה קונה אבל סתם ביאה אחרי אירוסין היא ביאת זנות.

ולכאורה מה מקשה הר"ן ממאמר דהוא קנין דרבנן ושייך לומר מאמר דהיתרא קני דאיסורא לא קני אבל ביאה דקונה מדאורייתא גם אי עביד איסורא דבעל ארוסתו בבית חמיו מ"מ זה הוי איסור דרבנן ואיך יפקיע קנין דאורייתא. וראיתי בעצי ארזים ס"ק ג' דהקשה כן על הר"ן דלא ידע מאי קשיא ליה ועוד הקשה על הר"ן דלמה צריך להעמיד דהא דאמר הירושלמי בבא על ארוסתו בבית חמיו כשבא עליה לשם זנות ולא לשם נישואין ולכן לוקה כיון דלא התכוון לשם נישואין ודאי לא קונה וכי הא דאמרינן ביבמות נ"ב. במקדש יבמתו אחר חליצה לשם יבמה לא צריכה גט, דהוי כעודר בנכסי הגר וסבר שהם שלו דלא קנה, ואביי דדחי ליה דהתם על כל פנים נתכוון לשם קנין דהוי כעודר בנכסי גר זה ונמצא גר אחר דקני משמע דבאין מתכוון לשם קנין אפי' ביבמה לא מהני וכ"ש באשה לכן פירש דברי הר"ן דלא קשי ליה הא דביאה אחר קדושין מהני, דלא גרע מקדושי ביאה של נדה דתפסי בה קדושין, רק איפכא קשיא ליה לפי סברתו בקושיא דגם בבועל ארוסתו לשם נישואין לוקה וע"כ הקשה דלא היה להם לחכמים להחמיר כ"כ כיון דעביד איסורא בדין הוא דלא יועיל הקנין כדאמרינן במאמר דאיסורא לא קני. וא"כ לא היה להם להחמיר ולומר דעדין היא ארוסה וע"ז מתרץ דלא אמרו חכמים דלוקה היינו בבא עליה שלא לשם נישואין דבאמת לא הוי קנין משום שלא נתכוון לשם נישואין כלל. אבל בבא עליה לשם נישואין אינו לוקה ועדין צ"ע.

ובחקר הלכה אות ק' ס"ו סי' י"ט הביא מה שכתב בשו"מ מהדורה ג' ס' תע"ג מדברי הר"ן הנ"ל ממה שכתב הב"ש בסי' קס"ו ס"ק ה' שאף אם מדאורייתא אסור לייבם לשם נוי מ"מ אם בעל קנה, וכתב לישב דברי הרא"ש פ"ק דיבמות סי' א' דאפי' יבמתו נדה אם בעל קנה. ומביא ראיה מפסחים דף ע"ב. יבמתו נדה בעל פטור מ"ט משום דמצוה עבד, והחילוק פשוט דביאה ביבמתו כיון שהוא קנין מדאורייתא אין חילוק בין ביאת איסור להיתר אבל ביאה לשם נישואין שכתב הר"ן שהוא מדרבנן דמן התורה ארוסה מותרת בלי חופה. והר"ן הביא ראיה מיבמות מ"ט מאמר דאיסורא לא קני דהיתרא קני. והיינו משום דמאמר נמי מדרבנן, ומוכח דקנין דרבנן לא מהני היכא שעשה שלא כהוגן או באיסור, אבל באמת אין דמיון זה לזה כלל, דקניני אישות המה קניני מצוה דחז"ל אמרו מצוה שלא לבא על אשה בלי נישואין ותיקנו לזה קנין נישואין וכל שעובר על דבריהם עביד איסורא וגם המאמר תיקנו דהוא קנין גמור, והיא מצוה כאילו כבר יבמה, ולא תיקנו המצוה הזאת באיסור משא"כ גבי קנין רשות. ובשער המלך חופת חתנים ס' ט' כתב דדברי הר"ן נפלאו ממנו דכתב דביאת איסור אינו בדין שתקנה וקשה שהרי יבמה גופה גם אם בא עליה ביאת איסור כגון שהיא נדה קימ"ל דקנאה כדמוכח בפסחים ע"ב: וכמו שכתבו תוס' בריש יבמות ד"ה ואחות אשתו, ובחייבי לאוין דקדושין תופסין אפי' קידשה בביאה מקודשת כדמוכח בר"ן קדושין פ"ג גבי נשבית ופדאה דהקשה דנהמניה במגו באי בעי אמר קדשתיה בביאה לפסול לה, ע"ש.

וכן יש להביא עוד ראיות רבות וההיא דיבמות דאמר מאמר דהיתרא קני דאיסורא לא קני נראה דלא דמי כלל דהתם גבי מאמר שאני דאכתי לא עבד איסורא כלל ואם אנו אומרים דמאמר קונה בה קנין גמור א"כ נמצא דע"י קנין זה רוצה לעבור על איסור ולבוא על אחות זקוקתו ומשו"ה דין הוא שנאמר דקנין כזה אינו מועיל ובזה מוצל אותו האיש מאיסור אחות זקוקתתו. אבל הכא בבא על ארוסתו בבית חמיו, דאיסורא דעבד עבד, ואם אנו אומרים דקנין כזה אינו מועיל אצולי לא מציל נפשיה והאיסור שבה כדקאי קאי הילכך בדין הוא שיקנה ובודאי הר"ן אזיל ומורה איסורי לאוין דקידש בביאה דקני, ורק בביאה אחרי קדושין בבית חמיו דקונה ליורשה ולטמא לה שייך לומר סברא דלא תקנו לו שיקנה דלא מצאנו חוטא נשכר ואהא מייתי ראיה דהיתרא קני דאיסורא לא קני, ופקע מיניה איסור אחות זקוקתו ומותר בה והכא נמי כיון דביאת איסור היא אינו בדין שיהא נשכר להקנותה לכל הדברים.

ונראה להסביר דעת הרי"ף דאמרינן כל הבועל דעתו אגמר ביאה, ומה שעושה בתחילת ביאה הוי הכשר והכנה לגמר ביאה ומשו"ה אין התחלת ביאה מעתה חשובה לעשות קנין, דתחילת ביאה היא גרועה אבל כל שהיא קנויה הראה עושה נישואין, דע"י הראה זו לא עשה קנין דכבר קנויה לו אבל במציאות אינה ברשותו לנהוג בה כאיש ואשתו, דע"י זה נקראת שארו, אשתו.

ד. **ויש** לעיין אם בנישואין בעינן כוונה לקנות וראיה לכאורה מהר"ן דחילק בבא על ארוסתו לשם זנות לוקה, אבל בבא עליה לשם נישואין לא לוקה משמע דבעינן כוונה אמנם מדברי הג"ה מרדכי פ"ב דקדושין ס' תקמ"ו וז"ל ובא מעשה לפני רש"י באחד שקידש ונמצא אחד מעדי הקדושין קרוב או לא היה שוה פרוטה והשיב אע"פ שצריך לקדש פעם אחרת אין צריך להכניסה לחופה ולא ברכה אחרת של אירוסין ונישואין ואע"פ שצריך לקדשה שנית ונמצא שהיתה חופה קודם קדושין מה בכך הא קטנה שקדשוה אביה ואמה אין הקדושין קדושין עד שיגדלו ויבעלו ואמרינן בפ' הכותב קטן שהשיאו אביו כתובתו קיימת שע"מ כן קיימה וכו' והרי שם חופתו קודמת לקדושין ומהני ועי' במט"מ פ"י מאישות דהביא מחלוקת בזה ודעת הג' מרדכי ס"ל דמהני וכן המל"מ הוכיח דלדעת הרמב"ן וריטב"א מהני חופה קודם קדושין ממה שאמרה הגמרא תחילת ביאה קונה או סוף ביאה נ"מ לגבי כה"ג דקני בתולה בביאה דאי תחילת ביאה שפיר קונה ואי סוף ביאה הא הוי בעולה.

והקשו ממה דמסקינן ביבמות נ"ט. בכה"ג שקידש בתולה ובגרה קודם נישואין דאסורה משום דבשעת קיחה דנישואין צריך שתהיה בתולה והרי כאן הגמרא נשארה בספק אי ביאה נישואין עושה או אירוסין עושה, דאפי' נאמר תחילת ביאה קונה מ"מ יש ספק דבעת הנישואין היא בעולה. ותרצו הרמב"ן וריטב"א דאיירי בהכניסה לחופה קודם קדושין דאז מהני דאחרי שהכניסה לחופה בא עליה וקנאה ונעשית אשתו לכל דבר, וזה ראית המל"מ דדעת הרמב"ן וריטב"א כן, ויש לדחות דחופה לפני קדושין לא מהני אלא איירי בכה"ג שהכניסה לחופה ושם בא עליה דאם תחילת ביאה קונה הרי היא בתולה ולא השיר בתוליה ובאותו רגע קונה חופה ונעשית נשואה ודו"ק. והרי"ף לא ס"ל כן דכל ביאה דעושה אותה נשואה רק אחרי קדושין, דנשואין זה לא קנין אלא גמר קנין ולכן סגי בכל פעולה אפי' הראה.

ה. **ומצאנו** לרמב"ן וריטב"א דס"ל כדעות ריב"ם דאם מפרש דדעתו לקנות בהראה קונה, ומה דאמרה הגמרא כל הבועל דעתו אסוף ביאה היינו בסתם והקשה המל"מ פ"א מהלכות מכירה הלכה ד' דלפי דבריהם מה מקשה הגמרא נ"מ לכה"ג דאי גמר ביאה קונה הו"ל בעולה הרי לפניו שתי דרכים או שיקנה בהראה או בסוף וכל שיש לפניו שתי דרכים לעשות הקנין אחד בהיתר ואחד באיסור אמרינן דדעתו על ההיתר ולא על האיסור ולכן בכה"ג כיון דאם יחשוב לקנות בגמר ביאה עביד איסורא ואם יקנה בתחילת ביאה מותר אפי' אמרינן כל הבועל דעתו אסוף ביאה בכה"ג כדי דלא לעבור על האיסור אפי' בסתם קונה בתחילת ביאה. וכיו"ב כתב מהריב"ל בשו"ת ח"א סוף כלל י"ג לענין מקום שכותבים השטר שכסף לא קונה עד שיפרש אם נשבע שלא יכתוב שטר קונה בכסף דהוי כמפרש כדי שלא יעבור איסור וכתב רע"א בדו"ח כתובות ל'. דהעשה דבתולה בעמיו יקח קאי רק עליו ולא עליה ואע"פ דאמרינן ביבמות פ"ד: דכל היכא דהוא מוזהר היא גם מוזהרת מ"מ לגבי עשה כי אם בתולה בעמיו חל רק עליו ולכן כשאמרינן כל הבועל דעתו אגמר ביאה גם היא דעתה אגמר ביאה וכיון דאצל האשה אין איסור אע"פ שלגבי הבעל דיש איסור אמרינן דעתו אתחילת ביאה מ"מ לגבה דאין איסור ולכן דעתה אסוף ביאה ולא קונה דחסר ברצון האשה והרש"ש בכתובות שם תמה על רע"א

מתוס' חגיגה י"ד: ד"ה בתולה דכתבו דהוא אשה בבתוליה יקח קאי גם עליה דקרינן יקיח. וכ"כ בשטמ"ק ב"מ ל' בשם תוס' שאנץ, ע"ש. וח"א עצמו בתוס' יבמות אות נ"ז העיר על זה.

וראיתי בשערי חיים ס' ל"א דישב ע"פ דברי הרמב"ן בפירושו על התורה דקרא דהוא אשה בבתוליה יקח פירוש אבל לא בעולה והוא לאו הבא מכלל עשה ואומר כי אם בתולה בעמיו יקח אשה מלמד שהוא מצווה על הבתולה ע"כ לשון הרמב"ן. והיינו שנאמרו שתי הלכות בבתולה לכה"ג איסור עשה ומצוות עשה והאיסור עשה הוא דין ככל איסורי כהונה דדין בחפצא, והעשה הוא על הכה"ג לישא בתולה ואם לא נשא בתולה ביטל מצוות עשה. ולפ"ז גם היא מתכוונת להקנות בתחילת ביאה כיון דאפשר לעשות המעשה באיסור או בהיתר תלינן שדעתו על ההיתר. ובתוס' כתובות ל'. איכא בנייהו בעולה לכה"ג ופי' ר"ח דכל המחלוקת בבעולת עצמו ולא בבעולה מאחר וכתבו התוס' שם דאנוסת עצמו ובעולת עצמו לא ישא ואם נשא נשוי והוא משום דסופה להיות בעולה תחתיו ובכה"ג יש דין כי אם בתולה בעמיו ישא דהיינו המצוה בשעת נישואין שתהיה בתולה ולכן בעולת עצמו לא ישא משום דמבטל מצות עשה אבל אם ביטל העשה מה שעשה עשוי, ובמל"מ פי"ז מאיסורי ביאה ד"ה שוב האיר ד' הקשה על הרשב"א דס"ל דאסור לכה"ג לבוא על בעולה אפי' בלא נישואין מהא דיבמות ס"א: תניא ר"א אומר כה"ג לא ישא הקטנה לאימת קני לה לכי גדלה הרי היא בעולה ופי' רש"י דקידושי קטנה לאו כלום הוא והו"ל כאנוסת ומפותת עצמו, ומשמע דכל האיסור מה שמקיימת בגדלותה, אבל בקטנותה אין לו שום איסור אע"פ שהיא בעולה וקשה על הרשב"א ולפי הר"ח מיושב הרשב"א דכל המחלוקת בבעולת עצמו אבל בבעולת אחרים לכו"ע אסור, דהיא איסור חפצה אבל בעולת עצמו דיש אצלו רק עשה כי אם בתולה לא עובר על זה. ועל פי זה יישב קושית רע"א שהרי מילתא דפשיטא היא דמה שאמרו בתוס' חגיגה דאיהי נמי מוזהרת בעשה דבתולה ולא בעולה דזה כשאר איסורים דגם היא מצוות אבל המצות עשה לישא בתולה זה דין על כה"ג לבד והיא אינה מצוה ולכן הוא דמצווה דעתא על תחילת ביאה אבל היא שלא מוזהרת דעתה על סוף ביאה.

ג. **ובחידושי** רע"א הקשה אמאי יש קנין בבעולה לכה"ג נימא אי עביד לא מהני ואין לומר דכל המחלוקת של אביי ורבא רק בלאו דכל מאן דאמר רחמנא לא תעביד, אבל בעשה אי עביד מהני דהא פרכינן בתמורה מתורם מן הרעה על היפה דהוי לאו הבא מכלל עשה והכא נמי דייקא כי אם בתולה בעמיו יקח הוי לאו הבא מכלל עשה, ע"ש. והנה בעשה אי אמרינן אי עביד מהני דן בזה הפנ"י בסוף גיטין והוא מחלק בין עשה ללא תעשה דבעבר על עשה לכו"ע מהני וכ"כ קרבן העדה בנזיר פרק חמישי בשיירי קרבן שם, וכן הסכימו הפוסקים ובמסכת גיטין כתב הבית אהרן לישב דהגמרא בתמורה אליבא דרבא דס"ל כל מקום שנאמר לאמור הוי לאו כרבי יהודה ולכן בתורם הוי לאו משא"כ בבעולה לכה"ג דבכל הפרשה לא כתוב לאמור והביא ראיה מהא דמשחרר עבדו דעובר בעשה ולא אמרינן אי עביד לא מהני אלא על כרחך בעבר על העשה לכו"ע אמרינן אי עביד מהני וכן דעת הפנ"י בגיטין.

אמנם הנוב"י מהדורא קמ"א באהע"ז ס' ע"ז ס"ל דאין הבדל בין עשה ללא תעשה וכ"כ בתוס' רע"א ומ"מ לא קשה למה תפסי קדושין באלמנה לכה"ג דהא כתב הנוב"י תנינא חאהע"ז ס' קכ"ט בשם הרשב"א ז"ל דלא אמרינן אי עביד לא מהני לבטל קדושין כיון דהתורה גילתה דלא יחלל משמע דרק חילולין עושה אבל קדושין תופסין. והרי גילתה התורה דאע"ג דעבד איסורא קדושין חלין ולפ"ז א"ש קושיית ר' עקיב"א דמש"ה קדושין תופסים באלמנה לכה"ג ועוד מביאת איסור נמי לא שייך לומר אי עביד לא מהני כמו שוחט בשבת, וגם בבעולה לכה"ג דשם האיסור על הקדושין כי אם בתולה בעמיו יקח אשה ולמה חלין קדושין ע"כ משום גזה"כ ודו"ק.

ז. **ובגמרא** יבמות נ"ט. דרשינן ולו תהיה לאשה באשה הראויה לו פרט לאלמנה לכה"ג ופריך האי אלמנה היכי דמי האי ביאת אונס דבא עליה כה"ג דדרשינן ולו תהיה לאשה כמו בכל אנוסה, אילמא כדרכה מאי איריא משום אלמנה תיפוק ליה דהיא בעולה ולא ראויה לו והקשו על רע"א הנ"ל דהיא אינה מצווה על עשה דבתולה ולא בעולה דהרי בכתובות דף מ'. בהא דאינה ראויה אמרינן יבוא עשה וידחה לא תעשה ואמרינן כיון דאי אמרה לא בעינא ליכא עשה כלל וכתבו התוס' ישנים דאף דלגבי הבעל הוי עשה ולא תעשה ומותר בה מ"מ אינו ראוי לקיימה משום שהיא אינה מצווה בעשה ואין לה לעבור בלאו משום עשה דידיה, ותינח כשלא ראויה מחמת לאו אבל כשאינה ראויה לו מחמת עשה יבוא עשה של ולו תהיה וידחה עשה דבתולה, לפי מה שכתב הרמב"ם פ"ו מיבום וחליצה דעשה דוחה עשה

שבשב ואל תעשה כפי שהאריך הרב השאג״א בס׳ ל״ג ולפ״ד רע״א איהי אינה מוזהרת על עשה זה וא״כ כיון דאי אמרה לא בעינא ליכא עשה לפי תוס׳ הנ״ל לא אמרינן בזה עשה דוחה לא תעשה וקושיא זו שייך רק אם בבעולת עצמו היא דאינה מוזהרת דבגמרא איירי בבעולת עצמו.

וכן הקשה הרב שאג״א סי׳ ל״ג ד״ה אבל על שיטת הרמב״ם הנ״ל דאיסורי עשה דמצרי ואדומי נדחין מפני עשה דיבום מהא דאיתא בפסחים נ״ט. דלא דחי עשה דאכילת קדשים עשה של השלמה שלא יהיה דבר קרב אחר שחיטת של בין הערביים משום דמאי אולמיה האי עשה מהאי עשה וישב בספר שערי חיים ס׳ ל׳ שמה שכתב הרמב״ם עשה דוחה עשה בשב ואל תעשה, היינו באופן שהעשה הנדחה הוא לאו הבא מכלל עשה ואז דינו כמו עשה דוחה לא תעשה כיון דהעשה מדייק על לאו אבל באופן דהעשה הוא עשה בנפרד אין עשה דוחה עשה ולכן עשה דהשלמה הוא עשה רגיל שכל הקרבנות יעשו לפני קרבן התמיד וכל כי גוונא אמרינן מאי אולמיה האי עשה מהאי עשה ולכן בכה״ג שאנס אשה כדרכה חשיבה אשה שאינה ראויה לו כיון שהיא בעולת עצמו ומשום דכיון שיש בנשואיה משום ביטול מצות עשה לשאת בתולה, אין העשה של ולו תהיה לאשה יכול לדחותה דבזה מודה הרמב״ם דלא אמרינן מאי אולמיה האי עשה מהאי עשה.

ובשו״ע סעיף ב׳ אבל הערה בה ופירש מיד או שאמר תחילה שדעתו לקנות בהעראה קנה, וקשה בהערה בה ופירש מה חשבה האשה הרי כל הבועל דעתו על סוף ביאה והוי כאומר לה התקדשי לי במנה ונתן דינר או נמצא חסר דאינה מקודשת, ומה יועיל שפירש הרי היא דעתה על סוף ביאה. ואי דאמר לה הרי את מקודשת בהעראה מקודשת בהעראה ועי׳ בראב״ן ס׳ קכ״ו בהלכות יבמות. ובדברי הרי״ף יש להסתפק אי העראה דקדושין כגון בעל ופירש אי קונה ולכו״ע לפי מה שפירשנו לעיל בדברי הרי״ף לא קנה בהעראה ורק אם היה קנין קודם סגי העראה לגמור אבל לקנות מחדש לא כפי שכתב הרי״ף בפרק הבא על יבמתו ושמא יש לחלק דיבמה כיון דזקוקה לו הוי כמו ארוסה דהעראה קונה. אבל בקדושין בסתם העראה לא קנה דדעתו אסוף ביאה אבל כשפירש דרוצה לקנות בהעראה גם קדושין מהני ודו״ק.

סימן כב

חיישינן שמא שו״פ במדי

א. **גמ׳** דף יב. אמר שמואל קידשה בתמרה אפילו עומד כור תמרים בדינר מקודשת חיישינן שמא שוה פרוטה במדי והא אנן תנן ב״ה אומרים בפרוטה ובשוה פרוטה לא קשיא הא בקדושי ודאי הא בקדושי ספק. ונחלקו הראשונים אם מדאורייתא חיישינן או מדרבנן דמהרמב״ם משמע דמקודשת מספק מדאורייתא דכתב בפרק ד׳ דאישות הלכה י״ט המקדש בפחות משוה פרוטה אינה מקודשת קידשה באוכל או בכלי וכיוצא בו ששוה פחות מפרוטה הרי זו מקודשת מספק וצריכה גט מספק שמא דבר זה שוה פרוטה במקום אחר הא למדת שכל המקדש בשוה כסף אם היה באותה מדינה שוה פרוטה הרי אלו קדושי ודאי ואם לאו הרי אלו קדושי ספק. והוסיף וכתב הרמב״ם יראה לי שאם קידש בתבשיל או ירק שאינו מתקיים אם לא היה שוה פרוטה באותו מקום אינה מקודשת שהרי דבר זה אינו מגיע למקום אחר עד שיפסד ולא יהיה שוה פרוטה.

אמנם הרא״ש בסימן י״ז כתב שכל החשש שמא שוה פרוטה במדי הוא חומרא דרבנן אבל מדאורייתא אינה מקודשת אפילו ידוע שחפץ זה שוה פרוטה במדי והטעם שאין להקדש אלא מקומו ושעתו. ועוד דאשה לא מקנה עצמה בפחות משוה פרוטה וכ״כ הר״ן והריטב״א דהאי חששא הוא מדרבנן משום חשש הרואים פירוש שמא יראה דבר זה אדם שהוא ממדי ושם הדבר שוה פרוטה וכשיראה שלא מקודשת יבא לומר שגם במקום ששוה פרוטה לא מקודשת לכן חכמים חששו לרואים. והרא״ש מוסיף ומסביר לשון חיישינן שמא שוה פרוטה במדי לרבותא שמקודשת מדרבנן אפי׳ אם ידוע בודאות שבמדי לא שוה פרוטה וגם אם ידוע בודאות ששוה פרוטה במדי נמי ספק מקודשת מדרבנן ונמצא לפי הרא״ש גם בדבר שלא מתקיים חיישינן מדרבנן. והסביר הרא״ש בדעת הרמב״ם אם ידוע שהחפץ שוה פרוטה במדי אע״פ שבמקום שמקדשה לא שוה פרוטה מקודשת

ודאי. והא דחיישינן בגמרא שמא שוה פרוטה במדי היינו בלא ידוע ועל זה חולק הרא״ש דכל החשש מפני גזרת הרואים ואפילו ברור ששוה פרוטה במדי מקודשת מספק דרבנן. וכתב הפני יהושע להסביר דעת הרמב״ם דס״ל דערך הכסף לא נקבע לפי מקומו כפי שנקבע בהקדש וגזלה והטעם דכסף קידושין אינו בא בתור שיווי אלא מכח גזרת הכתוב ולכן כל ששוה באיזה מקום נחשב כסף.

ב. **אמנם** הרמב״ן וה״ה ס״ל בדברי הרמב״ם לחלוק על דברי הרא״ש וכתבו שכל שמקדשה כאן בפחות משו״פ אפילו ברור וידוע שחפץ זה שוה פרוטה במדי מקודשת מספק דאין להקדש אלא מקומו ושעתו. וכ״כ הרשב״א כדעת הרמב״ם. ורשב״א גופיה ס״ל דכל שידוע שהתמרה שו״פ במדי האשה מתקדשת מודאי מדין לדידי שוה לי. והוא שהעדים ידעו שהיא מתיקרת בזה כפי שאמרה הגמ׳ לגבי פדיון בכור. וכתב עליו האבני מילואים ס״ק ז׳ דהר״ן לשיטתו דאין אדם יכול להחשיב דבר ביותר משוויו רק באופן דידוע שדרכו להחשיבו בערך רב לכן צריך שגם העדים ידעו שדרכה לתת פרוטה בשביל אותו דבר אבל לדעת החולקים וס״ל שהדין דלדידי שוה לי בכל כהן גם כאן אפילו לא ידוע שדרכה להתייקר מהני וכתב האבני מילואים שזו דעת הרמב״ם המובאת בדברי הר״ן שלדידי שוה לי בכל אדם. וכתב הב״ש ס״ק ו׳ לדעת הסוברים דאם שוה פרוטה במדי היא מקודשת מדאורייתא היינו שהעדים יודעים על כך. דאל״כ הוי כמקדש בלי עדים דלא חלו קידושין ואין כאן אלא חשש קדושין שהעדים עצמם מסופקים שמא שוה פרוטה במדי ודייק מדבריו התתם סופר באהע״ז ס׳ פ״ה דאם העדים לפנינו ומתברר על פיהם שלא עלתה על דעתם אפשרות כזו שהחפץ שוה פרוטה במדי הרי אין לחוש לקדושין כלל. מאידך כתב המקנה שהמקדש והמתקדשת צריכים שידעו שאינו שוה פרוטה במקומם. ובכל זאת מתרצים לקדושין שאם לא כן היא לא מקודשת והכל נעשה בטעות וכ״כ בפירוש המאירי שהיא יודעת שלא שוה פרוטה ואדעתא דהכי קיבלתם והוסיף דאף אם ידוע דהחפץ שוה פרוטה במדי אינה מקודשת אלא מספק אם אין שיירות מצויות אבל יש שיירות מצויות אפילו על ידי הדחק מקודשת ודאי אם מתרצית לקבל החפץ לפי שוויו במקום הרחוק. אולם מה שפשוט למאירי נסתפק בחלקת מחוקק ס״ק ח׳ למ״ד דמקודשת מספק האם גם באופן דשיירות מצויות ס״ל כן וכן לדעת הרא״ש דס״ל דמקודשת מדרבנן מה הדין אם יש שיירות מצויות והסוגיא דשמואל איירי באין שיירות מצויות אמנם הב״ש ס״ק ז׳ דחה דברי הח״מ וכתב דהספק בגמ׳ גם אם שיירות מצויות דאין להקדש אלא מקומו ושעתו ולכן צריך שיהא שוה פרוטה במקום הקדושין ממש.

ג. **ונחלקו** הפוסקים אי קי״ל כשמואל או לא דהמרדכי קידושין ס׳ תפ״ט הביא דברי בה״ג דלא ס״ל כשמואל ורבינו שמשון ב״ר אברהם והר״ש משאנץ בתשו׳ מיימון אישות ס׳ י״ט וכ״כ הריא״ז בש״ג והתוס׳ רי״ד בשמעתין וכ״כ בעל הלכות גדולות והביאו דבריו הרשב״א והר״ן אולם כתב מהרי״ק שורש פ״ד דיש לחוש לחולקים וס״ל כשמואל ולהצריכה גט שהרי רבו האוסרים הלא המה הרי״ף והרמב״ם מהר״ם בתשובה ומביאו המרדכי והג׳ מיימון ס׳ כ׳ וכן פסק הרא״ש להלכה וכ״כ הרמ״ה ולפ״ז רבו האוסרים ואפילו כי הדדי מ״מ באיסור חמור כזה דאשת איש פשיטא ופשיטא שיש לחוש לדברי האוסרים. וכתב הרשב״א בחידושיו לדף יג. דאע״ג דרב חסדא בעובדא דקידש באבנא דכוחלא לית ליה לדשמואל מ״מ רב יוסף ס״ל כשמואל דשלח ליה לרב אחא בר רב נוהא בעובדא דקדיש בציפתא דאסא נגדיה כרב ואצריכה גיטא כשמואל ע״ש. וכתב הפנ״י דכל הדין של שמואל דוקא בקידשה סתם אבל א״ל התקדשי לי בחפץ ששוה פרוטה ולא שוה אע״פ ששוה פרוטה במדי לא מהני והטעם דנתרצתה להתקדש רק בפרוטה ע״ש. אבל בס׳ קהילות יעקב הביאו פ״ת ס״ק ז׳ דוקא דידעה שהחפץ אינו שוה פרוטה ונתרצתה לקבלו אבל אם לא ידעה שאינו שוה פרוטה כגון קידשה סתם לא מקודשת. דבידעה אמרינן דמקודשת אבל לא ידעה לא מקודשת חדא דבעינן שוה פרוטה דוקא או מטעם דהוי כסף או מטעם דאין אשה מקנה עצמה בפחות משוה פרוטה וא״כ הא דחיישינן שמא שוה פרוטה במקום אחר היינו בקידשה בתמרה וכדומה שיש לו שער קצוב והכל יודעין שאינם שוה פרוטה וגם קידשה ביום ולא ע״י שליח וראתה שאינו שוה פרוטה אז אמרינן דבמה שנתרצת אפילו בפחות משוה פרוטה או משום לדידי שוה לי אבל בדבר שאינו ידוע לכל שאינו שוה פרוטה או קידשה בלילה או ע״י שליח לא מקודשת דהוי ס״ס ספק שמא אינו שוה פרוטה בשום מקום וליכא כסף דאורייתא ואפילו ששוה פרוטה במקום אחר מ״מ יש להסתפק שמא סברא דשוה פרוטה ובפחות משוה פרוטה לא רצתה להקנות נפשה. וכ״כ במקנה בסוגיא דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי דרק בידעה שהוא פחות משוה פרוטה והתרצתה וכ״כ הרא״ש בסוגיא במקדש בציפתא דאסא.

וכתב בעל חמדת שלמה דלפי סברת הר"ן לא שייך דינא דשמואל היכא דקידשה בלילה או ע"י שליח וכן היכא שהיא סוברת ששוה פרוטה כאן וכ"כ הרב ישוע"י ס"ק ד' על דברי הר"ן ובשו"ת מהרש"ם ח"ב ס' רכ"ו אות ו' כתב להסביר טעם הסוברים דאם האשה לא ידעה ששוה פרוטה במדי לא מקודשת מטעם דהקשו המפרשים על עצם הדין שחיישינן שמא שוה פרוטה במדי הרי אין להקדש אלא מקומו ושעתו וע"כ הא דחיישינן דוקא אם היא מתרצית לקבל החפץ דמהני מדין לדידי שוה לי אלא כיון דכל הנשים אין דעתן על פחות משוה פרוטה הרי בטלה דעתה אצל כל אדם. אך כיון דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי שוב לא בטלה דעתה אצל כל אדם ומהני דחשבה ונתרצית לכך אבל היכא דהאשה לא ידעה דאינו שוה כל כך לא אחשבה כלל לכו"ע לא חיישינן שמא שוה פרוטה במדי עכת"ד. אמנם בבית ידידיה סי' ס' תמה על הקהילות יעקב וחמדת שלמה דס"ל דאם לא ידוע לה כגון קידשה בלילה או ע"י שליח לא חיישינן שמא שוה פרוטה במדי ותמה דהגמ' הקשתה על שמואל מדברי ב"ה במשנה דאמרי פרוטה ושוה פרוטה ומה מקשה דילמא איירי בדבר שלא ידוע אם שוה פרוטה לכן בעינן שיהא ידוע ושמואל איירי בדבר שהכל יודעין שלא שוה פרוטה וכן שקידשה ביום ולא בלילה ולא ע"י שליח. וכן לב"ה דאמרי בפרוטה ושוה פרוטה מה מקשה לשמואל דילמא איירי דקידשה בלילה או ע"י שליח שאינה מקודשת וכן הקשה בישוע"י ס"ק ד'. ועוד לשיטת הרמב"ם דבדבר שלא מתקיים לא חיישינן א"כ כשהגמ' הקשתה מב"ה דסברי פרוטה ושוה פרוטה מצי לשנויי דאיירי בדבר שלא מתקיים דלכו"ע אינה מקודשת וכן ראיתי להרשב"א שהקשה כן על הרמב"ם ותירץ דקושטא דמילתא נקט דאפילו בדבר המתקיים הוי קדושי ספק ולא קדושי ודאי ולפ"ז א"ש נמי הא דלא תירצה הגמ' כקהילות יעקב וחמדת שלמה משום דקושטא נקט דאפילו קידשה ביום ולא ע"י שליח וידוע שאינו שוה פרוטה כאן אפ"ה הוי ספק קידושין ובאמת אם קידשה בלילה ולא ע"י שליח ולא ידוע אם שוה פרוטה אינה מקודשת. ובתפארת יעקב ס"ק ז' כתב לאידך גיסא דכל מה דחיישינן שמא שוה פרוטה דוקא אם לא ידוע אם כאן שוה פרוטה אבל אם ידוע דכאן לא שוה פרוטה וקידשה ושתקה לא מקודשת דלהכי שתקה כיון דאין בו שוה פרוטה.

ד. **ובשער** המלך בפ"ד הלכה י"ט נסתפק באופן דא"ל התקדשי לי בחפץ ששוה פרוטה ונמצא שהוא פחות משוה פרוטה אם גם באופן כזה חיישינן שמא שוה פרוטה במדי. וכתב צדדי הספק באופן דבנתן לה סתם הרי נתרצית להתקדש בפחות משוה פרוטה אלא שדין תורה בעינן כסף שוה פרוטה ופחות מזה לא הוי כסף. ולכן יש מקום להסתפק שמא שוה פרוטה במדי ונמצא דהוי כסף של תורה אבל באמר לה בהדיא התקדשי לי בחפץ זה ששוה פרוטה ועל סמך זה נתרצית אם ימצא שאין בו שוה פרוטה לא מקודשת דדעתה רק על מה שאמר לה דהיינו שוה פרוטה כאן ולא במדי. והוכיח מדברי הרמב"ם פ"ז דאישות הל' י"ח א"ל התקדשי לי בבגדים אלו ששווים חמשים דינרים אם אינם שווים אינה מקודשת מבואר מדברי הרמב"ם דלא חלו קידושין כלל אחרת יאמר הרמב"ם ספק מקודשת שמא שוה פרוטה במדי אלא ודאי שכל שפירש ואמר שוה חמשים או שוה פרוטה אין דעתה אלא על מה שאמר לה וכל זה לשיטת הרמב"ם דכל החשש שמא שוה פרוטה היינו אולי יש מקום ששוה פרוטה וחשש דאורייתא אבל כל שידוע שיש מקום כזה ששם שוה פרוטה מקודשת אבל לדעת הרא"ש דהחשש משום הרואים שמא יש כאן אחד מאנשי מדי ואם יראה שאנו לא חוששים גם בעירו לא יחוש ולפ"ז גם באופן דאמר לה הרי את מקודשת בפרוטה יש לחוש לקידושין ומקודשת מספק משום גזרת הרואין. וצריך לפרש דברי הגמ' באופן דאמר לה התקדשי לי בחמישים והגמ' דף ז. הקשתה הא לא שוה חמשים לאו למימרא דאינה מקודשת בכלל אלא ספק מקודשת שמא שוה פרוטה במדי אמנם לפי מה שכתב הטור דעת החולקים שהרמב"ם ס"ל שמא שוה פרוטה והחשש מדאורייתא וסיים שמא הרא"ש ס"ל כדעת החולקים דהחשש משום הרואים ובריש הסימן כתב הטור שאם א"ל התקדשי לי בחמישים אם נמצא ששוה חמשים מקודשת ומשמע מדבריו דאם לא שוה חמשים לא מקודשת כלל כדעת הרמב"ם ולא ידעתי למה דהרי גם במפרש נמי שייך החשש שמא שוה פרוטה במדי ונשאר בצ"ע.

ובתפארת מנחם פ"ד דאישות הל' י"ט כתב ליישב דכשאומר לה התקדשי לי בחמישים דעתו וכונתו על מה ששוה כאן ודמי לאמר לה התקדשי לי במנה ונתן דינר דצריך שישלים דוקא ואינה מקודשת בפחות. ומה שהקשה השער המלך לדעת הפוסקים החולקים על הרמב"ם גם בלא שוה חמשים נחוש לגזרת הרואין נראה דלא אמר כי אם בפחות משוה פרוטה. דאיכא חשש הרואין מאנשי מדי ששו"פ דמקומן ויאמר

שאין אשה מתקדשת בפרוטה וכו׳ אבל באמר לה התקדשי לי בחמישים ולא שוה חמשים לא חוששין לקידושין בכלל דגם הרואה יחקור זאת ולא אתי למיטעי וכ״כ בישא ברכה על רבינו ירוחם דף לד. שכתב לישב כן דעת הרא״ש ע״ש.

ה. **וכ״כ** ביד המלך על הרמב״ם פ״ז אישות הלכה י״ח דהא דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי דוקא דקידשה בחפץ סתם ולא פירש כמה שוה, חזינן כמה אשה סמכה דעתה להתקדש אבל במפרש בהדיא שמקדשה בחפץ ששוה חמישין הרי אשה סמכה דעתה על חמישים ואם לא שוה אינה מקודשת וחידש דאם קידשה בתמרה ופירש שמקדשה בשוה פרוטה שבה ובמקומן לא שוה פרוטה אינה מקודשת ואפילו ספק קידושין אין כאן. וסיים ויש לי להביא ראיה מתוס׳ דמסתבר לחלק בין קידש סתם לבין מפרש בהדיא דהגמ׳ אמרה בההוא דקדיש בזוודא דאודרי ויתיב רב שימי וקא מעיין אי אית ביה שוה פרוטה או לא דאתא דלא כרב יוסף ע״ש. וכ״כ בספר מחזה אברהם להר״א די בוטון סי׳ כ״ב מבן המחבר דמדברי הרא״ש והר״ן יש ללמוד בסוגיא דציפתא דאסא בקידושין יב. דוקא היכא דנתרצית בזה חיישינן שמא שוה במדי ולדעת הר״ן דוקא בנתכוון ונתרצתה גם היא לקדשה קידושי ספק הוא דחיישינן אבל כל שמעשיו מוכיחין דלא רוצה בקידושי ספק כגון ההיא דציפתא דלא נתכוון לקדשה רק בציפתא לבד אין חוששין שמא שוה במדי ולכן כשאומר לה הרי את מקודשת לי בחפץ זה ששוה פרוטה הוי כאומר ע״מ ששוה פרוטה וכל שלא שוו פרטה באותו מקום הוי קידושי טעות. והביא שכן לרשב״א בחידושיו. והרב ישא ברכה על רבינו ירוחם דף לד. תמה על השער המלך דלא הביא דברי הרשב״א ונשאר בצ״ע. ויש להסתפק בא״ל הרי את מקודשת לי בפחות משוה פרוטה דתלוי במחלוקת התוס׳ והרמב״ם דהתוס׳ ס״ל משום גזרת הרואים הרי כאן רואים פחות משוה פרוטה ולפי הרמב״ם דחשש שמא שוה במדי גם באופן זה ספק מקודשת ועי׳ בס׳ חמדת שלמה על מסכת קידושין דף לא עמוד ג׳ במחלוקת תוס׳ ורמב״ם.

ו. **ובדברי** הרא״ש ור״י דאפילו ידוע ששוה פרוטה במקום אחר מ״מ אינה מקודשת דאין להקדש אלא מקומו ושעתו כדאיתא בערכין כד. והא דקאמר שמואל חיישינן שמא שוה פרוטה במדי לאו למימרא דאי שוה פרוטה במדי מקודשת אלא לרבותא נקט דאפילו בכה״ג אמרו רבנן חיישינן מדרבנן דהוו קידושין גזירה משום אותו מקום ששו״פ. וכ״כ הרשב״א דדעת התוס׳ הא דשמואל חיישינן מדרבנן כדי שלא יבואו להקל במדי ומדבריהם נלמד דאפילו ידוע ששוה פרוטה במדי נמי מקודשת מדרבנן ולא גזרו כן אלא משום גזרת הרואין.

ובחידושי הריטב״א כתב להסביר שיטת התוס׳ דהא מילתא דחיקא שהאשה תולין קידושיה למדי שתוציא מנה על פרוטה וכיון דלא תעשה כן החשש רק מדרבנן משום אנשים ממדי הנמצאים כאן ורואים שלא חלו קידושין בחפץ זה ששוה במקומם שוה פרוטה ויעשו כן בעירם. וסיים שנראים לנו דברי רבינו הרמב״ן דאע״פ שודאי שוה פרוטה אינה אלא ספק מקודשת אלא מדרבנן משום חומר א״א. ובדברי הרמב״ם יש מחלוקת דעת ה״ה הביאו באר היטב דגם הרמב״ם ס״ל דהוי ספק קידושין דרבנן. ובעצמות יוסף לקידושין דף יב דאם היה שוה פרוטה הרי אלו קידושי ספק והטור דקדק מדברי הרמב״ם דאם יכול להגיע לאותו מקום הוי קידושי ודאי וכן דעת שיטה לא נודע למי וכ״כ הרשב״א דעת הרמב״ם.

ז. **וכשיש** לה דרך לאותו מקום אי מקודשת מהתורה הסתפק בח״מ ס״ק ח׳ בזה וספיקו ממה שהגמ׳ אמרה בב״ק צו. במטבע שנפסל אם יש לו דרך וכן כתב המאירי דיעה זו בשם הרמב״ם ורמב״ן דכל שיש שיירות מצויות מקודשת ודאי. והב״ש ס״ק ו׳ חולק וס״ל דהרא״ש ס״ל דאין להקדש אלא מקומו ושעתו ואפילו יש לה דרך לשם אינה מקודשת מדאורייתא. וכ״כ בשו״ת מהרא״ץ דושינסקי סי׳ קל״א. ובישועות יעקב פ׳ הארוך ס״ק ב׳ דאפילו יש לה דרך דאין להקדש אלא מקומו ושעתו. והמקנה בקונטרס אחרון ד״ה והנה כתב דלענין קידושי אשה אין לחלק בין יש לו דרך לשם או לא וכדפרש״י בב״מ נג. דאינה מקודשת במעשר שני כשאינה יודעת שזה מעשר אע״ג דיכולה להוליכו לשם. ואפילו לפירוש בתרא דמקודשת מיד כיון ששוה פרוטה בירושלים הא אמרינן בהדיא בבכורות ט: הטעם דאשה יודעת שאין מעשר שני מתחלל על ידה ועולה ואוכלתו בירושלים. אבל בלא ידעה ס״ל לר״י דאינה מקודשת אפילו הוליכה אותו לירושלים משום דמסתמא דעתה להתקדש במקומה וה״ה הכא דאינה מקודשת אם אינה מתרצית וצ״ע. וכ״כ בהון יוסף סי׳ כ״א לתמוה על הח״מ דמה ספק יש כאן דאם א״ל התקדשי לי בזה כשתגיעי

לשם ודאי מקודשת ואי מקדשה כאן אין להקדש אלא מקומו ושעתו. וכן הקשה על המקנה דסיים בצ"ע דמה ספק כיון דלר"י והרא"ש ס"ל דאין להקדש אלא מקומו ושעתו.

ח. **ובקידשה** בדבר מאכל ונמצא שהוא אסור באכילה.
כתב בהלכות קטנות ח"ב ס' קצ"ז להוכיח מדברי התוס' קידושין נו: קידשה בערלה לא מקודשת אף דשלא כדרך הנאתן יש לה שוה פרוטה מ"מ כיון שהיא סבורה להנות רק כדרך הנאתו. ולכן לא סמכה דעתה ולא מקודשת והוי מקח טעות. והו"ה לנידון דידן כיון דסברה דיכולה לאוכלו ואינו כן הוי מקח טעות ובאבני מילואים ס' כ"ח ס"ק נ"ו כתב דנראה לו דמה שכתבו התוס' דהוי קידושי טעות לא מחמת יוקרא וזולא ששוה יותר כדרך הנאתו. דא"כ מאי איריא דנקט התנא באיסור הנאה אינה מקודשת אפילו באיסור אכילה נמי אותו דין כל שלא ידעה דיש הבדל דיוקרא וזולא. אלא דבסתם קידושין לא מקפדת על השיווי וכל שיש בו שוה פרוטה מקודשת כמו שאמרה הגמ' בדף מח. במקדש בשטר חוב דאם יש בו שוה פרוטה דמקודשת ורק בשלא כדרך הנאתו הוא דמקפדת משום דשלא כדרך הנאתו לא מקרי הנאה ועפי"ז תתישב קושיית השער המלך על התוס' הנ"ל. מהא דפריך הגמ' בבכורות י. במקדש בפטר חמור אינה מקודשת אי רבי יהודה תיקדש בהך דביני ביני ולדברי התוס' מאי פריך הא הוי מקח טעות ע"ש. ובקהילות יעקב סימן כ"ח סעיף כ"א כתב בענין מקח שאם לקח בהמה לטבח ונמצאת טרפה המקח בטל כמבואר בחו"מ ס' רל"ב סעיף י"א מ"מ בקידושי אשה לא שייך מקח טעות כיון דאשה בכל דהוא ניחא לה כיון שלא הקפידה לשאול אם יש בדבר זה מום. ורק כשאמר לה בפירוש שדבר זה בלי מום אינה מקודשת אבל בסתמא מקודשת ולכן כשקידש באיסורי אכילה אף שלא ידעה שאסור מקודשת ומ"ש התוס' דבלא ידיעתה הוי קידושי טעות היינו משום דאסור לכתחילה לקדש באיסורי הנאה ומה שלא שאלה כיון דלא עלה על דעתה שיעשה איסור לקדשה באיסורי הנאה. ולפ"ז ניחא קושית השער המלך הנ"ל משום דאפי' לרבי יהודה דאוסר פטר חמור בהנאה היינו רק לעבוד בו אבל למוכרו לענין הך דביני ביני מתיר. וכן לקדש בו אשה נמי מתיר ולכן היה לה לשאול שמא פטר חמור הוא זה ומכיון שלא שאלה סברה וקיבלה ע"ש. וכ"כ בזית רענן ח"ב סימן ל"ה אות א. דבאיסורי אכילה לא הוי קידושי טעות לבטל הקידושין אע"פ שאסור לה לאכול מ"מ כיון שזכתה בחפץ לא נפקע זכות קניינה אע"פ שהאיסור הפחית משוויו לא כן באיסורי הנאה.

ובבני ציון ח"ו עמוד ש"ה כתב לחלק ע"פ מה שכתבו הרשב"א והריטב"א המובא בס' כ"ח בא"ל התקדשי לי בפקדון ונמצא שנאבד או נגנב או נאבד ונשתייר ממנו שו"פ דאם א"ל התקדשי לי במה שהפקדתי בידך הוי כהזכיר סכום הפקדון שתתקדש לו בסכום זה ודמי להתקדשי לי במנה ונמצא חסר דאינה מקודשת אבל א"ל התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך אפי' יודעת סכום הפקדון כל שנשאר בו שו"פ מקודשת אע"פ שיש מקום לומר שהסכימה להתקדש בפקדון בשלמות אפ"ה מקודשת כיון שלא פירש בדברים בכל מה שהפקדתי בידך והרי הוא מקדש אותה בכל מה שיש לו עכשיו בידה ע"ש. וכ"כ בשו"ת מחנה חיים בח"ב ס' ר"ה בנידון שקידשה בדג ונמצא טמא מקודשת כיון שהדג טמא הוא שוה כסף הן מצד המקדש והן מצד המתקדשת ומותר לה למכרו אפילו דאסור באכילה דהרי נזדמן כדמבואר בפסחים כג. ואע"ג דכתבו התוס' קדשה בערלה דהוי קידושי טעות התם היינו טעמא דבעינן שיהיה דומה לכסף למוכרו משא"כ דג טמא דמותר למוכרו וכו' וכיון שלא בדקה ולא שאלה סברה וקיבלה ולכן מקודשת ע"ש וכ"כ בהון יוסף סי' י"ד דאף דלענין מקח וממכר הוי מקח טעות מ"מ לענין קידושין מקודשת כל ששוה ממון דכל דמטי לה הנאה מקודשת ובמל"מ פ"ה דאישות הלכה ג' כתב דשני תירוצי התוס' לא פליגי דלתירוץ קמא איירי בשידעה שהוא איסור הנאה ולתירוץ בתרא איירי דלא ידעה ולכן הכא דיכולה להנות ממנו מקודשת.

ט. **ובשקידש** בשאר איסורי הנאה שאפרם מותר.
לכאורה דינו כמו קידשה במאכל האסור בהנאה. והב"ח באהע"ז ס' כ"ח הביא דברי התוס' בפסחים כט: ד"ה אין בתירוצא בתרא דהא דאין מקדשין באיסורי הנאה היינו דוקא היכא דלית ביה שוה פרוטה לאחר שישרפנו ויעשה אפר דהא קימ"ל בתמורה לד. כל הנשרפין אפרן מותר וכיון דחזי לשורפו לאפר דבר הגורם לממון כממון דמי. וכ"כ חידושי הרמב"ן קידושין נו: וכ"כ הר"ן דהא דאמרינן מקדש בערלה אינה מקודשת איירי שאין באפרן שוה פרוטה וכתב דמ"מ דבכל ענין ספק מקודשת דשמא שוה פרוטה במדי וכתב במים חיים רפפורט סי' י"ט דמשנה דאמרה המקדש בערלה אינה מקודשת לא איירי בקדושי ספק וכמו שכתב הלחם משנה פ"ד דאישות הלכה י"ט לתרץ אליבא דשמואל דאינה

מקודשת. ובבני אהובה פ״ה הל׳ א׳ ד״ה ועוד הביא מהב״ש דאם יש שו״פ באפר הנשרפים מקודשת וכתב דלא מקשי׳ דגם כשאין שוה פרוטה תהי׳ מקודשת מספק שמא שו״פ במדי דלשיטת ר״י החשש שמא שוה פרוטה הוא משום הרואין ולכן באפר אין חשש כולי האי. ולשיטת הרמב״ם דהחשש הוא שמא באמת שו״פ במדי צ״ל דס״ל כשיטת הרשב״א וריטב״א דאינה מקודשת אפילו כשיש שוה פרוטה באפר דהשתא ליתנהו והוי אסוה״נ ואין לו זכות לקדש בו כלל ע״ש. ולפי התוס׳ בקידושין נו: בתירוץ ב׳ דס״ל אע״פ שיש שו״פ שלא כדרך הנאתן לא מקודשת דלא סמכה דעתה לכך כי רצונה להתקדש בדרך הנאתן והיות וזה אסור הוי מקח טעות. לפ״ז י״ל דאם ידעה שהוא איסוה״נ מקודשת. ולפי תירוץ קמא צריך שוה פרוטה שלא כדרך הנאתו ויש מחלוקת אם תרוץ קמא פליג על תרוץ בתרא עי׳ בעצמות יוסף ועוד. וכן משמע מדברי הח״מ בס׳ כ״ח ס״ק ל״ט דכתב דכשהיא יודעת שזה חמץ בפסח ואסור בהנאה אפשר לומר דדעתה אאפר אבל אם היא סבורה שמקדשה בחפץ שלא יודעת שהוא חמץ ודאי אינה מקודשת ותירוצי התוס׳ שהביא הב״ח לא חולקים ע״ש. גם מל״מ פ״ה דאישות הל׳ ג׳ כתב כן דב׳ תירוצי התוס׳ לא חולקים אלא בתירוצא קמא איירי שידעה ובתירוץ ב׳ לא ידעה ע״ש.

אולם באבני מילואים בס׳ כ״ח ס״ק נ״ו כתב דמלשון השו״ע שסתם המקדש באיסורי הנאה דאורייתא לא מקודשת משמע אפילו שיש באפרם שוה פרוטה ואפילו בידעה וטעמא דמילתא דמר״ן השו״ע סמך על דברי התוס׳ ע״ז סב. ד״ה בדמיהן דעל הא דתנן מכרן וקידש בדמיהן של ערלה מקודשת משמע דבגוף הערלה אסור לקדש משום דלית בה שוה פרוטה והקשו הא איכא שו״פ בערלה שלא כדרך הנאתן או באפרו ותירצו שכל זמן שהוא בעין אסור למכור כמו כן אסור לקדש בו אשה דהוי כמו מכירה ושייך בו הנאה כשמקדש בו את האשה וזה לא דמי לקיחה משדה עפרון שראוי לקנות בו חפץ או שאר הנאות ע״ש. ותמה על דברי התוס׳ דמה בכך שאסור למכרו לכתחילה מ״מ אם עבר ומכר למה לא מקודשת ותוס׳ לא הזכירו טעמא דכל מאן דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ועוד דאביי סובר אי עביד מהני. וכבר הקשה המל״מ פ״ה דאישות הל׳ א׳ על דבריהם והביא דברי הר״ן במכרן וקידש דמקודשת וכמ״ש רבי זעירא כיון שאין להם דמים היות והם אסורים מי שנתן כסף עבורם הוי כסף מתנה ולא כסף ממכר וכתב המל״מ פ״ה הל׳ ז׳ אפילו מכרן לנכרי דרשאי הנכרי להנות מהן מ״מ המוכר אסור ע״ש. וכ״כ בעצי ארזים דלשון השו״ע דבערלה דאורייתא לא מקודשת סמך על דברי התוס׳ ע״ז סב. והרשב״א בקידושין כתב הטעם דלא מתקדשת באפר של ערלה כיון שעכשיו אינם בעולם וכשבאו הם גוף אחר ולא זה החפץ שקידשה בו. וכ״כ ביד המלך פ״ה דאישות הלכה ב׳ דבערלה לא מקודשת אף שיכולה להנות מהאפר מ״מ עכשיו לא בעולם והוי מקדש בדבר שלא בא לעולם ע״ש. אמנם בחבצלת השרון בסוף חו״מ דף לב. תמה על הרשב״א דמ״מ הוא המציא לה הנאה שוה פרוטה ולמה לא מקודשת וכן הקשה בשו״ת חיים סי׳ ש״ס.

י. **וכשאמר** לה התקדשי לי לאחר שישרף האיסור כתב בקרית מלך רב פ״ה מאישות הל׳ א׳ מהרשב״א קידושין נו: דכתב דאין אשה מתקדשת באפר ערלה כיון שאינו בעולם סיים הרשב״א אע״ג דאסקינא בפ׳ האומר דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי התם אין הגוף משתנה. אבל כאן שהגוף משתנה לגמרי לא ועוד דהתם נמי דוקא כשאמר לכשיהיה אבל בלאו הכי לא. וכתב ע״ז דלתירוץ קמא נראה דאפילו אמר לכשיהיה אפר לא מקודשת דהוי כדבר שאינו בעולם. ולתירוץ בתרא מקודשת כיון שבידו לשרפו.

ובקידשה באיסורי הנאה דאינה מקודשת דף נו: הקשו התוס׳ הרי מותר שלא כדרך הנאתן ותירצו דכל האיסור הנאה הוא פרוטה ושלא כדרך הנאתו הוי פחות מפרוטה א״נ דלא סמכה דעתה שאינה יודעת שהם פירות ערלה והוי קידושי טעות. וכתב בעדות מיהוסף דמקדש במלוה ופרוטה מקודשת דרואה את הפרוטה אבל בראוי ואינו ראוי לא שוה כלום ולכן לא חלו קידושין. והרמב״ן כתב הטעם דאינה מקודשת דאע״ג דשלא כדרך הנאתן מותר היינו כרבינא בפסחים כב: דשייף לברתיה דהיתה חולה אבל בסתם אסור להנות ואע״ג דמשמע בפסחים דאסור מדרבנן מ״מ קימ״ל המקדש באיסורי דרבנן לא מקודשת. וכ״כ הר״ן והרשב״א והמאירי ע״ש. וכתב בכפות תמרים סוכה לה. ד״ה קס״ד דאף דהר״ן גופיה כתב במקדש בחמץ דרבנן בשעות דרבנן מקודשת בערלה שלא כדרך הנאתן הוי איסור דרבנן בשעות דאורייתא דלית לה היתר ותמיד אסורה ע״ש. וכתב מל״מ פ״ה דאישות הל׳ ג׳ דמדברי התוס׳ הנ״ל מתבאר דכל שלא כדרך הנאתו מותר לגמרי ואפילו איסור דרבנן ליתא ובפ״ה מיסודי התורה הל׳ ה׳ הקשה דהלא בפסחים כו: איתא דאיסורי הנאה דרבנן

איכא וכ״כ התוס׳ בע״ז דף יב: ואף לסוברים דבאיסורי דרבנן מקודשת היינו באיסור שאין לו עיקר מן התורה אבל באיסור דרבנן בשעות דאורייתא או שעות דאורייתא ואיסור דרבנן הסכימו הראשונים דאינה מקודשת אולם בשער המלך פ״ה דאישות הל׳ ה׳ כתב דכוונת התוס׳ פסחים דאיסורי הנאה שלא כדרך הנאתם אפילו איסור דרבנן ליכא ע״ש ובישועות יעקב ס׳ קכ״ד בפירוש הארוך כתב דאע״ג דמקדש באיסורי הנאה דרבנן לא חוששין לקידושיו ושלא כדרך הנאתן הוי דרבנן מ״מ בעינן גט לחומרא ובלא ידעה כתב המל״מ דמהתוס׳ קידושין מוכח דלא מקודשת. וכתבו כמה פוסקים דאפילו שלא כדרך הנאה מותר מ״מ אסור למכור וכ״כ קהילות יעקב כאן והב״ש כתב בס׳ כ״ח ס״ק נ״ד דמקדש בערלה כיון שלא כדרך הנאה מותר לחולה גם לבריאה מקודשת וסיים ומה שכתב הר״ן דאם היא בריאה אינה מקודשת איירי כשלא יודעת ע״ש. ותמה עליו בבית מאיר ששגג בהוראתו. כפי שכתב הריטב״א וכן המקנה תמה על הב״ש דאיסורי הנאה לאו ברשותו וכ״כ התפארת יעקב ס״ק נו. דכיון דאיסור הנאה אסור במכירה ליתי להו דמים ועי׳ פ״ת ס׳ כ״ח ס״ק כ״ט באשה חולה שקידשה באיסורי הנאה דמסתפק המל״מ האם אזלינן בתר מתקדשת או המקדש ובאני מילואים הוכיח דאפי׳ היא חולה לא מקודשת ודן באיסורי הנאה אם יש ממון לבעלים. וכ״כ בעמודי אור סימן ל׳ דאפילו חולה לא שייך קידושין דלא נתן לה ממון.

יא. **ובשקידשה** באיסור ואכלתו הסתפק בהון יוסף ס׳ ה׳ בקידשה בתרנגולת ואכלתה ונמצאת טרפה דחשיבה הנאה. ונשתרש לה בממונו כפי שיעור סעודה כדאמרינן בגיטין לה. דאישתרש לה מקום דינר. ובשו״ת הון יוסף סי׳ ז׳ כתב בשם הרה״ג הרב משה סוזין דהוי מקח טעות ולא מקודשת והמחבר בס׳ ו׳ הביא דברי המרי״ט אלגזי סופ״ה דבכורות דהרי אמרינן שם באמר לאשה התקדשי לי בבשר סתם ונמצא טרפה קודם שאכלתו הוי מקח טעות והטעם דסתם בשר הניתן ראוי לאכילה הוי כאומר לה התקדשי לי בבשר כשר וכו׳. ולכן לא מקודשת דהוי כמקדש במטבע זהב ונמצא כסף והעלה דכל שאכלתו הוי ספק מקודשת ע״פ דברי המח״א הל׳ נזקי ממון סי׳ ט׳ בנבלה שנחבלה בשחיטה וטרפה דשאר טרפות הראויים לאכילה אי אמרינן נפשו של אדם קצה בהם. והעלה כיון דהדבר שנוי במחלוקת לכן הוי קידושי ספק.

והנה בדין קידשה בדבר שהוא פחות משוה פרוטה שהיא מקודשת מספק וצריכה קידושין אחרים יש להסתפק האם בעינן קידושין ברורים או דסגי שיוסיף לה ההפרש לפרוטה. וכתב באבני מילואים ס״ק ט׳ דנראה דבקידושי שניים צריך לתת לה במשלם אבל בהוסיף לה חצי פרוטה אע״ג דכסף קידושין הראשונים בעין מ״מ לא מצטרפי כיון דקידושין לטיבועין נתנו ונמצא שנותן לה עכשיו חצי פרוטה כיון שזכתה במה שנתן לה בתחילה וכתב דזה לפי הרא״ש דס״ל דלא מקודשת מדאורייתא אבל להרמב״ם דהוי ספק קידושין וכל ספק קידושין הדרי נמצא לפי הרמב״ם סגי בהוסיף לה לפרוטה.

יב. **יש** להסתפק אם יכולה אשה לומר לדידי שוה לי כדאמרינן לגבי ה׳ סלעים דפדיון הבן. והקשה בקהילות יעקב ס׳ ב׳ על הר״ן מאחר דכתב דאשה לא יכולה לתת דין ממון על דבר שאינו ממון וא״כ מה מהני לדידי שוה לי אם החפץ שוה פרוטה במדי הרי אין להקדש אלא מקומו ושעתו ונמצא דכאן הוא פחות משוה פרוטה. ותירץ דיש שני דינים בשוה פרוטה: א. דבלא שוה פרוטה אין זה ממון ב. בדבר שהוא ממון אלא חסר השיעור של פרוטה וזה כוונת הר״ן דכיון דלא שוה מידי אין כל הימנה לתת עליו תורת כסף וחזינן דאין דין ממון וזה חידש הר״ן שהדין של לדידי שוה לי רק כשיש דין ממון אלא שחסר השיעור כההיא דסודרא דרב כהנא שהרי על כל פנים הוא שוה פרוטה רק חסר השיעור של ה׳ סלעים ובזה לדידי שוה לי מהני להחשיבו ה׳ סלעים אבל כשאין בו דין ממון כלל א״א לתת עליו שם ממון ולא יכולה לומר לדידי שוה לי דבטלה דעתה אצל כל העולם. וגם כשיש דין ממון אכתי צריכין אנו שו״פ מדין שיעור וכמו לב״ש דצריך דינר שהוא מדין שיעור ה״ה לבי״ה צריך שיעור פרוטה מדין שיעור דכל השיעורין הלמ״ס ונמצא כל פחות מפרוטה חסר בממון וחסר בשיעור ולכן כל ששוה פרוטה במדי הרי יש עליו שם ממון דאפשר להשיג עבורו שוה פרוטה ולכן שייך סברא שתאמר לדידי שוה לי. ובאבני מילואים ס׳ ל״א אות ז׳ הקשה לשמואל דכתב דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי דהרי הגמ׳ הקשתה דדוקא בפרוטה מתקדשת והיינו דסתמא קתני וא״כ בדרכה להתייקר תהיה מקודשת אף בפחות משוה פרוטה שמא שוה פרוטה במדי. ומתרץ הש״ס דכאן איירי בקידושין ודאי וכאן בקדושי ספק. והקשה באבני מילואים לב״ש תקשה קושית הגמ׳ למה בפחות מדינר אינה מקודשת ודאי תהיה מקודשת מדין לדידי שוה לי כיון דיש על המטבע תורת ממון ותהיה

מקודשת דכאילו קבלה דינר כמו דאמרינן גבי פדיון הבן ע״ש. ובפני יהושע לקמן דף יב. הקשה כן לפי ב״ש למה בפחות מדינר לא מקודשת והנה מצאנו מחלוקת הרא״ש והרמב״ם בההיא דשמא שוה פרוטה במדי לדעת הרא״ש הוי חשש דרבנן ולפ״ז ניחא דהמשנה מדברת בקידושין דאורייתא אבל לרמב״ם פ״ד מאישות הל׳ י״ט דס״ל דהספק דאורייתא למה לא מקודשת לב״ש מספק שמא שוה פרוטה במדי וצ״ל דלב״ש לא חיישינן שמא שוה דינר במדי דיש לחלק בין פרוטה לדינר וכתב בשערי חיים לישב דהגמ׳ אמרה טעמא דב״ש דמצריכים דינר לרבי זירא שכן אשה מקפדת על עצמה ואין אשה מתקדשת בפחות מדינר ר״ש בן לקיש ס״ל דילפינן מאמה דלא סגיא בפרוטה דבעינן שתהא ראוי׳ לגרעון וכיון דאפקיתיה מפרוטה אוקמיה אדינר רבא אמר שלא יהיו בנות ישראל כהפקר (גמ׳ יא: יב.) ולהני טעמי פשוט דאשה מקפדת ושלא יהו בנות ישראל הפקר לק״מ דפשוט הוא דתליא במקום הקידושין ולא מהני מה ששוה דינר במדי ורק לטעמא דילפינן מאמה עבריה קשיא דניחוש שמא שוה דינר במדי. והנה הדין של שיעור פרוטה לב״ה הוא מדין שיעורין הלכה למשה מסיני.ומ״מ חצי שיעור בפרוטה שונה משאר שיעורין דילפינן חצי שיעור אסור באכילה ושיעור הוא למלקות אבל הכא חצי שיעור לא חשיב ממון ולכן לא מקודשת בפרט לפי מה שכתב הר״ן דאין בכח אשה לטעון לדידי שוה לי להפוך דבר שלא חשוב ממון לממון. ורק בפדיון הבן דשם חסר בשיעור דבעינן חמשה שקלים וכל שנותן לו ארבעה ואומר לדידי שוה לי הרי חסר בשיעור ובזה סגי אבל כשחתם בממון לא שייך לדידי שוה לי וכל זה לב״ה דבעינן פרוטה דהיינו ממון לכן שייך לחוש שמא ממון כזה הוא שוה פרוטה במקום אחר. אבל לב״ש דבעינן דינר לא מדין ממון אלא כך הוא גזה״כ או תקנת חז״ל דבעינן דינר וזה שיעור הכסף בקידושין לכן אם נותן לה פחות לא שייך לדידי שוה לי או שמא שוה במדי דבעינן כאן שיעור כסף קידושין.

יג. **ובדין** פחות משוה פרוטה הסתפק במחנה אפרים הלכות גזילה הלכה א׳ כשלא נודע לבעלים אם חייב להשיב ואע״ג דאם יודע לבעלים ימחלו השתא מיהא לא ידעי ודמי ליאוש שלא מדעת וכתב דכיון דבפחות משוה פרוטה בעינן מחילה בפועל כאן דאין מחילה חייב. וכ״כ במנ״ח מצוה קל. דהטעם דפחות משו״פ לא בעי השבה הוא מדין מחילה וכל דליכא מחילה חייב כגון גזל חש״ו או בצווח שלא מוחל ורש״י בסנהדרין נז. ד״ה בן נח נהרג על פחות משוה פרוטה דאף דבתר הכי מחיל צערא מי לית ליה וכתב רש״י הלכך גזל הוא אלא שאין בי״ד נזקקין להשיבו דבתר הכי מחיל ובישראל אסור ומעבר לא עבר בלא תגזול כיון דליכא השבה דרק מה שחייב להשיב יש דין לא תגזול ומוכח מרש״י דפחות משוה פרוטה אין גזל כיון דאין השבה ולכאורה אין דין לא תגזול. ומ״מ מרש״י משמע דחצי שיעור אסור מהתורה רק דאין והשיב ומ״מ חצי שיעור יש בפרוטה. ורש״י פירש שאשה לא מתקדשת בפחות משוה פרוטה דגנאי הוא לה ולכאורה הרי זה דין כללי דפחות משוה פרוטה לא ממון גם בקניינים וצ״ל דבמכר מה שחייב לשלם הוא תמורת מה שקיבל והפרעון הוא מדין השבה ובמקום דפטור להשיב לא מהני פחות מפרוטה דלא נאמר בו השבה אבל באשה דזה לא מדין תשלום אלא גוף הכסף קונה שם בעינן דלא מקניא נפשה בפחות משוה פרוטה ודו״ק.

יד. **וכשהחפין** מצד עצמו לא שוה רק מכח המצוה כגון אתרוג הסתפק המל״מ והביא דבריו הרב בני חיי הובא בפת״ש ס״ק א׳ והוכיח המל״מ דלא מקודשת דהרמב״ם פ״ד ממרים הלכה ג׳ כתב דזקן ממרא אם נחלק על תפילין שופר וציצית לא חייב מתה כיון דאין זדונם חיוב מיתה ואם איתא דמקודשת הרי יש נ״מ לגבי קידושין ויש מיתה אלא ודאי לא מקודשת דאם היתה מקודשת זקן ממרא היה נהרג.

ובשואל ומשיב מהדורא תנינא ח״א ס׳ פ״ז דחה דברי המל״מ דדברי הרמב״ם בנחלקו בדבר שזדונו כרת היינו שחד אמר פסול ולא שוה כלום או שגזל הוא בידו אבל הכא אע״ג דפסול למצוה יכול להיות שוה פרוטה בעצמו ומקודשת וא״כ מחלוקתם לא לענין קדושין אלא לגבי מצוה ובנחפה בכסף שבקרית מלך רב ס׳ כ״א כתב לדחות ראית הרמב״ם די״ל דלעולם שיווי מחמת מצוה חשיב ממון ושאני הכא דזקן ממרא אינו נהרג דממ״נ דאם אמר מקודשת הרי חיישינן ונמצא שלא בא ע״י התראתו לדבר שזדונו כרת ע״ש. ובס׳ הון יוסף ס׳ י״ג כותב דרבים נחלקו על המל״מ וס״ל דשווי מחמת מצוה הוי שווי וחשיב ממון. וביד המלך פ״ד דאישות הל׳ י״ט דן בדברי המל״מ וכותב דאם יכולה לקבל בעד האתרוג פרוטה לכו״ע מקודשת דמה לי אם תיקח הפרוטה עבור האתרוג או עבור המצוה סו״ס הרי היא נהנית ואף אם קידש אשה בדבר זה וע״י מחלוקתם יש נ״מ אם מקודשת או לא מ״מ אין דין זקן ממרא

דמחלוקתם לא בדין מן התורה אלא אם קדושין שוו פרוטה או לא וכיון דיש מחלוקת בדין לא יכול לצאת ממנו חיוב מיתה ובגרם כזה לא שייך דין זקן ממרא ע״ש. ומצאנו מחלוקת שהביא הבאר היטב באו״ח סי׳ תרנ״ו במי שפסל אתרוג לחבירו מהודר בסוכות כמה משלם לו ולפי מה שכתב המל״מ דחייב לשלם לו אתרוג מהודר אין מקום לספק דודאי מקודשת וכ״כ בשו״ת חכם צבי ע״ש. וביד המלך כתב להסתפק בקידש אשה במצה בליל פסח דרק המצוה יש פרוטה ולא מכח ההנאה אם מקודשת ע״ש ודו״ק.

סימן כג

חזקה דהשתא בקידושין

א. **גמרא** דף י״ב. ההוא דקדיש בזוודא דאודרי יתיב רב שימי בר חייא קמיה דרב וקא מעיין בה אי אית בה שוה פרוטה אין אי לא לא מקודשת ואי לית בה שו״פ לא מקודשת והא אמר שמואל חיישינן שמא שוה פרוטה במדי לא קשיא הא בקדושי ודאי הא בקדושי ספק. ומוכח מהגמרא דאי אית בה שוה פרוטה עכשיו אע״פ שלא ידוע בזמן הקדושין אם היתה שוה פרוטה מ״מ אזלינן בתר השתא ומקודשת. וכ״כ הרמ״ה הביאו הטור וכתב הב״י דמקור הרמ״ה מגמרא דידן ההוא דקדיש באבנא דכוחלא יתיב רב חסדא וקא משער לה אי אית בה שוה פרוטה אין ואי לא לא מקודשת אמרה ליה אימיה והא ההוא יומא דקדשה הוי בה שוי פרוטה א״ל לאו כל כמינך דאסרת לה אבתרא. וכתב בבדק הבית דאי עכשיו שוה פרוטה מקודשת ודאי דמסתמא כמו שעכשיו היא שוה פרוטה כן בשעת הקדושין וכן אם עכשיו לא שוי פרוטה אמרינן שגם בשעת הקדושין לא הוי בה שוי פרוטה ואינה מקודשת לרב חסדא דלית ליה דשמואל שלא חושש שמא שוי פרוטה במדי, וטעמא דלא חוששין שמא בשעת הקדושין היה בו שוה פרוטה ועכשיו הוא דהוזיל היינו טעמא דלא מחזקינן איסורא והעמד אשה על חזקתה שהיא פנויה זוהי סברתו של הרמ״ה. ולכאורה גם אם עכשיו אינו שוה פרוטה ניחוש שמא שוה פרוטה במדי כתב הבדק בית שהרמ״ה לית ליה דשמואל, או דס״ל כשמואל ואיירי בדבר שלא מתקיים אם יוליכנו למדי וכדעת הרמב״ם ע״ש שהאריך. והב״ש והח״מ הביאו דברי הרמ״ה להלכה, ותמה בספר לחם רב סי׳ י״ח חדא הרי קימ״ל כשמואל דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי, ועוד אין לומר דהרמ״ה לא ס״ל כשמואל דהרי כתב בעצמו לענין כשרות הולד כשנתקדשה בדבר שאינו שוה פרוטה ונישאת לאחר בלי גט, דנהי דחיישינן לקדושי ראשון וכו׳ הרי דפסק כשמואל, ועוד דאין לומר דהרמ״ה ס״ל כדעת הרמב״ם דבקידשה בדבר שלא מתקיים דלא חלו קדושין בכלל דהרי הרמ״ה פסק כדעת ר״י דפליג על הרמב״ם וס״ל דגם בדבר שלא מתקיים הוי קדושי ספק וכו׳.

ובשארית יהודה (להר׳ טאטייאצק) תמה על הב״י שכתב דהרמ״ה לית ליה הא דשמואל דהא ליתא, דהא בס׳ ל״ב בקדושי שטר כתב הרמ״ה דגם אם השטר פסול ולית ביה שוה פרוטה מקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי, ע״ש. והרב לחם רב כתב לישב דהרמ״ה איירי שקדשה בכסף ממש דבזה לא שייך שמא שוה פרוטה במדי, דרק בחפץ אמרינן כן, וכ״כ הב״ש ס״ק כ׳ דכל החשש שמא שוה פרוטה במדי רק בקידש באוכל או כלי, אבל קידש בכסף לא שייך החשש. וכ״כ הב״י בבדק הבית דשיעור קדושין הוא כסף חצי שעורה, וכל כסף פחות משיעור זה, אפילו שוה דברים אחרים אין כאן שיעור כסף שהצריכה תורה לקדושין וכ״כ הח״מ ס״ק ט״ז ודבריהם ע״פ הטור סו״ס בשם הרמ״ה דבקדושי כסף פחות מהשיעור אפי׳ ספק לא הוי. וכ״כ מהרש״ל פ״א סי׳ י״ח דפחות משיעור חצי שעורה לא הוי ספק קדושין ובתשובת בעל כנסת יחזקאל כתב דבדבר שבשום מקום לא שוה אינה מקודשת והביאו בעטרת צבי מהלברשנט ס׳ ט׳, וכ״כ בספר עץ חיים כרך י׳ לרב דוד דימזה דאם קדשה בכוס מים להרוות צמאונה ואומרת לדידי שוה לי לא מקודשת דלא שוה פרוטה בשום מקום.

ב. **אמנם** רבים חולקים על הרמ״ה וס״ל דאף דשוה פרוטה עכשיו לא מקודשת מודאי אלא מספק וכתב באבני מילואים ס״ק ג׳ דלא אזלינן בתר השתא. וראי׳ ממש״כ המרדכי בכתובות סו״פ המדיר דשער שבשוק עשוי להשתנות מבקר לערב הכל לפי הלקוחות

והמזומנים לצורך השעה שצריכים לחפצים ונמכרים בשוק וכו'. ומבואר דלא אזלינן בתר השתא בשערים העשויים להשתנות. וכן פסק הרמ"א בחו"מ ס' רכ"ז דדרך השערים להשתנות תמיד. ולכן הוטב בעיני מה שכתב הב"י בבד"ה כיון דלית בה השתא שו"פ מסתמא גם בשעת הקדושין לא הוי בה שו"פ והעמד אשה על חזקתה שהיא פנויה דחזקה דהשתא לא מהני והוא מטעם דשערים עשויים להשתנות לא אזלינן בתר השתא. והיכא דהשתא שוה פרוטה לא הוי ודאי קדושין אלא דחיישינן לקדושי ראשון, והיכא דהשתא לא הוי שוה פרוטה ליכא חשש קדושין כלל על הראשון כיון דהשתא לית ביה שו"פ. ולפ"ז הא דיתיב רב חסדא וקא מעיין אי אית ביה שוה פרוטה דאי לא יהיה בו השתא שוה פרוטה לא יחוש לקדושי ראשון ואם יהיה השתא שוה פרוטה הוי ספק מקודשת א"כ לדידן ליכא נפקא מינה מידי הך דינא דהרמ"ה כיון דאי לית לן דשמואל אפי' לית ביה שו"פ נמי הוי ספק קדושין שמא שוה פרוטה במדי והטור שהביאו משום דס"ל כדעת הרא"ש דהדין שמא שוה פרוטה היינו חשש דרבנן ומקודשת מדרבנן. וא"כ נפקא מינה דאי השתא אית ביה שוה פרוטה חיישינן שמא גם בשעת הקדושין היה שוה פרוטה ומקודשת מספק וחמיר ספיקא דאורייתא מאיסורא דרבנן אבל השו"ע פסק כדעת הרמב"ם דפחות משוה פרוטה נמי הוי ספק דאורייתא וא"כ ליכא נ"מ בין אית בה שוה פרוטה השתא או אין בה שוה פרוטה שתמיד חיישינן לקדושי ספק שמא שוה פרוטה במדי. ומשום הכי השמיט השו"ע דינא דהרמ"ה.

ובספר קצות החושן ס' רכ"ז הקשה על הב"ש שהביא להלכה דברי הרמ"ה והרי לפי הרמ"א בחו"מ ס' רכ"ז לא אזלינן בתר השתא דדרך שערים להשתנות ע"ש. וכ"כ בעצי ארזים ס"ק ז' לתמוה על הב"ש שגם הרמ"ה דכתב סברה זו היינו לחומרא כמו שכתב הבדק הבית. ולדידן אין נ"מ דבלאו הכי חיישינן שמא שוה פרוטה במדי ואף דאיכא נ"מ בדברים הצריכים שומא והזכיר שוויין וכעת לא שוים כן וכן לא ידוע אם היו שווין בעת הקדושין דאי אזלינן בתר השתא כהרמ"ה אין כאן חשש קדושין מ"מ לא הוצרך המחבר לכותבו דאיכא למשמע כן ממה שפסק לקמן בס' ל"ז סעיף ה' בקידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר ביומא דמישלם שית והיא בוגרת לפנינו דאין חוששין לקדושי האב דהרי בוגרת לפנינו. ובנידון דידן הוי כל שכן מהתם שאין חזקת פנויה מסייעת לחזקת בוגרת שלפנינו. אע"ג דקדושי האב היו קודמין לקדושין שלה מ"מ כיון שלא נולד הספק עד אחר הקדושין דידה. אזדא לה חזקת פנויה דממנ"פ הרי היא עכשיו אשת איש. כמו שכתבו התוס' בדף עט. ד"ה קידשה ואפ"ה לא חוששין לקדושי האב דאמרינן מדהשתא בוגרת היא הכי נמי בפעם ההיא וכ"ש בנדון דידן דאית לה חזקת פנויה דאמרינן זיל בתר השתא לכן לא הוצרך לכותבו ע"ש. ובתפארת יעקב ס"ק י"א כתב דבגמ' לא נזכר הדין שעכשיו שוה פרוטה רק להפך דעכשיו אינו שוה פרוטה ואליבא דרב חסדא דלית ליה דשמואל ועכשיו לא היה שוה ולא חיישינן דמעיקרא היה שוה דאוקמה בחזקת פנויה אבל להיפך כיון דאיכא חזקת פנויה כנגד אפשר דמודה רב חסדא דחיישינן דאז לא היה שוה פרוטה. ומצאנו לכמה פוסקים ראשונים דס"ל דאם עכשיו שוה פרוטה גם בשעת הקדושין היו שוה פרוטה ומקודשת. והח"מ וב"ש כתבו דעיקר לדינא כדעת הרמ"ה וכ"כ בערך לחם הנ"ל לבעל הלחם משנה דאין לזוז מדברי הרמ"ה.

ג. **ובקהלות** יעקב מליסא כתב דאין להקשות על הרמ"ה מדברי הרמ"א וכ"ז דכתב בשם המרדכי לענין אונאה דלא אזלינן בתר השתא דכיון דהמקח נמצא ברשות הלקוח מוקמינן ליה בחזקתיה ואמרינן כאן נמצא כאן היה ע"ש במרדכי בפרק המדיר. ולפ"ז נראה דבקדושין אי ידעינן דלית ביה שו"פ השתא ודאי אזלינן בתר השתא ואינה מקודשת דבעודה ברשות אביה על האב להביא ראי' ואמרינן כאן נמצא כאן היה. כיון שלא נישאת עדין ומסתמא לא היה שו"פ בשעת הקדושין כיון שיש כאן ריעותא לפנינו וא"כ המקח ברור ואין מבטלין מקח ברור משום ספק. וכיו"ב כתב הט"ז חו"מ ס' ק"צ סעיף י"ג ולפ"ז צדקו דברי הרמ"ה דאזלינן בתר השתא ושוב הניף ידו בנתיבות המשפט שם לישב דברי הרמ"ה מקושית הקצות ע"ש. ובאבני המשפט ס"ק ז' כתב להוכיח כדעת הרמ"ה כפי שכתבו הח"מ וב"ש והוכיח מהגמ' בקדושין עט. קידשה עצמה בבוקר וכו' דאמר רב הרי בוגרת לפנינו ואף דאין לך עשוי להשתנות כמו נערה ובוגרת ועם כל זה אזלינן בתר השתא אלא ע"כ דדינו של המרדכי רק לגבי מקח דחזקה שאין בני אדם מאנים עצמם ומסתמא קנה בשויו ע"ש. ובערוך השולחן סעיף כ"ז כתב לישב דאזלינן בתר השתא מכח הסוגי' בקדושין ואע"ג דדרך השער להשתנות מ"מ רובא דאינשי מקדשי בפרוטה ולכן אם עכשיו שוה פרוטה לא שייך לחוש שמא לא היה שוה פרוטה בעת הקידושין כיון דיש חזקה דהשתא ורובא דאינשי מסייע לה דרובא מקדשין בפרוטה. ואע"ג דחזקת פנויה סותרת לחזקה דהשתא

מ״מ רובא דאינשי מקדשין בפרוטה עדיף מחזקה דרובא וחזקה רובא עדיף. ואע״ג דלגבי שכיב מרע שנתן מתנה ואמר שהוה שכיב מרע כשנתן והמקבל אומר ברי היה אע״ג דעכשיו הוא בריא אזלינן בתר מעיקרא כיון דיש חזקת ממון דשכיב מרע מוחזק. ואין לומר דכאן נמי יש חזקת ממון דאם הקדושין בפחות משוה פרוטה הרי הם של המקבל י״ל דאם הם פחות משוה פרוטה לא חוורים ועוד קדושין לטיבועין נתנו. ובמשפטי יעקב ס׳ מ״ד כתב לישב קושית האבני מילואים דלעולם אזלינן בתר שער דהשתא. ושאני שם בדינו של המרדכי איירי בשער שדרכו להשתנות מבוקר עד ערב ולכן שם לא אזלינן בתר השתא ועוד הקשה על אבני מילואים דכתב שמעמידין בחזקת פנויה דא״כ גם בדינו של שמואל שמא שוה פרוטה במדי נעמיד בחזקת פנויה אלא לא שייך להעמיד בחזקת פנויה כיון דנעשה מעשה קדושין כפי שכתב הרשב״א בגיטין עח: זרוק חובי בתורת גיטי וכ״כ מהרי״ט בסוגיא נתן הוא ואמרה היא דמשעה שפשטה ידה וקבלה קידושין איבדה חזקת פנויה והוא ע״פ תוס׳ כתובות כג.

ובדינו של הרמ״ה כפי שכתבו הטור והב״י אם עכשיו שוה פרוטה אמרינן דגם בשעת קדושין הוי שוה פרוטה ומקודשת ודאי דאזלינן בתר השתא ואם עכשיו לא שוה פרוטה לא מקודשת בכלל דאמרינן דבשעת קדושין לא היתה שוה פרוטה לולי דינו של שמואל דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי ולעיל ישבנו קושית הב״י דכתב דלדעת הרמ״ה אם עכשיו לא שוה פרוטה לא מקודשת בכלל או משום דהרמ״ה לית ליה דשמואל או דס״ל כדעת הרמב״ם דהדבר לא מתקיים ע״ש. והקשה בשב שמעתתא שמעתתא ג׳ פי״ז לשיטת התוס׳ דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא כפי שכתבנו בסוגי׳ קדושין עט. קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי בוגרת לפנינו ושמואל אמר חיישינן לקדושי שניהם וכתבו התוס׳ בשם ר״י דהא דאזיל רב בתר חזקה דהשתא רק בקדושי נערה דרגילים סימנים לבא בבקר אבל בשאר דינים גם לרב לא אזלינן בתר חזקה דהשתא אלא אמרינן השתא הוא דאישתני. וא״כ לפי תוס׳ למה הרמ״ה פסק דאם עכשיו שוה פרוטה גם בשעת קדושין הוה שו״פ הרי לא אזלינן בתר חזקה דהשתא ואמרינן השתא הוא דאישתני. ועוד הקשה השב שמעתתא שאין לומר דאם עכשיו לא שוה פרוטה אינה מקודשת משום דמעמידים בחזקת פנויה דא״כ גם אם עכשיו שוה פרוטה ניחוש שמא בשעת קדושין לא היה שוה פרוטה דהא לא אזלינן בתר חזקה דהשתא וכנגדה יש חזקת פנויה וגם לשיטת הרמ״ה דאזלינן בתר חזקה דהשתא ואם עכשיו שוה פרוטה אמרינן דגם בשעת קדושין היה שוה פרוטה ומקודשת ואמאי נימא עכשיו השתנה ועוד יש חזקת פנויה מסייעת וסותרת חזקה דהשתא.

ד. **ובסוגיא** דרב שימי דיתיב וקא מעיין אי אית ביה שוה פרוטה יש ליתן טעם למה לא אזלינן בתר חזקת פנויה. ובש״ש שמעתתא ו׳ פי״ח הביא בשם תשו׳ מהרי״ט סי׳ מ״א דאם אנו מסופקים בקטנה על שנותיה אם קטנה היא או גדולה דהוי ספק קדושי דאורייתא ולא מוקמינן לה בחזקת פנויה כיון שלכל הפחות היא מקודשת מדרבנן קדושי מיאון. ותמה עליו הש״ש מה ענין קדושי דרבנן לקדושי תורה כיון דיש כאן חזקת פנויה דאורייתא ונימא דודאי לא נתקדשה קדושי דאורייתא ע״ש. והנה יש ספק בדיני חזקה האם זה ברור או הנהגה דאם נאמר דחזקה זה ברור תקשה קושית הש״ש אבל אם חזקה היא הנהגה כאן דחיישינן לקדושי דרבנן לא שייך חזקה דממ״נ לא נוהגים בה דין פנויה מצד דין קדושי מיאון מכיון דחייבים לשמוע לחז״ל מדין לא תסור לכן לא שייכא חזקת פנויה כלל אפי׳ לענין דין דאורייתא ונשארת בספק קדושי תורה. ובשערי חיים גיטין ס׳ ל״ב הביא דברי מהרי״ט הנ״ל וכתב להוכיח ממה שאמרה הגמ׳ יבמות קג. לרבי אליעזר דקדושי חרש הוי ספק ואשת חרש הוי ספק א״א וחייבים עליה אשם תלוי וטעמא דר״א שם משום דחרש עתים חלים עתים שוטה והספק שמא בשעת קדושין חלים הוא ולכאורה נעמיד אותה בחזקת פנויה וכן תמה ביד דוד על הרמב״ם פ״ב אישות הלכה ו׳ ולפי המהרי״ט ניחא דלא מעמידים אחזקה כיון דאפילו קידשה בזמן שטותו היא מקודשת מדרבנן שתיקנו חכמים קידושין לחרש ונמצא שהספק הוא אם קידושיו מדאורייתא או דרבנן לכן אין כאן חזקת פנויה ודינו כספק א״א ושפיר חייבים עליה אשם תלוי. ולכן שפיר דאין להחזיקה בחזקת פנויה היכא דאין ידוע אם בשעת הקדושין היה שוה פרוטה. ומ״מ לרב חסדא בההוא דקדיש באבנא דכוחלא דיתיב וקא מעיין בה אי אית ביה שוה פרוטה ואי לא לא מקודשת ואסקינן דרב חסדא לית ליה דשמואל ונמצא דלא מקודשת בכלל אי לא שוה פרוטה עכשיו. ובגמ׳ איירי שנתקדשה לאחר ורב חסדא מסתפק אם חלו קדושי ראשון או לא ולכאו׳ כיון דיש ספק אוקמה בחזקת פנויה. אולם לפי התוס׳ לקמן עט. ניחא דבסוגיא דקדשה אביה בדרך וקידשה עצמה

בעיר דנחלקו רב ושמואל הקשו תוס׳ נפלגו בקידשה אביה גרידא ותירצו דבאופן דקידשה אביה וקידשה היא עצמה ממ״נ אין חזקת פנויה דהיא א״א וע״ז פליגי רב ושמואל ולכן גם בנידון דגמ׳ דידן דנתקדשה אח״כ לאחר דממ״נ היא אשת איש בזה לא שייך חזקת פנויה, דממ״נ היא א״א.

וכתב בשערי חיים להקשות דיש לחלק בין דברי התוס׳ לסוגיא דידן דהתם בקידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר ביום דמשלם זימנה, לא שייך להעמידה בחזקת פנויה דכל ספק הוא ספק בפני עצמו דאם נסתפק במעשה האב ונאמר נעמיד בחזקת פנויה הרי היא קידשה עצמה ואם נסתפק במעשיה היא ונאמר נעמיד בחזקת פנויה הרי קדושי האב חלין, ולכן היא ממ״נ א״א. אבל כאן באבנא דכוחלא קדושי השני הם ספק מכח קדושי ראשון דאם מקודשת לראשון לא חלו קדושי שני ובקדושי ראשון עצמו יש ספק ושם שייך לומר נעמיד אחזקת פנויה דקדושי שני הם מעשה קדושין אבל קדושי השני לא חלין אם מקודשת לראשון וכיון דיש ספק במעשה הראשון הרי יש דין חזקת פנויה.

ה. **ובדין** חזקה דהשתא אמרו ב״ה בריש נדה דחיישינן מפקידה לפקידה והיינו דוקא לקדשים ותרומה, אבל לחולין אזלינן בתר חזקת טהרה אע״ג דהשתא טמאה היא וכל זה דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא דוקא כשיש חזקא דמעיקרא אבל כשאין חזקה דמעיקרא נסתפק בשב שמעתתא שמעתתא ג׳ פ׳ ט״ז אם מעמידים בחזקה דהשתא, וכתב דהוא מחלוקת בגמ׳ קדושין עט. בסוגי׳ דקידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת לפנינו וקדשה עצמה ביום דמשלם שרב אמר מדהשתא בגרה מעיקרא בגרה ולא חוששים לקדושי אביה ושמואל אמר חישיינן לקידושי שניהם. וקימ״ל כרב דאזלינן בתר חזקה דהשתא ואע״ג דכל היכא דאיכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתרה אפילו דעכשיו נשתנה מ״מ ביומא דמשלם זימנה אין חזקה דמעיקרא כדאמר התם. ופירש רש״י דיומא דמשלם שית אין בו לא חזקת נערות ולא חזקת בגרות שהיום עומדת להשתנות ומוכח דלרב אזלינן בתר חזקה דהשתא כל היכא דליכא חזקה דמעיקרא. אולם התוס׳ שם ובריש נדה כתבו דטעמא דרב משום דסימנים רגילים לבא בצפרא ומשמע דלולא סברה זו אמרינן דהשתא בגרה ואזלינן בתר חזקה דמעיקרא. נמצא לפ״ז דנחלקו רש״י ותוס׳ אי אזלינן בתר חזקה דהשתא היכא דליכא חזקה מעיקרא. והקשה בש״ש שם לשיטת התוס׳ בדף יב. ההוא גברא דקדיש באבנא דכוחלא דיתיב רב חסדא וקא מעיין ואי לית בה שוה פרוטה לא מקודשת ואפי׳ ספק אין דאמרינן מדהשתא לית בה שוה פרוטה גם מקודם לית בה שוה פרוטה, ודנים אותה כפנויה ודאית כדמשמע משמעתין דא״ל לאו כל כמינך לאוסרה אבתרא אלמא דאזלינן בתר השתא. ואמרינן דרב חסדא לית ליה דשמואל ומשמע דאפי׳ ספק קדושין לאו הוו הרי דאזלינן בתר חזקה דהשתא היכא דליכא חזקה דמעיקרא ונשאר בצ״ע. ולכאורה יש ליישב דמטעם זה גופא אמרינן בגמ׳ דלא חוששין לקדושין אפי׳ מספק כיון דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא דהיא חזקת פנויה ובספר שערי חיים הגיה דקושית השב שמעתתא דבסוגי׳ לא שייך חזקת פנויה כיון דנתקדשה לאחר וממ״נ היא מקודשת לכן לא שייך חזקת פנויה. וראיתי אח״כ באבני מילואים ס׳ ל״א אות ג׳ דכתב כן לישב דלא חוששין משום חזקת פנויה וכתב שכן כתב הב״י. ולפ״ז יצא דהיכא דהוי איפכא דאישתכח דהשתא הוי שוה פרוטה לא נחזיקה לודאי מקודשת למפרע לענין שלא יתפוס בה קדושי שני דהא לפי הנ״ל לא אזלינן בתר חזקה דהשתא וחזקה דמעיקרא ליכא דהיא בחזקת פנויה. אבל הרמ״ה כתב דאם עכשיו שוה פרוטה מקודשת למפרע מודאי עד שיתברר בסהדי דלית בה שוה פרוטה. וכתבו התוס׳ וריטב״א דאזלינן בתר חזקה דהשתא להחזיקה מקודשת ודאי וזה סותר מה שכתבו התוס׳ בקידושין דף ע״ט דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא.

ובלא״ה קשה על דברי התוס׳ וריטב״א דכתבו דאזלינן בתר חזקה דהשתא דהרי אזלינן בתר חזקה דהשתא רק כשאין חזקה דמעיקרא, אבל אם יש חזקה דמעיקרא לא אזלינן בתר חזקה דהשתא וכאן יש חזקת פנויה ולמה מקודשת. וחילק השב שמעתתא דרק כשחזקה דמעיקרא היא חזקה נפרדת אזלינן בתרה וכגון עכשיו טמאה ומקודם טהורה שייך חזקה דמעיקרא, אבל כאן דנים על האבנא דכוחלא ואבן אין לו שום חזקה אלא מציאות שעכשיו שוה פרוטה בזה אמרינן גם מקודם היה שוה פרוטה דלא שייך חזקה דמעיקרא אלא אזלינן בתר השתא ודו״ק.

ו. **נמצא** בסוגיא דידן באבנא דכחלא אזלינן בתר חזקה דהשתא ולכאורה התוס׳ סותרים דבריהם לקמן עט. דמה דאזלינן בתר חזקה דהשתא היינו משום דסימנים רגילים לבא בבקר הא לאו הכי לא היתה מוחזקת בוגרת למפרע מכח דהשתא בוגרת. וכתב לישב

ע״פ דברי הגאון רע״א בתשובותיו שבסוף דרוש וחידוש שכתב באחד שנרגש בו שהוא סריס ויש ספק אם הוא סריס חמה שכשר או סריס אדם דפסול לבא בקהל ולענין חליצה הוא איפכא דסריס חמה אינו חולץ וסריס אדם חולץ ודן הגאון רע״א למיזל בתר חזקה דהשתא לומר מדהשתא סריס כן כל ימיו היה סריס חמה דהא לית ליה כלל חזקה. ואפילו לשמואל דס״ל דחיישינן לקידושי שניהם היינו משום דביום דמשלם זימנה איירי ולא ידעינן באיזה שעה אבל בנידון דסריס י״ל כמו שעכשיו סריס גם מקודם היה סריס ולא נעשה בו שום שינוי כל ימיו מודה שמואל דאמרינן מדהשתא כן כך היה מעולם שלא נעשה בו שום שינוי בגוף והוא לא מטעם דאזלינן בתר חזקה דהשתא אלא, מדין חזקה דמעיקרא אמרינן כך היה מיום שנולד אבל בבוגרת לפנינו א״א להשתמש בחזקה דמעיקרא כיון דהיא צריכה להשתנות באותו יום. וכשנאמר כמו שעכשיו בוגרת גם בזמן קדושי אביה בוגרת אנו סותרים את כח חזקה דמעיקרא, ורק כשבאים לעשות הוכחה מדהשתא אשעת קדושין למפרע בזה פליג שמואל וס״ל דלא אמרינן הכי, אבל כשיש לומר שכן הדין מעולם ולא השתנה מעולם חזקה דמעיקרא דאמרינן אדם זה לא נשתנה ומה שאנו צריכים לראות את הדהשתא אינו אלא לברר החזקה דמעיקרא וזה סברת רע״א ז״ל העמוקה. ובזה ישב הסוגיא דגבי בוגרת מה דאזיל רב בתר חזקה דהשתא היינו משום דרגילות לבא בצפרא וע״כ נשתנה הגוף בו ביום וליכא למימר דהשתא בוגרת מכח חזקה דמעיקרא אבל באבנא דכוחלא שאין על האבן שום חזקה וי״ל שהאבן הזאת כך היא מעולם מיום שהובא לעיר והוא משום חזקה דמעיקרא דאמרינן לא נעשה בו שום שינוי וכתב שכן מצא בחזו״א כתובות סי׳ צ׳ דלדעת התוס׳ בקדושין ע״ט היכא דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא ומה שהוצרכו לומר אליבא דרב משום דרגילות סימנים לבא בצפרא היינו דאי לאו האי טעמא שייך לומר שבאותו יום נעמיד על חזקת נערות דלא איתרע חזקת נערות עד סוף היום כמו שלא איתרע חזקת נערות כל ששה חודשים גם לפי הפוסקים דס״ל דסימני בגרות רגילים לבא על הששה חודשים וא״כ חזקת נערות נמי תדחה עד סוף היום וכל ספק שנוצר ביום דמישלם זימנה נעמיד על חזקת נערות לכן כתבו התוס׳ רגילים לבא מוקדם אבל במקום דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר השתא.

ז. **ובשיטת** הרמ״ה דאם עכשיו שוה פרוטה היא מקודשת ודאי דאמרינן דגם בשעת הקדושין היה שוה פרוטה נראה דלא פליג על הסוגיא בקדושין בקידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר דנחלקו בזה רב ושמואל כפי שהזכרנו לעיל דלרב הרי בוגרת לפנינו ושמואל חייש לקדושי שניהם וכתבו התוס׳ דלא מעמידים בחזקת פנויה דממ״נ היא מקודשת. אבל בנידון דידן בקידש אשה ולא ידוע אם היה שוה פרוטה בשעת קדושין ואח״כ נמצא שהוא שוה פרוטה ס״ל לרמ״ה דמקודשת ודאי כיון שאין לה חזקה המתנגדת לכן אזלינן בתר השתא ויש חולקים וס״ל דחוששין לקדושי שניהם ולא שייך להעמיד אחזקה דהשערים עשויים להשתנות כמו שכתב המרדכי והובא ברמ״א בחו״מ ס׳ רכ״ז. והמעיין ברמב״ם ובשו״ע לא הביאו דין זה של רב חסדא והטעם כיון דקימ״ל כשמואל דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי נמצא שאין נ״מ לדינא.

ומחלוקת רב ושמואל בקידשה אביה ביום דמשלם זמנה דבאותו יום לא שייך סימנין דסימני נערה הם בי״ב שנה ומאותו יום אנו מונין ששה חודשים ונעשית בוגרת א״כ מה שייך טעם הראשונים לרב דסימנין באים בבקר צ״ל דסימני נערות באים בבקר ומשם סופרים ששה חודשים ולכן רב ס״ל אם נבדקה בסוף היום ונמצאו סימני נערות למפרע אמרינן באו בבקר ולאחר ששה חודשים נעשית בוגרת ושמואל אומר אם נבדקה בסוף היום של י״ב מאותו זמן נעשית נערה וסופרים שישה חודשים ולדעת רב דחוששין לקדושיה אפי׳ לא טוענת ברי דרב ס״ל חזקה דהשתא אלימא וכשהיא קידשה עצמה באותו יום שקידשה אביה ואומרת ברי לי שלא היו לי סימנים נחלקו האחרונים אם יכולה להפקיע עצמה מבעלה ועיין שו״ת בית אפרים אהע״ז ס׳ מ״ו ובקונטרס אחרון במקנה סי׳ ל״ו נשאר בצ״ע. אמנם הרמ״ה ביאר דהב״י ס״ל דכל מחלוקת רב ושמואל כשטוענת הבת ברי לי שהבאתי סימנים בבקר אבל שותקת גם רב מודה לשמואל וחוששין לקדושי שניהם וע״ע בב״ח וט״ז ושער המלך פ״ג מהלכות אישות הל׳ י״ד.

וכתבו התוס׳ דף עט. דוקא קידשה אביה וקידשה עצמה אבל קידשה אביה לבד אף שמואל מודה דלא חוששין לקידושיו כיון דיש חזקת פנויה ויש חזקה שהיא בוגרת. וכשקידשה עצמה לבד שמצד חזקה דהשתא מקודשת ומצד חזקת פנויה לא מקודשת, יש סוברים שגם רב מודה דספק מקודשת עי׳ ב״ש ס׳ ל״ז ס״ק נ׳ ובמקנה וי״א שלא צריכה גט בכלל ויש חולקים

וס"ל דחזקת פנויה לא הוי חזקה ומקודשת ודאי וכ"כ הפנ"י בסוגיא.

ח. **והנה** קטן שהגיע לכלל שנים אינו מעיד עד שיבדקוהו שהביא ב' שערות וכן כתב הטור ושו"ע חו"מ סימן ל"ה ואע"ג דקימ"ל כרבא דקטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה ופסקו כל הפוסקים כרבא וכן נפסק באהע"ז ס' קנ"ה ובגמרא נדה מו. אמרינן דהא דרבא רק לחומרא לענין מיאון אבל לענין חליצה בעי בדיקה, והיינו דלא אמרינן הך חזקה והו"ה לענין עדות אין מוציאין ממון בעדותו. ומשו"ה פסק הטור אין מקבלין עדותו עד שיבדקוהו שהביא ב' שערות משום דלא אמרינן חזקה דרבא בכה"ג. ובשב שמעתתא שמעתתא ה' פי"א שכתב דמדברי המחבר משמע דסמכינן על חזקה דרבא אינו אלא להחמיר מדכתב דקטן פסול לעדות עד שיביא ב' שערות, ומשמע דאפי' ליתיה קמן למיבדקיה אין עדותו עדות עכת"ד. ומוכח כן מסוף דברי המחבר שכתב דאם שהו מלבודקו ובדקוהו אח"כ ומצאו לו ב' שערות הוא בחזקת גדול למפרע משעה שהגיע לגיל שלש עשרה והיא תשובת הרא"ש כלל ל"ג ס' ה' הביאה הטור בחו"מ משמע שאם לא בדקוהו לא מקבלים עדותו דחזקה דרבא להחמיר לא להוציא ממון. וש"ש שם תמה על המחבר דמשמע דחזקה דרבא רק להחמיר מגמ' נדה מו: הקדיש הוא ואכלו אחרים לוקים ואמאי לוקים הא ספק אם הוא הביא ב' שערות אלא ודאי דחזקה דרבא היא ודאי ע"ש.

וי"ל דהמחבר ותוס' ס"ל דלוקין כמו שכתבו תוס' יבמות דף פ' דלא הוי התראת ספק דהשתא מיהא איגלי למפרע שהיה גדול. ועי' במל"מ הלכות סנהדרין הל' ד' ובקו"א בקדושין דף סג: וכן כתב בנוב"י הנ"ל דחזקה דרבא לא אמרינן רק לחומרא ודחק בדברי התוס' בב"ב קנד. ד"ה ועוד וסותר הנוב"י את עצמו באהע"ז ס' ס"א דכתב דחזקה דרבא הוי חזקה מעליא להוציא ממון והוכיח מתוס' בב"ב דף כו. וכתב דהא דלא מהני ענין חליצה הוא מטעם שאין סומכין אחזקה במקום שיכולים לברר ע"ש. וכ"כ במחנה אפרים בהלכות אישות ס' א' דחזקה דרבא מהניא להוציא ממון והוכיח מתוס' בב"ת כו. וכתב הנוב"י הטעם דנוסף על חזקה דרבא ישנה עוד חזקה דאין העדים חותמים ולכן הוי תרי חזקות וכ"כ בעל המאור בר"פ האשה שנתאלמנה ור"ן בסוגי' דפתח פתוח דחזקה בצרוף רובא מהני להוציא ממון והו"ה ב' חזקת מצטרפין להוציא ממון וכ"כ במשכנות יעקב אהע"ז ס' ל"ט וההיא דחליצה דלא סומכין על חזקה דרבא כיון דאפשר לברור. והדברים ברורים בדברי הרמב"ן בריש חולין ובמלחמות שם להסביר דברי הגאונים דכתבו רוב המצויים אצל שחיטה מומחין הם ומ"מ אם הוא לפנינו עלינו לברור והביא ראי' מפרק בא סימן דאמר רבא אבל לחליצה בעי בדיקה ע"ש. וכ"כ הרשב"א בריש חולין ודברי הרמב"ן נעלמו מהגאון הנוב"י ומח"א הנ"ל, ויוצא מדברי הרמב"ן והרשב"א דחזקה דרבא הוי חזקה אלימתא דלא כדעת הרא"ש והמחבר. ועל מה שכתב הרא"ש בתשו' דאם בדקו אותו ונמצאו סימנים נעשה גדול למפרע הב"י באהע"ז ס' מ"ג הביא דברי מהר"י בי רב שכתב דהרב דוראן והרשב"א חולקים על זה וס"ל דרק מהשתא נעשה גדול ע"ש. וצ"ל ולהגיה דהרמב"ן בס' מי שמת ס"ל כן ולא הרשב"א וכמ"ש בכתב סופר או"ח ס' ח' דהביא דברי הרשב"א ריש חולין דכתב דלא בעי בדיקה וסתר דבריו מדברי הב"י באהע"ז ס' מ"ג דהרשב"א חולק על הרא"ש וכתב שצריך להגיה הרמב"ן במקום הרשב"א כדי שלא יסתרו דברי הרשב"א אהדדי. ובדעת הרמב"ם דייקו ממה שכתב בפי"א מגירושין דכל שהגיע לכלל שנים לא מהני מיאון הרי דחזקה דרבא רק לחומרא וכ"כ משכנות יעקב. אמנם בכתב סופר הנ"ל הוכיח מהרמב"ם פ"ב דאישות הל' ד' דחזקה דרבא חזקה אלימתא. ובנוב"י או"ח ח"א ס' א' דן בנער שכתב פרשיות תפילין ולא נבדק וכתב דסומכין על חזקה דרבא.

וכתב הרמב"ם פ"ג מאישות הלכה י"ד היתה הבת ספק בוגרת בין שקידשה אביה שלא מדעתה בין שקידשה עצמה שלא מדעתו ה"ז ספק לפיכך צריכה גט מספק וכתב ה"ה דמקור הרמב"ם מהגמ' קדושין עט: קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חיישינן לקידושי שניהם ופריך אי דנתקדשה תוך ו' חדשים בהא אמר רב הרי בוגרת לפנינו וכתב הב"י דילמא השתא הוא דבגרה משמע בנתקדשה בתוך ו' ספק מקודשת דחיישינן לקדושי שניהם ועי' שער המלך דהוכיח שכן דעת רש"י. אמנם תוס' רי"ד כתב דנתקדשה תוך ו' לא חוששין לקדושיה והוי כבתולה שלא ראתה דם דכשהיא רואה אמרינן דיה שעתה ולא טמאה למפרע. וכתב דכן משמע מתוס' ד"ה ושמואל דאם קדשה עצמה תוך ו' לא מקודשת והוכיח מסוגיא כדבריו וסיים דהטור כדעת רש"י וכן נפסק בשו"ע נתקדשה תוך ו' דחיישינן לקדושי שניהם כדעת הרמב"ם אמנם רבינו ירוחם כתב דאם אביה קידשה בתוך ו' חדשים אע"פ שהיא בוגרת ומקודשת

ודאי דיש חזקת נערות. וכ״כ במשואות חן דמה שכתב הטור בנתקדשה תוך ו׳ ספק מקודשת היינו מדרבנן דמדאורייתא אזלינן בתר חזקה ובע״ה עוד חזון למועד כשנבאר הסוגי׳ בס״ד.

סימן כד

שתיקה דלאחר מתן מעות

א. **גמרא** דף יב. ההוא דקדיש בציפתא דאסא אמרו ליה והא לית בה שוה פרוטה אמר להו תיקדש בארבע זוזי דאית בה שקלתא ואישתקא אמר רבא הוי שתיקותא דאחר מתן מעות וכל שתיקותא לאחר מתן מעות לאו כלום היא. וכתב רש״י הטעם שבתחילה לא ידעה מהארבע זוזי והשתיקה שלאחר כך לא מוכיחה כלום משום דלא איכפת לה דמימר אמרה מעיקרא לאו אדעתא דהכי קבלתינהו. אמנם הריטב״א כתב דשתיקתה לא מהני דמשום כיסופא או צניעותא. ובפירוש הר״ח בן שמואל הטעם דשמא כועסת עליו דרצה לקדשה בפחות משו״פ. אמנם רב הונא בריה דרב יהושע כתב דשתיקה לאחר מתן מעות מקודשת דאם לא היתה רוצה להתקדש היתה זורקת את האסא. ומ״מ מודה רב הונא ברב יהושע שאם קידשה בפקדון שנמצא אצלה דאינה מקודשת אם שתקה דלא שייך הסברה דאם לא רוצה שתזרוק אותו כיון שאם תזרוק תתחייב באחריותו.

וכתבו הרמב״ן והרשב״א שאם היו עסוקין באותו ענין ושתקה אחר שאמר לה הרי את מקודשת מהני והוכיחו מלקמן דף מז. האומר לאשה התקדשי לי בפקדון והלכה ומצאה שנשאר בו שוה פרוטה מקודשת ומשמע שמקודשת אף שלא אמרה הן אלא שתקה ולכאו׳ זה סותר סוגיא דידן ותירצו דשם איירי בשדיך. אמנם הרבה ראשונים חולקים וס״ל דלא מקודשת אפי׳ שדיך מאחר וקימ״ל שתיקה דאחר מתן מעות לא מהני וכן כתב הר״ן להוכיח שגם בשדיך לא מהני דכיון שנתן לה בתחילה את ההדס לשם קדושין והסכימה ממילא זה לא גרוע משדיך בתחילה ועכשיו שמקדשה בד׳ זוזי שבתוכו הרי כוונתו שתהיה מקודשת אלא מוכח שהשתיקה לאחר מתן מעות לא מהני גם בשדיך. וראית הר״ן מבוססת על הגירסא שאמרו לה הרי אין בו שוה פרוטה אבל לפי הרמב״ם דגריס אמרה לו שהיא עצמה אמרה אין ראי׳ בשדיך ושתקה דלא מקודשת.

ב. **ויש** גירסאות שונות בגמ׳ האם אמרו לה הרי אין שוה פרוטה או שהיא אמרה לו כדעת הרמב״ם וסיים הרמב״ם דמקודשת מספק משום שמא שוה פרוטה במדי אמנם הרמב״ן הרשב״א וריטב״א ס״ל דלא חיישינן שמא שוה פרוטה כיון דהיא עצמה אמרה הרי לא שוה פרוטה משמע דאין לה רצון להתקדש כל שלא שוה פרוטה ובשו״ע פסק דהיא ספק מקודשת ויש להסביר מב׳ טעמים או מטעם דחושש לסברת רב הונא בריה דרב יהושע או משום טעמא דשמואל שמא שוה פרוטה במדי ולפי הגירסא דהביא השו״ע דהיא אמרה לו הרי לא שוה פרוטה מוכח דאין רצונה להתקדש בפחות משוה פרוטה ולכן הספק הוא מטעמו וסברתו של רבה בר יהושע ומצאנו בזה מחלוקת הרי״ף והרמב״ם דדעת הרי״ף ספק מקודשת משום הד׳ זוזי וכן דעת הרא״ש. אמנם הרמב״ם ס״ל ספק מקודשת מדין שמא שוה פרוטה במדי אבל מצד ד׳ זוזי לא מקודשת דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום. ונ״מ אם קידשה בדבר שלא מתקיים. לדעת הרמב״ם לא מקודשת ולדעת הרי״ף והרא״ש ספק קדושין. ויש עוד נ״מ אם קידשה בחפץ גזול ובתוכו ד׳ זוזים שלו או בדבר האסור בהנאה ובתוכו ד׳ זוזים דלהרי״ף והרא״ש הוי ספק קדושין ולהרמב״ם דכל הספק משום טעמא דשמואל שמא שוה פרוטה במדי בכה״ג לא מקודשת בכלל. ויש עוד נ״מ לפי המבואר במלאת האבן אם בא אחר וקידשה באופן הראשון בציפתא דיש בו ד׳ זהובים דלהרמב״ם לא מקודשת לשני בכלל ממ״נ אם שוה פרוטה במדי הרי מקודשת לראשון ואם לא שוה פרוטה גם לראשון לא מקודשת אבל לדעת הרי״ף דהספק הוא על המטבעות שבתוך הציפתא גם מהשני הוי ספק ודו״ק. וטעם המחלוקת בין הרי״ף והרמב״ם דהרמב״ם ס״ל כרבא דשתיקה לאחר מתן מעות לא מהני והרי״ף ס״ל כרב הונא בריה דרב יהושע דיש הוכחה דקיבלתם לקדושין אחרת היתה זורקת אותם. ולא דמי לפקדון דשם אם היתה זורקת היתה מתחייבת באחריותו. משא״כ הכא דבא לידה בתורת קדושין אם לא היתה מתרצית היתה זורקת והגמ׳ דחתה אטו נשי דינא גמירי שמא גם הכא סברה אם תזרוק מתחייב ושלחוה קמיה דרבינא וא״ל

אתם חושו לה. ועל זה כתבו הרי"ף והרא"ש דצריכה גט לאפוקה ולעיולי צריכה קדושין אחרים. וכתב הרב המגיד בדעת הרמב"ם דס"ל להלכה כרבינא דאמר אנן לא שמיע לן הא דרב הונא בריה דרב יהושע הלכך קימ"ל כרבא. ואע"פ שא"ל אתם חושו לה היינו משום כבוד רבם ולא משום שהלכה כן וכ"כ בשיטה לא נודעה למי בקדושין יב. דכל הגאונים פסקו כרבינא דהוא בתראה וכ"כ הריב"ש ס' ק"ט דקימ"ל כרבינא וכל האחרונים הסכימו כרבא דשתיקה דלאחר מתן מעות לא מהני.

ג. **ובספר** אור גדול סי' נ"א א' כתב דאע"פ דהגאונים פסקו כרבינא וכדעת הרמב"ם מ"מ יש לחלק בין דורנו לדורם דבזמן הגאונים דהנשים ידעו הדברים שייך לומר דאם לא רוצה היתה זורקת ומדלא זרקה יש סברה דרוצה להתקדש כדעת הרי"ף והרא"ש. אבל בזמננו דלא יודעות שמא באמת אין רצונה לקדושין ולמה לא זרקה כי חששה שמא תתחייב בזה. ולכן אין הוכחה דרצונה לקדושין והוי שתיקה דלאחר מתן מעות דלא מהני. ובשו"ת ישמח לב גאגין סי' י"ד כתב בנידון דידיה דקידשה בטבעת ואח"כ נתן לה מטבע א"ל הרי טבעת לא שלך א"ל תתקדש במטבע ושתקה העלה דלא מקודשת כדעת הרמב"ם וכ"כ מהר"ם אלאשקר בסי' צ"ט ובחוט המשולש בסוף תשב"ץ טור ב' ס' ד'. וכתב עוד בישמח לב דדעת מהרש"ם ח"א ס' ט' שדעתו להחמיר כדעת הרי"ף.

יוצא מכך שאם קידש בציפתא דאסא ואמרה לו לית ביה שוה פרוטה וא"ל תתקדשי בד' דינרין שבתוכו דנחלקו הרי"ף והרמב"ם. וכתב הרשב"א שאם העדים מסופקים אם האמירה היתה בשעת ששניהם אדוקים בו או לפני הנתינה אין להקל אע"פ שיש חזקת פנויה כבר כתבו התוס' כתובות כג. כיון שנולדה ריעותא בחזקה לא תנשא. וכ"כ הפני יהושע גיטין כח להחמיר ע"פ סברה זו. והר"ן בקדושין כתב בסוגיא דנתן הוא ואמרה היא ואף דהוי ס"ס ספק אמר לפני נתינה ואת"ל שאמר בשעה ששניהם אדוקים מ"מ דילמא גם בכה"ג הוי קדושין. והנה בדעת הרי"ף דכתב לחוש היינו בבאו לידה בתורת קדושין אבל לא באו בתורת קדושין גם הרי"ף מודה כגון בעובדא דאמר לחבירו קח טבעת זו לסימן שאני שולח אותך לבתי להביא חפץ ולקח הטבעת ולא רוצה להחזיר וא"ל אם אתה לא מחזיר בתך תהיה מקודשת לי ושתק, כתב המבי"ט בס' נ"ז דגם הרי"ף מודה דלא חוששין. וכ"כ בשו"ת מהרש"ך ח"ד ס' פ"ט בנדון דזרק לה חפץ וקיבלתו בידה וא"ל הרי את מקודשת לי ושתקה דאפי' לרי"ף והרא"ש דחיישינן הנ"מ שבאו לידה בתורת קדושין אבל הכא דלא באו לידה בתחילה לשם קדושין גם הרי"ף מודה דלא מקודשת. וכ"כ במשפטי שמואל ס' קי"ב כתב דוקא בצפתא דאסא דמקודם נתרצת להתקדש לכן ס"ל להרי"ף ורא"ש דספק מקודשת. אבל בנתן לה חפץ וא"ל תתקדשי לי בו ושתקה לא מקודשת. וכ"כ מהר"ם פדוואה ס' כ"ד ושו"ת מהרח"ש ס' לו. דהאריך בדין נתן סתם וא"ל התקדשי לי דלא מבעיא לדעת הרמב"ם דלא הוו קדושין השתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום. אלא אפי' להרי"ף והרא"ש דחיישי בציפתא דאסא הכא מודו. ובתשו' קול בן לוי ס' ד' כתב להתיר מס"ס ספק הלכה כדעת הרמב"ם ואת"ל הלכה כדעת הרי"ף דילמא הרי"ף חושש דוקא בקיבלה לשם קדושין ולא בנתן לה סתם וס"ס זה מתהפך. וכ"כ בשו"ת מהר"ם אלשיך ס' ק"ד.

ד. **ובספר** חמדת שלמה ס' מ"ח כתב דבשניהם אוחזים הוי כשעת מתן מעות ודוקא אם העדים מעידים שלא הרפתה ידיה בעת סילוק ידיו. ושם בתשובה הביא תשובת בעל החוו"ד אות י' שתמה עליו דאין ראיה באחיזתה דרצונה להתקדש דאם החפץ היה בקרקע ליכא גילוי דעת בכלל דרצונה להתקדש. ודברי החמדת שלמה הנ"ל הם סביב דברי מהרי"ט בח"ב סי' ל"ח באשה שביקשה חפץ מאיש אחד ונתן לה ובעודם אדוקים א"ל הרי את מקודשת לי ושתקה והניחתו בארגז כתב בד"ה ונבוא דבה"ג לא הוי שתיקה לאחר מתן מעות משום דעד שלא סילק ידו לא מיקרי נתינה כדאמרינן גבי גט בידה ומשיחה בידו כל שיכול לנתקו לא הוי נתינה והכא אפילו יכול לנתקו אצלו כל שהיתה יכולה לסלק ידה וישארו הקדושין בידו לא מקרי שתיקה דלאחר מתן מעות דטעמא דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא משום דסברה דאי שדינהו מחייבינא באחרותיה אבל זו שהיתה יכולה לסלק ידה וישאר החפץ בידו שלא יפול על גבי קרקע ולא עבדא כן. אלמא נתרצית בקדושין ע"ש ומכח זה כתב הרב חמדת שלמה בס' מ"ח באחד שהושיט חפץ לאשה שתשמור בארגז ובשביל זה אחזה בקצה החפץ וכשהיו שניהם תפוסים בו א"ל לשון הקדושין וסילק ידו והעלה באות ו' ד"ה ולהיות שרחוק הדבר לומר דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות כשאמר לה כנסי חפץ זה לפקדון וכו' דהתם הא אמר אחר גמר נתינה אבל הכא לא נגמרה הנתינה לפקדון דקודם שבא לידה לגמרי א"ל לשון הקדושין וסילק ידו והעלה באות ו' ד"ה ולהיות

שרחוק הדבר לומר דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות כשאמר לה כנסי חפץ זה לפקדון וכו׳ דהתם הא אמר אחר גמר נתינה אבל הכא לא נגמרה הנתינה לפקדון דקודם שבא לידה לגמרי א״ל לשון הקדושין ואתם עדי י״ל דהוי שתיקה דשעת מתן מעות כיון דעיקר הנתינה היתה לאחר לשון הקדושין. והוסיף בתשו׳ שראה לחכם אחד כוונתו על דברי המשיבת נפש דכתב גם בנידון זה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות דעיקר החילוק בין שתיקה בעת מתן מעות לאח״כ דבאמר בשעת מתן מעות הרי פשיטת ידה לקבל הקדושין הוי הוכחה דנתרצתה. משא״כ באומר לה לאחר מתן מעות דפשיטת ידה בתחילה הוי לשם פקדון שוב ליכא מעשה המוכיח על רצונה להתקדש ושתיקתה דלאחר מתן מעות אין ראי׳ ונסתייע מדברי הרמ״ה המובא ברמ״א בזרק לה כסף קדושין ולא שקלתו לא חיישינן לה. וכתב החכם הנ״ל משום שלא לקחה בידה ולדעתו לא תלוי בפשיטת ידה והביא ראי׳ ותוכן דבריו דלענין חיוב שמירה אם א״ל כנסי סלע זה לפקדון ובעוד שניהם אוחזים קודם גמר הנתינה היינו קודם שהסיר ידו מהחפץ אמר הקדושין פשיטא דאם השליכתם אז פטורה מאחריות כיון דהיא לא משכה לשם פקדון. וגם הוא חזר מנתינתו לפקדון קודם שבא לידה והאריך להוכיח דכל שא״ל לשון הקדושין היתה יכולה לרפות ידה ולא יגיע לידה ולא עשתה כן הוכחה דהוי שתיקה בעת מתן מעות ומקודשת.

ה. **והוביח** מדף יג. דאיתא שם כנסי סלע זה שאני חייב לך ואח״כ א״ל התקדשי לי בשעת מתן מעות רצתה מקודשת ולאחר מתן מעות אפילו רצתה לא מקודשת ופירשה הגמרא מאי רצתה ולא רצתה. רצתה דאמרה הן ואי נימא לאחר מתן מעות היינו לאחר פשיטת יד אבל עדיין לא בא לרשותה למה לא תהא מקודשת אם אמרה הן. כיון דעדיין לא זכתה לשם פרעון ומוכח על כרחך דלאחר מתן מעות היינו לאחר גמר הנתינה שכבר זכתה לשם פרעון והוי דבר הלמד מעניינו דברייתא הקודמת גם כן הפירוש כן. ומצאתי ראיה לדבר בדברי הבה״ג שכתב ושמעינן מהני שמעתתא היכא דיהיב לה מידי ואמר לה להוי פקדון גבך ובשעה דיהיב לה הדר אמר לה איקדיש לי בגויה אי שתקה הוי קדושין א״ל להוי פקדון גבך ובתר הכי א״ל להוי קדושין אע״ג דאישתקה לא הוי קדושין ע״כ. ומוכח היכא דיהיב לה ובשעה דיהיב לה א״ל להוי קדושין משמע דהוי כאן שני לשונות לשון א׳ פקדון ומיד חזר וא״ל לשם קדושין תרוייהו בשעת נתינה. ובסיפא דקדק הבה״ג דנתן תחילה לשם פקדון ואח״כ א״ל האי מידי דאפקידי גביך להוי לקדושין משמע א״ל לאחר שקיבלה לשם פקדון בזה לא מהני. וכ״כ המהרי״ט להסביר כן הסוגיא ע״ש. ובחתם סופר הביאו אריה דבי עילאי בסי׳ ט״ז דף קא. בנדון דנתן לה טבעת בסתם ובעודם אוחזים א״ל לשון קדושין כתב דודאי מקודשת ואין לעובר צד היתר לומר דהוי שתיקה לאחר מתן מעות כי אין בזה צד ספק בכלל והוכיח מב״מ דף ז. דאמרינן מאי דתפיס האי דידיה הוא. ופירש רש״י אפילו תופס כחוט השערה דרק לקנין בענין ג׳ על ג׳ ופריך מגט בידה ומשיחה בידו ומשני התם כריתות בעי וליכא ולא מבעיא אי מקשינן הויה ליציאה דמשיחה מעכב הו״ה בקידושין דשניהם אוחזים הוי אגיד גביה והוי כשעת מתן מעות כשדיבר אתה וכ״כ מהרי״ט דאין צריך ללמוד מגט בידה ומשיחה בידו. כיון דאפי׳ יהיב לה למתנה לא קנתה אלא מה שתחת ידה ולא מה שתפוס בידו. עד שיעזוב מה שתפוס בידו וכיון דא״ל הרי את מקודשת ומסלק ידו הוי כמדבר עמה בשעת מתן מעות והטבעת שבידה כוונתו לקדשה בהנאת קישוט והוי שתיקה בעת מתן מעות אלא אין דרכי לומר על המהרי״ט לא נראה לי דבריו ולהקל בדבר שבערוה ע״כ.

ו. **ובאריה** דבי עילוא תמה על הח״ס דבאופן דשניהם תופסים בטבעת בעינן דוקא ללמוד מגט בידה ומשיחה בידו אבל בלי זה כיון דנתן לה חלק מהטבעת כוונתו לקדשה בו והוי שתיקה לאחר מתן מעות באותו חלק שכבר היא תפוסה בו. דיש סברה לומר שלא רצה לקדשה בכל הכלי אלא רק במה שבידה והוי ספק קדושין לדעת הרי״ף והרא״ש. אבל כיון דיש ראי׳ מגט בידה ומשיחה בידו דעד שלא סילק ידו לא נחשבת נתינה ממילא הוי שתיקה בשעת מתן מעות ומקודשת בלי שום ספק ע״כ. ובספר מנחת פתים ס׳ מ״ב לאחר שהביא דברי החתם סופר הנ״ל והמהרי״ט כתב קשה להקל נגד המהרי״ט דתמה על מה שכתב החת״ס דטעמא דמהרי״ט משום דאיתקש הויה ליציאה דעל הנתינה דלפני קדושין לא שייך היקש הויה ליציאה וגם ראית המהרי״ט מגט בידה ומשיחה בידו תמוהה וכו׳ וכתב שלמהרי״ט הוו כשניהם אדוקים בו כלאחר מתן מעות ועיקר טעמא משום דלא סילקה ידיה מיד ומ״מ קשה לסמוך בזה להקל נגד מהרי״ט ע״ש וכ״כ בס׳ מעשה אליהו מערכת נ״ט דכל ששניהם אדוקים הוי מקדשה רק בחלק שבידה והוי שתיקה לאחר מתן מעות משום דמה שבידה כפסק דמי כדאיתא בב״מ דף ז. וכו׳ וכ״כ במשיבת נפש ס׳ ל״ז ד״ה היתר השני דכל שאדוקים הוי שתיקה דלאחר מתן מעות

כמו שאמרה הגמ׳ בקדושין יג. באמר לה כנסי לפקדון דבשעת מתן מעות מקודשת ופרש רש״י דהיינו קודם קבלתו וכן הוא ברמב״ם ובשו״ע בתחילת הסעיף משמע באמר לה קודם שפשטה ידה לקבל מקרי שעת מתן מעות ואז מהני שתיקתה ולאחר מתן מעות היינו לאחר התחלת הנטילה.

וכתב בספר חמדת שלמה ס׳ נ׳ בשם רע״א בתשו׳ ס׳ צ״ז דכל ששניהם אדוקים הוי שעת מתן מעות ומקודשת ע״ש. ובספר משיבת נפש הראשון ס׳ ל״ז כתב בנתן לה לפקדון ובעודם אוחזים בו א״ל הרי זה קידושיך חשיב שתיקה לאחר מתן מעות וכמו שאמרה הגמ׳ קדושין יב. בהא דכנסי לפקדון וכו׳ דבשעת מתן מעות כתב רש״י לפני נתינה וכן דעת הרמב״ם ושו״ע שכל שאומר כן לפני נתינה הוי בשעת מתן מעות כפי שמוכח מהשו״ע דא״ל כן לפני שפשטה ידה לקבל מקרי שעת מתן מעות ואז מהני שתיקתה. והאריך להוכיח את דבריו שאין לומר דשתיקה לאחר מתן מעות היינו אחר קבלתה דהא דמהני שתיקה בכל קדושין בשעת מתן מעות אף דפשוט משתיקתה מ״מ אין לנו שום גילוי דעת דחפצה בקדושין דדברים שבלב הם אלא כל שדיבר אתה קודם ופשטה ידה לקבל קדושין הוי גילוי דעת דרצונה בכך ולכן מקודשת. והוכיח כן מריב״ש ס׳ ק״ע ולכן בשתיקה דלאחר מתן מעות דלא עבדה מעשה דמוכח דניחא לה דבר פשוט הוא דאינה מקודשת ומה״ט נמי אמר רבא בדף יב: בקידשה בציפתא דאסא וא״ל אין בו שוה פרוטה וא״ל תתקדשי בד׳ זוזי ושתקה דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות כיון דליכא גילוי דעת דרצונה להתקדש ומה שרבא הוצרך להביא ראי׳ לכך לא על השתיקה אלא על מה שלא זרקה ס״ד אמינא דזה גופא גילוי דעתה שרצונה להתקדש לזה מביא ראי׳ דאינו כן. והעלה דכל ששניהם אוחזים בחפץ וא״ל ושתקה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולא מקודשת. ובס׳ ל״ח הביא דברי חמדת שלמה הנ״ל שכתב דכל ששניהן אדוקים ואמר לה הוי שעת מתן מעות ודחה דבריו. וכן הביא דברי המהרי״ט דכתב דכל שיכולה לנתקו וישארו הקדושין בידיו לא חשיב שתיקה דלאחר מתן מעות. ודחה דבריו שכל שאדוקין וא״ל ושתקה לא הוי גילוי דעת דרצונה להתקדש ע״ש שהאריך.

ז. **גם** בחוו״ד שהביא בספר חמדת שלמה ס׳ מ״ט דן נמי בעובדא דמהרי״ט והעלה דהדבר בספק כיון דבעינן מעשה דמוכח דנתרצתה בשעת גמר קדושין ובעוד שניהם אוחזין בכל יודעים דלאו קדושין הם. ואין ראי׳ ממה שלא סילקה ידה להשאיר בידו החפץ משום דא״א לצמצם וגם אין חזרה מוחלטת מפקדון ע״י שתזרוק שוה יחייב אותה לשלם. וכמ״ש רע״א דאפשר לחלק בין מעשה של המהרי״ט דהתם מיירי שמתחילה נתן לה לשם מתנה וא״כ היה לה לסלק ידה עכ״פ תיכף כשסילק ידו דאף שאי אפשר לצמצם ושמא יפול מ״מ נשי ידעי שאין עליה שום חיוב כיון שלא נתרצית לשמור לו אלא שיהיה שלה משא״כ הכא דמתרצית לשמור ודחה ראית החמדת שלמה והעלה כיון שהיה בידה בשעה שאמר לה לשון קדושין לא מהני שתיקתה להיות כהודאה וגם בתשו׳ רע״א סי׳ צ״ז האריך לדחות דברי הרב חמדת שלמה הנ״ל והעלה דאם אמר לה לשון קדושין בשעה שהם אדוקין הוי שעת מתן מעות. ודחה דבריו דאין הוכחה משתיקתה כיון דלא עבדא מעשה. ומה שהרב חמדת שלמה הוכיח מהמהרי״ט כתב שאין ראי׳. ומה דכתב מהרי״ט דכל דמשיחה בידו ביכול לנתקו לא הוי נתינה כדאיתא בפרק הזורק מ״מ בב״מ ז. מוכח דבכה״ג הוי נתינה ובנידון דידן ששניהם אדוקים הוי כאילו נפסק מה שבידה. והאריך לדחות דברי הרב חמדת שלמה אחד אל אחד. ועוד כתב לדחות דעת המהרי״ט דכתב דהיה לה להרפות ידה אינו מוכח דבעוד ששניהם אוחזין בו לא הוי שעת קדושין דמה שהיתה יכולה להרפות ידה בשעת שסילק ידו א״א לצמצם. ואין לנו שום הוכחה דרוצה בקדושין ע״ש.

ובהליכות אליהו סי׳ י״ג הקשה על המהרי״ט מדברי התוס׳ כתובות דף ל: ד״ה ואי דבשאר קניינים מחייב עכ״פ המקבל באונסין גם כשיכול לנתקו ורק בגט גזה״כ דלא מהני לפ״ז כיון דהם אדוקים ואשה התחייבה באונסין שפיר הוי שתיקה לאחר מתן מעות ע״ש. ובמעשה אליהו מערכת נ״ט תירץ דיסוד המהרי״ט הוא ע״פ דברי הרמב״ם בפ״ה ממכירה הלכה ו׳ וחו״מ סי׳ קצ״ה סעיף ז׳ דמשמע דילפינן קנין מגט. וכמו שכתב ה״ה ולהכי כתב הרמב״ם גבי קנין סודר דבשהקנה הקונה להמוכר מקצת הבגד שעושה בו הקנין ואוחז בפתות מג׳ טפחים אם יכול המוכר לנתק הכלי קנה וכתב הרב המגיד דהרשב״א חולק על הרמב״ם וס״ל שזה דין בגט דבעינן כריתות וכן הקשה הנמו״י בב״מ בשם הר״ן אבל הרמב״ם יליף מגט ואף שהרמב״ם סותר עצמו ממה שכתב פי״ז מגזלה הל׳ ו׳ דבאחז במוסרות דבהמת מציאה או בנכסי הגט קנה רק המוסרה ולא הבהמה ע״ש. וכתב הג׳ מיימון קנה רק במה שתפוס במוסרה מוכח דגם ביכול לנתק לא קנה אלא מה שתפס בידו. ועי׳ בש״ך ס׳ קצ״ה ס״ק ו׳

דהקשה כן וע״ש שם שתירץ בב׳ אופנים וכתב דמקור הרמב״ם ומהרי״ט ע״פ תירוץ ב׳ דהש״ך דיש לחלק בין מציאה למכירה דדעת אחרת מקנה אותו. וא״כ בנדון שיכול לנתקו הוי כהכל בידו וחשיב לפני מתן מעות ולכן שפיר מהני אמריה ע״ש. ועי׳ בדברי מלכיאל ח״ד ס׳ ק״ג ועוד עיין מה שכתב בשאילות משה להר״ם ראזין ס׳ ל״ב אות ו׳ ובס׳ חזקה רבה ח״א ס׳ ס״ז ובשו״ת גור אריה יהודה סי׳ כ״ט הביא דעת הבית אפרים כתב דכשניהם אדוקים ויכול המקדש לנתק לא הוי נתינה כמו דקימ״ל בגט בידה ומשיחה בידו. והוא חלק עליו וס״ל דבקנין כל שתפוס ג׳ על ג׳ קנה ולא דמי לגט ובחו״מ ס׳ קצ״ה מביא המחבר שכל שתופס פחות מג׳ ויכול לנתקו לא מהני וס״ל כהרמב״ם והרמ״א חולק וס״ל דכל שתופס קנה אפי׳ יכול לנתקו ולא דמי לגט ולפי הרמב״ם יוצא דאם האשה יכולה לנתק אצלה מקודשת ולא שייך למולם להוצאה דבגט לא מהני דקנין קדושין הוי ככל הקניינים וכתב דזה תלוי בב׳ תירוצים של הש״ך בס״ק ו׳.

ובבית אפרים ס׳ מ״ח כתב דגם לפי הרמב״ם י״ל דקדושין שאני דבגט אם אוחז המשחה בידו חסר בכריתות ובגט גם באופן דהיא אוחזת בגוף הגט אף דאינו יכול לנתק והיא יכולה לנתק לא מהני דבעינן ונתן בידה שיהא מכחו וכשבא מכחה הוי טלי גיטך מעל גבי הקרקע וא״כ הו״ה בקדושין באופן כזה לדעת מהרי״ל דלא מהני טלי קידושיך מעל גבי קרקע. ובסוף מביא דעת מהרי״ט דהדין דיכול לנתקו הוא דין בגט ולא בקדושין ומ״מ כששניהם אוחזין בגוף החפץ יש חסרון של ונתן וכו׳. וכ״כ בספר הליכות אליהו (פיינשטיין) ס׳ י״ג באחד שהשאיל לנערה טבעת כדי לראות אם מתאימה לה ובעודם אדוקים א״ל הרי את מקודשת והביא דעת הפוסקים דנחלקו בזה ודעת מהרי״ט דגט וקדושין שווין והוי כא״ל לפני מתן מעות. והביא דעת החמדת שלמה חוו״ד ורע״א הנ״ל ודחה דבריהם והוכיח מהטור בכנסי לפקדון שכתב אם אמר לשם קדושין בשעה שנתן לה או קודם לכן מקודשת ומדפלגינהו לתרתי משמע בשעה שנתנו לה היינו בשעה ששניהם אדוקים וחשיב שעת מתן מעות ואין לבנות על זה דהרמב״ם ושו״ע משמע דלא מקודשת דבעינן שיאמר לה קודם נתינה ע״ש. וכן דייק בתפארת יעקב מהטור והוכיח מהשו״ע והרמב״ם דחולקים עליו דבעינן לפני נתינה ואז מקודשת ע״ש. וכ״כ באבן יקרה קמא סי׳ כ׳ בנידון שיש חשש שבעת אמירת הקדושין היה המקדש עוד אדוק בטבעת דהרב השואל חשש להחמיר שניהם אדוקים וכתב עליו האבן יקרה ולדעתי אין כאן בית מיחוש דלא מקודשת דדוקא בגט חיישינן משא״כ הכא דבא לידה בתורת פקדון לא נגרע כחה במה דאדוק בו וזכתה בו וכשאמר לה לשם קידושי הו״ל שתיקה דלאחר מתן מעות דלא מהני ומוכח ממקומו בסוגיא דכל שנתן לה בתורת פקדון סברה אי שדינא מתחייבנא ביה הרי דחושבת דאף שחזר ואמר לה התקדשי לי בו לא נפטרה משמירתו בתורת פקדון וא״כ מה בכך שא״ל בשעה ששניהם אדוקים בו התקדשי לי בו דכוין שפשטה ידה וקיבלתו לשם פקדון נתחייבה בו לכן שתיקתה לא מהני.

ח. **אמנם** מצאנו אחרונים דמסתפקים בדבר דבשניהם אדוקים וא״ל הרי את מקודשת לי דהוי ספק מקודשת במהרש״ם ח״ב ס׳ רכ״ו אות א׳ אחר שהביא דברי רע״א והעלה דכיון דיש מחלוקת דכל זמן ששניהם אדוקים לא חל עליה חובת שמירה דשומר חלה עליו חובת שמירה רק כשנסתלק המפקיד וימסור החפץ לשומר כמובא בחו״מ סימן רצ״א ס״ד וכיון דבעודם אדוקים א״ל לשון קדושין ואם לא היתה רוצה היתה זורקת אותם ולפי הרמב״ם דס״ל דגם בכה״ג אמרינן נשי דינא לא ידעי וסברה שאם תזרוק תתחייב מ״מ כיון דשו״ע ואחרונים פסקו ואחרונים פסקו דהוי ספק הכי פסקינן.

ובמנחת פתים כתב לחדש דכל המחלוקת בא״ל כנסי לפקדון ובעודם אדוקים א״ל לשון קדושין אבל באופן דנתן לה מתנה ועודם אדוקים א״ל לשון קדושין גם למהרי״ט אינה מקודשת ואין כאן סברה דאם לא רוצה להתקדש תזרוק דכאן כיון שנתן לה בתורת מתנה הרי במה שתפסת קנוי לה ואע״פ שיש חלק שלא קנוי מ״מ היא לא זורקת כיון שזכתה במה שנתן לה ולא רוצה לזרוק אולם בדברי החוו״ד בתשובת חמדת שלמה סי׳ מ״ט מוכח איפכא דכתב דכל המחלוקת בפקדון אבל במתנה ושניהם אוחזים וא״ל הרי את מקודשת לכו״ע מקודשת דבפקדון אין ראיה מדלא סילקה ידה דחוששת שמא יסלק גם הוא ויפול החפץ ותתחייב אבל במתנה גם נשי ידעי דאין עליה שום חיוב אם תזרוק ומדלא זרקה מוכח דנתרצית ובהגי׳ מיירי נדון דמהרי״ט ע״ש אבל מוכח מדברי הרשב״א וכל הפוסקים דלא מקודשת דהוי שתיקה לאחר מתן מעות. וכ״כ בשו״ת ב״י סי׳ ב׳ באחד שנתן מעות לאשה בסתם ואח״כ א״ל הרי את מקודשת ושתקה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות וכן פסקו הרמב״ם ורשב״א ואע״ג דהרי״ף והרא״ש ס״ל בקידשה בציפתא דאסא כרבינא דאמר אתם חושו לה אנן לא ולכן בעינן

לאפוקא בגט ולעליו לי בעינן קדושין היינו טעמא דמעיקרא הציפתא באה לידה בתורת קדושין.אבל הכא גם הרי"ף ורא"ש מודו דלא מקודשת ע"ש וכ"כ בשו"ת מבי"ט ח"א ס' רצ"א בנידונו של הב"י וכתב לאחר שהביא שיטת כל הפוסקים בעובדא דציפתא דאסא וכתב בנידון דידן עדיף דהא ליכא למימר תשדינהו וכו' דבסתם קבלה ואפשר דהוי פקדון בידה ואם תשדינהו תתחייב ומשום הכי לא שדתינהו והא דשתקה משום דלא איכפת לה וכו' והוי כדינא דא"ל כנסי פקדון זה דלכו"ע הוי שתיקה דלאחר מתן מעות וקימ"ל כרבא דלא מהני וכ"כ הריב"ש בס' ק"ע דכל האחרונים הסכימו כרבא דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא.

ובנידון הריב"ש איירי בראובן שזרק טבעת בחיקו של שמעון ואח"כ א"ל בתך מקודשת לי ושתק דבזה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות וכתב הריב"ש דאפי' הרי"ף ורא"ש דמסתפקים בציפתא כאן לא מהני דדוקא בציפתא דאסא ס"ל דצריכה גט מספק אבל בנידון דידן הוי כפקדון דאי שדתינהו מחייבא בהן דאע"ג דמי שהניח חפץ בבית חבירו ולא א"ל ולא מידי לא הוי שומר עליו ואפילו בעה"ב א"ל הנח לפני אינו לא שומר חינם ולא שומר שכר וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ב דשכירות היכא שנתן בידה כי הכא אפשר דהוי שומר אע"ג דלא אמר מידי ואפילו תימא דלא הוי שומר היינו דלא מחייבא בשמירה או נגנבו מידה או מביתה כיון דלא קיבלה עליה שמירה אבל אי שדתינהו מידה ונאבדו חייבת דהוי מזיק בידים ולכן גם להרי"ף והרא"ש הוי כפקדון וחשיב שתיקה דלאחר מתן מעות ולא מקודשת עכת"ד.

וכ"כ בשו"ת מהרש"ך ח"ד ס' מ"ט בנדון דלאחר שזרק לה הקדושין לחיקה וקיבלתו בידה א"ל הרי את מקודשת ושתקה דבזה גם הרי"ף והרא"ש מודו דלא מקודשת דלא דמי לציפתא דאסא וכו' והטעם דהתם בשעת קבלת הציפתא א"ל הרי את מקודשת לי וגילתה דעתה דרצונה להתקדש ואע"ג דמחמת קדושין ראשונים לא היתה ראוי' להתקדש מ"מ מחמת הקדושין האחרים דא"ל תתקדשי בד' זוז שבתוכם יש לחוש ולכן ס"ל לרי"ף והרא"ש להצריכה גט אבל הכא לא היה שום גילוי דעת שרצונה להתקדש ולכן ס"ל לרוב הפוסקים הראשונים ואחרונים שיש להקל ואפילו למחמירים בציפתא הכא יודו דיש חילוק ביניהם ודו"ק.

ט. **ובשו"ת** מהרח"ש ס' ל"ו הביא דברי הרשב"א בנתן לה טבעת סתם ואח"כ א"ל הרי את מקודשת לי והעלה דלא מבעיא לדעת הרמב"ם ורוב פוסקים דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולאו כלום הוא אלא אף לדעת הרי"ף ושאר רבוותא לחלק בין גבי פקדון לציפתא דאסא וסברי דחוששין לקדושין אבל בנדון דידן דנתן לה סתם כתב ה"ה בפ"ה מהלכות אישות הלכה ח' בשם הרשב"א דכל שנתן לה סתם אפילו א"ל אח"כ הרי את מקודשת ואמרה הן לא מהני עד שיטול ממנה ויחזור ויתן לה בתורת קדושין ולא מבעיא לדברי מהריב"ל דס"ל בדעת הרשב"א דלא הוי מקודשת בכלל אלא אפי' למהרשד"ם דכתב דדעת הרשב"א דספק מקודשת היינו טעמא דאמרה הן אבל בשתקה גם מהרשד"ם מודה וכו'. והעלה שכל שנטלתו בסתם ואח"כ א"ל הרי את מקודשת לית בה בית מיחוש ולא מקודשת בכלל ע"ש ועי' בחוט המשולש (וולוז'ין) בס' א' דהעלה כן וכ"כ בשו"ת מהר"ם אלשיך ס' ק"ד.

אמנם יש פוסקים דחולקים על כך וסברי דלדעת הרי"ף והרא"ש יש לחוש בנדון דידן דדוקא בבא לידה בתורת פקדון הוא דהרי"ף והרא"ש לא חיישי אבל כל שלא בא לידה בתורת פקדון הוי ספק מקודשת ע"ש וכ"כ בספר שי למורא (להר"ש יונה) סימן ס' דלהלכה למעשה יש להצריכה גט אף דה"ה כתב בשם הרשב"א דהוי שתיקה לאחר מתן מעות מ"מ הרי כתב מהריב"ל ח"ב סי' ז' דהביא דברי רבינו ירוחם נתיב כ"ב ח"א דהוי ספק מקודשת לאחר שפסק בציפתא דאסא דהוי ספק קדושין ע"ש. וכ"כ בשו"ת אמרות טהורות ס' כ"ח סעיף ג' דנראה מדעת הרי"ף והרא"ש כל שתיקה דלאחר מתן מעות הוי ספק קדושין בכל אופן. וכן מוכח מהריב"ש והרא"ם ח"א ס' כ"ו ע"ש. והמעיין בדברי הרא"ם שדן במשרת שהיה רגיל להביא צרכי הבית ופעם הביא פרחים וא"ל לבתו של בעה"ב הנה הפרחים שביקשת ממני ולאחר שנתן לה א"ל הרי את מקודשת וכתב דגם לדעת הרי"ף לא צריכה גט חדא דענתה לו בלעג כיון שרגיל להביא דברים קיבלה על דעת כן שמשרת את הבית ועוד שלא ראתה את העדים ובס' לחם רב ס' כ"ב תמה על הרא"ש דמדמה לציפתא דאסא ולא הביא דברי הרשב"א המובא בה"ה דלא חוששין לקדושין בכה"ג גם לדעת הרי"ף. ובקול בן לוי ס' ד' כתב על הרא"ם דיש מקום לחלק בנתן סתם למי שנתן לפקדון אבל בנדון דידן של הפרחים גם הרא"ם מודה שלא נתן לה סתם אלא א"ל קחי פרחים ששאלת וכו' וכ"כ בס' ברכת המים דף קו. ע"ש וכן משמע בשו"ת מהר"י כץ אבי הש"ך שבספר גבורת אנשים ס' ה' דהרי"ף

לא מחלק בין בא לידה בתורת פקדון לסתם ותמיד חיישינן לקדושין דחשו להא דרב הונא.

וכן הוכיח בשו"ת מהרש"ם ח"ב ס' רכ"ו דהרא"ש לא גריס אמרו ליה אלא אמרה לי משמע דלא היה בדעתה להתקדש בתחילה ואפ"ה פסק הרא"ש דספק מקודשת א"כ משם נלמד שכל שהאשה קיבלה וא"ל אח"כ הוי ספק קדושין וכן הביא הרב ברכת המים דף קו ע"ג דהוי ספק קדושין ואמרי יושר ח"א סי' ז' דיש לחוש לחומרא ועי' באבני נזר ס' קי"ט אות נ"ט. ובספר ערוך השולחן ס' כ"ח סעיף ל"ט כתב דשתיקה לאחר מתן מעות בסתם מקודשת ודאי שהרי לא בא לידה לשום ענין אחר מפורש אלא בסתם וכשאמר לה אח"כ לשון קדושין סברה וקיבלה ודבריו תמוהים שלא מצאנו כן בשום פוסקי' ואפי' למחמירים היינו רק לחומרא ורובם ס"ל דלא הוו קדושין בכלל ולא מצאנו מי שיאמר דהוי מקודשת ודאי וצע"ג.

ויש עוד פוסקים המחלקים בין א"ל לאחר שמסר לה החפץ התקדשי לי בו בין אם אמר לה תוכ"ד או לאחר כדי דיבור. בשיבת ציון ס' כ"ט הביאו הפ"ת ס"ק ז' כתב דבנתן לה בסתם הוי ספק קדושין אחרת למה הגמ' נקטה בדף יב דא"ל כנסי לפקדון ושתקה ואח"כ א"ל הרי את מקודשת דהוי שתיקה לאחר מתן מעות אמאי לא נקט אפי' נתן לה בסתם אלא ודאי כיון שנתן לה החפץ בסתם והיא קבלתו סתם א"כ עצם הקבלה הוי מעשה והיא מחרישה על איזה אופן נתן לה וכשאמר א"ל לשון קדושין ולא השליכה אותם הרי היא מודה בכך שמה שקיבלה בהתחלה על סמך ביאור דבריו שיאמר אח"כ ואף שקיבלתם בסתר בסתם בלי שום גילוי מ"מ כל שא"ל תוך כדי דיבור מהני דהוי כמו שאמר לה בעת הנתינה. ואף דקימ"ל בב"ת קנט. ונדרים פז. דלא אמרינן תכ"ד בקדושין היינו לקולא לחזור בו מקדושין כמו שכתב הרשב"ם שם שחכמים החמירו משום לעז ממזרות אבל היכא דמסתעף מינה חומרא אדרבה אוקמינן אדאורייתא כמו בכל התורה דתוך כדי דיבור כדיבור. ואפילו לפי הר"ן דלא אמרינן תוכ"ד בקדושין הוא מדינא ולא לחומרא דהואיל וחמירי כולי האי אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה ומשו"ה לא מהני חזרה אפילו תוכ"ד זה שייך היכא דאיכא חזרה. כגון קידש אשה וחזר בו תוכ"ד אבל היכא שנתן לה חפץ ולא א"ל כלום ואח"כ תוכ"ד אומר לה לשם קדושין דזה לא חזרה אלא גילוי דעת על איזה כוונה נתן לה ומפרש שהנתינה לשם קדושין בזה נקטינן כללא דתכ"ד כדיבור דמי וכיון דבציפתא דאסא קימ"ל דהוי ספק קדושין הו"ה כאן ואף שהב"ש הביא בשם מהר"ם פדואה ושארית יוסף דבנתן סתם לא מקודשת וכו' הכא דבא לידה מידו ספק מקודשת ע"ש.

וכ"כ בנפש חיה ס' י"ט אחר שדן בנתן לה חפץ בסתם אם נהפכת לשומר וחייבת בשמירה כאילו א"ל בפירוש תשמרי הפקדון הזה. וחילק בין דבר שדרכו לשמור לדבר שאין דרכו לשמור והעלה שטבעת כיון שנהוג לשמור הוי כקיבלה עליה שמירה בפירוש וסברה אי שדינא ליה חייבת באחריותו ועכ"פ הוי ספק אי נתחייבה בשמירתו וסברה אי שדינא אני חייבת וכו' אך אפשר כיון דא"ל כן תוכ"ד של הנתינה הוי לשון קדושין א"כ יש גילוי מילתא שלא נתן לה לשם פקדון רק לשם קדושין וכ"כ ס' כ"ו ס"ק ט' השיג על המקנה שכתב שכל שנתן לשם מתנה אינו יכול לחזור בו אפי' תוכ"ד וכתב שנעלם ממנו דברי החו"מ בס' קצ"ה סעיף ז' דבכל הקניינים יכול לחזור תוכ"ד ע"ש. אמנם המעיין במקנה בקונטרס אחרון ס' ל"ח סעיף ב' כתב אחרי שהביא דברי הט"ז שם דמשמע בנתן לשם מתנה אינו יכול לחזור אפילו תוכ"ד הוסיף על מה שכתב בס' כ"ז דלפ"ז מה שכתב בשו"ע חו"מ ס' קצ"ה דבתוכ"ד יכול לחזור היינו רק לענין קנין כסף וקנין אגב וכיוצא בו חוץ ממשיכה ע"ש. אבל בכתב סופר סי' ל"ח דף נג ע"ד. אחר שהביא דברי המקנה בס' ל"ח כתב דבשו"ע חו"מ ס' קצ"ה לא משמע כן ושם כתב הב"י באריכות דדעת רוב הפוסקים שלא לחלק בין קנין משיכה לשאר הקניינים גם בתשובות רע"א ס' צ"ז השיג על המקנה מדברי הב"י ושו"ע חו"מ ס' קצ"ה ובספר כהונת עולם ס' מ"ה כתב בשם מהריב"ל דבנותן מתנה ולא יכול לחזור בתוכ"ד להחשב שעת מתן מעות ואע"פ שאדם יכול לחזור בתוכ"ד במתנה מ"מ בנתן לה מתנה ובתוכ"ד א"ל הרי את מקודשת כיון דלא חזר בפירוש מהמתנה גם אם קידשה בתוכ"ד מ"מ הוי לאחר מתן מעות ולא מקודשת. ועי' ביביע אומר ח"ב סי' ה' שדן באופן שהאשה אומרת שהבעל אמר לה הרי את מקודשת לי אחר כמה רגעים וגם העדים אינם יודעים להעיד שהעלה לבטל הקדושין מדין ס"ס ספק שמא א"ל לאחר כדי דיבור ואת"ל תוך כדי דיבור מ"מ יש סוברים דלא מהני חזרה תוך כדי דיבור ויש לצרף דבכל ספק קדושין יש להעמיד אחזקת פנויה ומדאורייתא אינה מקודשת ע"ש.

ובדין נתן לה מתנה וחזר וא"ל לשון קדושין תוכ"ד דעת מהרי"ט צהלון ס' נ"ד דהביא דברי ה"ה בהלכות

אישות בשם הרשב״א דאע״פ שאמרה הן לא מקודשת וכתב דלמא איירי אחר כדי דיבור אבל תוך כדי דיבור מקודשת ומהריב״ל ח״ג סי׳ י׳ אחר שהביא דברי הרשב״א נמי כתב להסתפק דשמא דברי הרשב״א איירי שנתן לה למתנה ואח״כ א״ל לשון קדושין אבל אם א״ל תוכ״ד יועיל ואע״פ שאמרה הגמ׳ דבקדושין לא אמרינן תוכ״ד היינו לחזרה אבל לא לפרש ע״ש. ובשו״ת פרי הארץ ס׳ ג׳ כתב לא ידענא מה מסתפקא ליה להמריט״ץ דפשיטא דתוכ״ד מהני והוי ודאי מקודשת דדברי הגמ׳ בב״ת קכ״ט לענין חזרה איתמר וע״ש שהארין. וכן כתב בספר פרי האדמה ח״א דף קכ״ד כתב דפשיטא דהא דלא חוזר בקדושין תוכ״ד היינו בקידש ובא לחזור אבל בנתן סתם ואח״כ מפרש שנתן לשם קדושין לכו״ע מהני ע״ש והרב ישמח לב סי׳ י״ב הביא תשובת מר״א אשכנזי שדחה דבריו מדברי מהריב״ל שהדבר שנוי במחלוקת אי חשיב שתיקה לאחר מתן מעות ומ״מ הדבר שנוי במחלוקת וכל שיש עוד ריעותא מצרפינן לבטל הקדושין ע״כ.

סימן כה

קידשה בגזל דידה

א. **גמ׳** דף יג. ההיא איתתא דהוה קא מזבנה וורשכי אתא ההוא גברא חטף וורשכא מינה. אמרה ליה הבא נהלי א״ל אי יהבנא לך מקדשת לי שקלתה ואישתקה ואמר רב נחמן יכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי איתביה רבא לרב נחמן קידשה בגזל ובחמס ובגנבה או שחטף סלע מידה וקידשה בו מקודשת התם בדשדיך ומנא תימרא דשני לן בין שדיך ודלא שדיך דתניא כנסי סלע זה שאני חייב ליכי וחזר וא״ל התקדשי לי בו, בשעת מתן מעות רצתה מקודשת לא רצתה אינה מקודשת לאחר מתן מעות אפילו רצתה אינה מקודשת ע״כ. וטעמא דהמקדש במה שגזל ממנה אינה מקודשת דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אע״ג דלא אמר בשעת קדושין אני מחזיר לה הגזלה. ויש להסתפק דהא דיכולה לומר אין שקלי, ודידי שקלי דווקא כשקידש בחפץ שגזל ממנה שיש חיוב עליו להשיבו ולא קנוי לגזלן בזה שייך לומר אין שקלי ודידי שקלי אבל גזל דינר דחייב להחזיר לה דינר ולאו״ד אותו דינר וכעת מקדשה במטבע חדשה והחוב נשאר האם גם באופן זה שייך שתאמר אין שקלי ודידי שקלי. ובב״ש ס׳ כ״ח ס״ק ז׳ כתב בתחילה לחלק בין חפץ למטבע, דבגזל ממנה מטבע זה חוב שחייב להחזיר לה ולא יכולה לומר דידי שקלי והביא ראי׳ מהגמ׳ לקמן נ״ב. דאפילו במטבע נמי יכולה לומר דידי שקלי דאמרינן חטף ממנה סלע וקדשה בו אם שדיך מקודשת לא שדיך לא מקודשת דיכולה לומר דידי שקלי. ש״מ דגם במטבע יש הדין של דידי שקלי ולא אמרינן דכיון דגזל מטבע וחייב להחזיר מטבע אחר דמי לחוב ועכשיו נותן לה דבר חדש קמ״ל דלא מקודשת. וכן במקנה האריך בזה ונשאר בצ״ע. וביד דוד על הרמב״ם פ״ה הל׳ י׳ אות קל״ו כתב ע״פ הברייתא קדושין הנ״ל דבגזל דידה אין הבדל בין חפץ למטבע והאריך להוכיח כן מהירושלמי קדושין פ״ה ה״א וכתב שם לחלק בין גזל לחוב וכ״כ האחרונים בפשטות וכ״כ בשו״ת מהר״א ששון ס׳ רכ״ז בחטף ממנה סלע ונתן לה סתמא לשם קדושין הוי כאמר לה בתחילה טלי מנה בחובך שאני חייב לך ואח״כ א״ל התקדשי לי בו דלא מקודשת דיכולה לומר דידי שקלי ורק בשדיך מהני.

ב. **ובלחם** משנה פ״ה מאישות הלכה י״ב כתב לחלק בין החזיר לה חוב לקידשה בגזל שגזל מינה. דבהחזיר לה חוב ונתן סתם וא״ל הרי את מקודשת לי לא יכולה לומר דידי שקלי כיון דחוב הוא יש לומר שסבורה היא דישלם החוב אח״כ אבל בגזל דחטף מידה באלימות כל שהגיע לידה בכל דרך יכולה לומר דידי שקלי ואפילו יאמר לה לא בתורת החזרת הגזל אני נותן לך ג״כ לא מקודשת דאנן סהדי דקיבלה את שלה בחזרה. וזה דלא כמהר״א ששון דאם אומר לה לא בתורת השבת הגזילה אני נותן לך מקודשת. וכ״כ בשער יוסף ס׳ ו׳ ובעין יצחק ס׳ נ״ז כדעת הלחם משנה וכ״כ בשו״ת עונג יו״ט ס׳ קל״ט במי שבא לבית מרזח עם חבריו ושתו ובזמן הפרעון קרא לאלמנה ונתן לה חמשה ועשרים קא״פ וא״ל הרי את מקודשת לי והיא החזירה לו עודף ולא רצה לקבל כי אמר לשם קידושין והיא טוענת קיבלה בתורת תשלום ודן בסוגי׳ דידן והעלה דכל שמקדשה בגזל אפילו לא הזכיר הגזל אלא כל שחייב לה לא חלו

הקדושין דיכולה לומר דידי שקלי ע״ש. וכ״כ בשו״ת צמח צדק החדש ס׳ ק״ה לחלק בין מקדש במלוה שחייב לה למקדש בגזל דמקדש במלוה כיון דהמטבע של המקדש ונותן לה סתם ויש ספק אם קבלה על דעת החוב או לקדושין בזה אמרינן כיון דהסלע שלו וא״ל התקדשי לי והיא נטלתו אמרינן לשם קדושין קיבלה, אבל בהזכיר לה החוב כגון שא״ל כנסי סלע זה שאני חייב לך ואח״כ א״ל הרי את מקודשת לי בזה יכולה לומר דידי שקלי. משא״כ בחטף סלע מידה ומקדשה הרי אותו סלע הוא שלה וליכא שום הוכחה דקיבלה לשם קדושין רק בשדיך אבל לא שדיך לא דלא דמי לחוב.

וחידש הב״ש בס״ק ו׳ דבגזל דידה לאחר יאוש יכול לקדשה כיון דקנה החפץ ביאוש ומעות הוא דחייב לה לכן ס״ל שקידשה מקודשת ולא יכולה לומר דידי שקלי ומזה דייק באבני משפט ס״ק י׳ דבגזל ממנה סלע וקידשה לאחר יאוש כיון דיכולה לתפוס מעות ולא שייך לומר דהגזלן קנה החפץ ומעות הוא שחייב לה דאמרינן דין זה רק בחפץ ולא בגזל מעות ולכן כיון שיכולה לתפוס יכולה לטעון דידי שקלי. ובמשיב דבר ח״ד ס׳ ל״א כתב לחלק במקדש בגזל דידה דבאופן דגזל ממנה סלע וקידשה באותו מעמד לא מקודשת דיכולה לומר דידי שקלי אבל קידשה לאחר זמן מרובה אפילו בסתם מקודשת וכתב הטעם דבגזל סלע ממנה וקידשה בו הרי לא נזקף במלוה לכן לא מקודשת אבל באופן דמקדש לאחר זמן הרי נזקף במלוה ומקודשת אע״פ דלא שדיך והעלה בסוף דבריו דזה הנראה להעלות מסברא אבל כיון דהדבר לא מפורש קשה לעשות מעשה בדבר החמור כזה ע״פ סברא לחוד.

ג. **ובשנתנה** לו טבעת במיוחד לקדשה כתב באמרי דוד ס׳ כ״ב דיש להסתפק במקום שאין לו טבעת לקדש את האשה אם יכולה לתת לו הטבעת או למכור לו והספק הוא ע״פ הגמ׳ גיטין כ: דבעי רמי בר חמא אם מהני שאשה תתן לבעל טבלה שלה לכתוב בו גיטה די״ל דמאחר והבעל יחזור ויתן לה הגט לא יודעת להקנות ולא גמרה בדעתה לאקנויי ולתת לו במתנה גמורה. אלא בשאלה בעלמא נתנה לו ופשט רב אשי מהמשנה דהאשה כותבת את גיטה וכו׳ וכתב הרשב״א דאין הטעם משום דאשה יודעת להקנות אלא משום דרבנן הקנו לבעל הטבלה מטעם הפקר בי״ד הפקר משום עיגונא. ולפ״ז בקדושין אם אשה נתנה טבעת לבעל לקדשה בה לא מקודשת דלא נותנת בלב שלם. וקשה דהגמ׳ בדף נב ובשו״ע ס׳ כ״ח סעיף ב׳ אם קידשה בגזל דידה ושדיך מקודשת דמסתמא מחלה לו הגזלה כדי שיקדשנה בה. אך יש לחלק בין גיטין לקדושין בג׳ אופנים: א׳ דאשה לא יודעת להקנות דוקא בדבר שתוזר ונותן לה בחינם כמו שנתנה לו אבל בקידושין דלא נותן לה בחינם הואיל והיא משלמת לו עבור זה דמקנה עצמה לבעל שיחולו קדושין ב׳ דשאני קדושין מגיטין דבקידושין כיון שמגיע לה טובה דטב למיטב טן דו. ובזה היא מקנה בעין יפה ג׳ דוקא בגט הוא דלאו כו״ע דינא גמירי ואין יודעים שצריך להיות הגט משל הבעל אבל בקדושין שהאשה נקנית לבעל הו״ל ככל מקח וקנין שצריך לקנותו במחיר ויודעים הכל וגם האשה שכסף הקדושין צריך להיות מהבעל. תדע, דהגמ׳ אמרה בריש קדושין ג. דהאשה לא מקניא נפשה פחות משוה פרוטה. עוד י״ל דכל הקושיא רק לדעת הרשב״א דמפרש למסקנת הגמ׳ דאשה לא יודעת להקנות דבר התוזר אליה אבל הרבה פוסקים חולקים. ועוד דהרשב״א לקמן נב: לגבי קידשה בגזל דידה חייב לשלם לה הגזילה הרי דאשה לא מוחלת ולא נותנת לו במתנה אלא במכר. וכ״כ הרמ״א כאן הרי רק אם נותנת במתנה היא לא יודעת להקנות אבל למכור יכולה למכור. שכתב הרמ״א דמקדשה בגזל דידה ושדיך חייב לשלם לה הגזילה ורש״י ס״ל בקידשה בגזל דידה ושדיך מחלה לו ולא צריך לשלם ולרש״י לא קשה דבגיטין כ: כתב דאשה ידעה לאקנויי ולפי זה כל מה שאמרנו לעיל לחלק בין גיטין לקדושין לא צריך לחילוקים הנ״ל. והעלה דטוב שאחר יקנה הטבעת מהאשה וימכור לבעל ובזה מהני.

ובשו״ת מהר״ש ענגיל ח״ו ס׳ ח׳ כתב בקידש אשה בפני ע״א בטבעת שלה ואמרה שנתנה לו לזמן קצר כדי שתשטוף ידיה ומיד בקשה הטבעת והוא קידשה בפני ע״א וטענה שאף פעם לא נתנה לו הטבעת במתנה העלה דהיות ויש קידושין בפני ע״א יש לצרף שיטת הרשב״א דאשה לא יודעת להקנות כשחוזר אליה והאריך לבאר דלא חלו קדושין. ובשו״ת חתם סופר ח״א סי׳ פ״ו בנדון שתתן וכלה תחת החופה והבעל לא היתה לו טבעת והאשה נתנה מפתח לאחד מהקרובות להוציא טבעת מהארגז ולקדשה בו ורצה השואל לחוש לדעת הרשב״א והעלה דהדבר הוא ספק בגמ׳ גם לדעת הרשב״א ולא שבקנין פשיטותא דכו״ע ואין צריך לקדושין שניים, ואפי׳ אם נאמר דאשה לא ידעה לאקנויי ולא יהבא במתנה מ״מ בתורת שאלה נותנת כמו שכתב רש״י בגיטין שם בעובדא דההוא זקן וכ״כ הח״מ וכל

הפוסקים ולכן בגט לא מהני דבעינן ונתן משלו אבל בקדושין כיון דהושאלה לו להתקדש הרי שאול לו שיעור קישוט שוה פרוטה וכשחזר ונותן לה בתוך הזמן שאילתו ויכולה היא להתקשט בו בתוך אותו הזמן בכדי שיווי פרוטה מקודשת ונראה כיון שנתנה לו כדי לקדשה א"כ אפילו אם לא אמרינן סתם שאלה ל' יום מ"מ הכא קבע זמנו עד שתתקדש בו. ולא כלתה זמן שאילתו וממילא תתקשט בו שיעור פרוטה ומקודשת. וכ"כ רע"א בתשובה ס' מ"ה בתוך דבריו דודאי אם א"ל תני לי טבעתך ואקדש אותך בכה"ג מקודשת דאמרינן דנתנה לו במתנה שיקדש אותה וכ"כ בויען אברהם רווח סי' ל"ו.

ד. **ובבית** יצחק שמלקיס ח"א ס' ק"נ כתב דגם לדעת הרשב"א שכתב בגיטין דכל שחוזר אליה החפץ לא ידעה להקנות מ"מ לא דמי לקדושין כיון דכתב בתורת גיטין סו"ס ק"כ על הב"ש שם ס"ק ב' שכתב דהאשה צריכה להקנות בפירוש הקלף לבעל דאמאי בקידשה בגזל דידה ואמרה הן מקודשת והכא נמי בגט שקבלה ברצון נימא שהקנתה לבעל. ותירץ דבקידושין הוי כמוכרת עצמה בעד החפץ ובודאי הקנתה החפץ משא"כ בגט דאינם מדברים מהקלף בזה אמרינן לא ידעה לאקנויי אבל בקידושין ודאי ידעה לאקנויי וכ"ש בזמן הזה דמסדרין קדושין ע"פ חוקי המדינה ששואלים לכלה ואומרת הן לא גרע מגזל דידה וידעה לאקנויי. וסיים דעכ"פ לדעת החתם סופר דאפי' הטבעת היתה שלה ודאי מקודשת.

ובתשובת תשב"ץ ח"ג ס' ר"מ דן בעובדא דומה שהטבעת היתה של המתקדשת וכתב בפשטות דמקודשת ממ"נ דאם הוי מתנה הרי מקדשה בדבר שלו ואי לא הוי מתנה א"כ הוי גזל דידה ובשדיך או אמרה הן מקודשת ותימה על הח"ס דנעלם ממנו דברי התשב"ץ וכן תמה בספר ימי שלמה בהשמטות דף קט:.

ובחבלים בנעימים ח"ג ס' ט"ז בנידון שנתנה טבעת לאיש אחד לקדשה ואח"כ אמרה שלא ידעה שצריכה להקנות לו הטבעת ולמחרת החתונה לקח ממנה כל מה שיש לה כולל תכשיטים וכסף ונעלם והשואל רצה לבטל הקידושין דקידשה בטבעת לא שלו כיון דהאשה לא ידעה שצריך להקנות והמחבר תמה עליו דאפילו לא הקנתה לו מ"מ הוי קידשה בגזל דידה דבשדיך הוי מקודשת וכתב רש"י הטעם שהאשה מחלה לו. ואע"פ שכאן נתנה ואין ראיה שמחלה לו מ"מ כיון שקיבל ממנה כדי לקדשה מהני ואע"פ שאומרת שלא ידעה לא מפיה אנו חיים, דדבר ברור שצריך שתהיה הטבעת של המקדש. ועוד דהרי כתב הרא"ש פ"א דקדושין ס' כ' דהשואל חפץ מחבירו כדי לקדש בו הוי קדושין והעלה דאי אפשר לבטל קדושין, ע"ש.

ובפרי הארץ ח"א ס' ד' דן באחד שעשה את אחיו שליח לקדש לו קרובתו ובא האח ולא היתה לו טבעת והכלה נתנה לו טבעת ושאלו אותה אם נתנה הטבעת במתנה לשליח ואמרה שנתנה בסתם כיון דיודעת דהטבעת תחזור אליה. ונסתפק השואל אם צריך לקדשה שנית ולברך ז' ברכות ודן בדברי הרשב"א שהביא הב"י בס' כ"ח לענין נתנה טבעת לאומן לתקן ואח"כ א"ל בואי לראות אם יכיל אצבעך את הטבעת ושם לה הטבעת וקדשה דלא מקודשת כיון דהוי טבעת דידה ובלא שדיך אינה מקודשת משמע בשדיך מקודשת והעלה דמקודשת ובסוף הביא דברי אחיו בעל האדמת קודש כתב שפסק דאינה מקודשת כלל וצריכה קדושין עם ברכות או לכל הפחות הוי ספק קדושין וצריך לחזור ולקדשה בלי ברכות משום שחשש לתשובת הרשב"א שהביא הב"י וכן לדעת גאוני חברון שהורו שצריך לחזור ולקדשה מספק דספק ברכות להקל וכתב להוכיח מתשובת הרשב"א אלף רמ"א שהביאו הב"י ופסקו הרמ"א בס' כ"ח סעיף י"ט במי שרצה לקדש אלמנה ולא היה לה טבעת ובתה נתנה לו טבעת לקדש את אמה והשיב איני רואה להתירה בלי גט דשמא נתנה לו הטבעת במתנה ואע"ג דיש מקום לומר דמה שתחת ידי האשה של בעלה הוא ואין לה רשות לתת לאחרים מ"מ מידי ספק אינו יוצא. ודוקא שם שהבת נשואה, אבל פנויה שנותנת טבעת כדי שיקדשו אותה מקודשת מודאי והמצריך קדושין אחרים אינו אלא מן המתמיהים. וכ"כ בזקן אהרון (מהר"א הלוי) ס' ק"י בנידון שרצה לקדש אשה ולא היתה לו טבעת והאשה זרקה לו מחרוזת טבעות וא"ל הנה לך אלה ותקדשני ובתוכם היתה טבעת שלו ולקח טבעתו לכיסו וקידשה באחת הטבעות שלה וכתב כיון דאמרה לו קח המחרוזת וקדשני הוי כמו שדיך דמקודשת.

ה. **ובאופן** שגזל את האשה ולקח סלע וא"ל כנסי מטבע זו בגזל שגזלתיך ובשעת נתינה חזר וא"ל זה לשם קדושין לכאורה דמי לכנסי סלע זה שאני חייב לך וחזר ואמר הרי את מקודשת דהביא הרשב"א בדף יג ברייתא דכתוב בה לא מקודשת בלא שדיך ולפ"ז הו"ה כאן. וכתב הבה"ג והרמב"ם דמפרשים הברייתא דלא

חוזר בו ממה שאמר שנתן לה לשם פרעון אלא רוצה שהמטבע ישמש גם פרעון וגם קדושין דהיינו הוסיף על דבריו הראשונים. וכתב הרשב"א שם לפי גירסתם אפשר דאם חזר ואמר לא לשם פרעון אלא לשם קדושין אני נותן לך וקבלה בשתיקה מקודשת אפילו לא שדיך. מ"מ סיים הרשב"א דיש הבדל בין חוב לגזל דדוקא בחוב שהיא האמינה לו ונתנה לו את כספה והוי כאומר לא לשם פרעון אני נותן לה אלא לשם קדושין יש כאן רצון מהאשה כיון דהאמינתו. אבל במחזיר לה גולתה ואח"כ אומר לה הרי את מקודשת הרי אין כאן שום גילוי דעת דרוצה להתקדש ולא גרע מלא הזכיר לה הגזילה רק קדשה בסתם דאינה מקודשת בלא שדיך והעלה דלא שדיך ונקנית לו הגזילה אם דינה כחוב או כגזלה.

ו. **וכתב** הרמ"א בס' ה' בשם מהר"ם פדואה באשה שחטפה ממנו מטבע ואח"כ ביקש ממנה שתחזיר לו ולא רצתה וקידשה בהם ושתקה לא מקודשת דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות, וטעמא כיון דלא הוי ברשותו וגרע ממלוה דאפי' היא בעין לא מקודשת. ולא דמי לפקדון דהתם ברשותא דמריה איתא אבל גזל דידיה שבידה לא ברשותיה קאי דאמר רבי יוחנן גזל ולא התיאשו הבעלים שניהם לא יכולים להקדש זה לפי שאינו ברשותו וכתב מהרי"ל ס' ע"ד דאין לומר כיון דגזלה את הבעל ועכשיו רוצה להתקדש כאילו יש לה רצון להחזיר ונהפך אצלה לפקדון וכדכתב הרא"ש פ' קמא ס' כ' טעמא דמקודשת בגזל דידה בדשדיך וכאן לא שדיך ועוד תקשה למאן דאמר לא מקודשת במלוה נימא כיון דרוצה להתקדש כאילו החזירה והוי פקדון אלא כיון שבא לידה בתורת גזל לא יכולה לשנות באמירה וכדאמרינן בב"ק צג אם בא לידו בתורת שמירה לא יכול לשנות וגזל דידה הוי קדושין משום דמלוה לו ולכן הוי דידיה וכו'.

וכ"כ בשארית יוסף כן ס' כ"ח בנידון הרמ"א בחטפה ממנו מטבע דלא מקודשת משום דרבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם לא יכולים להקדיש ובקידושין זה מדמה הגמ' קדושין להקדש. והוכיח שם דהא דאמר רבי יוחנן שניהם לא יכולים להקדיש אפילו מדרבנן לא חל ההקדש ואפילו להרי"ף דכתב בב"מ ו. דבפקדון אע"ג דליתא ברשותיה קדיש א"כ בנידון דידן יש לדמות לפקדון כיון שלא לידה המטבע להוציא כהלוואה מ"מ בנידון דידן לא יכול דהרי"ף כתב דדוקא כי תבע ליה ויהיב ליה הוי פקדון כקרקע ומשמע דאם תבע ולא רצה להחזיר לא הוי פקדון וכן בפקדון דמעות דנפקד יכול להשתמש בו אם אינם קשורים משא"כ במטלטלים ע"ש.

אבל הב"ש ס"ק ט"ו כתב על דברי השארית יוסף הנ"ל דמלשון הרמ"א בסעיף ה' מוכח דלא כדבריו דהרמ"א כתב אם חטפה ממנו וא"ל הרי את מקודשת ושתקה אינה מקודשת הא אם אמרה הן, מקודשת, דתכף נהפך לפקדון ומה שאמר רבי יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם לא יכולים להקדיש איירי כל אחד בנפרד בלי הסכמת חבירו אבל בנתרצו שניהם יכול להקדיש עכת"ד. והאמת דמצאנו בזה מחלוקת בפרק שור שנגח דכתב בעל המאור דכל זמן שלא משיב הגזלן הגולה הרי היא באחריותו וחייב באונסין אבל בזה שרוצה להחזיר יצאה מרשותו ונכנסה לרשות נגזל ויכול להקדיש, אך הרמב"ן חולק עליו וס"ל דאינו יכול להקדישו אפילו כשהגזלן רוצה להחזיר דס"ל דכל שלא מחזיר בפועל הוי ברשות גזלן ולכן הנגזל לא יכול להקדיש דהוי ברשותו. ונראה דבזה נחלקו הב"ש עם הרב שארית יוסף דהב"ש ס"ל כהרז"ה ולכן כל שיש הסכמה מקודשת, אבל הרב שארית יוסף ס"ל כדעת הרמב"ן וצריך להחזיר בפועל. ולכאורה כיון דהדבר שנוי במחלוקת הראשונים יש להחמיר, אבל בעצי ארזים ס"ק כ' הביא ראיה לדברי הב"ש דכשיש הסכמה של שניהם מקודשת מהתוס' בב"ק ס"ח: ד"ה הוא שכתבו בסוף דבריהם אבל הכא וכי אין טוב להם למלקטים שיחללו אותם הבעלים ממה שיאכלו בלי חילול, הרי מבואר דכריצוי שניהם יכול להקדיש. גם מה שכתב המהרי"ל דליכא למימר כיון שרצונה להתקדש הרי היא משיבה לו הגזילה והוי פקדון משום דלא מהני מחשבה כי האי כיוון שבא לידה בתורת גזל וזה נגד דברי התוס' דמלקטים ניחא להו בחילול הבעלים. וכתב דשמא המהרי"ל ס"ל כדעת התו"ס קדושין דף נ"ו. ד"ה מתקיף דשמא היפך סברא בב"ק. ובעונג יו"ט ס' צ"ג עמד באריכות על תו"ס, ע"ש.

ז. **ומחלוקת** בעה"מ והרמב"ן בסוגיא שור שנגח דו"ה דף ל"ו גבי ההוא גברא דתקע לחבריה נתביה לעניים א"ל נתביה נהלי וכו' כבר זכו בו עניים דאנן יד עניים אנן, ולא יכול לחזור. והוכיח בעל המאור שכל שיש הסכמה או רצון מצד הגזלן או הלווה להחזיר הוי שלו ויכול להקדישו, והמלחמות שם האריך דלא מהני הסכמתה להחזיר לתת לו דין דהיא ברשותו אלא אפילו בגזל שיש מצוה להחזיר החפץ עצמו, מ"מ כל שלא החזיר אלא הסכים לא נעשה ברשותו של נגזל ע"י

דיבור. והתו״ס משמע דמחלקים בין מלווה לגזל־דבב״מ דף ו׳. בסוגיא הקדישה בלא תקפה, מהו מי אמרינן כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמאן דתקפה או דלמא השתא מיהא לא תקפה וכתיב איש כי יקדיש את ביתו קודש, מה ביתו ברשותו, אף כל ברשותו לאפוקי האי דלא ברשותו. ופירשו התו״ס אי הוי אודי ליה, הוי שלו יכול להקדש דחוזר פקדון־כבעל המאור. ועי׳ בקצות החושן ס׳ רי״א ס״ק ג׳ דן במחלוקת הרז״ה והרמב״ן ושם הוכיח דתו״ס בב״מ י׳ ס״ל כבעל המאור בגזילה ושם מסביר דהסוגיא בב״מ כדעת הרמב״ן דלא מהני לה חשיב ברשותו על ידי רצון וכן מסוגיא דב״ק ל״ו: מוכח דתו״ס ס״ל במלווה כדעת הרמב״ן, וכ״כ באבני מלואים ס׳ כ״ח ס״ק י״ג שהביא דברי הב״ש שכתב דבריצוי שניהם חלו הקדושין כתב דמוכח מהתו״ס בב״מ דף ו׳. דחידשו התוס׳ כיון דהוי ליה פקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש. ומבואר דכל דהקדישו הבעלים בריצוי הגנב הוי פקדון. והביא דברי הרמב״ן במלחמות דפליג וחידש האבני מילואים באופן דגזלה ממנו ומקדשה ואמרה הן־מקודשת לכו״ע כיון דמלוה מצי מחול ללוה והו״ה בגזלן דמהני מחילה דכל שמקדשה ואמרה הן מועיל אע״ג דגבי מלוה לא מהני כיון דכשמוחל לא נתן לה הנאה מחודשת דמלוה להוצאה ניתנה משא״כ גזל כשמוחל לה הוי הנאה מחודשת. והביא דברי שארית יוסף דכתב דאם האשה חטפה ממנו מטבע וקידשה בו דאינה מקודשת משום דאינו יכול להקדישה אינו יכול גם לקדשה עליו דמאי שנא מקדשה בגזל דידה ואמרה הן או דאמרינן מחלה הרי מוכח דלגזלן עצמו אפשר ליתן. וא״כ הו״ה בנידון דידן דחטפה ממנו וקידשה דמקודשת, ואפילו במלוה גופה היה מקום שקדושין יחולו לולא שאין כאן הנאה מחודשת. אבל בגזל כל שמחל לה הוי הנאה מחודשת ומקודשת. גם מה שכתב מהרי״ל בדעת השארית יוסף דבגזלן אפילו רוצה נגזל לתת לו,לא מהני דבאיסורא בא לידו זו סברת הרמב״ן אבל דעת התו״ס כל שרוצה לתת הוי פקדון א״כ היא מקודשת. ומה שכתב דהרצון להחזיר הופך החפץ לפקדון א״כ הו״ה דמלוה. ולמה אמרינן דלא מקודשת. דבריו תמוהים ומה שהוכיח המהרי״ל מפרק צ״ג דלא יכול לשנות בדיבור כיון דבאיסורא אתא לידה הא נמי ליתא דהתם לפטור מאחריות דכל דאתי לידיה בשמירה אינו נפטר באמירה בעלמא ומה שאומר אח״כ קרע כסותי היינו קרע ומשלם. אבל כאן אין פוטרין אותו מאחריות בודאי וכל זמן שלא מחזיר חייב באחריות, אלא כאן כיון שרוצה להחזיר נפיק מתורת אינו ברשותו וחשיב כמו ברשותו לעניין שנחשב פקדון וכן דעת בעל המאור. והרמב״ן תולק אבל לא מטעם שכתב המהרי״ל אלא דס״ל דכל זמן שלא מחזיר בפועל הרי הוא באחריותו ותורת גזל עליו, אבל לגזלן עצמו גם הרמב״ן ס״ל דמצי יהיב ליה ע״ש.

ח. **ובשבילי** דוד הביא דברי האבני מילואים דכתב דכמו במלוה לא יכול להקנות לאחרים אבל ללווה יכול הו״ה בגזל. ותמה עליו דבשלמא מלוה הוי סילוק ומחילה, משא״כ בגזל דגוף החפץ ניכר צריך הקנאה, ואיך יכול להקנות לגזלן הרי אינו ברשותו. וזה טעמו של הרב שארית יוסף, וכמו דלא מהני לדעת הרמב״ן להקנות לאחר אפילו כששניהם רוצים, ומה שהוכיח האבני מילואים את סברת הב״ש נגד השארית יוסף דבגזל דידה אי אמרה הן מקודשת, משמע דיכולה למחול או להקנות לגזלן כדעת בעל המאור דכל דהתרצתה נהפך לפקדון כפי שהוכיח מתו״ס בב״מ דף ו׳ וע״כ דלגזלן עצמו מהני מתנה. על זה כתב לדעת חד״א ברש״י אומר זה מדין מחילה ואע״ג דכל דבר שבעין לא מהני מחילה אלא הקנאה וכמבואר בחו״מ ס׳ רמ״א צ״ל גזלה דגזלן קנה גוף החפץ משעת גזילה רק התורה הטילה עליו חיוב להשיב כל זמן שהגזילה בעין אבל כשהנגזל מוחל ופוטרו מהשכר, ממילא הוא שלו למפרע. וזה הטעם בקידשה בגזל שלה כל שאמרה הן, מחלה לו ההשבה משא״כ בדינו של הרמ״א בגזלה ממנו וקידשה באותו גזל לא מקודשת, דאם מקנה לה החפץ לקדושין הרי אינו ברשותו ואם מוחל לה ההשבה הרי לא נתן לה כלום ובמה תתקדש דמרגע שמחל הוי שלה למפרע וזו סברת מהרי״ל דכתב דאם קידשה בגזל דלקח ממנו, אינה מקודשת כרבי יוחנן. משא״כ בקידשה בגזל דידה ואמרה הן, הרי מחלה לו והוי דידיה למפרע ועכשיו מקדשה,ע״ש.

וכ״כ המקנה באריכות לתמוה על הב״ש וכן בנתיבות בקהילת יעקב כתב לחלק בין קידשה בגזל דידה מקודשת כיון דמחלה לו הוי שלו, ושפיר מקדש דנותן לה דבר שלו, אבל גזלה ממנו דצריך הקנאה, לא מהני. אמנם בשאגת אריה ס׳ צ״ג כתב דאפילו לר״י דס״ל גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש ולהפקיר, והו״ה ליתן במתנה הני מילי לאחרים, אבל לגזלן עצמו מהני ולפי מה שהבאנו בשם שבילי דוד משמע שהדין הפוך שגזלן מוחל לנגזל מהני ולא נגזל לגזלן עצמו.

ואמרינן בגמרא קידשה בגזל דידה אם שדיך מקודשת

ויש לדון מה הגדר של שדיך בפ״ת ס״ק י׳ הביא בשם חתם סופר שכתב בשם מהרי״ל ס׳ ק״א דמסתמא חיישינן שמא שדיך וכתב עליו הפ״ת דסתימת כל הפוסקים לא משמע כן וגם באור גדול ס׳ נ״א כתב דדברי התו״ס לא נהירא כלל דאיך ערים ידעו דלא שדיך אם לא שלא וזה ידם מתוך ידה או ידו, ולכן מסתמא אמרינן לא שדיך וגם בבית יצחק ס׳ ק׳ תמה על החתם סופר דמנין לנו שדברו תחילה מעניני קדושין והיה ריצוי ביניהם, ע״ש. ופשוט הא דשדיך היינו שהיה רצון ביניהם להנשא ופשוט שזה בא מצד שניהם אבל אם הבעל גילה דעתו לשאת אותה ולא ידועה לנו דעתה לא. וכ״כ רש״י דף י״ג. דשדיך ששמענו שנתרצית להתקדש אבל היכא שהוא אומר שרוצה לשאת אותה והאשה שתקה לא הוי שדיך, ע״ש. ורצון זה שרצונה להתקדש לאו דווקא שמגלה בשעת קידושין אלא אפילו גילתה הרבה זמן לפני כן. וכ״כ תו״ס רי״ד דף י״ג הא דשדיך איכא מאן דאמר היינו ששאלה אתם שגזלה אם רוצה להתקדש לו בכסף שגזל ממנה ואמרה הן, אע״פ ששתקה בעת מתן מעות מקודשת דהא נתרצית ותו לא יכולה למימר דידי שקל. ומסתברא אע״פ דשדיך זה אפילו קודם גזלה וכן נראה מלשון הרמב״ם פ״ה מאישות הלכה י׳ שכתב אם לא שידך אותה מעולם אינה מקודשת. והטעם דהועיל וכבר רצתה להתקדש לו בתורת קדושין נטלה ותו לא מציא למימר שלא נתרצית, וכן עיקר. ושם בפ״ת הביא דעת מהרי״ט ח״א ס׳ קל״א דנסתפק הא דשדיך אמרינן בגזל דידה מקודשת האם משום אקרובי דעתה דאמרינן הא דשתקה משום דניחא לה, שהרי עומדת להנשא לו או דלמא כיוון דארצי קמה שתתקדש לו ונתרצית ועמד ונתן לה כסף לקדושין אמרינן מסתמא ניחא לה, דלא חיישינן שחזרה בה ממה שנתרצית. ולפ״ז נסתפק בשידוכין שעושים היום בקנין וקובעים מועד לקדושין מעת החופה ואדרבה מעשיהם ניכרים שלא רוצים שיחולו עכשיו כדי שלא יבואו ליבום ומיאון אלא תחת החופה. וכותבים על כך שטר שמחוייבת להכנס לחופה ביום פלוני. א״כ כשניתן לה דבר שהוא שלה והיא שתקה, אין ראיה שמתרצית להתקדש לו עכשיו, שהרי מעולם לא גילתה דעתה שרוצה להתקדש לו בלא חופה, ושלא בפני אביה ומשפחתה ושלא בפני עשרה כאחת הנבלות בישראל. וכן כתב רש״י דשדיך דנתרצית להתקדש לו, אמרינן מסתמא אחילתיה לגזל דידה. וכ״כ מהרי״ט בפשטות בדברי רש״י דוקא דברו על ענין קדושין ונתרצית לו, אבל אם פרשו שלא להתקדש עד זמן פלוני לא מהני שידוך בכה״ג.

ט. **ובאחיעזר** ס׳ כ״ה כתב בנידון שקידשה בטבעת שלה והיתה ידידות ביניהם בתחילה

והיא הסכימה להנשא לו, אך לא אמרה להדיא שרוצה להתקדש, כתב באות י״ד דלמש״כ מהרי״ט בח״א ס׳ קל״ח להסתפק בטעמא דשדיך או משום אקרובי דעתה או דנתרצית להתקדש לו והעלה דבנידון זה הוי ספק ולכן כל שיש ספק באומדנא דמוכח כתב הקצות ס׳ ר״נ דהוי דברים שבלב דאינם דברים ולפ״ז בשדיך וקיבלה בשתיקה אמרינן דמחלה לו החפץ הגזול אף שלא שמענו כלל הוא רק מצד האומדנא דמוכח וא״כ בשידוכין דקונה קנין שהוא בספק אם נתרצתה לקדושין או שיכולה לומר דידי שקל, שוב לא הוי אומדנא דמוכח ועל זה כתב הרא״ש דהוי דברים שבלב. וביותר יש לדון באמרה שלא נתכוונה לשם קדושין הוי דברים שבלב. וכתב נוב״י ס׳ נ״ט דהא דלא נאמנת לומר שלא נתכוונה לקדושין לא משום חוסר נאמנות אלא משום דדברים שבלב לא נאמנת לסתור מה שאמרה בפיה, או נגד המעשה שקיבלה בשתיקה. אבל בכה״ג כל עיקר הקדושין בנוי על סמך אומדנא. ובספק שדיך הוי ספק אומדנא, וממילא אין סתירה ודאית ויכולה לומר דידי שקלי והא דכתב מהרי״ט דספק שדיך ספק מקודשת זה לדעת הרמב״ם ושאר פוסקים החולקים על הרא״ש באיבעיא דמקדש כל נכסיו ושם באחיעזר דן בקידש בפני ע״א בגזל דידה והעלה אף בשדיך לא הווי קדושין.

ובקידש בגזל דידה ושדיך מקודשת כתב הרמ״א וצריך לשלם הגזילה שגזל ממנה, וזה מדברי

הר״ן דהביא דברי רש״י דפירש בשדיך אחולי אחילתיה ונמצא דקיבלה הגזל והקדושין ביחד. ואח״ז הביא ירושלמי שכתב שבשדיך רוצה שתהיה מקודשת ויתן לה סלע שגזל ממנה. גם הרשב״א בסוגיא תמה על רש״י וכתב דחייב לשלם. והביא הירושלמי דכתב כן. ובמשיב דבר ס׳ ל״ז כתב דהרא״ש ס״ל כדעת רש״י וכן דעת הרמב״ם ושו״ע, דסתמו שתי הלכות אלו בקדשה בגזל דידה ובקדשי סלע זה שאינו חייב לך ובכנסי סלע שאני חייב לך גם הרשב״א מודה דהתקדשה חובה ומקודשת. וכתבו האחרונים דלפי רש״י הבבלי חולק על הירושלמי וכתבו האחרונים לחלק בין א״ל התקדשי לי בגזילה שגזלתי ממך בזה הוי מחילה כל דשדיך לקדשה בסתם ויודעת שהחפץ שלה. בזה משלם אח״כ. וכן הסביר בבני אהובה פ״ה מאישות הל׳ י׳ הרמ״א דקידשה בגזל דידה מחזיר ולא כתב כן בכנסי סלע שאני חייב לך דלא צריך לשלם החוב וכתב הטעם דבאופן דא״ל הרי סלע זו

להשבת גזילתך ואח"כ א"ל הרי את מקודשת בזה אמרינן דמחלה ומקודשת ולא צריך לשלם, דהא נתן לה בתורת השבה ובתורת קידושין. וכיון דסברה וקיבלה הרי אי אפשר לבטל ההשבה. אלא דהרמ"א איירי דהחזיר לה גזל דידה בסתם. וא"ל התקדשי לי בו ויודעת שזה שלה וגזל הוא בידו ובזה שייך לומר ע"מ לזקוף עליו במלוה.

וכ"כ באבני מילואים לחלק בחייב לה סלע ואמר לה כנסי סלע שאני חייב והתקדשי הרי קבלה גם חובה וקידושין. וכ"כ בעצי ארזים לחלק דהבבלי לא חולק על הירושלמי. ובקהילות יעקב כתב דרשב"א ס"ל במקדש בגזל דידה, מחלה לו וזה הפוך ממה שכתב בחידושיו, והרמב"ם פ"ה מאישות כתב גבי גזל וקידש מחלה לו כל ששדיך ומל"מ פ"ה מאישות הביא הרשב"א דכתב בגיטין דף כ. אם א"ל כנסי סלע זה שאני חייב ליכי ואח"כ אמר התקדשי לי בו דמקודשת ומחלה חובה ובשו"ע כתב לחלק בשדיך וקבלה בשתיקה מקודשת בדלא שדיך אינה מקודשת. ובשדיך מקודשת אם שתקה היא לא מחלה הגזילה אבל כשאמרה הן, כיון שא"ל התקדשי לי בזה מבואר מדבריו שלא יצטרך לשלם לה דהא התקדשי לי בזה ואמרה הן אכולא מלתא אמרה הן ולכן אין צורך לשלם.

י. **ויש** להסתפק באופן דגזלה ושדיך וא"ל התקדשי לי בסלע שגזלתיך ושתקה דמקודשת ובזה הסברנו דחייב לשלם הגזילה כפי שכתב הרשב"א מה יהיה אם הבעל לא ירצה לשלם הגזילה, האם נאמר דגזילה זה חוב צדדי או כיון דהסכימה להתקדש על דעת שיחזיר לה הגזילה וכל שלא החזיר לה לא מקודשת דאל"כ הדרא קושיא לדוכתא במה מקדש לה, דהרי החזיר מה שלקח ולא נתן לה שום הנאה מחודשת וזה שקיבלה הוא דבר שלה. ואמרה הגמרא דיש אופנים דהאשה כסיפא לה למתבעיה ולכן לא מקודשת חוץ מאם הגזילה דינר דבזה לא כסיפא לה למתבעיה. והן אמת שהרשב"א והר"ן הביאו דברי הירושלמי דכתב דצריך לשלם לה הגזילה מ"מ הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ושו"ע השמיטו דברי הירושלמי ורש"י מפורש כתב דאחילתיה גביה. אע"ג דזה גזל ולא שייך מחילה וכבר עמדנו לעיל על זה, אלא כיון שקיבלה לשם קידושין ושתקה אמרינן שתקה משום דאחילתיה גביה.

גם הרא"ש פירש כן בפ"ק דקדושין ס' כ' גבי מקדש בטבעת שאולה וכתב בגזל דידה בשדיך או אמרה הן מקודשת ואמאי הרי הממון לא שלו ולא יהיב לה מידי אלא ודאי כיון שנתרצית להתקדש לו בממון זה אגן סהדי שמחלה לו הממון שגזל ממנה והיה שלו כדי שתוכל להתקדש בקבלת אותו ממון כיון שא"א לה להתקדש בענין אחר אמדינן דעתה והוי כאילו אמרה כן בפירוש. הרי דהרא"ש הקשה כן ותירץ כדעת רש"י ולא כהירושלמי. ויצא לשיטת הירושלמי דחייב להחזיר לה הגזילה אם אמר לה בשעת נתינה שמחזיר לה הגזילה ותהיה מקודשת לא חלו הקידושין דהרי אמר לה בדבר אחד מחזיר לה ומקודשת ונמצא לאו מידי יהיב לה ולא חלו קדושין, כיון דבאופן זה לא סברה שיהיה חייב לה דאיך יתחייב לשלם לה פעם שניה. וא"כ הרמ"א דכתב וי"א דחייב לשלם היה צריך להביא הדין במקדש ומחזיר י"א לא מקודשת לירושלמי ולהרמב"ם דפירש דהוא מדין מחילה מקודשת ודו"ק.

סימן כו

אומר אדם לבתו צאי וקבלי קידושיך

א. **גמרא** דף י"ט. אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך מדרבי יוסי ברבי יהודה לאו אמר רבי יוסי ברבי יהודה מעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו וכי משייר בה שוה פרוטה הוו קידושין הכא נמי לא שנא. ויש להסתפק מאחר וחכמים חולקים על רבי יוסי ברבי יהודה וס"ל דהמעות הראשונות לקדושין ניתנו האם ס"ל הדין של רבא אמר רב נחמן. וכתב הרא"ש סי' כ"ה שאמנם לגבי יעוד אין הלכה כרבי יוסי מ"מ ההלכה שאומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך שהרי חכמים אינם חולקים על רבי יוסי בדין אמה עבריה. וכ"כ המאירי דאף דאין הלכה כרבי יוסי מ"מ הדין דין אמת וכן כתבו הגאונים וכ"כ בשיטה לא נודעת למי והוכיח מלשון הגמ' דאם חכמים חולקים על הדין של אומר אדם לבתו היה לו לרבא אמר רב נחמן

לומר בלשון זה לרבי יוסי ברבי יהודה אומר אדם לבתו, אבל כיון שרבא אומר בלשון אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך מדרבי יוסי ברבי יהודה משמע שהדין דין אמת לכו"ע וכן כתב הריטב"א בשמעתין דף יט. והמרדכי מוכיח שכן הלכה דכתב בס' תק"ז בשם רבינו ברוך בספר החכמה שאומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך וראי' ממה דאמרינן לקמן דף מה: בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דאי ידוע שנתרצה האב מקודשת.

ויש עוד לדון מדין מה מקודשת דלרבי יוסי בר' יהודה מקודשת מדין יעוד אבל באומר צאי כתב הסמ"ג בשם רבינו יצחק דמקודשת מדין ערב כדאיתא לעיל דף ו'. מדאמרינן ערב משעבד נפשו אע"פ שההנאה מהלואה אינה מגיעה לידו כך אשה מקנה עצמה בהנאה שיקבל אחר ה"ה כאן שהאב דזכאי בקידושי בתו יכול לומר תן מנה לפלוני ותתקדש בתי לך מדין ערב. והרא"ש בפרק א' ס' ט"ו הביא דעת הראב"ד דכתב דהוי כאומר תן לכלב שלי וכאילו נתן לי וי"א מדין ערב ונחלק עליהם וכתב דהוא מדין שליחות וכ"כ רבנו אליעזר ממינץ הביא המרדכי בס' תק"ז דלא שייך דין ערב וכ"כ התוס' דערב שייך רק אם האשה מדברת עם המקדש תן מנה לפלוני ואקדש אני לך אבל כאן האב לא מדבר עם המקדש אלא עם בתו. וי"א דדין ערב רק בנותן לבין דעת ולא לקטנה דכשנותן לאדם חסר דעת כמו קטנה לא שייך דין ערב. וכ"כ התוס' בד"ה אומר דכאן לא מתקדשת מדין ערב אלא מדין שמוותר לה הזכות שיש לו לקדש אותה שהיא תחליט למי רוצה להתקדש. ויש שתמהו הרי אין זכות לקטן. תירצו התוס' בדעת אחרת מקנה אמנם בשיטה לא נודע למי כתב דהוי מחילה דהאב מוחל על המעות כשנותנים לבתו. אמנם הרא"ש כתב דהבת המתקדשת הוי מדין שליחות של אביה ואע"פ שאין שליחות לקטן היינו לאחרים אבל לעצמו יש שליחות כיון שזה לטובתה וזכותה יכולה להעשות שליח של אביה.

ב. **וכתב** הרשב"א דהא האומר האב לבתו צאי וקבלי קידושיך צריך לומר לה כן בפני שני עדים כמו כל שליח קבלה וכ"כ הרמ"א בשם התה"ד, וכתב באבני מלואים דלפי הרא"ש הא דמהני מדין שליחות א"כ דין זה דומה לכל שליח קבלה דבעי עדים וגם לפי דעת הרשב"א שהוא מדין זכיה מ"מ צריך עדים על כך. ונמצא לפסק הלכה פסק הרמב"ם פ"ג דאישות הלכה י"ד ואומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך וכן נפסק בשו"ע ס' לז סעיף ז. אמנם הרבה פוסקים חולקים על דין זה והרמ"א למרות שפסק כדעת הרמב"ם וש"ע הביא דעת החולקים דמאחר והדין של צאי וקבלי הוא לרבי יוסי ברבי יהודה דאמר מעות הראשונים לאו לקדושין ניתנו ורבנן פליגי עליה והלכה כרבנן וזו דעת הים של שלמה ס' כ"ח. וכ"כ בתה"ד ובדרכ"מ הביא דברי הכלבו ס' ע"ה, דס"ל כן דהאב יתפוס ידה וכ"כ באגודה קדושין פ"ב סי' מב. ולקמן ב"ה נבאר הטעם איך מהני אוחז בידה. וכן הביא הרמ"א כדי להוציא נפשו מפלוגתא יחזיק האב יד הקטנה בשעה שתקבל הקדושין או יעמוד אצלה כשתקבל דהוי כאילו קבלן בעצמו ע"כ ותמהו על הרמ"א אי סגי בעמידה למה צריך להחזיק בידה ובתה"ד כתב שעומד אצלה ומחזיק בידה משמע דעמידה לבד לא מהני וכן תמה המקנה על הרמ"א דמה הוציא את עצמו מפלוגתא ע"י שעומד לידה כיון דאין שליחות לקטן ואף דבחצר מצאנו דקנה בעומד בצד חצירו מ"מ בקטנה אפי' נימא דהוי כחצירו מ"מ לא מהני, דהוי חצר המהלכת דלא קנה אלא בכפות ובתה"ד שלפנינו שעומד על ידה ותופס בידה. וכ"כ הב"ח והב"י בשמו ואפשר כשעומד לידה ומחזיק בידה הו"ל כמו כפות שהוא משתמר ע"י.

וכן הקשה באבני מלואים כן ועוד הוסיף כיון דהתה"ד חושש לדעת החולקים וס"ל דלא מהני צאי וקבלי קידושיך לכן בעי התה"ד שעומד על ידה ואוחז ביד. מ"מ הא לא מטי כסף קדושין ליד האב והוסיף דאין לומר דכיון דהאב עומד על ידה הוי כאילו דיבר למקדש וא"ל תן לפלוני דמהני מדין ערב דמ"מ תקשי מה שכתב הרמ"א בס' כ"ח דלא מהני מדין ערב אלא בשהתחילה היא ובקטנה אף דהאב עומד ע"ג אינו נראה כהתחיל האב אלא כהתחיל המקדש. ועוד זה אינו אלא בקידושי כסף אבל בקדושי שטר שלא שייך בו דין ערב כיון דאינו מתורת הנאה, לא מהני עומד על גבה ומדברי הרמ"א שסתם משמע אפילו בשטר נמי מהני כל שעמד על גבה. ובתה"ד כתב שיעמוד אצלה ויחזיק בידה. וכדאמרינן בשבת קמא: הוציא תינוק חי וכיס תלוי בצווארו חייב משום כיס וא"כ הכא נמי כיון שתופס ידה הוי כמאן דנקיט ליה האב ומהני בין קידושי כסף בין קידושי שטר. והרמ"א כתב או שיעמוד אצלה ותה"ד כתב שיחזיק בידה וצ"ע, ונראה דבקדושי שטר לא מהני עומד לידה ורק בקידושי כסף ס"ל דמהני מדין ערב ואף דשם לא מהני בהתחיל המקדש וכנ"ל מ"מ כשהאב עומד אצלה הכל יודעים שרוצה לקדש וליתן המעות לבת הוי כאילו התחיל האב אבל בקידושי שטר עמידת האב לא מהני כלל ותופס בידה אפשר דמהני אפילו בשטר ומטעם

שכתבו דהוי כנקיט האב וכגמ׳ שבת ואכתי צ״ע עכת״ד אבני מילואים. ובשבילי דוד כתב לישב דברי הרמ״א הא דמהני עומד על גבה לבד. הוא מדין פועל דאמרינן בב״מ ט. ידו כיד בעל הבית א״כ קטנה נמי דכל שבחה לאביה לא גרעה מפועל וידה כידו וכשאינו עומד לא חשיב ידה כידו, דאינו משתמר בידה. ובפועל קטן העומד על גבו מהני דלא כהנתיבות דכתב בחו״מ ס׳ כ״ה להשיג על הש״ך ע״ש. והנה כל זה לדעת החולקים על דינו של רב יוסי בר יהודה אבל להלכה פסקו הרמב״ם והרא״ש כרבי יוסי ברבי יהודה. וכדבר האמור.

ג. **ויש** להסתפק מה טעמו של הרמב״ם באומר לבתו צאי וקבלי קדושייך דמהני האם סובר כדעת הראב״ד דלא מדין שליחות אלא כאומר תן לי גבי סלע. או כדעת הרשב״א דהוי כאומר תנם לפלוני שיקבלם לי או כדעת הרא״ש דהוא מדין שליחות וראיתי בב״ש ס״ק ד׳ דטעמו של הרמב״ם הוא מדין שליחות דנעשית שלוחו של אב דכתב הרמב״ם דין זה עם דינו של האב שיכול לקדשה ע״י שליח וכן אומר לה צאי וקבלי קדושיך משמע דחד טעמא להם, וכ״כ באבני מלואים שכן דעות הרמב״ם ועצי ארזים ודברי אליעזר ס״ק ד׳ דס״ל בדעת הרמב״ם מדין שליחות ונמצא לדעת הפוסקים דס״ל דמהני באומר לבתו צאי וקבלי קידושין היינו מטעם הראב״ד דהוי כאומר תן לכלב שלי או מדין ערב או כדעת הרא״ש מדין שליחות.

ונ״מ בין דעת הפוסקי׳ אם בשטר נמי יכול לומר לבתו צאי וקבלי קדושיך. דלפי הרא״ש דהוא מדין שליחות לכאו׳ מהני וכ״כ הטור שסיים באומר לבתו צאי וקבלי קדושיך מהני בין בכסף בין בשטר והוא מהרא״ש פ״א סי׳ ט״ו אהא דכתב לו על הנייר או על החרס בתך מקודשת לי בין ע״י אביה בין ע״י עצמה מקודשת מדעתו והוא שלא בגרה ובקטנה באומר לה צאי וקבלי קדושיך ונתן לה רשות להתקדש אפי׳ בשטר וכ״כ בקיצור פסקי הרא״ש דיכול אדם לומר לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך בין בכסף בין בשטר. ובריטב״א דף יט. כתב דלא מהני צאי וקבלי קדושיך רק בכסף ולא בשטר וסיים דכן נראה שיטתו של הרמב״ם אמנם המעיין ברמב״ן יראה דפירש דין זה בכתב לו על הנייר ושם ודאי איירי בשטר. וכן פירש הרשב״א בסוגיא דאומר אדם לבתו גם בקדושי שטר ע״ש. אבל הר״ן כתב ע״ד הרמב״ן ולבי נוקפי בדברים אלו שאומר אדם לבתו גם בקדושי שטר דהא דין זה דצאי ילפינן מיעוד ובכסף למדנו אבל בשטר לא למדנו דבשלמא בכסף לא גרעה מאמרה תנהו לכלב שלי ואכלו דהוי הנאה לדידה. והכא נמי קבלת כסף קדושיה הנאה הוא לדידה, אבל גבי קדושי שטר מחוסרת הנאה היא. ובקטנה דאין לה יד לא למדנו וכו׳ ועוד דבכסף הבת זוכה האב דכל מה ששייך לה הוי לאביה אבל בשטר לא למדנו. וכ״כ המאירי דהדין של צאי וקבלי קדושיך רק בכסף ולא בשטר. וכ״כ הריטב״א בחידושיו וסיים דכיון דקטנה אין לה יד ולא שליחות כשם שאינה מתגרשת על ידי עצמה ה״ה שלא מתקדשת על ידי עצמה בשטר ומה שאמרה הגמ׳ והוא שלא בגרה היינו למימר דהוי נערה. אבל קטנה לא מקבלת שטר קדושיה. וכ״כ בטיב קדושין ס״ק ט׳ דהר״ן והריטב״א מפרשים הסוגי׳ בנערה דוקא דלא כדעת הרמב״ן שמפרש בין נערה בין בקטנה דהא מיירי הסוגי׳ בקדושי שטר. וכ״כ בשיטה לא נודעה למי דף ט. דאיירי רק בנערה וסוגי׳ דלקמן דצאי וקבלי קדושיך היינו בקדושי כסף, דכסף ניתן למחילה והוי כמו התקבל האב אבל בקדושי שטר לא וכ״כ הרלב״ח סי׳ נ״ז דהביא דברי הנמוק״י דשפ״ד ודעת הריטב״א והר״ן דצאי וקבלי קדושיך רק בקדושי כסף ולא בשטר ודו״ק.

ד. **אמנם** הרמב״ן והראב״ד כתבו דצאי וקבלי קדושיך בין בכסף בין בשטר דהטעם דצאי וקבלי קדושיך מהני מדין תן לכלב שלי. וקשה א״כ למה מהני גם בא״ל צאי וקבלי שטר בשלמא בתן לכלב שלי יש הנאה למתקדשת אבל בשטר איזה הנאה יש לאב. וכן ראיתי בבית מאיר שתמה על הראב״ד ורמב״ן וכן לפי דעת הרא״ש דס״ל דזה מדין שליחות וכל שלטובתו נעשה שליח. בשלמא בכסף מהני אלא בשטר למה מהני הרי אין לה הנאה דממ״נ דאם זו סברא מוכחת למה צריך ללמוד מיעוד. ואי לא מוכחת איך לומדים מיעוד הא ביעוד יש הנאה לאב וכאן אין לו שום הנאה. וזה בעצם מה שהקשה הר״ן על הרמב״ן וצ״ל דהדין של אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך החידוש דמצי עבדא שליחות לזכותה וזה החידוש דיכול ליתן כוחו לבת לקדש עצמה וזה עדיף משליח דלא יכולה לבטל השליחות כמו ביעוד. ולפי הרא״ש הסברא דיש לו יד בתורת שליחות ולכן אין הבדל בין כסף לשטר. וסיים הכ״מ דהוא מסתפק בזה דהיינו לא פירש בדבריו את הדין כן. אמנם באבני מלואים האריך וכתב דלדעת הראב״ד הוא כאומר הנותן לבתי כאלו נתן לי ויש כאן דין ערב וזה דוקא בקדושי כסף ולא בקדושי שטר. וגם הקשה להרא״ש דמהני מדין שליחות מ״מ בשטר לא מצאנו דמהני ונשאר בצ״ע. ולכן לאותם שפוסקי׳ צאי וקבלי קדושיך מהני היינו בקדושי

כסף ולא בקדושי שטר א"ש. אולם בישא ברכה דף קצד כתב דמה שכתב הכנה"ג בדעת הראב"ד דלא מהני תמוה טובא ואינו מובן מנ"ל דהא כדברי הראב"ד כתב הרמב"ן והרמב"ן ס"ל דאומר צאי מהני גם בקדושי שטר, וא"כ מנין הוציא הכנה"ג דהראב"ד ס"ל כדעת הריטב"א והר"ן, וכ"כ המקנה קו"א דהראב"ד שהובא ברשב"א גיטין ס"ד נמצא שאומר אדם גם בקדושי שטר. וכ"כ הב"ש בס"ק ז' דעת הראב"ד גם בקדושי שטר. וכ"כ ביד דוד ח"א דף סז. דלהראב"ד דהטעם דהוי כאילו קיבל האב א"כ ה"ה גם בקדושי שטר. וכך לדעת הרא"ש דהוא מדין שליחות אין הבדל בין כסף לשטר. וכן דעת הרמב"ם כפי שהזכרנו דהרמב"ם כייל דין זה בהדי שליחות. וכן דעת הגאון דלתוס' הרא"ש דיש לה יד הו"ה גם בשטר.

ומסתימת המחבר משמע דגם בקדושי שטר יכול לומר לה צאי וקבלי קדושיך וכ"כ הטור דמהני בין קדושי כסף בין קדושי שטר לאפוקי מדעת הר"ן והריטב"א כ"כ כנה"ג ובס' קמ"א אהע"ז באופן דאמר לבתו צאי וקבלי גיטך כתב מר"ן בבדק הבית דהדבר שנוי במחלוקת אם יש לקטנה יד לגבי שטר וכאן סתם משמע דמהני. ובב"ש לאחר שהביא מחלוקת בדבר כתב בקדושי שטר יש לחוש לשני הטעמים ולהחמיר, וע' בגר"א ס"ק י"ד דמדברי המחבר משמע שאין הבדל וכ"כ בתפארת יעקב ס"ק ח' דאחר שהאריך בטעמים דמהני צאי וקבלי קידושיך כתב דלפי התוס' החידוש הוא שיש לה יד וא"כ אין הבדל בין כסף לשטר דלא כהר"ן דדעתו בטלה נגד כל הפוסקים הראב"ד רמב"ן תוס' והרא"ש ע"ש. ולפי מה שהוכחנו גם הרמב"ם ס"ל כן. וע' בחזו"א ס' קמ"ח בהערות לדף ט. ונמצא בביאור הסוגי' דאומר אדם לבתו דילפינן מרבי יוסי ברבי יהודה יש להסתפק האם מעשה הבת הם פועלים הקדושים הרי בת קטנה אין מעשיה כלום אלא מכח האב, וכאן היא עושה הפעולה ומזכה לאביה הרי אין לה כח לזכות. וע"ז נאמרו כמה שיטות כפי שבארנו לעיל דעת הרא"ש בס' כ"ה שהביא דברי הראב"ד. ודחה אותו וס"ל להרא"ש שהחידוש כאן מדין שליחות שכל שהדבר לטובתה נעשית שליח.

ה. **ודעת** הר"ן הוא כמו שהמקדש נתן הכסף לאב כיון דהאב זוכה ממנה מדין שבח נעורים ונמצא שבזכית הבת הוי כאילו המקדש נתן לאב וזה ילפינן מקדושי יעוד כשהאדון מחל השעבוד של עבדות ומיעדה חוזרת הבת לרשות אביה דקימ"ל יעוד אירוסין עושה. וכ"כ הרמב"ן בפי' הסוגיא במקדש במלוה שיש עליה משכון שמקודשת מדין רבי יוסי ברבי יהודה משום שאב הוא המקדש והוא זוכה במשכון דהיינו גופה של הבת דמעשה ארוסה שייך לאביה וכשפקע העבדות זוכה האב בזכות שיש לבת. ודעת הראב"ד בזה שאומר צאי וקבלי דמהני מדין ערב ומה שהקשו התוס' דהרי בכל ערב מדבר עם המקדש וכאן לא מדבר עם המקדש צ"ל דזה החידוש מרבי יוסי ברבי יהודה. דאם היה הדין פשוט ככל ערב למה צריך להגיע לדין יעוד אלא לפי הראב"ד זה החידוש דאע"פ שלא דיבר בהדיא עם המקדש מהני ודעת הריטב"א הא דמהני מדין שהאב מרוקן הזכות שיש לו ונותן אותה לבת והכוונה היא דאע"פ דאין במעשה קטנה כלום היינו כשעושה מכח עצמה דהרי יתומה לא יכולה להתקדש אבל הכא שנמסר לה כח להתקדש מאביה, הרי היא במקום אביה ויכולה להקנות את עצמה. והריטב"א הקשה על שיטה זו ממה דאמרנו לעיל אי דקדשה את עצמה אלמנה קרית לה. ואם נאמר בצאי וקבלי דהאב מרוקן זכותו לבת והבת מקדשת עצמה אה"נ יש מקום לקרואתה אלמנה.

וראיתי בקהלות יעקב (קנייבסקי) סי' כ"ו דכתב לישב דעת הי"מ דהביא הריטב"א דהא דאין מעשה קטן כלום ניתן להסביר ע"פ דברי התוס' ד"ה ומדאורייתא חזיא ליה דסברי דביאת קטן אינה קונה ביבמה אע"פ דביבמה לא צריך מעשה קנין דאפי' באונס ובלי כוונה קנה אלמא דקטן מופקע מקנינים אפי' במקום שלא צריך כוונה. ולכן כשאדם אומר לבתו צאי וקבלי קדושיך הרי יכולה להקנות עצמה כי קיבלה כח זה מאביה. וזה שייך לטעם דאמרינן שקטן מופקע מתורת קנינים כאן באופן כזה הרי קבלה כח מאביה, אבל לצד שצריך דעת ורצון וקטן אין לו דעת וא"כ איך מהני באומר לבתו צאי וקבלי קדושיך לזאת י"ל דקדושין נעשו מכח שניהם קנין מצד הבת ורצון ודעת מצד האב דאם אב אמר אני רוצה שפלוני יזכה בחפץ זה לא מהני עד שיאמר אני מקנה. וכאן הרי האב לא הקנה, אלא הבת מקנה את עצמה מכח אותו זכות שנתן לה האב ורצון האב משלים את ההקנאה של הבת ולכך הקדושין חלין מכח שניהם. ולכן כל שקידשה את עצמה בלי אב לא מהני ושפיר מקשה הגמ' אלמנה קרית לה. ובתוס' ס"ל דביעוד ליכא אמירה של צאי וקבלי קדושיך וכן אין אמירת האב לאדון תן הנאת מחילת שעבוד לבתי ותתקדש לך ולכן לא שייך דין ערב והא דמהני יעוד הוא מגזה"כ. והא דילפינן מינה אומר אדם לבתו צאי וקבלי

קדושיך הכי מוכח דע״כ קטנה יש לה יד לקבל קדושין כדאשכחן גבי יעוד דאמר רחמנא דתתיעד ע״י עצמה. דזה עצמו מוכח כיון דיכולה ליעד עצמה זה ראיה שיש לה יד עכת״ד. וצריך ביאור כיון דיעוד גזה״כ איך אפשר ללמוד מזה אומר אדם לבתו וכך הקשה האב״מ בס׳ ל״ז ע״ש. ולהסביר דברי התוס׳ צ״ל דבכל קנין יש שני דברים דעת בעלים להקנות ומעשה הקנין. וביעוד חידשה תורה דלא צריך דעת האב דהא מיעד אותה בע״כ דאב, ואפי׳ אם בשעת המכר התנה האב ע״מ שלא תיעד אותה מ״מ לא מועיל תנאי דקיימ״ל כרבנן דר״מ דתנאו בטל. וכן פסק הרמב״ם פ״ד מהלכות עבדים הלכה טו. כרבנן דר״מ שהביאה הגמ׳ קדושין יט: א״כ ביעוד חידשה התורה דלא צריך דעת בעלים אבל מעשה קנין כן צריך שיהיה שהות ביום שוה פרוטה כדי שיחולו הקדושין. ולכאו׳ מה מהני מחילה שעבוד הרי בקדושין צריך שיתן כסף לאב וכאן לא נתן כלום לאב דאפי׳ נותן לבת הרי כל שלא נתן לאב חשיב כאילו נתן לאיש זר. הרי רואים ביעוד דמה שניתן לבת מהני ולא צריך לתת לאביה וזה ילפינן מאומר אדם לבתו שנתינת הכסף לבת מהני וחשיב מעשה קנין. ולכן כל שאומר האב צאי וקבלי קדושיך מהני, ודעת הרא״ש דצאי וקבלי קדושיך הוא מדין שליחות דכל שלטובתה וזכותה מהני, וס״ל להרא״ש דדין שליחות כאן שונה מכל שליחות, דכל שליח מה שמקבל הוא עבור משלחו וכאן מה שמקבלת הוא עבורה דדמי לדין ערב דמה שמקבל אחר חשיב כמו שהיא קיבלה וזה חידשה התורה באומר לבתו דאותה זכות שיש לו מסר אותה לבת וקבלת הכסף של הבת הוי כמו שהוא קיבל לזכותה וטובתה של הבת.

ו. **ובדין** זה שאומר לה צאי וקבלי קדושיך דעת הרבה פוסקים דהכסף לאביה. וכמ״ש הרשב״א והר״ן דאע״פ שהאב חוזר וזוכה ממנה משום שבח נעורים מ״מ זכייתה זכיה וכו׳ וכתב בנחלת יהודה יו״ד סי׳ ח׳ דה״ה נערה דא״ל אביה צאי וקבלי קדושיך הכסף לאביה, וכ״כ הגאון ס״ק ד׳ דקדושין חוזרין לאביה. וכ״כ חזו״א סי׳ קמ״ח הערות לדף יט. דקדושין חוזרין לאביה מדין שבח נעורים וכ״כ האבני מלואים ואבני משפט ס״ק ה׳ ומעיל צדקה דכולהו ס״ל דקדושין לאביה. אמנם הים של שלמה פ״א סי׳ כ״ח כתב לאחר שהביא דברי הר״ן כתב דמלשון הסוגי׳ משמע דהכסף לבת וכ״כ בקרבן נתנאל ס׳ א׳ ס׳ כ״ה אות ד׳ דהביא דברי הרשב״א דהפקיר את זכותו וכתב עליו דגם הכסף הפקיר וזכתה בו הבת. ובצמח צדק לובוויץ ס׳ קט״ז הוכיח מדברי הרא״ש דכסף קדושין שלה ודייק מלשונו שכתב שהיא זוכה לעצמה בשליחות אביה וכ״כ שבילי דוד ס״ק ד׳ להוכיח כן מהרא״ש וכ״כ מהר״ם מינץ ס׳ ד׳ דאומר לבתו צאי וקבלי קדושיך הכסף שלה. וכ״כ בטיב קדושין ס״ק ט׳ דזה ילפינן מאומר אדם לבתו צאי וקבלי דילפינן מיעוד ושם ההנאה לא מתיא לאב, אבל באופן דהאב רוצה לזכות בכסף בזה לא צריך לימוד מרבי יוסי ב״ר יהודה דפשוט דכסף קדושין שלו ודייק מלשון הרא״ש דכתב כיון דהוי לטובתה וזכותה משמע דכסף שלה ודו״ק.

ז. **ויש** להסתפק אם יכול לומר לה צאי וקבלי קדושיך בקדושי ביאה, דבשטר הזכרנו שיש מחלוקת בין הפוסקי׳ והטור סימן לז כתב דצאי וקבלי בין בקדושי כסף או שטר ודייק הב״י מהטור דמשמע דבקדושי ביאה לא יכול לומר צאי וקבלי קדושיך אלא אומר לה התקדשי לפלוני בביאה ומותרת לו ע״ש, ובהגהות הב״ח על הר״ן הביא ראיה מהסוגיא קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דמהני צאי וקבלי קדושיך אפי׳ בקדושי ביאה ע״כ. ובאבני מילואים ס״ק י׳ הביא דברי הב״י וכתב דנראה דאפילו למ״ד דלא מהני צאי וקבלי קדושיך היינו בקדושי כסף או שטר דבעינן דמטי ליד האב ולא סבירא להו דמהני כשליחות או מדין ערב וכו׳ אבל בקדושי ביאה אפילו אינו אומר לפלוני אלא אומר סתם צאי והתקדשי עצמך בביאה למי שתרצי מהני וזה מה שכתב הר״ן בנדרים כט דהא דבעינן דעת האשה בקידושין היינו שתהא מבטלת דעתה ורצונה כדבר של הפקר והבעל קנה אותה וא״כ הכא דאין צריך דעת האב אלא שיבטל רצונו והבעל קנה אותה בזה שאומר לה צאי וקבלי קדושיך הרי עושה אותה כדבר של הפקר והבעל קנה אותה ורק בקדשה בע״כ דאב אינה מקודשת אבל כל שנתרצה שתקדש עצמה מקודשת עכת״ד. גם בתשובות רבי אליעזר ס׳ כ״א אות י׳ כתב דצאי וקבלי קדושיך בביאה מהני לכו״ע דלא שייך בזה שליחות אלא גילוי דעת שכל מי שרוצה יכול לקדש את בתו וכתב סברא זו מדנפשיה והעלה דמצא כן באבני מילואים ע״כ. אולם באבני משפט ס״ק ה׳ תמה על דברי האבני מלואים דא״כ יוצא שהאב שהפקיר את זכותו שיש לו על הבת כל אדם יכול לקדשה בע״כ. ופשוט שגם הר״ן שהזכיר הפקר לאו הפקר גמור קאמר דא״כ יוכל האב לומר אני מפקיר זכות בתי ויוכל כל אחד לקדשה. וע״כ דלא קאמר אלא דהקנין באשה הוא משום הפקר ע״ש. והנה מחלוקת האבני מילואים ואבני משפט לשיטתם בהא דאומר לבתו צאי וקבלי קדושיך לדעת שניהם הוא מדין שליחות אבל נחלקו על

מה השליחות לדעת האבני מילואים על כסף קדושין ולא בעיקר הקדושין ולכן ביאה דלא צריך שליחות מהני אבל האבני משפט ס"ל דהשליחות היא על עיקר הקידושין ולפ"ז גם בביאה בעי שליחות לזה לא מהני.

ח. **ובאופן** דהוא אומר למקדש תן מנה לבתי ותתקדש לך כתב הב"ש ס"ק ט' דבזה לכו"ע מקודשת שהוא דין ערב הכללי וכ"כ הריטב"א ובשיטה לא נודע למי וכן נראה מהפוסקים דלמדו מיעוד ולא הסבירו דמהני מדין שליחות או משום דהאב נותן זכותו לבת וכתבו דלא שייך דין זה כיון דלא מדבר עם המקדש משא"כ כשמדבר עם המקדש ואומר לו תן מנה לבתי ותתקדש לך. ולכאו' כשנותן ממון לבת הרי קימ"ל דיש מחלוקת אם קטנה קונה בדעת אחרת מקנה מדאורייתא או מדרבנן ובשלמא למ"ד מדאורייתא ניחא אלא למ"ד דקטנה קונה מדרבנן במה מקדשה וצ"ל כיון דכאן איירי דמקודשת מדין ערב וערב משתעבד כיון דהוציא הוצאות על פיו א"כ האב קיבל את ההנאה שהוציא המקדש הוצאות על פיו. ואע"פ שהבת קונה מדרבנן אולם עיקר טעמא דהוציא הוצאות על פיו. וכן מצאנו בקדשה במעמד ג' אע"פ שהקנין דרבנן מ"מ יש כאן הנאה כמו שכתב אבני מלואים בס' כ"ח וכ"כ בחידושי מהר"ש ענגל ע"ש. ובאבני מלואים ס"ק ה' הביא דברי המרדכי בשם הרא"מ דלא מהני צאי וקבלי קדושיך דמדין ערב לא שייך כאן דהתם דאמרינן בתן מנה לפלוני דמקודשת מדין ערב איירי שאותו פלוני מוטל עליה לפרנסו ולכן כל שנותן לו הרי היא נהנית. ותמה עליו האבני מלואים א"כ יוצא שכל דין ערב רק במוטל עליו וליתא דלא מצאנו מפורש דין כזה וגם הרמ"א דהביא יש חולקים מ"מ לא מטעם זה אלא דדין ערב רק במדבר עם המקדש ולא באומר סתם מי שיתן. אבל מעצם הדין אם דיבר עם המקדש מקודשת, ואפילו לדעת הרמ"ק דס"ל דדין ערב רק בנותן לבן בקטנה יש לה דין ערב דמטיא הנאה לידה ע"כ. אך בפרי יעקב הקשה על האבני מלואים דמבואר בירושלמי דא"ל תן מנה לבתי לא שייך ערב דאינו בר דעת והו"ה קטן, ולפי"ז לא מהני.

אמנם הדבר תלוי במחלוקת דבתפארת יעקב סו"ס ק' ח' דן הא דאומר אדם לבתו קטנה האם בקטנה דסמוכה לנערה או אפילו קטנה ביותר והעלה דכיון דהדין נלמד מיעוד אפי' קטנה ביותר מהני, אמנם בפני יהושע בשמעתין כתב דאיירי בקטנה שהגיעה לעונת הפעוטות. אבל קטנה ביותר לא והביאו דברי האבן פינה ס"ק ג' ע"ש. ובעצי ארזים ס"ק ט"ו כתב דהדברים תלויים במחלוקת הראשונים דהרשב"א בסוגיין דאומר אדם לבתו הקשה איך מהני והא אין זכיה לקטן והרי"ף פסק כשמואל בדף סד. דזוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים. והעלה דאיירי בקטנה דיודעת להחזיר החפץ לאחר שעה, שזוכה בין לעצמה בין לאחרים אבל בתוס' רי"ד כתב דכל שהגיעה למצב אגוז ונוטלו צרור וזורקו מהני אע"ג דלענין מיאון אפי' הגיעה לעונת הפעוטות יכולה למאן כאן שיש לה אב וקיבלה מרצונו שאני.

ט. **אמנם** בפסקי הלכות ח"א דף סט. כתב הא דמהני צאי וקבלי קדושיך היינו באופן שיודעת טיב קדושין אבל בלא יודעת אפילו הגיעה למצב של צרור וזורקו אגוז ונוטלו לא מהני, אלא א"כ אמר האב למקדש תן מנה לבתי ותתקדש לך. והמקדש צריך לומר לאב בתך מקודשת לי בהנאה זו שקיימתי מאמריך. ואם היא במצב שלא מבינה בין אגוז לצרור אפי' אמר המקדש לאב לא מקודשת ודאי אלא מספק. כיון דיש מחלוקת הפוסקים בדין ערב האם רק בנותן לבין דעת או כל שמוציא הוצאות על פיו, כפי שכתב הר"ן בדף ח. והנה קימ"ל בגמ' אגוז ונוטלו צרור וזורקו זוכה לעצמה לכן יש לדון בהא דאמר לה האב צאי וקבלי קדושין האם היא זוכה לאביה ולכן היא לא יכולה או זוכה לעצמה. ונראה דזה מחלוקת הרשב"א והרא"ש דהרשב"א כתב דבעינן שתהיה בת דעת להחזיר החפץ לאחר שעה כדי שתוכל לזכות לאחרים אבל פחות מזה לא מהני צאי וקבלי וכו' אבל הרא"ש והר"ן ס"ל דהיא זוכה לעצמה ואביה קונה ממילא זכי מינה לכן מהני דבאגוז ונוטלו צרור וזורקו זוכה לעצמה ועי' בפסקי הלכות הנ"ל בדף סח. ובעין יצחק סי' ה' אותיות ט צ יא העלה דאם האב היה עומד על ידה בעת הקדושין מהני אפילו היא שוטה דהרמ"א כתב דאם מחזיק בידה או עומד על ידה הוי כמו קיבל הוא. וכתב באבני מלואים הטעם מדין ערב. ולכן אם אמר לאחד תן לחרש שוטה וקטן נמי מהני מדין ערב וה"ה כל שעומד על ידה מהני מדין ערב. אמנם מהירושלמי שהבאנו לעיל משמע כל שנותן לאינו בר דעת כגון אומר תן לחרש או שוטה לא שייך דין ערב.

וכשהבת מתקדשת ע"י שהאב א"ל צאי וקבלי קדושיך מה אומר המקדש האם הרי את מקודשת לי או כיון שעומדת במקום אביה אומר בתך מקודשת לי. ומצאנו לר"ן אם כתב בתך מקודשת לי דמהני הני מילי במקדש בשטר אבל בקדושי כסף הדבר ברור שבשעת

נתינה צריך לומר הרי את. ואם א״ל בתך מקודשת לי אינה מקודשת. אמנה הריב״ש בסי׳ תע״ט כתב דאם בקדושי כסף א״ל בתך מקודשת לי מהני כיון שעומדת במקום אביה הרי הוא כמדבר עם אביה. והביא ראיה מדף ט. כתב לו על הניר או על החרס בתך מקודשת לי בין ע״י אביה בין ע״י עצמה מקודשת. ובישא ברכה כתב להוכיח דבתך מקודשת לי לריב״ש מהני בקדושי כסף לכתחילה והקשה על הרמ״א דכתב דאם בקדושי כסף אמר בתך בדיעבד מהני והוא מהריב״ש. הרי לריב״ש לכתחילה מהני ולר״ן אפי׳ בדיעבד לא מהני.

י. **והגר״א** ס״ק כ׳ דמה שכתב הרמ״א היא סברת הרמב״ן והרשב״א שכתבו בדף ט. כותב על הניר בתך מקודשת לי אבל באת מקודשת מהני נמי והר״ן חולק וס״ל דבקדושי כסף בעינן רק הרי את מקודשת. והח״מ ס״ק י״א כתב לחלק בין אם האב עומד ע״י הקדושין בזה אומר בתך אבל כשלא עומד אומר לה הרי את וב״ש חולק וס״ל דאין הבדל בין אם האב עומד ללא עומד דאמרינן סתם בגמ׳ אומר לו בתך מקודשת לי משמע אפי׳ לא עומד. ובשמחת יו״ט סי׳ ס״ו כתב דברי הריטב״א דאפילו שהאב לא עומד על ידה אומר לו בתך מקודשת לי כיון דמתקדשת מכח אביה, כמו שכתב הב״ש. אמנם הלבוש הט״ז והחלקת מחוקק ס״ל דממירא דרבא כותב לו על הניר בתך מקודשת לי היינו דינא בשטר אבל בכסף אומר לה הרי את מקודשת לי וביד דוד ח״א אות רה כתב דאם האב לא עומד וא״ל בתך מקודשת לי אין בזה שום משמעות והרמב״ן ורשב״א איירי בקדושי שטר שכותב לאביה וכשכתב בשטר הרי את מקודשת לי כתב הרשב״א דהא דאמר רבא כותב לה על הניר או על חרס בתך מקודשת לי מ״מ אם מקדשה עצמה וא״ל הרי את מקודשת לי מהני והוכיח מקדושי יעוד דאומר לה הרי את מקודשת לי והוכיח הרמב״ן מקטנה שנתקדשה שלא לדעת האב דיש ספק אם נתקדשה או לא מ״מ כותב לה הרי את מקודשת לי. וכ״כ הריטב״א ומסתמא בין מקדשה עצמה או על ידי אביה מהני הרי את מקודשת לי.

והר״ן נחלק עליהם דאין להביא ראי׳ מקדושי כסף דבכסף האמירה מגלה למה ניתן הכסף לכן כשאומר הרי את גילה דעתו לקדושין, אבל בקדושי שטר שהשטר הוא הקונה צריך לדבר עם בעל השטר שהוא האב וכותב לו בתך מקודשת לי כמו בשליח גירושין דהגט מופנה לאשה גם שלטי גבורים כתב כן דבשטר צריך לציין בתך מקודשת לי. ונמצא דאם מקדש בשטר לכתחילה יש לכתוב כדעת הר״ן בתך מקודשת לי אלא שהרמ״א כתב דאם שינה נמי מקודשת וכתב הח״מ דמקודשת מספק כ״כ הגר״א אמנם הרמ״א חשש לדעת הרמב״ן דמקודשת ודאי ובים של שלמה פ״א ס׳ ט״ו כתב דהעיקר כהרמב״ן והר״ן חולק בלי ראיה לדמות קדושי שטר לגט. והעלה דדברי הרמב״ן מסתבר טפי אמנם בתפארת יעקב ס״ק י״א כתב לדחות דברי הרמב״ן והעלה דדברי הר״ן נכונים והוכיח מגמ׳ דבתך מהני והוא שלא בגרה אבל בגרה לא מהני וזה עיקר חידושו של רב נחמן דכותב לו בתך מקודשת לי, ובדינא דחיי כתב דמסתבר כדברי הר״ן דהוא בתראה ומתמיר ומ״מ מידי ספק לא נפקא. ומר״ן בס׳ ל״ב סעיף ג׳ כתב בקטנה המתקדשת ע״י אביה כותב בתך מקודשת לי כדעת הרמב״ן אבל ע״י עצמה אם כתב לה הרי את מהני ובגיטין בס׳ קכ״ד בסדר הגט סעיף לו כתב דיש לכתוב בקטנה שני גיטין אחד בלשון הכללי ואחד בתך מגורשת לי, משמע דחשש לכל הסברות והצריך שני גיטין, ודו״ק.

סימן כז

שליחות בקדושין ובגיטין

א. **גמ׳** מ״א. ״ושלחה״ מלמד שהיא עושה שליח וכו׳ והפנ״י תמה למה צריך לימוד שאשה עושה שליח הרי בכל התורה הוקשה אשה לאיש. ותירץ ב׳ תירוצים. חדא, דקימ״ל מילי לא מימסרי לשליח וקמ״ל דווקא משליח ראשון לשליח שני הדין כן אבל בשליח ראשון אין דין מילי, ולפ״ז יצא דשליח קבלה לא ממנה שליח שני, והדין של שליח עושה שליח נאמר בשלוחו של הבעל ולא של האשה ולשיטת הפוסקים דס״ל דשליח האשה עושה שליח ולא מקרי מילי יש לחלק בין שליח הבעל שמוסר לו גוף השליחות ובין הכא שלא מוסר לו כלום, והקשה הפנ״י כיון דמושלחה ילפינן פרט למשלחה ואינה חוזרת, להך לישנא דשליח קבלה עושה שליח ולא

הוי מילי וא"כ בעינן רק חד לימוד דשליח עושה שליח, דגם בלא מוסר לשליח שום חפץ מהני שליחות. ועוד תירץ כיון דכתיב ונתן בידה ומנא לן דיד שליח מקרי ידה ממש, דלענין סמיכה ילפינן ידו ולא יד שלוחו משו"ה איצטריך קרא דעושה שליח ומקרי ידה, עכת"ד.

והנה לפי הפנ"י יוצא שכל הדין של מילי הוא בין שליח ראשון לשני, אבל בשליח ראשון דמקבל מינוי מהבעל אין חסרון של מילי. וכן דעת רש"י בגיטין כ"ט. ד"ה רבא דכתב התם היינו טעמא דלא משוי שליח שלא מסר להם אלא דברים ואין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים לאחר, אבל גט דאית ביה משא חוזר ונמסר, ע"כ. ולשון אין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים משמע שרק להיות חוזרים ונמסרים הוי חסרון דמילי, וכן דעת הבית מאיר. ורע"א בריש פ' השולח דן אם בשליח ראשון שייך דין של מילי ותליא במחלוקת אם אומר אמרו כשר או פסול דגיטין ס"ו. דלמ"ד אומר אמרו כשר היינו משום דזהו שליחות הראשונה שהבעל שלחו לומר לסופר כתוב היינו שהוא שליח רק על ענין מינוי והסופר הוא עושה מכח הבעל, ולמ"ד אומר אמרו פסול ס"ל דגם שליחות הראשון לא נתפס על מילי. ובבית מאיר תמה על המהרי"ט דס"ל דאין יכול לקדש ע"י שליח משום דהוי מילי והקשה איך הבעל ממנה סופר לכתוב גט וע"כ דבשליח ראשון ששומע מהבעל אין החיסרון דמילי. ותרץ רע"א דכשהבעל מינה לסופר הוי כמצוהו לעשות מעשה לכתוב הגט ואין זה מילי, והטעם דהבעלים יכולים לצוות לשליח על מילי אבל השליח שאינו בעלים לא יכול לצוות, ונמצא דס"ל אומר אמרו כשר הכוונה בשליח ראשון, וכל הדין של מילי לא מימסרן הכוונה משליח ראשון לשני דשליח שני לא יכול להיות שליח על מילי.

והמרדכי פ' התקבל כתב דשליח קבלה עושה שליח אע"פ שלא נתמנה אלא ע"י מילי כיון שעכ"פ נשתלח לעשות מעשה. והא דשליח לכתיבת הגט אינו יכול למנות אחר במקומו לפי שגם קיום השליחות אינו אלא מילי שאין זה גמר מעשה וכל שאינו גמר מעשה הוי מילי, והובא בקצות החושן ס' רמ"ד ס"ק ג' ולפ"ז למ"ד אומר אמרו פסול והיינו שגם שליח ראשון א"א למנות במילי א"כ היכי משכחת מינוי סופר לגט. ומה שכתב הגאון רע"א דמינוי סופר הוי שליחות לעשות מעשה משא"כ אומר אמרו דהוי שליח על מילי, הוי נגד המרדכי דס"ל דגם מינוי לכתיבת גט הוי מילי, ומכח זה הוכיח הרב קהילות יעקב גיטין ס' כ"ג דלהמרדכי ודאי מוכח דשליח ראשון מהני נמי במילי דהיינו דנתמנה במילי ונשתלח לעשות מילי, והא דאומר אמרו פסול לחד מ"ד זהו מטעם לשמה דלא הוי לשמה אלא בשמעו מפי הבעל כדעת הרמב"ן ולמא"ד דא"צ לשמה אה"נ מועיל אומר אמרו. ועי' קצות סי' רמ"ד.

ודעת רע"א דאפילו כשנתמנה ע"י מילי, מ"מ כל שנשלח לעשות מעשה כגון כתיבת הגט או שהוא גמר מעשה כגון ביטול הגט לא חשיב מילי בשליח ראשון, ומהני. ורק באומר אמרו לחד מ"ד כיון דנתמנה ע"י מילי ונשלח רק למילי למנות שליח ב' אז לא חל גם להראשון, אבל אם נתמנה ע"י מילי ואפי' נשתלח לעשות מעשה כגון לכתוב גט אינו עושה שליח שני משום מילי. וכן לשיטת הרמב"ן דאין שליח קבלה עושה שליח שני, הובא בר"ן ס"פ התקבל, אע"פ דשליח קבלה הוי שליח לעשות מעשה קבלה כיון שנתמנה ע"י מילי לא עושה שליח שני.

ב. **והמרדכי** ר"פ המקדש הביא דעת הקדוש מרדוש זצ"ל דכל שליח קדושין הוי מילי ואינו עושה שליח שני כיון שתלוי ברצון והסכמת האשה, וכוונתו דלא מקרי שלוחו לעשות מעשה כיון שהדבר תלוי ברצון האשה והקשה עליו הגאון רע"א דא"כ למ"ד אומר אמרו פסול א"כ גם שליח ראשון ליכא במילי וא"כ איך משכחת לקדוש מרדוש שליח בקדושין דהא הוי מילי, ובאמרי משה ס' ת"י אות ד' וקהילות יעקב שם תמהו על רע"א דלגבי לאשוויי שליח שני כתב הקדוש מרדוש דהוי מילי משום שנתמנה ע"י מילי ואף שנותן לו שטר או כסף מ"מ בעינן דעתה ולא חשיב מעשה אבל מ"מ לאחר שנתרצתה בקדושין מקרי מעשה וגם הוי גמר דבר וא"כ הוי שליח לעשות מעשה, ורק קודם הקדושין ס"ל דלא הוי מעשה שמא לא תתרצה והוי שליח למילי אבל בעת קיום השליחות הוי מעשה וגמר דבר, ולכן הוי חסרון רק לגבי שליח שני, ולא לגבי ראשון וכמו דמהני שליח לכתוב הגט או לבטל הגט כמו כן מהני בקדושין. ויש שהסבירו דשליח על מילי לא התחילה השליחות רק בשעת קיום השליחות ולכן לא יכול למנות שליח שני דעדיין אינו שליח, אבל במוסר לו גט במעשה כבר התחילה השליחות ולכן שליח עושה שליח שני, ודו"ק.

והגאון רע"א שהקשה על הקדוש מרדוש ס"ל דאימתי נקרא מעשה היינו שיש בידו לעשות מעשה זה או לעשות גמר הדבר כגון לכתוב גט או לבטל הגט, אבל

דעת הקדוש מרדוש דכשאמר לו לקדש הקדושין הוי מעשה וגמר הדבר ומ״מ כיון דאין בידו לקיים זה מכח עצמו כיון שצריך דעתה ורצונה אין זה שליחות על המעשה ויש למעשיו דין כמו מינוי שליח דהוי רק דברים, ולכן הקשה למ״ד אומר אמרו פסול היכי משכחת לה שליח ראשון בקדושין אבל לפי ביאורם של האמרי משה וקהילות יעקב שחל השליחות בעת הקיום אח״כ א״כ שפיר נחשב למעשה. ולדבריהם צ״ב למא״ד דשליח קבלה עושה שליח שני איך יכול לעשות והלא קודם שקיבל עדיין אינו שליח דהאי מינוי שליח של קבלה הוי רק מילי ולא התחיל עדיין בהשליחות ואולי דכיון שעושה מיד ידו כידה מקרי שכבר התחילה השליחות וצ״ע.

ג. **ובספר** אמרי משה הביא קושית העולם למה צריך חידוש ולימוד מפסוק ששליח עושה שליח תיפוק ליה דשלוחו של אדם כמותו, וכיון דהוא יכול לעשות שליח גם שלוחו עושה שליח, ויישב כיון דלולא הפסוק הו״א דהשליחות אין חל רק כשעושה המעשה דהיינו כשנותן הגט וא״כ לא יכול לעשות שליח אחר, דעדיין אינו כהמשלח ולהכי אשמועינן דשליח עושה שליח דמיד חל על השליח דין שלוחו כמותו. ובאור שמח פ״ב דגירושין כתב לתלות הדין של שליח עושה שליח במחלוקת הרמב״ם והטור בנשתטה המשלח אם השליח יכול לקיים השליחות. והקצות בסי׳ קפ״ח דן בגדר השליחות האם שליח שנתמנה קיבל כוחו של המשלח והוי כגופו, ויכול לפעול גם במידה והוא מוגבל ופסול, ולכן אם נכתב הגט כשהוא שוטה מהני וכרמב״ם, או שרק הפעולה מתיחסת למשלח ולכן צריך להיות באותו זמן בר קנין, ודעת הרמב״ם דבנשתטה המשלח השליח עומד במקומו ולכן שליח יכול לעשות שליח שני, משא״כ לדעת הטור בנשתטה לא יכולה לעשות ע״י הפעולה עליה נצטווה, א״כ ה״ה דשליח לא יכול למנות שליח דאינו בעלים, וקמ״ל קרא דע״ז גופא ג״כ יכול לעשות שליח שני.

ויש לדקדק דלקמן מ״ג. אמר לג׳ צאו וקדשו לי אשה ב״ה אומרים כולם שלוחין ואין שליח נעשה עד והרי התם לא עושה השליחות אלא אחד ושאר השנים אינם עושים כלום ואפי׳ הכי פסל להו להיות עדים מפני שהם שלוחים ומוכח דחל דין שליח קודם שעושה שליחות, ולפי הקדוש מרדוש ששליח קדושין הוי מילי מוכח שגם במילי חל שם שליח בשעת הקיום. והקהילות יעקב תירץ דשם אזלי אליבא דר״מ דס״ל מילי מימסרן לשליח ולדידיה חל שליח מיד דאל״כ איך עושה שליח שני אבל למא״ד מילי לא מימסרן אז לא נעשה שליח מיד רק בשעת מעשה השליחות, ע״ש. ואמרי משה כתב לישב דנחלקו בשלוחו של אדם כמותו האם עומד במקום הבעל כפי שהסביר הקצות בדעת הרמב״ם במי שנשתטה, דאם אמרינן אין שליח נעשה עד היינו דשליח כגופו של משלח, ומכח נפשיה עביד, ואי שליח נעשה עד היינו רק המעשה מתיחס אליו, ולכן לא חל במילי השליחות רק בו בשעה שעושה מעשה השליחות אבל אי שליח כגופו ואינו נעשה עד אז הוי שליח כבעלים ולכן תכף נעשה שליח אפי׳ במילי וא״כ להך צד יכול שליח הולכה דקדושין לאשווי שליח שני, והקדוש מרדוש ס״ל להלכה דשליח נעשה עד ואינו כבעלים ולפ״ז מתרץ קושית רע״א על מהרי״ט דסובר דגם שליח ראשון לא מהני במילי גבי עשאו שליח להקדש. ובקהילות יעקב גיטין י׳ י״ט דחה דהמחלוקת אם שליח נעשה עד אינו תלוי אי שליח כבעלים או שרק שהפעולה מתיחסת, ע״ש.

והנה בשו״ת מהרי״ט ח״א ס׳ קכ״ז דן בדין מי שעשה שליח לקדש בשבילו דלא עשה כלום דהוי מילי, ע״ש. ובמח״א הלכות שלוחין ס׳ ז׳ דחה דבריו מכח גמ׳ פ״ק דתמורה בהא דאמר דמצאנו צבור עושין תמורה ומשמע דמהני שליחות, ובמנ״ח מצוה ה׳ הביא ראיה לדברי המהרי״ט מגמ׳ פסחים פ״ח: וכתב לחלק בספר משפט שלום ס׳ קפ״ב בין היכא דמהני שאלה להיכא דלא מהני שאלה, דכל היכא דמהני שאלה כמו שבועה הוי מילי, משא״כ מעשר בהמה דהוי מעשה. וזה שלא כטורי אבן ר״ה כח. ובכתב סופר חלק יו״ד ס׳ ק״ג האריך בזה. ובר״ן פ״ק דפסחים כתב דאיכא מ״ד דהפקר לא מהני ע״י שליח ובב״י או״ח ס׳ תל״ד וברכי יוסף שם דנו באריכות בזה. ובשער המלך פ״ו מאישות ונוב״י תנינא יו״ד קמ״ז דן בדין שבועה ונדר ע״י שליח, ובפסקי מהרי״א הביאו הקצות בס׳ קכ״ג משמע דמהני שבועה ע״י שליח והוכיח מסוגי׳ גיטין מ״ו. לגבי גבעונים דנשבעו להם נשיאי העדה ע״ש. והנה לפי מה שכתב הרב המגיה במשפט שלום דכל היכא דמהני שאלה הוי מילי, ואם לא מהני שאלה לא הוי מילי אלא מעשה ולכן בגבעונים דהוי על דעת בי״ד דלא מהני שליח לא הוי מילי, וכ״כ הש״ך חו״מ רנ״ב לענין צדקה, דכל דאתי לידי גזבר לא מהני שליח דהוי מעשה. ובשו״ת בית אפרים או״ח קצ״ו האריך במה שכתבו הגאונים ולענין הלכה דחו כל האחרונים דברי המהרי״ט

דס"ל דלא מהני שליח להקדש וכתבו דאין זה ענין למילי לא מימסרי לשליח.

ד. **ויש** להסתפק היכא דיש גילוי דעת של הבעלים למכור והלך שליח ומכר על דעת עצמו והמשלח חזר בו, דבקדושין קימ"ל קדושין מה. דלא בעי מינוי מפורש אלא מספיק גילוי דעת ומקור לזה ממה שאמרה הגמ' בדף מה. ודלמא ארצויי ארצי קמיה, וכתב הרא"ש נראה מכאן שאם גילה דעתו לשדכן שהוא חפץ באשה פלונית ואמר לשדכה לו, ולא מסתבר לחלק בין אב לאיניש דעלמא, וכתב בח"מ ס"ק י"ב דמלשון השו"ע משמע דמקודשת מדאורייתא וכ"כ הב"ש, וכן משמע דעת הרשב"א ס' קל"ו שכתב שהמקדש אשה משלו לצורך אחר אינה מקודשת אלא א"כ עשאו שליח או שנתרצה בכך קודם קדושין, והיינו בגילה דעתו שיקדשה לו, אע"ג דלא שויה שליח ממש וכן נראה דעת הרמב"ם פ"ג דאישות שכתב בקטנה שנתקדשה קודם שתבגור שלא לדעת אביה אינה מקודשת ואפי' אם נתרצה אחר שנתקדשה וכו' משמע שאם נתרצה קודם מהני קדושין. וכן דעת הרי"ף והביאו הריטב"א שנתרצה קודם מהני, אמנם הב"ח הביא דברי הרא"ש וכתב בשם הרמב"ן דהבן פירש לפני האב אבל ארצויי ארצי גילוי דעת לא מהני, וכתבו כמה פוסקים דהוי ספק קדושין וכ"כ הח"מ והרב עצי ארזים וכ"כ המקנה בקונטרס אחרון ודלמא ארצויי ארצי הבן לפני האב שחפץ באשה זו והאב נתרצה לו, והר"ן נסתפק בדעת הרי"ף אם נתרצה האב בתחילה לא מהני, א"כ יש לחוש להחמיר דלא הוי ודאי קדושין, וכ"כ אבני מילואים ס' ל"ו ס"ק י"ג בדעת הר"ן, דאפי' נתרצה האב בפירוש לא מהני, כל שלא עשאו שליח בתחילה, ע"ש.

ובחלקת יואב ס' י"א הוכיח מהגמ' דלא מהני גילוי דעת בקדושין ודלא כהרא"ש וכתב דלא מהני רק אם גילה שרוצה שיהיה שלוחו כמו ארצויי ארצי קמיה דאף שהבן רוצה לעשות את אביו שליח רק לא חצוף על כך לומר בפיו בזה דעת הרא"ש שמהני גילוי דעת שרצונו שיהיה שלוחו באמת אבל באחר אף שגילה דעתו שרצונו במעשה כל שלא גילה שרצונו שיהיה שלוחו לא מהני, וכ"כ בשו"ת או"ז ס' נ"ג בשם ר' שמואל בר' ברוך ז"ל דשאני בן לגבי אביו הואיל ואי אפשר בשליחות משום לא חצוף איניש למנות אביו שליח אבל איניש דעלמא כיון דמצי לשווי שליח מדעתו ורצונו ולא עשה מאן לימא לן דניחא ליה דליתסר בקרובותיה, וכ"ש עתה וכו'.

לפ"ז בגילה דעתו למכור למאן דס"ל דיש הבדל בקדושין בין אב לאחר, לא יועיל כל שלא מינה אותו בפירוש, ובקונטרס אחרון לס' משפט שלום ס' קפ"ב דן בזה דלמאי דקימ"ל דגילוי דעת הוי שלוחו ה"ה כאן. והביא דברי המל"מ בכורות ס' ד' וקצות החושן ס' שפ"ב דן בדברי הרא"ש במי שאמר לאחר למול את בנו וקדם אחר ומל לא חייב לשלם י' זהובים ולא דמי לכיסוי הדם דכתיב ושחט וכסה, והאריך אי מהני גילוי דעת שגילה האב שלא רוצה למול הוא עצמו אלא ע"י שליח וקדמו אחר הוי שליח דאב ובריית אברהם חלק אהע"ז ס' ק"א כתב דהיכא דא"ל לשדך בזה מהני גילוי דעת אבל היכא דאיכא גילוי דעת על המעשה לא מהני המכירה.

ה. **ובדין** מקדש על ידי שליח הקשה הנוב"י ס' ס"ד דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ותירץ הנוב"י כיון שמתקדשת מרצונה לא שייך חב לאחרים, וחידש בעל ברית אברהם בס' קי"ט דבאופן דהיתה ספק מקודשת לראשון לא חל שליחות רק אם מקדשה בעצמו, כיון דבאופן זה אין ברירה ביד האשה לחזור בה ע"ש. וצ"ע כיון דאגידא בראשון מספק מי יכול לחייבה להתקדש לו, ולכן זכותה להתקדש לשני כיון דקידושי ראשון הוי קידושי ספק, וכן ראיתי בערך שי שתמה על הברית אברהם. ויש לדון בעצם הדין דתופס לבע"ח במקום שחב דלדעת רש"י ב"מ דף י' בעשאו שליח מהני ואע"ג דתוס' תמהו עליו מיימר בר חשו, מ"מ כתב בחו"מ ס' ק"ה בעשאו שליח בשכר לכו"ע מהני דיד פועל כיד בעל הבית ע"ש וכ"כ המח"א בהלכות מעקה דכל שעושה מעקה ע"י גוי קיים המצוה דיד פועל כיד בעל הבית.

ויש לדון בדברי מהרי"ט ח"א ס' קכ"ז דלא מהני שליח להקדיש דהוי מילי דהמחנה אפרים הלכות שלוחין ס' ז' דחה דבריו והקשה מהש"ס פ"ק דתמורה בהא דקאמר מצאנו תמורה בצבור וכגון שאמרו לאחד צא והקדש וכו' ובמנ"ח מצווה ה' אות ז' הביא ראיה לדברי המהרי"ט מש"ס פסחים פ"ח: בעבד ששכח מה שאומר לו רבו, אם אם טלה אם גדי אמרינן הולך אצל רועה וכו' דניחא ליה בתקנתא דרביה ונותן לו ומתנה אם טלה אמר לי רבי טלה שלו וגדי שלי ואם גדי גדי שלו וטלה שלי וכו' ופריך הא מה שקנה עבד קנה רבו ומתרץ דנותן ע"מ שאין לרבו רשות בו ומאי קושיא מאי איכפת לן שהוא של הרב כיון דניחא ליה להרב דאי לאו הכי לא יכול לאכול וכו' א"כ מה איכפת לן אם בהמה שניה של האדון

העבד יוצא בשל אדון ולמה צריך ליתן בתנאי שאין לרבו רשות בו, ויש שתרצו דהרב יכול ליתן לעבד פסח בפני עצמו היינו שמפריש פסח עבורם, אבל עבד לא יכול ליקח בהמה אצל הרב לפסח וכו', וסברת מהרי"ט דאין אדם יכול להקדיש ע"י שליח דמילי לא מימסרן לשליח וכו', א"כ לא מהני זכיה ג"כ ולא יכול להקדיש לכן צריך שהקרבן יהיה של העבד ויתנה, ומוכח כמהרי"ט עכת"ד דברי המנחת חינוך. ובמצוה ש"ס הביא מסוף מסכת בכורות, וכן פסק הרמב"ם פ"ח הל' ב' דאם עשה שליח לעשר לו והשליח קרא לתשיעי עשירי או לאחד עשר עשירי שאינו קדוש שיכול לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, משמע אם עשה כדין הוי שליחות הרי למהרי"ט לא מהני שליח להקדיש, ותירץ הרב משפט שלום שתלוי אם הדבר עליו נעשה שליח איתיה בשאלה או לא, דאם איתיה בשאלה הוי דבור ומילי לא מימסרן לשליח אבל מעשר בהמה דליתיה בשאלה הוי מעשה לכן יכול לעשות שליח להפריש מעשר בהמה גם למהרי"ט, וכ"כ מנ"ח מצוה ש"ס, וזה דלא כטורי אבן דכתב דגם מעשר בהמה איתיה בשאלה, ור"ן פ"ק פסחים כתב דלא מהני הפקר ע"י שליח ועיין בב"י או"ח תל"ד וברכ"י שם דהאריך בזה והבאנו הדברים לעיל. ובנוב"י תנינא יו"ד ס' קמ"ז דן אי מהני שבועה ע"י שליח, ויש להוכיח מגיטין מ"ו. כי נשבעו להם נשיאי העדה, משמע שכן מהני ע"י שליח ודו"ק. וכתב המשפט שלום לחלק דשבועה באופן דליתא בשאלה כגון נשיאי העדה הוי מעשה, אבל היכא דאיתא בשאלה הוי מילי.

ו. **ויש** לדקדק בדברי הגמ' מ"א. שליחות מנ"ל דכתיב ושלח מלמד שהוא עושה שליח אשכחן בגירושין בקדושין מנ"ל וכת' דיליף מגרושין מה לגירושין שכן ישנן בעל כרחה אמר קרא ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה משוה שליח אף הויה משוי שליח ע"כ. והנה בגמ' משמע ששליח הבעל עושה שליח, ויש להסתפק בשליח קבלה האם יכול לעשות שליח, או שליחות קבלה חשיבא מילי, ומדברי הטור סימן קמ"א שהביא במה שנשאל הגאון באשה שעשתה שליח קבלה וחלה האם יכול למנות שליח במקומו, והעלה דעד אמרה לו בפירוש שני שליח אחר, והסכימה דעתו של גאון לדעת חכמי הדור דנהי דידו כידה מ"מ לא יכול למנות שליח. ומשמע מהטור דשונה שליח הולכה לשליח קבלה דשליח הולכה הוא עומד במקום הבעל לבצע מעשה הגירושין והגירושין חלים על ידו ומדעתו, לכן שליח הבעל יכול למנות שליח, אבל שליח האשה דכל השליחות היא לקבל ולא פועל שום פעולה במעשה הגירושין רק כל הלימוד ונתן בידה ושליח דידה הוי כידה אריכתא דאשה, וזה לשון הגאון שכתב נהי דידו כידה לענין קבלה לא מצי משוי שליח והיינו כהנ"ל דהגם דאית ליה דין ידו כידה, אבל אין השליח חשוב במקום האשה וע"כ לא מצי משוי שליח.

והמאירי בסוגי' הסתפק הא דשליח עושה שליח האם רק בקדושין ובגיטין או בכל מילי, ולכאו' אם שליח עומד במקום הבעל פשוט דיכול לעשות שליח, ומדברי הגאון שכתב דשליח קבלה לא משוי שליח עד דאמרה ליה יש לדקדק מה מועיל שאמרה לו הרי שליח קבלה הוא לא פועל כלום בשליחות ורק הוי כידה אריכתא, א"כ מה יועיל שתגיד לו, וצ"ל דסתם מינוי לא נעשה שלוחו כמותו, אבל באמרה לו בפירוש הרי נתנה לו כוח ועומד במקומה והוי כמו שליח הולכה, ובעל העיטור פליג על הגאון וס"ל דגם שליח קבלה ממנה שליח דבמקום האשה עומד, וצ"ל דהגאון ובעל העיטור נחלקו כשאשה ממנה שליח בסתר האם יכול השליח למנות שליח אבל באמרה לו בפירוש לכו"ע יכול למנות שליח דהיא מסכימה שיהיה ממש כמותה ונותנת לו כח לכך, ע"ש. ויש להסתפק אם שליח לא ממנה שליח איך יועיל נתינת רשות. ומצאנו לרשב"א בסוגי' דהקשה איך שליח דידה ממנה שליח והא מילי נינהו, ותרץ הרב אלברצלוני דאיירי בקנין דאלים לשווי שליח, ע"ש. ואפשר לחלק דיש הבדל דאם ממנה מדעת עצמו הוי מילי ואם נתנה רשות הוי כממנה מדעת בעלים ומהני, וכן נראה בסוגי' דאומר אמרו דאין הכוונה שהמשלח ממנה ואמרו לסופר שמיניתיו, אלא הוא נותן רשות שהם ימנו, ולכן בחלה השליח ממנה שליח דאמדינן דעת בעלים דלא קפדי בכך, וזה הטעם בדברי גאון בסתר לא ממנה שליח בנתנה לו רשות מהני וזה פי' הרב אלברצלוני דע"י קנין אלים כח השליח למנות שליח אחר, ודו"ק.

ז. **והטור** הביא דברי גאון דמחלק בשליח קבלה בין אם המינוי היה בסתם שאז לא יכול למנות שליח לנתנה לו רשות, ודעת בעל העיטור דבכל אופן שליח קבלה ממנה שליח, עוד הביא דעת הרמ"ה דאפי' בנתנה לו רשות בפירוש לא ממנה שליח, וכן דעת תוס' רי"ד ואפי' חלה לא ממנה שליח, ואפי' מסרה לו רשות משום דמילי נינהו ולא מימסרן לשליח, וזה ההבדל בין שליח הבעל שהבעל מסר לו גט וכח לגרש. ונראה דמחלוקת הגאון והעיטור והרמ"ה בשליח עושה שליח תלוי איך

להסביר דין שליחות האם שליח הוא דין בעלים ולכן כמו שהבעלים יש להם כח למנות השליח ג"כ יש לו כח למנות ולדעת הגאון יש הבדל בין מינוי בסתם למינוי מפורש דבזה נותנת לו כח ורשות, אבל לדעת הרמ"ה ותוס' רי"ד שליח שחידשה התורה שעושה שליח היינו דמוסר כח השליחות לשני, וא"כ לא גרע במה דאינו עומד במקום האשה דאפי' שאינו עומד במקום האשה מ"מ הרי הוא מעביר השליחות ובזה אמרינן דיש הבדל בין שליח הבעל לשליח האשה, דבשליח האשה הוי מילי ואין בכחם להמסר לשני, ונמצא שכל הדין של שליח עושה שליח רק בשליחות הולכה, ודו"ק. ולכאורה לשיטת הגאון והרשב"א דשליח חשוב כמותו ולכן ממנה שליח א"כ איך אפשר למצוא הדין של מילי לא מימסרן לשליח, הרי תמיד שליח ממנה שליח דבמקום הבעל עומד, ובגמ' נחלקו אביי ורבא גיטין כ"ט. אמר לב' תנו גט לאשתי או לג' כתבו ותנו הרי אלו יכתובו ויתנו אינהו אין אבל לא יכולים לומר לאחרים וקימ"ל כרבא דהטעם משום מילי, ויש לחלק דבשליח הגט שמוסר לו הגט בזה שייך עומד במקומו אבל באמר לב' כתבו ותנו לא יכולים למנות אחרים דלאו מידי יהיב להו, ומ"מ קשה הרי לפי הגאון ורשב"א בשליח קבלה נמי לאו מידי יהבא ליה לשליח ומ"מ יכול השליח למנות עוד שליח וצ"ע.

ונחלקו הרמב"ם והטור במי שאומר כתבו ותנו גט לאשתי ואחזו קורקדייקוס וכתבו ונתנו בזמן שהיה שוטה אם מגורשת דרמב"ם ס"ל דמגורשת והרא"ש והטור חולקים וס"ל דגט בטל והסביר הקצות בס' קפ"ח האם שליח שקיבל מינוי הוא במקום הבעל, ולכן גם באופן דהבעל השתטה והשליח כתב ומסר מהני, דהא השליח עומד במקום הבעל או שהשליחות מתיחסת לבעל ולכן בזמן שהוא שוטה לא מהני והנה בתשו' הריב"ש רכ"ח כתב וכי ילפינן שלוחו של אדם כמותו דכתיב בפסח ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל כמותו ממש ילפינן שרבי קרא השליח בשם כל הקהל וא"כ השליח כמשלח לגמרי וכו', ובגירושין דלא קרא השליח בשם הבעל וכו' איצטריך ריבויא אחרינא דשליח עושה שליח, ע"כ, ומשמע דפסח פשוט דשליח עושה שליח, דקרא מפורש שלוחו כמותו, ולפ"ז הריבוי בשליח גירושין כמו שלוחו כמותו ושליח עושה שליח, ודו"ק.

ח. **והרשב"א** הקשה על שליח דידה דמשוי שליח הר"ז מילי ותירץ הרב אלברצלוני דהכא שויתיה בקנין דאלים לשוי שליח או שנתנה לו רשות, דלא אמרינן מילי לא מימסרן לשליח רק אם השליח עושה על דעת עצמו, אבל הכא עושה מדעת בעלים, ע"ש, נמצא דקנין זה אינו אלא לחזק הדבר כפי שכתב הרמב"ם פרק ה' מהלכות מכירה הל' י"א יש דברים הרבה שאין צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם כגון המשחרר עבדו, או המגרש את אשתו או העושה שליח וכו' ובהל' י"ג כתב קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו ואח"כ אמר לפיכך אם אמר בלב שלם אני אומר וגמרתי לעשות דבר זה אינו צריך דבר אחר כלל עכ"ל. נמצא דהחיסרון של מילי הוא חסרון של גמירות דעת ולכן כל שחיזק הדבר בקנין מהני וכן לפי הרשב"א שכל שעושה מדעת בעלים מהני משמע דהכל תלוי בדעת המשלח.

ויש להסתפק דהא דשליח ממנה שליח בשליח הולכה לכו"ע האם השליח השני בא מכח שליח ראשון או מכח בעלים, ונ"מ אם מת השליח הראשון או אם יכול לבטלו, דהמל"מ פ"ו מגירושין מסתפק בזה וכתב דשליח שני הוא שלוחו של שליח ראשון ולכן יכול לבטלו, וכתב שם דאם לא בטלו ומת שליח ראשון לא בטלה שליחותו של שני, שאף במת המשלח היה הדין שלא תתבטל השליחות אלא שאינו יכול לפעול מכח שמת, ע"ש, אמנם הקצות סי' קפ"ח כתב דשליח שני הוא שלוחו של שליח ראשון ולכן יכול לבטלו, ולפי המל"מ יכול להיות דשליח שני הוא שלוחו של המשלח ובפרט לפי הרשב"א דלא שייך חסרון במילי דכיון דהוא מתמנה ע"פ הסכמת המשלח א"כ הוי שלוחו של המשלח.

ובחידושי רע"א בדרוש וחידוש ריש פ' השולח ביאר דמח' דגמ' אם אומר אמרו כשר או פסול תליא במילי לא מימסרי אפי' לשליח ראשון או דילמא מילי לא מימסרן דהיינו שליח ראשון שהתמנה למילי לא יכול למנות שליח שני, ולכן באומר לשליח כתוב גט והשליח אומר לשליח שני כיון דהראשון קיבל רק מינוי לא יכול למנות שליח, ובאור שמח ביאר שענין שליחות הוא מסירת כח מהמשלח לשליח שיכול לפעול כמו המשלח, וא"כ כשמסר לו המשלח כוחו להיות שליח מכח זה הוא יכול למנות שליח, וזה דלא כרע"א, ודו"ק.

וכתב שם רע"א דשליחות לבטל גט וכן להפקיר ולהקדיש חשיב מילי, וע"כ דאינו סובר דשליחות היינו מסירת כח לא שייך מילי, וסובר רע"א רק

שליחות לביצוע מהני. והקשה שם רע"א למ"ד אמרו פסול איך מהני שליח לביטול הגט והא הוי מילי, ותירץ דכל שנגמר הדבר הוי מעשה, וראיה ממה שנחלקו תנאי אי מהני הפרה ע"י שליח והא הוי מילי אלא ע"כ כיון שנגמר הדבר לא חשיב מילי, והביא שם דברי הר"ן בפסחים דא"א לעשות שליח להפקיר ולכאו' למה לא וצ"ל דהוי מילי, ולפי רע"א דכל שנגמר הדבר אין חסרון מילי, וכן לפי דעת מהרי"ט דלא מהני שליח להקדיש, וע"כ לפי היסוד שאמר האור שמח דשליחות היא מסירת כח לשליח, ולכן בשליח ראשון אין חסרון של מילי ורק בשליח שני יש לדון האם הכח שקבל מאפשר לו להעביר הלאה או לא, ודו"ק.

סימן כח

עשה שליח לקדש לו אשה ומת

א. **כתב** הרמב"ם פ"ט מהלכות אישות הל' ו' האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח ואינו יודע אם קידש לו אשה אם לא ה"ז בחזקת שקידש שחזקה שליח עושה שליחותו וכו' ואסור בכל אשה שיש לה קרובות שהן ערוה עמה וכו'. והיא גמ' בנזיר יב. וכן פסק בשו"ע ס' ל"ח סעיף יא. וכתב המקנה בקו"א דכל זה דוקא כשאמר לשלוחו דאמרינן חזקה שליח עושה שליחותו, אבל אמר לחברו דלא סמכה דעתיה עליו לא כדקדייק בגמ' פ"ג דקדושין האומר לחבירו צא קדש לי אשה וקידשה לעצמו דהוי רמאי דאמרה הגמ' חברו רבותא קמ"ל דאי תנא שלוחו הו"א שלוחו הוא דהוי רמאי דסמכה דעתיה עליה אבל חברו לא, קמ"ל. נמצא דדוקא בשליח סמכה דעתיה דקידש לכן אסור. והא דאומר לשליח צא וקדש לי היינו במסר לו מעות כדאיתא בגיטין סד. דאמרו חזקה שליח עושה שליחותו דאיירי שמסר לו הגט ביד, אבל בחברו דלא סמכה דעתיה ולא מסר לו מעות ביד לא חיישינן שמא קידש לו אשה, ע"ש. ובתפארת יעקב ס"ק ל' תמה עליו דתליא מילתא במחלוקת הראשוני' האם הא דאסור בכל הנשים שבעולם מדין קנס כמו שכתבו התוס' גיטין סד. או מדינא כמו שכתב הרמב"ן דאי משום קנס גם באומר לחברו יש לקונסו, ואי מדינא שייך לומר דין זה רק בשלוחו דסמכה דעתיה עליו ולא בחברו.

ב. **ובדין** עשה שליח לקדש לו ומת דאסור בכל נשים שיש להם קרובות והיינו דוקא במת השליח אבל אם השליח לא מת אלא הלך למקום אחר לא אסור דאם איתא דקידש לו היה מודיעו. וכ"כ בפתחי עזרא ס"ק י"ג דאם הוא חי אם קידש לו היה חוזר ואומר לו עשיתי שליחותך. ובתפארת יעקב ס"ק ל"א נסתפק בזה וכתב דבגמ' נזיר יב. לא נמצא ומת השליח, רק בגיטין סד. אמנם בהג' הב"ח בנזיר כתב מפורש ומת השליח וכן בכל הפוסקי' כתבו דאיירי דמת השליח. משמע דאם הוא חי ודאי היה מודיע לו מי קידש ומדלא חזר אליו ש"מ שלא קידש לו אשה. או נאמר כיון דחזקה שליח עושה שליחותו א"כ לחומרא יש לחשוש שמא השליח קידש לו, ונשאר בצ"ע. אמנם במאירי מפורש דאסור בכל הנשים שבעולם בין אם מת בין אם השליח חי. וכ"כ הרמב"ן או שמת השליח או הלך למדינת הים וכ"כ הריטב"א ומ"מ פ"ט דאישות הל' ו'. וכתב הח"מ דחזקה זו אינה חזקה גמורה דלא ביד השליח לקדשה שמא לא תתרצה ומ"מ לחומרא אמרינן דהוי חזקה כדאיתא בגמ' גיטין סד. וכתב הט"ז אמאי אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו ולמה לא נתירה לו מכח ס"ס ספק קידש ספק לא קידש ואת"ל קידש שמא לא זאת היא ואע"ג דס"ס זה לא מתהפך מ"מ חייבים להתחיל הספק בספק קידש ספק לא קידש כמו דאמרינן ס"ס בספק על ספק לא על, ומ"מ לא אמרינן ס"ס כיון דיש חזקה דשליח עושה שליחותו. ובב"ש ס"ק כ"ח תמה עליו דלא הוי ס"ס דספק אחד בגוף וספק שני בתערובת דלא הוי ס"ס ותמה עליו הרב המגיה דבט"ז לא כתוב שמא לא זאת היא שקידש, וע"ז פריך דמשמע דאם זאת היא שקידש אסור ואדרבא הדין הוא להפך שאם זאת שקידש ודאי מותרת.

ג. **והא** דאסור בכל נשים שבעולם נחלקו הפוסקי' דעת התוס' דהאיסור משום קנס משום דקידש סתם ולא חשש שמא יבא לידי תקלה אבל מן הדין מותר בכל הנשים שאינה חזקה גמורה דאינה בידו להתקדש שמא לא תרצה ועוד דאזלינן בתר רובא ולכן קטנה שמת אביה לא חיישינן שמא אביה קידשה לזה השליח, דלדידיה

קנסו ולא לאחריני וכ"כ הר"ן בגיטין ס"ד באריכות. וכתב המקנה סברת התוס' דקנסינן ליה דהוי כמבטל איסור לכתחילה הכא נמי על ידי שמינה שליח סתם ומת צריכים לדון שאזלינן בתר רובא והיות וגורם המשלח דניזיל בתר רובא לכן קנסינן ליה וכ"כ במלאת האבן ושושנת העמקים כלל כ"ג. אמנם הרמב"ן חולק על התוס' וכתב דאסור בכל הנשים מדינא והאריך הר"ן בדברי הרמב"ן בגיטין סד. והא דקטנה שמת אביה מותרת ולא חוששים משום שיש לה חזקת פנויה אבל הוא אסור בכל הנשים שבעולם מדינא לפי שאין חזקה של קרובים שלא באין לפנינו מועילה לו. וכ"כ בחידושי הריטב"א ובישא ברכה דף קמ"א כתב דגם הרשב"א ס"ל כן.

נמצא דלפי הרמב"ן אסור מדינא בכל הנשים ויש להסתפק האם אסור מדאורייתא או מדרבנן. וראיתי ביד המלך פ"ט דאישות דהביא דברי הרמב"ן וכתב דרק מדרבנן אסור בכל הנשים דמדאורייתא אזלינן בתר רובא וכל אחד אמרינן דהיא מהרוב ולא אותה קידש. אלא שמדרבנן לא אזלינן בתר רובא וכ"כ בעצי ארזים ס"ק ה' וכ"כ בזכרון יהונתן ח"א יו"ד ס' ו' אות י"א אבל ביד דוד ח"ב דף רכ"ג כתב דדעת הרמב"ן דאסור בכל הנשים מדאורייתא. וכתב המל"מ פ"ט מאישות הל' ו' דרש"י ס"ל כדעת התוס' דאסור בכל הנשים משום קנס, אמנם בישא ברכה דף קמ"א דחה דבריו וכתב דרש"י ס"ל כדעת הרמב"ן.

ובעונג יו"ט ס' ק"פ דן בהא דאסור בכל הנשים שבעולם לדעת הרמב"ן, אע"ג דיש רוב מ"מ יש דין קבוע. ולהתוס' האיסור משום קנס. כיון דס"ל דקבוע היינו שהאיסור ניכר אבל כשהאיסור לא ניכר לא הוי קבוע. והרמב"ן חולק בזה והדברים הובאו באריכות ביו"ד ס' ק"י וכתב דדעת הרמב"ם כדעת התוס' דהא דאסור בכל נשים רק מדין קנס. כיון דלא הוי קבוע דלא ניכר במקומו, ותמה דבגמרא נזיר נג. בהא דכתיב ואשריהם תישרפון באש דמהתורה בביטול בעלמא סגי להו רק מדפלחו בני ישראל לעגל גילו דעתם דניחא להו בע"ז והוי ע"ז דישראל דאין לה ביטול עולמי. ופריך ונימא בהדי עגל ניתסר מכאן ואילך נישתרי ומשני מאן מוכח אלמא דכל האשרות לא מהני להו בטול משום הנך אשירות דעבדו עובדי ע"ז בזמן שישראל עשו העגל. אע"ג דהני אשירות מיעוטא נינהו נגד האשרות דמעיקרא מ"מ הוי קבוע וכמחצה על מחצה דמי. ש"מ דאף דהאיסור לא ניכר במקומו הוי דין קבוע וזה ראיה לדעת הרמב"ן דאוסר מהדין והמשיך לדון דמ"מ יש להתיר כל אשה מהתורה מס"ס שמא האשה שקידש השליח אין לה קרובות, ואת"ל יש לה קרובות שמא לא זאת. והט"ז כתב דלכך אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו ולכן אין ספק שמא לא קידש. וע"ז תמה גם לפי הט"ז נניח שיש חזקה שהשליח קידש מ"מ שמא קידש אשה שאין לה קרובות ואת"ל קידש אשה שיש לה קרובות שמא לא זו. וכתב נמי דהאי ס"ס דמי לספק על כפי שאמרנו לעיל דלא בעינן מתהפך, ושם הביא דברי הב"ש שכתב דלא הוי ס"ס דהוי ספק בגוף ספק בתערובת. וכתב לדחות דספק בגוף ספק בתערובת היינו באופן שיש ספק בגוף הבהמה שנולד בה ספק איסור ולא מהני אח"כ תערובת כיון דהוי ס"ס לחומרא הוי כודאי איסור ולא מהני ספק בתערובת. כגון אם נתערב ספק דרוסה בב' בהמות של היתר הרי ידוע שבהמה אחת קבוע בה ספק איסור תורה ואיסורה חמור מהשנים שאחת איסורה חמיר דפגע בה הדורס דבאופן זה לא שייך להתיר מס"ס כיון דספק ראשון נפשט לאיסור לכן שפיר שייך לומר ספק בגוף ספק בתערובת אבל אמר לשליח צא וקדש לי אשה שהס"ס הוא שמא אין קרובה. ושמא לא זאת ולכן שני הספיקות הם בידנו וזה דומה לכל ס"ס רגיל, וכיון דהוי ס"ס גמור יוצא מהתורה מותר ומדרבנן אסרו משום קנס. ולפ"ז יוצא שכל הקנס כיון דא"ל קדש לי אשה סתם אבל אשה פלונית מותר לו לקדש ואין אסור בכל נשים שבעולם.

ד. **וכתב** הרמ"א די"א דה"ה באומר לשליח קדש לי אשה פלונית וי"ח דבפלונית לא אסור. וכתב המל"מ פ"ט דאישות דזה תלוי במחלוקת התוס' ורמב"ן דאם הטעם משום קנס כשאומר קדש לי פלונית ומת השליח לא שייך לקונסו. דטעם הקנס הוא מדרבנן דמדאורייתא לא הוי חזקה גמורה דלאו בידו ומי יאמר שנתרצתה להתקדש לו ועוד טעם דאזלינן בתר רובא. א"כ באופן דאומר לו בפירוש קדש לי פלונית אין מקום לקנס. ולפי הרמב"ן גם באומר קדש לי פלונית מ"מ אסור בכל הנשים מן הדין דלא אזלינן בתר רובא ע"ש. ובבית מאיר כתב דלולי דמסתפינא מהריב"ש הייתי אומר גם לרמב"ן מותר באופן דא"ל קדש לי אשה פלונית דע"כ לא ס"ל לרמב"ן דאסור בכל הנשים היינו באשה סתם אבל בא"ל אשה פלונית אף הרמב"ן מודה דאין זו חזקה. אך התוס' דאמרו משום קנס באשה פלונית לא שייך לקנוס דילמא לא תתרצה אבל התוס' כתבו עוד תירוץ לחלק בין אשה סתם לאשה זו והרמ"א הביא שתי דיעות דעת הריב"ש דלא מחלק בין אשה סתם לאשה זו ואסור

בכל הנשים שבעולם. והטעם דאסור משום שליח עשה שליחותו ודעת שניה שהביא הרמ"א היא דעת התוס' דהאיסור משום קנס, ולכן באשה פלונית לא קנסו. וכ"כ בדינא דחיי דף ד' על דברי הריב"ש סימן פ"ב דאין הבדל בין שליח לקדש אשה סתם או אשה פלונית וכתב דדינו היא לפי הרמב"ן דסבר דמדינא אסור בכל נשים שבעולם שיש להם קרובות. אבל לפי התוס' דסברי משום קנס ודאי אם ממנה שליח לקדש אשה פלונית ומת השליח מותר בקרובותיה כיון דמן הדין ליכא חזקה וליכא קנס כי אמר אשה ידועה, וכתב דינא דחיי והוצרכתי לכתוב דין זה כיון דהב"י הביא דעת הריב"ש בסתמא כאילו הן מוסכמות לדברי כולן ויטעה הרואה לומר שכן נמי דעת התוס', ולא היא אלא שמה שכתב הב"י בשם הריב"ש הוא לדעת הרמב"ן ע"כ.

ה. **וכתב** החי"מ ס"ק כ"ז על דברי הרמ"א דלא דק בדברי התוס' דמה שכתבו התוס' דטעם האיסור משום קנס דוקא כשצוה לקדש אשה סתם משום שזה בודאי חומרא גדולה שהשליח לא קידש רק אשה אחת ואנו נאסור עליו כל הנשים ולא אזלינן בתר רובא וגם החזקה אינה חזקה גמורה לומר שהשליח עשה שליחותו דאין ביד השליח לקדשה שמא לא תרצה, וממילא לא היה ראוי לאסור עליו כל הנשים שבעולם אם לא מטעם קנס. אבל כשציוה לשליח לקדש לו אשה פלונית ואנו אוסרים עליו קרובי אותה אשה לא מדין קנס הוא אלא מדינא דאין כאן חומרא גדולה ובודאי אמרינן שליח עושה שליחותו אף שאין בידו לקדשה שמא לא תרצה. ואפילו לקולא היה בדעת המקשה לומר גבי גט דחזקה שליח עושה שליחותו וגירש את אשתו מכ"ש לחומרא וכ"כ בט"ז ס"ק י"ח וב"ש ס"ק לא. וכן דעת המקנה בקונטרס אחרון וכן נראה דעת הר"י דהריב"ש איירי לכו"ע בין לדעת התוס' בין לדעת הרמב"ן. אמנם במל"מ פ"ט אישות הל' ו' כתב דזה תלוי במחלוקת התוס' ורמב"ן וכדבר האמור. ובעשה שליח לקדש לו אשה והשליח הודיעו שקידש לו ולא פירש לו באיזו אשה איירי ומת השליח. כתב בנשמת חיים דף סז דלפי התוס' דס"ל דהאיסור משום קנס כיון דאין בידו לקדש לכן קנסינן ליה, בגידון דידן שהודיעו שקידש רק אנו מסופקים איזו קידש אסורה מדינא אבל לפי טעם שני דאמרו כיון דאזלינן בתר רובא לכן מעצם הדין מותר בכל הנשים רק משום קנס. א"כ הו"ה בנדון דא"ל קידשתי לך אשה ומת השליח הכא נמי אזלינן בתר רובא וקנסינן ליה וכ"כ בתשו' מהרי"ט ח"ב סי' י"ח דלטעם ראשון של תוס' אם ידענו ודאי שקידש לו אשה אסור מהתורה ולטעם ב' משום דאזלינן בתר רובא אסורה עליו רק מדין קנס.

ו. **וכתב** בעצי ארזים ס"ק כ"ג באופן דעשה שליח לקדש ומת השליח ובאה אשה ואומרת אותי קידש השליח, נאמנת להנשא לו כדמוכח בקידושין סג: קידשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן ושם נחלקו האם נאמן לתת גט או גם לכונסה ופסקינן להלכה שנאמן לכנוס וטעמא משום כשאומר אני קידשתיה מירתת לשקר שמא האב יכחישו ולכן אמרה הגמ' דאשה שאמרה נתקדשתי ולא יודעת למי ובא אחד ואמר אני הוא לא נאמן לכנוס מפני שהיא מחפה עליו. וא"כ בנידון דידן דמת השליח ויודעת היא שאין מי שיכחישה לא נאמנת אך מסברא אית לן למימר שנאמנת ע"פ מה שכתב הר"ן בגיטין סד. לדעת התוס' דהא דאסור בכל נשים שבעולם הוא מדין קנס מ"מ אי לאו טעמא דחזקה שליח עושה שליחותו לא הוה ליה למימר דקנסוה חכמים. ולכן כשבאה אשה ואומרת אותי קידש השליח הרי אזדא לה החזקה ששליח עושה שליחותו דהרי הוא קידש אותה ואין כאן מקום לקנס ומותרת לו. וכן אין לומר דלא נאמנת משום דאין דבר שבערוה פחות מב' די"ל כמו שכתב הר"ן אהא דר"א דנאמן לכנוס דטעמא דאין דבר שבערוה פחות מב' היינו להוציא מחזקתה אבל כאן מעמידה אחזקתה ואומר שהוא קידש. וכבר בארנו באריכות בחידושים לגיטין דע"א נאמן בדבר שבערוה בלא איתחזק איסורא. ואף כאן כשאומרת אותי קידש הרי מעמידה דברי השליח שנשלח לקדש אשה והרי היא מחזקת מעשה השליח. או דילמא שאינה נאמנת מטעם שכתב ה"ה פ"ט דאישות ומדייק מלשון הרמב"ם באומרת נתקדשתי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דנאמן ליתן גט להתירה לעלמא ולא נאמן לכנוס אפי' אחר שיתן לה גט, דחיישינן לקנוניא. הכא נמי כיון שאסרוהו חכמים בכל נשים שבעולם שיש להם קרובות אם נאמר שנאמנת אשה לומר אותי קידש כדי שישאנה יש לחוש לקנוניא ולא הועילו חכמים בתקנתם. ואיכא למימר ק"ו מהתם שאם הוא משקר ואומר שקידשה כדי שישאנה הרי יודע בודאי שאסורה עליו משום א"א ואפי' הכי חיישינן לקנוניא כ"ש בזה שיש לומר שאף היא משקרת וסברא כמו שהיא לא נתקדשה גם קרובותיה לא נתקדשו ותליא ברובא שקידש אשה דעלמא ולא עברה שום איסור בנישואין, כ"ש שיש לחוש לקנוניא או דילמא איפכא דשם יש חשש מדינא שמא נתקדשה לאחר והוי

חשש א"א משא"כ הכא דהוי רק משום קנס. דהקרובות יש להם חזקת פנויות לדעת התוס' או לדעת הרמב"ן למיזל בתר רוב דעלמא לא חיישינן כולי האי לקנוניא ומ"מ באופן דהאשה אומרת אותי קידש דנאמן לגרשה ויהיה מותר בכל הנשים שבעולם, דחזקה אין אדם חוטא ולא לו.

ובמחנה חיים סי' ע"א כתב באשה שאמרה אותי קידש בין להרמב"ן בין לר"ן נאמנת דכשם שנאמנת על עצמה נאמנת גם לגבי הבעל כמו דאמרינן בגמ' באומרת נתקדשתי ובא ואמר אני קדשתיה דחיישינן שמא יצרו תוקפו. אבל לולי זה היה נאמן מעיקר הדין לומר שהיא בחזקת היתר כן גם האשה כשאומרת השליח קידש אותי הוי חזקת היתר, וגם לא הוחזק איסורא באשה זו העומדת לפניו ונהפוך הוא דהיא מותרת לן ומהיכי תיתי שלא תהיה נאמנת לומר לו אתה בעלי ע"ש.

ז. **ויש** להסתפק באשה שעשתה שליח לקדש לה בעל ומת השליח אם אסורה בכל האנשים שבעולם כמו שאמרה הגמ' בנזיר יב. גבי בעל. וראיתי בספר מחנה חיים סי' ע"א כתב דדין הגמרא רק באיש דעשה שליח כיון דכל אשה מוכנה להתקדש משום טב למיטב טן דו משא"כ באשה ששלחה דלא שייך טעם זה נימא בהיפוך דודאי לא מצא השליח איש שיקדש לו את האשה בלא שיראנה וגם אסור לקדש אשה עד שיראנה לכן לא שייך קנס. או דילמא הגם דבאיש יש איסור לקדש אשה בלי שיראנה ואם שליח מקדש לו עובר בלפני עור לא תתן מכשול ומסתמא אין כאן סברא דשליח עושה שליחותו כיון דיש לשליח חזקת כשרות ואפ"ה חיישינן בבעל שאמר לשליח צא וקדש לי אשה הו"ה באשה שאמרה לו צא וקדשני דיש כמה אינשי דלא מעלי דלא חיישי להא דאסור לקדש אשה עד שיראנה ולכן הוי ספק וכ"כ בנשמת חיים דף סח עב. להסתפק באשה שמינתה שליח.

ובעצי ארזים ס' ל"ה ס"ק כו כתב בפשטות כשם שבעל שעשה שליח ומת אסור בכל נשים שבעולם ה"ה באשה ולפי התוס' גם באשה מדין קנס. ובמנחת יהודה יו"ד ס' צא כתב דלפי התוס' דס"ל דהאיסור בבעל משום קנס הו"ה באשה ולפי הרמב"ן אסורה מהדין, ולא שייך להעמיד הקרובות על חזקתן כיון שאינן באות לפנינו. ובקטנה שהלך אביה למה"י אינה בכלל ספק דילמא קדשה אביה כיון דיש לה חזקת פנויה לפנינו ע"ש. וא"כ ה"ה באשה שנימא שיש לה חזקת פנויה ודחה דבאשה שאמרה לשליח צא וקדשני אע"ג דאית לה חזקת פנויה יש נגדה חזקה שליח עושה שליחותו ולפי שיטת הרמב"ן אסורה מהדין. אולם המקנה בקונטרס אחרון ס' לה. כתב באשה שעשתה שליח ומת דלכו"ע מותרת ולא מטעם חזקת פנויה דעדיפא מחזקת שליח עושה שליחות אלא דהרמב"ן ס"ל בשליח הבעל חזקת פנויה מסייע לה ואיכא ספיקא בתערובת שמא לא זו שקידש לכן בקטנה מותרת משא"כ באשה שעשתה שליח קבלה הוי ס"ס שמא לא רצה הבעל לקדשה. ושמא חזר בו השליח, וכ"כ בקרית מלך רב פ"ט באישות הל' ו' דלפי הרמב"ן מותרת ולפי התוס' גם כאן יש לקנוס.

ח. **ויש** להסתפק כשאשה עשתה שליח לקבל עבורה קדושין וכל אחד אומר אני לא קדשתיה אם מותר בקרובותיה. ובנשמת חיים דף סח: כתב די"ל שלא נאמנים לומר שלא קידשוה כשם שהיא לא נאמנת לומר שלא נתקדשה דקרובות נאמנות לומר שלא נתקדשו כיון דמעמידים אותן בחזקת פנויה אבל היא שעשתה שליח לקבל קדושיה אזלא לה חזקת פנויה. וכתב דלפי התוספות דמעיקר הדין מותר לה להתקדש רק משום קנס אסרינן לה יש סברא לומר דדוקא לדידה קנסו ולא לקרובות. ואף לדעת הרמב"ן הותרו הקרובות דהא דקאמר דהנשים נאמנות לומר לא נתקדשנו דבחזקת פנויות הן ולא קאמר התם דאזלינן בתר רובא כמ"ש התוס' היינו משום דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי אבל בנדון דידן דלא שייך טעמא דקבוע דלא נאמר כלל זה אלא בנשים דכל כבודה בת מלך פנימה. אבל באנשים דליכא למימר הכי פשיטא דאזלינן בתר רובא ע"ש. ושם הסתפק בעשתה שליח לקבל קדושין מאיש פלוני ומת השליח. ובא אותו פלוני ואמר לא קדשתיה. אם נאמן להתירה, וכתב דאף להריב"ש בעשה שליח לקדש אשה פלונית ואומרת לא נתקדשתי שהיא נאמנת היינו טעמא דאשה עומדת בחזקת פנויה. אבל באשה שעשתה שליח הורעה חזקת פנויה דידה. וכנגדה יש חזקה דשליח עושה שליחותו לאוסרה לעלמא, ולכן אפי' תמצא לומר שלאשה יש חזקת פנויה מ"מ חזקת שליח עושה שליחותו מוציאה מחזקת פנויה, דדוקא באיש שמינה שליח דאשה עומדת בחזקתה נאמנת אבל לא באשה ודו"ק.

ט. **וכתב** הרמב"ם בפ"ט הלכה ו' הא דעושה שליח לקדש אסור בכל נשים שבעולם וכו' אבל אשה שהיתה נשואה בזמן מינוי השליחות אע"פ שנתגרשה בזמן שהשליח בא לקדש מותרת דאין אדם

יכול למנות שליח אלא באשה שהוא עצמו יכול לקדשה בעת מינוי השליחות, ע״ש. והיא גמ׳ בנזיר יב. כל מילתא דלא מצי למיעבד השתא לא מצי למנות שליח. והקשו התוס׳ דמעשים בכל יום שאומרת אשה לחברתה עיסה זו כשתתגלגל הפרישי ממנה חלה אע״ג דהשתא לא חייבת. ותירץ ר״ת דבידה להביא עיסה מגולגלת ולהפריש עליה. ויש להסתפק בדברי הגמ׳ האם מה שלא יכול לעשות שליח על דבר שלא בידו כעת הוא מדין שהשליחות לא חלה או משום דהמשלח לא היה בדעתו לעשות שליח לאשה שלא יכול לקדש.

ובמהרי״ט ח״ב חו״מ ס׳ כ״ג הביא דברי התוס׳ בנזיר יב ד״ה מ״ט ודייק מדבריהם דמה שאמרו בגמ׳ כל מילתא דלא מצי למיעבד לא משוי שליח היינו אפילו אם פירש שיקדש את פלונית אחר שתתגרש מבעלה ותמה על החת״ס דמנא להו הא, דילמא כוונת הגמ׳ שם דמסתמא אין בדעת האדם לשויא שליח אלא במי דמצי עביד השתא אבל אם פירש שיקדש לו אשה לאחר שתתגרש הוי מקודשת. ומהרא״ש משמע דלא מצי משוי שליח כדעת התוס׳. אבל הרמב״ם ושו״ע תפסו לשון הגמ׳ דמשמע דלאו דעתייהו עליהם. ובערך לחם דייק מלשון שו״ע ורמב״ם דכל שפירש כן בהדיא קדש לי פלונית לאחר שתתגרש מהני. ובפ״ת ס״ק ג׳ הביא דברי המרכבת המשנה ויד המלך שכתבו לתרץ קושית המל״מ ולקיים דברי מהרי״ט ובבני אהובה וביד המלך ח״ב דף רכ״ג כתב דדעת הרמב״ם אף אם עשאו בפירוש לא מהני כיון שעכשיו לא יכול למנות שליח. וכ״כ בחתם סופר ס׳ יא דהוכיח משאילתות כדעת התוס׳ דכל שלא יכול לעשות שליח עכשיו לא מהני אח״כ כפי שאמרה הגמ׳ דכל מילתא דלא מצי עביד לא מצי לשויה שליח. ובשמחת יהודה ס׳ ע״ג הוכיח מגמ׳ יבמות נג באמר לסופר כתוב גט לפלונית כשאכנסה אגרשנה לא מגורשת מפני שאין בידו לגרש בשעה שעשאו שליח. וכ״כ המרדכי ורא״ש ועיקר טעמא משום דאין בידו לגרשה. ויש לדקדק דדין זה אפי׳ לא מת השליח דלא חל השליחות.

י. **וכשעשה** שליח לקדש לו אשה פלונית ובשעת המינוי היתה פנויה, ואח״כ נתקדשה לאחר ונתגרשה, והשליח קידשה למשלח לאחר שנתגרשה אי אמרינן בזה כל מילתא דלא מצי עביד לא ממנה שליח דבשעה שנתקדשה לאחר השליח לא יכול לקדשה למשלח ובטלה השליחות או דילמא כיון דבשעה שמינה אותו היתה פנויה וחל עליה השליחות גם עכשיו שנתגרשה חזרה לקדמותה ויכול לקדשה לו. וכתב דלדעת המהרי״ט דס״ל דהא דאמרינן כל מילתא דלא מצי עביד לא שליח היינו בסתם אבל במפרש מהני וכאן אומר לו אשה פלונית לאחר שתתגרש שפיר משוי שליח ולא בטלה השליחות. וכתב לפשוט דין זה מגיטין כג. קיבל קטן והגדיל חרש ונתפקח פסול וכו׳ זה הכלל כל שתחילתו וסופו בכשרות כשר. משמע כיון שבשעה שמינה אותו היתה פנויה ובשעה שקידשה פנויה מהני. וכ״כ ברב ברכות מערכת כ׳ ס׳ א. והביא עוד ראיות לכך.

ובשושנת העמקים כלל כג. כתב דזה תלוי במחלוקת הרמב״ם והטור דכתב הרמב״ם בפ״ב דגירושין הלכה ט״ו דאם מינה סופר ועדים בזמן פיקחותו ונשטתה ונכתב ונתן לה הגט הרי זה גט פסול. והטור באהע״ז ס׳ קכ״א כתב דגט בטל דמיד שנשתטה בטלה שליחות. וטעמו של הטור כיון דנשטתה הבעל לא יכול לגרש לכן לא מצי למיעבד שליח. והרמב״ם ס״ל דשליח עומד במקום הבעל ובמקום אחר הארכנו. ועי׳ קצות ס׳ קפ״ג ודו״ק. וכל המחלוקת רק בנתן לה בעת שטותו אבל אם מינה כשהוא פיקח ונשטתה וחזר ונתפקח לכו״ע סנותנו לה ולא בעינן לאימלכוי ביה. וה״ה כאן דבשעת מינוי פנויה ונתקדשה לאחר ונתגרשה חזרה לקדמותה. ויש לחלק בשלמא בגירושין הבעל מגרש אותה אשה לכן אפי׳ אם היה מצב שלא יכול לגרש חזר המינוי כשנתפקח. אבל כאן בקדושין א״ל קדש לי אשה פלונית שהיא פנויה ונתקדשה ונתגרשה, אע״ג דעכשיו קדושין תופסין בה מ״מ בעי לאמלוכי דילמא לא רוצה אשה גרושה. וביד דוד פסקי הלכות כתב בנידון זה דהוי ספק מקודשת אם בשעה שמינה אותו היתה פנויה ונתקדשה ונתגרשה, ודו״ק.

סימן כט

אין שליח לדבר עבירה

א. **דף** מב: תנן השולח בעבירה ביד פקח, פקח חייב.
ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו שאני התם שאין שליח לדבר עבירה דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. והא תניא שליח שעשה שליחותו בעל הבית מעל כי עשה שליחותו נימא אין שליח לדבר עבירה שאני מעילה דילפינן מתרומה ע"ש. וכתב הסמ"ע בס' קפ"ב טעמא דאין שליח לדבר עבירה משום דברי הרב ודברי התלמיד ולכן המשלח סבור שלא ישמע לו, וכתב עליו רע"א בדרוש וחידוש דלפ"ז בישראל מומר שישמע לו יש שליח וכ"כ הרמ"א בחו"מ ס' שפ"ח סעיף ט"ו דבמומר יש שליח. ולכאו' שותפים שגנבו יצא לפי הסמ"ע שיש שליח דהרי רואה חבירו גונב ולא שייך לומר דלא ישמע לו ועם כל זה אמרינן בשותפים אין שליח לדבר עבירה, וכתב דהא דאמרינן אין שליח היינו כיון שצריך לשמוע לרב הרי השליחות באיסור ואינו יכול להעשות שליח, ע"ש. ויש לדון בטעם הסמ"ע דהמשלח סובר שלא ישמע לו ולכן במומר שישמע לו אמרינן יש שליח, אמנם מהתוס' לא משמע כן דכתבו התוס' אם המשלח שוגג ושליח מזיד באופן זה לא שייך לומר שהמשלח סובר שלא ישמע לו דהרי המשלח לא יודע בכלל מהאיסור, ובתוס' בסוגי' ד"ה אמאי מעל כתבו דבשוגג ליכא טעמא דדברי הרב ודברי התלמיד, ובמעילה רבתה התורה שיש שליח, ולפי הסמ"ע למה צריך רבוי בלא"ה לא שייך סבור הייתי שלא ישמע כיון דהמשלח שוגג.

וכתב הקצות ס' ק"ה ס"ק א' דכללא דאין שליח לדבר עבירה אמרינן אלא היכא שהוא עבירה למשלח אבל היכא דהמשלח רשאי לעשות הדבר והאיסור לשליח, לא שייך אין שליח לדבר עבירה, והוכיח מתוס' גיטין י"ב. מי שליקט את הפאה לפלוני עני דחכמים אומרים לא זכה לו, ואמרינן טעמא משום לא תלקט לעני אחר להזהיר על בעל הבית שלא ילקט לעני והקשו התוס' נהי דהזהיר על זה מ"מ בדיעבד אם בעל הבית ליקט מהני למ"ד כל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני ע"ש. וקשה הרי בעה"ב זוכה לעני מדין שליחות דהיינו הוא שליח של העני והעני לעצמו אין איסור ללקט והאיסור הוא על השליח דהיינו בעה"ב א"כ איך יזכה לו בעה"ב לעני, ומכח זה הוכיח הקצות דאם למשלח אין איסור רק לשליח לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה, ע"ש. ולכאו' מצד הסברא של דברי הרב ודברי התלמיד אמרינן דוקא כשזה עבירה לשליח ולא למשלח הרי ודאי דכיון דשליח בר חיובא לא ישמע למשלח וסבור המשלח שלא ישמע לו השליח כיון שהוא בר חיובא, ולפי הש"ך בס' שמ"ח דכתב לפי המסקנא ילפינן אין שליח לדבר עבירה מפסוק מגזרת הכתוב משני כתובים הבאים כאחד ולכן שייכת סברת הקצות, וכל הקפידא היא כיון שיש איסור אצל המשלח כגון מעילה וטביחה וכן שחוטי חוץ אבל היכא דרק אצל השליח הוא עבירה לא איתרבי, אבל התוס' ס"ל הטעם משום דברי הרב ודברי התלמיד ולא סמכה דעתיה, לכן גם באופן דשליח חייב ולא משלח בזה אמרינן אין שליח.

ב. **והתוס'** בב"מ י': באין שליח לדבר עבירה הביאו שני תירוצים לתירוץ א' לא בטלה השליחות ולתירוץ ב' בטלה השליחות והאריכו הפוסקים האחרונים בזה כמאן הילכתא ונ"מ לענין שליחות למכירת קרקעות בשביעית לגוי ועל זה מושתתת המחלוקת בהיתר מכירה ודעת התוס' גיטין י"ב. במי שליקט מקצת הפאה לאחרים הוא מדין שליח לדבר עבירה ס"ל דבטלה השליחות. ודעת התוס' ד"ה אמאי שאם השליח שוגג אמרינן יש שליח לדבר עבירה ונימוקם עמם שלא שייך באופן זה דברי הרב ודברי התלמיד, והוכיחו את זה מבב"ק ע"ט. הפודה בנו בטלה גנוב של חבירו ואמר לכהן לקחת טלה מהעדר, והעדר היה של חבירו מיד כשמשך הכהן התחייב הגנב כיון שאין הכהן יודע על מעשה הגניבה, ויכול הוא להיות שליח לדבר עבירה, עכת"ד תוס'.

אמנם הריטב"א בחידושיו ד"ה שאני חולק על דברי התוס' וסובר דגם בשליח שוגג אין שליח לדבר עבירה, וכתב שאין הדין תלוי בסברא אלא גזרת הכתוב, וכוונתו למה שאמרה הגמ' דשליחות יד ומעילה שני כתובים הבאים כאחד דיש שליח לדבר עבירה ואין מלמדין וש"מ שבכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה בין אם היה מזיד או שוגג. והתוס' העמידו דבמעילה יש שליח באופן שנזכר השליח אח"כ ושייך הסברא של דברי הרב ודברי התלמיד, אמנם הריטב"א לומד בפשטות

דהסוגי׳ איירי בשוגג ושליח לא ידע ואפ״ה אמרינן יש שליח לדבר עבירה מכח הפסוק. והביא ראיה הריטב״א מב״מ דף י׳: שאם שלח כהן ישראל לקדש לו אשה גרושה אמרינן אין שליח לדבר עבירה, אע״פ שישראל לא מצווה על כך, ולא שייך לומר דברי הרב ודברי התלמיד וכן אם עשה אשה שליח להקיף ראש של קטן היא לא מצווה ואמרינן אין שליח, והנ״י בב״ק כ״ט. בדפי הרי״ף דן בדברי התוס׳ ממה שבקשו לומר בתחילת הסוגי׳ בב״מ דף י׳ דחצר קונה גבה לגנב, הרי אין שליח לדבר עבירה, והעלה הנ״י כדעת הריטב״א שאין שליח לדבר עבירה מגזה״כ, וכ״כ הפנ״י והש״ך בחו״מ ס׳ שמ״ח ס״ק ו׳ וברור כשאנו אומרים אין שליח לדבר עבירה, המשלח פטור, יש שליח המשלח חייב, ובגמ׳ לגבי שליחות יד אין לי אלא שומר ששלח יד שחייב אמר לעבדו לשלוחו מנין ת״ל ״על כל דבר פשע״ וכתב הסמ״ע ס׳ רצ״ב ס״ק י׳ דהא דמשלח חייב דוקא כששליח לא ידע שהוא של אחרים או שאינו בר חיוב או אין לו ממה לשלם בזה המשלח חייב, ע״ש. ותמה עליו הש״ך ס״ק ד׳ דהא בשליחות יד קימ״ל יש שליח לדבר עבירה וכדאמרינן בסוגי׳ דשליחות ומעילה הוי שני כתובים הבאים כאחד שאמרינן יש שליח לדבר עברה ותירץ הש״ך בשם אביו דהא דהתורה חייבה שיש שליח לדבר עבירה היינו לחייב גם את המשלח ולא לפטור את השליח, ונמצא בשליחות יד המשלח חייב וגם השליח דעיקר החידוש לחייב את המשלח, אבל שליח נשאר בחיובא, עכת״ד.

ג. **ותמהו** הקצות ס״ק א׳ והנתיבות ס״ק ה׳ שם על הש״ך דבשליחות במעילה משלח מעל ולא השליח, וכ״כ רש״י בסוגיין מהא דפריך בשולח את הבעירה ביד פקח פקח חייב ופריך נימא שלוחו של אדם כמותו וכתב רש״י ויתחייב משלח ולא שליח, ועוד הקשה הקצות על הסמ״ע דאיך אפשר לחייב את השליח הא לאו שומר הוא ודין שליחות יד אינו אלא בשומרים, ובנתיבות שם תמה דהא כיון דקניני הגזלה שייכים למשלח ואם יהיה שינוי קונה המשלח, דהגזילה דמשלח היא א״כ איך יתחייב השליח דהא לית ליה קנין בגוויה, ע״ש. ולפי הגר״ח הלוי פ״ט מגזילה הל׳ א׳ דחידש דבגנבה וגזילה מלבד חיוב השבה שבא ע״י קנינא דגזילה, איכא עוד חיוב תשלומין בגזילה מה דמעשה גזילה עצמה מחייב בתשלומין, והוא מדין מזיק, וגם בגנבה וגזילה יש בזה דין מזיק, וראיתו מרמב״ם פ״א דגנבה הל׳ ט׳ דעבד שגנב בעליו פטורים משום שאין האדון חייב על נזקי עבדיו, מפני שיש בהם דעת ולא יכול לשומרן שאם יכעיסנו רבו ילך וידליק גדיש באלף דינר, והוא דין עבד ואמה דהאדון פטור בנזקיהם משום שמא יכעיסוהו, ע״ש. וממה דכתב הרמב״ם דאין לחייב האדון מדין נזקי ממונו גם אם היה מתחייב בשמירת עבדו לא שייך זאת לחיובא דגנבה וע״כ חיוב האדון בנזקי העבד משום מזיק ושייך היה לחייב את האדון מדין שמירתן עליך, וביאר שם דעת הראב״ד דבעבדים אף דקימ״ל דאינם נגזלים ולא קני הגזלן להו בקניני גזילה מ״מ חייב הגזלן בתשלומיהן ומשום דמעשה גזילה מיהא איתעביד בעבדים שפיר אפשר לחייב הגזלן משום דין מזיק, ולא דמי לקרקע שאינה נגזלת ופטור הגזלן, ע״ש. וכן בטביחה ומכירה שיקנה ע״י שליח ואם השליח טבח בשבת חייב המשלח ומ״מ על חיוב שבת חייב השליח. ובזה ישב שערי חיים סי׳ מ״ז את הסמ״ע מקושית הקצות למה לחייב את השליח, ותירץ כיון שמחוץ לקניני גזלה חייב מדין מזיק, ולכן שמדין יש שליחות לדבר עבירה בשליחות יד חייב המשלח מ״מ גם השליח חייב מדין מזיק, ולכן אם הוא בשוגג או לאו בר חיובא אינו חייב, ודו״ק.

אמנם דעת התוס׳ רי״ד דאין שליח לדבר עברה ואע״ג דשליח לא מצי לאיפטורי כיון שהוא פיקח נ״מ דאי ליכא לאשתלומי מיניה מפרע מהמשלח, ע״כ. משמע מדבריו שאם יש להפרע משליח משלח פטור, אמנם רש״י כתב דאם אין שליח רק השליח חייב ולא משלח.

ד. **ובהא** דקימ״ל שלוחו של אדם כמותו כתב התוס׳ רי״ד ריש פ״ב יש מקשים א״כ לכל דבר מצוה יועיל שליחות ויאמר אדם לחבירו שב בסוכתי עבורי או הנח תפילין עבורי ולאו מילתא היא שהמצוה שחייבה המקום לעשות בגופו לא מהני שליח, והא דבקידושין וגירושין מהני שליחות משום דהמשלח הוא המקדש והמשלח מגרש דכותב בגט אנא פלוני פטרית את אנתתי פלונית, וכן בקידושין וכן בתרומה שהתרומה מופרשת מפירותיו של המשלח, וכן בפסח אף שהשליח שחטו מ״מ הבעלים אוכלים על שמם נשחט וכן בסוכה שליח עושה סוכה והמשלח יושב, אבל אם ישב בה השליח לא קיים המשלח את המצוה, ע״כ. ומ״מ יש לדקדק הרי קימ״ל אין שליח לדבר עבירה מטעם שאמרנו, אבל לולי הלימוד היינו אומרים יש שליח לדבר עבירה ואם א״ל להרוג פלוני והרגו השליח המשלח חייב אע״פ שהמשלח לא מכיר את הנרצח, ובקצות החושן ס׳ קפ״ב כתב להסביר דברי התוס׳ רי״ד דלא אמרינן שלוחו כמותו רק במידי דעשיה, דאמרינן דהמעשה שעשה השליח בציווי

של המשלח חשוב כאילו המשלח עשאו אבל במידי דממילא בלתי עשית איזה מעשה אין שום מקום לשליחות כלל ליתן נפש תחת נפש ולומר כיון שעושה המשלח את זה לשליח הוי כגופו של שליח כמו משלח, ולפיכך כיון דקיום מצוות סוכה ותפילין וכדו' אין עצם קיום המצוה בשעת עשיתה רק לאחר מכן ולכן בסוכה קיום המצוה שישב הוא עצמו בסוכה, או מניח תפילין ולובש בגד הציצית דאין מצות ציצית אלא לאחר לבישה וכן תפילין מצותן שיהיו מונחין על הזרוע ואע"פ שאדם מניח תפילין על ראשו בשליחות חבירו מה מהני דשלוחו של אדם כמותו מ"מ הרי התפילין לא מונחים על ראשו של המשלח רק על ראשו של השליח והגופות בעצמם שיהיה גוף השליח במקום גוף המשלח זהו מידי דמימלא ולא שייך בו שליחות כלל, עכת"ד הקצות. והנה הקצות הוכיח מהרא"ש נדרים ע"ב. בדין אם הבעל עושה שליח להפר דפריך והא לא שמע בעל, וכתב הרא"ש דשמיעת האפוטרופוס לא מהני דלהוי כשמיעת הבעל, דבמידי דמימלא לא שייך שליחות, ע"ש.

ה. **ונראה** דהרא"ש סותר את עצמו דכתב הטור בשמו בס' קכ"ו, דבמעמד שלשתן אף דבעינן במעמד הנותן עצמו ולא שלוחו ומשום דשוייהו רבנן כהלכתא בלי טעמא, והוו דלא להוסיף עלה מ"מ שלוחו של המקבל מהני לעמוד במקומו, דשלוחו של אדם כמותו, ע"ש, ולכאו' איזה מעשה עושה השליח בקנין זה הלא הוא עומד כחרש לא ישמע וכאילם לא יפתח פיו ואינו מקבל שום קנין משום אדם זולת את אשר שומע מהנותן שציוה לנפקד אשר הפקדון בידו ליתנו למקבל, ודמי לשמיעת אפוטרופוס הבא לו ממילא בלי שום עשיה בזה ששומע הנדר מהאשה או שלוחו של מקבל שלא עושה שום פעולה ולמה מהני שליחות לפי הרא"ש וכן יש לדקדק בדברי הרא"ש שכתב במידי דממילא לא מהני שליחות, דלכאורה בחצר של שליח לקבלה, וכן במעמד ג' דבשתי אלה השליח לא פועל שום מעשה דאמרינן בהם שלוחו של אדם כמותו, נמצא שלפי הרא"ש דלא שייך שליחות רק באופן שיש למשלח ענין פרטי אשר שלח שליח לעשות עבורו כגון קידושין גירושין הפרשת תרומה ומכירה וכדו' דהמשלח בעצמו הוא לבדו הבעל דבר ורק לו לבדו יש הכח להחיל הפעולה, לכן יכול למסור את הכח הזה לשליח, וכן בשחיטת קרבן פסח החיוב על המשלח ועל כן יכול למוסרו לשליח, אבל שמיעת הנדר אין דין שהוא שומע מכח שליחות, הרי גם בלי ענין של שליחות היה האפוטרופוס שומע וגם הבעל אין לו שום יתרון במה ששמע יותר מכולם שכולם שומעים אך התורה היקנתה לו זכות בלעדית להפר, וזה כוונת הרא"ש דבדבר דממילא לא שייך בו דין שליחות ועי' ביד המלך הלכות שלוחין ושותפין דכתב לישב דעת התוס' רי"ד למה במצוות שבגופו לא מהני שליחות, ודו"ק.

והסמ"ע בחו"מ כתב טעמא דאין שליח לדבר עבירה שדברי הרב ודברי התלמיד ולכן לא סומך המשלח דעתו ששליח יעשה השליחות לפ"ז במומר יש שליח וממילא משלח הבעירה בידי חש"ו משלח חייב, ביד פקח משלח פטור , והטעם כתב הריטב"א דמשלם הנזק מהפקח ושוכר עדי שקר פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ומשמע מהריטב"א אם אין לו לפקח המזיק לשלם, המשלח חייב. ותוס' חולק בב"ק נ"ו. ד"ה אלא, דוקא שוכר אבל אומר להם להעיד פטור ולריטב"א אין הבדל בין שוכר לאומר, אלא אם יש לו לשלם פטור המשלח, אין לו חייב. וכ"כ הש"ך בחו"מ ל"ב ס"ק ג', ואין להקשות לריטב"א למה מחלק בין פקח לחש"ו לפליג בפקח עצמו אי אית ליה לשלומי או לא, ורמב"ם פ"ב דרוצח משמע כתוס', ועי' מל"מ פ"ב דרוצח הל' ב', ופרי האדמה ח"ב דף ח', הלכות גזילה פ"ג דין י"א, חוו"י ס' קס"ו ובהשמטות.

ו. **ובאופן** דשליח לא ידע שיש איסור בשליחות המשלח חייב, הקשה נ"י בב"מ מדוד שהרי לא נענש דאין שליח לדבר עבירה ושם יואב אנוס הוה ותירץ דאורי' מורד במלכות היה. והקשתה הגמ' משלח הבערה ביד חש"ו וביד פקח פטור אמאי נימא שלוחו של אדם כמותו תירצה הגמ' אין שליח לדבר עבירה. וקשה איך ס"ד לומר שלוחו של אדם כמותו בעבירה כיון דכל הלימוד הוא במצוה ורשות, וצ"ל כיון דהמקשה ידע שבטביחה ובשליחות יד חייב ע"י שלוחו אע"פ שהוא דבר עבירה, לכן מתרץ דברי הרב, ובטביחה גזה"כ. ובדין אין שליח לדבר עבירה טעמא דמילתא משום דברי הרב ודברי התלמיד, והמשלח חשב ששליח לא ישמע לו, והפ"י כתב בסוגי' לא מפני שחשב שלא ישמע לו, אלא כיון שהשליח חייב, הרי השליחות באיסור ולא חלה, וכ"כ חידושי רע"א ב"מ י'. ונ"מ במומר, שאם הטעם משום שחשב שלא ישמע לו במומר אין טעם זה, ועי' סמ"ע סי' קפ"ב, ובתוס' ב"ק מ"ט. ד"ה נתנו.

וביד רמה סנהדרין נ"ט חידש דוקא שהמשלח טוען

דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אבל כשלא טוען כן חייב, ובגמ' מציעא נחלקו רבינא ורב סמא דאין שליח לדבר עבירה דלרבינא אין שליח לדבר עבירה היכא דהוי שליח בר חיובא, ולרב סמא אין שליח אי שליח אי בעי עביד אי בעי לא עביד, מאי נ"מ כהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, דשליח לא בר חיוב חייב שליח, א"נ איש שאמר לאשה תקיפי לי קטן דאם השליח לא בר חיובא חייב משלח. משמע דפלוגתא דרבינא ורב סמא תלויה בטעמא דאין שליח לדבר עבירה דאם נאמר מטעמא דדברי הרב ודברי התלמיד, היינו טעמא דשליח בר חיובא, אבל מטעמא אי בעי עביד אי בעי לא עביד יצא דאפי' בשוגג אין שליח לדבר עבירה וחייב שליח. אמנם להלכה פסק ריטב"א מטעמא דברי הרב ודברי התלמיד, לפ"ז יצא בשוגג יש שליח דאין סברא זו ומ"מ ס"ל דגם בשוגג אמרינן אין שליח לדבר עבירה וטעמא כתב הש"ך חו"מ שמ"ח ס"ק ו' קצות ס"ק ד' והרי לך דברי הרב הש"ך בס' שמ"ח ס"ק ו' דהסברא של דברי הרב ודברי התלמיד זה מלפני שהגמ' הוכיחה דמעילה ושליחות יד הוי שני כתובים ולא מלמדים, משמע בעלמא אין שליח מגזה"כ ואפי' שליח שוגג.

ז. **ולפ"ז** ישב הקושיא דלמה השליח חייב הרי הנ"י כתב רק לפטור המשלח ולא לחייב השליח, וזה נמי טעם הריטב"א בקידושין מ"כ. דאפי' בשוגג אמרינן אין שליח וטעמא כיון דפטור המשלח לא מטעם הסברא אלא מגזה"כ דאין שליח לדבר עבירה. וכן יש להוכיח ממס' ב"ק ע"א. גנב וטבח ביוה"כ חייב ד' וה' דטובח ע"י אחר ופריך וכי זה חוטא וזה מתחייב אמר רבא שאני הכא דאמר רחמנא וטבחו או מכרו מה טביחה ע"י אחר גם מכירה ע"י אחר, דבי רבי ישמעאל תנא או לרבות השליח, דבי חזקיה תנא תחת לרבות השליח, ע"כ. ובשמ"ק כתובות פריך נימא דאיירי בשוגג דיש שליח לדבר עבירה, דאין סברא דברי הרב ודברי התלמיד, וגם בסוגי' משמע דשליח חושב שזה שלו, אלא ע"כ דגם בשוגג אמרינן אין שליח לדבר עבירה, ובאמת התוס' ע"ט. וכאן מב: כתבו לפרש נתנו בפדיון בנו והכהן משכו, לפי תוס' חייב הגנב, ולפי הרשב"א חייב השליח, ועי' מ"מ פ"ב דגניבה הל' ט"ז דהביא מחלוקת.

ח. **והתום'** ב"מ דף י': באין שליח לדבר עבירה כתבו שני תירוצים לפי תירוץ ב' שליחות בטלה, ובנוב"י אהע"ז סימן ע"ה הוכיח כתירוץ ב' דמעשה בטל, ולכן בעשה שליח לגרש אשתו בע"כ היום דיש חדר"ג המעשה בטל, ומחותנו של הנוב"י ר' יצחק מהמבורג דחה דבריו והוכיח כתי' א', וכ"כ נתיבות המשפט קפ"ב ס' א' דלדעת רוב הפוסקים המעשה קיים, וחזו"א שביעית ס' כ"ד כתב במוכר קרקע לנכרי בשביעית המכר בטל, דאין שליח ובטלה השליחות ודעת הר צבי ס' קכ"ג דלא בטלה השליחות, ובמרובה ע"ט היה מושכו ומת ברשות בעליו פטור הגביהו חייב הגנב המשלח, והקשו תוס' הרי אי שליח עושה בשוגג יש שליח, ונ"י הוכיח דגם בשוגג אין שליח לדבר עבירה, והש"ך הוכיח כנ"י, והקצות בס' שמ"ח ס"ק ד' הוכיח מגמ' קמא ל"ב: דבשוגג אין שליח מדאמרינן בפ' המניח הוסיף לו רצועה אחת ומת ה"ז גולה על ידו והא הכא דשוגג קרוב למזיד דאי בעי לאסוקי אדעתיה דמייתי איניש בחדא רצועה וקתני ה"ז גולה אמר רב שימי מנהרדעא דטעה דיינא גופיה ע"ש. ואי נימא דהיכא דהשליח לא ידע אמרינן שלוחו כמותו אפי' לדבר עבירה למה שליח בי"ד גולה, והא בי"ד הם המשלחים אותו, וזה ראיה ברורה ע"ש. יוצא שהתוס' ס"ל דבשוגג יש שליח כיון דכל הלימוד דברי הרב ודברי התלמיד ובשוגג לא שייך טעם זה, אמנם הנ"י והריטב"א והש"ך והקצות החושן כתבו דילפינן גזה"כ מה שאין שליח לדבר עבירה, וראית הריטב"א מגמ' ב"מ י'. כהן שאמר לישראל קדש לי אשה גרושה אמרינן אין שליח לדבר עבירה, והרי שם לא שייך דברי הרב ודברי התלמיד כיון דשליח שהוא ישראל לאו בר חיובא, וכן באומר לאשה הקיפי לי תינוק אע"פ שלא מצווה על איסור, וכן הקשה הנ"י שם דבחצר נדונה נמי השאלה למה קונה לגנב הרי אשלד"ע והרי בחצר אין סיבה של דברי הרב לכן הסיק הנ"י שהטעם משום גזה"כ.

ט. **והנוב"י** מביא ראי' משמאי שאומר שלא מצאנו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב ולכן גם לשמאי דס"ל יש שליח לדבר עבירה בא"ל צא ובעול את הערוה פטור המשלח ולכאו' אפשר למצוא דין זה גם לחכמים בא"ל בשוגג שבעלמא יש שליח ובאופן שנהנה פטור המשלח אלא ודאי לחכמים תמיד פטור המשלח. וראית הקצות משליח בי"ד כתב בחושן אהרן לדחות, בשלמא במעילה בשוגג אע"פ שלא ידע שזה הקדש מ"מ הוא שלוחו, משא"כ בשליח בי"ד הכא לא שליח רק על ל"ט מכות אבל על מכה המ' הוא לא שליח, ולא שייך לחייב משלחו אע"פ דהכה ע"פ דיין, מ"מ הוא שליח של שלשתם, והם לא מינוהו על מכת המ' ולכן כיון דעביד מדעתו גולה, ואין ראיה דבשוגג פטור המשלח ועוד דהא דעת האחרונים דהא דאין שליח רק בחינם אבל אם נוטל

שכר בעד השליחות נעשה שליח לדבר עבירה דיד פועל כיד בעל הבית, וראי' מתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים שכתב הש"ך בס' ק"ה בתופס לבע"ח דלא מהני, מטעם אין שליח לדבר עבירה ומ"מ אם עשאו בכסף ושכרו לכך מהני, וא"כ הרי כל שליח בי"ד ממונה לכך ועושה בכסף וא"כ למה גולה הרי באופן זה יש שליח, אלא ע"כ דעל רצועה המ' לא נעשה שליח.

י. **וכתב** הרמב"ם פ"ז ממעילה הל' א"ב דגם בשליח שוגג נמי אמרינן אין שליח, וכ"כ חמדת שלמה מ"ג ד"ה גם נראה, ואם יש להוכיח דבעבירה בטלה השליחות עי' במקנה קידושין מ"ב. ד"ה ובדברי הרב, דברי יחזקאל נ"ז אות ג'. ודעת הרמב"ם נשנית בפ"ג מגנבה בטבח ומכר ביוה"כ פטור מד' וה' והקשה המל"מ הרי יש ריבוי ותירץ דכל האסור דא"ל טבח סתם והלך וטבח חייב, אבל עשאו שליח לטבוח בשבת כיון דלגבי שבת אין שליח לדבר עבירה לא חייב המשלח, ודייק מכאן המקנה דבטלה השליחות כמו שכתב תוס' בתרוץ ב', וכן היה אפשר להסביר הרמב"ם בפ"ז ממעילה אמנם הרמב"ם כתב שם במעילה חייב המשלח אע"ג דלא מצאנו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב.

והתוס' כתבו במעילה לא חייב המשלח בזמן אכילת השליח אלא בהגעה, אמנם הרמב"ם חולק ע"ז דהרי הרמב"ם כתב בהל' ב' במה דברים אמורים כשהיו התתיכות מקדשי בדק הבית אבל אם היו בשר עולה וכו' לא מעל אלא האוכל שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה ובכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה אלא במעילה לבדה, שלא יתערבב עמה איסור אחר, ולפי תוס' דס"ל דמיד כשהגביה מעל המשלח, ומה איכפת שיש עוד איסור אחר שהרי איסור עולה הוא באכילה וכבר מעל המשלח בשעת הגבהה אלא ע"כ דלהרמב"ם במעילה עצמה אינו מועיל אלא בעת אכילה ובשעת אכילה נתערבב איסור אחר, והרמב"ם מדוקדק שכתב שבכל התורה אין שליח חוץ ממעילה ולכאו' הרי גם בשליחות יד, אלא הכוונה יש דין מיוחד במעילה זה נהנה וזה מתחייב וע"כ נגד תוס', וכן במשחרר עבדו שולח שטר שחרור ע"י שליח וקשה נימא דבטלה שליחות דקימ"ל כל המשחרר עבדו עובר בעשה ואין שליח ובטל שליחות, ואיך יכול לעשות שליח ותוס' כתבו דכשלא יכול להשתעבד אין איסור, וי"ל דשליח נעשה ע"י העבד דעבד עושה שליח לקבל גט מיד רבו.

י"א. **וכתב** מרן בשו"ע חו"מ סימן רצ"ב סעיף ד' שהרוצה לשלוח יד בפיקדון אינו חייב עד שיאמר בפני עדים, וכתב סמ"ע ס"ק י' אע"ג דכתיב על כל דבר פשע לא תימא שנתחייב בדבור שהרי כתיב אם לא שלח ידו, ומאי דכתיב על כל דבר פשע דרשו מיניה בגמ' דאם אמר לשליח לשלוח יד ועשה מאמרו חייב המשלח, וכמו שפסק המחבר בסעיף ה', וכתב הסמ"ע בפרישה כתבתי דנראה דוקא שלא ידע השליח שהוא של אחרים או שאינו בחיוב או שאין לו מה לשלם וכמ"ש קפ"ב דאל"כ הא קימ"ל דאין שליח לדבר עבירה, ע"כ. ותמהו עליו הב"ח ובעל תוס' יו"ט הרי בשליחות יד קימ"ל יש שליח לדבר עבירה, ועוד דגמ' ב"מ י'. האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי אע"ג דהשתא לית להו לשלומי כיון דבני חיובא נינהו לכשיהיה להם כשתתגרש אשה וישתחרר העבד לא נתחייב המשלח והש"ך כתב באריכות וכתב בשם מור אביו דכהנא מסייע כהנא דודאי לא נעלם מהסמ"ע דגבי שליחות יד שאני דנפקא לן מעל כל דבר פשע, אלא דקשי' למה יתחייב המשלח ישלם שליח, אם יש לו לשלם ואין לו טענה דהשליח שלחו שהרי קימ"ל דאשלד"ע דברי הרב וכו' דברי מי שומעין למאי נ"מ אתי קרא גבי שליחות יד לחייב המשלח, ומתרץ הסמ"ע משום דבעלמא יש מחלוקת הפוסקים די"א בשלא ידע השליח אמרינן יש שלד"ע ולהפוסקים דבעלמא נמי שליח בר חיובא, דהריבוי אתי לחייב המשלח ולא לפטור את השליח הגע עצמך אם לא יהיה למשלח לשלם ויהא לשליח לשלם למה יגרע כח המפקיד משאר בני אדם, עכ"ל. ובש"ך כתב על דברי הסמ"ע שכן עיקר ובפרט לפי מה שכתב בס' קפ"ב דאם שליח אינו בר חיוב אין שלד"ע.

והקצות כתב דבשליחות יד ע"י שליח חייב לא מדין שליחות אלא מדין פושע, דילפינן על כל דבר פשע, ולכן אם השליח פשע השומר חייב דחשיב שומר פושע ולא מדין דשליחות ולכן הוקשה לו לסמ"ע דישלם השליח דבשלמא במעילה גלי רחמנא דשלוחו כמותו ושליח פטור אבל בשליחות יד דלא מדין שלוחו כמותו אלא פושע לזה כתב ג' דרכים או שהוא שוגג או אינו בר חיוב או אין לו לשלם. ולפ"ז מישב הרמב"ם פ"ז במעילה דלא מצאנו שלוחו כמותו אלא במעילה ובחושן אהרן הוכיח דסוגיות בבא מציעא וקידושין סותרים דגמ' ב"מ מג: החושב לשלוח יד בפקדון ב"ש מחייבים וב"ה אינו חייב עד שישלח דכתיב אם לא שלח, ופי' רש"י אמר בפני עדים וכאן בקידושין מספיק מחשבה לחייבו, וחוץ מזה

יש הבדל במהלך הגמ', דגמ' ב"מ לאחר שהביאה הברייתא דעל כל דבר פשע אמרו ב"ה לב"ש הרי נאמר אם לא שלח ידו א"כ מה תלמוד לומר על כל דבר פשע שיכול אין לי אלא הוא אמר לשלוחו מנין ת"ל על כל דבר, וחידש הש"ך בשליחות יד התורה חידשה דגם המשלח חייב.

י"ב. **ולגירסא** זו שלב"ה מהני אמירה לשליח לחייב אבל לב"ש כיון שאין להם דרשה זו אמר לשלוחו פטור מטעם אין שליח לדבר עבירה, ואילו בקידושין אמרו ב"ש לב"ה א"כ מה ת"ל על כל דבר פשע שיכול אין לי אלא הוא אמר לשלוחו מנין ת"ל על כל דבר פשע וכו' משמע שיכול ב"ש אומרים ולב"ש אמרינן שלוחו כמותו בשליחות יד וזה סותר, ועי' מקנה, והגמ' אמרה הניחא לב"ה, אלא לב"ש שיכול אין שליח למה חייב הרי אין שליח לדבר עבירה.

ועי"ז מיושב דלב"ש באומר לשלוחו חייב מדין על כל דבר פשע לא מדין שליחות דבכל התורה קימ"ל אין שליח לדבר עבירה, אלא התורה חידשה שאם אמר לשליח החיוב כאילו השומר עצמו עשה הפעולה ולא מדין שליחות, וזה מוכח מהגמ' דב"ש אין שליח לדבר עבירה, והטעם כיון דב"ש ס"ל אמירה חשיב מעשה על כל דבר פשע וזה החידוש דאפי' לא חשב לשלוח יד בעצמו אלא אמר לשלוחו שישלח יד גם האמירה הזאת חשיב מעשה. לפ"ז יצא דב"ש וב"ה ס"ל באמר לשלוחו לשלוח יד חייב רק לב"ה מדין שליחות, ולב"ש מדין מעשה עצמו, ולפ"ז הסוגיות חלוקות דלסוגי' דב"מ מ"ד. יוצא דלב"ש באומר לשליח, המשלח פטור, דאין שליח לדבר עבירה, ומדין דהוי כמעשה השומר נמי לא דהיינו רק אם אמר שהוא ישלח יד, ולא באומר לשלוחו, ולפי סוגי' דקידושין ס"ל לב"ש דהחיוב מדין אמירה דאמירה כמעשה אבל לפי סוגי' דב"מ לב"ש לא מחייב באומר לשלוחו דאין שליח לדבר עבירה וכן באומר דאמירה כמעשה נמי לא, דרק בשומר שאומר עצמו ולא אומר לאחרים ומב"ש נלמד לב"ה, דאומר לאחר מהני דאמירה כמעשה והשומר חייב ע"י מעשה השליח לא מדין שליחות אלא מדין אמירה כמעשה.

ולפ"ז גם ב"ה ס"ל בשליחות יד לא אמרינן שליח לד"ע ובזה מיושב הרמב"ם פ"ז ממעילה דכתב דמצאנו בכל התורה אין שליח לדבר עבירה רק במעילה ותמהו הרי יש בשליחות יד ולפי הנ"ל ניחא דבשליחות חייב מדין אמירה כמעשה, ולא מדין שליחות ולפ"ז מיושב הסמ"ע בס"ק י' דמחייב המשלח כגון שאין לשליח כסף או לא ידע או לאו בר חיובא דהוקשה לסמ"ע היות ומה שהמשלח חייב מדין אמירה כמעשה למה נפטור השליח הרי קימ"ל בכל התורה דאין שליח לדבר עבירה ויש לחייב השליח ע"כ תרץ בשוגג לאו בר חיובא אין לו.

י"ג. **ובדין** אין שליח לדבר עבירה כתב שער המשפט דאף אם שכר לשליח בשכר נמי, אין שליח לדבר עבירה וכ"כ מהרי"ט פ"ד בכורות ס' ל"א אבל המחנה אפרים פ"ט מהלכות שלוחין חולק לענין גוי בשכר אמרינן יד פועל כיד בעה"ב בבנית מעקה, ושו"מ ח"ב ס' ק"י כתב דיש לו ראיה מגיטין כ"ג נגד המח"א, דהכי איתא שם מתקיף לה ר"א טעמא במילתא דליתיה, ואם כדברי מח"א מה מדמי עבד שהוא כפוף אליו לגוי אלא ע"כ דגם בשכר ליתא בשליחות אפי' עבדו, ע"ש. ודחה הרב חושן אהרן קפ"ב דרש"י מיירי בעבד של אחרים ולא שלו. ובהא דאין שליח לדבר עבירה כתבו התוס' בב"מ י'. בתרוץ ב' דבטלה השליחות ועפ"ז כתב בנוב"י ס' ע"ה דבטלה השליחות ולכן בעשה שליח לגרש אשה בע"כ בטלה השליחות והוכיח דהעיקר כתירוץ ב', והאחרונים תמהו מנין להו לתוס' סברה זו דבטלה השליחות דלמא השליחות קימת וכל הנ"מ לענין חיוב ופטור המשלח.

ונראה דדברי התוס' לשיטתם דבשוגג יש שליח דכל הטעם הוא משום דברי הרב ודברי התלמיד, ולכן בשוגג אין הטעם הזה ולכן המשלח חייב, אבל במזיד כיון דיש סברא של דברי הרב ודברי התלמיד אין כאן גמירות דעת דרוצה במינוי השליחות אלא לא סמכה דעתיה דמשלח שהשליח יבצע השליחות והוי מילי בעלמא, לכן בטלה השליחות, וזה סברת התוס'. ואפי' נימא דשליחות ילפינן מתרומה וגירושין וקדשים מ"מ ילפינן רק דומיא דאלה דאין בהם עבירה, אבל כל שיש איסור לא ילפינן, ולפי תוס' ילפינן גם מזה וגם מדברי הרב, כפי שכתב בעל הפנ"י, וע"ז היה קשה לתוס' למה צריך הסברא דברי הרב ודברי התלמיד הרי שליחות לא נתפס בדבר עבירה, ע"כ תרצו דבעינן תרתי, מצד מינוי השליחות לא מתחיל כיון דלא הוי דומיא דגירושין ותרומה וקדשים, אלא דהשליח עצמו יש לפוטרו דיאמר אנא שליחות של המשלח קעבידנא, ע"כ צריך הטעם של דברי הרב ודברי התלמיד ושליח חייב, וכ"כ הסמ"ע.

ובהמקנה מ"א הוכיח דלא בטלה השליחות, משחרורי עבדים ששולח שטר שחרור ע"י שליח לא יכול לחזור דזכות הוא לו והא אין שליח לדבר עבירה, דיש עשה לעולם בהם תעבודו", וכן הקשה הקצות ובחושן אהרן תמה למה צריך להקשות משחרור ע"י שליח תיפוק ליה אפי' משחרר עצמו לא יועיל דכל מאן דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וחושן אהרן תירץ כיון דאשכחן שחרור עבדים מפורש בתורה, לא שייך לומר אי עביד לא מהני. ובמחנה אפרים נסתפק במי שנשבע שלא יקדש את לאה ושוב קידשה ע"י שליח אם היא מקודשת דכיון דהוא לא יכול לקדשה גם שליח לא יכול, או נימא כיון דאיהו גופיה אם קידש מקודשת דלא גרע מאלמנה לכה"ג. ובפנים מאירות כתב דהא דאמרינן אי עביד לא מהני היינו בפעולה שנוגעת לו קנסו אותו, אבל אם נוגעת לאחרים לא אמרינן לא מהני, ובזה מיושב איך בכלל מועיל שליחות לשחרר הרי השליחות לדבר עבירה ואי עביד לא מהני, ולפי הנ"ל ניחא כיון דמי שעושה העברה המשלח, אבל העבד לא עושה עבירה לכן אין מקום לבטל השליחות. ויש להוכיח מרב האי גאון דהביאו הרא"ש כתובות דף ק'. דשליח שהותיר שתות מקחו בטל כמו פיחת והקשה הרא"ש כיון דמדמה רב האי הותיר לפיחת א"כ אפי' פחות משתות, אפי' דינר לבד יתבטל המכר, וכתב הפלאה דיתר משתות בטל המכר מדין איסור אונאה ואין שליח לדבר עבירה, ע"ש. הרי דלפי רב האי גאון כל שהשליחות בעבירה בטל המעשה.

אמנם יש לתמוה על ההפלאה על פי מה שכתב המל"מ פ"ג מגנבה הל' ד' לענין טביחה בשבת דדוקא בא"ל לשליח טבח חייב הגנב, אבל א"ל טבח בשבת כיון דאיסור אחר התערב כאן בטלה השליחות, והכא נמי הבעלים לא אמרו לו להונות לכן לא בטל השליחות. ויש לדחות דגבי טביחה ומכירה שהתורה חידשה שיש שליחות לכן כל שנתערב איסור אחר בטלה השליחות, אבל באונאה שלא א"ל להונות והשליח מעצמו עשה כן לא אמרינן דלבטיל מעשה השליחות. ולפ"ז יצא דלפי ההפלאה אפי' עשאו שליח סתם ושליח עשה באיסור בטלה השליחות וראיה ממכר כיון דלא א"ל בעל החפץ להונות רק הוא מעצמו.

י"ד. **ובשיטת** הרמב"ם דכל שנתערב איסור אחר בטלה השליחות כתב הקצות בס' רצ"ב ס"ק א' שהמהרי"ט תמה על הרמב"ם שהביאו הקצות ס' רצ"ב ס"ק א' דמה שכתב הרמב"ם שלא מצאנו שליח לדבר עבירה רק במעילה, קשה הרי יש לימודים בגניבה ושליחות יד כפי שכתב הרמב"ם עצמו, וכתב הקצות ליישב דשליחות יד חייב מדין פושע ולא שליחות, דהתורה חייבה השומר בין פשע ע"י עצמו או ע"י שליח, וטביחה חייב אפי' טבחו ע"י קטן דלאו בר שליחות דלא קפיד קרא אלא על מה שנהנו בין מן הבשר או הדמים, ולכן כתב הרמב"ם דלא מצאנו שליחות לדבר עבירה רק במעילה, לכן מתמה הסמ"ע בשלח יד ע"י שלוחו יתחייב השליח כיון דאין החיוב מדין שליחות על זה תרץ ג' דרכים דפטור או שלא ידע או לאו בר חיובא או אין לו, ע"כ. ושיטת הרמב"ם במעילה הוכיח המל"מ דשליחות בטביחה בשליח סתם אמנם הטור בס' ש"נ כתב גנב שעשה שליח לשחוט בשבת והשליח שחט בשבת כתב הרמב"ם שהוא חייב, ע"כ. ומל"מ פ"ג מגניבה תמה עליו דלשון הרמב"ם עשה שליח לשחוט והלך ושחט בשבת חייב הרי הגנב חייב בד' וה' שהרי הגנב לא חייב ע"כ הרי מוכח דוקא בעשאו סתם, ולא בפי' לשחוט בשבת דאיסור אחר נכרך בו.

והנה אם נסביר בדעת הרמב"ם בעושה שליח בסתם הוי שליח כיון דסמכא דעתו על מינוי השליחות, אבל באומר לו תעשה בשבת לא סמכה דעתו ושליחות בעבירה לא חלה, ובזה נחלקו הסמ"ע ושו"ך לגבי שוגג כפי שהזכרנו והובא בס' שי"ח. והיינו לפי הש"ך אין שליח לדבר עבירה היינו שהשליחות לא חלה כיון דדברי הרב ודברי התלמיד צריך לשמוע לדברי הרב והיות ולא שמע לדברי הרב הרי השליחות באיסור ולא חלה, ונראה דזה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בב"מ ח'. שותפים שגנבו דכתב רש"י שותפים שגנבו היינו אחד גנב לדעתו ודעת חבירו, ותוס' פרשו שניהם הגביהוה, ושמ"ק טרח למצוא טעם לרש"י למה לא פירש כתוס', ע"ש, והטעם כיון דהגמ' אמרה בטעם השותפים מגו דזכי לנפשיה, ואם לא היה הטעם של מגו היינו אומרים אשלד"ע, ולכן רש"י היה קשה לו אם שניהם הגביהו למה צריך מיגו, הרי אחד רואה את חבירו, ולא שייך לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וע"כ דרק אחד הגביה מטעם מיגו, והוא מדין דברי הרב ודברי התלמיד, וראיה כסברת הש"ך הרי השליחות לא נתפס בכלל כשיש עבירה, ולא שייך לדעתו ודעת חבירו, דאפי' חברו מרים עמו הרי היא כמונחת ע"ג קרקע.

ולכן בשנים שהגביהו הוי שליח מטעם מיגו דאי בלי

מיגו הרי אין שליח לבר עבירה, לתוס׳ וזה כדעת הש״ך דלעבירה לא מועיל שליח, אבל לרש״י מה שצריך מיגו כיון דאחד הרים אבל שנים שהרימו בלי מיגו נעשה שליח דלא שייך לא סמכא דעתיה כיון דרואה אותו עושה המעשה ודו״ק. ולפ״ז לדעת הסמ״ע אין שליח דלא סמכה דעתיה שיעשה הפעולה, היינו בממנה אותו בפי׳ על העבירה, אבל אומר סתם ויש לו אופן בהיתר יש שליח, אמנם לדעת הש״ך שליחות לא חלה.

ט״ו. **ובגדר** אין שליח לדבר עבירה כתב רש״י דנימא שלוחו של אדם כמותו היינו המשלח חייב והשליח פטור פי׳ דחשבינן כאילו המשלח עשה מעשה, ובפ׳ דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין כתב רש״י ד״ה אין דהרי הוא עושה מאליו הרי דאין המעשה מתיחס למשלח. ולכן יש לחקור כשהתורה גילתה דיש שליח לדבר עבירה האם הפירוש דמעשה השליח מתיחס למשלח וכאילו עביד משלח או אף אחר גזה״כ נשארת הסברא דברי הרב ודברי התלמיד והמעשה לא מתיחס אלא שהתורה חייבה המשלח על מעשה השליח, דהוא אחראי על מעשה השליח.

ונ״מ במעורב איסור אחר אם בטלה השליחות דאם נאמר דהמעשה של השליח מתיחס למשלח ע״כ צריך לומר כשלא נתערב איסור אחר, דהיינו אתה שליח על מעשה שציויתיך ואני אחראי על כך אם כרכת איזה איסור בטלה השליחות וזה דעת הרמב״ם, אמנם דעת החולקים ס״ל דבין רק המעשה השליח עשה, אני חייב על מעשה השליח, א״כ אפי׳ נתערב בו איסור מ״מ על המעורב לא יתחייב, אבל השליחות לא בטלה, ודו״ק. ולפ״ז מיושב הרמב״ם דמחלק בין מעילה לטביחה ושליחות יד, דהטביחה נתרבה מגזה״כ אפי׳ ע״י אחר, דהיינו התורה חידשה דגם על טביחה דאחרים ושליחות יד חייב, ואין זה מדין שליחות דשליחות המעשה של השליח מתיחס למשלח, וכאן התורה חדשה אפי׳ עבד ושליח חייב, אבל במעילה החיוב של התורה שלומרים חטא חטא מתרומה מידן שליחות הכלל והרי החיוב מדין שליחות דקימ״ל מעשה השליח מתיחס למשלח, דחשיב הפרשת שליח כהפרשת בעלים, לכן כתב הרמב״ם דלא מצאנו שליחות לדבר עבירה רק במעילה. ולפ״ז מוסברת דעת הרמב״ם דכתב במעילה דאם נתערב איסור אחר בטל דשם מדין שליחות דהמעשה מתיחס לבעלים, אבל בשליחות יד וטביחה לא מדין שליחות אלא שהתורה חייבה על מעשה השליח וזה גם הרמב״ם ס״ל כן דטביחה ושליחות יד לא מדין שליחות הכלל, ולכן יצא אפי׳ שחט בשבת נמי לא בטלה השליחות לפי הרמב״ם וחייב בד׳ וה׳.

וכן נמי מיושב הסמ״ע דכתב בשולח שליח לשלוח יד כתב הסמ״ע דאין לו לשלם לכן חייב המשלח ומשמע אם יש לו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ותמהו עליו ממעילה דיש שליח ורק הבעלים חייב, וחידש הש״ך דהתורה חידשה בשליחות יד דגם המשלח חייב, וכן מרש״י דאם יש שליח רק המשלח חייב, ולפי הנ״ל ניחא דבשליחות יד המעשה לא מתיחס למשלח כמו מעילה אלא דהתורה חייבה המשלח על מעשה השליח, ולפ״ז שפיר כתב הש״ך וסמ״ע דמשלח חייב.

ט״ז. **ופסק** הרמ״א ס״ס שפ״ח מי ששלח שליח למסור אם השליח הוחזק לעשות חייב המשלח והוא מתשובת התשב״ץ, וכתב הש״ך בס״ק ס״ז דטעמא של התשב״ץ דכיון דמוסר יצא מכלל ישראל כמו שכתב הרמב״ם הל׳ עדות המוסרים הם פחותים מן העכו״ם, וכיון שכן אין טענה למשלח לפטור עצמו בטענת דברי הרב ודברי התלמיד, שזה מפורסם שלא שומע לדברי הרב, ותמה הש״ך דהרי הרמ״ה הרא״ש והנ״י ס״ל כרב סמא דרק בחצר שאינה בר חיובא בזה אמרינן יש שליח, אבל בעלמא יש שליח דאי בעי עביד אי בעי לא עביד, דהגמ׳ העמידה רק בחצר, ואם איתא נעמיד בהוחזק לדבר עבירה, אלא ודאי שליח חייב ומשלח פטור, דסו״ס ישראל הוא ומה שכתב הרמב״ם פחותים מעכו״ם היינו לענין עדות, אבל מ״מ ישראל הוא ובר חיובא וכ״כ הקצות בשם פייטא דאין שליח משום גזרת הכתוב ולכן אפי׳ הוחזק נמי אין שליח, ע״כ.

גמ׳ ב״מ י׳. מי איכא מ״ד חצר משום שליחות איתרבאי והא תניא בידו אין לי אלא בידו גגו וחצרו וקרפיפו מנין ת״ל ״המצא תמצא״ מ״מ, ואי ס״ד חצר משום שליחות איתרבי מצאנו שליחות לדבר עבירה אמר רבינא מתי אמרינן אין שליח היכא דשליח בר חיובא, הכא חצר לאו בר חיובא. והקשו תוס׳ שם דף י׃ השולח הבערה ביד חש״ו פטור, ואמאי הא לאו בני חיובא ותרצו התוס׳ משום דאינם בני שליחות. וריטב״א תירץ דשולח הבערה ביד חש״ו ולא אמר להם להזיק, והקשה המח״א על הריטב״א דבסיפא אמרינן שלח ביד פקח פקח חייב ופריך נימא שלוחו של אדם כמותו ומשני אשלד״ע, ואי מדובר שלא אמר לו להזיק מה פריך, אלא ודאי דא״ל להזיק

וחש"ו פטור משום דלא בני שליחות, ותרץ המח"א דטעם הנ"י וריטב"א דלאו מטעם שליחות מחייב שולחו דכיון דלאו בני דעה נינהו הו"ל ברי היזקא ומחייב מתורת גרמי, וכעין זה כתב מרן הב"י בס' שפ"ח בסברת התשב"ץ במוסר, חייב המשלח מדין ברי היזקא.

י"ז. **ובדברי** הטור שכתב בחו"מ בס' ש"נ דכתב הרמב"ם העושה שליח לשחוט בשבת שהוא חייב, ותמה עליו המל"מ הרי הרמב"ם ס"ל שכל שאיסור אחר נתערב בטלה השליחות כמו מעילה, יש לישב ע"פ דברי הבית מאיר אהע"ז על קושית הפנ"י לרש"י דס"ל דלעכו"ם יש שליחות לחומרא מדאו' למה קימ"ל אמירה לעכו"ם שבות, תיפוק ליה מדין שליחות יהיה חייב מדאו' כמו שכתב רש"י בב"מ ע"א. וכתב דבשבת לא שייך שליחות דהתורה הקפידה שאדם ישבות, והרי הוא שובת ואע"פ שאומר לעכו"ם לעבוד לא שייך שליחות כיון דהקפידא לשבות והרי שובת. נמצא שזה דין מיוחד בשבת, ובזה מיושבין קושית הנ"י למ"ד אישו משום חציו איך מדליק נר בע"ש, ולפי הנ"ל ניחא דהרי שובת, וכ"כ הנתיבות בס' שמ"ח.

וכ"כ תוס' רי"ד בהנחת תפילין לא שייך שליחות, דבעינן על ידך ובין עיניך, ולכן מה שאמר הרמב"ם דשליחות בטלה כשנתערב בו איסור אחר היינו אם האיסור האחר הוא בתורת שליחות, אלא דבטיל מדין אין שליח לדבר עבירה לכן ס"ל דמתבטלת כל השליחות, אבל באופן דליכא דין שליחות כמו שוחט בשבת דאין בזה שליחות גם הרמב"ם ס"ל דלא בטלה וחייב דלא נקרא איסור אחר נכרך בה, ודו"ק, וכ"כ בשו"ת דברי יחזקאל ס' נ"ז. ולפי הטור הטעם דאם נתערב בו איסור בטלה השליחות לא מדין שליחות שבטלה מקצתה אלא כדעת התוס' דכל שיש עבירה בטלה השליחות, וא"כ הו"ה במעילה דגלי רחמנא יש שליח מ"מ לא עדיפא שליחות דידה משליחות דעלמא, וכ"ז שייך בשליחות דמעילה דילפינן מתרומה משא"כ בטביחה דשליחות דידה ילפינן מטבחו או מכרו או מתחת השור, ואינה נגדרת בגדר שליחות כמו שכתב הקצות ס' רצ"ב דטביחה ע"י חש"ו ונשכו חייב אע"ג דאינם בני שליחות ולכן בטביחה גם אם נתערב איסור אחר לא בטלה.

סימן ל

שליח נעשה עד

א. **איתמר** מ"ג. רב אמר שליח נעשה עד דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד, מ"ט דבי רבי שילא אילימא משום דלא א"ל הוי לי עד, אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא א"ל אתם עדי הכי נמי שלא הוו קידושין אלא רב אמר שליח נעשה עד אלומי קא מאלימנא למילתיה, דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד כיון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו הוה ליה כגופיה וכו', והילכתא שליח נעשה עד, אמר רבא אמר רב נחמן אמר לשנים צאו וקדשו לי אשה הן הן שלוחיו הן הן עדיו, וכן בגירושין וכן בדיני ממונות והגמ' אמרה צריכא לאשמועינן בקדושין בגרושין ובדיני ממונות ונאמנים בדיני ממונות כיון דהמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרוע בעדים, ומגו דיכלי למימר אהדרינהו ללוה נאמנים לומר נתננו אותם למלוה, והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים שנתנו למלוה ונשבע מלוה שלא קיבל ופרע לוה למלוה, ע"כ. וכתב באבני מילואים להסביר מחלוקתם בהא דבעל דבר פסול האם משום נוגע או משום קורבה דרב ס"ל פיסול בעל דבר משום נוגע וע"כ ס"ל שליח נעשה עד דהא הכא אין השליח נוגע בדבר כלל אך דבי רבי שילא ס"ל דהוא משום קרוב דקרוב פסול גם כשלא נוגע בדבר.

ונראה להסביר מחלוקתם במחלוקת הרמב"ם והטור במי שאחזו קורדייקוס וכתבו גט בזמן שהוא שוטה אם הגט בטל או פסול. דלדעת הרמב"ם הגט כשר מדאורייתא דשליח עומד במקום הבעל, ולפי הטור השליח הוא פועל את חלות הגירושין ולכן כל שהבעל שוטה בטלה השליחות. ולפ"ז רב דאמר שליח נעשה עד דשליח לא עומד במקום הבעל ולפי רב שילא השליח הוא במקום הבעל ולכן לא נעשה עד דהוא בעל דבר. ולכאו' היות וקימ"ל להלכה שליח נעשה עד היינו דשליח לא עומד במקום הבעל וכן פסק הרמב"ם בשליחות וא"כ איך ניישב הסוגיא של מי שאחזו קורדייקוס לפי הרמב"ם דפסק שליח נעשה עד.

ובאבן העזר ס׳ ק״כ נחלקו הפר״ח והרמ״ה בשליח שכתב על ניר שלו אם מגורשת הרי בנשטתה יכול שליח לגרש, כיון דלומד במקום הבעל, דכיון דשלוחו כמותו הוי הנייר של השליח כשל הבעל או לא. ועי׳ באור שמח פ״ב דגירושין דהאריך בזה. ונפסקה הלכה שליח נעשה עד משמע דשליח לא כגופו של המשלח. והרא״ש פרק השולח ס׳ ד׳ הביא ירושלמי העושה שליח ליתן את הגט לאשתו צריך ליתנו לה בפני שנים ואין השליח עולה משום שנים. עשה שליח להוליך את הגט צריך להוליכו בפני שנים ואין השליח עולה משום שנים שהרי הוא עומד במקום הבעל וכ״כ הרא״ש והב״י בס׳ קמ״א דשליח עומד במקום הבעל ולכאורה קשה הרי קימ״ל שליח נעשה עד דהלכתא כרב דלא נעשה במקום הבעל. ונחלקו התוס׳ רי״ד והטור אם שליח עושה שליח דדעת התוס׳ רי״ד בריש פ׳ האיש המקדש דשליח קבלה לא עושה שליח משום דהוי מילי דאשה לא מוסרת שום חפץ לשליח רק מילים והטור בס׳ קמ״א כתב טעמא אחרינא דנהי דידו כידה לענין קבלה לענין שווי שליח לא מצי שוי שליח עד דאמרה ליה ודוקא לקבלה אבל שליח הולכה במקום בעל עומד וכאילו עשאו בעל שליח משמע מהטור דשליח כמותו של משלח. ולפ״ז תקשה לפי הטור חדא דקימ״ל שליח נעשה עד ועוד במי שנשטתה פסק דאם מינה שליח בשעת שטותו הגט בטל ואמאי הרי שליח עומד במקום הבעל כמו שפסקו הראשונים והטור דשליח נעשה עד ואמאי במינה סופר לכתוב גט ונשטתה לא יכתבו ואם כתבו בטל לפי הטור ולפי הרמב״ם כשר מהתורה דשליח עומד במקום הבעל וא״כ למה פסק הרמב״ם כאן דשליח נעשה עד, הרי עומד במקומו. וצ״ע.

ב. **ובספר** תומת ישרים כתב דמדברי מהרי״ך ס׳ קע״ה נראה דעת רש״י דאם אין כפירת ממון אמרינן הן הן שלוחיו הן הן עדיו אפי׳ בקידושי כסף כל שמודה שקבלתם לשם קידושין דכתב רש״י גבי סבלונות ששלחם בעדים דלרש״י סבלונות מטעם קדושין ואמרינן הן הן שלוחיו הן הן עדיו ותמה מדברי רש״י על הר״ן שכתב דאם האשה מודה הוי ספק קדושין וח״מ הביא דיש פוסקים התולקים וס״ל דאם האשה מודה הוי קדושי ספק ושכן דעת הרשב״א וכן דעת הכנה״ג דהוי ספק וכ״כ ערך השולחן אמנם מסתימת מר״ן משמע דרק אם היא מכחישה הוי ספק אבל אם היא מודה שקבלתם מקודשת ודאי כדעת הרמב״ם. וכתב בפסקי הלכות יד דוד ח״א דף ע״ט דהוא כירושלמי שנחלקו באופן שאשה מודה האם הוי כמקדש בלא עדים ומסקנתו דעדים נאמנים והביא דברי הרשב״א והר״ן והעלה דמה שאשה יכולה להכחיש לא הוי מקדש בלי עדים כיון דאין כאן נגיעה מאחר והיא מודה. ועוד דגם לפי הרשב״א ור״ן יכולים להכשיר עדותן אם ישלמו וכ״כ בעצי ארזים להסביר שיטת הסוברים דמקודשת וכ״כ בתפארת יעקב ס״ק ו׳ דבאופן דאשה מודה שקבלה לשם קידושין מקודשת ודאי דלא כדעת הר״ן. בפרט למ״ד דנוגע פסול מטעם משקר כיון דבשעת מעשה הקדושין התברר דהאמת כן הרי קידש בפני עדים כשרים רק אנו מסתפקים אולי הם משקרים ונמצא כשנסתלקה הנגיעה הוו עדים גמורים ולדינא העיקר כדעת המחבר.

ויש שמחלקים בין אם האשה מודה ואומרת שלשם קדושין קבלה דבזה העדים לא נאמנים, לבין אומרת לפקדון קבלתי והעדים אומרים לקדושין ובחידושי מהרי״ט על הרי״ף פ״ב דקדושין הקשה על הר״ן דכיון שהיא מודה שקבלה הכסף הרי עשו עדים שליחותן שהרי הכסף ביד האשה בפקדון ועכשיו שלא נוגעים יכולים להעיד דבתורת קדושין מסרו לה. וכתב דהר״ן איירי שאשה מודה שקבלה הכסף בתורת קדושין ואינה מוכנה להחזיר ולכן העדים מוכרחים לומר נתנו כסף לשם קדושין אחרת הם פושעים דאם נתנו הכסף בתורת פקדון חייבים לשלם לבעל. אבל כשאומרת בתורת פקדון נתנו לי הרי הכסף ברשות המקדש ולא נוגעים בעדותן ואפשר דגם אם אומרת לפקדון נמי נוגעים כיון דהם חייבים באחריותו וצריכים לטעון לקדושין כדי להפטר מהשליחות.

ג. **גם** בספר תומת ישרים כתב בפשטות דדעת הר״ן דאם האשה מודה שקבלה לשם קידושין לא נאמנים אבל כשאומרת לפקדון קבלתי הם נאמנים ע״ש. גם במקנה בקונטרס אחרון כתב לתמוה על הר״ן דלמה לא יהיו ודאי קידושין אחרי שהיא מודה ונסתלקה הנגיעה.וגם בשעה שמסרו לה העדים עדין לא היו נוגעים שהרי הם יכולים להחזיר למשלח והעלה דכל שאומרת שקבלה לשם קדושין הו״ל נוגעים דהיא לא רוצה להחזיר א״כ א״א להם לומר שנתנו להם לשם פקדון או שיאמרו שנתנו למשלח שיצטרכו לישבע אם יאמרו כן וממילא הוי קדושין בלא עדים. אבל אם היא מודה שקבלה לשם פקדון והם אומרים לשם קדושין לא הוי נוגעים, דיש להם מגו לטעון לשם פקדון נתנו לה כפי שהיא אומרת. וסיים המקנה דאין מחלוקת בין הרא״ש לדעת הר״ן דהר״ן

איירי כשהיא מודה שקבלה לשם קדושין בזה לא נאמנת והרא"ש איירי שאומרת לשם פקדון דבזה לכו"ע נאמנת. ובכנה"ג הגב"י אות ז' כתב דמתוך דברי הר"ן שכתב אפילו כשהיא מודה שקבלתן אינה מקודשת ומשמע דאפי' מודה בכסף וכופרת בקדושין כגון שאומרת קבלתי לשם פקדון לא מקודשת דאם לא כן היה לו להר"ן לומר אלא אפי' כשהיא מודה לא מקודשת דהיינו מודה בכסף ובקדושין לא מקודשת מה הוסיף שקבלתן משמע אפי' מודה בכסף וכופרת בקדושין כגון שאומרת לפקדון נתנו לי אינה מקודשת וכ"כ באבני מילואים שהר"ן ורבינו יהונתן ברא"ש חלוקים. ואם היא מודה שקבלתם לשם קדושין ס"ל למהרי"ט דהם נוגעים בעדותן לפי דעת הר"ן א"כ בשעה שקדשה בפרוטה לפי דברי העדים עדיין לא כפרה האשה בקדושין ואם היתה עומדת בהודאתה לא היו עדים כלל דהו"ל נוגעים בעדותן והוי כמקדש בלי עדים. א"כ גם אם האשה לא מודה בקדושין ואומרת שקבלה לשם פקדון כבר נתקדשה בלי עדים ותו לא מהני דגוף הקדושין היו בלי עדים זה דעת הר"ן אבל לפי רבינו יהונתן ושאר הפוסקים דמהני הודאתה לאו משום שאומרת לשם פקדון כמו שהבין מהרי"ט אלא אפי' מודה אשה לגמרי דלשם קדושין קבלה נמי הו"ל קדושין וכמו שכתב הרשב"א וכיון דאינם פסולין אלא משום נגיעה כל שמודה האשה נסתלקה הנגיעה והו"ל עדים כשורים.

ד. **והקשו** התוס' למה לא יהיו העדים נאמנים אחר שנשבעו שבועת היסת ותירצו דהתורה אמרה "על פי שנים עדים יקום דבר" דמשמע דהנאמנות כולה רק בעדים ועדים שנאמנים על ידי שבועה לא הוי עדים וכו' ופסק הרמב"ם פ"ג דאישות הלכה ט"ז השליח נעשה עד לפיכך אם עשה שני שלוחין לקדש לו אשה והלכו וקדשו אותה הן הן שלוחיו הן הן עדי הקידושין ואינן צריכין לקדשה לו בפני שנים אחרים, ע"כ. והרמב"ם סתם דבריו משמע גם בקדושי כסף נאמנים בתוס' ד"ה וכן בדיני ממונות הביאו הירושלמי שכתב דהא דשליח נעשה עד רק בקידושי שטר ולא בקידושי ממון דאז העד הוי נוגע, וכתבו התוס' דירושלמי לבתר דתקנו שבועת היסת, ע"ש. וכ"כ הרשב"א והר"ן והוסיפו שיש מחלוקת בירושלמי בין רבי בון לרבי יוסי והדיעה בתוס' היא של רבי בון אבל ר' יוסי ס"ל בכל אופן שליח נאמן גם בקידושי כסף. ולכאו' לר' יוסי הרי השליח נוגע בעדותו, על זה תירצו דשליח נעשה עד לענין לעשותה ספק קידושין כשיש ויכוח בין האשה לשליחים, וכן פסק בשו"ע ס' ל"ה סעיף ב' השליח נעשה עד לפיכך אם עשה שני שלוחין לקדש לו אשה א"צ עדים אחרים בד"א כשאין שם כפירת ממון כגון שקידשה בשטר או אפי' בכסף והיא מודה שקיבלתו אלא שאומרת שלא קבלתו לשם קידושין אלא לשם פקדון, אבל אם יש שם כפירת ממון שאומרת שלא קבלה מהם כסף ה"ז ספק מקודשת, ע"כ. לכן כתב המרדכי יש לדקדק אם יש הכחשה והם נוגעים הרי אין כאן עדים ולמה הוי ספק מקודשת וכן תמה הים של שלמה סוף ס' ג' וח"מ ס"ק ג', אמנם מדברי הר"ן יראה שלא הוי ספק מקודשת מעיקר הדין אלא חומרא בעלמא, אמנם בח"מ משמע דספק מקודשת מעיקר הדין דאם יבוא אליהו ויברר שהעדים אכן נתנו לה, הוי מקודשת ודאי.

וצ"ע דהרי אין קובעים איסור ערוה ע"י גילוי אליהו, ואם נאמר שהנגיעה היא רק לגבי ממון ולא לגבי קידושין והא דבתר דתקנו רבנן שבועת היסת לא נאמנים בכלל אפילו מדרבנן ושפיר הוי ספק מקודשת, ודו"ק, וכ"כ הב"ש דהא דאמרינן בתר דתקנו שבועת היסת לא נאמנים אין לפוסלם מדאורייתא ומשום זה כותבים הראשונים שהיא ספק מקודשת, ע"ש. אמנם מדברי התוס' משמע שאם העדים נוגעים לא צריכא גט בכלל, וכ"כ תוס' רי"ד בפסקיו. אבל המאירי מביא בשם גדולי הדורות שלעולם אין הנגיעה הממונית של העדים משפיעה על חלות הקידושין שהרי העדים יכולים לשלם למשלח את הכסף ובכך יסתלקו מנגיעתם ויוכלו להעיד על הקידושין, לפיכך לא מסתבר שחלות הקידושין תהיה תלויה ברצונם של העדים לשלם את הכסף למשלח ע"כ.

ה. **ויש** לדון באופן שהאשה מודה שקיבלה קידושיה האם סרה נגיעת העדים או לא וכתב הרשב"א כיון שהם נהפכים לעדים ע"פ עדותה הוי כמו שכתבו התוס' עדים שנהפכו לעדים על ידי שבועה לא הוי עדים, וכאן נמי לפני שהאשה תודה הוי נוגעים בעדותם, וע"י דבור האשה הם נהפכים לעדים כשרים בזה לא מהני, וכ"כ תוס' רי"ד וכ"כ הר"ן. ובאגודה מסתפק בזה. וכתב בעצי ארזים דמדברי התוס' נראה דס"ל כהרשב"א וכ"כ בקובץ על הרמב"ם וכן דעת הריטב"א. וכתב הרא"ש בס' ד' בשם רבי יונתן שאם האשה מודה שקיבלה הכסף בתור פקדון והם אומרים לקידושין כיון שאין כאן כפירת ממון מקודשת ודאי. וע"ז כתב מהרי"ט בפירוש הסוגיא דוקא באמרה קיבלתי לפקדון, אבל אם אמרה קבלתי הכסף לקידושין כפי שאמרו העדים לא נאמנים, כיון דנעשו עדים על פיה דסילקה הנגיעה, אמנם המאירי כתב שאם האשה מודה שקיבלה הכסף עבור החזר חוב, נאמנים

העדים שנתנו לה לשם קידושין דמועילה הודאתה לסלק הנגיעה, וכ״כ האבני מילואים להסביר דברי ר׳ יונתן, ע״ש. ודעת הרמב״ם פ״ג מאישות הל׳ ט״ז השליח נעשה עד וכו׳ לפיכך עשה שנים לקדש לו אשה והלכו וקידשו אותה הן הן שלוחיו הן הן עדיו ולא צריך לקדשה לו בפני שני עדים.

ועל דברי הרמב״ם תמה הרמ״ך הרי גמ׳ מפורשת והשתא דתקון רבנן שבועת היסת לא נאמנים דנוגעים בעדותן, ולמה הרמב״ם סתם ולא חש לנגיעת העדים בקידושי כסף, וכתב הכ״מ משום דבירושלמי הביא עובדא דאתא קמיה דרב ופסק ששליח נעשה עד, ומשמע דהלכה כרבי יוסי, והרמב״ם יסבור כשיטת גדולי הדורות שאין לפסול את העדים מדין נוגעים ולבטל הקידושין כיון דבידם לסלק הנגיעה ע״י שישלמו.

ודעת הרשב״א והרא״ש כשהיא מודה שקבלתו לשם פקדון אין כפירת ממון וכן פסק השו״ע אמנם הר״ן כתב אפי׳ האשה מודה ג״כ לא מהני כיון דהם נהפכים לעדים רק ע״י הודאתה כפי מה שכתב האבני מילואים. וכתב בישועות יעקב דזה תלוי בפסול נוגע האם מטעם משקר או מדין קרוב, ודעת העיר שושן הביאו סמ״ע ס׳ ל״ז דפסולו מדין קרוב, והסמ״ע נחלק עליו וס״ל דנוגע פסול משום משקר, ונפק״מ כשהאשה מודה דאי משום משקר הרי האשה מודה, ואם משום קרוב לא מהני אפי׳ מודה, לפ״ז לדעת הר״ן לא מהני דנוגע פסול משום קרוב ולהרשב״א מדין משקר ולכן כשמודה שקבלה מהני, וסיים דמהר״י בן מיגש ס״ל כהעיר שושן והאריך להוכיח כדעת העיר שושן ולפ״ז לא מהני הודאתה. אבל לדעת מרן שפסק שכל שמודה מקודשת משמע מקודשת ודאי, וכ״כ בתפארת יעקב דכיון דאשה מודה נסתלקה נגיעתן, והו״ל עדים כשרים מלכתחילה דהחשש שמא משקר, והרי עכשיו התברר שלא שיקר, ובמהרי״ט כתב דיש הבדל בין הרשב״א לר״ן דרשב״א איירי שאמרה לפקדון כיון דיכולה להחזיר הכסף שפיר יכולים לומר לקידושין, אבל הר״ן איירי שמודה שקבלה לקדושין ואינה מוכנה להחזיר הכסף לכן הם נוגעים שחייבים לומר שנתנו הכסף בתורת קידושין וכ״כ בדעת הר״ן דלא מהני הודאתה שקבלה רק באומרת קבלה בתורת קדושין אבל בתורת פקדון מהני, וכ״כ המקנה בקונטרס אחרון ס׳ ל״ה דבמודה שקבלה לשם פקדון לכו״ע לא הוי נוגעים.

ו. **ויש** להסתפק כשהשליחים החזירו הכסף למשלח ואומרים שמסרו לה הכסף לקדושין כתב ביד דוד דאפי׳ לדעת הרשב״א והר״ן דכתבו דהוו נוגעים כאן סילקו הנגיעה והיא מקודשת ודאי. אולם בטיב קדושין ס״ק ג׳ דן בזה וכתב דלכאורה היא מקודשת ודאי לדעת הרשב״א והר״ן ובסוף העלה דבקדושין לא מהני סילוק כיון דלא מהני הודאת בע״ד ואם מודה שקבלה לשם קדושין לא מהני דהרי כל זמן שלא סילקו עצמם לא יכולים להעיד ואף דמסלקין עצמם כיון דסילוק מהני מדין הודאת בעל דין וזה לא מועיל בקדושין לכן הוי קידושין בלא עדים דלא מהני לרשב״א והר״ן. והעלה דמידי ספיקא לא נפקא ע״כ ובעצי ארזים ס״ק ב׳ וקונטרס אחרון לבעל ההפלאה כתב דמקודשת ודאי אמנם בס׳ מלואת אבן כתב דמהני כמו שהגמ׳ בב״ת מג. לגבי עיר שנגנב להם ס״ת דפריך ולסלקו תרי מגייהו וכתב דלהרשב״א והר״ן דלא מהני הודאתה מ״מ כל שנסתלקו מהני. וסיים דאפשר דלא מהני סילוק דבקידושין בעינן עדים לקיום הדבר ולא כמו ממון דקימ״ל לא איבראו סהדי אלא לשקרא. א״כ אפילו מסלקין עצמם בעת הגדת העדות ויאמנו דבריהם כיון דאינם נוגעים בעדותן ובממון לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות כמו שכתבו הפוסקים אבל בקדושין דכל זמן שלא סילקו עצמן וראית העדות היתה בפסול שהמה בעלי הדברין ולא עדים ובקדושין בעינן עדות בשעת מעשה וליכא וכו׳ אך נראה דזה תלוי במחלוקת הסמ״ע והש״ך ר״ס לז. דנוגע פסול משום דחשדינן ליה דמשקר א״כ בשעת ראית המעשה לא שייך פסול רק בשעת הגדה ועכשיו נסתלקו ולא נוגעים בעדותן ולא דמי לקרוב או פסול דצירופם לא משום משקר פוסל אבל לדעת העיר שושן דלנפשיה מעיד והוי בעל דבר א״כ סילוק לא מהני גבי קדושין דצריך עדים על שעת ראית המעשה ונקראים בעלי דברים מיקרי ולא עדים ע״ש.

ז. **ובאבני** מילואים ס״ק ו׳ אחר שהביא דעות שונות בראשונים אי מהני בעדים שפטרו אותם לפני העדאתם מחיוב ממון כתב דהכא לענין קדושין לא מהני פיטור שיפטור אותם משבועה אפילו לדעת הפוסקים דמהני תחילתו בפיסול לגבי ממון לפי מה שכתב בעל משפטי צדק חו״מ ס׳ כ״ב דהא דמהני סילוק היינו דוקא בעדי ראיה אבל בעדי הודאה לא מהני סילוק מפני שיכול לומר שראה שלא היה מי שיכול להעיד כנגדו הודה מה שאינו ע״ש. והיות ובקדושין בעינן שיהיו יודעים העדים המקדש והמתקדשת ואם היו העדים אחורי הגדר לא הוי קדושין וכמבואר בס׳ מ״ב, וא״כ הכא כיון

דבשעת קדושין פסולין היו הו"ל כמו עדים אחורי הגדר דלא היו כשרים בשעת גוף הקדושין ע"כ.

וכשפטרם המקדש משבועה קודם הקדושין כתב הבאר היטב ס"ק ג' דהדרכ"מ כתב דלר"ן נאמנים אפי' האשה מכחישתן וכ"כ הח"מ ס"ק ג' והב"ש ס"ק ג' הביא דלפמש"כ בחו"מ ס' קנ"א סעיף ט' לא הוי קדושין ודאי ובארץ צבי תמה על הב"ש דלא מצאנו מי שחולק על דין זה דהוא דעת הר"ן ומה שהביא מר"ן הדין בשם י"א זה דרכו להביא דעה יחידה בשם י"א אע"ג דאין מי שחולק עליו. כמו שכתב הסמ"ע בחו"מ סימן ת"כ ס"ק מ"ח ובשאר מקומות. וכ"כ אבני משפט כאן וכ"כ בערך השולחן סעיף י"ג וכן משמע מכמה גדולי הראשונים דמהני. ובסעיף י"ד כתב דצריך עדים שפטרם משבועה דאל"כ נימא דכל עיקרי קדושין נגמרים ע"י הבעל ולא ע"י עדים כמו כשהאשה מודה דאמרינן דאינם קדושין לדעת הרשב"א והר"ן וצ"ע בכל זה ע"כ.

ח. **וכשיש** רק שליח אחד וע"א מסייעו שמסר לה כסף הקדושין בב"י הביא דברי המהרי"ק שורש כ"ח דאם היה ע"א כשר מבלעדי השליח וגם השליח היה כשר להעיד פשיטא דחשיב כתרי שהרי הלכה רווחת דשליח נעשה עד. וכתב דיש לתמוה עליו איך על דבר שהוא שנוי במחלוקת כתב שהלכה רווחת ואע"ג דבעלמא היא הלכה רווחת הכא לא רווחת. ובבית דוד סי' כ"ד הביא דברי הרב שמעיה די מאיו דכתב להסביר תמיהת הב"י דאליבא דהרשב"א והר"ן דהוי נוגע אפי' אשה מודה שקיבלה את הכסף הכא נמי שיש ע"א שמסייעו לא עדיף מהודאת האשה. גם בחלקת מחוקק ס"ק ג' לאחר שהביא הדין של המהרי"ק אם ע"א מסייעו דמהני דדמי לדין משלח שפטר את העדים משבועה דאז לא הוו נוגעים מ"מ כתב דזה דוקא לשיטת הרמב"ם וההולכים בשיטתו דאם האשה מודה הוו קדושין אבל לדעת הרשב"א והר"ן דאם האשה מודה לא הוו קדושין הו"ה כאן דע"א מסייעו דלא מקודשת דעל פי שנים עדים כתיב ולא שע"א עדיף על חבירו וכאן העד המסייע עדיף על השליח והוי כמו נכי ריבעא דממונא אפומא דחד וכ"כ הב"ש ס"ק ה' דלדעת הרשב"א והר"ן לא מהני מה שעד מסייע פוטר את השליח וכתב להסביר ע"פ דברי התוס' על פי שנים שכל העדות על פי דבורם ולא שיהיה ע"א המאשר את דבורם.

וכתב הט"ז בס"ק ב' דכאן לכו"ע מהני כיון שיש עמו עד אחד כשר בלי נגיעה כדאיתא בס' י"ב דשני עדים המעידים לאשה שמת בעלה מותר אחד מהם לישא אותה שאין שניים מצויים לחטוא בשביל אחד. והא התם היה החשד על שניהם לישאנה ואפ"ה כיון שאחד מהן נשא מהימן ליה בשביל השני מטעם שלא נחשד בשביל חבירו ק"ו כאן שיש עד כשר לגמרי שמועילה עדותו נגד פיסול השני מחמת נגיעה של ממון דהא עכ"פ הוא עד כשר אלא שיש חשש נגיעה וכאן השני מבטל הנגיעה ע"כ.

ט. **ובכנה"ג** בהג' ב"י אות י"ג כתב בשם תומת ישרים ס' ע"ג דיש מי שרצה לומר כיון שיש ע"א בהדי השליח נעשה עד וכתב עליו שאינו כן וכתב הכנה"ג דמשמע מדברי החכם שאומר שנאמן היינו להחזיקה מקודשת ודאי דהרי אין למשלח תביעה נגד העד שלא הפקיד אצלו כלום. ואם תובע לשליח הרי ע"א מעיד שנתן הכסף לאשה וע"א המסייע פוטר משבועה דאורייתא לדעת קצת מן הפוסקים ומשבועה דרבנן פוטרו לכו"ע וא"כ אינו נוגע בעדות ומצאתי בתשובת רבי שלום (והוא בתשובות ריב"ש החדשות ס' י"ד) שכתב כן ועי' בטיב קדושין ס"ק ו' דהביא ראיה זו. ובתשו' ר' שמואל גאון הביאו בית דוד להר"י דוד סי' כ"ד כתב ג"כ כיון שהעד המעיד כשר לעדות והשליח ג"כ כשר להעיד דשליח נעשה עד הרי כאן שני עדים כשרים שנתקדשה בפניהם. ואין כאן שום פיסול בדבר אלא השליח היה צריך לישבע שבועת היסת שנתן לה הכסף וע"א מסייעו ופוטרו ומשו"ה כתב מהרי"ק דפשוט דשליח נעשה עד. דלא תהא העדאת ע"א גדולה מהעדאת פיה ע"ש. גם הרב המגיה בט"ז ס"ק ב' הקשה על הח"מ שכתב דלהר"ן לא מהני וכתב דלא דקדק היטב בדברי הר"ן דפשוט דכל שיש שליח ועד מהני עדותן. ואין כאן נגיעה דדוקא אם נפטרים מכח הודאת האשה אמרינן דנוגעין הם דבעינן שיהיו נאמנים ע"פ דבורם אבל כאן דע"א מסייע את השליח ומעיד שנתן לה הוי עדות אחרת. ומה שסיים הח"מ דדמי דנפיק רבעא דממונא ע"פ ע"א גם זה ליתא מטעם זה דהתם הוי עדות אחת אבל כאן הוי ב' עדויות דמה שמעיד העד שהשליח נתן לה הכסף הוי עדות נפרדת ונחשב חצי דבר מפי כל אחד.

אבל באבני מילואים הביא דעה הפוכה דבזה לא מהני לכו"ע לפי מה שכתב הרמ"א בחו"מ ס' פ"ז סעיף ו' מהמרדכי דהא דעד המסייע פוטר דוקא שטוען הנתבע טענה שאפשר להאמינו בלא מגו. אבל אם אין מאמינים

לו רק מכח מגו דטוען טענה אחרת צריך לישבע כאילו טען טענה אחרת. א"כ הכא הו"ל נוגעים בעדותן. דהא צריכים לומר דנתנו לאשה דכשיאמרו אהדרינהו למשלח יצטרכו שבועה דבזו הטענה לא יהיה להם עד המסייע וכיון שיהיו צריכים שבועה כשיאמרו אהדרינהו למשלח והשתא לא יהיו חייבים שבועה הו"ל נוגעים וכ"כ בבני אהובה פ"ג דאישות הלכה ט"ז והוסיף שאף שהש"ך ס"ק כ"א הניח דברי הרמ"א בחו"מ בצ"ע מ"מ מודה לזה דהוי נוגע דטוען כזאת כדי לפטור מהשבועה ולענין עדות אמרינן אפי' נוגע בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד וכן דעת חידושי הרי"ם ותומת ישרים דלא מהני. והמקנה בקונטרס אחרון הביא דברי הרמ"א הנ"ל וכתב לחלק דהכא שאני. כיון דגוף העדות של הממון א"צ למגו ונאמנים בשבועה לומר עשיתי שליחותך א"כ שפיר עד המסייע פוטר אף דלענין עדות הקדושין הו"ל נוגעים דצריכים לומר שקדשה דאי הוי אמרי אהדרינהו היו צריכים שבועה נראה דהיינו פלוגתא שהביא הרשב"א אם האשה מודה שקבלה בתורת קדושין דלפי הסוברים דהם נוגעים הרי לא מקודשת ולפי הסוברים דכשאשה מודה אין כאן כפירת ממון ונאמנים כיון דלגבי ממון לא נוגעים הכא נמי לגבי קדושין נאמנים ויפה כתב הח"מ דתלוי בפלוגתא זו. והש"ך תמה על הרמ"א והוכיח מהרא"ש פ' המפקיד דכל שעד מסייע ויש לו מגו ע"א פוטרו משבועה.

י. **וכשעשה** שליחים לקדש בשטר בזה לכו"ע אמרינן הן הן שלוחיו הן הן עדיו כיון דאין כאן כפירת ממון. ובאופן שהשטר פסול מקודשת מדין ממון חזר הדין שהם נוגעים וכ"כ הרב המגיד בפ"ג מהלכות אישות וכ"כ הרמ"א בסעיף ב' והקשה הט"ז ס"ק ג' כיון דנפסק שאם השטר שוה פרוטה היא ספק מקודשת א"כ גם אם שוה פחות משוה פרוטה נמי ניחוש שמא שוה פרוטה במדי כדלעיל ס' ל"א וכתב לחלק בשלמא לענין חלות הקדושין אנו מחמירין שמא שוה פרוטה אבל כאן שהוא מדין נגיעה דהשליח עיכב את הקידושין בזה שייך לחוש רק אם שוה פרוטה ולא בפחות משוה פרוטה והביאו הב"ש בס"ק ג'. וכ"כ באבני מילואים ס"ק ד' דבפחות משוה פרוטה לא חשיבי נוגעים דכל הטעם דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי לפי התוס' משום גזרת הרואין לא חיישינן בזה ולדעת הרמב"ם דהחשש מדאורייתא הוא משום לדידי שוה לי וכאן לא שייך. ובבני אהובה כתב לישב על פי מה שכתב רש"י והשתא דתיקון רבנן שבועת היסת לא נאמנים וכתב רש"י נח להם להפסיד ממון למלוה מלשבע לשקר דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, וכתב דהאריכות הזאת היא צורך וכתב דרק על ממון חשודים ובשבועה לא חשודים ולכן בעדות א"א שאם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר או לקדש אחותה לא חשודים לשקר ואם חשוד לשקר חשוד גם על השבועה והשבועה לא תעלה ולא תוריד, ולכן נשארה הנאמנות של המיגו, ודו"ק.

יא. **וכן** לדיני ממונות עשה שליח למסור חוב נאמן במגו, והשתא דתקון רבנן שבועת היסת לא נאמן והלוה לא מהני לפוטרו, והקשה הש"ך דהא לקמן בס' ק"מ סעיף ט' לגבי חזקת בתים שהשוכרים כשרים להעיד כשמעות השכירות בידם דלא נוגעים, ואע"פ שכבר שלמו אם החזיר להם השכירות יכולים להעיד, ולמה כאן לא מועיל שהלוה יפטור אותו, ותירץ שם מחזיר המשכיר את כספם של השוכרים, לכן לא הוי נוגע משא"כ בעד שמיד התחייב שבועה ופוטרו ע"כ יכיר לו טובה, ע"ש. ובנתיבות המשפט ס' קכ"א ס"ק י"ד כתב לישב דיש הבדל בין שוכר לשליח, דשוכר כשהמעות בידו לא נוגע ונאמן בלי מיגו, אבל בשליח שלוה פטרו לפני שנתקנה שבועת היסת הוא נאמן במיגו דהחזירם ללוה עכשיו שהלוה פטרם לא יכפרו בטובתו ואומרים תמיד נתנו למלוה לכן הוי נוגעים, דירד להם המיגו גם לפני שבועת היסת, ודו"ק. ובחו"מ ס' קכ"א סעיף ט' כתב השו"ע הדין של שליח נעשה עד ולאחר שתקנו שבועת היסת לא נאמן, ואם מלכתחילה פטרו משבועה מהני, ובאופן דהמשלח הלך עם השליח ועמד מרחוק וראה שעשה שליחותו אינו נוגע בעדות.

ותמה הקצות הרי בסוגי' דאבדימי הגמ' אמרה בכתובות פה שכיון שהמלוה יש לו מיגו דלא קבלתי ממך נאמן, ולענין שלומי הגמ' אמרה אם א"ל הלוה קח השטר ואח"כ תשלם השליח פשע ומשלם, ואם לא החזיר לו השטר שליח פטור, והקשו התוס' והר"ן שליח יהיה עד והוי מתוך כמו נסכא דרבי אבא דאמר אין שקלי ודידי שקלי ותירצו התוס' ור"ן לאחר שנתקנה שבועת היסת דשליח לא נאמן אלא ע"י שבועה ולא הוי עד, והקשה הקצות גם באופן דהמשלח ראה שהשליח עשה שליחותו מ"מ השליח היה צריך לקחת השטר ואח"כ לשלם ונמצא דהשליח גם לפני תקנת היסת הוא נוגע כיון דחייב לשלם ללוה א"כ אינו נעשה עד, והא דאמרו התוס' דלבתר שתקנו שבועת היסת משמע לפני שבועת היסת שליח נעשה עד היינו באופן דשליח פטור

מלשלם כגון דלא הזכיר לו לקיחת השטר קודם, אבל באופן דשליח משלם כגון שהזכיר לו השטר השליח בע"ד ולא נאמן, עכת"ד הקצות. ובס' דברי משפט כתב לישב ע"פ השיטה מקובצת כתובות י"ט שכתב הרמב"ן בתרי ותרי אמאי לא נאמין לבתראי במיגו דיכלו לפסול הראשונים בגולנותא, ותירץ הרמב"ן דעדים שנאמנותם מכח מיגו לא הוי עדים, והקשה דאמרינן בקדושין בשליח נעשה עד שנאמן לומר השליח שמסר למלוה במיגו דהחזיר ללוה, והשתא הרי השליח נעשה עד וכל נאמנותו במיגו ולמה נאמינו הרי עד דהכשרו במיגו לא הוי עד, ע"כ תירץ הריטב"א דאם עדים לא נאמנים מחמת עדותן אף מחמת מיגו לא נאמנים, משא"כ בשליח נעשה עד דהעד כשר לעדות רק אני אומר אולי נוגע בא המיגו ומסלק הנגיעה ונשאר עד כשר, ע"ש.

יב. **ומדברי** הרמב"ן יוצא דעדים שפסולים לעדות המיגו לא מכשיר אותם, ולכן לפני שבועת היסת דעדים נאמנים לומר נתנו למלוה במיגו דהחזרנו ללוה כיון דעדים אינם פסולים רק יש חשש שנוגעים לכן מיגו מהני, אבל באופן דלוה אמר לעדים שיש לו מלוה בשטר וטוענים נתנו למלוה, ואומר סיטראי הרי הלוה חייב לשלם, ושלוחיו חייבים לשלם ללוה כיון דלא לקחו השטר ויש ענין שאומר להם לתקוני שדרתיך ולא לעוותי נמצא שהם בעל דבר ואף אם יש להם מגו שיכולים לומר החזרנו ללוה לא נאמנים, וזה דעת הרמב"ן וריטב"א, אבל התוס' בכתובות י"ט: הקשו קושית הרמב"ן שנאמין השניים במיגו ותירצו מגו בתרי לא אמרינן ועוד תירצו תירוצים אחרים, ומשמע מתוס' דעדים פסולים נאמנים ע"י מיגו אם היינו אומרים מגו בתרי, לפ"ז יצא לדעת התוס' דעדים נאמנים במגו גם אם הם נוגעים ובעלי דבר שאם עשה שנים שישלמו למלוה והזכיר להם השטר ושלמו ולא לקחו השטר שחייבים מ"מ כיון שיש להם מיגו דאהדרינהו ללוה נעשים עדים ונאמנים ואע"ג דלא נעשים עדים רק מחמת מיגו מ"מ לפי התוס' נאמנים.

יוצא מכך בממנה ב' עדים לשלם למלוה ויש שטר חוב אצל המלוה למ"ד המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים, לא יכולים לטעון נתנו למלוה במגו דהחזרנו ללוה, כיון דבעי עדים, וכיון דלוה משלם גם הם משלמים והם כבעלי דבר, אבל למ"ד דמפקיד אצל חבירו בעדים לא צריך להחזיר בעדים נמצא כשעשה שנים שלוחים, או נאמנים לומר החזרנו ללוה ולכן יש להם מיגו נתנו למלוה במיגו דהחזרנו ללוה, ואע"פ דלוה חייב לשלם מ"מ מכח טענתם הם נאמנים ופטורים לשלם, ולאחר שתקנו שבועת היסת ואינם נאמנים לומר נתננו למלוה מ"מ כשהלוה ראה אותם שנתנו החוב למלוה, למרות שלא לקחו השטר מ"מ כיון דיש להם מיגו לדעת התוס' נאמנים אע"פ שהם בע"ד, ולדעת הרמב"ן וריטב"א לא נאמנים, כיון דכל הנאמנות מכח מיגו ולפני כן בלא מיגו הם בע"ד, לכן לא נאמנים. ונמצא שקושית הקצות רק לפי הרמב"ן וריטב"א דאפי' לוה ראה ששלם מ"מ כיון שלא לקח השטר הוי נוגע ובע"ד ולא מתכשר במיגו. ובחו"מ ס' קכ"א סעיף ט' פסק השו"ע דאם המשלח הלך עם העדים נאמנים וכתב באבני מילואים ס"ק ז' דאפילו לדעת הסוברים דאם הלך עם השלוחים הוי עדים הכא לא הוי עדים דהוי כאילו האשה ועי' בש"ך חו"מ ס' קכ"א ס"ק ז' וספר קרית מלך רב פ"ג דאישות ודו"ק.

סימן לא

המקדש בתמרה

א. **משנה** דף מ"ו.: האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו אם יש באחת מהן שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת. ובגמ' מאן תנא התקדשי התקדשי רבי שמעון הוא שאמר עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד. האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו אם יש באחד מהן שוה פרוטה מקודשת ואם לא אינה מקודשת אלא מספק שמא תשוה תמרה אחת פרוטה במדינה אחרת, התקדשי לי בזו ובזו ובזו כולן מצטרפות שאם יש בכולן שוה פרוטה מקודשת, ואם לא מקודשת מספק. ונחלקו ר"ש ור' יהודה בשבועות וכתב הר"ן בשמעתין שהלכה כר"ש משום דסתם תניא כוותיה ואע"ג דבשבועות דף ל"ו: נחלקו התנאים ונמצא שיש סתם משנה ואח"כ מחלוקת דאין הלכה כסתם מ"מ מסיים הר"ן דמשמעתין משמע דפליגי אמוראים וסברי

כמותו. והים של שלמה פליג על הר"ן וכתב דמשנה אפשר להסביר כר' יהודה ע"פ מה שכתב רש"י דאם אומר בזו ובזו הרי כל הפרטים מצטרפים ומ"מ לשון המשנה דנקט התנא התקדשי התקדשי זה אך ורק לרש"י, ובמסכת שבועות מובאת דעת רבי יהודה בצורה סתמית, וגם אצלנו יש להגיה בסיפא בזו בזו בלי ו' החיבור ופסק הרמב"ם פ"ה הל' כ"ו כ"ז א"ל התקדשי לי בזו ובזו ובזו אם יש בכולם שוה פרוטה מקודשת, הרי דפסק כר"ש וכן פסק השו"ע בס' ל"א סעיף ה'.

ב. **וכתב** הר"ן בסוגיין דבגמ' אמרינן מאן תנא התקדשי התקדשי דמשמע דוקא התקדשי התקדשי הוא דהוי פרטא, אבל אמר בזו ובזו לא פרטא אלא כללא וכולם מצטרפות לשו"פ, וע"ז אמרינן רבי שמעון היא דאמר עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד כפי שמובא במסכת שבועות ל"ו: גבי היו חמשה משביעין אותו דאמר ר' שמעון שאינו חייב על כל אחד ואחד עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד, וקימ"ל הכי כיון דסתם תנא דידן ובנדרים ס"ו כר"ש. ואע"ג דהתם בשבועות איפלגו בהא ולרבי יהודה גם באמר בזו ובזו הוי פרטא וצריך שיהיה שוה פרוטה בכל אחד ואחד, ואיכא למימר סתם ואח"כ מחלוקת הוי אפי' הכי קימ"ל כר"ש כיון דכל האמוראים כוותיה, וכן פסק ר"ח והרמב"ן.

ובים של שלמה פ"ב ס' י' כתב שנראה הלכה כרבי יהודה דהוי פרטא בזו ובזו, דבשבועות סתם תנא כוותיה, ויש לתמוה על הרי"ף ורא"ש דהביאו משנה דידן כצורתה ולא כתבו דמשנה אליבא דר"ש ולית הלכתא כוותיה דלא בעינן התקדשי התקדשי. ויותר תימה על הרמב"ם דפסק בפ"ה דאישות הלכה כ"ו כ"ז כמתניתין דבעי התקדשי התקדשי דהיינו כר"ש ואילו בשבועות פסק דלא בעי שבועה לכל אחד ואחד דהיינו כר"י, וב"ש ס"ק י"ב הביא דברי ש"ג דבזו ובזו אפי' לא אמר התקדשי הוי פרטא וסיים הב"ש וצ"ע לדינא. ובטיב קידושין ס"ק י"א כתב דדברי הש"ג דעת יחיד ואין לזוז מדברי הרי"ף והרא"ש, וכן דעת הרמב"ם דפרט רק בהתקדשי התקדשי, ורמב"ם ס"ל דיש הבדל בין קידושין לשבועות כפי שכתב הרב כ"מ בהלכות נדרים פ"א הל' י"א, והחילוק הוא דבנדרים ושבועות כיון שכולם לפניו היה די במה שיאמר שבועה שאין לכם בידי כלום או שלא נהנה לכם וזה כלל, ממה שאמר לא לך ולא לך הוי פרט, והטעם דבשבועות אזלינן בתר לשון בני אדם.

וכן מצאנו שבועה שלא אוכל ולא אשתה חייב שתים והטעם כיון דשתיה בכלל אכילה למה הוציא בפיו שתיה אלא אמדינן דעתו דרוצה שבועה על כל אחד למרות שלא אמר שבועה, וכן משמע פ"ג דשבועות דף כ"ג דאם היו מסרבים בו לאכול וא"ל בו ואכל עמי חיטים ושעורים וכוסמין שבועה שאיני אוכל עמך חטין ושעורים וכוסמין חייב על כל אחת ואחת והטעם דהיה יכול לומר שבועה שאיני אוכל וזה כולל הכל מדלא אמר כן אלא אמר שבועה שלא אוכל חיטים ושעורים וכוסמין משמע דהוי כאומר שבועה לכל אחד ואחד, משא"כ בקידושין כיון שזה תלוי בדעתו, מדלא אמר לה התקדשי לי באלו, הרי דעתו שהקידושין לא יגמרו רק בסוף וכן הוא רוצה לשייר לעצמו זמן לחזור לכן או"ל התקדשי לי בזו התקדשי לי בזו, ודו"ק.

ג. **ובגמ'** מו. א"ל התקדשי לי בזו ובזו אם יש בכולן שו"פ מקודשת היתה אוכלת ראשונה ראשונה אינה מקודשת עד שיהיה באחת מהן שוה פרוטה ע"כ, ובגמ' פריך אהייא אילימא אריש שאמר לה התקדשי התקדשי מאי איריא אוכלת אפי' מנחת נמי, דהא התקדשי התקדשי א"ל, אלא אסיפא והא מלוה היא, רב ושמואל דאמרי תרוויהו לעולם אריש התקדשי התקדשי ולא מיבעיא מנחת אלא אפי' אוכלת דס"ד דמיקרבא הנייתה אימא גמרה ומיקניא נפשה קמ"ל, רבי אמי לעולם אסיפא ומאי עד שיהיה באחת שוה פרוטה עד שיהיה באחרונה שוה פרוטה.

והקשו בתוס' למה הגמ' אמרה בא"ל בזו ובזו ויש בראשונה שוה פרוטה דהוי מלוה היכי הוי מלוה הא בתורת קידושין קיבלה והא אמרינן לקמן נ"ט. האומר לאשה התקדשי לי לאחר ל' יום אפי' נתאכלו המעות מקודשת אלמא לאו מלוה נינהו היכא דבתורת קידושין נותן לידה, ויש לחלק התם הדיבור נגמר קודם שנתאכלו אבל הכא דלא נגמרו הקידושין עד המסירה האחרונה ובתוך כך אכלה את הראשונה והשניה איכא למימר מלוה הן אצלה, ע"כ.

והר"ן כתב דהמקדש לאחר ל' אפי' נתאכלו המעות מקודשת, משום דמקדש אינו יכול לחזור מכסף קידושין אם היא עומדת בדיבורה, דאדעתא דהכי יהיב לה אבל אם המקדש יכול לחזור וליקח הכסף מידה תוך שלושים א"כ ודאי למלוה דמי, ע"ש. ולפ"ז בנידון דידן שלא נגמר הדיבור יכולה לחזור בה לגמרי דעדיין לא

זכתה בתמורות שהגיעו לידה א״כ הוי מלוה, אבל היכא דנגמר הדיבור דתו ליתא בחזרה והכסף קידושין דידה אם היא רוצה בקידושין והוא לא רוצה אינו יכול לחזור אלא מקידושין אבל לא מכסף דכסף דידה דאדעתא דהכי יהיב לה. ובזה נחלקו הרמ״ה ור״י שהביא הטור, דלפי הרמ״ה הכל תלוי בגמר הדיבור, אבל לפי תוס׳ הכל תלוי בגמר המסירה, ומשום דקודם המסירה יכול המקדש לחזור לגמרי דאשה עדיין לא זכתה בהם וכמו בבכור תוך ל׳ יום דיכולים שניהם לחזור עד סאה אחרונה.

ד. **והקשה** מהרש״ל על מה שאמרה הגמ׳ אפי׳ בקמייתא והא מלוה היא, דמשמע למ״ד מקדש במלוה מקודשת ניחא, וקשה אמאי בעינן שו״פ בקמייתא כיון דכלל הוא אפי׳ פחות משוה פרוטה ליצטרפי כולהו, ותירץ כיון דאכלה קודם שגמר דבריו ואין שייך לצרף רק כשהם יחד בעין. והמהרש״א השיגו דלמה לא יצטרפו, אמנם בתוס׳ רי״ד כתב דמה שמצטרפים רק כשהם בעין אבל כשאוכלת ליכא צירוף דהאכילה מפרידה אותן, ע״כ.

וכתב האבני מילואים לישב קושית המהרש״ל לפי מה שאמרה הגמ׳ בבכורות מ״ט. בפודה תוך ל׳ יום רב אמר בנו פדוי אפי׳ נתאכלו המעות מידי דהוה אקידושי אשה התם לאו אע״ג שנתאכלו המעות מקודשת הכא נמי לא שנא, ושמואל א״ל התם בידו לקדשה עכשיו, הכא אין בידו לפדותו עכשיו, ע״ש. ומבואר דנתאכלו המעות לשמואל מהני רק מכח דיכול לקדשה עכשיו, אבל במקדש בפחות משוה פרוטה לא יכול לקדשה עכשיו, וקודם שהגיע לצירוף נתאכלו המעות הוי מלוה, ומשו״ה פריך ואפי׳ בקמייתא הא הוה ליה מלוה, דאע״ג דבמקדש בפרוטה מהני מ״מ בפחות משוה פרוטה לא יכול לקדש עכשיו. ושיטת תוס׳ רי״ד לפי גירסתו בהא דפריך ואפי׳ בקמייתא והא מלוה היא כיון דלא גמרי קידושין הוי מלוה, ומשמע דהגמ׳ מקשה אפי׳ על מקדש בפרוטה דלא גמרי קידושין אבל על המשנה יש לישב ולחלק בין מקדש בפרוטה לפחות משו״פ ובתוס׳ רי״ד חידש באמר לה התקדשי לי באלו אפי׳ אוכלת מקודשת ע״ש. והקשה באבני מילואים ממ״נ אי נימא כשאמר באלו כיון דגמר לשון קידושין גם ראשונה היא לשם קידושין והוי דומה למקדש לאחר ל׳ יום, א״כ אפי׳ ליכא בראשונה שוה פרוטה תהיה מקודשת ע״י צירוף, ואי נימא באלו נמי לא מצטרפי משום דלא נגמרה הנתינה לידה הו״ל מלוה א״כ אפי׳ אית שוה פרוטה בקמייתא לא מקודשת. וכתב לישב דיש חילוק בין אומר לה התקדשי בזו ובזו לא״ל התקדשי באלו, דבהתקדשי לי בזו ובזו לא גמר דבורו לכן לא מצטרפים והוי מלוה, אבל אם אמר באלו ואוכלת בזה תלוי אם הראשונה שוה פרוטה מקודשת, ואם פחות משוה פרוטה כיון דלא יכול לקדשה הוי מלוה, והקשה דהרי החילוק בין יכול לקדשה עכשיו לאינו יכול לקדשה הוא אליבא דשמואל, ולדידה כשיש חצי פרוטה בראשונה לא מצטרפים כיון דס״ל דפודה בנו תוך ל׳ יום לא מהני כיון שאין בידו לפדות אבל להלכה קימ״ל ביו״ד ש״ה דפודה בתוך ל׳ יום לא מהני בנתאכלו המעות כיון שאין בידו לפדות עכשיו, א״כ אפי׳ א״ל באלו לא יועיל צירוף כיון דלא יכול לקדשה בפחות משוה פרוטה, ואע״ג דיכול לקדשה בפרוטה מ״מ אנו דנים על הכסף והתמרים הם פחות משוה פרוטה, ע״ש. ובש״ג כתב באומר התקדשי לי באלו אפי׳ יש בראשונה או בשניה שוה פרוטה לא מקודשת כיון שלא גמר הנתינה, ע״ש. וקשה עליו מדברי רבא שאמר ל״ש אלא באומר לה בזו ובזו אבל א״ל התקדשי לי באלו אפי׳ אוכלת מצטרפות והשתא אם איירי שגמר כל הנתינה אפי׳ בזו ובזו נמי ואי לא גמר כל הנתינה אפי׳ אמר באלו לא יועיל דהוי מלוה ובעינן שוה פרוטה באחרונה, ע״ש.

ובקהלת יעקב (מליסא) על הלכות קידושין כתב לישב קושית הב״ש בס״ק י״ב על הרמב״ם ע״פ דברי התוס׳ דלרב דס״ל במקדש אחותו נתן לה לשם פקדון מ״מ בקדושין שאינם נגמרים גמר ונתן לשם מתנה, ותמה ע״ז הקהלת יעקב למה בקדושין שלא נגמרים נאמר שנתן לשם מתנה גם לרב וכתב לחלק דמחלוקת רב ושמואל במקדש אחותו דלרב הוי פקדון ולשמואל הוי מתנה, זה בקידושין שנגמרים, דבשעת הקידושין יודע שהקידושין לא חלים, וע״כ פליגי לשם מה נותן. אבל בקידושין שאין נגמרים דדעתו היה לגמור דבורו ולקדשה בקידושין הללו ולהיות בידה בתורת כסף והוי שלה רק הוא חוזר ולא גמר דבריו ולכן שפיר הכסף לא חוזר כיון דהעיכוב ממנו והאשה רוצה להתקדש ולכן בשעה שנתן נתן לשם מתנה ובתורת קידושין.

ועפ״ז ישב את שמואל דס״ל מקדש אחותו המעות מתנה וממילא אף בפחות משוה פרוטה הדין כן א״כ אם נאמר דפרטא הוי, נמצא כשאמר לה התקדשי לי בזו גמר דבריו והוי מתנה א״כ לא שייך שאח״כ יצטרפו התמרים, כיון דבדיבור הראשון התקדשי לי, הוי נפרד והוא יודע שאין קידושין חלין על פחות משוה פרוטה

ונותן לשם מתנה לא שייך צירוף, וכתב דלהרמב"ם דפסק מעות פקדון שפיר אפשר לומר פרטא הוי ומצטרפים וצריך לחלק דהא דאמרינן אי פרטא הוי לא מצטרפי אליבא דשמואל דס"ל מתנה אבל אליבא דרב דכל פקדון אפי' נאמר פרטא מצרף הפקדון הראשון עם הקידושים השניים. ובהיתה אוכלת פוסק כרבי אמי דאף בקדושין שלא נגמרים מעות חוזרים משום שלא נותן לשם מתנה רק כשיגמור דבריו לקדשה, עכת"ד. ואע"פ שהדברים נכונים מ"מ מה שכתב דקימ"ל כרב דמקדש אחותו מעות פקדון, זה ליתא דבהדיא פסק הרמב"ם פ"ו מהלכות זכיה הל' כ' דמקדש אחותו מעות מתנה דפסק כשמואל, ע"ש. ומה שפסק הרמב"ם דבזו ובזו מצטרפים, היינו בגמר דבריו קודם נתינה בזה מצטרפים.

ה. **ובמחלוקת** הרמ"ה ור"י כתב הים של שלמה דאין זה ר"י בעל התוס' דבסוגיין דף מ"ו: ד"ה ושמע מינה משמע שתוס' ס"ל כרמ"ה דכתבו בא"ל בזו ובזו ובעוד שלא גמר דבורו אכלה. ובדברי מלכיאל ח"א ס' פ"ד כתב דדעת הרשב"א כר"י דכתב הרשב"א בסוגיין דלא דמי למקדש לאחר ל' יום דהתם יהיב לה בדבור אחד וכיון שגמר דבורו קודם שנתאכלו המעות, כי מתאכלי ברשותה מתאכלי, אבל הכא שהוא מחלק דבורו ולא אמר לה התקדשי באלו ודאי גילה דעתו שאינו רוצה שיחולו הקידושין כלל עד גמר כולן, ע"כ. וכן דעת התוס' ריי"ד שכתב וז"ל דהטעם כשאמר בזו ובזו ואכלה דהוי מלוה כיון שלא כללם בדבור אחד נראה שתלה כל עיקר הקדושין בתמרה אחרונה שהרי אינן נגמרים אלא בנתינת תמרה אחרונה ולכן אינן מצטרפות, אבל אמר באלו שכללן כולם בדבור אחד תלה הקידושין בכולם וכל התמרות שוות בדבר.

ודעת הב"ח להוכיח דדברי ר"י החולק על הרמ"ה הם דברי התוס' בדף מ"ו ד"ה ואפילו דהקשו למה הוי מלוה שונה מהתקדשי לי לאחר ל' יום דמקודשת ואפי' נתאכלו המעות ותרצו התם נגמר הדבור קודם שנתאכלו המעות אבל הכא לא נגמרו הקדושין עד המסירה האחרונה וכו', ומדהו"ל לתוס' לסיים אבל הכא לא נגמר הדבור וכתבו דלא נגמרו הקדושין משמע דבקדושין תליא מילתא, כיון דחילק זו מזו הוי מלוה, וכן משמע מרש"י שכתב בד"ה והא מלוה וכו' דכיון שהקידושין לא נגמרו עד שחקבלם כולם והיא כבר אכלה הראשונה קודם שתקנה בקידושיה הוי מלוה, ע"כ. הרי מוכח מדברי רש"י דלא תלוי בדבור אלא בקדושין, ודו"ק.

ובספר עצמות יוסף בסוגיין משמע דרש"י בדף מ"ז. נוטה לדעת הרמ"ה וכ"כ הב"י. ולכן בכל אופן כיון דיש מחלוקת ר"י ורמ"ה היא ספק מקודשת ובשו"ע ס' ל"א סעיף ו' פסק מרן בסתם כדעת הרמ"ה וי"א דעת ר"י שפסק אם אמר התקדשי לי באלה ואכלה אותם ראשונה ראשונה מצטרפת לשוה פרוטה, כיון שגמר כל דבריו קודם שנתן לה וכו' והו"ה אם א"ל בזו ובזו וגמר כל דבריו קודם שקבלה אותם כולם מצטרפות, אפי' אכלה ראשונה ויש מי שחולק בזה, ע"כ שזה דעת ר"י, ע"ש.

וכתב הב"ש ס"ק י"ד על מה שכתב מרן אם א"ל התקדשי לי באלו ואכלה אותם ראשונה מצטרפת, וכתב דבש"ג פסק דגם באלו אם אכלה קודם גמר נתינה אינו מצטרף, ע"כ. ותימה דגמ' משמע בא"ל התקדשי לי באלו אפי' אוכלת ראשונה מצטרפים, אמנם המעיין בש"ג ד"ף י"ט. על הרי"ף לא משמע כן דכתב אבל א"ל התקדשי לי בכל התמרות שאתן לך והיה נותן לה אחת אחת, כולם מצטרפים לשוה פרוטה כיון שלא פרט, בד"א כשהיו מונחים לפניה אבל אם היתה אוכלת ראשונה שהיה נותן לה הרי האכילה מפרדת ביניהם ואינם מצטרפים וכו', והרי הן כמלוה בעת גמר הקידושין, ע"כ. הרי ברור דבאמר באלו אפי' אוכלת מקודשת דגם מה שאכלה מצטרפת רק בא"ל התקדשי לי בכל התמרות שאתן היות ולא ראתה אותם לא סמכה דעתה כמה יתן לכן לא נגמרו הקידושין עד שיתן, וכל שאכלה קודם גמר נתינה הוי מלוה ולא מצטרפים אבל בא"ל התקדשי לי באלו שרואה אותם כל שגמר דבורו מקודשת, דכיון דאכלה ברשותה אכלה, ודו"ק.

ו. **ועל** דרך זו יש לישב את הרמב"ם דבקדושין פסק כר"ש דהתקדשי התקדשי בעי פרוטה באחד מהם ובאמר לה בזו ובזו הוי כללא וכולם מצטרפים ומקודשת ואילו בפ"ו דשבועות פסק שבועה לא לך ולא לך ולא לך חייב לכל אחד ואחד, וההבדל דבשבועות תלוי רק בו בנשבע וא"כ הו"ל למימר שבועה שאיני חייב לכולם ומדלא אמר כן ואמר שבועה לא לך ולא לך הרי לכל אחד ואחד התחייב שבועה, משא"כ בקידושין זה לא תלוי רק בדבורו בעינן דעתה וכל שאומר לה התקדשי לי בזו ובזו יש סברא לומר דדעתה להיות מקודשת בכולם, ואם יש בכולם שוה פרוטה מצטרפות, ודו"ק.

ז. **ויש** להסתפק האם יש הבדל בין אמר בזו ובזו ובזו, או

בזו בזו ומגמ׳ דידן משמע בזו ובזו ובזו הוי כללא, כיון דאמר ר׳ החיבור דעתה על כולם, אמנם בתוס׳ ריי״ד פ׳ שבועת הפקדון דף ל״א. ד״ה הכא כתבו התוס׳ דאמרה הגמ׳ ור׳ יוחנן אומר הכל מודים דלא לך לא לך לא לך הוי פרטא לא נחלקו אלא בולא לך האם הר׳ מחבר או לא דלר״מ פרטא הוי ולר״י הוי כללא, ע״ש. ובקדושין גם לר״מ דס״ל ולא לך ולא לך פרטא, בקדושין בזו ובזו יסבור כללא כיון דדעתה על כולם. אבל אם אמר התקדשי לי בזו בזו לכו״ע הוי פרטא ובזה מיושב הרמב״ם. וצ״ע דא״כ הו״ל לגמרא לומר התקדשי בזו בזו בזו הוי פרטא ולמה תנא התקדשי התקדשי, ועי׳ פנ״י בסוגיא, ודו״ק.

סימן לב

קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה

א. **גמ׳** דף מד: קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה אמר שמואל צריכה גט וצריכה מיאון אפכוה קמיה דרב א״ל האלקים צריכה גט שמא נתרצה האב וצריכה מיאון שמא לא נתרצה כו׳ אמר רב נחמן והוא ששידכו. עולא אמר אפי׳ ששידכו לא צריכה מיאון. וכן פסק הרמב״ם פ״ג דאישות הלכה י״ג דכל שנתקדשה שלא לדעת אביה כל שלא בגרה אינה מקודשת ואפילו נתרצה האב וכו׳, וכ״כ הרא״ש דהו״ה נערה וכן פסק השו״ע כיון דלא חיישינן שמא נתרצה האב א״כ אין הבדל בין נערה לקטנה וכתב הב״ש ס״ק י״ט הא דלא חיישינן שמא נתרצה האב היינו בקטנה, אבל בנערה קימ״ל כרב ושמואל וצריכה גט, דהלכתא כותיהו. וכתב התוס׳ ריי״ד הטעם דכיון דנערה עומדת להתקדש הוי זכות לאב, משא״כ קטנה שלא עומדת להתקדש וגם הריטב״א מחלק בין נערה לקטנה.

והנה פסקינן דלא חוששין לקדושין אפילו נתרצה האב בפירוש אחר הקדושין. וכן דעת הרי״ף והרמב״ם וכן דעת הראב״ד וכ״כ המאירי דכיון דהגמ׳ פסקה כעולא דאפילו מיאון לא צריכה. וכתב מהריב״ל כיון דעולא אמר סתמא דאפילו מיאון לא צריכה משמע אפילו נתרצה האב נמי. וכן לקמן בדף מה אמרינן דרבינא לית ליה דשמואל נראה דס״ל כעולא לגמרי וכ״כ תוס׳ ריי״ד דכיון דבשעת קדושין לא ידע האב מהקידושין מה יועיל הריצוי של אח״כ, ולא אמרינן כשידע הוברר הדבר למפרע כדעת רב ושמואל דעולא לית ליה דינא דרב ושמואל אלא בעינן רצון האב בשעת קדושין ואחר שיש דס״ל דבנתרצה האב צריכה גט כתב לתמוה איך לא חיישינן בכל קדושין להחמיר להצריכה גט שמא נתרצה האב ואיך מתירין א״א לעלמא הא כל ספיקא דאורייתא לחומרא. אטו קים להו לרבנן דלעולם לא יתרצה האב וירצו לדעת בני אדם שלא מתרצים במה שעשו בנותיהם לאו מילתא היא דאדרבה הרבה מתרצים במה שעשו בנותיהם. הילכך אני אומר דאף אם נתרצה האב בשומעו ויש עדים על כך מ״מ ל״ה קדושין. כיון דלא ידע ולא היה רצון בשעת קדושין. וכ״כ תוס׳ ר״י הזקן דכל דלא היה ידוע בשם קדושין על רצון בשעת ק׳דושין. וכ״כ תוס׳ ר״י הזקן דכל דלא היה ידוע בשעת קדושין על רצון האב לא מקודשת. וכ״כ הרמב״ן בדף מה: בדעת רבינא דפליג על רב ושמואל דכל שנתקדשה האב הוי כאומר לה צאי וקבלי קדושיך אלא לא מקודשת בכלל אפילו ידעינן שנתרצה האב אח״כ וכ״כ הרשב״א גבי מפותה אפי׳ פיתה אותה לשם אישות בעינן קדושין לדעת אביה. וכ״כ הרא״ש דכל שנתקדשה שלא לדעת האב אף שנתרצה אח״כ לא אמרינן דהוי כאומר לה צאי וקבלי קדושין. כיון דלא היה גילוי דעת קודם, וכ״כ הר״ן שם בדעת הרי״ף, דלא מהני רצון אח״כ וכתב באמרי בינה ח״ד ס׳ י״ג דהטעם לשיטה זו מאחר ולא הוי זכות גמור לאביה שנתקדשה שמא לא ניחא ליה שיוצאת מרשותו לכן לא שייך זכות עבורו וכיון דלא הוי זכות לא אמרינן שמא נתרצה, ולכן אפילו נתרצה הוי דברים שבלב וכתב הר״ן אפי׳ ברי לן שנתרצה בשעת קדושין לא מקודשת וכן הוא דעת הרמב״ם.

ב. **וכששמע** האב ונתרצה בשעת קדושין או קודם, כתב הב״י דהר״ן דייק בלשון הרמב״ם שכתב אפילו נתרצה האב אחר הקדושין לא מקודשת משמע אם נתרצה בשעת הקדושין מקודשת כגון שאמרו לו שפלוני עומד לקדש אותה והובא בב״ש ס״ק ז׳ ואחר שכתב שכן הכרעת הר״ן בדעת הרי״ף כמובא בסמוך וכן משמע דעת מר״ן בשו״ע דכתב אפילו נתרצה אחר הקדושין משמע ריצוי בעת הקדושין מהני וכ״כ בעצי ארזים ס״ק כה. וכ״כ הריב״ש בס׳ קצ״ג בדעת הרי״ף

והרמב"ם דלדידהו נתרצה אח"כ לא מהני אלא בעינן בשעת מעשה.

והר"ן כתב בדעת הרי"ף דאפי' נתרצה בשעת קדושין לא מקודשת דאם נאמר מקודשת בכל קדושין נחוש שמא נתרצה האב. ובאבני האפוד כתב דיש מחלוקת בין הר"ן לריב"ש דדעת הר"ן דלא מהני ריצוי בעת הקדושין ולא אמרינן כיון שנתרצה הוי כאומר לה צאי וקבלי קדושיך, והביא הרב מחנה אפרים בתשובה ס' ד' דברי מהרי"י אלפנדרי וכתב מהרי"ט כהרי"ף ובתשובה ח"ב ס' מ"ג דלהרי"ף מהני ריצוי בשעת קדושין ותמה על הר"ן דכתב דהרי"ף ס"ל דלא מהני דהרי הואיל והאב היה שם וגילה רצונו ומתקדשת לפניו הו"ל כאומר לה צאי וקבלי קדושיך דעדיף ממה שאמרו ארצויי ארצי קמיה דבן גבי אביו אמרינן דהריצוי משוי ליה שליח. וכ"ש רצוי של בת דמהני ומה שכתב הר"ן דאם רצוי בשעת קדושין מהני א"כ ניחוש לכל קדושין שמא נתרצה האב על זה דחה המהרי"ט כיון דגמ' איירי שלא לדעת אביה משמע שלא בקדושין בכלל ובזה איירי רב ושמואל וגם באופן דאביה בעיר כל שלא ידע לא חוששין ולא יתכן לבאר כוונת הר"ן במ"ש אפילו ידוע לנו שנתרצה מתחילה דהיינו שא"ל פלוני הגון לה וקידש אותה אח"כ דגם בזה יש לומר דאמר לה הגון לה אבל לא נתן לה רשות להתקדש בעצמה אלא הוא יקדש אותה דהיינו אביה כדי שיקבל כסף קדושיה, ולא שתקדש עצמה, ובזה גם הרמב"ם יודה דלא מקודשת. ואחר שדחה ראיות הר"ן מתוך דברי הרי"ף כתב להוכיח דרצוי דמעיקרא מהני לדעת הרי"ף כמו להרמב"ם. והוכיח מהגמרא בדף מה: נתקדשה לדעתו ונישאת שלא לדעת אביה אם מהני והרי"ף הביא מחלוקת זו והא קימ"ל בנתרצה אביה מהני ותירץ דכאן כיון שנתקדשה לדעתו הו"ל כאומר לה שיכולה להנשא, ואם איתא דרצוי בתחילה לא מהני כיון דלא א"ל צאי וקבלי קדושיך מה מהני שנתקדשה הרי לא להנשא ולמה מהני אלא ודאי דרצוי דמעיקרא מהני ולכן הקדושין שנעשו לדעתו הוי רצוי לגבי הנשואין, ע"ש. גם בדינא דחיי ח"ב דף י"ז מבואר דהרי"ף ס"ל דמהני רצוי בשעת הקדושין וכ"כ התשב"ץ ח"ג ס' קע"ח רק נתרצה אחר הקדושין לא מהני משמע בשעת הקדושין מהני וכגון דגילה דעתו שאם תקבל בתו קדושין מכל אדם שהוא מסכים דבזה מועיל אע"פ שלא א"ל צאי וקבלי קדושין.

ובמכתם לדוד ס' ד' בתשובת מהר"י סגל תמה על הוכחות הר"ן מהרי"ף דריצוי דמעיקרא לא מהני והביא בעל התוס' רי"ד דכתב דלא מהני רצוי דאח"כ כיון דבעת קבלת הקדושין לא היה רצונו של האב שם משמע דאם בעת הקדושין ידע והיה רצונו שם מהני ועוד איך אפשר לומר דלהרי"ף גם רצוי דמעיקרא לא מהני הא גם מה שכתב דרצוי דאח"כ לא מהני זה עצמו תמוה. וכמו שכתב בעצמות יוסף אלא מוכח הא דאיתא בגמ' דף מו. דצריכה קדושין לדעת אביה, והתם ברצוי דאח"כ מיירי והבו דלא לוסיף עלה, והר"ן משמע דלא סמך דעתו על זה, כי חזר ונסתפק בדברי הרי"ף דהיינו דוקא כשנתרצה לבסוף אבל מעיקרא מהני וכן משמע לשון הרמב"ם והרמב"ם לשיטתו של הרי"ף אזל וכלל בידינו דלא מפשינן פלוגתא ועל פי רוב הרמב"ם רהיט אחר הרי"ף זולת כשחולק עליו בהדיא ולכן לא שבקינן פשיטותא דהפוסקים שהשוו דעת הרי"ף עם הרמב"ם משום ספיקא דהר"ן. וכ"כ ריב"ש בסי' קצ"ג וכו' וכתב הב"י בתשובה ס' ז' שהרבה פוסקים ס"ל דאם נתרצה האב אח"כ הקדושין לא מהני. וכ"כ מהרי"ק ס' ל"ב ומשמע מכולם דרצוי מעיקרא מהני וא"כ בנדון דהאב היה אצל בתו בשעת הקדושין ושמח וקבל ברכת מזל טוב פשיטא דהוי רצוי בשעת הקדושין ולפ"ז אף בקיבל האב קדושין מאחר דאין לך מחאה גדולה מזו מ"מ לא תפסו קדושי שני דכיון דנתרצה לא מהני מחאתו, וכתב דהרבה פוסקים השוו דברי הרי"ף להרמב"ם דדוקא רצוי בסוף לא מהני אבל בהתחלה מהני ובויאמר יצחק ס' קנ"ז הביא דברי הח"מ והב"ש שנמצא דהשו"ע סתם כדעת הרי"ף והרמב"ם דרצוי בשעת קדושין מהני ולכן בנדון דהיה האב בשעת קדושין ושתק וגם הודה בפני עדים שנתרצה בשעת קדושין א"כ אף להרי"ף והרמב"ם דסתם מרן כוותייהו דרצוי דאח"כ לא מהני מ"מ ברצוי בשעת קדושין מקודשת.

ובחזו"א ס' מ"ט אות ג' כתב דמסקנת הר"ן בדעת הרי"ף דרצוי קידש קדושין מהני ושכן כתב הרא"ש בדברי הרי"ף וכתב בדעת הרמב"ם דמהני משום דהוי זכות וחשיב שליחות דאף דלא מהני רצוי דאח"כ לדעת הרמב"ם גם בשדיך נראה דלא דמי דשדיך אף דהאב מסכים לזה מ"מ לא חזינן דרצון האב לקדש ואין הדבר מוחלט אבל רצוי היינו שגילה דעתו למעשה שרצונו שתתקדש. ובטיב קדושין כתב בס"ק ב' דרצוי דמהני בשעת קדושין דמהני היינו בגילה דעתו לפני עדים, וכו' וכ"כ בתפארת יעקב בזה ס"ל להרי"ף דרצוי בעת קדושין מהני.

ג. **ובנתקדשה** בפני האב ושתק ואח"כ נתרצה יש להוכיח מהטור דכתב דנתקדשה שלא לדעת אביה לא מהני והביא דברי הרי"ף דאפי' נתרצה האב אח"כ לא מהני והוסיף ואפי' נתקדשה בפניו אינו כלום, וכתב הב"ח דאם בעת הקדושין שבפניו שתק ואח"כ נתרצה לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו דמה ששתק הוא לפי שניחא לו. אלא צריך שיתרצה בפירוש בשעה שנתקדשה וכן פירש בפנים מאירות ח"כ בהלכות קדושין. ובמכתם לדוד ס"ד כיון דבשעת הקדושין שתק ולא שמח ולא עשה שום מעשה רצוי של אח"כ הוי נמשך ואינה מקודשת לדעתו. וכתב קרית מלך רב דזה ספקו של הר"ן בדברי הרי"ף, אם רצוי דאח"כ מגלה על השתיקה דשעת הקדושין. וכתב דאמרינן עכשיו הוא דנתרצה כתב הרשב"א ס' אלף ריי"ט שיש מי שאומר דבקטנה כל שלא אמר לה האב שתקבל קדושין ומתקדשת בפני האב ואפי' נתרצה האב אח"כ אינה מקודשת, ומהטור משמע דהבין כן בדעות הרי"ף אבל ממהרי"ק כתב בדעת הרמב"ם דמהני וכו' דהרמב"ם בפ"ג באישות הלכה י"ג כתב דרצוי דאח"כ לא מהני וכו' ובין היא בין אביה יכולים לעכב בין מתקדשה בפניו בין שלא בפניו, וכתב המהרי"ק בשורש נב והביאו הח"מ ס"ק י"ח דנראה מדעת הרמב"ם דאם נתקדשה בפניו ושתק מהני רצוי האב אח"כ. ודלא כמו שכתבו מקצת חברים דלא מהני אלא אמרינן דהוכיח סופו על תחילתו דהא דשתק היינו מחמת רצוי ומקודשת דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו בחולין לט בב"ת קלא, ולכן הפליא דלא פליג הרמב"ם על הרמ"ה אלא בנתקדשה שלא בפניו דבכה"ג לא מהני נתרצה אח"כ דהא לא ידע ולכן לא שייך לומר הוכיח סופו על תחילתו אבל בראה ושתק ואח"כ נתרצה מהני, ומקודשת למפרע וישב דברי הרמב"ם דכתב דבין היא בין הבת יכולים לעכב דמה שייך עיכוב האב הרי לא מתרצה, ולא איירי שתק בתחילה וצעק בסוף הוכיח סופו על תחילתו ויכול לעכב וזה שכתב הרמב"ם בין נתקדשה בפניו יכול לעכב.

ד. **ויש** לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב בין היא בין אביה יכולים לעכב דמה שייך שהיא תעכב אם אביה רוצה או שתק ועי' בלחם משנה דהקשה תינח עיכוב האב אבל על עיכוב הבת לא תירץ דאיך יכולה לעכב וכתב לתרץ ע"פ מה שכתב הב"י כפי מה שכתבו התוס' דאילו ידע האב דהבת תמחה לא היה מתרצה וכ"כ הב"ש ס"ק כ' שכן כתבו התוס' דף מו סד"ה בין דמהני מחאתה גם לאחר שהאב נתרצה וכתבו התוס' דאף דבידי האב לקדשה בע"כ ואיך מהני עיכובה כשנתרצה האב ע"ז כתבו דתינח אם מקדשה בעצמו מקדשה בע"כ אבל כשנתקדשה שלא לדעתו ואתה רוצה לומר שמקודשת משום דזכות הוא לו אמרינן כיון שהיא מעכבת כעת הרי חוב הוא לו. ולא היה האב מתרצה אם היה יודע שהבת תעכב, ע"ש.

והקשה בחזו"א כיון דנתרצה האב, והבת לא מחתה הרי חלו הקדושין ומה שהבת מעכבת עכשיו הוי חזרה וכתב דדעת התוס' דאין דעת האב להסכים אלא אם הבת תתרצה אחר ששמע האב שנתקדשה ומשמע מתוס' שאם היה להם הסכמה בשעה אחת שוב לא מהני חזרה ולא יכולים לעכב וכ"כ בבית מאיר שאם נתרצה האב בעת קדושין שוב לא מהני חזרתה והבאנו דעת המהרי"ק דמסביר את הרמב"ם בנתקדשה בפניו ושתק מהני רצוי דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו דמה ששתק מחמת הרצוי, ובאופן דשתק ואח"כ מעכב לא מקודשת וזה שכתב הרמב"ם בין נתקדשה בפניו בין שלא בפניו מעכב. אמנם המרכבת המשנה מפרש את הרמב"ם דכל דשתק בשעת קידושין לא מהני רצוי אח"כ משום דליכא עדים. והטעם דאמרינן רצוי לא מהני אח"כ ולכן בין נתקדשה שלא בפניו לא מהני בין נתקדשה בפניו ושתק נמי לא מהני, דלא כדעת מהרי"ק דמפרש על מה שכתב הרמב"ם שניהם מעכבים אבל לא על שתיקה בשעת קדושין.

וכתב הב"ש ס"ק י"ז דלדעת מהרי"ק דאם נתקדשה בפני האב ושתק דלא הוי רצוי אבל הריב"ש חולק וס"ל דכל שנתקדשה בפני האב ושתק הוי רצוי והמקנה תמה על הב"ד דמהריב"ש לא משמע כן אלא כשאב עצמו הכניסה לחופה אבל בארץ צבי ובצ"צ הסבירו את הריב"ש כדעת הב"ש ובדעות הטור כתב בארץ צבי דשתיקה בשעת קדושין לא הוי רצוי.

ה. **אמנם** הב"י מפרש בדעת הרמב"ם שכל שנתקדשה בפניו ושתק הוי רצוי ומה שכתב הרמב"ם בין נתקדשה בפניו אינה מקודשת היינו באופן דמיחה ובלחם משנה הקשה הא בגמ' אמרינן נתקדשה לדעת אביה ונישאת שלא לדעת אביה סובר רב הונא דבאיתיה קמן ושתק אמרינן מרתח רתח והלכה כמותו ולמה בשתק בעת קדושין מהני. ומהרי"ט בחידושיו כתב דבסוף פ"ח דתרומות משמע דס"ל הלכה כעולא דאמרינן בשתק שנתרצה. ובקרית מלך רב דחה דבריו דרק בדין ההוא פסק כעולא וכתב לחלק בין נשואין שלא לדעתו

דמפקיעה עצמה ממנו שתיקה הוי רתיחה. משא"כ בקדושין לבד מדשתק הוי רצוי וכ"כ בעמק המלך בפ"ג דהלכות אישות הרי דהב"י סובר בשתק ונתרצה אח"כ בהדיא מקודשת והגמ' איירי בלא נתרצה אח"כ. ובארץ צבי כתב דשתיקה בשעת קדושין כתב הר"ן דלא מהני נתרצה בפירוש מהני והביא דברי הרשב"א דס"ל כן ומה שאמרינן באשתיק רתח היינו בנשואין אבל בקדושין הוי ספק ואפי' נתרצה אח"כ בהדיא לא מהני דאמרינן עכשיו נתרצה ודלא כמהרי"ק דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ובצמח צדק לובושיץ ס' קט"ז כתב בשם הרשב"א שכתב דהראב"ד חייש שמא נתרצה האב דרב ושמואל ומיירי שנתקדשה בפניו ולא מיחה דהוי כאומר לה צאי וקבלי קדושיך וכ"כ המרדכי דכל שנתקדשה בפניו ושתק הוי ספק .

כתב בטור בדעת הרי"ף דאף בנתרצה אח"כ לא מהני והוסיף הטור ואם מגרשה וסותר קדושין מותרת לכהונה וכן משמע מרמב"ם פ"ג מאישות הל' י"ג דאפילו נתאלמנה או נתגרשה מותרת לכהן. וכ"כ בדינא דחיי' כיון דאין במעשה קטנה כלום לא הוי גירושין דהוי כמגרש אשה שאינה אשתו. ובשו"ת דת אש הביא עובדא בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה והצריכוה בי"ד גט דחשו שמא נתרצה האב ועכשיו נשתדכה לכהן ומורה אחד התירה לכתחילה כיון שאין קדושיה קדושין ודן שם שהקטנה עצמה קבלה הגט ולא אביה העלה כיון דהדין דלא נפסלה לכהונה הם מדברי הרמב"ם דאזיל לשיטתו דגם רצוי בהדיא לא מהני אבל לפי החולקים דס"ל דבנתרצה בהדיא צריכה גט ואף דכאן לא נתרצה בהדיא מ"מ כיוון שבי"ד הצריכוה גט יש לאוסרה לכהן ואם עוד לא נישאה יש למנוע בעדם. ודייק מלשון הרמב"ם דכתב אינה אסורה לכהן אבל לא כתב מותרת לכהן משמע דכל שלא נישאת יש למנוע בעדם ולכן העלה דלכתחילה מוחין בה אבל אם נישאת לא תצא.

ובעונג יו"ט ס' קס"ב הביא בנדון הקטנה שקדשתה אמה לאחד ואביה היה מחוץ לעיר וכשבא האב כעס מאוד ונתגרשה בגט כתב דהשואל ס"ל דהב"י סובר דהרמב"ם לטעמו דאפי' נתרצה אח"כ לא מהני. משוה"כ הגט לא פוסל לכהונה אבל לסוברים דחוששים שמא נתרצה ממילא צריכה גט ואסורה לכהונה משום שלא יאמרו גרושה מותרת לכהן. ודחה דהרי הרמב"ם ס"ל דבנתרצה קידש קדושין מהני וכן דייק הר"ן מ"מ כל שלא ידוע שנתרצה לא חיישינן ואפי' הכי כתב הרמב"ם דמותרת לכהונה ולא תחששין והביא דברי הרמ"א בסימן ו' שכתב בשם הרשב"א דאם נתגרשה מחמת קול קדושין פסולה לכהונה וכאן כיון דהרמב"ם והטור כתבו מותרת לכהן כל שנישאת לא תצא ובפרט כשילדה לו שאפשר לסמוך על הב"ח.

ו. **ונמצא** דהדבר שנוי במחלוקת אם תצא. דעת הרמב"ם דפסק דמותרת לכהן. ודעת הרשב"א דאם נתגרשה ע"י בעל חוששים ודעת הט"ז יש לחוש לסברת הרשב"א ולהב"ח בנדון שנשאתה אמה ואחר זמן בא האב וכעס גם הרשב"א מודה. ובתשו' דברי דוד ס' ל"ג דן בעובדא דנשאת ע"י אחר וכשבא האב כעס והביא דעת החולקים והאריך בזה והביא דעת הראב"ן דכתב דהא דאסורה לכהן ע"י גט לחומרא היינו באופן דכופין אותו לתת לה גט. ולא באופן שמבקשים ממנו לתת גט. כיון דחזי דלא כפינן ידעי דאין הגט לגרש אלא להתירה מהא דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וכתב דהמהרש"ל בתשובה ס' כ"ה רוצה להסמיך דעת הרמב"ם לשיטתו שבפ"ט דאישות הלכה ט"ז לענין אשה שאמרה לאיש קדשתני והוא מכחיש דמבקשין ממנו לתת גט מפני שאינו מפסיד ומשמע ממה שאמר מפני שאינו מפסיד דסבר כראב"ן דאם היה נאסר בקרובותיה הרי הוא מפסיד. ודחה דברי ה"ה שנשאר שם בצ"ע. והרמב"ם שמתיר כאן לכהן לטעמו דחולק על הרשב"א אבל להרשב"א כאן חיישינן שמא האב א"ל צאי וקבלי קדושייך או שיאמרו אביה קדשה והגט ניתן כדין והטור הביא דין זה דמותרת לכהן מהרי"ף ופלא שלא הזכיר את הרמב"ם דכתב כן בפירוש ומ"מ משמע מהטור דלא סובר כהרשב"א כיון דהוא יחידאה, דפסק נגד הרי"ף הרמב"ם הראב"ן ודו"ק. ונראה דזה תלוי במחלוקת אם רצוי של אח"כ מהני או לא דהרמב"ם דמתיר לכהן לשיטתו דרצוי דאחר הקדושין לאו כלום ולא מקודשת. לכן מותרת לכהן אבל למ"ד דרצוי האב אחר הקדושין מהני נמצא שהגט ניתן כדין ואסורה לכהן. ורק כשקבלה גט בע"כ בזה איירי הרמב"ם דמותרת לכהן אבל בקבלה גט מרצונה אסורה לכהן ובפרט היום דלא מגרשין בעל כרחה מדין חדר"ג יוצא בכל אופן אסורה לכהן והיא תשובת הרשב"א דאיירי אחרי חדר"ג. ושם בס' ל"ד האריך בדין זה והביא דברי המרדכי באמר קדשתיך והיא מכחישה שכופין אותו לגרש מ"מ היא לא נאסרה בקרוביו ותמהו הח"מ והב"ש מהא דפסק הרמ"א בסי' ו' כהרשב"א וכן לענין איסור חזרה לראשון ולא תירצו וע"כ דהרמ"א הכריע בזה כדעת הרשב"א דהרי הרשב"א הוכיח מהא

דקדושין דף סה. דאמר לא ניחא לי לאסור בקרובותיה. והמרדכי שם חילק בין אמרה היא קדשתני והוא מכחיש דאסור בקרובותיה. והטעם דכיון דצריך לגרשה וכותב בגט אנת אנתי ולא ניכר שכפו עליו לכן יש מקום לטעות ואסור בקרובותיה. אבל באומר קדשתיך והיא מכחישתו אף שקבלה גט כדי להתירה מ״מ היא לא מודה שנתקדשה ומותרת בקרוביו ובזה מודה הרמ״א למרדכי אבל יש עוד סמך לרשב״א מיבמות ריש פרק ד׳ מהא דלא תחלוץ שמא שמע בחליצה ולא בהכרזה ויש להקשות על הראב״ן דכתב דאם מבקשים לא נאסרת אקרובים והרש״ל חילק דחליצה דהוי דרבנן שייך החשש שמותרת אצל קרובות והרש״ל בכה״ג מחיב גרושה לכהן ומפורש בתורה אבל הרמ״א סובר נהי דבקרובות אין לחוש שיאמרו דמותרות אבל גרושה י״ל כיון דאין כהן מיוחס בזה״ז יאמרו קמו רבנן דלאו כהן הוא ומותר בגרושה. אך בספק כהן התירו ודמי לחליצה. ולפי מה שכתב הפנים מאירות שלפי הירושלמי גם בדיעבד תצא מ״מ לפי הכרעת הרמ״א כהמרדכי דרק בקרובות אסרינן משום הודאה וכו׳ אבל לאסור אשה לכהן דהוא מחשש דאתי למטעי ולהתיר גרושה לכהן בכה״ג די לנו לאוסרה לכתחילה ולא להוציאה מבעלה והאריך בדברי הפוסקים והעלה כיון דבנדון דידן לרש״ל מותרת לכהן ורמ״א אוסר והמרדכי נמי מתיר לכתחילה לכהן ולדעת הט״ז בדברי הרשב״א דאפי׳ בדיעבד תצא כ״ז לדעת האוסרים אבל לדידן פסקינן דרק בחלוצה אוסרים ולא בדין תורה או כדעת הרמ״א א״כ היינו להחמיר באיסור דרבנן לכתחילה ולא בדיעבד. ורק על מה שכתב הטור והרי״ף דאפי׳ נתרצה האב לא מקודשת ומותרת לכהן הקשה אמאי לא ניחוש שמא א״ל צאי וקבלי קדושין ותירץ כיון דאסור במקדש בתו קטנה לכן לא חוששים ולכאורה ניחוש לדעת הסוברים שאם נתרצה האב מקודשת, והרי אוסר לכהונה על זה תירץ בנדון דידן דהאב כששמע מתה הרי גם למ״ד חוששין הרי כאן מתה ולפי הרמב״ם ורי״ף מותרת לכתחילה דיינו אם נפסוק בנידון זה דלא תצא.

ז. **וכתב** הטור כל המחלוקת בין רב ושמואל לעולא היינו אי חיישינן שמא נתרצה האב אבל אם ברור שנתרצה כששמע לכו״ע מקודשת וזו דיעה שהביא מר״ן בשו״ע בשם י״א דאם נתרצה האב כששמע מקודשת משעת שמיעה דהשו״ע פסק בסתם כדעת הרי״ף והרמב״ם דרצוי דאח״כ לא מהני והרא״ש חולק וס״ל דמהני דהרא״ש בפ״ב ס׳ ח׳ הביא דברי הרי״ף וכתב תימה בעיני דבכל הסוגיא משמע דפליגי אם חוששין שמא נתרצה האב משמע שכל שודאי שנתרצה מקודשת והוסיף הטור שכן פירש הרמ״ה המחלוקת בגמ׳ בנתקדשה סתם יש מחלוקת אי חיישינן אבל כל שנתרצה בפירוש לכו״ע מהני וכן דייק הרשב״א בדברי רש״י וכ״כ הרמב״ן והריטב״א וכ״כ הרשב״א בתשובה אלף רי״ט וכתב דאע״פ שרש״י פירש בדף ז׳ בהילך מגה והתקדשי לפלוני דינא בעשאו שליח כאן באב אפי׳ בלי שליחות כיון דניחא לו שהבת תתקדש ולכן כל ששמענו שנתרצה אמרינן שכן דעתו היתה בתחילה ונחלקו האחרונים בדברי הרא״ש האם חולק על הרי״ף דלמרות דכתב הטור דהרא״ש תמה על הרי״ף מ״מ הטור ברמזים שהם פסקי הרא״ש שכתב הטור הביא רק דעת הרי״ף דלא מהני רצוי אח״כ מוכח דהרא״ש והרי״ף חדא סברא היא וכ״כ בבית מאיר וכ״כ באבני האפוד וכ״כ בעטרת פ״ז דהרי״ף לא פליג על הרא״ש ואע״פ שהטור הביא רק דברי הרי״ף ברמזים מ״מ הרא״ש לא חולק. אמנם ריב״ש כתב מפורש דהרא״ש חולק על הרי״ף וכ״כ רבינו ירוחם וכ״כ הגר״א ס״ק ט׳ דהרא״ש חולק על הרי״ף. וכ״כ העיטור כדעת הרא״ש דכל שידוע שנתרצה מקודשת וכ״כ ר״י אבן מיגאש וכ״כ הריטב״א דכולא שמעתין הכי דהיטא דלא איפלגו אלא בשתק וכו׳ אבל בודאי נתרצה מודה רבינא דמקודשת וכן נראה מפי׳ רש״י ובעלי תוס׳ וכן נראה דעת הראב״ד וכ״כ בש״ג דכל דנתרצה האב אח״כ מקודשת גמורה ע״ש.

ח. **אמנם** נחלקו האחרונים בדברי הראשו׳ שאומרים דאם נתרצה האב מהני האם הוי ודאי קדושין או חשש קדושין דמהר״י קצב ס׳ י״א כתב לולי דמסתפינא הייתי אומר דבר שלא שמעתי מרבותי דכל הדין של רצוי אחרי קדושין לא הוי קדושין גמורים מהתורה. ורב ושמואל דסברי דחוששין שמא נתרצה האב היינו חשש דרבנן דאי באופן שנתרצה האב הוי קדושין דאורייתא איך הרי״ף והרמב״ם לא חששו מספק והתירו ערוה חמורה ובשלמא אם החשש הוא מדרבנן לכן יכולה למחות כפי שכתבו תוס׳. ובה״ה פ״ג הביא דימה זו של רצוי אח״כ וכתב דהוי ספק וכ״כ מהרשב״ם ס׳ כ״ט אחר שהביא דעת הרי״ף כתב דנראה לחכמים דאם נתרצה האב אח״כ יש לחוש לקדושין אמנם רבינו ירוחם כתב דאם נתרצה הוי מקודשת גמורה וכ״כ באורים גדולים ס׳ קמ״ז בדברי הרא״ש. וכ״כ בפנ״י שדייק מרש״י דהוי קדושין דאורייתא וכ״כ תוס׳ רי״צ וכתב מהרש״ל דרוב הפוסקי׳ ס״ל כהרא״ש ודעת הרי״ף יחידאה ובטלה דעת הרי״ף וכ״כ ריב״ש ס׳ תע״ט דבידענו שנתרצה האב

מקודשת וכ״כ הרמ״ה וכו׳ וזו הדרך הנפוץ שהסכימו בו הפוסקים. ובדברי ריבות ס׳ שס״ו כתב דכיון דיש מחלוקת אם מהני רצוי אח״כ ולכן בהצטרף עוד ספק עבדינן ס״ס. וכתב בספר ויאמר יצחק סי׳ קנ״ז דאם יש עדים שנתרצה האב אח״כ יש לחוש לדברי הרא״ש אע״פ שמרן הביאו בשם י״א ופסק כסתם מ״מ כיון דהביאו בשולחנו הטהור ברור כדי לחוש לסברתו. והביא תשובת עבודת הגרשוני ס׳ פ״ה דפסק כן וכ״כ בס׳ יורו משפטיך ליעקב בע׳ כ״ד, וכ״כ בצדקה ומשפט דבשו״ע למרות שפסק בסתם כדעת הרי״ף והרמב״ם חשש לסברא זו.

ט. **ויש** להסתפק לדעת הסוברים דרצוי דאב מהני האם רק לגבי חלות הקדושין מכאן ולהבא או למפרע משעת הקדושין. ולשון מר״ן בשו״ע מדוקדק דהקדושין חלין רק משעה ששמע האב וכ״כ הטור בשם הרמ״ה וכ״כ מהרי״ק בשורש לב׳. וכתב באבני מלואים ס״ק י״ב שכן דברי הרשב״א דהו״ל כאומר הרי את מקודשת ע״מ שירצה אביה שמקודשת כשישמע כמו מקדש לאחר ל׳ יום, וכ״כ בענג י״ט ס׳ קס״ב ד״ה אולם, ע״ש. וצ״ע דאם איירי בא״ל ע״מ הרי קיימ״ל כל האומר ע״מ כאומר מעכשיו ולמה לא חלו למפרע. ובדברי ריבות כתב הטעם דהוי כאומר ע״ח ומסקי׳ דמקודשת למפרע מדין מעכשיו. וכ״כ בעצי ארזים ס״ק כ״ט דאם מטעם שישב הרשב״א הוי מקודשת למפרע. ובמקנה בקו״א כאן כתב דאף דבכמה מקומות אמרינן דמהני רצוי למפרע כאן דיש איסור לקדש בתו קטנה לא הוי זכות הוא לו ולכן הקדושין חלין רק בשעת שמיעה ובמלא האבן מבאר ע״ז הרמב״ן דמ״מ שירצה אב נאמר חל למפרע הוי תלוי בסוגיא דברירה אבל מכאן ולהבא לא שייך ברירה כפי שכתב הר״ש בתחילת פ״ה דמעשר שני, וכ״כ בקהלות יעקב מליסא ובצמח צדק מלובאוויץ ס׳ קמ״ז ד״ה שיטה ג׳.

י. **אבל** הב״ש בס״ק י״ח כתב דלהרא״ש והר״ן חלו הקדושין למפרע דכל שנתרצה הוי כאומר לבתו צאי וקבלי קדושיך והיא נעשית שליח של אביה בידו כידה, וכדאמר לקמן נתקדשה לדעת אביה והלך אביה למה״י ונשאת אמר רב אוכלות בתרומה ומבואר דאם נתרצה הוי חופה למפרע וכן בקידושין אמרינן שכן שכל שנתרצה האב חלו קדושין למפרע. ובבית מאיר הקשה בשם אחד הגאונים דהא בצאי וקבלי קדושין בעינן שיאמר כן לפני עדים, ולכן מהני קדושין למפרע, אבל הכא מי מעיד על כך שנאמר דחלו קדושין למפרע נהי דיש עדים בשעת רצוי מ״מ בשעת קדושין חסר עדים בהא לא אמר לה כלום בעת קדושין, וכתב הב״מ דלא קשה דהן אמת באמר לה צאי וקבלי קדושין בעי שיאמר בפני עדים מ״מ כאן בנתקדשה שלא לדעת אביה והיה רצוי האב אמרינן למפרע מהני דהוי כאלו אמר לה בפני עדים צאי וקבלי קדושין מטעם דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ובאבני מלואים ס״ק י״ב הקשה על סברא זו דהכא היא כשליח של האב והרי קימ״ל בנדרים לו. דהיכא דבעי שליחות לא מהני גילוי דעת וכ״כ הרשב״א כהר״ן שם, אמנם במח״א בהלכות זכיה ומתנה סי׳ ו׳ ד״ה הערלה כתב בשם הרמב״ן שהביאו הר״ן ספ״ו בגיטין דהא דאמרינן כל הרוצה לתרום יבא ויתרום ומהני מדין גילוי דעת בכה״ג דלא חוב גמור וכ״כ התוס׳ שם בתירוץ בתרא והרא״ש בנדרים דף לו. דלא כהר״ן וכן דעת הרמב״ם וטוי״ד ס׳ של״א דבתרומה מהני כלך אצל יפות וכ״כ הרא״ש בקדושין בארצויי ארצי קמיה בשם הרמב״ן דכל שגילה דעתו ושתק מהני. ועי׳ בדרוש וחידוש רע״א ב״מ דף כב. מה שכתב בדברי הרמב״ן ועי׳ אמרי בינה יו״ד סי׳ י״ג מה שכתב על קושיית האבני מלואים ע״ש, וכתב המקנה דסברת הרא״ש והר״ן דמהני למפרע היינו לרב ושמואל וכן נראה דעת רש״י בדף מה: אבל לרבינא דלא סבר כרב ושמואל ולא חיישינן שמא נתרצה האב א״כ הו״ה בנתרצה לפנינו ג״כ לא מהני ובצ״צ מלובאוויץ כותב דדברי רש״י בדף מה. הם לרבינא וכן כתב האבני מלואים והפנ״י ע״ש, וטעמו של הר״ן דמהני רצוי על האב אח״כ משום שכל אדם רוצה שבתו תתחתן ומצוה זו רמיא על האב וזכין לאדם שלא בפניו מיהו כשלא התרצה כששמע לא חלו הקדושין וכשנתרצה להרא״ש מקודשת למפרע מדין צאי וקבלי קדושיך אמנם לרש״י וריטב״א מהני לא מדין צאי וקבלי קדושין אלא מדין זכות והבאנו דברי המקנה שכל דברי הב״ש דלהר״ן והרא״ש חלו קדושין למפרע הוא רק אליבא דרב ושמואל והרא״ש עצמו במסקנת דבריו בס׳ ח׳ כתב דמקודשת משעת שמיעה וגם הטור כתב דעת הרמ״ה דמהני משעת שמיעה ואילו היה הרא״ש סובר דחלו למפרע לא היה משמיט דברי אביו אלא ודאי דמסקנת הרא״ש דמהני רצוי שיחולו קדושין בשעת שמיעה וכ״כ בארץ הצבי להוכיח כן מהרא״ש דחלו קדושין רק בעת שמיעה אבל לא למפרע.

יא. **ומשמע** מהב״ש דכתב דלהרא״ש והר״ן חלו קדושין למפרע היינו להלכה וכ״כ בבית מאיר ובאבני מלואים ס״ק י״ב דרש״י והרא״ש והר״ן דס״ל דחלו קדושין למפרע היא להלכה. והדברים

מבוארים בצ״צ מלובאוויץ ס׳ קט״ז דאחר שדן בדברי רש״י וכתב דלרב ושמואל מהני למפרע העלה דגם לרבינא דינא הכי וכ״כ בתפארת יעקב בדעת הרא״ש וכ״כ אורים גדולים ס׳ קע״ז בדעת הרא״ש דמהני למפרע מדין צאי וקבלי קדושין. וכן מצאנו לראשוני׳ דס״ל כן הרי׳ שהביא המרדכי בי׳ תקנו. שפי׳ דהטעם למה חלו למפרע מדין זכיה משליחותו דידיה עבדא, וכן משמע מעמ״ס דף מו. ד״ה בין דכתבו דרצוי מפני דין זכיה וכ״כ בדברי רבותי ובהרש״ק ח״א ס׳ ו׳ וכתב דמה שכתב הטור בשם הרמ״ה דמקודשת משעת שמיעה יש ולכתוב דמקודשת למפרע מאתו דהטור הוסיף בדברי הרמ״ה אפי׳ נתאכלו המעות ואי מקודשת בשעת שמיעה במה מקדשה, אלא ודאי משעת קדושין וכ״כ הריב״ש בתוס׳ דהביא דברי הרמ״ה וכתב דמקודשת בלי הוספה משעת שמיעה נ״מ רבינו ירוחם. וכתב הריטב״א דהא דמקודשת למפרע רק בנערה דיש לה יד, אבל בקטנה מקודשת רק מחמת ששמע כיון דלית לה יד. וכ״כ בקהלות יעקב לפרש דעת הי״א דהביא מר״ן דמקודשת משעת שמיעה דהרי בגמ׳ משמע דרצוי מהני לביאה ובעת רצוי כבר היתה ביאה הרצוי מהני למפרע וכתב לחלק בין נערה לקטנה ומיהו מסתימת כל הפוסקי׳ משמע דלא מחלקין בזה וכיון דהוי משום זכות גם קטנה מהני שאם נתרצה האב מקודשת למפרע.

וברור דדעת השו״ע דכתב בי״א דמהני רצוי במקודשת משעת שמיעה והוא כדעת הרמ״ה דהביא הטור.

ולפ״ז הסוברים דהרא״ש ס״ל דחלו למפרע היינו ושמואל, אבל הר״ש ס״ל דגם לדידן דעת הרא״ש והר״ן דחלו למפרע מדין צאי וקבלי קדושיך או זכות אבל מר״ן דפסק כדעת הרמ״ה ע״כ ס״ל דלא חשיב כאומר לה צאי וקבלי ואם אין כאן זכות דאסור לקדש בתו קטנה כדאיתא בס׳ לו סעיף ח׳. ונ״מ לענין קדושי ביאה אם מקודשת כששמע, או שקדשה אביה לפני ששמע, או שמת המקדש קודם ששמע האב ושמע האב ונתרצה לדעת הרא״ש והר״ן והסוברים דמקודשת למפרע צריך חליצה, ולהרמ״ה לא חלו קדושין. וכן אם קדשה בביאה והיה אח״כ רצוי למ״ד חלו קדושין למפרע גם כאן חלו אבל לדעת הרמ״ה דמקודשת משעת שמיעת לא מהני דבשעת רצוי אין הביאה בעולם וכ״כ המקנה.

יב. **ולפי** הרמ״ה הקדושין חלו מעת רצוי אפילו נתאכלו המעות וכן פסק השו״ע והקשה מהרי״ק הרי אם נתאכלו המעות הוי מעות מלוה כיון דנתחייבה להחזיר והמקדש במלוה לא מקודשת ותירץ כיון שבאו לידה בתורת קדושין מהני דהו״ל באומר לה הרי את מקודשת לי לאחר ל׳ יום. ובטעמא כיון דכל מקדש קטנה הרי יודע דבעינן דעת אביה לכן על מנת שיתרצה האב מקדשה. והח״מ בס״ק י״ט כתב הטור דאפי׳ נתאכלו המעות מקודשת להרמ״ה משום שמקדשה בההיא הנאה שנעשה רצונו שקדשה. ולכן הוי כמקדש בהנאת מחילת מלוה. וכתב באבני מלואים להסביר דברי הח״מ דהקשה דלא דמי למנהג לאחר ל׳ יום דקימ״ל פודה לאחר ל׳ יום אם נתאכלו המעות לא פדוי דלא דמי למקדש לאחר ל׳ יום דהתם בקדושין בידו לקדשה עכשיו. משא״כ בפדיון והרמ״א ביו״ד ס׳ ש״ה פסק כשמואל.

ונמצא כשמקדש קטנה שלא לדעת האב עכשיו אין בידו לקדשה וכשנאכלו והמעות הוי משלה ואפי׳ לפוסקים בפדיון תוך ל׳ כרב דבנו פדוי מ״מ מקדש לכשירצה האב הוי דבר שלא בא לעולם כיון דהשתא לא חיילי קדושין אלא אח״כ וא״כ אפילו מעות בעין איך חיילי כשנתרצה האב וכדאמרינן בכתובות דף נט. וא״כ בתודה תוך ל׳ יום הוי בא לעולם בפרט למה שכתב המל״מ באישות פ״ד דזמן ממילא קאתי. אבל מקדש קטנה לכשירצה הו״ל כמקדש א״א לאחר שימות בעלה דהוי דבר שלא בא לעולם, וכתב לפרש כדעת הריטב״א דמקודשת מדין תן מנה לפלוני ותתקדש בתי לך מקודשת בהנאה שעושה דברו, דשוה פרוטה וכו׳ ונמצא כשהמקדש נותן כסף על דעת האב הו״ל כמדבר עם האב דעיקר הנתינה היה על צד ערבות האב דאם לא יתרצה תחזיר לו הכסף וכו׳. נמצא דעיקר הקדושין בשם האב קאתי והרי לגבי האב לא הוי דבר שלא בא לעולם דהא ביד האב לקדשה עכשיו ע״כ.

וביד דוד כתב לישב בדרך אחרת דלא הוי דבר שלא בא לעולם דהוי כאומר לה התקדשי לי ע״מ שירשך אביך ויעשה אותך שליח דהוי דומה למקדש לאחר ל׳ יום, ע״ש. ובצ״צ מלובאוויץ ס׳ קט״ז אות י׳ הקשה מגמ׳ בכורות דאמר שמואל דאם נתאכלו המעות בנו לא פדוי ולמה כתב שם ששמואל חיישינן לרצוי הרי אפי׳ נתרצה כל שנתאכלו המעות לא מהני וגם לרב דאמר בנו פדוי הרי זה דומה למקדש לאחר שנתגייר דלא מקודשת. דמי יימר דמזקקי ליה והכא נמי מי יימר דיתרצה האב ולכאו׳ יש הבדל דשם במר מי יימר דמזקקי ליה הוי מחוסר מעשה או לאחר שאגרשך אבל כאן תלוי ברצון האב וזה לא נקרא דבר שלא בא לעולם, וזה דומה למקדש לאחר

ל' יום. וכאן הוי דבר שבידו, וכאן אפשר תפיסת קדושין אם האב ירצה משא"כ באומר הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשיך דאין בידו עכשיו לקדשה.

יג. **וכתב** הרמ"א דנתאכלו המעות לא מקודשת. והם דברי המרדכי שהביא מראביה דהוכיח מגמ' יבמות קט: קטנה שקדשוה אחיה ואמה דאי בעל לאחר שגדלה מקודשת כיון דכל מה שבעל לפני כן אינן בעין והוא הדין לענין כסף דאם הוא בעין מקודשת וכ"כ הראב"ן ורשב"ם והביא כמה פוסקים והוסיף דדמי להא דאמרה הגמ' בקדושין יב: א"ל כנסי סלע זה בפקדון וחזר ואמר התקדשי לי בו דמקודשת אם הוא בעין, הכא נמי בעת רצוי האב בעינן שיהיו מעות בעין והרשב"ם הביא ראיה מדף מו. גבי פיתה לשם אישות וכו' צריכה קדושין לדעת אביה והטעם שהביא שהרי מעשה הקדושין אינה בעין, בשעת רצוי האב ולכן צריך קדושי כסף.

ובטעם חזרת הבת לכאורה אחרי שנתרצה האב מה שייך מחאתה וצ"ל דהבת נתקדשה שלא לדעת אביה. וחזרה בה לפני שנדע רצונו בזה אמרינן שיכלה לחזור וכ"כ רש"י דף מו. והביאו הר"ן ונמצא שכל חזרתה היא אליבא דרב דאמר חיישינן שמא נתרצה האב לכן כל שחזרה לפני שידע לא הוו קדושין דאף דדעת רש"י כל שנתרצה האב מקודשת למפרע היינו כל זמן שלא חזרה בה הבת. אולם המקנה כתב דמדברי השו"ע הי"א דהבת יכולה למחות אפי' אחר שמיעת האב ושתק. והתר דאם האב נתרצה אמרינן מקודשת למפרע מ"מ בשתק ואח"כ מחתה אמרינן דשתיקתו לאו הודאה היא וכ"כ התוס' דף מו. דלא כרש"י דמהני מחאתה גם אחר רצוי האב דאדעתא דהכי דהבת תמחה לא הסכים והטעם כתבו התוס' דמהני משום הזכות הוא לו. וכל שהיא מעכבת אמרינן חוב הוא לו ע"ש. והקשה הראנ"ח על שיטה זו דאם הבת יכולה למחות אחרי רצוי האב למה רב בקטנה שיתקדשה שלא לדעת אביה בעינן גט ומיאון, הרי אפילו נתרצה האב מהני עיכוב דידה ומיאון מפקיע רצון אביה ולמה צריכה גט ומיאון מיאון לבד סגי. וכתב דהגמ' איירי שרוצה לקיים קדושיה בזה צריכה גט וגם מיאון ועמדו על קושיא זו באבני מילואים בקהלות יעקב מליסא ויש שתירצו דכל ששתקה אחר ששמעה רצון אביה שוב לא יכולה למחות. ועי' חזו"א ס' מ"ט אות ח'. וחידש המקנה בקו"א דגם אם נתרצו שניהם בשעת קדושין יכולה למחות וא"כ פסל דאמר רב דצריכה גט תהני במיאון לבד וכמו שהקשה הרש"ק לדעת התוס' ולפי התוס' אפשר לומר כמו שאמרנו דאיירי רק בשתק אבל כל שנתרצה בפירוש לא יכולה למחות אלא לפי דעת המקנה בדברי הב"י למה צריך גט.

ולעיל הבאנו דעת הפוסקי' דס"ל דאפילו נתאכלו המעות מקודשת והטעם דדמי למקדש לאחר ל' יום. והכא נמי כיון שבאו לידה בתורת קדושין, וע"ע המרדכי דפליג ומצריך שיהיו מעות בעין סבירא ליה דלא דמי למקדש לאחר ל' יום דכאן לא באו לידה בתורת קדושין. והטעם כיון דלא יכולה לקדש עצמה. ואפי' נערה נמי דינא הכי והטעם כיון דעכשיו לא יכול לקדשה והקדושין חלין רק בעת רצוי האב בעינן מעות בעין ודמי לשטר לאחר ל' יום דאם נאבד לא מקודשת. וכן אם רוצה לחזור לפני שמיעת האב אין כאן קדושין וצריכה להחזיר הכסף ע"ש. אבל הריטב"א מחלק בין נערה לקטנה דבנערה אפי' נאכלו המעות מקודשת משום דמקודשת למפרע ע"י רצוי האב כיון דיש לה יד אבל קטנה דאין לה זכיה מהתורה בעינן מעות בעין כיון דאינה בת שליחות ולא זכה האב בקדושין ואע"ג דאומר תן מנה לפלוני ותתקדש בתי לך דמקודשת כיון שנתן על פיו הרי מקדש באותה הנאה והכא נמי בשעת שמיעה מקודשת דהרי כאומר הנח הכסף שנתת לה ותתקדש לך ולכן בעינן מעות בעין. והסביר באבני מלואים הטעם דמקדש לאחר ל' יש ונתאכלו מקודשת דברשותה נאכלו המעות וכפי שכתב הרשב"א דנתן לה רשות להוציאם. אבל היא אפי' נימא דקטן שלוה חייב לשלם כשהגדיל תו"מ הכסף שמקבל הוא האב והנאתן היא שמניח הכסף אצלה וכו' שהכסף לא בעין אין כאן קדושין. ולהלכה כתב בשם מהרי"ל ס' י"ב דאין לסמוך על דעת הרמ"ה דמקודשת אפי' נתאכלו המעות כיון דגדולי אשכנז פסקו דבעינן מעות בעין וסיים כיון דרגילין לקדש לא צריך לברך ברכות חדשות ומהרשד"ם סימן ה' כתב דבנתאכלו המעות לא מקודשת. ובים של שלמה פ"ב סר"ס ר' לאחר שהביא דברי המרדכי דבעי מעות בעין וסיים דנראה דבריהם דוקא בקטנה בעינן מעות בעין ולא בנערה ולכן בנערה מקודשת מספק אפי' נתאכלו המעות.

יד. **ופסק** הרמב"ם דקודם שנתרצה האב בין היא בין אביה יכולים למחות ותמה כיון דלהרמב"ם רצוי אח"כ לא מהני א"מ למה צריך לעכב והרי"ף והרא"ש לא הביאו הדין של עיכבו של האב. דהעיכוב מהני רק לרב אמר חיישינן שמא נתרצה אבל לדעות החולקים על רב בכלל הקדושין לא חלו אפי' לא מיחה.

ולעיל הבאנו דעת מהרי"ק ועוד פוסקים דס"ל דיש אופנים לרמב"ם שיכול למחות בין היא בין אביה ע"ש.

סימן לג

גילוי דעת בקדושין

א. **משנה** בקידושין דף מא. האיש מקדש בו ובשלוחו האשה מתקדשת בה ובשלוחה דשלוחו של אדם כמותו. והגמ' דרשה מיתור הפסוק ושלח ושלחה. ומ"מ מצוה בו יותר מבשלוחו. וכתב התוס' ר"י הזקן דכל מצוה המוטלת עליו יעשנה בגופו ולא ע"י שליח, וכמלאכות שבת דאמרינן בגמרא מצוה בו יותר מבשלוחו. אבל מריא"ז משמע דהדין הזה כללי דבכל מצוה אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו. ומהרמב"ם משמע דרק בקדושין אמרינן כן ולא בשאר המצוות וכן דייק ביד המלך על הרמב"ם דדעת הרמב"ם היא כתוס' ר"י הזקן ודוקא בקדושין ס"ל כן כיון דלא נרגש מעשה השליח. לכן אמרינן מצוה בו אבל במעקה גם אם עושה שליח מ"מ מורגש שהמעקה נעשה בבית של ראובן וכל מי שעושה המעקה בבית של ראובן ידעינן דהוא השליח, ובזה אמרינן שלוחו של אדם כמותו ואין דין מצוה בו יותר מבשלוחו.

והא דאסור לקדש אשה עד שיראנה וכן אסור לקדש בתו קטנה ופירש רש"י הא דאסור לקדש עד שיראנה היינו באופן דיכול לקדשה בעצמו אבל אם היא במקום רחוק אין איסור וכ"כ הטור והב"י וכתב הדרישה דמטעם זה נוהגים לקדש היום ע"י שידוך וע"י שליח אף דלא ראה האשה מפני מתי מעט ואם היה צריך להמתין עד שיראנה יש חשש שתצא תקלה. והמקור מדברי התוס' מהגמ' דאסור לקדש בתו קטנה עד שתגדל ותאמר בפלוני אני רוצה, וכתבו שהיום מפני צוק העיתים שבגלות ממילא יש להתיר גם את האיסור לקדש בלי ראיה. וה"ה באשה שמצוה להתקדש בעצמה ולא ע"י שליח. ועמדו הראשונים איזה מצוה יש באשה והא אמרינן בגמ' יבמות סב דאשה לא מצוה על פו"ר, ותירץ הר"ן דהמצוה דהיא מסייעת לבעל לקיים את המצוה ובקרבן נתנאל תירץ דהגמ' אמרה אשה לא מצוה על פו"ר דתלוי במי שדרכו לכבוש ולכן היא פטורה ממצוות פו"ר אבל לא תוהו בראה לשבת יצרה, שהיא מצוות שבת מוטלת גם על האשה. ולכן מצוה בה יותר מבשלוחה.

ב. **ובגמ'** דרשינן ושלח ושלחה מלמד ששליח עושה שליח. ובדין שליח עושה שליח יש מהראשו' דחילקו בין שליח הגט לשליח קדושין דשליח הגט שנתן לו הבעל גט יכול למנות שליח וכן בשליח קדושין בקדושי שטר אבל בקדושי כסף דהוי רק מסירת דבור הוי מילי ומילי לא ממסרן לשליח. וכן שליח קבלה לא יכול למנות שליח קבלה דמינוי השליחות לשליח שני הוי מילי ודבור בעלמא והדין הובא באהע"ז סימן קמ"א סעיף מג. בסתם וי"ח אם נתנה לו רשות בפירוש והרשב"א בחידושיו לגיטין כט. כתב דמהגמרא משמע ששליח עושה שליח ומשמע דגם שליח קבלה דינו כן. והביא דברי הרב אלברצלוני דאיירי שליח קבלה בקנין דהוי כחו ככח האשה והרשב"א כתב דאיירי שהבעל נתן רשות לשליח למנות עוד שליח. אמנם הטור הביא דעת הרמ"ה דאין הבדל בין שליח הולכה לשליח קבלה דשליח לא עושה שליח גם אם נתן לו רשות, והטור פסק כדיעה ראשונה. והטעם דשליח לא עושה שליח כתב המרדכי סימן תק"ו בשם הקדוש מרדוש דבקדושין לא יכול שליח לעשות שליח לקדש אשה לראובן כיון דתלוי ברצונה וצורך זה שהשליחות אינה ודאית שתצא לפועל פועלת דהוי מילי משא"כ בגט שנותן לה בע"כ.

ובקצות החושן ס' רמ"ד ס"ק ג' הקשה על הקדוש מרדוש מגיטין כד. דבעל יכול לומר לאשה דתהיה שליח הולכה עד מקום פלוני ובמקום פלוני תתני לשליח שיגרש אותך, הרי מילי כיון דיכולה לבטל את השליח שבא מכחה ונמצא גם בגירושין שתלוי ברצונה אמרינן מילי. וכתב הקצות דכאן המשלח נתן רשות לכך מלכתחילה וזה דומה למה שכתב הרשב"א שנחלק על הרב אלברצלוני אמנם הקצות דחה דלמרות שהאשה יכולה לבטל אם לא בטלה מהני. וחידש עוד הקצות בעשה שליח הולכה לתת מתנה לראובן דלא יכול השליח למנות שליח אחר לקבל המתנה כיון דזה תלוי ברצון המקבל. והנתיבות פליג דשליח קבלה זה לא תלוי בשליחות אלא במעשה הקנין והנותן הרי הסכים לכך.

ג. **והקצות** בס׳ קפב הביא דברי הנוב״י דהיום דיש חדר״ג אין שליח גירושין יכול לגרש אשה בעל כרחה והוי מילי, ממילא שליח לא עושה שליח כיון שהמעשה תלוי בהסכמתה. והקצות נחלק עליו דאם הבעל מסר לאשה הגט בע״כ אפילו היום מגורשת. והב״ח ומהרש״ל תמהו על הקדוש מרדוש ז״ל דמסוגיא משמע ששליח עושה שליח בין בגט בין בקדושין. וע״ז כתב המהרש״ל דשליחות גט וקדושין לא הוי מילי כלל, דהדבר כבר נגמר ודין מילי נאמר בכתיבת הגט בזה לא יכול לומר לאחרים והביאו המרדכי בשם רבו מורי הכהן ע״ש.

וכתב הפ״ת בס׳ ל״ה ס״ק א בשם הברית אברהם בס׳ קי״ט דלפי מה שכתב הנוב״י סי׳ ס״ז דהא דיכול לקדש ע״י שליח ולא הוי תופס לבע״ח במקום שחב לאחרים דע״י קדושין היא אסורה לכל העולם וכתב הנוב״י דכיון דהקדושין ברצונה לא הוי תפיסה, כיון דרצונה בכך לא הוי חב לאחריני ודייק מזה דאשה דמקודשת בספק קדושין דהדין דאם קבלה קדושין משני צריכה גט משניהם בזה י״ל דדוקא אם השני קידש בעצמו, אבל אם השני קידש ע״י שליח לא חלו הקדושין כיון דאשה זו מקודשת מספק לראשון ממילא אין לה בחירה וע״כ האשה תתרצה לראשון. וכשבא השני ואסרה על הראשון הוי חב לאחריני דהיינו הראשון ונימא דלא חלה השליחות השני ואינה מקודשת אפילו מספק וכן במקדש מעכשיו ולאחר ל׳ יום דאם בא אחר וקדשה הוי ספק מקודשת דוקא קידשה בעצמו ולא ע״י שליח ע״ש. ובערך שי כתב ליישב קושית הברית אברהם דכל שמקודשת מספק לראשון לא יכול שום אחד לכופה להתחתן לראשון ואפי׳ תשאר עגונה. והראי׳ שקבלה קדושין משני, אף דאגידא עם הראשון ע״ש. ויש לדחות דכאן לא הוי תופס לבע״ח חדא דרש״י ס״ל דכל שעשאו שליח לא הוי תופס לחוב לאחרים. והגם שהתוס׳ בכתובות פה גבי ימר בר חשו דמשמע דאפילו עשאו שליח לא מהני הא הש״ך בס׳ ק״ה כתב דבאופן דעשאו בשכר הוי דין פועל דמהני וכאן לכו״ע מהני לקדש אשה שספק מקודשת ודו״ק.

ד. **ובדין** מקדש ע״י שליח האם השליח צריך לכוון לזכות האשה למשלח או לא. כתב בחידושי מהר״א אויערבאך ז״ל ס׳ ז׳ שהר״מ אויערבאך בעל אמרי בינה חקר בזה אם שליח בעי כוונה כיון דהר״ן בנדרים ל. בהא דאמרה תורה כי יקח ולא שהיא תכניס עצמה לרשות הבעל אלא מפקירה עצמה והבעל מכניסה לרשותו לפ״ז צריך כוונת השליח להקנות ובזה ישב קושית הב״ש בס׳ ל״ה ס״ק י״ד דבסי׳ רמ״א גבי עבד שהביא גט לאשה בשליח הולכה ספק מקודשת ובקדושין פסק אינה מקודשת ולפה״א א״ש דבקדושין בעי כוונה להקנות ולכן אין לו כוונה משא״כ בגט דבע״כ. והקצות בסי׳ רע״ה ס״ק ג׳ בעשה שליח לגדור בנכסי הגר והשליח לא ידע שהם נכסי הגר קנה השולח דמכוון לקנות ודו״ק.

ה. **ויש** לדון אם צריך עדים למינוי שליח קדושין דהרא״ש ס׳ ז׳ בקדושין דף מה: בעובדא דהנהו בי תרי דהוו שתו חמרא תותי ציפי דבבל שקל חד מנייהו כסא דחמרא וא״ל בתך מקודשת לבני והקשתה הגמ׳ דילמא שליח שוייה לא חציף אינש לשווי אביו שליח ודילמא ארצויי ארצי קמיה וכו׳ ודייק הרא״ש מכאן דמשמע דלא בעי מינוי בפירוש אלא כל שגילה דעתו ואין לחלק בין אב לאדם אחר. וכ״כ הרמב״ם פ״ג דאישות הל׳ ט״ו שאין צריך עדים אלא להודיע אמת הדבר וכל שהודו שניהם מהני. כמו שליח תרומה והראב״ד תמה עליו דשליח הגט לא צריך דגיטו מעיד עליו. משא״כ שליח קדושין וכבר הארכנו במסכת גיטין להסביר מחלוקת הרמב״ם והראב״ד. ומ״מ הדיוק שדייק הרא״ש מהסוגיא ודילמא שליח שוייה דמזה דייק הרא״ש דלא בעי עדים הכוונה שליח שוייה כדין עדים. והכ״מ דחה דאם בעי עדים נשאל העדים וכל שלא לפנינו לא חוששים. והוסיף הרא״ש דמשמע מהסוגיא דגילוי דעת לחוד מהני לפיכך אם גילה דעתו לשדכן שהוא רוצה באשה זו והלך וקדשה לו מקודשת וכתב הח״מ דמרישא לא משמע דמקודשת ודאי אלא אפשר קאמר. אמנם בב״ש ס״ק ג׳ כתב דמקודשת ודאי ובשו״ת הרדב״ז ס׳ תרמ״ח בנידון שאחד שלח שליח לקדש לו אשה פלונית והלך האיש וקדשה לו הביא דברי הרא״ש הנ״ל וכתב דכ״כ הרשב״א ס׳ אלף רלו כדעת הרא״ש. וכן דייקו מהרמב״ם פ״ג מאישות בקטנה שנתקדשה קודם שתבגר שלא לדעת אביה אע״פ שנתרצה אח״כ לא מקודשת משמע דאם נתרצה קודם שנתקדשה מקודשת וכ״כ הריטב״א שכן משמע מהרי״ף כללא דמילתא דכל מחלוקת הראשונים דוקא באופן דליכא גילוי דעת אבל אם יש גילוי דעת לכו״ע מקודשת.

וכתב הב״ח דנחלקו הרמב״ן והרא״ש בפי׳ הגמ׳ ודילמא ארצויי ארצי קמיה דחיישינן כתב הרמב״ן האב הרצה וריצה את הבן בזה חיישינן אבל הבן גילה דעתו לפני האב או אדם אחר לא מהני עד שימנה

בפירוש. והרא"ש חלק דבכל אופן שיש גילוי דעת מהני, והח"מ כתב דהרבה פוסקים כתבו דהוי ספק קדושין. והמקנה בקונטרס אחרון הביא דברי הח"מ דמלשון הרא"ש משמע דלא ברירא ליה וכתב דנראה ספיקו של הרא"ש דיש לחוש לפרש ודילמא ארצויי ארצי קמיה היינו הבן לפני האב ונתרצה לו האב ואמר לו שיקדשנה לו בזה הוא דאמרינן דהוי ודאי קדושין ולעיל מיניה כתב דהוי ספק קדושין וביאר בחידושיו דלדעת הרי"ף שמביא שו"ע סי' ל"ז סעיף י"א בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה אע"פ שנתרצה האב לא מקודשת משמע אפי' נתרצה לפני כן והשו"ע לשיטתו דמהני ריצוי קודם קדושין. והר"ן נסתפק בדברי הרי"ף דנתרצה בתחילה לא מהני לכן כתב הח"מ לחוש להחמיר ע"כ וכ"כ באבני מילואים דבשביל שיחולו קדושין צריך מינוי ולא מהני גילוי דעת ודין זה שכתב השו"ע תליא באשלי רברבי ומידי ספיקא לא נפקא.

ו. **וכתב** המאירי בפ"ב דקדושין מי שקדש אשה לחבירו בלי שליחותו ואח"כ כשנודע לו נתרצה הבעל לא מקודשת ומ"מ הוצרכנו לכתוב דין זה שמגאוני הראשונים כתבו דמקודשת דזכין לאדם וכו' ואף רבותי היו סבורים ללמוד כן ממה שאמרה הגמ' בקדושין ז. הילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת וסתם נאמרה אף שלא עשאו שליח הואיל ונתרצה בסוף. ומ"מ אנו מפרשים אותה דאיירי שהוא שלוחו וכ"כ רש"י. ויש שהוכיחו מקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דצריכה גט שמא נתרצה האב הרי שהיא אין לה דעת וקדושיה תלויים ברצון האב ומשמע דאם נתרצה האב אח"כ מקודשת ודמי לשליח שקידש בלי ידיעת הבעלים. ואין כאן דמיון שבזו אף כשהאב מקבל אינו מקבלם אלא בשבילה ומעתה דין הוא כשקיבלתם היא, ונתרצה האב שיהיו קדושין. ועוד דלענין פסק קימ"ל דאפי' נתרצה האב אינה מקודשת וזו ראיה לדברינו ואם יש לפקפק בה מ"מ יש ראיה לדברינו מסוגי' דשמא נתרצה הבן לא אמרינן ופריך ודילמא שליח שוייה משמע דבעינן רק שליח. וכן הדברים נראין אלא דבשעת הריוח ראוי לחוש ע"ש. וכתב בבית מאיר להסביר דעת הטור דמי שקידש אשה לחבירו בלי ידיעתו ונתרצה אח"כ דלא חלו הקדושין ואילו בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דמקודשת אם נתרצה אביה אח"כ כמו שכתב הטור בס' לז. ואולי סברתו כדעת המהרי"ק שורש ל' שכתב לגבי איש שהוא עושה מעשה הקידושין דהוא פועל במעשה הקדושין ריצוי ושחיקה לא מהני ביה צריך מינוי גמור. אבל אשה דנקנית בלי אמירה מצידה ומעשה הקדושין דקטנותה כשגדלה תופסין ונמשכין לכן מהני רצון האב אח"כ.

וכ"כ בחכמת שלמה על הסוגי' דף מה: אהא דאמרה הגמ' שמא נתרצה הבן לא אמרינן איירי שנתרצה בפירוש כששמע ומ"מ לא מהני כיון דלא מינה אותו שליח. וכ"כ בים של שלמה פ"ב דקדושין סי' ח'. וכתב הריטב"א בקדושין מה. דסוגי' משמע כפירוש רש"י דלא חיישינן בארצויי ארצי קמיה כיון דלא עשאו שליח דרבינא לא חייש לשליחות מסתמא. ויש מי שפסק כרבינא ולא נהירא לן אלא דהלכה כרב ושמואל בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דחיישינן שמא נתרצה האב ולדידה חיישינן שמא ארצויי ארצי קמיה והרמב"ן כתב בפי' הסוגיא דלא חוששין לריצוי דאח"כ והביא סוגי' דכתובות דף ע. ודברי התוספות ודלמא ארצויי דוקא באב חיישינן דהאב חייב להשיא את בנו.

ז. **ובפירוש** הגמ' נחלקו הראשונים בדברי רבינא דאמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה חיישינן שמא נתרצה האב בקדושין, מ"מ באב שקידש לבנו שלא מדעתו לא אמרינן שמא נתרצה הבן בקדושין וע"ז אמרו ליה רבנן לרבינא ודילמא שליח שוייה ותירץ לא חציף אינש לעשות אביו שליח ודילמא ארצויי ארצי קמיה לא סבר להא דרב ושמואל. ופירש רש"י ודילמא הבן הרצה לאביו שרוצה בבת זו והאב הלך וקדשה לא סבר להא דרב שמואל דחיישינן שמא נתרצה האב בקדושי בתו אבל בן עד שנשמע בפירוש עכת"ד. וכ"כ הריטב"א דלרבינא לא חיישינן לשליחות בסתמא. ויש מי שפסק כרבינא ולא נהירא לן דהא קימ"ל כרב ושמואל דחיישינן שמא נתרצה האב ולדידהו חיישינן שמא ארצוי ארצי קמיה וכתב עוד דלעיל דאמרינן דילמא שליח שוייה ותירץ לא חציף אינש לשויי אביו שליח משמע דאדם דעלמא חיישינן שמא נעשה שליח לקדש לו אשה להצריכה גט.

ובמאירי כתב דקימ"ל דלא כרב ושמואל דלא חוששין שמא נתרצה האב וממילא אפי' ארצויי ארצי קמיה לא חוששין כמו דלא חוששין שמא נתרצה האב אבל באינש דעלמא חוששין שמא עשאו שליח ומחמירין בדבר. וכ"כ הרמב"ן בשם הגאונים דרבינא ס"ל אפי' ארצויי ארצי קמיה לא מהני וכתב שהוא מתקשה בדבריהם ושמעינן מרבינא דלא חוששין לארצויי אבל לשליחות חוששין ולכן כל דבכה"ג הבן גילה דעתו דכל

העושה רצוני יקדשה לי והאב נעשה לו שליח מאליו וכה"ג הוי שליח גמור כדאיתא בכתובות ע. מ"מ למדנו מדבריהם דהמקדש אשה עבור חבירו חוששין לשליחות ונראה דוקא בשדיך אבל לא שדיך אפי' לשליחות לא חוששין. והר"ן כתב שדעת הרי"ף כפירוש הגאונים. והעלה דאם אמר הבן כל העושה רצוני יקדשה לי כוונתו לשלול את אביו דלא חציף אינש למגות אביו שליח, אבל אחר נכנס בספק וחוששין, וזה דלא כדעת רש"י שכתב דרבינא לא סובר כרב ושמואל והיינו לא חוששים שמא נתרצה האב. ותוס' הרא"ש סיכמו הסוגי' דהלכה כרבינא וכתב מהריב"ל ח"ג סימן צ"ה דהכוונה לא חוששים שמא גילה דעתו לאביו שחפץ בה וכן לא חוששים לשום אדם שמא עשאו שליח. וכן דעת המהרשד"ם בתשובה סימן לה בנדון אחד שקידש אשה לחבירו דלא חיישינן לקידושין.

ח. **אמנם** הרא"ש בפ"ב ס' ז' הביא בשם הרמב"ן דהא דפרכינן ודילמא ארצויי ארצי קמיה היינו שהאב הרצה לפני הבן שרצונו להיות לבן שליח וכתב ע"ז הרא"ש דלא משמע כן בגמ' והטור הביא הדין בשם הרמ"ה דבאופן זה הוו קדושין גמורין. וכתב הב"י שיש בדברי הרא"ש קיצור והו"ל לכתוב שהרא"ש חולק על הרמב"ן בפירוש הגמ' ובים של שלמה כ' דהרא"ש לא פליג על הרמב"ן לדינא, רק בפירוש הסוגיא והרמ"ה כתב דבאיש אחרינא בכה"ג הוי ספק קדושין. גם בב"ח כתב דהרא"ש לא פליג על הרמב"ן בדין אלא בפירוש הגמ' ובח"מ ס"ק י"ג הביא דהרא"ש והרמב"ן ס"ל דהוי קדושי ספק אבל הרמ"ה כתב דהוי קדושי ודאי ותמה על דבריו.

והט"ז ס"ק ו' כתב לתרץ דבאחר שהלך וקידש והרצה לפניו ושתק יש הבדל בין אב לאחר דבאב שייך לומר ששתק מחמת שלא נתרצה אבל באחר ודאי היה לו השיבו מה בדעתו וממה שלא השיבו ודאי מקודשת. ומ"מ כתבו האחרונים דיש מחלוקת אם הרא"ש חולק על הרמב"ן וכתב בפרי האדמה ח"ג דף כ"ב דיש ס"ס להתיר ספק שמא הלכה כהרא"ש דחולק על הרמב"ן וס"ל דאינה מקודשת וכ"כ הרב יהודה נבון והרב יונה נבון בתשובותיהם. והס"ס שמא מה דשתק לא חש לדבריו ואת"ל שמא השתיקה מהני דילמא הלכה כהרא"ש ע"ש.

ט. **ובשו"ת** פני משה ח"ב ס' ב' דן באופן שאבי הבן דיבר עם אבי הבת בפני הבן ושתק ובאותו מעמד קידש האב את הבת לבנו. והביא תשובת המבי"ט דגם באופן זה אינה מקודשת משום שלא הרצה האב לבן ודייק דמדברי הרמב"ן משמע דדוקא בהרצה לבנו ושתק ס"ל לרמב"ן דיכול לקדש עבורו. ובס' נחפה בכסף ח"ב סי' י"ט כתב דעד כאן לא כתב המבי"ט והפני משה דאינה מקודשת דוקא באופן שאבי הבן דבר עם אבי הבת בשעת מעשה הקדושין אבל אם לפני כן דיבר האב בפניו עם אחרים והלך וקידש האב לבנו באופן זה הוי קדושין כדעת הרמב"ן והרמ"ה. ואפי' נאמר דהמבי"ט ופני משה חולקים מ"מ הרי קימ"ל בדבר עמה על עסקי קדושין ונתן לה בסתר מקודשת וה"ה בדיבר עם אחרים וקידשה לבנו דמקודשת, ובפרי האדמה הובא בנחפה בכסף סי' י"ט פליג על זה והוי ספק ודו"ק.

סימן לד

זבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י

א. **בגמרא** קדושין מט: ההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי, אמר רבא הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים, וכתבו התו"ס דאם גילה דעתו אע"פ שלא התנה אזלינן בתר אומדנא וכ"כ התוס' בקידושין שם וראיה מהגמרא כתובות צ"ז. זבין ולא איצטרכו ליה זוזי הדרי זביני או לא הדרי. תא שמע דההוא דזבין ארעא לרב פפא דאיצטרכו ליה זוזי למיזבן תורי לסוף לא איצטרכו ליה ואהדריה ניהליה רב פפא לארעיה ההוא לפנים משורת הדין וכו' והלכתא זבין ולא איצטרכו ליה זוזי הדרי זביני. וכתבו התוס' וכגון שגילה דעתו בשעת המכר דאמר ליזבן תורי קא זבין שאי שתיק ליהו דברים שבלב. וכ"כ הגמ' קידושין מט. גבי ההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל. התם נמי דגלי דעתיה. ויש דברים שלא מועיל גילוי דעת עד שיתנה. כגון מוכר מלבושיו שם בעינן תנאי ויש דברים שאפי' גילוי דעת לא בעי כגון

שטר מברחת דכתב נכסיו לאחרים ואח"כ שמע שיש לו בן שהמתנה בטלה.

ובהפלאה כתב דאשה שמכרה למזונות ונישאת ולא איצטרכו לה זוזי למזונות לפי"ד התו"ס המקח בטל ולא הוי מכירה ותגבה כתובתה מקרקע וצ"ל דלא הדר זביני ופנ"י תמה דאי אפשר להעמיד באופן דמכרה למזונות וסילקו אותה היתומים בכתובתה דהא מה דהדר זביני לא לה אלא ליורשים וה"ה באוקימתא של בעל ההפלאה ותירץ דאיירי שהיתומים מסלקין כתובתה מדמי הקרקע שמכרה למזונות דהשתא לא איצטרכו לה זוזי שהיא יכולה ליזון מפירות הקרקע שלה משא"כ כל כמה דלא סילקו לה הקרקע בכתובתה לא הייתה יכולה ליזון מהפירות דפירות מטלטלי ולא מוציאין למזונות. ובאילת אהבים פי' כגון שמכרה לכתובתה והודיעה שרוצה להתחתן. ואחר שמכרה והפסידה מזונות חזר בו האיש שרצה להתחתן. וממילא אם נאמר המכר בטל הרי השדה חוזרת וגובה מזונותיה. ובעצם הדין של זבין ולא איצטרכו ליה זוזי כתב הרמב"ם פי"א ממכירה הל' ח' מי שמכר חצרו או שדהו ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני או מפני המטר שנמנע כדי לקנות חטים בדמי חצרו ה"ז כמוכר על תנאי לפיכך אם ירד המטר אחר שמכר או באו חטין והוזלו וכו' ה"ז מחזיר אותם דמים ותחזור לו קרקעו שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה וכן כיוצא בזה.

ב. **ויש** להסתפק בההוא דזבין נכסי אדעתא למיסק לא"י ולא עלה מרצונו. האם נאמר כיון שבידו לעלות ולא עלה לא בטל המקח או רק אם אתיליד אונסא אבל כל שאין לו אונס המכר קיים. וכתב המל"מ פ' י"א ממכירה בשם הרמ"ך וז"ל ואע"פ שמדברי הר"ן מוכח דמה שלא עלה משום דאיתילד אונסא באורחא הא לאו הכי כגון נמנע מעצמו המכר קיים. היינו משום שהתנה אם לא יעלה מחמת שיעכבוהו אבל אם מכר סתם ע"מ שיעלה גם אם לא עלה מחמת רצונו המכר בטל. ותמה עליו המל"מ דהר"ן כתב דבריו למ"ד דלא בעי תנאי כפול בממון. דאי כפל אפי' לא רצה לעלות מרצונו המכר בטל. ודחה הר"ן ראיתם דלעולם בדכפליה אלא שהתנה אם לא יוכל לעלות ולכן בעינן אונסא רבה אבל כשגילה דעתו לחוד שמוכר כדי לעלות לא"י אע"ג דמהני גילוי דעת בשעת המכר מ"מ אם היה יכול לעלות בלי שום אונס ולא עלה המכר קיים. והא דמהני גילוי דעת בלי לכפול היינו באומר כן בשעת המכר כפי שדייק ה"ה מדברי הרמב"ם אבל גילה דעתו לפני כן ולא אמר בשעת המכר חיישינן שמא חזר בו.

ג. **ובביאור** הסוגי' ההוא דזבין נכסיה אדעתא לעלות לא"י פי' רש"י קרקעות וכ"כ התוס' כתובות צז. והרמב"ם פי"א ממכירה הל' ל' וכ"כ הרא"ש בקידושין ס' ט"ו, דוקא קרקע. וכתב הרא"ש דטעמא דבמטלטלין אין כאן גילוי דעת אפי' אם פירש בשעת מכירה שדעתו לעלות לא"י. וכתב מהרש"א טעמא כיון דהגמ' אמרה לקמן שאני הכא לחומרא משמע דיש הבדל בין קרקע למטלטלין דקרקע מספק בחזקת בעליה עומדת ולכן בטל המקח אבל במטלטלין מספק הם בחזקת הלוקח. הרי לפי המהרש"א הא דלא בעי תנאי בקרקע ואמרינן המכר בטל לא מעצם הדין אלא מספק וזה לא נראה מדברי התוס' והסוגי' דכתבו התוס' דיש דברים דגלוי דעת לבד מהני בהם משמע מדינא.

ועוד לדברי מהרש"א דבמטלטלים אמרינן דלא בטל המקח מספק למה יועיל ויזכה הלוקח הרי יש כאן ספק בחלוקת המקח אי אמרינן דברים שבלב או לא וא"כ מהכי תתי שיזכה הרי החפץ נכנס ברשותו בספק. והוי תפיסה לאחר לידת הספק דלא מהני, אלא ע"כ דמה שמבטלין המקח בקרקע מתורת ודאי דלא חל ואנן סהדי דבמטלטלין מוכר בכל אופן והא דבקרקע אמרינן בגמ' מה שעשה עשוי ודברים שבלב היינו באופן דאמר לפני כן שמוכר אדעתא דהכי ובשעת המכר לא אמר כן. ובמטלטלין אע"פ שאמר בעת המכר אמרינן מקח קיים.

ובאופן שמכר קרקע ואמר על דעת לקנות חטים וכו' כתב הר"ן דוקא אם המוכרים חזרו בהם המקח בטל. אבל נמלך הוא שלא לקנות אותו דבר משמע בהא לא מבעיא דהמכר קיים. ואם יש הכחשה בין המוכר ללוקח אם גילה דעתו או לא. עיין בשו"ת מהרשד"ם ס' ר"ס ומהרי אדרבי ש"ת דברי ריבות ס' קפ"ח. והרמב"ן הוכיח מסוגי' דידן זבין ולא איצטרכו ליה זוזי דמי שמכר על דעת לעלות לא"י לא בעי תנאי כפול. וכן דעת הראב"ד דבממון לא בעי תנאי כפול דלא קיי"ל כר"מ אלא כחכמים. אמנם הרשב"א כתב דגילוי דעת עדיף מתנאי דבתנאי בעינן משפטי התנאים דכיון שפירש תנאי ולא כפל מוכח שאינו מקפיד. והרמב"ם פסק דבעי תנאי כפול וע"כ מה שפסק בהלכות מכירה שגילוי דעת מהני על כרחך דגילוי דעת עדיף מתנאי.

והטור כתב בס׳ ר״ז אם פירש בשעת מכר על דעת לדור במקום פלוני ועלה ולא איתדר המכר קיים כ״כ הרא״ש. דבגמ׳ איכא תרי לישני לישנא קמא דרבא כל דסליק אדעתא למידר והא לא איתדר איכא דאמרי ע״מ למיסק והא סליק. ופסק הרא״ש כלישנא בתרא. ותמה הט״ז דבשלמא אם אומר ע״מ לעלות שייך לומר כל שעלה המכר קיים אבל באמר ע״מ לדור ולא איתדר ליה לכו״ע המכר בטל אפי׳ ללישנא בתרא וכתב דיש טעות לשון בטור וצ״ל ע״מ לילך. אמנם לשון הרמב״ם משמע במוכר קרקעותיו ופירש בשעת מכירה שמוכר כדי לילך למקום פלוני או המטר שנמנע, כדי לקנות חטים בדמיו ה״ז כמוכר על תנאי וכו׳. וכתב הג״א דהא דמכר נכסיו על דעת למיסק דאם לא גילה דעתו אמרינן דברים שבלב מ״מ אם נתן לקרוביו על דעת לעלות ולא עלה, אמרינן דברים שבלב הוי דברים ובטלה המתנה. וכ״כ הש״ג בפ׳ אלמנה ניזונית והר״ן בקידושין כתב במברחת מוכחא מילתא משום דליכא דיהיב כולהו נכסי לאחרים, והיינו טעמא בשכיב מרע שנתן כל נכסיו אם עמד חוזר, ולא אמרינן דברים שבלב נינהו. כיון דמוכחא מילתא לא שייך לדונם לדברים שבלב. והטעם לחלק בין מכר למתנה, דבמכר אגב זוזי גמר ומקני משא״כ במתנה כמו שמוכח בב״ב מז: ע״ש.

ד. **ובתב** הסמ״ע בס׳ ר״ן ס״ק ט״ז דאפי׳ בנותן נכסיו אם שייר הוי דברים שבלב ואינו חוזר ומה שכתב הר״ן דאגב זוזי גמר ומקנה לאו דוקא אלא ה״ה במתנה דאי לאו דעביד ניחא נפשא לא יהיב ליה. וחידש הר״ן בקידושין דגילוי דעת עדיף מתנאי דבמשנה דכסבור שהיא כהנת דאפי׳ לר״מ דבעי תנאי כפול הנ״מ כשהתנה דהואיל והתנה ולא כפל, במשמעותו שבכל ענין יהיה המעשה קיים, אבל מי שגילה דעתו דעל דעת כן הוא עושה הרי זה כאילו התנה וכפל ע״כ. וכ״כ רדב״ז ח״א ס׳ תקע״ג דלרוב הפוסקים יותר מועיל גילוי דעת מתנאי שאינו כהלכתו ובספר גור אריה יהודה חאהע״ז ס׳ י׳ י״א הביא דברי הרדב״ז וכתב בשם הגאון מהר״ם אבד״ק ברא״ד דאי איכא אומדנא מהני גם תנאי שלא כהלכתו ולא מיגרע עי״ז האומדנא. ובכנה״ג אהע״ז ס׳ ל״ח הגהות ב״י הביא דברי הר״ן בקידושין והקשה עליהם מדברי הר״ן פ׳ מי שאחזו שכתב מפורש דליכא למימר דגילוי דעת עדיף מתנאי שלא נכפל דהא לעיל בפ׳ השולח במוציא אשתו משום שם רע דאיכא אומדנא ובעי ר״מ תנאי כפול משמע אע״פ דאיכא אומדנא בעי תנאי כפול ואי לאו הגילוי דעת לא מהני. וכן העיר השער המלך פ״ו מאישות ושו״ת מהר״ם אלשיך ס׳ ע״ח דגילוי דעת לא מהני רק בממון ולא באיסורא והעלה בשער המלך שד״ז תלוי במחלוקת הראשונים, ע״ש. ובמהרשד״ם ח״מ ס׳ רפ״ט כתב דאם לא נראה לפנינו המניעה צריך להראותו לפנינו דאל״כ נפל פיתא בבירא וכל אחד יכול לומר כן ע״ש.

ובשו״ת משפט שלום ברזאן ס׳ פ״ז הביא תשו׳ פני יהושע לגאון מגיני שלמה ח״ב ס׳ צ״ז בדין ראובן שהיה בע״ח לאדון א׳ והיה לאדון בע״ח ופלש לביתו ובא ראובן לפני הקהל והציע את צערו ורוצה למכור הבית ונתמנה סרסור והבית נמכר, ובינתים באה אחותו והציעה לו הלואה לסלק הבע״ח ורוצה לחזור מהמקח והעלה דאף דהזכיר לפני הקהל שמוכר כדי לסלק החוב מ״מ כיון שלא אמר לקונה אף שהזכיר זה בפני הסרסור אפשר דלא מהני רק אם גילה דעתו לקונה. וגם צריך שיזכירו בשעת גמר המקח ולא בעת שנושא ונותן בפיסוק הדמים. ועוד נראה דאם מוכר מחמת אונסו ודוחקו למעות גמר ומקנה, דכל מוכר אנוס הוא. והרמ״א כתב ודוקא במוכר מטלטלין לא מהני גילוי דעת. ומשמע מלשון זה דהדין ברור בלי שום חולק. וגם הב״י לא הביא מי שחולק אמנם הב״ח הביא מדברי המרדכי והג״א כתובות פ׳ אלמנה ניזונית דוקא במקרקע. אבל במטלטלי ספק הוא ואין מוציאין מיד הלוקח כך מצאתי בספר החכמה בשם פרי חדש עכ״ל.

וזה לכאורה סותר דברי הר״ה שהביא הטור דכתב דדוקא בקרקע אבל לא במטלטלין כיון שמשך קנה ושוב אי אפשר לבטל. ותירץ דגם כוונת הר״ח שהביא הטור שקנה מספק כיון דלוקח מוחזק כמו שמצאנו בס׳ כ״ב משוך בהמה זו וקני כלים שעליה שכתב הרמב״ם והטור בסתם לא קנה אף דהוי בעיא דלא איפשטא והכ״נ בזה. ע״ש. ובדרישה עמד על סתירת הר״ח וכתב דספר החכמה נקרא ע״ש ר״ת וצ״ל דמרדכי והג״א בשם ר״ת אמנם באספת זקנים במ׳ ע״ז הביא בשם ר״ח הא דאמור רבנן זבין ולא איצטרכו ליה זוזי לא מוכחא מילתא אלא בקרקע. אבל במטלטלי ספק היא וקימ״ל ספיקא דממונא קולא לנתבע והלוקח נקרא נתבע וזה כלל גדול בדין דהמוציא מחבירו עליו הראי׳. ובשו״ת אבני קודש ס׳ כ״ג כתב דבכל מקום שיש ספק היינו בדיעות האדם ובמחשבתו אי קפיד במטלטלין או לא והביא מדברי הרא״ש פ״ט דב״ב ס׳ כ״א וס׳ פ״ג דאין לבטל מכר מפני ספק אומדנא וא״כ הוי בכל גווני הלוקח כמוחזק במקח

וכו'. וכ"כ בשו"ת ח"ס חו"מ ס"ק ב' דכתב דבמטלטלי הוי ספק והמוחזק יכול לטעון קים לי ובשו"ת מהרשד"ם ח"מ ס' שצ"ז כתב דבמטלטלין לא מהני גילוי דעת רק אם האומדנא חזקה בודאי מהני גילוי דעת גם במטלטלין דזיל בתר טעמא ע"ש.

ה. **וכתב** מר"ן בחו"מ ס' ר"ז סעיף ד' ואע"פ שקודם המכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כן כיון שבשעת המכירה לא אמר אינו חוזר. וכתב הרמ"א בשם הרא"ש דאם יש אומדנא דמוכח נתבטל המקח, ע"ש. ובשו"ת פנ"י הסתפק דאם אמר בתחילת המקח ולא הפסיק מאותו ענין ומכר אי חשיב כאילו היתנה בשעת מתן דמים. ובשו"ת מהרש"ם הביא בשם עטרת צבי דיש הבדל בין דברו ומכר סתם לבין היה תנאי ועשו שטר סתם דבזה אמרינן על דעת התנאי וסיים כ"כ ריב"ש ס' ק"ב.

והנה בדין זבין נכסיה על דעת למיסק לארץ ישראל דאמרינן דברים שבלב וכל שגילה דעתו אע"פ שלא היה תנאי כפול מהני. וכתב רש"י דאיירי במוכר קרקע. וכ"כ הרא"ש וכן נראה לשון הרמב"ם שכתב מי שמכר חצרו או שדהו וכו' וכתב המהרש"א דאם מכר מטלטלין הנ"ל הלוקח מוחזק והיינו דבגמ' אנו מסופקים ולכן בקרקע מעמידים בחזקת מרא קמא ובמטלטלין מעמידין בחזקת המוחזק. אמנם הפנ"י פ' דכיון דהלוקח רוצה להחזיק מספק לא יכול להחזיק ולכן גם במטלטלין הדין כן. אמנם בסוג' דמומין בכתובות ע"ו ד"ה על בעל החמור להביא ראי' כתבו התוס' היכא דליכא חזקה אע"פ שהוא מוחזק וחזקת הגוף מסייעת ליה וכו' טעמא דשמואל מוקי לה לפרה בחזקת מרא קמא. והא דפריך בהשואל גבי מחליף פרה בחמור וילדה דיחלוקו וליחזי ברשותא דמאן קיימא ולהוי אידך המוציא מחברו עליו הראי', אלמא לא מוקמינן אחזקת מרא קמא היכא דתפיס אידך ותרצו התוס' דשם פריך אליבא דמסקנא דהכא דלא קאי הכי. ע"ש. וכן בספיקא דדינא קימ"ל דאם תפס אין מוציאין מידו. כפי שהאריך בס' תקפו כהן ובס' כ"ו והעלה דגם להטור והרא"ש תקפו כהן מוציאין מידו.

וכן מוכח מסוגי' בב"מ דף ק. המחליף פרה בחמור דאוקמינא בעומדת באגם או בסימטא ופרכינן ולוקמה בחזקת מרא קמא ולהוי אידך המוציא מחברו עליו הראי' ומשני הא מני סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקים. משמע בהדיא דלרבנן כשאינו בחזקת אחד מהם מוקמינן אחזקה וכן כתב תשב"ץ ח"ב ס' רע"ב ע"ש ומה שהק' המל"מ מדכתבו הרי"ף והרמב"ם דבספק דפ' המפקיד אי קנה שומר הכפל או לא דיחלוקו. כבר כתב מר"ן הב"י בס' רצ"ה כיון שכפל אינו ביד המפקיד ומעולם לא זכה ולא בא לידו לכן יחלוקו דלא הוי מוחזק.

ומה שכתב המהרש"א דכל הדין בקרקע וכיון שיש ספק מוקמינן בחזקת מרא קמא זה לכאורה נסתר מדברי הרשב"א והביאו מר"ן בחו"מ ס' כ"ט דאם יש שני כתי עדים שהמכירה על תנאי כיון שהלוקח ירד כדין והמוכר החזיקו כראוי אלא שמביא עדים שיש לו להסתלק מחמת התנאי וזה מביא עדים שלא היה תנאי מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח שהוא עכשיו בידו. ע"ש. והכא נמי כיון שהלוקח ירד כדין והמוכר רוצה לסלקו מחמת שגילה דעתו ולא עלה לא"י מספק הלוקח הוא מוחזק ואיברא שהרי הש"ך בס' תקפו כהן ס' נ"ח כתב דבקרקע לא שייך תפיסה ובחזקת בעלים הראשוני' הוא. ומה שכתב הרשב"א דבתנאי מעמידים ברשות הלוקח כיון דהגמ' אמרה תנאי מילתא אחריתי ולכו"ע ירד ברשות אלא יש תנאי שאחר כמה שנים יחזיר, נמצא שעל השנים הראשונות אין מחלוקת שהיא שלו לכן לא מוציאין מידו.

ו. **ומצאנו** למל"מ פט"ו מטוען הלכה י"א שמחלק בין תרי ותרי לספיקא דדינא וכתב דאפשר דהרשב"א מודה בספיקא דדינא מוקמינן קרקע בחזקת המוחזק. אבל דעת האחרונים דגם בספיקא דדינא מוקמינן קרקע בחזקת בעליה. ולא מהני גילוי דעת דכל מוכר מחמת שירד מנכסיו ודוחקו מוכר, ואחר איזה שנים מתעשרים וכי נימא דיש בידם למחות דהא יש גילוי דעת וקימ"ל גילוי דעת אפי' אחר כמה שנים מהני, וכמו שכתב הרב ב"י בס' ר"ז בשם הרשב"א במחודש כ"ג. אלא ודאי גילוי דעת כזה לא מהני דבגמ' כתובות צז. אמרינן ההיא בצורתא דהוי בנהרדעא וזבנינהו כו"ע לאפדנייהו לסוף אתו חיטי דהרי שם בתוך המוכרים יש שמכרו כדי להרויח ולהשתכר וכו' והעלה דהמקח קיים והדין דין אמת, ודוקא הכי דמוכר כדי לקנות איזה דבר ושוב לא הוצרך דלא הוי אונס בזה מהני גילוי דעת משא"כ באונס ודחק ע"ש. ומה שכתב דאם היה אונס ודחוק לא שייך גילוי דעת צע"ג, וכתב עליו המשפט שלום מ"מ המעיין בתשובה יראה שנחלק עמו גדול אחד בזה וגם הרב פני יהושע לא כותב דבריו למעשה יען כי הבע"ד היה מחותנו והוא צידד בזכותו דרך פלפול בעלמא ע"כ כתב צ"ע לדינא. ובשו"ת מהרש"ל ס' ל"ח דן באדם שמכר ביתו וגילה דעתו על דעת ללכת למקום פלוני לעסוק

ברחיים למשך שלוש שנים והשר הדיחו לאחר שנה ומחצה וגרשו העלה דלא יכול לחזור על המכר כיון דכבר דר מקצת רק לבסוף בא האונס מזלו גרם והמקח קיים דהא אפי׳ אם מכר ע״ד לדור ועלה וא״א לדור כתב הרא״ש והטור דמקח קיים ומכ״ש בזה. והש״ך השיג עליו במ״ש מדברי הטור אבל מ״מ בגוף הדין הנ״ל י״ל דגם הש״ך מודה דכיון שדר שנה ומחצה וחידש המהרש״ל שהמוכר יברר שאונס בא עליו ולא פשע מידי דאל״כ בודאי א״י לבטל במקח דהמוציא מחבירו עליו הראי׳. ומש״כ גם בשוכר כן צע״ק דקימ״ל בכל מקום המשכיר נקרא מוחזק בכל ספק שביניהם כמו שכתב בס׳ שי״ב ס׳ ט״ו וכמה דוכתא ובס׳ זכור לאברהם ח״ג חו״מ אות מ בדין ת״ח שמכר ספריו אדעתא ליסע למה״י ולבסוף לא נסע ואיכא אומדנא דמוכח שאינו דחוק למכור אי לאו דנסע למקום אחר והיות והת״ח לא עשוי למכור ספריו מהני גילוי דעת בודאי אין אומן בלא כלים וכן נראה גם בכל אומנים שמכרו כלי אומנותם בכה״ג דהמקח בטל. ע״ש.

והנה בדין מוכר נכסיו לעלות לא״י הביאו רש״י ורמב״ם ועוד דוקא מוכר קרקע ובקצות החושן ס׳ שי״ט דן במשכיר והעלה דבשכירות אין דין זה דעביד אינשי להשכיר בתיהם כמו שכתב הרמ״א בס׳ שס״ג ס׳ ז׳ דסתם בתים בזה״ז קימו לאגרא א״כ שכירות בתים לא גרע ממכירת מטלטלין דלא מהני גילוי דעת אלא בעינן תנאי גמור. וכ״כ הנתיבות. אמנם בתוס׳ בסוגיא בשכר רחיים לטחון ובעל הבית לא מוצא לטחון חוזר בו דלכאו׳ מאי שנא משוכר בית דאפי׳ העני המשכיר ואין לו היכן לגור השכירות קיימת וכן הקשה הב״ח בס׳ שי״ב ותירץ דמיירי ברחיים של בנין דהוי כמו קרקע ובקרקע קימ״ל דמהני גילוי דעת.

ז. **ונמצא** פסקן של דברים דגילוי דעת מהני כמו זבין אדעתא למיסק לא״י ולא עלה ודוקא גילוי דעת בשעת המכר אבל אם לא אמר כלום בשעת המכר אע״פ שאמר וגילה דעתו לאחר המכר לא מהני דחיישינן שמא בעת המכר חזר בו וכוונתו למכור בלי שום תנאי ויש מחלוקת ראשוני׳ האם הדין שגילוי דעת מהני זה גם לר״מ דבכל הש״ס בעי תנאי כפול כאן סגי בגל״ד או דלר״מ בעי תנאי כפול וגמ׳ אליבא דרבנן דפליגי עליה, ע״ז כתבו הרמב״ן ורשב״א בגמ׳ דף מט. דהכא סגי אפי׳ לר״מ דגילוי דעת הוי כמו תנאי כפול. אמנם המאירי כתב דגם לר״מ רק אם המתנה רוצה שיתקיים המעשה והתנאי. כמו בני גד ובני ראובן שמשה נותן להם בעבר הירדן בתנאי שיכנסו להלחם בארץ כנען בעי תנאי כפול אבל כאן מוכר על דעת לעלות בגילוי דעת סגי גם לר״מ. אמנם הריטב״א כתב דלר״מ דבעי תנאי כפול דלא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו גם בגילוי דעת צריך לכפול והכא הסוגי׳ אזלא דלא כר״מ.

וכתב רבינו יונה לחלק דגילוי דעת מהני במוכר קרקעותיו על דעת לעלות לא״י אבל בלוקח לא מהני גילוי דעת כגון לוקח קנה יין להוליכו למקום פלוני והיין הוזל לא יכול לחזור בו. אע״פ שהיה גילוי דעת. והטעם דמוכר מתוך אונסו מוכר והרי נודע שלא מכר זה אלא מפני שדעתו למכור בשביל דבר הצריך לו למכור בשבילה ויש שאין מחלקין הרב המגיד פי״ז מהלכות מכירה הל׳ ה׳ בשם הר״י אבן מיגש. וכ״כ הנימוק״י בשם הרשב״א וריטב״א בב״ת צח. ושימ״ק שם. וכן פסק השו״ע ס׳ ר״ז וכתב הרמב״ן דאע״ג דגילוי דעת מהני כמו תנאי, מ״מ יש הבדל בין תנאי לגילוי דעת דבתנאי יכול לבטל המכר ע״י שלא יקיים התנאי דתנאי הוא בין לקיים בין לבטל אבל גילוי דעת מבטל רק באונס אבל אם לא אנוס אומרים קיים המכר דהיינו אם אין אונס תעלה לא״י וכ״כ הר״ן שם.

ח. **וכתב** הטור הא דמהני אומדנא לבטל המקח דוקא בדבר שלא היה ידוע בשעת המכר ונתחדש עתה. אבל אם חזר בו מרצונו המקח קיים. וכ״כ בפרישה ס״ק ז׳ דאם ידע מזה בשעת המקח המקח קיים. ובמל״מ בהלכות מכירה פי״א הל׳ ח׳ האריך בזה והביא דברי מהרש״ק. והר״ן בקדושין פ״ג במשנה כסבור שהיא כהנת כתב דאפילו לר״מ דבעי תנאי כפול היינו כשהתנה ולא כפל דכוונתו שיחול המעשה בכל אופן אבל מי שגילה דעתו אפי׳ לא כפל מהני דאנן סהדי דדינו ככפל ע״ש. ותמהו עליו דסותר עצמו ממסכת גיטין ובשער המלך פ״ו דאישות כתב לישב דברי הר״ן והביא דברי המהרי״ט בחידושיו לקדושין וכתב עוד שם דכל היכא דאיכא אומדנא אפי׳ לא התנה כסדר התנאים אלא אמר תנאי ולא כפלו כאילו כפלו. והביא ראי׳ מדברי התוס׳ דף ו׳. אך מהרשב״א גיטין בתקנת שמואל מוכח להיפך דכל שלא התנה כהלכתו הגט הוא גט ומחו״מ משמע דכל שלא היה יכול להתנות יותר מהני גילוי דעת וכתב הרדב״ז דגילוי דעת עדיף מתנאי שאינו כהלכתו והביאו בס׳ גור אריה יהודה בס׳ י׳, יא׳ והביא דעת הגאון מהר״ם אבד״ק בראד דאי איכא אומדנא מהני גם תנאי שאינו כהלכתו ושם

הרגא"י תמה עליו מהרשב"א גיטין והשער המלך פ"ו דאישות האריך בזה. והעלה דתליא תלוי במחלוקת ראשוני' והביא מהרשד"ם חו"מ ס' רפ"ט דאם המניעה לא נראה לפנינו צריך להראותו.

ובזכור לאברהם ח"ג חו"מ אות מ' בדין ת"ח שאינו עשוי למכור ספרים ומכר אדעתא ללכת למה"י ולבסוף לא נסע ויש אומדנא דמוכח דאינו דחוק למכור לולי הנסיעה למקום אחר העלה דאע"ג דספרים הם מטלטלים מ"מ מהני גילוי דעת שאין אומן מוכר כלי אומנותו וה"ה בכל האומנים שמכרו כלי אומנותם בכה"ג דהמקח בטל.

ט. **והנה** לקמן בס' שי"ח כתב הב"ח בהשכיר רחים ואינו מוצא לטחון יכול לחזור בו וקשה דמאי שנה ממשכיר בית והעני דלא מוציא את השוכר ותירץ דאיירי ברחיים של קרקע ובקרקע מהני גילוי דעת. והכא נמי דא"ל המשכיר לשוכר שהטעם למה לא נוטל דמים כיון שצריך לפרנס בני ביתו אבל עכשיו שהעשיר ולא צריך לטחון יכול לומר תן לי דמים, ואם לא יוכל לבטל השכירות דאדעתא דהכי לא השכיר לו הרחיים. ולא דמי לשוכר בית וחצר וחנות דהשוכר נפסד אם מוציאו תוך הזמן דלא מצי לאגורי תוך הזמן דלא היה השכירות לריווח משא"כ ברחיים דהשוכר אין לו הפסד בין יטחון או יתן מעות ע"כ. ובדין זה של רחיים הרא"ש חולק על התוס' וקימ"ל כהרא"ש א"כ מוכח דאומדנא לא מהני אבל יש לדחות דשם הרא"ש כתב אחר משום דמי הזקיקו למשכיר לקנות רחיים כדי להפקיע חיוב השוכר ועוד דשם הגילוי דעת לא היה על גוף השכירות אלא על הדמים ובכה"ג אמאי יתבטל גוף השכירות.

וכתב מהרש"ל ס' ל"ח על ראובן שהשכיר בית לשמעון למשך ג' שנים אדעתא שילך וישב ברחיים ששכר מהפריץ והפריץ הוציאו אחר שנה וחצי וראובן חזר על שמעון והשיב דאף דבמכר לא מהני בכה"ג מ"מ בשכירות אם חזר בו ע"י אונס בטלה השכירות דאף דהרא"ש פסק בשוכר לזמן קבוע ונפל בית של משכיר לא מוציא את השוכר תוך הזמן דשכירות ממכר הוא מ"מ לפי הרמב"ם וסמ"ג כל כה"ג מוציאו וכן עיקר. וכמו שכתבו התוס' בפרק השואל גבי שוכר אמר נתתי ומשכיר טוען לא קיבלתי ובשו"ע בס' שי"ב פסק מר"ן כדעת הסוברים דתוך הזמן לא יכול להוציאו ובב"י הביא בשם נ"י דידורו שניהם ע"ש. אבל בשו"ע לא הביא דיעה זו ובפרח מטה אהרון ח"א ס' א' ב' העלה דשכירות קרקע דמי למטלטלין לענין גילוי דעת ומה שאמרה הגמ' גילוי דעת מהני היינו בקרקע.

ובדין מכר מטלטלין אדעתא לעלות לא"י הוכחנו לעיל דדין זה רק בקרקע וכ"כ הרמ"א בס' רז סעיף ג' ומשמע דכו"ע מודו אמנם המרדכי הביאו הב"ח סעיף ז' והג"א בכתובות פ' אילו נערות כתבו דבקרקע מהני גילוי דעת ובמטלטלין הוי ספק ואין מוציאין מיד הלוקח וכ"כ בספר החכמה וזה סותר דברי הר"ח שהביא הטור והעלה דגם במטלטלין הוי ספק ומה שהמכר קיים כיון דהוי ספק ולוקח מוחזק. ובשו"ת פרי אדמה ס' ל"א כתב דבמטלטלין הוי ספיקא דדינא ובזכור לאברהם ח"ג חו"מ אות מ' כתב בשם פנים מאירות מי שמכר ביתו כדי לקנות בית אחר ולאחר המכירה נשרף הבית שרוצה לקנות והמוכר רוצה לחזור מהמכירה כי אין לו עתה מה לקנות והעלה שהדין עם המוכר והמקח בטל אבל ב"מ ס' ז' כתב דהמקח קיים דלא דמי לחיטים דשם החיטים מצויים ולכן אדעתא דהכי מכר אבל מוכר כדי לקנות בית זה מי אמר דהבית הזה יפול בחלקו שמא הבעלים לא ירצו למכור לו וכמו שאמרה הגמ' בב"מ עג: ותמהו עליו דהרי מוכר מפני המטר ובא המטר דבטל המקח ושם אין בידו. ודו"ק.

סימן לה

קדשה בגזל דאחרים

א. **גמ'** קידושין נב. אמר רב המקדש בגזל אינה מקודשת ויש להסתפק האם הקפידא בקדושין דבעינן שיהיה שלו או שלא יהיה גזול, ונ"מ אם קידשה בחפץ של הפקר שלא זכה בו. ומלשון הטור דכתב דכסף הקדושין בעינן שיהיה משל הבעל הכוונה י"ל דהקפידא שלא יהיה גזול אבל לא בעינן שיהיה שלו כמו לכם. וגם

לשון הרמב"ם מורה המקדש בגזל וכ"כ החת"ס או"ח סימן ק"פ ופי' שהדין בקרבן שבעינן שלא יהיה גזול אבל לא צריך שיהיה שלו. ויש להביא ראי' מקידשה בגזל לאחר יאוש מקודשת דאצלה הוי יאוש ושינוי רשות אבל אצל המקדש הוי רק יאוש ולא קנה מכאן ראי' דכל הקפידא שלא יהיה גזל אצלו, אבל לא צריך שיהיה שלו. וכן מצאנו למל"מ דהסתפק באופן דהאשה חולה וצריכה איסורי הנאה לרפואתה והבעל נותן לה אם יכול לקדשה בהם האם אזלינן בתו דידיה ולאו מידי נתן לה או כלפי דידה והרי היא קיבלה והן אמת דלמעשה לא נ"מ דאיסורי הנאה לא הוי ממון ומה שחולה שיש בו סכנה מותר להנות לא מדין ממון אלא זה איסור שהתורה התירה.

והח"מ בהשיגו על הרמ"א הביא דברי מהרי"ו דאפי' בגזל דרבנן לא מקודשת ודאי והעלה דאם קידשה בגזל עכו"ם דלא הוו קדושין גמורים ואם קדשה אחר מקודשת והש"ך בחו"מ סימן שמ"ח ה"א כתב דגזל וגנבת עכו"ם אסור מהתורה ושכן דעת הטור והסמ"ג והמחבר שם וכתב דקשה לפ"ז על הרמ"א באהע"ז דקדשה בגזל הגוי מקודשת כיון דלא חייב להחזיר רק משום חילול ד'. והוציא דין זה ממהרי"ו ס' קל"ח והמעיין במהרי"ו יראה שאינו כן וצ"ע.

גם בביאור הגר"א ס"ק ה' כתב דדברי הרמ"א ליתא, דקימ"ל גזל הגוי אסור מדאורייתא ומהרי"ו איירי בהפקעת הלוואתו דאין אסור אלא במקום חילול ד' וכן בחוות יאיר ס' ע"ט, השאיר דברי הרמ"א בצ"ע. וגם בס' יד דוד פ"ה הל' ז' אות פ"ח האריך לבאר דגזל עכו"ם אסור מהתורה ואם קידש בגזל עכו"ם לא מקודשת. ואפי' למ"ד גזל עכו"ם מותר אין זה שלו. וכתב הב"ש לישב דאע"ג דגזל עכו"ם אסור מהתורה היינו לגזלן עצמו אבל אם הגיע לידי אחר אפי' לפני יאוש קנה ולכן מקודשת. דהא עושק עכו"ם אינו אלא מדרבנן כמו שכתב הכ"מ ריש הלכות גזילה והטור, משום דבהיתר בא לידו והש"ך והח"מ הניחו דברי הרמ"א בצ"ע ולפי מה שאמרנו ניחא עכת"ד. וכ"כ בנחלת צבי ס"ק ד' דהרמ"א הוציא דין זה ממהרי"ו והאיסור כל זמן שהוא ביד הגזלן אבל אם מכרו הלוקח לא עובר שום איסור ולא חייב להחזיר רק משום קדוש ד' ולזה התכוון הרמ"א דכשקידש אשה הרי היא לא גזלה ולא מחוייבת רק משום קדוש ד' ולכן מקודשת. ובבני אהובה פ"ה הל' ח' השיג על הב"ש דהפקעת הלוואתן נאמרה בהלוואה דלהוצאה ניתנה אבל פקדון כל היכא דאיתיה ברשות הגוי נמצא והו"ה גזל ולמה מקודשת. ותירץ דהמהרי"ו חידש דגם הפקעת פקדון שרי.

ב. **ובאבני** מלואים ס"ק ג' כתב דתשובת מהרי"ו הנ"ל סוברת דגזל עכו"ם אסור רק מדרבנן ואפ"ה מקודשת אבל למ"ד גזל הגוי אסור מהתורה ודאי אינה מקודשת ומה שחידש הב"ש דגבי לוקח כיון דבהיתרא אתא לידיה הוי כמו עושק הגוי ואינו אסור אלא מדרבנן. הנה לפי מה שכתב הים של שלמה דלדעת הרמב"ם גם הפקעת הלוואתו אסור מהתורה א"כ הו"ה גבי לוקח אע"ג דבהיתרא אתא לידיה אסור מן התורה וא"כ גם בנידון מהרי"ו לא מקודשת. ואפי' נימא דהפקעת הלואתו מותר מהתורה וכשהגיע ליד האשה הוי בהיתרא מ"מ המקדש לא יהיב לה מידי וליכא נותן. ועוד הא כתב המג"א בס' תרל"ז בשם היראים דאף דגזל הגוי מותר מ"מ לא הוי שלו, וא"כ במה מקדשה כיון דלאו דידיה ולאו דידה ואפילו נימא דאזלינן בתר מקבל מ"מ כיון דלא קנתה גוף החפץ ואם בא אחר וחטף מידה מותר כיון דלא זכתה בו אלא דגזל הגוי מותר וא"כ אינה מקודשת בזה.

ובישועות יעקב בפירוש הארוך ס"ק ג' כתב לתמוה על הב"ש דבקונה מהגזלן הוי רק איסור דרבנן, דאין זה נראה כלל כיון דהגזלן מחוייב להחזיר מהתורה לא עדיף הקונה ממנו לענין קנית גוף הדבר, ואף אי נימא דלגבי לוקח הרי רק איסור דרבנן כיון דבהיתר בא לידו, מ"מ אמאי מהני כשקידש הגזלן את האשה הא מצד הנותן הוי דבר שלא שלו, דלגבי גזלן פשיטא דהוי גזל ממש דבאיסור בא לידו, ובשלמא מהרי"ו איירי שהגזלן מכר לאחר והאחר קידש בו את האשה א"כ גם האחר בהיתר בא לידו אבל מהרמ"א כאן משמע דהגזלן בעצמו קידש את האשה ואף דהאשה לא צריכה להחזיר מ"מ כיון שהגזלן בעצמו חייב להחזיר נמצא מקדש בדבר שלא שלו ויפה כיון בזה הח"מ בדבריו וכו' ובמט"ב דן אי אזלינן בתר נותן או בתר מקבל ושם הוכיח דאזלינן גם בתר נותן גם עיקר וכו' ולפי הנתיבות בס' שמח ניחא דבגזל הגוי אסור מהתורה אבל אין דין והשיב ואע"ג דבאיסורא אתא לידיה ולאו מידי יהיב מ"מ יש כאן הנאה שהמציא לה ודמי שכתב הר"ן בסוף פ"ב דקדושין דאם קדשה בחילופי איסור הנאה דאסורים למקדש ומותרין לאשה מקודשת. כיון דלדידה שריא וע"כ מטעם שהמציא לה הנאה. וכתב לישב עוד הנתיבות בספרו קהלות יעקב

ס׳ כ״ח סעיף א׳ דבכל גזלן התורה חייבה אותו להשיב הגזילה אשר גזל וכל שהגזילה קיימת חייב להחזירה והתורה הקנית הגזילה ברשות הגזלן דהרי חייבתו באונסין ובגזילה בעי קנין משיכה או קנין חצר וכו׳ וא״כ בגזל עכו״ם שאין דין והשיב יש לו קנין גמור בגוף הגזילה ואף למא״ד גזל עכו״ם אסור, מ״מ הגזילה בעצמה קנויה לו לגמרי ורק דמים חייב לשלם ויכול למכור הגזילה לאחרים או לקדש בו אשה ע״כ.

ובחקר הלכה ח״ב דף ל״ד ד׳ כתב דהא דכתב היראים שהביא המג״א דגזל הגוי לא חשיב לכם היינו לענין מצה ואתרוג דכתיב לכם אבל לענין קדושין כל שיהיב לה הנאה מקודשת וכאן כיון שלא חייב להחזיר הוי שלו כמו שכתב הנתיבות, וראי׳ מהריטב״א קדושין ו׳. קדשה בריבית קצוצה מקודשת והטעם כיון שאינו מחוייב להחזיר רק משום וחי אחיך עמך לדידיה אזהר רחמנא ולא לבנים וכו׳, ובשער אפרים ס׳ ב׳ האריך להוכיח דגזל עכו״ם אסור מדרבנן וכן דעת רש״י ורמב״ם ולכן כתב הרמ״א דאם קדשה בגזל עכו״ם מקודשת ע״כ.

ג. **יוצא** מדברי הנתיבות דכל שלא מחוייב להחזיר אם קידש בו אשה היא מקודשת ולפ״ז אם גזל פחות משוה פרוטה והשלים לפרוטה וקידש בו אשה הן אמת לענין לולב כתב הפמ״ג בס׳ תרמ״ט באשל אברהם דבגזל חצי פרוטה והשלים דלא הוי לכם מ״מ לענין קדושין כיון דפחות משוה פרוטה לא חייב להחזיר שפיר מקודשת כמו בגזל הגוי וכ״כ בקול אליהו סי׳ א׳ דאם גזל פחות משוה פרוטה וקדש בו אשה מקודשת כיון דלא חייב להחזיר חיישינן שמא שוה פרוטה במדי. וכ״כ בכפי אהרן ח״ב סי׳ ו׳. ובמנ״ח מצוה ק״ל לאחר שהביא הטעמים למה בפחות משוה פרוטה לא בר השבה דעת הרמב״ם כדפירש ה״ה בדבריו כיון דשיעור פרוטה בגזילה וגנבה מדין שיעורין הלכה למשה מסיני, וטעם ב׳ שהביאה הגמ׳ סנהדרין נ״ז ונ״ט שהוא משום מחילה וכתב דנ״מ בין שני הטעמים האשה אם צירף חצי פרוטה משלו וקדש בה אשה אי מטעם מחילה נמצא כל הפרוטה היא שלו ומקודשת, אבל לפי הטעם של חצי שיעור נמצא מקדשה בדבר שלא שלו. ולפי הנתיבות דכל שאין מצות והשיב הוי שלו גם לדעת הרמב״ם היא מקודשת דסו״ס נתן לה הנאה, ומ״מ יש להמלין על דברי המנ״ח דמצאנו מחלוקת אם יש מצוה בחצי שיעור וכמ״ש המל״מ הלכות יסודי התורה ומהרי״ט אלגזי בבכורות וגם לפי הרמב״ם למ״ד דגם בחצי שעור יש מצוה כמו באיסורים ניחא, ולטעם הרמב״ם דחצי שיעור הוא מדין מחילה דן בשארית יעקב סי׳ נ״ט דבגנב פחות משוה פרוטה ולא ידעו הבעלים יהא חייב להחזיר כיון דלא ידע דמחיל רק שלא יכול להוציא ממנו בדיינים מ״מ בקדש בו אשה מקודשת ואף דקדש בממון שלא שלו מ״מ כיון דהבעלים באו להוציאו בדיינים והמקדש לא רוצה להחזיר מ״מ הוי הנאה ביד האשה.

ובמחנה אפרים הלכות גזילה הלכה א׳ כתב בגנב פחות משוה פרוטה שטרם שנודע לבעלים חייב להחזיר דלא ידע דמחיל ובאיסורא אתא ליה וכן נראה דעת הרמב״ם פ״ה מאישות הל׳ ח׳ קידשה בדבר שאין בעה״ב מקפיד עליו כגון בתמרה או אגוז מקודשת מספק ונראה דאיירי הרמב״ם באינו שוה פרוטה ומשו״ה כתב דהוי ספק דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי וכ״כ תשב״ץ ח״א סי׳ כ״ג לי דוקא בדבר מועט כאגוז ותמרה דלא קפדי אינשי וליכא ביה אפי׳ איסור וכו׳ שכתב הב״י בריש״ס ס׳ שנ״ט הא הוי דבר דקפדי אינשי אפילו פחות משוה פרוטה אינה מקודשת דבשעת קבלת הקידושין לא ידע בעה״ב שימחול.

נסתפק הרב נשמת חיים לרבי חיים אבולעפיא סימן א׳ כשקדש אשה בחפץ שזכה בו מדין קים לי מהו, האם כיון דכל מה שזכה הוא מדין מוחזק והיות והשני יכול לתפוס א״כ לא הוי שלו או דילמא כיון דהשתא מיהא אין כח לשכנגדו להוציא ממנו בדיינים שלו קרינן ביה. ולאחר שפלפל בצדדי ההיתר העלה להחמיר ותשובה זו נדפסה במכתב שלמה סימן פ״ז ובבית שמואל אחרון חו״מ ס׳ א׳ כתב דהא דטוען קים לי אין מוציאין מידו היינו מספק ולכן אם קידש אשה בממון זה הוי ספק מקודשת ע״ש. אמנם בפ״ת חו״מ ס׳ כ״ו ס״ק י׳ כתב בשם שבות יעקב סוף ח״א בכללי קים לי דתפוס מדין קים לי לא חייב לצאת ידי שמים והביאו כנה״ג אות י״ב ובפרט לדעת מהרי״ק דטענת קים לי היא טענת ברי ע״ש. ויש לדון מאיזה דין יכול לומר קים לי כשני פוסקי׳ נגד פוסקים רבים החולקים וצ״ל דקיי״ל כשמואל דאין הולכים בממון אחר הרוב ולכן בטענת קים לי זוכה מדאוריתא במה שתחת ידו. הן אמת שדעת נאמן שמואל סי׳ ק״א דמה שיכול לטעון קים לי הוא רק מדרבנן מ״מ בחקרי לב יורה דעה חלק ב׳ סוף סי׳ מז כתב דהוי דאורייתא מטעם חזקה נגד רוב כ״כ ביפה עינף דף סא הביאו בגדי חמד מערכת ק׳ כלל י״ט. ובסמיכה לחיים ס׳ ט׳ הביא דברי נשמת חיים דהסתפק וכן הפמ״ג או״ח סי׳

קנ״ו באשל אברהם ס״ק ס׳ עלה ונסתפק וכתב אם קידש בממון של מסור דקימ״ל שמותר ליקח ממנו ממון אם מקודשת כיון דיש מחלוקת בדבר וזוכה מדין קים לי. וסוף דבר העלה דודאי מקודשת גמורה דשלו קרינן ביה. ואע״פ שיכול שכנגדו לתפוס מ״מ השתא מיהא הוא בידו ע״ש. גם במכתב שלמה ס׳ פ״ז הביא דברי הנשמת חיים וכתב דכל שזכה מדין קים לי הוי שלו לגמרי, ואם קידש בו הוי מקודשת דאף שאם תפס שכנגדו ממנו זכה מ״מ כל זמן שהוא בידו הוי שלו. וכההיא דכתב מהר״י וייל בס׳ קלא בפשטות דהמקדש באבק ריבית כיון דאין יוצא בדיינים הוי מקודשת ע״כ. ואף שאם בא לצאת ידי שמים חייב להחזיר כיון דאין יוצאת בדיינים הוי שלו וכ״ש בזוכה מדין קים לי דאינו חייב להחזיר אפילו לצאת ידי שמים. אמנם עדיין איכא לספוקי בזוכה מטעם קים לי נגד רוב רובא דרבותא אי מקודשת דהרי הרדב״ז בח״ז ס׳ קט״ו כתב שאין לומר קים לי כמיעוט נגד רבים. דא״כ בטל הא דאמרה תורה אחרי רבים להטות. אלא שמדברי כל הפוסקים לא משמע כן וכמ״ש הרב עדות ביעקב ס׳ ס״ד דיכול לומר קים לי כמיעוט. וכ״כ בספר גט פשוט בסוף דיכול לומר קים לי כשיש שני פוסקים דתרי כמאה ויכול לטעון קים לי והוכיח ממח״א מלוה ולוה ס׳ ב׳ דאם קידש בריבית מקודשת כיון דאיכא יאוש ושינוי רשות ואם בריבית קצוצה היוצאת בדיינים מקודשת כ״ש בטענת קים לי שלא מוציא בדיינים דאיכא יאוש ושינוי רשות ולא עוד אלא דאף לענין לכם גבי אתרוג מהני דלא נחלקו על הריטב״א אלא בריבית דבאיסורא אתא לידו. אבל בקים לי לכו״ע מהני ואם קידש אשה מקודשת ודאי.

ד. **קידש** אשה בגנבה וכו׳ אם נתיאשו הבעלים ה״ז מקודשת ואי לאו לא מקודשת. ובב״ש דן באריכות בגנב מפורסם שקידש אשה דהדין כפי שנפסק ברמב״ם ושו״ע חו״מ סימן שנו בלקח מגנב מפורסם חייב להחזיר דמים לבעלים. אפי׳ היה יאוש ושינוי רשות א״כ בנידון דקידש אשה כיון דהוא גנב מפורסם מחזירה דמי החפץ ונמצא דלאו מידי יהיב לה. אבל אם א״ל בהנאת החפץ כיון דהחפץ נשאר אצלה ואינה משלמת רק דמים אם יש הנאה מקודשת ואי לא כגון דהשוק מלא ממנו אין כאן הנאה ולא מקודשת. ובגנב שלא מפורסם ולא הודיע לה שהחפץ גנוב דאז אינה צריכה להחזיר לו הכלי וגם לא הדמים משום תקנת השוק אז אם מקדש אותה עם הכלי בסתר הרי היא מקודשת. ובאבני מלואים ס״ק ב׳ הקשה על הב״ש שכתב דבגנב שלא מפורסם מקודשת משום שאינה צריכה להחזיר הדמים מחמת תקנת השוק וקשה דלוקח לא חייב להחזיר דמים היינו דמים שנתן אבל אם קנה חפץ בזול צריך הלוקח לשלם ההפרש לבעלים כמו שכתב הב״י בחו״מ ס׳ שנ״ו וכ״כ הסמ״ע א״כ בקדושין שאין מזכין לאשה אלא שוה פרוטה והמותר צריכה להחזיר וכיון שנשאר בידה פרוטה וקדשה בחפץ ששוה מאה הרי דעתה להתקדש רק במה שאמר לה ובפועל מקבלת פרוטה והוי מקח טעות. והביא ראי׳ מהרא״ש סופ״ק דבבא מציעא המוכר שט״ח לחבירו וחזר ומחלו מחול אע״ג דצריך לשלם מדינא דגרמי מ״מ אינו משלם רק דמים שנתן הלוקח ולא שיווי השטר והביא ראי׳ ממקדשה בשט״ח דאחרים דאינה מקודשת דלא סמכה דעתה כיון דיכול למחול והשתא אפי׳ ימחול ישלם לה השטר אלא ודאי כיון דמשלם לה רק דמים שנתן והיא דעתה להתקדש בכל השטר לכן הוי מקח טעות ולא מקודשת. ולפ״ז במקדש אותה בגנבה בגנב שלא ידוע מקודשת רק אם החפץ היה שוה פרוטה. אלא שהש״ך בסי׳ שנ״ו כתב לחלק בדעת הרמב״ם בין גנב מפורסם לשאינו מפורסם דבאינו מפורסם זה נקרא בהיתרא אתא לידיה אבל בגנב מפורסם הוי באיסורא אתא לידיה א״כ בגנב שלא מפורסם אפי׳ שוה יותר מפרוטה מקודשת ע״כ.

ובקהלות יעקב מליסא כתב לתרץ קושית האבני מלואים עפ״י דברי הש״ך חו״מ ס׳ שנ״ג ס״ק ה׳ ו׳ שכתב החילוק בין גנב מפורסם שצריך להחזיר הדמים לבין גנב שאינו מפורסם שאין צריך להחזיר, הוא מדינא ולא מתקנת חז״ל אך כתב דהחילוק שכתב הש״ך שגנב מפורסם לא הוי שנוי רשות גמור ולכן צריך להחזיר הדמים הוא דחוק, דמהיכי תיתי לחלק דלענין קנין גוף החפץ אמרינן דהוי שינוי רשות ולגבי החזר הדמים אמרינן דלא הוי שינוי רשות. וכתב הטעם כיון דמהדמים לא מתיאש והתוס׳ כתבו בב״ק סט. דיאוש הוי כמתנה לגולן וכיון דאינו מתיאש על הדמים של החפץ חשיב החפץ שביד הגזלן כמשועבד לנגזל וגובה מהלוקח מצד טריפה של אפותיקי, ולכן בגנב שלא מפורסם אינו יכול לטרוף מלקוחות דהא אפי׳ אם נחשוב החפץ שביד הגזלן לאפותיקי מ״מ הא קימ״ל דאם עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע״ח גובה ממנו משום פסידא דלקוחות כיון דלית ליה קלא. אבל בגנב מפורסם דמדינא אסור לקנות ממנו ולא שייך פסידא דלקוחות יכול הנגזל לגבות דמי שורו מהלוקח מטעם טריפה ולכך בגנב שלא מפורסם ולא ידעו לא צריכה להחזיר ולכן מקודשת.

ה. **אלא** דיש לדון אם היא מקודשת מדאורייתא או דרבנן והב"ש ס"ק ג' כתב שזה תלוי במחלוקת דהב"י חו"מ ס' שנ"ו כתב דבגנב שאינו מפורסם לא מחזיר דמים היינו מדרבנן, דמדאורייתא חייב להחזיר רק מתקנת השוק פטור. ולפי מה שפסק מר"ן הב"י דבמעמד ג' שהיא מדרבנן מקודשת מדאורייתא גם כאן מקודשת. ובאבני מלואים ס"ק ב' כתב על מה שאמר הב"ש דלמ"ד במעמד ג' מקודשת מדרבנן דה"ה כאן ותמה עליו דבשלמא במעמד ג' הקנין הוא מדרבנן לכן שפיר שיתכן לומר כן, וכמו כן ביאוש לחוד דמהני מדרבנן אבל במקום שיש יאוש ושינוי רשות דגוף החפץ קונה מדאורייתא אלא מהתורה חייב להחזיר דמי החפץ לבעלים ורבנן פטרוהו משום תקנת השוק וכיון דכבר פטרו אותו חכמים מן החוב ולית ליה לנגזל שום טענה עליה א"כ מה לי מהתורה או מדבריהם וכיון שאין לו שום תביעה עליה הוי כאילו נתנה הדמים לנגזל ומקודשת מהתורה לכו"ע וכ"כ מהר"י הכהן יו"ד ס' נ"ז ובתשו' רע"א ס' רכ"א אות ה' בתשובה מבן המחבר כתב דהיות דהפקר בי"ד הפקר והגמ' בגיטין לו: הביאה פסוק וכל אשר לא יבא יוחרם כל רכושו הרי דכח בי"ד גם לסלק הבעלים דסילוק אין צריך קנין דבהפקר בעלמא נעשה, ע"י דיבור. אבל להקנות לחבירו בעי מעשה קנין. ולכן במעמד ג' הוי רק קדושי דרבנן דאף דמדאורייתא יצאו מרשות המקדש ע"י תקנת חז"ל, מ"מ לא באו הדמים לרשותה מדאורייתא דהא לא עשתה שום קנין ורק מתקנת חז"ל הם שלה. משא"כ במקדש בגזל אחר יאוש וש"ר דמיד כשפטרו אותה חכמים מלתת דמים לנגזל ממילא כבר נפטרה מדאורייתא. דהא להפקעת ממון יש לחכמים כח מדאורייתא וכיון דאין לנגזל שום תביעה עליה לכן מקודשת מדאורייתא.

ו. **אמנם** בבני אהובה פ"ה מאישות הלכה ו' כתב דגם בגנב ידוע מקודשת למרות שצריכה להחזיר דמי הגנבה לדעת הרמב"ם דהרי מי ששעבד לבע"ח בדאקני כל נכסיו שיקנה וכי לא יוכל לקדש אשה בכספו כיון דכסף קדושין משועבד לבע"ח שמא בע"ח יבא ויגבה מהאשה את הכסף ונפקיע קדושין כיון דנתקדשה בדבר שלא שלו, הא ודאי ליתא וע"כ כיון דגוף שלו ואין לבע"ח אלא שעבוד הרי מקדשה בדבר שלו, וה"ה כאן כיון דהגוף שלו וגם אם בא הנגזל ונוטל ממנה מ"מ המקדש חייב לה דמים ולא דמי למקדש ע"מ להחזיר דצריכה להחזיר גוף החפץ אבל כאן אף דצריכה לשלם דמים לנגנב או נגזל מ"מ גוף החפץ שלה ויש לנגזל רק שעבוד עליה ולכן מקודשת ע"כ. ובתבואות השדה ח"א שער ח' הביא דברי הבני אהובה וציין לעיין בשער המלך פ"ג מהלכות גניבה שכתב שקנין החפץ אינו תלוי בנתינת דמים כלל ולא הוי אלא חוב בעלמא והוסיף לפי מה שכתב בצמח צדק סי' קי"ז דמי שמכר חפץ לחבירו ולא נתן דמים והחפץ הוא בעין יש למוכר דין קדימה לטרוף החפץ. וא"כ אטו מי שלקח חפץ בהקפה ולא שילם המוכר יכול לטרוף הטבעת מהאשה ולא מצאנו בשום מקום שצריך לשאול ולחקור אם שילם את הטבעת וע"כ כיון שקנה הוי שלו ממש ומה שחייב דמים הוי רק שעבוד. ולכן שפיר חלו הקידושין, וה"ה הכא כיון שקנתה גוף החפץ ע"י יאוש וש"ר אין נתינת הדמים מעכבת הקנין ולכן שפיר מקודשת מן התורה. אע"ג דצריכה לשלם דמים לנגזל וכ"כ בדברי חיים אורבאך דיני קדושין סי' י"ד.

ז. **ונחלקו** מחלוקת הרמב"ם והרא"ש ביאוש ושינוי רשות שקונה האם צריך לשלם דמים או לא, כמבואר בחו"מ סי' שנ"ו דלדעת הרמב"ם גם אם יש יאוש וש"ר צריך לשלם דמים והרא"ש ס"ל דקנה לגמרי. וע"ז כתב בעצי ארזים ס"ק ג' דגם לרמב"ם דצריך להחזיר דמים היינו מדרבנן דמדאורייתא קנה לגמרי ורבנן החמירו כדי שלא יקח מגנב כמו שהביאה הגמ' בב"ק צה מחלוקת דלר"מ אפילו יש יאוש ושינוי רשות חכמים קנסו לחייב הלוקח לשלם כדי שלא יקנה מגזלן. ובאשה לא שייך תקנת השוק ולכן מקודשת כיון דמתקדשת בשוה פרוטה וכ"כ הש"ך שם דבגנב והקדש או נתן לא שייך תקנת השוק וכו' ולכן יש לדקדק בכמה דינים שכתב הב"ש גם המקנה בקו"א השיג על הב"ש דתקנת השוק היא רק על הדמים ואשה מתקדשת בפרוטה ואין שיעור לדמי הקדושין והאריך להוכיח דתקנת השוק לא תקנו באשה. ע"ש.

ועוד כתב הב"ש בס"ק ג' דלפי מה שכתב הרמ"א בחו"מ ס' שנ"ו דנהגו עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש מכח דינא דמלכותא דינא, מ"מ מדאורייתא מקודשת דקנתה החפץ וצריכה ליתן דמים לנגזל משום תקנת השוק והוי קדושין דאורייתא. ואם אמר לה דהחפץ גנוב לא קנתה אותו דלאו מידי יהיב לה ואם א"ל דמקדשה בטובת הנאה שהכלי שלה חלין הקדושין אפי' בזה"ז ואפי' שיש תקנה להחזיר החפץ משום דינא דמלכותא ע"ש. ובבית אפריים המובא בשו"ת ב"ח החדשות קונטרס אחרון לס' ע"ט תמה על הב"ש

וכתב כל שיש תקנת דינא דמלכותא להחזיר החפץ הוי הפקר ב״ד ולא קנה בכלל דכן כתב הש״ך שם דלאו דוקא מדינא דמלכותא אלא משום תקנת השוק וא״כ הקדושין לא חלו בכלל וכמו שכתב הב״י במעמד ג׳ דאם קנתה מדרבנן מקודשת מדאורייתא וה״ה כאן להיפך וכ״כ בערך שי על הב״ש ובאבני מלואים נמי דתמה על הב״ש דממ״נ לא מקודשת והעלה דדוקא בתקנת חכמים הוא דאמרינן קנין דרבנן מהני לדאורייתא אבל בדינא דמלכותא לא קונה מדאורייתא ונשאר בצ״ע על הב״ש. ועי׳ ח״ס יו״ד ס״ס שי״ד דהעלה דבכל מקום שאמרינן דינא דמלכותא זה מדאורייתא ודלא כמו שכתב הב״ש כאן ע״ש.

וכתב בשו״ע קידשה בגזל ונתיאשו הבעלים ונודע שקנה אותו ביאוש ה״ז מקודשת כן הוא לשון הרמב״ם בפ״ה מהלכות אישות וכ״כ הח״מ ס״ק א׳ דמשמע מלשון הרמב״ם דסתם גזילה לא הוי יאוש לכן דייק לכתוב ונודע דהתיאשו הבעלים. רק קשה מה שכלל כאן גנב וגזלן בחדא מחתא דהרי כאן איירי בגנב ישראל דקידש ובישראל אמרינן סתם גנבה יאוש בעלים הוא, וא״כ למה כתב ואם לאו אינה מקודשת אתרוייהו וצ״ל דאם לאו לא דוקא וכו׳ ושוב הביא דעת הרמב״ם פט״ו מהלכות גזילה וכן נפסק בשו״ע חו״מ ס׳ שס״א דמשמע שגם בגזלן ישראל אמרינן סתם גזילה יאוש בעלים הוא וסיים בצ״ע. וברמב״ם הביא עוד סתירה מפ״ד מהלכות כלים דמשמע דגם בגזלן לא אמרינן יאוש בעלים והב״ש הקשה מחו״מ ס׳ שס״ח והב״ח מיישב דמדאורייתא בין גנב בין גזלן לא הוי יאוש ורק מדרבנן הוי יאוש וכאן איירי בקדושין דאורייתא לכן בעינן דנודע שהתיאשו הבעלים.

ח. **והרא״ש** בב״ק סו. כתב אם קידשה בגזל דידיה אחר יאוש צריכה גט דרבא סבר דיאוש קונה רק מדרבנן אבל מדאורייתא לא קנה ע״כ. ודבריו קשים דהרי בקדושין כתב הרא״ש בדף יג. דוקא בשדיך בגזל דידה מקודשת וכו׳ אבל בגזל דידיה רק אם היה יאוש דקנה אותו והוי דידיה מקודשת ומשמע בקדש אחרי יאוש הוי דידיה ומקודשת וטעמא דאפילו דיאוש לא קנה מ״מ הוי יאוש ושינוי רשות בידה, וכמו שכתב ה״ה בפ״ה מהלכות אישות ואילו הרא״ש בב״ק כתב דגם בקדושין לא מהני אלא מדרבנן ועוד יש סתירות בדברי הרא״ש וכ״כ מהרש״ל ודרישה ומגיני שלמה דאפילו דיאוש לא קני מ״מ הא הוי יאוש ושינוי רשות בידה דקנה.

וצריך לומר דלדעת הרא״ש והרמב״ם קדשה בגזל אחר יאוש לא קנה אע״ג דהוי שינוי רשות בידה. דאזלינן בתר נותן דבעי שיתן לה כסף שלו, וכל זמן שבידו הוי רק יאוש דלא קני והגם כשהגיע לידה הוי שינוי רשות מ״מ לאו מידי יהיב לה. ולכן כתב הרמב״ם שנודע שקנאו קודם קדושין דמינה ילפינן דהוי ממונו. ודלא כסברת ה״ה דכיון דהוי יאוש בידו וכשהגיע לידה הוי שינוי רשות והיא קנתה גם הוא קנה דבתר דידה אזלינן. וכ״כ הריטב״א בקדשה בערלה אע״ג דחולה שאין בו סכנה מותר להנות שלא כדרך הנאתו מ״מ אסור לו למכור לחולה זה וליטול דמים ואפי׳ היא חולה וזקוקה להם מ״מ כיון דאסור לו לאו מידי יהיב לה. ועי׳ משנה למלך שהבאנו לעיל דמסתפק אי בתר דידיה אזלינן או בתר דידה ויש להוכיח מהרמב״ם והרא״ש דבתר דידיה אזלינן וכל דלא קנה לגמרי לאו מידי יהיב לה וזה שכתב הרא״ש שאם קדשה בגזל דידיה לבתר יאוש דקניה הוי דידיה ע״כ דקנה אותו לגמרי כשהוא ברשותו ביאוש ושינוי רשות ואח״כ קידשה בו דנמצא דנותן לה ממון. ולפ״ז מיושב הרמב״ם דכתב ונודע שקנה אותו דבר ביאוש, דהכוונה דתמיד סתם גנבה הוי יאוש ובגזלה לא הוי יאוש אבל זה לא עושה קנין אע״פ כשמגיע ליד האשה קנתה מ״מ בעינן שהוא יתן לה לכן הוסיף הרמב״ם ונודע שקנהו, ולא כתב שהתיאש שאז יש שינוי רשות ביד האשה אלא באופן זה לא מהני ודו״ק.

ט. **ובעצי** ארזים ס״ק א אחר שביאר דסתם גזילה לא הוי יאוש בעלים וסתם גניבה הוי יאוש כתב לישב דברי הרמב״ם ושו״ע דכתבו דגם בגנבה בעינן דידע דמיאש אחרת לא הוי קדושין והיינו טעמא כיון דתלוי בסמיכות דעת דידה דחוששת שמא הנגזל אמר בפירוש שלא מתיאש ולכן לא סמכה דעתה כמו מקדש בחוב של אחרים דלא מקודשת. ולכן כל שלא ידעה בפירוש שהתיאש לא מתקדשת, וכ״כ תוס׳ רי״ד. ומשמע דכל שהתיאשו הבעלים למרות שיאוש כדי לא קונה מ״מ כיון שהגיע לידה הוי יאוש ושינוי רשות וקנתה וכ״כ רבי אפרים מרגליות בתשובה בסוף הב״ח דאף דקימ״ל סתם גניבה יאוש בעלים מ״מ לענין קדושין בעינן שנודע שמתיאש דאל״כ לא סמכה דעתה והוא ע״פ מה שכתב הרב בעל המאור בב״ק דף קי״ד דכיון דסתם גניבה הוי יאוש בעלים א״כ תקנת השבין היכי משכחת לה, וכתב דמשכחת לה כגון שהיו בעלים מרדפין אחריו דגנב דמוכח דלא מתיאש וכ״כ תוספות. והרמב״ן במלחמות הוסיף דמשכחת לה דהבעלים לא ידעו בכלל שהוא גנב

אצלם עד שהכיר הגניבה ביד הלוקח ולכן דייק הרמב"ם דנודע שהתיאשו וכגון שידעו שנגנב ולא היו מרדפין דאז יש סמיכות דעתה ודו"ק.

וכ"כ הים של שלמה בב"ק פ"ז סי' ז' דלדעת הרא"ש אם קנה ביאוש לבד מקודשת מדרבנן אע"פ שנהיה שינוי רשות ביד האשה מ"מ בשעת נתינה לאו מידי יהיב לה ולכן צריך לקנות החפץ לגמרי כדי לקדשה. וזה נגד דברי ה"ה והרמ"ה שהביא הטור וסמכו ידיהם על כך הח"מ והב"ש דכל שהיה יאוש ביד הגזלן מקודשת כיון דאח"כ נהיה שינוי רשות וכיון שהיא קנתה גם הוא קנה. וכ"כ הגר"א ס"ק ד' דזה דעת רבינו ירוחם שהביא הרמ"א בסוף סעיף זה דאם קדש בגזל אחר יאוש מקודשת מדרבנן. וכן ראיתי בקונטרס אחרון של המקנה שכתב שכן דעת הרמב"ם כמו שהוכחנו דלא כדעת ה"ה. דממה שכתב הרמב"ם ונודע שקנהו. ולא נודע שנתיאשו משמע בבעלות תליא מילתא והוכיח דהרמב"ם והרא"ש נתנבאו בסגנון אחד. והוכיח ממה שהגמ' בקדושין נב הקשתה על רב שאמר קדשה בגזל מקודשת מברייתא קדשה בגזל לא מקודשת ולא משני כאן לאחר יאוש כאן לפני יאוש אלא משמע בכל אופן קדשה בגזל לא מקודשת אפי' אחר יאוש דלאו מידי יהיב. והיינו טעמא דבאיסורא אתא לידה וצריכה לתת דמים אבל אם קנאו הגזלן דבהיתרא אתא לידה לא צריכה לתת דמים וכ"כ הראב"ד בהשגות. וכ"כ במגיני שלמה קדושין דף נב. דפירש כן את הרמב"ם דיאוש עם שינוי רשות ביד האשה לא מהני.

י. **אמנם** הרבה אחרונים ס"ל בפשטות שכל שיש יאוש ושינוי רשות ביד האשה מקודשת כמו שכתב ה"ה וב"ש וחלקת מחוקק דאע"ג דיאוש כדי לא קונה מ"מ כל שקנתה היא גם הוא קונה וגם בים של שלמה לאחר שהסביר דברי הרא"ש כתב דזה דחוק דכיון שהיא קנתה גם הוא קנה ומקדשה. וגם הט"ז הסביר דעת הרא"ש דבעי קנין גמור ותמה על הטור דפסק כהרמ"ה והעלה דשנוי רשות שביד האשה מהני. אמנם הגאון כתב דהרמב"ם והרא"ש ס"ל נגד דעת ה"ה ובעי קנין גמור. ומ"מ דעת הרשב"א והר"ן וה"ה דכל דהוי שינוי רשות בידה קונה. ובעצי ארזים הרבה להוכיח כדעת ה"ה והרשב"א הנ"ל דכל דהוי שינוי רשות ביד האשה קונה. וכן הסביר דברי הרא"ש כפי שכתב הב"ש דאיירי באופן שאין כאן שינוי רשות ביד האשה דקיבל עליו אחריות וזה לא מוציא אותו מרשותו, ע"ש. וגם בגט פשוט סימן ק"כ ס"ק ז' כתב בפשטות דכל שיש יאוש ושינוי רשות ביד האשה מקודשת וכן הסביר דעת הרמב"ם בפרק י' מקדושין והרא"ש בקדושין כתב דעת ה"ה והאריך לדון בדברי הרא"ש דמקדש במה שקנה ביאוש, מקודשת מדרבנן דהרי יש יאוש ושינוי רשות.

ובחו"מ ס' שנ"ג נחלקו הפוסקים אם בעינן יאוש ושינוי רשות דוקא אבל אם הוי שינוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני וכמ"ש הרא"ש או דלמא לא שנא וכמ"ש הרמב"ם. ומ"מ לענין קדושין בעינן שיתן לה דבר משלו ואפי' לדעת ה"ה שחולק על הרמב"ם דכל שקנתה בשינוי רשות מקודשת דגם הוא קונה הנ"מ רק בקדם יאוש אבל בשינוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני בקדושין וכ"כ ב"ש ס"ק ד'. ולא דמי למקדש לאחר ל' יום דכאן בעת הנתינה לא שלו. וכתבו האחרונים דהב"ש חזר בו במהדורא בתרא שיש לנו. וכ"כ תבואות השדה ח"א שער יאוש דדברי הב"ש מסתברין דלא נתן לה כלום בעת הקדושין כיון שלא שלו הוא. ואע"פ שיש כאן שינוי רשות עדין לא זכתה האשה ואפי' בא היאוש אח"כ מ"מ בשעת הקנין לא קנתה, ולכן אין כאן בית מיחוש ולא מקודשת בכלל. ובקרית מלך רב ס' ס"א הוכיח מתוספות רי"ד גבי פטר חמור והקדש דכתב דבשעת קדושין לא יהיב לה מידי אף שפדאו אח"כ לא מהני דלא יהיב לא מידי וה"ה הכא. אולם בעצמות יוסף בקדושין נב. כתב דיש להסתפק אם נתיאשו הבעלים אחר שנתקדשה.

והנה כשמכר הגנב ואח"כ בעלים נתיאשו כ' הטור בחו"מ סימן שנ"ג דיש להחמיר ולחוש לכל החומרות ובגט פשוט בס' ק"כ ס"ק ז' כתב לדון בדברי הרא"ש והעלה בגט אם הבעל גזל הגט מהסופר ונתן לה והאשה שילמה אח"כ לסופר מגורשת. אך אם לא פרעה והיה יאוש ושינוי רשות בידה הוי ספק מגורשת דבעינן ונתן בידה וליכא, דדבר דלא שלו לא שייך ונתן. וסיים בעצמות יוסף אם כי מעיקרא דינא לאו מידי יהיב לה מ"מ לענין דינא צ"ע אם מקודשת בפרט אם המעות בידה עדין ולא נתאכלו.

י"א. **ובדין** זה אם מהני יאוש למפרע לכאו' היא סוגיא מפורשת בקדושין בדף נב: ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא אתא מריה דשיכרה אשכחיה א"ל אמאי לא תיתב מהאי דחריפא אתא לקמיה דרבא א"ל לא אמרו כלך אצל יפות אלא בתרומה בלבד וכו' וכיו"ב בב"מ כב. דפרכינן לאביי דאמר יאוש שלא מדעת

לא הוי יאוש למה אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה הרי בשעת הפרשה לא ידע ותירץ רבא בשויה שליח. ופשט הסוגיא איירי דתרומתו תרומה למפרע. וכולם תמהו על הרמב"ם דפסק פ"ד דתרומה דהתורם שלא ברשות תרומתו תרומה ותמהו עליו מהסוגי' דמשמע דמהני רק בעשאו שליח אבל לא עשאו שליח לא ותירצו דרק לגבי שיחול למפרע בעינן עשאו שליח אבל מכאן ולהבא מהני גם בלא עשאו שליח. וה"ה לענין קדושין כתב רש"י משום כיסופא אבל למפרע לא ניחא לו ע"כ. וכ"כ הר"ן דמכאן ולהבא חלין קדושין אם הם בעין ורק למפרע לא הוי קדושין. והב"ש ס' כ"ח ס"ק צ' הקשה על רש"י והר"ן דמשמע דאפילו מכאן ולהבא לא חלו קדושין וגם הריטב"א מוכיח דאפילו מכאן ולהבא לא חלו קדושין ובשער המלך הלכות גירושין ה"א דן בזה וכתב דהדבר שנוי במחלוקת ראשוני' בהסבר הסוגיא בכלך אצל יפות דאמרינן משום כיסופא ולכן בכל אופן כתב הריטב"א דלא מקודשת עד דמחיל בפירוש ואיתנהו לקדושין בעין ושם הוכיח מרש"י ותוס' דפליגי על הריטב"א דמקודשת מכאן ולהבא אם המעות בעין ונמצא אם נתאכלו המעות לכו"ע לא מקודשת. וכשהמעות בעין לרש"י ותוס' מקודשת מכאן ולהבא, ולריטב"א לא מקודשת וכתב דכן נראה דעת הרמב"ם ונמצא מידי ספק לא נפקא ובגדי שש אות ו' האריך לבאר דרש"י ותוס' לא פליגי על הריטב"א ע"ש. ובעונג יו"ט ס' כ"ט דן והוכיח דלמ"ד שינוי רשות ואח"כ יאוש מהני חלו קדושין למפרע דהא קניני גזילה אינם בשעת יאוש או שינוי רשות אלא בשעת הגזילה והעלה דאם א"ל תתקדשי מעכשיו אם יהיה יאוש בזה מקודשת ודו"ק.

סימן לו

קידש במעמד שלשתן

א. **המוכר** שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו קימ"ל כשמואל דאמר בכתובות פה: מחול. וטעמא כתב ר"ת דבכל שטר יש שני שעבודים שעבוד נכסים ושעבוד הגוף וכשמוכר מוכר רק שעבוד נכסים ושעבוד הגוף נשאר אצל המלוה ולכן יכול למחול וכשמוחל על שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסים. ולדעת הרי"ף והרמב"ם דמכירת שטרות מדרבנן לכן יכול למחול, וזה טעמו של שמואל. ואמרינן בגיטין יג. רב הונא אמר רב מנה לי בירך תנהו לפלוני במעמד ג' קנה אמר רבא מסתברא מילתא דרב בפקדון אבל במלוה לא, והאלקים אמר רב אפילו במלוה. והיינו טעמא דמעמד ג' היא תקנת חכמים והוא הלכתא בלי טעמא. וכתבו התוס' והרא"ש אע"ג דקימ"ל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול המוכר במעמד ג' לא יכול למחול. והוכיחו התוס' והרא"ש מסוגיא דלקמן מח. במקדש בשטר של אחרים ר"מ אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה מקודשת ובתחילה תלינן פלוגתייהו במחלוקת שמואל אם מוכר שט"ח יכול למחול וסמכא דעתה והסיקה הגמ' דכו"ע אית להו דשמואל דמוכר שט"ח יכול למחול וכאן פליגי בדרב הונא אמר רב דבמעמד שלשתן קנה האם רב אמר רק בפקדון אבל במלוה יכול למחול או גם במלוה. ומשמע דאם קימ"ל דרב הונא אמר רב איירי בין במלוה בין בפקדון לא יכול למחול וכתב הרא"ש טעמא משום תקנת השוק שחכמים הפקיעו שעבוד הגוף שיש למלוה ומסרו ללוקח ולכן לא יכול למחול. וכתב הר"ן טעם הסוברים דבמעמד שלשתן לא יכול למחול למרות דקימ"ל דמוכר שט"ח לחבירו יכול למחול, דס"ל כר"ת שיש שני שעבודים, או דס"ל כרי"ף ורמב"ם דבמעמד שלשתן נעשה כאומר לו משתעבדנא לך. ואע"ג דהגמ' הקשתה על זה מנולדים מ"מ עיקר הטעם נשאר. ומ"מ קשה דלדעת הרי"ף מכירת שטרות מדרבנן ולר"ת יכול למחול כיון דלא יכול למכור שעבוד הגוף דאין בו ממש, וא"כ למה במעמד שלשתן לא יכול למחול וצריך לומר משום תקנת השוק כפי שהזכירו התוס' שיסמוך על זה המוכר וימכור וחכמים סילקו שעבוד הגוף מראשון ונתנו לשני. ולדעת הרי"ף צ"ב למה לא יכול למחול ואף דקנין שטרות דרבנן מ"מ בהרבה מקומות קימ"ל קנין דרבנן מהני לדאורייתא וצ"ל דבקונה חוב לא קנה עצם החוב, ולשון הרמב"ם מורה כן דקנין שייך על חפץ אבל למכור חוב אין על מה לחול דכתב בפרק ח' מהלכות מכירה הל' י"ב קנין השטרות כדרך הזאת מדברי סופרין אבל מהתורה אין הראיות נקנות, אלא גוף הדבר בלבד קנוי לפיכך המוכר שט"ח לחבירו עדין יכול למחול ואפילו יורשו מוחלו ע"כ. הרי דהרמב"ם מסביר דהחסרון

במכירת שטרות מצד החפצא והיינו אפי׳ שתיקנו חכמים שיקנה, מ״מ גוף הדבר נשאר אצלו ויכול למחול וללוקח יש לו זכות גביה. אבל במעמד שלשתן תיקנו חכמים שישתעבד לו שעבוד הגוף היינו שעצם החוב יהיה אצל המקבל וכן נפסק בשו״ע חו״מ סימן ס״ו סעיף כ״ח דנותן שט״ח לחבירו או מכרו במעמד שלשתן לא יכול למחול.

ג. אמנם הטור חו״מ בס׳ קכ״ו הביא מחלוקת בדבר ודעת ר״ת ר״י והרמ״ה דלא יכול למחול והרמב״ן חולק וס״ל שיכול למחול והראב״ד מחלק שאם בשעת מתן מעות א״ל משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך לא יכול למחול. והרא״ש פסק דבכל אופן לא יכול למחול. והש״ך בחו״מ ס׳ ס״ו ס״ק צ״ז תמה על השו״ע דכתב דרוב המפרשים חולקים על הרמב״ן, ושם בס׳ קכ״ו הוכיח דהרבה פוסקי׳ ס״ל כהרמב״ן דאפי׳ במעמד ג׳ יכול למחול והאריך להסביר מחלוקתם ע״פ דברי הגמ׳ לקמן דף מח: דמשמע דבמעמד שלשתן סמכה דעתה ושם הביא דברי הרמב״ן ונמוק״י ובעל העיטור דס״ל דאפי׳ במעמד שלשתן יכול למחול. והוכיח ממה שכתוב בכמה פעמים בש״ס המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול, ולא מצאנו שיחלקו דבמעמד שלשתן לא יכול למחול משמע בכל אופן דמוכר שט״ח יכול למחול. וכן הוכיח הנימוקי יוסף בב״ב פ׳ מי שמת. ועוד הוכיח מפרק הכותב דאי פקח הוא מקשקש ליה בזוזי וכתב ליה שטרא. משמע דאין דרך אחרת ואם איתא יקנה במעמד שלשתן ועל זה כתב הש״ך לחדש דבמלוה ע״פ מהני מעמד שלשתן דנסתלק הלוה מן המלוה והשתעבד למקבל, אבל מלוה בשטר שהשטר קיים לא שייך קנין כיון דהשעבוד בשטר והלוה משועבד למלוה לא שייך להעביר שעבוד למקבל ולכן כיון דהוי מלתא בלי טעמא הוו דלא לוסיף עלה ונימא רק בע״פ קונה ולא בשטר.

ולדעת הרמב״ם פ״ה מהלכות אישות דמקודשת במעמד שלשתן משמע דסמכה דעתה וכן בפ״ו מהלכות מכירה פסק דבמעמד שלשתן קנה ואח״כ כתב המוכר שט״ח לחבירו וחזר ומחלו מחול משמע אפי׳ במעמד שלשתן. ובשו״ע אהע״ז ס׳ כ״ח סעיף י״ג הביא מרן בסתם דאם קדשה במעמד שלשתן מקודשת, וי״א לא מקודשת. ומחלוקתם אם במעמד ג׳ יכול למחול או לא. ואע״פ שבחו״מ ס׳ ס״ו סעיף כ״ט פסק מרן דלא יכול למחול כאן משום חומרא דא״א חשש לדעת הרמב״ן ובעל העיטור ואע״ג דמעמד שלשתן מדרבנן ואיך פסק בסתם שמקודשת, מ״מ כיון שקונה הו״ל ממון דידה מדאורייתא דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכן הוכחנו בכמה מקומות באריכות.

וכ״כ הח״מ ס״ק כ״ב דאע״ג דבחו״מ פסק מרן בשו״ע דבמעמד שלשתן לא יכול למחול הכא משום חומרא דא״א יש לחוש לדעת האומר דבמעמד שלשתן יכול למחול ולא סמכה דעתה. גם בבית שמואל ס״ק ל״ו כתב כן והוסיף, דלהסוברים דמעמד ג׳ יכול למחול ולא מקודשת דלא סמכה דעתה אפילו אומרת שסמכה לא מקודשת. ובנין עולם ח״א יו״ד ס׳ נ״ט תמה על דברי הב״ש והח״מ דכיון דקימ״ל במעמד ג׳ לא יכול למחול וכמו שכתב המחבר בחו״מ ס׳ ס״ו א״כ הרי סמכה דעתה ולמה לא מקודשת. והש״ך בחו״מ בס׳ קכ״ו ס״ק י׳ הוכיח מהרמב״ם דפסק פ״ה מהלכות אישות הל׳ י״ז המקדש אשה במעמד שלשתן מקודשת משמע דס״ל דלא יכול למחול. ואילו בפ״ו מהלכות מכירה משמע דמוכר שט״ח לחבירו יכול למחול משמע בכל אופן אפילו במעמד ג׳. ובבני אהובה כתב לישב דלעולם הרמב״ם ס״ל דגם במעמד שלשתן יכול למחול והא דמקודשת דיש הבדל בין מוכר שטר חוב דלא סמכה דעתה למקדש במעמד שלשתן דסמכה דעתה. דבמוכר שטר חוב יכול להיות דפרע וכתב שובר או יפרע ויכתוב שובר מוקדם לכן לא סמכה דעתה אבל במעמד ג׳ דמעמידו לפניו אין חשש ולכן מקודשת מטעם לא שבק דידי ויהיב לאחריני וסברא נכונה היא גם לפי המסקנא ולכן מקודשת.

ובחושן אהרון על חו״מ ס׳ ס״ו סעיף כ״ט כתב לישב קושית הש״ך דלעולם הרמב״ם ס״ל מוכר שט״ח לחבירו וחזר ומחלו מחול, מ״מ מדינא דגרמי חייב לשלם כל השטר. ולכן אשה סמכה דעתה דאפילו ימחול חייב לשלם לה, ולכן פסק הרמב״ם קדשה במעמד ג׳ מקודשת. והאי פלוגתא אם במעמד ג׳ יכול למחול תליא בפלוגתא למה יכול למחול, דלפי ר״ת דשעבוד הגוף נשאר אצל המלוה ולכן יכול למחול, במעמד ג׳ נסתלק השעבוד וחל אצל הלוקח, ולכן א״א למחול אבל לפי הרמב״ם דמכירת שטרות דרבנן לכן יכול למחול גם במעמד שלשתן דהוא קנין דרבנן ולכן שפיר ס״ל לרמב״ם דיכול למחול.

ג. וכתבו התוס׳ בשם ר״ת דאפי׳ למ״ד המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול במעמד ג׳ לא יכול למחול והוכיחו מסוגי׳ לקמן דמקדש במעמד ג׳ סמכה דעתה אם רב הונא אמר רב מיירי בין במלוה בין

בפקדון. ויש להקשות למ״ד שבמעמד ג׳ יכול למחול תקשה עליהם הסוגי׳ דמוכח שמקודשת, ולפי מה שאמרנו ניחא כיון דמשלם כל דמי השטר לכן סמכה דעתה. ולכאו׳ מה ראי׳ הביא ר״ת משם אלא נראה דבמכירת שטרות תלוי אם המכירה חלה מדאורייתא או דרבנן דלר״ת המכירה היא מדאורייתא דבכל חוב יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ואדם מוכר שעבוד נכסים ולא שעבוד הגוף שנשאר אצל המלוה וכשמוחל על שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסים נמצא דהמכירה היא מדאורייתא, וכשמוחל המלוה הרי הוא מוחל לעצמו, ואין דעתו להזיק ישירות אלא מוחל לעצמו וממילא פקע החוב לכן אין לחייבו בדינא דגרמי אלא חייב לשלם מה שקיבל ולכן האשה לא סמכה דעתה. ועל זה ר״ת מביא ראי׳ ממה דמקודשת שלא יכול למחול דאי יכול למחול הרי הוא משלם רק דמי השטר ולא מה שבתוכו. אבל החולקים ס״ל דמכירת שטרות דרבנן ונמצא כשמוחל הוא מזיק ישירות הוא דמפקיע את המכר ועליו לשלם דמי שטר. וכמ״ש הרמב״ם בפ׳ החובל ומזיק דאם מוחל משלם כל תוכן דמי השטר וזה שיטת הרמב״ם דס״ל דיכול למחול במעמד ג׳ ובמקדש במעמד ג׳ מקודשת כיון דסמכה דעתה ודו״ק. וסברא זו דאם מוחל לעצמו אין כוונתו להזיק מצאנו בחו״מ ס׳ ס״ז דיורש יכול למחול לעצמו ולא משלם כיון דאין כוונתו להזיק אלא להפקיע שעבוד וחוב שיש עליו. הכא נמי לדעת ר״ת דכל מוחל שנשאר אצלו שעבוד הגוף הרי הוא מוחל שעבוד זה ולכן משלם רק דמים שקבל.

ד. **ויש** לדון מאי שנא דקדשה במעמד שלשתן מקודשת ואילו אם קדשה בשטר חוב דאחרים לא מקודשת כיון דלא סמכה דעתה הרי בשניהם יכול למחול וא״כ סמכה דעתה ושניהם מדרבנן למ״ד מכירת שטרות דרבנן כדעת הרי״ף והרמב״ם א״כ מאי שנא מעמד שלשתן ממוכר שטר חוב דין אחד להם ולמה אמרינן קדשה בשט״ח לא מקודשת ובמעמד שלשתן מקודשת. ונראה להסביר החילוק הגדול שביניהם דאמרינן בגמ׳ מעמד שלשתן מלתא בלי טעמא וכתב רש״י דעיקר התקנה הוא בחוב ולא בפקדון ומאי טעמא במלוה קנה הרי המלוה לא בעין שיקנה. ועל זה אמרה הגמ׳ במסקנא דחכמים תקנו קנין מעמד שלשתן מלתא בלי טעמא. וכ״כ בקצות החושן ס׳ קכ״ו ס״ק ג׳ דבודאי מצאנו שחז״ל תקנו כמה קניינים משיכה אגב אודיתא כולם קניינים דרבנן, ומה השתנה מעמד ג׳ דהוי מלתא בלי טעמא דהקושיא איך יועיל העברת החוב ממלוה למקבל הרי זה דבר שאין בו ממש ולכן אין מעשה קנין נתפס בהעברת החוב ממלוה ללוה ושעבוד אי אפשר למכור ושאני פקדון דכל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה שייך בו קנין ושייך שחכמים יתקנו דבר שאפשר להקנותו שקנה במעמד שלשתן כיון שהוא בר קנין אבל דבר שאינו בר קנין איך יועיל. ועל זה אמרה הגמ׳ דהוי הלכתא בלא טעמא וחכמים תקנו כאילו המקבל עומד במקום המלוה וקנה. ובזה יש מחלוקת אם המלוה נסתלק לגמרי ולא יכול למחול או עודנו עומד במקומו ולכן יכול למחול. ולא דמי למוכר שט״ח למ״ד קנין שטרות דרבנן בפועל חסר הקנאת החפץ דהרי אין מה להקנות רק חכמים תקנו זכות גביה ללוקח. ולכן במעמד שלשתן שעצם החוב נמכר ותקנת חכמים שיש עליו חלות הקנאה היא מקודשת גמורה מהתורה דאע״ג דהקנין מדרבנן מ״מ חכמים יש להם כח להפקיע במידי דממונא דהפקר בי״ד הפקר. וכבר ביארנו באריכות במסכת גיטין בסוגי׳ דפרוזבול האם חכמים יש להם כח רק להפקיע או גם להקנות והגם דהגמ׳ הביאה שני פסוקים מ״מ יש מחלוקת הפוסקים איך לפסוק. ולכן במעמד ג׳ הגם שהקנין מדרבנן מ״מ מקודשת גמורה, משא״כ במקדש בשטר חוב דאחרים דהחוב אינו נמכר ולא שייך מכירה לכן לא חל. ומ״מ אם השטר שוה פרוטה מקודשת והש״ך האריך בס׳ ס״ו ס״ק ע״ו בשם הר״ן דהלוקח מחזיר השטר אם המלוה מכר דשטר שייך ללוה דהוא משלם השטר והרשב״א בפי׳ הכותב כתב דהלוקח לא מחזיר הנייר והוכיח מסוגי׳ קדושין מח. וחכמים אומרים שמין את הנייר משמע דהנייר נשאר ללוקח.

ויש להסתפק אם קדשה במעמד שלשתן בע״כ של לוה אי מקודשת. וראיתי בספר שי למורה סי׳ ס״ד הביא דעת התוס׳ דס״ל דמעמד שלשתן חל אפילו בע״כ וכ״כ בטור חו״מ ס׳ קכ״ו לכן הוי ספק מקודשת וכללא הוא דכל שבדיני ממונות קנה אליבא דכו״ע מקודשת ודאי מדאורייתא, וכל שיש ספק אם קנה אע״ג דהלוה יכול לומר קים לי ואיני מחוייב מ״מ הוי קדושין בספק. ובתפארת יעקב ס״ק ג׳ כתב דלפי התוס׳ קדושין מח. דטעמא דמועיל מחילה במוכר שט״ח כיון דמכירה דרבנן ואין כח ביד חכמים להפקיע כח הלוה שלא תועיל המחילה של מלוה, א״כ לפ״ז הא דלא מהני מחילה במעמד ג׳ רק כשהיה ברצון הלוה דנשתעבד ונעשה בעל דבר של זה, אבל כשקנה בע״כ של לוה אף דנפסק בשו״ע חו״מ ס׳ קכ״ו דמעמד שלשתן מהני אפי׳ בע״כ של לוה מ״מ כל שנעשה בע״כ יכול למחול כמו במכירת שטרות

הר"ה במעמד ג' המלוה יכול למחול וע"ש שהאריך וסיים בצ"ע.

ה. **ובקידש** במעמד ג' כתב הב"י בשם רבינו ירוחם דמקודשת מדרבנן כיון דמעמד שלשתן תקנתא דרבנן והוא ברבינו ירוחם נתיב מ' ח"א אמנם הב"י חולק וס"ל כיון דמעמד ג' תקנת חכמים הרי נקנו לה המעות והוי כאילו נתן לה כסף ומקודשת מדאורייתא. ובמח"א הלכות קנין משיכה ס' ב' האריך בזה בקנין דרבנן אי הוי לכם לגבי אתרוג, והוכיח כדעת רבינו ירוחם דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא. גם הביא דעת הרמב"ן ב"ב עז. שהקשה על הסוברים מכירת שטרות דרבנן דאמרינן בקדושין מח. דאי מכירת שטרות דרבנן ר"מ אומר מקודשת. ואמאי מקודשת גמורה הרי מכירת שטרות דרבנן וכתב דשמא האי מקודשת לחומרא אבל במעמד שלשתן נהי דתקון רבנן דתקני והוי הפקר דאורייתא מ"מ במה תקדש מדאורייתא הא היא לא זכתה ביה ע"ש. ובספר קהילות יעקב כאן הביא מה שכתב בספרו מקור חיים ס' תמ"ה דיש לחכמים כח להפקיר ולהוציא ממון מרשות מוחזק אבל אין להם כח להקנות ולכן במעמד ג' דהוא מדרבנן מקודשת רק מדרבנן. וכ"כ בעין יצחק או"ח ס' כ"ח דהפקר בי"ד רק להפקיר ולא להקנות ע"ש. ודבר זה תלוי במחלוקת בפירוש הפסוקים שהגמ' הביאה בגיטין לו: וכן ביבמות פט. וכל אשר לא יבא לג' ימים יוחרם כל רכושו והפסוק אלו הנחלות וע"ש בראשונים וים של שלמה פ"י סי' י"ט כתב דנ"מ בין הפסוקים האם חכמים יש להם כח להפקיע או גם להקנות, והרמב"ם בפכ"ד מסנהדרין הביא פסוק של יחרם כל רכושו כיון דבמסכת שקלים דף ג' מובא רק הדרשה של רב יצחק. א"כ יוצא דקנין דרבנן לא מועיל לדאורייתא דחכמים יש להם כח להפקיר אבל לא להקנות.

אולם בישועות יעקב בפירוש הארוך ס"ק י' אחר שביאר דעת ריי"ו דס"ל דבמעמד ג' מקודשת מדרבנן כיון דחכמים יש להם כח רק להפקיר אבל לא להקנות כתב דלדעת הב"י דמקודשת מדאורייתא כיוון שחכמים יש להם כח להקנות. וכתב עוד דאף דלרמב"ן דמכירת שטרות דרבנן אינה מקודשת מדאורייתא כדעת המחנה אפרים, מ"מ במעמד ג' ס"ל לרמב"ן דמקודשת מדאורייתא אע"ג דמעמד ג' הוי קנין דרבנן, דחכמים הפקירו הממון ורצו שיחול הקנין מדאורייתא משא"כ במכירת שטרות שחכמים תקנו שהמכירה רק מדרבנן ולכן יכול למחול וכ"כ באבני מילואים ובעצי ארזים ושו"מ תנינא ח"א ס' ס"ט כולם ס"ל בדעת הרמב"ן דבמעמד שלשתן מקודשת מדאורייתא. ובמגן האלף על או"ח ס' תמ"ח האריך לחלוק על בעל מקור חיים והעלה דחכמים יש להם כח להפקיר ולהקנות ודעת רבינו ירוחם דעת יחיד היא. גם בס' בשמים ראש (הורוביץ) ס' ס"ב האריך בדין קנין דרבנן אי מהני לדאורייתא והעלה כדעת הב"י דחכמים הפקירו המעות באופן שלא יהיה חשש גזל והקנו לו הכסף באופן גמור ע"ש. ובקול אריה חו"מ ס' קכ"ג כתב בטעם הב"י ע"פ דברי הריטב"א בב"מ דאנן סהדי דגמר ומקנה קונה גם בדיבור בעלמא, אלא דמ"מ א"א לקנות בדבור דאתי דיבור ומבטל דיבור אבל במעמד ג' שתקנו חכמים יהיה מאיזה טעם שיהיה ואינו יכול לחזור ממילא גמר ומקנה וקנה מדאורייתא בדיבור לחוד ועפ"ז ס"ל לרמב"ן דמעמד ג' קנה מדאורייתא.

ובבשמים ראש (הורוביץ) ס' ס"ב כתב הטעם דמעמד ג' מהני ע"פ דברי הכסף משנה הלכות מכירה הלכה ו' בשם הרשב"א לענין קנין סיטומתא דהיכא דהוי מנהג הסוחרים לקנות בזה לגמרי קנה. כי בכל דבר שבממון המנהג מבטל הלכה. הרי מבואר מדברי הרשב"א דקנין סיטומתא מהני מדאו' לפ"ז הו"ה כאן דלא גרע מנהג שקבעו חכמים לקנין, ממנהג הסוחרים ומהני אף מדאורייתא. ובשו"ע חו"מ ס' ר"א הביא הפ"ת מחלוקת אם קנין סיטומתא קונה מדאורייתא או מדרבנן ובשם אריה כתב בשם חתם סופר חלק יו"ד שי"ד דקנין סיטומתא מהני מדאורייתא ובסוף חלק על דברי החתם סופר ע"ש. ובס' נחלת בנימין או"ח ס' צ"ג כתב בפשטות דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכל שקנתה הכסף אפי' בקנין דרבנן מ"מ יש לה הנאה מכסף זה וכאילו היה שלה מדאורייתא ע"ש.

ובאבני מילואים ס"ק ל"ג כתב לחלק בין המקדש בחוב בתורת כסף דאינה מקודשת אלא מדרבנן אבל המקדש בתורת הנאה דאית בה מקודשת מדאורייתא והרי"ו והב"י פליגי בקדשה סתמה דלדעת רבינו ירוחם הוי מקדשה בתורת כסף ולפי הב"י מקדשה בתורת הנאה. וכתב דגם הב"י שמשיג על רבינו ירוחם אינו מטעם הפקר בי"ד הפקר דהא הוכחנו דקנין דרבנן לא מועיל לדאורייתא. אלא טעמו של הב"י כדעת הר"ן בדף מח. במקדש במלוה דידה אינה מקודשת במלוה דאחרים במעמד ג' מקודשת. והטעם דבמלוה דידה דעתה אזוזי וליתנהו דמלוה להוצאה נתנה אבל במלוה דאחרים

דעתה להתקדש בהנאה. ולכן כל שיש לה הנאה מקודשת ואין נ"מ אם הנאה זו באה לה מדאורייתא או מדרבנן, אבל בקידושי כסף יש לחלק אם מהתורה הכסף שלו או לא. וזה ראית הב"י דאחר סמוך שהשיג על הרי"ו הביא דברי הר"ן הנ"ל, והיינו טעמא דהב"י אינו מטעם הפקר בי"ד הפקר, אלא דמעמד ג' הוא מדין הנאה וכל שהוא מצד הנאה אין הבדל אם הנאה זו מדאו' או דרבנן ע"ש. ועי' בחמדת שלמה ס' נ"ד דלאחר דהסביר המחלוקת הב"י ורבינו ירוחם בקנין דרבנן אי מהני העלה דגם לרבינו ירוחם אם א"ל התקדשי לי בהנאה זו שהרשיתי לך במעמד ג' כיון דהיתה צריכה ליתן פרוטה בעד הנאה זו לכן מקודשת גמורה דאורייתא.

וכבר הארכנו בדין מעמד שלשתן אי אמרינן דקנין דרבנן מהני לדאורייתא. ובספר שיח יצחק שבספר תולדות אדם ס"ק נ"ז אחר שהאריך בדברי הרי"ו והוכיח מכמה סוגיות דקנין דרבנן מהני לדאורייתא כתב לחלק דאם לפי תקנת חז"ל כבר זכה בו אז יש כח בידם לעשות אף קנין דאורייתא אבל אם לפי התקנת חז"ל עוד לא בא לרשות זוכה בזה לא הוי רק מדרבנן, וזה כדעת הרי"ו דבמעמד ג' עוד לא הגיע לרשות זוכה רק נקנה לזוכה ובזה ישב הסוגיות אם קנין דרבנן מהני לדאורייתא. ועי' בשדה חמד לגבי אתרוג דהאריך ביסוד זה ע"ש. וכ"כ בנוב"י תנינא ס' נ"ב דפלא לומר שמי שזכה במשיכה לא יהיו הקידושין שמקדש באותו חפץ שזכה תופסין מדאורייתא דסברא נותנת כיון שזכה בו קודם הוי שלו לגמרי, ולמה לא תהיה מקודשת מדאורייתא. ורבינו ירוחם איירי דמקדש במעמד שלשתן בזה זוכה בקנין דרבנן לכן מקודשת מדרבנן. לפ"ז יוצא באופן שראובן היה לו פקדון אצל לאה ואמר ללאה תני פקדון לנחשון במעמד ג'. ושוב אמר נחשון ללאה התקדשי לי בפקדון זה ואמרה הן הרי לאה מקודשת מהתורה אף שנחשון קנה פקדון זה במעמד ג' שהוא קנין דרבנן כיון שכבר קנאו הרי הוא שלו ויכול לקדש בו מדאורייתא אפילו לדעת רבינו ירוחם והרבה אחרונים ס"ל סברא זו עיין בספר נהר אפרסמון ס' נ"ז.

ו. **ואם** קדשה בחפץ שקנה רק מדרבנן נסתפק במל"מ פ"ה מהלכות אישות הלכה ז' באופן שמכר חפץ וקבל דמיו ועוד לא משך הלוקח האם המוכר זכה בכסף זה ונשאר בצ"ע. ורש"י בב"מ דף מח. ד"ה קאי באבל כתב אבל מעות מדאורייתא לא קני לר"ל ונ"מ לענין איסור אם קידש בו אשה דלר"י הוי קדושין כיון דקנייה מדאורייתא ודידיה הוא ולר"ל לא הוו קדושין. ועי' באבני מלואים ס"ק ל"ג דכתב דמל"מ היה יכול לפשוט ספיקו מרש"י הנ"ל. וכ"כ הטור בחו"מ ס' קצ"ח דמשקיבל המוכר המעות הן שלו ויכול לקדש בהם אשה מדאורייתא. אמנם יש לדחות דהרי התוס' אמרו בדף מג דאף לר"י דמעות קונות וחכמים הפקיעו קנין מעות מ"מ רשאי המוכר להשתמש במעות וליתן אחרים תחתיהם דחכמים לא הפקיעו המכר וא"כ גם מדרבנן יש למוכר קנין במעות. והריטב"א בשיטה מקובצת ב"מ מג. פליג וס"ל דאין רשות למוכר להשתמש בכסף דחכמים הפקיעו הקנין ולפ"ז כיון דהדבר שנוי במחלוקת רש"י והריטב"א הוי ספק. וכתב הגאון רבי אפרים מרגלית והר"ה ר' שמואל מרגלית הובא בתשר' הב"ח החדשות בקו"א ס' מ"ט לדחות דברי המל"מ וכתב דאין לחוש רק לקדושי ראשון דכיון דקימ"ל במעמד ג' מקודשת לפי הב"י מדאורייתא ואפי' למהר"א דס"ל במעמד ג' הוי קדושי דרבנן מ"מ כיון דהמוכר קבל כסף והלוקח לא משך, עצם העובדא שהולך ומקדשה באותו חפץ הרי זו חזקה מהמכר ומעות לבד לא קנו והיות ויכול לחזור הרי מקדשה בחפץ שלו משא"כ במעמד ג' הנתינה ליד האשה היא בקנין דרבנן. גם בח"ס ס' שי"ד כתב דאם קידש אשה בחפץ שמכר לזה ע"י כסף לחוד ועוד לא משך הלוקח מקודשת גמורה דהוי חזר בו.

גם בקהילות יעקב מליסא ביאר אי קנין דרבנן מועיל לדאורייתא ע"פ דעת בעל תרומת הדשן סי' ש"י דכיון דחכמים זיכו החפץ לראובן שמעון מתייאש וקנה ראובן מדאורייתא ואף דהוי יאוש שלא מדעת מ"מ מהני כמו שטף נהר בב"מ כב. והא דכתב הרמב"ם ישראל שקנה פרה מכהן ונתן דמים ולא משך דאסור להאכילה בתרומה משום דמדאורייתא מעות קונות ולמה לא הפקיעו קנין מעות. וצ"ל כיון דהמוכר לא חוזר בו מהמקח חכמים לא הפקיעו את המקח ואסור לכהן לאכילה כרשיני תרומה. וכ"כ בדברי חיים אוערבך דיני קדושין ס' ח' על ספיקו של המל"מ דאף דבעלמא אזלינן בתר דאורייתא מ"מ הכא שהמוכר חזר בו מהמקח זכה המוכר בחפץ גם מהתורה מטעם יאוש דהא דבגזלן לא מהני יאוש משום דבאיסורא אתה לידיה. משא"כ הכא דחכמים תקנו לו לחזור הרי לא אמרינן דבאיסורא אתא לידיה. ועוד דאחר שקידשה בחפץ זה הוי יאוש ושינוי רשות דקני מדאורייתא והוסיף דאף אם לא ידע הלוקח שחזר בו המוכר מהקנין וקידש בו אשה מ"מ י"ל דלא הוי כיאוש שלא מדעת שהרי הש"ך חו"מ ס' שנ"ח ס"ק א'

כתב דהא דיאוש שלא מדעת לא מהני משום שאילו ידע היכן החפץ מונח לא היה מתיאש ע"ש. משא"כ בנ"ד דאילו ידע שהמוכר חזר בו מהמקח היה מתייאש אלא דסיים בצ"ע, מאחר והמוכר בעי לקבל עליו מי שפרע לא הוי בהיתרא אתי לידיה ולא הוה מייאש דלא ירצה לקבל עליו מי שפרע ע"ש. וגם בשמן המור כתב דבידע הלוקח שהמוכר קידש בו אשה הו"ל יאוש ושינוי רשות והוי קדושין גמורים ואז אין חוששין לקידושי שני כלל ע"כ.

ז. **ובמחנה** חיים ח"ב יו"ד ס' נ"ז האריך לבאר דודאי חכמים לא עקרו קנין מעות רק הוסיפו דכל קנין מעות יהיה כעין תנאי שאם יבא לידי משיכה אזי יצא החפץ מרשות מוכר למפרע ונגלה דהמעות עשו קנין ועד שנעשה המשיכה הוי כאילו התנה הלוקח שיכול לחזור ממקחו ויהו המעות פקדון או הלואה וכל זמן שאין אחד מהן חוזר נשאר קנין מעות ובזה כתב לישב קושית האבני מילואים על המל"מ למה לא פשט ספיקו מרש"י בב"מ מח. דמה שכתב רש"י דאם קידש המוכר בכסף מקודשת לר"י היינו בזמן שהלוקח לא חזר בו מהמקח והוברר שהמעות היו של המוכר בשעת הקידושין אבל אם המוכר או הלוקח חזר בו הרי נתבטל המכר והמוכר קידש בדבר שלא שלו והאשה לא מקודשת אפי' מדרבנן, אבל בנידון המל"מ אם ידע המוכר בשעת קדושין שקיבל כבר המעות בעד חפץ זה וחזר בו וקידש את האשה כבר נתבטל המקח, ויש עליו חוב אונסין עד שיקרא ללוקח ויחזיר לו מעותיו ויקבל מי שפרע דמסתמא קידש בפני עדים ולא יחפרץ לקדש בגזל ובודאי מבטל המכר ומקדש בשלו. אמנם כשלא ידע בשעת קדושין שכבר מכר החפץ בזה אין לומר אנן סהדי דרוצה לבטל המקח ויקבל מי שפרע כדי שתהיה מקודשת, אדרבה אנן סהדי דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ירצה לקבל עליו מי שפרע דכל אחד מישראל יש לו חזקת כשרות ולכן יש מקום לספיקו של המל"מ כשאומר בפירוש שלא רוצה לבטל המקח ואע"פ כן הולך לקדש האשה ועי' ביד המלך על הרמב"ם פ"ה מאישות הל' ז' דישב קושית האבני מילואים בדרך זו ע"ש.

ח. **ובשקידש** המוכר בכסף שקיבל מהלוקח לפני שמשך דעת רש"י במציעא מח. דמקודשת דחכמים לא עקרו קנין מעות ומדאורייתא מעות שלו והוי קדושין לרבי יוחנן ולר"ל לא מקודשת. והריטב"א חולק על רש"י וכותב דכיון דמדרבנן מעות לא קונות הפקר בי"ד הפקר ואף לר"י אינה מקודשת. והבאנו מחלוקתם לעיל ודברי האבני מילואים ס"ק ל"ג שהטור בחו"מ ס' קצ"ח פסק כרש"י דמשקבל המוכר המעות הן שלו מן התורה ואם קידש בהם אשה מקודשת. וכ"כ הב"ח בחו"מ שם וכתב הסמ"ע בס"ק ג' דאף שאמרו חכמים מעות אינם קונות מ"מ אם קידש המוכר במעות שקיבל מהלוקח מקודשת דלחומרא לא עקרו חכמים תקנתם, ומקודשת לחומרא. ובחת"ס יו"ד ס' שי"ד כתב דלרש"י דקנין כסף אע"פ ששניהם יכולים לחזור בהם מ"מ מקבלים מי שפרע ולא ניחא להו לחכמים שיחזרו וכו' משו"ה יכול המוכר לקדש האשה בכסף. ובנתיבות המשפט שם ס"ק ב' כתב דלא הצריך הסמ"ע לטעם זה רק למ"ד דאסור למוכר להשתמש בכסף אבל למ"ד דמותר להשתמש בכסף משום דחז"ל לא עקרו קנין מעות של המוכר כמו שכתבו התוס' בב"מ מג. ד"ה מאי אם המוכר קידש קדושיו קידושין וכ"כ באבני מילואים ס"ק ל"ג.

ט. **ובאופן** דהלוקח משך החפץ ועוד לא נתן דמים וקידש בו אשה באבני מילואים ס"ק ל"ג הביא דעת הרמב"ם פ"ט מתרומות דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא והעלה לחלק לענין קדושין אם מקדשה בכסף אבל קידשה בתורת הנאה אין נ"מ בין קנין דרבנן לדאורייתא דסוף סוף יש לה הנאה ומקודשת ע"ש. ובמחנה אפרים הלכות קנין משיכה ס' ב' דן באותם שקונים אתרוג לד' מינים ומשלמים אחרי סוכות אם יוצאים ידי מצוות לכם כיון דלא שילמו. והעלה דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ומ"מ לענין קדושי אשה מקודשת דאיכא יאוש ושינוי רשות כשנתנו לאשה להתקדש בו והו"ה לענין אתרוג היכא שלקחו לעצמו במשיכה ונתנו לחבירו דיצא ידי חובה. אבל בדברי חיים בסוף הספר הביא חידושי מהר"א ס' נ"א דפליג על המח"א וכתב כיון דשינוי אינו קונה רק בגזילה וזה לאו גזל מקרי אלא קנין דרבנן, ואפי' לאומרים דכל דעשה מעשה קנין מדרבנן הבעלים מתייאשים וביאוש והפקר דלא שייך קנין כסף מהני משיכה לקנות מדאורייתא וכמו שכתבו התוס' ע"ז עא. א"כ גם הלוקח עצמו יכול לקנות ביאוש כיון דבהיתר גמור בא לידו והעלה דשינוי לא קונה רק בגזילה אבל בקנה חפץ בקנין דרבנן ודאי לא מהני שינוי אח"כ לקנות מדאורייתא ע"ש. ובמהרש"ם ח"ג ס' ש"ג כתב דלא הוי מקודשת רק מדרבנן כיון דמשיכה דרבנן ואפי' דקימ"ל במעמד ג' הוי קדושין דאורייתא היינו משום דהפקר בי"ד הפקר וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. אבל באופן דחז"ל בעצמם גילו דעתם

דהוי רק קנין דרבנן ודאי מקודשת מדרבנן דלא אלמוה רבנן לקנין משיכה דיקנה מדאורייתא. והוכיח דסברא זו מובאת בפלתי ס' ק' וביאר דברי המח"א הנ"ל דכיון דבא החפץ אח"כ ליד האשה מקודשת מדאורייתא דאיכא שינוי רשות ודן בדברי הלחם משנה דכתב דכל שבעת הקנין הוי דרבנן ונתגלגל לדאורייתא לכו"ע אמרינן קנין דרבנן מהני לדאוריתא ע"ש.

ובשדה חמד אור לי ס' ל"א אות כ"ו האריך אם קנין דרבנן מהני לדאורייתא והביא דברי הח"ס בחידושיו לסוכה דמי שקנה במשיכה מהני לדאורייתא כיון דהסוחרים נהגו בקנין משיכה הוי כעין של תורה ולכן אם הלוקח קידש אשה בחפץ שמשך מקודשת מהתורה ע"ש. ובמחנה חיים ח"ב יו"ד ס' נ"ז חקר בדין קנין דרבנן אם מועיל לדאורייתא והביא ראי' מהרמב"ם פ"ט מתרומות שכתב שאם מכר כהן פרתו לישראל ולקח הדמים אע"פ שנתן דמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך. וקשה למה לא נקט הרמב"ם הדין דאם הכהן משך פרה מישראל ולא נתן דמים שלא יאכילנה תרומה משום דמשיכה הוי קנין דרבנן אלא ודאי ס"ל לרמב"ם דקנין דרבנן מהני לדאורייתא שכל שמשך ושניהם לא יכולים לחזור הוי קנין גמור גם אם נוגע לאיסור תורה. וכן פסק הרמב"ם בהלכות מעילה פ"ו שאם שאל קרדום של הקדש שמעל יצא לחולין וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה אלמא אע"פ שמשיכה קונה בשומרים רק מדרבנן מ"מ הוי קנין בין שואל בין למשאיל ומהני משיכה גם לגבי איסור דאורייתא. והסברא דכל דבר שקבעו חז"ל לקנין טוב יותר מקנין סיטומתא דאמרה הגמ' בב"מ עד. דמהני משום מצוה לשמוע דברי חכמים והוי כאילו כל ישראל הסכימו לקנין זה.

גם בדרכי מרדכי ס' ח' דייק מהרמב"ם פ"ט דתרומות דאם כהן משך ולא נתן דמים מאכילה בתרומה וכן אם קידש בחפץ מקודשת מדאורייתא כיון דחז"ל הנהיגו לקנות במשיכה לא גרע ממנהג הסוחרים. ובקהילות יעקב מליסא סעיף י"ג כתב לישב דהמקדש בקנין דרבנן דמהני לדאורייתא או משום הפקר בי"ד ומדאו' זכה או כיון שקנה מדרבנן הבעלים מתייאשים וכיון דבהיתרא אתא לידיה מהני יאוש. ובנוב"י תנינא ס' נ"ד כתב דאפי' לרבינו ירוחם שכתב במעמד ג' מקודשת מדרבנן כיון דלא קדשה בכסף אלא במעמד ג' והקנין והקדושין באו כאחד ולכן אינה מקודשת אלא מדרבנן, אבל כל שקנה הכסף או החפץ אפי' קנאו מדרבנן הרי החפץ שלו וקנאו ומקודשת מדאורייתא.

י. **ויש** לדון בקנה הלוקח חפץ במעות ולא משך והקנה לה החפץ בקנין סודר או באגב אי מקודשת. וראיתי בחידושי רע"א ב"מ דף מח. שהביא דעת רש"י דכתב דנ"מ בין ר"י לר"ל אי מעות קונות מדאורייתא לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה דלר"י הוו קידושין דמדאורייתא קנה והוי דידיה ולר"ל לא הוו קדושין. וכתב דיש להסתפק בכוונת רש"י מי קידש לפני שמשך האם מוכר או הלוקח וכגון שהקנה לו חפץ בקנין סודר וע"ז כתב רש"י דלר"י מקודשת ולר"ל אינה מקודשת. או דכוונת רש"י היא דנפק"מ אם קידש המוכר במעות אבל אם קידש הלוקח בחפץ לכו"ע אינה מקודשת. משום די"ל דבתר דתיקנו חז"ל דמעות אינן קונות ממילא מקדש את האשה בדבר שאינו שלו ואין כאן קידושין כלל, ורק בקידש המוכר במעות י"ל דס"ל לרש"י כתירוץ ב' של תוס' בדף מג. שכתבו דאם מעות קונות מהתורה יכול המוכר להשתמש במעות ואם אין מעות קונות אין רשאי להשתמש במעות ובזה שפיר י"ל דלר"י דמעות קונות מהתורה אף דעקרו חז"ל קנין המעות מ"מ רשאי להשתמש במעות והוי כלוה על המעות ולכן מקודשת אבל לר"ל אינה מקודשת ע"ש.

ובמח"א הלכות מכירה קנין מעות ס' י"א הביא ב' פירושים ברש"י בין קידש המוכר במעות שקיבל בין קידש הלוקח בחפץ שקנה במעות ולא משך וכתב דאפילו נימא לרש"י ס"ל דאם קידש הלוקח בחפץ קודם שימשוך מקודשת מ"מ לאו כו"ע מודו בזה כיון דחכמים הפקיעו קנין מעות כי קידש אשה נמי אינה מקודשת דהאי חפצא לאו דידיה הוי דהפקר בי"ד הפקר וכדמשמע ביבמות דף פט: ולא דמי להאי דנתנה לסיטון מעל וכמו שחילקו התוס' בע"ז דף סג. ד"ה והא מחסרה משיכה וכו' וכ"כ הריטב"א בב"מ שם על דברי רש"י וכתב שכן דעת הרמב"ם דלאחר שחכמים תיקנו דאין מעות קונות יש כח בידם לעקור אפי' איסורא.

אבל בדרכי מרדכי ס' ח' כתב לאחר שפירש כוונת רש"י דקאי אלוקח שקידש בחפץ שקנה במעות ולא משך וכתב דחז"ל תיקנו משיכה לקונה אבל לא עקרו קנין מעות לגמרי רק תקנו שיוכל לחזור בהם אבל כל שלא חזרו בהם עומד המקח ברשות הלוקח מעת נתינת המעות. ואפשר עוד לומר דאיירי דמשך הוא או היא החפץ אחר הקדושין ונקנה החפץ למפרע מעת נתינת הדמים דעכשיו לאו בחזרה קאי ולכן מקודשת לר"י, אבל לר"ל אינה מקודשת משום דבשעת הקדושין לא היה שלו

אף שמשך אח״כ. והעלה דמהתוס׳ ע״ז ס״ג משמע דהוי הפקעה גמורה דחכמים הפקיעו ובטלו לגמרי קנין כסף. ושכן משמע מהריטב״א כדברי התוס׳ ובסוף העלה דלדעת רש״י והר״י מיגאש והרמב״ם והרז״ה ורמב״ן קנין מעות הוי קנין גמור כל זמן שלא חזרים בהם. ואם משך אח״כ חל הקנין משעת מתן מעות ועפ״ז העלה דישראל דלקח בהמה מבכרת בכסף לבד ולא משך שיכול למוכרה לגוי כדי להפקיעה מהבכורה ע״ש. ובשו״מ תליתאה ח״ג ס׳ נ״ח דף מג עמוד ד׳ הביא מהרב השואל שנשאל אם קנה חפץ מאשה ונתן לה מעות ולא משך ואח״כ קידשה באותו חפץ אי אמרינן כיון דלא משך החפץ לא קנוי לו ואינה מקודשת או דלמא כיון שחכמים תיקנו דמעות לא קנות משום שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה וכאן כיון דהחפץ ברשותה קנתה וקנייתו וקדושין באין כאחד. וגם לר״ל י״ל דמועיל דכל שהתנה דכסף קונה לחוד מהני כמו שכתב בחו״מ ס׳ קצ״ח סעיף ה׳. ואף שהש״ך חולק שם מ״מ הרבה פוסקים אחרונים הסכימו לדברי המחבר ובגידון דידן הרי נתרצו שניהם ואולי בכה״ג אף לר״ל מהני ולא דמי למש״כ הרמ״א חו״מ קצ סעיף י״ח במי שהעלילו עליו והוכרח למכור קרקעותיו וכשנתבטלה הגזרה בטל המקח ואם ירצו לקיים המקח צריך מעשה קנין חדש. משום דשם כשנתבטלה העלילה נתבטל המקח מכל וכל ולכן צריך לחזור ולקנות מחדש משא״כ כאן מהתורה קנה בכסף לחוד וחייב באונסין ולפי דברי התוס׳ ב״מ מג. המעות ברשות המוכר אף דמדרבנן מותר להשתמש בהן. ואף דמדרבנן חששו שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה מ״מ כל שעבר החשש נקנה למפרע בכסף. ודמי לקידשה בגזל לאחר יאוש דכל דהוי שינוי רשות קנה למפרע ע״י היאוש והו״ה בזה. והמחבר כתב עליו דנראה ברור כיון דרק מדאורייתא מעות קונות ורבנן תיקנו שלא יקנו ועקרו הקנין מה מועיל שנתרצה אח״כ בחפץ הא מ״מ לא קנה עדין החפץ ולא דמי לגזל אחר יאוש דהיאוש עצמו הוא הקנין רק יש דין באיסורא אתא לידיה וכל דהיה שינוי רשות מהני משא״כ בקנין כסף דלא מהני בשעת מעשה ומה מועיל שנתרצה אח״כ. ומה שכתב דאף לר״ל מהני דהוי כמו שהתנה זה בודאי אינו דאף למחבר בחו״מ שם דדוקא נתרצה והתנה בשעת הקנין אבל לא מהני מה שמתנה אחר הקנין דכל שלא חל בשעת הקניה צריך להתנות מחדש.

ובאותה תשובה דן השואל ומשיב בדברי השואל אם נתן כסף לקנות חפץ מיד האשה ולא משך אם יכול לקדשה באותו כסף ורצה לתלות דין זה במחלוקת רש״י וריטב״א בב״מ מח. בנתן מעות ולא משך ואח״כ קידש המוכר באותם מעות דלרש״י כיון דקנתה המעות א״כ הו״ל מלוה אצלה ולא מקודשת ולהריטב״א מקודשת. והמחבר כתב להסתפק אם בכלל יש אפשרות להקנות לאשה מעות כיון דהוי מטבע דלא נקנה בחליפין אלא באגב או אודיתא כדאיתא בחו״מ בס׳ ר״ג וכאן לא שייך אודיתא כיון דהכסף הוא אצל המוכר וקנאו מדאורייתא לא שייך אודיתא וגם קנין חצר ואגב לא שייך כאן וסיים בצ״ע. ובח״ס בחידושיו על סוגיות הש״ס בסוגי׳ דמשיכה כתב דאם הלוקח קידש במעות שביד המוכר לפני שמשך לר״י הו״ל מלוה ולא מקודשת ולר״ל הוי פקדון ומקודשת ע״ש.

יא. **ויש** להסתפק בקידש אשה ואח״כ אומר שהכסף לא שלו אם נאמן וכיו״ב דן בפרי הארץ ח״ג ס׳ קכ״ד באחד שקידש אשה בטבעת וראה אשה ואמרה זו טבעת שלה וגזולה ביד הבעל והוא מודה כתב דספק קדושין אולי משקרין ע״ש. ובבאר היטב ס״ק א׳ ציין לדברי ריבות ס׳ ר״צ ע״פ הכנה״ג הג׳ טור אות ב׳ שרצה לדייק דהמקדש נאמן לומר שזה לא שלו. ובדברי מלכיאל ח״ג ס׳ צ״ג השיגו דאין שום ראי׳ משם. והמעיין בדברי ריבות ס׳ י׳ יראה דאם המקדש טוען שלקח החפץ שלא מדעת הבעלים אינו נאמן על כך דשואל שלא מדעת נקרא גזלן ואינו נאמן לשים עצמו רשע וכ״ש להתיר א״א לעלמא אמנם אם אמר ששאל החפץ מאת הבעלים נאמן משום דבכה״ג לא משים עצמו רשע ע״ש. וכ״כ ר׳ זלמן מרגלית בבית אפרים בתשו׳ ב״ח החדשות קו״א שאם אומר שקידשה בגזל לא נאמן דאין אדם משים עצמו רשע. ועוד קימ״ל חזקה מה שתחת ידי האדם הוא שלו. אבל אם הנגזל מעיד עם אחר שהחפץ גזול נאמן כדאיתא בחו״מ ס׳ ל״ד סעיף כ״ו ובאבני נזר ס׳ ק״ל דן בזה אם נאמן לומר אחר הקדושין שהטבעת של בתו והשואל כתב דהא דלא נאמן לומר כן בעלמא כפי שכתב משום דאין אדם משים עצמו רשע וכאן שאומר של בתו לא הוי רשע מ״מ מטעם שכתב ר״י אדרבי דלא נאמן להתיר א״א וחזקה מה שתחת האדם הוא שלו ועוד אינו נאמן להוציא כסף מיד המקודשת בטענה שלא שלו ואף שלפי דבריו לא קנתה הכסף מ״מ האיסור הוא תוצאה מהממון וכיון שלענין איסור לא נאמן הו״ה לענין ממון.

ובמהרי״ט ח״א ס׳ קל״ח דן באדם שהסיר צמיד מיד האשה וקידשה בו בטענה שהוא שלו שנתן לה מקודם לשידוכין והיא טוענת שהוא של אחי

אביה ויש ויכוחים ביניהם העלה כיון דקימ"ל חזקה מה שתחת האדם הוא שלו ואגן סהדי מאן דתפיס האי דידיה הוא כן אמרה הגמ' בפרק חזקת בב"ב לד. בסוגיא דנסכא דרבי אבא א"כ הצמיד הוא בחזקת האשה ולא מקודשת. ועי' בדברי חיים מצאנו ח"ב ס' ע' ובלבושי מרדכי ח"ב נ"ז דן במי שקידש בטבעת וטוען שהיא גזולה וגם הנגזלת טוענת שזה שלה ותובעת ממנו שיחזיר לה הטבעת והעלה דאינם נאמנים ע"פ דברי ריבות הנ"ל ובדברי חיים הנ"ל והעלה דבנדון דידן ישנה חזקה אחרת כנגדה והיינו אם החזיר הטבעת לנערה אשר לפי דבריו גזל ממנה א"כ לפי מאי דאיתא בחו"מ ס' רמ"ו דהמאכיל את חתנו וכ"ש אדם אחר על שולחנו צריך לשלם דחזקה אין אדם טורח בחינם וכתב הרמ"א בס' רס"ד דחזקה דאין אדם טורח עבור חבירו לטובתו בחינם והכא נמי י"ל דאם לא גזל ממנה לא היה נותן לה בחינם ועוד יש חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו וכיון שהנערה תובעת הטבעת מוכח שכן הוא כדבריה אבל לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה.

אמנם יש מהאחרונים דכתבו דנאמן לומר שהכסף לא שלו והובא בתשובת בית יוסף דיני קדושין ס' א' בשם ר"י בן נחמיאס בנידון שקידש אשה במלבוש של נשים ושניהם אומרים לא שלו ושייך לאשה אחרת. ודן במחלוקת הראשונים אם נאמן ושם דן נמי אם יש כתובה לארוסה דלדעת הרמב"ם אין כתובה לארוסה ותוס' ורא"ש ס"ל יש כתובה וסיים דנאמן בכל דבריו מגו דהיה מגרשה ומה לו לשקר אבל לרא"ש דס"ל דיש כתובה לארוסה אין לו מגו. ולפ"ז בדורינו שאין כתובה לארוסה נאמן. ועוד צידד לומר כיון ששניהם מודים כולי עלמא לא פליגי, אבל מטעם מה שתחת האדם זה שלו יש לדון והאריך לבטל הקידושין מטעם אחר דלא אמר לשון כתקנת חז"ל והוכיח דהכח שיש לו שבידו לגרשה חשוב ואלים נגד חזקה מה שתחת ידי האדם הוא שלו. דאמרינן בקדושין סד. יש לי בנים נאמן לפוטרה מיבום דבידו לגרשה וכתבו תוס' ור"ן דהיכא דלא הדר מדבוריה נאמן דאין אדם חוטא ולא לו. והכא נמי בנידון דידן והעלה דאף דאין לסמוך על זה להתיר ערוה חמורה מ"מ בהצטרפות עוד כמה ריעותות סמכינן על כך להתיר ע"ש. ובבגדי כהונה ס' י"ז פקפק על דבריו וכתב לדחות ראיתו מהגמ' קדושין סד. דכל שבידו נאמן נגד חזקה דכאן אפילו בידו לגרשה לא הוי מגו דלא רוצה לאסר בקרובותיה משא"כ בגמ' קדושין דכבר אסור בקרובותיה והעלה נמי בצירוף עוד ריעותות יש להתיר ע"ש.

יב. **ובגבעת** פנחס ס' כ"ו כתב על בגדי כהונה הנ"ל דתמה על מהר"י נחמיאס והוסיף שלא הזכיר דברי ה"ה בהלכות מלוה ולוה פ"א הלכה ד' דלא מהני מגו במקום חזקה. והביאו הרמ"א בס' צט ואף דכתב שם דיש חולקים מ"מ כתב הש"ך שם דלא מצאנו חולק בזה. ואפילו לפוסקים בס' פ"ב דאמרינן מגו להוציא היינו דחייב לשלם לו אבל להוציא דבר מסויים שביד חבירו שהוא בחזקתו לא אמרינן. ונראה טעמייהו דחזקה זו הוי כמו עדות כדאמרינן בריש מציעא אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידה הוא והוי כמגו במקום עדים. ואחר שכתב כמה ישובים לזה כתב דהעיקר נראה דאף דלא אמרינן מגו במקום חזקה מ"מ דבר שבידו עדיף טפי ממגו. כדקימ"ל בריש האשה רבה ובגיטין נד: דכל שבידו נאמן להוציאה מחזקה משא"כ בדייק בס' צ"ט דאין בידו עתה לתת לאחר ולא הוי אלא מגו וכו'. ואחר שצירף כמה טעמים להתיר בנידונו סיים ואין בזה בית מיחוש. ובחבצלת השרון ס' ס"ב כתב שהמקדש אמר שקידשה בטבעת לא שלו רק אבי הכלה נתן לו הטבעת של אשתו כדי לקדש בה וגם המקודשת אומרת כן ודן אי אמרינן בהכ"ג חזקה מה שתחת האדם זה שלו דאף ע"י מגו לא נאמן לומר שלא שלו כדאמרינן בחו"מ בס' מ"ז וס' צ"ט והביא מחתם סופר ח"א ס' פ' שכתב לחלק דחזקה מה שתחת האדם זה שלו רק לענין שלא להוציא ממנו כלי ראיה דגוה"כ המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל לשאר מילי לא הוי חזקה לומר ודאי דמה שתחת ידו הוא שלו כל היכא דליכא חזקה דמעיקרא שהיו יודעים מתחילה שהוא שלו. ולכן כיון שהכלה אומרת שהטבעת שקידשה היא של אמא שלה. והעדים לא יודעים להיפך ורק הבעל אומר שאינה שלו, ובנידון זה כיון שהעדים ראו שהטבעת יוצאת מתחת ידו הרי היא מקודשת דחזקה כל מה שתחת האדם זה שלו. ועי' בשו"ת עין יצחק ס' נ"א שדן נמי במגו דבידו לגרשה כל שאומר שהטבעת לא שלו וצירף כמה צדדי היתר ע"ש. וכ"כ בשו"ת היכלי שן תליתאי ס' נ"א שהמקדש נאמן לומר שכסף הקדושין לא שלו. ולא שייך א"א משים עצמו רשע כיון שהוא לקח לא על דעת לגזול אלא על דעת לשלם, וע"ש שהעלה להתיר ולבטל הקדושין ודו"ק.

סימן לז

המקדש באיסורי הנאה

א. **משנה** דף נו: המקדש בערלה וכלאי הכרם וכו' אינה מקודשת מכרן וקידש בדמיהן מקודשת. וילפינן ממה דהתורה אסרה ע"ז שמכרה שדמיה אסורין מקרא דוהית חרם כמוהו כל מה שנעשה ממנה הוא חרם. ומשמע דשאר איסורי הנאה כשמכרן שפ"ד. והנה במכרן וקידש בדמיהן מקודשת אף דהבעל נהנה מאיסורי הנאה. מ"מ כתב רש"י בחולין דף ד. שהשימוש בדמי איסורי הנאה מותר היינו לאחרים אבל למי שמוכר וקיבל דמים עבור איסור הנאה אסורין לו הדמים דאם לא כן מצינו דמים לחמץ בפסח ולשור הנסקל, שיכול למכור כל איסורי הנאה ולהנות מתמורתו. ואילו במסכת פסחים לא: שנינו האוכל תרומת חמץ בפסח במזיד פטור מתשלומים ומדמי עצים. כלומר שאין דמים לאיסורי הנאה. ובודאי אסור להשתמש בהם, ולגבי קדושין כותב רש"י בע"ז נד: ד"ה למעוטי ואם מכרן וקידש בדמיהן מקודשת דלא מיתפסי באיסורא וממונא הוא אע"ג דאיהו אסור למיתהני מנייהו איהי לא מערלה מטיא לה היינו שהאשה יכולה להתקדש בדמים אלו כיון שלגביה לא חשיבי דמי איסור הנאה. וממשיך רש"י שהדין אמור דוקא בקידושי אשה אבל בשאר הנאות אסור למוכר ליהנות מדרבנן במעות שקיבל, וכתב הרא"ש ס' ל"א בשם רש"י והתוס' חולין ד: ד"ה מותר דבקדושין מותר משום מצות פריה ורביה, ועוד שלא אסרו חכמים הנאה רק מדבר הניכר ונראה כמו פירות וכלים אבל קדושין אינו דבר הניכר ונראה. לכן התירום לכתחילה. הר"ן מוסיף שהאשה מקודשת אע"פ שלא נתן לה הבעל כסף משלו, שהרי דמי איסורי הנאה אינו שחייב כלום אבל כיון שהיא קונה אותו מחמתו ולה מותר ליהנות מהדמים לכן מקודשת. ומוכיח שהאשה מקודשת בדבר שבא מחמתו אע"פ שאסור לו דהמקדש בגזל דאחרים מקודשת אע"פ שהבעל לא קנה את הגזילה. כשהיא ברשותו ורק האשה קונה אותו ע"י הקדושין ומקודשת כיון שקיבלה הכסף מחמתו. אבל הרא"ש דחה דברי רש"י שאין מקום לחלק בין קדושין לשאר איסורין כגון חליפין בפירות וכלים. ולכן כתב לכתחילה הכל אסור, ורק בדיעבד אם מכר מכרו מכר. ובמשנה דייקא מכרן וקידש בדמיהן בדיעבד.

ב. **המשנה** למלך כתב להסביר דעת רש"י דאיירי שעבר וקידש ומ"מ הרי נהנה מחליפי איסורי הנאה וע"ז כתב רש"י קדושי אשה שאני מפני שאינם כפירות וכלים. ומ"מ מוכח מהתוס' והרא"ש דהנאה מאיסורי הנאה הוא דרבנן. כמו שמוכח בחולין ד. חמץ של עוברי עבירה מותר מיד אחרי פסח מפני שמחליפין ואם חליפי איסור הנאה אסורין מהתורה גם החליפין היו אסורין. אלא ודאי דהאיסור מדרבנן.

ויש להסתפק בטעם דהמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת האם משום שאיסורי הנאה אינם שווים כלום שהתורה הפקיעה את שווים או מפני שאינם שווים למקדש כיון שאסור לו ליהנות מהם ואפי' אם שווים הם בשוק לעכו"ם. ועתה נראה דלפי טעם קמא דאיסורי הנאה הופקעו משווים זה דין באיסור עצמו אבל בחליפין אין איסור ומש"ה מכרן וקידש בדמיהם מהני או משום פריה ורביה או שהאיסור לא ניכר, אבל לטעם בתרא שאסור לו ליהנות ממעות מש"ה המקדש בדמי מכירתן מקודשת מפני שהמעות מותרין לו מפני ביטול פו"ר אבל הרמב"ן וריטב"א ס"ל דחליפי האיסור מותרין למוכר עצמו ומוכיחים כן מהירושלמי מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ואמרינן בירושלמי אמר רבי חנינא זאת אומרת מותר לקדש בגזל ומסבירין לפי הירושלמי שאיסורי הנאה אינם שווים כלום. וממילא הדמים שקיבל הם גזל ומכאן מסיק רבי חנינא שמקדשים בגזל. ולפי הבבלי שלא מקדשין בגזל אומר הר"ן הא דמכרן וקיבל דמים או שמכר לגוי או שמכר לישראל שידע מזה לכן הדמים מתנה.

ג. **ודעת** הרמב"ם פ"ח ממאכלות אסורות הל' ט"ז כדעת הרמב"ן וריטב"א שכתב כל מאכל דהוא אסור בהנאה אם נהנה ולא אכל כגון שמכר או נתן לגויים או לכלבים אינו לוקה ומכין אותו מכת מרדות והדמים מותרים. משמע שסובר כדעת הרמב"ן שהדמים מותרים לכתחילה וכן כתבו הרשב"א והר"ן בחולין בדעת הרמב"ם דלפי דבריו אפשר לקדש לכתחילה בדמי איסור הנאה. אמנם בעל מעשה רוקח ס"ל בדעת הרמב"ם שמכרן רק בדיעבד אבל לכתחילה אסור. וכ"כ הטור דהמוכר וקידש בדמיהן או מכר לגוי או לישראל וידע

דאל"כ המכר לא חל והמעות גזל בידו והמקדש בגזל אינה מקודשת, וכתב המחבר דהמקדש בדמי איסורי הנאה ולא ידע הקונה הוי ספק מקודשת.

וכן יש לחקור בדבר האסור בהנאה האם יש לו בעלים או לא דאתרוג של איסורי הנאה לא יוצאין בו דבעינן לכם. ודרשינן שלכם ואיסור הנאה לא הוי שלו וכל אדם יכול לקחת איסורי הנאה בעל כרחם של בעלים כיון שהם לא שלו וכ"כ הר"ן בנדרים פה בשם הרשב"א וכן אמרו בתוספתא כלאים פ"ה כלאי הכרם אין בהם משום גזל ואע"פ שישראל שהגביה ע"ז של גוי קנה ונעשית שלו שלא יועיל בה ביטול. דכשע"ז אצל גוי יכולה להתבטל וכשהיא אצל ישראל לא יכולה להתבטל ומטעם זה ישראל שקנה חמץ בפסח מגוי לוקה שיש בזה קנין דאחר הפסח חמץ של גוי מותר בהנאה ועכשיו מעשה הקנין הופך אותו לחמץ ישראל שאסור בהנאה (רמב"ם פ"א חו"מ הלכה ג') והטעם שכל זמן שהוא ביד עכו"ם יש לו דין ממון. וכשקנה כבר נאסר כ"כ באור שמח פ"א מחו"מ אמנם דעת הריטב"א בסוכה ל"ה דאיסורי הנאה הם שלו וחשיב לכם, ומ"מ במקום שהתורה דרשה שיעור למצוה לא יוצא מדין כתותי מכתת שיעוריה. ולכן זוכה אדם באיסוה"נ ונעשה בעלים עליהם. וזה הטעם שישראל שקנה ע"ז של נכרי זכה ונעשית שלו. וכן מטעם זה זוכה ישראל בחמץ בפסח שיאסר עליו כדין חמץ שעבר עליו הפסח. ולכן אסור לקחת מחבירו דבר האסור בהנאה והוי גזל. ויש מהאחרונים דמחלקים בין מודר הנאה שכתב הרשב"א והר"ן שאחרי' יכולים לקחת בע"כ לדבר האסור בהנאה, דבמודר הנאה אין ממון לבעלים וכיון שמותר לאחרים אחרים יכולים לקחת בע"כ וכ"כ מחנה אפרים הלכות זכיה והפקר סי' ד' אבל בחמץ בפסח לדברי הכל אין זכות ממונית לבעלים כיון שמצוה לבערו, וחידש הקצות בחושן משפט סימן תו, דדבר שאסור בהנאה שלו ואינו ברשותו, ואינו יכול להפקירו. ויוצא שלא יכולים לקחת ממנו בע"כ אמנם הנתיבות המשפט בס' רע"ה ס"ק א' כתב דדבר האסור בהנאה כל אדם יכול לקחת בלי ידיעות ובע"כ של הבעלים מ"מ כל זמן שלא לקח הוי של בעלים כמו יאוש דעת דאתי לרשות זוכה. ולכן כל זמן שלא לקחו הוי שלו ע"כ.

ד. **ויש** לעיין האם יש הבדל בין איסור הנאה דאורייתא לאיסור הנאה דרבנן. דהרמב"ם כתב בפ"ה דאדם המקדש באיסורי הנאה דרבנן כגון חמץ בשעה שישית אינה מקודשת אבל השו"ע בס' כ"ח סעיף כא כתב המקדש באיסורי הנאה דרבנן שאין לו עיקר מדאורייתא מקודשת. וכתב הח"מ בס"ק לז דהיינו חולין שנשחטו בעזרה למ"ד לאו דאורייתא ורק חמץ דרבנן בשעה ששית שהוא מדרבנן. וכן כתב הב"ש ס"ק כ"ב שכן משמע מהרא"ש. ודברי הרא"ש בפסקיו פ"ב דקדושין והביאו הב"י דמקדש באיסורי הנאה דרבנן מקודשת מדאמרינן בדף נח. המקדש בחולין שנשחטו בעזרה ר"ש אומר מקודשת אלמא חולין שנשחטו בעזרה לר"ש לאו דאורייתא. מיהו בפסחים ז. אמר רב גידל המקדש בחיטי קורדנייתא משש שעות ומעלה לא חוששין לקדושיו. אע"ג דחיטי קורדנייתא איסורן מדרבנן ויש לחלק משום דחמץ עיקרו מדאורייתא אבל חולין שנשחטו בעזרה איסורן מדרבנן. ובחמץ נמי פעמים מקודשת כפי שכתב ר"ת בפסחים דרב גידל אירי בחמץ דרבנן ושעות דאורייתא ואיסור חמץ עיקרו מהתורה. אבל מקדש בחיטי קורדנייתא בשעה שישית שהם שעות דרבנן הוי ספק מקודשת דחמץ דרבנן ושעות דרבנן. גם הר"ן בפסחים ז. כתב דלפי דברי ר"ת דהא דאמר רב גידל אין חוששין לקדושיו היינו משש שעות ולמעלה לפ"ז אפשר דבחמץ דרבנן ושעות דרבנן חוששין לקדושין. והרשב"א כתב לחלק דדוקא בחמץ החמירו אבל בשאר איסורין דרבנן הקילו בשל דבריהם כמו חמץ דרבנן ושעות דאורייתא. ובב"ש ס"ק נ"ב הקשה למה באיסור דרבנן שאין לו עיקר מקודשת הרי לא מידי יהיב לה כיון דאסור בהנאה. וכ"כ ש"ג במקדש בחמץ דרבנן ושעות דרבנן אינה מקודשת דלאו מידי יהיב לה וגם כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. וגם בדבר שאין לו קנין דרבנן כגון מעמד ג' מקודשת משום דע"י קנין דרבנן נעשה שלו מדאורייתא והכא נמי איפכא כיון דאסור מדרבנן לאו מידי יהיב לה וצ"ע.

ובבית מאיר כאן הקשה מאי שנא מהא דכתבו התוס' פסחים כט. ד"ה אין דכיון דאמרו רבנן אין פודין את הקדשים להאכילן לכלבים לא שוי מידי ופטור מקרבן מעילה שרייא מדאורייתא. אך הזית רענן ח"א הל' ה' סי' ד' אות ב' כתב דלא מהני דהתם הוי חדא דרבנן דבזה דאין פודין גזרו קדושת בדק הבית אטו קדושת הגוף, ודמי לחמץ דרבנן בשעות דאורייתא דגזרו משום חמץ דאורייתא ובט"ז ס"ק מא הקשה מהא דקימ"ל ב"מ י' דד' אמות קנות במציאה וכשבא השני והגביה המציאה וקידש בה אשה לאו מידי עבד ואם קידש הראשון אשה לא אמרינן כיון שהשני קנה מהתורה מקודשת לשני ולא מקודשת לראשון אלא אמרינן כיון

דד׳ אמות קונות מדרבנן לראשון הוי ממש שלו לכן לא מקודשת לשני למרות שהגביה ועשה קנין דאורייתא וכן כשתקנו חז״ל ד׳ אמות לענין גט הוי שלה ומגורשת מהתורה. וזהו כוחם של חכמים לעשות ממון שאינו שלו מהתורה לממונו מדין הפקר בי״ד הפקר וכבר בארנו באריכות האם כח חכמים להפקיר או גם להקנות. וא״כ הכא לענין איסור הנאה דרבנן למה לא אמרינן דיש כח לחכמים להפקיע את ההנאה שבהם ולהפכם לאיסור דאורייתא. ועוד דהרא״ש כתב בתשובה כלל לה דאם אדם קידש קטנה בלי דעת אביה ואמה לא חלו קדושין דהפקיעו חכמים המעות ממנו ואע״פ שהרמ״א הביא בסמוך דהוי חשש קדושין היינו לחומרא ולא לקולא וכן מצאנו בס׳ כ״ט בקידשה במתנה ע״מ להחזיר לא מקודשת דחכמים עשו המעות הפקר, ובשו״ת הרשב״א ס׳ אלף קס״ו, משמע שמטעם הפקר אין קדושין בכלל בכל איסורי דרבנן.

ובשו״ת מים חיים (רפפורט) סימן ל״ד ד״ה והנה כתב בשם חכם אחד לישב כיון דאיסור דרבנן שאין לו עיקר מהתורה מותר להחליפו אצל עכו״ם לכן הוי הנאה. וכתב עליו דתירוצו דחוק דהלא לכו״ע אסור להחליף לכתחילה רק בדיעבד אם החליף מהני וא״כ בשעה שנתן לה לאו מידי קיבלה דהרי אסור לה למכרו לכתחילה.

ה. **וכתב** באבני מלואים סי׳ כ״ח ס״ק נ״ד לתרץ דאיסורי הנאה דרבנן אף דאסור לה להנות מהם מ״מ לא גרע ממתנה ע״מ להחזיר דאמרינן דמקודשת מן התורה ורק משום גזירה לא מקודשת. ומוכח שכל שנותן לה כסף אע״פ שאין לה הנאה מזה מקודשת ולכן באיסור הנאה דאין לו עיקר חשוב כסף ומקודשת. ובנחלת צבי יו״ד ס׳ צ״ט סעיף ה׳ כתב בטעם הפוסקים דפסקו כדעת השו״ע דבתרי דרבנן דאף אם יעבור על האיסור יפגע רק באיסור דרבנן סגי. ובלבוש מרדכי ס׳ כ״ב כתב באיסורי דרבנן האדם אסור אבל החפץ מותר וכיון שיכול להנות ממנו אף שהוא באיסור ממון איקרי ע״כ. ויש לצרף שיטת בעל הנתיבות בחו״מ ס׳ רל״ד דבאיסור תורה אם קנה המקח בטל ומחזיר המעות גם אם נאכל האיסור, ובאיסור דרבנן אם נאכל האיסור לא מחזיר המעות כיון דבאיסור תורה האדם לא נהנה ובאכל בשוגג בעי כפרה. אבל איסור דרבנן האיסור על הגברא ולא בעי כפרה ולכן יכולה להנות והא דאינה מקודשת באיסורי הנאה דאורייתא כיון שאין קנין באיסורי הנאה והיכא דהוי חדא דרבנן חכמים נתנו לו דין כמו איסור דאורייתא אבל בתרי דרבנן לא אמרו חז״ל אלא שיהיה אסור בהנאה אבל לא אמרו שיהיה לו דין מדאורייתא שאין לו קנין ומשום הכי מקודשת וכ״כ בס׳ נ״א ונ״ב. עוד כתב האבני מלואים לתרץ קושית הב״ש ממעמד ג׳ דרואים דקנין דרבנן מהני ומקודשת מדאורייתא אבל באיסורי הנאה שאין לו עיקר מהתורה לא שייך הפקר בי״ד, דאפי׳ באיסורי הנאה דאורייתא לא שייך הפקר דדעת הריב״ש דאפילו איסוה״נ דאורייתא אית ביה זכיה כמובא בקרח״י ס׳ ת״ה סעיף ג׳ ע״ש. ואבן פינה ס״ק ט׳ כתב ליישב קושית הט״ז מד׳ אמות דאף דמדאורייתא שייך לשני שהגביה והאי גזל ביד הראשון מ״מ המגביה מתיאש ממנו מכח תקנה דרבנן שתקנו ד׳ אמות קונות א״כ הוי כמקדש בגזל אחר יאוש בעלים דקימ״ל דמקודשת וכעין מה שכתב הפנ״י קדושין נ״ב, גבי שביעית דרבנן ובערוך השולחן סעיף צא דמקניינים אין ראיה כלל משום דלא גרע קנינים דתקנו רבנן מקנין הסוחרים סיטמותא דהוי קנין דאורייתא. ועי׳ פ״ת חו״מ ס׳ ר׳ דדעת האחרונים דס״ל דסיטומתא הוי קנין דאורייתא ע״ש ועי׳ בזית רענן הלכה ה׳ ס׳ ג׳.

ובטיב קידושין כתב ליישב דע״כ איירי שכשנתן לה ידעה דהוי איסורי הנאה דרבנן ובכ״ז קיבלה להנות מהן דאי לא ידעה הרי זה קדושי טעות דאין רצונה להתקדש באיסור ולכן לפי מחשבתה הוי שוי פרוטה כמו שכתב הר״ן במכרן וקידש בדמיהן דהוי הנאה דמטי לה מחמתיה, אלא דאי לאו ממונא הוא לאו מידי יהיב לה, אע״ג דהיא נהנית מ״מ לא הוי שלו דהא אסור מהתורה ולאו דיליה וזה גם באיסור דרבנן דאית ליה עיקר מדאורייתא. עוד כתב לישב לפי מה שכתבו התוס׳ פסחים ל. ד״ה לשהניחו דאיסור דרבנן דאין לו עיקר מותר לבטלו לכתחילה. ומש״ה מקודשת דיכולה לבטלו חד בתרי ביבש או בששים בלח. וכ״כ בדברי אליעזר בס׳ כ״ח. ובשו״ת מהר״ן יפה או״ח סו״ס י״ד ודו״ק.

ו. **ובקהלות** יעקב כאן כתב לישב דבאמת איסור הנאה דרבנן חשיבי שלו ולכן מקודשת דהא ודאי יש הרבה תועלת מאיסוה״נ לענין שלא כדרך הנאתן כמו שכתב התוס׳ קדושין נו: ועוד מקומות, ולפי מה שראיתי במקור חיים אם יבא עכו״ם לגבות חובו מאיסוה״נ אין צריך לתת לו מעות אחרים לפדותו כדי לשורפו או לקוברו. א״כ יש לו תועלת מאיסורי הנאה לצורך דברים אלו ומ״מ אסור לו למוכרו או למנוע מי

שהוא אחר לקחת אותו משום דלמכור כלקחת דמים או למנוע מאחרים לקחת הוי הנאה ואם קדש בו אשה אינה מקודשת דכל מאן דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ומ"מ באיסור דרבנן שאין לו עיקר מהתורה לא אלים כל כך לומר בו אי עביד לא מהני ובזית רענן ח"א הל' ה' ס' ד' תמה עליו ע"ש. וכ"כ המקנה בקו"א דבתרי רבנן לא החמירו ולכן מקודשת. והרשב"א בחידושיו קדושין נח. הביא דברי התוס' שכתבו בחמץ דרבנן ושעות דרבנן מקודשת וכתב דיש חולקים וס"ל דכל איסורי הנאה דרבנן לא מקודשת. וכן מוכח בירושלמי קידושין פ"ק הלכה א' וההיא דר"ש מחולין שנשחטו בעזרה דלמא ס"ל דחכמים אסרו באכילה ולא בהנאה או דר"ש לא סובר כרב גידל אמר רב וכ"כ המאירי הא דרב גידל אפי' חמץ דרבנן בשעות דרבנן לא מקודשת שכל שנאסר לה הדבר בהנאה אינו נחשב ממון וכ"כ בהעמק שאלה ס' ע"ד בדעת השאילתות ובתוס' חולין ד: סוד"ה מותר משמע דחמץ דרבנן בשעת דרבנן חוששין לקדושין, דדוקא ביש צד דאורייתא הוא דאינה מקודשת. מ"מ כוונת התוס' הוא דחוששין לקדושין וכן דעת רש"י בפסחים ז דחמץ דרבנן בשעת דרבנן לא מקודשת דבזה איירי רב גידל וכ"כ הב"ח בס' תמ"ג בשמו של רש"י. ובחק יעקב או"ח תמ"ג ס"ק ו' כתב לדחות דלא משמע כן מרש"י אלא בשעות דרבנן וחמץ דרבנן מקודשת ולרב גידל חטי קורדנייתא הוי חמץ גמור או ס"ל כמ"ד דחמץ נוקשה עובר עליו מדאורייתא לכן לא מקודשת ולעולם רש"י סובר בתרתי דרבנן מקודשת וכ"כ בקרבן נתנאל פסחים פרק ב' אות ז' דרש"י ס"ל חייטי קורדנייתא הוי דאורייתא ואע"פ דמשמע מהרא"ש שהביא דברי ר"ת בתרי דרבנן מקודשת וסיים דלא כרש"י כתב בחק יעקב לישב דכוונת הרא"ש על מה שכתב ר"ת דמשש שעות ולמעלה היינו סוף שש ע"ז קאמר דלא משמע כן מרש"י דמפרש מתחילת שש ומעלה ולעולם לרש"י תרתי דרבנן מקודשת ע"ש. וכ"כ בעצי ארזים ס"ק ס"ב דכן הוא דעת רש"י, וכ"כ הנוב"י קמ"א או"ח ס' כא ד"ה ואפי' דדעת רש"י בתרי דרבנן מקודשת וחיטי קורדנייתא הוי דאורייתא וסיים הנוב"י דלא מוכח כן דגדולי הראשונים ס"ל בדעת רש"י דגם בתרתי דרבנן לא מקודשת וכ"כ בכפות תמרים סוכה לה בדעת רש"י וכ"כ בטיב קדושין ס"ק נ"ט ובישועות יעקב ס"ק ה' הקשה בהא דאמר רב גידל דאין חוששין לקדושין הרי ע"כ דהאשה ידעה דזה איסורי הנאה ונמצא שיכולה ליהנות שלא כדרך הנאתן דאי לא ידעה הוי מקח טעות ובידעה שזה איסורי הנאה אף דיכולה להנות שלא כדרך הנאתן מ"מ רבנן אסרו מוכח דבתרי דרבנן לא מקודשת.

ז. **והרמב"ם** פ"ה דאישות הלכה א' כתב המקדש באיסורי הנאה וכו' אפילו היה אסור בהנאה מדבריהם כגון חמץ בשעה ששית אינה מקודשת וכתב הב"י דמדברי ה"ה נראה דס"ל להרמב"ם דאינה מקודשת אפילו באיסוה"נ דאין להם שום צד דאורייתא אמנם בכנה"ג הגב"י אות ל' כתב בשם הראנ"ח בכ"י דאינו מוכח כן מדברי הרמב"ם ודברי ה"ה מיירי בחמץ דאורייתא, אבל בתרי דרבנן מקודשת ע"כ הק' בדעת הרמב"ם וקשה לומר דה"ה פליג על הר"ן וכ"כ ביד המלך (לאנפו) על הרמב"ם.

ובאבני מלואים ס"ק נ"ד כתב לפרש בדעת הרמב"ם דאיסורי הנאה דרבנן לא מקודשת אפילו בתרי דרבנן ואזיל לשיטתו בפ"ה הל' כ"ד המקדש במתנה ע"מ להחזיר לא מקודשת דאם לא תחזיר אינו שלה ואם תחזיר הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום. וכתב הר"ן דהרמב"ם מסביר הגמרא משום חליפין לא משום גזירת חליפין כדעת התוספות אלא ממש דמי לחליפין שלא נהנית. וא"כ המקדש באיסורי הנאה אף שאין לו עיקר מהתורה לא מקודשת כיון שלא נהנית, דלהרמב"ם לא מהני כסף עד דאיכא הנאה. וכ"כ החלקת מחוקק בדברי הרמב"ם דבתרי דרבנן לא מקודשת וכתב דזה רק בחמץ כיון שיש לו עיקר מהתורה אבל בחולין שנשחטו בעזרה מקודשת כיון דאין לו עיקר מהתורה ודחה התפארת יעקב לפי הר"ן בחולין דכתב דלמ"ד חולין שנשחטו בעזרה לאו דאורייתא ממילא מותרים בהנאה.

ובתשו' ר' עקיב"א תנינא נסתפק למ"ד בתרי דרבנן מקודשת במאי מקדשה כיון דאסור בהנאה אין בו ממונא ואין כאן שו"פ. וא"כ נהי דס"ל דלא מקלינן בדאורייתא מכח איסור דרבנן דמדאורייתא ממון גמור יש בו. ומ"מ צ"ל בדרבנן דידעה שהוא אסור בהנאה והסכימה אבל כשלא ידעה הוי מקח טעות והב"ש הקשה למה באיסורי דרבנן מקודשת נימא כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש. וכתב לישב לפי התוס' דבתליוה וקדיש למה הגמ' אמרה הוא עשה שלא כהוגן תיפוק ליה דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. ותירצו דכאן לא שייך כל דמקדש כיון שקידש נגד רבנן, וה"ה במקדש באיסורי הנאה וידעה הרי כוונתם להתקדש כנגד רבנן. וכ"כ בטיב

קידושין דהאי דינא דהמקדש באיסורי הנאה רק בידעה דאל"כ הוי קדושי טעות.

ח. **ובחמץ** דרבנן ושעות דאורייתא פסק בשו"ע ספק מקודשת והטעם דנחלקו הראשונים בדברי רב גידל בפסחים ז: המקדש משש שעות ולמעלה אפי' בחיטי קורדנייתא אין תוששין לקדושין וכתב הרא"ש בשם ר"ת שם בפ"ב סימן ל"א בקדושין דאירי בסוף שש שעות דהוי חמץ דרבנן בשעות דאורייתא, והא דבפסחים כא. מייתינן דברי רב גידל לחזק האיסור בשעות דרבנן היינו כמו שרב גידל אירי בחמץ דרבנן ושעות דאורייתא ה"ה בחמץ דאורייתא ושעות דרבנן. וכ"כ בתוס' פסחים דף ו: אמנם הרמב"ן במלחמות שם מחלק בין חמץ דרבנן בשעות דאורייתא דבזה אירי רב גידל אבל בחמץ דאורייתא ושעות דרבנן מקודשת. וכתב עוד אפי' חמץ גמור בשעה ששית חיישינן לקדושין כיון דעדיין שורפין ולא בדילי מחמץ אתי לאחלופי בשעה ד' וה' ואתי למישרי א"א. והא דאמרינן בגמרא בשעה ששית לא ברשותיה קאי שאני קדושין דלא אפקיעו רבנן אלא משעה שבע. וכ"כ הריטב"א פסחים ז: וכ"כ הר"ן שם דבמקדש בשש חיישינן לקדושיו דטעו אינשי בין חמש לשש ואמרי דקדושי הוו בחמש. וכתב בנפש חיה סי' י' דאף דבקדושין בעינן עדים ועדים לא טעו בשעות כמו שאמרו התוס' פסחים יב. היינו בעדות נפשות דצריך דו"ח לכן דייקי בשעות משא"כ בקידושין דלא בעי דו"ח לא דייקי. ובדעת רש"י נחלקו הפוסקים האם בתרי דרבנן נמי לא מקודשת או רק בחד דאורייתא לא מקודשת ודעת הרמב"ם משמע שאפי' תרי דרבנן לא מקודשת וע' ה"ה. ולכן פסק מר"ן משום מחלוקת הפוסקים דהוי ספק מקודשת והר"ז כמבואר.

ולענין חמץ דאורייתא בשעות דאורייתא פסק מרן דלא מקודשת וכתבו האחרונים דתינח למ"ד חמץ אפרו אסור דהשבתתו בכל דבר נמצא גם אם האפר שוה פרוטה מ"מ אסור בהנאה אבל לר"י דס"ל מצותו בשרפה כיון דשרף נעשית מצותו ואפרו מותר ולמה לא נחוש לקדושין וכ"כ הב"ח הביאו החי"מ ס"ק ל"ט ע"ש. ובשלמא למרן א"ש דס"ל דהשבתתו בכל דבר ומ"מ כתב החי"מ אע"ג דלגבי ביעור הלכה כחכמים מ"מ לענין קידושין יש לנו לחוש דילמא הלכה כרבי יהודה דמצותו בשרפה ואפרו מותר. וכ"כ הב"ש. ובקהלות יעקב תמה על החי"מ והב"ש דכיון דהלכה כחכמים למה ניחוש לרבי יהודה ובשואל ומשיב כתב לחדש דאפילו למאן דס"ל לר"י אפרו מותר דוקא בשרפו לפני זמן איסורו דהוי חמץ שלו אבל לאחר זמן איסורו שחלה עליו חובת ביעור גם לר"י אפרו אסור, ולכן השמיטו הפוסקים הדין של המקדש באפר החמץ בפסח מקודשת, כיון דאפרו אסור לכו"ע.

ט. **ובאבני** מלואים ס"ק נו כתב דממה שסתם בשו"ע המקדש באיסורי הנאה דאורייתא אינה מקודשת, משמע בכל איסורי הנאה אע"פ שאפרם מותר ויש בו שווה פרוטה, ואפילו בידיעה אינה מקודשת. וטעמא דסמך על התוס' ע"ז סב. ד"ה בדמיהן מקודשת דכתבו דוקא במכר אבל בגוף הערלה אסור לקדש משום שאין בה שוה פרוטה. והקשו הא איכא שוה פרוטה שלא כדרך הנאתן או באפרן. ותרוצו כיון דכל זמן שהערלה בעין אסור למכור מן התורה ה"ה דאסור לקדש בו אשה דהוי כמו מכר ויש בו הנאה כשמקדש את האשה, וזה לא דמי לקיחה משדה עפרון. ולכאורה קשה דמ"מ במכרן וקידש בדמהן מקודשת והתוס' לא נקטו מטעם כל מאן דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ועוד דכתב רבי עקיבא איגר בתשובה סימן קכ"ט דהא דאמר אביי אי עביד מהני רק אם האיסור לא יתוקן אבל אם האיסור יתוקן אמרינן אי עביד לא מהני גם לאביי. וכאן אם מכר ע"י קדושין אי עביד לא מהני ואינה מקודשת וכ"כ רע"א גם במערכות י"א. גם במים חיים רפפורט ס' לד כתב דלפי מה שפסק השו"ע חו"מ ר"ח במכר בשבת הוי מקח. והסמ"ע ש"ך וט"ז תמהו אמאי המקח קיים נימא אי עביד לא מהני ע"ש. ולפ"ז הוא הדין במכר איסורי הנאה. ועי' בבית אפרים סימן ס"ב ד"ה והנה בע"ז בביאור התוס' וכו'. והמל"מ ה"ה אישות הל' א' כתב בכוונת התוס' עפ"י מ"ש הר"ן בע"ז שם בשם הירושלמי סופ"ב דקדושין במתניתין דמכרן וקדש בדמיהן מקודשת. והירושלמי מחמת שאין בהם ממון כיון שאסורים בהנאה. וכתב המל"מ פ"ה דאישות הל' ז' אפילו מכרן לנכרי שמותר לו להנות מ"מ כיון שהתורה אמרה שלא ימכרם ולא יחליפם ואסרה כל הנאותיהם נמצא שאין לה דמים. וע"ז כתב אע"פ שיש הנאה באפרן או שלא כדרך הנאה מ"מ כיון שהחליפין ביד המוכר אינם כלל דמיהם של האיסורי הנאה ואינם אלא גזל בידו, ואע"פ שמותר ליהנות אם מכר לנכרי, מ"מ כיון שאסור למוכרם לא הוי ממון. ובתוס' הרא"ש קדושין נו. כתב דהמקדש בערלה לא מקודשת ושלא כדרך הנאתן ג"כ לא מקודשת אף שיש שו"פ בצמצום. וכ"כ בדמשק אליעזר על האהע"ז דאפי' שיש באפרן שוה פרוטה וידעה אינה מקודשת וביד

המלך על הרמב"ם פי' אע"פ שיש שוה פרוטה באפר, כיון דהוי איסור הנאה הוי כמקנה דבר שלא שלו. וכשקידש באיסורי הנאה שמותרת ליהנות בהם כתב המאירי אם היתה חולה שיכולה להשתמש שלא כדרך הנאתן מקודשת. וכ"ש בחולי שיש בו סכנה, שאפשר לה ליהנות אף כדרך הנאתן. דמ"מ לדידה שוי לה, וכבר שאלתיה לגדולי הדור ולא הוכרה להם והעלו להחמיר. ויש מפקפקין לומר אינה מקודשת ובחידושי הריטב"א קדושין שם כתב שם דאפילו היא חולה דמותר לה בהנאה אינה מקודשת דלאו ממון יהיב לה. ובשטה לא נודע למי משמע שמקודשת דכתב על הא דמקדש באיסור הנאה אינה מקודשת כתב אע"פ שמותר שלא כדרך הנאתן מיירי שאינה חולה משמע בחולה מקודשת ע"ש.

ובפת"ש ס"ק כ"ט הביא דברי המל"מ בפ"ה דאישות הל' א' דמסתפק האם אזלינן בתר הנותן ולאו מידי יהיב לה או בתר דידה והרי קיבלה. והוכיח מרש"י דכתב דמכר ערלה וקדשה בה מקודשת משום דלא מיתפס איסורא בממונא ואע"ג דאיהו אסור להנות מ"מ היא לא עשתה איסור ע"ש. הרי דס"ל דאזלינן בתר דידה. וכתב הרב המגיד שם דגם בתוס' ע"ז סב. ד"ה בדמיהן משמע דטעמא דמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת אינו משום דלית בה שוי פרוטה אלא משום דאסור מהתורה להנות וכתב שם לישב ע"פ דברי הרש"א בס' תר"ג מה שהקשה הרי מצוה עביד ומצות לאו ליהנות ניתנו.

ועוד דא"כ הוה לן למימר גם במגרש בגט הכתוב על איסורי הנאה שלא תהיה מגורשת שכן נהנה ובגיטין כ. אמרינן דמגורשת, וברע"א מערכות י"א כתב לישב דלא יקשה מתמורה ובאבני מלואים ס' כ"א השיג על טעם המל"מ דאסר להנות מהם והלא בנדרים מז. ובתוס' משמע דקדושין לא נפקעים מעיקרא ורק צריך קדושין אחרים שלא יהנה ממנה ע"י איסוה"נ אלא עיקר הקדושין שיהיה דמי שיווי הקדושין ואיסורי הנאה אין להם דמים והכי היא כוונת התוס' בע"ז ס"ב דשאני גט על איסוה"נ דאינה בתורת שיווי וא"צ דבר בדמיו משום איסורא דעבד והגט כשר. ועי' אבני מילואים ס' כ"ח ס"ק ס ובזית רענן ח"א ס' ו' כתב דלית דפליג על דינו של הריטב"א.

ובאופן דא"ל לאשה חולה התקדשי לי בהנאה שכתבתי לך איסור הנאה כתב הריטב"א דמקודשת דאותה הנאה שהמציא איסוה"נ שוה פרוטה ע"ש. וכ"כ בשו"ת הרדב"ז ח"ז ס' ל"ז דבכה"ג מקודשת. והביאו בערך לחם אהע"ז ס' כ"ח גם במהרי"ט אלגזי פ"ה דבכורות כתב דאם א"ל התקדשי לי בהנאה שהמצאתי לך איסורי הנאה מקודשת מידי דהוה אהנאת מחילת מלוה דמקודשת אע"ג דמקדש במלוה אינה מקודשת בהנאת מחילה מקודשת וה"ה הכא. ובאבני מלואים ס"ק ה' דן בדברי הריטב"א דלא מקודשת באיה"נ אפי' היתה חולה כיון דחייב להצילה ודמי לקדושין ח: כלב רץ אחריה. ויש לחלק דשם א"ל תן לכלב ונתן אבל כאן דא"ל את מקדשת ואמרה הן הרי הסכימה בפירוש לשם קדושין ודו"ק.

סימן לח

עני המהפך בחררה

א. **משנה** האומר לחבירו צא וקדש לי אשה פלונית והלך וקידשה לעצמו מקודשת אלא שנהג בו מנהג רמאות והרמב"ם כתב בפ"ט מהלכות אישות שאם עשה כן נקרא רשע מדין עני המהפך בחררה ובא אחר ולקח ממנו נקרא רשע. ובנוב"י ח"ב אהע"ז עא כתב דהשליח נקרא רמאי ורשע והטעם מפני שהטעה את חבירו שציפה שיקדשה לו והלך וקידשה לעצמו. והוסיף הנוב"י דמה שאמרה הגמרא נקרא רמאי אפי' שהשליח לא קידש בכלל בין לעצמו בין לאחרים מטעם שהמשלח סמך עליו והטעה איתו וחידוש הגמ' והלך וקידשה לעצמו ללמוד מזה דבכה"ג מקודשת לשליח אע"פ שנהג רמאות. והקשה בדמשק אליעזר ס' קי"ט על הנוב"י שהרי הטור והשו"ע בס' קפ"ג כתבו הנותן מעות לשלוחו לקנות לו סחורה ידועה ולא לקח לו אין לו עליו אלא תרעומת וכשלקח השליח לעצמו נקרא רמאי אבל אם לא לקח לא הוי רמאי. וקשה על הנוב"י דכתב דנקרא רמאי גם אם לא מקדש בכלל כיון דחבירו סמך עליו. ודוחק לומר דיש לחלק בין מו"מ לקידושין ורק בקדושין אמרינן

כן. והעלה דאם לא קידש בכלל אין עליו אפי' תרעומת דהא הנוב"י עצמו קמא ס' ס"ד רצה לבטל שליח קדושין דלא מהני כלל מדין תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ותירץ כיון דהיא רוצה להתקדש ובעלת בחירה לא שייך תפיסה. וכל זה לגבי משלח אבל שליח עצמו יכול לומר מה לי ולצרה זאת להכנס בזה אני מקדשה לעצמי. ובהרי בשמים תנינא ס' ס"ו הביא מתנה אפרים הל' שלוחין דמחלק בין כאן לשליחות דעלמא, דהכא כיון שסומך עליו דהבטיח השליח לעשות שליחותו שייך בו שארית ישראל לא יעשה עולה דסמך על הבטחתו, אבל כשלא הבטיחו אף שהוא שליחו לא הוי רמאות כשאינו עושה ושם דן אם בהעדר השליחות נקרא רמאי תלוי במחלוקת הגמ' עירובין לב אם בדאורייתא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו.

וכ"כ ביד דוד פסקי הלכות דף רכו: דדוקא באמר לו קדש לי אשה פלונית אבל אם עשה שליח לקדש אשה סתם לא הוי רשע אף שהוא התחיל לדבר בשביל המשלח. והביא ראיה מגמ' נא דשוותיה לאביה שליח מהו דתימא כשהאב קיבל קדושין אליבא דידה קמ"ל דלא שביק מצוה דרמיא עליה. הרי אע"פ שהיא מינתה בפירוש את אביה וקידש אחותה מקודשת ע"ש.

ב. **והנה** בדין נקרא רשע האם בכל אופן נקרא רשע או רק בקדושין כתב הרמב"ם בהלכות אישות דנקרא רשע בין בקדושין בין במו"מ, אבל השו"ע חו"מ ס' רל"ז סעיף א כתב דבמתנה ומציאה לא נקרא רשע. וקדושין נמי הוי כמו מתנה דלא יכול למצוא במקום אחר וכתב הלכות קטנות דכ"כ התוס' בקדושין נט. דבמציאה לא שייך עני מהפך וקדושין דמי למציאה וכתבו עוד התוס' שם דמלמד דהשכיר עצמו לבעל הבית יכול בעל הבית לשכור אותו ולא יכול לומר בעל הבית הראשון לך ושכור מלמד אחר למה אתה נטפל אלי דיכול לומר לו אני חושב שזה ילמד את בני יפה. וגם כאן יכול לומר בקדושין קידשתיה לי כי אני לא יכול למצא אשה טובה כזאת. ועוד כיון דדעת אחרת יש כאן לא שייך עני מהפך בחררה כיון דהאשה אין רצונה במשלח אלא בשליח. ולכן מבטלת רצונה לקדושין דוקא לשליח ולא למשלח. וכ"כ בעצמות יוסף דהקשה למה הגמ' אומרת שנקרא רמאי בקידשה לעצמו נימא רשע מדין עני מהפך בחררה. וע"ז כתב דדין עני מהפך בחררה דוקא באופן דמהפך ממש אבל כאן המשלח יושב בביתו ועשה שליח לא שייך עני מהפך בחררה.

אולם בישא ברכה דף קמ"ט נחלק דבקדושין גם לתוס' נקרא רשע וכתב לחלק דתוס' רק במציאה דלא שכיח אבל באשה נקרא רשע דכמה נשים יש בעולם וראית התוספות ממלמד שאני דאדם לא זוכה ללמוד מכל אדם משא"כ באשה. ומה שהביא הלכות קטנות דאשה כיון שרצונה להתקדש רק לו לא הוי עני מהפך בחררה קשה דהרי האשה חזרה בה מכח השליח ולכן נקרא רשע. ומה שכתב העצמות יוסף דכאן לא נקרא רשע אלא רמאי דחה דבריו הנוב"י דרמאי היינו רשע וכ"כ הרמב"ם.

ובטיב קדושין כתב דמה שנקרא רשע רק בקדשה לעצמו אבל אחר שיודע ששליח בא לקדש לראובן וקדם וקידשה לו לא הוי רשע. וכ"כ באבני משפט ס"ק טז. דרק בשליח דגילה סתרי סודו והלך וקידש לעצמו הוי רמאי, אבל אחר לא דדמי למלמד שנשכר לבעל הבית שבעה"ב אחר יכול לקחתו ע"ש ובים של שלמה פ"ג ס' א' כתב דזה מותר אליבא דכו"ע דאם אחד מטפל ומשתדל לקדש אשה, ובא אחר וקידשה עבורו אין בזה איסור ואינו דומה לעני מהפך בחררה דדוקא במקח וממכר יכול לומר לו לך וקני במקום אחר משא"כ באשה אומר לו אין במציאות אשה כזו. ובחמדת שלמה חו"מ ס' ה' כתב דגם אדם אחר הוי רמאי ורשע מדברי הרמב"ם שכתב וכן כל ענין מקח וממכר העושה כן נקרא רשע הרי דהרמב"ם לא חילק בין עשאו שליח ולא עשאו שליח ומשמע מלשון הרמב"ם דסובר כר"ת שבהפקר לא שייך דין עני מהפך בחררה דהדגיש הרמב"ם במקח וממכר, ומשמע דאשה לא דמיא להפקר ולפ"ז אחד שמתעסק לקדש אשה וקדמו אחר נקרא רשע.

ג. **ובאגרות** משה ס' צא דן בשידוך דהבחור והבחורה עוד לא החליטו או שהם מנהלים משא ומתן על דמים שאפשר שלא יבאו לידי גמר כי רב הפער וקדם אחד וסגר שידוך או הוא או היא דלא הוי עני המהפך בחררה דהרמ"א כתב בס' רל"ז סעיף א' דדין עני מהפך בחררה היינו דוקא כשהענין נגמר ופסקו דמים ולא מחוסר אלא קנין בזה אמרינן עני המהפך בחררה. אבל באופן שעוד לא נגמר לא והו"ה כאן שהם עוד לא החליטו שהמוכר רוצה כך והלוקח רוצה כך ולא החליטו רשאי להכנס ולקנות בין המוכר ישראל או עכו"ם. ופירש הסמ"ע דבמוכר ישראל יש חידוש דאם המוכר פסק דמי המקח ובא ישראל אחר לקנות כיון דאסור למכור לאחר הרי המוכר מוכרח למכור רק ללוקח ובזה הוא מפסיד. לכן התירו לו למכור לכל אחד כל זמן שלא נגמר המקח.

והו"ה בשידוך דאם נאמר דאחר אסור לו לשדכה נמצא דהיא חייבת להינשא אך ורק לראשון שנשתדך לה ואסור לכל העולם לטפל ולהנשא לה. ויש לה הפסד גדול לכן אין דין עני המהפך בחררה וברור שמותר לכו"ע, אבל באופן דהשידוך נגמר אך לא עשו קנין מותר אחר להכנס לשדכה. כתב באגרות משה דזה תלוי במחלוקת הפוסקים אם דין עני המהפך בחררה הוא רק בהפקר או מתנה, כמבואר בשו"ע חו"מ ס' רל"ז. דדעת תוס' בי"א קמא דבהפקר ומתנה אין דין עני המהפך בחררה וי"א שהיא דעת רש"י דגם בהפקר ומתנה שייך דין עני מהפך בחררה נמצא דבשידוך נמי אסור. ולתוס' דבהפקר ומתנה לא אמרינן הו"ה בשידוך שיכול לומר היכן אמצא אשה כזאת, אבל כתב הרמ"א דסברא ראשונה עיקר, ומ"מ הירא לדבר ד' יתוש לסברא אחרונה.

ד. **ובמה** דאמרינן דנקרא רשע כתב הסמ"ע דמכריזין עליו ועי' הג' מיימון פ"ח מחובל ומזיק אות א' דמוכח דנפסל לעדות ולשבועה ושכנגדו נשבע ונוטל, ומדמה ליה למגביה ידו על חבירו. ועי' חו"מ ס' ל"ד סעיף ב' בהגהה וסמ"ע שם. ובס' ל"ז אמרינן דבעי הכרזה ובזכור לאברהם חו"מ בשם כנה"ג דאם השכיר בית והתנה עמו שאם יוסיף אחר יתבטל השכירות אין לשני דין עני מהפך בחררה.

ובמשאת בניימין ס' כ"ז כתב לפלפל אם חייב להחזיר הדמים והעלה דלא צריך להחזיר הדמים דלא קימ"ל כר"ת וכתב דנקרא רשע ומכריזין עליו. אבל בתרי קטלי לא קטלינן ליה. ולפ"ז צ"ע בזה"ז דלא מכריזין מפני היראה שמא יש לחייבו להחזיר דמים ע"ש. ובס' שארית יוסף סי' י"ז כתב דאם הלוקח לא ידע שחבירו מתעסק לא צריך להחזיר דמים וגם ר"ת מודה בזה דרק במזיד בזה ס"ל לר"ת דחייב להחזיר דמים. ובמשפט שלום כתב דכל האחרונים חולקים על ר"ת ולא צריך להחזיר דמים גם במקום דלא מכריזין וע' ח"ס חו"מ ס' ע"ט מ"ש בישוב דברי ר"ת מגמ' כתובות. וכתב מהרי"ט על הרי"ף פ"ג דקדושין בעני המהפך בחררה הוי איסור מדברי קבלה ולא מדרבנן ודייק מסנהדרין פ"א דדריש ואת אשת רעהו לא טימא ביורד לאומנותו של חבירו ומסיים עלה ורשעת הרשע עליו תהיה הרי דנקרא רשע ואע"ג דיורד לאומנותו חמיר טפי דפסיק לחיותיה מ"מ התם בשל הפקר מיירי ומהפך בחררה של שכירות שוה לאומנותו של הפקר.

ונמצא שכיון שהוא רשע יש לכ"ע למונעו מלהכנס לעסקה זו ואם נכנס לא מוציאין מידו אבל מסבירין לו חומר האיסור שנקרא רשע ופסול לעדות ולשבועה והרמ"א חילק דאפי' לסברא ראשונה דדוקא במכר הוי רשע היינו דוקא בעני דאין לו מהיכן לקנות אבל עשיר שיכול לקנות במקום אחר לא הוי עני מהפך בחררה וכתב הר"ן דוקא במטלטלין אבל בקרקעות גם בעשיר יש דין עני המהפך בחררה. וכ"כ בשמ"ק משום שאין קרקע מצוי כל שעה גם לעשיר.

ה. **וביארנו** דדין עני מהפך בחררה רק אם היתה פסיקה וחסר קנין ובא אחר מקנה הוי רשע אבל אם הם נושאים ונותנים ועוד לא הגיעו לעמק השוה בזה לא אמרינן דהוי עני המהפך בחררה ושרי. אמנם בזכור לאברהם אות ע בד"ה חזקה כתב בשם מים רבים דאם אחד התחיל לקנות אסור לשני להכנס ולהשתדל בשבילו כל שעומדים באותו מעמד. אא"כ שתקו מאותו ענין והביא בשם ג"א דכל שבא לשאול על הסחורה מה טיבה אע"פ שעוד לא נגמר המקח מותר לקרותו רשע. אבל כנה"ג חולק וס"ל דכל שלא נגמר המקח לא הוי רשע ע"ש וגם הרמ"א כתב כדעת כנה"ג וכ"כ הפרישה ובשו"ת נחלת שבעה ס' ס"ה דאם אין מניעה מצד העכו"ם המוכר אלא מצד ישראל הקונה שרצה לדחות המוכר כדי שיפחית לו, גם בלא נגמר פסיקות הדמים ביניהם נקרא רשע, ואם נתן הישראל מעות לעכו"ם אף דהוי ספיקא דדינא אם עכו"ם קונה בכסף או במשיכה מבואר בשו"ע יור"ד ס' שכ' מ"מ כיון שמנהג הסוחרים שתגרים ישראלים ועכו"ם קונים זה מזה במקצת כסף שנותנים זה לזה. דנים על פי המנהג ודוקא באיסור בכור נוהגים להחמיר, וגם י"ל דכל שיש מנהג הוי כהתנו בפירוש שיקנה בכסף, והגם דלגבי בכור יש טוענים דלא מהני קנין סיטומתא דקנין זה תיקנו חז"ל רק בממון מ"מ בממון כל שבא חבירו ולקח מעכו"ם הוי מזיק וחייב להחזיר הקנין לראשון דבאופן זה לא נקרא רשע אלא המכר חל אצל הראשון וחייב להחזיר. ואם השני טוען שלא ידע שהראשון נתן מעות ישבע ויפטר ע"כ. וכתב במשפט שלום היינו דגם עתה טוען שלא יודע אם נתן מעות אבל אם בשעת המכר לא ידע ועכשיו נודע לו חייב להחזיר המכר.

ו. **ובתשובת** מהרי"ט חו"מ ס' צ' כתב שבאופן שנגמר המקח ביניהם ובא חבירו וא"ל תן לי כו"כ מעות אם לא אני אשכנע את המוכר שיפסיד המקח

הוי גזלן גמור כיון שכבר נגמר המקח. וצ"ל דמהרי"ט איירי דהיה קנין ע"ש. ויש להביא ראי' מכתובות פא: מההיא דנפלה ליה יבמה בפומבדיתא ובעי אחוה למפסלא עליה בגיטא וא"ל אני אחלוק איתך בנכסי דמיתנא ולאחר שנכנס חזר בו ולא נתן לו אמרה הגמ' דהוי פומבדיתא רמאה. ובשערי דורא ס' ק"נ הוכיח ממהרי"ט דכל שהיה שיווי ביניהם במקח הוי גזל. וכתב בשם חוקי משפט דאם העכו"ם הביא סחורה לשוק ובא ראובן ומהפך בה לקנותם ופגש שמעון את הגוי וגמר לקנות זכה ראובן דמה שמהפך לא קנה דלא עשה משיכה. והשיגו עליו הרי לא היה פיסוק דמים ובנטע צבי ס' קצ"ז כתב דמיירי בסחורה שדמיה קצובים וההיפוך שעשה ראובן הוי הקנין דקונה ברה"ר. וכתב עליו משפט שלום דלא הוי כוונה לקנותה מצד ראובן אע"פ שהיפך וע' נתיבות ס' ר' ס"ק ט"ו וכתב במל"מ פרק י"ז הלכות גזלה הלכה ח' שהשיג על המהרי"ט דידו אינו קונה בלי כוונה כדאיתא בגמ' בב"ק כט.

ז. **וכשבעה"ב** שכר מלמד לא ילך מלמד אחר אצלו להציע עצמו אבל אם המלמד נשכר לשמעון יכול ראובן ללכת למלמד ולהציע לו שכר גבוה שיבא אצלו דלא הוי איסור כיון דלא מכל אחד אדם זוכה ללמוד. ובעצמות יוסף תמה על התוס' שאסרו על מלמד שיציע עצמו לבעל הבית למה הדגישו מי שיש לו מלמד בביתו אסור למלמד אחר אפי' לא בביתו אסור וכתב הפני יהושע לחלק דדוקא אם המלמד נכנס לבית בעה"ב אסור אבל מלמד דלא בביתו דבעה"ב לקחו לנסיון אין בזה איסור. ובמקנה כתב דאיירי בפסק דמים וסתם מלמד הוי עני דיש בו דין עני מהפך בחררה. אבל מהרי"ט כתב לפרש דמלמד הוי כהפקר ומציאה דאולי לא ימצא בעל הבית שיפרע לו שכרו או שדעתו נוחה עמו. וזה תלוי במחלוקת רש"י ור"ת ובטרח כבר כתבו התוס' דהוי עני מהפך, והכא כשיש מלמד בתוך הבית מסתמא טרח ובזה לכו"ע אסור ובשו"ת מהר"י מינץ ס' צ"ח במי ששידך אשה והלך לחבירו והשפיע לבטל השידוך כדי לקחתה לבנו כתב דזה גוזל נפש וגרע מעני המהפך בחררה והרי גזילה גמורה אשר לא ניתן להשיבו כי נפש בעליו לקח. ובנדיב לב חו"מ ס' נב הביא מכנה"ג חו"מ ס' רל"ז שכתב שדדעת עצמות יוסף לחלוק על מהר"ם מינץ וכתב דאין שום מחלוקת בדבר דדעת העצמות יוסף הוא בין מהפך בן לא מהפך ולדעתו דגם במהפך לשדך דינו כן אבל בשידך כבר לכו"ע הוי רשע שפיתה הנערה לבטל השידוך רשע מיקרי ע"ש.

ח. **והא** דנהג מנהג רמאות כשקידשה לעצמו דוקא כשקדשה במעות שלו אבל אם קידשה במעות המשלח כתב הב"י בשם המרדכי דהוי גזל והמקדש בגזל לא מקודשת ע"כ. וברישה אות ו' הקשה דמשמע דהטעם דלא מקודשת דהוי כמקדש בגזל והרי פסק הרמב"ם בהלכות מכירה ופסקו בשו"ע חו"מ ס' קפ"ג סעיף ג' דאם נתן מעות לשליח לקנות סחורה והשליח אמר מעות אלו אני זוקף אותם עלי במלוה וקנה לעצמו המכר שייך למשלח דהוא בעל המעות, וא"כ למה צריך לטעם דקידשה בגזל. וע"ז תירץ דהמרדכי אמר דינו לכו"ע גם לדעת החולקים, כמו שהביא הר"ם ובט"ז כתב דמטעם זה שליח לא קונה רק המשלח כיון דמעות גזל.

וכתב המקנה בקונטרס אחרון ס' ל"ה לאחר שהביא דברי הט"ז והקשה עליו דהא הש"ך בס"ק ד' כתב דעת הרמב"ם ושו"ע איירי אפי' יש עדים שזקפן עליו במלוה אפ"ה קנה המשלח וכתב דאין לדמות מכר לקדושי אשה דבמכר עיקר המקח הוא מעות וא"צ אמירה למי הוא קונה ובגוף המעות והמקח לא נעשה שינוי. לכן קונה המשלח דהוא בעל המעות אבל בקדושין דמדאורייתא בעינן אמירה א"כ כיון דשינה באמירתו וקידשה לעצמו מקודשת לו. כיון דרצונה להתקדש לו ורק מאחר שקיבלה גזל לכן לא מקודשת. וע' באבני מלואים ס"ק י"א ובתפארת יעקב כתב דהוי כמו גזל דכיון דלא קפדי אינשי על המעות לכן הוי כמו גזל ותוששין לקידושיו וכ"כ הב"ש דהא דאמרינן אם קידש במעות המשלח לא מקודשת היינו כשיש קפידא אם יחליף דאז הוי גזל בידו אבל בדבר שאין קפידא אפי' לקח בלי רשות היא מקודשת לו. אמנם בעצי ארזים ס"ק י"ב כתב דבאופן זה ששליח קידשה לעצמו במעות המשלח ודאי קפיד עליו דמקדשה במעותיו והוי גזל גמור. וכ"כ המקנה על דברי הב"ש דכל הפוסקי' לא משמע כן ומה שכתב מרן בס' כ"ח אם לקח מבעה"ב חפץ שלא מקפיד עליו וקידשה בו מקודשת מספק הטעם כיון דבעה"ב לא מקפיד הוי הפקר וזכה בו אבל כשנותן לו מעות לקנות לו וקנה לעצמו באותם מעות בזה בעה"ב מקפיד ורק בהפקיד אצלו מעות בהכי לא מקפיד אם מחליף כמו שכתב הש"ך חו"מ ס' רצ"ב ס"ק ב'. וכ"כ התוס' ב"מ מג. וכ"כ במלאת האבן אע"פ דקיי"ל דאם נתן מעות לשולחני מותר להשתמש בהם מ"מ אם עשה שליח לקדש לו אשה וקידשה לעצמו במעות המשלח בעה"ב מקפיד.

ט. **ובאופן** דעשה שליח לקדש לו אשה והלך השליח

ואמר לה פלוני שלחני לקדשך לו ובשעת קדושין א"ל הרי את מקודשת לי. לא אמרינן דכוונתו למשלח אלא לעצמו של השליח ונהג מנהג רמאות. וכ"כ התוס' והרא"ש ר"פ ג' דקדושין על מה שאמרה הגמ' שליח שקידש לעצמו מקודשת ופריך משנה היא ותירצו התוס' דאיירי דא"ל בתחילה אני שליח של פלוני לקדשך לו. ובשעת נתינת מעות א"ל הרי את מקודשת לי ס"ד לי דאמר היינו למשלח. קמ"ל דחזר משליחותו ומקודשת לו. והרמב"ן והרשב"א מתרצין בענין אחר וכן הריטב"א ומ"מ לענין דינא כתב עצי ארזים דלא פליגי ומקודשת לשליח.

ודייקו מתוס' דאע"פ דאמר לה אני שליח של פלוני ובתוך כך א"ל הרי את מקודשת לי, מקודשת לשליח אפי' תוכ"ד ממה שא"ל פלוני עשני שליח לקדשך לו. וכ"כ ביד דוד פסקי הלכות ח"ב דף רכ"ה. וכן נפסק בשו"ע.

וכתב מר"ן בשו"ע דוקא אם האשה שמעה והבינה, אבל אם אומרת שלא הבינה לא הוי קדושין וצ"ב איך נקבע את הקדושין על ידה, אם העדים לא ידעו שהיא ידעה והבינה. ובב"ש ס"ק כ"ב הביא בשם האגודה פ"ק דקדושין ס' י"ג דבלשונות קדושין היא נאמנת לומר שהבינה. ובבית מאיר הקשה על הב"ש דאם נאמנת לומר שלא הבינה ולהתיר עצמה לעלמא ונמצא כשאומרת שנתרצתה להתקדש לשליח הוי כנתקדשה בלי עדים. ועוד תמה גם באומרת שהבינה למה מקודשת ודאי הא הוי כמקדש בלי עדים דדבר זה תלוי במחלוקת שהביא המחבר בס' כ"ז סעיף ג' בנתן בשתיקה ואומרים שנתכוונו לשם קדושין ובסוף דבריו הביא דברי הג' מרדכי בשם מהר"ם שנאמנת לומר שלא הבינה, וסיים בצ"ע. אמנם ביד דוד כתב כיון דהעדים שמעו הרי את מקודשת לי נאמנים לברר שלעצמו קידש.

י. **וכתב** הרא"ש בפ"ג דקדושין דאם טעה השליח ואמר הרי את מקודשת לי אין כאן בית מיחוש דהקדש בטעות לא הוי הקדש וכ"כ בהג' מיימון פ"ט דאישות דאם השליח נבהל ובמקום לומר הרי את מקודשת לפלוני אמר לי כתב מהר"ם מרוטנבורג שלא צריכה גט מהשליח.ובתשו' מיימון סי' ג' ראובן ששלח לקדש לו אשה והשליח בא והושיב נכבדי הקהל והראה להם ההרשאה שראובן מינהו לקדש לו את לאה, וביררו עדים לקדשה לראובן בפניהם ובעת הקדושין במקום לומר הרי את מקודשת לראובן א"ל הרי את מקודשת לי. והעדים א"ל למה לא אמרת הרי את מקודשת לראובן ונשבע השליח דכוונתו לי היינו לראובן וחזר וקידשה לראובן ודנו אם צריכה גט מן השליח וכתב דלא צריכה גט מהשליח דהקדש בטעות לא הוי הקדש דקימ"ל המתכוון לומר תרומה ואמר מעשר תרומה ואמר עולה לא אמר כלום והוי חולין גמורים, ושליח נאמן דע"א נאמן באיסורין כשלא איתחזק איסורא. ועוד כיון דשליח עושה שליחותו סברא הוא דמהימן לומר טעיתי. וכ"כ הרמ"א דנאמן השליח לומר טעיתי דחזקה שליח עושה שליחותו. או משום דבר שבידו נאמן והכא בידו לגרשה ולהתירה לראשון, ונ"מ אם המשלח כהן וכתב הב"ש ס"ק כ"ה טעמא דנאמן השליח שטעה אף שאין לו מגו משום חזקה שליח עושה שליחותו ותמה עליו הב"מ דהמעיין במהר"ם יראה דעיקר הטעם משום מגו דבידו לגרשה וטעם דחזקה שליח עושה שליחותו הוי לסניף דמסתבר דטעה דבגמרא גיטין סד. אמרינן דחזקה שליח עושה שליחותו היינו לתומרא וכתב ואיני יודע למה החליט הב"ש דנאמן בלי טעם מגו. ועוד במשלח כהן לפי דעת המרדכי אין לו מיגו דיכול לגרשה דאז תהיה אסורה למשלח. ובתשובת ר"י נחמיאס כתב הטעם דשליח נאמן משום מיגו דבידו לגרשה.

ובאבני משפט ס"ק י"ט כתב לישב דלא דמי דינא דהכא למה שאמרה הגמ' דחזקה שליח עושה שליחותו רק לחומרא דכאן עשאו שליח והשליח בא לקדש אלא שטעה שייך לומר חזקה דעשה שליחותו דשארית ישראל לא יעשו עולה. אבל בגיטין אמרינן דחיישינן לחומרא כיון דלא ידעינן אם שליח עשה השליחות. ובכנה"ג הגב"י אות ל"ד הקשה על מהר"י נחמיאס וכתב דלדעתו לא הוי מגו טוב שהרי הוא רוצה להיות מותר בקרובותיה ודאמרינן בב"ב קלד. דאומר זה בני נאמן לפוטרה מיבם דבידו לגרשה שאני התם שאומר כן בשעת מיתה ולא איכפת ליה אי נאסר בקרובותיה אי נמי בבריא והכי קאמר משום דבידו לגרשה על תנאי אם ימות הוא בתחילה בלי בנים. ובערך לחם כתב דשליח נאמן גם אם המשלח כהן. משום דחזקה שליח עושה שליחותו ושארית ישראל לא יעשו עולה. וכתב החזו"א ס' מ"ח אות ד' דהא דכתב הרא"ש שנאמן לומר שטעה וכל שטעה אין כאן בית מיחוש מדובר באומר כן תוכ"ד ואע"ג דאין תכ"ד בקדושין מ"מ מהני לענין חזרה ע"ש. וכ"כ בתפארת יעקב דלאחר כדי דבור לא נאמן לומר שטעה וכתב דמדברי הב"ש לא נראה כן שהקשה הא לא

מהימן לומר טעיתי רק במיגו ולפי הנ"ל לא קשה מידי וכתב עוד הב"ש דהא דשליח נאמן בלא שבועה אמנם באגודה בשם תשובת מהר"ם כתב דנאמן בשבועה ע"ש.

יא. **ובאופן** דאמר השליח הרי את מקודשת לי וטעה דאמר הרא"ש לית כאן בית מיחוש כתב המרדכי ריש פ"ג דרבינו ידידיה מצריכה גט מהשליח ושם הביא דגם הר"מ כתב לרבינו ידידיה דצריכה גט, וראיה מהמשנה הרי את מקודשת לי דנהג מנהג רמאות ולא מהימן לומר טעיתי. כדאמרינן לקמן המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת והיא לויה דמקודשת מפני שלא הטעתו. וא"ת למה לא נאמן טעיתי כיון דבידו לגרשה כדאיתא בב"ב קלה: הבעל שאמר גירשתי את אשתי למפרע לא נאמן מכאן ולהבא נאמן דבידו לגרשה הא ליתא דהא מסקינן התם דלא נאמן. ועוד דאין המיגו שקול דניתא ליה לומר לומר לא קידשתי מלומר גירשתי, דא"כ יצטרך ליתן לה כתובה אפילו לא כתב לה כמו שהוכיח ר"י דארוסה יש לה כתובה אפי' לא כתב לה ועי' לקמן סי' נ"ה ועוד בגיטין יד. בסוגי' דגינאי כתב פר"ח דבלא עדות לא נאמן לומר טעיתי במיגו דאי בעי אמר פרעתי וטעמא דהוי מיגו במקום עדים. דאנן סהדי דאין דרך אדם לטעות ע"כ יש לשליח לגרשה ולחכות ג' חדשים ויחזור ויקדשנה הוא או אחר, ע"כ.

וכתב בישא ברכה דף קמו. דמלשון הב"י נראה דסובר דתשובה זו לא דהמהר"ם היא אלא של רבינו ידידיה וכן מבואר בתשובת רבינו בצלאל אשכנזי ס' ז' ובתשו' מהר"ם מלובלין סי' צ"ב וכו', ומהריב"ל ח"ד ס' ח' דהביא שתי התשובות של מהר"ם וכתב דאין לומר דלא סתרי אהדדי. דתשובה ראשונה איירי דליכא הוכחות כולי האי דהא מתוך הראיות שיש בתשובה הראשונה והשניה מוכח דסתרי, ואחר שהביא דעת הרא"ש פ"ג דקדושין דס"ל כתשובה שניה מסיק דהכלל העולה דלא מקודשת כלל לשליח כיון דדעת הרא"ש ומהר"ם בתשובה השניה ס"ל הכי וכ"כ האחרונים דהמקדש בטעות אינה מקודשת. אולם הכנה"ג הגב"י אות ל"א הביא דעת החולק והוא הר' אברהם ירושלמי דכתב אע"פ ששתי התשובות של מהר"ם סותרות מ"מ יש להחמיר וכ"כ בחזו"א סימן כ"ב אות א' דכיון דבתשובות סותרות יש להחמיר. ובערך לחם כאן כתב דאם המשלח כהן לא צריכה גט לאוסרה עליו. ויש שכתבו דשתי התשובות של הר"מ לא סותרות וכ"כ הט"ז ס"ק י"ג וכתב דבאופן דיש הוכחה שיש כאן טעות כמו בתשובה שניה דאיירי בהזמין הקהל והראה כתב מינוי יש סברא גמורה דטעה בלשונו. וכן דעת הטור והרא"ש דכתבו אם טעה ע"כ שיש הוכחה.

ובאבני משפט תמה על הט"ז דבתשובה ראשונה כתב מהר"ם לא נאמן לומר טעיתי במיגו דהיה מגרשה דאם יגרש יצטרך לשלם כתובה ובתשובה שניה כתב דנאמן במיגו דבידו לגרשה ובארץ צבי תמה איך נאמן במיגו הא הוי מיגו במקום עדים ותירץ דכיון דיש רגלים לדבר שטעה דאסף אנשים שבא לקדש למשלח ובתשובה ראשונה דשידך בעדים לצורך פלוני ובשעת קדושין אמר לי בזה חיישינן שמא חזר בו. וכ"כ ר"י נחמיאס בשו"ת ב"י ס' ח' ובמקנה בקו"א כאן.

ובכשליח מפרש דהכוונה לי שאמרתי לצורך משלחו כתב בס' יד דוד דאפי' הרא"ש ומהר"ם איירי ששלח ניתקל בלשונו אבל באומר שזה כוונתו נאמן לפרש דברו, ובמק"א הבאנו דדברי הש"ש דהאריך בזה בע"א נאמן במקום דלא איתחזק איסורא ודו"ק.

והביא דברי הש"ך שהקשה על הרא"ש מדאמרינן בשמעתין גבי לוקח שדה בשם ר"ג נימא פליגי אבני מערבא דהא אפי' למאן דפליג אבני מערבא בעינן שיהא בעל המעות והא התם ר"ג לא נתן המעות וא"כ דמי לצבע דאמרינן אין אדם זוכה בשלו לאחר אלו דבריו ז"ל. ושם תמה המחנ"א דהרי המוכר לא כיון להקנותו ללוקח ובשלמא למ"ד דאין צריך דעת מקנה שפיר שהלוקח יכול לומר לעצמי לקחתי כיון דנתן דמים הוי זוכה בשלו. והא דאמרינן דלוקח לא יכול לזכות היינו באופן דרוצה לקנות במעות המשלח שדעת המוכר להקנות רק לבעל המעות, נמצא באופן דלוקח קונה במעות המשלח הוי גזל בידו. אבל כשלוקח נותן מעות של עצמו הרי אפילו שאמר שהוא שליח של פלוני המוכר לא מקפיד אם זה יקנה או אחר יקנה זה דעת הש"ך וכו' וכתב המ"א דחילוק זה כתב רבינו פרץ דאם הלוקח קנה במעות שלו אע"פ שאמר בתחילה הוא שליח של פלוני וחזר בו קנה דבעל הבית מקנה למי שנותן לו דמים ולא איכפת לו אם ראובן קונה או השליח הקפידא רק למי שייכים המעות ולא כמו שכתב הסמ"ע לדייק מדברי הרמ"ה דדוקא כשנותן המעה סתם הוא דשליח יכול לקנות לעצמו קודם משיכה אבל אם נתנם בהדיא בשביל חבריה לא יכול לחזור בו דליתא ע"ש.

יב. **וכתב** הרמ"א בשם הר"ן דבשלח אותו לקנות קרקע

מסרים ולקח השליח וטוען שלעצמו קנה כתב הר"ן הואיל ונהג מנהג רמאות הרי השליח קנה למשלח ע"ש. אולם יש חולקים על זה דהג"א בב"ק פ' הגוזל עצים הביא מעשה שראובן נתן מעות לשמעון לקנות לו סחורה פלונית והלך וקנה סחורה אחרת וטוען שקנה לעצמו, וכו' דאי נימא דלמיפטר נפשיה אדם משים עצמו רשע היה נשבע ונאמן על זה. אבל מורי כתב דאאמע"ר כלל אפילו בכה"ג והכא משו"ה נאמן דלפי דעתו רצה לשלם לראובן מעותיו היתרא עביד ע"כ. א"כ הכא כשקנה במעות עצמו לכו"ע נאמן דבודאי התם הוי טפי מנהג רמאות כיון שהיה בידו מעות המשלח וקנה בהם ואפ"ה נאמן, ואפי' נימא שקנה במעותיו על כל פנים היינו הך דינא דהכא ואף די"ל דשאני הכא ששליח שינה מדעת משלחו וקנה סחורה אחרת לכן נאמן משא"כ הכא דלא שינה אבל מ"מ הרי הטעם שם בהג"א שייך גם בלא שינה והן אמת די"ל דשאני הכא דקנה סחורה אחרת ויחזיר לזה מעותיו ואין בזה רמאות כלל משא"כ הכא שקנה לעצמו הקרקע שציוה לו המשלח לקחת עבורו אבל לטעם א' דכל דלמיפטר נפשיה אדם מע"ר ונאמן א"כ גם כאן י"ל כן. וע' ש"ג בב"מ פרק איזהו נשך שהביא דברי הג"א וכתב דדוקא בכה"ג ששינה איכא רגלים לדבר.

יג. **ובעשה** שליח לקנות לו קרקע והלך השליח וקנה לעצמו אמרה הגמ' רבה בר חנה יהיב לי זוזי לרב אמר זבנה ניהלי להאי ארעא אזל וקנה לעצמו והתניא מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות, באגא דאלימי הוה לרב נהגו ביה כבוד לרבה בר בר חנה לא נהגי ביה כבוד אבעי ליה לאודועי סבר אדהכי והכי אתא אינש אחרינא זבין לה וכן פסק הרמב"ם פ"ז מהלכות מכירה הלכה י' יא, וכ"כ בחו"מ ס' קפ"ג וכתב הר"מ קנאה סתם במעותיו ויכול לומר אח"כ לעצמי קניתי ודוקא בקרקע סתם אבל בקרקע מיוחד הואיל ונהג בו מנהג רמאות ודאי מעיקרא קנה המשלח ולא יכול לחזור בו. ושליח שקנה לעצמו במעות המשלח אע"פ שזקפן עליו במלוה המקח של המשלח, ואם השליח אמר בפני עדים שחזר משליחותו י"א דקנה לעצמו וי"א אפ"ה קנה למשלח.

ומשמע מסוגיין דאם השליח קנה לעצמו מה שעשה עשוי. אמנם בתוספתא ב"מ דף יא. איתא במי שנתן מעות לחבירו לקנות לו פירות וקנה לעצמו מוציאין ממנו בע"כ. וכן נפסק בפסקי הרי"ף והרא"ש ב"מ פ"ה סי' מ"א ולכאו' זה סותר גמ' דידן. ותירץ המתיבות והובא ברשב"א בח"ג ובתשובת הרמב"ן שיש לחלק דהא דאמרינן מה שעשה עשוי איירי שהשליח קנה במעות שלו, אבל קנה במעות המשלח מוציאין מידו. והרשב"א בב"ק קב: חילק דאם השליח ידע שרוצה לגזול המעות מה שעשה עשוי אבל אם לא ידע שרוצה לגזולם וחשב שקונה במעותיו בזה הוי של המשלח וכ"כ הרשב"א גם בחידושיו לקידושין נט. והביא את בעל המתיבות שכתב לחלק דבסוגיא דקדושין איירי בשליח שקנה בכסף שלו, אבל בתוספתא דהמקח בטל איירי בקנה בכסף של בעה"ב. וכן פסק בשו"ע חו"מ ס' קפ"ג סעיף ג' הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלין והניח מעות המשלח וקנה לעצמו מה שעשה עשוי והרי הוא בכלל הרמאים ואם יודע שהמוכר אוהב אותו ומכבדו ומוכר לו ולא לאחר מותר לקנות לעצמו והוא שיודיענו. ואם יש חשש שמא יקפוץ אחר לקנות יכול לקנות. וכתב הרמ"א קנה סתם במעותיו יכול לומר לעצמי קניתי כ"כ הר"ן. והנ"מ בקרקע סתם, אבל קרקע פלונית אפי' קנה בסתם אמרינן דקנה למשלח הואיל והוא מנהג רמאות וכן שליח שקנה לעצמו במעות המשלח אע"פ שזקפן עליו במלוה המקח של המשלח. והרמ"א הביא מחלוקת אם חזר בו מהשליחות בפני עדים דדעת הרב המגיד בפ"ז מהלכות מכירה דקנה לעצמו. אמנם רבינו ירוחם כתב דאפי' הכי קנה המשלח. ובמחנה אפרים הלכות שלוחין ס' י"ח הביא דעת רבינו ירוחם דאפי' חזר בו בפירוש לפני עדים קנה המשלח. ובב"י סימן קפ"ג הביא דעת רבינו ירוחם. וכתב דהם הם דברי הרא"ש בפ' הגוזל קמא וכ"כ במשפט שלום ס' קפ"ג והוסיף דדין זה תלוי במחלוקת הפוסקי' ביור"ד סימן קע"ז סעיף ב' דדעת הסמ"ג דאם כופר ואומר מלוה בריבית הוא אפילו אית ליה מגו אינו נאמן דאאמע"ר. ומבואר דאפילו לפטור עצמו מממון אינו נאמן דאאמע"ר. אלא דהש"ך בס' קס"ט ס"ק ע"ט הביא סתירה בזה.וע' תשו' הרמ"א דדעת הרא"ש והטור דלא כהסמ"ג וס"ל דאם הלוה מוחזק נאמן לפטור עצמו אף אם משים עצמו רשע ע"ש. ועי' תשובת הריב"ש ס' שצ"ז דמוכח דס"ל כהסמ"ג ועי' בשו"ת רמ"ה הובא באור צדיקים ס' רס"ד דלמפטר נפשיה עביד עצמו רשע. ומהרי"ט אלגזי בקהלות יעקב בתוס' דרבנן סי' י"ז הוכיח כן מהתוס'. ונמצא דלדעת התוס' סמ"ג ור"ן לא נאמן לפטור עצמו ע"י שעושה עצמו רשע, והרא"ש והרמ"ה והטור ס"ל דנאמן. ובב"י הביא בשם הג' מרדכי ופסקו הרמ"א דאף דהוי רמאי נאמן. ותמה הנתיבות מ"ט נאמן

ותירץ כיון דהוי סחורה בזול ל״ש רמאות. ותמה במשפט שלום דהרי הרמ״א עצמו כותב דהוי רמאי. וכן המעיין בעיטור ובב״י לא הוזכרה סחורה בזול, וכתב שנשאל ע״י חכם אחד והביא דברי מח״א בהלכות שלוחין ס׳ י״ט שהביא דעת העיטור וכתב דהעיטור והרשב״א ס״ל דלא כהר״ן וס״ל דגם בדבר מיוחד השליח נאמן ונחלקו האחרונים אי באיסור דרבנן אמרינן אאמע״ר. וע׳ תומים ס׳ פ״ב בכללי מיגו שהוכיח מגמ׳ כתובות י״ח ממשחק בקוביא והביא רשב״א בחידושיו לכתובות דכתב דאפי׳ במדת חסידות אין אדם משים עצמו רשע וזה כדעת הר״ן והרמ״א, ובאסיפת זקנים בב״מ י׳. כתב בשם הרב״צ דגם בעני המהפך בחררה אאמע״ר ע״ש. אבל ה״ה פ״א דאישות הל׳ ד׳ כתב דבאיסורי דרבנן לא זהירי אנישי.

והרמ״א בסעיף ד׳ העתיק לשון העיטור בסתם וכאן כתב דעת הר״ן דבקרקע מיוחדת המשלח קנה והני מילי סתרא״י. וכתב לישב בשם שו״ת תוע״ר חו״מ ס׳ י״ב דיש הבדל בין קרקע למטלטלין דבקרקע המשלח מוחזק ולכן אינו נאמן לומר קניתי לעצמי משא״כ במטלטלין דהשליח מוחזק. ויש לדקדק מדברי הש״ך בתקפו כהן סי׳ צו דבקרקע כשיש ספק אפשר לומר קים לי ולמה כאן אמרינן דהמשלח קנה ושליח לא נאמן. ותירץ במשפט שלום דכאן הספק בדעתו של השליח בשביל מי קנה בזה אמרינן המשלח מוחזק.

יד. **וכתב** הרמב״ם בהלכות מכירה פ״ז שאם קנה השליח במעות המשלח אע״פ שזקפן עליו במלוה המקח של המשלח. וכן פסק בשו״ע וכתב הרמ״א דאם השליח חזר בפני עדים מהשליחות וקנה במעות המשלח כתב ב״ה שם דקנה השליח ורבינו ירוחם פסק אע״פ כן קנה המשלח והב״י בס׳ קעו הביא ב׳ דיעות, ולדעת ה״ה ששליח נאמן כתבו האחרונים דלא בעי שבועה דאין נשבעין על טענת שמא רק מטיל חרם סתם. ובשו״ת קול אליהו סי׳ ד׳ הביא דרבינו ישעי׳ והרמב״ן סברי כדעת המורים דלא בעי שבועה וע׳ זכור לאברהם ח״ג אות ש וכ״כ בשו״ת מהרשד״ם ח״מ ס׳ קע״ה שכן הוא דעת המורים הנ״ל ומה שכתבו בשם הג״א בב״ק דנאמן רק בשבועה היינו משום ששם השליח שינה, אבל כשלא שינה לא צריך שבועה ועי׳ מח״א הלכות שולחין ס׳ י״ז.

ומשמע דהרמב״ם ס״ל דהשליח שקנה במעות המשלח החפץ למשלח ולא מהני חזרה לא בפני עדים ולא בפני בי״ד. ובב״י חו״מ ס׳ קע״ו הביא במחודש תשובת הרשב״א שגם דעת הרי״ף כן אמנם דעת רי״ו דאם שינה מהשליחות מהני מה שאומר בפני עדים שחזר בו וקונה לעצמו אבל אם לא שינה מהשליחות וקנה אפי׳ אומר בפני בי״ד שקנה לעצמו לא מהני אלא זכה המשלח. וברבינו ירוחם נתיב כ״ז הביא בשם בעל המתיבות דאם נתן לחבירו מעות להתעסק למחצית שכר ואמר בפני עדים לעצמי אני קונה שפיר דמי דנעשה גזלן על המעות. וכתב הטור לחלק בין שליח למקבל עיסקא דהתם הוי שולח יד וקנה. וברי״ף מוכח דאפי׳ בפני עדים לא מהני ובנומ״י כתב הפוך בעיסקא באומר שקנה לעצמו מוציאין מידו ובשליח האומר שקנה לעצמו מהני. ודעת הרשב״א דכל שאמר בפני עדים מקודם מהני ושליחות יד דמי לזקף עליו במלוה. ודברי הב״י יו״ד קעז דשליחות יד קנה לעצמו ובפרק איזהו נשך בדיני כותאי שהיו שותפים דאחד חלק בלי ידיעת חבירו דכל שלא יכול לחלוק בלי ידיעת חבירו אם חלק וקנה הרווחים לאמצע ע״כ. ובמל״מ פ״ז ממכירה כתב דכל דהמוכר יודע שזה שליח של ראובן אע״פ שחזר בו השליח המוכר מקנה לו. ובנוב״י קמא חו״מ ס׳ ל׳ אות י״ט כתב לסוברים דמהני חזרה בפני עדים ה״ה אם יש לשליח מיגו נאמן. ובנתיבות המשפט ס״ק ג׳ כתב דבקרקע לא נאמן ובמטלטלין נאמן במגו אף דמשים עצמו רשע. אמנם מה דפשיטא ליה לנוב״י בשם הסמ״ג דכל שמשים עצמו רשע לא נאמן י״ל והארכנו לעיל בזה ע״ש. ובתפארת צבי חו״מ סימן מח כתב בדין ראובן ושמעון שקנו סחורה בהקפה לזמן וראובן מכר הסחורה וא״ל שמעון שיקנה סחורה חדשה בעד המעות שיש לו ממה שמכר והלך ראובן וקנה לעצמו וכתב דהמוכר הראשון דמכר להם בהקפה היה לו סמיכות דעת עליו כי הוא נאמן עליו ולא שמעון, ולכן לא היה יכול ליתן לשמעון חלקו במעות של הסחורה שקנו בהקפה כי המוכר סומך עליו, ושמעון טוען שסמיכת המוכר על שניהם וכתב דראובן נאמן במיגו ואע״ג דמשים עצמו רשע והוי דומיא דהג״א בב״ק פ׳ הגוזל וטעמא דלפטור נפשיה נאמן וגם דמורה היתרא והכא נמי מורה היתרא לומר לעצמי קניתי. וע״ע בתשו׳ מהר״ם אלשיך ותשובת מהרי״ט ח״א ס׳ ג׳ ונתיבות המשפט ס״ק ד׳ ודו״ק.

סימן לט

קדשתי את ביתי ואיני יודע למי

א. **משנה** דף סג: קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן.

המשנה מחדשת ב׳ הלכות: א׳ איני יודע למי קדשתיה. ב׳ בא אחד ואמר אני קדשתיה. נדון בע״ה בדינים אלה. אב שאמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה הבת אסורה לכל העולם. והוא מדין נאמנות שנתנה לו תורה וכמ״ש בגמ׳ כתובות כב. אמר רב הונא אמר רב מנין לאב שנאמן לאסור בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה ופי׳ רש״י אלמא בדידיה תליא נתינה והימניה קרא למימר הכי. וכתב הריטב״א דקרא אשמועינן שבידו לקדשה ומינה ידעינן שנאמן לאוסרה כיון שבידו לקדשה. וכתב ביד דוד כיון שהתורה נתנה לו נאמנות על בתו הקטנה ונעשה נאמן גם לאחר שבגרה דהתורה לא נתנה לו נאמנות לזמן. שהרי רב אסי סובר בקדושין סג. דגדולה נאמנותו של האב עד שסוקלין על פיו ואם התורה האמינתו רק על זמן קטנות איך נסקלת על פי נאמנותו ורב לא חלק על רב אסי אלא בדין אם אפשר לסוקלה ע״פ עדות האב אבל על עצם הנאמנות מודה דהתורה האמינתו ללא הגבלת זמן. וכן מבואר דעת הרמב״ם והטור ובפני״י בסוגיא סג: תמה על רב למה לא נסקלת על ידי האב הרי הרמב״ם פסק בפ״ט דסנהדרין דהאיסור בעד אחד יוחזק וכאן נאמנות של אב הרי הוחזק ותירץ המקנה בקונ״א דהתורה האמינה לאב רק לגבי פנויה ולא לגבי עונש ולכן לא סוקלים על ידו ונראה דהא דאמרינן האיסור בע״א יוחזק דוקא בעד כשר ולא באב דנאמן מדין נאמנות ולא עדות ועי׳ שב שמעתתא פ״ו ס׳ י״ב.

ב. **ויש** להסתפק בנאמנות האב, האם רק לחומרא לעשותה מקודשת או גם לקולא דאם האב אמר קדשתי את בתי שאסורה לכו״ע וקבלה אח״כ קדושין מאחר לא חוששין לקדושי שני. וכתב בס׳ יד המלך הביאו בנודע בשערים ח״א ס׳ כ״א דהאב נאמן נאמנות גמורה ואם פשטה ידה וקבלה קדושין לא מקודשת. וכ״כ במשנת רבי אליעזר (להר״א די טולידו) ח״ב ס׳ ט׳ שנאמנות האב שקדשה נאמנות גמורה ואם פשטה ידה לא מקודשת. ובס׳ נודע בשערים שם נחלק עליו וכתב דהוי רק ספק וראיתו ממה דלא סוקלין ע״פ עדותו דקיימ״ל כרב שאין סוקלין ע״י האב וכ״כ הרמב״ם בפ״א דאיסורי ביאה הלכה כ״ג. ולפי מה שכתבנו לעיל בשם הפנ״י או לפי החילוק שחילקנו ניחא דהאיסור בע״א יוחזק דווקא בעד כשר ולא בקרוב. אמנם בטיב קדושין ס״ק ל״א כתב דאם האב חזר וקיבל קדושין מאחר או שקדשה עצמה לאחר שבגרה חוששין כיון דהתורה לא האמינתו בתורת ודאי. וכתב ביד דוד ח״ב דף כז. דאב נאמן שקידש בתו ובכלל זה נאמן לומר שהמקדש היה גדול ולא קטן שהעדים היו כשרים, שהבת היתה בגיל שלש לענין קדושי ביאה, וכן על מנין שנותיה לומר שהיא בת י״ב שנה ויום אחד, כגון אם עשתה שליח לקבל קדושיה ואביה נתן לה רשות לכך שאם היא בת י״ב שנים עושה שליח ואם פחות לא עושה שליח ואין קדושיה קדושין. וכ״כ בחזו״א ס׳ נ״ט אות י״ח דאליבא דריא״ז הסובר שנאמנות האב על מספר שנותיה ילפינן מהא דנאמן לעשותה א״א, בכלל זה נאמן להעיד שהיא בת ג׳ שנים, ובכלל זה נאמן להעיד שהיא קטנה ועודנה ברשותו. וע״ע בבית זבול ח״א ס׳ כ״ו אות ט׳ ובשו״ת מהרשד״ם ס׳ ט׳ דן באחד שקידש בתו הקטנה לנער שהוחזק קטן ואח״כ טען האב שהמקדש הוא בן י״ג שנה וקרובי הנער אמרו שהוא פחות מי״ג שנה, וכתב דכיון דהתורה נתנה כח ורשות לאב לקדשה למי שירצה כמו שלמדו מפסוק את בתי נתתי לאיש הזה. וכשאומר קדשתי את בתי אסורה לכל העולם גם עכשיו נאמן דאיהו שויה חתיכא דאיסורא כיון שאמר שהנער בן י״ג שנה וקדושיו קדושין ולא גרע מהא דאיתא בקידושין סה. היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך הוא מותר בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו וא״כ היה נראה דבנדון דידן צריכה גט ובכנה״ג הביא דברי מהרשד״ם ולא נחלק עליו.

ג. **ורעק״א** בדרוש וחידוש כתובות כב. נסתפק במה שהתורה האמינה את האב לאסור את בתו אם זה דווקא כשאין הכחשה או אפילו כשיש הכחשה כגון קדשתי את בתי לפלוני והוא אומר לא קדשתיה אי המניה רחמנא כבי תרי ולכן המקדש לא יכול להכחישו וכתב שנראה להביא ראיה דהתורה האמינתו גם כשמכחיש אותו מהגמרא קדושין סה. גבי האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת קדשת את בתי אצטריך סד״א מדאורייתא המינה רחמנא לאב מדרבנן ניהמנה לדידה

ותיאסר בתה בדיבורה קמ"ל. והרי שם הוא מכחיש ואומר לה לא קדשתי את בתך אלא אותך ובזה האם לא נאמנת משמע מקרה כזה באב נאמן. וביד המלך על הרטב"ם פ"ג דעדות כתב לישב בזה תמיהת התוס' ישנים כתובות כב. למה לי קרא דאת בתי נתתי לאיש הזה לנאמנות האב על קדושי בתו תיפוק ליה דנאמן לומר שכבר קדשה כיון שבידו לקדשה דלפ"ז אין כאן קושיא דאם נאמנות האב היתה משום שבידו לקדשה לא היתה נאמנותו על העבר רק כנאמנות של ע"א דעלמא שנאמן כנגד חזקה כשבידו. והיה ביד ע"א להכחיש את האב אבל עכשיו דילפינן מקרא דאת בתי נאמנות האב אפי' ע"א מכחישו וכדעולא שם בכתובות כב: שאין דבריו של אחד במקום שנים. אולם בס' המקנה בקדושין סד. כתב דנאמנות האב שקידש את בתו כנאמנות ע"א בסוטה שאינו נאמן כשיש הכחשה כדאיתא במסכת סוטה אמנם מסוגיא משמע מסתמא דאב נאמן גבי קדושין נגד עד אחד המכחישו. ובחמדת שלמה קדושין ס"ד כתב דלרב אסי דסוקלין ע"י האב משמע דנאמנותו של אב מועילה אפי' נגד ע"א המכחישו, דאם ע"א יכול להכחישו איך סוקלין הרי נאמנות האב לא ברורה ברור ומ"מ לדידן דקימ"ל כרב דלא סוקלין ע"כ משום דע"א יכול להכחישו.

ד. **ובאופן** שהאב קידש את בתו לנער וטוען אבי הבת שהוא בן י"ג שנה דשוי אנפשיה חתיכה דאיסורא ובאו עדים והעידו שהנער קטן האם יש לו נאמנות נגד עדים כתב המהרשד"ם ס' ט' בשם חכם אחד דאב לא נאמן באופן כזה נגד עדים וסתר דבריו מכח דברי הרשב"א שהביא מר"ן ביו"ד ס' א' בטבח שטוען שלא שחט בהמה ועדים מעידים ששחטה דנאמן נגד עדים ואסור לו לאכול ממנה אבל לאחרים מותר וכתב ואע"פ שיש לחלק מ"מ לא דבר ריק הוא ובפרט שנוגע לדין ערוה חמורה וצריך טעם גדול וכולי האי ואולי וכו' וכ"כ באהל משה סי' ד' דנאמנות האב לומר קדשתי את בתי אפי' נגד שני עדים. וכתבו פ"ת סימן ל"ז ס"ק א' בס' ל"ז וב"ש וח"מ אם בא אחד וכנסה ואח"כ בא אחר ואמר אני קדשתיה שאם השני הביא עדים השני נאמן אע"פ שהאב מכחישו אין נאמנות האב מועילה נגד עדים שאני התם דהתורה לא נתנה נאמנות לאב שקדשה רק בתחילת עדות אבל בסוף עדות שאינו יודע למי קדשה אזלא נאמנותו נגד שנים. ובמשפט צדק ח"א ס' ס"ה דף ריי"ד טור ב' השיג על מהרשד"ם ודחה ראיתו דבשלמא בטבח מצי שואח"ד דאומר לא שחט הגם דעדים מעידים ששחט ודאי אסרה על עצמו כאילו לא שחוטה משא"כ באבי המקדשת דמאחר שיש עדים דהמקדש קטן ואינם קדושין איך יכול לעשות אותה מקודשת ובשער המלך פ"ט דאישות הל' ט' האריך בדין שואח"ד נגד עדים אם אמרינן. והביא דברי הרב שערי צדק הנ"ל דמחלק בין טבח לאב. ותמה עליו דנעלם ממנו דברי הרשב"א שהביא הב"י בס' מ"ח במי שטוען קדשתי את פלונית ועדים מכחישים אותו ואומרים שנתן לה מעות בתורת פקדון נאמן על עצמו יותר מק' עדים ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא הרי אע"פ ששם לא שייך טעמא דנדר ומ"מ שויא אנפשיה עדיף מב' עדים. ובחקרי לב ח"א יו"ד סי' ב' כתב דלא קשיא דהרב משפט צדק דשויא אנפשיה הוא מדין נדר אבל באב שאומר קידש בתו אין איסור עליו דלא יכול לאסור על עצמו דבר שלו על בתו משא"כ בתשובת הרשב"א באומר לאשה קדשתיך ועדים מכחישים ואומרים שנתן הכסף לפקדון זה רוצה לאסור על עצמו ושייך שואח"ד. ומ"מ מה שכתב הרב משפט צדק דנאמנות היא מדין נדר ולכן מהני נגד עדים ובס' ד' דן עוד והראה פנים לכאן ולכאן.

ה. **ובפמ"ג** יו"ד ס' א' בשפתי דעת אות ל"ט העלה דמה שכתב הרב משפט צדק הנ"ל וכנה"ג דבשלמא לאסור המותר יש כח בידו משא"כ לעשות מקטן גדול אינו מובן דטעמו של הרשב"א בשוחט שטוען אני לא שחטתי שנאמן אף על פי שעדים מכחישים אותו הוא משום שאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים והרי התורה האמינה את האב בעד בתו. ובחקר הלכה כתב לישב דהא דאדם נאמן על עצמו הוא מטעם נאמנות ולא מטעם שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וזה תמוה דתוס' יבמות כה: כתבו בפירוש בד"ה לימא דהוא מדין שואח"ד. מיהו גם בעיקר דברי המשפט צדק והכנה"ג ופמ"ג דמה שהאב נאמן על בתו הוא מדין נאמנות על עצמו אינו מובן דרש"י כתב בכתובות כב. ד"ה שנאמן האב מדין שבידו לקדשה והיכא שהוא בידו נאמן גם על אחר וגם לשיטת התוס' שם שהוא מגזה"כ י"ט שאינו מטעם דהוי כמו שנאמן על עצמו ובישא ברכה על רבינו ירוחם כתב באמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי ובא אחר ואמר אני וכנסה ואח"כ בא אחר והביא שני עדים אע"פ שהאב מכחיש לאחרון לא נאמן האב ונותנים גט הוכיח מכאן דזה כדעת מהרשד"ם דשויא אפי' נגד עדים נאמן אחרת למה צריכה גט מהראשון. משמע דאף דעדים מכחישים את הראשון והאב אומר לזה קדשתיה צריכה גט ממנו ובכנה"ג יו"ד ס' א' הג' ב"י אות פ' כתב דמעשה דטבח שאומר לא שחטתי שונה מדינו של אב שאומר

שהנער לו קידש את בתו גדול, דהתם שויא אנפשיה את הבהמה לכן נאמן הטבח משא"כ באב.

וכ"כ בשו"ת רע"א תנינא ס' נ"ג שדברי מהרשד"ם לא מובנים דהתינח אם היא אומרת נגד עדים בזה יש לדון אבל כאן האב אומר על בתו דנהי דהתורה האמינתו על בתו כיון שבידו לקדשה מ"מ על הנער אם הוא גדול אין לו שום נאמנות ולכן דינו שונה מדברי הרשב"א דס"ל דבקדושין עצמם אם הוא טוען קדשתיך נאמן אפי' נגד עדים מדין שואח"ד. וביד דוד בפסקי הלכות כתב דאב שאמר קדשתי בתי ועדים מכחישים אותו אפי' מזימים אותו ואומרים לו עמנו היית באותו יום או שאמר קדשתי בתי בפני פלוני ופלוני ובאו והכחישוהו או שאמר העדים שמכחישים את האב דעדי קדושין הם פסולים. מ"מ הוי ספק וכתב הטעם דשואח"ד נאמן אפי' נגד עדים וכן בקדשתי את בתי כיון דבידו לקדשה והתורה האמינתו הרי נתנה לו נאמנות גמורה אפי' נגד עדים ואפי' מכחישין אותו או אומרים המקדש קטן ושוב הסתפק בדברים דהרי התורה האמינה אשה על עיסתה וכתמיה ואם אומרת פלוני חכם טהר לי הכתם ומכחישה לא נאמנת . וכתב לחלק באשה ובכתם דכיון דעדים נאמנים להכחישה והוא הדין החכם שאומרת משמו ועוד דדברי הרמב"ן דס"ל דכל שאומרים משמו נאמן לא מוסכם דהרשב"א והרא"ש חולקים עליו א"כ יש להסתפק אם נאמן בכה"ג להכחיש העדים או לא משא"כ כאן דעדים לא נאמנים להכחישו וכתב באופן דהעדים מכחישים אותו על גיל הנער כיון דלעדים יש נאמנות בעלמא באב לא נאמן והעלה דהדבר בספק.

ו. **וכשהאב** אומר קדשתי את בתי ולא אומר למי הרי אסורה אכולי עלמא וכ"כ הרמב"ם פ"ט מאישות הל' י"א והשו"ע דכל שלא אמר למי קדשה אסורה והוא מלשון הגמ' כתובות כב. וקדושין סד. אמר רב הונא אמר רב מנין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה לאיש שאסרה הזה התירה. ופירש רש"י דכי אמר את בתי נתתי אסרה שאין אנו יודעים למי וכשאומר הזה התירה לזה. וכתב הרמב"ם אפי' נודע לו אח"כ נאמן ואינה צריכה גט אלא ממנו והו דין הפה שאסר הפה שהתיר ואפי' אחר נאמן להתירה לעצמו וכ"ש האב ובלחם משנה תמה על הרמב"ם הרי דין פה שאסר הוא רק תוכ"ד. והרמב"ם כתב שאב נאמן אפי' אחר זמן וכתב ה"ה דדעת הרמב"ם בפ' ב' דגירושין דאשה שבאה ואמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת מדין פה שאסר אפילו אחר זמן. וכתב הב"ש ס"ק נ"ג דהא דנאמן האב לומר למי קדשה היינו אפילו אחר זמן והטעם משום דלא סותר דבריו הראשונים אלא מפרש אותם. וכ"כ הריטב"א בכתובות על פי' הגמ' הזה התירה אפי' לאחר זמן דגילוי מילתא בעלמא הוא. וכ"כ הריטב"א בקדושין סג: דאמר הלכתא כרב אסי דנאמן לכנוס כתב מסתברא שאם האב חזר ואמר נזכרתי למי קדשתיה לפלוני נאמן אף לכנוס דלא שייך יצרו תוקפו. דאב לא מקלקל את בתו. וביד דוד על הרמב"ם כתב לפרש כיון דהתורה האמינתו לקדש את בתו נאמן לפרש למי קדשה ואפי' אחר כדי דיבור ולא דמי לאמר קדשתי וגרשתי את בתי דנאמן רק תוכ"ד ולא אחר כדי דיבור דהתם סותר דבריו לכן צריך תוכ"ד. משא"כ כאן דמברר אמירתו ומפרש למי קידשה ברור שיכול אף לאחר כדי דיבור.

ובהמקנה בקונטרס אחרון בסעיף כז. כתב שנראה פשוט שהאב נאמן אפילו אמר אחר זמן שקדשה לאדם שמת לאחר שקדשה שג"כ נאמן דכיון דנאמן לפרש דבריו הראשונים שאמר קדשתיה סתם מה לי אם המקדש חי או מת ובארץ צבי ס"ק כ"ז כתב דהא דנאמן לומר אח"ז למי לפי התוס' והרמ"א באופן שאמר איני יודע למי אינו נאמן לומר אח"כ נודע לי למי קדשתיה והוכיח מהרמ"א בחו"מ ס' כ"ח דאם אמרו העדים בתחילה אין אנו יודעים אינם חוזרים ומגידים. י"ל דהכא נמי אם התחילה אמר האב איני יודע למי קדשתיה שוב לא יכול לחזור ולומר למי משום דהוי כסותר דבריו הראשונים וכן משמע ממה שכתבו התוס' כתובות כב. דבתחילה אמר קדשתי את בתי ולמחר אמר לפלוני קדשתיה דאינו סותר דבריו הראשונים ולא בא אלא לפרשם נאמן אע"ג דליכא מגו משמע דוקא באמר סתם קדשתי את בתי ולא פירש למי נאמן אבל באמר איני יודע למי שוב אינו נאמן לפרש דבריו. וכן משמע מתוס' להלך דמשמע דהאיש עומד לפניו ולא יודע לכן בעינן שיאמר ביחד את בתי נתתי לאיש הזה דמשמע דבתחילה לא מכיר שזה חתנו ולכן נאמן רק היכא דאיכא מגו וכל זה כשלא נתן אמתלא אבל נתן אמתלא כבר ביאר הרמ"א בחו"מ שנאמן.

ז. **וכשהאב** אומר לפלוני קדשתיה והפלוני מכחישו או עדים מכחישים אותו. ביד דוד ח"ב העלה שאם אמר כשהיא קטנה לפלוני קדשתיה נאמן האב אע"פ שפלוני מכחישו אבל אם בגרה אמר כן ופלוני מכחישו

יש להסתפק דבעודה קטנה יש לו נאמנות לאב יותר מעד אחד ונאמנותו עדיפא מע"א. ואפ' לתוס' כתובות שנאמנות האב מדין נאמנות מ"מ כל שלא עוקר דבריו הראשונים נאמן. והעלה כיון דהאב תולה בפלוני שקדשה והוא מכחישו ה"ז דומה לדין הרמב"ן שהאומר משם עד נאמן להכחישו כמו פלוני חכם טהר לי הכתם והעלה דהדבר צריך תלמוד.

ובמלאת האבן דף צ' טור ב' כתב בענין נאמנות האב לומר לזה קדשתיה כשיש הכחשה יש ג' אופנים: א' אם אמר קדשתי את בתי ואינו אומר למי ולאחר שעה אמר לפלוני קדשתיה מכיון שאינו סותר דבריו הראשונים ולא בא אלא לפרש והוי כמו שבתחילה אמר את בתי נתתי לאיש הזה כמבואר בתוס' כתובות כב. לכן באופן שיש שני עדים המכחישים את האב שאומרים באותו יום שאומר שקידש עמנו היה ולא זה ידינו באותו יום מהמקדש לא מקודשת רק למ"ד שהאב נאמן שואח"ד נגד עדים עי' מל"מ פ"ט מאישות הלכה ט"ו אז צריך גט ממנו דהוי כאומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך שאם נתן גט מרצונו או מת מותרת לעלמא ודין זה צ"ע. אופן ב': אם בתחילה אמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה ולאחר זמן אמר למי, נאמן האב לברר אם האיש שאומר האב לו קדשתי את בתי מכחישו שהיא אסורה לעלמא מכח דברי האב ודמי לאב שאמר קדשתי את בתי ואיני יודע ובא אחד ואמר אני קדשתיה ואב מכחישו שאסורה לעלמא. אופן ג': באומר תוכ"ד נודע לו שלזה קדשתיה או שאומר את בתי נתתי והחתן עומד לפניו ולא הכירו ואמר אח"כ בתכ"ד לזה שנאמן. שהפה שאסר הפה שהתיר נראה דאפי' ההוא מכחישו נאמן האב כסימן גט או ימות. אבל היכא ששני עדים מכחישים אותו בודאי אינו נאמן להתירה ולא אמרינן שהאב נאמן בפה שאסר נגד עדים ועוד עי' בדברי אליהו דף יט.

ח. **ויש** לדון באופן דהאב אומר קדשתי את בתי והחתן עומד לפניו ואינו מכירו האם יש הבדל בין אם האב אמר בפירוש שאינו מכירו או אמר קדשתי את בתי ושתק ואח"כ אמר לאיש הזה והנה התוס' כתובות כב. דאם אמר קדשתי את בתי והחתן עומד לפניו ולא הכירו לא נאמן לומר לאיש הזה אחר כדי דבור וכ"כ הב"י בשם התוס' דלא צריך שהאב יאמר בפירוש שלא מכירו. אלא כל ששתק ואחר כדי דיבור אמר שמכירו לא נאמן. וכ"כ הח"מ ס"ק ל"ח שמלשון הרמ"א דכתב ולא הכירו משמע שהאב אמר שאינו מכירו אבל לשון הב"י משמע דפי' התוס' שעמד לפניו החתן ושתק דזה אומר שלא הכירו בזה לא נאמן אחר כדי דיבור וכ"כ הב"ש שאפילו לא אמר בהדיא שלא מכירו אינו נאמן.

אולם במקנה על הסוגי' בדף ס"ג כתב דמדברי הרמ"א שחוזר על דברי השו"ע באב שאמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה וע"ז כתב הרמ"א דאם עומד לפניו החתן ואח"כ אמר שנודע לו נאמן האב והרמ"א איירי בשתק בתחילה דהיינו אומר קידשתי את בתי וזה עומד לפניו ואמר אחר כדי דיבור לזה קידשתיה לא נאמן. ובזה איירי התוס' דמכיון שעומד לפניו והוא אומר סתם קידשתי את בתי לא נאמן לומר אח"כ לאיש הזה דנראה כמכחיש דבריו הראשונים דמנין לנו לומר שכשאמר קדשתי את בתי שכח למי קידשה ולא הכירו. דמסתמא אמרינן דיודע למי קידשה רק כיון שזה עומד לפניו לכן אמר לזה. אבל באופן דאומר איני יודע למי קידשתי נאמן לומר לזה קידשתיה ואפי' אחר כדי דיבור ע"ש. אולם בערך השולחן הביא דין התוס'. וברע"א בדרוש וחידוש תמה על התוס' נהי דאיירי שהאב אמר את בתי נתתי לאיש והמקדש עומד קמיה אין ראוי להאמינו כיון דעומד לפניו ולא אמר בחדא מחתא את בתי נתתי לאיש הזה. מ"מ האב שאומר אחר כך לאיש זה יהיה נאמן בתורת עדות דהרי אם בא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן והעיקר בידינו דבמקום דע"א נאמן אפי' קרוב נאמן וא"כ הכא האב יהיה נאמן בתורת עדות וע"ז כתב דאיירי דהפלוני מכחישו ואין כאן עדות. יוצא מדבריו שאם פלוני לא מכחישו כגון שמת האב נאמן לומר לפלוני קדשתיה גם כשהיה לפניו. אבל בקרית מלך רב בפ"ט דאישות הל' י"א משמע דכל שעומד החתן על ידו לא נאמן האב אח"כ לומר לזה קדשתיה וכתב דתוס' כתובות מסתפקים בזה. דבסוף דבריהם כתבו וי"ל דגם בזה נאמן ותמה על הב"י דכתב דמהתוס' משמע שלא מקודשת ולא הביא סוף דבריהם.

ט. **ונמצא** שיש ספק ומחלוקת בדברי הרמ"א דכתב דאם עומד לפניו החתן ולא הכירו האם איירי בסתם. או שהאב אמר בפירוש שאינו מכירו ואח"כ אמר זהו. ודעת מלא האבן דאיירי הרמ"א שאמר שלא נאמן באמר האב בפירוש שלא מכירו. ובזה הסתפקו התוס' וסיימו דשמא גם בכה"ג האב נאמן. ובזה נמי יש להסתפק האם מה שהאב לא נאמן רק לאחר כדי דבור אבל תוכ"ד נאמן. ולאחר כדי דיבור נמי יש להסתפק אם מהני אמתלא למה שתק. כתב הט"ז ס"ק י"ט לאחר

שהביא דברי הב״י שאם עמד התתן לפניו ואמר קדשתי את בתי ואיני יודע שלא נאמן לומר לזה סיים הט״ז דתוכ״ד נאמן. וקשה ממה שכתב הרמ״א בסעיף ט״ז באמר סתם למי שיש לו שתי בנות ואמר סתם בתך מקודשת לי שתיהן אסורות וצריכות גט ממנו אפילו חזר תוכ״ד ואמר בתך פלונית אינו מועיל והטעם דלא אמרינן בקדושין תוכ״ד כדבור א״כ למה כאן מהני תוכ״ד וכתב לישב דבמקדש אחת מהבנות בתחילה הרי חלו קדושין ולא ידוע למי ואח״כ בא לפרש דבזה לא מהני וכן אם בא לסתור דבריו דלא אמרינן תוכ״ד בקדושין אבל באמר האב קדשתי את בתי עוד לא סיים דבריו ולכן מהני לפרש בתוכ״ד דהוי הכל דבור אחד וכ״כ הב״ש ס״ק מ״ד דהא דאב לא נאמן היינו לאחר כדי דבור.

ולפ״ז יצא כשנתן אמתלא למה שתק בתחילה או אמר שאינו מכירו יועיל כיון דנאמן תוכ״ד נאמן ע״י אמתלא אחר כ״ד וכ״כ ביד דוד בח״ב דף רח. והאב נאמן. ואם מת המקדש מותרת או אם התירה בגט ועל מה שכתב הרמ״א דאב אינו נאמן לומר לזה. אם עמד לפניו בתחילה חידש הח״מ ס״ק ל״ח דכל זה איירי שהמקדש מכחישו או באו שנים וכל אחד אומר אני הוא. אבל באופן דלא בא שום אחד ולא מכחיש נאמן לומר המקדש אני הוא דכל דבור האב מכאן ונתייחס למה שאמר האב קדשתי את בתי שנאמן לומר כל אחד אני הוא הכא נמי. ובבני אהובה פ״ט הלכה י״א כתב דמה שאמרינן שאב אינו נאמן איירי באחד נתן רשות לשליח לקדש לו אשה. והמקדש לא יודע את מי קידש לו ובזה איירי שהאב אמר קדשתי את בתי ואחר זמן אמר לזה. והמקדש לפניו והוא לא יודע אם קידש לו השליח אשה זו או אחרת בזה אמרינן שאב לא נאמן אחר תכ״ד. ובבית מאיר הביאו בפ״ת ס״ק י״ב כתב דנ״מ לגבי נאמנות האב שלא נאמן איירי שאמירת האב היתה אחר מיתת פלוני שעמד לפניו והיא אסורה לכו״ע וכ״כ ביד דוד הנ״ל לפרש דברי התוס׳ דאב לא נאמן באופן שמת המקדש שבשעה שאמר האב קדשתי את בתי עמד לידו.

י. **ובאבני** משפט ס״ק ז׳ חולק על הרב בני אהובה ומסביר את הרמ״א לפי מה שנפסק בסעיף כא. דהא דבא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן דמירתת מהאב שלא יכחישו ולכן כשהחתן עמד לפניו ואמר האב אני לא מכיר למי קדשתיה או כשהאב שתק או שלא שמע אמירת האב ואח״כ אמר שזה הוא אפילו אם המקדש יאמר אני הוא הרי לא מוכחת באופן זה ואזלא לה הנאמנות. וכ״כ במלא האבן וכ״כ הפלאה כתובות כב. והמקנה בסוגיא וכ״כ בעצי ארזים דזה גרע מבא אחד ואמר אני קדשתיה דהטעם דמירתת שהאב יכחישו אבל בנידון דידן לא שייך. ובבב״ש ס״ק מד כתב דאיירי שגם המקדש עמד על יד האב ושתק ולא אמר תכף אני קדשתיה אלא אח״כ בזה לא נאמן המקדש. ובבני אהובה הנ״ל תמה עליו דמנין לו דין זה שבשביל ששתק ולא דבר לא יהיה נאמן אח״כ לומר אני קדשתיה דבשלמא באב שפיר כתבו התוס׳ דאם לא נאמן כעמד לפניו ולא הצביע עליו אלא אמר אח״כ אבל כשהמקדש עומד למה יפסיד נאמנותו בשתיקתו וגם המקנה בקו״א תמה על הב״ש וכתב שציין בחידושיו בדף סג: ד״ה רב אסי והוכיח דלא כהב״ש דבחו״מ ס׳ כ״ט קימ״ל עד ששתק יכול להעיד אח״כ ואין בזה חזור ומגיד.

יא. **ובדין** נאמנות ע״א אמרינן במשנה קידושין סג: קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן. ובגמ׳ אמר רב נאמן ליתן גט ואינו נאמן לכנוס נאמן ליתן גט אין אדם חוטא ולא לו. ואין נאמן לכנוס אימא יצרו תוקפו. רב אסי סבר נאמן לכנוס. ופי׳ רש״י דלא חציף למימר לפני האב שקבל קידושין אני הוא דמירתת דילמא מכחיש ליה ואמר ידענא דלאו את יהבת קידושין ע״כ. וכ״כ ברבינו ירוחם חוה נתיב כב חלק ב.

אמנם המאירי כתב כיון דהאב קיים מירתת שמא יבא ויכחישנו. והרמב״ם ושו״ע כתבו סתם דאם האב אמר קדשתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני נאמן והרמ״א הוסיף שזה שטוען אני קדשתיה צריך לומר כן בפני האב. ומ״מ בין לרבינו ירוחם בין למאירי אם האב אמר קדשתי את בתי ומת ובא אחד ואמר אני הוא לא נאמן. דאין כאן חשש דמירתת שמא יכחישוהו. אמנם בעל המקנה בגמ׳ כתב בפשטות שאם האב מת נאמן מדין עד אחד נאמן באיסורין ועדותו מתקבלת כיון שטוען ברי ואין שום חזקת איסור נגדו וטעמו דבגמ׳ כיון שאב נמצא כאן ושותק יש רעותא לטענתו בכך שהאב אינו זוכר אבל אם האב אינו ודאי שהאומר אני קידשתיה נאמן אף לרב נחמן. וכו׳. וכתב הרשב״א כיון דנאמן לומר אני קדשתיה לא צריך קדושין אחרים. וכ״כ המאירי דאם מאמינים לדבריו שהרי היא מקודשת מכבר ואם לא מאמינים לו מה יועיל קדושין אחרים.

והטעם שנאמן לומר אני קדשתיה הרי קימ״ל אין דבר

שבערוה פחות מב׳. כתב הר״ן בסוגי׳ היינו להחזיק ערוה או להוציאה מחזקתה בזה בעינן תרי אבל כאן כשהאב אמר קדשתי את בתי הרי החזיקה לאשת איש לכו״ע והתירה לאחד. וכשבא האומר אני הוא רק מברר מי זה האחד ולכן נאמן. ע״ש.

וכתב רע״א ס׳ ק״ז וס׳ קכ״ד והמקנה בקונטרס אחרון ס׳ ל״ה סעיף א. להסביר את הר״ן דמה שאמרה התורה אין דבר שבערוה פחות משנים היינו רק כשאיתחזק איסורא וע״א בא להוציאה מחזקתה. ולכן העד שבא ואמר אני קדשתיה נאמן כיון דהאב אסרה לכו״ע ואפי׳ על אותו שבא אח״כ ואומר אני קדשתיה מ״מ כיון דלא איתחזק איסורא דהרי לא נאסרה עליו אלא מספק לכן זה שאומר אני קדשתיה נאמן לכונסה כיון שאינו מוציאה מחזקתה ע״ש ותמה רע״א על הר״ן מסוגי׳ של שליש גיטין סד. בעשה שליח לקדש לו אשה ומת השליח דאסור בכל הנשים שבעולם דדעת התוס׳ משום קנס והרמב״ן כתב שמה שאסור בכל הנשים מדינא. ואפי׳ באו קרובות ואומרות שלא נתקדשו אסור שאין דבר שבערוה פחות מב׳ והרי שם נמי לא איתחזק איסורא בודאי דכל אחת אסורה מספק ולפ״ז הר״ן סותר עצמו ובמסכת גיטין הארכנו בסוגיא זו.

ותרץ הרב שו״מ תנינא ח״א ס׳ נ׳ דיש לחלק ביניהם בענין דידן קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה אף שהאשה הוחזקה בחזקת א״א זה שאומר שקידשה לא מוציא אותה מחזקת א״א דגם עכשיו היא א״א. דהרי גם היום אסורה על כל העולם. ואינו אלא מברר המיעוט על ידי שאומר שלו נתקדשה והוא מברר המיעוט מהרוב. כמו שכתב הפנ״י בקונטרס אחרון וכו׳ אבל האומר לשלוחו צא וקדש לי. דשם כל הנשים בחזקת איסור והוא קבוע דרבנן ועכשיו הקרובות באות ואומרות אנו לא התקדשנו. הרי הם רוצות להוציא עצמם מכלל האיסור ובזה בעינן שני עדים. וכ״כ בברית אברהם ס׳ פ״ב. וכ״כ בפתח הבית דין נאמנות ע״א וכ״כ בבית הלוי ח״ב סי׳ ל״ז אות ח׳ ט׳.

ובס׳ י״ד דוד חלק ב׳ דף רט אות מד. כתב לישב דלעולם הר״ן ס״ל דאין ע״א נאמן בדבר שבערוה בכלל אף לברר איסור כמו גיטין סד. ושאני הכא דנאמן לומר אני קדשתיה כיון שלא הוחזקה ע״פ עדים. אלא ע״פ האב ואין בדבריו כח לאוסרה שלא יהיה האחד נאמן להתירה כמו שאין סוקלים על פי האב לרב ואף לרב אסי דס״ל שסוקלין מ״מ נאמן האחד שאומר שקידשה כיון שאינו אלא מגלה דברי האב שהיו סתומין דהרי בע״כ מוכרח האב לברר למי קידשה ולא דמי להוחזקה א״א בעיר שסוקלין ושורפין ע״כ. דשם אין מוטל על שום אחד לברר למי מקודשת משא״כ האב שעליו מוטל החוב הזה לברר למי קידשה להתירה לזה ולאוסרה לכל העולם. וסיים דאם הוחזקה מקודשת ע״פ עדים ע״א לא נאמן לומר אני קדשתיה וכו׳.

ובשיטה לא נודעה למי בקידושין סג. הסתפק אם באו עדים ואמרו נתקדשה פלונית לפנינו ושכחנו מי זה הבעל אי נאמן ע״א לומר אני הוא. וכתב ביד דוד פסקי הלכות דזה תלוי בב׳ טעמים: דאם נאמר דנאמנותו לומר אני קדשתיה כיון דהוחזקה ע״פ האב נמצא בהוחזקה ע״פ עדים לא נאמן. אבל לפי טעם הר״ן דנאמנותו כיון דאינו עוקר החזקה רק מבררה. או מטעם גילוי מילתא לכן ע״א נאמן גם בהוחזקה ע״פ עדים נאמן. והעלה כיון דהדבר בספק לכן אזלינן לחומרא.

יב. **והא** דע״א נאמן לומר אני קדשתיה כתב רש״י בסוגיא ורבינו ירוחם דוקא באומר כן לפני האב בזה נאמן. דכתב רש״י הטעם למה נאמן דלא חציף אניש וכ״כ בקרית מלך רב שמשמע מכל המפרשים דוקא באמר כן לפני האב. אמנם מהרמב״ם משמע אפי׳ שלא בפני האב כל שבא ואמר אני קדשתיה נאמן וכן דעת הטור ומ״מ מר״ן בב״י כתב בסתם כדעת הר״ן ורבינו ירוחם וכן הרמ״א הוסיפו בשו״ע דדוקא באומר כן לפני האב וכתב המקנה להסתפק באופן שהאב מת ובא אחד ואמר אני קדשתיה אם נאמן דלרש״י שנאמן מטעם מירתת כאן לא מירתת ומ״מ כיון דקימ״ל ע״א נאמן באיסורין וילפינן מנדה ולא אמרינן שמא יצרה תקפה הו״ה הכ״א שע״א נאמן או שמא דכאן יצרו תוקפו ורק כשיש אב מירתת ומ״מ יש סברא דלא חציף אניש ולכן גם אם האב מת יהיה נאמן ובטיב קדושין ס״ק מ״ט דכתב אליבא דרש״י דכתב דהטעם משום מירתת ולכן כשמת האב יש להסתפק ושמא יש להביא ראיה ממה שאמרה הגמ׳ אליבא דרב אסי שמודה רב אסי באומרת נתקדשתי ואיני יודעת דלא נאמן ולא אמר מודה רב אסי במת האב משמע דבמת האב הנאמנות של אני קדשתיה לא נפגמה ולכן בכל אופן כשנתקדשה ע״י האב לו מר אני הוא בין בפני האב בין שלא בפניו דלא פליג רבנן.

ובעין יצחק ס׳ ס׳ אות ג׳ ד׳ לאחר שהביא דברי הטיב

קדושין כתב ע"כ דברי הרשב"א דכתב באומרת האשה נתקדשתי ואיני יודעת למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דלא נאמן לכנוס דמחפה עליו מ"מ אם כנס לא יוציא כמובא בסעיף כ"ד בשו"ע שמה שלא מאמינים היינו לכתחילה אבל כנס לא יוציא וכתב לחלק בין אשה שאמרה נתקדשתי ולא יודעת למי שלא נאמן לכנוס לאב שאמר קדשתי שנאמן לכנוס כיון דלא חציף וכיון דחכמים האמינוהו לכן אין לנו להוסיף חומרת לאוסרה עליו כשמת האב שנאמר דלא נאמן לומר אני קדשתיה כדעת הטיב קדושין ולא מטעמיה ומ"מ נחלקו המאירי ועוד דשלא בפני האב לא נאמן כדעת רבינו ירוחם.

יג. **וכשהמקדש** אמר שלא בפני האב קדשתי את פלונית ואח"כ בא האב ואמר קדשתי את בתי ואיני יודע ובא זה ואמר אני הוא אם באופן זה נאמן או נאמר כיון שהתחיל שלא בפני האב עכשיו שאומר כן להחזיק דבריו. וכתב בשובע שמחות בסוגיא דף סג. ולכאורה כשם שאמרינן באשה שאמרה לבעלה גירשתני לא מעיזה ונאמנת מ"מ כשאמרה שלא בפניו וחזרה ואמרה בפניו לא נאמנת דמחזיקה דבריה ושיקרה כפי שפסק מר"ן באהע"ז בשו"ע ס' י"ז.

וכ"כ הב"ש בס' י"ז ס"ק ז' ובשער המלך פ"ט דאישות הלכה י"ב כתב בשם מהרח"ש בשם הטור דלא חיישינן לאחזוקי שקרא ע"ש. ולכן יש לומר דכאן בכל אופן נאמן לומר אח"כ שהוא קידשה כיון דעיקר הטעם דכיון דיודע שהאב יכול להכחישו מירתת ובפרט לפי דברי המרדכי ביבמות פ' י"ב סי' נ"ח דבאופן דאומר קדשתי ובא ואמר אני קדשתיה בעינן קדשתיה בעדים וצריך לומר שמות העדים ובזה שייך מירתת וכ"כ בישא ברוכה דף עט. וסיים דלא מצא לשום אחרונים דבעינן שיזכירו שמות העדים.

וכשאמר האב קדשתי אחת מבנותי ואיני יודע למי קדשתיה ובא ע"א ואמר את זאת קדשתי או שאמר האב אחת מבנותי לפלוני ובא ואמר את זאת קדשתי. וכתב מהרי"ט על הרי"ף בשם הירושלמי פ"ג דקדושין הל' ז' אחת מבנותי קדשתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה לא כל הימנו וכתב דנראה שמחלקין בין אומר קדשתי את בתי זאת לאומר אחת מבנותי דלא האמינוהו. אלא באחת ידועה דחזקה דלא יקלקל עצמו באיסור א"א כל ימיו ולא חציף אניש בהכי דחושש שמא האב יכחישו. ויעשנו רמאי. לכן באומר האב קדשתי את זו נאמן. דלא מוציאה מחזקתה אלא מעמידה על חזקתה שהאב החזיקה בזה שאמר לי קדשתה. משא"כ באומר האב אחת מבנותי קדשתי כל אחת ואחת יש לה חזקת פנויה ולא כל הימנו לגרוע מחזקתה. וכ"כ בהג' רע"א בס' ל"ז סעיף כ"א וכ"כ בערך שי דכאן דמי לשני שבילין דמעמידין כל אחד בחזקתו. וכ"כ בעצי ארזים ס"ק נ"ו בטעם הירושלמי לפי הר"ן באב שאמר קדשתי את בתי דלא מוציאה מחזקתה אלא מברר את החזקה דע"י האב נאסרה לכל העולם והותרה לאחר ואומר אני הוא. אבל בדינו של הירושלמי כשאומר האב קדשתי אחת מבנותי שניהם נכנסו לספק א"א ולאו כל כמיניה להחזיק אחת ולהתיר השניה ולהוציאה מספק א"א כיון דאין דבר שבערוה פחות מב'. וכ"כ באמרות טהורות דף סג: דכיון דע"י האב שניהן נכנסו בספק א"א לאו כל כמיניה של זה לכנוס את זאת ולהתיר את זאת. וכ"כ בישועות מלכו ס' נ' וכ"כ בפסקי הלכות ח"ב דף רי"ב דיש הבדל בין אב שאמר קדשתי את בתי לאחת מבנותי דבזה לא נאמן לומר אני קדשתיה כיון דנאסרו על כל העולם ועתה שאמר איזו קידש עוקר החזקה ומתיר האחת שהיתה בספק ובהיתר כזה אין דבר שבערוה פחות מב' ע"ש באריכות.

יד. **וכתב** ה"ה פ"ט מאישות הלכה ח' מי שיש לו ב' בנות אפילו שתיהן קטנות ושידך אחת מהן ואחר זמן קיבל קדושין ואמר סתם בתך מקודשת לי שתיהן אסורות וצריכות גט וכתבו התוס' בשם ר"ת דלא מקודשת רק המשודכת דאמרינן אדעתא דהכי קידש ובב"י האריך בזה וכתב בתשו' רע"א ס' ס"ט שהיום שמשדכין ומקבלין עליהם בחרם ותנאים כנהוג בשידוך וגם שבועה דאורייתא גם החולקים על ר"ת יודו דרק המשודכת מקודשת דלא שוי נפשיה רשע לעבור על שבועתו הוי אומדנא דמוכח וכ"כ הרא"ש בכלל ה' דגם אם יתן קנס לא נפטר מהחרם.

וכתב הטור בשם השאילתות באופן דאב היו לו ד' בנות וקידש סתם שהמקדש א"ל אחת מבנותיך והאב אומר שכוונתו על רחל אם נאמן לברר והעלה שנאמן ואם לא יודע כלום צריכות גט. ותמה עליו ב"י כיון שהמקדש א"ל אחת מבנותיך הוי קדושין שלא מסורין לביאה דלא חלו דקימ"ל כאביי וכתב הט"ז כיון דהב"י תמה על השאילתות לכן לא הביאו.

ובתוס' יו"ט פ"ג דקדושין משנה ט' כתב באמר קדשתי

אחת מבנותי לפלוני ואיני יודע מי מבנותי אע״פ שהמקדש אומר את זאת קדשתי אינו נאמן וכתב דין זה מבלי להזכיר את הירושלמי שהבאנו לעיל. ובתוספות רע״א שם הביא ראיה לדבריו מדברי הר״ן בגיטין ס״ד בעשה שליח לקדש לו אשה ומת ע״ש. ובתהילה לדוד הלכות קדושין ס׳ כ״ב אות ה׳ תמה על התוס׳ יו״ט שכתב שלא נאמן המקדש לומר את זו קדשתי מאי שנא מאב שאומר קדשתי את בתי ואיני יודע למי שנאמן לומר אני קדשתיה ואע״פ שאין דבר שבערוה פחות מב׳ מ״מ כאן הוא מברר את האיסור ולא מחזיק האיסור. כפי שכתב הר״ן והכא נמי באומר האב קדשתי אחת מבנותי ואיני יודע כל אחת יש לה חזקת פנויה ורק אחת יצאה מחזקתה ע״י קדושי האב א״כ המקדש יהיה נאמן לברר ולהעמיד כל אחת על חזקתה וכי מה בין זה לב׳ חתיכות אחת נבלה ואחת שחוטה שעד א׳ נאמן שע״ז כתב הרשב״א דאף למ״ד ע״א לא נאמן באיתחזק איסורא מ״מ נאמן לומר זו נבלה וזו שחוטה. ואף שלפני שחיטה שניהם בחזקת איסור קיימי. מ״מ כיון שאחת יצאה מחזקת איסור ע״י שחיטה ע״א נאמן לברר אבל לכנוס נראה דלא נאמן כיון דלא מירתת כיון שהאב אומר איני יודע איזו קידש לא יתפס בשקר.דרק באופן דאב אומר איני יודע למי קדשתי שייך מירתת ובזה ישב כוונת הירושלמי באומר אחת מבנותי קדשתי ואיני יודע מי זאת ובא אחד ואמר לזאת קדשתי לא נאמן לכנוס והפ״ת עירב דברי הירושלמי עם התוס׳ יו״ט שדברי התוס׳ יו״ט איירי דרק ליתן גט נאמן. והירושלמי שאמר לא נאמן היינו לכנוס וכ״כ במשה ידבר סי׳ י״ד דבאופן שאב אומר קדשתי אחת מבנותי ואיני יודע ובא אחד ואמר אני קדשתי את זו נאמן ליתן גט לכל אחת להתירה לשוק אבל לא נאמן לכנוס.

טו. **ובבית** הלוי ח״ב ס׳ ל״ז אות ח׳ ט׳ הסתפק בדין הירושלמי האם מה שלא נאמן היינו לכנוס או גם ליתן גט וכתב דזה תלוי במחלוקת הרמב״ן והר״ן בגיטין סד. באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח שאסור בכל נשים שבעולם שאם הקרובות מעידות לפנינו שלא נתקדשו לרמב״ן נאמנות והר״ן חולק עליו משום שאין דבר שבערוה פחות מב׳. ודעת הרמב״ן דנאמנות דהעד לא בא אלא לברר דהרי גם בלי עדותו ידענו שיש נשים שהן מותרות לו. אלא שלא ידענו מי הן וכיון שלא בא העד אלא לברר מי אלה המותרות נאמן והראיה ממה דאמרינן באב שאמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה שאם בא אחד ואמר אני נאמן דלא הוי דבר שבערוה אלא מברר אבל הר״ן ס״ל לחלק דבאומר לשליח צא וקדש לי לפני שיבאו הקרובות אסרנו עליו גם אשה זו דהוחזקה בספק איסור שמא קידש השליח את קרובותיה. שוב אין עדות הקרובות מועילה ולהכריע להוציאה מספק איסור אבל באומר קדשתי את בתי לפני שיבא ויאמר אני קדשתיה היא מוחזקת שאסורה לכל העולם ומותרת לאחד ולכן נאמן. דאינו מחדש באשה זו שום היתר ולא איסור דמשאיר אותה באותה מתכונת בה העמדנו אותה. ועפ״ז כתב שיש נ״מ טובא בין הרמב״ן להר״ן דלהרמב״ן דע״א הוא רק מברר נמצא גם בקדשתי אחת מב׳ בנותי הוא נמי מברר ונאמן שאינו אלא מברר לנו מי אסורה ומי מותרת ולהר״ן אינו נאמן כיון שכל אחת הוחזקה בספק מקודשת ואין ע״א נאמן להוציאה מידי ספק ובסוף העלה דהא דנאמן לרמב״ן היינו ליתן גט ולא לכנוס ולהר״ן שלא נאמן גם ליתן גט ע״ש.

טז. **והא** דאמרינן דע״א נאמן לומר אני קדשתיה ונאמן לכונסה כרב אסי כתב הרשב״א דלא צריך קדושין אחרים וכ״כ ה״ה פ״ט מאישות הל׳ י״ב דכן משמע מהרמב״ם ותמה המהרי״ט על הרי״ף דזה דבר פשוט דאם התרנו א״א לא נתיר איסור פנויה וע״ז כתב דהדברים אמורים בבאו שנים וכל אחד אומר אני קדשתיה דהדין דאחד נותן גט ואחד כונס בזה אמרינן הכונס צריך לקדשה שנית וכן פסק מר״ן בשו״ע בסעיף כב. דהכונס מקדשה שנית וכ״כ הרשב״א והר״ן. ובאמרות טהורות דף סב. כתב דדברי המהרי״ט היו נכונים אם הרמב״ם היה משמיענו בהלכה י״ג שבבאו שנים וכל אחד אומר אני קדשתיה צריכים קדושין אחרים אבל הרמב״ם לא כתב דין זה ונמצא שהעיקר חסר מן הספר. ואדרבה מדסתם דבריו משמע גם באופן זה לא צריך קדושין אחרים כדי שמשם נלמד שלא צריך קדושין אחרים ולכן הרמב״ם רצה לשלול מה שהינו חושבים שצריך קדושין אחרים. לפי מה שפסק בפ״ד הל׳ ו׳ דבכל ספק קדושין צריך קדושין אחרים לכנוס. ועי׳ בכסף משנה שכתב בשם מהרי״ק שורש קע״ב דאף דבספק מגורשת כשרוצה להחזירה לא צריכה קדושין אחרים הטעם דכיון דיש ספק גירושין יש חזקת א״א ולכן לא צריכה קדושין אחרים אבל בספק מקודשת כיון דיש לה חזקת פנויה לכן כל שיש ספק בעינן קדושין אחרים והכא ס״ד כיון דהאב אומר קדשתי את בתי ואיניו יודע למי קדשה אין לה חזקת א״א שאין אנו יודעים אשה של מי היא. ואע״פ שבא זה ואמר אני קדשתיה הייתי חושב דלא משוה לה א״א לכן כתב הרמב״ם שלא צריך קדושין אחרים אע״ג דלא הוחזקה לא״א מ״מ גם חזקת פנויה אין

לה ולכן לא בעי קדושין אחרים. ובתפארת יעקב ס״ק מ״ז כתב דס״ד כיון דהאב והעדים לא יודעים למי קדשה אלא על פיו צריך לקדשה שנית לא מחמת שמשקר אלא משום דאין דבר שבערוה פחות מב׳ לכן קמ״ל הרמב״ם דלא בעינן קדושין אחרים.

ובטיב קדושין ס״ק נ״א דן לאידך גיסא למה לא צריכה קדושין אחרים דהרי אב שאמר קדשתי לא נאמן לעונשין ומסתמא העדים לא כאן וכמו שכתב הרמב״ם פ״א מאיסורי ביאה הל׳ כ״ג א״כ אין כאן קדושין ברורים עדין ואם קיבל האב קדושין מאחר יש לחוש לקדושיו א״כ זה שאומר אני קדשתיה למה לא ניחוש לחייבו לקדשה שנית כדי שיהיו קדושין ברורים. אולם בשו״ת מהרשד״ם ס׳ כ״ז כתב דאם בא אחד ואמר אני קדשתיה שנאמן אם בא אחד וקדשה לא צריכה ממנו גט כיון דלא צריכה קדושין מהראשון.

יז. **ולענין** עונשין גמ׳ סג: אבעיא להו מהו לסקול על ידו רב אמר אין סוקלין ורב אסי אמר סוקלין אמר רב אסי ומודינא שאם אמרה נתקדשתי שלא סוקלין. ורב חסדא אמר אחד זה ואחד זה לא סוקלין. ופסק הרמב״ם פ״א מאיסורי ביאה הלכה כ״ג האב שאמר בתי זו מקודשת לזה אע״פ שהוא נאמן ותנשא לו אם זינתה לא נסקלת על ידו עד שיהיו שם עדים שנתארסה על ידו וכו׳ הרי דהרמב״ם פוסק כרב חסדא. ולכאו׳ הרי סוקלין ושורפין על החזקות וכתב התוס׳ רי״ד דאיירי בלא הוחזקה בזה איירי רב חסדא אבל בהוחזקה סוקלין וכמוכח לקמן דף פ. שכל שהוחזקו שורפין וכן תינוק שכרוך אחריה וכן מלקין בהוחזקה נדה בשכנותיה. ומביא ירושלמי שכל שהוחזקה ל׳ יום תיסקל. אמנם המאירי כותב דלא סוקלין לא את האשה ולא הבעל עד שיהיו עדים על האירוסין ואע״פ שסוקלין על החזקה מחלק המאירי בין חזקה שגרו ביחד ולבשה בגדים לנדתה לבין הוחזקה על ידי אמריה בזה לא סוקלין כיון דכל החזקה מבוססת על דברי האב.

והקשה בפנ״י הרי האיסור בע״א יוחזק וכן פסק הרמב״ם פט״ז מהלכות סנהדרין הלכה ו׳ וא״כ למה לא סוקלין ע״פ נאמנות האב. ותירץ הפנ״י בקו״א אות צא הא דהאיסור בע״א יוחזק לענין מלקות דוקא אם לפני שהע״א העיד היה הדבר בספק אם הדבר מותר או אסור כגון ספק חלב או כלאי הכרם משא״כ בסוגיתנו דהתורה חידשה שהאב נאמן לומר שבתי מקודשת אף שהיתה לה חזקת פנויה ועל כן אין לך בו אלא חידושו שלאוסרה האמינתו תורה ולא להורגה ע״ש. ובעל המקנה מישב הא דהאיסור בע״א יוחזק רק במעיד ולפני בי״ד וכאן האב אומר קדשתי את בתי סתם ואם האב היה אומר כן בפני בי״ד היתה מוחזקת מקודשת גם לגבי עונשין ע״ש. וצ״ע דלא משמע כן מהסוגיא ולא מהרמב״ם.

ובתשו׳ רע״א ס׳ ק״ז כתב לחלק דהאיסור בע״א יוחזק היינו לגבי מלקות וגם כאן האב נאמן למלקות משא״כ לגבי סקילה גם ע״א לא נאמן ולא אומרים בזה האיסור בע״א יוחזק. וכ״כ מהרי״ק ס׳ פ״ז דיש לחלק בין מלקות לסקילה אמנם באור שמח על הסוגיא דוחה את חילוקו של רע״א ואומר שאין הבדל וכתב לחדש הא דאשה נאמנת לומר נתקדשתי היינו מדין שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ולכן לא נענשת. וכן הא דהתורה האמינה את האב לומר קדשתי את בתי דבמקום בתו הוא עומד ולכן הוא נאמן מדין שואח״ד וזה הטעם למה לא סוקלין דאין כאן עדות בכלל. ומה שכתב הרמב״ם דסוקלין על החזקה היינו בחזקה גמורה שמלווה במעשה כגון גרו ביחד איש ואשה וכו׳. וכתב בעל המרחשת בחלק ב׳ ס׳ י״ז לחלק דע״א נאמן להחזיק איסור היינו בעלמא אבל בדבר שבערוה שאינו פחות מב׳ מה שהתורה האמינה לאב הוא מדין חידוש ולכן הוא נאמן לגבי איסור ולא לגבי עונשין וכ״כ בחזו״א ס׳ כ׳ ס״ק י״ט ולכן גם אם האב העיד בבי״ד לא עונשין.

ובשב שמעתתא שמעתתא ו׳ פרק י״ב מבאר שהא דהאיסור בע״א יוחזק ועונשין רק לאחר חזקה על סמך עדותו ולכן כתב הרמב״ם שאין סוקלין על סמך עדות האב דהיינו שלא עברו שלשים יום ולא הוחזקה על סמך עדותו כמקודשת ע״ש. ותמה עליו בספר אחיעזר ח״א ס׳ ו׳ אות ו׳ ד״ה ומיושב דהא דהאיסור בע״א יוחזק לא בעינן ל׳ יום אלא בעדותו מהווה חלות האיסור לגבי עונשין וכ״כ בדברי יחזקאל ס׳ כ״א אות ב׳ וכ״כ בחזו״א וכתב באחיעזר לחלק בין עדות עד כשר דבזה אמרינן האיסור יוחזק לבין עדותו של אב שהוא עד פסול בזה בעינן חזקה ל׳ יום ע״ש.

סימן מ

נאמנות האב על גיל ילדיו וחזקה דרבא

א. **גמרא** קדושין סג: אמר רב חסדא בני זה בן תשע שנים ויום אחד. בתי זו בת שלש שנים ויום אחד נאמן לקרבן אבל לא למלקות ולא לעונשין. תניא כוותיה דרב חסדא בני זה בן שלש עשרה שנה ויום אחד בתי זו בת שתים עשרה שנה ויום אחד נאמן לנדרים לחרמים להקדשות ולערכין אבל לא למלקות ועונשין.

ופסק הרמב"ם בפ"כ דאישות הלכה כ"ג האב שאמר בני זה בין תשע שנים ויום אחד בתי זו בת שלש שנים ויום אחד נאמן לקרבן אבל לא למלקות ולא לעונשין בני זה בן שלש עשרה שנה ויום אחד בתי זו בת שנים עשרה ויום אחד נאמן לנדרים ולערכין וחרמים ולהקדשות אבל לא למכות ועונשין ע"כ. ולכאו' מה הבדל בין אב לאדם אחר. כתב תוס' רי"ד דאין הבדל בין אב לאחר. דנאמנות זו של אחר מדין ע"א נאמן באיסורין וכ"כ המרדכי ורמב"ן שנאמנות האב היא מדין ע"א נאמן באיסורין. וכ"כ הרשב"א שהחידוש באב אע"פ שהוא קרוב וקרוב פסול לעדות נאמן.

אמנם התוס' בד"ה נאמן לנדרים כתבו דרק האב נאמן ולא אחר לפי שעל האב מוטל להודיעו לאחרים. ולכן לאב עשאוהו כבידו ולא לאחרים ע"כ וכ"כ הריטב"א דנאמנות זו רק לאב שיודע לדייק שנים ומטעם זה אמרי שנאמן הוא גם לנדרים ערכים והקדשות למרות שהם נוגעים להוצאת ממון. ולכאורה כיון שהתורה האמינה לאב מדין יכיר למה לא נאמן על שנותיו וראיתי בריא"ז פ"ד הל' א' שמביא הגמ' קדושין בדף עד. וע"ח דנאמן האב מדין יכיר ומוכיח משמעתין דדזה על נאמנות האב על השנים ומשמע דדין אחד להם. וכ"כ בחזו"א הלכות אישות פ' כ' ס"ק י"ט דהנאמנות הזאת אך לאב ולא כמרדכי ורשב"א דהו"ה כל אחד. אלא כמו שכתב ריא"ז בסוף קידושין דהוא מדין יכיר. ע"ש.

וכתב רש"י דנאמנות האב מדובר בהביא שתי שערות והעדות על השנים אמנם התוס' ד"ה בני זה הקשו על פי' רש"י דכל הנשים הבאים לחלוץ לפנינו היאך יחלוצו. אע"ג דיש להם סימנים כיון שאין יודעים שנותיהם וכו' דשמא היבם קטן ואיש כתיב בפרשה וכל האנשים הבאים על העריות איך נהרגים ואע"ג דיש להם שערות מ"מ אין יודעים שנותיהם ושמא הם קטנים, ואומר ר"י דאי איכא ריבוי שערות סמכינן אריבוי שערות דאין רגילות שיבואו לפני י"ג. א"נ אם הם גדולים בקומה יש לסמוך על הסימנים והקומה ואפ' אין לו כי אם ב' שערות והכא מיירי שהביא ב' שערות ולא הגדיל בקומה ולכך לענין מכות ועונשים אינו נאמן. עוד פי' ר"י דבמקום סימנים לא צריך עדות שנים. עוד כתבו התוס' שהאב מעיד שלפני שנתים בנו היה גדול ועבר עברה וע"ז האב נאמן שהיו לו סימנים והוא גדול אבל לא למלקות. וכתב הח"ס אהע"ז ח"ב ס' פו. דאם האב בא להעיד על עברה לפני כן לא נאמן למלקות אבל אם מעיד שבנו הוא בן י"ג שנה קודם שעבר העבירה והחזקנוהו לגדול על פיו אם עבר לוקה וכ"כ בשו"ת בית אפרים אהע"ז ס' קל. והטעם כיון דהוחזק גדול ועבר אח"כ האיסור בע"א יוחזק כפי שכתב הרמב"ם פט"ז דסנהדרין.

ב. **ויש** להסתפק האם הנאמנות זו של האב תועיל גם לגבי יבום וחליצה ממה שכתבו התוס' והרא"ש שנאמנות האב לא תועיל לגבי מכות ועונשין הו"ה שלא תועיל לגבי חליצה וכ"כ בעל התרומה בשם מורו רבי יצחק ברבי שמואל. שהאב והאם לא נאמנים להעיד שבנם גדול לענין חליצה שהחליצה הוי דבר שבערוה ויש להשוותה למכות ועונשין וכ"כ ריטב"א ומרדכי וכ"כ הג' מיימון אות ד' ונפסק בטור ס' קס"ט ושו"ע שם סעיף י"א.

אבל הריא"ז בפרק עשרה יוחסין ד' י"ז כתב דנאמנות האב לא מועילה לענין מכות ועונשין אבל לגבי חליצה מהני. והטעם כיון דיליף נאמנות זו מדין יכיר לכן נאמן. ופ"ת שם ס"ק י"ג הביא דברי השו"ע שאין סומכין במנין השנים ע"פ הקרובים רק ע"פ עדים. וכתב בשם הנוב"י ס' צ"ג שתמה על המחבר שכתב שאין סומכין במנין השנים אלא ע"פ עדים דדין זה אין לו מקום לא ברמב"ם ולא בריי"ף ולא הרא"ש. ורק לגבי מלקות נאמר דין זה ומרן בב"י הביא המרדכי דכתב דין זה בשם הגאונים וכתב הנוב"י דכל ראיותיו אפשר לדחות חדא דרובא דעלמא לאו אחוה דמיתנא הם ונמצא שבא העד

להוציא פלוני מהרוב ע״כ. ומה שתמה על המרדכי דכתב דיבמה לשוק היא ערוה וצריך ב׳ עדים. ע״ז כתב רע״א או״ח ס׳ ז׳ להחמיר בבדיקת האיש אף דנודעו שניו דאיכא חזקה דרבא מ״מ יש לבדוק בב׳ עדים אף דבדיקה ביבמה מהני בנשים ואף באשה אחת כי אין להביא ראיה מבדיקת היבמה חדא דדעת הרי״ף ורמב״ם דחליצת קטנה דרבנן ועי׳ ב״ש ס׳ קס״ט ס״ק מ״ט. משא״כ חליצת קטן ודאי פסולה מדאורייתא. וחליצה מקרי דבר שבערוה כמו שכתב פנ״י פי״ב דיבמות ועוד כתב לחלק בדיקת קטנה דגנאי הוא לבדוק ע״י אנשים מהני ע״י נשים. משא״כ גבי גברים וכו׳ וכתב ומיהו בבדיקת ב׳ שערות אבל בריבוי שערות דהטעם דמהימנא משום עבידא לאיגלויי והנה דין זה תלוי בע״א ביבמה אם נאמן להתירה לשוק דלדעת הרא״ש לא נאמן דמשום דמישנא שניא ליה וכו׳ וכל זה לפי פי׳ המרדכי גלוי מילתא שאמרו בהחולץ גבי אחוה דמיתנא היינו שמוחזק בלאו הכי וכבר כתבתי שלשה עמודי הוראה לא כתבו כן, ועל השו״ע קשה לי דפסק ע״א ביבמה לשוק נאמן ס׳ קנ״ד סעיף ג׳ ואיך פסק כאן דבעי עדים כשרים להעיד שהוא בן י״ג שנה עכ״פ נראה לי דאין להחמיר בעדות על קטן שהוא בן י״ג שנה וכו׳ ועל כל פנים כל מה דאפשר להקל באב יש עוד צד לקולא יש להקל ע״ש. וקצת קשה על הנוב״י שלא הזכיר דברי הש״ג בשם ריא״ז דאב נאמן על בנו גם לחליצה.

ג. **והתום׳** כתבו בשם ר״י דאי איכא ריבוי שערות סמכינן אריבוי שערות דאין דרכם לבא קודם י״ג שנה. וכן נפסק בשו״ע ובנוב״י ס׳ צ״ג דן על גודל השערות והעלה דבעי אפי׳ אחד כרוחב אצבע. ובס׳ קנה סעיף ח״י כתב דשיעור אורך שערות לחליצה כדי לכוף ראשן לעיקרן. וכתב הב״ש דזה סותר ולכאו׳ למה לא נסמוך אחזקה דרבא. דאמר רבא בנדה דף מו. קטנה שהגיעה לכלל שנותיה לא צריך בדיקה חזקה הביאה סימנים ואמרה הגמ׳ חזקה למיאון ולא לחליצה בעיא בדיקה. וכתב מג״א בהלכות תפילין ס׳ ל״ט ס״ק א׳ דבעינן גדול שהביא ב׳ שערות כדי לכתוב פרשיות של תפילין אבל מספיקא פסול לכתוב עד שיהיה בן ח״י. ובנוב״י קמ״א אהע״ז ס׳ ס״ה דן על כך אי סומכין על חזקה דרבא כיון שהגיע לכלל שנים הגיע לכלל סימנים. והעלה דחזקה זו חזקה אלימתא והא דלא סומכין עליה בחליצה משום דאפשר לברר וכל דאפשר לברר לא סומכין על חזקה זו בדבר שהוא מדאורייתא ולכן אם קידש או גירש ולא בדקו אותו חוששין וכן כשבא להוציא אחרים ידי חובתם בבהמ״ז לא סומכים על חזקה זו כ״כ המג״א בס׳ קצ״ט ס״ק ז׳ וכן לכתוב תפילין ומזוזות כשלא בדקוהו. וכ״כ בשו״ת תורת חסד ס׳ א׳.

והטעם שחששו לחזקה זו או מטעם שאפשר לברר על ידי בדיקת הסימנים, וכ״כ הרמב״ן במלחמות פ׳ קמ״א דחולין וכ״כ רשב״א בחולין שם. ופרמ״ג כתב מחמת דהוי מיעוט המצוי כמו ריאה שחוששין. ובחליצה לא סומכין על החזקה דרבא כיון דיש חזקה נגדית של יבמה לשוק. והנה בקטן בגיל י״ג שלא בדקוהו והעיד עדות. ואח״כ נבדק אם נעשה גדול למפרע או משעת בדיקה כתב הרא״ש בתשובה כלל ל״ג ס׳ ה׳ דנעשה גדול למפרע אמנם מהר״י בי רב בב״י אהע״ז סו״ס מ״ג בשם הרשב״א והרשב״ץ רק משעת בדיקה ועי׳ פ״ת חו״מ ס׳ ל״ה ס״ק א.

ד. **והרבה** צווחו על סופרים קטנים שכותבים ולא נבדקו. או נבדקו בגיל מאוחר וטוענים שהיו להם שערות. עיין בספר מחנה חיים ח״א פ׳ י׳. בנער שכתב ולא נבדק ובשנת י״ז נבדק ונמצאו לו שערות וטען שכבר בגיל ארבע עשרה היו לו שערות והעלה כיון דהשתא יש לו שערות ובצרוף חזקה דרבא יש להכשיר בפרט שאם נחוש יש לגנוז התפילין וגם הם מפוזרים בעולם. דהוא דבר שא״א לכן יש לסמוך על הגאונים ולהכשיר ובשו״ת כתב סופר או״ח ס׳ ט׳ דן בזה וכתב דראוי לכל מרא דאתרא להתריע על כך שמניחים ילדים בני י״ג לכתוב אע״ג דלא נבדקו. והעלה דכל שנבדק אח״כ ונמצאו סימנים הרי הוא גדול למפרע. ב׳ ואם נמצאו גומות אמרינן היו ונשרו ג׳ וכשאינם לפנינו לבודקם סמכינן אחזקה ד׳ נבדקו ולא נמצאו שערות הוי ספק השקול וספק דאורייתא לחומרא. ואם ע״א מעיד דיש לו סימנים כתב רע״א בתשו׳ ס׳ ז׳ דיש לסמוך עליו מס״ס ספק דלא בעי עדות על השנים וספק ע״א נאמן באיסורין גם כשיש חזקת איסור אמנם אם אינו לפנינו לבדקו חולק על הכתב סופר הנ״ל וס״ל דיש להחמיר אפי׳ בדיעבד. רק אם בדקו ומצאו סימנים הוי גדול למפרע בצרוף חזקה השתא וחזקה דרבא. וכתב בתורת חסד מלובלין או״ח ס׳ א׳ בענין נערים שלא נבדקו שכותבים תפילין ומזוזות והעלה שחזקה דרבא זוהי חזקה דאתיא מכח רובא דילפינן מבית המנוגע דין חזקה דמעיקרא וחזקה דאתיא מחמת רובא כמו חזקה דרבא שדינה כרוב דעדיף מחזקה כמו נשחטה בחזקת היתר עומדת. וחזקתו בדוק בסוגי׳ דפסחים. ועוד סוג חזקה דאתיא מסברא דחשבינן לה

לודאי לענין להוציא ממון כמו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו.

וכתבו התוס׳ נדה במופלא סמוך לאיש שהקדיש ואכלו אחרים שלוקים לרבי יוחנן ור״ל ולא הוי התראת ספק שמא לא יביא סימנים כיון דרוב מביאין שערות בזמנן. משמע מתוס׳ דחזקה דרבא הוי חזקה גמורה שלוקין עליה. וכ״כ בשאילתות פ׳ בחקותי משום דרובא מייתין שערות בזימנייהו. ומהרמב״ן משמע דהוי רוב גמור וכן מבואר בדבריו במלחמות פ״ק דחולין וכן מהרשב״א שם לענין רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם והיכא שראה אחד ששחט ואול ליה לעלמא שחיטתו כשירה ומ״מ היכא דאיתיה קמן בדקינן ליה. לדעת הרי״ף וסיעתו. והיכא דאזל סמכינן ארובא ומ״מ כשהוא קמן צריך בדיקה ולכן קטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה שהביאה ב׳ שערות ולענין חליצה לא חולצת עד שתבדק ע״כ. ומשמע אם ליתא קמן סמכינן ארובא כמו שסומכין על רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם. וכ״כ הט״ז אהע״ז ס׳ קנו. ס״ק ב׳

ה. **אמנם** כמה פוסקי׳ ס״ל דלענין חליצה לא סמכינן אחזקה דרבא באופן דליכא לברורי. ואף בדיעבד אסורה לעלמא אם חלץ והלך. ולכאו׳ טעמא בעי. והנה התוס׳ בבכורות דף כ: הביאו שיטת ר״ת דס״ל דקימ״ל לדינא דחיישינן למיעוטא היכא דאיכא חזקה בהדיה להחמיר ומה״ט פסק דאין חלב מבקרת פוטר מבכורה. אע״ג דרוב בהמות אין תולבות אלא א״כ יולדות. מ״מ סמוך מיעוטא לחזקה שלא ילדה. ועי׳ ברא״ש ופ״ק דחולין ט״ז ולכאו׳ הא דסמכינן ארוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם ולא אמרינן סמוך מיעוט שאינם מומחין לחזקת בהמה דעומדת באיסור הרי כתבו התוס׳ והרא״ש דמיעוט שאינם מומחין מיעוט שלא מצוי אבל לגבי חליצה המיעוט שלא מביא שערות בזמן מצוי ומצרפים אותו לחזקת יבמה לשוק. ולפ״ז מיושבת קושית הב״ח והב״ש באהע״ז ס׳ קס״ט ס״ק י׳. דכיון שאין אנו בקיאין בגומות א״כ היאך מהני בדיקת שערות הא שערות בלא גומות לא מהני ואין אנו בקיאין בגומות. ולפי הנ״ל ניחא כיון דכל החשש משום מיעוט שמצטרף לחזקה א״כ במיעוט עצמו שיביא שערות בלי גומות זה מיעוט דלא שכיח ולא סמכינן ליה לחזקה. ולפ״ז כיון שרוב מביאין שערות בזמנם כהלכתן עם גומות ומיעוט לא מביא בכלל אבל כל שהביא בזמנו אמרינן הביא עם גומות ונמצא שיביא שערות בלי גומות זה מיעוט דלא שכיח ודו״ק.

ובזה מיושבת קושית המל״מ על ר״ת דכתב בב״ת קנד. הא דמהני שערות דוקא שחורות אבל לבנות הוי שומא והקשה עליו המל״מ למה בנמצאו גומות אמרינן נשרו והוי גדולה אולי נשרו שערות לבנות ולא הוי גדולה ולפי הנ״ל ניחא דאין לחוש למיעוטא דלא שכיחא שמא היו לבנות ויוצא מתוס׳ נדה דף מו: דאם הקדשו ואכלו אחרים לוקים דחזקה דרבא חזקה גמורה היא ומה שאנו חוששים בחליצה הוא חשש דרבנן. וכן הא דאמר שמואל בודקין לקידושין מדרבנן. להחמיר וקידושי שני תפסי בה אמנם ממה שנפסק בחו״מ לה שקטן פסול לעדות עד שיביא ב׳ שערות משמע דכל שהעיד וליתיה קמן מבדיקה לא הוי עדותו עדות הרי נסמוך אחזקה אלא משמע דרק לענין מיאון אמרינן שהיא גדולה. וא״כ למה מי שאכל מהקדשו לוקה וכן מופלא סמוך לאיש איך מועיל ולפי הרמב״ם דכתב פי״א דנדרים הל׳ א׳ דכל דהגיעו לעונת נדרים אע״פ שלא הביאו שערות הוי מופלא סמוך לאיש.

ו. **ולפי** התוס׳ דס״ל דאם הקדישו אע״פ שלא הביאו ב׳ שערות אם אכלו אחרים לוקים מחמת שעל פי רוב מביאין שערות וא״כ לגבי עדות למה כל שלא נבדק לא הוי עדות ותירץ באבני נזר אהע״ז ס׳ רט״ו ס״ק ז׳. כיון דחזקה זו נקבעה על פי רוב העולם קימ״ל אין הולכין בממון ע״פ הרוב ולכן לא מקבלים עדותו ולא דמי למחלוקת רב חסדא ורב הונא דזו באה בפני עצמה ומעידה דהתם חזקה מהני גבי עדים וכיון שהחלטנו שהם כשרים מוציאין ממון על פיהם אבל הכא בבן י״ג עדיין לא החלטנו שהוא גדול ולכן לא מוציאין ממון. ושמא יש לחלק בין חזקת איסור לחזקה בממון דלעולם חזקה דרבא חזקה ודאית ומהני כלפי איסור דשם הולכים אחר חזקה אבל להוציא ממון לא אזלינן בתרה כיון דלא הולכים אחר הרוב הו״ה דאין הולכים בתר חזקה.

וכן נראה דעת הרשב״א בתשו׳ ס׳ אלף רי״ו על אשה שקבלה קידושין ומסופקין על מספר שנותיה. אנו חוששים שמא באה לכלל שנים ומקודשת מהתורה. ואם נבדקה ולא נמצאו סימני׳ אנו תולין שנשרו, כיוון דישנה חזקה דרבא. אלא שיש להתישב בדבר לפי שיש בזה ס״ס ספק באה לכלל שנים ספק לא באה. ואת״ל הגיעה לכלל שנים ספק הביאה סימנים ונשרו. ספק לא הביאה. וכל ס״ס אפי׳ בשל תורה אזלינן לקולא ואפ״ה איני רואה בזה להקל כי עוד יש להתישב בדבר. וכתב עליו מהרי״ט בתשו׳ ח״א ס׳ מא דהטעם שלא ראה להקל הוא משום דאי אמרינן הגיעה לכלל שנים שוב אין להסתפק ולומר

שמא נשרו.ביון דחזקה אלימתא היא דמשבאה לכלל שנים הביאה סימנים וכדרבא וכו׳ ואין כאן כלל ספק אחד ספק באה לכלל שנים או לא והא דבודקין למיאון בקידושין דרבנן ולא אמרינן חזקה הביאה סימנים דהתם קידושין דרבנן והם אמרו כל זמן שלא הביאה שערות לפנינו יכולה למאן ומעיקרא הכי תקנו דהם אמרו והם אמרו ע״כ. ומשמע מהמהרי״ט דחזקה דרבא היא חזקה אלימתא דאין מה להסתפק בה בכלל. ובס׳ נ״א כתב שוב המהרי״ט לחכם השלם מוהר״ם קאשטאליץ ז״ל על מה שכתבתי דאין לומר ס״ס משום דאם הגיעה לכלל שנותיה שוב לא מספקא לכן שמא נשרו דחזקה אלימתא היא דמשבאה לכלל שנים הביאה סימנים. ואמר שרציתי למחוק המגמ׳ דקאמר בעל איכא ספיקא דאורייתא הרי דאינה חזקה ודאית חזקה דרבא. ואני תמה היכן מצא כן בתשובותי ואדרבה בפירוש כתבתי דלא אמרינן דלא חיישינן לחזקה דרבא אלא להחמיר בכל תורה וכו׳.

וכתב בשב שמעתתא, שמעתתא ה׳ פ׳ י״ד דדעת המהרי״ט כיון דחזקה דרבא אלימא כל שהגיעה לכלל אין מקום להסתפק דאמרינן ודאי הביאה סימנים וממילא אין כאן רק ספק אחד אם באה לכלל שנים. והא דבודקין למיאונין בקדושין היינו מדרבנן כיוון דתקנו קדושין לקטנה הם עצמם אמרו שתמאן כל שלא הביאה שתי שעבות לפנינו ומעיקרא כך היתה התקנה ע״ש. הרי לדעת מהרי״ט חזקה דרבא היא חזקה ודאית שאין בה ספק כלל, ואפילו נבדקה ולא נמצאו שערות אמרינן נשרו, דכל שהגיעה לכלל שנותיה הביאה שערות, ע״ש.

ז. **ובדין** חזקה דרבא אי הוי חזקה מעליתא מצאנו במסכת נדה דף מו. אמר רבא כל שתים עשרה שנה ממאנת והולכת מכאן ואילך אינה ממאנת ואינה חולצת הא גופא קשיא אמרת אינה ממאנת אלמא גדולה היא אי הכי תחלוץ וכי תימא מספקא ליה והא אמר רב קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנים הני בסתמא אבל היכא דבדקו ולא מצאו לא אי הכי תמאן חיישינן שמא נשרו הניחא למ״ד חיישינן שמא נשרו אלא למ״ד לא חוששין מאי איכא למימר הני מילי לעניין חליצה אבל לגבי מיאון חוששין שמא נשרו ולמסקנא דגמ׳ באופן דלא נבדקה ולענין חליצה חיישינן וכי קאמר רבא חזקה היינו לעניין מיאון ע״ש. ויש להסתפק בחזקה דרבא האם היא מדאורייתא או מדרבנן ומ״מ משמע מהגמ׳ דחזקה דרבא הינה לחומרא לעניין מיאון שלא תצא במיאון כל שהגיעה לכלל שנותיה ולעניין חליצה לא חולצת עד שתבדק. וכל שלא נבדקה לא חולצת ולא אמרינן חזקה באו סימנין ונעשית גדולה. וכן נפסק בשו״ע חו״מ ס׳ ל״ה לעניין עדות עד שיביא ב׳ סימנין אחר י״ג שנה. וכן משמע בתו״ס בב״ת קנ״ו דבודקין לקדושין וכ״כ הרשב״ם שם דכל שלא נבדק לא חוששין לקדושין אפי׳ הוא בן י״ג שנה.

אמנם יש לתמוה ממה שאמרה הגמ׳ שם בנדה מ״ו: דחזקה דרבא מהני לעניין הקדש שאם הקדש יאכלו אחרים רב כהנא אמר אין לוקין ורבי יוחנן ורי״ל אמרו לוקין. והקשו התו״ס למה לוקין לר״י ור״ל הא הוי התראת ספק דשמא לא יביא בכלל סימנין והוי קטן והקדשו לא הקדש והתראת ספק לא שמה התראה וכו׳ ואי מיירי שאכלו אחרים לאחר שהגדיל א״כ הו״ל שאכלו בעצמו ותירצו התו״ס וי״ל דאזלינן בתר רוב שמביאין שתי שערות בזמנו דהיינו בני י״ג שנה ויום אחד ע״כ. הרי משמע דאזלינן חזקה דרבא לענין עונשים לאחרים משמע דהוי חזקה גמורה מהתורה. והא דאמרינן דלחליצה לא תחלוץ עד שתבדק היינו חומרא דרבנן שלא תחלוץ עד שתבדק. וכן מה שאמרה הגמ׳ בב״ת קנ״ו: אמ״ש שמואל בודקין לקדושין וגיטין היינו מדרבנן, ע״ש.

ויש להוכיח ממה שפסק הטור ושו״ע לגבי עדות דכל שלא הביא שתי שערות עדותו אינה עדות משמע אפי׳ ליתיה קמן למבדיקיה. הרי משמע דחזקה דרבא לאו חזקה היא רק להחמיר במיאון. ובשב שמעתתא ה׳ פ׳ י״א האריך בזה וכתב ליישב ע״פ הרמב״ם פי״א מנדרים הלכה א׳ קטן בן שתים עשרה ויום אחד וקטנה בת אחד עשרה יום אחד שנשבעו או נדרו וכו׳ ואמרו אנו לא יודעין לשם מי נדרנו, לאו כלום ואין נדריהן נדר. אבל בן י״ג שנים ויום אחד, ובת שתים עשרה שנה ויום אחד אפי׳ אמרו אנו לא יודעים למי נדרנו דבריהם קיימים, והקדשן הקדש ונדריהם נדרים אפי׳ שלא הביאו ב׳ שערות וזוהי עונת הנדרים האמורה בכל מקום וכו׳. והמופלא סמוך לאיש דאורייתא. הרי דהרמב״ם משמע בהגיע לעונת הפעוטות לא צריך בדיקה והנדר חל אפי׳ לא הביא שתי שערות ועי׳ המשנה למלך דתמה על הרמב״ם מהסוגיא דבגמ׳ משמע אי לא אייתי שתי שערות קטן הוי ולפי הרמב״ם הרי מופלא סמוך לאיש אפי׳ לא הביא ונשאר בצ״ע.

ובשב שמעתתא כתב לישב כיוון דהגמרא נחלקה, אם תוך זמנו כלפני זמנו או כלאחר זמנו, דאם

כלאחר זמנו היינו דנדרים דכתוב בהם איש תלוי בשערות וכל שלא הביא שתי שערות קטן הוי אבל לדידן דקימ"ל תוך זמנו כלפני זמנו לא תלוי בשערות אלא בשנים וכשהגיע לשנים איש מקרי ומה שהקשתה הגמרא אי לא הביא סימנין קטן נקרא היינו למ"ד תוך זמנו כלאחר זמנו, אבל הרשב"ם פסק תוך הזמן כלפני הזמן ולכן כל שהביא שנים גדול מקרי לגבי נדרים והקדשות מדין מופלא סמוך לאיש, דלא בעינן שערות אלא שנים ודו"ק. וכן דעת בעל הלכות גדולות בהלכות מיאון וז"ל אמר רבא ג' מידות בקטן וכו' הגיע לעונת נדרים קטן בן י"ג שנה וקטנה בת י"ב שנה נדריהם נדרים והקדשן הקדש וכו'.

ח. **וע"פ** יסוד זה תירץ הנוב"י קמ"א חו"מ ד' שהקשה על התו"ס בב"ת קנ"ד: ד"ה ועוד סימנין עשויים להשתנות שהקשו למה יש לומר שהוא קטן והרי כל שהגיע לכלל שנותיו והרי קימ"ל קטנה שהגיעה לכלל שנים חזקה שהביאה סימנים ע"ש בתו"ס שכתבו דאיירי שנבדק לאחר שהגדיל ולא היו לו שערות ולכן חיישינן שמא עדיין קטן, ע"ש. והקשה הנוב"י דא"כ קשה למסקנא דאפיק מיפק ומסיק בדף קנ"ה הכי קאמר רבי יוחנן לר"ל בשלמא לדידי דאמינא ראי' בקיום השטר היינו דמשכחת דנתתי לקוחות לנכסי אלא לדידך דאמרת ראיה בעדים היכי משכחת לה דנתתי לקיחת לנכסי וכו'. ומאי קושיא דלמא מיירי דלא נבדק כלל ואז לכו"ע סגי בקיום השטר וכסברת התו"ס הנ"ל, אלא ודאי דהא ליתא וכו' וראיה זו אצלי גדולה שאין להשיב עליה. ע"ש. ומשמע דחזקה דרבא אינה אלא ספק. ולפי מהרי"ט ניחא דאפילו נבדקה ולא נמצאו שערות אמרינן דהביאה שערות ונשרו משום חזקה דרבא דהיא חזקה ודאית וא"כ לא מצינו לומר דלא נבדק כלל דא"כ מאי מהני בדיקת המשפחה שרצו לבדוק כדי להוכיח שאין לו סימנים, מה מהני דילמא נשרו, וגם ר"ע דהשיב למשפחה דסימנים עשויים להשתנות לאחר מיתה הא אפי' מחיים נמי לא מהני בדיקה דאמרינן הביאה ונשרו משום חזקה דרבא דסימנין באים בזמנם אלא על כרחך דאיירי דנבדק ולא מצאו שערות והבדיקה היתה קודם הפרק ונמצאו שערות ואחר הפרק נמצאו בו אותן שערות בזה אמרינן דקטן היה בזמנו ועי' ב"ש אהע"ז ס' קנ"ה סעיף קטן כ"ט אלא ע"כ דנבדק בשעה שהגיע לכלל שנותיו ולא היו לו שערות א"כ תו ליכא חזקה דרבא וכו' היכי משכחת לה דנחי לגמרי ע"ש. ומהרי"ט בח"א ס' נ"א כתב לחזק דבריו דכל שהגיעה לכלל שנים אין בכלל ספק אלא אמרינן ודאי הגיעו השערות ונשרו.

והוכיח כן מדברי הגמ' נדה דף מח: דע"ז חזקה דרבא חזקה דודאי הביא, כיוון דהגמרא שם חילקה בין לפני הזמן לבין לאחר הזמן דלאחר הזמן דאיכא חזקה דרבא סמכינן אנשים תוך הזמן דליכא חזקה דרבא לא סמכינן אנשים, הרי דחזקה דרבא אלימא דליכא להסתפק אלא כל שהגיעה לכלל שנותיה ודאי הביאה.ועל זה כתב בשב שמעתתא בפ' ט"ו דנהי נכון דחזקה דרבא חזקה אלימא מ"מ כל שנבדק ולא נמצאו סימנים שנאמר כדעת מהרי"ט דנשא מחמת רחיצה לא אמרינן דהיא רעוותא לפנינו ומידי ספיקא לא נפקא. והוכיח מגמרא יבמות י"ג. דאמר רב זביד אין בנים בלא סימנין ופריך ולבדיקיה ומסיק דאפילו למ"ד לא חיישינן שמא נשרו הכא מחמת צערא דלידה עבידי דנתרי וכתבו התו"ס ד"ה משום דלרב זביד דלמרות ולעונשין ספיקא הוי ע"ז הרי אפי' איכא צערא דלידה דעבידי דנתרי ואפי' הכי מידי ספיקא לא נפקא ואפשר דהתם תוך הזמן וליכא ראיה אלא ע"י בנים דהרי הוא כסימנין משום הכי מידי ספיקא לא נפקא אבל היכא דהגיע לכלל שנים אפילו ליכא שערות לפנינו אמרינן חזקה בא בזמנו ונשרו מכח חזקה דרבא וכדעת מהרי"ט.

וכתב עוד בשב שמעתתא הנ"ל דהמהרי"ט חולק על מהר"ם קאשטליץ ז"ל בהגיע זמן ובדקו ולא נמצאו סימנים לדעת מהר"ם חיישינן מדרבנן שמא נשרו אבל מדאורייתא הוי קטן ודאי ולמהרי"ט כל שהגיע לכלל שנותיו ולא נתגלו סימנין אמרינן ודאי גדול הוא ונשרו. אמנם ה"ה פ"א מגירושין הל' א' דכל דבדקנו ולא מצאנו סימנים הוי ספק דאורייתא דכתב דממה שאנו אומרים שמא נשרו דן אותה רבינו כספק מקודשת מדאורייתא, הרי דכל זה נגד דינו של מהרי"ט דכל הספק לפי הרמב"ם דנבדקה ולא נמצאו בזה אמרינן שמא נשרו אבל אם הגיעה לכלל שנים ולא נבדקה לא חיישינן. כיוון דליכא ריעוותא לפנינו וכן דעת הלחם משנה.

ט. **והטור** ושו"ע בחו"מ ס' ל"ה נמי ס"ל דפסקו קטן שפסול להעיד עד שיביא ב' שערות אחר י"ג שנים גמורות ומשמע דקודם בדיקה פסול ולא אמרינן דהוא גדול למפרע ע"י חזקה דרבא משמע דחזקה דרבא אינו אלא להחמיר, ע"ש. ויש לדחות דלעולם חזקא דרבא חזקה מעליתא אבל כל שיש נגדה חזקת ממון לא אלימא והוי ספק וכתב הש"ש שאפי' לדעת המהרי"ט חזקה דרבא לא הוי אלא ספק דבגמרא אמרינן אם בעל ויש ספק אם קטנה או גדולה הוי ספק דאורייתא וכתב המהרי"ט

דהוי ספק הרגיל ורואייתו בספק הרגיל הוי ספק משפחתו של פסחים ט. שהפילה נפל לבור וטיהרנוהו דחולדה וברדלס מצויין שם ואכלוהו. וכתבו התו"ס דהוי ספק הרגיל והוכיח דספק הרגיל לא מוציא מידי ודאי ולכן גם חזקה דרבא דהוי רגיל להביא סימנים ביום משלם זימניה מ"מ לא מוציא מידי ודאי קטנות ולכן הוי ספק, ע"ש. ואבני נזר אהע"ז ס' רט"ו ס"ק ט"ז תמה על השב שמעתתא מה ראיה מביא מחולדה וברדלס וכן מחבר שרגיל לעשר שם הספק הרגיל תלוי במעשה לכן שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי אבל חזקה דרבא דסימנין באין מעצמם למה יהיה ספק, דכל דבר התלוי במעשה לא הוי רוב ולכן שייך אין ספק מוציא מידי ודאי אבל ספק הרגיל דבא בלי מעשה לעולם, דינו כודאי.

ובקטן שהעיד ולא בדקוהו ובדקוהו אח"כ כתב הרא"ש בתשובה כלל ל"ג דמחזיקין אותו גדול למפרע וראייתו מעובדא דבני ברק ב"ב קנ"ה בקטן שמכר ומת והיורשים טוענים קטן מכר והלקוחות אומרים גדול היה ורצו לבודקו ומת ואמר ר' עקיבא סימנים עשויים להשתנות משמע דאם הוא חי ובדקוהו עכשיו ונמצא גדול לא אומרים השתא באו אלא למפרע. הוא גדול וכן ממה שאמר שמואל שבודקין לקדושין ולגירושין אלא להכי מהני בדיקה דאם נמצאו שערות ופשטה ידה וקיבלה קדושין מאחר שאינה צריכה גט משני. ואם לא נמצאו חיישינן שמא נשרו וצריכה גט משניהם. וכן מוכח גמ' לקמן קדושין ע"ט: בסוגי' דקדשה אביה בשדה וקדשה עצמה בעיר דאזלינן בתר השמא וכל שנמצאו שערות עכשיו אמרינן שכבר היו ומקודשת וגם לגבי ממון ומה שאמרה הגמ' בקטן דזבין נכסיה דכל שהיה חי ונמצאו שערות מחזיקין שגדול היה ומה שאמרה הגמ' נכסי בחזקת יורשין היינו דלא כרבי נתן דאזיל בתר השתא לאפוקי ממונא ומ"מ לעניין גדול הרי הוא גדול למפרע וכו', אמנם הרמב"ן במלחמות חולק על הרא"ש מכח הסוגי' בב"ת קנ"ד דפירש בקטן שמכר בנכסי אביו מכר ומת מיד דאם היה חי אין בדיקתו ראיה דשמא עכשיו הביא סימנין והיינו דאמרי קטן היינו בשעת מיתה, ע"ש. ומרן הב"י בס' מ"ג לאחר שהביא דברי הרא"ש שנעשה גדול למפרע הביא דברי הר"י בי רב שכתב דדעת הרשב"א והרב דוראן חולקים בדבר וס"ל שצריך שיעידו עדים ששה חודשים לפני כן היו לה סימנין שהביאה ב' שערות ונראה דמחלוקת הרא"ש והרמב"ן האם חזקה דרבא היא חזקה אלימא ואמרינן באה בזמן או לא דהרא"ש ס"ל דהוי חזקה גמורה כדעת מהרי"ט ותו"ס. אבל הרמב"ן חולק. נמצא פסקן של דברים שקטן שהגיע לכלל שנותיו בן י"ג שנה ויום אחד לרבא לא צריך בדיקה שחזקה שהביא סימנין וכפי שכתבנו לעיל בשם כמה ראשונים ובראשם הרא"ש ומהרי"ט וכ"כ הריב"ש סו"ס קפ"ב. ונוב"י אהע"ז קמ"א סי' ס"א והטעם דהיא חזקה הבאה מכח רוב דרוב אנשים המגיעים לכלל שנותיהם מביאים סימנין. ומ"מ סומכין על חזקה זו רק במידי דרבנן כגון לצרפו למניין או לזימון, אבל קידש אשה לא מקודשת עד שנבדוק אותו וכ"כ הרמ"א באו"ח ס' נ"ה ומג"א ס"ק מ"ז שאעפ"י למ"ד תפילה דאורייתא מ"מ מניין הוי דרבנן והטעם כתבו הראשונים הרמב"ן בחולין במלחמות משום דהוא דבר שאפשר לברר ע"י בדיקה וכ"כ הרשב"א שם וט"ז אהע"ז ס' קנ"ו ס"ק ב' ופמ"ג אשל אברהם באו"ח ס' נ"ה ס"ק ז' והפמ"ג כתב עוד טעם דהוי כמיעוט המצוי דחוששין לו כמו בדיקת הראיה.

י. **ולעניין** כתיבת פרשיות תפילין דכתב מרן בס' ל"ט או"ח דקטן אפי' הגיע לחינוך לא יכתוב מה יהיה בהגיע לכלל שנותיו ולא נבדק וכתב אם הפרשיות כשרות ועמדו על מדוכה זו האחרונים. הנוב"י אהע"ז קמ"א ס' ס"א דן בזה אם סומכין על חזקה דרבא ובמחנה חיים ח"א סי' י' דן על סופר שהניח לבנו לכתוב פרשיות ועתה בגיל שבע עשרה בדק אותו ומצא שערות והבן אומר שכבר ראה שערות בגיל ארבע עשרה ודן שם לגבי בפרשיות שיצאו בחוץ והעלה חדא יש חזקה דרבא, שנית הרי הוא לפנינו בריבוי שערות אמרינן גם בזמן הגיעו. ועוד יש לחוש לא לגנוז התפילין שנכתבו וגם לאותם הפזורים מכל זה והעלה להתיר, ע"ש. ובחתם סופר או"ח ס' ט' דן על פרשיות של סופרים שכתבו לפני י"ג ובס' ח' כתב דראוי כל מרא דאתרא להתריע על כך ולמנוע בני י"ג שלא הביאו שערות ואם כתב פרשיות בגיל י"ג ולא בדקו אותו ולאחר שנים בדקו ונמצאו שערות הוי גדול למפרע וכשר. וכן אם נבדק ונמצאו גומות אמרינן שנשרו וכשר וכן אם כתב פרשיות ואינו לפנינו כשר, דאמרינן חזקה באו בזמן. ואם נבדק ולא נמצאו שערות הוי ספק שקול אם היה לו ונשרו או לא, וספיקא דאורייתא לחומרא, וממילא נשמע שאין להניח לקטן לכתוב עד שנבדוק אותו. וכל שניתן לבדוק מבוררין. והעלה דכל והוא לפנינו אע"פ שיש ספק שקול מ"מ כיון דיש הפסד ממון ולגנוז הפרשיות הוי כדיעבד ויש להתיר בס"ס ספק הביא שערות ונשרו ואת"ל לא הביא שמא ישנו בוקשרתם וכתיבתו כשרה ולכן המיקל לא הפסיד, ע"ש. ועוד כתב דכל זה ביודע שהגיע לכלל שנים אבל סימנים בלי שנים

לא מהני והמיקל להאמין לאב על השנים לא הפסיד כשנבדק לאחר שכבר כתב. אבל עד א׳ לא נאמן ובעי שנים, ע״ש שהארוך. ובח״מ סימן רע״א סי׳ ז׳ כתב דעד אחד דעלמא נאמן על השנים דהוי ס״ס ספק אם בעי עדות בכלל על השנים וספק אי ע״א נאמן במקום חזקה, ע״ש. אך לעניין דידוע דהוא בן י״ג שנה ואינו לפנינו לבודקו אם הביא שערות דאז להחמיר בזה אפי׳ בדיעבד ולא כהכתב סופר רק אם בדקו לאחר זמן ומצאו סימנים הוי גדול למפרע בצירוף חזקה דהשתא וחזקה דרבא, ע״ש. ובשו״ת תורת חסד מלובלין סי׳ א׳ כתב לדחות דברי רע״א וכתב שכל שלא לפנינו לבודקו יש להכשיר ותחילה דן בעניין חזקה דרבא דדין חזקה דמעיקרא ולעניין מבית המנוגע וחזקה דרבא היא חזקה דאתיא מכח רובא שרוב בני אדם מביאין שערות בגיל שלוש עשרה וחזקה דאתיא מכח רובא דינה כרוב ועדיף מסתם חזקה כמו נשחטה הותרה וחזקת בדוק בפסחים. ועוד יש דין חזקה דאתיא מסברא כמו חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו ומוציאין ממון על ידה. וכתבו התו״ס בנדה מ״ו: דמופלא סמוך לאיש אם הקדיש ואכלו אחרים לוקה וכתבו התו״ס שהבאנו לעיל דלא הוי התראת ספק לר״י ור״ל דרוב מביאין סימנין בזמן. ולכן לוקין, ע״ש.

וכן דעת רמב״ן במלחמות ורשב״א בסוגי׳ רוב מצויין אצל שחיטה מומחין ומ״מ כל שנמצא לפנינו לבודקו חייבים לבדוק והראי׳ לגבי קטנה שהגיעה לכלל שנותיה שכל שבא לפנינו בעיא בדיקה ולכן לחליצה צריכה בדיקה וכן דעת הט״ז באהע״ז ס׳ קנ״ו. והעלה למסקנה משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וחיישינן מדאורייתא. וכתב עוד דשמא הא דחיישינן לחליצה הוא מדאורייתא הוא כפי שכתב הריב״ש ס׳ שע״ט דהא דרובא וחזקה רובא עדיף, היינו נגד חזקה אחת ולא נגד שתי חזקות. וכאן יש חזקת יבמה לשוק וחזקת קטנות וחזקה של רבא דהיא מדין רוב ולכן לא מהני רוב נגד ב׳ חזקות ולכן לא חולצת כל שלא נבדקה. וכתב דלפי המהרי״ט בתשובה לסתור דברי הריב״ש דחזקת קטנות לא הוי חזקה, דהוי חזקה הראויה להשתנות ומ״מ לעניין קטן שקידש לאחר שהגיע לכלל שנותיו ולא נבדק הקדושין לא חלו דסמוך מיעוטא לחזקת פנויה ולא חלו הקדושין.

י״א. **ומ״מ** הגם דלגבי חליצה לא חולצת עד שבודקין אותה אם הביאה שתי שערות, מטעם סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר, מ״מ לגבי נער שכתב תפילין ולא נבדק אזלינן בתר חזקה דהיא דאתיא מכח רובא ואין לומר דסמוך מיעוטא לחזקת חייב להניח תפילין כשרות הא ליתא דלא דמי לחזקת איסור, דסמוך מיעוטא אמרינן דהרוב סותר החזקה כגון בהמה חולבת הרוב אומר שלא מבכרת וזה רוב נגד חזקת שלא ילדה, אבל חזקת חיוב להניח תפילין אין הרוב סותר וכן ע״א נאמן בהכשר תפילין משום ע״א נאמן באיסורין והרי ע״א לא נאמן היכא דאיתחזק איסורא אלא ודאי דחזקת חיוב לא הוי חזקה והוכיח מדברי הר״ן בקדשתי את ביתי ובא אחד ואומר אני קדשתיה שנאמן דלא הוי דבר שבערווה כיוון שאינו מברר, הו״ה הכא מברר כשרות התפילין דהמיעוט פוסל את התפילין כיוון דלא הביא שערות והחזקה זו חזקת חיוב. ודן באריכות דחזקה דרבא היא חזקה אלימא ומכח זה כתב להכשיר פרשיות שכתב נער ולא נבדק בשערות להכשיר הפרשיות משום חזקה דרבא אע״פ דלכתחילה לא מניחים אותו לכתוב מ״מ אם נכתב כשר. ולא שייך לומר סמוך מיעוטא נגד חזקה ושם דחה דברי תשו׳ רע״א דס״ל דהכא נמי יש חזקה חיוב נגד חזקה דרבא. ודחה דבריו וכתב ע״כ הרי״ף דכל הנבדקות נבדקות ע״פ נשים כ״כ פי״ג דיבמות בין לחליצה בין למיאון והמאור שם תמה למיאון לא שייך בדיקה דחזקה דרבא מסייע לחליצה והמלחמות מיישב דגם למיאון בעי בדיקה כיוון דלא בעל הוי ספק דרבנן. והעלה להלכה שכל שהגיע לכלל שנותיו הפרשיות כשרות מדין חזקה דרבא, ע״ש. וכ״כ בשו״ת פינות הבית להכשיר תפילין שנכתבו ע״י נער שלא נבדק וכ״כ נהר שלום או״ח סי׳ רע״א וחידש מטעם דישנו בקשירה וכ״כ בישועות יעקב סי׳ י״ז אות ג׳ שהעלה להתיר דלכתחילה לא מניחים אותו לכתוב כל שלא נבדק מ״מ יש להכשיר ולסמוך על חזקה דרבא.

וכתב מרן בשו״ע קס״ט סעיף י״א לענין חליצה שצריך עדות ברורה ובנוב״י תמה למה צריך עדים דרק בדבר שבערווה מחמירין אבל בשאר איסורין כל כמה דאפשר להקל מקילין. ופ״ת שם ס״ק י״ג הביא סמוכין לנוב״י מש״ג סוף קדושין ובשו״ת מחנה חיים חנינא אהע״ז ס׳ מ״ט והעלה דינו לחומרא להצריך שני עדים כשרים שהוא בן י״ג שנה. נמצא להלכה בדבר דאורייתא לא סמכינן שהוא בגיל שלוש עשרה אלא בעינן נמי סימנין כמו שנפסק בשו״ע מו״מ ס׳ ל״ה דלא מוציאין ממון בעדותו. וכן לעניין קידוש בליל שבת כתב המג״א בס׳ רע״א דלא מוציא אחרים והטעם הגם דחזקה דרבא היא חזקה אלימא מ״מ לא מוציאין ממון על ידה, וכן לא

מפקיע חזקת חיוב דנשים חייבות בקדוש מהתורה בליל שבת לכן לא יכול להוציא אותן. אבל לעניין דרבנן שפיר הוי חזקה וכ״כ הרמ״א בס׳ נ״ה דלא מדקדקין בשערות משמע דכיוון דתפילה דרבנן קטן מצטרף וכ״כ מרן ביו״ד ס׳ ק״כ סעיף י״ד אין מאמינים לקטן על טבילת כלים והטעם דטבילת כלים דאורייתא לכן לא נאמן. ועי׳ פ״ת שם ס״ק י״ד דבכלי וכוכית דטיבולם מדרבנן נאמן ע״ש. ולעניין עדות אשה עי׳ באהע״ז ס׳ י״ז סעיף י״ג ובאוצר הפוסקים שהאריך בזה.

י״ב. **לעניין** נאמנות האב לומר שבנו בגיל שלוש עשרה לצרפו למניין הנה לפי מה שאמרנו שלענין דרבנן יש להאמין ולסמוך עליו, לכן האם נאמן על שנותיו של הבן כפי שאמרה הגמ׳ נאמן לערבין ולהקדשות אבל לא למלקות הכא נמי תפילה דרבנן שרי אבל לעניין קדושין או חליצה לא נאמן דהוי דאורייתא וכתב בחמדת שלמה דהא דלא מהני חזקה דרבא בחליצה היינו מדרבנן דמדאורייתא אמרינן שסימנין באו בזמן ורק מדרבנן חששו. ובאוצר הפוסקים ס׳ י״ז סעיף י״ג ס״ק צ״ה אות ד׳ ע״ש. ולכן בתפילה לא חיישינן ושפיר מצטרף ובזרע אמת נמי כתב בח״ג דהאי חששה הוא מדרבנן כיוון שאפשר לברור, אבל בדבר דרבנן מהני למצרף קטן למניין וביביע אומר ח״ד או״ח ס׳ י׳ חידש מרן הראש״ל שקטן עצמו נאמן לומר שהגיע לגיל שלוש עשרה מכח ס״ס ספק הביא שערות ספק לא הביא ואת״ל לא הביא ולא מצטרף מ״מ יש דיעה בראשונים דס״ל דקטן מצטרף למניין, ואע״ג דאנן לא סומכין על דיעה זו מ״מ לעניין ס״ס חוששין ודו״ק. ואם למנות נער להיות שליח צבור אם לא נבדק, אם הביא ב׳ שערות מרן בהלכות שליח צבור ב״י נ״ג כתב אין ממנין שליח צבור אלא מי שנתמלא זקנו מפני כבוד הציבור אבל באקראי כל שהביא ב׳ שערות מהני. ובסעיף ז׳ פסק מרן אם אין מי שיתפלל, אלא נער בן שלוש עשרה ויום אחד, מוטב שיעלה להתפלל מאשר יתבטלו. וכתב הג״א דלהתלל באקראי כל שהגיע לגיל שלוש עשרה לא מדקדקין בשערות. ופמ״מ נחלק עליו וכתב דיש הבדל לצרפו למניין, בזה מהני, לבין למנותו שליח צבור דלא מהני. בפרט למרן השו״ע ס״ל תפילה דאורייתא ובדבר דאורייתא לא סמכינן אחזקה דרבא. אין להקל בלא הביא שתי שערות. ובשיבת ציון ס׳ ס״ח הביא דברי אביו הנוב״י שכתב דפשט המנהג כמג״א דאין הכוונה שמצרפין אותו ביום שמלאו לו י״ג שנה, דזה מצד הדין שרי באקראי עולה, ע״ש.

ולכן קטן שלא התברר אם הביא ב׳ שערות אם יכול להיות חזן. כתב הרמ״א סעיף ה׳ קטן שהגיע לכלל שנותיו אין מדקדקין בשערות וכתב מג״א בס״ק י׳ דיכול לירד לפני התיבה ופמ״ג א״א ס״ק י׳ תמה עליו דהרמ״א איירי לתפילה לצרפו לעשרה אבל לא לרדת לפני התיבה. בפרט לפי מה שכתב המחבר בשו״ע ס׳ ק״ו דתפילה מדאורייתא והרמ״א שתק ע״ש וכן דעת בית יהודה עייאש ס״ס כב. להחמיר וכן תמה משכנות יעקב ואם בשבת ויו״ט הוי דאורייתא ורק תפילת חול הוי דרבנן ולכן צריך לדקדק בזה שיביא ב׳ שערות ע״ש. וכתב המג״א ס׳ תקע״א דרק אב נאמן על בנו שהוא בן י״ג שנה אבל אחר לא וצריך ב׳ עדים ובתפילה דרבנן סגי עד אחד ע״ש ויוצא בנאמנות האב על בנו לפי דעת התוס׳ שאב נאמן מדין ע״א וכ״כ בספר התרומה הלכות חליצה דכמו שלא נאמן לענין מכות ועונשין לא נאמן לענין חליצה דהוי דבר שבערוה והקשו על התוס׳ ובעל התרומות הרי הר״ן בסנהדרין דף ל. איתא בע״א שאומר מעות הללו של מעשר שני המעות חולין יש בו מעשר שני ממון גבוה הוא והוא בא להוציא הממון מחזקתו. ודבר שבממון אינו פחות משנים. ואע״פ שיש איסור בדבר לא נאמן ע״כ. וכ״כ בפ׳ האומר בשם הרמב״ן וא״כ אם ע״א לא נאמן על הקדש. איך האב נאמן על הקדש הרי הוא אפוקי ממונא ודו״ק. ולפי התוס׳ אב לאו דוקא אלא הו״ה ע״א ובאב יש חידוש דאע״פ שהוא קרוב. אמנם הריא״ז כתב דנאמנות האב דוקא והוא מדין יכיר ולכן נאמן גם לגבי חליצה וכן נראה דעת הרמב״ם בפ״ב דאישות. ובהג׳ מיימון הביא דברי ספר התרומה דלענין חליצה אם לא נאמן דהוי דבר שבערוה ונמצא דהדבר שנוי במחלוקת.

ובמשנה אמרינן שאב נאמן לומר קדשתי את בתי ולא נאמן לעניין סקילה. והקשה הפני יהושע למה לא עונשין על פיו, הרי האיסור בעד אחד יוחזק כפי שפסק הרמב״ם ט״ט מסנהדרין וכאן כיוון שהאב נאמן שקידש בתו הרי מחזיקה לא״א ולמה לא נענשת. ובשב שמעתתא כתב דהא דאב לא נאמן לעונשין היינו קודם שהוחזק אבל אם הוחזקה ל׳ יום נאמן האב גם על עונשין וצ״ע דלשון הגמ׳ לא משמע כן ויש שכתבו הא דאיסור בע״א יוחזק רק בעד כשר ולא ע״י האב דהוא עד פסול וליכא דהרי קימ״ל הוחזקה נדה בשכונותיה בעלה לוקה עליה הרי דהאיסור בע״א יוחזק אפי׳ עד פסול. ויש לחלק בין איסור שהוחזק ע״י ע״א דקימ״ל ע״א נאמן באיסורין וכוחו כמו שני עדים לכן שייך להחזיק איסור על ידו,

אבל אב יש לו דין נאמנות והתורה האמינתו לומר קדשתי את בתי ולא האמינתו לעניין עונשין, לכן לא שייך לומר האיסור בע"א יוחזק דכאן יש רק נאמנות חלקית שהתורה נתנה לו לעניין קדושין. ובדין נער שאומר שהוא בן י"ג לצרפו למניין י"ל דלא נאמן רק אביו נאמן עליו אבל הוא עצמו לא נאמן אפי' מניח תפילין, דכמה נערים מקדימים להניח תפילין לפני הזמן. ועי' בספר יביע אומר ח"ד סי' י' דהאריך בזה וכתב לחלק בין תפילה דרבנן לחליצה דאורייתא, ע"ש.

סימן מא

עדי קדושין שלא יחדו אותם

א. **עמדו** לפנינו זוג חברי קיבוץ שזה למעלה מארבע שנים חיים בנפרד. האשה חיה עם גבר זר ונולדו לה ממנו שני ילדים. הבעל טוען שהילדים נולדו אחרי שנפרדו והאשה מאשרת זאת. היות ומדובר בדמעת העשוקים ואין להם מנחם ויש כאן שני ממזרים לכן חתרנו למצוא להם היתר ע"י שבקשנו את הכתובה ובכתובה נמצא אחד העדים חבר קיבוץ מחלל שבת בפרהסיא. פנינו לרב המסדר קדושין וטען שנוהג לקחת עד פסול וליחדו לעדות בקדושין של חברי קיבוץ כדי למנוע פסולי חיתון בעתיד.

אמנם עמד לנגדי ידידי וחביבי הרה"ג ר' ח. הרצברג שליט"א שהסתמך על דברי הח"ס בס' ק' דבאופן דהרב ייחד עדים ונמצא אחד פסול הרי דעת בעלים על הכשרים ולאו כל כמיניה דפסולין לבטל רצון בעלים, א"כ בנידון דידן שהיו עוד כשרים הרי לאו כל כמיניה דהרב להפסיד קידושי התחן. ולפ"ז אין מזור למסכנים שנולדו והעלה להחמיר. והיות שאין דעתי כן אמרתי לשנות פרק זה ולברר את הדין וההלכה. בגמרא מכות ה' ע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר, מה שנים אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה עדותן בטלה. אמר רבי יוסי בד"א בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר. רבי אומר אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות. ובגמ' היכי אמרינן לקרוב או פסול לבדקינהו. אמר רבא הכי אמרינן להו למחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו אי אמרי לאסהודי נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אי אמרי למחזי אתינא תתקיים העדות בשאר. אמר רב יהודה אמר רב שמואל הלכה כרבי יוסי ורב נחמן אמר הלכה כרבי וכן הלכתא.

וכתבו התו"ס בב"ב קי"ג, גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה דבראי' לבד לא נפסלו דבעינן תרתי ראיה והגדה בבי"ד. וכ"כ הרא"ש וטעמא דכתיב והוא עד או ראה וידע היינו בשעת הגדה. וראה כפשוטו אבל בראיה לבד לא נפסלים הכשרים. אמנם דעת הרמב"ם בפ"ה מהלכות עדות ה"ו דכל שנתכוונו להעיד בשעת הראיה אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלה העדות ולא בעי הגדה כלל. וכן פרשו רש"י רשב"ם והרי"ף בב"ב שם וכן פסק מר"ן בשו"ע. והרי"ף הוסיף דכשאומר שבא לראות לא נפסל דוקא כשלא העיד ביחד עם הפסול אבל כשהעיד עם הפסול עדותן בטלה. וכתבו הרא"ש ורבינו ירוחם והטור דכל שהתובע הזמין עדים כשרים ועמדו שם עדים פסולים או קרובים אפי' כיוונו להעיד והעידו לא נתבטלה עדות הכשרים, דהרי הוציא את האחרים מכלל עדות. וכתב ע"ז מרן הב"י בשם רבו מהר"י בי רב, שאפי' זימן עדים בערבוביא אמרינן שכיון רק לעדות הכשרים. ועפ"ז כתב הש"ך בס"ק ח' לתרץ מה שהקשו התו"ס והרא"ש דלא מצאנו ידינו ורגלינו בגיטין וקדושין, דכיון דאנו מזמינים עדים הרי אנו מוציאים כל האחרים מכלל עדות ולאו כל כמינייהו דקרובים ופסולים להיות עדים בע"כ.

ב. **וכ"כ** מה"ר פרץ בה"ג סמ"ק ס' קפ"ג וכן פרשו רבותינו ושכן נהגו העולם ע"ש. וסיים הש"ך דגם בזמן הש"ס נהגו כן או שהיו נוהגים שלא להיות קרוב או פסול בשעת גיטין וקדושין. וכ"כ הרמב"ן בחידושיו לפרק יש נוחלין קיג וז"ל, ומעשים בכל יום בקדושין וכתובות וכו' אלא שאינו מנהג אלא לזמן שם שנים כשרים להיות עדים ולא השאר ע"ש. וכ"כ בתשובות הרדב"ז ח"ב ס' תש"ז דכן ראוי לעשות כיון דאיכא קרובים ופסולים ואם נתכוונו להעיד בטלה כל העדות. וע"כ מזמינים ב' עדים כשרים ולא השאר ובודאי טוב ונכון לעשות כן בכל מקום ע"ש. וכ"כ בבית מאיר אהע"ז סימן מ"ב אות ד' באריכות דלא סגי להזמין עדים

אלא עדיף לייחד אותם שיכוונו להעיד על עיקר הקדושין ע״ש. וכ״כ בסדור דרך החיים בסדר קדושין אות א׳ שאחר שיברור העדים יאמר לחתן וכלה אלו השנים לבד עדי קדושין. וכ״כ בסדור בית יעקב ליעב״ץ בסדר קדושין ע״ש.

ובשו״ת מהר״י וויל ס׳ ז׳, כתב באופן דייחדו עדים פסולים והיו גם כשרים באותו מעמד דלא יכולים הכשרים להעיד דהרי גילה דעתו דרק אלה שייחד הם העדים ולא אחרים אע״ג דהקדושין נעשו בפני המון עם והיו שם הרבה עדים, הקדושין אינם קדושין ע״ש. ובשו״ת מהרש״ך ח״א ס׳ כ״ה דן בתחילה דכמו שאם ייחדו עדים כשרים והעידו פסולים לאו כל כמינהו לפסול עדות ה״ה איפכא דהזמין עדים פסולים והיו באותו מעמד כשרים דלא מקבלים עדותם. וסוף דבר הביא דברי הריב״ש בס׳ תע״ט דכתב ייחד עדים יכולים אחרים שראו להעיד. וכ״כ ב״י בשמו והביאו הרמ״א בס״ס ד׳ הרי אפי׳ עדים שלא הזמנו מעידים, ודחה דכיון דהזמנו הפסולים הרי צרוף הכשרים בטל מדין עדות שבטלה מקצתה. וכתב שמצא לתשו׳ מהר״י וויל הנ״ל דכתב כן ושמח שכיוון לדעתו, והניף ידו שנית בח״ב ס׳ קל״ד דכל שייחדו עדים פסולים, הכשרים לא יכולים להעיד ע״ש.

ולכאו׳ מהר״י וויל חולק על הריב״ש אמנם יש לחלק דדברי הריב״ש שרירין וקיימין דהיינו במקדש במעמד עדים כשרים ועמדו שם עדים כשרים יכולים הכשרים להעיד אע״פ שלא ייחדו אותם דהרי הם מגלים דהיה כאן מעשה קדושין. אבל באופן דהעדים שייחדו פסולים גם הריב״ש יודה. הרי דשני גדולי עולם ניבאו בסגנון אחד נגד סברת הח״ס סי׳ ק׳. ובשו״ת מהריב״ל ח״א ס׳ ק״א נסתפק אי פליג מהר״י וויל על הריב״ש מטעם שיש לחלק בין אם יש עדים פסולים לכל העדים כשרים. וכ״כ בפשטות בשו״ת משיב דבר ח״ד ס׳ ל״א והאריך להסביר דעת מהר״י וויל, ע״פ דעת הרי״ף ורש״י והריטב״א, לאפוקי דעת הקצות בס׳ ל״ו ע״ש. ויש לדקדק בטעמו של הח״ס ס׳ ק׳ דכתב לחלק בין מי שמתכוון לראות כדי להעיד לבין השומע והרואה לפי תומו. וכתב דהיום שמקדשין בחופה בפומבי לא מפסלי העומדים מכח צירוף קרובים או פסולים דכל עדות שהיא ע״י אנן סהדי אין צריכים דין עדות, ולא יופסל ע״י צרוף עדים פסולים וקרובים.

ועוד כתב טעם להכשיר דכתב הרמ״א אם קדש בפני שני עדים ואחד קרוב תתקיים העדות בשאר וכתב הב״ש כיון דלהרא״ש בעי ראי׳ והגדה ובעדי קדושין לא בעי הגדה דמיד הדבר נקבע והקדושין חלו, רק אם יש הכחשה צריכים לבא לבי״ד אז יש דין של עדות והגדה ולכן לא יופסל למפרע. ומינה דבקדושין הנעשים בפומבי יש עדים על מעשה הקדושין ושאר הקהל שבא לשמוע הברכות אינם עדים אלא מעידים שהיה מעמד של קדושין ובזה לא אמרינן עדות שבטלה ע״ש. והן אמת שדבר גדול דבר הנביא מ״מ עלינו לבדוק ברבותינו הפוסקי׳ אי ס״ל סברא זו.

וראשית עלינו לברר לפי דעת הראשונים דבראיה בעלמא מצטרפים כל שהתכוונו להעיד אע״פ שלא העידו והם רש״י הרי״ף והרמב״ם והרמ״ה ועוד. מה יהיה בהצטרפו לראות האם ראי׳ פוסלת אותם כיון שעומדים באותו מעמד או לא.

הנה מצאנו בשו״ת מהר״ם אלאשקר בס׳ ט״ז שכתב דההולכים לחופה דעתם להעיד ומזה דן שאם נמצאו פסולים בטלה עדות הכשרים כדעת רש״י. וכתב הרדב״ז בתשו׳ ח״ב ס׳ תש״ז דבעינן יחוד עדים. חדא, דיש פוסקי׳ דס״ל דכל שיש ספק אי לאסהודי אתו או לראות בטלה העדות וכמ״ש הרמב״ן והרא״ה ולכן בכל קדושין שנעשים ברוב עם בעי ייחוד. וכל שלא נתכוון להעיד אלא לראות לא בטלי דהראי׳ לא פוסלת וכו׳. הרי דהרדב״ז ס״ל דההולכים לחופה דעתם להעיד ולכן צריך ליחד שלא יפסלו וזה כנגד סברת הח״ס. וכ״כ מהר״ם אלאשקר בתשו׳ ס׳ ט״ו דכל ההולכים לחופה דעתם להעיד. ולכן העדות בטלה.

ועוד מצאנו שיטת הריטב״א בקדושין מג. דכל שנצטרפו בראיה כשרים ופסולים בטלה העדות וכי שיילינן ליהו לאסהודי אתיתו או לאחזויי היינו בדיני ממונות דאמרינן תתקיים העדות בשאר אבל בדיני נפשות אין העדות מתקיימת עד שיבוא לבי״ד.

ומאידך שיטת מהר״י וויל ס׳ ז׳ דאף להרא״ש דס״ל דאין העדות מתבטלת אלא בדאיכא תרתי כיונו להעיד והעידו בפועל בבי״ד היינו בסתם אבל היכא דהזמינו קרובים נתבטל עדות הכשרים. וכ״כ מהרש״ך בס׳ כ״ה דכל שנמצאו קרובים וכשרים אפ׳ קדש בפני רבים נתבטלו הקדושין וקילס את סברת מהר״י וויל הנ״ל.

והרב שביתת יו"ט ח"מ ס' א' דן בשאלה במי שנשא אשה בפני עשרה וחתמו בכתובה שני עדים ואחד מהם קרוב לחתן ודן באריכות בדברי הראשוני' אם בראי' נפסלים או בהגדה והביא דעת מהר"י ווייל הנ"ל ומהרש"ך ודעת הרב נאמן שמואל ס' ע"ט שכתב שדינו של מהר"י ווייל מוסכם מכל הפוסקי' ולאו דוקא כשהוזמנו הפסולים מפי חתן עצמו דאמרינן בטלה העדות הכשרים אלא אפי' הזמינם השמש והחזן נפסלה העדות דשליחותיה דחתן עבדי ושלוחו של אדם כמותו. ומשמע אם זומנו מעצמם לא בטלה העדות. וכן כתב כרם שלמה ולכן בנידון דידן יש להצריכה קדושין אחרים דהראשוני' לא חלו כדעת מהרש"ך ס' כ"ה ואין הבדל בין ייחדם הבעל להזמנו מעצמם. ובשו"ת גבעת עולם סי"א למהר"י קובו וצ"ל דן בנידון שהיו קדושין בפני עדים כשרים ופסולים וחתמו על הכתובה עד כשר ופסול וחזרו על הכתובה לא על הקדושין ותימה דרש"י והרי"ף ורמב"ם ס"ל דכל שהיו עדים בשעת ראי' העדות בטלה. ודעת מהר"י בי רב הביאו מהר"ם אלאשקר בס' ט"ז פליג על סברתו וס"ל דאורחי' הבאים לחופה כיון דייחדו עדים לא מעידים אלא לראות ולכן כל שהבעל ייחד עדים ונמצאו פסולים הרי שאר המוזמנים יכולים להעיד דלא נצטרפו בראיה לבד לדעת רש"י דבראי' לא נתכוונו להעיד וכ"ש לדעת הרא"ש ודעימיה. והוכיח מהש"ך ס' ל"ו דהאידנא דהמנהג לייחד עדים הרי שאר האורחי' כוונתם רק לראות ויכולים להעיד דלא נפסלו בראיה, ולא שייך לומר עדות שבטלה כיון דהבעל ייחד העדים ונמצאו פסולים השאר לא עדים ולא נתכוונו לראיתם לבוא להעיד כי לא צריכים אותם ודו"ק.

ומהר"א אלכסנדרי בס' י"ב תמה עליו מדברי רש"י ודעמיה דס"ל דאף בלא העידו בבי"ד העדות בטלה ולכן כל שהקרובים כוונו להעיד בטלי העדות אע"ג דהרחוקי לא כוונו להעיד והעלה דהקדושין לא חלו כלל. והנה לפי שיטת הריטב"א בשם רבותיו אין מזור לעריכת חו"ק אלא ביחוד דוקא, דאפי' באו לראות כל שבראי' יש כשרים ופסולים הכל בטל. וכתב הריטב"א בקדושין, דבערוה חמורה יש לחוש, וכ"כ הסמ"ק הובא בשו"ת מהר"ם אלאשקר ס' ט"ז וס' צ"ב להצריך יחוד עדים כדי לצאת מחשש ערוה חמורה וכ"כ בס' ישועות יעקב ס' מ"ב בפ' הקצר דתוס' ורא"ש פליגי אמנם כיון שהריטב"א בשם רבו כתב כן והדבר נוגע לכלל ערוה מהראוי שהרב המסדר ייחד עדים כשרים.

ג. **ובפת"ש** סימן מ"ב ס"ק י"א דן בעדים שלא כוונו להעיד ובאו להעיד אי מהני עדותן. והביא דברי הרב פנים מאירות ח"ג ס' כ"ה דהוכיח מסוגיא כריתות י"ב, דאם העדים אמרו לא כוונתי להעיד אין בעדותן ממש והח"ס כתב לחלק בין אם באו מיד דמקבלים עדותם לבאים אחר זמן שאין מקבלים עדותן וכתב ע"ז הבית מאיר שראוי להזמין עדים לכתחילה בקדושין כמו לגיטין, כיון שכל העומדים בשעת קדושין הם קרובים ויש לחוש לדעת הריטב"א בשם מורו בקדושין מ"ג מ"ו, וכ"כ הקצות החשן סימן ל"ו ס"ק א' דלפעמים המקדש והעדים פסולים משום קרבה והעולם עומדים מרחוק, במזמוטי חתן ולא רואים ולא שומעים שום קדושין והוי כמקדש בלא עדים.

והב"ש כתב לישב דברי הרמ"א ע"פ הרא"ש דעדי קדושין לא צריכים לבוא לבי"ד להעיד ואע"פ שהרא"ש ס"ל דעדות בעינן ראיה והגדה מ"מ בקדושין שאני שעצם עמידת העדים מהווה הקדושין.

וכ"כ הרב אבני מילואים סימן מ"ב והרב ישוע"י שם ס"ק ה' והגאו' רע"א בתשו' הביאו הרב פ"ת ס"ק ח' לחוש לדברי הרב ב"ש.

אמנם בתשו' מהרשד"ם אהע"ז ס' קע"ב דן במקדש בפני עשרה והיתה בחזקת מקודשת, ולאחר ימים נפלה קטטה בין הארוס והארוסה ויבוקש הדבר וימצא שמהעשרה שהיו בעת הקדושין נכחו אבות ובנים ושנים מהם היו פסולים דאורייתא האם האשה מותרת. ודן במחלוקת רש"י הרמב"ם נגד בעל התוס' והרא"ש. ודן שאם לא באו ביחד לבי"ד הוו קדושין, אבל אם באו לבי"ד להעיד בטלה עדות ומ"מ בעיא גט מדרבנן כיון דנפיק עליה קלא דמקודשת ע"ש. הרי דמדבריו מוכח דלא כדעת הב"ש די"ל דעדי קדושין צריכים לבוא לבי"ד להעיד כדי שיצטרף עדות עם הפסולים.

ובשו"ת חוו"י הביאו פ"ת בס"ק י"א כתב דכשהרב ייחד עד פסול והחופה נעשית ברוב עם יש להסתפק אי בטלה כל העדות ומצריך קדושין שנית לחומרא לחוש לדעת הרמב"ם ע"ש. ודבריו סותרים דברי מהר"י ווייל דכתב דגם להתו"ס והרא"ש כל שייחד עדים בטלי, ובפרט לדעת הרי"ף ורש"י ורמב"ם ורשב"ם והרמ"ה דס"ל בכוונו להעיד אע"פ שלא העידו בטלה עדות הכשרים. וכן פסק מרן בחו"מ ס' ל"ו וכתב הש"ך

דהכי נקטינן, וכאן שייחד עדים פסולים שמתכוונים להעיד גם הכשרים נפסלו ולא בעינן שיבואו ויעידו.

ד. והרב בית דוד בחו"מ ס' ז' דן באריכות בדברי מהר"י ווייל ותמה עליו מדברי הרא"ש והריב"ש ס' תע"ט ומהריב"ל שהביא הבאר היטב ס"ק י"ד, והעלה לישב דבריו דלדעת הרא"ש והריב"ש כל המוזמנים יכולים להעיד ועדותם היא שהיו קדושין וזה שכתב הריב"ש אם ייחד עדים אותם שלא ייחד יכולים להעיד.

אבל בעובדא דמהר"י ווייל, ייחד עדים פסולים ועי"ז עקר החלות מהשאר ע"י זימון שעשו באלו ועל ידם של אלו לא חלו קדושין כיון שהם פסולים ואע"פ שאותם שלא הוזמנו כשרים להעיד בבי"ד שקדשה לפי שלא פסלם מלהעיד, מ"מ אין תועלת בעדותם שכל עדותם היא להעיד שאמת היה שקדשה אבל כיון דלא חלו קדושין מעיקרא לא מועיל אמירתם ע"ש.

ועוד כתב לישב דברי מהר"י ווייל להרא"ש דלא פליגי דיש לחלק בין הזמין כשרים והצטרפו אליהם פסולים להזמין פסולים, דהרא"ש איירי בהזמין כשרים לכן לאו כל כמיניהו דפסולים לפסול עדותו ע"י צרופן ולכן אפי' כיוונו הפסולים להעיד לא מצטרפים, אבל באופן דהזמין פסולים ואין לו עדות כלל יכולים הכשרים להצטרף עם הפסולים על כרחו של המזמין דכאן לא שייך לומר לאו כל כמיניהו לפסול עדותו דפסולה ועומדת. ויש סברא הפוכה דלאו כל כמיניה דמזמין לעכב על ידם שלא יפסלו את עצמם דאדם שולט על עצמו להיות עד או שלא להיות זה הנ"ל בדעת הרב וברור ע"ש. הרי לדברי הרב בית דוד מהר"י ווייל לא פליג על הרא"ש דלא כדעת הח"ס דכתב ובנה יסודו ע"פ דברי הרא"ש.

ומשמע מדברי מהר"י ווייל דאיירי באופן שהבעל הזמינם. וכ"כ בכה"ג אהע"ז ס' מ"ב הגב"י ס' קס"ט ח"ל אשה שנתקדשה בפני עשרה והיו שם עדים פסולים שנתייחדו מעצמן להיות עדי קדושין אם לא באו עדים הפסולים והעידו בבי"ד היא מקודשת גמורה, ואם באו לבי"ד והעידו אפי' העידו תוך כדי דיבור אין לפטרה בלי גט וכן הסכים בני שמואל בבאורו לחו"מ ס' ל"ו וכתב שכן הסכים רב אחד וחילקו דכל שלא הזמינם התובע אלא שנתייחדו מעצמן אין העדות בטל וכ"כ מהר"א הלוי וכו'. אבל הרש"ך בס' כ"ה כתב דנתייחדו מעצמן הוי כהזמינום להעיד והעידו בבי"ד מקרי ולא צריכה גט ובס' מגן אברהם תמה על מהרש"ק שלא ראה תשו' הרשב"א ע"ש. ושוב הניף ידו הכנה"ג בחו"מ סי' ל"ו הגב"י אות י"ג וכ"כ בכרם שלמה (אמריליו) ס' כ"ה דאם הבעל הזמין עדים פסולים לא מועיל עדות האחרים להוזמנו מעצמם.

ובס' אור לי דף ע"ג כתב בשם הרב פנים מאירות ח"ב קי"ז דאפי' הזמינם סופר הקהל הוי כאילו הוזמנו מאליהן ואפי' דהסופר מזמין בפני החתן מ"מ לתקוני שדרתיך ולכן בטלה שליחותו. וכנגדם שיטת מהרש"ק שלא מחלק ודעת הרב שמחת יו"ט חו"מ א' לחלק דכשהרב והחזן מוליך הכתובה לחתימה הוי כיחוד והזמנת המקדש דשלוחו של אדם כמותו. והוי כמו שמקדש ייחד אותם ע"ש. ולכן בזמנינו דהרב מציג העדים בפני המקדש ואומר לו תגיד אתם עדי הרי נחשב כאילו הבעל ייחדם והזמינם.

נמצא לפ"ז דיש לפנינו דברי מהר"י ווייל ומהרש"ך בן דורו של מרן ב"י.

ונאמן שמואל לרבי שמואל יצחק מרבני סלוניקי שהרב החיד"א מכנהו אביר הרועים כתב שלא מצא שום פוסק שיחלוק על דברי גדול הדור מהר"י ווייל ותצא דינא זאת אליבא דכו"ע דכל שייחדו עדים, פסולים כל השאר ובטלה העדות. וראיתי בספר נאמן שמואל ס' עט. שהביא דברי הכנה"ג בחו"מ ס' ל"ו הגב"י ס' י"ד דמשמע שמהר"י ווייל התיר האשה בלי גט ותמה על הכנה"ג שלפי המהר"י ווייל לא התירה לשוק רק הצריכה קדושין אחרים אולם בגבעת עולם ס' י"א השיג על הנאמן שמואל וכתב דדברי מהר"י ווייל משמע דלא בעי גט בכלל וכ"כ בשו"ת מהר"א אלפנדרי בס' י"ב ובשו"ת מהר"ש אבולעפיא כתב נ"ל דלהלכה ולא למעשה לחוש ללעז. ובשו"ת סם חיי ס' ו' כתב דדברי מהר"י ווייל קשים להולמם דהוא בנה בניינו מדברי הרא"ש שכתב דהיכא דייחד את הכשרים תתקיים העדות אף שהיו פסולים באותו מעמד וכוונו להעיד ולמד מזה דה"ה דהיכא דייחד עדים פסולים והתכוונו הכשרים דבטל. אמנם הרא"ש בתשובה כלל ס' סי' ג' הביאו הטור בס' נ"א דס"ל דאפי' היכא דייחד עדים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול תתקיים העדות בשאר בעד כשר אפי' שלא הוזמן. ולכאו' מה ההבדל בין זימן כשרים והיו פסולים דס"ל להרא"ש דאפילו נתכוונו להעיד תתקיים העדות, להיכא דזימן פסולים דס"ל להרא"ש דהעדות קיימת

בכשרים והרי אם ייחד עדים כשרים אנו הולכים אחר העדים ולמה בייחד פסולים תתקיים ע"כ חילק דכאן רוצים בקיום הקדושין ולכן ס"ל להרא"ש והרשב"א וריב"ש דכל היכא דזימן עדים בין כשרים בין פסולים והיו באותו מעמד עדים אחרים שראו מעשה תתקיים העדות בשאר ודלא כמהר"י ווייל.

ה. **אמנם** בכרם שלמה ס' כ"א להר"ש אמאריליו ז"ל דחה דברי הסם חיי והעלה דאין לווז מדברי מהר"י ווייל, דכל שייחד עדים פסולים ולא ידע בשעת הייחוד הרי הם העדים דוקא ולא אחרים. והרב סם חיי בתחילת דבריו כתב איפכא דדוקא בידע שמייחד עדים פסולים דעתו של המייחד לבטל הדבר אבל היכא דלא הכיר גם מהר"י ווייל ס"ל תתקיים העדות בשאר. ובכרם שלמה כתב עוד לחלק דלא פליגי ריב"ש והר"י ווייל דריב"ש איירי דלא הזמינם אלא באו מעצמם לכן תתקיים העדות בשאר משא"כ באופן דייחדם ביטל עדות האחרים ולא יעידו כלל. וכ"כ בשו"ת מהרשד"ם ס' קע"ב אמנם בשו"ת מהרש"ק ס' כ"ה משמע דאין הבדל בין הוזמנו מעצמם או הזמינם בטלה העדות. והעלה דקם דינא דדברי מהר"י ווייל מוסכמים הם ודחה דברי בעל סם חיי דכתב דדברי מהר"י ווייל במחלוקת שנויים.

ויש לדון אם יש חילוק בין הבעל שייחד עדים לרב שייחדם. בס' שביתת יו"ט חו"מ א' כתב שכל שהחזן הזמין העדים ומוליך הכתובה לחתימה הוי כייחוד והזמנת המקדש דשלוחו של אדם כמותו, וכיון שנותן הכתובה לחתום אותה הוא מזמין אותם לעדים בשל ייחוד בעל דבר והבעל דבר קם לפניהם ליטול קנין ושבועה וכשבאים לקדשה נכנסים המוזמנים פנימה לראות שמקדש החתן לכלה ומראים להם הטבעת ואין לך ייחוד גדול מזה ובטלה העדות.

אמנם בפרח מטה אהרון ח"ב קי"ז כתב לחלק בנידון מהר"י ווייל דאם המקדש הזמין עדים פסולים ודאי דלא מהני דהרי גילה דעתו דאלה יהיו ולא אחרים משא"כ כשהמקדש לא הזמינם אם הסופר טעה והחתים אחרים מה בכך ע"ש. וכ"כ באר מים חיים מוצרי ח"ב ס' י"ט ואפשר לחלק בין סופר לרב דעורך הקדושין והוא מציג אותם לפני הבעל ואומר לו אלה הם עדיך מכל הקרובים תיחד אותם. בזה יש מקום לדברי השביתת יו"ט. וכ"כ שבו"ת מהרש"ם ח"ב ס' קי"א להוכיח שכל שייחד עדים פסולים בטלי העדות.

וכ"כ בר פלוגתיה ובן דורו של הרב נאמן שמואל הרב כרם שלמה (אמריליו) באהע"ז סימן כ"ה והעלה דדברי מהר"י ווייל שירירן וקיימין ע"ש וכן דעת מהרש"ם אהע"ז קע"ב דלא כדעת החתם סופר. והן אמת שהרב ח"ס כתב בס' ק' על רב שסידר קדושין והרב צירף אתו השמש לעד והיה שני בשני ונמצא עדות כולם בטלה. וכתב השואל שקשה להצריך לקדשה שנית משום זילותא דרבנים שהיו בשעת החופה. והוא ז"ל השיב מהיות טוב מההפסד וולזול יש אם בלט ובסתר יקדש שנית. ופלפל באריכות בדברי הר"ן בגיטין במחלוקת הראשוני' אם עדי מסירה או אף עדי מסירה שכתב הר"ן דלדעת הרי"ף והרמב"ם אף עדי מסירה וכל גט שיוצא מתחת יד האשה בעדי חתימה אמרינן ודאי בא מיד הבעל ליד האשה והרי מוכח דמתירין א"א ע"י אומדנא מבוררת. ודן בדברי הריב"ש ס' תע"ט באב שהכניס בתו קטנה לחופה וראו עדים נתינת הטבעת ולשון הקדושין ויש שערערו דלא הושיט האב יד הקטנה והעלה דהקדושין קדושין חדא דהאב הזמין בתו לקבל קדושין וגם עמד שם הו"ל כנתקדשה מדעתו ע"ש. הרי כל שיש אומדנא דמוכח בריצוי האב ע"י שהושיבה באפריון והזמין אנשים לחופה ויצאו מן החופה ע"ד שנתקדשה הו"ל ידיעת עדים ידיעה ברורה שנתרצה האב וכמו שכתב הר"ן בעדי חתימה לדעת הרי"ף ורמב"ם דעל אומדנא דמוכח מתירין א"א. ולכן בנידון דידן שהרב המקדש יחד עד פסול נמצא עדות כולם בטלה והשואל הביא דעת הרא"ש שהובא בב"ש ס' מ"ב ס"ק ח' לישב דברי הרמ"א דכתב אם קדש לפני שנים והאחד מהם קרוב הוי כמקדש לפני ע"א ותמהו הח"מ והב"ש הרי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואיך אפשר לומר דהוי כמקדש בפני ע"א.

ונחלקו הפוסקי' בדברי הרמ"א האם בא לחדש דבקדושין לא אמרינן נמצא מהם כדעת רבי יוסף דס"ל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר, או כפי שכתב הרב בית הלל דשניהם מודים שאני ודוקא בקרוב ולא בפסול אמרינן כן. וכתבו הח"מ והב"ש דאיירי באופן שלא נפסלו ע"י צרוף או שלא כיוונו או שלא ידעו אחד מהשני. ולדעת הרא"ש בעינן תרתי כדי שתבוטל עדותן, דהיינו כוונה להעיד, והעידו בבי"ד, והכא לא צריך לכל זה דדין עדות שבטלה היינו בהגדה בפני בי"ד ובקדושין לא בעי הגדה.

ו. **והסבר** הדברים כתב הח"ס דיש ב' מיני עדויות: אחד, עדות מקיימי דבר ובלי זה אין חלות

והם קדושין וגטין דהעושה מעשה קדושין או גירושין בפני עדים אפי׳ שניהם מודו לא חל. והטעם דילפינן מגזרת הכתוב ע״פ שניים עדים יקום דבר כדאיתא בקדושין סו: ובזה בעינן שהעדים יהיו כשרים, ולכן כל שיעמדו שנים כשרים בקדושין וגטין הדבר נגמר ונחתך. ויש עוד סוג עדות, בב׳ המעידים בפני בי״ד על דבר המסופק ולכן בעדי קדושין הדבר נחתך בראית העדים והבא על האשה חייב חנק ואין צורך עוד לעדותם כלל. ואם יוולד אח״כ ספק לבי״ד כגון שבא עליה אחד ואינו מאמין שהיא א״א או שקידשה אחר או שהיא מכחשת בזה צריכים עדים שיעידו על הקדושין ואין נ״מ אם יבואו אותם העדים עצמם או אחרים. ומשו״ה אפי׳ יעידו העדים עצמם בבי״ד הם מעידים על דבר אחר דעל מעשה הקדושין הם עדים על קיום הדבר וכשבאו לבי״ד הם עדים על עדות ראי׳ שאין נתקיים הדבר. ועי״ז כתב הרב בית הלל דכל שיש הכחשה והעדים מעידים בבי״ד הם מעידים על עצם הקיום ולא חשיב עדות אחרת. והב״ש תמה עליו דלא מהני הודאתם אלא מטעם דהוי שני עדויות וכל שלא בא לפני בי״ד הוי קדושין גמורים, ע״ש.

וע״פ דברי הרא״ש בנה החתם סופר את יסודו דהיות ובמעמד הקדושין היה העד פסול ועדים כשרים והיות ובעדי קדושין בראיתם נגמר הדבר ואין צורך בעדותם לפני בי״ד, רק אם יש הכחשות או ספק אז צריכים לבא לבי״ד. ולכן אע״פ דבאבני מילואים ס׳ מ״ב כתב דנכון לייחד עדים בגיטין וקדושין היינו כדי שלא יהיה ח״ו שום גמגום בקדושת ישראל אבל דין יחוד רק בדיני נפשות או ממונות. משא״כ היכא דבעי כוונה לעדים כגון גיטין וקדושין דהאיש והאשה בעי כוונה לעדים דהמקדש בלי עדים לא חלו הקדושין לא צריך יחוד דאמרינן דודאי דעתו על הכשרים ולאו כל כמינייהו דהפסולים לכוון לעדות ולבטל רצון בעלים ולהפסיד הקדושין, כפי שכתב הרא״ש במכות ו. ולכן הכא שהרב הזמין את השמש להיות עד לאו כל כמיניה להפסיד הקדושין דחתן וכלה מיאנו בהם. ולכן העלה דהקדושין קדושין ולא צריך לקדשה שנית, ע״ש. וכ״כ בשו״ת שרידי אש ח״ג ס׳ י״ט דאפי׳ לדעת מהר״י ווייל דאמרינן הפסולים מבטלים את הכשרים היינו אם הבעל ייחד את הפסולים אבל אם הרב המסדר הקדושין ייחד אותם בלא ידיעתם והבנתם של החתן והכלה לאו כל כמיניה. והנה בעיקר הדין אי אמרינן עדות שבטלה בענייני גיטין וקדושין יש מחלוקת גדולה בין הפוסקי׳ עי׳ נוב״י ס׳ ע״ו בד״ה ויותר מזה דמסתפק, ודעת הרב ישעי׳ מטרני בשו״ת בשמים ראש ס׳ ל״ז ס״ל דהאי דינא דעדות שבטלה לא נאמר בגיטין וקדושין רק בדיני ממונות וכו׳ אמנם בה״ג כסא דהרסנא ובשו״ת מהר״ם אלאשקר ומהר״ם פדוואה וכנה״ג חו״מ ס׳ ל״ו ס״ל דאמרינן עדות שבטלה בגיטין וקדושין. גם בשו״ת שו״מ תנינא ח״ב ס׳ ל״ז תמה על הרב שם יעקב ח״ב ס׳ כ״א דכתב דבקדושין לא אמרינן עדות שבטלה, ותמה עליו מגמ׳ מפורשת בגיטין ח״י ותו״ס ורא״ש שתמהו במכות איך מצאנו ידינו ורגלינו בקדושין וגיטין שיש קרובים. ע״ש.

ז. **ומצאנו** לריטב״א בקדושין מג. דס״ל איפכא מדעת הב״ש והח״ס הנ״ל דכתב הריטב״א בשם מורו, דבקדושין צריך לייחד עדי הקדושין בפירוש דאל״כ הו״ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול ואף דאמרינן במכות ו. דהיכא דלמחזי קאתי כשר ותתקיים העדות בשאר היינו בד״נ ודיני ממונות שאין העדות מתקיימת עד שיבאו לבי״ד ושעת ראי׳ לא חשיבא עדות, אבל הכא בקדושין אין העדות בא לאמת הדבר בלבד רק דאין לקדושין קיום בלי עדים. וכיון שכן שעת מעשה היא שעת עדותו וכל דנצטרף קרוב או פסול אף בלמחזי פסול כל העדות ע״ש. והנה דעת הרא״ש היא נגד דברי הפוסקי׳ ובראשם התו״ס והרא״ש במכות דלדעת הריטב״א בקדושין וגיטין בלמחזי נמי פוסלים. ולפי הרא״ש במכות כתב דלאו כל כמנייהו להפסיד לזה עדותו כל שלא נתכוונו להעיד ולא ייחד עדים כשרים. ועי׳ בשו״ת שואל ומשיב קמא ח״ב ס׳ כ״ז ובמהדורא ג׳ ח״ג ס׳ קכו דכתב לפלפל בדברי הרמ״א בס׳ מ״ב בקדש לפני שנים ונמצא אחד מהם קרוב והעלה שבקדושין לכו״ע נמצא קרוב או פסול בטל ולכן הקדושין בטלין ע״ש.

ובשו״ת בגדי כהונה סו״ס ט״ו דן בנוגע לקדושין דלא ייחדו עדים והיו שם קרובי׳ וכתב כיון דנהוג לייחד עדים הרי הקרובים העומדים לא כוונו להעיד שהם סבורים שייחדו עדים. ויש פוסקי׳ דס״ל דאם הפסולים והכשרים לא נתכוונו להעיד נפסלו כולם לעדות וכ״כ הריטב״א דבעדות קדושין אמרינן עדות שבטלה לכן צריך לקדשה שוב בפני עדים כשרים וזה בנגוד לדעת הח״ס. ובשו״ת בית דוד לגאון רב יוסף דוד בחו״מ ס׳ ז׳ דן בנידון דידן על מעשה שהזמינו שני עדים לחתום ונמצא אחד מהם קרוב לאחי החתן שהם נשואין שתי בנות אחים, ואחר שנעשו קדושין וקנו מהחתן והשביעוהו לו ולאחיו הנזכר נתנו לה כתובה ויש פוסלים הכתובה לפי שיטת מהר״י ווייל ס׳ ז׳ דבזימון פסולים נפסלו גם

הכשרים. ונשא ונתן באריכות בדברי הרא״ש במכות ובדברי הריב״ש בס׳ תע״ט דכתב כשהוזמנו שנים להעיד על קדושין יכולים להעיד אף אותם שלא הוזמנו והביאו מרן בב״י ס׳ מ״ב ובעל המפה בהג׳ סעיף ד׳ והסביר דהכא המטיל חלות יכול להתנות שלא יחולו קדושין רק ע״י אלה שייחד אבל לפוסלם לאחרים מלבוא לבי״ד להעיד מה שראו שהוא דבר שבא לאחר מעשה להא לא מכוון ולכן גם אותם שלא הוזמנו יכולים לבוא לבי״ד להעיד ולידע את האמת שהיו קדושין.

אבל בנידון מהר״י ווייל שעשו הזמנה לשניים ונמצאו פסולים הרי עקרו החלות של הקדושין לכן לא יכולים אחרים לבא ולהעיד דהרי העדים עדותם מועלת לידע את בי״ד שהיו קדושין ובנדון דידן דהזמין עדים פסולים הרי לא חלו ובסוף דן בדברי הרא״ש שע״י הזימון לא חשיבה כוונת האחרים היינו ביחד עדים כשרים דלא כל כמיניהו לפסולים דהמזמין נמצא מקולקל והעדים לא באים להפסידו מאומה שהרי נפסד ועומד כבר אותו עדות שהזמין ומה שפוסלים הם עצמם לזה אין בידו של מזמין להוציאם מכלל העדות שהרי את עצמם הם פוסלים והוא לא פוסל אותם ואדם יכול לפסול עצמו ולאו כל כמיניה דמזמין לעכב בידם שלא יפסלו את עצמם לכן בטלה העדות. ופלפל בדברי הרמב״ם פ״ה מעדות ונמצא לפי דברי הרב בית דוד דעת מהר״י ווייל שבקדושין בייחד אמרינן בטלה העדות. ועוד הרא״ש לא פליג על מהר״י ווייל דהרא״ש איירי בזמן עדים כשרים, אבל בזמן פסולים גם הרא״ש מודה, דעדות שבטלה מקצתה בטלה ואין כאן עדות.

ח. **והן** אמת שהרב ח״ס בס׳ ק׳ נקט תרי טעמי שלא להצריך קדושין אחרים בנידון דידיה, חדא כיון דהרב המסדר הזמין קרוב לאו כל כמיניה דפסולין לבטל הקדושין. ובזה אפשר לומר דגם מהר״י ווייל ודעמיה ס״ל כן דאינהו ס״ל באופן דהמקדש הזמין עדים. ובזה אפשר שגם הח״ס ס״ל דאם הבעל הזמין עדים דבטלה העדות וכ״כ שרידי אש ח״ג ס׳ י״ט. אמנם על הטעם השני דקדושין לא בטלי משום דכל עדות שהיא ע״י אנן סהדי אין צריך דין עדות הנה דינו זה רק לדעת הב״ש בדברי הרא״ש אבל רוב הפוסקים חולקים עליו דרש״י ורשב״ם והרי״ף ורמב״ם והרמ״ה כפי שהזכרנו דס״ל דהעדות בטלה ולא סומכין על אנן סהדי. ויש לצרף סברת הרב בית דוד דמהר״י ווייל והרא״ש לא פליגי דיש הבדל בין אם הזמין כשרים דהפסולים לא מבטלי ושפיר הכשרים שנכחו יכולים להעיד, לא כן בהזמין פסולים, לא מהני עדות האחרים שלא הוזמנו כפי שכתבנו. וכן ראיתי בשו״ת עין יצחק ח״ב אהע״ז ס׳ ס״ד אות ה׳ דכתב החילוק של הרב בית דוד מסברא דנפשיה. ולא הזכיר דברי מהר״י ווייל ע״ש.

ובפרט שיש לצרף דעת רבותיו של הריטב״א דפליגי על הרא״ש שהביא הב״ש ס״ק ח׳ והח״ס ס׳ ק׳ דהסבירו את הרא״ש דכיון דבקדושין מעשה הקדושין אוסר האשה א״כ לא צריך הגדה בבי״ד ולכן כל שראו יכולים להעיד אפי׳ אותם שלא הוזמנו. כן נמי נאמר לדעת רבותיו של הריטב״א דלעולם בראי׳ בעלמא מצטרפים ונפסלים כל שכוונו להעיד ורק במקום דבעי הגדה נפסלו בראי׳ אבל במקום דלא בעי הגדה מעשה העמידה בקדושין זה פוסל דגם הרואה פועל על חלות הקדושין.

ובשו״ת מהרש״ם ח״ב ס׳ קי״א כתב בקדושין רב רפורמי מקולקל וגם עדים שלו מגולחים ולאחר שנולדו לה ארבעה ילדים יצא הבעל לתרבות רעה ונעשה גוי ונתפס בקלקלתו ונגזר עליו לשלחו לסיביר והוא מתנה שאשתו תסע עמו רק אם תמיר דתה כמותו היא וילדיה. וכעת נפשה בכפה שאם תשב עגונא זה כרוך בפקו״נ. והשואל דן מכח אומדנא וקידושי מומר וע״ז כתב לו הרב ובד״ה והעיקר וז״ל ודעת הריטב״א קדושין מ״ג בשם מורו דבקדושין דכל קיום המעשה תלוי בעדים פסולים משעת ראיה וכן מצאתי בתשו׳ ר״י בן הרא״ש ס׳ פ״א (הביאו מרן בב״י סו״ס מ״ב) שהסכים לבטל הקדושין ע״י שנמצא קרוב או פסול ושגם לסוברים דבהגדה בבי״ד תליא מילתא אפשר שיודו בקדושין דשעת ראיה הוי כשעת עדות בבי״ד ע״ש. וזה דלא כדעת הב״ש ס׳ מ״ב ס״ק ח׳ ודלא כשו״ת בשמים ראש ס׳ ל״ז בשם ר״י מטראני ע״ש.

ויש לצרף שיטת הש״ך בחו״מ סי׳ ל״ו ס״ק ג׳ דדייק בדברי הרמב״ם פ״ה מעדות מדאמרינן היכי אמרינן להו לשון רבים משמע דאכולן קאי ולא אקרוב או פסול לבדו וכן מדקאמר בתר הכי אי אמרי לאסהודי אתי נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה ואי דשיילינן לקרוב ולפסול לבדו הכי הו״ל למימר ואי אמר לאסהודי אתי עדותן בטלה אלא ודאי דאין שואלין לקרוב או לפסול לבד דאף אם יאמר למחזי אתי דלמא גם הכשרים יאמרו למיחזי אתו ולא יועיל עדותן ע״ש.והוכיח כן

בראיות. ולפ״ז באופן דהרב ייחד העד אתו הרי כל הנוכחים לא מתכוונים להעיד אלא דלהרמב״ם אין כאן עדות קדושין בכלל.

והן אמת שהרב משכנות יעקב סי׳ י״ד האריך לסתור דברי הש״ך הביאו הרב פ״ת חו״מ ס׳ ל״ו ס״ק ו׳, ע״ש מ״מ. יש עוד לצרף דמ״ש דלאו כל כמיניהו לפסול העד הפסול את העדות של הבעל היינו בשנים כתיקונם שהבעל רוצה בקדושין אבל בנידון דידן דכל הנישואין הם כדי להרשם יחד לקבל זכויות ומרגישים כאילו כפו עליהם חו״ק מה איכפת לו לבעל. ועוד הוכיח סופו על תחילתו, שיש לומר שהרב המסדר כדי להציל הבנים מפיסול צרף עמו עד פסול בכוונה כדי להציל הבנים מפסול, ולא שייך לומר הסברא שאין בכוחו להזיק ולפסול הקדושין כפי שכתב הח״ס דבנידון דידן יש מקום לומר שגם הח״ס יודה, וכדבר האמור.

ויש עוד לצרף, דכיון דהקדושין נעשו בקיבוץ ושם כל הזמטוטי חתן וכלה אינם כשרים לעדי קדושין א״כ לא שייך טעם הח״ס שיש עדות אנן סהדי ויכולים להעיד כיון שאין עליהן שם עדות ולכן אפי׳ לדעת הח״ס אין כאן קדושין כלל.

ט. **יוצא** לפ״ז בקדש בפני שנים ואחד פסול דהרמ״א הכשיר היינו למ״ד דס״ל דמקדש בע״א חוששין ואנן לא קימ״ל הכי ואפי׳ לדעת הרמ״א כתב מהר״ם פדואה לחלק דדוקא בקרוב אבל לא בפסול ודעת הב״ש איירי שלא ידעו זה מזה. ולפי הרבה פוסקי׳ הרמ״א איירי לרבי יוסי דס״ל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר ואנן סהדי כדעת רב נחמן כפי שכתב הרי״ף ורמב״ם והרא״ש ועוד.

ולכן בנידון דידן דהרב צירף עד שהוא פסול לכו״ע בטל.

וכ״ת סו״ס יש עוד עדים שם ולאו כל כמיניה לפסול ולהפסיד לחתן. הרי דעת מהר״י ווייל בס׳ ז׳ ודעת גדולי סלוניקי דתקעו יסודות לקיים דבריו והם מהרש״ק ח״א ס׳ כ״ה והרב כרם שלמה ס׳ כ״א לרבי שלמה אמאריליו והרב בית דוד בחו״מ ס׳ ז׳. והגם דהרב סם חיי לרבי חיים עשהאל דחה דברי מהר״י ווייל מתשו׳ הרשב״א הרי הרב בית דוד קיים את דברי מהר״י ווייל. וכ״כ בערך השולחן, חו״מ ס׳ ל״ו אות י״א וז״ל כתב בתשו׳ חכמים בשו״ת מהר״י הרא״ש וז״ל וב״ש כשהזמין הפסולים לעדות ולא לכשרים דהוי כאילו לא קבל עליו לעדים אלא אלו וכו׳ אבל כשחייב גילה בעצמו שלאלו דוקא קבל לעדים ולא לאחרים וכו׳, ע״כ. ומר״ן אהע״ז בסו״ס מ״ב רמז על תשו׳ מהר״י בן הרא״ש וז״ל אבי הנערה הטעה אתכם שלא הגיד לכם שבקדושין שניים נמצא עדים כשרים עם הקרובים ואם הייתם שולחין בעד המקדש כשקבלתם העדויות והייתם שואלים אותו אם היה לו שום זכות לטעון בעדו היה אומר לכם שהיו שם עדים כשרים גם כן ואם הייתם מסכימים להתירה הייתם כותבים הטעם במעשה בי״ד וכו׳ ואם היה חולק בדבר הייתם סותרים דבריו ע״ש. הרי דאם יש עדים פסולים וכשרים אין כאן עדות כלל, ע״ש.

לפ״ז יש מקום לומר בנידון דידן דייחד עד פסול אפי׳ שיש כשרים לדעת הרי״ף בראי׳ אמרינן עדות שבטלה. וכשייחד לפי דעת מהר״י ווייל אמרינן עדות שבטלה ולדעת הבית דוד גם הרא״ש ס״ל כדעת מהר״י ווייל. נשאר לפנינו סברת הח״ס, מ״מ יש לחלק דדוקא בעובדא דח״ס דלאו כל כמיניה דהרב המסדר להפסיד את הבעל אבל בנידון דידן דמדובר בחברי קיבוץ שהוכיח סופם על תחילתם ואדרבא ניחא ליה דתידון כפנוי׳ ולא כא״א, לכן העדות בטלה. וכעין זה דן בשו״ת מהרש״ם ח״ב סי׳ ק״י וקי״א והאריך בזה בשו״ת מנחת יצחק ח״ב ס׳ ס״ו. לכן יש לומר דגם לדעת הח״ס דס״ל דהכשרים יכולים להעיד ולא אמרינן עדות שבטלה נגד להקת הפוסקי׳ שהזכרנו מ״מ הוא עצמו חלק בין אם הבעל זמן לבין הרב דכתב לאו כל כמיניה להפסיד לחתן. וכעין מה שחלק בכרם שלמה ס׳ כ״א ופרח מטה אהרון ח״ב קי״ז ושרידי אש ח״ג י״ט, ולכן יש לומר דבנידון דידן דהרב מזמין עדים ומייחדם ואומר לבעל הרי הם עדיך ומסכים על כך הוי כמו שהבעל זמנם כמו שכתב בעל שביתת יו״ט ס׳ א׳. ומ״מ ראיתי תשו׳ בשמש ומגן ח״ב ס׳ י׳ דכתב דלשון הח״ס לאו כל כמיניה לא קאי על הרב אלא על העד ולפ״ז אין הבדל בין אם הרב ייחד או הבעל וע״כ מטעם שאמרנו. ולכן בנידון דידן יש ס״ס חדא דכיון דע״א פסול הוי מקדש בע״א דלא מהני. ועוד בייחד אמרינן עדות שבטלה מקצתה. ובפרט לפוסקי׳ דס״ל דמייחדים עדים ובראשם הריטב״א ומרן ב״י והרדב״ז הרי ע״כ מטעם דס״ל עדות שבטלה. וגם הח״ס היה מייחד עדים כמו שהעיד תלמידו מהר״ם שיק ס׳ נ״ז הנה הח״ס ונמצא שבאנו לידי ספק קדושין ועי״ז יצאנו מודאי ממזר אלא ספק ממזר.

י. **ולכן** נראה לענ"ד שיש מקום להתיר האומללים הללו לבא בקהל חדא דיש כאן דעת רש"י ריי"ף ורמב"ם והרא"ה דס"ל בקדושין עדות שבטלה מקצתה וכל שייחד עדים פסולים בטלי העדות דלא כח"ס. ואפי' לדעת הח"ס בטעם השני כדעת הרא"ש יש מקום לומר כדעת הבית דוד לחלק בין ייחד כשרים לייחד פסולים, וכמו שכתב הרב עין יצחק מסברא דנפשיה לפ"ז אפי' נאמר שיש כאן ספק שקול מ"מ הילדים יצאו מספק ממזר דאורייתא. ובהצטרף דעת רבו של הריטב"א דבעדי קדושין בראי' מצטרפין ואם נמצא פסול הכל בטל אין מקום לדברי הח"ס ועוד לדעת הש"ך בדברי הרמב"ם שכל שלא נתכונו להעיד אלא לראות הפסולים והכשרים בטלה העדות ולכן אפי' נימא שיש כאן עדים אחרים בקדושין שנעשו ברוב עם מ"מ כיון שמייחדים, השאר שלא ייחדם הם רק לראות נמצאים הפסולים והכשרים עדים ואמרינן עדות שבטלה.

ועוד יש לצרף שהיות והזוג לא חיים בקדושה והם חברי קיבוץ ניחא לקדשם ע"י פסולים שלא יתערב ממזרות כפי שיש לפנינו. ועוד יש לצרף דהיות והקדושין נעשו בקיבוץ הרי כל האורחים אין בהם קרוב ופסול. ונכון שלגבי גט יש לחוש, מ"מ לגבי הבנים יש להתיר אותם לבוא בקהל וזה אם יסכימו עוד רבנן להיתר זה. אמנם יש להסתפק כיון דהעד לא גבו עליו עדות לפסול א"כ לא נפסל אמנם כתב כנה"ג באהע"ז ס' מ"ב הגב"י ס' קע"ט וז"ל אם היה מוחזק לרשע ומפורסם אין צורך לקבל עדות שמפני חזקתו פוסלין אותו הרב מר"ם אלבילי וכ"כ הר"מ איסרלאן ז"ל בס' י"ב.

לפי"ז יש להתיר הילדים לבוא בקהל אם יצטרפו חברי לדבר.

סימן מב

עדים בממון וקדושין וגיטין

א. **גמ'** האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה והיא מותרת בקרוביו וכו' המקדש בע"א אין חוששין לקידושין ואפי' שניהם מודים. וכו' מאי הוי עלה רב כהנא אמר אין חוששין לקידושין רב פפא אמר חוששין א"ל רב אסי לרב כהנא מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון. אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי א"ל התם לא קא מחייב לאחריני הכא קא מחייב לאחריני פי' רש"י בממון מהני דאין נפסד אלא הוא הכא קידושין חב לאחריני נאסר בקרובותיה וכו'. מר זוטרא ורב אדא סבא בני דרב מרי בר איסור פליג ניכסייהו בהדי הדדי אתו לקמיה דרב אשי א"ל ע"פ שנים עדים אמר רחמנא דאי בעי למהדר לא מצי הדרי ואנן לא הדרי או דילמא לא מקיימא מילתא אלא בסהדי א"ל לא איברו סהדי אלא לשקרי וכו'.

והנה בממון קימ"ל דאם שניהם מודים לא בעי עדים והטעם כיון דלא איברו סהדי אלא לשקרי. וכן פסק הרמב"ם בפ"ה ממכירה הל' ט' ושו"ע חו"מ ס' רמ"א סעיף א'. וקשה למה בקידושין לא נימא כן דאם שניהם מודים יהנה כיון דעיקר עדות בממון כתיבה וילפינן מינה וכן הקשה הרשב"א ותירץ דהא דילפינן דבר דבר מממון היינו לומדים קדושין וגיטין מממון שיש בו הכחשה דצריך עדים. ולכן בגיטין וקדושין בעינן עדים אפי' שניהם מודים. וכ"כ בשיטה המקובצת פ' איזהו נשך דילפינן קדושין וגיטין מדבר שבממון דאית ביה הכחשה ע"כ.

והקשה הפני יהושע על הסוגי' נהי דילפינן דבר דבר ממון ובקדושין לא נאמנים בשניהם מודו כיון דחב לאחריני מ"מ הפסוק כי מצא בה ערות דבר לא נאמר בקדושין אלא בגירושין דאם יש עדות שונתה וצריך להוציאה בעי תרי ולא סגי באחד. וע"כ שם או שותקת או מכחישה אבל בשניהם מודים חייב לגרשה וכן באחד מהן מודה שואח"ד א"נ אי אפשר ללמוד שבשניהם מודים לא חלו קדושין כיון דהפסוק לא מדבר באופן זה. ולפ"ז מנין לנו ללמוד שבשניהם מודים לא מועיל בקדושין. וע"כ כתב הפנ"י שהגורה שוה דא"ל דכאן לא מהני הודאת בע"ד כיון דחב לאחריני לא לענין ג"ש איירי אלא לענין חלות הקדושין דבשביל להחזיק אותה מקודשת צריך לקרש בפני עדים ולא מהני הודאתם לחייב הבא עליה דכיון דחב לאחריני לא מהני הודאתם דבעינן עדים להחזיקה דהיא בחזקת פנוי' לכן בעינן עדים ודו"ק.

והקצות הקשה על הרשב"א אפי' שילפינן דבר דבר ממון מ"מ נילף קדושין ממון שבהכחשה

אבל מנין לנו ללמוד דעדים בקדושין הם הקובעים את המעשה ועוד כשהגמ׳ אמרה המקדש בע״א לא חוששין לקידושיו אפי׳ שניהם מודים וא״ל רב אשי לרב כהנא מה דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בע״ד אף כאן הודאת בע״ד א״ל התם לא חייבא לאחריני הכא חייבא לאחריני. ולמה לא תרץ לו דלא מועיל הודאה כאן דיליף דבר דבר מממון שיש בו הכחשה.

ב. **ועל** זה חידש הקצות החושן בס׳ רמ״א דמה שהתורה האמינה כל אדם על עצמו מדין הודאת בעל דין לא משום מתנה דע״י הודאתו הוא נותן מתנה כיון שעל כל פנים עדים מכחישים אותו. ויש לו נאמנות דאע״פ שעדים אומרים שהוא לא חייב הוא נאמן דהוי כנותן מתנה עכשו. וכ״כ מהר״י בן לב אלא אומר הקצות שהודאת בע״ד מדין נאמנות שהאמינה תורה כל אחד אפי׳ נגד עדים וכן באיסורים כשאדם אומר פ״פ הוא נאמן מדין שוא״ח דאיסורא ולא משום נדר כמו שכתב מהרי״ט. ולומדים מפסוק כי הוא זה. כמו שכתב רש״י הודאת בע״ד כק׳ עדים דילפינן מכי הוא זה וזה החיוב של מודה במקצת. דאי משום מתנה לא שייך שבועה כיון שכופר בכל פטור והוא מתחייב בתור מתנה חמשים לא שייך שבועה אלא ע״כ מדין נאמנות.

ולכן כשהתורה אמרה ע״פ שנים עדים יקום דבר היינו בלי עדים לא מתקיים שום דבר. ורק התורה חידשה בממון הודאת בע״ד כק׳ עדים וזה רק בממון שחידשה אבל בקדושין וגיטין, העדים הם שקובעים את המעשה והמקדש בלי עדים אין קידושיו קדושין. דעדים בעינן כדי שיודע לעלמא, כמו שכתב הר״ן לר״א דס״ל עדי מסירה כרתי כתבו הרמב״ם ורי״ף שעדי חתימה לבד מהני. וע״כ כתב הר״ן ומעתה מה שמודה ר״א דגט החתום בעדים כורת. אע״פ שלא נתן בעדי מסירה לא משום בעדי חתימה כרתי אלא רק עדי מסירה וכיון שהגט יוצא מתחת יד האשה הרי אנן סהדי שהגט נמסר לה ועדי חתימה מעידין שהגט נמסר לה כדין. ע״כ הרי מדברי הר״ן כל שידוע הוי עדים ממש. ולכן בממון שיש הלכה מחודשת שהודאת בע״ד כמאה עדים לכן לא איברו סהדי אלא לשקרי אבל בקדושין וגיטין הרי מקיימי דבר בלי עדים לא חלו קדושין. ובקדושין בידיעה בלי ראי׳ כתב הב״ש באהע״ז ס׳ מ״ב ס״ק י״ב דמהני , הוכיחו דכמו שבדיני ממונות מהני ידיעה בלי ראי׳ כמו שנחבל הו״ה בקדושין אם ראו הטבעת ביד הבעל ואמר הרי את מקודשת לי בטבעת זו ולא ראו עדים נתינה רק כמעט רגע הטבעת בידה למ״ד דעדי קדושין לא בעי דרישה וחקירה הכא נמי מהני. ומקודשת ותמה עליו בתומים דבדיני ממונות דקימ״ל לא איברו סהדי אלא לשקרי א״כ פשיטא בידיעה כזו, אנן סהדי דהיא אמת משא״כ בקדושין גזרת המלך המקדש בלי עדים אינה מקודשת. שאין קדושין חלין כלל. וא״כ מה בכך דהוה ידיעה, בזמן שהתורה הצריכה עדים על מעשה הקדושין, וליתא. לכן לא מקודשת ע״כ. והקצות הוכיח מהר״ן בפ׳ המגרש דבגיטין מהני ידיעה בלי ראיה דכתב דלר״א דעדי מסירה כרתי וגם עדי חתימה, הכוונה לא עדי חתימה אלא כל שהגט יוצא מתחת ידה אמרינן ודאי נמסר כראוי. ותמה על הב״ש מטעם אחר כיון דהמקדש והמתקדשת לא ראו העדים הו״ל כמקדש ועדים מאחורי הגדר שאינה מקודשת ודו״ק.

ג. **ועל** דברי הקצות יש לתמוה נהי דבממון מהני הודאת בע״ד ולכן שייך הדין של לא איברו סהדי אלא לשקרי. תינח בממון שהוא לחובתו אבל אם רוצה לזכות במתנה או מציאה איך מהני בלי עדים דכאן לזכותו ולא שייך הדין שלך הודאת בע״ד. וכן הרשב״א בפ׳ החובל דף צ׳ כתב שדיין מומחה לא מוציא ממון ע״פ ראייתו דע״פ שניים עדים יקום דבר, ודין מומחה דן ע״פ שנים להוציא ממון והובא בשמ״ק. ולכאו׳ כיון דיחיד מומחה דן ע״פ שנים למה לא ידון ע״פ ראייתו דלא תהא שמיעה גדולה מראיה. והקצות בס׳ ז׳ כתב לישב דברי הרשב״א כיון דלא יכול להיות נאמן לעדות יותר מהדיוט ויכול הבע״ד להכחישו. ולכן לא יכול לדון ע״פ ראייתו.

וע״ז חידש בשערי יושר בדברי הרשב״א שכשהתורה אמרה לנו ע״פ שנים עדים יקום דבר, אין הכוונה שהעדים יברורו האמת לפני בי״ד אלא שהעדים פועלים לחדש אצל בי״ד כח חדש לחתוך הדין ולכוף לקיימו כשורת הדין. וביחיד מומחה שיכול לדון יחידי ע״פ שמיעת עדים לא מהני לדון אם ראה יחידי ביום. אף ע״פ שיש ק״ו שלא תהא שמיעה גדולה מראיה מ״מ כח בי״ד לחתוך הדין ולכוף את הנתבע לקיים הדין לא מתבצע אלא ע״פ עדים. משום שאמרה התורה ע״פ שנים עדים יקום דבר שלא יתחדש אצל בי״ד כחם רק ע״פ עדים. ואם בי״ד של שלשה ראו ביום הם דיינים ועדים.

ואחר שהתורה גלתה ע״פ שנים עדים יקום דבר שהעדים מחדשים ופועלים ענין מחודש, היה ראוי לומר שכל דבר מחודש בממון ובדבר שבערוה לא

יחול בלי עדים. ואם יעשה אדם בינו לבין עצמו לא יועיל. ובממון יש פסוק כי הוא זה שלומדים ממנו שגם ע״י בעל דבר עצמו מתחדש כח אצל בי״ד. דלו יהא דנתברר אצל בי״ד בירור האמת ע״י הודאת בע״ד שהוא כמאה עדים. אבל הלא נחסר בזה עדים לקיום הדבר דהרי לא עדיף הודאת בע״ד מראי׳ ממש שרואה יחיד מומחה, מזה למדו חז״ל כלל חדש והוא מה שאמרה תורה להצריך עדים לקיום הדבר רק אם קיום הדבר נוגע לאחרים. חרץ מעושה הדבר אבל אם אינו נוגע רק לעושי הדבר אז לא הצריכה התורה עדים לקיים הדבר. ולכן כשבע״ד מודה לפני בי״ד והודאתו נוגעת רק לו. ולא לאחרים. מהני הודאתו לבירור, וכן לקיים הדבר ולתת כח לבי״ד לבצע את הודאתו. ולכן לא איברו סהדי אלא לשקרי. כשאדם נותן או מוכר דבר שלו ואינו פוגע בשל אחרים כלום. וכן כשזוכה מן ההפקר הוא עושה ענין לעצמו לזכות.

ואף שלענין מגביה מציאה אמרינן חב לאחרים. הוא רק לענין זה לבד, ובהגבהת המציאה חל הדבר בלי עדים, ורק במקום שאדם מחדש ענין הנוגע גם לאחרים אמרה תורה ע״פ שנים עדים יקום דבר שהעדים מחדשים ענין חדש אצל הבי״ד לחוב לנתבע. ולכן למדו חז״ל שחלות הקדושין לא תועיל בלי עדים ולא דמי קדושין לשאר קניינים שעיקרו לאסור האשה על כל העולם וכיון דילפינן דבר דבר מממון שדין עריות יהיה שוה לממון, ממילא גם עשית הקדושין לא יועיל בלי עדים, וכתב עוד דיסוד זה מונח ברשב״א בקדושין ס״ה דהקשה הרשב״א למה הודאת בע״ד לא תועיל בקדושין אם האיש והאשה מודו הרי אין אשה מתקדשת אלא לרצונה. ומה שייך חב לאחריני.

וע״ז כתב דלגבי ממון דהתורה חדשה אשר יאמרו כי הוא זה שלומדים ממנו הודאת בע״ד כמאה עדים. אבל בלי זה היינו קובעים ששום דבר לא יכול להיות החלטי בלי עדים. וכמו שהסתפק מר זוטרא ורב אחא, וע״ז באה התורה וחדשה ע״פ שנים עדים יקום דבר במקום דאיכא חובה לאחריני כתיב והילכך עריות דכתיב בהו דבר אנו לומדים מדבר שבממון דאית ביה חובה, ולומדים דלא מתקיימים הדברים אלא במקיימי דבר, כיון דאית בהו חב לאחריני, ולא שתהא חובתו של זה כזה, דזה חב ממש וזה אינו חב ממש, ותדע לך בחב ממש אם אמר עשיתי פעולה זו בפני עדים והלכו למה״י לא נאמן. ואילו באשה שאמרה התקדשתי בפני עדים והלכו למה״י חוששין לדבריה.

ע״פ זה ישב הטעם דבשו״ע נפסק שעד פסול אסור לו להעיד אפי׳ שזה אמת, וכן מי שיודע שחבירו פסול, אסור להצטרף אתו כיון דאצל בי״ד לא ידיעת האמת קובעת אלא הכח ששואב בי״ד מכח אמירת העדים וכח זה ניתן רק לעד כשר. ולא לפסול, ולכן עד פסול שבא להעיד אפי׳ על אמת ה״ז מכשיל את הבי״ד להוציא ממון שלא חייבה התורה. וזה הטעם למה קרובים פסולים. ובזה הסביר הסוגי׳ של המקדש בע״א אי חושיין לקידושיו, או לא והגמ׳ אמרה רב כהנא אמר אין חוששין, רב פפא אמר חוששין. א״ל רב אשי מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בע״ד הכא נמי הודאת בע״ד.

א״ל התם לא חב לאחריני הכא חב לאחריני. וכתב דלשון חוששין משמע חשש דרבנן. וממה שהקשה רב אשי משמע דהוא דאורייתא. וכן משמע מדברי רש״י דאי ליכא עדים אינה מקודשת דאפי׳ האומר בע״א חושיין כיון דלענין ממון ע״א מחייב שבועה אבל בלי עדים לכו״ע עלמא לא חלו קדושין עכת״ד. ולכאו׳ מה דמיון רש״י ע״א בקדושין לגבי ממון. ולפי הנ״ל ישב השערי יושר, כיון דבממון ע״פ שנים עדים יקום דבר כל אחד מוציא חצי, כמו שאמרה הגמ׳ לעיל בכתובות דף כא. ופי׳ רש״י דגזה״כ של עדות עד מוציאים חצי, ולכן כשמת העד ומוציאם שלשת רבעי ממון לא מהני ע״ש.

ולכן כיון דילפינן דבר דבר מממון כל עד מעיד על חצי הכא נמי מקדש בפני ע״א מהני לתת חלות על חצי קדושין. ובהצטרפות השני מקודשת. וזה מה שאמר רב אשי לרב פפא מה דעתך דילפת דבר דבר מממון. וע״ז פרש דיש ב׳ אופנים איך ללמוד: א׳, ילפינן דבר דבר ממון דכל מה דלא מהני בממון לא מהני בערוה או דילפינן כיון דכתיב כי מצא בה ערות דבר הרי כאילו כתיב ע״פ שנים עדים יקום דבר. דהיינו כל עד מוציא פלגא, דאם כפי׳ ראשון בע״א לא מועיל. ואם לומדים כפי׳ ב׳, בע״א מהני. וע״ז א״ל רב אשי לרב פפא מה דעתך דילפת דבר דבר מממון שגזרה שוה ניתנה להשוות שני דינים אלה א״כ צריך להיות גם לגבי הודאת בע״ד יהיו שווין. וכיון דבקדושין לא מהני הודאת בע״ד, משמע דלא לומדים גזרה שוה, להשוות זה לזה אלא לגלות דבעינן עדים וכל אחד כדינו. ובקדושין יועיל בע״א לאסור. ע״ז א״ל רב אשי בממון יש דין הודאת בע״ד ומהני כשהדבר נוגע לעצמו משא״כ בקדושין דאוסרה לכו״ע. יש להשוות לממון היכא דחב לאחריני דלא מהני

ודו״ק. וכן פסקו הרי״ף והרמב״ם ושו״ע ס׳ מ״ב המקדש בלי עדים אינה מקודשת ואפי׳ שניהם מודים וכתב הפנ״י בסוגי׳ הטעם כיון דקדושין אסרה אכו״ע וכיון דליכא עדים אינה נאסרת אכו״ע הילכך גם לגבי דידה לאו קדושין.

וכן משמע מתוס׳ גיטין דף ד. ד״ה מודה ר״א במזוף מתוכו דילמא אתי למיסמך עלייהו להשיאה או להוציא ממון על פיהם אע״פ שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדות כשר. וכן אמרינן ביבמות לא: נינחיה גבי עדים זימנין דחזו בכתבא ומסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ומשום שאע״פ שהדבר אמת מ״מ אין לעשותו אלא בעדות כשרה ע״ש. ויסודו ע״פ מה שכתב הרב שערי יושר בשמעתתא ז׳ הנ״ל דאין כח לבי״ד לפסוק ולדון ע״פ עדות כשרה. וכן משמע מרש״י בסוגי׳ שבועות ל: דאמרינן התם בגמ׳ וכן עד שיודע בחבירו שהוא גזלן מנין שלא יצטרף עמו אע״פ שהעדות אמת. ת״ל מדבר שקר תרחק ופ׳ רש״י שגורם לפסוק דין ע״פ שני עדים ואין כאן אלא עד אחד וזה מקור הדין בשו״ע ס׳ ל״ד סעיף א׳ והש״ך ג׳ הקשה איך זה שאפי׳ אמת לא יצטרף ובתומים ס״ק ג׳ נמי. וע״כ משום שאע״פ אמת אין לעשות אלא ע״פ עדים כשרים.

ה. **והסתפקו** האחרונים באופן שקדש ולא חב לאחריני כגון התגרשה ע״מ שתנשא לפלוני גיטין פד. וקדשה אותה אותו פלוני, הסתפק הח״ס בסוף חו״מ או בתרי ותרי שאומרים מת בעלה ושנים לא מת ונישאת לאחד מעדיה וטוענת ברי לי דלכו״ע אסורה, אי בעי עדים, וכן מי שגירש אשתו בספק דצריכה גט ואסורה לכו״ע בלי גט, וחזר וקדשה בלי עדים אי מהני.

ונ״ל דלאחר דקימ״ל דעדי קדושין הם שעושים את החלות ובלי זה לא מהני גם באופנים הנ״ל לא מהני בלי עדים. וכן ראיתי בשו״ת עמודי אור ס׳ צ״ו אות י״ב דכתב ע״פ מה שכתבו תוס׳ דבקדושין חב לאחריני. אוסרה אקרובים ובגירושין אסר לה אכהן. ולכן הסתפק אם היתה כבר גרושה דלא אוסר כלום לכהן לא צריך עדים וכתב דמסתמא לא פליג רבנן. ובס׳ קרית מלך רב הלכות גירושין פ״א נשאר בצ״ע. ובאבני נזר אהע״ז ס׳ קע״ב אות ו׳ כתב על מעשה שהיה דמועיל כיון דלא חב לאחריני. בנידון שהבעל מסר גט לאשתו ולא קראו אותו, שישאלו לבעל אם נתן לה גט ויגיד כן ומהני הודאתו דלא חב לאחריני ע״ש.

וכתב באבני מילואים ס׳ כ״ז אות ג׳ על מה שכתב הרמ״א דאם א״ל בלשונות הרי את אשתי זקוקתי ארוסתי הרי את ברשותי הרי את לקוחתי מקודשת, וכתב הרמ״א אם הבינה דבריו וכו׳ וכתב האבני מילואים משמע אע״פ שהעדים לא יודעים אם הבינה כל שהיא אומרת שהבינה הו קדושין ודאי וקשה כיון דבשעת קדושין עדים לא ידעו הוי כמקדש בלי עדים ותרץ ע״פ הר״ן בנדרים דף ל. דבקדושין כיון שהתורה אמרה כי יקח ולא אמר כי תילקח אשה לאיש כל המינה שתכניס עצמה לרשות הבעל וכו׳ וכל שמסכמת לקידושי האיש הרי היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הילכך אין אנו דנים בקדושין מצד האשה אלא מצד הבעל ע״כ דברי הר״ן. והילכך כיון דדבר שבערוה חוזר רק על מעשה הבעל לא בעינן תרי סהדי אלא לגוף הקדושין ששמעו מהבעל אבל על רצון האשה לא בעי עדים וסגי בהודאתה, והוכיח מגמ׳ לקמן דף נ. ודברים שבלב אינם דברים מנ״ל לרבא האי וכו׳ אלא אמר אביי מהכא בכולם אע״פ שאמרה בלבי היה להתקדש לא מהני ואמאי הא קאמרא בלבי משמע דברים שבלב אינם דברים ודחי שאני התם דאתנאי לאו כל כמינה לאעקורי וכו׳ ע״ש. ותיפוק ליה דקדושין בעי עדים ואם בלבה להתקדש מאי הוי הרי חסר בעדים. ולדעת הרמב״ם פ״ז דאישות בביטול ומחילת התנאי לא בעי עדים ניחא אלא לראב״ד ודעימיה דס״ל דמחילת התנאי בעי עדים א״כ מה מהני בלבי היה להתקדש הא חסר בעדים אלא ודאי לא צריך עדים על רצון האשה ע״ש. ובס׳ טיב קדושין ס״ק י׳ תמה ג״כ על מה שאמרה שמבינה אע״פ שעדים לא ידעו בעת קדושין ותרץ דאיירי ששאלו אותה העדים באותו מעמד אבל לאחר זמן כיון שיכולה לומר לא הבינה הוי כמקדש בלי עדים. ולאחר שאמרה הגמ׳ דבעי עדים לקיום הקדושין, אי בעינן עדות ראיה וידיעה, או סגי בעדות ידיעה בלי ראיה כתב הרשב״א בתשובה ס׳ תש״פ והביאו הרמ״א בס׳ מ״ב סעיף ד׳ אם לא ראו הנתינה ממש לידה אע״פ ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ואח״כ יצא מתחת ידה אינן קדושין עד שיראו הנתינה ממש.

ו. **וכן** יש לדון אם הכלה פניה מכוסים והעדים לא ראו פניה בשעת הקדושין ורק אח״כ ראו אותה אי מהני והוא מנהג עתיק לכסות פני הכלה ולכן יש קודם להסתפק בדברי הרשב״א אם א״ל התקדשי באתרוג וראו שאתרוג יוצא מתחת ידה לא מקודשת. הרי בממון נחבל אזלינן בתר אומדנא אם היה חבול בכתף וראיתי בחוו״י

ס' י"ט דכיון שהעדים לא ראו הנתינה חיישינן שמא לקחה היא מעצמה את האתרוג והמקנה כתב הטעם לרשב"א דלא דמי לנחבל דדילמא יהיב לה במתנה והמרדכי ס"ל דמהני ידיעה בלי ראי' והוכיח מהא דאמרינן בקדשה בביאה אומר לה לפני עדים ובנתיחד עמה דאמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה והרי לא ראו ביאה אלא אמרינן אומדנא דמוכח דיש כאן ביאה מיהו הרשב"א דחה ראיה זו דשם הוי אש בנעורת ודאי בעל, והרמ"א סתם כדעת הרשב"א דאין כאן קדושין בכלל.

ויש להסתפק אם הבעל והאשה ראו את העדים רק העדים לא ראו מסירת הטבעת. ע"ז כתב הקצות חושן בס' צ' דעדות ידיעה יש לה דין עדים ממש. והרשב"א איירי דבשעה שמסר לה הטבעת לא ראו הבעל והאשה את העדים א"כ הו"ל כמקדש אשה ועדים אחרי הגדר דאע"פ דעדים ראו הנתינה כיון דהבעל והאשה לא ראו לא מקודשת. וכ"כ בס' וישב יוסף להר"י בורלא. בנידון שהבעל והאשה ראו את העדים והעדים לא ראו את הנתינה, אמנם בתשו' הרשמ"ח גאגין ס"ג' דחה את דבריו, וכ"כ מהרי"ט בח"ב דהרשב"א איירי דהאשה ידעה והכירה בעדים.

והנה קימ"ל בדיני ממונות דהעדות מתקיימת בידיעה בלי ראי'. וכן פסק הרמב"ם פי"ז מעדות, דדיני ממונות מתקיימים בראיה בלי ידיעה או ידיעה בלי ראי', והוכיח הב"ש בס' מ"ב ס"ק י"ב מהרמב"ם דהו"ה קדושין כי לענין דבעי' קדושין דומה לדיני נפשות ע"ש. ויש לתמוה בשלמא בממון קימ"ל לא איברו סהדי אלא לשקרי וכל שיש אומדנא מהני משא"כ בקדושין דרצון הבורא הוא שעדים יראו וע"פ נחתכים הקדושין מהכי תתי דיועיל ידיעה בלי ראיה. וכן ראיתי בתומים חו"מ בס' צ' אות י"ד. וכתב כדעת הב"ש ולא מטעמיה אלא ע"פ התוס' שבועות לד. ד"ה דאית ליה דמוכח מגמ' דכל אומדנא דאמרינן בדיני ממונות אפי' בדיני נפשות אמרינן ולכן בעלתה נשיכה בגבו דחייב בדיני ממונות הו"ה דחייב בדיני נפשות (אם ניקב לו המוח). וזה דעת המרדכי. אמנם הרשב"א יחלוק ויסבור דדוקא בדיני ממונות אזלינן בתר אומדנא ולא בדיני נפשות.

וכתבו הרבה אחרונים לחוש לדעת המרדכי משום חומרא דא"א אמנם בצירוף עוד צד להקל, כהרשב"א מדין ספק ספקא. וכ"כ בס' דברי שמואל להר"ש ארדיטי ס' ד'. ושו"ת ישכיל עבדי ח"ד ס' י"ד סעיף י"ג. אמנם במהרי"ט אלגזי בספרו קדושת יו"ט כתב דאין להתיר בס"ס, דיש לנו להחמיר בעדי קדושין בידיעה בלי ראי'. והעלה בתשובה שניה בס' הנ"ל דהיות ואי אפשר להשיג גט ובהצטרף עוד צדדי היתר יש להקל.

ז. **ויש** להסתפק בדברי הרשב"א האם הא דבעינן שהעדים יראו האם הכוונה יראו שנותן או יראו מה שנתן, דהיינו לצד א' כל שהעדים ראו שנתן אע"פ שלא ראו מה נתן כגון קמצה ידה והלכה מהני דזה חשיב ראיה וידיעה או בעינן שיראו מה נתן. ובכנה"ג אהע"ז ס' כ"ז הג' הטור אות ד' כתב בדעת הרשב"א דבעינן שהעדים ידעו מה נתן לה והביא כן בשם המבי"ט ח"ג ס' קמ"ח ומהרי"ט ח"ב ס' מ"ג ופני משה ח"א ס' כ"ט. דכולם העלו דכל שלא ראו העדים הטבעת אע"פ שידעו שמסר לה חפץ לא הוי קדושין, וכ"כ בס' משפטי שמואל ס' קכ"ד ובשו"ת רב פעלים ח"ג ס' ו' אהע"ז דן במחלוקת הרשב"א והמרדכי והביא דברי הכנה"ג דס"ל בדעת הרשב"א דבעינן שהעדים יראו החפץ, ומ"מ העלה כיון דהמרדכי פליג על הרשב"א וס"ל דסגי ידיעה בלי ראי' והעלה כיון דיש לצרף עוד כמה היתרים יש להתיר בלי גט בפרט בנידון דידן יש ארבעה היתרים וכתב דאע"פ שהרב שמחת יו"ט דף רכ"ד כתב דאין להתיר בלי גט אע"פ שיש שלשה היתרים ויותר, אי ליכא חשש עיגון ושעת הדחק. מ"מ בנידון דידן גם מהרי"ט יודה כיון שהעד שא"ל המקדש שמע שאני רוצה לקדש ענה לו לא רוצה לשמוע. א"כ יש לצרף כל הני טעמי ולהתיר לינשא בלי גט, ע"ש.

ובס' בית מאיר ס' מ"ב סעיף ד' כתב על דברי הרשב"א דבאיכא הוכחה גמורה גם הרשב"א מודה ובדבר שהוא קרוב לודאי הוי ספק מקודשת כגון זרק לה כסף והגיע כנגד אויר שבחצר ולא ידענו אם הגיע לאויר מחיצות אף שאפשר שרוח נשבה רחוק מהמציאות מ"מ הוי ספק מקודשת. משא"כ בנכנס עם הכסף ביד לתוך החדר הוי קרוב לודאי כי אם אומד, וכך מסביר בנכנס עם אתרוג דכתב הרשב"א דלא הוי ראי' אלא כעין ידיעה הכוונה לא ידיעה ברורה, ע"ש.

וגם בשו"ת רע"א תנינא ס' נ"ה הביא דעת הרשב"א דלא מהני עדי ידיעה בקדושין וע"פ מה שהסביר התומים דבממון מהני אבל בקדושין דלא חלו רק בעדים מהני. י"ל דבלא ראי' ממש לא מיקרי עדי קדושין ודברי

התומים אינם מוכרחים ויותר נראים דברי הבית מאיר דמה שכתב הרשב"א דלא מהני היינו בידיעת אומד ולא בידיעה גמורה. אמנם בד"מ כתב דהרשב"א ס' אלף קצ"ג כתב דאע"ג דאיכא הרבה אומדנות המוכיחות אין כאן כלום עד שיראו עדים נתינה ממש. וכתב רע"א ולא אדע איך מפורש דבר זה ברשב"א וכו'

ואפשר הא דכתב הרשב"א באלף קצ"ג ובס' תש"פ היינו דלא ידענו דנתרצתה מקודם ונכנסו שניהם על דעת קדושין דשם לא נזכר רק שראו אותו נכנס לבית האשה וראו שהאתרוג בידו ושמעו דאמר התקדשי לי באתרוג ואח"כ ראו האתרוג בידה דבזה דלא ידענו שהיא רצתה שיקדש אותה י"ל דלא רצתה ונתן לה במתנה, אבל אילו נתכוונו תחילה שניהם למעשה קדושין י"ל דמקרי הוכחה גמורה וכראיה ממש.

וכ"כ המקנה לאחר שהביא דברי הרשב"א והמרדכי וכתב דלא פליגי דהרשב"א איירי בענין שיש להסתפק שנתן לה במתנה. משא"כ באומדנא דמוכח גם הרשב"א יודה למרדכי. וכ"כ בתפארת יעקב ס"ק י"א ועונג יו"ט ס' קל"ח, וכ"כ בשו"ת חתם סופר ס' ק"א מאחר ובממון הולכים בתר אומדנא וגם בגיטין כתב הר"ן לר"א דעדי מסירה כרתי אם יוצא מתחת ידה בעדי חתימה אמרינן מסתמא נמסר כדין, וזו ראי' שהביא הקצות בס' צ' אות ז'.

ח. **ויש** להוכיח כדעת המרדכי מגמ' קדושין דף י' דבעי שם תחילת ביאה קונה או סוף ביאה נ"מ כגון שהערה בה ופשטה ידה וקבלה קדושין מאחר. א"נ לכה"ג דקא קני בתולה בביאה אמר אמימר כל הבועל דעתו על סוף הביאה. והקשו התוס' הרי ביבמות איתא דף נה: דאשה נקנית לבעלה בהערה דילפינן קיחה קיחה מעריות ועריות חייב בהערה. והכא מסיק סוף ביאה קונה ואומר רשב"א הא דהערה קונה כגון עשה הערה ופירש. דמוכח דלא רוצה לקנות בגמר ביאה וריב"ם פירש הא דקונה בהערה במפרש שרוצה לקנות בהערה. והנה לרשב"א דלא איברא לן דעתו בשעה שהולך לבעול רק אח"כ פירש בהערה, הרי העדים לא ידעו את דעתו בשעת ביאה רק בשעת פרישה דכבר כלתה מעשה הקנין נמצא מקדש בלי עדים, דהרי בשעת הערה לא ידעו העדים דדעתו לקדשה בהערה דכל הבועל דעתו על גמר הביאה והו לא מהני מה שנתברר אח"כ וזה ממש דומה למה שכתב הרשב"א בתשובה ח"א ס' תש"פ והביאו הרמ"א בס' מ"ב סעיף ד'. בעדים ששמעו שאמר ראובן ללאה תתקדשי לי וכו' ולא ראו הנתינה דאינה מקודשת. ומשמע דתוס' סברי כהמרדכי דידיעה בלי ראיה מהני. ולפי מה שכתבו האחרונים דהרשב"א והמרדכי לא פליגי ובאומדנא מבוררת גם הרשב"א מודה כמו שכתבו הבית מאיר והמקנה והת"ס.

וא"כ הכא נמי כשפרש אחר ההערה הרי דעתו לקדש בהערה דלחזרה לא חיישינן ולכן מקודשת. והנה כל הפוסקי' דהשוו הרשב"א ס"ל דידיעה אחר מעשה לא מהני וכן כתב בטיב קדושין ס"ק י"ב דמה שכתב הב"ש ס"ק י"ב דדיני ממונות מתקיימים בידיעה בלא ראיה ולפ"ז גם קדושין מהני לדעתי לא דמי כלל דדוקא בדיני ממונות דלא איברו סהדי אלא לשקרי וכל שהענין אמת יש לדון על פיו י"ל שפיר דבידיעה בלא ראיה נמי מתקיימים דע"כ פנים עכשו נתברר שזה חייב לזה אבל בקדושין עיקר החלות הוא בשעת ראית העדים. וא"כ מה שיתברר למפרע לא מהני. ולכן כשראו החפץ בידה אח"כ למה מהני קדושין למפרע ובזה גם המרדכי מודה, והמרדכי איירי כשראו לפני הקדושין שבודאי יצאו לפועל דומיא דעדי יחוד, דבשעת יחוד יודעים שתהיה ביאה אבל הך דחו"מ הוא ע"י איגלאי מילתא למפרע ובהג' בקדושין לכו"ע לא מהני. וכעובדא דהוזמנו לראות הקדושין אע"פ שלא ראו נתינת הטבעת הוי הוכחה וכו'. וכ"כ בשבילי דוד כאן ושו"ת בית אפרים ס' נ"ח בד"ה והנה בתשובה כתב דאין שום תועלת אם העדים ידעו אח"כ אע"פ שאם אגלי מילתא למפרע מ"מ כיון דבמקום שצריך שתעשה המעשה לפני עדים לא אמרינן איגלי מילתא למפרע, שבא לידה מיד הבעל, מ"מ לא מהני שאין עדים בשעת מסירה ע"כ. ובכנסת יחזקאל שבעטרת צבי ס' ט' תמה עליו וכתב דלא משמע כן מב"ש ס"ק י"ב דהשווה קדושין לדיני ממונות. והיות ועדי יחוד מעידים קודם הקדושין, מה לי קודם מה לי אח"כ. ובעטרת צבי שם נחלק עליו וכתב דיש נפקא בידעו לפני הקדושין הרי התאמת ודאי שקדשה משא"כ אם יתאמת אחר הקדושין ומ"מ מסתפינא להקל וצריכה גט.

ט. **ובספר** ברית יעקב (ליבשין) ס' מ"ח דן מתחילה ע"פ דברי הב"ש בשם המרדכי והרמ"ה דבעדות קדושין מהני כשראו דבר המוכיח. ותמה על זה מהגמ' נתן לה פקדון וא"ל התקדשי לי בו לא הוי קדושין משום דהוי שתיקה לאחר מתן מעות. דבעינן הוכחה דנתרצית לקדושין וכן נפסק בשו"ע ס' כ"ח סעיף ד'.

וא"כ כשאמר לה התקדשי לי בזה ולא היה נתינה כלל ואח"כ יצא חפץ מתחת ידה ודאי לא מהני כיון דליכא הוכחה דנתרצתה לקדושין ולא דמי לדיני ממונות דעדי ידיעה בלי ראי' מהני כיון דידוע דחבירו חייב לו מהני. משא"כ הכא דבעינן הוכחה דנתרצית לקדושין ומה שהחפץ תחת ידה אין הוכחה בכלל דאולי לא לשם קדושין לקחתו או מצאתו או שהיא לקחתו ממנו ולא שהבעל נתן לה לכן העלה שכל דברי המרדכי הם בתוכ"ד לאמריתו בזה מהני, והרשב"א איירי אחר כדי דבור דבזה גם המרדכי מודה, ואין מחלוקת. ולפ"ז תקשה בקדש בהעראה הרי הדבר מתברר אח"כ ובשעת הביאה דהוא מעשה הקדושין לא ידוע לעדים ואיך מקודשת. בשלמא עדי ידיעה בשעת מעשה מהני כמו שהמרדכי בהיא ראי' מעדי יחוד דאמרינן הן הן עדי ביאה וכן בעד שיראו כדרך המנאפין לא בעינן כמכחול בשפורפרת אלא מספיק עדי ידיעה בשעת מעשה וכ"כ הרמב"ם פ' א' מאיסורי ביאה הל' י"ט, אלמא עדי ידיעה בשעת מעשה הוי עדים גמורים ובזה גם הרשב"א מודה. אבל בקדשה בביאה דדעתו על גמר ביאה ומיד פרש דמעשה העראה לא הוו קדושין ואין העדים רואים כלום אלא אח"כ התברר שדעתו היה לקדשה בכה"ג הו"ל מקדש דלי עדים דלא הוה ראיה דשעת מעשה ולהרשב"א ידיעה בלי ראי' לא מהני, ולמה מקודשת.

ושמא יש לחלק דכל שנעשה בתכ"ד הוי כאילו עדות ראיה על המעשה דאע"ג דקימ"ל בנדרים תוכ"ד כדבור חוץ מקדושין היינו כשחוזר מקדושין לא יכול לחזור אבל באופן דלא חוזר מקדושין רק מברר מהני תוכ"ד, ולכן בקדש בביאה ועדים רואים נכון שכל הבועל דעתו על סוף ביאה אבל זה שפירש מיד. הרי תוכ"ד העדים ראו שמקדש בהעראה ולכן שפיר מקודשת וכן ראיתי בדברי יחזקאל ס' מ' דכתב לישב את הרשב"א בדרך זו ועוד חדש דבזה מיושבת עוד קושיא לפי הפ"י ורע"א בכתובות ל. דכל הבועל דעתו על סוף ביאה הו"ה באשה וא"כ כשפרש לאחר שהערה מ"מ הרי האשה דעתה על סוף ביאה ולמה מקודשת ואי כשפירש דדעתו לקדש בהעראה היינו תירוץ ריב"ם אלא ודאי כל שאמר לה שרוצה לקדשה בהעראה למרות שבשעת מעשה דעתו על סוף ביאה ואח"כ פירש וא"ל דמקדשה בהעראה מהני גם לגבי אשה. ודו"ק.

ויש לתמוה דהגמ' בגיטין יט: צריך לקרא הגט לפני נתינה, ואם לא קראוהו לפני נתינה וקראוהו אח"כ מגורשת וכן פסק הרמב"ם פ"א הל' י"ט והשו"ע והרי שם אין עדות בשעת חלות הגט ובשלמא לרמב"ם דס"ל כדעת הרי"ף דעדי חתימה כרתי הרי הגירושין נתהוו במסירת הגט והקריאה לברר שאכן מסר לה גט. אלא לדעת ר"ת רק עדי מסירה מה מהני קריאה אח"כ והנה בלא קראוהו בכלל הורקתו, פסק הרמב"ם ושו"ע דהוי ספק גירושין ולפ"ז גם לרשב"א מהני קריאה אח"כ והטעם בגט מסר לה כתב, וא"ל ה"ז גיטך הרי יש כאן מעשה הגירושין אלא מה שאנו קוראים אח"כ הגט הוא לברר, אבל באתרוג לפי הרשב"א בקדושין הנתינה לא משוי לספק קדושין ולכן גם בירור אח"כ לא מהני.

י. **והנה** בדין זה מצאנו מחלוקת דדעת המרדכי פ"ב גיטין אם לא קראוהו בשעת מסירה וקראוהו אח"כ מהני, ומהר"ם פליג עליו. וס"ל דרק תוכ"ד מהני, והיינו דמהר"ם אזיל לשיטתיה דהביאו הג' מימון להלכות אישות דעדים דראו זריקת הקדושין ומסופקים לא הוי קדושין והכא נמי כל שלא קראוהו הוי ספק. ולא יועיל קריאה של אח"כ דהו"ל ידיעה בלי ראי' כדעת הרשב"א. והנה על דברי מהר"ם שחדש דאם העדים מסופקים אם היה קרוב לה לא מקודשת דהא הגמ' אמרה מגרש אשתו ולנה עמו בפונדק, חיישינן לקדושין דאמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, והרי שם אינו אלא ספק, וכן פסק רמב"ם פי' מגירושין הל' ח"י, ומוכח דמקדש באופן דהעדים מסתפקין הוי עדות דגם עדות על ספק נקראת עדות.

ובס' עין יצחק אהע"ז ס' ס"ב כתב לישב דעת הרשב"א המקדש בביאה ופירש בהעראה אע"פ שעדים לא ידעו מקודשת כיון שראו מעשה ולא צריכים לדעת כל הפרטים והוכיח מגמ' חולין לט. הבריא שאומר כתבו ותנו גט לאשתי רצה לשחק בה ואם עלה לגג ונפל ומת אם מעצמו נפל ה"ז גט. משום דהוכיח סופו על תחילתו, והתם מיירי שכבר כתבו ונתנו הגט קודם שנפל וכ"כ רש"י והרמב"ם פ"ב מגירושין הל' י"ג והרי בשעה שכתבו וחתמו אין שום הוכחה רק אח"כ נודע לנו למפרע שדעתו להתאבד. משמע דידיעה בלי ראי' מהני, ואין לחלק בין גיטין לקדושין ומזה העלה הרב עין יצחק דהרשב"א לא איירי בידיעה ברורה לכן לא מקודשת באתרוג אבל בידיעה ברורה גם לרשב"א מהני כדעת המרדכי דבעדי יחוד אמרינן הן הן עדי ביאה.

ויש לישב בקידש בביאה ופרש בהעראה הוי מקדש

בעדים לפי הרשב"א חדא דעדים לא בעי לדעת כל הפרטים ועוד עצם היחוד שנכנס להתיחד כבר הוו קדושין דלא בעינן שיראו ממש אלא די כדרך המנאפים ולכן כל שנכנסו יחד ועדים יודעים הוי קדושין ואין לנו נ"מ אם פרש באמצע או גמר, וזה חשיב עדי ראיה גם לרשב"א ולכן מקודשת ודו"ק.

ובסוגי' דף"פ כתובות דף ט. אמרה הגמ' דאיך נאמן לאוסרה עליו הרי בכדי לאסור בעי עדים וכתבו התוס' דאפי' ראה אשתו שונתה לא נאסרה עליו ובדרוש וחידוש רע"א כתב בהגי' הגרש"א לדייק מתוס' דאף לס"ד לו יצוייר שהיו עדים רואים הפ"פ כגון בטענת דמים עם שושבינין היתה נאסרת שפיר. שהרי כל מה דפריך הא על מה דנאמן לומר פ"פ מצאתי בלי עדים. ומשמע שאילו היו עדים על פ"פ שפיר דמי. ותמה דהרי עדות ע"פ אומדנא בלא ראית המעשה ממש מהני לקיומא מילתא וכהא דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה. ה"ז משום דהתם בשעת ביאה כבר ידעו עדים ע"פ אומדנא שעתה הוא בא עליה ומתקיימת העדות בידיעה בלי ראי'. דעכ"פ הידיעה היתה בשעת מעשה אבל איך תועיל ידיעת העדים לאחר מעשה למפרע, וא"כ מה מהני אם עדים היו רואים הפ"פ שיהא חשוב למפרע זנות בעדים בידיעה בלי ראי' וכתב להוכיח מכאן דידיעת העדים אח"כ מהני למפרע והביא תשו' הרשב"א שהביא רמ"א באהע"ז ס' מ"ב סעיף ד' בעדי קדושין דראו הטבעת בידו ואח"כ בידה ולא ראו הנתינה דלא מהני דהוי מקדש בלי עדים. וב"ש הביא דעת המרדכי דמהני וראיתו מהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה דמוכח דגם עדות ע"פ אומדנא מהניא בעדים לקיומי מילתא ולכאו' ל"ד לדברי הרשב"א דאף לדעת המרדכי דמהני עדי אומדנא מ"מ דהך עובדא דהרמ"א שהביא דברי הרשב"א דשם בנתינת הטבעת לא היתה שום אומדנא, ומג"ל דידיעה למפרע מקרי מקדש בעדים אך מדברי התוס' הנ"ל מבואר דגם ידיעה למפרע חשיבא כעדים, עכ"ד הגרש"א. והנה הר"מ דס"ל דאם לא קראו הגט בשעת נתינה וקראוהו אח"כ לא מהני דבעינן עדים בשעת גירושין הרי דמהר"ם ס"ל דידיעה למפרע לא מהני וזה נגד דברי התוס'.

ויש לדון בהא דבעינן תרי עדים בדבר שבערוה בשעת מעשה, וכל שאין עדים אין תוקף וקיום ללא ראית עדים. והרי הוא בטל מעיקרו. אמנם יש עוד סוג דבר שבערוה דהעדים מעדים על קיום חלות הדינים בזה יש לדון אם תועיל עדות אחר זמן, כיון דהמעשה חל אלא שחסרון העדות מעכב החלות הרי כל שנוצרה תורת עדות על הדבר שבערוה מהני ופי' הדברים במה שכתבו התוס' דאם יש עדים פ"פ נאסרת למפרע. דבשלמא בגיטין וקדושין עצם החלות בעי עדים וכל שאין עדים אין קדושין וגירושין משא"כ בזנות מעשה הזנות אוסר, וכל שבאו עדים ואמרו שיש פ"פ שזה אומר שזנתה מהני. וזה לא נוגד מחלוקת הרשב"א ומרדכי. דבמה שחידשו התוס' דאם יש עדים על פ"פ מהני למפרע דזנות אוסר גם בלי עדים ודו"ק.

יא. **והנה** ביבום אי בעי עדים כתב הרמ"א בס' קס"ו סעיף ב' דיבם קונה יבמתו רק אם בא עליה בפני עדים. וכתב פ"ת שם ס"ק ו' דין זה מש"ג בשם ריא"ז ביבמות סו"פ בית שמאי ומל"מ פ"ב מהל' יבום הל' ד' הסתפק בזה דאפשר כיון דהתורה חדשה דיבם קונה אפ' שניהם שוגגין או אנוסים או ישנה, הו"ה דלא בעי עדים. ובסוף העלה כדעת הש"ג דבעי עדים ושער המלך פ"ב דיבמות הוכיח מתוס' קדושין דיבום בעי עדים ובהג' מעשה חשב תמה עליו מיבמות נח. ובקדושין כז. לגבי סוטה שלא נטמאת לפני כן בין שומרת יבם שבא עליה, ופריך אם בא עליה שומרת יבם קרית לה הרי קנאה. ואי בעי עדים נימא דבא עליה בלי עדים דלא קנה אותה וכן הקשה הגאון רע"א והגר"א ס"ק ט' והנוב"י תנינא.

וביד המלך כתב להסביר דעת הש"ג דזה תלוי בבעית הגמ' אי קדושין תופסין ביבמה לשוק דאם קדושין תופסין הרי היבם לא קנאה, ולכן כשקונה בעי עדים ואם אין קדושין תופסין הרי היא קנויה ליבם ולא בעי עדים וכיון דהדבר בספק צריכה עדים מספק, ולכן אם קנאה בלי עדים נמי מהני שחל הקנין וצריכה גט. וכתב פ"ת לישב קושית הגר"א והנוב"י דלעולם בא עליה בלי עדים והיא נקראת שומרת יבם דבקדושין בעינן שהעדים יראו המקדש והמתקדשת אבל אם רואים אותם מחלון והמקדש והמתקדשת לא רואים אותם לא חלו הקדושין וכן איתא בס' קמ"ט בהתיחד אחרי גירושין ולכן אפשר למצוא שקדמה שכיבת בעל ולא קנה כגון דעדים רואים מחלון שכיבת בעל ולעניין יבום לא קנה כיון דלא רואים את העדים דהוי כמו קדושין. והנה זה רק לשיטת הרשב"א ומרדכי בס' מ"ב דבעי עדים שיראו הקדושין ולכן כל שלא ראו לא חלו קדושין גם שבממון חל, כדאיתא בחו"מ ס' פ"א סעיף י"ב לפי שאדם יודע

שהמקרש שלא בפני עדים אינה מקודשת הילכך יכול לומר שלא כיון לשם קדושין אלא לזנות ומעתה ביבמה דאפי׳ זנות קונה גם לדעת הש״ג לא צריך שיראו העדים ומה שכתב הש״ג דבעי עדים ביבום לא על עצם הביאה לא עדים שהיתה באה ובזה קונה אותה וא״כ פריך שפיר. ולפי היד המלך שכתב הטעם של הש״ג שמסתפק אי קדושין תופסין בשומרת יבם, וס״ל לרב הוי קנויה ולכן לא בעי עדים וע״כ הגמ׳ שואלת אם בא עליה יבם שומרת יבם קריאת לה הרי קנאה ודו״ק.

ויד המלך בהל׳ ד׳ כתב ממה שאמרה הגמ׳ אפי׳ שוגג משמע דלא בעי עדים ע״ש. ובמנחת חינוך מצוה תקצ״ט כתב דהא דאפי׳ שוגגין קונה ביבמה איירי שכנסו בעדי יחוד והביאה היתה באונס. ולעולם בעי עדים וכתב דאע״פ שבעי עדים לא לקיום היבום אלא לדעת שהיתה ביאה ולכן כשרואים העדים כל אחד מחלון מהני אע״ג דבקדושין לא מהני. וכתב המנ״ח שם דהא דקימ״ל אין דבר שבערוה פחות משנים היינו ערוה קדושין וגירושין אבל יבמה לשוק פליגי רב ושמואל אי קדושין תפסי בה רב ס״ל אין קדושין תופסין ביבמה לשוק אף דבכל חייבי לאוין קדושין תופסין ביבמה דכתיב לא תהיה לה הויה. ושמואל ס״ל בעניותינו צריכה גט. הרי לרב יבמה כמו ערוה דאין קדושין תופסין בה. ולשמואל ספק ערוה. לכן לרב יבום לא בעי עדים דנכון דלפני יבום בלאו ועכשו א״א מ״מ תוספת עונש לא חשיב ערוה ושמואל ס״ל דצריך עדים.

א״כ לדידן דקימ״ל כשמואל דהוי ספק ערוה צריך עדים על היבום, והביא קושית הנוב״י תנינא אהע״ז ס׳ קמ״ח שומרת יבם שבא עליה יבם בבית חמיה שומרת יבם קרית לה. ותרץ רע״א כגון שבא עליה בפני ע״א ועוד בפני ע״א דלענין ביאה מהני דקדמה שכיבת בעל ולענין יבום לא מהני. אמנם המנ״ח תרץ דסוגי׳ אזלא אליבא דרב דאין קדושין תופסין ביבמה ולכן לא בעי עדים, וע״ז הגמ׳ שאלה שומרת יבם שבא עליה היבם שומרת יבם קרית לה הרי קנאה. ורע״א בתשובה ס׳ צ״ד כתב שמשכחת לה דבא עליה בפני שני עדים שהיו קרובים זה לזה בנשותיהם והתרחקו, דלענין חלות לא מהני, כיון שהיו פסולים אך להעיד בבי״ד דקדמה שכיבת בעל נאמנים שפיר. וביבום אי בעי עדים מצאנו בזה מחלוקת התוס׳ בקדושין יב: ד״ה משום פריצותא דס״ל דיבור בעי עדים. וכ״כ ריטב״א ותוס׳ הרא״ש אבל הרשב״א ח״ד שנ״ח כתב דאשה הקנו לו מהשמים ועדים צריך רק אם החלות נוצר ע״י האדם. ויבום דומה למיתת הבעל שמתירה, ומעשה זנות שאוסר והכא נמי עדים.

יב. ל״פ״ז גם למ״ד דבעי עדים ביבום אין העדים באים לקיים המעשה דהרי ביבום לא בעינן דעתו דאפי׳ בע״כ או שוגג או אנוס מהני, ורק צריך עדים על דין האישות ולכן בעדים בעדות מיוחדת מהני ומהני עדות שנוצרה אח״כ ע״י צרוף עדים שמעידים על המעשה זה היום וזה למחר, ולפ״ז מובן אם האשה אמרה הבינה אח״כ מהני גם אם העדים לא ידעו בשעת מעשה. כפי שהסביר האבני מילואים דלא בעינן עדים על האשה אלא על הבעל המקדש ואשה רק מפקירה עצמה, מ״מ מצד עצם קיום החלות בעינן עדים על רצונה, שהרי כשאין לה רצון לא חלו הקדושין, והיות ועדות על רצון שלה לא בעינן על עצם קיום המעשה כמו בבעל. אלא עדות על החלות וזה סגי בעדות שנוצרה אח״כ כמו שאמרנו ביבום שמהני על ידי צרוף. הכא נמי מהני ע״י שתגיד שהבינה, שהרי העדים לאחר הודאתה יודעים שאכן רצתה בקדושין כיון שהיא נאמנת לפרש כוונתה.

ויש לישב המנהג היום שכתב הרמ״א בס׳ ל״א סעיף ב׳ נוהגים לכסות פני כלות הצנועות וכו׳, האשה תחת החופה עם כסוי פנים והעדים לא יודעים ולא רואים את הכלה והולכים. הנה המבי״ט ח״א בס׳ רכ״ו באיש שנתן קדושין לאשה שפניה מכוסות ולא ראוה והלכה לה דלא חלו קדושין, כיון שאין עדים שיכולים להעיד עליה, ואפי׳ תאמר אני זאת שהתקדשה לא יועיל, כיון דבשעת חלות לא היכירוה. וכתב אפי׳ גלתה פניה אח״כ לא מהני. ותמהו עליו בקהלת יעקב אלגזי בפ״ת ס׳ ל״א ס״ק ה׳, דכתב דמהני ובאבני מילואים ס׳ ל״א ס״ק ד׳. כיון דיכולים להחזיק בה ולראותה הו״ל כמקדש בפני עדים.

וכן כתבו גדולי הפוסקי׳ האתרוני׳. ובתורת חסד מלובלין ס׳ ח׳ אות ד׳ הביא דברי המבי״ט ודחה דבריו ממה שרצה להוכיח מדברי הרשב״א בראו טבעת ביד הבעל ואח״כ ראוה ביד האשה דלא מהני, דשאני התם דבכלל לא היתה נתינה דשמא מתנה נתן לה, הא אם היתה נתינה לשם קדושין מהני א״כ הו״ה כאן דנתן לה בתורת קדושין מהני שידעו אח״כ שהאשה קבלה הרקדושין ודמי לגט שמהני קריאה לאחר נתינה כל שידעו העדים שמסר לה גט.

יג. ובענין עדות מיוחדת בקדושין שקדשה בפני ע״א

ואח"כ קדשה בפני עד שני כתב מרן שלא מקודשת והרב ב"י הביא מקור לדין זה מדברי הרשב"א גיטין פא: והביאו הר"ן המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק צריכה הימנו גט שני והוא שנתייחדה בפני שנים. אבל בפני ע"א אפי' אחד שחרית ואחד ערבית לא מהני. ואפי' בא עליה לשם קדושין אין קידושיו קדושין דלא חלו בפני ע"א. וכן כתבה התוספתא פ"ה דגיטין הל' ד' ראוה שנים שנתייחדה עמו צריכה ממנו גט שני, אחד שחרית ואחד ערבית זה היה מעשה ואמרו חכמים אין צריכה ממנו גט שני ופסקוה הרי"ף והרא"ש פ"ז דגיטין וכ"כ הרמב"ם פ"ח דגירושין הל' ב'.

וכ"כ הרד"ך דכל שעדים לא ראו כאחד לא חלו קדושין. וכתב הר"ן הטעם בפ"ז דגיטין אע"ג דגבי ממון מצטרפים דקימ"ל בסנהדרין ל: כרבי יהושע בן קרחה דהלואה אחר הלואה מצטרפין לגבי אישות דשייך לדיני נפשות לא מצטרפין ע"ש. והב"י בחו"מ ס' ל' לאחר שהביא דברי הר"ן בכיעור דלא מצטרפין הביא דברי המרדכי פ"ב דיבמות דמצטרפין עדי כיעור. וכתב הב"י דגמ' דידן בכתובות כו: משמע כהמרדכי דגם לענין איסור מצטרפין ובגיטין לג: אם אמר לעד לחתום על גט לאשתו וכן אמר לשני מצטרפין ואע"ג דלא צוה לשניהם וגט דמי לנפשות ע"ש, והמקנה הוכיח דעדות קדושין אפי' לא ראו כאחד מהני כמו בגט.

אמנם הרבה פוסקי' חולקים וס"ל דזה שלא בפני זה לא מהני בקדושין והסביר במשאת בנימין ס' נ"ה אע"פ שבעלמא מצטרפין בעדות מיוחדת אנו לא גובים שני מנים אלא מנה אחד. הכא נמי ע"א בבקר וע"א בערב הו"ל רק עד אחד אנו מאמינים ואין קדושין בע"א, וכ"כ במשכנות יעקב חו"מ ס' י"ג דאפי' נאמר דמצטרפין מ"מ יש רק יחוד אחד ולא שני יחודים ולכן לא מהני.

יד. **המקדש** בע"א מר"ן לא מקודשת וכתב הרמ"א בס' מ"ב סעיף ב' שיש מחמירים, אם שניהם מודו. והנה בעית הגמ' במקדש בע"א דוקא אם שניהם מודים ופי' רש"י טעם הספק בד"ה מהו כיון דע"א חיישינן שמא משקר, וכאן הרי הם מודים לדבריו וחלו קדושין או הטעם משום דבר שבערוה אינו חל פחות משנים וכאן חסר שנים, ולכן גם שאלת הגמ' מאי' הוי עלה רב כהנא אמר אין חוששין רב פפא אמר חוששין היינו בשניהם מודים וכ"כ הגר"א בס' מ"ב ס"ק י'. אם יש הכחשה בכלל הגמ' לא הסתפקה ולא הוו קדושין. והנה בגמ' אנו מוציאים רב יהודה דאמר מקדש בע"א לא חוששין רב נחמן אמר שמואל ורב כהנא נמי ס"ל כן תוץ מרב פפא דס"ל חוששין ובתשו' רי"ד ס' מ' כתב דבגמ' משמע, דפוסקי' כרב ושמואל ורב כהנא וסיים שלא מצא שום פוסק לתומרא וכ"כ מהר"ם בתשובה מובאת בשו"ת הרשב"א ח"א ס' תתנו. שאין מקום להצריכה גט שהרי ע"י זה תפסל לכהונה ואין טעם לכך, ע"ש.

ומקור הדין מהגמ' בקדושין ס"ה ואמרה הגמ' מאי הוי עלה ולא נפסקה הלכה כמי לכן כתב הסמ"ג שמחמירין דעבדינן כרב פפא וכן דעת הר"א ממיץ בספרו היראים ומרדכי קדושין ס' תקל"ד וכתב רבינו ירוחם נתיב כ"ב דלתוספות דחוששין לקדושין וכתב הרא"ם בספרו מים עמוקים ס' ל"א דהטעם למה חוששין כיון דע"א קם לממון לחייב שבועה בערוה נמי חשיב להתקיים קדושין בפניו וכ"כ תשב"ץ ח"א ע' ובית אפרים ס' נ"ז ובאחיעזר ס' כ"ה כתב הא דמהני בע"א לרב פפא משום דהאיסור בע"א יחזק וכאן דהוחזק חל כל החיובים גם איסור סקילה.

ויש שכתב טעם בע"א מהני דהודאת הבעל מצטרפת לעד, והוי שנים ואף שהוא נוגע בדבר פלגינן דבורו כמו שאמרינן בסנהדרין ט. בפלוני רבעני לרצוני, ובצורף העד האשה אסורה לכו"ע ומ"מ גם לסוברים כרב פפא מודה וכ"כ פני יהושע בשמעתין ובית אפרים ס' נ"ד וכ"כ בס' חוו"י ס' י"ט דצריך לקדשה שנית וכ"כ בשו"ת נוב"י קמ"א ס' ס' דגם לחוששין לקדושי ע"א מ"מ אם יקחנה ודאי צריך לקדשה מחדש וכו' ולא מצאנו לשום פוסק ולא לשום אמורא שיהיו קדושין ודאי, ע"ש ובפרט לדעת החשב"ץ ח"א ס' ק"ל דלרב פפא דאמר חוששין חשש דרבנן. וכן פסקו הרבה פוסקי' אחרונים וכ"כ מהרי"ט בפ' הסוגי' וב"ח בס' מ"ב ובית יצחק בס' צ"ט אות ט' דהרבה להוכיח בזה דהחשש מדרבנן. וכ"כ שער המלך אישות פ"ט הל' לא ערוך השולחן וחלקת יואב ס' ט'.

אמנם יש שסוברים דהחשש מדאו' הלא הם מהרי"א ס' ח"י ואמרי אש ס' ל"ב כתב דאם הרא"ם ס"ל דלרב פפא החשש מדרבנן לא היה מחמיר מספק. וכיון דהדבר שנוי במחלוקת כתב הרב כפי אהרון ח"א ס' ד' דיש להחמיר כיון דיש סוברים דחשש דאו' וכ"כ פרי השדה ח"ג ס' כ"ג וס' ויקרא אברהם ס' ר' וכ"כ בשו"ת משיב דבר ס' ל"ב דהחשש דאו'.

ולענין מעשה כתב הרב בנימין זאב ס' ל"ה דהאידנא אין חוששין לקדושיו בפני ע"א ואע"ג דהרא"ם כתב להחמיר לא הודו לו. וכ"כ שו"ת מהר"ם אלשקר ס' צ"ט ושו"ת מהרשד"ם ס' י"ט וס' ל"ו ור"כ וכתב בס' י"א דנתפשטה הלכה שלא חוששין ואף דהסמ"ג מחמיר מ"מ פשט המנהג היפך סברתו וקבעו הלכה שלא לחוש. וכ"כ בשו"ת זקן אהרון להר"א הלוי בס' ב' ושו"ת מהריב"ל ח"ב ז'. באם מים חיים להר"ש ויטל ס' ט"ו לב שלמה ס' כ"ג פרח מטה אהרון ח"ב ס' ח"י ועוד. וכ"כ הרשב"ש ס' י"ד ושצ"ה תומת ישרים קפ"ז מהר"ם פדווא ס' ל"ז לחב רב ס' כ"א. ועוד הרבה פוסקים הובאו באוצר הפוסקים ס' מ"ב ס"ק כ"א אות ג' וכ"כ בחקרי לב קמ"א ס' פ"ד דאנן קבלנו כל הוראות מרן והוא פסק מקדש בע"א לא מקודשת.

אמנם חששו לקדושין בע"א דברי יוסף איגרס ס' ט"ו בית יהודה עייש ס' י"ג שבות אהרון ח"ג ס' ק"ט וכתב בקדושת יו"ט דאע"ג דאנן אתרא דמרן סמכינן ומרן הב"י פסק בפשטות המקדש בע"א לא סומכין מ"מ קבלה בידנו דבאיסור ערוה חיישינן לכל הסברות אף שהוא נגד הב"י דמקל. ועפ"ז כתב מהר"ח פלאג'י בספרו חיים ושלום ח"א ס' כ"ב דאף דרוב הראשוני' ואחרונים נקטו דלא חוששין לקדושין וכן קבע מרן הב"י שקבלנו הוראותיו ובפרט בא"י ואגפיה מ"מ כתב מהרי"ט אלגזי בספרו שמחת יו"ט סי' י"א דבאיסור ערוה נוהגים לתפוס בכל התומרות. וכ"כ בספרו גנזי חיים מערכת ק. אות ז. וספרו רוח חיים ס' כ"ח ס"ק ה'. וכ"כ בשו"ת רב פעלים ח"א ס' יו"ד דבעינן ערוה נוהגין בעירנו להחמיר לצאת ידי חובת כל הסברות. וכ"כ בס' ויאמר יצחק בן ואליד ס' קנ"ו וקרני ראם ס' ז' וס' ויען אברהם רווח ס' ט"ו דהם מגדולי חכמי המערב שכן נהגו להחמיר בערוה חמורה אפי' נגד מרן.

ומ"מ בצירוף עוד צד להתיר כתבו אחרונים לסמוך להתירה בלי גט. כ"כ בראש משביר סו"ס כ"ב ופני יצחק אבולעפיא ח"ה ס' ז' וס' ט' קרני ראם לר' אנקווה ס' ז' ושם בקרני ראם שכתב עוד דאף ס"ס זה אינו בקדושין עצמן אלא מכח מחלוקת הפוסקי' ויש להסתפק אי עבדינן ס"ס כזה ומ"מ בג' ס"ס עבדינן אפי' בפלוגתא דרווחא. וכ"כ ברב פעלים ח"א ס' יו"ד דבס"ס מהני אמני הרב מהרי"ט אלגזי לא מכניס ומצרף ספק במחלוקת הפוסקי' מ"מ בג' ספקות מהני ע"ש. ובתשו' רע"א תנינא ס' נ"ה בנידון קידושי ע"א בהנאת קישוט והיה ספק אם יש באותה הנאה שוה פרוטה כתב טעם אחד להתיר משום דהוי ס"ס ספק במקדש בע"א אי חוששין ואת"ל חוששין שמא אין שוה פרוטה באותה הנאת קישוט. וס"ס כזה דספק בפלוגתא דרווחא וספק אחד במעשה מוסכם דהוי ס"ס מעליא וכו' ואפי' שחולקים בס"ס בא"א היינו במיתת הבעל ולא בספק קדושין דיש חזקת פנוי' וכ"כ רוב הפוסקי' האחרונים דבס"ס מתירין חדא דגם מי שחושש במקדש בע"א הוי רק חשש. ונמצא בפועל כל שיש עוד ספק הרי ג' ספקות חדא בעצם הדין אם הלכה או אין הלכה ואת"ל הלכה כמ"ד חוששין אינו אלא ספק ובעוד ספק יש להתיר וכ"כ התשב"ץ ח"א ס' ק"ל באבני צדק ס' ל"ג ול"ד ונוב"י מהדו"ת ס' ע"ז ומהרי"א אפ"ד בס' ח"י ועוד.

ועוד יש לצרף התקנה שהביא שו"ת פרי הארץ ח"ג אהע"ז ס' ב' דנודע לכל הדרים פעיה"ק ירושלים אשר ישנה הסכמה קדומה בינינו בחרמות ובנידויים ובכל תוקף מקדושים אשר בארץ המה שלא לקדש שום בת ישראל טרם עת הנישואין בתוך תחומה של עיר וכל העובר ע"ז ומקדש בקרב הארץ הרי קדושין מופקעין. וכו' וכ"כ שו"ת אדמת קודש חלק אבהע"ז ס' ל"ט שהוא חרם עולמי שלא לקדש אלא בשעת החופה ע"ש והריב"ש בס' שצ"ט כתב שיכולים הקהל לתקן שכל מי שיקדש שלא בידיעת נאמני הקהל ובפניהם ובפני עשרה יהיו קידושיו בטלים. והאריך בזה מר"ן הראשל"צ בספרו יביע אומר ח"ד ס' ה' והעלה בכחה דהתירה להתיר בת ישראל ולא לתת יד לפושעים שיתעללו בבנות ישראל הכשרות, ע"ש.

סימן מג

אשת איש שזינתה בעד אחד

א. גמרא סו. איבעיא להו אשתו זינתה בע"א והוא שותק מהו. אמר אביי נאמן רבא אמר אינו נאמן הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות מב'. אמר אביי מנא אמינא לה דההוא סמיא וכו'. שדר שליחא

אבתריה כי אתא שליח אמר אשתו זינתה אתא לקמיה דמר שמואל א"ל אי מהימן לך זיל אפקה. ואי לא לא תפיק מאי לאו אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא. ורבא אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ואי לא תפקה ע"ש. ופסק הרמב"ם פ' כ"ד מאישות הל' י"ז י"ח. מי שראה אשתו שזינתה או שאמר לו אחד מקרוביו או מקרובותיה שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם שזינתה אשתו בין שיהיה האומר איש או אישה הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת ה"ז חייב להוציא ואסור לו לבא עליה ויתן כתובתה ואם הודית לו שזינתה תצא בלא כתובה ע"כ. א"ל אשתו שזינתה ברצון אין משגיחין בדבריה שמא עיניה נתנה באחר וכו' ואם היה מאמינה וסומכת דעתו על דבריה ה"ז חייב להוציאה ואין בי"ד כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינת אשה זו בפניהם ברצונה ואח"כ כופין אותו להוציא ע"כ.

וכתב השו"ע אהע"ז בס' קט"ו סעיף ו' אין עדים שזינתה רק היא אומרת לא נאמנת דעיניה נתנה באחר וכו'. מי שראה אשתו שזינתה או שא"ל אחד מקרוביו או מקרובותיה שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם בין שהיה האומר איש או אשה הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת ה"ז חייב להוציאה ואסור לו לבא עליה ויתן כתובתה ואם הודית לו שזינתה תצא בלא כתובה וכתב הרמ"א ויש אומרים דלא יכול לומר שמאמין לעד אלא אם מאמין לו גם בשאר דברים אבל אם אינו מאמין לו בשאר דברים רק בדבר זה משום דבלאו הכי נחשדת לו קצת, לא נאסרה עליו.

ב. **ובס'** קע"ח סעיף ט הביא מר"ן דין זה שאם נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו כב' יוציא ויתן כתובה וכתב הרמ"א דבזה"ז דיש חדר"ג אינו נאמן לומר שמאמינה או שמאמין לדברי העד דחיישינן שמא עיניו נתן באחרת ואומר שמאמינה אע"פ שלא מאמינה. ומנדין אותו על שאמר שמאמינה וגורם לבטל חדר"ג וכו' ויש אומרים כופין אותו ומשמש עמה. אע"פ שאומר שמאמין לדברי העד מאחר שהאשה אינה מודה או אפי' אמרה בעצמה טמאה אני לך, וכו' וי"ח וס"ל דאף בזה"ז נאמן וכו'. והרב מל"מ בהל' י"ז הביא דברי הרשב"א בתשובה אלף רל"ז דהא דאם סומכת דעתו חייב להוציאה דוקא בשותקת אבל במכחישתו אינו חייב להוציאה כדאמרינן בעלמא ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ולדעתי דבר גדול דבר הנביא עכ"ל. ודברי הרשב"א לקוחים מדברי רש"י בקידושין סו. דכתב בסוגיא דסומא דא"ל שמואל אי נאמן לך אפקה כיון דלא הכחישתו והמעיין יראה דזה אליבא דאביי אבל לרבא דאמר אי מהימן לך כבי תרי אפקה מאי נ"מ אם מכחישתו או לא כיון שסומך עליו כבי תרי. אטו בי תרי דאתו והעידו והאשה מכחישתם האם יש איזה כח בהכחשתה לב' תרי. ובספקו של המל"מ דע"א אומר אשתך זינתה דנחלקו אביי ורבא דאביי אמר שנאמן ולרבא לא נאמן רק אי נאמן לו כב' תרי. ובלקוטים שעל הרמב"ם בדפוס פרנקל תלה בב' תירוצים של הר"ן למה למשנה אחרונה לא נאמנת. לפי תירוץ א' במשנה אחרונה דאביי ס"ל דהא דנאמן רק בשותקת אבל מכחישתו לא נאמן ולרבא גם בשותקת לא נאמן דלהר"ן בתירוץ א' מעיקר הדין נאמנת רק חכמים הפקיעו הקדושין. ותירוץ ב' כיוון דמשועבדת לא נאמנת. ולכן אביי ס"ל כתירוץ א' דמעיקר הדין נאמנת ורק חכמים הפקיעו שמא עיניה נתנה באחר וכשיש ע"א שותקת חזרה נאמנותה וע"א נאמן. אבל רבא ס"ל דלמשנה אחרונה לא נאמנת משום דמשועבדת לבעלה ולכן גם אם יש ע"א ושותקת לא נאמנת ולפ"ז הא דאמרה הגמ' בסוטה דאין אשה נאסרת על בעלה אלא בעדים איירי במכחשת אותו לכן צריך עדים.

ג. **וכ"כ** הטור בס' קע"ח א"ל עד אחד שאשתו זינתה והיא שותקת אם נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו כשנים יוציא ויתן כתובה וכתב הפרישה בשם רש"ל דאם שותקת פשיטא דהוי כהודאה ואפי' אינו נאמן כ"כ בעיניו אלא הוא סתם אדם כשר ומעיד בפניה שזנתה חייב להוציאה ולא אמרינן עיניה נתנה באחר דלא אמרינן כן אלא באומרת בעצמה ולא ע"י ע"א. והמקנה תמה על המהרש"ל מתשובת הרשב"א דחולק כפי שהביא המל"מ בשמו. וכתב לישב בקובץ הליקוטים על הרמב"ם דמהרש"ל ס"ל כדעת הרשב"א בחידושיו בתירוץ ב' דמיירי במכחשת והוא שותק ואביי מודה דמהתורה אין אשה נאסרת על בעלה אלא בעדים ורבנן החמירו בע"א ורבא חולק וס"ל דגם מדרבנן מותרת לבעלה וס"ל למהרש"ל דע"כ לא פליג רבא אלא במכחשת בזה לא נאמן, אבל בשותקת מודה לאביי. והא דבעי שיהא נאמן עליו כבי תרי מיירי במכחשת ואפילו הכי כשסומך דעתו עליו החמירו רבנן וסובר המהרש"ל דלא כמו שכתב המל"מ בשם תשובת הרשב"א ובסוגיא דרוכל ביבמות כד. מובא דהא דא"ל שמואל אי מהימן לך הוציאה היינו לצאת ידי שמים. ועוד הוסיף להסביר לפי הספרי שהביא הפנ"י קדושין ס"ה לא יקום ע"א באיש לכל עוון ולכל חטאת אבל קם הוא לעדות אשה להשיאה והקשו התוס'

אמאי לרבא אינו נאמן דכיון דשותק ושתיקה כהודאה למה לא תאסר עליו וכי לא יכול לעשותה עליו חתיכה דאיסורא. וי"ל קסבר רבא דטעמא דשותק מהימן לאו משום דשתיקה כהודאה אלא משום דאיכא רגלים לדבר מהימני ליה. וכיון שאין האיסור מכח עדות הבעל אלא מכח עדות העד לא מהימני ליה דעד אחד אינו נאמן בדבר שבערוה. ע"כ. וזה כשהבעל שותק אבל כשהאשה שותקת זה ודאי הודאה כיון דהיא יודעת האמת. ועדיין קשה לרבא למה בשותקת ועד אחד לא אסורה וע"כ דהסוגי' איירי במכחישתו ולכן אמר רבא אי מהימן לך כבי תרי תוציא ולכן בע"א אומר לו נתנסך יינך והוא שותק לא נאמן מדין שתיקה כהודאה אלא מדין עד אחד. ובאומר לו אשתך זינתה והיא שותקת השתיקה לאו כהודאה אלא דנים בנאמנות של ע"א ובדבר שבערוה לא נאמן ולכן בעי נאמן כבי תרי. משא"כ לתוס' דס"ל כדעת ר"ת וטור דשתיקה כהודאה וכן נפסק בשו"ע יו"ד ס' קכ"ז בסעיף א האומר לחבירו נתנסך יינך אם הוא בידו נאמן ואפי' אם אינו עתה בידו שכבר הוחזר לבעלים אם בפעם ראשונה שמצאו א"ל נתנסך יינך נאמן אפי' בעל מכחישו אבל אם אינו בידו ולא א"ל בפעם ראשונה שראהו ואח"כ א"ל אינו נאמן אם הבעל מכחישו או אמר איני יודע אבל בשותק שתיקה כהודאה. וכן נמי באשה אם שותקת הוי כהודאה וסגי בעד אחד א"כ מה שאמר רבא אי מיהמן לך כבי תרי איירי במכחישתו. וכ"כ המאירי דנאמנות העד אפי' מכחישתו לרבא אי מהימן ליה כבי תרי נאמן. וכ"כ מהרי"ט דאם מאמין לעד כבי תרי אפי' מכחישתו חייב להוציאה.

ד. **והקשה** מר"ן הב"י על הטור דבס' קט"ו כתב שצריך לקבל דברי העד משום לזות שפתים ובס' קע"ח כתב חייב להוציאה ואינו מזכיר טעם הזה ומתרץ הב"י בס' קע"ח איירי ששותקת ולכן חייב להוציאה ואילו בס' קט"ו מכחישתו ואומרת שלא זינתה. שאז מהדין לא חייב להוציאה רק משום לזות שפתים. והנה באשה שאמרה טמאה אני לך לא נאמנת למשנה אחרונה דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר וכופה ומשמשתו. ואע"פ שלא מאכילין לאדם דבר האסור כתב הר"ן דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה וכתב רמ"א ואם יש רגלים לדבר נאמנת וכתב הב"ש ואם ע"א אומר שזנתה והיא שותקת חייב להוציאה וכן ע"א שאומר לבעל שהוא יודע שזינתה והוא שותק חייב להוציאה. ובמחלוקת התוס' והרשב"א בגדר הנאמנות בע"א אומר לו אשתך זנתה והוא שותק לתוס' מדין שתיקה כהודאה דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא. אבל הרשב"א ס"ל דזה מועיל מדין ע"א שנאמן כשכנגדו שותק או אינו יודע. א"כ ע"א בזנות מה ענינו כאן וע"כ פי' הרשב"א דהיא שותקת ומ"מ אינו מחוייב לגרשה אליבא דרבא דאין דבר שבערוה פחות מב'. ולענין נאמנות ע"א כתב הרמ"א בס' קע"ח דהיום דיש חדר"ג אינו נאמן לומר שמאמין לעד או שמאמינה באופן שטוענת שזינתה. משום דעוקר חדר"ג.

ה. **וכשהבעל** ראה שאשתו זינתה, כתב הפ"ת בס' קע"ח ס"ק י"ט, בשם תשו' נוב"י תנינא ס' י"א דהגאון השואל ר' טבלי ז"ל פלפל על הרמ"א דהשמיט אם ראה הבעל את אשתו שזינתה אם מנדין אותו היום דיש חדר"ג והחליט הרב השואל דבראה אשתו שזינתה ודאי לא נאמן דבזה עוקר דין חדר"ג וכל אחד יאמר כן משא"כ בהתחילה היא ואמרה נטמאתי או עד אחד אומר לו אשתו זינתה לא שייך שכל אחד יאמר כן. והנוב"י נחלק עליו וכתב דהרמ"א בתשו' ס' י"ב כתב בפירוש כשבעל אומר שראה את אשתו גם היום שיש חדר"ג נאמן. דלב יודע מרת נפשו וגם לא יוכל להעיז ולומר שקר, ורק באופן דאינו אומר בעצמו שראה שזינתה אלא מאמין לעד ראוי לנדותו. וכ"כ מהר"ם טראני באומר ראה אשתו שזינתה אם הוא יודע בודאי אסור לו לבא עליה ומ"מ יש מחלוקת בפ' הרמ"א ועל מה שכתב הרמ"א מנדין אותו על שאומר שמאמינה וגורם לעקור חדר"ג הרי הוא לא נאמן ואינו מגרשה ולמה מנדין כיון דחדר"ג לא נעקר ממקומו וזה תמיהת הב"ש ס"ק ט' ובתשו' הר"י הלוי אחיו של הט"ז כתב לישב דהא דאמרינן שלא רשאי להאמינה היינו כדי להוציאה בע"כ והיינו אם אח"כ חזר בו מקבלים דבריו, אבל אם עומד בדבריו ומוציאה מנדין אותו דגרש לבטל חדר"ג ע"ש. ובישו"י ס' קט"ו אות ח' הביא מעשה שהיה בק"ק דראהביטש' באדם שטען שראה את אשתו שזינתה וגם ע"א ראה עמו. כתבו הרבנים השואלים דאינו נאמן היום דיש חדר"ג. והעלה דודאי הבעל נאמן והוכיח ממה ששייר הרמ"א דין זה בס' קע"ח וכתב רק באמרה לו או ע"א ומאמינם, על זה מנדין שמאמינים לה ועוקרים חדר"ג אבל לא בבעל שראה את אשתו דאין מקום לנדותו שהרי הוא עומד וצווח ראיתי שעשתה איסור והוכיח מס' סח בטענת פ"פ דנאמן לאוסרה והרמ"א לא הגיה כלום לומר דבזה"ז לא נאמן כיון שיש חדר"ג. ויש לחוש שמא עיניו נתן באחרת. והביא דברי הר"ש דוראן שהובא במרדכי קידושין דף תרסב. דאף בראה אשתו לא נאמן היום שיש חדר"ג וכתב נראה לי דעת הר"ש דוראן

יחידאה. והוכיח גם מדברי התוס׳ בסוף נדרים שאם אמר שמאמינה באמרה לו טמאה אני לך והבעל טוען שמאמינה לדבריו שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וכיון דאסורה לו לכן מגרשה ומנדין אותו על שביטל חדר״ג. וכדברים הללו כתב הרשב״א ג״כ בשבע שיטות בחידושיו לנדרים בשם בעלי תוס׳ והסכים עמהם הרי מבואר דאסורה עליו אבל משמתין אותו שגרם לבטל חדר״ג וזה רק במאמינה אבל בראה אין מקום לנידוי.

ו. **ויוצא** לפי משנה אחרונה שלא נאמנת אע״ג דשויה אנפשיה חתיכה דאיסורא הקשה הר״ן הרי לא מאכילין לאדם דבר האסור ותירץ בתירוץ א׳ כיון דאשה משועבדת לבעלה אין לה כח להפקיע שעבודה. לכן לא נאמנת וקשה אם כן למה אוכלת בתרומה אם היא אשת כהן דהרי כאן אין שום שעבוד, וצ״ל דכאן תקנת חכמים לא להאמינה כדי שלא תהא נותנת עיניה באחר דאע״ג דבאומרת קונם הנאת תשמישך עלי היא נאסרת וחל הנדר וכאן נמי כשאומרת שניטמאת הרי אוסרת הנאת תשמישי עליה ואיך לא מאמינים לה, הרי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, צ״ל דחכמים ראו שאם נאמין לה כל מי שתרצה להפקיע עצמה מבעלה תעשה כן לכן לא האמינוה. וראי׳ לזה מצאנו ברמב״ם פ׳ י״ג מהלכות גירושין שכתב אל יקשה בעיניך שהתירו ערוה החמורה וכו׳ וכוונתו ג״כ כמו שכתבנו דאי תהא נאמנת א״כ כל אשה תמצא דרך להפקיע עצמה מיד בעלה וע״כ כיון דבטמאה אני לך הדבר מצוי שתאמר כן לכן לא האמינוה. ולכן יש הבדל בין אשה שאמרה, לבעל האומר שראה את אשתו. דאשה שטענה כן הרי שום אחד לא מכחישה ולא יודע שהדברים לא נכונים לכן לא נאמנת. משא״כ בעל שטוען ראה את אשתו הרי אשתו תכחיש אותו אם הדבר לא נכון וחזקה אין אדם מעיז פניו נגד חבירו בזמן שיודע בשקרו ולא שייך לומר לא נאמין לו דחיישינן שמא יטען כן כדי להפקיע עצמו ממנה ועל כן אמרינן בעל שטען על אשתו אי לאו שכנים דבריו לא היה טוען כן.וכן יש לחלק דבאמרה טמאה אני לך והבעל מאמינה, הרי במידה וזה לא נכון הגט בטל דכל פעולת הגירושין כיון שאסורה עליו וכשלא אסורה לו גירושין בטעות אבל בבעל שמוציא לרצונו גם היום שיש חדר״ג אם טוען שראה את אשתו שזנתה ומגרשה, הגם דהדבר לא נכון מ״מ עבר על חדר״ג אבל הגט הוא גט גמור ואם זה אמת לא עבר על חדר״ג לכן האמינוהו בראה דאין בזה חשש תקלה דמ״מ הגט הוא גט, וא״א הותרה כדין משא״כ בטמאה אני לך ודו״ק. ותמה הישוע״י למה באומרת לו שנטמאת מנדין אותו כיון שע״פ דבורה נפקע השעבוד והיא נאמנת לאסור עצמה ולמה לא יהיה נאמן.

ז. **ובדברי** הגמ׳ אי נאמן עלך כבי תרי זיל אפקה. כתב המאירי היינו שנאמן עליו לכל דבר דסתם אדם יש לו חזקת נאמנות ואינו חשוד וע״כ הא דא״ל אי נאמן עלך כבי תרי בכל דבר אחרת אפי׳ שמוחזק בעיניו ככשר והגון ובתוך לבו משוכנע שהעד אומר אמת אין לו להוציאה אפי׳ לצאת ידי שמים. וכ״כ הרשב״א בתשובה במיוחסות ס׳ קל״ג שמאמינו בכל דבר כתרי אמנם בבית מאיר מובא בתשו׳ רע״א פוסקים ס׳ ק׳ כתב דמדברי הרשב״א משמע הפוך ורע״א בתשו׳ ס׳ ק״א הפנה אותו לתשובת הרשב״א במיוחסות ס׳ קל״ג.

אמנם מדברי הרמב״ם שכתב בפ׳ כ״ד הל׳ י״ז, י״ח וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת משמע אע״פ שכל הנאמנות רק לדבר זה חייב להוציאה. וכן פסק מר״ן בשו״ע ס׳ קט״ו, אמנם הרמ״א הוסיף דבעינן שיהיה נאמן כבי תרי בכל ענין. ויש לדון באמר לו ע״א שאשתו זינתה וסמכה דעתו עליו דחייב להוציאה האם חיוב זה מדיני אדם שבי״ד מחייבים אותו להוציאה או רק לצאת ידי שמים. ומלשון הרמב״ם שכתב בסוף הלכה ח״י ואין בי״ד כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינת אשת זה בפניהם ברצונה ואח״כ כופין אותו להוציא ומשמע מרמב״ם דקאי גם על הלכה י״ז אם ראה אשתו שזנתה חייב להוציא ואסור לו לבא עליה וכו׳ משמע חייב להוציא לצאת ידי שמים. וכן ראיתי בתשו׳ מהר״י הלוי אחי הט״ז. והרא״ם ס׳ כ״ה תמה על זה מאי שנא משויא אנפשיה חתיכה דאיסורא דהגמ׳ כתובות ט. אמרה פ״פ כבי עדים ובסוגי׳ הנ״ל מדמה לאומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני דהוא אסור בקרובותיה. וברור שאם נשא אחד מהקרובות שכופין אותו להוציא. וכן מביא הבאר היטב בשמו בס׳ מ״ב ס״ק ב׳ וכתב דלא קשה מידי דהרמב״ם ס״ל כהרי״ף רבו דכל זמן שאין עדי טומאה או עדי קינוי וסתירה אין כופין אותו בבי״ד להוציא אף דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא רק לצאת ידי שמים הוא חייב. וע״כ מסיק דגם בפ״פ אין בי״ד כופין אותו להוציא רק הוא חייב לצאת ידי שמים. ומה שאמרה הגמ׳ דף ט. פ״פ כעדים היינו לענין לאסור אותה עליו אבל לא לענין כפיה ע״כ.

ח. **ובספר** בית מאיר הביא דברי מהר״י הלוי וכתב עליו

דיפה דיבר ד״ל שסובר הרמב״ם שכל שב״ד מענישין בדיני אדם אין נזקקין להוציא בכפיה. וכבר כתב הרמב״ם פ״א מהלכות ביאה דאין מענישין אשה שאמרה נתקדשתי ומשמע שכל שאין הענין ברור לבי״ד ע״פ עדים או חזקה לא מענישין וה״ה ד״ל לא כופין. עי״ש. ובס׳ בגדי כהונה ס׳ ג׳ האריך בזה ודעתו ג״כ דגם באומר שראה אשתו שזינתה בי״ד לא כופין כיון שיכול לחזור בו בלי אמתלא. עי׳ ט״ז ס״ק י״א. ואין להקשות מאי שנא מהאומר קדשתיך בס׳ מ״ח דהוא אסור בקרובותיה משמע איסור עולם אף אם חזר ומאי שנא מאומרת א״א אני סעיף ד׳ ומאומרת טמאה אני לך ביו״ד קפ״ה דצריכה אמתלא להתיר. דיש לחלק דדוקא בדבר הנוגע לאחרים צריך אמתלא אבל בדבר שנוגע רק בינו ובינה לא בעי אמתלא, כיון ששניהם יודעים האמת שאמר בתחילה שקר לכן לא בעי אמתלא. וכתב שגם הרב צ״צ הביא חילוק זה בשם י״א רק שקשה על זה מהא דאמר בסוף נדרים ומודה רב ששת שאם מת אינה אוכלת בתרומה וכן סתר סברא זו בשו״ת חכם צבי סו״ס מ״ד ע״ש.

ובתשו׳ ברית אברהם ס׳ פ״ו אות ב׳ הביא סברת הי״א שהביא הרב צ״צ ודחה אותה חדא דהרב עצמו דחה אותו וכן בס׳ חוו״י ס׳ מ״ד ועוד דתשובת הרא״ש כלל ל״ב ס׳ י״ב הביאו מר״ן בס׳ קע״ח סעיף י׳ באחד שהוציא קול דברור לו שאשתו זינתה דבלי אמתלא היא אסורה עליו וא״כ כיון דלא יכול לחזור בלי אמתלא למה בי״ד לא כופין אותו להוציאה. ולכן פשט דבשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא כמו בסוגי׳ דפ״פ בי״ד כופין אותו להוציאה אך המעיין בדברי הרי״ף והרא״ש שלא כתבו כלום בנאמן עליו כבי׳ תרי דאינו חייב להוציאה רק בלצאת ידי שמים וע״כ כתב דכל שהבעל לא אמר כלום חייב לצאת ידי שמים אבל אם הבעל אמר להדיא שמאמין דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא חייב להוציא בדיני אדם ועי׳ פירוש הריטב״א בסוגיא דפ״פ.

ט. **אמנם** בשו״ת רע״א ס״ס פ״ח כתב בפשטות בדברי הרמב״ם דחייב להוציאה בנאמן לו רק לצאת י״ש. ובתשו׳ ח״ס ס׳ כ״ח כתב לרב אחד ששאל אי בשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא כופין אותו בי״ד או זה דין רק לחוש לנפשיה. הנה ודאי עיניו שפיר חזו מה שכתב הרב צ״צ ס׳ ק״ד דפעמים שבי״ד כופין והוא פשוט מאוד ומ״מ נ״ל דוקא בשאר איסורים אבל באומר אשתו זינתה בפניו ושוב חוזר בו אין בי״ד כופין להוציא, דכיון שחוזר בו נהי דלדידיה אינו חוזר ומגיד וכבר אסרה עליו כמו נדר או כמו עד שאינו חוזר ומגיד, מ״מ הדבר אצלנו ספק וגט מעושה שלא כדין פסול מהתורה. ואם אמת שלא זינתה אין בי״ד יכול לכופו, וא״כ הכפיה היא גט מעושה שלא כדין ופסול ובניה מן השני ממזרים, ע״כ אין לכופו לגרש אלא אומרים לו שנאסרה עליו ולא כופין אותו לגרש. אמנם כל זה בחוזר מדבריו הראשונים אבל בעומד בדיבורו שזינתה גם בזה ס״ל להרמב״ם שלא כופין אותו להוציא שאין כופין אלא ע״פ שני עדים, כמו שכתב בפירוש בפ׳ כ״ד הל׳ י״ז י״ח. והריטב״א בדף פ״א חולק על הרמב״ם. וכל זה בענין לכוף לגרש אבל בשאר ענינים פשוט שבי״ד כופין לקיים מה שאסר ע״כ.

אמנם בשו״ע בס׳ קט״ו מחלק בין אם אשתו א״ל לבין ראה את אשתו שזינתה, דבסעיף ו׳ באמרה לו אשתו שזינתה אם מאמינה ודעתו סומכת עליה חייב להוציאה ואין בי״ד כופין אותו. אמנם בסעיף ז במי שראה אשתו שזינתה וכו׳ חייב להוציאה ואסור לו לבא עליה וכו׳ ולא כתב ואין בי״ד כופין אותו. משמע בראה אשתו שזינתה בי״ד כופין, ולכן כתב בס׳ קע״ח סעיף י׳ תשובת הרא״ש דהאומר שנתברר לו ששאתו זינתה וחזר בו דצריך אמתלא לחזרתו. ומשמע באומר שנתברר לו שבי״ד כופין, דאלו הוא רק לצאת ידי שמים מה צריך לאמתלא הרי קמי שמי׳ גליא ובוחן לבבות יודע אם באמת חוזר או לא. ובדעת הרמב״ם נראה מהך דאמר רבא ע״א שזינתה והוא שותק ס״ל לרבא שמותרת וקשי׳ קושית התוס׳ הרי שתיקה כהודאה וע״כ ס״ל לרמב״ם דאף דשתיקה כהודאה דמיא וכאילו אמר שנתברר לו שזינתה מ״מ אין כופין ע״י בי״ד רק לצאת ידי שמים. וכתב בבני אהובה פ׳ כ״ד מאישות הל׳ י״ח דבעומד בדבורו ואומר ראה אשתו שזינתה ודאי דבי״ד כופין אותו כי מי יראה אש אוכלת בשאת נפשו ולא יהיה הבי״ד מצווין להפרישו וזה נראה לענ״ד ברור. ומעתה לא קשה מה שהקשה מהריב״ל מאי שנא מפ״פ דנאמן ובי״ד כופין אותו להוציאה כדי להפרישו וכן הגמ׳ מדמה לאומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני דאסור בקרובותיה ובי״ד כופין אותו לגרש אם נשא אחת מקרובותיה ולפי מ״ש ניחא דפ״פ מיירי בעומד בדיבורו ואינו חוזר כלל ובזה ודאי דלא שבקינן ליה למעבד איסורא ובי״ד כופין אותו ע״כ.

ובאופן דבעל ראה כיעור והאשה הודית שנטמאה וחזרה בה כתב רע״א בתשו׳ ס׳ פ״ח דברי מהר״י דהביא הרמ״א בס׳ קט״ו דאם יש רגלים לדבר

נאמנת לומר טמאה אני לך. ואח"כ כתב כל זה בעדי כיעור אבל כשרק הבעל ראה כיעור י"ל דלא מפיו אנו חיים. דכתב מהר"ש מנביל שהביא המרדכי פר' האומר והרב יוסף בהג' מיימון דלבתר חדר"ג אינו נאמן. וכן דעת הרשב"א ס' אלף רלו. אף דבסוף נדרים מחלקין למשנה אחרונה בין טמאה אני לך לגרשתני שנאמנת וכו' ובתשו' מהרש"ל ס' ל"ג כתב לחלק דהא דהיא מותרת מחמת שהיא קרקע עולם וכן בש"ש יבמות בפ"ב וכתב שם לחלק בין מאמין לה למאמין לעד דבמאמין לעד בזה לא נאמן אבל בנתנה אצבע בין שניה יכול להאמין לה גם לאחר חדר"ג.

ובתשו' חתם סופר ח"ב ס' צ"ה כתב באשה שבאה בבכי ואמרה לשכנותיה דרך תשובה ווידוי שנתפתית לרווק אחד ונודע לבעלה ובא הנער לקבל תשובה ואמרה דבשעת מעשה סגרה רגליה ולא מירק. והביא דברי החוו"י אם בשעת חוליו התודה אם נאמנת לאחר שחזרה לבוריה והעלה דאסורה, והנוב"י העלה דמותרת דזה הדין של משנה אחרונה. ושם דן בבועל המתודה דרך תשובה דהוי כע"א דנאמן לו כבי תרי, והעלה דאם לא האמין לדבריה מותרת לו אבל אם בלבו ספק תצא בלא כתובה ע"ש ודו"ק.

סימן מד

תינוק הנמצא מהול

א. **גמ'** עג. אמר רבא בר רב הונא מצאו מהול אין בו משום אסופי וה"ה במשלטי הדמיה או שייף משחא ומלא כוחלא,וכן פסק הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה הל' ל"א נמצא מהול או שהוחתל או שהומלח או שהיה הכוחל בעיניו או קמימן בצוארו או תחת אילן מסובך שאין חיה נכנסת לו והיה סמוך לעיר או שנמצא בביהכנ"ס הסמוך לעיר או בצידי רה"ר אין בו משום אסופי מאחר והן משמרין אותו שלא ימות בחזקת כשר הוא. אבל אם נמצא מושלך באמצע הדרך או רחוק מן העיר אפילו תחת האילן או בבית הכנסת או שנמצא תלוי באילן מקום שחיה מגעת לו ה"ז אסופי ע"כ.

וכתב הרמ"ה הביאו רבינו ירוחם נתיב כג. דלא חיישינן לאסופי אלא כשמוכח שהושלך כדי שימות אבל נמצא במקום משומר אפי' אין בו סימן כשרות בגופו, או נמצא במקום שלא משתמר ונמצאו סימני כשרות בגופו אינו אסופי. ומה שנמצא במקום שאינו שמור אמרינן אמו מסרתו לשליח להעבירו למקום שמור והוא זרק אותו שם ושינה משליחותו. ומה שכתב הרמב"ם תינוק שהוחתל או שהומלח דכן פירש הרמב"ם "משלטי הדמיה" אמנם רש"י פירש אבריו מתוקנים ומיושרים וכ"כ המאירי והר"ן ור"ח ורבינו ירוחם.

ובגמ' יש הבדל בין אסופי לשתוקי דכל שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו הוי שתוקי ואבא שאול אמר שאם אמו אומרת לכשר נבעלה הולד כשר שנאמנת להכשירו. אבל כל שלא נבדקה האם הוי ספק ממזר. וא"כ קשה באסופי שנמצאו בו כל הסימנים המראים שלא נזרק למיתה למה כשר לקהל מה עדיפות יש לו מזה שמכיר את אמו דכל זמן שלא נבדקה אמרינן דהוי ספק ממזר. והמהרי"ט הקשה קושיא זו ומכח זה כתב דכל אסופי שאיבריו סדורים ומהול הוי ספק ממזר. כדין שתוקי שלא נבדקה אמו. אמנם רוב הפוסקים נחלקו עליו וכתבו שעצם העובדא שלא נזרק למיתה והוא מהול או שנמצאו בו סימנים שאמרה הגמ' זה גופא הבדיקה דהוא כשר ומותר להינשא לכשרה.

ב. **ואסופי** מדאורייתא הוא מותר לבא בקהל דהתורה אמרה לא יבא ממזר בקהל ד' ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ממזר ספק יבא. וכל אסופי הוא ספק דכל א"א המזנה תולה בבעלה ואינה משליכתו אלא שיש מיעוט ארוסות ומיעוט נשים שהלכו בעליהן למדינת הים שאינן יכולות לתלות בבעליהן. ומאידך יש מיעוט פנויות נגדן וכן נשים שזורקות ילדיהן מחמת רעב והוי ספק שקול דאין כאן רוב להכריע שהוא ממזר. ואע"פ שאין מכיר לא את אביו ולא את אמו מ"מ מעצם הדין מותר לו לשאת אשה דהוי חשש רחוק. אבל חכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרו ספק ממזר לבא בקהל ונחלקו בגמ' דף סט. יש מתירין לו אסופית ויש אוסרין שחוששים שמא הוא ממזר והיא כשרה ואין לו תקנה אלא לשאת גיורת או משוחררת.

ומה שאסרו אסופי הוא רק בנמצא בעיר שרובה ישראל אבל נמצא בשדה או חוץ לעיר אע"פ שכל העיר

ישראל הולד כשר לבא בקהל אחרי טבילה דאזלינן בתר רובא דעלמא שהם גויים ולאחר טבילה מותר לבא בקהל. ואע"פ שלענין ממזרות בעי תרי רובי הכא נמי יש רוב המשליכים גויים כר"י בפ"ב דמכשירין אמנם הרמב"ם בפט"ו הל' ל"א מאיסורי ביאה כתב בהדיא דגם רחוק מהעיר נחשב אסופי. ובעצי ארזים ס"ק ס"א תמה דגם בנמצא תוך העיר נלך אחר רובא דעלמא ואף במחצה על מחצה או אפי' ברוב ישראל נימא גוי הוא. והרמב"ן בב"ב כ"ג כתב לחלק בין קרוב לנמצא במקומו. דאז לא אזלינן בתר רובא. הכא נמי בעיר נמצא במקומו ולא אזלינן בתר רובא דעלמא. אבל לרא"ש שם אף בכה"ג אזלינן בתר רובא ואף להקל קשה ותירף דהתם אילו אזלינן בתר קרוב יאסר היין. והוי כדיעבד משו"ה סמכינן ארוב דעלמא משא"כ הכא לא ניזיל בתר רובא להאכילו מאכלות אסורות ורק כשרוב העיר גויים מאכילין אותו מאכלות אסורות.

ג. **ועל** מה שכתבו הרמב"ם והשו"ע דכל שחוששין לשומרו אין בו משום אסופי. והבאנו דברי מהרי"ט דכתב דמ"מ מדין ספק ממזר לא נפיק אמנם הנוב"י כתב דכשר לקהל בלי בדיקת אמו. וכ"כ עצי ארזים ס"ק נ"ד. וכ"כ בבית מאיר ס' כ"ו וכ"כ בישועות יעקב פ' הארוך ס"ק י"ד דמסתימת הרמב"ם והשו"ע משמע דכשר לבא בקהל ולא צריך בדיקת אמו. דעצם העובדא דדאגה שלא ימות זה אומר שהולד כשר. דממזר ניחא לה שימות שלא יתוודע וכל שיש הוכחה סמכו חז"ל אדין תורה. אך בשתוקי כיון דעברה אאיסור זנות איתרע חזקתה. אבל באסופי אמרינן דמבעלה אלא מחמת רעב זרקה אותו וכן משמע מרש"י בנמצא מהול דאי לאו דכשר לא היתה טורחת למול אותו. ובנוב"י כתב לחלק בין שתוקי לאסופי דבשתוקי דנים על האמא והבן. משא"כ באסופי דנים רק על הבן ודברי הנוב"י סי' ז' דכשדנים על הולד סגי רוב אחד, והרב פ"ת ס"ק מ"א האריך בזה והב"מ תמה עליו וכתב דהוי שגגה שיצאה מפי השליט דלפ"ז יצא שאם אמו גרושה חללה וחלוצה שאין לדון על האם אלא על הולד הולד כשר. וחלילה לומר כן ובשב שמעתתא שמעתתא ד' כתב דדברי הנוב"י הם נגד רוב הפוסקים ומ"מ בנדון הנוב"י שאם נפסול הולד יצאו כמה מכשולים בשעת הדחק יש לסמוך על רש"י ובעל המאור דסגי ברוב אחד וכתב עוד הש"ש דאפילו לפוסקים דבעי תרי רובי רק משום מעלה עשו ביוחסין א"כ בשעת הדחק יש לסמוך על רוב אחד.

ד. **ודברי** הנוב"י באהע"ז ס' ז' דבתחילה צידד שאסופי שנמצא דינו כשתוקי אך מלשון הטור שכתב שאסופי שנאסף מהשוק ספק ממזר כל שאין הוכחה שלא הושלך לשום מיתה אבל אם יש הוכחה שלא הושלך לשם מיתה אין בו משום אסופי ומוכיח כן מבית שמואל ס"ק נ"ד שכתב לפי המסקנא שאם יש סימן באסופי רשאי הוא לישא אשה ואין חוששין אצלו לכלום. וכשרותו לא תלויה עוד בעדותה של אמו. ומכח זה דן שאסופי שיש בו סימנים המראים שלא הושלך למיתה עדיף משתוקי שבו אנו יודעים מי האב וברור שנתעברה מזנות שאם פנויה היא ודאי זינה ואם ארוסה היא הרי כל העולם אסורים עבורה ולכן כל שלא דיברה ואמרה מארוס נתעברה כיון שכל העולם אסורים אצלה חוששים חכמים שמא נתעברה מפסול והולד הוי ספק ממזר עד שתגיד שהתעברה מכשר אבל באסופי הורתו ולידתו בכשרות וכל החשש כיון שנמצא זרוק בזה אנו רואים תנאי ההשלכה דכל שלא הושלך למיתה הולד כשר. ואחר שדן שאין הבדל בין אסופי לשתוקי העלה דכל שתוקי הוא אצל אמו ודנים על האם הפנויה ממי שהתעברה ואע"פ שרוב כשרים אצלה חיישינן שמא היא הלכה אצלם והוי קבוע. משא"כ באסופי אנו דנים רק על הבן והוא פריש לכן כל שלא זרקו אותו למיתה הולד כשר. לפ"ז גם בשתוקי שלא נבדקה אמו ומתה שדנים אך ורק עליו נמי יהיה מותר שיש כאן רוב וכל דפריש מרובא פריש.

ובעל קהלות יעקב מליסא דן בחידוש הנוב"י שהתינוק עצמו כשר מדין כל דפריש ומנסה להשוות תינוק שנמצא לביצה של תרנגולות בחצר שנמצאת טרפה ויש עמה תרנגולת כשרות שהביצה כשרה מדין כל דפריש ודחה את הדמיון דגבי ביצה שהספק על התרנגולת שכל אחת ידועה אם היא כשרה או טרפה כך שהספק נולד רק על הביצה אבל אצלנו הספק מתעורר מיד על האשה שנמצאת מעוברת ועל העובר בעודו במעי אמו. וממילא נחשב לקבוע כשם שאמו נחשבת לקבוע וכ"כ בעל עין יצחק אהע"ז ס' ח' וכתב דשמא כיון דהעובר הוא דבר שלא בא לעולם הספק נולד בו כשבא לעולם ולכן יש לדונו כפריש מרובא.

גם מהרי"ט בתשובותיו אהע"ז ס' י"ז כתב דשתוקי הוי קבוע אף שפירש כיון שיש בו ספק שמא נולד באיסור מחמת אמו שמא היא הלכה אצל הבועל שהוא קבוע וזה דלא כהנוב"י וכ"כ בשמעתתא ד' פרק י"ח שכתב דמדברי המהרי"ט הולד נחשב לעולם כקבוע

אפילו כשאנו דנים על אמו. ובשב שמעתתא שם כתב לדינא כדעת הנוב״י ולא מטעמו דהדין דומה לעשר חנויות ויש אחת טרפה שאם לקח מאחת מהן ולא ידוע אמרינן שזה דין קבוע כיון שהספק נולד בידו ועל כן אסור גם לאחרים. אבל בלקח אדם מהקבוע ונפל מידו ומצאו אחר הרי זה בגדר כל דפריש מרובא פריש למרות ששערי מדינה נעולים וברור שהבשר בא מהחנויות שבעיר. כיון שהספק נולד למוצא הבשר שהחתיכה פירשה וה״ה לגבי הולד שאמו הלכה לבועל ונחשבת כלוקח מהקבוע וכיון שהלוקחת נמצאת לפנינו הרי הולד אסור אבל אם האם הלוקחת לא לפנינו ואנו דנים רק על העובר הוי פריש דדמי ללקח מן הקבוע ונפל דהספק נולד עליו בשעת המציאה וחזר הדין הכללי של כל דפריש ודו״ק.

ה. **אבל** לא משמע כן מהרמב״ם פ׳ ט״ו מאיסורי ביאה הלכה י״א־י״ב בפנויה שילדה ואמרו לה מה טיבו של עובר זה אם אמרה בן כשר הוא נאמנת והבן כשר למרות שרוב העיר שזנתה בה פסולים. ואם לא נבדקה אמו עד שמתה או שהיתה חרשת או אלמת או שוטה ה״ז הולד ספק ממזר והוא הנקרא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו משמע לכאורה דגם כשמתה אמו והדין הוא רק על הולד בכל אופן נידון הוא כשתוקי וזה ברור דלא כהנודע ביהודה וכן דייק הב״מ מהרמב״ם והמהר״ם שיק אהע״ז ס׳ ס״ח בעל חמדת שלמה ס׳ א׳ הביאו הפ״ת ס׳ ד׳ ס״ק מ״א וכן יש לתמוה על בעל השב שמעתתא דס״ל כנוב״י דהרי הרמב״ם מפורש לא כן שס״ל שאין לולד דין פריש אלא דין קבוע.

ויש לחלק דהרמב״ם שכתב אם לא נבדקה אמו הולד שתוקי מיירי ברוב פסולים וכמו שכתב בנבדקה אמו ואמרה לכשר נבעלתי הולד כשר אפילו ברוב פסולים אצלה. ולכן בלא נבדקה הולד ספק דמיירי ברוב פסולים ולא מדין קבוע אלא מהדין הכללי דכל דפריש מרובא פריש. אבל ברוב כשרים כדינו של הנוב״י והש״ש דיש רוב כשרים רק דנים על הקביעות ודוקא כשדנים על האם אבל בולד דינו כאדם שלקח מהקבוע ונפלה לו החתיכה דיש לה דין רוב היתר. וא״ש הרמב״ם. אמנם הבית מאיר בס׳ י״ד והחמדת שלמה דחו תירוץ זה וכתבו דהרמב״ם אייר אפי׳ ברוב כשרים אצלה דהולד שתוקי. וחידושו של הרמב״ם הוא דאם נבדקה אמו נאמנת אפי׳ ברוב פסולים אבל לא נבדקה הולד פסול אפי׳ ברוב כשרים מדין קבוע ודו״ק.

ו. **ואמרינן** בגמ׳ אמר רב יהודה אמר רבי אבא אמר רב יהודה בר זבדי אמר רב אסופי כל זמן שהוא בשוק אביו ואמו נאמנים עליו נאסף מהשוק לא נאמנים עליו. מאי טעמא אמר רבא הואיל ויצא שם אסופי עליו. ואמר רבא ובשני רעבון אע״פ שנאסף מהשוק אביו ואמו נאמנים עליו. וכן פסק הרמב״ם פט״ו מאיסורי ביאה הל׳ ל׳ וכ״כ השו״ע בס׳ ד׳ סעיף לב. ויש להסתפק בהא דאמרינן דכל זמן שנמצא בשוק אביו ואמו נאמנים האם בחד מהם סגי או בעינן שניהם. וכן לאחר שנאסף אביו ואמו לא נאמנים האם אפי׳ באו שניהם ביחד או מיירי כשכל אחד בא נפרד. ובירושלמי פ״ג הלכה ב׳ כל זמן שהוא בשוק או אביו או אמו נאמנים עליו נאסף מן השוק בעינן שני עדים. ואביו ואמו כשני עדים ובין דקסרין בשם רב חסדא הדא דאמרת בתינוק שאינו מרגיע אבל בתינוק שהיה מרגיע צריך שני עדים. ואביו ואמו כב׳ עדים. וכתב בתוס׳ תוך הכוונה שאינו מרגיע שאינו מתנדנד ונשאר באותו מקום בזה הוא דנאמנים לפני שנאסף, אבל היה מתניע יש לחוש שמא התינוק שהושלך אזל וזה תינוק אחר. והרשב״א בחידושיו הביא דברי הירושלמי. והוסיף בתוס׳ תוך לישב דברי הירושלמי עם גמ׳ דידן שאחר שנאסף מהשוק אביו ואמו לא נאמנים היינו כל אחד לחוד אבל שניהם ביחד נאמנים כדעת הירושלמי. ולפ״ז מה שאמרה הגמ׳ כל זמן שהוא בשוק אביו ואמו נאמנים היינו או אביו או אמו. ובנאסף לא נאמנים כל אחד לחודיה אבל שניהם יחד נאמנים. והרי״ף והרא״ש הביאו דברי הגמ׳ כצורתה בזמן שהוא בשוק אביו ואמו נאמנים עליו וכתב הר״ן שם אביו או אמו כן איתא בירושלמי. וכן פסק הרמב״ם ושו״ע אביו או אמו נאמנים עליו. אמנם תוס׳ רי״ד כתב דהא דנאמנים אם באו שניהם ביחד. וכ״כ ריא״ז הלכה א׳ ח׳. ובנאסף משמע מלשון הרמב״ם ושו״ע שלא נאמנים אפי׳ באו יחד. וכן משמע מדברי הר״ן דבנאסף אביו ואמו לא נאמנים ולא שנא בין תינוק מרגיע או לא ודו״ק. והרשב״א כתב שבזמן שבשוק נאמנים רק בתינוק שלא מרגיע וכן לאחר שנאסף אביו ואמו לא נאמנים וכ״כ הלבוש ואפילו שניהם יחד לא נאמנים. וכ״כ בכתונת יוסף אמנם הרשב״א הביא דברי הירושלמי דבנאסף בעינן ב׳ עדים ואביו ואמו כשני עדים. ובעצי ארזים תמה על הפוסקים דס״ל דלאחר שנאסף אביו ואמו לא נאמנים אפי׳ יחד דהוא ירושלמי מפורש שאביו ואמו כב׳ עדים וכתב דנ״מ בין הירושלמי לבבלי דהבבלי ס״ל דאביו ואמו יחד לא נאמנים משום מעלה עשו ביוחסין ולכן בעינן עדות גמורה משא״כ הירושלמי ס״ל דאיסור שתוקי ואסופי הוא

משום פגיעה בערוה וזה דבר שלא מצוי ולכן אביו ואמו הוי כב׳ עדים ע״כ. וכל זמן שהוא בשוק נאמנים אביו ואמו ואפילו ברוב עכו״ם ובשמ״ק כתב דע״א נאמן כל זמן שאין אדם מכחישו ואפשר שגם אשה נאמנת דלא מתורת עדות אלא גילוי דעת.

ז. **ובשני** רעבון אפי׳ נאסף נאמנים וכתב המאירי הא דנאמנים היינו לאלתר שנאסף ולא כעבור זמן וי״ח וס״ל דנאמנים אפי׳ אחר זמן דבגמ׳ לא הוזכרה שום הגבלת זמן. וכן משמע מדברי הרמב״ם ושו״ע דכתבו בסתם נאמנים משמע אפי׳ אחר הרבה זמן. ויש להסתפק הא דבשני רעבון אביו ואמו נאמנים האם דוקא בתנאי שלא הושלך למיתה או אפילו הושלך ברה״ר דודאי לקטלא זרקוהו נאמנים בשני רעבון. והריטב״א דייק מסוגי׳ דבשני רעבון אם נמצא בצידי רה״ר לא למיתה זרקוהו ואין לו דין אסופי ולא צריכים נאמנותם, ואפי׳ זרקוהו לרה״ר דבלא דבריהם הוא אסופי איך נאמנים לומר שמחמת רעבון זרקוהו. הרי מחמת רעבון לא זורקים למיתה וכאן ודאי למיתה הניחוהו ולמה נאמנים ע״כ פירש הגמ׳ דאפילו נמצא ברה״ר תלינן שהניחוהו בצידי רשות הרבים והתגלגל לרה״ר. ואין בו דין אסופי ונאמנים. אמנם מרש״י משמע אפי׳ טוענים שהניחוהו ברה״ר נאמנים דבשני רעבון חכמים לא החמירו. והטעם כיון דמהתורה הוי כשר דספק ממזר לא אסרה תורה לכן בשנות רעב חכמים לא החמירו. ולפ״ז בשני רעבון ונמצא ברה״ר אין להתירו בסתמא אלא בעינן עדות. ודעת הרמב״ם שכתב בסתמא דבשני רעבון נאמנות האב והאם לא מוגבלת אף אם ידוע שהושלך לרה״ר נאמנים.

ח. **איתא** בכתובות טו:גופא מצא תינוק מושלך במקום שרוב עכו״ם הרי הוא עובד כוכבים רוב ישראל ישראל מחצה על מחצה ישראל אמר רב לא שנו אלא להחיותו אבל ליוחסין לא ושמואל אמר לפקח עליו את הגל ומי אמר שמואל הכי והאמר רב יוסף אמר רב יהודה אמר שמואל אין הולכין בפקוח נפש אחר הרוב כי איתמר דשמואל אמרי אם רוב עובדי כוכבים עובד כוכבים אמר שמואל ולענין פקוח הגל אינו כן. אם רוב עכו״ם עכו״ם למאי נ״מ להאכילו נבלות אם רוב ישראל למאי נ״מ להחזיר אבידה מחצה על מחצה ישראל למאי הילכתא לנזקים אי דנגחיה תורא דידן לתורא דידיה לימא ליה אייתי ראיה דישראל את ושקול לא צריכא דנגחיה תורא דידיה לתורא דידן דא״ל פלגא משלם ופלגא א״ל אייתי ראי׳ דלאו ישראל אנא ושקלו. ונחלקו הפוסקים בפירוש המשנה.

דעת הרמב״ם פט״ו מאיסורי ביאה דברוב עכו״ם או ישראל חוששין לקידושין. מחצה על מחצה חייב להחיותו. ולענין נזיקין וכו׳ ועוד כתב הרמב״ם מחצה על מחצה מפקחין עליו את הגל. נגח שור שלנו שור שלו ברוב ישראל פטור דאין הולכים בממון אחר הרוב. ברוב כנעני ונגח שור שלו לדידן חייב נזק שלם דלא יכול לטעון תקחו חצי ועל חצי תביאו ראי׳ דגוי אנא ואין הולכים בממון אחר הרוב דכאן בגוי אין מוחזק.

אמנם בתוס׳ ד״ה לא צריכא לא משמע כן, דכתבו דכולה מילתא הוי מצי למימר לענין נגיחה דהיינו ברוב ישראל משלמין לו. אם נגח שור ישראל שורו, ושור שלנו שנגח לשורו ברוב עכו״ם לא משלם. וזה הפוך וצ״ל הטעם כיון שנפסק הדין שהוא יהודי תו לא שייך לומר אין הולכים בממון אחר הרוב ודמי לאדם שיורש את אביו למרות שהקביעה שהוא אביו ע״פ רוב ועי׳ קונטרס הספקות ומהר״ם בן חביב ועוד. והפלאה לא ס״ל כן.

ופירש רש״י ברוב ישראל מצווין להחיותו משום וחי אחיך עמך. וכ״כ תוס׳ אבל הרמב״ם ס״ל אפי׳ במחצה על מחצה מפקחין. אבל ברוב עכו״ם לא מפקחין ולכאו׳ אין הולכין בפקו״נ אחרי הרוב וצ״ל דהרמב״ם ס״ל דאם יש כאן ישראל ויש רוב דאין סכויים שהוא חי או בקבוע כיון שיש חיוב של וחי בהם בזה אמרינן אין הולכין בפקו״נ אחרי הרוב. אבל ברוב עכו״ם יש ספק על הגברא לכן לא נכנס להיות הספק שיש מצוה ויש איסור.

וכן נמי לגבי להחיותו ולפרנסו במחצה על מחצה. לדעת הרמב״ם כיון דיש ספק מצוה אזלינן לחומרא אמנם תוס׳ ורש״י ס״ל במחצה על מחצה פטור ולכאו׳ הרי ספק דאו׳ לחומרא. וגם לרמב״ם קשה בספק אבדה למה פטור הרי יש מצוה להחזיר לבעלים. וכן הבעיות של ריש פ׳ אלו מציאות פסק דהוי לקולא ולא חייב להחזיר הרי יש ספק מצוה והרא״ש ס״ל שם במציאה דספיקא לחומרא והכא פסק דמחצה על מחצה במציאה לא חייב להחזיר. ובריש פ״ב דמציעא גבי חצי קב בב׳ אמות שני קבין בשמונה אמות תיקו וכתב הרא״ש דחייב להכריז.

ולישב את הרמב״ם צ״ל דהמצוה היא תוצאה, דאחרי שנדון שהממון הוא של ראובן בזה חייבה התורה להחזיר ממון לראובן. כסברת מהר״י באסן שאנו אומרים בכל ספק ממון לקולא הרי יש ספק גזל. אלא

דקודם דנים על הממון ואח״כ באים ההלכות. התורה חייבה להחזיר ממון של ראובן וכשיש ספק של מי שייך הממון יש דין ספקא דממונא לקולא ולא חייב להחזיר דהמצוה להחזיר ממון ראובן וכיון שנפסק שממון שלי לא שייך השבה דבממון שלי התורה לא חייבה.

והרמב״ם דפסק בספק באבדה לא מחזיר. א״כ קשה למה מפרנסין במחצה על מחצה הרי לא מוציאין ממון מספק וכאן נמי ספק אם חייב להחיותו או לא. והוי ככל ספק חיוב וספק מתנות כהונה דמספק מפריש אבל לא נותן לכהן. ולמה כתב הרמב״ם, הרמב״ן ורשב״א דמספק חייבים לפרנסו. ובקובץ שיעורים פירש דבמתנות כהונה אם זה לא של כהן זה שייך לבעלים. אבל להחיותו אין כאן בעלים דעניים לא נקראו מוחזקים. וקשה דמספק למה מוציאין מהם והרי אין ספק מוציא מידי ודאי. וצ״ל לפי תוס׳ ורש״י במחצה לא מפרנסין משום דאין להוציא ממון מספק. ולהרמב״ם ס״ל כשנותנים לקופה של צדקה כדי לקיים מצות צדקה וכל מי שהדין אומר מצוה להחיותו מפרנסין דהוי כמו מצוה של אתרוג דמספק חייב. ורש״י מדוקדק שכתב בי״ד מצווין לפרנסו משום וחי אחיך עמך והרי כל אדם חייב להחיות. אלא ע״כ דאיירי בקופה של צדקה המופקדת בבי״ד ולכן מדין רוב מפרנסין אבל במחצה על מחצה בי״ד לא מצויין כיון דעניים זכו ואין ספק מוציא מידי ודאי ולכן בספק ממון לקולא. ולכאו׳ גם ברוב לא נחיה אותו דהרי לא הולכין בממון אחרי הרוב. על זה פ׳ רש״י מצות וחי אחיך דמכח מצוה יש לפרנסו לפ״ז יש לדון בקופה של צדקה איזה דין יש על המעות אם זה ממון עניים. או ממון כדי לקיים בו מצות להחיות דלרש״י הוי ממון עניים ליתן לעניים. לכן ברוב מפרנסין דכבר הרוב פסק שהוא עני ישראל. אבל בספק לא ולהרמב״ם הממון כדי לקיים מצות ולהחיותו. ובאבדה ברוב ישראל מחזירין הרי יש מוחזק וצ״ל דלכתחילה שבאה לידו באה בספק ונתחייב להחזיר ולא נעשה מוחזק ולכן גם בקופה של צדקה י״ל דזכו עניים מספק ולא בתורת ודאי.

ט. **ולהרא״ש** דס״ל בספק מחצה על מחצה לא חייב להחיותו ואילו בספק תיקו חייב. יש לחלק בספק לא חייבים להחיותו דמספק לא מוציאין ממון עניים. או משום דכבר זכו עניים או משום שבי״ד גבו לתת במיוחד עבור עניים לכן ברוב דנפסק שהוא ישראל נותני׳ בספק לא נותני׳. ולגבי אבדה בספק של הגמ׳ הרי המאבד הוא ישראל ואני מסופק אם זכיתי באבדה או לא מספק אני חייב. אבל באופן של מחצה על מחצה הרי יש ספק על הגברא אם הוא ישראל או עכו״ם במקרה זה מספק לא חייב. ולדעת הנתיבות דס״ל דחזקת ממון הוי כמו כל חזקות ולא כדעת הקצות דזה דין של ספק מוחזק ניחא, דהיות ואבדה זו של ישראל ונוצר ספק מעמידים הממון בחזקת בעלים הראשוני׳ וחייב להחזיר. משא״כ בתינוק שנמצא במחצה על מחצה אין לו חזקת ממון ובמתנות כהנים יש ספק דשם הכהן אף פעם לא זכה בממון זה. וכל האיסור גזל תוצאה מבעלות.

וראית הרמב״ם במחצה על מחצה להחיותו ממה שלא אמרה הגמ׳ ברוב נפק״מ להחיותו משמע דלהחיותו אפי׳ במחצה על מחצה לא וזה נגד סברת תוס׳ דכתבו דה״ה דמצי לומר ברוב ישראל להחיותו. והרב כ״מ תמה א״כ תאמר הגמ׳ מחצה על מחצה להחיותו ולמה נקט נזקין. ותרץ הט״ז בס׳ ד׳ דלהחיות פשיטא דמפרנסין עניי עכו״ם עם ישראל משום דרכי שלום. אבל בנזקים היות וכתב הרשב״א דאם נגח שור דידה לתורא דידן ברוב עכו״ם צריך לשלם ולכאו׳ למה ישלם הרי אין הולכים בממון אחר הרוב ואף דמוחזק, קימ״ל דאין מוחזק בגוי. וס״ד אמינא דגם במחצה על מחצה ישלם הכל מדין שאין מוחזק קמ״ל דלא אמרינן כן אלא משלם פלגא דכישראל חשבינן ליה. וכמ״ש רמב״ן ורא״ש דעכו״ם אין לו חזקת ממון.

ולכאו׳ מה הבדל דברוב עכו״ם אמרינן דלא חשוב מוחזק ובמחצה על מחצה אמרינן דהוא מוחזק על חצי וי״ל דבמחצה על מחצה יש דין דאסור לגוזלו ולכן אין להוציא ממנו דגם הגוי חשיב מוחזק. רק ברוב מוציאין ממנו שהדין של אין הולכין בממון אחר הרוב זה דין בישראל ולא בעכו״ם דבישראל מוציאין ממון רק בב׳ עדים משא״כ בעכו״ם נידון בע״א ומוציאין ממון בע״א הרי דממונו קל ביחס לישראל ודו״ק.

וש״ש שמעתא ד׳ פרק ז׳ הביא דעת מהר״י בן לב דבספק מוחזק לא מצי למימר קים לי. והביא ראי׳ מהרא״ה בשמ״ק דהקשה ברוב עכו״ם למה משלם נזק שלם יגיד להם תביאו ראי׳ דלא ישראל אנא דאין הולכין בממון אחר הרוב איכא למימר כיון דאם הוא עכו״ם ליכא חזקה דממונא והשתא מספקא לן בגופיה אי עכו״ם הוא או לא אמרינן בכה״ג אין הולכים בממון אחר הרוב ע״כ. וזה ראי׳ לרשב״א והמגיד ובשערי יושר הסביר למה אין מוחזק בגוי דבישראל חזקה מה שתחת

ידי האדם שלו אבל בגוי שמא גזלן דרובן גזלנים לכן אין חזקה על הבעלות.

וברוב ישראל ישראל נ"מ להחזיר אבדה וכתבו תוס' אפי' לשמואל דס"ל אין הולכים בממון אחר הרוב שאני מוכר שור ונמצא נגחן דהמוכר קבל מעות בהיתר אבל כאן משעה שהגביה התחייב להחזיר וכתב הפלאה דדמי למצא מציאה במקום שרוב ישראל דחייב להחזיר אפילו לשמואל דבמוכר שור ונמצא נגחן למרות שהמקח בטל מ"מ יכול להשתמש בכסף דלא גרע מהלוואה. וכתב ה"ה פט"ו מאיסורי ביאה ממה שהגמ' אמרה ברוב ישראל ישראל היינו להחזיר אבדה ולא אמרן ברוב ישראל ונגח תורא דידן תורא דידיה דמשלם וע"כ כתב דלא משלם דיש כאן חזקת ממון של ישראל ולא הולכים בממון בתר הרוב, וכן משמע דרק באבדה דהמוחזק נתחייב בהשבה. לא כן במוכר שור ונמצא נגחן. ולפ"ז ה"ה כאן דישראל המזיק מוחזק. ולומדים מכאן דאפי' ברוב גמור ס"ל לשמואל אין הולכים בממון אחר הרוב דלא כשב שמעתתא דס"ל כדעת ריטב"א בסוגי' דסבלונות.

י. **אמנם** מתוס' ד"ה לא צריכא דכתבו בהגהה דהוא הדין דמצי לאוקמי כל הנ"מ בנזיקין נמצא במחצה על מחצה משלם פלגא. ברוב ישראל משלמים לו הכל אם נגח שור דידן את שורו משלם פלגא. אבל במחצה על מחצה אם שור דידן נגח שורו לא משלם דא"ל אייתי ראי' דישראל את. והרי משמע דתוס' סותרין. וכ"כ תוס' ביומא ברוב ישראל ונגחיה תורא דידן לתורא דידיה משלם פלגא וזה סותר והרי ישראל מוחזק ולא הולכין בממון אחר הרוב ואי היינו מחלקין דגמ' דיומא אזלא כרב דאזלינן בממון אחר הרוב ניחא ודוחק. אמנם יש לחלק דמצאנו מחלוקת בתוס' בסברא דאין הולכים אחר הרוב. תוס' סנהדרין דתוס' הקשו אם בנפשות אזלינן בתר רובא כ"ש בממון וכתבו ושמא יש לחלק וכתב ריטב"א דברובא לרדי' תלוי ברצון האדם ולא ברוב בטבע בזה שמואל לא אזיל בתר הרוב. והב"ח תירץ דעל כל אדם שקונה מאה שוורים לרדי' יש מאה אנשים שקונים עשרה שוורים לשחיטה. אמנם בתוס' בב"ק כו: משמע דשמואל בכל רוב לא אזלינן להוציא ממון דהקשו מבי"ד דאזלי בתר רובא ותירצו דבי"ד אין מיעוט אבל בשאר רובא יש מיעוט וחזקה ולא אזלינן בתר רובא. ולפ"ז יש לישב סתירת התוס' בשמואל בסוגי' החזקות וכן דעת ה"ה בהלכות איסורי ביאה פט"ו הלכה כג. לענין נגח שור דידן ברוב ישראל פטור.

ובש"ש פ"ח כתב דהא דסוקלין ע"פ רוב וחזקות היינו ע"פ הרמב"ם דהאיסור בע"א יוחזק ולכן בבנה כרוך אחריה סוקלין ולכן נמי כל רוב דנפסק, מוציאים ממון ולכן בתינוק שנמצא ברוב ישראל דפסקנו שהוא ישראל גם לגבי נגיחה הוא ישראל כיון דנפסק הדין, וכן בן יורש אביו אף דהוא אביו מחמת רוב ואין הולכים בממון אחר הרוב אלא ודאי אחר שקבענו שזה אביו יורשו. ולכן ביומא פה בנגח תורא דידן לתורא דידיה חייבים לשלם דכבר נקבע ע"פ הרוב דהוא ישראל וכ"כ הפלאה.

יא. **והגא'** רע"א כתב על הגה' בשם מהרשד"ם דאפ' ברוב ישראל אם נגח תורא דידן לדידיה שאין צריך לשלם נזק לדידן דקימ"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ומחמת זה נשאר בתמיה על התוס', דכתבו דכולה מילתא הו"מ להעמיד בנזיקין ואיך אפשר למימר כן ברוב ישראל ע"ש. והנה ברש"י משמע ברוב ישראל משלם רק במחצה על מחצה וכ"כ ב"ש בס' ד' וכן משמע מתוס' לא צריכה. וצ"ל כיון שנפסק הדין שהוא ישראל כבר יש החלטה ופסיקה על כך דהא דאין הולכים בממון אחר הרוב היינו אם במצב שבו אנו דנים הרוב צריך לפסוק.

וכן כתב לישב בס' מפרשי הים בפ"ח דב"ק קושית בעל ים התלמוד איך מוציאין ממון ע"פ עדות שמא העדים טרפה וטרפה פסול להעיד וכ"ת יש רוב אין הולכין בממון אחר הרוב. וע"ז תירץ דלא אזלינן בתר רוב דוקא כשהרוב בא בשעת מעשה אבל הכא שרוב זה שאינם טרפה כבר הוחזק אצלם לענין כמה דברים מהני רוב. וכתב בית אהרון לדחות בשלמא לפי הרמב"ם האיסור בעד אחד יוחזק ואחר שהוחזק לא ישתנה שוב אבל בעדים למרות שהוחזקו שלא טרפה מ"מ שמא נטרפה הכל.

והפלאה כתב לישב אם הרוב בא לפסוק על כמה דברים שהוא ישראל לכל מילי, להחיותו וכן לחייב ההורגו וה"ה שחייב במצוות ולענין שליחות וקידושין רוב שבא לענין אחרים מהני גם לענין ממון דאי אפשר לחלק. והביא ראי' מהא דקנס במוציא שם רע דחייב רק לאבי' וביתומה פטור ודלמא לאו אב הוא וכן לגבי וולדת שמא לא אביהם וכן לגבי טרפה ושומר שנגנב ממנו דלמא טרפה וכן פדיון הבן שמת אחר ל' דחייב לשלם דכל זה אזלינן בתר רוב ומהני גם לענין ממון.

אמנם הרמב"ן ורשב"א וההי"מ ס"ל בענין נזיקין דאפילו ברוב ישראל לא יתחייב לשלם להתינוק בנגח תורא דידן לדידיה משום דאין הולכים בממון אחר הרוב. וכן פסק השו"ע וזה דלא כהפלאה והוכיחו מגמ' דלא העמידה ברוב ישראל לגבי נגח תור דידן לדידיה. וצ"ל דגם הרמב"ן ורשב"א ס"ל כיון דהוקבע הוקבע רק יש לחלק בין רוב דלא איתרע לרוב דאיתרע ורוב דאביו רוב גמור הוא משא"כ בתינוק שנמצא יש מיעוט דמריע הרוב ולכן לא הוקבע לענין ממונות. ולישב קושית התוס' בסנהדרין ג: דאם בנפשות הורגים ע"פ רוב כ"ש ממון ולריטב"א ניחא כמו שכתב הש"ש דרוב לרדיא הוי רב התלוי ברצון ולכן ס"ל לשמואל דאין הולכים בממון אחרי הרוב. אבל לסברת ה"ה פט"ו מאיסורי ביאה הל' כ"ג דאפי' ברוב בטבע ובמציאות לא אזלינן בתר רובא א"כ תקשה אמאי בנפשות אזלינן בתר רובא.

ותרץ בחידושי הר"ח מטלו על כתובות, דשאני ממון לנפשות בממון בי"ד מתחייבים לאדם מה שהוא צריך לעשות. ואדם שרוצה להוציא פסק דין ממוני על ממונו ללא התערבות בי"ד רשאי. בנפשות הכח לבי"ד לעשות ולחייב את החייב, ואם החייב רוצה לעשות דין לעצמו כגון שהוא חייב מיתה לא יכול להמית עצמו דהדין לא מסור אליו אלא לבי"ד וכל שיש רוב בי"ד מוציאין את הדין לפועל ודו"ק.

יב. **ילד** מהול שהיה ביד נכרים והחזיקוהו לבנם ואח"כ טוענים שיהודים נתנו להם הבן והוא מהול כתב בישועות מלכו ס' י"ז דמקבלין אותו דמבואר ברשב"א ור"ן פרק כ"א דמילה דנולד מהול הוי מיעוט ול"ח למיעוט. א"כ אם ניכר שהוא מהול כהוגן מה שהוחזק לבנם הוי נגד הרוב וגם אין לחוש שמל אותו עתה או מהישמעאלים שהם מלין דהמביאה אותו נוצרית ולדעת הרז"ה יטיפו ממנו דם ברית ובע"ז כתב המאירי שאם מצאוהו מהול אפילו בעיר שרובה גויים דנים אותו כשיראל. ואם דינו כאסופי ושתוקי כתב דכיון דנמצא מהול יצא מספק זה כפי שכתב הנוב"י שהביא הפ"ת ס"ק מא אבל יש לומר כיון דהאם עשתה שלא כהוגן שנתתו לנכרית אפשר דגרע טפי ובפרט לדברי הנכרית אמו היתה פנויה ה"ז כפנויה שעברה שהולד שתוקי ואפשר שהנכרית לא נאמנת שהאם היתה עניה ונתתו לה להניק והיא פשעה ונסעה למרחקים. ובאבן יקרה ח"ג ס' ב' דן על ילדים עברים שגדלו בין ילדי עכו"ם דכשורים לקהל ולא חיישינן לאיחלופי דהגוי לא נהנה בחילופין כדאיתא ביו"ד ס' קי"ח סעיף י' וגם אומן לא מרע אומנותו ומשום אסופי אין לחוש דיש הוכחה גמורה שלא הושלך למיתה וגם שתוקי לא הוי דלא מכירין איתותיהן ולא ידעינן אי התעברה בזנות. ואפי' אם אפשר לברר א"צ לברר. שודאי אמותהן ישראליות הן ורוב כשרים אצלה וכיון דיש חשש טמיעה להשאיר התינוקות בבית האסופים מצוה להוציאם משם ולגדלם בין ישראל בדתנו. ולענין נישואין לכהנים דבעינן תרי רובי יש להודיעם דלא יתחתנו עם כהן ולא חיישינן לשכחה כיון שדיעבד מותר ע"ש.

סימן מה

נאמנות חיה ובעל המקח

א. **גמ'** דף ע"ג: נאמנת חיה לומר זה יצא ראשון וזה שני וכו' תנו רבנן נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי זה נתין וזה ממזר בד"א שלא קרא עליה שם ערעור אבל קרא עליה שם ערעור לא נאמנת. ערעור דמאי אי דאחד הא אמר רבי יוחנן אין ערעור פחות מב' אלא שנים ואי בעית אימא ערעור דחד. וכן אמר רבי יוחנן אין ערעור פחות משניים, היינו כשיש חזקת כשרות, אבל הכא דאין חזקת כשרות אחד נאמן. אמר רב נחמן, שלשה נאמנים על הבכור חיה ואביו ואמו. חיה מיד וכן פסק הרמב"ם בפב' מהלכות נחלות הל' י"ד. ובגדר הנאמנות של חיה, אם היא מדאורייתא או מדרבנן כתב הר"ן על הרי"ף דנאמנות זו רק מדרבנן והטעם דמדאורייתא אי אפשר להאמין לה דאין דבר שבערווה פחות מב'. וכתב המל"מ פט"ו מאיסורי ביאה הל' י"א על דברי הר"ן וכתב דלהתיר די בנאמנותה שהרי בלאו הכי שתוקי כשר מהתורה אבל כאן איירי שנולדו כמה ולדות ואחד מהם ודאי ממזר וכיון דאיקבע איסורא אי אפשר לקבל את נאמנותה רק מכח התקנה, גם החזו"א אהע"ז ס' מ"ט כתב שיש ביד חכמים להאמינה משום דבלי עדותה הרי הולד מותר מהתורה משום ספק ממזר, ומוסיף שנאמנות דרבנן מהני גם לגבי בכור, כי הפקר בי"ד הפקר עם זאת סבר החזו"א ז"ל לומר דה"ה נאמנת מהתורה כיון שהידיעה הזאת מסורה

לה מצד הרגילות ואין לחוש שמא משקרת. גם בתו"ס תוך ובתו"ס רבינו שמואל בר יצחק אשר מסבירים מדוע ע"א יכול להכחיש את החיה הרי קימ"ל כל מקום שע"א נאמן הרי הוא כשנים ותירצו דנאמנות "חיה" נאמנת מיוחדת שנאמנת לשעתה כיוון שהיא היחידה שנמצאת בעת לידה ונאמנות זו מבוססת על הסברה ותוקפה מהתורה.

ב. **ויש** לדון האם הנאמנות היא אך ורק לחיה או הנאמנות ניתנה לכל אישה שנמצאת בעת הלידה ומה שהגמ' אמרה חיה היינו טעמא כיוון דדרך חיה להיות בעת הלידה וראיתי בעצי ארזים ס' ד' ס"ק ס"ג דה"ה לכל אשה שעומדת בעת הלידה והא דנקט חיה אורתא דמילתא ובב"ש ס"ק י' תמה למה צריך לטעמו של הר"ן דנאמנות מכח התקנה תיפוק ליה דעד אחד נאמן וכאן לא איתחזק לא איסור ולא היתר וחיה נאמנת מהדין. והב"ש תירץ כיוון דהחיה אשה ע"ש. וצ"ע הרי כל מקום שהתורה האמינה ע"א אפי' אשה נאמנת, אלא הטעם להר"ן כיוון דמדאורייתא ספק ממזר מותר בבת ישראל ואסור בממזרת, א"כ הוי איתחזק היתרא או איסורא ואין ע"א נאמן לכן צריך תקנת חז"ל להאמינה. אבל להרמב"ם דבאיקבע ממזר אסור מהתורה נמצא דחיה נאמנת לא מתקנה אלא מהדין ולפ"ז כל אשה מעומדת בעת לידה נאמנת.

ועל מה שכתב הב"ש טעם הנאמנות מהתורה כיוון דהיא אשה ותמהנו עליו ובפני משה ס"ק מ'. כתב דחיה לא נאמנת להתירו בממזרת ולומר עליו שהוא ממזר ודאי והוכיח מהפני יהושע דצריך ב' טעמים דאי לאו דנאמנת החיה מדינא לא היו מתקנין ומדינא לחוד לא סגי דמשום דרק היא נוכחת אין לנו להאמינה כגון להחזיקו כהן וכו'. לכן בעינן תקנה שמאמינים לה משום מעשי ידיה. ולפ"ז הנאמנות דוקא לחיה ולא לאשה אחרת וכתב בבית מאיר דליוחסין בעי מדינא ב' עדים ולא דומה לאיסורין. וה"ה פרק כ' מאיסורי ביאה הלכה ה' כתב דמי שאין לו חזקת משפחה צריך ב' עדים לישא אשה ואף לפירושם הא דצריך ב' עדים היינו ליחוס מזבח ולא לישא אשה. מ"מ נהי דלנישואין פשוטים לא צריך ראי' היינו מטעם שכל ישראל בחזקת כשרים, אבל תערובת דקבוע ממזר נהי דלא מוחזק פסול בכל אחד מ"מ הא פשיטא שאין לו חזקת כשרות ולמ"ל פט"ו מאיסורי ביאה אסור בכה"ג מהתורה. ודברי המל"מ פט"ו מאיסורי ביאה הלכה י"א. הם באופן דאיקבע איסורא כגון ד' נשים שילדו יחד ויש ממזר בתוכן, דמהתורה כולם אסורים בבת ישראל אף לדעת הרמב"ם דס"ל ספיקא דאורייתא לחומרא מדרבנן אבל מדאורייתא מותר דהתורה לא אסרה ספיקות וגם לדעת הרשב"א אמרינן כן ממזר ודאי ולא ממזר ספק מ"מ ס"ל לרמב"ם דכל דאיתחזק איסורא אסור מהתורה. וראייתו מאשם תלוי שבא על הספק. אבל לדעות הרשב"א דס"ל דכל ספק דאורייתא לחומרא מהתורה והתורה התירה ספק ממזר מלימוד מיוחד א"כ אין הבדל בין איתחזק איסורא או לא כיוון דכל ספק אסור מהתורה והתורה חידשה בממזר להקל משמע בכל אופן.

וכשיש רוב לצד אחד כותב בנתיבות עולם סי' ה' אות י"ח דאסור מהתורה וכ"כ הב"מ סי' כ"ו דכן משמע מהרשב"א קדושין ע"ג דברוב פסולים הוי כודאי דרובא דאורייתא ושתוקי כה"ג אינו כשר אף מהתורה אלא כשנבדקה אמו ואמרה לכשר נבעלתי ובארוסה אף דרוב פסולים שאני התם דתלינן בארוס והוי מחצה על מחצה ואף שיש ספק שמא אזלא היא כלפי המיעוט הקבוע חששה כרוב, ע"ש. וכ"כ ב"ש ס"ק ל"ט דברוב פסולים הוי איסור דאורייתא וכ"כ בפני משה ס"ק ל"ז דהרשב"א לשיטתו דס"ל ספק דאורייתא לחומרא מדאורייתא היינו שהתורה חידשה להתיר כספק ולא ברוב פסולים אבל להרמב"ם דס"ל דספק דאורייתא לחומרא מדרבנן מה שהתורה התירה ספק ממזר היינו אע"פ ברוב פסולים. ושו"ע האריך ס' ד' ס"ק י"א וטעמו דכל רוב יש בו מיעוט כמו שכתב השמ"ק בקפץ אחד מן המנויים א"כ אף דאיכא רוב מ"מ הוי ספק ומותר מן התורה וכ"כ בש"ש שמעתתא ב' פט"ו דמחלק דרוב דליתא קמן הוי מסברא כגון דילמא לאו אביו זה רוב גמור אבל רוב דאיתא קמן הוא רוב אם פריש הוי רוב לא מסברא ושייך בו מיעוט והוי ספק וכן מחלק הח"ס ונחלת יעקב לגאון מליסא.

ג. **וכתב** הריטב"א בקדושין ע"ג הא דחיה נאמנת לאלתר דוקא לעניין בכור דבזה האמינוה לאלתר אבל כל שיצאה מן הבית איבדה הנאמנות אבל לומר שאינו נתין וכיוצא בזה לעולם נאמנת כל זמן שלא קרא עליה ערער. והביאו המל"מ בפט"ו מאיסורי ביאה ובבית מאיר וכתבו הטעם משום דלגבי בכור שילדה תאומים בדרך כלל הם דומים בצורתם ולכן צריך הבנה יתירה לכן אינה נאמנת אלא לאלתר משא"כ בנדון דידן בנשים שונות קל יותר להבינן ולהכיר לכן היא נאמנת עד עולם כל שלא יצא ערעור, ע"ש. וכתב בעצי ארזים ס"ק

ס"ד דזה דוחק דמי לא אמרינן התם בב' נשים מאיש אחד כמו שכתב הפרישה דכל שהאב והאם לא מכחישים נאמנות לעולם. אבל באופן דמכחישים נאמנות חיה רק לאלתר וכן משמע מהמל"מ הנ"ל רק הקשה אם מכחישים אותה האב והאם למה נאמנת החיה לאלתר, כיון דאין חזקת כשרות. וכתב בעצי ארזים לחלק דלעניין יוחסין כיון דבעי עדות גמורה וחכמים האמינוה מספיק ערעור חד כיון דליכא חזקת כשרות. אבל התם לגבי בכור דלא איירי לעניין יוחסין נאמנת לאלתר אפי' נגד חד. והקשה מאי שנא בכור דאינה נאמנת אלא לאלתר, והעלה דכל שיש ערעור אפי' לאלתר לא נאמנת ובפני משה ס"ק מ'. כתב ליישב דחיה נאמנת מדינא וכעד אחד באיסורין משום הכי נאמנת לעולם אבל בכור דנוגע לגבי ממון וע"א לא נאמן וכתב הפנ"י דע"א בממון לא נאמן לא מחמת משקר אלא אומר בדמי וחיה נאמנת המדייקת וזה רק לאלתר ולא לאחר זמן.

ד. **והא** דנאמנת חיה לומר זה כהן או לוי או ממזר כיון דלא הוחזק וכתב בערוך השולחן דחיה נאמנת כל זמן שלא תפסו האמהות את הבנים בידיהם אבל תפסו החיה לא נאמנת כיון דתפסית האם החזיקה אותו לבנה, וכל שיש חזקה החיה לא נאמנת. דהוי כמו ערער דלא נאמנת וכן אם יש בין הנשים הכחשה שכל אחת טוענת זה הבן שלי החיה לא נאמנת והוי ספק ממזר ובהא דאמרינן דאם יש ערעור החיה לא נאמנת כתב ה"ה אפילו אם היתה הגדה של החיה קודם הכחשת העד הערעור מבטל אותה נאמנות אבל הפרישה חולק וסובר דהא מהני ערעור רק קודם שהחיה דיברה אבל כל שקיבלנו דבריה לא מהני ערעור. והב"ש ס"ק ס' כתב כדעת הרב המגיד ונראה דטעם המחלוקת האם חיה נאמנת מדינא או מתקנה דדעת הב"ש דחיה נאמנת מהתקנה כפי שכתב הר"ן לכן שייך לומר דכל שיש ערעור בין לפני בין אחרי בטלה התקנה. אבל הדרישה ס"ל דנאמנות מהדין ולכן כל שהאמנו אותה הרי ע"א כתרי ולא יכול ערעור לבטל הנאמנות. וכתב הב"ש הא דמהני ערעור אחרי הגדתה היינו לפני שבי"ד פסקו על פיה אבל בי"ד פסקו לא מהני ערעור. וכ"כ הבית מאיר דאם כן אין לדבר סוף ותמיד אפשר להכחיש והתורה דרכיה דרכי נועם אלא ודאי כל שפסקו בי"ד לא מהני ערעור.

והא דחיה נאמנת לאלתר נחלקו הפוסקים דעת הרי"ף והרמ"ה הביאו הריטב"א דוקא כל זמן שלא יצאה מן הבית וכ"כ הריא"ז והמאירי ע"ג. אבל הרא"ש כתב ב"ש י"א רק את דברי רב נחמן דפירש בדף ע"ו דנאמנות לאלתר וכ"כ הרמב"ם בהלכות נחלות פ"ב הל' י"ד דנאמנות מיד וכ"כ בחו"מ ס' רע"ז סעיף י"ב. ופ"ת ס"ק ה' דרק מיד נאמנת כל עוד לא יצאה מהבית וכן תמה הק"נ על הרא"ש באות ו'. וכתב הב"ש שכח המערער גדול יותר מהחיה וכן מוכח מהרמב"ם ושו"ע אבל בישו"י מוכיח כדברי הפרישה דערעור מהני קודם קבלת דבריה והביא ראיה מהרמב"ם סנהדרין פ' ט"ז הלכה ו' י"ז. שהאיסור בע"א יוחזק וכתב הרמב"ם במה דברים אמורים כשלא הוכחש הע"א בזה האיסור הוחזק אבל אם הכחישו ע"א ואכל לא לוקה, הרי דהכחשה מועילה קודם שקיבלנו את דבריו והו"ה כאן. ולפי מה שהוכחנו לא קשה, דשם קיבלנו דבריו בתור עד לכן אם נקבע האיסור על ידו לא מהני ערעור, אבל כאן קבלנו את דבריה מהתקנה ולכן התקנה היתה רק אם לא מכחישים דבריה אבל כל שיש ערעור לא האמינוה רבנן ועי' מל"מ פט"ו מאיסורי ביאה בביאור שיטת הר"ן.

ה. **הרמב"ם** כתב בט"ו מאיסורי ביאה שנאמנת החיה לומר זה כהן זה לוי אלא שלא מפרש שמדובר שילדו כמה נשים בבית אחד והיא מעידה על כולם. אמנם בשו"ע הביא הקדמה לנאמנות החיה שמדובר שילדו כמה נשים בבית אחד ואחת מהן היא אשת ממזר בזה החיה נאמנת. וכתב הרמב"ם על זה שאם ע"א ערער על דבריה ואמר שקר היא מעידה הרי הולד כשר ואין לו יחוס, ותמהו עליו המאירי ועוד שאם אין לו יחוס למה הולד כשר, הרי יש כאן ספק ממזרות, וכן הקשה הגאון ר' דוד ערמה על הרמב"ם ובחלקת מוחקק ס"ק ל"ג. כיוון שנולדו כמה תינוקות בבית ויש כאן ודאי ממזר אם כן, למה על כל אחד יש ספק ממזר, ולמה הבן כשר. ובב"ש ס"ק ס"ב כתב לישב שאע"פ שיש ודאי ממזר, מ"מ כל ולד בפני עצמו הוי ספק ואינו בחזקת פסול ומה שכתבו הרמב"ם ושו"ע שאין לו יחוס היינו באופן שהעד מעיד שאינו יודע את יחוסו ורק מעיד שהבן הזה אינו ממזר, דהיינו שע"א לא נאמן לומא שהוא כהן רק שהוא כשר כיוון דספק ממזר מותר מהתורה. ובעל עצי ארזים כתב להסביר דברי הרמב"ם ושו"ע בב' אפשרויות, או שהבן אין לו יחוס או שהבן כשר, דהיינו אם החיה אמרה על אחד הבנים שהוא ממזר והמערער אמר שהוא כשר, הרי הוא בחזקת כשר דגם בלא עדותו הולד כשר מהתורה מדין ספק ממזר ולכן מאמינים לו שהוא כשר, אולם כאשר חיה אומרת שהוא כשר והמערער אומר שהוא ממזר, על כך נאמר שהולד אין לו

יחוס ואסור בבת ישראל כדברי העד, אבל אין מאמינים לו להתירו בממזרת כיוון דספק ממזר אסור בממזרת מהתורה. ונמצא דהעד לא נאמן לקולא להתירו בממזרת אלא לחומרא לאוסרו בבת ישראל. והגאון ר' דוד ערמה כתב ליישב את הרמב"ם דלא איירי בנשים שילדו בבת אחת אלא על אשה שילדה ועל זה איירי הרמב"ם שנאמנות חיה לומר זה כהן זה לוי זה נתין זה ממזר וכו' וכשיצא ערער על נאמנותה ולא על הולד שאינו כשר הדין הוא שהולד כשר אך אין לו יחוס. גם החזו"א אהע"ז ס' נ"ט ס"ק ב' כתב דהרמב"ם לא מפרש כרש"י דהרבה נשים ילדו בבית אחד, אלא החיה על ולד אחד מעידה ובזה איירי הברייתא.

ו. **ויש** להסתפק בהא דחיה דנאמנת לומר זה בכור. אם נאמנת גם נגד אביו ואמו, או כשעד מכחישה כתב המאירי בשם רבותיו כשם שע"א מכחישה אינה נאמנת גם לגבי בכור לא נאמנת, ומדגיש שכח המערער חזק יותר מהחיה, אך אם אביו ואמו מעידים עליו נאמנים נגד המערער. וכתב הפרישה אות נ"ו. מבואר דהברייתא העוסקת בנאמנותה על הייחוס לא הזכר שנאמנות לאלתר כי מדובר שהאב והאם לא מכחישים אותה, אבל הברייתא דאמרה נאמנת לאלתר איירי, כשאב והאם מכחישים אותה לכן היא נאמנת מיד ולא לאחר זמן. ולמד הט"ז בס"ק כ' דאם אב ואם מכחישים אותה בעדותה על היחוס נמי נאמנת מיד ולא לאחר זמן. ודחה דברי הפרישה שכל שאב ואם מכחישים אותה אין לה נאמנות בכלל אפי' לאלתר. וכן לגבי נאמנותה מי הבכור, באופן דאב ואם מכחישים אותה לא נאמנת. וכן משמע מריא"ז דהביא שני הדינים וכתב דאם יש מי שמכחישה לא נאמנת. ועוד הוסיף הריא"ז דאם החיה לא מוכרת ובאה אשה והעידה שזה הראשון או המיוחס נאמנת כל עוד שאין מי שמכחישה. וכ"כ בעצי ארזים ס"ק כ"ג. שחיה נאמנת והו"ה כל אשה העומדת בשעת לידה. אמנם מהפנ"י ד"ה גמרא כתב דהנאמנות שנתנו חכמים רק לחיה ולא לאשה אחרת, דדוקא חיה דייקא, אבל סתם עד לא דייק. וזה רק אם נאמר דנאמנות החיה מדרבנן אבל למ"ד דנאמנת מדאורייתא מדין ע"א הו"ה כל אשה שהיתה נוכחת בעת לידה, ולפי פי' רבי דוד ערמא והחזו"א בפי' הרמב"ם דכל הנאמנות באשה שילדה לבד ולא כפי רש"י דכמה נשים ילדו יחד, בזה שייכת נאמנות החיה. אפי' איתחזק ודאי ממזר ולהרמב"ם הנאמנות של החיה כיוון דלא איתחזק איסור ולפ"ז הו"ה שכל אחד וכן אשה נאמנת. וכ"כ החזו"א שיש להאמין כל אדם, ע"כ.

ז. **נאמנות** בעל המקח גמ' נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי בד"א כשמקחו בידו. אבל אין מקחו בידו לא נאמן ופריך ולחזי זוזי ממאין נקט, לא צריכא דנקיט מתרווייהו חד מדעתיה וחד בעל כרחיה ולא ידע וכו'. וכתב רש"י הא דבעל המקח נאמן כשהחפץ בידו כיוון דרמיא עליה לדעת מי נתן לו הכסף כדי שיקנה לו החפץ ולא יעבור על מי שפרע ולכן בודאי מדייק ווכר את הדברים כפי שהם באמת. ועל זה הגמ' אומרת שגם כשקיבל כסף משניהם אחד מדעתו ואחד בע"כ ג"כ דייק מי נתן לו מדעתו ומי נתן לו בע"כ כיוון דהחפץ בידו ודואג שלא יעבור במי שפרע. אבל כשאין החפץ בידו וקיבל כסף משניהם אחד מדעתו ועוד בע"כ כבר לא נאמן. אבל קיבל כסף מאחד נאמן לומר מי נתן לו והחפץ שלו. אמנם הר"ן הסביר שטעם הנאמנות כשמקחו בידו משום מגו דאי בעי יהיב ליה וכשאין מקחו בידו וקיבל רק מאחד נאמן לומר לזה מכרתי כמו נאמנות חיה. ולפ"ז נאמנותו כל זמן שהם לפניו. וכ"כ הרמב"ן בחידושיו והר"ן דנאמנות זו היא מדרבנן. והקשה הקצות בס' רכ"ב א'. על הר"ן דמה הגמ' הקשתה ולחזי זוזי ממאן נקט נעמיד כשהם לא לפניו לכן לא נאמן. ולכן אמרה המשנה יחלוקו במקח וממכר ויש שתירצו דהמשנה דברה סתם יחלוקו משמע בכל אופן אפי' עומדים לפני המוכר ולכן פריך שהמוכר יהיה נאמן ומשמע מרש"י דכשהלכו מלפניו לא נאמן אבל בעומדים לפניו אפי' קיבל מתרווייהו ואין מקחו בידו נאמן כמו דיין דנאמן כל זמן שהם לפניו ונמצא דהמשנה אמרה בכל אופן יחלוקו ע"כ איירי במקום בודדים דהרי אם הם לפניו הדין שמוכר נאמן. וא"כ הדרה קושיא לדוכתא לפי הר"ן מה מקשה הגמ' ולחזי זוזי נימא דלא לפניו. ולפי ר"ת באין מקחו בידו לא נאמן, מקחו בידו נאמן מדין מגו דאי בעי אמר לא מכרתי. והרא"ש כתב מגו דאי בעי יהיב למי שירצה לכן נאמן.

ח. **וכתבו** התו"ס בשם ר"ת ולחזי זוזי ממאן נקט ואותו שמסייעו יפטר משמועה אע"פ שאין מקחו בידו יש להאמינו בתור עד ויפטור משבועה ולמה הגמ' אומרת ששניהם נשבעין וע"ז תירצה דנקט מתרווייהו ולא זוכר. ולרש"י גם יקשה למה שניהן נשבעין מי שהמוכר מסייעו יהיה פטור וצ"ל דרש"י לא סובר כר"ת דעד המסייע פוטר משבועה או שאה"נ עד מסייע פוטר והמשנה אמרה את הדין ששניהם נשבעין באופן דהמוכר לא לפניו, אבל אה"נ דעד מסייע פוטר. וכ"כ הרא"ש בסוגי' דהביא את המשנה השוכר פרה מחברו והשאילה

לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר. ולמה ישבע השוכר הרי שואל מסייע לו ואומר שמתה כדרכה ותירץ דמתניתין דינא קאמר והאמת דשוכר לא נשבע דע"א מסייעו, באופן דשואל יודע אבל אם שואל לא יודע נשבע שוכר. ובמקום אחר ביארנו הא דעד המסייע פוטר האם כיוון שהצד שמסייעו העד חייב שבועה והעד כיוון שקם לשבועה חשיב כמו נשבע, או שכל עד המחייב שבועה הוא מטיל ספק בטענות והתורה אמרה ישבע הנתבע. וזה נ"מ בין רש"י ור"ת דדעת ר"ת עד המסייע פוטר דע"א לגבי שבועה כשנים לגבי ממון, ולכן הוא פוטר משבועה דהוי כמו נשבע. אבל רש"י ס"ל דע"א לשבועה מטיל ספק ולכן כיוון שכל עדותו היא בספק כשמסייע לא פוטר דלא יצאנו מהספק ובזה יישבנו את הש"ך בס' פ"ז דאחד דחייב שבועה ויש ע"א נגד עד אחד אם אמרינן סלק את העדים וישאר חייב שבועה או שהוא פטור והטעם דמי שחייב שבועה ובא עוד אחד שחייב שבועה הרי חייב לברר את הטענות ולפטור עצמו משבועה וכשעד מסייעו הוי כמו שנשבע ופטור. ועי' קצות החושן שם בס' פ"ז ודו"ק.

והרא"ש בריש בב"מ הביא בשם מהר"ם מרוטנבורג דע"א קם לשבועה בין לחייב בין לפטור וק"ו אם לחייב את המוחזק הוא קם כל שכן שאם יש עד שמסייעו שיפטור אותו. והנה הראשונים שחולקים על סברה זו וס"ל דעד מחייב שבועה ולא פוטר משבועה כיוון דכל החידוש של ע"א הוא מטיל ספק וכל שיש ספק יש לברר ע"י שבועה אבל לפטור לא פוטר כיוון דיש ספק אם הוא אומר אמת או לא. וכיוון שנתחייב שבועה ע"י עד ראשון אין בכוחו של העד השני לפוטרו ועי' ש"ש ט"ו פרק כ"א דמאריך בדברי מהר"ם מרוטנבורג.

ובנ"י כתב בשם הר"ן דאין עד מסייע פוטר משבועת מודה במקצת או שבועת שומרין אבל אם ע"א חייבו שבועה ע"א פוטרו דאוקי עד כלפי עד ואין כאן עדות דעד ראשון כמאן דליתא. ואע"פ שכבר דנו בי"ד על פי הראשון וחייבוהו שבועה, דזה נמי חשיב באו בבת אחת כל זמן שלא נשבע וכתב דלא דמי לע"א שבא ואמר שאשה זו מותרת ואח"כ בא ע"א ואמר אסורה שלא שומעין דבריו, דשם הראשון כבר עשה מעשה שהתירה ולכן השני לא יכול לאוסרה, אבל כאן מחוסר מעשה דהראשון חייב שבועה ועוד לא נשבע אע"פ שבי"ד קיבלו עדותו מ"מ הדבר עוד לא הותר כל זמן שלא נשבעה אבל גבי שבועה כל שחייבוהו בי"ד שבועה ועוד לא נשבע כבת אחד דמי וכן משמע מתו"ס דף ד' ד"ה הצד השווה שכתב נמי לחלק בין מחוסר מעשה ללא מחוסר מעשה כגון עדות אשה ולפ"ז כל דין שאמרנו שע"א מחוסר מעשה היינו אם כוחו של העד להטיל ספק אבל אם העד מסייע הוא מברר הרי כבר בירר ואי אפשר להכחישו וכן עד המחייב שבועה לא בתורת ספק אלא בירור דדינו כשנים לעניין ממון אבל הנ"י והר"ן דחולקים ס"ל דעד מסייע הוא מטיל ספק ודו"ק.

ט. **ובדין** נאמנות בעל המקח כל זמן שהמקח יוצא מתחת ידו בזה נאמרו כמה שיטות ראשונים דעת רש"י כשמקחו בידו נאמן בעל המקח כבי תרי אפילו נקיט זוזי מתרוייהו ובנקיט מחד נאמן אפילו אין מקחו בידו והקשו עליו התו"ס ועוד ראשונים דלמה יהיה נאמן יותר מעד אחד וצ"ל דדעת רש"י כשמקחו בידו נאמן לא מטעם מגו כדפ"י הר"ח אלא משום מידק דייק כל זמן שמקחו בידו, מטעם דדייק דלא יעבור על מי שפרע וכ"כ בסמ"ע. וכן כשאין מקח בידו נמי וקיבל כסף מחד נמי דייק ממי קיבל הכסף ודייק שפיר כדי שלא יעבור במי שפרע לפ"ז הדיוק של המוכר הוא מחמת שקיבל הכסף ובזה אזלא לה קושיית הרשב"א על רש"י דזוזי מאן נקט והא אין דמין ראי' ולפי הנ"ל שפיר כתב רש"י דקבלת הכסף הוא גורם לדייק ונאמנת. והרמ"א כתב שם בחו"מ רכ"ב כשאין מקחו בידו נאמן כעד אחד לא שנא נקט כסף מחד או משניהם ותמה הסמ"ע הרי לפי הרי"ף ורש"י נאמן כב' אפי' אין מקחו בידו כל שנקט מאחד, וצ"ל דבאופן שלקח מאחד יש לו נאמנות של שניהם דמידק דייק. אבל במשנה שלקח מאחד מרצונו השני בע"כ ועמדו שניהם לפניו וכל אחד טוען או הוא בזה לא רמיא עליה וכוחו רק כעד אחד ודו"ק.

ונמצא דלרש"י כיוון דהנאמנות היא מטעם דמידק דייק כדי שלא יעבור על מי שפרע נאמנותו כמו דיין שנאמן לומר לזה זכיתי, אבל ר"ת פי' שטעם הנאמנות משום מגו ולפ"ז לא נאמן לומר שנתרצה למי שלא נתן לו המעות דהוי מגו נגד עדים דאנן סהדי שנתרצה למי שנתן לו המעות וגם יש עוד נ"מ לפי רש"י שגם לאחר שיצא המקח מתחת ידו נאמן כשנים מטעם הנ"ל. והא דכתב דהרי הוא כע"א מירי בנקט מתרוייהו. ובנקט מאחד ממנ' נאמן דאם אומר שנתרצה למי שנתן לו המעות אינו צריך לנאמנות דחזקה שנתרצה לו. וכשאומר שנתרצה למי שלא נתן לו המעות כיוון שאומר היפך מסברא ודאי מידק דייק, ע"כ. ותמה הנתיבות על הרמ"א

שכתב בס' רכ"ה דבאין המקח בידו נאמן כע"א לא שנא נקט זוזי מחד לא שנא נקט זוזי מתרוייהו חד מדעתו ואחד בע"כ, וזה דלא כמאן דלדעת הרי"ף בנקט זוזי מחד נאמן כב' תרי. ולדעת ר"ח אינו נאמן לומר שנתרצה למי שלא נתן לו מעות דהרי מגו נגד עדים. וע"ז כתב הנתיבות דהרמ"א איירי על הרישא במקחו בידו, אבל בסיפא איירי בנקט מחד (עי' סמ"ע ס"ק א').

י. **ולעניין** הלכה כתב הסמ"ע ס"ק א'. בביאור שיטת הרמב"ם כדעת רש"י שנאמנות המוכר אינה מוגבלת ויכול להעיד גם למי שלא נתן לו הכסף וסיים דלהרמב"ם דאם אין מקחו בידו יש למוכר נאמנות כמו עד אחד בעוד שלפי רש"י יש לו נאמנות גמורה אבל בקיבל כסף משניהם נאמן המוכר כע"א אבל הש"ך כתב דדעת הרמב"ם כדעת ר"ת כשאין מקחו בידו אין לו נאמנות אלא כע"א דעלמא וכשמקחו בידו נאמן לגמרי אף לומר שנתרצה גם למי שלא נתן לו הכסף דלא כדעת התו"ס ור"ח וחידש הנתיבות ס"ק א'. שאם מקחו בידו נאמן המוכר לומר שנתרצה למכור למי שלא נתן הכסף אך בתנאי שלא נעשה מעשה קנין כי אם עשו מעשה קנין ויש עדים שא"ל לך משוך וקני הרי אינו נאמן משום דאיבד חזקת הבעלות שיש לו בחפץ ואינו עדיף בעדותו מכל עד אחר. אמנם המאירי כתב שנאמנות המוכר מבוססת על כך שהלוקחים מחזיקים בחפץ ודבריו של המוכר מצטרפים לסייע לחזקה של אחד מהם וזה מיישב למה המוכר נאמן כשאין המקח בידו, דנאמנות זו לא משמע דרק אם הלוקחים לפניו שהרי לא נזכר תנאי זה לא ברמב"ם ולא בשו"ע לפ"ז אין הנאמנות לא מדין דיין ולא מדין שליש שהרי המוכר נאמן לומר שנתרצה גם למי שלא נתן לו מעות אלא ע"כ כדעת המאירי ודו"ק.

יא. **נאמנות** דיין לומר לזה זיכיתי ולזה חייבתי ובגמ' רק כשבעלי דין עומדים לפניו דאז מוטל עליו לזכור את פסק הדין אך משיצאו מלפניו לא מוטלת עליו חובת הזכירה. ובשיטה לא נודעה למי כתב דלר"מ כל זמן שלא כתב פסק דין אע"פ שהלכו מלפניו נאמן דיין וכתב הש"ך ס"ק ו' בשם מהר"ם מרוטנבורג דכל זמן שהם בעיר הם נקראים לפניו. והש"ך דחה דבריו דמה בכך שהם בעיר, סוף סוף כיוון שנסתלקו מלפניו אינו נאמן. וכתב הריב"ש בס' ת"ד דכל איבוד הנאמנות כשלא לפניו היינו בדיין יחיד מומחה שקבלו עליהם אבל שני דיינים נאמנים גם כשהסתלקו מלפניהם דלא גרע מב' עדים. דדיין לא חייב לכתוב פסק דין רק כשבעלי דין לפניו ולכן בשניים נאמנים. ובמקום אחר הארכנו בס"ד.

סימן מו

קביעת ממזרות

א. **רמב"ם** פט"ו מאיסורי ביאה הלכה כא כב כתב דין תורה שספק ממזר מותר לבא בקהל אבל חכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרו גם הספיקות לבא בקהל לפיכך ממזר ודאי מותר לשאת ממזרת ודאית אבל ממזר ספק או שתוקי או אסופי אסור לישא בת ישראל ואסור לישא ממזרת.

ויש להסתפק הא דהתירה תורה ספק ממזר לבא בקהל היינו בספק ממזר כגון בקבוע או במחצה ישראל מחצה גויים וחידוש התורה שספק דבעלמא אסור כאן מותר, או אפי' ברוב פסולים נמי שרי. ומצאנו מחלוקת הרמב"ם והרשב"א בספק דאורייתא לחומרא האם מדאורייתא לחומרא או מדרבנן דהרמב"ם בהלכות טומאת מת פ"ט הל' י"ב פסק הספיקות אסורות מדרבנן ומדאורייתא ספק דאורייתא לקולא והא דהתורה חייבה אשם תלוי היינו באיקבע איסורא. ולכן בספק ממזר כגון בקבוע או מחצה על מחצה לדעת הרמב"ם לא צריך פסוק להתיר ומהא דהתורה התירה משמע דאיירי באופן דאיקבע איסורא או ברוב פסולים. ולדעת הרשב"א ברוב פסולים ודאי אסור והוי ממזר ודאי שמותר בממזרת והתורה התירה בספק שקול. ומ"מ גם לדעת הרשב"א אפשר לומר דהתורה התירה גם ברוב פסולים דרוב לא הוי ודאי כפי שכתב הרא"ש מפליו"א בסוגי' דתקפו כהן דכל רוב יש בו מיעוט ולא הוי ודאי ולכן הוי ספק אפי' ברוב פסולים ובזה התורה התירה.

ב. **והקשה** מהרי"ט ופר"ח ופנ"י על הרמב"ם דס"ל ספק דאורייתא לקולא למה צריך קרא

להתיר ספק ממזר. וכן הביא קושיתם הש"ש, שמעתא א' פ"א וכתב הפנ"י דהרמב"ם ס"ל דהפסוק בא להתיר ספק ממזר א"כ ברוב פסולים כמו שכתב הפר"ח דהתורה התירה ספק ממזר אפי' במקום חזקת א"א כגון זרק גט ספק קרוב לו ספק קרוב לה. והשב שמעתא דחה דבמקום רוב הוי ממזר ודאי וכן במקום חזקה כדמוכח בחולין דמכה אביו ואמו דאמרינן דילמא לאו אביו הוא. ואם בספק ממזר אפי' איכא רובא מותר א"כ לא משכחת קהל ודאי וע"כ תירץ דחידוש התורה באופן דנתערב במחבואה ספק ממזר דבכה"ג בעלמא אסור והכא שרי.

והרשב"א בקידושין עג. כתב ליישב דלפי הרמב"ם דספק דאורייתא לקולא מהתורה ילפינן מממזר דהתורה אסרה ודאי והתירה ספק ומכאן ילפינן לכל התורה כולה וא"כ אין מקום לקושיית הפר"ח ופנ"י ומהרי"ט וכן כתב הר"ן בסוף פרק האשה נקנית בשם הרמב"ם דמספק ממזר למד הרמב"ם לכל התורה דספק מדאורייתא לקולא. וכ"כ בקובץ ביאורים וכתב בש"ש שם בשם המל"מ אע"ג דספק ממזר מותר מ"מ ממזר שנתערב לא שרי כיון דבכה"ג מביאין אשם תלוי והשיג עליו בש"ש דמה בכך שמביאין אשם תלוי מ"מ הוי ספק ומידי ספקא לא נפקא והתורה אמרה ממזר ודאי לא יבא הא ממזר ספק יבא ע"ש. אמנם לפי מה שכתב הר"ן בשם הרמב"ן דלרמב"ם ילפינן ספיקא דאורייתא לקולא מספק ממזר. ובספיקות קימ"ל כל שאיקבע איסורא אסור מהתורה וכמו שכתב הש"ש עצמו שזה גם הרמב"ם מודה. וא"כ דברי המל"מ נכונים הם. ולשאר הפוסקים דס"ל דספיקא דאורייתא לחומרא בעלמא ובממזר התורה חידשה א"כ גם באופן דאיתחזק איסורא נמי ספק ממזר מותר. והרשב"א הקשה על הרמב"ם דממזר יש להביא ראיה דבעלמא ספק אסור כיון דהתורה הצריכה להתיר ספק ממזר משמע דבעלמא הספקות אסורות והרמב"ם למד דמשם ראיה, ולא שנא.

ג. **ובעונג** יו"ט ס' ע"א מיישב קושיית מהרי"ט דלרמב"ם שספק מותר מהתורה למה צריך פסוק להתיר ספק ממזר ותירץ דאיצטריך קרא היכא דאיתחזק איסורא ופלא שלא ראה דברי הפר"ח שיישב כן. ובדרכי דוד על קדושין ריש פרק עשרה יוחסין תירץ דלהרמב"ם נימא מה שהתורה התירה ספק ממזר אע"פ שהספיקות מותרים מהתורה דהתורה התירה ספק ממזר בתורת ודאי ומותר בישראל דאם מותר מספק הרי במקום שיש לחוש חוששין כגון אם ניתוסף עוד ספק לאיסור הוי ס"ס לחומרא משא"כ בספק ממזר דהוא מתורת ודאי והוי היתר על היתר.

ועל תירוץ הפנ"י דהתורה התירה אע"ג דאיכא רובא היינו ברוב דפריש דלא הוי רוב גמור כמו שאמרה הגמ' לגבי קפץ אחד מהמנויים ופריך ולבטיל ברובא וכתב השיטה מקובצת בב"מ ז. דכל רוב יש לו מיעוט היינו ברובא דפריש. אבל רוב בסברא כמכה אביו הוי רוב גמור. והטעם דרוב דאתי מכל דפריש המיעוט לפנינו משא"כ רוב התלוי בסברא אין בו מיעוט כלל אחר שהתורה אמרה אולינן בתרה הרי הוא ודאי. נמצא שכל חידוש התורה שספק ממזר מותר בקהל היינו ברוב דכל דפריש שיש בו מיעוט. וכ"כ בש"ש, שמעתא ב' פרק ט"ז דהא דכתבו הפנ"י ופר"ח דספק ממזר אפי' איכא רובא כשר היינו ברוב דאיתיה קמן אבל רובא דליתא קמן כגון רוב דהוא אביו דרוב זה בא מסברא הוי רוב גמור וכמ"ש השטמ"ק לגבי קפץ אחד מן המנויים דלא הוי עשירי ודאי.

ובקהלות יעקב קדושין סי' ל"ו. תמה עליו ומעולם לא הבנתי חילוק זה היטב דאם נאמר שמכל מאה אנשים איכא מיעוט של עשרה פסולים וכמו בתשע חנויות שיש אחת מעשרה טריפה א"כ מאי נפק"מ אי הוי רובא דאיתא קמן או דליתא קמן והרי כמו שגבי רובא דאיתא קמן אנו אומרים דשמא פירש מהמיעוט אע"פ דרוב הפרישות ראוי להיות מהרוב הכא נמי גבי רובא דליתא קמן נימא דשמא הנידון שלפנינו הוא מהמיעוט ומה מקום לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. וכתב דהחשש שמא לאו אביו הוא הוא חששא רחוקה דבסתמא לא חיישינן לה אלא דלפ"ז תקשה דא"כ היכי ילפינן מהכא דאולינן בכל התורה בתר רובא דלמא שאני דחשש דלא אביו הוא, הוא חשש רחוק שאינו מצוי, עכת"ד.

ובמנ"ח מצוה ב' גבי ולד שספק אם זמנו למול היום או לא נ"מ אם נתערב ולד שעבר זמנו עם הרבה ולדות שזמנם בשבת ופירש אחד מהם דקימ"ל כל דפריש מרובא פריש אי לאו דהתורה גילתה דספק לא מלין בשבת היינו מלין אותו מדין רוב, משא"כ השתא דגילתה תורה דספק אין מלין לא אזלינן בתר רובא, ובנדון דידן דכתבה תורה ערלתו ודאי לא אזלינן בתר רובא כפי שכתב השמ"ק בב"מ לגבי עשירי ודאי, ודו"ק.

ובתשובות רע"א תנינא ס' קח הקשה קושית הש"ש דאי ספק ממזר כשר גם ברב פסולים א"כ לא מצאנו רוב לגבי קהל. ותירץ כיון דמוחזק בשעת לידה דהוא אביו לענין מילה ולענין פדיון הבן כבר איתחזק לכל. וראיה דבכל בהמה נסתפק שמא טרפה ולא הוי עשירי וכ"ת דאולינן בתר רובא הרי הרוב לא ודאי. אלא ע"כ כיון שהוחזקה שפיר דמי. וכן לענין פדיון הבן שאב פודה את בנו הרי הוא אביו מדין רוב ואין הולכין בממון אחר הרוב אלא כיון שהוחזק שפיר דמי.

ד. **ובגוף** הסברא מצאנו מחלוקת ראשוני' בכתובות טו. לגבי תינוק שנמצא ברוב ישראל דהוי ישראל להשיב לו אבידתו. והקשו בתוס' הא אין הולכין בממון אחר הרוב ותירצו דוקא היכא דבהיתר באו לידו לא אזלינן בתר רובא. והרי שם כבר הוחזק לישראל גמור ומאי קושיא. ועוד כתבו התוס' דלכולה מתניתין אפשר להעמיד לענין נזיקין דהיינו ברוב ישראל אי נגח תורא דידן לדידיה פטור מחמת דאין הולכים בממון אחר הרוב והרי שם כבר נפסק דהוא ישראל. ועיין בהפלאה שם. ודעת הרשב"א דספק ממזר ברוב פסולים הוא פסול אלא אם נבדקה אמו. וכן כל שתוקי שלא בדקו את אמו פסול מהתורה, אמנם התוס' ס"ל דאשה בודקת ומזנה ולכן בארוס וארוסתו כל שטוענת ברי נאמנת ובלא טוענת בריא כגון שאינה לפנינו הוי ספק דנגד רוב פסולים יש חזקה דבודקת והוי ספק ממזר דמותר מהתורה ולרשב"א אין זה ספק דרוב דאורייתא וכל שלא לפנינו הולד ממזר ודאי ועי' בחזו"א אהע"ז סי' א' אות טז. דלדעת הרשב"א לית ליה חזקה דבודקת ומזנה. ודוקא בטוענת בריא לכשר נבעלתי היא נאמנת.

ה. **וחידש** הש"ש בשמעתא א' פ"ב דספק ממזר דהתירה תורה כגון דנתערב במחבואה ממזר עם כשר דבעלמא הוי קבוע ואסור כאן שרי. והמל"מ כתב דבאופן זה הוי ממזר כיון דהתורה חייבה אשם תלוי. ותמה עליו הש"ש דמה בכך דחייב אשם תלוי מ"מ התורה התירה ספק וזה ספק. ויש לדחות דהרמב"ם ס"ל בעלמא ספיקות שרי ומ"מ באיקבע איסורא ס"ל דהתורה חייבה אשם תלוי ונמצא דיש הבדל בין ספק ממזר לשאר ספיקות ולכן באיקבע איסורא נראים דברי המל"מ דהוי ממזר משא"כ לדעת הרשב"א דבעלמא ספק אסור מהתורה וממזר התורה התירה אין מקום לחלק בין איקבע איסורא ללא איקבע איסורא דדינם שוה ויפה כתב הש"ש לדבריהם. וכ"כ בעצי ארזים ס"ק ס"ג דדברי המל"מ פט"ו מאיסורי ביאה הלכה יא דוקא לדעת הרמב"ם דספיקות מותרות מדאורייתא ובאיקבע איסורא אסור ומביא קרבן אשם תלוי שפיר שייכת סברת המל"מ אבל לפוסקים דבעלמא כל ספק אסור מהתורה לא שנא.

אמנם בבנין עולם ס' ו' בהגה לאות ו' כתב דלהרמב"ם גם באיקבע איסורא ספק ממזר כשר מהתורה דהא בקדושין אמרינן דשתוקי הוי ספק דהוא מחצה על מחצה והו"ל כתרי שנתערבו אחד כשר ואחד ממזר וקאמר דמהתורה הוי ודאי קהל ומותר. ואין לומר דשם הוי ספק מי הלך למי דא"כ אמאי אמרינן דהוי קבוע אלא ודאי כנ"ל. והא דלא יליף הרמב"ם ממזר דכשר אף באיקבע איסורא לכל האיסורים משום דהתורה גילתה אשם תלוי בספק חלב ספק שומן וכן אין ללמוד ספק ממזר משאר איסורים דאיקבע איסורא דגם בממזר יהיה אסור, דלזה לא צריך קרא להתיר ממזר בספק דבלא"ה כשר דכל אחד יש לו חזקות כשרות. ומדאורייתא אזלינן אחזקה ואין לומר דהפסוק שבא להתיר ספק ממזר איירי שבא להתיר עובר במעי אמו דלית ליה חזקת כשרות דלמאן דמכשירים בה ובביתה וחזקת האם מהני לעובר לא צריך לזה ועי' בש"ש שמעתא א' פרק ב' ושמעתא ב פרק טו. וכרתי בבית הספק יור"ד ק"י ודו"ק.

ובש"ש שמעתא א' פרק ד' הביא קושית הרשב"א בחולין י"א על הרמב"ם דס"ל דהספיקות מהתורה מותר א"כ בבהמה אפי' לא ניזיל בתר רובא נמי תהיה מותרת ואין לחוש שמא טריפה היא ע"ש. והנה לפי הרמב"ם דבאיקבע איסורא חיישינן מה מקשה הרשב"א הרי שם איקבע איסורא דישנם הרבה טרפות בעולם כך מקשים העולם. אמנם יש לדחות דאיקבע איסורא זה כשיש ספק בחתיכה הזאת שעומדת לפנינו והספק על ב' חתיכות אבל חתיכה שלא לפנינו לא שייך לחוש דהספק כאן על כל בהמה ובהמה אם טרפה או לא. משא"כ בחתיכה מב' חתיכות הספק הוא על שתיהן ביחד. וכ"כ בקובץ ביאורים על הש"ש א' פ"ד.

ו. **ובאופן** דנולד בן מאשה עגונה שבעלה נעלם כמה שנים כתב ח"ס אהע"ז סי' י' דהוי רק ספק וכן בנוב"י תנינא ס' קמ"ז וכתב המבי"ט דיצאה מספק איסור דאורייתא וכתב בצל הכסף ח"ב ס"ק דרבים סברו כמותם ואע"פ דכ' הנוב"י תנינא ס' קמ"ז דמסברא זו לבד לא התירו, מ"מ מנאמן שמואל סנ"ה משמע דבאבד זכרו לבד התירו לכן בנ"ד בעגונה הוי ספק ממזר ויש להתירו

מס״ס שמא מגוי. כיון דהוי ספק ממזר וספק דרבנן מצוה להוציאו מספק והולד מותר, וכתב ח״ס ובאה״ז סי׳ י׳ באשה שילדה לזנונים זה כ״ג שנה ואמרה שלפני כ״ט שנה ע״א אמר לה שמת בעלה בדרך לבי״ח וזקן אחד א״ל שתשב שעה אחת והעלה דהולד מותר מ״מ ספק מגוי ספק נולד אחר מות בעלה והולד כשר לקהל ואע״פ שמא בעלה נתרפא ונולד בו מום דמחמת כיסופא מתביש לבוא מ״מ חזקת חי איתרע והוי קצת ספק ואפי׳ לפוסקים דס״ל באיתחזק איסורא לא מהני ס״מ שאני הכא דאיתרע, ועוד יש הבדל בין איתחזיק איסורא דלעלמא להכא דהתורה התירה ספק ממזר ואע״ג דלא נבדקה האם דאיכא ס״ס בלי ברא ומ״מ טוב להוציא ממנה בריא ולא שתאמר מגוי דהרי אמרה לישראל נבעלה אך שתאמר ברי לי שלא נבעלתי לישראל בעלי והו״ל כאומרת בן זה כשר והו״ל ס״ס ובריא דנאמנת.

ובשו״ת רב חיים רפפורט ח״ב אה״ז ס׳ ד׳ דן בפנויה שילדה ויש שם קרובים והתיר ע״פ דברי הרשב״א קדושין עג דהיתר התורה ספק ממזר במחצה על מחצה כגון בידוע שהיא הלכה אצלם או במחצה על מחצה ויש ס״ס ועכ״פ הוי רובא ורובא זה ודאי ולא צריך קרא וע״ז כתב דבאופן זה לא צריך אמירתה דבלי אמירתה מותר הולד. ומה שהגמ׳ הצריכה בריא היינו לכהונה אבל לקהל סגי ברוב אחד, וכמו שכתב הב״ש בס״ק ט״ז. ולישראל מותר דהוי ס״ס אפי׳ לרבן גמליאל ע״ש. וכתב בספר נדיב לב ח״ב ס׳ ג׳ דלב״ש קשה דמה שאמרה הגמ׳ דלכהונה בעי תרי רובי אבל הולד כשר ברוב כשרים וכמו שכתב מהרי״ט אהע״ז ס׳ ט״ו וכ״כ מהר״י וויל ס׳ עד להכשיר הולד בס״ס והרי כח הס״ס מדין רוב. אולם במ״מ פט״ו מאיסורי ביאה הלכה כה בתינוק שנמצא מושלך הוי מיעוט עכו״ם כקבוע וכמחצה על מחצה אבל התוס׳ טו. ד״ה דילמא כתבו דתינוק מושלך לא הוי קבוע. ושם דן באריכות בדברי הב״ש וכתב בנידון דידה אין לאסור מחמת ספק קבוע דאיכא ג׳ רובי, שמא לא אזלא, ושמא מגוי, ושמא כשר. וכן נמי בפלוני הודה. וכל שלא דימא מעלמא והודה הפלוני שהוא בנו, נאמן. וכ״כ תשב״ץ ח״ב רע״ג וחוט השני ס׳ י״ח ואף שלענין חליצה וירושה יש מחלוקת הפוסקים מ״מ לענין כשרות הולד כולם שווין וכ״ש שהבחור יושב עימה יומם ולילה רוב מיניה וכ״כ בחוט השני וכנסת יחזקאל, ע״ש.

ז. **וברוב** פסולים אם הולד מותר בממזרת, כתב הב״ש ס״ק לט דעדיין הוי ספק ממזר דדילמא אזלא היא גבם והוי ספק וכתב דלכאורה הדבר תלוי במחלוקת הרמב״ם והרשב״א דלהרמב״ם דספק מהתורה מותר כשהתורה התירה ספק ממזר היינו ברוב או חזקה כמו שכתב הפר״ח והפנ״י אבל להרשב״א דספק אסור נמצא דהתורה התירה בספק שקול ולא ברוב. ומ״מ קשה כיון דספק מהתורה לחומרא לדעת הרשב״א והתורה התירה ספק ממזר גם ברוב נמי מותר ובפרט שפרשנו לעיל דיש הבדל בין רוב התלוי במציאות כגון פריש, אבל רוב בטבע הרי רוב גמור. ודו״ק. ועי׳ בפני משה ס״ק א׳ ועי׳ בישועות יעקב הארוך ס״ק א׳, דכתב ברוב פסולים מותר מן התורה ע״פ גמ׳ ב״מ ז. קפץ אחד מן המנויים דלא בטל ברוב דעשירי ודאי כתב שמ״ק בשם הרא״ש דכל רוב יש לו מיעוט ולכן לא הוי רוב ודאי, ויש לחלק בין רוב בטבע לרוב דכל דפריש ועי׳ ש״ש שמעתא ב׳ פ׳ ט״ו. ובח״ז אהע״ז ח״א ס׳ ס״ו כתב דדברי השיטה מקובצת דוקא לגבי נכנסים לדיר שם הרוב יש בו מיעוט אבל לגבי איסורים כל רוב הוא רוב גמור. וכ״כ בדברי מלכיאל ח״ג ס׳ עט. דדוקא לגבי מעשר בהמה שהקדושה חלה ע״פ האדם הרוב לא כודאי משא״כ בשאר רוב. אמנם הח״ס אהע״ז ס׳ י׳ כתב דחזקה בודקת ומזנה סותרת את הרוב ואע״ג דרובא וחזקה רובא עדיף האי חזקה היא בתורת מנהג בנות ישראל לבדוק לפני הזנות, ולא לבית המנוגע ששם אמרינן רובא עדיף.

ח. **ובספק** ספיקא להחמיר כגון בממזר שנולד מאשה שלא קיבלה גיטה והלכה ונישאת לשני אזרחית וילדה דיש מיד כאן ס״ס שמא לא זינתה כלל ואת״ל שזינתה בהיותה תחת הראשון שמא מישראל. וע״ז כתב הבית מאיר אהע״ז סי׳ ד׳ סעיף כ״ח דאף לדעת הרשב״א דספק דאורייתא לחומרא מדאורייתא מ״מ בספק ממזר דגלי רחמנא דמותר אפי׳ בס״ס הולד כשר ודמי למה שאמרו חז״ל דברה״ר כל ספקות שאתה מרבה ספיקו טהור וכ״כ במנחת חינוך מצוה תק״ס דכל ספיקות שאתה מרבה מ״מ ספקו טהור והדברים עתיקים עכת״ד. וכ״כ עצי ארזים ס׳ ד׳ ס״ק ס״י והפנ״י כתובות טו. ובתורת חסד מלובלין או״ח סו״ס ז׳. והגאון חקרי לב יו״ד ס׳ קי״א ובשו״ת עין יצחק אהע״ז סי׳ ל״ה דהתורה התירה ספק ממזר אפי׳ ברוב פסולים דמחצה על מחצה לא בעי קרא לדעת הרמב״ם וראב״ד וכ״כ בש״ש שמעתא כ׳ בסוף פרק י״ט.

וכתב מהרי״ו הביאו בדרכי משה ס׳ ד׳ אות ז׳ דאשה

שנתגרשה מבעלה ונתעברה וילדה הולד כשר שמא נתעברה אחר גירושיה ואת"ל לפני גירושיה שמא מגוי ואפילו לא נבדקה הולד כשר מס"ס ספק לאחר גירושין ואת"ל לפני גירושין שמא מגוי ואפילו אומרת שקודם גירושין התעברה מ"מ לא נאמנת לפסול את בנה ולכן חיישינן מגוי. וכ"כ בשו"ת מהרימ"ט אה"ע ס' ט"ו דבעיר שרובה גויים הולד כשר אפילו לא נבדקה אמו דאזלינן בתר רובא, ולגבי הולד לא בעינן תרי רובי אלא רוב אחד. וכתבו גאוני ירושלים בתשובה שהובאה בס' עיני כל חי דמוכח מהרב בני יעקב אפי' הנואפת אשת איש היתה קשורה עם הנואף ולא דימא מאחר ושניהם מודים מ"מ חיישינן שמא מגוי נתעברה. וחתמו על פסק הדין הרה"ג ר' יעקב שאול אלישר הרב רחמים יוסף פרנקו והרב שמ"ח גאגין. והרבה פוסקים סמנו על דברי מהרי"ו שו"ת רע"א ע' ק"ו וכ"כ הגאון ר' יעקב ששון בשו"ת בני יעקב סי' י'.

אמנם הב"ש ס' ד' ס"ק כ"ז תמה על מהרי"ו מהגמ' סוטה כז. אשה שמזנה בניה כשרים דרוב בעילות אחרי הבעל היתה פרוצה ביותר תיקו. וכ"כ הרמב"ם ושו"ע אה"ז ס' ד' סעיף ט"ו ואם איתא לדברי מהרי"ו הרי יש כאן ס"ס ספק מבעלה ואת"ל לא מבעלה שמא מגוי. ומזה הוכיח דלא חיישינן לגוי וכ"כ בש"ת אורים גדולים לימוד קי"ח לתמוה על מהרי"ו אמנם מהרי"ו עצמו כתב דהגמ' איירי לענין כהונה ולא לענין ממזרות. והגאון בעל הבית מאיר בשו"ת רע"א ס' רו וכן הגאון רע"א תמהו על הב"ש שהרי הב"ש עצמו כתב ס"ק נב דלהרמב"ם חיישינן בגוי. וא"כ איך הרמב"ם הביא הדין בפרוצה ביותר תושיין לבניה הרי יש ס"ס אלא על כרחך דאיירי ברוב ישראל אבל ברוב עכו"ם הולד כשר. ובשו"ת בנין עולם ח"ב ס' ה' אות ב' כתב דאפי' ברוב ישראל תלינן בעכו"ם דרוב ישראל הם כשרים ומיעוט עכו"ם פרוצים בעריות לכן תלינן בעכו"ם דרוב פרוצים ומיעוט הר ישראל דבחזקת כשרות.

וכ"כ בשו"ת עין יצחק לגאון ר' יצחק אלחנן ח"א אבה"ע ס' ז' בבעל ואשה שהיתה ביניהם קטטה ונפרדו זה מזה בלי גט ולימים ילדה האשה וטוענת מבעלה והוא מכחישה וטוענת שבעלה היה מבקר אותה והוא מכחיש בתוקף העלה דהולד כשר. שיש ס"ס ספק מבעלה ואת"ל לא מבעלה שמא מגוי וגוי שבא על בת ישראל הולד כשר. וכתב ואף שיש מי שאומר שאם לא אומרת בעצמה שנתעברה מגוי אנו לא חוששים לה ולא תולין בגוי כפי שאמרו התוס' כתובות דף ט' לגבי מוכת עין, מ"מ כאן אע"פ שלא אמרה חוששין לגוי ובושה לומר שזה מגוי ולכן תולה בבעלה וכמו שאמרו בכתובות עה. וכולן מזנות ותולות בבעליהן. וכ"כ בתשובת רע"א בס' קו. ועי' שער המלך פט"ו מאיסורי ביאה הל' יז. ושו"ת חתם סופר חאע"ז ס' י"ג ושו"ת בצל הכסף ח"ב ס' ב' דהביא חבל נביאים דתלינן בגוי.

וכתב עוד באשה הגרה ברובע של גויים וא"כ רוב העיר כשרים אצלה וכן רוב סיעה והוי תרי רובי נכרים שהולד כשר. וכיוצא בזה פסק מר"ן בשו"ע סי' ו' סעיף ח' בפנויה שנתעברה ויש שם תרי רובי מאנשים כשרים רוב העיר ורוב הסיעה ואין ידוע מי הלך אצל מי דהאשה כשרה לכהן לכתחילה.

ט. **ובדין** אשה שהלכה ועזבה בעלה ללא גט ונישאת בערכאות וילדה בנים שכעת עומדים על פירקם והרב הרושם נישואין נסתפק אך לרושמם העלו האחרונים מאחר והאשה לא נאמנת לפסול רק להכשיר גם כאן לא נאמנת. וגם האב שהכיר בהם ורשמם על שמו נמי לא נאמן דיכיר התורה האמינתו בבנו ולא באחר. ונאמנות שנתנה תורה רק למי שנשוי בחופה וקדושין אבל כל שלא נשוי כדין אין לו דין יכיר. ונמצא שכל חייהם הם בזנות וכל שהלכה ונישאת בזנות כ"ש שמפקירה עצמה אצל גוי ולא שייך רוב בעילות אחרי הבעל כיון שאינו בעל אלא נואף.

ויש לדקדק במה שהביא מרן בס' ד' סעיף כו פנויה שנתעברה ואמרה מפלוני אם מכירים בו שהוא ממזר אין זה ממזר אלא ספק ממזר דכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר. ואם הבועל כשר הולד כשר וכתב הב"ש ס"ק ל"ט באופן שהאשה אומרת ממזר שלא נאמנת הולד ספק ממזר וכתב הב"ש דהיכא דבלא דבורא היה הולד ספק ממזר וכשר מדאורייתא לבא בקהל, משוה"כ נאמנת להכשיר דהא מדאורייתא כשר אבל אם אמרה שהוא ממזר אינה נאמנת כי דוקא לאב האמינה התורה לפסול את בניו. אבל היא לא נאמנת לפסול בניה והוי כלא אמרה כלום והולד הוי ספק ממזר כ"כ הרב המגיד והר"ן ורוב הפוסקים ולא כש"ג דלא נאמנת לומר שהוא ממזר כיון דזינתה ע"כ.

וכן היה בבית דיננו על א"א שעזבה את בעלה וחיה עם גבר זר וטענה שהיא בהריון לפני הגירושין וילדה

שמנה חדשים אחרי הגירושין והחזיק הנואף את הבן וכן הוא מודה. והתרנו הבן מס"ס ספק אחר הגירושין נתעברה ואת"ל לפני הגירושין שמא מגוי מדזינתה עם זה שמא גם עם גוי והתרנו הולד ובפרט לפי מה שכתב באוצר הפוסקים סימן ד ס"ק קל"ו אות ז. דאפי' ברוב ישראל נמי הולד כשר דרוב מזנים גויים ורוב ישראל כשרים ומשתמשים בסברא זו להתיר, ודו"ק.

י. **ובנידון** אשה שהתחתנה עם ישראל בחו"ק ונפרדה בערכאות והלכה עם אחר ונולדו להם שלשה ילדים וכעת הגיע פירקם להתחתן ומערערין על הבנים ולא נמצא שום רישום שנישאת בחו"ק רק על פי האם ונמצאה רשימה חתומה על ידי הרב שנישאה בערכאות והרב מעיד על נישואיה אבל אין חתימת עדים. והנה פשוט כיון שלא נאמנת לפסול בניה כן אינה נאמנת לומר שהתחתנה בחו"ק לעשות בניה ממזרים, וגם אם הרב היה בא להעיד לפנינו שהיא נישאה בחו"ק הוי עדות של ע"א ובלא"ה כיום הרב שבק חיים ונמצא כדי לעשות מי שהוחזק בכשר לממזר צריך ב' עדים דאין ערעור פחת מב', וכ"כ מהרשד"ם תאהע"ז ס' קל"ח על אחד שיצא עליו קול ממזרות וע"א מעיד כן כתב דלא נאמן והבעל הראשון שנישאה לו בחו"ק בנתיים התנצר והגויה עמה חי לא ענתה ואיימה עליהם אם ימשיכו להטריד אותה. והאשה טענה שבעלה הראשון היה רגיל לבקר אצלה וסמכנו על הגאון ר"י אלתנן אהע"ז סימן ז בס"ס שמא מבעלה ושמא מגוי וכ"כ בבאר אברהם רפופורט ס' מא. דאע"פ שנפרדו הבעל והאשה בערכאות מ"מ כיון שהם עודם נישואין בחו"ק הם נפגשים ויש לתלות בבעל, ואע"פ שהיא חיה בקביעות עם בעלה השני וביאת הבעל הראשון היא מיעוט למה לא נאמר רוב בעילות אחרי הבעל והוא של השני, וצ"ל כמ"ש ההפלאה בספרו פנים יפות פרשת אחרי מות בפסוק ערות אחותך לא תגלה דהא דאמרינן רוב בעילת אחרי הבעל לא מחמת שהוא אצלה בביאות הרבה יותר מאחרים שהרי אפי' לא נתיחד הבעל עמה אלא פעם אחת תלינן בו שהרי לא חילקה תורה בזה אלא הפירוש הוא שרוב הנבעלות הן מבעליהן. ולכן בחייבי כריתות שאין קדושין תופסין בהם תלינן שנבעלה מאחרים שאין בהם איסור כרת ע"כ ובאגרות משה כרך ה' אהע"ז סי' ס' החזיק בדברי בעל ההפלאה.

ובגמ' ראוה מעוברת שנאמנת להכשיר אבל אם שתקה ובשעה שב"ד חוקרים על כשרות הבת כשבאה להתחתן טענה כן כתב הגינת ורדים אהע"ז כלל ד' ס"ס כ"ט דלא נאמנת האם דלא האמינוה אלא בשעת מעשה בזמן העיבור. ולכן לא נאמנת עכשיו דמשום כיסופא אומרת כן. וכ"כ מרן הראש"ל ביביע אומר ח"ז סימן ז דהרב גינת ורדים איירי שהאשה היתה פרוצה ביותר ונבעלת לאנשים רבים בהסכמת בעלה שהיה איש רע ובליעל ולכן באשה פרוצה שנשבעת לשקר כל שמכחישים אותה וכן באופן דהאשה עזבה בעלה והלכה ונישאת בערכאות וילדה סגי ברי דידה לומר שלא נבעלה לישראל בחיי בעלה כפי שכתב הח"ס ס"ס י' ודו"ק.

יא. **ושם** ביביע אומר ח"ז ס' ז' דן באשה נשואה בחו"ק ועזבה בעלה והלכה ונישאת בערכאות ונולדו לה בנים ועכשיו דנים על כשרותם והרב עמד בקשר עם הבעל הראשון וטען שאין לו כח גברא וכך אישר הרופא והאשה, והעלה הרב השואל ע"ז דעת החו"ד ס' רכ"א דכל שנישאת ואין כח גברא הוי קדושי טעות דהכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה. וכך העלה בעל האגרות משה ח"ד אה"ע ס' נ"ד. וכן פוסקים בתי דין על פי ר' דוד מקרלין בספרו פסקי הלכות יד דוד דף קפ"ה דכל כה"ג הוי קידושי טעות ולא שייך לומר טב למיתך טן דו. והעלה כדעת בעל החו"ו הנ"ל ולכן הולד כשר. ובדין נמצאו בו מומין והאשה עזבה אותו והלכה ונישאת בערכאות מה דינם של קדושין אלו. כתב הב"ש בס' קנ"ד ס"ק ב' דכל שנמצאו מומין בבעל הוי קדושי טעות וכופין אותו להוציא כמו בנמצאו מומין אצלה ובחזו"א סי' ס"ט אות כ"ג כתב על דברי הב"ש דלמה יכפוהו להוציא והוא רוצה את אשתו דבאיש אמרינן טב למיטב טן דו. ואפי' נפלה לפני מוכה שחין בכך ק"י אמרינן דיש דניחא לה. ובמרדכי יבמה דנפלה לפני מומר אמרינן לא ניחא לה. ובעין יצחק ס' ל"ד דן בנשאת לנפח ומת דן אם זקוקה ליבם ודן בנכפה אם הוי מום באיש או דאשה בכל דהו ניחא לה ובס' יריעות שלמה ח"א ס' ח' דן באיש ואשה שהרופאים הזהירו שלא יתחתנו כי הבעל יש לו מחלה הצרפתית וזה מסכן אותו ומת דן אי צריכה גט, ובבית הלוי ח"ג ס' ג' דן בזה והעלה דהוי ספק קדושין ומ"מ בנודע שאין לו כח גברא כתב החו"י ס' רכ"א בשם השואל דלא צריכה גט דאדעתא דהכי לא נתקדשה וכתב עליו דהרי הרמב"ם ושו"ע בס' מ"ד סעיף ד' כתבו דסריס אדם וסריס חמה קדושיו קדושין והעלה דאיירי בידעה האשה אבל בלא ידעה לא הוו קדושין ואע"פ דבכל מומין אמרינן דאשה בכל דהו ניחא לה ושם דן לגבי יבמה דנפלה לפני מוכה שחין והעלה דכל דלא ידעה לא הוו קדושין ע"ש. ובשבות יעקב ח"א ס' ק"א כתב בנידון דידן

שהבעל סריס והעלה דהענין חמור להתיר א"א בלי גט, וכ"כ בעין יצחק ס' כ"ד.

ובתשו' ערוכה מהגאון הרב אברמסקי ז"ל דן בבעל שאין לו כח גברא והעלה לבטל הקדושין דעיקר הנישואין לחיי אישות ואדעתא שיגרע עונתה כל חייה לא הסכימה וכ"כ בשרידי אש ח"ג ס' ל"ג והאריך למצוא היתר לאשה דהוי מקח טעות. אמנם בשו"ת חיים של שלום ח"ב ס' ו' דן באשה שנישאת ואין לו גבורת אנשים וגלגלה עמו איזה שנים ובקשה ממנו גט ולא רצה ואמרו לה כמה חכמים שהיות ויש קדושי טעות מותרת בלי גט והלכה ונישאת והולידה העלה דהולד ממזר כיון שהיא א"א גמורה. ובדעת סופר ס' מ"ט כתב דבאין לו כח גברא דעת התשב"ץ ושבו"י. להצריכה גט והביא דעת מהרש"ם שדברי החוו"י הם לתוס' סניף ודעת מהו"א והעלה דיש לחוש מהמכשלה דכל זוג שיש סכסוך ביניהם יפקיעו קידושין.

ובאגרות משה ס' פ' כתב בבעל משוגע וא"א להשיג ממנו גט והיא עגונה זה כ"ד שנים דשוטה הוי מום גדול דלא ראוי לאישות כלל דמוכח בגמ' דבשוטה לא תקנו חז"ל נישואין דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת ומה שהרא"ש הביא תשובה שנפסקה בס' קנ"ד שטוענת אבי מתוך דוחקו הישאני ואני מפחדת שיהרגני דשם איירי בכעסן ולא שוטה לכן לא כופין והעלה באגרות משה דאם אי אפשר להשיג גט יש להתירה מדין קדושי טעות ע"ש, ובמלואי האבן סי' כ"ט כתב אם מיד אחר החתונה התגלו סימני שטות, אפשר לבטל הקדושין מטעם אומדנא, וא"כ בכל ולד דנולד מאשה כזאת שהלכה להתחתן בלי גט יש לדון על הולד.

יב. **וכתב** מר"ן בשו"ע ס' קנו סעיף ט' מי שזינה עם אשה בין פנויה בין א"א ונתעברה ואמר זה העובר ממני ואפילו היא מודה לו ה"ז חולצת ולא מתיבמת וכתב הרמ"א דאם היו חבושים בבית האסורים ה"ז ממנו ע"ש. ולדעת מר"ן אפי' היא מודה מ"מ כיון שאינם נשואין לא אמרינן דין יכיר. דאמרינן כשם שזינתה עם זה זנתה עם אחר. ואע"פ שלענין ירושה מחזיקין אותו לבנו כדאיתא לעיל בס' ד' מ"מ לענין איסור הוי ספק כל שאינה אשתו. וזה מישב דברי הרמב"ם דכתב פ"ו הלכה י"ב דאם אשה אמרה לממזר נבעלתי והוא מודה לה וידוע שהוא ממזר הולד ספק וקשה למה לא הוי ודאי כיון שאומר בן זה ממזר ולפי הנ"ל ניחא דרק בנשואין כדין יש לו דין יכיר אבל בזנות אמרינן כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר. ולכן הדבר ברור שכל אשה שחיה בזנות או עזבה בעלה הראשון והלכה ונישאת בערכאות דהוי זנות וילדה הולד ספק ממזר ובהצטרף עוד ספק שמא מגוי הוא מותר מס"ס.

ובאגרות משה אהע"ז ח"ג ס' ח דן באשה שהלכה ונישאה לאחי בעלה בערכאות ולהם בת שהחזיק על שמו וכשבאה הבת להתחתן אמרו לה שהיא ממזרת וטענה האם שהבת מגוי שהרתה קודם נישואיה עם אח בעלה וחשבה שבן מגוי גרע מחיי אישות עם בעל אחותה ודן אם לסמוך על אמתלא זו והעלה להתיר מחמת רוב כשרים אצלה ודברי הבעל לא מעלין כלום דלאו אביו ואין לו דין יכיר ע"ש וכ"כ באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק ק"ד באשה שאמרה שהבן מחותנה וחזרה ואמרה מגוי דמעקרא סברא דמחותנה עדיף מגוי וכתב ע"ז מהרי"ט דרוב גויים כשרים אצלה והולד כשר בלי בדיקה ולכן בתבואות שמש ח"א אהע"ז ס' ג' העלה דהולד כשר באופן דהוחזק הבן ע"ש בעל אחותה רק שצריכה להשבע.

יג. **ובדין** פנויה שנתעברה ואמרה מפלוני ממזר אע"פ שמודה לה הולד ספק ממזר וכך פסקו הרמב"ם וש"ע סי' ד'. וכתבו הח"מ והב"ש אע"פ שלא דיימא מאחר הולד ספק ממזר מטעם חזקה בודקת ומזנה והרא"ש חולק וכתב בתשובה כלל פ"ב דאפי' דיימא מעלמא כל שהבועל טוען שהוא בנו בתר דידיה שדינן כדאיתא ביבמות סט: דאמר רבא אפי' דיימא מעלמא בתר דידיה שדינן וכן פירש המשנה כהן שבא על הפנויה הולד אוכל בתרומה דשדינן הולד בתריה והבן מקריב ומבעיר בשבת וא"כ קשה על השו"ע שהביא הדין בס' ג' כהן שבא על פנויה והוא מודה דהולד כהן. וב"ש כתב בס"ק מ' לחלק דבתרומה דרבנן הבועל נאמן והוי כהן. אמנם כתבו האחרונים לחלק דלגבי ממזרות אע"פ שלא נשמע עליה שום קול שדיימה עם אחרים כיון דלא נאמנת לפסול לכן הוי ספק משא"כ כשאומרת לכשר או כהן שמודה שהעובר ממנו כיון דנאמנת להכשיר הוי בנו ודו"ק והרבה פוסקים דנו בזה. ופסק בשו"ע דאפי' מודה שבא עליה לא הוי בנו ליורשו עד שיאמר שהוא בני דאז נפסק בשו"ע ס' קנ"ו דליבום וחליצה אנו חוששים וכתב הרמ"א אפי' היא מיוחדת לו ונחלקו הפוסקי' והעלו דאפי' היא פלגש כיון שחייב בזנות לא מחזיקין בבנו דאמרינן כשם שדיימא וכו' ומ"מ לענין דברים דרבנן כתב הכתב סופר דאם מיוחדת לדברים דרבנן הוי בנו ודו"ק.

סימן מז

יכיר

א. **עמדה** לפנינו לדין הגברת מלכה שהתגרשה מבעלה בט׳ סיוון תשס״ג ונולד לה בן בכ״ט כסלו תשס״ד ופנתה בזמנו לבי״ד בצפת כדי להתחתן עם מר ב. הטוען לאבהות הילד, כמו כן שניהם הצהירו שהולד נתנאל ממנו, שנכנסה להריון קודם הגירושין מבעלה, ממנו היתה פרודה חמישה חודשים לפני הגט, הוא גר באילת והיא בכרמיאל ומאז הפירוד נפגשו פעם אחת, ביום הגט בבי״ד בבאר שבע. בי״ד הוציא פסק דין שאסור להם להתחתן מדין אסורה לבעל ולבועל ובאשר לכשרות הבן, העבירו התיק לנשיא בי״ד הגדול שביקש לדון בכשרות הולד. וראיתי את פסק דינו של ידידנו הרה״ג אוריאל לביא שליט״א שנשא ונתן והעלה לאסור הבן נתנאל. ובתחילה כתבתי פסק דין קצר להתיר, וכעת אשנה הלכה זו שוב, ע״מ למצוא מזור לבן המסכן.

גמ׳ בקידושין עח: האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפי׳ שניהם מודים על העובר שבמעיה שהוא ממזר אינם נאמנים. רבי יהודה אומר נאמנים גמ׳ רבי יהודה אומר נאמנים כדתניא יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר רבי יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכורי וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בן גרושה ובן חלוצה וחכמים אומרים אינו נאמן א״ל רב נחמן בר יצחק לרבא בשלמא לרבי יהודה היינו דכתיב יכיר אלא לרבנן יכיר למה לי בצריך הכירא, למאי הלכתא לתת לו פי שנים פשיטא למה לי קרא מגו דאי בעי מיתבא לה מתנה מי לא יהיב ליה בנכסים שנפלו לאחר מכאן ולר״מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי כשנפלו כשהוא גוסס, ע״כ

והקשו התוס׳ בדף עד. ד״ה כשם שאדם נאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בני בן גרושה ובן חלוצה. לר״י מנין לנו לומר שנאמן לומר זה בן גרושה וחלוצה בשלמא זה בני בכור נאמן דמטיב עמו, אבל בן גרושה וחלוצה שפוסלו מנין לרבי יהודה דנאמן. וי״ל דהא דנאמן זה בני בכור איירי בתינוק בין הבנים דאומר על קטן שבבניו שזה בכור ואפ״ה נאמן. אע״ג דע״י שהוא מעיד שזה בכור מחזיק את הגדולים לממזרים ורבי אליהו מפרש דהפי׳ כי את הבכור בן השנואה יכיר ואמרינן בדף סח. שנואה בנישואיה כלומר שהוא בלאו וע״ז כתוב יכיר, ע״כ.

וכתב הרמב״ן בב״ת קכז: ד״ה היו בשם ר״ת שנאמנות לפסול את הבן לדעת רבי יהודה היינו כשאומר על קטן שבבנים שהוא בכור ועי״ז נהפך הגדול לממזר, ובזה הוא נאמן כיון שהתורה נתנה לאב זכות הנאמנות לומר זה בכור. אבל אם אומר בני זה ממזר אינו נאמן לרבי יהודה דהנאמנות היא רק בדרך בכורה. וכ״כ הרשב״א וריטב״א בשמו ודחו סברא זו דהרי לר״י נאמן לומר זה בן גרושה ואין נאמנות זו קשורה לבכורה וכתב הריטב״א הא דנאמן לומר בני זה בן גרושה וחלוצה ילפינן מסברא אם לעשותו ממזר נאמן כל שכן לעשותו בן גרושה.

ויש לדון בדין נאמנות האב להכיר את בנו לכאו׳ הוי הוא ע״א וקרוב וע״א וקרוב לא נאמנים לממונות וכתבו הראשונים כיון שהאב הוא הכי קרוב לדבר דינו כמו חיה שנאמנת כיון שרגיל אדם להכיר בבניו יותר מאחר וכ״כ הרא״ש בתשובת כלל נ״ב ס׳ ב׳. וכתב שנית בתו״ס הרא״ש קדושין ע״ד: ועל נאמנות האב לומר שאינו בנו גם על מי שהוחזק שהוא בנו. כתב הנ״י בב״ת קל״ד: שיש חזקה גדולה שאדם לא אומר על בנו שאינו בנו־ומדאמר הכי משמע שכן הוא האמת וכ״כ באו״ש הלכות נחלות פ״ד הל׳ י״ג ובבית מאיר ס׳ ד׳ סוף ס׳ כ״ו. כתב דירדה תורה לסוף דעתו של אדם שאינו פוסל זרעו ומדאמר כן משמע שזה האמת.

ב. **והא** דאב נאמן על בנו מדין יכיר יש מחלוקת בפוסקים האם נאמן מיד כשנולד או רק אחרי שבעה שאז מכיר אותו שדעת הרמב״ם פ״ב דנחלות הלכה ב׳ כתב דהאב נאמן על בנו מיד, אפילו תוך שבעה ללידתו, אבל בשיטה לא נודעה למי כתב בשם הראב״ד דנאמנות האב רק לאחר שבעה וכ״כ ריא״ז פ״ד דקדושין ופרישה חו״מ ס׳ רע״ז. ויש להסתפק הא דהתורה האמינה את האב האם נאמנותו כמו עדים או יותר מעדים. ולכן כיון שנאמנות זו בתורת עדות אם הוא נוגע וכן אם אמר שזה בנו שנאמן כמו עדים לא יכול לחזור בו כדין עדים

שלא תחזרים. מדין כיון שהגיד ואע"פ שנוגע פסול מ"מ האב נאמן בתור קרוב וזה חידשה התורה וכ"כ המהרח"ש בתורת חיים ח"ג ס' נ"ב . וקצות התושן ס' רפ"ד. אמנם יש חולקים וסוברים דאב נאמנותו מדין נאמנות של בעלים וכ"כ דברי חיים ופסקי הלכות ושב שמעתתא ב' סוף פ"ב אבנ"מ ס' ו' ס"ק ה' והוכיחו ממי שנשתתק ורמז שזה בנו בודקין אותו ונוטל פי שניים אע"פ שמדין עדות מי ששתק לא נאמן. ויש שכתבו דהתורה האמינה מדין בעלים אפשר שיהיה נאמן יותר מעדים.

וכן נחלקו הפוסקים באב שאמר זה לא בני, נאמן ולא צריך לתת טעם לדבריו למה אומר כן. וי"ח וס"ל כיון דנאמנותו מדין עדות הרי היא כמו עדים דבעי דרישה וחקירה. וי"ח ואומרים דעצם העובדה דהתורה האמינתו על יכיר אפי' ילדה אשתו אחרי ששה חודשים ואומר זה בני ולא חייתי איתה לפני הנישואין מאמינים לו מדין פלגינן דבורא ונאמן על כך. ומ"מ כתב רע"א בתשובה ס' קכ"ח ד"ה ועוד דהתורה האמינתו על בנו ודאי ולא לומר שהוא מסופק אם הוא בנו. ולכן פנויה שנתעברה וילדה ואינה לפנינו או שהיא שוטה או אילמת ואפילו אומרת מפלוני הממזר ואותו פלוני מודה שממנו, הוי ספק ממזר שכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר דדין רוב בעילות אמרינן רק בנשואין בחו"ק ולא בזנות. וכן נשואין בערכאות נמי תלינן בעכו"ם ובתשובות נוב"י הביאו פ"ת ס"ק ל"ו. על אחד שאמר בפני ב"ד דהולד לא ממנו דפרש מאשתו לפני שלושת רבעי שנה וילדה בח' שבט והרבנית מעידה שאמרה לה האשה בחודש אב שהיא בהריון והעלה דהולד כשר דתולין שבא עליה אפי' פעם אחת ומה שאמרה הרבנית היא ע"א וגם האם לא נאמנת לפסול מיהו אם בחודש אב הוכר העובר בעדים שהיא בהריון שאז אמרינן לפני שלשה חדשים היא מעוברת הולד ספק ממזר, אבל כשאין ידוע הולד כשר, ע"ש. ובס' ויאמר יצחק בן ווליד ח"א ס' ק"ל דן באשה שטענה על בעלה שהיא הרה ממנו והוא מכחיש וטוען שלא בא עליה בכלל הן מאימת אשתו הראשונה, הן מאימת ששנואה עליו, והעלה דלפי הרמב"ם בפ' ט"ו מאיסורי ביאה הלכה י"ז בארוסה שטוענת מאוס והוא מכחיש, נאמן הארוס והוי ממזר והביא דעת בה"ג דיכיר רק בבכורה. וכיוון דהדבר שנוי במחלוקת הוי ספק ממזר. והביא שדעת הרי"ף, רמב"ם ורשב"א דההוא ממזר ודאי, בכי האי גוונא.

ג. **וכתב** בשיבת ציון ס' ס"ז דהאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר שנולד לו מהערוה או מחייבי כריתות כפי שכתב הרמב"ם בפ' ט"ו מאיסורי ביאה הלכה ט"ו והשו"ע שהשמיט דין זה כיון שנלמד בכל שכן דאם על אינו בנו נאמן לומר דהוא ממזר כ"ש בבנו. אמנם בפני משה כתב בס"ק ל"ג דגם בבנו מחייבי כריתות ס"ל לשו"ע דהוי ספק ממזר דשמא זינתה עם אחר. וכמו שכתב הפנ"י בסוגיא דף ע"ח. דאב דאמר שהבן ממנו מחייבי כריתות ויש רוב בעילות מ"מ הוי ספק ממזר דגם ברור התורה התירה ורק מדרבנן אסור. והא דהתרנו ברוב בסעיף ט"ו הטעם דמוקמינן אדאוריתא אף בספק וכ"ש רוב־משא"כ להתירו בממזרת לא.

ובתשובת רע"א ס' קכ"ח דן על אחד שאמר על אשתו שנטמאה, שמצא אותה בשעת מעשה ויש עדים ועכשיו היא בהריון ומערער על הולד שאינו ממנו וגירשה וילדה בן והיה סמוך על שולחנה ותבעה אותו בערכאות שיזונו וטען שאינו בנו ויצא חייב ונשא הבעל אשה והוליד בנים, וכעת הראשון בא לבי"ד צועק להתירו. וכתב רע"א שלשה היתרים: א. דעת בה"ג זה בני ממזר רק בהכרת בכורה שאומר על קטן שהוא בכורו ב. דעת תו"ס רי"ד דבני ממזר נאמן אם האם לא מכחישתו אבל אם מכחישתו לא נאמן ג. דעת ריא"ז דרק על בנו ממזר נאמן ולא על בן מאחר,ע"ש. ודעת ריא"ז בש"ג בסוף פרק עשרה יוחסין דהא דנאמן על בנו דוקא באומר שהוא מחייבי כריתות שנולד לו בשוגג, אחרת אין אדם משים עצמו רשע. וכ"כ הנמוק"י פ"ח דבב"ת קכ"ז. ובקצות החושן ס' קע"ט ס"ק ד' כתב דגם במזיד אפשר למצוא ממזר דפלגינן דיבורא. אמנם המאירי בקדושין כתב דנאמן לומר בני ממזר אע"פ שעושה עצמו רשע דגזה"כ הוא מדין יכיר. וכ"כ האחרונים בית יצחק ופני משה ס"ק נ"ט.

ד. **ונראה** להסביר מחלוקתם בגדר נאמנות שהאמינה התורה לאב מדין יכיר האם זו נאמנות או שכחה גדול בתורת עדות אע"פ דבכל התורה קרוב לא נאמן כאן גזירת הכתוב. וכן הא דנתנה התורה נאמנות בתורת עדות האם כחו כמו ב' עדים או יותר, ויש להביא ראיה ממה שאמרה ביבמות מ"ז. לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי־משמע דהוא מדין עדות ולפ"ז גם מומר אין לו דין יכיר כיון שפסול לעדות.וכתב יד רמה בב"ת קכז. ועי' כנה"ג חו"מ ס' רע"ט הג' הטור אות י"ג ומהרשד"ם סי' ש"ה וכ"כ בשו"ת תורת חיים למהרח"ש ח"ג ס' נ"ב כתב דהתורה האמינה את האב יותר מק' עדים ולכן אב שאמר זה בני לא יכול לחזור דדינו כעדים דלא יכולים

לחזור אחרי עדותם. ולכן לנכרי אין לו נאמנות ורשע ג"כ אין לו נאמנות של יכיר כדרך שפסול לעדות ומזה למדו האחרונים דכשיש נגיעה לאב לא נאמן. ועיין תו"ס ותתם סופר אבהע"ז ס' ס"ו והגאון להרב שלמה איגר אהע"ז סי' מ'. ולכן אם על חלק מדבורו לא נאמן על הכל כדין עדות שבטלה מקצתה בטלה ולכן אם פוסל בן בנו לא נאמן גם על בנו. וי"א דנאמנות שהאמינה תורה לאב מדין יכיר הוא מדין נאמנות של בעלים וכ"כ בדברי חיים מבני המחבר ואחרונים גרנ"ט כתובות ל"ז וש"ש שמעתתא ג' ושערי תורה ח"א כלל י"ח ומטעם זה כתבו האחרונים דאין חיוב על האב להכיר או לפסול מאחר ואין דינו כדין עדים שחייבים להגיד ומפני זה אמרו על מי שנשתתק והרכין ראשו לומר זה בכור נוטל פי שניים אע"פ שלעדות אילם פסול הוא לא מדין עדות ולדיעה זו שנאמנות האב מדין בעלים כתבו שנאמנות האב היא יותר מעדים. כ"כ בדברי חיים וכתב בתו"ס רי"ד כיוון דנאמנות יכיר הוא מדין עדות לכן כשאומר בני זה ממזר עליו לברר דבריו למה אומר כן. וצריך דרישה וחקירה כמו עדים הגם דלגבי ירושה ובכורה הוא נאמן בלי דו"ח לגבי יוחסין בעינן ולכן אם אומר שלא בא עליה תשעה חודשים או ראה שזינתה כל זה לא עושה הוולד ממזר דשמא התעברה לפני תשעה חודשים וגם אם זינתה כיוון שגם הוא בא עליה־תלינן בו. אמנם דעת חכם צבי ס' מ"ד דמה שאומר זה בני מאמינים אותו אע"פ שלפי חישוב זה סותר המציאות כגון נשא אשה וילדה לאחר שישה חודשים וטוען זה בני ואני לא באתי עליה באירוסין רק מנישואין וזה רק שישה חודשים ולא חי, מ"מ כל שאמר זה בני נאמן בלי דרישה ובלי חקירה שאם היינו דורשים וחוקרים היתה כל העדות נופלת מ"מ פלגינן דיבורא דמי לפלוני בא על אשתי ויש שנתנו טעם דאמרינן שבא עליה באירוסין ורק מתבייש, לכן נאמן שהוא בנו. וכתב רע"א בתשובה ק"ח הא דהתורה נתנה נאמנות לאב היינו בודאי יכיר ולא בספק, לכן אם אמר על אחד הבנים שהוא מסתפק עליו־לא שייך דין יכיר וכ"כ תשב"ץ ח"ב ס' צ"ב.

ה. **ואם** מכחיש את העדים כתב הרשב"ם בב"ת קכ"ז באב שאמר זה בני בכורי ועדים מעידים שנולד לו בן לפניו האב לא נאמן דלא האמינו נגד עדים. ומה שאמרה הגמ' אפי' אם היה מוחזק בן שהוא בכור, האב נאמן להחזיק את השני היינו בלי עדים וכן דעת מהרשד"ם חו"מ ש"ד ועי' משפטי שמואל ס' ק"נ דהאריך בדינים אלו ויש חולקים על הרשב"ם וס"ל דכיוון דנאמן לומר על בנו שהעידו עליו עדים שהוא לא בכור כיוון שהוא נאמן לומר עליו שהוא ממזר ולכן הוא נאמן יותר מעדים וההוא שעדים מעידים עליו לא נוטל אפי' חלק של פשוט. וכ"כ המאירי ועי' כנה"ג אהע"ז ס' ד' הגב"י אות סב'. וחקרי לב אהע"ז סי' ב' והגם שהבאנו לעיל מחלוקת הפוסקים בדין נאמנות האב על ירושה, או שאשתו לא מכחישתו על בנו דהתורה האמינתו. מ"מ להלכה דקימ"ל כרבי יהודה נאמן האב בכל אופן לומר זה לא בני והוא ממזר וכן דעת השאילתות. והביאו התו"ס יבמות מ"ז. והרא"ש בב"ת פ"ח ס' כ"א. וסמ"ג ל"ת קי"ז שכתב שכן דעת הרמב"ם והגהות מיימון פט"ו מאיסורי ביאה אות ח' יש"ש קדושין פ"ד ס' ט"ו הג' אשרי ומאירי בקדושין וכן דעת הרמב"ן והטור וכתב בס' ויאמר יצחק אה"ז ס' ק"ל דאפילו מכחישתו הוא נאמן. ומ"מ לספק מצרפין דיעות הפוסקים שחולקים דעת בה"ג דנאמנות האב רק ע"י הכרת בכורה כדין בעל הלכות גדולות שהביא התו"ס בב"ת קכ"ז והרא"ש שם ובתו"ס יבמות מ"ז. ובבנין עולם ס"ו אות ב' הביא ירושלמי קדושין פ"ד הל' ז' דנאמנות האב לתת לו לבן ולהיטיב עמו ולא ליקח ממנו. ויליף מקרא כי הבכור בן השנואה יכיר לתת לו. והאריך בזה בעין יצחק אה"ז ס' ז' להוכיח שיטת בה"ג ולכן אם אומר אינו בני, לא נאמן דהתורה האמינתו לתת ולא לקחת. וחידש בח"ס ח"א ס' י"א דהא דלבה"ג מהני להכיר הקטן כבכור והגדול לעשותו ממזר, אבל אם אומר הקטן בכור והגדול שהוחזק אינו בנו־לא נאמן והוכיח זאת מהסוגיא.

ודעת ריא"ז בשלטי גבורים סופ' ד' דקדושין דבני זה ממזר היינו שטוען שעתה נודע לו שאשתו אסורה עליו בתורת ערווה, כגון: אמרו לו עדים שמתה אשתו ונשא אחותה או א"א שהעידו שמת בעלה ונשאה ואח"כ בא הבעל, אבל לומר שבן זה ממזר שאשתי זינתה לא האמינתו תורה. וכן דעת הרי"ד בס' המכריע ס' ס"ד. וכשהאשה אמרה שחיה באיסור עם בעלה אבל הולד מאחר וכשר־כתב על זה בנתיבות עולם ס' ו' בה"ג אות ד' דנאמנת ולא אמרינן רוב בעילות כגון באופן דאומרת הרבה זמן לא נזקק לה. וכמו שאמרינן בשותק שכשר באומרת האב לכשר נבלעת אע"פ שרוב פסולים אצלה והוסיף בנתיבות עולם הל' דלפי ריא"ז אם לא ידוע שזה בנו ואומר ממזר, לא נאמן דרק באומר זה בני דידוע שזה בנו יכול לעשותו ממזר ע"י שאומר שעכשיו נודע לו שאני חי באיסור וע"ז התורה האמינתו, אבל כשלא נודע שיש לו בן ואמר זה בני ממזר־לא נאמן. ולכן כשבאו

עדים ואמרו שזה בנו ואומר עליו ממזר כיוון שלא ידוע ולא הוחזק בכך לא נאמן. ודעת בעל תו"ס רי"ד כתבו דאם אשתו מכחישתו לא נאמן והוא בחידושיו לקידושין דף ע"ח: ובחתם סופר ח"א ס' י"ג. תמה עליו דהוא תמוה, דהתורה האמינה לאב גם נגד חזקה נגד רוב שהם מדאורייתא והיאך נאמר דאם מכחישתו לא נאמן. וכתב הח"ס דאין לסמוך על זה כלל, אמנם בנתיבות עולם ס' ו' אות ט' הוכיח ממתניתין שמובא אפי' שניהם מודים נאמנים משמע האב והאם דאי האב נאמן גם במכחישתו הו"ל לומר נאמן, משמע דנאמנות האב רק אם לא מכחישה וטעמו כיוון דהאב נאמן מהתורה לפוסלו מגזה"כ של יכיר גם אמו נאמנת להכשירו אפי' ברוב פסולים ולכן כשמכחישתו לא הוי אפי' ספק ממזר דמעמידים בחזקת כשרות וכן מצרפין הטעם של רוב בעילות אחרי הבעל ובעין יצחק אה"ז ס' ו' שציין לש"ך יו"ד ס' ש"ה דכתב דצ"ע אם מכחישתו דשם הביא דעת התוספות רי"ד דנאמן רק בלא מכחישתו, עיין בפ"ת ס"ק ס"ז. ובעין יצחק שם כתב דבזה נחלקו בסוגי' דבאופן דארוסה אומרת ממנו והוא מכחישה יש בזה מחלוקת ראשונים אם בהסבר הסוגי' דדעות הרא"ש ותו"ס אפי' הולד ממזר והר"י יהונתן על הרי"ף דאיירי לגבי ממון הוא נאמן אבל לגבי איסור הוי ספק והיא נאמנת, ע"ש.

ו. **ובפ"ת** ס"ק ל"ז לאחר שהביא מחלוקת הפוסקים לגבי יכיר כפי שהבאנו לעיל כתב דמצרפים המתירין וכ"כ בעין יצחק אה"ז ס' ז' ושער המלך פט"ו מאיסורי ביאה ובאמרי יושר ח"ב ס' ק"ד דן באישה שגירשה בעלה מחמת קטטה והיתה מעוברת והבעל לא החזיק הבת והתרחק ממנה ואומר לא ממנו ויש רינון בעיר מישראל והודה הנחשד דרך וידוי שבא עליה והעלה דהולד כשר שמא מגוי וכן יש לצרף אותן דיעות הפוסקים דרק בבנו ורק ע"י הכרת בכורה נאמן האב. והעלה להתיר מטעם דתלינן בעכו"ם לכן יש להשמיט שם אביה בכתובה ולכתוב רק את שמה. ונמצא כל שאומר לא בני כתב ה"מ בהל' י"ט דתולין בנכרי וכ"כ בתשב"ץ ח"ב ס' צ"א דסומכין על המכשירין וגם הרמב"ם מתיר. וכן רוב בנין ומנין ס"ל כן ובכה"ג הג' טו"ר כתב דרד"כז ס"ל כריא"ז וא"כ הוי ס"ס שמא כבה"ג ואת"ל לא כדעת בה"ג שמא הלכה כריא"ז ואת"ל אין הלכה כריא"ז שמא הלכה דוקא בלא מכחישתו כתו"ס רי"ד ודברי הרדב"ז ח"ב ס' ק"כ דבאותה שעה יש לסמוך איחידאה להתיר. וכשהבעל אומר לא ממני נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי כתבנו לעיל בשם הב"ש דלא תלינן בגוי שלא טוענת.

וי"ח וס"ל דתמיד תולין בגוי ומה שאומרת מבעלה כיוון דגנאי הוא לה. וכ"כ מהרי"ט ושער המלך ובספר בצל הכסף אהע"ז ס' ב'.

והוכיח כן בעין יצחק אה"ז ס' ז' דתמיד תלינן בגוי גם אם טוענת מבעלה דגנאי הוא לה, וראיתו מהתו"ס כתובות דף ט'. ד"ה דאם היא מוכת עץ היתה טוענת דלא גנאי הוא לה וכו' משמע דבדבר דגנאי הוא לה לא טוענת. ובחבצלת השרון ס' י' כתב הא דכתב הב"ש דבמכחישתו לא תולין בגוי והוי ודאי ממזר הוא רק להקל להתירו בממזרת דהוא איסור דרבנן אבל להחמיר עליו לא דאם לא נאמנת לפוסלו.

וכשאמרה שהיא מעוברת או שהולד מישראל פלוני כתב הבית מאיר כיוון שלא נאמנת לפסול תלינן בגוי וכ"כ בדבר שמואל ס' ז' דבבני יעקב מבואר אפילו לא דיימא אלא מישראל פלוני והוא מודה והיא אמרה שהוא ממנו והוא מודה שבא עליה אפ"ה חיישינן שמא מגוי כל זמן שלא הודה שממנו נתעברה ומצרף עוד כמה ספיקות להתירה וכ"כ באמרי יושר ובשו"ת מהר"י הלוי ח"ב סי' י"ז באשה שעזבה בעלה ושהתה שנתיים אצל א' וילדה ואמרה שבעה"ב אנסה ובשכונה ההיא יש יהודים ושני גויים בעלי הבית שלה, והעלה דאין לפסול הולד והוי רק ספק ממזר וכו'. ובאבני האפוד בתשובה ג' באשה שזינתה ואמרה מאיש פלוני שלא מסתפקין בגוי בכה"ג והוי ממזר ודאי. ואם הבעל אומר שרק פעם בא עליה שדינן קמיה והוי בנו ומה שכתב השו"ע דאם הוא מכחישה הולד ממזר היינו לשיטות הרמב"ם ורי"ף, אבל לשיטת ריא"ז בש"ג כיוון שלא אומר שהוא בנו, האי ספק ממזר דתלינן שמא מגוי נתעברה. וכתב הפרישה דאם אינה לפנינו לבודקה והוא אומר שאינו ממנו הוי ספק ממזר שמא מגוי. ובישועות יעקב האריך ס"ק ב' כתב דאף ברוב ישראל ומיעוט גויים הולד ספק ממזר דלמא אזלא איהי גביה והוי ספק קבוע. ועוד דרוב הישראלים הוי נגד מיעוט שמא מארוס ושמא מגויים. וכשאשה מכחישה את הארוס ואומרת ממנו והוא מכחישה־מותרת לכהן, והולד מהכהן כשר. רק לארוס אסורה משום שואת"ד. והטעם דהתורה האמינתו על הולד ולא על האשה ולא נאמן לפוסלה ולהחזיקה שזינתה ברשע־דיש לה חזקת כשרות ואע"פ שאומר נאנסה מ"מ רוב לא באונס וקלא אית ליה כדאמרו תו"ס כתובות דף ט'. לכן לא נאמן. דע"א לא נאמן נגד חזקה וכ"ש כנגד רוב.

ז. **ארוסה** שנתעברה והיא בבית אביה היא אומרת מארוס אם הוא מודה או שאינו מודה לפנינו הולד כשר והוא בנו וכתב הרמ"א גם לירושה ואם אינו מודה או מכחישה שאינו ממנו הולד ודאי ממזר וכו' והאשה בחזקת כשרה כל שאומרת לארוס אע"פ שמכחישה. והנ"מ לעלמא אבל לכהן אסורה ואם נישאת תצא, אבל לארוס עצמו שואח"ד ובמה שכתב מרן דאם מכחישה הוי ממזר ודאי כתב בש"ג דהוי רק ספק ממזר וכתב בעצי ארזים ז' ס"ל דדין יכיר בבנו, אבל באומר אשתו זינתה הולד הוי ספק ממזר. וכתב הב"ש בס"ק מ"ד דאם אינה לפנינו ואומר לא ממנו הולד ספק שמא מגוי, אבל אם בא לפנינו והאשה לא טוענת מגוי הוי ודאי ממזר. והביה מאיר תמה עליו לפי מה שכתב הב"ש עצמו דלהרמב"ם הוי ספק ממזר דבלי דיבורה הוי ספק דשמא מגוי, א"כ גם בארוס מכחישה למה הוי ודאי ממזר שמא מגוי ותירץ דאיירי במקום דכולם ישראלים ועי' בתשו' רע"א ס' ק' ד"ה ועדיין קשה. ובישועות יעקב האריך ס"ק י"ב כתב דאף במיעוט גויים י"ל דלמא אזלא איהי גביה והוי מחצה על מחצה ועוד, דרוב הישראל הוי נגד ספק שמא מאורס, שמא מגוי והוי ספק נגד רוב דלא אמרינן ס"ס. ובאורים גדולים כתב בשם מהר"י מינץ ס' כ"ו דלא תולין בגוי אפי' במיעוט ישראל ודעת הב"ש ס"ק נ"ב דלא תלינן בגוי רק באומרת כן. אבל להר"מ אפי' לא אמרה מגוי אין חוששין שמא מגוי ובאפי זוטרי ד' חשש שמא מגוי הוי ספק רחוק ולכן כל שלא אמרה בפירוש, לא חיישינן. ובמהרי"ט אבהע"ז ס' ט"ז כתב דהולד כשר ברוב גויים וכ"כ בחבצלת השרון ס' י' דמה שכתב הב"ש דלא חוששים לגוי, היינו במחצה על מחצה, אבל ברוב גויים יש לתלות בגויים ובאמרי יושר חב' ס' ק"ד כתב דהח"ס למרות שחשש לדעת הב"ש מ"מ בס' י"ג כתב ברוב גויים יש לתלות ובפרט בכפר קטן של רוב גויים ורוב סיעה דהוי להכשיר. וכ"כ בעין יצחק אה"ז ס' ד' במי שנפרד מאשתו כמה שנים משום קטטה ודר במדינה רחוקה במקום גויים, אחר זמן באה האשה ונתישבה שם וכעבור שנה ילדה ואמרה מבעלה והוא מכחישה ונמצאו ביניהם מכתבי אהבה והתיר מג' טעמים: אחד על פי דברי הנוב"י שכתב לישב סתירת הרמב"ם דכתב בפט"ו הלכה י"ז שנאמן לומר עובר זה לא ממני והולד ודאי ממזר ובהלכה י"ט כתב א"א שהיתה מעוברת ואמר אינו בני או שהיה במדה"י הרי זה בחזקת ממזר ע"ש ולא כתב בזה דהוי ממזר ודאי כיון שאומר אינו ממני אולי מערבי נתעברה כפי שמבואר בב"ש ס"ק ב' שהרי דבר זה נעלם מעיני הבעל ממי התעברה האשה, אם נתעברה מישראל או מגוי לכן מי יקל ראשו נגד הרמב"ם ומ"מ הבן אסור בממזרות ובשער המלך כתב לישב דברי הרמב"ם דבאופן דהיא מכחישתו ואומרת ממנו נתעברה הוי ודאי ממזר דלא תלינן בכותי אבל בהלכה י"ט איירי שלא טוענת כן לכן תולין בנכרי. טעם ב' כיון שנתעברה בעיר שיש רוב גויים ורוב סיעה ולפי מה שכתב הנוב"י כשדנים רק על הוולד אמרינן כל דפריש מרובא פריש. וכתב יד רמ"ה בב"ת פח. בסוגיא דיכיר אע"ג דאב נאמן לומר על קטן שבבנים זה בני הבכור ועי"ז פוסל את הגדולים מ"מ לא הוי ודאי ממזר אלא ספק ממזר דשמא מגוי ובס' בצל הכסף ח"ב אה"ז דן באריכות בס' ב' והביא פוסקים רבים ס"ל כן והם רש"י רמב"ם הרמ"ה הר"ן החי"מ תשבץ ומהרי"ם וחקרי לב בני יעקב ונדיב לב ועוד, כולם תולין בגוי. ורק בית מאיר ובעין יצחק ס' ד' הוכיח מרש"י כתובות דף י"ג דדברא כתב דהוי רוב פסולים, דרוב העולם גויים, הרי תלינן בגוי.

ח. **וכשהבעל** הכחישה ואמר לא ממנו כתב בשער המלך לישב סתירת הרמב"ם כמו שהזכרנו לעיל דבכה"ג לא תולין בגוי כיון דלא טענה ובזה איירי הרמב"ם פט"ו הלכה י"ז. דהוי הולד ודאי ממזר ובעין יצחק ס' ז' דכתב דאפילו הכי דתולה בבעלה ומכחישה תולין בגוי דגנאי הוא לה לומר נבעלה לעכו"ם לפיכך אמרה מבעלה. ובדברי הרמב"ם עמדו האחרונים בסתירה בין הלכה ט"ו כתב אבל האב שהוחזק שזה בנו ואומר בני זה ממזר נאמן וכו' וכן אם היתה אשתו מעוברת ואמר עובר זה אינו בני וממזר הוא, הרי הוא ממזר ודאי. ובהלכה י"ט כתב הרמב"ם א"א שהיתה מעוברת ואמרה עובר זה אינו מבעלי אינה נאמנת לפסול. והרי הבן בחזקת כשרות שלא האמינה תורה, אלא לאב אמר האב אינו בני או שהיה בעלה במה"י ה"ז בחזקת ממזר ואם אמרה מגוי נתעברה ה"ז ולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישה בדבר ואילו בהלכה י"ב כתב הרמב"ם פנויה שזינתה ואמרה לממזר נבעלתי, אפי' הוא מודה לה הוי ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר. וקשה כיון שהוא מודה, למה לא יהיה ודאי ממזר, אלא ע"כ שונה הדין דבהלכה ט"ו איירי שאומר על בנו מאשתו זה ממזר שנולד, או באמרו לו מתה אחות אשתו או שמת אחיו ויבם את אשתו ונודע בטעות בזה הוי ממזר ודאי. אבל בזנות לא אומרים רוב בעילות ושייך כשם שזינתה עם זה, זינתה עם אחר, אבל בהלכה י"ב איירי בפנויה דלא שייך רוב בעילות לכן אמרינן כשם שזינתה עם זה, זינתה עם אחר ולא שייך יכיר. וכן מוכח במה שפסק מרן

בשו"ע ס' קנ"ו סעיף ט' מי שזינה עם פנויה או א"א נתעברה ואמר זה העובר ממנו ואפי' היא מודה הרי זה ספק וחולצת ולא מתיבמת. וכתב הרמ"א אם היו חבושים בבית הסוהר בודאי הוא בנו, ע"ש. וטעמו של מרן כיון שאפי' מודה שהוא ממנו מ"מ כיון שהיתה בזנות אמרינן כשר ואין לו דין יכיר ונהי דלעניין ירושה מחזיקין אותו לבנו מ"מ לעניין יוחסין לא מחזיקין לודאי בנו. ובאופן שלא נבדקה האם ואיכא רוב כשרים האם הולד כשר או לא כיון שלא נבדקה אמו, הדבר שנוי במחלוקת וכיון דספק ממזר מדאורייתא מותר ורק רבנן החמירו הוי ספיקא דרבנן דשרי. ועי' באגרות משה ח"ג סי' ח' באשה נשואה בערכאות לאחי בעלה וגידלה ילדה בחזקת שהיא שלו וכשהגיע פירקה להתחתן טענה שזה מגוי וחשבה שזנות עם נכרי גרוע מלחיות עם בעל אחותה, לכן תלתה העובר בבעל אחותה והעלה להתיר חדא דלא נאמנת לפסול, רק להתיר וכן רוב כשרים אצלה.

ובפ"ת בס' קנ"ו ס"ק כ"א כתב לישב את הרמב"ם שמה שכתב הרמב"ם מי שזינה עם אשה איירי באשה האסורה לו ועשה אותה זונה בזה שייך כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר, אבל אם היא כשרה לו כדמיירי בהלכות תרומות, לא חיישינן שזינתה עוד אחר דאיכא לאו דלא תהיה קדשה ולבסוף העלה דגם באשה כשרה ולא דיימא, אין לפוטרה בלי חליצה. ובאשת איש שאמרה שהעובר לא מבעלה לא נאמנת לפוסלו וכתב הרמ"א היינו בנשואה, שיש לבן חזקת כשרות אבל ארוסה לא. ואם הארוס אומר לא זה ידו מתחת ידה אפי' הכי הוי ספק ממזר. וי"ח וס"ל דנאמן וכתב הב"ש דבאופן שאומר שלא זה ידי הארוס נאמן ודלא כדעת הב"ח וכתב בנתיבות לשבת לדעת הרמב"ם דאמרינן כשם שזינתה עם זה זינתה עם זה. נמצא כל שאמר לא זה ידי הוי ודאי ממזר. אולם, באבני מילואים כתב בס"ק כ"ג דאפ"ה מידי ספק לא נפקא, דאין כאן יכיר דלא בנו הוא.

ט. **וכבר** כתבנו להסתפק במה שהתורה האמינה לאב לומר על בנו שהוא ממזר ועל קטן הבנים שהוא בכור. האם מדין עדות או נאמנות. וכן יש להסתפק אם הבן הגדול הוחזק ע"פ עדים שהוא בנו בכורו. וכעת טוען על הקטן שהוא הבכור ומכחיש העדים האם יש לו בזה נאמנות. ובגמ' בב"ת קכו. שלחו ליה בני אקרא דאגמא לשמואל ילמדנו רבינו היו מוחזקים בזה שהוא בכור ואמר על אחר בכור הוא מהו. א"ל כותבין הרשאה זה לזה כיון דמספקא ליה אי כרבנן אי כרבי יהודה משמע לרבי יהודה נאמן. וכתב רשב"ם שם היו מוחזקים בזה שהוא בכור לאו בעדים אלא בקול בעלמא. דאם היה מוחזק בעדים לא נאמן האב ע"ש. ורמב"ן ורשב"א כתבו אע"פ שהוחזק בעדים נאמן האב. וכ"כ הנ"י בסוגי' בשם הר"ן אפי' הוחזק בעדים התורה האמינה לאב. והטור בס' רע"ז הביא מחלוקת הראשוני' בזה. וכתב מל"מ בפ' ב' מנחלות הלכה ב' בשם מהרשד"ם דהרמב"ן ס"ל דאב נאמן להכיר נגד עדים דוקא באופן דלא מכחיש העדים בפירוש דאפשר דהגדול לא בנו אבל היכא דמכחיש העדים בפירוש גם הרמב"ן מודה לרשב"ם דלא נאמן אמנם מהריב"ל כתב דאפי' מכחיש בפי' נאמן האב מדין יכיר כגון שמודה לעדים שזה שמעידים עליו זה בנו. מ"מ נאמן על האחר לומר שהוא בכור להכחיש העדים דלא כמהרשד"ם חו"מ ס' ש"ה דכתב דלא נאמן באופן זה אלא כשלא מכחיש העדים בפירוש אז נאמן.

ונראה להסביר מחלוקתם כיון דיש לפעמים דחכמים נתנו נאמנות לחיה לומר זה כהן וזה לוי, וע"כ מתקנת חז"ל כיון דאי אפשר בענין אחר. ולמדו חז"ל את זה מהאב דהתורה האמינתו מדין יכיר כיון דאי אפשר בענין אחר. וכן מצאתי בתוס' הרא"ש קידושין עד. דכתב וז"ל חיה לאלתר ואמו כל שבעה כולהו ילפינן להו מדחזינן שהאמינה תורה לאב להעיד על בנו ובכורו אע"ג דהוא קרוב לפי שרגיל האב להכיר בבניו יותר מאחר ילפינן מיניה להאמין חיה לאלתר ואמו כל שבעה לפי שאין רגיל לידע אחר שהוא לשם ע"כ. וכיון דהתורה האמינה לאב לכן נאמן אף נגד אחרים. כמו שנאמן לומר זה בני בכור זה בני ממזר ואע"פ שרוב בעילות אחר הבעל נאמן נגד חזקה ונגד רוב ולא מצאנו שעד אחד יהיה נאמן נגד חזקה ונגד רוב אלא ע"כ נאמנות התורה שנתנה לו כח יותר משני עדים. דאפי' באופן דמכחיש העדים לא אמרינן דהוי תרי ותרי אלא יש לו נאמנות וזה סברת מהריב"ל כיון דהתורה נתנה לו נאמנות להכחיש רוב וחזקה הו"ה דנאמן נגד עדים. אולם דעת הרשב"ם דלא נאמן נגד עדים ס"ל דכל הדין של יכיר היינו כשהבן חסר בהכרה אבל כל שיש הכרה ע"פ עדים לא צריכים לעדותו של אב. וצ"ל דנחלקו בדין יכיר האם מדין עדות או מדין נאמנות ולכן כל שלא צריכים לנאמנותו לא נאמן ודו"ק.

ולפ"ז מיושב הרשב"ם דכתב בדברי רבי יוחנן אמר בני וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, עבדי הוא וחזר ואמר עבדי הוא לא נאמן. עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא

נאמן דמשמש ליה כעבדא. ופי' רשב"ם אינו נאמן דאין דרך לקרוא לעבד בנו והילכך אחר טענה ראשונה נלך. דהואיל וזאת האחרונה אינה פירוש כי אם הכחשה אין לנו לילך אחר טענה אחרונה דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ע"כ. וקשה חדא למה פסול לחזור ולהגיד. והרי זה לא עדות אלא נאמנות ועוד גבי עדים לא נאמנים לחזור אפי' ע"י אמתלא וכאן נאמן ע"י אמתלא אם אמר עבדי וחזר ואמר זה בני. וע"כ כוונת הרשב"ם כפי שאמרנו התורה נתנה נאמנות לאב להכיר כיון שהכיר כבר פקעא נאמנותו ולא יכול לחזור. וכ"כ הנ"י כשאמר על בן אחד שהוא בכור לא יכול לחזור ולומר על השני דכיון שהכירו פעם אחת. שוב לא נתנה לו תורה הכרה אחר הכרה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ע"כ. ולכן כיון דנאמנות האב לא מדין עדות אלא הכרה. כל שלא מוכר האב יכול להכירו ולכן כשהכיר ונתן אמתלא מהני וכתב הרשב"ם וחזר ואמר זה בני לא נאמן בין בתוך כדי דיבור בין אחר כדי דבור. משמע אפי' תוכ"ד לא נאמן והרי עדים יכולים לחזור בתוכ"ד ולמה באמר זה בני וחזר ואמר עבדי לא נאמן אלא ע"כ כל הנאמנות שהתורה נתנה היינו להכיר והרי הכיר. וכיון שבירר ופעל כפי נאמנות שהתורה נתנה לו שוב אינו יכול לחזור ודו"ק. וכעין זה כתב היד המלך הביאו פ"ת בס' מ"ז לענין אשה שאמרה נתקדשתי לפלוני לא מהני אמתלא אפי' תוך כדי דיבור והוא ע"פ הר"ן בכתובות כב: בשם הרא"ה באשה גדולה שקפצו עליה לימים עמדה וקדשה עצמה ונתנה אמתלא וכתב הריא"ה אם אמרה נתקדשתי לפלוני לא מהני והסביר היד המלך אף דבכל התורה כולה תוכ"ד כדבור. היינו היכא דהדבר נגמר ע"י דבור כגון מקדש ונודר. אבל היכא דאפי' יתבטל הדבור תשאר הגילוי מילתא הנעשה כבר מ"מ מה שנתגלה לנו ע"י הדבור אין לנו כח לבטלו. ואין סתירה מעדים שיכולים לחזור תוכ"ד. דשאני התם דחק התורה דעדים נאמנים אף אם לא מתברר האמת משא"כ בהודאת פיו לטענתו של חבירו הוי בירור גמור ולא יכול לחזור. ע"ש ולפ"ז הו"ה ביכיר דהתורה נתנה לו כח לברר וכל שברר לא יכול לחזור אפי' תוכ"ד ודו"ק.

והטור חו"מ בס' רע"ט חו"מ כתב באמר זה בני וחזר ואמר זה עבדי נאמן תוכ"ד. והטעם דתוכ"ד הוי אמירה אחת וזמן אחד. לכן יכול לחזור אבל לפי רשב"ם כפי שהסברנו דתוכ"ד היינו שדבור שני מבטל דבור ראשון וזה שייך לומר שיש לו נאמנות גם על דבור שני אבל באופן שאמר זה בני שעל זה התורה האמינתו כב' ואח"כ טען ואמר זה עבדי ועל עבדו לא נאמן לא שייך לומר שדבור שני יבטל דבור א' ולכן לא מהני לרשב"ם אפי' תוכ"ד. פש גבן לברורי דברי הרמב"ם בפ"ג מיבום וחליצה הל' ד' במי שבא על פנוי' או א"א ונתעברה ואמרה זה העובר ממנו הוא דאפי' הוא מודה לה אע"פ שהוא בנו ליורשו ה"ז ספק לענין יבום שכמו שזינתה עם זה זינתה עם אחר ע"כ ותמה הרא"ש מ"מ אם יש ספק שהוא בנו למה יורשו וגוזל את היורשין הודאין ע"ש וכן על הרמב"ם תמה היד המלך א"כ איך משכחת לה סקילה בבא על בתו מאנוסתו שמא זינתה עם אחר. והיה להם לחלק דחייב רק במיוחדת דוקא אליו שלא שייך שמא זינתה עם אחר וכן מי שיש לו בן מ"מ פטור צ"ל בבנו שמודה שבא על ערוה בשוגג אחרת ניתוש שמא זינתה עם אחרים ונשאר בצ"ע.

ובשב שמעתתא, שמעתתא ב' פ' כ' כתב לישב דברי הרמב"ם כיון דהתורה האמינתו על בנו מדין יכיר ולכן אם בעל דבר עצמו מאמין לאחר וסומך דעתו עליו הו"ל כאילו הוא גופיה ידע מכך כיון שסומך דעתו במה שמגיד לו הו"ל כאילו הוא גופיה אומר כן. וזה נחשב דין יכיר. ולכן נאמן כשהיא אומרת שזה ממנו והוא מודה נאמן מדין יכיר. וכ"כ ב"ש בס' ו' ס"ק כ"ז באשת כהן שאמרה נאנסתי מותרת לבעלה ואחר מותו אסורה לכהן אחר ומ"מ בניה כשרים אבל אם בעלה האמינה והמשיך לחיות אתה הבנים חללים הרי דדין יכיר אע"פ שלא יודע אלא מאחרים. ולכן לענין ירושה מהני מה שסומך לאחרים אבל לפטור אשה מיבום וחליצה זה דין על האשה ולא על הולד ועל כך לא נאמן. ע"ש.

י. **והגמ'** בקדושין הקשתה יכיר למה לי קרא הרי נאמן מגו דאי בעי יהיב ליה מתנה ותירצה הגמ' בנכסים שנפלו לאחר מכן ולר"מ דאמר אדם מקנה דשב"ל לעולם יכיר למה לי שנפלו בשעה שהוא גוסס ע"כ. ותמהו האחרונים על כך דהרי בארנו לעיל דנאמנות האב לומר זה בני הוא מדין עדות או עדיפא מעדים ולכן לא חוזר ומגיד וכתב רשב"ם דאפי' תוך כדי דיבור לא חוזר וא"כ מה מקשה הגמ' שלא צריך פסוק והאב יהיה נאמן מטעם מגו הרי טעם זה יכול לחזור ולומר על השני שהוא בכור דגם אצל השני יש מגו דאי בעי יהיב ליה וכן הקשו מהרי"ט אלגזי בכורות ושער המלך הלכות מכירה כ"ב הל' י' והתומים בסי' ס"א דמה מקשה הגמ' למה צריך פסוק הרי יש לו מגו דיכול לתת נימא דהפסוק בא באופן דהבן שעליו אומר שהוא בנו ובכורו הוא קטן וקטן

לא זוכה מדאו' אפי' בדעת אחרת מקנה ולכן צריך יכיר, או שבעינן יכיר על עובר במעי אימו שאומר זה בכורו דמטעם מגו לתת במתנה עובר לא קונה דלית ליה זכיה ובתשו' רע"א ס' קכ"ח חידש דבעובר אין דין יכיר והוכיח מהרא"ש בב"ת פ"ח ס' כ"א, ע"ש. או בעינן יכיר כשמכיר את בנו בעבר שאמר על בנו שנפטר זה בני בכור דמשום מתנה לא יכול לתת ולכן צריך חידוש התורה דין יכיר ובשער המלך הוכיח דיכיר הוא רק על בנו שהוא בעולם וחי, וכ"כ המהרי"ט ואע"פ שהשער המלך אמר על דין זה דהוא מחודש בלא ראיה מ"מ מדברי הרמב"ן פרשת כי תצא והובא בפ"מ ס' רפ"א ס"ק א' דכתב הרמב"ן דלא יוכל לבקר אירי דלא יכול לשנות חלק בכורה דוקא מבכור שהוא בעולם, אבל בכור בקבר יכול לשנות. ויליף לה ממה שכתבה תורה על פני בן השנואה הבכור, דהיינו באותו משקל על פני אביו דהיינו בחייו. הרי להרמב"ן דין יכיר רק בחיים. ובתשובת מהרי"ל כתב לישב דבעינן יכיר באופן דלא יכול לתת מתנה כגון עבד עברי דלא ניתן במתנה לכן בעינן יכיר באומר על בנו שהוא בכור ויש לאב עבד עברי בבית דהבן יורש פי שניים דבתורת ירושה זוכה בעבד עברי דהדין שעבד עברי עובד.

ויש עוד לומר על קושיית הגמ' יכיר למה לי הא יש לו מגו דבאמת איכא גווני דליכא מגו אמנם קושיית הגמ' כיון דאי בעי יהיב במתנה נמצא דהוא בעלים על ממונו ולא צריך דין יכיר להאמינו כב' דמכאן אין כאן ממון ולא מפקיע ממון משום יורש כיוון דהוא בעלים א"כ יכיר למה לי וע"ז תירצה הגמ' בנכסים שנפלו לאחר מכן דאינו יכול להפקיעם משאר הבנים אלא רק ע"י עדותו והוי שום דבר שבממון ובזה אמרה תורה יכיר ועי' אור שמח הל' אישות פ"ט הלכה ל' דמתרץ קושיית השב שמעתתא ו' פרק ד'. דביבמות פ"ח אמרה הגמ' דע"א נאמן לומר על הקדש שנפדה דבידו לפדות והקשה השב שמעתתא בשופטנ"י עסקינן דזורקים כסף בחרץ ויפדה הקדש חבירו אלא מה שבידו נחשב כאילו בעלים כמו שכתב הרא"ש בריש פרק הנזיקין וכו' ועל זה חידש האור שמח מה שבידו הופך אותו לבעלים ולכן דברי הגמ' הרי זה בידו זה מראה שיש כח ובעלות עליו.

י"א. **ובהא** דהגמ' אמרה בנכסים שנפלו בעודו גוסס דלא יכול להקנות לכן בעי יכיר, וכתב הגהות המרדכי בב"ת דף קל"ג. דן בסוגיא של קנה את וחמור והביא ג' שיטות במקנה דבר המועיל ולא מועיל אמרינן מגו שחל על זה חל על זה א"כ הכא נמי דנותן נכסיו יועיל דבר שנמצא עכשיו והוא בר קנין ויקנה איתו דבר שלא בא לעולם וכן הקשה השער המלך הל' מכירה פרק כ"ב הל' פ'. וא"כ יכיר למה לי ותירץ השער המלך דהמרדכי איירי בשני דברים שהם בר קניין כגון: מעות ומטלטלין שהם בני קנין רק חליפין לא מועיל במעות, בזה אמרינן מגו שחל על זה חל על זה ומהני חליפין דיועיל לשניהם אבל דבר שלא בא לעולם אינו בר קנין בכלל. ולפי האור שמח פי"ז אישות מתי אמרינן לפי המרדכי מגו שחל על זה חל על זה דוקא במקנה שניהם בזמן אחד והם חלים ברגע אחד אז אמרינן מגו שחל על זה חל על זה ואין לומר דכאן יכול להקנות את הנכסים ברגע אחד כשיבואו לעולם זה אינו כיוון שרוצה להקנות לו פי שניים בנכסים הבאים בתוך כל ימי חייו נמצא דצריך לקבוע זמן הקנאה על כל הנכסים ביחד דיחול רגע לפני מותו וקנין זה לא מהני כיון דרגע זה לא ברור ומתברר רק לאחר מיתה וקימ"ל אין בריה לכן העיצה היעוצה היא להקנות לו מעכשיו ושוב לא נקנים בזמן אחד, ע"ש.

ויש לדקדק במה שכתב הרמ"א בחו"מ ס' ר"ג דהו"ה בהקנה דבר שנמצא בעולם עם דבר שלא בא, שגם בזה אמרינן מגו דחל על זה חל על זה וכתב הסמ"ע שם דגם בזה יש ג' שיטות, הרי דאמרינן מגו דחל על זה גם אם זמן הקנינים לא שווים דהיינו מוכר מעכשיו וחל למפרע כשיגיע הדבר שלא בא לעולם וכמו שכתבו תו"ס בב"מ ט"ז. דגם לר"מ מהני מעכשיו בדשב"ל אע"פ שיכול לחזור בו או לרמב"ן אם נקרע השטר לא קנה ואינו יכול לחזור בו כל שאמר מעכשיו ולפ"ז הרי הקנין חל ברגע אחד והדרא קושיית השער המלך לדוכתא שגם לרבנן יכיר למה לי הרי יכול להקנות. גם זה לא קשה לרבנן דבידו לתת אין זה אומר דהוא נותן ונשאר אלא נותן אם לא יחזור בו שייכים לבן בשעת מיתה כגון שמת ולא חזר אבל נכסים שאין לו עכשיו ועתידים לבוא לעולם, אם התנה עליהם שלא יחזור אין עליהם שום חלות דאם מת ולא חזר הרי לא שייך לומר נקנו מעכשיו דהרי לא היו לו ולא שייך למפרע יקנה ונמצא אין זמנם ביחד. לפ"ז הא דאמר המרדכי דאמרינן מגו שחל על זה חל על זה דווקא בדבר ששניהם חלים בזמן אחד.

י"ב. **ובנאמנות** יכיר אמרה הגמ' בב"ת קכ"ז. אמר ר' יוחנן אמר זה בני וחזר ואמר עבדי הוא לא נאמן וכתב הרשב"ם הטעם דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני הוא כדכתיב יכיר וכיון שהגיד שוב

אינו חוזר ומגיד והקשה בתשו' רע"א סי' ק"י וגיליון הש"ס דלקמן דף קנ"ד כמו דהתורה אמרה יכיר רק בידוע שהוא בנו נאמן האב להכירו לבכור אבל בלא ידוע שהוא בנו אינו נאמן לומר בני הוא אך על הנכסים שיש לו נאמן במגו, דבידו ליתנם והרי סותרים דבריו ונשאר בצ"ע ובח"ס אהע"ז ח"ב ס' צ"א כתב דלא סותר דלקמן קנ"ד פ' רשב"ם אליבא דרבנן דרבי יהודה דלא נאמן אלא על בן הבנים אבל הכא איירי לרבי יהודה דס"ל דיכיר יש נאמנות לאב בכל אופן ולכן כתב רשב"ם דלא חוזר ומגיד. ובקצות החושן בס' רע"ז כתב דהא דר' יוחנן איירי שזה בנו אלא הספק האם בנו משפחה, או מבת ישראל ובנה איירי רשב"ם אומר זה בני נאמן מדין יכיר כיוון דידוע דהוא בנו בדרך הולדה ואם אמו תוכ"ד זה מהשפחה והוא עבד ומבקש להפקיעו מירושה, אינו נאמן כיוון שהגיד שוב לא חוזר ומגיד. וחילופיה בבית המכס. אמר עבדי הוא נאמן חזר ואמר בני לא נאמן. ומה שכתב רשב"ם דתוכ"ד לא נאמן לחזור בטור בס' רע"ט כתב דכל דאומר תוכ"ד נאמן לחזור. והטעם לרשב"ם תוכ"ד אמרינן כשאדם רוצה לבטל הגדה הראשונה. אבל באומר זה בני וחוזר ואומר זה עבדי זו הגדה חדשה וזה לא מצאנו בתוכ"ד שיכול להגיד הגדה חדשה. וכן הוא בכתובות י"ח: בעדים שאמרו כתב ידינו זה אבל אנוסים היינו בנאמנים מגו. והקשה בשימ"ק למה צריך מגו הרי הם מבארים בתוכ"ד דאנוסים היינו ויכול לחזור תוכ"ד־על זה תירץ דתוכ"ד הוא כשבא לבטל דבריו אמרינן דנאמן אבל כאן לא מבטלין דיבור ראשון דהרי אומרים כתב ידינו הוא זה, אבל אנוסים באופן כה"ג לא מהני תוכ"ד אלא מגו. וזו סברת רשב"ם ודו"ק. וכל שהוחזק על ידי האב לא יכול אח"כ לפוסלו אלא עדים כ"כ רבינו ירוחם. וכתב הלבוש אבל החזיקוה אחרים בפניו ושתק נאמן אח"כ לומר אינו בני וממזר הוא. וכתב מהרשד"ם חו"מ ס' ש"ה דמחלוקת רבנן ורבי יהודה היא בהוחזק לנו שהוא בנו בעדים שנולד לו בן מאשה נשואה ולפי רשב"ם דיש עדים שהוא בנו בזה יש מחלוקת אבל אי ליכא עדים לכו"ע נאמן עליו האב. ומשמע מדבריו גם לבה"ג דבעי הכרת בכורה בכה"ג נמי נאמן וכ"כ בכנה"ג אהע"ז ט' ד' הגהות ב"י אות כ"א בשם מהרשד"ם. ובתו"ס רי"ד קדושין כתב בשם הרי"ף דהא דקימ"ל כרבי יהודה היינו בדלא איתחזק בכשרות, אבל הוחזק בכשרות כגון דנפיק קלא דבריה הוא ולא קא מערער ולבתר הכי פסל ליה לא נאמן. והראיה ממה שאמרה הגמ' אמר על עובר שבמעיה, היינו באופן דלא איתחזק ומסתיעה האי סברא ותמה עליו תו"ס רי"ד דנאמנות האב אפילו להכחיש החזקה לרבי יהודה. וכן פי' ר"ת ותו"ס חולק.

י"ג. **וכתב** בתשו' רווח יאיר ס' צ"ג דהוחזק בנו שהחזיקו ע"י מילי דחיבה שנוהג האב עם בנו הוי חזקה וחזקה זו הוגים על פיה. דבאופן דאומר בפירוש בני הוא ודאי נאמן וק"ו הוא מגמ' דאם אמר בני ואח"כ אמר עבדי דלא מקבלים דבריו אחרונים כדאמר בב"ת קכ"ז. כ"ש באופן דאשתו רשעה ומה שכתב רשב"ם היו מוחזקים היינו דקרא ליה בוכרא לא שאמר בפירוש זה בני אבל מה שהיה אצלו בחזקת בנו אינו ראיה והחוו' שם הביא עובדא דילדה אשתו בן וכן שכנתה נכרית ובליל המילה התמרמרה אשתו בבכי שהבן מת והגויה החליפה הבן והנכרית הודתה על כך ונפסק שימולו אותו על קברו והחי יגדל כישראל ע"י מילה וכשגדל הבן לאחר כמה שנים שהחזיקו אביו דרש נדוניה מאביו יותר מכפי יכולתו ואביו התנגד והבן הכה את אביו מכות רצח ואביו אמר זה ראיה שדם נכרית זורם בו דיש כאן אכזריות גדולה ורצה לפוסלו דגם בתחילה לא האמין לאשתו. והעלה דכל שהחזיקו לא יכול לפוסלו כיוון שהחזיקו במלבוש כבוד עד גיל י"ג שוב לא נאמן. וכל אמתלא לא תועיל לו וכ"כ בנתיבות לשבת ס"ק כ"ח ע"פ מהרשד"ם ס' רל"ב דבכה"ג הרי הוא כבנו מהני להחזיקו לירושה ויש להסתפק אי מהני חזקה ע"י אמתלא דביו"ד קפ"ו אמרינן בעשתה מעשה ולבשה בגדי נדות לא מהני אמתלא וכתב הרמ"א בס' ד' דאם אמר אב על בנו שהוא ממזר ואח"כ נתן אמתלא נאמן וכתבו האחרונים לדון בדין אמתלא האם לסלק דבריו הראשונים או לקבל דבריו האחרונים עי' בתשו' רע"א מתירוץ התו"ס יבמות ק"ח. ולכן כתב הצמח צדק בנער שכיחש לא נתעברה ממנו וכשנתנו לו מעות הודה ואמר ממנו ומה שאמר כן בתחילה שהתבייש־כיוון שגם עכשיו לא נסתלקה הבושה לא מהני אמתלא. ואמרינן רק משום הממון חזר בו. ובפרי השדה ח"ג ס' צ"ד כתב באחד שחי עם אחות אשתו ונולדו ילדים והודו בפני בי"ד שהילדים שלו ועכשיו הגיעה אחת לפירקה והאישה טוענת מגוי נתעברה ומה שאמרה ממנו דנתבישה ודן אם מקבלין דבריה ופסלה דלא הוי אמתלא דאמרינן לימדוה לומר מנכרי כדי שתכשיר את הילדים והעלה כיוון דעברו יותר מל' יום מאמירה בבי"ד שוב לא מועיל אמתלא וכ"כ ביד אהרן ח"ב הגבי' אות י"ח דאחר שהחזיקו לא יכול לחזור וכ"כ שבות יעקב ס' ו' דכל שאמר בנו לא נאמן להוציאו מחזקתו. ובב"י אהע"ז ס' ד' כתב דיכול לחזור בו באמתלא כמו שאמרה הגמ' אמר עבדי הוא וחזר ואמר

בני הוא, יכול לומר שהיתה כוונתו שהוא משמשו כעבד והטעם אע״פ שעדים לא יכולים לחזור אפי׳ נותנים אמתלא מ״מ נאמנות של יכיר לא מדין עדות אלא נאמנות, וכ״כ בס׳ תורת חיים למהר״ם ח״ג ס׳ נ״ב. וגם אב שאמר קדשתי את בתי ואיני יודע יכול לחזור בו ע״י אמתלא וי״א דאפי׳ היתה ההכרה בבי״ד ונאמנות האב מדין עדות יכול לחזור בו ע״י אמתלא ויש חולקים וס״ל דכל שמכחישים דבריו הראשונים אפילו יש לו אמתלא לא נאמן־כמו עדים שלא נאמנים.

ויש י״ד. לדון בדין יכיר האם מאחר והתורה האמינה אותו שזה בנו האם גם לעניין עונשין נאמן דאם חזר והיכה את אביו נענש. וכתב הרדב״ז ח״ג סוף סימן התס״א שחייב על הכאתו ואם אמר עליו שהוא ממזר ונשא ישראלית לוקה כיוון שהאב נאמן והוחזק על פיו בבי״ד וכן אם הכהו בנו או קללו ואח״כ האב אמר לא בני לא נאמן דכו״ע יודעים מחמת נגיעה אמר כן כדי לפוטרו מעונש ואחרים הסתפקו במי שאמר על בתו שמוחזקת לבתו שאינה בתו שלדעתם מותר הוא לישאנה וכתב חתם סופר בתשו׳ ס׳ ע״ו על אחד שהוחזק לבן אחות אביו־אם נאמן האב לומר שאינו בנו ומותר לו לקחתה או שמא לאחר שכבר נשא לא נאמן. על כל שלא האמינתו תורה אלא להכיר וממילא נאמן גם על התוצאות אבל לאחר מעשה הוא מעיד על הערווה ממש ואינו נאמן. ועוד כתב טעם אחר בתשובה דהוא נוגע ויש ראשונים דס״ל נאמנות של יכיר רק לגבי ממון ואיסורים, אבל לא למכות ועונשין כדרך שהאב נאמן לומר זה בני בן שלש עשרה ואינו נאמן לעניין מכות ועונשין ועי׳ שערי יושר ש״ו פי״ג ד״ה עוד ודברי יחזקאל ס׳ כ״א אות ט׳ וקובץ הערות ס׳ ל״ה אות ד׳. ולכן בקוה״ע סי׳ ל״ה. ויד דוד והטעם דהתורה האמינתו רק לגבי מה שנוגע לבן אבל מכות ועונשים הם דברים השייכים לבי״ד ויש שכתבו דדין יכיר הוא חידוש ואין לך בו אלא חידושו. וי״א דאם האב החזיק הבן כיוון שנאמן לומר שהוא ממזר הרי האיסור בעד אחד יוחזק ואם עבר ונשא ישראלית לוקה אבל אב שאמר על בנו שהוא בן י״ג ועבר על איסור לא לוקה כיוון דגדול מוזהר על איסורים ולא קטן וכאן נעשה גדול ע״פ אביו נאמנותו היא רק על איסורין כ״כ הרמב״ן ורשב״א .

וכתב ט״ו. הטור בס׳ רע״ז בהא דאב נאמן לומר בני זה בכור הוא האם אפי׳ נגד עדים־או רק נגד קול דבגמ׳ קכ״ז שלחו ליה לאביה דשמואל היו מוחזקים בזה שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור מהו וכו׳ ופי׳ רשב״ם היו מוחזקים לאו ע״פ עדים אלא ע״פ קול אבל עדים שראו שבן זה יצא ראשון לא נאמן האב נגד עדים אמנם הרמב״ן והרשב״א כתבו אפי׳ יש עדים שמעידים שבן זה יצא ראשון מרחם אמו־מ״מ נאמן על הקטן לומר זה בכור שזה דין יכיר.

ונראה מחלוקתם האם מה שהתורה חידשה שאב נאמן מדין יכיר האם זו נאמנות־ולכן כל מה שאדם נאמן לא מועיל נגד עדים או שחידוש התורה נאמנות הוא יותר מעדים מדין עדות אבל יש לו כח מעדים ואע״פ שבכל התורה כולה לא מצאנו בירור יותר מעדים דאמרינן תרי כמאה דהבירור הכי גדול הוא תרי־מ״מ כאן חידשה התורה וכפי שהסברנו לעיל דנ״מ בין רשב״ם לרמב״ן אי מהני חזרה תורה תוכ״ד אם מהני אמתלא אם נוגע־לגבי עונשים כפי שבארנו לעיל. ולכאורה קשה מנין לנו לומר דהתורה נתנה נאמנות לאב יותר מעדים דהרי עדים זה הבירור הכי גדול כפי שביארנו וא״כ דיינו אם נאמר שהתורה חידשה שהאב יש לו נאמנות היינו כנגד קול, אבל לא כנגד עדים וכ״כ הסמ״ע בס׳ רע״ז ס״ק כ״ד וכתב הרשב״א לפרש דאיירי בתאומים ובזה האב נאמן לומר זה בני בכורי דזה לא נקראת הכחשה אבל במכחיש העדים ממש גם לרשב״א לא נאמן.

אמנם המל״מ בהלכות נחלות בפ״ב הביא בשם מהריב״ל ח״א ס׳ ס״ב והמשפטי שמואל ס׳ ק״ג. דסברי דאף היכא שהאב מודה שזה שהעדים מעידים עליו הוא בנו, מ״מ נאמן לומר על האחר שהוא בכור להכחיש העדים וזה נגד מהרשד״ם ס׳ ש״ה דס״ל דנאמנות האב היינו כשלא מכחיש העדים בפירוש וכנ״ל. והבאנו מחלוקתם לעיל.

וצריך לומר שטעמו של מהריב״ל ומשפטי שמואל ס״ל דהתורה נתנה נאמנות של יכיר לאב כיוון שבד״כ הוא מצוי ויודע על זה לפני כל אחד דוגמת נאמנות חיה, וכתב הר״ן בקדושין בנאמנות חיה לפי שבדרך כלל א״א בענין אחר אלא ששם האמינתו וכאן ביכיר נאמן מהתורה ונמצא לפי מהריב״ל ומשפטי שמואל כיוון דאב נאמן כנגד חזקה ורוב הו״ה שנאמן נגד עדים ושומעין לאב ודעת המפרשים דס״ל דלא נאמן האב להכחיש העדים, הטעם דהתורה נתנה כח לאב להכיר את בנו כשאין הבן מוכר לאחרים אבל כל שיש עדים לא צריכים הכרת האב וזה סברת רשב״ם דאב לא נאמן נגד

עדים דכל שיש עדים ישנה הכרה ולא צריך דין יכיר דכל דין יכיר כשאין עדים לכן נתנה התורה כח לאב לקבוע כגון יש קול או נולדו תאומים דלא סותר, אבל לסתור עדים לא נאמן.

ופסק הרמב"ם פ"ב דנחלות הלכה י"ד דנאמן האב לומר זה בני בכורי אפי' לא מוחזק לנו שהוא בנו, או שמוחזק שלא בנו נאמן, ע"ש. והקשה הקצות רע"ז ס"ק ב' על הרמב"ם דכתב דנאמן לומר זה בני בכורי ממה שהגמ' אמרה בגמ' כתובות כ"ה נאמן האב לומר בני זה וכבן משום דבידו להאכילו בתרומת תיפוק ליה דנאמן מדין יכיר. כמו שנאמן לפוסלו ולומר שהוא בן גרושה וחלוצה. וכתב בטבעות החושן ס' רע"ז בשם הר"ח מבריסק דחלל יכול להיות בב' אופנים ע"י ביאה כמו ביאה על חייבי על מחייבי כריתות עושה ממזרות ביאה על חייבי לאוין עושה חללות או כפי שאמרה המשנה בקדושין ס"ו. דכל מקום שיש קדושין ויש עבירה הבן הולך אחר הפגום. כמו ישראל הבא על ממזרת ודקדקו למה בכהן וגרושה הולכין אחר הפגום תיפוק ליה משום פיסול ביאה ועל זה תירץ הר"ח הלוי וצ"ל דחלל יש בו ב' פיסולים כיוון דמחלל בביאתה יש בו פיסול ביאה ופיסול יוחסין ולכן אב לא נאמן לומר שבנו כהן־ דהיינו אינו חלל כיוון דחלל נעשה בביאה המחללת האם, והבן חלל כתוצאה. והתורה לא האמינה האב על האם שלא חללה, דרק על הבן האמינתו מדין יכיר ודו"ק.

ולפ"ז יצא בנידון דידן, לאחר שבררנו את הסוגיא בס"ד שהתורה נתנה לאב נאמנות לומר זה בני ממזר מדין יכיר והן אמת שמצאנו בזה כמה שיטות של ראשונים כפי שהזכר לעיל, אבל להלכה, אנו סומכים על דעת הרי"ף והרמב"ם שאדם נאמן בן זה ממזר ודעת בה"ג שנאמנות שנתנה לו תורה רק בבכורה ודעת תו"ס רי"ד דנאמן רק אם האב לא מכחישתו ומ"מ כתבו האחרונים דלמרות שנפסק כדעת הרי"ף והרמב"ם מ"מ מצרפים דיעות שאר הפוסקים לעוד ספק.

וידוע מה שאמרה הגמרא להתיר ספק ממזר מדין ממזר ודאי ולא ממזר ספק. וכתבו הפנ"י והישוע"י בסוגי' דאפי' ברוב פסולים התורה הכשירה ספק ממזר ופ"ת ס' קנ"ו ס ק"ט הביא דברי הנוב"י שעמד על דברי הרמב"ם בפ' ט"ו הלכה י"ז להלכה י"ט שנראה כסותר עצמו, דאם אמר על עובר זה לא ממני הוי ודאי ממזר ובהלכה י"ט א"א שנתעברה ואמר אינו בנו הוי בחזקת ממזר ועמד על השנוי למה בהלכה י"ז כתב דהוי ממזר ודאי וההלכה י"ט חזקת ממזר משמע שיש ספק על זה, ותירץ כשהאשה התעברה והוא לא יודע ממי, אולי מגוי לכן הוי ספק ממזר. ובשער המלך שם כתב לישב, דאם מכחישתו הוי ודאי ממזר, שותקת ספק דתלינן בגוי ובספר בצל הכסף ח"ב אהע"ז סי' ב' הביא לקט של פוסקים שא"א שנתעברה תלינן בגוי, ע"ש. וכ"כ הב"ש ס"ק מ"ד שאם אינה לפנינו תולין בגוי, ואם לפנינו ולא טוענת, לא טוענין לה, ובית מאיר כתב דתמיד תולין בגוי, והוכיח כן מרמב"ם. וכ"כ מהרי"ט אהע"ז ס' ט"ז וחבצלת השרון סי' י"ד דכתב לישב אפי' לב"ש ברוב גויים תלינן בהם, ובעין יצחק אהע"ז ס' ז' במי שנפרד מאשתו משום קטטה, ודר רחוק במקום גויים ובאה אשה וישבה ואמרה מבעלה, והוא מכחישה, העלה להתיר מג' טעמים, ואחד מהם שמא מגוי כדעת הרמב"ם.

וכתב בבניין עולם ס' ה' אות ד' אפי' ברוב ישראל תלינן בגוי דישראל רוב כשרים אבל בעכו"ם רובם פרוצים ולכן תלינן בהם ותולין הקלקלה במקולקל וכ"כ גדולי האחרונים להכשיר ולסמוך על גוי ועי' פ"ת ס"ק קי"ח דכתב בשם הבית מאיר אע"פ שאומרת מישראל פלוני תלינן בגוי וכתב בדברי שמואל ז' ובבני יעקב אפי' לא דיימא מאחרים תלינן בגוי ואפילו הוא מודה שבא עליה תלינן בגוי. וכ"כ באמרי יושר והטעם כתבו בס' עין יצחק דמתביישת לחלות בגוי לכן טוענת שנתעברה מהנואף. ואפי' לא דימא מאחרים כיוון שעבדא איסורא אמרינן כשר דכל הדין של רוב בעילות אמרינן רק בנשואה ולא בנואף וכן כתב באריכות ביביע אומר ח ט' ס' ד' ח'. להתיר על פי היתרו של הגאון ר' יצחק אלחנן אהע"ז ס' ז' ברוב העיר ורוב עוברים ושבים ועיין שם שהביא חבל פוסקים המתירין שתולין בנכרי ולכן פלא על הרב בן ימין שהובא באוצר הפוסקים ס' ד' ס"ק קי"ד אות ו' דאם האשה אומרת שהתעברה לפני הגירושין וגרה בבית הבועל, הוי ודאי ממזר, ע"ש. והוא תימה דהתעלם מכל הפוסקים שכתבו שתולים בגוי דמדאפקרא עצמה לנואף הפקירה לאחרים ובפרט זה דעת הרמב"ם ובית מאיר ועוד.

ויש לצרף טעם אשה לא נאמנת לפסול רק להכשיר ואפי' אומרת נבעלה לממזר לא נאמנת ואפי' מודה. כנפסק בשו"ע סעיף כ"ו ואפי' ברוב פסולים ועי' ח"מ וב"ש ס"ק מ'. ועי' שם באוצר הפוסקים אות ק' לעניין ס"ס וצירף גוי. ואפי' במיוחדת לו כתב בשיבת ציון ס'

פ״ו בשומרת אצלו אי אמרינן כשם שזינתה עמו גם עם גוי וכתב בשם נוב״י שהביא דברי הרשב״א דגם בפלגש אמרינן שהולד כשר אולי מגוי דאמרינן כשם שזינתה.

ט״ז. **ומה** שהרוב הסתמך על בדיקת דם הרי הדבר לא ברור בדברי הפוסקים האחרונים, וגם בדיקת רקמות לא קובעת אבהות ולכן גם אם המציאה אישור שהיא מעוברת תלינן בגוי מדהפקירה עצמה, ולכן בדיקת דם לא קובעת את האבהות, דלא הוי אלא רוב. ולעניין הכשר ממזר מדאורייתא התורה הכשירה אותו אפי׳ ברוב פסולים ולכן כל הספק הוא מדרבנן ובהצטרף עוד ספק, מכשירין ולכן בנידון דידן, קודם תולים בבעל, דרוב בעילות אחרי הבעל ואמרינן אישתהי דדרך העובר להשתהות י״ב חודש. והגם שכתב הרמ״א דאם יש רגלים לדבר או כיעור לא תולין בבעל מ״מ ממה שסתמו הרמב״ם פט״ו מאיסורי ביאה הלכה י״ט שאר הראשונים משמע שאין דרך העובר לשהות יותר מי״ב חודש, משמע תוך י״ב חודש כן שוהה והולד כשר גם בלא שהאם טוענת. וכ״כ הנוב״י קמ״א ס״ס מ״ט הביאו באוצר הפוסקים ס״ק מ״ט וכ״כ בפני משה הובא ג״כ שם דלא כדעת הרמ״א דכתב דביש רגלים לדבר לא אמרינן אישתהה. וכ״כ בחדות יעקב ס׳ ט׳ הובא באוצר הפוסקים שם דילדה תוך י״ב חודש גם האם כשרה לכהונה ואם פוסלת עצמה שאומרת נאנסה או נבעלה מ״מ נאמנת כלפי עצמה ולא לפסול הולד. והן נכון שכתב המאירי שהור״ה עובדא דילדה אחר ט״ו חודשים ותמהו כל בני המחוז מ״מ כתב דנולד לט״ו ודנו שם חכמי הרפואה, ע״ש. והביאו בנשמת אדם אה״ג ס׳ ד׳ וכתב דבספרי הרפואה היה מעשה בפניו שנולד לשבעה שבועות שם ועשרה חודשים וחצי. אחרי טיפול מלאכותי, ע״ש. ובנידון דידן יש לייחס הבן אחר הבעל הראשון וממה דכתב הרמב״ם שאין העובר שוהה יותר מי״ב חודש משמע שפחות כן שוהה, משמע שזה הדין בלי שום חששות ואפי׳ יש כיעור נמי סמכינן על רוב בעילות נגד הבעל ותולין בבעל ופשוט שהור״ה לעניין יבום וחליצה שאם ילדה בתוך י״ב חודש שלא מתיבמת ולא חולצת שתולין בבעל, ורק הגהות מיימון הוא שחידש דדוקא באופן דאין כיעור, על זה תמך יסודותיו הרה״ג ר׳ לביא שליט״א דבאופן ששניהם מודים הנואף והנואפת לא תולין בבעל, צ״ע דמ״ש להגהות מיימון בהיה כיעור לא אמרינן אשתהי היינו לעניין להכשירו אבל מידי ספק לא יצאנו שמא מהבעל דאיכא רובא נגד רובא רוב בעילות ורוב תינוקות נולדים לט׳ וכשיש חזקת כשרות אמרינן ודאי מהבעל כשיש כיעור איבדה האשה חזקת כשרות ומ״מ הוי ספק ועי׳ תשו׳ רע״א בסוף ס׳ צ״ט הביאו הרב פ״ת ס״ק ט״ו וכתב בצמח צדיק החדש ס׳ ל״ט באשה שלא ילדה י״א שנה ואמרה לבעלה שנאנסה מאחיו והיא הרה ממנו, וילדה לי״א חודש מיום שנפרדה מבעלה, העלה כיוון דאין כאן אלא ע״א על הזנות והיא לא נאמנת הבן כשר שתולין בבעל.

וכ״כ בבנין עולם ס׳ ה׳ דלא נאמנת לעשות עצמה רשעה ועי׳ באוצר הפוסקים ס״ק נ׳ אות ט״ו דאפי׳ דרך וידוי מ״מ הוי ספק כשיש רגלים לדבר לדעת הגהות מיימון ושם דן בהודאת הנואף נראה דנאמן לעשותו ממזר,ע״ש. וליתא דהא יש לתלות בגוי ומדהפיקרה עצמה לנואף הפקירה לגוי ואפי׳ אומרת שהיא מעוברת מהנואף כתבנו לעיל דמשום בושה אמרה כן. ועוד דהגהות מיימון עצמו כתב דאם יש רגלים לדבר של כיעור חיישינן דהוי ספק ואפשר לצרף לעוד ספק להתיר מכח ס״ס כמו שנפרש לקמן. ומ״מ במקום שיש רוב עכו״ם אין לעשות הוולד ספק ממזר כ״כ באוצר הפוסקים אות נ״ב בשם בעל ערוך השולחן,ע״ש. ובתשובת ח״ס אהע״ז ח״א ס׳ ה׳ דן על חלוצה שילדה לאחר מ״ב שבועות ואומרת מבעלה לעניין לפטרה מחליצה ע״ש שהאריך.

י״ז. **ומ״מ** הוי ס״ס וקימ״ל דלהתיר לקהל מהני ס״ס דהגמ׳ אמרה באלמנת עיסה בכתובות יד.
העיד רבי יהושע ורבי יהודה בן בתירא על אלמנת עיסה שהיא כשרה לכהונה דאיכא ס״ס והגמ׳ דנה שם והעלתה דהיות ור״ג בעי ברי כל שלא טוענת ברי אפי׳ יש ספק ספיקא אסור. ומ״מ כתבו הראשונים דהחשש לכתחילה אבל אם נישאת לא תצא והראיה ממה שרצו התו״ס להכשיר בסוגיא דפ״פ באשת כהן ספק תחתיו ספק לא תחתיו וא״ל תחתיו שמא מוכת עץ משמע שאם יש ס״ס מתירין גם לכהן וכן דעת הרמב״ם וטור ושו״ע ס׳ ב׳ סעיף ה׳ דאסורה לכהן לכתחילה ואם נישאת לא תצא. וכן דעת הרי״ף ורשב״א, והש״ג חולק שם וס״ל דאם נישאת תצא דמחמירין בס״ס כיוון דאינו ס״ס גמור ואנן קימ״ל כר״ג דבעי ברי להתיר ולא ס״ס ומ״מ בס״ס גמור גם ביוחסין סמכינן אספק ספיקא להתיר וי״א דהו״ה לענין פיסול קהל ויש חולקים ושמא שם הספק בדאורייתא ספק חלל אבל בנידון דידן בספק ממזר דמדאורייתא מותר ואסור רק מדרבנן הוי ספק דרבנן לקולא. ולכן אשה שילדה לאחר שהתגרשה תוך תשעה

חודשים והבעל לא כאן לפנינו הולד מותר מס"ס שמא אחרי גירושין וילדה למקוטעין ואת"ל לפני גירושין שמא מגוי כ"כ בקהילות יעקב (מליסא) אע"פ שבת אלמנת עיסה יש אוסרין מ"מ הכא מותר לכתחילה דיש לו ס"ס גמור דיש חזקת היתר שמא אחרי גירושין נתעברה ונמצא שזה דומה לדין דידן. וכן כתבו הפוסקים להתיר פסולי קהל בס"ס וכמו שכתב בשו"ת מהרין ס' ע"ד באשה שנתגרשה ונתעברה וילדה בן ספק נתעברה קודם גירושין או אחרי גירושין, אם אמרה אחרי גירושין נתעברה נאמנת ואם משום שילדה למקוטעים, רוב נשים יולדות למקוטעים והא מילתא שכיחא טובא וקרוב הדבר בעיני שאפילו לא נבדקה הולד כשר מספק ספיקא ספק לאחר גירושין נתעברה ואת"ל לפני גירושין שמא מגוי. והביאו להלכה בדרכי משה ס' ד' אות ג'. וכ"כ בס' בית שמואל סי' ד' ס"ק נ"ג וכ"כ הגאון חקרי לב ע"פ מה שכתב רבינו ירוחם נתיב כ"ג חלק ד' ע"פ הסוגיא באלמנת עיסה שמתירין בס"ס. וכ"כ מהרש"ם חאה"ז ס' ז' דכיוון דהספק הוא דבדרבנן דספק ממזר מותר הו"ל ספיקא דרבנן לקולא, ע"ש.

ואע"פ ששני הספיקות לא שקולים דאם נתעברה בהיותה א"א רוב פסולים ומיעוט גויים במקום שרוב ישראל מ"מ כתבו בתו"ס כתובות דף ט'. דבס"ס לא בעינן ששני הספיקות יהיו שקולים דאע"פ דאונס יש לה קול וזו שאין לה קול איתרע לה רובא מ"מ לס"ס מצטרפין כ"כ ר"י בתו"ס דלגבי אשת כהן שאסורה לבעלה נעמיד שנבעלה באונס ותירצו אונס יש לו קול וזאת שאין לה קול הוי רוב ברצון ולכן אסורה ולגבי ס"ס למה נצרף אונס הרי יש לה קול מ"מ כתב ר"י דרוב רצון יש מיעוט שאין לו קול ולכן מצטרף לס"ס ועי' פנ"י בסוגיא דהקשה דסברת תו"ס ספק דאורייתא לחומרא ולמה מקילין ותירץ דס"ס מדין רוב ולכן גם אם לא שקולים שני הספיקות הוי רוב. ועי' בעין יצחק לגאון ר' יצחק אלחנן מאהע"ז ח"ב ס' ט"ז אות ג' ד'. דהוכיח דספק ספיקא שלא שקולים הצדדים הוי ס"ס וכן דעת הרמ"א ביו"ד סי' קפ"ז ס"ק ה' ובפרט אם נצרף דעת הרמב"ם דהספיקות מדאורייתא וחכמים החמירו ולכן שייך הטעם דהחמירו בספק אחד ולא בשני ספיקות ועי' בפר"ח יו"ד ס' ק"י דזה הטעם דלא בעינן ס"ס מתהפך לדעת הרמב"ם.

ועוד דכתב הגאון ר' יצחק אלחנן בעין יצחק ח"א חאה"ז ס' ז' אות ו' הבאנו דבריו לעיל דאשה שנפרדה מבעלה מחמת קטטה שכתב שיש לתלות בגוי ואע"פ שיש אחרונים שכתבו שכל שלא טענה לא תולין בגוי עי' שער המלך מאיסורי ביאה הל' י"ז בסוף ד"ה עוד יש לדקדק יש לתמוה עליו מהתו"ס כתובות דף ט'. דאם איתא דמוכח היה לה לטעון שאין גנאי כמו ביאת אונס ומדלא טענה ליכא לספוקי בהכי ע"ש. אלמא כל היכא שיש גנאי לטעון כך לא שייך לומר מדלא טענה דגנאי הוא לה לטעון שנבעלה לגוי ולכן טוענת שמבעלה נתעברה. וכמו שאמרה הגמ' כתובות ע"ה וכולן מתעברות ותולות בבעליהן וכו' וכ"כ הגאון רע"א בתשובה ס' ק"ו דף פ"ו ס' ע"ב ע"ש. וכתבו האחרונים שיש לתלות הריונה בגוי להכשיר הולד התשב"ץ ח"ג ס' פ"ח הרמ"ה בפ' יש נוחלין בב"ת קכ"ז. ושער המלך איסורי ביאה פ"ט ט"ו הל' י"ז ועי' בצל הכסף שהביא לקט פוסקים להקל בזה. ויש לצרף דעת הפוסקים דס"ל דאיירי בספק דרבנן והם בה"ג, הרי"ף, הרמב"ם, ראב"ד, סמ"ג, מאירי ומרן דכולם ס"ל ספיקא דאורייתא לחומרא מדרבנן. ועי' בתשובת באר אברהם רפפורט סי' מ"א שכתב בנידונו שנפרדו בערכאות יש לתלות בספק מגוי ושם בסי' מ"ב הביא דברי הרב מנחם יצחק דכל שנפרדה מבעלה אין לתלות שמא בא עליה ואין ראי' לצרפו לס"ס ע"ש. לדחות דבריו ולהעמיד את הספק שמא מבעלה שמא גוי ולכן בנידון דידן דהבן נולד ששה חודשים ועשרים יום לאחר הגירושין יש להכשיר הבן נתנאל מטעמים שאמרנו, חדא: שמא מהבעל הראשון ואשתהי וכל שילדה בתוך י"ב חודש הולד כשר. ב': שמא מגוי כפי שהבאנו הרבה פוסקים ואע"פ שהבועל והאשה טוענים שניהם שזה בנם לא נאמנים לפוסלו האשה כיוון שלא נאמנת לפסול והבועל שמא זה לא בנו כי לא יודע שמא מגוי. וג': שמא נולד לאחר הגירושין דיולדת לשבעה יולדת למקוטעין וכמו שפסק מרן בב"י סו"ס קע"ח ד"ה ומצאתי ופסקו הרמ"א בס' ד' סעיף י"ד באשה שנתעברה מבעלה בסוף סיוון אע"פ שאין ביניהם אלא חמישה חודשים הולד כשר, דהחודשים גורמים ועי' פ"ת שם אות ד': ואין מקום להאריך. ועי' ביביע אומר למרן הראש"ל שליט"א חלק ז' וחלק ט' וי' שדן באריכות בהיתר ממזרות ובשו"ת שמש ומגן ח"א וחלק ג'. לגאון ירושלים הרה"ג ר' שלום משאש זצ"ל. ודו"ק.

סימן מח

קביעת יוחסין ע"י בדיקות דם ובדיקת רקמות

א. **עמדו** לפנינו זוג שהתגרשו ובעת הגירושין טענה האשה שהיא מעוברת מאיש אחר האשה לאחר הגירושין ילדה בן לשמונה חדשים ועשרה ימים וטוענת שהבן לא מבעלה, כיוון שחייתה בפירוד לפני הגירושין והצביעה על הנואף שהוא אבי העובר אותו הכירה לפני הגירושין וגם הוא מודה שהוא ממנו. בי"ד פסק שהבן צריך בירור על כשרותו, מבחינה הלכתית קימ"ל שאשה לא יכולה לפסול את זרעה וכן פסק בשו"ע סי' ד' א"א שאמרה שהעובר אינו מבעלה אינה נאמנת לפוסלו ובאוצר הפוסקים הביא בשם בעל נתיבות עולם דהיא אומרת שעובר זה לא מבעלה כיוון שהבעל הלך זמן רב למה"י. וכתב ב"ש ס"ק ג' דאפילו זינתה בודאי תלינן בבעל וכן הבועל לא נאמן כפי שכתב הרמב"ם בפ' ט"ו ונפסק בשו"ע ס' קנ"ו סעיף ט' דלא נאמן. ולכאורה בדיקת דם תקבע את האבהות חדא דהדם נקבע לפי האם דשלשה שותפין באדם אביו נותן לובן האמא דם והקב"ה נשמה ולכן נפסק ביו"ד הלכות מילה אם מלו ב' בנים ודמם לא נקרש ומתו לא ימול שלישי וי"א גם באב שנשא כמה נשים ומ"מ זה לא החלטי דהדם מהאב דרוב הפוסקים תולין שהדם מהאם ולכן אין יכולים לקבוע בבדיקת דם. ובספר חסידים סימן רל"ב בשם רב סעדיה גאון הביא במי שהולך למה"י עם עבדו והוליך עמו ממון רב ואשתו היתה מעוברת לימים מת האדון והלך העבד והחזיק בכל הממון ואמר בנו אני, כשנולד הבן ושמע שמת אביו הלך לתבוע נכסי אביו לפני גדולי הדור והיה ירא פן יהרגוהו אם יפתח פיו והלך לבית ר' סעדיה גאון והניח לפניו לאכול ולא אכל עד ששם לפניו את הדברים נתן לו עיצה ללכת למלך וכן עשה שלח המלך אחר רב סעדיה גאון לדון דין זה וציווה רב סעדיה גאון להקיז דם בספל אחד ודם העבד בספל שני והביא עצם של אבי הבן והניח העצם בדם העבד ולא נבלע ובדם הבן נבלע כי הוא גוף אחד ונקבע שזה בנו ולקחו כל הממון ונתנו לבן. מעשה זה הביאו באליה רבה או"ח תקס"ח והקשה מב"ת דך נח. דהגמרא אמרה שם על אשה שאמרה לבתה למה את לא צנועה כמוני מתוך עשרה בנים שילדתי לאביך רק אחד שלו. שמע האב וציוה שכל נכסיו לבן אחד, התחילו לריב ובאו אצל רבי בנאה וא"ל לכו תחבטו בקבר אביכם־היה אחד שלא הלך ונתן לו כל הרכוש. וא"כ רב סעדיה גאון למה לא עשה כן. וכן הקשה בחידושי הרש"ש שם שהביא דברי הרב א"ר וכתב דמעשה דבספר חסידים היה מגלה שכולם ממזרים אבל באופן דחובטו זה בצנעה.

ב. **ובשערי** עוזיאל ח"ב שער מ' פרק א' דשורת הדין לא מחייבת האב לזון ילדי זנונים ואין סומכין על בדיקה מדעית על דם הילד בדמו של האב שכן קבלה בידינו מחז"ל שלשה שותפים באדם הקב"ה אביו ואמו. אביו מזריע לובן האם מזריעה האודם והקב"ה נותן רוח ונשמה וכל בדיקה מדעית מתבטלת נגד הנאמר בחז"ל שכל דבריהם נאמרו ברוה"ק. וכן נפסק בשו"ע יו"ד הלכות מילה סי' רס"ג אשה שמלה בן ראשון ומת מחמת מילה, ומלה גם השני הרי הוחזקה שבניה מתים מחמת מילה. והו"ה אם איש אחד מל בנו ראשון ושני ומתו מחמת מילה, לא ימול השלישי בין שהיו לו מאשה אחת או משתיים. והרמ"א כתב וי"ח וסבירא להו דלא שייך חזקה באיש אלא באשה ונראה דספק נפשות להקל. וכתב הט"ז דדם שייך באשה וכ"כ בביאור הגר"א, הרי דלפי דברי הרמ"א והט"ז בדיקת דם לא יכולה לקבוע על אבהות וכיוון דהוי ספק אם הדם נקבע רק ע"י האם, לכן אין להגיע לשום מסקנה.

אמנם היום יש התפתחות והתקדמות בבדיקות גנים שאמינותן כמעט שואפת למאה אחוז.בדיקת רקמות לאו דווקא בודקת הכדוריות האדומות אלא גם הלבנות שהיא מערכת תורשתית דבחלקה מקורה באב ובאם. ודנו המומחים בבדיקה זו האם יש בכוחה של בדיקה זו לקבוע במאה אחוז או לשלול אבהות, וראינו בחז"ל דע"י אומדנא קבעו אבהות כגון בעובדא דרבי בנאה והחליט שכל הממון לאותו בן שלא הלך לחבוט בקבר והר"ז אומדנא וכן שלמה המלך כשפסק בטענת שתי הנשים במשפט הידוע משפט שלמה פסק ע"פ אומדנא דהאם שנכמרו רחמיה על בנה החליט שהיא האם האמיתית של החי. וכתב הרא"ש בכלל ע"ח סעיף ג' דפוסקים לפי אומדנא ועוד הוסיף באותו כלל בסעיף כ"ג דהלכו חכמים בתר אומדנא דמוכח ע"ש וכתב התשב"ץ ח"א סי' פ' שמסביר לשון הגמ' במה שרבי בנאה זיכה

לאותו שלא רצה לזלזל בכבוד אביו, היינו מחמת שהאב לאחר ששמע את אשתו הרי הסתפק בבניו ולכן כיון שהלכו לחבוט הרי מוכח דהם ממזרים דיש להם עזות מצח והאב רצה ליתן נכסיו רק לאחד בודאי יש אנן סהדי דלא רוצה לתת אלא לאותו בן שלא רוצה לזלזל בכבודו שהוא בנו, ע״ש.

וכ״כ בשו״ת ציץ אליעזר חלק ג׳ ס׳ ק״ד דבדיקת דם לא קובעת אבהות לפי ההלכה דגמ׳ אמרה בנדה לא. שלשה שותפין באדם, אמו נותנת אודם ולכן אין לזה קביעה ודאית וגם שם היתה הבדיקה בעובדא דרב סעדיה בבדיקת עצם האב והבן. ועוד דמה שקובע המדע היום, סותר את זה למחר ומבטל את מה שקבע היום לפי התפתחות והגילויים החדשים ופסקו גדולי הפוסקים דאין לפסוק ע״פ אומדנות הרופאים, ע״ש. ושם כתב בשם הרש״ז אוירבך זצ״ל דקביעה זו של בדיקת רקמות היא מדין רוב ואין בכוחה לקבוע ודאי אבהות ולכן נוצר רוב האומר דבדיקה זו אומרת שזה לא אביו לעומת זה יש לנו הלכה שרוב בעילות אחר הבעל וע״כ צריכים לומר שסוג בדיקה זו שהיא מספקת באב אמרינן דילד זה יצא מהרוב והוא בנו של הבעל מדין רוב בעילות ונ״מ לעניין פנויה שתבעה בועל לחייב מזונות עבור הולד ובתשובת הריב״ש ס׳ מ״א באשה שתבעה את שמעון איך הרתה משמעון ושמעון טוען להד״ם והעלה דשמעון נאמן ופטור משבועה כיון דאפי׳ בבנו מאשתו נאמן לומר לא בני והתורה האמינתו מדין יכיר והביאו האבני מלואים ס׳ ד׳ אות כ׳ בתו״ס והרא״ש בסוגיא דארוס האומר שאין הולד ממנו שהוא ממזר ודאי ובתורת יכיר כרבי יהודה וכו׳ ואומנם הש״ג שם כתב דהא דהאמינתו התורה מדין יכיר רק על בנו אבל אמר אשתו זינתה תחתיו ומאחר התעברה לא נאמן דעל בנו האמינתו תורה ולא על מי שאומר לא בנו והן נכון שיש מחלוקת בזה ודעות תו״ס ורמב״ם לא משמע כן ותשב״ץ באותה תשובה כתב וז״ל אקדים לך הקדמה ודאי שהתורה האמינה לאב לומר זה בני וכו׳ ומכאן נלמד נאמנות האב לומר על איזה בן שיש לו שהוא בנו וממזר הוא ע״כ.

ג. **עד** נאמנות של בדיקת דם אין לסמוך שכן קבלה בידינו מרבותינו הקדושים שהדם הוא מהאמא ולכן לא יכולים להגיע לתוצאות שהבן הוא לא שלו דכל דבריהם של רבותינו הם ברוח הקודש. וכ״כ בדבר יהושע ח״ג אהע״ז ס׳ ה׳ ס״ק כ״ד. בשו״ת משנה הלכות ח״ד ס׳ קס״ד ושו״ת דברי ישראל הביאו באסיא חוברת ל״ה אמנם כתבו הרופאים דאין סתירה דחכמים קבעו לגבי כדוריות אדומות דהאם היא המספקת אותם לעובר אבל כדוריות לבנות דהם הלובן שפיר הם מהאב ואפשר להגיע לבדיקה דרכם.

ובפסקי דין הרבנים כרך י״ג דף 25 דן לגבי בדיקת רקמות וכתבו להפריד בין בדיקת דם שאינה הוכחה גמורה לבדיקת רקמות ומ״מ גם היא לא מאה אחוז אלא תשעים ושמונה אחוזים שהוא אביו ושם דן באריכות לגבי נאמנות הבדיקה וכתב עוד דכיון דרוב הילדים רקמותיהם דומות לשל האב וזה לא דומה יוצא מהרוב אלא כנגד זה יש לנו שרוב בעילות אחרי הבעל והרוב של הבדיקה ששוללת אבהות האב נגד והוי רוב נגד רוב מאי חזית למשרי אחר רוב בעילות ולאסוקי דהולד מרוב ילדים דומות הרקמות שלהן להורים וזה כיון שלא דומה ראיה לא ממנו. ומ״מ אמרה הגמ׳ מוקמינן הילד בחזקת אביו מצד חזקת האם שיש לה חזקת כשרות ולא נאמר שהאם זינתה ומשמע דאם האם אין לה חזקת כשרות מעמידים רוב נגד רוב והדבר בספק ושם העלה דנהי לגבי חיוב מזונות יש לחייב את הבועל לתשלום מזונות וכן אם הבדיקה הוכיחה שהבעל לא בנו יש לפוטרו ממזונות מ״מ לגבי יוחסין לא נוקטים לאסור כיון דלגבי ממזרות התורה הקלה וגם חכמים חששו שמא השתהה י״ב חודש.

ד. **ולפ״ז** קביעת אבהות ע״י בדיקת דם שנויה במחלוקת אם הדם בא גם מהאב או רק מהאם וכן אם סוג הדם של הולד דומה לדמו של הנואף בזה יש לומר כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר שיש לו אותו סוג דם אבל באב דאמרינן רוב בעילות אחרי הבעל ומצד שני רוב הילדים דומים לאביהם ע״י בדיקות, יש בזה לדחות הערעור ולקבוע שזה אביו כי רוב בעילות אחרי הבעל אבל כל שיש נואף בדיקות כאלו לא קובעות לגבי מזונות ולא לגבי ירושה ולגבי קביעת אבהות ע״י בדיקת רקמות. והנה רוב כזה המוכיח דסוג הרקמות של הולד דומות לאלו של האב זה רוב התלוי בטבע כי כך גזר הבורא יתברך ותמיד רוב כזה הוי רוב מוחלט כמו רוב בהמה שאינה טרפה ולכן לגבי ממונות יש לקבל רוב כזה אבל לגבי יוחסין וממזרות דבעי רוב גמור כיון דהמדע לא קבע שבדיקה זו הינה במאת האחוזים לכן לגבי ממזרות לא מקבלים בדיקות כאלו רק בצירוף ריעומא נוספת וכן פסק בי״ד הגדול ולכן אם הצד השני מסרב להבדק אינו מהווה הוכחה מוצדקת נגדו. ומ״מ יש שכתבו כיון

שבדיקה זו לא קובעת בהחלטיות לכן עדיף לא לערוך בדיקה זו ולסמוך על הרוב דרוב בעילות אחרי הבעל בזוג נשוי ולא לבדוק כדי לעשות ספק ממזרות ומ״מ בבתי משפט בערכאות הם סומכים על הבדיקה דהיינו לשלול את האבהות אבל לא כדי לקבוע שזה אביו שאז לא סומך.

ה. **ומעשים** שבכל יום שיש תביעות הדדיות הן מצד הבעל שרוצה להתנער מאבהות הולד בטענה שאינו אביו וכן האשה שרוצה לתבוע מזונות ולקבוע אבהות בטענה שהעובר הוא ממנו והן אמת שהארכנו בדין זה בסוגיא דיכיר וכן בארוס וארוסתו מ״מ היום שיש בדיקת רקמות יש להסתפק אם אפשר להסתמך ע״י בדיקה זו הן לגבי מזונות או לגבי יוחסין ומ״מ נהוג בבי״ד שלצורך בדיקה זו אנו מקבלים קניין מהצדדים לקבל עליהם לקיים את תוצאות הבדיקה לעניין ממון ולעניין רכוש דהו״ל כמי שקיבל עליו קרוב או פסול לדון הכא נמי הרי הם מקבלים עליהם ומתחייבים לקיים את תוצאות הבדיקה כיוון דלגבי ממון אדם יכול לחוב בממונו אבל לגבי יוחסין לא שייך קבלה וכן היה מעשה בבי״ד דידן בזוג נשוי כדת משה וישראל ושנתיים לאחר הנישואין נולד להם בן והאב התזיקו כבנו ע״י שהכניסו בבריתו של אברהם אבינו ורשם בת״ז ובמשרד הפנים שהוא בנו ושנה אח״ז פתח תיק גירושין והאשה פתחה תיק מזונות וטען הבעל שחושד באשתו שחיה עם אחר היות והוא לקוי ואינו יכול להביא ילדים והוכיח כן במסמכים וכן האשה הודתה על כך שהבעל לקוי ואישרה שהיו אצל רופא שנה אחרי הנישואין והרופא קבע שהבעל לקוי בזרעו וזרעונים שלו חלשים ונתנו לו טיפול ולאחר חודשים נכנסה להריון ועכשיו האשה טוענת פסיקת מזונות וגם חלוקת רכוש והבעל טוען כיוון שזינתה לא מגיע לה מדור לילד ולא מזונות ולשם זה ביקשנו בדיקת רקמות וקבלו עליהם בקניין והבעל יצא צודק, האשה הודתה שחיה עם גבר זר. וכאן יש לדון דאילו הטענות היו בין הבעל והאשה שהבעל טוען לא בני כי אני לקוי והאשה מכחישתו או אפי׳ אומרת מאחר נולד הרי קימ״ל רוב בעילות אחרי הבעל ואפי׳ לא מצוי אצלה כדעת ההפלאה שהבאנו בכמה מקומות שכל שהבועל מודה שחי איתה פעם אחת וכן טיפל בעצמו על ידי התרופות תלינן ביה ומ״מ כאן דאומר דהוא לקוי וגם נערכו בדיקת רקמות שהבן לא ממנו בצירוף שני הטעמים פטרנו ממזונות אבל פסקנו דלעניין ממזרות בי״ד ידון אחרי הגט ובינתיים התיק הועבר לערעור בביה״ד המיוחד לעניני יוחסין בירושלים וגם הם לא העלו דבר עד שהראב״ד הרה״ג ר׳ שלום משאש זצ״ל קיבל את התיק ודן בו והעלה להתירו בקהל וטעמו ונימוקו עמו. וכן נלע״ד דגם אם נקבל טענת הבעל הרי הבעל לא יכול לעשותו ממזר דאולי מגוי ואע״פ שלא טוענת או שאומרת ממנו הרי פסקנו לעיל באריכות בדין יכיר דהאשה מתביישת לטעון מגוי ואע״פ שהאם תובעת את הנואף לזון את בנו מ״מ התורה לא נתנה נאמנות לאם דנאמנת רק להכשיר ולא לפסול. וכתב הב״ש דהוי כלא דיברה כלום והולד הוא ספק ממזר דמדאורייתא הוא כשר דממזר ודאי אמר רחמנא ולא ספק ממזר וכל זה אם נניח שבדיקת רקמות הוי הוכחה מעליא וודאי לא מאביו מ״מ מידי ספיקא לא נפקא דאולי מגוי או מישראל ואע״פ שהיא מצויה אצל הבועל לא אמרינן בזנות רוב בעילות אחר הבעל דיש סברא דכשם שזינתה עם זה זינתה עם הגוי ואע״פ רוב פסולים אצלה הוכחנו שדעת הפנ״י בסוגי׳ והישועות יעקב דהולד הוי ספק ממזר ולא ממזר ודאי ובפרט לפי מה שהביא בשמ״ק בב״מ ז׳. בסוגיא קפץ אחד מן המנויים כולם פטורים במניין הראוי והקשו התו״ס יתבטל ברוב ותירצו דבעל חי לא בטל וצ״ע דמה שלא בטל הוי דרבנן ובשיטה מקובצת הביא תירוץ בשם הרא״ש דכל רוב יש לו מיעוט וכאן במעשר בעינן עשירי ודאי וכל שבטל ברוב יש מיעוט, לכן אע״פ ברוב פסולים נמי הולד כשר מהתורה דהוי ספק ממזר.

ו. **וכן** מוכח דברי הרמב״ם כפי שהאחרונים ישבו הסתירה דבאופן דאומרים זה בני ממזר הוי ודאי ממזר כגון דאומר שטעה ונשא ארוסה או אחות אשתו שהעידו שמתה אשתו אבל אם טוען שהולד לא ממני כפי שכתב הרמב״ם בפ׳ ט״ו הלכה י״ט שם הוי רק בחזקת ממזר והוי ספק דלא יכול לדעת מנין התעברה דנכון שזה לא ממנו אבל שמא מגוי וכבר הארכנו בדינים הללו בסוגיא דיכיר והו״ה בנשואים אזרחיים או שטוענת שנתייחדה עם נואף בזה לא תלינן בנואף אפילו חיה בקביעות איתו ואמרינן כשם שזינתה עם זה כן עם אחר ואין לה מזונות והולד ספק ממזר אפי׳ יש רוב נגדו. ובנדון דידן אם טוענת שנתעברה מאחר לא מאמינים לה דרוב בעילות אחר הבעל וגם אם הבעל טוען שהוא לקוי בפוריות ולא יכול להוליד ג״כ לא היינו פוסלים את הבן בודאי כי היינו תולין שהתרופות עזרו לו ומכח זה נכנסה להריון והיום חזר למחלתו שלא יכול להפרות. וגדולה מזו הביא פ״ת ס׳ ה׳ ס״ק ג׳ בעובדא שהביא החת״ס באיש מופלג בעשירות שהיה עם אשתו כמה שנים ולא זכו לבנים והיתה דימא מפריץ אחד וסיפר הרופא שיש

לבעל נקב בגיד ולא יכול להוליד ובסוף ימיו הולידה אשתו זכר וגם נתעברה שנית והוא עשה צוואה שאם העובר יהיה בנו יתנו כך וכך ואם בת יתנו לה כך וכך והקברנים הגידו שמצאו נקב הגיד בין עטרה לכיס ונסתפק הישראל אם הבנים כשרים לבוא בקהל והעלה החתם סופר להכשיר הבנים דעדות הרופא הוי ע״א ולא נאמן לפסול ונהי דכל היכא דאפשר לברר מהני ע״א היינו מחיים ולא לאחר מותו וכ״ש כאן דהאב מכחישו שהרי ציווה לבניו ירושה והתורה האמינה לאב. ולאו כל כמיניה דע״א להכחיש את האב ואע״פ שהקברנים מעידים על הקלקול בבעל מ״מ אמרינן דהשתא התקלקל אחר שילדה אשתו או התעברה. וכ״כ בשב יעקב סי׳ ד׳ ומצד שהאשה פרוצה ביותר ג״כ נפסק בשו״ע סי׳ ד׳ סעיף ט״ו דאשה מזנה בניה כשרים לקהל דרוב בעילות אחרי הבעילה. ונמצא בדינו של הח״ס שיש הרבה הוכחות לפסול הבנים חדא דהרבה שנים לא היה להם ולד וגם דיימא וגם הרופא העיד וגם הקברנים ועם כל זה כתב הרב דהבנים כשרים כיוון דהאב החזיק אותם וב״ש בנידון דידן נמי דהחזיקו ורשמו בתעו״ז שלו וגם שטען שאשתו חשודה מ״מ קימ״ל רוב בעילות אחר הבעל והגם דיש בדיקת רקמות האומרת דהולד לא ממנו דרובא דאינשי הרקמות של הבנים דומים לשל האב מ״מ גם בין הרופאים המומחים לא הגיעו למסקנה של מאה אחוזים אלא תשעים ושמונה אחוזים ולכן לעניין חיוב מזונות פוטרים אותו אבל ליוחסין הוי ספק וממילא יש כאן ס״ס ספק מגוי סופק מהבעל והוי ספק ספיקא רגיל ולכן יש להכשיר את הבן.

ומצאנו דיעות הפוסקים דלא סומכים על בדיקות דם כפי שהזכרנו לעיל דשלשה שותפים באדם והאם נותנת הדם וכ״כ הרב ציץ אליעזר חלק י״ג ס׳ ק״ד והרב דבר יהושע ח״ג אהע״ז ס׳ ה׳ וכן מובא בספר הזכרון להרה״ג רב שילה רפאל ז״ל עמוד תצ״ו משם הראש״ל הגאון הרב עובדיה יוסף שליט״א דלא סומכין על בדיקת רקמות וכן נפסק בבי״ד הגדול לפני כמה שנים שלא סומכין לא על בדיקת דם ולא על בדיקת רקמות, הרי דבדיקה זו אינה מאה אחוז ולא הוי ודאי. וכל שלא הוי ודאי יש מיעוט שמא אביו הוא וכ״כ באסיא ה׳ עמוד קצ״ד.

ז. **ויש** לדון בבדיקה זו אפי׳ נניח שהיא בדיקה ודאית כיוון שהאב אומר לא בני הרי התורה נתנה לו נאמנות מדין יכיר ולפי הרמב״ן והר״ן נאמן אפילו נגד עדים כפי שכתב הר״ן בב״ת והבאנו דבריהם למעלה בסוגיא דיכיר הן אמת שהרשב״ם בדף קכ״ז: כתב דהא דנאמן האב רק נגד חזקה ולא נגד עדים והטור בחו״מ ס׳ רע״ז הביא מחלוקת ראשונים בזה וסמ״ע בס״ק כ״ד כתב דהא דנאמן האב מיירי שאין העדים מעידים שהוא בכור והאב מכחישם אלא מעידים שהוא בנו שנולד מאשתו בראשונה ועי״ז הוא בכור והאב אומר על השני שנולד ראשון והראשון שהעדים העידו עליו הוא פסול בזה הוא נאמן אבל אם עדים מעידים שבן זה נולד מאיש אחר מאשתו והוא בכור ודאי לא נאמן להכחיש עדים, הרי דנאמנות האב רק בהוחזק שהוא בנו בעדים ובתנאי שלא יכחיש העדים. וכן כתב מהרשד״ם בתשובה חו״מ ס׳ ד״ש ובדבר ששאל מי יהיה יותר נאמן לומר שזה בכור, האם האב או העדים ושם כתב דזה תלוי בסוגי׳ יכיר יכירנו לאחרים וכתב דאב נאמן לומר שזה בכור רק בהוחזק ע״י קול, אבל איכא עדים לא נאמן. וכן משמע לשון הריף וכו׳ אבל נגד עדים לא נאמן רק נגד קול וכו׳ אמנם מהרמב״ן משמע דאפי׳ במקום עדים נאמן וכן דעת הרשב״א וכתב לישב דמה שנאמן יותר מהעדים דוקא היכא שמשמע מתוך דבריו שבנו האחד המוחזק לנו כבכור או שמעידים עליו שהוא בכור שאינו בנו אלא ממזר אלא היכא שהוא עצמו אומר בני זה ממזר והשני הוא הבכור והעדים אומרים שהראשון הוא בכור אינו נאמן נגד עדים והטעם דאם אומר דבר שאין העדים יכולים להכחישו שאפשר שזינתה והעדים לא ידעו והוא ודאי יודע שלא בא עליה בזה הוא נאמן דהיינו באומר הראשון לא בני והשני בני ובכור הוא נאמן דעדים לא מכחישים אותו, אבל באומר על הראשון שהוא בנו וגם העדים מעידים שהוא בנו לא יכול לעשותו ממזר ולעשות השני בכור כי באופן זה הוא מכחיש העדים בדבר שהוא ידוע לכו״ע וכן נראה לשון בה״ג הביאו הריב״ש בפסקיו בפי׳ יש נוחלין משמע דאי אפשר להאמינו בלשון אחר נגד עדים אלא כשאומר אינו בנו שאין העדים יכולים להכחישו אבל בטוען זה בני וממזר והשני הוא הבכור והעדים מכחישים אותו לא נאמן והעלה דאפי׳ למ״ד דנאמן האב יותר מעדים היינו באופן דלא מכחישים אותו, אבל אם האב מכחיש העדים אינו נאמן.

ח. **ולכן** יש לדון בכח של בדיקה זו אפי׳ נאמר שהיא ודאית וברורה הרי האב מכחיש את אבהותו וטוען זה לא בני והבדיקה אומרת זה בנך לפי התוצאות ואם היו עדים בכה״ג האב היה נאמן דהם לא מכחישים

אותו אבל בנידון דידן ישנה הכחשה וכל שיש הכחשה העדים נאמנים וכן הבירור הסותר דברי האב מבטל נאמנותו. אמנם לדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן דהבאנו לעיל דאב נאמן נגד עדים בכל גוונא דגם כאן האב נאמן נגד הבדיקה שאפי' נאמר שהבדיקה היא ברורה האב נאמן גם נגד עדים ויש להוסיף דדעות הריב"ש לשיטת התשב"ץ דכל דין יכיר רק ביודע לפני כן שהוא בנו שנולד לו מאשתו או שהוא מוחזק בזה לפני כן דיש לנו ידיעה קודמת וע"ז התורה האמינתו אבל בבדיקת רקמות אין לנו ידיעה מקדמת דהאבהות נוצרה בבדיקה והוא מכחיש בזה לא נאמן דכל שנוצרה הידיעה עכשיו לא נאמן.

ויש להוסיף דבכל קביעה מדעית חכמי המדע עצמם לא הגיעו למסקנא ברורה וכל פעם מגיעים למונחים חדשים הסותרים את קודמיהם א"כ זו לא הוכחה ודאית שאין עליה עוררין ולכן יש כאן מיעוט ושמא האב הוא מהמיעוט והגם שיש כאן רוב מ"מ על סמך זה אין לחייבו במזונות ואע"ג דכתבו התו"ס סנהדרין דף ג': להקשות למ"ד אין הולכין בממון אחר הרוב איך הורגים ע"פ רוב וכתב שיש לחלק וכתב הש"ש בשם הריטב"א דרוב לרידא לא הוי רוב גמור התלוי בטבע אלא ברצון האדם ועל כל אלף שקונים שור לחרישה אדם אחד קונה אלף שוורים לשחיטה והוכחנו דדעת הרמב"ם לא ס"ל כן לגבי תינוק שנמצא ברוב ישראל נמי לא הולכים אחר הרוב ואם נגח שור דידן לשורו אמרינן ליה תביא ראי' שישראל אתה ולכן לא מוציאין ממון ע"פ קביעה זו של בדיקת רקמות וכ"ש ליחס אותו אליו לומר שהוא אביו גם זה ליתא הן לדעת הרמב"ן דאב נאמן להכחיש עדים הן לדעת החולקים שזה לא רוב גמור ולא הוי בירור ואב יכול להכחיש. אמנם ההפלאה בכתובות ט"ו: חידש לאחר שהקשה איך מחייבים קנס של אונס ומפתה לאב הרי מה שאנו קובעים שהוא אביה הוא על פי רוב ואין הולכים בממון אחר הרוב וכן החובל בבהמת חבירו חייב למה לא ניחוש שמא טריפה מה שאמר הרוב אומר שהיא כשרה הרי לא הולכין בתר הרוב להוציא ממון ומתוך זה חידש דכל היכא דנפסק על פי רוב ואח"כ דנים לעניין ממון כיוון שכבר נפסקה הלכה אם נוצרה בעיא שאנו מוכרחים ללכת אחרי הרוב הולכין אחריו. ולכן פסק לגבי תינוק שנמצא ברוב ישראל מחזירין לו אבידתו הרי לא הולכים בתר רובא אלא כיוון דבשעה שנמצא קבענו שהוא ישראל אזלינן בתריה והוכיח לעניין מנה אביו כיוון שבשעת לידה קבענו שהוא אביו או בהמה קבענו שהיא בריאה בזה גם שמואל מודה והאריך בדברים השב שמעתתא ד' פ' ט'. ע"ש.

וכ"כ בתשו' רע"א תנינא ס' קכ"ט דלשמואל דלא הולכים בתר הרוב מ"מ כל שנפסק קודם על פי הרוב חלו חיובים כגון פדיון הבן דאב חייב לפדות את בנו והו"ה לעניין חיוב מיתה במכה אביו דחייב מיתה כיוון דכבר פסקנו לעיל שהוא אביו. והגם שהשב שמעתתא וההפלאה ס"ל טעם זה מ"מ יש הבדל ביניהם דלדעת השב שמעתתא דהא דאזלינן בתר רובא להוציא ממון אם כבר פסקנו על פי הרוב גבי איסור אם אח"כ יש דיון לגבי ממון מוציאים ולפי ההפלאה אפי' לא היה פסק לגבי איסור אלא כל שהנדון לגבי איסור והממון נולדו יחד אזלינן בתר רובא להוציא ממון ולאחר שדנו האחרונים בדינו של ההפלאה העלו דהוא סובר כדעת השב שמעתתא דרק אם נפסק הדין לאיסור מהני להוציא ממון,ע"ש. אמנם התו"ס ס"ל דכל שהאיסור והממון יחד מוציאין ממון והרא"ש ורמב"ם חלקו עליו ועי' בכתב סופר יו"ד תש"ו קמ"ה דהאריך בדברי ההפלאה.

ט. **ויש** לתמוה כיוון דמה שאנו קובעים שהוא אביו הוא מדין רוב וקימ"ל כל רוב יש לו מיעוט ועם כל זה אנו פוסקים שהוא אביו לעניין ירושה ולעניין יוחסין וכל החיובים והעונשים א"כ למה לא נקבע אבהות על סמך בדיקת רקמות הן אמת שזו לא בדיקה שהיא מאה אחוז ויש לה מיעוט מאי שנא מכל רוב שיש לו מיעוט ואזלינן גביה. ומצאנו מחלוקת ראשונים בהא דר"מ חייש למימטא בכל רוב האם חייב גם למיעוטא דמיעוטא או רק למיעוטא דהגמ' גיטין אמרה לעניין לשמה רוב ספרא דדיינא מיגמר גמירי וכתבו התו"ס והוי כמו מיעוטא דמיעוטא דר"מ לא חייש אמנם רש"י פירש שכל ספרי דדיינא מגמר גמירי וזה לא תלוי ברוב גדול וברור וכ"כ פנ"י ומשמע לתו"ס ברוב רגיל חיישינן למיעוט אבל רוב גדול לא חוששין למיעוטא דמיעוט ומוציאין ממון דשמואל איירי ברוב רגיל ולרש"י כל רוב יש לו מיעוט וחיישינן למיעוט ובסופרים כל הסופרים יודעים.

ולפי התו"ס דברוב גמור מוציאין ממון אפשר להסביר נמי דחזקה דאתיא מחמת רובא זה טעמה אע"ג דקימ"ל רובא וחזקה רובא עדיף ואם לא מוציאין ממון ע"י רוב כ"ש על ידי חזקה מ"מ כתב הש"ך באריכות דלא כל החזקות שוות ולכן בחזקה אין אדם פורע תוך זמנו זוהי חזקה דאתיא מכח רוב והיא חזקה גמורה מכח הרוב

הברור וזה לא דומה לשאר רוב בו איירי שמואל דקימ״ל כוותיה דאין הולכין בממון אחר הרוב וחזקה זו אמרינן שהיא אלימא ומ״מ לא אלימא כעדים דהרי אם יש עדים שפרע תוך הזמן אין תביעה והגם שהגמ׳ הסתפקה אי אמרינן מגו נגד חזקה משמע דחזקה לא הוי עדים דמגו נגד עדים לא אמרינן ועי׳ בשמ״ק שם דכתב דנהי דחזקה זו לא חשיבא כעדים דמגו נגד עדים לא אמרינן מ״מ חזקה זו מהניא להוציא ממון הרי דחזקה זו עדיפא מרוב דברוב לא מוציאין ממון ובחזקה זו מוציאין ממון.

י. **ויש** להסתפק מה כוחה של חזקה זו שע״י מוציאין ממון ואין לומר דנהי דחזקה זו עדיפא מרוב ולא אלימא כעדים מ״מ יש כאן אומדנא ובממון מצאנו שאפשר להוציא ממון ע״י אומדנא הא ליתא דהן נכון שהגמ׳ בב״ת צ״ג במחלוקת תנאים שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצידו אע״פ שהשור הרועה מועד זה מנוגח וזה מועד לישוך אין אומרים בידוע שזה הרגו וכן גמל וכו׳ רב אחא אמר אזלינן בתר אומדנא ואמרינן זה הזיקו וזה הרגו ורוב הפוסקים פסקו כרמב״ם וכ״כ הרמב״ם מגזקי ממון הל׳ י״ד והמרדכי פסק כרב אחא וכל הפוסקים נחלקו עליו וצ״ל דהא דלא אזלינן בתר אומדנא דהאומדנא על גוף המעשה דאנו מסופקים אם המעשה התקיים ואנו באים לברר את קיומו על ידי אומדנא בזה קימ״ל כרבנן ולא כרבי אחא ולא אזלינן בתר אומדנא אבל באופן שהאומדנא ממברר המעשה לא שאנו מסופקים על המעשה אלא המעשה ישנו והספק מי עשה את הפעולה והנזק בזה האומדנא מבררת כגון נחבל נכנס לבית חברו ויצא חבול בגב או נשוך דאין אפשרות לחבול בעצמו רק אחרים בזה האומדנא מחייבת ומוציאין ממון על ידה. ושמא נמי חזקה שאין אדם פורע הא מכח אומדנא שהספק אם נעשית פעולת תשלום בזה אמרינן שלא פרע. והתו״ס בשבועות ל״ד. ד״ה דאי איתי ליה לרב אחא הביא בעובדא בנשכו אותו בראשו וניקב קרוב למוח דאפי׳ רבנן מודו בהאי אומדנא כדאמרינן לקמן בכל הנשבעין דאזלינן בתר אומדנא גם בנפשות אמנם ביד רמה סנהדרין ל״ו: חולק על התו״ס וס״ל דהאומדנא מהני רק בדיני ממונות ולא בדיני נפשות דידיעה בלי ראיה לא מחייבת בדיני נפשות והטעם דבדיני נפשות בעינן עדים ועדות מיוחדת לא מהני בנפשות משא״כ בממון עדות מיוחדת מהני וזה ההבדל בין ממון לנפשות.

י״א. **ומ״מ** מצאנו בממון שמוציאים ממון ע״י רוב כמו שכתב ההפלאה בכתובות ט״ו. איך חייבה תורה ממון במוציא שם רע לתת לאבי הנערה שמא לא אביה הוא וכן בנגיחת השור למה נוציא ממון שמא טריפה הוא ואין הולכין בממון אחר הרוב ותירץ כיוון דאוקמי התורה על הרוב דלאו טריפה הוא כגון לעניין ההורגו דחייב וכן בשור לעניין איסור אכילה וכן מכה אביו וכן בכהן הוא הדין לעניין ממונא ולא אמר שמואל אין הולכין בממון אחר הרוב היינו היכא דלא נפקא מינה לעניין ממונא לפ״ז בבדיקת רקמות שהקביעה נובעת לכמה הלכות ובאגב ממון נזיל בתר הרוב לגבי מזונות ויוחסין.

אמנם כמה פוסקים כתבו בדברי ההפלאה שתלוי אם הדין נפסק בתחילה שזה אביו דכל ולד שנולד אני לא מסופק אם זה האב ולכן כל שנקבעה האבהות אם אח״כ דנים לגבי ירושה אמרינן לפני כמה שנים הוחלט שזה אביו בזמן שלא היה שום דיון על הממון וכ״כ בשב שמעתתא ד׳ פ״ח שכתב דהא דמכה אביו חייב מיתה כיוון דאיקבע איסורא ע״י הרוב שהוא אביו ואח״כ מומתין עפ״י הרוב וכן בן סורר ומורה דהרוב בא קודם המעשה אבל בדינא דשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב, הרוב בא אחר המעשה,ע״ש.

והקשה בשערי יושר שמעתתא ג׳ פ״א על יסודו של הש״ש מהא דפסק הרמב״ם בתינוק שהושלך בתוך עיר שרובה ישראל דאם קידש אשה אינו נהרג הבא עליה והרי שם נובע האיסור ע״פ הרוב דישראל הוא ונראה לחלק ע״פ יסודו של השב שמעתתא דאם נקבע האיסור על פי הרוב באים הדיינים ומה שהקשה השערי יושר שם אחרי ברוב דאיתיה קמן דס״ל להרמב״ם רוב דאיתא קמן לא הוי בירור אבל רוב דליתיה קמן שלא רואים המיעוט הוי רוב ברור ובאופן דנפסק האיסור הרי כל התוצאות אזלינן בתרייהו ולכן בבן סורר ומורה ומכה אביו ונזקים כבר נפסק ומוציאין ממון אבל ברובא לרדיא הרוב דן על המעשה שהוכיח שהוא בין המוכר והלוקח והרוב רוצה לפסוק בזה לא אזלינן. וכן בבדיקת רקמות כל ילד מוחזק שזה אביו וכל מילי דעלמא כולל יוחסין כאן נוצר הויכוח בין הבעל לאשה האב אומר זה לא בני האשה אומרת זה בנך או נואף שטוען שהולד שלו והאב מכחישו בזה מבצעים בדיקת רקמות האומרת שרוב הילדים דומים לאביהם ואנו רוצים לפסוק הספק שנוצר כעת מכח הבדיקה, בזה חיישינן למיעוט והרוב לא פוסק.

י״ב. **ומצאנו** שהתו״ס בכתובות ט״ו: חולקים על

ההפלאה וס"ל ברוב שרובה ישראל אין דינו כישראל וזה כפי שכתב הרמב"ם ברוב ישראל אם קידש אשה חוששין לקדושין ואם בא אחד על אשתו לא נהרג הרי דהוא לא פסק לא קבע. והטעם כיוון דמיעוט לפנינו חיישינן ובזה מיושב למה לפי תו"ס הולכים אחר בעילות וקובעים שזה אביו מכח רוב וצ"ל כפי שאמרנו דרוב בעילות כבר נקבע בעת הלידה שזה אביו ולא הרוב הוא המחליט עתה אלא כבר נפסק משא"כ בעיר שרובה ישראל אע"פ שאני נוהג בו עכשיו כישראל מ"מ לא לכל דבר ואתי שפיר לפי תו"ס דין בדיקת רקמות דלא אזלינן בתריה.

ויש לחלק בדיקת רקמות בין בעל ואשה נשואים שיש ויכוח ביניהם על אבהות הבן, לבין פנוי ופנויה שבאו לדון על אבהות דבזוג נשואין הרי קימ"ל רוב בעילות אחרי הבעל וכבר נקבע שהוא בנו לפני טענותיהם עכשיו בדיקת הרקמות לא צריכים כדי לברר ולקבוע את האבהות אלא כדי לשלול את האבהות ויש כאן רוב נגד רוב, רוב בעילות אחרי הבעל אומר שזה בנו. בדיקת רקמות שהיא מדין רוב אומרת שהוא לא בנו כיוון דלרוב האנשים יש דמיון בין רקמות הבן לרקמות האב וולד זה שאין לו דמיון הרוב אומר שזה לא בנו ורוב בעילות אחר הבעל קובע שזה בנו והבא נדון לכל רוב בפני עצמו. לכאורה רוב בעילות אחרי הבעל הוא רוב התלוי בהתנהגות האדם ומצאנו לרמב"ן וראשונים בסוגיא דשור לרדיא דרוב התלוי ברצון האדם לא חשיב רוב גמור לעומת זה כתבו התו"ס דרוב דאיתא קמן בדיינים המיעוט כמאן דליתא והכא נמי רוב ברקמות הוי רוב בטבע שהוא אלים. ומ"מ חזינן איפא ברוב בעילות אחרי הבעל סוקלין ועונשים דהרי רוב גמור והטעם דכל רוב בטבע לא רואים המיעוט רוב בהמה חיה רוב תינוקות לא יסריס ולא איילונת ורוב בני אדם אינם טרפה ולכן הורגים לרוצח הרוב לא משור מיעוט משא"כ ברוב בדיקת רקמות הרוב הזה יש מיעוט דהרופאים עצמם קבעו שזו לא בדיקה במאת האחוזים וכ"כ הרה"ג ר' שליזנגר בפד"ר ה' לא הוי קביעה ודאית ולכן העלה דהוי ספק ורמז דגם לעניין כשרות הולד הוי ספק שבי"ד לא נוקט עמדה כלפי הולד כיוון שהבדיקה לא התבררה והוי דבר חדש,ע"ש.

י"ג. **והנה** במה שמובא בספר חסידים שהוציאו ממון על סמך בדיקה וכן קביעת אבהות וזה צריך להיות מקור לקביעת בדיקת רקמות דהוי בירור גמור. ובחידושי הרשב"ם בב"ת נ"ח. בעובדא דרבי בנאה שאמר להם לכו הכו על קבר אביכם למה לא עשה בדיקה כמו המובא בספר החסידים ותירץ הרשב"ם דעל ידי נסיון דספר החסידים יתגלה שהם ממזרים ורבי בנאה לא רצה להודיע פסולם על ידו ויש לתמוה בעובדא דבב"ת. הרי הבעל לפני ששמע שיחת אשתו לבת שתהיה צנועה כמוה שיש לבעלה עשרה ילדים ובפועל רק אחד בנו והאב הוריש רק לאחד והיה צריך רבי בנאה לקבוע את הבן ע"י מעשה שיחבטו בקבר אביהם והוא תימה הרי האב החזיק את בניו בשווה מחמת רוב בעילות אחרי הבעל ואיך תראה בדיקה זו ותפקיע מוסכמות ומונחים שקבעו חז"ל דרוב בעילות אחרי הבעל ושמא בעובדא דספר החסידים דהבן ידוע שהוא בנו והעבד מוחזק בנכסים שפיר אפשר להוציא ממנו ממון ע"י אומדנא דהבן ברי והעבד ספק סגי לקבוע ע"י בדיקה.

וא"כ יש לנו ספק אם האב החזיק שזה בנו ובדיקת רקמות קבעה שהוא לא בנו לכאורה לפי מה שנפסק בשו"ע בסי' ד' סעיף י"ד. באשתהה במעי אמו בבעל שהיה במה"י אע"פ שרוב נשים יולדות לט' חודשים מ"מ רוב בעילות עדיף מרוב וכתב הח"מ דמ"מ אם יש ריעותא כגון בזינתה לא אמרינן אישתהה הרי כל זמן שיש ריעותא נגד רוב בעילות לא אזלינן בתר רוב בעילות ולכן בבדיקת רקמות האומרת שהולד לא מהאב יש מקור להריע את הרוב בעילות אחר הבעל ולכל הפחות הדבר בספק. ומ"מ כשהאב אומר שזה לא בנו ובדיקת הרקמות אומרת שהוא בנו לדעת הפוסקים דאב נאמן מדין יכיר הכא נמי נאמן וגם לפי הרמב"ן דאפילו נגד עדים האב נאמן אבל לפי שיטת הפוסקים בה"ג ותו"ס רי"ד דהתורה האמינתו על בנו שהוא ממזר ולא על שאינו בנו יכול להיות שהדבר יהיה בספק.

י"ד. **ויש** לדון באופן דהאשה תבעה את הבועל להכרת אבהות וחיוב מזונות בבהמ"ש וגם נקבע הכרת אבהות והוכח שהוא אביו האם יכולים לחייב מזונות על סמך הבדיקה והן אמת שהוכחנו לעיל דבדיקה זו לא מהווה בירור סופי במאה אחוז שהוא אביו מ"מ כיוון שהלך לבדיקה הרי כאילו קיבל עליו את התוצאות ומתחייב לפי מה שיוחלט וקימ"ל שבממון גם אם אדם פטור יכול לחייב עצמו וכן איתא בסנהדרין כ"ד. נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך ע"י רועי בקר הרי אע"פ שמצד הדין לא חייב יכול לחייב עצמו והכא נמי עצם הסכמתו לבדיקה הרי כאילו קיבל עליו מפורש כל התוצאות

וההשלכות שישנם מכח בדיקה זו וכן נפסק בשו"ע חו"מ ס' כ"ב. לכן יש לחייבו במזונות אע"פ שלא קיבל קניין להתחייב על התוצאות, עצם העובדה שהסכים לכך מחייבת אותו ומ"מ לעניין להפקיע אבהות או לקבוע אבהות כיוון שהבדיקה לא ברורה הוי ספק.

סימן מט

קידשה אביה בדרך

א. **בגמרא** קידושין עט. איתמר קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ולא חוששין לקדושי האב ושמואל אמר השתא הוא דבגרא. אימת אילמא בתוך ששה בהא אמר רב הרי היא בוגרת לפנינו השתא הוא דבגרה, אלא לאחר ששה בהא נימא שמואל חיישינן לקדושי שניהם והא אמר שמואל אין בין בגרות לנערות אלא ששה חודשים בלבד לא צריכא דקדיש ביום דמשלם ששה רב אמר הרי בוגרת לפנינו ומדהשתא בוגרת גם בצפרא בוגרת ושמואל אמר השתא הוא דאייתי סימנים. ולהלכה פסקה הגמ' כרב ואע"פ דבלא"ה קימ"ל הלכה כרב באיסורי הגמ' הוצרכה לקבוע הלכה כרב כיון דאמימר אמר הלכה כשמואל לכן כדי לאפוקי מדבריו של אמימר הגמ' קבעה בפירוש הלכה כרב וכמ"ש התוס' בשמעתין.

ונחלקו הפוסקים מה אומרת הבת האם מדובר באופן שהבת מכחישה את אביה ואומרת אני הבאתי סימנים בבקר ובזה הלכה כרב אבל בשותקת גם רב יודה לשמואל שצריכה גט משניהם. או איירי בשותקת ולכן אנו סומכים על החזקה ופוסקים כרב אבל במכחישתו גם שמואל יודה לרב דהרא"ש כתב דאפי' שהיא שותקת ולא מכחישתו הלכה כרב וכ"כ הריטב"א והמאירי אבל הרמ"ה כתב דמחלוקת רב ושמואל דוקא במכחשתו אבל אם לא מכחישה גם לרב בעינן גט משניהם.

וכתב המקנה הא דנקט קידשה אביה בשדה וקידשה עצמה בעיר אין לומר דבעינן דוקא בכה"ג דקדמו קדושי אביה, אבל בקידשה עצמה ואח"כ קידשה אביה ניחוש לקדושי שניהם כיון דבשעה שקידשה עצמה היתה בחזקת פנויה הסותרת מעשיה - אלא בכל אופן אמרינן קדושי עצמה חלו ולא קדושי אביה, והתוס' הקשו למה לא נעמיד בקידשה אביה גרידא אי מקודשת ותירצו בהא גם שמואל מודה דאינה מקודשת כיון דיש חזקת פנויה והרי בוגרת לפניך. אבל השתא דגם היא קידשה עצמה, ליכא חזקת פנויה ודייק מזה הב"ש דאם לא קידשה אביה אלא היא עצמה גם לרב היא ספק וצריכה גט מספק דחזקת פנויה שלה מרע הרי בוגרת לפניך ונמצא דלפי הב"ש כל דינו של רב בקידשה אביה וקידשה עצמה וטעמא כיון דאין כאן חזקת פנויה דממ"נ היא א"א וחידד הסברא בביאור מנחם דדמי לסברת הש"ך בחו"מ סי' צ"א ס"ק ב' בחנוני על פנקסו כיון דבעל הבית חייב לשלם או לפועלים או לחנוני אין כאן חזקת ממון הכא נמי ליכא חזקת פנויה - ובפנ"י כתב דאפי' קידשה עצמה בלי שקידשה אביה היא מקודשת ודאי דליתא לחזקת פנויה דחזקת הגוף אלימא וזה דלא כהב"ש.

ב. **ובשקידשה** אביה לבד כתבו התוס' למה לא נוק' בחזקת פנויה באופן דקידשה אביה וקידשה עצמה ותירצו דממ"נ אולא לה חזקת פנויה דבין כך היא אשת איש אבל אם קידשה אביה לבד לא מקודשת כיון דאמרינן העמד אשה אחזקת פנויה והרי היא בוגרת לפניך. וכתב הב"ח בהא דנקטה הגמ' קדשה אביה לומר דאפי' דאין כאן חזקת פנויה לא חוששין לקדושין, אבל קידשה עצמה לבד ודאי דלא חוששין לקדושין דיש לה חזקת פנויה, והרי היא בוגרת לפנינו, אמנם בבאר היטב ס"ק ג' כתב לישב קושית התוס' למה לא נקט קידשה אביה לבד דיש לומר על פי מה שנפסק בס' לו סעיף י"א דאם האב קדש בתו בוגרת חיישינן שמא נתרצת בקדושיו, ולכן נקט שגם היא קידשה עצמה דבזה לא שייך ריצוי ורצון בקדושי אביה, אבל היא דאביה קדשה לבד בעי גט מספק.

והרב עצמות יוסף תירץ בקידשה עצמה לבד מודה שמואל דמקודשת דאיתא תרי חזקות פנוי' וחזקה דהשתא הרי בוגרות לפניך דגבי מקוה אמרינן דנשאר בחזקת טמא דאיכא תרתי לריעותא חזקת טמא והרי חסר ומדהשתא חסר גם קודם חסר. אבל כל שאין תרתי

לריעותא אמרינן השתא הוא דחסר, וא"כ הכא נמי כיון דיש חזקת פנויה אמרינן השתא הוא דבגרה, ולא חלו קדושיה כלל, דאמרינן השתא הוא דבגרה ומעיקרא נערה היתה ולא תפסי בה קדושין. גם הב"ש כתב לישב הקושיא למה לא העמידה הגמ' בקידשה עצמה לבד ותירץ דבזה הוי ספק קדושין כיון דיש חזקת פנויה יש חזקה מדהשתא בוגרת גם מעיקרא בוגרת ולכן הוי ספק. וכ"כ בים של שלמה פ"ד דקדושין דין י"ז. וכ"כ בשבילי דוד ס"ק ב' דבאופן דהיא קידשה עצמה לבד, הוי ספק קדושין דחזקת פנויה הורעה כמו שכתב הב"ש בס"ק ג' ולכן צריכה גט מספק, וכ' בבאר היטב דאף רב יסבור דהוי ספק.

ג. **ונראה** דזה תלוי בדברי התוס' דכתבו בקידשה אביה גרידא לא מקודשת, משום חזקת פנויה והרי היא בוגרת לפנינו, האם שני הדברים משלימים לביטול קדושי אביה, חזקת פנויה והרי היא בוגרת או דהתוס' מפרשים גופא דעובדא דהוי בוגרת וחזקת פנוי' אבל העיקר הוא הרי היא בוגרת לפנינו, דאם בעינן שניהם חזקת פנויה והרי היא בוגרת נמצא בקידשה עצמה אין חזקת פנויה דחזקת פנויה מתנגדת להרי היא בוגרת לפנינו והוי ספק, אבל אם עיקר הטעם משום הרי היא בוגרת גם בקידשה עצמה לבד מקודשת ודאי דלא כב"ש. ובקרית מלך רב פ"ג אישות הל' ד' כתב בפשיטות דהיא מקודשת ודאי ע"פ דברי התוס' באופן דקידשה עצמה לבד, ולפי הטור דכתב בס' ל"א בשם הרמ"ה דאם קידשה באבנא דכוחלא ולא היה ידוע אי היתה שוה פרוטה בעת הקדושין ועכשיו היא שוה פרוטה אמרינן מדהשתא שוה פרוטה גם בזמן הקדושין שוה פרוטה, והראיה מרב מדהשתא בוגרת גם מקודם הוי בוגרת, וקשה הרי בקידשה עצמה בתוך שש ועכשיו בוגרת הקשתה הגמ' בהא אמר רב מקודשת ופירש רש"י הרי יש חזקה דבתוך ששה חדשים היא נערה, והיכא דאית לה חזקת נערות שסותרת לא אזלינן בתר חזקה דהשתא ולמה באבנא דכוחלא אזלינן בתר השתא, וע"כ דיש הבדל דבתוך שש אין חזקה בוגרת לכן לא אזלינן בתר השתא אבל באבנא דכוחלא דהספק על שעת הקדושין אמרינן מדהשתא שוה גם מקודם שוה פרוטה, ולכן אם קידשה עצמה ובדקנו מיד ונמצאת בוגרת אזלינן בתר השתא ומקודשת ודאי.

ויש לדון בדברי הב"ש דטעמא דקידשה עצמה הוי ספק משום דחזקה דהשתא סותרת חזקת פנויה, ומצאנו לראשונים דס"ל דחזקת פנויה לא הוי חזקה. הן אמת שבתוס' כתבו דבאופן דנתקדשה ע"י אביה ועצמה אזלא לה לחזקת פנויה, מ"מ מצאנו שהתוספות עצמם פסקו בכתובות עה: ד"ה אבל דחזקת פנויה לא הוי חזקה נגד חזקת הגוף ולכן קדושי הבת קדושין ודאי וכ"כ הפנ"י בקדושין לדחות דברי הב"ש, ונראה דזה תלוי בלשונות שיש לפנינו דהמשנה אמרה קידשה אביה בשדה וקידשה עצמה בעיר, ומשמע דאיירי באותם שעות, ולכן פסקו התוס' דאין חזקת פנויה דממ"נ היא א"א, אבל הטור ושו"ע נקטו קידשה אביה בבקר וקידשה עצמה בערב, נמצא כשקידשה אביה בבקר יש חזקת פנויה ויש חזקה דסימנין דבאין בבקר וממילא בטלו קדושי אביה ונשאר חזקת פנויה וכשמקדשת עצמה בערב הרי יש לה חזקת פנויה אפ"ה מקודשת דחזקה דהשתא מבטל חזקת פנויה דלא הוי חזקה, וכ"כ בארץ צבי ס"ק ד'.

ד. **ויש** לדון אם חזקת פנויה הוי חזקה, ומצאנו בזה מחלוקת הראשונים וכמו שהביא מרן בב"י אהע"ז סי' מג. בקטנה שהגיעה לכלל שנותיה וקידשה עצמה ואח"כ נבדקה ומצאו שהביאה סימני נערות, דדעת התוס' בב"ב קנו, והרא"ש בתשובות הובא בב"י בחו"מ סי' ל"ה ופסקו מרן בחו"מ סי' ל"ה לגבי קטן שהעיד ולא נבדק ונבדק אח"כ הוי גדול למפרע, ולכן הכא נמי כל שנמצא סימנין גדולה היא ולא חיישינן לקידושי שני. אבל הרשב"א חולק וס"ל דצריכה גט משניהם, הרי דחוששין לחזקת פנויה, ולכן צריך להעמיד דקידשה אביה בשדה וקדשה עצמה בעיר דהיינו באותה שעה דאזלא לה חזקת פנויה כפי שכתבו התוס', אבל התוס' כתובות והרא"ש ושו"ע ס"ל דחזקת פנויה לא פועלת כלום נגד מדהשתא בוגרת גם מקודם בוגרת, ולכן אפי' קידשה אביה בבקר וקידשה עצמה בערב אמרינן מדהשתא בוגרת גם מקודם בוגרת, ומר"ן פסק כדעת הרא"ש בחו"מ שאם נבדק ונמצא שהביא שתי שערות גדול למפרע, וכך נמי דעת הרמב"ם דחזקת פנויה לא הוי חזקה. וכ"כ בתפארת מנחם פ"ג דאישות הל' ד' דלהרמב"ם כיון דסימנים באים ביומא דמישלם שית מהבקר הוי בוגרת ודאית והיא מקודשת ודאי.

ויש להסתפק בנמצאת בוגרת ביום שלאחריו ולא ביום הקדושין ובקרית מלך רב פ"ג דאישות הסתפק בזה אם נבדקה למחרת אם שייך חזקה על פעולה שנעשית אתמול ונשאר בספק ולענ"ד לפי הרמב"ם דכתב דסימנין באים ביום דמשלם שש מדין ודאי, וכן לפי מה שפסק השו"ע בחו"מ סי' ל"ה כדעת הרא"ש דהוי גדול למפרע

הכא נמי נימא מאתמול הביאה ומ״מ כיון דמצאנו בקטן שנבדק אחר העדות שדעת הרמב״ן והרשב״א דלא אמרינן נעשה גדול למפרע ה״ה הכא ולכן יש להחמיר בא״א להצריך גט, ודו״ק.

ה. **ויש** להסתפק בהא דאמרינן דנתקדשה ביום דמישלם זימנה היכי איירי האם מדובר שידוע שהיא בת י״ב שנה וספרנו עוד ששה חדשים או צריך בדיקה ביום י״ב שהביאה סימנים ומשם והלאה סופרים ששה חודשים, או כל שנבדקה ונמצאו סימנים אמרינן בוגרת למפרע. ולכאו׳ זה תלוי בחזקה דרבא דאמרינן אורח בא בזמנו, ומ״מ יש להסתפק אי סמכינן עליה, ובחליצה קימ״ל בנדה דף מו. דלא סומכין על חזקה דרבא והטעם כיון דנגד חזקה דרבא יש חזקת יבמה לשוק, והכא נמי יש חזקת פנויה, או חזקת איסור א״א, ולכן יש להסתפק באופן דלא נבדקה וקדשה אביה לאחר יב׳ שנה אי אמרינן מדהשתא בוגרת גם לפני כן בוגרת, ומצאתי בקרית מלך רב פ״ג דאישות הלכה יד׳ דנסתפק בזה באופן שלא ידוע אם היו סימני נערות ונתקדשה לאחר יב׳ שנה וששה חדשים ואח״כ נמצאת בוגרת אם גם בכה״ג אמרינן מדהשתא בוגרת גם לפני כן בוגרת וקדושי אביה לא חלו או נימא דכל חידושו של רב מדהשתא בוגרת גם מקודם בוגרת דוקא בידוע לנו שבגיל יב׳ הביאה ב׳ שערות על ידי בדיקה ומשם מנו לה ששה חדשים דבזה שייך לומר דהיא בוגרת ביום דמשלם זימנה, וכתב דהריטב״א הסתפק בזה בסוגיין וז״ל ומשמע מדלא אוקימנא בדלא ידעינן בהאי אתיא סימני נערות דמעיקרא דנמנו לה אלא שמצאנוה בסימני בגרות עכשיו בהא לכו״ע חוששין לקדושי שניהן, ואפשר נמי דתלינן בה וחדא מנייהו נקט עכת״ד. ואחר שדן בזה דאפשר דהריטב״א לא מיירי בגוונא הנ״ל דידעינן דעברו עליה יב׳ שנה וששה חדשים אלא לא ידעינן אי בתוך ו׳ או לאחר ו׳ ואחר קידושי אביה בדקוה הביא מה שכתב הב״י בשם התשב״ץ במי שקידש בתו בת יד׳ שנים ומעלה וכששמעה מיחתה דאם יש נשים שהעידו שהיא בת יב׳ וששה חדשים ובאו סימנין בגיל יב׳ אין כאן מקום לקדושין האב, ובלאו הכי חוששין לקדושי האב. ואע״ג דהשתא בוגרת אמרינן השתא היא דבגרה, כדאיתא בפרק עשרה יוחסין ונראה דלמד כן ממה דלא מוקי פלוגתא דרב ושמואל בכה״ג שלא נבדקה אלא משמע דכל שלא נבדקה לכו״ע אמרינן השתא הוא דבגרה.

ואף שמדברי התוס׳ בפ׳ מי שמת קנו. ד״ה בודקין והרא״ש בתשובה בענין נער שהעיד ונבדק אח״כ דנעשה גדול למפרע וכן פסק מר״ן בחו״מ סי׳ ל״ה, ודלא כסברת התשב״ץ ובב״י לקמן ס׳ מ״ג הביא דהרש״א ורמב״ן ותשב״ץ חולקים על הרא״ש בתשובה ואחר שדחה מה שכתב מהרי״ט לחלק בדעת הרא״ש בין נער לנערה דשם תלוי בסימנים אבל בנערה תלוי בסימני נערות ובגרות ע״ש. ובדברי ריבות סי׳ קפה בנידון אב שקיבל קדושין בעד בתו גדולה ולפי דברי העדים היא בת יז׳ שנה והביא דברי הגמ׳ בקידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר ביומא דמשלם זימנא דקימ״ל כרב דהרי בוגרת לפניך והעלה דכל שיש עכשיו סימנים אמרינן היא בוגרת ואין מקום לקדושי אביה, ובנדון זה אף שמואל מודה דהיא בוגרת משעת קבלת קדושין וכן לפי התוס׳ דפסקו דאם קידשה אביה לבד מוקמינן בחזקת פנויה. ועוד דעד כאן לא פליג שמואל אלא קידשה ביום דמשלם זמניה ושמואל ס״ל שאין דרך לבא בבקר מוקדם אבל קידשה לאחר כן גם שמואל מודה דהרי היא בוגרת לפניך, דקימ״ל כרבא בנדה מו. דאמר אורח בזמנו בא, ואע״ג דאמר שם דאינה חולצת הנ״מ בלא בדיקה, אבל עם בדיקה הוי גדולה וחולצת, וכ׳ הראנ״ח סימן ח׳ באב שקידש ביתו שלפי העדים היא בת יח׳ ויש לה סימנים והעלה דהיא יכולה למחות ואין מקום לקדושי אביה ומהרשד״ם סי׳ יט דן בזה וכתב להתיר מס״ס ספק כהרא״ש דסימנים באים בזמן וכל שנבדקה הוי גדולה למפרע ואת״ל כהרשב״א הרשב״א עצמו מסתפק ושמא כהצד השני שהביאה סימנים ע״ש. אמנם בתורת חסד (פתיא) ס׳ סו׳ תמה על הדברי ריבות ומהרשד״ם דמקילין בס״ס חדא דס״ס זה לא מתהפך וכבר כתבו האחרונים והסכימו להחמיר. וכן על דברי ריבות שפסק כהרא״ש כיון דלא מצא חולק עליהם והעלה דמחוור הוא לחוש לספק קידושין. דהרי הרשב״א ותשב״ץ פליגי על הרא״ש וכן נמי דעת מהר״י בי רב וגם הר״י סתר הדברים, וא״כ מי הוא זה אשר מלאו לבו לעושת הפך סברתם.

ובשו״ת משפט צדק סי׳ עד דן בזה והביא דברי הרא״ש בתשו׳ ותוס׳ דכל שהגיע לכלל שנותיו נעשה גדול למפרע, ולכן כבר יצאה מרשות אביה וכ״כ ר׳ יוסף טוב עלם הביאו מהר״ם אלאשקר ס׳ ס׳ דמכי שלמו יב׳ שנים וששה חדשים כבר יצאה מרשות אביה, וסיים מ״מ מצאנו מי שחולק עליהם והם מהר״י בי רב מהר׳ דוראן והרשב״א דלא נעשה גדול למפרע לכן העלה להחמיר וסיים מי יקל ראשו בערוה חמורה. וכ״כ בבית יהודה עייאש סי׳ ל׳ בנידון אב קידש בתו בת יד׳

שנה והיא גם קדשה עצמה לאחר ודן אם אמרינן גדולה למפרע והעלה שכל שאין עדים שראו שהביאה סימנים בת יב׳ ועברו עליה ששה חדשים חיישינן לקדושי שניהם.

והן אמת שמרן פסק כתשובת הרא״ש בחו״מ סי׳ ל״ה מ״מ הרב פ״ת סי׳ ל״ה ס״ק ב׳ כתב דהרא״ש עצמו חזר בו בקדושין בפסקיו פ״ג ס׳ ט׳ וכ״כ בס׳ אגודת אזוב שהב״י בחו״מ סי׳ ק״י כתב בשם הר״י בן הראש לפסוק כפסקים שהיו באחרונה וכשהרצה הדברים לפני הר״ח מוואלזין כתב שגם הוא עמד על זה והעלה שלא לעשות מעשה כדעת השו״ע וגם בגט מקושר הביא שכבר ביאר בתשובה דליתא לפסק של שו״ע ובגליון השו״ע לגאון רע״א ציין למה שכתב הב״י באה״ע סי׳ מ״ג בשם מורו והרשב״א, והוסיף לציין על תשובת מהרח״ש בתורת חיים ס׳ כג, דאין הדבר יוצא מידי ספיקא דדינא ואף דהנוב״י ושער המשפט מישבים דברי השו״ע שם מידי ספק לא יצא.

ו. **ובמהרי״ט** בתשובה ח״ב סי׳ מ״ב כתב לחלק בין נער לנערה דבנער שנבדק נעשה גדול למפרע דתלוי רק בסימנין, אבל בנערה לאחר שהביאה ב׳ שערות בגיל יב׳ עוד היא ברשות אביה, ולאחר ששה חדשים שהיא בוגרת יצאה מרשותו ולכן כל שלא נבדקה בגיל יב׳ אע״פ שנמצאו בה עכשיו סימנים אין ראיה לשעת הקדושין ולומר כשם שעכשיו יש סימנים אף מקודם היו כיון דביום דמשלם ששה חדשים לא ידוע אם היו לכן זה דומה כמו חזקה שלא נתבררה שעתה דלא אזלינן אחריה, כדמוכח בחולין יא. ולכן גם הרא״ש יודה דיש הבדל בין שנעשה גדול למפרע לנערה, דחזקה דלא נתבררה שעתה פסקו התוספות דלא הוי חזקה ומשם למדו לגבינות שנעשו מפרות טרפות והשתא נמי בההיא שעתא שהיא בת יב׳ שנים ויום אחד אין לנו חזקה לומר שהיא גדולה שהביאה סימנין אלא סימנים שראינו עכשיו וצריך לומר כשם שישוב עכשיו היו מקודם והיא גדולה למפרע בשעה שהיא בת יב׳ ובאותה שעה לא היה ברור אם הביאה סימנים לכן לא אזלינן בתרה, וכתב שבב״י בס׳ מג׳ כתב דלא כהרא״ש לגבי נערה שנתקדשה ע״י אביה, וכתב לחלק דבנערה גם הרא״ש יודה ע״ש. וזה ליתא דיש הבדל גדול ביניהם דכשבהמה נמצאת טרפה חזקה דהשתא היא נגד חזקת כשרות, שלא נתבררה ומשום הכי לא אזלינן בתרה אבל בנערה מדהשתא בוגרת מסייעת לחזקה דרבא דסימנים באים בזמנם וכ״כ בקרית מלך רב פ״ג דאישות, וכ״כ התוס׳ עצמם דאף דבחולין יא. קימ״ל חזקה דלא נתבררה שעתה לא אזלינן בתרה מ״מ חזקה דרבא שאני ומוכח דביום יב׳ אמרינן חזקה זו שהיא בת יב׳ שנה ומיד אחרי ששה חדשים בוגרת, ע״ש. ולפ״ז אין מקום לחילוק המהרי״ט אם לא שנאמר דהרא״ש חזר בו כמו שכתב הפ״ת בחו״מ סי׳ ל״ה ס״ג ב׳.

פסק הרמב״ם פ״ג דאישות הלכה י״ד, היתה הבת ספק בוגרת בין שקידשה אביה שלא לדעתה בין שקידשה עצמה שלא לדעת אביה הוי ספק מקודשת, לפיכך צריכה גט מספק ע״כ. וכתב ה״ה זה פשוט ונלמד מהסוגיא בפרק עשרה יוחסין דף עט: דנחלקו רב ושמואל דרב אמר הרי בוגרת לפנינו, ופריך אימת קידשה אי בתוך שש בהא יאמר רב הרי היא בוגרת לפנינו, דילמא השתא הוא דבגרה הרי כל שקידשה בתוך שש חיישינן לקדושי שניהם. ובשער המלך שם כתב כן בדברי רש״י והוכיח ממה שהגמ׳ הקשתה רק לרב ולא פריך נמי לשמואל דאמר חיישינן דאמאי חיישינן נימא השתא הוא דבגרה וכתב דמדברי תוס׳ רי״ד שכתב וז״ל ואלו היה מעשה בתוך ו׳ חדשים שאין זמנה עשוי להשתנות הוי דמי לבתולה שלא ראתה דם מימיה כשהיא רואה דם אמרינן דיה שעתה ולא מספקינן למפרע בשום טומאה ע״כ. הרי מבואר דס״ל דבתוך ו׳ אמרינן השתא הוא דבגרה ודאי וקדושי דידה לאו כלום, וכתב דכן משמע בתוס׳ ד״ה ושמואל והביא ראיה דאמרינן לקמן לימא כהני תנאי דתניא קדשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר תני חדא הרי היא בוגרת לפנינו ותני אידך חיישינן. מאי לאו חד כרב וחד כשמואל לא אידי ואידי כשמואל ומשמע דהא דרב כתנאי אתיא מדלא קתני אידי ואידי כרב. וקשה אמאי לא קאמר אידי ואידי כרב ובריית דאמרינן הרי היא בוגרת לפנינו ביום דמישלם זימניה. ובריית דחיישינן לקדושי שניהם בתוך ו׳ ולפי תוס׳ רי״ד נימא דע״כ קתני חיישינן לא מיירי במקדש בתוך ו׳ דהיכי קתני תוך ו׳ חיישינן הרי תוך ו׳ קדושי דידה לאו קדושין וכי משני אידי ואידי כשמואל כאן במכחשתו כאן בלא מכחשתו הכי נמי דהוה מצי למימר אידי ואידי בשאינה מכחישתו וכאן ביומא דמשלם שית כאן בלאחר שית. אלא דחדא מנייהו נקט, וכתב דדעת הטור כדעת רש״י שכתב בס׳ ל״ז קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר והיא בתוך ששה חדשים ונמצאו לה סימנים הוי ספק וצריכה גט משניהם ושלא כדמשמע מתוס׳ ותוס׳ רי״ד.

ונראה דאע״ג דבעלמא אזלינן בתר חזקה וחזקה

דאורייתא כדאיתא בחולין י' היינו בדלא איתרע חזקה אבל היכא דאיתרע לא אזלינן בתרה, ולכן אע"ג דאיכא חזקת נערות מ"מ כיון דיש חזקת בוגרת לא אזלינן בתר חזקה והוי ספק מקודשת עכת"ד. ודין זה מבואר בטושו"ע סי' ל"ז סעיף ו' דכל שנתקדשה בתוך ו' הוי קדושי ספק וצריכה גט משניהם ותימה על השער המלך שלא הביא דברי הטור ושו"ע אלו, והביא רק התוס' בריש נדה, דכתבו בד"ה ואיכא ואי לאו האי טעמא הוה מוקמינן לה אחזקת טהרה אע"ג דהשתא ודאי טמא כמו בנגע באחד דמטהרי רבנן בראוהו חי מבערב אע"ג דהשתא הוא מת, וכ"כ שם בד"ה התם דרובו, אך קשה דאמרינן בחולין מנין דאזלינן בתר חזקה ויליף מבית המנוגע וקשה התם ליכא ריעותא ואכתי היכא דאיכא ריעותא, מנ"ל הנה מבואר דאזלינן בתר חזקה גם אם יש ריעותא, והביא את דברי הר"ן פ"ק דחולין י"א. גבי גבינות שכתב הילכך אם מצאנו עכשיו טריפה אמרינן השתא הוא דנטרפה והנ"מ בטרפות דאיכא למימר דנעשו סמוך לשחיטה ממש אבל טריפות של סירכא דאמרינן מקודם לשחיטה היתה סירכא בזה לא מוקמינן אחזקה, ואוסרין אותה למפרע, וכעין שאמרו בכתמים עכת"ד השער המלך. וזה דלא כדעת רש"י והטור דכשיש ריעותא לא אזלינן בתר חזקה.

ז. **ובחזקה** שיש בה רעותא נחלקו רש"י והתוס', דעת התוס' דגם כשיש ריעותא מוקמינן אחזקה.

ורש"י פליג. וכתב השער המלך לתמוה על הטור דסותר עצמו דביור"ד סימן פא פסק לגבי גבינות כר"ן דאמרינן השתא הורע ואע"פ שיש ריעותא לפנינו מוקמינן אחזקה דמעיקרא. ואילו באהע"ז סי' ל"ז פסק דכל דאיתרע חזקה לא אזלינן בתרה, וכן יש סתירה בדברי הר"ן דהר"ן בחולין מוקי אחזקה אפי' באיכא ריעותא ואילו בפ' מי שאחזו עו. כשאין ידוע אם הגט קדם למיתה או אח"כ כתב איפכא, וכתב לישב דגבי גבינות הוי חזקה אלימתא כיון דאתיא מחמת רובא דרוב בהמות כשרות הן, ולפיכך אפי' איתרע חזקה מוקמינן אחזקה קמייתא, והוכיח בזה דברי הגמ' בהמדיר כתובות עה. לגבי מומין דהאב צריך להביא ראיה מוקי לה דלא כר"ג דאילו לר"ג הא אמר היא נאמנת דחזקה דגופא עדיפא אע"ג דיש עכשיו מומין המריעים החזקה מ"מ כיון דרובא דעלמא אין להם מומין הוי חזקה אלימתא ודו"ק. עכת"ד השער המלך.

והרב מחנה אפרים שם סעיף ג' האריך בדעת הב"י בפי' הטור ודייק מדאמרינן דבקידשה בתוך ו' בהא אמר רב הרי בוגרת לפנינו השתא הוא דבגרא, משמע לשמואל ניחא דהוי ספק ודחה דגם לשמואל קשה אלא דפריך לרב דאמרינן מצפרא היא בוגרת דאין חזקת נערות אבל בתוך ו' שיש חזקת נערות מעמידים בחזקת נערות ע"ש. ועי' בתורת יקותיאל מה שהאריך בדברי הטור וב"י. ע"ש. ובמלבושי יו"ט שם סעיף יב' הקשה על השער המלך דכתב לישב את הטור דבגבינות דהחזקה אתיא מכח רובא הילכך היא אלימא ואמרינן השתא איתרע. והקשה דאיך אפשר לומר דחזקה דאתיא מכח רובא אלימא מחזקה ברורה דהא התוס' חולין דף יא. ד"ה אמאי ובנדה נב. ד"ה דאיכא ס"ל לאסור הגבינות אם נשחטה הבהמה ונמצאת טרפה משום דכל חזקה שלא נתבררה שעתה לאו חזקה היא ולא אזלינן בתרה ואי משום חזקה דאתיא מחמת רובא דכל היכא דלא איתרע הוי חזקה ואמרינן נשחטה הותרה מ"מ כשיש ריעותא לפנינו כשנמצאת טרפה לא אזלינן בתר חזקה לומר עכשיו נטרפה. ומשמע להדיא מדבריהם דאם הבהמה חיתה יב' חודש היינו מתירין הגבינות אע"ג דיש ריעותא לפנינו. הרי דחזקה הברורה עדיפא מחזקה דאתיא מכח רובא, וכן משמע מהרא"ש שם וכו' ואע"ג דהוא פוסק להלכה כדעת רבינו יונה דחזקה דלא נתבררה שעתה הוי חזקה, מ"מ חזקה ברורה עדיפה מינה אע"ג דאיתרע ולפי השער המלך בישוב הטור יצא דחזקה דאתיא מחמת רובא אלימא מחזקה ברורה. וזה היפך סברת הרא"ש אביו.

ח. **וכתב** לישב סברת הטור דבוגרת לפעמים עשויה לבגור תוך ששה חדשים ואין לה זמן קבוע

והוי חזקה העשויה להשתנות לפי מהרי"ט דלא הוי חזקה ולכן אין מעמידין אותה על חזקתה דהוי בוגרת לפנינו אבל אין לומר דבתוך ו' חדשים אין לה חזקת נערות דא"כ אם לא בדקה עד אחר ו' וקדשה עצמה בתוך ו' תהיה ספק מקודשת, ומהטור משמע רק בבדקה תוך ו' ומצא אצלה סימני בגרות דאז חיישינן למפרע מוכח דחזקת נערות הוי חזקה אך כיון דעשויה להשתנות בלי שום מעשה והיכא דאיתרע לפנינו לא מוקמינן אחזקה. לפ"ז יצא כדעת החלקת מחוקק כשקדשה עצמה לבד הוי ספק דלא כהב"ש שם ס"ק ה' דאם קדשה עצמה בלי אביה לכו"ע לא חוששין דיש חזקת נערה וחזקת פנויה. וכתב דחזקת פנויה ליתא כיון דקדשה עצמה הרי איתרע חזקת פנויה אבל אם ראינו רק אחר ו' בזה אמרינן דעכשיו בגרה ולא חיישינן לקדושין דמוקמינן אחזקתה. עכת"ד. וע' פנ"י בסוגיא והמקנה בקונטרס אחרון סימן

ל"ז סעיף ו' וישועות יעקב ס' ג' ומעין גנים שהאריכו במחלוקת הח"מ והב"ש.

ויש לדקדק בדברי הרמב"ם שכתב היתה ספק בוגרת בין שקידשה אביה שלא לדעתה בין שקידשה עצמה שלא לדעת אביה הרי זה ספק קדושין. והקשה הלחם משנה בספק בוגרת דפסק הרמב"ם ספק קדושין ואם עברו ששה חדשים בין נערות לבגרות, ובשלמא בקידשה אביה ליכא לאוקמי אחזקת נערות כיון דיש חזקה נגדה דהיא פנויה. אבל באופן דקידשה עצמה למה הוי ספק מקודשת נוקמה בחזקת נערה ואינה מקודשת בכלל, וגם חזקת פנויה מסייעת לה, ואם נאמר הא דכתב הרמב"ם ספק נערה ספק בוגרת כגון דהביאה סימן אחד מסימני נערות ועברו ששה חדשים דאם הסימן שהביא הוא סימן נערות אחרי ו' חדשים היא ודאי בוגרת אבל אם לא הוי סימן נערות גם אם עברו ששה חדשים לא הוי בוגרת כיון דלא הביאה שני סימנין כאחד, ובזה מיושב הרמב"ם דכתב ספק מקודשת אבל היכא דהיא ספק בוגרת לא מקודשת כלל דאוקמה אחזקת פנויה וחזקת נערה, עכת"ד. ובמלבושי יו"ט כתב לישב דברי הרמב"ם בספק בוגרת הכוונה שלא ידוע לנו מתי נולדה ומתי כלו זמן נערות ואם עברו ששה חדשים מיום נערות ולכן זה הספק ולא שייך לאוקמא על חזקה. והוסיף דכן כתב הב"ש בס"ק ד' לישב דברי הרמב"ם ע"ש. ובזה מישב הרמב"ם פ"ח מתרומות הלכה א דפסק ספק בן ט' שנים ויום אחד אם הוא כהן לא מאכיל בתרומה ומשמע מדבריו שם שגם אם עתה ספק מ"מ פוסלה, וטעמא דלא שייך לאוקמה אחזקה כיון דודאי נבעלה לספק אורעא חזקתה כיון דנולדה ריעותא וכן גבי קדושין לא שייך לאוקמה בחזקת פנויה כיון דודאי נתקדשה עכת"ד. ומוכח מהרמב"ם דכשיש ספק אם היא בת יב' שנים וששה חדשים לא שייך חזקת נערות כיון דזמן עשוי להשתנות ממילא כמו שכתבו התוס' יבמות סח. ד"ה רישא, ולכן כתב הרמב"ם דהוי ספק מקודשת, גם באופן שקידשה עצמה שיש חזקת פנויה וחזקת נערות דחזקת נערות לא הוי חזקה, וזה כמו שכתב המלבושי יו"ט הנ"ל ועי' בפני יהושע קדושין ובמקנה שם.

ט. **ונמצא** לפי זה יש שלשה דינים שהם הלכות נפרדות. קידשה אביה וקידשה עצמה ביום דמשלם שית בהא קימ"ל כרב דהרי היא בוגרת לפנינו ולא חוששין לקדושי אביה, ואין חזקת פנויה כמו שכתבו התוס', ואם יש נ"מ בין קידשה אביה קודם ואח"כ קידשה עצמה כתב המקנה בקונטרס אחרון שאין לפרש דהא דקימ"ל כרב דוקא בקדמו קדושי אביה לקדושי עצמה בזה אמרינן הוי בוגרת לפניך אבל אם קדמו קדושי הבת לשל אביה דבשעה שקידשה עצמה יש חזקת פנויה אם האב קידשה אח"כ נימא דחיישינן לקדושי שניהם, דאדרבא טפי יש לומר כשקידשה אביה יש חזקת פנויה ולא מקודשת, ולכן כשקידשה עצמה והיא בוגרת יש חזקה דהשתא. אמנם בתוס' הרא"ש כתב דהמחלוקת דוקא כשקידשה אביה קודם ואח"כ קידשה עצמה אבל קידשה עצמה תחילה ואח"כ אביה בהא גם שמואל מודה דלא חוששין לקדושי אביה חדא דהרי היא בוגרת לפניך ועוד חזקת פנויה - דאיכא תרתי לריעותא.

והב"ח כתב להקשות שהגמ' תעמיד מחלוקת רב ושמואל בקידשה אביה לבד, ופסק הב"ח בהא גם שמואל מודה דאינה מקודשת דאמרינן העמד אשה אחזקת פנויה כמו שהיתה קודם שקדש. והרי היא בוגרת לפנינו, אבל עתה דקידשה גם היא את עצמה ליכא חזקת פנויה ובזה נחלקו רב ושמואל וקימ"ל כרב. ובבאר היטב כתב לישב דגם בקידשה אביה לבד ספק מקודשת דשמא נתרצית הבת בקדושי אביה כפי שכתב השו"ע לעיל דחיישינן שמא נתרצית.

י. **ובשהיא** קידשה עצמה ולא אביה כתב בעצמות יוסף לדייק מהתוס' דהקשו אמאי לא נקיט קדשה אביה לבד וכתבו דבהא אינה מקדושת דאיכא חזקת פנויה והרי בוגרת ובזה גם שמואל מודה דאינה מקודשת ומזה דייק דכשקידשה עצמה אין חזקת פנויה ולכן הוי ספק. ובסוף כתב דבקידשה עצמה לבד לא חלו קדושין דידה דאיכא חזקת פנויה ואע"פ שבוגרת לפנינו אמרינן השתא הוא דבגרה. אמנם הב"ש בס"ק ג' כתב דבאופן דקידשה עצמה לבד הוי ספק קדושין דחזקת פנויה מירע חזקה דהשתא שהיא בוגרת, ע"ש. וכ"כ בים של שלמה פ"ד דקדושין הל' ד' וכ"כ ביד דוד דחזקת פנויה שלה מירע חזקת בוגרת לפנינו. וכ"כ הבאר היטב בתחילת דבריו ובסוף העלה מאחר וקימ"ל בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה צריכה גט מספק שמא נתרצה האב הכא נמי בקדשה עצמה על הצד שהיא בוגרת צריכה גט, ועל הצד שהיא נערה נמי צריכה גט דחיישינן שמא נתרצה אביה. ובארץ צבי כתב דבאופן דקדשה עצמה לבד הוי מקודשת ודאי דחזקת פנויה לא הוי חזקה כפי שכתבו התוס' בכתובות עה. וזה נגד דברי הר"ש והדברים עמוקים אם חזקת פנויה הוי חזקה או לא

דהתוס׳ בקדושין עט. פסקו דהוי חזקה ותוס׳ כתובות כתבו דלא הוי חזקה.

ובבית נאמן כתב דלא מוכרח כדעת הב״ש דהוי ספק קדושין דהרי רש״י פירש דביומא דמשלם זימנא אין לה לא חזקת נערות ולא בוגרת ־ ומשמע מדבריו דאולינן בתר חזקה דהשתא כיון דחזקה דמעיקרא אתרעי ולפ״ז יש לחוש לקדושיה כיון דרגילות לבא מצפרא ע״ש. וכן בחוסן ישועות לגאון מקוטנא בריש נדה, דאם קדשה עצמה לבד הוי ודאי מקודשת והוסיף דאם קדשה אביה קודם הנץ החמה חוששין לקדושיו כיון דסימנין באים בתחילת היום. והוכיח מהגמ׳ נדה היתה למודה לראות עם הנץ החמה רבי יהודה אומר כל היום שלה.

י״א. **ובטעמא** דרב דאמר הרי בוגרת לפניך ואף דיש כאן חזקת נערות סובר רב כיון דביום זה עשויה להשתנות לא שייך חזקת הגוף ורש״י סובר דביום זה אין לא חזקת נערות ולא חזקת בגרות אלא מעמידה בחזקה דהשתא. והתוס׳ כתבו כיון דרגילות לבא סימנים בבקר אין כאן חזקת נערות. ובטעם מחלוקת רב ושמואל כתבו האחרונים דרב ס״ל שתמיד חזקה דמעיקרא עדיפא ולא הולכים בתר חזקה דהשתא רק כיון דסימנים רגילים לבא בבקר וכיון שיש רוב בזה אולינן בתר חזקה דהשתא. כמ״ש רע״א בתשו׳ סי׳ ז׳ ובדרוש וחידוש יבמות פ. ושב שמעתתא שמעתתא ג׳ פ׳ ט״ז לדברי רש״י ויש מפרשים שלא אמרו הטעם שרגילות לבא בבקר רק כדי לסלק חזקת נערות אבל כל שאין חזקה ראשונה והוי ספק שקול אזלינן בתר חזקה דהשתא. כמ״ש בשערי יושר שער ב׳ פ׳ ו׳. ובפני יהושע בסוגי׳ פי׳ הטעם שאף לדעת שמואל מעמידה על חזקה דהשתא במקום שאין חזקה דמעיקרא, וכאן שאני דביום דמשלם שש יש מביאות סימנים בבקר ויש בערב לכן באמצע יום יש ספק ולא מעמידים על חזקה דמעיקרא ולא על חזקה דהשתא ולכן הוי ספק, וכן מצאנו גבי המקדש בדבר שלא ידוע אם הוא שוה פרוטה בעת קידושין או לא ואח״כ ראינו ששוה פרוטה דמקודשת ודאי שהולכים בתר השתא כמ״ש בקדושין יב. ההוא דקידש באבנא דכוחלא ונפסק בשו״ע סי׳ ל״א כדעת הרמ״ה דאם שוה פרוטה עכשיו מקודשת, ולא חוששין שמא בשעת קדושין לא היה שוה פרוטה וניתוש לקדושי שני ויש חולקים וס״ל דהוי קדושי ספק ולא מעמידה על חזקה דהשתא לפי שהסימנים עשויים להשתנות עי׳ אבני מלואים ולעיל הארכנו בזה.

י״ב. **ויש** להסתפק במה שנחלקו רב ושמואל דביום דמשלם ו׳ היא מביאה סימנים באיזה סימנים איירי דבמשנה נדה מו. תנן איזו סימנין רבי יוסי הגלילי אומר קמט תחת הדד ר״ע אומר משיטו הדדים ועוד ובברייתא רבי אלעזר בן עזריה אומר משיתקשקשו הדדים. כלומר גדולים ־ רבי יוחנן בין ברוקה משיתפצל ראש החוטם, וכו׳ ונחלקו הראשונים דכל הסימנים הללו בבוגרת וכן דעת רש״י וראב״ד והרשב״א בשם הר״ח ויש סוברים שהסימנים במשנה הם סימני נערות ובברייתא סימני בגרות כמ״ש תוס׳ רא״ש רשב״א ריטב״א. ודעת הרמב״ם בפ״ב דאישות הלכה ז׳ דכל הסימנים בנערות רק אחרי ששה חדשים היא נערה, ולפ״ז המחלוקת ביום שהיא בת יב׳ האם הסימנים באים בבקר וממילא בעוד ששה חדשים בבקר היא בוגרת, או באמצע היום לפי שמואל ועי׳ בבני אהובה פ״ב דאישות הלכה י״ד.

ובדברי רב דאמר דהרי בוגרת לפניך ומעמידה על חזקה דמקודם בגרה כתב בתשו׳ רע״א ס׳ ז׳ היינו דלא בדקנו אותה בבקר ועל זה אמרינן מסתמא הביאה סימנים אבל כל שנבדקה בבקר ולא היו סימנים וקדשה אביה קדושי אביה קדושין גמורים דהרי נבדקה בבקר ולא היו סימנים. אבל בבית אפרים אהע״ז ס׳ מ״ז חולק וסובר דגם בכה״ג לא חוששין לקדושי אביה, ונמצא שלפי רב בכל אופן קדושי עצמה קדושין ולא של אביה, וכתבו הראשונים דלרב אזלינן בתר חזקה דהשתא אפי׳ שותקת והיא טוענת שלא יודעת אם הביאה סימנין גם בזה אמר רב דהרי בוגרת לפניך. והסתפק בחלקת מחוקק ס״ק ד׳ אם קידשה עצמה וגם אביה. ואומרת ברי לי שלא הבאתי סימנים האם יכולה להפקיע עצמה מבעלה או לאו דהרי שויא אנפשה חתיכה דאיסורא ע״ש. וגם במקנה בקונטרס אחרון נשאר בצ״ע. ולפ״ז כל מחלוקת רב ושמואל כשהיא שותקת אבל כשאומרת ברי לי שהבאתי סימנין בבקר גם שמואל מודה דאזלינן בתר חזקה דהשתא כיון שטוענת ברי.

ודעת הרמ״ה הביאו הטור דכל המחלוקת של רב ושמואל דוקא כשטוענת ברי לי שהבאתי סימנין בבקר. בזה אמר רב הרי בוגרת לפנינו אבל אם לא טוענת ברי גם לרב חיישינן לקדושי שניהם. ובשער המלך פ״ג הלכה יד׳ דן והאריך בדברי הטור. ובבני אהובה על הרמב״ם כתב דבעי טענת ברי. והב״י הביא דעת הרא״ש דהמחלוקת בלא מכחישתו והלכה כרב והוכיח מעובדא בגמ׳ דף עט: תני חדא הרי היא בוגרת לפניך ותני אידך

חיישינן לקדושי שניהם מאי לאו הא כרב והא כשמואל, לא אידי ואי כשמואל כאן במכחישתו כאן בלא מכחישתו, נימא מדמתניתא לא פליגי אמוראי נמי לא פליגי ותסברא והא ההוא מרבנן דעבד עובדא כוותיה דרב ואיקפיד שמואל ופי' רש"י ואמאי קפיד אלא ודאי בלא מכחישתו פליגי ומה שכתב הטור בשם הרמ"ה דוקא במכחישתו וכו' נראה שטעמו משום דמפרש כי עבד עובדא במכחישתו, וקים ליה לתלמודא דבמכחישתו פליגי רב ושמואל ולכן איקפיד, וס"ל לרב דוקא במכחישתו אמרינן דמקודשת ולא חוששין לקדושי אביה, אבל בלא מכחישתו גם רב מודה דחיישינן לקדושי שניהם, ומר"ן הביא דעת הרא"ש בסתם ודעת הרמ"ה בי"א בתרא וידוע דהגם דהלכה כסתם מ"מ באיסור ערוה חיישינן גם לדיעה שניה.

י"ג. **ובענין** חזקה דהשתא אי מוציאין ע"י ממון אמרינן בקדושין עט: הכותב נכסיו לאחרים ולא נתפרש בשטר המתנה שהיה בריא כשנתן שאינו יכול לחזור או שהיה שכיב מרע כשנתן ויכול לחזור, הוא אומר שכיב מרע הייתי ועתה קמתי ובטלה מתנה והמקבל אומר בריא הייתה וגם עכשיו אתה בריא, רבי יעקב אומר על המקבל להביא ראיה שבריא היה ורבי נתן אומר אם בריא הוא על הנותן להביא ראיה ששכיב מרע היה, ואם שכיב מרע הוא עכשיו על המקבל להביא ראיה, שבריא היה בשעת מתנה, והגמ' רצתה לתלות מחלוקת התנאים במחלוקת רב ושמואל אם הולכים בתר חזקה דהשתא או דמעיקרא ודחינן דרב דסובר אזלינן בתר חזקה דהשתא יכול לסבור כרבי יעקב שעל המקבל להביא ראיה ולא אזלינן בתר חזקת בריא של עכשיו כיון דיש מוחזק בממון, וחזקת ממון עדיף מחזקה דהשתא, כמ"ש הריטב"א בב"ת קנד, או דחזקה דהשתא הורעה ע"י חזקת ממון, ותשו' הר"ן סי' סו כתב טעמא דחזקה דהשתא זו גרועה דעשויה להשתנות וע' שו"ת בית אפרים אהע"ז ס' קיא ושב שמעתתא שמעתא ג' פ' יא, ופרק יב', ולדעת רבי נתן מעמידה על חזקה דהשתא דבריא היא ואף להוצאת ממון הוליכה בתר חזקה ושמואל דסובר אין הולכים בתר חזקה דהשתא יכול לסבור כרבי נתן שמחזיקים אותו בריא למפרע דרוב העולם הם בריאים וזה שרוצה להוציא עצמו מהחזקה עליו להביא ראיה ויש סוברים שאף לדעת רב טעמו של רבי נתן לפי שרוב העולם בריאים הם ויש להעמיד אותו שהוא בריא וע' קצות סי' רכו' אות ד', שלפי רבי נתן לא הולכים בתר חזקה דהשתא לפי דבתחילה רוב בריאים הם. ולא משום דמעמידים על חזקה דהשתא וע' קצות ס' קיב' ושב שמעתתא ש"ג פרק יז' דהטעם לרב דאמרינן הרי בוגרת לפניך ואזלינן בתר חזקה דהשתא משום דרוב מביאין שערות בבקר, ולכן אזלינן בתר חזקה דהשתא דרוב מסייע לה.

להלכה נחלקו הראשונים יש פוסקים כרבי יעקב שעל המקבל להביא ראיה דחזקת ממון אלימא, או לפי שלא הולכים אחר חזקה דהשתא כל עיקר ורק לגבי בוגרת שאני דיש רוב דמביאים סימנין בבקר, וזה דעת הרי"ף לפסוק כרבי יעקב. דעת הרמ"ה והריטב"א בב"ת קנד. ודעת הרמב"ם פ"ט דזכיה הלכה כב', ודעת הרשב"ם בב"ת והג' מימוניות בהלכות זכיה לפסוק כרבי נתן דאלזינן בתר חזקה דהשתא, דחזקה דהשתא אלימא אף להוציא ממון או מחמת דרוב מסייע לה דרוב אנשים בריאים וזה שרוצה להוציא עצמו מהרוב עליו להביא ראיה.

י"ד. **ובמקוה** שנמדד ונמצא חסר אמרינן כל טהרות שנעשו טמאות כיון דהוא חסר משמע דאזלינן בתר חזקה דהשתא וכתב רע"א טעמא דאזלינן בתר חזקה דהשתא דמעמידים חזקת מקוה שלם מול חזקת טמא והוי חזקה נגד חזקה, נשארה חזקה דהשתא ואין נגדה חזקה דמעיקרא שסותרת ולכן אזלינן בתר חזקה דהשתא וזה טעמו של רב דפסק הרי בוגרת לפניך לפי שנעשית בוגרת בתחילת היום ואין לה חזקת נערות כפי שכתב השב שמעתתא הנ"ל וזה דעת התוס' בסוגייא ולשמואל שאין הולכין אחר חזקה דהשתא אפי' כשאין חזקה ראשונה כיון דיש חדא לריעותא כדאמרינן בגמרא בישוב הקושיא על שמואל מאי שנא ממקוה שאזלינן בתר חזקה דהשתא, דמדהשתא חסר גם מעיקרא חסר וא"כ גם גבי בוגרות נימא מדהשתא בוגרות גם מקודם היתה בוגרת ולא ניחוש לקידושי האב: ותירצה הגמרא דבמקוה יש תרתי לריעותא יש חזקת טמא וחזקת דמעיקרא דהשתא הוא דחסר, הכא חדא לריעותא דביום דמשלם שית אין לא חזקת נערות ולא בגרות כ"כ רש"י.

ויש להסתפק במקוה מה הסברא שמעמידים טמא בחזקתו הרי יותר יש להעמיד המקוה בחזקתו ולומר דטבל במקוה כשרה וראיתי בשב שמעתתא שמעתא ג' פ' ש"ז שדן במה דאזלינן במקוה בתר חזקה דהשתא. האם מחמת דליכא חזקה דמעיקרא לכן אזלינן בתר חזקה דהשתא. או חזקה דהשתא לאו חזקה היא. ולא

אמרו כשעת מציאתן רק לחומרא בתרומה וקדשים אבל בעלמא לאו חזקה היא בכלל, ולכאורה נראה מדאמרינן נדה ב. מקוה שנמדד ונמצא חסר כל הטהרות טמאות בין ברה"י בין ברה"ר טמא ואמרינן בגמ' משום תרתי לריעותא חזקת טמא וחזקה דהשתא דהוי חסר לפניך והו"ל ודאי טומאה ומשמע דחזקה דהשתא הוי חזקה דאזלינן בתרה כל שאין חזקה קמייתא ולכן הכא דאתרע חזקה דמעיקרא משום חזקת טמא, אזלינן בתר חזקה דהשתא מדין ודאי וכתב לדחות דבמקוה שאני דמול חזקת מקוה יש חזקת טמא והטעם למה לא אזלינן בתר חזקת מקוה דהורע דהרי חסר לפניך אבל חזקת טמא לא הורע ולכן אמרינן כל הטהרות טמאות ולא מדין חזקה דהשתא, אלא משום חזקת טמא דלא הורע, ולעולם חזקה דהשתא לאו חזקה היא, והטעם דבשלמא חזקה דמעיקרא יש לנו מקום בתורה מבית המנוגע, אבל חזקה דהשתא לא מצאנו שום מקור בתורה.

וכתב לתלות בעל השב שמעתתא דזה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בפרק עשרה יוחסין בסוגיא דבוגרת קדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי בוגרת לפניך ושמואל אמר השתא הוא דבגרה וחוששין לקדושי שניהם ואוקימנא דקדיש ביום דמישלם שית רב אמר הרי היא בוגרת מדהשתא בוגרת בבקר נמי בוגרת ושמואל אמר השתא הוא דבגרה, נימא כתנאי מי מוציא מיד מי רבי יעקב אמר הוא מוציא מידם בלי ראיה, והם מוציאים מידו רק בראיה, רבי נתן אומר אם בריא הוא עליו להביא ראיה ואם שכיב מירע הוא עליהם להביא ראיה דאזלינן בתר חזקה דהשתא לימא רב כרבי נתן ושמואל כרבי יעקב, אמר לך רב אנא דאמרי אפילו כרבי יעקב עד כאן לא קאמר רבי יעקב דהם מוציאין מידו דהעמד ממון בחזקתו, אבל הכא אי אפשר לומר העמד גוף על חזקתו.

ט"ו. **וכתב** רש"י הכא אי אפשר לומר העמד גוף על חזקתו ותהיה נערה דיומא דמישלם שית אין בה לא חזקת נערות ולא חזקת בגרות, שהיום היא עומדת להשתנות. ע"כ. ומוכח מדברי רש"י ז"ל דס"ל דכל דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא. ומשו"ה ס"ל לרב הרי היא בוגרת לפנינו. וזה דעת רב וקימ"ל כרב כפי שפסק הרמב"ם פ"ג מאישות הלכה י"ד והשו"ע בס' לז סעיף ב', אמנם מהתוס' לא משמע כן אלא דאם היה ספק שקול לא אזלינן בתר חזקה דהשתא דכתבו בד"ה מי איכא למימר העמד גוף על חזקתו וז"ל פירוש ותהוי נערה יומא דמישלם שית הרי היום היא עשויה להשתנות וא"כ אין בה לא חזקת נערות ולא חזקת בגרות ור"י פירש משום דרגילות לבא מצפרא ע"ש. משמע דאזלינן בתר חזקה דהשתא משום דיש רוב דסימנין באם בבקר, הא לאו הכי לא אזלינן בתר חזקה דהשתא וכן לרבי נתן כיון דרוב בריאים הם לכן אזלינן בתר השתא ועליו להביא ראי' עכת"ד. ובחזו"א אה"ע ס' פ' אות יח' חולק על דברי השב שמתתא הנ"ל דכתב דלפי התוס' לא הולכים בתר חזקה דהשתא בכלל, ושאני בוגרת דרגילים לבא בבקר, ודחה דבריו ממה דאמרה הגמ' בב"ת קנג במחלוקת לענין טומאה וכן אמר רבי יוחנן בירושלמי ולפי התוס' שם בדברי רבא גם רבא אמר בכ"א ובטומאה ליכא רגילות ליכנס בימות הגשמים. אלא כונת התוס' דאי רגילות לבא גם באורתא א"כ ביום זה לא איתרע חזקה נערות להני דאמרי דסימני בגרות זמנן כל ר' חדשים דבתוך ר' מודה רב דיש חזקות נערות ואם סימני בגרות דרכן לבא באורתא גם ביום דמישלם דימנא נמי לא איתרע חזקת נערות דמה לי בתוך ר' מה לי ביום ר', ס"ס איכא חזקת נערות דבאים באורתא, וצ"ל דכוונת התוס' דכתבו דרגילות לבא בבקר ולא הוי רוב גמור, אלא דאיתרע חזקה וחשיב דאין לה חזקה בכלל.

ובשו"ת אחיעזר יור"ד ח"ג ס"ס י"ד כתב דדברי התוס' כאן בקדושין סותרים מה שכתבו בפסחים צא. דכתבו דאזלינן בתר חזקה דהשתא וצ"ל דנפלה עליו מפולת הרי רובן לאבד ודמי לשערות ודמי למחלוקת אם בריא ש"מ דאזלינן בתר רוב בריאים, דאזלינן בתר חזקה דהשתא. ובשו"ת מנחת יצחק ס' י' כתב דלפי הש"ש מובן מחלוקת הש"ך והט"ז בס' שצו. שכתב הט"ז שם בס"ק ב' בשם מהר"ם מינץ סי' צ"ה מי ששמע שמת מת ואינו יודע אם תוך שלשים אם חייב להתאבל והאריך בזה ופסק מחמת חזקה יש לו להחמיר וראיתו מגמ' במסכת גיטין כח. המביא גט והניחתו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים והביא שם הרבה דינים שהולכים בתר חזקה על כן אומרים העמד המת על חזקתו והשתא הוא דמת, ולא החליט הפסק והעלה דאין ראיה ברורה לא לחיוב ולא לפטור. ובנקודת הכסף שם דחה ראיותיו, וראיתו מנפל עליו הגל כתב דשאני התם דאיכא ריעותא לפנינו שנפל הגל עליו ועוד דכשאמרינן למפרע משעת נפילת הגל עליו מת יש זמן ידוע אבל הכא אין זמן ידוע לומר למפרע מיום זה מת הלכך עד השתא מוקמינן ליה בחזקת חי ע"ש. ועי' שמעתתא שמעתתא ג' פח.

ט״ז. **ונחזור** למחלוקת רבי יעקב ורבי נתן בנתן מתנה ועמד הם אומרים בריא היה והוא אומר שכיב מרע ,והרמ״א פסק בחו״מ ס׳ רנא סעיף ב׳, דאם עמד החולה ורוצה לחזור במתנתו ואומר שמתנת שכיב מרע היה והמקבל אומר שהוא מתנת בריא על המקבל להביא ראיה. והיינו דפסק כרבי יעקב כפי שאמרה הגמ׳ בקידושין עט: ובב״ת קנג. וכן פסק הרמב״ם כרבי יעקב ואמרינן בקדושין אמר רב אנא דאמרי אפי׳ כרבי יעקב עד כאן לא קאמר רבי יעקב התם אלא דליכא למימר העמד ממון על חזקתו ושמואל אמר אנא דאמרי אפילו לרבי נתן עד כאן לא קאמר רבי נתן התם דכו״ע בחזקת בריאים הם מי שמוציא עצמו מחזקת בריא עליו להביא ראיות, ונמצא הרמ״א דפסק כרבי אליעזר אף דאיכא רובא דרוב העולם בחזקת בריאים מ״מ המקבל עליו להביא ראיה דהוא מוציא ממון מחזקתו. אף דעכשיו הנותן בריא דיש חזקה דהשתא ורוב בריאים דמסייע לה, מ״מ אזלינן בתר חזקת ממון וקשה דדעת בעל המאור בריש פ״ב דכתובות דבחזקה ורובא המסייע זה את זה מוציאין ממון דכתב על מה שאמרה הגמ׳ רוב בתולות יוצאות בהנומא ורוב נשים בתולות נישאות כי לא אתו עדים מאי הוי, ניתן לה מאתים ודעת בעל המאור לשמואל פריך דאע״פ ששמואל סובר שלא הולכים בממון אחר הרוב במקום דאיכא רוב בצירוף חזקה הולכים אחר הרוב, וכ״כ התוס׳ ישנים שם אמנם התוס׳ ישנים שם כתבו דלרב פריך דס״ל אזלינן בתר הרוב להוציא ממון וגם לפי התוס׳ אין ראיה דלשמואל נמי היכא דאיכא חזקה דמסייעת לרוב מוציאין ממון ושם היינו טעמא כמו שפסק הרמב״ן בהשגותיו על בעל המאור דלא הוי חזקה כיון דאין דבר כזה שהאשה לא עומדת להתחתן ולכן כיון דעשוי להשתנות לא הוי חזקה, אבל בעלמא היכא דאיכא חזקה ורובא גם לשמואל מוציאין ממון, וגם התוס׳ והרמב״ן יסברו כן. וכ״כ הר״ן בדף ט. דכתובות בסוגיא דפתח פתוח בשם הרשב״א דברוב וחזקה מוציאין ממון לכו״ע ע״כ. וא״כ קשה על הרמ״א דפסק דעל המקבל להביא ראיה הרי יש כאן רוב בריאים וחזקה שהוא בריא כעת, ורובא וחזקה מוציאין ממון. ואם נאמר דרוב בריאים לא הוי רוב גמור ניחא כמו שפסק הר״ן בתשובה סי׳ ס״ו הובא בב״י סי׳ ר״א. דכתב וקיי״ל כרבי יעקב דס״ל דהנותן נאמן, וטעמא משום העמד ממון בחזקתו ולא אמרינן העמד אדם על חזקתו חזקת בריא כמו שהיה מתחילה ואף שעכשיו ג״כ הוא בריא מ״מ כיון שעשויה להשתנות דהחולי מצוי לפיכך אף שגם עכשיו הוא בריא אינו מבטל חזקת ממון עכ״ל. הרי מוכח דרוב בריאים לא הוי רוב גמור וזה דעת הרמ״א דרובא וחזקה מוציאים ממון אבל רוב גרוע וחזקה לא מוציאין ממון ודו״ק.

י״ז. **והן** אמת שכן הקשה הרב המקנה בסוגיא על הרמ״א דפסק כרבי יעקב דהנותן נקרא מוחזק ותמה עליו הרי בחזקה ורובא לכו״ע מוציאין ממון. וכ״ש שקשה על רב דס״ל בעלמא הולכים בממון אחר הרוב והכא איכא רובא דעלמא דהם בריאים, ואיך יסבור כרבי יעקב, וכתב לישב דהאי רוב בריאים לא רוב גמור וטעמא דהא דשכיב מרע שכתב כל נכסיו אם עמד חוזר היינו מטעם דאומדנא דאדם לא נותן כל נכסיו רק על דעת שימות וא״כ זה שנתן כל נכסיו ועמד אפי׳ שיש רוב בריאים אבל רוב הנותנים רק מחמת מיתה, והאומדנא מסייעת לו, וכשעמד ותבע שיחזירו לו אע״פ שהוא בריא מ״מ יש כאן ריעותא דאדם לא נותן כל נכסיו לאחרים, רק מחמת מיתה, וכתב לפרש דברי הגמ׳ דיש רוב נגד רוב דזה ודאי לא שכיח כלל דבריא יתן כל נכסיו לאחרים, וזה הטעם למה מתנת שכיב מירע בכולה אם עמד חוזר משום האי אומדנא ויש כאן רוב כנגד רוב בריאים, ויש חזקה המסייעת עם הרוב לנותן, והיא חזקת מרא קמא, ולכן רבי יעקב ס״ל דלא מוציאין מחמת דהוי רוב נגד רוב והוי ספק שקול ולא מוציאין ממון מספק, דמעמידם ממון בחזקתו ע״ש שהאריך. ובתורת יקותיאל הקשה לפי הר״ן דלא הוי רוב גמור ולכן לא מוציאין ממון לרבי יעקב א״כ מ״ט דרבי נתן דס״ל דאזלינן בתר חזקה דהשתא ומוציאין ממון הרי רוב גרוע נגדה, וכתב בבנין עולם לישב דרוב העולם בריאים עדיף מרוב שלא נותנים נכסיהן, ובעין יצחק בסוף הספר בנעילת השערים העלה דרובא וחזקה מוציאין ממון. וכדמוכח מהתוס׳ כתובות ובבנין עולם ס׳ לג׳ האריך. וע׳ פנ״י בסוגיא.

ובתורת יקותיאל תמה על הרמ״א דבס׳ רנא פסק כרבי יעקב ובס׳ שלה סעיף א׳, פסק גבי מלמד שנשכר לבעל הבית ובעל הבית א״ל שילך אצל קרובו לנסותו, אם יוכל ללמוד עם הנער ולא הלך ואחר שלמד עימו אומר שינסנו עדיין ועד מעיד שלא ידע ללמוד עם בנו, הדין עם המלמד מאחר שיודע עכשיו מוקמינן ליה אחזקה שידע גם מקודם. ונשבע נגד העד ונוטל שכרו והוא מדברי המרדכי פרק מי שמת דפסק כרבי נתן דאזלינן בתר השתא לאפוקי ממונא והניח בצ״ע. ויש לדחות דהתם הוי ברי עם חזקה דהשתא והגמ׳ אמרה בכתובות יב: בסוגי׳ דמשארסתני נאנסתי דכל שיש ברי וחזקה מוציאין ממון, וכאן המלמד טוען ברי וגם יש לו

חזקה דעכשיו יודע ללמד, לכן פסק הרמ״א כהמרדכי דאולינן בתר השתא לא מכח חזקה לבד אלא מכח ברי עם חזקה, ובנוסף יש רוב המלמדים המשכירים עצמם הם בקיאין וכמו שכתב המרדכי שם, וכ״ש בנידון דידן דבעל הבית התנה על מנת שידע ללמד את בנו דהוי מילתא דעבידא לאיגלויי, לא משקרי, הלכך לא אמרינן דלא ידע ללמד אלא מדהשתא יודע גם מקודם ידע עכת״ד. ועי׳ בפי׳ הגאון שם. ובשב שמעתתא שמעתתא ג׳ פ׳ יב׳ נמי תמה על הרמ״א וכתב לישב ע״פ תשובת הר״ן המובא בב״י ס׳ כא׳ דרוב דהחולי מצוי ולכן אין כאן חזקת בריא ובמלמד רוב המשכירין עצמם הם יודעים והוי רוב גמור ולכן אזלינן בתר השתא גם לרבי יעקב. ע״ש.

סימן נ

אם פונדקאית

עמדו לפנינו זוג שבמהלך החיים המשותפים ניהלו מאבק משפטי בבג״ץ נגד משרד הבריאות להתיר להם הפריה בפונדקאית מאחר ולפי החוק לא ניתן לבצע הפריה זו. והגיעו להסכם עם המוסדות לפי החלטת בג״ץ שאכן יפנו הצדדים למכון המתאים בחו״ל כדי לבצע השתלת הביצית המופרית בפונדקאית וחתמו על ההסכם בשנת תשנ״א. וזאת עקב כריתת רחמה של האשה בגלל גידול. הצדדים הפקידו ביציות במכון לפוריות עד למציאת פונדקאית.

בינתיים הצדדים הסתכסכו ופנה הבעל למכון בקליפורניה בו הופקדו הביציות, שלא לבצע ההשתלה מאחר והוא חי עם אשה אחרת ואף נולדה לו ממנה בת ואינו מעוניין שלאשה הנוכחית שעמה מסוכסך יולד לו בן. האשה שהיא בת ארבעים דורשת להמשיך בתהליך ההפריה אחרת לא תוכל לזכות לבן מאחר ועברה טיפולים קשים. בשנת תשנ״ב פנתה לבה״ד בטענה שהיא רוצה שלום בית ובה״ד קיבל טענות האשה ודיבר רבות על ליבו של הבעל שלא יפקיר את אשת נעוריו ויחזור לשלום בית. הבעל עמד בסירובו לחזור לאשתו, ובקשתו למנוע את ההפריה. בית המשפט ישב בבג״ץ בהרכבים שונים בתחילה קיבל בית המשפט המחוזי את טענת האשה. הבעל עם היועץ המשפטי הגישו ערעור לבג״ץ שישב בהרכבים של שלשה, שבעה, אחד עשר שופטים כדי לדון בסוגי׳ האם הבעל יכול לחזור מהסכמתו.

לכן גם לאחר סגירת התיק נתתי את דעתי לדון מבחינה הלכתית על עצם הפונדקאית והשלכותיה.

א. מי נקרא האם בפונדקאית: האם בעלת הביצית או הפונדקאית או שתיהן יחד.

ב. האם הבן מתייחס לאביו בעל הזרע.

ג. האם יש לאב זכות בביצית כמו שיש לו זכות בולדות.

ד. האם הסכמתם של בני הזוג יוצרת שותפות שלא יכול אחד מהם לחזור.

ה. האם האב יכול לחזור בו מהסכמתו עקב התקלות ההלכתיות שעלולות להיווצר שאח ישא אחותו או שאם הפונדקאית היא נוכרית הרי הנולד גוי שצריך גיור ועל כן מתנגד לכך כיון שלא מתייחס אחריו.

ו. האם יש להתיר מעשה כזה מבחינה הלכתית כמו תינוק מבחנה.

ז. האם הפונדקאית יכולה לחזור מהתחייבויותיה ולטעון שהבן שלה.

א. **וקודם** שנברר את ההלכה בענין אם פונדקאית, חובה עלינו לברר מבחינה הלכתית מה שידוע לנו בהפריה, ישנן שתי דרכים לאנשים שלא זכו להבנות: הזרעה מלאכותית, והפריה מלאכותית. ההבדל ביניהם הוא דבהזרעה מלאכותית הליקוי הוא מהבעל ולכן לוקחים זרע הבעל ומזריעים אותו ברחם האשה. גם בזה

נשפך הרבה דיו מהסוגיא דחגיגה ועיברה באמבטיה אם נחשב לבנו למרות שלא היתה ביאה כדרך הטבע.

בגמ' חגיגה טו. אמרינן הא דשמואל לא שכיחא וחיישינן שמא עיברה באמבטיה עיין שם. והח"מ באהע"ז סי' א' ס"ק ח' מסתפק בזה אם נחשב לבנו דמהגמ' בחגיגה ט"ו מוכח שנחשב לבנו אמנם המל"מ בהל' אישות פ' טו' הל' ד' האריך לסתור את האגדה של בן סירא והעלה דאשה לא מתעברת מהעראה וכן דעת תוס' גיטין מא. דאשה לא מתעברת בהעראה אלא בגמר ביאה. ויש לדון אם מותר לבעל להוציא זרע כדי לבצע הזרעה מלאכותית. ובאופן דיש חשש שיערבבו את זרעו באחר לכו"ע אסור ויש דיעות שהבן ממזר, והאשה שקבלה זרע של אדם זר אסורה לבעלה. וגם לדעת החולקים וס"ל דאשה נאסרת רק בביאת איסור ובנידון דידן שאין ביאת איסור לא נאסרה, מ"מ לגבי הבן רבים הסוברים שיש חשש ממזרות, לכן כל הדיון בהזרעה מלאכותית רק בזרע הבעל, ומ"מ יש אוסרין כיון דבשעת הוצאת זרע הוי לבטלה. ויש אוסרים מטעם דלא בטוח שהאשה תופרה מזרע זה והוי לבטלה. וע' שו"ת דברי מלכיאל ס' קז ושו"ת ישכיל עבדי ח"ה אהע"ז ס' י'.

אמנם דעת רוב הפוסקים האחרונים להקל כדי שלא לגרום לגירושין דגדול השלום ובתנאי שלא יהיה חשש של ערוב או החלפת זרע הבעל. וכן דעת היעב"ץ ח"א סי' מג', מהרש"ם ח"ג רס"ח, זקן אהרן ח"ב צ"ו ומרן הראש"ל ביביע אומר ח"ב אהע"ז א' והניף ידו שנית בח"ח ס' כ"א, ע"ש. ומ"מ אם לוקחים זרע מאיש יהודי כל הפוסקים אוסרים להזריק זרע של אדם זר לא"א, ולמרות שאין כאן ביאת איסור מ"מ הולד הוא חשש ממזר. ע' שו"ת מערכי לב ס' ע"ג, שבט הלוי ח"ג ס' קעה, חלקת יעקב ח"א ס' כ"ד. וכן אסור לקחת זרע גוי דהוי מעשה תועבה וכן כתב בספר חלקת יעקב ח"א ס' כד' לדחות דעת הרב אגרות משה שהתיר מגוי. ורוב הפוסקים העלו דאפי' למי שסובר דבעיברה באמבטיה יש ספק אם נחשב לבנו, בהזרעה מלאכותית אין מחלוקת דהוא בנו. וכ"כ בשו"ת מנחת יצחק ח"א ס' נ', ציץ אליעזר ח"ג ס' ז', והנפקא מינה דבעיבור באמבטיה לא ניתן להוכיח מיהו בעל הזרע שנתעברה ממנו משאח"כ בהזרעה מלאכותית. וע' אגרות משה וביביע אומר שם ובבני אהובה הלכות אישות פ' ט"ו.

ב. **ויש** עוד אופן להפרות אשה בהפריה מלאכותית שמתפצלת לשנים, והמכנה המשותף הוא שהליקוי מצד האשה. דבאופן נורמלי זרע הבעל מגיע מתוך הרחם לחלל החצוצרה ושם מתקיים תהליך ההפריה אח"כ מתקדמת הביצית המופרית לחלל הרחם ומשתרשת בדופנו ושם ממשיך העובר לגדול בדרך הטבע. וכשהפתח או חלל החצוצרה סתומים עקב מחלה הרי אין אפשרות להתפתחות הביצית המופרית ברחם כיון שאין לה מעבר ע"כ עורכים את ההפריה במבחנה ולאחר שמפרין הביצית שותלין אותה בדופן הרחם של האשה. וע"ז כתבו האחרונים דבאופן שברור שהזרע מהבעל הרי הוא כבנו. ומ"מ יש שהסתייגו להתיר לעשות כן לתחילה כיון שהפריה מלאכותית חמורה מהזרעה מלאכותית שבהזרעה זרע הבעל מגיע כולו לרחם האשה ואין בזה איסור זרע לבטלה לא כן בתינוק מבחנה לוקחים ביצית מהבעל והשאר נזרק. ועוד דבהזרעה הליקוי מצד הבעל המצווה במצות פו"ר ובהפריה הליקוי באשה שלא חייבת במצות פו"ר ולכן יש מהאחרונים שהחמירו.

ועיין בציץ אליעזר בח' ט"ו ס' מח' דאין להתיר בשום פנים הפריה מלאכותית ע"ש.

אמנם דעת מרן הראש"ל הגאון ר' עובדיה יוסף בתחומין כרך א' שדינן שוה ושרי בעת הצורך ושוב הניף ידו בכחא דהיתרא ביביע אומר כרך ח' אהע"ז ס' כ"א. וכתב מה טוב שהדבר יעשה ע"י רופאים שומרי תורה שבזה אין חשש שיוחלף זרעו של הבעל ע"ש. וכ"כ רוב האחרונים להתיר והטעם דאם נמנע מהם להביא ילדים בדרך זו עלולים להפרד ועל ידי כך הבעל לא יקיים מצות פרו ורבו בכלל וכך מונעים אושר של זוג בישראל ומ"מ אין למהר לבצע את ההפרי' רק צריך להתייעץ עם רופאים שומרי מצוות מאחר ויש פוסקים דהפריה חמורה מהזרעה מלאכותית. דבהזרעה מקיים מצות פו"ר לא כן בהפריה לא מקיימים אפי' מצות שבת כיון שכח שלישי והיא המבחנה מעורבת בתהליך היצירה והכל נעשה שלא כדרך כל הארץ. ועוד יש חשש מפני עירוב זרע זר והרס הקדושה והיחוס לעומת זה רבו הפוסקים שדחו סברא זו כיון שהמטרה היא קיום המין ויש לעיין אם מותר לחלל שבת על תינוק מבחנה דהנה במעוברת שהריחה הביא הר"ן ביומא פב: דעת הבה"ג דהוא משום סכנה דעובר ואפי' בתוך ארבעים יום דמיא בעלמא מ"מ מחללין ודעת כמה פוסקים דהוא משום סכנה דאם. נמ"מ במבחנה דמחוסר מעשה אין לחלל

כיון דהטעם של בה״ג דרוב מתעברות ויולדות ובתינוק מבחנה הרוב הפוך וע׳ שו״ת שבט הלוי ה״ה ס׳ מ״ז.

ג. **אם** פונדקאית היא תגלית חדשה בעולם הרפואה. דכשלאשה אין רחם, או כשסובלת מהפלות בצורה שלא ניתנת לתיקון לוקחים ביצית מהבעל ומהאשה ומפרין אותם במבחנה ואח״כ משתילים הביצית המופרית ברחמה של אשה אחרת הנקראת פונדקאית, ולאחר הלידה מחזירה את הולד לזוג בעלי הביציות. וכאן רבו הבעיות בפרט למי מתיחס הבן הנולד האם לאם הביולוגית בעלת הביצית או לאם הפונדקאית שברחמה התפתח העובר וילדה אותו.

וכן יש להסתפק אם לאחר שהביצית התפתחה והופרתה במבחנה האם יכול הבעל לעכב את ביצוע ההשתלה בפונדקאית למרות שאשתו מתנגדת לו. וכן האם הפונדקאית יכולה לחזור בה מהתחייבותה ולטעון זה בני ואין דמים לבן חורין והסכמתי בטעות יסודה כי עכשיו הוברר שהבן מתיחס אלי. ויש לדון בתינוק מבחנה ופונדקאית אם מותר שהרי האדם מתערב בתהליך יצור של ולדות נגד רצון הבורא. אמנם מאחר והדברים נעשים בדרך רפואה הרי חובה על האדם להתרפאות. ועוד מצאנו שגדול השלום ששמו של הקב״ה נמחק בעבורו וכשלא נתיר להם עלולים להתגרש. וכן יש לדון לגבי הרופא, דאם מעשה זה מותר לפי ההלכה חייב לטפל בזה ואם שלילי עליו להמנע מכך, ולכן בס״ד נתחיל לדון בענין מבחינה הלכתית.

ראשית אין להתעלם דנידון דידן איירי באופן שמבחינה טבעית הזוג לא יכולים להבנות, כיון שלאשה אין רחם ולכן נפשם בשאלתם אם מותר לבצע מעשה זה של פונדקאית כדי למנוע את פירוק הנישואין. אבל ברור שלא מדובר במתירנות שעלולה להפוך את האשה למעבדה להפרות תינוקות, ולמסור אותם ללא שום חום ורגש ואהבה תמורת שכר. דבר זה עלול להרוס את התא המשפחתי והיחסים האינטימיים בין בעל לאשתו, וקדושת החיים והכבוד מצד הבנים להורים. הרבה מדינות אשר התיאורים המפחידים של החברה עמדו לפניהם, חוששים שהטכנולוגיה תקום על יוצריה להרוס את החברה האנושית ע״י שיותר כל רסן וכל הגבלה מוסרית מ״מ בכמה מקומות מתבצעת ההפריה באם פונדקאית. בנדון דידן הזוג הסכימו לכך לאחר מאבקים משפטיים והעוברים נמצאים במבחנה בקליפורניה, אולם לבנתיים עד שמצאו פונדקאית עתר הבעל לגירושין ולחילופין לאסור לבצע ההפריה בפונדקאית כיוון שיש לו בת טבעית מאשה נכרית אתה הוא חי כיום.

ד. **והנה** דנו האחרונים ממתי נקרא אב, האם משעת העיבור או משעת לידה. והוכיחו מגמ׳ מגילה י״ג דהקשתה כי אין לה אב ואם ובמות אביה ואמה למה לי הרי אין לה אב ואם, אמר רב אחא עיברתה אמה מת אביה ילדתה מתה אמה וכתב רש״י עיברתה מת אביה נמצא שלא היה לה אב משעה שראוי להיקרות לה אב עכ״ל. ומוכח מדבריו דבעיבור תליא מילתא ומשעת עיבור נקרא אב וכ״כ המהר״ל מפרג בס׳ אור חדש על הכתובים וכתב הטעם דעובר ירך אמו ולכן כל שלא נפרד העובר מאימו חשוב גוף אחד לכן נקראת אם בשעת הלידה משא״כ באב שמיד נפרד ממנו, לכן באב מיד נקרא אב ובאם עד הלידה, ע״ש. וכ״כ מהר״י ענגעל בס׳ בית האוצר ח״א להוכיח מהגמ׳ במגילה י״ג והוכיח עוד מסהדרין סט בבן סורר ומורה דאמרינן דכל זמנו הוא ג׳ חודשים משהביא ב׳ שערות דתנא דבי רבי ישמעאל כי יהיה לאיש בן ולא אב וקא מפרש התם ולא הראוי להיות אב דהיינו לאחר ג׳ חדשים שראוי העובר להיות ניכר ולכאורה משמע דנקרא אב רק לאחר ד׳ חודשים ולא מיד כשנקלט הזרע וזה סותר דברי רש״י במגילה י״ג, ויש לפרש כיון שביה״ד צריכים לדון בן סורר ומורה כל שראוי להיות אב לא דנים והיינו בג׳ חודשים שהעובר ניכר, משא״כ בדרשה של אסתר דהגמ׳ מספרת עובדות איך נולדה דמיד כשהתעברה אמה מת אביה וזה פירוש ובמות אביה דבעיבור נקרא אב ותתי לי דכן מצאתי בבית האוצר שחלק כן. וכתב עוד לסתור הוכחתו מגמ׳ נזיר י״ג הריני נזיר אם יהיה לי בן והפילה אשתו ר״י אומר אינו נזיר. והרי עליו לקבל נזירות מיד כשהוכר עובר דאז נקרא בן ונראה לדחות דבנדרים אזלינן בתר לשון בני אדם, ובשלמא אם המשנה היתה אומרת הריני נזיר אם אהיה אב והפילה שייך להוכיח דמיד בהוכר עוברה נעשה אב אבל כאן אמר אם יהיה לי בן. והיינו בן במובן לשון בני אדם בן שנולד.

והביא בבית האוצר הנ״ל מה שכתב בהגהות רבי עקיבא ביו״ד ס׳ פ״ז ס״ו שהמבשל בשר בחלב של מתה פטור ובגמ׳ מיעטו מהפסוק לא תבשל גדי בחלב אמו שרק בחלב שראוי להיות אם אבל חלב שחוטה ומתה שאינם ראויים להיות אם. לא נאסר לבשל

בחלב שלהם. וכתב הגאון רע"א מסתפקנא בחלב טרפה דקימ"ל טרפה אינה יולדת אם מקרי אינה ראויה להיות אם ואין בזה משום איסור בשר וחלב ועי' סנהדרין ס"ט שבן סורר ומורה לא יכול להיות אלא ג' חודשים מעת שנעשה גדול עד אחר עבור ג' חודשים שאז נקרא בן. אבל אחר ג' חודשים נקרא אב אילו היה בא על אשה ומתעברת והיה עוברה ניכר בג' חודשים א"כ רואים דאב נקרא גם אם הוא אב העובר, הכי נמי יש לומר דטרפה ראויה להיות אם דהא יכולה להתעבר אלא שלא תלד ע' ש"ך יו"ד נ"ז ס"ק מה, א"כ היא נקראת אם העובר. ומ"מ יש לומר דלא מיקרי אם אלא אם העובר עומד להיולד אבל טרפה דלא עומד להיולד לא. אח"כ מצאתי באו"ה כלל לא אות י"ד דחלב טרפה היא בשר בחלב ואיסור דאורייתא, דראוי להיות אם דאם היתה מקודם מעוברת יכולה להוליד אחר שנטרפה, ע"ש. ולפי"ז בטרפות מתחילת יצירתה כגון יותרת וכדומה אין בחלבה דין בשר בחלב דאורייתא ועי' בפמ"ג שהביא דברי האו"ה ומה שכתב עליו רבי עקיבא. הרי דרע"א ס"ל דגם באם יש אותו דין כמו באב ומוכיח את זה מגמ' סנהדרין ולמה שהוכחנו מגמ' מגילה יש לחלק בין אב לאם מטעם דעובר ירך עמו.

ה. **והנה** יש לתמוה על סברת מהר"ל דכתב טעם לדברי הגמ' במגילה י"ג לחלק בין אב לאם, דכיון דעובר ירך אמו והעובר לא פירוש ממנה לכן נחשבת אם רק בשעת הלידה לא כן באב ע"ש. וק"ק הרי קימ"ל עובר לאו ירך אמו וכן ס"ל לר"י וכן תמה רע"א בדר"ח כתובות י"א על התוס' דקימ"ל עובר לאו ירך אמו. וכן יש לתמוה לדעת הסוברים שאב מתהוה בשעת עיבור א"כ שור יחיד ברפת עם פרה שנתעברה ודאי ממנו, יהיה אסור לשוחטו עם הפרה המעוברת ממנו משום אותו ואת בנו דהוי הולד בנו בזמן שהוא בבטן הפרה וזה חידוש. ונלע"ד דמה שכתב הרמב"ם משום עובר ירך אמו לאו דוקא, אלא הכוונה דהעובר ניתר על ידי שחיטת אמו מגזה"כ ולכן אין דין שחיטה בעובר דדין אותו ואת בנו לא תשחטו היינו כשאנו באים לדון מדין שחיטה אבל באופן ששחטנו פרה מעוברת העובר מותר גם שלא נשחט דלא שייך בו שחיטה דכל מה שנמצא בבהמה מותר, לכן מותר לשחוט מעוברת וכ"כ בשו"ת בית יצחק אהע"ז י' נס אות ז' ע"ש. והנה קימ"ל ביבמות עח. אמר רבא נכרית מעוברת שילדה בנה אינו צריך טבילה וכתב רש"י לא צריך טבילה לשם גירות דטבילת אמו מועילה לו. וכי תימא משום דרבי יצחק דאמר רבי יצחק רובו ומקפיד עליו חוצץ רובו שאינו מקפיד עליו אינו חוצץ ואמר רב כהנא לא שנו אלא רובו אבל כולו חוצץ וכאן הרי נחצץ כולו כלפי המים מתרצת הגמ' שני עובר דהיינו רביתיה ע"ש. ומשמע מהגמ' דהבן לא צריך שום גירות וכ"כ התוס' כתובות יא דלא משכחת לה גר קטן מדאורייתא אלא במעוברת שנתגיירה ע"ש. והקשה רע"א דזה רק למא"ד עובר ירך אמו. אבל אנן קימ"ל עובר לאו ירך אמו וצריך העובר גירות בפני עצמו וא"כ איך משכחת לה גר קטן מהתורה.

ומצאנו מחלוקת ראשונים ביבמות ט"ז בעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל דקימ"ל הולד כשר האם בעי גירות או לא צריך גרות. דדעת התוס' יבמות ט"ז דבעי גירות ולכן נקרא כשר ולא ממזר וכ"כ רש"י בקידושין וע' מהרש"א יבמות שם. אמנם דעת הפוסקים והרמב"ם ותוס' בהחולץ יבמות מ"ז, משמע דכשר לגמרי. וכ"כ השו"ע יו"ד רס"ח וש"ך שם ס"ק י' וע' שער המלך פט"ו מאיסור ביאה דין ג' האריך בזה ומסקנת הפוסקים דבעי פדיון וע' פ"ת אהע"ז ס' ד' סק"א ויו"ד ס' רע"ו ס"ק י"א. ומ"מ לדעת הסוברים דבעי גיור ולאחר גיור הרי הוא כתינוק שנולד דקימ"ל גר שנתגייר כתינוק שנולד דמי ואילו ביבמות צז: בשני אחים תאומים שהורתם שלא בקדושה ולידתן בקדושה לא חולצים ולא מיבמין אבל חייבים משום אשת אח וכו' וכן פסק הרמב"ם פי"ד מאיסורי ביאה הל' י"ד, ושו"ע ס' רס"ח סעיף ד' וע"כ הברייתא הזאת לכו"ע ומשמע דאפילו שהורתן שלא בקדושה בלידה נעשו אחין מהאם וכל שכן לנולד מאם ישראלית דיש קרבה מהאם ולא בעי שוב גיור וע' אמרי משה ס' כ"ז, וחמדת שלמה אהע"ז ב', ואחיעזר ח"ב ס' כ"ט אות ו' ועוד דסדר גירות כתבו התוס' יבמות מז. דה' מטבילין והקשו איך מועיל טבילה לבן קודם מילה במעוברת שילדה שמועילה לו טבילת אמו. ותרצו כיון דאכתי לא חזי למילה לא מעכבת המילה וחלה הגירות בטבילה לבד מידי דהוה אנקבה דכל שאינו חייב במילה אינו מעכבו בגירות וע' נמוקי יוסף שם, וכתב הרמב"ן להוכיח דבדיעבד מהני טבילה קודם מילה מעכו"ם שהתגיירה אמו מעוברת דעלתה טבילה לבן, ומ"מ בעיה מילה מדין גירות. וקשה על הרמב"ן דהרי בגמרא יבמות צ"ז בגיורת שילדה תאומים והם אחים מהאם ולכאורה הרי בעיה מילה לגמור הגירות ואיך יש להם אחוה הרי הם כתינוק שנולד דמי ובחידושי הגרנ"ט כתובות כתב לישב שיש ב' דינים בגירות יש דין משפחות ישראל דבישראל כתיב למשפחותם לבית אבותם, ויש עוד דין קדושת ישראל דקדושת ישראל וקדושת כהונה

תלוי באב, וגירות מעוברת אע״פ שבנה בעי גיור אין זה גיור של גוי דהרי נולד מישראלית אלא גירות לקדושת ישראל. ומוכח מזה דאע״פ שבשעת העבור של הנכרית אין שום יחוד מ״מ בשעת הלידה נוצר הקרבה וכן בתאומים שנולדו מנכרית שהתגיירה דהקרבה של עריות נוצר ע״י הלידה אע״פ דבשעת ההריון שני האחים נכרים לגמרי ואם נולדו בגיותו מותרין זה בזה מ״מ כשנולדו בקדושה חל עליהם דיני עריות וש״מ שהאם היולדת נקראת אם ולא האם בעלת הביצית.

ו. **וכן** יש להוכיח מדברי רש״י בחומש פ׳ בא י״ב פסוק ל׳ כי אין בית אשר אין שם מת דבר אחר מצריות מזנות תחת בעליהן ויולדות מרווקים פנויים והיו להם בכורות הרבה פעמים חמשה לאשה אחת כל אחד בכור לאביו משמע דבתר יצירה אזלינן באב, שהרי לגבי אם כבר ילדה ועוד היא נשואה כעת. וכן משמע מרש״י על הפסוק בני בכורי ישראל דהביא המדרש כאן תחם הקב״ה הוא על מכירת הבכורה שלקח יעקב מעשו והיינו ע״פ המדרש דיעקב נוצר מטפה ראשונה ליצירה משמע דאב דאב נקרא משעת יצירה ע״ש. ובתרגום יונתן בן עוזיאל פרשת ויצא פרק לב ואחר ילדה בת ותקרא שמה דינה וכתב וז״ל ואיתחלפי עובריהו במעייהו והוה יתיב יוסף במעי רחל ודינה במעי לאה ומ״מ כשנולדו דינה יוחסה ללאה ויוסף לרחל משמע שבהריון היה ההפך יוסף נקרא על שם אמו מולידתו ודו״ק.

וכן יש להוסיף להוכיח ע״פ המדרש שם משמואל מלבוב פ׳ וישלח ל״ג ו׳ ותגש גם לאה ופי׳ רש״י בכל האמהות נגשו לפני הבנים חוץ מיוסף שניגש לפני אמו ע״ש. וכתב ע״פ דברי הרב דברי שמואל טעם דהקדים אמהות לבנים ע״פ המדרש אם יבא והכני אם על בנים אמר יעקב רבש״ע כתבת אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד ובחולין פ״ב איתא אין לי אלא אותו ואת בנו בנו ואותו מנ״ל ודריש שאין חילוק. ויעקב ידע בעשו שעל מקרא מפורש לא יעבור אבל מדרש לא שמיע ליה לכן נגשו האמהות לפני ילדיהן כדי להציל הבנים אבל אם היו נגשים הבנים תחילה אולי עשו היה פוגע בהם ובאמם דאינו דורש הדרשה שגם בנו ואותו אסור. והקשה הרי בפרשת ויגש כתוב אלה בני לאה אשר ילדה ליעקב ואת דינה בתו ללמדך שתלה זכרים בנקבות ונקבות בזכרים דאשה מזריעה יולדת זכר איש מזריע תחילה יולדת נקבה וקשה הרי דינה התהפכה דמקודם היתה זכר והתהפכה לנקבה, ולמה תלאה ביעקב ולא בלאה ולפי תרגום יונתן בן עוזיאל ניחא דדינה מתחילה ועד סוף נקבה ורק המלאך החליף העוברין לכן תלה נקבות בזכרים. ולפ״ז יוסף ניגש לפני רחל ועמד על יד לאה כי הוא בנה ואם יפגע עשו בלאה יחול על יוסף דין אותו ואת בנו ולא יפגע ביוסף ודו״ק. ודברי פי חכם חן. ועיין מהרש״א ח״א נידה לא ד״ה ואת דינה. ועוד כתב מהרש״א בחידושי הלכות מגילה שתרגום בן עוזיאל על התורה לא כתבו יונתן בן עוזיאל ע״ש העולה מדברינו דבאב הולכים אחר תחילת העיבור ובאם נקראת אם רק משעת הלידה אבל רבי עקיבא ביור״ד סימן פ״ז ס״ל דגם באם אזלינן בתר עיבור דאין הבדל בין אב לאם.

ז. **אמנם** מגמ׳ ברכות ס׳ דהגמ׳ שאלה מאי ואחר ילדה בת לאחר שדנה לאה דין בעצמה ואמרה י״ב שבטים עתידים לצאת מיעקב ששה יצאו ממני וארבעה מן השפחות הרי עשרה ואם זה זכר הרי לא תהיה אחותי כאחד השפחות מיד נהפכה לבת שנאמר ותקרא את שמה דינה ע״כ משמע שאותה טיפה זרע היא עצמה נהפכה ברחם לאה, ולאה נקראת אמה כי היא יצרה את דינה. ולא תלוי בלידה נגד דברי תרגום יונתן בן עוזיאל. אמנם בירושלמי כתוב דרחל היא זו שהתפללה שהעובר יתהפך ומשמע שגם באם תלוי בשעת העיבור ולא הלידה. יוצא לפי דברי התלמוד דידן בברכות ס׳ לגבי לאה שהטיפה נהפכה דאין הבדל בין אב לאם ושניהם נקבעים מהזרעה והטיפה הראשונה ולפ״ז לאם הפונדקאית אין שום בעלות רק שכורה לגדל הבן.

וכן דעת רע״א שאם נעשית משעת ההריון כמו אב ולפי הרב בית האוצר יש הבדל בין אב לאם דאב נקבע בעת הריון והאם נקראת בשעת לידה ויש לדחות הראיה מאסתר שאם נקראית מעת לידה אפשר לומר דוקא אם העובר שלה מהפריה שלה והגיעה ללידה נחשבת אם, אבל אם העובר לא שלה מנין לנו שהיא אמו אמנם מגיורת יש הוכחה כנ״ל, ומ״מ אפשר לחלק. והיה נראה להוכיח דהאב יש לו בעלות על העובר משעת עיבור ולא משעת לידה ממה דהתורה הקנית לו זכיון בעובריו ודרשה הגמ׳ בב״ק מג. אמר רב פפא התורה זכתה דמי ולדות לבעל אפי׳ בא עליה בזנות דאמר קרא כאשר ישית עליו בעל האשה. ופסק הרמב״ם פ״ד מחובל ומזיק שמשלם לבעלה משמע דיש לו שייכות עם העוברים. ויש לדחות דאין שום ראיה שנקרא אב מדלא כתוב ונתן לאביהם אלא כיון דיש לו זכויות הוי כאילו חבלו באשה וראיה לכך דכשאין בעל משלם לאשה.

ח. **ויש** להוכיח ממה שכתב הגר"א בס' סערת אליהו פ' כי תצא והובא בס' קול אליהו פ' כי תצא ובדברי אליהו על הפרשה שם באריכות מעשה שהיה בזמן הגר"א איש אחד לקח אשה וישנאה וגרשה ולקח אשה אחרת והנה עוד לא כלו שבעה חודשים ותלד האשה השניה לו בן לחודש שביעי ואח"ז נודע כי בעוד ימים לא כבירים ילדה גם האשה הראשונה הגרושה בן זכר לט' חודשים ונחלקו היורשים מי נקרא בכור לזכות בירושה פי שנים האם בן השניה שנולד ראשון או בן הראשונה שאמו התעברה בו ראשונה. והביאו הדברים לגר"א ופשט מהפסוק וילדו לו בנים האהובה והשנואה משמע שהאהובה ילדה קודם וא"כ למה כתוב והיה הבן הבכור לשנואה ועוד למה כתוב לא יוכל לבכר בן האהובה על פני בן השנואה הבכור ע"ז חידש הגר"א דלמרות שהאהובה ילדה קודם מ"מ כיון דהעיבור של השנואה התחיל קודם אזלינן בתר התחלת העיבור כי בכור לירושה תלוי בתחילת הזריעה ע"ש ומינה דפטר רחם תלוי באשה משמע דתלוי בלידה.

ובשו"ת שואל ומשיב תליתאה ח"ג ס' נ"ב כתב דעיקר תלוי בלידה ולא בהריון שהרי יכול להתקלקל הזרע וא"כ אם האהובה ילדה קודם הרי בנה הבכור וראיה ברורה מרש"י תולדות מיעקב ועשו שזה שיצא ראשון הוא הבכור דאם אזלינן בתר עיבור יעקב הוא ראשון ע"ש. והגר"א בהגהות קול אליהו כתב לישב דיעקב ועשו מטיפה אחת נולדו כמו שאומרת הגמ' בנדה כ"ז. גבי יהודה וחזקיה בני ר' חייא דשהה ולד אחר חבירו ג' חודשים. ואמרו טיפה אחת היתה ונחלקה וגם כאן אייתי ביעקב ועשו טיפה אחת לכן היות ושניהם ראשית אונו תלוי בלידה ודו"ק. וביערות דבש בח"א דרוש ט"ו כתב דתאומים נולדים מב' טיפות ובשו"ת נוב"י תנינא אהע"ז ס' פ"א דחה דברי דרוש זה והעלה דתאומים מטפה אחת ועיין בדורש ציון דתמה על הפסוקים כי תהינה דבנישואין הקדים אהובה ובלידה שנואה, וע' כלי חמדה פרשת כי תצא שהביא דברי היערות דבש. ונראה לענ"ד להוכיח דאבהות נקראת משעת עיבור ומקום הניחו לי מהשמים להוכיח כן דהגמ' בקידושין סב. האומר לחברו אם ילדה אשתך נקבה תהיה מקודשת לי אינו כלום ואם היתה אשתו מעוברת והוכר עוברה מקודשת. וכן פסק הרמב"ם פ"ז מאישות הלכה ט"ז האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי, שאם היתה אשתו מעוברת הרי זו מקודשת.

דכתב הרמב"ם וסיים ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה לאחר שתיולד כדי להכניס אותה בקידושין שאין בהם דופי עכ"ל ומשמע דרק מדרבנן חוזר ומקדש וכ"כ בשו"ת הרדב"ז ח"א תיד ע"ש וכן משמע לשון הרמב"ם הרי זו מקודשת ע"ש. וכן למדו הנושאי כלים בדברי הרמב"ם דהקדושין הם גמורים וכ"כ ח"מ ס"ק י"ד וכ"כ הרדב"ז ח"א ס' תי"ד ובבנין ציון ס' ק"ח ופרי הארץ ח"א יו"ד ס' י"ז וגור אריה יהודה חיו"ד ס' ס. אמנם יש חולקים וסוברים בדעת הרמב"ם דמקודשת מעכשיו בעודה מעוברת אם היא נקבה חלו הקידושין מעכשיו וכן משמע לשונו שיחזור ויקדשה לאחר שתלד שלא יהיה שום דופי בקידושין ואם מת המקדש ונולדה זקוקה ליבום וכ"כ ה"ה ורי"ו וכן משמע מהראב"ד וע' כנה"ג דהרא"ש כלל ק"ב ס' ומהר"ם בר ברוך ורש"י ואור זרוע ס"ל כרמב"ם. ולפי הרמב"ם דהבת מקודשת על כרחך הוא מכח הזכות שהתורה הקנתה לאב לקדש בתו ומשמע משעת עיבור נקרא אב ויש לו זכות לקבל קידושין משמע מכאן דנעשה אב מעת עיבור הולד.

אמנם בשו"ת רע"א ס' קע"א כתב דלהרמב"ם לא מקודשת מעכשיו ודייק מהלשון אם ילדה אשתך נקבה מקודשת דהיינו לאחר שתלד וגם לפי רע"א. לפי זה יצא דלהרמב"ם דסובר דמעכשיו מקודשת ברור שדין האב נקרא משעת יצירה ולדעת הר"ן ורע"א דס"ל בדעת הרמב"ם דהקידושין רק אחר הלידה או לחולקים על הרמב"ם וס"ל דהקידושין בכלל לא חלין מדין דבר שלא בא לעולם ס"ל דאין שום בעלות לאב על העובר כל זמן שלא נולד והתורה הקנית לאב זכויות בתו רק לאחר לידה. ולפי"ז יצא מחלוקת במקדש ולד אשה מעוברת אם חלו הקידושין עכשיו דאם האב הוא רק משעת הלידה הרי כל זמן שלא נולד הולד אין לו שם אב. ולא יכול לזכות בקדושין ולפ"ז כל זמן שלא נולד אין לו שום בעלות על העובר שבמבחנה למנוע ההפריה, ולהרמב"ם דס"ל דיכול לקדש ולד מעוברת משמע שנקרא אב מעת הריון ויכול לעכב.

ט. **וכן** נמי יש לדון באם פונדקאית האם היא נחשבת אם של הולד כיון שברחמה גדל, או שהאם הביולוגית בעלת הביצית היא נקראת האם. ויש נ"מ גדולה בהלכה דאם הפונדקאית נחשבת לאמו של הולד הרי הולד אסור בקרוביה ובילדי הפונדקאית ואסור באחותו והיות ולאחר הלידה הוא מוחזר להורים בעלי הביציות הרי לא מכיר את אמו ואת אחיו ואחיותיו.

ובגמרא יבמות לז: אמר רבי אליעזר הרי שבא על נשים הרבה וכן היא שבאו עליה אנשים הרבה ואינה יודעת מאיזה מהם קיבלה נמצא אב נושא את בתו ואח את אחותו ונתמלא כל העולם ממזרים ולדעת כמה פוסקים זה איסור דאורייתא ויש כאן ערבוביה באופן שהפונדקאית ישראלית, ואין זה דעת תורה ומשמע דדבר כזה אסור.

ועוד אם הפונדקאית היא פסולה לקהל הולד פסול, ואם הפונדקאית גויה הולד גוי ולא יורש את אביו הישראלי. והיות שכל ההפריה והמאמץ כדי שהזוג יזכו לזרע כשר ולכן צריך לדאוג שלא יווצר מצב שהולד יהיה פסול לקהל או אם הפונדקאית גויה שהולד גוי וכן חשש ממזרות אם הפונדקאית ישראלית נשואה וכל העמל הוא לשוא דהבן ספק ממזר. ומה הועילו חכמים בתקנתם דכל התקנה שרוצים הזוג להפרות כדי שיבנו מולד כשר והנה יצא העגל הזה ולד פגום וגוי לכל הדעות ועלול לפטור את אמו מחליצה שהרי אם ימות אביו ותשאר האשה והבן הזה שהופרה אצל פונדקאית יחשבו אנשים שהוא בנו ויפטרו אשתו מחליצה. וכן אם אחר שהופרה הבן ע"י פונדקאית אביו נשא אחרת וילד בנים, או אשתו הראשונה הולידה בנים באופן טבעי ומת הבן ונפלה אשתו לפניו לחליצה והולד המופרה מפונדקאית חלץ לה בתור אחיו הגדול נמצא שהתיר שומרת יבם לשוק.

ויש לדון אם הפונדקאית גיורת רווקה שהתחייבה לא להתחתן תמורת תשלום הגון וקנסות כך שאין חשש לממזרות אם הבעל יכול לחזור בו. מאחר ושני הצדדים הסכימו לרעיון להשתמש בביצה מופרית הרי זה מהוי כעין שותפין שלא יכולים לחזור בהם באמצע זמן השותפות ולכן אי אפשר לכוף את האשה להפסיד את הביצית היחידה שממנה יכולה להבנות והבעל לא יכול לחזור מהסכמתו.

י. **ולכאו'** הדין דומה למה שהובא בחו"מ קע"ו סעיף ב'. שנים שערבבו פירותיהם או ששכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו ששנים אלו הפכו לשותפין לכל דבר. וכאן נמי כל אחד מהצדדים הבעל והאשה תרמו לביצה המופרית ובזה הפכו לשותפים בביצית ככל דיני השותפות ובדיני שותפות קימ"ל חצר שאין בה דין חלוקה אין אחד יכול לכוף את השני לחלוק כדאיתא בב"ת יא. ובחו"מ ס' קע"א שאם אין בדבר דין חלוקה אין אחד יכול לכוף את חבירו לחלוק והכא נמי אי אפשר לחלק הביצה המופרית.

ולא עוד אלא יש לבצע ההפרי' בלי ידיעתו של הבעל והסכמתו. דנפסק בחו"מ ס' קע"ו סעיף י"ד בשותפין דכשהגיע זמן המכר יכול כל אחד מהם למכור ואין חבירו יכול לעכב דאדעתא דהכי הסכים ע"ש. והכא נמי כיון שהסכימו להפקיד ביצית מופרית והגיע הזמן הרי אחד משלים הפעולה בלי ידיעת השני, וכמו שכתב רש"י גיטין לא. בג' פרקים בודקים את היין. והעמידה הגמ' דבשותפין כשהגיע הזמן יכול אחד למכור בלי ידיעת חבירו וכן נפסק בשו"ע חו"מ ס' קע"ו סעיף יד. אמנם יש לדחות דשם בשותפין כשמוכר אחד בלי ידיעת השני נשארים שותפין ושייך אומדנא דאדעתא דהכי ירדו לשותפות. אבל כאן שהבעל רוצה לפרק השיתוף ולא רוצה להיות אב אפשר לומר שהדין עמו. או דילמא כיון שלבעל אין כח יותר מהאשה בבעלות הביצית ועיקר ההפריה היא באם שמא הדין עימה ואין למנוע ממנה פרי בטן. ויש לדחות דחיי משפחה אינם חזה שותפות ולכן אין לחייב את האב להיות הורה בע"כ נגד רצונו ולכן גם אם הסכים לכך הנסיבות שנוצרו עכשו מצדיקות את התנגדותו. ועוד יש לדון בזה שהתורה הקנתה זכות לבעל בולדות האם זה מדין מזיק. ולכן משלם לבעל כמו דהזיק את רכושו או שהזכות לבעל מכח חיי אישות ולכן בנגפו האשה משלם ולדות לבעל דהגמ' בבא קמא מג. אמר רב פפא התורה זכתה לו דמי ולדות אפי' בא עליה בזנות דאמר קרא כאשר ישית עליו בעל האשה. ופי' רש"י אבועל קפיד, וכתב בעל העמק דבר דהיה צריך לכתוב אבי הולדות ולא בעל האשה ואולי דלא נקרא אדם אב לבניו עד שיולדו. ע"ש. ומשמע דהתורה הקנתה לו כיון שהוא בעל הזרע שיצר הולדות. ע"ש.

וכתב הרמב"ם פ"ד מהלכות חובל ומזיק הל' ב' נחלקו הרמב"ם וראב"ד אם נגפה ומת הבעל דלרמב"ם דמי ולדות לאשה. וראב"ד תמה דדין זה נאמר רק בגר, אבל באשה אם נגפה לאחר מיתת הבעל ליורשיו ע"ש. וכתב הרב המגיד דדעת הרמב"ם דהתורה זיכתה לו רק בזמן שהוא בחיים דכתיב כאשר ישית עליו בעל האשה אבל אם מת אין כאן בעל וחוזר הדין כמו גר. וכתבו התוס' ב"ק מג. ד"ה גרושה דבעל גופיה לא הוה זכי בהו אי לאו דאשכחן דזכו ליה רחמנא ע"ש. ונראה להסביר מחלוקתם דזכיה בוולדות זה חלק מהזכויות שיש לבעל בחיי אישות. ולכן התורה זיכתה לו כל זמן שהוא בעל

בחו״ק אבל משנתגרשה פקעה זכותו ולכן הרמב״ם השמיט דינו של רב פפא אפי׳ בא עליה בזנות דהרמב״ם ס״ל דלא זוכה. ואילו הירושלמי שהביאו התוס׳ כתב בבא על ערוה פטור דלא ראוי לקראותו בעל.

י״א. **והרבה** עמדו על שיטת הרמב״ם למה השמיט דברי רב פפא שאפי׳ בזנות זכתה לו התורה ונראה לישב הרמב״ם על פי מה שכתבו התוס׳ דבעל גופיה לא הוה זכי אי לאו דזכי ליה רחמנא יש להסביר דהיזק ולדות הוא שייך לאשה שנושאת אותם בבטנה ואצלה מתפתחים, רק התורה זיכתה לאב בזמן שהיא אשתו בגדר זכויות האישות אבל כשמת דמי ולדות לאשה דפסקה האישות ולכן נותן לאשה וכן נמי בבא עליה בזנות שאין אישות לא זיכתה לו תורה. והרמב״ם ס״ל שדין נתגרשה כדין אשת הגר שמת שהאשה זוכה בעצמה, ולא מדין זכיה בנכסי הגר שכל הקודם זוכה והיא מוחזקת, אלא מעצם הדין הוו שלה. ולכן הרמב״ם ס״ל שזכית הבעל בולדות מכח קניני אישות ולכן בגירושין פקעה זכותו וכן בעיבור של זנות. אמנם התוס׳ ורא״ש ס״ל דאזלינן בתר בעל הזרע ולכן גם בזנות זוכה הבעל.

ומ״מ גם לפי מה שאמרנו שהתורה זיכתה לבעל בולדות מ״מ היינו בולדות שבאו בדרך הטבע. ובנתעברה באמבטי׳ לכאו׳ אם יש לו וכיה בולדות תלוי במחלוקת הרמב״ם והתוס׳, דלהרמב״ם דזה קנין אישות שייך לומר שהתורה זיכתה לו רק בולדות טבעיות. ולפי התוס׳ דאפי׳ בזנות שייכים הולדות לבועל דאולינן בתר בעל הזרע הכ״נ בנתעברה באמבטיה. וטעמו של הרמב״ם שזכות הולדות מקנייני אישות, היינו מכח אישות ממש והאשה לא יכולה לחייב בעלה לתרום ביצית למבחנה וכן הבעל לא יכול לחייב את האשה כיון שאין זה מחיובי האישות. וגם לתוס׳ מצאנו מחלוקת בנתעברה באמבטי׳ אם הוא נקרא אביו. ומ״מ בנידון דידן דבשעה שהסכימו הבעל והאשה לאמץ תינוק מפונדקאית ותרמו כל אחד את חלקו הבעל את זרעו והאשה הביצית והפקידום במבחנה עד שתמצא אשה פונדקאית ואח״כ יקבלו את הילד הנולד ולגדלו בבית משותף ובחום והרי במצב שנוצר שהבעל נפרד מאשתו הרי אנן סהדי דאדעתא דהכי לא הסכים, תהיה הסיבה מאיזו טעם שתהיה ואפי׳ שהבעל לא צודק, מ״מ המצב העכשוי סותר הסכמתם הקודמת ואי אפשר לכפות עליו להיות אב בעל כורחו.

ועוד, דאפי׳ לדעת הרמב״ם דהתורה זיכתה לאב את העובר, כפי שהוכחנו באומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה מקודשת לי אם הוכר עוברה מקודשת. היינו דווקא בהוכר העובר, ולא מדובר בזרע האב גרידא דבתוך מ׳ יום מיא בעלמא הוא ולכן באופן זה אין לו שום קנין. ואע״פ שהסכמת שניהם לתרום הביצית למבחנה יוצרת שותפות שמחייבת שני הצדדים שאי אפשר להתנער ממנה מ״מ כפי שאמרנו היינו שהשותפות היא בתנאים הקיימים לגדל התינוק בבית משותף אבל כשהתנאים שונו, למרות שהסירוב של הבעל גורם נזק לאשה, מ״מ אי אפשר לחייבו. ואע״פ שבדבר האבד שאדם גורם נזק לחבירו חייב כמו שאמרה המשנה בבא מציעא ריש השוכר את האומנים שבשוכר פועלים להעלות פשתנו וחזרו בהם שוכר עליהם או מטען. וכתב הגהות אשרי שם דהחיוב מדין דינא דגרמי. ונפסק בשו״ע חו״מ ס׳ של״ג סעיף ו׳. וחידש הרמ״א שאם לא שכר עליהם אחרים אין הפועלים חייבים לשלם לו היזקו. ופסק מר״ן בסעיף ה׳ דאם נאנס ומכח זה לא קיים את התחייבותו פטור וכתב הרמ״א בשם תה״ד ס׳ שכ״ט אפי׳ שמע שמת לו מת דמה שהוא כעת מוגבל מכח כוחותיו למלא התחייבותו נקרא אונס. והתה״ד הוסיף דאפילו אונס של אחרים כגון חלתה אשתו או בנו דיכול הבעל לשכור מי שיטפל בהם וימלא התחייבותו מ״מ זה נקרא אונס דאולינן בתר אומדנא דאדעתא דהכי לא התחייב לפ״ז נמי בנידון דידן דיש התחייבות הדדית מדיני שותפות מ״מ כשחל מצב שלא יכול לקיים התחייבותו לגידול משותף במצב שנוצר פירוד ושייך לומר שלא ע״ד זה התחייב.

ואע״פ שיש מקום לומר שמר״ן השו״ע חולק על התה״ד וס״ל דאונס הפוטר הוא רק אונס המקובל אונס הגוף ולא סברות אחרות מ״מ בנידון דידן שהביצית המופרית תושרש בפונדקית נכרית ונמצא זרעו של ישראל במעי נכרית דבר זה יש בו סיבה להתחרט מהסכמתו הקודמת כי המעשה כשלעצמו הוא אסור ולכן גם אם מדיני שותפות חלה השותפות מ״מ כיון דכרוך בזה איסור הבעל יכול לחזור בו מהסכמתו.

י״ב. **ויש** לדון מבחינה הלכתית האם מעשה הפונדקאית מותר לפי ההלכה, שפעולה כזאת לעשות נגד הטבע שהטביע הקב״ה בעולמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד ובזה מקיים מצות פרו ורבו אבל הכא הוא דבק באשתו ומוליד מאשת חבירו. וראיתי בשבט הלוי ח״ג ס׳ קע״ח ס״ק ב׳ דהעלה בפשטות שולד צריך להולד ע״פ

מה שקבעה התורה בדרך הטבע, דודבק באשתו ועי"ז יוצא ולד שנוצר משניהם. ובספר נשמת אדם ח"ד לעניני רפואה הלכות פו"ר ס' ה' הביא בשם הגרש"ז אויערבאך זצ"ל שאסור לעשות דבר כזה שנוגד השקפת התורה וגורם לערבוביה בפרט שיש מחלוקת גדולה אחר מי מתיחס הולד. האם בעלת הביצית או פונדקאית. והרב משנת יעקב ערכין פ"א הל' יא העלה שהולד מתיחס אחר בעלת הביצית, והפונדקאית הוי כמו שולד בקופסה והרש"ז אויערבך מסתפק בדבר בנועם א' עמוד קפו. ובנשמת אדם כרך ד' אהע"ז ס' ה' הביא בשם הגאון הרב אלישיב שליט"א שאסור לעשות כן מעצם הדין, ושהבן מתחייחס לפונדקאית, ואם היא גוי' הבן צריך גירות ע"ש. ובציץ אליעזר חט"ו ס' מ"ה הוכיח דהפונדקאית היא האמא ע"ש. ועיין באבן יקרה ח"ג ס' כ"ט, שדן מה יהיה הדין אם הרפואה תגיע למצב שאפשר להשתיל כלי הולדה מאשה פורי' לאשה עקרה מי היא האם, והעלה שודאי להלכה אסור לעשות כן, ומ"מ אם נעשה הבן שייך לשניה. ובמקור סוטה מג: ילדה שסבכה בזקנה לענין ערלה ושם נשאל לרגל המצאה שדנו הרופאים בשיקגו בשנת תרע"א אודות שלקחו את שלל הביצים מאשה בת בנים והשתילום באשה עקורה וילדה. כותב בעל האבן יקרה, הנני משיב מפני הכבוד כי אנכי רחוק להאמין לקול שמועה זו, אך אם בכל זאת יתאמתו הדברים לכתחילה אסור לעשות כן ואם נעשה הבן שייך לאשה השניה דהיינו הפונדקאית. והסכים עמו בס' צור יעקב ס' כ"ח בד"ה והנה דהעיקר האשה היולדת האם ולא בעלת הביצית הביולוגית. וא"כ לפ"ז כשהבן יחזור להוריו תהיה ערבוביה וספקות הלכתיות ולכן כיון שיש איסור בדבר הבעל יכול להתנגד להמשך ההפריה כיון שעי"ז יתהוה ערבוביה ביוחסין הרי בידו להפסיק. למרות שבעבר נתן הסכמתו לכך יכול לטען עכשיו שאני מרגיש בגודל החומרא והאחריות ברצוני להפסיק את התקלה הזאת. ולכן בנידון דידן שכבר הסכימו בעבר להפריה ע"י פונדקאית וכעת נפרדו יש לקבל דברי הבעל בשב ועל תעשה כדי למנוע האסונות והתקלות העלולות להווצר מבחינה הלכתית ויש לצרף דעת הסוברים שכל שהאשה הופרתה בצורה לא טבעית גם הבן לא מתיחס לאביו כפי שכתבנו.

י"ג. **ויש** לדון בפונדקאית שילדה, האם יכולה לטען הבן הוא שלי ולא רוצה להחזירו לבעלי ההפריה שהם ההורים. ונראה שבמידה שהבעל לא קיים יש מקום לדברים שלה ואע"פ שהתחייבה לקבל תשלום על כך וזה מדין שכירות מ"מ יש לדון בצורת ההתחייבות אם אין לה דין דבר שלא בא לעולם. דהרי מחזירה הבן כשיולד, וכל ההתחייבות רק כשיש הפריה ולפי התוצאות אחוז ההצלחה הוא 1% שרובן מפילות וגרע מאם היתה אשתו מעוברת מקודשת, דשם רוב נשים מתעברות ויולדות ומיעוט מפילות וכאן רובן מפילות. ולכן שפיר הוי דבר שלא בא לעולם גם לדעת הרמב"ם. ובלא"ה יכולה לטעון זה הבן שלי ואי אפשר למכור אותו ואני הסכמתי כי חשבתי שהביציות מתיחסות לאם הביולוגית אבל לאחר שהתברר שזה מתיחס לי אני רוצה להחזיק בו.

ובמקום שהאב בעל הביצית לפנינו נמי יש להסתפק ג"כ אם יכול להפריך לה טענה זו בטענה שהוא בעל הביצית, ולאחר הלידה אני האב. והפוסקים מסתפקים אם מתיחס לאב כגון אם האב כהן, ואם יורש, ואם קיים בזה מצות פרו ורבו, ועיין בשו"ת בר לואי אהע"ז א' ב ובח"מ ס' א' סק"ב ודברי מלכיאל ח"ד ק"צ ובדרכי יוסף אהע"ז ס' א' ס"ק י"ד. ודו"ק. נוסף על כך כתבו האחרונים בשם סידור בית יעקב חדר המיטות שמבאר שאיכות התינוק גדולה באותה מידה שהיתה צניעות אהבה וקדושה בין בני הזוג בשעת הזיווג ודברים כאלו רחוקים מלהתקיים בתינוק מבחנה וגדולי ישראל התנגדו לזה ובראש מר"ן בעל הקהילות יעקב זצ"ל.

י"ד. **סוף** דבר מבחינה הלכתית יש בעיה מי יכול לטעון בעלות על העוברים המוקפאים. והגם שהחוק מכיר בבעלותו של הבעל מדין התחייבות, ויכול להתנגד למנוע המשך ההפריה. אולם מאחר ואם נשאיר אותם במעבדה עלולים להשתיל את הביצית ברחם של אשת איש אחרת, ויש דיעה שהוא נחשב לאבי הבן והוי חשש ממזרות או לכל הפחות אח ישא אחותו לכן עליו לעמוד בכל תוקף להשמיד את ההפריה מכח הזכות שמוקנית לו ע"פ החוק כדי למנוע תקלה זו. ואע"פ שאסור לבצע הפלה והדבר שנוי במחלוקת אי הוי דאורייתא או דרבנן וגדולי הפוסקים דנו בזה עיין שו"ת חיים ושלום ח"א ס' מ' בית יהודה עי"ש ס' י"ד, תורת חסד מלובלין אהע"ז סימן מ"ב שד"ח מערכת א' כלל נ"ב, חקרי לב או"ח ס' נ"ב, ובשו"ת יביע אומר הראש"ל ח"ד אה"ז באריכות ע"ש.

ונאמרו בזה הרבה טעמים לאיסור הפלה אם משום חובל באם וכמ"ש המהרי"ט ח"א ס' צ"ג, עטרת חכמים חאהע"ז ס' א', וע"ע עוד בשם אריה דבי עילאי יו"ד ס' י"ט. ויש כתבו הטעם משום סכנה לאם

ואסור להכניס עצמה לסכנה הרמב"ן הרא"ש ור"ן יומא פ"ב, שו"ת בית שלמה מסקלא קל"ב באריכות. וגם אם האשה טוענת שאין לה סכנה בהפלה אין שומעין לה נגד הגמ' ודברי חז"ל והאחרונים דנו בזה באריכות ועוד חזון למועד. ומ"מ לפי טעמים הנ"ל בעובר מבחנה שהזרע מונח בצנצנת ולא שייך בזה סיכון לאם הדבר יהיה מותר. ויש עוד לצרף דאפי' לדעת האוסרים מ"מ בגמ' יבמות סט: מבואר דעד ארבעים יום מיא בעלמא הוא ואין יצירתו נגמרת פחות מארבעים יום. וכ"כ הרמב"ם הל' תרומות פ"ח הל' ג' ולכן בשעת הדחק כתבו כמה אחרונים להתיר בהפלת עובר פחות מארבעים יום. וכ"כ הבית שלמה חו"מ ס' קל"ב, ותורת חסד אחע"ז ס' מ"ב אות ל"ה, ושרידי אש ח"ג ס' קכ"ז, ושו"ת אחיעזר ח"ג ס"ס ס"ה. והגם דהרב אגרות משה חו"מ ח"ב ס' ט' אוסר, מ"מ בצרוף התקלות שעלולים להיות מהפריה זו אם לא נשמיד אותה ועוד דהבעל עומד וצווח לגנוז ההפריה זו, ויש דיעות דהאשה בעלת הביצית אינה בעלים על העובר ואינו מתיחס אחריה יש למנוע הפריה זו. ואין בזה איסור הריגת עובר דגם האוסרים הריגת עובר הוא מדין שופך דם האדם באדם דמו ישפך והכוונה לעובר שנמצא ברחם אמו ולאו לזה שמונח במבחנה. העולה מהאמור לעיל בצירוף הטעמים והתקלות שעלולים להיווצר מהפריה זו יש לקבל טענת הבעל.

וה' יתברך יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות עד קץ הפלאות.

סימן א': אם יש מצוות עשה בקידושין

א. בו יבואר דעת הרמב"ם פ"א מהלכות אישות הלכה א' שיש מצוות עשה לקדש אשה וילפינן "מכי יקח" ולכן המקדש מברך קודם כמו כל המצוות. והרא"ש פליג, דהמצווה היא שיהיו לו בנים ויכול לקיימה בפלגש. והרמב"ם לשיטתו דפילגש אסורה להדיוט.

ב. דעת הירושלמי שפלגש צריכה גט ומביא תשובת הר"ן שפלגש לא צריכה גט. ובדין פלגשו של מלך.

ג. סובב הולך על מחלוקת הרמב"ם והרא"ש באיסור לאו דקדשה דלהרמב"ם כל מי שבועל שלא לשם קדושין לוקה משום קדשה. ולרא"ש רק מופקרת.

ד. דן בדברי הרא"ש שאין איסור פלגש בהדיוט וכופין אותו להוציא משום שבושה לטבול. ובאיסור ייחוד פנויה שגזרו בי"ד של דוד המלך.

ה. דעת הרמב"ן דאין איסור פלגש אפי' מדרבנן ומביא תשובת תעלומות לב ח"ב סי' י"ב בעניין סוחרים נשואים שהולכים למקום רחוק ומיחדים נשים דאסור להם לשאת אותן ע"פ החוק.

ו. הוכח יוכיח שיטת הרמב"ם שיש מצווה בקדושי אשה ודן בברכת אירוסין אם ברכת המצוות או ברכת השבח. ונ"מ אם חתן יכול לברך בעצמו.

ז. מקשה על הרא"ש דיכול לקיים מצוות פו"ר בלי קדושין ממה דקימ"ל כלה בלי ברכה אסורה לבעלה, הרי לא צריך קדושין ומפלפל בדעת הרמב"ם.

ח. דן בברכת המצוות עובר לעשייתן, ובקושיית רע"א מפסחים ז' כל המצוות מברך עובר לעשייתן חוץ מטבילת גר הרי יש ברכת אירוסין לראב"ד דמברך אח"כ.

ט. דן בדברי הרא"ש כתובות דמקיים פו"ר בפלגש ומוכיח דברכת אירוסין היא ברכת השבח ויכול לברך אח"כ דרק בברכת המצוות יש דין וחיוב לברך קודם ומפרש דנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד אם ברכת אירוסין, ברכת המצוות או ברכת השבח.

י. דן במחלוקת הרמב"ם והרא"ש לעניין ברכת אירוסין מתי מברכה, על מי מוטלת ברכה זו ואם בעי כוונה ככל המצוות דבעינן כוונה.

יא. עוד נ"מ אם מברך ברכת אירוסין בקדושי חרש וכן בקדושי קטן וטעם הספק אם ברכת אירוסין ברכת המצוות או השבח.

יב. דן בדברי הרא"ש לחלק בין ברכת אירוסין שיכול לברך בלי כוס לברכת נישואין רק עם כוס ומביא דברי פני יהושע על מה נהגו דמקדש לא טועם.

יג. בדעת הרמב"ם דברכת נישואין הוי ברכת המצוות ומקשה היכן מצאנו ברכת מצוות שמברכין אותו שבעה ימים והעלה כדעת הר"ן דגם לרמב"ם הוי ברכת השבח.

יד. מחלק בדברי הרמב"ם בין ברכת אירוסין לנישואין דבנשואין הוי ברכת השבח ומחלק בין כוס אירוסין לנישואין לישב דברי מר"ן בשו"ע סי' ק"צ.

טו. דן בחיוב שתיית כוס של ברכה ואם סגי במה שחתן וכלה טועמים ודן על מנהג ישראל בנשואין ובברית.

סימן ב': רצון הבעל והאשה בקדושין.

א. דן בדברי הגמ' בב"ב מח: תליוהו וקידשה ותליוהו וקדיש ובדעת הרמב"ם שמהני דיכול לגרש אם לא רוצה ומבאר שם דהרא"ש כתב והוא שיאמר רוצה אני.

ב. מביא דעת הנתיבות בתליוהו וזבין אפילו לא אמר רוצה אני מהני ודעת הרמב"ם פ"א מגזילה דבעינן שיאמר רוצה אני מחלק דהא דבעי רוצה אני לסלק הלאו של לא תחמוד. דעת הרמב"ם פ"י ממכירה אפי' לא אמר רוצה אני סגי סתירה מגזילה מביא קושיית הלחם משנה על הראב"ד דלא הגיה ברמב"ם כמו בקדושין.

ג. המקדש בע"כ דאינה מקודשת אי מדינא או מתקנה מביא דברי אבני מלואים אונס שותה בעציצו ודן

בדברי מהרי"ק באי"א שזינתה דהאיסור הוא המעילה בבעל ובמעשה אונס דלא נחשב למעשה.

ד. דעת בעל העיטור דחולק על הרמב"ם ותליוהו הבעל וקדיש לא הוו קדושין ודן בתליוהו וזבין כשלא אמר רוצה אני אם המכר בטל ואם יש לחלק בין אונס הגוף לאונס ממון כפי שנחלקו הרשב"א והרב ר' מיימון נג'אר בב"י אהע"ז סי' קל"ד.

ה. מביא קושיית הנתיבות בחו"מ סי' ר"ה על הרמ"ה דבאונס לקנות לא אמרינן אגב זוזי הרי כל מוכר קונה הכסף אגב אונסא ומחלק דמי החפץ לא הוי קניין אלא תשלום.

ו. אונס המוכר למכור אם עבר על לא תחמוד. וכשאומר רוצה אני אם מתחלק האיסור קושיית הגרנ"ט על הטור בקניין הכסף ותירץ אשה לא צריכה לקנות.

ז. דן באב שאמר לבתו צאי וקבלי קדושייך איך קונה הבת דן בדעת אחרת מקנה.

ח. מביא דעת בעל העיטור בחו"מ סי' ר"ה אנסוה לקנות לא מהני קושיית הח"מ דהרמב"ם חולק וט"ז מיישב ומחלק בין איש לאשה.

ט. דן בדברי הרמב"ם שלא הצריך רוצה אני רק בגט ומחלק בין חמסן לגזלן מביא דברי הרמב"ם פרק י' מעדות הל' ד' בקרבן ושבועה בעינן לרצונו.

י. מביא דעת הראב"ד דבכל אונס בעי רוצה אני לא אמר רוצה אני בטל המכר דאי עביד לא מהני ולכן מתמיה ה"ה למה צריך רוצה אני בקדושין חרי אין לא תחמוד והרמב"ם פליג.

יא. דן בספקו של הפני"י אונס ורצון ביחד האם חשיב אונס או רצון מביא מחלוקת הפני"י וההפלאה ומוכיח דהוי רצון.

יב. מביא את הרמב"ם בפי"ב מגירושין ה"ב דכל שמקיים מצוות התורה ע"י כפיה חשיב לרצונו. ובשערי חיים מחלק באונס שגירש כופין דיש עליו לאו שלא יוכל לשלחה כל ימיו, מדין שעבוד אישות.

יג. מחלוקת בעל העיטור ורשב"א באונס לקנות דהרשב"א חולק על בעל העיטור וס"ל אם אונס למכור מהני כ"ש אונס לקנות דבקנין בעינן שהקונה לא יגלה התנגדות כמו עובדא דרב ענן שקיל בידקא. מחלוקת רמב"ם וראב"ד אי בעי רוצה אני.

יד. מביא דברי יד המלך פי"ד דאישות דמיישב מחלוקת הרמב"ם וראב"ד אי בעינן באונס מוכר רוצה אני ודן בדין לא תחמוד לאינשי לא שמיע להו וכן במחלוקת הרמב"ם וראב"ד אי בעי רוצה אני.

טו. דן בדברי הגרנ"ט שהקשה על בעל העיטור בתליוה וקדיש לא מקודשת מתקנת חז"ל תיפוק ליה דלא קנתה הכסף ומעיקר הדין לא תהיה מקודשת. כתב לחלק בין קדושין למכר ע"פ הר"ן.

טז. דן בדעת האשה בקדושין דהרי בכל קניין צריך דעת מקנה וכתב לחלק בין מאמר לקדושין. שערי יושר הוכיח דבעי דעתה בקדושין מסוגיא דף י"ב. קידש בצפתא דאפא.

יז. דן בדברי הר"ן דאשה מפקירה עצמה והבעל פועל בקדושין מדין כי יקח מביא קושיית רע"א בראה המציאה ונפל עליה בדברי נמוקי יוסף דרק בקניין דרבנן אמרינן גלי דעתיה אבל בקניין דאורייתא קנה ומיישב.

יח. מחלק בין מקדש בפחות משו"פ לנפל על המציאה דן במה שהביא חו"מ סי' ר"ה אנסוהו למכור המקח קיים ודעת מחנה אפרים דאם המוכר קבל כסף קודם, הוי רצון מיישב הסוגיות באיסור לא תחמוד.

סימן ג': קניין כסף בקדושין:

א. מסביר דקניין בעל באשה שונה משאר קניינים דעת הפני"י בסוף האומר דקדושין לא תפסי באי"א דכבר קנויה קושיית האבני מילואים על הפני"י וישוב החזו"א.

ב. מסביר סדר המשנה בכסף שטר וביאה דן בקניין

כסף דבעינן כסף החוזר ומביא דעת אחיעזר דבקדושין הכסף מהוה קניין משא"כ בשאר קניין הכסף הוא תמורת השווי.

ג. מביא מחלוקת סמ"ע וט"ז בחו"מ סי' ק"צ האם כסף קדושין הוא כסף קניין או שווי המקח דקניין כסף ילפינן משדה עפרון ושם היה שווי המקח ובמחלוקת זו נחלקו הקצות והנתיבות בסי' ק"צ ושם מביא דברי המנ"ח דיעוד דמהני באמה עבריה רק אם נקנית בכסף ולא בשטר.

ד. דן בדברי הפני"י בשווה בשוה כסף ככסף בקדושין מחלק בין שאר קניינים דהוי שוה החפץ אין הבדל אבל קדושין זה קניין ולא שייך סברא דשווה כסף ככסף ומיישב בזה סתירת הרמב"ם מקדש במלווה לא מקודשת קונה חפץ במלווה מהני.

ה. דן בהא דקימ"ל כשמואל במקדש בפחות משווה פרוטה שמא שוה פרוטה במדי למה בקניינים לא אמרינן כן. דן בדברי המרדכי שהקשה על הגמ' דאשה לא נקנית בפחות משוה פרוטה דגנאי הוא לה תיפוק ליה שכל הקניינים לא נקנים בפחות משווה פרוטה והוכיח דקדושי פרוטה מדין ממון ופחות משוה פרוטה לאו ממון.

ו. דן בדברי המח"א הלכות גזילה בגזל פחות משווה פרוטה ולא נודע לבעלים שימחלו אם חייב להחזיר ומנחת חינוך מסתפק אם גנב לחש"ו דלאו בני מחילה נינהו. מביא דעת רש"י אף דלא עבר על לאו איסורא מיהא איכא דן בדברי הש"ק חו"מ סי' ק"צ בקנה חפץ בהלוואה דלא מועיל נגד סברת הרמב"ם.

סימן ד': האם צריך הבעל לומר לאשה התקדשי לי בזה.

א. דעת רש"י כסף קדושין נותן לה כסף או שוה כסף ואומר לה התקדשי לי אבל הרמב"ם כתב שצ"ל התקדשי לי בזה ותולה המחלוקת כמו בגט אם צריך לומר ודן די יהוי ליכי מנאי ודייקו מרמב"ם ז"ל שאם לא אומר בזה זה כאילו אומר לה במה שהתקדשת לי קחי את זה והרמב"ם לא הזכיר בשטר שיאמר בזה.

ב. מביא מחלוקת התשב"ץ סי' מ"ג ומבי"ט דאם לא אמר בזה יש מחלוקת אם מקודשת והביא משחא דרבוותא דאם לא אמר בזה מקודשת ושונה מאם לא אמר לי.

ג. דן בדעת רש"י שלא צריך לומר בזה ומ"מ בקדושי ביאה צ"ל בביאה זו. דן במחלוקת רמב"ם ורש"י דלרש"י רק בביאה בעי ביאה זו אבל לא בקדושי כסף ורמב"ם מצריך בקדושי כסף.

ד. מביא שיטת הירושלמי שהביא הכסף בקדושי שטר אם השטר פסול מקודשת מדין כסף ומוכיח דבשטר לא בעינן שווה פרוטה. דן בדברי תו"ס ב"מ דף מ"ז. דכל מקום דבעי נתינה בעינן שווה פרוטה והגם דלגבי תרומה חיטה אחת פוטרת כל הכרי מ"מ נתינה בעינן בפרוטה.

ה. מביא שיטת רש"י דכל שטר פסול דעתה של האשה מדין כסף ודן בכסף דקיץ ודן אם בשטר נמי בעי פרוטה דן בדברי הקצות סי' צ'. להרי"ף דס"ל עד חתימה כפי שכתב הר"ן בפי המגר"ש.

ו. דן בדברי הירושלמי במקדש בשטר ונמצא פסול דמקודשת מדין פרוטה האם מדין דהוי כאומר לה התקדשי לי בשטר וכסף או כל שאומר התקדשי לי ורצתה הרי גילתה דעתה דבכל אופן שיחול מהני ודן במחלוקת חכמים ור"מ בהתקדשי לי בשטר שלחכמים שמין הנייר.

ז. מביא דעת המאירי דבשטר פסול מקודשת מדין כסף רק באומר לה כן אבל סתם לא והוכיח דבקדושין בעי שיאמר לה בפירוש כמו במקדש באיסורי הנאה דלא מקודשת אע"פ שיכולה להנות שלא כדרך הנאתן.

ח. דן במתנה ע"מ להחזיר מחלוקת ראשונים האם לא חלו קדושין מהתורה או מדרבנן ודן במקדש בדבר המועיל ולא מועיל דלא מהני לרשב"א וא"כ מלווה פרוטה למה מהני וכתב לחלק דשם דעתה אפרוטה משא"כ במתנה ע"מ להחזיר.

סימן ה': קדושין במחובר וטלי קדושייך מעל גבי קרקע.

א. דן בדברי התו"ס שאפשר לקדש בקרקע ופיסול מחובר זה מדין שטר הביא דעת בעל העיטור דכשם שלא מתגרשת במחובר כן לא מתקדשת במחובר אפי' בתורת כסף מביא דעת בעל המקנה שרוצה ליישב דברי בעל העיטור.

ב. הביא דברי הרשב"א דהוכיח מתוספתא מקדש באורה ופירותיה בעיר הנדחת לא מקודשת, משמע במחובר מקודשת דן בדברי הגמ' למה אין כותבין במחובר דבעינן ספר ודין זה רק בגיטין ולא בקדושין.

ג. המקנה מוכיח כהרשב"א דמהני מקדש במחובר ממה דמקדשה בשט"ח דאחרים דהוי שעבוד קרקעות ובדין כתב על יד של עבד לפי בעל העטור עבד הוקש לקרקע מיישב במציאת מטלטל.

ד. מביא קושיית רע"א מסוגיא בב"ק י"א. דעבדא כמקרקע ומ"מ אין כותבין פרוזבול על עבד. וכן מטלטלין נקנים אגב קרקע ולא אגב עבדים ותירצו תו"ס דלכל מילי דרבנן עבד לא כקרקע ורשב"ם פליג שעבד כקרקע ומ"מ בע"א לא סומך דעתו על עבד דיכול להעלימו.

ה. דן בקניין עבד דנקנה במשיכה ואם כמקרקע למה תועיל משיכה וכתב לחלק דלעניין מילי דרבנן הוי כמטלטלי ומוכיח דקניין אגב דרבנן.

ו. מביא ראשונים רשב"א ור"ן דמקדש בקרקע בתורת כסף מהני ורק בתורת שטר לא מהני. מביא טעם פיסול גט במחובר חסר בנתינה. מביא תשובת הרשב"א דמכשיר מחובר בקדושין בתורת שטר.

ז. מיישב דברי הרשב"א דאיירי בשטר ראיה ולא בשטר קניין כמו גט. עוד חידש דשונה גיטין לקדושין, דקדושין מקודשת בתורת טובת הנאה לכן כל שיש לה הנאה מקודשת אפי' מחובר.

ח. דן בדברי הרמב"ם שלא הזכיר בפ"ג דאישות פיסול מחובר והוכיח מרמב"ן דכותבין על חרס או נייר או בכל דבר, משמע אפי' מחובר שרי מביא דעת המקנה ליישב דעת הרמ"א דמחובר בקדושין מהני אפי' בתורת שטר.

ט. מביא דעת הרב בני אהובה פ"ג הל' ג' ותשובת הרשב"א דמכשיר נמי מחובר וכתב דיש שני סוגי מחובר כתבו על המחובר ונתנו לה דלא הוי נתינה כתבו על מחובר וקצצו ונתנו לה, זו נתינה ובגט הוי מחוסר קציצה דלא מהני, אבל בקדושין מהני.

י. דן בין מחובר דאורייתא למחובר דרבנן כעציץ שלא נקוב ובזה יש ליישב סתירת הרשב"א במחובר וקושיית הרשב"א על בעל העיטור מעיר הנדחת היינו במקדש בהנאה.

יא. מקדש בקרקע אי בעי מיטב ואי מהני בפחות משווה פרוטה לדידי שווה לי ודין לקדשה מבינונית ודן בקדושי קרקע בחזקה.

יב. דן אי בקדושין יש חסרון של טלי קדושייך מעל גבי קרקע הביא ראיה התקדשי לי במנה תנהו על גבי סלע אם היה שלה מקודשת וכתבו התו"ס דלא מדין חצר וכתב לחלק בין קדושי כסף לקדושי שטר דאיתקש ליציאה דלא מהני הביא הרבה פוסקים דמהני טלי קדושין.

יג. הביא דברי העונג יו"ט ס' קל"ו דבקדושין לא הוי חסרון של טלי קדושייך מעל גבי קרקע והוכיח דבקדושין לא בעינן נתינה דלא גרע מהנאה ודן בראיה מתנהו על גבי סלע דאיירי שזרק לחיקה, אבל אם הרימה מהקרקע לא מהני.

סימן ו': קניין חליפין בקדושין.

א. דן בפירוש הגמ' חליפין איתנהו פחות משווה פרוטה מביא דברי הגמ' בנדרים מ"ט. בקניין סודר אי תפיס לא מפקינן מיניה דן בדברי התו"ס ריד למה לא מהני חליפין באשה ובש"ג מחלק בין אם מקנה הסודר או מתחייב ע"י קניין סודר ומהרי"ט האריך ליישב דברי התו"ס ריד.

ב. מביא דעת מהרי"ט דבקניין סודר יש שני דינים דע"י קניין סודר מתחייב לקיים המקח והביא דברי האבני מילואים ליישב דברי תו"ס ריי"ד על פי דברי הסמ"ע בחו"מ ס' ק"ץ דכסף הקונה הוא תחילת הפרעון.

ג. דן בדברי תו"ס ב"מ דף מ"ו. חליפין שווה בשווה לכאורה מהני ותמה על תא דאשה לא נקנית בחליפין מי גרע ממקדש בשטר ונמצא פסול מקודשת מדין כסף הכא נמי כיוון דיכולה לתפוס הסודר ולא תחזיר יועיל מביא דעת ר"ת דלומד מהפסוק על הגאולה ועל התמורה שלף איש נעלו שלשה קניינים נפרדים

ד. דן בדין קניין חליפין בעבד כנעני לעניין הפקעות ממון ולא הפקעות איסור והביא קושיית הקצות בס' ק"צ סעיף ג' והנתיבות דחידש בחליפין שווה בשווה לא צריך כלי לרב נחמן.

ה. מביא דברי שערי יושר שדן בדברי הר"ן שאשה לא פועלת ותמה עליו דסוגיות מפורשות דבעי דעתה וחידש דכסף ושטר הם עושים הקניין ולכן סגי בהסכמתה גרידא.

ו. דן במחלוקת רש"י ותו"ס דאשה בפחות משווה פרוטה לא מקניא נפשיה דן אם חליפין קניין חדש שונה מכסף תיפוק ליה דלא הוי קניין כסף ולא ילפינן משדה עפרון ודן בכסף החוזר בקניינים.

ז. הביא דעת הב"ש סי' כ"ט ס"ק ב' שכתב בשם הרש"ק קידש אשה בטבעת והטבעת הקנה לה בקניין סודר מקודשת ודן אם הטבעת נקנית ע"י קניין אם מהני וה"ש דן בהקנה לה מנה ע"י קניין סודר לא מקודשת והאריכו בזה הבית מאיר דהוי מקדש במלווה והניח משכון דלא מהני.

ח. המקנה תמה על מהרש"ך דס"ל דאם הקנה לה החפץ בקניין סודר מהני והאריך בזה דלמדנו משדה עפרון רק קניין כסף ולא קניין אחר. ודן לגבי הנאה והעלה דכל שמחזירה לא הוי הנאה מביא מחלוקת רמב"ם וראב"ד אם עבד כנעני יוצא בחליפין.

סימן ז': קניין חליפין בעכו"ם.

א. ר"ת היה נוהג לקחת קניין סודר בעכו"ם ושולח על ידו הרשאה והביא מרן בב"י ס' קכ"ג מהרשד"ם חולק וס"ל דעת ר"ת דיעה יחידה וכ"כ הש"ך לתמוה על הפוסקים כדעת ר"ת דהלכה זו לא הוזכרה בש"ס והעלה דאין קניין.

ב. דן אם בעכו"ם יש קניין אגב וכן לפי תו"ס בב"ק י"ב קניין אגב דרבנן איך יפקיעו קדושה בכורה והביא תו"ס בב"ק ק"ד דס"ל קניין אגב דאורייתא וכן דעת הריטב"א. דן בדבר החוזר כגון מתנה ע"מ להחזיר שאלה ופקדון לא תקנו קניין חליפין כ"כ הקצות קצ"ה ס"ק ח'.

ג. מביא דברי הש"ך דהאריך בדין זה אם יש קניין חליפין בעכו"ם וסתם מהסס והאריך בדברי האחרונים שתמהו עליהם. מביא דברי בעל קהילות יעקב לר' יעקב אלגזי דהוכיח דקניין חליפין מהני בעכו"ם ודן בקניין חליפין שווה בשווה דמועיל. הביא דברי הרמב"ם דעבד עברי נקנה בחליפין ולא קונה עצמו בחליפין והראב"ד תמה עליו.

ד. דן בדברי תו"ס דס"ל דכל מקום דכסף קונה חליפין נמי קונה אבל הרמב"ם מחלק בפ"ה מהלכות עבדים ועי' חושן אהרן חו"מ סי' קכ"ג ודן בקניין חליפין האם כשאר קניינים או מטיל התחייבות לקיים הקניין. דן בדברי התו"ס קדושין דף ג'. שצריך להזהר שלא יכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות לעכו"ם.

ה. דן בקניין כסף ומשיכה מה מועיל בעכו"ם לעניין להפקיע איסור בכור דן במחלוקת רש"י ותו"ס קדושין ט"ו: דעכו"ם בחדא האם מעות או משיכה דזה תלוי במחלוקת ר' יוחנן ור"ל מביא דברי הכתב סופר דמחלק בין ישראל מעכו"ם או עכו"ם מישראל.

ו. הטור הביא מחלוקת רש"י ור"ת לכן כדי לצאת ידי שמים יעשה הגוי מעות ומשיכה או ישראל יקנה לו מקום שהבהמה עומדת שם ומשם יצא לדון אם יש קניין חצר לעכו"ם ואם הפקר פוטר מבכורה.

סימן ח': זכויות האב בשבח נעורים.

א. מבאר מחלוקת רש"י ותו"ס לרש"י זכות הוא בעלות לתו"ס זכות הוא ממונות מביא הירושלמי דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין. והוכיח הריטב"א דזכות האב לקדשה בע"כ זכות של בעלות.

ב. מביא ספקו של רע"א על דברי הגמ' מסתברא אביה מקדשה והיא תקבל כספה, אך הפוך כן אפשר לומר

מידי דמעשי ידיה אביה זוכה ממנה ודן האם במעשה ידיה עובר ישר לאב או היא זוכה קודם.

ג. מסביר דברי הרשב״א באומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושייך שנאמרו בי תירוצים במה שהיא מתקדשת שקונה כסף קדושין בדעת אחרת ואביה קונה ממנה או ישירות האב קונה ושם מוכיח דלתירוץ א׳ אב זוכה ממנה ומוכיח שזו דעת הרשב״א וריטב״א.

ד. דן בזכות האב במציאתה ומעשה ידיה ומה שזכאי במציאתה משום איבה ונחלקו רש״י ותו״ס האם איבה של מזונות או שלא ימסור למוכה שחין נ״מ אם לא ניזונית ועוד נ״מ בארוסה מביא דעת הרמב״ם בזה שאפי׳ ארוסה מעשה ידיה לאביה.

ה. דן במתנה שנתנו לה האם שייך לה או לאביה מביא ראיית הב״ש בקדשה במנה אע״פ שמקודשת בפרוטה והמותר לאב ויש לדחות הכל במסגרת הקדושין כמ״ש המקנה וטיב קדושין ומביא שם כמה הוכחות דמתנה לאביה כפי שהוכיחו מתו״ס ב״מ דף י״ב.

ו. הביא דברי האבני מלואים דתלה זכות האב במתנה אם יכול לזכות עירוב ע״י בנו ובתו הגדולים מביא הוכחת הקצות בסי׳ ע״ר דאב זוכה במתנה שנתנו לבתו. מביא תמיהת נתיבות המשפט שם על הקצות ומביא דעת הרמב״ן שאב מזכה ע״י בתו הגדולה דלא שייך איבה כל שהוא מקנה לה.

ז. מביא דברי הרב מלא האבן בסי׳ ל״ז דתלה זכות האב במתנה במחלוקת רש״י ותו״ס בפי הגמ׳ ב״מ י״ב. מהיכן לומדים ושם דן אם האב נתן מתנה לבתו אם זכתה הבת או לא.

ח. מסתפק בזכויות האב לגבי קדושי עובר מביא ירושלמי דבת יום אחד מקודשת ושם מביא מחלוקת החי״מ והב״ש בקדושי נפל.

ט. מביא דברי הרמב״ם פ״ז מאישות הלכה ט״ז במקדש עובר מקודשת ושם יש מחלוקת אם חלות הקדושין עכשיו או כשיולד ופשטות מקודשת מעכשיו ודן בדברי הרא״ש אם בהיותו במעי אמו חלו קדושין או לא.

י. דן בדברי הרמב״ם האם בזמן העיבור מקודשת ודאי או ספק מביא הרבה פוסקים בדעת הרמב״ם מקודשת ודאי. בבני אהובה משמע דהוי ספק דעת פני״י בסוגיא מביא קושיית ח״ח ונ״א דא״כ מצאנו חמותו ממאנת ויישוב הגר״ח הלוי מבריסק זצ״ל דעריות רק ביציאה לאויר העולם.

סימן ט׳: קניין חופה בקדושין.

א. מביא מחלוקת הגמ׳ מנינא דרישא למעוטי מאי ולרב הונא חופה קונה ונחלקו הראשונים אם לפסוק כרב הונא ר״ח פסק כרב הונא דחופה קונה ומר״ן הביא דעת הפוסקים שחופה לא קונה בסתם ודעת הר״ח בי״א והרמב״ם לא פוסק כר״ח.

ב. שם מביא דברי הפ״ת דהעיר מתו״ס יבמות נ״ז. דבחופה לבד הוי רק ארוסה והוכיח מביאה דעדיפא מחופה והגמ׳ העלתה דביאה ושם דן בגדר חופה האם כניסה לרשות או יחוד ודן בגדר החופה האם הוי קניין או גמר קניין.

ג. הר״ן הוכיח דלדעת הרמב״ם אשה לא נקנית בחופה מביא דעת מר״ן בשו״ע שפסק כסתם וחשש לדעת הרמב״ן דפסק כר״ח דן למ״ד חופה קונה האם בעי אמירה כמו בקדושין לר׳ עקיב״א צריך אמירה והביא דעת האבני מלואים דאפי׳ אומר מכניסה לחופה לשם נישואין לא הוי אלא ארוסה.

ד. מביא קושיית שער המלך בחופת חתנים סעיף ט׳ למ״ד חופה קונה למה המשנה בגיטין פ״א. במגרש את אשתו דאוקמה בעדי יחוד הן הן עדי ביאה תיפוק ליה בעדי יחוד לבד דחופה קונה. ועוד הקשה לפי שיטת הרי״ף דס״ל העראה לא קונה בקדושין אבל גומרת דביבמה קונה דכבר מקודשת.

ה. מביא דברי רע״א בב״מ בראה את המציאה ונפל עליה דגילה דעתו שלא רוצה לקנות בדי׳ אמות וחידש הנוב״י דרק בקניין דרבנן אמרינן כן ולא בקניין דאורייתא ולכן הסתפק בקידש בפחות משווה פרוטה תחת החופה יועיל מצד קניין חופה דשניהם רוצים בכך להתקדש מביא דעת הדברי חיים סי׳ ו׳ דמחלק בין מציאה לקניין.

ו. דן בחופה הראויה לביאה אם קונה או לא דלרמב"ם בפ"י מאישות הלכה ו' אם היא נדה לא קונה מקשין עליו מיש חופה לפסולות ומביאה הג"ה אשרי דמחלק בין ידע לכתחילה שהיא נדה ללא ידע ולכן בפסולות יש חופה דידע.

ז. מסביר דעת הרמב"ם דחופת נדה הרי היא כארוסה ומקשה הר"ן הרי יש חופה לפסולה וכתב דרק לגבי תו"ס הגמ' דנה מביא דברי הבני אהובה סי' הל' ב' דמיישב דעת הרמב"ם מביא תשובת הרא"ש בנותן מתנה לבתו אם תינשא אחרת יזכה התקדש והכניסו הבת באלונקה לחופה העלה דלא קונה.

ח. מביא דעת המשפטים ישרים סי' ל"ה בדעת הרמב"ם בחופת נדה ושער המלך מחלק בין נדה שיש לה זמן ליטהר לתשובת הרא"ש באשה שנכנסה באלונקה דחופה לא קונה ובתשובת חכם צבי קכ"ד נחלק וס"ל דבתשובת הרא"ש הערימו על התקדש והביא דברי הפ"ת בס' ס"א ס"ק ח'.

ט. דן בתשובת רע"א תנינא סי' נ"א בחתן חולה וכתב לחלק בין איש לאשה והביא תשובת רבי יהודה דרק בחולי האשה יש מחלוקת אם באיש חולה דהסכימה האשה להכנס עמו ולא נרתעה ממחלתו יורה על אהבתה אליו ושפיר קנתה מוכיח הרמב"ם דמסר האב לשליח הבעל ירושה הרי אף דלא נכנסה לחופה.

י. מביא ספיקו של המל"מ בקטנה פחות מג' שנים אי יש לה חופה מביא מרש"י סנהדרין נ"ה דלא אוכלת בתרומה ואין חופתה חופה כיוון דלא ראויה לביאה וכ"כ הר"ן בקדושין דף י'. מביא דעת השואל ומשיב סי' י"ט קדש נדה בביאה לא מקודשת. ופנ"י חולק ועי' פ"ת סי' מ"ד ס"ק ז'. מחלק בדברי הרמב"ם דחופה שלא ראויה לביאה לאו חופה.

יא. דן במחלוקת הרמב"ם והרא"ש דנכנסה לחופה ופירסה נדה דלרמב"ם כארוסה וכתבו בח"ג רע"א שאחיה משלמא לה וכן כתובתה מאחים ותמיהת הרא"ש והר"ן על הרמב"ם מחופה לפסולות ודן באם קדש חייבי לאווין בביאה אם תפסו קדושין.

יב. דן בדברי הנוב"י אם קדש חייבי לאווין בביאה דהשואל כתב קדושין תופסין בחייבי לאווין דווקא בקדושי כסף ושטר ודחה דבריו דא"כ הגמ' תעמיד ני"מ בין אביי לרבא ודן בשוחט בשבת והגאון רע"א ס' קע"ד בפ"ת יו"ד ס' רס"ו המל בשבת שלא בזמנו אי צריך הטפת דם ודן באי עביד אי אמרינן לא מהני באופן דיתוקן האיסור.

יג. דן במסר האב לשליחי הבעל כתב רש"י דהוי מדין מחילה ותמה בבני אהובה מה שייך מחילה הרי הנכסים ביד אבי האשה ולא שייך מחילה אלא הקנאה ודן בגדר החופה ובפרי אדמה ח"ג דף י"ד כתב דחופה מה שלוקח החתן את הכלה והולך עמה ארבע אמות. דן במנהג שלא עושים חופה דלדעת הרמב"ם חופה שיביא לחתן ביתו. ומנהג הספרדים בזה.

יד. דן בחופה דפסקו הראשונים דנישואין עושה ומתחילין לספור ז' ימי המשתה מחופה ולא מארוסין. מביא מנהג הספרדים דאחר הסעודה יוצא חתן עם כלתו לבית נישואין משם מתחילין ז' ימי המשתה. והעלה כיוון דיש ספק ברכות אזלינן לקולא.

טו. דן בחומרות שנוהגים היום והביא דברי הרב שערי רחמים ס"ס ט"ז שלא זכין מדברי מר"ן ועושין יחוד סמוך כדי שיהיה עובר לעשייתן והביא המחלוקת אם ברכות אירוסין הוי ברכת המצוות או השבח ודעת מרן הראש"ל ביביע אומר ח"ה ס' ח'.

סימן י': לשונות המועילים בקדושין.

א. מביא דברי הרא"ש פרק א' סי' ב' דבעי לשונות ברורים ובלשונות ברורים לא נאמנת לומר לא הבנתי. ובעצמות יוסף הסתפק מה נקרא לשון ברור האם הרי את זקוקתי או גם הרי את זקוקתי. מביא דעת הר"ן דלשונות דהגמ' פשטה דמהני דווקא במדבר עמה על עסקי קדושין.

ב. כשאומרת לא הבינה בלשונות ברורים האם נאמנת כגון הרי את מקודשת לי, מביא מחלוקת הפוסקים בזה. ובשאר לשונות אם מדבר עמה על עסקי קדושין מקודשת. מל"מ מחדש דעסוקין בעסקי קדושין לא שנא שלה או של אחרים ובחיים ושלום כתב דאפילו בעסוקין על עסקי קדושין צריך לומר לי.

ג. מביא הגהות מרדכי דעסוקים באותו עניין אפי׳ פנה אליה בשאלה וכ״כ כנה״ג הגה טור באהע״ז סי׳ כ״ג מביא דברי ריבות דס״ל דמדבר עמה על עסקי קדושין היינו שלה ולא של אחרים.

ד. דעת הרמב״ם עסוקין באותו עניין ונתן לה ואמרה הן. אבל שתקה כשדיבר איתה ולקחה מידו לא מהני הלחם משנה העיר על הכסף משנה דבגט לא כתב הרמב״ם כן דבגט לא בעינן דעתה. מביא פוסקים שעסוקים באותו עניין ונתן בשתיקה מהני.

ה. בחיים לעולם דן באשה שדיברה על עסקי קדושין עם הבעל ונתן לה בשתיקה ועשה ס״ס להתיר הקדושין ספק נתינה בשתיקה לא מהני ואת״ל מהני שמא באמרה היא ונתן הוא דהוי ספק והעלה לא מלאני לבי ודן בעסוקין באותו עניין אם בעינן שהעדים ידעו מזה.

ו. מביא דברי הרמ״א דעסוקין באותו עניין מהני אפי׳ מעניין לעניין והביא מחלוקת איך לפסוק האם כרבי או כר״א בר שמעון ומיישב דעת הרמב״ם.

ז. היה מדבר עמה מביא מחלוקת הפני״י והמרדכי האם בעינן עתה או בפניה מביא בעל אדרת אליהו דכל שיודעת שנתן לשם קדושין מהני אמר לעדים תראו שאני נותן לה לשם קדושין ונתן לה בשתיקה למהרש״ך לא מהני.

ח. היא דברה על עסקי קדושין ונתן לה בשתיקה מהריב״ל כתב דזה תלוי באמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך האם בעינן שיאמר לה אח״כ הרי את מקודשת לי במה שנתתי על פיך רמב״ם בעינן שיאמר כל שלא אמר הוי כנתן הוא ואמרה היא הוי ספק.

ט. דן בדיברה עמו על עסקי קדושין וא״ל הן האם הוי כדיבור מצידו או בעינן דיבור שלם לבושי מרדכי באופן דאשה א״ל אתה רוצה לקדשני וא״ל ברצון ונתן לה בשתיקה כתב דמהני וכ״כ במצוות כהונה ותפארת יעקב שכל שברכו ברכת אירוסין ואח״כ א״ל הרי את מקודשת ולא אמר לי דמקודשת.

י. במקום דלא חלו הקדושין לא מהני שיחזור ויאמר לה אלא בעינן אמירה ברורה שיקח ממנה ויתן שנית. ויש שחילקו דאם קדושין לא חלו הכסף בידה דמהני התקדשי בפקדון שיש לי בידיך.

סימן י״א: קניין שטר בקדושין.

א. בקדושי שטר אם בעינן אמירה כמו בכסף או מספיק נתינת השטר והטעם שכסף שנותנים לכמה מטרות צריך לברר לשם מה נתן אבל בשטר כתוב הכל, מביא דעת הב״ש באהע״ז סי׳ קל״ו דהביא מחלוקת הרמב״ם וטור בנתן גט ולא אמר לה הרי את מגורשת אם מהני כתב דהו״ה בקדושין בשטר.

ב. הבדל בין מוכר שכותב שטר ללוקח לבעל שהוא לוקח כותב שטר קדושין לאשה ומחלק דבקדושין הלכה למשה מסיני כי יקח שטר קדושין ילפינן מגט וכמו שבגט חש״ו פסולים הו״ה בקדושין ואותה מחלוקת שהביא תו״ס אם פסולים מדין לא בני שליחות ודן בשטר קדושין בעדי מסירה בלי עדי חתימה.

ג. דן המקנה בשטר קדושין שמסר לה רק בעדי חתימה ממתי מקודשת האם מזמן החתימה או הכתיבה לחם משנה השמיט שטר קדושין שנמסר בינו לבינה והביא דעת הרא״ש דכתב דהדין של עדיו בחתומיו רק בשטרי הלוואה ומכר ולא בקדושין.

ד. שטר קדושין שכתב בו פלונית מקודשת לי במקום הרי את מקודשת דן בבוגרת שמינתה אביה שליח וכתב בשטר בתך מקודשת לי דלרמב״ן לא מהני מביא מאירי דחולק.

ה. אב שמקבל קדושי בתו בין קטנה בין נערה אם א״ל הרי את מקודשת לי ב״ש ס״ק י׳ כתב לא מהני כמ״ש בדק הבית בשם הרשב״א אלא כותב בתך מקודשת לי שמחת יו״ט סי׳ ס״ו כתב דמהני מביא תשובת רב פעלים ח״ג סי׳ ה׳ שנסתפק בזה.

ו. שטר אירוסין שכתבו שלא מדעתה אם מהני או לא דן אם בעינן דעתו הקשה הרי בגט צריך רק דעת מקנה דהיינו הבעל א״כ בקדושין נצטרך דעת אשה ולא דעתו ולמה צריך דעתו וכתב מדין כי יקח.

ז. כתב שטר קדושין לפני שנודע רצונה אם מועיל דבגט שנכתב לא לשמה לא מהני אפילו זינתה דאשה לא לגרושין עומדת גט מקושר מסתפק בזה דאשה עומדת להתקדש לכן יש מקום שיועיל ריטב״א מדעתה הכוונה בשליחותה בעשה שליח לקדשה נחלקו רמב״ם ורמב״ן איך כותבין השטר.

ח. בשטר אירוסין צריך לכתוב שמו ושמה ומה שאמרה הגמ׳ כתב לו על הנייר או חרס בתך מקודשת לי היינו בתך פלונית מביא שיטת הרמב״ם דלא בעי שמות הבעל והאשה בשטר קדושין ודרכי משה חולק.

ט. קדשה בשטר ונמצא פסול שמין הנייר ירושלמי והביאו הרי״ף וראי״ש פ׳ קמ״א והיא גמ׳ מפורשת לקמן מ״ח וחכמים אומרים שמין את הנייר מסביר למה מהני תו״ס רע״א מסביר הסוגיא לקמן בשטר חוב דאחרים אבל בשטר קדושין אפי׳ שווה פרוטה לא מקודשת וכן דעת הרמב״ם.

סימן י״ב: נתן הוא ואמרה היא.

א. נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן למה לא מדאורייתא נפק״מ אם בא אחר וקידשה המקנה מתמיה מ״מ אם ראשון חלו שני לא חלו.

ב. דן בחיסרון האמירה האם משום דחסר בכי יקח או שהאמירה הוכחה שרוצה לקדשה ובעינן שתבוא מהבעל מדין כי יקח ומביא הריטב״א דבנתן הוא יש ספק דיש לומר בנתינה כאומר לה הילך כמו שאמרת.

ג. מביא דברי הריטב״א דיש לחוש לקדושין דאורייתא מביא רע״א וחמדת שלמה דהתורה חידשה כי יקח שהוא פועל בקדושין והכל סביב סברת הר״ן בנדרים דף ל׳. מסביר קושיית הר״ן דמעמידים אחזקת פנויה כמו בספיקא דדינא.

ד. האבני מילואים מסביר ספק הגמ׳ בשתיקתו ומחלק בין שתיקת האשה לשתיקת הבעל ומביא שכן דעת הרי״ף דהספק הוא על גוף המעשה ולא כפי שפירש הר״ן דהוי ספיקא דדינא מביא חידוש רע״א דבספיקא דדינא לא מעמידים אחזקה דהדין לא ישתנה.

ה. מביא דברי הרמב״ם פ״ג דאישות דלא הזכיר דספיקא דרבנן ומביא דברי הפר״ח ותמה על הר״ן דכתב דהרמב״ם לא הזכיר ספיקא דרבנן הרי לרמב״ם הספק דאורייתא לחומרא מדרבנן.

ו. חילק בין נתן הוא ואמרה היא לכלב רץ אחריה דהוי ספק דאורייתא ותמהו על האבני מלואים דהוי ספיקא דדינא ומביא דברי עצמות יוסף דלא הוי ספיקא אלא חששא ושם מביא מחלוקת אם החשש הוא מדאורייתא או דרבנן.

ז. דן אם הספק נמי בנתנה היא ואמר הוא מביא דברי הר״ן שהביא בעל העיטור מביא שגם תלמיד הרשב״א ס״ל דהוי״ה בנתנה היא ואמר הוא הוי ספיקא. מביא מחלוקת הרא״ש והתו״ס דלהרא״ש באשה שנתנה ואמר הוא לא מקודשת.

ח. בתן מנה לפלוני ואקדש אני לך לכאורה זה דומה לנתן הוא ואמרה היא מביא דעת הרמב״ם דבעינן שיחזור ויאמר לה הרי את מקודשת לי ורשב״א ס״ל כרמב״ם ויש מחלקים.

ט. דן בדברי הרשב״א שכתב בתחילה דהחסרון משום כי יקח ובסוף כתב משום עדים מביא דברי הגרנ״ט דמיישב את הרשב״א דחד טעמא הוא. ויישב נתן הוא ואמרה היא מתן מנה לפלוני ואקדש אני לך מחלק בין קדושין דבעי דעת קונה מדין כי יקח למכר.

י. נתן הוא ואמרה היא מביא ספיקו של הגרנ״ט האם רצון האשה זה תנאי בקדושין או זה גופא מעשה הקדושין מביא מחלוקת בעל העיטור ורשב״א בנתנה היא ואמר הוא מביא כנה״ג דמחלק בין ספק לספיקא דדינא שבו לא אומרים העמד אחזקה.

יא. דן בלשונות גרועים אם השטר כתוב כתקונו וא״ל אותם לשונות בע״פ אם גרע מביא הרא״ש בנתן הוא ואמרה היא אם עסוקין בעסקי קדושין מהני.

יב. מביא דברי השו״ע בנתן הוא ואמרה היא ואמר הבעל הן שמהני מקורו מהרמ״ה מביא בעל הקריית מלך רב שהביא חולקים על הרמ״ה.

סימן י"ג: מקדש בהנאת מחילה מלווה.

א. מקדש במלווה אינה מקודשת בהנאת מלווה מקודשת ושם הביא תו"ס דמחלק בין מלווה למחילת מלווה ואפי' מקדש באותם מעות שנתן לה דמלווה להוצאה ניתנה.

ב. מביא רשב"א ור"ן בשבועות דהילך רק בפקדון ריטב"א בב"מ ס"ל הילך גם במלווה ודעת רש"י דילפינן משדה עפרון דצריך לתת דבר בעין.

ג. מביא דעת הרמב"ם פ"ה מאישות הל' י"ג דלא מקודשת במלווה דאין שום דבר קיים להנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו ועברה הנאתו דייק ב"ש משמע אם המעות בעין מקודשת אמנם מסוגיא לא משמע כן כמו שכתב רש"י ותו"ס רי"ד.

ד. מביא הגמ' בב"מ פי' הזהב דף מ"ו. יש דמים שהם כחליפין לא בקונה במלווה אלא בהנאת מחילת מלווה ורמב"ם לא ס"ל כן.

ה. מביא מחלוקת הרמב"ן ובעל המאור בפרק שור שנגח ד' והי' דהרמב"ן ס"ל אי אפשר להקדיש מלווה כיוון דהוי דבשלב"ע ובעה"מ חולק שו"ע המקדש במלווה אפי' בשטר לא מקודשת הרמ"א אפילו החזיר השטר.

ו. דן בפי' ארווח לה זימניה לפי הרמב"ם דווקא באמר לה בעת ההלוואה ומביא דעת ר"ח ודן אם ר"ח חולק על הרמב"ם או לא.

ז. מביא שיטת ראב"ד דהמעות ביד האשה להחזיר אותם כיוון שהגיע זמן הפרעון והוא מאריך הזמן והרמב"ם ור"ח איירי בעת התלוואה. מביא שיטת רש"י.

ח. הלווה את חבירו ולאחר זמן תבע את חובו וא"ל דור בחצרי עד שאחזיר החוב הרי זה אבק ריבית להרמב"ם והראב"ד השיג עליו דבהגיע הזמן הוי כשעת מתן מעות ושם מביא דעת התו"ס.

ט. מקדש בריבית גמורה אם מקודשת רש"י כתב דמקודשת וקושיית הגמ' על מה שקורא הערמת ריבית אבני מילואים ריבית קצוצה יוצאה בדיינים יכול לתת חפץ אחר. מביא מחלוקת אם מלווה קנה הריבית או לא מביא מח"א דדן בזה.

י. מביא שיטות רש"י דמלווה שונה מגזל ודעת מל"מ במלווה בריבית לזמן ונודע למלווה דאמור לקחת ריבית ורוצה בחזרה את מעותיו לפני הזמן העלה הדין עמו.

יא. מביא אבני מילואים ס' כ"ח דחוב ריבית הוא חוב גמור ומ"מ יכול לקדש בו. רש"י למה הגמ' אומרת הערמת ריבית כיוון דלא קץ ודן במחילת הריבית אם מקודשת ודן מתי נקרא ריבית קצוצה.

יב. מביא שיטת הרשב"א בארווח לה זימנא וקה"י כתב דהוי הנאה דכמה ממון מבזבז כדי לשאת אשה ומביא רשב"א דלא הוי ריבית כיוון דלא החסירה.

יג. דן בארווח לה זימנא ומחלק בין מקדש במלווה לארווח לה זמן מביא ה"ה בהלכות מכירה דהמתקדש בהנאת מחילת מלווה לא מקודשת וכ"כ תו"ס רי"ד.

יד. דן בפורע חובו של חבירו הניח מעותיו א"כ בארווח זימנא ומודר הנאה מחבירו.

סימן י"ד: מתנה על מנת להחזיר.

א. הגמ' בכולם קנה חוץ מאשה שאין אשה נקנית בחליפין מסביר ס"ד של הח"מ דבתרומה לא מהני דן בהילך אתרוג ע"מ שתחזירהו לי אי בעינן תנאי כפול.

ב. דן במתנה ע"מ להחזיר אם המקבל קונה קניין הגוף ויש תנאי להחזיר או לא שיטת הרא"ש וריטב"א דהוי קניין עולם דאל"כ הוי שאול. קצות חולק מגמ' נכסי לך ואחריך לפלוני וחידש הקצות דכל שהתנאי לא מועיל חייב לשלם מדין שכירות ויש חולקים.

ג. מתנה על מנת להחזיר בתרומה יש רק טובת הנאה לבעלים ותקפו כהן ולא מוציאין מידו וצריך להחזיר טובת הנאה לבעלים ודן איך שייך שהבעלים יתנו תרומה ע"מ להחזיר מביא דברי הפר"ח דיכול לתת

פדיון הבן לכהן קטן ודן בטובת הנאה במתנות כהונה.

ד. מביא פ"ת ביו"ד ש"ה ליישב המנהג דפודין במתנה ע"מ להחזיר כיוון שכהנים אין להם ייחוס מביא דברי הגמ' דבכולהו קנה לבר מאשה מוכיח דחייב להוציא כל ממונו לקיים מצווה עוברת הוא לפדות ובנו לפדות ויש רק ח' סלעים.

ה. דן במה שהקשה בשיעורי רבינו שמואל הרי יש חיוב על האב לפדות את בנו ולא שייך מתנה ע"מ להחזיר בפרעון חוב ומביא דברי התו"ס דמהני לדידי שווה לי והעלה שזה מדין מחילה ודן בהילך אתרוג ע"מ שתחזירהו לי דלא בעי תנאי כפול כיוון דיש אומדנא דמוכח.

ו. ודן בדברי הגמ' דהעמידה בכולהו קנה לבר מאשה והגמ' הביאה ראיה מאתרוג ובאתרוג לא כפל התנאי משמע דגם במכר שמתנה על מנת להחזיר קנה בלא כפל ואמאי ומביא ישוב האבני מילואים.

ז. מביא דברי השער המלך פ"ו דאישות דהקשה איך מהני מתנה ע"מ להחזיר בפדיון הרי ליתא בשליחות חילק דבפדיון יש גם קניין ממוני ובזה מהני שליח ותנאי.

ח. מביא מחלוקת ראשונים בהא דאשה לא נקנית בחליפין האם במתנה ע"מ להחזיר לא מקודשת מהתורה או מדרבנן משום שדומה לחליפין.

ט. מביא דעת הרמב"ם במתנה ע"מ להחזיר מעצם הדין לא מקודשת ותו"ס והרא"ש חולקים ומביא נ"מ אם קידשה בכסף ע"מ להחזיר לרמב"ם לא מקודשת וחייבת להחזיר לתו"ס ורא"ש מדרבנן לא מקודשת וחכמים הפקירו הכסף קדושין ואשה זכתה בהם.

י. מביא סברת המקנה דגם הרמב"ם ס"ל כתו"ס וכ"כ קהילות יעקב מליסא דהרמב"ם ותו"ס לא פליגי הח"מ וב"ש משמע ברמב"ם לא מקודשת ולא צריכה גט. ש"ג מצריך גט משניהם ישו"י מיישב שיטת ריא"ז.

יא. מביא שיטת הפוסקים דבקדושין לא מקודשת במתנה ע"מ להחזיר דאיירי בכפל התנאי ולכן חייבים להחזיר ולא נשאר בידה כלום אבל בלא כפל מקודשת דלא צריכה להחזיר וכ"כ הב"ח וכ"כ הרא"ש באתרוג נמי בעינן לכפול התנאי ואם לא כפל המקבל קנה. מביא דעת החולקים דאם מקודשת ומחזירה הכסף.

סימן ט"ו: תן מנה לפלוני ואקדש אני לך.

א. מביא דברי הרמב"ם שצריך לומר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה שנתתי על פיך. דן בהתחייבות ערב האם משום שהוציא הוצאות או משום בהה"א הנאה.

ב. מביא שיטת הרא"ש כשחוזר ומקדש אחרי נתינה לא מזכיר הנאה אלא באותה נתינה דן בגדר ערב ומביא חמדת שלמה אם אמרה תן פרוטה לפלוני אם חשיב כמו שהיא קבלה מקודשת ואם משום הנאה בנתנה פרוטה הנאה פחות.

ג. בהתקדשי לי בכיכר לחם וא"ל תנהו לכלב לא מקודשת מביא הרא"ש שמסתפק האם בדין ערב רק לבן דעת באומר כל הזן לא מפסיד האם הבעל חייב לשלם דעת הפוסקים לא שליחותיה.

ד. מביא קושיית הש"ק בסי' מ' איך מקודשת בתן מנה מדין ערב הרי זה התחייבות ואשה בעינן ממון תירץ מח"א דלרמב"ם בערב נראה דמוציא הוצאות על פיו וכן דעת רשב"ם בב"ת קע"ג וריטב"א דערב הוי כאילו קיבל הלווה כסף מהערב.

ה. רמב"ם בהלכות מכירה פ"א הל' א' דמהני מדין ערב דמשמע כאילו קיבל כסף מהמוכר ישירות בקדושין כתב הרמב"ם הנאה. פני"י תן מנה לפלוני ואקדש מקודשת מדין הנאה שנפטרה מלשלם.

ו. ג' שיטות בהתחייבות הערב דעת תו"ס והרא"ש דהוי כאילו הערב קיבל כסף מהמלווה והעביר ללווה נמצא הלווה חייב ישירות לערב רק יש תנאי כל שיש לו לא נפרע. ולריטב"א בהה"א הנאה וכן דעת הרמב"ם. ודעת הפני"י בהה"א הנאה שנפטרת.

ז. מסביר שיטת התו"ס ורא"ש דהוי כאילו ממון בא מרשות ערב ללווה דן בפרנס במודר הנאה באומר כל

הזן אם חייב לשלם לו.

ח. ב"ש מביא מהרש"ל דמקדשה בהנאה שנתתי על פיך מחלק כשאמר לה התקדשי לי במנה ואי"ל תן לאבא ולאביך לא מקודשת. מאי שנא רש"י שם בערב היא המחילה וכ"כ הרשב"א וריטב"א תו"ס רי"ד גם בהיא התחילה רק באמרה ואקדש אני לך.

ט. דן בדברי רש"י דכל שהתחילה מהני אבל א"ל הרי את מקודשת לי ואמרה תן לאבא וכו' לא מהני הב"ח גם אם הבעל התחיל כל שאמרה הן מקודשת בבני אהובה פ' ד' הביא מחלוקת הראשונים.

י. דן באמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מחלוקת ראשונים אם חייב לומר לה הרי את מקודשת במה שנתתי על פיך ר"ן גם בלי אמירה מקודשת ולא דמי לנתן הוא ואמרה היא דכאן כשאמרה תן מנה הוי עסוקים באותו עניין. דן בגדר האמירה בקדושין.

סימן ט"ז: שיראי אם צריכי שומא.

א. מחלוקת רב יוסף ורבה פליגי באי"ל התקדשי לי בחמישים ושוו חמשים והלכה כרבה דלא צריכי שומא ואם א"ל התקדשי לי בחמשין ושוו חמשין מקודשת וכן פסק הרמב"ם פ"ז מאישות הל' י"ח דמקודשת משעה שלקחה ואם א"ל התקדשי בכל דהו נחלקו רש"י ותו"ס.

ב. באי"ל התקדשי לי בשיראי סתם דאם שווה פרוטה מקודשת דן אם עדים צריכים לדעת בשעת קדושין ודן אם עדים אחרים מעידים ששווה פרוטה אי הוי חצי דבר ושם מביא דעת הרמ"ה וכתב בחדושי ר' שלמה כהן מווילנא זצ"ל דעדים מספיק שרואים הנתינה אבל פרטי הקדושין אם אח"כ מתברר דהוי שווה פרוטה מקודשת.

ג. קדשה בטבעת ונחלקו העדים אם היא מכסף או נחושת מחלוקת מהרש"ם ובית יצחק ומביא דעת התו"ס בב"ק דף ע': דאם ראו כל מה שאפשר לראות לא הוי חצי דבר.

ד. דן במקדש בפחות משווה פרוטה אמרינן שמא שווה פרוטה במדי ואם א"ל התקדשי לי בשיראי שא"ל התקדשי בפרוטה והם פחות אם חיישינן דן בפ"ת סי' ל"א ס"ק ו' מביא דברי פני' דרק בקידש סתם חיישינן שמא שווה פרוטה במדי אבל א"ל התקדשי לי בפרוטה ונמצא שלא שווה לא מקודשת בכלל.

ה. א"ל התקדשי לי בשיראי דשוו חמשים ולא שוו ואמרה לדידי שווה לי והביא מחלוקת בקידש בפחות משווה פרוטה אי שייך לדידי שווה לי.

ו. שיראי לא צריכי שומא ומקודשת משעה שקיבלתם ומביא רמב"ם וה"ה דרק דברים שאשה מתאווה סמכה דעתה דלא צריך שומא אבל בעלמא צריך שומא.

ז. קדשה באבנים טובות ומרגליות כתבו תו"ס דווקא בשיראי לא צריך שומא אבל שאר דברים שאין שומתן ידועה צריך שומא. רמב"ם גם אבנים טובות לא צריך שומא דאשה מתאווה להם.

ח. בדבר הצריך שומא לרבא אם לא שמו אותו בתחילה ושמו אח"כ אם מועיל. מביא מחלוקת ותו"ס ר"י הזקן מוכיח מהרמב"ם דמקודשת משעת הערכה בדבר הצריך שומא ועי' ב"ש ס"ק א' דלרש"י לרב יוסף כל שלא שמו בשעת קדושין אפי' שמו אותם אח"כ לא מקודשת.

ט. קושיית הבית מאיר על רש"י דס"ל דאם לא שמו בשעת קידושין ושמו אח"כ לא מקודשת מקשה מגמ' לקמן נ"ג. מביא בני אהובה דהסביר מחלוקת רש"י והרמב"ם.

י. מביא פוסקים דרש"י ורמב"ם לא חולקים וכל ששמו אח"כ מהני ומקודשת משעת שומא ולא משעת נתינה ומוכיחים מגמ' לקמן שמין הנייר משמע אח"כ.

סימן י"ז: המקדש במלווה והניח לה משכון.

א. גמ' אמר רבא אמר רב נחמן המקדש במלווה והניח משכון אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן מביא סברת רש"י ותו"ס, תו"ס לא מחלקין בין מתנה לקדושין דשניהם לא קנה משכון. תו"ס מחלק בחזרה משידוכין דיש קנסות.

ב. מביא הרא״ש דחיות ואשה נקנית בכסף כל שהניח משכון לא קנתה וכתבו הרמב״ן ורשב״א דמנה אין כאן משכון אין כאן שלא נותן לה גוף המשכון. והמאירי מביא יש מפרשים דדין של מנה אין כאן משכון אין כאן רק בקדושין דבעי קניין כסף אבל מתנה או מטלטלין מהני.

ג. דעת הראב״ד מנה אין כאן משכון אין כאן דלא התכוון להקנות לאשה מנה אלא באמירה בעלמא לכן לא זכתה במשכון רמב״ן אפי׳ היתה התחייבות על ידי קניין לא קנתה משכון לפי דעת הרמב״ן זה דין בקדושין דבעינן קניין כסף וכ״כ בעל העיטור.

ד. מביא דברי התו״ס דנראה דס״ל כדעת הרמב״ן ואח״כ מביא דברי רביעו חיים לעניין מתנה ונחלקו הב״ש והח״מ אם דברי רביעו חיים גם בקדושין ודן אם א״ל אל תחזיר לי משכון עד שאתן לך מנה וכן מביא דעת הרמב״ן קנה במשכון שעבוד מנה לא מהני דאגיד גביה.

ה. מביא דעת הרמב״ם דאינה מקודשת במשכון שחונח לה ומוכיח דס״ל כרמב״ן מביא דברי הקצות בס׳ ק״ץ דאפי׳ זכו במשכון שיעור מנה לא מקודשת דיכול לסלקו בדמים.

ו. מביא דעת רש״י במשכון אין כאן מחלק דבמשכון דאחרים כן מקודשת ושם מביא ב׳ דרכים להסביר מנה אין כאן משכון אין כאן א״ל קנה במשכון שיעור מנה ח״מ מסתפק.

ז. כתב לה שטר על הדינר מביא דעת הרשב״א דלא מהני ואם השטר שווה פרוטה מביא פוסקים דס״ל דמקודשת ומביא דעת הב״ש דהתחייבות בשטר אם הניח לה תמורת המנה מהני.

ח. מביא תשובת הב״ח דס״ל דאם הניח התחייבות בשטר מהני דהוי קונה בגוף המשכון מביא מח״א דרק בפדיון הבן לא מהני שטר אבל בעלמא מהני ולרמ״א כל שא״ל תזכי בגוף המשכון מהני. מביא דברי הקצות בס׳ ק״ץ דמבאר בדעת הרמ״א דמקנה שעבוד במשכון.

סימן י״ח: בעל חוב קונה משכון.

א. הגמ׳ מחלקת בין משכון דידיה למשכון של אחרים שמקודשת כיוון שקנוי לו מדרבי יצחק ושם דן אם רב יצחק אייתי בשעת הלוואה או לא בשעת הלוואה. והאם הקניין מדין גביה או חיוב שמירה.

ב. מביא דברי התו״ס דבע״ח קונה משכון רק לגבי שמירה וכן הוא בב״מ דף פ׳. ורש״י חולק דס״ל קונה משכון גמור.

ג. מביא תמיהת השמ״ק על הראשונים שסוברים לבע״ח קונה רק לעניין שמירה דן בין משכון שמלווה לוקח לזכרון דברים למשכון שלוקח לגובייגא מביא שיטת רש״י בזה.

ד. מסביר בדעת רש״י דחייב באונסין והמשכון קנוי למלווה כיוון דנטלו לגובייגא ריטב״א חולק על רש״י וכתב דהוי שומר שכר.

ה. מסתפק בדברי רש״י דבע״ח קונה משכון האם מותר למלווה להשתמש במשכון ומביא דברי קצות התושן סי׳ צ״ז ס״ק ב׳ דכתב דמותר להשתמש ושם מביא דברי הגמ׳ המלווה על המשכון לא משמט ומביא דברי תו״ס דרבי יצחק אייתי שלא בשעת הלוואה ולכן קני משכון.

ו. מביא דברי הרז״ה דמחלק בין הלווהו על המשכון להלווהו ודר בחצירו דן למה בשעת הלוואה הוי שומר שכר כיוון דיכול לקדש במשכון תרי עדיף לו לקדש בממונו מביא דעת הש״ך דשלא בשעת הלוואתו קונה לגמרי כרש״י.

ז. מביא סתירת הרמב״ם פ״י משכירות כתב דהוי שומר שכר ופטור מאונסין ואילו ס״ג ממלווה ולווה כתב דאם נכנס המלווה ולקח העבוט ונאבד או נשדד חייב הרי דחייב באונסין מביא דברי הקצות בס׳ ע״ב ס״ק ב׳.

ח. מביא דעת מר״ן בח״מ ס׳ ס״ז דשלא בשעת הלוואתו היינו ע״פ ב״ד ומביא דברי המל״מ והקצות דהשיג על מהרי״ט בחינם ודן אם מלווה המשכון בשעת ההלוואה משמט דשלא בשעת הלוואה לא משמט.

ט. דן במשכון בשעת הלוואה אם לגובייגא או לזכרון דברים בלא יגוש ודן במשכנו שלא בשעת הלוואתו אי שומר שכר או אונס ש״ק שלא בשעת הלוואה דהוא גזלן שמשכנו לכן חייב באונסין.

י. דן במחלוקת הראשונים שלא בשעת הלוואה אי הוי שומר שכר או חייב באונסין ואם יכול לטעון קים לי וכן פסק מר״ן דאם נאנס פטור הרי בב״י הביא מחלוקת ויטען הלווה קים לי דהוא חייב דן בעניינו קים לי נגד מר״ן והעלה דיכול המלוה לטעון באופן דנאנס המשכון קים לי כב״י ואני פטור, ע״ש.

סימן י״ט: קידשה במנה ונתן לה דינר.

א. גמ׳ התקדשי לי במנה ונתן דינר מקודשת וישלים דהוי כאומר ע״מ שאשלים. וכ״כ הרמב״ם ושו״ע סי׳ כ״ט. והקשה ח״מ הרי בח״מ יש מחלוקת אי בעי גידרי התנאים ולמה סתם המחבר דבע״מ לא בעי גדרי התנאים ב״ש גילוי דעת לבד מהני מביא קצות בס׳ רמ״ד דכל דתנאי לא מהני והיה מעשה חייבת מדין שכירות.

ב. מביא דעת ח״מ וב״ש דאם לא השלים לא חלו קדושין דיש גילוי דעת מביא רשב״א דבגילוי דעת מכריחים אותו לקיים התנאי זיל סליק בתנאי יכול שלא לקיים התנאי. וכ״כ בדברי חיים במוכר ע״מ למיסק המכר חל רק יכול לבטל בהתקדשי במנה ונותן דינר אם לא נותן לא חלו קדושין.

ג. דעת הרמב״ן והר״ן בגילוי דעת ברור לא צריך גדרי תנאים ומסביר באופן דא״ל התקדשי לי במנה ונתן דינר ע״ד כן הסכימה ומביא דאם התקדשי לי במנה ונתן דינר וזקף השאר במלוה מקודשת.

ד. התקדשי לי במנה ונתן דינר ומחלה לו השאר תו״ס רי״ד וריטב״א דמקודשת אע״פ שלא יכולה למחול פרוטה דכאן כיוון שקבלה ממון אלא יש דין של השלמה מהני מחילה.

ה. הגמ׳ מחלקת בין מנה זו למנה סתם מנה זו דעתה על כל המנה או תירוץ שני בגמ׳ מונה והולך הרא״ש שני התירוצים הם להלכה ריי״ף ורמב״ם פסקו כרב אשי דמונה והולך א״ל מנה זו.

ו. דן באם א״ל התקדשי לי במנה זו ונמצא חסר דינר לא מקודשת כ״כ הרמב״ן אבל במנה סתם ונמצא חסר דינר מקודשת דלא כסיפא למיתבעיה. והר״ן הביא הרמב״ן ודחה סברתו מביא בני אהובה פ״ז מאישות דהרמב״ם ס״ל כדעת הרי״ף דלא כרמב״ן.

ז. באמר לה הדינר החסר יהי עלי במלווה האם בעינן שתאמר כן ושם מחלק בין אמרה הן לשתקה. מביא אבני מילואים דאפילו אמרה הן יש מחלוקת.

ח. התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר או דינר נחושת לא מקודשת וכתב הר״ן דאם האשה ידעה מקודשת. מביא דברי הטור חו״מ סי׳ רל״ב ושם מביא דכל שידעה סברה וקיבלה ולא צריך גם להחליף הדינר של נחושת.

ט. א״ל התקדשי לי במנה שחסר לאחר שא״ל התקדשי לי במנה ונמצא אחד חסר האם אמרינן מחלה או צריך להשלים וכן כשישלימם האם חלו הקדושין למפרע המקנה מביא דעת הראב״ד דכל שהכירה וקיבלה ע״מ שישלים.

י. מביא דעת הרמ״א על הדין קדשה במנה חסר דינר או נחושת אינה מקודשת. וע״ז כתב רמ״א ויכולים לחזור מביא מחלוקת אם חסר דינר אם קדושין בטלין מיד ורש״י ורמב״ם רק אם חזרו בפירוש.

סימן כ׳: קדשה במנה וזרקתו לים.

א. קדשה במנה וזרקתו לים או לכל דבר האבד לא חלו קדושין. והחידוש אפי׳ לים דחייבת באחריות. ויש סברא לומר רצתה לבדוק את הבעל אם כעסן או לא. ומביא תו״ס ריי״ד דמחלק בין זרק המעות בכעס לבנחת מביא חכם צבי דזריקה רק תוכ״ד.

ב. מביא עובדא דהרשב״א באדם שקיבל טבעת לתקן והחזירה לאשה וכשהחזירה א״ל הרי את מקודשת לי וא״ל העדים מה עשית וזרקה דלא חלו קדושין והרי שם הזריקה אחרי כדי דיבור דן בדין כדי דיבור בגיטין וקדושין שלא אמרינן ושם דן שאפילו זרקה הקדושין אחר כדי דבור לא חלו קדושין וזה נגד חכם צבי.

ג. מביא דברי הרב אור גדול שדן אם יכולה לחזור אחר כדי דיבור. ודעת רב פעלים חי"ב סי' ד' שהביא חכם צבי ותמה עליו שלא הוכיח את הדין מהגי' מיימון דבזרק לבגדיה וניענעה הקדושין דלא מקודשת.

ד. מביא דברי חיים דמוכיח כחכם צבי ותמה על הקהילות יעקב דכתב דווקא זריקה תוך כדי דיבור מביא תשו' רע"א דלאחר כדי דיבור לא מהני זריקה והחזו"א דן בדברי חכם צבי ומביא דברי הרב עין יצחק דלא אומרים הוכיח סופו על תחילתו.

ה. דן אם העדים עצמם מסופקים אם הזריקה היתה תוכ"ד או אח"כ הביא דעת הרב ברית יעקב דמעמידים בחזקת פנויה כמו שכתב הר"ן בנתן הוא ואמרה היא הביא דעת החולקים דכל שעדים מסופקים הוי כמקדש בלי עדים דן דאע"פ שלא אומרים תוכ"ד בקדושין באופן דלא גילתה דעתה מהני.

ו. מביא בעל נפש חיה דלדעת החכם צבי מהני זריקה תוכ"ד אע"פ שלא אמרינן תוכ"ד בקדושין כאן שלא גילתה דעתה אמרינן. מביא דעת המאירי.

ז. הסתפק בדעת החכם צבי דזריקה רק תוכ"ד מביא עובדא דמהרש"ם בנערה דרצתה לקנות טבעת ולקח המוכר ואמר לעדים ראו שאני מקדשה ולקחה וזרקה הטבעת אמרינן הוכיח סופו על תחילתו. ומביא בעל נתיבות משפט חו"מ סי' ר"ס דגם בקניין חצר אמרינן הכי.

ח. מביא שו"ת חמדת שלמה באמר לנערה קחי חפץ מארגז וכשלקחה א"ל הרי את מקודשת לי ואח"כ נמצא החפץ זרוק ואם מסופקים מתי נזרק וע"א מעיד שאם הנערה צעקה עליה והשואל היו לו ארבע היתרים והרב חמדת שלמה הסתפק בזה ושם מביא דברי הגאון מליסא דן אם זרקתו לאחר שצעקו עליה אם מהני.

ט. והא דנטלתו וזרקתו לים לא מקודשת דווקא זרקתו בפניו כ"כ רש"י אבל שלא בפניו מקודשת. ובזרקה לאור כתבו דאפי' שלא בפניו אינה מקודשת. ואם זרקה והיא בחצרה מקודשת. וכ"כ שואל ומשיב.

י. התקדשי לי במנה וא"ל תנהו על גבי סלע בסלע שלה מקודשת שם דן אם שא"ל אח"כ הרי את מקודשת לי אי הוי טלי קדושייך מעל גבי קרקע והביא דברי מהרש"ך שמסתפק והביא מסקנת הפוסקים דבקדושי כסף אין חסרון של טלי קדושייך מעל גבי קרקע.

יא. מביא ראיה בטלי קדושייך דמהני מפקדון שהיה בידה. מלווה להוצאה קנה בחוב מהני.

יב. חלקת יואב הוכיח דבקדושי כסף מהני טלי מעל גבי קרקע מביא פני יצחק אבולעפיה ח"ה סי' ו' דאע"פ דמהני מ"מ יש לחוש מביא קהילות יעקב מחלק בין נטלה ע"פ אמירתו או נטלה מעצמה.

יג. מביא מחלוקת הח"מ והב"ש בקדושין אי בעי הנאה מיד ובקדש במעמד ג' צ"ל דמיד יש לה הנאה מחלק דבפקדון מהני גם למ"ד טלי קדושייך לא מהני. חידוש התפארת יעקב כמו שאם קדשה בשטר ונמצא פסול מהני מדין כסף.

סימן כ"א: קניין ביאה בקדושין.

א. בעיית הגמ' ומסקנתה דאמר רבא כל הבועל דעתו על סוף ביאה תו"ס הקשו מיבמה דנקנית בהעראה נאמרו בזה כמה תירוצים שיטת הרי"ף יבמה שכבר קנויה משא"כ לקנות אשה בעי ביאה גמורה ר"ן חולק דיכול לקנות אשה בהעראה וכ"כ ריב"ם דאם פירש שרוצה לקנות בהעראה קנה.

ב. שיטת הרמב"ם דיש שני גירסאות כל המקדש בביאה מסתמא דעתו על סוף ביאה או דעתו על סוף ביאה שם דן בשיטת הרמב"ם מביא דעת בעל הלכות גדולות דהפירוש בגמ' כל הבועל דעתו אסוף ביאה אבל מפרש דקונה בהעראה מהני.

ג. מביא דעת שו"ע דס"ל דאם מפרש שרוצה לקנות בהעראה קנה. דן בדברי הר"ן דמאמר הוי קניין דרבנ"ן ואיך יליף מינה לביאה מביא דעת שו"ע דס"ל דהאידנא לא מיבמין דחיישינן שמא לשם נוי. מ"מ אם בעל קנה והשער המלך דן יבמה נדה דקונה אע"ג דיש איסור מיישב שיטות הרי"ף לחלק בין יבמה לאשה דעלמא דהעראה לא קונה.

ד. דן אי בעי כוונה לקנות בנישואין מביא ראיה מהר"ן בא על ארוסתו לשם זנות לוקה. לשם נישואין קנה אותה. מביא הגי מרדכי דלא משמע כן.

ה. מביא דעת הרמב"ן וריטב"א דס"ל כריב"ש דבמפרש דרוצה לקנות בהעראה קנה דן בדברי המל"מ דהגמ' אמרה נפקא מינה לכה"ג הרי קימ"ל כל שיש לפניו שתי דרכים אחת בהיתר ואחת באיסור דעתו על ההיתר א"כ גם בכה"ג דעתו על ההעראה מביא דברי רע"א בכתובות לי. דעתה אסוף ביאה.

ו. דן בקושיית רע"א בבעולה לכה"ג נימא אי עביד לא מהני מביא מחלוקת דבעשה ג"ב אמרינן אי עביד לא מהני דלא כפני' בסוף גיטין וכ"כ הנוב"י דאין הבדל בין עשה ללא תעשה דן באם יתוקן האיסור אמרינן לא מהני ובקדושין בעולה לכה"ג יש גזירת הכתוב דתפסי קדושין.

ז. דן באונס ולו תהיה לאשה, אשה הראויה לו פרט לאלמנה לכה"ג מביא רמב"ם דעשה דוחה עשה בשב ואל תעשה ובשאגת אריה ל"ג תמה על הרמב"ם דעשה דיבום דוחה עשה שני דן בעשה דהשלמה.

סימן כ"ב: חיישינן שמא שוה פרוטה במדי.

א. ממירא דשמואל חיישינן שמא שווה פרוטה במדי מביא מביא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש האם חשש זה מדאורייתא או דרבנן דעת הרא"ש אין להקדש אלא מקומו ושעתו והגזירה משום הרואים רמב"ם דאורייתא שיכול להוליך למדה"י. בדבר שמתקלקל גם לרמב"ם הוי דרבנן.

ב. מביא שיטת הרמב"ן והי"ה בדעת הרמב"ם רשב"א כל שידוע שהתמרה שווה פרוטה במדי מקודשת מודאי כאן מדין לדידי שווה לי. ושם דן אם העדים צריכים לדעת שדרכה להתייקר בכדי שיחולו הקדושין.

ג. חביא מחלוקת פוסקים אם קימ"ל כשמואל או לא והביא להקת פוסקים דלא ס"ל כשמואל ומ"מ מאחר דהרי"ף והרמב"ם פסקו כשמואל הוי ספק וצריכה גט. מביא סברת בעל חמדת שלמה בקדשה בלילה חושבת האשה ששווה פרוטה בזה ליתא דשמואל.

ד. מביא דברי שער המלך שהסתפק באופן דא"ל התקדשי לי בפרוטה ונמצא שהוא פחות משווה פרוטה אי חיישינן שמא שווה פרוטה במדי והעלה דכל שא"ל התקדשי לי בפרוטה ונמצא פחות משווה פרוטה לא חלו קדושין בכלל.

ה. מביא דברי יד המלך על הרמב"ם דכל הדין של חיישינן שמא שווה פרוטה במדי בקדש סתם אבל א"ל התקדשי לי בחפץ זה ששווה כך וכך ונמצא פחות לא חלו קדושין.

ו. דעת הרא"ש אפי' ידוע ששווה פרוטה במקום אחר אינה מקודשת מביא דברי הריטב"א והרמב"ן דסברי כתוסי' דהחשש מדרבנן משום חומר א"א דלא חוששין שמא תקח החפץ בו נתקדשה לשם.

ז. כשיש לה דרך לאותו מקום מביא מאירי דמפרש בדעת הרמב"ם ורמב"ן דכל שיש לה דרך מקודשת ודאי. ישוע"י הארוך חולק דאפי' יש לה דרך אין להקדש אלא מקומו ושעתו.

ח. קדשה במאכל ונמצא שאסור באכילה הלכות קטנות מוכיח מקדשה בעורלה לא מקודשת דדעתה להנות כדרך הנאתו מחלק בין איסור הנאה לאיסור אכילה דאפילו שאסור באכילה מ"מ היא זכתה בחפץ וכ"כ בשו"ת מחנה חיים.

ט. קדשה באיסורי הנאה אינה מקודשת ודן אם יש שווה פרוטה באפר מביא תו"ס קדושין דף נ"ו: דאע"פ דשלא כדרך הנאתן מותר מ"מ דעתה להתקדש בדרך הנאה משמע דלתירוץ קמא מהני מביא אבני מלואים דמקדש באיסורי הנאה לא מקודשת משמע בכל אופן.

י. כשאמר התקדשי לי לאחר שישרף האיסור דן בדברי הרשב"א דלא מתקדשת באפר ערלה דהוי דבר שלא בא לעולם. ובסי' קריית מלך רב פ"ה דאישות דן בזכה בשלא כדרך הנאתו אי מותר לגמרי או אסור מדרבנן דן באיסורי הנאה ואשה חולה אי מקודשת מביא אבני מילואים דמיישב.

יא. קדשה באיסורי הנאה ואכלתו אי הוי מקח טעות קדשה בפחות משווה פרוטה והוסיף לה חצי פרוטה

מביא אבני מלואים דלא מקודשת אלא יתן לה כל הסכום בפעם אחת.

יב. דן אם אשה יכולה לומר לדידי שווה לי בדבר שהוא פחות משווה פרוטה והעלה דחסר בממון לכן לא מהני אבל אם החפץ שווה פרוטה שייך לומר לדידי שווה לי.

יג. דן בגזל פחות משווה פרוטה אי חייב להחזיר מביא מח"א הלכות גזילה סי' א' דדן בזה דכל שלא ידעו בעלים לא שייך מחילה.

יד. חפץ שלא שווה פרוטה מצד עצמו ומצד המצווה שווה יותר כגון אתרוג. ודן בהזיק אתרוג מהודר של חברו כמה ישלם לו.

סימן כ"ג: חזקא דהשתא בקדושין.

א. בהיא דקדיש בזודא דאודרי יתיב רב שימי בר חייא וקא מעיין אי אית בה שווה פרוטה והקשתה הגמ' והא אמר שמואל חיישינן שמא שווה פרוטה במדי תירצה הא לקדושי ודאי הא לקדושי ספק ודייק הרמ"ה דאי אית בה שו"פ עכשיו אע"פ שלא ידוע בעת קדושין חלו הקדושין. והב"י דן בדברי הרמ"ה והעלה דלית ליה לדשמואל ולכן אם עכשיו לא שווה פרוטה אמרינן גם מקודם ולא מקודשת.

ב. מביא דעת החולקים על הרמ"ה דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא דבשערים הם עשויים להשתנות וכן פסק הרמ"א בחו"מ סי' רכ"ז והביא דעת הקצות דהקשה על הב"ש דהלכה כהרמ"ה ותמה עליו מהרמ"א חו"מ.

ג. מביא דברי הרב קהילות יעקב דכתב דאין להקשות מהר"ה על הרמ"א דבקדושין אזלינן בתר השתא ולכן אי אין בו שווה פרוטה עכשיו אמרינן גם מקודם דלא מבטלין מקח ברור מספק. וכן כתב בנתיבות המשפט בסי' רכ"ז ליישב קושיית הקצות.

ד. דן בסוגיא דרב שימי דייק ומעיין אי אית ביה שו"פ ניזיל בתר חזקת פנויה כמ"ש בש"ש שמעתתא ו' פ"ח מביא שיטת מהרי"ט דחזקת פנויה לא הוי חזקה והוכיח מיבמות ק"ג. שוטה הוי ספק א"א וחייבים עליה אשם תלוי נזיל בתר חזקת פנויה אלא לאו חזקה.

ה. דן בחזקה דהשתא במחלוקת ב"ש וב"ה מביא דעת רש"י בקדושין ע"ט: ביום דמשלם שוב אין לו חזקת נערות ולא בגרות דן בהא דאזלינן בתר חזקה דהשתא כשאין חזקה דמעיקרא וכאן הרי חזקת פנויה ש"ש מיישב דחזקה דמעיקרא חזקה נפרדת אזלינן בתרה כגון חזקת טומאה אבל כאן דן על האבן אין לו חזקה.

ו. מביא סתירת התו"ס דאזלינן בתר חזקה דהשתא ובדף ע"ט. כתבו דסימנין רגילים לבוא בבוקר ודן במחלוקת רב ושמואל ושם דן בדעת התו"ס דכל שאין חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא.

ז. דן בשיטת הרמ"ה דאזלינן בתר חזקה דהשתא וזה לא תלוי במחלוקת רב ושמואל דבקידש בחפץ ונמצא עכשיו שווה פרוטה דאמרינן גם בשעת קדושין שווה פרוטה כיוון דאין חזקה המתנגדת.

ח. קטן שהגיע לכלל שנים אינו מעיד עד שיבדקוהו ואע"ג דנפסק כרבא דחזקה אורח בא בזמנו מ"מ כיוון דיש כאן חזקת ממון לא מוציאין ממון מחזקתו. אם שהו לבודקו ומצאו שערות אמרינן נעשה גדול למפרע ומוציאין ממון ע"פ עדותו. ובב"י אהע"ז סי' מ"ג הביא דמהר"י בי רב והרשב"א חולקים עליו ולא נעשה גדול למפרע.

סימן כ"ד: שתיקה דלאחר מתן מעות.

א. ההוא דקדיש בציפתא דאסא אמרי ליה והא לית בה שווה פרוטה א"ל תקדש בד' זוזי דאית בה שקלה ושתקה אמר רבא הוי שתיקה דלאחר מתן מעות ונחלקו בגמ' אי מהני שתיקה ולהלכה לא מהני וכתבו הרמב"ן ורשב"א שאם עסוקין באותו עניין מהני.

ב. דן בגירסאות האם אמרו ליה או אמרה לו. הרמב"ם ס"ל דמקודשת מספק רמב"ן ורשב"א ס"ל דלא מקודשת מספק אפילו לשמואל כיוון דאמרה לו הרי הקפידה על פרוטה ונחלקו הפוסקים מה שהיא ספק מקודשת האם מכח הד' זוזי או מצד הציפתא שמא שווה פרוטה במדי.

ג. מביא הסברא דאם לא רוצה להתקדש היתה זורקת ומחלק בין נשים דבקיאות בהלכה לאינם בקיאות. ולכן הרי"ף והרא"ש ס"ל דהוי ספק מקודשת ודן בהא דא"ל הרי אין שווה פרוטה בציפתא א"ל תתקדש בד' דינרין.

ד. ובס' חמדת כתב דכל זמן ששניהם אוחזים בחפץ הוי שעת מתן מעות ודבריו סובבים סביב דברי מהרי"ט ח"ב ס' ל"ג באשה שביקשה חפץ מאיש אחד ונתן לה אדוקים וא"ל הרי את מקודשת לי והנאתו על ארגז. ודן דכל זמן שאדוקים לא הוי נתינה כמו גט. ודן בא"ל כנסי לפקדון וא"ל הרי את מקודשת דהדיבור הוא אחת נתינה.

ה. דן בא"ל כנסי סלע זה שאני חייב לך בשעת מתן מעות רצתה מקודשת, לאחר מתן מעות אפילו רצתה לא מקודשת. ודן מה כוונת רצתה ודן בדברי בה"ג אם א"ל קחי לפקדון ומיד א"ל לקדושין דהנתינה על שתיהן כשחוזר וא"ל לקדושין מהני ושם מחלק בין גט לקדושין.

ו. מביא דברי אריה דבי עילאה דמחלק בגט בידה ומשיחה בידו לא מגורשת בקדושין שאני ושם דן בשניהם אדוקים הוי שתיקה לאחר מתן מעות והביא דברי הרב חמדת שלמה דשניהם אדוקים הוי שעת מתן מעות וריב"ש חולק על כך.

ז. מביא תו"ד דמסתפק בשניהם אדוקים וכן הביא דברי רע"א דדחה דברי הרב חמדת שלמה ומביא בהליכות אליהו דבגט בידה ומשיחה בידו דלא מגורשים הוי גזה"כ דבעינן נתינה וכריתות וזה דין בגיטין ולא בשאר קניינים. ודן בדין יכול לנתקו ולהביאו אצלו.

ח. מביא מחלוקת הפוסקים בשניהם אדוקים וא"ל הרי את מקודשת לי הוי ספק ודעת מהרש"ם דשומר חייב בשמירה מיד עם סילוק יד המפקיד. ושם מחלק בין נתן לה בפקדון ובעודם אוחזים א"ל הרי את מקודשת לנתן לה במתנה. מביא דב"י בתשובה דגם הרי"ף מודה באופן דנתן לאשה מעות בסתם.

ט. מביא תשובת הרשב"א בנתן לאשה טבעת בסתר ואח"כ א"ל הרי את מקודשת לי והעלה דלא מבעיא דלהרמב"ם לא מקודשת אלא גם לרי"ף והרא"ש. ויש חולקים וס"ל דגם בזה פליג הרי"ף ומביא עובדא דהרא"ש במשרת שהביא פרחים ונתנם לבתו של בעל הבית וא"ל הרי את מקודשת לי ושמה אותם וכתב דגם לרי"ף לא חוששין.

י. מביא פ"ת ס"ק ז' שדן אם נתן לה בסתר וא"ל הרי את מקודשת לי מביא בעל נפש חיה בנתן לה בסתר אי נהפכת לשומר ודן בכל הקניינים אדם חוזר בתוך כדי דיבור מביא דעת המקנה בנתן מתנה לא חוזר תוכ"ד נתן מתנה וחזר וא"ל לשון קדושין ופרי הארץ כתב דהא דלא אמרינן תוכ"ד בקדושין הייטו לעניין חזרה, אבל קניין מהני.

סימן כ"ה: גזל אשה או גנבה וחזר וקדשה בו.

א. גזל את האשה וחזר וקידשה בו אי שדיך מקודשת לא שדיך לא מקודשת דיכולה לומר דידי שקלי. ב"ש מחלק בין גזל ממנה חפץ לגזל ממנה מטבע דבמטבע לא חייב להחזיר אותו מטבע שגזל ממנה.

ב. מל"מ מחלק בין קידשה בחוב שהחזיר לה לגזל ממנה ודן בקידשה בגזל דידה וא"ל לא בתורת גזל אני מקדשך נמי לא מקודשת. וכל שמחזיר לה פרעון וקידשה בעודף והיא לא רוצה הוי שתיקה לאחר מתן מעות.

ג. אשה שנתנה טבעת לבעל לקדשה מסתפק באמרי דוד אם יודעת להקנות כמו דאמרינן בגיטין דף כ'. דלא מקנה בלב שלם. מחלק דבקדושין יש סברא דמקודשת דנותנת בלב שלם טב למיתב טן דו ודן בשאלת ח"ס בחתן וכלה תחת החופה ואשה נתנה לבעל טבעת ודן בסוגיא בגיטין כ'.

ד. בית יצחק ח"א סי' ק"נ מחלק בין גט שלא יודעת להקנות בדבר החוזר לה לקדושין דנותנת בלב שלם ובתשב"ץ העלה דכל שנותנת לו טבעת לקדשה ממ"נ מקודשת או מתנה או גזל דידה בשדיך ובפרי אדמה דן בזה אי צריך לחזור לקדשה ואי צריך ברכות.

ה. גזל אשה ולקח סלע וא"ל כנסי מטבע זו שגזלתי

ממך ואח"כ א"ל הרי את מקודשת לי הביא דעת הרשב"א בלא שדיך לא מקודשת. והרמ"א הביא בסעיף ה' אשה חטפה מטבע מהבעל וביקש שתחזיר ולא רצתה וקידשה בו לא מקודשת דאינו ברשותו.

ו. ב"ש הביא שארית יוסף דחולק על הרמ"א וס"ל דבכלל לא יכול לקדש מוכיח מהרמ"א שכן מקודשת אם אמרה הן מביא מחלוקת הרז"ה והרמב"ן בגזלן שמוכן להחזיר הגזילה אם נגזל יכול להקדש ובזה יש לתלות מחלוקת הרמ"א והשארית יוסף.

ז. מביא מחלוקת הרז"ה והרמב"ן בפרק שור שנגח דו"ה דדעת הרז"ה כל שיש רצון מיד הגזלן נהפך לרשות נגזל. ורמב"ן חולק ולאבני מילואים כל גזלן יכול נגזל למחול לו. ומ"מ רמב"ן ס"ל באיסורא אתא לידיה ולכן לא מהני.

ח. מביא תמיהת הרב שבילי דוד על אבני מלואים דמלווה הקנאה ללווה עצמו הו"ה בגזל שיכול להקנות לגזלן ותמה עליו דמלווה הוי מחילה ובפרט לדעת הרמב"ן. וכן חילק הקהילות יעקב מליסא בין קידשה בגזל דידה דמקודשת דמחלה לו לאם גזלה ממנו ולא רוצה להחזיר וקידשה דלא מהני כיוון דבעינן הקנאה.

ט. מביא את האחיעזר שאם קדשה בטבעת שלה והיתה ידידות ביניהם דן בדעת מהרי"ט דאמרה הגמ' אי שדיך מהני האם גם קירבה נמי מהני.

י. קידשה בגזל דידה ושדיך אם חייב לשלם לה הגזל רמ"א פסק שחייב ורש"י חולק וסובר שהיא מוחלת. ירושלמי מפורש שחייב לשלם ויש מחלקים באופן דהחזיר לה סתם ויודעת דזה גזל דידה, חייב לשלם.

יא. קידשה בגזל דידה ושדיך וא"ל התקדשי לי בסלע שגזלתיך ושתקה דלפי הרשב"א חייב לשלם הגזילה מה יהיה הדין אם לא רוצה לשלם. הרי"ף הרמב"ם והרא"ש השמיטו הירושלמי ומשמע דאם שדיך מקודשת ולא משלם לה וכן מוכח מהרא"ש.

סימן כ"ו: אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושייך.

א. גמ: אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושייך ילפינן מרבי יוסי ברי' יהודה דס"ל מעות ראשונים לאו לקדושין נתנו מסתפק לפי רבנן דפליגי עליה האם הדין הזה קיים לדידם וכתבו הגאונים דאף דרבנן פליגי עליה הדין דין אמת. ושם דן באומר לבתו צאי וקבלי מקודשת מדין ערב.

ב. רשב"א באומר לבתו צאי וקבלי קדושייך רק באומר לה לפני עדים. הרמב"ם פסק הדין של אומר לבתו צאי אמנם המהרש"ל כתב דלא מהני כיוון דחכמים חולקים על רבי יוסי ברבי יהודה לכן לא מהני. והרמ"א כתב דטוב שהאב יעמוד על ידה. קושיית האבני מלואים על תה"ד ועוד עומד על ידה מדין ערב רק בקדושי כסף ולא בשטר.

ג. דן בדעת הרמב"ם דאומר לבתו צאי וקבלי קדושייך דמהני האם מדין שליחות או ערב והעלה מדין שליחות ונ"מ בשטר אם מקודשת דאם אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושייך בין בכסף בין בשטר ושם דן במחלוקת הפוסקים אם הדין רק בנערה או גם בקטנה.

ד. דעת רמב"ן וראב"ד בצאי וקבלי קדושייך מהני בין בכסף בין בשטר דן בשטר איזה הנאה יש לאב. ותמה על הפוסקים דס"ל דמהני בשטר הרי בשטר אין הנאה לאב ושם דן בדעת הראב"ד דאיירי גם בקדושי שטר מסתירת המחבר משמע גם בקדושי שטר.

ה. שיטת הר"ן דאב זוכה מדין שבח נעורים והוי כאילו המקדש נתן לאביה וכ"כ הרמב"ן והראב"ד ס"ל דמקודשת מדין ערב. מביא קושיית האחרונים דאין מעשה קטן כלום דן איך מהני האם בצאי וקבלי האב מרוקן זכותו לבת.

ו. באומר לבתו צאי וקבלי קדושייך דעת הרבה פוסקים הכסף לאביה וכ"כ הרשב"א והר"ן. ולדעת הים של שלמה לעצמה. וכ"כ עוד אחרונים והוכיחו מיעוד דשם ההנאה שלה.

ז. דן בקדושי ביאה אי מהני צאי וקבלי קדושייך דן בסברת הר"ן דאשה לא פועלת בקדושין רק מפקירה עצמה ושם הביא מחלוקת אבני מילואים עם אבני משפט אם מהני צאי וקבלי קדושייך בקדושי ביאה.

ח. דן באומר לראובן תן מנה לבתי ותתקדש לך כתב הב"ש דלכו"ע מקודשת דזה דין ערב הכללי מביא מרדכי דחולק גם בזה ואבני מלואים שתמה עליו. מביא מחלוקת הפנ"י ותפארת יעקב באומר אדם לבתו הקטנה האם איירי גם בקטנה ממש או רק בסמוכה לנערה.

ט. צאי וקבלי קדושייך רק בקטנה היודעת טיב קדושין ודן בהא דאביה זוכה האם הוא זוכה ישירות או שהיא זוכה ומקנה לאביה ולפ"ז בעינן קטנה דיודעת להבחין בין כסף לצרור. ושם דן בנוסח לשון הקדושין האם הרי את מקודשת לי או בתך מקודשת לי.

י. מביא מחלוקת הרמב"ן והרשב"א החולקים על הר"ן שכתבו דבשטר כותב לו בתך מקודשת ונחלקו בקדושי כסף דלהר"ן רק לשון הרי את מקודשת מהני ולהרמב"ן ורשב"א גם באומר לה בתך מקודשת מהני. ומחלוקת מהרש"ל ותפארת יעקב.

סימן כ"ז: שליחות בקדושין וגיטין.

א. דן בגדרי שליחות ובסוגיא דמילי לא ממסרי לשליח ומחלק בין שליח האב שיש בידו חפץ לשליח האשה שנמסרו לו רק מילים. שיטת מהרי"ט דלא יכול לעשות שליח להקדיש איך בעל ממנה סופר. ודן בסופר שקיבל מינוי מה טעם לא יכול למנות אחר מביא קצות החושן סי' רמ"ד רע"ח מחלק סופר וכתיבת הגט הוי מעשה אמרו הוי מילי.

ב. סברת הקדוש מרדוש במרדכי קדושין שליח קדושין לא עושה שליח אפי' חפץ בידו דתלוי בדעת האשה משא"כ שליח הגט. מביא סברת רע"א בקדושין כיוון דתלוי ברצונה הוי מילי ולא שליח על מעשה.

ג. מביא קושית העולם למה צריך לימוד ששליח עושה שליח תיפוק ליה שלוחו של אדם כמותו דן במחלוקת הרמב"ם והטור במי שמינה לכתוב גט ונשתתה וכתבו ודן בגדר השליחות האם הוא שלוחו או עומד במקומו. מביא מח"א דמקשה על מהרי"ט דלא עשה שליח להקדיש הרי גמ' בתמורה צבור עושה תמורה.

ד. דן אם יש גילוי דעת הבעלים למכור ובא אחד ומכר החפץ בלי ידיעתם דבקדושין קימ"ל דמהני גילוי דעת ודלמא ארצויי ארצי קמיה ומשמע דמקודשת מדאורייתא חלקת יואב י"א לא מהני גילוי דעת בקדושין והו"ה במכר דלא מהני גילוי דעת.

ה. מקדש ע"י שליח קושיית נוב"י הרי תופס לבע"ח במקום שחב ותירץ כיוון דמקודשת לרצונה דן בתופס לבע"ח במקום שחב בעשאו שליח ובעשאו בשכר לכו"ע מהני מביא מח"א דתמה על מהרי"ט ממינוי שליח להקדיש דהוי מילי ותמה עליו והמנ"ח מוכיח כדעת מהרי"ט במינוי שליח להפריש מעשר בהמה רמב"ם אם טעה שליח או"ל לתקוני ולא חל.

ו. דן בלימוד הגמ' דאשה עושה שליח והיינו שליח קבלה אם שליח קבלה עושה שליח אי חשיב מילי ומוכיח דלא עושה שליח ומביא שיטת בעל העיטור דשליח קבלה עושה שליח וחולק על הגאון ומחלוקתם האם שליח עומד במקום המשלח או רק ידה אריכתא.

ז. מביא מחלוקת בעל העיטור והגאון בשליח קבלה אם יכול למנות שליח דהמחלוקת בממנה סתם. והרמ"ה פליג וס"ל אפילו אמרה לו בפירוש למנות שליח לא יכול למנות דהוי מילי ושם דן בגדר שלוחו של אדם כמותו ומביא מחלוקת הרמב"ם והטור במי שאמר כתבו גט לאשתי ונשטתה וכתבו אם הגט כשר מהתורה או בטל.

ח. קושיית הרשב"א על שליח האשה דעושה שליח הא הוי מילי הרב אלברצלוני כתב דאיירי דעשאו בקניין דהוי מעשה. דן בשליח שעשה שליח האם נקרא שליח ב' שליח בעלים או של שליח א'. ונ"מ אי יכול לבטלו מל"מ פ"ו מגירושין שליח ב' הוא שליח דשליח א'.

סימן כ"ח: עשה שליח לקדש לו אשה ומת השליח.

א. עשה שליח לקדש לו אשה ומת אסור בכל נשים שבעולם רמב"ם פ"ט מאישות הלכה ז' המקנה מחלק בין אמר לשלוחו או לחבירו דחבירו לא סמכה דעתו עליו.

ב. רק במת אסור בכל נשים אבל הלך למקום אחר לא

דאם קידש לו היה מודיעו. האי חזקה היא רק לחומרא ומ״מ חזקה זו אלימא דלא אמרינן להתירה בס״ס ספק קידש ספק לא קידש ואת״ל קידש שמא לא זאת.

ג. הר״ן בגיטין ס״ד. מביא מחלוקת אם האיסור מדרבנן או מעצם הדין ונחלקו בזה התו״ס ורמב״ן. עונג יו״ט מוכיח דהרמב״ם כדעת תו״ס ב״ש כתב דלא הוי ס״ס ספק בגוף ספק בתערובת.

ד. כתב רמ״א דהוי״ה העשה שליח לקדש לו אשה פלונית ומת. ומל״מ כתב דזה תלוי במחלוקת התו״ס ורמב״ן וב״מ כתב דגם לרמב״ן באו״ל קדש לי פלונית ומת גם הרמב״ן מודה.

ה. הח״מ כתב על דברי הרמ״א דאין זה מדין קנס והט״ז והמקנה דריב״ש איירי לכו״ע בין לתו״ס בין לרמב״ן והמל״מ חולק ותולה המחלוקת בין תו״ס לרמב״ן.

ו. דן בעשה שליח לקדש אשה ומת ובאה אשה ואמרה אותי קידש השליח נאמנת להינשא כמו סוגי׳ קדשתי את בתי ובא אחד ואמר אני קדשתיה ואין לומר דאין דבר שבערוה דהא הר״ן אמר בקדושין דלברר לא הוי דבר שבערוה וכ״כ במחנה חיים סי׳ ע״א.

ז. דן באשה שעשתה שליח לקדשה ומת השליח אם אסורה בכל הגברים שבעולם. דלמחנה חיים הדין של הגמ׳ רק בבעל שעשה שליח דכל אשה מוכנה להתקדש מדין טב למיטב טן דו. אבל אשה שעשתה שליח לא כל איש מוכן לקדש עצי ארזים לא מחלק ושניהם בין איש בין אשה שעשו שליח ומת אסורים.

ח. נשמת חיים מסתפק באשה שעשתה שליח ומת ובאו ואמרו אנו לא קדשנו אם מותרים בקרבותיה דן במחלוקת התו״ס ורמב״ן ודן בחזקת פנויה של האשה וחזקת השליח.

ט. מל״מ כתב באשה שהיתה נשואה בזמן השליחות לא נכנסת בספק זה דאשה נשואה לא נכנסה בספק.

י. דן בעשה שליח לקדש אשה פלונית ובשעת המינוי היתה פנויה ואח״כ נתקדשה לאחר ונתגרשה והשליח קידשה למשלח לאחר שתתגרש אי אמרינן כל מילתא דלא מצי עביד לא משוי שליח שושנת העמקים כלל כ״ג תלה במחלוקת הרמב״ם והטור במי שמינה סופר ונשטתה וכתבו בעת שטותו.

סימן כ״ט: אין שליח לדבר עבירה.

א. גמ׳ דף מ״ב: אין שליח לדבר עבירה מטעם דברי הרב לדברי התלמיד לרע״א במומר שישמע לו יש שליח. קצות בס׳ ק״ה כתב אם לא הוי איסור למשלח אלא לשליח לא שייך אין שליח. סברת הסמ״ע דלא ישמע לו דווקא כשיש איסור למשלח.

ב. דן בדברי תו״ס בב״מ דף י׳: דאם יש עבירה בטלה שליחות תלוי בשני תירוצים של התו״ס ונ״מ בהיתר מכירה וריטב״א חולק על התו״ס ובעבירה לא בטלה שליחות. מביא סברת הריטב״א דאין שליח לדבר עבירה מגזה״כ.

ג. מביא דברי הקצות והנתיבות שתמהו על הש״ק דבמעילה משלח מעל ולא שליח והנתיבות הקשה על קניינו גזילה דנקנים למשלח א״כ איך יתחייב השליח ר״ח הלוי מיישב בגזילה יש חיוב השבה וחיוב תשלומין ומוכיח מרמב״ם דחיוב תשלומין שייך על השליח ואם הוא שוגג פטור.

ד. דן בדין שלוחו של אדם כמותו מביא תו״ס ר״ד דלא מהני בקיום מצוות תפילין ועוד דבדבר שבגופו לא שייך שליחות מביא דברי הקצות בבעל שעשה שליח להפר נדר אשתו וכתב הרא״ש דשמיעת אפוטרופוס לא הוי שמיעת הבעל.

ה. מביא סתירת הרא״ש דבמעמד שלשתן בעינן במעמד הנותן ולא שלוחו כיוון דהוי מילתא בלי טעמא הוו דלא להוסיף עליה והרי שם השליח לא עושה שום מעשה מביא יד המלך הלכות שלוחין ושותפין דמיישב דעת התו״ס ר״ד.

ו. באופן דשליח לא ידע דיש איסור משלח חייב הקשה מדוד למה לא נענש הרי יואב שוגג היה תירץ אוריה מורד במלכות היה. ושם דן במחלוקת הגמ׳ בב״מ דף י׳: מתי אמרינן אין שליח אם שליח בר חייבא העלה

להלכה כדעת ריטב״א דאם שליח שוגג יש שליח.

ז. מביא דעת הריטב״א דכיוון דילפינן הדין של אין שליח מגזירת הכתוב לכן אפילו בשוגג אין שליח והוכיח מתו״ס בב״ק ע״א. גבי גנב וטבח ביוה״כ דחייב דו״ה ושם הגמ׳ הקשתה וכי זה נהנה וזה מתחייב ואסיק דילפינן מגזה״כ תחת לרבות השליח והקשה בשמ״ק נימא דאיירי בשוגג דיש שליח אלא ע״כ גם בשוגג אמרינן אין שליח.

ח. מביא דברי התו״ס בב״מ דף י׳: דכתבו שני תירוצים באין שליח ולתירוץ ב׳ השליחות בטלה ונוב״י אהע״ז ס׳ ע״ה הוכיח כתירוץ ב׳ דשליחות בטלה ושם הביא דברי מחותנו של הנוב״י דפליג עליו וס״ל דהלכה כתירוץ א׳ וכ״כ נתיבות המשפט בס׳ קפ״ב דדעת רוב הפוסקים דמעשה קיים.

ט. ראיית הנוב״י משמאי שאמר לא מצאנו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב ולכאורה גם לחכמים אפשר למצוא בעשה שליח בשוגג אלא ודאי בכל אופן פטור המשלח ושם דן בשליח ב״ד שטעה וכן בעשה שליח בכסף חייב המשלח אלא שליח ב״ד על המכה המ׳ לא נעשה שליח ולכן גולה.

י. רמב״ם כתב עשה שליח בשוגג אמרינן אין שליח וכ״כ בחמדת שלמה מביא דעת הרמב״ם פ״ג מגנבה טבח ומכר ביוה״כ פטור מדו״ה הקשה המל״מ הרי יש ריבוי דחייב המשלח ותירץ כיוון דעשאו לטבוח בשבת ולגבי שבת אין שליח הו״ה לגבי טביחה הקשה במשחרר עבדו ע״י שליח נימא בטלה שליחות מיישב דהעבד עשה שליח ולכן הוא משוחרר.

יא. מר״ן בשו״ע חו״מ ס׳ רצ״ב הרוצה לשלוח יד בפקדון לא חייב עד שיאמר בפני עדים וסמ״ע שם מוכיח את זה ובגמ׳ אם אמרו לשליח לשלוח יד חייב המשלח וכתב בפרישה דאיירי שלא ידע השליח או שאין לו ממה לשלם. ושם דן במחלוקת הפוסקים בשליח לא ידע והקצות מחדש דבשליחות יד ע״י שליח חייב מדין פושע.

יב. דן בסברת ב״ה דמהני אמירה לחייב השליח ב״ש באומר לשלוחו לא חייב מדין שליחות אלא מדין על כל דבר פשע מוכיח דסוגיות חלוקות בין קדושין לב״מ מ״ד.

יג. דן בדברי שער המשפט דאפי׳ שכר שליח בשכר אמרינן אין שליח אבל מתנה אפרים פ״ט משליחות חולק לעניין שכר גוי לבנות מעקה אמרינן יד פועל כיד בעל הבית סברת התו״ס בשוגג יש שליח דאין הסברא דברי הרב ודברי התלמיד.

יד. דן בדברי הרמב״ם שכל שנתערב איסור אחר בטלה השליחות קושיית מהרי״ט על הרמב״ם מגנבה ושליחות יד יישוב הקצות בס׳ רצ״ב ומחלק בין עשה שליח בסתם לעשאו בפי׳ לחלל שבת.

טו. באין שליח לדבר עבירה כתב רש״י נימא שלוחו של אדם כמותו ויתחייב המשלח ולא שליח. מביא ספק בחידוש התורה במקום שאמרינן יש שליח האם רק משלח חייב או גם למסקנה נשארה הסברא דברי הרב ודברי התלמיד. ונ״מ במעורב עוד איסור אחר בשליחות ובזה מיישב קושיית הסמ״ע בשליחות יד דחייב השליח וכ״כ הש״ך.

טז. עושה שליח למסור את חבירו למלכות אם השליח הוחזק חייב המשלח וכתב הש״ך דמוסר יצא מכלל ישראל כפי שכתב הרמב״ם דמוסרים פחותים מעכו״ם ותמה הש״ך דגמ׳ אמרה רק בחצר דעביד בע״כ יש שליח. גם במסור קושיית המח״א על הריטב״א דלא א״ל להזיק.

יז. דן בדברי הטור בחו״מ ס׳ ש״ג בשם הרמב״ם עשה שליח לשחוט בשבת חייב תמה המ״ל הרי כל שיש איסור שנתערב בשליחות בטלה שליחות מיישב דן לגבי שבת הקפיד שהאדם ישבות אע״פ שהמלאכה נעשית לא שייך שליחות כמו באישו משום חציו. מחלק בין מעילה דגלי רחמנא דיש שליחות לדבר עבירה לטביחה דילפינן מאו או מתחת כפי שכתב הקצות.

סימן ל׳: שליח נעשה עד.

א. גמרא דף מ״ג. מחלוקת רבי שילא ורב אם שליח נעשה עד הילכתא שליח נעשה עד. אבני מלואים מסביר מחלוקתם האם פסול נוגע הוא מדין קרוב או מדין

נוגע. מסביר המחלוקת בגדר שליחות האם עומד שליח במקום המשלח כמו כן תלה במחלוקת הטור במי שמינה סופר ונשטתה וכן לפי הרמב"ם דס"ל דשליח עומד במקום הבעל.

ב. דעת רש"י דכל שאין כפירת ממון אמרינן הן הן שלוחיו הן הן עדיו ושם הביא דיעות הפוסקים אם האשה מודה שקיבלה כסף קדושין האם חלו קדושין מדאורייתא או ספק מביא דעת השו"ע דמקודשת ודאי אע"פ שחלות הקדושין חלין על פיה ורצונה. יש מחלקים בין אם מודה שקיבלה לשם קדושין או לפקדון.

ג. מביא ספר תומת ישרים דמחלק בין אם אומרת שקיבלה לשם קדושין או לשם פקדון ועדים אומרים לשם קדושין קיבלה דבזה עדים נאמנים דלא נוגעים מביא דברי האבני מלואים דהר"ן ורבי יהונתן שהביא הרא"ש חולקים וכל שהאשה מודה שקיבלתם לשם קדושין מהני.

ד. דן בדברי התו"ס השתא דתיקנו רבנן שבועת היסת לא נאמנים הקשו התו"ס אותה שבועה יהיו נאמנים ע"פ שני עדים יקום דבר ולא ע"פ עדים הזקוקים לשבועה דעת הרמב"ם בקדושי כסף העדים נאמנים ואם יש הכחשה למה הוי ספק מגורשת. ומדברי תו"ס אם יש הכחשה לא צריכה גט.

ה. כשהאשה מודה שקיבלה לשם קדושין האם היא מקודשת רשב"א כיוון דהעדים נעשים עדים ע"פ הוצאתה הוי כמו עדים לאחר שנשבעו דלא הוי עדים וכ"כ הר"ן ובאגודה מסתפק בזה. הרמב"ם פסק דהן הן שלוחיו הן הן עדיו גם לאחר תקנת שבועת היסת ובשטמ"ק מיישב הרמב"ם כירושלמי.

ו. מסתפק אם השלוחים החזירו הכסף למשלח ואומרים לו שמסרו לה הכסף דן ביד דוד דכאן סלקו נגיעתן כמו שוכרים בב"ת ל'. כמ"ש נמוק"י. ומ"מ כתב יד דוד דלא מהני סילוק בקדושין כיוון דלא מהני הוצאת בעד. בקונטרס אחרון דבעל המקנה כתב דמקודשת ותלה במחלוקת סמ"ע וש"ך בפיסול נוגע.

ז. ובאבני מלואים אחר שהביא מחלוקת הפוסקים אם מהני סילוק מ"מ כתב דאם פטרם לפני שיבואו לידי הכחשה נמי לא מהני בעדי קדושין דבעינן עדים לקיומי הדבר ולא לברורי. ובאר היטב כתב דנאמנים ותמה בארץ צבי על הב"ש הדין זה ברור והוא מהר"ן ומ"מ בעינן עדים שפטרם משבועה.

ח. כשיש שליח אחד ועד אחד מסייעו שמסר כסף קדושין מביא מר"ן מהרי"ף דכתב דהלכה רווחת דמהני ותמה עליו איך פשיט לו בדבר ששנוי במחלוקת וח"מ כתב להסביר דעת מהרי"ף דאף דעד מסייעו מ"מ לא גרע אם הבעל פטר העדים דזה תלוי במחלוקת ומביא הט"ז דמיישב.

ט. הביא כנה"ג שדן בזה ושם דן לחלק בין אם האשה מודה דנעשים עדים על פי עדותה לבין ע"א מעיד דהוא כאן לא הוי נוגע בכלל דע"א מסייעו. ובאבני מלואים חולק על דין זה וס"ל דלכו"ע לא מהני.

י. עשה שני שליחים לקדש בשטר לכו"ע אין כאן כפיית ממון וכשהשטר פסול דקדשה בנייר מדין כסף חוזר הדין דהם נוגעים. קושיית הט"ז דכל שטר הוי נוגעים דאפי' פחות משווה פרוטה אמרינן שמא שווה פרוטה במדי ובאבני מלואים מיישב דפחות משווה פרוטה לא חשובין ושם מביא דברי הרב בני אהובה.

יא. מביא הדין אם יכולים לסלק עצמו והוכיח משוכרין מה שנפסק בשו"ע ס' ק"מ סעיף ט' דשם מחזיר השכירות מכיר לו טובה לכן לא מהני ובנתיבות המשפט ס' קכ"א מחלק בין שוכר לשליח דשליח מעות בידו לא הוי נוגע שכיר הוי נוגע מביא קושיית הקצות כתובות מ"ה.

יב. מביא רמב"ן דעדים פסולים המגו לא מכשיר אותם ומחלק בין עשה שני עדים לשם מלווה ויש שטר חוב אצל המלווה לא יכולים לטעון נתנו למלווה במגו דהחזרנו ללווה ושם מחלק דזה תלוי בין המפקיד אצל חבירו בעדים אם מחזיר לו בעדים.

סימן ל"א: המקדש בתמרה.

א. סוגיא מקדש בתמרה א"ל בזו ובזו מביא מחלוקת רש"י ורבי יהודה בשבועות הר"ן מוכיח דהלכה כר"ש

וכן פסקו הרמב"ם ושו"ע בזו ובזו אם יש בכולם שווה פרוטה מקודשת.

ב. ר"ן דווקא התקדשי התקדשי הוי פרטא אבל בזו ובזו לא וכ"כ הרמב"ן ור"ן ים של שלמה חולק וס"ל הלכה כרבי יהודה ב"ש בס' ל"א ס"ק י"ב הביא דברי השלטי גבורים בזו ובזו הוי פרטא רמב"ם יש הבדל בין שבועה לקדושין בשבועות אזלינן בתר לשון בני אדם.

ג. היתה אוכלת עד שיהיה באחרונה שווה פרוטה קושיית תו"ס בא"ל בזו ובזו ואכלה ראשונה לא מקודשת דהוי מלווה הרי בא לידה בתורת קדושין כמו בא"ל התקדשי לאחר לי יום אפי' נאכלו המעות מקודשת דבתורת קדושין אתא לידה מחלקים שם נגמרה המסירה אבל כאן לא נגמרה המסירה.

ד. קושיית המהרש"ל על הגמ' דאמרה באכלה קמייתא הוי מלווה משמע למ"ד מקדש במלווה מקודשת אמאי בעי שו"פ בקמייתא נימא דמצטרפי ותירץ כמאן דאכלה קודם גמר דבריו. אבני מלואים משווה לפדה בנו בתוך לי יום ונאכלו המעות.

ה. מביא מחלוקת הרמ"ה ור"י ויישוב הים של שלמה דאין זה ר"י בעל התו"ס דכתבו תו"ס בזו ובזו ואכלה קודם גמר דבריו אכלה לא מקודשת. רשב"א מחלק בין התקדשי ואכלה למקדש לאחר לי יום דאפי' נאכלו המעות מקודשת.

ו. רמב"ם התקדשי התקדשי פסק כר"ש דבעי פרוטה באחת מהן אבל בזו ובזו הוי כללא וכולם מצטרפין.

ז. מסתפק בא"ל בזו בזו, בזו בלי ו' מביא דברי תו"ס ר"ד לא לך לא לך הוי פרטא ועי' פנ"י.

סימן ל"ב: קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה.

א. מחלוקת רב ושמואל נחלקו בגמ' רב נחמן ועולא רבי נחמן חיישינן שמא נתרצה האב והוא ששידכו עולא אפי' שידכו לא צריכה מיאון. מביא רמב"ם פ"ג דאישות הלי י"ג כל שנתקדשה שלא לדעת אביה לא מקודשת אפי' נתרצה האב. וכתב הרא"ש הו"ה בנערה.

וכ"כ בשו"ע כיוון דלא חיישינן שמא נתרצה האב אין הבדל בין קטנה לנערה ופסקינן דאפי' נתרצה האב בפירוש אחר קדושין לא חוששין לקדושין.

ב. דן בדברי הר"ן שדייק מהרמב"ם דלא חוששין אפי' נתרצה האב אחר קדושין אבל אם נתרצה בשעת קדושין מהני. והר"ן כתב דהרי"ף חולק דאפילו נתרצה בשעת קדושין לא מקודשת. ובמכתם לדוד תמה על הוכחת הר"ן מהרי"ף ב"י מוכיח דריצוי אח"כ מהני אבל בשעת קדושין כגון היה על ידה ושמע ואח"כ קיבל קדושין מאחר לא מהני מחאתו.

ג. נתקדשה בפני האב ושתק ואח"כ נתרצה, כתב הב"ח דלא מהני עד שיתרצה בפירוש בשעת קדושין מביא תשובת רשב"א שכל שלא אמר לה האב צאי וקבלי קדושייך לא מהני אפי' נתרצה האב אח"כ, לא מהני, אבל מהרי"ק כתב בדעת הרמב"ם דמהני.

ד. דן בדברי הרמב"ם דבין היא בין אביה יכולים לעכב. והקשה מה שייך שהיא תעכב אם אביה רוצה וכתבו התו"ס דאם היה יודע האב דהיא תמחה לא היה מתרצה מביא דברי חזו"א דאם האב התרצה אחר ששמעה הבת שהאב התרצה לא מהני מחאתה מחלוקת מהרי"ק.

ה. מביא דברי הב"י דלהרמב"ם בנתקדשה בפניו ושתק הוי ריצוי. ודעת קריית מלך רב בזה וכ"כ בעמק המלך בעונג יו"ט ס' קס"ב בקטנה שקידשתה אמה ואביה היה במדינת הים וכשבא כעס והצריכו אותה גט אסורה לכהונה.

ו. מחלוקת הרמב"ם ורשב"א אם מותרת לכהן ולרשב"א לא מביא עובדא דנישאת ע"י אחר ובא האב וכעס ושם דן אם אסורה לכהן ע"י גט לחומרא ומחלק בשם הרמב"ן באם כופין אותו לגרש מחמת עצמו מביא מרדכי דמחלק בין אומר קדשתיך לאשה מכחישה.

ז. מביא דעת הטור שכל המחלוקת בין רב ושמואל רק אם חיישינן שמא נתרצה האב אבל לא בנתרצה בפירוש והוסיף הטור דכן כתב הרמ"ה ושם מביא פוסקים אם הרא"ש חולק על הרי"ף.

ח. מביא מחלוקת הראשונים שאומרים דאם נתרצה האב הוי ודאי קדושין או חשש קדושין ומהר״י קצ״ב סי׳ י״א כתב לולי דמסתפינא הייתי אומר דבר שלא שמעתי מרבותי דכל עניין רצוי היינו לחשש קדושין ובדברי הבית כתב כיוון דיש מחלוקת בוידוי כל שהצטרף עוד ספק עבדינן ס״ס.

ט. דן בהא דמהני ריצוי האב האם לחול קדושין מכאן ולהבא או למפרע מביא לשון השו״ע דחלות משעת שמיעה מביא הרמב״ן דאם כששמע חל למפרע תלוי בסוגיא דברירה אבל מכאן ולהבא לא שייך ברירה.

י. מביא ב״ש ס״ק י״ח דכתב דלדעת הר״ן והרא״ש חל למפרע ומחלק באי״ל צאי וקבלי קדושייך בעינן שיאמר לפני עדים בזה חל למפרע מביא קושיית אבני מלואים ומח״א דמיישב ע״פ דברי הרמב״ן שהביא הר״ן ספ״ו דגיטין דכל הרוצה לתרום יבוא ויתרום מהני מדין גילוי דעת.

יא. משמע מב״ש דכתב דלהרא״ש והר״ן חלו קדושין למפרע להלכה וכ״כ בית מאיר ומביא מרדכי שכתב הטעם דחל למפרע מדין זכיה מביא דעת הר״ן דחלו למפרע מדין צאי וקבלי או זכות מביא מחלוקת בקדשה בביאה אי מהני רצוי למפרע דלהרמ״ה רק משעה ששמע.

יב. מביא דעת רמ״ה דמקודשת משעת ריצוי אפילו נאכלו המעות הקשה מהרי״ק מאי שנא מהרי את מקודשת לאחר לי יום דן בנתרצה האב אח״כ מהני הרי בעת קדושין לא היה ריצוי והביא ריטב״א דמקודשת מדין תן מנה לפלוני.

יג. מביא דעת הרמ״א דבנאכלו המעות לא מקודשת והוכיח מסוגיא יבמות ק״ט. ומקדושין י״ב. כנסי סלע לפקדון ואח״כ התקדשי לי אם הוא בעינן מהני ודן בחזרת הבת היינו קודם ששמע האב והביא דעת החולקים דגם בנאכלו המעות מקודשת דדמי למקדש אחר לי יום.

יד. מביא פסק הרמב״ם דקודם שנתרצה האב בין היא בין אביה יכולים למחות.

סימן ל״ג: סיכום דיני שליחות וגילוי דעת לקדש לו אשה.

א. דן אם מצווה בו יותר מבשלוחו האם זה דין בקדושין או דין כללי וכן באשה מצווה בה איזה מצווה הרי לא מצווה על פו״ר מדין שבת.

ב. דן בהבדל בין שליח הגט לשליח קדושין ואם שליח קבלה נמי עושה שליח והרשב״א הביא דעת הרב אלברצלוני דשליח קבלה דעשאתו בקניין עושה שליח מביא דעת הקדוש מרדוש וקושיית הקצות בסי׳ רמ״ד ומחלק בשליחות הגט דהוי מעשה.

ג. הנוב״י חידש דהיום יש חדר״ג אין שליח גירושין לא יכול לגרש אשה בע״כ אם הוי מילי מביא פ״ת דכל שליח קדושין הרי תופס לבעל חוב שחב לאחרים ותירץ כיוון דמרצונה לא שייך חוב מביא דעת הש״ך בעשאו בשכר לא אמרינן תופס לבע״ח.

ד. באמרי בינה חקר במקדש ע״י שליח ומוכיח מהר״ן נדרים דף ל׳. כי יקח שהאשה מפקירה עצמה והבעל מכניסה לרשותו א״כ השליח צריך כוונה להקנות למשלח. קצות סי׳ רע״ה בעשה שליח לגדור בנכסי הגר והשליח לא ידע קנה המשלח דדעתו לקנות.

ה. דן אם צריך עדים למינוי שליחות ודילמא ארצויי ארצי קמיה הוכיח הרא״ש דלא בעינן מינוי שליחות מפורשת וכ״כ הרמב״ם שליח קדושין לא בעי עדים והב״ח הביא מחלוקת דדעת הרמב״ן דהאב ריצה הבן אבל בן שגילה דעתו לא מהני.

ו. מאירי בקידש אשת חבירו בלי שליחותו ואח״כ כשנודע לו נתרצה הבעל לא מקודשת והוכיחו רבותיו מהילך מנה והתקדשי לפלוני דמהני אפי׳ לא עשאו שליח אמנם רש״י פירש ועשאו שליח. והוכיח מקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה חיישינן שמא נתרצה האב.

ז. ובפירוש הגמ׳ בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה נחלקו אי חיישינן והגמ׳ ודילמא ארצויי ארצי קמיה והביא הריטב״א דלרבינא לא חיישינן לשליחות והרמב״ן כתב דארצויי ארצי קמיה לא מהני וכתב

הר״ן אם הבן אמר כל מי שירצה לעשות רצונו יקדש לו אשה אם אחר קידש לו הוי ספק אבל אביו לא.

ח. מביא מחלוקת הרמב״ן וראי״ש בפירוש הגמ׳ ודילמא והטי״ז ס״ק ו׳ כתב באחד שהלך וקידש בפני חבירו ושתק יש הבדל בין אב לאחר דבאב שייך לומר ששתק מחמת שלא נתרצה ודן דהשתיקה יש ס״ס.

ט. שו״ת פני משה באופן שאבי הבן דיבר עם אבי הבת בפני הבן ושתק ובאותו מעמד קידש האב את הבת לבנו הביא תשובת מבי״ט דלא מהני כיוון דהבן לא הירצה לפני אביו ובס׳ נחפה בכסף סי׳ י״ג דן והאריך בזה.

סימן ל״ד: זבין נכסיה אדעתא למיסק לא״י.

א. דן בדברי התו״ס דאם גילה דעתו אפי׳ לא התנה מכר בטל דאזלינן בתר אומדנא מביא מחלוקת הפלאה ופני״י באלמנה שמכרה למזונות.

ב. דן בזבין נכסיה אדעתא למיסק לא״י ולא עלה מרצונו שמקח לא בטל דמפרשים אם לא יעלה מחמת אונס ושם מביא מחלוקת אי איירי בכפליה לתנאיה והא דמהני גילוי דעת דווקא באומר רק בשעת המכר.

ג. מבאר הסוגיא דאיירי במוכר קרקעות ולא מטלטלין וכ״כ התו״ס ורמב״ם דווקא קרקע. וכתב המהרש״א דבקרקע בספק בחזקת בעליה מטלטלין בחזקת המחזיק ודן אם יש הכחשה בין מוכר ללוקח אם גילה דעתו ושם דן אם גילוי דעת עדיף מתנאי.

ד. מביא סמ״ע שכתב סי׳ רנ בשכיב מרע ששייר נכסיו אם עמד לא חוזר דהוו דברים שבלב מביא שיטת הרידב״ז דיותר מועיל גילוי דעת מתנאי מביא סתירת הרמ״ה דדווקא בקרקע אמרינן כן.

ה. דעת מרן במוכר נכסיו צריך לגלות דעת בעת המכירה אבל אם גילה דעתו לפני כן לא מהני. מוכיח מסוגיא בבא מציעא דף ק׳. המחליף פרה בחמור דלרבנן כשאין חזקה ורשות מוקמינן ברשות מרא קמא.

ו. מל״מ מחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא ואחרונים חולקים דגם ספיקא דדינא שווה. מביא סוגיא דכתובות בההיא בצורתא דהוי בנהרדעא זבינהו כולי עלמא לאפדנוי אתו חיטי בטל המקח מביא דברי בעל הקצות דבשכירות לא אמרינן כן.

ז. דן האם גילוי דעת מהני גם לר״מ דבעלמא בעי תנאי כפול ומאירי חולק וס״ל דלר״מ בעי משפטי התנאים רבינו יונה דן בלוקח יין להוליך למקום אחר לא שייך דין זה לבטל מקח.

ח. טור אומדנא לבטל מכר דווקא בדבר שלא היה ידוע אבל כל שהיה ידוע לא בטל מקח מביא סתירת הר״ן זכור לאברהם בת״ח שמכר ספרים על דעת לעלות לא״י ולא עלה מקח בטל אע״ג דהוי מטלטלין כי זה כלי אומנותו.

ט. ב״ש בהשכיר ריחיים ואינו מוצא לטחון יכול לחזור מביא מחלוקת מוקי בריחיים של קרקע מביא סתירת המרדכי דבמטלטלין הוי ספק ומספק לא מוציאין מיד הלוקח.

סימן ל״ה: קדשה בגזל של אחרים.

א. גמ׳ דף נ״ב המקדש בגזל אינה מקודשת מסתפק מה הקפידה האם בעינן ממונו או שלא יהיה גזול נ״מ קדשה בהפקר מביא לשון הטור דלא בעינן לכם. ודן בספקו של המל״מ באשה חולה וקידשה באיסורי הנאה דן בקדשה בגזל הגוי שלא שייך והשיב.

ב. אבני מלואים נסתפק בקדשה בגזל הגוי תלוי אם אסור מהתורה או מדרבנן. ב״ש קנה מגזלן הוי איסור דרבנן ישועת יעקב תמה עליו מביא דברי הר״ן בקדשה באיסורי הנאה דלאשה מותר בהנאה ולו אסור ודן בקנייני גזילה.

ג. דן בדברי הנתיבות שכל שאין דין והשיב חשיב שלו ומקודשת לפי״ז גזל פחות משווה פרוטה והשלים לפרוטה מקודשת מביא מנ״ח מצווה ק״ל שדן בגזל פחות משווה פרוטה אם חצי פרוטה מדין מחילה מביא מח״א הלכות גזילה הלכה א׳. שדן בגזל פחות משווה פרוטה ולא נודע לבעלים חייב להחזיר מביא ספקו של הרה״ג ר׳ חיים אבולעפיא בנשמת חיים סימן א׳ קידש

אשה בחפץ שקנאו מדין קים לי מביא פ"ת חו"מ סי' כ"ו.

ד. קידש אשה בגניבה אם נתיאשו בעלים מקודשת. ב"ש דן בגנב מפורסם שהדין שהלוקח מגנב מפורסם מחזיר דמים מביא אופן שקנה בזול דאז נשאר ביד האשה עודף מביא דעת הרא"ש במוכר וחזר ומחלו משלם רק מדינא דגרמי כסף שנתן לו הלוקח.

ה. דן בגנב שלא מפורסם אם מקודשת מדאורייתא או מהתקנה מביא דעת הב"י בחו"מ סי' שנ"ו דבגנב שלא מפורסם לא מחזיר דמים היינו מהתקנה ודן בקניין דרבנן אי מהני לדאורייתא כמו מעמד ג' למרן הב"י הביא ספק בהפקר בי"ד תלוי בב' פוסקים.

ו. מביא דעת הרב בני אהובה דגם בגנב ידוע מקודשת, למרות שנותנת הדמים ודן במי ששעבד נכסיו שברור יכול לקדש אשה מביא שער המלך שקניין החפץ לא תלוי בנתינת דמים והעלה דמקודשת מהתורה אע"פ שצריכה לתת דמים.

ז. מביא מחלוקת הרמב"ם והב"ש האם בעינן בקנייני גזילה יאוש ושינוי האם צריך לשלם דמים עצי ארזים להרמב"ם דצריך לשלם דמים היינו מדרבנן ומביא דברי המקנה בקונטרס אחרון דתקנת השוק לא תיקנו באשה דן בדינא דמלכותא דינא. ובסתם גזילה אי הוי יאוש בעלים.

ח. מביא דברי הרא"ש בקדשה בגזל דידה צריכה גט מדרבנן לרבא דיאוש לבד קונה ותמהו עליו דהוא סותר עצמו דבקדושין י"ג. רק בשדיך מקודשת. ודן בקדשה בגזל אחר יאוש דשנוי רשות נעשה בידה שלא מקודשת דאזלינן בתר נותן ולא הוי שלו מדייק מהרמב"ם ונודע שקנהו.

ט. מביא דעת עצי ארזים שדן בסתם גזילה לא הוי יאוש בעלים ובגנבה הוי יאוש בעלים תו"ס ביד כל שהיה יאוש ושנוי רשות בידה מקודשת כ"כ הים של שלמה והביא מחלוקת דדעת הרמב"ם שכתב ונודע שקנהו משמע שצריך שיקנה בגזילה ואח"כ מקודשת אבל במה שנעשה שינוי רשות בידה לא.

י. דעת הח"ס והב"ש דכל שיש יאוש ושינוי רשות בידה מקודשת מביא מחלוקת בזה דעת מהב"ל בדברי הרא"ש מהני הגר"א בדעת הרמב"ם לא מהני מביא המחלוקת בחו"מ סי' שנ"ג מחלוקת הרמב"ם והרא"ש אי בעינן יאוש ושינוי רשות או אפילו קדם שינוי רשות ואח"כ יאוש קונה. ולא דמי למקדש לאחר לי' יום דלאו מידי יהיב לה.

יא. אם אמרינן מקודשת למפרע סוגיא בדף נ"ב. בההוא סרסיא דקדש בפרומא דשיכרא אתא מריה דשיכרה א"ל למה לא קידשת בחריף יותר ושם דנו בלך אצל יפות מביא דעת הרמב"ם דכתב בתרומה מהני ותמהו עליו הרי בגמ' רק בעשאו שליח מביא דעת הב"ש דאפי' מכאן ולהבא לא מהני ודן אם המעות בעין דמקודשת מכאן ולהבא.

סימן ל"ו: קידש במעמד ג'.

א. מביא דברי שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול והטעם כתב ר"ת דיש ב' שעבודים מוכר רק שעבוד נכסים שעבוד הגוף נשאר אצל המוכר ולכן מחול במעמד ג' לא מוחל ונחלקו בגמ' האם מעמד ג' מהני אפילו במלווה. מסביר הטעם למה לא יכול למחול הרי מכירת שטרות דרבנן ולכן לרמב"ם ור"ף מוכר שטר חוב מוחל.

ב. מביא דעת החולקים דאם א"ל משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך והמלווה מכר השטר י"א דלא יכול למחול ויש חולקים הש"ך ס"ל דגם במעמד ג' יכול למחול ומחלק בין מלווה ע"פ למלווה בשטר והיות ויש מחלוקת יש לחוש לא"א ואפי' אשה אמרה שסמכה דעתה לא מהני.

ג. תו"ס מכר שטר חוב במעמד ג' לא יכול למחול ראיה ממה שמקודשת. קשה על מי שסובר שיכול למחול לפי הנ"ל ניחא דמשלם כל השטר מביא הדין דיורש מוחל לעצמו ולא משלם כיוון דאין כוונתו להזיק אלא להפקיע שעבוד.

ד. מחלק בין מקדש במעמד ג' למקדשה בשטר דאחרים דלא סמכה דעתה הרי שניהם יכולים למחול קושיית הקצות מיישב דמעמד ג' תקנו חכמים

שהשעבוד עובר מהמלווה ללוקח ודן במוכר שטר חוב ומחלו האם הנייר נשאר ללוקח.

ה. דעת רבינו ירוחם מקדש במעמד ג׳ מקודשת מדרבנן והב״י חולק מח״א בהלכות משיכה דן בקניין דרבנן אם מועיל לדאורייתא לגבי קנה אתרוג במשיכה אי חשיב לכם דן בפסוקים שמהם לומדים הפקר ב״ד. אבני מלואים מחלק במקדש במעמד ג׳ אם מקדש בחוב או בהנאה.

ו. קידש בחפץ שקנה בקניין דרבנן מכר חפץ וקיבל דמים ולא משך והלך המוכר וקידש בכסף זה. ורש״י בפירוש בב״מ מ״ח. דהוי קדושין דקנה מדאורייתא ושם דן בקנייני דרבנן כשהחכמים תיקנו הרי זיכו המעות מדאורייתא.

ז. מביא דעת מחנה חיים דחכמים לא עקרו קניין מעות אלא הוסיפו קניין משיכה וכשעושה משיכה יצא החפץ למפרע מרשות המוכר. ומיישב ספיקו של המל״מ למה לא פשט מרש״י בב״מ. הנ״ל וביד המלך יישב קושיית האבני מלואים.

ח. וכשקידש המוכר בכסף לפני שמשך הלוקח דעת רש״י דמקודשת כיוון דחכמים לא עקרו קניין כסף והסמ״ע בחו״מ סי׳ קצ״ח ס״ק ג׳ כתב ג״כ דהוי ספק מקודשת. ושם דן אם מוכר מותר לו להשתמש בכסף ומביא דברי הנתיבות המשפט ס״ק ב׳.

ט. באופן דלוקח משך החפץ ולא נתן דמים וקידש בו אשה מביא דעת הרמב״ם דקניין דרבנן לא מהני לדאורייתא מביא מח״א בהלכות משיכה ומביא דהוא דקנה במשיכה ונתנו לחבירו קנה והוי לכם ובשדי חמד א״ע ל׳ סי׳ ל״א. האריך בזה ושם דן דמשיכה לא גרע מסיטומתא.

י. דן באופן שהקונה נתן כסף ולא משך החפץ והקנה לה החפץ בקניין סודר אם מקודשת מביא תשובת רע״א דכיוון דלא קנה הוי מקדשה בחפץ שאינו שלו ובמח״א הלכות מכירה הביא שני דינים בין אם המוכר קידש במעות שקיבל בין אם לוקח קנה בחפץ שקנה ולא משך. ובשו״מ דן בזה ותלה במחלוקת רש״י וריטב״א.

יא. דן בקידש אשה בכסף ואח״כ טוען הכסף לא שלו אם נאמן. מביא הרבה אחרונים שאומרים שאם אומר אחר קדושין שקדשה בגזל לא נאמן ושם מביא מחלוקת דיש אחרונים דס״ל דנאמן לומר הכסף לא שלו.

יב. מביא בגדי כהונה סי׳ י״ז שדחה ראיית הסוברים דנאמן ובגבעת פנחס תמה על בגדי כהונה ומביא חבצלת השרון בבעל שטען קידש בטבעת לא שלו שלקח מאביה וגם המתקדשת אומרת כן והביא תשובת עין יצחק סי׳ נ״א שנאמן במגו.

סימן ל״ז: המקדש באיסורי הנאה.

א. המקדש באיסורי הנאה לא מקודשת מכרן וקידש בדמיהן מקודשת. מביא רש״י בחולין דאסור למכור מ״מ מקודשת משום פו״ר. מכרן דווקא בדיעבד.

ב. דן באיסורי הנאה האם מחמת שאינם ממון או מפני שאינם שווים למקדש מביא רמב״ן וריטב״א דחליפי איסורי הנאה מותרים למוכר אפי׳ מכר לישראל או לגוי.

ג. דעת הרמב״ם פ״ח ממאכלות אסורות כל שמכר ולא אכל לא לוקה. דן באיסורי הנאה אם יש לו בעלים ואם יש זכיה באסורי הנאה. מביא קצות שחידש בסי׳ ת״ו דבר שאסור ההנאה שלו ולא ברשותו.

ד. דן באסורי הנאה דאורייתא לדרבנן מביא דברי ר״ז בפסחים במקדש בחיטי קורדיניתא דהוי דרבנן בשעה שלא מקודשת והוכיח דדבר דאסור מדרבנן בהנאה לאו מידי יהיב לה.

ה. אבני מלואים דבר שאסור בהנאה לא גרע ממתנה על מנת להחזיר דמקודשת רק משום גזירת חליפין לא מקודשת לרש״י. מרדכי מחלק מביא דברי האבני מלואים דקניין דרבנן מהני לדאורייתא ושם דן בקניין סיטומא אי מועיל מדאורייתא או דרבנן.

ו. קהילות יעקב איסורי הנאה דרבנן מהני דיש לה תועלת ודן באיסורי הנאה דרבנן דאין לו עיקר הרא״ש מביא ר״ת דבתרי דרבנן מקודשת חמץ דרבנן ושעות

דרבנן ישועת יעקב בהא דרב גידל ע״כ אייריי דאשה ידעה שהוא איסורי הנאה דאי לא ידעה הוי מקח טעות וא״כ למה לא מקודשת הרי יכולה להנות שלא כדרך הנאתו.

ז. מביא דברי רמב״ם מקדש באיסורי הנאה מדבריהם בשעה שישית לא מקודשת ושם דן אם בתרתי דרבנן גם הרמב״ם מודה אבני מלואים בתרתי דרבנן לא מקודשת לרמב״ם רע״א בתשובה למד תרי דרבנן במה מקדשה הרי כל המקדש על רבנן.

ח. חמץ דרבנן ושעות דאורייתא פסק שו״ע ספק מקודשת. והטעם דיש מחלוקת ראשונים בהסבר רבי זירא. רמב״ן מחלק בין חמץ דרבנן ושעות דאורייתא לחמץ דאורייתא ושעות דרבנן. חמץ דאורייתא בשעות דאורייתא לא מקודשת.

ט. ובאבני מלואים מיישב כיוון דגוף הערלה בעין אסור להנות ממנו וזה מיישב דברי השו״ע דמקדש באיסורי הנאה דאורייתא לא מקודשת אע״פ שאפרם מותר. מביא דברי רע״א בתשובה אם מכר נימא אי עביד לא מהני ויד המלך הסביר אע״פ שיש שווה פרוטה באפר לא מקודשת כיוון דנתן לה דבר שלא שלו.

י. מביא דברי המל״מ אי אזלינן בקדושין בתר נותן או מקבל וני״מ בהיתה חולה ונתן לה איסורי הנאה ומ״מ באי״ל התקדשי לי לא בדמי איסורי הנאה אלא בהנאה שהמצאתי לך איסורי הנאה מקודשת.

סימן ל״ח: עני המהפך בחררה.

א. האומר לחבירו צא וקדש לי אשה והלך וקידשה לעצמו מקודשת. רמב״ם בפ״ט כתב דנקרא רשע נוב״י רמאי ורשע הקשה הדמשק אליעזר על הנוב״י מהטור חו״מ סי׳ קשפ״ג נקרא רמאי בעשה שליח לקנות לך סחורה וקנה לעצמו, נקרא רמאי ולא רשע. יד דוד באי״ל קדש לי אשה פלונית והלך שליח וקידשה לעצמו נקרא רשע. קדש לי אשה סתם הוי רמאי.

ב. רמב״ם בשליח שקידש לעצמו לרמב״ם נקרא רשע בין בקדושין בין במקח וממכר, אבל בשו״ע סי׳ רל״ז רק בקדושין אבל במתנה ומציאה לא נקרא רשע כדעת התו״ס. עצמות יוסף עני המהפך בחררה דווקא כשמהפך לקנות אבל בקדושין עשה שליח והמשלח יושב לא שייך רשע אלא רמאי.

ג. אגרות משה בבחור ובחורה המנהלים משא ומתן על שידוך ודנים על דמים ובא אחד וסגר השידוך בין הוא בין היא לא הוי עני המהפך בחררה ע״פ דברי הרמ״א בחו״מ סי׳ רל״ז דדווקא כשפסקו דמים הוי עני מהפך בחררה. ותלה במחלוקת רש״י ותו״ס בהפקר ומתנה אי שייך דין עני מהפך בחררה.

ד. עני מהפך בחררה ובא אחר שנקרא רשע אם פסול לעדות. וכתב סמ״ע דמכריזין עליו דהוא רשע. ושם דן אם חייב להחזיר הדמים ושם מביא דעת הרמ״א דמחלק בין עני לעשיר ודעת הר״ן דס״ל דהדין במטלטלין אבל בקרקע כולם עניים.

ה. הדין של עני מהפך בחררה רק אם היתה פסיקה וחסר קניין אבל אם הם נושאים ונותנים ולא הגיעו לעמק השווה אין דין עני מהפך אבל זכור לאברהם כתב דכל שהם בנהול משא ומתן ושם דן במנהג הסוחרים בנתן מקצת כסף דהוי קניין ואסור לאחר להשתדל לקנות.

ו. מביא מהרי״ט דבאופן דנגמר המקח בא אחד מהשוק ללוקח ודורש כסף אחרת ישכנע את המוכר לחזור בו הוי גזלן. וצ״ל דהיה קניין ומוכיח מסוגיא כתובות פ״א: ההוא דנפלא לי יבמה בפומבדיתא ושם דן בסחורה שדמיה קצובים.

ז. מחלק בין אם מלמד נשכר לשמעון לא ילך מלמד אחר להציע עצמו אבל שמעון יכול לקחת מלמד של ראובן. מחלוקת אם מלמד יש לו דין עני מהרי״ץ מינץ סי׳ צ״ח יחזיר המכר. מי ששידך אשה והלך חבירו והשפיע עליו לבטל השידוך כדי שיקח אותה לבתו זה גוזל נפש וגרוע מעני מהפך בחררה.

ח. דן בהא דהלך וקדשה לעצמו דווקא בקידש במעות שלו אבל במעות המשלח הוי גזל והמקדש בגזל לא מקודשת ובחו״מ סי׳ קכ״ג בעשה שליח לקנות לו סחורה והשליח קנה במעות המשלח אע״פ שאמר אני

זוקף על הכסף במלווה מ״מ המשלח קונה. ובקונטרס אחרון האריך בזה.

ט. עשה שליח לקדש לו אשה ובשעת קדושין השליח אמר הרי את מקודשת לי אם נאמן לומר שכוונתו למשלח או לשליח מרי״ן בשו״ע אם האשה הבינה מקודשת וקשה איך האשה קובעת קדושין. והוי כמקדש בלי עדים.

י. רא״ש אם טעה השליח ואמר לי הוי הקדש בטעות הגהות מיימון באופן הנ״ל דהודיע שליח לקהל שהוא שליח ראובן ואמר הרי את מקודשת לי והעירו לו ונשבע שכוונתו לראובן דן אם שליח נאמן לומר טעיתי ב״ש שליח נאמן דחזקה שליח עשה שליחותו.

יא. באופן דשליח טעה דנחלקו הרא״ש והגהות מרדכי כאמור לעיל הב״ח בישא ברכה על רבינו ירוחם דברי הב״י ותשובת רבינו בצלאל אשכנזי סי׳ ז׳ ותשובת מהר״ם מלובלין סי׳ צ״ב ומהריב״ל ח״ד סי׳ ח׳ דכתב דמהר״ם לא סותר עצמו וכששליח מפרש את עצמו ושם מחלק בין שליח דנתן כסף סתם יכול לקנות לעצמו אבל לא בנתן על שלו המשלח.

יב. דן בשליח שקנה לעצמו ובאמר לו קנה סחורה פלונית והלך וקנה אחרת וטוען שקנה לעצמו דנאמן ושם דן בקנה במעות עצמו מהני.

יג. עשה שליח לקנות קרקע וקנה לעצמו גמ׳ רבה בר חנה מוכיח מהגמ׳ דאם שליח קנה לעצמו מה שעשה עשוי תוספתא מוציאין ממנו מחלק הרמב״ן ורשב״א דאיירי בקנה במעות שלו.

יד. רמב״ם הלכות מכירה פ״ז שם דן בשליח שקנה במעות המשלח דהמקח של המשלח ומשמע דאפי׳ שליח חזר בפני עדים ובפני ב״ד לא מהני ושם מביא מל״מ ונוב״י קמ״א דמביא סוברים דמהני חזרה.

סימן ל״ט: קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה.

א. קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה. שני דינים: א׳. איני יודע למי. ב׳.בא אחד ואמר אני. הא דאב נאמן על בתו הוא מדין נאמנות כשלא יודע אסרה לכל העולם.

ב. דן אם הא דמאמינים לאב שקידש את בתו גם באופן שקבלה קדושין מאחר לא חיישינן או רק לחומרא יד המלך נאמנות האב נאמנות גמורה ואם פשטה ידה לא מקודשת בטיב קדושין העלה דנאמנות האב לא בתורת וודאי ולכן אם לאחר.

ג. ספיקו של רע״א דנאמנות האב האם רק כשאין הכחשה ואם נאמנות האב כב׳ עדים והעלה דנאמנות האב שקדש בתו כל זמן שאין הכחשה ומסוגיא משמע דאב נאמן אפי׳ ע״א מכחישו. וכן הוכיח חמדת שלמה מדברי רב אסי דאמר סוקלין והעלה לדידן דקימ״ל כרב דלא סוקלין ע״כ דע״א יכול להכחישה.

ד. דן בתשובת מהרשד״ם בשו״א חתיכה דאיסורא נגד עדים כגון אב שקידש בתו וטוען על החתן שהוא בן י״ג שנים ועדים מכחישים אותו מהרשד״ם אב לא נאמן. וסתרו דבריו מטבח שנאמן נגד ב׳ עדים אם אמר לא שחטתי ועדים מעידים ששחט דנאמן הטבח.

ה. פמ״ג מחלק שואחי״ד מדין נדר אבל לעשות קטן גדול אין לו על כך שום נאמנות נגד עדים. ונאמנות האב רש״י כתובות כתב משום דבר שבידו כהנה״ג מחלק בין טבח שאומר לא שחטתי לאבי הבת שטוען המקדש גדול.

ו. מביא דברי הרמב״ם כשאומר האב את בתי נתתי לאיש ולא מציין למי, אסרה לכל העולם מדין פה שאסר לח״מ מעיר דדין פה שאסר הוא תוכ״ד אמנם הרמב״ם לא ס״ל כן דכתב הב״ש דאב נאמן לומר למי קדשה אפי׳ לאחר זמן וכ״כ הריטב״א והטעם כיוון דמברר אמירתו שייך להאמינו גם לאחר כדי דבור וכ״כ המקנה בפשטות.

ז. אב שאמר קדשתי את בתי לפלוני ופלוני מכחישו ביד דוד ח״ב מחלק בין בתו קטנה נאמן האב, בגרה לא נאמן. והעלה דדין זה דומה לדברי הרמב״ן פלוני חכם טיהר לי הכרי ואזל אע״פ שהוא מכחישו מ״מ כיוון שאמרה משמו יש לו נאמנות.

ח. דן כשהאב אמר קדשתי את בתי ואיני יודע והחתן

עומד על ידו ואח"כ אמר לאיש זה. תו"ס לא נאמן לומר זה האיש אחר כדי דיבור וכ"כ החי"מ ובקונטרס אחרון והמקנה מחלק בין אמר קדשתי את בתי ושתק.

ט. מביא דברי הט"ז דמעלה דאם אמר האב קדשתי ואיני יודע ותוכ"ד חזר ואמר לזה מהני וכתב הב"ש ליישב בין קידש אחת, לקידש שתי בנות ששתיהן אסורות וצריכות גט. דהתם אפילו תוכ"ד לא יכול לחזור משא"כ כאן הוא מברר אמר קדשתי בתי לאדם אחד בעולם כשאומר אח"כ זהו הרי הוא מברר דבריו.

י. אבני משפט חולק על הבני אהובה מביא דברי הפלאה דטעם הנאמנות דמי שאמר אני קדשתיה דמיותרת מהאב שמא יכחישו אבל כשעומד לפניו ולא מכירו אזלא לה הנאמנות דלא מיותרת. ובני אהובה תמה מנין לנו כיוון ששתק לא נאמן דהרי בחו"מ סי' כ"ט עד ששתק יכול להעיד ואין בזה חוזר ומגיד.

יא. טעם נאמנות ע"א שבא ואמר אני קדשתיה דמירתת שהאב יכחיש אותו וכ"כ הרמב"ם ומשמע דאם האב מת דלא שייך סברא דמירתת לא נאמן המקנה בקונטרס אחרון חולק וע"א נאמן תמיד וכתב הרשב"א הא דנאמן לכנוס ולא צריך קדושין אחרים. וכתב הר"ן הא דנאמן לומר אני קדשתיה הרי אין דבר שבערווה פחות מבי כאן מברר.

יב. הא דנאמן כתב רבינו ירוחם דווקא באומר כן לפי האב וכתב דעת רש"י והבאנו דברי המקנה דבכל אופן נאמן טיב קדושין הביא דברי הרשב"א באשה שאמרה נתקדשתי ואיני יודעת ובא אחד ואמר אני מחפה עליו.

יג. דן באחד שאמר קדשתי את פלונית ואח"כ בא האב ואמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי דן אם נאמן אח"כ או נאמר דהוא מחזיק דבריו. ובאופן שהאב אמר אחת מבנותי קדשתי ואיני יודע ובא אחד ואמר אני קדשתי פלונית לא נאמן.

יד. כתב ה"ה פ"ט מאישות מי שיש לו שתי בנות קטנות ושידך אחת מהן ואחר זמן קיבל קדושין מאחד שא"ל בתך מקודשת לי שתיהן בספק תו"ס יו"ט כתב בפ"ה דקדושין אמר אב קדשתי אחת מבנותי לפלוני ואיני יודע מי מהן ואומר המקדש זו קדשתי לא נאמן.

טו. בית הלוי הסתפק בדברי הירושלמי מה שלא נאמן היינו לכנוס או גם ליתן גט וכתב דזה תלוי במחלוקת הרמב"ן והר"ן בעשה שליח לקדש לו אשה ומת דלהרמב"ן ע"ח מברר ולכן בדין הירושלמי קדשתי אחת מבנותי הוא גם מברר.

טז. כשבא נאמן לכנוס ולא צריך קדושין אחרים וכ"כ הרב המגיד מהרי"ק מחלק בין ספק מגורשת לא צריך קדושין אבל ספק מקודשת צריך קדושין דיש חזקת פנויה.

יז. לעניין עונשין גמ' איבעיא להו מהו ליסקול על ידו. וקימ"ל כרב דאין סוקלין קושיית פני' האיסור בע"א יוחזק כפי שפסק הרמב"ם פרק ט"ז מסנהדרין מחלקין בין עד כשר לנאמנות של אב. ועי' תשובת רע"א ושב שמעתתא.

סימן מ': נאמנות האב על גיל ילדיו חזקה דרבא.

א. גמ' נאמנות האב על גיל ילדיו לקרבן אבל לא למלקות ועונשין וכ"כ הרמב"ם פ"ב דאישות הל' כ"ג וכתב תו"ס רי"ד אין הבדל בין אב לאחר דנאמנות זו מדין ע"א נאמן באיסורין תו"ס חולקים דנאמנות זו רק לאב ש"ג דנאמנות האב מדין יכיר.

ב. מסתפק אם נאמנות זו גם לגבי יבום וחליצה כיוון דחליצה הוי דבר שבערווה יש להשוות למלקות ועונשין וכ"כ ריטב"א ומרדכי ריא"ז חולק וס"ל שכן נאמן.

ג. תו"ס בשם ר"י כשיש ריבוי שערות יש לסמוך על כך דאין דרכן לבוא לפני י"ג ושם דן לגבי קטן בגיל י"ג שכתב פרשיות תפילין אי חיישינן לכך, ובנוב"י דן אי סמכין אחזקה דרבא בדבר שאפשר לברר והטעם דלא סומכין בלי בדיקה דהוי מיעוט המצוי.

ד. תמיה על מה שמניחים סופרים קטנים לכתוב בלי לבדוק וכן בנבדק אח"כ והיו שערות דנעשה גדול למפרע וכ"כ הרא"ש בחו"מ סי' ל"ה ורע"א וכתב סופר נחלקו אם אינו לפניו לבודקו אי סומכין אחזקה.

ה. לעניין חליצה לא סמכינן אחזקה דרבא ואף בדיעבד אסורה ודן במיעוט אם חוששין כגון מבקרת

מביא קושיית מל״מ על ר״ת דכתב דשערות דווקא שחורות ולא לבנות ומביא דברי חו״מ שקטן שהעיד וליתיה קמן לא מהני.

ו. מביא דברי תו״ס בנדה דאם הקדישה ואחרים אכלו לוקה מחמת שעל פי רוב מביאין שערות וכן דעת הרשב״א מביא שב שמעתתא דחזקה דרבא אלימא דכל שהגיעה לכלל שנותיה חזקה שהביאה ואפילו נבדקה ולא נמצאו אמרינן נשרו. מקור לחזקה דרבא נדה מ״ו. כל שתים עשרה שנה ממאנת מכאן ואילך לא ממאנת ולא חולצת ויש ספק אם חזקה זו מהתורה ומחו״מ סי׳ ל״ה משמע דלא הוי חזקה דכל שלא נבדק לא מקבלים עדותו.

ז. תו״ס בב״ת קנ״ד: לגבי סימנין עשויים להשתנות ומוכיח דחזקה דרבא לא הוי חזקה מהרי״ט אפי׳ נבדק אח״כ אמרינן נשרו שב שמעתתא אע״פ דחזקה דרבא חזקה אלימא מ״מ כל שנבדק ולא נמצאו לא הוי גדול.

ח. דן בדברי הטור דאינו מעיד עד שיביא שתי שערות משמע שכל שלא נבדק, קטן הוי. ואם בדקוהו אח״כ לדעת הרא״ש גדול למפרע מרן בב״י אהע״ז סי׳ מ״ג מביא דעת הרשב״א ותשב״ץ דגדול משעת בדיקה.

ט. דן לעניין כתיבת פרשיות תפילין ומביא מחלוקת כשכתב ואינו לפנינו ומ״מ כל שלפנינו חייבים לבדוק.

י. דן לגבי כתיבת תפילין אם חזקת חיוב אם לפסול את הפרשיות ושם דן בחזקת חיוב ומביא ישועת יעקב שכל שכתב להכשיר רמ״א לעניין תפילה לא מדקדקין.

יא. נאמנות האב על גיל בניו נאמן לתפילה אבל לא לעניין קדושין דן לעניין למנות לשליח צבור לפי השו״ע תפילה דאורייתא ולכן נאמנות האב כפי שאמרנו דזה תלוי אם זה מדין עדות או יכיר.

סימן מ״א: עדי קדושין שלא יחדו אותם.

עובדא בב״ד בזוג שהתחתנו בחו״ק ונפרדו והאשה עברה לגור עם אחר בהיותה א״א וילדה ילדים. דנים לעניין עדי קדושין שהיו פסולים. אמנם בין הציבור היו כשרים שידעו שהרב קידש אותם. מביא דברי החתם סופר בסי׳ ק׳ דהעלה דכל שידוע חלו קדושין הביא כמה פוסקים שדוחים. ושם דן אם יש פסולים אם הכשרים יכולים להעיד ואם יש חילוק בין אם הרב יחיד פסול או החתן והעלה כדעת הרבה פוסקים דס״ל דעדותם פסולה ואין כאן קדושין.

סימן מ״ב: עדים בגיטין וקדושין.

א. האומר לאשה קדשתיך ואומרת לא קדשתני ומקדש בע״א לא חוששין לקדושיו. מביא דברי הגמ׳ בממון אמרינן לא איבראו סהדי אלא לשקרי וכן פסק הרמב״ם פ״ה מהלכות מכירה וחו״מ סי׳ רמ״א מביא לימוד בקדושין דלא מהני.

ב. אדם נאמן על עצמו יותר מק׳ עדים ואפילו עדים מעדים שהוא לא חייב נאמנותו עדיפא. ולכן בקדושין עדים לקיומי דבר ובממון יש עוד פסוק של הוצאת בע״ב ולכן ילפינן דלא איבראו סהדי אלא לשקרי וזה הטעם למה בממון מהני ידיעה בלי ראיה.

ג. שם דן דבממון מהני הוצאת בע״ב ומינה ילפינן דלא איבראו סהדי אלא לשקר אבל לזכות איך מהני בלי עדים כגון מתנה ודן על דין מומחה חידש ר׳ שמעון שקפ בשערי יושר שכח עדים לחדש עניין בע״ב לחתוך את הדין ומזה למדו שקדושין לא חלין בלי עדים.

ד. מסביר למה עד פסול אסור לו להעיד אפי׳ שזה אמת כיוון דבי״ד צריך לשאוב כח כדי לפסוק הדין וכח כזה שואבים רק מעד כשר ושם דן דאם ליכא עדים לא מקודשת וע״א ס״ד דכיוון דלגבי ממון נאמן הו״ה בקדושין קימ״ל שלא. ופסקו ריי״ף ורמב״ם מקדש בלי עדים לא מקודשת אפילו שניהם מודו.

ה. הטעם באופן ששניהם מודו לא מהני חב לאחריני ובאופן דלא חב כגון התגרשה ע״מ שתנשא לפלוני וכן בתרי ותרי ונישאת לאחד מעדיה וכן גירש אשתו בספק דאסורה לכו״ע וחזר וקדשה והסתפק בזה אבני נזר סי׳ קע״ב.

ו. דן היום שמכסין את פני הכלה אי הוי מקדש בלי עדים מביא מחלוקת הרשב״א ומרדכי בהתקדשי לי באתרוג ואח״כ ראו אתרוג יוצא מתחת ידיה אי

חיישינן שמא היא לקחה מעצמה וכן אם בעל ואשה ראו את העדים ועדים לא ראו את הזוג מחלק בין קדושין לעדות ממון.

ז. ידיעה בלי ראייה לא מקודשת והביא רב פעלים מחלוקת הרשב״א ומרדכי והלכה כרשב״א. בית מאיר גם לרשב״א כל שיש הוכחה גמורה מהני. תשובת רע״א עדי ידיעה לא מהני בקדושין וכתב המקנה דגם לדעת הרשב״א אומדנא דמוכח מהני.

ח. מביא ראיה לדעת המרדכי מגמ׳ קדושין דף י׳. דמשמע דמהני אומדנא בקידש בביאה דבעל ופירש הרי בשעת ביאה לא ידוע לעדים כלום רק אח״כ ועי׳ בב״ש ס״ק י״ב.

ט. ברית יעקב דן בדברי המרדכי דבעדות קדושין מהני הוכחה והקשה נתן לה לפקדון וא״ל התקדשי לי לא מהני דהוי שתיקה לאחר מתן מעות משמע דבלה״כ היה מועיל ולכאורה כשאמר לה התקדשי לי בזה לא היתה נתינה בכלל ושם דן דכל שעושה תוך כדי דיבור הוי עדות על המעשה מביא ראיה מקריאת הגט לפני נתינה ואם קראוהו אח״כ מהני.

י. מביא מחלוקת המרדכי ותו״ס בלא קראוהו לפני נתינה מביא הגי׳ מיימון להלכות אישות דעדים דראו זריקת הקדושין ומסופקין לא הוו קדושין.

יא. ובעין יצחק חידש בקידש בביאה ואח״כ טען רוצה בהוראה אע״פ שהעדים לא ראו מהני דן בעדים אם מהני למפרע.

יב. דן אי ביבום בעי עדים רע״א סי׳ קס״ו בעי עדים ובשער המלך דן בזה ובש״ג כתב דבעי עדים וכתב יד המלך ותלה אם קדושין תופסין ביבמה לשוק.

יג. מוכיח דגם למ״ד דבעי עדים מ״מ העדים לא מקיימים המעשה ושם הביא מהריי״ט דהוי מקודשת כ״כ הרשב״א הוי מקדש עם עדים.

יד. עדות מיוחדת בקדושין לא מהני דבעינן שני עדים ביחד כתב מרן הב״י מצטרפין בחו״מ סי׳ לי הרבה פוסקים ס״ל בקדושין לא מהני.

טו. מקדש בע״א לא מקודשת קמ״א יש מחמירים. ובגמ׳ מאי הוי עלה ולא נפסקה הלכה לכן הוי ספק כ״כ הסמ״ג והרבה אחרונים כתבו החוששים וכ״כ אחיעזר כיוון דאיסור בע״א יוחזק וי״א דחוששים מדרבנן.

טז. אם יש חוששין מדאורייתא לעניין מעשה כתב הרב בנימין זאב דלא חוששים וכן דעת מרן. וכתבו אחרונים דנוהגים להחמיר בערווה חמורה אפי׳ נגד מרן השו״ע ר׳ יצחק בן וואליד צז״ל וכשיש עוד צירוף מפקיעין בלי גט.

סימן מ״ג: אשת איש שזינתה בעד אחד.

א. גמ׳ קדושין ס״ו: עובדא דההוא סומא דא״ל אשתך זינתה אביי אמר נאמן רבא אמר לא נאמן הוי דבר שבערווה ואמרה חגמ׳ אי מהימן לך זיל אפקה. וכ״כ הרמב״ם פרק כ״ד מאישות הלכה י״ז. וכ״כ שו״ע סי׳ קט״ו אשה שאמרה שזינתה לא נאמנת חיישינן שמא עיניה נתנה באחר א״ל אחד מקרוביו או קרוביה וסומכת דעתו עליהם.

ב. בסי׳ קע״ח הביא מרן שאם נאמן עליו כבי תרי יוציא ויתן כתובה וכתב רמ״א בכ״ז לא נאמן דחיישינן שמא הבעל עיניו נתן באחרת ומנסין אותו על כך שמאמינו ומל״מ מביא דברי הרשב״א דהא דאם סומכת דעתו עליו ונאמן בעיניו דווקא בשתיקה אבל במכחישתו לא נאמן. וכ״כ רש״י אי מהימן לה זיל אפקאה כתב רש״י כיוון דלא מכחישתו ובילקוטים שעל הרמב״ם דפוס פרנקל תלה בבי׳ תירוצים של הר״ן למשנה אחרונה.

ג. הטור מי שאמרו לו אשתו זינתה והיא שותקת אם נאמן עליו תמה פרישה דאם היא שותקת אפילו לא נאמן עליו דשתיקה כהודאה ושם מסביר מה דאמר לו שמואל אי מהימן לך הוציאה היינו לצאת ידי שמים וקשה לרבא בשותקת וע״א מעידה למה לא נאמן וע״ז תירץ דאיירי במכחישתו וכ״כ המאירי.

ד. וכן מיישבים סתירת הטור דבסימן קט״ו כתב הטור דצריך לקבל עליו דברי העד משום לזות שפתיים ואילו בסי׳ קע״ח כתב חייב להוציאה ומתרץ הב״י כאן בשותקת כאן במכחישתו.

ה. וכשבעל טוען שראה את אשתו מזנה בפ״ת בס׳ קע״ח ס״ק י״ט הביא דברי נוב״י דפלפל עם חכם אחד ר׳ טובלי ז״ל דתמה על הרמ״א למה השמיט אם תבעל טוען שראה את אשתו מנדין אותו מביא ישוע״י בבעל שראה את אשתו אין מקום לנדותו דהרי עומד וצווח דאסורה לו. והוכיח מטוען פ״ה דבזה נאמן ולא הגיה הרמ״א כלום על דין והביא דברי הר״ש צורן דלא נאמן בראה את אשתו וכתב דהוא יחיד.

ו. יוצא לפי משנה אחרונה שלא נאמנת אע״ג דשויא ח״ד והר״ן תירץ ב׳ תירוצים א. כיוון דמשועבדת לבעלה לא נאמנת ומחלק בין איש לאשה דהיום אפי׳ יש חדר״ג בבעל שטוען על אשתו מוציאה בגט אע״פ שעבר על חדר״ג הגט הוא גט משא״כ באשה אם יוציא הוי אח״א לעלמא לכן לא נאמנת.

ז. בדברי הח״מ אי נאמן לך כבי תרי זיל אפקה כתב המאירי דנאמן עליו לכל דבר וכן אי נאמן עליך כבי תרי היינו בכל דבר. אמנם דברי הרמב״ם לא כך דכתב וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת וכ״כ השו״ע אמנם הרמ״א הוסיף דנאמן עליו לכל דבר וסיים הרמב״ם ואין בי״ד כופין אותו לגרש עד שיביאו שני עדים. רק מדין שמים חייב להוציא.

ח. מביא דברי הרמב״ם דבי״ד לא מענישין על סמך שוא״ד אלא ע״פ עדים וכ״כ בשו״ת ברית אברהם ותשובת הרא״ש באחד שראה אשתו זנתה דבלי אמתלא היא אסורה עליו ולמה בי״ד לא כופין אותו להוציאה כל שלא נתן אמתלא אלא ע״כ בשואח״ד בי״ד לא מתערבין.

ט. תשובת רע״א בדברי הרמב״ם פ״ד הלכה י״ז אי נאמן לו חייב להוציאה בדיני שמים. וכל שעוד בדבורו ואומר שראה שזינתה לרמב״ם לא כופין אותו להוציא ולהריטב״א כתב דבשואח״ד בי״ד כופין אותו וכן פירש בסוגיא דפ״פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו ובי״ד כופין אותו.

סימן מ״ד: תינוק שנמצא מהול.

א. מביא דברי הגמרא והרמב״ם שכל שנמצא עם סממנים שנשלך לחייב אין בו דין אסופי וכ״כ השו״ע וכתב הרמ״ה כל שהושלך במקום שלא שמים יש בו דין אסופי. והגמ׳ חילקה בין אסופי לשתוקי ששתוק מכיר את אמו אבל לא את אביו.

ב. אסופי מדאורייתא מותר דספק ממזר הוא והתורה אסרה ודאי ממזר דלא תלינן באי״א דאשה מזנה תולה בבעלה רק חוששין למיעוט ארוסות וכל דין אסופי דכשר מהתורה היינו בעיר שרובה ישראל אבל מחוץ לעיר תולין בגוי דאזלינן בתר רובא.

ג. נמצא במקום משומר דעת מהרי״ט לא יצא מידי ספק ממזר ונוב״י כתב דהוא כשר לקהל וכ״כ הישוע״י ובית מאיר דמסתירת הרמב״ם ושו״ע הוא כשר לקהל ומביא ב״י דכשדנים על הולד ברוב אחד דהוי כדיעבד.

ד. מביא תשובת נוב״י בסי׳ ו׳ בתינוק שנמצא זרוק דכל שלא הושלך למיתה הוא כשר לקהל וכתב לחלק דהן אמת פנויה שלא נבדקה הוי ספק אפילו ברוב כשרים דחיישינן שמא היא הלכה והוי קבוע מ״מ על הולד הוי פריש ודנים מחמת רובא וכשר ובקהילות יעקב דן בחידוש הנוב״י ודחה את היתרו מביצה שנמצאה בחצר וכ״כ מהרי״ט דעובר שנמצא הוי ספק קבוע.

ה. רמב״ם בפרק ט״ו מאיסורי ביאה בפנויה שילדה והבן כשר אפילו רוב פסולים ואם לא נבדקה אמו ספק שתיקי ומשמע גם שאמו מתה הדין בן ודלא כנוב״י. והשב שמעתתא אימץ דברי הנוב״י ותמה דהרמב״ם חולק וכתבו לחלק דנוב״י איירי ברוב כשרים והרמב״ם איירי ברוב פסולים.

ו. שם בדברי הגמ׳ כל זמן שהוא בשוק אביו ואמו נאמנים עליו, נאסף לא. ושם דן האם בעינן תרתי אביו ואמו או אחד מהם סגי. ירושלמי אביו או אמו נאסף בעי שני עדים וכל זמן שהוא בשוק אביו ואמו נאמנים אפי׳ ברוב פסולים.

ז. בשני עדים נאמנים ושם דן אם אביו ואמו נאמנים מיד או אפילו אחר זמן ואפילו הושלך ברה״ר כ״כ רש״י והטעם כיוון דמהתורה הוא כשר.

ח. תינוק שנמצא ברוב עכו״ם עכו״ם ישראל

מחצה על מחצה. מחלוקת רב ושמואל דעת הרמב"ם ברוב עכו"ם או ישראל חוששין לקדושיו ולעניין נזיקין נגח שורו לשור דידן ברוב ישראל אין הולכים בתר רב תו"ס חולקים מחצה על מחצה רש"י חייב להחיות מדין וחי אחיך עמך דן בגדר הרב האם בירור ושם דן במחצה על מחצה לרמב"ם למה מפרנסים הרי מספק לא מוציאין ממון.

ט. הרא"ש מחצה על מחצה לא חייב להחיותו מסביר דעת הרא"ש נתינת חזקת ממון הוי כמו כל החזקות מביא שב שמעתתא בספק מוחזק כתב מהריב"ל דלא יכול לומר קיים לי ברוב ישראל גם לשמואל חייב להחזיר אבדה ה"ה מוכיח דאפילו ברוב גמור לא אזלינן בתריה לשמואל.

י. מחלקים התו"ס כתובות דף ט"ו: דרוב ישראל כל הנ"מ לגבי נזקין ודברי תו"ס סותרין וזה סותר תו"ס סנהדרין דף ד': דהקשו לשמואל אם בנפשות הולכים אחר הרוב כ"ש בממון וכתבו לחלק. ש"ש מחלק דכל שנקבע ע"פ הרוב פוסקים גם לשמואל.

יא. קושיית רע"א על התו"ס דברוב ישראל הו"ה מצי להעמיד הכל לגבי נגיחה הרי באופן דנגח דידן לדידיה איך ישלם נזק הרי לא הולכים בממון אחר הרוב ומכח זה פסק כיוון דהוחלט שהוא ישראל הממון הוא תוצאה.

יב. דן בילד מהול שהיה ביד נשים וטענו שהוא בנם ואח"כ מסרוהו לישראל ישועות מלכו מקבלים אותו ולא חוששים שמא גוי מהול הוא והעלה דהבן כשר לקהל.

סימן מ"ה: נאמנו חיה ובעל המקח.

א. נאמנות חיה אם היא מדאורייתא או דרבנן ר"ן מדרבנן דמדאורייתא אין דבר שבערווה ואיירי שנולדו ילדים ובתורתם ודאי ממזר דאיקבע איסורא ולכן נאמנת מהתקנה וע"א מכחישה דנאמנותה לא מכח עדות.

ב. מסתפק האם הנאמנות רק לחיה או לכל אשה שנמצאת במקום הלידה כ"ש למה צריך טעמא דנאמנת מהתקנה לר"ן תיפוק דע"א נאמן וכאן לא איתחזק לא איסור ולא היתר וכתב דחיה היא אשה ותימה אלא כאן איתחזק היתרא ואיסורא לכן נאמנת מהתקנה.

ג. נאמנות חיה לאלתר דווקא לגבי בכור אבל כל שיצאה מהבית איבדה נאמנותה. אבל לגבי יוחסין נאמנת תמיד כל שאין ערוה ועצי ארזים תמה ומלי"מ העלה דחיה נאמנת כל שלא מכחישים.

ד. נאמנות חיה כתב בערוך השולחן כל זמן שהאמהות לא תפסו הילדים דכיוון דתפסו הוי חזקה שהאם החזיקה התינוק לבנה וחיה לא נאמנת. פרישה הא דמהני ערעור היינו כל זמן שחיה לא דברה אבל דברה כבר קיבלנו דבריה. ושם הביא מחלוקת שנאמנת החיה כל זמן שלא יצאה מהבית.

ה. הרמב"ם חיה נאמנת שו"ע נאמנת חיה דילדו כמה נשים בבית אחד רמב"ם כל שהכחיש ע"א הוולד כשר ואין לו ייחוס ותמהו עליו דכתב דאין לו יחוס למה כשר. ושם רבי דוד ערמה מיישב את הרמב"ם דאיירי שלא ילדו כמה נשים.

ו. דן אם חיה נאמנת גם נגד האב והאם ושם המאירי אב ואם אפילו מערער לא נאמן והעלה ש"ג דאב ואם מכחישים החיה ונאמנים.

ז. נאמנות בעל המקח לזה מכרתי ולזה לא מכרתי רש"י נאמנות כל זמן שהמעות בידו דרמיא עליה לדייק ר"ן מקחו בידו נאמן מדין מגו. וכ"כ ר"ת והרא"ש במקחו בידו.

ח. ר"ת ולחזי זוזי ואפילו מקחו לא בידו נאמן לפטור מדין עד מסייע ולרש"י נמי שאותו שהמוכר מסייעו יהיה פטור. ולר"ת תירצה החי"מ נקיט מתרווייהו ולא זוכר ולרש"י לא סובר עד מסייע פוטר. ושם מביא הרא"ש ריש ב"מ. והנ"י והר"ן כשיש עד מסייע נגד עד מחייב שבועה.

ט. לרש"י מקחו בידו דייק כדי שלא יעבור על מי שפרע ראי"ש ור"ן מדין מגו. וכשאין מקחו בידו וקיבל כסף מאחד נמי דייק שלא יעבור על מי שפרע וכתב הרמ"א

בחו״מ סי׳ רכ״ב דבנקט מאחד נאמן. ותמה הסמ״ע עליו. ולרש״י הנאמנות מדין מידק דיק אבל לר״ת נאמנותו מדין מגו.

י. סמ״ע מוכיח דרמב״ם כרש״י שנאמנות המוכר לא מוגבלת שם הרמב״ם כר״ת דכשאין מקחו בידו נאמן מדין ע״א.

סימן מ״ו: קביעת ממזרות.

א. רמב״ם פט״ו מאיסורי ביאה דין תורה שספק ממזר מותר אבל חכמים עשו מעלה ביוחסין ושם דן האם הא דהתירה תורה ספק ממזר היינו בספק דמחצה על מחצה כגון קבוע או אפילו ברוב פסולים.

ב. להרמב״ם דספק מותר מהתורה למה צריך פסוק להתיר ספק ממזר פנ״י לרמב״ם אפילו ברוב פסולים והרשב״א כתב דזה מקור הרמב״ם ממה שהתורה התירה ספק ממזר.

ג. עונג יו״ט מיישב שיטת הרמב״ם ספק ממזר מותר אפילו באיתחזק איסורא. וביד דוד כתב הא דהתורה התירה ספק ממזר היינו בתורת וודאי ושם דן בהכשר ממזר בין רוב דאיתא קמן לליתא קמן מביא מנ״ח מצווה בי לעניין מילה של תינוק שהתערב אם מלין מספק בשבת.

ד. מביא סוגיא בכתובות ט״ו. תינוק שנמצא בעיר שרובה ישראל רובה גויים מחצה על מחצה ושם נחלקו תו״ס והפלאה ברוב ישראל ודעת הרשב״א דספק ממזר ברוב פסולים פסול. וכל שלא נבדקה אמו פסול לקהל. ורק בטוענת האם לכשר נבעלתי כשר.

ה. מביא שב שמעתתא דתמה על מל״מ דבנולד במחבוא ממזר עם כשר הוי ספק ממזר כיוון דהתורה חייבה אשם תלוי ותמה עליו דמ״מ לעניין יוחסין הוולד כשר ובניין עולם כתב דלהרמב״ם הוולד כשר גם באיתחזק איסורא.

ו. בנולד בן מאשה עגונה שבעלה נעלם כתב ח״ס דהוי ספק וכ״כ נוב״י והעלה בצל הכסף דהוולד ספק דיש לצרף אבד זכרו והוי ס״ס שמא מגוי וכן דן בפנויה שילדה הסתפק רב חיים רפפורט סי׳ ד׳ והעלה להכשיר דאפילו שלכחונה בעי תרי רובי היינו באשה אבל בבן סגי ברוב אחד.

ז. מביא מחלוקת הרמב״ם ורשב״א לגבי רוב פסולים דהב״ש ס״ק ל״ט הביא את המחלוקת דן ברוב ומחלק בין רוב בטבע לרוב ע״י אדם מביא דברי מלכיאל בקפץ אחד מן המנויים הרוב לא וודאי בנקבע על ידי האדם.

ח. דן בוולד שנולד מאשה שלא קיבלה גט והלכה ונישאה אזרחית ויש ס״ס להחזיר וכתב בית מאיר אע״פ שהרשב״א ס״ל ספק דאורייתא לחומרא מדאורייתא מ״מ ספק ממזר מותר מהתורה וכ״כ עצי ארזים ס״ק י׳ פנ״י כתובות תורת חסד מלובלין סי׳ ז׳ חקרי לב עין יצחק סי׳ ל״ח וכ״כ מהריי״ם באשה שנתגרשה וילדה אחר גירושיה הוולד כשר שמא אחר גירושין ואת״ל לפני שמא מגוי.

ט. דן באשה שעזבה את בעלה ונישאת בערכאות וילדה שבעה בנים והאשה טוענת בתחילה מהבועל והבועל מכיר בהם מ״מ כיוון שלא נאמנים לפסול רק להכשיר לא נאמנת וכן היה מעשה באשה שטענה שהיא פרודה מבעלה כמה חודשים לפני הגט ובשעת הגט היתה בהריון וילדה אחר שמונה חודשים ועשרים יום העלינו להתיר הוולד מס״ס שמא מאחר גט ואת״ל לפני הגירושין דלמא מבעל ואשתהיה ושמא מגוי.

י. דן באשה שטוענת שנישאה בחו״ק ועזבה בעלה והלכה ונישאת אזרחית העלה כיוון דלא נאמנת לפסול כן לא נאמנת שנישאה בחו״ק כדי לעשות בניה ממזרים ושם מביא דברי הרב עין יצחק בסי׳ ז׳ דכל שנפגשים או טוענת שבעלה היה מבקר אותה, הוולד לא ממזר מס״ס שמא מבעלה שמא מגוי.

יא. מביא תשובת יביע אומר ה״ז סי׳ ז׳ באשה שעזבה בעלה ונישאת בערכאות וילדה בן והבעל הראשון הוכיח שאין לו כח גברא דלדעת החוו״ד דהוי קדושי טעות וכ״כ אגרות משה והביא כמה פוסקים דס״ל כן ויש להכשיר הוולד.

יב. מרן בשו״ע סי׳ קנ״ו סעיף ט׳ שם מביא דעת הרמב״ם דאפי׳ שניהם מודים לא הוי בנו לגבי לפטור

מחליצה ובאגרות משה אהע״ז ח״ג סי׳ ח׳ דן באשה שהלכה ונישאת לאחי בעלה ויש להם בת על שמו ואמרו לה שהבת ממזרת והאם טוענת הבת מגוי והעלה להתיר.

יג. פנויה שהתעברה ואמרה פלוני ממזר אע״פ שמודה לדבריה הוי ספק וראי״ש חולק שכל שטוען הבועל שהוא בנו סמכינן עליו ושם כתבנו בשם הב״י דאפילו פלגש ומיוחדת אמרינן כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר.

סימן מ״ז: יכיר.

א. עובדא בבי״ד באשה שנפרדה מבעלה לפני גירושין וטענה שהיא בהריון מהנואף והתגרשה וילדה בן ששה חודשים אחר הגירושין והיתה בפירוד מבעלה חמשה חודשים לפני הגט ועכשיו דנים לגבי כשרות הבן. נאמנות יכיר רק לאב מביא דעת רמב״ן דיכיר שכשאומר על הקטן בבנים שהוא בנו. וטעמא דנאמן ירדה תורה לסוף דעתו של אב שאינו רוצה לפסול זרעו.

ב. דן בנאמנות האב האם מדין נאמנות או כמו עדים רע״א נאמנות התורה על בנו וודאי ולא כשהוא מסתפק מביא עובדא בתשובת ויאמר יצחק על אשה שטענה שהיא בהריון מבעלה והוא מכחישה והעלה דדינה כמו עובדא דארוס וארוסתו ומ״מ לדעת בה״ג דיכיר רק בבכורה הוי ספק ולרי״ף ורמב״ם הוי וודאי ממזר.

ג. מביא תשובת רע״א בשיטת יכיר דהתורה האמינה לאב דעת בה״ג רק הכרת בכורה תו״ס רי״ד רק אם האם לא מכחישתו ריא״ז התורה האמינתו על בנו ולפי ריא״ז רק בטוען שבא על ערווה בשוגג. קצות אפילו במזיד פלגינן נאמנות.

ד. דן בנאמנות האב האם מתורת נאמנות או מתורת עדות והוא נאמן גם נגד עדים ומוכיח דהוא מתורת עדות לכן רשע לא נאמן בתורת יכיר וזה הטעם של נכרי ביבמות מ״ז.

ה. מביא רשב״ם דאם האב מכחיש העדים כגון שמעידים שנולד לו בן לפני כן לרשב״ם אב לא נאמן נגד עדים ויש חולקים דנאמנות האב יותר מעדים ואותם שמעידים עליו עדים לא נוטל אפילו כחלק פשוט ומביא חתם סופר דתמה על תו״ס רי״ד דהתורה האמינה את האב אפילו נגד חזקה.

ו. פ״ת ס׳ ד׳ ס״ק ל״ז מביא כל השיטות לגבי יכיר ומביא אמרי יושר באשה שהרחיקה בעלה מחמת קטטה והיתה מעוברת והאב לא החזיק את הבת ואומר לא ממנו ויש רינון בעיר העלה דשמא מגוי ועוד שמא הלכה כדעת הפוסקים רק בבנו נאמן ועי׳ הכרת בכורה ולכן גם אם הבועל הודה דרק וידוי שבא עליה הוולד כשר.

ז. ארוסה שנתעברה ואומרת מארוס אם מודה או שאינו כאן הוולד כשר. מכחישה, הוולד ממזר. וש״ג כתב דהוי ספק ממזר דיכיר רק בבנו וכתב ב״ש אם האם לא לפנינו ואומר הארוס לא ממנו תולין בגוי. וכן נראה דעת הרמב״ם ויש סתירה ברמב״ם פט״ו הלכה י״ז דכתב וודאי ממזר להלכה י״ט דבהלכה י״ז היא מכחישתו אבל בהלכה י״ט לא מכחישתו לכן תולין בגוי.

ח. בעין יצחק אפילו במכחישתו תולין בגוי דגנאי הוא לה לתלות בגוי ומוכיח בעין יצחק דבזנות אמרינן כשם שזינתה עם זה ובארוס שטוען לא זזה ידו מתחת ידה אפילו הכי הוי ספק ממזר וב״ש שם הביא מחלוקת.

ט. מביא סוגיא היו מוחזקים בבנם הגדול שהוא בכור ועכשיו טוען על הקטן וכתב רשב״ם היו מוחזקים לא בעדים אלא קול בעלמא אבל הרמב״ן כתב דנאמן נגד עדים. רמב״ם ס״ל דהא דנאמן האב דווקא כשלא הוכר אבל אם יש עדים לא צריך הכרה לכן לא נאמן.

י. הגמ׳ הקשתה יכיר למה לי יהיה נאמן במגו דאי בעי יהיב ליה ותירצה דנפלו לו כשהוא גוסס והקשו מהרי״ט אלגזי ושער המלך נעמיד הפסוק יכיר בקטן דאי מדין שיכול לתת קטן לא קונה או שבעינן יכיר על עובר במעי אמו ונאמרו כמה תירוצים ושער המלך כתב דיכיר על בנו החי.

יא. גמרא העמידה בנכסים שנפלו כשהוא גוסס מביא מרדכי בסוגיא של קני את וחמור ג׳ שיטות שהביא הרמ״א בס׳ ר״ג. בהקנה דבר בר קניין עם דבר שלא בר

קניין וא"כ מה הגמ' אמרה בנכסים שנפלו אח"כ הרי יכול להקנות מגו שחל על זה חל על זה ותירצו דווקא אם הקניין של שניהם חל בזמן אחד.

יב. בדין יכיר לא יכול לחזור אפילו תוך כדי דיבור כיוון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. וכ"כ הקצות בס' רע"ז ושם מסביר הסוגיא בכתובות י"ח: בעדים שאמרו כתב ידינו הוא זה.

יג. בהחזיק בנו ע"י מילי דחיבה הוי חזקה וכ"כ חו"י בעובדא דילדה אשתו ובליל הברית קמה האשה וטענה שהשכנה החליפה הבן ובן אחד מת והעלה למול אותו והשני של השכנה יגדלוהו כישראל כי הגויה הודתה על כך וכשגדל ביקש נדוניה מאביו והכה אותו באכזריות וטען האב שדם נכרי זורם בעורקיו. הבן כשר.

יד. דן בנאמנות האב מדין יכיר מה הדין אם הבן הכה את אביו אם נענש על כך. רצ"ב חייב על הכאתו וכן אם טען שהוא ממזר ונשא ישראלית לוקה. ויש שהוכיח מגמרא קדושין ס"ה דאב נאמן על בניו לקרבן אבל לא לעונשין. ויש שהסבירו התורה האמינה רק במה שנוגע לבן ולא לבי"ד.

טו. מביא מחלוקת רשב"ם ורמב"ן אם יכיר נגד עדים מל"מ הלכות נחלות מביא מחלוקת מהריב"ל ומשפטי שמואל דאב נאמן גם נגד עדים ומהרשד"ם חולק. וכ"כ הרמב"ם והקשה הקצות מהגמרא זה בני כהן נאמן דבידו להאכילו בתרומה תיפוק ליה מדין יכיר.

טז. דן שלא סומכין על בדיקת דם ובנדון דידן יש לומר דוולד אשתהויי ואע"ג דכתב רמ"א כשיש רגלים לדבר לא אמרינן כן מ"מ סתירת השו"ע משמע שאומרים. וא"כ בנידון דידן הוי ספק דשמא הפקירה עצמה לגוי.

יז. נמצא בנדון דידן יש ס"ס ואמרינן באלמנת עיסה שמתירין בס"ס וכן דעת הטור ורמב"ם ואע"פ דאם נתעברה בהיותה א"א רוב פסולים גויים ורב בועלי איסור הם גויים מ"מ הוי ס"ס ובס"ס מתירין.

סימן מ"ח: קביעת יוחסין על ידי בדיקת רקמות.

א. אשה שילדה אחרי גירושין שמונה חודשים ועשרה ימים וטוענת שהוולד לא מבעלה אלא מהנואף והוא גם מודה דן לגבי כשרות הוולד. מביא בדיקה של רב סעדיה גאון והגמ' בב"ב נח. זילו חבוטו.

ב. בדיקת דם לא כי דם האם נותנת כמבואר בשו"ע יו"ד לגבי מילה ושם י"א גם לגבי אב ראשון וכתבו האחרונים דעל סמך זה בדיקת דם לא קובעת.

ג. מוכיח דבדיקת דם לא קובעת דהאם נותנת אודם הרופאים כתבו דאין סתירה דבכל דם יש כדוריות אדומות וכדוריות לבנות הם מכח האב ושם דן בין לגבי מזונות בין לגבי יוחסין שאין לקבל בדיקה זו.

ד. דן בסוגיא הרוב והעלה דלגבי יוחסין בעינן רוב גמור והחלטי ובדיקת רקמות לאו בדיקה החלטית ובערכאות הם קובעים ע"י בדיקה זו לשלול אבהות אבל לא לקבוע אבהות בתורת וודאי.

ה. מי שקיבל עליו תוצאות בדיקת רקמות לגבי מזונות חייב דהוי כקיבל עליו פסול אבל לגבי יוחסין לא מהני קבלה והיתה עובדא דבעל לקוי והרופאים אישרו את זה וטען הבן לא ממנו ונערכה בדיקת רקמות ויצא צודק והאשה הודתה שהיתה עם גבר זר מ"מ לגבי יוחסין העלה הגר"ש משאש זצ"ל דאין לסמוך על בדיקה זו.

ו. רמב"ם באב שאומר הבן לא ממנו הוי רק ספק ממזר דלא יודע ממי התעברה ולכן גם אם הבעל עכשיו לקוי שמא עכשיו החלים כי מקודם קיבל תרופות.

ז. דן באופן שהאב אומר לא ממנו דלפי הרמב"ן והר"ן נאמן אפילו נגד עדים ורשב"ם חולק ושם מביא ריב"ש דכל שהוא מכחיש עדים לכו"ע לא נאמן דיש הבדל באומר אינו בנו דהעדים לא יכולים להכחישו אבל בטוען זה בני ממזר והשני בכור והם מכחישים לכו"ע העדים נאמנים.

ח. דן בדיבור הסותר דברי האב, האב נאמן. בדיקה מדעית היא לא בדיקה סופית והמדע סותר את עצמו מיום ליום מביא הפלאה דכל שנקבע הרוב מוציאין ממון כגון פדיון ירושה בהמה קבענו לא טרפה לכן אם הזיק חייב. וכ"כ רע"א בתשובה.

ט. דן ברוב שקבענו שהוא אביו ע״פ רוב מוציאין ממון הן לגבי פדיון או ירושה ויוחסין. למה לא נזיל בתר רוב בבדיקת רקמות ושם דן דקימ״ל רובא וחזקה רובא עדיף ואם לא מוציאין ממון ע״י רוב כ״ש ע״י חזקה ולמה מוציאין בחזקה אין אדם פורע תוך זמנו וכתב ש״ך אין כל החזקות שווין.

י. מביא דברי רב אחא דמוציאין ממון ע״י אומדנא וכן דעת הרמב״ם מנזקי ממון ושם דן שחזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו הוא מדין אומדנא ולכן רק בממון אזלינן בתר אומדנא ולא בנפשות דעדות מיוחדת פסולה בדיני נפשות.

יא. דן בממון שמוציאין ע״פ רוב היינו בממון שנפסק הדין כמו שהביא הפלאה לעיל כל שנקבעה אבהות מהני לכל הדינים וגם לירושה ומחלק בין רוב דאיתיה קמן דהמיעוט לפנינו לרוב דליתיה קמן דלא רואים המיעוט.

יב. תו״ס כתובות ט״ו: חולקים על ההפלאה ושם מחלק בבדיקת רקמות בין בעל ואשה נשואין שיש ביניהם ויכוח על הבן לבין פנוי ופנויה דבזוג קימ״ל רוב בעילות אחרי הבעל וכבר נקבע שהוא בנו לפני הבדיקה משא״כ בפנוי ופנויה.

יג. דן לגבי בדיקה של ספר החסידים שהוציאו ממון על סמך בדיקה זו ובחידושי הרשב״ם בב״ב נ״ח. בעובדא דרבי בנאה שאמר להם לכו אל קבר אביכם ודן בעובדא דספר חסידים דהבן הוא וודאי ועבד ספק לכן עשה בדיקה.

יד. ושם דן לגבי מזונות כל שקיבלו עליהם תוצאות הבדיקה יש לחייב מזונות מדין קבלו עליהם נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך.

סימן מ״ט: קידשה אביה בדרך.

א. גמרא מחלוקת רב ושמואל קידשה אביה וקידשה עצמה והוי היא בוגרת. ונחלקו הפוסקים מה אומרת הבת האם במכחישה אביה ובזה הלכה כרב אבל שותקת אפילו רב מודה או איירי בשותקת ובזה הלכה כרב אבל במכחישה גם שמואל מודה. למקנה אין הבדל בין אביה קידשה קודם או אח״כ.

ב. קידשה אביה לבד כתבו תו״ס למה לא נוקי בחזקת פנויה באופן דקידשה אביה וקידשה עצמה כתבו דממ״נ אינה פנויה משמע אם קידשה אביה לבד מעמידים בחזקת פנויה וכשקידשה עצמה לבד נמי יש חזקת פנויה.

ג. בקידשה אביה גרידא לא מקודשת משום חזקת פנויה והוי בוגרת לפניך ודן האם צריכים שניהם או בוגרת לפניך היא קובעת לקבל קדושי האשה דלא כב״ש דכתב בקידשה עצמה לבד כיוון דאין חזקת פנויה הוי ספק תו״ס כתובות ע״ה כתבו דחזקת פנויה לא הוי חזקה.

ד. דן בחזקת פנויה אי הוי חזקה מביא מחלוקת ראשונים בקטנה שקיבלה קדושין ולא נבדקה ואח״כ נבדקה ונמצאו סימנים דעת הרא״ש דהוי גדול למפרע אבל הרשב״א חולק והוי ספק והביא הב״י בס׳ מ״ג דעת הרשב״א דחולק על הרא״ש.

ה. דן בחזקה דרבא דאמרינן אורח בא בזמנו ומ״מ יש להסתפק אי סמכינן עליה. בקריית מלך רב הסתפק בקידשה אביה אחר ששה חודשי נערות ולא נבדקה בסימני נערות ועכשיו בוגרת אי אמרינן גם למפרע בוגרת ולגבי קטן פסק מר״ן בחו״מ דנעשה גדול למפרע ובב״י ס׳ מ״ג הביא דעת התשב״ץ ורשב״א דחולקים.

ו. מהרי״ט מחלק בין נער שנעשה גדול למפרע לנערה דגם אם היא בת י״ב והביאה ב׳ שערות היא ברשות אביה ולכן כל שלא נבדקה בגיל י״ב אע״ג דיש עכשיו סימנין אין ראיה שהיו בשעת הקדושין וכתב לחדש דבנערה גם הרא״ש יודה. ושם דן בחזקה דלא נתבררה שעתה.

ז. חזקה ששם בה רעותא נחלקו רש״י ותו״ס דעת התו״ס גם כשיש ריעותא מוקמינן אחזקה ורש״י פליג וכתב השער המלך לתמוה על הטור שסותר עצמו לגבי גבינות מוקמינן אחזקה דהשתא איתרע ובאהע״ז ס׳ ל״ז פסק כל חזקה שהורעה לא אזלינן בתרה.

ח. כתב לחלק בבוגרת עשויה להתבגר תוך ששה

חודשים ואין לה זמן קבוע והוי חזקה העשויה להשתנות לפי מהרי״ט דלא הוי חזקה ולכן אין מעמידין אותה על חזקתה ומהטור משמע רק בבדיקה עצמה תוך ששה חודשים ומחלק בין גבינות דאתיא מחמת רובא ואפילו איתרע.

ט. שלשה דינים והלכות נפרדות קידשה אביה קידשה עצמה ביום דמשלם בהא קימ״ל כרב דהרי היא בוגרת לפנינו והביא דעת הרא״ש דווקא בקידשה אביה קודם. המקנה הוכיח שאין הבדל הב״ח הקשה למה לא נעמיד מחלוקת רב ושמואל בקידשה אביה לבד ותירץ בהא גם שמואל מודה דלא מקודשת.

י. קידשה עצמה לבד ולא אביה העלה עצמות יוסף כיוון דאין חזקת פנויה הוי ספק וכתב דלא מקודשת דיש חזקת פנויה והשתא הוא דבגרה. וב״ש כתב דהוי ספק ובית נאמן כתב דלא מוכח כדעת הב״ש דרש״י כתב דביום דמשלם זימנא אין לה לא חזקת נערות ולא בגרות ולפ״ז יש לחוש שקדושיה כיוון דרגילים לבוא מצפרא.

יא. מסביר מחלוקת רב ושמואל דלרב מקודשת דסימנים רגילים לבוא בבוקר ולכן לא שייך לומר השתא הוא דבגרא וכיוון שיש רוב אזלינן בתר חזקה דהשתא כמו שעכשיו בוגרת גם בבוקר בוגרת והדרכי יהושע הסביר טעמו של שמואל כיוון דיש מביאות בבוקר ויש בסוף היום.

יב. דן בסימני בגרות האם הם סימנים נפרדים או ששה חודשים אחר סימני נערות רמב״ם בפ״ד דאישות הסימנים שהגמרא הביאה בנדה מ״ו. הם סימני נערות ויש חולקים ומחלקים הסימנים במשנה סימני נערות והברייתא סימני בגרות.

יג. בחזקה דהשתא אי מוציאין ממון כותב נכסיו לאחרים ולא ציין אם בריא אם שכיב מרע הוא אומר שכיב מרע. והמקבל אומר בריא ולא חוזר ונחלקו הפוסקים כמי לפסוק יש פוסקים כרבי יעקב המקבל להביא ראיה לפי שלא הולכים בתר חזקה דהשתא דחזקת ממון אלימא וכ״כ רמב״ם ורשב״ם פסק כרבי נחמן דאזלינן בתר חזקה דהשתא.

יד. מקוה שנמצא חסר כל הטהרות שנעשו טמאות דיש רעותא כיוון דיש חזקת טמא ובשב שמעתתא דן למה הולכים בתר חזקת טמא ולא בתר חזקת מקוה כיוון דחזקת מקוה הורעה וכתב השב שמעתתא דזה תלוי במחלוקת רש״י ותו״ס בסוגיא דקידשה אביה וקדשה עצמה ואוקימנא בקידשה ביום דמשלם זימנה.

טו. כתב רש״י הטעם העמד גוף על חזקתו ותהיה נערה דיום דמשלם אין לא חזקת נערות ולא בגרות. ומשמע מרש״י כל שאין חזקה דמעיקרא אזלינן בתר השתא וכן דעת הרמב״ם אבל התו״ס ס״ל דאזלינן בתר חזקה דהשתא כיוון דסימנין באים בבוקר.

טז. מחלוקת בכתב נכסיו ויש מחלוקת אם שכיב מרע היה או בריא דנחלקו רבי יעקב ורבי נתן נפסק בשו״ע סי׳ רנ״א דעל המקבל להביא ראיה ושם דן ברוב וחזקה אם מוציאין ממון והא פסק על המקבל להביא ראיה וקשה הרי יש רוב בריאים וחזקה ורובא וחזקה מוציאין ממון מחלק בין רוב גמור לרוב גרוע.

יז. המקנה תמה על הרמ״א דהרי ברוב וחזקה מוציאין ממון וכתב דרוב לא רוב גמור והטעם שכיב מירע שכתב כל נכסיו אם עמד חוזר ולכן במי שנתן ועמד שכתב הרמ״א על המקבל להביא ראיה כיוון דרוב הנותנים הם מחמת מיתה ויש אומדנא.

סימן נ׳: פונדקאית.

א. זוג שלא זכו להבנות ובקשו פונדקאית ולשם כך נערכה הפריה וחיפשו פונדקאית בנתיים הסתכסכו הזוג והבעל קשר קשר עם אשה זרה ונולד לו ממנה בן ופנה להשמיד את העוברים. מברר מה הם הספיקות של פונדקאית וההשלכות ההלכתיות.

ב. מסביר ההבדל בין הזרעה מלאכותית שהליקוי מהבעל להפריה מלאכותית כשהליקוי מהאשה דן באשה שנתעברה באמבטיה למי שייך הוולד.

ג. מסביר הליקוי בהפריה מלאכותית מביא דעת הפוסקים בזה אם יש היתר או לא. והעלה שם שטוב שהדבר ייעשה ע״י רופאים יראי שמים שבזה אין חשש שיוחלף זרעו של הבעל.

ד. דן בפונדקאית והאם הבעל יכול לעכב את ההפריה או כיוון שהאשה אומרת כבר הסכים בעבר על כך והפקיד את הביציות אין מקום לחזור.

ה. דן מתי נחשב לאב האם בלידה או בעיבור וכן אם מוכיח מאשתו דאב בשעת עיבור אבל האם נקבעת בלידה כפי שמוכיח מכמה מקומות והוכיח רע"א דהתורה אסרה בשר בחלב אמו במי שראוי להיות אב. אבל בשר שחוט מותר הרי דאם שחוטה לא חשיב אם.

ו. מהרי"ל מוכיח דהאם נקבעת בלידה דהרי כל זמן שלא נולד עובר ירך אמו ומוכיח מגוי הבא על בת ישראל הוולד כשר ולדעת הרבה פוסקים לא בעי גויים והטעם דנולד למשפחת ישראל הרי דבהלידה נקבע.

ז. מוכיח מרש"י בפרשת בא כי אין בית אשר אין שם מת דבבית אחד היו כמה בכורים דמצריות מזנות הרי דאב על ידי יצירו וכן בני בכורי ישראל הקב"ה הסכים על הבכורה וכן מביא תרגום יונתן ואחר ילדה בת דהמלאך החליף את העובר של לאה בעובר של רחל וזה ילפינן מאת דינה בתו.

ח. מביא דעת רע"א וגמרא ברכות דאם נמי משעת הריון ואחר ילדה בת הוכיח דאב יש לו בעלות על העובר משעת הריון דהתורה הקנתה לו זכות בוולדות.

ט. מביא דרשת הגמרא פרשת כי תצא כי תהיינה לאיש שתי נשים וילדו לו בנים האהובה והשנואה והיה חבן הבכור לשנואה כי את הבכור בן השנואה יכיר. הרי האהובה ילדה ובשו"מ כתב דהעיקר תלוי בלידה ולא בהריון מביא ראיה מהרמב"ם בתך מקודשת לי אם היתה אשתו מעוברת מקודשת משמע שהאב יש לו קניין בעוברים.

י. דן בפונדקאית אם היא נחשבת האם כיוון שברחמה נוצר הוולד או אמו הביולוגית ונ"מ אם היא פסולה לקהל גם הבן פסול דן אם הבעל יכול לחזור בו מהסכמתו להפריה לאור החששות שבן ישא אחותו שעלול לפטור את אמו מחליצה.

יא. דן בגדרי השותפות אם שותף יכול להכריח חבירו לחלוק לפני הזמן וכאן זה הסכם שותפות בין הבעל והאשה לפונדקאית ומוכיח דהבעל הוא בעלים על הוולדות.

יב. מוכח מהרמב"ם דבזכות דמי וולדות זה מדיני אישות והחיובים ההדדיים שנוצרים בעת הנישואין ולכן אם מת הבעל הזכות לאשה ושם דן אם התורה זיכתה לו דמי וולדות גם בנולדו שלא בדרך הטבע כגון התעברה באמבטיה.

יג. דן במעשה הפונדקאית שהוא נגד התורה הקדושה ועלולים להווצר אסונות נוראים של בן נושא אחותו וגורם לערבוביה והבן מתייחס לפונדקאית ואם היא גויה הוא גוי והבעל רוצה בן שימשיך דרכו ויוצא שהביא גוי לעולם.

יד. יכול לחזור בו הבעל.

טו. הפונדקאית שילדה האם יכולה לטעון הבן שלי לא רוצה לתת אותו להורים כי אני סבלתי. ואם יש איסור בחשמדת ביצים שהופרו ודן בהפלה אם בכלל, ע"ש.

ברכות מאליפזת

לאיש אשכולות, רב פעלים, ורב תבונות
בנן של קדושים, פרי קודש הילולים
מר **סם מרזין** הי"ז
להצלחתו והצלחת כל בני משפחתו
בבריאות איתנה עד ביאת גואל צדק אכי"ר

נר ד' נשמת אדם

לע"נ הבחור, חמד הבחורים, צעיר לימים,
אהוב לשמים ולבריות נפש אצילה
ר' **אברהם פיצ'וסו** הי"ד בן **בילה** תחי'
שנפל ביד בני עוולה ביום כ"ז תשרי תשנ"ז
ת.נ.צ.ב.ה
הונצח ע"י הוריו היקרים, מוקירי רבנן
ר' **אדולפו פיצ'וסו** ורעיתו **בילה** הי"ז

לזכר עולם בהיכל ד'

לע"נ עסקן הצדקה וחסד מוקיר רבנן
ראש וראשון לכל דבר שבקדושה
ר' **משה בוסבול** בן **חנה** ז"ל
נלב"ע בכ"א מרחשוון תשס"ב
יעמוד בתפילה על כל בני משפחתו

יעמוד על הברכה

רב פעלים איש החסד קרובנו

ר' **גזלן בן שלוש** הי"ז

שהנציח את זכר אחותו שנקטפה בדמי ימיה

טלי שמסיאן ז"ל בת **רחל** תחי'

נבל"ע בא' מנחם אב תשס"ג

סבו וסבתו **עמרם וסוליקה זגזי** זצ"ל

ולע"נ חמותו **דניז** בת **שבא** ז"ל

ת.נ.צ.ב.ה

יזחק בספר לעזלם צדיק

לע"נ איש החסד, רב פעלים, גומל חסדים

מזקיר ואוהב רבנן ואיהו גופיה צורבא דרבנן

הרב **יוסף שיטרית** בן **אסתר** ז"ל

נלב"ע ז' אדר תשס"ד

ת.נ.צ.ב.ה

לזכר עזלם בהיכל ד'

לע"נ האיש היקר זנעלה המדוכא בייסורים

ר' **חביב עמוס** בן **דדה** ז"ל נלב"ע י"א אדר א' תשס"ג

ולע"נ אשתו הצדקת זהיקרה בעלת החסד

דינה בת **ימנה** ז"ל נלב"ע ח' כסלו תשס"ג

ת.נ.צ.ב.ה

לזכר עזלם בהיכל ד'

הרודה **אסתר** בת **זהרה** נלב"ע ז' שבט תשנ"ז

ולע"נ בעלה **יעקב עמוס** בן **רחמה** נלב"ע ח' ניסן

תשמ"ח

ת.נ.צ.ב.ה

ברכה לראש משביר

ירידנו הגדול, רודף צדקה וחסד, נשיא הקהילה בוושינגטון

ר' **שמואל אימר** ואשתו **סטילה** הי"ז

לע"נ הוריהם משה זיקוט אימר ז"ל

והאחים חנניה ושמעון אימר ז"ל

האחות לונה בת יקוט אסרף ז"ל

ת.נ.צ.ב.ה

יעמוד על הברכה

איש החסד ורב פעלים, מר **יוסף אביב** הי"ז

שהנציח זכר אביו היקר והנעלה ירא אלקים וסר מרע

ר' **רפאל אביב** (עבוד) בן **שרה** ז"ל נלב"ע י"ז טבת תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה

יעמוד על הברכה

איש החסד, רב פעלים, מזקיר רבנן

ר' **ירמיהו עיני** בן **ברכה** הי"ז

לע"נ אמו **ברכה** בת **מסעודה** ז"ל נלב"ע כ"ח תמוז תש"מ,

אחיו **יחזקאל** בן **ברכה** ז"ל נלב"ע ח' אדר תשס"א,

ואחותו **שמחה גיטה** בת **ברכה** ז"ל נלב"ע כ"ז אדר תשס"ד

יעמדו על הברכה

האחים היקרים ר' **דניאל זחיים אזנקוט** הי"ז

שהנציחו את זכר אביהם היקר **עמרם דוד** בן **שמחה** ז"ל

נלב"ע ב' סיון תש"ן

ת.נ.צ.ב.ה

יעמדו על הברכה

ר' **יצחק זעליזה חוזתה** הי"ז

להצלחתם והצלחת כל בני משפחתם

בבריאות איתנה

בן יכבד אב
נר תמיד בהיכל ד'

לע"נ מר אבי, עטרת ראשי, מזקיר רבנן ואיהו גופיה
צורבא מרבנן, ראש וראשון לכל דבר שבקדושה,
רודף צדקה וחסד בגופו וממונו,

ר' **אברהם** בן **זהרה שלוש** ז"ל

נלב"ע י' שבט תשמ"ז

זלע"נ אמי מורתי, הצדקת, רבת המעשים,
שמסרה את נפשה לגידול בניה ובנותיה לתורה,

מזל טוב בת **אסתר** ז"ל

נלב"ע כ"ח טבת תשמ"ז

זלע"נ מר חמי, הצדיק, דלא פסיק פומיה מגירסא,
מזקיר רבנן, איש החסד, נשיא הקהילה בעירו במרוקו,

ר' **יעקב לעזיז אוחנונה** ז"ל

נלב"ע כ"ו אדר תשכ"ז

זלע"נ חמותי היקרה, הצדקת, רבת המעש, רודפת חסד
בגופה וממונה, כפה פרסה לעני, וידיה שלחה לאביון,

ימנה בת **זהרה** ז"ל

נלב"ע ט' שבט תשנ"ב

ת.נ.צ.ב.ה