שו״ת · אחרונים · אבני שיש

אבני שיש חלק א

רבי שאול ישועה אביטבול

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבני שיש חלק א

רבי שאול ישועה אביטבול

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבני-שיש-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 6
סימן ג 9
סימן ד 14
סימן ה 24
סימן ו 28
סימן ז 31
סימן ח 36
סימן ט 39
סימן י 40
סימן יא 41
סימן יב 42
סימן יג 45
סימן יד 50
סימן טו 65
סימן טז 69
סימן יז 74
סימן יח 76
סימן יט 79
סימן כ 80
סימן כא 81
סימן כב 82
סימן כג 84
סימן כד 90
סימן כה 97
סימן כו 100
סימן כז 110
סימן כח 116
סימן כט 122
סימן ל 136
סימן לא 143
סימן לב 151
סימן לג 155
סימן לד 157
סימן לה 165
סימן לו 167
סימן לז 175
סימן לח 181
סימן לט 185
סימן מ 187
סימן מא 189
סימן מב 193
סימן מג 195
סימן מד 210
סימן מה 215
סימן מו 218
סימן מז 220
סימן מח 221
סימן מט 223
סימן נ 227
סימן נא 228
סימן נב 230
סימן נג 233
סימן נד 235
סימן נה 238
סימן נו 241
סימן נז 250
סימן נח 252
סימן נט 255
סימן ס 257
סימן סא 258
סימן סב 269

סימן סג 275
סימן סד 279
סימן סה 287
סימן סו 291
סימן סז 293
סימן סח 306
סימן סט 310
סימן ע 317
סימן עא 318
סימן עב 326
סימן עג 330
סימן עד 332
סימן עה 335
סימן עו 338
סימן עז 341
סימן עח 342
סימן עט 347
סימן פ 350
סימן פא 351
סימן פב 362
סימן פג 365
סימן פד 367
סימן פה 368
סימן פו 371
סימן פז 377
סימן פח 382
סימן פט 384
סימן צ 385
סימן צא 391
סימן צב 393
סימן צג 412
סימן צד 425
סימן צה 434
סימן צו 437
סימן צז 444
סימן צח 445
סימן צט 446
סימן ק 448
סימן קא 449
סימן קב 450
סימן קג 451
סימן קד 452
סימן קה 455
סימן קו 458
סימן קז 462
סימן קח 463

סימן א

שאלה ראובן מכר חזקת חצר א' בעיר תיטוואן יע"א לשמעון וכתב לו שטר מכר סתם ואח"כ כתב לו בכ"י שהוא מקבל עליו אחריות ב"ב ושאב"ב. ואח"ך גזר המלך יר"ה על היהודים שבעיר הנז' ליסע ממקומם, מהו, מי אמרינן גם נדון זה בכלל האחריות שקבל אפי' לא כתב לו אחריות אונס או דילמא כל כה"ג דהוי מלתא דלא שכיחא ודאי דלא מסקי אדעתייהו ופטור ראובן הגם אם קע"ע אחריות אונס, ומכ"ש בנד"ז שהחצר הזאת היא חוץ למקום המיוחד ליהודים ומסתמא לא התנו אלא במלתא דשכיחא כה"ג שמא הגוי בעלה של החצר לא ירצה לשוכרה ליהודים כלל אי מחמתיה אי מחמת גוים אחרים השרוים בשכונתם או שאינם שרוים:

וא"כ ראובן פטור מלשלם יורונו רבותינו בעלי הוראה עם מי הדין ושכמ"ה:

תשובה שאלה זו שאלת חכם היא, חצי תשובה נצחת, דמלתא דפשיטא היא והלכה רווחת ואת כל ונוכחת דאין על המוכר שום חיוב אחריות כלל, דאע"ג דקביל עליה אחריות שאב"ב דהו"ל כמו שקבל עליו אחריות אונס, דהא בקבל עליו אחריות סתם אינו חייב אא"כ הוציאו המקח בידו בב"ד של ישראל ובעידי ישראל, אבל אם גוי הוא שהוציא מידו בין בדין המלך בין בדיני הערכאות אין המוכר חייב כלום שזה אונס הוא ולא קבל עליו אחריות אונס כדאיתא בסי' רכ"ה. מ"מ היכא דהוסיף להתנות אחריות שאב"ב לטפויי אתא אפי' בהיכא דהוציאו גוי בדיני הערכאות ובדיני המלך ובעידי גוים נתחייב המוכר דהו"ל כמקבל עליו אפי' אחריות אונס מ"מ אונסא דלא שכיח כלל כנ"ד לא קביל עליה, אפי' אם קבל עליו בפי' כל אונסא דמתייליד מ"מ אינו אלא באונסא דשכיח כדאיתא בגיטין דע"ג דההוא גברא דזבין ארעא לחבריה קביל עליה כל אונסא דמתייליד לסוף אפיקו בה נהרא [פירש"י צוה המלך שיעבירו את הנהר דרך אותה השדה] ואמרו אונסא דלא שכיח הוא דלא אסיק אדעתיה ולא קביל עליה, ופסקה הרמב"ם פי"ט מהל' מכירה הלכה ה' וז"ל המוכר קרקע לחבירו והתנה עמו שכל אונס שיולד בקרקע זה יהיה חייב לשלם אפי' בא גוי וגזלה מחמת המוכר חייב לשלם אבל אם נפסק הנהר וכו' אז פטור שאלו וכיוצא בהם אונס שאינו מצוי הוא ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה וכל אונס שאינו מצוי אינו בכלל התנאי הזה יעו"ש:

וכתב הרב המגיד דמ"ש הרמב"ם אפי' בא גוי וגזלה חייב לשלם הטעם הוא. אפי' שהוא אונס מצוי וכיון שקבל עליו כל אונס זהו בכלל וסיים בה מר"ן בכ"מ אבל אם גזלה שלא מחמת המוכר כגון שטען שהלוקח גזלה ממנו פטור שאע"פ שקבל עליו כל אונס שיולד לו הני מילי אונס שיולד לו מחמתו אבל שלא מחמתו לא, ואם חזר נהר לעבור בתוכה

כיון שאינו מחמת הלוקח הו"ל כאלו הוא מחמת המוכר. ואילולא שהוא אונס שאינו מצוי היה חייב יעו"ש, וכן פסק מר"ן בחומ"ש סי' רכ"ה ס"ג יעו"ש וכ' הרשב"א בתשו' הביאה מר"ן ב"י שם אפי' כתב שהוא מקבל עליו כל אונסין שבעולם שיתיילידו אין אונס דלא שכיח בכלל יעו"ש, הרי מבואר היטב דאפי' קביל עליה כל אונסין שבעולם לא יתחייב באונס דלא שכיח כ"ש בנ"ד שקבל עליו אחריות שאב"ב דלא בא להוסיף אלא כשהוציאה גוי מידו בעידי הערכאות או בדין המלך ע"י עידי גוים דהוי אונס מצוי דאף דקבל עליו אחריות דגוי וסתם גוי אונס הוא אין אונס שאינו מצוי כנ"ד בכלל שלא עע"ד אנוש גזירת המלך כזו ומכת מדינה היא ולא סלקא אדעתיה דקונה כשהתנה על המוכר ולא ע"ד המוכר כשקבל תנאי זה ואמדינן דעת המתנה ואין כוללים באותו תנאי אלא דברים הידועים שבכללן היה התנאי וכמ"ש הרמב"ם ז"ל הלכה ו' ומר"ן שם סוף סעיף ג' יעו"ש, קנצי למלין דאף שקבל אחריות שאב"ב אין גזירת מלך ומכת מדינה בכלל דהוי אונס דלא שכיח. החותם פה צפרו יע"א בר"ח כסלו שנת באו גוים בנחלתך לפ"ק והשו"ב וקיים:

נאם שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן ב

בחוה"מ של סוכות משנתנו זאת התקל"ה ליצירה עמדו לפני יעקב ן' שלמה ן' נצ'אם ואסתר אשתו השניה והמציא לפני כמה כתי עדים שהגידו נאמנה על כמה קללות וחירופין וגידופין שקללה וחירפה אותו האשה הנז' על לא חמס בכפיו שהלך הוא וב' נשיו לבית החיים עם איזה מטה והתחילה להרגיל קטטה עם אשתו הא' ודיבר אליה בנחת למה תעשה כה ולא תתבייש מכנופיא כזו אנשים ונשים, והעיזה פניה ותאמר לו בקללות נמרצות והמציא לפני שטר כוח"ך שקבלה אנפשה בקושח"ך שאם יעידו עליה אפי' ב' נשים שקללה לבעלה הנז' תצא שלא בכתובה, ועל זה העמידה לפני לדין והגידו העדים בפניה כראוי וגם היא הודית לדבריהם ולכן פסקתי להם שהדין עם הבעל ותצא שלא בכתובה ואחר המועד הזמין אותנו לכתוב לה גט כריתות ואחר שהתחלנו בתיקוני הגט נכנסו רודפי שלום והפצירו בו עד בוש להעביר לה על הפשע הלז ומכאן ואילך חושבנא, ואחר שנתרצה הבעל להחזירה ביקש ממני מה יהיה משפט הכתובה ונומיתי לו שהדין הוא שצריך לחדש לה כתו' אחרת שהא' כבר נמחל שעבודה וקי"ל שטר שנמחל שעבודו אינו חוזר ולוה בו, וכמ"ש הרדב"ז החדש בשאלה שס"ד בנדון כזה יע"ש. והשיבני שי"ל ב' כתובות הא' שכתב לה כשנשאה ואח"ך כשהפסידתה וחייבתהו

לחדש לה כתובה אחרת משום דאסור לשהות וכו' וחידש לה ולא רצה מכלוף ן' הרוש אחי אמה להחזיר לו הראשונה ועכשיו מבקש מהם שיתנו לו הב' כתובות הראשונות שנמחל שעבודן ויחדש לה אחרת כפי דת ודין תוה"ק, וע"ז סירב מכלוף הנז' שהיה מדבר בעדה שלא לתת לו שום כתובה והרביתי את אותותי ואת מופתי אולי יטה אוזן לשמוע בלמודים ולא הטה אוזן ולא חש להיות ציית דינא כלל וכשראה יעקב הנז' כל זה אמר שבשביל האנשים אשר באו אלי ולא יכלתי להשיב פניהם ריקם תלך ותשב בביתי ואנא איזון ואפרנס אותה ואין אני נכנס עמה לבית עד שתביא הב' כתובות ונחדש לה אחרת. מה עשה אותו רמאי ברמאותיה הניח הדבר עד שהלכתי לפ'אס יע"א והלך ופיתה לב' ת"ח שהם ילכו אצל יעקב הנז' כדי שיכניס לאשתו הנז' ויניח הב' כתובות הראשונות וכאשר הלכו אליו ואמר להם הלא החכם בהיותו בכאן אסר עלי הכניסה עד שאחדש כתובה אחרת ואמרו לו שיטול קש"מ בדל"ב לפניהם מחדש על אותה כתובה ובזה יהא מותר ליכנס לביתו ולא יצטרך לכתוב אחרת וזה היה רצונו של אותו רמאי שלא יצא עליה קול שנקרעה כתובתה וחידש אחרת. וכן עשו העדים הנז' שלא כתבו כלום ולא נטל קש"מ יעקב הנז' ע"מ לכתוב אא"כ בבואי נאמר שצריך כתיבה. וכאשר באתי אמרתי להם שצריך לכתוב אחרת והב' הראשונים יפלו שיכתוב ראיה בידו שנמחל שעבודן והיו נשמטין מלכתוב ואמרתי כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע והעלמתי עין. וכשעברו ימים מועטים חזרה לסורה ועמדו עוד לפני ובבואה לפני אמרה לו איני מצריכת אותך להביא עדים כדי להפסיד ע"י כתובתי שמעכשיו אני מוחלת אותה לך ותטול גם אתה קוש"ח שתתן לי גט וכן היה שנטלו שניהם קושח"ך האשה שמחלה כתובתה והבעל לתת לה גט ובכל יום ויום היתה באה לפני לקרב להם זמן הגט לפי שהזמן שעשו לנתינת הגט הוא הזמן שארצה אני ליטפל להם לנתינת הגט. וכראותי שהאיש רוצה לגרש והאשה רוצה להתגרש אמרתי מה בצע לעכבם יותר ממה שעכבתם כמו י"ב ימים מ"מ ונטפלתי להם ובאו שניהם ודברו על ענייני הבנות שיש לה ממנו ונומיתי להם שמזונותיהם עליו הם יאכלו בלחמו ואמרנו לה להכין עצמה שאנו מזומנים לכתוב לה הגט ואמרה האשה אמן אמן וכאשר נכתב הגט והלכנו לבית הכנסת הגדו' ששם נותנים הגט בא ועמד אחי אמה הנז' תחלה בפה רך כמדבר שלום וכאשר לא נתרצה הבעל לדבריו ורצה לגרש ובאה האשה לפנינו לקבל גיטה התחיל לדבר שכל זה נעשה בלא ידיעתו וסבור היה שזה שעושה יעקב הנז' לאיים עליה בעלמא ועכשיו שרואה שמרצונו רוצה לתת לה גט עד שיעמוד עמו לדין על כתובתה ויכתוב איזה ק"ע לתועלתה וכיוצא ונומיתי לו אני חו"מ שדברים זרים

ורחוקים מלאומרם שאפי' האב לבתו מכיון שנכנסה לרשות הבעל יצאה מרשותו וכ"ש הוא שהוא קרוב בעלמא מי נתן לו רשות לדבר כל הדברים עובר ומתעבר על ריב לא לו, והקשה את ערפו ואמץ את לבבו לבלתי שמוע דבר, ועמד בחזקה לפנינו ואמר להאשה הנז' שתלך לה ולא תקבל אותו הגט והשיבו הבעל הנז' ולא תעשה לי ד"ת, והשיב במרד ובמעל ובעזות פנים שלא יעשה ומה שבכחך לעשות עשה. ושלח את האשה והלכה לה וביני ביני הגיע זמן המנחה ונכנסנו להתפלל בבהכ"ן שלי ואחר שגמרנו בא לפני יעקב הנז' בשפה רפה ובכובד ראש כדת מה לעשות במסרב הנז', ונומיתי לו כל מה שתמצא ידך לעשות בכחך עשה וכשהרשיתי אותו הלך לקבול אצל שר העיר ואמר לו להכריח את האלם הנז' לעשות לו דין. ותכף הלך הוא אצל השר והטהו ברוב לקחו ובחלק שפתיו הדחהו לאמר שרצונו לעשות שלום ביניהם ונפל לפני השר שהוא יכריח:

ליעקב הנז' לעשות שלום:

ולהיות שגם השר נושא לו פנים מחמת אלמותו ומסרותו. כן עשה הפציר ביעקב הנז' בפני מתווכי שלום והלך בע"כ והכניסה לביתו להתפרנס משלו ובא ועמד לפני וחילה פני לכתוב לו מה ששוהד"ן להיות בידו לראיה עד יחנן ה' ויעמד בישראל איזה קנאי ע"ד כבוד שמו שיכריח בעלי זרוע לעשות מה שהד"ן, ובכן אומר אני שכבר יעקב הנז' פטור ומותר ואין עליו שום חיוב מהאשה הנז', הן חיוב הכתובה שכבר הפסידתה הן חיוב המזונות, ואותה חזרה שהיתה ע"י השר כמאן דליתה דמיא ומה שאוכלת משלו הוא ע"י האונס והוא עדיין פרוש הימנה ולעת הכושר יש לאל ידו להוציא בלעה מפיה כל מה שניזונית משלו כפי שומת שמאי המזונות וכשתתבע ממנו גיטה חייבת ליתן לו מה שהפסיד בשכר גט הראשון והוא יתן שכר הגט השני שלא היה לה לשמוע לאחי אמה הנז' לאותה סרבונות וקשיות עורף והוא מסבות מתהפך בתחבולותיו ישלם ה' לעושי הרעה כרעתם ואותן הב' כתובות שיש בידה חספא בעלמא הם שכבר נמחל שעבודן וכמאן דליתנהו דמי וחייב מכלוף הנז' שהם תחת ידו לתתם לו אם יהיה מי שמכריחו להיות ציית דינא. ולראיה ביד יעקב הנז' חתמתי לבל תהיה האמת נעדרת ולא יחרוך רמיה צדו של הרמאי הנז' ואמת ויציב וקיים באדר א' שנה הנז' וק"ש:

ישועה בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה שם נמצאתי ושם הייתי יושב אצל משי"ח החתום פה בכל פרטי הדברים האמורים לעיל מתחלה ועד סוף ולראיה ח"פ בזמן הנז' וקיים:

אברהם בלא"א יעקב אציני:

סימן ג

במותב ג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר מסעוד בכה"ר יום טוב ה"ן הרוש ששם היה ושם נמצא באותו מעמד שבאה הבתולה ג'והר בתו של שלמה ן' יתאח לתבוע מיחיא עולייל דמי תרנגולת אחת שמכרה לו אמה של הבתולה הנז' וכאשר בא להושיט לה האלדרה'ם לא רצתה לקבלו מידו ולא ידע מאי טעמא לא רצתה לקבל מיד הבחור הנז' ואמרה שלא תקבל האלדרה'ם הנז' כ"א מיד מסעוד העד הנז' וכן היה שנתן הבחור האלדרה'ם ליד מסעוד הנז' ומסעוד נתנו בידה בשביל פרעון דמי התרנגולת ואחר שהיה האלדרה'ם בידה ענה הבחור הנז' ואמר בזה"ל האדוך לקידושין דייאלך ושתקה והלכה לדרכה עכ"ם עדותו וקבלנוה כדחזי וחתימנא הכא תמ"ת והי"ז ז' במרחשון שנת לך ואספת את זקני ישראל לפ"ק וקיים:

שאול ישועה בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה ישראל יעקב בלא"א מרדכי עולייל עוד בתלת הוינא ואסהיד קדמנא הבחור אהרן ן' מסעוד ן' שלוש בתע"ג ששם היה ושם נמצא באותו מעמד ולא רצתה לקבל הבתולה הנז' האלדרה'ם מיד הבחור הנז' עד שנתנו ליד מסעוד הנז' ואז קבלתו מיד מסעוד ואחר שהגיע לידה ענה הבחור ואמר בזה"ל הא הוואך עטא'ך לקידושין דייאליך ושתקה והלכה לדרכה וברר בעדותו שהאלדרה'ם הנז' הוא שלו שנתנו ליד הבחור לפרוע דמי תרנגולת שבשליחותו קנאה לו ואין להבחור שום זכות בהאלדרה'ם הנז' עכ"ם עדותו וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בזמן הנז"ל והשו"ק:

שאול ישועה ס"ט ישועה אזולאי ס"ט בלא"א יהודה נ"ע עוד בתלת הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר מרדכי ן' משה אלבאז בתע"ג ששם היה ושם נמצא באותו מעמד ולא רצתה לקבל האלדרה'ם מיד הבחור כי אם מיד מסעוד הנז' ואחר שקבלתי ענה הבחור ואמר בזה"ל האדא'ך אדרה'ם דלקידושין ושתקה והלכה לדרכה עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בזמן הנ"ל וקיים: שאול ישועה ס"ט ישועה אזולאי ס"ט בלא"א יהודה נ"ע כאשר שמעתי בת קו'ל יוצאת קול באשה קול הקריה הומה בדבר ערוה החמורה נערה שנתקדשה עמדתי מרעיד לאמר איה הקדי'שה, ותכף שלחתי וחקרתי אחר הנמצאים באותו מעמד שלשה המה העדים הנ"ל וסתמו עדותם כנז"ל:

ואנכי הרואה דאין מקום חלות לאותן קידושין וכמאן דליתנהו דמי מכמה טעמי דכל חד מינייהו הוי עיקר לביטול אותן הקידושין והיו כלא היו' חדא דהלכה רווחת דקי"ל ידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים אפי' לענין קידושין, וכמו שפסק מר"ן באה"ע סי' כ"ז ס"ד אחר שרקד וברר וטהר וזקק כל הסברות ועלתה בידו דכל דאמר הרי את מקודשת וגייז

מלת לי דאינה מקודשת שאינו מוכח למי קדשה אם לעצמו אם לאיש אחר, ונ"ד גרע טפי בכל השלשה עדויות הנז"ל, אם בעדות הראשונה שהעיד מסעוד הנז' שבלשון הזה אמר האדו'ך לקידושין דייאל'ך דאין כאן הוכחה למי קדשה, וגם אין מוכח שהאשה המקבלת תתקדש באותו דרה'ם שאינו אלא כאומר לה אותן קידושין שלך הן. ולא שתתקדש היא בהם שכבר הם שלה, וגם הלשון האמור בעדות השניה שהעיד אהרן הנז' שבלשון הזה אמר הא הווא עטא'ך לקידושין דייאל'ך גרע טפי דלא משמע מיניה שרוצה לקדשה אלא כמודיעה בעלמא שהאלדרה'ם שנתן בידה מסעוד העד הנז"ל נתנו לקידושין שלה ומסעוד הנז' אין לו חפץ באותן קידושין אפי' אם שתק לא הויא שתיקתו הודאה, חדא דנשוי הוא ומושבע ועומד שלא ישא וכו' ואיך תהיה שתיקתו הודאה לעבור על שבועתו, ועוד דלאו שליח שוייה שיאמר הוא ויתן זה, ועוד דבעדותו מוכח שלא שמעו אזניו כהאי לישנא וכ"ש דבשמעם הג' עדים הנז' דברי פיהו סכלות גערו בו שלשתם למה יעשה שחוק באיסור ערוה החמורה ועוד דלא מוכח מהאי לישנא שתתקדש באותו ממון אלא כאומר שאותו ממון הקידושין שלך הוא כאמור לעיל:

וגם הלשון האמור בעדות אחרונה שהעיד מרדכי הנז' שבלשון הזה אמר האדא'ך אדרה'ם דלקידושין הוא גרוע מכולם שאין מוכח מי הוא המקדש ולא האשה המקבלת היא המקודשת, שאינו אלא כאומר שהאלדרה'ם ההוא של קידושין הוא. או מחמת שנתקדש' בו איזה אשה ונקרא עליו שם קידושין כמו שכל הנשים שומרין המעה או הדרה'ם הניתן להם לקידושין ואין מוציאין אותו שאומרים עליו שזה של קידושין הוא, אי נמי קרא עליו שם קידושין שרצונו היה לקדש בו איזה אשה ולכך הכינו ועכשיו הוצרך להוציאו ומעולם אין כאן הוכחה בהאי לישנא שרצונו לקדש בו הנערה הזאת. הרי שכל הלשונות האמורות מפי העדים הנז' הבל המה ואין בם מועיל ובר מן דין בנ"ד אפי' אם היו ידים מוכיחות וקדשה בלשון שתקנו חז"ל לא הוו קידושין מטעם דהו"ל מקדש בממון שאינו שלו כמבואר בעדותו של אהרן הנז' שהוא נתן האלדרה'ם הנז' ליחיא הנז' מכיסו לפרוע לו דמי התרנגולת שקנה לי מאמה של הנערה ושלח בו יד לקדש בו וקי"ל באה"ע סי' כ"ח ס"א דהמקדש בגזל אינה מקודשת, והכא שהממון הנז' נעשה עליו שליח להוליכו לאם הנערה לפרעון חוב ושינה מדעת משלחו ושלח בו יד להוציאו לצורך עצמו דינו כגזלן כדקי"ל בחומ"ש סימן רצ"ב ס"ה גבי שולח יד בפקדון ובסי' שנ"ט ס"ה גבי הלוקח בשאלה שלא מדעת בעלים דבכולהו נקרא גזלן, ולפי"ז אפי' אם קדשה קידושין גמורים ונתרצית הנערה ואמרה הן כיון שהממון גזל בידו ואינו שלו לא הוו קידושין. וא"ת ומה יועיל עד א' שמעיד שהממון אינו שלו במקום דאיכא תרי

סהדי דמסהדי שראו שקדש בממון שהיה בידו וקי"ל כל הנמצא ביד האדם חזקה שהוא שלו כדאיתא בחו"מ סי' ס"ט וכמו שכתב הר"ן הביא דבריו מר"ן סי' ל"ח באה"ע בההיא דעל מנת שיש לי מנה דכתב הטור דאם ידוע בעדים שיש לו מנה מקודשת וכתב מר"ן ב"י שהר"ן חולק בזה שכתב דכל שאנו רואין מנה בידו אנן סהדי דיש לו דכל שבידו חזקה שהוא שלו יע"ש, וא"כ הו"ל תרי סהדי שהממון שלו וחד מסהיד שאינו שלו ואין דבריו של אחד במקום שנים, וי"ל דהכא אין כאן הכחשה בין העדויות שנאמר אין דבריו וכו', אלא שזה ראה וידע שהממון אינו שלו ואלו לא ראו ולא ידעו שהממון שלו אלא שמכח חזקה דכל הנמצא ביד אדם הוא שלו לכך אנו אומרים שהוא שלו וכבר איתרעא האי חזקה בעדות העד שמעיד שאינו שלו ומה גם שהבע"ד עצמו מודה לדבריו שאינו שלו תו לא מחזקינן לומר שהוא שלו, ועיין בתשו' מר"ן סי' ח' וב"ש שם סי' ל"ח:

ועוד דבנ"ד אפי' אם היה הממון שלו כיון שהגיע ליד הנערה בפרעון חוב אמה מה יועיל שחזר ואמר לשם קידושין כיון דמעיקרא קבלתו בחובה כי הדר אמר לה לשם קידושין לאו מידי יהיב לה משלו, ואפי' אם אמרה הן בפירוש וכ"ש בשתקה לבד כנ"ד דאפי' אי אמר לה כן בשעת מתן מעות קודם שתטלנה ושתקה אין שתיקתה הודאה דיכולה היא לומר אין שקלי ודידי שקלי וכמ"ש מר"ן באה"ע בסי' כ"ח ס"ג וז"ל וכן אם החזיר לה חוב שהיה לה אצלו ואמ"ל כנסי סלע זה שאני חייב ליכי והרי את מקודשת לי בו קודם שתטלנו ונטלתו ושתקה וכו' אינם קידושין עד שתאמר הן אבל אם לאחר שנתנו בידה וכו' אפי' אמרה הן אינה מקודשת יע"ש ואין לומר דשאני התם שהחוב שלה ובנ"ד החוב הוא של אמה שהרי קי"ל בחומ"ש סי' קכ"ה ס"א דהילך כזכי דמי ומיד כשהגיע ליד השליח זכה בשבילו של בעל החוב' וא"כ בנ"ד ממ"נ אם הנערה הנז' גדולה בשנים ויש לה יד הרי זכתה משעת קבלה לאמה בחוב זה ולאו מידי יהיב לה לקידושין, ואם היא קטנה שאין לה יד לזכות לאחרים ועדיין הוא ברשותו ואלו אמרה הן מיהא להוו קידושין כיון דהוי לאחר מתן מעות דכיון שקטנה היא אפי' קדשה קידושין גמורים משלו בשעת מתן מעות לא הוו קידו' דהו"ל קטנה שקדשה עצמה בלא דעת אביה דאינו כלום אפי' נתרצה האב אחר הקידושין כמ"ש מר"ן בא"ה סי' ל"ז סי"א ואף לסברת הי"א דסוברים דריצוי האב מהני היינו דוקא בהיכא דלא קדמה מחאה דבת לריצויו ובנ"ד שהיא קדמה ומיחתה אפי' אם יבוא אח"ך אביה ממקום שהוא ויאמר שהוא רוצה אין רצויו כלום לכ"ע וכ"ש שכבר נתרצה ושדכה להבחור ישועה אסולין ולכל זולתו קרינן ביה לא נתרצה:

ואפילו אם לא מיחתה היא ובא האב ונתרצה באותן קידושין אינו כלום מטעם דהויא שתיקתה שתיקה דלאחר מתן מעות ולאו כלום היא כההיא דסעיף ד' שם גבי כנסי כנסי פקדון זה וכו' ואפי' בנתן לה סתם כתבו האחרונים דאמרינן נמי שתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום היא וכמ"ש הריב"ש בסי' ק"ע ודברי ריבות סי' ר"ץ ומהריט"ץ סי' נ"ד וא"כ אפי' נימא דלא זכתה בחוב זה לאמה ומונח בידה סתם כי אמר לה התקדשי לי בו ושתקה אינו כלום:

העולה ממאי דכתיבנא דקידושין אלו בטלין לא שרירין ולא קיימין מכולהו טעמי דכתיבנא ומה גם שכולם אמרו שדרך שחוק והתול היה הדבר ואפילו העדים והיא תשובת הנערה שלא נערה הכסף מידה כשאמר לה לשם קידושין דלא חששא משום דדרך שחוק נעשה הכל וכ"ש שאפי' בדרך שחוק לא רצתה לקבל מידו שהכירה מבין ריסי עיניו שרוצה לצחק בה ולא נתרצית לקבל אלא מיד מסעוד הנז' שהוא גדול ונשוי ובן דעת שלא יאמר לה כלום, וכששמעה דברי הפריץ הנז' שאומר לשם קידושין לא חששא להשליך כסף כיון שלא קבלתו מידו וצור ישראל יצילנו משגי' ויראנו מתורתו נפלאות החותם פה צפרו יע"א בכסלו שנת וגם אנשי המקום אמרו לא היתה בזה קדש'ה ליצירה וקיים:

שאול ישועה ס"ט בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה מה שכתב החכם נר"ו בפנים על אותה ריבה שבאה שלוחה מאמה לבחור א' שמכרה לו אמה תרנגולת בסך א'ם ושלחה אותה לו ליתן לה פרעון החוב הנז' ורצה ליתן לה החוב מידו לידה והיא לא רצתה לקבלו מידו עד שנתנו ליד א' מהמזומנים לפני הבחור ואז קבלתו, ואחר שקבלתו אמר לה בזה"ל האדו'ך לקידושין דייאל'ך ושתקה והלכה לה ופסק החכם הנ"ל שאין לחוש לאותן קידושין וכמ"ש בפנים, גם אנכי דעתי מסכמת לדבריו שכדבריו כן הוא דאין לחוש לאותן קידושין: ונ"ל דיש ראיה פשוטה וברורה בא"ה בריש סי' כ"ח בדומה לענייננו ממש גבי האשה והחזרת חוב האשה, דאם לא שידך אותה דהיינו שלא נתרצית לו מקודם ואמר לה כנסי סלע זו שאני חייב לך והרי את מקודשת לי בו ושתקה אינה מקודשת, ואם קדמו שידוכין דהיינו שנתרצית לו מקודם ואמר לה כנסי סלע זו שאני חייב לך והרי את מקודשת לי אם אמרה הן בפי' מקודשת ואם אחר שבא לידה אמר התקדשי לי בו אעפ"י שאמרה הן אינה מקודשת אעפ"י ששידך הוא תחלה, ועיין בדברי מר"ן בס"א ותמצא דברי בדברי מר"ן אין חסר אין יתר הרי להדיא אחר שקבלה חובה אע"ג שיאמר לשון קידושין כראוי שלם בלשון לי לא מהני' ואע"ג דשידך ואמרה הן, וטעמא משום שלא נתן לה ממון משלו ובעינן תרתי אמירת קידושין כראוי ונתינת ממון משלו ותהיה אמירת

הקידושין בשעת נתינת ממון וכמ"ש מר"ן כנסי סלע זו והרי את וכו' דבשעת נתינת ממון הוא דבעינן אמירת הקידושין אם יהיה ממון שלו, לא כן הכא דהוי ממון שלה לא מהני אפי' אמר בשעת נתינה, הנך רואה דאפי' אמירה בשעת נתינה הואיל והוא ממונה אע"ג דשתקה אינה מקודשת עד שתתרצה לו מקודם ותאמר הן בשעת נתינה דוקא. משא"כ הכא דאמ"ל אחר נתינה אחר שקבלה אותו בפרעון חובו שכתב מר"ן דלא מהני בה שידוכין ואמירת הן. והכא לא מבעיא דאין כאן חלוקה ראשונה שכתב מר"ן כנסי סלע זו שאני חייב לך והרי את מקודשת לי דאפילו שתקה אינה מקודשת עד שיהיו שידוכין מקודם ותאמר הן בשעת קידושין. אלא נד"ז לא דמי כ"א למ"ש מר"ן בחלוקה אחרונה דאם אמר התקדשי לי אחר שקבלתו בפרעון חובה דאם שתקה אינה מקודשת וסיים מר"ן אפי' נשתדכה מקודם ואפילו אמרה הן אינה מקודשת. ונד"ז מיגרע גרע מזה. דמר"ן איירי דאמר לה לשון קידושין כראוי הרי את מקודשת לי ואפ"ה אם שתקה אינה מקודשת, וטעמא דמר"ן משום דשתי' דידה לאו הודאה היא אלא אדרבא לא חששא לדבריו מאחר שקבלתו בפרעון החוב והיינו טעמא דשתקה דזה יורה דאין לה מיחוש בדבריו, הכא נמי נימא הכי אע"ג דשתקה אין כוונתה שתתרצה לו אלא לא חששא לדבריו משום דלא נתן לה ממונו דמה שנתן לה קבלתו בפרעון חובו, והכא מיגרע גרע דמעיקרא גילתה דעתה בפירוש שלא רצתה להתקדש לו במה שלא רצתה לקבל מידו כ"א מיד א' מהמזומנים כמ"ש, וזה הוכחה רבתי דמה ששתקה לא חששא לדבריו כלל וכמש"ל הואיל ולא נתן לה ממון כ"א אמירה גרידתא, ועוד דמר"ן שכתב אם שתקה אינה מקודשת איירי בדאמר לה ל' קידושין גמורים הרי את מקודשת לי ואפ"ה אם שתקה אינה מקודשת כ"ש הכא דלא אמר לה לשון קידושין שלא אמר לי, שכתב מר"ן בסי' כ"ז ס"ד דאפי' נתן לה ממון אינה מקודשת מאחר דלא אמר לי א"כ אפי' לא שתקה ואמרה שקבלה אותם לשם קידושין ונתן לה ממונו לא הוו קידושין כמ"ש מר"ן. ואין אנו צריכין לשתיקתה, ואע"ג שכתב בהגה דיש מחמירין באם לא אמר לי והוו קידושין. הרי הפוסקים דחו אותה סברא ואמרו לאו סמכא היא, ושכ"כ מור"ם על מ"ש מר"ן אינה מקודשת ועיקר שדחה אותה סברא. ובלא"ה נד"ז לא דמי למ"ש בהגה דהמחמירין איירו בנתן הכסף משלו ובשעת נתינת הכסף אמר לה הרי את מקודשת, אבל בנד"ז דלא נתן הכסף משלו אלא שקבלתו בפרעון החוב ואח"ך אמר לה ודאי מודו המחמירין דאינם קידושין כלל. באופן נמצינו למדין דיש שני צדדי היתר דלא הוו קידושין. הן מצד דלא אמר מלת לי על לשונו ולא אמר דבר המוכיח שמושך אחריו לשון לי, וכמ"ש מר"ן בסי' כ"ז ס"ה שאם כשנתן לה הכסף אמר לה הריני נותנו לך בתורת קידושין הוי כאומר לי:

וכתב הריק"ש הטעם משום דאיכא לישנא יתירא שהוא במקום לי שהכל רואים שהוא הנותן ולמה יאמר הריני אם לא להודיע שמקדשה לעצמו והוי כמו לי ע"כ, וא"כ בנד"ז לא אמר הריני, ולא דמי אלא למ"ש שם מור"ם בהגה אבל אם אמר הן קידושין לחוד אינו כלום ע"כ. והן מצד מ"ש מר"ן בריש סי' כ"ח שאם אחר שבא לידה אמ"ל התקדשי לי אינה מקודשת ואע"ג דשתקה ואע"ג אם היתה אומרת הן ושדכה מקודם אפ"ה אינם קידושין וכמש"ל, כ"ש הכא דשתקה ולא אמרה הן וגם הוא לא אמר לשון קידושין הדבר ברור דאינן קידושין כלל וכמ"ש החכם הפוסק נר"ו. ומאי דאמרן דהיכא דאיכא לישנא יתירא שהוא במקום לי, ה"מ אם בשעת נתינת הכסף אמר הריני כמ"ש מר"ן בלשונו הצח כשנתן לה הכסף וכו' אבל אם אחר שבא לידה הכסף אף אם יאמר לשון קידושין גמורים כראוי לא מהני:

נקטינן מהכא דהאי קידושין דהאי ריבה אינן קידושין כלל ואין בהם שום חשש קידושין ולא ריח קידושין כלל ולמאן דתצבי הנערה הזאת תשתדך ותתקדש ותנשא ולית מאן דימחא בידה, ולראית האמת והצדק ח"פ פא'ס יע"א בח' כסלו מש' ראשו כתם פז לפ"ק וקיים:

אליהו הצרפתי הד"א שמואל אבן צור שאול סירידו ס"ט:

סימן ד

א) העיד הי' שלמה ן' יעקב ה"ן שרביט, אן יום ו' של שבוע הבא היה ר"ח אב כאן הווא ושלמה ן' יתאת נאזלין ענד איית סגרוסין פרוטת אסריף וכלטו עליהום הי' יצחק ן' יעקב הרוש וה"ר דוד ן' מנחם ה"ן אפריאט וחאזוהום יגלסו ישבתו וזא יצחק הנז' וקאלהום הא דוואר דאיית מסעוד ועלי קריב נשבתו ענדהום, ונדהו בהאים ראפדין אגרוס ולקרסאל וסי עטר וסי חימס וזביב ולבהאים וואחד סהב וואחד כדיר והומא כא יראוו פיהום חתא גאזו לדוואר דאיית מסעוד ועלי לאיין כא ידהר מן מודעהום ופליל ש"ק נקסרו איית מסעוד ועלי קאלולהום גרוואן כא יחבבו ידרבו עליהום וקאמו איית סגרוסין ורחלו קאלולהום ליהוד מא נרחלוסי פשבת קאלולהום איית סגרוסין הא הומאך ליהוד די דאזו עלינא לבארח ראחלין מעא איית מסעוד ועלי ועלאם נתום מא תרחלוסי וגאמו עליהום חתא לילת לחד ורחלו למודע די כאנו יכוויו איית מסעוד ועלי כאנו יעמרוה הומא חתא תלאקאוו פדוואר דאיית מסעוד ועלי ולא ג' ליהוד תמא קאלולהום פאיין ליהוד די שבתו ענדכום קאלולהום מא שבתו ענדנא יהוד עכס"ע:

ב) העיד שלמה ן' מכלוף ה"ן יתאח אן כאן פאיית סגרו סין וגאזו עליהום דוד אפריאט ויצחק הרוש הנז' ג'אבהום כליפאווי זטאט וקאלולו תזיד מעאנא למודע אכור קאלהום האד לעמארא די עמלת מעאכום הא איית סגרו סין הא איית יוסי נאזלין עלא חדהום די ענד מן תחבו גלסו ומסא לכליפאווי ובקאוו ליהוד קאלהום ישבתו מעאהום מא חבוסי קאלהום יצחק מאסיין לאיית מסעוד ועלי דוואר די קדאמהום די כא ידהר מן דוואר דאיית סגרוסין נשבתו ענד סי' חדו ן' לחסן הווא יעבינא יום א' לסרגינא אוו לאיית סגרוסין אוכרין ומסאוו לדוואר דאיית מסעוד ועלי וגדדא דשבת רחלו איית מסעוד ועלי עכס"ע:

ג) העיד הר' שלמה אזייני אן עאוודלו שלאל אן אשעה די מא דהרוסי האד ליהוד דוד אפריאט ויצחק הרוש וכאנו יסקסיוו עובר ושב באס יערפו פאס מן מודע הומא וכלט וואחד לגוי סגרוסני סקסאה שלאל קאלו וואס מא ענדכומסי יהוד לזיהתכום קאלו סגרוסני כיף נהומא ליהוד קאלו שלאל אידא רית סי יהוד נתין הווא די תקולנא קאלו סגרוסני ב' יהוד ענדהום ב' חמיר וואחד סהב וואחד כדיר וזוז דליהוד כאמלין וואחד ראפד לקרסאל וואחד ראפד אגרוס ולפאכיא ולעטר קאלו שלאל עלא האדו כא נסקסיוו פאיין הומא קאלו ווריל דייארהום נמסי לענדהום קאלו סי וולאד מא ענדהום הנא קאלו אנא מא ריתסי בעדהא קאלו סגרוסני הנא מכלוף קאלו הנא עבאה למכלוף וקאלו די קאלו עכס"ע:

ד) העיד מכלוף ן' מימון ה"ן יתאח באיין הווא פגיגו וזאה שלאל כהן קאלו האד סגרוסני כא יפתס עליך ואנא סקסיתו אידא ענדו סי כבאר די האד ליהוד די מא דהרוסי וקאלי מא ענדי כבאר חתא נמסי למכלוף וזא לענד מכלוף הנז' וסקסאה מכלוף אידא ענדו סי כבאר קבדו מן ידו ודכלו חדר לפנים מחדר פדאר עזוז וקאלו האדוך ליהוד די דאזו עלינא פרוטת אסריף ראפדין אגרוס ולקראסל וחמירהום וואחד סהב וואחד כדר וימאייר דייאלהום וואחד מא ענדו שער בשני צדעיו וואחד ביי"ץ וסגיר כיף זא לייאמו כלטת עליהום מייתין פאגזיר ודמאס האדא קדאם האדא ווידא תעטיווני לבסארא נווורילכום למודע מנאיין תרפדוהום ותפאצלו מעאה בסך י' ונעתלהום למודע קאלו תזברו וואחד דאר באלייא וסקוהא פנץ חתא תזברוהום קראב עכס"ע:

ה) העיד מרדכי ן' שושאן אן הומא גאלסין הווא ושלמה אזייני וכלט עליהום סי' דחמאן ן' בועזא וקאל לשלמה אנא זיבת לכבאר לליהוד די מאתו קאלו כיף קאלהום כונת ענד איית מסעוד ועלי וזאת וואחד לגויה עטאתני כבארהום קאלתלי האדאך יצחק ליהודי די חדו ן' לחסן זא לענד סידו הנז' הווא וואחד ליהודי קראסלי וגדר פיהום וקתלהום.

וברר בעדותו מרדכי הנז' אן כא יערף יצחק בן יעקב הרוש הווא ליהודי דסי' חדו ן' לחסן הנז' עכס"ע:

ו) העיד יעקב אתורג'מאן באיין הווא מאסי פטריק אעליל הווא ודויכו וחדהום ולאקאהום וואחד לחסייני קאלהום מאזאל כא תמסיוו ווחדכום מא ענדכום כבאר דליהוד די מאתו פאגזיר ודמאם עבאהום לכליפאווי לאיית מסעוד ועלי וקתלוהום איית מסעוד ועלי, קאלו אסכון הומא ליהוד קאלו יצחק אמזוט נערפו ודי מעאה מא נערפוסי וברר בעדותו אן יצחק ן' יעקב הרוש הווא דארי כא ינזל ענד איית חסיין וכא יסמיווה יצחק אמזוט עכס"ע:

ז) העיד יוסף ן' עולייל אן הווא גאלס פבן יאזגא פאלול ש' תקמ"ג ותלאקאה אטאלב מוחמד ובן עמר דאיית חללי איית דאווד וקאלו ב' יהוד צפרו מאתו קאלו אסכון ליהוד קאלו יצחק אמזוט סאחב מכלוף אתורג'מאן ליהודי דייאלנא ומעאה וואחד ליהודי אכור מא נערפסי יסמו די עבא לכליפאווי לאיית עיסא איכאתר לדוואר ס' רחו ולחאז והומא גדרו פיהום וקתלוהום עכס"ע:

ח) העיד הי' דוד לפילאלי אן הווא כאן מדרדק פלחאנות די מנור באב למללאח דסיך וסי בראבר כאנו גאלסין אורא לחאנות הנז' כא יהדרו בינחתהום וקאם וואחד אלאכור קאלו חנא קתלנא ב' יהוד פעארי (די הייא לגאבא בלשון ערבי) קאלו אסכון הומא ליהוד קאנו יצחק אמזוט הווא לכביר ומעאה יהודי סגיר יסמו דוד, וברר בעדו' באיין מא ראווסי העד הנז' כלל כאן מחייד מן עיניהום עכס"ע:

ט) העיד מסעוד ן' עטייא אן הווא ראח לדוואר דאיית מסעוד ועלי יכאתר ובאת פלכימא די סי' עמר ובן לחסין וגלסו יהדרו מעא סי דיפאן ראחולהום והווא כאן ראקד ומנאיין סמע להדרא פייק רוחו ואזניו קשובות והווא עמל ברוחו ראקד קאמו אדיפאן קאלולהום מאזאל כא תדכלו ליהוד די כא ירמיוו לבאטל ותנעטא לכטייא עליהום, קאם סי' חמו ן' לחסין קאלהום אם נעמלו כתאבתלנא דיך לפדיחא לעאם די גאז סולטאן ס' מוחמד וחווסנא גאזו עלינא דוך ליהוד וחנא מוכודין וסחבאלנא ענדהום סי פאיידא וקתלנאהום סאעא זברנא סי קראסיל וסי אגרוס ועמלנא דחכא ועטינא לכטייא עליהום, קאלו אסכון הומא ליהוד קאלו אמזוט ולקראסלי די מעאה והומא מן יהוד צפרו, וכא יערף העד הנז' בידיעה נאמנה באיין יצחק ן' יעקב הרוש הווא די לא יסמיווה אמזוט ובאיין כאן מסרו'ך מעאה דוד ן' מנחם אפריאט ומסאוו מן גיגו כיף אתכלו איית יוסי מסרוכין ראפדין לקראסל ואגרוס בזטאט כליפאווי וחתא יהודי צפראווי מא גאז לזיהתהום גיר האדוך עכס"ע:

התבוננתי במס' עדויות הללו שואל כענין נושא ונותן באמונה בשריותא דהני נשי במאי זכיין, להלכה בלבד אני אומר דן הניין ודן לא הניין, ולמעשה הן נשאלים באורו"ת המאירים ומשלימים דבריהם בנתינתן מסיני הדברים על בוריין, ואפשר דאנא זעירא דלינא להו חספא ואינהו משכחו מרגניתא לפתח פתוחן ומוסרותיהן ינתקו ברוב בנין ורוב מנין, ומעתה דן אנכי ע"ג קרקע לפני כל רב ודיין ובר אוריין ואנכי טרם אדבר מענין ד' עדויות ראשונות הבאות כאחת דנראין דחויים מעיקרן דאין כאן מסל"ת ברור דאף דאיכא לצדד בשאלת היהודי ששאל וואס ענדכום סי יהוד לזיהתכום דאינה שאלה שהרי לא שאל בפרטות על הנעלמים אלא כשואל אם יש יהודים במקומכם או לא לדעת שלומם וכיוצא והגוי שיש לו ידיעה מהנעלמים חשש שעליהם הוא שואלו ורצה לדעת מה בפה היהודי לברר דבריו ולכן שאל ממנו כיף הומא ליהוד כלומר אם אתה שואל על אנשים ידועים לך תאמר מה המה והיהודי נתחכם ואמ"ל אם יש לכם יהודים תאמר אתה מה המה ואמר סימנים שידע מהם וסי' וסי' חמוריהם ומה משאם באופן שהבין היהודי שיש לגוי ידיעה מהנעלמים ואמ"ל על אלו אני שואל איפה הם ולא רצה הגוי להגיד שום דבר ליהודי הנז' שאינו מכירו רק שאל על אנשי ביתם להגיד להם וחזר ואמר אם יש כאן מכלוף שהוא מכירו וכשהלך למכלוף שאל ממנו אם יש בשורה בפיו והכניסו חדר בחדר ואז גילה לו הסוד שמצאם מתים והראה להם מקום שנהרגו בו, י"ל ששאלת מכלוף אינה שאלה, חדא שלא שאל בפרטות אלא מחמת שהיה מבקש אחריו להודיעו דבר חדש לכן שאל ממנו איזה דבר אתה רוצה להודיע ופי' לו דבריו, ועוד אף אם נאמר דשאל בפירוש עכ"ז כיון שהגוי שאל תחלה אחר מכלוף להודיעו איזה דבר מזה הוי גילוי מלתא שבא להגיד ענין זה מסל"ת כבכיית הפונדקית קודם שאלת איה חברינו כמבואר בגמ' יע"ש. ועיין מהרשד"ם בשאלה פ' האריך בצדדים כאלו ומטה יוסף סי' ח' אלא שלא מלאני לבי לסמוך על החילוקים וצדדין בגוף העדות שהרי כ' הריב"ש בתשו' הביאו מור"ם באה"ע סי' י"ז סט"ו בהגה דכל שיש להסתפק בספורו אם הוא נשאל או מסל"ת הרי זה ספיקא דאורייתא ולחומרא ודי לנו בהיתר מסל"ת כשיהיה ברור לנו שהוא מסל"ת ברור, אכן מעדות החמישית ואילך נראה דיש תקוה לשריותא דהני נשי מהם: והנה בעדות החמישית שהיא עדותו של מרדכי ן' שושן איכא לספוקי טובא, הספק הא' אי מיקרי האי גוי מל"ת כיון שאמר ענין ההריגה בלי קישור דברים וספק זה נופל גם בעדות הז' שהיא עדותו של יוסף עולייל, ואפילו את"ל דבלא קשר דברים נמי הוי מל"ת, מ"מ בנ"ד איכא גריעותא טפי בהאי לישנא דקאמר אנא זיבת לכבאר דליהוד די מאתו שנראה שקדמה לו ידיעה שאנו מבקשים ידיעת דבר זה

ומתכוין בדבר הוי מבשר ואומר אנא זיבת לכבאר כלומר אני הבאתי לכם ידיעת הדבר שאתם מבקשים ידיעתו, ומה גם דהאי לישנא לשון ידיעה הוא והוי כאומר תדעו שמת פ' דאיכא למימר כיון שאומר בפיו שכוונתו להודיע מגרע גרע ואפילו את"ל דבכל הני הוי מל"ת מ"מ איכא גריעותא טפי שהגוי היה מדבר עם שלמה אנ'ייני אחיה של אחת מהעגונות דאיכא ידים מוכיחות שבא לגלות אזנו מחמת שהוא קרוב כמתכוון להודיע והוי כמתכוון לקבל טובת הנאה או למצא חן ולא הוי מל"ת: והנה בהיתר ספיקא קמא כבר עמדו בו האיתנים מוסדי ארץ ונמשכו אחר ס' הריב"ש שהיא סברא קמייתא שהביא מור"ם בהגה סי' י"ז סי"ד דלא בעינן קשר דברים ואפי' לא אמר אלא פ' מת מקרי שפיר מסל"ת, וכך היא הכרעת מר"ן הק' שכ' בב"י סי' י"ז בשם רבו מהר"י בי רב שהיה מורה להתיר בפשיטות ושכ' לו הר"י טאיטצאק שראיות הר"ן הן חלושות ושכל בתי דינין שהיו בשאלוניק בימי איתני וגאוני עולם שהיו בה פשטי המנהג להתיר וכ"פ האחרונים כמבואר בב"ש יע"ש:

ואנא זעירא חזינא דהאי סברא דהריב"ש נלמדת יפה מפשטא דגמ' גיטין דכ"ח וז"ל שמע מקומנטריסין של נכרים איש פ' מת איש פ' נהרג אל ישיאו את אשתו, ומקשי תלמודא אמאי לא ישיאו את אשתו הא קי"ל דכל מל"ת הימני מהימני ליה, ומשני ה"מ במלתא דלא שייכי בה פירש"י שאין בה התפארות] אבל במלתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שקרייהו ע"כ, הרי דקאמר איש פ' מת איש פ' נהרג בלי קישור דברים ואפי"ה חשיב ליה תלמודא מל"ת מדפריך והא קי"ל כל מל"ת וכו' ולמסקנא נמי דלא אמרו אין משיאין אלא בב"ד של נכרים ומשום התפארות משמע דבגוי דעלמא דליכא התפארות משיאין על פיו משום דחשיב מל"ת ודו"ק, וכן מההיא דיבמות דקכ"א ע"ב אמתני' דקתני ובנכרי אם היה מתכוין אין עדותו עדות וקאמר עלה שמואל לא שנו אלא שנתכוון להתיר אבל נתכוון להעיד עדו' עדות היכי ידעינן א"ר יוסף בא לב"ד ואמר איש פ' מת השיאו את אשתו זהו נתכוון להתיר מת סתם זהו נתכוון להעיד ומסיק בגמ' דבכולן אין משיאין ומשמע דבין פ' מת סתם בין פ' מת השיאו את אשתו בפני ב"ד הוא דאמרה דאז הוי מתכוין להעיד, דוק מינה דבאומר פ' מת סתם חוץ לב"ד משיאין את האשה ולא אמרי' דזה לא מיקרי מסל"ת, וכן איתא בנ"י וז"ל ואסיקנא דגוי אם היה מתכוין להעיד כגון שבא לב"ד ואמר פ' מת אין עדו' עדות וכ"ש אם נתכוון להתיר כגון פ' מת השיאו את אשתו, וכ"ה לשון הרשב"א בשיטתו על יבמות יע"ש. הרי דדוקא אם אומר פ' מת בפני ב"ד הוא דאין עדותו עדות אבל חוץ לב"ד לא קרינן ביה מתכוון להעיד ודין מסל"ת יש לו באומר פ' מת סתם בלי קישור דברים ודו"ק, והרי הותר ספיקא קמא דמדינא לא בעינן

קישור דברים ודלא כהר"ן, ומה גם דבנ"ד יודה הר"ן שהרי כתב הב"י בלשון הר"ן דבעי' קשר דברים לפניו או לאחריו ע"כ. ולפ"ז בנ"ד אף דליכא קשר דברים לפניו. לאחריו מיהא איכא קשר דברים בין בעדות הה' בין בעדות הז', ואית לן עוד עדות הו' של יע' תרג'מאן ועדות הח' של מס' עטייא דאית בהו קשר דברים אחור וקדם:

ובהיתר כל הני ספיקי דאתיילידו בנ"ד פשטוהו הפוס' מתשו' מהר"ם במיימוני דשייכי לס' נשים סי' ט' בתשו' המתחלת חזרנו על כל הצדדים וכו' וז"ל ושנסתפקת מאחר שהקרובים הוציאו בכל העיירות שמסביב דמי קצת לאיה חבירנו לא דמי דהתם קא שיילי ליה להאי גוי בהדיא אבל הכא דלא שיילי להאי גוי גופיה מיקרי שפיר מסל"ת אע"ג שידע שמחפשין אותו עכ"ל, ומדלא הוציא רבינו מאיר מכלל מלתא רק דשיילי ליה להגוי בהדיא כלל לנו כלל גדול דכל שלא שאלוהו בהדיא אף דאיכא הערת הבעלים ורדיפתן וחיפושן אינו מוציא את הגוי מחזקת מל"ת ואפילו באומר בפי' תדעו שמת פ' ואפי' לקרובים, ולא הוציאו מכלל מל"ת רק בחדא מתלת גווני או שהזכיר אשה בעדותו שאומר איש פ' מת השיאו את אשתו או שבא לב"ד ואמר פ' מת סתם שמתכוין להעיד בפני ב"ד או שבאו דבריו ע"י שאלה ששאלוהו, אבל כל שאמר מעצמו אפי' שהוא מתכוין להודיע לרחוק ולקרוב אין כאן בית מיחוש, דהא כל גוי מסל"ת שאומר לאחרים מת פ' ודאי בא להגיד להם מה שאינם יודעים וכיון דכוונתו להודיע מה איכפת לן אם פי' בלשניה תדעו שמת פ' או שאמר כן במתכוין להודיע לקרוב וכי גרע מהאי דאמרי' בגמ' מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי, ופירש"י מאן איכא בי חיואי מי מאנשי ביתו של בית חיואי שישמע דברי דשכיב חיואי, הרי דמבקש להודיע לקרובים וקרינן ביה שפיר מל"ת ואפילו במקום דאיכא למימר שמא לקבל טובת הנאה או למצוא חן עשה כמו שהאריך בכל הפרטים הללו הרב דרכי נועם בשאלה י"א בשם כמה גדולים יע"ש:

ובר מן דין אומר אני דנ"ד אין בו שום חשש מהני שהרי אינו בא להודיע ענין מיתת היהודים מחדש אלא דפשי' ליה שגם היהודים ידעו במיתתם אלא שהוא בא לחדש להם מי ומי ההורגין שכן מורה הלשון שאמר אנא זיבת לכבאר לליהוד די מאתו. משמע דפשוט אצלו שהם יודעים ענין המיתה ואין כוונתו להודיעם מענין המיתה כלל אלא לחדש להם מה שסיפרה לו הנכרית מי ומי ההורגים ונפקא מינה למרדף אבתרייהו בנקמת דם השפוך,. דאם בא לחדש ענין המיתה לא הי"ל ליהוד די מאתו אלא הי"ל זיבת לכבאר באיין מאתו ליהוד:

ומעתה קם דינא אתברירי דינא דבכל העדויות מרביעית ואילך דין מסל"ת יש להם. אלא שבעדותו של, יעקב אתורג'מאן שהיא עדות הששית עדיין יש להסתפק בה דילמא

כוונת הגוי באומרו מאזאל כא תמסייו אוחדכום מא ענדכום כבאר דליהוד די מאתו וכו' למירמא אימתא עלייהו כדי שישכרוהו להתלוות עמהם, וגם האי ספיקא הותר מתשו' מהר"ם הנ"ל וז"ל דהתם שאני דמוכחא מלתא מתוך דבריו דלמירמא אימתא הוא דקא עביד דא"ל לישראל שקול אספסתא בשבתא ואי לא קטילנא לך כדקטילנא לפלניא, אבל הכא דלא מוכחא מלתא מתוך דבריו לא מקמי קכי ולא לבתר הכי דלמרמי אימתא קא עביד לא תלינן להחמיר וכו', ועוד מסתמא בחנם לא נקט בגמ' ההוא גוי דאמר לישראל שקול אספסתא וכו' דלא הו"ל למינקט אלא ההוא דאמר לישראל קטלית לפ' אלא ש"מ דוקא בכה"ג לא מהימן דמוכח טובא יע"ש, ועיין מהרשד"ם בסי' נ"ג, וא"כ בנ"ד שלא שאל מהם שכר להתלוות עמהם רק שכל א' הולך לדרכו ופגעו זה לזה בדרך ואמר להם כך לא אמרינן דלמירמא אימתא כל דלא מוכח טובא דלמירמא אימתא:

ומה שעומד לנגדנו ככותל בשריותא דהני נשי שלא נזכר רק שם אחד מהנעלמים ולא שם אביו וחבירו לא הוזכר שמו ברוב העדויות זולת בעדות א' והמעיין בדברי הפוס' יראה אגודה של חכמים ושל סופרים אחזו שער סגרו ואין פותח דלא סגי בלא הני תלתא שמו ושם אביו ושם עירו ומטו בה משמיה דגברא רבה הרמב"ם ז"ל פי"ג מהל' גירו' הלכה כ"ד שכתב וז"ל בא אחד ואמר אמ"ל ב"ד או אנשים כשתלך למקום פ' אמור להם שמת יצחק בן מיכאל ובא השליח ואמר לנו והשליח אינו יודע מי הוא זה הואיל ואנו יודעים פ' הידוע בשם זה הרי אשתו מותרת ואין אומרים שמא יצחק בן מיכאל אחר הוא שמת עכ"ל והביאו מר"ן בשלחנו הטהור בא"ה סי' י"ז סי"ח, וראש המדברים בסברא הלזו הוא מהריק"ו שורש קפ"ד שדקדק כן מלשון זה מדקאמר כשתלך למקום פ' משמע דאיכא קפידא בידיעת שם עירו והוה ליה כמזכיר שם עירו בפירוש עם מה שהזכיר שמו ושם אביו ובבציר מחדא מיניהו לא סגי:

ויש עוד כת שניה גדולה וחזקה מחכמי ישראל דסגי בשמו ושם עירו בלא הזכרת שם אביו, ולמדו כן נמי מלשון הרמב"ם הלכה כ"ח וז"ל מת איש יהודי עמנו במקום פ' כו"כ צורתו כו"כ היו סימניו אין אומרים באומד מדעת פ' הוא עד שיעיד העד שהוא פ' ויכיר שמו ושם עירו ע"כ, והביאו מר"ן שם סי"ט, וכ' ה"ה שדברי הרמב"ם לקוחים מהתוספתא וז"ל אין מעידין עד שיהיו מכירין שמו ושם עירו עכ"ל, הרי בפירוש דלישנא דהרמב"ם ודברי התוספתא מדוקדקים ובשמו ושם עירו סגי, עיין מהר"ם לובלין סי' קל"ג יע"ש:

ויש עוד כת ג' רבתי בדעות ברוב מנין ורוב בנין מקמאי ובתראי היושבים ראשונה במלכות ההוראה דבתרי מגו תלת לעולם סגי, או שמו ושם אביו או שמו ושם עירו, והביא האי סברא מוהריק"ו עצמו בשורש קע"ה ולמד כן מל' הרמב"ם שם הל' כ"ח

וז"ל מצאו כתוב בשטר מת איש פב"פ או נהרג איש פב"פ ונודע שזה כתב ישראל ה"ז תנשא אשתו וכן מי שנשתתק ובדקו אותו כדרך שבודקין לגיטין ונמצאת דעתו מכוונת וכתב שמת פב"פ סומכין לכתיבתו ותנשא עכ"ל והביאו מר"ן בסעיף י"א וי"ב, ודקדק מכאן מוהריק"ו מדלא הזכיר שם העיר מאחר שהזכיר שם האב ש"מ דבשם אביו לחוד סגי, וכתב דמ"ש הרמב"ם בהל' כ"ז שצריך שיזכיר שם עירו היינו היכא דלא הזכיר שם אביו הרי דמתרי לישני דהרמב"ם מש' דבשמו ושם אביו או בשמו ושם עירו סגי יע"ש, ועיין מר"ן ב"י ובכ"מ מ"ש ליישב הב' תשובות דמוהריק"ו שסותרות זא"ז דכתב דספוקי מספקא ליה למוהריק"ו כוונת רבינו יע"ש:

והנה עין הרואה עיניו יחזו עפעפיו יבחנו דהאי סברא בתרייתא דבתרי מינייהו סגי נלמדת היטב מדברי הרמב"ם, ודייקי שפיר לישני דהרמב"ם להאי סברא דבמקום שהזכיר שם עירו לא הצריך הזכרת שם אביו ובמקום שם אביו לא הצריך הזכרת שם עירו, ובפירוש איתא לשון רבי' בהל' כ"ג מכריע בין הב' לשונות הנז' וסובב סובב' על כוונה זו לפי גי' כל הספרים שבידינו ושכך היא גי' מר"ן הק' בשלחנו הטהור סעיף כ"ג, וכן היא גי' הלבוש וז"ל ראו א' עומד מרחוק ואמר שהוא פב"פ או פ' ממקום פ' והרי נשכו נחש והרי הוא מת והלכו ומצאוהו שנשתנה ולא הכירוהו הרי אלו משיאין את אשתו עכ"ל, ולפי גי' זו הויא שפיר ראיה גמורה להאי סברא דבתרי מגו תלת לעולם סגי או שיזכיר שמו ושם אביו או שמו ושם עירו:

והדברים ק"ו אם במקום דאיכא ריעותא שנשתנית צורתו ולא הכירוהו סגי בהזכרת שמו ושם אביו או שמו ושם עירו כ"ש במקום דליכא ריעותא. הרי דסברא זו יפה נדרשת מהני תלת לישני שפירי דהרמב"ם, וא"כ אף אם היה לשון רבינו מבואר בההיא דיצחק ן' מיכאל דבעי שלשתם איכא למימר סמי חדא מקמי כל הני:

כ"ש דהאי לישנא גופיה דייק שפיר להאי סברא טפי דמ"ש כשתלך למקום פ' וכו' לא שיש קפידא בדבר אלא דמראין מקום הם לו וכ"ש שהרא"ש שהוא א' מעמודי ההוראה הביא ראיה מלשון זה דבשמו ושם אביו סגי, ומוכרח שכך הבין בל' רבינו דמראין מקום הם לו כמ"ש בכלליו כלל נ"ב סי' א' יע"ש, ואף לגי' מוהריק"ו דגריס בלשון רבינו ואמר שהוא פב"פ דממקום פ' הרי כתב שאינו מנגד להאי סברא דהתם שאני דאיכא ריעותא דנשתנה הוא דבעי שלשתם יע"ש:

ואפשר דמהאי גי' שנזדמנה למוהריק"ו בלשון רבינו הוא שהיה מסופק בכוונת רבינו ואלו ראה גרסתינו היה מכריע כוונת הרמב"ם להאי סברא דיפה נלמדת מדברי רבינו ובאו דבריו על נכון בלי שום דוחק: ומשמיא אנהירינהו לעיינין וחזינא לשון

התוספתא פ' י"ד דיבמות בתו' הנדפסת בס' הרי"ף אחר כל מסכתא דס"ב שהגי' היא כך אין מעידין עליו עד שיזכירו שמו ושם אביו שמו ושם עירו ע"כ, וא"כ יפה כוון מהרשד"ם בשאלה ל"ה שכתב דלמעשה סמכינן אשמו ושם אביו או שמו ושם עירו שכך נראה בעיני שהיה דן מורי הרה"ג מהר"י טאיטצאק ז"ל וכן מצאתי לשונו הביאו הב"י בטור א"ה יע"ש עכ"ל, ובשאלה מ"ג כתב האמת שכבר נהגו ב"ד שבשאלוניק להסמיך על שמו ושם אביו או שמו ושם עירו וכמו שקבלתי ממורי מהר"י טאיטצאק:

ועפ"י סברא זו עלתה ארוכה להעגונות הנז' דבעדות הו' הזכיר שמו יצחק אמזוט ומצינו בדברי הפוסקים דהיכא דהזכיר כנויו עומד במקום הזכרת שם אביו כמבואר בק"ע סעיף ק"ב וק"ה וש"ל ושס"ו, וזה שקורין לו אמזוט שהוא שם לאדם קרח בלשון פלשתים הוא עומד במקום כנויו ועדיף ממנו דבכנויו שהוא ן' הרוש כמה יצחק ן' הרוש איכא בשוקא, ושם זה מיוחד לאדם קרח מכל וכל א' בעיר ושנים במשפחה, וכ"ש למה שברר העד בעדותו שיודע נאמנה שיצחק ן' יעקב הרוש הנז' קורין לו יצחק אמזוט, ובעדות השביעית מבואר היטב שהזכיר שם עירו דקאמר ב' יהוד צפרו והוסיף שמו וכינויו יצחק אמזוט והוסיף עוד סאחב מכלוף תרג'מאן וידוע שבחיי מכלוף הנז' היה יצחק הנז' משותף עמו שנה אחר שנה ומעולם לא נפרדו איש מעל אחיו עד שמת מכלוף הנז' ואז נתפרדה חבילה באופן דזה סימן בתוך סימן. והוסיף עוד די עבא לכליפאווי לאיית עיסא יכאתאר לדוואר סי' רחו ולחאז וכבר מבואר דעדות הא' והב' שהיה עמהם לכליפאווי שהוליכם לאיית מסעוד ועלי שהם נקראים איית עיסא לדוואר ישבתו ענד סי' חדו ולחסן וברורו לנו ההולכים לשם שהגוי סי' חדו ן' לחסן וסי' רחו ולחאז כולם בדוואר א' אלא שנקרא ע"ש הגדול סי' רחו ולחאז, ועדות זו מוציאה אותנו אף ידי סברא קמייתא דבעינן תלת שמו ושם אביו ושם עירו דהא איכא טפי מתלת, ובעדות השמינית הגם שלא הזכיר שמותם רק שקרא להם לזה אמזוט ע"ש מומו ולזה קראסלי ע"ש מלאכתו העד שהעיד יודע נאמנה שעל יצחק הנז' מדברים שקורין לו כך וידוע אצלם בשם זה: וגדולה מזו כתב מר"ן הב"י בסי' י"א בשם תשו' הר"ן דכל שמעיד בדבר ברור שאי אפשר לספק באחר משיאין את אשתו אעפ"י שלא הזכיר שמו, וכן כ' מהרשד"ם בתשו' סי' פ' ושם הסביר הענין שהרי מה שצריך להזכיר שמו ושם אביו או שמו ושם עירו או שלשתם יחד פשיטא דלאו מלתא בלא טעמא היא דנימא דבר זה הוא חק וגזירת מלך הבו דלא להוסיף עלה, אלא טעמא רבה איכא והוא כי היכי דנדע על איזה איש מדבר עד שאפי' לא הזכיר שם המת כלל אלא שנתן בו סימנים מובהקים די בהכי ומשיאין את אשתו,

וא"כ נראה שאין הכוונה רק שנכיר על איזה מדבר יע"ש' ונמשך אחריו הרב דרכי נעם בשאלה כ"ט וכמה מהאחרונים:

העולה ממאי דכתי' דאשת יצחק הנז' הותרה מכבלי עגונה וממילא הותרה גם אשת דוד הנז' שהיה עמו בחברתו, שהרי כמה כתי עדים שיודעים נאמנה שיצחק ודוד יצאו בחברה אחת מכפר גיגו בשותפות להסתחר באהלי פלשתים בהאלקראס'ל ואגרו'ס עם הגוי לכליפאווי ומסתמא אמרינן שהאיש שנהרג עם יצחק הנז' הוא דוד הנז' שיצא עמו בחברתו אף שלא הזכירוהו בשמו וכינויו, כההיא דפסק הרמב"ם בפי"ג מהל' גירושין ה' כ"ה וז"ל יצא גוי וישראל מעמנו למקום אחר ובא הגוי מסיח לפי תומו ואמר איש פ' שיצא עמי מכאן מת משיאין את אשתו וכו' ופסקו מר"ן בסי' י"ז סי"ז, והוסיף לנו מר"ן הק' לקח טוב בתשובותיו תשובה י"א דלאו דוקא יהודי שיצא עמי מת אלא אפי' בא גוי אחד ואמר יהודי שיצא עם פ' מת משיאין את אשתו דמ"ל שיאמר הגוי יהודי שיצא עמי מת מ"ל שיאמר יהודי שיצא עם פ' מת יע"ש והכא ליכא לספוקי שמא בצאתם מן המקום שיצאו משם נפרדו איש מעל אחיו ונתלוה אחר עם יצחק הנז' ונהרג עמו וכמו דדייקי רבוותא מהאי לישנא דהרמב"ם דדוקא נקט איש שיצא עמי מכאן מת דבאומר מכאן הוא דמשיאין את אשתו אבל כשלא אמר מכאן אלא איש שיצא עמי מת אמרי' שמא אותו יהודי שיצא עמו מכאן הלך לדרכו ונתלוה עמו אדם אחר ומת, דבנ"ד ליכא למימר הכי שהרי מבואר בעדות א' וב' שגם בהגיעם למקום שהלכו לשם ראו אותם העדים שעדיין אגודים זה בזה עד שהגיעו לדוואר איית מסעוד ועלי שיש אדון ליצחק הנז' סי' חדו ן' לחסן ומבואר בעדות הה' שהוא הבוגד שהרגם וא"כ א"א לספוקי באחר, ומה גם שהרא"ש בכלל נ"א סי' ב' כתב בהדיא שאפילו לא יצא עמו רק נתלוה עמו בדרך והיו עד או עדים יודעים שאותו יהודי נתלוה עם גוי ובא גוי זה ואמר חבל על יהודי שנתלוה עמי בדרך שמת משיאין את אשתו ולא חיישינן לחקור כי שמא אותו היהודי הלך לדרכו ושוב נתלוה עמו אחר ועליה קאמר שמת, אלא אמרי' אותו הוא שראינוהו אע"פ שהגוי לא ראה לאלו שראוהו:

וכיון שדברי הרא"ש באו מפורשים אין לדייק מד' הרמב"ם היפך דעת' הרא"ש כל שלא פי' בהדיא, ומה גם שמר"ן הק' בתשו' י"א הנז"ל לא חש להכי כמבואר שם, אלא שבנ"ד אפי' הנך רבוותא דדייקי כן מדברי הרמב"ם יודו דליכא שום חשש בנ"ד וכדכתיבנא, וכ"ש שנזכר שם דוד בעדות השמינית ונזכר שם עירו בעדות הז' דקאמר ב' יהוד צפרו וכבר כתבנו דבשמו ושם עירו סגי:

ובר מן דין באותה שנה שנהרגו הנעלבים הנז' חפשנו בעיר הזאת צפרו יע"א ולא נפקד ממנו איש זולת הב' אנשים הנז' וא"כ אפי' לא הזכיר אלא שם עירו סגי כדכתב מר"ן בסעי' י"ט משמיה דהרמב"ם יע"ש, סוף דבר דעתי מסכמת להתיר העגונות הנז' שתיהן אם יסכימו בעלי ההוראה, וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות החותם בצפרו יע"א במרחשון משנת הוא ההולך קדמת אשור לפ"ק ע"ה שאול ישועה בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה דעתי נוטה ומסכמת לכל מה שכתב החה"ש הדו"מ כהה"ר שאול ישועה נר"ו אחת לאחת למצוא חשבון כי כל דבריו אמת וצדק כנים ואמתיים אין בהם נפתל ועקש, ומעתה הרי הנשים הנ"ב מותרים מכבלי עיגונם ורשאים למהך להתנסבא לכל גבר דתצביין ולית מאן דימחא בידייהו ולאפס הפנאי קצרתי במקום שאמרו להאריך בתוספת ראיות בשריותא דהני נשי. ולראית האמת ח"פ פאס יע"א מש' כי הצלת נפשי לפ"ק וקיים:

אליהו הצרפתי ידידיה משה בה"ר מנחם נ"ע מונסונייגו ס"ט:

סימן ה

מה שכתבתי בענין המתנה שנתן כמוהר"ר יקותיאל ברדוגו לבניו שמאשתו שניה והיה שטר המתנה באוצרותיו וכאשר היה נוטה למות אמר להוציא השטר מתנה ולקורעה ושהיה אנוס באותה מתנה מאשתו, וזה מה שכתבתי: נדרשתי לחוות דעתי בענין מתנה זו ואחזה אנכי אשית לבי דאע"ג דלדון משפט זה לאשורו צריך לעמוד על השטר מתנה להתבונן בו ולדקדק בלשונו להוציא הדין לאמיתו, מ"מ חזינא הכא מלתא דעקרא למתנה זו מעיקרה אפי' תהיה בכל חוזק כראי מוצק מחמת היות השטר מתנה כמוס תח"י הנותן ולא הגיע ליד המקבל מתנה או ליד אחר בשבילם דאז יש לנו לומר כתבה ונמלך עליה ואפי' בהיכא דאית בה קנין לא מהני אלא בהיכא שלא נמלך עליה ונתנה ליד המקבל אחר עידן ועידנין דאמרינן שיזכה המקבל למפרע משעת קנין, וראיה לדבר מדפריך תלמודא מציעא די"ג אהא דתנן כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וניחוש שמא כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למיטרף מלקוחות שלא כדין ומשני רב אשי בשטרי אקנייתא דהא שעביד נפשיה ואביי מוקי לה אפי' בשטרי דלאו אקנייתא משום דעדיו בחיתו' זכין לו ופריך מדתנן מצא גטי נשים דייתיקי ומתנה הרי זה לא יחזיר שמא כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנן וכי נמלך מאי הוי הא אמרת עדיו בחיתומיו זכין לו, ומשני ה"מ היכא דקא מטו לידיה אבל היכא דלא מטו לידיה לא אמרינן יע"ש, וכתב שם רבי' בצלאל בשיטה מקו' והנמק"י אשר סביבות הרי"ף שם

כתב שדעת הרי"ף בתשו' ודעת ר"ח אפילו בשטרי אקנייתא לא משתעבד עד דמטא שטרא לידיה ושמו הקנאה לדידן כעדיו בחיתו' לאביי דמוקי לה בגמ' בדמטי שטרא לידיה ואף לשטרי אקנייתא לדידן כן, וטעמא מדתנן בפ' י"נ נמצאת דייתיקי סגורה לו על יריכו לא עשה ולא כלום ומי לא עסקינן אפי' כתב בה קנין, וסיים בה הנ"י וכתב שכן ד' הרמב"ם דההיא אפי' בקנין הוא שכ"כ פ"ט מה' זכיה ומתנה יע"ש. וז"ל הר"ן בתשו' סי' ל"ה עוד בא בכתבך שנמצא ש' מתנה שעשה לבנו הנז' מהבתים שהיו לו ולא נתברר לי מתוך דבריך אם קטן זה זכה במתנה זו כלומר שזכו אחרים בשבילו או היה בשטר מתנות שלפעמים האב כותב לבנו ומעכבן בידו וא"כ הוא נ"ל שאע"י שיש בה קנין לא זכה בה קטן זה שאף עפ"י שאין דעתי מכרעת יש לי ראיות ברורות לדברי הראשונים שאמרו שאפי' לשטרי הקנאה בעינן דלימטי שטרא לידיה ולפיכך כל שאין השטר בא ליד המקבל או שאין עדים תופסין אותו לגמרי בעדו לא זכה בו המקבל, וכן דעת ר"ח ורב אלפס והרמב"ם ז"ל ואעפ"י שיש חולקין בזה לא נתחוורו דבריהם עכ"ל והביאו מר"ן ב"י בסי' ק"ח סכ"ג, ובאמת דהכי משתמע פשט דברי הרמב"ם שכתב שם בפ"ט מה' זכיה ומתנה הל' כ"ד וז"ל מי שמת ונמצאת מתנה קשורה על ירכו אע"פ שהיה בעדים וקנו מידו ליפות כח אלו שנתן להם ה"ז אינה כלום שאני אומר כתבה ונמלך עכ"ל הרי דמוקי להההיא דנמצאת דייתיקי קשורה אפי' בקנין כדברי הרי"ף וכך היה חובתינו לאוקומי שיטת הרמב"ם כשיטת הרי"ף רבו כמ"ש בדברי הפוס' בכמה דוכתי עיין יד מלאכי בכללי הרמב"ם סי' כ"ט, אלא שהרב המגיד פי' בדברי הרמב"ם דמיירי במתנת כל הנכסים הא במקצתן ודאי לא, אלא זכה בהם כיון שיש בהם קנין יע"ש, ומ"מ פשט דבריו כאן כדברי הר"ן ונ"י, והגם שהריב"ש בסי' קס"א עשה סמוכות לדברי הה"מ ממקום אחר שכתב הרמב"ם בפ"ח הל' י"ח וז"ל אל תטעה בש"מ שכתב כל נכסיו ופי' שנתן הכל מעכשיו והקנה מחיים שאין זה מתנת ש"מ אלא כשאר כל המתנות הבריאים שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן קנה הכל ואין יכול לחזור בו עכ"ל: וכתב הריב"ש נראה מזה הלשון שאם קנו מידו אין צריך שיגיע השטר ליד המקבל עכ"ל, מ"מ אין דבריו מוכרחים להעמיד דברי הרמב"ם בכך ולדחות דברי הר"ן ונ"י שלא הבינו כן בדעת הרמב"ם משום דיש לזו לומר דמשום דלעיל כתב הרמב"ם בש"מ שאין שטר לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה אתא הכא לאשמעינן דבהיכא דנותן ש"מ כל נכסיו מעכשיו בשטר אם הגיע השטר לידו קנה הכל ואין זה שטר דלאחר מיתה כיון שכבר הגיע ליד המקבל מחיים. וכן אם קנו מיד הנותן אין זה קנין דלאחר מיתה כיון שנתן מעכשיו אע"ג שלא נכתב השטר אלא לאחר מיתה אבל בהיכא דנכתב גם השטר שיש בו

קנין מחיים כל שלא בא השטר ליד המקבל ולא תפסוהו העדים בעדו אלא כבשו הנותן תחת ידו אז אמרינן דלא קנה המקבל דלהכי עכב הנותן השטר בידו לבטלו אם נמלך או לקיימו אם לא נמלך ודו"ק, ומה גם דיש סמוכות לדברי הר"ן והנ"י מלשון הרמב"ם פי"ח מהל' גזילה ה' ט' וז"ל מצא שטר מתנה אם מתנת בריא היא אע"פ ששניהם מודים לא יחזיר לא לזה ולא לזה שמא כתב ליתן ולא נתן יע"ש, ולשון זה מוכרח טפי דמיירי בשטר מתנה אפי' בקנין מדמפליג בין מתנת בריא למתנת ש"מ ולא מפליג בדידה בין יש בו קנין לאין בו קני' גם הה"מ לא פי' בלשון זה כלום רק הביא דעת האחרונים החולקים דכתבו אם יש בו קנין יחזיר ומ"מ מידי ספיקא לא יצאנו בדעת הרמב"ם אם קאי בשיטת רבו הרי"ף כדברי הר"ן והנ"י או בשיטת הרא"ש כדברי הה"מ והריב"ש. גם מר"ן הק' לא הכריע בדברי הרמב"ם מדהביא לשונות הרמב"ם ככתבם וכלשונם בסי' ר"ן ס"ט וסעי' כ"ה ולא פי' בהם כדברי זה או כדברי זה ונפקא מינה כיון דלא הכריע לחד גיסא בפי' דברי הרמב"ם יכול המוחזק לו' קים לי כפי' הנ"י והר"ן דמוקמי להרמב"ם כשיטת רבו הרי"ף דאז הוו ב' מעמודי ההוראה קיימי בשיטה זו דבעינן מטי שטרא לידיה והמוחזק הוא הנותן ועל המקבל להביא ראיה כדאיתא בסי' רמ"ו ס"ה יע"ש, וא"כ בנ"ד דלא מטי שטרא ליד המקבלים ולא תפסוהו העדים בעדם אלא נשאר תח"י הנותן והנותן ציוה לפני מותו בביטול המתנה ההיא שוב אין לה קיום, ועם היות שמר"ן הק' בב"י סוס"י ט"ל נמשך אחר האחרונים כדברי הריב"ש וכתב דהכי נקטינן דהו"ל ר"ח והרי"ף יחידאי לגבי כל הני רבוותא שבתי וראה דבסי' ס"ה סי"ד סתם כהרא"ש וסיעתו ומ"ש באה"ג סק"ד הוא טעות מפורסם, ועיין ש"ך בסי' ט"ל סקט"ל באורך ועיין סמ"ע שם סקל"ח יע"ש, מ"מ בשלחנו הטהור לא פסקה בהדיא מדהביא לשונות הרמב"ם ככתבם וכלשונם סי' ר"ן ס"ח וסכ"ה משום דחש לס' הנ"י ולס' הר"ן שהביא דבריו בסי' ק"ח:

ובר מן דין אפי' החולקים על הרי"ף ור"ח יודו בנ"ד שהרי הרא"ש שהוא א' מהחולקים כתב בכלליו סי' ס"ו סי"ג שהביא הטור בסי' רמ"ג סט"ז וז"ל ודאי שטר שנמצא ביד הנותן אם אין עידי הקנין קיימים או שהלכו למדנה"י והיה טוען הנותן שעל תנאי קנו מידו ולא נתקיים התנאי אפשר דהוי נאמן במיגו דאי בעי הוה קלייה לשטרא כל זמן שלא הוחזק בב"ד וא"כ בנ"ד שאין א' מהעדים קיים ואיכא מיגו דאי בעי הוה קלייה לשטרא יכול לטעון מה שירצה נגד המתנה וכמו שכך פי' הרב הנותן לעידי הצוואה שציוה לפניהם שאין לדון על אותה מתנה כי עדיין היא כבושה תחת ידי ונאמן אני לומר באונס היתה במיגו דאי בעי קלייה:

נמצא דעל טענה זו היה סומך הרב ז"ל מעיקרא כשעכב השטר תחת ידו ואין לך ג"ד במתנה גדולה מזו, וכמו שכתב נמי מור"ם בסי' ט"ל ס"ס י"ג וז"ל אמר קנו ממני שאני חייב לפ' כו"ך וכתבו לו הרי אלו כותבין ונותנין לו ואין נותנין אותו ליד הלוה, אבל אם אמר כתבו ותנו אותו בידי לא יתנו למלוה ולא יזכה המלוה עד שיצא מתח"י הלוה יע"ש והיא ס' הטור בסי' הנז' ומשמע דלכ"ע כל שכבוש תח"י הלוה אינו כלום. ה"נ דכוותה בשטר המתנה, וההיא דסי' ס"ה סי"ד גבי מוציא שטר מתנה שכ' דבקנין יחזיר אע"פ שלא הגיע השטר לידו, התם הוא דאינו לא תח"י הנותן ולא תח"י המקבל, משא"כ בנ"ד שנמצא תח"י הנותן דיש לנו לומר דלהכי עכביה תחת ידו לבטליה כשימלך וההיא דסי' רמ"ג סי"ב שטר שכתבו בו שיתן קרקע לפ' בקנין אע"פ שלא בא שטר ליד המקבל אלא לאחר מיתת הנותן קנה היינו שבא לידו מיד שליש או מיד העדים שתפסוהו בעדו או ע"י צוואת הנותן ואשמועינן דאין זה קנין דלאחר מיתה מאחר שכתוב בשטר מעכשיו בקנין כשיבוא לידו קונה למפרע כמ"ש הלבוש יע"ש, וכההיא דכתב מור"ם בהגה בסי' ר"ן ס"ס כ"ה ובמתנת בריא בקנין כשקנה קנה המקבל, ופירש הסמ"ע דאיירי בנמצא ביד שליש ופי' דבריו בסי' רמ"ג סי"ג סקכ"ג דאפי' היכא דנמצא השטר מתנה שיש בו קנין מופקד אצל אחר ויש הוכחה שהוא של הנותן כגון שהיו קשורים עם שטר זה שאר שטרות המיוחדים להנותן דאז היו מחזירין ג"כ זה להנותן אגב שאר שטרות דליכא לספוקי בהו דודאי הם של הנותן דאז אמרי' גם שט"ז כתבו הנותן וקנו ממנו על איזה תנאי ולא נתקיים התנאי, וזה אפי' להרא"ש עכ"ל, ועיין בסעיף שקודם זה שהביא לשון הרא"ש שכתבנו לעיל, הרי דאפילו להחולקים דסוברים דלא בעי מטי שטרא לידיה יודו בנ"ד וכמ"ש:

ועוד זאת שהעידו ב' עדים שהיה הנותן אנוס ואעפ"י שא' מהם הוא מעידי המתנה לא קרינן ביה חוזר ומגיד דהא לא עקר עדות ראשונה אלא מלתא אחריתי הוא שמעיד שאנוס היה הנותן ולאו מדעתיה יהיב וכיון דאיכא עידי אונס המתנה בטלה כדקי"ל בסי' רמ"ב ס"א הנותן מתנה מחמת אונס שאנסוהו ליתן אינה מתנה, וכתב סמ"ע האי דנקט אנסוהו אינו ר"ל דוקא אונס גדול דהכאה ויסורין וכיוצא בהם. אלא כל דלא ניחא ליה הנותן ודאי מטעם שום דבר נתן והוא האונסו ליתן ואינו נותן בלב שלם יע"ש, ומה גם אונסא דשכיח ודלף טורד מדייני אשה ואע"ג דנר' מדברי העד שכתבו בשטר המתנה שהודה הנותן ברצון נפשו והשלמת דעתו מ"מ לא מרע לסהדותיה שמעיד שאנוס היה הנותן דאיכא למימר מכלל האונס שאנסתו ליתן כפאתו עד שאמר רוצה אני מן השפה ולחוץ וכ"ש שיד יודע ספר היתה באמצע, כשיראה שיש שינוי בלשון המתנה יגיד לה

ותחזור להקניטו ועוד דאין דברים אלו אלא שופרי דשטרי כל שלא אמרו בפי' ואנן סהדי מסהדינן שלא היה אונס בדבר אז איכא למימר דאין חוזרין ומגידין שהיה אנוס כמ"ש מור"ם בסי' מ"ז של"ז גבי תנאי אבל בהיכא שלא כתבו דרך עדות אלא ברצון נפשו וכו' ואפי' אם כתבו בלי זכר אונס כלל אמינא ודאי לשופרא דשטרי כתבו הכי, קנצי למלין דמתנה זו אין לה קיום והעמדה מהני טעמי דכתיבנא, וצור ישראל יצילנו משגיאות הח"פ צפרו בתחילת טבת שנת ונשברה לך אוכל לפ"ק:
ע"ה שאול ישועה:

סימן ו

מ"ש בענין העליה הראשונה לעולה להאלפוקי שלמעלה מבהכ"ן הגדולה הי"ג: הב' עליות הראשונים לעולה להאלפוקי שלמעלה מב"ה הגדו' הי"ג חידש בניינם הר' אברהם ה"ן עילי כשזכה בהם עשה אותם עליה אחת בחזרתו מן הגולה זה כמה שנים שזכה גם בגוף מאת הגוי סי' עלי אזבלי שהיה מחזיק בהשתי עליות והשקפנו על כתב הערכאות שבידו שקראו לפנינו ב' מהערכאות זה שלא בפני זה וראינו שהיו העליות ביד הגוי סי' מוח' לערבי אעדלון ובשנת אלף ומאה ועשרים ושש למניינם מכר העליות להנגיד הר' יהודה ן' נסים ן' הרוש לזכות הקהל שכך כתוב סתארא אדמי יהודה ן' נסים נאייב מן זמאעאתי אהיל אדמא מללאח קרייתי צפרו מן לבאייע לאהו סי' מוח' אלערבי אעדלון בתאמאן כמסא וכמסין מתקאל והאריך בלשונו וסיים זמן המכר ג'מאד אלוול עאם שיתא ועסרין וומאה וואלף, וס"ל נמצא עקד אסרא אסתרא אדמי מסעוד ן' חיים ן' סיסו ן' ג'מול בנת ברירו ן' עמור ודמייא זהרא ג'וג'ת אדמי משה אסחראווי במאוואפאקאתי ג'מאעאת אהיל דמאתי אלמדכורינא עלאה במאוואפאקאתי תאמא בתאמאן מייאת אוקייא וסיים זמן המכר חג'את לחארם עאם תנאיין וכמסין וומאה וואלף, וס"ל נזכר שהיתה ממושכנת ביד הגוי סי' עלי אזבלי ממסעוד ן' סיסו הנז' ואחרי מותו החליטו בידי בליידא אלמנתו עם יורשיו גוף העליות עאם תנאיין וסבעין וומאה וואלף, וס"ל נמ"ך עקד אסרא סתארא אדמי אברהם ן' יעקב לוטאטי מן למקדם עלי אג'בלי במייאתאיין ותמאנין אוקייא עאם ארבעא ותסעין וומאה וואלף ע"כ נמ"ך בסדר האלעקד שביד אברהם הנז':
והנה בכסלו משנתינו זאת התקנ"ו עמדו לפני יורשי כה"ר מסעוד בכהה"ר יום טוב ן' הרוש והמציאו לפני שטר משכונה טל העליה הנז' שמשכנוה הקהל ביד הזולת ונתגלגלה ובאה ליד כהה"ר יו"ט הנז' והשטר הנז' ישן נושן שזה יותר ממאה שנה מזמן שנעשית אותה משכונה ומכחה תבעו לעיישא אשת אב' ן' עלי הנז' להוציא זכיותיה

והוציאו זכיותיה ונמצא שמורישם עצמו הוא שמכר החזקה וגוף הקרקע זכתה בו מאת הגוים ולא מצאו מענה. ונומיתי להם לתת שטר המשכונה בידה כיון שאין להם בו צד זכות. ואמרו שזה השטר נתנו להם הר' משה גבאי בה"ר מאיר אחי אמה של עיישא הנז' אדעתא שאם יזכו בדינם יתנו לו איזה פרפרת והשתא דלא זכו יחזרו לו מה שנתן להם. ואז אמרתי אכן נודע הדבר שהשטר היה ביד בליידא אמה והפקידתו אצל אחיה מכלל כל שטרי זכיות שהיו לה שעוד היום הם בבית אחיה הנז' והלכה עיישא הנז' אצל משה הנז' ונתנה לו א"ם ונתן לה השטר ואשר בקרבם רוח עועים הלשינוה ליחידי הקהל והוציאו השטר מידה והיום שני ימים לחדש זו שנה הנז' כאשר נקבצו ז' טובי העיר וכמה מהיחידים למכור האלזינ'א וכיוצא העמידו את האשה הנז' ובעלה לדון עמה על העליה הנז' ומחמת שלא הייתי מצוי במעמדם כדרכי למנוע רגל מנתיבתם שלחו אלי לדון ביניהם בדין זה פעמים שלש ולא רציתי ליזקק בדינם כי מצוה שלא לומר דברים שאינם נשמעים כי אנכי ידעתי כי מאשרי העם הזה מתעים ומאושריו מבולעים וילכו אחרי ההבל ומעשה תעתועים לפאר הצבועים ולפרר הצנועים, ותהי האמת נעדרת טמונה בנקיקי הסלעים. ומה יעשה טלה אשר לא ידע לעשות חונף משפט תמים דעים, כ"א לימנע ולהתרחק מעל משכנות הרועים, אלא שלא הניחוני ומאד אלצוני ולחצוני אנשים של צור'ה עד שהוכרחתי לשמוע דבריהם ומששמעתי דבריהם לא אוכל לעצור במילין מלגלות דעתי. והוא שטען המדבר בעד הקהל במעמד זט"ה והיחידים להוציא העליה כמות שהיא מיד הבעל ואשתו הנז' בתת להם דמי המשכונה הנז' בשטר קדמון הנז' שהוא סך תק"ם והם השיבוהו לא גזלנו ולא עשקנו רק בתורת מקנה כמפורש בשטרי זכיותיהם, ואחר ההתבוננות היטב בדבריהם אמינא ודאי דלגבי הגוף שקנו מאת הגוים לא מצו לאשתעויי בהדייהו דקי"ל בסי' מ"ה סי"ז הבא מכח גוי הרי הוא כמוהו וכי היכי דלא מצו לאשתעויי דינא בהדי גוי בהאי שטרא ה"נ לגבי הקונה ממנו. וכתב הרדב"ז החדש סי' ת"ק דמצי אמ"ל אם שתקיתו שתקיתו ואי לא מהדרנא שטרא למאריה ולא מציתו לאשתעויי וכו' ותו דמה יועיל להוציא מהקונה והוא חוזר על הגוי והגוי חוזר ולוקח הבית ואפוכי מטרתא ל"ל יע"ש שהאריך בטוב טעם ודעת, ומה גם שבנ"ד מוכח מהאלעק'ד שביד הגוי שהקהל קנו העליה מגוי א' ש' אלף קכ"ו לחשבונם שעד היום שהם מונים א' ר"י הוי פ"ה שנים וזמן המשכונה יותר ויותר ממאה שנה אמור ודאי שיצא מידי או מיד בעל המשכונה להגוי וחזרו וקנו קנין חדש וחזרו ומכרו למס' ן' סיסו כנז' בהאלעק'ד הנז' שקנה מאשת דוד ן' נסים ומאשת משה סחראווי בהסכמת יחידי הקהל כנז' שם, וברור אצלנו מעשה שהיה בשנת תצ"א שהוטל על הקהל מס ועשירי עם ברחו

להאלזאווייא די סי' בועלא'ס אולי תהיה להם תרופה ולא עלתה בידם ובחזרתם מתו הרוב מעשירי עם וגבו הנשארים מהאלמנות מה שהיה ראוי בעליהם ליתן בטענה שמס זה כבר הוטל עליהם מחיים ולבסוף הביאו פסק מהרבנים המובהקים רבני פאס יע"א להחזיר להם כ"מ שלקחו שכך הוא המנהג בכל ארצות המערב ומחמת שהוכבד עליהם המשא היו נותנים להם הקרקעות שהיו לזכות הקהל ולפי"ז לא תקשי לן למה הנשים מכרו בעד הקהל במעמד הקהל שודאי הם זכו מהקהל ומשום דלא נכתב בערכאות מכירת הקהל לנשים הוצרך לעשות מכר הנשים בהסכמת הקהל:

ובענין החזקה הרי מבואר שהר"מ מכרה להרמ"ס ן' סיסו שנת ת"ק ונשארה בחזקתו עד יום מותו וחלקוה יורשיו שנת תקכ"ב כמבואר בפנקס העזבון שהניח מס' הנז' וזכה בה יעקב בנו ונשארה ביד יעקב הנז' מוחזקת בידו עד ש' תקל"א שמכרה ליוסף אחיו כמפורש בשטר מכר ונשאר' בידו עד שנת תקל"ו שמכרה לעיישא אחותו הנ"ל באופן שהחזיקו כ"א יותר משני חזקה ואע"ג שכתב מר"ן בחוה"מ סי' ק"ו ס"א מי שירד לתוך שדה אחת בתו' משכונה אין לו בה חזקה אם ידוע שבתורת משכונה ירד לתוכה, ובנ"ד הרי בידם שטר המשכונה שבתורת משכונה ירד הראשון שמשכנה ונתגלג' ליד הר"מ שמכרה מכר גמור מ"מ הרי מבואר בסעיף ג' ביש אומרים בתרא דקי"ל כוותייהו שאם אכלה ג' שנים אחר שכלו ימי המשכונה יש לו חזקה. ובנ"ד שהיתה המשכונה לג' וד' שנים והיום יותר ממאה שנה כבר נתבטלה מכח חזקת המחזיקים הנז', וכ"פ הרשד"ם ח"מ סי' רמ"ט כדעת י"א בתרא וכן פסק הרב אלדרבי בסי' רי"א וכתב שמהר"י הלוי כ"כ בשם הרי"ף ושכן משמעות דברי הרמב"ם בפי"ג מה' טוען ע"ש:

ומה גם דאפילו לדעת הי"א קמא יודו דכל שעשה מעשה מחודש והחזיק יש לו חזקה כדכתב הרב המאסף בסי' ק"ה בהגה"ט סי' ט' ובנ"ד היתה העליה הנז' עליה א' בזמן המשכונה כמבואר בלשון שטר המשכו' ואח"ך חלקוה לשנים כל ימי מס' הנז' וכל ימי יורשיו ועיישא ובעלה הנז' כשחדשו בניינה החזירוה לקדמותה לעליה אחת ואע"ג שכתב מור"ם בהגה בשם אגודה דאין מחזיקין בנכסי קהל אין כן דעת מר"ן שהשמיטה שהרי בב"י הביא לשון האגודה וכתב עליו ולא נהירא יע"ש:

(הגהה (עיין הסמ"ע וש"ך וב"ח שכת' הפך מזה יעו"ש. עמרם אלבאז) ואף אם היתה שנויה במחלוקת מחזיקינן לה ביד המוחזק בה כדכתב הרב המאסף בסימן רמ"ט בהגהות הטור אות נ"א דהמחזיק הוא המוחזק ולא מרה קמא יע"ש:

כל זה שכתבנו לענין דינא להשיב על דבריהם אבל לקושטא דמילתא אין אנו צריכין לכל זה שיודע אני בידיעה נאמנה שכשנלב"ע מסעוד ן' סיסו הנז' קודם חלוקת יורשיו ערערו

על יורשיו הקהל ומינו להר' יצחק ן' שטרית מורשה ונדונו לפני הרה"ג משי"ח הרב תנא דבי אליהו זכור לטוב ופישר ביניהם במה שלקחו הקהל הב' עליות שבהאלפוקי הנז' ונתנו להאלמנה והיתומה דבר מועט ונשארה חזקת הב' עליות הללו והזכות שתשאר להם אחר פדיון המשכונה מהגוי לזכות היורשים הנז' ונכתב השטר בחת"י משי"ח וכהה"ר מרדכי הלוי ז"ל ן' חסדאי ואין לי ספק בדבר ונומיתי להם שימצאו השטר בבית הר' יצחק ב"ש, ובקשו ומצאו שטר הרשאה שהרשוהו הקהל לדון עם היורשים ועכ"ז להיותם סרבנים ואינם רודפי צדק לא הטו אוזן לשמוע ולקבל האמת אפילו בדבר שאפי' יזכו בדינם אין כאן הנאה של כלום שהרי צריכין לתת תק"ם דמי המשכונה וההוצאות הראשונים ושניים לא יפחתו מסך תק"ם אחרים ואין העליה שוה כדי כל הסך והאריכות בזה אך למותר:
ע"ה שאול ישועה:

סימן ז

טופס והעתקת פס"ד וז"ן הן היום בא לפני הר' ימין ה"ן ארוואץ מתושבי מקנאס יע"א והגיד לי מעשה שהיה כך היה שמתה אשתו של הר' ימין הנז' ונתאלמנה אחות אשתו הנז' ואחות אשתו יש לה בת יונקת שהניקה אותה שנה א' ואחר שנתאלמנה הביא אותה ימין הנז' לביתו וניזונית היא ובתה משלו והניקה לבתה עוד ב' חדשים וגמלתה בתשלום י"ד חדש וזה כמו ד' חדשים משגמלה את בתה ורוצה הר' ימין הנז' לישא אחות אשתו הנז' והוא אינו יכול להתאפק להתעכב עד תשלום כ"ד חדשים כי י"ל בנים וטפולם מרובה ולכן רצה לישא אחות אשתו כי היא תקנת ילדיו כיון שהם קרובים והיא גברא דאמיד בנכסי האם יש תקנה בדבר לישאנה עכשיו אחר שגמלה את בתה שהבת היא בריאה בגופה שעברו עליה ד' חדשים משגמלתה שעם היות שעדיין לא נשלמו הכ"ד חדשים אם יכול לישאנה או לא, ולכאורה היה נראה דנד"ז בכלל מ"ש מר"ן גמלתו בתוך כ"ד חדש לא תנשא. אבל האמת יורה דרכו דבשנים שעברו כבר התרתי מעשה שבא לידי מעין זה והוא דאירע במתא צפרו עובדא באשה אחת שנתגרשה מבעלה והיא מעוברת והלכה ונתארחה אצל אחותה ואחותה ג"כ היתה מעוברת וכשהגיע זמן לידת אחותה ילדה זכר ומתה אח"ך והניחה הבן ולא מצאו לו מניקת ואח"כ ילדה הגרושה בת והיתה מניקת בתה ובן אחותה והיתה ניזונית על שלחן בעל אחותה כ"ז ההנקה והניקה בתה ובן אחותה י"ד חדש וגמלתם לשניהם בתה ובן אחותה לפי שבעל אחותה רוצה לישא הגרושה שהיא אחות אשתו והוא אינו יכול להתאפק מלישא אשה ע"ת

כ"ד חדשים דאל"כ ילך וישא אשה נכרית ויוליך בנו אצל אשה נכרית ולכך גמלתו בזמן הנז', והנה מר"ן באה"ע סי' י"ג פסק כהי"א אפי' נתנה בנה למניק' או שגמלתו תוך כ"ד חדש לא תנשא, והיה נראה לכאורה דנד"ז הוא בכלל מ"ש מר"ן גמלתו בתוך כ"ד חדש לא תנשא. אבל צריך לחקור ולדרוש בנד"ז שהיתה מניקה בתה ובן אחותה ביחד וגמלתם ביחד ובעל אחותה הוא משגיח עליהם ביחד והויא בת זאת כאלו היא בתו וחס עליה כבנו ומותרת לינשא לו או לא, והנה ראיתי מ"ש בגמ' פ' החולץ דמ"ב וז"ל לא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת ואם נשא יוציא וכו' אלא סתם מעוברת למניקה קיימא ואי מינסבא דלמא איעברה ומיעכר חלבה וקטלא ליה אי הכי דידיה נמי (פי' גם אשתו מניקה יהא פורש ממנה מהאי טעמא), דידיה ממסמסא ליה בביצים וחלב, דידה נמי ממסמסא ליה וכו' לא יהיב לה בעל ע"כ, נקטינן דיש לחלק בין אשתו מניקה ואע"ג דאי' חששא דלמא מעברא ומיעכר חלבה אפי"ה אינו פורש מאשתו משום דאביו חיים עליה וממסמס ליה בביצים וחלב וחיו יחיה יותר מההנקה, וא"כ הכא בנד"ז שהיתה מניקה בן בעל אחותה עם בתה ביחד וגמלה לבן אחותה בהדי בתה ברצון בעל אחו' ודאי אי מעברא ומיעכר חלבה רחמי האב על הבן ונותן לאשה שתנשא לו להאכיל לבנו במקום ההנקה דברים המפטמים אותו ואגב היא מאכלת את בתה דברים הראויים לה במקום הנקה דברים המספיקים לבתה ולבן אחותה, ואין לו' דדלמא יתן לה דברים בצמצום המספיקים לבנו להחיותו ולא יתן לבתה ותמות ברעב, מי שאומר זה אינו אלא כסיל וגם אנכי אעננו משום ענה כסיל גם היא אם הבת תשיב אמריה להשגיח על בתה יותר מבן אחותה ותעשה בתה עיקר ובן אחותה טפל כי היא עקרת הבית, אלא ח"ו מלומר כן דכפי האמת זה הבעל הוא לזה הבת כאב ורחמיו עליה שהרי היה יונק בנו מחלב הבת וממילא היה מתמטט כחה ונחלשת מחמתו ומחמת זה הרי היא לו כבת והוא כאביה שהרי נתגדלו יחד הבן ובת בחיק האם הנז' ובודאי יהיב לה דבר המספיק לב' למסמס להם בביצים וחלב ולכן הואיל וגמלתו בדיעבד מותרת לינשא לבעל אחותה דדמי האי נדון שהניקה האשה הזאת לבתה ולבן אחותה והיתה ניזונית על שלחן בעל אחותה כל ימי ההנקה דמי לאיש שיש לו בן ובת עם אשתו דיכול לשמש עם אשתו בימים שהיא מניקה שלא גזרו חז"ל לפרוש מאשתו בימי ההנקה דילמא מיעברא ומיעכר חלבה וקטלה ליה משום שהאב ממסמס ליה בביצים וחלב, ה"נ זה הבת היא בתו מטעם האמור ואי מיעברא ממסמס וכו' וכל הבת תחיון בהדי הבן דהוו כאחים:

ומ"ש אם גמלתו בתוך כ"ד חדש לא תנשא יהבי טעמא דחיישינן שמא תמהר לגמלו דכוונתם ז"ל לו' דאינה גזירה הואיל וכבר גמלתו איכא למימר בדיעבד שרי ואי שרינן לה

חיישינן שמא תמהר לגומלו ואיכא חששא דילמא מיעברה דהוו תרי חששות בדיעבד דשמא תמהר ושמא מיעברא ואפשר ג' חששות דילמא לא משכחת ביצים וחלב דאין זה גזירה אלא קנסא, ונראה מלשון זה דשמא תמהר וכו' דאין זה בכלל הגזירה דלא ישא מינקת חבירו דטעמא הוא דילמא מיעברא וכו', ומשמע מלשון זה דאי לאו דשמא תמהר וכו' (דאין זה בכלל הגזירה) הוה שרינן בדיעבד הואיל וגמלתו נראה דהאי טעמא דשמא תמהר לגומלו הוא מדברי הרא"ש וסיים הרא"ש במ"ש שמא תמהר לגומלו ויסתכן הולד ע"כ, ונ"ל פי' שמא תמהר אף משיעור הקצוב להם מנשים דעלמא שהם גומלים לילדיהן כשיעור שעה אחת של ההנקה דהשתא הוא מסתכן מטעמא אחרינא מטעם חולשת ורפיון איברי הולד מחוסר כדי שביעה מחלב אמו ואי לאו האי טעמא הוה שרינן לה דאם גמלתו בדיעבד בתוך כ"ד חדש הוה שרינן לה לינשא תוך זמן כ"ד חדש וגזירת חז"ל לא ישא אדם מניקת חבירו לכתחילה והיא מינקת חבירו ובשאט בנפש ובזה הוא דסיימא הברייתא ואם נשא יוציא. אבל אם רוצה לינשא אחר שגמלתו מותרת לינשא אלא חיישינן שמא תמהר וליכא והכא לא שייך קנסא דטעמא הוי שמא תמהר, ונד"ז היא לא מיהרה שהעכבה בא מבעל אחותה דלא יכול לסבול עוד מבלי אשה וא"כ מהאי טעמא אחרינא מותרת לינשא בדיעבד הואיל וגמלתו דאין לה קנסא לפי שהמהירות לא באה מהאשה אלא מהבעל ואינו אלא קנסא ובהא ליכא קנסא גבי אשה וליכא גזירת חז"ל אלא במ"ש חז"ל גזרו לא ישא מעוברת חבירו ומניקת חבירו דמשמע בהא הוא דאיכא גזירת חז"ל אבל אם קדמה בדיעבד וגמלתו אינו אלא קנסא והכא ליכא קנסא כדאמרן ומשום דהיכא דגמלתו אינו אלא חששא בעלמא ולא גזירה אפשר היינו טעמא דברייתא מתנייא התם נתנה בנה למניקה או גמלתו או מת מותרת לינשא אלא דדחו לה מהלכתא ע"ש, וא"כ נקטינן בין לגזירת חז"ל דלא ישא אדם וכו' לחששא של חז"ל שמא תמהר וכו' גרושה זו מותרת לינשא דלגזירת חז"ל אין כאן חשש דשמא איעברה וכו' דממסמסא ליה בביצים וחלב ולחששת שמא תמהר לגומלו ליכא כדקאמרן והכא לא נימא ביה לא פלוג רבנן ונימא גזרינן הא אטו הא' דדוקא בגזירה הוא דאמרינן לא פלוג רבנן או גזרינן הא אטו הא. אבל הכא דליכא כ"א חששא כעין קנסא היכא דליכא חששא שריא לינשא: גם יש סעד לדברינו דהיכא דאיכא דממסמס לה ביצים וחלב מותרת לינשא ממ"ש הריטב"א בפ' אעפ"י דנ"ט עמ"ש התו' לשם פלוגתא דרבינו שמשון הזקן עם ר"ת דלדעת רבי' שמשון גרושה מינקת מותרת לינשא תוך כ"ד חדש והקשה הריטב"א מ"ש גרושה מאלמנה דתבעה כתובתה ותי' דאלמנה אין לו אב דממסמס ליה בביצים וחלב אבל גרושה י"ל אב ונזהר בו ה"נ בנ"ד י"ל דממסמס לה וכו' ודו"ק, זהו

מ"ש בשריותא דהך אתתא מתרכתא שבעיר צפרו הנז', וממוצא דבר אתאן לדידן להאי נדון דהר' ימין הנז' דהא חזינן דבעת שנתאלמנה קמיר"א אחות אשתו הביאה הר' ימין לביתו היא ואמה ובתה מרים היונקת וקבלם בשמחה ובטוב לבב והוא זן ומפרנס אותם ביותר מכדי ספוקם ונשארה עקרת הבית וכל יש לו נתן בידה ואע"ג דעדיין לא כנסה ולא נשאה מכאן מודעא רבה דכשישאנה יוסיף להם מזונות ופרנסה ביתר שאת וכ"ש דאיכא עוד חיבת ביאה ולא חיישינן דילמא לא יהיב לה בעל, כי מ"ש בש"ס לא יהיב לה בעל לא אמרו אלא היכא דלא היה זן להם מעיקרא קודם נישואין בהא הוא דאמרינן לא יהיב לה בעל כשישאנה אבל היכא דחזינא ליה שהוא זן ומפרנס להם קודם נישואין כנד"ז לא אמרינן לא יהיב לה בעל דהוי ק"ו השתא ומה דאם קודם נישואין היה זן ומפרנס אותם בשופע רב כאמור כ"ש לאחר נישואין ודאי הגמור שיזון ויפרנס אותם בריוח ובשופע רב ועוד זה אין לו שיעור דיש לאלמנה הנז' טורח רב בטיפול הבנים בניו בעשיית ובתיקון צרכיהם יותר ויותר מטורח ההנאה ובההיא הנאה דמטפלת בבניו ועושה להם כ"מ שצריך להם גם הוא יוסיף שנית ידו לרחם עליהם במזונות ופרנסה כאחד מבניו וממסמס הבעל לבת בביצים וחלב וחיו תחיה הבת בהדי בניו:

ועוד טעמא אחרינא דלא חששו חז"ל אלא משום סכנת הולד שימות ברעב והכא בנד"ז ליכא שום חששא דהא הבת הנז' עשתה והצליחה והבריאה בגופה משגמלה אותה זה כמו ד' חדשים יותר ממה שהיתה והיא יונקת כמו שהוגד לנו ממגידי אמת, ועוד טעם אחר דבזמן הזה רוב הנשים הם גומלות ילדיהן על שנה אחת ויותר מעט ומצליחים ולא משכחת לה שום אשה שמינקת לבנה או לבתה ע"ת כ"ד חו' והרי הם מצליחים וכמ"ש למעלה בשם הרא"ש שכ' כדי שלא תמהר לגומלו, דפי' האי חששא שלא תמהר לגומלו היינו שלא תמהר לגומלו פחות משיעור שרגילים הנשים דעלמא לגמול ילדיהן דזאת לא מיהרה שהרי הניקתה י"ד חו' כשאר רוב הנשים ואח"ך גמלתה דהשתא יכולה לינשא בדיעבד כיון שגמלתה בלא המלכת ב"ד רק מאיליה ומעצמה הוי כבדיעבד דהסיבה באה מחמת הבעל דלא יכול לסבול כלל כי לא נעשה זה הענין שגמלתה ברשות איזה חכם כדי שנאמר דהוי כמו לכתחלה אלא היא גמלה אותה מעצמה והוי דיעבד ומותרת לינשא תוך כ"ד חדש לימין הנז', דלפי האמת נישואין אלו הם באו מאת מרים אמה יען דקודם שנתאלמנה מיר"ה הנז' היו רוצים לתת לימין הנז' בת קטנה והיא בת אחות אשתו והיה הדבר הן ולאו ורפיא בידיה דימין הנז' וביני ביני נתאלמנה מיר"ה הנז' ובאה אמה ואמרה לימין הנז' שישא אותה ונתרצה וקבלם בשמחה כמ"ש והיו ניזונים אצלו

בריוח וליכא למיחש דילמא לא יהיב לה בעל כמ"ש ומותרת האשה הזאת להנשא תוך כ"ד חדש כיון שכבר גמלה לבתה:

גם מצאנו ראינו רבותינו גאוני עולם ה"ה הרב אמונת שמואל בתשו' ד' וה' שנשאו ונתנו בדין זה דלא ישא אדם מינקת ומעוברת חבירו תוך כ"ד חדש וחידשו דין חדש באלמנה שהניחה בעלה מעוברת וילדה ולא התחילה להניק אותו ונתנה אותו למינקת והתירוה לינשא תוך כד"ח וז"ל התשו' ראה ראיתי השאלה מלאה וגדושה מכמה טעמים מהרב הגאון המובהק מוהר"ר אהרן שמואל מתו' ק"ק וילנא אשר נטה להתיר והנה נדרוש נדרשתי לחוות דעתי הקלושה בדין זה הגם כי היה דבר זה בעיני הלומדים דבר זר כי לא נמצא בשום פוסק שיתיר דבר זה וכו' מ"מ ראיתי ונתתי אל לבי לדרוש ולחקור עד מקום שידי מגעת ויגעתי ומצאתי דאף אם היתר זה לאו בפירושא אתמר אלא מכללא אתמר עפ"י השרשים התלמודיים יש מקום להתיר את האשה לינשא וכו', החקירה הא' להבין דעת רבי' שמשון הזקן שהתיר לישא מינקת חבירו שנתגרשה ראוי לילך אחריו, או דעת ר"ת שהיה נראה לו שאסורה להנשא היא אמיתית וכו' והביא מחלוקת הפו' בפירוש דעת השר ור"ת והעלה דלדעת השר הגרושה מינקת מותרת לינשא אם אין הולד מכירה וכן היא דעת הרשב"א ור"ת חולק' וסתר הרב הנז' כל הטענות שטען ר"ת נגד השר ופסק להלכה כדעת השר דגרושה מינקת מותרת לינשא תוך כד"ח, וסיים הרב בתשובתו הנז' וז"ל ולהיות איסור נישואין עד אחר כ"ד חדש בסתם אלמנות מילתא דרבנן נראה דבתר הני אינשי רברבי פי' השר והרשב"א דנוכל לילך אחריהם לקולא ע"כ, ומדין גרושה למד הרב הנז' לדין אלמנה שהניחה בעלה מעוברת וילדה ולא התחילה להניק כמובא בשאילתו ויהיב טעמא דכי היכי דגרושה מינקת מותרת לינשא תוך כד"ח משום דלא משעבדא להניק כדעת השר ה"נ בנ"ד האשה הנז' לא נשתעבדא, וכתב דאדרבא בנ"ד באלמנה עדיף מהגרושה דהגרושה היתה משועבדת קודם הגירושין ולא פקע שעבודה עד שנתגרשה, אבל בנ"ד לא נשתעבדא כלל האלמנה להניק משום דהכניסה לו ממון הרבה וכמו שפסק מר"ן דאם הכניסה לו ב' שפחות אינה חייבת להניק ולכן התיר הרב הנז' האלמנה הנז' להנשא תוך כד"ח והאריך למעניתו ובסוף דבריו כתב וז"ל כלל העולה מדברינו דלהיות איסורי אלמנות מניקות מילתא דרבנן היא דיש לסמוך על השר והרשב"א שהם מגדולי הפוסקים ונוסף עליהם רבי' שמעי' מפליזא, ואפשר דלהיות ג"כ עדיפא מגרושה דהכניסה לו ממון רב וכו' ומעולם לא נשתעבדה לבעלה וא"כ כ"ע מודו להתיר ותנשא עכ"ל יע"ש:

ואנן בדידן בנ"ד נימא הואיל ואשכחן רבני עולם הנז' חידשו והתירו האלמנה לינשא תוך כד"ח שזהו דין חדש יש לנו על מי לסמוך להיתרא בנד"ז שהיא מותרת לינשא תוך כ"ד חדש מהטעמים שכתבנו כיון שכבר גמלתה דליכא שום חשש מהחששות שאמרו חז"ל כמבואר לעיל והן אמת שכבר כתבתי בדין הגרושה הנ"ל שהתרתי בעיר צפרו דלא גזרינן הא אטו הא וקצרתי ועכשיו מצאתי און לי מדברי הרב בתשו' הנז' בפי' דברי השר ור"ת דלדעת ר"ת דס"ל דגרושה מינקת אסורה לינשא ס"ל בין מכירה בין אינו מכירה אסורה לינשא דגזרינן הא אטו הא, וז"ל הרב הנז' אמנם צריך חקירה אם דעת ר"ת ראוי לקבלה בזה דנראה דאין להרבות בגזירות וכמ"ש רב ספרא בפ"ג דיבמות היא גופה גזירה ולא עבדינן גזירה לגזירה, וכן מצינו בכמה דוכתי תקנתא לתקנתא לא עבדינן ודי לנו בגזירות ותקנות שתקנו כבר חז"ל, ומלבד זה הטעם הכולל בפירוש אתמר בזה הענין שאין לנו להרבות בגזירות ממ"ש הרא"ש בפ' אעפ"י וז"ל גמלתו בחיי בעלה נראה דמותרת להנשא דליכא למגזר מידי ולא גזרינן אטו גמלתו בחייו ובכה"ג לא גזרינן. וכן נמי בטור סי' י"ג וז"ל מת הילד או שגמלתו בחיי הבעל או שאינה חולבת וכו' או שפסק חלבה או ששכרה מינקת בחיי בעלה כ' א"א הרא"ש ז"ל שאינה צריכה להמתין ע"כ ובכל הני גווני דלעיל שייך למיגזר בהו הא אטו הא אלא ודאי דלית לן להוסיף בגזירות מדעתינו וכו' יע"ש: א"כ איפה ה"נ בגרושה שכתבתי היתרא לא גזרינן הא אטו הא ומינה נמי לנ"ד ליכא למיגזר הא אטו הא דזיל בתר טעמא דכל עיקר טעם האוסרים הוא משום דלא ממסמסא ליה בבצים וחלב אבל בנ"ד דהאי בעל ממסמס ליה בבצים וחלב ואפי' קודם הנישואין כמבואר לעיל ליכא למיחש למידי ומותרת להנשא דהא עיקר טעמא דכל הני דאסרו להנשא תוך כ"ד חדש הוא משום דלית להו בעל שיאכילם למסמס וכו', אבל היכא דהבעל זן וממסמס וכו' כ"ע מודו דמותרת, וצור ישראל יצילנו משגיאות ויעשה עמנו לטובה אות ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א בטבת משנת כי ישרים דרכי ה' לפ"ק וקיים:
שאול ישועה אביטבול:

סימן ח

הובא לידינו פס"ד מהח' כמוה"ר ברוך טולידאנו וכמוה"ר פתחיה בירדוגו וכמוה"ר שמואל ן' וואעיש בענין אל' כהה"ר חסאן ן' לחסין שמכרה לבני בעלה הנז' כל חלקה העולה לה בקרקעות שהניח בעלה ובב"ה הן הידועים הן שיתגלו לאחר כן והיום טוענת שלא מכרה אלא משום שאמרו לה ב' סוב"ד שאין לה בשררת הבהכ"ן כ"א שכירות

מקום ולהיות שפוסקים במקנאס שי"ל בשררה חשבו זה לטעות, וז"ל כמוה"ר פתחיה שכבר עלתה בידינו הלכה ברורה לפסוק כדעת הרשב"ץ ז"ל בתשו' ח"ג סי' ה' וכדעת נכדיו מהר"ר צמח ומהר"ר שלמה בנו שם בס' חוט המשולש בטור הא' סימן ז' ושכן הסכימו עמהם רבני העיר, וכן נמצא לא"ז המשבי"ר זלה"ה פשיט ותני דבהכ"ן של יחיד אין בה שררה של כלום וחולקין בשוה ראוי ושאינו ראוי ואשה נוטלתה בכתובתה וכן נמשך אחריו תלמידו כמהרי"ט וכן פסקנו הלכה למעשה זה ימים מקרוב בהסכמת מר דודי, ומטע"ז חשבו למה שאמרו לה סוב"ד שאין לה זולת שכירות קרקע לטעות במכי' והוסיפה טעם אחר לביטול המכר משום שאינה שפויה בדעתה ודנו אותה כמשועמם: והרב כמוה"ר רפאל כתב שהמכר קיים דלא דמי למ"ש מר"ן סי' כ"ה ס"ה דיין שטעה וכו', דשאני התם דמוכחא מלתא להדיא שלא נתפשר אלא בשביל השבועה וכמו שסיים בהגה ודוקא שגילה דעתו וכו' ובנ"ד אין שום הוכחה שמכרה משום אותה טענה וכ"ש שלפני היתה שומא ושמו לבהכ"ן מ"מ אלף מתקאלים ואם לשכירות מקום לא תשוה אפי' ת"ק ובלא"ה לא שייך בירור טענת דודאי אותו הערעור לעולם עומד ורבים וגדולים כתבוהו אלא שלא נהגנו כן, ועוד דלא אמר הש"ע אלא כשהטעות ע"י הדיין. ומלבד זה אחר שעברו ימים טענה טענה זו ופשרנו ביניהם שיתחייבו במעות הנז' ויתנו בהם כל הקרקעות שלהם ויהיו אצלם בפירות ב"ת למתקא'ל ובזה נתרצית ולוקחת יותר מאלו לא מכרה ונתרצית בלשון שלם והאריך למעניתם וזה מ"ש אני הצעיר:

דברי הרב הפוסק נאמנו מאד ודינו דין אמת שהמכר שמכרה האלמנה הנז' קיים ביד הקונה ואין כאן מכירה בטעות דמה טעות יש במה שאמרו לה סובד"יק שאין לה זכות בשררת בהכ"ן כ"א שכירות מקום אפי' אם היה דבר זה היפך מן הדין ואמרו לה כן לאורועי המקח בעיניה כדי שתתרצה למכור ואורחא דמלתא הכי הוא דרע רע יאמר הקונה אעפ"י שאינו רע' ואפי' אם עמדה בדין ופסקו לה בדי"ק שאין לה בשררה כלום ועמדה ומכרה סתם, כל שלא גילתה דעתה ופירשה בשעת המכירה שמפני כך מכרה אינו כלום כדאיתא בסי' ר"ז ס"ג דכל שמוכר סתם אע"פ שנראין הדברים שלא מכר אלא מפני כך ואע"פ שאמר כן קודם המכי' ובשעת המכירה לא אמר אינו כלום וע"ש וא"כ מאין הרגלים לבטל המכירה בטענה זו, ועוד אפי' אם פסקו לה ב"ד שאין לה בשררה כלום וגילתה דעתה שמפני כך מכרה כההיא דסי' כ"ה ס"ה אפי"ה לא מקרי טעות, שהרי כתב הב"י על דין זה וז"ל ודוקא שטעה בדבר משנה ובשיקול הדעת ואיכא לברורי טעותא, אבל אי ליכא לברורי טעותא המע"ה וע"ש, וא"כ בדין זה דליכא לברורי טעותא המכר קיים. ועוד דרבים ועצומים מחזיקים בסברא זו דאין לאשה בשררה כלום זולת

שכירות מקום אפילו בבהכ"ן של יחיד וכן היו דנין הרבנים שלפנינו ושלפני פנינו שאין לאשה שום שררה במקום דאיכא ראוי אפי' בבהכ"ן של יחיד ככתוב אצלנו בחותמם הקדוש, והראיה שהביאו המזכים להאלמנה הנז' מדברי הרשב"ץ ח"ג ס"ה אין ראיה דאף שמסקנת דבריו שם שבהכ"ן של יחיד יכול למוכרה ולהוציאה. מ"מ אית לן למימר דכל זמן שלא מכר ולא הוציאה לחולין השררה שבה אינה אלא לראוי דתחתיו מבניו כתיב ומי תלה זה בזה, תדע דאשכחן לרבותינו הרבנים הנז' דפסקו דאין לאשה בשררה כלום פסקו נמי דבהכ"ן של יחיד יכול למוכרה ולהוציאה לחולין ככתוב אצלנו פסק דינם דאין זו תלויה בזו, וגם הראיה שהביאו מדברי נכדו בחוט המשולש בטור הא' סי' ז' אין ראיה משם ואדרבא מדבריו נלמד שהבן הראוי הוא שזוכה בשררה:

שהרי מוכח משם שהבן הראוי זכה בשררתה כמה שנים ולא תבע ממנו האח הבלתי ראוי כלום עד אשר נפלה לו בירושה בהכ"ן אחרת והוצרך לפנות עצמו מאותה בהכ"ן שהניח אביו ורצה להעמיד בנו לשרת תחתיו במקומו ואז ערער עליו אחיו שגם הוא רוצה להעמיד חתנו בחלקו דהו"ל כמו ששניהם אינם ראויים זה מצד עצמו שאינו ראוי וזה שראוי מצד שפנה משם הו"ל לגבי בהכ"ן הלזו כמו שאינו ראוי ואם יעמיד בנו גם זה יעמיד חתנו וזה מפורש אצלנו בדברי הרבנים הנז' שאם כולם אינם ראוים שוכרים ש"ץ מן השוק ויפרעו שכרו מן האמצע והנותר יחלוקו, גם מ"ש גיסי ומעוז ראשי כמוה"ר ברוך טו' דברי רבני פאס בבהכ"ן של רבים לא צדק בזה שהרי אצלנו כתוב תשובתם הרמתה שהשיבו שנת עת"ה לרבני מראכי"ס על שאלתם בבהכ"ן של יחיד שנלב"ע אם תטול אלמנתו ובנותיו חלקם בבהכ"ן כזכרים: והשיבו להם שבהכ"ן גם היא ביניהם כשאר עזבון אלא שאם הבנים זכרים או מקצתם ממלאים מקום אביהם הם קודמים וכו' ולא יטלו האלמנה והבנות ושאר הבנים הבלתי ראוים זולת שכירות מקום ואם כולם אינם ראוים שוכרים ש"ץ מן השוק ויפרעו שכרו מן האמצע והשאר יחלוקו מחצה להאלמנה ומחצה לבנים ובנות עכל"ל וחתום בחותמם הקדוש הרב הגדול כמוהר"ר יהודה ן' עטר זלה"ה והרב הגדול כמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ודעדיפא מינה כתב שכל הבתי כנסיות שבפאס כולם משל צבור. ולא צדק בזה כי כל' הבהכ"ן שבפאס כולם של היחידים זולת בהכ"ן של התושבים שאומרים דשל צבור היתה. באופן שאין כאן שום טעות ורבים המחזיקים בס' זו שאין לאשה בשררת ב"ה כלום:

גם מ"ש החכמים המזכים להאלמנה מטעם שאינה שפויה בדעתה אינה טענה כיון שהיה המכר בהסכמת רב העיר הר"ב נר"ו ככתוב לעיל ובהסכמת אחיה שהב"ד הם מוכרים בעד המשועמם ואין חילוק בזה אם היה בהסכמת ב"ד של שלש או ביחיד

מומחה כמ"ש הרמב"ם פ"ד מה' סנהדרין ה' ו' וז"ל יש לדיין להפקיר וכו' ולא נקט יש לב"ד כמ"ש שם הלכה ד' והל' ה', וכן מדוקדק מלשון מר"ן בסי' ב' ס"א וז"ל ודוקא גדול הדור וכו', ומה גם שכבר טענה טענה זה לפני מאריה דאתרא הרב נר"ו ופשר ביניהם ובטלה טענה זו בעד מה שעשו לה משכונה וכיון שבטלה טענה זו בפני ב"ד אפי' אם היתה טענתה טענה הרי בטלתה בההיא הנאה דמשכו' ועוד הרי בשטר המכר כתוב שמכרה בידוע מקרקעות בעלה ומה שיגלה ויראה משל בעלה אע"פ שלא נודע לה עתה, וא"כ אפי' נימא שנתגלית לה עתה זכות השררה הרי היא בכלל דברים שיתגלו. וכ"ש לדברי הרב נר"ו שהשומא שעשו לבהכ"ן היתה בערך שיש לה זכות בשררה ולא לפי ערך שכי' מקום ובודאי אם ראו כל זה החכמים המזכים היו מקבלים שכר על הפרישה וחוזרים אל האמת לחזק המכר הנז' וצור ישראל יצילנו משגיאות החותם פה צפרו בטבת מש' הדריכני בנתיב מצותיך לפ"ק ושריר וקיים:
שאול ישועה:

סימן ט

הובא לידי פס"ד בענין הזקן הר' מרדכי ה"ן משיש שהיה לו בית סמוך לבהכ"ן והכניסו וצירפו עם בהכ"ן להרחיבה בתנאי שכל זמן שירצה ליטול את שלו רשאי, גם י"ל באותה בהכ"ן חלק מט"ו וכעת רוצה לחלוק עמהם לצרף חלקו עם ביתו הנז' לעשות מן הכל בהכ"ן, וערער עליו גם המחזיק בשררת בהכ"ן בטענה שהוא משתרר בכולה, וכתבו חכמי פאס וחכמי מקנאס שהדין עם הזקן ורשאי לקחת ביתו ולחלוק עמהם בבהכ"ן, וזה מ"ש אני דברים פשוטים הם דכיון דאותו בית שנתוסף בבהכ"ן לא הוקדש לחלוטין אלא בתנאי שיכול בעליו לשנותו באשר יחפוץ אפי' לחולין, וכ"ש השתא דאינו רוצה להוציאו לחולין אלא לעשותו בהכ"ן לעצמו בודאי דמצי עביד באין אומר ואין דברים גם מה שרוצה לחלוק עמהם בשאר בהכ"ן לצרף החלק מט"ו שי"ל בה עם ביתו המיוחד לו הדין עמו, ואע"ג דקי"ל בסי' קע"א ס"ג דדין חלוקה אינו אלא בהיכא שאם יחלק לפי השותפין יגיע לפחות שבהם חלק ששם הכל עליו אבל אם אין שם הכל קרוי על החלק אין בו דין חלוקה והכא א"א לחלק הבהכ"ן הנז' לט"ו חלקים ויהיה כל חלק ראוי להיות בהכ"ן, מ"מ כיון שזה שרוצה לחלוק י"ל אותו הבית המיוחד לו שראוי לצרף עמו החלק מט"ו שי"ל בשאר בהכ"ן וישארו י"ד חלקים שראוים להיות בהכ"ן כופה את שאר שותפיו וחולקין עמו' וכדאיתא התם ס"ד שאם י"ל אצלו קרקע הראוי להצטרף עמו יכול חבירו לכופו לחלוק יע"ש, וכיון שהם יכולין לכופו לחלוק עמהם אף ע"פ

שאין בחלקו כדי חלוקה מטעם שי"ל קרקע הראוי להצטרף עמו בתתם לו החלק הסמוך למצר שלו גם הוא נמי יכול לכופן לחלוק עמו כדי לצרף חלקו עם הבית המיוחד לו ויתנו לו החלק הסמוך לאותו בית כפסק מר"ן בריש סי' קע"ד שפ' כהרמב"ם יעו"ש, גם מה שרוצים קרובים של הזקן לחלוק גם הם עם אנשי בהכ"ן לצרף חלקם עם חלק הזקן נראה דרשאים כל שישאר בחלק הנשארים שיעור בהכ"ן ודברי המחזיק בשררה הבל המה דכיון דרשאי לחלוק הרי שררתו קיימת באותה בהכ"ן, ומה גם שהחזיק בגזלנות אין חזקתו כלום כמ"ש החכמים. החותם פה צפרו בט"ז בשבט שנת ומה שאלתך וינתן לך לפ"ק וקיים:
שאול ישועה ס"ט:

סימן י

עמדו לפני לדין הר' יוסף חיון מדבר בעד אשתו תובע והר' ישששכר ן' גזלאן מדבר על אשתו נתבע וטען עליו יוסף שאשת ישששכר גרמה לאשתו להפיל ע"י שנתנה ידיה על ב' כתפיה אודות עדות א' ואמ"ל עליה ועל צוארה אם כך היה וע"י אותה ההנחה שהניחה על צוארה בחוזק גרמה לה להפיל והמציא ק"ע על ההנחה הנז', ויששכר השובו אותה הנחה לא גרמה לה כלום אלא שהאשה עלולה לנזילות דמים בלא עת נדתה ולהפיל נפלים ועוד המציא ק"ע שהעיד ת"ח א' שהיתה מבקשת ממנו לכתוב לה על שפיכות דמים ואמרה לו שיש לה עובר מת בבטנה שגורם לה דמים ואמ"ל לא יפול הנופל אלא ע"י סמים ולא בכתיבה והיום שהפילה אמ"ל שראוי לה לעשות הודאה על ככה שנפל העובר המת והשיבתו שבעלה הוא שמחזיק בזה ולא אני: ואחרי שמוע דבריהם פסקתי שאין שום חיוב על אשת ישששכר כלל, דאטו בהנחת ידיה על כתפיה נאמר שבזה הפילה והתורה אמרה ונגפו אשה הרה וכתב רש"י אין נגיפה אלא לשון דחיפה והכאה, ואפי' אם היתה הכאה גמורה על כתפה אינה כלום כדדריש במכילתא מה ת"ל אשה הרה מאומרו ויצאו ילדיה למדנו שהיא הרה ומה ת"ל הרה אלא אם הכה על ראשה או על א' מאיבריה שומע אני יהיה חייב ת"ל הרה מגיד שאינו חייב עד שיכנה במקום עיבורה יע"ש ובפ' שור שנגח דמ"ט תניא ראב"י אומר אינו חייב עד שיכנה כנגד בית ההריון א"ר פפא לא תימא כנגד בית ההריון ממש אלא כל היכא דסליק ביה שיחמא לולד לאפוקי יד ורגל דלא ופרש"י שיחמא חמימות והיינו כנגד כל החלל כולו יע"ש, הרי דדוקא הכה אותה נגד החלל ולא בשאר איברים, והרמב"ם פ"ד מה' חובל שכתב הנוגף את האשה ויצאו ילדיה וכן מר"ן בסי' תכ"ג שהעתיק לשון הרמב"ם לא הוצרכו לפרש אם המכה

נגד החלל דסתמו כפירושו דממה שכתבו הנוגף וכו' ויצאו וכו' משמע נגיפה המוציאה ילדיה ולא נגיפה אחרת ועוד דבזה"ז אין דנין אלא בשבת ורפוי שהם דברים המצויין תמיד ויש בהם חסרון כיס כדאיתא בסי' א' והכא בנ"ד אין כאן לא שבת ולא ריפוי דמשהפילה עמדה על עמדה להתהלך בחוץ, ומה גם לדברי העד שהולד מת בבטנה אם הפלתו היתה ע"י אשת ישששכר רופא אומן תקרא ושכר הרבה תטול, הח"פ פאס יע"א בחדש סיון ש' וישרים למוצאי דעת וקיים:

שאול ישועה ובצפרו הייתי כשאירע המעשה ושלחה אלי האשה המפלת כשראתה דם קודם שתפיל ואמרה שאשת ישששכר גרמה לה ע"י הנחה ונומיתי לה שאין באותה הנחה כדי להפיל ואמרה שנתכעסה על דבריה ואחזתה רעדה וראתה דם וא"כ לדבריה היא גרמה לעצמה להתכעס על לא דבר:

סימן יא

עמדו לפני לדין הר' אהרן שלוש שבא בהרשאת יוסף בן אברהם אביט' דמת' יסו הנו תובע להר' מכלוף בן משה אתורג'מאן דמת' לחנכום בחלק המגיע ליטו הנז' בעליה הג' לעולה להאלפוקי אשר בחצר הנק' צ'אר וידאל לפוקייא מכח ירושת אביה שהניח הבן הנז' וג' בנות בתולות שחולקות עם אמם בהזכות שהיתה לה בהעליה הנז' במצב פטירת אביהם הנז' ומכלוף הנז' שלא נשאר להבנות שום זכות בהעליה הנז' שהב' בנות מכרו להאם הנז' חלקם ויטו הנז' סילקה עצמה בקוש"ח בעת נישואיה עם בעלה הא' הר' ישועה בן מלכא בעד הנדוניא שהעניקה לה אמה הנז' והמציא שטר מכר הבנות הנז' והמציא שטר הודאת אמו כוח"ך שהודית שהעליה הנז' מחציתה למכלוף הנז' ומחציתה להאם הנז' ולא יש שום זכות לבנותיה כנז' ושגם יטו סילקה עצמה בעת נישואיה עם בעלה הא' ושיש לה שטר סילוק כמוס באוצרותיה ושם היתה יטו הנז' והודית גם היא לפני העדים ההמה שכבר סילקה עצמה בפני עדים בקושח"ך כ"ז כתוב וחתום בשני עדים, וגם העמיד לפנינו עד א' הר' יהודה צירולייא שהעיד בפני המורשה הנז' בתע"ג שהוא יודע בידיעה נאמנה שבעת נישואי יטו הנז' עם בעלה הא' לא הכניסה אמה הנדו' לפני השמאים לשום אותה עד שסילקה עצמה יטו הנז' מחלקה בהקרקע הנז' בקושח"ך ע"י החה"ש הדו"מ כהה"ר אברהם אציני וכה"ר שלמה חותא בעד הנדוניא שהעניקה לה אמה, ואחר התבוננות בדבר היטב פסקתי שהדין עם מכלוף הנז' ואין שום זכות לבעל אחותו הנז', עם היות שהודאת אשה והיא ברשות בעלה אינה כלום בדבר שלא תוכל עשוהו היום כדאיתא באה"ע סי' צ"א ס"א עכ"ז יש לחלק בנ"ד שדרך כל הבנות לסלק

עצמן בעת נישואיהן ונימא קושטא קאמרה ומה גם דאיכא עדות ע"א מסייעתה, גם יש עדות הר' יעקב ן' סאלם ן' חמו שגם הוא מעיד בדבר בדור שסילקה עצמה בקוש"ח אלא שבשעת הסילוק היה עדיין קרוב שהיתה אחותה הנשואה לו קיימת ואעפ"י שנתרחק היום בעינן תחילתו וסופו בכשרות כדאיתא בחו"מ סי' י"ג סי"ג מ"מ מסייע הוא היום להודאתה ואפי' לא היתה אלא הודאתה לבד יש צד לקיימה מכח שלא הכניסה לבעלה הב' הקרקע הנז' לא בשומת הנדוניא שעליה נתיסדה הכתובה, וגם בשטר כתובתה שכ' ודא נדוניא דהנעלת וכו' בין בגדים וכו' לא הזכיר וקרקע כנהוג באשה המכנסת קרקע לבעלה ולא נתעורר הבעל הנז' לתבוע דבר זה רק אחר שנודע לו שכתבו הודאת אשתו בזה ולא מצאו השטר סילוק אחרי מות אמה הנז', ואע"ג דקי"ל באה"ע סי' צ' סע"ט באשה שמכרה מנ"מ אפי' בנכסים שנפלו לה וכו' אינו כלום, מ"מ הרי פי' בסעיף י"א בד"א וכו' בנכסים הידועים לבעל אבל אם נפלו לה נכסים ולא ידע בהם הבעל וכו' אם מכרה קודם שידע מכרה קיים, וא"כ כיון שבאותה שעה מכרה קיים גם הודאתה קיימת: ובר מן דין הרי הבעל הנז' אינו יודע אם סילקה או לא סילקה ואיכא ע"א שמעיד שסילקה וקי"ל ע"א מחייבו שבועה דאורייתא להכחיש את העד ובשלמא אם אשתו גם היא טוענת שלא היה סילוק היתה נשבעת להכחיש את העד ותיקום בשלה, אבל כיון שהיא אומרת שסילקה עצמה ובעלה הנז' אינו יכול לישבע להכחיש העד הנז' משום שהוא לא ידע אם סילקה או לא סילקה וקי"ל כל דרמיא עליה שבועה דאורייתא ואינו יכול לישבע מתשאי"ל משלם וכ"ש שלא לגבות דבר והוא אינו יכול לישבע, קנצי למלין שאין לבעל הנז' ולאשתו שום זכות עם מכלוף הנז' ויעמוד בשלו באין פוצה פה הח"פ צפרו יע"א בחדש זו התקס"ח וקיים:
שאול ישועה:

סימן יב

רב משרשיא אילן שענפיו מרובין אינו אלא שר"ף רב גידל גידולי תרומה הפותח יד בתשובה, כי ישאל איש הוא ענ"ה ענ"ה היה באותה שעה הרב המובהק סוה"ר כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול נר"ו הולך ואור עד אין חקר ויאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל אכי"ר:
בתר דמחוינא קידה קמיה דמר, ונשיקין דרחימו, כמשפט לאוהבי שמו בה' אותותי אלה בקרבך קדוש להודיעך קשט אמרי על אודות צרת הבת שזה כמו שנה ושני חדשים משנשאת לכהה"ר יעקב בן סמחון ולעת כזאת חלי"ש והבת הנז' הכניסה בנדוניתה ב'

מאות מתקאלים וקודם שנשאה היה לו תביעות על חמיו הראשון והיתה מחלוקת גדולה ביניהם על אודות ג' בנות קטנות שי"ל מאותה אשה שנלב"ע ולעת כזאת המציא חמיו שטר מסך שש מאות מתקאלים שנתחייב כהה"ר יעקב הנז' לג' בנותיו להעניק לכל אחת ב' מאות בנדוניתה כשיזכו לחופה, וידוע שחלוקת אמם לא יטלו אפילו שליש הסך הנז', וידוע לכל שהיה אומר בפיו איה"ב אתן לבנותי יותר מזה, ואם ימות ל"א או יהיה עני מה יעשה לו, ועכשיו שנלב"ע כהר"י הנז' הניח חובות מרובים וזה עלה על כולם שש מאות שאפי' של פולין לא היו לו ולא הניח אחריו ועכשיו אני רואה שבע"ה שבת ישראל תצא ערומה פחות מאמה העבריה שלא נהנית ולא אכלה מזה החוב ותפרע בנדוניתה חלוקת אשה ראשונה שהשטר ההוא כעין הברחה וכמו תחבולה להתעולל על בת ישראל שלא תטול כלום וענין השטר הוא זה נחו"ג בקוש"ח לפרוע לג' בנותיו הנז' בעד חלוקת אמם שש מאות לכל אחת כשיגיעו לחופה ואם מתה א' מהם תירש אותה אחותה ואם ימותו שתים הנשארת בחיים תטול הכל, וחמיו הנז' נחו"ג לזונם עד שיגיעו לחופה ואם ימותו כולם יפרע במזונות שהיה זן, ואם ישאר איזה מהסך הנז' ירשו היורשים וא"ל לא יטלו כלום היורשים וזקינם הנז' נחו"ג להוסיף להם א' וחצי עם הסך הנז' כשיגיעו לחופה יראה כת"ר כמה תחבולות בשט"ז וגלוי לעיני הרב המובהק כמוה"ר חד"ם נר"ו שהיה אומר איה"ב אתן לבנותי ואם אמות מה אעשה ועכשיו בין מה שהניח הוא בין נדונית הבת הנז' לא יספיקו אפי' למחצית הסך הנז', ואני הכותב ראיתי בפסק הרב הגדול זצוק"ל בכ"י מעכ"ת פסק קרוב לענין זה שפרעון החובות הוא כדי שלא תנעול דלת וזה אינו חוב ורבותינו זלה"ה לא דברו בעלבון כזה והנראה לאדוניר'ם יודיעיני בדב"ק חתום בקדש עם מכ"ד והוא ישלם ושכמ"ה כמנהגך הטוב ואין להאריך כי אם בשלם ר'ב ואני בעוה"ר מדוכה לא יכלתי ללכת למח"ק ואחלה פני כת"ר שיעשה למען שמו להשיבני על דבר אמת ור"ש:

תשובה אנכי הרואה חוב זה להבל דמה, תולה אר'ש על בלימה, ושטרא ריעא איהו ולאו איהו של קיימא דכל שישנו בהעדפה ולשון גוזמא קרינן ביה שפיר כל המוסיף גורע ונופל איהו מאיגרא רמא, כי גלוי וצפוי הוא לכל ברי לבב חכמה, כי הוא בנוי בדרך ערמה, ומאזני מרמה, ולא יחרוך רמיה צידו ואפי' כמלא נימא. וטעון קדימה ופרימא, ורמינן ליה מירמא. כצרור אבן במרגמה, ומלתא בטעמא איהו דמדכתב על עצמו סך גדול כזה בעד מחצית הנכסים העולה לבנותיו מוכחא מלתא דלהערים קא מכוין לחוב לאחרים לעניה זו העלובה שנשא לאח"ך והראה לה עצמו כאלו הוא בעל נכסים ואין מאומה בידו דהא קא חזינן העזבון שהניח אחר פטירתו דאינו למחצה לשליש ולרביע

מהסך הגדול שכתב על עצמו אין לך הערמה גדולה מזו, ואין לומר דמעיקרא מרובין היו הנכסים ונתמעטו במשך שנה ושני חדשים משנשאה מאחר דאיכא למימר נמי מועטים היו מעיקרא והיום הוא שנתרבו ממה שהיו בתחלה או עמדו כמות שהן ומי מפיס, ואין לנו לומר אלא כך נמצאו וכך היו מתחלה והיה אוכל ממעשה ידיו שאין לבנותיו בו כלום דאינו חייב לחלוק אלא הנכסים הנמצאים במצב פטירת אשתו ולא מה שירויח אח"ך כמפו' בתקנות ועוד דאם איתא שהיה לו נכסים מרובים בכדי שיעלה הסך הנז' לבנותיו הי"ל לסדר פנקס העזבון אף ע"פ שלא ישבע שבועת אלמון עליו, והוה אמינא דקושטא קאמר שסך זה עולה בחלקם והשתא דאיכא הוכחה אמינא ודאי לאערומי קא מיכוין ובטל אותו השטר מעיקרו ואין לבנותיו ליטול בירושת אמם אלא מחצית הנכסים כמו שהם היו מה שיתברר שהוא נכסי אביהם והמחצית האחר עם נדונית השניה יתחלק בינם ובין האשה מחצית להבנות ומחצית להאשה כפי התקנה אחר פריעת החובות שנתחדשו אחר נישואי השניה ואותם חובות שהיו בזמן הראשונה יפרעו אותם מנכסיו ויעשו החלוקה בהנשאר מנכסיו כאמור ולא יטלו יותר על חלוקתן מכח השטר הנז' כי בטל הוא וחשיב כעפרא דארעא כדין כל מבריח כנז' בתקנה ש"ש שה"ל, ומצאתי בפסקי הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה כנ"ד ממש שנשאל על שטר שהחזיק על עצמו משה צרפתי לבנו שמאשתו ראשונה כשרצה ליבם יבמתו וז"ל הרב ולענין השטר שמסך ד' מאות מתקאלים שכתב משה צרפתי לבנו שמאשתו ראשונה אף אם אלו מתה אמם ניכרים הדברים דלהערים קא מיכוין כיון שכתב סך גדול כזה וכ"ש שאמם עודנה בחיים וכשרצה ליבם יבמתו כתב להם שטר זה ואין לך ערמה גדולה מזו, וכבר ידועה תשובת הרא"ש ז"ל העתיקה הטור בח"מ סי' צ"ט ס"ק יע"ש באורך להפיר עצת המערימים, גם בס' התקנות בתק' ש"ש ש"ה נמ"ך עוד ראינו לתקן בקיעי עירנו קינג גונה מתנה אינפו נטוש'ה קיוויירין ב"ד אשר יהיו בימים ההם שי פיזו בערמה להבריח נכסיו מהראוי להם הואיל וחב לאחרים לא יחרוך רמיה צידו ולא תעשינה ידיו תושיה אף אם ימצאו פוסקים סומכים את ידו כיון שראינו כמה מרמות נעשות בכל יום השעה צריכה לכך וכ"ש כי אם אל המקום אשר יפנה הרא"ש אחריו אנו הולכים וכדאי הוא לסמוך עליו עכ"ל התקנה וחתומים עליה יד רבנים זלה"ה. א"כ איפשטא בעיין בנ"ד לא מבעיא שניכר הדבר לב"ד אלא מבואר נגלה הוא אפי' להמון העם דלהערים עשה ולא יועילו מעשיו לגבי היבמה העלובה אלא תטול היבמה כל הראוי לה עה"ד שנתבאר לעיל ולא יורע כחה מחמת השטר עכ"ל הרב. מדבריו למדנו שאפי' חוב גמור שהחזיק האב על

עצמו כשנראה שעשאו האב בערמה לא יורע כח אשתו מחמתו הן בחיי אשתו בשעה שלא היה חייב כלל לבניו הן כשנכתב אחרי מותה כנ"ד שהוא חייב לחלוק עם בנותיו: שהרי כתב הרב בלשונו אם אלו מתה אמם ניכרים הדברים דלהערים קא מכוין כיון שכתב סך גדול כזה יע"ש, וכ"כ הרב מוהר"ר מרדכי בירדוגו זלה"ה בפסקים המועתקים אצלי בפסק משה ן' דוד ויוסף משמע אפי' אחר פטירת אמם כשכתב סך גדול אמרינן דלהערים קא מכוין, וא"כ בנ"ד שכתב סך גדול יותר מהסך שכתב הרב נכרת ערמתו ונתבטלו מעשיו מפני שבא לחוב לאחרים שהיא האשה שנשא אח"ך, ומה גם שהאשה השניה הכניסה לו סך בו'ו לחושבה שגם הוא יש לו נכסים שהיא רואה בעיניה והשתא נמצא למפרע שלא הכניס לה כלום שהרי הנכסים שהכניס לב אינם למחצה לשליש ולרביע מהחוב וא"כ שהבעל לית ליה מגרמיה כלום ומתקני התקנה נחתי לומר כל הנכסים הנמצאים לו ולה והכא נמצאו לה ולא לו אין כאן דין חלוקת התקנה עמה לא ליורשיו ולא לב"ח ונוקמה אדין תורה כדין כל דבר שאינו מפורש בתקנה ותטול נכסיה שאין שליטה ליורשים ולא לב"ח עליהם מדין תורה כדאיתא בח"מ ס' צ"ז סכ"ו והביאו מור"ם בא"ה סי' ק"ב ס"ה ומהיכא תיתי להוציא נד"ז מדין תורה ולהכניסו בדין התקנה, שאדרבא יוצא הוא מדין התקנה דזיל בתר טעמא דתקנה דיורשים משום עגמת נפש דקרובים שרואים נתקיים בהם שורך טבוח וכו' וכאן אין כאן שור אביהם אלא שור האשה. גם טעמא דב"ח שנוטל בנכסים גם הוא מטעם עגמת נפש ונעילת דלת בפני לווים בראותם כל הנכסים נתונים לאשה מצד קדימת כתובתה והם יצאו נקיים. וכאן ליתא לעגמת נפש כיון שאין כאן ממון הלוה אלא ממון האשה: נמצא כשאנו מבטלין השטר הנז' כאילו אינו יש נכסים לבעל עם נכסי האשה בהדין עירוב'א מיתבא דעתה ואין קפידא אם יעלו היורשים מנכסיה כיון שגם היא נוטלת מנכסי הבעל וכשנאמר לקיים השטר הנ"ל כאלו אין לבעל נכסים שיטלו כל נכסיו בנותיו מכח החוב ואין להם שליטה על נכסי נדוניתה מד"ת כיון דאין כאן דין התקנה כמ"ש. קנצי למלין שזכתה האשה הנז' בדינה כדכתיבנא, החותם פה צפרו שלהי חשון שנת אף נחלת שפרה עלי לפ"ק וקיים:
שאול ישועה ס"ט:

סימן יג

טופס והעתקת שטר סילוק יורשי האשה מהראוי להם לירש עפ"י התקנה וז"ן בחמישי בשבת שבעה ימים לח' אלול המרוצה ש' קני"ת לפ"ק נכנסנו לבקר את החולה שמחה

א' אברהם ה"ן חסון י"ץ ומצאנו אותה מיושבת בדעתה משיבה על הן הן ועל לאו לאו ושאלנו אותה כמה עניינים אחרים והשיבה על הן וכו' ואמרה לנו דעו שהיא מצוה מחמת מיתה שכל נכסיה הראוים לה היא זכתה ונתנה אותם לבעלה הנז' זכיה והקנאה גמורה ואין ליורשיה בהם כלום ליטול כ"א שמונים אוקיות מכ"ט והכל כאשר לכל קו"ט ושטרות וכל מאי דמתקרי נכסי הכל יזכה בו בעלה הנז' ואמרנו לה בתוכחת מגולה שאסור מן הדין להעביר נחלה מהראוי ליורשה והשיבה לנו אעפ"כ בעלה הנז' יטול ויזכה בכל ואין ליורשיה ליטול כ"א הסך הנז', והודה הבעל הנז' לעשות לה לשמה ס"ת חדש בכסותו ורמוניו וכל מה שצריך לו כפי מה שיראה בעיני הבעל הנז' ויורשיה לא יכנסו עמו בשום ענין של ס"ת הנז', ולתוספת טובה והנאה לבעל הנז' העידתנו ע"ע בקש"מ בדל"ב שמחה הנז' והודית הו"ג ברצון נפשה והשלמת דעתה והקנית לבעל הנז' כל חלקה המגיעה בנכסי בעלה הנז' זכיה והקנאה גמורה לבד סך הנז' שיזכה בו שעה אחת קודם מיתתה והודית על הכל שטר מוח' דלא כאס' וטו"ד וידענו שמתה האשה הנז' מחולי זה ולא ניתקה לחולי אחר פה פאס יע"א וקיים וחתו' החה"ש הדו"מ כמה"ר יהודה ן' עטר נר"ו וכהה"ר אברהם די אבילה, וס"ל כתוב וז"ל וצ"ל שמה שהודה הבעל הנז' לעשות לה לשמה ס"ת זה היה עפ"י צוואת אשתו הנז' שאמרה לו ע"מ שתעשי לי ס"ת וק"ש וחתמו העדים הנז' והכל שריר וקיים:

שאול ישועה ס"ט נדרשתי אח"מ לפתוח יד בתשוב'ה בענין הסילוק הנז"ל אם כדאי הוא לסלק יד יורשיה מן הדין ומן התקנה או אם יש מקום ליורשיה לערער על הסילוק הנז' שאינו כדאי לסלקם ממחצית הנכסים הראויים להם מן התק', ואחזה אנכי אשית לבי בענייני הסילוק הנז' וראיתי שאף אם ידחוק הוא בלשונו הנה בעניינו הוא בנין אמת וקיים לעד אצ"ל מן הדין דודאי מה שעשתה עשוי בין בקנין בין שלא בקנין אלא אפי' מן התקנה הוא מתוקן כהלכה בנוי ומשוכלל עפ"י תנאי התקנה אחת לא' והוא שבתק' ש"ש שס"ג נתקן מלפני רבותינו שאין אשה מפקעת זכות יורשיה אם לא תהיה ההפקעה בהסכמת ב"ד של ג' ובהסכמת מי שי"ל זכות בירושתה ושוב חזרו בשנת שס"ה ותקנו דלא בעינן ב"ד של ג' ולא הסכמת היורשים ומציאותם וסגי בהמצא לשם חכם מן הנמנין לדין ובדורות האחרונים הנהיגו דבלכת א' מן הסופרים אל החכם ויסכים סגי, ובנ"ד הרי איכא מציאות חכם והוכיחה על אעבורי אחסנתא לצאת ידי התקנה ש"ש השכיל"ו ליצי' שתקנו בכל צוואות שכ"מ מציאות חכם להוכיחו על אעבורי אחסנתא ויעידו עידי הצוואה על התוכחת הגם דאית לן למימר דלא אמרו אלא בשאר ש"מ שיורשיו יורשים מן התורה ואיכא איסור אעבורי אחסנתא אבל באשה שצויתה לסלק

יד יורשיה שמן התקנה ומזכה לבעלה שהוא היורש האמתי מן התורה הוה אמינא דאין צריך תוכחת על אעבורי אחסנת יורשיה שמן התק' דאדרבא אוקומי אחסנתא הוא לגבי בעלה שיורשה מן התורה אלא שמצינו בדב"ק של הרבנים הקדמונים מוהר"ר שאול סירירו זלה"ה ומוהר"ר יעקב ן' דנאן זלה"ה בתשו' שהשיבו לכמוהר"ר חנניה ארובאש זלה"ה שמדבריהם למדנו שאף באשה המזכה לבעלה ולסלק יורשיה בעינן תוכחת, ולפי שראינו לרבותי' דנין ע"פ התשובה הנז' כאלו דבריהם מפורשים בס' התקנות בכל התנאים הכתובים בה להפקיע האשה מיד יורשיה לזכות לבעלה דצריך מציאות חכם ותוכחת על אעבורי אחסנתא וביטול תנאים וחידוש תנאים ושתהיה מחילה עולמית שלא תתבטל אפילו תעמוד מחולייה וחידוש כתובה אחרת לאלתר משום דאסור לשהות עם אשתו אפי' שע"א בלא כתובה ושיהיה הביטול בקנין והנה בסילוק זה איכא מציאות חכם ואיכא תוכחת כדאמרן וביטול תנאים וחידוש תנאים בקנין הוא סילוק יד יורשיה מירושתה ושלא יטלו זולת שמונים אוקיות וכיון שנעשה הדבר בקש"מ הוי כמתנת בריא שאין לה ביטול עולמית וגם ממאי דסיים בה זכיה והקנאה גמורה שיזכה בהם שע"א קודם מותה משמע אפי' תעמוד מחולי זה ותמות מחולי אחר יזכה שע"א קודם מותה שאין הדבר תלוי אלא בשע"א קודם מותה בין מחולי זה בין מחולי אחר:

ובענין חידוש כתובה אחרת שהצריכו הרבנים הנז' הוא משנה שאינה צריכה לנ"ד שלא נאמרו דבריהם אלא במוחלת כתובתה ותנאיה וכמו שכך היו עושים בני דורם כנז' בתק' ש"ש שס"ג וז"ל הפרו ברית האחוה וכו' בעשות ידיהם תושיה למחול ולבטל הכתובה ההיא לבעל ולחדש אחרת כדי להפקיע יד יורשיה וקרוביה עכ"ל בזה הוא שדברו הרבנים הנז' לומר שכל שלא היה מציאות חכם ותוכחת וכו' לא עשו כלום. וכשיש מציאות חכם וכו' מעשיהם קיימים ולא סגי בלא חידוש כתובה אחרת משום דאסור לשהות וכו' אבל במניח כתובה הא' בתוקפה ואינו מבטל זולת התנאים שבה ולחדש אחרים תחתיהם היאך יעלה על הדעת להצריכה לבטל כתובה הא' שהיא קדומה ולחדש אחרת מאוחרת תחתיה כי מגרעות הוא נותן לאשה לבטל כתובתה הקדומה והדבר מפורש אצלי בתשובת שאלה שהשיב הרב הגדול מוהר"ר יהודה ן' עטר ז"ל לכמוה"ר דוד ן' שטרית וכמוה"ר שמואל ן' חותא זלה"ה וז"ל אם באו לחדש תנאים באופן החלוקה ליורשים צריך לבטל התנאים הראשונים ולומר כך בזה"ל בפנינו בא פ' ואשתו פ' והפקיעו ומחלו זל"ז ובטלו תנאי הכתובה הא' ולא ידין מהם הדין כלל וזהו תוקף התנאים שהתנו וחידשו ביניהם וכו' בין ע"ג הכתובה בין בנייר אחר. ומעולם לא שמעתי מפי מורי דבר זה שיצטרך לכתוב דוקא ע"ג הכתובה, ואדרבא כמה פעמים

בא מעשה כזה ולא היה מצריך כ"א הביטול ותו לא מידי עכ"ל הרי דביטול תנאים וחידוש תנאים הוא דצריך ולא ביטול כתובה אלא שאם ביטלו גם הכתובה יצטרך לחדש אחרת משום דאסור לשהות וכו', וכן בעט סופר המסודר מהרב יעב"ץ זלה"ה לא הזכיר במוחלת לבעלה אלא ביטול ומחי' התנאי כתובה בקוש"ח וחידוש תנאי אחר תחתיו וסיים וכנו"ד צ"ל שהיה מצוי עמנו חכם פ' ודרש שמא יש אונס מבעלה לבטל תנאי א' ולחדש תנאי אחרון וכו' ואז קנינו מידם ועוד נשבע ש"ח לרבות יפוי כח וכו' עכ"ל, הרי דלא הצריך אלא ביטול תנאים ולא ביטול כתובה ודברים ברורים הם, הח"פ צפרו יע"א באדר משׂ עם זו קנית ליצי' ושריר וקיים: שאול ישועה זה הלשון נכתב ע"ג זה והוא מכתב כמוה"ר רפאל בירדוגו וז"ן, נראה דזהו ממש מ"ש בסימן קי"ח ס"ח אם נתנה האשה לבעלה שיזכה אחר מותה בחצי נדונייתה וכו' אינו כלום עכ"ל שאין לאשה שום שליטה בנכסים בחייה וכבר נכתבו מזה כמה פסקים וצריך היה ליקח קנין מהבעל והאשה שביטלו תנאי הכתובה הא' וחידשו תנאים אחרים כמ"ש מוהריב"ע ז"ל והעתיקו החכם הפו' בדף הסמוך אבל שיכתוב שזיכתה לבעלה נכסיה וכו' לא מהני שאין לה כלום לזכות, עם היות שכל דברי החכם הפוסק אמת שא"ץ חידוש כתובה אבל מ"מ העיקר אסר שלא נעשית כמנהג ושלא כעצת הראשונים ז"ל עכ"ל:

וזה מה שכתבתי על דבריו הכתב הנ"ל אעפ"י שאינו חתום ניכר ברשומו שהוא מכתב יד הקדש כמוה"ר רפאל בירדוגו נר"ו ותמיהא לי מלתא טובא איך תצא כזאת מלפני מורה הוראה כמוהו, דמ"ש וז"ל נראה דזהו ממש מ"ש בסי' קי"ח ס"ח אם נתנה האשה לבעלה שיזכה אחרי מותה בחצי נדונייתה אינו כלום עכ"ל' הדבר ברור דאין כאן שום דמיון לנ"ד ורב המרחק ביניהם חדא דדין זה כתבו הרא"ש כלל נ"ה לפי לשון תקנת טוליטולא וכתב מר"ן הב"י שאין ללמוד מזה לתקנה אחרת שאינה כתובה באותו סגנון יע"ש' ואפי' לתק' טוליטולא כתב הרא"ש שם דבנותנת לאחר מיתה הוא נגד התקנה אבל מה שנותנת מעכשיו אין דבר זה נוגע בתקנה כלום וכמו שכן סיים מר"ן בסעיף הנ"ל אבל מחלה מעכשיו וכו' וא"כ מה ראיה מייתי מההיא דסי' קי"ח דמיירי בנותנת לאחר מיתה לנ"ד דנתנה שע"א קודם מותה וחילוק גדול בין זו לזו כמבו' היטב בתשו' הרב הקדוש ר'. שמעון מימי המועתקת בספר התקנות של פאס יע"א וז"ל דמתקני התקנה יסדו דבריהם על ד"ת ואמרו שאם נתנה מתנת ש"מ לאחר מיתה מתנתה בטלה לפי שעוקרת התקנה עקירה גמורה שיורשי האשה זכו בירושה עם גמר מיתה ומקבל המתנה אינו זוכה אלא לאחר גמר מיתה ואי הויא מתנתה מתנה עוקר מהיורשים מה שכבר זכו מדין התקנה ואין לך עקירה גדולה מזו, אבל כשנתנה מתנה מעכשיו בענין שזכה מקבל

המתנה בה בחייה מתנתה מתנה שאינה עוקרת התקנה כיון שקודם שהיורשים יזכו בירושה יזכה המקבל בחייה, וא"כ בנ"ד דנתנה שע"א קודם מותה אינה עוקרת התקנה כיון שקודם שיזכו היורשים זכה המקבל ומה גם שבנ"ד המקבל הוא הבעל וכתב הב"י משם הרשב"ץ וז"ל מקומות שיש להם תקנה שאם תמות האשה בחיי בעלה יחזיר מקצת הכתובה ליורשיה אם אותו מקצת רצתה האשה למוחלו לבעלה והוציא הבעל שטר מחילה מזה היא קיימת דכל טצדקי שאנו יכולים לעשות להעמיד הנחלה במקומה אנו עושים עכ"ל וכתב עליו הב"י וז"ל מיהו היכא שכתוב בתנאי שעל מנת כן נתן לה הנותן נדוניא אין בידה לשנות התנאי עכ"ל, ואנן בדידן אע"ג דכתבינן שעמ"כ נכנסה הנדוניא לרשות החתן ככתוב בתק' ש"ש שס"ג חזרו בתק' ש"ש שס"ה וכתבו דמציאות חכם סגי בכולהו נשים וכתב הרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה משם רבו מוהר"ר מנחם סירירו זלה"ה מדקאמר בכולהו נשים משמע אפי' בהיכא שכ' שעמ"כ נכנסה הנדוניא וכו' הכל מסור ביד החכם דכל דאיכא מציאות חכם מחילתה ומתנתה קיימת. הרי לכל הצדדים האי זכיה שזכתה לבעלה קיימת:

ומ"ש עוד וז"ל וצריך היה ליקח קנין מהבעל ומאשה שבטלו תנאי כתובה הא' וחידשו תנאים אחרים כמ"ש מוהריב"ע שהעתיק לשונו החכם הפוסק בדף הסמוך עכ"ל. אחר המחילה דברי מהריב"ע באו כשהבעל והאשה באו להתנות מחדש זע"ז וזע"ז דהשתא צריכין שניהם לבטל תנאים הראשונים ולחדש אחרים תחתם אבל כשאשה לבדה היא הנותנת או מוחלת לבעל מה צורך לקנין הבעל, ומה שהוסיף בדבריו וכתב עוד אבל שיכתוב שזיכתה לבעלה נכסיה לא מהני שאין לה כלום לזכות עכ"ל, זו קשה מן הראשונים שהרי עיקר התק' ש"ש שס"ג וש"ש שס"ה לא דיברו אלא באשה המוחלת או נותנת לבעלה דסגי לן במציאות חכם לקיימה, גם בדברי הרבנים מוהרש"ם ומוהריב"ד הנ"ל שהצריכו ביטול וחידוש כתובה כנ"ל לא הצריכו קנין הבעל בביטול חז"ל דע שיש תק' בידינו שרשאה האשה להפקיע מיד יורשיה ע"י מחילה וביטול שתודה לבעלה בקו"ש אפי' בחוליה שממנו תפטר לב"ע רק בתנאי שימצא חכם מהנמנין לדין וכו' להוכיחה וכו' ויחדש לה הבעל כתובה וכו' כנ"ל, ויש בידי כמה פסקים מהראשונים דמהני סילוק שמסלקת האשה יד יורשיה ונתתי ביד אברהם הנז' טופס פסק א' שנכתב על סילוק כזה מהרבנים מוהר"ר רפאל עובד אבן צור זלה"ה ומוהר"ר מתתיה סירירו זלה"ה ומוהר"ר יעקב טולידאנו זלה"ה וכמוה"ר שלמה טולידאנו ז"ל וכמוה"ר יהודה הלוי זלה"ה וכמוה"ר משה ן' זמרא זלה"ה וכמוה"ר יצחק פינטו נר"ו וכמוה"ר משה

הכהן שד"ר וכמוה"ר שלמה אסולין נר"ו שהסכימו לקיים סילוק כזה ודברים ברורים הם הח"פ צפרו באב הרחמן שנה הנ"ל וקיים:
שאול ישועה:

סימן יד

טופס מטופס וז"ן טופס והעתקת שטר שידוכין שרצו הבעלים לכתוב ע"ג שטר פשרה ונחלש כח הנייר שבו מלסבול עוד כתב מחדש וז"ן:
נשבע בפנינו אח"מ שח"כ יקר אברהם ן' יוסף ה"ן אביטבול דמתושבי מטגרה וקאי השתא בצפרו יע"א ובכח הש"ח הודה ונתחייב בעד יוסף בנו ושדך לו את הבתו' שמחה בת מסעוד אביטבול הי"ן על דעת ליכנס עמה לחופה מהיום ועד מלאת לו ג"ש רצופים וקודם יביא לה סבלונות לפי כבודו ונתחייב שלא שדך ולא ישדך ולא קדש ולא יקדש לו שום בת ישראל זולתה כלל, גם נתחייב בכח הש"ח שכאשר יכנוס אותה בנו הנז' לחופה שיקבע הבן הנז' דירתו פה צפרו עם אמה ושלא יוציאנה ממתא זו למתא אחרת מיום כניסתה לחופה אחר הג"ש הנז' ועד מלאת לו שנה תמימה ושאם נתרצו לחופה קודם השלש שנים עכ"פ הארבעה שנים תמימות תהיינה שלא יוציאנה תוך ארבע שנים כלל ואפילו ברצונה רק ברצון אמה ובעלה הר' יהודה אסולין ואחר הד' שנים יהיה הדבר תלוי בה וברצונה ע"פ יסע וע"פ יחנה ואם ח"ו יטה עצמו מן הדרך דרכה של תורה ושם בשר זרועו ב"ב ושאב"ב והוציאה בזרוע שלא ברצון אמה ובעלה הנז' תוך ד' שנים ושלא ברצונה אחר הד' שנים מלבד שעובר אשבועה וכל פסידא דתמטיינהו להצילה מידו עלי דידיה ליהדר עכ"ז חיי"ע בכח הש"ח הנז' מעכשיו דלא כאס' שיפרע ליהודה הנז' סך אלף אוקיות מכט"ק ממסר"א חו"ג בלי שום טענה כלל והודה שטר מוח' בחסובדי"א בתפיסה ובמאסר ובנאמנות ואחריות גמו' עוי"א ועכ"ן קוג"ט שקו"ש כתחז"ל דלא כאס' ודלא כטו"ד ונגמר הכל בשח"ך בעשור אמצעי באלול המרוצה שנת כ"י מאי"ש לקח"ה זאת לפ"ק והכל שריר וקיים: ואחר שראיתי אח"מ כי טוב בעיני אלהים ואדם וכשר הדבר ההוא לישא את קרובה מגואליה הוא וגם הוגד לנו יושר האיש הנז' וברא כרעא דאבוה. לכן ובכן הסכמתי על השידוכין הנז' הסכמה גמורה לבלתי יערער שום א' מקרוביה ולראיה ע"ה ח"פ בזמן הנז' וקיים וחתו' עליו אני החותם כאן ראשון וכה"ר מרדכי ן' עטר ונתקיימו לנו החתי' כדחזי וחתי' הכא תמ"ת וחתו' החה"ש ודו"מ כההה"ר ישועה אביטבול י"א וכה"ר משה ן' מסעוד ה"ן אדהאן נ"ע ונתקיימו לנו חתי' כדחזי.
וע"ג נמ"ך וז"ן בהיות אמת שאיחרו פעמי אברהם הנז' מלבוא לכאן עד שעבר הזמן

שקבעו כנז"ב ונתחייב כפי הדין לפרוע לה קנס כנהוג אלא שנכנסו רודפי שלום ופישרו ביניהם עזה"ד והוא שהעי' ע"ע בקושח"ך אברהם הנז' ובכח הקוש"ח הודה ונתחייב לשלוח לה מהיום לסוף כסלו הר"ל סבלונות הראויות לפי כבודו ובאלול הבא אחריו יביא את בנו לכאן לעשות החופה ואחר החופה יקבע דירתו כאן ולא יוציאנה ממתא זו למתא אחרת אלא ע"פ ורצונה וקבל אנפשיה בכח הש"ח שאם שלח הסבלונות ולא בא הוא ובנו בזמן הנז' שמעכשיו חיי"ע חיוב ושעבוד גמור דלא כאס' שיהיו הסבלונות הנז' לבתולה הנז' בתורת קנס ותטול אותם כמו שהם ואם לא שלח הסבלונות בזמן הנז' איש על מקומו יבוא בשלום ולא נשאר שום תרעומת דברים כלל על הבתולה הנז' ולא על קרוביה והרי הם רחקו מעליה ותלך ותשדך עצמה למי שתרצה והי"ז בעשי"ת שנת התקכ"ט ליצירה וחתום החכם הנ"ל וכהה"ר יוסף אדהאן ונתקיימו לנו חתי' כדחזי:

וס"ל נמ"ך וז"ן אחר שלא שלח אברהם הנז' סבלונות בזמן הנז' להבתולה הנז' אין עליה שום תרעומת כלל כאמור לעיל ותלך ותשדך עצמה למי שתרצה שכך קע"ע בכח הקוש"ח כנז"ל ועם היות ששלח אברהם הנז' אגרת כמתנצל שלא מצא ציר נאמן כדי לשלוח עמו הסבלונות בזמן הנז' מ"מ לאו כל כמיניה ולא מפיו אנו חיים ואדרבא היה לו להשתדל בכל עוז ותעצומות לקיים שבועתו עד שימצא ציר נאמן ואפי' אם היתה רוצה לשדך עצמה קודם שהגיע כסלו שהוא הזמן שקצבה להבאת סבלונות אין עליה אלא תרעומת דברים בעלמא שהרי כבר עבר זמן השידוכין ונתחייב בקנס כאמור ומה שחידשו לעשות זמן מחדש הוא לבדו נתחייב בקוש"ח והיא אין עליה שום חיוב שלא נתחייבה היא ולא שום א' מקרוביה אלא משום שהוא קרובה לא היו רוצים שיהא עליה אפילו תרעומת דברים שבקל הפרידה את עצמה ממנו לכן חזרו ונתנו לו זמן אחר וכאשר העביר מועד לא נשאר עליה תרעומת ויותר תחפוץ בהנאת עצמה לשדך עצמה לבן עירה ולא למקום שאין מכירין אותה ולראית האמת חתמתי וחתום החה"ש ודו"מ כהה"ר ישועה אביטבול הנז':

וס"ל נמ"ך וז"ן האמת הוא שמאחר שהעביר את המועד פעם א' כנ"ב ועוד לו שנית שהעביר מועד הסבלונות שאיש על מקומו יבא בשלום ויכולה הנערה לשדך עצמה למי שתרצה ולראיה ח"פ בחדש אדר ש' התקכ"ט ליצי' וחתומים החכמים השלמים הדה"מ כמוהר"ר רפאל עובד אבן צור זלה"ה וכמוהר"ר אליהו הצרפתי נר"ו וכמוהר"ר מתתיה סירירו נר"ו ונתקיימו לנו חתימתם כדחזי וחתי' הכא על הכל תמ"ת והשו"ב וקיים:

אהרן אפרייאט ס"ט אברהם בלא"א יעקב אציני סי"ט ובהגיע ענין הפסק הנז' לעיר קצר אשוק יצאו נצבים ושלחו לנו ב' כתבים הבאים כאחד א' מאנשי הקהל ההוא בהגזמות

ומלי דכדי, וא' מחכמי אותה העיר כיוצא בו. וז"ן כתב חכמיהם אב"א ק"ק ונבחר קהל צפרו יע"א ובראשם החה"ש הדו"מ כהה"ר ישועה אביטבול שלום לכם מאת אדון השלום, ומאת קהל יתום קהל קצר אשוק יע"א אחדש"ו יודע למעכ"ת שהאיש הזה אברהם ן' יוסף ה"ן אביט' שיש לו יתומה קרובתו במ"ק ורצה לקרב את קרובתו להשיאה לבן גילה בנו כנודע לכת"ר ושני פעמים הכניס עצמו בסכנת דרכים מדלג הרים מקפץ גבעות בהונו ואונו עד שהסכים כת"ר ושידך את הבת לבנו וחזר פעם ב' ונתתם לו זמן עד ר"ה הע"ל כמו שהגיד מפיו ומפי יהודי אחר שהיה מצוי עמו ועכשיו בזה הזמן הגיעה לו אגרת מן הגביר הר' שמואל ן' חמו וז"ל האגרת ששלח מעט תמרים למשודכת הנז' והגיעו התמרים ליד הר"ש הנז' ולא רצה בעל אמה ואמה של המשו' לקבלם והשיב הר"ש הנז' שבעל אמה של המשודכת יהודה אסולין הלך אצל הדיינים יצ"ו וכתבו לו פס"ד שיתן אברהם הנז' הקנס שעשו בראשונה והבת המשודכת לטוב בעיניה תהיה לאשה ונמצא זה אברהם הנז' אכל ולקה ושלם וכשקרא האגרת הביא אותה האגרת לפני הקהל יצ"ו וז' טובי העיר וקראו אותה קינים והגא והי ואמרו לו הקהל יצ"ו וז' טובי העיר שמא קלקלת מעשיך הגיד לנו איך היתה כזאת והתחיל לספר בראשונה כשהלך למ"ק לשדך הבת הנז' לבנו התנה עליו בעל אמה שלא תצא ממ"ק לעולם כ"א ע"פ ורצונה ויען יהודה אסולין הנז' ויאמר לאברהם הנז' שמא תשדך הבת ולא תקיים התנאי הנז' כמו שעשה יצחק אלבטאח שלא קיים שבועתו והוציאה בע"כ ויען אברהם הנז' ויאמר ח"ו לא תהיה כזאת בישראל וכרתו ברית שניהם שכ"א מהם שלא קיים התנאי יתן הקנס לחבירו:

ופעם ב' הלך למ"ק ונתתם לו זמן כשיגיע חדש כסלו צריך להודיע לכם באגרת שקבלו אנשי ביתו ואחיו כל התנאים ולר"ה הבע"ל יולך את בנו למח"ק לעשות לו חופה שם ולפני העדים כתב לכם האגרת הנז' ולענין אם לא הגיעה האגרת בזמנה מה הוא יכול לעשות וכששמעו הקהל את דבריו ודברי מגידי אמת שהיו מצויים עמו נפלו פניהם ארצה וכה אמרו כל עדת ה' בבעו ובמטו מנייכו בעשר לשונות של תפלה שתודיעינו ע"י שליח שמגיע לכם האגרת איך זה יודה בן אסולין השולה דגים מן הים עלתה על לבו לעשות כזאת שזה אברהם עשה כהוגן לקרב קרוביו להשיא יתומתו לבנו והכניס עצמו בסכנה ב' פעמים עד ששידך הבת הנז' לבנו וזה מנהג העולם ופוק חזי מאי עמא דבר ואפילו בזמן מרע"ה ושבעים זקנים כן בני יוסף דוברים אפי' הותרו השבטים לבוא זה בזה וידענו כי הקורא אומר זאת ראיות השוטים ועכ"ז מנהג הנכון שנהגו בני העולם ופשוט הוא זה וכבר שידך בהסכמת בי דינא יצ"ו ויודה בן אסולין לאו כל כמיניה

לעקם דרכיו כנחש והעיקר בזה כי זה אברהם טען שאביה קבל קדושיה בחייו בפני עדים כשרים ופי' העדים ואינם מצויים בכאן. המעט לנו עון האשה בתאפילאלת שעדיין מחלוקת גדולה בין החכמים ז"ל כמחלוקת הלל ושמאי ועתה אליכם המצוה הזאת הכהנים חכמי הקהל והגבירים לדבר אל יודא להודיענו למה הכניס ראש במחלוקת גדולה כזו. וכי מפני שהוא בעל אמה או מפני שהוא אפוט' עליה מפי בי דונא יצ"ו או היא נתנה לו רשות לעשות לו קנסות בעדה ואם עשה מפני מה חזר בו, הלואי צעקה הנערה הנז' אי אפשי להנשא לשום אדם שאינו מן העיר הזאת אפי' בן גילה וכגון דא אמרי' נתבטלה התקנה למפרע ואם הגידו עדיו שהוא כדבריו שקיבל אביה קידושיה בחייו נקרב הדבר למשפט לפני דייני פאס יצ"ו שתלמידיהם אנחנו ומימיהם אנו שותים אם מיאון היא צריכה או תנשא לבן גילה כי כבר נתקדשה אבל עדיין לא נתחזק הקול וזה אברהם הוא בעינינו כאיש אמת ובעירינו כאן לווין בנ"א זה מזה ומשתתפים זה עם זה בלא שבועה ובלא קנין באין אומר ואין דברים ח"ו וזה הענין כמעט יצא קום בכל הארץ ובקצה תבל מליהם, ועתה הוסיף אברהם הנז' לספר שפעם הזאת השנית שהיה במ"ק בטלתם הקנסות הראשונות לפני כת"ר וכמה אנשים אחרים וקנו מיד אברהם הנז' אם הגיע הזמן למועדים הנז' ולא זימן בנו למ"ק שתנשא הבת לטוב בעיניה וקנו מידה ע"ז לפני כת"ר ובקשו הקהל לשאול ע"ז הענין לדייני פאס ולדייני מקנאס ישצ"ו ונתייעצו שלא לשלוח עד שתחזרו להם תשובה וחלילה לנו להסכים זולת הסכמתכם והתורה אמרה שמוע בין אחיכם. ואתם כהני ה' דיינים וחכמים וגזברים וגברים תעמדו ע"ז הענין אם חזר בו יודא ה"ן אסולין המ"ט ואם לא חזר תשלחו לנו נוסח הפסק וכיצד נתחייב ושלא תנשא הנערה הנז' עד שיודע לנו שנתחזק קול הקידו' או לא נתחזק זאת ועוד כשקראו האגרת לפני הקהל כתב בה הר"ש הנז' בל"ע משית להלהא ווקפתהום קדאם לחכמים וקאלולי אסרע מעאהום ויענו כל הקהל ויאמרו אם כון הלהא עדא שלום ובעל אמה ואפי' אם מתה לא תורישנה אמה ואם היו לה עבדים זקנים לא תמכור מפני שבח בית אביה. ואלו האנשים אברהם ן' יוסף ואחיו הם הקרובים שלה למשפחותם לבית אבותם ואמת אילולא צעקה הנערה לפני בי דינא יצ"ו ונתבטלו כל הקנסות שעשו למפרע מה כח ב"ד יפה וצריכים לחקור עידי הקידושין הנז', ועכשיו נשתלחה זאת האגרת ליד הקהל יצ"ו מפי כל קהלינו יצ"ו לעמוד ע"ע זה הם והדיינים יצ"ו וקראו לו זקני עירו ונתנו לו עצה ההוגנת לו ותשובתכם מהרה תצמח לחדש ניסן המכובד מש' והתענג ליצי' ולענין הק"ע אם היה אברהם הנז' אנוס בפעם הא' וב' אין כאן מקום בזה השעה לשלחם ושלמכון יסגא. וחתום כה"ר משה בכה"ר אברהם אלעסרי וכה"ר סאלם

בן עטייא. וזאת היתה תשובת החכם הנז' אליהם קהל ועדה וישראל ק"ק קצר אשוק ועילא מנהון החכם כהה"ר משה אלעסרי וכה"ר סאלם ן' עטייא י"א שלם שלם דלא פסיק טעמא מביניהו אינהו ואביזרייהו הנה חרדתם אלינו את כל החרדה הזאת בשני כתבים הבאים כאחד מחכמיכם זקניכם ושוטריכם כל איש ישראל הם יצאו נצבים כעוברים ומתעברים על ריב לא להם החכם בחכמתו מאיים ומגזים לאמר אביה קיבל קידושיה והגבור בגבורתו לרכוב אניות ולדרוך בציות והעשיר בעשרו יענה עזות ללבון לבנים וימהר לשפוך דם ואנחנו לא נדע איך לא חשו לקמחייהו ובושנו מאד מדבריהם אם מאשרי העם ושוטריו כך מה יעשו אזובי קיר: ועתה אין ועתה אלא תשובה הלא תדעו כי זה אברהם ן' יוסף ה"ן אביטבול איהו דאפסיד אנפשיה העביר המועד בפעם א' שעשו זמן החופה לג' שנים משנת התקכ"ד והוא לא בא עד תשרי משנת התקכ"ט ונתחייב בקנס כפי הדין ועכ"ז עשו לפנים משוה"ד והרויחו לו זמן החופה לאלול ע"מ שישלח לה סבלונות לסוף כסלו הר"ל וקיבל אנפשיה בכח הקוש"ח שאם לא ישלח הסבלונות לסוף כסלו שאיש על מקומו יבא לשלום והרי עבר הזמן ולא שלח ומה מבקש עוד, ועם היות ששלח אגרת כמתנצל שלא מצא ציר נאמן לאו כל כמיניה והי"ל להשתדל בכל עוז לקיים שבועתו חיפוש מחיפוש וירבה שכר השליח עד שיגיעם בזמנם ובודאי דמן השמים עכבוהו. ומה גם שבזאת הפעם רמי חיובא עלי דידיה לבד ולא נתחייב שום א' מקרוביה בעדה שהרי הוא שפנה אליה עורף ולא פנים. ובאדר ב' נתעורר מתנומתו ושלח גוי א' ובא הגוי ואמר להרשב"ח שיתן לו סך ק'ס -י'ם לקנות בהם הסבלונות ורצו לעקל המעות לקנס ומשום ברית האחוה לא הניחם הר"ש הנז' ובאו ועמדו לפנינו ותבעו ממנו שורת הדין וכתבנו להם שאיש על מקומו יבא בשלום והסכימו החכמים השלמים הדה"מ רבני פאס יע"א, ומה מקום לדברים הדברים אלה הדברים אשר דבר משה וגזר אומר שלא תנשא הנערה עד יודע מה יהיה מקול הקידושין. ומי בער ולא ידע אשר מלאו לבו לשאת נגד עיניו דברים שאין בהם ממש, והתימה על עצמו איך עשה ממש משיחת חולין ולא ידע להשיב מה נפשך ממי קיבל אביה קידושין אם מהמשודך הרי בחיי אביה לא הגיע לכלל שנים ואפשר שהיה מוטל בעריסה לפי הנשמע והוו קידושי קטן שאינם כלום כמ"ש מר"ן באה"ע סי' מ"ד ואם אביו הוא שנתן קידושין בעדו לא מצינו שנתנה תורה רשות לאב כ"א לגבי הבת ולא לגבי הבן ואי ארצויי ארצי קמי בריה ושתק הבן והלך האב וקידש שכתב מר"ן בסי' ל"ה ס"ה בשם יש מי שאומר דהוו קידושין הרי כתבו הבאה"ט בשם תשו' ב"י בסי' ט' דדוקא בבן גדול אבל בבן קטן אפילו מינהו שליח בהדיא לאו כלום הוא דקטן לאו בר שליחות הוא ודברים ברורים הן להפיץ ולהדיח אותן

הקידושין תזרם ורוח תשאם וסערה תפיץ אותם ותלך ותנשא לכל גבר דיתצביין ואין דובר אליה דבר, ומעתה אין צריכין לדברי העדים שאמר שיש לו שאפי' יבואו ויגידו שקיבל אביה קדושיה לאו כלום הוא וכתותי מכתת שעורייהו ומה שאתם מרחיקין את קרוביה ומקריבין עצמכם ומדברים סרה נגד בעל אמה מאחר שאמה קיימת מי הוא זה קרוב יותר ממנה ושלשה שותפין יש באדם אביה ואמה והקב"ה ומצינו לרז"ל שאמרו יתומה שהשיאוה אמה ואחיה ולא הזכירו שאר קרובים והבעל כאשתו, וא"ץ להאריך לדחות דברים דחויין מעיקרו, הח"פ צפרו בכ"ד למ"ט מוני'ם משנת אם יתן את כל הון ביתו לפ"ק וחתום החה"ש ודו"מ כהה"ר ישועה אביטבול הנ"ל ונתקי' לנא חתי' כדחזי וחתי' הכא תמ"ת וקיים:

אהרן אפרייאט ס"ט אברהם בלא"א יעקב אציני סי"ט ובאלול התקכ"ט ליצי' שנה הנ"ל בא אברהם הנז' למחז"ק והביא את בנו עמו וחזר לאיתנו לתנאו הראשון וביקש מקרובי הבת להחזיר הדבר לכמות שהיה וע"ז נתעצם הריב ביניהם וקרבו ויאתיון לדין לפני ואחרי שמוע דבריהם נומיתי לו שלא מצינו שתנשא הבת לקרוביה בע"כ ואפי' בתוך זמן השידוכין אם היתה חוזרת בה אין עליה אלא חיוב קנס בעלמא ועכשיו שהוא העביר המועד מה מבקש עוד, חזר עוד ואמר נקרא לנערה ונשאלה את פיה ואם לא תחפוץ לא אוסיף בדבר הזה עוד, ובאה הבת הנז' לפנינו ואחר דברנו על לבה למה היא מרחקת עצמה ממי שהוא קרובה אז צעקה הנערה אי אפשי בו ואין אני והוא יכולים לדור בכפיפה א' ותבך ותתחנן לפנינו להעביר את מחשבתו מעליה, והיה כראותו שהעלה חרס בידו תלה עצמו בנושא חמור לעגן את הבת הנז' בהבל פיו שנתן קידושין לאביה בעד בנו ויש לו עדים ואינם מצויים כעת, ונומיתי לו שכבר פתחנו שער תשוב'ה לחכמי עירו שאין ממש באותן קידושין אפי' יבואו עדיו ויגידו כדבריו דמי הרשה אותו לקדש לבנו והוא עדיין קטן אינו יודע בין ימינו לשמאלו, והשיב דהוא הרשה את עצמו דבנו ברשותו הוא כיון שהוא קטן ובידו לקדש לו. ועם שהשבתיו שהבל יפצה פיהו דבבת הוא דזיכה לה רחמנא ולא בבן עכ"ז הקשה את רוחו ואמץ את לבבו ובקש לתת לו זמן עד ערב חנוכה הר"נ ונשח"ך שאם לא מצא מקום לקיים הקידושין ההם בתוך הזמן הנז' שלא יוסיף להעלות דברים האלו על שפתיו ולא יזקק להם כל עיקר:

והנה אנחנו התמהמהנו עד שעבר הזמן הנז' ועתה חזרנו על כל המקרא שואלין ודורשין לחקור היטב בטיב אותן קידושין הלכה למעשה אם אמרו לעשות עושין ואי איכא למיחש חוששין, ואנכי תולעת עם שאין ידיעתי מכרעת רואה אני שאין כאן בית מיחוש לאותן הקידושין אפילו אם היה במציאות שהיה הבן גדול בשעה שקידש לו אביו. ולא

מבעיא לדעת הרי"ף והרמב"ם וסיעתם דסוברים בקטנה שקדשה עצמה בלא דעת אביה דאינו כלום אפילו נתרצה האב בפירוש אחר הקידושין והיא סברא קמייתא שהביא מר"ן בסתם בא"ה סי' ל"ז סי"א דכ"ש הוא בהיכא דאמר האב מיקדשא ברתך לברי דלא יועיל ריצוי דבן לאחר הקידושין שקדש לו אביו ואינם כלום, אלא אפי' לדעת הרא"ש ורש"י וסיעתם דסברי דאם נתרצה האב כששמע הוו קידושין למפרע והיא ס' הי"א שהביא מר"ן שם מודים הם בנתרצה הבן דאינו כלום דהכי איתא בגמ' קידושין דמ"ה ע"א בעובדא דהנהו תרי דהוו קא שתו חמרא תותי ציפי בבבל שקל חד מינייהו כסא דחמרא ויהיב ליה לחבריה אמר מיקדשא ברתך לברי אמר רבינא אפי' למ"ד חיישינן שמא נתרצה האב. שמא נתרצה הבן לא אמרינן וסיים הרא"ש דגבי בת אם נתרצה האב הויין קידושין למפרע אבל בבן אפי' נתרצה הבן אח"ך אינו מועיל דצריך לעשות את אביו שליח, וטעמא דמלתא פירש"י ז"ל דאב בקידושי בתו בכל דהו ניחא ליה דטב למיתב טן דו וכו' אבל גברא דייק ונסיב ובן אינו ברשות אב לקדש לו אשה שלא בשליחותו יע"ש הרי דבמיקדשא ברתך לברי אפי' אם היה הבן גדול לכ"ע אינם קידושין ולא מהני ריצוי דלאחר קידושין וצריך לעשות את אביו שליח דהכי פריך תלמודא התם ודילמא שליח שוייה ומשני לא חציף איניש לשוויי לאביו שליח. נלמד דהיכא דחזינן דחציף ושוי לאבוה שליח מהני, ואי נמי לא שוייה שליח אם גילה לו דעתו שחפץ באשה פ' והלך וקידשה לו נמי מהני דפריך התם ודלמא ארצויי ארצי קמיה ופירשו רש"י והרא"ש ז"ל ודלמא ארצויי ארצי בן קמי אביו וגילה לו דעתו שחפץ באשה פ' והלך וקידשה לו דכיון דחפץ הוא בה וזכות היא לו וזכין לאדם שלא בפניו וזכייה הויא מטעם שליחות דנעשה שלוחו מאיליו והוי כאלו עשה את האב שליח לקדשה לו יע"ש, הא קמן דדוקא בהיכא דעשה הבן לאביו שליח או שגילה לו דעתו שחפץ באשה פ' והלך וקדשה לו הוא דהוו קידו' והיא סברת היש מי שאומר שהביא מר"ן בסי' ל"ה ס"ד אבל אי ליכא חדא מהני תנאי אלא שהלך האב מעצמו וקידש לבנו בלתי שליחות וגילוי דעת הבן אפי' נתרצה הבן לאת"ך לא הוו קידושין דכל היכא דלא שוייה שליח ולא גילה לו דעתו שחפץ בה חובא הוא דקא עביד ליה ואין חבין לאדם אלא בפניו, דאי זכות הוא המקדש לבנו מעצמו לא הוה פריך תלמודא ודלמא שליח שוייה וכו' ודלמא ארצויי ארצי וכו' דבלא מינוי שליחותו ובלא גילוי דעתו נעשה שלוחו מאיליו כיון דזכות הוא לו וזכייה מטעם שליחות ואין לומר כיון דגילה דעתו לבסוף שחפץ בה גילה סופו על תחלתו דזכות קעביד ליה וזכין לו שלא מדעתו דכבר הביא הרב הנמוק"י ביבמות בסוף פ' האשה שהלכה תירוץ הריטב"א בשם רבו ע"ז דמלתא דהוי חובא אע"ג דלכי יודע אמר ניחא לי

אין זוכין לו למפרע יע"ש, הרי הוכחנו דהמקדש לבנו מעצמו בלתי שליחות וג"ד הבן חובא הוא דקא עביד ליה ואין חבין לו אלא בפניו:

ומעתה נחזי אנן במאי הוי חובא המקדש לבנו דלכאורה נראה דזכות הוא דקעביד ליה וזכי ליה שלא מדעתו דהא ודאי ליתא דאף את"ל דאיכא שום צד זכות במקדש לבנו דהשרוי בלא אשה שרוי בלא ברכה וכו' בקש ותמצא טובא כמה וכמה מצדדי החובה, חדא חובת הוצאות דמתחייב לה בשאר כסות וכמה מילי דמתחייב הבעל לאשתו, ועוד איכא נמי חובא דנאסר בקרובותיה דכה"ג חשיב תלמודא חובא בגיטין די"א גבי שחרור העבד דחשיב ליה ר"מ חובא משום דפוסלו מן התרומה אם עבד כהן הוא ואם עבד ישראל משום דמפסי' משפחה כנענית ואף רבנן לא פליג אר"מ אלא משום דליכא טעמא אחרינא דעבד שאני דבידו לפוסלו בדשקיל ד' זוזי מישראל ומקנהו לו מפני שהוא קנינו הא לאו האי טעמא מודים הם דשחרור דעבד חוב הוא משום דפוסלו מן התרומה אם עבד כהן ואוסרו בשפחה אם עבד ישראל, ה"נ חשבינן חוב למקדש לבנו משום דאוסרו בקרובותיה, ועוד דאעיקרא דמלתא גברא איתיה באם לא יחפוץ לקחת זו יותר מזו כי חילוקים ושנוים רבים בין הנשים בצביונם ובקומתם ובמראיהן ובטבען וביחוסן, דאין כל הנשים נסקרות בסקירא אחת דנימא בקחתו אחת מהנה מן הבא בידו ימלא חפצו ותאותו, ושמשון יוכיח אותה קח לי כי היא ישרה בעיני ופשוט הוא וכה"ג חשיב תלמודא בקידושין דמ"ב ע"א אהא דרב גידל מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר ונשיא א' נשיא א' ממטה תקחו לנחול את הארץ, ופריך תלמודא ותסברא זכות היא הא חובה נמי איכא דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניח"ל בבקעה ואיכא דניח"ל בבקעה וכו' ה"נ איכא דניחא ליה באשה זו ולא ניח"ל בזו ומינה נמי דכל היכא דאיכא צד חובה אין משגיחין בצדדי הזכות ומכריעין הדבר לכף חובה מדקתני הא חובה נמי איכא:

אסיקנא דבמיקדשא ברתך לברי אפי' אם היה הבן גדול בשעת הקידושין כל שקדשה האב מעצמו בלי שליחות וג"ד הבן תחלה לא עשה ולא כלום דחובה היא דקא עביד ליה ואין חבין לאדם אלא בפניו. אבל בהיכא דעשאו שליח או שגילה לו דעתו שחפץ בה אז אמרינן זכות הוא דקעביד ליה וזכין לאדם שלא בפניו דנעשה שלוחו מאיליו וכאלו עשאו שליח דזכייה הוי מטעם שליחות כדאמרי' לעיל בשם הרא"ש ורש"י ובכמה דוכתי מפרש"י ותוספות דזכייה מטעם שליחות ועיין קידושין דכ"ג ובתרא דקנ"ו וחולין דפ"ג, וכן נמי מוכח מסוגית הגמ' מציעא די"ב דקאמר התם דחצר איתרבאי משום יד ולא גרעה משליחות גבי גט דחובא הוא לה אין חבין לאדם אלא בפניו: גבי מתנה דזכות הוא לה זכין לאדם שלא בפניו, ופרש"י ולא גרעא משליחות דא"נ לא איתרבאי מונתן

בידה הוה נפיק לן חצר משליחות וגבו מתנה דזכות הוא זכין לו לאדם שלא מדעתו ושלא בפניו דאנן סהדי דניחא לה שתהא שלוחה ע"כ ע"ש:

אלא שיש לדקדק ע"ז מסוגיא דקידושין דע"ב דאמ"ר גידל מנין ששלוחו של אדם כמותו שנאמר ונשיא א' נשיא א' ממטה תקחו לנחול את הארץ ופריך תלמודא והא הוו נמי קטנים [בנוחלי הארץ] ולאו בני שליחות נינהו אלא כי הא דרבה בר רב הונא א"ר גידל מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר ונשיא א' וכו' ופרש"י אלא ההוא לאו לאתויי שליח אתא אלא לזכין לאדם שלא בפניו הוא דאתא דקטנים כשלא בפניו דמי וכיון דחלוקת הארץ זכות הוא להם היתה חלוקתה חלוקה עכ"ל, ואי זכייה מטעם שליחות כדאמרי' כיון דאדחי' לה ההיא ילפותא קמייתא דשליחות משום דהוו קטנים בנוחלי הארץ ולאו בני שליחות נינהו מה מקום להביא עוד ההיא ילפותא דזכיה דכיון דזכיה מטעם שליחות אכתי איכא למפרך כדפריך לעיל משום דהוו נמי קטנים דלאו בני שליחות נינהו ומינה דלאו בני זכיה כיון דזכייה מטעם שליחות:

וי"ל דאיתא במציעא סוף דע"א דקטן אע"ג דלית ליה שליחות אית ליה זכיה מדרבנן ופסקה מר"ן בחומ"ש סי' רמ"ג סי"ח וא"כ אף דאידחיא לה ההיא ילפותא דשליחות משום דהוו נמי קטנים דלאו בני שליחות שפיר מייתי ילפותא דזכיה דעכ"פ אף דהוו קטנים אית להו זכיה מדרבנן וקרא אסמכתא אבל לעולם זכיה מטעם שליחות:

והשתא דאתינא להכי נימא דבנ"ד לא שייך שליחות הבן וג"ד, חדא שכן מוכח מטענת האב שטען לקיים הקידושין שנתן בעד בנו משום דעדיין ברשותו הוא ובידו לקדש לו, מוכח מדבריו דמעצמו הלך וקדש לו בלתי שליחותו וג"ד דלשטותיה אזיל דבן נמי ברשותו הוא ובידו לקדש לו, וכיון דמוכח מדבריו דמעצמו הלך וקדש תו לא מהימן למימר בשליחות הבן הלך וקידש או בג"ד, ולא מבעיא לדעת הראב"ד והר"ן וסיעתם דסוברים דצריך עדים במינוי האיש שליח לקדש לו אשה ומינה דבג"ד נמי בעינן עדים שיגלה דעתו בפניהם וכמ"ש הב"ש סקי"ב בסי' ל"ה, אלא אפילו לס' הרמב"ם וסיעתו דסוברים דא"צ עדים וכמ"ש שהביא דבריהם מר"ן בסי' ל"ה ס"ג בנ"ד דמוכח מדבריו דמעצמו הלך וקדש תו לא מהימן לומר בשליחות הבן הלך וקדש, ועוד כיון דבנ"ד הבן יושב בעיר קצר אשוק והבת פה צפרו יע"א ומעולם לא ראו איש אחיו היאך שייך שיגלה דעתו שחפץ בה וישרה בעיניו והוא לא ראה אותה ולא הכיר בה מעולם:

והנה כל מאי דכתיבנא הוא אפי' אם היה במציאות שהבן גדול אבל בנ"ד שהיה הבן קטן בחיי אבי הנערה שכן מוכח מדברי אביו ומיודעיו ומכיריו ומלתא דעבידא לאגלויי היא דתסגי בגילוי מלתא בעלמא ואנן נוכל להוכיח בראיה ברורה שהיה הבן קטן בחיי

אבי הנערה ממה שאנו רואין שזמן כתובת אמה של היתומה הנז' כשנשאת לבעל הב' היה בי"ז באב משנת התק"ך ליצי' ובאלול התקכ"ט שבא אברהם הנז' והביא את בנו עמו עדיין לא נראו בו סימני גדלות הנראין לעין כלל וכפי ראות עינינו נוכל לשער שהיה הבן כעת בן י"ג שנים מ"מ צא וחשוב מזמן הכתובה שהוא אב התק"ך עד אלול התקכ"ט הוי ט' שנים וימי מיגר אלמנותה של האלמנה היו שנה וחצי הרי עשרה שנים ומחצה נמצא לפ"ז אף אם נאמר שהיו הקידושין הנז' סמוך למיתתו ממש כשנוציא משנותיו של הבן הנז' שהם י"ג שנים מ"מ העשרה שנים וחצי הנז' יהיה הבן באותו מצב מוטל בעריסה עדיין בן ב' שנים ומחצה ואף אם נפליג ונאמר שבאותו מצב שבא לפנינו דהיינו באלול תקכ"ט היה הבן הנז' בן כ"ג שנים ומחצה כשנוציא מהם עשרה שנים ומחצה יהיה הבן בחיי הנערה בן י"ג שעדיין קטן מיקרי דבציר ליה יום א' ואחר שכן היה הבן קטן בחיי אבי הנערה אפי' עשה לאביו שליח בפי' לאו כלום הוא דאין שליחות לקטן לא הוא עושה שליח ולא הוא נעשה כדאמרי' לעיל ופשוט הוא בכמה דוכתי ופסקה מר"ן בחו"מ סי' קפ"ח ואי מטעם זכיה ניתי עליה דאמרי' לעיל דאית ליה זכיה מדרבנן אע"ג דלית ליה שליחות ונימא דהוו קידושין מיהא מדרבנן זה אינו דבמידי דהוי זכות הוא דאמרינן אית ליה זכיה ולא במידי דהוי חובה ובקידש לו אביו אסיקנא לעיל דחובא הוא דקעביד ליה ולא זכותא:

אלא שראיתי דבר מבהיל הביאו מוהריק"ו בשורש ל' וז"ל מ"כ שר' נתן המכרי שאל מרבינו יצחק בר יהודה על בן י"א שנה שקידש לו אביו אשה בטבעת ועדים אם ימאן צריכה גט או לא והשיב שצריכה גט שמצינו בכל מקום שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו עד ועוד מאחר שלא מיחה בקידושי אביו עד י"ג שנה וחצי מאן לימא לן דלא ארצויי ארצי קמיה אחר שגדל ושתק וקיבל ולאחר מכאן חזר בו ואינה חזרה ואינה יוצאה בלא גט שלא יהיו בנות ישראל הפקר ואין לפקפק באיסור א"א עכ"ל ומרן בב"י סי' מ"ג הביא דבריו וכתב עליו ודברים תמוהים הם ע"כ, ולא הוצרך מר"ן לפרש במה הם תמוהים דדבר הלמד מעניינו הוא שהוא היפך דברי כל הפוסקים שהובאו בית יוסף שהרי לדברי הרב הנז' חשיב זכות המקדש לבנו וזה היפך מאי דאסיקנא לעיל בראיות ברורות מהתלמוד ומהפוסקים ועוד דסובר הרב הנז' דריצוי דבן מהני לאחר הקידושין ולא כן דעת כל הפוסקים כנ"ל ובפרט ששלשה עמודי הוראה אשר הבית בית ישראל נשען עליהם נתנבאו בסגנון אחד דלא מהני ריצוי דבן אחר הקידושין אפי' היה הבן גדול וכ"ש בקטן וגם מוהריק"ו עצמו שהביא דבריו כתב שנחלקו עליו ר"ש בר שמשון ורבינו קלונימוס איש רומי:

והנה לכאורה נראה דכיון דהוי מילתא דאיסורא ובפרט חומרא דא"א וגברא רבה אמר מילתא המחמיר לחוש לדבריו ולהצריכה גט תבוא עליו ברכת טוב: וכד דייקינן שפיר נראה דאף לדברי הרב הנז' לא הוו קידושין אלא מדרבנן דכיון שהיה הבן קטן בשעת הקידושין וע"כ מאי דחשיב להו הרב קידושין מטעם זכייה דזכי ליה אביו שלא מדעתו ואע"ג דזכייה מטעם שליחות ואין שליחות לקטן כדכתבינן לעיל הא אמרינן דאע"ג דלית ליה שליחות אית ליה זכייה מדרבנן וא"כ מהאי טעמא הוא דחשיב להו הרב הנז' קידושין משום דזכין וכו' וזכייה דקטן היא מדרבנן וכיון דהוי מלתא דרבנן אפי' לדבריו למה נחוש לדבריו להחמיר חומרא שהיא נגד הפוסקים אשר מפיהם אנו חיים והלכה רווחת דבמידי דרבנן הילך אחר המיקל ולמה נצריך אותה גט לפוסלה מן הכהונה משום ריח הגט חנם ולהשיאה שם רע שהיא גרושה ונמצאו הכל בדילים ממנה ואין קופצין עליה כמו שקופצין על הבתולה והמחמיר בזה נראה שאינו אלא מן המחמירין:

שבתי וראה דבנ"ד יודה גם הרב הנז' שכן הביא חוט המשולש בטור השני שאלה י"ב בנדון כזה שהיו הקידושין בכוס של יין וכתב בשם מהרשד"ם דיודה הרב הנז' בנדון זה דע"כ לא קאמר הרב הנז' התם אלא לפי שהיו הקידושין בטבעת וכשהגדיל הבן דאיכא למימר שמא נתרצה הוו הקידושין בעין. אבל בנדון זה שהיה בכוס של יין דבשעת חלות הקידושין דהיינו כשהגדיל הבן אין הקידושי' בעולם פשיטא דמודה הרב הנז' דלא הוו קידושין כלל עכ"ל:

ומינה דבנ"ד נמי שהיה הבן קטן בשעת הקידושין וכשהגדיל הבן דאיכא למימר נתרצה וחיילי הקידושין למפרע הרי באותה שעה אין אביה בעולם וביד מי יחולו הקידושין אפי' אם היו קידושי טבעת וכיוצא כיון שכבר נפטר אביה אשר לו נתנו הקידושין, ועוד זאת אדרש דבנ"ד אדרבא מן הראוי הוא להפך בכל הצדדין וצדי צדדין בזכות היתומה הנז' להקל ולא להחמיר, יען דאיכא ידים מוכיחות שזה אברהם הנז' אין בפיהו נכונה הוות בקרבו והוא מסבות מתהפך בתחבולותיו וכל מגמתו והשתדלותו בנישואי היתומה הנז' לבנו אינו אלא לחפות על עצמו במה שירש משכנות לאלו מקרקעי ומטלטלי המגיעים בירושה ליתומה הנז' מצד אביה וחושש הוא כי תנשא לאיש זר יעמוד כנגדו ועצם כחו להוציא בולעו מפיו וכאשר ראה שלא עלתה בידו תלה עצמו בהני בוקי סריקי ובא בתחבולות ומהתלות ופרש רשת ליד מעגל לאמר שנתן קידושין לאביה בעד בנו וידע בנפשיה כי ציד בפיו לצוד את הבריות והרבה פתאים למקום יצודם בחרמו וגורם במכמורתו להעיד שקר וברוך מפר מחשבות ערומים אשר הפר את מחשבתו וקלקל

את עצתו עד שלא מצא מקום חלות לאותם הקידושין שאפי' יביא עדים שיעידו כדברים האלה אין ממש בעדותן:

זאת תורת העולה ממה שכתבנו שאפי' יבואו עדים ויגידו כדבריו שנתן קידושין לאביה בעד בנו אפי' אם היה במציאות שהיה הבן גדול באותה שעה ונתרצה אח"כ כששמע לא הוו קידושין וכ"ש בנ"ד שהיה הבן קטן שהקידושין הללו בטילין שביתין ושביקין לא שרירין ולא קיימין ותלך הבת הנזכרת ותנשא לכל גבר דיתיצביין באין אומר באין דברים וכבר נשתדכה לאשר רצתה נפשה, יוצר האדם יגמור בעדם, ויעלה זיווגם יפה וידגו לרוב בקרב הארץ כי"ר וצור ישראל יצלינו משגיאות ויראינו מתורתו נפלאות אכי"ר:

הצעיר ע"ה ישועה בכמוה"ר יצחק אביטבול ס"ט עוד היום בא זדון ויבא רוגז רוגזו של יוסף ואברהם שב למקומו, הנ"ו חוזר וניעור בפ"ה ש"ח לאיסור במ"ה שהוא עורר ונוקף עוד להקים דגלם של הקידושין הנז' לעיל אחרי נפלם ותחל רוח לפעמו שחזר על ענין ראשון שב על קיאו ולא שת לבו על דברת שבועת האלהים הנז"ל ופרק עולה מעל שכמו ויהי בשלח בתשרי התקל"ב שטר קבלת עדות בהוסף שמו שם שם לו חילוף הדברים ומשנה ראשונה ל'ו זזה ממקומה הפוך בה והפוך בה בשנותו את טעמו, אמרתי אספרה כמו אות באות תיבה בתיבה בכתבו וחתמו וז"ן במותב תלתא כחדא הוינא יתבין ואתו קדמנא תרי סהדי כשרים שאין להם שום יחוס של קורבה כלל והעידו בתע"ג אחר האיום והגזום באם לא יגיד וכו' שהיו מצוים עם אברהם ן' יוסף ה"ן אביטבול הנק' ן' ימון בעיר צפרו יע"א והיו העדים הנז' עם אברהם הנז' יושבים יחדו ושלח אברהם הנז' אחרי כלתו שמחה בת מסעוד ה"ן אביטבול שהיתה משודכת לבנו יוסף ן' אברהם הנז' ובאה שמחה הנז' ונטל אברהם הנז' מכיסו שני מטבעות הנק' דרהם כסף מזוקק ונתן אותם לשמחה הנז' ואמר לה הרי את מקודשת ליוסף בני בהם וקבלה אותם שמחה הנז' וביררו העדים הנז' בעדותם שהבינה שמחה הנז' שהמטבעות לשם קידושין קבלה אותם והיתה העדות ביד העדים ולא נמצאו יחד עד שנזדמנו עכשיו יחד וקבלנו עדותם כראוי ולשלא תהיה האמת נעדרת ח"ו דברים העומדים ברומו של עולם ובנ"א מזלזלים בהם כתבנו וחתמנו תמ"ת והי"ז לפנינו בעישור ראשון לחדש אלול המרוצה משנת אשרי"ך ישראל לפ"ק פה אתזר דמארע מלווייא וקיים עכ"ל, וחתו' אברהם ן' יעקב ן' חיון ומסעוד ן' משה ה"ן נחמני וקיים:

אברהם בלא"א יששכר ה"ן אצבאן ס"ט אברהם אדהאן סליט"א שבקיה לטחי תפל דמנפשיה נפיל כי יפול הנופל ויתר ממקומו גילה סופו על תחלתו כי אין בפיהו נכונה, ועולה ל'ו נמצא בשפתו, והרי הוא כמעיד עדות שקר בעצמו וה"ן העדים נעשים זוממין

עד שיזומו. אשר לכדם ברשתו וצדם בחרמו, יעטוף שית חמס למו, ודינא יתיב יפלס נתיב' דבר וטעמו, ושקל בפלס הורי'ם, שכל דבריו בסיקרא אחת נסקרים ובהבל אנוש אינמו ונמצא בכדי הפך במיליה, ואפוכי מטרתא למה ליה. בהעמיקו מחשבת זממו וזה וזה לא יעלה בידו ולא יחרוך רמיה צידו. ומי מלא ימסו למו וה' אמת ינחני במעגלי צדק למען שמו:

וראשית הגש לבוא אל הנדון אומרה שאף אם היה במציאות שהיו הבן והבת הנז' גדולים בשעת הקידושין כיון שהאב הוא שנתן הקידושין בעד בנו בלתי שליחות הבן ובלא ג"ד לא הוו קידושין ובהא סלקינן ובהא נחתינן לעיל בסמוך והוכחנו מדברי הפוסקים וכל הנביאים פה אחד דנתרצה הבן לא אמרינן וריצוי דלאחר הקידושין לא מהני ולא מידי ודלא כסברת ר"י בר יהודה שהביא דבריו מוהריק"ו דלית מאן דחש ליה כאמור לעיל. והן עתה בעומדי בענין זה ומדי דברי בו אורו עיני שראיתי תשובת שאלה למר"ן הק' בתשובותיו סי' ז' שהביא דברי ר"י בר יהודה הנז' ודחה אותם באמת הבנין מסוגית התלמוד המובאים לעיל וממקומות אחרים וכתב שאיזה תלמיד טועה כתבה ותלה עצמו באילן גדול ר"י בר יהודה המפורסם. או שאותו תלמיד היה שמו ר"י בר יהודה ואינו ר"י בר יהודה המפורסם וח"ו מלטעות בזה אפי' קטן מקטני קטני תלמידי תלמידיו וכבר מצינו שכתב הרשב"א כיוצא בזה על תשובה שנמצאת דהיתה דלא כהלכתא וכדאמרינן פ"ב דיבמות לאו מר בריה דרבינא חתם עלה ואעפ"י שמוהריק"ו הביא תשו' זו דר"י בר יהודה לאו כיפי תלה לה וכו' אפשר לומר שבעל תשובה זו יהיה מי שיהיה לאו מדינא קאמר אלא לאותו מקום שאירע בו ההוא עובדא שהיו עמי הארץ הורה כן שלא יזלזלו באיסור אשת איש והכי דייק לישניה שכתב שלא יהיו בנות ישראל הפקר ואין לפקפק באיסור א"א וכו' הילכך לית דחש להא דר"י בר יהודה אפי' בבן גדול וכ"ש בבן קטן עכ"ל מר"ן בתשובתו הרמתה יע"ש. גם מהרשד"ם בשאלה ה' דחה דברי ר"י בר יהודה הללו מהלכה וכתב שאין לחוש להם כלל:

ואנן בדידן הוספנו לעיל לקח טוב דלא מצי תו האב למימר דבשליחות הבן וג"ד הוא דעביד כיון שכבר טען טענה דמוכח מינה דמעצמו הלך וקידש אינו חוזר וטוען. וגם לא שייך ג"ד הבן שחפץ בה כיון שלא ראו זא"ז ודייק ל' הרא"ש שהעתיק מר"ן בסי' ל"ה ס"ד שגילה לו דעתו שחפץ באשה פ' יע"ש:

משמע דביודעה ומכירה קאמר ואין צריך לכפול הדברים שכבר אמורים לעיל קחם נא אלי מהתם להכא ועל של עתה באתי אל הנדון ורואה אני שהוא בא להוסיף תת כח בקידושין הנז' בשנותו את טעמו ואדרבא מגרעות נתן לקעקע ביצתן. דהשתא הוו תרתי

לריעותא. חדא מצד המקדש שאביו הוא שקידש בעדו ולאו כלום הוא כדאמרן, ועוד מצד המתקדשת דהויא קטנה כמו שיש בידו ק"ע משע"ך שיודעים נאמנה שהבת הנז' נולדה ביו"ט אחרון של חג ואביה נהרג בז' אדר של השנה הבאה אחריה וכמו שנה וחצי ישבה אשתו במיגר אלמנותה ואח"ך נשאת להבעל השני ומדאשכחן שזמן כתובתה כשנשאת לבעל הב' הוא בי"ז בתמוז התק"ך אמור מעתה שהריגת אביה היה בז' באדר התקי"ד ולידתה של הבת הנז' היתה ביו"ט אחרון של חג שהוא כ"ג בתשרי התקי"ח והנה כל ביאותיו שבא אברהם הנז' לצפרו שלשה המה באלול התקכ"ד זו ביאה ראשונה ובתשרי התקכ"ט זו ביאה שניה והג' שהביא בנו עמו באלול התקכ"ט כמו שמסודרים לעיל:

ואחר שמקבלי העדות הנז"ל לא פירשו באיזה זמן נתן לה הקידושין צריכין אנו להכניס כל השלשה זמנים הנז' בגדר הספק והיותר מאוחר הוא אלול התקכ"ט ואף אם נאמר שבו בפרק נתן לה הקידושין אכתי קטנה הות שעדיין לא השלימה י"ב שנים שבכ"ג בתשרי התק"ל אז תמימות תהיינה הי"ב שנים שהרי לידתה היתה בכ"ג בתשרי תקי"ח כאמור וכ"ש דליכא לספוקי שיתן לה הקידושין באלול תקכ"ט שהיה ביניהם ריב ומדון בו בפרק ושעת ביעור שאני דכל עצמה מחזרת עליו לרחק ולא לקרב ואיך תקבל ממנו הקידושין וכ"ש שקודם בואו בזמן הנז' שלחו חכמי עירו ענין הקידושין הנ"ל ואחרי בואו היה מערער על הקידושין שכבר נתנו, נקוט מיהא בידך שבזמן הנז' דהיינו אלול התקכ"ט ליכא לספוקי בו כלל ולא נשאר בספק נתינת הקידושין הנז' אלא הב' זמנים אלול התקכ"ד ותשרי התקכ"ט שבזמן המאוחר מהם לא הגיעה לי"א שנים. ואחר שכן הוי מקדש קטנה יתומה דאפילו אם היה הבן גדול וקדשה הוא עצמו במיאון תסגי לה ואין מיאון גדול מהנעשה לפנינו באלול התקכ"ט כנ"ל שבאה לפנינו בוכה ומבכה וצעקה הנערה לבל תלכד ברשת זו טמנו לה ובפירוש אמרה אי איפשי בו וכו' ככתוב לעיל, ומה גם שהלכה ושדכה עצמה לאחר דשידוכיה הן מאוניה כמו גבי קידושין שכתב מר"ן בסי' קנ"ה ס"ג דמאי שנא:

ובר מן דין אפי' אם לא היה המיאון הנז' ולא היו הקי' ע"י אביו אלא ע"י עצמו והוא גדול לא עשה ולא כלום משום דהוו הקידושין שלא לדעת אמה או קרוביה אלא ע"י עצמה בלבד שהרי לא הוזכר בק"ע הנז' שהיו הקידושין הנז' במעמד אמה או קרוביה ולפי"ז אפי' מיאון אינה צריכה לדעת הגהות אלפסי פ' ב"ש שהביא מור"ם בהגה סי' קנ"ה ס"ב וסיים שם בהגהות הנז' דטעמא משום שאינה אלא כמפותה ופתוי קטנה אונס הוא והרי היא כמו שלא נשאת מעולם, ואפשר לומר דגם מר"ן סובר כן מדנקט והשיאוה לדעתה ולא נקט ונשאת סתם ועוד מדכתב בסי' קע"ה ס"ג גבי קטנה שזינתה לדעתה

סברת האומרים שאינה נאסרת על בעלה באחרונה מטעם דפתוי קטנה אונס הוא וקי"ל יש ויש הלכה כבתרא. ומה גם הכא שכתב הב"ש עלה דההיא שהיא דעת רוב הפוסקים יע"ש, ואחר דסובר מר"ן גבי קטנה שזינתה פתוי קטנה אונס הוא, הוא הדין גבי קידושין קטנה וכדעת ההגהות הנ"ל: ומעתה אף שנראה מדברי הרמב"ם היפך ס' ההגהות הנ"ל שהרי כתב בפ"ד מהל' אישות הלכה ז' אבל גדול שקידש את הקטנה היתומה וכו' יע"ש, משמע דסובר דע"י עצמה בלבד צריכה מיאון מדלא נקט דעת אמה כלל, עכ"ז נוכל לומר כמ"ש הב"ש שם דהרמב"ם אזיל לשיטתיה דסובר פתוי קטנה לא הוי אונס, וכיון דלא קי"ל כוותיה בהך בהא נמי לא קי"ל כוותיה. אלא שאין אנו צריכין לכ"ז שכבר נעשה מיאון הראוי וכ"ש שנוסף גם הוא שהרי הקידו' דחויין מעיקרן הן מכיון שנעשו ע"י אביו וכאמור לעיל: והשתא אין צורך לחקור אחר העדים הנז' ואחר מקבלי עדותם אשר העלימו שמותם והאריכו למעניתם בהגזמות ומלי דכדי שאין עסק למקבלי עדות בכתיבתם, שאפי' אם היו העדים הנז' עדי אמת עומדים באמונתם, ומקבלי העדות בלתי הדיוטות ונאמנים בשליחותם, הדין דין אמת שהקידושין הנז' בטלים וסערה תפיץ אותם והבת הנז' היא מוצאת לחירות והרי היא לעצמה בלתי לכודה ברשתם, ותלך ותנשא לבן זוגה. ישישו וישמחו ויציצו ויצמחו בחופתם. ופרו ורבו על הארץ ומלאה הארץ אותם כי"ר החותם בשנת זרע קדש מצבת"ה ליצי' ושריר ונהיר וקיים:

נאם ע"ה ישועה בכמוה"ר יצחק אביטבול הדין דין אמת שהקידושין הנ"ב בטלים ומבוטלים לא שרירין ולא קיימין ואין להם על מה שיסמוכו מהנהו טעמי שכתב החכם הפוסק שלא נעשה האב שליח ולא ארצי קמי בריה שהרי בפירוש אמר האב אני הוא שהרשיתי את עצמי, וכל זה אפילו נימא שדברי האב והעדים צדקו יחדיו אבל כד דייקינן שפיר מצאנו ראינו שהאנשים בני בליעל שהם העדים סהדי שקרי נינהו שהרי נתברר לנו עפ"י החכם הפוסק שבפעם השלישית כאשר בא האב הנז' בא עמו א' מהעדים ושמע את האב אומר שהוא קידש את הבת הנז' בחיי אביה ואמר לו החכם שיביא עדים ולא ענה העד אותו דבר לומר שהוא עד וראה וידע שהבת הנז' קבלה קידושין אלא שהעיז איש רשע בפניו ובלשון הזה אמר ללחכם אידא הייא גיר לעדות מא נחיירו סי פיהא ועוד שהרי האב והעדים מכחישין זא"ז שאביה אומר שהאב הוא שקיבל קידושי בתו והעדים מעידים שהבת עצמה היא שקיבלה קידושיה לאחר מיתת אביה והאב עצמו אין בפיהו נכונה שהרי הוא בפעם שנית כשנתפשר עמהם וקצבו לו זמן אחר התנה על עצמו ואמר שאם עבר הזמן ההוא ולא בא שאיש על מקומו יבוא בשלום ותלך הנערה ותשדך עצמה לטוב בעיניה ומעולם לא הזכיר מענין הקידושין כלום ואם איתא שקדשה

בחיי אביה מי התיר לה למהך להתנסבא לכל גבר דתצביין והלא היא עדיין מחוסרת גט אלא ודאי שקר ענה האב הנז' גם העדים הנז' ואי שתקי שתקי ואם עודם מחזיקים ברשעתם יחולו על ראשם כל האלות הכתובות על ספר תורת מרע"ה והנערה רשאה ושלטאה על נפשה למהך להתנסבא דכל גבר די תצביין ולראיה ח"פ פאס יע"א באדר שני תקל"ב לפ"ק וקיים:

אליהו הצרפתי ס"ט מתתיה סירירו ס"ט משה בלא"א אברהם בן זמרה ס"ט שמואל אבן צור סי"ט אמת ויציב דלית כאן חשש קידושין וכמו שהרחיב הענין החכם הפוסק נר"ו והסכימו עמו בעלי תריסין ישצ"ו ומעתה והלכה והיתה לאיש אשר יחפוץ לקחתה, כ"ד גולה ונדח ח"פ פאס בזמן הנ"ל וקיים:

יהודה בלא"א אברהם קורייאט זלה"ה סי"ט:

סימן טו

נדרשתי אחו"מ לחוות דעתי בענין שבויה שנשבית יתירה מבת ג"ש ויום א' ששבאה גוי א' בעד חוב שנושא באחיה ותפס בה והמירה והושיבה אצל א' מנשותיו ועמד כהן א' ופדאה מהגוי הנז' ולקחה לו לאשה ואחר עבור ט' שנים מיום שנשאה נתעוררו משינתם חכמי דבדו וקראו עליו ערער שנשא שבויה ונחלקו לב' כתות זה אוסר וזה מתיר מאן דמתיר אינו מתיר אפי' בדיעבד אלא משום דחשיב לה כדין נחבשה ע"י ממון דמותרת לכהונה אפי' לכתחילה דאיתא בסי' ז' סי"א. ומאן דאסר אסר אפילו בדיעבד משום דיד גוים תקיפה על עצמן דאפי' ע"י ממון אסורה לכהונה ומסיים מדעתו דאפילו אם נשאת תצא ונמשך לו טעות זה מריש הסי' הנז' שכתב מר"ן שבויה שנשבית והיא בת ג"ש ויום א' או יותר אסורה לכהן וכתב הב"ש וז"ל ואסורה לכהן ואם היא נשואה לכהן תצא ממנו, והבין בדעתו שהרב ב"ש מוסיף על דברי מר"ן ומשלים דבריו דמלבד שאסורה לכהן דלא תנשא לכתחילה אלא אפי' אם נשאת תצא וגם מאן דמתיר נמשך אחר טעות זה אלא דמוקי לה בנחבשה ע"י נפשות וכולם שגו ברואה פקו פליליה דהב"ש בא להשמיענו דין אחר באשה שהיא נשואה לכהן ונשבית והיא תחת בעלה דקי"ל תצא כמבואר בסי' זה אלא שהרב ב"ש בא ליישב מאי שנא מההיא דזינתה ואומרת לכשר נבעלתי דמותרת יע"ש:

ועעמא רבא איכא לחלק בין נשואה שהעידו בה עידי שבייה דתצא מבעלה ובין שבויה שנשאת דלא תצא דבשלמא נשואה אין מאמינים לה דהא נוגעת בדבר אבל אשה שבויה שנשאת לא שבקא התירא ואכלה איסורא שהרי בידה להנשא לישראל למי שתרצה

בהיתר ולא כהן באיסור וכמ"ש הרב ח"מ ס"ק ח' והב"ש ס"ק י"א יע"ש ומהאי טעמא הוא דאמרי' דאם נשאת לא תצא דאי לאו דקים לה בגוה דטהורה היא לא שבקת היתירא וכו':
ומשנה שלימה שנינו בפ' האשה שנתארמלה דף כ"ב אם יש עדים שנשבית והיא אומרת טהורה אינה נאמנת ואם משניסת באו עדים הרי זו לא תצא ואע"ג דמוקי לה אבוה דשמואל בגמ' ד' כ"ג בלא שנשאת ממש אלא כיון שהתירה לינשא אע"פ שלא ניסת ומאי לא תצא דקתני לא תצא מהתירה הראשון ע"כ רבותא היא דאתא לאשמעינן אבוה דשמואל דלא תימא מתניתין בדוקא שנישאת ממש אלא אפי' לא ניסת ממש אלא שהתירוה ב"ד לא תצא מהתירה וכ"ש בניסת ממש אפי' בלא היתר ב"ד כפשטא דמתניתין דלא תצא דהכי דייקינן נמי מסיפא דברייתא המסייעת לאבוה דשמואל דקתני ואם באו עדי טומאה אפי' יש לה כמה שנים תצא משמע דלא אמרינן תצא רק בעידי טומאה ממש וכל היכא דליתנהו לעדי טומאה לא תצא אע"ג דאיתנהו לעדי שבויה או לעידי קלא כיון שכבר ניסת אפי' בלא היתר ב"ד ופסקה מר"ן בסי' הנז' ס"ו דבעידי טומאה הוא דאמרינן תצא יע"ש וכן יראה למעיין בתשו' הריב"ש סי' ר"ל שכתב דאפשר לדחויי דמאי דקתני ברישא דברייתא התירוה לינשא ואח"ך באו עדים לא תצא היינו לא תצא אם ניסת ממש ולא מהתירה הראשון והא דקתני אם התירוה לינשא למימר דדוקא בניסת בהיתר ב"ד הוא שלא תצא הא בלא היתר ב"ד אף אם ניסת תצא וסיים דליתיה להאי פירושא לאבוה דשמואל דאמר מאי לא תצא לא תצא מהתירה הראשון ולא הניחה כפשטה לא תצא אם ניסת ולהשמיענו דוקא בהיתר ב"ד אלא ודאי כל שניסת אפי' בלא היתר ב"ד לא תצא, וביה הרוחנו פי' דבור קטן של תוס' וז"ל באו עדים לא תצא פי' לא תצא מהתירה הראשון עכ"ל והוא תמוה למה הוצרכו התוס' לפרש כן בברייתא אכן לבל נפרש כאידך פירושא דאפשר לדחויי דכתב הריב"ש ונוקמה לברייתא לא תצא בהיכא דניסת ממש ולהשמיענו דוקא בהיתר ב"ד לכך הוצרכו לפרש לא תצא מהתירה הראשון, ומינה דאם נשאת ממש אפי' בלא היתר ב"ד לא תצא ודו"ק:
ומ"ש מר"ן בסעיף ו' מי שאמרה נשבית וטהורה אני והתירוה ב"ד לינשא והגיה מיר"ם או שנשאת לפני ב"ד ולא מיחו בה ואח"כ באו עדים לא תצא לא תידוק מינה אבל ניסת בצינעא בלא ידיעת ב"ד ובאו עדים תצא דא"כ תיקשי לן ההיא דסוף סי' י"א וז"ל כל היכא שהתרו בו וכנס לא מקרי דיעבד ומפקינן לה מיניה. ע"כ. משמע דלא מפקינן רק בהיכא דהתרו בו ב"ד והמרה את פיהם ומשום דקנסינן ליה שהמרה בב"ד כמו שמבואר בב"י בסוף סי' י' משם הרישב"א יע"ש. אבל בהיכא דלא המרה בב"ד ונשא בלא ידיעתם בצינעא לא מפקינן מניה אלא ודאי הכי דייקינן בשלא מיחו בה ב"ד הוא דלא תצא הא

אם מיחו בה ב"ד והמרית בב"ד קנסינן לה ומפקינן וכההיא דסוף סי' י"א אבל בהיכא דלא מיחו בה וניסת בצינעא מעצמה דליכא המראה בב"ד לא תצא ודו"ק:

ומעתה דברי מור"ם ודברי הרד"ך עולות בקנה אחד דכל שנישאת בצינעא בלא ידיעת ב"ד לא תצא ואין כאן חששא שחשש הרב ב"ש ממה שהביא מור"ם סברת הרד"ך בד"מ וכאן בש"ע השמיט דבריו דמשמע דלא סבירא ליה וכו' יע"ש, ולמאי דפרישנא כאן בש"ע עצמו שם רמז לדברי הרד"ך:

ודע דאפי' ההיא דהתרו בו ב"ד והמרה את פיהם שנויה היא במחלוקת כמ"ש מר"ן הב"י בסוף סי' י"א וסי' י"ב ובסי' י' יע"ש, ותלויה מחלוקתם בחילופי נוסחאות הירושלמי וכתב הריב"ש בסי' רמ"ב דכיון שיש התחלפות בנוסחאות הירושלמי ספיקא הוא ומספיקא אין כופין להוציא ואף דמרן פסק כהרא"ש שהביא הטור בס"ס קמא וכדעת הרשב"א מ"מ כיון דהריב"ש דהוא בתראה פסק דאין כופין להוציא אפי' בהנהו דסי' י"א דאיכא לתא דא"א הבו דלא לוסיף עליהם בדין שבויה דבשבויה הקילו כדאיתא התם בגמ' הנז', ובקידושין ד' י"ב משום דמנוולא נפשה באפי שבאי יע"ש, והרמב"ם פרק י"ח מהל' איסורי ביאה הלכה י"ז כתב הואיל ואיסור כל הספיקות כלן מד"ס לפיכך הקילו בשבויה יע"ש ועוד דבהדיא כתב הריב"ש דאף לפי הנוסחא האומרת שכופין להוציא כיון דמשום קנסא הוא י"ל היכא דאתמר אתמר היכא דלא אתמר לא איתמר דחידוש הוא ולא גמרינן מניה יע"ש: אסיקנא דאפי' בהיכא דנישאת מעצמה בלא היתר ב"ד ובלא ידיעתם לא תצא בעדי שבויה רק בעדי טומאה מעתה אין מקום חלות למחלוקת חכמי דוברו דזה חשיב לה כנחבשה מחמת ממון ושרייא וזה חשיב לה כנחבשה מחמת נפשות מחמת דיד גוים תקיפא דאף בנחבשה מחמת נפשות עצמה לכתחילה הוא דלא תנשא אבל אם נשאת לא תצא:

ומה גם דבנ"ד איכא כמה צדדין וצדי צדדין להיתרא חדא כיון שפדאה ולקחה לו לאשה אמינא אי לאו דקי"ל בגוה שהיא טהורה לא שדי זוזי בכדי כדאיתא בס"ג וז"ל ואם פדאה והעיד בה הרי זה ישאנה שאלו לא ידע שהיא טהורה לא נתן בה מעותיו ע"כ ולאו דוקא מעיד מה שראה וידע הוא עצמו שהיא טהורה דזה אי אפשר רק בשלא זזה ידו מתוך ידה אלא אפי' שמע מאחרים ולמד מדבריהם שהיא טהורה סגי בכך דהלכה רווחת דעד מפי עד מהני בשבויה ואע"ג דמר"ן הב"י בסי' הנז' כתבה בדרך אפשר הרי הרב חכם צבי בתשובותיו סי' קמ"א תלי לה כיפי בראיות תלמודיות דעד מפי עד מהני וא"כ בשיאמר הבעל שנתברר לו מאחרים הכשרים לעדות שבויה דטהורה היא סגי דאלו לא נתברר לו לא שדי זוזי בכדי וכ"ש שהחכם המתיר כתב שהעידה לו אשה שהיתה שכינה עם

אשתו של הגוי הנז' שהניח אצלה בעלה השבויה הנז' כשתפסה והמירה והיתה נכנסת ויוצאת אצלה וכתב מור"ם בסי' הנז' סי"א בהגהה כל שהיהודים נכנסין ויוצאין אצלה שרייא יע"ש, ומה שחזרה לפני האוסר אינה כלום דאינה חוזרת ומגדת:

ועוד דבנ"ד שהיתה בתולה כשנשבית ואחת דתם להמית את המאנס את הבתולה אמרינן דלא נגעי בה וכמ"ש הרב תה"ד משם א' מהגדולים ואע"ג שגמגם בדין זה כמ"ש הרב ח"מ בס"ק כ"א מבואר הוא בדברי הרב תה"ד סי' רמ"א דלא גמגם אלא בעומדת בניסיון נגד דתם ולא המירה דאפשר דניחא להו ולא פגעי בה במידי גם כי אנסה אבל בהיכא דתפסו בה להמיר לא נגעי בה דאחת דתם להמית המאנס את הבתולה ובנ"ד הרי תפסי בה להמיר והמירוה קם דינא דלא נגעי בה משום דאחת דתם להמית המאנס אותה, ועוד דאיתא התם בתה"ד דהא דנחבשת מתרצית דוקא נחבשה בדין אבל שלא כדין מותרת ע"ש וכן משמע מלשון הלבוש יע"ש, ובר מן דין בנ"ד שמצא לה הבעל הנז' בתולים מוכח דשמרה בטהרה וחק לא הפירה ואע"ג שהביא הב"ש ס"ק א' דהט"ז אוסר משום חשש דשמא הערה בה השבאי הרי מצינו להרב פנים חדשות דף ט"ל הביא משם מהריד"ך בנדון נערה שנגנבה לגוים ובע"כ המירוה ושוב ראתה כהן דהוציאה ולקחה לו לאשה כתב בפשיטות דיש לסמוך על כי מצאה בתולה ומותרת יע"ש, ושוב מצאתי להרב הגדול הרשב"ץ בתשובותיו חלק ג' שאלה קמ"ח וז"ל ולאחר שנפדית בעלה ישראל והסיר בתוליה וזאת ראיה ששמרה בתוליה ביד השבאי ולשלא כדרכה לא חיישינן שאין דרך שבאי להניח בעילת בתולה כדרכה ולבעול שלא כדרכה וכ"ש שבשבויה הקילו וא"כ אם הוא כהן מטעם שבויה אינה אסורה עליו עכ"ל וכ"ש דליכא למיחש להערה בה כי לא ינוח רוגז תוקף יצרו בהעראה לבד:

העולה ממאי דכתיבנא דשבויה זו כשרה לכהונה ואפי' אם לא נשאת תנשא לכתחילה וכ"ש עכשיו שכבר נשאת דלא תצא ואין כאן חשש איסורא ועל חנם הבאישו ריחא חכמי דוברו והרעישו העולם בקולי קולות פוק תני לברא, ומי יתן החרישון יחרישון שתיקא יפה מדיבורא, ואם היה לבם נוקפם שיש חשש אפרושי מאיסורא, היה להם לעשות הדבר בלשכת חשאין ולשאול באורי'ם זו מותרת או אסורה. וכל המסתפק ושואל קרינן ביה יודע מעביר אפילה ומביא אורה, והמה מרו ועצבו בדרך קנטור והתנגדות ליכא כתיב'א דלא רמו בה תיגרא, ולאחד קראתי חובלים הר' יצחק הכהן שכל דבריו קוצים וברקנים בעיני שכנגדו ולא כך היא דרכה של תורה, אי סייפא לא ספרא. ועל העבר בעי כפרה ועל העתיד לך לך אמרינן נזירא. איש על מקומו יבא בשלם נוחים זה

לזה להשקיט ריב ומצ'ה עצירה, גם ה' יתן הטוב למען צדקו הגדיל תורה,. החותם פה צפרו במרחשון שנת בני א"ם תק"ח אמרי לפ"ק:
שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן טז

במותב תלתא כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הי' יוסף ן' יחייא ה"ן מאמאן לפני היכל הקדש אחר האיום כראוי אן לקאייד וסחאבו כאנו ידכלו ללגרפא די שמחה אשת הי' מסעוד ה"ן שטרית וידיע אלפילאלי יסרבו מאחייא תמא. פעם כא יכון ואחד מן כוואנהא מעאהא פעם כא תכון אומהא מעאהא פעם כא יכונו ראסהום ראסהא גיר אידא כאנו יכונו ולאדהא מעאהא ולילא די פאס קבדו לגוי פגרפתהא תכף די כרזו לגוי מן תמא דכל זבר תמא בוהא פגרפתהא עכס"ע וקבלנוה כדחזי ואתי' הכא תמ"ת והיה זה בג' בשבת ט"ו לכסליו שנת התקנ"ד ליצירה וקיים עכ"ל וחתו' עליו הח' הש' כהה"ר ישראל יעקב עולייל יצ"ו והר' חיים ן' יתאח ונתקיי' לנו חתי' כדחזי: וס"ל נמ"ך וז"ן בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הר' אהרן בה"ר מסעוד ה"ן שלוש לפני היכל הקדש אחר האיום והגזום כראוי ככל אשר העיד העד הנ"ל בלי תו"מ עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בזמן הנ"ל שנה הנ"ל וקיים עכ"ל וחתו' עליו הח' הש' הדו"מ כמוהר"נ שאול אביטבול וכהה"ר אברהם אציני ונתקיימו לנו:
חתימותיהם כדחזי:
וס"ל נמ"ך וז"ן במותב ג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הר' דוד הכהן בכה"ר שלמה הכהן והר' אברהם בכה"ר מרדכי אלבאז בתע"ג אן אלילא די פאס מסאוו וקבדו לגוי פלגרפא די שמחה הנז' זברו לגוי פלגרפא הנז' וסי דבר מכוער מא ראווהסי וראוו בוהא פלגרפא ולא ערפיס כאן בוהא כאן הנאך מקודם אוו דכל אח"ך עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בזמן הנז' שנה הנז"ל והשו"ב וקיים וחתו' החה"ש הדו"מ כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול יש"ץ וחח' הש' הדו"מ כהה"ר אברהם אציני ונתקי' לנו חתי' כדחזי ע"כ, עמד לפנינו בעלה של האשה הנז' ותבע ממנו שורת הדין אם אשתו הנז' אסורה או מותרת ואחר ההתבוננות היטב בהעדויות הנ"ל ראינו דאין כאן דבר האוסר אשה לבעלה דאין כאן אלא ייחוד בעלמא וקי"ל דאין אוסרין על היחוד אא"כ קינא לה בעלה תחילה בפני שנים וא"ל אל תסתר עם איש פ' אפי' אם הוא אביה או אחיה או גוי או שחוף ונסתרה עם זה שקינא לה ממנו אז היא אסורה אמנם אם לא קדם לה קינוי ובאו עדים שנסתרה עם איש א' אפי' גוי ואפי' שהתה כדי טומאה ואפי' נסתרו יחד על דעת

ערוה אינה נאסרת על בעלה כדפסק מרן בא"ה סי' קע"ה ס"ב כיצד הוא הקינוי וכו' ובסעי' ו' וז"ל וכן אם נסתרה בפני עדים ושהתה כדי טומאה עמו ולא קינא לה בפני עדים מותרת שאין אוסרין על היחוד אפי' נסתרו יחד על דעת ערוה אא"כ קינא לה וכו' וכן היא הסכמת כל הפוסקים [עי' ב"ש בסי' י"א סקי"א] דאין אוסרין על היחוד בלתי קינוי וסתירה ולא חלקו בין יחוד הגוי ליחוד ישראל דאע"ג דגוים שטופי זמה נינהו וחביבה עליהן בהמתן של ישראל יותר מנשותיהם אינה נאסרת אלא ע"י קינוי וסתירה דאם הוא חשוד לזנות מ"מ הוא מתיירא שמא תזעק ויתפס עליה ועי' הרשב"א סי' אלף רנ"א באשת כהן שנכנסה בחצר המטרה עם גוי והגיפו הדלתות וחשיב לה יחוד דאין אוסרין עליו יע"ש, וכן משמע מההיא דרב הונא סוטה דף כ"ו דאמר גוי מקנין על ידו ומק' בגמרא פשיטא ומשני מהו דתימא נטמאה לטמאה ב' פעמים א' לבעל וא' לבועל היכא דקא מסתרא אבועל בהאי זנות אבל הא הואיל ואסורה וקיימא נימא לא קמ"ל ע"כ, הרי דרבותא היא לאסור בייחוד דגוי אפי' ע"י קינוי וסתירה, ומינה דבהיכא דליכא קינוי וסתירה שרינן אפי' יחוד הגוי וכן פסק במור"ם בהדיא סי' ז' בהגה סוף סי' י"א וז"ל, אבל אם נתייחדה עם גוי אפי' שחייבת להם אין אוסרין על היחוד אע"פ שעשתה שלא כדת ואפי' יצא עליה קול זנות כל קלא דבתר נישואין לא חיישינן וכו' יע"ש. ובמה דסיים שם אבל אם נתיחדה לשם זנות יש להחמיר עי' מ"ש בזה הרב חלקת מחוקק והרב ב"ש דמיירי בכהן יע"ש:

ואע"ג דאשכחן להרב מהריט"ץ בשאלה קצ"ב שחילק בין יחוד דגוי ליחוד ישראל וז"ל ואע"ג דקי"ל אין אשה נאסרת על בעלה אלא ע"י קינוי וסתירה אבל לא ע"י דבר מכוער היינו דוקא בישראל אבל בגוי בעידי דבר מכוער בזה איפשר לאוסרה עכ"ל מלבד דבדרך אפשר אמרה למילתיה עוד זאת דייק בלישניה אבל בגוי בעידי דבר מכוער כזה משמע דלא אסר אלא ביחוד כאותו נדון שנשאל עליו שהיה הדבר מכוער ביותר שאותה אשה יצאה עליה ש"ר שמזנה עם העצים והאבנים ושהיא מזנה עם הגוים והלכה מאליה לבית הגוי החשוד וסגרו הדלת בעדם ושהתה עמו זמן רב וכשיצאה יצא הגוי אחריה וחבקה ונשקה בחוץ יע"ש והביא סמוכות לדבריו מדברי הרמב"ם פ' כ"ד מה' אישות הלכה ך' בנשים שגנבו ליסטים שהם אנוסות ומותרות לבעליהן ואם הלכו מאליהם לליסטים הרי אלו ברצון ואסורות לבעליהן יע"ש משם למד הרב מהריט"ץ להחמיר לאסור בזו שהלכה מעצמה לרשות הגוי נוסף על הדברים המכוערים הנ"ל וכן מצאתי לריא"ז אשר סביבות הרי"פ ריש פ' אין מעמידין אהא דתנן לא תתייחד אשה עמהם וז"ל ואם נתייחדה עם הגוי מותרת לבעלה ואם היתה בביתו של גוי אסורה עכ"ל הרי דבהיכא דנתיחד עמה

הגוי בביתה שרייא ולא שני לן בין יחוד דגוי ליחוד דישראל זולת בהלכה מעצמה לבית הגוי ונתייחדה עמו יש לאסור ומה גם דמהריט"ץ עצמו אפי' בנדון דידיה שהיה הדבר מכוער ביותר לא מלאו לבו לאסור אשה על בעלה וכמ"ש בסיום דבריו וז"ל אמנם לבי נוקפי לאסור אשה לבעלה אם לא בדבר ברור יע"ש וכ"ש בנ"ד שלא הלכה לביתו אלא הוא בא לביתה ונתייחד עמה יחוד בעלמא בלתי שום דבר מכוער מהדברים המכוערים גם מ"ש מהרי"ו סי"ח וז"ל ואם הוו תרי סהדי שהיתה עם הגוי בחדר אפשר דאסורה אפילו בלא קינוי דגרע טפי מסתירה בעלמא והוא דבר מכוער ע"כ אין כוונתו לומר דבכל יחוד דגוי הוי דבר מכוער אלא מטעם שהיתה עם הגוי בחדר סגור דאפי' בישראל כה"ג הוי דבר מכוער וכמו שסיים בדבריו בהדיא בטעמא דמילתא משום דמנו חכמים לנכנסו זה אחר זה והגיפו הדלתות בהדי דברים המכוערים ומשום הכי הוא דחשיב לה מהרי"ו דבר מכוער לאיסור בלי קינוי לדעת השאלתות ורש"י דאוסרין בעידי כיעור אבל ביחוד דגוי בלי הגפת דלתות אע"ג דשטופי זמה נינהו לא חשיב לה כיעור ומותרת גם לדעת רש"י והשאלתות:

ואפילו לפי עדותם הראשונה שהעידו העדים הנ"ל שלא בפני האשה ושלא בפני בעלה והעלימו שמותם בק"ע ואח"ך באו והעידו בפני בעל האשה כאמור לעיל דקי"ל דאין לקבל עדות שלא בפניה ושלא בפני בעלה כדכתב מור"ם בהגה סי' י"א ס"ד יע"ש בשם תשובת הרא"ש, וסיים הרא"ש בתשובה הנז' וראוי שעדות זה תתקבל בפני גדולי ישראל הבקיאים שידרשו ויחקרו היטב כדי שלא לאסור אשה על בעלה יע"ש, מ"מ אפי' לפי עדותם הראשונה דאמרו שהיה היחוד ע"י הגפת הדלת האלבראח של העליה שדרה בה האשה הנז' איתתא שריא דאנן בדידן לא קי"ל כרש"י והשאלתות אלא כדברי הרי"ף והרמב"ם וסיעתם דאין אוסרין אשה על בעלה בדברים המכוערים אפי' בתכלית הכיעור כההיא דרוכל יוצא והיא עומדת מעל המטה וחוגרת בסינר וכיוצא מהנהו דחשיב מר"ן בסי' י"א ס"א וכן היא מסקנת מר"ן דאין אשה נאסרת בעידי כיעור אא"כ היו ב' עידי טומאה ממש שראו אותם דבוקים זב"ז כדרך המנאפים וכמו שרקד ובירר וטיהר וזיקק כל הסברות בב"י סי' י"א יעש"ב את כל היד החזקה מגדולי המורים דקיימי בשיטה זו ופסקה בשלחנו הטהור סי' קע"ח סי"ו וז"ל מוציאין ע"י עידי טומאה אפי' לא ראו כמכחול בשפופרת מאחר שראו אותם דבוקים זב"ז כדרך המנאפים ע"כ, ובסי' י"ח וז"ל כל אשה שבאו ב' עדים והעידו שזינתה עם זה כשהיתה תחת בעלה הרי זה תצא מזה אע"פ שיש לה ממנו כמה בנים יע"ש:

ובר מן דין כתב הרשב"א סי' אלף קפ"ז דאפי' לד' רש"י והשאלתות לא אסרו אלא באין לה בנים אבל כשיש לה בנים לכ"ע אין מוציאין עכ"ל יע"ש וא"כ אשה זו מותרת לכ"ע: ואע"ג דקי"ל בהיכא דאיכא עידי כיעור אם ירצה הבעל לגרשה תצא בלא כתובה כמ"ש הרמב"ם פכ"ד מהל' אישות הל' ט"ו וז"ל כיצד היא יוצאה משום ש"ר כגון שהיו שם עדים שעשתה דבר מכוער ביותר שהדברים מראים שהיתה שם עבירה אע"פ שאין שם עדות ברורה בזנות כגון שהיתה בחצר לבדה וראו רוכל יוצא ונכנסו מיד בשעת יציאתו ומצאו אותה עומדת מעל המטה והיא לובשת המכנסים או חוגרת אזורה וכו' וכיוצא בדברים אלו אם רצה הבעל להוציאה תצא בלא כתובה ואין זו צריכה התראה עכ"ל, ורמזה מר"ן בסי' קט"ו ס"ה וז"ל וכן הדין במי שזינתה או שיצאה משום ש"ר שאבדה כתובתה יע"ש דפירוש זינתה היינו דאיכא עידי טומאה ופי' יוצאת משום ש"ר היינו בעידי כיעור דאל"כ תרתי ל"ל ודו"ק. הרי בהיכא דאיכא עידי כיעור אע"ג דאינה נאסרת על בעלה מ"מ אם ירצה לגרשה תצא בלא כתובה הכא בנ"ד לא הפסידה כלום חדא דלקושטא דמילתא יחוד הוא דאיכא הכא כיעור ליכא, ועוד אפי' לעדותם הראשונה דיש כיעור בדבר על ידי הגפת דלת האלבראח אפ"ה לא הפסידה כלום שהרי כתב הרשב"א בסי' אלף רנ"א אהא דאמרינן בירושלמי פ' המדיר אמתניתין דאלו יוצאות שלא בכתובה דמונה והולך שם דברים המכוערים דרוכל יוצא וכו' ותרעא טריק וכו' דסיים בירושלמי דבכולהו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת ולא אבדה, כתובתה וסיים הרשב"א ואין לך ראיה ואמתלא לדבריה יותר מזה שלא נתייחדה לרצונה אלא מתוך האונס יע"ש ובנ"ד כל מה שנעשה בהאשה הנז' היה באונס שמעשה שהיה כך היה שבחדש שבט התקנ"ג באה לפני אני החותם א' האשה הנז' בדמעתה על לחיה בוכה ומבוכה והגידה שהגוי שר העיר ואחוזת מרעהו שהם רגילים ליכנס לבית היהודים לעשות להם מסיבה ומשתה היו נכנסים אצלה לפעמים ובעלה בעיר לאכול ולשתות בביתה בפני בעלה ולא ידעה מה עד ששלח לה השר עם הארורה עלו אדבדובייא לסרסרה לו לדבר עבירה ושהלכה והגידה ליחידי הקהל אחד אחד וקבלה לפניהם להצילה ואין מושיע ואנכי עמדתי מרעיד ושלחתי ליחידי הקהל והוכחתים על ככה וחזקתי אותם להשתדל בהצלתה עם היות שידי מסולקות מהם ומכל ענייניהם והם הלכו אצל השר וחזרו והגידו לי שהלכו אצל השר ונתחכמו לבל יטור להם איבה ותלו הדבר בהעקובת הנ"ל באמרם אליו שהיא גילתה סודו לבית השר שנסתלק שמנגדים אותו ומבקשים רעתו ופרשה רשת לרגלם להתפיסו בידם כגנב במחתרת ומחמת כן פירש ליכנס עוד לשום מקום עד שחקר ודרש מהם או מהמהם עד שנתגלה לו הענין כהוויתו וחזר לסורו הרע ליכנס כמנהגו

ולימים תפס לבעלה של האשה הנז' לעשות להם מסיבה ומשתה בביתו הוא ואחוזת מריעיו ולא יכול בעלה להשיב פניו מלעשות להם מסיבה ובאו לביתו בלילה ועשה להם מסיבה ומשתה וכראות האשה הדבר הזה נכנסה לבית שכנתה והניחה בעלה עמהם בבית ולמחר הזמינה את בעלה לפני על ככה על לא טוב עשה שנתרצה להזמינם לביתו אחר שידע תוכן ענייני השר ומחשבתו הרעה שחושב עליה ותבעה מבעלה לעשות לה איזה אופן להצלתה ואפי' להוליכה לעיר אחרת היא מזומנת ללכת אחריו והבעל אמר שאין כל מאומה בידו במה יוליכנה למקום אחר ונתייעץ להוציאה מאותו בית שדרין בו שבחצר המשותפת בינו ובין יורשי מסעוד אלקובי ולהשכיר ביתו לזולת יען שאותה חצר היא נתונה במבוי שבקרן זוית ולא שלטה בה עין רואה ולהשכיר לה מדור בחצר אביה שפתח החצר פתוח להמקום שמוכרים שם ירקות ופירות בקביעות ועין כל בני העיר צופה לנכנס לשם ושיש שם שכנים מיחידי הקהל שאפשר שיתיירא מהם ולא יכנס וכן עשה שהשכיר לה המדור בחצר הנז' והלך לכפרים שרגיל שם לעשות מלאכתו ועכ"ז לא הועיל שלא היתה להגוי הנז' ולמריעיו שום בושת ליכנס לשם והיו נכנסים לעשות בביתה מסיבה ומשתה ומביאים להיחידים הנז' לאכול ולשתות עמהם ועל הרוב מיסב עמהם אחד מאחיה או אביה כדברי העדים הנ"ל ואפי' במה שהעידו שפעמים נשארים עמה לבדם לא לבדם ממש אלא עם בניה הקטנים הגדול בן ט' שנים והקטן בן ז' שנים ולסברת העדים כאלו אינם עד שעלתה טינא בלב יחידי הקהל על רוע מעללי השר ואמרו ששלחו לו עם הגוים להתרות בו לבל יכנס עוד לבית האשה הנז' וכיוצא עד אותו הלילה שהוגד להם שנכנס לשם הוא ושנים מריעיו והלך א' מהיחידים לשם לראות ותיכף יצאו שלשתם משם והשני מריעיו עדיין היו הולכים ומשוטטים לצד חצירה הנז' ובאו לפני היחידים אני החותם א' ואמרו לתפוס האשה הנז' לעשות בה משפט להבאיש ריח השר הנז' ואז ימצאו מקום להשפיל גאונו ע"י השר הגדול שבפאס יע"א ונומיתי להם מה היה לה להאשה הנז' לעשות יותר ממה שעשתה שקבלה עליו לפניכם ואין מושיע ואמרו לי שיעמוד א' מהיחידים לצוד הב' גוים מריעיו המשוטטים סביבות חצירה אם יכנס א' מהם בזה הלילה ויגיפו הדלתות מבפנים שיסגור עליהם מבחוץ כדי שיתפס הגוי שם כגנב במחתרת. ותיכף שהלכו מאצלי עלתה צעקתם שתפסו א' ממריעיו שמצאו שנכנס לשם ונתחזקו ותפסו לגוי הנז' בביתה ע"י שר א' שיש בעיר הזאת וכל כן מסרו עצמם עד שלא הבחינו אם היה אביה עמהם בהעליה או לא כנז' בק"ע הב' יחידים הנז' שנכנסו תחילה ע"כ תורף המעשה הרי מוכח מסיפורי המעשה שאנוסה היא האשה הנז' בכל ענייניה ואפי' אם היה איזה כיעור בהיחוד הנ"ל מחמת

אונסא הוא ומהשתא אפי' לרש"י והשאלתות דאסרי בדבר מכוער יודו כשהדבר מכוער נעשה על צד האונס שהרי מהני אונס למי שנטמאה בעיר וצעקה ואין מושיע וגם זו צעקה ליחידי הקהל בפרטות ובכללות ולבעלה כאמור ואין מושיע:

ומה גם דאפי' יחוד גמור אינו בנ"ד מחמת שהיו בניה עמה דקי"ל בקידושין דפ"א ע"ב ופסקה מר"ן בסי' כ"ב ס"י דתנוקת קטנה שיודעת טעם ביאה ואינה מוסרת עצמה לביאה אם היתה עמה דיכולה להתייחד שאינה מזנה לפניה שהיא מגלה את סודה ומשמע בגמ' דלרבותא נקט קטנה דאע"ג דבגדולה קי"ל לא יתייחד עם ב' נשים מפני שדעתן קלה ונוחות להתפתות ומחפות זו על זו ואין אחת בושה מליבעל בפני חברתה משא"כ בקטנה דלא לבשה יצה"ר אין כאן משום נוחות להתפתות ואדרבא מגלה את סודה וכ"ש בבן קטן דודאי מגלה את סודם ולא חשיב יחוד זה יחוד כיון דיש מונע מלעשות עבירה, ואע"ג שהשר הנז' שלח לה לסרסרה לדבר עבירה והוי כרגלים לדבר דלחשוב יחוד דידיה חמיר משאר יחוד אדרבא נימא כיון שתבעה ולא נתבעה ואדרבא גילתה את סודו ופרסמה את מחשבתו הרעה יהא נמנע מעבירה וימלא תאותו בהסתכלות דטוב מראה עינים מהלך נפש וכההוא עובדא דסנהדרין דפ"ח באדם א' שנתן עיניו באשה א' והעלה לבו טינא ואמרו הרופאים אין לו תקנה עד שתבעל לו וחזרו לומר תדבר עמו מאחורי הגדר ובזה ימלא תאותו יע"ש, סוף דבר חזרנו על כל הצדדים ולא ראינו צד לאוסרה על בעלה והרי היא עומדת בהתירה ולא הפסידה כלום מכתובתה כדכתיבנא, וצוייי"מ וימ"ן הח"פ צפרו בכסלו מש' לא נטמאה האשה וטהורה הוא לפ"ג והשו"ב וקיים וחתומים עליו החה"ש הדה"מ כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול יצ"ו והחה"ש הדו"מ כהה"ר אברהם ן' יעקב אציני יצ"ו ונתקיימו לנו חתימותיהם כדחזי והחה"ש הדו"מ כהה"ר שלמה אביטבול ונתקיימה לנא חתימתו כדחזי וחתי' הכא תמ"ת:

הצעיר יהודה סירירו יש"ץ סליט"א חיים בלא"א מסעוד ן' יתאח סי"ט:

סימן יז

טופס והעתקת פס"ד שרצו בעליו לשולחו לעיר אחרת לשאול באורי'ם ולבלתי ידח ממנו נדח נדרשנו להעתי' וז"ן אוב"א תב"ת עמדו לפני לדין אני החותם כאן ראשון הר' מכלוף ן' הר' מסעוד נ"ע ה"ן שרביט תובע מאמו ומשאר יורשי אביו שיפרע תחילה מראש ממון בהשטר משכונה שי"ל נגד אביו הנז' כתוב לזכות אשתו מסך תק"ם מ"ם על הבית הידוע לאביו בחצר הנק' ע"ש אזרוד ותובע שכירות הבית הנז' מיום הוסד המשכונה ועד עתה ונומיתי לו אני הח"מ הס כי לא להזכיר השכירות מחמת שאביו הנז' הוא

עצמו הדר בהבית ולא העמיד לו שוכר, ועל סך המשכונה השיבתו אמו תשובה נצחת שיחשוב מזונות ב' שנים ומחצה שהיה הוא ואשתו אוכלים משל אביו הנז' והשכירות שפרע בעדו של הבית שהיה דר בו הבן הנז' ואשתו מיום נשואיו ועד היום שלפי דבריה נתנו בשכירות שנה ומחצה לערך ה"ם בכ"ח הוי צ"ם ומשם ואילך היו פורעים בעדו סך ב"ם ת בכ"ח שעולה למשך ב' מ"מ הוי סך ק"ם ח"ם והשיב הבן שכל מה שעשה לו אביו הוא בתורת ג"ח דאם איתא דאדעתא לאישתלומי היה מאכילו הי"ל לכתוב עליו שטר מזונות או לג"ד דלאו בתורת ג"ח מאכילו והשיבתו אמו שכבר בחיי אביו תבעה חמותו לאביו הנז' לפרוע לה סך המשכונה לבתה או להעמיד לה שוכר שיתחייב בשכירות הבית וע"ז עמדו לפני לדין אני החותם כאן א' והשיבה אם תתבע המשכונה גם הוא יתבע המזונות וזכורני שזכה בדין לנכות מה שזן אותם ונומיתי לחמותו שיפה שתיקתה מדיבורה בזה והלך כל א' לדרכו והשתא שחזר הבן לתבוע השטר משכונה גם הם יתבעו את שלהם, ואחר שהתבוננתי בדבריהם פסקתי שהדין עם האלמנה ושאר יורשים להוציא דמי המשכונה במזונותיו ומזונות אשתו ובהשכירות שפרעו בעדו דקי"ל ביורה דעה סי' רנ"ג ס"ה בהגה דהמפרנס חבירו בסתם אמרינן שבדרך הלואה פרנסו וכמו שמפורש בדברי הה"מ פי"ב מהל' אישות הל' י"ט משם הרשב"א יע"ש, ועיין תשו' מהר"ם אלשיך סי' ע' שכתב דלכ"ע חוזר ומשתלם ממנו אפי' הוא קרוב ואפי' פרנסו הוא מעצמו בלי בקשת האיש המתפרנס וכ"כ מור"ם בהגה בח"מ סי' רמ"ו בסופו בדין מי שמאכיל לחתנו עם בתו שצריך לשלם לו מזונותיו כשיתבע ממנו אבל לא מזונות אשתו וכן הוא באה"ע בסי' ע' ס"ח ועיין מ"ש שם ב"ש סקכ"ח באורך דחוזר ומשתלם ועם היות דהתם פוטרו מיהת ממזונות האשה הכא בנ"ד חייב גם במזונות אשתו דהתם שאני דבאשה הניח מעותיו על קרן הצבי בשלא היה משל חבירו בידו כלום אבל בהיכא דהיה בידו משל חבירו כנ"ד גובה אפי' ממזונות האשה כדאיתא באה"ע סי' ע' ס"ח בהגה גבי אשה ובחו"מ סי' קכ"ח ס"א בהגה גבי פורע חובו של חבירו שלא מדעתו יע"ש ועיין הרב המאסף חו"מ סי' קכ"ה בהגה ט' אות ד' ובהגהב"י אות ך' ואות כ"א וא"כ הכא בנ"ד שיש ביד האב מנכסי הבן ואשתו דמי המשכונה בדין הוא שחוזר ומשתלם ומנכין לו כל דמי המשכו' וכבר שמו השמאים מזונות הבן ואשתו הנז' ועלו לסך תתק"ם ס"ם למשך שנתים ומחצה ולפ"ז אבדה כל המשכונה ואע"ג דהמשכונה הנז' נתחייב בה האב הנז' קודם כניסת בנו לחופה ונכתבה לזכות האשה והכניסתה לבעלה הנז' מכלל הנדוניא מ"מ הו"ל כמכנסת לבעלה מעות בעין דלהוצאה נתנו וסתם משכונה עומדת לפדיון ובנ"ד זה הוא פדיונה במה שהיה הולך וזן אותם עד גמר דמי המשכונה ועם

היות שהתנית עליו קודם כניסה לחופה שחפצי הנדוניא כארג'ין מן צ'אר בוהא שאין לו רשות למכור או למשכן אלא להשתמש בהם ולראותם בלבד מ"מ לא נזכרה המשכונה בכלל התנאי ולא התנית עליו אלא על החפצים שלא ימכרו אבל המשכונה כדקיימא קיימא כ"ז ברור למביני מדע אלא שנתעקש הבן לחזר אחר בתי דינין מפני עורכי הדיינים שלמדוהו ללא הועיל ונכנסו רודפי שלום ופישרו בינו ובין אמו עזה"ד והיינו שיטול הבן הנז' מראש ממון סך מאתים וארבעים אוקיות ויקרע השטר ויקבל עליו אחריות אשתו והעי' ע"ע בקש"מ בדל"ב ושח"ך האם ובנה הנז' אחר שקבל עליו אחריות אשתו בפירוש ובכח הקוש"ח כ"א למ"ש קבלו אנפשייהו הפשרה הנז' לבלתי נטות ממנה ימין ושמאל אפי' אם יתברר הדין עם אחד מהם ואדעתא דהכי נתן הבן השטר ביד אחד ממנו לקורעו ולאבדו ולא נשאר להם זה על זה כלום ולראיה בידם ח"פ בעישור אמצעי בכסלו שנת חמשת אלפים ותקס"ג ליצי' וקים ע"כ נמ"ך וחתום עליו התהש"ו הדה"מ כמוה"ר שאול ישועה ה"ן אביטבול ז"ל והחה"ש הדה"מ כהה"ר שלמה ה"ן אביטבול יצ"ו ונתקיימו החתי' כדחזי ולראיה ע"ה ח"פ וקיים: מאיר צבע סלי"ט שלמה בלא"א יהושע ן' חותא ס"ט אחר שנכתבו הפס"ד הנז' בטלו כל זה ונתפשרה פשרה אחרת כמשו"ח ביד כל אחד מהם והיה זה בשמונה ימים לתמוז תקע"ז לפ"ק וקיים:
מימון סי"ט שאול ס"ט:

סימן יח

הדור אתם ראו כמה נטו אחרי הבצע אלו המקבלים נכסי יתומים ונותנים לבעלי בתים במשכונה ושוכר כנהוג בנ"י ואפי' בזה"ז די רחלו מן למללא"ח במאמר המלך וסכנו פיה או"ה ותעמאל פיה אזאמע וסמעא אפי"ה כא יקבדוהום יעטיוו שכירות דזמן די רחלו מן למללא"ח והם לא ידעו ולא יבינו דאין זה אבק רבית אלא רבית קצוצה הואיל ואין בחזקתם אלמללא"ח אלא בחזקת המלך והגוים דרים בכל החצירות ובתי כנסיות ששם הם דרים בהם הגוים ואפי' שינוי השם נקרא לו כבר במאמר המלך פשוט הוא דלא אמרינן ביה קרקע בחזקת בעליה ובשלמא אנסו גוי משום דלא דר בו אלא ישראל אמרינן ביה בחזקת בעלים הוא ונ"מ אם משכנה או מכרה לישראל ואנסה הגוי איכא למימר חייב לפרוע לו דמי משכונה או דמי ממכרו ואם לא נתן איכא למימר מעלה לו שכירות. אבל בנ"ד לא הויא בחזקת בעלים לענין בעלי השכי' ומשכונה לא מצו ליתן להם שכירות המשכונה מזמן שעקרו דירתם הואיל ואינו בחזקתם, ולא דמי למשכונת היתומים שנהרסה דקי"ל יפרע הלוה קרן ושכירות אף זמן שנהרסה דאינה ראויה לדירה,

שאני התם דיכול בעל נכסי יתומים לבנותה ולהוסיף על המשכונה או יכוף הלוה לבנות לו לאיין קרקע עולם עדיין ברשות הלוה די בנא עליה אזינ'א ואפי' לא יבנה הואיל ועדיין ברשותו קרקע עולם שראוי לבנות עליה קירות הבית אמרי' כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ועל קרקע עולם הנשאר ברשות הלוה יפרע שכירות הבית לא כן בנ"ד לא נשאר ברשות הלוה על מי ראוי לבנות קירות הבית, ומעתה לא דמי נ"ד לנדון הרב יעב"ץ ז"ל שפ' ליתום שיפרע שכירות ליתום גם שכירות שנפל הבית וק"ל ודמיונם דמיון כוזב דמיונו כאריה ולא דמי אלא כאוכלא לדנא ונ"ד מודו כ"ע דהוי רבית קצוצה ולא הוי אבק רבית וחזר הדין לסיני דהלוה לו מעות יתומים ובלא משכונה ושכירות ומקבל ממנו מעות הלואה דהוי רבית קצוצה כההיא דסי' קס"א ס"ה רבית דאורייתא שהוא בדרך הלואה וכו' והזהיר עליה מר"ן בסי' ק"ס ז"ל צריך ליזהר ברבית וכמה לאוין נאמרו בו וכו' והנה הרב יעב"ץ ז"ל לא דן על טענת הטוען שטען נהרס כשנהפכה העיר דשקר ענה בזה דבשנת צ"א לפ"ק שנדונו לפניו היה לי אני החותם י"ז שנה והייתי יושב בין ברכי החכמים ולומד תלמוד ופוסקים ואני יודע שלא היתה שום הפיכה גם הרב ידע ששקר ענה ודן דין אמת שחייב לפרוע ליתומים גם בזמן שנפל הבית ומטעם שאמרנו וכמדומה שאותה שנה היה יוקר השער ובאותה שנה חילק המלך מו' עבד אללאה ר"א ילדי אדום ליהודים להאכילם והיתה המולה גדולה וא"כ איכא למימר לפי' קראה הפיכה וכפי האמת אינה הפיכה ואינה מעלה ומורדת לענין דינא. ולא עוד אלא נמשך להם טעות שטעו בדברי מוהר"ר יעב"ץ ז"ל שכתב בפסקו שכתב דכל אבק רבית מותר לכתחילה סברוהו שמותר לכתחילה אף שלא יהיה להם משכונה ושוכר והמה תעו במדב'ר והח' ז"ל כתב מ"ש מר"ן בסי' ק"ס סי"ח כל רבית דרבנן מותר במעות יתומים וכו' ופי' הב"י כגון אבק רבית או קרוב לשכר ורחוק מההפסד ע"כ, הרי דדייק אבק רבית או קרוב לשכר ורחוק להפסד דהיינו ע"י משכונה ושוכר וכשיהיה זה מותר לכתחילה כמ"ש מר"ן מותר במעות יתומים היינו לכתחילה וזה פשוט לדרדקי דבי רב, וראיתי להר' יהודה ן' עטר שבטופס הכתוב בכתב ידו שהובא אלי כדי להשקיף עליו ולהודות לטעותם שטעו בדברי מוהריעב"ץ ז"ל ראיתי שעשה זיוף אחד מאחר שכבר הראני חכם כה"ר יהושע סירירו נוסח הפסק וכתוב בו נהרס ונאבד, לא כתוב או נאבד ורצה להביא ראיה ממ"ש ונאבד כמו נ"ד, והשבתי לו לא כן אלא נאבד מן השכירות מחמת שנהרס ואינו אלא ענין אחד, ונראה להם שיתקנו הענין במה שיכתבו או נאבד במקום נהרס ונאבד אוי להם אהה לנפשו הב"ד שלא חס על כבוד קונו ראוי לו שלא בא לעולם ועכ"ז רמאי ברמאותיה אפי' לפי זיופו ה"ק דמ"ש שנהרס היינו נהרס מהכתלים ולא כולו או

נאבד היינו או נאבד הכותל כולו דאינו מועיל כ"כ כמו נהרס מקצתו או רובו דיכולים לדור בזה הבית העניים והאביונים ומ"מ העיקר הוא נהרס ונאבד ענין אחד דנאבד מן השכירות, והנה מ"ש מר"ן בסי' קע"ב ס"ב משכונה זו אם בא המלוה לחזור ולהשכירה לאחר יש אוסרין ויש מתירין וקי"ל הלכה כבתרא דיש מתירין הרי כתב בסי' קס"ד מי שהיתה ממושכנת בידו לא יחזור וישכרנה לבעל השדה וכתב הב"י דהכי נקטינן להלכה קצרן של דברים אין בעל השכירות יכול להוציא שכירות מזמן שיצא מהאלמלאח משום דהוי רבית דאורייתא והוי רבית קצוצה ולוה אם נתן עובר על כמה לאוין ויזהר להציל נפשו מרדת שחת ולא יתן ויכול הלוה למוסרן לשררה אם לא אבו למנוע עצמם, ולא עוד אלא יכולני לומר להם אחריות נפילה ושריפה על המלוה ולא יגבו אף הקרן כמו שפסק מר"ן בריש סי' קע"ב ובסעי' ג' יעו"ש, ושומע לי ישכן בטח ושאנן מפחד רעה, ומפני שאין פנאי מסכים מפני טירוף הדעת לא יכולתי להאריך, וחתום הרב המובהק החהש"ו הדו"מ כמוה"ר אליהו הצרפתי זיע"א, וס"ל נמ"ך וז"ן אוב"א תב"ת על מאי דנהוג עלמא משכונה ושכירות בנכסי יתומים אנו מצטערים אפי' בהיות המשכונה קיימת על מי יחולו השכירות משום דאיכא תיוהא רבתי דמעיקרא קוצבין ב"ת לכל מתקאל לפי ערך המעות וכמו שקרא תגר ע"ז הרב הגדול מוהר"ר יהודה ן' עקר זלה"ה ככתוב אצלי באורך בכתבו ובחותמו הקדוש אלא שנבוא להוסיף עליהם גם מה בהיכא דליתא למשכונה כל עיקר ומאין יתן השוכר השכירות כיון דאזדא לה המשכונה ומה שיתן ליתומים אינו כ"א שכר מעותיהם ולא שכירות המשכונה כיון דאזדא לה כל עיקר ואפי' במשכונה שנפלה או נשרפה קי"ל בסי' שי"ב סי"ז דאינו משלם אלא לפי הזמן שדר בו אלא שבזה י"א שצריך ליתן לו כל שכרו כדאיתא בתשובות דשייכי לס' משפטים סי' כ"ז ומיהו בהיכא דנשרף כל העיר מודו הי"א שמנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא כמ"ש מור"ם בהגה שם עפ"י הגהת הסמ"ע יע"ש דאל"כ מה חידש מור"ם בנשרף כל העיר הרי גם בנשרף אותו הבית לחוד כתב שדינו כנפל ובנפל אמרינן דאינו משלם אלא מה שדר דוקא, אלא ודאי דלא קאי מור"ם אלא אסברת י"א דצריך ליתן לו כל שכרו כמבואר בתשובה הנז' אלא שנשמט מההגה והא דנ"ד עדיפא דאפילו קרקע עולם נאבד מהם ועל מי יחולו השכירות וכמ"ש משי"ח בדב"ק בלהבי אש ברוח מבינתו ודבריו דברי תורה לאפרושי מהאי איסורא והחי יתן אל לבו שלא ירד ממונן של ישראל לטמיון אלא בעון הנשך. אי לזאת יחרד לבב אנוש ויתר ממקומו דכל המתעסק ומסייע במקום דאיכא לתא דרבית אינו עומד בתחה"מ ומי לא ירא ולא יחת שלא לאבד חיי עולם בשביל חיי שעה ולמוכיחים ינעם ועליהם תבוא ברכת טוב, הח"פ צפרו יע"א

באדר הא' משנת השמר"ו לכם לפ"ק, וחתום החה"ש הדו"מ סיני ועוקר הרים כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול יזיי"א:

סימן יט

דברים ברורים הם דכיון שהעידו המדים שמסר להם מודעא והכירו באונסו דיש כאן מודעא רבה נוקבת ויורדת עד התהום לבטל המכר הנז' והדרא ארעא והדרי פירי מיומא קמא דודאי אין המודעא צריכה ליכתב והא עדיפא מאילו נכתבה שהרי מודעא שנכתבה מדין עדות אתינן עלה ולא מדין שטר דלא חשיב שטר אלא הנעשה מדעת מי שהוא חובתו כגון שטר מכר מדעת מוכר ושטר מתנה מדעת נותן ושטר מלוה מדעת לוה משא"כ מודעא שאינה נעשית מדעת מי שהוא חובתו לא חשיבא שטר ואע"ג דעדות נמי לא חשיבא דמפיהם ולא מפי כתבם מ"מ תקנת חכמים היא שתהיה חשיבא עדות להציל הנאנס כמו שמפורש בתוס' דבתרא דט"ל סוף ע"ב ד"ה מחאה בפני שנים יע"ש וכיון דעדות מודעא מפי כתבם לא מכשרינן לה אלא מתק' חכמים א"כ עדות מודעא שמפיהם שמעידים בב"ד שמסר להם מודעא עדיפא מעדות מפי כתבם, ותו דאם איתא דמודעא צריכה ליכתב הוה מצרכינן למוסר מודעא למימר כתובו ואלו התם דף מ' א"ר נחמן מודעא בפני שנים ואצ"ל כתובו ופי' רשב"ם מי שאנסוהו למכור ולכתוב שטר מכירה בפני עדים צריך להודיע קודם לכן לב' עדים דעו לכם שמכירה זו שאני רוצה לעשות לפ' שלא ברצון נפשי אני עושה ומחר תבענא ליה בדינא ומרענא ליה לשטרא אפומייכו יע"ש:

וכתב הנ"י וז"ל מודעא שמודיע בפני שנים דעו שהמכירה זו שאני רוצה לכתוב לפ' וכו' וכן הוא לשון רבינו ירוחם בחלק מישרים ריש נתיב ח"י יע"ש, הרי שעיקר המודעא היא שמוסר מודעא בפני שנים שאנוס הוא במכר זה ומרע שטרא אפומייהו דהני סהדי ולא מפי כתבם דהא עדיפא ליה דהויא עדות מדינא שיעידו מפיהם בפני ב"ד אלא משום שמא ישכח הדבר מהם עבוד רבנן תקנתא להכשיר אף מפי כתבם ואפי' אם נשבע לקיים המכר אין שבועתו כלום כמ"ש הרדב"ז בתשו' ישנות סי' נ"ד יעש"ב ודברים ברורים הם והאריכות בה אך למותר וצוויי"מ הח"פ צפרו בחדש זיו מש' לאשר הו"א ל"ו יתנני ליצי':

שאול ישועה אביטבול [הדבר מבואר בב"י סי' ר"ה וז"ל ומשמע דכ"ע מודו בהכי דודאי אין המודעא צריכה ליכתב אלא כיון שהעידו העדים שמסר להם והם ידעו באונסו סגי ולא הוזכר בגמ' כתיבה אלא משום דאורחא הוא לכותבה למען תעמוד ימים רבים עד זמן שתשבר זרועו של אנס זה יע"ש. עמ"א]:

סימן כ

פעמים רבות עלתה לפני אנקת נאקת הר' יהודה ן' שלם לערבי על עסקי מרד שמורדת אשתו עליו בליידא בת יצחק ן' שטרית פעם אחר פעם ובכל פעם היתה מראה את עצמה כאלו אינה מורדת שהיתה נותנת אמתלא למרדה והיו רודפי שלום מחזירין אותה לבעלה בהעמיס עליו להסיר הסיבות שאומרת שמחמתן מרדה כשאמרה מחמת שהכה אותה השביעוהו שלא להכות עוד וכשאמרה שהוא מחרף לקרוביה בדברי חשד השביעוהו על ככה וכשאמרה שהמקום גורם הניח את ביתו והשכיר בית אחר במקום שרצתה היא, וזאת הפעם האריכה במרדה ונלאו רודפי שלום להחזירה ולא יכולו והעמידוה לפני לדין וגם בפעם הזאת לא הניחה מלתת טעם למרדה לתלות בבוקי סריקי מילי דכדי באומרה שמחזיר פניו ממנה כששוכבין במטה וכשיושבים לאכול אינו אומר לה לאכול ומקדים לאכול מהפירות שמביא מן השוק ומניח לה השאר ופעמים מחכך ידיו זו בזה דרך הקנטה וקנטור והוא משיב שאדרבא הוא מפייס כדרך כל הארץ ואינה מתפייסת לו ומונעתו מדרך ארץ ואחר הרבות אמרים ודרכי שלום ומוסר נתרצית לפנינו לחזור אחר שנשבע הבעל שח"ך בפרטות על הפרטים שאמרה אחד אחד והיא גם היא נשבעה שלא לעכב עוד זמן טבילתה ותתנהג עמו כבנות ישראל הכשרות וכשהלכה מלפנינו במקום שתלך לבית בעלה עם רודפי שלום שהלכו עמה חזרה לבית אביה ואמרה להם להניחה שם יום או יומים שיש לה איזה מיחוש ובאותו יום שלח לה עם השכינות מידי דמיכל ולא רצתה לקבל משלו ולמחר שעמדה על בורייה חזרו רודפי שלום להחזירה ולא רצתה לחזור ועמד לפני לתבוע שורת הדין והחמצתי את דינה קרוב לחדש ימים אולי תחזור ברוחה לעשות שלום עם בעלה ומאז הייתי שולח לה ב' ת"ח להוכיחה ולהתרות בה באיבוד כתובתה וכל תנאיה ולא תטול זולת בלאותיה הקיימי' פעם אחר פעם ולא שמעה ולא הטתה את אוזנה ועוד המתננו לה עד שבא אביה כי אמרנו אולי יחזיר אותה ואין אומר השב לא בסבי טעמא ולא בדרדקי עצה, ואחר שהרביתי את אותותי ואת מופתי לגלגל עם אביה ואמה ועם האשה לשבר קשי ערפה ועדיין היא מחזקת במרדה ואז עמדו לפני ודנתי בה דין מורדת דמאיס עלי ונטלה בלאותיה הקיימין והחזירה מה שהיה בידה מנכסי בעלה וקרענו שטר כתובתה ונדרשתי לשאלת בעלה לתת בידו פתקא ואגרת מרד לראיה כי נתתי לו רשות לישא א"א באשר יחפוץ לפי שכיון שנקרעה הכתובה שביניהם נתבטל התנאי שלא ישא שהיה כתוב בה תדע שאפי' במקומות שאין נושאין ב' נשים משום חרגמ"ה כתבו הפוסקים דמתירין לו לישא כדכתב מוהריק"ו בשורש ס"ג ושורש כ"ט וכמו שפירשו דבריו הרב ב"ש וח"מ יע"ש,

וכ"ש לדידן דמה שאין נושאין ב' נשים הוא משום שמשביעין אותו בכתובה שלא ישא ואדעתא דהכי לא נשבע דלא תהו בראה וכו' ומצינו דאף בשאינה מורדת וחלתה חולי המונע תשמיש דמתירין לו. וכ"ש הכא שבמרד ובמעל מונעתו וחזינא להפוס' דחששו לעיגונא דגברא טפי מדאתתא שהרי כתב המרדכי בסוף פ' אע"פ הביאו מור"ם בהגה דגם במורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה שגבלו לה רז"ל גבול יב"ח הוא דוקא בימיהם שאין היזק לבעל שהרי יכול לישא א"א אבל לדידן שאין נושאין ב' נשים לא משהינן וכו' הרי דחששו לעיגונא דגברא ומשום דלא עשה כלום ומפקיד אפ"ו ולא חששו לעיגון המורדת משום שהיא נתנה אצבע בין שיניה וגרמה לעצמה ולא מפקדא אפר"ו ולכן תשב בבית אביה ותוצרר באלמנות חיות כל ימיה עד שתלבן ראשה שכך פשטה הוראה בכלו ישראל דלא כהרמב"ם כמ"ש ה"ה בפי"ד מהל' אישות יע"ש, וכמ"ש מר"ן בב"י סי' ע"ז אחר שיגע ומצא דליתא להא דהרמב"ם וסיים בשם הרא"ש דכל המעשה בטענה זו לעשות גט מעושה מתיר א"א ומרבה ממזרים בישראל והיינו דכתב מר"ן בשלחנו הטהור סי' ע"ז ס"ב אם רצה הבעל לגרשה לאפוקי גט מעושה אלא הדבר תלוי ברצונו אי בעי שרי אי בעי אסיר:

ואף במורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה דכתב מר"ן ואין נותנין לה גט עד אחר יב"ח היינו אם ירצה ולא בא אלא לאפוקי דבתוך יב"ח לא מצי לגרש אף אם ירצה דילמא הדרא משא"כ במאיס עלי דמצי לגרש מיד אם ירצה דבמאיסא ליה סבר. תדע שאף הרמב"ם דסובר דבמאיס עלי כופין בבעינא ליה ומצערנא ליה מודה דאין כופין כמ"ש ה"ה וב"י שם ומלך שהשלום שלו ישפות שלום למו החותם בי"א אב משנת הוא ההולך קדמ"ת אשור לפ"ק וקיים:

שאול ישועה סי"ט הדין דין אמת שזאת המורדת תשב עד שתלבין ראשה ואין כופין את הבעל ליתן לה גיטה כ"א עד שירצה הבעל ונותנין לו רשות לישא אשה כחפצו ורצונו דכיון שנקרעה הכתובה בטל התנאי שלא ישא וכו' ולית דין זה צריך בשש ולראיה ח"פ פאס יע"א וקיים:

אליהו הצרפתי סי"ט:

סימן כא

טופס פס"ד מוע"ן וז"ל לפי שיעקב ן' אברהם ן' סמחון מרדה עליו אשתו שמחה בת דוד ן' אלעסרי בטענה שהוא מכה אותה תמיד מכה רבה בין במקומות סתר שבה בין במקומות אשר הם גלויים ולא פעם א' ולא ב"פ מכה אותה אלא מדי יום יום משתגע

ומכה אותה הכות ופצוע ומקללה ואת יולדיה קללות נמרצות עד אשר לא יכלה שאתו והעיזה פניה ותאמר לו בפנינו בצעקה גדולה ומרה הנני מורדת בך ועם גוי אהיה ולא עמך וכיוצא בדברים אלו וכמה פעמים השתדלנו לפייס אותה אולי נוכל לשפות שלום למי ולא עלתה בידינו וגם בעלה הנז' נכנע לפניה והרבה עליה כמה אנשים ריעים לבקש מלפניה שתחזור ברוחה מזה ולא שמעה להם אלא צועקת בקול מר מרדתי בו ואיני יכולה לסובלו וכיון שלא ראינו שום תקנה להם פסקנו לה דין מורדת שאין לה שום סך מסכי כתובתה זולת מה שתפוס תחת ידה מנדוניתה וכמובא באה"ע סי' ע"ז מין שני שבמורדת וקבעינן לה זמן לקבל גיטה ממנו לסוף יב"ח מהיום והבעל הנז' רשאי מהיום לבקש לו מנוח אשר יטב לו לקחת לו אשה באשר ימצא כל אימת שירצה ולראיה ח"פ בז' בכסלו התפ"ז ליצי' ונעשו ב' גופים מזה א' בידו וא' בידה עכ"ל:

וחתום כמוהריב"ע זצוק"ל והכרנו חתימתו ולראיה ח"פ וחתום כהה"ר יוסף טולידאנו והכרנו חתימתו וקיים:

יוסף אשרקי ס"ט רפאל אהרן מונסונייגו סליט"א:

סימן כב

נדרשתי ללי שאלו על עסקי יחוד שנתייחד יהודה ן' שלם אלערבי עם אשת מסעוד אחיו שהיה לו קטטה עם אשתו והלכה לבית אביה והוא נתאכסן אצל מסעוד אחיו הנז' והיה לן עמהם בבית ואף בזמן שהלך אחיו לכפר אחד ולן שם נשאר הוא בבית אחיו הנז' וילן שם בלילה ההוא אשת אחיו הנז' שם בבית וחזר עוד ולן שם לילה אחרת שהיה אחיו בבית האסורים כבראשונה, ויהי בבקר הרגיש אחד מן השכנים שהוא גיסו של יהודה הנז' ושאל אותו היום שאין האיש בביתו היכן אתה לן והשיבו שלא שינה את מקומו ובבית אחיו הוא לן אפי' בזמן שאין האיש בביתו ובא גיסו הנז' לפני ולשאו'ל הגיע אם מותר האח להתייחד עם אשת אחיו ובפרט לינת לילה ונומיתי לו דלא התירו רז"ל אלא לאב עם בתו ואשה עם בנה אבל בשאר קרובים אסור להתייחד אפי' יחוד בעלמא וכ"ש לינת לילה ותכף שלחתי אחר יהודה הנז' ואחיו ואשתו הנז' להוכיחם על ככה והודו על יחוד כנ"ל ונתנו אמתלא לדבר שלא ידעו ולא שמעו שיש איסור לאח להתייחד עם אשת אחיו ובעל האשה הנז' ידע ולא מיחה בחשבו גם הוא שאין בו צד סרך איסור ומחשש דבר אחר לבו בטוח וקים ליה בגווייהו דלא יבואו ח"ו לידי דבר אחר דלאו אחיו דיים מאשתו הנז' ולא היא דיימא מיניה כלל דנימא דיבוא לבלבל יצועי אחיו:

והיתה תשובתי בענין זה דודאי איסור גדול הוא לאח להתייחד עם אשת אחיו לא מבעיא לסברת התוס' והטור דסוברים דאיסור יחוד מדאורייתא וקרא דכי יסיתך אחיך בן אמך להכי הוא דאתא. אלא אפי' לדעת הרמב"ם וסיעתו דסוברים דאיסור יחוד העריות מפי הקבלה מ"מ איסור גדול הוא שרמזתו תורה וכההוא דקידושין דף פ' דאר"י רמז ליחוד מן התורה מנין כי יסיתך וכו' ופירש"י דלהכי נקט קרא בן אמך לומר שהבן מצוי אצל האם ג"כ ולאשמועי' דהבן מותר להתייחד עם אמו וה"ה האב עם בתו ומינה דבשאר כל העריות אסור כדפסק מר"ן באה"ע סי' כ"ב יע"ש:

אבל לענין להוציאה מבעלה אין לנו אלא פסק מר"ן דאין מוציאין אשה מבעלה אלא בעידי טומאה או ע"י קינוי וסתירה כדאי' בסי' י"א ס"א וקע"ח ס"ד דאין אוסרין על יחוד אפי' נסתרו יחד על דעת ערוה אא"כ קינא לה תחילה בפני שנים יע"ש בב"י, אלא דאיכא לספוקי בנ"ד שהדבר מכוער הרבה כי איך אפשר שידור אדם עם נחש בכפיפה א' על מוקדה כל הלילה עד הבקר ובגדיו לא תשרפנה. מ"מ מדלא פלוג רבנן בשיעור יחוד בין מרובה למועט דכל שהוא משיעור צליית ביצה ולמעלה הוי יחוד האוסר בקינוי וסתירה ואינו אוסר בלא קינוי:

וכמו שהדבר מבואר בשו"ת הרב מטה אהרן ח"ב שאלה צ"ה דאין חילוק בין דירת קבע לדירת עראי דבהיכא דאסרו אין חי' בין קבע לעראי ובהיכא דהתירו נמי אין חילוק יעש"ב וכן משמע מתשו' הרא"ש כלל ל"ב ס"ז וט"ו יע"ש:

ומה גם בנ"ד דאיכא טעמא דלא תקיף יצריה עלה דאהנו ביה אנשי כנה"ג דלא מיגרי בקרובתא מכי כחלינהו ונקרינהו לעיניה וכמ"ש רש"י בההיא דדף פ"א ע"ב ודר עם אמו וכו' ומ"מ לכתחילה אין לסמוך ע"ז לדור בקביעות דאיהו ניהו דקא מיגרי יצה"ר אנפשיה ונותן אצבע בין שיניו ולהכי אסרינן יחוד קרובות לכתחילה אבל באמו ובתו דאפי' מקמי כנה"ג אין להחמיר בהם בעיקר יחוד משו"ה מותר אף לדור עמהם דירת קבע ומיהו לאסור אשה על בעלה אין אוסרין אפי' ביחוד דדירת קבע ובזה א"ש לשון רש"י שם בד"ה ודר עם אמו דלא תקיף יצריה וכו' והשתא דהותרה האשה אף דלאו שפיר עבדי בההוא יחוד ואיסור גדול הוא כדכתיבנא עכ"ז אין מלקין ואין קונסין אותם שלא להוציא לעז עליה שזינתה כדכתב מר"ן בסי' כ"ב ס"ב יע"ש וכ"ש הוא בנ"ד שאין כאן עדי יחוד כלל אלא עפ"י הודאתם והיו יכולין לומר לא נתייחדנו מעולם אלא משום דלבם ברור להם אמרי אמת ואיכא למימר בכה"ג מודה בקנס פטור, הח"פ צפרו בשבט שנת ולך אתן פתחו"ן פה לפ"ק ושריר וקיים. ואפי' לסברת האוסרין בעידי כיעור יודו

הכא דליכא עידי יחוד דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואפי' אם קדם קינוי בנ"ד כיון דליכא עידי סתירה אינה נאסרת כדאיתא בסי' קע"ח יע"ש וצוויי"מ:
נאם שאול ישועה ס"ט:

סימן כג

טופס והעתקת שטר ק"ע שנתקבלה פה צפרו יע"א וז"ן בתלת כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הר' שמעון בר הר' יוסף צבע נ"ע בתע"ג אן אלעאם די פאס מאת בוה הנז' די בקאת פיידו אסאק'א די טאבא אגיר כמס סהור כאן באע הר' יוסף הנז' אסאק'א די צפרו להר' יששכר ן' גזלאן ומתקרי ן' עדאדא בסך מייאתאיין וארבעין מתקאל ועמל מעאה פסת קנאטר די טאבא בסך כמסא ותלאתין מתקאל וזדא עליה כולסי וכתב עליה סך תלת מייא אלארוב עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתימנא תמ"ת בה' בשבת כ"ד בתמוז משנת רשם כתבא דנא לפ"ק ושריר וקיים. וח"ע החה"ש הדו"מ כמוה"ר שאול ישועה אביטבול יש"ץ וישראל יעקב י"א והכרנו חתי' כדחזי:
וס"ל נמ"ך וז"ן עוד בתלת הוינא ואסהיד קדמנא הר' מכלוף בן שרביט בתע"ג אן בשנתינו זאת סרא סי טאבא מן פאס ליששכר בן גוזלאן הנז' ואשעה די ג'א יכרזהא קבדוה מוואלין אסאק'א קאלולו מא תכרזהא גיר אידא תעטינא עליהא אסאק'א לאיין יששכר מאהוואסי דאכל מעאנא פסאק'א די תינמכתו ולא כרזהא חתא כלם עליהא אסאק'א עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת באב משנה הנז' וקיים וח"ע החה"ש כמוה"ר שאול ישועה הנ"ל וישראל יעקב הנ"ל:
וס"ל נמ"ך וז"ן עוד בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הר' שמעון פראנקו בתע"ג אן אשעה די כאן וואקף שמואל בכמוה"ר יעקב ה"ן אדהאן על אסאק'א די טאבא פפאס יע"א ושרא יששכר הנז' תמא סי טאבא וחב יכזהא וקבדו שמואל הנז' קאלו מא תכרזהא גיר אידא עטית אסאק'א עליהא מן זאנב די מא דכלסי פסאק'א די תינמכתו ולא כרזהא חתא עטא עליהא אסאק'א עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת באלול שנה הנז' וקיים וח"ע החכם הנז' וישראל הנז' ונתקי' לנו חתימו' כדחזי.. וז"ן העדויות שנתקבלו בפאס יע"א.
במותב ג' כחדא הוינא ואסהידו קדמנא ב' עדים כשרים בתוע"ג בזה"ל אן דאך לעאם די פאס נלב"ע הר' יוסף צבע נ"ע ובקאת פיידו אסאק'א די טאבא אגיר כמה סהור כאן באע הרי"ץ הנז' אסאק'א להי' יששכר ן' גזלאן וידי"ן עדאדא בסך ש' מתקאל אלארוב וויעטיה הרי"ץ הנז' סת קנאטר די טאבא, חשבו לטאבא הנז' ל"ה מתקאלים ולסאק'ה סך ר"מ מתקאלים עכס"ע העדים הנז' ולראיה שכך העידו בפנינו בהיותינו בג' כחדא

חת"פ תמ"ת בא' בשבת י"ב יום לח' אב הרחמן יה"ל משנת כי ישר דבר ה' לפ"ק פה העירה יע"א והשו"ב וקיים וח"ע כהה"ר יוסף אשרקי ויוסף ן' לחזאן: ובנייר אחר נמ"ך וז"ן בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא עד כשר בתע"ג ברורה בזה"ל אן דאך לעאם די פאס מאת הרי"ץ ובקאת פיידו אסאק'א די טאבא גיר כמס סהור באע הרי"ץ הנז' אסאק'א להי' יששכר ה"ן גוזלאן וידי"ן עדאדא בסך ש' מתקאל לארוב וויעטיה הרי"ץ הנז' סך סת קנאטר די טאבא חשבו לטאבא הנז' סך ל"ה מתקאלים ולסאק'א ר"מ מתקאלים עכס"ע וקבלנוה כדחזי ולראיה שכן העיד בפנינו בג' כחדא חת"פ תמ"ת בשלישי בשבת כ"ט יום לתמוז יה"ל משנת כי ישר לפ"ק פה פאס יע"א והשו"ב וקיים וח"ע כהה"ר יוסף אשרקי הנז' והר' שלמה ן' דוד ויוסף וחתי' ע"ה תמ"ת: יעקב בלא"א כהה"ר יוסף זלה"ה אדהאן ס"ט אהרן אפרייאט ס"ט טופס מעשה ידיהם של צדיקים חכמי מקנאס יע"א וז"ל להיות שהאלסאק'א של טאבא וטאבאק ולכיף ולחסים של כל ערי המערב והכפרים והשוקים הנלוים אליהם היתה קנויה ביד הר' יוסף צבע בכהה"ר מרדכי ז"ל מאת המלך יר"ה בסך כ"ד אלף רייאליס לשנה וכשנלב"ע הרי"ץ הנז' יצא דבר מלכות מאת יר"ה לסידנא לקאייד מוחמד וואעזיז עז"א להטיל האלסאק'א הנז' על כל הקהלות בסך שבו היתה קנויה ביד הרי"ץ הנז' ושלח השר שלוחיו להביא יחידי הקהלות למה"ז ואחר שנקבצו באו יחדיו יחידי הקהלות גזר עליהם אומר השר הנז' שיטלו האלסאק'א הנז' בסך כ"ד אלף רייאליס הנז' כי כן צוה לו המלך יר"ה. ובהיות יחידי הקהלות נבוכים בענין כיצד יעשו בזה שכמה יתנו כל קהלה מהקהלות הוסכמו יחד להוציא פנקס הר"י צבע הנז' ועפ"י הפנקס שבו מכר הרי"ץ האלסאק'א לכל מקום באותה שנה עצמה שנלב"ע הרי"ץ הנז' ככה יפרעו כל קהלה מהקהלות האלסאק'א של מקומם לפי שלא נמצאו באותו ועד בני קהל צפרו יע"א אמר השר לקהלות שיראו בפנקס של הרי"ץ הנז' בכמה מכר הרי"ץ הנז' אסאק'א של צפרו יע"א וגם כמה יעלה להם בחלקם של האלסאק'א של תינמכתו ויחשב הסך ההוא על השר ובכן אחר שראו יחידי הקהלות בפנקס הרי"ץ הנז' בכמה מכר אותה שנה בכל מקום ומקום ועלה סכום המכר לסך כ' אלף רייאליס מכ"ט ונשארה האלסאק'א של תינמכתו בסך ארבעת אלפים רייאליס מכ"ט הוסכמו שתתחלק האלסאק'א של תינמכתו עפ"י חשבון דהיינו שכל מקום ומקום יטלו חלקם בה לפי ערך הדמים של האלסאק'א של מקומם של כל אלף רייאליס יוסיפו עליה מאתים רייאליס וכן היה שחשבו לכל קהלה דמי האלסאק'א של מקומה בסך שבו מכר הרי"ץ הנז' האלסאק'א של הקהלה ההיא והוסיפו על הסך שנים לעשרה מפאת אסאק'א של תינמכתו ומכלל הקהלות חשבו לקהל צפרו דמי האלסאק'א שלהם בסך שבו מכר הרי"ץ

הנז' האלסאק'א של המקום ההוא והוסיפו עליהם ב' לעשרה ככל הקהלות, ובכן באו לפנינו יחידי קהל צפרו תובעים לבני קהלינו באומרם שהי"ל לבני קהלינו להודיעם תחילה ענין זה בעת שבאו כל הקהלות לחשוב לכל המקומות שומתם עפ"י פנקס הרי"ץ הנז' ובני קהלינו השיבו שלא עלינו תלונותיכם כ"א על השר שהוא הוא שהי"ל להודיע לכם יען שהוא נטפל ע"ז במאמר יר"ה אבל אנן ככל המון ישראל שנקבצו יחדיו וכל א' נטל את שלו, ואחרי שמוע דבריהם ונתברר לנו כ"ז בירור גמור שכך היה מעשה פסקנו להם שפטורים ומותרים בני קהלינו מתביעה זו ואין עליהם בזה אפי' תרעומת דברים יען שהם לא נתפסו מתחילתן רק בשביל האלסאק'א של מקומם כשאר הקהלות ועמדו בשלהם לאחריותם ומה איכפת להו בדבר שאינו שלהם ולראיה שכך פסקנו להם חת"פ בט"ו לסיון שנת את הרש"ם בכתב אמת ליצי' פה מקנאסא יע"א ושו"ב וקיים. ונתאחרה החתי' עד היום כ"א לאלול שנה הנז' וק"ש וחתו' עליו החכ' השלימים הדיינים ומצויינים כהה"ר שלמה טולידאנו י"א וכהה"ר יקותיאל י"א ונתקיי' לנו חתי' כדחזי:

וזה מה שהשיב עליהם משי"ח נר"ו בתשובתו הרמתה וז"ן בהיות שבסיון מש' תוכיח את עמית"ך לפ"ק הלכו מיחידי קהלינו אצל השר אדוננו אלקאייד מוחמד וואעזיז לפרוע האלמסאהרא ובחזרתם ספרו לנו דברים מבהילים איך תבעו אותם יחידי ק"ק מכנאסא יע"א לפני השר תחלה לפרוע פרעות דמי האלסאק'א של טאבא של השנה הזאת בעד הקונה אותה מהר' יוסף צבע על לא חמס בכפם ולא דמי המקנה לבד אלא שהוסיפו סך ש"ם נ"ם על דמי המקנה, שהקונה מיוסף צבע קנה בסך בו"ו ת"ם והם תובעים סך בוו תש'ם נ"ם באומרם שכן מצאו כתוב בפנקסו של יוסף הנז' וכ"ז לא שוה להם אלא שתבעו אותם להוסיף גם בהפסד האלסאק'א של תינמכתו שנים לעשרה וכאשר לא עלתה בידם מאת השר ולא נכנסו דבריהם באזניו כי למה יומתו מה עשו חזרו ותבעו אותם לפני דייני עירם החה"ש יש"ץ וחייבו אותם בשלשה מיני פורעניו'ת הנז' וכתבו חיובם על ספר חוקה ואשתומם על המראה באין מבין מאין מצאו מקום להקהות שיני בין קהלינו מבוסר שאכל הקונה מיוסף צבע הנז' עד היום באלול שחזרו לשם והביאו פתקא מבדי"ץ ואפן אליה וארא והנה היא גופה גזירה ולא מצאתי לה בתולי'ם דחזי לכתופי עלייהו להוציא ממונא מיד המוחזק בו וניצולים הם בני קהלינו מג' פורעניות הנז' ואין כאן מקום לחייבם כלל, דאי ממה שהציעו בהצעה וז"ל וכשנלב"ע הרי"ץ הנז' יצא דבר מלכות מאת יר"ה אלסידנא לקאייד מוחמד וואעזיז עז"א להטיל האלסאק'א הנז' על כל הקהלות בסך שבו היתה קנויה ביד הרי"ץ הנז' ושלח השר שלוחיו להביא יחידי הקהלות וגזר עליהם שיטלו האלסאק'א בסך כו"ך כי כן צוה לו המלך עכ"ל,

נראה שכוונתם בהצעה זו לחייבם מדינא דמלכותא באשר דבר מלך שלטון שגזר על הקהלות לשאת במשא האלסאקא הנז' סתמו כפירושו שגם קהל צפרו בכלל הגזירה עם הקהלות, ואי מהא לא איריא שהרי מודעת זאת שכמה גזירות גוזר המלך על הקהלות הידועות ומעולם לא הכניס לקהל צפרו לשאת במשא הקהלות כי לב המלך ביד ה' ורוח ה' דבר בו שהעיר קטנה ואנשים בה מעט יושבים בעמק הבכא בהיכא דשפיך נהר דינור גלותא ושרא דעניותא והגם שלפעמים היו הקהלות מתלחשים להכניסם לשאת עמהם באיזה הטלה לא היתה עולה בידם כי המלך יר"ה פיטרם בפי' מכל משא מלך ושרים זולת אלמסאהרא כמו שיש בידם כתב אשר נכתב בשם המלך ונחתם בטבעת המלך וז"ן תב"ת. יעלאמו מן האד לכיתאב אנא אהלא אדמאתי מלאחי צפרו אסקטנא ענאהום ג' אתאכלוף אלמכאזאנית באיג'מאנויהא וואזעלנא לאהום אנא ידפאעו אלוואלידינא אלרצ'א מולאנא עלי חפצ'אהו אלאה כמשאתו עשר מתקאלין מן כולי צהרין מן גירי זייאדאתין וואלא סכראתין וואלא עאמאלאתין ליצ'עפיהם וואמן ג'אדא עאליהום שייאן ג'יאדאתין עלא מא דוכירא תלחאקוהו אלעקובאתי עכ"ל הכתב:

הרי שהוציאם המלך בפירוש שלא לשאת במשא הקהלות בלשון כולל ג'אמיעא אתאכלוף אלמאכזנייאתי באג'מיעהא ומי הוא זה שיכניסם עם סתם הקהלות כל עוד שלא הזכירם המלך בפירוש ובנ"ד אדרבא נראה מתוך ספור המעשה שלא נכללו בכלל גזירה זו מדשלח השר לכל הקהלות הרחוקות מהם ולהם לא שלח ה"ז מורה באצבע שאינם בכלל הגזירה דאם איתא שאדונינו המלך ייחד לו הדבור להכניסם בכלל הקהלות למה לא שלח להם מכלל הקהלות הקרובים והרחוקים. ומה שכתבו החכמים יש"ץ בהצעה הנז' וז"ל ולפי שלא נמצאו באותו מעמד בני קהל צפרו יע"א אמר השר לקהלות שיראו בפנקס של הרי"ץ בכמה מכר הרי"ץ האלסאק'א של צפרו וגם כמה יעלה להם בחלקם של האלסאק'א של תינמכתו ויחשב הסך ההוא על השר עכ"ל. מלבד שדבר זה הוא זר ורחוק מן השכל שכל כך מצאו קהל צפרו חן בעיני השר שלא שלח אחריהם ושהכניס עצמו בחיוב בעדם בלתי ידיעתם ושאילתם ובקשתם ועוד דאם איתא שהבטחת השר שהבטיחם לחשוב עליו הסך העולה בהאלסאק'א של צפרו בעד הקהל היתה הבטחה אמתית למה כשתבעו אותם ק"ק מקנאס והעמידו אותם לפניו ליפרע מהם לא הטה אוזן לדבריהם ולא פנה לתופשם שישלמו לו מה שנתערב בעדם ואדרבא יצאו מאתו פטורים אלא ודאי דאפלוגי הוא דקא מפליגן בדברים באומרם אליו שגם קהל צפרו מכלל הקהלות ומשום דרפיא בידיה ולא נתייחד אליו הדיבור מאת המלך להכניסם בכלל הגזירה אמר להם דבר זה שיחשבו עליו מה שיעלה להם ואינו אלא

כמפליגן בדברים: א"נ כוונת הבטחת השר שהבטיחם לחשוב עליו דמי האלאסק'א של צפרו לאו אדעתא שיחזור הוא לגבות מהקהל אלא אדעתא לגבות מהנושא ונותן בה בכחו ועצם ידו ומעולם לא קבל דברי הקהלות להכניס קהל צפרו בכלל גזירה זו ולחייבם במה שלא שמע מפי המלך ולפכח צערם הוא שהתחיל לנחמם בהבטחה זו שהוא ישתדל לגבות מהקונה וכגבויים דמו מרוב אימתו המוטלת על הכל ושכך היה שתכף שבא מאמר השר נשתדל הקונה והשלים דמי המקנה ברביתות ובהקפות עד שפרע הרי דאין כאן מקום לחייבם מדינא דמלכותא ולא עליהם גזר המלך וגדול כח המוחזק והמע"ה:

שבתי וראה דאף אם יביאו ראיה קהל מכנאס יע"א שהכניס המלך בפירוש לקהל צפרו בכלל הגזירה ונתנם בידם וביד הקהלות להפשיט ולנתח בהם כרצונם מ"מ יש לקהל צפרו טענה הנשמעת שלא הודיעום ענין זה מתחילתו שעליהם מוטל לפרוע דמי האלסאק'א כדי שיתנו לב לדעת ועינים לראות אם להניחה ביד הקונה מהרי"ץ ולהעמיד שומרים להשגיח על גבייתה ולגבות ממנו קמא קמא דמטי לידיה ולא יניחוהו לרצונו לנתוש ולנתוץ ולהאביד כל הבא לידו או להסירה מידו ולהעמיד אחר תחתיו וא"כ פשיעה רבתי פשעו הקהלות בדבר הזה שלא הודיעום ע"י מעשה ב"ד ענין זה ולכן הם לישתעו דינא בהדי הקונה מהרי"ץ שהרי נתרצו בהעמדתו ובמקנה שקנה מאת הרי"ץ דאם איתא דלא נתרצו הי"ל להודיע ולהוציאו ולהעמיד הקהל בחריקיה לשאת ולתת בהאלסאק'א ואחר שכבר עבר הזמן והקונה הוא שנשא ונתן בה ואכל מטובה מה מקום לתביעתם היום שהגיעו ימי הפקודה ובאו ימי השילום שהקהל ישלמו מה שאכל הקונה ולא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה משלם: והנה החכמים יש"ץ הביאו טענה זו בדבריהם והבליעוה בנעימת טענת בני קהלם וז"ל ובכן באו לפנינו יחידי קהל צפרו תובעים את בני קהלינו באמרם שהי"ל לבני קהלינו להודיעם תחלה ענין זה בעת שבאו כל הקהלות וכו' ובני קהלינו השיבו שלא עלינו תלונותיכם כ"א על השר שהרי הוא שהי"ל להודיע לכם יען שהוא נטפל ע"ז במאמר יר"ה אבל אנן ככל המון ישראל שנקבצו יחדיו וכל א' נטל את שלו. ואחרי שמוע דבריהם וכו' פסקנו להם שפטורים ומותרים בני קהלינו מתבי' זו ואין עליהם בזה אפי' תרעומת דברים יען שהם לא נתפסו מתחילתם רק בשביל האלסאק'א של מקומם כשאר הקהלות ועמדו בשלהם לאחריותם ומה איכפת להו בדבר שאינו שלהם עכ"ל, אחד הרואה ואחד השומע כדברים האלה כל אשר בתוכו יתמ'ה דמה טעם ותבלין מצאו בטענת בני קהלם לדחות בה טענה אלימתא שטוענין קהל צפרו שהי"ל להודיעם וכו' ולא טענו טענה זו בני קהלינו עד שתבעו אותם לפני

השר ולפני ב"ד ליפרע מהם ככל האמור לעיל ואחר שהם שבאו עכשיו לתובעם ליפרע מהם ולהכניסם עמהם באותה גזירה א"כ עליהם היה מוטל להודיעם תחילה ומה זו תשובה שמשיבין להם לא עלינו תלונותיכם כ"א על השר דמה להם עם השר ומה מבקש מהם השר ואם כדברי הקהל מקנאס שהמלך צוה לו להביאן ועבר את מצות המלך ולא הביאן כי מצאו חן בעיניו מ"מ חיוב ההודעה הוא על הרוצים להכניסם עמהם באותה גזירה וכיון שלא הודיעו אותם איבדו זכותם, וגם במה שסיימו בדבריהם ואמרו שהנם ככל המון ישראל שנקבצו וכו' דהנראה כוונתם בטענה זו שלא להם לבדם מגעת שאת בני קהלינו עמהם במשא האלסאק'א אלא לכלל הקהלות וא"כ אין עליהם חיוב ההודעה דסמכו על הקהלות שיודיעום וככה תאמר כל קהלה וקהלה ואם זה כוונתם אינה כלום דאטו משום דסמכו זע"ז ופשעו פשיעה רבתי יאבד בר עלובתא ביניהם להתחייב שלא כדין בלתי הודעה, ומהתימא על החכמים י"ץ שעשו טענ' זו עיקר וסמכו עליה את ידיהם ועליה דנו את הדין לפטור בני קהלם ושאין עליהם אפי' תרעומת דברים ונתנו טעם לדבר דמה איכפת להו בדבר שאינו שלהם ואין זה אלא טעם לפגם דאם הדבר אינו שלהם ומה איכפת להם בו א"כ למה הם תובעים אותם היה להם להניח אותם שהדבר שלהם לתבוע אותם, ונראה דמשום תמיהא זו שינו את הידוע וכתבו בתחילת דבריהם ובכן באו לפנינו יחידי קהל צפרו תובעים לבני קהלינו כאלו בני קהלם יושבים בטח ובני קהלינו תבעו אותם להעמידם ליפרע מהם ולהכניסם באותה גזירה ופשוט אצלי שאין אלו דברי החכמים י"ץ אלא לשון הסופר מהיר להטעים ולהנעים דברי בני קהלו, ומעתה אין צריכים לפוטרם מן הב' פורעניות הנשארים דבנפול היסוד יפול הבנין וגם החכמים יש"ץ אף שחייבו בני קהלינו בע"פ בג' מיני פורעניות הנז' לא העלו חיובם על ספר חוקה בפורענות הפסידה של תינמכתו שהוא דבר שאין השכל סובלו שיתחייבו ליכנס בהפסידה של תינמכתו אשר מעולם לא אכלו מטובה כספה וזהבה נזמה וחלייתה איך יהיו עכשיו נתפשים ברשתה להרע להם מרעתה, והיינו דאמרי אינשי מטוב אדוני לא טוב לי ומרעתו רע לי, ולגבי הקונה מהרי"ץ כבר יש בידו ק"ע מב' עדים כשרים שכאשר היה רוצה להוציא איזה משא של טאבא מפאס היו מעכבין עליו העומדים על האלסאק'א בפאס יע"א שלא להוציאה מחמת שלא נכנס עמהם בהאלסאק'א של תינמכתו ולא היה מוציאה עד שהיה פורע עליה מס, ובענין מה שהוסיפו בדמי המקנה ע"פ פנקסו של הרי"ץ הנה יש בידו ק"ע מב' עדים כשרים שלא היה המכר אלא בסך בוו ת'ם אלא שצירף סך ש'ם נ'ם דמי סת קנאטר די טאבא וכתב בפנקסו סך בוו תש'ם נ'ם וא"כ קם דינא שהקהל פטורים מכל וכל והקונה מהרי"ץ אין עליו חיוב לפרוע רק

דמי מקנתו שהם סך בוו ת'ם שבהם קנה מהרי"ץ הנז' וכבר בא אלי מאמר השר עז"א באלול הנז' ופרע הסך הנז' ואיש על מקומו יבא בשלם ולראיה חתמתי באלול הנז' וח"ע החה"ש הדו"מ כמוה"ר שאול ישועה אביטבול נר"ו ונתקיי' לנו חתי' כדחזי וחתי' הכא ע"ה תמ"ת וקיים:

יעקב בלא"א כהה"ר יוסף אדהאן זלה"ה ס"ט ישראל יעקב א"א מרדכי עולייל נ"ע ס"ט:

סימן כד

טופס ש' סילוק וז"ן הע"ע בקש"מ בדל"ב ובש"ח בשי"ת בפע"ץ הנבון כה"ר שלמה בירדוגו בר החה"ש כהה"ר יהודה והה"ג שבעד הסבלונות והחפצים שהעניק אביו לכלתו ובעד המלבושים והוצאות החופה שעשה לו גמר וסילק עצמו וזכותו ועצם וזכות ב"כ מעל אביו מפאת עזבון אמו שנלב"ע והי"ל לחלוק עם יורשיה הר"ש הנז' מכללם כל העזבון שנשאר אחריה קו"ט וכל מאי דמתקרי נכסי ס"ג באוה"מ ולא נשאר לו על אביו הנז' שום חלק ונחלה בעזבון הנז' בשום אופן כלל אלא גמר בהקוש"ח וסילק וריקן עצמו וזכותו ועצם וזכות ב"ך מעל כל העזבון הנז' וגמר וזיכה לאביו הנז' כל חלק ונחלה שי"ל בעזבון הנז' קרקע ואג"ט זכיה גמו' באוה"מ מעו"מ ואף שהר"ש הנז' עדיין לא בא לכלל כ' שנה עכ"ז אחר שידע את זה קע"ע בכהש"ח לאשר ולקיים זכיה זו ביד אביו הנז' באין אומר באין דברים כלל כי ידע שהשלל לא השאיר לאביו כלום ממטלטלי העזבון הנז' והקרקעות שהיו בעזבון הנז' כבר היה עליו גדול של הח' ן' דודו שבא"י תוב"ב ואלו היה מוכרם לפרעון החוב הנז' לא היה נשאר מהם אחר הפרעון רק מעט מזער אלא שפרע בהקפה מאחרים ושחרר הקרקעות הנז' ובלא"ה ידע הבן הנז' שמה שהוציא עליו בסבלונות והחפצים והמלבושים הנז' והוצאות צרכי החופה שלו הוא ביתר שאת על חלקו הנז' אף אם היה שפוי ומשוחרר מכל חוב ומכל הוצאה של בניינו ותקונו דמאז ועד עתה ולכן גמר ברצון נפשו והש"ד בלי זכר שום צד אונס וכפיה כלל וזיכה לאביו הנז' בעד האמור כל חלקו וזכותו בעזבון הנז' קואג"ט בכח הש"ח הנז' לבלתי נטות מזכיה זו ימין ושמאל בשום טענה בין טענת שאינו מבן כ' שנה בין טענה אחרת שכך קע"ע בכח הש"ח הנז' והעה"ך שטר מוח' בכל חיזוקי סבדי"א בתפיסה וכו' ובאחריות וכו' דלא וכו' ונ"ה בקש"מ בדל"ב וגם בש"ח בפע"ץ בערב ר"ח תמוז שנת כי המצוה הזאת לא נפלא"ת היא לפ"ק והשו"ב וקיים:

וחתו' החה"ש הדו"מ כמוה"ר שמואל בן וואעיש נר"ו וכהה"ר אברהם בן הרוש נר"ו:

וזה טופס המו' שעשה הבן הנז' על הסילוק הנז' באו לפנינו כה"ר שלמה בירדוגו נר"ו בר החה"ש כהה"ר יהודה נר"ו וא"ל לידיע ליהוי ליכו שבעת שהלכה אמי לב"ע השאירה אחריה ברכה יורשי כתובתה אני וב' אחיותי וזה כמה ואבי אוכל מה שעולה לחלקי בירושת אמי קרן ופירות ומפני הבושה איני יכול לדבר עמו מטוב ועד רע וכעת רוצה לסלקני מחלק העולה לי בירושת אמי קואג"ט חנם אין כסף או לצד המרבה יסלקני מחלקי בדבר מועט ואני ערל שפתים ומסוה הבושה על פני ולא אוכל לומר לו דבר ע"ז כעת שיודע אני בבירור שאפי' אעיז פני להתריס כנגדו ולא אעשה רצונו להסתלק מחלקי הנז' נשאר עמי במחלוקת כל הימים, לכן הריני מגלה דעתי בפניכם על כל מין סילוק והודאה שאסלק ושאודה בשו"א שבעולם לסלק כחי מהקרקע ואג"ט שעולה לי בירושת אמי ואזכה אותו לאבי שהכל הוא מן השפה ולחוץ ומפני הבושה והמחלוקת ואין פי ולבי שוין בכל מה שאעשה עם אבי בענין זה ולעת שאמצא שעת הכושר אשיב ידי על הכל ולתוספת יפוי נקש"מ בדל"ב ובש"ח בשית"ך וגמר והודה הו"ג וג"ד על כל מין סילוק והודאה ומכירה שיודה לאביו ע"מ זה שהכל הוא מן השפה ולחוץ ואין פיו ולבו שוין בהודאה ההיא ככל מה שיעשה עמו אינו אלא מפני הבושה ונשבח"ג שת"ך שלא יבטל ג"ד זו ורשות גמורה נתן הר"ש הנז' לכתוב שטר ג"ד זה מא' ועד אלף עד יצא שטר ג"ד זה חזק כראי מוצק ואפילו כל הרוחות שבעולם וכו' ונ"ה בקש"מ בדל"ב בכ"ד לסיון שנת תקס"א לפ"ק ושו"ב וקיים וח"ע הר' משה טולידאנו והר' אליהו ן' מלכא:

וזה טופס מה שנמ"ך אח"ז וז"ן, ביען שהבן הנז' תקפו אביו וכתב עליו שטר סילוק מעזבון אמו כמשו"ח ביד האב הנז' ומחמת שהבן הנז' הוא תם ומסוה הבושה על פניו לא יכול לעמוד נגד אביו ולעכב על הסילוק לכן הפיק רצונו בכל מה שאמר אביו והנה הבן הנז' הוא פחות מבן כ' שנה וממכרו וזכייתו בקרקע אינו כלום לכן מיחה לפנינו ולפני ב"ד שהזכיה הנז' אינה כלום ואנוס הוא במעשיו ומחמת אונסו עשה רצון אביו וידענו ג"כ אנחנו החו' באונסו והגם שנקוש"ח על הזכיה הנז' שבועתו באונס ולתוס' יפוי כח התרנו לו שבו' בפני ב"ד ובהסכמתו כי ראינו שהכל נעשה באונס ולראיה שכך מיחה בפנינו הבן הנז"ב ח"פ בכ"ט לסיון שנה הנ"ל וקיים וגם מה שאכל אביו הנז' מפירות חלקו בקרקע ומה שעתיד לאכול מהיום הזה והלאה עה"ך יהפוך ידו לעת הכושר וכל מעשיו אינם אלא באונס וח"ע כה"ר מס' ארוואח והר' משה טולידאנו הנ"ל:

וס"ל נמ"ך וז"ן הן עוד היום גדול בא לפנינו הר"ש בירדוגו הנ"ל ומיחה לפנינו על הזכיה שזיכה לאביו חלקו בירושת אמו שיהא הכל הבל ורעות רוח שאינו רוצה כלל בזכיה ההיא שלא היתה אלא מפני הבושה והאונס ומפני ד"ש ולכן אין לאביו חזקה לעולם

בחלקו והרי הוא בידו גזל גמור ולעת הכושר יוציא ממנו גוף ופירות ופירי פירות בין מה שעבר בין מה שעתיד לאכול ועל המזונות והכסות שזנו ופרנסו מיום פטירת אמו עד יום כניסתו לחופה לא היו אלא בתורת מתנה ועוד שינכה אותם מהפירות שאכל מחלקו ולראיה שכך מיחה בפנינו בהיותינו בג' כחדא חת"פ תמ"ת באייר ש' תקדמ"ך ושו"ב וקיים וח"ע כהה"ר מרדכי אלבאז והר' יוסף ן' דוד אסולין. וסמוך למודעא המועתקת ביד האב נמ"ך וז"ן הגידו לנו החתו' לעיל בהיותינו בג' כא' שיודעים נאמנה שלא ראו ולא ידעו ולא שמעו שהחכם האב הנ"ל עשה שום אונס לבנו הנ"ל בגלל הדבר הנ"ל לא בעת וזמן הנ"ל שג"ד לפניהם ולא קודם לו ולא אחריו ואדרבא אמר א' מהעדים הנ"ל שהוא יודע כמה וכמה פעמים קודם לזמן הי"ל שהיה מזמינו הבן הנ"ל הוא ואחרים בני גילו לבית אביו הנז' והיה שמח בהם ובמשתיהם בפנים יפות ולא ראו כלל שום אונס שבגללו עשה הבן הנז' הג"ד הנז' ולראיה שכך הגידו והעידו ח"פ תמ"ת ושו"ב והי"ז בסיון שנת תקס"ח לפ"ק וחתום כמוה"ר שמואל ן' וואעיש נר"ו:

וזה טופס ק"ע וז"ן בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא כה"ר משה טולידאנו בכהה"ר אברהם בתע"ג שהוא היה עד מיוחד בג"ד ובמחאה שעשה הר"ש בירדוגו נגד אביו כהה"ר יהודה נר"ו ע"ע ירושת אמו של הר"ש הנז' שנלב"ע והיה דבר ג"ד ומחאה הנז' בתורת "סוד" גמור שאין לעדים רשות לגלותו לשום אדם כלל וכן עשה העד הנז' שמיום היות הג"ד והמחאה הנז' לפניו לא גילה סודם לשו"נ בעולם עד היום שנשמעו דבריהם לפני בדי"ץ וסתם עדותו וכו' ח"פ תמ"ת ט' בתמוז ש' בישורו"ן לפ"ק וח"ע כה"ר יוסף חלואה וכה"ר יוסף מאמאן:

וס"ל כתוב גם החה"ש כהה"ר משה ן' שלוש נר"ו הגיד בתוע"ג בג' כא' שהוא היה מצוי בעת המחאה שמיחה הרש"ב הנז' על הסילוק שהודה לאביו על עזבון אמו ונכתבה המחאה הנז' בכתב ידו וחתמו בה ב' עדים אחרים כי לא רצה לחתום בה הוא ומפני שעשו המחאה הנז' בסוד גדול ובצו לצו שלא ישמעו דברי המחאה בין החיים וקרוב הדבר אצלי שהיה בהטלת חרם ונידוי שלא יצאו הדברים החוצה לכך לא גילה להח' הנז' דברי המחאה הנז' אעפ"י שהיה אוהבו עד היום שכבר יצאו הדברים בפי הכל אזי מלאו לבו להעיד כן ולראיה ח"פ תמ"ת בזמן הנ"ל וקיים וח"ע החה"ש הדו"מ כמוה"ר שמואל ן' וואעיש נר"ו והחה"ש כהה"ר דוד ן' עטייא:

עמדתי על דברי הסילוק הנ"ל וראיתי מה שכתבו החה"ש המזכין להבן הנז' המוכר ומבטלין הסילוק מטעם שמכר פחות מכ' ושהיתה שבועתו באונס ושהתיר שבועתו ויש שכתבו שאין שבועת הסילוק חלה על השבועה שנשבע במודעא כמבואר בדב"ק, ואחר

התבוננות היטב ראיתי שהסי' הנז' חזק כראי מוצק בל יסע יתדתיו לנצח וכל חבליו בל ינתקו ומכר גמור הוא בעד הסבלונות והמלבושים והוצאות החופה וסילק וריקן עצמו וזכותו ועצם וזכות ב"ך וכו' וגמר וזכה לאביו וכו' זכיה גמורה וכו' כמבואר בלשון הסילוק ומן הדין אפי' בסתם סילוק שאינו מפורש דינו כמכר כדאיתא בריש פ' הכותב האומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו וידי מסולקות הימנה לא אמר כלום ומסקינן דאם קנו מידו מגופא דארעא קנו מידו ופירש"י שזה קונה את הסודר ומקנה לו חפץ המוכר יע"ש, וכ"ש בסילוק זה דתני והדר מפרש בכמה לישני דמכר וכיון דמכר גמור הוא אין אותה מודעא כלום דבמכר בעינן הכרת אונס וליכא דאונס דנפשיה מפני הבושה ומפני המחלוקת. לא חשיב אונס, ומה גם דנ"ד שמא יסלקנו חנם אין כסף או בדבר מועט והרי סילקו בדבר מרובה סבלונות וחפצים ומלבושים והוצאות החופה והוא עצמו מודה בשטר סילוק ויעט אל השל'ל ואל המלקוח החוב הגדול של בן דודו ושחרור קרקעות בהקפה מאחרים ושהוא יודע שהסבלונות וכו' הם ביתר שאת על חלקו אף אם היה שפוי ומשוחרר, ולפ"ז אין כאן לתא דמודעא כלל שג"ד היה שמא יסלקנו חנם או בדבר מועט והרי העדיף מטובו עליו בריבוי אחר ריבוי ועל זה לא ג"ד וגמר ומקני, ואם נבוא עליו מחמת שבשעת הסילוק היה פחות מך' שנה דקי"ל בסי' רל"ח ס"ט דאין ממכרו ממכר עד שיהיה בן ך' שנה שלימות הרי יש תיקון מקדמונינו לעשות ממכרו ממכר שיהיה המכר בשח"ך באנפי נפשה [ומפרש התם כי היכי דלא תיהוי השבועה לזרז ולחזק הקנין לבד אלא שבו' באנפי נפשה למ"ש] ויודיעוהו שכפי הדין כל עוד שלא השלים ך' שנה שלימים אין ממכרו ממכר כמועתק אצלנו באורך מס' התק' של הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ושוב מצאתי תי' זה בתשובות הרב המאסף בס' בעי חיי סי' קנ"ו ובנ"ד כולהו איתנהו אם הש"ח באנפי נפשה שכתב תחילה ובשח"ך בשי"ת בפני עצמה וחזר ופי' ואף שהר"ש הנז' עדיין לא בא לכלל כ' שנה עכ"ז אחר שידע והכיר את זה קע"ע בכח הש"ח לאשר ולקיים זכיה זו ביד אביו. וחזר עוד וכתב ולכן גמר ברצון נפשו וכו' וזיכה לאביו בכח הש"ח הנז' לבלתי נטות מזכיה זו ימין ושמאל בין טענת שאינו מבן כ' שנה בין טענה אחרת שכך קע"ע בכח הש"ח וסיים עוד ונ"ה וכו' גם בש"ח בפ"ע, הרי דבש"ח מכר ובש"ח לקיים זכיה זו ביד אביו ובש"ח בטל טענת שאינו מבן כ', ואם נבוא עליו מחמת שג"ד על השבועה הרי כתב מהריק"ו שורש קס"ו לא מצינו שתועיל המודעא לבטל השבועה בלא טענת אונס והביא ראיה מתשו' הרשב"א ועוד הביא ראיה שאין לך מו' גדולה מההיא דהרוצה שלא יתקיימו נדריו שעומד בר"ה ואומר

כל נדר שאני עתיד לידור יהיה בטל וכתבו התו' שם (נדרים פ"ד דכ"ג) דביטול זה אינו מועיל אלא לנדרי עצמו אבל לנדרים שמדירו חבירו אינם בטלים:

ואם איתא הרי יש כאן מודעא ואפי"ה אינה מבטלת מדירו חבירו אלמא דאין כח במודעא לבטל השבועה אם אינה טענת אונס עכ"ל. ושם מבואר דלא מיקרי אונס בשבועה אא"כ היה מגיע לו איזה רעה אם לא היה נשבע אבל מניעת הטובה לא חשיב אונס ופסקה מור"ם בהגה ביו"ד סי' רל"ב סי"ב יע"ש ועי' ש"ך סקכ"ד שכ' זה פשוט ומהריק"ו אשמעינן דאפי' מסר מודעא קודם לכן על שבועה זו לא אמרי' הואיל וג"ד שאין חפצו בשבועה דיהא בטלה יע"ש, וע"ש בלבוש, ועוד אפי' בנדרי עצמו הרי סיים בה ובלבד שלא יהא זכור בשעת הנדר דאי זכור עקריה לתנאיה וקיים לנדריה ובנ"ד פשיטא דזכור הוא בשעת השבועה וא"כ בטליה לתנאיה וקיים לנדריה ועיין יו"ד סי' רי"א ס"ב. ואם נבוא עליו מכח ההתרה שהתירו לו שבועתו אע"ג דפ' מר"ן ביו"ד סי' רכ"ח ס"ב דמאן דעביד כר"ת והתיר בדיעבד בלא דעת חבירו הויא התרה מטעם שהביא דבריו הרא"ש אע"ג דדעת רוב הפוסקים דלא הוי התרה עכ"ז כבר אנהרינהו לעיינין הרב הגדול מוהרדב"ז בח"א סי' שכ"ז שכתב דלא פליג ר"ת אלא בנשבע ע"ד חבירו דתהני ליה התרה בדיעבד אבל בנשבע לתועלת חבירו כנ"ד מודה ר"ת דלא תהני ליה התרה אפי' בדיעבד וז"ל הרדב"ז לא עלה בדעת אדם לומר שיוכל להתיר שבועה שלא ישא וכו' שלא מדעתה וטעמא דמילתא כיון שהשבועה היא לתועלתה אין מתירין אותה אלא לדעתה ורצונה ועדיף הנשבע לתועלת חבירו מהנשבע לדעת חבירו דאלו הנשבע לדעת חבירו איכא פלוגתא דאיכא מאן דס"ל אם התירוהו מותר אבל הנשבע לתועלת חבירו אם התירוהו אינו מותר לכ"ע דאלת"ה לא שבקת חיי לכל בריה שמי שנשבע לחבירו לפרוע לו לזמן פ' ילך אצל ג' הדיוטות ויתירו לו ונמצא זה מפסיד את שלו וכזה לא שמענו והביא תנא דמסייע ליה תשו' הרשב"א שכתב אם נדר או שבועה היא לתועלת מי שנשבע אין מתירין לו אלא מרצונו ואפי' התירו שלא מדעתו ורצונו אינו מותר וגם ר"ת מודה בכך יע"ש [הביאה מר"ן ב"י בי"ד סי' רכ"ח] והביא תשו' הריב"ש סי' קפ"ו דלא חילק חילוק זה וחלק עליו. ואנן לדברי הרדב"ז שומעין דבתראה הוא, ומה גם שהרב דרכי נועם בחלק י"ד סי' ה' כמה דעות דמחלקין בין הנשבע לתועלת וכו' ודעת הרדב"ז בתוכם והעלה הלכה למעשה דכל שהוא לתועלת חבירו אינו מותר אפילו בדיעבד וחתמו עמו המאורות הגדולים מוהר"ר דוד די מדינה והרב מוהר"ר יעקב בי רב והרב מוהר"ר שמואל ויטאל:

גם מוהרשד"ם בחלק אה"ע סי' כ"ו הפליא להחמיר בדבר זה שהוא איסור תורה וכ"ש בענין שבועה אשר נזדעזע כל העולם וכו' ומה גם שהראב"ד מן המחמירים שכ' עליו הרשב"א שאפי' היה דעתו באיזה איסור תורה להחמיר והראב"ד היה מיקל היה סומך עליו עאכו"כ כשדעת הראב"ד להחמיר שכל ירא ה' וחרד על דברו לא הי"ל לזוז מדבריו. וכתב עוד דכל דאיכא חומרא אחרינא שנשבע לטובת חבירו יש לנו לומר שאעפ"י שיש מי שמיקל כדעת ר"ת היינו דוקא בנשבע לדעת חבירו ולתועלתו ולא קיבל הנשבע טובת הנאה מהמשביע יע"ש, ובנ"ד איתנהו במותב ג' לדעת חבירו ולתועלת חבירו וקבל הנשבע טובת הנאה מהמשביעו. ואע"ג דמר"ן פתח בסימן רכ"ח ס"ח בנודר ע"ד חבירו וסיים ולתועלת חבירו משמע דאינו מחלק בכך כבר נתעורר הרב ש"ך בזה בסקמ"ח וז"ל הלשון אינו מדוקדק דהריב"ש שם מיירי בשנדר לתועלת חבירו אבל המחבר לא איירי בהכי יע"ש, ואית לן למימר כיון שדבר זה למדו מדין הריב"ש העתיק המעתיק בלשונו ולעולם דיש חילוק כמו שחילק הרדב"ז ואפי' נימא שמר"ן קבל ד' הריב"ש היינו מחמת שלא ראה דברי הרדב"ז שדרכו לשתות בצמא את דבריו וכותב עליו כבר הורה זקן ומה גם שרבו של מר"ן מוהר"ר יעקב בי רב (הגהה - שלא בדקדוק כתב כן כי אינו רבו של מר"ן אלא אחר הוא שהרי חתום עם מהר"ש ויטאל שהיה אחר מר"ן ודו"ק):

קאי בשיטה זו כנ"ל בודאי לא ידון היפך דעתם, וכבר כתבתי בזה הפסק הבא אלי מסאלי באייר תקס"ז, ומה גם בנ"ד דאיכא ג' ע"ד ולתוע' וקבל טובת הנאה, ואם נבוא עליו מכח שאין שבועה חלה על שבועה כמ"ש חכמי פאס יע"א. אחר המחילה לא נשבע בפי' שלא יסלק דנימא דלא תחול שבועה שנשבע לסלק שהרי ז"ל ולתוספת יפוי כח נקש"מ ונשח"ך וגמר והודה הו"ג וג"ד על מין סילוק והודאה וכו' שהכל מן השפה וכו' ואין במשמעות לשון זה שלא לסלק רק לחזק הג"ד כאלו ג"ד צריכה קנין ושבועה ומה גם דאין כאן שבועה בפ"ע רק עם הקנין דאמרי' לזרז הקנין הוא דאתיא וכיון שאין כאן קנין אין כאן שבועה דלהכי כותבין בקושח"ך כל א' למ"ש, או וש"ח בפ"ע לומר שלא באה לחזק ולזרז הקנין וכמו שכתוב אצלי פסקי דינים מהרבנים המובהקים מוהריב"ע ומוהר"ר יעב"ץ בחותמם מם הקדו' משם כמה פוס' ובר מן דין בנ"ד אפי' היתה השבו' מן הדין או שבועת אונס או קדמתה שבועה אחרת ולא חלה מ"מ המכר קיים בקנין מחמת דאין כאן מחאה שהרי יש ביד האב ק"ע מה"ר משה טולידאנו שהוא העד המיוחד בג"ד ובמחאה הנז' שהיה דבר הגלוי דעת והמחאה הנז' בתורת סוד גמור שאין לעדים רשות לגלותו לשום אדם בעולם וכן העיד כהה"ר משה ן' שלוש שהיה מצוי בעת המחאה הנז' ועשו המחאה בסוד גמור ובצו לצו שלא ישמעו דברי המחאה הנז' בין החיים ולכן לא רצה

לחתום וחתמו אחרים וקרוב הדבר אצלו שהיה בהטלת חרם ונידוי שלא יצאו הדברים, וא"כ סמי מכאן שבו' הו"ל בן ך' שגדל ולא מיחה שממכרו קיים שמחאה זו אינה כלום כדאיתא בח"מ סי' קמ"ו ס"ג דכל שאמר לא יצא דב"ז מפיכם לא הוי מחאה וכתב הש"ך בסק"ג דאפילו אמרו לו שמיחה כיון שאמרו לו שאמר להם שלא יצא הדבר מפיכם כן נ"ל עכ"ל וא"כ בנ"ד דהוה הדבר בסוד בצו לצו שלא יגלו ודאי לא גילו וכמו שפירשו בדבריהם ואפי' אם גילו אינו כלום וכ"ש דאיכא חומר הנידוי למ"ד או למ"ד סוד גם הוא גי' נידוי וכאשר נתבטלה מחאה ראשונה לא תועיל מחאה שנית מאחר שטוען האב שבשנת תקדמ"ך כבר היה הבן בן כ"ב ש' ומאי דהוה הוה:

הצעי' רמ"א סט:

ובענין המזונות והכסות שזנו ופרנסו מיום פטירת אמו שאומר הבן דאינם אלא בתו' מתנה כנ"ל במחאה א' עם היות שכמה חילוקים נאמרו להשוות תשובת הרי"ף עם תשו' רבי' אפרים שהביא תה"ד אין לנו אלא מ"ש מר"ן בב"י בסי' קכ"ח שאין דברי הרי"ף אמורים אלא בשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתבעו. אבל אם היה בידו משל היתום פשיטא שינכה ממנו מה שהוציא עליו דלא אמרי' בכה"ג דלג"ח פרנסו ועל חילוק זה סמך מר"ן ופסק בשלחנו הטהור ח"מ סי' ר"ץ סכ"ה כהרשב"א דקאי בשיטת רבינו אפרים ביתומים שסמכו אצל ב"ה וזן אותם משלו לא הניח מעותיו על קרן הצבי ע"כ, ובי"ד סי' רנ"ג ס"ה סתם כהרי"ף מי שפרנס יתום והיה מכוין למצוה וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו פטור ע"כ להורות דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי דהרי"ף מדבר בשלא היה בידו משל היתום והרשב"א מיירי בשיש בידו מנכסי היתום וכ"כ הרב המאסף בסי' קכ"ח בהגהב"י אות כ"א ועיין תשו' מהר"ם אלשיך סי' ע' ותה"ד סי' שי"ז שכתבו דאפי' בבן לגבי האב לא אמרינן דבחנם היה מפרנסו משום דאומדן דעת כן הוא דזילותא היא לקחת מידו מאומה ודחו טעם זה בב' ידים דלא אמרינן כלל דמשום זילותא כי האי שיטול דמים מפרנסת בתו וכיוצא מוחל אדם על חסרון כיס שלו יע"ש והתם בתשו' מהר"ם אלשיך וכן בתשו' מהרי"ט בח' א"ה סי' כ"א ג"כ מחלק בין ב' התשו' דהרי"ף מיירי ביתום עני שאין לו משלו כלום שאם לא היה מפרנסו זה היו אחרים מפרנסין אותו דכל ישראל חייבים לפרנס ענייהם, אבל תה"ד מיירי ביש לו דבהכי אין נזקקין לו קרוב למה שמחלק מר"ן וחילוק זה שחילק מר"ן שמשו בו הפוסקים לענייניים אחרים בפורע חובו של חבירו הביאו מור"ם בהגה סי' קכ"ח שאם היה בידו משל חבירו מה שעשה עשוי ובזן אשת חבירו בא"ה סי' ע' ס"ח בהגה אם של חבירו בידו מנכה ממה שבידו ומה שנסתייע הבן ממה שלא נזכר בסילוק אלא בעד הסבלונות וכו' ולא הזכיר

המזונות שקודם לכן מוכח דמחולים הם והאב משיב ע"ז דהסבלונות וכו' יצאו בסילוק ועדיין בידו לתבוע המזונות ופרנסה וכו' וקושטא קאי דלא כדברי זה ולא כדברי זה אלא שהבן סילק עצמו מהכל בעד כל החיובים שהיה לאב עליו חדשים גם ישנים אלא שאם יתבע הבן לבטל הסילוק יתבענו האב בכל מה שזנו ופרנסו ובכל החפצים והסבלונות וכו' זהו דעתי ורב השלום ישפות שלום למו והשיב לב אבות על בנים, החותם בחדש אב מש' ומבשר"ך אל תתעלם לפ"ק וקיים:
שאול ישועה ס"ט:

סימן כה

שאלה ראובן נתן סחורה לשמעון למוכרה בעיר אחרת אגב אורחיה שהלך לשם לסחור וכאשר מכרה שלח להודיעו שיוציא נגדו ליטרא למי יתן הדמים וביני ביני לוי שותף שמעון רצה לעשות סחורה למוכרה במקום שהוא ראובן ולקח משותפו גם סחורות ראובן והוא יפרע לראובן ובלכת לוי לדרכו בא שליח ראובן והוציא ליטר'א והשיבו כבר לקח לוי הדמים כדי לפרוע לראובן ומאן לימא לן דלא פרע ואמ"ל השליח לכתוב לו ראיה איך לא קבל ממנו כלום ואח"ך מת ראובן והניח יורש קטן ועמדו קרובי היורש וא' מהם אבי אמו וכתבו אגרות קשות לשמעון על שלא שלח וחזרו ושלחו לו הליטר'א שנית ע"י אחר והודיעוהו שלוי שותפו לא פרע כלום והבטיחוהו שהם אחראים בסך הנז' דלא לימטי ליה שום פסידא ודררא דממונא מאותו פרעון כלל וכראות שמעון דברי קרובים והם המפקחים על נכסי המת וידוע שהם ממנהיגי העיר ופרנסיה ועמד ופרע ליד השליח מוציא הליטרא וקבל מידו הליטרא וגם ראיה ראשונה ששלח לו בראשונה כנ"ל ולא היו ימים מועטים עד שמת גם מקבל הליטרא ובחזרת שמעון למקום ראובן עמדו הקרובים הנז' ותבעו ממנו דמי הסחורה והשיבו שכבר פרע וקבל הליטר'א משלוחם וראיה א' הנ"ל וטענו עליו מדלא חתם בה מקבל המעות שהתקבל דמי הליטר'א ואפשר גנבה והשיבם דלא נתן המעות עד שקבל הליטר'א והבטיחו לחתום בה כשיפנה וביני ביני נשתהה ואח"ך מת ומה בידו לעשות:
ע"כ ענין השאלה:
וראשונה השיב כמוה"ר אברהם ישראל לפטור את שמעון כיון שפרע ליד מוציא ליטר'א נגדו וגם כתבו לו שהם אחראין וכתב שיועיל זה אפי' היתה מלוה בשטר נגד שמעון מההיא דסי' קכ"א ס"ח ושיש על שמעון ח"ם כמ"ש בסי' ר"ט ס"ו בהגה ובדברי מר"ן וש"ך שם סקמ"א והאריך בראיות ועל טענת הקרובים אם איתא דפרע היה מקבל המעות

חותם בכ"י כנהוג במקומם והאריך הרבה דאין מנהג זה כלום דלאו מנהג ותיקין הוא והביא תשו' מהרי"ע חו"מ סי' א' ודברי הרב פ"מ ח"א סי' כ"ה והאריך והעלה לפטור לשמעון:

ואחריו כתב כמוה"ר רפאל בירדוגו שאין חיוב לשמעון ממה שלא חתם מקבל המעות ונ"ל לחייבו ממקו' אחר דהאליטר'א אין בה ממש וכמאן דליתא דמיא דכיון דמת המפקיד ביני ביני נתבטלה הליטר'א וכמ"ש ריש סי' קכ"ב כיון שמת המשלח נתבטלה שליחותו. וכתב שזה פשיעה גמורה שהרי כתב בסי' ר"ץ ס"י אין שולחין מטלטלין של יתומים דרך ים ולא בדבר שיש ספק אונס וא"כ בנד"ז אף שנאמין לשמעון שפרע ליד השליח הי"ל לתתם לו בסופר ועד גם כמוה"ר פתחיה נמשך אחר דרך זו, וחכמי פאס כ' לפטור שמ' וא"צ סופר ועד:

עמדתי על דבר השאלה הנ"ל ואשר נגזר עליה מהחכם הפוסק נר"ו ודשרן סמיכין עלוהי ואחזה אנכי אשית לבי כי יפה הורה ויפה זכה את שמעון הנתבע לפוטרו מהתביעה שתובעין ממנו קרובי היורש קטן של ראובן לחזור ולפרוע ליורש הנז' דמי סחורת ראובן מורישו שהיו מופקדים אצל שמעון הנז' דודאי סגי ליה בפרעון שפרע ליד שלוחם של הקרובים הנז' שהוציא נגדו הליטר'א השלוחה לו מהקרובים הנ"ל לפרוע דמי הסחורה הנז' ליד שלוחם וכלי זיינה עליה שהם אחראים בהסך שיתן לשלוחם הנז' דלא לימטייה שום פסידא דאע"ג דנתבטלה הליטר'א הא' ששלח לו ראובן המפקיד בחייו אם מצד שהחזירה ריקנית וכתב ראיה ביד השליח המוציאה נגדו שלא נתן לו כלום שאפי' אם היה ראובן עדיין קיים היה צריך לחדש לו ליטר'א אחרת אם מצד שמת ראובן שאפי' אם לא החזירה ועודנה ביד השליח המוציאה אדעתא לגבות בה ועד שלא נתן מת המשלח נתבטלה השליחות ולא יתן כלום לאותו שליח ואם נתן ל'ו עכב, מ"מ הליטר'א שחדשו קרובי היורש הקטן של ראובן ושלחו אותה לו ע"י אחר היא קיימת שהרי הקרובים הנז' הם המדברים ומפקחים על נכסי היורש הנז' ואחד מהם אבי אמו דודאי דין אפוטרופוס להן מצד הקורבה וכל הקרוב קרוב קודם וכמ"ש מור"ם בסי' רפ"ה ס"ח בהגה דעדיף טפי בקרוב מברחוק יע"ש ונוסף היותם ממנהיגי העיר ופרנסיה והו"ל תרתי לטיבותא מצד קורבתם ומצד חשיבותם על בני עירם וקי"ל אפוט' עושה בנכסי יתומים כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים כעושה בשלו ומעשיו קיימים כמ"ש הרמב"ם פי"א מה' נחלות הל' ד' וכ"כ הטור בסי' ר"ץ סי"ב והביאו מור"ם בהגה בסי' הנז' ס"ט ועי' עוד שם סעי' י"א ובסי' רל"ה סכ"ו מ"ש מר"ן יע"ש ואין לך טובת היתומים גדולה מזו ששלחו האפוטרו' להביא מעות היתומים המונחים במקום רחוק יושבים ובטלים ולא פשעו

להביאן דרך ים ולא דרך יבשה כדאיתא בסי' ר"ץ דלא מצו עבדי אלא על צד היותר טוב ובטוח בהאליטר"א שאין בה ספק אונס ולא סכנת דרכים כלל רק שהשליח מקבלם שם במקום שהם ומוציאם בהוצאותיו ונותן ליורש במקומו תמורתם ואם יד ה' פגעה בשליח ומת מיתה פתאומית ואשתקל מלוליה ונשתתק מלצוות כדרך כל הארץ מה הי"ל להאפוט' לעשות דלאו נביאי נינהו למיחש חששא רחוקה דלא שכיחא כזו וכ"ש שמעון הנפקד ששלחו לו האליטר"א ופרע על פיהם לשלוחם מה בידו לעשות למיחש חששות רחוקות מה שלא התנו עליו בהאליטר"א ששלחו לו ומה גם ששלחו לו שהם אחראים וכו' דהוי כאומרים לו אל תחוש שום חששא וסמוך אדידן ואנן אחראין דלא למטייך שום פסידא והרי פרע על פיהם ליד שלוחם וכל שפרע ליד השליח ונאבדו פטור כדפסק מר"ן בסי' קכ"א ס"א וקבל הליטר"א ששלחו לו לראיה בידו שפרע וגם קבל הראיה הא' ששלח עם שלוחו של ראובן שלא נתן לו כלום:

ומה גם שכך היה התנאי בין הנפקד והמפקיד שישלח לו הליטר"א ויפרע ליד השליח דודאי מכי נתנם ליד השליח נפטר בהכי ואין עליו שום חיוב אם אבדו או נאנסו וכמ"ש הרמב"ם בהדיא ה' שלוחין פ"ב ה"ג וכ"כ הטור קכ"א ס"ח, ומה שטענו הקרובים דאם איתא שפרע אע"ג שלקח הליטר"א מהשליח הו"ל לשליח לחתום בכ"י שקבל מה שכתוב בה ולזה יש להשיב דאף אם נהגו כן במקומם אינו לעיכובא דאם לא חתם השליח יחזור ויתן אלא לרווחא דמילתא דלא ליפול בינו ובין השליח שום כפירה ויבואו לידי חשש שבועה, וכן מצינו בהא דפ' הגוזל עצים דק"ד דקאמר לשמואל מאי תקנתא ומסיק כי הא דר' אבא הוה מסיק זוזי בדרב יוסף בר חמא א"ל לרב ספרא בהדי דאתית אייתינהו ניהלי כי אזל להתם א"ל רבא בריה מי כתב לך התקבלתי א"ל לא א"ל זיל בריא ויכתוב לך התקבלתי לסוף א"ל אי כתב לך התקבלתי נמי לאו כלום היא דילמא אדאתית שכיב ר' אבא ונפלו זוזי קמי יתמי והתקבלתי דר' אבא לאו כלום הוא א"ל ואלא מאי תקנתא זיל נקני ליה אגב ארעא ותא את כתוב לי התקבלתי והקשה הנמק"י וז"ל והא דאמרינן ולשמואל היכי נעביד הוה מצי לתרוצי שעשאו שליח אלא דבעי לאשכוחי גוונא אחרינא רווחא, וכ"כ הלח"מ ד' א' מה' שלוחין ה' ח' יע"ש, הרי דתקנתא דאיתמר בש"ס אמרי' בה לרווחא דמלתא עביד כ"ש במנהג זה אם איתיה דנימא לרווחא וכו' (כ"ש במנהג זה) אנא הוא דעבדי, וחזינא מלתא חדתא לרב רחומאי כמוה"ר רפאל בירדוגו נר"ו דמהפך בזכות היתום וחשיב ליה לנפקד פושע במה שנתן לשליח מעות הליטר"א בלי סופר ועד וממאי דכתיבנא מוכח דדוקא היכא דשלחו לו האפוט' והתנו עליו לתת מעות הליטר"א בסופר ועד והוא שינה ונתן בינו לבינו הויא פשיעה אבל כששלחו לו

ליתן ונתן ולא שינה מדבריהם אין עליו פשיעה של כלום, תדע שכן הוא דהא קי"ל בסי' קכ"א ס"ח אם השליח כופר בנפקד או בלוה שאומר לא נתתם לי והם אומרים שנתנו לו נשבע השליח ללוה או לנפקד וכו' ונפטר והלוה או הנפקד נשבע למלוה או למפקיד שבועת היסת ונפטר עכ"ל ואם איתא למה יפטר הנפקד או הלוה בשבועה נימא להו שזו פשיעה היא שהיה לכם לתת בסופר ועד אלא ודאי כיון שפרע כדברי המשלח ולא שינה אין כאן פשיעה של כלום לא לאפוט' ולא לנפקד. ונראה שהרב הבין בשאלה שהליטר'א ששלח ראובן בחיי חייתו היא עצמה שחזרו הקרובים הנז' שלחוה והרי היא בטלה ולא היא הליטר'א מחודשת שלחו הקרובים שזה לשון השאלה וחזרו לשלוח הליטר'א שנית ע"י אחר עכ"ל אין הכוונה על הליטר'א הא' מדקאמר בה"א הידיעה אלא הכוונה המתוקנת וידועה בשאר כל הליטרו'ת והראיה שסיים בה ע"י אחר פי' שליח אחר ואם איתא שהיא הליטר'א הא' הכתובה ע"ש שליח א' איך יפרענה וכו' שאינו כתוב בה, גם כמוהריש"ו הבין דרך אחרת ששלחו ליטר'א הא' עם ליטר'א מחודשת ונמשך לו ממ"ש בלשון השאלה ופרע הליטר'א לאיש המוציאה וקבל בידו הליטר'א וגם ראיה א' ששלח לו בראשונה כנ"ל וסבר שראיה א' היא הליטר'א ולא היה אלא ראיה א' היא הראיה שכתב הנפקד לשלוחו של ראובן המפקיד. גם רב חביב'א כמוה"ר פתחיה בירדוגו נר"ו תפס לו דרך דודו המה דברי דודי'ם עריבים ורואה אני שהרב נר"ו לא חתם ע"מ שכתב נראה דרפיא בידיה גם כהר"ף נר"ו סיים שהנכון לעשות פשרה וכו' משום דרפיא בידיה והתי' על חכמי פאס יע"א שכתבו הלכה מבוררת ולבסוף כ' לעשות פשרה ומה מקום לפשרה במקום שהדין ברור אינו אלא גזלנותא ויתמי דאכלי דלאו דידהו וכו'. קנצי למלין נראה ברור ממאי דכתיבנא דאין כאן מקום לחייב שממון הנפקד בכלום ואין כאן מקום לשום פשרה מאחר שדינו ברור הח"פ צפרו יע"א בשלהי טבת מש' א"ף נחל"ת שפרה עלי לפ"ק וקיים:

שאול ישועה:

סימן כו

ראו הביא לנו איש עברי הר' יצחק פוזואילו ק"ע בעגונא דאתתא לתור לה מנוחה ואהדורי קא מהדר חוקר ודורש בכ"מ אשר דרסה כף רגלו לשיולי בפתיחא לנתק מוסרות ושלשלאות עגונה ולהתיר אגודות חרצובות קשוריה ואסריה אשר עליה ויצא יצוא למצוא לה פתחה, אשר זה לה ימים של צער היתה כאלמנה יושבת למקוצעות בכבלי עגונה היינו עזובה היינו שכוחה עלובה דא מבעלה הר' יונה אשכנזי אשר ברח

ופרח ממנה כהדין יונה פורחת ואינה נתפסת נעשה כיונה אלמת ומחו לה אמוחא ויונ'ה ירד אל ירכתי הצ'פינה ולא שזפתהו עין רואה לפתוח לה פיתחא ויצחק בא בא'ר במחנה אלהים זה צפרו יע"א כגון דא אתתא דידעי להר' יונה בשמ'ו ובמעשי'ו כזית שיש לו שם בשדה שאינו שכחה נפק דק ואשכח ופשפש ול"ו מצא מכאן מודע'ה רבה מע'ל ליונ'ה כי לקח אותו אלהים גמ'ר קיחה קיחה, ובכן נמנינו לדבר מצוה וכתבנו לו ק"ע היא גופה הוכחה ועודנו מחזיק בתומתו חליף ותני אפיתחא. וחזר ובקש ממני אני ח"מ לחוות דעתי בענין זה בקטון החל באומרו שכך מצווה ועושה מהאח נפשי דבח מאח אתדבקות רוחא ברוחא זה דודי וזה ריעי חצ'ר תבונות חצרו'ן וחמול החה"ש הדו"מ כהה"ר יצחק ן' שמול יזיי"א ויעלה ויבוא הסתופף בבית ה' בחצרות בית אלהינו כי"ר: ומאשר יקרו בעיני דברי אחי המצוה רחימא דנפשאי רחימו דאורייתא, וגם כי עגמה נפשי להדין עלובתא אחור לא נסוגותי ודחקתי ונכנסתי לפני ולפנים ממחיצתי לצאת ולבא בשריותא דהאי איתתא דרוש וקבל שכר להלכה אני אומר והרוצה לעשות ילך אצל דייני מתא ורישי מתיבתא, ואפשר דאנא דלינא ליהו חספא ואינהו משכחו מרגניתא ומעתה דן אנכי ע"ג קרקע לפני כל יודעי דת ודין ותחלה וראש ארדה נא ואראה מאי דאיכא לאיסתפוקי בהעדו' שנתקבלו ראשונה במתא אלמעסרא יע"א הספק א' שלא הזכירו שם אביו ושם עירו ואף שבעדויות אחרונות הזכירו שם עירו מ"מ שם אביו לא הזכירו. הספק ב' במאי דקאמרי מאת מגדו'ר שזה לשון נופל על ההריגה ואיכא לספוקי בסהדי קמאי שידעו הריגתו בחדא מתרתי או שנפלו עליהם לסטים והוא נהרג והם ניצולו או שמצאוהו חלל באדמה והכירוהו ושני דרכים הללו בחזקת סכנה הם עומדים בשריותא דהאי אתתא אם נאמר שהוא נהרג ע"י ליסטים והם ניצולו היו צריכים למימר וקברנוהו כמו במלחמה כדאיתא בסי' י"ז ס"נ בש"ע א"ח, ואם נאמר שמצאוהו הרוג והכירוהו היו צריכים להעיד שראוהו תוך ג' ימים דאל"כ לא מהנייא עדותן מידי כדתנן אין מעידין עליו לאחר ג"י ופסקה מר"ן שם סכ"ו ולזה אין סיוע מהעדויות האחרונות שהעידו ששמעו שמת שהרבה קורין לנהרג מת ואינם סותרים זא"ז דקי"ל בעד אומר נהרג ועד אומר מת ה"ז תנשא כדאיתא בסעי' ט' הספק הג' נופל בכל העדויות ולא מיבעיא באותן שמעידין שמענו סתם דטפי איכא למיחש שמקול הברה בעלמא שמעו שאינו כלום כדכתב מור"ם בהגה ס"ג יע"ש. אלא אפי' אותן המעידין ששמעו מאחרים מ"מ איכא לספוקי בהו דילמא גריעי מעד מפי עד כיון שלא פירשו ממי שמעו וכן איכא לספוקי דילמא סהדי קמאי שמהם שמעו שמא מחמת קול הברה ששמעו הוא שאמרו כן שהרי מיד שהקול יוצא רבים הם שמספרים בפני אחרים שפ' מת או נהרג, הספק

הד' בעדיותיו של הר' יצחק פוזואילו הנ"ל אם יש לסמוך עליהם לאיזה פרט שנצטרך נצרף לאיזה עדות מדבריו דאפשר שכיר הוא בא בשכרו וכיון שנוטל שכר על שליחותו אפשר דהוי כנוטל שכר להעיד: והנה בענין ספק הא' שלא הזכיר רק שמו ולא הזכיר אביו ושם עירו המעיין בספרי הפוס' יראה אגודה של חכמים ושל סופרים אחזו שער סגרו ואין פותח דלא סגי בהני תלתא שמו ושם אביו ושם עירו ומטו בה משמיה דגברא רבה הרמב"ם ז"ל פי"ג מהל' גירושין הכ"ד שכ' וז"ל בא אחד ואמר אמרו לו ב"ד או אנשים כשתלך למקום פלוני אמור להם שמת יצחק בן מיכאל ובא השליח ואמר לנו והשליח אינו יודע מי הוא זה הואיל ואנו יודעים פ' הידוע בשם זה הרי אשתו מותרת ואין אומרים שמא יצחק בן מיכאל אחר הוא שמת עכ"ל, והביאו מר"ן בשלחנו הטהור בא"ה סי' י"ז סי"ח וראש המדברי"ם בסברא הלזו מוהריק"ו שורש קפ"ה דקדק כן מלשון זה מדקאמר כשתלך למקום פ' משמע דאיכא קפידא בידיעת שם עירו והו"ל כמזכיר שם עירו בפירוש עם מה שהזכיר שמו ושם אביו ובבציר חדא מיניהו לא סגי ופוק חזי מ"ש הרב חלקת מחוקק בק"ע סעיף קכ"ט וז"ל מאחר דארבעה גדולי הדור רבינו ישעיה מטראני ומוהריק"ו וריב"ש והרא"ם כ' להדיא דצריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו מי הוא שיקיל ראשו בדבר עזרה נגד המלכים האדירים האלה ובפרט בהיותם בתראי ע"כ. [נ"ב זה מתשו' הר"י סמוט ודחה דבריו מר"ן בסי' ג' יעו"ש]:

ויש עוד כת ב' גדולה וחזקה מחכמי ישראל דסגי בשמו ושם עירו בלא הזכרת שם אביו ומטו בה ג"כ שכך סובר הרמב"ם ז"ל הל' כ"ז וז"ל מת איש יהודי עמנו במקום פלוני כו"ך צורתו כו"ך היו סימניו אין אומרים באומד הדעת פ' הוא עד שיעיד העד שהוא פ' ויכיר שמו ושם עירו ע"כ, והביאו מר"ן שם סי"ט וכתב הה"מ שדברי הרמב"ם לקוחים מהתוס' וז"ל אין מעידים עד שיהיו מכירים שמו ושם עירו עכ"ל, הרי דלישנא דתוספתא ולישנא דהרמב"ם דייקי דבשמו ושם עירו סגי וכן דקדק מהר"ם לובלין בסי' קל"ג יע"ש, [נ"ב ובתוספתא המסודרת בספר הרי"ף ספי"ד מיבמות דף ס"ב הגירסא כך היא אין מעידין עליו עד שיהיו מזכירין שמו ושם אביו שמו ושם עירו יע"ש]:

ויש עוד סברא אחרת רבתי בדעות ברוב בנין ורוב מנין מקמאי ובתראי היושבים ראשונה במלכות ההוראה דבתרי מגו תלת לעולם סגי אי שמו ושם אביו או שמו ושם עירו והביאה מוהריק"ו בשורש קע"ו ולמד כן מלשון הרמב"ם שם הלכה כ"ח וז"ל מצאו כתוב בשטר מת איש פב"פ או נהרג פב"פ ונודע שזה כתב ישראל ה"ז תנשא אשתו וכן מי שנשתתק ובדקו אותו כדרך שבודקין לגיטין ונמצא דעתו מכוונת וכתב שמת פב"פ סומכין לכתיבתו ותנשא עכ"ל והביאו מר"ן בסעי' י"א וי"ב ודקדק מכאן מוהריק"ו

מדלא הזכיר שם העיר מאחר שהזכיר שם האב ש"מ דבשם אביו לחוד סגי וכתב דמה שכתב הרמב"ם בהלכה כ"ז שצריך שיזכיר שם עירו היינו היכא דלא הזכיר שם אביו הרי דמתרי לישני שהביא הרמב"ם משמע דבשמו ושם אביו או בשמו ושם עירו סגי יע"ש ועי' למר"ן בב"י ובכ"מ מ"ש ליישב הב' תשובות הרב מוהריק"ו שסותרות זא"ז דכ' דספוקי מספק"ל למוהריק"ו כוונת רבינו: והנה עין הרואה עיניו יחזו עפעפיו יבחנו דהאי סברא בתרייתא דבתרי מינייהו סגי נלמדת היטב מדברי הרמב"ם ודייקי שפיר לישני דהרמב"ם להאי סברא דבמקום דהזכיר שם עירו לא הצריך הזכרת שם עירו ובפי' איתא לשון רבינו בהלכה כ"ג מכריע בין ב' לשונות הנז' וסובב סובב על כוונה זו לפי גי' כל הספרים אשר בידינו ושכן גי' מר"ן הקדוש בשלחנו הטהור סעיף כ"ג וכן היא גי' הלבוש וז"ל ראו א' עומד מרחוק ואמר שהוא פב"פ או פ' ממקום פ' והרי נשכו נחש והרי הוא מת והלכו ומצאוהו שנשתנה ולא הכירוהו הרי אלו משיאין את אשתו עכ"ל ולפי גי' זו הויא שפיר ראיה גמורה להאי סברא דבתרי מגו תלת לעולם. סגי או שיזכיר שמו ושם אביו או שמו ושם עירו והדברים ק"ו אם במקום דאיכא ריעותא שנשתנית צורתו ולא הכירוהו סגי בהזכרת שמו ושם אביו או שמו ושם עירו כ"ש במקום דליכא ריעותא הרי דסברה זו יפה נדרשת מהני תלת לישני שפירי דהרמב"ם וא"כ אף אם היה לשון רבינו מבואר בההיא דיצחק ן' מיכאל דבעי שלשתם איכא למימר סמי חדא מקמי כל הני כ"ש דהאי לישנא גופיה דייק שפיר להאי סברא טפי דמה שכתב כשתלך למקום פ' וכו' לא שיש קפידא בדבר אלא דמראין מקום הם לו וכ"ש שהרא"ש שהוא א' מעמודי הוראה הביא ראיה מלשון זה דבשמו ושם אביו סגי ומוכרח שכך הבין בלשון. רבינו דמראין מקום הם לו כמ"ש בכלליו כלל נ"ב סי' א' יע"ש. ואף לגי' מוהריק"ו דגריס בלשון רבינו ואמר שהוא פב"פ דממקום פ' הרי כתב שאינו מנגד להאי סברא דהתם שאני דאיכא ריעותא דנשתנה הוא דבעי שלשתם יע"ש ואפשר דמהני גי' שנזדמנה למוהריק"ו בלשון רבינו הוא שהיה מסופק בכוונת רבינו ואלו ראה גרסתינו היה מכריע שפיר כוונת הרמב"ם להאי סברא דיפה נלמדת מדברי רבינו ובאו דבריו על נכון בלא שום דוחק:

וראיתי למוהרשד"ם בשאלה ל"ה שכתב דלמעשה סמכינן אשמו ושם אביו או שמו ושם עירו שכך נראה בעיני שהיה דן מורי הרב הגדול מהר"י טאיטצאק זצ"ל וכן מצאתי לשונו הביאו הב"י בטור א"ה יע"ש עכ"ל: ומ"מ אף שערכו מלחמת מצוה מערכה מול מערכה הצד השוה שבהם דבבציר משנים לא סגי ובנ"ד לא הזכירו העדים הראשונים רק שמו לבד ואף להנהו סהדי בתראי שיש מהם שהזכיר שם עירו מ"מ לא הזכיר שם אביו

ומידי ספיקא לא יצאנו כיון דאיתא לדיעה קמייתא דבעי שלשתם וא"כ נפל שריותא דהאי אתתא בעומקא דבירא ומי ירד ויקחה לנו:

אמנם כד מעיינינן שפיר משכחנא לה פיתרא מדברי הפוס' דהיכא דההזכיר כינויו עומד במקום הזכרת שם אביו כמבואר בקונטרס עגונות סעי' ק"ד וק"ה וש"ל ושס"ו משם כמה גדולים ומהם כתבו דעדיף משם אביו יע"ש וכ"ש בזה"ז שלא ראינו בהארצות הללו מי שקורא לשום אדם פב"פ בשם אביו רק פ' המכו' פ' וטפי ניכר האדם בכינויו ממה שניכר בשם אביו, וא"כ בנ"ד שהזכיר כינויו שהוא אשכנזי הו"ל כאילו הזכיר שם אביו ולדעה בתרייתא מיהא סגי בהכי אף שלא הזכיר שם עירו ומאחר שבעדויות אחרונות הזכירו שם עירו כמבואר בדבריהם והיינו מתא מוסתאגנים שהוא המקו' שיצא משם יצאנו אף ידי דיעה קמייתא וכ"ש לפי עדותו של הר"ש שנתן סי' בתוך סי' אלא משום דבעיקר עדותו שהעיד שמעתי סתם ולא פירש ששמע מאחרים לא אתיא כך"ע וכמו שיובא לקמן בע"ה בהיתר הספק הג' יע"ש לכן לא לקחתי ראיה מאותן סימנים:

ואנכי תולעת עם שאין ידיעתי מכרעת רואה אני לאף להעדויות הראשונים שלא הזכירו שם עירו הוי נ"ד כך"ע ואפי' לדיעה קמייתא מדחזינן האי מלתא דתמיהא שהזכיר העד הג' מפעולותיו מענין שבירת האגוז באצבעו שע"י פעולה זו ניכר על מי הם מדברים. תדע שכן הוא שהרי האורחים כשומעם ענין פעולה זו ידעו על איזה ר' יונה הוא מדבר והשיבוהו בזה"ל האדאך ר' יונה מאת מגדור שמשמעותו שאותו הר' יונה הידוע בפעולה זו מת, וא"כ אפי' לדיעה קמייתא דבעי שלשתם שמו ושם אביו ושם עירו נוקים להני תלת שהוזכרו בנ"ד דהיינו שמו וכינויו ופעולתו במקום שמו ושם אביו ושם עירו כשיתברר שבעירו היה ידוע בפעולה זו וגם בעדות השניה שלא הזכיר פעולה זו הזכיר דכוותה דהיינו מלאכתו שהיה רופא. וכ"ש שמוהריק"ו שהוא מרה דהאי ס' קמייתא כתב בשורש קפ"ה דאף לדיעה זו כל שיש אומדנא והוכח' שזה הוא לא בעינן שיזכיר שם עירו והביאו מור"ם בהגה סי"ח:

וגדולה מזו כתב מר"ן הב"י בסי' י"ז בשם תשובת הר"ן דכל שמעיד בדבר ברור שא"א לספק באחר משיאין את אשתו אע"פ שלא הזכיר שמו וכ"כ מהרשד"ם בתשו' פ' ושם הסביר הענין שהרי מה שצריך להזכיר שמו ושם אביו או שמו ושם עירו או שלשתם יחד פשיטא דלאו מילתא בלא טעמא היא דנימא דבר זה הוא חק וגזירת מלך והבו דלא לוסיף עלה אלא טעמא רבא איכא והוא כי היכי דנדע על איזה איש מדבר עד שאפי' לא הזכיר שם המת כלל אלא שנתן בו סימנים מובהקים די בהכי ומשיאין את אשתו וא"כ

נראה שאין הכוונה רק שנכיר על איזה איש מדבר יע"ש ונמשך אחריו הרב דרכי נועם בשאלה כ"ט וכמה מהאחרונים ולאו ריבותא לממני גברי והרי הותר הספק הא':

ועתה נבוא להתיר הספק הב' דאיכא לאיסתפוקי במשמעות מאת מגדור, חדא שמא נפלו עליהם לסטים והוא נהרג והם ניצולו וא"כ היו צריכין למימר וקברנוהו כמו במלחמה ועם היות שהרב מהריב"ל הובאו דבריו בקונטרס עגונות סי' ט' כתב דאפשר לומר דוקא במלחמה גדולה צ"ל וקברתיו אבל כשנפלו לסטים על שיירא א' אפשר דאין צריך לו' קברתיו ע"כ מ"מ כיון שלא החליט הדבר מידי ספיקא לא יצאנו וצ"ל קברתיו.

ולא נכניס עצמינו לשאת ולתת בס"ס שהרי כמה רבוותא סוברים דבעיגונא דאתתא חדא ספיקא הוא ס' מת ס' לא מת ע"ע, וכ"ש שהרב מוהר"ם לובלין בשאלה ח' נעל בפנינו כראוי והחליט הדבר לאידך גיסא דגם במלחמה קטנה דלסטים צ"ל וקברתיו ושייך בה בדדמי שמתיירא העד לעמוד שם לראות עד שימות מפני פחד הלסטים ומכי חזא דמחו ביה בגירא או ברומחא סבר ודאי מת הרי ודאי דפשיט"ל למוהר"ם לובלין דצ"ל וקברתיו ולא שבקינן פשיטותיה מקמי ספיקא דמהריב"נ וא"כ בנ"ד דאיכא לספוקי שמא נהרג ע"י לסטים והם ניצולו היו צריכים למימר וקברנוהו:

אמנם אי מהא לא איריא שהפה קדוש שאסר הוא הפה שהתיר שהרי בשאלה קכ"ח כתב דכל דאיכא דעות במלחמה גמורה להתיר בלא קברתיו אף דלא קי"ל כוותייהו במלחמה גמורה מ"מ סמכינן עלייהו להקל בלסטים שאינו מלחמה גמורה יע"ש:

א"כ איפה בנ"ד כל כהאי מלתא רבתי בדיעות דלא מצריכי וקברתיו אפי' במלחמה גדולה. חדא דכמה רבוותא סוברים דלא בעינן וקברתיו אלא באשה עצמה במלחמה אבל בעד א' במלחמה א"צ קברתיו אלא דקי"ל להחמיר הואיל ונפק מפי עמודי עולם הרי"ף והרמב"ם וכתב מהריב"ש סי' שע"ז דלפי ההלכה ועיקר השמועה נדחו דבריהם לפי הסכמת כל האחרונים אלא משום דנפק מפומייהו וכו' יע"ש, ומוהרשד"ם בח' צ"ה בשאלה י"ח כתב דכל טצדקי דאית לן למימר דבכה"ג לא מיירי הרי"ף והרמב"ם כדי למצוא פתח להתיר האשה מכבלי העיגון אין לן למימר יע"ש, ועכשיו הא אית לן למימר דלא אמרו אלא במלחמה גמורה והבו דלא לוסיף עלה:

ועוד איכא טיבותא אחריתי בנ"ד מדחזינן בהעדויות הא' שכ"א מעיד מה ששמע מפי שנים ובשנים איכא להקת נביאים מקמאי ובתראי דלא בעינן למימר וקברנוהו דלא שייך בהו דאמרי בדדמי דבתר סהדותא דתרי סהדי לא בדקינן:

וסברא ישרה היא שהרי שנים מעמודי הוראה מחזיקים בה והם הרמב"ם והרא"ש וכ"נ דעת מר"ן בסעי' ג' מדנקט עד א' כלשון הרמב"ם מכלל דבשנים לא אמרינן הכי דאל"כ

לא הי"ל לסתום אלא לפרש וכמו שכן דייק ה"ה מלישניה דהרמב"ם וכמו שסיים מור"ם בהגה אבל שנים וכו'. הרי דבמלחמה גמורה הוי והרי"ף יחיד בדבר וכדאי הם החולקין עליו לסמוך עליהם אפי' שלא בשעת הדחק וא"כ כ"ש בנ"ד דאיכא למי' דלא אמרה הרי"ף למילתיה רק במלחמה גמורה ואתיא ככ"ע:

ועוד איכא טיבותא אחריתי בנ"ד להקל שמעידים מה ששמעו מאחרים ומצינו רבים מהאחרונים סוברים להקל בעד מפי עד אפי' במקום דאיכא תיוהא כגון בהיכא דהעד צ"ל קברתיו וכגון במצאנו פ' הרוג או מת ולא פירשו שראוהו תוך ג"י עיין בק"ע סל"א וג' ומ' ומ"ח. וכתב מהר"ם אלשיך סי' מ"ג ומ"ד דלמדו כן מלשון הרמב"ם ה' ט"ו דבאומר שמעתי לא דייקינן בתריה וסמכינן ע"מ שאמר שמעתי שמת פ' עם שאפשר שהאומר הראשון ראה אותו במלחמה וכיוצא מדברים שרובן למיתר יע"ש, וא"כ דאפי' במלחמה גמורה מקילין בדלא אמר האומר ראשון קברתיו כ"ש בנ"ד דאינה מלחמה גמורה דאיכא למימר גם החולקים בפרט זה במלחמה גמו' יודו בנ"ד שאינה מלחמה גמורה:

ובר מן דין פתח פתוח מצאתי דנ"ד אתי ככ"ע דאף מאן דמצריך וקברתיו במלחמה קטנה דלסטים היינו היכא דאמר בפי' יצאו עלינו לסטים הוא נהרג ואני ניצולתי וכל שלא אמר בפי' יצאו עלינו לסטים אין לנו להסתפק דילמא ע"י לסטים היתה הריגתו אלא מכיון שמעיד סתם פ' מת או נהרג תלינן הריגתו בדבר ברור דכמה בדקי הריגה אינהו בלא הריגת לסטים והראיה שהרי במלחמה גמורה עצמה לא מצרכינן לומר וקברתיו רק באומר בפי' ראיתיו שמת במלחמה כדמשמע מדברי מר"ן סעי' מ"ח ומ"ט ונ' יע"ש ומינה דבלא פירשו שראוהו תוך ג"י נמי אין לנו להסתפק כל שלא העידו בפי' מצאנו פ' הרוג וכ"נ מדברי מר"ן סכ"ד מצאתי וכו' ע"ש:

וכל המסתכל היטב בענין יפה בדברי הפוס' יראה בעיניו ולבבו יבין דכל שמעיד סתם איש פ' מת איש פ' נהרג אמרינן בדבר ברור העיד שנהרג ודאי ולא תלינן לומר דילמא מחמת שמצאו הרוב לדומן על פני האדמה הוא שמעיד שנהרג ויצטרך להעיד שראהו תוך ג"י, וגם לא תלינן הריגתו במלחמה קטנה דלסטים והוא נהרג והם ניצולו שיצטרכו לומר וקברנוהו דהא קי"ל בגיטין דכ"ח איש פ' מת איש פ' נהרג משיאין את אשתו ולא מספקינן במידי דדוקא היכא שמעיד בפירוש מצאתי פ' הרוג הוא דדייקינן אבתריה אם עיין יפה בצורתו ואם הוא תוך ג"י שאין פרצוף פניו משתנה תוך ג"י אבל כל שמעיד בסתם איש פ' נהרג אזלינן בתר סתם ולא דייקינן אבתריה אלא תלינן לומר דידע בודאי שנהרג בדבר ברור וכן גבי ספק דילמא הריגתו היתה במלחמה גדולה או קטנה לא תלינן בהכי, ומבואר הדבר בתשו' מהר"ם במיימין השייכים להל' גירושין בתשו' המתחלת

חזרנו על כל צדי צדדים וכו' וז"ל ושכתבתם הואיל ומעיד עליו לאחר ג"י משנהרג שמא אין להאמינו מדתנן אין מעידין אלא עד ג"י להאי נמי ליכא למיחש שהרי העיד בסתם על פ' שנהרג וכיון דאמר סתמא פ' נהרג נימא דברור לו שנהרג דחזייה תוך ג"י או שהיה עם ההורגים וראה שהרגוהו יע"ש וכ"כ מהר"ר איסרלן בעל תה"ד בכתבו סי' קצ"א הביא דבריו מוהר"ם לובלין סי' ז' וז"ל וא"כ כיון שאמר אותו עירו'ן בפה מלא שהוא הרוג לא דייקינן בתריה היאך ידע שהוא הרוג אלא אמרינן ששמע בבירור מהורגיו או מאותו שהיה עם הורגיו שנהרג יע"ש, וכן מבואר בפסקיו בתה"ד סי' רל"ט וז"ל ועוד כתב רבינו שמחה זצ"ל ורבינו נתן דאין מסיח לפי תומו נאמן אלא כשאמר נהרג או מת משום דלא צריך טביעות עין אבל מצאתי פ' הרוג היכא דאיכא למיחש דילמא אחר וצריך טביעות עין וכל טביעות עין צריך עיון ומל"ת שאין דעתו להעיד לא סמכינן על טב"ע דידיה יע"ש, הרי מבואר דכל שמעיד סתם איש פ' נהרג כנ"ד שמעידין סתם מאת מגדור שמשמעותו שנהרג ליכא למיחש למידי לומר שמצאנוהו חלל באדמה שיצטרכו להעיד שראוהו תוך ג"י אלא אמרינן בדבר ברור העידו שנהרג וכן לא מסמכינן דילמא נהרג ע"י לסטים ואמרי' בדדמי מאחר שמעידין סתם שנהרג לא תלינן בשום דבר מסופק אלא אמרינן שבדבר ברור העידו שנהרג ודאי כגון שראוהו מיד והכירו או שהיה עם ההורגים באופן שאין לו פחד או ששמע בבירור מהורגיו או מאותו שהיה עם הורגיו וזה פשוט וכ"ש דמשמעות הקרוב יותר בלשון מאת מגדור דקאמרי היינו שבגד בוגדים בגדו בו והוא יושב לבטח אתם וכגון שהלך עם איזה חמר או נתלוה עם איזה גוי ובגד בו והרגו ואיכא למימר שהעדים ראו שהרגו כשנזדמנו לשם או שמעו מהרוצח וא"כ ליכא לספוקי בההיא דנפלו עליהם לסטים בשום אופן והרי הותר הספק השני:

ופש גבן הספק הג' מכריע הוא את כולם דדלמא כל השומעים מקול הברה בעלמא שמעו שאינו כלום, והאדם יראה לעינים שבספק זה נתלבטו גדולים חקרי לב מחכמי ישראל שהרי הרב מהריב"ל הובאו דבריו בק"ע סעיף נ"ח נסתפק בזה וז"ל יש לספק במה שאמר ששמע מפ' נהרג אולי קול בעלמא שמע מפי הבריות או נאמר דשמע מפי עד איש או אשה או גוי מל"ת ע"כ, וכן נסתפק מהר"י סמוט שהביא דבריו מר"ן בתשו' הובא דבריו בק"ע סעי' קל"ט וז"ל ויש להסתפק מאד בעד שאמר שמעתי שמת פ' ולא פירש ממי שמע אי גרע מעד מפי עד מאחר שלא פירש דבריו ממי שמע אע"ג דלא חיישינן לשד ולצרה מ"מ יש לחוש שמא שמע קול הברה קלא דלא פסיק וזה לא מהני דאם איתא דשמעתי מהני הו"ל למשנה לומר רבותא דאפי' עד אמר שמעתי סתם נאמן מכ"ש עד מפי עד ודבר שאינו מפורש בתלמוד אין ראוי להקל וכ"כ מהרי"ו בתשו' יע"ש:

אמנם ראיתי והנה מנורת זהב כלה מר"ן הקדוש בתשו' הרמתה שדחה דברי מהר"י סמוט הנז' בב' ידים ופשטיה להאי ספיקא מדברי הרמב"ם הובאו דבריו בק"ע סי' קמ"ח יע"ש, וז"ל מר"ן הביאו הרב מטה יוסף בסי' ט' וז"ל ומה שנסתפק לכת"ר מפני שלא הזכיר הגוי ממי שמע דבר זה אלא אמר שמעתי סתמא מאן לימא לן דלא אמר כן ע"פ שמועה בעלמא מפי קול דלא פסיק והיי' קול הברה דאין משיאין על פיו כת"ר אזיל לטעמיה לחוש בדברי ערוה ולספק בהם לומר דילמא הכי והכי הוא בענין שאינו מועיל להתיר אשה וכבר הקדמתי דאין לעשות כן אלא כל שפשט דברי העדות הם כדאי להתיר אשה על פיו אין לנו לבדות דברים מלבנו לומר שמא כו"ך היה אלא מתירין את האשה ע"פ אותו עדות ודברי הרמב"ם מבוארים דכשהעד אומר שמעתי שמת פ' משיאין את האשה על פיו ואם איתא דדוקא באומר שמעתי מפי אחר אבל באומר שמעתי סתם לא, לא הוה שתיק מינה הרמב"ם מלומר שהעד שמעתי מפי אחר אלא ודאי דשמעתי סתם משיאין ע"פ וכן הגיה מור"ם בסי' י"ז ס"ה עכ"ל והוסיף לנו לקח טוב הרב מטה יוסף הנז' שגם מהרדב"ז ומהרשד"ם שהיו בזמנו של מר"ן דחו דברי מהר"י סמוט הנ"ל וכתב שזה לשון מהרדב"ז ז"ל:

עוד העלה לאסור את האשה הזאת וסמך ע"מ שמצא בתשו' מהרי"ו ואני אומר שאין לסמוך על הוראה זו לעגן את האשה שהרי הרמב"ם ז"ל חולק ע"ז שפסק בפ"ג מהל' גירושין האומר שמעתי אין חוקרין אחריו והחכם האוסר דחה ראיה זו בהבל פיו וכתב דה"מ כשיאמר מפי אחר אשה או עבד או גוי אבל האומר שמעתי סתם ודאי דגרע טפי ע"כ. וחזי כמה האי מרבנן מהדר אאנפי דאיסורא לעגוני האי אתתא דהא הטעם שמחלק הרב בין האומר שמעתי לאומר ראיתי הוא משום דאין דנין אפשר משאי אפשר וכ"כ הה"מ וא"כ מה לי שיאמר שמעתי או שמעתי מפ' הכל הוא אי אפשר כיון דליתיה קמן וזה ברור. גם מתשו' שהשיב לעכו משמע נמי שכל מי שאומר נהרג פ' או שמעתי שמת פ' לא אמר בדדמי ואין חוקרין אחריו עכ"ל, וכתב עוד הרב מטה יוסף שכך סובר מהר"ם גלאנטי ז"ל והביא לשונו יע"ש ושכך סובר הרב מהרח"ש ובסוף העלה מכיון שרבים אשר אתנו דס"ל ז"ל דהאומר בסתם שמעתי שמת פ' או נהרג דלא חיישינן שמא קול הברה שמע או דלמא האחר ששמע ממנו היה מקול הברה פשיטא דהכי נקטינן ולא חיישינן להא דמהריב"ל ומהר"י סמוט אף אי הוה פשיטא להו לאיסורא וכ"ש דספוקי מספק"ל ולא שבקינן פשיטותייהו דכל הרבנים הנז' מקמי ספיקייהו דמהריב"ל ומהר"י סמוט ואין ספק מוציא מידי ודאי יע"ש שהרחיב הענין ברוחב מבינתו ודחה חששת הרב משאת בנימן דצריך שיאמר העד שמעתי מפי פ' שאמר שהוא יודע בודאי שפ' מת

או נהרג דאלת"ה אין לך אשה שאינה ניתרת אפילו אינו רק קול הברה בעלמא דמיד כשהקול יוצא שמת פ' רבים הם אפי' ישראלים כ"ש גוים שמספרים בפני אחרים שפ' מת או נהרג ואפי' בלא קול כשנאבד אחד ואין יודעין היכן הוא מסתמא כל אדם גומר בלבו שמת או נהרג ומספר דרך שמועה שפ' זה מת או נהרג יע"ש, ודחה דבריו מעיק' דאף למהריב"ל ומהר"י סמוט לא חששו אלא באומר שמעתי סתם אבל באומר שמעתי מאחר כ"ע מודו ולעיקר קושייתו כתב דמר"ן וסיעתו ס"ל דליכא למיחש להכי דאעפ"י שהקול יוצא ומתפשט בפי כל אדם ואומרים פ' מת או נהרג מ"מ כשאדם א' שואל לחבירו אם ידע מפ' אם הוא חי או מת ומשיב לו שמת מסתמא אינו אומר כן אלא כשנודע לו בודאי שמת דאי מחמת הקול הי"ל לומר בפי' שכך אומרים העולם שמת כדי להשיב שואלו דבר תשובה נצחת מדלא פירש מוכח שיודע בבירור ממיתתו וכו' וכן באומר שמעתי שמת פ' ודאי שאינו מחמת הקול דהא הכל שמעו זה והכל אומרים פ' מת ומה חידש אלא כוונתו לומר ששמע ממגידי אמת שמת בודאי וז"ש מר"ן בתשו' למהר"י סמוט וז"ל ומ"ש כת"ר דמטעם אחר אין להתיר ע"פ עדות הנשים משום דכיון דנפק קלא שנהרג שלמה כרוב אפשר שאותם היהודים שאמרו שנהרג פ' היה מצד הקול והבאת ראיה מתה"ד סי' ר"מ וחילק א' מהחכמים דלא קאמר בתה"ד אלא גבי טביעה דוקא יפה חילק ותמה על עצמך שהרי אורחא דמלתא על הרוב כשמתעלם איזה אדם אומרים העולם באומד הדעת פ' נהרג והקול יוצא ע"י כן שנהרג פ' ולפי דברי כ"ת לא שבקת חיי שיועיל שום עדות עכ"ל:

הרי מבואר היטב דאפי' בעד אומר שמעתי שמת פ' אין חוששין שמא קול הברה שמע אלא אמרי' בדבר ברור העיד וכ"ש באומר שמעתי מאחר דבהא כ"ע מודים דלא חיישי' לקול הברה וכמ"ש ג"כ בק"ע סי' רל"ג מתשו' הרב המבי"ט וז"ל אם אמר שמעתי מיהודים שנהרג פ' לא הוי כקול הברה רק כעד מפי עד ומשיאין אשתו אבל אם אמר איני יודע ממי שמעתי זהו קול הברה עכ"ל, הרי מבואר שאף שחולק בשמעתי סתם מודה בשמעתי מאחר ולדברי מר"ן וסיעתו אפי' בשמעתי סתם לא אמרינן מקול הברה ואפי' בהיכא דיצא הקול תחילה שפ' נהרג ובא א' ואמר שמעתי שמת פ' לא תלינן בהברה שיצאה כבר ודוקא בקול דטביעה הוא דחיישינן דאמר בדדמי מחמת הקול שיצא כבר שפ' נטבע משום שרוב הנטבעים מתים ורגילי אינשי בהכי להחזיק הנטבע במת וכההיא דאשתבע רב נחמן האלהים אכלו כוורי לחסא וא"כ כל שמעיד אפשר ע"פ הדימוי הוא מעיד אבל בקול דהריגה אין מעיד ע"י כך מת פ' אם לא שרצה וידע בודאי שמת:

ולפ"ז הוי נ"ד ככ"ע מחמת שיש עדים שמעידים מה ששמעו מאחרים ובעיקר הדין יש בכל אחת מהעדויות הנז' די והותיר להתיר האשה הלזו מכבלי עגונה, ואפי' עדותו של הרי"ץ פוזיאילו ואין לספוק במאי דמספקינן בה דילמא חשיב כנוטל שכר להעיד דעדותו בטלה שהרי כתב הרשב"א הביאו מר"ן בטור חו"מ ס"ס כ"ח וז"ל נ"ל שלא אמרו אלא בעדים שנעשו כבר שהם מצווים להעיד ולא רצו להעיד עד שנטלו שכר אבל מי שאינו מחוייב ונוטל שכר לילך ולהיות עד אינו בדין זה ע"כ, והביאו מור"ם בהגה בש"ע סי' ל"ד סי"ח יע"ש, ועיין מהר"ם מלובלין סי' נ"ו:

ומעתה קם דינא בשריותא דהאי אתתא ע"פ כ"א מהעדויות הנז' וכ"ש בהצמדם יחד כי יוסיפו תת כחם להתירה מכבלי העיגון אליבא דכ"ע וזאת תורת העולה ממה שכתבתי אם יסכימו בעלי הוראה, החותם פה צפרו בשבט ש' ונות בית תחל"ק שלל לפ"ק וקיים: ישועה ס"ט:

סימן כז

לעטירת צבי וצפירת תפארה לשאר עמו, ניכר ברשומו וטוב טעמו, בשמו ובמעשיו ובמקומו, שמואל בקוראי שמו. החה"ש הדו"מ כהה"ר שמואל ן' צור יהיה אלהיו עמו ואלף עולות יעלה שלומו אכי"ר:

ראיתי אחרי רואי מכתב כוננו ידיו מעשה אצבעותיו, וטעמתי מנופת הנוטף מנועם שיח אמרותיו, עמד וימודד אר"ש בכל חלקי הסותר ראה ויתיר מיתריו ויתדותיו, ואני בתומי אתהלכה ברחבה, במלחמת חובה, רצוף אהבה משתעשע בטלי אורות גזירות דברותיו, הכי אחי אתה לפנים האר"ש יסדת חוקה חקקת, וגזרה גזרת, שהמוכר סחורה לחבירו אין כוונתו אלא להתעסק בהם ולהעמיד לו דמי סחורותיו ולא למשתי בהו שיכרא או לפרוע בהם הקפותיו עכ"ל ועל יסוד זה קשרת חבל בחבל נימא בנימא מדין המתעסק ומדין אשה שלותה ונשאת לסתור מה ששפטתי בין איש ובין רעהו בענין העורות שהגבה יהודה אביטבול למשה אסולין בחובו ואמר שקנאם מהרד"ך בהמתנה עד ערב חג הסוכות שדנתי דמה שגבה גבה כשיברר שכך היו הדברים, ועל זה דן ידי"ן שחוזרים העורות להרד"ך דלא קנה אותם משה הנז' כיון שנתנו לפרעון חוב. ואני שמעתי ולא אבין ותמהתי איך תצא כזאת מתחת קן קולמוסו להעלות על לב שהמוכר סחורה לחבירו לזמן שאינו רשאי תוך הזמן להוציאם לצרכו למשתי שיכרא ולפרוע הקפותיו ולא עוד אלא אפי' עבר ופרע לא זכה בעל חובו ומחזיר והרי חוב הוא דאית ליה לבעל הסחורה גביה ומלוה גמורה היא ולהוצאה ניתנה ומעשים בכל יום שמי שמצטרך למעות לוקח סחורה

באשראי ביותר מדמיה ומוכרה במזומן בפחות מדמיה לפרוע חובותיו שכבר הגיע זמן פרעונם וסייעתא דשמיא אם יטלם בע"ח בחובו יהיה הפחת מועט ועל זה אין מוכר פוצה פה ומצפצף לומר בתוך הזמן אדעתא דהכי זבנתינהו ניהלך אלא יושב ומצפה עד מישלם זמניה ומן השמים ירוחמו טרם יצאו ימי השלום רפואה תפרח כחבצלת ועשה קציר כמו נטע לפרוע לבעל חובו או להוסיף לקחת מאחרים בהקפה ולפרוע לזה וזהו מחיית רוב בני העיר ודבר פשוט הוא לכל מביני מדע ומרוב פשיטותו לא ניתן ליכתב ולא הוצרכתי לכתוב גם סיפור דברים שביד משה הנז' אלא משום זמן שנתתי להרד"ך לבקש על העדים שיעידו בדבר ויש לחוש לשכחה במלאת הזמן לכן כתבתי הענין בלי שום ראיה ביד משה הנז' כי אמינא ודאי כל פותח ספר ידין משפט זה לאשורו:

והשתא דחזינא למעלתיה דמר מעות עלינו את המקראות ועושה מן המישור עקוב ומן הפשוט כפוף איצטרי' לברר וללבן הדברים בראיות ברורות ומשנה שלימה שנינו בפ' בתרא דשביעית הקפת החנות אינה משמטת ואם עשאה מלוה הרי זה משמט ופסקה מר"ן בסי' ס"ז סי"ד וכבר אנהירנהו לעיינין מר"ן בב"י סי' הנז' סי"ט ובכ"מ פ"ט מהל' שמיטה הלכה ה' אחר שבירר וריקד וטיהר וזקק העולה מואתה משנה דהקפת החנות שאני שדרך להקיף מעט מעט שנה או שנתים ובסוף נוטל חובו וכו' אבל המוכר חפץ לחבירו מיד שמכר לו הו"ל כאלו הלוהו ושביעית משמטתו והיינו משנה שאחריה השוחט את הפרה וחלקה וכו' דמיד שלקח חלקו בה נעשה חוב עליו ושביעית משמטתו יע"ש ולשון הב"י הביאו הסמ"ע בסי' הנז' וכך דברי הרמב"ם בפי' המשניות ובפי' הרב למדקדק בהם הרי לך בהדיא דמוכר דבר לחבירו מיד שמכרו נעשו דמיו הלואה גמורה גבי קונה, ובנ"ד מכר לו העורות בבת א' בסך מסויים וקבע לו זמן לפרעון והו"ל תרתי לטיבותא דקביעות זמן וסיום הסך הו"ל זקפן במלוה אף אם היה כדרך הקפת החנות כמ"ש מור"ם ז"ל ומכירה בבת אחת עושה דמיה מלוה אף בלא זמן וכ"ש דאיתנהו בתרתי בודאי דמלוה גמורה היא ולא מצי לאשתעויי בהדיה עד משלם זמניה וכל עוד שלא הגיע זמן הפרעון נעשה בדבר הנמכר לו חפצו ורצונו למשתי שכרא ואפי' להשליכם לאיבוד ותדע לך שכן הוא שהרי אפי' בעיסקא עצמה אמרי נהרדעי (מציעא דק"ד) דפלגא מלוה אי בעי למשתי ביה שיכרא שפיר דמי ולא פליג עלייהו רבא ואמר דלא מצו אלא משום דלהכי קרו לה עיס' דמצי א"ל כי יהיבנא לך לאעסוקי ביה ולא למשתי ביה שיכרא [ופירש"י דקרו לה עיס' שתהא קיימת ומתעסקי בה ויסמכו הבעלים עליה שלא תנתן להוצאה] ומהאי טעמא גופיה הוא דפליג רבא ארב אידי בר אבין דאמר דבפלגא מלוה דאם מת נעשו מטלטלין אצל בניו כיון דמלוה היא ולהוצאה ניתנה ופלוג עליה רבא

דלהכי קרו לה עיס' דאם מת שלא יעשה מטלטלין אצל בניו יע"ש ופסקו הרי"ף והרא"ש הלכתא כרבא דאי איכא סהדי דהני מטלטלי מחמת ההוא עיס' שקיל להו מלוה בלא שבועה ואפי' מיתמי ואי איכא עליה דמיתנא כתובה וב"ח ולית ליה נכסי לית להו מהני מטלטלי דעיס' ולא מידי אלא שקיל להו מרייהו לחודיה דדיליה נינהו דלא קני להו מיתנא אלא לאעסוקי בהו בלחוד וכיון שמת הדרא עיס' למרה עכ"ל, וכן פסק הרמב"ם פ"י מהל' שלוחין הלכה ה' ומוסיף דלא מצי למיהב להו במתנה ע"ש הרי בהדיא דבפלגא מלוה דעיסקא משום דקרו לה עיס' הוא דלא מצי למשתי ביה שיכרא ולא למיהב ליה במתנה ולא לב"ח אחר למשקל מיניה כלום אלא מרייהו בלחודיה הוא דשקיל כיון דלא קני המקבל אלא לאעסוקי בהו בלחוד הא שאר כל החובות דלא מיקרו עיס' בין דרך הלואה בין דמי דבר שמכר לו מצי למשתי בהו שיכרא ולמיהב להו במתנה ומצי ב"ח אחר למשקל מינייהו ואין למרייהו אלא כא' מבעלי חובות אע"ג דאיתנהו בעין, ובזה נתיישבו לי פסקי רבינו ירוחם בסוף נתיב כ"ו בחלק מישרים שכ' תחילת דין העיס' וז"ל ואם יש לי ראיה שאלו המטלטלין הם מן העסק נוטל בלא שבועה וכו' ולקמיה כתב וז"ל ב"ח שנמצאו ביד הלוה אחר מיתתן אותם מטלטלין שנתן ללוה אינו גובה בלא שבועה כ"כ הראב"ד וה"ר יונה וה"ר יוסף מפלט עכ"ל הביאו מר"ן ב"י סי' ק"ח אות כ"ג דבמלוה דעיסקא משום דקרו לה עיס' גובה בלא שבועה ובשאר חובות אינו גובה אלא בשבועה אע"ג דאיתנהו בעין ודו"ק, ואין אנו צריכין לדחוקי נפשין למוקי להא דנוטל בלא שבועה לחלק הפקדון כמ"ש הכנה"ג הגה"ט ק"ח אות כ"ו יע"ש שהרי בחלק המלוה איירי רבא וכולה סוגיא בהכי איירי ודו"ק, הרי מוכח דאין מהעיסקא ראיה לשאר חובות דבשאר חובות אע"ג דאיתנהו בעין ביד הלוה לית למרייהו בהו אלא כא' מבעלי חובות וכ"ש בנ"ד שאינן ביד הלוה והגבה אותו לב"ח אחר אמרי' בודאי מה שגבה גבה דכבר זכה בהם וקנאם במשיכה בעד חובו, ובענין מאי דאיעתייע כת"ר מהאשה שלותה דאיתא בס"ה צ"א ד' דכי איתנהו בעין דמוציאין מיד הבעל ומשם למדת לשאר חוב דאיתיה בעין דשקיל ליה מריה בלחודיה דאע"ג דליתיה ביד הלוה עצמו כההיא דאשה שלותה שיצא לרשות בעל דלוקח הוי ואפי"ה מוציאין מידו:

דע דמקור דין זה נובע ממאי דאיבעיא לן בפ' יש נוחלין דף קל"ט לותה ואכלה ועמדה וניסת אם בעל לוקח הוי ומלוה ע"פ אינה גובה מהלקוחות או יורש הוי ומלוה ע"פ גובה מן היורשים ומסיק אמר רב אסי בעל שויוה רבנן כיורש ושויוה רבנן כלוקח, שויוה כיורש משום פסידא דאלמנה דאי אמרי' לוקח הוי במי שמת והניח אלמנה ובת וניסת הבת מפסדת האלמנה מזונותיה דקי"ל מזונות אשה לא טרפא ממשעבדי וגבי יובל נמי

שויוה רבנן כיורש משום פסידא דידיה דאי לוקח הוי מחזיר ביובל, וגבי אשה שמכרה בנ"מ שויוה רבנן כלוקח משום פסידא דידיה ואי הוי יורש לא מצי מפיק מהלקוחות שהרי המורשת אותו היא עצמה מכרה, ומקשה והא איכא בהו פסידא דלקוחות נמי ומשני אינהו דאפסידו אנפשייהו ולא אבעי להו למיזבן מאתתא דיתבא תותי גברא ובהא איפליגו רבוותא דלר"ח ורשב"ם איפשיטא בעיין מדרב אסי דכי היכי דשויוה רבנן כיורש משום פסידא דאלמנה ה"נ בלותה ואכלה וניסת שויוה כיורש משום פסידא דמלוה ועדיף מלוה שלא לנעול דלת בפני לווין ולסברת הרי"ף והרא"ש לא איפשיטא בעיין דאע"ג דחשו לפסידא דאלמנה לא חששו לפסידא דמלוה דאיהו דאפסיד אנפשיה לאוזופי לאתתא דקיימא לאנסובי וכ"פ הרמב"ם סוף פכ"ו מהל' מלוה ולוה וחידש לן הרמב"ם וז"ל ואם היו אותם מעות הלואה עצמם קיימין יחזירו אותם למלוה עכ"ל:

וכתב ה"ה שכך הם דברי רבינו שרירא ורב האי גאון ואפשר שיצא להם בכאן ממ"ש בגמ' לותה ואכלה ועמדה וניסת מהו דמשמע לא מבעיא להו אלא דוקא באכלה הא איתנהו בעין מחזירין למלוה ולעיל הלכה ט' שהביא ר"ה דברי רבינו שרירא ורבינו האי תמה עליהם דנקטי לותה בהדי קבלה פקדון או גזלה וכו' וז"ל וצל"ע בלותה לפי שי"ל שכיון שמלוה להוצאה ניתנה תכף שלותה זכו בה וז"ל הנ"י בפי' הבעיא הא דנקט ואכלה לאו דוקא דה"ה כשהמעות בעין דדין נכסי מלוג יש להן דמלוה להוצאה ניתנה הריטב"א ז"ל עכ"ל, ודברי רבינו שרירא ורבי' האי הביאם בסה"ת בשער ל"ו ח"א סי' ד' וז"ל תשובתם הרמתה ולענין אשת איש ששאלתם בודאי לענין קנסות וחבלות שאינו ממון שלקחה אותו הדין נותן שהם פטורות ומשלמין לאחר זמן אבל ממון הלואה ופקדון וגזל וגניבה אם הוא מצוי בידה משלמת ואין הבעל מעכב שאם לא תאמר כן נמצאת א"א שגוזלת כיסן של בנ"א והוא מצוי בידה שאין מחייבין אותה להחזירם ואם כבר אבד כגון שאכלתו הרי הוא כדין חבלות ויש לבעל לעכב מלתת משלו תחתיו עכ"ל, יראה מדבריהם דעיקר חילייהו בהאי דינא הוא מטעם שאם אתה אומר כן נמצאת אשת איש שגוזלת כיסן של בנ"א וכו' ושייך האי טעמא גם בהלואה שאם אתה אומר כן נמצאת א"א גוזלת כיסן של בנ"א בתורת הלואה תחילה ולבסוף כשנכנסת לרשות הבעל הוו כגזולים בידה והן הנה דברי הלבוש א"ה צ"א ד' שכתב וז"ל מיהו אם המעות שהלוו לה עדיין הם בעיין חייב הבעל לשלם דהוו כגזולים בידה עכ"ל, ונמצא דחדא גזירה היא דגזרו הגאונים הלואה אטו גזילה ודו"ק:

ומהשתא נבוא למאי דיליף כת"ר לשאר חובות דכל דאיתיה לממונא בעין אף שאינו ביד הלוה עצמו אלא הגבהו לאחר דמוציאין מידו כמו שמוציאין מיד הבעל אע"ג דלוקח

הוי דליתא שהרי האי מלתא דבעל לוקח הוי לאו מלתא פסיקתא היא, ול"מ לדעת רבינו חננאל ורשב"ם דסברי דאי פשיטא בעיין דכיורש שויוה רבנן משום פסידא דמלוה, שהלוה לאשה וגובה מהבעל אפי' בהיכא דליתיה לממוניה בעין הוא גובה מנכסים שהכניסה לו, דאין שום צחצוח ראיה לנ"ד אלא אפי' לדעת הרי"ף וסיעתו דלא איפשיטא בעיין וק"ל קולא לנתבע משו"ה לא מצי בע"ח לאפוקי מבעל דאית לן למימר לוקח הוי ואי תפיס הבע"ח אמרינן איפכא דאין הבעל יכול להוציא ממנו דאמרינן איפכא דיורש הוי וכמ"ש מהר"ם אלשיך בתשו' ז' ע"ש דכיון דספיקא אי רשות בעל כרשות יורש ועדיין הדבר ברשות האשה, או כלוקח ונכנס הדבר לרשותו היאך אנו למדין לנ"ד שאף אם עבר הלוה והגבה הדבר שהוא בעין לבע"ח אחר דמוציאין מידו דהוי ודאי נכנס לידו וזכה בו משא"כ רשות הבעל דספיקא הויא ואיכא למי' דלא נכנס הדבר לרשותו, וכ"ש שאין ללמוד שאר חובות מדין אשה שלותה והכניסה לרשות הבעל דהתם הוא דאיכא טעמא שאם אתה אומר כן נמצאת אשת איש גוזלת כיסן של בנ"א והוא מצוי בידה ואין מחייבין אותה להחזירו משא"כ בשאר חובות דלית להאי טעמא, ומה גם בנ"ד שעדיין פרעון הרד"ך רחוק רחוק איך נוציא מזה שעבר זמנו מספק שמא בהגיע זמנו של הרד"ך לא ימצא ממה לפרוע, ובאשה שלותה עצמה מדוקדק לשון הגאונים נמצאת א"א גוזלת כיסן של בנ"א והוא מצוי בידה דוקא דמצוי בידה אבל כל שיצא מרשותה בכל אופן שיהיה אין נפרעים משאר נכסים שהכניסה לבעלה, נמצא שכל ראיותיו של אחי כהרשב"ץ לא נגע ולא פגע בנ"ד כלל אלא שאחי כהרש"ם שכתב ועיין מ"ש באה"ג בחו"מ סימן צ"ו ס"ו ואז חתם בודאי, נגע בנדון שהרב ב"ח השוה דין זה לוה שאין לו לשלם לכל ב"ח אם הסחורה שלקח בהקפה היא בעין או מאי דאתי מחמתה דאין לאחרים חלק בה כדין אשה שלותה ונשאת ומה שלותה בעין, אלא שאפי' לסברת הב"ח שאני נ"ד שכבר הגבה אותם לב"ח אחר ומה שגבה גבה, ולא אמרה הב"ח אלא דאיתה ביד הלוה בעין ולא כשיצא מרשותו וכמו שמבואר לעיל באשה שלותה עצמה דמינה יליף ומה גם שהרב ט"ז בסוף סי' צ"ו דחה דברי הב"ח בשתי ידים והלכה כבתרא וכן ראיתי תשובת שאלה שנשאלו חכמי צפרו מהרב הגדול כמוהר"ר יהודה אבן עטר זלה"ה וז"ל ואם היה נדון זה בישראל כמ"ש הב"ח והיה תובע את שלו שהוא בעין או מאי דאתי מחמתיה, הנה הרב ט"ז דחאו בב' ידים דלא דמי למ"ש הב"י בשם בעה"ת בסוף סי' צ"ו והוא כתוב אצלי בכתיבת ידי הקדש ובחותמו הקדוש ולראיה חתמתי בש' מחצת"י ואני ארפא תשוב"ה לפ"ק וקיים:

שי"ש לדברי החה"ש הדו"מ כהה"ר שאול ישועה הנ"ל שומעין שאמר כהלכה ודינו דין אמת לאמיתו דהואיל ומכר העורות דוד הכהן ליהודה הנז' והרחיב לו זמן לפרעון דמי העורות וקודם שהגיע זמן הפרעון פרע בהם חובותיו א"כ קנין כספו של יהודה הנז' הם נחשבים ולא של דוד הכהן ואין לדוד על יהוד' הנז' כ"א דמיהם כמו שפסק דמיהם עליו לכשיגיע הזמן שתבע עמו, ומה שטען עליי הרד"ך אף שפסק עמו דמי העורות התנה עליו ע"מ שיתרצה הגוי כי הם של הגוי ויהודה הנז' הכחיש טענתו זו, וחייב החכם ליהודה שבועה שהיה מכר לחלוטין בלי שום תנאי הנ"ל, יפה דן ויפה חייב. גם מה שהפך יהודה שבועה על רד"ך דינא הכי הוא, ונדון זה לא דמי למ"ש מר"ן בי"ד קע"ז ל"ב אפי' כאוכלא לדנא דהתם איירי במתעסק שמכר או נתן חבירו לחבירו וה"ה אם פרע בהם הקפותיו דודאי דמוציאין ממי שפרע בחובותיו משום דאין הנכסים של המתעסק אלא של בעל הסחורה, משא"כ הכא שהעורות שמכר רד"ך ליהודה הם של יהודה קנויים בידו, וא"כ יעשה יהודה באותם העורות מה שלבו חפץ ויכול הוא שיפרע בהם הקפותיו או יתנם או ימכרם שהרי לא התנה עליו כשיגיע הזמן ולא פרעו יחזור על סחורתו או אם היו עדיין תחת ידו ולא מצא ממה ליפרע, ואפי' נימא דיש לרד"ך שעבוד עליהם מכח חוב שי"ל על יהודה הנז' מ"מ אין מוציאין מיד למי שמכרם או נתנם מפני תקנת השוק אע"ג שיכתוב אג"ק כמ"ש מר"ן קי"ג ס"ג, ומי שהוא בעל סברא יבין וישכיל זאת מבלי שום ראיה מהגמרא, וכ"ש דאיכא תרתי איבעית אימא סברא ואבעית אימא גמרא כמו שהביא הח' כהה"ר שאול ישועה ישצ"ו ראיות נכוחות למבין מהגמרא ומהפוס' בביאור רחב מובן אפי' לתלמידי דבי רב וכ"ש למורי הוראה ואין לזוז מהלכותיו בזה הנדון כי טעמו ונימוקו עמו והלכה כמותו, אך ורק מה שעשה הח' הנז' זמן לדוד ל' בשביל שטען אפשר שימצאו עדים שהיו בשעת המכר ויעידו שהיה על תנאי ולא אמר זה קודם גמר דין, ואפי' אם אמר זה קודם גמר דין ולא אמר יש לי עדים בודאי אלא דדרך אפשר אין שומעין לו וכ"ש אחר גמר דין, מן הדין היה צריך החכם לפסוק לו שצריך לקבל עליו היפוך שבועה מיד ואם לא קיבל עליו את הדין ובטלו טענותיו שעל יהודה, ומה גם שיהודה הפך טענותיו וחזר ואמר שדוד פיתה אותו וכו' מה שלא היה מוחזק בעיני כ"א בחזקת אדם כשר והסברא עומדת ומנגדת לזה אוי לאזנים שכך שומעות:

קצרן של דברים דברי החכם כהה"ר שאול ישועה הנז' משפט וצדק ולראית האמו"ן ח"פ פאס יע"א בתמוז יה"ל מש' תקמ"ט לפ"ק וקיים:

אליהו הצרפתי י"ץ:

סימן כח

טופס שאלה ותשובה נדרשנו להעתיקה במא' א' מבדי"ץ יען שרצו בעליה לשולחה למדינה אחרת וז"ן א"ב תב"ת רו"ש לוי ויהודה אחים ארבעתם ונלב"ע ראובן ויבם לוי את אשתו ואח"ך מת עוד שמעון ויבם לוי ג"כ את אשתו וזכה בכל נכסיהם יורנו מו"ץ כיצד תהיה משפט חלוקת לוי עם יהודה אחיו בנכסי המת הראשון וגם את הב' במלוה ע"פ ובשטר ובמלוה על המשכון והמשכון אינו שוה כדי כל החוב ובמשכונת קרקע שהגיע זמנם לפדות בחייהם של רו"ש ובעיסקאות שהיו להם לראובן ושמעון ביד הזולת כי פסק מור"ם בא"ה סי' קס"ג ס"א שאין היבם זוכה בנכסי אחיו המת אלא במה שהוא מוחזק בשעת מיתת אחיו אבל לא בראוי שבדבר הראוי צריך הוא לחלוק אותו עם אחיו חלק כחלק משום דבכור קרייה רחמנא יע"ש:

גם מה יהיה משפט החובות שנגבו בין מיתה ליבום אי אזלינן בהו בתר שעת מיתה והו"ל ראוי ויחלוק אותם עם אחיו או אזלינן בהו בתר אחר שעת יבום שכבר היו גבויים והו"ל מוחזק ויטול אותם לוי היבם לבדו, גם יורנו מה יהיה משפט ההלואות שהיו לראובן המת ביד הזולת וגבה אותם לוי היבם ולא הספיק שמעון אחיו לגבות ממנו חלקו המגיע לו בהם עד שנלב"ע ויבם לוי ג"כ את אשתו והו"ל חלק שמעון הלואה גביה אם צריך לוי לחלוק אותו עם יהודה אחיו או לא, יורונו מו"ץ מה יהיה משפטם ושכמ"ה:

מפני הכבוד כבוד זקנים אשיבה שואלי דבר, ואעז ואומר שפשוט ומבואר הוא בדברי מר"ן ז"ל בא"ה סי' הנ"ל שאין היבם זוכה בנכסי אחיו אלא דוקא במוחזק אבל לא בראוי וסיים מור"ם בהגה שכל שמקרי ראוי גבי בכור מקרי נמי ראוי אצל היבם וסיים שסברא זו נראה עיקר, והנה' טעם הדבר הוא משום דבכור קרייה רחמנא וכי היכי דבכור אינו נוטל פי שנים אלא במוחזק מדכתיב בכל אשר ימצא לו ה"נ יבם אינו זוכה בנכסי אחיו אלא במוחזק ולא בראוי, וגבי בכור ביאר מר"ן בח"מ סי' רע"ח ס"ז דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה אע"פ שהיא בשטר ואע"ג שגבו קרקע בחוב אביהם, וא"כ הכא נמי הכא גבי היבם הנ"ל אינו זוכה בהלואות שבנכסי אחיו הנז' אע"פ שהם בשטר שכולם ראוי מיקרו ודוקא במלוה שלא במשכון אבל במשכון כבמוחזק דמי ובכור נוטל בהם פי שנים ויבם זוכה בהם לבדו ונר' דוקא מה שכנגד המשכון הוא דמקרי מוחזק אבל היתר על המשכון מקרי ראוי ואין היבם זוכה בו לבדו והרי הוא לכל האחים בשוה דהכי אשכחן בשביעית המשמטת את המלוה אם המלוה היתה יתירה על המשכון אינה משמטת מה שכנגד המשכון דלא קרינן ביה לא יגוש אך ביתר על המשכון משמט דחשיב כמלוה בעלמא דשביעית משמטתה ומקרי ראוי לגבי בכור ויבם כאמור וכ"פ מר"ן גבי שביעית

בח"מ סי' ס"ז סי"ב עי"ש ומשכונות קרקע שהיו לנפטרים אי מטא זמנייהו בחייהם מיקרי ראוי ואין ליבם זכות בהם רק כא' מן האחים שכן פסק מר"ן בסי' הנז' והעיסקאות שהיו להם נר' דחלק המלוה שבהם מקרי ראוי, ואף שפסק מר"ן סי' הנז' היו לו שותפות ביד אחרים מיקרי מוחזק לא בנותן לחבירו למחצית שהוא בתורת עיסקא מיירי אלא בשאר שותפים שמשתתפין בסחורות ובשטרות מיירי אבל בנותן לחבירו למחצית שכר חלק הפקדון מקרי מוחזק וחלק המלוה מקרי ראוי וכ"פ מר"ן גבי שביעית סי' הנז' ס"ג דבעיסקא שביעית משמטת פלגא שהיא מלוה, ובס"ד כתב מי שהיה שותף עם חבירו והיו מתעסקים בסחורות וכו' ונשאר ביד א' מהשות' אין שביעית משמטתו וכו' וה"נ גבי בכור ויבם הנשאר ביד א' מהשו' מקרי מוחזק כמ"ש מר"ן היו לו שות' ביד אחרים וכו' אבל אם בתורת עיסקא חלק המלוה מקרי ראוי ויורשים אותו כאחד היבם ושאר היורשים וכ"פ בס' חוט השני סי' א' גבי בכור דבחלק המלוה שבעיס' אין הבכור נוטל בו פי שנים ומינה נלמוד ליבם שדינם שוה כאמור. ועל החובות שנגבו בין מיתה ליבום פשוט הוא דבתר שעת מיתה אזלינן דכל דהוי ראוי באותה שעה אין ליבם בו אלא כא' מן האחים שכן הוא מבואר בדברי מר"ן סי' הנז' ס"ג ז"ל אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראוים לבוא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקים לאביו שבאו לרשותו שנא' בכל אשר ימצא לו וכו' הרי שאין קרוי מוח' רק הנכסים שבאו לרשות האב שכן כתיב בכל אשר ימצא לו דהיי' שיהיה מצוי לו לאב ברשותו וכל אשר לא ימצא ברשותו אינו קרוי מוח' וכן הוא לשון הטור והב"י שם ז"ל אין הבכור נוטל פי שנים אלא במה שהוא מוחזק בבית אביו כשמת לאפוקי לאחר מיתה וא"כ כל דלאחר מיתה בין נגבה קודם יבום בין אחר יבום מן הראוי נגבה ואין הבכור נוטל בו פי שנים וכן היבם אינו זוכה בו אלא כא' מן האחים. ועל ההלואות שהיו לראובן ביד הזולת וגבה אותם היבם שייבם את אשתו והיה צריך לחלוק אותם עם שמעון בשוה ויהודה אחיו כי כן משפט ההלואות משום דמקרו ראוי ולא הספיק לחלוק אותם עמהם עד שמת שמעון ויבם עוד לוי את אשתו ושאל השואל איך יהיה משפט שמעון בהלואות הנז' שגבה היבם קודם מיתת שמעון אם לו לבדו יהיה חלק שמעון אחר שיבם את אשתו דחשיב מוחזק מאחר שבחיי שמעון גבאם היבם או לו ולאחיו החי יהיה בשוה כמשפט הראוי הואיל שלא בא ליד שמעון, ולכאורה היה נ"ל שזה הוא כעין מ"ש מר"ן בסי' הנז' ס"ז וז"ל היה לאב מלוה ביד הבכור הנז' ספק אם נוטל בה פ"ש הואיל וישנה תחת ידו או לא יטול הואיל ומחמת אביו ירשה ועדיין לא באה ליד אביו לפיכך לא יטול ממנה חצי חלק הבכורה דממון המוטל בספק חולקין וה"נ גבי יבם זה יש להסתפק אם הגבייה שגבה היבם הנז' הלואת אחיו המת

הראשון בחיי שמעון הנז' חשבינן ליה מוחזק לגבי שמעון וכשמת שמעון וייבם אשתו לא יהיה חלק שמעון או כיון שלא באו ליד שמעון לא מקרי חלק שמעון בהם מוחזק אלא ראוי ואין ליבם בחלק שמעון רק כא' מן האחים, ולכן כי היכי דגבי בכור מפני הספק חולקין ה"נ גבי יבם זה חולקים חלק שמעון שבהלואות שגבה היבם בחיי שמעון ויטול היבם חצי החלק הנז' וחצי האחר יתחלק בינו ובין יהודה אחיו הנז':

אך נראה דלא כראי זה כראי זה דגבי בכור יש צד לומר שיטול במלוה שבידו פי שנים הואיל וישנה תחת ידו דהיינו מאחר שההלואה הנז' היתה מוחזקת ביד אביו וכשהלוה אותה לבנו עדיין חשיבא מוחזקת לאביו שהרי הבכור רוצה הוא לשעבד נכסיו לאביו בהלואה זו ש"ג ובעין יפה גמר ומקנה נכסיו לאביו כדי שיהיה אביו מוחזק בהך מלוה ויטול בה פי שנים שכך פי' רש"י בש"ס והביאו ב"י ז"ל אך בנ"ד שהלואת ראובן לא באה ליד שמעון כלל להיות מוחזק בידו ולא הלוה חלקו בהם ללוי כדי לשעבד בהם נכסיו רק הוא מאיליו גבה מה שגבה ובודאי שלחלק עצמו היה גובה והי"ל לשמעון מקום לגבות כנגדו ואיך נאמר בזה שגמר לשעבד ולהקנות נכסיו כדי שיהיה שמעון מוחזק בהם ויזכה בהם הוא כשייבם את אשתו צד זה לא שייך בנ"ד, ואין לנו לומר בו אלא ראוי היה בחיי ראובן ועדיין ראוי לגבי שמעון שמעולם לא באו לידו להיות מוחזק ועיקר המוחזק הוא שיהיה מוחזק ביד המורישׁ או תחת ידו ממש או בשעבוד וקנין גמור כההיא דהיתה מלוה ביד בנו הבכור כאמור ובנ"ד אין שום א' לא תחת ידו ולא שעבוד וקנין גמור דמי הלוה לו לשעב' לו איהו בדידיה קא טרח, ועוד גבי בכור דחשבינן ליה מוחזק לצד הא' מפני שרוצה לשעבד ולהקנות נכסיו כדי שיהיה אביו מוחזק היינו מפני שיודע הוא שעכ"פ הוא ובניו אחריו יש להם פי שנים בנכסי אביו ומפני זה הוא משעבד ומקנה נכסיו לאביו להיות מוחזק ויטול בהם פי שנים או הוא עצמו או בנו אבל כאן אפי' אם היתה ההלואה מידו לידו מהיכן יעלה בדעתו ששמעון אחיו ימות בלא בנים והוא ייבם את אשתו כדי שישעבד ויקנה בהלואה זו נכסיו שעבוד וקנין גמור להיות מוחזק לזכות בה הוא לבדו דילמא לא יבא ולא יהיה כן. וכיון שדבר זה אינו ודאי בידו ממילא לא גמרו משעבד בעין יפה והו"ל כמלוה דעלמא וראוי הוא ואין ליבם בה אלא כא' מן האחים דהיינו כל מה שגבה מהלואות ראובן יטול ממנו היבם שליש מפאת ראובן ושליש יטול יהודה גם הוא מפאת ראובן ושליש של שמעון יתחלק בין יהודה ולוה בשוה דאף שלוי ייבם את אשת שמעון ראוי הוא זה ואין לו בה אלא כיהודה אחיו ומ"ש לעיל דמלוה על המשכון מוחזק היא, דוקא משכון דישראל אבל משכון דגוי לא מקרי מוחזק כמ"ש מר"ן סי' הנז' בשם וי"א ע"ש, זהו הנראה בזה וצוייי"מ אכי"ר,

נאם הח"פ להפקת רצון בס' והיה ברכה מש' והקמ"ת את המשכן כמשפטו לפ"ק וקיים הקטן עכ"ל, וחתום החה"ש כהה"ר שמואל ן' וואעיש נר"ו והכרנו חתי' כדחזי ולראי' ח"פ תמ"ת וקיים:

נדרשתי לחוות דעתי בענין שאלה זו ואת אשר נגזר עליה וחזינא דאעיקרא דדינא פירכא במאי דפשיטא להו דלהכי קרייה רחמנא בכור לומר כי היכי דבכור אינו נוטל פי שנים בראוי של אביו ה"נ יבם אינו נוטל בראוי אפי' בנכסי אחיו המת ולא זו דאינו נוטל אלא אפי' אם נטל מוציאין מידו:

ואנכי הרואה שזו היא שקשה בדיני ממונות להוציא ממון מיד המוחזק בלתי ראיה חותכת שהרי יסוד בניינם וכל חילייהו מדברי מור"ם בהגה סי' קס"ג ס"א שכתב י"א שכל שמקרי ראוי גבי בכור מקרי ג"כ ראוי אצל יבם וי"א דיבם נוטל במלוה ובשאר ראוי רק שאינו נוטל בראוי של אביו אם מת אחר אחיו והסברא הראשונה נראית עיקר עכ"ל: והנה לפי מאי דרשם בנסחי הש"ע שבידינו על י"א קמא [מהרי"ו סי' מ"א] ועל י"א בתרא רשם [שם] [טעות נפל בההוא רשימא, דסברא קמייתא היא הריב"ש ובתרייתא היא של מהרי"ו כ"כ ב"ש ונחלת צבי יע"ש], המעיין בתשו' מהרי"ו סי' מ"א עיניו יחזו עפעפיו יבחנו שאין בדבריו שום רמז לי"א קמא ולא שום רמז פלוגתא בנכסי אחיו המת כל עיקר שכל משאו ומתנו באותה תשובה לעלות ולראות בפנים מאירות שהיבם נוטל בנכסי אחיו המת אפי' בראוי כגון מלוה ושבח משום שאחיו המת היה מוחזק באותן נכסים קודם שהלוה אותם וקודם שהשביחו משא"כ בנכסי אביו שמת אחר אחיו שלא החזיק בהם אחיו המת מעולם, והא דאינו נוטל שבח דמנתא דידיה בנכסי אביו אפי' בהיכא דמת בחיי אחיו משום שלא נתברר חלק אחיו מעולם אבל היכא דנתברר חלקו ירית ליה יבם, והביא ראיה לחלוק זה מדברי המרדכי פ' יש נוחלין דכתב אשה גביא כתובתה ממלוה ואינה גובה כתובתה משכר פעולה שלא בא ליד בעלה מחיים מטעם דכיון דלא בא מעולם הו"ל ראוי, והא דקרייה רחמנא ליבם בכור היינו דוקא בנכסי דאבא שנוטל חלק אחיו המת יתיר על אחוהי דבכור גופיה הא דאינו נוטל בראוי הוא בחלק דאית ליה יתיר על אחוהי יע"ש כל דבריו שכולם נכוחים לי"א בתרא ואין רמז בדבריו לי"א כל עיקר, וגם לפי מאי דרשם בנסחי קדמאי דש"ע דאין בהם באה"ג על י"א קמא]רשם ריב"ש סי' ת"ע] ועל י"א בתרא רשם [מהרי"ו סי' מ"א] לא מצאנו ידינו ורגלינו לשוויי פלוגתא במודים דרבנן שהרי הריב"ש לא איירי כלל בראוי של אחיו המת כ"א בראוי של אביו ובהא נימא דמודה מהרי"ו בראוי של אביו והריב"ש מודה בראוי של אחיו המת: ואתה תחזה כמה חתרו האחרונים מפרשי דבריו למצוא רמז פלוגתא ביניהו להעמיד

דברי מור"ם כפשטן ולא מצאו שהרב נחלת צבי הוציא דבריו מפשטן וכתב שמור"ם הבין בדברי מהרי"ו שכל שנתברר חלקו בנכסי אביו נוטל בהו אפי' בראוי ובזה הוא דחולק הריב"ש שאינו נוטל בראוי של אביו יע"ש, והרב ב"ש כתב דבנכסי המת לא ראינו פלוגתא אלא מרי"ו ונשמע פלוגתא אחרינא דאיכא דס"ל אפילו מת אביהם אחר מיתת אחיו הוי מוחזק ויורש אותו, ומה שאינו נוטל הוא בהיכא דמת אבי אביהם לאחר מיתת אביהם משום דהוי ראוי לאביו יע"ש, ועיין בתשו' מהר"ם במיימוני ס' משפטים סי' נ"א במאי תליא פלוגתייהו וינעם לך, הנך רואה בעיניך כמה נדחקו האחרונים להעמיד דברי מור"ם כפשטן ולא מצאו ואיך אנן ניקו ונעביד עובדא להוציא ממון מיד המוחזק בדבר שלא נמצא לו שורש ועיקר בדברי הפוס' ומה גם דלאידך גיסא שהיבם נוטל במלוה ובשאר ראוי בנכסי אחיו המת מצאנו ראינו את היד הגדולה ואת היד החזקה מקמאי ובתראי מחזיקים בסברא זו דלהכי קם ע"ש אחיו לנחלה דבמקום אחיו ממש קאי ונוטל בנכסי אחיו המת בראוי כבמוחזק דומיא דבן שנוטל בכל נכסי אביו דאשכחן לרבותינו בעלי התוס' כתבו להאי סברא בפשיטות בפ' האשה שנפלו (כתובות דכ"ב ריש ע"א בד"ה לא אשכחן) וז"ל אבל הכא הרי היבם מוחזק מאותה מלוה שהרי הוא החייב ואפי' היו אחרים חייבים הוה חשיב יבם מוח' דבמקום אחיו קאי ע"ש:

וכן מפורש בדברי הה"מ בפ"ג מה' נחלות על מה דכתב שם הרמב"ם אינו נוטל בשבח ששבחו נכסים אחרי מות אביו קודם חלוקה וז"ל ופי' רבי' בשבח ששבחו נכסי האב אחר מיתת אחיו וכגון שמת יעקב בחיי ראובן שמעון לוי בניו ולא הספיקו לחלוק הנכסים עד שמת ראובן ויבם שמעון את אשתו כשיבוא שמעון לחלוק עם לוי בנכסי יעקב נוטל ב' חלקים בקרן ולא בשבח וזה מוכרח לפרש שאין לומר בנכסי האח שאינו נוטל שבח שהרי בנכסי אחיו אינו חולק עם אחיו והכל שלו בין קרן בין שבח יע"ש כל דבריו ולבסוף כתב שכך העלו הרמב"ן והרשב"א ועיין תוי"ט בבכורות פ' יש בכור הביא דבריו לפרש המשנה בלי חולק יע"ש וכן העלה מהר"ם אלשיך בתשובותיו סי' מ"ט מכמה ראיות והוסיף לנו לקח טוב לאוכוחי שכך היא סברת כל הפוסקים דבכור ויבם שניין דא מן דא בראוי של אחיו המת מדאשכחן גבי בכור פסקו שאם היה לאב מלוה ביד הבכור ה"ז ספק אם נוטל בה פ"ש הואיל וישנה תח"י או לא יטול הואיל ומחמת אביו ירשה ועדיין לא באה ליד אביו לפיכך לא יטול ממנה אלא חצי חלק בכורה, [ופסקה הטור בסי' רע"ח בחו"מ ומר"ן שם ס"ז] ואלו גבי יבם פסקו שאם היה לאח מלוה ביד היבם דמוציאין מידו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות [ופסקה מר"ן והטור בא"ה סי' קס"ח] ואם איתא דהבכור והיבם שוה במלוה ולתרווייהו הויא ראוי הו"ל למימר

גם ביבם דלהוי ספק ואינו אוכל בפירות אלא חלקו המגיעו וחצי חלק המגיע לאחיו. אלא ודאי דכל הפוסקים שני להו בין יבם בנכסי אחיו המת לבכור וטעמא דבבכור הוא דהויא מלוה ראוי דבעינן בכל אשר ימצא לו וליכא אבל יבם דקאי במקום אחיו ממש לא חשיבא מלוה ראוי ואמרינן דממון אחיו ממש היא והוא הלוה אותה ללוה ודקדק כן מלשון הרמב"ם פ' הנז' דגבי בכור כתב נכסים המוחזקים לאביו שבאו לרשותו וביבם לא כתב אלא המוחזקים בלבד משום דגבי בכור קפיד קרא בכל אשר ימצא לו בעינן באו לרשותו וביבם להא בעינן באו לרשותו כיון דמעיקרא הוו ברשותו והוא הלוה אותן מתחילה, וכמו שדקדק הה"מ מדברי הרמב"ם כך דקדק הרב אלשיך מדברי הטור מדמהדר לפרושי ראוי דיבם על הזקן שמת אחר הבן ולא מפרש לה בבן גופיה ש"מ דאינו ממעט אלא ראוי דאב דלא הוה מעולם ברשות אחיו המת אבל ראוי של אחיו המת דמעיקרא הוה ברשותיה קודם שהלוהו לא ממעיט ליה והיבם נוטלו יע"ש דבריו כי נעמו נלמד מדבריו דגם מר"ן הקדוש שהביא לשון הטור בצורתו הכי הוא סובר מלבד הוכחה קמא' דסי' רע"ח בחומ"ש וסי' קס"ח בא"ה:

והשתא דאתינא להכי חל עלינו חובת הביאור לבאר לשון הטור בסי' ס' כי היכי דלא ליהוו דבריו סתרי אהדדי ואין משגיחין בדקדוק חלוש שדקדק מדבריו הב"ש בסי' קס"ג דסובר דאין היבם נוטל בראוי אפי' בנכסי אחיו המת וז"ל הטור אין היבם נוטל בשושבינו' כגון שאחר שנעשה שושבין לחבירו וחזר חבירו לעשות לו שושבין ואכל ושמח עמו ולא הספיק לפורעו עד שמת החתן ויבם אחיו את אשתו אין היבם זוכה בו דהו"ל ראוי ואינו נוטל בראוי עכ"ל, שהרי מתחילה כתב ואין הבכור נוטל פי שנים בה כשחוזרת ליורשיו וע"כ מיירי כששלח האב שושבינות בשביל בניו והחזירוה לבניו אחרי מותו אין הבכור נוטל בה פ"ש וע"ד שכתב הטור בסוף הסי' יע"ש. וכן פי' דבריו הפרישה וא"כ יבם נמי דכוותה מיירי שנעשה שושבין לחבירו בחיי אביו ואביו נתן לו מה ששלח דאע"ג דקי"ל נתן לו אביו מעות לעשות שושבינות כשחוזרת השושבינות חוזרת לאבי הבן אפי"ה אין היבם נוטל בשושבינות שנשתלחה ע"י אחיו המת ולא הספיקו להחזירה עד שמת דדמיא לנכסי האב שמת אחרי הבן שלא החזיק מעולם הבן בנכסי אביו מחיים גם בזו מעולם לא החזיק בשושבינות שתהיה כממונו דכשנתנה לו אביו לא נתנה לו להחזיק בה אלא לעשות בה שושבינות לאהובו ולא ניתנה שושבינות ליתבע קודם שישא גם הוא לכן הויא לה ראוי גמור שלא בא ליד אחיו המת מעולם וכההיא דשכר פעולה דלעיל, ופוק חזי במקור הדין שהביא מר"ן ב"י מגמ' בתרא דקמ"ד ע"ב דמיירי בשלח אביו ע"י שושבינות יע"ש: גם הרב דרכי נועם שאלה ל"ז קאי בשיטה

זו שהביא דברי מהרי"ו להלכה ומהשתא קם דינא איתבריר דינא איחוור דינא דלכל הפוס' נוטל היבם בראוי בנכסי אחיו המת להוציא מיד אחיו ואצ"ל כשהוא מוחזק דאין מוציאין מידו. ומעתה הטוב בעיני שמים והישר בעיני אדם להשוות דברי מור"ם ולפרשם בענין שלא יהיו דבריו נגד כל הפוסקים דלי"א קמא דקאמר שכל שמקרי ראוי גבי בכור מקרי נמי ראוי אצל יבם היינו בראוי של אביו דבזה הוי ממש דומיא דבכור דזה אינו נוטל בראוי בנכסי אביו חולק יתיר על אחוהי וזה ג"כ אינו נוטל בנכסי אביו חולק יתיר על אחוהי וכמ"ש לעיל ולכן לא קאמר בהאי לישנא דסיים ביה בי"א בתרא דהול"ל די"א דאין היבם נוטל במלוה ובשאר ראוי ודו"ק וי"א בתרא יפה נדרשת לדקיימי בשיטת רש"י ור"י שהביא מהר"ם במיימונים כנ"ל דסברי הא דתנן אין היבם נוטל בראוי היינו בנכסי אבי אביו שמת לאחר מיתת אביו משום דהוי ראוי לאביו יע"ש והיינו דקאמר מור"ם וי"א דיבם נוטל במלוה ובשאר ראוי רצה לכלול גם ראוי דמת אחיו בחיי אביו ואח"ך מת אביו דלא היה מוחזק באותם נכסים מעולם וא"כ כ"ש מלוה שהיתה מוחזקת בידו קודם הלואה וזה שסיים רק שאינו נוטל בראוי של אביו ר"ל דבר דמקרי ראוי גבי אביו דהיינו שמת אבי אביו לאחר מיתת האב שמת האב תחילה ואח"כ אבא דאבא דהוו נכסי אבא דאבא ראוי לגבי אביו וזהו ראוי שאין היבם נוטלו ומאי דמסיים דמת אחר אחיו כוונתו לומר דאע"ג דמת האב תחילה ואח"ך מת אבא דאבא בחיי אחיי המת שכבר זכה בהם מחיים אין היבם נוטלם ובאו דברי מור"ם על נכון ומודה דנוטל היבם בנכסי אחיו המת וצווי""מ החו"פ צפרו מש' אחי יהי לך אשר לך לפ"ק:

נאם שאול ישועה שוב אינה ה' לידי ספר דרכי משה שמשם לקוחים דברי ההגה הנז' ומפורש כדברינו וז"ל ועיין במרדכי פ' יש נוחלין בדין ראוי וכן עיין ריב"ש בתשו' סי' ת"ע דכל מה שהוא ראוי לגבי בכור הוי ראוי לגבי יבם אמנם מהרי"ו סי' מ"א פסק בתשו' דיבם גובה ממלוה דבעל ומשאר ראוי מלבד מנכסי אבא דאבא וכו' עכ"ל, גם ראיתי להרשב"א בשיטתו על יבמות מ"ש על דף כ"ד ע"ב שהביא שם דעת רש"י שמפרש על נכסי אבא דאבא ודעת הרי"ף ור"ח כפסק הש"ע יע"ש:

סימן כט

בהיות שה"ר סעדיה מסעוד הכהן היה רוצה להקדיש רוב נכסיו וליתנם לצורך ההקדשות אג"ק במתנת בריא באופן שיופקע יד אשתו ויד יורשיו מהראוי להם וכאשר נזדמננו לשם אנחנו ח"מ וסדרו דבריהם לפני אני החותם א' פישרתי ותיווכתי במלתא דשויא לכולהו שלא יתאנה שום א' מהכתות, והוא שהודו בפנינו הבעל ואשתו שיש

בידם מעות בעין דו"ו ש"ם לבד הטלטל והקרקע ונתרצו לעשות על האופן שחילקתי ביניהם והיינו שתטול האשה אחרי מותו או"ו תק"ם והבנות הנשואות תתק"ם לשניהם והקטנה רחמא קק"ם ע"מ ובתנאי אם נשארה בחיים ואם נפטרה הקטנה יחזור הסך ופירותיו להקדש, והסך שתטול אשתו הוא ג"כ ע"מ ובתנאי שתהנה ממנו כל ימי חייה והנשאר אחר פטירתה יתחלק בין היורשים ובין ההקדש והסך הנשאר מסך דו"ו ש"ם הנ"ל הקדישו מעכשיו לעשות ממנו מה שירצה בעיני אני החותם א' למנוחת נפשו כגון ס"ת וספרי הקדש וצורך תלמוד תורה ולקיים איזה קרן לצורך ת"ת ליהנות הת"ח מפירותיו ונש"ח לקיים כל האמור וגם האשה נש"ח לקיים האמור ולראיה לבל ישכח הדבר רשמנוהו פה וחתמנו בכ"ב באב תקמ"ד וקיים:

שאול ישועה שלמה ס"ט טופס והעתקת שטר חלוקה וז"ן כאשר עמדנו לחלוק בנכסי ה"ר סעאד הכהן נ"ע ע"פ מה שברר בחייו הוא ואשתו שמחה בת יהודה עולייל אחר שנטלו שניהם קושח"ך כ"א למ"ש ובה אמרו שניהם שמלבד קרקע וטלטל שיש להם יש להם מע"ב סך ארבעת אלפים וש' אוקיות וחלקו אותם ע"ז האופן והוא שתטול אלמנתו הנז' סך או"ו תק"ם והיורשים סך תת"ם והיינו הבנות הנשואות יטלו סך ש"ם לכ"א והקטנה תטול קק"ם וההקדש יטול השאר ובחדש מרחשון משנתינו שעמדנו על החלוקה והוציאה אלמנתו הנז' המעות ונמצא שחסר מהם סך ש"ם כ"ם ועכ"ז נתננו להאלמנה חלקה במושלם סך או"ו תק"ם ונתננו סך תתק"ם להב' בנות הנשואות וסך קק"ם ביד כה"ר ישראל עולייל אפוט' היתומה הקטנה שבצירוף מה שנטלו האלמנה והיורשים ס"ה בו"ו ש"ם ודקדקנו חשבון מה שהוציא כהה"ר שלמה אביטבול גזבר העניים ע"י האשה הנז' ובהסכמתי אני החותם א' לקיים דברי המת והכל סך תש"ם ס"ם ב"ם ב"ת דינר שבע מאות אוקיות ושנים וששים אוקיות ורביע אוקייא מכ"ט וזהו פרטן די באס כלס ליזאר די פאס כסלוה ועבבאווה לחברה סך ס"א ח"ם וסאיין תפררק דצדקה יום פטירתו בשעת ההקפות ופקידת השבוע וסאיין תפררק עלא ת"ח די כאני יקראוו אזוהר עד פקידת החדש סך ק"ם נ"ם ותפררק יום פקידת החדש סך ק"ם ועיוה"ך סך ק"ם וערב הו"ר סך לים ועבא ה"ר יוסף הכהן סך ק"ם עפ"י צוואת הנפטר שציוה לתת לו לצורך מצות תפלין שני בניו, ועבא יודא צרפתי עפ"י צוואת הנפטר נ"כ סך נ"ם ועוד סך כ"ם מונחת ביד כה"ר משה אלבאז עד שיבא כהה"ר אהרן אפרייאט ויעיד שציוה להוסיף לו ג"כ לצורך סעודת מילה אם תלד אשתו זכר. ועבא כהר"א אפרייאט הנז' לצורך סעודת סיום מסכתא שלמד הנפטר עמהם וצוה לעשותה משלו סך ל"ם ועטינא שוחד לשר העיר לבל ישטין על נכסי הנפטר סך ל"ם ולאזם די פקידת החדש בין זרע

ולחם וכל צרכי הסעודה ושמן לנר נשמה ס"ה צ"ם ד"ם ב"ת ודי עבא שליח ירושלם מ"ם מלבד סאיין עבא בשעת החילוק נמצא ס"ה תש"ם ס"ם ב"ם ד"ת בצירוף הכל בין מה שנטלה האלמנה והיורשים ומה שנתחלק הוי סך גו"ו ס"ם ב"ם ד"ת נשאר בידינו סך תתק"ם ס"א ז"ם ו"ת נתננוהו ביד כהה"ר שלמה אביטבול גזבר העניים ולראיה ביד האלמנה הנז' שנתנה לכ"א חלקו ונטלה חלקה כאמור ח"פ בעישור א' לחדש מרחשון שנת רק השמר לך לפ"ק ושו"ב וקיים וחתום החה"ש הדו"מ כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול י"א ונתקיימה לנו חתי' כדחזי:

וס"ל נמ"ך וז"ן איצטריכנא לאודועי שעם היות שיד ההקדש על העליונה לחייב האלמנה הנז' שבועה אם מצד שמסר בעלה דבר השבועה בידי אם מצד סך ש"ם כ"ם שנחסרו מהמעות עכ"ז לא ראיתי להשביעה שהרי הר"ש גזבר העניים אמר שחזר ופירש לו בעלה ואמ"ל שסך דו"ו ש"ם הנז' אינם עפ"י הדקדוק הן חסר הן יתר והראיה שבכיס האחד שמנה תחילה הר"ש הנז' נמצא יתר ובאחרים נמצא חסר ובר מן דין אחר שהיא גם היא הקדישה המחצית מנכסיה שישארו אחר מותה וחקרתי וראיתי שאינה מבזבזת בהוצאות ואדרבא טורחת טרחא יתירא במלאכתה ולהוסיף ולא לגרוע ולכן לא נכון בעיני להשביעה ופטרתיה משבו' אלמנה ומשבו' הפקדון הנשאר אצלה ונמצא חסר וידענא דטבא להקדש הוא דעבידנא בזה ולראיה ח"פ וחתום כמוההר"ש הנז' ונתקיימה לנו חתי' כדחזי. וס"ל חרות בכתב וז"ן זה ניתן ביד אפוט' העניים וכיוצא בו ביד האלמנה וע"ג נמ"ך וז"ן בהיות אמת שבא לפני גזבר ההקדש הנ"ב ואמר שנתן לו ה"ר מסעוד הנז' בהיותו בחיים כיס א' מסך אלף אוקיות כ"ט ואמר לו זכי בזה להעניים נוסף על הסך הנז' שזהו דבר הסמוי מן העין חתום באוצרותי להקדישו למנוחת נפשי באופן שבצירוף סך תתק"ס ס"י ז"ם ו"ת הנז' וסך ע"ם ב"ם ו"ת תוספת על חליפי המעות וסך או"ו הנז' הוי ס"ה או"ו תתק"ם צ"ם דיגו אלף ותשע מאות ותשעים אוקיות, וזה מה שהוציא הר"ש הנז' לצורך ההקדש בהסכמתי אוול עטא לר' חיים עמרם משרת שד"ר כמוה"ר חזקיה בעלול בתורת הלואה לקהל שהכריח השליח הנז' ליחידי הקהל לתת הסך הנז' למשרתו והוא על אם הדרך והכריח להר"ש הנז' להלוותם על הקהל בהסכמתם סך נ"ם השני ס"ת שציוה עליהם המקדיש הנז' וכל החפצים הצריכים לנוי ס"ת עם הסעודות וההוצאות שהוציא לצורכם ב"ה סך תש"ם ס"ם א"ם ו"ת שכר הסופרים שחלקו ס"א סאיין לזם בהוצאת בנין הבית הסמוך למקוה טהרה והאלדוויר' הסוגרת עליהם והתקרות הכ"ל עם בנין החנות הסמוכה לשער האלמללאח בלתי קרויה ודלתותיה קק"ם ס"א ט"ם ו"ת בנשואי עניות ויתומות ס"ם סאיין לזם בהוצאות פקידת השנה ע"ם ב"ם ד"ת מאחייא די

לזמת פסעודות די ס"ת וזרע די לזם סך ע"ם ט"ם ד"ת די פרקנא לת"ח די יכאנו יקראוו זוהר כל שבתות השנה ק"ם ע"ם ד"ם כתר סי ו"ם דלמסאחף ש"ם ס"ם בקא ענד ר' ישראל קרן ש"ם נ"ם ד"ם וריוח שאינו גבוי ס"ם ג"ם ס"ה בו"ו קק"ם ט"ם ד"ת פיהא סך או"ו תתק"ם צ"ם הנ"ל ופיהא ק"ם נ"ם א"ם די טלעת פריוח הגבוי די קבד ר' ישראל ופיהא ס"ם ג"ם דריוח שאינו גבוי הנ"ל יבקא יסאל ר' שלמה ה"ם ד"ת יעטיהא ר' ישראל מהסך הנז' יבקא ענד ר' ישראל בין קרן ובין ריוח שאינו גבוי סך ת"ם כ"א א"ם ד"ת ויקבד ריוח די שלם לפילאלי ל"ם ע"כ, ע"י נתן כההה"ר ישראל עולייל לת"ח צניע ומעלי ראוי לכל דבר שבקדושה סך מאה אוקיות מכ"ט ולראיה חתמתי וחתום כמוהר"ש הנז' ונתקיי' לנו חתימתו כדחזי:

וס"ל נמ"ך וז"ן בפנינו אח"מ נשבע כההה"ר שלמה אביטבול הנז' בס"ת שתת' שלא נתן לו המקדיש הנז' זולת סך אלף אוקיות הנ"ל וריוח חליפי המעות ומה שמצא יתר על הסך הנז' סך מ"ם ב"ם ו"ת ולא יותר ופירש לו בחיים חייתו כשנתן לו הסך הנז' לתתו לדבר שיראה בעיניו למנוחת נפשו כפי ראות עיניו ושלא שלח יד במה שפירש בצוואה מה שהיה מונח אצל אלמנתו הנז' ושכל הסדורים הנז' פנים ואחור אמת ויציב שסדרם עפ"י החכם הנז' ולא הכחיד ולא העלים מאומה מנכסי ההקדש הנז' ולא לקח מעצמו מאומה מההקדש הנז' וברר בשבועתו שהאלף אוקיות הנז' שברר לו המקדיש לזכות בהם לצורך ההקדש נתנם לו בחיים חייתו וזכה בהם להקדישם ופירש לו המקדיש שאף אם לא יפטר לב"ע המעות בקדושתייהו קיימי אלא שאם יעמוד מחוליו יחזירם לו ויסדרם הוא ע"י עצמו לצורך מצוה, עוד ברר בשבועתו שסילק הבעל את אשתו הנז' בעד הסך שנתן לה וסלק יורשיו בעד הסך שנתן להם מכל נכסיו מקרקעי ומטלטלי והטלטל שנתן לה עפ"י צוואת המקדיש שציוה כן להפקת רצונה היה אומר בשעת הצוואה שהוא מן השפה ולחוץ ולא נתנו לה אלא מחמת הפחד דברי היזיקא לקול המייתה וצעקתה ושעמד עמה לדין ועם ה"ר משה אלבאז שהיה מדבר בעדה לפני שד"ר כההה"ר חזקיה בעלול על כל הפרטים האמורים בין בענין האלף אוקיות שנתן לו בחיים בין על כל הפרטים וזכה ההקדש בדין ואז עמד וחלק עמה במעמד החכם מאריה דאתרא ובמעמד ה"ר משה אלבאז עפ"י מה שנסדר בשטר החלוקה הנז' ביריעה החוברת לזה כללו של דבר שלא נהנה ממה שנתן הר"מ הנז' לכההה"ש הנז' בינו לבין עצמו בין בסך הסמוי מן העין כנז' בין במה שמפורש לעיל כנז' הכ"ל אפי' פש"ן זולת מה שנתן לת"ח כפי מה שנראה לו למ"ן הנפטר הנז"ל ומה שמפונקס בדף הסמוך כנז"ל ולראיה שכך נשבע לפנינו בס"ת שתת' בנק"ח החה"ש כההה"ר שלמה אביטבול נר"ו ע"כ מאי דכתיב ומפו'

לעיל אחת לא' ע"כ פרט ופרט כנז"ב ח"פ והי"ז בשני בשבת בי"א לח' סיון בשנת ה' אלפים ותקמ"ז ליצי' פה צפרו יע"א והשו"ב וקיים וחתום כהה"ר ישועה אזולאי נר"ו וכהה"ר אברהם אציני ונתקיי' לנו חתימו' כדחזי ושו"ב וקיים:

ישראל יעקב בלא"א מרדכי נ"ע עולייל סי"ט אברהם אדהאן מאחר עלות על לב ה"ר מסעוד דמתקרי סעאד ן' שלמה דמתק' שלאל הכהן להקדיש רוב נכסיו לשמים בעודו בחיים באופן שיתקיימו דבריו ומיום שחש במעיו ולב יודע מרת נפשו נתחזק לעמוד על נפשו ורצה להבריח ארי מנכסיו בחדא מתרתי או לפרוע לאשתו כ"מ שהחזיק לה ע"ע בשטר כתובתה שהיא מועטת ויפטור אותה בגט כשר או להניח לאשתו ויורשיו מה שיראה בעיניו ויתן השאר לצורך הקדשות במתנת בריא כ"ד לפי קנינו, וכאשר נזדמננו לשם אח"מ וסדר דבריו לפני אני החותם א' במעמד אשתו ואף היא תשיב אמריה לו והתבוננתי בתוכניות דבריהם וראיתי שאין כלי מחזיק ברכה להקדש אלא השלם ותווכתי במלתא דשויא לכל ובטלתי רצונו מפני רצונה באופן שנתרצו שניהם בלב שלם ונפש חפצה להתנהג עפ"י מה שתווכתי ביניהם והוא שהודו בפנינו הבעל ואשתו הנז' שמלבד הקרקע והטלטל הידוע להם יש להם בדבר הסמוי מן העין מע"ב סך ד' אלפים וש' אוקיות וסלק הבעל יד יורשיו שלא יטלו מנכסיו זולת שמונה מאות אוקיות ע"ז האופן שהבנות הנשואות בנותיו של שלמה בנו נ"ע יטלו ש"ם לכ"א ואחותם הקטנה תטול קק"ם ע"מ ובתנאי אם נשארה בחיים עד שתנשא ואם נפטרה לב"ע קודם הנישו' יחזור הכל שתטול ופירותיו ופירי פירותיו להקדש ולא תטול אשתו אחרי מותו מנכסיו זולת אלף ות"ק אוקיות מע"ב ע"מ ובתנאי שתהנה מהסך הנז' כל ימי חייה והנשאר אחר פטי' יתחלק בין יורשיה הנז' ובין ההקדש לחצאין וכל הנשאר מנכסיו קו"ט ומעות וכ"מ דמתקרי נכסי זולת סך בו"ו ש"ם הנז' שמתחליקים בין אשתו ויורשיו כנ"ל הקדישו מעכשיו הקדש גמור לעשות ממנו מה שיראה בעיני אני החותם א' למ"ן כגון ס"ת לקרות בצבור וספרי הקדש לקרות בהם ת"ח ונצורך ת"ת ולקיים איזה קרן לצורך ת"ת שיהנו ת"ח והעניים מפירותיו אחר עשות מה שהוא צורך לפטירתו ותכריכיו ופקידותיו ונר נשמה וכיוצא בהם מדברים שנעשים למ"ן. ובכן הע"ע בקש"מ בדל"ב ונשח"ך כ"א למ"ש הבעל ואשתו הנז' ובכח הקוש"ח הודו וחייבו עצמם חיוב ושעבוד גמור לקיים עליהם וע"כ ב"ך התיווך הנ"ל לבלתי סור ממנו ימין ושמאל מעתה ועד עולם ולחזק כח ההקדש בכל אופן הנאות והמועיל כפי הדין הברור ולרא' ע"ה ח"פ והי"ז בכ"ב באב מש' ה"א ותקמ"ד ליצי' ושו"ק:

שאול ישועה בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה שלמה בלא"א מימון נ"ע אביטבול ס"ט אחר שנלב"ע המקדיש הנז' בא לפני הר"ש אביטבול גזבר העניים ואמר שנתן בידו ה"ר מסעוד הנז' בעודו בחיים כיס א' מסך אלף אוקיות ואמ"ל לזכות בהם להקדש לדבר שיראה לו למ"ן ופירש לו המקדיש הנז' שאף אם לא יפטר לב"ע מחולי זה מ"מ המעות הללו בקדושתייהו קיימי אלא שאם יעמוד מחוליו יחזירם לו הר"ש לסדרם ע"י עצמו לצורך מצוה ואמינא ליה לקיים דברי המת, ובהיות שנתגלה הדבר לגיסו של הר"ש הנז' ולפי קלות דעתו ופחזותו נתן עיניו בדבר הסמוי מן העין לקחת לעצמו מנה יפה והר"ש הנז' לא הטה אוזן להבליו ובראותו שלא עלתה בידו בא לפני אחר ימים כמולך רכיל מגלה סוד כאלו הר"ש העלים ממני ולא הגיד לי ובא הוא להגיד לי וקודם שהוציא הדבר מפיו והרגשתי על מה הוא מרמז אמינא ליה כבר הוגד לי ענין הכיס ולא נעלם ממני כי הר"ש שאתה חושד שהעלים ממני הוא שהגיד לי ענין שאתה רוצה לדבר וכשיצא מלפני בפחי נפש והעלה בידו חרס הלך ברשעו אצל האשה הנז' שדעתה קלה כמוהו בעוד כל ההקדש תפוס תחת ידה והגיד לה הענין והפליג להגדיל הדבר לסך גדול בכפלי כפלי כפלים ובאה האשה לפני מליאה חימה כמי שטבעה ספינתו בים ודברתי על לבה דברי ניחומים והסברתי לה הענין שאפי' באשה שלא סלקה עצמה מנכסי בעלה אינה חולקת אלא בנכסים הנמצאים לו ולה אחרי מותו אבל מה שנתן בחיים חייתו והגיעו ליד גזבר העניים והקדישן הקדש גמור אינן נכנסין בסוג התקנה כלל ואין לאשה בהם כלום ומה גם היא שסלקה עצמה מכל הנכסים בעד הסך שייחד לה כנ"ב, עוד אמרה שלא נתרצית להסתלק בעד הסך הנז' אלא לחושבה שאין לו אלא הסך שברר לפנינו שיד שניהם היתה שולטת בהם והיו טמונים תחת ידה ואלו ידעה שי"ל טמון בלתי ידיעתה לא היתה נתרצית להסתלק בסך הנז' ואמינא לה בשעה שסלקה עצמה לא היה לו זולת הסך שבירר לפנינו ואותו הסך כבר היה מסור ביד גזבר העניים קודם זה בכמה ימים שהרי הסך הנז' ניתן ביד הר"ש במקום דירתו של ה"ר מסעוד הנז' דהוה גני בבית אפל ומשם הוציא הטמון ונתנו ביד גזבר העניים והסלוק היה בעליית המנוח ה"ר שלמה בנו שבה נלב"ע ה"ר מסעוד הנז', ואחרי דברי על לבה והגדתי לה שסך הכיס אינו זולת או"ו והמולך רכיל הפליג בדבר טענה להשביע הר"ש הנז' ואמינא לה כיון שאין לה זכות בו המעט הוא אם רב מה לך להשביע הר' בדבר שאינו שלך ואנן יד עניים אנן וסמכינן אהימנותיה דהר"ש דקרא כתיב "כי באמונה הם עושים" ומה גם דאינו אלא כמשיב אבידה ופטור דמי ידע בו שנתן לו הסך הנז' והידיעה שהיתה לגיסו מזה כמאן דליתה דמי וכמו שאין בדבריו ממש במה שמפליג לסך גדול כך לא יהיה בדבריו ממש

אם היה אומר הר"ש להד"מ, סוף דבר בדברי על לב האל' הנז' ובהסבירי לה הענין נפטרה ממני בשלום שוב השיאוה עצה והלכה לא' מיחידי הקהל שיש לה קורבה עם אמו והוא ה"ר משה אלבאז וטרח לפני בעשר אצבעותיו לזכות את האלמנה ולא עלתה בידו ועמד עוד והקריב משפטה לפני החה"ש שד"ר כהה"ר חזקיה בעלול ועמד הר"ש עמה לדין לפניו והשיב ככל דבר האמור לעיל לזכות ההקדש ואין לומר כיון שהתנה עם הגזבר שאם יעמוד מחוליו שיחזירם לו לסדרם ע"י עצמו הוי כאלו לא הקדישם מחיים ואית לה למטען כדלעיל דזה אינו שאף שהתנה שיחזירם לא התנה שיזכה בהם לעצמו אלא לסדרם ע"י עצמו ואין לו רק טובת הנאה וקי"ל דטובת הנאה אינה ממון כדפסק מר"ן בסי' פ"ז סל"ה ומור"ם ריש סי' ר"ג וע"ש בש"ך סי' ר"ג ובסי' ש"ן שהאריך והעלה דטובת הנאה אינה ממון, ומכיון שראתה שזכה ההקדש בדין לא מצא הר"ש גזבר העניים ידיו ורגליו עמה כשבא ליקח ממנה חלק העניים דנתנה עיניה ליטול כל הטלטל שהניח בעלה בטענה שאחר יום או יומים מזמן שהקדיש נכסיו כאמור דחקה ולחצה אותו לצוות בפני ב' ת"ח שהיו לנים עמו שיוסיף לתת לה הטלטל ובאו והעידו לפנינו שכשאלצתו לצוות כך אמר להם כל מה שאני אומר לכם בפניה הוא מן השפה ולחוץ להפיס דעתה ומה שהיה כבר היה לפני חכם העיר וממנו אין לגרוע ועוד זאת כשבאנו למנות המעות שפירש לנו הוא והיא שהם סך דו"ו ש"ם מצינו שנחסרו מהם ש"ם כ"ם ועוד זאת בפי' צוה לנו בעלה הנז' להשביעה בפרטות על מעשה ידיה שמיום שנשאה לא ראה ולא ידע כלים ממעשה ידיה וידע נאמנה שהיתה מפקדת הכל אצל אשת שלמה ן' עזראן ואמה ולא היה יכול לדבר פן יודע הדבר למעריכי המס להעריכו בשער הגבוה והזהרנו להשביע לאשת שלמה הנז' על ככה אחרי מותו שנעשה חפשי מתופסי המס, ועם היות ששלשה תביעות אלו המה נכונות עכ"ז בראותי אח"מ שדבר המעמיד ההקדש הוא לעשות ככל אשר פצו שפתיה שאם יצא הדבר ממנה לחוץ יופקע יד ההקדש לגמרי לכן יעצתי להר"ש לעשות רצונה ובאריכות הזמן שישכח הדבר ונראה שאין שום חשש סכנה מהרשות אז אשיבה ידינו עליה למשפט להוציא בלעה מפיה וכ"ז עשינו מפני מוראה של הרשות כמו שכך עשו בנכסי ה"ר אהרן ן' ניגי שלא הניח זרע ומפני הערכי'ס שיעצוה לכתוב לה הסכמה והפקעה לפוטרה משלשה פורעניות הנז' הוכרחתי לעשות רצונה וכתבתי ונתתי בידה והוא שרמזתי בסוף ההסכמה דטבא לה להקדש הוא דעבידנא ומאי טבא איכא בתת נכסי ההקדש להאלמנה הנז' אלא הכוונה שאם לא נעשה רצונה יופקע יד ההקדש ולראי' ביד גזבר העניים ח"פ והי"ז בתחי' חשון מש' רק השמ"ר לך וקיים:

שאול ישועה סי"ט בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה עוד היום לא שבו הרודפים אחרי הר"ש גזבר העניים שעוררו עליו את האלמנה הנז' להבאיש ריחו בעיר גדולה של חכמים ושל סופרים בדברי פיה סכלות שלקח סך מופלג לעצמו ולא הראה ממנו זולת או"ו ומה היו ליצני הדור אומרים, ועמד ה"ר דוד הכהן ואמר שקנה זכותה והוא גם הוא ע"י פתום הרודפים ולא להסתחר עם ההקדש ובהיות הר"ש גזבר העניים עם הרד"ך בפאס יע"א ונמשכו הדברים לפני האח נפשנו החה"ש הדו"מ כהה"ר שמואל ן' צור ובקש מהר"ש גזבר העניים להראות שטרי זכיות ההקדש ולא נמצא אתו כ"א הזכירה שרשמנו בה ריש מלין לבל ישכח הדבר ממנו וגוף השטר סילוק והשטר חלוקה הנם כמושים אצלי לתת מהם העתק להקונה מגזבר העניים חזקת האלספלי שבחצר הנק' ע"ש שלאל כמות שהיא תל עפר וגוף הקרקע קנאו מהאלנאצ'ר של האלזאמע בהאלגזה הנוהג בקרקעות האלזאמע ככתוב בידו בארוכה, וכשמוע הרד"ך לשון הזכירה נסתבך בה לדקדק לשונה כאלו היא שטר גמור חדא במ"ש בה והסך הנשאר מסך דו"ו ש"ם הנ"ל הקדישו מעכשיו וכו' ולא הזכיר הקרקע למד מזה שהקרקע עודנו לזכות האלמנה והיורשים ועם היות שלעיל מיניה כתוב והודו הבעל ואשתו שיש בידם מע"ב סך דו"ו ש"ם לבד הטלטל והקרקע כיון שדן בהזכירה דין שטר אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ועוד דקדק ממה שכתב בהזכירה ונש"ח לקיים כל האמור מוכח שלא היה הדבר זולת בש"ח ולא בקש"מ, ובראותו כי רב חילו וכי כביר מצאה ידו ביקש מהר"ש גזבר העניים נתת לו טופס מהזכירה ונתן לו ובחנם טרח להעתיק הזכירה ואינה אלא כפנקס בעלמא לזכור ממנה דבר ששולט בו שכחה דהיינו הסך והזמן והרי עידי השטר סילוק קיימין וכשכתבו השטר כתקונו פי' הדבר היטב בכל פרט ופרט ולא הניחו מקום לטעות בו כמפורש לעיל ודברי הזכירה מהבל ימעטו אפילו בדבר שסותר לשון השטר וכ"ש במוסיף לברר בשטר מה שאינו מבורר בהזכירה ואין לנו בזה אלא פסק מר"ן הקדוש שפ' כהריטב"א והריב"ש בסי' ס"א ס"ב אחרי שיגע ומצא דלא כהרא"ש דאין לזכירה דין שטר אע"פ שחתומים עליה העדים וכמו שהאריך למעניתו הריב"ש בסי' ר"י דכפנקס בעלמא חשיבא לזכרון עדות שעושין העדים לעצמן ולזה אין כותבין בה רק ראשי פרקים ואם היה לה דין שטר לא היו יכולים העדים לחזור ולכתוב גוף השטר כיון שכבר עשו שליחותם יע"ש, ואף להרא"ש דגובין בהזכירה החתומה פשוט הוא שיכול לפרש ענייניה ולהוסיף מה שלא נזכר בה, ובענין הש"ח אחר שרוב מהצנועים נמנעין ואין עושין מקחן וממכרן רק בקש"מ בדל"ב ולא בשח"ך משום חומר השבועה

לכן כשיש איזה יחיד שעושה הדבר בש"ח מפרשין שבש"ח היה הדבר כלומר תוספת על הקנין הרגיל בכל:

והנה טענה זו שטוען הרד"ך נגד המזכרת שלא נזכר בה קנין הוא עצמו אינו יודע תבלין לטענה זו דאין ש"ח מועלת בלא קנין בנד"ז אלא שלומד ספר למדו והענין דאיתא בהגה סי' ר"ט ס"ד בשם תשו' הריב"ש ומביאה ג"כ מר"ן הב"י סוס"י רנ"ב בשם תשו' הריטב"א בענין ש"מ שנשבע על איזה דבר שיורשיו פטורים מלקיים יע"ש ועיין דרכי נועם שאלה כ"ה, ואם זו היא כוונת טענתו אינה כלום דדברי ש"מ אין צריך שום קנין ובאמירה נגמר קניינו כדאיתא סי' ר"ן ס"א ומפורש בסעיף זה דלאו דוקא אם פירש מחמת מיתה אלא אפי' לא פירש אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מח"מ נקנית באמירה יע"ש ואדרבא כשיש קנין במתנת ש"מ אינו קונה כלום מקבל המתנה אא"כ כתב לתוספת יפוי כח כדאי' התם סעי' ט' ומבואר היטב בסעי' י"ז בטעמו דשמא לא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאח"מ וא"כ לפי"ז מה יועיל קנין עם הש"ח אלא מה אית לך למימר דבהיכא דהוי ליפוי כח אי נמי בכותב מעכשיו כיון שקנו מידו שמקנה מעכשיו אע"פ שפי' שהמתנה לא תהיה קיימת רק לאח"מ דבריו קיימים וא"צ יפוי כח יע"ש בהגה סעי' י"ז. ובנ"ד מפורש שמקדיש מעכשיו דאין צריך יפוי כח, ומה גם שכתב לבסוף בכל אופן המועיל הוי כמו שכתב יפוי כח וקנה כמפורש בהגה הנ"ל וכי היכי דאין הקנין מגריע כח מתנת ש"מ במעכשיו ויפוי כח ה"נ נימא לגבי שבועה דליפוי כח הוא דאתיא או שנגמר קניינה במעכשיו בשעה שנשבע ולא הויא שבועה דלאח"מ שיורש' פטורים וכ"ש שבנ"ד לא נעשה הקוש"ח לצורך קיום ההקדש אלא לצורך התיווך שנעשה בין האשה ובין הבעל הנז' דלא ליהדר חד מינייהו ביני ביני שהרי הבעל היה רוצה לפטור אותה בגט ולפרוע לה כתובתה שהיא מועטת שעולה בה תק"ם נ"ם מ"מ ובזה היתה מסתלקת לגמרי מנכסיו כדפסק מר"ן בא"ה סי' קי"ח ס"ב וז"ל מי שגירש את אשתו סמוך למיתתו אע"פ שלא גרשה אלא כדי שלא תזקק ליבם דינה לענין כתו' בתקנת טוליטולא כדין גרושה ע"כ, ומקור הדין מתשו' הרא"ש כלל נ' סי' יו"ד וכתב טעמא דכיון דנתן לה גט מאיזה טעם שיהיה מ"מ הרי היא מגורשת יע"ש, וכן נמי היה רוצה שיקדיש נכסיו במתנת בריא באופן דמהני ע"פ התקנה משו"ה נעשה התיווך ואלו לא נעשה התיווך בקוש"ח מצי הדר כל חד מינייהו הבעל כל עוד שהוא בחיים והאשה אחרי מותו אבל לגבי ההקדש אין צורך לקוש"ח דידיה דאמירתו לגבוה וכו' ומה גם בש"מ דדבריו ככתובים וכמסורים דמו:

ובר מן דין בנ"ד אפי' אם היה חיובו מכח השבועה לבד לא אמרינן כיון שמת נפטרו יורשיו משום שהוא לדבר מצוה להקדש עניים דבזה אמרינן יורשיו חייבים לקיים דברי המת כמו שהיה אביהם חייב וכמ"ש הרב מטה אהרן בשאלה כ"ז בח"א ליישב ההיא דהריטב"א והריב"ש שכתבו שהנשבע ומת נפטרו יורשיו מלקיים עם מ"ש הרמב"ם סו"פ ב' כ"ב מהל' מכירה הביאה מר"ן סי' רי"ב ס"ז וז"ל דין ההקדש וכו' אינו כדין הדיוט וכו' אם צוה אדם כשהוא ש"מ מה שיוציא אילן זה לעניים או שכר בית זה זכו בו העניים וכתב הה"מ שטעם הרמב"ם בזה שמצוה על היורשים לקיים דברי המת כמו שהיה מחוייב אביהם מכח השבועה או נדר שנדר יע"ש הרי היפך דברי הריטב"א והריב"ש שפטרו יורשיו ותירץ הרב הנז' דרמב"ם מיירי בדבר מצוה ואינהו איירו בדבר הרשות, וא"כ בנ"ד דהוי לדבר מצוה לא נפטרו יורשיו ומחוייבים לקיים שבועת אביהם ומה גם שלא ערערו היורשים בדבר כלל ועמדו וקיימו דברי מורישם והוציאוהו לפועל בתת לכל כת מה שנגזר עליה מהמקדיש הנז' תו לא מצי הדרי ומה גם האשה הנצבת לערער שכל החילוקים נעשו על ידיה כמו שמפורש בשטר החלוק' מאין הרגלים שתחזור במה שעשתה בידה וכ"ש שנשבעה לקיים התיווך ההוא ותתפלש באפר ותקיים שבועתה ואפי' אם נעשה התיווך ההוא בלתי שבועתה לא מצית למיהדר בה דקי"ל בא"ה סי' ק"ו דבכותב ומחלק נכסיו וכתב לאשתו עמהם ושתקה שצריכה לקיים ואינה יכולה לומר שעשתה שלא לטרוף דעתו יע"ש ובהגה. ובנ"ד הרי קבלה התיווך בפירוש דעדיף משתיקה וא"כ שבועתה וקניינה לטפויי אתו דלא מציא לערער בשום אופן שיהיה ואע"ג דסיים מור"ם שם וז"ל ואם קבלה קנין לקיים מתנותיו ואח"ך אומרת שלא מחלה כתובתה ומה שקבלה קנין משום שהנכסים היו בידה וברשותה הדין עמה וגובה כתובתה עכ"ל, שנר' לכאורה מדברי מור"ם דזוכה היא מטעם שהנכסים היו בידה ואין הקנין כלום מ"מ בנ"ד הרי היתה השבועה ותתפלש באפר ותקיים שבועתה אבל המעיין בהריב"ש שהוא מקור הדין יראה שזיכה את האלמנה מטעם דזכות כתובה לא מחלה שזה לשון החיוב אני משעבדה עצמי בקנין להשלים מנכסי המת כל צוואתו יע"ש. הרי מפורש דלא הסכימה להשלים אלא מה, שהוא נכסי המת ולא מה שמשועבד לכתובתה וכן כתבו ב' צנתרות הזהב הרב ח"מ והב"ש יע"ש ולפ"ז מחוייבת לקיים אפי' במה שהוא תחת ידה היכא שמפורש שתטול לחלקה כו"כ ולכל בת כו"כ והתם שאני דזכות כתובתה לא מחלה מהניא לה תפיסת הנכסים תחת ידה:

העולה ממאי דכתיבנא דכל ערעורי האלמנה הנז' מהבל ימעטו ובעמוד והחזר קיימא כל מה שנטלה יתיר על מה שנגזר עליה מבעלה הנז' ותשבע על הנסתר ויד ההקדש

נטויה להשביע לנפקדים שדרכה להפקיד אצלם מעשה ידיה כמבואר לעיל ולא הועילו מעשיה כלום ולא מעשיהם של הרודפים אחרי כהר"ש הנז' אלא שלשונם הרע עשה רושם שבראות כהר"ש לזות שפתי ליצני הדור לא יכול להתאפק והוליך עמו ב' ת"ח כהה"ר ישועה אזולאי נר"ו וכהה"ר אברהם אציני נר"ו ונטל ס"ת בזרועו ונשבע ע"כ פרט ופרט כמ"ש שטר השבועה ונחתם מיד הב' ת"ח הנז' והעון תלוי בקולר הרודפים שהזקיקוהו לכך על לא חמס בכפיו וזה תשלום גמולו לכמה טרחות וכמה יגיעות שיגע וטרח על הקדש הנז' ואין לו ממנו הנאה של כלום אלא לדידהו טרח ושומט ומאכיל להם ומסגל ריוח ומוסיף להם והם שלמוהו רעה תחת טובתו בעל הגמול ישיב גמולם להם וגמולו ישיב לו כו"מ מאת ה' מן השמים, החותם בחדש אהוב למעלה ונחמד למטה משנת צדיק שומר אמונים לפ"ק פה צפרו יע"א וקיים: שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול סלי"ט יציבא מלתא כשנמשכו הדברים בין כהר"ש גזבר ההקדש עם כהר"ד והשקפתי אני א' מהחותמים כאן על הזכירה שביד הר"ש מתוכה למדתי שלא היה הקרקע בכלל ההקדש גם ראיתי ונתון אל לבי מ"ש וש"ח לקיים כל דבר ואמרתי לכהר"ש אם אמת הדבר הזה שלא היה קנין בדבר יש לגמגם בו ולא כאשר הבין החכם הפוסק שצריך קנין מיד המקדיש לקיים הקדשו מי פתי יסור הנה אם בהדיוט דברי ש"מ ככתובין וכמסורים דמו וחייבים יורשיו לקיים דבריו כ"ש ש"מ בהקדש דאהנו דבריו בלא קנין ובלא ש"ח אפי' בדבר שלב"ל כמבו' בח"מ רי"ב ז' ועיין סמ"ע ור"מ רבק"ש ס"ק ע' מ"ש בשם הרב כ"מ דכתב דאף שאין הנודר קיים מצוה על היורשים לקיים אף שאין הנדר חל עליהם מ"מ מאחר ששמעו בנדר ושתקו הו"ל כאלו הם עצמם נדרו גם הביא דברי הרב ב"ח דבש"מ שנודר לעניים אף בדבר שלב"ל חיישינן לטירוף דעת אם לא יתקיימו דבריו ע"ש. הרי אף בדבר שלב"ל אמרי' לגבי ההקדש דש"מ ככתובים וכמסו' כ"ש בנ"ד איש כי יקדיש את מלא ביתו מה ביתו ברשותו אף כל הקדשו אתו עמו דודאי קדשי אכן דברי אלה לו הוא לגבי סילוק האשה מעל הנכסים דצריך קנין לסלק עצמה מגופן של נכסים כמבו' בדברי רבותינו זלה"ה וזה תורף תשו' מהר"ר יהודה עוזיאל ומהר"ר סעדיה נ' דנאן זלה"ה שנשאלו על ש"מ שחלק נכסיו ואחר פטירתו ערערה האשה לומר שלא יגרע דבר מחלקה ומה ששמעה ושתקה לעשות נח"ר לבעלה וכתב בתשו' הוא בתקנות שכל מה שיחלק הבעל מנכסיו שלא בהסכמת אשתו הנשואה לו כמנהג לא יתנכה כלום מחלקה אא"כ היה הדבר בהסכמתה ובקנין גמור ולא יזיק לה מה ששתקה וכו' ועם היות בכרך התקנות לא נמצאת תקנה זו מ"מ דבריהם אמת וצדק אפשר באורך הימים נאבדה ולא נמצאת תקנה זו להעתיקה בספר התקנות מצד שנאבדה

הרי מבואר דעכ"פ ש"מ שמחלק נכסיו צריך קנין מיד אשתו לקיים את דבריו וכשלא ראיתי נזכר במז' קנין מיד האשה על ההקדש אזי אמרתי לכהר"ש שיש גמגום בזה:
ומה שהביא ראיה הח' הפוסק הנז' מההיא דא"ה סי' ק"ו במחלק נכסיו וכו' אחר המחי' אין משם ראיה לנד"ז שיצא לדון החכם דבלא קנין מהני דהתם איירי במחלק לה בין הבנים דוקא (הגהה:
אין הדברים אמורים אלא במחלק שלא בפניה אבל במחלק בפניה כנ"ד ושתקה הוי מחילה גמו' וכ"ש שקבלה עליה בפי' דלכ"ע הוי מחילה וא"צ קנין כמו שמפורש בב"ש סק"ד וסק"ו וסק"ז ולא הארכתי בפרט זה כי סמכתי על המעיין בדברי שכתבתי יע"ש)
וגם במחלק לה קרקע ואף לתקנת הגאונים דגובה אשה כתובתה מהמטלטלים וכתבו מקצת מהאחרונים דדין טלטל כדין קרקע לכל מילי ואם חלק לה טלטל בין הבנים אבדה כתו' מ"מ דוקא בחלק לה עם בניו דעשאה שותף עם בניו דחשיבא לה מלתא שהשוה אותה שותף לבניו כמבואר בש"ס ובב"י באורך לא כן בנ"ד הרי חלק נכסיו לקרוביו ולהקדש ואין לה חשיבות עם בניו והרי היא כקרוביו שנתן להם מתנות וגם התם לא אבדה כתובתה לגמרי אלא נסתלקה מאותן נכסים שלא תטרוף כתובתה מהם ומ"מ ספר כתובתה בידה לגבות חובה ממקום אחר כמ"ש שם וז"ל אבל מנכסים שיבואו לו אח"ך גובה מהם לכך אהני שתיקת' לסלק שעבודה מעל אותן הנכסים דוקא לא כן בנ"ד שהאשה הנשואה כמנהג שחולקת בנכסים במקום גביית כתובה אם אתה אומר ששתיקתה מהניא אפי' אפסדתה כתובתה וכולי האי לא אמרי' יפה שתיקה דאדרבה הדעת נוטה דצריכ' לעשות ולסלק עצמה מנכסים כל דבר ודבר לפי קניינו את שדרכו בהגבהה או במשיכה או במסירה וכתיבה תבעי לעשות כמשפטו לפי שיש לה בכל דבר מחציתו כמשפט החלוקה שעושה במקום גביית כתובה ואפשר שזהו טעמן של מתקני התקנה שכתבנו לעיל שתקנו באשה הנשואה כמנהג לסלק עצמה בקנין דנראה שבכל אופן תקנו אף במחלק לה עם בניו דצריכה קנין לקיים כל דבר דלא אמרו חכמים דבמחלק לה עם בניו ששתקה שאבדה כתובתה היינו סילוק שעבוד מעל אותן הנכסים דוקא לכך מהני בשתיקה מאחר דאין לה בהם אלא שעבודא בעלמא ליפרע מהם לא כן האשה הנשואה שי"ל חלק בגוף הנכסים כל דבר ודבר מחציתו ודאי דצריכה קנין להקנות חלקה בגוף הנכסים. ועוד טעמא מאי אמור רבנן אבדה שעבוד כתובה הוא משום שהחשיבה ונתן לה מתנה בגוף הנכסים שלא היה לה בהם אלא שעבוד ואם נתן לה מתנה יתירה על כתובתה דאין נגרע מכתובתה כלום כמש"ל לא כן בנ"ד אדרבה מגרעות נתן לה כי ראויה היתה ליטול חצי נכסים ועכשיו משלה נתן לה ונגרע לה

מחלקה הראוי לה ובודאי לקיים את הדבר צריכין לקנות מידה בקנין, ואחר האמת כעת בהגלות לגלות שטר התיווך שם ראינו הכל מתוקן יפה שקנו מיד שניהם בקוש"ח על התיווך והכל הולך אחר האחרון שהוא השטר שהרי אף לדברי הרא"ש בתשו' דחשיב לזכירה שטר וכך מנהגינו אנחנו להיות לו דין שטר כמ"ש בגליון ש"ע של מר אבא זלה"ה וכמדומה שכך ראיתי בפסקי הרמ"ז מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה אכן כתב וז"ל ומנהגנו דיש לו דין שטר ודוקא אם לא כתוב על הזכירה עשוי או פרוע או בטל אזי רשאי סופר אחר להעתיקו לזכות בעליו ויכתוב בסופו שט"ז נמצא כתוב בס' הזכרון של פ' הסופר ואין כתוב עליו עשוי או פרוע או בטל והעד החותם עליו הוא פ' ולראיה שהכרנו כתיבת יד הסופר העולה במקום חתימתו חתמנו במא' ב"ד וחתו' תרי מגו תלת עידי הקיום עכ"ל מ"מ אף דחשיב שטר דוקא היכא דאיתרע ולא כתב השטר אזי דיינין לה לזכירה כשטר וכמ"ש הטור בהדיא בשם הרא"ש אבל בנ"ד הרי השטר יוצא מתחת ידו של גזבר ששם מפורש הדבר ביפוי כח שהיה בקנין ושבועה שהסכימה על כל מעשה בעלה ומוכרחת היא במעשיה לעשות רצונו שהרי רצה לגרשה וליתן לה כתובתה וכמ"ש החכם הפוסק והוא העד בדבר והגם שחכמי התקנה שנתקנה בש' בה"ר ציו"ן תקנו שהמגורשת בגט ש"מ דדינה כדין אלמנה לענין פרעון כתובתה הפך דברי הרא"ש שהביא הח' הפוסק הנה הרואה שם בלשון התקנה יראה שלא חלקו על הרא"ש אלא לענין זה בלבד שאם גרשה כדי שלא תהיה זקוקה ליבם הוא דדיינין לה כדין אלמנה מטעם שכתבו שלא נתכוון אלא לגמול חסד עמה שלא תזקק ליבם, לא כן בנ"ד שרצה לשלחה מעל פניו כדי שלא תטול בנכסיו סך רב וגדול יותר מכתובתה ודאי דלא תקנו בזה חכמי התקנה שהרי זה ודאי לא נתכוון אלא כדי שלא תטול בנכסיו ולדבר זה גרשה וגירושיה גירושין גמורים לענין זה ואין דינה כאלמנה. וא"כ מאחר שהיתה מוכרחת במעשיה לעשות רצונו שוב אינה יכולה לטעון אנוסה הייתי או לעשות נח"ר לבעלי נתכוונתי או בטענת מחלתי כסבורה הייתי שלא היה לו אלא סך שגלוי לה אבל עסקי טמון אשר שם בסתר ביד כהר"ש הגזבר לא נודע לי עד עתה דדבריה מהבל ימעטו מטעם שכתב החכם שכבר הגיעה בחיים חייתו ליד גזבר לזכות העניים ונאמן הגזבר להעיד על ההקדש אפילו להוציא כ"ש להחזיק במה שביד ואע"פ שיש לו טובת הנאה מחלוקה שמחלק לעניים טובת הנאה אינה ממון כמבו' בח"מ ל"ז ט' יע"ש ועוד וכי לרצונה מחלה וסלקה עצמה מוכרחת היא במעשיה שהרי דינא קא תבע וא"ל אם תטול סך זה טוב ואם לאו הוציא כתובתיך ותפרע בה ובחרה לה בדרך זה דיש בה צד הנאה גדולה יתר על כתובתה, וא"כ אף אם היתה לה ידיעה בתחלה כבסוף שיש לו ממון אחר אם לא תרצה לעשות

רצונו הרי הוא מגרשה בע"כ ולא תטול אלא פחות ממה שנתן לה ואין כפייה זו חשובה כאונס כדאיתא בא"ה קי"ח ו' באשה שמחלה כתובתה ונדוניתה ואח"כ טענה שבאונס מחלה מפני שהיה מגזים עליה לגרשה או לישא אחרת מפני שאינה יולדת אין זה אונס לבטל המחילה, ומסיים שם בטור משום דבדין זה היה עושה לישא אשה וכו' ואין זה טענת אונס לבטל מחילה, והנה בנ"ד ג"כ בדין היה יכול לגרשה בע"כ ותטול כתובתה ואין זה ע"ז כלום ובההיא הנאה שסלקה עצמה מנכסיו אף הוא ייחד לה שיעור גדול מדמי כתו' ואין לגמגם על חלוקה זו שחלק נכסיו והעביר נחלה מיורשיו ולפי המנהג והתקנה לא מהני אלא אם היה הדבר בתוכחת מגולה ועם היות שלא נזכר בתקנה תוכחה על דבר אעבורי אחסנתא אלא באשה המעברת נחלה מיורשיה מ"מ ק"ו הדברים אם באשה שירושת יורשיה אינם אלא מכח תקנה אבל מדאורייתא הבעל יורש את אשתו היכא שנתנה חלק יורשיה לבעלה שהוא יורש דאורייתא חשבינן לה אעבורי אחסנתא וצריכה תוכחת כ"ש באיש שמעביר נחלה מיורשיו שהם יורשים דאורייתא דבעי תוכחה וכך המנהג פשוט, אלא שבנ"ד מאחר שהקדיש נכסיו לגבוה לצורך מצוה לא אצרכוה רבנן תוכחה דודאי אף אם יוכיחוהו בשוט ברזל לא ישמע אליהם דקרוב אדם אצל עצמו ורוצה הוא שקרנו תרום בכבוד וצדקתו עומדת לעד וכמו שמצאתי בזה כמה וכמה תשובות למהר"ר יעב"ץ זלה"ה דכל דלדבר מצוה אין צריך תוכחה וא"כ מעתה כל דברי האל' וב"ך מהבל ימעטו ומה שהיה כבר כתוב בשטר החלוקה הוא שיהיה ולראית האמת ח"פ פאס יע"א בחדש והשנה הנ"ל וקיים: שמואל אבן צור סי"ט ובהגהה שהכוונה שדין זה עולה מהדין ומהגה, ותשובת הרבנים לא נעלמה ממני והרי היא כתובה אצלי בפסקי הרב מו"ה מרדכי בירדוגו זלה"ה בסי' י"ג ורמזתיה בתוך דברי לעיל שכתבתי ואלו לא נעשה התיווך בקוש"ח מצי הדר כל חד מנייהו הבעל כ"ע שהוא בחיים והאש' אחרי מותו ואין להאריך בפרט זה כי נ"ד נעשה על צד היותר מהני ודו"ק):
הד"א ששזכה ההקדש בכל נכסי המקדיש קו"ט ודברי אלמ' ויורשיו וב"ך מהבל ימעטו לא שרירין ולא קיימין וקיים איש צעיר שאול סירירו ס"ט עליונים למעלה כל דבריהם אמת וצדק וליכא לספוקי בהא מלתא כלל ולראיה ח"פ בזמן הנז' וקיים:
יהודה ן' עטר סי"ט בכמה"ר עובד זלה"ה דברי החכמים הפוסקים כלם נכוחים למבין וישרים ולראיה ח"ש בזמן הנז' וקיים:
חיים דוד סירירו סליט"א כבר זכה ההקדש במה שזכה כדין וכהלכה ועוד ידו נטויה על האלמנה הנ"ב ליפרע ממנה בנ' מיני פורעניות שנגזרו עליה בב"ד הצדק של החכם הפוסק נר"ו ולראי' האמת ח"פ ואני בתוך הגולה כהן הדיוט:

יהודה הכהן ס"ט ערעורי האל' לעיל ובפנים הן על מה שנתן בעלה מסעוד הנ"ב להקדש בהחבא ע"י החכם כהה"ר שלמה אביטבול נר"ו כשהיה בריא, זה אינו צריך ראיה דודאי ערעורים בטלין דיכול אדם לתת מתנה מנכסיו לכל מי שירצה וכ"ש להקדש, וכן מה שרצתה להשביעו ע"ז דבידו יותר מהסך הנז' ואין לה שום חלות לשבועה זו ואפי' הדרת הראש דמאחר שהוא גזבר העיר וע"י חכם העיר מידע ידע ביה חכם העיר דהוא גברא מהימנא ודבריו עמו והוא פטרו משבועה ויפה עשה דכתיב ולא יחשבו את האנשים כי באמונה הם עושים והאלמנה מי הכניסה בתגר זה. וכן ג"כ מה שנתן להקדש כשהיה שכ"מ בפני חכם העיר לא מציא למטען שום צד אונס בזה ודבריה מהבל ימעטו דמאחר שהוא רצה לשלחה מעל פניו ולפרוע לה סכי כתובתה שהוא דבר מועט מאין ולאין יהיה לה שום זכות בהקדש הנז' והיכי מציא למימר שהיה צד אונס בזה. דאדרבא חכם העיר שעשה להם פשרה הנ"ב להנאת' ולטובתה הוא שעשה שנטלה יותר מסכי כתובתה. ומה גם שהסכימה לדעת בעלה בקושח"ך לפני חכם העיר וא"כ מה שמכרה לזולת חלקה העולה לה בתביעות הנז' אינו כלום מטעם הנ"ל כי אין לה חלק וזכות במה שנתן בעלה להקדש הנז' אחר שנטלה חלקה היא ובנותיה, דמה שנתן מחלקו נתן ולא מהאמצע ואחר שכן הוא אין לה שום חלק וזכות בהקדש הנז' לא בזה ולא בבא דאין לה שום שייכות וצד נגיעה כלל בהקדש ואינה אלא כאדם דעלמא דאין לו שום דו"ד ולא שייכות כלל עם הבעל הנז' בזה ההקדש, גם מה שכתב הח' הפו' נר"ו לעיל ובפנים שהאלמנה הנז' אחר מות בעלה גבה מנכסיו ונטלה מהם בזרוע אחר שנטלה כל חלקה העולה לה, וא"כ כל מה שגבה ונטלה בזרוע עפ"י עדים הכל בעמוד והחזר קאי ואחרי מותה יד ההקדש על העליונה להפרע מנכסיה משפר ארג נכסין ולראית האמו"ץ ח"פ פאס יע"א באב הרח' יה"ל מש' בהתאסף ראשי עם לפ"ק וקיים:
אליהו הצרפתי סי"ט:

סימן ל

טופס מטופס שטר מתנה הוזקקנו להעתיקו וז"ן טופס שטר מתנה וז"ן במאמר א' מבדי"ץ הע"ע בקש"מ בדל"ב ובש"ח בשי"ת המו"ן ה"ר יעקב בה"ר מימון הלוי והודה הו"ג ברצון נפשו והש"ד בלי זכר שום אונס וכפיה כלל אלא הכל ממנו בלב שלם ובנ"ח ובד"ן ומיושבת שנתן לשמואל בנו שי"ל מאשתו זהרא החצר החדשה שבנה בעיר פאס יע"א הנק' היום ע"ש הרי"ע הנז' שהיא נכחית לבהכ"ן הי"ג הנק' ע"ש החה"ש הדו"מ כהה"ר אליהו הצרפתי נר"ו וקודם לזה היתה נק' ע"ש אהרן ה"ן סעדון ונתן ג"כ הרי"ע

הנז' לשמואל בנו הנז' אגב הקרקע הנז' סך ש' מתקאלים תמיר"ה או חפצים ששוים הסך הנז' ועוד נתן הרי"ע הנז' לאברהם בנו שי"ל מאשתו מסעודא חצי החצר הנק' ע"ש הנגיד כה"ר מימון ן' דאנאן בעיר פאס יע"א שהיא סמוכה לבהכ"ן הי"ג של הח' הש' הדו"מ כהה"ר שמואל אלבאז זלה"ה עם רביע החצר הנק' ע"ש מאימראן הסמוכה לבהכ"ן הי"ג הנז' ומקול"ז היתה נק' ע"ש ן' להביל ואגב הקרקע הנז' נתן הרי"ע הנז' לאברהם הנז' סך ש' מתקאלים תמיר"ה או חפצים ששוים הסך הנז' הכ"ל נתן הרי"ע הנז' לבניו הנז' המתנות הנז' כל חד וחד מינייהו במאי דאיתיה בתורת מ"ג חתוכה וחלוטה שרירא וקיימא דלא להשנאה מינה ודלא למהדר בה לעלמין מתנת בריא מתנת שוקא גלויה ומפורסמת מתנה מעכשיו ולאח"מ מתנה בעין יפה וגוף בריא וכך אמ"ל הנותן הנז' כתבו האי מתנה בברא וחתמוה בשוקא כי היכי דלא תהוי כמת' טמירתא וכמתנת שמ"ד ומעכשיו סלק הנותן הנז' מעל המתנות הנז' עצמו ורשותו וזכותו ועצם ורשות וזכות ב"ך שו"ש של זכות כלל אפי' מקום נעי' יתד או מדכ"ר ומעכשיו זכו מקבלי המת' הנז' כאו"א במתנתו הראויה לו כנז' ז"ג וחזקה גמורה אינון ופיריהון ופי"פ וכו' לשכון ולהשכיר ולהשכן ולמשכן ולמכור ולבנות ולסתור ולהעביר ולהחליף ולהוריש ולהנחיל ולהחסין ולתת במתנה לכל מי שירצה הם וב"ך לד"ע והמתנות הם עזה"ד שאם ב"מ נפטר שום א' מהבנים תחזור מתנתו לאחיו הצז' מעכשיו ובטל הרי"ע כל מודעי דמוד' וכו' עסכ"ה ופסל עדיהן עליהן אליבא דכל הפוסקים דקי"ל כוותייהו בביטול המו' באוה"מ והודה שלא מסר שום מו' בשבועה ומחשש שמא מסר שום מו' בשבועה על הענין הנז' התרנו שבועתו כראוי הכל מוחזק על כהרי"ע הנותן הנז' בחסב"ד ובעצת כת"ח ולא יורע כח שטר מתנה זו לעולם לא בשיבוש לשון ולא בעוות לשון ולא בלשון דמשתמע לתרי אנפין ולא בלשון חסר או יתר ולא בט"ס אלא הכל יהיה נדרש לתועלת מקבלי המתנות ולתועלת ב"ך לדרי דרין הכל דלא כאס' ודלא כטו"ד אלא כחומ"ר וכחו"ז כל שטרי המתנות הנהוגות בכל ישראל כדת וכהוגן וכראוי וכהלכה וכתחז"ל ונגמר כ"ז בקש"מ בדל"ב ובש"ח בשי"ת מיד הרי"ע הנותן הנז' על כל הנז' יום א' בש' כ"ט לחדש אלול המרוצה ש' התקל"א ליצי' פה מראקיש יע"א וזיכה הנותן הנז' המתנות הנז' ע"י א' ממנו אה"ב לבניו הנז' מחמת שהם קטנים וכתב לו ב' שטרות בס"א וזה ניתן ביד שמואל הנז' והשו"ב וקיים ע"כ, מע"ן וחתום כהה"ר יוסף קורקוס וכהה"ר מרדכי אלמסעאלי ונתקי' לנו חתי' כראוי ובדקנו התורף פנים ואחור ולא נמ"ך בו יותר ולראיה ח"פ תמ"ת וקיים עכ"ל וחתו' על הטופס הנז' כהה"ר מסעוד ארתבי בן ארוואח וכהה"ר יהודה בירדוגו מע"ן בלי תו"מ ולראיה ח"פ פאס יע"א בשני בש' ה' ימים לניסן ש' תקמ"ג

לפ"ק וקיים וחתו' עליו כהה"ר יהודה ן' משה בן דוד ויוסף וכהה"ר אברהם ן' זמרא ונתקיי' לנו חתימו' כדחזי:

וע"ג נמ"ך וז"ל זה כמה שבא לידי שטר מתנה וכתבתי לקיים המתנה הנז' אחר שהיא מתנה במקצת ולא היתה לי אז הוכחה לידע אם היתה כוונתו להבריח מיורשי אשתו הא' או לאו ומכיון שלא היתה המתנה בכל נכסיו כההיא שהביא מר"ן סי' צ"ט ס"ו דנתי שהמתנה קיימת הן היום נודע לי באומדנות המוכחות מהם שאין ראוי להעלות על ספר שלא היתה כוונתו במתנה הנז' אלא להבריח מנכסיו אשתו הא' ובכן נלע"ד שהמתנה הנז' בטלה הגם שהיא במקצת והגם שמר"ן בסי' צ"ט ס"ו כתב וז"ל ונתן כל אשר לו דמשמע דאין דנין בו שטר מברחתא אלא בנותן כל נכסיו אבל בנותן מקצת נכסיו לא הרי מצינו לרבותינו בעלי התקנות שכתבו תק' שנעשית ש' הש"ה וז"ל קי ויירין ב"ד אשר יהיו בימים ההם קישי פיזו בערמה להבריח נכסיו ולהראוי להם הואיל וחב לאחרים לא יחרוך רמיה צידו ולא תעשנה ידיו תושיה אף אם ימצא פוסקים סומכים את ידו כיון שראינו כמה מרמות נעשות בכל יום השעה צריכה לכך כ"ש אל אשר יפנה הרא"ש אחריו אנו הולכים וכדאי הוא לסמוך עליו ע"כ' ומלשון זה נראה שרצו לתרץ שבכל ענין שיש אומדנא שכוונתו להבריח המתנה בטלה שהרי תלו הדבר לפי ראות ב"ד ולאו דוקא שתהיה מתנה בכל נכסיו כההיא דהרא"ש אלא אפי' מתנה במקצת אם יראה לב"ד שעשה כדי להבריח מתנתו בטלה דאם איתא שכוונתם היא דדוקא בנותן כל נכסיו כההיא דהרא"ש לא היה להם לתלות הדבר לפי ראות ב"ד אלא הול"ל שדעתם לפסוק כהרא"ש נגד שאר פוסקים שחולקים עליו ומדתלו הדבר לפי ראות ב"ד משמע שבכל ענין שיראה לב"ד באומדנא שכוונתו להבריח מתנתו בטלה ובעיקר הדין נסמכו על דברי הרא"ש והוסיפו נופך משלהם ואמרו לפי ראות ב"ד אף שלא יהיה כהרא"ש ממש וא"כ בנד"ז הגם שהמתנה במקצת בטלה שלא נתכוון להקנות אלא להבריח מיורשי אשתו הא' ואין לדון מלשון המתנה שכתוב בה יפוי כח וביטול מוד' שהכל נעשה בערמה ואחר שידענו שלא היתה כוונתו אלא להבריח אין ראוי לשום דיין להזדקק לדין זה עד שיחקור בענייני האיש הזה הנותן ומהותו ועניניו כדי שיוציא לאור משפטיו דין אמת לאמיתו, ומצאתי און לי מדברי תשו' הרב הגדול כמוהר"ר יעקב אבן צור זלה"ה שדקדק מלשון התקנה הזה הנז' דלאו דוקא בנותן כל נכסיו וכההיא דהרא"ש אלא בכל ענין שיראה לב"ד שכוונתו להבריח המתנה בטלה וכן דן למעשה, וא"כ בנ"ד המתנה הנז' בטלה אם יסכימו ב"ד כשיעלה ויראה לפניהם ענייני האיש הנותן ומהותו ולראיה חתמתי ע"ה וחתום החה"ש כהה"ר עיוש אלמאליח י"ץ ונתקי' לנו חתי' כדחזי:

וס"ל נמ"ך וז"ל טופס פס"ד מה שכתבו חכמי מקנאס יע"א וז"ן גם אנכי הובא לידי שטר מתנה זו זה ימים מקרוב וחתו' בו חכמי מראקס והחכם כהה"ר יקותיאל יש"ץ והח' כהה"ר עיוש הנ"ל וכולם כתבו לזכות מקבלי המתנה מההיא דסי' צ"ט ואני אחרון חתמתי עמהם לזכות מקבלי המתנה הן היום הובא לידי פס"ד הכתוב לעיל בסמוך ושם נאמר שנודע להח' הנז' בהיותו בפאס באומדנות מוכיחות שלא היתה המתנה אלא להבריח ולכן חזר בו וכתב שהמתנה בטלה כמש"ל. והן אמת שאחר שלא באר מדבריו מה הן האומ' אין לנו לדון על דברים שבלב ואם לפניו נגלו האומ' לפנינו לא נגלו ולכן אין ראוי להטפל ולדון דין זה אלא למי שנגלו לו האומדנות שלהבריח נתכוון ודינא הוא דחכמי פאס יע"א שיודעים בטיב הנותן ומהותו ויודעים בטיב האומ' שלהבריח נתכוון הם ידונו דין זה להוציא משפט לאשורו, ועם היות שמתנה הנז' היא במתנה במקצת כמו שהוציא לפני הנותן קב"ע כו"ח שבעת תתו המתנה היו לו נכסים בין מעות וקו"ט קרוב לאלפים מתקאלים מ"מ אם יראה לב"ד שהמתנה היא להבריח בטלה היא והגם שכתב מר"ן בסי' צ"ט בשם הרא"ש הנותן כל נכסיו וכו' דמשמע דוקא במתנת כל נכסיו הוא דמתנתו בטלה הלא"ה המתנה קיימת. מ"מ המדקדק בסוף דברי הרא"ש ז"ל יראה דמ"ש בתחלה הנותן כל נכסיו וכו' משום דמעשה שהיה כך היה ומדנתן כל נכסיו היא אומדנא מוכחת שלהבריח נתכוון דלא שביק אינש לנפשיה ערטילאי מכל וכל ויהיב לאחריני. אבל אנה"נ דאף אם היא מתנה במקצת ויש שם אומדנות אחרות דמוכחי דלהבריח נתכוון ודאי דהמתנ' בטלה וזה מוכח מסוף דברי הרא"ש ז"ל שכתב בסוף דבריו וז"ל ותנתן דת בטוליטול'א על הסופרים שלא יכתבו שטר על מתנת הנכסים שיראה שיש בו תחבולה או מרמה ומדכתב שלא יכתבו שטר מתנה שיש בו תחבולה וכו' ולא כתב שלא יכתבו שטר מתנה בכל הנכסים אלא תלה הדבר בתחבולה וכו' משמע דכל היכא דאיכא תחבולה במתנה שלא יכתבו שטר מתנה ואפי' תהיה במקצת. ומצאתי און לדבר אלה בדברי חכמים גדולים ורבנים ה"ה הרבנים המובהקים כמהר"ר וידאל הצרפתי זצוקלה"ה וכמוהר"ר משה ן' חמו זצוקלה"ה וכמוהר"ר יהודה ן' עטר זצוקלה"ה שכתבו בפסק מתנה א' שנתן ראובן לבניו והיתה מתנה במקצת ומחמת שהיתה להבריח בטלוה, וז"ל הרבנים הנז' ואע"ג דדינא דמברחת וכל תשו' הרא"ש שהביא בדין הברחה כלהו מיירי במתנה בכל נכסיו כבר תלה הרא"ש בסוף דבריו לפי ראות עיני ב"ד אשר יהיו בימים ההם וז"ל ותנתן דת בטוליטול'א על הסופרים הנז' וכמש"ל הרי דלא חילק בין בכל בין במקצת אלא תלה הדבר כפי הנראה לב"ד שיראו שיש שם תחבולה, והוסיפו עוד וז"ל וגם לפי התק' שתקנו רבותינו נ"ן נראה להדיא דגם במתנה במקצת היא דאל"כ

מה באו הם לחדש בתקנה זו והרי הרא"ש צווח ככרוכיא ודרשו מעל ספר ה' וקראו אלא ודאי הם ז"ל באו לחדש במתנה במקצת נכסים שייכא הברחה דייקא נמי דקא קאמרי נינגונא מתנה אינפיטוזא שהוא לשון כולל ונשענו על סוף דברי הרא"ש ז"ל וכדדייקי דבריו לעיל בסמוך עכ"ל הצ"ל, מעתה הדור דינא שאם יראה לב"ד ישצ"ו של עיר פאס יע"א שהיתה תחבולה במתנה הנז' דמוכח להו דלהבריח נתכוון הנותן הרי המתנה בטלה ועל פיהם דוקא יגמר הדין ואין לשום דיין אחר לפסוק הדין הזה זהו מה שנלע"ד וצוויי"מ ולראיה ביד יורשי הנותן ח"פ ש' ועשית הישי"ר והטו"ב לפ"ק וקיים עכ"ל וחתו' החה"ש הדו"מ כהה"ר שלמה טולידאנו יצ"ו:

וס"ל נמ"ך אחרי כתבי הוגד לי מפי מגידי אמת ומהם ת"ח שראוי לסמוך עליהם והגידו לי כמה דברים שעשה ה"ר יעקב הנותן מקדם כדי למעט כתובת אשתו הא' וכשראה שלא עלתה בידו נתן מתנות אלו וכמה אומדנות דאין להעלותם על ספר ומוכחי דלא היתה כוונתו במתנות אלו למתנה גמורה אלא להבריח ולמעט כתובת אשה הא', ומעתה קם דינא דכל המתנות שנתן לבניו בטלים לא שרירין ולא קיימין ויכנס הכל לכלל חלוקה כתק' קדמונינו נ"ן. זהו מה שנלענ"ד ולראיה ח"פ בד' לתשרי שנת קדמ"ת אשור לפ"ק עכ"ל וחתו' החכמים השלימים הדו"מ כהה"ר שלמה טולידאנו הנ"ל וכהה"ר משה מימראן ונתקיימו לנו חתי' כדחזי ולראיה ח"פ וקיים, וחתו' כהה"ר משה ן' אלבאז וכהה"ר אברהם בן זמרה ונתקי' לנו חתימותיהם כדחזי: וס"ל נמ"ך וז"ן ראיתי מ"ש החכמים הפוסקים לבטל המתנה הנ"ל אף שהיא במקצת מחמת האומדנות שנגלו להם שכוונתו היתה לאורועי כתובת אשתו ולהבריח היתה כוונתו וכמו שהוכיחו מלשון התק' ומדברי הרבנים זלה"ה, גם אני נלע"ד להכריע בדברים דאין לחלק בין מתנה במקצת למתנה בכל הנכסים אלא כל שנראה לב"ד שכוונתו להבריח מתנתו בטלה ואף שמר"ן בשם תשו' הרא"ש נקט מתנה בכל הנכסים אורחא דמלתא נקט ומעשה שהיה וה"ה והוא הטעם כל שנר' שכוונתו להבריח אף אם הוא מתנה במקצת בטלה, ואפשר דנקט הכי לרבותא דאף שהוא מתנה בכל בעי' שיתכוין להבריח ולערמה ולא לשם מתנה וכ"ש במתנה במקצת דבעי' הכי, אבל אנה"נ כשנודע שכוונתו לערמה ולא ליתן כלל ודאי הוא דלא שנא במקצת לא שנא בכל דמתנתו בטלה וכ"ש בנ"ד שהוא מתנה במקצת אם יתברר לב"ד שכוונתו להבריח ולא ליתן כלל שהיה מחזיק הנותן בנכסים שנתן כבתחילה הרי מתנתו בטלה ואינו מספיק מה שיתברר שכוונתו להבריח שהרי כתב הרמ"א בהגה שם בסי' צ"ט ס"ו דאם נר' לב"ד שנתכוון ליתן במתנה גמורה אף שנתכוון כדי להבריח מתנתו קיימת, ודוק מינה דתרתי בעינן שתהיה כוונתו להבריח

ואין כוונתו ליתן והיכי דמי שראינו שעדיין מוחזק בשלו כבתחילה. ושמעתי שבנדון זה עדיין מקבלי המתנה קטנים והנותן מוחזק בחצרות ואוכל פירותיהם כאדם העושה בשלו ולכן דינא הוא דאם נראה להם שכוונתו להבריח וכמו שנגלו להחכמים הפוסקים יש"ץ האומדנות המוכיחות ע"ז שמתנתו בטלה ואין לה קיום כלל אף שהיא מתנה במקצת ואין להוכיח מלשון המתנה שכוונת הנותן ליתן במתנה גמו' מדנחית לפרש ולדקדק במתנתו שאם מת הבן הא' יטול המתנה הבן האחר משום דהא נמי להבריח נתכוון שהיה ירא שמא ימות א' מהם ותחזור מתנתו להאב הנותן שהוא היורש ויתחייב לחלוק בנכסים משום כתובת אשתו ולא יועילו מעשיו בהברחתו להכי איכוין וכתב שאם נפטר א' מהבנים תחזור מתנתו לאחיו כדי להפקיע חוב כתובת אשתו ולמיתת שניהם לא חש דלא שכיח זהו מה שנלע"ד וצוויי"מ כי דעת ממני פליאה ולראיה ח"פ ארבאט יע"א בכ"ז למרחשון ש' קדמ"ת אשור לפ"ק וחתום החה"ש הדו"מ כהה"ר שם טוב ן'עטר ונתקי' לנו חתי' כדחזי:

ובדף אחר נמ"ך וז"ן ובנייר אחר נמ"ך סמוך לטופס הנב"ה וז"ן הן אמת כי זה כמו חמש שנים שבא לידינו שטר מתנה הכתו' ביריעה החוברת ולא רצינו להזדקק לכתוב לא ביטול ולא קיום מפני שדבר זה תלוי באומדנות הב"ד אם היתה כוונתו להקנות או לא ואף שהיא מתנה במקצת ואין יכול לעשות אומדנא זו כ"א ב"ד שבעירו. אמנם אחר שהחכמים העליונים למעלה עמדו על הענין מפי מגידי אמת ומהם ת"ח שראוי לסמוך עליהם ונודע להם בבירור שלא היתה כוונתו להקנות אלא להבריח בעלמא מעתה קושטא קאי שהמתנה ההיא שנתן לבניו בטלה ומבוטלת לא שרירא ולא קיימא והכל יכנס בכלל החלוקה כתקנת נ"ן זהו הנלע"ד ולראיה ח"פ תיטוואן יע"א בחדש כסלו ש' כי באה נחלתנ"ו לפ"ק וקיים עכ"ל, וחתומים החה"ש הדה"מ כהה"ר אפרים מונסונייגו נר"ו וכהה"ר יהודה קורייאט נר"ו וכהה"ר יהודה הלוי נר"ו וכהה"ר שלמה אבודרהם נר"ו:

ובנייר אחר נמ"ך וז"ן אחר שנתברר לחכמים יש"ץ שהנותן לא נתן מתנה גמורה אלא בערמה ותחבולה א"כ מתנותיו בטלים ואין להם ע"מ שיסמוכו ולראי' ח"פ ע"א לטבת ש' קדמ"ת לפ"ק וקיים עכ"ל והתומים החה"ש הדה"מ כהה"ר יצחק חרוש וכהר"ר אברהם פינטו וכהה"ר משה ן' עטר וכהה"ר שלמה אסבאג יש"ץ ולראיה ח"פ והשו"ב וקיים, וחתום כהה"ר מרדכי ן' עטר וכהה"ר יהודה ן' משה ה"ן דאוד ויוסף ונתקי' לנו חתי' כדחזי וחתי' הכא תמ"ת וקים:

ישראל יעקב בלא"א מרדכי נ"ע עולייל ס"ט אברהם אדהאן סליט"א אחד הרואה ואחד השומע אופני המתנה הנ"ל עיניו יחזו עפעפיו יבחנו ולבבו יבין דלהבריח נתכוון וכמו שנתברר ממגידי אמת לקדישי עליונים יש"ץ ואומדן דעת הוא דלא נתן לבניו בחיים חיותו אלא לאפקועי יד אשתו ראשונה ואין כאן מקום חלות לדברי הפוסקים שכתבו דאינו נקרא מבריח אלא כשנותן כל אשר לו ובמשייר אין דין מבריח דזה אינו אלא באתרא דלא יש תקנה אבל במקום שיש תקנה התקנה עומדת במקום דין תורה ואלו היה לשון התק' מסופק ואינו מפורש היטב אז מוכרחין אנו להעמיד הדבר על ד"ת ונימא ובמשייר אין דין מבריח או במתנה חלוטה כמ"ש הר"ן והביאו מר"ן בא"ה סי' צ' ס"ח אכן השתא דלשון התקנה מפורש היטב בלשון כולל כל המתנות שז"ל ק"י נינגונא מתנה וכו' שפירושו ששום מתנה דמשמע בכל אופן שיהיה ואפילו שייר לעצמו ואפי' כתב מת"ג וחלוטה וכו' רק שתהיה כוונתו להבריח מתנתו בטלה ומה גם בנ"ד לפי הנשמע שעדיין הוא מחזיק בנכסיו שומט ואוכל כל קבל דהוה עביד מן קדמת דנא הענין מוכח דלהבריח נתכוון ולא יחרוך רמיה צידו ויש בידי כמה פסקי דינים מהראשונים ובפרט מהרב יעב"ץ שדן הלכה למעשה בשטרי מתנות שכתב שלמה ן' שטרית לבניו ולבנותיו בעודנו בחיים ומשום דעדיין היה מחזיק בנכסיו ונו"ן בהם דן בו הרב דין מבריח וביטל כל אותן שטרי המתנות, והגם שראיתי פסק להא' זלה"ה והנו כמוס עמדי בענין מתנה א' כנ"ד שנתן מתנות לבניו ה"ר יוסף ן' סיסאן מסאלי וקיימוה מקצת מחכמי סאלי והסכימו ע"י רבני אלגזאייר ומראקס ומקנאס ולקצר ואספי וטיטוואן וצפרו ומרבני פאס יע"א כמוהר"ר וידאל הצרפתי זלה"ה וכמוהר"ר יהודה ן' עטר זלה"ה וכמוהר"ר שמואל הצרפתי זלה"ה כולם בנו בניינם על יסוד א' דלא נתכוון להבריח ואף הרב מוהר"ר מנחם סירירו שתחלה הסכים עם מבטלי המתנה הנז' שוב חזר והסכים לקיימ' וז"ל ועם היות שחתמתי באותה תשובה ראשונה שאותה מתנה היא הברחה הוא משום שחשבתי שעדיין היה רשות לנותן במתנה הנז' אבל כשידעתי שנתן מתנה גמו' אמרתי הדרי בי והמתנה קיימת עכ"ל, משמע דכל שיש רשות לנותן במתנתו הויא הברחה, וכבר בשנת בית תחל"ק שלל הובא לידי נדון כזה שכן עשה ה"ר יצחק ן' שטרית שנתן מתנות לבניו שמאשתו שניה ולא רצה לחלוק עם בתו שמאשתו א' בהמתנות ההם וכשנתברר לי דלהבריח נתכוון בטלתי כל מתנותיו וחלק בכל עם בתו הנז': שוב מצאתי בבית גנזי שאלה שנשאלו רבני פאס הקדמונים מרבני מראקס להודיעם פרטי התקנות פרט ופרט ובתוך שאלתם כתבו וז"ל וכן אם היו לו אשה ובנים וכתובת אשה הא' כמנהג התושבים ואח"ך נשא אשה כמנהג הקשטי' שהוא מחצה במחצה ואחר שנשא האשה הב' נתן

מתנות לבני הא' קו"ט ואח"ך מתה הב' בחייו אם המתנה שנתן לבני הא' אחר נישואי הב' קיימת כיון שהם מוחזקים בה או אם נאמר שלא נתן אלא להבריח מיורשי הב' וכ"ש אם אין לו בנים מהב' שאומדן דעת הוא שלא עשה אלא להבריח מיורשי הב' ע"כ. ובתוך תשו' רבני פאס השיבו על פרט זה וז"ל גם בענין המתנות שעושה הבעל כך להבריח נכסיו מב"ח ומיורשי אשתו כשרואה שאין לו זרע עמה הכל בטלים משום לא יחרוך רמיה ציידו עכ"ל, וחתו' על התשובה הרבנים המובהקים מוהר"ר שאול סירירו וכמוהר"ר סעדיה אבן דנאן וכמוהר"ר עמנואל סירירו זלה"ה מובן מדבריהם שא"צ שום גילוי מהבעל דכוונתו להבריח אלא ממה שאנו רואים שלזו יש בנים ולזו אין בנים אומדן דעת הוא שלהבריח מיורשי אשתו שאין לו זרע עמה נתכוון וקיים: שאול ישועה ס"ט:

סימן לא

שאלה יעקב ששדך לבנו ראובן את לאה וקודם השידוכין ואחריו עד עת כניסתם לחופה היתה לאה הנז' מתלמדת לעשות מלאכה אצל קרובתו של יעקב הנז' והיתה הקרובה הנז' למודה ללכת היא ונערותיה לבית יעקב הנז' ולפעמים יושבת שם עד חדש ימים ויותר והיו יעקב וראובן בנו הנז' מכירים בלאה הנז' ובמהותה ובשעת השידוכין פסק אבי החתן הנז' עם אבי הכלה לתת לבנו בעת כניסתו לחופה סבלונות לכלתו הנז' מסך קצוב ולהודות לו מסירה משטר משכונה שיש לו ולא הספיק לעשות לו מה שפסק עד שנכנסו לחופה והיה הבן הנז' נושא באביו חלקו בירושת אמו שנלב"ע קודם השידוכין הנז' ובעת כניסתו לחופה קנו מיד הבן שבעד מה שפסק עמו סלק עצמו מירושת אמו ובה שעתא הודה לו כתיבה ומסירה על השטר משכונה הנז' ואחר כניסתם לחופה הלכה הבת הנז' לבית אביה כמנהג בנות ישראל והלך גם בעלה עמה וישבו שם עד חדש ימים ובהיותם שם בבית אביה הוציא חמיה קול שהיא חולנית ואינה ראויה לנישואין וכשמוע אביה ואמה את הדבר הזה חרה להם היטב עד מות ובקשו להפרידה מבעלה וכשנודע הדבר לחתן שלח לאביה ואמה ע"י הזולת ואמ"ל וכי לאבי השיאוה לא השיאוה אלא לי ואני סברתי וקבלתי ונשאר חוזר על לימודו ורגילותו בבית חמיו ללון שם עם כלתו הנז' וכאשר נודע לאביו שהרגישו אבי הכלה ואמה ונקטי בלבייהו עליו הרבה ריעים עד שהוליך כלתו ובנו לביתו, ואחר כל אלה הדברים פגעה מדה"ד באבי הכלה ונלקחה ממנו הבת הנז' בתוך שנתה ולקח אבי החתן כל אשר לו ולא הוציא עליה אפש"ן בחוליה ובקבורתה כ"א הכל משל אב וכשתבעו אבי הכלה לחלוק עמו ההוא אמר שאחר שהיתה חולנית הרי מקחו מק"ט ושבה אל בית אביה כנעוריה וכל

א' יעמוד בשלו ואפי' קבורתה משל אב ואינה אפי' שפחה כנענית ונהג בה מנהג הפקר ועוד אמר שאחר שפסק ליתן ועדיין לא נתן ומתה הבת הו"ל כאלו מת הבן ולא זכה להנחיל לאבי הבת ולא שם אל לבו שמשלו נתן לו בעד חלוקת אמו ולאו מידי יהיב ליה, ועוד בא עליו מכח תקנת שו"ם אפילו לא ראינו ולא שמענו ולא אבותינו ספרו לנו מי שנדון בזה במדינותינו באופן שאין להם ע"מ שיסמוכו, ואני לא רציתי לגלות דעתי בנד"ז שלא ליתן פתחון פה לבע"ד לחלוק ולא יש בינינו מוכיח לשית ידו על שנינו, ולכן קרבתי משפטי לפני יושבי כסאות למשפט והם מבינתם ודעתם הרחבה יוציאו דין אמת לאמיתו להשיב ע"כ דברי השאלה ופרטיה ודקדוקיה ע"כ פרט ופרט:

וכגון דא צריך לאודועי שפעם א' אירע שנשאת אלמנה א' ליקר א' ובין לילה היה ובין לילה אבד והיא הכניסה לו סך מה והוא לא הו"ל מגרמיה כלום והיו עליו חובות הרבה וראינו דאיכא עגמת נפש הרבה לעלובה הנז' שלא נהנית ממנו כלום וקרובי הבעל יצאו נקיים ויבוזו זרים יגיע האשה שהם ב"ח לכן הסכמנו להוראת שעה לא לדורות שכ"א יעמוד בשלו ועכ"ז חד דעימן לא הסכים להיות הבעל קרובו כאשר יגיע ליד כת"ר טופס ההסכמה הנז' ותשובת כת"ר מהרה תצמח, נאם הח"פ פאס יע"א בתשרי מש' הוא ההולך קדמ"ת אשור מהאלף הששי ליצי' ושלם על ישראל ועל רבנן. ויובן שמעולם לא ראה ולא ידע ולא השגיח חד דעימן ע"ע ההסכמה ההיא ועל לשונה רק לשמע אוזן שמעה כי לא רצה להשגיח עליה להיות הבעל הנז' קרובו כאמור וכעת רוצה ללמוד ממנה לנדון אחר אע"פ שאינו דוגמתה ממש ואומר שכך עלתה הסכמת ב"ד של ג' מה שלא עלה על דעתינו כלל כאשר עין הקורא תחזינה מישרים וש"ש וחתום ע"ז החה"ש הדו"מ כמוהר"ר מתתיה סירירו נר"ו:

וס"ל נמ"ך אף על זה יפקיחו עין כת"ר מה יהיה משפט החלוקה בענין נכסי אחי הבעל הנז' שמת קודם פטירת האשה הנז' והניח אשתו זקוקה לאחיו הנז' ולא הספיק לייבם עד שמתה אשתו הנז' אם יכנסו נכסי היבם לכלל חלוקה אחר שנטל מהם שיעור כתובת יבמתו אע"פ שבמצב פטירתה עדיין לא יבם שמשעה שנפלה לפניו מקרי מוחזק בנכסי אחיו המת ועיין מהרי"ק סי' צ"א וע"ה תשו' כת"ר מהרה תצמח ויבא שכמ"ה כיש את נפשכם הרמה וש"ש: ראינו השאלה הכתובה בפנים והגינו בכל פעליה מעשה ידיהם ש"ץ ומה שרצה לפטור עצמו מן החלוקה באותן הג' טענות את הכל ישא רוח ואין בשום א' מהם כדאי לבטל תקנת רבותינו ובריש כל מראין תמהנו על המראה מה מקום לשאלה ומה טעם יש בה בענין הטענה הג' ובפרט דמר בריה דרבינא חתום עלה עמיתנו בתורה ובמצות החה"ש הדו"מ השואל נר"ו אשר לפניו נגלו כל תעלומות התקנות אשר תקנו

רבותינו הקדושים נ"ע אשר מימיהם אנו שותים וע"פ מתנהגים כל ערי המערב רובן ככולם בין בענין אכילת הבשר בין בענין הנישואין וכל המקדש וכותב כתובה אדעת' דרבנן קשישי מקדש שכך כותבין בכתובות והכל כפי המנהג והתנאי והתק' שנהגו וכו' וגם בשעת הקנין שקונין מיד החתן לחיוב הכתובה ראינו לרבותינו שהיו אומרים בסוף הקנין ולכתובה עזמיי"א והלועזים אומרים קאשטונייאנא וכן אנו נוהגין אחריהם והמכוון הוא על תק' רבני קאשטי' המגורשים שתקנו בענין החלוקה ודבר הלא הוא כתוב על ס' חוקה בדב"ק שאף אם ימות הבעל או האשה בתוך שנתם יחלקו כל העזבון חלק כחלק ולא חשו לתקנת ר"ת וקהלות שו"ם אלא רצו להתנהג ע"פ תק' טוליטולא שהביא מר"ן בסי' קי"ח והם חידשו בה ענינים אחרים וכן ראינו להרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בתשו' שאלה בענין מבריח נכסיו שמתה האשה בתוך ב' חדשים לנישואין והשיב על הענין שנשאל עליו ובתוך דבריו כתב אלא יחלקו העזבון וכו' ומי הוא זה ואיזה הוא אשר יכול לבטל דבריהם ואין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין ובפרט בזה"ז דרא בתראה ועקבות משיחא שנתמעטו הדעות ונשתכחה תו' מישראל הלואי נוכל להבין את דבריהם ולחזק אותו במסמרות יתד בל תמוט, ואם יאמר האומר ה"מ במילי דאיסורא אבל בממונא אין לך אלא ב"ד שבימיך וכבר תקנו ב"ד של ג' בעיר פאס יע"א שכ"א יעמוד בשלו והפקיעו וסלקו ב"ח של הבעל מנכסי האשה ואין להם לגבות אלא מנכסי הבעל דוקא והאשה תטול כל נכסיה אף אתה אמור לו שאינו אלא מן המתמיהין איך רצה ללמוד דבר מדבר דלא דמי ליה בשום צד כלל, שהרי ראינו ועלתה לפנינו מ"ש ב"ד של ג' בענין הי' שלם ן' אדהאן נ"ע שנשא אל' ה"ר משה ן' מייארא נ"ע ולא מלאו ב' חדשים לנישואין עד שנלב"ע שלם הנז' והיו עליו חובות הרבה וחששה האשה פן יבוזו זרים יגיעה והונה לפרעון החובות והיא תצא נקיה מנכסיה ומאישה והפילה תחנתה לפני ב"ד של ג' וראו עונייה והסכימו וסלקו יד הב"ח מנכסי האשה מכח ב"ד יפה ושם נמצא בדבריהם שלא עשו אותה אלא בנדון ההוא וכדומה לו דוקא ולא ללמוד ממנה למקום אחר שכ"כ וז"ל ואחר ההתבוננות בענין הסכימו הסכמה די לעלמין לא תתחבל ואמרנו עת לעשות הוראת שעה בכגון נדון זה וכו' ותטול האשה כל נכסיה במושלם וכו' וכל דברי בע"ח נגדה יהון שביתין ושביקין שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות ע"כ, הרי להדיא שלא עשו אלא בנדון ההוא וכדומה לו ממש משום עת לעשות ועוד מדהוצרכו להעלות בכתבם המעשה משמע שלא הסכימו אלא לאותו מעשה דוקא וסיימו דבריהם ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות, הרי שתלו הדבר בראיית הדיין והוא למראה עיניו ישפוט. ואם איתא הי"ל לכתוב סתם כמו שהיו כותבים רבותינו

בעלי התקנות עלתה הסכמתי' וראינו לתקן שמהיום הזה והלאה וכו' והיו מכריזים אותה בבהכ"ן ולתקן לכתוב בכתובות והכל כפי המנהג והתקנה החדשה שתקנו ב"ד של ג' ולכותבה ולהעלותה בס' התקנות. אלא ודאי האמת יורה דרכו שלא נתכוונו אלא על אותו מעשה בלבד וכתבו ונתנו ביד האשה להיות זכותה בידה שסלקו מעליה כל הב"ח של בעלה הנז' ובלא"ה ההסכמה הנז' לא דמיא לתק' ר"ת וקהלות שו"ם שהרי לא הזכירו בדבריהם שנה כלל. שאם ימות הבעל או האשה תוך שנה לנישואין כ"א יעמוד בשלו ולא יבואו לידי חלוקה כלל האם נאמר שלעולם אפי' אחר כמה שנים אם תמות האשה או הבעל לא יפרעו ב"ח מן האמצע זו אינה תורה ולא אמרה אדם מעולם ואם באנו לדייק דברי ההסכמה ולומר שהמעשה שהיה שמת הבעל תוך ב' חדשים ולא נהנית ממנו כלל התם הוא דאמור ב"ד של ג' דכ"א יעמוד בשלו אבל אם מת אחר ב' חדשים א"נ תוך ב"ח ונהנית מבעלה לא אמור וא"כ שנה זו אינה רמוזה בהסכמה ועוד שלא הוזכר בדבריהם אלא במיתת הבעל ואם עשו תקנה לאשה עצובת רוח משום חינא איך נלמוד ממנה דמתה האשה משום תקנת הבעל, ועל דבר זה וכיוצא בו אמרו הבו דלא לוסיף עלה וחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו וכמ"ש הרב ב"ש סי' קי"ח סקכ"ב ודוקא אם מת הבעל תוך ב"ח ולא נהנית ממנו הוא דתקון רבנן של ג' כ"א יעמוד בשלו ואם חסר אחת משלשתן לא תקון ויתנהגו עפ"י תקנת רבותינו נ"ע לחלוק כל העזבון דתקנה א' לא זזה ממקומה:

ובר מן דין בנ"ד נלמוד משטר כתובתה שכתוב בה והכל לפי המנהג והתקנה וכו' וא"כ אף אם נאמר שההסכמה הנז' קבועה לדורות באיזה אופן שיהיה בין ימות הבעל בין תמות האשה בהנאה והיה כתוב בה בפי' שנה כתקנת ר"ת ז"ל מה שאינו האמת ולא יעלה על שום שכל כלל מ"מ הרי הקפידו החתן והכלה ולא רצו להתנהג אלא ע"פ תק' המגור' הי"ן וכל תנאי שבממון קיים, ומעתה שנה זו אינה שנת רצון ליראי ה' ולחושבי שמו והאריכות בזה אך למותר ואין לזוז מדברי רבותינו הקדושים נ"ע אלא כל הנכסים שלו ושלה יתחלק עם אבי הבת לחלקים שוין כפי התקנה וההסכמה הנז' שעשו ב"ד של ג' לא היתה אלא הוראת שעה וכמעשה שהיה:

ומעתה הבא נבא אל הטענה הב' שאמר שפסק ליתן לו ולא נתן הו"ל כאלו מת הבן ולא זכה להנחיל לאבי הבת כמדומה שיעקב אבי החתן ראה מ"ש מור"ם ז"ל בסי' נ"ג ס"ג וז"ל הפוסק מעות לחתנו או לבתו וכנסה ואח"ך מתה הבת ועדיין לא נתן י"א שזכה בהם הבעל וצריך ליתן לו כל מה שפסק ור"ת פי' דלא זכה בהם הבעל ומכח ספק לא מפקינן ממונא מן האב וכו' אבל בלא זה אפי' עשה האב עליו שטר וזקפן עליו במלוה וכו' ואין

חילוק בכ"ז בין פוסק לבתו או לבנו וכו' ולא השגיח על מר"ן כמאן ס"ל אבל האמת יורה דרכו דמר"ן אשר מפיו אנו חיים סתם לן סתומי כס' קמייתא והיא ס' רש"י והרמב"ם ז"ל ודעימייהו דמפרשי ההיא דכתב לה כסות וכלים בארוסה דוקא משו"ה אם מתה לא זכה הבעל ואינו יורשה אבל אם היא נשואה זכה הבעל אע"פ שהכל ביד אביה שכן העתיק דברי הרמב"ם ז"ל בסי' הנז' להלכה שאם מסרה האב לבעל או לשלוחו ומתה בדרך קודם שתכנס לחופה אעפ"י שהנדוניא עדיין בבית אביה בעלה יורשה ומשעה שיצאת מרשות האב זכה הבעל במה שפסק לו וכל היכא דאיתיה ברשות הבעל איתיה ולא חש להעלות על שלחנו ס' ר"ת ז"ל אפי' בשי"א. איברא שמור"ם הגיה עליו וי"ח והיא סברת ר"ת ז"ל שהביא הטור בסי' נ"ה, ובסי' נ"ג ג"כ כתב מר"ן האב שפסק ע"י בתו לא קנתה הבת אותה המתנה עד שיכנוס שכל הפוסק אינו פוסק אלא ע"מ לכנוס ע"כ, הרי להדיא דבכניסה לחופה תליא מלתא והפוסק לבנו וכנס ומת האשה גובה כתובתה דמיד כשכנס הבן מקני ליה אבוה והוא מקנה לאשתו הכתובה ורבותי' תקנו חצי הנכסים במקום הכתובה וכל דין שיש בגביית הכתו' מן הדין יש לה בחצי הנכסים שנוטלת מן התקנה וכמ"ש מר"ן סימן קי"ח וא"כ כיון שמן הדין היכא שמת הבן היא נוטלת כתו' ממה שפסק לו אביו ליתן ולא נתן, מכח התק' תטול מחצה, וה"ה והוא הטעם עצמו ביורשי כתובתה כפי התקנה ומה מקום לנחלה שבא כתוב בשאלה וכי מכח נחלה הוא זוכה בחצי הנכסים והלא מכח חיוב כתובה שהודה לה בעלה וגמר והקנה לה בכניסתה לחופה הוא זוכה:

ובנ"ד בפוסק לבנו ומתה הכלה אחר שנכנסו לחופה נר' פשוט דאפי' ר"ת ז"ל יורה יורה ידין ידין שיתנהגו ע"פ התק' דע"כ לא אמר הרב ז"ל דמדינא דגמ' לא זכה הבעל אלא בפוסק לחתנו או לבתו ומתה הבת משום דאמדינן דעת האב שלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו בשבח בית אביה וכיון שמתה לא זכה הבעל במה שפסק האב ליתן ולא נתן, משא"כ בנ"ד שהבן שהוא מקבל המתנה עדיין קיים ודאי שגמר והקנה לו ואין האב יכול לחזור בו וממילא גם הבן גמר והקנה אותו לאשה בכניסתה לחופה והיא או יורשיה גובים ממנו כתובתה כפי התקנה כדין ב"ח דעלמא. וקרוב לזה כתב הב"ש ליישב מאי דקשה על ר"ת מההיא דפסק לזון את בת אשתו ומתה אשתו דקי"ל דעדיין בחיובו עומד לזון את הבת ואף דאיכא אומדנא טובא שלא פסק אלא להנאת אשתו לעשות לה נח"ר מ"מ כיון שהבת עדיין קיימת חייב לזונה כפי מה שפסק וכ"ש בנ"ד דליכא אומדנא כ"כ שהרי בנו הזוכה עדיין קיים ודאי דלאו כל כמיניה דאב לאפקועי הפסק והמתנה וממילא חל עליו שעבוד הכתובה ויחלוק עם יורשי הבת כפי התקנה כאמור וגדולה מזו מצאנו

ראינו להח"מ ולהב"ש שתמהו ע"ד מור"ם ז"ל שכתב על ס' ר"ת ז"ל ואין חילוק בכ"ז בין פוסק לבתו או לבנו ומת הבן, וז"ל הרב ח"מ אבל האב הפוסק לבנו מיד כשכנס הבן את אשתו אביו מקנה לו והחתן מקנה לה הכתו' בחיבת לילה הא' ע"כ נראה דמדין הגמ' ודאי זוכה האשה במה שכתב לו אביו כדין כל ב"ח רק מן התקנה שתקנו להחזיר תוך שנה א' תקנה זו נתקנה גם על האיש לקצת פוסקים ותימה על הרב שכתב ואין חילוק וכו' על דברי ר"ת דמיירי מדינא ולא מן התקנה ע"כ, והב"ש כתב בפשיטות שהעיקר הוא שההגה זו שייכא לסוף הסי' ור"ל לפי תקנת ר"ת וקהלת שו"ם שתקנו להחזיר תוך שנה א' וכדברי הח"מ אבל מעיקר הדין בפוסק לבנו ומת הבן האשה גובה כתובתה ואף שיש שם אומדנא שלא נתכוון אלא להנאת בנו וכ"ש בנ"ד שהבן הזוכה עדיין קיים וליכא אומדנא כ"כ ואלו מגרשה היתה גובה ממנו כתובתה כדין כל ב"ח דעלמא ועכשיו שמתה יחלוק עם יורשיה כפי התק' ואפי' לס' ר"ת לדינא דגמ' ואין מדמין באומדנות:

כ"ז כתבנו לרווחא דמילתא להשיב על דברי יעקב הנז' שאף לפי דבריו בדין הוא שיחלוק בנו עם אבי הבת אף בנכסים שעדיין ביד אביו שכבר זכה בהם משעת כניסת החופה ואביו אינו יכול לחזור בו, אבל קושטא קאי דלפי מ"ש בשאלה שלא פסק ליתן לבנו שום דבר משלו אלא בעד חלקו המגיעו בכתובת אמו ונראה בעליל לפנינו טופס שטר סילוק הבן ושם נאמר שבעד סך אלפים ות"ק אוקיות מהם פאניו"ס וסבלונות ומעות בעין וקצתם משכו' קרקע שנתחייב האב לתת לבנו וכו' גמר וסלק עצמו מחלקו העולה לו בירושת אמו והקנה לאביו חלקו העולה לו קו"ט וכ"מ דמתק' נכסי הקנאה גמורה באוה"מ אין אנו לכ"ז והדבר פשוט שיחלוק עם אביה כפי התק': ומ"ש שאחר שהיתה חולנית הרי מקחו מקח טעות גם בזה אין בדבריו כלום כיון שבא עליה פעמים ג' כדרך כל הארץ קנאה ליורשיו וממילא נתחייב בכתו' עיקר ותוס' ואף אם לא בא עליה מכיון שנכנסה עמו לחופה והיתה ראויה לביאה קנאה לכל דבר וכמ"ש מור"ם ז"ל סי' ס"א וז"ל אשה חולנית חולת מות וכו' אינה חופה כלל מאחר שאינה ראויה לביאה ע"כ, משמע הא אם היתה ראויה לביאה אף אם לא בא עליה קנאה, וכמו שנראה מדבריו סוס"י נ"ו יע"ש ובדברי הב"ש וכן מצינו ראינו בתשו' שאלה להרבנים מוהריב"ע ז"ל ומוהר"ש הצרפתי ז"ל ומוהר"א אבן דנאן ז"ל ומוהר"ר יעב"ץ ז"ל שנשאלו ביתומה א' נכנסה לחופה כדרך הבתולות ואחר הקידושין עלו למטה ב' בחדר מיוחד לחתן וכלה ואכלו ושתו שם ולפי שהחתן חש בראשו ואמרו הרופאים שהתשמיש קשה לו לכן בהיותם במטה בחדר הנז' לא הניחום להתייחד ובעוה"ר הכביד עליו החולי ונלב"ע ונפל הפרש בין היורשים ע"ע החלוק' והשיבו הרבנים הנז' וז"ל ולפי' אם האיש הזה היה אפשר

לבוא עליה כדרך כל הארץ אלא שהרופאים יעצוהו עצה טובה למונעו מספק שמא יכבד עליו החולי וכמו שנר' מתוך השאלה שכתב ולפי שהחתן חש בראשו דמשמע מיחוש בעלמא א"כ שפיר קרינן ביה חופה הראויה לביאה ויחלקו בנכסים כמנהג המגורשים ע"כ והביאו ראיה מאותה הגהה דסי' ס"א וכ"ש בנ"ד שבא אליה פעמים ג' ודאי שקנאא וממילה זכתה בכתו' ויורשיה ירשו כתובתה כפי התקנה ובפרט לפי מ"ש בשאלה שאבי החתן אמר עליה שהיא חולנית והבן שלח לאמר לבית אביה שהוא רוצה בה אף אם תהיה חולנית וגם אבי הבן שלח להתנצל והחזירה לביתו וראינו שטר ק"ע שהעידו שני ת"ח בתע"ג שבפניהם הודה הו"ג החתן הנז' איך שבזמן שהיתה הכלה בבית אביה אחר הנישואין ואמר עליה אביו שהיא חולנית ואינה ראויה לנישואין ונודע הדבר לאביה ואמה ובקשו להפריד חבילתם בגט ולמחול לו בכתובה וכשהגיעו הדברים לחתן שלח לאמר לבית אביה שלא יהיו חוששין לדברי אביו וכי לאביו נשאת והלא לו נשאת והוא סבר וקבל עליה כמות שהיא ואף שהיא חולנית הרי שאף שהכיר בה שהיא חולנית אפ"ה סבר וקבל שכן כתוב בק"ע כלי'ה הייא חולנית ולא אמר כלי'ה אידא תכון חולנית, וכפ"ז בודאי הגמור שקנאה וגמר להקנות לה הכתובה וממילא יורשי כתובתה יזכו במחצית הנכסים ואף במה שפסק לו אביו ליתן ועדיין לא נתן:

אמנם בנכסי אחיו המת ונשארה אשתו זקוקה לו ליבום אין לאבי הבת ליטול בהם חלק אפי' אחר היבום ואף שמת אחיו בחיי הבת הנז' כיון שלא ייבם בחיי הבת הנז' ולא דמי להההיא שהביא מר"ן בב"י סי' צ"א בשם הרשב"א והעלה אותה מור"ם ז"ל על השלחן וז"ל אלמנה ששדכה את בתה לאיש ונתחייבה בנדוניא ואח"כ נשאת בעצמה לאיש, המשודך לבתה מוציא כ"מ שנתחייבה מבעלה מנכסים שהכני' לו אעפ"י שבשעה ששדכה את בתה עדיין לא נשבעה על כתובתה מ"מ מאחר שנשבעה לבסוף איגלאי מלתא למפרע דמה שעשתה כדין היה ע"כ. דשאני התם כמו שסיים הרשב"א עצמו הטעם כיון שהנכסים היו בחזקתה והיתה ראויה ליפרע בכתובתה מן הדין אלא שחז"ל רמו עלה שבועה שמא אתפסה צררי וכיון שנשבעה איגלאי מלתא למפרע דלא אתפסה צררי משא"כ בנ"ד, ועוד דירושת קרובי האשה אינה כי אם מצד התקנה משום עגמת נפש דמדינא דגמ' הבעל יורש את אשתו ודבר שאינו מפו' בתק' העמיד' על ד"ת וכמ"ש מר"ן סי' קי"ח:

המורם מן התורה דבמה שפסק ליתן ולא נתן לא מבעיא במ"ש שהקנה לו בכתיבה ומסירה וזכה בגוף הקרקע ודאי שאבי הבת יטול בהם החצי כפי התקנה אלא אפי' בשאר הנכסים והחוב שנתחייב לתת לבנו ועדיין לא נתן יטול בהם אבי הבת החצי

מן הטעמים שכתבנו, אבל בנכסי אחיו המת לא יטול בהם אבי הבת כלום ואפי' אחר היבום, זהו הנלע"ד וצויי"מ ולראיה ח"פ טיטואן יע"א בח' כסלו שנת כי באה נחלתנ"ו לפ"ק וחתומים החה"ש הדו"מ כמוהר"ר אפרים מונסונייגו ס"ט וכמהר"ר יהודה קורייאט נר"ו וכמה"ר יהודה הלוי נר"ו וכמהר"ר שלמה אבודרהם נר"ו:

וס"ל נמ"ך הן הן הדברים הנאמרים באמת דאין ממש בטענותיו של אבי החתן הנז' ולא יעלו על לב וכמו שהאריכו למעניתם עליונים למעלה ברוח מבינתם דטענת מקח טעות מחמת מומין ליתא דאף אם היה המום הנז' מום גמור וממומין שבסתר ולא היתה הכלה מתלמדת אצל קרובתו כנז' בשאלה הנז' ולא בא עליה מעולם מ"מ אמרי' כאן נמצא כאן היה וכמ"ש מר"ן בא"ה סי' קי"ז ס"ח דעל הבעל להביא ראיה. והשתא דהיתה מתלמדת אצל קרובתו אפי' אם יביא ראיה שהיה בה מום זה בבית אביה כיון שהיתה מתלמדת אצל קרובתו הו"ל בדוקה ביד קרובותיו ומסתמא ידע ונתפייס וכמ"ש הב"י בשם הרשב"ץ סי' ט"ל יע"ש וכההיא דמרחץ בעיר דסי' קי"ז ס"ה ואפי' אם לא היתה מתלמדת אצל קרובתו כיון שבא עליה פעמים ג' תו לא מצי טעין טענת מומין דחזקתו שבדק וראה ונתפייס אף במומין שבסתר וכמ"ש שם סעיף יו"ד ובנ"ד שהוציא עליה קול שהיא חולנית אף אם נחשוב לאשה חולנית בכלל מומין מ"מ הו"ל מומין שבגלוי דמסתמא כל חולנית נהפכו פניה לירקון וכל רואיה יכירו בה שהיא חולנית ובודאי ראה וסבר וקבל וכ"ש דאין חולנית בכלל מומין שעם חולשתה וכשלון כחה הרי עשתה ככל הנשים וטבלה פעמים ג' לדם בתולים ומאן דעבוד הא עבוד הא נמי לעסוק בצרכי הבית ואם לבסוף נתגברה בה החולשא עד שהוטלה על ערש דוי ומתה מחסרון רופא או קפץ עליה חולי מחדש ונוספה נחלתה על רוב חולשתה וכשלון כחה מאי מק"ט איכא בזה ושדהו הוא דנסתחפה כשהוטלה על ערש דוי ומתה ולא מצינו חולנית בכלל מומין שהזכיר הרמב"ם בפ"ח מהל' ביא"מ יע"ש:

ומה גם שבמקום שחשב לא עמד ולא ישב, שהרי בנו סתר את דבריו ופרץ את גדריו באומרו לפני עדים וכי לאבי השיאוה וכו' וסברתי וקבלתי כמו שיש ביד אבי הבת הנז' ראיה ע"ז וכיון דסבר וקבל תו לא מצי למימר סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו א"י דקי"ל כחכמים [כתובות דף ע"ז] דמקבלת היא בע"כ כיון שקבלה עליה מומין שכופין אותו להוציא ומר"ן הב"י בסי' קנ"ד העלה ודחה טענה זו מהלכה כל עיקר ואפי' בלא קבלה בפי' רק שידעה בהן קודם נישואין אמרי' סברה וקבלה ואפי' לס' החולקים לקיים האי טענה לא פליגי אלא בסתם אבל כשקבלה בפי' מודים שמקבלת בע"כ ועיין שי'

הריטב"א בסו"פ המדיר ומינה דבנ"ד דקיבל בפי' לא מצי טעין סבור הייתי וכו' אליבא דכ"ע:

ומה שטען לעכב מה שפסק ליתן ועדיין לא נתן לבל יכנס לכלל חלוקה, גם זה אינו כלום כיון שבנו חי על פני האדמה בזה לא דבר ר"ת וכ"ש דלא קי"ל כוותיה ואין לנו אלא פסק מר"ן אחר שיגע ומצא דלא כר"ת וא"כ אפי' אם פסק ליתן משל עצמו זכה בנו אפי' במה שעדיין תחת ידו ויכנס הכל לכלל חלוקה, והשתא דבעד חלוקת אמו הוא דיהיב ליה כמסורין בידו דמיין בכל היכא דאיתנהו וחולקין בכל ומה שתלה עצמו בתקנות שו"ם שכ"א יעמוד בשלו כיון שמתה הבת תוך שנה אין לנו אלא תק' המגורשים זלה"ה וכי תיקן ר"ת תקנה זו שאם מתה האשה תוך שנה תחזור נדוניתה לאביה ולא ירשנה בעלה ויתקיים באביה ותם לריק כחכם וכו' לאותן המקומות הוא דתיקן ולא נתפשטה תקנתו בכל הארצות כמ"ש בהגהמ"י וגם בתוספות דכתובות דמ"ז בד"ה כתב לה כתבו דבסוף ימיו חזר בו מאותה תקנה יע"ש וא"כ אף במקומות שעדיין תקנה זו נוהגת ביניהם אינה אלא מפני שרצו בקבלתה ולא משום חרם שהחרים ר"ת ע"ז כמבואר במרדכי ובהגהות אשירי יע"ש, ובנ"ד לא שייכא כלל אותה תקנה ולא מבעיא להפוס' דס"ל דלא תיקן ר"ת אלא להפקיע הבעל מירושת נדונית אשתו ולא תיקן להפקיע יד האשה מלגבות כתובתה ממה שנתן האב לבנו כשמת הבן אלא אפי' להפוס' דהשוו מדותיהם דבין באיש בין באשה תיקן ר"ת מ"מ לא תקן כשהבן חי ויצטרך לתת ליורשי האשה ממה שנתן לו אביו מכח תקנת החלוקה אפי' בהיכא דלא הכניסה לו הבת כלום ויצטרך לחלוק עם יורשיה במה שנתן לו אביו דליכא ותם לריק כיון שנוטל מיהא פלגא כ"ש בהיכא דהכניסה גם הכלה ופעמים מעדפת עליו ופעמים מעדיף הוא ואיש על מקומו יבא בשלום, ואותה הסכמה שהסכימו ב"ד של ג' אינה ענין לנ"ד כלל ואפי' בענין הדומה לה לא קדשה אלא לשעתה ולא לעת"ל וצוויי"מ הח"פ צפרו בסיון משנת את כל הרש"ם בכתב אמת:

נאם שאול ישועה ס"ט:

סימן לב

כאשר שמעתי בת קול יוצאת מילדי הרפה, המצפצפים והמהגים בלעגי להגי שפה רפה להוציא לעז וקול דפוסל במומו בזהרא אשתו של אהרן ן' אברהם ה"ן סיסו עד שהגיעו לומר שדהו נסתחפה, עמדתי מרעיד חוקר ודורש מה ראו על ככה על מה דתא מהחצפה עד שמצאתי שהדבר יצא מאיש שוגה ומפתי ימין ן' דוד ה"ן נצ'אם והוא עד הטריפ'ה ואחר האיום והגזום לפני היכל הקדש בהגזמה דחילא ואימתני תקיפא הגיד

לפנינו גופא דעובדא היכי הוה מרישא לסיפא איך זה היום שהוא מחרת יוה"ך הלך לבקר חמותו והוא עודנו עומד בבית חמותו ושמע קול חבטה והמייה חביט חביט כקול הרמ'ס הרומ'ס על הארץ בהעליה שע"ג בית חמותו שדרה בה אשת יעקב ן' שטרית ויהי קול כשנים המתעצמים בריבם ומפילים זה לזה וזל"ז, ועלה האיש ההוא תו"מ לראות מה קול המפלה ההיא והתעצם הריב, ומצא בעלת העליה יושבת פתח העליה וזהרא הנז' עם גוי א' עומדים בתוך העליה שכבר עמדו מהתעצם בריבם באמור להם בעלת העליה שימין עלה לראות וראה שהאשה עדיין מלובשת בבגדיה ואזור אזור על הסינר כדרך כל הנשים זולת הצניף והאלסוואל'ף נפלו מעל ראשה מכח התעצמות הריב ושאל לה העד הנז' לדעת מה זה ועל מה זה ובמרירות תאנח ותשיב אמריה לו שהיא באה אצל בעלת העליה לתפור לה קרע בבגד א' והראית לו הבגד שהתחילה בעלת העליה לתפור בו הקרע והושיבתה בעלת העליה לברור לה חטים בכברה בתוך העליה והגוי היה יושב בהעליה הנז' כדרכו יום יום מחמת שנושא בבעלה של בעלת העליה הנז' ותבע אותה ולא נתרצית ואחז אותה בציצת ראשה והפיל אותה לארץ לבא עליה בחזקה והיא היתה מתעצמת ומתגברת ונשמטת אנה ואנה להציל עצמה שלא להניחו לבוא עליה והארורה בעלת העליה אשר פרשה רשת לרגלה רואה בצרתה ולא אמרה לו דבר ולא צעקה להושיעה ולולא שתכף עלה העד המושיע הנז' והושיעה אפשר שיטמאנה בעל כרחה וכראות ימין הנז' גודל רעת הארורה בעלת העליה שהיא אשר טמנה פח ופחת להעלובה הנז' והראיה שהניחתה בידו טרופה ונתונה באלפס ובכן עמד וחרף וגדף וקלל להארורה הנז' על ככה וגוי אחר היה בחצר אשר נגד העליה הנז' והבין מדעתו בראותו הגוי הנתפס מתנפל ומתחנן לימין הנז' ולחמותו ידע פשר דבר והלך והוציא הקול ברחובות ובשווקים ע"כ סתם דבריו ותכף לזה שלחתי אחר הארורה בעלת העליה לראות מה בפיה והגידה אחר כמה הגזמות ואימות לפני היכל הקדש ככל האמור שהיתה היא יושבת פתח העליה לתפור הבגד במקום האור והעלובה בתוך העליה מבררת החטים והגוי יושב כדרכו ונתן עיניו בה ובדברו אליה לתובעה השיבתו בזה"ל וואחד למסמאר עלא קלבו וחרה אפו והפילה לארץ והיא מתגברת ומתעצמת להשמט ולמלט נפשה מלהניחו לבא עליה ונשבעה בהיכל הקדש מאיליה שלא בא הגוי על העלובה הנז' כלל ועל שתיקתה השיבה כי יראה ממנו מחמת שבעלה משועבד לו. ואחרי שמוע דברי העד והאשה הנז' הלכנו אצל זהרא העלובה הנז' וספרה לנו ככל אשר ספרה להעד הנז' באופן שראינו דברי שלשתם מכוונים ויחידי הקהל נתנו עיניהם לקנוס שתיהן יחד ונומיתי להם שזו העלובה אין עליה אשמה שאין כאן דבר האוסרה

ואין מלקין ואין קונסין שלא להוציא לעז על בניה ועל הארורה שפרשה לה מכמורת בביתה דאי אפשר לגוי לעשות כדבר הרע הזה בלתי ידיעתה והסכמתה של הארורה הרשיתי אותם לקונסה כדין עוקבת דליכא לעז על בניה ומה שנתנה העלובה קנס גדול מסך קק"ם לא לעניים ולא לצורך הקהל גבו ממנה אלא פשרו עם השר הגדול שבפאס יע"א בהסך הנז' מחמת המלשינות שהלשינו לשר עליה ועל יחידי הקהל שגבו ממנה סך גדול ונתעצמו עם השר לפוטרה ולא עלתה בידם מחמת שהלשינו גם עליהם עד שנתנו הסך הנז' ואם היא ובעלה חושדין באיזה יחיד שהלשין עליהם יתבעו אותו לדין ויעשו מה שהד"ן:

ובענין שריותא דהאי אתתא פשוט הוא שאין אשה נאסרת על בעלה בעדות דבר מכוער אלא בעדות דטומאה ובתרי סהדי שיעידו שנבעלה ברצון. אכן בעד א' בטומאה ובתרי סהדי בכיעור אף שיעידו שהכיעור היה לרצונה לא אסרי': ובנ"ד שאין כאן אלא עדות דכיעור ועד א' אף אם היה מעיד שהכיעור נעשה לרצונה אינו כלום כדפ' מור"ם בהגה בא"ה סי' י"א ס"א וז"ל ע"א בדבר מכוער לאו כלום הוא ע"כ, וכתב הב"ש משם הד"מ מרה דהאי שמעתא שאפי' אי מהימן ליה לבעל כבי תרי מותרת ע"כ, והיינו דהשמיענו מור"ם דע"א בדבר מכוער לאו כלום דמאי אריא בכיעור אפי' בטומאה נמי אין ע"א כלום אלא ודאי להשמיענו אפי' מהימן ליה:

והגם שהרב ח"מ השוה דינם אחר שהרמ"א עצמו בד"מ פירש דבריו והבין כך בתשו' מהר"ם אליו שומעין:

ואיכא למימר דבנ"ד אפי' כיעור ליכא כיון דנכרים הדברים דאנוסה הואי שאם היה הדבר לרצונה היו עושים הדבר בחשאי בלתי חבטות וקטטות וברגלים תרמסנה כאמור לעיל בדברי העד ודכוותה גבי טומאה אפי' בהיכא דאיכא תרי סהדי שראוה שנבעלה והיא מתעצמת ומתגברת להמלט ממנו וגבר עליה ובעלה שהיא מותרת שאין לך אונס גדול מזה:

ואם על דבר אשר לא צעקה בעיר הרי כתב הרמב"ן בפי' לתורה שלא דבר הכתוב אלא בהוה לדון בה מן הסתם בעיר מפותה ובשדה אנוסה אבל אם ראינו נערה שהחזיק בה האיש והיא נלחמת בו בכל כחה ובוכה ואוחזת בבגדיו או בשערותיו להמלט ממנו ולא ידעה לצעוק למה תסקל עכ"ל, הרי בהדיא בהיכא שראוה ב' עדים שנבעלה ולא צעקה אלא שהיא נלחמת להמלט דיינינן לה כאנוסה, וכן מוכח מדברי הרמב"ם פ"א מהל' נערה בתולה הלכה ב' וז"ל וכל הנבעלת בעיר ה"ז בחזקת מפותה מפני שלא צעקה עד שיעידו העדים שהיא אנוסה כגון ששלף חרב ואמ"ל אם תזעקי אהרוג אותך ומדקאמר

כגון ששלף חרב משמע דלאו דוקא שולף חרב אלא כל דבר שיראה לעדים שאונס הוא דייניגן ליה כאנוסה, עיין שו"ת חכם צבי סי' קמ"ו וכ"ש אונס דנ"ד שהוא אונס בפועל שהיתה נלחמת בו ונשמטת אנה ואנה לדחותו מעליה:

ומהשתא בנ"ד דכל הני איתנהו בה לטיבותא, חדא דכיעור הוא דאיתעביד בה: ועוד שהכיעור עצמו שלא לרצונה הוה במה שהחזיק בה והיא נלחמת עמו ועוד שאין כאן אלא עדות ע"א ועוד שנלמד מדברי העד שלא היה שום שהות לטומאה דתכף ששמע עלה לראות:

אתבריר דינא דאשה זו מותרת בלי שום ספק ופקפוק לכ"ע ואין כאן דבר מכוער בשביל האשה הלזו לדון בה דין הבא לידון בעדי כיעור דאין משיאין לו עצה להחזיקה דהכא משיאין ומשיאין ואם ירצה לגרשה בשביל דבר זה אע"פ שיתן כתובה הרי זה שוטה וחוטא:

ומה שטוען הבעל להשביעה שלא נטמאת ליתובי דעתיה, אין בטענתו זו ממש שאם ח"ו נטמאה לא תעצירנה שבועה דעביד הא עבוד הא ולא מצינו משביע אשתו בזה"ז על ככה דדוקא בזמן הבית שהיה משביעה הכהן בשבועת האלה ע"י קינוי וסתירה ומי סוטה בודקין אם טמאה אם טהורה אבל בזה"ז כל שנסתרה אחר קינוי וסתירה נאסרה על בעלה ולא מהניא שבועה להתירה, ומה שפסק מר"ן בסי' קט"ו ס"ז להשביעה שלא זינתה, לא מיירי בבא לקיימה ולסמוך על שבועה זו אלא משום כפירת ממון שהוא טוען שבעצמו ראה שזינתה והו"ל כטוען פרעתיך הכתובה והמוציא שטר על חבירו והלה טוען פרעתיך בעל השטר צריך לישבע ואח"ך גובה, נמצא דעיקר השבועה על כפירת ממון הכתובה שכבר נאסרה עליו אבל כשהותרה הותרה בלא שבוע' כמבו' בתשו' הרי"ף כ"י סי' ל"א יע"ש, והבא להשביעה הו"ל כמוציא ש"ר עליה שמראה עצמו כמחזיק הקול שיצא תחילה וצר יתיה בזיפא ואנן בדידן מבטלינן קלא להסיר שפה וצפצופא, והאיש אשר יעשה בזדון להוציא לעז על זאת העלובה בזרוע חשופה. ענוש יענש ומחינן ליה בקולפא. ושלטניה עם ד'ר ודי'ר עם נח'ש בכפיפה. ומן שמיא מיהב יהבי ליה עונשא סגי להשמדא ולהובדא עד סופא, ושומע לנו ישכן בטח ושאנן מפחד רעה ושב ורפא. והיה כעץ שתול על פלגי מים אשר פריו יתן בעתו ועלהו לתרופה, הח"פ צפרו בחדש מרחשון שנת נרפא הנת"ק טהור הוא ליצי' ושריר ובריר וקיים: שאול ישועה סי"ט:

סימן לג

נדרשתי לחוות דעתי על מה שאירע בדבדו יע"א בגרושה שילדה ואינה רוצה להניק הולד והשליכתו לאביו ליטפל בו ולשכור לו מינקת יען רוצה היא בתקנת עצמה שכבר מצאה בעל שישאנה להצילה מרוב עוני ולא תהיה למקוצעות בכבלי העיגון שהבעל שנתקשרה עמו לא ימתין כ"ד חדש מיום לידתה וכאשר באה לינשא עמד מי שמנעה עד מלאת כ"ד חדש ובכן אמינא ודאי דשלא כדין מנעה המונע דודאי היא מותרת לינשא מן הדין ומוסכם הוא מקמאי ובתראי, והנה דאעיקרא דמילתא איסור נישואין עד כ"ד חדש שהוא זמן יניקת הולד הוי מלתא דרבנן ובגרושה מינקת שנויה במחלוקת ר"ש הזקן ור"ת כמ"ש התוספות והרא"ש פ' אע"פ ובפ' החולץ דר"ש מתיר בגרושה ור"ת אוסר ומאן דמתיר מתיר אפי' הניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה הולד וכמו שיובא קמן בע"ה, וטעמא דהיתרא משום דגרושה לא משעבדא להניק בנה ולא גזרו אלא באלמנה דמשעבדא להניק בנה, ואע"ג דבאלמנה נמי לא משעבדא מכי תבעת כתובתה תירץ הריטב"א בפ' אע"פ דשאני אלמנה שבעלה מת וליכא דמסמס ליה בביצים וחלב משא"כ בגרושה דקאי בעל וכ"כ הרשב"א בשיטתו על יבמות יע"ש וכ"כ הר"ן פ' אע"פ וגם בפ' החולץ וכן הם דברי הרא"ש שכתב בדברי ר"ש הזקן הואיל ובעלה קיים ואית לן למימר דכיון דמידי דרבנן הוא ניזיל לקולא כר"ש, ומה גם בנ"ד באשה עניה דלית לה מגרמה לפרנס עצמה ומצאה לה עזר מי שישאנה ואם תמתין כ"ד חדש כשל עוזר ונפל עזור והאדמה תשאה שממה בכבלי העיגון ונימא בכה"ג כדאי הוא רבינו שמשון לסמוך עליו בשעת הדחק ותשבר כ"ד על המבוע בכל גרושה אפי' הניקתו עד שהכירה ומה גם שהריטב"א בשיטתו ומהר"ם אלשקר כתבו שהרמב"ם מסכים לדעת ר"ש הזקן יע"ש אלא שבגרושה כה"ג שהכירה הולד לא שוה לנו נגד מר"ן הקדוש שנעל בפנינו כראוי בא"ה סי' י"ג סי"א דבעי' כד"ח בין לאלמנה בין לגרושה אמנם הפה קדוש שאסר בגרושה כזו הוא הפה שהתיר במה שחי' הרשב"א דלא אסר ר"ת בגרושה אלא כשהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה אבל קודם הזמן הזה לא דהא אי בעיא לא תניק אותו כלל כמ"ש בב"י וכתב מר"ן הקדוש על דברי הרשב"א וראיתי מורים עושים כדברי הרשב"א ולא מחיתי בידם כיון שיש להם אילן גדול על מה שיסמוכו ועוד דמידי דרבנן הוא עכ"ל ובסי' פ' שכתב הטור שהבעל מעכב שלא תניק ע"י בנו אפי' בנה שי"ל מאיש אחר וכתב עליו הב"י דלא משכחת אלא בשגרשה בעלה קודם שיכירנה הולד ואינה חייבת להניקו ונשאת ונתעברה וילדה ואח"ך רצתה להניק בנה הראשון עם זה וע"ש. גם הה"מ בפי"א מה' גירושין הל' כ"ח כתב דברי הרשב"א להלכה אף לסברת האוסרים בגרושה

יע"ש, גם הר"ן בפ' אע"פ כתב כדברי הר"ם שהרמב"ם והרשב"א מן האוסרין והביא חילוק זה משם הרשב"א להלכה ומשמע מדברי כולם דלא פליגי אלא בהיכא כשהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה אבל קודם שהכירה מתירין אותה לינשא ועיין פורת יוסף פ' אע"פ שהעלה דפליגי במכירה ומודים בשאינו מכירה דיכולה ליסלק עצמה ממנו לגמרי ותנשא וכן כתב ריא"ז אשר סביבות הרי"ף בפ' אף על פי שאינה צריכה להמתין אא"כ היה התינוק מכירה יע"ש ואע"ג דמר"ן בשלחנו הטהור בסוס"י י"ג שנאה להאי סברא במחלוקת יש מי שאומר ויש מי שאומר והביא דעת הריב"ש שחולק אהרשב"א באחרונה דנר' ע"פ הכלל שבידינו שבדעתו ז"ל לפסוק כיש בתרא ומהתימה שיפסוק כס' יחידאה נגד כל הני רבוותא שהביאו דברי הרשב"א להלכה הגם דודאי הכא אין לסמוך אהאי כללא שהרי בב"י כתב שאין למחות ביד הפיס' כהרשב"א. ועוד תימא דמייתי תשו' הריב"ש שבסי' תס"ג דאיתשיל אאלמנה ומשמע מדבריו דה"ה לגרושה והניח תשו' הריב"ש דסי' י"ג דאיתשיל אגרושה והשיב בפירוש דאפי' לא הניקה את בנה צריכה להמתין, ולבי אומר לי דלא הביא דעת הריב"ש באחרונה אלא לגבי אלמנה משום דיש במשמע מדברי הרשב"א להשוות גם דין אלמנה שתבעה כתו' קודם שהכירה הולד ולא הניקתו מה"ט דכ' הרשב"א בגרושה דהא אי בעיא לא תניק ליה כלל אכן הביא תשו' הריב"ש דסי' תס"ג דמיירי באלמנה והניח ההיא דסי' י"ג דמיירי בגרו' לומר דבאלמנה אין ללמוד מה"ט דגרושה אלא אפי' לא הניקתו כלל צריכה להמתין והם דברי מור"ם בהגה בסי"ג שכתב ואין חילוק בין התחילה להניק או לא התחילה דקאי אלמנה וכמ"ש ב"ש יע"ש וטעמא דבאלמנה אפי' איכא האי טעמא דהא אי בעיא לא תניק מ"מ אין האב קיים שיטפל בו ודו"ק. ויש בידי פס"ד מהרב הגדול כמוהר"ר שמואל אבן דנאן זלה"ה ש' שכ"ל טוב שפסק הוא ובני דורו כדברים האלה כסברת הרשב"א ז"ל וכתב שכן עשו החכמים נ"ן שקדמוהו שהעיקר הוא פסק הרשב"א ודחו דברי הריב"ש מהלכה וכתב שמ"ש מר"ן בש"ע יש ויש הוא להעיר לב הלומדים להבין הענין על אמיתתו בספרו הגדול ומלבד זה אם יש מקומות הנוהגים עפ"י דעת היש אומרים שיש להם ע"מ שיסמוכו:

כלל העולה שמותרת האשה לינשא ואין צריך המתנה כלל הח"פ צפרו בכסלו שנת נתן בניו פלטים לפ"ק וקיים:

סימן לד

עלתה לפני אנקת נאקת אשה קשת רוח ג'אמילא גרושת יוסף ן' משה ן' חיון שגרשה בי"ט בתמוז תקנ"א והיא מעוברת, וארח לחברת גרושתו הראשונה שהיא בת דודו שמשלחה וחוזרת, ואת זו הניח עניה סוערה, לפום צערא, בעבור העצר'ה, סוגרת ומסוגרת, וכמו ששה ימים אחר שלוחיה מתה אחותה הנשואה לשלמה ן' שרביט והניחה בן קטן וגם תינוק יונק מט"ו ימים ונכמרו רחמיה על בני אחותה להטפל בהם והיתה מחזרת על המניקות להניק הולד היונק להחיותו כי לא מצאו לו מינקת והילד הולך וחסר עד שנראה גל של עצמות, ובר"ח מרחשון תקנ"ב ילדה בת והיתה מניקה לבתה ולבן אחותה הנז' בלתי שום שכירות מהבעל הנז' שגרשה רק בעל אחותה הנז' בראותו תקנת ילדיו על ידה ושהילד היונק חזר לבריאותו וחיה היה מרחם עליה להיות ניזונית מנכסיו בשביל שמגדלת ילדיו:

ובכ"ד בכסלו תקנ"ג שמלאו להילדים י"ד חדש גמלתם שניהם וממסמסת להם בבצים וחלב ומיני קמחים כגמול עלי אמו ולמקצת ימים נראה מראיהן טוב כאשר בתחילה, והיום כ' בטבת בקש בעל אחותה הנז' לישאנה משום תקנת ילדיו שהורגלו אצלה מיום שמתה אחותה וכשמעו שעדיין צריך להמתין עוד עשרה חדשים להשלים כ"ד חדש מיום לידת הבת צעק אהה כו אין מנוסה ופנה אליה עורף ורצה לישא אשה אחרת כי לא יכול יוסי'ף להתאפק יותר ממה שהתאפק להיות משמרת ונמצאת עניה זו לשוא שמרה טרופה ונתונה בכפיפ'ה מצרי'ת, ותחיל תזעק בחבליה צרה כמבכרה לעומת המסגרת, ותשב לה בעמק הבכא בוכה ומבכה והיא מרת נפש ובמרירות תאנח את המהומה ואת המגערת. אם על תקנת בני אחותה מי יחוס עליהם חוץ ממנה כשיהיו נתונים ביד נכרית, ואם על תקנת עצמה שאין מנהל לה ואין מחזיק בידה לחיותה ברעב בזה הזמן אשר לא מצאו כל אנשי חיל ידיהם מיוקר השער והפרנסה נעדרת. ומה תעשה אשה עניה מועקה ריקה ומבוקה ומבולקה ונפש שוקקה בלבת אש בוערת, ותבך ותתחנן לפני וחנ'ה היא מדברת אולי יישר בעיני האלהים למצוא לה פתח תקוה ואחרית להנשא לבעל אחותה תוך כ"ד חדש, ותשבר כ"ד על המבוע בהיכא דשכיח היזקא ואי אפשר לה למות ברעב בשביל מצוה שאינה עוברת ולדחות מצוה עוברת ונאמר דבכה"ג דאיכא חשש סכנה להאשה למות ברעב וחשש סכנה לילדים דבצוותא דידה ניחא להו וסכנה להפרישם ממנה לא אחמור רבנן כולי האי לגזור על הגרושה שלא תנשא בשכבר גמלתה לבתה ויצאה מחשש סכנה וכשלא תנשא יהיו שניהם בחזקת סכנה היא ובתה והילדים בני אחותה ומה גם שהאל' אמה של הגרושה הנז' אמרה שכבר שאלה באורי'ם ותומי'ם הרב

הגדול משי"ח תנא דבי אליהו רבא זכור לטוב והשיבה כי יש תקוה לאחריתה לינשא תוך כ"ד חדש אחרי גמלה הילד אלא שלא תגמלנו פחות משנה שהוא השיעור המועט שגומלים בו הנשים ילדיהם בלתי גירושין: ובכן נתתי אל לבי לדון לפני משי"ח ע"ג קרקע נו"נ באמונה אעיקרא דהאי מלתא ומוצאה ומובאה כפי מה שתעלה מצודתי וה' אלהים יעזור לי דגרסי' בפ' החולץ דמ"ב לא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו ואם נשא יוציא וכו' גזרה שמא תעשה עוברה סנדל ומקשי אי הכי דידיה נמי וכו' אלא משום דיחסא [דוחק הולד בשעת תשמיש] והדר מקשי אי הכי דידיה נמי ומשני דידיה חייס עילויה הכא נמי חייס עיליוה [שאין מתכוין להרוג את הנפש] אלא סתם מעוברת למניקה קיימא ואי מינסבא דלמא איעברא ומעכר חלבה וקטלא ליה אי הכי דידיה נמי דידיה ממסמסא ליה בחלב ובצים, דידה נמי ממסמסא ליה בחלב ובצים:

לא יהיב לה בעל ולתבעינהו ליורשים. אמר אביי אשה בושה לבוא לב"ד והורגת את בנה [פירש"י ובושה לתבוע יורשין בשביל בנה וע"כ מת בנה ברעב] ובפ' אע"פ ד' ס' איתא דת"ר מינקת שמת בעלה בתוך כ"ד חדש ה"ז לא תתארס ולא תנשא עד כ"ד חדש וכו' ומייתי התם הא דת"ר נתנה בנה למניקה או גמלתו או מת מותרת לינשא ודחי לה מהלכה ומסיק והלכתא מת מותר גמלתו אסור ופי' הרא"ש גמלתו אסורה לינשא עד כ"ד חדש שמא תמהר לגומלו ויסתכן הולד יע"ש. והתוס' והרא"ש שם בפ' אע"פ ובפ' החולץ הביאו מחלוקת ר"ש הזקן עם ר"ת בגרושה דר"ש אומר דגרוש' מינקת מותרת לינשא דלא משעבדא להניק כדאמרינן בפרק אע"פ דנ"ט ת"ר נדרה שלא להניק את בנה בש"א שומטת דד מפיו [דלא משעבדא ליה וחל הנדר] ובה"א כופה ומניקתו [ומשעבדא ליה ולא חל הנדר] נתגרשה אינו כופה ואם היה מכירה נותן לה שכרה וכופה ומניקתו מפני הסכנה ע"כ וכיון דגרושה לא משעבדא ליה מותרת לינשא וכתב הריטב"א בשי' על כתובות דלר"ש וסיעתו מאי דקתני בברייתא נתגרשה אינו כופה מלתא באנפי נפשה היא ולא קאי אירישא דברייתא דאיירי בנדרה דאפי' בלא נדרה אינו כופה גרושתו דתינק לו בנו ומשו"ה כל שנתגרשה מותרת לינשא לדעת ר"ש. וכתב עוד הריטב"א שם דלר"ש בדוקא נקט בברייתא דפ' אע"פ מינקת שמת בעלה שאסורה לינשא משום דחייבת להניקו עד כ"ד חדש ולאפוקי גרושה דלא משעבדא דמותרת לינשא, ומשום דאיכא לאותובי לר"ש הרי אלמנה נמי לא משעבדא להניק מכי תבעה כתובתה או רוצה לינשא ואמאי קא פסיק ותני גבי אלמנה דאסורה לינשא. ותירץ הריטב"א שם דשאני אלמנה שבעלה מת וליכא דממסמס ליה בבצים וחלב משא"כ בגרושה דקאי בעל הוא נזהר בו וממסמס ליה בבצים וחלב' וכ"כ הרשב"א בשיטתו על יבמות יע"ש וכ"כ הר"ן בפ' אע"פ

ונ"י בפ' החולץ וכן הם דברי הרא"ש שכתב בדברי ר"ש שאין עליה להניק את בנה הואיל ובעלה קיים אבל כשמת בעלה אע"פ שאינה מחוייבת להניקו מ"מ כיון שאין לו אב עשו חכמים תקנה שתניק האם יע"ש, וכתב המרדכי לתרץ לסברת ר"ש דקא פסיק ותני בגרו' מינקת דמותרת לינשא הרי אם מכירה כופה בב"ד להניקו וז"ל אע"פ שאם מכירה כופה בב"ד להניקו מ"מ אין שעבוד חל עליה כל זמן שלא כפו אותה בב"ד ומותרת לינשא יע"ש. וסיימו התוס' והרא"ש בדבריהם וז"ל אבל ר"ת אומר דאסו' לינשא דתניא בפ' החולץ לא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו וקא פסיק ותני ל"ש נתאלמנה ל"ש נתגרשה ועוד דמפרש טעמא התם דסתם מעוברת למניקה קיימא דמשמע דה"ט דמניקה ה"ט דמעוברת ולמאי דהוה מפרש מעיקרא טעמא דמעוברת משום סנדל ומשום דיחסא שייך בגרושה כמו באל' ואע"ג דהדר ביה מההוא טעמא מגופה דמלתא לא הדר ביה דמיירי אפי' בגרושה, ועוד דאלמנה נמי לא משעבדא מכי תבעה כתובתה או רוצה להנשא עכ"ל התוס', וכי היכי דלא תקשי לר"ת הראיה שהביא ר"ש מברייתא דנתגרשה אינו כופה כתב שם הריטב"א דר"ת מוקי לה משום דנדרה ואירשא דבריית' קאי דאיירי בנדרה ועלה קאי נתגרשה אינו כופה אבל בנתגרשה בלא נדרה כופה יע"ש ונראה דלפי שיטה זו הוא דכתב שם הריטב"א וז"ל וכן נ"ל מדברי הרמב"ם ז"ל כדעת ר"ש יע"ש, ופשוט הוא דהוכחתו ממ"ש הרמב"ם בפכ"א מהל' אישות ה' ט"ז האשה שנתגרשה אין כופין ולא חילק בין נדרה ללא נדרה כס' ר"ת וכ"כ בהדיא מהר"מ אלשקר בסי' י"ג שהרמב"ם מסכים לדעת ר"ש ממ"ש בפכ"א נתגרשה אין כופין דנר' כר"ש ולא כר"ת ע"כ, וגם הרב נתיבות משפט לפי שיטה זו הוא דמקשי דברי הטור אהדדי וז"ל וכ"ז איננו שוה לדברי הטור ז"ל שכתב בסי' פ"ב נתגרשה אינה חייבת להניקו שנראה בפי' דבלא נדרה מיירי שאין עליה חיוב הנקה וזה סותר למ"ש בסי' י"ג דגרושה נמי צריכה להמתין כ"ד חדש וצ"ע עכ"ל כל זה הוא לשיטת הריטב"א דדעתו היא דכל דליכא שעבוד עליה להניק אין ראוי לאסור עליה שתנשא בין לר"ש בין לר"ת ולא פליגי אלא אי אמרינן גרושה משעבדת או לא משעבדא:

ולכאורה נראה שגם הרא"ש קאי בשיטה זו מדכתב בפ' אע"פ על דברי ר"ש וז"ל והביא ראיה מההיא דלעיל נתגרשה אינו כופה ואין חילוק בין נדרה ללא נדרה עכ"ל, משמע דר"ת מחלק בהכי ומוקי לה משום דנדרה כדברי הריטב"א וכן דקדק בשו"ת מטה אהרן סי' צ"ז יע"ש וכד דייקינן שפיר קושטא קאי דלא דרך הריטב"א דרכו של הרא"ש דלהרא"ש אפי' ר"ת יודה דהכי פירושא דברייתא ועיקר פלוגתי' דלר"ש כל דלא משעבדא להניק אין ראוי לאסור עליה שלא תנשא ולר"ת אפי' בהיכא דלא משעבדא

אסורה להנשא והיינו מ"ש התוס' בדברי ר"ת ועוד דאלמנה נמי לא משעבדא מכי תבעה כתובתה וכו' והרא"ש עצמו הביא ראיה זו בפ' החולץ ותלה ליה כיפי וז"ל ועוד דאלמנה גופה אי אמרה איני ניזונית ואיני עושה לא משעבדא להניק אלא חכמים עשו תקנה זו שלא יבוא הולד לידי סכנה ורוב נשים חסות על ילדיהן ומניקתו אפי' אינה משועבדת להניקו אבל אם היתה מותרת לינשא לא היתה מניקתו עכ"ל, הרי דשי' הרא"ש היא דאפי' נימא דבגרוש' בלא נדרה איירי הברייתא ולא משעבדא להניק ודכוותה באלמנה שאמרה איני ניזונית וכו' מ"מ לא תקשי לר"ת דלגבי נישואין תקנת חכמים היא לאסור עליה כי היכי דתחוס על ולדה בראותה כי אזלת יד מלינשא, ולפי שיטה זו לא סתרי דברי הטור אהדדי דאע"ג דאית ליה בסי' פ"ב נתגרשה אינו כופה מ"מ לגבי הנישואין כתב בסי' י"ג שצריכה להמתין מתקנת חכמים כי היכי דתחוס על ולדה כשי' אביו הרא"ש: ומינה נמי דאין מוכרח שהרמב"ם מסכים לס' ר"ש מדלא חילק בנתגרשה בין נדרה וכו' דהא אפי' ר"ת לא מחלק בהכי ואדרבא קרוב לשמוע שהרמב"ם מסכים לד' ר"ת מדנקט בפי"א מהל' גירושין הלכה כ"ה כלישנא דברייתא דמינה דייק ר"ת דל"ש אלמנה ל"ש גרושה מדנקט לא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו ופסיק הרמב"ם ותני ל"ש נתאלמנה ל"ש נתגרשה וכ"כ בב"י על דברי ר"ת וז"ל וכן דעת הרמב"ם בפי"א מהל' גירושין שלא חלק יע"ש וכ"כ הר"ן בפ' אע"פ וכן מבואר בדברי הה"מ שכתב על מאן דמתיר בגרושה ואין כאן דעת רבינו יע"ש:

ומאי דדחי הר"ש לראית ר"ת שהביא מאלמנה דאע"ג דלא משעבדא מכי תבעה כתובתה וכו' דצריכה להמתין דשאני גרושה דקאי בעל וכו' אומר ר"ת אע"ג דקאי בעל מ"מ אינה יכולה לתובעו על ידה אלא ע"י שליח ואף היא בושה מלתובעו בכך ע"י אחר כשנעכר חלבה וליכא דממסמס ליה בביצים וכו' כ"כ הרישב"א בשיטתו והריטב"א והר"ן יע"ש, הרי דבגרושה שנוי במחלוקת דלר"ש וסיעתו אינה בכלל הגזרה ומותרת לינשא ולר"ת וסיעתו אסורה לינשא ואפשר לנו לומר דכדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק כנ"ד. תדע דאשכחן במ"ק דכ"ג מעשה שמתה אשתו של יוסף הכהן ואמר לאחותה בבית הקברות לכי ופרנסי את בני אחותיך וכו' ומבו' בתוס' דיבמות דמ"ג בד"ה שאני ובהרא"ש שם דבהאי עובדא דיוסף כהן התירו לו וכנסה לאלתר תוך ז' ימי אבלות דידיה ודידה משום דלא אפשר באחרת לפי שזו מרחמת על בני אחותה יותר משאר נשים יע"ש, וכ"כ מור"ם בהגה בי"ד סוס"י שצ"ב יע"ש, הרי דמשום רחמנות בני אחותה דחו איסורא דרבנן דאבלות דידיה ודידה והתירו לכנוס אע"ג דאסור לישא כל שלשים. וגבי בעל שמתה אשתו אסור לישא אחרת עד שיעברו עליה ג' רגלים וכ"ז נדחה מפני תקנת

בניו והתירו לו לישא אחותה שמרחמת עליהם טפי מאחרת. כ"ש בנ"ד דאשכחן אילן לתלות בו דליכא גזירה בגרושה כל עיקר דסמכינן עליה מיהא בכה"ג דאיכא טעמא דבני אחותה ודידה עדיפא דלא אפשר לה למות ברעב היא ובתה שהיתה מניקתה:

וכ"ז איננו שוה לי להקל בדבר נגד מר"ן הקדוש שנעל בפנינו כראוי בסי' י"ג סי"א וז"ל גזרו חכמים שלא ישא מעוברת חבירו ולא מניקת חבירו עד שיהיה לולד כ"ד חדשים וכו' בין שהיא אלמנה בין שהיא גרושה וכו' אפי' נתנה בנה למינקת או גמלתו בתוך כד"ח לא תנשא וכו' אבל אם מת וכו' מותרת לינשא וכן אם גמלתו בחיי בעלה, ופשוט דמ"ש או שגמלתו בחיי בעלה לאו למימרא דאפי' גמלתו אחר שנתגרשה כל שאביו חי ונאמר דכיון שאביו חי ומחל לגמלו הוא נזהר בו וממסמס ליה בביצים וכו' דהא ודאי ליתא שהרי מבואר בריב"ש סי' י"ג גבי נתנה בנה למניקת בחיי בעלה וז"ל לא התירו אלא בנתנה בנה למינקת בחיי בעלה וכו' וכן י"ל בגרושה שאם נתנה בנה למינקת ואחר ג' חדשים נתגרשה אינה צריכה להמתין יע"ש, וכ"כ הבאה"ט סקכ"ה משם תשו' הרמ"א ופשוט הוא ולכן לא מלאני לבי להקל עד שמצאתי שהפה קדוש שאסר הוא הפה שהתיר ופתח לנא פתחא מדברי הה"מ בפי"א מהל' גירושין ה' כ"ה וז"ל וי"מ ז"ל שהיו סבורים דוקא במניקת שנתארמלה אבל אם נתגרשה כיון שהאב קיים הוא ישתדל בבנו ואין כן דעת רבינו אלא בכל גוונא אסור וכן דעת רב אחא משבחא וכ"נ מהגמ' דמניקה דומיא דמעוברת ולזה הסכים הרשב"א ז"ל וכתב ומיהו בגרושה דוקא כשהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה אבל קודם הזמן הזה לא דהא אי בעיא לא תניק אותו כלל ואפי' בשכר כמו שנתבאר בפכ"א מהלכות אישות עכ"ל נראה מדברי הה"מ שחילוק זה שחילק הרשב"א בין הכירה קודם שנתגרשה ללא הכירה הוא לדעת ר"ת דאוסר דלא אסר אלא בשהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה שהרי על סברת האוסרים כתב תחילה ולזה הסכים הרשב"א ולדעתם הוא דמחלק בכך. ור"ש דמתיר מתיר אפי' בכה"ג שהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה וכ"נ מדברי הר"ן בפ' אע"פ שכתב וז"ל וכתב ר"ת דבנתגרשה בא מעשה לפני ר"ש ז"ל והתיר לאחר ג' חדשים דכיון דקאי וכו' אבל ר"ת אסר וכו' וכתב הרשב"א דבגרושה דוקא שהניקתו קודם שנתגרשה וכו' עכ"ל וכתב עליו פורת יוסף על כרחך מלתיה דר"ש במכירה הוא שכבר הניקתו יותר מג"ח דכך צריך להמתין מפני הבחנת הזרע ואחר ג' חדשים דנשאת הוא דקאמר אי מתעברא ותצטרך לגמול ואליבא דכ"ע מכירה בג' חדשים [כדאיתא בפ' אע"פ ריש דף ס' דלרב נקרא מכירה בג"ח ולר"י ן' יום ולשמואל כל זמן שמכירה יע"ש] ור"ת במכירה דוקא קאמר וכמו שכ' הרשב"א אבל באינו מכירה יכולה לסלק עצמה ממנו לגמרי עכ"ל, וכן

משמע מדברי המרדכי שהבאתי לעיל דדעת ר"ש להתיר אפי' מכירה יע"ש. וכ' מר"ן הקדוש בב"י על דברי הה"מ הנ"ל וראיתי מורים עושים כדברי הרשב"א ולא מחיתי בידם כיון שיש להם אילן גדול על מי שיסמוכו, ועוד דמידי דרבנן הוא עכ"ל ואע"ג דבשלחנו הטהור בסוף סי' ת' הביא דברי הרשב"א ביש מי שאומר קמא ודברי הריב"ש שחולק ביש מי שאומר בתרא דמשמע דדעתו נוטה לדברי הריב"ש להחמיר מ"מ הרוצה לעשות כהרשב"א אין למחות בידו כדכתב בב"י בהדיא [ובסי' פ' כתב ב"י בפשיטות כדעת הרשב"א על מ"ש הטור שאינה מיניקה עם בנה בנה שיש לה מאיש אחר יע"ש] ובנ"ד דאיכא כל הני טעמי יודה מר"ן דהכי מורין לכתחילה להתיר בהיכא דהניקתו קודם שנתגרשה פחות משיעור שיהיה מכירה והיינו דקאמר בסיום דבריו הרשב"א אבל קודם הזה"ז לא דלטעמיה אזיל שפסק כר"י דבחמשים יום חשיב מכירה ולכן נקט אבל קודם הזה"ז דלדידיה בזמן תליא מלתא. אבל למר"ן דפסק כהרמב"ם שפסק כשמואל דאין הדבר תלוי בזמן הו"ל למיתני אבל קודם שהכירה לא, אלא שהביא ל' הרשב"א כדמותו וכצלמו ולעולם כל שהניקתו קודם שנתגרשה אלא שלא הכירה דמותרת לינשא וכ"ש בהיכא דלא הניקתו כלל קודם שנתגרשה כנ"ד שגרשה והיא מעוברת דמכי ילדה היתה מותרת לינשא דלא מקרייא מינקת חבירו כלל ואפשר דאפי' ריב"ש יודה:

שוב ראיתי לריא"ז אשר סביבות הרי"ף בפ' אע"פ שכתב וז"ל המגרש את אשתו כשהיא מניקה יש מי שאומר שצריכה להמתין כד"ח במניקה שמת בעלה ומז"ה אומר שאינה צריכה להמתין אא"כ היה התינוק מכירה וכו' ואני אומר אע"פ שהיה התינוק מכיר את אמו אינה צריכה להמתין אלא כשמת בעלה שהיא משועבדת להניק הבן אפי' לאחר מיתת בעלה אבל הגרושה אע"פ שהבן מכירה אינה מניקתו אלא בשכר כאשה נכרית ולפיכך אינה צריכה להמתין כמו שאין הנכרית צריכה להמתין כמבואר בקו' הראיות עכ"ל, מבואר מדבריו דאפי' מאן דמחמיר טפי לא החמיר אלא במגרש אשתו והיא מניקת דאז היא קרויה מניקת חבירו אבל אם אירע שהיתה מינקת אחר שגרשה דלא קרינן בה מניקת חבירו לא גזרו בה רבנן. ואם גזרו במעוברת חבירו היינו כל זמן שהיא מעוברת ומשום דיחסא כדפסק הרמב"ם שם שחילקם בטעם ועיין מ"ש כ"מ שם דהרמב"ם לא גריס אלא בשינוייא בתרא ונשאר טעם דיחסא עיקר אבל אחר שילדה דנפקא ממעוברת חבירו מותרת לינשא דאינה קרויה מניקת חבירו לס' הרמב"ם ודו"ק, ומעתה גם מ"ש מור"ם בהגה סעיף י"ג ואין חילוק בין התחילה להניק או לא התחילה לא קאי אלא על אשה שילדה אחר מיתת בעלה ומשום דמשעבדא גם ליורשים אבל לא בגרושה וכל הפוסקים שהביא מור"ם מהם דין זה לא דברו אלא באלמנה, וכ"ש בנ"ד

דאיכא טעמא להקל משום תקנת בני אחותה ותקנת עצמה ותקנת בתה, וצוויי"מ הח"פ צפרו בכ"ב בטבת מש' ובגפן שלשה שריגם והיא כפרחת:

נאם שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול ס"ט הנה אני מודיע עובדא דאירע במתא צפרו יע"א הכי הוה עובדא. אשה נתגרשה מבעלה והיא מעוברת והלכה אצל אחותה ונתארחה אצלה ואחותה ג"כ היתה מעוברת וכהגיע זמן לידת אחותה ילדה זכר ומתה אח"ך והניחה הבן ולא מצאו לו מינקת ואח"ך ילדה הגרושה בת והיתה הגרושה מינקת בתה ובן אחותה והיתה ניזונית על שלחן בעל אחותה כל ימי זמן ההנקה והניקה בתה ובן אחותה י"ד חדש וגמלתם לשניהם בתה ובן אחותה לפי שבעל אחותה רוצה לישא הגרושה שהיא אחות אשתו והוא אינו יכול להתאפק להתעכב מלישא אשה ע"ת כד"ח דאל"כ ילך וישא אשה נכרית ויוליך בנו אצל אשה נכרית ולכך גמלתו בזמן הנז', ומר"ן פסק בא"ה בסי' י"ג סי"א אפי' נתנה בנה למניקה או שגמלתו תוך כ"ד חדש לא תנשא, ולכאורה נראה דנד"ז הוא בכלל מ"ש מר"ן גמלתו בתוך כד"ח לא תנשא, אבל צריך לחקור ולדרוש בנדון שהיתה מניקת בתה ובן אחותה ביחד וכשגמלתם גמלתם ביחד ובעל אחותה הוא משגיח עליהם ביחד והויא בת זה כאלו היא בתו כבנו וחס עליה כבנו ומותרת לינשא לו או לא:

והנה ראיתי מ"ש בגמ' בפ' החולץ דמ"ב וזל"ל לא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו ואם נשא יוציא וכו' אלא סתם מעוברת למניקה קיימא ואי מינסבא דלמא מיעברא ומעכר חלבה וקטלא ליה. אי הכי דידיה נמי [פי' גם אשתו מניקת יהא פורש ממנה דלמא מיעברא ומעכר חלבה וקטיל ליה] דידיה ממסמסא ליה בבצים וחלב, דידה נמי ממסמסא ליה בבצים וחלב' לא יהיב לה בעל ע"כ:

נקטינן דיש לחלק בין אשתו מניקת ואע"ג דאיכא חששא דלמא מיעברא ומעכר חלבה אפי"ה אינו פורש מאשתו משום דחייס עליו ורחמי האב על הבן ומאכילו בצים וחלב במקום ההנקה וחיו יחיה יותר מההנקה, וא"כ הכא בנד"ז שהיתה מניקה בן בעל אחותה עם בתה ביחד וגמלה לבן אחותה בהדי בתה ברצון בעל אחותה ודאי אי מיעברא ומעכר חלבה רחמי האב על הבן ונותן לאשתו שתנשא לו להאכיל לבנו במקום ההנקה דברים המפטמים אותו ואגב היא מאכלת את בתה דברים הראוים לה במקום ההנקה אתו עמו עם בן בעל אחותה המספיקין לבתה ולבן אחותה, ואין לומר דלמא יתן לה דברים בצמצום המספיקים לבנו להחיותו ולא יתן לבתה ויהיה נעכר חלבה ותמות ברעב' מי שאומר זה אינו אלא כסיל ואף אני אעננו משום ענה כסיל כאולתו, גם אם הבת תשיב אמריה להשגיח על בתה יותר מבן אחותה ותעשה בתה עיקר ובן אחותה טפל כי היא

עקרת הבית, אלא ח"ו מלומר כן. דכפי האמת זה הבעל הוא לזה הבת כאב לבתו ורחמי האב עליה ומדרך האב לרחם על בניו שהרי היה יונק בנו שהוא בן אחותה מחלב הבת וממילא היה מתמעט מאכלה ועי"כ מתמעט כחה ונחלשת מחמתו, ומחמת זה הרי היא לו כבת והוא כאביה שהרי גדלו ויגדילו ביחד הבן בחיק אמה בהדי בתה ובודאי יהיב לה וממסמס לה בבצים וחלב בדבר המספיק לה וסרח העודף בדבר השוה לכל נפש כאמה בתה וכבן אחותה ולכן הואיל וגמלתה בדיעבד מותרת לינשא לבעל אחותה. דדמי האי נדון שהניקה האשה הזאת לבתה ולבן אחותה והיתה ניזונית על שלחן בעל אחותה כל ימי ההנקה לאיש שיש לו בן ובת עם אשתו דיכול לשמש עם אשתו בימים שהיא מניקה בן ובת ולא גזרו חז"ל לפרוש מאשתו בימי ההנקה דלמא מיעברא ומעכר חלבה וקטלא להו, משום דהאב ממסמס להו בבצים וחלב' ה"נ זה הבת מטעם האמור היא בתו ואי מיעברא ממסמס להו בבצים וחלב ובזה וכל הבת תחיון בהדי הבן שיגדלו שניהם יחד בחיבור מבלי פירוד דלא יתפרדו תמיד והוו כאחים לא גזרו בהם דלמא מיעברא וכו' דבהא לא גזרו כאמור דמדהא ממסמס ליה הא נמי ממסמס לה, ודמיא להאב עם אשתו דיש לו בת דאינו נמנע מלשמש עם אשתו בימי ההנקה מטעם דממסמס לה בבצים וחלב, וגם מ"ש אם גמלתו תוך כד"ח לא תינשא יהבו טעמא דחיישינן שמא תמהר לגומלו דכוונת ז"ל לומר דאינה גזרה הואיל וכבר גמלתו דבדיעבד שרי' איכא למימר בדיעבד שרי דאי שרינן לה דיעבד חיישינן שמא תמהר לגומלו דאיכא חששא סגי בהדי דלמא מיעברא דהוי תרי חששות דשמא תמהר ושמא מיעברא ואפשר תלת חששות דלמא לא משכחת בצים וחלב ובודאי דאין זה גזרה אלא קנסא והכא לא שייך קנסא. דטעמא הוי שמא תמהר לגומלו:

ונד"ז היא לא מיהרה שהעכבה באה מבעל אחותה דלא יכול לסבול עוד מבלי אשה ואשה נכרית אי אפשר משום היזק בנו. וא"כ מהאי טעמא אחרינא מותרת לינשא בדיעבד הואיל וגמלתו דאין לה קנסא לפי שהמהירות לא באה מהאשה אלא מהבעל ואינו אלא קנסא ובהא ליכא קנסא גבי אשה וליכא גזירת חז"ל אלא במ"ש לא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו דמשמע בהא הוא דאיכא גזירת חז"ל:

אבל אם קדמה בדיעבד וגמלתו אינו אלא קנסא והכא ליכא קנסא כדאמרן. נקטינן דמותרת לינשא מטעמא קמא ומטעמא בתרא וצור ישראל יצילנו משגיאות כי"ר, נאם החותם פאס יע"א בטבת משנה הנ"ב:

אליהו הצרפתי ס"ט ומחמת שקצרתי במקום שאמרו להאריך, הנה נא הואלתי לדבר ולבאר באר היטב במ"ש דטעמא משום שמא תמהר לגומלו. נראה מלשון זה דשמא

תמהר וכו' דאין זה בכלל הגזירה דלא ישא מניקת חבירו, דטעמא הוא דילמא מיעברא וכו' ומשמע מלשון זה דאי לאו דשמא תמהר הוה שרינן בדיעבד הואיל וגמלתו ונראה דהאי טעמא דשמא תמהר הוא מדברי הרא"ש, וסיים הרא"ש במ"ש שמא תמהר לגומלו ויסתכן הולד ע"כ, ונ"ל פי' שמא תמהר, ר"ל אף משיעור הקצוב להם לנשים דעלמא שהן גומלות לילדיהן בשיעור שנה אחת של ההנקה דהשתא הוא מסתכן מטעמא אחרינא מטעם חולשא ורפיון איברי הילד מחוסר כדי שביעה מחלב אמו, ואי לאו האי טעמא הוה שרינן לה. דאי גמלתו בדיעבד תוך כ"ד חדש, הוה שרינן לה לינשא תוך זמן כ"ד חודש, וגזירת חז"ל דלא ישא מניקת חבירו לכתחילה והיא מניקת חבירו בשאט בנפש, ובזה הוא דסיימא הברייתא ואם ישא יוציא. אבל אם רוצה לינשא לה אחר שגמלתו מותרת לינשא, אלא דחיישינן שמא תמהר וכו' וליכא ומשום דהיכא דגמלתו אינו אלא חששא בעלמא ולא גזרה אפשר ה"ט דברייתא מתנייא התם, נתנה בנה למניקה או גמלתו או מת מותרת לינשא, אלא דדחו לה מהלכתא ע"ש, וא"כ נקטינן בין לגזירת חז"ל דלא ישא אדם וכו' לחששת חז"ל שמא תמהר וכו' גרושה זו מותרת לינשא:

דלגזירת חז"ל אין כאן חשש דשמא מיעברא וכו' דממסמסא ליה בביצים וחלב ולחששת שמא תמהר לגומלו ליכא והכא לא נימא ביה לא פלוג רבנן ונימא גזרינן הא אטו הא דדוקא בגזרה הוא דאמרינן דלא פלוג רבנן או גזרינן הא אטו הא אבל הכא דליכא כי אם חששא כעין קנסא, היכא דליכא חששא שריא להנשא, גם יש סעד לדברינו דהיכא דאיכא דממסמס לה בביצים וחלב מותרת לינשא ממ"ש הריטב"א בפ' אע"פ ד' נ"ט עמ"ש התוספות לשם פלוגתא דרבינו שמשון הזקן עם ר"ת, דלדעת רבינו שמשון גרושה מינקת מותרת לינשא תוך כד"ח:

והקשה הריטב"א מ"ש גרושה מאלמנה דתבעה כתובתה, ותירץ דאלמנה אין לו אב דממסמס לה בביצים וחלב:

אבל גרושה יש לו אב ונזהר בו ה"נ לנדון דידן יש לה דממסמס לה בביצים וחלב ודו"ק ולראיה ח"פ עוד בזמן הנ"ב וקיים:

אליהו הצרפתי ס"ט:

סימן לה

שאו"ל נשאל הרב המחבר זיע"א מהחכם כהה"ר שמעון אלעסרי וז"ן השאלה: נדרשתי אח"מ מה"ר שמעון אלעסרי על ענין מחצית החצר שיש לו במתא גריש שמכרה לגוי א' בשנת נאק"ת בני ישראל מפני חמת המציק ונשארה לו החזקה כדין המוכר לגוי

וחשש שמעון הנז' מחמת שיצא מהעיר הנז' סובב סובב בגלילות המערב על המחיה ועל הכלכלה פן יטעון עליו הקונה מהגוי הנז' שאיבד חזקתו כדין נוסע מן העיר דאיתא בחו"מ ס"ס קנ"ו בהגה וז"ל נהגו הקדמונים שאם א' נסע מן העיר י"ב חדש וגילה בדעתו שאין דעתו לחזור אבד חזקתו אבל אם לא גילה בדעתו בכך לא איבד חזקתו עד שלש שנים ואם גילה שדעתו לחזור לא איבד חזקתו אפי' בשלשה שנים עכ"ל, ומה גם ששמע ממגידי אמת שטענה זו בפי הקונה מהגוי ועליה תמכו אשוריו עכ"ל השאלה: תשובה אין דברי מור"ם בהגהה הנז' אמורים אלא בחזקת ישוב שהקרקע מעיקרו הוא של הגוי ומפני שנכנס בו הישראלי ודר בו תחילה הוא זוכה בחזקת ישוב הקרקע ההוא בחזקה זו הוא שדיבר מור"ם והאחרונים דכל שגילה דעתו שנסע מן העיר איבד חזקתו, והטעם משום שענין חזקת ישוב פורח באויר ואין להם ע"מ שיסמוכו אם לא היה תוקף ההסכמות והגדרים שגדרו בהם מתקני התקנות א"כ אין כאן כי אם שעבוד בעלמא ומהני ביה מחילה ונימא דכל שלא גילה דעתו שדעתו לחזור איבד חזקתו כדכתב מטה אהרן בשאלה צ"ב משם מהרשד"ם לסברת האומרים דדין טלטל יש לחזקת ישוב יע"ש: אמנם קרקע שהיה של ישראל ומכרו לגוי שנשארת לו בו חזקה דין קרקע גמור יש לה ולא מפסלה בשהיה ואפי' שהתה כמה שנים בלי מחאה לא אבדוה הבעלים שהרי חזקה דמוכר קרקעו לגוי מיוסדת על דין סקריקון דאיתא בחו"מ סי' רל"ו דנותן לבעלים רביעי הקרקע לכן עשאוה כדין סקריקון והוייא קרקע גמור דלעולם בחזקת בעליה עומדת ותקנו שתהיה הבחירה ביד המוכר לגוי שנשארת לו החזקה שכשיחזור הגוי וימכרנה לישראל לתת לו דמי המכר ללוקח מהגוי ויחזיר לו קרקעו בתוך שנה מיום שימכרנה הגוי ואם לא נתן לן דמי המכר תוך שנה קנה השלשה רבעים שהם כח הגוי ונשאר לבעליה הראשונים הרביע בתורת חזקה וייפו כח בעל החזקה מהקונה מהגוי שבעל החזקה רשאי להוציא להישראל שקנה מהגוי ולתת לו שכרו כמו שהיה נוטל הגוי וידור בקרקעו כמו שכל זה מבורר בפסקי הראשונים נ"ן ואינו רשאי הקונה מן הגוי לדור בו כי אם על פי בעל החזקה וברשותו ויפסוק עמו השכירות לרצונו של בעל החזקה ולא מצי למימר ליה אדור ואפרע לך רביע לערך מה שהיה נוטל הגוי אלא יפסוק עמו לרצונו של בעל החזקה אפי' בכפלי כפלים ממה שהיה נוטל הגוי כללא דמילתא אפי' אם היה שמעון הנז' עוקר דירתו מהעיר הנז' לגמרי וגילה דעתו שאין דעתו לחזור ושהה כמה שנים כשחוזר חוזר אל חזקתו ותובע שכירות ממה שדר בקרקעו כפי ערך מה ששוה המדור בכללותו ופוחת ממנו ערך מה שהיה נוטל הגוי וכ"ש ששמעון הנז' לא מקרי עקר דירתו שהרי בלא אשה יצא משם ואם בגפו יצא בגפו יבוא ואם איתא שעקר דירתו

לגמרי היה נושא אשה במקום אחר וא"כ אפי' בחזקת ישוב לא איבד חזקתו ואפילו בסתם דלא אתברר לן אם דעתו לחזור או אין דעתו לחזור לא איבד חזקתו אלא א"כ שהה ג' שנים והשתא לפי דבריו עדיין לא השלים שלש שנים מיום שיצא ולא איבד אפי' חזקת יישוב אלא דאין צריכין לכל זה דחזקה זאת דמוכר קרקעותיו לגוי קרקע גמור הוא וחזקתו עומדת לעד באין אומר ואין דברים וצריך לומר שאשתקד עמד לפני שמעון הנז' וכתבתי לו על ענין זה וכעת בקש ממני להניף ידי שנית בענין זה מחשש שנאבד ממנו מה שכתבתי לו אשתקד ולראיה ע"ה ח"פ היום ארבעה ימים בכסליו משנת התקנ"ד ליצירה וקיים. וחתום עליו החכם השלם הדו"מ הרב הכולל כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול נר"ו:

סימן לו

עמדו לפני לדין הר' יעקב ן' נצ'אם אפוטרופוס יתומי הר' יצחק אביטבול תובע לבחור דוד ן' שטרית לפרוע להיתומים הנז' השטר שמצא בין שטרות אביהם הנז' נגד הר' יהודה אלכסלאסי והר' אברהם ן' שטרית אביו של דוד הנז' ודוד הנז' שלשתם ע"ק זל"ז חי במת וכו' מסך ש"ם נ"ס ה"ם מחמת שמכר להם ככר משמן זית בפחות משומת החנות וזמן הפירעון בער"ה תקמ"א וקע"ע בכח הקוש"ח כל א' למש"י וחייבו עצמן חיוב ושעבוד גמור דלא כאס' שאם עכבו הסך הנז' אצלם יותר משמונה ימים אחר זמן הפרעון שהם אצלם בעיסקא משם והלאה שיטלו הם שלשה רבעים בכל הרוחים ובה"מ הרביע וכן להפך ולא נמצא בשטר הנז' נאמנות וגם לא נכתב בו שיטלו המתעסקים בשט"ו כלום וזמן השטר באייר תק"מ, והאפוטרופוס הנז' שתובע לדוד הנז' בפרעון השטר הנז' לא בחלקו לבד הוא תובעו אלא גם בחלק אביו הנז' ויהודה הנז' שכבר מתו בחיי המלוה הוא תובע מדוד הנז' שעודנו בחיים מכח הערבות שנתערבו שלשתם זל"ז חי במת וכו' ולא בקרן לבד הוא תובע אלא גם בהריוח שהרויחו מזמן שחל חיוב העיס' על שלשתם בטענה דמוכח מלשון השטר שלשלשתם נתן השמן הנז' שמדמיו נעשית העיס' ומסתמא אמרינן דשלשתם נתעסקו יחד והחי יתן אל לבו כמה הרויחו חביריו שמתו והגם שנתאמת אצלו שלא נתעסקו יחד וכל אחד נתעסק בפני עצמו בהיותם בחיים ולא ידע א' בעסק חבירו ומי יימר שיש ריוח אל המתים שכבר מתו מ"מ הוא תובעו בריוח דידיה ובחלקו וחלק חביריו בקרן:

ודוד הוא הקטן צוח ככרוכיא שלא לקח כלום מהשמן ולא נהנה ממנו אפי' באצבע קטנה ושיניו תקהנה מבוסר שאכלו אביו וחבירו הנז' אתמהה. ושלא מרצונו הכניסו

אביו הנז' בחיוב השטר הנז' עפ"י בקשת בעל העיס' שביקש מאביו להכניסו אחר שעשו בורית מהשמן הנז' ולא היה יכול לסרב מלהכנס עמהם בשטר הנז' משום כבוד אביו ומוראו ואיך נלכדה רגלו ברשת זו טמנו והכניסוהו שלא לרצונו, והמציא לפני קע"ע מב' עדים המסייעים לדבריו המה ה"ר משה בן יוסף אזולאי וה"ר ראובן אלכסלאסי אחיו של יהודה הנ"ל שהעידו בתע"ג כ"א בפ"ע שיודעים בידיעה נאמנה שלא נכנס ביד דוד הנז' כלום מהשמן זית שנתן להם בעל העיס' הנז' רק השנים שנלב"ע לקחו הכל ואחר שלקחו השמן הנז' והכניסו' לרשותם ופשטו ידיהם בו ועשו ממנו בורית אז ביקש בעל העיס' מאביו של דוד הנז' שיעמיד לו ערב לבנו הגדול והשיבו האב הנז' שבנו הגדול אינו ברשותו ושאם יתרצה בערבות בנו דוד הקטן שעדיין ברשותו יעמידנו לו וכשנתרצה בעל העיס' בערבות דוד הקטן הכניסו אביו הנז' עמהם בהשטר הנז' וגם המציא לפני ק"ע מכד א' אברהם ן' יצחק אדהאן שהעיד בתע"ג שבזמן שנטלו השנים שמתו השמן הנז' מבעל העיס' הנז' ובאו שניהם לעשות מלאכתם במקום שעושה מלאכתו אברהם הנז' ובא אצלם דוד הנז' להשכירו בנהו"ם כריסי"ה ולא קבלוהו והלך לו לכפר תאמזאזית אצל דודו, וגם המציא ע"א מהדרים בכפר תאמזאזית שהעיד שהיה דוד הנז' בתאמזאזית אצל דודו בזמן הנז', ואחרי שמוע דבריהם נזקקתי להתבונן בענין השטר הנז' מה הוא ומה כחו דחזינא ביה תיוהי דאין בו נאמנות, ועוד שלא נכתב בו שיטלו המתעסקים בשט"ו כלום, ועוד שהמתחייבים בו השנים מתו בחיי המלוה ואח"ך מת המלוה ולא נשבע על שטרו ועוד שהשטר הנז' פוסח על ב' הסעיפים תחילתו חוב וסופו עיסקא ונחזי אנן היכי לדייניה אי יהבינן ליה דין מלוה בעלמא כיון דמעיקרא חוב הוא דהוי או דין עיסקא יהבינן ליה כיון דסוף סוף בהגיע הזמן ולא פרעוהו נעשו המעות אצלם בתורת עיסקא. ולזה נאמר דודאי דין שטר עיסקא יהבינן ליה שהרי מעיקרא כי יהיב להו המלוה זוזי שם לפניהם ב' דרכים שאם החזירו מעותיו בזמן שקצב להם הרי טוב וכשיעכבו אותם אצלם משם והלאה לא תהיה ישיבתם אצלם לבטלה אלא יהיו אצלם בעיס' משם והלאה וא"כ כשעבר הזמן ולא פרעוהו נעשו המעות אצלם למפרע בעיס' ולא דמי לההיא שהביא מר"ן הב"י ביו"ד סי' קע"ז בשם המרדכי והביאו הש"ך סי' הנז' סקט"ו וז"ל שאם הלוה ראובן לשמעון מעות לזמן קצוב ואחר הזמן אמר המלוה ללוה יהיו בידך למחצית שכר המתעסק חייב באונסים כמו שהיה חייב מתחילה וסיים במרדכי שממנו מקור הדין כי אין המעשה משתנה בחליפות דברים יע"ש בפ' החובל בדף נ"ב סוף ע"ד בסי' ק' דהתם מעיקרא בתורת הלואה לבד הוא דאתו לידיה ולהלואה לחוד הוא דנשתעבד וכי הדר אחר זמן ואמר ליה באמירה בעלמא שהמעות שאתה חייב

לי יהיו למחצית שכר אין בדבריו כלום דלא עביד מידי כדי לשווייהו עיסקא לאח"ך וזהו שסיים המרדכי בטעמא דמילתא כי אין המעשה משתנה בחליפות דברים משא"כ בנ"ד דמעיקרא כי יהיב להו זוזי שעבדו עצמם אדעתא דתרוייהו דהלואה ודעיס' והיה הדבר בקוש"ח ולא לחזק הקנין היתה הש"ח אלא כ"א למ"ש ודבר זה מהני באסמכתא כדאיתא בסי' ר"ז סי"ט, ומה גם דבלשון חיוב חייבו ושעבדו עצמן וכו' דאפשר דלשון חיוב מועיל באסמכתא כמו שמועיל בדבר שלא בא לעולם כדאיתא בסי' ס' ס"ו יע"ש:
ובענין מה שלא נכתב בשטר שט"ו של המת' הנז' כבר ראיתי בזה תשובת שאלה למשי"ח תנא דבי אליהו יזיי"א שהשיב דבזה"ז שאין דרך הנותן והמקבל להתנות בזה אלא שסומכים על הסופר שיכתוב מאי דנהוג עלמא אוקיא בשט"ו לכימ"ה דנין להתירא כאלו כתוב כי שגגה היא ושכח הסופר מלכתבו, ומאחר דיהבינן להאי שטרא דין שטר עיס' הו"ל שטר עיס' היוצא על היתומים דקי"ל במס' בתרא ד' ע' [ופסקה מר"ן ק"ח ד'] כדייני א"י דנשבע וגובה מחצה שיש לו דין מלוה משום דבמלוה אי הוה אבוהון קיים לא מצי טעין החזרתי דא"ל אידך שטרך בידי מאי בעי וטענת מגו ליתא דאפי' אם נאנסו עלי דידיה רמיא אחריות אונס דמלוה אבל באידך פלגא שיש לו דין פקדון אינו גובה מן היורשים אפי' בשבועה שאם היה אביהם קיים היה נאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו דקי"ל התם [ופסקה מר"ן רצ"ו ב'] כרב חסדא דאמר המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר החזרתי נאמן במגו דאי בעי אמר נאנסו. וסיים שם דלא מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי' וכתב רשב"ם הטעם משום דנפקד לא חייש לשטרא משום דהוה פטר נפשיה בטענת אונס, וא"כ אף אם היה המלוה קיים ונשבע על שטרו כדין הבא ליפרע מנכסי יתו' לא הוה מצי גבי מיורשיהם של אלו שנלב"ע זולת חלק המלוה ולא חלק הפקדון דטענינן להו מאי דמצי אבוהון למטען ומינה דבערב נמי טענינן ליה מאי דמצי הלוה למטען ולא מצי המלוה לגבות מיניה זולת חלק המלוה: והשתא דמתו הלווין הנז' בחיי המלוה ואח"ך מת מלוה איתרע האי שטרא ופטרינן היורשים גם מחלק המלוה דקי"ל בפרק כל הנשבעים דמ"ח [ופסקה מר"ן ק"ח סי"א] כרב ושמואל דאמרי תרווייהו דבמת לוה בחיי מלוה כיון דכי מת לוה נתחייב המלוה שבועה לבני הלוה ואין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה, ובנ"ד לא היה יכול לגבות מהיורשים הנז' אלא בשבועה משום דאין בשטרו נאמנות כנז"ל וא"כ גם יורשיו לא מצו גבו ביה כלום מיורשי השנים שכבר מתו. ומינה נמי דלגבי דוד הנז' שעודנו בחיים שבאנו לחייבו מכח הערבות שנתערבו שלשתם זל"ז מהשתא פטרינן ליה מחלק חביריו כדאמרינן התם בההוא דשביק ערבא ואתו בני מלוה וקא תבעי ליה לערבא סבר רב פפא למימר האי נמי הבו דלא לוסיף

עלה הוא א"ל ר"ה בריה דרב יהושע אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל פי' והו"ל כיתומים מן היתומים והיינו דרב ושמואל ופסקה מר"ן בסי' ק"ח סי"א והטיל בה תנאי אם הניח הלוה נכסים וכן מוכח פשטא דגמ' דקאמר דערבא בתר יתמי אזיל דכל דלא אזיל בתר יתמי לגבות מינייהו לא פטרינן ליה ובדלית נכסי ללוה לא אזיל ערבא בתר יתמי, והנה מצינו שדבר זה שנוי במחלו' הפוסקים שהר' משה ן' יוסף סובר דה"ה נמי אי אית להו נכסי ליתמי אין נפרעין מן הערב דכיון דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם בתרייהו אזיל אבל הרמ"ה כתב ואפי' היכא דלא ידיעי נכסי ללוה לא גבינן מערבא דחיישינן דילמא שביק לוה נכסים במדנה"י ואזיל ערבא וגבי להו מיתמי אבל אי ודאי איתחזק הוא לוה דלא הוו ליה נכסי כלל דליכא למיחש למידי גבינן מערבא עכ"ל, ולפ"ז פסקוה דמר"ן הוי דלא כמאן. והרב באה"ג ציין דכוותיה דהרמ"ה פסק מר"ן, ולפ"ז ע"כ אין להבין דברי מר"ן כפשטן דמשמע מלשונו דלא פטרינן ערבא רק בדבריר לן שהניח הלוה נכסים אבל מסתמא אין פוטרין ומדברי הרמ"ה שממנו מקור הדין לא משמע כן אלא דמסתמא פוטרין שמא הניח במדנה"י ובדאיתחזק דלית ליה הוא דאין פוטרין:

ולכן צריכין אנו למדחק נפשין בדברי מר"ן דמ"ש אם הניח הלוה נכסים היינו דאיכא למיחש שמא הניח אלא שלענ"ד נראה להעמיד דברי מר"ן כפשטן ונימא דפסק כהרמב"ם הנ"ל וע"כ לא פטר הר' משה ן' יוסף לערבא אע"ג דלית להו נכסי ליתמי מאבוהון אלא משום דסובר שאף לא ירשו כלום מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם וא"כ אע"ג שלא הניח להם אביהם משום מצוה מיהא הוא אזיל בתר יתמי ולהכי פטרינן וא"כ לדידן דקי"ל דאפי' מצוה ליכא בשלא ירשו כלום כדכתב מר"ן בסי' ק"ז יע"ש א"כ לא פטרינן ליה רק בהניח נכסים ואפי' מטלטלין דאז איכא מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם ואזיל ערבא בתרייהו, וכ"כ הטור על דברי הר"מ ב"י הנז' ודלא כהרב באר הגולה:

ובנ"ד איתבריר דאית להו נכסים גלויים ואין אנו צריכין לחקור בנסתר והוא דידעינן דאית לשניהם חזקת חצר א' הנק' ע"ש לקאדי שיש בה י"ג דיורים וכבר נבנו כל הדיורים שבהאלספלי ועדיין הדיורים שבהאלפוקי לא נבנו ויש לה פתח פתוח להאלמללאח ואם היום שפתח לה פתח הגוי לצד הגוים ודר בה הוא עצמו והפתח שלצד האלמללאח סגור הוא לא יפתח ואין להם היום הנאה ממנה מ"מ אריה הוא דרביע עלה היום ולאחר זמן תחזור לקדמותה ויהנו ממנה וא"כ כשתחזור לדירת היהודים יהנו ממנה דאדעתא דהכי הניח הגוי הפתח שלצד היהודים בדלת ובריח דכשיראה הנאתו בשכירות דאייקור אצל היהודים הוא פותחה מצד היהודים וגם יש חזקת עלייה א' ליהודה הנז' בחצר הנק' ע"ש אריכ'א שאמת המים עוברת בה וגם יש להם בכפרים חזקת ישוב במקומות שהיו עושין

מלאכת הבורית וראינו יורשי ה"ר אברהם הנז' פרעו לגוי א' מנכסי אביהם סך ק"ם ואם היו חייבים לישראל הוא קודם, ולפ"ז איתברירו דינא דפטרינן לדוד הנז' מחלק חביריו מכל וכל, ונמצא דאין כאן תביעה להאפוטרופוס הנז' על דוד הנז' זולת על חלקו לבד קרן וריוח אלא דע"ז הוא שצווח דוד הנז' והמציא עדים כנז"ל שלא נכנס בידו מאומה מהשמן הנז' שנתן בעל העיס' אלא שהכניסו אביו עמהם בשטר אחר שנכנס השמן לרשותם ועשו ממנו בורית ואז ביקש בעל העיס' מאביו להכניסו בבריתו של אברהם אביו הנז' כנז"ל, ולפ"ז שלא לקח כלום מהקרן מאין יתן ריוח וזה עדיף ממי שנכנס בידו ממון העסק והוציאו ביציאותיו דכל מה שנותן הוי רבית כדכתב מר"ן בי"ד קע"ז ז' והדבר מבואר יותר בתשו' המיימוני דמשפטים סי' כ"ט הביאו מור"ם בהגה שם ס"ה. וא"כ כ"ש בנ"ד שלא נכנס בידו כלום מממון העסק דלא חל עליה חיובא דרווחא כלל ומהניא ליה האי טענה לפוטרו מהריוח גם אם לא היו לו עדים כלל במגו דהיה יכול לומר לא הרוחתי או הרוחתי ופרעתי הריוח יכול לטעון נמי שלא נכנס בידו כלום מממון העסק ולערבות בעלמא הוא דנכנס ע"פ בקשת בעל העיס' הנז' מאביו כנ"ל וכמ"ש מר"ן בסי' ע"ז ס"י גבי איש ואשתו שלוו מאחד וכו' והיא טוענת אתה לקחת כל המעות אלא שאני נכנסתי עמך בשטר אינה נאמנת אלא במגו דפרעתיך יע"ש. ומינה דטענה זו מהניא ליה גם בענין חלקו בהקרן לגבי חלק הפקדון דאית ליה מגו דהחזרתי דכי היכי שאם היה טוען נגד בעל העיס' החזרתי לך כל חלקי דמהימן בשבועה לגבי חלק הפקדון ובעל העיס' היה נשבע וגובה חלק המלוה כמ"ש המרדכי בפ' כל הנשבעים דף שכ"ז באמצע עמוד ב' שבאותו דף וז"ל שטר כיס היוצא על האדם וטוען החזרתי הכל ה"ז ישבע ונפטר מחלק הפקדון וזה נשבע וגובה מחצה דפלגא מלוה עכ"ל הכא נמי בנ"ד יכול לטעון דלערבות בעלמא הוא דנכנס ופטור מהא דרב ושמואל ובטענה זו ליהמניה מיהא לגבי חלק הפקדון דאית ליה מגו ולגבי חלק המלוה דלית ליה מגו ישבע האפוט' שלא צוהו בעל העיס' הנז' דלערבות בעלמא נכנס דוד הנז': ובעמדי בענין זה ומדי דברי בו חזינא להרב המאסף בסי' ק"ח בהגה"ט אות ל"ה שכתב וז"ל דוקא באומר החזרתי החצי אבל אם אומר החזרתי הכל כיון דלגבי פלגא מלוה אינו נאמן מטעם דשטרך בידי מאי בעי אף לגבי חצי של פקדון אינו נאמן מטעם מגו דהוי מגו לגרוע עכ"ל, ונראה דאישתמטתיה להרב המאסף סב' המרדכי הנ"ל שדבריו ברור מללו דבטוען החזרתי הכל נפטר מחלק הפקדון ואלו ראה דבריו לא היה כותב לחלוק עליו ובעיקר טעמא דיהיב הרב המאסף משום דהוי מגו לגרוע אמת הוא דכלל זה מצוי בספרי הפוסקים דלא אמרינן מגו לגרוע, ולמדוהו מההיא דחזקת הבתים דף ל"ג ע"ב ההוא דאמר ליה

לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבנתה ואכלתיה שני חזקה אזל אייתי סהדי דאכלה תרתי שני א"ר נחמן הדרא ארעא והדרי פירי ע"כ, [ופסקה מר"ן קמ"ה ג'] והקשו המפרשים [עיין תוס' שם ורמב"ן ורא"ש ונ"י] כיון דקי"ל התם באומר לחבירו מאי בעית בהאי ארעא ואמ"ל לפירות ירדתי נאמן א"כ אמאי הדרי פירי ליהמניה לגבי פירי במגו דיכול לומר לפירות ירדתי ותירצו דמגו לגרוע לא אמרינן דטפי ניחא ליה למימר מינך זבנתה שרוצה לזכות גם בקרקע מלטעון לפירות ירדתי דמגרע זכותיה שלא יזכה בקרקע יע"ש, וסובר הרב המאסף דבטוען החזרתי הכל הו"ל מגו דנאנסו מגו לגרוע דטפי ניחא ליה למימר החזרתי הכל מלטעון טענת נאנסו דלא מהניא ליה אלא לגבי חלק הפקדון ואי זאת היא כוונת הרב כד דייקינן שפיר לא הוי מגו לגרוע וב' הטענות עולות בקנה אחד שקולים הם ויבואו שניהם. שהרי כשנאמר דכוונתו בטענת החזרתי הכל לפטור עצמו מהכל נתכוון הכי נמי נימא בטענת נאנסו לפטור עצמו מהכל נתכוון אלא דאנן הוא דגרעינן ליה מטענותיו דמטענת החזרתי הכל גרעינן ליה פלגא מלוה משום דמצי הלה למימר שטרך בידי מאי בעי ומטענת נאנסו דלא מצי הלה למימר שטרך בידי וכו' כדלעיל עכ"ז גרעינן ליה פלגא מלוה מטעם דעלי דידיה רמיא אחריות אונס דמלוה וא"כ מאי גריעותא איכא בטענת נאנסו טפי מטענת החזרתי סוף דבר דברי הרב צריכין תלמוד, ומ"מ דברי הרב המרדכי ברור מללו דאין חילוק בין טוען החזרתי הכל להחזרתי מחצה:

וא"כ בנ"ד שטוען על הכל לערבות הוא דנכנס ופטור ליהמניה מיהא בחלק הפקדון דאית ליה מגו, וכ"ז הוא אפי' אם היה בענין שאין לו עדים המסייעים אכן בנ"ד דאית ליה עדים המסייעים שלא נכנס בידו מאומה מממון העסק ולערבות בעלמא הוא דנכנס ע"פ בקשת בעל העיס' איכא למימר דליפטריה מהכל ואפי' מחלק המלוה דידיה משום דיהבינן ליה דין ערב כדברי העדים שמעידים דלערבות בעלמא נכנס דמאי חזית דסמכת אעדי השטר אף אם היו מבררים שלקח דוד הנז' מממון העסק סמוך אעדים שמעידים דלערבות הוא דנכנס ולא לקח מממון העסק ומבררים מי לקח ומי לא לקח, וא"ת סוף סוף הרי חייב עצמו במה שאינו חייב במה שהכניס עצמו עמהם בחיוב השטר ודייניגן ליה כאלו נכנס בידו מממון העסק בפועל וכדאיתא בסי' מ' המחייב עצמו וכו' ה"ז חייב אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא הי"ל אצלו כלום כמו שישתעבד הערב עכ"ל י"ל דהתם מעיקרא כי שעבד נפשיה במה שאינו חייב אדעתא דנפשיה הוא דשעבד לשלם מביתו בחיוב מבורר מעיקרו ואין לו סמך על אחר לשלם בעדו, משא"כ בנ"ד דמעיקרא כי שעבד נפשיה והכניס עצמו עמהם בחיוב השטר לא עלה על לבו מעולם

לשלם מביתו וסמך אהימנותיה דאבוה שאף אם יתבענו המלוה לשלם הכל המה ישלמו בעדו כשימצא להם ממה לשלם ומעולם לא אסיק אדעתיה שיאמרו לו חביריו זיל שלם חלקך שהרי חייבת עצמך במה שאין אתה חייב שהרי הם לקחו הכל ולערבות בעלמא נכנס עמהם בחיוב השטר נמצא דמעיקרא לא שעבד נפשיה אלא לערבות כסתם ערב ומהניא ליה עדות העדים שמעידים דלערבות בעלמא הוא דנכנס אף שנכנס עמהם בחיוב השטר והמלוה הוא דאפסיד אנפשיה דלא נשבע על שטרו כיון שבחייו מתו השנים ונפטרו יורשיהם מלשלם ופטרינן לדוד הנז' כסתם ערב:

ואע"ג שאחד מן העדים שהוא ראובן הנז' קרוב לא' משנים שמתו שהוא אחיו של יהודה הנז' ולגבי יורשי אחיו הנז' הוא דפסול מחמת קורבה עכ"ז אחר שנסתלקו יורשי אחיו מהאי דינא ובין הכי ובין הכי פטרינן להו ולא נשאר לאפוטרופוס יתומי המלוה עליהם שום תביעה זולת על דוד שעודנו בחיים וא"כ אף כי קרוב הוא לגבי א' מהלווין שמתו עכ"ז לגבי דוד הנז' רחוק הוא, וכה"ג איתא פ"ק דמכות בעובדא דאילעא וטוביה קריבי דערבא הוו סבר ר"פ למימר גבי מלוה ולוה רחיקי נינהו א"ל ר"ה בריה דרב יהושע ואי ליתיה ללוה לאו בתר ערבא אזלינן [ופסקה מר"ן ל"ג ט"ז] משמע שאם היה במציאות דלא אזלינן בתר ערבא הוה מכשרינן להו: וא"כ בנ"ד דלא אזיל האפוט' כלל בתר יורשי הלווים אלא בתר ערבא ולגבי ערבא רחיקי נינהו מכשרינן להו להעיד על דוד הנז' עדות שאין בה לא זכות ולא חובה ליורשי קרוביה דהאי סהדא והו"ל עדות שביד דוד הנז' דמערבות הוא דנכנס עדות גמורה מב' עדים כשרים ופטרינן ליה כסתם ערב: ועוד הרי איכא סהדא אחרינא שמעיד שבאותו זמן שלקחו השמן הנז' ובאו לעשות מלאכתן במקום העד הנז' ובא אצלם דוד הנז' שישכרוהו אפי' בנהו"ם כרסי"ה ולא קבלוהו מוכח כדברי העדים הנז' דלערבות הוא דנכנס דאי הו"ל חלק באותן המעות דמי השמן לא היו דוחים אותו באמת הבנין דשותף הוא להם, אלא ודאי אין לו חלק בכך אלא שרצה שישכרוהו מחמת טובת הערבות שנתערב בעדם ולא קבלוהו דבעיניהם אין כאן טובה שהם היו אמודים יותר אלא שבחר בערבות הקטן כיון שהיה הרעב כבד אם לא נמלט זה ימלט זה, ולפ"ז אין אנו צריכין לעדותו של הקרוב הנז' ואיכא עדות מספקת כשנצרף עדותו של זה עם העד שמעיד שלא נכנס בידו מאומה וכו'. וא"כ אף אם היה המלוה קיים ונשבע על שטרו וגבה הכל מדוד הנז' עכ"ז מכח העדות הנז' הוא חוזר על יורשיהם לגבות מהם מה שפרע בעד מורישם והשתא דמתו הלווים בחיי המלוה ופטרינן להו משום דאין אדם מוריש וכו' בדין הוא לפטור גם לדוד הנז' שהרי כ"מ שגובים ממנו הוא חוזר מכח העדות הנז' וגובה מהיתומים והיא דרב ושמואל ביתומים מהיתומים:

והגם דפטור דוד הנז' מכל וכל ראיתי לפשר שיתן להאפוט' איזה סך ליתומים כדי שיקרע לו השטר דקי"ל אין קורעין ואין מגבין בו מט' שמא כשיגדלו היתומים ימצאו מה לתפוס מנכסי המתחייבים כדמשמע מדברי מר"ן בסי' ק"ח סי"א דאחר שכתב וכן אם קדמו וכו' כתב לפיכך וכו' אין קורעין ומשמע אפי' בא ליד ב"ד ולא נתרצו לפשרה. וכתבתי מה שהורוני מן השמים וצויי"מ וימ"ן. נאם החותם בתמוז משנת הרופא לשבו"רי לב ליצירה:

נאם שאול ישועה סי"ט שבתי וראה דדברי ההגה בסי' ק"ח שחילק בין אם הגיע השטר ליד ב"ד לדון עליו דקרעינן ליה הם דברי הרא"ש בפסקיו והטור וגם הרב ב"י נראה דהכי סובר מדנחית לתרץ סברת הרמ"ה עם דברי הרא"ש יע"ש סעי' כ"ז ולראיה חתמתי בשבט משנת ולך אתן פתחו"ן פה לפ"ק:

נאם שאול ישועה סי"ט יפה זיכה החכם הפוסק הנ"ב לבחור דב"ש הנ"ב מלהתחייב בשטר הנ"ב בין לגבי חלקו בין לגבי חלק חביריו מאחר שהוברר הדבר שדוד הנז' לא נכנס בשטר הנז' כ"א בתורת ערב וקושטא דמלתא שלא נכנס בידו כלום מהעסק הנז' ולא אכל ולא נהנה ממנו כלום ולגבי יורשי הלווים לא מצי האפוט' לאישתעויי דינא בהדייהו וליפרע מהם מאחר שמתו הלווים בחיי המלוה ואין נאמנות בשטר א"כ גם לגבי הערב הנז' לא מצי ליפרע ממנו כיון שברור שיש ללווים הנז' נכסים כאמור וכמ"ש מר"ן סי' ק"ח סי"א ועם היות שסיים שם מור"ם בשם מהרי"ק שאם הערב הוא היורש בעצמו גובה ממנו, ובנד"ז הערב הנז' הוא א' מבניו של א' מן הלווים וכיון שכן יכול הוא לגבות ממנו, יש לומר בזה דלא איירי מהרי"ק אלא היכא שאין שם יורש אלא הוא דלא שייך בזה שיחזור הערב ויפרע מן היורשים הוא דאמרינן שיפרע מן הערב משום הבו דלא לוסיף עלה, אבל בנד"ז שיש יורשים אחרים לאבי הערב גם יורשי הלוה השני ודאי יודה מהרי"ק שלא יפרע מהערב דכיון שחוזר הערב ההוא ונפרע משאר היורשים הוו להו כיתומים מיתומים ולכן אין נפרעין מן הערב, וכ"ת נפרעין ממנו מיהא חלק העולה לו לערב בין שאר היורשים שאז אינו חוזר ונפרע הערב באותו חלק משאר היורשים לא פלוג רבנן שאם אתה פוטרו מחלק שאר היורשים יפטר גם מחלקו שכיון שהותר מקצתו הותר כולו וכ"ז אינו אלא לדברי מור"ם אבל לדברי מר"ן אין חילוק בין אם הערב הוא היורש או אם הוא איש נכרי לעולם אין נפרעין ממנו. דמדהביא מור"ם סברת מהרי"ק בשם י"א ש"מ דמר"ן לא ס"ל הכי וכוותיה נקטינן ואפי' את"ל לדחוק דברי מר"ן מדיהיב טעמא למלתיה שאם יפרעו מהערב הרי הערב חוזר ונפרע מיורשי הלוה דמשמע דוקא היכא שחוזר ונפרע מהיורשים הוא דאין נפרעין מהערב אבל היכא שהערב הוא היורש

יודה לדברי מור"ם בשם מהרי"ק, הרי כבר אמרנו דנד"ז לא נכנס בכלל דברי מהרי"ק גם מר"ן אי ס"ל כסברת מהרי"ק יודה בנד"ז אחר שיש שם יורשים אחרים כאמור, ועוד אפי' את"ל דלסברת מהרי"ק נפרעין מן הערב חלקו מיהא אפי' היכא דאיכא יורשין אחרים כנד"ז, הנה יש מקום לפטור יורשי הלווים מטעמא אחרינא שאז דינם שוה לדין הערב שכשנפטרים היורשים נפטר גם הערב ולא מטעם מת לוה בחיי מלוה דנימא הבו דלא לוסיף עלה והוא שבנד"ז נתחייבו הלווים הנז' לחלוק עם המלוה הנז' כל הרווחים שירויחו ממקום אחר זולתי העסק הנז' כמו שמבו' בלשון השטר וכשם שחולקין בריוח כך חולקין בהפכו, וכיון שכן אפי' אם היה המלוה קיים אינו גובה מיורשי הלווים אפי' חלק המלוה דאנן טענינן ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען וכיון שאלו היה אביהם קיים היה יכול לטעון שהפסיד הפסד מרובה במקום אחר עד כדי שעולה למלוה בחלקו בהפסד כנגד כל הקרן בין חלק המלוה ובין חלק הפקדון אנן נמי טענינן להו הכי ואינו יכול לגבות מהיתומים כלום וכיון שהם פטורים וגם הערב הנז' פטור דדין א' להם וליכא בזה משום הבו דלא לוסיף עלה דמ"ש מר"ן בסי' הנ"ל ס"ד שאם הוציא על היורשים שטר עיסקא החצי י"ל דין מלוה ונשבע ונוטל והחצי אינו נוטל אפי' בשבועה שכיון שאלו היה אביהם קיים היה נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וטענינן להו דהחצי מיהא גובה בשבועה התם איירי שלא נשתתפו כ"א באותו עסק דוקא לא בזולתו שאפי' אם היה מפסיד הכל או נאנס הכל אינו מנכה לו כ"א החצי של פקדון ואינו יכול לטעון החזרתי כ"א לגבי חלק הפקדון כאמור. אבל בנד"ז שנשתתפו בכל הרווחים דעלמא זולת העסק הנז' יכול לטעון החזרתי הכל מאחר שאין בו נאמנות במגו שהפסיד הפסד מרובה שעולה למלוה בחלקו כנגד כל הקרן הכתוב בשטר ואנן נמי טענינן להו הכי כאמור. ולראיה ביד הערב הנז' ח"פ פאס יע"א בזמן הנ"ב וקיים:
אליהו הצרפתי הי"ו מתתיה סירירו יס"ט שמואל אבן צור סי"ט:

סימן לז

טופס והעתקת שטר פשרה שרצה בעליו לכתוב ע"ג פס"ד ובכן נדרשנו להעתיקו וז"ן או"ב תב"ת:
להיות שהי' שלם ן' אברהם ה"ן אלקובי הוציא שטר עיס' נגד הי' מסעוד ן' מרדכי ה"ן עטייא מסך ר"י אוקיות כ"ט ונוטל הרביע מהריוח והמתעסק הנז' ג' רבעים וזמן השטר ט' ימים לח' אייר זו שנת ה"א ותקל"ג ליצירה וחתום כראוי וכבר נתן לו מה שנתן לו מהריוח של השנים שעברו וזקפם עליו במלוה סך ק"ס אוקיות מכ"ט וכתב עליו שט"ח

כו"ח כראוי וזמנו באייר ש' התק"מ ליצי' וכעת תבע שלם הנז' למסעוד הנז' בשטר העיס' ובריוח שעלה לו בחלקו ונכנסו מתווכי שלום ופשרו ביניהם שיתן לו מסעוד הנז' נוסף על סכי השטרות הנז' סך ר"ל אוקיות מכ"ט שבצי"ה קרן וריוח הוי סך ת"ר אוקיות מכ"ט וכן נקוש"ח מסעוד הנז' ונתחייב לפרוע להי' שלם הנז' סך ת"ר אוקיות הנז' חו"ג ופרעו' עזה"ד דהיינו לערב חג הפסח הר"ל יפרע לו על יד על יד סך ן' אוקיות מכ"ט וסך ק' אוקיות יפרע אותם על יד על יד עד ערב חג הסוכות הב"א וסך פ' אוקיות יפרע אותם על יד על יד עד ערב חג הפסח הב"א וסך ק"ך אוקיות יפרע אותם על יד על יד עד ערב חג הסוכות הב"א וסך ק' אוקיות יפרע אותם על יד על יד עד ערב חג הפסח הב"א וסך ק"ן אוקיות יפרע אותם על יד על יד עד ערב חג הסוכות הב"א וקבל אנפשיה מסעוד הנז' בכח הקוש"ח דלא כאס' שאם העביר המועד ולא פרע בזמנים הנז' שעדיין השטר עיס' הנז' בתוקפו וגבורתו מעכשיו כאשר היה בראשונה ויפרע גם הסך ק"ס אוקיות מכ"ט שזקף עליו במלוה כבר עם סך ר"ל של הפשרה הנז', ובאמ"ץ נקוש"ח כ"א למ"ש הי' שלם הנז' וקבל אנפשיה הפשרה הנז' בל לנטות ממנה ימין ושמאל ולא נשאר לו נגדו כשיקיים תנאו הנז' שום דין ותביעה כלל מפאת העיס' הנז' הן תביעת ממון הן תבי' שבועה וביטל לו כל מודעי ומודעי דמוד' ודנפקי מגו מודעי ע"ס כל המודעות ובפיסול עדיהן וכו' ובאיסור הנאתן וכו' והודו כ"א מה שהחזי' ע"ע שטר מוח' ומקו' בחסובדי"א בתפי' ובמאסר ובנאמ"ג ומפו' כשע"ך שהאמין מסעוד הנז' לשלם הנז' ולב"ך עוב"ך בכ"ע שט"ז ואפי' לומר שהוא אמר לו שיש ריוח בלי לחיי' שו"ש ק"ו וג"ש וח"ס ואפי' לאחר הפרעון ובאח"ג עוי"א ועכ"ן מקו"ט שקו"ש כתחז"ל דלא כאס' ודלא כטו"ד ונ"ה בקושח"ך ולראיה ע"ה ח"פ והי"ז בשלהי כסלו ש' התקמ"ג ליצי' וקיים וח"ע אני החותם כאן א' והי' יוסף ן' יהודה ה"ן עולייל וקיים:

עמדו לפני לדין ה"ר שלם הנ"ל תובע לה"ר מסעוד המקבל הנ"ל וטען הנותן הנ"ל שיפרע לו המקבל הנז' כל העיס' שי"ל עליו קרן וריוח שהרי העביר המועד המקבל הנז' שלא פרע הן' אוקיות שקצבו לו הפשרנים לתת בערב פסח וגם לא פרע הק' אוקיות שקצבו לו לתת בערב חג הסוכות הב"א כנ"ל ואחר שכן חזר עיס' בתוקפו וגבורתו כאשר היה בראשונה כנ"ל ולכן תובע ממנו קרן העיס' והריוח שמיום הוסדה וע"ע ומסעוד המקבל הנז' עם היות שגם הוא רוצה בביטול השטר פשרה הנ"ל ובחזרת השטר עיס' לאיתנו לתנאו הראשון מ"מ הוא צווח נגד הנותן הנז' ד' צווחות העזר"ה צוחה א' נגד השטר עיס' הנז' מעיקרו שעליו נתייסד השטר פשרה הנ"ל באומרו דשטרא ריעא הוא משום דקאי בשינוי השם שכתוב בו ששם המקבל עיסקא משלם הנז' מסעוד בן יחייא ן' עטייא והוא

שמו מסעוד ן' מרדכי ן' עטייא והמציא לפנינו השטר עיס' עצמו וכתוב בו מסעוד ן' יחייא כדברי המקבל הנז' וטען שהפשרנים הנ"ל נתנוהו לו להשליכו לאיבוד כשכתבו עליו השטר פשרה הנז' וכשנתן השטר למי שקראו לפניו ומצא בו השינוי הנז' הניחו בידו למשמרת לאות דקאי בשינוי השם, והנותן משיב האמת כן הוא דקאי השטר בשינוי השם והוא מחמת שהסופר שכתבו טעה, ושלחנו אחר הסופר שכתב השטר פשרה הנ"ל היכן ראה השטר שכתוב בו מסעוד ן' מרדכי ן' עטייא שכתב בשטר הפשרה הנ"ל הוציא שטר עיס' נגד מסעוד ן' מרדכי ן' עטייא ואם זה הוא השטר שהוציא לפניהם שלם הנז' דקאי בשינוי שם האב אלא שבראותו שהבעל דבר הנז' מודה שאליו נתן העיס' שלם הנז' תלה הדבר בט"ס וכתב סתם מסעוד ן' מרדכי בשטר הפשרה כאלו כך היה כתוב בשטר. ולא היא דכיון שיש שינוי השם בשטר וע"פ הודאת המקבל הוא שאנו אומרים ט"ס הוא לא היה לסתום אלא לפרש שכך כתוב בשטר וכך הודאת המקבל הנז' אלא שלהיות הסופר איש תם ולא ידע שיש חילוק בין האי להאי כ"כ ולא שח"ו נתכוון לשנות מה שראה במרד ובמעל וגם אנכי ידעתי שזה הוא השטר שהיה ביד שלם הנז' נגד המקבל הנז' בשינוי שם האב שהביאו אלי שלם הנז' קודם עשות הפשרה הנז' לבקש לו תיקון ותרופה לבל יורע ויפסל ואמינא ליה שאין לו תרופה להכשירו ולשווייה שטרא מעליא כ"א בבוא עדים החתומים בו וידעו בעצמם שטעו ויתקנוהו הם עצמם דכל שיודעים העדים דאית ביה טעותא אכתי לא נגמרה שליחותם ויכולים לתקנו כדכתב מר"ן בסי' מ"ט ס"ו אלא שהוא דבר נמנע מחמת שהעד הראשון שהוא כהה"ר אברהם אציני הי"ו הרחיק נדוד והעד הב' שהוא הר' יוסף בכה"ר מאיר גבאי נלב"ע ואנן נמי אלו לא היה בעיר הזאת מי ששמו מסעוד ן' עטייא זולת המקבל הנז' אנו תולין בט"ס ומחזקינן השטר בכשרות אכן יש כאן ב' מסעוד ן' עטייא זולת המקבל הנז' ואין גם א' מהם ששם אביו יחייא ועכ"פ שם האב נכתב בטעות אלא שאל מי משלשתם נימא שעליו נכתב השטר וטעה הסופר בשם אביו והרי שלשתם נכנסים בגדר הספק וזיל הכא מדחי ליה זיל הכא מדחי ליה כההיא דב' יוסף בן שמעון, וכיון דאין לאותו שטר קיום והעמדה זולת ע"פ הודאת המקבל הנז' ומפיו אנו חיים והו"ל כאלו היא עיס' בע"פ בלא שטר ויכול המקבל לטעון טענותיו גם נגד הקרן כההיא דכתב מר"ן בסי' פ"ב ס"א גבי שטר שאינו מקוים והלוה מודה שכתבו שיכול לטעון פרעתי יע"ש:

ולפ"ז בנ"ד הפה שאסר בהודאתו שמודה בשטר שכתבו הוא הפה שהתיר בטענה שהיום אשר בקר בפנקסו לדעת את מוצאיו ומובאיו ראה והנה אכל שלם הנז' גם מה שאינו שלו דמלבד שמצא שאכל חלקו בהריוח וגם הקרן הנז' אלא שיש נוסף עליהם והוא שהמציא

לפנינו ולפני שלם הנותן הנז' הפנקס הנז' וצירפנו כל הרוחים המסודרים בפנקסו הנז' שנה אחר שנה משנת תקל"ג שהוא זמן העיס' הנ"ל ועד היום ועלה הכל לסך בו"ו ת"ם דיגו אלפים וד' מאות אוקיות נמצא שעולה לשלם בהרביע שנוטל מהמקבל הנז' סך תתק"ם ובסידור האלגאייז שנתן לשלם הנז' פרט פרט ע"פ פנקסו נמצא שנתן סך תת"ם ל"ם ב"ם כשנוציא מהסך הנז' תתק"ם שהוא חלק הנותן בריוח וסך הקרן שהוא קק"ם ס"א כנ"ל ימצא ביד שלם מותר כ"ם ב"ם וא"כ בטענה זו לבד יש די והותר לקעקע השטר הנז' קרן וריוח ע"פ שבועתו שישבע על ככה ע"פ מאי דכתיבנא לאורועי השטר הנ"ל והו"ל עיס' בע"פ שהרי טוען שכל מה שהיה נותן לשלם הוא בתורת גאייז ולא לשם ריוח וכיון שיש ביד שלם מותר על חלקו בהריוח יחשוב אותו מהקרן כדכתב מר"ן בסי' פ"א סעיף ל' ואף ששלם הנז' טוען לא ידענא שהגיעני הסך הנז' וכ"מ שהיה נותן לי היה נותן לשם ריוח כיון דשטרא דנקיט בידיה שטרא ריעא הוא חזרה השבועה לנשבע ונפטר, ואע"ג דנקיט מיהא השטר פשרה הנ"ל בידיה כמאן דלא נקיט דמי, חדא דעיקר הפשרה נתייסדה ע"פ השטר עיס' הראשון לחושבו דשטרא מעליא הוא, והשתא דברירנא דשטרא ריעא הוא בנפול היסוד יפול הבנין דאנן סהדי דאלמלא ידע דשטרא ריעא הוא ויכול לטעון טענותיו נגדו כמו שידע השתא לא היה מכניס עצמו ליאסר בכבלי השטר פשרה הנ"ל והו"ל פשרה בטעות והגם שנעשית בקוש"ח הכל בטעות הוא וחוזר כדכתב מר"ן בסי' כ"ה ס"ה והרב המאסף שם בשם האחרונים דפשרה אין כאן קנין ושבועה אין כאן יע"ש. ועוד שכבר נתבטל בהעביר המועד המקבל הנז' וחזר הדבר לקדמותו לידון ע"פ השטר הראשון, וכבר כתבנו דשטרא ריעא הוא ואף שמבואר בשטר הפשרה הנ"ל שמלבד חזרת השטר לאיתנו בהעביר המועד עוד הטיל תנאים אחרים שנתחייב בהם המקבל בהעביר המועד שכתב ויפרע ג"כ סך ק"ם ס"ם שזקף עליו במלוה כבר עם סך קק"ם ל"ם של הפשרה עכ"ל, מ"מ הוי דבר שאין לו שחר שהרי בתחילת דבריו דייק ותני שחוזר השטר לתקפו כאשר היה בראשונה וכשאנו דנין ע"פ חזרת השטר לקדמותו אנו מחייבים להמקבל לתת דין וחשבון העיס' מיום הוסדה וע"ע וא"כ תם מה הוא אומר שיפרע סך ק"ם ס"ם שזקף עליו במלוה והמה מריוח שעלה בזמן שזקפן עליו והשתא שכולל כל הריוחים של העיס' מתחלה וע"ס הרי הסך הנז' בכלל ואם עלה ירד או יתוסף עליו ריוח אחר ומה המה סך קק"ם ל"ם של הפשרה. ואם הם נגד הריוח שמזמן זקיפת המלוה ועד זמן הפשרה הרי הכל בכלל כאמור ואם כוונתו לומר שעכ"פ יתן סך ק"ם ס"ם שזקף עליו כבר שהוא הריוח שקדם לזמן הזקיפה ועוד יתן בריוח שמזמן הזקיפה ועד זמן הפשרה קק"ם ל"ם בתורת קצבה שיתן הסך

הנז' גם כשלא יש ריוח כשיעור הזה א"כ הוי רבית ואפי' אם היה הדבר בהיתר ואין בו לתא דרבית מ"מ כל כה"ג אסמכתא היא ולא קניא ואע"ג דכתב וקבל אנפשיה בקוש"ח דלא כאס' וקי"ל בסי' ר"ז סי"ט דשבועה מהניא באסמכתא ה"מ שבו' באנפי נפשה ולא שתהיה כרוכה עם הקנין דלזרוזי הקנין הוא דאתיא וכיון דבטל הקנין משום דלא נעשה בב"ד חשוב גם השבועה בטלה דמהאי טעמא אנו מדקדקין לכתוב בשטרות כ"א למ"ש כי היכי דלא נימא לזרוזי הקנין אתיא השבועה אלא למה שתועיל בדינה הוא דאתיא, והגם שהסמ"ע שם בסקנ"ג סבר למימר דצירוף השבועה עם הקנין לחזקו ולהשוותו כקנין בבד"ח כבר השגהו הש"ך וגם הט"ז יע"ש, והרב ד"ן בסימן ד"ן האריך בזה וכ"ז הוא באין אנו אומרים שהפשרה נעשית בטעות אבל לפי מאי דכתיבנא לעיל דפשרה בטעות היתה אין מקום לשום א' מתנאיה כלל לחול:

ועוד צווח המקבל הנז' שיחזיר לו שלום הנז' מהריוח שאכל חלקו העולה לו בהפסד שהיה מפסיד המקבל מכיסו במשך זמן העיס' הנז' דגם אם הטוב יקבל ואת הרע לא יקבל וצירפנו כל ההפסדים שהראה בפנקסו הנ"ל ועלה ס"ה או"ו מ"ם ה"ם עולה ברביע לשלם הנז' קק"ם ס"ם א"ם ב"ת דכשם שהם בריוח כך הם בהפסד ולזה אמינא שאינה טענה שאינו בדין שישבע ויטול מה שביד חבירו דקי"ל בסי' צ"ג סי"ג שאין השותף מהנשבעין ונוטלין יע"ש והגם דאשכחן בנימוקי הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שכ' שהמנהג הוא שהשותף נשבע ונוטל הפחת ונתן טעם לדבר לפי שכותבין בשטרות וכשם שהם בריוח וכו' והיא מלתא דלא צריכה דפשוט הוא דכשם שחולקים בריוח כך חולקין בהפסד אלא ודאי מלתא יתירתא היא לטפויי אתיא דאפי' לא ידע חבירו בהפסד נשבע ונוטל מחבירו עכ"ל עכ"ז אית לית למימר דלא אמרה הרב למלתיה אלא בשני שותפים אבל מקבל העיסקא אינו נשבע ונוטל שהרי מה שכותבין בשטרי עסקאות כשם שהם בריוח וכו' לאו מלתא יתירתא היא וצריכה לגופה כי היכי דלא נימא כסתם עיס' אי פלגא באגר תרי תלתי בהפסד וכמבואר ביו"ד סי' קע"ז סכ"ז יע"ש הרי דמקבל העיס' אינו נשבע ונוטל מה שביד חבירו אלא נשבע ונוטל מדבר שהוא תח"י:

והשתא דאתינא להכי אמינא ודאי דאפי' אם היה השטר עיס' הנ"ל מוחזק בכשרות ולית ביה שום ריעותא מ"מ לגבי טענת ההפסד שטוען המקבל הנז' משתעבד גם הקרן וא"כ כשיברר ע"פ שבועתו שעולה לשלם סך קק"ם ס"ם א"ם ב"ת בחלקו כנ"ל יפסיד מיהא שלם הקרן שהוא קק"ם ס"א ובהנשאר אינו משלם מביתו כדכתיבנא לעיל:

ועוד צווח המקבל הנז' נגד העיס' מעיקרה בטענה שבשנה ראשונה שנתן לו שלם הנז' העיס' הנז' לא עברו ימים מועטים עד שנאכל הקרן ותם הכסף והיה הולך ומשתתף

עם אחרים שנה אחר שנה בלא קרן ושותפיו יעידון יגידון כלם כאחד שמעולם לא היה מניח להם כלום לכיס השותפות ואפי"ה מפני שבושתו מרובה היה נותן גאייז לשלם הנז' ממה שהיה מרויח עם שותפיו בהשתעבד גופו להם אחר שהיו הם מרימים קרנ'ם בכבוד שנה אחר שנה מפני הבושה ומיראתו מחרב השטר שהיה בידו, ואין זו טענה להוציא מהנותן מה שכבר אכל והגם דאיסורא הוא דספי ליה המקבל הנז' בכל מה שהיה מאכילו אחר שנאכל הקרן כדכתב מר"ן בי"ד סי' קט"ז ס"ז אם הלוה הוציא המעות ביציאותיו ונתן ריוח הוי רבית יע"ש, והדבר מבואר יותר בתשו' המיימוני דמשפטים סי' כ"ט הביאה מור"ם בהגה שם ס"ה וז"ל התשו' ויתנה שאם יצטרך המקבל להוציא מן המעות לצרכו יחזיר בקרוב אחרות ויזכה אותם להמפקיד ע"י אחר שאם לא היו המעות בעין או בחובות או בסחורה היאך יתן רבית על מה שהוציא הרי משלו נותן ואם לא לקח רשות להוציאם כשיצטרך ולהחזירם הרי שלח ידו בפקדון והרי הם מלוה עליו ואינם בחזקת בעלים וא"כ רבית הוא יע"ש, מ"מ הנותן מיהא אהימנותיה דהמקבל הוא דסמיך שלא ישלח ידו בחלק הפקדון אלא לצורך הנותן. וכבר מצינו בפסקי הרב הגדול הנ"ל ומודעת זאת בכל הארץ דאין טענת כלא קרנא מועלת אלשעבר דדוקא משעת שבועה שישבע כדינו ע"י תביעת התובע הוא דמהניא ובתנאי שימכור נכסיו לפרוע להנותן קרן וריוח שעבר ולא שישמור נכסיו לעצמו ויאמר לחבירו כלא קרנא עכ"ל ואין לחלק באם הביא עדים דכלא קרנא לנשבע שהרי מחייב אותו הרב זלה"ה על פשיעתו שלא מכר נכסיו להחזיר לבעלים ולא שישמור וכו' ואע"ג דמדברי התשובה הנ"ל משמע דצריך להחזיר בפועל ולזכות ע"י אחר דאל"כ משלו הוא נותן והו"ל רבית מ"מ נראה דבשטרות שלנו אין צריכין לזה שהרי כותבין במעות הנז' וזולתן וא"כ מעיקרא הוא משעבד עצמו שיתן ריוח להנותן אפי' מזולת מעותיו: אסיקנא שאין להעיס' הנז' דין עיס' בשטר ולא הויא אלא עיס' בע"פ וכשישבע המקבל שלא הרויח יותר מסך בו"ו ת"ם פ"ם ח"ם ושלא נתן להנותן הנז' גאייז פחות מסך תת"ם ל"ם ב"ם הוא פטור מקרן וריוח העיס' הנז' בדקדוק ועל טענת ההפסד כיון שאינו נוטל כלום מהנותן הנז' למה ישבע היום ואם ירצה לישבע היום וישמור השבועה כתובה וחתומה עד ימצא מקום לתפוס משל הנותן דאז לא מפקינן מיניה או אם ירצה למחול בסך ההפסד משום חומר השבועה וינכה הסך מהסך שסידר על שלום וישבע שלא נתן לו פחות מהנשאר בידו אחר ניכוי הסך הנז' או אם יש לו ספק בהריוח שמא הרויח יותר יכול להוסיף על הריוח כדי כל הסך כגון שישבע שלא הרויח יותר מסך גו"ו תק"ם ל"ם ג"ם דהשתא עולה בחלק הנותן תת"ם פ"ם ח"ם והרי נתן לו סך תת"ם ל"ם ב"ם וישאר אצלו נ"ם ו"ם עם סך הקרן שהוא קק"ם ס"א

הוי סך הכל קק"ם ס"ם ו"ם והוא חלקו בהפסד כנ"ל כשישבע על ההפסד ואז אין לזה על זה כלום ואחר שנידונו לפני הב' כתות הנז' וקבלו עליהם את הדין והלך שלם הנז' ואחיו שהוא שותף עמו בהעיס הנז' להשביע להמקבל הנז' ובידם כתוב אופן השבועה ונלאיתי לפשר ביניהם ולא נתרצו הב' כתות ונומיתי להם לעכב הדבר ליום המחרת לתת ריוח להמקבל הנז' להתיישב בדבר ולמחר כשרצה המקבל לישבע עמד שלם הנז' לפני ועכב עליו מלישבע היום עד עת שיחפוץ הוא להשביעו ופיטרו מכל אופני הפסד דלימטי להמקבל הנז' מעיכוב השבועה הנז' ולא נשאר ביניהם זולת השבועה שישבע המקבל על מה שהראה היום לפנינו בפנקסו כשיתבענו שלם הנז' ולראיה ביד המקבל חתמתי בכסלו מש' הוא ההולך קדמ"ת אשור לפ"ק וקיים: שאול ישועה סי"ט:

סימן לח

טופס פס"ד וז"ן, שאלה המלך היה נושה בקהל סך מה מממון עצמו ואחר מיתת המלך קודם שנכנסה בלשת לעיר בא שר א' במאמר המלך בנו אשר מלך תחתיו לגבות ממון ההוא מהיהודים כי נתן המלך לשר ההוא ולבני החיל כל אשר ליהודים ובכלל גם הממון ההוא ובאו הקהל ופנקסו לו כל מי שיש בידו מממון המלך ובכלל המפונקסים פנקסו לו את ראובן כי גם הוא בידו מממון המלך ובאותה שעה לא היה מצוי שם ראובן בהאלמללאח וכשגמר השר המגבה הלך להאלודאייא ומצא שם ראובן ותפסו לפרוע הסך המפונקס עליו וראובן היה ממכירי השר ומיודעיו ויפייס את השר ע"י שרים רבים ונכבדים עד אשר מחל לו ופטרו ממקצת מהסך ההוא, ועכשיו תובעים הקהל לראובן לתת להם הממון ההוא שבו מחל השר ההוא לראובן וראובן טוען שכיון שמחל לו השר זכה בו ולו לבדו יהיה' ולכאורה נראה דהדין עם ראובן דהוי כזוכה מזוטו של ים ומשלוליתו של נהר דסי' רנ"ט ס"ז דזכה מההפקר דמלך שכעס על עבדיו ולקח כל אשר להם בכה"ג הוי דינא דמלכותא דינא ולא מקרי גזל כמ"ש מר"ן סי' שס"ט ס"ח וא"כ זכה בו ראובן מאת השר וכ"ש הכא שאינו ממון הקהל אלא ממון המלך ונתנו המלך לשר דכל שמוחל לו השר זכה לעצמו, ואע"פ שכתב מר"ן בסי' קע"ח שותפים שבקש א' מהם וכו' וכן הביא בב"י בשם רבי' קלונימוס זקני ז"ל היה השר מוחל וכו' ע"ש, הרי כתב הב"ח דלטעמא קמא שהביא הרא"ש בשם רבינו שמחה דאם מחל בבקשתו הוי לאמצע משום דהוי שלוחם היינו דוקא אם המוכס ידע שהוא א' מהשותפים אבל אם לא ידעו כלל שהוא שותף אפי' בקש ממנו שימחול לו מחל לו לבדו ע"כ, והכא אנן סהדי דלא ידע הגוי מזה כלל שיש לו שום שותף בזה הממון ועוד דשאני התם במס

דכל הקהל שותפים במס וכיון שמחל לו בבקשתו אמרינן שהוא שלוחם. אבל הכא חוב הוא שנושה בהם המלך מממון עצמו ואינו נותן אלא מי שיש בידו ממון המלך וכ"א נתפס בחובו והשר מחל לו בבקשתו פשיטא דלעצמו הוא ואפי' נימא דה"נ כיון שמחל בבקשתו הוא לאמצע מ"מ אם אמר לעצמי נתכוונתי נאמן בשבו' וכמ"ש הב"י ז"ל בשם ראבי"ה בסוף סי' קפ"א אהא דשיירא שעמד עליה גייס וכו' והא לא דמיא אלא להא דכתב מר"ן סי' קפ"ג שיירא שהיתה במדבר ועמד עליה גייס וטרפה אם אינם יכולים להציל מידם ועמד א' והציל הציל לעצמו ע"כ וה"נ אפי' אם לא היה ממון זה ממון המלך אלא ממונם כיון שכל היהודים היו באותה שעה בסכנה גדולה כידוע שכל הנתפס לא היה אפשר לו להציל את עצמו אפי' ע"י הדחק אם לא ברצי כסף ונוסף על זה סכנת גופו ודאי זה שעמד והציל דהציל לעצמו ואע"פ שלא אמר לעצמי אני מציל זכה בו' וכ"ש השתא דלאו ממונם הוא אלא ממונו שזכה בו מהמלך ונתנו לראובן דזכה בו, עוד יש להביא ראיה ממ"ש הב"י ז"ל בשם ר"מ שפסק על ראו' שבא אצל השר לאחר שנתפשרו הקהל מן המס וביקש למחול לו חלקו מן המס ומחל לו מה שמחל לו הציל לעצמו אבל אם קודם פשרה ביקש לפוטרו ופטרו חייב ליתן מס כדאמרינן גבי שיירא וכו' ועמד א' מהם והציל והם יכולים וכו' הציל לאמצע ואע"ג דאמר לעצמי אני מציל דמה שהשר פיחת לו הוא מכביד על אחרים ע"כ, משמע להדיא דלאחר פשרה הוא לעצמו. וקודם פשרה נמי לא אמרינן דהוא לאמצע אלא במה שהוא פוחת וכו', והכא בנ"ד איתנהו לתרווייהו חדא דלאחר פשרה פייסו דכיון דחוב הוא נושה בהם הרי סכומו קצוב וכלאחר פשרה דמי וטעמא דמה שפוחת וכו' לא שייך הכא דכ"א אינו פורע אלא מה שקבל מממון המלך ולא יותר ואפי' לסברת המרדכי שהביא מר"ן סי' קע"ח קודם סברת ר"מ שכתב שצריך ראובן לסלק הקהל הכא ג"כ הרי ראובן מסלק הקהל שהרי השר מנכה חוב ראובן לקהל מממון המלך ואינו מכביד על אחרים בשביל מחילתו של זה, עוד יש לפטור את ראובן ממ"ש מר"ן בב"י בסי' קפ"ג וז"ל כתוב בתשו' להרמב"ן אם הקהל מינו שליח את ראובן בגביית המס ולפרוע הגוי ממה שיגבה והגוי ההנהו משלו במעות והקהל אומרים לראובן מה שנתן לך הגוי קנינו וראובן טוען המתנה לא באה לידי בסיבתכם אלא שההניתי אותו מסתברא דהדין עם ראובן וכו' ע"ש, משמע מהכא דאע"פ שהוא שליח של הקהל ומצו למימר בסיבתנו ההנה אותך אפי"ה אמרינן דזכה ראובן לעצמו כ"ש הכא דלא הוי שליח דהקהל לומר לו בסיבתנו ההנה אותך ועוד שראובן הוא מיודעי השר ודאי דמצי ראובן לומר לא בסיבתכם ההנה אותי אלא בשביל עצמי ההנה אותי משלו ולא משלכם: זהו מה שנלע"ד הקלושה ואיני במורה הלכה אלא

כנושא ונותן לפני רבותי בקרקע אם יראה לפני רבותי בעלי הוראה, וחתום החה"ש כהה"ר יהודה טולידאנו יצ"ו:

תשובה מאשר יקרת בעיני נכבדת, גור אריה יהודה מטרף בני עלית אנא נפשאי כתבית יהבית ברחימו וחביבותא מה שלא הייתי כותב לזולתך שאינו מחק המוסר לכתוב במקום שלא באו דברי דייני מתא. ואמינא ודאי יישר חילך לאורייתא. ויפה כוונת להלכה דדבר ברור הוא דמה שמחל השר לראובן והיקל ממשאו אפי' ע"י בקשתו דזכה בו לעצמו הוא לבדו ואין לזרים אתו דזה נהנה וזה אינו חסר הוא כדמוכח בפ' חזקת הבתים דל"ה ע"א אמר רב אשי פרדכת מסייע מתא והני מילי דאצילתיה מתא אבל אנדיסקי סייעתא דשמיא היא ע"כ, ופסקה מר"ן ע"פ פי' רשב"ם בסי' קס"ג ס"ו וז"ל אדם שהוא בטל אם בני העיר פייסו בשבילו וכו' ומחמת זה פטרו וגבה מהם חלקו שנתמעט צריך לשלם להם חלקו שהטיל עליהם אבל אם מעצמו פטרו אע"פ שהטיל חלקו על בני העיר פטור עכ"ל, וכן הוא לשון הטור שם מוכח מדבריהם שכל שלא הטיל חלקו על בני העיר שאינו חייב לקהל כלום אע"פ שהם פייסו בשבילו דהכי דייקי דבריהם וכן דייק הנימוק"י מדברי רשב"ם שכתב ומתוך כך נתרבה מס עליהם ומה שפחתו מזה גבו מהשאר עכ"ל וכתב עליו הנימוק"י נראה שאם לא נתרבה עליהם מס בהצלתו אין לו לסייע להם כלום כן דקדק הריטב"א מדברי הר"ם ז"ל ונראין לי דבריו עכ"ל, וכן דייק לשון הרא"ש שם וז"ל וה"מ דאצילו ליה בני מתא ובדיבורא הקיל עליו והכבידו עליהם ע"כ, מש' מדבריו שכל שלא הכבידו עליהם אין להם שום תביעה עליו, וא"כ כ"ש בנ"ד שהוא הציל עצמו ע"י בקשתו ולא היה להם שום פסידא בהצלתו דאין חייב להם כלום ואין לומר דלא נאמרו כל הדברים הללו אלא באדם בטל שאין לו שום מו"מ בעיר שלכך פייסו בעדו להצילו אנן נמי מקילינן עליה לפוטרו כשלא הוטל חלקו על בני העיר אבל באדם שיש לו ריוח בעיר יש לנו לאחמורי עליה לחייבו אפי' לא הוטל חלקו על בני העיר כיון דהצלתו באה ע"י פיוס וכההיא דסי' קע"ח ס"א גבי שותפין שביקש א' מהם מהמוכס שימחול לו ומחל לו הוא לאמצע, ונימא דה"ה דגבי א' מהקהל דשותפי נינהו בענין מסים והתם מיירי אע"ג דלא הטיל חלקו על שאר שותפים וכי היכי דלא ליקשו אהדדי נאמר דהכא מיירי באדם בטל והתם מיירי במי שיש לו ריוח בעיר דומיא דשות' דנקט מר"ן ונאמר שמר"ן סובר כי"א קמא שהביא מור"ם בסי' קס"ג ס"ו בהגה וז"ל מי שמחל לו השר חלקו במסים אם בא ע"י בקשתו צריך ליתן לקהל חלקו ע"כ והיא סברת רבינו שמחה שלמד כן עפ"י מה שהוא מפרש התוספתא שהביא הרי"ף והרא"ש פ' הגוזל בתרא השותפים שמחלו להם המוכסים מה שמחלו מחלו לאמצע ואם אמרו בשביל פ'

מחלנו מה שמחלו מחול לו ע"כ, ופי' רבינו שמחה דרישא איירי שביקש א' מהשות' לטרוח בשביל חבריהם יע"ש, ומתוך כך פסק על ראובן הבא אצל השר לאחר שנתפשרו הקהל מן המס ובקש למחול לו חלקו מן המס ומחל לו מה שמחל צריך לחלוק עם הקהל עכ"ל: אבל לקושטא דמלתא, אין לומר כן דודאי לא שני לן בין אדם בטל לאחר כדמוכח מהמרדכי פ' הגוזל בתרא סי' ק"פ בשם תשו' הר"ר אביגדור כהן וז"ל ונראה דאף בעשיר שנו"נ בעיר ומרויח דינו כן ופרדכת דנקט אורחא דמלתא הוי למחול לו לפי שיודעין שאין לו ממון הרבה כי העשיר למה ימחלו לו עכ"ל, וכן כתב מהרשד"ם בחח"מ סי' שס"ד דלרבות' נקט פרדכת דאפי"ה מסייע מתא ופי' גם דברי מהריק"ו בסי' קפ"ד לשיטה זו יע"ש. וכתב הרב מטה אהרן ח"א סי' נ"ה שכן דעת הרב עצמות יוסף ושהכי נקטינן יע"ש הרי מבואר מקמאי ובתראי דאין לחלק בין אדם בטל לאחר דכל דלא מטי פסידא לקהל מחמת הצלתו אין להם עליו כלום ומר"ן נמי דנקט אדם בטל לאורחא דמלתא נקטיה וה"ה לאחר ולפ"ז אדרבא סובר מר"ן כסברת מהר"ם החולק על רבינו שמחה שהוא הי"א בתרא שהביא מור"ם שם דלאחר פשרה שכבר נתפשרו עם השר ומחל לא' חלקו אפי' ע"י בקשתו הוא שלו מחמת שאין פסידא לשאר בני העיר מזאת המחילה לפי שהשר מנכה להם אותו סך שמחל מקצבת הפשרה יע"ש ולפ"ז הוי פי' רשב"ם בפירוש הך מימרא דפרדכת ופי' מהר"ם ע"ד התוספתא עולות בקנה אחד, ורבינו שמחה שלמד מדין התוס' דאפי' אחר פשרה שאין פסידא לשאר בני העיר אפי"ה מה שמחלו לו ע"י בקשתו הוי לאמצע יש לו פי' אחר בההיא דפרדכת הביא דבריו הרב מט"א ח"ב סי' נ"ב שהובאו דבריו תוך תשו' מהר"ם קובץ גדול סי' תתקל"ב אחר שהביא פירושו על התוספתא כתב וז"ל וההיא דאפרדכת אם אצילתיה מתא פי' שהציל הוא את עצמו או שהיתה הצלתו ע"י א' מבני מתא ופטרוהו מהמס הנוגע לו מסייע מתא ר"ל אותה המחילה היא לכל בני המדינה דכולהו שותפי נינהו וכולהו שלוחי אהדדי אבל אנדיסקי שהשר נתעורר מעצמו או ע"י בקשת איזה אדם שאינו מבני מתא ס"ד היא יע"ש, ולפ"ז דברי מר"ן תמוהים דנראה כפוסח על ב' הסעיפים דבסי' קע"ח נראה מסכים לפי' רבינו שמחה בתוספתא הנז' ובסי' קס"ג נקיט כפירוש רשב"ם וקשה לזווגם, ויש ליישב דלא נקיט מר"ן כדברי רבי' שמחה רק בשותפים גמורים מטעם שדרך השותפים לטרוח בשביל חבריהם ולכן השמיט משם הדין שלמד רבינו שמחה בענין המסים מדין השותפים משום דלא ס"ל כן בענייני מסים דאע"ג דכל הקהל שותפים בענייני מסים מ"מ המבקש מהשר למחול לו לעצמו הוא מבקש ואין דרך היחיד לטרוח על המחיל'

בשביל הצבור אלא בשביל עצמו וכשמבקש ולא מטי פסידא לצבור ממה שמחל לו השר הו"ל זה נהנה וזה אינו חסר ולמה יתן לקהל חלקו ודו"ק:
והשתא דאתינא להכי נימא דבנ"ד אפי' רבי' שמחה יודה דע"כ לא קאמר דהמחילה הויא לאמצע אלא במקום שהשותפות במקומה עומדת וזה בא לחלוק שלא מדעת חביריו לזכות בעצמו לכך לא מהני משום דאין שותף חולק שלא לדעת חבירו, אבל בנ"ד הרי נתפרדה חבילת השותפות במס זה מדעת כולם במה ששינו את תפקידם שהיה דרכם לגבות המס באגודה א' ע"י עצמן ובפעם הזאת נתנו פנקסם ליד השר מדעת כולם שיהא כ"א נתפס ונדרש לעצמו ודאי הוא דכל הבא לבקש לזכות לעצמו רשאי וזוכה לעצמו ואין להם עליו כלום וכ"ז אפי' אם היה במציאות שגביית ממון זה הוא מס גמור שהוא דבר שכל הקהל שותפין בו אבל רואה אני דאין כאן מס אלא חוב שנושה בהם המלך שכ"א נותן מה שהוא מלוה גביה ודינם כשנים שלוו כאחד שנעשו ערבים זל"ז דתובע מכ"א חלקו וכשאין לזה נכסים הוא שגובה מחבירו כדין ערב סתם וכשגובה מחבירו מדין ערב הוא חוזר וגובה מזה מה שפרע בעדו אכן כשמחל לזה ואינו תובע מחבירו מה מקום לחבירו לתבוע המחילה לאמצע בדבר שאין שותפים בו. באופן שמכל הצדדים ראובן הנז' זכה לעצמו ואין לקהל עליו תביעה של כלום, וצוי"מ הח"פ צפרו באדר השני משנת נאק"ת בני ישראל לפ"ק:
נאם שאול ישועה אביטבול:

סימן טל

מה שכתבתי על הפסק שכתב כמוה"ר רפאל בירדוגו לזכות בנו יפה כח הבן מכח האב שזיכהו ע"פ התורה והן אבא מזכי ברא דודאי הוא דהמכר בטל וארעא הדרא והדרי פירי מזמן המכירה שהרי אפי' הבנים בניו שהיו סמוכים על שלחנו והיה זן ומפרנס ומכסי אותם משלו אפי"ה זכו עם הלוקח ובטלו המכר שמכר אביהם עד שחזרו ומכרו לו הם עצמם דאע"ג דקי"ל בחומ"ש סי' ע"ר ס"ב דהאב זוכה במציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו אע"פ שהם גדולים וכשהם קטנים זוכה אף במתנתם כיון שהם סמוכים ואינו זוכה במציאת בנו שאינו סמוך על שלחנו אע"פ שהוא קטן מ"מ אינו זוכה בירושה הבאה להם ממורישם להקים שם המת על נחלתו, תדע שכן הוא דשניא ירושתם ממציאתם ומתנתם דקי"ל בא"ה סי' ע"א ס"א דבניו ובנותיו הקטנים שלא הגיעו לשש שנים דחייב אביהם לזונם משלו אע"פ שיש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם ולא מצי לשלוח יד בירושתם אפי' לצורך מזונותיהם כיון שחייב מן הדין לזונם. ואפי' אחר שש שאינו

חייב לזונם מן הדין רק מתקנת חכמים כל שלא ג"ד שאינו חפץ בתקנת חכמים ואינו חפץ לזונם אמרינן מסתמא חפץ הוא בתקנת חכמים וזן אותם משלו וכ"ש בנ"ד שהיה ת"ח דודאי חפץ הוא בתקנת חכמים אא"כ גילה דעתו וכל זמן שלא נודע שג"ד אפי' הזכיר בפירוש בשטר המכר דלצורך מזונות מכר אינו כלום כיון דאין עלייהו חיוב מזונות כ"ז שלא ג"ד ומשו"ה זכו הבנים להחזיר מה שמכר אביהם וחזרו ומכרו הם עצמם ללוקח הנז':

ומה גם בת זו שלא היתה סמוכה על שלחן אביה דאינו רשאי למכור מירושתה כלום בין קודם שש שחייב לזונה מן הדין בין אחר שש שזן אותה מתקנת חכמים ואע"ג דזיכה רחמנא בבת כל שבח נעורים לאביה היינו שבחה דאתי ממילא כגון מציאתה ומתנתה וכתובתה אבל לא ירושתה שהרי בההיא דא"ה סי' ע"א ס"א כלל בניו ובנותיו בחדא מחתא דלא תגע יד בירושתם אפי' לצורך מזונותיהם ומה גם דחייב לתת לה חלקה במטלטלין ובשכירות הקרקעות ובהכנסת בתי כנסיות כי רבה היא. וא"כ אפי' אם היתה סמוכה על שלחנו היה זן ומפרנס ומכסי אותה משלו יש די והותר בחלקה בטלטל ובשכירות למזונותיה וכסותה והא ראיה דאפי' במה שקבל שנית אחריותה בפי' אחריות גמו' לא הזכיר שמכר למזונותיה כי יודע הוא שאפי' אם היה זן וכו' יש די בטלטל ובשכירות ומה גם שלא היתה סמוכה על שלחנו והיתה ניזונית אצל זקנתה אף אם נאמר שהכסות היתה משל אב יש לו ממה לגבות ולא למכור קרקעה שלא לצורך וא"כ הדרא ארעא והדרי פירי מיומא קמא ואין הלוקח חוזר על היורשים מכח אחריות גמו' השנית שקבל אחרי מופלג מזמן המכר שהרי ודאי הכיר שהמוכר מכר לו מה שאינו שלו ממה שראה שזכו הבנים לבטל מקחו וידע שגם הבת תבטל מקחו ומשו"ה נתחכם לעשות חוזק ותוקף למקחו במה שנתחייב לו אביה באחריותה אחריות גמורה ולא כבתחילה דלא קבל אלא אחריות דזוזי דקבל ולא הועיל במעשיו כלום שהאב בחכמתו ידע דהיכי דמתחלה כשקבל אחריות דמי המקח אין ללוקח אלא דמי המקח כשתצא מתחת ידו ה"נ אפי' קבל אחריות גמו' אין לו אלא דמי המקח מחמת שהכיר בה ומספר מקנתו נלמד שהכיר ומשו"ה חייב עצמו במה שאינו חייב בעת המכר דלא קבל אלא אחריות דמים דהשתא נמי אינו חייב אלא דמים וכמו שפסק האב לבנו שכל דבריו אמת וצדק. איברא שהדין שכתב מתחילה דהאפוט' אינו יכול למכור קרקע היתומים בלא רשות ב"ד וכתב שהוא מבואר בסי' ר"ץ להד"מ דאדרבה מבואר שם בסעיף י"א דמוכר שדות וכרמים להאכיל ליתומים וסיים מור"ם והכל לפי ראות האפוטרופוס שהוא תועלת היתומים ולא אמרו דצריך רשות ב"ד אלא במוציא עבדים לחירות דאינו רשאי להוציאם אלא

ברשות ב"ד משום דדמיא למתנה שאין אדם נותן דבר שאינו שלו אבל ברשות ב"ד רשאי דאם לא ראו ב"ד תועלת היתו' בהוצאת עבדים לחירות ולא היו נותנים לו רשות ומבואר הדבר בסי' רל"ה סכ"ו ב"ד שמכרו או לקחו בנכסי יתומים בין בקרקע בין במטלטלין וכן האפוטרו' בין שמינו אותם ב"ד בין שמינה אותם אבי יתומים מקחן מקח וממכרן ממכר אבל מתנתם אינה כלום שאין אדם נותן דבר שאינו שלו [וגבי שחרור עבדים אע"ג שנראית כמתנה יש לנו לומר כגון שהיה היוקר ויכלה כל ממון היתומים לזון אותם] ולראיה חתמתי באב התקס"ו וקיים:

שאול ישועה ס"ט ומעשה שהיה כך היה שכהה"ר ימין לכרייף מכר איזה קרקע אחר פטירת אשתו א' והוא מחוייב לחלוק עם בניה ועמדו בניה וערערו על הקונה וחזר וקנה מהם וכראות הקונה שגם הבת תערער בקש מאביה וקבל עליו אחריות בפירוש באחריות גמו' וסבור הוא שהועילו מעשיו ולא הועיל כלום כדכתיבנא לעיל:

שבתי וראה להוציא מלב הטועים דלהאכיל דוקא ולא בשום אופן שהרי סיים מר"ן אבל אין מוכרין ומניחין וטעמא מפרשי שמא יגנבו המעות משמע דלא מנעינן להאפוט' מלמכור אלא להניח שמא יגנבו אבל לעשות בהם סחורה לתועלת היתומים ש"ד וכההיא דא"ה סי' פ"ה סי"ז גבי מכירת פירות האשה שיכול למכור לשנים מרובות ועושה סחורה במעות ש"ד וכן אם הקרקע רחוק כדאיתא בסעיף י"ח והיא סברת רב האי גאון שהביא הטור דצריך להוציא הוצאות וטורח להביא הפירות טוב יותר למכרו לפירות ומה גם שלא כתב בסימן ר"ץ להאפוטרופוס למכור קרקע הנז' להאכיל היינו לכתחילה אבל בדיעבד אפי' להניח והוא פסקיה דמר"ן בסי' רל"ה סכ"ו ב"ד שמכרו או לקחו וכו' וכן האפוט' וכו' מקחן מקח וכו' משמע דבכל אופן מקחן מקח וממכרן ממכר, שוב מצאתי בפסקי הרב הגדול מוהר"ר מרדכי בירדוגו בסי' יו"ד שהאריך בזה דלאו דוקא מאכיל יע"ש:

סימן מ

בתלת כחדא הוינא ואסהיד קדמנא יצחק בן מס' ן' הרוש ומכלוף ן' משה ן' נצ'אם אין מנאיין ג'א הי' מסעוד ן' אברהם אדהאן באמר סי' מו' לחוסאיין ע"א יפתס עלא אהרן ן' שלם ן' הרוש מסא סאלם יפתסו פלגרפא די עיוש ן' משה ן' שלוש וזברו פיהא וסתר עליה סאעא נדק אהרן וקאל אס תא תפתם מנאיין סמעו סאחב מס' הנז' קאלו סאלם אנא חבת נסתר עליך האנתין ביינת ראסך מא בידיסי עליך, ועאווד סהד באיין ג'ברו עיוש וואקף קדאם אסאר"יא קאלו שמעון ן' שלמה אלעסרי לעיוש אידא מא זבדתסי אהרן די

ענדך רא אדעירא די עליה תעטיהא נתין מנאיין רא עיוש האגדא קאלהום פלגרפא הווא וטלע מעאהום חל לגרפא וזברוה פיהא עכס"ע י"ט בשבט מש' השמ"ר וקיים וחתו' הה"ר יחייא ן' דוד ויוסף וה"ר מרדכי ן' מכלוף הרוש:

וס"ל כתוב בג' הוינא ואסהיד קדמנא דוד ן' יחייא בן אלישע אן מנאיין זא מעא אסיך מס' מתאפילאלת ובאתו פתיליוין סקסא אסיך מס' וואחד לערבי אידא הנא סי יהוד קאלו כאנו הנא עיוש ואהרן ועבא עיוש לאהרן ומסאוו פחאלהום, והעיד סאלם ן' יצחק ן' נצ'אם אן מנאיין זא מעא מס' הנז' כאן ראכב מעאה וקאלו האד למסייא כיף סאר פיהא קאלו מס' כלאץ הא אהרן ענד עיוש עכס"ע בכ"א בשבט ש' שמר"ה וקיים. וחתום ה"ר מכלוף ן' יוסף נצא'ם וה"ר יעקב אדרעי ן' יעיש:

נדרשתי אח"מ משליח חכמי איגלימין יש"ץ לחוות דעתי על ריב שאירע שם בין אהרן ן' שלם ן' הרוש ובין יתומי יצחק ן' שמואל ן' אזרי שתובע מהם ההפסד שהפסיד ע"י מס' ן' אברהם אדהאן ע"פ מאמר המושל ששלח למס' הנז' לתופסו וטען על היתומים שאביהן יצחק הנז' הוא שהראה למס' הנז' המקום שהיה נחבא בו אהרן הנז' ויש בידו ק"ע מב' עדים כשרים שהעידו כדבריו שיצחק הוא שהראה למס' המחבוא אשר נסתר שם אהרן הנז'. והנה בק"ע זו לבד אינו יכול להוציא מהיתומים חדא דמי יאמר שפליטה תהיה לו מגזירת המושל בהסתירו עצמו במחבוא ההוא והלא יד המושל נטויה על נכסיו בכ"מ שהם ובפרט שאשתו בביתו וכשלא ימצא הבעל המושל תופס את אשתו ומייסרה עד שתראה הממון או בעלה, ואף אם אפשר עד שיעבור זעם ע"י שקיים בעצמו חבי כמעט רגע מ"מ לא הראה יצחק המחבוא למושל כ"א למס' הנז' וכל ישראל בחזקת כשרים הם ואם היה לו מפלט באותו מחבוא לא היה מס' הנז' מוציאו חוצה וגורם לו תפיסה בידים, ואם הדבר ידוע שפליטה תהיה לו באותו מחבוא יתחייב מס' שהוציאו בידים וגרם לו תפיסה ולמה יתחייב יצחק שהגיד ליהודי אחיהו, איברא שאם מס' הנז' מוחזק במסור יש מקום לחייב יצחק הנז' כאלו מסרו אל האנס עצמו כיון שהוחזק מסור המוסר בידו כמוסר אל האנס כדכתב הרשב"ץ בתשו' סי' קנ"ו הביאה מר"ן ב"י סוף סי' שפ"ח יע"ש, והיינו אם עדיין יד מס' תקיפה וליכא לאישתלומי מהאי אז משתלם מהאי שהראה למוסר כשידוע שיש לו מפלט באותו מחבוא והשתא שיש בידו קב"ע הנ"ל אפי' אם יתברר שמס' מוחזק במסור ויש מפלט לאהרן הנז' באותו מחבוא מ"מ יצחק הנז' פטור ומותר ואין לו דין מסור כלל שהרי מבואר בק"ע הנ"ל שכבר יודע מס' הנז' ע"י ערבי אחד שאהרן הנז' נחבא בבית עיוש הנז' והעד הב' מעיד ששמע ממס' הנז' בהיותו בדרך שבא מתלויו לאלאממין שכבר ידע שאהרן הנז' בבית עיוש, ואחר שכבר

ידע מס' מקום תחנותו של אהרן הנז' מה חידש לו יצחק הנז' בהראותו שהוא בבית עיוש, ולכן הוא פטור מן הדין כדכתב מור"ם בהגה סי' שפ"ח ס"ז בשנים שמסרו בזה אחר זה שהאחרון פטור דכל זמן שלא נפטר ממסירה ראשונה הנזק בא מגרם הראשון יע"ש, ומה גם דאיכא עדות ראשונה שסאלם שהוא שליח מס' רצה להסתירו ואיהו ניהו דאפסיד אנפשיה בהשמע קולו לצאחב מס' הנז' כלל העולה שיתומי יצחק פטורים מכל וכל ואין עליהם שום חיוב כלל הח"פ צפרו יע"א באב משנת שמר"ו משפט וקיים: ע"ה שאול ישועה ס"ט:

סימן מא

בתלת כחדא הוינא ואסהידו קדמנא כה"ר משה צבע וכה"ר משה ה"ן ליסאר נר"ו והעידו בתע"ג וברורה בזה"ל שהם היו מצויים בשעה שנידונו כה"ר דוד בן אהרן וידיע ן' כ'ני עם הגוים שהיו נושים בו לפני הפליל וזיכה הפליל להגוים לירד לקרקע של דוד הנז' וזכו הגוים בדיניהם בקרקע הנז' ושלח הפליל עמהם ב' ערכאות ובאו וסגרו הבית של דוד הנז' לקנותו בחזקה כי כן המנהג בדיניהם ונשאר הבית סגור קרוב לב' חדשים והמציאו הגוים הנז' כתבים שלהם לפני הפליל וימצא כתוב בהם שהם נושים בדוד מאה וחמשים מתקאלים מ"מ ואח"ך הלך כה"ר שלמה ה"ן עטר בכמוה"ר יהודה נר"ו ופרע לגוים הסך שהיו נושים בדוד וכתבו לו איחאל'א על האלעק'ד שלהם עכס"ע העדים הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת שלהי תשרי ש' רכוש"ם לפ"ק וקיים וחתו' ע"ז החה"ש כהה"ר רפאל אהרן מונסונייגו וה"ר שמואל אדהאן. נדרשתי לחוות דעתי מה יהיה משפט כהר"ש בהקרקע הנ"ל שקנאו תחילה מבעליו דוד אדהאן הנ"ל בעידי ישראל וקמו ב"ח הגוים בהאלעקו'ד שנושים בדוד הנ"ל בדינם לפני הפליל ושלח עמהם עדי הערכאות לסגור הקרקע ההוא כדי לזכות בו ונסתלק הר"ש הקונה הנז' ממנו מחמת דלא שוה כלום שטר מקנה שבעידי ישראל בדיניהם והוצרך לפרוע חובות הגוים וכתבו לו האליחאל'א על האלעקו'ד להקנות לו כל כחם ומכח זה נתקיים בידו הקרקע הנז' ועכשיו באו ב"ב הנושים בדוד הנז' מכח קדימת שטרותיהם לטרוף הקרקע מהקונה הנז', והוא משיב אנא מכח הגוים אתינא דלא מציתו לאישתעויי דינא בהדייהו בשטרותיכם שבעדי ישראל דלא שוו כלום בדיניהם וגם אין דין טרפא בדיניהם ודיני עמכם כדינכם עמהם, והיתה תשובתי שהדין עם כהר"ש הקונה דאתי מכח הגוים וכיון שלא יועילו הב"ח הנז' עם הגוים כך לא יועילו ולא יצילו עם הר"ש הנז' הבא מכחם ודייניו ליה בזכותו בכל מה שהיה יכול לזכות בדיני גוים כמו שמפורש היטב בסוס"י שס"ט בהגה וז"ל ישראל

שהיה חייב לגוי והגוי מכר לישראל השטר אע"פ שאסור לדון עם ישראל חבירו בפני גוים אע"פ שבא מכח גוי מ"מ דייני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה הגוי מרויח לפני דייני גוים הואיל וישראל זה בא מכחו הרי הוא כמוהו בכל מה שהיה יכול לזכות לפני דייני גוים שהוא דינא דמלכותא עכ"ל. ומדהביא מור"ם דין זה בסתם משמע שכן היא דעת מר"ן בדין זה ועיין מהר"ם לובלין סי' כ"ב שפסק כן יע"ש, וטעמא רבא איכא לאוקומי האי דינא אליבא דכ"ע אפי' למ"ד לא אמרינן הבא מכח גוי אלא לגריעותא משום דהכא מצי אמר להו אי שתקיתו שתקיתו ואי לא מהדרנא שטרא למאריה ולא מציתו לאישתעויי דינא בהדיה כדאי' בכתובות דק"ט וכמו שפסק הרב הגדול מוהרדב"ז שנדפס מחדש בסי' ת"ק וז"ל שאלה ראובן יש עליו כתובת אשה ובעל חוב ומכר קרקע שהיה לו לגוי ואותו גוי מכר הקרקע ההוא לשמעון ובאים אשה וב"ח לטרוף הקרקע משמעון וטוען שמעון אנא מכח הגוי קאתי ואין לכם כח לדון עם הגוי לפי שאין דין טירפא בערכאותיהם וישראל הבא מכח גוי הרי הוא כגוי יורינו רבינו וכו'. תשובה הדין עם שמעון משום דמצי למימר להו אי שתקיתו שתקיתו ואי לא מהדרנא שטרא למאריה ולא מציתו לאישתעויי דינא בהדיה, והכי איתא בההוא דאבדה לו דרך שדהו [כתובות דק"ט] ותו דמה יועיל שנוציא משמעון והרי שמעון חוזר על הגוי והגוי חוזר ולוקח הבית ואפוכי מטרתא למה לי הלכך יעמוד שמעון בשלו, וליכא למימר בנ"ד עד שיעשו פשרה שהרי הגוי לא ירצה לעשות פשרה כיון שהדין עמו ושמעון לא ירצה לעשות פשרה כיון שהגוי מעמיד לו קרקעו. ולא דמי למאי דשאילו מקמי מר מתתיה הכתובה במרדכי פ' חזקת הבתים [הוא מה שפסק מר"ן בסי' קנ"ד סי"ח בשם גאון דדילמא לא ירצה הגוי להחזיר המקח ולא לבנות לסתום החלונות, אבל בנ"ד שישראל חוזר על הגוי ליקח מעותיו הדבר ברור שיחזור הגוי ויקח את ביתו אלא אדרבא דמיא להך שאלה אשר הסכימו עליה כל גדולי צרפת משום דינא דמלכותא יע"ש, ואין הדעת סובלת שנכוף אותו בכח חרם שלא יחזור על הגוי ויפסיד מעותיו ואפי' לדעת ראבי"ה דלא אמרינן ישראל הבא מכח גוי דינו כגוי אלא היכא דהורע כחו אבל ליפות כחו לא אמרינן ה"מ היכא דהחזיק הגוי שלא כדין אבל בנ"ד שקנה כדין והחזיק בו כדין לא אמרה ריב"א וק"ל עכ"ל הרדב"ז [גם הרב משנה למלך הל' טוען ונטען פט"ו הלכה י"א האריך למעניתו ומסיק כדברי הרדב"ז] נלמד מדבריו דנ"ד אתי ככ"ע מתלתא טעמי דכל חד מיניהו הוי טעם כעיקר לדון אפי' למעליותא אפי' מאן דסבר בעלמא דדוקא לגריעותא יודה בהיכא דאיכא האי סברא דאי שתקת וכו' משום דעכ"פ הקונה מהגוי חוזר על הגוי והגוי חוזר ולוקח הבית מישראל כאמור לעיל' גם הרמב"ן במיוחסות סי'

ט"ז כתב דמשום דמצי אמר אתינא מכח גברא דלא מצית לאישתעויי וכו' דנין אפי' למעליותא יע"ש, ונלמד שנית מדברי הרדב"ז דכל דאיכא משום דינא דמלכותא דנין אפי' למעליותא וטעמא כתב מהרימ"ט בחח"מ סי' ל"ח הואיל ומשפט חרוץ הוא אצלם שלא לטרוף מלקוחות אפי' לענין ממון המלך שאם יש מי שחייב למלך ומכר שדהו אין המלך מוציא מיד הלקוחות והוי דינא דמלכותא חרוץ לכל יע"ש באותה תשובה מסכים הולך לדברי הרדב"ז וכתב עליו כבר הורה זקן יע"ש וזוהי דעת הסמ"ע בסי' מ"ה סקל"ח שכתב לתרץ דברי מר"ן דסתרי אהדדי דבסי' קנ"ד סי"ח משמע דאין דנין אלא לגריעותא ובסי' ס"ו סכ"ה לענין מחילת שטר ובסי' מ"ה סי"ז בשטר שעדיו מרוחקים משמע אפי' למעליותא ותירץ דשאני הכא בשטר חוב שהוא דינא דמלכותא יע"ש, והיא דעת מור"ם בההיא דסס"י שס"ט דהביא בסתם וסיים בה שהוא דינא דמלכותא כנז"ל לשונו. וכ"כ עוד בסי' ס"ז סי"ז לענין שמיטה וע"ש בסמ"ע ובסי' מ"ה סקל"ח דכתב דמה"ט אתו דברי מור"ם ככ"ע ולא מטעם דאזיל לשיטתיה דפסק בסי' קנ"ד כדעת האומר דבכל גוונא אמרינן הרי הוא כגוי אפילו למעליותא ולהכי סתם דבריו לאורויי דאין חולק בדין זה, גם הרב באה"ג כ"כ לתרץ דברי מר"ן אהדדי בסי' קנ"ד סק"מ דשאני הנהו דסי' ס"ו וסימן מ"ה דהוו לענין ממונא ודינא דמלכותא דינא אבל ההיא דסי' קנ"ד דהיזק ראיה דאיסורא נמי איכא לא שייך דינא דמלכותא בדבר איסור יע"ש, ונראה דדייקי דבריו ממקור הדין שהביא הטור וז"ל וראיתי תשובה לגאון שאסור לו לקונה לסתום וכו' דהיל"ל דלא מצי הקונה לסתום ונקט לשון איסור לאורויי דלא אמרו לגריעותא אלא במלתא דאיסורא ודו"ק גם מצאתי תשובה להריטב"א שהביא מר"ן ב"י בסי' קמ"ט בסי"ז וז"ל ראובן שהיה חייב לגוי והגבו לגוי בחובו בית א' של ראובן ומכרו הגוי לשמעון ומת ראובן ובנו תובע הבית אם נתברר לב"ד שהגובביינא ההיא נעשית כראוי ע"פ ב"ד ישראל או ע"פ ערכאות במקום שדין המלכות לדון ישראל עם הגוי בדיניהם הא קי"ל דינא דמלכותא דינא והוי כאלו לקחו מראובן וחזר ומכרו לשמעון, אבל אם לא נתברר שהגובביינא ההיא היתה כדין אין לשמעון זכות בקרקע ההוא. ואם שמעון טוען בב"ד מתחילה ברי לי שהיה לגוי הזה שטר גובביינא מספיק מהבית הזה ויש לו עידי חזקה כראוי נאמן יע"ש. העתקתי כל לשונו כי הוא מקביל לנ"ד עוד נלמד מדברי הרדב"ז טעם ג' דהיכא דהחזיק הגוי כדין וקנה כדין דנין אפי' למעליותא ונר' שהוא תירוץ הט"ז בסי' קנ"ד סי"ח לתרוצי דברי מר"ן אהדדי דכל היכא דישראל מחייב עצמו לגוי לא מפקע חוב שלו בכל מילי שחייב לו אפי' אם בא ליד ישראל יע"ש. ועיין מטה אהרן ח"א סי' ס"ו שהאריך בפרטים אלו והרב המאסף בסי' מ"ה בהגהב"י אות כ"א ובסי' ס"ו הגהב"י אות ס"ט ובסי' ס"ז הגהב"י אות

ט"ל ובסי' קנ"ד הגהת הטור אות ס"ו ולכל הדברות ולכל האמירות שנאמרו לתרץ דברי מר"ן אתי נד"ד ככ"ע והנה יש בידי העתק מעשה אומן הרב הגדול מוהריב"ע זלה"ה שדן בתשובתו הרמת'ה כדברי הרדב"ז ומהרימ"ט הנ"ל וקבע דבריהם להלכה, גם יש בידי פסק מרבותינו ב"ד של ד' חלקם בחיים שדנו הלכה למעשה כהרדב"ז בנדון ה"ר יעקב ה"ן שרביט נ"ע שהיה חייב לגוי א' וגבה ממנו ג' חזקות שהיו לו בעד חובו בערכאות וחזר הגוי ומכרן לבנו ועמד החה"ש הדו"מ כהר"ש אביטבול מדבר בעד אחיו לטרוף מהבן מכח שטר קדום שהיה נושה ביעקב הנז' ולא זכה בדין לטרוף משום דאתי הבן מכח הגוי ומצי אמר אי שתקת וכו', גם חכמי מקנאס הסכימו לזכות הבן הנז', ומהשתא קם דינא אחוור דינא דזכה כהר"ש במקחו ואין כח לב"ח לטרוף מידו ואי לחשש דמשקרי ומצלי דינא לא מבעיא לדעת הרא"ש ורוב הפוסקים דקיימי בשיטתיה דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא ולא מרעי נפשייהו אלא אפי' להרמב"ם דסובר דצריך שיעידו עליהם שאינם ידועים בקבלת שוחד וכו' בנ"ד הרי איכא עדי ישראל שמעידים ששם היו בשעה שנידונו ודקדקו חשבון מה שנושים בדוד ולא כפר בכלום ומשום דשטרי ישראל לא שוו בדיניהם הורידו הגוים ב"ח לקרקע אף שהוא מכור ביד ישראל וזכו בדינם וכ"ש דמר"ן הקדוש בב"י השוה דעת הרמב"ם לדעת הרא"ש דאיכא למימר אה"נ דסתם גוים מקבלי שוחדא מיהו היכא דהוו דייני ואזלי ולא אשתכח עלייהו ריעותא לא מפקינן להו מחזקת כשרות אלא בראיה עכ"ל, וכן כתב הרשב"ץ ח"א סי' י"ב והרב קרבן נתנאל הביא דבריו הרב בית אהרן בסי' זה ובקונטרס מאמר המלך שבסוף הספר כ' דהרמב"ם דאינו מצריך שיעידו עליהם שלא קבלו עליהם אלא שלא יהיו מפורסמים בקבלת שוחד עכ"ל הרי דדייקי לישנא דהרמב"ם שכתב ואינם ידועים בקבלת שוחד היינו שאינם מפורסמים בקבלת שוחד אבל סתמייהו להכשיר דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא והוי כדעת הרא"ש, וכן יש לנו לפרש בדברי מר"ן הקדוש שהביא בשלחנו הטהור בסי' ס"ח ס"א ד' הרמב"ם ככתבם וכלשונם כמו שפי' הוא בעצמו בלשון הרמב"ם ומהשתא לכ"ע מסתמא אמרינן דלא מרעי נפשייהו לא לאצלויי דינא ולא לסהדותא וכי אשתכח עלייהו שום ביש ונפיק עלייהו קלא דמקבלי שוחדא אמרינן איתרע חזקייהו מכי נתפרסמו בזה וכ"ז שלא נתפרסמו שטרותיהם כשרים ומה גם האידנא דאיכא עלייהו אימתא דמלכא שופט בצדק דאי אשתכח עלייהו שום ביש מענישן עונש גדול, ומה גם למה שכתב הרדב"ז בסי' ס"ז דמנהג קדום הוא לדון ע"פ השטרות העולים בערכאות כל מידי דממונא חוץ מגיטי נשים דאיסורא נינהו וכו' ואפי' שלא יהיו בהם התנאים שהזכירו רז"ל דנין על פיהם מטעם שאם היו יודעים שאין אנו דנין ע"פ שטרותיהם נפיק מינה חורבא וסכנה

לדייני ישראל ולכל הקהלות אשר תחת ממשלתם עכ"ל, ושכן כתב בהגהות אשרי וז"ל תקנת חכמים הוא שתקנו בשטרות העולות בערכאותיהם שיהיו כשרים לפי שהגוים מקפידין על עשיית שטרות שבערכאותיהם אם נפסלים ע"כ, ולמפורסמות א"צ ראיה הח"פ צפרו במרחשון שנת וישרי"ם למוצאי דעת וקיים:
נאם שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן מב

הובא לידי מה שפסק כהה"ר יוסף הכהן בדובדו בדין יבם שנשא את יבמתו ובשטר כתובתה כתוב שבועה שלא ישא וכו' כשאר כתובות ונתקוטט עם הא' וגרשה ובשעת נתינת הגט אמ"ל הרי את מותרת חוץ מפ' ונפסל הגט וכאשר נתעוררו מתנומתם וידעו שנפסל הגט רצה להחזירה ועכבה עליו היבמה מכח שבועת שלא ישא וכו' ופסק להם מהרי"ך הנז' שהדין עמה וחזרת אשתו הויא כנושא אשה אחרת עליה שיפרע לה כל מה שהחזיק וכו' ויפטור אותה בגט וע"פ הוראתו לקחה כל נכסי בעלה הא' לפרעון כתובתה והבעל צועק איני נותן אלא ע"פ ד"ת וביני ביני חזר היבם ורצה להחזיר יבמתו הנז' ולהדירה בין השכנים ומרדה בו והורה גבר מהרי"ך הנז' שכל נכסי בעלה הא' חשיבי כאלו הכניסתן לו בנדוניא ואף עלייה א' שנתן חמיה לה בסמוך לנישואין פסק לה שתטול מכלל נדונייתה וכשל עוזר ונפל עזור שהגיעו דבריו לחכמי מקנאס כמוה"ר רפאל בירדוגו וכמוה"ר ברוך טולידאנו וכמוה"ר פתחיה בירדוגו וכמוה"ר שמואל ן' וואעיש וכתבו דאין בכלל שבועת שלא ישא החזרת גרושתו וכ"ש ביבמה שאשה הקנו לו מן השמים ואינו חייב לישבע שלא ישא ובטעות נשבע, ומה גם דנפסל הגט שאין כאן חזרה דעדיין אגידא ביה ומה שהגבה אותה החכם הנז' בעמוד והחזר קיימא ואם מרדה לא תטול כ"א הנשאר מחפצי נדוניתה שהכניסה לבעלה הא', והגיעו הדברים למתא ארבאט והסכימו כמה"ר יוסף אלמאליח וכמוה"ר משה די אבילה, וגם במתא פאס הסכימו כמוה"ר חיים דוד סירירו וכמוה"ר יהושע אחיו וכמוה"ר יהודה ן' עטר וכמוה"ר שמואל ן' זמרא וגם שנים מחכמי דבדו הסכימו עם החכמים, וזה מ"ש אני ע"ע זה:
הדבר ברור דמי שנשא על אשתו אשה שניה אפילו אינה יבמה וגירש את הראשונה דרשאי להחזירה אע"פ שנשבע לב' שלא ישא א"א עליה שהרי אין כוונתו על אשתו הנשוהה לו ולא עלה על לבו בשעה שנשבע לב' לגרש את הא' כדי שנאמר שנשבע גם עליה שלא ישאנה. וא"כ אף מי שעלה בדעתו לפרש שלא ישא א"א כל אשה במשמע

ע"כ יודה דלבב הנשבע לא כן יחשוב דודאי אין כוונתו מסכמת לזו ואנן בעינן שיהיה פיו ולבו שוין בשבועה דכל שחיסר א' מהן או פיו או לבו לאו כלום הוא כדפסק מר"ן ביו"ד סי' ר"י ס"א וכ"ש דקושטא קאי דאפי' מאמר פיו של נשבע שלא ישא א"א אינו אלא על שאר הנשים שלא ישא מהם ולא על הנשואה לו מקודם דמשמעות שלא ישא להבא משמע שלא לעשות ולא מן העשוי כבר כגון זו שכבר היתה נשואה לו, ומה גם דלשון שלא ישא שייך בנושא מחדש ולא במחזיר גרושתו דחזרה הוא דשייך ביה וכן אנו דנין והולכין מימות הרבנים המובהקים רבותינו ב"ד של ג' חלקם בחיים שדנו הלכה למעשה בהר"ש ן' מאמאן נ"ע שהרשוהו להחזיר גרושתו שאין שבועה חלה עליה. וזה ימים מקרוב שאירע בפאס יע"א נדון כזה ונדרשתי על זה ודנתי שרשאי להחזיר בראיות ברורות מתשו' הרשב"ץ בסימן ק"ע הביאה מר"ן ב"י בי"ד סי' רי"ח משם הרשב"ץ גם מתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ז' וסי' נ"ה גם בדברי הט"ז סי' רי"ח וממה שקבלתי מרבותי הלכה למעשה ואין פוצה פה ומצפצף ומה גם דקי"ל מצוה להחזיר גרושתו כמו שדרז"ל מפסוק ומבשרך לא תתעלם, וא"כ אפי' אם היה נשבע בפי' שלא להחזיר גרושתו מתירין לו שבועתו וכמ"ש הרשב"ץ בח"ג סי' ט' יע"ש כל זה אפי' בנושא אשה שאינה יבמה שחייב לישבע שלא ישא אבל בנ"ד שהיא יבמתו ושלא כדין חייבוהו לישבע שלא ישא שהרי אשה הקנו לו מן השמים וכמ"ש אצלנו בפסקי הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ א"כ הו"ל שבועה בטעות דאלמלא ידע שאינו חייב לישבע לא הוה אסר נפשיה בשבועה שלא ישא וא"כ הו"ל שבועה בטעות אא"כ הודיעוהו שאינו חייב וחייב עצמו לרצונו במה שאינו חייב, וכ"ש דאין אנו צריכין בנד"ז לכל מאי דכתיבנא דכיון דמיפסל הגט פשוט הוא דאפי' לדרדקי דבי רב דקיימא בדוכתה כמו שהיתה וכמו שלא נתגרשה מעולם, וזו ראיה חותכת שאין הח' הפו' יכול להכחישה ואי אפשר לשחוט'ה שתעשה שמוט'ה ובמקום דאית דין שרשאי להחזיר לית דין שפסק החכם הפוסק שיפרע לה כל מה שהחזיק לה ויפטור וכו' ובעמוד והחזר קיימא כל מה שהגבה אותה החכם הפוסק וחייבת ללכת עם בעלה לדור בין השכנים שיעידו מי שאינו נוהג כשורה ואם תמאן יש לה דין מורדת ולא תטול אלא בלאותיה הקיימים מהנדוניא שהכניסה לבעלה הא', ולא כמו שדן החכם הפוסק שכל נכסי בעלה הא' חשיבי נדוניתה וזה הוי דבר שאין לו שחר דמה שאמרו כתובתה על נכסי בעלה הא' היינו כשירצה לגרשה לא תטול כלום משלו אלא מנכסי בעלה הא' ואם היו הנכסים יתרים על כתובתה לא תטול כ"א סך כתובתה והיתר יטלנו היבם ואם לא הגיעו הנכסים לסכום כתובתה מזלה גרם. אבל לעשות כל נכסי בעלה הא' מכלל נדוניתה זה לא שמענו דא"כ אין כאן כתובה רק נדוניא ואיך

הותר לו לשהות עמה בלא כתובה אם שעבוד כתובתה אינו רק על נדוניא, וקושטא קאי דהתורה אוקימתיה ליבם במקום אחיו המת וזוכה הוא בכל נכסי אחיו המת ועליהם חל שעבוד כתובתה ונדוניתה הויא כמו שהיתה אצל בעלה הא' וכמו שאם מרדה בבעלה הא' לא תטול אלא בלאו' הקיימים ה"נ כשתמרוד ביבם לא תטול כ"א הנשאר קיים מנדוניתה, והעליה שנתן לה חמיה סמוך לנישואין יום או יומים כנראה מזמן המתנה שהוא י"ד בחשון תקס"א וזמן הכתובה י"ו חשון תקס"א מוכרח שמחמת הנישואין היתה ומכלל נכסי היבם היא וכ"ש שיש עדות מספקת שמחמת הנישואין היתה לכבוד בנו ולא לסיבה אחרת ודברים ברורים הם הח"פ צפרו באדר ב' שנת והנה אמ"ת נכו"ן הדבר וקיים:

נאם שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן מג

שאלה ראובן היה משרת לשר העיר וכל מוצאיו ומובאיו ע"י הן ענייני השר הן ענייני המלך יר"ה וכשרצה השר לקבוע צ'אר אסכא עמד ראובן הנז' עם ד' אנשים ותווך בינם ובין השר והטיל השר מלאי לכיסם הוא ובנו והיו האנשים ארבעתן נותנין לשר ולבנו סך מה בכ"ח וראובן הנז' היה נוטל חלק עמהם בריוח וכשרצה השר לעשות הדבר הזה נטל רשות מאת המלך יר"ה ונתן לו רשות מספיק לעשות כחפצו ורצונו לאח"ז כשבא אדוננו המלך יר"ה לעיר תפס שר העיר והסופר שלו ותפם לראובן הנז' ולד' אנשים הנז' אחר עבור ג"י הביא המלך את ראובן לפניו ואמ"ל שלא יכחיד ממנו דבר מכל אשר ישאלנו ואם ב"מ יכחיד ממנו אשר דיבר יענישנו עונש גדול ובתוך הדברים שאל אותו אם יש ביד האנשים המתעסקים בצ'אר אסכא ממון של השר ואם יוכלו לתת אלף מתקאלים האנשים הנז', והשיב ראובן ואמר אדוני המלך יש בידם אלף מתקאלים מממון השר בתורת עי' וע"מ ששאלת אם יש ספק בידם לתת אלף מתקאלים אדוני יודע אבל ידיעתי היא שאין להם מה ליתן שכל מה שהיו מרויחים נוטלו שר העיר בשכר מעותיו ובשביל שלא היה מחליפם באחרים ולא היו מרויחים כ"א שט"ו, מיד שלח המלך משרתו שיוליך ראובן והד' אנשים לשר א' וצוהו לאמר שיגבה מראובן ג' אלפים מתקאלים ומן הד' אנשים יגבה אלף מתקאלים שנושה בהם השר ויתנו אלף מתקאלים אחרים משלהם וכן היה, ועכשיו תובעים האנשים לראובן שיתן חלקו עמהם בהפסד שבא מחמת השות' וראובן משיב מי יאמר שההפסד בא מחמת השותפות שהרי לא נמצא עולה ולא זיוף בידם ולא נתפסו כ"א מחמת עשרם שהיו מוחזקים בעיני הגוים

שהם עשירים מופלגים והוא שהיה מוחזק יותר מהם הטיל עליו ג' אלפים והם אלף או אפשר שתפסם מחמת שנאה שאוהבי השונא לשונאים יחשבו והוא שהיה אהוב הרבה הטיל עליו הטלה גדולה והם שאינם כ"כ הטיל עליהם הטלה קטנה שהרי תפס גם את הסופר שלו והיה מחפש אחר גוים אחרים שהיו אוהביו לתופסם וראיה לזה שהרי לא תפסם קודם לכן כ"א אחר ששנאו ותפסו אז תפס כל הקרוב אליו, עוד משיב ראובן שהיה ידוע לכל שהיו שותפים וחברך חברא אית ליה ובודאי שמע המלך ואפי"ה חילק אותם בהטלה ועוד אומר ראובן שבודאי ידע המלך יר"ה שהוא שותף עמהם שהרי אחרי שנתנו הממון שהטיל עליהם שלח המלך להחזירם לעבודתם כבראשונה ובפי' אתמר שראובן הוא הראש ע"פ יצאו וע"פ יבאו, עוד תובעים אותו על שהגיד למלך שיש בידם ממון השר ואפשר לאח"ז יתאלם עליהם השר ויתבע ממונו שהי"ל בידם ויאמר שהמלך לקחו באלמות ונמצא שההפסד בא להם מחמת דברי ראובן לכן יתחייב להם מעכשיו שאם יבוא הפסד שחייב בו, וראובן משיב וכי עלה ע"ד שהמלך יאמר שתתנו מה שבידכם מממון השר לא קצרה יד המלך לתפוס אותו עד שיתן כ"מ שיש לו כמו שעשה אח"ך שתפס אותו עד שנתן סך גדול ואני סברתי שעיקר השאלה היתה לידע עושר השר כמה הוא כמו ששאל אותי על עניינים אחרים של השר ואדרבא הוא נתכוון לטובתם ומיעט בעשרם שאינם נו"נ בממונם אלא בממון השר וצריכין ליתן לו ריוח בשביל מעותיו. ועוד משיב ראובן שא"א שיטמין מן המלך שקודם ג"י לתפיסתם שלח המלך לשר להוציא הוצאות ולא היה בידו מעות ושלח השר שלוחו לאנשים הנז' והשיבוהו שאין בידם מזומן מה ליתן לו וכעס השר ואמר לשליח לך אמור להם שיתנו לי אלף מתקאלים שלי שהיא בידם בתורת עיס' אין לי חפץ בריוח והי"ז במושב גדולי המלכות וא"כ מוכרח היה שלא להטמין מהמלך שהרי התרה בו שלא יכחיד ממנו כלום, עוד טוענים האנשים על ראובן הנז' שסמוך למיתת בנו של השר הלכו ללוות ממנו מעות סך מה ליתן לו בהם מטבעות של זהב והוליכו ראובן עמהם לתווך ביניהם כמנהגו והשיב להם הגוי עכשיו איני פנוי לעת ערב חזרו אצלו ונתן להם המעות אחר עבור ג"ש או ד"ש מת הגוי ועכשיו תפס ראובן המעות ואומר שהיה נושה בגוי ואומרים האנשים הנז' כיון שזכו במעות כשמת הגוי אין לראובן בהם כ"א חלק בתוכם כמו שהיה נוטל בשאר ריוחים וראובן משיב שמעשה שהיה כך היה שהלך הוא וא' מהאנשים הנז' אצל הגוי ומצואוהו חולה וא"ל גוי א' יש לו איזה זהב רוצה למוכרו תן לנו מעות במה לקנות והריוח לאמצע כמנהג והשיב להם כל ממון שבעולם אין נחשב לו לכלום נגד צערו וצרתו כי באו מים ע"ן, השיבו ראובן ואמ"ל תן לי המעות מפאת החשבון

שיש לי עליך וכל מה שנקנה במעות הריוח לאמצע והאי רווחא אתי לך ממילא השיב הגוי עד שיבוא בני לעת ערב הלך ראובן ואחד מהם ונכנס ראובן לחצר הגוי והאחד עדיין מבחוץ והוציא בן הגוי ועבדו הממון ונתנוהו לראובן וראובן הוציא ונתן ביד הא' להוליכם ואחר עבור ד"ש או ג"ש מת הגוי אח"כ בא בנו וא"ל תן לי הממון שלקחת א"ל ראובן אותו הממון הוא ממה שחייב לי אביך והוציא חשבונותיו ופנקסותיו והראה לו שאביו חייב לו וא"כ ראובן אומר שיזכה בהם שהגוי נתנם בתורת פרעון ואפי' לפי"ד שנתנם בתורת הלואה לצורך השות' אחר שבנו תבע אותו ולא נפטר ממנו עד שהוציא החשבונות שאביו חייב לו א"כ זיכה לו המעות בחובו, והם משיבים למה לך שתודה לבנו אלו אמרת לו אינם בידך ואנו היינו כופרים והיינו אומרים אביך חייב לנו, השיב ראובן א"א לי לעשות כן שהגוי יודע שאני שותף עמכם ויתפוס אותי בערכאות לישבע ואיני יכול לישבע לשקר ובפרט שהיה ספק בידו לעשות דין לעצמו ורצונו וגם אתם לא הייתם יכולים לכפור ואני שהאמין אותי מצד שהיו כל חשבונותיו בידיעת הגוי הסופר שלו, משיבים הם לראובן מי יאמר שהגוי תבע אותך, משיב ראובן כיון שהדבר ספק הוא לכם הטילו חרם על כל מי שטוען טענת שקר, עוד משיבים הם ואומרים מי יאמר שמה שאתה אומר שהגוי חייב לך אמת הוא אפשר שהוא שקר והטעית אותו בחשבון, משיב ראובן ע"ז ומה לכם אם הטעיתי אותו עכ"פ הייתם חייבים לגוי ואותו ממון זיכה אותו לי, ועתה יורונו רבותינו מ"ץ על איזה תביעה ישלם או לא ישלם ועל איזה תביעה ישבע או לא ישבע ושכמ"ה ע"כ:

תשובה למי ששונה דברים ככתבן ירצה לומר לכאורה לחייב את ראובן לתת חלק בהפסד עם בעלי צ'אר אסכא ומטעם שהוא שותף עמהם אבל למי שהוא גמיר וסביר יראה בעין שכלו הזך דאינו כן והאמת הוא דאין ראובן חייב לפרוע ההפסד עם בעלי צ'אר אסכא שהפסד זה אינו נמשך מחמת השות' אלא מחמת שכעס המלך יר"ה על השר תפס ג"כ חביריו ומכיריו ואחר סמוך שתפס השר תפס ג"כ האנשים הנז' והטיל עליהם ההטלה הנז' מחמת שהם מודעא של השר וחילק להם ההטלה כל א' כראוי לו שראובן שהיה מכירו לשר ביותר הטיל עליו סך גדול והאנשים שהיו מכיריו קצת הטיל עליהם סך מועט ומאחר שגזר וחקק המלך יר"ה החילוק הנז' דינא דמלכותא דינא ואין להרהר אחריו כי מי יבוא אחרי המלך את אשר כבר עשהו והבו דלא לוסיף עלה והובא בשאלת ראובן שנתרצה שאחר שנתרצה המלך יר"ה החזיר האנשים הנז' לעבוד עבודתם בצ'אר אסכא וצוה אותם שיהיה ראובן פקיד עליהם ע"פ יצאו וע"פ יבואו מזה הוכחה רבתי שאעפ"י שידע המלך בהם שהם שותפים אפי"ה חילק להם ההטלה הנז' עה"ד

הנז' ואין לדון אחריו. וע"ע מה שחשבו לומר שראובן נקרא מוסר משום שהגיד ליר"ה שיש בידם ממון השר אלף מתקאלים הא נמי ליתא. דבשלמא אם ראובן הלך מעצמו והגיד ליר"ה דיש בידם ממון השר אפשר לומר בנד"ז דיש צד לקוראו מוסר אבל הכא שלא הגיד ליר"ה כ"א ע"פ שאלת המלך יר"ה ששאל אותו אם יש בידם ממון השר ברור הדבר דאין בזה צד לקרותו מוסר כמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' שפ"ח ס"ג וז"ל אנסו המלך למוסר זה שיראה לו ממון חבירו וכו' והראה לו מפני האונס ה"ז פטור שאם לא יראה לו יכהו או ימיתהו ע"כ, ועוד שלא נתכוון זה להזיק לחבירו כמ"ש בס"ה דלא מקרי מוסר אלא במתכוין להזיק ואע"ג שכתב מור"ם לדעת ב' וי"ח וס"ל דמקרי מסור, שאני התם שלא היה ע"פ שאלת המלך כמ"ש מר"ן לשם ועמד זה ומסר לגוי, אבל הכא שהגיד ע"פ שאלת המלך כ"ע מודו דלא מקרי מסור. גם מה שטענו האנשים על ראובן הנז' שיתחייב להם מעכשיו בחלק ההפסד שהפסידו הם מחמת לעתיד יתאלם עליהם השר לגבות מהם ממונו שנתנו למלך, אין זה אלא שיחת זקנות דאם חששו לזה יבקשו רחמים שלא יתאלם עליהם ואם יתאלם עליהם יסבלו הם שהרי ראובן פטור ומותר מן ההפסד כפה"ד מן הטעמים שכתבנו וע"ע האחרון שטוענים האנשים על ראובן שמא לא היה הגוי נושה בו והטעה אותו בחשבון ומחמת הטעות הוא נושה בו. אינה טענה דבא הטוב מ"מ ואיך שיהיה כמו שהשיב ראובן שהרי נתברר שהיה נושה בו כמו שדקדק החשבון עם בנו והודה לו, ומה שאמרו שהי"ל לכפור אינו יכול לכפור בזה שאין אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך. ועוד שהרי כשהוציא הממון מאת הגוי הוציאו הוא ועבד הגוי עמו והיאך יכול לכפור מאחר שידע בהם העבד ומלתא דעבידא לאגלויי לא משקרי בה אינשי, ומה שאומרים שזכו בהם זה לא יעלה על לב דמהיכא תיתי שיזכו בהם אחר מיתת הגוי שהרי יבוא בנו לתובעו ע"י ידיעת העבד וא"כ אין להם שום זכות וראובן שהוציאם מחצר הגוי ונתנם להם הוא הוא הזוכה בהם מאחר שהוא נושה חוב בגוי כאמור, ולראית האמת לבל תהיה נעדרת ח"פ פאס יע"א בחדש מש' כי תשפוט עמים מישו"ר לפ"ק וקיים וחתו' החה"ש הדו"מ כמוהר"ר אליהו הצרפתי וכהה"ר ידידיה משה בה"ר מנחם מונסונייגו וכהה"ר רפאל דוד ן' עטר ע"כ:

וס"ל נמ"ך וז"ן הדין דין אמת שראובן הנז' פטור ומותר מכל תביעות הנז' וכמ"ש הרב נר"ו ולראי' ח"פ בזמן הנז' וחתו' החה"ש הדו"מ כהה"ר יהודה ן' עטר תשובה מחכמי מקנאס וז"ן על השאלה הא' נראה שראובן מב' טעמים פטור ומותר מלתת עם היושבים בחצר המטבע בהטלה שהטיל יר"ה עליהם וקודם צריך להקדים שעכ"פ המוציא מחבירו לא יוציא כ"א בדבר ברור שאין בו שום ספק וכל שיש ספק כלל גדול הוא המע"ה ואפילו

בב' ספיקות לחובתו שכל שאין חיובו ברור פטור והנה בנד"ז אדרבא נר' שיש לפוטרו מב' צדדים. הא' דאפי' אם היה שותף ונו"נ עמהם נראה דפטור דהנה בהגה סי' קע"ו סי"ב כתב ב' מיני עלילות בא' פטור ובא' חייב וז"ל וכן אם קנה גניבה וחלק עם חבירו ובא אח"ך עלילה ההפסד ג"כ לאמצע מאחר שנתרצה למעשיו וכו' אבל אם חלקו שאר ריוחים ובא עלילה על א' מהשותפין שלא כדין אין חבירו חייב לסייעו בהפסד עכ"ל, מדקדוק לשונו נראה שאף אם באה עלילה מחמת עסק השות' כיון שאינו גניבה שהוא דבר דשכיח בו עלילה אין חבירו חייב שכן נראה מאו' אבל אם חלקו שאר ריוחים ר"ל שאינו ריוח גניבה ובא לחלק בין ריוח לריוח דבאופן שחייב בריוח הגניבה פטור בשאר ריוחים וגם מוכרח לומר כן דהעלילה באה בסיבת עסק השות' דאל"ה אלא שהעלילו עליו בשוק כגון שגנב והוא לא גנב או שקלל גוי פשיטא ופשיטא שאין שייכות לחייבו כלל, וכן מבואר להדיא במקור ההגה בתשו' הרא"ש כלל ע"ט סי' ז' שנשאל רבינו ז"ל על שמעון שקבל עי' מראובן להלוות ברבית לגוים ונתן לראובן חלקו בריוח ונפרדו ואח"ך חזרו הגוים וערערו על הרבית שהיו נותנים ולזה רוצה שמעון לחזור על ראובן וז"ל דודאי אם היה דינא דמלכותא מה שהגוים תובעין ממנו מצי למימר החזיר לי מה שנתתי לך, אבל אם ידוע שגזל הוא מה שהגוים תובעין אלא עול הוא הלכך אין ראובן חייב עכ"ל והן הן דברי ההגה ומבו' מדבריו ז"ל שאפי' שהעלילה באה מסיבת עסק השות' כיון שהיא שלא כדין פטור חבירו ובדברי הרב לא נתבאר היטב אם באה העלילה בזמן השות', אבל בדברי מהריק"ש ז"ל מבואר וז"ל בסס"י ע"ח העלילו על א' מהשות' עלילת ממון אם היה בסי' עסק השות' ההפסד לאמצע אע"פ שלא התנו אמנם אם חלקו השות' ולאח"ז העלילו על א' על עסקי השות' מיום שחלקו נסתלק השות' מהם והרי הם ככל אדם עכ"ל, מבואר מדברי הרב ז"ל דכ"ז שלא חלקו ובאה עלילה בסיבת עסק השות' אע"פ שהיא עלילה חייב ומוכרח לפי דבריו ז"ל שלא פטרו הרא"ש אלא מחמת שכבר נפרדו כמבואר בדבריו ז"ל מכלל הדברים נשמע שג' מיני עלילות הן, א' שעשו דבר דשכיח בו עלילה כגון שחלקו גניבה אפי' חלקו השות' ובאה עלילה על א' בסיבת הגניבה חייב חבירו, ב' היכא שחלקו ריוחים כמנהג העולם ובא אח"ך עלילה על א' מהם בסיבת עסק השו' אם חלקו אין חבירו חייב ואם עדיין לא חלקו והם בתוך זמן השות' חייב וכ"ז כשהעלילה באה בסיבת עסק השות' אבל אם העלילה אינה מעסק השות' אפי' אם עדיין לא חלקו פטור שכן מדוקדק מלשון מהריק"ש ז"ל והוא פשוט:
והשתא ניחזי אנן בנ"ד למי דומה לנדון הא' דגניבה פשיטא דל"ד דכאן לא העליל עליהם מחמת זיוף או גניבה כי היו מתעסקים כדרך העולם במא' המלך וברשותו אך יש פנים

לכאורה לומר דהוי בסיבת עסק השות' שחייב השותף אם עדיין לא חלקו אפי' בעלילה, אכן כד דייקינן שפיר נראה דלא מקרי זה בסיבת עסק השות' הוא כגון אם עשו איזה מלאכה או איזה כלי והעלילו עליהם לומר שכלי זה אינו טוב ויש בו סיגים והוא לפי האמת טוב באופן שיהיה ברור שהעלילה בסי' עסק השות' אבל בנד"ז שהטיל עליהם סתם בלא טעם ובלא שום סרך עם עסק השות' רק כנראה שנתן עיניו בעשרם כי הרויחו הרבה זה לא מקרי מחמת עסק השות' דעכ"פ הם ג"כ הרויחו ושמא מחמת חלקם בריוח הטיל עליהם ומזלם גרם ועסק השות' הוא שיהיה דבר א' שתלויים בו כלם וזה פשוט, והגע עצמך אם באו עליהם גנבים בלילה לשמע אוזן כי הם עשירים הרבה מחמת הריוח שמרויחים האם יעלה על הדעת שיקרא זה מחמת עסק השו' וכ"ש וק"ו בנד"ז שכאשר הטיל המלך יר"ה על האנשים הסך שהטיל הטיל גם על ראובן יותר ויותר מהם ואיכא למימר שהמלך הפרידם בעלילה זו וכ"א יתן בפ"ע ולהיות שהר"ש ג"כ יש לו עסקים אחרים עם השר הטיל עליו יותר דודאי גלוי היה למלך שהוא היה עמהם בעסק חצר המטבע כיון שכל עסקי השר היו ע"י פשיטא שכל דבר שיש בו ריוח ע"י השר ראובן נוטל חלק בראש ולזה המלך יר"ה הגדיל מדתו של ראובן יותר ויותר מכולם לכלול בזה כל הריוחים שהיו באים לראובן ע"י השר:

וכבר כתבנו דכל שיש נדנוד ספק אין לחייב ראובן להוציא מידו אלא בראיה ברורה דכלל גדול בדין המע"ה ובר מן דין נראה לפי מ"ש למעלה דאפי' העלילה שבסי' עסק השות' אם באה אחר שנפרדו אין השות' חייב בה נר' דהיינו אם היה להם זמן קבוע לשות' אבל בנד"ז שהדבר תלוי לרצונם וכ"ז שירצו ליפרד יפרדו א"כ כיון שכן הו"ל בשעה שחלקו הרווחים הא' כאלו כבר חלקו וכל עלילה שתבוא אח"ך אין לא' על חבירו כלום ומזלו גרם כמ"ש מהריק"ש ז"ל דאפילו בעלילה שמחמת השות' אחר שחלקו אין לא' על חבירו כלום, וכבר כתבנו דלפי האמת אין זה מקרי מעסק השות' וגם את"ל שהוא ס' המע"ה וכ"ש שיש בנד"ז ס"ס לזכותו ס' זה מקרי מעסק השות' ס' שאינו ואת"ל שזה מקרי מעסק השו' שמא המלך הפרידם והוא כלל עליו חלקו בהסך שהטיל עליו ואת"ל לא כלל עליו הרי חלקו הריוח כאלו כבר חלקו השות' כיון שאין להם זמן קבוע לשות':

גם מה שטוענים עליו לאמר כי מסרם למלך טענתם מהבל תמעט דכגון זה שגילה מה שחייבים לשר לא מקרי כלל מסירות כיון שלפי האמת חייבים לשר ודעדיפא מזה כ' מור"ם בהגה סי' שפ"ח סי"ב מי שרוצה לברוח ולא לשלם לכותים מה שחייב וא' גילה הדבר אין לו דין מסור שהרי לא הפסיד רק שהוצרך לשלם מה שחייב עכ"ל, וכ"ש וק"ו בזה שלא היו רוצים לברוח ומוכרחים הם לשלם לשר ואף את"ל שמא יתפסם השר

מלבד שיכולין לינצל מן השר ביד רמה כי המלך נטלם אפי' היה באפשרות אולי יתפסם השר מ"מ הוא לא עשה כלום רק גילה מה שחייבים לשר ואין זה נקרא כלל מסירות באופן שטענתם זאת יגיעת בשר להשיב עליה כי אין לראובן שום חיוב בזה כלל, ועל דברי השאלה השנית לא נתברר בדברי ראובן אם לפי האמת חייב לו הגוי או הטעה אותו שדבריו נוטים לכאן ולכאן כמו שסיים בדבריו ומה לכם אם הטעיתי אותו משמע שרוצה לזכות במעות אף אם הטעה לגוי ולכן צריך להשיב לב' הצדדים הא' דאם באמת היה חייב לו הגוי פשיטא שאין להם דו"ד על ראובן שהרי אין כאן טעות כ"א פרעון מה שהיה חייב לו ואף שהם היו רוצים לזכות מההפקר כיון שהגוי חייב לו הוא קודם ליפרע וכמ"ש בהגה סי' רע"ה היה הגר חייב לישׂ' בשטר או בעדים אין שום א' יכול להחזיק בשיעור החוב והמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש ע"כ, הרי דאף בנכסי הפקר בע"ח קודם ואף דהכא אין עדים על תפיסתו נאמן הוא לתפוס בחובו במגו דהחזרתי אלא שצריך לישבע היסת אך בזה שהוא טוען שדקדק חשבונו עם הגוי ויצאו בפ' חובו שאין כאן כלל שכחה או טעות והם רוצים לזכות ובזה הם ודאי מסופקים יטילו עליו חרם ותו לא' אך אם ראובן מודה שבאמת הטעה לגוי ולפי האמת לא היה חייב לו אלא שהוא בא לזכות בהם מכח שהוא הטעה אותו בזה הדבר צ"ע דיש לדמות זה להא דכתב בהגה קפ"ג ס"ט וכן אם נתן לו מאתים לשלם לגוי והשליח הטעה לגוי ולא נתן לו רק מאה והגוי סבור שנתן לו ק"ק דהכל למשלח עכ"ל וביאר הסמ"ע משום דמעות הם של משלח עכ"ל וא"כ גם בנד"ז כיון שראובן שליח כל השותפין והוא הטעה לגוי הכל של המשלח וזוכין בו כל השות' ואע"ג דהכא הטעות הוא מחמתו ולא מחמת השליחו' מ"מ אין נראה לחלק דס"ס כיון שנסתלק הגוי באיזה אופן שיהיה המעות ברשות בעליהן:

אלא די"ל ע"ז מ"ש מההיא דס"ז בהגה מי שהיה עושה סחו' עם הגוי ובא א' וסייעו והטעה הגוי במדה וכו' חולקין בריוח עכ"ל, ומי לא עסקינן התם שהיתה הסחורה של ישראל ומכרה לגוי ובמקום שיתן ליטרא נתן חצי ליטרא ונשארה הסחורה ביד ישראל ואפי"ה אמרי' שחולקין הריוח ולכן נראה דבההיא דס"ט הגוי שכח מאיליו והטעה דנקט ר"ל ששתק ולא גילה לגוי המשל על מאתים ליתן לגוי והגוי א"ל תן לי מנה שאני נושה בפ' וכיוצא בזה אבל אם הישראל הטעה לגוי כגון שנתן לו ק' וא"ל שק"ק הוא שנתתי לך וכיוצא והאמינו הגוי או שהגיה פנקס הגוי וכיוצא אז ודאי חולקין ששניהם היו גרמת הריוח זה בממונו וזה בחכמתו ויוצא לנו מזה בנד"ז שראובן הטעה לגוי יטול מ"מ חצי הריוח והחצי יתחלק בין כונס, כ"ז להלכה לברר הדין אך למעשה לא נוכל לפסוק הדין עד שיעמדו ב' הכתות לפני העדה למשפט ויסדרו טענותיהם ואם יצטרך שום דבר

על משמרתנו עומדים לכתוב מה שיורונו מן השמים ולבל תהיה האמת נעדרת כתבנו בקצרה כנו"נ בד"ת כי כן ראינו לקצת מרז"ל הקילו בזה בפרט בזה"ז שרבו הדעות, וצוויי"מ כי"ר ולראיה ח"פ ושו"ב וקיים וחתו' החה"ש הדו"מ כמוהר"ר רפאל בירדוגו סלי"ט ע"כ:

וס"ל נמ"ך אם הדבר כמו שנסדר בשאלה אמת שהדין דין אמת לאמיתו, אך לפי שראיתי שהשאלה לא חתם עליה א' מב"ד ואפשר דאתי זלזולא לבי דינא ח"ו לכן לא יפסק הדין עד שיעמדו ב' הכתות למשפט לקיים מה שנא' שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק ונכתוב מה שיורונו מה"ש ושו"ק וחתו' החה"ש הדו"מ כמוהר"ר ברוך טולידאנו ס"ט ע"כ:

במותב תלתא הוינא אנן דתרי מינן חתימי לתתא ואתא קדמנא החכם כה"ר שמואל אנהורי נר"ו והודה בפנינו בהו"ג באיין מנאיין כאן יתסארע מעא מוואלין צ'אר אסכא עלא דמית להטלה די הטיל עליהום יר"ה וסקסאווה ב"ד אמאהו טעם עלאס הטיל עליהום יר"ה השיב להם מא פיה כלאם גיר עלא דמית כדמית צ'אר אסכא, עוד חזרו ב"ד ושאלו את פיו לאייכון עלא דמית למטבע לקביח, השיב להם לא יר"ה כא יערף אילא למטבע מליח, מא פיהא כלאם גיר עלא דמית לכדמא די צ'אר אסכא עוד הודה הר"ש הנז' שכשתבעוהו האנשים הנז' ג"כ בהפסד שהפסידם בממון השר השיב להם אנא מא מסרתהומסי יר"ה סקסאני אידא ענדהום סי מתאע בארגז קולתלו ענדהום אלף מתקאל, עוד הודה הר"ש הנז' כשתבעוהו ג"כ בי"ד מאות מתקאלים של גוי א' שנתנה להם כדי שיתנו בעדה מטבעות של זהב ומת הגוי וזכה בה מדין הפקר ותפסה אח"ך הר"ש לעצמו, השיב להם אלגוי מא עטאהא גיר פידייא ומא כא יערף גיר אנא, עוד הודה הר"ש הנז' כשתבעוהו ג"כ לתת להם שבעים מתקאלים יען שהלכו בשליחות השר להביא מנוצרי א' הסך הנז' ונתנו להם הנוצרי ומת השר וזכה בה מדין הפקר, השיב להם הר"ש הנז' האדאך סך מן זיהת לעשור ולעשור כלו מחסוב עלייא עוד הודה הר"ש הנז' שכשעמד בפני ב"ד עם האנשים הנז' נשבע בש"ח באיין מא יבדלסי טענות דייאלו וויקבל סרע די יקולו סווא לפטור סווא לחיוב עכ"ס הודאת הר"ש הנז' ושאלנו את פי ב"ד שדנו אותם ה"ה החכמים השלמים הדו"מ כהה"ר משה די אבילא וכהה"ר שמואל אחיו נר"ו ע"ע זה ואמרו לנו כן היה הדבר כך השיב על א' א' ועל אחרון אחרון ועפ"ז פסקו להם שחייב הר"ש הנז' לשלם חלקו המגיע לו בהטלה שהטיל עליהם יר"ה כיון שהוא עדיין שותפם וג"כ פסקו להם שחייב לשלם להם אלף מתקאל של השר אם לא יפטרו מהשר בפרעון זה שפרעו ליר"ה, וג"כ פסקו להם שחייב הר"ש הנז' לתת להאנשים הנז' חלקם המגיע להם בע' מתקאלים הנז' והוא יחזור ויתבע להנוצרי הנז' במכס הנז' וג"כ פסקו

להם שחייב הר"ש הנז' לישבע שבועת היסת על אודות י"ד מאות מתקאלים שכדבריו כן הוא. ובאגב אמרו לנו הב"ד יש"ץ שתבעוהו ג"כ בת"ר מתקאלים ולא זכרו עתה מה פסק יצא מפיהם עליה עכ"ס דברי הב"ד יש"ץ וח"פ תמ"ת בג' בשבת י"ד יום לח' אדר א' שנת ול"א עולת"ה ב"ו לפ"ק פה ארבאט יע"א והשו"ב וחתום כראוי וקיים:

וס"ל נמ"ך וז"ן במותב תלתא הוינא דתרי מינן חתימי לתתא ואתא קדמנא הח' כהר"ש נר"ו הנז"ל וא"ל האדא הווא ביאור הודאתי א' מה שהשבתי מא פיה כלאם גיר עלא דמת צ'אר אסכא האדסי מאהוסי ענדי בידיעה המוחלטת לאיין בבת אחת נקבאדנא כולנא, ויר"ה ג"כ מא ביינשי כלל טעם די עלאס נקבאדנא והאדסי די קולת חסאבלי מא ענדי צ'ראר פיה ואפשר חתא אנא ג"כ עלא דמת צ'אר אסכא, ואפשר כולנא נקבאדנא עלא ענין אכור ומא קולית דאך אסי גיר מאומד, וג"כ על תביעה די אלף מתקאל אוו נקול מנאיין שלח אחרי יר"ה קבלא יסקסיני קאלי לא תכבי מני חתא סי ואידא תכבי מני נשקיך מן צ'הריך ואח"כ סקסאני שאלות אוכרין ומכללם סקסאני עליהום ואדרבא נתכוונתי להנאתם לאיין כאנו מושבעים בעיני יר"ה באיין ענדהום לממון דלקאייד בזאף וכליה מא קולתסי האד אסי קדאם ב"ד יש"ץ מנאיין כא נרא חייבוני כא נחדאז נקול אופן הדברים כיף כאנו, ועוד בלא"ה האדסי ידוע לכל שרי המלך לאיין לקאייד כאן יתבעהום פיהא קדאמהום ולא אפשר נכון מסתיר כלל מיר"ה, וג"כ תביעה דסך י"ד מאות מתקאלים די קולת מא עטאהא גיר פידייא, אמת הוא מא עטאהא גיר פידייא וכיף מאת לגוי חווזתהא מן סאעא בפרעון חובי לאיין מא יערף פיהא גיר אנא וג"כ אח"כ תבעני פיהא בן הגוי עלא קד די קבדתהא מן יידו ווריתלו לחסאב די כא נסאל לבוה ודווזהאלי מן לחוב דייאלי והודה ג"כ בפנינו וקאל שכבר התיר שבועתו הנז"ל שנשבע וכו' בפני ששה מקרוביו לחשש שמא יש קצת שינוי בדבריו בין הביאור הזה להודאתו הנז"ל וצ"ל שכ"ז היה ג"כ בפני בדי"ץ הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת וקיים וחתום כראוי וקיים ע"כ:

וס"ל נמ"ך וז"ן נדרשתי אני ח"מ לחוות דעתי בענין הריב שבין כההר"ש אנהורי הנז"ל וחביריו:

וטרם כל אסורה נא וארא אחרי רואי אילני דמלבלבי ירעשו באשלי רברבי, ופרצו גדר המוסר לנוכח הראש ראשינו כתם פז פאר הדור והדרו נזר החכמים. ועטרת השלימים: תנא דבי אליהו רבא, היושב על כסא ההוראה מימי עדנתו ואף כי בזקנתו ולגלגו על אשר אחז במנהג הא' להשיב לכל שואל די מחסורו אשר יחסר לו לפי טענותיו ואם צדיק

בריבו ובא רעהו וחקרו ונמצא שינוי וחידוש טענות חוזר לדין. ולא כסיפא ליה מלתא למיהדר להוציא הדין לאמיתו ובמקום שאתה מוצא גדולתו שם אתה מוצא ענותנותו:
כאשר כבר יצא מוניטון שלו וטבעו בעולם לקבל מקטני קטני תלמידיו ומודה על האמת וכותב בפה מלא הדרי בי וזהו הודו והדרו, ומה ראו על ככה בספרים ומה הגיע אליהם מפי סופרים לענות על רב מתשו' הריב"ש סי' קע"ט שהביא מור"ם בסי' י"ז ס"ה שלא יכתוב שום חכם פסק לא' מבעלי דינין בדרך א"כ או שיכתוב לו דעתו בלא פסק כ"ז שלא שמע דברי שניהם שמא מתוך דבריו ילמדו לשקר גם משום שאח"כ יטעון השני בדרך אחר ויצטרך לכתוב להיפך ואיכא זילותא לחכם עכ"ל:
ואחזה אנכי אשית לבי כי ממקום שבאו שם תברא לדבריהם שהרי הריב"ש עצמו בסי' ה' השיב לא' מבעלי הריב על שאלתו וכתב לו בהתנצלותו אף כי אין מדרך בעלי הוראה להורות בריב אם אינו נשאל מב' הכתות וכו' אמנם להיות הדרך רחוק בינינו לא אשיבך ריקם יע"ש וכן בסי' ע"א השיב לבע"ד עצמו בלי התנצלות להיות השואל חתנו וחכם ומבין מדעתו וקים ליה בגוויה שלא ישנה דבר. נלמד מדבריו דאין כאן לתא דאיסורא ופעמים שאתה מתעלם להשיב בהיכא דאיכא מניעת הטובה כגון אם השואל מדרך רחוקה אחור ולא ישוב ריקם, א"נ מפני הכבוד כגון שהשואל ת"ח וירא שמים שהוא ודאי יחוש לזילותא דבי דינא ולא יעלים דבר, גם מדברי מור"ם עצמו תברא לדבריהם באותה הגה עצמה דאפי' בלשמוע הדיין דברי בע"ד שלא בפני חבירו דמבורר איסורו מקראי מתיר בהיכא שאינו יודע שיהיה דיין בדבר ושאם אח"ך נתרצו לדון לפניו מותר להיות דיין בדבר וכל שהוא ממקום אחר מסתמא אינו יודע שיהיה דיין בדבר ומותר לו לשמוע דברי הצד האחד וכ"ש להשיב על שאלתו דאין כאן לתא דאיסורא כמ"ש, ועי' מהר"ם מפדואה בסי' ס' שכתב דנהגו קמאי וקמאי דקמאי להשיב לשואליהם כל שהשאלה מלובשת בראובן ושמעון וממדת חסידות לחוש לתחבולות בעלי הריב אשר מסתירים לשאול בלשון רו"ש וכשיש קצת מצוה אפי' מדת חסידות אין כאן יע"ש, ובנ"ד איכא מצוה להפך בזכותא דצורבא מרבנן והרב המאסף בסי' י"ז בהגה"ט אות י"ט כתב בשם מהר"מ מטראני שכתב בח"ג סי' כ"א דעכ"ז נהגו המורים להשיב כשהמקום רחוק יע"ש וכתב עוד שם ובאות ט"ו משם מהרשד"ם בחי"ד סי' קנ"ג וז"ל הא דאסור לדיין לשמוע דברי בע"ד שלא בפני חבירו דוקא מי שמקובל לדיין לב' הכתות אבל חכם הנשאל דרך שאלה לית ביה איסור ומ"מ בענין ממון יש בו מדת חסידות אבל לענין לאפרושי מאיסורא או בעי חד לידע מעצמו אי חייב או לא ליתא אפי' מדת חסידות ע"כ וסיים הרב המאסף בדבריו באות י"ט וכתב ובזמנינו זה המנהג פשוט שחכם שנשאל

על דבר אחד אפי' שנשאל מן הצד הא' להשיב דרך שאלה ותשובה יע"ש, גם הרב ברכ"י ח"מ סי' י"ז אחר שכתב באות ח' מחומר אוזן ששמעה דברי בע"ד שלא בפני חבירו דהוי איסור תורה לבכרת יש מהפוסקים והביא לשון הזוה"ק ריש פ' וישב דף קע"ט ע"ב וז"ל כל דיינא דקבל מבר נש מלה עד לא ייתי חבריה כאילו מקבל עליה טעווא אחרא למהימנותא יע"ש עכ"ז כתב באות ט' דלכתוב החכם על שאלה שנשאל אין בה איסור כמ"ש האחרונים והביאו הכנה"ג וכ"כ הר"ש בן הרשב"ץ סי' ר"ל עכ"ל גם הרב דרכי נועם בחח"מ סי' ח' מחזיק בסברא זו שכתב לשואלו מן הראוי שלא להשיב וכו' אמנם להפצרת השואל אחוה דעי ע"פ הנחת הטענות כאשר באו בשאלה ואם תתחדש שום טענה עד האלהים יבא דבר שניהם יע"ש, וסיים שכ"כ מהרשד"ם ח"מ קע"ח ע"כ:

וכל אלו החילוקים שנאמרו בזה הוא למאן דחש לס' ריב"ש אבל מהרי"ט בחח"מ סי' ע"ט כתב בפשיטות דאין חשש זילותא דבי דינא וז"ל והדבר ידוע דהתם אין מקום לומר דכסיפא ליה מלתא למיהדר ביה כי המשיב לא ישיב אלא על הנחת השואל וגם צדיק הראשון בריבו ובא רעהו וחקרו בטענות שיתחדשו אח"ך ויסתר כל דין אין בזה בושה עכ"ל, ודבר גדול דבר הנביא בסברא הלזו ותלה לה כיפי הברכ"י מסוגיית הגמ' פ' חזקת הבתים דף ל"א זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה א"ר נחמן אוקי אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא הדר אייתי סהדי דאבהתיה היא אר"ן אנן אחתינן ליה אנן מסקינן ליה לזילותא דבי דינא לא חיישינן, מתיבי ואם משנשאת באו עדים לא תצא דחיישינן לזילותא דבי דינא ומסיק דנפק ר"ן ועבד עובדא ולא חש לזילותא וטעמא טעים משום דתליא באשלי רברבי דלא חיישי לזילותא, ופסקה מר"ן להלכה בסי' קמ"ו סכ"ד יע"ש ובבאה"ג וסיים הברכ"י דקמ"ל ר"ן דאפי' בהיכא דנגמר הדין קמייהו לא מיקרי הא זילותא להחזיר הדין מאחר שהיה ע"פ טענה אחרת שהביא עדים שהיא של אבותיו וכ"ש בחכם שכתב פסקא דדינא ע"פ הנחת השואל ולא נגמר הדין לא בפניו ולא שלא בפניו כל שחוזר מחמת טענות שנתחדשו אין כאן זילותא כלל יע"ש, והשתא דאתינא להכי אמינא ודאי דבכוונה השמיט מר"ן לסברת הריב"ש ולא הביאה בב"י ולא בשלחנו הטהור, ובר מן דין נ"ד אתי אפי' לס' הריב"ש דחייש לזילותא והכא בנ"ד שכבר דנו את הדין לא שייך חידוש טענות ולא שמא מתוך דבריו ילמדו לשקר כי יודע שעכ"פ יצטרך להגיע הכל ליד הדיינים שדנוהו וידקדקו עליו בשינוי כל דהו להעמיד דבריהם, כי כל עיקר שאלתו לדעת את הדין שדנוהו שנראה בעיניו שהפכו בחובתו כי ת"ח הוא ומבין מדעתו ושלח טענותיו לפני כל יודעי דת ודין את האורים ואת התומים

שמאירים דבריהם ומשלימים דבריהם להפך בזכותא דצורבא מרבנן להוציא משפטו לאור ואדרבא על הב"ד שדנוהו היה מוטל כדי לאפוקי נפשייהו מהחשד לכתוב ולתת בידו ט' מהיכן דנוהו להראותו לפני כל יודעי דת ודין לראות היעמדו דבריהם או ימצאו טעם לחזור בהם כמ"ש מר"ן בסי' י"ד ס"ד:

העולה ממאי דכתיבנא דמנהג קמאי ובתראי ומיוסד ע"פ דינא דגמ' דרשאי החכם להשיב על שאלה שנשאלה מלפניו ע"פ הנחת השאלה ואם צדק הראשון בריבו ובא רעהו וחקרו בדבר חדש חוזר הדין ואין כאן שום זילותא דבי דינא ובחנם צהבו פניהם להשיב את הזקן אשר בידו כלי חמדה ותושיה כאלו נסתרה דרכו של הריב"ש מעיני רום מע' כבודו והנה מע' כבודו נקי וכסאו נקי ושרי להו מרייהו על אשר לא עשו חומות ללשונותם ומי לא ירא ממעשה נורא דיהודה בר נחמיה שהובא במנחות דס"ח ומה עלתה בידו שצהבו פניו על שהשיב את הזקן אף שתשובתו היתה נצחת בצד"י וכ"ש הכא שהתשובה נסחת בסמ"ך ואין עליו תפיסה של כלום וכל דבריו אמת וצדק והדין דין אמת, ומעתה נחזי אנן אם יש שום שינוי בין הנחת השאלה ובין סידור הטענות שטענו לפניהם. ומאן דשפיר חזי בלבבו יבין דאין כאן שום שינוי דבהנחת השאלה סדר אופן המעשה שהיה כיצד נתפסו ומה שאל ממנו המלך ומה השיבו והשמיט טעם התפיסה שלא פורש מאת המלך אלא מאומד דעתו נתן טעם לתפיסתם כששאלוהו ב"ד ואמר בזה"ל מא פיה כלאם גיר עלא דמית אלכדמא די צ'אר אסכא עכ"ל, מי האיש החכם שלא יבין את זאת שמאומד דעתו נתן טעם לתפיסתם שאלו פורש להם מאת המלך על מה נתפסו היה משיב שהוגד לו מאת המלך שעל זה נתפסו ולא היה משיב בלשון זה שמורה שאין דבר אחר לתלות בו טעם התפיסה כ"א על עבודת צ'אר אסכא שהיא המלאכה שעסוקים בה ועוד אם היה טעם התפיסה גלוי מאת המלך היו גם חביריו יודעים בדבר ולא יהיה נעלם מב"ד שישאלוהו על ככה ואפשר לנו לומר דלהנאת עצמו נתכוון בנתינת טעם זה כדי שיסייעוהו חבריו בהפסדו הגדול שהרי בב"א נתפסו ומאן שם לן מאן פלג לן לומר שהם נתפסו על עבודת צ'אר אסכא והוא נתפס על דבר אחר כדי שנאמר שהוא יסייע בהפסדם והם לא יסייעוהו ומה ראו ב"ד לדרוש טענה זו לחובתו ואפשר לפרשה לזכותו, ואם חקרנים הם כמשפט כל מורה צדק לא היו מניחים דבריו סתומים והי"ל לשאול ממנו מהיכן ידע שמה"ט היתה התפיסה ואז היה מגיד להם אם מאומד דעתו אמרה או שכך הוגד לו מאת המלך, ואפי' אם היה אומר להם שהוגד לו כן מאת המלך היו צריכין לחוקרו ולדורשו על תפיסת עצמו אם מטע"ז נתפס גם הוא או יש טעם אחר לתפיסתו ובין כך ובין כך עדיין פרשה זו סתומה שהי"ל לחקור עוד איזה עילה

ושחיתה מצא בידם המלך בעבודת צ'אר אסכא שבשבילה הטיל עליהם אותם ההטלות דאי אפשר לפרש על עיקר העבודה שלא היתה ברשות המלך דודאי לא הוקבעה בפומבי אלא בהורמנא דמלכא, ואם נאמר על שהוסיפו סיגים בכסף ובזהב יתר על מה שקצב להם המלך א"כ היינו שאלה שנית ששאלוהו שמא על זיוף המטבע והשיבם שהמלך יודע שהמטבע טוב בלתי זיוף וא"כ מה היא פשיעתם בעבודת צ'אר אסכא שעליה הטיל המלך אותן ההטלות כדי שנאמר שהוא יסייע לחבריו או הם יסייעוהו אלא ודאי עדיין פרשה זו סתומה ונאמר שגזרת מלך היא וחוקה חקק גזירה גזר מבלתי טעם ומוקמינן כל חד בהטלתו שהוטלה עליו בפירוש מאת המלך ולא הוא יסייע לחבריו ולא הם יסייעוהו, והשתא אין אנו צריכין לפירושו שפירש דבריו שמאומד הדעת אמר דבר זה ולא שפורש לו מאת המלך דפשוט הוא שאין לדבריו שום פי' אחר זולת פירושו:

ועל מה שהגיד למלך שיש בידם מממון השר אלף מתקאלים וטוענים עליו שיתחייב להם מעכשיו לפרוע לבדו כל ההפסד שימשך להם מהשר ע"י הגדה זו והוא השיב שע"י שאלת המלך הוזקק להגיד ולא מעצמו הגיד דבר פשוט הוא שלא יתחייב להם בכלום שאפי' אם אח"כ יעליל עליהם השר ויחזור ויגבה מהם אלף מתקאלים אחרים הם ישאו חטאם דמה פשע הר"ש בזה האם יעלה על הדעת שיעלים מהמלך מלתא כדנא ולא יחייב ראשו למלך משום שאף אם יעלים הוא מהמלך עבידא מלתא לאגלויי ע"י השר עצמו או ע"י סופר השר או משרתיו היודעים בדבר או ע"י א' מהשות' חבריו שאפשר אם לא היה אומר הוא האמת למלך וישלח המלך לחבריו זה שלא בפני זה אפשר שאחד מהם יאמר האמת מאימת המלך ומי הגיד להר"ש שיכפרו כולם ויכפור השר ומיודעיו בדבר זה כדי שיכפור גם הוא ויאמר אין בידם ממון השר כלום וא"כ אנוס הוא בהגדה זו ופטור ומותר כדאיתא בסי' שפ"ח וכמו שבא בדברי משי"ח נר"ו ולפ"ז אין אנו צריכין לפירושו שחזר לבאר שבפי' אמ"ל המלך שאם יעלים ממנו גסטרא יעשנו, דאפילו לא איים עליו המלך בפי' סתמו כפירושו כשיתגלה שהעלים מן המלך יחייב ראשו למלך ואין אנוס גדול מזה ופטור ומותר כדכתיבנא ושלא כדין חייבוהו הב"ד על טענתו הראשונה: ומה שתבעוהו בי"ד מאות מתקאלים שהיו בידם משל גוי א' ומת הגוי וזכו בה מדין הפקר ואח"ך תפסה הר"ש הנז' ועכבה לעצמו והוא השיבם בזה"ל אלגוי מא עטאהא גיר פיידי ומא כא יערף גיר אנא. ע"כ בתשובתו זאת יש במשמע שמעות אלו אליו ניתנו בהלואה מהגוי והוא נתנם להם להלבישם במטבעות של זהב לתועלת כולם וא"כ משעה שמת הגוי פקע שעבוד הגוי מעליו וזכה בהלואה זו שהלוה לו הגוי לעצמו מההפקר וכפי הדין תפסם אח"כ הר"ש הנז' לעצמו כיון שהוא הלוה שהלוה מן הגוי הוא

הזוכה בהפקעת הלואתו משעה שמת ואפי' אם באותה שעה שמת הגוי עדיין המעות תחת ידם מן הדין מוציאין אותם מידם כההיא דכתב מר"ן בסי' ע"ב סל"ו גבי משכונו של ישראל ביד הגוי וכו' ומה גם למה שפירש דבריו ואמר שקדמה ידיעה לבנו של הגוי ותבעו לתתם לו והראה לו חשבונותיו ושתק לפ"ז אפי' אם ההלואה היתה לכולם מהגוי אינם זוכים כלום כיון שיש לגוי יורשים שיודעים בהלואה זו אין כאן הפקעת הלואתו, דהפקעת הלואתו אינה אלא בטוען ליורש נתתיה לאביך ומת דאין היורש יודע שמשקר כדאמרי' בפ' הגוזל דקי"ג דבמוכס גוי שרי להבריח עצמו מן המכס ומקשינן אההיא דגזל הגוי אסור ומשנינן כאן בגזלו כאן בהפקעת הלואתו ופרש"י בהפקעת הלואתו שאין גזל ממש שרי כי ליכא חילול ה' כגון היכא דטעין ליה ליורש נתתם לאביך ומת דלא ידע נכרי בהדיא דמשקר ולהבריח המכס הוי כהפקעת הלואתו עכ"ל, משמע דכל שידע היורש דמשקר לא מצי טעין ליה נתתם לאביך דהוי כגזל הגוי דאסור ובנ"ד שהיורש עצמו הוא שנתן המעות מידו ליד ראובן ועוד אביו חי ובתוך ג' שעות או ד' מת הגוי איך יאמר הר"ש נתתם לאביך ולא ידע הגוי דמשקר ולפ"ז מה שטוענים עליו חבריו אלו אמרת לבנו כשתבעך אינם בידך ואנו היינו כופרים או היינו אומרים אביך היה חייב לנו הם דברים של הבל דאי כופרים בו היינו גזל הגוי ואי לומר אביך היה חייב לנו לא יועילו ולא יצילו שבדיניהם אין להם הפה שאסר הוא הפה שהתיר אלא מכיון שאומרים יש בידינו ממון אביך נתחייבו ע"פ דיבורם וכשיאמרו שחייב להם ממקום אחר צריכין ראיה בערכאות שאביו חייב להם והר"ש שהועיל בזה מחמת שהיורש יודע שחשבונותיו אמת וכיון שכן בפרעון חובו לקחם ואפי' אם נאמר שאין אותם החשבונות אמת אלא שהטעהו משעה שהטעהו באותן חשבונות זכה במעות לעצמו כי ההיא דסי' קפ"ג ס"ז דכל שמכיר השליח בטעות קודם שבאו ליד המשלח הכל לשליח וכתב הלבוש הטעם שמיד שידע בטעות זכה בהם אבל אי לא ידע בטעות ההוא ונתנו ליד המשלח הכל של המשלח שזוכה בהם מיד כשנודע לו הדבר שהרי הם בידו ועד עכשיו היו כהפקר שאין השליח זוכה בהם שלא מדעת ה"נ בנ"ד אפי' אם היתה ההלואה לכולן כיון שהניח היורש שידע מזה לא זכו משעת מיתת הגוי דאין כאן הפקעת הלואתו כיון שיש יורש יודע ובשעת הראות הר"ש חשבונותיו ליורש היו כבר המעות בידו ואי אין חשבונותיו אמת אלא שהטעהו וידע בטעות זכה בהם מההפקר:

ומה שטענו עליו לתת להם הע' מתקאלים שהביאו מבית הנוצרי בשליחות השר ומת השר וזכו בהם מדין הפקר והוא השיב בזה"ל האדאך אסך מן זיהת לעסור ולעסור כלו מחסוב עלייא והב"ד פסקו שחייב ליתן להם חלקם בהסך הנז' והוא יחזור ויתבע לנוצרי

בהאלעסור, דבר זה צריך ביאור אחר ביאור אי כוונת התובעים שהשר היה נושה בנוצרי הסך הנז' והם הלכו בשליחות השר והביאו הסך הנז' מאת הנוצרי אם לא הגיעו ליד השר או להיות אצלם בהלואה וביני ביני מת השר ודאי שהם לבדם הלכו בשליחות זה יזכו בהסך הנז' דאין לך הפקעת הלואתו יותר מזה דמי יודע שלא הגיעו הסך ליד השר וא"כ מהו כוונת הר"ש בתשובתו. אם נאמר שהוא מכחישם ואומר שמה שנושה השר בהנוצרי הוא מפאת לעסור והשר צירף הסך הנז' עליו מכלל גביית לעסור ואין כאן הפקעת הלואתו שכבר צירפו בחשבון על הר"ש הנז' אם ככה הם דברי התובעים והנתבע מה השיבו ב"ד שיתן חלקם ויתבע הנוצרי בהאלעסור הי"ל למרמי שבועה על מי שהוא תפוס בידו הסך הנז' ומדהשיבו כך נראה שיכול הר"ש לחזור ולהציל הסך הנז' מהנוצרי שיתבענו בהאלעסור וצ"ל שלא היה הר"ש עמהם כשגבו הסך מהנוצרי וכשיחזור הנוצרי ויתבע להאנשים הנז' יאמרו שהגיעו השליחות למשלח אם אפשר להר"ש לעשות הדבר הזה ואינו עושה הוי מונע טוב מבעליו כשאין בדבר חילול ה', ואפשר לומר שהר"ש קבל האמת בדבר הזה וה"ט שלא סידר פרט זה בשאלתו וצוויי"מ וימ"ן הח"פ צפרו יע"א מש' ולישר"י לב שמחה וקיים:

נאם שאול ישועה אביטבול ס"ט מה שכתבתי על הפשרה ששלחו ב"ד לפשר ביניהם ליד הר"ש הטוב בעיני שמים והישר בעיני אדם זו ביצוע כי גדול השלום ושנואה המחלוקת ומצוה עליך לשמוע דברי חכמים שפיר גזרתם להנאתך ולטובתך שהרי כל הבניינים אשר נוסדו להפך בזכותך שלא לסייעם בהטלתם היה בהנחה שכל פרש"ת העיבו"ר היתה סתומה ולא פורש מאת המלך יר"ה על מה היתה תפיסת כולכם דאיכא למימר גזירת המלך היא וחוקה חקק גזירה גזר מבלי טעם ובהכי הוא דמוקמינן כל חד בהטלתו ולא אתה תסייע לחבריך ולא הם יסייעוך כמו שמפורש במאי דכתיבנא באורך. והשתא אומרים חבריך שברור להם ולך שהדברים באו מפורשים מאת המלך יר"ה סיבת הטלתם וסיבת הטלתך שהוגד לכולכם מפי השר אשר מינה המלך לגבות מכם ההטלות שאמר להם בפניך אתם הטיל המלך עליכם לתת כו"כ על אשר נכנסתים בבית מטבע בלי רשיון המלך ולך אמר בפניהם שהטיל עליך המלך לתת כו"ך על מה שאכלת מממון המלך ממכס הסחורות ושכך היתה טענתם עליך לפני ב"ד שעמדתם לפניהם לדין ואם אמת היה הדבר הזה שהדבר מפורש מאת המלך סיבת הטלת כל אחד ואתה מודה לדבריהם לית דין ולית דיין שאתה מחוייב לסייע בהטלתם כפי מה שאתה נהנה עמהם בבית המטבע והם לא יסייעוך שאינם נהנים עמך בגביית המסים ואף אם אין אתה מודה לדבריהם מידי שבועה לא פלטת שהרי טוענים עליך טע' ודאי שפורש

לכם סיבת ההטלות כאמור וכשיקבלו חרם על טענתם תשבע אתה שלא פורש לכם מאת המלך ושריו סיבת ההטלות, וגם ע"ע הי"ד מאות מתקאלים טוענים שלהם הלוה השר המעות ובידם נתנם ע"י עצמו ולא ע"י בנו שאין לבנו שום ידיעה מזה, ואם כדבריהם כן הוא אין לך הפקעת הלואתו גדולה מזה כיון דליכא יורשים שיודעים מההלואות והם הזוכים בה כיון דלהם הלוה הגוי, ואם אין אתה מודה לדבריהם משבועה מיהא לא פלטת שבידך נתן הגוי ע"י בנו ואז תזכה מכח מה שהטעית את בנו בחשבונות ובאמת כך היו החשבונות וכ"ז נשמע ממאי דכתיבנא דמכלל הן אתה שומע לאו אלא שאמרתי אגלה אזנך שהפשרה ישרה וכשרה בעיני אלהים ואדם והניח לכם וישבתם בטח ומלך שהשלום שלו ישפות לכם שלום כנהר שלום:

נאם שאול ישועה ס"ט:

סימן מד

שאלה ראובן ושמעון שותפים בבהכ"ן והלך שמעון מעירו הוא ובניו לא"י תוב"ב ונשאר ראובן משמש בבהכ"ן לבדו והיה נוטל שט"ו מן האמצע והנשאר היה מתחלק ביניהם ואחר זמן מה קנה ראובן חלקת קרקע סמוכה לבה"כ והוסיף הקרקע ההוא בבהכ"ן הנז' וקבץ במקום התוספת אנשים מחוץ יותר ממה שהיו בראשונה ועי"ז נתרבית הכנסתה על חד ג' מאשר היה בראשונה הן מחמת שנתייקרו הרינטא'ש ע"י ריבוי הנוספין הן מחמת ריבוי השמחות שיש לנוספין הן מחמת ריבוי נדבתם חג בחג ור"ח ופורים והושענות הן מחמת ריבוי נדבת שאר אנשי הבהכ"ן הראשונים לכבודם ונדבתם הם לכבוד הראשונים מחמת קורבת השכונה שיש להם יחד בבהכ"ן א' ובכן תבע ראובן משהד"ן בזה היאך תהיה חלוקתם כי אמר ראובן שיטול מחצה מראש ממון כנגד התוס' שהוסיף בקרקע ובקהל הנאספים בו ואף שהתוספת ההיא בא לו מחמת החזקה שהיתה לו בבהכ"ן הי"ג מ"מ כיון שלא חסרו כלום ממה שהי"ל בראשונה הו"ל זה נהנה וזה אינו חסר שזה נוטל ג' חלקים בפירות וזה רביע ואינו חסר כלום ממה שהיה גובה מתחלה שהרי שיעור רביע זה של עכשיו הוא ביותר על שיעור המחצית שמקודם. עוד שאל השואל כיון שבזמן הבלשת לתפ"ק נשללו כל הס"ת שבבהכ"ן הנז' ולא הויא הבהכ"ן הנז' חזיא למידי לפי שלא יקבצו בה הקהל בלא ס"ת והוא קנה איזה ס"ת משלו ועי"ז נקבצו באו שם קהל גדול א"כ איך יהיה שמעון עושה סחורה בפרתו של ראובן אחר שראובן הוא שעשאה ראויה לבהכ"ן ואילולי ראובן לא עבר בה איש א"כ צריך שמעון לקנות ס"ת כנגדו וכל עוד שלא קנה הכל הוא לראובן עוד שאל השואל כיון שראובן לבדו

דר בעיר ושמעון אחיו עקר דירתו לגמרי מהעיר וגם שלח בכתב ידו לאמר שהוא מצווה ועומד שמעולם לא תדרוך כף רגלו הוא וזרעו בח"ל כלל ואפי' תהיה ח"ו חרב מונחת על צוארם, א"כ אין לו חלק בשררת הבהכ"ן הנז' דלא השליטו הקהל על אותה שררה כ"א לזקנים וזרעו הדרים עמהם שנהנים ממעשיהם ומתורתם שדורשין להם ומודיעין אותם חקי האלהים ותורותיו ולא נכנס בכלל זה הדר בעיר אחרת רחוקה ואין לו שום קירוב דעת עם בני קהלו, עוד טען ראובן שמתחלה היתה לו משכונה א' על הבהכ"ן מסך מה שמשכנה מורישם ביד הזולת ונמסר השטר משכונה הנז' ליד ראובן אלא שבזמן הבלשת נאבד מידו השטר משכו' ונשאר השטר מסירה האם יוכל לתפוס מנכסי שמעון כנגד חלקו באותו שטר אם לאו על הכל יורנו מו"ץ מה יהיה משפטם בדברים אלו ויבא שכמ"ה: תשובה דבר פשוט הוא שיטול ראובן לעצמו נגד התוס' שהוסיף בבהכ"ן ולא יחלוק עם שמעון באותו שבח שהשביח בבהכ"ן הן לענין הכנסת בהכ"ן הן לענין שכירות הן לענין מכירה דהיאך ראובן יוסיף קרקע משלו ויוציא הוצאו' משלו להשביח הבהכ"ן ולאדם שלא עמל בו יתננו חלקו וה"ז הבל ורעה רבה אלא מעריכין התוספת שהוסיף בשבח בהכ"ן וכפי אשר יעריכוהו למחצה לשליש ולרביע נוטל ערך השבח מראש ממון וחולק עם שמעון בנשאר שהוא הזכות שהיה לו בבהכ"ן קודם שהשביחה ראובן דאפי' ביורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות היכא דלא היה לבעל החורבה שום הנאה מהחורבה אין על הבונה ליתן לבעלים בשכירות החורבה כלום דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור מטעם דמצי א"ל מאי חסרתיך ובהיכא דהיה לבעלים הנאה מהחורבה כגון שהיו הסוחרים נוטים שם אהלים לסחורתן ונותנים לו דבר מועט לשכירות ובא זה ובנאה וחסרו מאותה הנאה שהיו נותנים לו הסוחרים מגלגלין עליו ליתן לבעלים כפי מה שנהנה דהיינו כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליה בנין כזה והוא יותר ממה שהיו נותנים הסוחרים כדאי' בפ' כיצד הרגל דכ"א דההוא גברא דבנה אפדנא אקקולתא דיתמי כפי פי' הראש שם וכ"כ רי"ו בס' מישרים נתיב ל"א ח"ב דצ"ה הביאה מר"ן ב"י בסוף סי' שע"א וכ"כ הלבוש בסי' שס"ג ס"ז יע"ש הרי מבואר דבבונה חורבתו של חבירו שלא ברשות וחסרו השכר מועט שהיה לו ממנה דאין מגלגלין עליו ליתן אלא שכר הראוי לקרקעית החורבה כפי ערך מה שראוי ליתן אדם אחר בחורבה כזאת לבנות עליה בנין כזה ולא שכירות הראוי לאותו בית כמו שהוא שוה עתה בנוי ומשוכלל, ומה גם לדעת הרמ"ה הביא דבריו הנימוק"י בפ' הנז' שלא חייבו רב נחמן ליתן ליתומים בעלי החורבה יותר ממה דהוו יהיב להו ארמונאי אע"ג דיש להבונה הנאה מרובה מאי איכפת להו בהנאתו של זה כיון דלא מפסידי מידי ממאי דיהבו להו ארמונאי יע"ש

וא"כ בנ"ד אף אם לא היה לראובן חלק באותה בהכ"ן והשביחה יטול השבח לעצמו ולא יתן לבעלים זולת השכירות שהיו נוטלים תחילה דמאי איכפת להו בהנאתו של זה כיון דלא מפסידי מידי, והשתא דהוי ראובן שותף באותה בהכ"ן מצי למימר להשביח חלקי ירדתי דקי"ל שותף הוי כיורד ברשות וכתב הרא"ש בכלליו כלל צ"א סי' א' הטעם משום דלהשביח חלקו הוא יורד ואין חלקו מבורר צריך להשביח הכל יע"ש ואחר שיש רשות לשות' להשביח אפי' אם היה שמעון עומד ומעכב עליו שלא להשביח כופין אותו על ככה כיון שאין לו שום חסרון ומה גם דאיכא נמי כבוד שמים במעשה ראובן שהוסיף מחול על הקדש להרחיב בהכ"ן שלא יהיו נדחקים המתפללים בה והולך ומוסיף אנשים נוספים על הרגילים להתפלל שם וברוב עם הדרת מלך וכיון דרשאי הוא להרחיב ולהשביח ולפאר הבהכ"ן כחפצו כל השבח שמשביח בשביל אותו התוספת יטלנו לעצמו, וכן מצאתי בתשו' הרדב"ז החדשות סי' קמ"ו שנשאל על רחל שהיה לה בית מושכר לקהל לצורך תפלה ושוב מכרה להם חלק בהבית ומפני דוחק המתפללים הוצרכו לסתור ולבנות כדי להרחיבו למתפללים ופייסוה בדבר מה עד שנתנה רשות לסתור ולבנות ושלא יתבעוה לתת בהוצאות והנה עתה השביח המקום הנז' הן לענין השכי' הן לענין המכירה ע"י ההוצאה, ורחל אומרת לקהל שיפרעו לה חלקה בשכירות כפי מה ששוה עתה הואיל והתנית עליהם שלא יתבעו ממנה כלום בהוצאות והקהל אומרים אמת שקבלנו עלינו שלא תפרע עמנו בהוצאה אבל אם השביח המקום ע"י פיזור גדול משלנו ישומו השמאים וכו' הואיל וברשות ירדנו והשיב הרב וז"ל תשובה דעתא קלישתא קא חזינא הכא וכי יעלה על הדעת שיפרעו הקהל שכירות על מה שהשביחו הם והרי השבח שלהם הוא וכו', וגדולה מזו אני אומר שאם היו באים לדין תחלה כופין אותה על זה דקי"ל כופין על מדת סדום דזה נהנה וזה אינו חסר וכו', ותו דבנ"ד יש חלק לקהל בבית ומצו למימר חלקנו השבחנו והרי אנו מוחזקים בו וברור הוא אלא שאמרת שא' מן המתחכמים אמר שהדין עם רחל ונוטלת שכירות חלקה בבית כפי מה ששוה עתה מושבחת ודייני דשפיל דייני הני עכ"ל, הרי ממש דומה לנדון שלנו:

ומה ששאל עוד ראובן שנשללו הס"ת בזמן הבלשת והוא קנה ס"ת משלו ובלתי ס"ת לא חזיא אומר אני שזה בכלל השבח שהשביח בבהכ"ן ויערבו גם את זה בכלל השבח ונגד כל השבחים יטול ראובן לעצמו או יקנה שמעון כנגדם אלא שמהשאלה הנ' ששאל ראובן ורוצה לזכות בשררת בהכ"ן הוא לבדו ולא יטול שמעון אלא שכירות מקום כפי מה שהוא בית דירה והדין עמו כאשר יובא לקמן אין כאן מקום לשאלה זו שהרי שמעון אינו נוטל אלא שכירות מקום ולא שכירות הס"ת של ראובן שעם היות שכתב הרמב"ם

בפ"א מה' מלכים הל' ז' שכל השררות וכל המנויין שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם ואם הניח בן קטן משמרין לו המלכות עד שיגדיל כמו שעשה יהוידע ליואש יע"ש, ומינה נמי שאם הרחיק נדוד משמרין לו השררה עד שיחזור. התם הוא שעכ"פ יחזור דומיא דבן שעכ"פ יגדל אבל בנ"ד שעקר דירתו מעירו וקבע דירתו בא"י תוב"ב נראה ברור דנסתלק מהשררה שאף אם ירצה לחזור לא מצי דרביע עליה איסורא שלא לצאת מא"י לחו"ל ואפי' ללמוד תורה ולישא אשה דוקא בשדעתו לחזור אבל היוצא כדי להשתקע בחו"ל אפי' ללמוד תורה ולישא אסור לצאת כדפסק הרמב"ם פ"ה מהל' מלכים הל' ט' יע"ש ואפי' בהיכא דחזק שם הרעב לא יבא ולא יהיה שמותר לצאת הרי סיים הרמב"ם שם ואע"פ שמותר לצאת אינה מדת חסידות שהרי מחלון וכליון שני גדולי הדור היו ומפני צרה גדולה יצאו ונתחייבו כלייה למקום והגם שדברי הרמב"ם לקוחים מברייתא דרשב"י ור' יהושע בן קרחא האמורים בפ' הספינה דצ"א לא תעזוב נפשי לשאול במלתא דתמיהא דכיון דמדינא מותר לצאת אלא שמדת חסידות שלא לצאת היאך יתחייבו כליה על שיצאו אטו מי שאינו מתנהג בחסידות יתחייב כליה כעע"ז ואשכחנא לה פתרא ממ"ש שם אמר רב אלימלך ושלמון ופ' אלמוני ואבי נעמי כולם בני נחשון בן עמינדב הם מאי קמ"ל שאפי' מי שי"ל זכות אבות אינה עומדת לו בשעה שיצא מן הארץ ופי' רש"א אף שהיה למחלון וכליון זכות אבות בין מן האב בין מן האם לא עמדה להם בשעה שיצאו יע"ש, א"כ היציאה גרמה להם שלא עמדה להם זכות אבות ונתחייבו כליה על איזה עון כמבואר שם כתיב מחלון וכליון ובדברי הימים יואש ושרף רב ושמואל חד אמר מחלון וכליון שמם ולמה נקרא שמם יואש ושרף שנתייאשו מן הגאולה ונתחייבו שריפה למקום, וחד אמר יואש ושרף שמם ולמה נקראו מחלון וכליון שעשו גופן חולין [פי' רש"א שעשו גופן חולין במה שנשאו להם נשים מואביות נכריות יע"ש] ונתחייבו כליה למקום [פי' רש"א דכתיב ולא תתחתן בם וכו' כי יסיר והשמידך מהר וכו' יע"ש], נמצא שעיקר חיובם הוא או מחמת שנתייאשו מן הגאולה או מחמת שעשו גופם חולין במה שנשאו נשים נכריות והיתה זכות אבותם מסייעתם ועומדת לעזרתם אלא שיציאתם גרמה להם שלא עמדה להם זכות אבות ונתחייבו כליה למקום ואף מי שאינו רוצה להתנהג בחסידות ואינו חש לזכות אבות כשיפקוד ה' את עמו מחוייב לחזור, ולפ"ז שאין שמעון רוצה לחזור לעירו בשום אופן לא הוא ולא זרעו למי שמשמרין השררה ואין לך סילוק גדול מזה דנמחלה שררתם ונסתלקה כיון דאינם יכולים לחזור לחו"ל מאיסורא דרביע עלייהו ולא עוד אלא שהפליגו חכמים בהאי איסורא דהוי כעע"ז וכמ"ש הרמב"ם שם בהי"ב לעולם ידור אדם בא"י אפי' בעיר שרובה

גוים ולא ידור בחו"ל אפי' בעיר שרובה ישראל שכל היוצא לחו"ל כאלו עע"ז שנאמר כי גרשוני היום מהסתפח בנחלת ה' לאמר לך עבוד אלהים אחרים ואע"ג דבגמ' אמרי סתם שכל הדר בחו"ל כאלו עע"ז לא ניחא למרייהו למימר הכי על הנולד בחו"ל ונשאר דר שם אלא על הנולד בא"י או שנולד בחו"ל וקבע דירתו בא"י ולהכי מפרשה הרמב"ם על היוצא מא"י לחו"ל הוא דחשיב כעע"ז וקרא דמייתי לראיה דייק הכי דמיירי בדוד שהיתה דירתו קבועה בא"י ובקשו לגרשו לחו"ל לאמר לך עבוד אלהים אחרים, והשתא אין אנו צריכין למה שבא בהשאלה שהוא מצווה ועומד מאביו שלא לצאת שהרי מצווה ועומד ממלכו של עולם שלא לצאת אפי' בלתי ציווי אביו וכ"ש בהצמדם יחד, ואחר שנסתלק שמעון הנז' משררת אבותיו לא יטול כ"א חלקו המגיעו בשכי' המקום דהיינו שיושם הקרקע במה שהוא קרקע לבד כבית דירה לא במה שהוא בהכ"ן כמו שכך פסקו הרבנים המובהקים מוהר"ר יהודה ן' עטר זלה"ה ומוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בהיכא דאיכא בן ממלא מקום אבותיו לכהן תחת אביו ובן שאינו ממלא שלא יטול הבן שאינו ממלא אלא שכירות מקום, והכא נמי כיון דאינו יכול לצאת מא"י לבוא לעמוד במקום אבותיו וביטל שררתם אין לו אלא שכירות מקום, ולהעמיד שליח בחריקיה מבני חו"ל להתפלל בחלקו לא מצי שהרי לא השליטו הקהל על אותה שררה אלא להרב זקינם ולזרעו אבל לא להעמיד אחר תחתיו:

ומה"ט נמי לא מצי למכור אותה שררה לשום אדם כמ"ש המרדכי בסו"פ החובל משם מהר"מ והביאו מור"ם בהגה סוס"י קמ"ט וכתב עוד דדמיא להההיא דכתב גבי כ"ג תחתיו מבניו שבנו קודם לכל אדם יכול אע"פ שאינו ממלא מקום אבותיו ת"ל ואשר ימלא את ידו בזמן שממלא וכו' ואם לאו יבוא אחר וישמש תחתיו כ"ש שאינו רשאי למוכרו לאחר בלא רשות הקהל וכן כל מיני שררה אין לו רשות למכור יע"ש:

ובענין השטר משכונה שנאבד בזמן הבלשת, בעינן שידעו עדים שהיו שם שטרות ונאבדו כמו שמפורש בסמ"ע ובש"ך סס"י מ"א ואז כותבין לו העדים שראו שטר אחר וזולת זה אינו מועיל שטר מסירה לבדו דאיכא למימר שגוף השטר נפרע ונקרע ואפשר דאם יהיה תפוס מהשכירות כשיעור מה שעולה לשמעון בחיוב השטר משכונה נשבע ועומד במה שהוא תפוס וצוויי"מ וימ"ן הח"פ צפרו בשבט משנת האדמ"ה אש"ר הם עליה לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט:

סימן מה

שאלה ראובן ושמעון הם שותפים בחצר א' וכ"א מהם יש לו חלקים מבוררים בחצר וכ"א נהנה מהחלקים שבידו הוא וזרעו אחריו עד היום זה דור שלישי, ויהי היום עמד דור ג' לשמעון וערער על דור ג' לראובן באמרם שיש להם עוד חלק א' מט"ז בחצר הנז' נוסף על החלקים שבידם ממורישם שמעון הנז' והמציאו שטר מכירה כתוב וחתום כראוי ושם נאמר שקנה שמעון זקנם חלק מי"ו בכל החצר מלבד החלקים שבידו, וטענו יורשי שמעון שיזכו בחלק הי"ו נוסף על החלקים שבידם ולא מהניא לראובן ויורשיו שום חזקה דכיון שהם שותפים לא מהני להו החזקה דהא קי"ל שות' אין להם חזקה זע"ז ולזה השיבו יורשי ראובן שהם ירשו מאביהן [עיין סי' קנ"ב ס"א] ואפשר ששמעון או א' מיורשיו מכר לראובן או לא' מיורשיו וראיה לזה שכבר נמכרו כמה בתים בחצר הנז' לזולת מכירה אחר מכירה ומעולם לא ערער שמעון ויורשיו ע"ז ואי איתא שיש להם עוד חלק מי"ו בכל החצר לא היה שמעון ויורשיו אחריו שותקים שאין לך שום אדם שרואה קרקעו נמכר ושותק, זאת ועוד כשהיה נלב"ע שום א' מיורשי ראובן היו יורשיו ואלמנתו חולקים החלק שהיה לאביהם בחצר הנז' והיתה אלמנתו מכנסת חלקה לבעל הב' אע"פ שאינו מיורשי ראובן ואין זה דרך השות' לראות קרקעו ביד הזולת ושותק, זאת ועוד שזה יותר ויותר משני חזקה שהחזיקו דור ג' הנז' מכח ירושה מאביהם בחלק הנז' ואין דובר אליהם דבר, והבא מחמת ירושה אינו צריך טענה אחרת [קמ"ו סי' יו"ד] עוד טענו ג"כ יורשי שמעון על יורשי ראובן הנז' על דברת חנות אחת שהיא מוחזקת כולה ביד יורשי ראובן מכח ירושת אביהם ג"כ יותר משני חזקה והם גובים כל השכירות של החנות שהיו משכירים אותה לזולת ולא היה גובה השכירות הנז' שום אדם זולתם [עיין מהרי"ט חומ"ש סי' כ"ו] ועמדו יורשי שמעון וערערו עליהם בכח שטר מכירה שבידם על מחצית החנות הנז' וטענו כל הטענות שטענו על החלק מי"ו כנ"ל ויורשי ראובן השיבו אותם התשובות כנ"ל, על הכל יורונו המורי"ם לצדקה מה יהיה משפטם ומי הוא הזוכה בדינו:

ויבא שכמ"ה:

תשובה טענת יורשי שמעון שטוענים לבטל חזקת ראובן ויורשיו מהא דקי"ל שותפין אין להם חזקה זה ע"ז אינה טענה, דלא אמרי שות' אין להם חזקה זע"ז אלא בדבר שאין בו דין חלוקה כדמוכח בפ' חזקת הבתים דמ"ב ע"ב ופסקה מר"ן סי' קמ"ט ס"ב וטעמא דמלתא כ' רשב"ם משום דמנהג הוא לאכול זה ג' או ד' שנים שלימות כל השדה ואח"ך זה משום דלשניהם ביחד אינו כדאי ע"כ אבל בדבר שיש בו דין חלוקה ד' אמות לזה

וד"א לזה קי"ל שיש להם חזקה זע"ז וכתב רשב"ם הטעם דכיון דיש כדי לזה וכדי לזה אינו מנהג להניח האחד להקדים לו חבירו ג' שנים אא"כ מכר לו חלקו הרי מבואר דביש כדי חלוקה לזה וכדי חלוקה לזה אע"ג שעדיין הם שותפים מחזיקים זע"ז וכ"ש בנ"ד שכ"א מהם י"ל חלקים מבוררים דתו לא מיקרו שותפים כיון שכ"א עומד בשלו ולוקח הנאתו לעצמו ואע"ג שעדיין הם שותפים בבאר ובבית הכסא וכיוצא עכ"ז לענין הדיורים שכ"א נהנה ומשתמש בחלקו לא מיקרו שותפים ומחזיקים זע"ז דבמלתא דיש כדי לזה וכדי לזה ליהנות כ"א בחלקו מיהא בירר כ"א חלקו ומלתא דלית בה דין חלוקה כגון באר ובה"כ וכיוצא ישתמשו בו שניהם בזה אחר זה:

ומהשתא אין אנו צריכין לטענת יורשי ראובן שטוענים שהם ירשו מאביהם ונסתייעו מההיא דסי' קנ"ב ס"א כל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה וכו' ואם טען בן הבן שירשה מאביו יש לו חזקה ע"כ, שהרי טענת יורשי שמעון אזדא לה ואידחייא מעיקרה דכיון דכ"א מבורר חלקו ועומד בשלו תו לא מיקרו שות' ומחזיקין זע"ז ואפי' חזקת ראובן זקינם עצמו הויא חזקה מעליא ואין אנו צריכין לחזקת בן בנו ולטענתו שטוען שירש מאביו:

איברא דלכאורה נראה דאע"ג דמר"ן הקדוש סתם דבריו וכללא כייל דכל אלו שאין להם חזקה ביניהם י"ל חזקה דמשמע דגם בן השותף יש לו חזקה כמו בן האומן ובן האריס מ"מ נאמר דאין למידין מהאי כללא אפי' במקום שנאמר חוץ דבשלמא בן האומן ובן האריס דלית לאבוהון חזקה מחמת אומנות ואריסות נאמר שהבנים יש להם חזקה דליתנהו באומנות ואריסות דאבוהון אבל גבי שותף דבנו קם תחתיו ומשמת אביו הרי הוא כאביו שותף לבעלים איך אפשר שתהיה לו חזקה והוא עצמו שותף לבעלים כמו אביו ובן בנו ובן בנו עד עולם וכמו שכן כתב בהדיא הרב מעשה חייא בשאלה ב' והביא דברי הרב המאסף בסי' קנ"ב אות ב' יע"ש, וגם הרמב"ם בפי"ד מהל' טוען ונטען הל' ג' נקט בן האומן ובן האריס ובן האפוטרופוס ולא הזכיר בן השותף וכן הטור והלבוש מפרשי מלתייהו בבן האומן ובבן האריס ולא בבן השותף וכן במקור הדין במימרא דר' יוחנן פ' ח"ה ריש דף מ"ז נקט בן אומן ובן אריס ולא הזכיר בן השותף יע"ש:

אמנם אפשר לומר דבכוונה סתם דבריו מר"ן לכלול גם בן השותף שהרי אינו קם תחת אביו אלא לאחר מיתת אביו להיות שותף לבעלים כאביו ואין לו חזקה אבל בחיי אביו יש לו חזקה ומצי טעין לקחתי משותפו של אבי כיון דבחיי אביו אין לו שיתוף עם הבעלים באותו קרקע ולפ"ז בבן בנו כיון שטוען שירשה מאביו ואביו אית ליה חזקה לטעון שקנאה מהבעלים בחיי אביו טענינן לבן בנו של ראובן שאביו קנאה משותפו של

שמעון בחיי ראובן זקנו אפי' בהיכא דלא חלקו ואין באותו קרקע דין חלוקה והשתא שכבר חלקו אין אנו צריכין לזה כדכתיבנא. ומאחר דאתינא להכי נאמר דהרמב"ם והטור והלבוש שלא הזכירו בן השותף משום דלא הוי מלתא פסיקתא דאיכא בן השותף דלית ליה חזקה כגון אחר מיתת אביו שהוא קם תחתיו להיות שותף לבעלים ומר"ן הקדוש כדי לכלול ג"כ השותף בהיכא דאינו קם תחתיו כגון שהחזיק בחיי אביו סתם דבריו וכתב כל אלו שאין להם חזקה בניהם יש להם חזקה והיינו שהחזיק הבן בחיי האב ודו"ק, וכפי הבא בשאלה שנמכרו כמה בתים מכירה אחר מכירה מחלק יורשי ראובן וגם בחלוקות שחולקין עם יורשיהם האלמנו' ומכניסות חלקן לבעל הב' דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי וכל זה הם רואים ושותקים ולא מיחו ודאי דעלתה להם חזקה שאין אדם שרואה קרקעו נמכר ושותק אם לא שידיו מסולקות ממנו וכמ"ש מהרי"ע בחח"מ סי' כ"ו והביאו הרב המאסף בסי' קמ"ו בהגהב"י אות א' יע"ש, שכל שרואה השו' שותפו מוכר לאחרים ושמע השותף ולא מיחה עלתה לו חזקה ללוקח ומבואר שם ג"כ בהיכא דהיה השותף משכיר הדבר המשותף וגובה כל השכירות לעצמו ושותפו אינו גובה כלום דעלתה לו חזקה דלא עביד איניש שיקח חבירו כל השכירות ושותק יע"ש במהרי"ט סי' כ"ו ובהרב המאסף סי' קמ"ט בהגה"ט אות ז' ומינה נמי דאין טענת יורשי שמעון כלום על המחצית בחנות המוחזקת ביד יורשי ראובן מאחר שגובין כל השכירות לעצמן ולא פרעו לעולם לשמעון או ליורשיו דמוכחא מלתא דשל יורשי ראובן היא ועלתה להם חזקה וכדכתיבנא, הח"פ צפרו בשבט מש' עושה משפט לעשוקי"ם לפ"ק:

ע"ה שאול ישועה ס"ט עוד נמצא בשטר חלוקת החצר הנז' שא' מן היורשים מכר איזה חלקים לזולת והזולת מכרן לאבי המערער וטוענין עליו יורשי ראובן אם איתיה לחלק מי"ו שבשטר מכי' שהוצאת שקנה שמעון זקינך נוסף על החלקים למה אביך כשקנה החלק שמכר א' מהיורשים נתן כל דמי המקנה ולא חיסר מהם שיעור המגיע לחלק מי"ו שיש ממנו באותו החלק ולזה אמינא ודאי שזו טענה הנשמעת דכיון שקנה החלק שי"ל עליו ערעור בדמים אין משגיחין על ראיותיו ואיבד את זכותו כההיא דסי' קמ"ז ס"א בהיכא דחתם המערער על המכר שאיבד זכותו וכ"ש הכא שקנה החלק שמערער עליו בדמים ואע"ג דאמרי' בסי' קמ"ו סי"ח דעביד אינש דזבין דיניה, התם שהיה רוצה לקנות ולא עביד מעשה רק באמירה לבד אמר לעדים לקחתה לו מיד המוכר. אבל הכא דעביד מעשה ונתן הכסף וקם לו איבד זכותו וכמ"ש בהדיא הב"י בשם תשו' הרשב"א דלא אמרינן עביד איניש דזבין דיניה אלא בשלא קנאה דלא עביד מעשה יע"ש, וכן משמעות דברי מר"ן לקמן בסס"י קמ"ז וז"ל בא שמעון ונמלך בלוי וכו' א"ל לך וקני אותה וכו' יש

ללוי לערער עליה ולא איבד זכותו שהרי לא עשה מעשה עכ"ל, מש' דכל דעביד מעשה איבד זכותו. וצויי"מ וימ"ן הח"פ צפרו וקיים:
שאול ישועה:

סימן מו

טופס והעתקת שטר ק"ע שנתקבלה בכפר קצר אסוק וז"ן במותב ג' כחדא הוינא עד דאתא קדמנא עד אחד כשר והעיד בתע"ג ואמר בזה"ל לעדות לשי"ת באיין כאן חאדר מנאיין כאן מרי"ץ יוסף בן מסעוד ומת מההוא חולי וצוה בעת צוואתו בדעתו השלימה ומיושבת כבריא וקאל באיין לקרקע דייאלו כלו נתון במתנה גמורה שרירא וברירא וקיימא בכל חיזוקי המתנה ובכח מתנת ש"מ מעתה ומעכשיו להבתול' זהרא בתו ואחריה אם מתה הכל נתון במתנה גמו' לשמחה בתו אחותה ככל תקוני המתנה כדת וכהלכה כמתנות הנהוגות בכל ישראל עכ"ד העד הנז' ולראיה ח"פ יום א' בשבת י"ט לח' כסלו שנת נפלאו"ת לפ"ק וקיים וחתם א' ה"ר זבולון בה"ר מרדכי אסבאג וסמוך לחתימתו כתוב ושם העד הנז"ל יעקב בן יצחק ן' מאמאן והכל שריר וקיים וחתמו ה"ר סלימאן בן מסעוד בן צניוור וה"ר אהרן ן' משה ן' זנו ונתקי' החתי' בכפר אוטאט בתלת ועדים החתו' על הקיום המה כהה"ר שמואל ן' זנו וכהה"ר אברהם ן' שטרית והכרנו חתימותיהם כדחזי:
ובנייר אחר נמ"ך ק"ע מעד ב' וז"ן בתלת כחדא הוינא יתבין כד אתו קדמנא שע"ך שהם ה"ר משה ן' שמואל ה"ן יתאח וה"ר יצחק ן' חיים בן הרוש והכרנו שאין להם יחוס של קורבה כלל והעידו בפנינו בתע"ג ואחר האיום בררו בעדותם שכך היה בפניהם וכן אמרו בזה"ל באיין העיד לפניהם עד א' כשר ושמו משה ן' יוסף דמתושבי קצר אשוק וכך בירר בפניהם בעדותו באיין כאן חאצ'ר מנאיין כאן מרי"ץ יוסף ן' מסעוד ן' חיון דמתוש' קצר אשוק ובעת צוואתו צוה בדעתו השלימה ומיושבת כבריא ואמר באיין לקרקע די ענדו כלו הידוע לו בכפר הנז' נתון במתנה גמו' שרירא ברירא ככל תיקוני המתנות הנהוגות בישראל מעו"מ להבתו' זהרא בתו הכל נתון לה במתנה ואם ב"מ מתה הרי הכל בכי יותן לשמחה אחותה דהיינו נכסיו לזהרא ואחריה לשמחה ובירר העד בעדותו שמת יוסף הנז' מאותו חולי ע"כ מה שהעידו העדים מפי העד, ועוד בררו בעדותם שהיו בג' כחדא כשקבלו העדות ולראיה חתמנו טו"ב בשבט שנת וקנאת"י לציון וקיים וח"ע כהה"ר שמואל הנ"ל וכהה"ר אברהם הנ"ל והכרנו חתי':

נדרשתי לחוות דעתי מה יהיה משפט הצוואה הנז' יען שיוסף המצווה הניח ג' בנות זהרא הבתו' הנז' ושמחה הנז' ויאקות אחותם ונלב"ע זהרא הבתו' הנז' ויורשיה הם שמחה ויאקות אחיותיה ועמדה שמחה ובעלה והחזיקו בקרקע הנז' מכח הצוואה ודרים בו עוד היום ולהיות שנלב"ע גם יאקות הנז' עמד בנה לתבוע חלק אמו בהקרקע הנז' באומרו ששתי אחיותיה של זהרא יירשו הקרקע ההוא בשוה ולא תטלנו שמחה לבדה, ועם היות שנראה לכאורה תביעתו נכונה מההיא דסי' רמ"ח ס"א וז"ל ש"מ שאמר נכסי לפ' ואחריו לפ' אם היה הא' ראוי ליורשו אין לב' כלום מטעם שכבר הנחילם לראשון וסיים מור"ם ואפי' אם גם הב' ראוי ליורשו שאין לו כלום שכל לשון מתנה ליורש הרי הוא כלשון ירושה וירושה אין לה הפסק, וא"כ לפ"ז שאין לב' כלום רק לראשון א"כ בנ"ד זכתה זהרא לבדה ויורשיה יורשים בשוה אבל כד דייקינן שפיר נראה שהצוואה קיימת ותזכה שמחה בכל הקרקע, חדא ממה שכתוב בצוואה מעתה ומעכשיו וקי"ל בסעיף ז' אין כל הדברים אמורים אלא באומר ואחריך לפ' ולא אמר מהיום אבל אם אמר ליה ואחריך מהיום לפ' ומכר הא' השני מוציא מיד הלקוחות וכתב הב"י משם הרשב"א דכל שכתב השיור במעכשיו אין ירושה זו מופסקת אלא מעכשיו נתנו הנכסים ליורשים ואף שכתב שיש חולקים ולא הכריע הרי מור"ם הכריע בהגה שם דסברא זו עיקר, ואע"ג שלא הזכיר מעכשיו כ"א בראשונה ולא בשניה מ"מ כיון שאין צורך לראשונה במלת מעכשיו אמינא ודאי דאכולהו קיימא מלת מעכשיו:

[הגהה אישתמיטתיה להרמ"ז ז"ל מ"ש הב"ש בא"ה סי' צ' סקי"ד וז"ל ואחריו מעכשיו אבל אם אמר מעכשיו לפ' ואחריו לבתו לא מהני מלת מעכשיו שאמר לא' יע"ש, עמרם ס"ט]:

ומה גם דאיכא למי' דנ"ד הוי כאלו פירש ואמר לא משום ירושה אני נותן אלא במתנה דאיתא בסעי' ב' דקנה הב' שהרי פירש בצוואתו מתנה גמו' ככל תיקוני המת' וכמתנות הנהוגות בכל ישראל משמע שלא תהיה מתנה זו בלשון ירושה אלא כמתנות הנהוגות וכו' ובזה יתיישבו דברי מור"ם בסי' רנ"ג ס"ו שכתב ואם פי' בהדיא שנותן לו במתנה אפי' ראוי ליורשו אינו אלא לשון מתנה ומדכתבה סתם ולא כתב וי"א נראה דלהלכה אמרה ותקשי לן אההיא דסי' רמ"ח ס"א שכל מתנה ליורש הרי הוא כלשון ירושה, אלא ודאי דאיירי מור"ם במפרש בהדיא בלשון המורה דלשם מתנה נתכוון כנ"ד אע"פ שלא אמר ולא משום ירושה כאלו אמרה מייתורי לישני המתנה:

[המעיין בב"י סי' רנ"ג ובד"מ שם עיניו יחזו דמ"ש מור"ם בסי' רנ"ג הוא חולק עמ"ש מר"ן בסי' רמ"ח דלהרמב"ם אין חילוק בין אמר נכסי לך דמשמע לשון ירושה ומש' לשון

מתנה בין אמר נכסי נתונים לך כיון שהוא למי שראוי ליורשו ולסברא שהביא מור"ם יש חילוק בין סתם למפרש יע"ש. עמרם ס"ט]:
העולה ממאי דכתיבנא דשמחה הנז' זכתה בקרקעות אביה לבדה ואין לבן אחותה בהם כלום שהרי אמו לא זכתה כלל שמיד שמתה זהרא הנז' זכתה שמחה הנז' בקרקע למפרע משעה שנתן אביה לשניהם כאמור הח"פ צפרו כ"ב בשבט ש' והנה אמ"ת נכו"ן הדבר לפ"ק וקיים:
נאם שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן מז

עמדו לפני לדין ה"ר מסעוד ן' שלוש ואשתו הא' עיישא בת אברהם אסודרי מחמת שרצה לגרשה ולפרוע לה כתובתה אף היא תשיב אמריה שתטול בכתובתה כפלים שאע"פ שאין בכתובתה אלא אוו ממט' מל"פ שעומדת ע"ס תק"ם נ"ם ה"ם מ"מ אחר שעשה לצרתה כתובה מסך בוו וכבר נתחייב לזו בקוש"ח שכל מה שיעשה לצרתה יתר על כתובתה כן יעשה לה גם תטול המתנה שנתן לה יתר על כתובתה והמציאה לפני שטר מתנה שנתן לה אגב דא"ק מהט' שיש בביתה מה שהוא מלבושיה וכלי תשמיש הבית בעד מה שנתנה לו רשות לישא א"א עליה במקום אחר שלא זכה בדין לישא אשה במקום אחר עד שנתנה לו רשות, והשיב על א' והוציא כתב מסופרי המתנה שתכף שנתחייב לה בתוספת הכתובה אמר לסופרי המתנה שאינו מקנה בחיוב זה יען שמתחלה נתן לה המתנה ע"ד לתת לו רשות ואחר שנגמר הענין נכתב ונחתם חזרה ובקשה ממנו ענין התוספת וע"ז חזר תכף ופסקתי ביניהם שאין עליו חיוב התוספת כיון שחזר תכף בעוד שעסוקין באותו ענין דנתנו לו חכמים שעה להתבונן אפי' במכר כדאי' בח"מ סי' קצ"ה וכ"ש במחייב עצמו במה שאינו חייב אבל במתנה הא' שנעשית אדעתא שתתן לו רשות וע"פ רשותה נשא אשה במקום אחר היא קיימת וגובה כתובתה ומתנתה כדאיתא בא"ה סי' צ"ט ס"ב אע"פ שמגרשה שלא מדעתו כגון שסרחה עליו מתנתו שלה וכ"ש בנ"ד שמדעתו הוא רוצה לגרשה דתטול כתובתה ומתנתה דדוקא בבגדים ותכשי' שעושין להתנאות בהם האשה דאיתא בסעיף א' הוא דאמרינן דלא נתנם אלא אדעתא למיקם קמיה ולא אדעתא למישקל ולמיפק אבל במתנת קרקע וטלטל היא מתנה גמורה וגובה מתנתה עם כתובתה זולת אם מרדה בבעלה כדאיתא בסי' ע"ז שאינה נוטלת ממתנה שנתן לה בעלה וההיא דסי' ק"ז ס"ג דבנותן לאשתו מתנה אבדה כתובתה לא אמרו אלא בכותב לה כל נכסיו ולא במשייר ואפי' ליש מי שאומר שבסעיף ד' דבעינן כתב לה סך

מסוים הרי בנ"ד הסך מסוים מלבושיה וכל תשמישי הבית באופן שמתנה זו קיימת וכתובתה קיימת וכשירצה לגרשה יפרע לה כתובתה מלבד מתנתה הח"פ צפרו בחדש זו שנת וינת"ן ל"ך לפ"ק:
שאול ישועה:

סימן מח

טופס והעתקת פס"ד שנכתב ע"ג שטר הטבה וז"ן הן עתה בא לפנינו נוסח שטר ההטבה ולפי הכתב הזה השני לא נשאר לבע"ח שום זכות ששטר ההטבה נכתב בהיתר גמור ואינו תנאי ולכן המקח קיים ביד הלוקחים ופקעה יד בעלי חובות כמ"ש בא' שאף שיחזיר המקח בתו' חסד יזכו בו בניו אחריו כי לא זכה בו סמחון מעולם שלא התנה אלא אם יחזיר לו סמחון יחזיר לסמחון מאהבתו אותו ולא ליורשיו (א"ה קמ"ג ב') וכ"ש לו ולא לבעלי חוביו. ועוד דוקא אם יחזיר סמחון ולא יורשיו ולא יחזיר אלא לסמחון ולא ליורשיו שכן מדוקדק מלשון ההטבה כל זמן שיתן לו ה"ר סמחון הנז' יחזיר לו המכר הנז' עכ"ל, וכיון שמת סמחון נתקיים המכר ביד הלוקח ולא נשאר לבעלי חוביו כלום וגם לא ליורשיו וקרוב לומר שאפי' אם היה נשאר סמחון בחיים ויחזיר המעות אינו מחויב ללוקח להחזיר דזה הוי קנין דברים וגם הוי אסמכתא וכמ"ש בסס"י ר"ו באומר שכשימכור יהיה מוכר לו דהוי קנין דברים ועוד הוי אסמכתא עכ"ל ואמת שיקשה לנו תי' הב"י א' שהביא הסמ"ע סי' ר"ז סקי"ג ע"ש, ויש ליישב' ואיך שיהיה הדין דין אמת שפקע יד בעלי חוביו הן מצד שאלו נצ"ב כמ"ש בא' וגם מצד ההטבה אין לו שום זכות ולאפס פנאי קצרנו במקום שיש להאריך וקיים אדר א' תקס"ה לפ"ק וקיים וח"ע החכמים הש' הדו"מ כמוה"ר רפאל בירדוגו וכמוה"ר ברוך טולידאנו וכמוה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו ישצ"ו ונתקיי' לנו חתי' כדחזי וחתי' הכא תמ"ת וקיים:
ישראל יעקב עולייל ס"ט אליהו אפרייאט סי"ט וזה מה שכתבתי בענין ההטבה הנ"ל, ובענין הטבה שכתוב בה שאם תביא לי אתה או ב"ך דמי המקח אחזיר את המקח ולא כתיב שאם תביא לי או לב"ך כמו שכתב אתה או ב"ך דיפה נלמד דין זה מההיא דפ' מי שאחזו דף ע"ד ה"ז גיטך ע"מ שתתני ר' זוז דקי"ל כת"ק דאמר לי ולא ליורשי ופסקה מר"ן בא"ה סי' קמ"ג ס"ג ולא תימא היינו דוקא באיסורא אבל בממונא אפי' ליורשי דמדברי הרמ"ה שהביא ב"י בחו"מ סי' ר"ז סי"ז וז"ל כתב הריטב"א בתשובה בשם הרמ"ה גבי הא דאמרו לי ולא ליורשי ש"מ דהא דתנן הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה מביא לי מכאן עד ג"ש הרי היא שלי שלא נתקיים התנאי אא"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח

מדקאמר "אתה ולי" דלי ולא ליורשי משמע ואתה ולא יורשיך עכ"ל, ושם סכ"ז הביא לשון רי"ו וז"ל וכתב בנתיב כ"ז ח"ג מתנה ע"מ שתתן לי כו"כ עד זמן פ' ומת המקבל תוך הזמן אינו נפטר אע"פ שיתן ליורשיו כי לי ולא ליורשי כדאמרי' בפ' מי שאחזו וכן אתה תתן ומת קודם שנתן לא קיים התנאי דאתה תתן משמע ולא היורשים כ"כ הרשב"א עכ"ל יע"ש, ומה גם דגמ' ערוכה היא ב"ב פ' המוכר את הבית דף ס"ג ע"א דת"ר בן לוי שמכר שדה לישראל ואמ"ל ע"מ שמעשר א' שלי מעשר א' שלו ואם אמר לי ולבני מת יתן לבניו ולמד הגמ' מכאן למוכר בית ע"מ שדיוטא העליונה שלי דיוטא העליונה שלו וכתב רשב"ם ודוקא הוא אבל בנו אין רשות וכו' עד שיפרש לי ולבני כדאמרי' לעיל גבי מעשר יע"ש, ואע"ג דהנ"י בשיטתו על בתרא כתב עליו דדוקא גבי מעשר אמרו כך מפני שלא נשאר לו בגוף הקרקע כלל דגוף הקרקע ודאי דלוקח הוי אבל גבי דיוטא שנשארה לו אף היורש יורשם יעש"ב הביא דבריהם מר"ן הב"י בסי' רי"ד סוף סעיף י"א נשמע דע"כ לא פליגי אלא בדיוטא דהוי שיור אבל בדבר שאינו שיור מודים דלי ולא ליורשי. וכ"פ מר"ן בשלחנו הטהור סי' ר"ט ס"ז במוכר שדה לחבירו ושייר מפירותיו וכו' ואם מת מוכר א' אין לבניו כלום אא"כ פירש לי וליורשי עכ"ל, גם מור"ם בהגה שם הביא בשם הרמב"ן באומר ע"מ שדיוטא א' שלי יורשין בניו זכותו אחריו וכתב הסמ"ע דבכה"ג לא נכנסה הדיוטא בכלל המכר כלל ונשארה לו וליורשיו לדורות עולם משמע דמודה מור"ם בהיכא דלא שייר דבר מסויים דאז לא הוי אלא כתנאי בעלמא וצריך לפרש לי וליורשי וכל שלא פירש אמרי' לי ולא ליורשי יע"ש, וכ"כ עוד מור"ם בהגה בסי' רמ"א ס"ז דגבי האומר לחבירו שדה זה נתונה לך ע"מ שתתן לי ר' זוז ומת בניו נותנים לו והמתנה קיימת אע"ג דהאומר ע"מ שתתן לי לי ולא ליורשי קאמר שאני הכא דלא כוון רק שיתנו לו והרי נתנו ועיין ב"י סי' ר"ז סי"ז שכ"כ משם הרשב"א הרי דדוקא בנותן מתנה ומתנה ע"מ שתתן לי ר' זוז הוא דאמרינן דלא כוון רק שיתנו וכו' אבל בכל מילי אמרינן לי ולא ליורשיו ועיין סמ"ע סקי"ח וז"ל אע"ג דהאומר ע"מ שתתני לי וכו' ר"ל בעלמא אמרי' כן וכמ"ש בא"ה סי' קמ"ג וגם לעיל ס"ז ולקמן בסי' רמ"ז ס"ג כ"כ הטור והמחבר ומור"ם והוא מהג' והוה אמינא דגם אמרי' כשמת המקבל דאין היורשים לקיים התנאי ולקבל המתנה כיון שאמר שתתן וכו' קמ"ל דשאני הכא וכו' וכ"כ דברי ריבות שאלה צ"ז וכתב אע"ג דאיכא איסור שבועה שנשבע למכור לפ' אמרינן דלא נשבע אלא לפ' ולא ליורשיו שהרי אפי' בענין איסור אשת אח דפ' מי שאחזו אמרי' לי ולא ליורשי וכ"פ מהרימ"ט בח"ב חח"מ סי' מ' וחי"ד סי' ה' וח"א שאלה כ"ג ועיין מטה אהרן ח"א סי' ט' וכ"פ הריב"ש בסי' רנ"ז ועיין שו"ת הרב המאסף בחי"ד סי' קפ"ח בספר בעי חיי שדקדק

מדברי הריב"ש ומהר"י אדרבי הנ"ל דיש צד לומר דבהיכא דגבי מוכר פירש לו ולב"ך ובקונה לא פירש הוא או ב"ך כנ"ד יש לדון דדוקא למוכר היטב לו ולב"ך אבל הקונה היטב אלא הוא אבל לא לב"ך בזה יודו אף החולקים דאמרי לי ואפי' ליורשי דהואיל וכאן התנה וכאן לא התנה דעתו דבמקום שלא התנה אין לזכות ליורשיו יע"ש, והוסיף לנו לקח טוב דאף לדידהו דאזלי בטענת קים לי יזכו היורשים וז"ל ולענין הלכה בכל גוונא בין בהטבות הנהוגות בין במכר קרקע והתנה הלוקח בין בהלוהו על שדהו (הנ"ל) אין מוציאין הקרקע מיד הקונה דאע"ג דאיכא רבוותא דס"ל דחייב להחזיר ליורשיו קרקע בחזקת הקונה קאי ויכול לומר קי"ל כמהר"י אדרב"י ומהרש"ך ז"ל דס"ל אפי' בהטבות הנהוגות אינו חייב להחזיר ליורשיו כ"ש בשאר חלוקות דכלהו רבוותא ס"ל דאינו חייב להחזיר מלבד הרדב"ז ז"ל ואע"פ דבכל דוכתא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה קמא הכא שאני שהלוקח בדין ירד והמוכר החזיקו אלא שטוען המוכר שתנאי היו הדברים ארעא בחזקת הקונה קיימא כמ"ש הרשב"א ז"ל וכמ"ש למעלה עכ"ל, וגם הרב בית יהודה למהר"י עייאש בחח"מ סי' י"ד דצ"ח דפסיק ותני דלי ולא ליורשיו ושחילוק המבי"ט ז"ל בזה אינו ברור וכן נוהגין בכל שטרי הטבות לפרש הוא או ב"ך ואם כתב סתם דוקא הוא ולא יורשיו עכ"ל, וע"ע בתשו' הרשב"ש סי' רע"ו ואין להאריך יותר דכיון דמר"ן ומור"ם פסקי ותנו דבעלמא לי ולא ליורשיו אין פוצה פה ואין מצפצף החותם בח' זו שנת תהיינ"ה אזני"ך קשובות לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט:

סימן מט

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין ראובן שלוה מעות משמעון על בגדי אשתו מנצ"ב שלה וקבע לו זמן לפרעון ומת ראובן הלוה תוך הזמן ועמדה אשתו להוציא חפציה מיד שמעון לצורך פרעון כתובתה בטענה דשלא מרצונה משכנם בעלה אצלו, ושמעון משיב דלרצונה משכנם אצלו בעלה וטוען עוד שמא בנכסים הנשארין אצלה יש די והותר לפרעון כתובתה:

תשובה מתחלה צריך לדעת כתובת אשה זו מה היא אם היא כתובה כדת או אם היא כתו' קאשטילי' אשר יסודה בנוי ע"פ תקנת המגורשים זלה"ה ובהשני אופני הכתובות הנז' יש עוד אופן אחר שיש שמוסיפין תנאי בשולי הכתובה שהנדוניא שמכנסת לבעלה כארג'א מן צ'אר בוהא שאין לו רשות למכור ולא למשכן בלתי רשותה, ונאמר שאם הכתובה קאשטילייאנה ובאה האשה לתבוע מהמלוה אחר פטי' בעלה לא דינא ולא

דיינא שאין תביעתה כלום שהרי כשנפטר בעלה נעשו כל הנכסים הנמצאים לו ולה אגודה אחת ועיסה אחת וכולם נאחזים בסבך התקנה לפרוע מהם כל החובות תחלה בין בשטר בין בע"פ ובהנשאר אחר פריעת כל החובות הוא שתחלוק עם היורשים כפי התקנה ואפי' לא היו לבעל נכסים אלא נכסי נדוניתה או נכסי מלוג שלה יטלו אותם הבע"ח והאשה ההיא תצא נקיה מנכסיה חנם אין כסף ואפי' יהיו הנכסים ההם תפוסים תחת ידה מוציאין מידה מכח התקנה לפרוע לבע"ח תחלה ואין צריך לומר כשממושכנין ביד הבע"ח עצמו. ואם היא כתובה כדת בזה הוא שדברו הפוס' ואיכא צדדין וצדי צדדין והוא דלכתחילה אין האיש רשאי למכור או למשכן בהמטלטלין של נצ"ב בלתי רשותה ובזה הושוו כל הפוסקים ועלה בהסכמה לדעת אחת ובפרט הג' עמודי הוראה אשר הבית בית ישראל נשען עליהם הר"ף והרמב"ם והרא"ש:

אכן בהיכא דעבר הבעל ומכר באותן המטלטלין שלא לרצונה אם המכר בטל או לא בזה באנו בסלע המחלוקת ודעת הרמב"ם בפ' ל' מהל' מכירה ה"ד ושנאה בפכ"ב מהל' אישות הל' י"ו דבעל שמכר מטלטלין של נצ"ב או מטלטלין שנתן לה משלו אע"פ שאינו רשאי אם עבר ומכר או נתן קנו הלקוחות וכתב הה"מ שכן דעת רב האי גאון בס' המקח שער ד' וז"ל אשה שהביאה לבעלה מטלטלין וכתבן בכתובת' וכן הוא שהכניס לה שום משלו וכתבו בכתובתה ובא לימלך למכור במטלטלין עלינו לומר לו אל תמכור אבל אם עבר ומכר מעצמו ממכרו קיימת דהא אמרינן לא ניתנה כתובה לגבות מחיים עכ"ל ודעת הה"מ שגם הראב"ד סובר כן, וכוותייהו פסק מר"ן הקדוש בש"ע אה"ע סי' צ' סי"ד וז"ל אין האיש רשאי למכור מטלטלין של נצ"ב ולא למשכנם ואם מכרן או משכנם מה שעשה עשוי ע"כ, הנך רואה שמר"ן הקדוש השוה המשכונה למכר ומחתינהו בחדא מחתא עם שלא נזכרה משכונה בד' הרמב"ם ובדברי הגאון ולא נראה לו לחלק ביניהם כלל:

ואנן בדידן אין לנו אלא פסק מר"ן מצד קבלת אבותינו שקבלו עליהם דעתו אפי' נגד כמה פוסקים ואחרי דבריו לא ישנו:

ומעתה לס' מר"ן לא נפק"ל מידי מההכחשה שבין האשה והמלוה שהיא אומרת שלא לרצונה והוא אומר לרצונה דאפילו נאמין אותה שמשכנם שלא לרצונה אינה מוציאה מיד המלוה דמה שעשה בעלה עשוי אפי' שלא לרצונה ושלה לדעתה:

איברא דלדידן נמי בהיכא דאיכא תנאי בשולי הכתובה שהנדוניא כארג'א מן צ'אר בוהא ואין לו רשות למכור ולא למשכן וכו' בזה ודאי דאפי' לס' מר"ן אמרי' דהאי תנאה לטפויי אתא ומוציאין מיד הלקוחות או מיד המלוה כשמכר הבעל או משכן שלא לרצונה דאל"כ

מה מועיל התנאי הרי בלא תנאי זה נמי אינו רשאי למכור ולא למשכן לכתחלה אליבא דכ"ע ומה מועלת תוס' התנאי אלא ודאי לטפויי אתא דאף בדיעבד אם עבר הבעל ומכר או משכן שלא לרצונה שהיא מוציאה מיד הלוקח או מיד המלוה דבכה"ג דאיכא תנאה מודה מר"ן לסברת החולקים על סברת הרמב"ם דלדידהו אפי' בלא תנאי אם עבר ומכר המכר בטל לעולם כל שעשה שלא מרצון האשה, ועמהם יד חזקה רבתי בדעות הרז"ה והרא"ש ור"ח ומהר"ם והרמב"ן והרשב"א ור"י וריא"ז כאשר הביא דבריהם הרב מטה אהרן בשאלה ק"ג יע"ש, וכ"כ הריב"ש בשם כל האחרונים בשאלה כ"ב וק"ן יע"ש ונפקא מינה דבאתרא דלא קבלו עליהם דעת מר"ן יכולין לעשות ע"פ רוב הפוסקים:

והשתא דאתינא להכי ובירנא דבמקום דקבלו עליהם דעת מר"ן משכחת לה שהמכר בטל בהיכא דאיכא תנאה כנז"ל וכ"ש במקום שעושין כדעת רוב הפוס' שהמכר בטל בין בתנאי בין בלתי תנאי מעתה צריכין אנו לברר היכא דאיכא הכחשה בין האשה ובין המלוה או הלוקח שהיא אומרת שלא לרצונה והוא אומר לרצונה הדין עם מי. והנה מצינו ג' דעות בדבר ושלשתם עולות בקנה א' ואפשר לזווגם ולהסכימם לדעת ר"ח שהביא מר"ן ב"י בא"ה סי' צ' בשם מ"כ וז"ל אם לוה הבעל על בגדיה והיא אומרת שעשה בלא ידיעתה דין הוא שיחזיר לה אם תשבע דשלא מדעתה לוה עליהם בעלה עכ"ל נלמד מדבריו שהאשה נקראת מוחזקת בבגדיה בכל מקום דאיתנהו ואפי' ישנם תפוסים ביד המלוה והוא מכחישה לא מפיו אנו חיים אלא היא נשבעת ועומדת בשלה, וכן נר' שכן דעת הטור בח"מ סי' צ"ז וז"ל אין בע"ח גובה ממנו אם ידוע שהוא ממה שהכניסה היא ואם אינו ידוע יראה שהיא נאמנת בשבועה בבגדים ותכשיטין שדרך האשה להכניס לבעל יע"ש, ופסקה מר"ן שם סכ"ו ועל כרחין דביש הכחשה ביניהם איירי ולכן היא נאמנת בשבועה כיון שאין ידוע ע"פ עדים או ראיה ברורה אבל כשהיא טוענת ודאי והוא ס' אין עליה אלא חרם: והדעת הב' היא דעת הרשב"א בסי' תתקל"ז הביאה מור"ם בהגה סי' צ' סי"ד וז"ל התשובה אם הבעל מודה שמכר שלא ברשותה כופין אותו לעשות לה אחרים כמותן או שיתן לה דמיהן והיא תקנה שרוצה האשה לבלות תכשיטיה וכו' אבל אם אינו מודה אלא שאומר שברשותה מכרן אי נמי שלא ברשותה ונתתי לה המעות נאמן בשבו' היסת עכ"ל. ואי כסברת ר"ח שהיא מוחזקת בנכסיה בכל מקום שהם הו"ל לפסוק שתשבע היא דשלא מידיעתה מכר ותטול כליה, והרב ח"מ כתב דלא פליגי דבנדון הרשב"א לא באה האשה לדון עם הלוקח משום דליתיה קמה או שהלוקח גוי ולא מציא לאישתעויי דינא בהדיה ומשו"ה טוענת על בעלה שמכרם שלא לרצונה שיקנה לה אחרים ואינה טוענת עליו להחזירם ודאי הוא

שאין בידם להחזירם וכיון דעיקר טענתה על בעלה להוציא ממנו ממון לקנות כמותם או ליתן לה דמיהן על זה הוא נאמן בשבועה לפטור את עצמו, אבל אם היה הלוקח לפנינו צריך הלוקח להחזיר לה מה שידוע שהוא שלה ע"פ שבועתה וכדעת ר"ח:

והדעת הג' היא דעת ר"י שהביא המרדכי סו"פ האומנים הביאה מר"ן הב"י בח"מ סי' ע"ב וז"ל ראובן שלוה מעות משמעון על בגדי אשתו וכו' הדין עם שמעון דאע"ג דאין אדם רשאי למכור בגדי אשתו מ"מ אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ומסתמא ברשותה משכנם בעלה וכו' עכ"ל הרי דלא חייב ליה למלוה בכלום ואפי' שבועה לא בעי לדעתו, ותירץ הרב מטה אהרן דמה שכתב ר"י מסתמא ברשותה משכנם היינו דלא טענינן ליה שמא שלא ברשותה משכנם וגם אין צריכין לשאול את פיה אם היה מרצונה או לא משום דאמרי' מסתמא ברשותה משכנם אבל אי טוענת דשלא מרצונה משכנם או מכרן והוא מכחישה בזה לא דיבר ר"י ואנן נימא כר"ח דרמינן עלה שבועה ונוטלת את שלה, וההיא דהרשב"א שהביא מר"ן הב"י בא"ה סוס"י ע"ג דמשמע דאינה מוציאה מיד המלוה אא"כ תפרענו בחובו ופסקה מר"ן בש"ע סוס"י ע"ג כבר כתב הש"ך בח"מ סי' ע"ב סקכ"ו דההיא תשובה איירי בבגדי אשתו שעשה לה הבעל אחר הנישואין אבל בבגדים שהכניסה וכו' אינה יכולה למשכן כמ"ש הוא עצמו בסי' תתקל"ז:

זאת תורת העולה מכלל הדברים דאם במתא גריש פוסקים כדעת מר"ן ואין בשולי הכתובה שום תנאי וכתו' האשה היא כתובה כדת אינה מוציאה מיד המלוה אלא ע"י פרעון חובו ואם היה תנאי בכתובה כמ"ש או שדנין כדעת רוב הפוס' תשבע האשה דשלא מרצונה משכנם בעלה ותטול את שלה, וכ"ש אם כבר דנו לה ב"ד והוציאו מיד המלוה ונתנו בידה שתשבע ותעמוד בשלה וכ"ז בהיכא דהחפצים הנז' צריכים לתשלום פרעון כתובתה אבל אם יש במה שתחת ידה מנכסי בעלה די והותר לפרעון כתובתה אינה מוציאה מיד המלוה בלי פרעון אפי' היא מלוה ע"פ כיון שמת הלוה תוך זמן הפרעון לא מצו יורשים למטען דלמא פרע דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו, ואפי' במי שכתובתה כדת דקי"ל דניזונית כל ימי מיגר אלמנותה מנכסי בעלה בתנאי ב"ד אינה יכולה לטעון שהמותר אחר שיעור כתובתה תתפסנו לצורך מזונותיה דקי"ל שאין לאשה מזונות נגד בע"ח כדאיתא בח"מ סי' צ"ז סכ"ד ומור"ם בהגה באה"ע סי' ק"ב ס"א וצוויי"מ וימ"ן הח"פ צפרו יע"א באדר א' שנת יבין לאשור"ו לפ"ק:

שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול:

סימן נ

עוד נדרשתי בענין בכור ופשוט שהניח להם אביהם שדות ודקלים ומדי שנה בשנה כשהיו גודרים בתמרים היה הבכור חולק עם אחיו בשוה חלק כפשוט ואחר כמה שנים נתעורר מתנומתו ונטל מאחיו חלק בכורה בגדירת תמרים של דקלים שבשדה אחד ובתמרים שגדרו מדקלים שבשדה השני לא נטל אלא חלק כפשוט ולימים מועטים מת שמעון הפשוט ועמד ראובן הבכור ורצה ליטול חלק בכורה משם והלאה בטענה שמה שהיה נוטל חלק כפשוט בחיי אחיו לא לוותר בכורתו נתכוון אלא שלא היה מדקדק עם אחיו בפירות ותורת חסד על לשונו ויורשי אחיו הפשוט משיבין שכיון שהיה חולק כפשוט ויתר בכורתו ומה שנסתייע מאותה שנה שנטל חלק בכורה במקצת דקלים משיבין משום שלא עמד אביהם עמו לדין:

תשובה העדפת הבכור בחלק בכורה מתנה קרייה רחמנא דכתיב לתת לו פי שנים ומאחר דקרייה רחמנא מתנה יהבינן ליה דין מתנה וכי היכי דבמתנה דעלמא כי אמר המקבל אי אפשי בה נסתלק מאותה מתנה בדיבור זה בעלמא ולא זכה בה הכא נמי בחלק בכורה דמתנה קרייה רחמנא מכי אמר הבכור אי אפשי בה או שגילה דעתו שאין חפץ בה כגון שחלק עם אחיו ונטל חלק כפשוט נסתלק מחלק בכורה באמירה בעלמא או בגילוי דעת שמחל כדאמ' בפ' יש נוחלין אמר רב אשי בכור שנטל חלק כפשוט ויתר מאי ויתר רב פפי משמיה דרבא אמר ויתר בכל הנכסים קסבר יש לו לבכור קודם חלוקה ומדאחיל בה אחיל בכולהו יע"ש ופסקה מר"ן בש"ע ח"מ סי' רע"ח ס"ח וז"ל לפיכך אם חלק עם אחיו במקצת נכסים בין בקרקע בין במטלטלים ונטל חלק כפשוט ויתר בכל הנכסים ואינו נוטל בשאר אלא כפשוט ע"כ, והיינו מטעמא דאמרן דכיון דמתנה קרייה רחמנא וגילה דעתו שאינו חפץ בה לא מצי הדר ביה ותו לא זכי בה בחלק בכורה מכיון שגילה דעתו שאינו חפץ לזכות במתנת חלק בכורתו וא"כ בנ"ד שהיה חולק עם אחיו כפשוט ויתר בכורתו וזכה אחיו לחלוק עמו בשוה ואף שבאותה שנה חלק עמו במקצת דקלים ונטל חלק בכורה אחיו הוא שויתר לו באותה העדפה ממה שזכה בדין והבכור הוא דבגילוי דעת בעלמא שמגלה דעתו שאינו חפץ באותה מתנת בכורה נסתלק ממנה כאומר אי אפשי בה במתנה דיהיב ליה חבריה אבל אחיו שכבר זכה באותה העדפה וכדידיה דמיא אף שחלק עמו באותה שנה אותן דקלים ונתן לו העדפה מתנה הוא דיהיב ליה אותם פירות של אותה שנה ואם היה רוצה להחזיר לו חלק בכורה היה צריך להקנותו לו בא' מדרכי הקנין ואי אית ליה מחאה שמיחה באחיו

בפני שנים שמה שחולק עם אחיו לא מפני חלק בכורה לא ויתר חלק בכורתו כמ"ש מר"ן ס"ט משם הרמב"ם:
איברא דמתוך מה שכתבנו יצא לנו דין מחודש דכל זה הוא בחלוקה ראשונה שחלק עם אחיו אחר מיתת אביו אבל אם בשעת החלוקה ראשונה נטל חלק בכורה אף שאח"ך בשאר שנים היה מוותר לאחיו אמר מאי דויתר ויתר ובהנשאר הוא נוטל חלק בכורתו דבמאי זכה אחיו משם ואילך כיון שזכה זכה הבכור בבכורתו ואם היה רוצה להקנותו לאחיו היה צריך להקנותו לו בא' מדרכי הקנין ולראי' ח' בזמן הנ"ל:
שאול ישועה בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה:

סימן נא

באשר דבר מלך שלטון והוא גזר על היהודים הפרזים היושבים בערי הפרזות ובאהלי קדר ובאהלי פלשתים שיבואו לעיר תחנותם ולא יוסיפו ללכת להסתחר עוד באותן המקומות ובכן עלתה לפני אנקת נאקת השוכרים עם שכיריהם שהשוכרים טוענים לבטל השכירות מכאן ואילך בטענה שלא השכירו אותם אלא על דעת שיעשו מלאכתם חוצה ועכשיו שנגזר עליהם שלא לצאת והם יושבים ובטלים גם הם גם שכיריהם תתבטל השכירות מכאן ואילך והשכירים השיבו אנו מזומנים לעבוד עבודתכם ואם נמנעה עבודתכם מזלכם גרם ואחר המשא ומתן בדין זה פסקתי ביניהם שהדין עם השכירים ולא מצו השוכרים לחזור לבטל השכירות דפסידא דבע"ה היא זאת והשכירות קיימת עד זמן שקבעו כמו שמפורש במרדכי בפ' האומנים וז"ל אם הביטול של המלמד מחמת גזירת המושל שבעיר ואי אפשר למלמד ללמד הוי מכת מדינה ויהיה הפסד של ב"ה עכ"ל. הרי מבואר אפי' בהיכא שגזירת המושל היתה על הפועל שהוא המלמד וא"א לו ללמד מחמת גזירת המושל אפי"ה אמרינן שההפסד על בע"ה ולא מצי בע"ה לחזור בו לומר לא אשכיר עוד מלמד לבני הואיל והמושל גזר שלא ללמוד כ"ש בנ"ד שלא נגזר הביטול על השכירים אלא על השוכרים שלא יעשו מלאכתם בחוץ וממילא מתבטלים השכירים מחמת שלא מצאו השוכרים ידם לעבוד חוצה ודין זה של המרדכי מוסכם הוא שהביאו מר"ן ב"י בסי' של"ד ס"ה והביאו בד"מ סי' שכ"א להלכה ולמעשה ויישב מה שיש לעורר עליו בישוב נכון ופסקו בהגה סי' שכ"א ס"א ומסיק מור"ם בד"מ דמשמע מדברי המרדכי דאף בלהבא שייך מכת מדינה ולא יוכל הב"ה לחזור בו והקשה מההיא דסי' שכ"ב ס"א בדין החוכר או השוכר שדה מחבירו ואכלה חגב אם מכת מדינה היא מנכה לו מחכירו לפי ההפסד שאירעו ולא אמרינן דכל ההפסד על השוכר. ותירץ

דדוקא התם בשדה שעדיין הקרקע עומדת בחזקת המשכיר בזו אמרינן דגם הוא יפסיד משא"כ בשאר משכיר ולכך הוי כל ההפסד על השוכר עכ"ל, ועם היות שהסמ"ע בסק"ו האריך לסתור דברי מור"ם והעלה דיחלוקו השוכר והשכיר בההפסד שהרי אם זה יאמר שרוצה לקיים התנאי גם השני מוכן לקיים התנאי אלא שא"א מצד המושל וכתב דהכי יתפרש דברי המרדכי מדלא כתב כל ההפסד על בע"ה בה"א הידיעה כמ"ש מור"ם אלא כתב ויהא הפסד של בע"ה כוונתו לומר שגם לבע"ה יהיה הפסד יע"ש, מ"מ אנו אין לנו אלא דברי מור"ם ומה גם שהרב ש"ך בסק"א דחה דברי הסמ"ע בב' ידים והביא עזר לדברי מור"ם מלשון הגהות אשירי פ' האומנים שכתב בפי' כל ההפסד על בע"ה כדברי מור"ם. גם מדברי מהר"ם פדואה סי' פ"ו שכתב להדיא שבע"ה נותן לו כל שכרו יע"ש. הרי דדינו של המרדכי מוסכם ואחרי דבריו לא ישנו:

אלא שאחד מן השוכרים חזר והעמיד שכירו לפני א' מב"ד שבפאס יע"א ופסק להם שיכול השוכר לחזור ולבטל השכירות מכאן ואילך ורמי כל ההפסד על השכיר ופטר השוכר שלא יתן כלום בההפסד אלא הכל פסידא דשכיר שלא יטול אלא מה שכבר עבד וסמך הוראתו מההיא דסי' שכ"ב ס"א מחוכר שדה ואכלה חגב שחילק מור"ם בד"מ בין דין זה לדין מלמד כנ"ל, והנה מלבד דאישתמיטתיה כולי האי אין דינו שדן מקביל להראיה שהביא דבחוכר עצמו ההפסד מיהא על שניהם משום דמכת מדינה נגזרה על שניהם על המחכיר והחוכר וכמ"ש הלבוש שם לפיכך מנכה המחכיר לחוכר כפי ערך ההפסד ולא אמרינן שתתבטל השכירות ויהיה כל ההפסד על השכיר או לא תתבטל ויהיה כל ההפסד על השוכר והוא דן דינו מדנפשיה לבטל השכירות לתת כל ההפסד על השכיר ושרי ליה מאריה דהדין דין אמת שכל ההפסד על השוכר מדין מלמד הנ"ל ואע"ג דבסי' של"ד ס"א אמרינן דאם שניהם אינם יודעים הוי פסידא דפועל. התם במידי דשכיח דהו"ל להתנות ולא התנה משא"כ בגזר המושל שלא ללמד שהוא דבר שאינו שכיח ולא הו"ל למידע לא לבע"ה ולא למלמד לכן אין להוציא השוכר מחיובו שכ"כ הסמ"ע שם בסק"ו בסופו והוא שרמז שם מור"ם שם וז"ל ואי הוי מכת מדינה עיין סי' שכ"א שם רמז לחלק שדין מכת מדינה דלא שכיח לא הוי פסידא דפועל אלא דבעה"ב כדין מלמד הנז' שם ובנ"ד לא נשמע כזאת מעולם:

איברא דבבואם לפרעון בהיכא דהשכירים יושבים ובטלים לגמרי אית לן למימר דלא יטלו כל שכרם אלא כפועל בטל, והכא בדין מלמד שאני שנוטל כל שכרו שדינו כעמילי דמחווזא דאי לא עבדי חלשי כמ"ש סי' של"ד וסי' של"ה אבל בשאר פועל אינו דומה

עושה מלאכה לבטל כדאיתא בסי' של"ג יע"ש. הח"פ צפרו בחדש אב הרחמן ש' נקבה שכרך על"י ואתנ"ה ליצירה וקיים:
שאול ישועה ס"ט:

סימן נב

חמדת הלבבות, ענף עץ אבות, זרע יעבדנו, נותן טעם בר נותן טעם, אחד קראתי נועם, ונעימות בימינו, גברא דשפיר חזי שואל כענין דבר דבור על אופנו, יוסף תהלות ישראל הוא עדינו, החה"ש הדו"מ כמה"ר יוסף טולידאנו. מגן אבות יהיה מגינו, יצרנהו כאישון עינו כי"ר, מאחר עלות אלף עולו'ת יעלה שלומו, ואורך ימים ושנות חיים שלא יתמו, יאריך על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל עמו כי"ר:
עלו ובאו דברות קדשו לפתוח יד בתשוב'ה בענין ראובן שקנה מגוי חצר א' כמות שהיא חרבה שלא נשאר בה קיים זולת איזה כתלים רעועים גוהים ליפול ועמד ראו' הקונה ובנה ושכלל חצר ההיא וקודם הבנין העמיד שמאים בקיאים ושמו לו מה שראוי ליתן בחורבה זו לבנות עליה בנין כזה כדי לתת לפי ערך זה שכירות לשמעון בעל חזקת החצר הנז' וכאשר קם עליו בעל החזקה הנז' לא נתרצה בזה ורוצה ליטול שכירות חזקתו כפי ערך מה ששוה היום כמות שהיא בנויה ומשוכללת וא' מב"ד חיזק טענתו של שמעון וסמך הוראתו באילן גדול מה שנמ"ך בפסקי הרב מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שפיטר בעל החזקה אפי' מהוצאות תקונים הכרחיים מטעם אם היתה נשארת ביד הגוי המוכר לא היה נותן עמו כלום ואף שלא הודו לו חביריו בני דורו שנמ"ך שחלק עליו בזה הרב המשבי"ר זלה"ה לחייב בעל החזקה לתת חלקו בההוצאות מטעם דאין זה מן השם דיבנה לו לבעל החזקה חנם ואף אם נשארה ביד הגוי אם היה הגוי תובעו לתת לו בתיקון הכרחי היה חייב אלא שהגוי סבור שהכל שלו וזה פשוט עכ"ל, והסכים עמו כמוה"ר יוסף צבע זלה"ה לחייב בעל החזקה לתת חלקו בבנין וכדבריהם נמצאת תשובה שלימה מהרב הגדול מוהר"ר משה ן' חמו זלה"ה שהשיב כן להרב הגדול מוהר"ר מנחם סירירו זלה"ה גם נמצא תנא דמסייע לדבריהם מוהרדב"ז סי' קמ"ו יע"ש בכל זאת לא שב מהוראתו ותקע עצמו לדון כפסק הרב יעב"ץ זלה"ה: תשובה עם היות שבדור יתום כזה זה דור דו'ר שו'א מוקף רו'ב די'ן וחבילי ז'ר די'ן והצנועים מושכין את ידיהם ומושכין עצמן מן הדין. ותהי האמת נעדרת כל מה דעבדין עכ"ז נדרשתי לשאלתך שאלת חכם נושא ונותן באמונה בדין זה:

והנה מדב"ק משמע דלא קמבעיא ליה למר אלא אם יתן ראובן הבונה שכירות לשמעון בעל החזקה כפי מה שנהנה ע"פ השמאים שאומדין כמה יתן אדם בחורבה זו לבנות עליה בנין כזה או יתן לו שכירותו מושלם כמו ששוה היום כמות שהיא משוכללת ולא עלה בדעת כת"ר לפטור את ראובן בלא כלום מהשכירות והאמת הוא שאין צריך ראובן להעלות שום שכר לשמעון בחזקתו כל עוד שלא נתן לו יציאותיו דהרי איפשיטא בעיין בפ' כיצד הרגל דף כ' וכ"א דכל שזה אינו חסר אע"ג שזה נהנה פטור ויצא לנו מזה דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא קיימא לאגרא אע"ג דאיהו עביד למיגר אין צריך להעלות לו שכר דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר ופטור ופסקה מר"ן הקדוש סי' שס"ג ס"ו ומינה דביורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות דאין על הבונה ליתן לבעלים בשכירות החורבה כלום דאע"פ שנהנה הוא מקרקעות החורבה שבנה עליה בניינו עד שעשאה בית דירה מ"מ לא חיסר כלום לבעל החורבה דסתם חורבה לא קיימא לאגרא והו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור ואינו צריך להעלות לו שכר לבעל החורבה כל זמן שלא נתן לו יציאותיו:

איברא דבהיכא דהיה לבעל החורבה שום הנאה ממנה בחורבנה כגון שהיו הסוחרים נוטים שם אהלים ונותנים לו דבר מועט בשכירותה דצריך להעלות לו שכר כפי מה שנהנה כסברת הי"א שהביא מר"ן בסי' שס"ג ס"ז גבי הדר בחצר חבירו וכן פסק מור"ם בהגה סי' שע"ה ס"ז גבי יורד לחורבתו של חבירו וז"ל ואם דר בה הבונה אם חיסר לבעל הקרקע דבר מועט צריך ליתן לו כל מה שנהנה כמו שנתבאר בסי' שס"ג עכ"ל, ופי' כל מה שנהנה דנקט מור"ם היינו מה שנהנה מקרקעית החורבה שהיא זכות בעלי החורבה כמו שפי' הלבוש דברי רבו שהביא דין זה בסי' שס"ג ס"ז וז"ל והא דאמרי' וכו' ה"מ בשלא חסרו וכו' לפיכך א' שיש לו בית כמו חורבה והסוחרים נוטים שם אהלים לסחורתן ונותנין לו דבר מועט לשכירות ובא א' ובנה שם בנין ואין יד בעל החורבה משגת לפרוע לו בניינו אין אומרים שיתן לו מה שהיו נותנים הסוחרים שכך חסרו אלא צריך ליתן לו כ"מ שנהנה דהיינו כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליה עכ"ל, והנה מקור דין זה נובע ממאי דאיתא התם בגמ' הנז' דכ"א ההוא גברא דבנא אפדנא אקקולתא דיתמי [פי' נ"י שהיה ליתומים קרקע עשוי אשפה ובא זה ובנה בירא על גבה] אגבייה רב נחמן לאפדניה מיניה ואקשינן לימא קסבר ר"ן הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר [כלומר ואפי' בחצר דלא קיימא לאגרא דהא אקקולתא סתמא לא קיימא לאגרא] ומשני ההוא מעיקרא קרמונאי הוו דיירי בה ויהבו להו ליתמי דבר מועט אמ"ל ר"ן זילו פייסינהו ליתמי לא אשגח אגבייה ר"ן לאפדניה מיניה ופי' הרא"ש והוו יהבי

ליתמי דבר מועט כי לא היה שם דירה ממש אלא אהלים לסחורה היו נוטים שם והלך זה ובנה בית על חורבת היתומים ולא להם לפרוע דמי בניינו ואמ"ל ר"ן שיפייס היתומים במידי דאיפייסו ולא חש לדבריו ואגבייה לאפדניה עד שנתן ליתומים שכר הראוי ליתן מחורבה א' לבנות עליה בית והוא יותר ממה שהיו נותנין קרמונאי כיון שהיו חסרים בו דבר מועט צריך הנהנה לפרוע כל הנאתו יע"ש, וכן הוא לשון רי"ו במישרים נתיב ל"א ח"ב דצ"ה ע"ד והביאו מר"ן ב"י סי' שע"א ומור"ם בד"מ סי' שע"ה ולאפוקי מס' הרמ"ה הביא דבריו הנ"י סביבות הרי"ף בפ' הנ"ל דלא חייביה ר"ן להההוא דבנה אפדנא ליתן ליתומים יותר ממה דהוו יהבי להו קרמונאי ואגבייה ר"ן לאפדניה עד שיתן להם שכר הראוי כפי תחי' הדין דהיינו מה דיהבו קרמונאי דלמה ישתנה סוף הדין לשלם יותר ממה שהפסידן יע"ש הרי מבואר שאף הפוסקים שהחמירו לחייבו יותר לגלגל עליו כל מה שנהנה לא חייבוהו אלא בהנאתו מקרקעית החורבה כמה ראוי ליתן בחורבה זו וכו' אבל לא עלה ולא יעלה על לב אדם לומר שצריך ליתן לו שכירות כל הבית כמו שהוא בנוי ומשוכלל בשש קצוות בשביל א' מהקצוות שיש לבעלים דהיינו קרקעות החורבה דלא חזיא לדירה אלא בהצטרפות בנין ד' כתלים והתקרה שהם עיקר הדירה להסתופף הדר בצלם ואפי' בשכירות מועטת כמה ראוי וכו' לא חייבוהו אלא בהיכא דהיתה לו איזה הנאה אף דפחיתא מינה אבל כשלא היתה לו שום הנאה מהחורבה אין לו שכירות של כלום דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דמשו"ה איצטריך לאוקומי הא דר"ן משום דמעיקרא קרמונאי הוו דיירי בה ודו"ק דאי לא הוו ארמונאי דיירי בה ולא הי"ל ממנה שום הנאה ועמד זה ובנאה דאין לו עליו כלום דמצי אמ"ל מה חסרתיך וכדכתיבנא וא"כ בנ"ד אין ראובן הבונה חייב ליתן לשמעון כלום בשכירות החזקה אפי' כמה ראוי וכו' אלא א"כ הביא ראיה שהיתה לו מהחורבה איזה הנאה מועטת דאז מגלגלין עליו לתת לו כפי מה שנהנה דהיינו כמה ראוי וכו' אבל לתת השכירות כפי מה ששוה היום כמות שהיא בנויה הס כי לא להזכיר דנמצא פורע שכירות על מה שהשביח הוא והיינו דכתב הרדב"ז בסי' קמ"ו דעתא קלישתא קא חזינא הכא וכי יעלה על הדעת שיפרעו הקהל שכירות על מה שהשביחו הם והרי השבח שלהם הוא ומה שפייסוה במעות עד שנתנה רשות לסתור ולבנות ולהרחיב בתנאי שלא יתבעו ממנה שום הוצאה וכו' לא בשביל כך יהיה השבח שלה ליפרע חלקה בשכירות כפי מה ששוה עתה הואיל והתנית עליהם שלא יתבעו ממנה כלום בהוצאה דאינו אלא כדי שלא תהיה ידם על התחתונה כדין יורד שלא ברשות יעש"ב, וא"כ אפי' אי הוה קי"ל כפסקיה של הרב יעב"ץ זלה"ה דאינו נותן כלום מ"מ לא יטול שכר ממה שהשביח הבונה זולת כמה

ראוי וכו' וכ"ש דאפי' באתריה של הרב אין דנין בזה כפסקיה ודנין והולכים לחייב בעל החזקה בהרביע בההוצאה היפך סברת הרב וכן היו דנין ב"ד של ד' חלקם בחיים שנתמנו ע"פ הרב בחייו לחייב בעל החזקה בהרביע משום דהוה פשיטא להו שחזר הרב מסברתו או שרבו עליו חביריו' ומה גם דאיתא לתשובת הרב מוהר"ם בן חמו זלה"ה לרבו מוהר"ם סירירו זלה"ה אי הוה שמיעא ליה היה שותה בצמא את דבריהם ולא לחלוק עליהם ח"ו, ומה גם דבזמנינו זה בהגלות נגלות להם סתרי היהודים שהיהודים נוטלים עמהם בהנאה גובין מהם ההוצאות ופעמים באים עליהם בכמה עקיפין לסלק הנאת בעל החזקה במה שסוגרים המדור או לעשותו אוצר או להכניס בו גוי או אלם דלא מצי בעל החזקה לאשתעוי בהדיה ואדרבא ישראל הקונה מהגוי דטבא ליה עביד לאברוחי אריה ממצריה ולמה יפסיד הוצאתו ופסקיה של הרב כתוב אצלנו ואיתיה בהעתק הפסקים ביד נכדו בסי' קל"ז וקבלנו שאין לדון ע"פ האי פסקא ומעשים בכל יום שנותן בעל החזקה לבונה שקנה מהגוי כל יציאותיו וכל עוד שלא נתן ביציאותיו ויסלקנו אינו נותן לו כלום בשכירות ומה שנהגו לעשות משכונה בב"ד ביד הבונה לאו לאוכוחי דאי לא עשה משכונה יתן דבר בשכירות אלא דמשום דמצי מן הדין בגמר הבנין יתן לו יציאותיו ויסלקנו ונמצא יגע לריק ומשום ישוב הארץ עושים ב"ד משכונה בב"ד לבונה עד עשר שנים שאין יכול לפדות תוך יו"ד שנים ונמצא לתוספת טובה זו עושים משכונה בב"ד ודברים ברורים הם והאריכות בזה אך למותר, הח"פ צפרו בח' אב הרחמן ש' והנה אמ"ת נכון הדבר לפ"ק וקיים:

שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן נג

עמדו לפני לדין ה"ר משה ן' דוד ה"ן מאמאן שבא בהרשאת חנה בת אחיו אשת הנבון ה"ר דוד בה"ר שלמה ן' מאמאן לדון עם בעלה הנז' על מה שכבר נשתדך עם ג'והאר בת מכלוף ן' עטייא וטען עליו משה הנז' שאע"פ שעברו יותר מעשר שנים מיום נישואיה כיון שנשאה קטנה מונין לה מיום שבגרה שראויה לילד ועוד שהיום היא מעוברת אולי יחנן ה' ותלד זכר, ודוד הנז' השיב שעל פיה ורצונה הלך ושידך האשה הנז' ונתקשר בקנס גדול מסך בו"ו יען שמיום שנתגרשה האשה הנז' מבעלה הראשון והיתה אשת דוד הנז' יודעת שרשאי לישא עליה מחמת שקברה מה שילדה היתה חושדתו שרוצה לישא האשה הנז' ולא היה שלום ביניהם והיתה עושה מריבה עם האשה הנז' וקרוביה ומחמת כן בראותה שאין לה מנוחה הרשתו לישא אותה להשקיט ריב ומדון והלך המורשה

ושאל את פיה ואמרה שלא הרשתו כלל רק בדרך הגזמה בעלמא היתה אומרת לו אם אתה רוצה לישאנה תישאנה ועוד היה טוען מי יאמר שהיא מעוברת ופסקתי ביניהם דכיון דנקיטא שטר כתובה בידה והוא טוען שקיים התנאי ולא עשה אלא ע"פ ורצונה עליה רמיא שבועה שלא קיים תנאי הכתובה הנז' ולא נתנה לו רשות לישא ע"פ ורצונה אלא בדרך הגזמה והיתול היו דבריה עמו אחר שיקבל חרם שאינו טוען עליה שקר חזר וטען אפי' תשבע איני מבטל השידוכין היום לתת הקנס הגדול רק אני ממתין עד שתלד אם ילדה נקבה אני גומר הנישואין ואם ילדה זכר אז אבטל השידוכין או לפרוע לאשתו כ"מ שהחזיק לה ע"ע ויפטור אותה בגט וישא האחרת ובזה טענתו נכונה שלא יפסיד הסך הגדול עד שיודע האמת שתלד זכר המונעו מלישא אחרת. ועם היות שענין המעוברת פשוט אצלנו שאינו רשאי לישא עד שתלד אם ילדה נקבה רשאי ואם זכר אינו רשאי מ"מ ראיתי שדוד הנז' עדיין מגמגם דיש תנא דמסייע ליה הוא רב רחומאי החה"ש עצו"ר כמוה"ר שאול סירירו שכתב לאברהם בן נחמני שרשאי לישא אחרת אפי' אשתו מעוברת, ובאמת בנדון אברהם בן נחמני הנז' לא הוצרך להוציא הפסק הנז' יען שביני ביני הפילה אשתו הנז' וזכה בדין ולכן הוצרכתי להודיע פשיטות דין זה אצלנו מהיכן יצא והוא שבשנת התקי"ב עברו דברי ריבות בין יוסף בן לוי אג'ייני עם אשתו מסעודה בת שלמה ן' שטרית הוא היה אומר שכבר שלמו היו"ד שנים והיא היתה אומרת שלא שלמו ושנשאת לו והיא קטנה ולא יש לה היום ה' שנים משבגרה והלך יוסף הנז' וקבל לפני הרב הגדול ס"ד כמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה וכתב לו כתב לחכמי העיר שתוציא שטר כתובתה וממנו יגלה ויראה אם נשלם הקץ או עדיין ואפי' נשאה בשנים הפעוטות כבת ו' כבת ז' ולא היתה ראויה ללידה עד אחר עבור ד' וה' שנים כיון שעברו עשר שנים של נישואין ובן אין לו רשאי הוא לישא א"א עכ"ל הרב לענייניו. וחכמי העיר השיבוהו להרב שאשת יוסף אינה מעוברת בעת הזאת והיו"ד שנים לא יושלמו עד ב' חדשים לכן ילמדנו רבינו אם לא יקדש עד תשלום י"ש מיום ליום כי כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון וכו' במ' סאה הוא טובל במ' סאה חסר קורטוב אינו טובל, ועוד שלא היה מצוי אצלה כל הי"ש כי היה משים לדרך פעמיו והבעל רוצה לקדש היום כי ירא פן יקדמנו אחר ויען ואמר וכי מהיום לסוף ב' חדשים הרה ויולדת יחדיו ע"כ יורינו מורינו מה יהיה משפט האיש הלזה:

וזאת היתה תשובת הרב הגדול אין לנו אלא דברי רבותינו בעלי התקנות זלה"ה ושתקנו עשר שנים בעינן י"ש שלימות ולא חסירות ובנ"ד שעדיין לא נשלמו מיום אל יום אינו רשאי לא לשדך ולא לקדש לשום בת ישראל דשמא במשלם שנייא אלין תתעבר ועל

כרחו צריך להמתין לה עד שתלד אולי תלד זכר, ולראיה חתמנו באב רחמן ש' התקי"ב ליצי' בפאס יע"א וקיים, וחתום הרב הגדול זלה"ה וכמוה"ר רפאל בנו זלה"ה וכמוה"ר מתתיה סירירו זלה"ה. ומי יבוא אחרי המלך את אשר כבר עשהו הוא ובית דינו הצדק וחלילה לרב אחא'י נר"ו לחלוק על אביו זלה"ה ועל הרב הגדול זקינו זלה"ה, וא"כ בנ"ד אפילו נשאה בשנים הפעוטות אין מונה אלא מיום הנישואין וכבר עברו יותר מעשר שנים ומאחר שהיא מעוברת היה צריך להמתין עד שתלד אולי תלד זכר כדברי הרב, אכן טענה שטוען שע"פ ורצונה עשה רמינן שבועה עלה כאמור ולא יבטל השידוכין עד עת לדתה אם תלד זכר שלא להפסיד סך גדול ואינו רשאי כעת לא לקדשה ולא לישא אותה ואם יעבור וכו' יפרע לאשתו כל מה שהחזיק לה ע"ע ויפטור אותה בגט וכו', ולראית האמת חתמתי באחד בניסן משנת ועצ"ת ה' היא תקום:

ע"ה שאול ישועה ס"ט גם לשון התקנה דייק דקאמר ולא ימצא לו זרע דסגי שיאמר ולא ימצא לו זכר או בן אלא להורות על העובר שמצוי במעיה ודו"ק:

אחר שהדברים יצאו מפי רבנן כת קדישי עליונים והם אמרו שאין רשות לשום אדם לקחת לו אשה אחרת כשאשתו מעוברת אולי תלד זכר א"כ מי יבוא אחרי המלכים האדירים האלה. ועם היות שדעתינו היה הפך מזה מ"מ דעתינו בטלה מפני דעתם הרחבה המלאה לה דעת ויראת ה' ודיבורם הקל היא גופה גזירה ואין יכול דוד הנז' לקחת לו א"א בעוד שאשתו מעוברת והמשודכת הנז' לישתעי דינא בהדה ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א באדר ש' ועצ"ת ה' היא תקום לפ"ק והשו"ב וקיים:

איש צעיר שאול סירירו סל"ט יהודה ן' עטר ס"ט רפאל אבן צור סי"ט:

סימן נד

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין ראובן שמת בחיי יעקב אביו והניח ילד קטן הצריך לאמו ושוב מת גם הילד וכראות יעקב שמת גם הזרע שהניח ראובן בנו נכמרו רחמיו על ראובן בנו לעשות לו סגולה למ"ן ועשה ס"ת ע"ש ראובן בנו מהנכסים שירש מהילד הנז' כדי ליהנותו מזכותו במקום בן והכניסו לבהכ"ן במקום שהיה מתפלל בה ראובן בנו ולא כתב יעקב שום תנאי בעדים שלא נתנה לחלוטין לאותה בהכ"ן וזה היה ש' חלק"ת מחוקק שבה נלב"ע ראובן בנו ומקודם עשה יעקב ס"ת לעצמו והכניסו לבהכ"ן שהיה הוא עצמו מתפלל שם וקודם שהכניסו כתב תנאי בעדים שאינו נותנו לחלוטין לאותה בהכ"ן ועמד שמעון בנו אחי ראובן הנז' אחרי מות יעקב אביו ומכר הס"ת שעשה אביו לעצמו בבהכ"ן שלו וסמך על כתב התנאי שעשה אביו כנז' והיום עמד ראובן ורצה

למכור גם הס"ת שנעשה למ"ן נפש אחיו באומרו שהוצרך לו לפרוע חובותיו או לצורך מחייתו ובעלי בהכ"ן אשר הונח שם הס"ת מעכבין עליו בטענה דמוקדש ועומד הוא דכיון דמודעת זאת בכל הארץ שנעשה למ"ן הנפטר היא הוכחה שהקדישו לחלוטין וכבר זכו בו בעלי אותה ב"ה לקרות בו זה יותר מל' שנה ואפי' אם היה אביו אינו רשאי: תשובה דבר ברור הוא דלא מצי שמעון הנז' לשלוח יד בס"ת שהונח בבהכ"ן בלתי שום תנאי ולא מבעיא בנ"ד שנעשה למ"ן הנפטר דפשיטא דהקדש גמור הוא לקרות בו באותה בהכ"ן לזכות הנפטר אלא אפי' בעושה ס"ת לעצמו והכניסו לבהכ"ן בסתם בלתי כתב התנאי דלא מצי לשלוח בו יד כיון שכל בני המקום רגילים לכתוב תנאי ע"ז והוא לא כתב אמרינן מסתמא נתנו לחלוטין לאותה בהכ"ן ואפי' להוציא לבהכ"ן אחרת לא מצי כ"ש למוכרו לצורך עצמו ומה גם בנ"ד שיעקב עצמו כתב התנאי בס"ת שעשה ראשון לעצמו ובזה לא עשה תנאי בודאי גמר והחליטו לאותה בהכ"ן ופוק חזי מאי עמא דבר שכל מי שרוצה להכניס ס"ת לבהכ"ן ואינו רוצה להחליטו מקדים וכותב תנאי בעדים על זה ומי שדעתו להקדישו לחלוטין מניחו סתם. ודברי היש מי שאומר שהביא מר"ן בא"ח סי' קנ"ג ס"ק שס"ת שהוחזק אצל אבותיו של ראובן אין הצבור יכולים להחזיק בו ע"כ, התם טעמא מפורש במקור הדין מוהריק"ו שורש ע' משום דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחילתו ע"מ כן שיקראו בו הרבים ושיהיה תמיד מונח בבהכ"ן עד יום פקוד אותו הבעלים עכ"ל:

הרי דלא נאמרו דברי מוהריק"ו רק במקום שיש מנהג קבוע להשאיל ס"ת לקרות בו הרבים עד יום פקוד וכ"כ הלבוש יע"ש, ולא שנאמר שיש לבעליו חזקה נגד ההקדש אפי' במקום שאין מנהג דאלת"ה קשיין דברי מר"ן אהדדי דמאי שנא מההיא דסעיף י"ח שם גבי כלי קדש שהקהל רשאים לתפשם והם דברי מוהריק"ו עצמו בשורש קס"א וכתב שם דאף דנהגו באותן גלילות וכו' אין מנהג כזה מבטל הקדושה שחלה על הכלים מכח דין הש"ס דאין מנהג מבטל הלכה אא"כ הוא מנהג קבוע ע"פ חכמי המקום ולא ע"פ המון בעלי בתים יע"ש, אלא ודאי דבס"ת נמי לא נאמרו הדברים אלא במקום שיש מנהג קבוע ע"פ ותיקין להניח ס"ת בבהכ"ן עד יום פקוד דאמרינן לב ב"ד מתנה על זה מאחר שהמנהג קבוע ובכלי הקדש ג"כ לא אמרה מוהריק"ו שהקהל רשאים לתפשם אלא במקום שאין מנהג קבוע ע"פ ותיקין אלא ע"פ המון העם משמע דאם היה המנהג קבוע ע"פ ותיקין שמניחין נרות של כסף ושלשלאות וכיוצא עד יום פקוד הבעלים אין הצבור יכולים להחזיק בהם כמו בס"ת תדע שכן הוא שהרי מור"ם בי"ד סי' רנ"ט ס"ב בהגה השוה דין ס"ת לכלי הקדש דכל שיש מנהג קבוע בין בזה בין בזה דהוי לזכות

הבעלים וז"ל או אפי' במקום שנוהגים שאדם משים איזה דבר בבהכ"ן כגון ס"ת או כלי כסף וכדומה וכשירצה חוזר ולוקחו וכשיורד מנכסיו מוכרו לאחרים הולכים אחר המנהג דכל המקדיש אדעתא דמנהג הוא מקדיש ולב ב"ד מתנה ע"ז ובלבד שיהיה מנהג קבוע יע"ש וכתב כן משמע מהב"י ממהרי"ק שורש קס"א ע"כ, יוציא לנו מדברי מור"ם שכך הם פי' דברי מהריק"ו ליישב תשובותיו דשוה ס"ת לכלי קדש דבמקום שיש מנהג קבוע להניחם עד פקוד הם בחזקת הבעלים ובמקום שאין מנהג קבוע הם בחזקת ההקדש. וכן תי' בהדיא הרב מאמר מרדכי ליישב דברי מר"ן אהדדי בא"ח סי' קנ"ג סקכ"א יע"ש. גם הרב אליה רבה שם בסקל"ב תי' תירוץ מקביל למאי דכתיבנא ביישוב דברי מר"ן בתירוצו הב' דבסעיף ך' גבי ס"ת דאמרינן אין הצבור יכולים להחזיק בו מיירי בהתנה שלא יחול עליו קדושה כדלעיל ס"ח יע"ש, ותי' הראשון שתירץ דשאני ס"ת דקאי בקדושתיה אף שמוכרין דמלבד דתמוה הוא עוד הוי נגד מור"ם שהשוה דין ס"ת וכלי הקדש אהדדי:

וכן נמי מה שהביא הש"ך בי"ד סי' רנ"ט סק"ו משם מהר"י כהן דכתב לחלק בין ס"ת לכלי הקדש הוא היפך ס' מור"ם ואין לנו אלא דברי מור"ם ומה גם שמצינו תשובה שלימה למהרש"ל שאלה ט"ז שכתב בהדיא וז"ל שכל שלא התנה בפני עדים שלא נתנה לחלוטין אלא להיות בהיכל עד זמן שירצה א"כ מסתמא אקדישא הוא דאקדיש ואפי' אם היה הוא חי והיה רוצה לקחתה לעצמו לאו כל כמיניה אם אין לו ראיה וכו' אפי' טען ברי שלא נתנה לחלוטין ומשו"ה ראיתי ושמעתי שבני אדם שהיו מתנדבים ס"ת לבהכ"ן היו מתנים ברבים שאינה לחלוטין וא"כ אותו שלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה ק"ו בנו של ק"ו שמת האב ולא היה פוצה פה יע"ש, והביא ראיה לדבריו מדברי מוהריק"ו שורש קס"א נראה בהדיא דדעתו שלא לחלק בין ס"ת לכלי הקדש והדבר תלוי במנהג קבוע או במכניסו על תנאי ומהשתא עלו ובאו דברי מר"ן ומור"ם ומהרש"ל בשיטה חדא ודלא כהרב מגן דוד שם בסקי"ד שכתב דנראה שרש"ל חולק על מהריק"ו וכן מצאתי להרב מהר"י עייאש בס' מטה יהודה שם בסי' קנ"ג סק"ג שדחה דברי המ"ד שכתב שחולק רש"ל עם פסק הש"ע וכתב שאינו מוסכם דהא מהריק"ו שהביא מר"ן כתב דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחילתו וכו' עד יום פקוד אותו הבעלים וא"כ כיון דמתחילתו היה ע"מ כן הרי חזקה היתה לו שהוא של אבותיו אפי' אחר שהונח בבהכ"ן לכך לא פקעה חזקה בלא ראיה אבל רש"ל מיירי בסתם ואדרבא אמרינן חזקה דאקדישה כיון דלא היה ג"ד בהבאתו לבהכ"ן וסיים בה ועיין בב"ח ביו"ד סוס"י רנ"ט וכתב עוד ומנהגינו שכל מי שמביא תפוחים ואין רצונו להקדישם שם שיכתוב שטר מקודם וכו' יע"ש,

כלל העולה דלדידן דאין מנהג קבוע בזה ואדרבא מנהגינו להתנות כל שלא כתב התנאי בעדים איהו דאפסיד אנפשיה ואמרינן דלשם הקדש הניחו בבהכ"ן ולא מצי הוא עצמו וכ"ש יורשיו להוציאה מאותה בהכ"ן ובנ"ד שעשאו למנוחת נפש הנפטר אין צריכים לכל זה דמעשיו מוכיחים דהקדישו הקדש גמור שיקראו בו בצבור וזכות הרבים תלוי בנפש הנפטר למ"ן טוב מבנים ומבנות והמונע טוב מנפש הנפטר נקרא עושק רש, וכ"ז הוא אפי' להוציאו לבהכ"ן אחרת וישאר לזכות בעליו לא מצו כדכתיבנא אבל זה שרוצה למוכרו ולפרוע חובותיו מדמיו או לצורך מחייתו אפי' בשלו אינו רשאי דאע"ג דמר"ן בסי' ק"ע ס"י כתב י"א דיחיד בשלו אפי' ס"ת מותר למוכרו וכו': [הגהה וביו"ד סי' רפ"ב סי"ח הביא גם סברת המתיר בלשון יחיד ומשמע דהלכה כבתרא כיון דכולהו נאמרו בלשון יחיד ומצאנו להב"י בסי' י' בא"ח שכ' אע"ג דהרא"ש אתי כפירש"י כיון דרש"י מפרש הוא ולא פוסק הו"ל הרמב"ם והרא"ש חד לגבי חד והלכה כהרמב"ם וכן כתב הרדב"ז דבכל מקום פסקינן כהרמב"ם לגבי הרא"ש כ"ש הכא דאיכא חומר קדושת ס"ת ומה גם דבשלטי גבורים כתב דסמ"ג קאי בשיטת הרמב"ם יע"ש, ועיין ב"י יו"ד סי' ע"ר שכתב על דברי הר' מנוח דלא התיר בס"ת דיחיד רק לסופרים הסוחרים דקיימי למכירה יע"ש] ויש מי שאוסר אא"כ ללמוד תורה ולישא אשה הרי בי"ד בהל' ס"ת סי' ע"ר סתם כיש מי שאוסר שכתב ואינו רשאי למוכרו אפי' יש לו הרבה וכו' ואפי' אין לו מה יאכל אבל ללמוד תו' ולישא אשה מותר למכור הרי דסתם כדעת היש מי שאוסר והיא דעת הרמב"ם שכתב בהל' ס"ת פרק יו"ד הל' ב' ס"ת נוהגים בו קדושה יתירה ואסור לאדם למכור ס"ת אפי' אין לו מה יאכל ואפי' היו לו ספרים רבים ואפי' ישן ליקח בו חדש לעולם אין מוכרין ס"ת אלא לשני דברים שילמוד תורה בדמיו או לישא אשה בדמיו והוא שלא יהיה לו דבר אחר למכור עכ"ל ואפי' לפי מה שהביא בסי' קנ"ג במחלוקת יש לנו להחמיר משום חומר קדושת ס"ת כ"ש דסוגיא בדוכתא עדיפא דסתם כהרמב"ם הח"פ צפרו יע"א בשבט מש' שם עולם אתן ל"ו אש"ר ל"א יכרת לפ"ק:
נאם ע"ה שאול ישועה ס"ט:

סימן נה

עמדו לפני לדין ה"ר אהרן בן יעקב הכהן תובע מהכבודה פריחא אל' יוסף בן יעקב בן כליפא אדהאן הי"ן לפרוע לו סך ק"מ מ"ם שנשארה אצלה מהשכירות המדור שהיתה דרה בחצירו זה שנתים ימים וגם תבע ממנה סך נ"ם מפאת שכירות המדור שהיתה דרה בו ו' חדשים מקודם בחצר יצחק בן יוסף הרוש במדור שהיה ממושכן ביד בליידא אשת

ימין שלוש מחמת שהיו דרין בליידא הנז' ובעלה הנז' בחצר אהרן הנז' והמחוהו לאהרן הנז' ליפרע מיוסף הנז' במעמד פריחא אשתו הנז' אף היא תשיב אמריה שעל הבעל מוטל שכירות המדור ולא עליה ויהא מכלל חובות שיצאו על בעלה הנז' ובפרט מה שהמחוהו לבעלה הנז' עמו שיתבע מנכסי בעלה שאע"פ שהיה הדבר במעמדה ובפניה עיקר ההמחאה על בעלה והוי מכלל חובות בעלה וטוענת טל כל חובות בעלה שאין להם עליה שום שליטה ליפרע מנכסיה בטענה דאדעתא דהכי נשאת לבעלה הנז' בתנאי גמור אם יפטר בחייה ישארו כל נכסיה לזכותה ולא יכנסו לכלל חלוקה כלל והמציאה לפני שטר תוקף התנאים כוח"ך ושם נאמר שהתנית על בעלה קודם נישואיה להודות לה שטר כתובה מסך בו"ו תק"ם ועוד חייב עצמו לקנות לה זראלדיטא ופסתול וג'וג'לא וסוואלף וסנבייא עד כדי סך קנ"ם או קס"ם, ועוד התנית עליו בכח הקוש"ח כ"א למ"ש שאם נפטר הוא בחייה לא תכנס האשה הא' עמה לכלל חלוקה במה שימצא תחת ידה ברשותה אלא תטול היא המחצית ויורשיו שממנו וממנה המחצית ואם נפט' היא בחייו יחלוק עם יורשיה כפי התקנה ואדעתא דהכי נתרצית לינשא לו והודה שטר תנאים מוח' וכו' עכ"ל. מבואר יוצא מלשון השטר דבהיכא דנפטר הבעל בחייה זוכה היא לעצמה בכל אשר ימצא לה ברשותה ולא תחלוק בו רק בהיכא דאית יורש ממנו וממנה וא"כ השתא דלית יורש ממנו וממנה אין לה לחלוק עם יורשיו שאינם ממנה. ועוד משמע דאשה א' לא תכנס עמה לכלל חלוקה בכל אשר ימצא לה אבל היא לא נסתלקה מלחלוק עם האשה הא' במה שימצא ברשותה ואחר שאין דין חלוקה רק בנכסי הא' והנמצא ברשותה תהיה החלוקה אחר פריעת החובות משם ולא מהנמצא אצל זו דנשאר לזכותה מכח התנאי שקודם כניסתן לחופה וכאלו לא נכנסו נכסיה לרשות הבעל כלל בין בחיים בין במות. ולפ"ז הדין עמה שאין שליטה לשום ב"ח של בעלה על נכסיה כלל מהאי טענה ועוד יש לה טענה אחרת דלא הכניס לה הבעל הנז' מנכסיו כלום ואפילו החפצים שחייב עצמו בקוש"ח לא קנה לה מהם זולת הזראלדיטא שקנאה בסך ס"ם וסוואלף ותנילאז בסך ה"ם ולא קנאם עד שלקח מנכסיה יותר מדמיהן חנבל בסך ל"ם וקמיזא משכנה בסך מ"ם ולקח המעות לעצמו באופן שלא הכניס לה משלו כלום גם טענה שמיום שנשאה לא היה מעלה לה מזונות והמציאה ק"ע השכנים שהיתה דרה אצלם ושהיא דרה אצלם היום שיודעים נאמנה שלא היה מעלה לה מזונות וקודם שגזר המלך על היהודים שלא יצאו לכפרים ולאהלי קדר היה בא בחוה"מ של פסח או בחוה"מ של סוכות ואחר יו"ט שני הולך לדרכו ואינו מניח לה כלום ודשייכי בהדה הגידו שאף הזמן מועט שהיה בא אצלה פעמים היתה מספקת לו משלה ואם איזה פעם היה שולח לה

דבר מועט לא היתה נהנית ממנו והיה לוקחו המשכיר להם בית דירה ואנכי הרואה שגם בטענות הללו אין שום שליטה לב"ח עליה אפי' אם לא היה לה התנאי הנ"ל דלא תקנו מתקני התקנה תק' החלוקה ושתהיה אחר פריעת החובות אלא היכא דנמצאו נכסים לו ולה אבל בהיכא דנמצאו לה ולא לו בזה לא דברו חכמי התק' ונוקמה אדין תורה שאין שליטה לב"ח ליפרע מנכסיה כמו שכבר כתבתי ע"ז באורך ושכך דנו רבותי, ובנ"ד שקנתה איזה חפצים ממה שסגלה ממעשה ידיה הוה אמינא דמעשה ידיה לבעלה והרי נכסים נמצאים לו ולה, אלא דמכח טענה ב' שלא היה מעלה לה מזונות [עיין בכה"ג ח"מ סי' צ"ז בהגה"ט אות מ"ד] א"כ אין לבעלה שום זכייה במעשה ידיה ומעשה ידיה לעצמה ונמצא שהכל שלה שהרי פסק מור"ם בסי' פ' סי"ח וז"ל אשה ששתקה ולא תבעה מזונות וכו' מעשה ידיה עם המותר שלה יע"ש ובמ"ש הרב ח"מ שם. וכ"ש בהיכא שהיה מרחיק נדוד ומניחה בחוסר כל והיא עשתה והצליחה שהכל שלה וכ"פ מר"ן בא"ה סי' ע' סי"א וז"ל הרי שלא תבעה וכו' אלא דחקה עצמה וכו' ועשתה והותירה הכל שלה וכ"פ הרמב"ם בפי"ב מהל' אישות הכ"ב וכתב הה"מ הטעם שכל שאין הבעל נותן לה מזונות זכתה היא במעשה ידיה אפי' דרך שתיקה יע"ש:

העולה בנ"ד דהן' אוקיות שהמחוהו לבעלה עמו דהוא חוב של בעל אפי' אם היה בשטר אין עליה שום חיוב מהטעמים דכתיבנא וכ"ש שהוא חוב שבע"פ דאמרינן דלמא פרע, אכן לגבי סך ק"ם מ"ם אע"פ שסתם שכירות רמי על הבעל והוי חוב של בעל ומה גם שהיה בלא שטר ונימא דלמא פרע מ"מ איהי דאפסדה נפשה שזה כמשלש חדשים ובעלה עדיין בחיים ושלח להחכם כהה"ר ישראל עולייל ע"י שליח סך מעות לתת לה ב' ריאליס ולצרתה שלש ולדוד בן שקרון סך ע"ם שאמר שהוא נושא בו ונתנה הסך שנשלח לה לאהרן הנז' מן השכירות וכשרצה לעקל גם מה שנשלח לצרתה ולדוד הנז' נתחכם ודקדק עמה חשבון הנשאר משכירות ב' שנים ועלה לסך ק"ם מ"ם ונתרצית וכתב עליה שטר מהסך הנז' וא"כ אפי' נימא שחיוב השכירות על הבעל כיון שנזקפו עליה בשטר מחוייבת היא לשלם אפי' משלה, ואז שלחתי עמה סופרי ב"ד וסדרה לפניהם כל הנכסים הנמצאים לה ועלה סך הכל קק"ם כ"ם ז"ם ד"ת ונשבעה לפניהם שבו' אלמנה וכללה בשבועתה שלא קנה לה בעלה מהחפצים שנתחייב לה בשטר בעת הנישואין זולת הזראלדיטא וסוואלף ותנילאז מסך ס"ם ה"ם ושנטל מנכסיה חנבל בסך ל"ם שמכרו ונטל דמיו והאלקמיזא משכנה בסך מ"ם ולקחם לעצמו ושחוב אהרן הנז' אמת מסך ק"ם מ"ם ושנושה בה משה צרויה סך ל"ם וכבר נתנה לאחיה צ"ם ה"ם דמי מזונות שהיה מסדר עליה משהרחיק בעלה נדוד ככתוב בידו באופן שהפרוץ מרובה

על העומד שסך העזבון קק"ם כ"ם ז"ם ד"ת וסך החובות קק"ם ס"ם ה"ם ולפ"ז אפי' אם היה העזבון משל בעלה הרי יצאה נקיה מהכל דאע"ג דיש לבעלה בעלי חובות אחרים אינו מן הדין שיתחלק העזבון בין ב"ח שעל בעלה ושעליה ומה שישאר בלי פרעון לב"ח שעליה ישאר חיובם עליה להשלים חיובם דודאי חובות שעליה הם קודמים ליפרע ממה שתחת ידה אף ע"פ שלא ישאר כלום לשאר ב"ח של בעלה, וכבר עמד לפני ה"ר יעקב אביטבול לערער ע"ז ותבע את אחיה לפני ונומיתי לו שאין לו עליה שום תביעה של כלום והי"ז בה' בשבת כ"א באדר התקס"ט ליצירה וקיים:

שאול ישועה ס"ט השקפתי על הפס"ד הנז' והגיתי בכל פעלו וראיתי שכל דברי החכם הפוסק נר"ו הם אמו"ץ אין בהם נפתל ועקש וטעמו ונימוקו עמו הן מחמת התנאי שהתנית עליו קודם כניסתה לחופה הן מחמת מה שכתבו חכמי התק' בלשונם הטהור הנכסים הנמצאים לו ולה כמ"ש הח' הפוסק נר"ו גם מה שלא היה מעלה לה מזונות כמו שהעידו העדים א"כ מכל הני מילי מעלייתא קם דינא כמ"ש החכם הפוסק נר"ו שאין לב"ח עליה שום שליטה והיא פטורה ומותרת מהם אך אמנה מה שחייבה עצמה בשטר חייבת היא לפורעו והוא קודם ליפרע ממה שתחת ידה הגם שלא ישאר כלום לב"ח של בעלה שאילולי לא חייבה עצמה בשטר לא היה יכול שום ב"ח ליפרע ממנה כלום:

ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א בניסן שנה הנז' וקיים:

יהודה בן עטר ס"ט:

סימן נו

במותב תלתא כחדא הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר אברהם בכהה"ר יעקב אדהאן בתע"ג אן הווא כארז מן באב צלא לכבירא וזבר הב' עמור בכהה"ר מסעוד ן' יתאח והבתולה מסעודא בת כהה"ר יחייא ן' עטייא וואקפין פזנקא דלבאב הנז' ועייט עמור הנז' לאברהם העד הנז' בזה"ל אזי יא אברהם תרא וזאד לקדאמהום ונצ'ר מוזונא פייד הבתולה הנז' ויידהא מחלול וזא עמור הנז' ונזל צבעו עלא למוזונא די פיידהא וקאלו יא אברהם זו קדושיה. ותכף די סמעת הבתו' האד לכלמא סיירת עלא עמור הנז' ביידהא וקאלתלו באלאך וזו המלה שאמרה אמרתה בל' תימה והאריכה באמירת אותה מלה כאלו בטעם שלשלת, ומא ערף אידא סייבת למוזונא פתסיירא די סיירת עליה בידהא או בקאת פיידהא עכ"ס עדותו ובירר שלא היה מצוי שום אדם באותו מעמד אלא מעמד שלשתם העד הנז' והנער המקדש והבתולה הנז' והנער הנז' מודה לדברי העד הנז' אבל אמר שלא היתה כוונתו כלל לקידושין רק דרך שחוק והיתול כדרכו לשחוק עמה בבית דודתו

שמתלמדת שם והבתולה מכחשת לדברי העד ואמרה שמדי עברה פגע בה הנער הנז' במבוי הנז' ובידו המעה ופרוטות הרבה וא"ל כנסי לי מעה זו בידך עד שאדקדק חשבון הפרוטות שמא נפלה מידי איזה פרוטה ואחר שגמר החשבון ונטל המעה מתוך ידה אמר לה זו קידושיה בפיו והמעה עדיין בידו ולא הניח המעה לתוך ידה כלל רק נשארה בידו וכששמעה ענין הקידושין דחאתו למה ידבר ככה, זה מה שחקרנו תכף שנשמע הדבר וקבלנו עדות העד הנז' כדחזי וחתימנא הכא תמ"ת, ועוד חקרנו אחר הנז' מהיכן בא לו המעה והפרוטות הנז', ואמר שרבו נתנם לו להוליכם לת"ח א' ממה שגבו בפדיון נפש וכן אמר רבו שנתן לו להוליך המעה והפרוטות בשליחות לת"ח א' ולראיה ע"ה ח"פ והי"ז י"ב כסלו ש' התקמ"ט ליצי':

שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה ה"ן אביטבול ישראל יעקב בלא"א מרדכי נ"ע ה"ן עולייל סי"ט הנה שמעתי קול הקריה הומה בפ"ה רי"ק נערה שנתקדשה משא דומה אלי קורא מסעי'ר הולך וסוער, עלובה עיס"ה, ואשר אני אחזה. הדור הרע הזה חזות קשה בנים יולדו נהגו זלזול אשר יזל"ו שחקי'ם לשחק בדבר ערוה החמורה כל מפרצ'ת פרצ'ה, ומידי ספיקא לא נפקי קדשא ולא קדשא וז'ו רעה חולה שכבר היא משודכת לאחד מפרחי כהונה ומעלה עשו ביוחסין, עבוד פרישא:

ואחזה אנכי אשית לבי הדק היטב בטיב אותן קידושין אי אמרו לעשות עושין ואי איכא למיחש חוששין, ואחר הבדיקה וחיפוש מחיפוש בשפוני טמוני קמאי ובתראי חזינא דהבל המה מעשה תעתועים ואין בם מועיל הן מצד עדות הקידושין:

הן מצד לשון הקידושין הן מצד כסף הקידו' הן מצד המקדש הן מצד המתקדשת מצד עדות הקידושין הו"ל מקדש בעד א' דקי"ל בקידושין דס"ה דאין חוששין לקידושין ואפי' שניהם מודים וטעמא מפורש בפרש"י משום דבגזירת הכתוב הוא דילפינן דבר דבר מממון דאין דבר שבערוה פחות משנים ואין קידושין וגירושין גומרין אלא ע"פ שני עדים ופסק' מר"ן בא"ה סי' מ"ב ס"ב אחר שיגע ומצא את כל היד החזקה מקמאי ובתראי מחזיקים בסברא זו וגם הרב הרשב"ץ בתשו' ח"א שאלה ק"ל האריך למעניתו להחזיק בסברא זו דאין כאן חשש קידושין כלל והביא סברת הסמ"ג שחשש להחמיר בשם הרא"ם משום מאי דאתמר בגמ' הנ"ל מאי הוי עלה רב כהנא אמר אין חוששין לקידושיו ורב פפא אמר חוששין. ומשום דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ראוי להחמיר עכ"ל סמ"ג, והאריך הרשב"ץ בתשו' הנז' לדחות דברי סמ"ג וכתב משם הרשב"א שכתב לא' מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על סמ"ג בזה מי שגו הג' והרי"ף והרמב"ם וכל

הגאונים וכל חכמי האחרונים שאתה מראה עצמך כאיש אמת ומחמיר מכל אלו עכ"ל.
הביא דבריו מר"ן ב"י שם:
ומה אעשה דאעפ"כ בנ"ד דמשודכת לכהן דנהגו סלסול ביוחסין כל שיש חשש לא תנשא לכתחילה ומשנה שלימה שנינו בעדויות פ"ח העיד ר' יהושע וריב"ב על אלמנת עיסה [פי' משפחה שנתערב בה ספק חלל] שהיא כשרה לכהונה, א"ל ר"ג קבלנו עדותכם אבל מה נעשה שגזר ריב"ז שלא להושיב ב"ד על כך שהכהנים שומעים לכם לרחק ולא לקרב ופסק הרמב"ם בפי"ט מהל' איסורי ביאה כר"ג דאסורה לכהן לכתחלה ואם נשאת לא תצא מפני שהם ב' ספיקות שמא זו אלמנת אותו חלל שמא אינה ואת"ל שהיא אלמנתו שמא אינו חלל, וכתב הה"מ משם הר"ן דכיון דאיכא תרי ספיקי מדינא כשרה אלא שהכהנים נהגו בו סלסול ע"כ, ופסקה מר"ן בסי' ב' והטור בסי' ז' יע"ש ועיין ב"ש סקט"ז ומהרשד"ם שאלה ר"א, המורם מהם דאפ' בס"ס דשרי מדינא אפילו באיסור ערוה החמורה מ"מ לגבי כהנים אסרינן לכתחלה משום דנהגו סלסול ומעלה עשו ביוחסין. ואנן בדידן מדי ספיקא לא נפיקנא למיחש לסברת הסמ"ג לבל ישאינה הכהן מיהא לכתחלה ומה גם שהרב תה"ד שהוא בתרא נטה להחמיר בסי' רי"ב אפי' בישראל ואע"ג שמר"ן כתב על דבריו ואין נלע"ד יע"ש מ"מ בכהן מיהא יש לחוש.
ההמנם בנ"ד שהבתו' הנז' מכחשת בגוף הקידושין שלפי דבריה לאו מידי יהיב לה אלא שאמר על המעה שבידו להעד הנז' זו קידושיה, גם הסמ"ג והחוששים מודו דאין חוששין דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא ולא חשש הסמ"ג אלא בששניהם מודים וכמ"ש הרשב"ץ בח"א שאלה ע' הביאה מור"ם בסי' הנז', וגם הרב תה"ד שנטה להחמיר כתב בשאלה הנ"ל שאפי' אם האשה לבד מכחישתו דאינו כלום הביאו ג"כ מור"ם בהגה הנז' ומשמעות דבריהם שאין לחוש אפילו אותו שאינו מכחיש והב"ח בשאלה צ"ז כתב דהמודה לדברי העד חוששין לו ליאסר בקרובותיה יע"ש, וכ"כ בשו"ת חכם צבי כתב דמלתא דפשיטא היא דלא קאי אלא אאותו שאינו מודה יע"ש, וכן כתב הח"מ בסי' הנז' סק"ד יע"ש וכ"כ הב"ש בסק"ו יע"ש, ולפ"ז בנ"ד הגם שהבתולה הנז' מכחשת לדברי העד ולגבי דידה לא תחוש לאותן קידושין מ"מ כיון שהנער מודה לדברי העד ויחוש לעצמו ליאסר בקרובותיה איך לא יחוש הכהן מלישאנה:
אמנם הפה קדוש שאסר הוא הפה שהתיר שהרב ב"ח בסי' הנז' כתב דכל שהמקדש אומר שכוונתו לשחוק והיתול בעלמא ולא כוון לקידושין זה נקרא אינו מודה לדברי העד ומה לי אם אומר להד"מ מה לי אם אומר שחוק היה, סוף סוף אינו מודה שיש שם קידושין גמורין יעש"ב והגם שהח"מ חוכך להחמיר ונמשך אחריו הב"ש דכי היכי

דטענת השטאה ושחוק לא מהניא בב' עדים משום דדברים שבלב אינם דברים ה"ה בעד א', מ"מ הרי הרב חכם צבי בתשובה הנ"ל ובתשובת הרב מטה יוסף חלק אה"ע סי' ה' כתבו דדברי הב"ח נכונים בטעמן ויישבו תמיהת הח"מ בטו"ט ודעת יע"ש, וא"כ בנ"ד שהאשה מכחשת לדברי העד והמקדש אומר שלא נתכוון אלא לשחוק בעלמא הו"ל שניהם אינם מודים לדברי העד ומודה הסמ"ג בזה שאין לחוש, ומה גם שכל דינו של הסמ"ג אינו אלא חששא בעלמא שמא הלכה כר"פ ור"פ עצמו חוששין קאמר משמע דמספק"ל וכל שאנו רואים טעם להיתר לאיצטרופי בהדיה לא נשאר חשש הרי מצד עדות הקי' אין חשש, ומצד לשון הקידושין נמי אין לחוש דהאי לישנא דאמר זו קידושיה לא מוכח מידי לא למקדש ולא למתקדשת וקי"ל ידים שאינם מוכיחות לא הויין ידים אפי' לענין קידושין וכמו שפסק מר"ן בא"ה סי' כ"ז סעיף ד' אחר שרקד ובירר וטיהר וזקק כל הסברות ועלתה בידו דכל האומר הרי את מקודשת וגייז מלת לי דאינה מקודשת דלא מוכח למי מקדשה אם לעצמו אם לאחר יע"ש בב"י ושהרא"ש כלל ל"ה סימן ד' אחר שהעלה דכל דלא אמר לי אין כאן בית מיחוש ואינה צריכה גט וסיים בה וז"ל וראיתי מה שכתבת דברי החולקים ואומרים שצריכה גט ואיני רואה בדבריהם ממש ועיקר שיהא כדי להשיב עליהם וכו' לכן לא עצרתי כח לטרוח ולהשיב על דברי הבאי עכ"ל, אלא דקאי באפן תשו' הרשב"א סי' תשע"ד ונשנית בסי' אלף רל"ד ובתשו' רמב"ן סי' ק"ל שחוששת להחמיר להצריכה גט מספק ואם אריה שאג ממעונתו לחוש מי לא ייירא שלא לחוש לדבריו ולא גברא הוא למדחייה בגילא דחטתא:

אמנם כל היד המרבה לבדוק בלשון התשובה הנז' בעיניו יראה ולבבו יבין דלא חש הרשב"א להחמיר להצריכה גט אלא באותו נדון דידיה שאמר הרי אני נותן לך זה לקידושין דיש הוכחה בין למקדש בין למתקדשת וכההיא דהריב"ש סי' רס"ו שהביא מר"ן סי' כ"ז ס"ה ביש מי שאומר ודייק שפיר לישניה דהרשב"א דאחר שהעלה דידים שאין מוכיחות לא הויין ידים כתב מיהו יש לחוש להחמיר שמא בקידו' בכענין לא בעינן ידים מוכיחות וצריכה גט ואם קבלה קידושין מאחר צריכה גט משניהם עכ"ל מדקאמר בכענין זה משמע דדוקא בכענין זה דאיכא יד מוכיח קצת הוא דחש להחמיר אכן בלשון דלא מוכח מיניה למי מקדשה מודה דאין לחוש וכדעת כל הגדולים שהביא מר"ן שם:

ומהשתא דמוקמינן לחששא דהרשב"א דאותה תשובה מטעמא אחרינא נחה שקטה כל האר"ש ואין ממנה סתירה לדברי הה"מ שכתב משם הרשב"א והרמב"ן דכל דאמר לי אינה מקודשת ולא כתב דצריכה גט ולא לדברי הריב"ש בסי' הנז' שכתב ואין חוששין להצריכה גט כמו שהסכים הרמב"ן וכל האחרונים ולא לדברי הרשב"ץ ח"א

ס' כ"ג שכתב וכן הסכימו האחרונים וידוע שהאחרונים שמביאים בדבריהם הריב"ש והרשב"ץ הם הרמב"ן והרשב"א ולא לדברי מהרי"ט סי' קל"ח שכתב וכן היא הכרעת גדולי האחרונים הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר"ן יע"ש והרווחנו עוד להשוות ההיא דהריב"ש בסי' רס"ו שהביא מר"ן בשם יש מי שאומר דכל דאמר הריני נותנו בתורת קידושין הוי כאומר לי יע"ש משום דהזכיר שהוא הנותן לה בתורת קידו' כבר נראה מלשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת עכ"ל עם ההיא דהרשב"א דקאמר הרי אני נותן לך זה לקידו' דמשמע נמי מלשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת. ואיך כתב דלמ"ד בעינן ידים מוכיחות אין זו מקודשת אלא ודאי דמהאי טעמא הוא דחש להחמיר משום דמוכח קצת ומ"מ קידושין גמורים לא הוו דלא מוכח טפי דאנן בעינן למסמך מלת לי לקידושין ולא לנתינה דמוכח שאליו תהיה מקודשת משא"כ בנד"ז שאמר הרי אני נותן דסמך מלת אני לנתינה ולא לקידושין איכא למימר שהוא הנותן והקידושין מקדש הוא לאחר כההיא דסי' כ"ט ס"ה אמר לה הילך דינר משלי והתקדשי לפלוני יע"ש, וא"כ הויין ידים שאין מוכיחות למי מקדשה אבל למיחש חיישי' להצריכה גט' ואע"ג דמדברי הריב"ש משמע דקידושין גמורים הם הרי כתב בסוף דבריו דאפי' תימא דהוי יד מ"מ הוי יד מוכיח וצריכה גט מספק יע"ש, ומר"ן נמי מדכתבה בשם יש מי שאומר נראה דספיקא הוא דהוי כמ"ש הרב דרכי נועם באה"ע סי' א' הרי דברי הריב"ש והרשב"א עולות בקנה א' ושפה א' לכולם ושוה הרשב"א לכל הפוסקים בהיכא דגייז מלת לי דאין חשש להצריכה גט [ואינה ה' לידי חי' מהרי"ט על קידושין במהדורא בתרא והביא תשו' הרשב"א הנז' ופירשה ככל האמור ויעלוץ לבי שכוונתי לדעת קדוש, ובסוף דבריו סיים וז"ל ולענין הלכה כל רבותינו האחרונים הסכימו בכמה מעשים שאירעו להקל ושלא לחוש לסברת יש מי שאומר להצריכה גט ולעגנה כאלו קלא מן שמיא נתית שאין כאן בית מיחוש ואחריהם אלך עכ"ל]:

וכהאי לישנא דנ"ד הביא ריא"ז בשלטי הגבורים אשר סביבות הרי"ף פ"ק דקידושין וז"ל שהמקדש בשטר א"צ לומר בפה הרי את מקודשת לי אלא אומר הרי זו לקידושיך כדרך שאומר לה בגט הרי זה גיטך אבל בקידושי כסף צריך שיאמר לה בפיו הרי את מקודשת לי שבדיבורו הוא מקדשה ע"י כסף ואם אמר לה הרי זה לקידושיך לא אמר כלום יע"ש, וכתב מהרי"ט בסי' קל"ח שאין להקשות על דברי רבי' ישעיה שאמר הרי זה לקידושיך לא אמר כלום מהירושלמי שהביא בעיטור אהא דאמרינן והוא שעסוקין באותו ענין אבל אם אין עסוקין באותו ענין צריך לפרש ואמרינן בירושלמי מהו צריך לפרש זהו גיטך זהו קידושיך אלמא באומר זהו קידושיך מועיל כדרך שמועיל זהו גיטך.

ומפרש דהתם כיון שהיה מדבר תחלה על עסקי קידושיה ופסקו מלדבר עכשיו שחוזר ואומר לה זהו קידושיך כלומר זכו קידושיך שאמרנו תחילה והשתא חשיב כאלו עכשיו מדבר על עסקי קידושין דבנתינה גרידא סגי עכ"ל. והאי לישנא דנ"ד גרוע טפי שלא דבר עמה לנוכח זו קידושיך אלא מדבר עם העד ומראה לו המעה באצבעו ואמ"ל זו קידושיה יותר נראה כמשחק עליה ומבזה אותה לפני העד לומר שכל כך הורע כח האשה ואיפחית ערכה שנקנית במעה לבד ולא שכוונתו לקידושין. אי נמי אינו אלא כמודיע לעד מה שכבר היה באומר לו ראה שמעה זו שבידה היא קידושיה שקבלתה ממנו או מאחר לשם קידושין בינם לבין עצמן ולכ"ע המקדש בלא עדים אינו כלום ומה גם לסברת הרשב"ץ שכ' בסי' כ"ג דבעינן שיאמר בלשון המוכיח להבא כגון שיאמר הרי הן קידושין או קידושין יהיו אבל אמר הן קידושין לחוד אינו כלום ומביא ראיה מביטול הגט דכשיאמר הרי הוא חרם לישנא דלהבא משמע ואם אמר חרס הוא לא אמר כלום ופסקה מר"ן גבי ביטול הגט בסי' קמ"א סעיף ס"ג וגבי קידושין פסקה מור"ם בסי' כ"ז ס"ה בהגה, הרי דאף אם היו ידים מוכיחות וכגון שאמר זו קידושיה של זו ממני כיון דלא משמע להבא אינו כלום:

והגם שהח"מ מקהה אקהתה משום דלשון קידושין הם שאסר לה אכ"ע כהקדש וגבי הקדש מהני אם אומר ככר זה הקדש יע"ש. מ"מ הדין דין אמת שהרי מר"ן הקדוש הביא תשו' זו בב"י סי' כ"ז בשם מהר"י בירב שכתבה משם הרב דוראן והוא הרשב"ץ הנ"ל ומור"ם פסקה להלכה וגם הלבוש סי' הנז' ונתן טעם לדבר דהן קידושין משמעו דסיפור דברים בעלמא כאומר מעות אלו מעות קידושין הן שנתקדשה בהם כבר, וגם הרב דברי ריבות סי' ח' למד ממנה הלכה למעשה יע"ש, וכ"ש בנ"ד דאין כאן ידים מוכיחות נוסף על משמעות הלשון דלא משתמע להבא ודאי דליכא חשש אפילו לכהן וראה זה מצאתי ברי"ו חלק חוה נתיב כ"ב חלק ה' דף קצ"ו ע"ג וז"ל יש מפרשים דכל היכא דלא אמר לי בקידושין לא אמר כלום ואינה צריכה גט ומותרת לכהן וכן נראה עיקר עכ"ל [פי' אם נתגרשה בגט מקידושין אלו מותרת לכהן דאין זה ריח גט שהרי מן הדין אינה צריכה גט ועיין ח"מ סי' ו' סק"ב אבל הכהנים לא נהגו סלסול בדבר איסור השוה לכל נפש ודו"ק]. נראה מלשונו דכל כך מחוורת הלכה זו דאין ממש בדברי החולקים עד שאפי' כהן אינו חושש לדבריהם לספוקי בהא מלתא משום דנהגו סלסול קמ"ל דמותרת לכהן ודו"ק, הרי מצד לשון הקידושין אין כאן בית מיחוש לאותן קידו': ומצד כסף הקידושין נמי לא שרירין ולא קיימין דלקושטא דמלתא ע"פ הודאת הנער והוכחת רבו דשליח צדקה הוא דהוה לאותה מעה ושלח בה יד לקדש בה וקי"ל בא"ה סי' כ"ח ס"א דהמקדש

בגזל אינה מקודשת והכא שהממון נעשה עליו שליח להוליכו לאיזה ת"ח ושינה מדעת משלחו ושלח בו יד להוציאו לצורך עצמו דינו כגזלן כדקי"ל בחו"מ סי' רצ"ב ס"ה גבי שולח יד בפקדון ובסי' שנ"ט ס"ה גבי הלוקח בשאלה שלא מדעת בעלים דבכולהו נקרא גזלן וכמו שפסק מר"ן בא"ה סי' כ"ח סי"ז וז"ל והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו הרי זה גזל ואינה מקודשת יע"ש: ובר מן דין שאף לדברי העד עצמו שלא ידע מעה זו מהיכן באה אלא שראה המעה כבר מונחת ביד הבתו' והניח הנער אצבעו עליה ואמר זו קידושיה יש לנו לומר דשלה היא המעה כיון שבידה היתה דקי"ל חזקה כל מה שביד האדם שלו הוא כדאיתא בחו"מ סי' צ"ט ומ"ז ז' וש"ך מ"ז סק"ו וכמ"ש הר"ן הביא דבריו מר"ן ב"י בסי' ל"ח והכי נמי אמרי' בריש מציעא כל דתפיס כעדים דמי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא יע"ש, וא"כ דמחזיקינן המעה בשלה לאו מידי יהיב לה מדידיה שתתקדש לו ואפי' אם הוציא המעה בידה וחזר וקדשה בה אינו כלום דהו"ל קדשה בגזל דידה ואף היכא דנטלה ושתקה אינה מקוד' דיכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי כדאית' בקידושין די"ג ופסקה מר"ן בא"ה כ"ח ס"ב יע"ש: ומצד המקדש נמי הבל המה ואין בם מועיל שהרי הבן המקדש סמוך על שלחן אביו וחזקה כ"מ שבידו הוא בחזקת אביו וא"כ אפי' אם ראה העד הנז' הנתינה מידו לידה הו"ל מקדש בממון שאינו שלו דהא קי"ל בח"מ סימן ע"ר ס"ב מציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו אפי' גדולים וכו' הרי אלו שלו והגיה מור"ם וה"ה אם הרויחו בסחורה או במלאכה יע"ש, ואפי' תימא דניתנה לו במתנה מאחרים הרי כתב מור"ם שם דבקטן וסמוך הרי אלו של אביו והגם דסיים אבל לא בגדול מי יאמר שזה הבן גדול כיון שבקומתו נראה קטן וכ"ש דאנא ברירא לי מלתא דקטן הוא מתוך הפנקס שיש לי מהנמולים על ידי שנימול בי"א בסיון שנת תקל"ו וא"כ בזמן הקידושין שהוא י"א בכסלו תקמ"ט השלים י"ב שנים וששה חדשים והו"ל קטן כל שלא הגיע לי"ג שנים ויום א' וא"כ כל הנמצא בידו באיזה אופן שיהיה הוא משל אב והו"ל מקדש בדבר שאינו שלו: והשתא דאתינא להכי וברירנא דקטן הוא בזמן הקידו' הו"ל קידושי קטן דאינם כלום דלאו בר קיחה הוא דכי יקח איש כתיב כדאיתא בקידושין דף נ' ופסקה מר"ן בסי' מ"ג ס"א דלא תקנו רבנן נישואין לקטן דדוקא גבי מקח וממכר הוא דאמרינן הפעוטות מקחן מקח כמ"ש מר"ן בחו"מ סי' רל"ה משום דהתקינו חז"ל שיהא מקחן מקח משום כדי חייהן ובנישואין דלא תקנו כלום אין קידושיו קידושין ונקרא קטן עד שיהא הזכר בן י"ג שנים ויום א' והנקבה י"ב ויום א' ומשו"ה מדאורייתא אין מעשיהם כלום עד שיהיו

גדולים אלא דרבנן הוא דתקון לזכר במקח וממכר משום כדי חייו ובנקבה אף בנישואין שלא ינהגו בה מנהג הפקר ועיין סמ"ע שם סק"א:

וא"כ בנ"ד דהוי בן י"ב שנים ומחצה אין מעשיו כלום בקידו' וכמאן דליתנהו דמי ואפילו לסברת הב"ח שמחמיר בבן י"ב שנים דקידושיו קידושין מדרבנן היינו במשיאו אביו כההיא דמצות חכמים שישיא אדם בניו ובנותיו סמוך לפרקן וכפרש"י דבסמוך לפרקן היינו קודם שנעשה גדול שנה או חצי שנה אבל הוא עצמו לא ישא קודם י"ג ויום א' דהוי כזנות וכדכתב מר"ן סי' א' ס"ג ומשו"ה אין קידושיו קידושין של כלום אפי' מדרבנן יע"ש בב"ש סי' א' סק"ג וח"מ שם, ולכן בנ"ד שעשה שלא מדעת אביו אין מיחוש לקידושיו שהרי גבי מקח וממכר נמי אינו יכול לעשות דבר שלא מדעת אביו דלא גרע אביו מאפוטרופוס שמינהו אביו דאיתא בחו"מ סי' רל"ה ס"ב דאין במעשיו כלום בכל מה שעשה שלא מדעת האפוט' יע"ש, הרי דמצד המקדש אינם כלום:

ומצד המתקדשת נמי סערה תפיץ אותם דמלבד מה שמכחש' את העד כאמור לעיל ומלבד מה שראה המעה בידה דאז אפי' אם היתה מודה שאמר לה זו קידושיה בעוד המעה בידה אינו כלום דלאו מידי יהיב לה כיון דמחזיקנן המעה בשלה אלא אפי' אי הוה ברירא ליה להעד הנז' שהמעה של המקדש וראה הנתינה מידו לידה אפי"ה כיון שלא אמר לשון הקידושין אלא אחר שהיתה המעה בידה כל שלא אמרה הן בפירוש לא הוו קידושין ואפי' שתקה והלכה לה אין שתיקתה הודאה דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות דלכ"ע לאו כלום היא כדפסק מר"ן בסי' כ"ח ס"ד גבי פקדון יע"ש, ובנ"ד בין לדברי הנער בין לדברי הבתולה בתורת פקדון הוא שהניח אצלה המעה עד שיגמור חשבון הפרוטות ואפי' אם נתנה לה סתם ולא בתורת פקדון הרי כתבו האחרונים דה"ה בנתן לה סתם עיין הריב"ש סי' ק"ע ודברי ריבות סי' ר"ץ ומהריט"ץ סי' נ"ד ומהרשד"ם סי' י"א ובשו"ת מר"ן הקדוש שאלה ב', ולא מבעיא לדעת הרמב"ם שפסק כרבא דכל שתיקותא דלאחר מעות אפי' במקדש בציפתא דאסא א"ל והא לית בה ש"פ א"ל תיקדוש בד' זוזי דאית בה שקלתם ואישתיקא ואמר שתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום היא אלא אפי' להרי"ף והרא"ש דפסקי כר"ה בריה דרב יהושע דחש להיכא דיהיב לה בתורת קידושין יע"ש מ"מ מודים הם דהיכא דנתן סתם דלאו כלום היא כיון דמעיקרא לאו אדעתא דקידושין יהבינהו ניהלה יע"ש בתשו' מר"ן הנז', הרי אפי' אם היה נותן לה המעה סתם ואחר שהגיעה לידה הדר אמר לשם קידושין לכ"ע לאו כלום הוא וכ"ש בנ"ד דקושטא דמלתא לפקדון יהבינהו מעיקרא דאין חולק בדבר דאפי' שתקה והניחה הממון בידה אינו כלום ולא אמרינן אי לא ניחא לה תשדינהו דסברא אי שדינא להו מחייבנא. ובנ"ד שדחאתו

בידה ואמרה בלשון זה באלא"ך בלשון תימא דהוי כאומרת כלך מדרך זו הרי מיחתה בפירוש ואפי' לזות שפתים ליכא בהני קידושין:

העולה ממאי דכתיבנא דבתולה זו בחזקתה מכל הני טעמי שכ"א מהם טעם כעיקר להפיץ ולהדיח חשש קידושין מעליה וכ"ש בהצמדם יחד דלא נשאר שום חשש ואפי' לכהנים דנהגו סלסול בספיקות הכא לא נשאר שום ס' בדבר ותלך ותנשא לבן זוגה הכהן הנז' וישישו וישמחו ויציצו ויצמחו בחופתם ופרו ורבו על הארץ ומלאה הארץ אותם. החותם פה צפרו בטבת תקמ"ט:

שאול ישועה הדבר פשוט כביעתא בכותחא דאותן קידושין אין לחוש להם ולית בהו ממשא ותנשא לכהן ולא שייך בהו ריח קידושין כמו ריח הגט דפוסל לכהונה כמ"ש מר"ן בא"ה סי' ו' ס"א ולא שייך בקידושין חומרא משום מעלה עשו ביוחסין דדוקא באיסור כהונה באיסור שאינו שוה לישראל כגון אלמנה וגרושה וחללה זונה בזה דוקא עשו מעלה לכהנים אבל באיסור השוה בכל או בהיתר השוה בכל הנם ככל המון ישראל להתיר או לאיסור או להקל ולהחמיר, ומ"ש במשנה דעדויות העיד ר"י וריב"ב על אלמנת עיסה וכו' אבל מה אעשה וכו' שהכהנים שומעין לכם לקרב ולא לרחק אינו אלא בחלל שאין איסורו שוה בכל אלא איסור המיוחס לכהונה, וכן מבואר ממ"ש מר"ן סי' הנז' ס"ה וז"ל יצא קול על אשה שנתקדשה ונתגרשה חוששין לקול לאוסרה לכהן. והקול שאוסרה לכהן הוא מחמת קול שנתגרשה שהוא איסור המיוחס לכהן שהרי כ' מר"ן שאם יש אמתלא בגירושין ולא בקידושין חוששין לקול הקידושין לאוסרה לעלמא ואין חוששין לקול הגירושין לאוסרה לכהן הרי מבואר דאין חומרא מיוחדת לכהנים באיסור השוה לכל ועיין מ"ש הב"ש בשם פרישה גבי או גירש ע"ת וכו' שכתב דחוזר על יצא קול שנתקדשה ונתגרשה ומה שהק' עליו הב"ש יע"ש, ולכן אחר שהעיד העד כשנתן לה מעה לקידושיה אמרה בכעס כמקוננת עליו במה שהניפה ידה עליו ואמרה באלאך עלייא, הויא לה כאומרת איני רוצה בקידושיו והאי עדיף לה מהאומר איני רוצה להתקדש לך דאותו לשון אפשר דעדיין ניח"ל בקידושיו הואיל ואמרה אותו בניחותא. אבל זאת שדברה בתמיהה רבתי כעין יללה וקינה על אודות הקידושין גרע טפי למקדש לבטל אותם קידושין ואפי' את"ל לא זרקתם לקידו' די במ"ש איני רוצה בקידושין שלו ואינה צריכה לזורקן ויכולה ליטול אותם דמי בושתה, ולא אמרה וזרקתן אלא אם בושה מלדבר בפיה דמה שזרקתן הוא גלוי שלא רצתה בקידושין, וכן נמי מה שאמר זו קידושיה הם דברי הבאי דלא ידענא אם קדשה לשדים או לגוי או לב"ב ההוה או לנולד לעת"ל, ומה גם לפי דברי הבתולה שאמרה שאחר שנטל המעה והיא בידו אמר זו קידו' דודאי אינן

קידושין, ואין צורך להאריך בדברים פשוטים כאלה דבנד"ז אין שום חלות כלל לקידושין אלו מכל צד ואין בהם ממש והבתולה הנז' תנשא לכהן המשודכת לו כמ"ש החכם הפוסק נר"ו והגם שהאריך למעניתו בהנחות מתחלפות, מ"מ יפה דן ויפה כוון ההלכה לתלמיה ולראית האמו"ץ ח"פ פאס יע"א בטבת מש' תקמ"ט לפ"ק והשו"ב וקיים:
אליהו הצרפתי ס"ט הלכה זו אינה צריכה לפנים והאריכות בזה אך למותר ויגיעת בשר: ואלה הדברים לא נתנו ליכתב בספר ויוחקו מרוב פשטותן והן הנה הדברים הנקנין באמירה אמירה נעימה כתורה שבע"פ דאין מקום חלות לקידושין כלל ונערה זו מותרת לכל אדם והיה כעם ככהן וקיים:
שמואל אבן צור סי"ט:

סימן נז

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בדין ראובן בן המצר שהיה במדינה אחרת וי"ל בעירו מורשה שמינהו לפקח בעדו בענייני החצר שי"ל בעירו וכשעמד שמעון שכנו ומכר בית א' מבתי החצר ההיא עמד המורשה לסלק ללוקח בעד בן המצר שהוא במדינה אחרת באמרו שכך הוא מצווה ועומד הוא מבעל החצר הנז' שהרשהו לפקח בעדו בכל אופני וענייני החצר הנז' וציוהו לסלק הקונה שיקנה הבית ההוא לבל יכנס זר בגבולו. ולא אבה הלוקח להסתלק בטענה שכיון שבן המצר עצמו במדינה אחרת נתרוקן כחו ואינו יכול לסלקו. וכאשר בא בן המצר לעירו ומצא שנמכר הבית הנז' צווח על הלוקח למה לא קבל מעותיו משלוחו הנז' להסתלק מהמקח הנז' ועודנו מחזיק בטענתו הנז' שכבר נתרוקן כח בן המצר הנז' מצד היותו במדינה אחרת והדבר תלוי בו ולא בשלוחו:
ואחר ההתבוננות היטב בדין זה העלתי דודאי דמצי בן המצר לסלק ללוקח מאחר שהניח המורשה כאמור וקי"ל בכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו. ומה גם שצווהו בפרטות על דבר זה לסלק הלוקח שיקנה הבית ההוא והשליח עשה שליחותו והזמין ללוקח מעותיו ובא העיכוב מצד הלוקח דלא אבה להסתלק לכן לא איבד בן המצר זכותו ורשאי לסלק הלוקח בכל זמן שירצה דלמה יגרע כח בן המצר בהיותו במדינה אחרת כיון שמינה שליח בחריקיה לסלק הלוקח שהרי דין זה דקי"ל בסי' קע"ה סל"ד אם היה בן המצר במדינה אחרת אינו יכול לסלק הלוקח לא הוי מלתא בלי טעמא דנימא דבר זה הוא חק וגזירת מלך והבו דלא להוסיף עלה. אלא טעמא רבא איכא. שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעותיו שיאמר הקונה לאחר כמה שנים תצא מידי יע"ש ובנ"ד דליתיה להאי טעמא שהרי הניח לו מי יתן בעדו מעותיו במזומן ליתיה להאי דינא:

ותדע שכן הוא שהרי דין זה לא נזכר בתלמוד והגאונים חדשוהו מכח סברא מטעם שאם אתה אומר כן וכו' וכל דליתיה להאי טעמא ליתיה להאי דינא ונעמידנו על ד"ת כדינא דגמ' לסלק הלוקח אף כשבן המצר במדינה אחרת ועוד מדנקט דין היה בן המצר במדינה אחרת בהדי חולה וקטן וגבי קטן קי"ל בסעיף מ"ח לקמן שקטן שהוא מצרן אם רואין ב"ד שזכות הוא לו יסלקו את הלוקח. הרי דכשי"ל מי שיפקח בעדו מעתה מסלק את הלוקח וכ"כ הרב לח"מ שהק' דיני קטן אהדדי ותירץ דהתם איירי בשלא רצו ב"ד לסלק הלוקח וכשהגדיל הקטן רצה לסלקו אז אמרינן איבד זכותו משום האי טעמא שאם אתה אומר כן וכו' יע"ש:

ועוד דבנ"ד דמכר בית מבתי החצר שותף מיקרי דעדיף ממצרן שהרי פשוט הוא בפסקי הראשונים זלה"ה דכל שעדיין הם שותפים באמצעה של חצר אע"פ שחלוקין הבתים מיקרי שותפין. והרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ לא זז מחבבה להלכה זו עד שקבעה בגליון ש"ע שלו גבי שנים ששכרו שדה בשותפות דלקמן סעיף ס"א כתב הרב וז"ל וה"ה שנים ששותפין בחצר א' אע"פ שחלקו בית נגד בית וכ"א מבורר חלקו אם רצה א' מהם להשכיר ביתו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין בן המצר הדין עמו אע"פ שחלקו בית נגד בית עדיין הם שותפים באמצעה של חצר ובבית שער אכסדרה ומרפסת ושותף מיקרי ועדיף ממצרן ובסעיף הקודם לזה איירי שאינו שותף עכ"ל, ומאחר דשותף מיקרי דעדיף ממצרן מסלק את הלוקח אפי' בהיותו במדינה אחרת וכמ"ש בתשו' מהר"ם במיימוני דשייכי לס' קנין סי' ל"ה וז"ל דהא דאמרי' לאשה או ליתמי וכו' לית בהו משום דינא דב"מ ה"נ לגבי מצרן אבל שותף עדיף ואי זבין לאשה או ליתמי אתי שותף ומפיק וכן אני אומר בכל הני דאמרי' לית בהו משום דב"מ מצרן דוקא אבל שותף לא עכ"ל הרי דכללא כייל מהר"ם בכל מקום דאמרינן דלית בהו משום דינא דב"מ דינא דבר שותפא איתיה ואף לס' מהר"ם אלשקר בסי' קי"ח כתב דבמקום פסידא שוין השותף והמצרן יודה הכא דאיכא טעמא אחרינא ודו"ק הח"פ צפרו באדר שנת אל תמנ"ע טוב מבעליו וקיים:

שאול ישועה ס"ט הד"א כמ"ש הח' הפוסק נר"ו שאם העמיד שליח בחריקיה שיכול לסלק הלוקח דלא שייך טעם שאם אתה אומר וכו' ואע"פ שכתב מר"ן סי' כ"ב דמצרן לא יכול לאחותי איניש אחרינא בדוכתיה לסלק ללוקח וכתב הסמ"ע אפילו בהרשאה, נלע"ד שהיא סברא יחידית ולהכי כתבה בשם יש מי שאומר וראיה ממ"ש המרדכי פ' המקבל בשם תשו' רב פלטי גאון דכל היכא דהלוקח בעיר אין להשהות המקח עד שישלחו ויודיעו למצרן שאינו בעיר וכו' אלא המוכר בא לפני הקהל ואומר פ' חפץ לקנות בכך אם המצרן או אחר במקומו או א' מקרוביו או מאוהביו חפץ לקנותו בכך

מוטב ופסקה מור"ם סי' ל"ד אלמא שיכול אחר לקנות בחריקיה ולסלק הלוקח ואע"ג דמשמע דמר"ן לית ליה האי סברא מדהביאה מור"ם בשם י"א היינו לענין שאינו צריך להודיע תחלה לקרובי ואוהבי המצרן אבל אם באו קרוביו או אחר במקומו מאיליהם לקנות לזכות המצרן ודאי שגם מר"ן יודה שהם קודמין ללוקח:

ועוד אפשר דההיא דסי' כ"ב דוקא כשהוא בעיר לא יכול לאחותי איניש אחרינא בדוכתיה אבל כשאינו בעיר דלא סגי בלא"ה ודאי שלוחו כמותו וכמ"ש המרדכי זהו מה שנלע"ד דעת הדיוט אם יסכימו בעלי הוראה ולראיה ח"פ פאס יע"א בחדש הנ"ל וקיים: איש צעיר שאול סירירו סלי"ט:

סימן נח

עמדו לפני לדין ה"ר משה אדהאן מדבר בעד בתו תובע והמדבר בעד משה חתנו בר יוסף ן' חיון נתבע וטען האב הנז' שאין לחתנו הנז' גבורת אנשים ונשען על ביתו ולא יעמוד מחמת שהוא קשור שנקשר אחר שעשה מעשה והמציא ק"ע מכמה עדים שהעידו שהיה חתנו הנז' ממתיק עמהם סוד וגילה להם שהוא קשור ושהיה משתדל עם כותבי קמיעין שבאים לכאן ברפואות וסגולות וקמיעין להתיר קשורו והמדבר בעד חתנו הנז' השיב שהיה קשור והיום נתרפא, ושלחתי שליח להחתן הנז' לשמוע מפיו קשט אמרי אמת והשיב שהאמת הוא שמתחלה בא עליה כדרך כל הארץ וגם דמה הנה נדרש והובא לפני אח"מ כדרך כל הבתולות ואחר שעשה מעשה שוב לא הי"ל גבורת אנשים וישען על ביתו וכו' והיום נתרפא שנסה עצמו קודם שהלכה לבית אביה ומצא שהותר הקשר ובא עליה כדרך כל הארץ וע"ז המציא אביה הנז' ק"ע מעד א' שמעיד שאתמול בהיותה בבית אביה עדיין היה החתן הנז' מבקש ממנו רפואות לענין זה והגיד לו שעדיין קשור והעיד כן בפני החתן והשיבו כי שקר ענה שלא כן היו הדברים:

ואחר ההתבוננות היטב בענין זה ראיתי שדברי אבי הכלה הנז' דין ומשפט יתמוכו וחייב החתן הנז' להוציא וליתן כתובה שהרי בטלה לאשתו הנז' עונתה מאחר שאינו יכול וכההיא דכתב מר"ן בא"ה סי' ע"ו סי"א ואם חלה או תשש כחו ואין יכול לבעול ימתין ו' חדשים ואח"ך או יטול רשות או יוציא ויתן כתובה יע"ש, והנה בנ"ד כבר עבר יותר משנה משנשאה ונראה פשוט מדנקט מר"ן יוציא ויתן כתובה סתם משמע דתוספת כתובה בכלל ועוד דלא אישתמיט איזה אחרון מהמפרשים דברי מר"ן לפרש דהאי כתובה דנקט מר"ן היינו מנה מאתים אבל לא תוספת, ואין להק' מתשו' ריצב"א שהביאו התוס' בסו"פ הבא על יבמתו דס"ה ע"ב וז"ל פסק ריצב"א על אשה א' שהיתה טוענת על

בעלה כי אין לאיש גבורתו וכו' והיכא שהודה הבעל שאין יכול לבעול פסק דצריך ליתן גט וכתובה וכו' כיון דאין יכול כלל לקיים לה עונה ודוקא מנה מאתים אבל תוספת לא יתן דהא בנכנסה לחופה ולא נבעלה עמדה בתיקו בריש אע"פ דשמא לא כתב אלא ע"מ חיבת ביאה וכו' ומטעם דפסק ר"ח דאין תוספת בבאה מחמת טענה משום דאדעתא למיפק לא כתב לה זה הטעם אין שייך כאן באין יכול לבעול דמידע ידיע דנשאה לו מתחלה לכך עכ"ד, הרי בהדיא כתב דאין לה תוספת ואיך סתם מר"ן דבריו יוציא ויתן כתובה דמשמע ואפי' תוספת. והחילוק מבואר דבתשובת ריצב"א איירי כשלא בא עליה כלל דליכא חיבת ביאה ומשו"ה כתב דאין לה תוספת דכיון דלא בא עליה כלל אתאן לבעיא דפ' אע"פ דנ"ו ע"א בנכנסה לחופה ולא נבעלה וריצב"א סובר דלא איפשיטא בעיין ועמדה בתיקו ומספיקא לא מפקינן ממונא לחייבו ליתן תוספת. אבל מר"ן איירי בשכבר בא עליה אלא שלאח"ך חלה או תשש כחו דמביאה א' אחייב בתוספת שהרי יש כאן חיבת ביאה ובהכי פשיטא לן דאית לה תוספת ולפ"ז לדידן דקי"ל כהרי"ף והרא"ש והרמב"ם דאיפשיטא בעיין דחופה לחודה קונה ונכנסה לחופה ולא נבעלה אית לה תוספת הכי נמי נימא בטוענת אינו יכול אע"ג שלא בא עליה כלל דליכא חיבת ביאה אית לה תוספת. אלא דהיטב חרה לי שהרי הרא"ש דסובר דאיפשיטא בעיין הוא עצמו כתב בכלליו כלל מ"ג בטוענת אינו יכול דאין לה תוספת והביא דבריו הטור בסי' קנ"ד וז"ל שגם בתחילת דבריה כוונה לומר שלא בא עליה כלל וכופין אותו להוציא וליתן כתובה מנה מאתים ונדוניא שהכניסה לו אבל לא תוספת דאדעתא למישקל ולמיפק לא אוסיף לה עכ"ל וכד דייקינן שפיר נראה דלק"מ דאף דסובר הרא"ש דאיפשיטא בעיין בנכנסה לחופה ולא נבעלה דחיבת חופה קונה מ"מ בחופה דלא חזיא לביאה עמדה בתיקו ובטוענת שאינו יכול מחמת שאין לו ג"א ולא בא עליה כלל הויא כחופה דלא חזיא לביאה. וכיון דבהא עמדה הבעיא בתיקו אין להוציא ממנו התוספת מספק ונ"מ אי תפסה לא מפקינן מינה ומאי דתלה טעמא משום דאדעתא למישקל ומיפק לא אוסיף לה כוונתו לומר דלא תימא אי תפסה לא מפקינן מינה דאיכא טעמא לחיובא דאפי' תפסה מפקינן מינה משום דלא כתב לה התוספת אלא אדעתא שיהיה לו יכולת לבעול אותה כדרך כל הארץ והשתא דחזא דאין לאיש גבורתו לבא עליה אדעתא דהכי לא אוסיף לה ומשו"ה אפי' תפסה מפקינן מונה, אבל בהיכא דבא עליה ביאה א' הרי נתקיימה מחשבתו שכתב לה התוספת אדעתא לבא עליה והרי בא עליה וכיון דאיכא חיבת ביאה אפי' לא תפסה מפקינן מיניה התוספת ונותנים לה דהא מכאן ואילך שתשש כחו או שנקשר עליה כנ"ד אינו יכול לקיים לה עונה כלל:

ומהשתא גם תשובת הרשב"א שהביא מר"ן הב"י שם מתוקמא בשלא בא עליה כלל ולהכי כתב דאין לה תוספת דלא כתב לה אדעתא למישקל ומיפק וכאשר חפשתי בתשו' הרשב"א מצאתי תשובה זו בסוף תשובותיו סי' אלף רנ"ה ואחר שכתב טעמא דלא כתב לה אדעתא למישקל ומיפק כתב וז"ל ועוד דקי"ל כראב"ע וכו' ואיבעיא לן בנכנסה לחופה ולא נבעלה וכו' ולא איפשיטא והלכך מספק אין מוציאין ממון עכ"ל, הרי דלא איירי הרשב"א אלא בשלא בא עליה כלל דומיא דנכנסה לחופה ולא נבעלה ולטעמא בתרא דמספק אין מוציאין ממון נ"מ אם תפסה לא מפקינן מינה ולכך נקט טעמא דלא כתב לה וכו' לומר דאפי' תפסה מפקינן מינה היכא דליכא חיבת ביאה ובהיכא דאיכא חיבת ביאה דליכא ספיקא וגם לא שייך טעמא דלא כתב לה אדעתא למישקל ומיפק משום דנתקיימה מיהא מחשבתו בביאה א' ולכך חייב ליתן גם התוס': ומעתה קם דינא בהיכא דעשה מעשה ובא עליה ביאה א' דחייב בכל הכתובה עיקר ותוספת וכו' וא"כ בנ"ד שהודה בביאה א' אם חייב גם בתוספת, ואע"ג דבטוענת שאינה ראויה ליבנות ממנו ובאה בטענת בעינא חוטרא וכו' כתב מר"ן בסי' קנ"ד ס"ו דאין לה תוספת. התם שאני דמצי למיבעל ולקיומי מצות עונה אלא שהיא חפצה ליבנות ממנו להעמיד בנים ואע"ג דלא מיפקדא אפר"ו באה היא בטענת בעינא חוטרא וכו' נמצא דמחמתה בא הדבר שהרי הבעל לאו מידי עביד לה ולא גרע לה כלום משארה כסותה ועונתה ואדעתא למישקל מיניה ומיפק לא כתב לה. משא"כ הכא שאינו יכול לקיים מצות עונה הרי הוא הגורם לה צערא דגופא שמחוסרת עונה מחמתו ודבר פשוט הוא ואע"ד דבנ"ד אביה הוא שטוען שאין לחתנו ג"א וקי"ל בסי' קנ"ד ס"ז אם טוענת שאין לו ג"א ושואלת גט וכו' כופין להוציא ולא יתן כתובה ואם מגרשה בלא כפיה נותן לה כתובה יע"ש, התם שאני דמפיה אנו חיים וסומכים על דבריה שאין לו ג"א משום דאינה מעיזה וכו' משא"כ בנ"ד שהוא עצמו מודה שאין לו ג"א ואפי' אם לא היה מודה הרי איכא עדים שהמתיק עמהם סוד שאין לו ג"א והיה משתדל ברפואות וסגולות ומוציא הוצאות על זה ולא שדי איניש זוזי בכדי לכן יוציא ויתן כתובה משום דלא מצי לקיים לה מצות עונה, וכ"כ בהדיא הב"ש בסקי"ט דאם הוא מודה צריך ליתן לה כתובה יע"ש, והכי מבואר לעיל בתשו' ריצב"א שאם הודה יתן כתובה ואף שהוא אמרה בלא בא עליה כלל דיתן כתובה ולא תוס' משם נלמד לנ"ד שכבר בא עליה ביאה א' דאיחייב בתוספת שע"פ הודאתו צריך ליתן הכל:

ובמה שטוען הבעל שנתרפא והאב מכחישו נר' דכל היכא דאיכא הכחשה כזו בין אשה לבעלה שהשבועה מוטלת על האשה כדין כל מי שיש בידו שטר שנשבע על שטרו ונוטל

וא"כ תשבע שלא נתרפא וככחו אז כחו עתה ותטול ומשום דהיא קטנה ואינה יודעת בטיב השבועה יש לנו להפך השבו' או להניחה עד שתגדיל, אלא שאין אנו צריכים לכ"ז דכיון דאיכא עד המסייע שעדיין היה מבקש אחר הרפואות כאמור לעיל ג"ד שעדיין לא נתרפא דאם איתא דניסה עצמו וראה שנתרפא למה ליה לבקש עוד על הרפואות וכ"ש שבפירוש א"ל שעדיין הוא קשור. ואין לומר שהרגיש בעצמו שלא בפניה, שדבר זה הוא זר דכל שחלה בחולי זה כך מדתו בחוץ יעמוד וכשישען על ביתו לא יעמוד. נמצא דאין להוכיח שנתרפא רק בהשענו על ביתו ועמד טעמו בו וריחו לא נמר, וא"כ כיון שהוכחש ע"פ ע"א וקי"ל דע"א פוטר משבועה אפי' בנשבע ונוטל כדכתב מור"ם בסי' פ"ז ס"ו בשם תשו' המיימוני הביאה מר"ן הב"י בחומ"ש סי' ע"ה במחודש ז' וכ"כ הש"ך בשם הרבה פוסקים וסיים וכן עיקר יע"ש, וא"כ בנ"ד דעל דידה רמיא שבועה אף אם היתה גדולה וראויה לישבע הוה פטרינן לה משבועה ומשום חינא וחסדא הלכנו אצל אבי הבת והעמסנו עליו להחזיר הבת אולי יחנן ה' צבאות ובתנאי החזירה שלא יפול דבר ארצה מפסק זה וכל אימת שירצה לתובעו ליתן גט וכתובה רשאי אם לא שיתברר הדבר שנתרפא ע"פ הודאת האשה וכיוצא, וצוויי"מ וימ"ן החותם בס' אם תענה את בנותי בכסלו מש' תקל"ט לפ"ק וקיים:

ישועה בכמוהר יצחק זלה"ה:

סימן נט

עמדו לפני לדין ה"ר אהרן ה"ן שלוש שבא בהרשאת הכבו' ג'והאר אשת ה"ר סמחון בן יוסף בן חמו תובע מחמיה ה"ר יוסף הנז' על עסקי החורבה שמכרה היא ובעלה הנז' לחמיה הנז' ובנה אותה ה"ר יוסף הנז' וטען עליו לבטל המכר משום שהיתה בזמן המכר פחותה מעשרים שגה וחורבה זו ירשתה מאביה והכניסה אותה לבעלה הנז' מכלל הנדוניא והמציא המורשה הנז' ראיה לדבריו שהיתה פחותה מכ' שנה בזמן המכר קב"ע מב' עדים כשרים שהעידו שאחרי מות אביה אז עשתה חופת נעורים שעושים בחג השבועות לבני ה' שנים והמציא כתב מב' עדים כשרים שהעתיקו מה שנמ"ך במצבת קבורת אביה שנלב"ע בי"ד בתשרי התקמ"ה מוכח שהניחה אביה פחותה מחמש שנים והוציא השטר מכר ה"ר יוסף הנז' ושם נאמר שהיא ובעלה מכרו לחמיה החורבה הנז' שהיתה נק' מקודם צ'חר קירחט בסך ק"ם בקושח"ך וקדם קנין האשה לקנין הבעל וזמן המכר כ"ה בניסן תקנ"ד באופן אף שנאמר באותה שנה שנלב"ע אביה בשבועות עשתה חופת נעורים והיתה בת ה' שנים שלימות עם עשר שנים מ"מ שמזמן פטירת אביה לזמן

המכר הוי ט"ו שנים ואין באותו שטר מכר תיקון שעשו קדמונינו לעשות ממכרו ממכר אפי' פחות מכ' ע"י שיודיעוהו שכל עוד שלא השלים כ' אין ממכרו ממכר ויכול לחזור ולהוציא מיד הלוקח ושרוצים להשביעו ש"ח באנפי נפשה שאינה לזרז ולחזק הקנין לבד אלא לחייבו לקיים המקח מחמת שבועה זו ויכתבו כל זה בשטר המכר ומסיימין ואחר שהודענוהו כל זה וסבר וקבל ורצה בקיומו ואז השבענוהו שח"ך לקיים כל דבר. וגם נמצא תיקון זה בתשו' הרב המאסף בספר בעי חיי סימן קנ"ו וז"ל ומה שנראה בעיני כדי שיתקיים מכירת הקטן פחות מבן כ' הוא שישבע המוכר לקיים מכירה זו ושלא לחזור בו דאם ירצו לחזור בהם אינם יכולים דב"ד כופין אותם להשלים שבועתם כיון שהוא גדול מי"ג ונדרו נדר ושבו' שבועה וכתב שכ"כ מהר"ם מטראני בח"א סי' קכ"ב ומשפט צדק סי' ס"ה. ואחר שלא נמצא שום תיקון מזה בשטר המכר אין כאן מכר כדפסק מר"ן בסי' רל"ה ס"ט בקרקע שלו וכו' אבל קרקע שירש וכו' אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן כ' שנה שלימות. ועם היות שבסעיף י"ד כתב אבל כשנעשה בן כ' לא מיחה שוב אינו יכול למחות וכו' הכא בנ"ד שמכרה והיא אשת איש ועדיין היא א"א לאו בת מחאה היא במקח וממכר כדקי"ל פ' חזקה ד"ן דאין מחזיקין בנכסי א"א וכ' רשב"ם הטעם משום דמצית אמרה על בעלי סמכתי שהוא ימחה ויערער ולכך שתקתי עכ"ל, ופסקה מר"ן בא"ה סי' פ"ז ס"ב ושם בטור כתב טעם זה משום שסומכת על בעלה ואינה מוחה יע"ש, וכ"כ הלבוש שם שסומכת על בעלה למחות ומפני שלא מיחה הבעל לא הפסידה היא יע"ש, ואע"ג שהיא מכרה לו בעודה חורבה והוא עמד ובנאה אין הבנין עושה כלום כדפ' מר"ן בחו"מ סי' קמ"ט ס"ט האיש שאכל בנכסי אשתו וכו' ובנה והרס וכו' אין אכילתם וכו' ואפי' לס' מור"ם שכתב שם בהגה דחפר וכו' והיא לא מיחתה הוי חזקה מיירי שקלקל הקרקע יע"ש, הכי נמי בנ"ד אין הבנין מכריחה למחות היא עצמה וכמו שסומכת על בעלה קודם הבנין למחות ה"נ סומכת אחר הבנין, ולענין הפירות שאכל עם היות שפסק מר"ן שם בסי' רל"ה סי"ד בפחות מבן כ' וכו' ומוציא ממנו כל הפירות שאכל יע"ש. התם מיירי במכר לו קרקע בנוי ומשוכלל עשוי לפירות. משא"כ הכא דחורבה היא דמכרה לו ולא היתה לה שום הנאה מהחורבה בחורבנה דאין על הבונה ליתן לבעלים בשכירות החורבה כלום דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור משום דמצי אמר ליה מה חסרתיך וכדאי' בפ' כיצד הרגל דכ"א בההוא גברא דבנה אפדנא אקקולתא דיתמי יע"ש בדברי הרא"ש וכ"כ רי"ו נתיב ל"א ח"ב דצ"ה ע"ד הביאו מר"ן ב"י סי' שע"א בסופו ומה שעושים משכונה בב"ד אינו אלא לרווחא דמלתא שלא יהיה יגיעו לריק כשיבואו הבעלים לפדות לאלתר כמ"ש כ"ז אצלי באורך בהסכמת מורי הרב

זלה"ה ובית דינו הצדק. וכ"ש דבנ"ד יש לקונה הנז' משכונה בב"ד דודאי פטור הוא מן הפירות ותתן לו יציאותיו כפי השומא ששמו השמאים בזמן הבנין שעליה נתייסדה משכונה בב"ד. וצור ישראל יצילנו משגיאות החותם פה צפרו בחדש זו שנת קטנת"י לפ"ק והכל שריר ובריר וקיים:

שאול ישועה הדין דין אמת שהמכר הנז' בטל מחמת שהיתה האשה הנז' פחותה מכ' שנה והסופרים לא עשו שום תי' בשטר המכר שישביעו אותה ש"ח באנפי נפשה ויודיעו אותה שמחמת השבועה היא מוכרת, אבל כשהיא פחותה מכ' ואפי' כשגדלה ולא עשתה שום מחאה על המכר הנז' מ"מ מחמת שהיא א"א סומכת על בעלה למחות וכמו שפסק החכם הנ"ל י"ץ בראיות ברורות וחזקים שאפי' יבואו הרוחות שבעולם אין מזיזין אותן ממקומן ולענין הפי' פטור הוא מהם ותתן לו את יציאותיו כפי השומא ותקח את שלה, וצוויי"מ הח"פ צפרו בזמן הנז' וקיים:

שלמה:

סימן ס

הובא לידי פס"ד מחכמי פאס יע"א שדנו בין אומני מלאכת אסקלי ובין פועליהם בעלי מלאכת הרואידאס שנשתתפו הפועלים ביניהם וממילא מטי היזקא לאומנים יען שקודם שנתקשרו ביניהם היה כל א' מתקן מלאכתו כי היכי דקפצי עליה זביני והיום שנתקשרו אין מקפידין לתי' המלאכה ופסקו ביניהם כאשר הוגד להם ממגידי אמת שכך היו דנים הראשונים להתיר קשרן וזה מה שכתבתי על הפסק הנז':

דבר ברור הוא דלא מצו בעלי מלאכת הרואידאס להחזיק באלו קשרים שחייבים עליהם משום דעלך סני לחברך לא תעביד ולאו כל כמיניהו לתת מחיה לעצמן ולקפח מחיית רבים כי רבים הם המתפרנסים במלאכה הזאת וכמה נפשות תלויות בהם מהם ומהמהם שכיריהם ולקיטיהם וקי"ל דפרנסת רבים קודמת לשל יחידים כמ"ש הב"ח שאל' ס' יע"ש וכ' הרוקח. כל המקפח מחייתו של חבירו הוא בכלל ארור מסיג גבול רעהו ע"כ והביא רש"ל בתשו' סי' פ"ט וכתב עליו אע"ג דלאו דלא תסיג איירי בגוזל תחומו של חבירו ובארץ ישראל כמ"ש מר"ן בסי' שע"ו. נראה בעיני שכך הוא מקובל מרבותיו דארור מסיג בא לרבות השגת גבול דמשא ומתן עכ"ל וכ"כ הרדב"ז בח"א סי' נ"ד ומרגלא בפומייהו דאינשי שקורין לכיוצא בזה השגת גבול ולפ"ז קאי בארור יע"ש ועוד כתב הרדב"ז שם בסי' נ"ד דעוד יש בזה משום חרם דרגמ"ה שלא להשיג גבול בשכירות בתים:

ואם בבית דירה אמרו כך כ"ש במקום שתלוי פרנסתו ופרנסת אנשי ביתו עכ"ל ועיני ראו כמה פס"ד מקמאי בענייני המלאכה הנז' בין האומנים ופועליהם להתיר קשר הפועלים לבלתי יזיקו לאומנים ולא לאומנים שרצו לעשות קשר לעשות מלאכת האלקאשיט'א לעצמן וגזרו עליהם שלא יעשו עבודת שכיריהם הם בעצמן זולת אם ירד שום א' מאומנותו ויצטרך להיות כפועל שאז יהיה כא' מהפועלים ובכן אף ידי תכון עמהם להתיר קשר הפועלים הנז"ל ואע"ג דקי"ל בסי' רל"א סכ"ח דרשאים בעלי אומניות לעשות תקנות בענין מלאכתן וכו' הרי כתב הר"ן והביאו הב"י שם דהיכא. דאיכא פסידא לאחריני לאו כל כמינייהו לתקן והביאו מור"ם בהגה סוס"י זה הח"פ צפרו ג' סיון ש' לתת אכל"ם בעת"ו וקיים. שאול ישועה ס"ט:

סימן סא

טופס והעתקת פס"ד או"ב תב"ת וז"ן. עמדו לפני המדבר בעד נזמא אלמ' ה"ר שמעון אלבאז נ"ע תובע מהלוקח מאת סמחון ן' יודה הרוש המחצית בהשני הבתים הידועים לאשתו שירשתם מאביה בחצר הנק' ע"ש מנאנו הבית הגדול שאחוריו כלפי האלערסא והבית הקטן הסמוך לו מחמת שהוציא שטר קדום להמכר הנז' לזכות נזמא הנז' מסך מאה אוקיות בעיס' וכו' ובנאמנות וכו' וזמנו ט"ז באדר התקנ"ג ליצי' וזמן המכר במ"ד יום לספירת תפארה ש"ש התקנ"ח ליצי' ומכח זה תובע המדבר בעד נזמא הנז' לטרוף הקרקע מהלוקח הנז' ופסקתי ביניהם שאין שום שליטה לנזמא הנז' על הקרקע הנז' שלא נשתעבדו לה נכסי אשתו של סמחון הנז' אלא נכסיו דוקא והלוקח הנז' לקח ממנה ומבעלה הקרקע הנז' בחייו של הבעל ואע"ג דבמיתת הבעל נשתעבדו הנכסים הנמצאים לו ולה לבעלי חובות הכא שכבר זכה הלוקח בחיי הבעל נתרוקן כחו וכח אשתו הנז' משעה שמכרוהו להלוקח הנז' ולא נשאר שום זכות לו ולה בהקרקע הנז' בשעת מיתה שישתעבד לבעלי חובות ודברים ברורים הם ופשוטים ולראיה ביד יהודה הנז' חתמתי והי"ז במרחשון התק"ס ליצי' וקיים וחתום עליו החהש"ו הדו"מ כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול יצ"ו ונתקי' לנו חתי' כראוי. וס"ל נמ"ך הלוקח הוא ה"ר יהודה בה"ר אברהם ה"ן סיסו ולראי' ע"ה ח"פ וקיים שנית, וח"ע החהש"ו הדו"מ כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול יצ"ו והחה"ש הדו"מ כמוה"ר אברהם אציני יצ"ו ונתקי' לנו חתימו' כדחזי וחתי' הכא תמ"ת וקיים: ישועה בלא"א יהודה נ"ט אזולאי סיט"א שלמה בלא"א יהושע בן חותא ס"ט הדבר פשוט וטעמו ונימוקו עמו וכ"פ מר"ן בא"ה סוס"י צ' וז"ל ראובן שהיה לאשתו קרקע ונתחי' לשמעון בשטר ואח"ך נתחייב הוא ואשתו בשטר ללוי ומתה

בחיי בעלה לוי קודם לגבות וכו' ופי' הטעם בתשו' הרא"ש שהביא הטור שם משום שלא בא לכלל ירושה ושעבוד דאקני לא חל אלא לאחר שיבואו הנכסים לידו יע"ש וכן בחו"מ סוס"י ע"ז וז"ל ראובן היה חייב לשמעון וכו' אין שמעון חוזר על לוי שלא גבה כלום מנכסי ראובן אלא מנכסי אשתו יע"ש, ודברים לקוחים מדברי בה"ת בשם הרי"ף אלא שבאלול התקס"ד הביא אלי עוד המדבר בעד האשה כתב מחכמי פאס יע"א שנים כרובים זהב מוהר"ר שאול סירירו וכמוה"ר רפאל אבן צור שכתבו לבע"ח אחר שיכול לטרוף שחל שעבוד הב"ח גם על נכסי האשה מחמת שכוללת הנכסים על בעלה בשומא ונזקפו עליו בשטר כתובה נעשו כל נכסיה עליו חוב וכו' ותלו הדבר באילן גדול הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה. ונומיתי לו שדבר זה לא נשמע כלל ובפירוש היו דנים רבותינו ואנחנו בעקבותיהם שאין שום שליטה לב"ח על נכסי האשה כלל ויש בידי תשו' שאלה מהרב הגדול מוהריב"ע זלה"ה בחות' הקדוש שנשאל ע"ע זה מכמוה"ר ישועה בן חמו זלה"ה לבקש זכות לאיש עני שהיה נושה בראובן וזה ראובן אכיל וחדי מנדוניא שהכניסה לו אשתו והמלוה דחיקא ליה שעתא ושיניו קהות שזה עגמת נפש גדולה יראה הגדול בחכמתו הרמה אם יש איזה תקנה על זה או בספרי האחרונים וכו', והרב השיבו וז"ל מה ששייך לענייניו תמיד היה לבי נוקפי ע"ע זה אבל מי יוכל להכניס ראשו בין ההרים הגבוהים ז"ל אשר הסכימו שאין כח ביד ב"ח לגבות מנדוניית האשה וכו', והיה ראוי לתקן בזה שלא תנעול דלת בפני לווין ואין בידינו כח מאחר שלא נזכר בתקנת קדמונינו אדרבא מדבריהם יראה שאינו יכול לגבות מדתקנו לאחר מיתה שיגבה ב"ח מנצ"ב או נ"מ וכו', ולבי אומר לי שכל מה שנזכר בדברי הפוסקים שאין ב"ח גובה מנדוניא דאדעתא דהכי לא עיילא ליה ורוצה לבלותם משום שבח בית אביה כ"ז אינו אלא במקום שמזכירין בפרטות חפצי הנדוניא בשטר הכתובה, אבל לפי מה שאנו נוהגים לזקוף עליו הכל בדמים אין כאן אלא חוב בעלמא וכו', וכ"ז אין אני גוזר בדרך החלטי אלא בדרך אפשרות ומפני תקון העולם אם יסכימו עמי חכמי הדור רצוני לומר כל הנוהגים מנהג המגו' זלה"ה מפני שכפי מנהג זה יש הורעת כח לנכסי האשה אחר פטירת אחד מהם וכו', וסיים עוד וכ"ז אינו אלא בדרך אפשרות ואני צריך הסכמת רבים על זה יען הוא דבר שמעולם לא נזכר בדורינו ובדורות שלפנינו עכל"ל בכת"י וחותמו הקדוש הרי שהרב לא מלאו לבו למיעבד עובדא נגד הוראת בני דורו ודורות שלפנינו. ואיך אנן ניקו ונעביד עובדא בדבר שלא נשמע בדורינו ובדורות שלפנינו ולפני פנינו. וכן מצינו הדבר מפורש היטב בשאלת רבני מראקש הקדמונים מרבני פאס הקדמונים ע"ע תקנות המגורשים פרט פרט ומכלל השאלות שאלו בענין זה וז"ל וגם תודיעו אותנו ע"ע

ב"ח שנושה בבעל אם יכול לגבות מנצ"ב הידועים לאשה קו"ט שהכניסה לו מבית אביה מי אמרי' כיון דלבסוף אחר המיתה הכל יחלק אחר פריעת הב"ח א"כ גם בחיים כן או דלמא כיון שאם רצה לגרש יפרע הכל במושלם א"כ לא יגבה מהם בע"ח כל עוד בחיים חייתה ואת"ל שיכול ב"ח לגבות מהם אם גבה אותם ב"ח בחובו וגירש הבעל את האשה ולא מצא בידו במה לפרוע לה כל סכי כתובתה במושלם האם תוכל לחזור ולטרוף נצ"ב שלה מב"ח, ועל זה השיבו רבני פאס וז"ל ועל מה ששאלתם בענין בע"ח שנושה בבעל אם יטול חובו מנצ"ב שהכניסה האשה אנו אומרים שאינו יכול ב"ח לגבות חובו מנצ"ב שמכנסת האשה וכ"ש מנ"מ כי אם כשנותנת אותם לבעלה מחפצה ורצונה לפרוע חובו מהם עכ"ל, הרי דבר זה מוסכם מקמאי ובתראי באין פוצה פה ומצפצף, ואיך אנו נדון היפך הוראתם, גם בפסקי הרב הגדול נמצא דאין ב"ח גובה מנכסי האשה, ומהשתא חוזר אני על החילוק שחילק הרב הגדול מהריב"ע זלה"ה וראיתי שהוא החילוק שחילק מר"ן בא"ה סי' פ"ח ס"א דלא נהגו שתטול האשה חפצי נדוניתה כשומתן כל זמן שראוים לעשות מעין מלאכתן אלא במקום שנוהגין לכתוב בכתובה הכניסה לו כלי פ' בכו"ך וכלי פ' בכו"ך אבל במקום שאין כותבין שום כלי בפרטות אלא כוללין הכל וכותבין הכניסה לו בין בגדים ותכשי' סך כו"ך מעות הרי סך אותן המעות חוב עליו ואפי' היו הנכסים חדשים חוזרין לשלם אותם כמו ששוין עכשיו יע"ש, מ"מ דעת מר"ן דאין חילוק זה אלא לענין שנוטלת כליה כמו ששוין עכשיו אבל לענין האומרת כלי אני נוטלת אפי' במקום שאין כותבין שום כלי בפרטות שומעין לה משום שבח בית אביה, וכ"כ הלבוש בהדיא דאפי' במקום שאין כותבין שום כלי בפרטות אם אמרה כלי אני נוטלת שומעין לה משום שבח בית אביה, וכ"כ הב"ש דדברי מר"ן אפי' למנהג שלנו שאין כותבין שום כלי בפרטות מ"מ שייך שבח בית אביה בכלים שהכניסה ודימהו לולד שפחה שאין פורטין בכתובה מ"מ שייך שבח בית אביה' הרי בהדיא דאפי' לדידן איכא שבח בית אביה ותאמר לבלותם אני רוצה וכ"ש בקרקע דהארץ לעולם עומדת ואיכא שבח בית אביה דלא חל שעבוד ב"ח עליהם כלל והיינו טעמא דמוהריב"ע זלה"ה דלא סמך על חילוק זה למעשה כלל נגד הוראת כל בני דורו ודורות שלפניו וגם הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ ודאי דלא למעשה אמרה וכ"ש שראינו כמה פסקים מהרב עצמו דאין ב"ח גובה מנכסי האשה. ומהתימא על נכדו כמוה"ר רפאל נר"ו אשר כל יקר ראתה עינו בפסקי הרב מר זקינו וסמך על הוראה זה שהיא נגד מאי דעמא דבר ולא סמך על כמה פסקים מהרב זקינו דמקבלי למאי דעמא דבר. שוב חזר וטען לפני המדבר בעד האשה הנ'ושית משום דנפק דק ואשכח שאותו קרקע מחכר סמחון ואשתו הנז' יש להם הטבה מהלוקח

שהטיב להם בקנין שכל זמן שיביא לו סמחון הנז' מעותיו יחזיר לו המקח ואחרי ראותי שטר ההטבה תלויה בסמחון המוכר שכל זמן שיתן לו ה"ר סמחון המוכר הנז' מעותיו יחזיר לו המקח וכבר נלב"ע סמחון המוכר ובאנו לבית הספק אם תועיל ההטבה גם ליורשיו לרשת זכותו בזה או דוקא אם הוא עצמו מביא ולא יורשיו כדמשמע מלשון ההטבה וקי"ל בסי' ס"א סט"ו מדקדקין לשון השטר, ונראה דיש ללמוד להאי מלתא מהא דתניא [גיטין דף ע"ד] הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי ר' זוז ומת נתנה [פי' לפני מותו] אינה זקוקה ליבם לא נתנה זקוקה ליבם, רשב"ג אומר נותנת לאביו וכו' ומסיק טעם פלוגתייהו דת"ק סבר לי ולא ליורשי ורשב"ג סבר לי ואפי' ליורשי ואפסיקא הלכתא כת"ק ופסקה מר"ן בא"ה סי' קמ"ג ס"ג ואם אמרו לי ולא ליורשי באיסורא דאשת אח כ"ש לענין ממונא נימא הכי ודייקינן לישנא דהטבה שיתן לו ה"ר סמחון המוכר מעותיו יחזיר לו, והשתא דמת סמחון נתקיים המכר ביד הלוקח ולא נשאר שום זכות ליורשיו ולא לבעלי חוביו, ואשכחן נמי גבי ממונא בפ' המוכר את הבית דת"ר בן לוי שמכר שדה לישראל וא"ל ע"מ שמעשר א' שלי מעשר א' שלו ואם אמר לי ולבני מת יתן לבניו וא"ל זאת אומרת המוכר בית לחבירו וא"ל ע"מ שדיוטא העליונה שלי דיוטא העליונה שלו ופרשב"ם בשניהם אם מת אינו מוריש זכותו לבניו דלא אהני יתורא אלא למאי דפירש דהיינו לעצמו יע"ש ועם היות שהרב נ"י כתב עליו דדוקא גבי מעשר אמרו כך מפני שלא נשאר לו בגוף הקרקע כלל דגוף הקרקע ודאי דלוקח הוי אבל גבי דיוטא שנשארה לו אף היורש יורשה יע"ש הביא דבריהם מר"ן הב"י בסי' רי"ד סוף אות י"א נשמע דע"כ לא פליגי אלא בדיוטא דהוי שיור אבל בדבר שאינו שיור מודים דלי ולא ליורשי וכ"פ מר"ן בשלחנו הטהור סי' ר"ט ס"ז במוכר שדה לחבירו ושייר מפירותיו וכו' ואם מת מוכר א' אין לבניו כלום אא"כ פירש לי וליורשי עכ"ל, אע"ג דגבי דיוטא בסי' רי"ב ס"ג ובסי' רי"ד ס"ח לא חילק בכך משום דפסק כהנ"י והרמב"ן וכמ"ש בב"י שם בסי' רי"ד וז"ל וכן נר' דעת כל הפוסקים שלא חילקו בכך בינו ליורשיו בדין דיוטא יע"ש אבל בהיכא דלא שייר דבר מסויים דאז לא הוי אלא כתנאי בעלמא וצריך לפרש לי וליורשי וכל שלא פירש אמרי' לי ולא ליורשי, וכך הם דברי הרמ"ה שהביא ב"י בח"מ סי' ר"ז סי"ז וז"ל כתב הריטב"א בתשו' בשם הרמ"ה גבי הא דאמרו לי ולא ליורשי ש"מ דהא דתנן הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה מביא לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי שלא נתקיים התנאי אא"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח מדקאמר "אתה ולי" דלי ולא ליורשי משמע ואתה ולא ליורשיך עכ"ל, ושם בסעיף כ"ז הביא לשון רי"ו וז"ל וכתב בנתיב כ"ז ח"ג מתנה ע"מ שתתן לי כו"ך עד זמן פ' ומת המקבל תוך הזמן אינו נפטר אע"פ שיתן

ליורשיו כי לי ולא ליורשי כדאמרינן בפ' מי שאחזו וכן אתה תתן ומת קודם שנתן לא קיים התנאי דאתה תתן משמע ולא היורשים כ"כ הרשב"א עכ"ל, ואע"ג שהרב בבדק הבית סי' ר"ז גבי הלוהו על שדהו וכו' אם לא תפרעני עד ג' שנים תהא שלי וכו' כתב שם דהריטב"א כתב שרבותיו חלקו על הרמ"ה בדין זה דלא אמרו לי ולא ליורשי אלא גבי גט או נותן מתנה דמדעתיה יהיב אבל בכאן שהוא דרך מכר וכמי שקונס עצמו אנן סהדי דליכא קנסא אלא בשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו יע"ש, אפשר דלא חלקו על הרמ"ה אלא בדין זה שהוא קנסא, ועוד שכתב הכנה"ג בכלליו דמר"ן חיבר ש"ע אחרי שחיבר ב"ה עיין יד מלאכי כללי הש"ע סי' ט"ו, לפי זה אין לנו אלא מה שפסק בש"ע סי' ר"ט ס"ז שהוא אחרון וכ"פ בהדיא הרב דברי ריבות סי' צ"ז גבי הטבה שהטיב הקונה למוכר שאם תוך ג"ש יתן ה"ר פ' לה"ר פ' הקונה סך המכר שימכור ויעבור ה"ר פ' לפ' חזקת החנות כאשר קנה אותה בלי שום תוספת ונלב"ע המוכר ובאו יורשיו לתת הסך ולזכות בהחזקה הנז' ופסק דלי ולא ליורשי יע"ש, וכן פסק מהרש"ך ח"ב סי' ל"ב גבי הטבה נמי דלא חל החיוב אא"כ יהיו שניהם בחיים אמנם בהפקד א' מהם או ראובן או שמעון אין כאן חיוב יע"ש. וכן פסק הריב"ש בסי' הנז' יע"ש, וכן פסק הרב מטה אהרן חלק א' סי' ז' ח' ט' במשאו ומתנו עם הרבנים מוהר"ש גאון ומוהר"ר חסדאי הכהן:

[הגהה וכן מוכח מתו' מציע' ס"ה ד"ה לכשיהיו יע"ש. עמרם אלבאז ס"ט לא אאמין כי יסופר שאמר זה וכ"ש כי כתבו הרב הגדול והגם שמצאתי להרדב"ז סי' תקל"ב ח"א שכתב דמת המוכר יחזיר ליורשיו יע"ש, מ"מ אין לנו אלק פסק מר"ן וכ"ש שלא הזכיר הרב ענין לי ולא ליורשיו ומה יענה על ראיה זו ביום שידובר בו, ומעתה אין דבריו של המביט שכתב בסי' רי"ח הביא דבריו הבאה"ט בסי' ר"ו סק"ב דבהטבות הנהוגות עכשו חייב להחזיר בין הוא בין יורשיו בין לו בין ליורשיו עכ"ל דיחיד ורבים הלכה כרבים וכ"כ הרב בית יהודה בחלק ח"מ סי' י"ד ד' צ"ח דפסיק ותני דלי ולא ליורשי וכתב שחילוק הרב המביט ז"ל אינו ברור וכן נוהגים בשטרי הטבות לפרש הוא או ב"ך ואם כתב סתם דוקא הוא ולא יורשיו עכ"ל הרי דאזדא לה זכות היורשים בהטבה זו וכ"ש בעלי חובות דאפי' אם זכו היורשים כדברי האומר בין הוא בין יורשיו מ"מ לא יזכה הב"ח ביתר על דמי המקח מחמת יוקר הקרקע דאין ב"ח נוטל בראוי לבא אלא במוחזק למחויב לו ודבר זה ראוי הוא כל שלא נתן דמים בחייו הבעל חובו וכל האי שיקלא וטריא לגבי ב"ח אבל לגבי היורש בנו של סמחון יש לו זכות מצד אחר שאחרי מות אביו עמד הקונה מאביו ואשתו שהיא אחות אמו ומכרו ליעקב אביטבול בן דודם והתנו עליו שיחזיר ליורש וכן יעקב כשמכר להר' יצחק אזייני בדינא דגוד וגוד הבתים שיש לסמחון

ואשתו המחצית בהם ונתעלו דמי הדיורים יותר ויותר על השומא עכ"ז בהחצי העולה לסמחון לא. לקח ממנו שום עלוי ונתנו לו בשומא שמכרו סמחון אדעתא שבכל זמן שירצה היורש לגאול יגאל ובזה אין שום זכות כלל לב"ח כי ליורש הטיבו מחמת קורבה ומכחם קא אתי ולא מכח אביו הח"פ צפרו בכסלו ש' וירש"ו ג"ם הם את הארץ לפ"ק וקיים: שאול ישועה ס"ט מהר"ר יעב"ץ זלה"ה שיוכל הב"ח לגבות מנכסי האשה בחייה וגם על מחשבת הרב מהריב"ע זלה"ה יש לתמוה דמה יתן ומה יוסיף שזוקפין הכל על הבעל שיגזלו הב"ח את האשה העניה שהכניסה לבעלה לכסות מערומיה מנכסי אביה ומנכסי עצמה ויטלו בע"ח של האשה ועיניה רואות וכלות ויהיה זה לשלא תנעול דלת בפני לוין וכי בשביל שלא תנעול דלת וכו' נגזול אחרים אשר לא שמעו ואשר לא ראו אך לא נאריך בזה אחר שת"ל הרב עצמו כתב שלא שמע מרבותיו שלפניהם ושלפני וכו' שחלקו בזה ולא היה צריך הרב להביא מרחוק ומקרוב הי"ל להביא שהרי רבינו הב"י עצמו שהמציא חלוק זה בא"ה סי' ח"פ לענין מה לא עלה על דעתו כלל לחלק זה בח"מ סי' צ"ז סכ"ו רק כי סתם וכתב שאין הבעל גובה מנצ"ב משום שחלוק זה לא יועיל לגבי שלא יגבה ב"ח מנכסי האשה בין זקפן עליו בין לא זקפן ס"ס נכסי האשה הם וכי מפני שזקפן הורע כחה ודוקא לענין שאפי' עושין מעין מלאכתן הא' צריך הבעל לשלם הפחת יש מקום לחלק בזה, ועוד שגם הרב עצמו לא כתב זה אלא נגד המנהג שכתב הרי"פ והרמב"ם ז"ל ולהחזיר הדבר לד"ת ואיך נלמוד ממנו לעקור ד"ת בכח חלוק קל ואדרבא מדברי הטור שם בסי' צ"ג ס"ה מוכחש זה הכחשה גמורה שכתב ואם אין ידוע היא נאמנת בבגדים שדרך להכניס וכו' משמ' שאין כותבין בכתובה כל כלי בפרטות רק כוללין הכל שע"ז תפול הכחשה ועכ"ז אין הב"ח גובה וזה פשוט מאד ורק בנד"ז שמכרו הבעל והאשה ואח"ך מתו ובאים ב"ח הקודמים לגבות לפי המנהג שנהגו הב"ח לגבות אחר מיתת האשה או הבעל מה שלא זכו לגבות בחיי האשה בזה יש קצת שאלה:

אמנם נראה שגם בזה הדבר פשוט שאין להם לגבות שאם מתה האשה בחיי הבעל והבעל יורש אשתו הרי כבר קדמה מכירת הבעל והאשה ולא ירש הבעל כלום ואם מת הבעל בחיי האשה שיעלה על דעת כיון שאם נשארו הנכסים היה ב"ח חוזר וניעור לגבות מהם גם עתה טורפים אותם מיד הלוקח ע"ז נאמר באמת על הראשונים אנו בושים ואתה בה להוסיף עליהם דהך גופה הלכתא בלא טעמא שיגבו הב"ח מנכסי האשה מה שלא זכו לגבות בחיי בעלה ויורש הבעל הנכסים בקבר להגבותם לבעלי חוביו:

אך מה אעשה שכבר נהגו מ"מ בנד"ז שכבר נמכרו ע"י הבעל והאשה פקע שעבוד הב"ח מהם ובשעת מיתת הבעל שזוכים הב"ח כבר נמכרו וכמ"ש החכם הפוסק נר"ו ודבריו בזה אמת:

אך בענין ההטבה לפי הסגנון שכתב הח' הפו' שהתנו שכל זמן שיביא לו מעות יחזיר לו הקרקע א"ק ליכנס במחלו' הפוס' בלי ולא ליורשי שאופן הטבה כזו הוא איסור גמור ור"ק היא וכמ"ש הרמב"ם ומר"ן ז"ל העתיקו בסי' ר"ז ס"ו ובי"ד סי' קע"ד ס"א וס"ב ול' הרמב"ם ז"ל לא קנה וכל הפירות שאכל ר"ק היא עכ"ל [וממילא דהב"ח גובה מקרקע זה] וכן הביא בסמ"ע שם סקי"א וסקי"ג ובט"ז ע"ש ולפי' שכתב הב"י ז"ל יוכל להיות דהוי ראוי וכ"ש דאפשר לומר דאינו מחוייב להחזיר כלל ליורשיו מ"מ לא נאריך בזה כיון דזה מלתא דלא שכיחא שאחר שיגמר המקח בסתם יאמר הלוקח מעצמו ואם יובא לפנינו לשון שטר ההטבה נאמר בו מה שיורו מ"ה, ולפי שלפי העתקת החכם הפו' הוא ר"ק לא הארכנו בזה, וצוויי"מ ולאפס פנאי לא ראינו להאריך בזה וכ"ש שהוא פשוט וקיים:

ע"ה ב"ה הקטן רפאל בירדוגו הד"א כמ"ש החכם הפו' מאריה דאתרא נר"ו ודמיא ממש להההיא דא"ה סוס"י צ' ראובן שהיה לאשתו קרקע נ"מ ונתחייב לשמעון בשטר ואח"ך נתחייבו הוא ואשתו ללוי בשטר ומתה בחיי בעלה לוי קודם לגבות מאותו קרקע של נ"מ וביאר שם הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ל"ח סי' ה' דכי היכי שיכולין שניהם האשה ובעלה למכור בנ"מ ה"ה דיכולין לשעבד דמ"ל מכרו מ"ל שעבדו, ואע"ג דשעבד לקמא נכסים שיקנה והיה ראוי לירש נכסי אשתו אחר מותה מ"מ הרי סילק עצמו ועשה דבר הגורם שלא לבא לכלל ירושה ושעבוד דאקני אינו חל אלא לאחר שיבואו הנכסים ואינו מונע הסילוק שסילק את עצמו הא למה זה דומה לאדם שיש עליו חובות וכתב להם דאקנה ואמר לא' מה שאירש מאבא היום מכור לך דהוי מכר לר"ת דמלתא דפשיטא הוא שאין ב"ח מוציא מיד הלקוחות כי מכרם קודם שיחול השעבוד עכ"ל ז"ל והיינו ממש נ"ד שמכרו האשה והבעל ומכירתן מכירה דפשיטא דלא מצי ב"ח המוקדם לטרוף מהם כיון שאין שעבוד ב"ח אלא לאח"מ וכבר היו מכורים ודבר זה ברור מאד:

ובמה שכתבו חכמי פאס יצ"ו תיוהא רבא חזינא ויש לאלוה מלין להאריך מאד בסתירת דבריהם ולאהבת הקיצור יש די והותיר מ"ש החכמים מר דודי נר"ו והח' הפו' מאריה דאתרא נר"ו אך בענין ההטבה ראיתי למר דודי נר"ו שקיצר מאד במקום שאמרו להאריך, ואני הצעיר ראיתי להרחיב מעט כפי קוצ"ד ואומרה שכפי מ"ש הח' הפוס' יצ"ו שיש למוכר הטבה שהטיב לו הקונה בקוש"ח שכל זמן שיביא לו סמחון המוכר הנז' מעותיו יחזיר לו המקח ע"ז אני אומר הנה הדבר מפורש בסי' ר"ז ובסמ"ע סקי"ג משם הב"י

שאין התיר לדבר אלא כשכבר נגמר המקח ואח"כ התנה הלוקח וקנו מידו שאז המקח מקח והתנאי חייב לקיימו מכח הקנין ולא מיתלא תלי הקנין במקח כדי לבטל המקח כיון שאחר גמר המקח היה ע"ש, אבל היישוב משם הכ"מ דכל שהתנה הלוקח אפי' חזר מוכר וחזקו המקח קיים והתנאי תנאי ואפי' קודם גמר המקח ומותר ללוקח לאכול פירות כבר סתרו מר"ן גופיה בי"ד סי' קע"ד ס"א דאפי' התנה לוקח אם חזר המוכר וחזקו הוי תנאי ובטל מקח ואסור ללוקח לאכול פירות וכתב שם הש"ך משם הפרישה דאפי' התנה לוקח ולא חזקו המוכר אם התנה בתחילת המקח הוי תנאי ואסור לו לאכול פירות ע"ש:

נמצינו למדין שאין התיר בהטבה אלא בשנגמר המקח לגמרי ואח"ך התנה לוקח וקנו מידו וכמ"ש הב"י והסמ"ע בתי' א' אבל אם לא קנו מידו אינו מחויב לקיים התנאי והמקח קיים ומותר לאכול פירות וכן אפי' התנה קודם גמר המכר אם לא קנו מידו או לא חזר המוכר וחזקו לא הוי תנאי אבל אם חזר מוכר וקיימו וכ"ש אם קנו מידו דלוקח הוי תנאי ואסור לו לאכול פירות, ולפיכך בנ"ד הדבר ידוע במה שרגיל והווה שקודם גמר המקח היה התנאי ואפי' נאמר שהלוקח הוא שהתנה כיון שחזר המוכר וקיימו ולא זז מדבריו עד שקנו מידו ונוסף עליה שבועת אלהים פשיטא דתנאיה תנאה ואסור לו ללוקח לאכול פירות ור"ק הם ויוצאין בדיינים וכמ"ש שם ברס"י קע"ד והרמב"ם בפ"י מהל' מלו"ל דין ה' ולכן כל הפירות שאכל הלוקח עד כדי דמי המכירה מנכה אותם והקרקע תחזור לבעליה חנם אין כסף עם שאר הפי' אם הותירו עד דמי המכירה ואם לא אכל עד כדי דמי המכירה ועדיין חסר לו מאכילת הפירות עד כדי תשלום דמי המכירה יש לו ליפרע הוא תחלה לב"ח מוקדם לפי ששעבודו היה מיד האשה וכההיא דסוס"י ר"ץ וכדכתיבנא לעיל ואחר פריעת דמי המכירה אז יש רשות לב"ח מוקדם ליפרע מהקרקע ההוא:

ואין לומר בנ"ד שטר מכר שביד הלוקח חספא בעלמא הוא וטענינן ליתמי טענת פרעון וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה רבינו הב"י בסי' ר"ז מסל"ד והסמ"ט סקי"א הא ליתא דהתם מיירי בשלא החזיק לוקח וכמ"ש שם להדיא משא"כ בנ"ד שהוא מחזיק בה ימים ושנים דפשי' ופשי' דלא חיישי' לפרעון כלל וע"ע בדברי המ"ל ז"ל בפי"א דמכירה דין י"א ובפ"ו דמלוה דין ה' שכתבו דרבו החולקים על הרשב"א ז"ל בזה ע"ש, ומ"מ בנ"ד כפי' כהרשב"א אתיא וכמ"ש:

כ"ז אמרנו מן הסתם שכל המתנה בהטבה הדרך הוא שהמוכר הוא המתנה ואף את"ל שלוקח התנה אורחא דמלתא שקודם גמר המקח יהיה התנאי ולכך כיון שבאיסור נעשה הכל הדרא ארעא והדרי פירי עה"ד שכתבנו:

אבל אם יתברר הדבר ע"פ עדים או מדקדוק לשון השטר שבדרך היתר נעשה ושאחר גמר המקח קנו מהלוקח אז יש לחקור בדין זה אי לך וליורשך קאמר או לך ולא ליורשך, והנה ראיתי בתשו' בית יהודה בחח"מ סי' י"ב דף צ"ח דפסיק ותני דלו ולא ליורשיו ושחילוק המבי"ט ז"ל בזה אינו ברור וכן נוהגין בכל שטרי הטבות לפרש הוא או ב"ך ואם כתב סתם דוקא הוא ולא יורשיו עכ"ל ע"ש וע"ע בתשו' הרשב"ש סימן רע"ו:

ולענ"ד נראה לחלק הדברים לחלקים רבים, הא' במוכר שדה ושייר פירות לעצמו דקי"ל דאע"ג דאין אדם מקנה ומשייר דבשב"ל אם שייר לעצמו קנה משום דלעצמו משייר בעין יפה ואפ"ה שטר לא הוי אלא לו ולא ליורשיו וטעמא כמ"ש הטור בסי' כ"ט והביאו הסמ"ע שם סקכ"ו דכיון דמדינא אין לו שאין אדם משייר דשב"ל אלא משום דאמרינן דבעין יפה שייר לעצמו לא מהני אלא לו ולא ליורשיו:

החילוק הב' המוכר בית ע"מ שדיוטא א' שלי יורשין בניו זכותו וטעמא כמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ט סקכ"ז דבכה"ג לא נכנסה הדיוטא בכלל המכר כלל ונשארה לו וליורשיו לדורות עולם וע"ז כתב הב"י בסי' רי"ד סוף סי"א וכן נר' דעת כל הפוסקים שסתמו דבריהם ולא חילקו בינו ליורשיו ואע"ג דמור"ם בסי' ר"ט ס"ז אפקה בל' יש אומרים אין לחוש שכזה מצאנו לו בדוכתי טובא לאפוקי סברא מוסכמת בלשון י"א:

החילוק הג' ראובן שאמר לשמעון שדי נתונה לך ע"מ שתתן לי ק"ק זוז ומת שמעון בני שמעון נותנים לו הר' זוז והמתנה קיימת, ואע"ג דתתן לי אתה ולא יורשיך משמע, שאני הכא דאנן סהדי שלא היתה ההקפדה שיתן הוא עצמו אלא שינתנו מ"מ והרי נתנו וכ"כ הרשב"א הביאה הב"י בסי' ר"ז מחו' י"ז ופסקה מור"ם בסי' רמ"א ס"ז ע"ש.

וא"ת מאי שנא הא מההיא דסי' רמ"ז ס"ג בהגה בשכ"מ שציוה שיתנו לבתו כו"ך ומתה בתו בחיו והניחה בן דלא יתנו לבנה דלה ולא ליורשיה קאמר וה"נ נימא לשמעון נתן ולא לבנו ופשוט לחלק דשאני בנותן מתנה סתם וכההיא דסי' רמ"ז ודאי למקבל נתן שדעתו נוחה ממנו ולא ליורשיו ולכך אם מת קודם שיזכה במתנה שוב לא יתן ליורשיו דלו ולא ליורשיו קא' אבל בההיא דסי' רמ"א שתלה נתינתו בשיתן לו המקבל ר' זוז הורה שעיקר מתנתו תלויה בשינתן לו ר' זוז וכיון שכן מה לי קבלה מיד המקבל או מיד יורשיו סוף סוף הרי קבל הר' זוז וכך הם מדוקדקים דברי הסמ"ע שם בסי' רמ"א סקי"ח ע"ש. ונראה ברור בההיא דסי' רמ"א דוקא אם מת מקבל הוא דמצו יורשיו ליתן הר'

זוז ולקיים המתנה ומטעם שכתב הרב ז"ל שאין ההקפדה אלא כשיקבל המעות אבל אם מת נותן לא מצי מקבל נותן ר' זוז ליורשיו ולקיים המתנה דלי ולא ליורשי קאמר וכאמרם בר ברך קרא ליזבון ואת לא תצטער וה"נ רצון הנותן לקבל הוא הר' זוז להתרווח בה ולא שיקבלוה יורשיו וזה ברור מאד וכ"ה בדברי הרשב"א להדיא שהביא הב"י בסי' ר"ז מחו' י"ז דדוקא במת מקבל דמ"מ הרי הנותן מקבל מעות אבל במת נותן לא משום דלא אתני אלא כשיקבל הוא המעות דאיהו צריך לו דייקא ולא בשיקבלום יורשיו ודוק היטב מכל האמור נמצינו למדין עוד ב' חילוקים אחרים. והם החילוק הד' בש"מ הנותן מתנה לחבירו וקודם קבלה מת המקבל בחיי נותן לא תנתן ליורשיו דלו ולא ליורשיו קאמר וכההיא דסי' רמ"ז ובזה אפי' הריטב"א מודה וכמו שהוא בסבד"ה בסי' ר"ז סי"ג דבמתנה קפיד ליתן כפי רצונו עש"ב: החילוק הה' שדי נתונה לך ע"מ שתתן לי ר' זוז ומת נותן קודם שיקבל הר' זוז המתנה בטלה דלי ולי ליורשי קאמר:

החילוק הו' בשנעשה הדבר דרך קנס וכגון שהלוהו על שדהו וא"ל אם לא תתן לי מכאן ועד ג"ש הרי היא שלי בזה מצאנו הדבר שנוי במחלוקת דלדעת הרשב"א והרמ"ה ורי"ו דזה נמי לי ולא ליורשי אתה ולא ליורשיך וכמ"ש שם הב"י בסי' ר"ז מחו' י"ז ולדעת הריטב"א הביא דבריו הב"י בסבד"ה בסי' ר"ז סי"ג דלי ואפי' ליורשי אתה ואפי' יורשיך וכתב דטעמא דאנן סהדי דליכא קנסא אלא כשלא באו לידו או ליד יורשיו אבל כל שבאו אפי' ליד יורשיו הוי בכלל דבריו ע"ש וטעמו של הרשב"א וסיעתו נראה דכיון דקנסא הוי על שעכבו על הלואתו דרך האדם להעמיד עצמו לי ולא ליורשי וכו' משא"כ בנותן מתנה מדעתו ע"מ שתתן לי ר' זוז דאייתי' משמו שאין דרך האדם להעמיד עצמו ואין ההקפדה אלא בשיקבל המעות ולכך אף בשקבלם מיד יורשיו סגי לקיים המתנה:

ומעתה נחזור לנ"ד שאם היתה ההטבה מן הלוקח למוכר בדרך התיר דהיינו שאחר גמר המקח קנו מיד הלוקח שכל זמן שיחזיר לו המוכר מעותיו שעל הלוקח להחזיר המקח דבזה דבריהם קיימים אז נראה כיון דנחלט המקח ביד הלוקח והוא מרצונו אומר למוכר אחזיר לך המקח אף אם יהיה שוה כפלים אם תזמין לי דמי המקח הו"ל ממש כההיא דסי' רמ"א שדי נתונה לך ע"מ שתתן לי ר' זוז ולכך רואין אם עדיין הלוקח קיים יתנו לו יורשי מוכר דמי המקח ויחזיר להם המקח וכמ"ש שאין ההקפדה אלא בשיקבל המעות בין ממנו בין מיורשיו אבל אם אין הלוקח קיים לא יחזירו יורשי הלוקח דלי ולא ליורשי קאמר שהוא היה חפץ במעות להתרווח בהם ולא שיקבלום יורשיו וכמ"ש. ומ"מ אף אם הלוקח קיים וקבל המעות וחזר המקח ליורשי מוכר אין לב"ח של מוכר לחזור על המקח ולטרוף ממנו דיתומים משל עצמן הם פודין ולא משל אביהן שאם היה

לאביהן ממון לא היו ב"ח מחזרין על מקח זה כיון שהניח להם מקום לגבות וכיון דמשל עצמן הם פודים ממונם הוא ולא של אביהם וגם השיור ששייר להם אביהם בגאולת שדה זו לא הוי ממון לטורפו הב"ח כיון שהשדה נחלטה לגמרי ביד הלוקח וחסד הוא שעשה עמו ועם יורשיו לחזור ולגאול וזה פשוט מאד א"ץ להאריך מאד הנלע"ד כתבתי: הקטן פתחיה מרדכי בירדוגו סי"ט לפי הטענות הראשונות שטענו המדבר בעד הבעלת חוב והלוקח הדין דין אמת דאין לבעלת חוב הנז' שעבוד על הקרקעות של האשה כלל וכמ"ש מר"ן סוס"י צ' ראובן שהיה לאשתו וכו' וכתב ב"ה בשם תשו' הרא"ש כלל ל"ח משום שלא בא לכלל ירושה ושעבוד וכו' וכן היו דנין אבותינו ורבותינו זלה"ה וכן אנו הולכים בעקבותיהם וכמ"ש מר"ן בח"מ סוס"י ע"ז ובסי' ס"ז סכ"ו וז"ל בד"א וכו' אבל מה שהכניסה לו בין נ"מ בין נצ"ב אין ב"ח גובה ממנו אם ידוע שהוא ממה שהכניסה לו ועיין סמ"ע סק"ד בשם תשו' הרא"ש ואחר דלא גבי ב"ח מינייהו א"כ המכר שמכרו שניהם הוא מכר גמור ול"מ ב"ח מוקדם לטרוף מהלוקח כיון שאין שעבודו חל אלא לאחר מיתה ובשעת מיתה כבר היו מכורים. אך בטענה האחרונה שטען המדבר בעד האשה שאותו קרקע שמכר סמחון שהמכר היה על תנאי בקוש"ח שכל זמן שיביא לו מעותיו יחזיר לו המקח נר' שהיא טענה אלימתא שהמכר בטל משום לתא דרבית ומעות הלואה גביה וכמ"ש מר"ן ח"מ ר"ז סכ"ו ובי"ד סי' קע"ד ס"א נמצא שבעת שמתה האשה נפל עזבונה לבעל ואתי ב"ח וגבי מיניה, ואף שהמדבר בעד האשה לא נתכוון לטענה זה שהמכר היה באיסור ולא עלה על דעתו כלל וכתב מור"ם בח"מ סס"י י"ז וז"ל בע"ד שתבע חבירו בעד דבר מועט והדיין רואה שיתחייב לו ע"פ הדין יותר ממה שתבע אין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע ואם פסק לו יותר הוי טעות בדין וחוזר עכ"ל, ובנד"ז לפי מה שנתכוון בטענתו אינו גובה כלום, שאני הכא דאיכא איסורא במכר וטענינן ליה אף מה שלא טען ועוד בלא טענת איסור הרי כתב סמ"ע שם סקכ"ו אין לדיין לפסוק וכו' משום דידע ורצה לוותר עמו וכו' ולא הי"ל לדיינים לחייבו בצד הא' שהוא לחובת הנתבע אבל אם הדיינים רואים שהתובע תבעו בפחות משום דטעה בדינא ואם ידע הדין היה תובעו יותר אין לו לפסוק וכו' עכ"ל, וכ"כ בש"ך שם סקכ"ו וז"ל אין לדיין וכו' מ"מ אין לחייבו יותר מתביעתו כל זמן שלא נתברר באמת שהוא טועה בתביעתו וכו' וכתב בשם הלבוש בע"ד שתובע וכו' וטעמא דשמא התובע כבר הצדיק הדין בעצמו ויודע ע"פ חשבונו שאינו חייב לו יותר אע"פ שע"פ טענותיו נתגלה שחייב לו יותר אין רוצה לגלות או שמא מנכה לו ממה שחייב לו ממקום אחר או שמא מחל לו ועכשיו שרואה שהדיין פוסק לו יותר הוא חוזר בו ומראה לו היתר שיקח כל מה שפוסק לו הדיין כי

יאמר הרי הכל רואים שהדין עמי ומה שחשבתי כבר ודאי טעיתי עכ"ל, הרי מבואר בדבריהם שאם נדע שטעה בדין ודאי דפוסקים לו יותר ממה שתבע, ובנד"ז ודאי דלאי ידע האי דינא דלאו כ"ע דין זה גמירי ולראיה ח"פ ושריר וקיים:
ברוך טולידאנו ס"ט:

סימן סב

נדרשתי אח"מ להעלות על ספר חקה מה שכבר דנתי בין ה"ר ראובן ה"ן נחמני ובין בעלי ריבו בענין הבניינים שבנה ע"ג המבוי העובר בין כותל החצר הנק' ע"ש ישראל ובין החצר הנק' ע"ש שלאל שחידש בניינה ה"ר מכלוף בן אליהו בן עטייא והיינו בזמן שהיה מכלוף הנז' עסוק בבנין החצר הנז' נתיעץ ראובן הנז' לעשות תקרה ע"ג המבוי ההוא לסומכה מצד א' על כותלו ומצד הב' על כותל חצירו של מכלוף הנז' כדי להרחיב עלייתו הא' לימין העולה להאלפוקי שבחצר הנז' הנק' ע"ש ישראל על ידי שיפיל כותל האלגארב של עלייתו הנז' וימשוך עלייתו עד כותל האלסדר של העליה שכנגדו בחצר מכלוף הנז' ועמד ונתפשר עם מכלוף הנז' כדי לסמוך תקרותיו על כותל מכלוף הנז' בשביל מה שבנה ה"ר ראובן הנז' למכלוף הנז' כותל האלסדר על עלייתו של מכלוף הנז' מקצה ועד קצה להוצאת ה"ר ראובן הנז' עם איזה תוספת שהוסיף לבנות לו בכותל האלגארב שלה שכלפי גג העליה העמוסה על האלסטוואן שבחצר הנק' צ'אר ר' מימון אספלייא ואחר שנתפשר עם מכלוף הנז' והתחיל לבנות עד שהגיע לעשות תקרה על המבוי עמדו בני המבוי ההוא לערער על ראובן הנז' לעכב עליו עשיית התקרה לבלתי יגיעם נזק ממנה. ואמינא להו דלמטה מסוס ורוכבו לדידן דלא שכיחי גמלים כל אדם יכול לעכב עליו מלעשות שום תקרה ע"ג המבוי ההוא להיותו מפולש מצד האלפורני ורבי' עוברים שם אבל למעלה מסוס ורוכבו אפי' לכתחילה יכול לעשות ואין בני ר"ה ולא בני המבוי יכולים לעכב עליו כדפסק מר"ן בסי' תי"ז ס"ב אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר אא"כ היו למעלה מגמל ורוכבו יע"ש ולדידן דלא שכיחי גמלים עבדינן למעלה מסוס ורוכבו כדאיתא בהג"א פ' לא יחפור דק"צ ע"ב וכ"כ מהרי"ט בח"א סי' ק"ח יע"ש ונקט מר"ן למלתיה בר"ה וה"ה במבוי ואע"ג שסיים הטור שם וז"ל אבל במבוי יכול להוציא מדעת בני המבוי ע"כ לאו למימרא דחמיר מבוי דאפי' למעלה מגמל ורוכבו בעינן דעת בני המבוי: זה אינו דהא הטור עצמו כתב בסי' קנ"ה סט"ל וז"ל כתב הרמ"ה זיז למעלה מגמל ורוכבו לא מצי לעכב ל"ש רה"ר ול"ש מבוי ע"כ, והביאו מור"ם בסי' הנז' סכ"ז בהגה וז"ל וה"ה אם רוצה להוציא זיז למעלה מגמל

ורוכבו אפי' בר"ה וכ"ש במבוי אינם יכולין לעכב עליו יע"ש, ובבאה"ג שם אלא ודאי דכוונת הטור במבוי אפי' למטה מגמל ורוכבו יכול לעשות כשעושה מדעת בני המבוי משא"כ בר"ה דאפי' מדעת בני ר"ה לא מהני למטה דמאן פייס ומאן מחיל, וכן מבואר בדברי מהרי"ט בסי' הנז' יע"ש ואחר שדנתי ביניהם כאמור העמדתי להם שמאים שיעשו אומד שתהיה התקרה למעלה מסוס ורוכבו ומחמת שהיה המפולת עפר צבור בהמבוי ההוא לא עשו אומד יפה והחמירו עליו להגביה התקרה יותר משיעורו שכאשר פינו העפר נמצאת התקרה למעלה למעלה הרבה מגמל ורוכבו עד שנמצא התוספת שהוסיף בעלייתו הנז' גבוהה מקרקע העלייה כאמתים או ג' באופן שזכה בדין ה"ר ראובן הנז' בין לגבי בני המבוי בין לגבי בני ר"ה ולא מצי חד מינייהו לעכב עליו כיון שהתקרה למעלה מסוס ורוכבו ונזק אחר נמי ליתיה הכא שלא האפיל המבוי ולא עשה שופכין כדסיים מר"ן שם בסי' תי"ז יע"ש: ואחר עבור יותר משש שנים מזמן שחידש ה"ר ראובן הנז' הבניינים הנז' אז נתעורר מתנומתו ה"ר מכלוף בן דוד ן' הרוש מדבר בעדו ובעד בעלי הגגים שבצד מזרח אלמללאח הסמוכים לגגו של מכלוף ן' עטייא הנ"ל והעמיד לה"ר ראובן הנז' לפני לדין וטען עליו דמטי להו הזיקא מצד הבניינים שבנה ראובן הנז' ע"ג המבוי הנז' שעל ידם נתחברו גגותיהם להגגים שבצד מערב האלמללאח שיש שם גגים סמוכים לגג הגוים שנפרצו המחיצות שהיו מפסיקין בין גגי הגוים לגגי היהודים ואפשר דאתו גנבי משם ויעברו דרך גג הבניינים הנז' לגגותיהם מה שלא היה כן מקודם שהיה המבוי ההוא מפסיק ביניהם ולכן תובע מראובן הנז' לסתור הבניינים או לעשות מחיצה שעומדת בפני הגנבים ואמינא להו דאין טענה זו טענה אפי' אי הוה ברי היזקא דאתו גנבי מאידך גיסא דרך גג הבניינים ואין מחייבין לה"ר ראובן הנז' לא לסתור ולא לעשות מחיצה מחמת טענה זו שהרי זה בתוך שלו הוא עושה דאנן מקום שנהגו להוציא זיזין וגזוזטראות אנן. ומה גם למ"ש הרב המאסף בסי' קנ"ד בהגה"ט אות ל"ד דלמעלה מגמל ורוכבו מותר להוציא אפי' בלא מנהג יע"ש, ולפ"ז המוציא זיזין וגזוזטראות הו"ל כעושה בשלו ורשאי לעשות בשלו מאי דבעי ואע"ג שהנזק בא מאליו להם מחיבור הגגים עליהם מוטל לעשות שמירה לגגותיהם לבל יבואו להם הגנבים דקי"ל כרבי יוסי שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו ועל הניזק להרחי' את עצמו כדאיתא בפ' לא יחפור דכ"ה ע"ב ודי"ח ע"ב ובפ' הבית והעליה דקי"ז ע"א יע"ש, ואע"ג דקי"ל מודה ר' יוסי בגירי דידיה דעל המזיק להרחיק נזקו. היינו דוקא בהיכא דמטי לחבירו נזק מידו בשעת עשיה ממש כההיא דאיתא התם די"ז ע"ב במי שבא לחפור בצד המצר דמונעין אותו משום דא"ל אידך כל מרא ומרא דקא מחית קא מרפית לה לארעאי דהו"ל נזק מהשתא

מיד המזיק וכההיא דההיא התם סוף דף כ"ה בהנהו עצורי דכי הוו דייקי שומשמי בשביבותיה דההוא דבנה אפדנא הוה ניידא אפדניה דחשיב להני גירי דידיה שעל ידי מכותיהם מרעידים ארעא דחבריהם והו"ל נזק דמהשתא ופסקה מר"ן בסי' קנ"ה. אבל כל דמהשתא לא מזיק ליה בשעת עשיה אע"ג דלאחר זמן מטי ליה הזיקא אינו חייב להרחיק דלא חשיב גירי דידיה כההיא דפטר ר' יוסי גבי נוטע אילן משום דבעידנא דקא נטע ליתנהו לשרשים דמזקי ליה לבור ולאחר זמן הוא דגדלי ואזלי ומזיקי כדאיתא התם די"ז ע"ב וכההיא דכי משי ידיה עילאי אזלי מיא ומזקי לתתאי דמוקמינן לה דפסקי מיא והדר נפלי ופרש"י [מציעא דקי"ז ע"א] לא היתה מקום הרחיצה על מקום נזקי תחתון אלא במקום אחר ומשם הם נמשכים עד שנופלים במקום שמזיקים יע"ש דכשנופלים מידו ממש על התחתון קרי ליה גירי דידיה וכי פסקי והדר נפלי לא קרי ליה גירי דידיה יע"ש. והכא בנ"ד בעידנא דקא עביד תקרה ע"ג מבוי ליתנהו לגנבים ולאחר כן הוא דאפשר דאתו, ואע"ג דגבי מרחיקין את הסולם מן השובך ד' אמות כדי שלא תקפוץ נמיה דפ' לא יחפור דכ"ב דמוקמינן לה כר' יוסי אע"ג דסולם אינו מזיק אם לא שתבוא הנמיה לאחר כן וא"כ לא חשיב גירי דיליה כבר מתרצינן לה בגמ' משום דזמנין בהדי דמנח ליה יתבא בחור וקפצה ופירש"י בהדי דמנח ליה בעוד שאוחז בסולם קפצה והו"ל כחצים הבאים לו מיד גופו של בעל הבית ממש יע"ש, הרי דלא חשיב קפיצת הנמיה גירי דידיה אלא משום דזמנין בעוד הסולם בידו קופצת לשובך. אבל בנ"ד אפי' הנמיה א"א לה לעבור מגג לגג בעודו אוחז הקורות בידו רק אחר שפסקו מעשיו בהנחת הקורה על כתלי המבוי וכ"ש הגנבים דא"א להם לעבור בשום אופן דרך תקרה זו בעוד הקורות אחוזים בידו אלא אחר גמר הנחתן בזמן שאין רואה ומה גם דהאומנים הם דאוחזים הקורות בידם לעשות התקרה ולא הבעה"ב ואין כאן מקום כלל להחשיבם גירי דידיה וכן מבואר בהרמב"ם פיו"ד מהל' שכנים הל' ה' וז"ל ועל הניזק להרחיק את עצמו אם ירצה עד שלא יגיע לו הנזק שזה בתוך שלו הוא עושה והנזק בא לחבירו מאיליו בד"א שאינו מרחיק כשהיה הנזק בא מאיליו אחר שיפסקו מעשיו של מזיק אבל אם היו מעשיו של זה שעושה ברשותו מזיקין את חבירו בשעת עשייתו ה"ז כמי שמזיק בידו הא למה זה דומה למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חבירו ואמר ברשותי אני עושה שמונעין אותו יע"ש' הרי מבואר דכל נזק דליתיה בשעת עשיה והוא בא מאיליו אחר שפסקו מעשיו של מזיק דאין על המזיק חיוב של כלום להרחיק נזקו ועל הניזק להרחיק עצמו לבל יגיעהו הנזק: ולפ"ז בנ"ד אפי' אם היה ברי הזיקא שיבואו הגנבים דרך גג הבניינים שבנה ה"ר ראובן הנז' אין עליו חיוב של כלום להרחיק נזקו שהרי הנזק בא מאיליו

אחר שפסקו מעשיו ולא הוו גירי דידיה ועל הניזק הוא דמוטל לשמור עצמו שלא יגיע לו הנזק ואפי' אי אתו גנבי וגנבו מידי מינייהו באופן שהגיעם הנזק הגורם פטור אפי' מדיני שמים דגרמא בניזקין כגון זה פטור ומותר הוא. ואע"ג דבפ' הכונס סוף דף נ"ה ודף נ"ו מונה והולך כמה גרמי דפטור מדיני אדם וחייב בד"ש ובפ' לא יחפור דכ"ב סוף ע"ב אמ"ר מתנא זאת אומרת גרמא בניזקין אסור היינו דוקא בהנך גרמי דעל המזיק להרחיק את נזקו כגון גרמא דגיריה ומשום דאיסורא רביע עליה בדיני שמים מונעים אותו לכתחילה שלא יגרום נזק, אבל בהנך גרמי דעל הניזק להרחיק א"ע כנ"ד דלא הוי גרמא דגיריה אמרי' פטור ומותר. והדבר מפורש בשיטת הרמב"ן על בתרא בדיני גרמי שלו שכתב לבסוף וז"ל ומעתה למדנו שדיני הגרמות יש מהם שחייב לשלם כגון מסור וחביריו ויש מהם פטור אבל אסור כגון גרמא דגיריה דאמרי' זאת אומרת גרמא בניזקין אסור ומהם פטור ומותר כגון בהנך גרמי דקי"ל כר"י דאמר על הניזק להרחיק את עצמו עכ"ל וראיתי מ"ש הטור בסי' קנ"ז ס"ה וז"ל וכתב הרמ"ה ז"ל מאן דמתחייב למיגדר בינו ובין חבירו ולא גדר ואתו גנבי וגנבי ליה מידי דרך הגדר חייב לשלומי ליה, וכן כל הגורם לאפסודי ממונא דחבריה כה"ג אע"ג דלא עביד מעשה והוא דאתרו ביה מעיקרא ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל דאפי' פורץ גדר בפני בהמת חבירו בידים פטור מדיני אדם על הבהמה עכ"ל ולכאורה הוי היפך ממאי דכתיבנא דאע"ג דקי"ל כהרא"ש לגבי הרמ"ה מ"מ האדם יראה לעינים דלא חלק עליו אלא דלא חייב לשלומי בדיני אדם אבל בדיני שמים מיהא חייב ואיסורא רביע עליה להרחיק נזקו אע"ג דנזק של גנבים ליתיה מהשתא בשעת מעשה אלא לאחר זמן ונראה דשאני נ"ד דמעיקרא אין עליו שום חיוב למיגדר מידי אלא שזה טוען עליו שעל ידי מה שעשה בתוך שלו שם דרך שאפשר שיעברו הגנבים משם להגנים שבצד מזרח ומשו"ה הוא רוצה מחדש לחייבו לעשות מחיצה במקום שלא היתה שם מחיצה ולזה אמינא דמדינא כיון שנזק של גנבים ליתיה בשעת מעשה על הניזק להרחיק א"ע דלאו גרמא דגיריה דמזיק הוא וכי אתרו ביה דמזיק למיגדר להרחיק נזקו אינה התראה של כלום כיון דלא רמי חיובא עליה להרחיק נזקו אלא על הניזק משא"כ בנדון הרמ"ה דמיירי במי שמחוייב בדין למיגדר כגון שנפרצה מחיצה בינו ובין חבירו דמחוייב ועומד הוא לעשות מחיצה כמו שהיתה וכיון דאתרו ביה למיגדר ולא גדר ובאו גנבים דרך אותה פרצה וגנבו ליה מידי אע"ג דלא עביד מעשה אלא שנתיאש מלגדור חשיב כעושה מעשה דפרצה קוראה לגנב ועלי דידיה רמי למיגדר ויאושו מלמגדר חשיב כגירי דידיה ולא פליגי הרמ"ה והרא"ש אלא לענין תשלומין אבל הרחקה מיהא בעי לכתחילה להרחיק נזקו ובעיקר פלוגתייהו

דהרמ"ה והרא"ש נראה דפליגי בפירושא דברייתא דפ' השותפין ד"ב ובפ' הגוזל ד' ק' דתניא מחיצת הכרם שנפרצה אומרים לו גדור נתיאש ולא גדר הרי זה קידש (פי' אסר את התבואה משום כלאים) וחייב באחריותו ע"כ דהרמ"ה מדמה נדון דידיה למחיצת הכרם דכי היכי דבמחיצת הכרם שנפרצה ונתיאש מלגדור אחר התראה חייב באחריותו ה"נ בכל מחיצה שנפרצה דייניגן הכי דברייתא זו ר"מ היא דדאין דינא דגרמי כדאיתא בפ' הגוזל ולכן מחייב בתשלומין בנדון דידיה ולהרא"ש דוקא גבי כלאים דברי הזיקא חשיב דינא דגרמי ולא בכה"ג דנפרצה מחיצה דעלמא כמ"ש בפ' הגוזל ובפ' לא יחפור בחילוקים שבין גרמא בניזקין לדינא דגרמי וז"ל ובנתיאש ממנה ולא גדרה כיון שמעורב ממונו בממון חבירו ואוסרו ונתיאש מלגדור ברי הזיקא והוי כעושה מעשה בשל חבירו עכ"ל הרי דוקא גבי כלאים דעל ידי יאושו הוא אוסר תבואת חבירו אמרינן ברי הזיקא משא"כ בשאר מחיצה לא ברי הזיקא דמאן לימא לן דאתו גנבי שהרי גבי פורץ גדר בפני בהמת חבירו דלא הוי בכלל דינא דגרמי הטעם הוא דכתב הרא"ש ממילא הוא דנפקא ואפשר דלא נפקא ה"נ דכוותה בגנבי דאפשר דלא אתו ואי אתו ממילא הוא דאתו ולכן הוא פטור מדיני אדם אבל בדיני שמים חייב בתרוייהו ובעי לסלוקי נזקיה:

והשתא דאתינא להכי גם מ"ש רי"ו נתיב ל"א חלק ו' בשם תשו' רב משה גאון הביאו מר"ן שם בסי' קנ"ז בב"י וכן בסי' קנ"ה הביאו בשם תשו' הגאונים וז"ל ב' ישראלים שיש להם ב' חצירות ואחת מהם חרבה ואמ"ל שכן לבעל החורבה או בנה או גדור או מכור שגנבים באים עלינו בלילה והלה אומר שמור להרחיק עצמו מודה ר' יוסי בגירי דיליה שעל המזיק להרחיק נזקו ומאי ניהו היזק שבא מכחו עכ"ל ותמה על זה מר"ן בב' המקומות וז"ל ותמהני על זה היאך קרא לדבר זה גירי דיליה ע"כ, ומור"ם בהגה בסוף סי' קנ"ה הביא ב' הסברות יע"ש דלדרכנו קאי הרמ"ג בשיטת הרא"ש והרמ"ה דבכל מחיצה שנפרצה חשיב גרמא דגיריה כשנתיאש מלגדור, ונראה דעת מר"ן הקדוש דלא חשיב להו גרמא דגיריה דסובר כהרמב"ן והנ"י שכתבו בריש פ' השותפין דההיא ברייתא דמחיצת הכרם לא אתיא כרבי יוסי אלא כרבנן דאמרי על המזיק להרחיק נזקו ואע"ג דקי"ל כהא מתניתא נהי דקי"ל כוותה דדייניגן דינא דגרמי אבל היא גופה ליתא יע"ש בדבריהם, ואפי' לסברא קמייתא שהביא הרמב"ן שם וז"ל ואע"ג דקי"ל כר' יוסי דעל הניזק להרחיק א"ע כיון שיש איסור בדבר מחמת הכלאים שהערבוב מבטל את השורה מחייבין אותו לגדור שהוא המקיים כלאים בכרם שבא לתחומו של חבירו ואין חבירו נכנס לתחומו עכ"ל, מוכח נמי דלא חשיב הכא גרמא דגיריה אלא מחמת שהוא המקיים כלאים בכרם שבא לתחומו של חבירו אבל בעלמא גבי מחיצה שנפרצה בינו

ובין חבירו לא חשיבא גרמא דגיריה ועל הניזק לשמור את עצמו. ונראה שכך היא דעת הרמב"ם פ"ז מהל' כלאים הלכה י"ז והסמ"ג לאוין סי' ר"ף ומר"ן עצמו בי"ד סי' רצ"ז סמ"ז שכולם כתבו מחיצת הכרם שנפרצה וכו' הרי זה קידש והשמיטו וחייב באחריותו דאיתא בברייתא משום דס"ל דבריית' גופה ליתא לענין גרמי כלל כדכתיבנא בשם הרמב"ן והנ"י לעיל, הרי דמר"ן הקדוש סובר דאפי' בנפרץ ביתו וע"י זה באים גנבים לשכנו דעל שכנו מוטל לשמור עצמו ואין מחייבים לבעל הפרצה לגדור פרצתו כמו שהיתה אלא לרצונו משום דלא חשיב יאושו מלמיגדר גרמא דגיריה ומה גם נ"ד דלא היה שום גדר ביניהם וטוען לחייבו למיגדר מחדש דלכ"ע לא חשיב גרמא דגיריה ואפי' בהיכא דודאי ימטי להו הזיקא עליהם מוטל לעשות שמירה לגגותיהם לבל יבואו להם הגנבים, וכ"ש שעיקר החשש בנ"ד הוא דלמא אתו גנבי מגגות הגוים שנפרצו המחיצות בינם ובין גגי היהודים שבסוף מערב האלמלאח לגגו של ראובן הנז' ויעברו דרך גג הבנין שעשה להגגות שבסוף צד מזרח האלמלאח ומלבד דחששא רחוקה היא שיניחו הגנבים הגגים הקרובים ויבואו להגגים הרחוקים אלא שאפי' יבואו לשם אין החשש אלא בשביל לקט איזה שכחה שיניחו בעלי הגגים איזה בגד מהבגדים ששוטחים בגגים אבל לקפוץ מהגגים לתוך החצירות אין חשש ובמקום שיש סולם לעלות בו אל הגג משכיבין אותו בלילה על הארץ נמצא דטענה זו דלמא אתו גנבי על זה האופן חששא רחוקה היא ואם היתה צודקת לא היתה צודקת אלא לבעלי הגגים הסמוכים לגגי הגוים לטעון על בעלי החצירות הסמוכים לגוים לעשות מחיצה בינם לבין הגוים כאשר היתה קודם שנפרצה לבל ימטי להו נזק מערובי חצירות הגוים, אלא שלדעת מר"ן הקדוש דלא חשיב גרמא דגיריה אפי' בכה"ג כאמור אזדא לה טענה זו גם לדידהו דוק ותשכח, וההיא שכתב מר"ן בסי' קנ"ט ס"ב דבין גג לגג אף שאינו זקוק לעשות מחיצה ד' אמות מחמת שאין בנ"א דרים בגגות אבל צריך לעשות מחיצה בין ב' הגגים גבוהה יו"ד טפחים כדי שיתפוס אותו כגנב אם נכנס לרשותו עכ"ל, אינו ענין לנ"ד. דהתם לא חייב אלא בין גג לגג הסמוך לו וראובן הנז' כבר נתרצה עם מכלוף הנז' בעל הגג הסמוך לו וכ"ש דלא שייך טענה זו בגגים שלנו שרובן פרוצים מכל צד ואפי' מעקה שחייבה תורה לא עבדי ואיך יחייב לעשות מחיצה בין הגגים:

העולה ממאי דכתיבנא שאין על ראובן שום חיוב אפילו בהיכא דודאי ימטי להו נזק ופטור ומותר הוא בהאי גרמא ועליהם מוטל להרחיק א"ע לבל יגיען נזק, ואינה ה' לידי תשובה מעלייתא מהרב הגדול מוהר"ר יהודה ן' עטר זלה"ה שנשאל מכמוה"ר מאיר די אבילה ז"ל על נדון כזה והשיב הרב דאנן מקום שנהגו להוציא זיזין וגזוזטראות אנן ולא

מצו הנהו דשרן סמיכין עלוהי מלמנעו מלעשות מחשש גנבים ולראי' האמת חתמתי ש'
אלהים עמך בכ"ל אש"ר אתה עושה וקיים:
נאם שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול ס"ט:

סימן סג

נשאלתי מהחה"ש כהה"ר משה אלעסרי נר"ו דממתא קצר אשוק יע"א לחוות דעתי בענין הריב שבין ה"ר מכלוף ן' סאלם דממתא גריש יע"א ובין ה"ר שמעון אלעסרי והוא שה"ר מכלוף הנז' קנה מגוי א' מקום בבקעה אחת ובנה שם חצר א' והיה דר בחצירו כמה שנים והגוי בעל הבקעה מערער עליו פעם אחר פעם באומרו שלא נתן לו מאומה מדמי המקנה שקנה ובנה בקרקע הגוי הנז' כי בחזקה לקחו ממנו בכח הזרוע של האדון שקנה לעצמו ה"ר מכלוף הנז' ולאחר ימים קם עליו האדון הנז' עצמו ולקח ממנו החצר כמנהג כל אדון שלוקח מנכסי הנשענים עליו כאלו הם שלו ואין מידו מציל ועמד האדון שלקחה ומכרה להגוי בעל הקרקע הנז' בפחות משווייה להסיר תרעומתו מעליו וכשרצה הגוי שקנאה מהאדון הנז' למוכרה לבני ברית משכו ידיהם הצנועים מלקנות ממנו אם מחמת איסורא דרביע עלייהו דקי"ל בסי' שס"ט אסור לקנות מהגזלן וכו' אם מחמת שה"ר מכלוף הנז' עומד וצווח ומוחה מחאה אחר מחאה לבל יכנס זר בגבולו ועמד בעל זרוע א' מב"ב וקנה מחצית החצר הנז' מהגוי הנז' בסך תק"ם נ"ם ואז עמד ה"ר מכלוף הנז' וקנה גם הוא מהגוי הנז' המחצית הנשאר ג"כ בסך תק"ם נ"ם וקודם שפרע להגוי הנז' דמי המקנה עמד ומשכן מחצית החצר הנז' גוף וחזקה ביד ה"ר שמעון הנז' בסך קק"ם ע"ם ה"ם והודה לו שטר משכו' בקושח"ך והמחהו לפרוע להגוי הנז' סך המשכונה והוא ישלים לפרוע מכיסו סך קק"ם ע"ם ה"ם הנשארים להגוי מדמי המקנה והעמיד לשמעון הנז' ונתערב בעדו לגוי בהסך הנשאר על הר"מ הנז' לפרוע להגוי הנז', וכאשר באו ימי השילום ותבע הגוי משמעון הערב הנז' לפרוע הסך שתובע ממנו הגוי בעדו של הר"מ הנז' דאינהו בתר ערבא אזלי והלך ה"ר שמעון הנז' להר"מ הנז' ותבע ממנו הסך הנז' שנתערב בעדו ופשט לו את הרגל והוצרך הר"ש להעמידו לפני דייני העיר י"ץ וחייבוהו לסדר נכסיו ע"פ שבועה הגאונים ולמכור המותר אחר המשכו' במחצית החצר הנז' גוף וחזקה ונכנסו רודפי שלום ופשרו ביניהם שישלם שמעון כל דמי המקנה ויקח מחצית החצר לעצמו והר"מ הנז' יסלק עצמו מהקרקע הנז' וידור הנאה ממנו וכן היה שסילק עצמו הר"מ הנז' ממחצית החצר הנז' בקושח"ך ונדר הנאה ממנה ונכתב השטר סילוק וניתן ביד הר"ש הנז' והחזיק שמעון במחצית החצר הנז' יותר ויותר משני חזקה בפני

ה"ר מכלוף הנז' בשופי שאין אומר ואין דברים והיום עמד הר"מ הנז' לערער נגד הר"ש הנז' שיתן לו הרביע במחצית החצר הנז' כדין כל הקונה מסקריקון דנותן לבעלים הרביע וטוען דמה שסילק עצמו אינו אלא מהג' רבעים שהם כח הגוי ושמעון משיב דמכל וכל סילק נפשיה ואלו לא סילק לו עצמו מן הכל לא היה הוא מתרצה לקחת הקרקע הנז' לעצמו וישאר המקח לזכות הר"מ הנז' ויצטרך בע"כ לסדר נכסיו כאמור ולמכור המותר אחר המשכונה גו"ח ואפשר שלא היה מספיק לו לתשלום דמי המקנה כי מי הוא זה שיקנה ולא יהנה עד מלאת זמן המשכונה אם לא יקנה בזול:

תשובה אחר שלא בא כתוב בשאלה נוסח השטר סילוק להתבונן בו ולדקדק בלשונו אינו מן הראוי ליזקק להשיב בדין זה ומה אעשה שלא יכולתי להשיב פני זקן שהפציר בי להשיב ע"פ הדברים האלה והנראה בעיני שהדין עם שמ' הנז' וזכה בכללות מחצית החצר הנז' ואינו צריך ליתן כלום להר"מ הנז' מכח הסילוק הנז', והנה האדון האנס הנז' יש להכניסו תחת סוג א' מג' אופני האנסים ולשלשתן פטרינן להר"ש הנז' מליתן כלום להר"מ הנז', אם נכניסהו תחת סוג הסקריקון שישראל מסור בידו להרגו כטענת הר"מ הנז' שטוען מכח זה לזכות בהרביע כדקי"ל בסי' רל"ו ס"א שהקונה מסקרי' אחר ששהתה הקרקע ביד האנס יב"ח קנה ואין הבעלים רשאים לסלק הלוקח אלא שנותן לבעלים רביע ובתוך יב"ח הדבר תלוי ביד הבעלים וברצונם לסלקו מהקרקע הנז' אפי' אחר כמה שנים כיון שעבר וקנה תוך יב"ח או אם ירצו להניחו בידו ויתן להם רביע, והגם שבנ"ד לא קנה שמעון הנז' מהאנס עצמו אלא מהגוי שקנה ממנו מ"מ כיון שהגוי הב' בא מכח האנס כלוקח מהאנס עצמו כדאיתא בריב"ש סי' ר"ץ וכיון שהלוקח מהגוי הבא מכח האנס כלוקח מהאנס עצמו א"כ זו היא טענתו של הר"מ הנז' שרוצה ליתן לו שמעון הנז' הרביע ואינה טענה שהרי לא קנה שמעון הנז' מהגוי עד שסילק לו עצמו הר"מ ממחצית החצר הנז' וממאי סילק נפשיה אם לא מהרביע שהוא לזכותו ומה שטוען הר"מ הנז' שמה שסילק עצמו אינו אלא מג' רבעים שהם כח הגוי אינו כלום ולא מבעיא אם שמעון הנז' קנה מהגוי אחר ששהתה יב"ח ביד האנס ודאתי מחמתיה שהוא הגוי הלוקח א' דאינו צריך לסילוקו של הר"מ הנז' במקח הנז' דמן הדין מסולק ועומד הוא ולא מצי לסלוקי ללוקח וא"כ בודאי הוא שמהרביע שהוא לזכותו הוא דסלק נפשיה. אלא אפי' אם יתברר ששמעון הנז' קנה תוך יב"ח דמדינא מצי הר"מ לסלקו אפי' אחר כמה שנים ונימא דכדי להעמיד המקח בידו של הר"ש לבלתי יסלקו מהמקח הוא דסילק עצמו ולא מהרביע הראוי לו מד"ת גם זה אינו כלום דכיון דהיה הסילוק בקוש"ח ולא באמירה לבד לטפויי אתא ומגופה של קרקע קנו מידו שלא יהיה לו זכות

בקרקע כלל, דאי להעמיד המקח בידו לבלתי סלקו מעליו באמירה לבד הוא סגי לתת לו רשות לקנות תוך יב"ח ופקע איסורא מעילויה ותו לא מצי לסלקו מהמקח ועיקרא דהאי מלתא ברישׁ פ' הכותב דפ"ג גבי הכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסיך הרי זה אוכל פירות בחייה וכו' ופריך תלמודא וכי כתב לה הכי מאי הוי. והתניא האומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות הימנה לא אמר כלום ומשני בכותב לה בעודה ארוסה שעדיין לא זכה בנכסים וכו', ובעי תלמודא קנו מידו מהו ומסיק רב נחמן מגופא של קרקע קנו מידו ופרש"י מגופא של קרקע דאין חליפין באין אלא לדבר שיש בו ממש שזה קונה את הסודר ומקנה לו חפץ המכר או המתנה ועל גופה של קרקע קנו מידו ומתנה גמורה היא ופי' עיקר הבעיא אברייתא דהאומר לחבירו קיימה והרי"ף פירשה גם אמתניתין דהכותב לאשתו אם קנו מידו אי אמרי' דקנין לטפויי אתא ומגופו של קרקע קנו מידו שלא יהיה לו זכות בקרקע כלל ע"ש, ולאו למימרא דהרי"ף דפי' הבעיא אמתניתין דלא מהני קנין בהא דאומר לחבירו דא"כ תקשי לן סוגית הגמ' לקמן דצ"ה ובמס' בתרא דמ"ג דפריך תלמודא מברייתא דהאומר וכו' ומשני הכא במאי עסקינן בשקנו מידו ע"ש הרי מבואר דבההיא דהאומר אי עביד קנין מהני, אלא ודאי שהרי"ף בא להוסיף על רש"י גם בכותב לאשתו מהני קנין, וכן מצאתי להר"ן שכתב וז"ל ואף לפי' הרי"ף באומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו וקנו מידו דמהני ע"ש ומסקנא דגמ' דבין בעורר על קניינו בין בעומד על קניינו אמרי' מגופא של קרקע קנו מידו:

ופרש"י בעורר על קניינו כשבא חבירו להחזיק מכח הסילוק מיד ערער המסלק אפי"ה אין שומעין לו וכ"ש בעומד על קניינו יום או יומים ואח"כ ערער דאיכא למימר השתא הוא הדר ביה ולמדוהו לטעון וכו' יע"ש, ודכוותה כתב הרמב"ם גבי הכותב לאשתו בפכ"ג מה"א שאם קנו מידה כשהיא ארוסה שאין לו דו"ד בנכסיה הרי סילק עצמו מגוף הקרקע ואין לו בנכסיה פירות לעולם ואפי' ערער על קניינו ואמר לא עלה בדעתי שאין לי פירות מפני קנין זה אלא שאם מכרה מכרה קיים שאין אדם נושא אשה בלא נכסים אין שומעין לו אלא כבר סילק עצמו מגוף הקרקע יע"ש, הרי דאפי' בעורר על קניינו ועומד וצווח מדבר זה הוא דסלקאי נפשאי ולא מדבר זה דאין שומעין לו אלא מכיון שקנו מידו אמינא דמגופיה של קרקע קנו מידו שלא יהיה לו זכות בקרקע כלל והגם דמלשון השאלה לא פורש אלא שסילק עצמו הר"מ הנז' ממחצית החצר הנז' ולא פירש אם כתיב בשטר סילוק והקנה וזיכה לשמעון הנז'. לכן אני אומר שאפי' אם יגלה ויראה השטר סילוק וימצא בו שסילק עצמו סתם אמרי' ודאי לשמעון הנז' הוא דסילק נפשיה כיון דמישך שייך גביה בהקרקע הנז' אם מחמת המשכונה שמשכנה לו אם מחמת

שנתערב בעדו לגוי על דמי המקנה של קרקע הנז' וכאלו הגוי מכר לשמעון והו"ל שמעון שותף בקרקע ושמעינן מכללא שסילק עצמו והקנה לשותפו וכאלו כתב בפירוש והקנה לשמעון הנז' וכמו שכן מפורש הדבר היטב בלשון רש"י בפ' חזקת דמ"ט שפי' דהאומר לחבירו שהוא שותף אין לי עסק בה כלומר לא יהיה לי עסק בה ומכלל אתה שומע אלא הכל יהיה שלך. שלא הוציא הדבר בפירוש מפיו עכ"ל יע"ש ובזה מתורצת היטב קו' התוס' שהקשו על רש"י דמפרש הבעיא אברייתא דהאומר לחבירו וכו' מה מועיל שם קנין למי הוא מקנה אותה דדין ודברים אין לי בה וכו' אינו אלא לשון הפקר עכ"ל ולפי מה שכתב רש"י שם בבתרא מתרצתא היא וכן מצאתי להרא"ש שתי' קושית התוס' על רש"י על זה האופן וז"ל ויש לקיים פרש"י דכיון שאומר לחבירו שהוא שותף עמו וקנו מידו מוכח שהוא מקנה לו השדה עכ"ל והרי אשכחן שרש"י עצמו קיים פירושו במס' בתרא ודו"ק:

ובר מן דין בנ"ד אף אם היה הדבר בלא שום סילוק כלל מכיון שהחזיק בה שמעון שני חזקה אפי' לא שהתה ביד הגוי הלוקח הראשון שמכרה לו אלא יום א' קי"ל בס' ה' דטוענין ללוקח שהגוי הלוקח הא' קנה גם מהר"מ הרביץ ומכר הכל להר"ש וזו היא דעת מר"ן שלא לחלק בין אם הלוקח הא' ב"ב או שאינו ב"ב כל זה לפי טענת הר"מ שיסדה בהנחה שיש להאנם דין סקריקון שישראל מצוי בידו להורגו ואפשר להכניסו נמי תחת סוג הנז' שאין ישראל מסור בידו להורגו דזילא ביה מלתא להרוג הבא לחסות תחת כנפיו אי נמי אפשר ליכנס תחת אדון שתקיף ממנו וכיוצא או אפי' ימסר בידו להורגו איכא למימר כסברת ריב"ש שהביא מור"ם בסעיף א' דכל שלקחו האנס בחזקה ולא נתנוהו הבעלים מעצמם להציל נפשם אין לו דין סקריקון יע"ש מ"מ בנ"ד דאיכא סילוק בקוש"ח מן הכל סילק עצמו ולא דיינינן ליה בדין האמור בסעיף ח' יע"ש וכדבר האמור לעיל. ואיכא נמי סברא להכניסו תחת סוג שר ומושל שיש לו משפט על הישראלי הנשען עליו שהרי הרשות ביד האדון לעשות לנשענים עליו כל מה שעושה מלך ושר ומושל לעבדיו שכל אדון שבאותן הארצות סמכא דעתייהו של כל הנשענים עליו שהוא אדוניהם והם לו לעבדים לעשות בהם כרצונו ואם תחת סוג זה נכניסהו להאדון הנז' אין הלוקח נותן לבעלים כלום דדינא דמלכותא דינא כדכתב מור"ם בסס"י הנז' נמצא דכולהו סוגים אין על שמעון ליתן כלום להר"מ הנז' וזכה בכללות המחצית החצר הנז' אפי' אם לא פי' בסילוק למי הקנה אמרי' מסתמא לזה שהיה דן עמו הקנה ומה גם דנדר הנאה מהחצר הנז' יקיים נדרו וממילא תשאר ביד מי שהיא בידו ולראית האמת חתמתי בט"ו לאב משנת ואספ"ת את תבואתה לפ"ק וקיים:

ע"ה שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן סד

טופס או"ב תב"ת וז"ן ראשי הקהל העומדים על כל ענייני העיר הגדולים שבפורעי המס הוסכמו למנות עליהם את ה"ר אלעזר בר משנאן אבן צור להיות נגיד עליהם ובכן בפנינו אנחנו ב"ד החתומים נתננו רשות גמורה ויכולת מספיק ראשי הקהל הנז' לה"ר אלעזר הנז' להיות ממונה ונגיד עליהם ולעמוד בעינים פקוחות ע"כ ענייני העיר ולאסור ולקנוס ולהעניש עונש הגוף ועונש ממון לכל אשר ישקיף עליו שאינו הולך בדרך הטוב והישר ואין לשום א' מוחה על ידו בזה אלא כל אשר יראה בעיניו לעשות רצוי ומקובל עליהם בסבר פנים יפות, וגם מינוהו עליהם על כל ענייני המסים וענייני צרכי בית המלך יר"ה וענייני וצרכי השרים ואילי הארץ המוטלים על הצבור על הכל מינוהו הקהל הנז' לעשות כאשר יראה בעיניו בין לתיקון בין לעוות בלי למי' ליה לתקוני שדרנוך ולא לעוותי אלא כל מעשיו בכל הדברים האמורים רצויים ומקובלים עליהם והרשות נתונה בידו להעמיד איש א' על גביית המס בשכרו אשר יראה בעיניו וכבר ייחדו עשרה אנשים מראשי הקהל הנז' לעמוד עמו כאן בעיר בכל עת וזמן אשר יצטרך לשום א' מהם לעמוד עמו באיזה דבר טורח שיהיה בכאן בעיר ועשרה אנשים ייחדו לו עוד לעמוד עמו באיזה דבר שיצטרך לעלות עליו למדינה או לקסב'א יש לאל ידו לקרוא לאיש אשר יצטרך לו מהאנשים הנז' לעמוד עמו בדבר טורח אשר יהיה בעיר או בדבר טורח שיוצרך לעלות עליו כאמור ולא ימרה את פיהו שום א' מהם אלא תו"מ בקראו אליו הלוך ילך עמו בלי שום עיכוב, ולא על אלו בלבד ידו נטויה לקרוא להם לעמוד עמו אלא על כל הצבור ידו נטויה בכל עת שיהיה עליו שום טורח להכריחם לעמוד עמו וכל אשר ימרה את פיהו ענוש יענש כאשר יראה בעיניו ואין מי שיאמר לו מה תעשה באופן שהעמידו ומינו עליהם את ה"ר אלעזר הנז' ע"כ ענייני העיר לעשות כאשר ייטב בעיניו והכל לאחריות הקהל בדלא לימטי ליה שום דררא דממונא כי הוא שלוחם לעשות כאשר ייטב בעיניו והדבר שיראה בעיניו להמלך בו עם בד"ן או עם הקהל צריך להמלך בו עמהם ואשר יראה בעיניו שא"צ להמלכתן עשה יעשה ויכול יוכל כטוב בעיניו בלי המלכה שכך בררו דבריהם בפנינו באר היטב ואדעתא דהכי נתרצה ה"ר אלעזר הנז' לעמוד ולהכניס עצמו בטורח הצבור ואחר שמינוהו הקהל והסכימו עליו גם אנחנו ב"ד החתומים הסכמנו על ה"ר אלעזר הנז' והעמדנוהו נגיד על הצבור ככל אשר העמידוהו הקהל כאמור לעיל ואין פוצה פה ומצפצף נגדו ומן השמים יעזרוהו ע"ד כ"ש ויכנס בכי טוב על הצבור לחן

ולחסד ולרחמים ולראיה ע"ה ח"פ בי"ג לאדר שנת והיית לנו לרא"ש ולקצין לפ"ק והכל שו"ב וקיים עכ"ל, וחתומים ע"ז החכמים השלימים הדו"מ ה"ה כמה"ר שלמה טולידאנו זלה"ה וכמה"ר משה טולידאנו זלה"ה וכמה"ר יקותיאל בירדוגו יש"ץ ונתקי' לנו חתי' בא' מדרכי הקי'. מרדכי לכרייף י"ץ נר"ו חסאן ן' לחסין ס"ט טופס ק"ע ז"ן אב"א במותב ג' כחדא הוינא כד אסהיד קדמנא ה"ר שלמה ן' שטרית בתוע"ג וברורה ובירר בעדותו שיודע ידיעה נאמנה שכל זמן היות הנגיד המעולה כה"ר שלמה ן' וואליד נגיד ופקיד על היהודים במא' המלך רח"א וגם אחרי כן עד היום עמרו מא תעדא עלא ליהוד די האד למדינא באם יקבד מנהום שום ממון שלא כדין ולא הטיל עליהם שום הטלה ולא העליל עליהם שום עלילה להפסידם ע"י מסירות ח"ו וכיוצא רק תמיד היה דורש טוב לעמו גיר אידא כאן יזיבלהום סי סלעא מאת המלך רח"א הדי כאן יקבדהום פסכרתו הווא ושמואל סונבאל כדרך משרתי השררה דוקא וכאן יקוללהום בפי' אחר די קימנאלכום סלעא רכיסא תעטיוונא סכרתנא, ועוד בירר בעדותו הנז' שיודע נאמנה שה"ר אלעזר בן צור שהיה כבר ממונה על צרכי צבור זמן מה תחילת מינוי ועמידתו על צרכי צבור היה באדר סמוך לפורים ולא נשאר ממונה על צרכי צבור כ"א זמן מועט וע"צ המרבה לא נשאר במינויו שנה תמימה שסלקוהו הצבור מיד בתוך שנתו עכס"ע העד הנז' ולראיה ח"פ מכנאסא יע"א תמ"ת בשלהי חשון ש' תקנ"ד לפ"ק והשו"ב ויציב ונכון וקיים עכ"ן וחתו' כהה"ר מימון בירדוגו וכהה"ר יוסף אזראד והכרנו חתימותיהם ושו"ב וקיים:

בנימין לכרייף סיל"ט חסאן סי"ט טופס ק"ע ז"ן או"ב בתלת כחדא הוינא כד אסהיד קדמנא ה"ר חיים הכהן בר יוסף בתע"ג וברורה וברר בעדו' שיודע ידיעה נאמנה שה"ר אלעזר אבן צור נתמנה לנגיד במח"ז אחר שהוסר ה"ר יוסף הכהן בר דוד מנגידותו ובתוך השנה עצמה שנתמנה נגיד הראב"ץ הנז' תכף סר מנגידותו ולא השלים שנתו בנגידות עכס"ע ולראיה ח"פ תמ"ת בחדש כסלו מש' ולקחת"י לפ"ק ושו"ב וקיים עכ"ן. וחתומים אני הבא א' בחיתום וה"ר יעקב אזראד והכרנו החתימות ושו"ב וקיים:

בנימין סלי"ט חסאן סי"ט טופס ק"ע וז"ן תב"ת בתלת הוינא כחדא ואסהיד קדמנא ה"ה כהה"ר מאיר טולידאנו נר"ו ובירר בעדותו שהוא יודע ידיעה נאמנה שזה כמה ששלח הנגיד המעולה כה"ר שלמה ן' וואליד שטרי חובות שהיו נגד בני קהלינו ק"ק מכנאסא יע"א לכמוהה"ר שלמה טולידאנו זלה"ה כדי לגבותם מבני קהלינו וכן עשה כמוהה"ש הנז' וגבה מהם אך הוא מסופק כמה גבה מהם אם סך ל' מתקאלים מכ"ט או סך מ' מתקאלים מכ"ט ונתנם ביד כה"ר שמואל אטובי נר"ו להוליכם לכהר"ש הנז'. ועוד בירר בעדותו החכם העד הנז' ששטרי חובות שהיו לכמוהרר"ש זלה"ה הנז' בא ה"ר עזוז

דאנינו קודם שנכנסה בלשת לעיר לתפ"ץ ונטלם כולם כמות שהם צרורים וחתומים והוליכם והצניעם אצל הגוים עד שהחזירן אח"כ לכהר"ח אחיו נר"ו עכס"ע של הח' העד הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת בעישור אמצעי לאלול המרוצה מש' ואספת"ו לפ"ק ושו"ב וקיים וחתו' ע"ז כהה"ר יוסף אזראד וכה"ר שמואל עזרא וס"ל נמ"ך ז"ן שוב בירר בעדותו כהר"מ הנז' שהזמן שנתן כמוהרש"ט זלה"ה המעות שגבה מן הקהל לה"ר שמואל הנז' היה לפחות בחורף של שנה שקודם שנפטר החכם הנז' זלה"ה ואפשר קודם בב' שנים לפטירתו עכס"ע ולראיה ח"פ תמ"ת בזמן הנז' וקיים ע"כ נמ"ך וחתומים ע"ז העדים הנז"ל ולראיה ח"פ וקיים:

בנימין סלי"ט חסאן סי"ט טופס ק"ע ז"ן תב"ת בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר אברהם ביטון בתע"ג ובירר בעדותו שקודם שנפטר כמוהר"ר שלמה טולידאנו זלה"ה כמו ג' שנים בא לכאן למחננו כה"ר שמואל אטובי נר"ו כדי לגבות איזה חובות שהיו לזכות הנגיד וחשוב כה"ר שלמה ן' וואליד נר"ו נגד איזה יחידים מבני קהלינו ובתוכם היה ש"ח א' נגד כוללות קהלינו ישצ"ו ק"ק מכנאס יע"א והיה משתדל ה"ר שמואל הנז' וכמוההר"ש זלה"ה הנז' כדי לגבות פרעון חוב זה מן הקהל יצ"ו וגם היה שולח כמוהר"ש הנז' את בן אחיו כההה"ר מאיר טולידאנו נר"ו אל הקהל לגבות מהם והיה שואלו העד הנז' אם גבה מהם והיה משיבו כההר"מ הנז' בזה"ל האני כא נזרי אייאך נחכמלושי והש"ח הנז' תח"י העד הנז' ואח"ך נתנם להר"ש אטובי הנז' להחזירם להנגיד הנז':

עוד בירר העד הנז' בעדותו שהוא היה רגיל תדיר אצל הנגיד כהר"ש הנז' ומעולם לא ראהו שמסר שום אדם מבני קהלינו ולא היה מטיל עליהם שום הטלות ולא עלילות ואדרבא היה משתדל בהצלתם וטובתם כמה פעמים עכס"ע העד הנז' ולראי' ח"פ תמ"ת בשלהי אלול מש' ואספת"ו לפ"ק והשו"ק וחתמנו בה במא' א' מב"ד כמו"ה רפאל בירדוגו נר"ו וקיים ע"כ נמ"ך וחתו' ע"ז כהה"ר יוסף אזראד וכההה"ר יצחק ן' אסקירא והכרנו חתי' ולראי' ח"פ וקיים:

בנימין סלי"ט חסאן סי"ט טופס מועתק מטופס אחר וז"ן טופס שטר זה הוצרכו בעליו להעתיקו ע"ג פס"ד וז"ן אב"א הע"ע בקש"מ ובש"ח ה"ר מימון ן' הרוש וה"ר סעיד לכפארי וה"ר אלעזר בן צור וה"ר ברוך הכהן בר שלמה וה"ר יעקב אתדגי וה"ר שלום אדהאן בר יעקב והי' שמואל תרג'מאן והי' אברהם בן עולו וה"ר יעקב אלבאז והוה"ג ונתחייבו ערבנים קבלנים כ"א מהם בעד הכל לתו"ל לנגיד המרומם המו"ן נר ישראל כה"ר שלמה ן' וואליד סך תשע אלפים אוקיות ושש מאות אוקיות הכל מכ"ט מהיום ולי' ימים בסיון ה"ר בלי איו"ע ושט"ו כלל ויפרעו עכ"ה ובנא"ג וכו' כשע"ך שהאמינו לנגיד

הנז' ולב"ך עליהם ועב"ך עכ"ע שט"ז ופרעונו בלי להתחייב שו"ש ק"ו וג"ש לעולם וכו' ובאחריות וכו' כתחז"ל דלא וכו' ונ"ה בקוש"ח גם על הנאמנות ביום ו' כ"ד לאדר א' שנת וישיר"ו בדרכי ה' לפ"ק ושריר וקיים ע"כ נמ"ך וחתו' החה"ש כהה"ר שלמה טאפיירו ז"ל והחה"ש הדה"מ כמהר"ר יקותיאל בירדוגו ישצ"ו ונתקיי' חתי' ומע"ל נמ"ך נפרע מזה השטר דו"ו ק"ם דיגו ארבע מייא ובדקנו אותו ולא נמצא בו כתוב יותר ולראיה ח"פ תמ"ת והכל שריר ובריר ויציב ונכון וקיים: טופס קבלת עדיות וז"ן או"ב בתלת הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר יוסף הכהן בר דוד נ"ע בתע"ג וברורה ובירר עדותו שכל החובות שהיה נושה ה"ר שלמה הנז' בבני קהלינו מיום שנתמנה העד הנז' ממונה על הצבור עד שהוסר ממנויו שמכללם שנת תקל"ב לפ"ק הכל כאשר לכל נפרע בו כה"ר שלמה הנז' בימים ההם עספ"א. שוב בירר בעדותו הנז' שבהיות המלך סי' מו' ר"א בעיר תיטוואן אחר שנת תקל"ב לפ"ק יצא מאמר מן המלך הנז' לה"ר שלמה הנז' לתת לבני קהלינו יצ"ו סך שלשת אלפים מתקאלים מכ"ט והלך המלך הנז' למראכש והלך העד הנז' הוא וה"ר יוסף בהלול נ"ע לעיר לעראייש יע"א ונתן להם הר"ש הנז' הסך הנז' אחר עבור יותר מב' חדשים לדבר המלך הנז' עכס"ע העד הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת בי"ג יום לאלול המרוצה ש' תנחילנ"ה לפ"ק וחתומים כהה"ר חסאן ן' לחסין וכהה"ר ראובן אוחנא: שוב בתלת הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר אלעזר אבן צור בתע"ג ובירר בעדותו שיודע בבירור שהחובות שהיה:

נושה הר"ש הנז' בבני קהלינו יצ"ו כל ימי היות העד הנז' עוסק בצרכי צבור שמכלל השנים ההם היא שנת תקל"ב כולם נפרע בהם הר"ש הנז', עוד הוסיף לברר בעדותו הנז' אחר האיום כראוי באיין כא יערף ידיעה נאמנה שהר"ש הנז' נטל מבני קהלינו עלילות והטלות סכים גדולים אשר לא תמצא ידו די השב חלק ממאה עכס"ע העד הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת בזמן הנז"ל וקיים וחתו' העדים הנ"ל:

וס"ל נמ"ך טופס ק"ע וז"ן אב"א בתלת כחדא הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר זרח פריינטי בר יצחק בתע"ג ובירר בעדותו שיודע בבירור שכל החובות שהיה נושה הר"ש הנז' בבני קהלינו יצ"ו כולם היו מנכסי המלך יר"ה ולזכותו וכולם נפרע בהם מבני קהלינו יצ"ו עספ"א ולא נשאר נושה בבני קהלינו מכל שט"ח שזקף עליהם כלום עכס"ע העד הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת בזמן הנ"ל וקיים. וחתום אני הבא א' וה"ר יעקב מימראן ונתקי' לנו חתי' ולראיה ח"פ תמ"ת וקיים ע"כ נמ"ך וחתו' העדים הנ"ל:

טופס ק"ע אחרת וז"ן בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא ה"ר עזוז ן' דנינו בתע"ג ובירר בעדותו שבימי ירידתו של הר"ש הנ"ב והיה שלם אדהאן נר"ו ממונה על הצבור באותו

זמן עצמו בא הר"ש הנז' והפציר בה"ר שלם הנז' להלוות לו סך מאה מתקאלים מכ"ט ולוה לו משל צבור יען שהיה דחוק מאד והוצרך ללוות הסך הנז' מן הרשא"ד הנז' עכס"ע העד הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת בששה ימים לח' הנ"ב ש' הנ"ב וקיים ע"כ נמ"ך. וחתו' החה"ש כהה"ר מסעוד ארוואח ואני הבא ב' בחיתום ונתקי' לנו חתי' ולראיה ח"פ תמ"ת והשי"ב וקיים, ע"כ נמ"ך, וחתו' העדים הנ"ל שהם החה"ש כהה"ר חסאן ן' לחסין וכהה"ר ראובן אוחנא ונתקיים לנו חתימותיהם בא' מדרכי הקיום ולראיה ח"פ:

וס"ל נמ"ך פס"ד כו"ח וז"ן אב"א השטר הנ"ב עם היות כתוב נגד אותם היחידים הנ"ב נודע מעניינו שהוא על כללות הקהל ואין להיחידים לפרוע כ"א מהקהל ומי שאינו מפורעי המס מאותן היחידים הנז' עצמן אין עליו לפרוע כלום וכעת תבע הר"ש הנז' לקצת מיחידי הקהל בעד כללות הקהל לפורעו במה שנשאר בשטר הנז' וכללות הקהל צווחין ככרוכיא שהשטר הנז' פרוע כודו והמציאו לפנינו העדים הנז' שכולם אינם מפורעי המס והעידו ככל הנ"ב. ואחר התבוננות בכל העדויות נראה שהדין עם הקהל והשטר הנז' בטל, וקודם צריך להודיע שהנה כמה אומדני דמוכחי טובא עד שכמעט יכולין אנו לומר אנן סהדי שהשטר ההוא פרוע שהנה יקרה איחור פירעון השטר מפני ד' ד' דברים. א' אם יכתב זמן פרעון השטר לזמן רחוק יקרה שיתרחק יותר וכיון דאיפליג איפליג, ב' אם תהיה יד הלוה כהה וחלושה יתעצל מלגבות חובותיו לחסרון יכולתו, ג' אם יהיה המלוה עשיר יושב תחת גפנו ואין עליי הוצאית וטיפול כ"כ כי יסתפק במה שתחת ידו ולא ירצה להצטער בגביית החובות, ד' אם יהיה הלוה עני לא ירצה לדוחקו, ובנד"ז אין גם א' מזה א' שהשטר ההוא נכתב לפרוע לזמן קצוב לסוף ג"ח וחצי בדקדוק הימים והקפיד כ"כ על הזמן בי' ימים לסיון ואיך יהיה זה שימתין כ"כ זמן זה לו ך' שנה ובעל השטר המלוה הנז' היתה ידו תקיפא כי היה שר וגדול ונגיד ומצוה במאמר המלך רה"ה ואחרי דבריו לא ישנו והכל סרים אל משמעתו ובדיבורו הקל סורי ואסר וכל הוצאות בית המלך עליו וכל יום ויום הוצאתו מרובה מחבירו והצבור ידוע ומפורסם הוא שאין הצבור עני ואיך ולמה המתין להם כ"כ זמן ולה לחצם ולא דחקם לפרוע סך גדול כזה. הא חדא, שנית שהר"ש הנז' באחרית הימים אחר זמן השטר הנז' בכמה שנים נתפס במא' המלך רח"א לפרוע פרעות סך עצום ונורא שנשאר מממון המלך ונקש כל אשר לו עד שהטיל המלך על קרוביו לפרוע והיה תפוס ביד המלך כמה זמן ואיך ולמה לא זכר השטרות שנושא בקהלות סכים רבים ועצומים שכולם מממון המלך רה"א ולפדות עצמו בהם כי אין לאדם חביב מגופו וכל הנתפסים אין מוצאין שעת הכושר לגבות חובם כ"א בשעת התפיסה שאז יש להם סעד גדול מהמלך לגבות חובם

באין אומר ודברים ועל כגון זה כ' מר"ן סי' ט"ו יש לדיין לדון דיני ממונות ע"פ הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו ואף שסיים מר"ן שהסכימו וכו' שלא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו אלא בראיה ברורה הרי סיים אם העיד אדם יכי' או יסתלק מן הדין כמו שנתבאר עכ"ל והיינו שכתב בסעיף הקודם לו כשהיה רואה הרא"ש באומדנא דמוכח שהדין מרומה היה כותב ונותן ביד הנתבע שאין לשום דיין להשתדל בדין זה וכ"כ בסי' ס"א ס"ח שאין לפסול שטר מפני שלא הוציאו וכו' ואם יראה לו באומדנא דמוכח יכתוב ויחתום שאין לשום דיין להשתדל בדין זה עכ"ל, באופן דמצד האומדני דמוכחי טובא אין להוציא מיד הנתבע שזהו הסילוק מן הדין שזכר הרא"ש שמניחין השטר ביד בעליו ואין קורעין אותו ואין גובין בו וכ"כ הכה"ג בשם הרדב"ז דלהחזיק מה שביד האדם סמכינן שפיר על האומדנא זה מצד האומדנא ומצד הדין ג"כ נראה שהנה לפי עדות א' שאינו מפורעי המס שאחר זמן השטר פרע בידו לזכות בני קהלינו סך שלשת אלפים וכו' ונודע דברי מור"ם בסי' פ"ה בהגה ס"ג שכל כה"ג בעדים אם תבע שטרא דיכול לומר אם אמת שהייתי חייב לך למה לא עכבת בחובך ובאין עדים הוא דיכול לו' האמנתיך במגו אלא שבנד"ז אין אין כאן אלא עד א' והו"ל כעד אחד מעיד שהשטר פרוע זלא איתרע שטרא אלא שמ"מ אם אין מועיל להריע השטר יתוסף על האומדנות שזכרנו ואין גובין בו:

עוד זאת העידו ג' עדים שכולם אינם מפורעי המס ובזמן השטר היו כולם מהעוסקים בצרכי צבור ולא נעלם מהם דבר מדברי הצבור וכולם העידו שכל החובות שהיה נושה בצבור נפרע בהם עספ"א ואף שלא העידו בפירוש על שט"ז כבר רמו אנפשייהו לזכור בכל הדברים שהיה כותב הר"ש הנז' שטרות על הצבור א' לא' ודקדקו בעדותם ונזכרו שלא נשאר להר"ש שום שטר על הצבור שאינו פרוע ואף זו מן התוכחות שהשטר ההוא פרוע שטרחנו עם הר"ש הנז' לברר דבריו מהיכן נתחייב לו הצבור חוב זה וסגר הפתח לאמר שאינו יודע וניכרין הדברים וברוך היודע שחשש פן יכחישוהו על פניו ואע"ג שהשטר בנא"ג כשע"ך הגם שהקהל רצו להביא עדויות להריע הנאמנות לא הנחנו אותם ולא הוזקקנו להם שכבר כתב הש"ך סי' ע' סט"ז ובסי' ע"א ס"ג דהא מהני נאמנות נגד העדים וכו' בטוען להד"מ השטר בטל דהא מ"מ יתבענו הלוה אח"ך וכו' ואפוכי מטרתא ל"ל וכו' וסיים שגם הסמ"ע דעתו כן ע"ש:

והשתא בנ"ד שטען להד"מ העדים מכחישין אותו והשטר בטל גם מפאת שהעידו העדים שיש ביד הר"ש ממון רב שנטל מבני קהלינו היה מקום להריע השטר אלא שאין צריך ודי בזה באופן שמפאת האומדנות הרבים ההם ומפאת העדויות ההם השטר בטל הוא

ולראיה ח"פ בששה ימים לתשרי שנת ולקחת"י אתכם לי לעם וקיים, ע"כ נמ"ך, וחתו' החה"ש הדו"מ כמה"ר יקותיאל בירדוגו נר"ו והחה"ש הדו"מ כהה"ר ברוך טולידאנו נר"ו ונתקיימו לנו חתי' בא' מדרכי הקיום ולראיה ח"פ תמ"ת עכ"ן הטופס וח"ע כהה"ר מימון בירדוגו וכהה"ר מסעוד פאזורילו והכרנו חתימותיהם כראוי והשו"ב ויציב וקיים: בנימין לכרייף יש"ץ נר"ו חסאן ן' לחסין סיט"א דברי החכמים השלימים יש"ץ שכתבו לבטל שטר זה לא חזינא בהו משען ומשענה דחזיא לכתופי עלה לבטלו שאם כוונתם לדונו באומדנא שסומכת דעתם ששט"ז פרוע כדינא דגמ' מלבד דתקנת הגאונים והסכמת אחרונים דהאידנא אין דנין באומדנא עוד זאת דאפי' בדינא דגמרא לא אשכחן לבטל השטר לגמרי באומדנא דהא ג' עמודי הוראה הרי"ף והרא"ש והרמב"ם פסקו כדעת ר"ח דמאי דאמרו בגמ' מרענא שטרא אפומיה וכו' היינו שצריך בעל השטר לישבע קודם שיגבה ומפרש הרא"ש דמיירי בהיכא שיש בו נאמנות סתם דמועיל נאמנות זו בשטר שעד אחד אינו יכול להשביעו ובכה"ג שדעת הדיין סומכת וקים ליה בגוויה דקושטא קאמר אבל לא בכותב שהאמינו כשע"ך יע"ש, הרי דמדינא דגמרא עצמו אין מבטלין השטר אלא רמינן שבועה עליה לברר האמת כי היכי דלודי ודוקא בנאמנות סתם ולא בנאמנות כשע"ך כנ"ד דאפי' שבועה לא רמינן עליה אבל לבטל השטר מקויים באומדנא לה אמרה אדם מעולם, ואם עיקר סמיכותם על העדים מה מועלת עדות העדים בהיכא דאיכא בשטר נאמנות כשע"ך דקי"ל בסי' ע"א סעיף א' ואם התנה עמו שיהא נאמן כשע"ך אע"פ שהביא עדים שפרעו ה"ז גובה ממנו בלא שבועה עכ"ל, ומפשט דברי מר"ן מוכח בהדיא דעסקינן שהמלוה מכהיש את העדים ואומר לא נפרעתי וכדמוכח מראש הסעיף דקתני התנה עם הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו וכו' ועלה קאי ואם התנה שיהא נאמן כשע"ך אע"פ שהביא עדים שפרעו ה"ז גובה וכו'. הרי דמיירי בשהמלוה טוען לא נפרעתי והעדים מעידים שפרעו דבהיכא שהאמינו כשע"ך פסל כל העדים המעידים על הפרעון וכ"כ הסמ"ע בפי' בסי' נ"ח סק"י וז"ל ואם כתב בשטר דהאמין למלוה כשע"ך אפילו נותנו לו בעדים נאמן לומר סטראי נינהו דהא אפילו בלא טענת סטראי נאמן להכחיש העדים המעידים על הפרעון ואינו יכול להוציא מידו דהמלוה אף אחר שישבע עתה בפני עדים כמ"ש הטור והמחבר ברס"י ע"א יע"ש הרי דדייק הסמ"ע מריש סי' ע"א כמו שנראין פשט דברי מר"ן דמיירי שהמלוה טוען לא נפרעתי ונאמן להכחיש העדים שמעידין על הפרעון ועוד כתב הסמ"ע שכן מוכח מדברי הטור והמחבר בסעי' ג' מסי' ע"א דדוקא אם יש עדים שהודה בפניהם שנפרע שט"ז מהני נגד הנאמנות ולא בענין אחר: הרי מבואר דדעת מר"ן וסמ"ע דעסקינן במלוה טוען לא

נפרעתי ואפי"ה נאמן להכחיש העדים מטעם דכתב לו כשע"ך. ואנן מה נענה אבתרייהו לחלק כמו שחילק הש"ך דבטוען לא נפרעתי ולהד"מ אינו נאמן להכחי' את העדים וכ"ש שבנ"ד יודה הש"ך שהרי עיקר דבריו אמורין בסי' ע' סקט"ז וז"ל ואפי' בנאמנות גופיה שהאמינו כבי תרי כל אימת דאמר לא נפרעתי הדבר ברור דכשטוען המלוה להד"מ אינו נאמן נגד ב' עדים שהרי בע"כ יחזור וישלם לו אחר שיפרעם כי יתבענו ויאמר לו תן לי מה שנתתי לך מעות והרי כאן עדים וכו' ומה ישיב על הקבלה שהרי אמר להד"מ וע"ז הוא מוכחש בעדים והוא לא האמינו אלא לענין פרעון ולא לכל שאר עניינים וא"כ אפוכי מטרתא למ"ל עכ"ל מוכח מדבריו דמיירי בהאמינו כשע"ך ולא התנה עליו שיהא נאמן בלי שו"ש וג"ש לעולם דאז הוי דינו לתובעו מפני שפרעו ב' פעמים כדאי' בסי' ע"א ס"ה אבל בהיכא שהתנה עליו כנ"ד שכתב בלי ג"ש לעולם אינו תובעו לעולם אפי' אחר הפירעון ואין כאן הפוכי מטרתא ועוד דהש"ך דייק בדבריו והוא לא האמינו אלא לענין פרעון ולא לכל שאר עניינים ולפ"ז בנ"ד שכתוב בשטר על כל ענייני שט"ז ופרעונו יודה הש"ך שהרי האמינו לענין פרעון ולשאר עניינים הרי דלכ"ע בהיכא דהתנה שיהא נאמן כשע"ך עכ"ע השטר ופרעונו בלי לחיי' שו"ש וג"ש לעולם כנ"ד אפי' הביא הלוה עדים כשרים ונאמנים בלתי שום הכחשה אינם כלום ונאמן המלוה להכחישם בדיבורו הקל מכח התנאי וכ"ש שהעדים המעידים בזה הם מוכחשים אם עדות ה"ר יוסף הכהן שהעיד שכל החובות שהיה נושה הר"ש בבני קהלו מיום שנתמנה על הצבור עד שנסתלק כולם פרועים ישנה בהכחשה שהרי המציא לנו הר"ש ק"ע שבעת שנתמנה נגיד ה"ר אלעזר אבן צור נסתלק יוסף הנז' והמציא לנו שטר מנויו של אלעזר הנז' שנתמנה בי"ג באדר תקל"א ולפ"ז הוי סלוקו ממינויו קודם חיוב השטר הנז' שזמנו כ"ד באדר א' תקל"ב והוא מעיד על החובות שהיו קודם סלוקו ומה שהעיד שמכללם שנת תקל"ב הרי הוא מוכחש ועומד גם מה שהעיד שאחר שנת תקל"ב יצא דבר מלכות להר"ש הנז' לפרוע לבני קהלו ג' אלפים מתקאלים הרי המציא הר"ש כת"י המקבלים הסך הנז' מאתו ומכללם ה"ר יוסף הכהן שקבלו הסך הנז' מהר"ש הנז' בך' יום לח' אדר התקכ"ז והרי עדותו מוכחשת גם בזה ואינה כלום וגם במה שהעיד שהר"ש היה נוטל מבני קהלו עלילות והטלות וכו' הרי יש עדים כשרים ביד הר"ש שלא היה מטיל שום הטלה ועלילה ואדרבא משתדל היה בהצלתם וגם אנחנו יודעים יושר נמיכות האיש הנז' במקום גדולתו והיותו דורש טוב לעמו שכמה פעמים עמד בפרץ בהצלת בני קהלנו קהל צפרו בלתי שום הנאה וקבול שכר כלל וכ"ש שיטיל הטלות חלילה. גם עדותו של ה"ר אלעזר אבן צור אינה כלום. חדא שהוא עצמו מהמחוייבים בשטר הנז' וכו' ומה מועלת עדותו על עצמו כלום

יש אדם שמעיד על עצמו והגם שהחכם הפוסק בהצעה כתב שמי שאינו מפורעי המס מהמתחייבים בשטר אין עליו לפרוע כלום סוף סוף מי מוציאו מיד הר"ש שהרי מחוייב ועומד הוא להר"ש וחוזר ותובע מהקהל ואם לא מצאה ידו יפרע מנכסי עצמו: ומה גם שעדותו מוכחשת שהרי בשטר מנויו מוכח שנתמנה בי"ג באדר תקל"א והעידו העדים שנסתלק תוך שנתו וא"כ זמן השטר שהוא כ"ד באד"א תקל"ב הוא אחר סילוקו ושקר העיד שמכלל שנות מנויו היתה שנת תקל"ב ומה גם שהמציא לפנינו קב"ע משני עדים שהעידו שסמוך לפטירת מאריה דאתרא מוהר"ש טולידאנו היה גובה מהקהל ושולח אל הר"ש הנז' לפ"ז אין כאן מקום לשום אומדנא ולא לדברי העדים [ומשום שהחכם הפוסק הטמין ברמ"ז וכתב שיש ביד הר"ש ממון רב מבני קהלו, הרי המציא לפנינו קב"ע מב' עדים שמעידים על יושר נמיכות הר"ש הנז' והיותו דורש טוב לעמו כל זמן היותו נגיד על ישראל וגם אנו יודעים את האיש ואת שיחו ויושר הנהגתו ורחמנותו שהיה מתנהג עם בני קהלנו וכמה פעמים היה עומד בפרץ להצלתם ומעולם לא תבע מהם כלום. הנלע"ד כתבתי:

הצעיר שאול ישועה בכמוה"ר יצחק ז"ל אביטבול ס"ט טופס כת"י וז"ן אנא לכאתמין לספיל סהדין עלא נפוסנא באיין קבדנא ענד ה"ר שלמה ן' וואליד נר"ו סך תלת אלף מתקאל דרהים לכסאווי די כאן סידי אלאה ינצרו עטאנא חנא ויהוד פאס וכא נלזמו נפוסנא באיין נעטיווה' לסידי אלאה ינצרו וואקת מא אמרנא נכלסוהא והאד ליסתלזם די תלזמנא באדין כותנא די סאפדונא ועלא קד האד אסי חק באיין נסתלזמי ביה לסידי אלאה ינצרו וקבדנאה ענד ה"ר שלמה ן' וואליד נר"ו וחנא כא נזלו ידינא פלעראייס למבארכא יום ה' עשרים באדר א' שנת התקכ"ז ליצירה ע"ה עכ"ל, וחתום הי' יוסף הכהן והי' יוסף בהללול, וס"ל נמ"ך הנפק כתבא דנא קדמנא אנן בי תלת דתרי מינן חתימי הכא לתתא ומדאתבריר לנא דדא איהי חתי' ידוהי דה"ר יוסף הכהן דחתים הכא לעילא אישרנוהי וקיימנוהי כדחזי וח"פ תמ"ת וצ"ל שיוסף הכהן הנז' הוא בר דוד והשו"ב וקיים עכ"ל, וחתו' החכמים השלימים כהה"ר בנימין לכרייף נ"ר וכהה"ר חסאן ן' לחסין נ"ר החתו' מעבר לדף ונתקיימו לנו חתי' בא' מדרכי הקיום ולראיה ח"פ תרי מגו ג' וקיים: שמואל אברהם בן זמרא סי"ט שמואל אלבאז בכהה"ר רפאל משה סי"ט:

סימן סה

ביען שה"ר מכלוף ן' סאלם זה כמה והוא נשוי עם הכבו' מסעודא בת סלימאן ה"ן רבוח שנשאה בכתובה למנהג הקאשטילייאנו"ש ועל של עתה עמדו לפנינו הבעל ואשתו

הנז' מוסכמים בעצה א' והומונייא א' והע"י ע"ע בקש"מ בדל"ב וגם נשבעו שניהם ש"ח בתקיעת כף והזכרת השי"ת כראוי מחמת שרצו ברו"ן הפשוט ובהש"ד ובטלו התנאי שהתנו בשטר כתובתם הנז' להתנהג ע"פ מנהג ותק' הקאשטילייאנו"ש ביטול גמור וכמאן דליתיה דמי דלא למידן ביה ודלא למילף מיניה מידי וחידשו עכשיו בכח הקוש"ח הנז' תנאי מחודש שיהא מוחזק ומקויים ביניהם כתנאי בני גוב"ר והוא שאם תפטר האשה בחיי הבעל הנז' שלא יטלו יורשיה זולת סך עשרה אוקיות מכ"ט לכל א' וכל שאר הנכסים שימצאו לו ולה בעולם באמ"ץ קרקע וטלטל וכל מאי דמתקרי נכסי הכל יזכה בהם הבעל הנז' ואין לזרים אתו. וכן אם נפטר הבעל בחיי אשתו הנז' שלא יטלו יורשיו זולת סך עשרה אוקיות לכל אחד וכל שאר הנכסים שימצאו לו ולה בעולם באמ"ץ קו"ט וכל מאי דמתקרי נכסי הכל תזכה בהם האשה הנז' ואין לזרים אתה והרי התנאי הראשון שקבלו עליהם בשטר כתובתם להתנהג ע"פ תק' הקשטי' בטל ומבוטל מעיקרו וכאלו לא היה כלל שהרי מחלוהו ובטלוהו ביטול גמור בקוש"ח כראוי וכמאן דליתיה דמי ואין לדון אלא על תנאי הזה האחרון שחידשו בפנינו וכגו"ד צריך לאודועי שכל זה עשינו בהמלכת ב"ד וחקרנו ודרשנו היטב שמא יש לאשה צד אונס מבעלה או לבעל צד אונס מאשתו ונתברר לנו בירור גמור שברצונם הטוב עשו זאת לעשות נח"ר לעצמם מחמת שנפשם יודעת מאד שהבנים שיש להם אין מפקחין ואין משגיחין עליהם בשום אופן בעולם ומהאי טעמא אף כי הוכחנו אותם על אעבורי אחסנתא משם המו"ץ עכ"ז ניחא להו בתקנת עצמם טפי ולהיות שהבעל הנז' מוטל על ערש דוי הוצרכנו להודיעם שאף שיעמוד מחוליו לא יתבטל התנאי המחודש שחידשו ביניהם ואדרבא התנאי הא' בטל והתנאי הזה שחידשו בפנינו יהיה קיים עליהם לעולם ולראי ח"פ בהסכמת בדי"א והי"ז בד' ימים לחדש תמוז ש' ה"א ותקמ"ו ליצי' וקיים וחתום כראוי) וזה מה שפסק מו"ץ החה"ש הדו"מ כמוהה"ר שאול ישועה אביטבול י"א:

אחר שנתרפא הבעל הנז' ויחי מחוליו ועמד על בוריו חלתה האשה הנז' ומתה בחוליה בחוה"מ של סוכות משנת הו"א יירש"ך ליצי' ועמדו בניו שממנו וממנה לערער על הסילוק הנ"ל שסילקו אותם מהירושה ולא הניחו להם זולת סך יו"ד אוקיות לכ"א כנ"ל באומרם דלאו כל כמינה של האשה לזכות לבעלה להפקיע זכות יורשיה שיורשים מן התקנה וע"ז עלתה צעקתם לפני ודקדקתי לשון הסילוק והגיתי בכל פעליו וראיתי בניינו בנין אמת וקיים לעד ודברי בניהם מהבל ימעטו שהרי הסילוק הנז' עשוי כהלכתו בנוי ומשוכלל ע"פ תנאי התקנה אחת לאחת. והוא שבתק' ש"ש שס"ג נתקן מלפני רבותינו נ"ן שאין אשה מפקעת זכות יורשיה אם לא תהיה הפקעה בהסכמת ב"ד

של ג' ובהסכמת ורשות מי שי"ל זכות בירושתה ושוב חזרו בשנת שס"ה ותקנו דלא בעינן הסכמת יורשיה ומציאותם וסגי בהמצא לשם חכם מן הנמנין לדין להפקיע זכות יורשיה ולא בעינן ב"ד של ג' ולא סגי בלתי מציאות חכם שהרי שנה עליו הכתוב לעכב בתקנה ש"ש שס"ו שהצריכו מציאות חכם להוכיחה על אעבורי אחסנתא ויעידו עידי הצוואה על מציאות חכם ועל התוכחת וכן נמי מוזכר בתקנת יג"ן לפ"ק אלא שבדורות האחרונים הנהיגו החכמים שאפי' לא יהיה חכם מצוי שם סגי בשילך א' מן הסופרים אל החכם ויסכים כמ"ש אצלנו בנימוקי הרב מוהר"ר יעקב אבן צור זלה"ה והכי נהוג בכל בתי דינין שבמערב הנמשכים אחר תקנת המגורשים זלה"ה וממשמעות התק' ש"ש שס"ג משמע שצריך ביטול תנאים וחידו' תנאים אחרים שזה לשון התקנה בענין אשה המכנסת נדוניא מנכסיה שאשה כזו רשאה למחול כתובתה ותנאיה ולבטלם ולחדש תנאים אחרים עם בעלה כח"ור שלא בפני קרוביה ושלא בהסכמת ב"ד עכ"ל, נשמע משם דלא בא אלא לחדש ולתקן בשאר נשים הסכמת ב"ד וקרובים ובזו לא הצריכו אמנם ביטול תנאים וחידושי תנאים כדקאי קאי אפי' בזה דלא תקינו בה מידי שהרי מעיקר הדין מיצרך צריכי ובתקנה ש"ש שס"ה השוו מדותיהם בכולהו נשים והכלל העולה בידינו שאין אשה מפקעת יד יורשיה זולת ע"פ התנאים הללו דבעינן מציאות חכם או הסכמת לסופר ותוכחת על אעבורי אחסנתא וביטול תנאים וחידושי אחרים תחתיהם, ומצינו שהדבר מפורש היטב בדב"ק של הרבנים המובהקים מוהר"ר שאול סירירו זלה"ה ומוהר"ר יעקב אבן דנאן זלה"ה בתשובתם הרמתה לכמוהר"ר חנניה ארובאש וז"ל דע שיש תקנה בידינו שרשאה האשה להפקיע מיד יורשיה ע"י מחילה וביטול שתודה לבעלה משטר כתובתה בקו"ש אפי' מחוליה שממנו תפטר לב"ע רק בתנאי שימצא חכם מהנמנין לדין בעת ההיא שתודה המחילה אפי' בבריאותה להוכיחה על אעבורי אחסנתא וצריך שיעידו עידי המחילה שנמצא שם חכם פ' שהוכיחה על זה ולא קבלה וגם בתנאי שיחדש לה הבעל כתובה אחרת לאלתר ע"פ התנאים שיחדשו ביניהם ואם היתה המחילה בחוליה שממנו נלב"ע צריך שיעידו עדיה שהודיעוה שאע"פ שתקום מחוליה לא תתבטל המחילה ההיא ולא סגי בלי חידוש כתובה לאלתר משום דאסור לשהות וכו' וסיים שאפי' קנו מידה ונשבעה לקיים וכו' והיה שם חכם מצוי לא מהני לקיים המחילה וכו' הואיל ולא חידש כתובה אחרת ע"ד הנז' לאלתר אחר שהודית המחילה בפני חכם עה"ד הנז' זה לשון הרבנים השייך לענייננו ונר' דכל התנאים הללו איתנהו בנ"ד שהרי איכא הסכמת חכם בתוכחת ומחילה עולמית מחילת בריא וביטול תנאים וחידושי אחרים תחתיהם ואע"ג דבדברי הרבנים משמע דבעינן ביטול כתובה

עצמה ותנאיה וחידוש אחרת לאלתר ע"פ תנאים החדשים ובנ"ד ליכא אלא ביטול תנאים וחידושי אחרים תחתיהם הא ודאי ליתא דדא ודא חד הוא שכל עצמם לא באו אלא לבטל התנאים הראשונים ולחדש אחרים תחתיהם ואנן ניקו לבטל עיקר כתו' מוקדמת ולעשות אחרת תחתיה מאוחרת זה לא יעלה על הדעת אלא שהרבנים אורחא דמלתא דהוו נהיגי בני דורם הוא דנקטי כמו שמבואר בתקנה של שנת שס"ג וז"ל הפירו ברית האחוה וכו' בעשות ידיהם תושיה למחול ולבטל הכתובה ההיא לבעל ולחדש אחרת כדי להפקיע יד יורשיה וקרוביה עכ"ל:

הרי דדבר זה אינו מתקנת חכמים רק בני הדור היו עושים דבר זה לעצמם: ותדע שכן הוא שהרי בסוף התקנה שהוציאו אשה המכנסת נדוניא מנכסיה כתבו שרשאה למחול כתובתה ותנאיה ולבטלם ולחדש תנאים וכו' מדנקטו לחדש תנאים ולא כתב ולחדש כתובה ותנאיה מכלל דברישא דנקט למחול כתובתה אינו על עיקר כתובה אלא על תנאי כתובה והה"נ היכא דבטלו כתובה ותנאים שצריכים לחדש אחרת לאלתר משום דאסור לשהות וכו' כמבואר בדברי הרבנים ומינה דאי לא בטלו עיקר הכתובה ולא בטלו רק התנאים לחודייהו דאין כאן משום אסור לשהות וכו' לא איצטריכו לחדש אחרת והדבר מפורש אצלי בתשו' שאלה שהשיב הרב הגדול מוהר"ר יהודה ן' עטר זלה"ה לכמוהר"ר דוד ן' שטרית וכמוהר"ר שמואל ן' חותא זלה"ה וז"ל אם באו לחדש תנאים באופן החלוקה ליורשים צריך לבטל התנאים הראשונים ולומר כך בזה"ל בפנינו ח"מ בא פ' ופלונית והפקיעו ומחלו זל"ז ובטלו תנאי כתובה הראשון ולא ידון מהם הדין כלל וזה תוקף התנאים שהתנו וחידשו ביניהם וכו' בין ע"ג כתובה בין בנייר אחר ומעולם לא שמעתי מפי מורי הכ"מ דבר זה שיצטרך לכתוב דוקא ע"ג הכתובה ואדרבה כמה פעמים בא מעשה כזה ולא היה מצריך כי אם הביטול ותו לא מידי עכ"ל הרי דביטול תנאים וחידוש אחרים תחתיהם הוא דצריך ולא ביטול כתובה אלא שאם בטלו גם הכתובה יצטרכו לחדש כתובה אחרת לאלתר משום דאסור לשהות וכו' אפי' שעה א', ובר מן דין עיקר התקנה שהצריכו כל התנאים למחילת האשה לבעלה הוא משום שפעמים היא כאנוסה מבעלה ובהמצא לשם חכם אפשר שיש תיקון בדבר כנז' בתקנת ש"ש שס"ה ובנ"ד לא שייך אונס שהרי בנ"ד הבעל הוא שהיה מוטל על ערש דוי והיא היתה משתדלת לעשות זה להנאת עצמה שאם יפטר מאותו חולי לא תחלוק עם בניה ובההיא הנאה שעשה לה הבעל עשתה לו גם היא הנאה כנגדה ואחר שזה נהנה וזה נהנה הוא מה אונס שייך בזה וטעם דאונאת קרובים הנז' בתקנת ש"ש שס"ג נמי ליתא בעושה להנאת עצמה, ועוד דטעם זה לא שייך בבניהם אשר ילדו דמה אונאה יש להם בשלא

יאכלו מנכסי אביהם דדוקא התם גבי מעניק הנדוניא שייך אונאה בראות זרים אוכלים חילו וכו', וכ"ש לא שייך בנ"ד זה כלל דכיון דשניהם עשו תקנה לעצמן והשוה הכתוב אשה לאיש וכי היכי דלגבי האיש רשאי לסלק יד יורשיו דליכא שום תקנה שמעכבתו על זה ה"נ לגבי אשה לא תעכבנה התקנה מלעשות הנאת עצמה ועוד דלא נזכר בתקנה זולתי אשה המוחלת לבעלה או לזולתו דתק' בעלה איכא ותקנת עצמה ליכא להכי תקנו להצריכה כל התנאים אבל בהיכא דהבעל והאשה בטלו התנאים הראשונים וסיללו יד יורשיהם וחידשו אחרים להנאתם אינו מפורש בתק' וקי"ל כל דבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על ד"ת כדאי' בא"ה סי' קי"ח ס"ו ומן הדין ביטול גמור לתנאים הרא' בקושח"ך וסילוק יד היורשים אפי' אם היה בהיפך שמת הבעל שהם יורשים גמורים הרי איכא קיום הירושה בכל דהו ותוכחת על אעבורי אחסנתא דבהכי סגי כפי הדין. ואפי' אם היה הדבר מוזכר בתקנה אלא שיש צדדין לכאן ולכאן אף שהספק שקול מחזיקינן הכל בחזקת הבעל כדכתב מר"ן הקדוש בתשו' סי' ט' וז"ל וכ"ש בדבר תקנה הבא להפקיע ירושת הבעל שבכל ספק שיפול בדבר יד הבעל על העליונה שהוא מוחזק והוא היורש מן הדין והבא להוציא מתחת ידו מכח התקנה ידו על התחתונה דלעולם מייפין כח הזוכה מן הדין עכ"ל, נלמד מדבריו דכל מה דמצינן לאוקומי הירושה ביד הבעל שהוא היורש מן התורה מוקמינן וא"כ קם דינא שאין לבנים הנז' ליטול כלום מירושת אמם זולתי סך עשרה אוקיות כ"ט הנז' בשטר הסילוק ולאמו"ק ח"פ צפרו בח' כסלו שנה הנז' ושו"ק:

שאול ישועה ס"ט:

סימן סו

עמדו לפני לדין חנה אל' הר' יוסף אסודרי תובעת לעלו אל' ה"ר יעקב אביטבול והוציאה ב' שטרי עיסקאות נגד בעלה ה"ר יעקב הנז' כנהוג פה בנכסי אלמנות שעושים שטר עיס' לשליש ולרביע והבחירה ביד המקבל לתת חשבון השותפות או ליתן בעד הריוח סך רביע אוקיא לכל עשרה אוקיות בכ"ח וכשם שהם בריוח כך הם בהפסד ואחר עבור עידן ועידנין נאספו כל ב"ח של ה"ר יעקב הנז' וסידר נכסיו וכתבנו ע"ג שטרי העיסקאות שהיו נגדו מנכסי יתומי' ואלמנות לבטל הריוח מכאן ואילך דכלא קרנא וכן כתוב ע"ג הב' שטרות שהמציאה נגדו חנה הנז' ובצירוף הריוח שעבר ע"פ חשבון הבחירה הנז' עלה סכום השטרות קרן וריוח לסך ע' אוקיות ותחת דקדוק החשבון כתוב שנכנסה אשתו ע"ק בהשטרות הנ"ל ותחת חיוב הערבנות כתוב כבר נתפשרה סאעדא אשת יצחק

בטאן מכח ההרשאה שבידה עם ה"ר יעקב הנז' ככתוב ע"ג שטר ההרשאה ונומיתי לה הרי כאן ביטול השטרות ושוברם בצדם והמציאה לפני שטר ההרשאה שהרשית חנה לסאעדא הנז' לדין הן לפשרה הן למחילה ותחת ההרשאה כתוב השטר פשרה שהציע הסופר שהוציאה נגד הרי"ע הנז' הב' שטרות שעלה סכומן לסך ע"ם ונתפשרו בסך מ"ם ה"ם ליתן מדח"ב הסך שקצבו לו ואם לא עמד בבריתו לפרוע הסך שקצבו לו שחוזרים השטרות בתוקפם:

ואחר ההתבוננות בענין השטרות הנז' פטרתי אלמנתו עלו הנז' מהערבנות. חדא ממה שלמדתי מתורתו של משי"ח ובית דינו הצדק הרב הגדול מוהר"ר מתתיה זלה"ה והחה"ש כהה"ר שמואל אבן צור בתשובתם הרמתה שהשיבו אלי בנדון דוד ן' שטרית עם יורשי יצחק אסחראווי שהיה ערב לאביו בשטר עיסקא שהיה ליצחק הנז' נגדו וז"ל הזך והטהור הנה יש מקום לפטור יורשי הלווים מהאי טעמא וכשנפטרים היורשים נפטר הערב והוא שבנד"ז נתחייבו הלוים הנז' לחלוק עם המלוה כל הריוחים שירויחו ממקום אחר זולתי העסק הנז' כמו שמבואר בלשון השטר וכשם שחולקים בריוח כך חולקים בהפכו וכיון שכן אפי' אם היה המלוה קיים אינו גובה מיורשי הלווים אפי' חלק המלוה דאנן טענינן ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למיטען וכיון שאלו היה אביהם קיים היה יכול לטעון שהפסיד הפסד מרובה במקום אחר עד כדי שעולה למלוה בחלקו בהפסד כנגד כל הקרן בין חלק המלוה בין חלק הפקדון אנן נמי טענינן להו הכי ואינו יכול לגבות מהיתומים כלום וכיון שהם פטורים גם הערב הנז' פטור דדין אחד להם דמה שכתב מר"ן בסי' ק"ח ס"ד דהחצי מיהא גובה בשבועה התם איירי שלא נשתתפו כ"א באותו עסק דוקא לא בזולתו שאפי' אם היה מפסיד הכל או נאנס הכל אינו מנכה לו כ"א החצי של פקדון. אבל בנד"ז שנשתתפו בכל הרוחים דעלמא זולת העסק הנז' יכול לטעון החזרתי הכל במגו שהפסיד הפסד מרובה שעולה למלוה בחלקו כנגד כל הקרן הכתוב בשטר ואנן נמי טענינן להו הכי כאמור ונפטרין היורשין וגם הערב הנז' כאמור עכ"ל: והוא ממש נדון דידן שכתוב בשטרות במעות הנז' וזולתן וחילופיהן וח"ח וכשם שהם בריוח כך הם בהפסד א"כ נפטרה מהערבנות עלו הנז'. ובר מן דין השטרות בטלין ואזלא ליה שעבודייהו מכל וכל הן לענין לטרוף מזמן השטרות שהרי שוברם בצדם והעיקר הוא שטר פשרה שלא נכנסה אשתו ערבנית בו דקי"ל גבי כתובה בא"ה סעיף י"ד הוציאה ב' כתובות אם ב' שוות בטלה האחרונה את הראשונה ואינה טורפת אלא מזמן האחרונה ובח"מ סי' ר"מ בשני שטרי מכר ביטל הב' את הא' יע"ש, ואע"ג דגבי שטרי חוב קי"ל בסי' ק"ד סי"ב מי שהוציא ב' שט"ח גובה שתיהן וכו' ולא אמרינן ביטל

הב' את הא', התם הוי טעמא כמ"ש הסמ"ע דיכול לומר דיזיף ב' פעמים, ובנ"ד דליכא האי טעמא אמרינן ביטל הב' את הא', ואע"ג דכתב שאם העביר המועד ולא פרע בזמנים שקצבו שחוזרים השטרות לתוקפם אינו כלום דמי יימר שלא פרע בזמנים כדי לחוב לערב ואפילו את"ל שלא פרע אנו אומרים דמה שכתב שחוזרים השטרות לתוקפם היינו לגבות כל סך ע' אוקיות דלהכי טרח הסופר בהצעה לכתוב שסך השטרות ע' אוקיות שאם לא פרע סך מ"ם ה"ם לזמנים שיפרע כל הסך מושלם. ואם איתא לא הי"ל לסתום והו"ל לפרש שיחזרו לתוקפם לטרוף מזמן ראשון ולחיוב הערבנית הנז' וכיון שהדבר סתום ומסופק לא מפקינן ממונא מספיקא. כלל העולה שהערבנית פטורה מהכל אפי' מהקרן כאמור וכ"ש מהריוח שאנו נוהגים שהנפטר אין יורשיו נותנים ריוח כלל דמי יימר שיש ריוח אפי' בנכסי יתומים שקרובים לשכר וכו', ולראי' ביד האל' חתמתי' בח' זו תקמ"ט:

שאול ישועה ס"ט:

סימן סז

טופס פס"ד כדי לשולחו לעיר אחרת וז"ן או"ב תב"ת באו לפנינו קצת מבני חברת אסקליין קא תבעי דינא לנפשייהו הם אמרו כי שמעו דבר'ת רבים מגור מסביב שרוצים ליכנס בגבולם להשיג את גבולם להוסיף עליהם על הסך שפורעים מדח"ב בעד אסאק'א של אסקלי בכלל למסאהרא הקצובה על בני קהלנו ישצ"ו ובקשו זאת מידינו לכתוב ולתת בידם שורת הדין. ולכן נזקקנו לתביעתם לכתוב ולתת בידם משהד"ן להיות להם למשמרת לאות שאחר שהאלסאק"א הנז' היא מכלל אלמסאהר"א כאמור והאלמסאהר"א הנז' במקומה עומדת שאין הקהל פורעים ליר"ה בעד אלמסאהר"א הנז' כי אם כפי מה שהיו פורעים בתחלה מקדמת דנא ולא יותר א"כ גם אסאק"א הנז' תשאר בחזקתה כאשר בתחלה ולא יותר ואין שום א' מבני החברה הנז' או זולתם רשאי להוסיף על האלסאק"א הנז' ולקפח פרנסת בני החברה הנז' ואם מחמת המשא הכבד שהוטל על הקהל ורוצים להקל מעליהם ע"י התוספת שיוסיפו על האלסאק"א הנז' הרי בני החברה הנז' גם הם פורעים חלקם במס כפי הערכתם ולמה תלקה מדה"ד כנגדם לפרוע בכפלים חטאת הצבור והיחיד וכל המשיג את גבולם וגורם להם שום פסידא ודררא דממונא עתיד ליתן את הדין שיורד עמהם עד לחייהם וקא פסיק לחיותייהו וחייב לשלם להם כל מה שיוסיפו וכל מה שיפסידו ע"י גירי דידיה ולשומעים ינעם ועליהם תבא ברכת טוב, ולראיה ח"פ פאס יע"א בחדש סיון משנת וחמ"ת המל"ך שככה ליצירה עכ"ל וח"ע

החה"ש הדו"מ הרב המובהק כמוהר"ר אליהו הצרפתי נר"ו והחה"ש הדו"מ כמוהה"ר מתתיה סירירו זלה"ה והכרנו חתי' כדחזי ולראיה ח"פ בח' אלול המרוצה מש' תקמ"ז לפ"ק וקיים וחתו' ע"ז החה"ש ודיין כהה"ר רפאל דוד אבן עטר נר"ו והחה"ש כהה"ר יוסף אשרקי נר"ו וקיים:

וס"ל נמ"ך וז"ן יוספים אנחנו לבאר באר היטב מ"ש לעיל דכל המשיג את גבולם וגורם להם שום פסידא ודררא דממונא עתיד ליתן את הדין שיורד עמהם עד לחייהם וקא פסיק לחיותייהו וחייב לשלם להם כ"מ שיוסיפו וכל מה שיפסידו ע"י גירי דידיה ומה שאנו צריכים להוסיף ולבאר הדברים האמורים הנז' אע"פ שהם פשוטים לחכמים ונבונים דהיורד לאומנות חבירו יש לו דין מוסר מחמת הרגל לשונו והוו גירי דידיה ומשום דפסיק להו לחיותייהו מ"מ הוצרכנו עוד לבאר באר היטב משום דרבו הטועים בזה שהמוחזקים למסור יחיד ורבים הם אומרים בפה מלא בפומבי דשרי להו לירד לאומנות חבריהם ולקנות מלאכת האלסקלי מאת השררה יר"ה יען וביען שאין זה אלא מניעת הריוח ומניעת הריוח בכה"ג אינו ממון ומורים התיר לנפשם בדמיונם דמיון כוזב בזה למכירת עזר הבשר ומים שרופים וכיוצא שמוכרין אותם עד שיפסקו המוסיפין והמוסיף הוא הזוכה במקחו א"כ אף זו כאחת מהם דמאי שנא, והם לא ידעו ולא יבינו מ"ש מר"ן בסי' קנ"ו קא פסיק לחיותייהו היינו על מניעת הריוח העתיד לבא אח"ך כשבא אחר וירד לאומנותו של חבירו ואפסיקיה לחיותייהו כמו שמבואר גבי בר מתא אבר מתא דמצי מעכב משום דפסקי לחיותייהו ואבר מבואה אבר מבואה דנפשיה דהא מחלוקת בברייתא דת"ק סבר דלא אמרינן ביה פסיקת חיות ורשב"ג סבר דאית ביה פסיקת חיות והיינו דאמר ת"ק ולשכני אינו כופהו ורשב"ג סבר דאף לשכנו כופהו ובר מבואה אבר מבואה אחרינא דבעי בה רב הונא בריה דרב יהושע אי אמרינן ביה פסיקת חיות אם לאו ועמדה בתיקו. וקי"ל דכל תיקו דממונא הוי חומרא לתובע וקולא לנתבע, וכן מההיא דכתב מר"ן שם בס"ז וז"ל הסוחרים שמביאים סחורתם למכור בתוך העיירות בני העיר מעכבים עליהם מלמכור יד על יד כדרך החנונים משום פסיקת חיות ומשום דהכא יש ריוח פרטי לבני העיר כשמוכר על יד על יד יותר ממה שמוכרים בב"א ואמרינן ביה דמצי מעכב על בני עיר אחרת הבאים לשם משום דפסקי לחיותייהו, אלמא דפסי' חיות המוזכר ביורד לאומנות חבירו דאפסיקיה לחיותיה הוי מניעת הריוח העתיד לבא והוא מונעו ממנו דחשבינן ליה ממונו הוא וכאלי בא לידו והמונעו ממנו הוי גזלן וה"נ ביורד לאומנות חבירו ואפסיקיה לחיותיה שמונעו מהריוח העתיד לבא לידו שכבר החזיקו בו האומנים נק' מוסר מחמת הרגל לשונו וגירי דידיה הוי הואיל והאומנים הורגלו בו

והחזיקו בו חשבינן ליה כאלו בא לידו וממונו הוא דהתם בסחורה שהחזיקו אנשי העיר דלא אמרינן בהו דפסיק לחיותייהו כ"א הבא מעיר אחרת הוא משום דהחזיקו בו כל אנשי העיר אבל הכא שלא החזיקו במלאכה הנז' כ"א קצת מבני העיר הו"ל האיש הבא לירד לאומנותם אפי' הוא בין עיר כדין הבא מעיר אחרת שהרי היא קנויה בידם מאת השררה בסך קצוב בכ"ח והאיש הלזה אשר הוא בא להוסיף עליהם ע"י השררה בתוספת סך מה על קצבתם שהם נותנים בכ"ח ודאי פסיק חיותייהו הוי שאומר להם אם יתעסקו במלאכה כפי התוס' אשר הוסיף עליהם במלאכה הנז' על סך הקצוב בידם מה טוב ואם לאו לא יתעסקו במלאכה ההיא כלל ועיקר וברור שהוא נק' מוסר וגזלן וחייב לשלם במיטבא כל מה שיוסיף עליהם הוא והריוח שנטל מהם והכל בעמוד והחזר קאי דחשבינן להאי רוחא כאלו הוא מטי לידייהו והוי ממונם והוא מפסידם בידים דלא נחלקו רבנן ורשב"ג בההיא ברייתא מטעם פסיקת חיות דהיינו בר מבואה אבר מבואה דנפשיה וכן בר מבואה אחרינא אבר מבואה דאיבעיא ליה לר"ה בריה דרב יהושע אלא התם דבאים בני המבוי לעשות גם הם מלאכה בלי שום קניה ובלי שום תוספת כלל אלא להיות במלאכתו עמו דלרבנן דס"ל דאינו כופהו דהיינו אינו מעכב עליו טעמא הוי כמ"ש בגמ' משום דאמ"ל אתה עושה בשלך ואני עושה בשלי ולכך איפסיקא הלכתא דשרי ליה לאחד מבני העיר שיתוסף על בני אומנות ויעשה מלאכה ולא אמרינן ביה פסיקת חיות וכת"ק דרשב"ג משום דא"ל אתה עושה בשלך ואני עושה בשלי כההוא דאוקי ריחיא ואתא חבריה ואוקי ריחיא גביה ומשום דלא הוסיף דמים על בני אומנות ולא קנה שום מקנה אחר אלא רצה לעשות מלאכתו גם הוא עמו במחיצתו הוא דשרי דוק מינה ואוקי באתרין אבל אם קנה האומנות שכבר היא קנויה בידם מהשררה ומעכב עליהם מלעשות מלאכתם אם לא שיוסיפו דמים דמי מקנה שבו קנה מהשררה דהו"ל מונעם מלעשות מלאכתם דפסיק לחיותייהו ונוטל מהם ריוח שכבר זכו בו כנדון זה שבא להסיעם ממלאכתם שלא יתעסקו בה כלל כ"א ע"פ התוספת שהוסיף עליהם בקניית המלאכה מאת השררה ובא עליהם בכח השררה כ"ע מודו דמקרי מוסר וגזלן ורמי חיובא עליה לשלם במיטבא תוספת וריוח כדאמרי' משום דפסיק לחיותייהו:

אחרי כתבי חפשתי ומצאתי בכנה"ג בהגהב"י בסי' קנ"ו כמו שכתבתי וז"ל ובס' משאת בנימין סי' כ"ז כתוב דהיכא דבא הב' לדחות הא' לגמרי ולבטל אותו ממחייתו כענין החנות והרינד'א שאין רשות אלא לא' מבני העיר ובא הב' והשיג גבול הא' ודוחה אותו לגמרי כ"ע מודו דמצי לעכב אפי' אבר מבואה דידיה וכתב שכ"כ שארית יוסף בסי' י"ז ואע"פ שרש"ל לא כ"כ אפשר דהיינו דוקא כשקנה הא' הרינד'א לזמן קצוב עכ"ל,

וששתי כעל כל הון והוספתי נופך משלי שדקדקתי כן מלשון הגמ' דאמר רב הונא האי מאן דאוקי ריחיא ואתא חבריה ואוקי גביה משמע דדוקא שבא חבירו גם הוא להיות אצלו במלאכתו ולא לדחותו ולעוקרו ממלאכתו מצי לעכב עליה אליבא דכ"ע עוד נ"ל דבעל משאת בנימין איירי בדברים שהם מחוקי המלך וצריכים לקנותם מאת המלך כמו שמוכיח מתוך לשונו ואפ"ה כתב שאינו יכול להשיג גבולו ולדחותו גם בתוספת דמים דהו"ל דוחהו. אבל נד"ז לא היתה מעיקרא מחוקי המלך לתת דמים למלך לעשות מלאכתם שכמה שנים החזיקו במלאכתם לעשותה חנם אין כסף וע"י הרגל לשון חזרה להיות מחוקי המלך לתת בה הגאבילי'א, וא"כ י"ל דבהא כ"ע מודו ואין אנו צריכין למה שתירץ כנה"ג דאיירי לזמן קצוב דהתם איירי בדבר שהוא מחוקי המלך אבל הכא ע"י הרגל לשון חזרה להיות מחוקי המלך כמ"ש ומאחר שכבר החזיקו בה כמה שנים חנם אין כסף וע"י הרגל לשון ולא מקרי מחוקי המלך אפי' רש"ל מודה בהא וכבר נתבאר דפסיקת חיות מכיפיה מיבריך דהא על הריוח העתיד לבא לידו דחשבינן ליה כאלו מטא לידיה מאחר שכבר החזיקו במלאכה ההיא והורגלו בה והם הכירו וידעו בעניינה דודאי דהוי ריוח דידיה כמאן דמטא לידייהו דמי וכן מצאנו שכ"ז מבואר בב"ב פ' לא יחפור דכ"א ע"ב וז"ל הגמ' אמר ר"ה האי בר מבואה דאוקי ריחיא ואתא בר מבואה חבריה ואוקי גביה דינא הוא דמעכב עליה דאמ"ל קא פסקת לחיותי לימא מסייע ליה מרחיקין מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג וכמה אמר רבה בר ר"ה עד פרסה שאני דגים דיהבי סייארא ע"כ, ופרש"י ז"ל וז"ל מרחיקין מצודת הדג מן הדג צייד שנתן עיניו בדג עד שהכיר חורו מרחיקים שאר ציידין מצודתן משם אלמא אע"ג דלא זכה בו ולא מטא לידיה מרחיקין ממנו דא"ל פסקת לחיותיה שאני דגים דיהבי סייארא נותנין עין בהבטה להיות נוהגים לרוץ למקום שראו שם מזונות הלכך כיון שהכיר זה חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו בטוח הוא שילכדנו דהו"ל כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו. אבל הכא מי שבא אצלי יבא ומי שבא אצלך יבא עכ"ל. הרי נתבאר דזה האומן משעה שפירם מצודתו זכה בדגים אע"פ שלא באו עדיין לתוך מצודתו ומטעם דכיון דהכיר זה חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו אמרינן דזכה בה מאותה שעה אע"ג דעדיין לא מטא לידיה ולא מצי חבריה לזכות בהן אע"ג דעדיין לא באו לתוך מצודתו לפי שהוא אומן בקי במלאכת פריסת מצודה ועשאה באופן שהוא בטוח שיתפסו שם דגים, ודכוותה נמי אומן במלאכה הנז' שע"י בקיאותו ותיקונו במלאכתו קפצי עליה זביני ואע"ג שעדיין לא בא הריוח לידו בטוח הוא שיבא לידו שהכל רצין אחריו לקנות ממנו ונותנים לו ריוח ועל הרוב נותנים לו בתורת מוקדם על האלסקלי ופורעין להם לסירוגין ונמצא

דהריוח מטא לידייהו ממש וכבר הורגלו בו והחזיקו בו באופן דמכאן יש ראיה דפסיקת חיות היינו על הריוח העתיד לבא לידם וכמאן דמטא לידייהו דמי כמ"ש, ומה גם שזה הריוח אינו נמשך אלא מצד ממונם שהם מטילין מלאי למלאכה הנז' וטורחים ויגעים בגופן וממונם וממילא נמשך להם הריוח והו"ל ממונם הוא וא"כ מסברא לחוד השכל מחייב דהבא לירד לאומנותם בקניית המלאכה הנז' הוי גזלן משום פסיקת חיות ואין אנו צריכין להביא ראיות ברורות מש"ס ופוסקים דהדבר ברור מכח סברא דזה הריוח הבא להם הוא נמשך מכח ממונם וטורחם ועמלם שהרי מלאכת החייטים אינה צריכה ממון ולא הטלת מלאי ואפ"ה אמרינן בה פסיקת חיות וכ"ש הכא דאיכא:

תרתי ממונם ויגיעם וטורחם ועמלם דודאי הריוח הנמשך להם מהמלאכה הנז' הוי ממונם וכמאן דמטא לידייהו דמי ואמרינן ביה פסיקת חיות אב"א סברא אב"א גמרא וגדולה מזו בנד"ז אחר שבא להם הריוח הם נותנים אותו לקונה המוסיף עליהם בכח השררה ונמצא דהאי רווחא הוי מטי לידייהו ממש ואינו נכנס בסוג דימוי כמאן דמטא לידייהו אלא מטא לידייהו ממש וא"כ הוי ק"ו בן בנו של ק"ו דאמרי' ביה פסיקת חיות שהרי אחר דמטא לידייהו הריוח הם נותנים אותו לקונה המוסיף שלא מדעתם ורצונם: האמנם ראו ראינו מ"ש מר"ן בחומ"ש סי' רע"ג סי"ג דבמידי דהפקר לא אמרינן דמשעת פריסת המצוד' זכה בדגים כ"א עד שיכנסו לתוך כליו, וז"ל הלוקח דגים מתוך מצודתו של חבירו כשהיא בתוך הים ה"ז אסור מדברי סופרים ואם היתה המצודה כלי ולקח מתוך המצודה ה"ז גזלן עכ"ל, וכ"כ מר"ן ג"כ בסי' ש"ע ס"ד וז"ל הפורס מצודה שאין לה בית קיבול וצד חיה או דג ובא אחר ונטלה ה"ז גזלן מדבריהם וכן ג"כ חילק הרמב"ם בפ"א מהל' זכיה ומתנה הל' ג' יעו"ש ועל מ"ש הרמב"ם שאם היה בתוך כליו ובא אחר ונטלו ה"ז גזלן כתב הראב"ד ז"ל וז"ל אמר אברהם להוציאו בדיינין וכתב ע"ז המ"מ וכן דעת ההלכות ומוסכם וכ' המגדל עוז וז"ל הואיל וכתב תחילה מדבריהם ולבסוף כתב ה"ז גזלן סתם פשיטא דלהוציאו בדיינים קאמר וכו' ע"כ, ומשנה שלימה היא במס' גיטין בפ' הניזקין וז"ל מצודת חיות ועופות ודגים יש בהם גזל מפני דרכי שלום רבי יוסי אומר גזל גמור ובגמ' באוזלי ואוהרי כ"ע לא פליגי כי פליגי בלחי וקוקרי ופרש"י ז"ל אוזלי רשתות של חוטים שיש להם תוך אוהרי רשתות של גמי כ"ע לא פליגי דכיון שיש להם תוך קונה לו כליו והוי גזל גמור, לחי חכה קוקרי שאר מצודות ומכשולים שנותנים חוט ארוך על שפת הנהר וסודרים בו מחטין על פני כולו עכ"ל:

הרי מבואר בהדיא דבמידי דהפקר לא אמרינן דזכה משעת פריסת המצודה אלא בעינן עד שיגיע לידו כמ"ש עד שיהיו תוך כליו וכ"כ הרמב"ם בפ' הנז' ופסקה מר"ן בסי' רע"ג

סי"ב וז"ל המדברות והימים והנהרות והנחלים כל שבהם הפקר וכל הקודם בהם זכה וכו' וא"כ ברור דבנ"ד לא קשיא אההיא דסי' קנ"ו דהתם בממון שיש לו בעלים איירי ולהכי אמרינן דאית ביה פסיקת חיות אבל הכא איירי במידי דהפקר שאין לו בעלים כמו שדקדק הרמב"ם בלשונו הצח דכ' הואיל ואין לו בעלים, אלא אי קשיא הא קשיא ההיא דפ' לא יחפור אהא דפ' הניזקין דהתם אמרינן אההיא דמרחיקין מצודת הדגים אע"ג דלא מטא לידיה כמאן דמטא לידיה דמי כמו שפרש"י לשם דמשעת פריסת המצודה זכה ואין אחר יכול לזכות בו אפי' במידי דהפקר והכא בפ' הניזקין אמרי' במידי דהפקר דלא זכה עד דמטא לידיה דהיינו שיגיע לתוך כליו אבל חפשנו ומצאנו בפ' הניזקין ד"ס ע"ב שכתבו התוס' וז"ל מצודת חיות ועופות וכו' ולא דמי למרחיקין מצודת הדג דפ' לא יחפור דהתם אומנותו בכך מן הדין הוא שירחיק משם דא"ל קא פסקת לחיותי אבל הכא דאין אומנותו בכך לא הוי גזל אלא מפני דרכי שלום עכ"ל, הרי מבואר ממה שחילקו התוס' דהתם אומנתו בכך והכא אין אומנותו בכך ממילא איתרצא לה קושייתינו ורווחא שמעתתא דההיא דמרחיקין דאמרי' כמאן דמטא לידיה דמי משעת פריסת המצודה מדי דאומנותו בכך משום דכשפירש המצודה הכיר חור הדג ובטוח הוא שילכדנו לכך הו"ל כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו כמו שפירש"י לשם אבל ההיא דפרק הניזקין מאחר שאין אומנותו בכך לא חשבינן ליה מטא לידיה עד שיכנסו הדגים לתוך כליו וא"כ קם דינא אפי' באומנות מדי דהפקר חשבינן לריוח העתיד לבא כאלו מטא לידיה ואמרי' ליה פסיק חיות והשתא נתבררו ונתלבנו הדברים כשמלה דבאומנות כה"ג אין לשום נברא בעולם לקנותה בתוס' דמים על החוק הקצוב בידם או בלי תוספת מהשררה הן יחיד או רבים מבני החברה הנז' קצתם על קצתם בינם לבין עצמן לא הם ולא זולתם מבני העיר היכא דמונען מהריוח וכ"ש איש נכרי מעיר אחרת ואצ"ל אם בא יבוא שום אד"א מבני אדם להוסיף עליהם במלאכה ע"פ השררה מחמת הרגל לשונו לומר שהיא בידם בזול ותשאר בידם בתוספת ההיא דכל העושה אחת מהנה נק' גזלן משום דפסיק חיותיה וחייב לשלם דיוצאה בדיינים ונקרא מזיק כמ"ש רש"י ונמצא חבירו מזיקו ונק' מוסר שהרי מוסר ממון חבירו ביד אנס כמ"ש מר"ן בסי' שפ"ח ס"ב וז"ל המוסר ממון ביד אנס בין אנס גוי בין ישראל חייב לשלם מהיפה שבנכסיו כל מה שלקח האנס אע"פ וכו' אלא הרגיל בלבד ואם מת גובה מיורשיו כשאר כל המזיקין עכ"ל, וכ"ש אם האנס עצמו הוא שנטל הממון כנד"ז דחייב לשלם מהיפה שבנכסיו ואם מת גובה מיורשיו כשאר מזיק. מבואר דמלבד דהוא חייב לשלם כשהוא בעולם אלא אפי' אם מת והוא לא פרע גובה מיורשיו כשאר כל המזיקין ולא עוד אלא שיכולין למוסרו לשררה אם לא

רצה לשלם כמ"ש הש"ך עמ"ש מר"ן סי"ב ז"ל אבל מפני צער יחיד אסור למוסרו כתב וז"ל ודוקא צער יחיד אבל המוסר ליחיד דינו כמוסר לצבור ומותר למוסרו, ואם יאמר האומר דזה אמת אבל צריך שיתברר בעדים שמסרו הא ליתא דאפי' באומדנא דמוכח וגילוי מלתא בעלמא סגי לחייב המוסר בתשלומין וא"צ עדות ברורה לחייב המוסר דכן כתב בס' מאמר קדישין סקמ"ח עמ"ש מור"ם בסי"ד ואין צריכין לכוין העדות כ"כ כתב וז"ל כתב הב"ח ומכ"ש גבי ממון באומדנא דמוכח הוי מסור דהא דרכו של מוסר למסור בלא עדות וכ"כ מוהר"ר מנחם מניץ בתשו' וז"ל אף באומד דעת נאמנים על המוסר אע"פ שאין שומעין שהלשין רק רואין שמדבר עם השר ואז ציוה השר מיד על הנמסר לתופסו או שאר אמתלאות כה"ג עכ"ל, וממאי דכתב או שאר אמתלאות וכו' שמעי' דלאו דוקא הנך אמתלאות שכתב דה"ה אף שאר אמתלאות שיראה לדיין או לעדים שהוא מסר יש לחייבו למוסר לשלם כאלו העידו עליו ב' עדים ומאי דמדמין קניית האומנות בתוספת דמים למכירת עזר הבשר ומים שרופים וכיוצא שמוכרין אותן עד שיפסקו המוסיפין אין לו שחר ודמיון כלל, דמה דמות ודמיון יערכו פסיקת חיות להנאת חיות דשאני מכירת העזר הנז' דהיא הנאת כל בני העיר בעד הטלת המס שפורעין כל בני העיר חק הקצוב מאת השררה יר"ה ואין בה שום מלאכה ולא שום אומנות ולכך מוכרין אותן בתוספת דמים משום דאם יפחיתו עזר הבשר ממס הקצוב יהיה הפחת מוטל על כל בני העיר לפורעו ע"פ ההערכה ואם הותירו על חק הקצוב הוא ג"כ לזכות הקהל להנאתם ולטובתם וא"כ ממון הקהל הוא ולא שייך בזה פסיקת חיות אלא אדרבא הנאת חיות. ודמיון זה דומה למדמה הגוזל את חבירו לנהנה מיגיע כפיו כי היכי דזה מותר הכי נמי הגוזל מותר שדמיונם כאריה הטורף וכעוף הדורס ודמיון של חסרון דעה והשכל הא לא דמיא אלא למכירת עזר הבשר ומ"ש וכיוצא אם היה ביד הקהל במאה מנה ובא אחר והוסיף עליהם תוס' ונטלם מהם דהוא חייב לפורעם כל סכי התוספת והריוח שהרויח באותו מקנה גם ההפסד שיגיע להם מאותו מקנה כדין מסור שכתבנו בפנים ומי שאינו ירא וחרד לדבר ה' לבבו יבין כי בנפשו הוא וגם דמו הנה נדרש מידו ומלבד שאין לו חלק לעוה"ב כמ"ש בשלחנו הטהור בסי' שפ"ח וכו' וכל המוסר וכו' אין לו חלק לעוה"ב, אלא אף גם זאת שהתורה התירה דמו קודם שימסור ואחר שימסור אם הוחזק ויכול הנמסר למוסרו הן בגופו הן בממונו, ומ"ש מר"ן לשם אסור לאבד ממונו של מסור כתבו הפוסקים דוקא בידים הוא שאסור אבל לאבד ממונו ע"י גרמי שימסרנו לשר שיטול ממונו שרי ולא עוד אלא שכתבו הפוסקים מי שמוחזק למסור ונראה שאין דבריו נשמעין רק מחמת עושרו וכשיעני אין דבריו נשמעין מותר לאבד ממונו או למוסרו ביד הכותים

שהרי במה שמאבדים את ממונו מצילים אחרים כמ"ש בס' מאמר קדישין ובש"ך יע"ש גם החמירו על המסור שמקבלים עדות שלא בפניו ודנין דינו שלא בפניו ולכן קראוה חז"ל מסור יען שהוא מסור למקרה ופגע לשמים ולבריות עד במדה שאדם מודד בה מודדין לו וכמ"ש הרב בעל עץ חיים בשם תי"ט על מ"ש התנא ד' אבות נזיקין דהיל"ל ד' אבות מזיקין וז"ל כתב תי"ט שהוא שם מורכב מההפעל והנפעל דהיל"ל מזיקין וסיבת הרכבתו להורות כי המזיק הוא הנזק כי נקה לא ינקה עכ"ל, ולכן יעור האיש הנרדם מתרדמת אולתו וישוב אל ה' וירחמהו ונחם על רעתו שעשה בחץ שחוט לשונו כחפצו ותאותו וחשב עם קונהו משנת המסרו להשיב את הגזלה אשר גזל והעוסק אשר עסק ע"י מסירתו כי לא ידע האדם את עתו ושב ורפא לו ונסלח לו מחטאתו, וה' הטוב יכפר בעדו ובעד ביתו כי"ר, ולשומעים ינעם ועליהם תב"ט, ולראית האמת והצדק ח"פ בח' אב יה"ל מש' ה"א ותקמ"ז ליצירה בפאס יע"א וקיים:

וס"ל נמ"ך עוד באנו לפרש מ"ש לעיל בפסק הא' וז"ל הם אמרו כי שמעו דבר'ת רבים מגור מסביב שרוצים ליכנס בגבולם להשיג את גבולם להוסיף עליהם על הסך שפורעים מדח"ב בעד אסאק'א של אסקלי בכלל אלמסאהר'א הקצובה על בני קהלנו יש"ץ וכן מאחר שאלסאקא הנז' היא מכלל אלמסאהר'א כאמור והאלמסאהר'א במקומה עומדת שאין הקהל פורעין ליר"ה בעד אלמסאהר'א הנז' כ"א כפי מה שהיו פורעין בתחילה מקדמת דנא ולא יותר א"כ גם האלסאקא הנז' תשאר בחזקתה כאשר בתחלה ולא יותר ואין שום מבני החברה או זולתם רשאי להוסיף על אסאק'א הנז' ולקפח פרנסת בעלי החברה וכו':

ביאורן של דברים כשהיתה האלמסאסר'א קצובה על בני קהלנו מאת המלך יר"ה דרך משל מאתים שקלים בכ"ח היו נותנים בני החברה לבדם רביע הסך הנז' בעד מלאכתם שכן היתה גזירת המלך יר"ה יובן שהסך שהטיל המלך על חברת אסקליין בעד מלאכתם יעלה לרביע מהסך שהיו נותנין הקהל בעד עזר הבשר ועזר מ"ש וכו' שהקהל היו נותנין בו"ו ובני החברה בעד מלאכתם היו נותנין תק"ם אלא שבזמן אחד מחל המלך יר"ה בהאלמסאהר'א לבני קהלנו יצ"ו וגם מחל לבני החברה בחק הקצוב שהיו נותנים בעד מלאכתן הידועה להם אחר עבור הזמן שלח המלך יר"ה אגרת בזה"ל אג'מוע יעטוו כו"ך בכ"ח ובני החברה היו אומרים שאין זה אלא על האנמסאהר'א ובכן ראה החכם זלה"ה בהסכמת החותם ראשון שצריכין בני החברה לפרוע מהסך הבא באגרת רביע מ"מ בעד מלאכתן הידועה להם כמו שהיו נותנים קודם המחילה וזה בדרך פשרה מחמת כמה סיבות הידועים לנו ומזה נמשך להם לומר עירוב פרשיות שנו כאן והיא

מכלל האלמסאהר'א ויכולים למוכרה בתוספת כמו עזר הבשר וכיוצא דהא ליתא כמ"ש בקצרה ובארוכה וכל המשיג גבולם וגורם להם שום הפסד ותוספת ודררא דממונא חייב לשלם להם כל הפסד ואיזה תוספת ודררא דממונא דגירי דידיה הוו ומשום דקא פסיק לחיותייהו כמו שנתבאר בפנים ולראיה ח"פ פאס יע"א בחדש אב הרחמן יה"ל משנת ה"א ותקמ"ז ליצירה וקיים עכ"ל וח"ע הרב המובהק החה"ש הדו"מ כמוהה"ר אליהו הצרפתי והחה"ש ודיין כהה"ר רפאל ן' עטר:

וס"ל נמ"ך וז"ן האי מלתא דפשיטא שאין רשות לשום אדם להוסיף על בני החברה הנז"ל ולקפח מחייתם וכל המשתדל להוסיף עליהם ע"י השררה הוא מכלל המוסרים הרשעים החטאים בנפשותם ויכולין ב"ד לקונסן בכל מה שיראה להם אחר שיש היזק הניכר לבני החברה אף שיהיה נתלה לומר שגם הם יוסיפו על שומת האסקלי ורוב הלוקחים הם שאינם ב"ב מ"מ מתמעט משאם ומתנם ומתמעט להם הריוח הרבה מאד וזה גלוי לעין כל וזה פשוט כי קא מבעיא לן אם כללות הקהל יוכלו למכור האלסאק'א של אסקלי מכלל הדברים שמוכרים אחר שהמלך עירבה עם האלמסאהר'א כנז"ב ואומרים אנו שגם בזה אין עסק לקהל למכירת האלסקלי ואין להם לגבות כ"א החק שהיו פורעין כבתחילה וזה כי החק ההוא שהטיל המלך על המלאכה ההיא איננו כשאר החוקים שאומר המלך יר"ה שיפרע לכל ליטרא כו"כ וכיוצא רק אומר שהעושים מלאכת האלסקלי מהנאתם שנהנים יתנו כו"ך למלך ואחר שהמלך יר"ה קצב כו"כ יתנו אין רשות אדם להוסיף עליהם יותר מקצבת המלך והויא כל המלאכה בכללות דומה לדבר פרטי הא למה זה דומה למלך שגזר שכל אחד יתן כסף גלגלתו עשרה אוקיות והלך א' וקנה מהמלך כל כסף הגלגלת בכללות האם יוכל להוסיף על כל א' יותר מקצבת המלך. הא ליתא ודבר זה דכוותיה וכל המשתדל במכירת האלסאק'א של האלסקלי ולהוסיף עליהם מאומה אינו אלא חמסן וגזלן הן יחיד הן צבור וכאשר היו נותנים מקודם יהיו נותנים עד היום ותל"מ יובן כל עוד שהאלמסאהר'א היא בקצבתה שהיא עכשיו ואם סייעו מה"ש ויפחות המלך מקצת האלמסאהר'א גם הם יפחיתו להם לפי הערך אחר שהמלך עירבה עם האלמסאהר'א כנז"ב ולא הוזקקנו להביא לזה ראיות וסמוכות אחר שהם דברים פשוטים נגלים וניכרים לכל בעל שכל ולראיה ביד בני החברה הנז"ל ח"פ בכסלו תקמ"ט לפ"ק וקיים. הואלנו לבאר שמש"ל שאם יפחות המלך מקצבת האלמסאהר'א גם הם יפחיתו להם צ"ל שהכל יהיה נידון לפי לשון המלך ואם אמר המלך בפירוש אלמסאהר'א וסאק'א דסקלי לפי מאמר המלך כן יהיה ומתוך לשון המלך יפסיק הדין לפי ראות עיני

המורה וק"ש וחתום החה"ש הדה"מ כמוהה"ר שלמה טולידאנו זלה"ה והחה"ש כמה"ר יקותיאל בירדוגו י"ץ והחה"ש הדה"מ כהה"ר רפאל בירדוגו:

דברי הרב משי"ח אינם צריכין חיזוק ודינו דין אמת דלא מצי שום בר ישראל ליכנס בגבול בני החברה הנז' לקפח מחייתם וכל שעמד וקנה מכס האלסקלי שבידם יש לו דין גזלן ומוציאין מידו משום דהו"ל כנוטל החררה מיד מי שכבר החזיק בה בפועל דלכ"ע דין גזלן יש לו ומוציאין מידו דלא איפליגו כל הנך רבוותא שהביא דבריהם מהרש"ל בסי' ל"ו בההיא דעני המהפך בחררה אי הוי אפי' במלתא דהפקר ומתנה או לא הוי אלא במקח וממכר ואי רשע לחוד הוא דמקרי ואין מוציאין מידו או מקרי רשע ומוציאין מידו וכל אותן החילוקים הנאמרים שם אינם אלא במהפך בחררה ומחזר אחריה להחזיק בה ועדיין לא באה לידו אבל בהיכא שהחזיק בה הראשון והגיעה לידו הוי השני הנוטלה מידו גזלן גמור מדאורייתא ומוציאין מידו וכמ"ש הכנה"ג בסי' ק"מ בהגה"ט אות קמ"ג משם מהר"י אדרבי ומשם מהרש"ך וז"ל מי שהחזיק במכס ובא אחר ונטלו מידו לכ"ע גזלן הוי ומוציאין מידו עכ"ל וכ"כ הרב דו"ד סי' ה' משם הרבנים הנז' והובא בדבריו שכן דעת מוהרשד"ם ומהר"ר דוד ן' נחמייאש והרב פני משה יע"ש וכן הביא מהרש"ל עצמו בסי' ל"ה תשובת הרוקח וז"ל הוי זהיר שלא תשיג גבול רעך ולא תקח מחייתו ואם קנה סחורה או מטבע מן השלטון ויבוא אחר ויוסיף כדי ליקח מחבירו זה לא ניתן לימחל ונק' רשע ואין גזלן כמותו ואם לא שמע לקול הורהו יש להבדילו ולנדותו עד שיתקן עוותו עכ"ל וכתב עליו מהרש"ל בסי' ל"ו וז"ל מדכתב הרוקח נק' רשע ואין גזלן כמותו משמע דדין גזלן ממש יש עליו ומוציאין מידו וכו' והא פשיטא דפשיטא דהרוקח לא איירי אלא בדבר שבא לידו כבר וקנה אותו בקנין גמור וקדם אחר עם השלטון וביטל מקחו להוציאו מידו דאז שפיר הוי כגזלן ויוצאה ממנו בדיינים עכ"ל יע"ש. הרי דכל הנביאים פה אחד סוברים דכל הבא ליטול החררה מיד מי שהחזיק בה הוי גזלן גמור ומוציאין מידו, ובנ"ד הרי בני החברה מוחזקים במכס הנז' מכמה שנים והבא ליטול החררה מידם לכ"ע גזלן גמור הוי ומוציאין מידו כל מה שיטול מהם יותר על מה שהורגלו לתת לבי גזא דמלכא ואם הוסיף עליהם ולא עלתה בידו לקחת אותו המכס וגרם להם שוחדות להעמיד המכס בידם או להוסיף עליו בדמים יש לו דין מוסר וישלם במיטבא כל השוחדות וההזיקות וההוצאות והעילוים שגרם להם כל זמן שלוקין בגירי דידיה, ודעדיפא מינה כתב מוהריק"ו בשורש ך' שאפילו במכס שזמנו קצוב וכבר כלה זמן התנאים שעשה להם הדוכוס אפי"ה אין רשאי שום אדם לבא בגבולם מאחר שהדבר ידוע שדרך כל הארץ ליקח חקים מהאדון לזמן ואחר כלות אותו זמן חוזרים ולוקחים

חקים אחרים וכן המנהג בכל גליות ישראל א"כ משעה א' שלוקח היהודי חק דהלואה מאדוני הארץ ע"מ קונהו לכשיכלה הזמן שיחזור ויחדש החק עם האדון ופשיטא דלא גרע מעני המהפך בחררה וכו' עכ"ל, הרי אפי' בלוקח לזמן וכלה הזמן ועדיין לא היפך לזמן אחר אמרינן דאדעתא דהכי קני ליה משעה ראשונה כדי לזכות בו מיד ולדורות ואדעתא דזמן אחד לא נחית והוי כאלו היפך משעה ראשונה לזמן זמנם זמניהם והבא ליטול מידו אחר שהחזיק אפי' במישלם זמניה הוי כנוטל החררה מיד המחזיק בה דהוי רשע וגזלן:

וכ"ש בנ"ד שלא קבע להם המלך שום זמן ומשעה שהטיל עליהם החק הנז' בסתם סמכא דעתם לדורי דורות ולא שייך בנ"ד מה שכתב רש"ל בשאלה ל"ו וז"ל דע"כ לא תוכל לומר דסמכא דעתיה דאטו אם יהודי לא יקנה סו"ס גוי אחר יקנה וכיון שיכול ג"כ להקדימו א"כ מוטב הוא מן הגוי:

דשאני נ"ד דהדבר ידוע הוא דלא שייך ששום גוי יקנה המכס הנז' וכיון דליכא חשש קדימת גוי דודאי דסמכא דעתם והחזיקו בה מיד ולדורות והבא להוציא מידם מיקרי רשע וגזלן ומוציאין מידו:

ולא זו בלבד אמרו דנק' רשע וגזלן אלא דקאי נמי בכלל ארור מסיג גבול רעהו וכמ"ש רש"ל בשאלה פ"ט וז"ל כל המקפח מחייתו של חבירו הוא בכלל ארור מסיג גבול רעהו ע"כ, וכתב עליו רש"ל וז"ל ורבים תמהו על דבר זה הלא הלאו דלא תסיג גבול רעך איירי בגוזל תחומו של חבירו ובארץ ישראל [וכמ"ש מר"ן בח"מ סי' שע"ו] ומסיק ונראה בעיני שכך הוא מקובל מרבותיו דארור מסיג גבול רעהו בא לרבות השגת גבול דמשא ומתן יע"ש. וז"ל הרדב"ז ח"א סי' נ"ד ומרגלא בפומייהו דאינשי שקורין לכיוצא בזה השגת גבול ולפ"ז קאי בארור יע"ש עכ"ל:

ובזה אורו עיני לפרש מסרה הובאה בפ' שופטים ד' כתיב סמ"ך בלשון השגה וסי' לא תסיג גבול רעך. היו שרי יהודה כמסיגי גבול:

ארור מסיג גבול רעהו. לא יטיפו לאלה לא יסיג כלמות דצריך להתיישב בשינוי הסדר שהפסיק בין ב' קראי האמורים בתורה בפסוק היו שרי יהודה האמור בנביאים ולמאי דכתיבנא אתי שפיר. דתחלה מייתי קרא דלא תסיג גבול רעך האמור על השגת גבול הנחלות והדר מייתי קרא דהיו שרי יהודה כמסיגי גבול להורות שנענשו על דבר שהוא כעין השגת גבול הנחלות והיינו השגת גבול דמשא ומתן ולהכי נקט קרא כמסיגי גבול בכ"ף הדמיון ולא אמר מסיגי גבול והיא קושיית הרד"ק שם וכי תימא עונש שמענו על דבר שהוא כעין השגת גבול דכתיב התם עליהם אשפוך כמים עברתי אזהרה מניין

הרי לא אסרה תו' אלא השגת גבול הנחלות ומנ"ל לרבויי השגת גבול דמשא ומתן, לכך מביא אחריו קרא דארור מסיג גבול רעהו דלרבות השגת גבול דמשא ומתן הוא דאתא ופתיים עברו ונענשו דבהכות הכפתור רעשו הספים והיינו דמרגלא בפומייהו דאינשי לקרוא לכיוצא בזה השגת גבול, וכיון שכן אזהרה לב"ד שלא יקילו בדבר מלהוציא הגזלה מתחת ידם וזהו לא יטיפו לאלה פי' שלא יטיפו מלתם לאלה להורות להם היתר ולא יסיג כלמות שלא יבואו לידי בושה וכלימה וזילותא דבי דינא שאם יטיפו להתיר להם יסיג כלמות דחשוב דבר זה בעינייהו דאינשי כמשרי תרבא ועורבא: ומלבד כל זה עוד יש בדבר חומר חרם רגמ"ה שגזר חרם שלא להסיג גבול בשכירות בתים מן הגויים וכתב הרדב"ז שאלה נ"ד וז"ל ואם בבית דירה אמר כך כ"ש במקום שתלוי פרנסתו ופרנסת ביתו יע"ש, וכ"כ מור"ם בהגה בסי' רל"ז ס"א בשם מהר"ם פדואה וז"ל ויש מי שכתב שהוא חרם רגמ"ה שלא להשיג גבול בשכירות בתים מן הגוים וה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואות מן הגוים עכ"ל וכתב הכנה"ג בסי' ק"מ בהגה"ט אות קמ"ה שכ"כ מוהריק"ו והרמ"ע מפאנו והגם שרש"ל כתב בשאלה ל"ו דלא גזר ר"ג רק בשכירות בתים ולא לענין סחורה ומכסים ע"כ, מ"מ אין דבריו של רש"ל נגד כל הני וכ"ש דאיכא בהדייהו מור"ם דאיפסיקא הלכתא כוותיה נגד רש"ל כמ"ש השל"ה דע"ד ע"ב יע"ש, הרי מבואר דאפי' המחזיק באיזה מכס להשתכר בו ולא תלוי בו חיותו אפי"ה הבא להוציא מידו מקרי רשע וגזלן ומפקינן מיניה וקאי בארור מסיג גבול רעהו ונלכד ברשת חרם רגמ"ה:

ובנ"ד דאיכא פסיקת חיות לא דינא ולא דיינא דמשתקין בנזיפה כל הבא ועמד לקפח מחייתם ולירד לאומנותם אף אם הוא שייך עמהם בפרעון המס ולא אמרו דאי שייך עמהם בכרגא לא מצי מעכב אלא בהיכא שבא לסמוך חנות אצל חנות חבירו או להתעסק במלאכה שמתעסק בה חבירו שאומר לו אתה עושה בשלך ואני עושה בשלי מי שבא אצלך יבוא ומי שבא אצלי יבוא אבל אינו מונע לחבירו ומסלקו לגמרי מאותה מלאכה שהחזיק בה' אבל בנ"ד שמונעם ומסלקם לגמרי מהמכס המוחזק בידם כ"ע מודו דמוחין בידו ומעכבין עליו דקא פסיק לחיותייהו. וכמו שדקדק משי"ח מסוגיא דגמ' ברוח מבינתו באמירה יהיבה כתיבה נעימה ודן דינו למזור מלתא בטעמא, ואני תלמידו יגעתי ומצאתי להרב מטה אהרן ח"ב סי' ק"ב דקדק כן מאותה סוגיא כמו שדקדק משי"ח והעלה כדבריו ממש והביא גם הוא לעזרתו דברי הרב משאת בנימין וס' שארית יוסף ודלא כרש"ל יע"ש:

ועוד בר מן דין ובר מן דין אין כל הדברים אמורים אלא ביחיד נגד יחיד אבל ביחיד נגד רבים כנ"ד שרבים הם המתעסקים במלאכה ההיא וכמה נפשות תלוים בהן שכיריהן ולקיטיהם ואביזרייהו יש להם דין קדימה דזכות רבים עדיף ולא מבעיא בדבר שהם מוחזקים בו והוא מחיתם דאין מניחין לקפח מחיית רבים לתת מחיה ליחיד אלא אפי' בדבר שהיה היחיד מוחזק בו יכולים הקהל למחות על ידו ולקחת לעצמן המכס השייך לתת מחיה לרבים דפרנסת רבים קודמת לשל יחיד וכמ"ש הרב בעל ב"ח שאלה ס' יע"ש: ומה גם אם היחיד הבא ליכנס לגבולם יש לו פרנסה ממקום אחר וכ"ש אם הוא עשיר ורוב עושי המלאכה הנז' הם עניים דפרנסת עניים קודמת כמפורש בתשו' ב"ח הנז' יע"ש:

וכבר דנתי בימי הרבנים המובהקים חלקם בחיים וחיי שבקי למשי"ח על מכס העורות שהיה מוחזק ביד אהרן ן' גיגי וכאשר עמדו הרצענים למחות ע"י לקחתו לעצמן זכיתי אותן בדין והוציאוהו מידו והסכימו הרבנים וכן דנתי במטבע האלסכאכי'ן שהיה ביד יצחק ביטאן וזכיתי להאלסכאכין לקחתו בהסכמת הרבנים:

והוצרכתי להאריך בדבר פשוט להוציא מלב החולקים שהובא לידי פסקם שיגע החכם המסדרו בעשר אצבעותיו וקשר חבל בחבל נימא בנימא. בתעלומות חכמה לשנות את הידוע ולטהר מה שהוא בעיני אינשי כשרץ במ"ט פנים טהור ובקעה גדורה אשכח ופרץ גדרה, ועיקר ושורש כל נטיעותיו וסעפיו ופארותיו מתשו' רש"ל סי' ל"ו בנדון שמעון שקנה יין שרוף על ג' שנים ובא ראובן תוך הזמן וקנהו על ג' שנים אחרות הבאות על השלש האלה וביני ביני השתדל שמעון עם השר והעירונים בשוחדים גדולים ועילוי בדמי המקח והשיבו לו המקנה וחזר ראובן וקבל לפני סופר המלכה על העיוות שעשו לו השר והעירונים שמכרו לו וחזרו למכור לשמ' והמלכה חזקה ידי ראובן והחזירה לו המקנה, ותחילה נידונו לפני מורה אחד וחייב ראובן להחזיר המקנה לשמעון ולשלם במיטבא כל השוחדות והעילוים שגרם לשמעון להעמיד מקחו בידו להחזיק ביין שרף כבראשונה, והרב מהרש"ל סתר דברי המורה ופטר את ראובן הקונה השני וא' הרואה וא' השומע דאין משם ראיה לנ"ד דמאי דפטר לראובן לאו מחד טעמא לחוד אלא מכמה טעמי דאיתנהו בנדון דידיה וליתנהו בנדון דידן, חדא דלא פשע ראובן במה שקנה היין שרף שהיה ביד שמעון מחמת שכך המנהג במדינה במכסים ויין שרף שאחד קונה אותו לזמן קצוב ואח"כ מקדים חבירו ומפייס לשר או מעלהו בדמים וקונהו לזמן שאחריו שתחול מקנתו אחר כלות זמן של ראשון יע"ש בשאלה ל"ה ול"ו, ומפורש בשאלה פ"ט שכך היתה התקנה ביניהם והיא נגד דת חכמי התו' ומשום שלום המלכות הוא שתקנה

יע"ש, וכתב באותו נדון דהיכא שיש גרם היזק לקונה הא' יש לבטל מקחו של ב' משום הבו דלא לוסיף עלה ונאמר שלא התקינו אלא בענין שלא יגיע לחבירו שום נזק אבל בגרם היזק לא תקינו ונעמידנו על דין תורה יע"ש, ואיך נלמד לנ"ד דליכא לא מנהג ולא תקנה ממה שדן מוהרש"ל במקום שנהגו ותקנו להיות נוהג ביניהם שהב' קונה הזמן אחר כלות זמנו של א' ומה גם דכתב דמדינא לא מצי ובהיכא דאיכא גרם היזק נעמידנו על ד"ת, ובנ"ד אין גרם היזק לבד אלא פיסוק מחייתם:

ועוד פטרו מטעם שכן עשו לו שהיה מקח היין שרוף בידו קודם שמעון ומאי אולמיה דהאי מהאי יע"ש, ובנ"ד מיום שהטיל המלך החק הנז' על המלאכה הנז' לא נכנס ביד אדם מעולם ואיך נלמוד מהתם, ועוד פטרו מטעם שלא בא מעצמו ליטול החררה שמהפך בה חבירו אלא שהשר והעירונים שלחו אליו שיבוא לקנות מהם מחמת שהבטיחוהו שלא ימכרוהו אחר כלות זמן שמעון לזולתו של ראובן הנז' וראיה שבא גוי אחד לקנות מהם ואמרו שלא ימכרו לזולת ראובן שהבטיחוהו אם לא שלא ירצה ראובן לקנות יע"ש:

ועוד מכמה טעמי אחריני הובאו בדברינו דלעיל דליתנהו בנ"ד ואין צורך לכפול הדברים שנאמרו כבר ואין מספיקין בידינו לעשות תשוב'ה שלימה להוציא מלב החולקים המזכים לבא ליכנס לגבול בני החברה ולא עשו צדקה לזה להוציא הגזילה מתחת ידו ולהצילו מהעונשים קשים הנ"ל ושב ורפא לו. הח"פ צפרו במרחשון ש' רח"ש לב"י דבר טוב לפ"ק:

הצעיר שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן סח

עמדו לפני לדין ה"ר מימון בן יהודה ה"ן יתאח תובע לה"ר יעקב ן' שלמה אלמסעאלי אודות חזקת חצר הבורית שדר בה יעקב הנז' בכפר איגלוואן הידועה למולאי בוזייאן מזי ואחיו מו' מוחמד פבוזמלאן וטען עליו שאביו הנז' וה"ר יהודה עלאל הם שנכנסו לדור תחלה בהחצר הנז' וזכו בחזקת ישוב קודם חורבנה והמציא ק"ע מג' עדים שהעידו שקודם חורבנה היה בה בית א' נכחי לנכנס לה שמתחילתו היה פתוח לחצר הבעלים הנז' וכשבאו השו' הנז' לדור בו סתם את פתחו שהיה פתוח לחצר הבעלים ופתח לו פתח מבחוץ והקיף עליו מסביב כעין חצר והיו דרים בו השותפים הנז' וכעת טוען מימון הנז' לזכות במחצית חזקת ישוב החצר הנז' מכח אביו, ויעקב הנז' השיבו דלאו בעל דברים דידיה הוא עד שיביא הרשאה מאביו אם חי הוא או יברר בעדים שמת אביו

הנז' וצדקו דברי יעקב הנז' דאע"ג שזה כמה שנים שהלך אביו לארץ מרחקים ואין ידוע להיכן הלך אין לו שליטה בנכסי אביו דקי"ל בסי' רפ"ה ס"ד במי שיצא לדעתו והניח נכסיו ואין ידוע להיכן הלך ולא ידוע מה אירע לו דאין מורידין קרוב לנכסיו ואם ירד מסלקין אותו ומעמידין הנכסים ביד מי שהם תחת ידו יע"ש. עוד טען עליו הבן הנז' שאביו מחוייב לו סך גדול שפרע בעדו אל הגוים והא נמי ליתא כל שלא הביא שטר כו"ח נגד אביו והורדת ב"ד לגבות מנכסי אביו ואם יזקק לירד עמו לדין לברר אם יש בידו מנכסי אביו, עוד טען עליו להניח שכירות מה שכבר דר בהחזקה הנז' ביד ב"ד או ביד שליש עד שיביא ראיה ויטול, ואמינא ליה שגם זה הבל דקי"ל בסי' הנז' במי שיצא והניח נכסיו דבקרקעות אין לוקחין שכר עד שיבא ויתבע ודבר זה שייך אפילו הניח אביו קרקע מבורר בנוי ומשוכלל וראוי לדירה וקאי לאגרא אין לוקחין ממנו השכירות עד שיבוא בעל הקרקע ויתבע את שלו ובנ"ד שלא הניח אביו שום קרקע עושה פרי זולת חזקת ישוב של אותה חצר שנחרבה ולא קיימא לאגרא כלל בחורבנה אפי' אם אביו עצמו הוא התובע אין הדר מתחייב לו בשכירות של כלום דמכי נחרבה החצר הנז' תו לא קיימא לאגרא כלל בחורבנה ואין לבעלים ממנה שום הנאה בעודה חרבה ואין על הדר בה ליתן בשכירות החורבה לבעלים כלום דמאי איכפת ליה לבעל החורבה בהנאתו של זה כיון שלא חסרו כלום והו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור כמ"ש בפ' כיצד הרגל ד' כ' וכ"א יע"ש ופסקה מר"ן בסי' שס"ג ס"ו גבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאינה עשויה לשכר דא"צ להעלות לו שכר יע"ש, וכ"ש חורבה דלא חזיא לשום הנאה ואע"ג דגבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו כתב מר"ן שם ס"ז בשם י"א דאם חסרו אפי' דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו וכו' מגלגלין עליו את הכל יע"ש, הכא בחורבה לא שייך השחרת כתלים ולא מצאו הפוסקים לומר בחורבה שיש לבעל החורבה חסרון שע"י מגלגלין עליו את כל השכירות הראויה לאותם חורבה אלא בחורבה שהסוחרים נוטים שם אהלים לסחורתם ונותנים לו דבר מועט בשכירות וזה חסרו אותה שכירות ע"י שבנה שם בנין שאז מגלגלין עליו ליתן לו מה שנהנה מאותה חורבה שאומדין כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליה בנין כזה ולא סגי ליה בדבר מועט שהיו נותנים לו הסוחרים כמ"ש הלבוש בסי' שס"ג ס"ז ודבריו לקוחים מדברי הרא"ש אמאי דאיתא התם בגמ' בההוא גברא דבנה אפדנא אקוקלתא דיתמי יע"ש, וכן הוא לשון רי"ו בס' מישרים נתיב ל"א הביא דבריו מר"ן בב"י סי' שע"ה יע"ש וא"כ בנ"ד שנחרבה החצר ולא היתה לבעלים ממנה שום הנאה בחורבנה דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור מכלום, ולגבי השכירות שמכאן ואילך התרה בו לפנות דירתו משם

ושאם יוסיף לדור מכאן ואילך כשתחזקנה ידיו ויביא ראיה לזכות בה שאין די לו לזכות בשכירות הראוי לה אלא יגבה ממנו עשרה אוקיות בכל יום ויעקב הנז' משיב שאינו חש להתראתו כיון דהשתא מיהא אין לו שום זכיה וגם לאחר שיזכה בה לא יצא עד שיתן לו יציאותיו, והדין עמו דאע"ג דלגבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר מ"מ מצי אמ"ל צא ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו כיון דג"ד דלא ניחא ליה בדירתו כדאיתא בסי' שס"ג ס"ו הכא שאני דמצי אמ"ל לא חששתי להתראתו כיון דהשתא מיהא אין לו בה שום זכיה וכדקי"ל גבי מחאה בסי' קמ"ו ס"ד בהגה דאפי' במי שנתנה לו קרקע בסתר ולא נתגלה שהוא שלו דאין מחאתו כלום דהמחזיק יכול לומר לא חששתי למחאתו שלא ידעתי שהקרקע שלו ולא מהני אלא מחאתו דמערער שידוע שהקרקע שלו יע"ש, וא"כ כ"ש בנ"ד דבריר לן השתא דאין הקרקע שלו דמצי אמר לא חששתי להתראתו אפי' היה הקרקע פטיר ועטיר מההוצאות ובנ"ד דאיכא נמי הוצאות אפי' בהיכא דידוע דהקרקע שלו לא מצי מפיק ליה עד שיתן לו יציאותיו ואז כשאומר לו צא ולא יצא שחייב ליתן לו כל שכרו הראוי ע"פ ג' בקיאים דוקא וכל היתר כנטול דמי דאין הגזמתו כלום שמתרה בו לפרוע יו"ד אוקיות בכל יום וכן מצאתי שכך פסק מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בפסקיו שיש בידי ד' מ' ובחותמו הקדוש וז"ל אבל כשאמר לו צא אפי' לא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר חייב ליתן לו כל שכרו כדאי' בסי' שס"ג. ומה שטען שלא היתה התראה אלא שהיה אומר לו לצאת ולא יצא אינו מעלה ואינו מוריד דהתראה אינה אלא לחייבו סך או"ו לשנה ואז לאו בר סמכא הוא אפי' התרה כן בפי' אבל לחייבו ליתן שכרה הראוי ע"פ ג' בקיאים כשאמר לו צא חייב עכ"ל, ואם ראית חכמים מתרים בכיוצא בזה אינו אלא הגזמה להוציא הדין לאמיתו ובבא הדבר לידי גוביינא אין מחייבין אלא שכרו, ומה גם שיעקב הנז' היה מסייע בבנין החצר הנז' סיוע שאין בו ממש וגם בנה בה האלבור'ג והאלקטאר'א מכיסו שהם עיקר לחצר הבורית כמו שהוגד לי ממגידי אמת ואני בתוך הגולה על הכפר הנז' בח' אלול שעבר וגם יש בידו ק"ע שמתחלה קודם שנחרבה לא היה בה זולת הבית הנכחי ומקצת מתורבץ החצר סביבו וכשהרחיבו וחידשו בניינה הרחיבוה והוסיפו מן המעבר בית א' לימין הנכנס ובהיותי בהכפר הנז' והראני הק"ע הנז' חקרתי מהעדים שהעידו והגידו לי שהאלקטאר'א ג"כ עשאה במקום נוסף שטרח טרחא יתירה בהאלזר'ף שמצד שמאל החצר והסיר ממנו הרבה ובנה האלקטאר'א במקום שממנו עקר האלזר'ף וגם האלבר'ג רובו בנאו במקום שהוסיפו הגוים תוספת על הבנין הא' מהמעבר ומועט מן המועט ממנו הוא שנכנס בתחום הבנין הראשון והראוני עד היכן היה מגיע הבנין הראשון שעדיין

רשומו ניכר ולפ"ז יעקב הנז' הוא הזוכה בחזקת ישוב כל מה שנתחדש וניתוסף בהחצר הנז' שזוכה בהבית שהוסיפו מהמעבר ובמה שהרחיבו בתורבץ החצר וכיוצא וא"כ יש לו דין שותף בהחצר הנז' והו"ל יורד ברשות גמור כדין שותף דאמרי' להשביח חלקו הוא יורד ומשום דאין חלקו מבורר צריך להשביח הכל כדפסק מר"ן בסי' שמ"ה ס"ה וקע"ח ס"ג וישב בחצר הנז' עד שיתן לו כל יציאותיו שהוציא הראוי למחצית החזקה ואז יפנה להם מחצית החצר הנז' וכ"ז שלא נתנו לו יציאותיו אין יכולין להוציאו משם ואין מגבין לו במה שכבר דר בהחצר הנז' וכדמשמע מדברי מר"ן בית ועליה של שנים שבעל העליה בונה את הבית ודר בו עד שיתן לו יציאותיו כדאיתא בסי' קס"ד ס"ו ובגמ' דייק מהאי לישנא יציאותיו הוא דמחוייב ליה בעל הבית הא שכרו לא ופרש"י שאינו מנכה לו שכר מה שכבר דר בבית יע"ש, ולפ"ז אף אם היה במציאות שחסר שום הנאה לבעל החזקה הנז' כיון שיש לו דין שותף אין עליו שום שכירות של כלום:

ומה גם שיש טענה בפי יעקב הנז' נגד הש' הנז' שדרו תחלה בהבית הנז' דאע"ג שדרו תחלה שנה או שנתים והלכו להם ושוב לא חזרו ולא היו גובים כלום מהנכנסים אחריהם שנה אחר שנה לדור שם קודם חורבנה כמו שהוגד לי מהדרים שם בהכפר הנז' וא"כ הרי נתייאשו מהחזקה ונתרוקנה זכותם ממנה, ומה גם אביו של מימון הנז' שהלך לארץ מרחק זה כמה שנים איבד זכותו כדכתב מור"ם בהגה סוס"י קנ"ו וז"ל נהגו הקדמונים שאם א' נסע מהעיר י"ב חדש וג"ד שאין דעתו לחזור איבד זכותו אבל אם לא ג"ד בכך לא איבד זכותו עד ג"ש יע"ש. וכ"ש זה שהלך לארץ מרחק ומעשיו מוכיחין עליו שאין דעתו לחזור שאיבד זכותו. והנה מתחלה הייתי אומר דאע"ג דתקנת חזקת ישוב נוהגת בינותינו אפשר מנהג זה שאבד חזקתו אחר ג"ש אינו נוהג בינותינו עד שמצאתי בפסקי הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ בס' הפסקים שביד נכדו בסי' קנ"ג וז"ל ותשאר לו החזקה ואע"פ שכתבו האחרונים ובפרט מהר"י אדרבי סי' ע"ה ושצ"ז דכל שהקרקע ראוי ליהנות ממנו ולא נהנה ממנו בעל החזקה ג"ש רצופות אבד חזקתו היינו בחזקת יישוב שהקרקע מעיקרו של גוי ואין לישראל בו חזקה אלא מפני ששכרו ממנו תחלה שבזה הוא שנחלקו אם נידונית כקרקע או כטלטל וכו' אמנם קרקע שהיה של ישראל ונמכר לגוי קבלנו מרבותינו זלה"ה שדין קרקע גמור יש לה לכל דבריה ומינה נמי דלא מיפסלא בשהייה ואפי' שהתה כמה שנים בלא מחאה לא אבדוה בעלים עכ"ל, נשמע מדבריו דלדידן נמי בחזקת יישוב פוסלת שהיית ג"ש כדברי מור"ם ומהר"י אדרבי דמכי קבלו אבותינו לדון בחזקת יישוב לכל ענייניה קבלנוה וא"כ בנ"ד לפי דברי יעקב הנז' שקודם חורבנה לא היו נהנים ממנה כמה שנים אבדו חזקתם וכשנחרבה וחזרו הגוים

וחידשו בניינה ודר בה יעקב הנז' תחלה הוא הזוכה בחזקת יישוב החצר הנז' בכללותה ולראיה ביד יעקב הנז' חתמתי בכסלו בשנת אלהים עמך בכ"ל אש"ר אתה עושה לפ"ק בס' וישב יעקב בארץ מגורי אביו:
ע"ה שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן סט

טופס פס"ד הוזקקנו להעתיקו לשולחו למ"א וז"ן, לפני עמדו לדין החה"ש כהה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו תובע לאברהם הכהן בר יעקב וליחייא בר שמואל אוראי אודות העיסקא שהיתה לו אצלו מסך אלף ות"ק אוקיות מכ"ט בשטר כוח"ך וטען אברהם הנז' שביום שבאה השמועה ממיתת המלך רח"א הביא לכההר"ף הנז' אקרא'ב דנקר'א ואמר לו בזה"ל הא הווא פדמתיך, ונתרצה לו כההר"ף הנז', וכההר"ף הנז' השיב שלהד"מ רק הביא לו אקרא'ב הנז' בלי משקל ובלי שומא להטמינו עם נכסיו עד יצא משפט העיר לאור וכן עשה שהטמינו עם נכסיו תחת הקרקע וכיון שנאבד בכניסת בלשת לעיר לתפ"ץ להם נאבד וחייבים הם לשלם לו חלקי ההלואה שבעי' הנז' ופסקתי להם שמאחר שאין ביד כההר"ף הנז' השטר שהרי נאבד לו ביום ההפכה לתפ"ץ נשארה תביעת כההר"ף הנז' תביעה ע"פ וישבע הר"א הנז' שכדבריו כן הוא ויפטר ויכלול בשבועתו כמה היו שוים הכלי כסף שהביא לו ויתנכה מדמי העיסקא ובזה יפטר גם יחייא הנז' מתביעה זו, וזה מלבד סך ששים אוקיות מכ"ט שנושה בהם ריוח וסך ל' משקלים שאכלו מקרן העיסקא הנז' שחייבים לשלם במושלם זהו מה שנלע"ד וצוויי"מ:
וחתום החה"ש הדו"מ כהה"ר ברוך טולידאנו נר"ו והכרנו חתימתו כראוי: וס"ל נמ"ך ע"פ הפס"ד הנ"ל שפטר החכם הנז' למתעסקים הנ"ל בשבו' אברהם הנ"ל עמד כההר"ף ונתפשר עם המתעסקים הנ"ל למחצה מ"מ והרחיב להם זמן גדול שעי"כ נתרצו לפשרה אבל הם היו רצים לשבועה וכמו שפסק להם החכם הפוסק הנ"ל ובא לפני בני הנ"ל לשאול על נפשו ולגלות דעתי אף שאני קרוב אם הדין דין אמת וכמו שפסק להם הח' הנ"ל והפשרה קיימת או לא. ובראותי צרת נפשו בהתחננו אלי המו מעי לו כי נשלל כל ממונו ומעט מהרבה שהיה לו לקה מחצה והמחצה האחר ינתן לסירוגין עד עידן ועידנין, אי לזאת נזקקתי לגלות דעתי ואומר שמה שטען אב' הנז' שאמ"ל הא הווא פדמתיך שמכח זה פטרו החכם הנז' נראה שכוונתו היא ששמירתו היא על כההר"ף אם נאנס ברשותו דליכא לפרושי שבתורת פרעון נתנו לו שהרי אף לפי דבריו הנתינה שנתן לו אקרא'ב שבו כלי כסף נתנם לו בלי משקל ובלי שומא כלל ולא היה יודע כההר"ף

כמה כסף היה באקרא"ב הנז' המעט הוא אם רב אם כדי מעותיו או לא, גם לא שאל ממנו השטר ואין זה דרך פרעון כלל אלא הכוונה הוא כמ"ש שפי' הא הווא פדמתיך הוא להתחייב בשמירתו אם נאנס ומאחר שכן אפי' נניח שאמ"ל כן אברהם הנז' וקבל דבריו כההר"ף הנז' נראה שחייבים המתעסקים הנז' והוא ממ"ש מר"ן סי' רכ"ה ס"ג וס"ד וז"ל בד"א שלא התנה עמו אבל אם התנה עמו שכל אונס שיולד בקרקע זה יהיה חייב לשלם אפי' בא גוי וגזלה מחמת המוכר חייב לשלם אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה וכו' ה"ז פטור שאלו וכיוצא בהן אונס שאינו מצוי הוא וכו' וה"ה לכל תנאי ממון שאומדין דעת המתנה ואין כוללין באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה מעשה וכו' ע"כ:

מבואר מזה שכל תנאי שבממון אין כוללין בו אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי ואמרינן שהם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה והכא בנ"ד הדבר ידוע לכל באי שער העיר שלא היה פחד לכל היהודים מיום שמועה מיתת המלך והלאה אלא מפני השוללין שיבואו מחוץ לעיר שאינם דרים במדינה ומיראתן הטמינו כל בני אדם נכסיהם במטמוניות שתחת הקרקע כי השוללים ההם הם שוטפים ועוברים וחוטפים מה שמוציאים בגלוי ואין להם פנאי לחפש ולנקר תחת הקרקע כי יראים לנפשותם מפני חיל המדינה שרודפין אחריהם ומכח זה הלכו היהודים ופייסו לשר של האנודאיי"א ושחטו על חיל הלודאיי"א כמנהגם ונתנו להם שומרים המספיקין להם וכל החיל ההוא מבטיחים אותם בשבועות והבטחות גמורות להיותם על היהודים חיל וחומה מן האויבים ולא עלה על לב שום אדם בעולם שאנשי שלומינו יבגדו בנו ואף הם לא בגדו כ"א במאמר המלך זה לא עלה על הלב שהמלך שחפץ ביישוב בני מלכותו יתן אומר לחיילות הדרים עמנו לשלול שלל ולבוז בז בלי יראה ופחד ואין אומר השב, גם לא עלה על הדעת שיהיו שוללים קרוב לכ' יום יומם ולילה ומוציאים פועלים כב"ה המוציא פועלים לעבוד עבודתו לחפור כל הקרקעות וכל הכותלים אין נקי ודאי כל בן דעת יודה דאונס כזה לא שכיח כלל ולא עלה בדעת המתנה בשעה שהתנה ולא נכלל בכלל התנאי אלא דברים הידועים שהם הגייסות שמחוץ לעיר והם הם שהיו בדעת המתנה בשעה שהתנה לפ"ד וכפ"ז חייבים המתעסקים הנז' בחלק המלוה עספ"א אפי' לפי דבריהם ועיין א"ה סי' ז' ס"י. ועוד נראה שאף לפי שיטת החכם הנ"ב שפטרם בשבועה לגבי חלק יחייא מיהא נראה שחייב שהרי הוא לא טען שאמר גם הוא כן לכההר"ף ולא הביא בידו כלי כסף הנ"ל כלל אלא שאמר שנתן האלקרא"ב הנ"ל ביד אברהם ואמ"ל שיתנם לכההר"ף לאחריותו וה"ז כאומר נתתי הפרעון ביד הערב לתתם למלוה שכתב

מור"ם בסי' קכ"ט סי"ב וז"ל טען הלוה שנתן דמי הפרעון לערב ליתנן למלוה נשבע היסת ונפטר דמיגו דיכול לומר פרעתי לך נאמן ג"כ לומר דפרע לערב ונפטר בזה דהא המלוה האמין לערב ע"ש והכא נמי בנ"ד אברהם הוא ערב בחלק יחייא והרי יחייא טוען שנתן אקרא"ב לבע"ח לאחריותו וכפ"ז ישבע היסת ויפטר. אבל נראה דלא דמי דהתם איירי בערב דעלמא שאינו לוה דבזה שפיר איכא למפטריה דהא הימניה לערב וכמ"ש אבל בנ"ד ששניהם לוו כא' לא האמין לשום א' מהם יותר מחבירו ואדרבא הסברא נותנת שליחייא הנז' האמין יותר שהוא אמוד בנכסי יותר מאברהם הנז', וא"כ לגבי חלק יחייא מיהא לא נפטר במה שטען שפרע ביד אברהם כ"ז חלקנו לפי סברת מור"ם והסמ"ע אבל לסברת רש"ל והט"ז והש"ך שכולם כא' חלקו על סברת מור"ם בהגה זו דאפי' בערב גרידא דמהימן ליה לא נפטר הלוה כ"ש בנ"ד שחייב יחייא הנז' בחלקו מיהא אליבא דכ"ע. זהו אם נניח שיחייא ואברהם הם ערבים סתם אבל אם יתברר שהם ע"ק נר' שחייב יחייא בכל אף בחלק אברהם הנז' וראיה מסימן קכ"ט סט"ו וז"ל קבלן לעולם יפרע ממנו תחלה אם ירצה וכו', וסיים מור"ם ואין הלוה נאמן לומר פרעתי דהו"ל לקבלן להתנות ע"כ, וא"כ הכא בנ"ד אברהם לגבי חלקו הוא לוה ויחייא קבלן בעדו והוא טוען שנתן הכסף לכהר"ף לאחריותו ורוצה לפטור הקבלן מחלקו אינו נאמן מטעמא דכ' מור"ם דהו"ל לקבלן להתנות ומה שקשה על דברי מור"ם מריש סי' ק"ל עיין סמ"ע שיישב והסכים דברי מור"ם עם דברי מר"ן דריש סי' ק"ל ואף שהש"ך סתר דברי מור"ם הנ"ל כבר ידוע דבתר מור"ם וסמ"ע אזלינן במקום שחולק הש"ך:

אמנם לכאורה נראה לפטור יחייא מחלק אברהם מההיא דכתב מר"ן סי' הנז' סט"ו וז"ל מלוה שבא לגבות מהקבלן ואין שטרו בידו וטען שאבד השטר ולוה מודה שלא פרעו וקבלן טוען שמא פרעך הלוה וקרע שטר חובו יש מי שאומר שהדין עם הקבלן ע"כ, וה"נ בנ"ד הרי אין שטר ביד בע"ה שהרי נאבד בימי ההפיכה ואברהם טוען שנתן הכסף לאחריות המלוה ויחייא הקבלן טוען שמא האמת אתו שהרי אין השטר ביד בע"ה והדין עמו וכמ"ש מר"ן נראה לחלק דדוקא היכא שנאבד השטר בפשיעת המלוה הוא דהדין עם הקבלן אבל היכא שלא נאבד בפשיעתו וכנ"ד שנאבד באונס בין שטרותיו כמו שהוברר להם אפשר דמודה מר"ן שחייב הקבלן דלא איתרע שטרא שהרי אילו היו זוכרים עידי השטר היו מחדשים לו שטר אחר וכמ"ש מר"ן סס"י מ"א וז"ל מי שהיו שטרותיו בעיר שכבשה כרכום וכו' אפי' הלוה עומד ומוחה וכו' ע"ש וכפ"ז לא נפטר הקבלן שהרי אין ריעותא לפנינו כלל: העולה דלפי הטעם שכתבנו בתחילה דאונסא דלא שכיח הוא ולא קבל עליה מלוה חייבים שניהם לפרוע כל חלקי המלוה עספ"א,

ולפי הטעמים האחרונים יחייא הנז' חייב בחלקו אליבא דכ"ע וגם בחלק אברהם נראה לחייבו כפי החילוקים שחילקנו, והגם שבע"ה כבר נתפשר עמהם הפשרה היתה לפי מה שפסק להם החכם הפוסק הנ"ל שפטר לשניהם בשבועת אברהם הנז' לפיכך עמד ופישר עמהם ועכשיו שהוברר הדבר לדעתי אם יסכימו בעלי הוראה שחייבים בכל הו"ל פשרה בטעות וחוזר אפי' תהיה בקנין ועיין בבאה"ט ס"ס כ"ה כמדומה לי משם מהר"ם אלשיך כתב שאם עמד אחד ופשר עם בעל דינו מחמת שהיה סבור שאין הדין עמו ואח"ך הוברר שהדין עמו שהפשרה בטלה ע"ש בלשונו כי כעת אינו מצוי אתנו באבדן ספרינו וכל כלי חמדתינו ביום חרון אף ה' ועל דייני ישראל מוטל להפך בזכות ת"ח כמ"ש בח"מ סט"ו ואף דכתב הסמ"ע שאין דין ת"ח בזמנינו לדין זה עיין ב"ח שכתב דאף בזמנינו צריך להפך וכתב השכנה"ג שכ"ן מדברי סתימות כל הפוסקים כדברי הב"ח ואף שבאו הדברים שלא ביישוב כראוי אין צריך התנצלות לזה כי ידוע בלבולינו וטרופינו מצרות הזמן המתחדשות ובאות כל יום ויום ה' יאמר לצרותינו ולצרות עמו ישראל די וצויי"מ: וחתום החה"ש הדו"מ כמוהה"ר יקותיאל בירדוגו נר"ו והכרנו חתי' כראוי, עכ"ן מע"ן ולראיה ח"פ תמ"ת וקיים:

משה ן' שלוש סליט"א יצחק ן' לחסין סי"ט הדבר פשוט דהאי דמסר המקבל עיסקא להנותן כיס מלא כסף או גרוטאות של כסף ואמ"ל בזה"ל הא הווא פדמתך ונאנסו ביד הנותן עיסקא דאין זה פרעון ואכתי ברשותיה דמקבל עיסקא קאי ופקדון בעלמא הוא אצל הנותן שנאנסו אצלו וחוזר הנותן ונפרע מעותיו מהמקבל עיסקא שהרי אפי' בהלואה דג"ח דקי"ל מורידו לשומא כל כמה דלא הורידו לשומא אכתי ברשותיה דלוה קיימי ופקדון בעלמא אינהו לגבי המלוה כההיא דסי' ק"ד ס"ד לא מיקרי גבייה אא"כ שמו ב"ד המטלטלין ונתנום בידו וכו' וכ' סמ"ע שכל שלא שמו לא סמכא דעתיה דמלוה עליה דשמא ישומו לו הרבה ביוקר ועדיין הם ברשות הלוה עכ"ל, וכ"ש בנ"ד דנתן לו. מעותיו בעיסקא וקי"ל המלוה לחבירו למחצית שכר אינו מורידו לשומא כדפסק מר"ן סי' ק"א ס"ו גבי מוכר סחורה לחבירו וכתב הלבוש דה"ה המלוה למחצית שכר דצריך לפורעו במעות מזומנים יע"ש, וא"כ בנ"ד דמידי דשומא הוא דיהיב ליה ולא מעות אכתי ברשותיה דמקבל עיסקא קיימי דעליו מוטל לטרוח במכירתן ולהביא לו מעות ואז יהיה עליהם תורת פרעון ואפי' בהיכא דנתרצה לו הנותן עיסקא לירד לשומא מלבד דיכול לטעון בטעות נתרצה דלא אסיק אדעתיה שהדין כך שאינו יורד לשומא ומלתא כדנא עביד איניש למטעי אפי' יודע ספר וכההיא דכתב הרב המאסף גבי פשרה בטעות בסי' כ"ה בהגה"ט אות ס"א יע"ש אלא אפי' לא הדר ביה וקבל אנפשיה לירד לשומא כ"ז שלא

נישומו עדיין הם ברשות המקבל עיס' ופקדון בעלמא אינהו גבי הנותן שקבלם ונאנסו אצלו וחוזר ונפרע מהמקבל וכדכתיבנא ולא זו בלבד אלא אפי' אם נתן לו מעות בעין או מידי דכבר נישום כשנתרצה לירד לשומא אפי"ה כל שלא פירש לו הילך אלו לפרעון חובך אמרי' לפקדון בעלמא הוא דיהבינהו ניהליה כההיא דסי' ע"ב ס"ג וז"ל המלוה על המשכון וחזר המלוה והפקידו ללוה ונגנב או נאבד חייב המלוה אע"פ שביד הלוה אבד כיון דבתורת פקדון נתנו לו אכתי ברשותא דמלוה קאי ע"כ, ופי' הסמ"ע וז"ל כיון דבתורת פקדון נתנו לו פי' מדלא אמ"ל הריני מחזיר לך משכון שנתת לי הו"ל כאילו הפקידו זה המלוה ביד אחר עכ"ל הרי דבמלוה על המשכון שיש לו דין שומר שכר עליו כשחזר ונתנו ללוה שהוא בעליו כל שלא פירש לו הריני מחזיר לך משכון שנתת לי אכתי ברשותא דמלוה קאי ופקדון הוא בעלמא ביד הלוה מן הסתם וכשנגנב או נאבד מבית הלוה שלא פשע בו הוי דינא כאלו נגנב או נאבד מבית המלוה שיש לו דין ש"ש עליו וחייב בגניבה ואבידה:

ומינה דבנ"ד אף אם נתן המקבל עיסקא לנותן מעות בעין או דבר שכבר נישום כל שלא פירש לו הילך אלו לפרעון חובך אמינא מסתמא לפקדון בעלמא הוא דיהבינהו וכשלא פשע בהם הנותן שקבלם ונאנסו מבית הנותן הוי דינא כאלו נאנסו מבית המקבל עיס' וחייב בכל חלקי המלוה שהוא נוטל רווחייהו, וכ"ש בנ"ד דלא נתן לו מעות בעין אלא מידי דשומא בדבר שאינו מורידו לשומא ומחוסר שומא ולא פי' לו הילך אלו לפרעון חובך לא דינא ולא דיינא דפקדון בעלמא אינהו גביה דנותן שקבלם וברשותיה דמקבל עיסקא קיימי להתחייב באונסין ואין כאן לתא דפרעון כלל, וכן משמע מההיא דסי' נ"ח ס"ב דבהיכא דראוהו עדים שנתן לו מעות ולא ידעו שבתורת פרעון נתנם דיכול לומר מחוב אחר גביתם מגו דיכול לומר בתורת פקדון קבלתם ונאנסו או בתורת מתנה יע"ש, וכן משמע מההיא דסי' ע' ס"ה וז"ל א"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ופרעו בינו לבינו ונאנסו המעות והמלוה אומר בתורת פקדון קבלתם עד שיבואו אותם פ' ופ' ותובע שיחזור לפורעו אין בדבריו כלום עכ"ל, ופי' האחרונים וגם מר"ן עצמו בבד"ה דהכא מיירי כשהמלוה מודה דבתו' פרעון נתנם לו הלוה רק שאומר שבדעתו היה שלשם פקדון קבלם עד שיבואו אותם פ' ופ' דהו"ל דברים שבלב לכך אין בדבריו כלום. אבל אם אמר בהדיא בשעה שקבל המעות שלשם פקדון קבלם ונאנסו לא הוי פרעון וחוזר ונפרע מהלוה דאמרינן דברי המלוה עיקר, ואע"ג דקי"ל בסי' ק"ך דפרעון בע"כ דמלוה הוי פרעון הכא שאני דאית ליה במה לתלות שעדיין לא באו אותם פ' ופ' יע"ש בדבריהם הרי דבהיכא דנתן הלוה למלוה מעות חובו בעין ופי' לו הילך אלו לפרעון חובך ולא

חיסר כלום מתורת פרעון רק מהתנאי שעדיין לא באו אותם פ' ופ' אפי"ה מצי המלוה למימר שאינו מקבלם אלא לשם פקדון וכשאמר כן אנו אומרים דבריו עיקר וחוזר ונפרע מהלוה אם נאנסו. ומינה נמי אם לא פירש הלוה לשם פרעון רק שאומר שבדעתו היה לשם פרעון והמלוה אומר שבדעתו היה לפקדון דאזלינן בתר מחשבה דמלוה כיון שלא פירש לו הלוה לפרעון. וכ"ש בנ"ד דמידי דשומא הוא דיהיב ליה וגם עדיין לא נישום ולא פירש לו הילך אלו לפרעון חובך דודאי הוא דאין ללוה פה לומר דלשם פרעון נתכוון ודברי המלוה עיקר שאומר דלשם פקדון קבלם להטמינו עם נכסיו ואין כאן לתא דפרעון כלל, ומה גם דהאי לישנא דקא"ל הא הווא פדמתך קרי בחיל דלא לשם פרעון נותנו אלא לשם פקדון להתחייב בשמירתו כשומר חנם דהאי לישנא הוי כאומר לחבירו על איזה דבר הנו בידך לשומרו שכך מורגל בלשון ההמון ברוצה להסתלק משמירת איזה דבר שאומר לבעליו הא מתאעך עלא דמתך אנא מא עלייא פדמא וא"כ אינו אלא לישנא דשמירה דבלתי אמירה זו רק נתן לו הכיס סתם אינו עליו אפי' ש"ח כדמשמע מההיא דסי' רצ"א ס"ב וז"ל שומר חנם הוא שהפקיד אצלו כסף או כלים או כל דבר לשמור והוא קבל עליו לשומרו וכו' ע"כ. משמע דבעינן שהמפקיד יפרש לו לשמור דהיינו הילך שמור לי זה והנפקד יקבל עליו לשומרו וכדאי' בהדיא במדרש מכילתא כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ר' ישמעאל אומר עד שיפקד אצלו ויאמר לו הילך שמור לי זה אבל אם אמר לו עיניך בו הרי זה פטור יע"ש והביאוהו התוס' קמא דצ"ג ע"א ד"ה לשמור ולא לאבד יע"ש: וא"כ בנ"ד מהני האי לישנא דקאמר המקבל עיס' להנותן שקבל ממנו הכיס הא הווא פדמתיך לשווייה שומר חנם עלייהו וכשלא פשע בשמירתו ונאנסו ממנו חוזר ונפרע מעותיו מהמקבל עיסקא וליכא לפרושי האי לישנא דקאמ"ל הא הווא פדמתך הוא להתחייב באונסין כאשר עלה בדעת החכם הפוסק נר"ו שהרי מה שאנו יכולים להפליג במשמעותו הוא לפרשו כאומר הנה הוא באחריותך ובמקבל אחריות סתם ולא פירש אם אחריות דפשיעה כש"ח או דגניבה ואבידה כש"ש או באונסין כשואל אין בידינו לחייבו אלא באחריות דפשיעה דתפסת מועט תפסת ובהיכא דליכא לישנא יתירא כגון דא"ל שמור לי זה והוא באחריותך דבמלת שמור לי לחוד נעשה שומר חנם על הדבר שהרי פירש לו לשמור ומתחייב באחריות דפשיעה וא"כ מאי דמוסיף והוא באחריותך הוא לישנא יתי' ולטפויי אתא יותר מאחריות פשיעה והיינו אחריות דגניבה ואבידה כש"ש דהוא דרגא דלעיל מיניה ולא סלקינן ב' דרגי לחייבו באונסין כשואל וכן מפורש בתשו' הרשב"א סי' אלף ג' וז"ל האי דאמרי' מתנה שומר חנם להיות כשואל דוקא בשאמר כן מפורש אבל הפקיד אצלו וקבל עליו אחריות סתם אין במשמעות זה

שיהא כשואל כשקבל האחריות וקרוב אני לומר שאינו חייב אלא באחריות אבידה שהיא קרובה לפשיעה ולא בגניבה שהיא קרובה לאונס אלא כיון שבדין השוו הגניבה והאבידה יש לומר שחייב עצמו בדין א' מהשומרים דהיינו ש"ש אבל להיות כשואל לא ולא תימא שיש בכלל אחריות אונסין עכ"ל הרי מבואר בדברי הרשב"א דבהיכא דהפקיד אצלו והיינו דא"ל לישנא דפקדון והוסיף לקבל אחריות לא אתי לטפויי אלא דרגא דלעיל מיניה לחייבו כש"ש ולא כשואל דלעיל מינייהו, וכ"ש בנ"ד דליכא שום לישנא יתירא דמהאי לישנא דאמר ליה הנה הוא באחריותך אינו אלא להטיל עליו אחריות דפשיעה למהוי כש"ח דהוי כמפרש לו לשמור דבלתי האי לישנא אפי' ש"ח לא הוי כדאמרן ואין כאן אפילו אחריות דגניבה וכ"ש אחריות דאונסין וכיון שכן אין אנו צריכין לחלק בין אונסא דשכיח לאונסא דלא שכיח דלא קביל עליה שום אונס אפי' דשכיח וכל האי שקלא וטריא דנשא ונתן באמונה האח נפשי מר אביו של הנותן נר"ו אינו אלא להוציא מלב החכם הפוסק דפסיק ותני מהאי לישנא לסלוקיה בדרגא עילאה להתחייב באונסין דהו"ל לפלוגי מיהא בין אונסא דשכיח ללא שכיח ולומר דאונסא דלא שכיח לא קבל עליה ולא עלה על לבו:

הרי אפי' לפי"ד של המקבל עיס' ולפי טענותיו העלה חרס בידו ורשתו אשר טמן תלכדו. ולא יחרוך רמיה ציידו. ולא צריכנא למאי דמכחישו כההר"ף נר"ו דבלא הכחשה נמי יצא חייב בדינו בכל חלקי המלוה ואפי' אם עבר ונשבע כדברי החכם הפוסק שכדבריו כן הוא לא הועיל כלום וקטלינן ליה בתרי קטלי שבועה וממון שהרי מתוך דבריו שהוא נשבע עליהם לאמיתם משם יצא חייב בממון כדכתיבנא והפשרה שנתייסדה ונבנית ע"פ פסק החכם הפוסק בנפול היסוד יפול הבנין דהו"ל פשרה בטעות ודבר פשוט הוא כדפסק מר"ן בסי' כ"ה וז"ל דיין שטעה וחייב שבועה וכו' ועשה זה פשרה וכו' אע"פ שקנו מידו אינו כלום דקנין בטעות הוא וחוזר ע"כ, וסיים מור"ם וכן כל כיוצא בזה וכו' והיינו כנ"ד וכ"ש שנ"ד מפורש בתשו' מר"ן סי' נ' במי שנתפשר עם בעל דינו מפני פסק חכם א' שהיה מחייבו ואח"כ נתגלה שהדין עמו פשרה בטעות הוא וחוזר הביאו הרב המאסף בסי' כ"ה אות ס' בהגה"ט יע"ש. ואפי' אם נעשית הפשרה בש"ח פשרה אין כאן שבועה אין כאן כדכתב הרב המאסף שם אות פ"ב:

ואחר שהפשרה נעשית בטעות חוזר הדבר לאיתנו לתנאו הא' לחייב המקבלים לפרוע אותיום להנותן כל חלקי המלוה שיש באותו הכיס שנאנס אבל מחלק הפקדון שהוא החלק שנוטל הנותן ריוחא דידיה הם פטורים כשיבררו בשבועתן שהכיס הנז' מממון העסק וכמה שיוויו ואע"ג דלא איתניס ברשותייהו אין לחייבם מדין שומר שמסר לשומר

דחייב אפי' באונסים דהתם הוי טעמא משום דמצי אמר המפקיד להנפקד את מהימנת לי האיך לא מהימן לי כדאיתא בסי' רצ"א סכ"ו משא"כ הכא בנ"ד שמסרו הכיס להנותן עיסקא עצמו איך יאמר אתון מהימניתו לי אנא לא מהימנאי אנפשאי שהרי הוא עצמו מודה שנאנסו:

איברא דאי מצי הנותן שנאנס הכיס אצלו לברר דאם היה נשאר הכיס ברשותייהו הוה ניצול יש מקום לחייבו גם בחלק הפקדון כדכתב הלבוש שם וז"ל והוא שיהיה האונס שלא בא ע"י פשיעתו שמסרו לזה שאף אם לא מסרו לו היה אירע זה האונס כגון מתה כדרכה דאמרינן מלה"מ מ"ל הכא מ"ל התם עכ"ל, משמע שכל שיתברר שאם לא מסרוהו לזה לא היה בא האונס אנו אומרים שמחמת פשיעותם שמסרו' לזה בא האונס וחייבים ובהא נמי איכא למימר דשאני נ"ד שהרי אפי' בהיכא דמסרוהו לאחר ובא האונס ע"י פשיעתם שמסרוהו אית לן למפטרינהו היכא שמסרוהו לפני המפקיד ולא מיחה כדכתב מור"ם לעיל בשם המרדכי וכ"ש הכא שמסורוהו להנותן עצמו ושתק וקיבל ולא מיחה שיהיו פטורים אפי' בכה"ג. ומה גם דמסתמא אמרינן כיון שנכנסה בלשת לעיר והיו מחפשין חיפוש אחר חיפוש אין מקום שיהיה הכיס ניצול שמה ונאמר מ"ל הכא מ"ל התם. ובחלקי המלוה אין מקום לפוטרם וכדכתיבנא. החותם פה צפרו במרחשון משנת ומוסרותיך אנת"ק לפ"ק וקיים: שאול ישועה ס"ט:

סימן ע

פרח שושן בוצין בוצין מקטפיה ידיע:

הולך ואור אור בעד אור כזוהר הרקיע. ידידינו הח' הנבון כהה"ר אברהם ן' טוטו נר"ו, מגן אברהם יהיה בעזרו ושמרו כרועה עדרו, כי"ר: אחדש"ך אתה שלם וביתך שלם וכל אשר לך שלם כי"ר, האירו אותותיך בענין ה"ר מסעוד ן' שרביט שתובע מהיבם והיבמה לפרוע לו מה שנושה בבעלה הראשון בעדים והדין הוא דמע"פ אפי' בעדים אינה נגבית מהיורשים משום דטענינן להו דלמא פרע מורישם בחייו כדאיתא בחו"מ סי' ק"ח ס"א ואף במי שאינו מצוי בעיר אמרי' דלמא ע"י שליח פרעו או פרע לשלוחו, ואחר דאנן הוא דטענינן דלמא פרע אין עליהם שום חיוב שבועה אלא שמחרים סתם על כל מי שיודיע שמורישם עדיין חייב החוב הנז' כדאיתא בסימן ע"ה סט"ז וכגון שלא ציוה בחוליו שיש למסעוד הנז' חוב עליו שאם הזכיר בחוליו שעדיין נושה בו החוב הנז' חייבים לפרוע לו חובו וכן אם העדים שמעידים שנושה בו החוב הנז' מעידים ג"כ שקבע לו זמן לפרעון ומת בתוך הזמן קודם שיחול זמן הפרעון גובה נמי מהיורשים דאמרינן חזקה אין אדם

פורע חובו תוך זמנו כמפורש בריש סי' ע"ח, ואחר שכתו' האשה היא כתובה כדת אין לשום בע"ח ליטול אלא המותר אחר פרעון כתובתה שהוא מה שראוי ליורשים לירש ולפרוע ממנו חובות מורישם אבל אם אין שם אלא שיעור כתובה והיא תפוסה אין מוציאין מידה כדאיתא בא"ה סי' ק"ב ס"ב אבל אם אינה תפוסה בעל חוב קודם יע"ש: ובענין מה שתובע ב"ח של היבם לשותפו שהיה משותף עמו בחייו מחמת שלוה לצורך השותפות הדין עמו ולא מבעיא אם שניהם לוו ממנו דנפרע מן החי דקי"ל בריש סי' ע"ז בחו"מ שנים שלוו מא' שניהם ערבים זל"ז אלא אפי' לא היה עמו הנשאר בחיים והנפטר לבדו הוא שלוה לצורך השות' כיון שהוא מודה שנכנסה הלואתו לצורך השות' נשתעבד כאלו שניהם לוו כדאיתא בסי' ע"ז ס"ב ופורע כל החוב מכיסו, ואם יש בידו מממון השות' פורע החוב מהאמצע ממה שבידו ואם כבר חלקו ולא נשאר אצלו משל הנפטר כלום ועכשיו רוצה להוציא מיד היורשים מה שכבר אכל מורישם או מה שעולה לו בהפסד אין הדין עמו שאין השו' מהנשבעין ונוטלים כדי שישבע ויטול מה שביד היורשים אלא נוטל מדבר שהוא תחת ידו אם ישנו כדאיתא בסי' צ"ג סי"ג: איברא אם השות' שהיתה ביניהם היתה בשטר וכתוב בשטר וכשם שהם בריוח כך הם בהפכו מלתא יתירתא היא ולטפויי אתיא דאפי' במה שהוא תח"י חבירו או יורשיו נשבע ונוטל שכך כתוב אצלנו משם הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ובשאין שטר שות' או שישנו ואין כתוב בו וכשם שהם בריוח וכו' אין גובה כלום מהיורשים אלא שמחרים סתם על מי שיודע ע"פ צוואת הנפטר שעדיין אצלו החוב הנז' ונפרע בו מכיס השות' והוא יפרע לב"ח וצויי"מ וימ"ן וקיים:

ע"ה שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן עא

בהיות אמת שהשטר עיסקא שהיה לכהה"ר יעקב הצרפתי י"א נגד יוסף בן יעקב ה"ן שרביט שכבר נפרע כהה"ר יעקב הנז' בהמחצית שנשאר לזכותו בהשטר הנז' ע"י אח"מ באמצעות שלמה ן' וידאל ה"ן עזראן ונשאר בלי פרעון המחצית שנמסר מקודם לשלמה הנז' בשעה שעמד כהה"ר יעקב הנז' לטרוף משלמה הנז' החזקות שקנה מיוסף הנז' מכח קדימת השטר עיסקא ונכנסו רודפי שלום ופשרו ביניהם עזה"ד שנתן שלמה הנז' לכההר"י הנז' סך קק"ם כ"ם ה"ם ומסר לו המחצית בהשטר הנז' וסלק שעבודו מעל החזקות הנז' וזה המחצית שנמסר לשלמה הנז' הוא שנשאר בלי פרעון אלא שהודה לפני ה"ר שלמה הנז' הודאה בב"ד שתבע מיוסף הנז' לפרוע לו הקרן הנז' ולמחול לו השאר

ולא מצא יוסף הנז' ממה לפרוע לו במזומן והלך אצל הגוים ולקח מהם בהקפה כלי כסף אצעדה וצמיד וכיוצא מעשה ידיו של שלמה הנז' שהוא הפועל שעשה החפצים הנז' לגוים הנז' ועשו שומא להכלי כסף הנז' כפי אשר נתרצו ביניהם ולקח שלמה הכסף הנז' ע"פ השומא כדי שיעור הקרן הנז' ומחל כל היתר על הקרן הנז' וכתב לו שובר מכתב ידו של שלמה הנז' שהשטר הנז' שטרא פריעא הוא ואחר ימים נמלך שלמה הנז' והחזיר הכסף הנז' ליוסף הנז' ואמ"ל הילך הכסף הנז' שנתת לי בפרעון השטר ואני ארויח לך זמן עד ימצאו לך מעות במזומן ותפרע לי השטר שעדיין הוא קיים בביתי והשובר שנתתי לך שמריע ומפקיע כח השטר תחזירהו לי וכן היה שזה החזיר לו הכסף וזה החזיר לו השובר:

וכעת בא שלמה הנז' בעקיפין ורצה למכור השטר הנז' לזולת לגבות מיוסף הנז' קרן וריוח ובאו לפני הרוצים לקנות ממנו לדרוש אלהים מה יהיה משפט השטר הנז' ואמינא להו דשטרא ריעא הוא וחספא בעלמא הוא והמשהה אותו אצלו עובר בלאו דלא תשכן באהלך עולה, ובעודם נושאים ונותנים בענין בא יוסף הנז' ממקום תחנותו וצווח ככרוכיא שלא נשאר אצלו מהשטר הנז' זולת סך ק"ם ס"ש וסך ק"ם ס"א ה"ם פרע אותם ליד שלמה הנז' מעות בעין וכל יתר על הסך הנז' כנטול דמי שכבר מחל שלמה הנז' כל הריוחים והתוספאות על הסך הנז' ונדרשתי לחוות דעתי מה יהיה משפט השטר הנז' ומעשהו:

ורואה אני שמשעה שמשך שלמה הנז' הכלי כסף הנז' וזכה בהם בפרעון השטר כבר נמחל שעבודו והוה ליה כחספא בעלמא ומה גם שכתב לו שובר עליו וכי הדר והחזיר לו הכסף הו"ל גביה כמלוה ע"פ ונאמן בשבועת היסת לומר פרעתי מקצת או הכל שהרי קי"ל במציעא די"ז ע"א משמיה דר"י שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו פעם אחרת שכבר נמחל שעבודו ופי' בעה"ת וז"ל פירוש משפרע מלוה הא' נמחל שעבוד השטר ועל המלוה אחרונה הרי לא נכתב שטר זה והו"ל מלוה ע"פ וכו' ובסיום דבריו כתב מכאן למדנו שכל מלוה שיתברר או מפיו או מפי עדים שנפרע משטרו אע"פ שהלוהו פעם אחרת שנתבטל כח שטרו והלוה נאמן וישבע היסת שפרעו ונפטר עכ"ל, וכ"פ הרמב"ם בפי"ד מהל' מלו"ל הל' ז' וז"ל שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו ונעשה כחרס עכ"ל, מדקאמר ונעשה כחרס משמע שאינו גובה בו אפי' מבני חרי וכן משמע מההיא דחזקת הבתים דל"ב גבי ההוא ערבא דאמר ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתי למלוה עלוך והא שטרא אמ"ל לאו פרעתיך א"ל לאו הדרת שקליתנהו מינאי ומסיק התם דחספא בעלמא הוא ופי' רשב"ם כיון דמודה הערב שפרעו וקי"ל שטר שלוה

בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו והאי שטרא חספא בעלמא הוא ע"כ, מכאן מוכח דאפי' מבני חרי לא גבי דהא ההוא ערבא ללוה הוא שהיה תובע לגבות ממנו מבני חרי ולא הודה לו דהדר שקלינהו ונפטר הלוה מכח שנמחל השטר יע"ש ולפ"ז הגם דמר"ן בח"מ סי' מ"ח סתם דאינו חוזר ולוה בו ולא פירש אם חזר ולוה בו אי לא גבי אפי' מבני חרי או דוקא ממשעבדי מ"מ מדנקט בסי' נ"ז בסופו דין זה במלוה עם לוה משמע דאפי' לגבי לוה אינו גובה בו והיינו מבני חרי וכ"ש ממשעבדי וא"כ מ"ש הסמ"ע בדין זה סימן מ"ח דממשעבדי הוא דלא גבי אבל מבני חרי גבי היפך דעת מר"ן והיפך סוגיית הגמ' הנ"ל ודעת הפוסקים הנז"ל וכבר השיגהו הש"ך והט"ז והכנה"ג בסי' הנז' ולדבריהם שומעים שאמרו כהלכה. ואע"ג דסיים התם בפ' ח"ה בעובדא דההוא ערבא וז"ל הנ"מ דאמר ליה הדרת אוזפיתינהו מינאי אבל אמ"ל אהדרתינהו ניהלך מחמת דהוו שייפי וסומקי אכתי איתיה לשעבודא דשטר, ופי' רשב"ם וה"מ דלא מחייב לוה לפרוע לערב היכא דטעין ערב פרעתינהו אבל הדר יזפתינהו מינאי דערב גופיה מודה שהשטר שבידו נמחל שעבודו אבל אי טעין ערב אני החזרתי לך אותן מעות עצמן משום דהוו שייפי נשוף צורתן ולא היו יוצאין בהוצאה, וסומקי שהאדים נחשתן יותר מדאי נמצא שעדיין לא פרעו ע"כ וכ"פ הרמב"ם בפ' הנז' ה"ח וז"ל אבל אם אמר לו החזרתי לך המעות מפני שלא היו טובות עד שתחליפם לא בטל השטר ועדיין שעבודו קיים ע"כ והוא ניהו פסקיה דמר"ן בסוס"י נ"ז אלא שהוסיף בשם רבינו יונה אף אם יוצאים ע"י הדחק והטעם מבואר בב"י דכיון שאלו היה מכיר בהם לא היה מקבלם יע"ש:

מ"מ בנ"ד לא שייך שום טעמא מהני שהרי חפצים הוא שנתן לו בכדי שוויין ולא שייך שתחליפם לי כדי שיהיו נוחין להוצאה דכלים לאו להוצהא קיימי וטעם שהאדים נחשתן ליכא חדא דכשבקש ממנו להחזירן לא נתן טעם לדבריו משום איזה דבר רע שבהם רק שחפץ הוא במעות מזומנים יותר ובההיא הנאה דהחזירם לו והמתין והרויח לו זמן לפרעון ועוד לא שייך שיחזירם משום איזה דבר רע שנתחדש לו בהם דהא איהו ניהו הפועל שעשאן ויודע מה נעשה בהם ולא שייך חזרה בכגון זה שידע וקנה. ומה גם שאחר שקבל הכלי כסף הנז' כתב לו שובר ונתנו בידו שנפרע בשטרא לא דינא ולא דיינא שהשטר בטל ומבוטל כחרס הנשבר שב"מ הן בענין הקרן שפרע לו הן בענין הריוחים ותוספאות שמחל לו דמ"ל נמחל שעבודו ע"י פרעון מ"ל נמחל ע"י מחילה וכמ"ש ה' המאסף בהגה"ט שם ס"ג משם מוהרדב"ז יע"ש, ושלמה הנז' בעמוד והחזר השטר קאי משום ואל תשכן באהלך עולה כדפסק מר"ן בריש סי' נ"ז וז"ל אסור להשהות שטר פרוע בתוך ביתו וה"ה שטר שנמחל שעבודו) ואם אינו רוצה להחזיר ראוי לנדותו עד

שיחזירנו וחזר ושנאו בסי' ס"א סי"א וסי"ב יע"ש, ועי' בהרב המאסף שם ולראית האמת חתמתי באדר א' משנת תקו"ם תרחם ציון לפ"ק וקיים:

נאם שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול במקום שיחזיר השטר לבעליו ה"ר שלמה ן' עזראן הנז' הלך ומסרו לה"ר דוד הכהן בכתיבה ומסי' כראוי ובתמוז ש"ש זאת התקמ"ז ליצי' עמדו לפני הרד"ך עם יוסף ן' שרביט הנז' והגיד הרד"ך ליוסף הנז' מענין המסי' שמסר לו ונומיתי לו אח"מ דחספא בעלמא מסר לו ושטרא פריעא הוא וכאמור לעיל ותמהתי מהרד"ך כי הוא אשר בא לימלך בי כאמור לעיל והוריתיו את דבר המשפט דשטרא פריעא ופירש באותו זמן ולא קנה ומה ראה היום לקנותו, ואז הוציא הרד"ך חרב מודעה רבה מכיסו שעליה תמכו אשוריו לקנות השטר הנז' שג"ד שלמה הנז' בפאס יע"א בכ"ח באדר תקמ"ה על כל פשרה ומחילה שיעשה ליוסף הנז' כאילו אינה ותחזק ידו בראותו זמן הפסק הנ"ב באדר תקמ"ו נמצא שהמודעה קדמה. ועם היות שידעתי נאמנה שזמן שהודה לפני שלמה הנז' רחוק רחוק מזמן הפסק לא יכולתי להכריע ולדעת זמן ההודאה בדקדוק ומה גם שבזמן שהודה לפני הר"ש הנז' בקש ממני להסכים ע"י הסופרים לכתוב לו מודעא ואז יחזור ויעשה פשרה אחרת עם יוסף הנז' ואעיקרא דמלתא לא החזיר ליוסף הנז' מה שנתן לו בפרעון השטר הנז' אלא מחמת שלא מסר מודעא מקודם, ואמינא ליה דלא מועיל כלום בחזרתו שכבר נמחל שעבוד השטר וכאמור, והיינו טעמא שהלך ומסר מודעא בפאס יע"א שאין לסופרים ידיעה מהפרעון כלל והראה להם שטר גמור ועשו העתק מהשטר וסמכו לו ענין המודעא הנ"ל וסמך שבאורך הזמן לא ימצא יוסף הנז' עדים שיעידו על זמן ההודאה בדקדוק ובעל השטר הוא המוחזק והמוציא ממנו עליו הראיה שההודאה קדמה וברוך המפיר מחשבות ערומים שנעשה זמן ההודאה בזמן דהויא מלתא דתמיהא דמדכרי אינשי והוא שטען עליו יוסף הנז' שזמן ההודאה היה בזמן שהביא משה ן' יעהב ן' חמו להכבו' יאקות בת מסעוד דמת' נאני אביטבול מעיר אביה להכפר שבו דר יוסף הנז' ונזדמנו כל היהודים שבכפר ההוא ושבכפרים הקרובים להשלים מנין לצורך ז' ברכות ובאותו זמן נעשה הפרעון שפרע יוסף הנז' להר"ש הנז' כאמור לעיל ולהיות שלא היו מצוים העדים שיעידו כדבריו ואמר שבלכתו אל הכפר ישלח משם קב"ע מהעדים שהיו מצוים שם, וכן היה ששלח ק"ע מג' עדים כשרים שהעידו שבזמן שנזדמנו לז' ברכות הנז' נעשה הפרעון בין הנותן והמקבל הנז' שפרע לו הקרן בהחפצים הנז' וכתב לו הר"ש שובר על ככה ואחר ימים החזיר לו הכסף וזה נתן לו השובר, באופן קם דינא שהמודעא בטלה שהרי השקפנו על כתובת משה הנז' שהודה ליאקות אשתו הנז' בהכפר הנז' וראינו

שזמנה י"ב בחשון התקמ"ד ליצי' והרי ההודאה קדמה להמודעא הנז' ובטלה לה מודעא וחזר הענין לאיתנו דשטרא פריעא הוא ומה שנשאר לו אצל הר"י הנז' הוי כמלוה ע"פ ולראית האמת חתמתי באלול התקמ"ז ליצירה והשו"ב וקיים:

שאול ישועה ס"ט דעתי נוטה ומסכמת למ"ש הפוסק נר"ו בשטר שנמחל שעבודו וחזר ולוה בו דלא גבי באותו שטר אף מבנ"ח, וראייתו שהביא מבעה"ת מבוארת להדיא דלא גבי אף מבנ"ח, ויפה דקדק לשון הרמב"ם במ"ש פי"ד מה' מלו"ל שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו ונעשה כחרס, דכחרס משמעותה חספא הוי ולא גבי בו כלל, ומצאתי לו עזר ממ"ש הרמב"ם בפי"ד מהל' עדות שטר שיש בו ב' עדים וא' מהם פסול הרי הוא כחרס ופסקו מר"ן בסי' נ"א ס"ב וכתב בבד"ה ב' תירוצים תירוץ א' מלבד דלא גבי מבנ"ח אין משביעין אותו ולתירוץ ב' משביעין אותו מיהא אבל לענין בנ"ח הרי הוא כחרס ולא גבי בו ע"כ. ה"נ דכוותה. אלא שראיתי לחקור במ"ש מר"ן גבי שט"ח המוקדמים פסולים בסי' מ"ג ס"ז דלכאורה נראה דיש לדמות שטר שנמחל שעבודו לשט"ח המוקדמים. דהתם גבי מבנ"ח, אבל לפי הטעם דיהיב הטור נלע"ד דיש לחלק ביניהם דהטור הביא פלוגתא דרבוותא דלדעת רש"י ורב אלפס ז"ל ס"ל גבי מבנ"ח ולר"י ס"ל דלא גבי אף מבנ"ח ואיפסיקא הלכתא כרש"י ורב אלפס ויהיב טעמא הטור דמדינא מצי גבי אף מלקוחות מזמן הלואה אלא קנסוה רבנן דלמא אתי לגבות מזמן המוקדם והביא הטעם הנז' באה"ג, וא"כ שאני התם דהוי שטר גמור מדינא דדי מה שגזרו חז"ל שאין לגבות מלקוחו' מזמן הלואה דאין גוזרין גזירה לגזירה. משא"כ בשטר שנמחל שעבודו דהוי מדינא ולא מטעם קנסא דין הוא דאין לחלק ביניהם דהכל נמחל שעבוד לקוחות ושעבוד בנ"ח, ולפ"ז נלע"ד דרש"י ורב אלפס דס"ל בשט"ח המוקדמים דגבי מבנ"ח מודים בשטר שנמחל שעבודו דלא גבי אף מבנ"ח מטעם הנז' דשאני התם דמצי גבי מלקוחות מזמן הלואה מדינא אלא קנס קנסוהו חז"ל דלא גבי מלקוחות אף מזמן הלואה ולכך גבי מבנ"ח הואיל והוי שטר גמור מדינא משא"כ בנמחל שעבודו דנמחל מדינא לא גבי אף מבנ"ח וכ"ש לדעת התוס' והטור דס"ל התם דלא גבי בו כלל ודאי מודו הכא דלא גבי בו כלל, ויש להוכיח שכן דעת מר"ן דלא גבי בו אף מבנ"ח ממ"ש מר"ן בחומ"ש סי' נ"ז ס"ב וז"ל שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו כמו שנתבאר בסי' מ"ח ואם אמ"ל הלוה פרעתי והשיב המלוה כן הוא אבל החזרתם לך הרי מודה שנמחל שעבודו ואינו גובה בו ע"כ' מבואר מזה דמ"ש ואינו גובה בו ר"ל אף מבנ"ח שהרי מר"ן איירי במלוה עם הלוה ומשתעי דינא בהדיה ולא עם הלקוחות כמ"ש ואם אמ"ל הלוה וכו' והשיב המלוה וכו' הרי מודה שנמחל וכו' ש"מ דהמלוה לא תבע

ללקוחות שנאמר דפי' ואינו גובה בו היינו ממשעבדי אבל גובה מבנ"ח, אבל המלוה הוא עם הלוה גופיה משתעי דינא לגבות ממנו וקאמר מר"ן דאינו גובה בו משם בארה"ד דר"ל אף מבנ"ח וכן מוכח ממ"ש בראש הסעיף שטר שלוה בו וכו' כמו שנתבאר בסי' מ"ח דמאי קמ"ל מר"ן בזה אלא ודאי כוונת מר"ן להודיע לנו ממ"ש בסעיף זה אמ"ש בסי' מ"ח דמ"ש שם דאינו גובה בשטר שלוה בו וכו' היינו אף מבנ"ח ולהכי קאמר כמ"ש בסי' מ"ח, הכוונה לומר דסעיף זה מוכרח הוא מעצמו דפי' ואינו גובה בו אף מבנ"ח ממה שראינו דברי המלוה עם הלוה ולא עם הלקוחות כמ"ש ומכאן תוכיח דמ"ש בסי' מ"ח ג"כ היינו דאינו גובה אף מבנ"ח נמצא דלדעת מר"ן ס"ל דשטר שנמחל שעבודו לא גבי אף מבנ"ח כמו שביארנו, ומ"ש מור"ם בסי' נ"ה ס"ב וז"ל ואינו גובה בו כלום אלא מבנ"ח ורשם עליה ב"י בשם הרא"ש ע"כ, ראיתי בב"י בשם הרא"ש דלא כתב דגבי מבנ"ח אלא כשהתנה דאם לא פרע לזמן פ' יהיו המעות שנתן מתנה ושכ"כ בב"י בשם הרמב"ן והר"ן והרשב"א בסי' נ"ה וכ"כ מר"ן בסי' נ"ה ס"ב וז"ל בד"א שנותנין השטר לבעל דינו וכו' כשהתנה וכו' וא"כ מ"ש מור"ם ואינו גובה בו כלום אלא מבנ"ח נ"ל דחוזר על רישא דדינא בד"א שנותנין השטר לבעל דינו כשאמר אם לא פרעתי לזמן פ' וכו' ומ"ש מר"ן וישאר השטר קיים דוקא לגבי בנ"ח, וז"ל הטור בסי' נ"ד מי שפרע מקצת חובו וכו' ואומר אם לא אתן לך לזמן פ' תן לו שטרו וכו' ודוקא שפירש אם לא אתן עד יום פ' תן לו שטרו ויהיו כל המעות הללו מתנה וכו' וכתב הב"י ז"ל ודוקא שפירש וכו' כ"כ הרמב"ן והר"ן וכו' וכתב הרא"ש ר' יוסי אומר יתן וכו' ויגבה כל חובו מבנ"ח אבל לא ממשעבדי וכו' ואפי' חצי החוב שלא פרע אינו גובה ממשעבדי דחיישינן שמא יגבה בו חצי האחר שנפרע כדאמרי' בשט"ח המוקדמים דאפי' מזמן ב' לא גבי דלמא אתי למגבי מזמן א' ומבנ"ח גבי ביה דקני ליה במסירה ע"כ וכן דעת הרמב"ן וכ"כ הרשב"א והר"ן דבאו' אם לא פרעתי ביום פ' יהיה המעות מתנה וישאר החוב כמו שהיה מתחילה מיירי דאלו באו' תן לו שטרו שאני רוצה להתחייב בדמי כל השטר אע"פ שפרעתי מקצתו לא הוה אמ"ר יוסי יתן דהא נמחל שעבודו ע"כ. מבואר מכל זה גם מדברי הרא"ש הנז' דמ"ש יתן השטר ויגבה כל חובו מבנ"ח איירי הרא"ש בהתנה על מעות מתנה שהרי גבי מי שפרע מקצת חובו והשליש השטר וכו' אמרה הרא"ש להההיא דרבי יוסי דאמר יתן השטר ויגבה כל חובו מבנ"ח כמ"ש הב"י יע"ש, וגם מר"ן הב"י הביא דברי הרא"ש הנז' עמ"ש הטור ודוקא שפירש על מעות מתנה, משמע דס"ל להב"י דדברי הרא"ש הנז' איירי בהתנה על מעות מתנה ועל מ"ש הב"י תחלה דדברי הטור בעי' התנאי מעות מתנה כתב כ"כ הרמב"ן והר"ן וסמיך ליה כתב דברי הרא"ש, ש"מ נמי מהא דדברי הרא"ש

דאמר ויגבה כל חובו מבנ"ח היינו אם היה התנאי הנז' הוא דגבי' וכן נמי ממ"ש הרא"ש עוד אי נמי גבי ממשעבדי שכך התנה מתחלה שאם וכו' יהיו המעות מתנה וכו' והאי פירושא ניחא טפי דבקניית אותיות בעי כתיבה ומסירה ע"כ, דממה שאמר בפשיטות שכך התנה מתחילה ולא אמר וכאן איירי בהתנ' מעות מתנה מוכח דאף לפי' א' איירי ביה דבהתנה מעות מתנה הוא דגבי מבנ"ח ודו"ק. דלא אמרינן בשטר שנמחל שעבודו וחזר ולוה בו דגבי מבני חרי דוקא היכא דפי' שיהיו המעות מתנה אם לא פרע לזמן פ' הלא"ה לא גבי אף מבנ"ח: אלא שראיתי לדעת הרמב"ן והר"ן והרשב"א לא הזכירו בדבריהם דקני ליה במסירה, משמע דאם התנה מעות מתנה לחוד סגי וגבי מבנ"ח:

משא"כ הרא"ש דהזכיר מעות מתנה וכתב לבסוף וקנה במסירה לכאורה נראה דבעי תרתי מעות מתנה ומסירה, ופשר דגם הרא"ש ס"ל כהרמב"ן והר"ן והרשב"א דבתנאי לחודיה סגי או במסירה לחוד גבי מבנ"ח:

עוד י"ל דמ"ש מור"ם ז"ל ואינו גובה בו כלום אלא מבנ"ח מלבד מאי דאמרי' דחוזר ארישא דדינא בד"א שנותנין השטר לבעל דינו כשאומר וכו' יהיו המעות מתנה ובזה הוא דאמר מור"ם דגבי מבנ"ח, עוד י"ל דס"ל למור"ם דאם מסרו לוה למלוה בפני ב' עדים אז גבי ביה מבנ"ח שכ"כ מור"ם בסי' מ"ח וז"ל ואפי' לא חזר והקנה לו רק שחזר ומסרו לו בפני עדים למ"ד עדי מסירה עיקר אפי' בשטרות ע"כ והרי מר"ן כתב בסי' נ"א דעידי מסירה כרתי אף בשטרות, וא"כ ממה שסמך ואינו גובה אלא מבנ"ח אההיא דסי' נ"ה ס"ב בד"א שנותנין וכו' ויהיו המעות מתנה, ובסי' מ"ח כתב אם חזר ומסרו בפני עדים גבי מבנ"ח, נראה דבחדא מינייהו סגי לגבות בו מבנ"ח או בתנאי הנז' או במסירת השטר לפני עדים כמ"ש מור"ם בסי' מ"ח ורשם מרדכי בפ' הכותב. וכן ראיתי במרדכי הקצר וז"ל שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר וגובה בו שכבר נמחל שעבודו, ופר"י שאם היו עידי מסירה היו יכולים לחזור וללות בו עכ"ל. ופשוט דלענין אינו יכול לומר פרעתי הוא דאמר יכול לחזור וללות בו ולגבות בו מבנ"ח דאלו ממשע' הא אמרינן בשם הרא"ש שכתב דאפי' מקצת שלא פרע לא גבי ממשעבדי גזרה שמא יטרוף מאותו מקצת שפרע וכן הוא בס' מרדכי הארוך ז"ל שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו פר"י שאם היו עידי מסי' היו יכולין לחזור וללות בו וכו' וסיים בלשונו והלכך חוזרים ומשתעבדים נכסי לוה הואיל והוי יום החתי' עכ"ל ודייק ואמר ומשתעבדין נכסי לוה לו' נכסי לוה כל עוד שהם ברשות לוה לאפוקי אם מכרן לא נשתעבדו לו דדוקא מבנ"ח גבי ואע"ג דבסי' נ"א כתב מר"ן דעידי מסירה כרתי אף בשטרות וגבי אף ממשעבדי הכא שאני דהוי שטר שנמחל שעבודו לא גבי אלא מבנ"ח וק"ל:

ומ"ש הואיל והוי יום החתימה נלע"ד דמ"ש הואיל וכו' לאו לאפוקי ימים שאחר יום החתימה, אלא לאפוקי אם הקדים יום החתימה דהוי תרתי לריעותא מוקדם ונמחל שעבודו דאיכא למימר אף מבנ"ח לא גבי ולזה בקיצור המרדכי השמיטה וכתב שאם היו עידי מסירה היה יכול לחזור וללות בו דמשמע מזה בין ביום החתימה בין אח"ך. דמ"ש הואיל והוי יום החתימה אינו אלא לאפוקי אם הקדים זמן החתימה כמ"ש ודברי המרדכי הביאו הב"י בסס"י מ"ח ויש שם תוספת נוסחא יע"ש. ויש סיוע לדברי ממ"ש מר"ן בסי' מ"ח וז"ל אבל שטר שנכתב על הלואה א' ונפרע אינו יכול לחזור וללות בו אפי' אם הכל ביום א' שאינו מוקדם וכו', הרי מר"ן השוה יום החתימה לשאר הימים ובא לאפוקי שאינו מוקדם, וה"נ לדעת המרדכי דמ"ש הואיל והוי יום החתימה ר"ל ואינו מוקדם מהני ביה עידי מסירה לגבות בו מבנ"ח, ועיין מ"ש הסמ"ע בסי' נ"ה סק"ו וזהו מה שנלע"ד, וא"כ אתאן לנ"ד הנ"ב שנפרע מקצת החוב למלוה א' והשאר מסרו מלוה א' למלוה אחר ברור שנחשב מה שמסר למלוה האחר הלואה א' ובשטר בפ"ע ואחר שפרעו אינו יכול לחזור וללות בו ואם לוה כנדון שהחזיר שכתב בפנים הפוסק נר"ו הויא מלוה ע"פ ויכול הלוה לומר פרעתיך ורמיא עליה שבועה וצריך המלוה להחזיר השטר ללוה ואם אינו רוצה להחזירו ראוי לנדותו כמ"ש מר"ן בריש סי' נ"ז אסור להשהות שטר פרוע בתוך ביתו וכו' וסמיך ליה שסמך לו מר"ן שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו וכו' משום דחשיב ליה מר"ן כשטר פרוע דלכך כתבו מר"ן תכף סמוך לדין אסור להשהות שטר פרוע וכו' ודו"ק. ואע"פ שכ' הסמ"ע בסי' מ"ח דשטר שנמחל שעבודו גבי בו מבנ"ח הרי חלקו עליו האחרונים הש"ך והטז, גם הב"ח וע"ש ס"ל דלא גבי מבנ"ח. ומאחר דהאחרונים והפוסקים חולקין עליו נקטינן הלכתא כוותייהו. והשתא קם דינא מכל הני מילי מעלייתא דאמרן דשטר כזה שנמחל שעבודו שטרא פריעא הוא וחספא בעלמא הוא ולא גבי בו אף מבנ"ח ואסור להשהותו ואם לא רצה מנדין אותו כמש"ל, ועיין מ"ש הסמ"ע בריש סי' מ"ח שדחה לשון הרא"ש דכתב בפ"ד דנדרים דלא גבי מבנ"ח מטעם דמור"ם והמחבר לא כ"כ אלא גובה סתם. ובסי' נ"ה כתב לדעת מור"ם והמחבר דאינו גובה מבנ"ח אם לא בכתי' ומסי' ומ"ש מור"ם ואינו גובה אלא מבנ"ח איירי במותר שעדיין לא נפרע, דאלו במה שנפרע לא גבי מבנ"ח כמ"ש הרא"ש וכן בסי' נ"ז כתב דלא גבי אף מבנ"ח. ולכאורה נראה שדבריו סותרין זא"ז ויש ליישב אלא שאין הפנאי מסכים לעת כזאת לבאר דבריו וכוונתו ודעתו בארוכה ולייישב דבריו וק"ל וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר, ולאמו"ץ ח"פ פאס יע"א באב הרחמן יה"ל מש' בהתאס"ף ראשי עם לפ"ק מהאלף הששי ליצירה וקיים:

אליהו הצרפתי ס"ט:

סימן עב

עמדו לפני לדין כה"ר יהונתן מאנסאנו תובע לה"ר שלמה קוריאט וטען עליו שהאלסוק'א דלמל'ף אורדי שהמחהו בכתב ידו לקבלה מכה"ר יעקב ן' לחסין ונתן לו מחצית האלסוק'א שלם והמחצית שנמכרו ממנו איזה אמות לא נתן לו ותובע מהרש"ק הנז' ליתנה לו ושאם נאנסה באותה הפיכה ברשותיה דהרש"ק נאנסה ורש"ק השיב דמכי נתן בידו הכתב ששלח לכה"ר יעקב הנז' לתת האלסוק'א להרי"ה ולשותפו הר"א אדהאן נסתלק ממנה וקיימא ברשות כהרי"ה ושות' הנז' ומה גם שאחר המחאה בא הוא עצמו למתא פאס ואמ"ל הר"א אדהאן שכבר קבל האלסוק'א כולה מיד כהרי"ע הנז' ויש לו בפאס ראיה על זה. גם אמר שיש לו ראיה שלא עכבו אצלו כהרי"ע הנז' מחצית האלסוקא הנז' כ"א מחמת חוב שנושא בהר"א אדהאן והמציא ע"ז כהרי"ה כתב ששלח לו שלוחו כהר"ם דאנינו וז"ל תוסלך נץ סוק'א דלמלף ונץ לאכור קאלך ר' יעקב מא סולאס יעברו באס נסיפדהולך ומא כא נערפסי לכוונה דייאלו אם כה יאמר כא יסאל להר"א אדהאן סך ק"ם ס"י חתא יציפדהאלו ואח"ך יעטיני למלף ואם כה יאמר מא סולאסי יעברו עכ"ל הרי דהן ולאו ורפיא בידיה מצד מה הוא העיכוב. ואחר שמוע כל דבריהם רואה אני שזכאי כה"ר יהונתן בדינו לתבוע מהרש"ק הממחהו המחצית הנשאר אצל הנפקד שהרי לא נסתלק כהרש"ק מחיוב כהרי"ה במה שכתב להרי"ע הנפקד פקדון שי"ל בידך תנהו לפ' דוקא במעמד ג' גמור הוא דנסתלקו זה מזה אבל לא מפי הכתב דקי"ל בסי' קכ"ו סכ"א דמעמד ג' ליתיה מפי הכתב משום דממ"נ הלכתא בלי טעמא והבו דלא לוסיף עלה וכ"ש בנ"ד דאיכא תרתי ע"י שליח ומפי הכתב שהרש"ק הנז' שלח לשלוחו כה"ר שמואל אצאייג שיכתוב להרי"ע על האלמלף לתתו לכהרי"ה ושותפו ונדון ריב"ש שממנו מקור דין זה ממש כנ"ד דאיירי במוכר לחבירו צמר בשטר בק"ג והמחהו בכתב להנפקד שהצמר אצלו לתתה לו וכתב דלא נפטר הממחה מן המקבל בכתב זה ואין זה הכתב אלא כמו כתב חליפין שרגילין הסוחרים לעשות זה זה ואף כשמודה מי שנשתלח לו הכתב שישלם למקבל לא נפטר הממחה מהמקבל וכו' אלא שאם נתן הנפקד למקבל ע"פ כתב הנותן נפטר בכך אבל שיקנה מדין מע"ג שלא יוכל א' מהם לחזור בו ושיסתלק הממחה מחיוב המקבל לא עכ"ל, וכן מבואר בדרכי נועם מסי' מ"ה עד סי' נ"ג מכמה רבנים דלא נסתלק הממחה בכתב ושחכמי נא אמון הפריזו על המדה לחייב הממחה אפי' בהיכא דע"פ ששלח הנפקד כתבו שנתחייב לשלם הסך

שהמחהו ליד המקבל נתבטל השטר שהיה נושה המקבל בהנפקד ועכ"ז פטר הנפקד אלא שהרב הנז' וסיעתו חייבוהו משום דהו"ל מזיק שעבודו של חבירו בידים ששוב לא יוכל לתבוע להלוה יע"ש: וא"כ בנ"ד הרי לא נסתלק הרש"ק מחיוב השות' הנז' וכי איתנים ברשותיה איתניס וחייב להעמיד להם נץ סוקא דלמלף וורדי כיוצא בזה. ומה שטען שלא עכבו הנפקד אלא מחמת חוב הר"א הנז' לו יהיה כדבריו שעכבו בחוב המקבל אינו כלום דכיון דמן הדין לא נסתלק הממחה מחיוב השות' הנז' ואכתי יכולים לחזור בהם מהמחאה כ"ז שלא הגיע האלמלף ליד השות' הנז' נמצא העיקול בטל מאיליו דבראות המקבל שהנפקד מעכבו בחובו הדר ביה מלתבוע להנפקד והדר תבע להממחה שעדיין הוא ברשות הממחה ולאו מדידהו עיקל אלא משל ממחה וזה פשוט לכל יודע ספר, והי"ז בטבת התקנ"א והמתנתי מלכתוב אולי ימצא ראיה לזכותו וישלחנה וכשעבר יותר מחדש נדרשתי להעלות הדברים על ספר וח"ש וקיים, וחתום החה"ש הדו"מ כמוה"ר שאול ישועה וע"ג נמ"ך וז"ן כן הוא האמת כמ"ש החכם נר"ו דיד כהרי"ה מאנסאנו ושותפו עדיין נטויה על הרש"ק וחייב לתת לו חציה של האלסוק'א דלמלף החסירה להשלים לו המכר כי המכר קיים ואותה המחאה שהיתה ע"י המחאה בכתב וע"י שליח אין לה דין מע"ג דהא אפילו ע"י שליח לחוד כתב מר"ן בשלחנו הטהור ח"מ סי' קכ"ו ס"ק מע"ג ע"י שליח וכו' לא מהני ובסעיף כ"א כתב מע"ג ליתיה מפי הכתב אלא במע"ג ממש ע"כ דהיינו מלוה ולוה ומקבל או נותן ונפקד ומקבל, וכתב הסמ"ע והש"ך דטעמא הוי משום דממ"נ הוי הלכתא בלא טעמא והבו דלא לוסיף עלה אלא דוקא בענין שיהיו עומדים ביחד נותן ונפקד ומקבל ואי לא לא וכ"כ הריב"ש סי' רכ"ב בהדיא וכתב הריב"ש ז"ל דע"י כתב גרע טפי מע"י שליח דכ"ש הוא דלא מהני דאם ע"י שליח לא מהני שהם ג' במעמד א' השליח והנפקד והמקבל לא מהני כ"ש מפי הכתב אלא הנותן מדבר לנפקד לבד שיתן לפ' וכתב שכ"כ הרמב"ן ז"ל דלא מהני ע"י שליח והביא ראיה הריב"ש מעובדא דאיסור גיורא המובא בפ' מי שמת דרבא הוה נפקד דאיסור גיורא ורצה ליתן הפקדון לרב מרי ואמר רבא אי במע"ג אי שלח לי לא אזילנא ולא משכח שום גוונא דלקנינהו לרב מרי להנהו זוזי אי לא אזיל רבא לגביה וכו' יע"ש, אלא למדנו מתורתו של הריב"ש ז"ל שאם נתן הנפקד ע"י אותו כתב נפטר בכך וז"ל דאין זה הכתב אלא כמו כתב שרגילים הסוחרים לעשות זל"ז שאף כשמודה מי שנשתלח לו הכתב שישלם למקבל לא נפטר השליח מן המקבל וכו' אלא שאם נתן הנפקד למקבל ע"פ כתב הנותן נפטר בכך ושכ"כ הסמ"ע והש"ך שזכה במחצית שקבל ובמה שכתב הריב"ש ז"ל מבוארים דבריהם היטב משום שכן רגילים הסוחרים כמ"ש

האלפסי ז"ל אבל שיקנה מדין מע"ג שלא יוכל א' מהם לחזור בו ושיסתלק הנותן מחיוב המקבל לא עכ"ל, א"כ נקטינן דמחצית אסוק'א דלמל'ף שנתן הנפקד ע"י כתב הנותן נפטר הנותן ממנהג הסוחרים וחציו דעדיין לא נתן הנפקד חייב הרש"ק ליתנו לכהר"ה הנז"ל כי לא נסתלק הרש"ק מאותה שליחות בכתב כי אין כאן מע"ג והוא הוא החייב ליתן לכה"ר יהונתן אלמל'ף ורש"ק לישתעי דינא בהדי הרי"ע ן' לחסין כי ודאי נאבד לו ברשות הרש"ק נאבד כי לא זכה בו עדיין הרי"ה ושותפו דאין כאן מע"ג כמו שכתבנו וטענת הר"י ן' לחסין שטען דמה שעכב האלמל'ף בידו שהיה נושה חוב בשות' של הרי"ה אינה טענה משום שהאלמל'ף הוא של הרש"ק עדיין ודידיה הוא ודידיה ליהוי ועדיין לא זכה בו שום א' מהשות' מטעם האמור, ומה גם שהוא נרגש וידע שטענה רפויה היא בידו בדין שכן הראה לי כתב יד של שלוחו של כהרי"ה שהוא כה"ר מרדכי דאנינו יש"ץ ובו תשובת הרי"ע הנז' על שאלת האלמל'ף הנז' והוא שפעם א' השיבו אני מעכבו בשביל שאני נושה בהרא"ד ופעם ב' השיב מה סולאסי יעברו, איך שיהיה טענתו אינה טענה וחייב הרש"ק הנז' לפרוע לכהרי"ה הנז' חצי סוק'א דלמל'ף מטעמים האמורים לעיל ולראיה חת"פ בצפרו וקיים וחתום הרב הגדול החה"ש הדה"מ כמוהר"ר אליהו הצרפתי נר"ו:

וס"ל נמ"ך וז"ן דברי הרב אליה רבא נר"ו אינם צריכין חיזוק אלא שאפי' להחולקים עליו נראה דממ"נ הו"ל סחורת ה"ר יהונתן הנז' פקדון ביד רש"ק וכבר מצאתי להרב מר זקיני כמוהה"ר משבי"ר זלה"ה בפסקיו כתב וז"ל ראובן הפקיד חפץ ביד שמעון ושמעון נתנו ביד לוי וכשבא ראובן לתבוע פקדונו משמעון המחהו אצל לוי ואמ"ל תן חפץ לראובן כי הוא שלו ונאבד ביד לוי הנז' יכול ראובן לחזור על שמעון אע"ג שהמחהו במע"ג דדוקא אם הלוה ראובן לשמעון ושמעון הי"ל מלוה או פקדון ביד לוי והמחהו במע"ג אין אחד יכול לחזור בו אבל אם המחהו ליטול פקדונו אין זה אלא מראה מקום היכן פקדונו ושניהם משועבדים לראובן רצה מזה גובה רצה מזה גובה עכ"ל וכתב שהסכים לדבריו כמוהה"ר יעב"ץ זלה"ה, וא"כ בנ"ד כיון שמשך הר"ש הסחורה הנז' נשארה הסחורה האחרת פקדון אצל הרי"ע הנז' וכל עוד שלא קבלה הר"י הנז' אפי' המחהו לקבלה יכול לחזור בו ולא נפטר הרש"ק משמירתה אע"ג דנאבדה מיד לוי ושומר חנם פטור מגניבה ואבידה מצי למימר ליה כל עוד שלא נכנסה לידי אינך פטור משמירתה דהמחאה זו לא כלום היא בפקדון דמצי למימר את מהימנת לי בשבועה ולוי לא מהימן לי כ"ש בנ"ד דמעולם לא המחהו רק נתן לו כ"י לקבלה דזו אינה צריכה לפנים זהו מש"ל וחתו'

החה"ש הדיין כהה"ר בנימין לכרייף נר"ו ונתקי' חתי' וחתו' החה"ש כהה"ר יקותיאל משה הכהן וכהה"ר יהודה בה"ר משה אלבאז:

וס"ל נמ"ך עמדו לפני לדין כהה"ר יהונתן הנז' תובע לכהה"ר שלמה אביטבול אודות העיקול שעיקל כהרי"ה הנז' העורות שהיו ביד הר"ש הנז' של הרש"ק הנז' בב"ד ופשע הר"ש הנז' ושלח העורות לבעליהן וטען עליו הרי"ה הנז' לשלם מכיסו והר"ש השיב שסמך על דברי בעל דבר שאמ"ל שכבר נתפשר עם הר"י הנז' ועוד המציא פס"ד א' ותוכו רצוף שעמד הבעל דבר הנז' עם ה"ר אברהם אדהאן שותפו של הרי"ה הנז' וזכה הבע"ד בדינו ופסקתי ביניהם שחייב הר"ש הנז' לפרוע מכיסו דמי העורות דטענה א' לא ניתנה ליאמר ומה שנסתייע מחיוב שותפו הוי סיוע שאין בו ממש דאי שותפו נתחייב ע"פ טענותיו לא יתחייב שותפו ומה גם דלא היה בעיר וכמו שמבואר בסימן קע"ו סכ"ה וסכ"ו ופניתי לראות אם יש באותו הפסק איזה ראיה דחזי לכתופי עלה ולא מצאתי שכל חיליה מההיא דסי' קצ"ה ס"א וז"ל כיון שמשך המקנה הכלי נקנה הקרקע או הטלטל ללוקח או למקבל המתנה בכל מקום שהוא אע"פ שלא החזיק וכו' ומהכא דן מאריה דהאי פסקא דכיון דנקנה לו האלמלף בכ"מ שהוא מחמת שמשך חליפיו הרש"ק קם ליה ברשותיה וברשותיה איתניס ולא היא דאישתמטתיה ההיא דסי' קכ"ו סכ"א דמע"ג ליתיה מפי הכתב וליתיה ע"י שליח דאנן נמי אמינא דנקנה האלמלף בכ"מ שהוא לענין שאין הרש"ק יכול לסלקו בהחזרת חליפיו אלא שעיקר תביעתן זה לזה מדין סילוק אי נסתלקו זה מזה דכיון דאין כאן מע"ג גמור עדיין לא נפטר הממחה מחיוב המקבל וחייב להעמיד לו האלמל'ף כיוצא בזה שנאבד שהרי דיניה דהריב"ש מבואר דאיתיה במוכר לחבירו צמר בשטר בק"ג והמחהו בכתב להנפקד שהצמר אצלו וכתב דלא נפטר הממחה מן המקבל בכתב זה אע"ג דנקנית לו הצמר בכ"מ שהיא היינו לענין שחייב הממחה להעמיד לו צמר כיוצא בזה הוא דנקנית לו אבל לא להסתלק ממנו כיון שאין כאן מע"ג גמור ומה גם דמן הדין היה יכול כההר"י ן' לחסין לעכב מליתן הפקדון הנז' לשלוחו של רש"ק מההיא דסי' קכ"ב ס"א מחשש שמא ימות המלוה קודם שיתן לשליח ואם נאנסו יהיה חייב יע"ש. באופן שאין מנוס להר"ש הנז' מלפרוע דמי העורות מכיסו וכבר הארכתי בענין זה בפסק הא' שכתבתי לכהרי"ה הנז' אלא ששלח אלי שנאבד באותה שריפה אשר שרף ה' וחזרתי להניף ידי כאן בקצרה והפסקים הראשונים שבהם חיוב הרש"ק נשארו כאן הטופסים אות באות וחזרנו וכתבנום פה ולראיה ע"ה חת"פ בטבת התקנ"ב ליצירה וחתום הה"ש הדו"מ כמהה"ר שאול ישועה: וס"ל נמ"ך שוב עמד לפני עם חיים ן' סוסאן דממתא פאס יע"א על סך ש' אוקיות שיש בידו משל הרש"ק

ומתחלה כפר ואמר שפרע להרש"ק כבר וכשהעיד בפניו כהר"ש אביטבול חזר והודה שיש בידו מנכסי הרש"ק סך ש' אוקיות ונתחייב בדין לפרוע הסך הנז' ליד כהרי"ה הנז' וכבר כתבתי כ"ז לכה"ר יהונתן ונאבד גם הוא בתוך השריפה ומה שנשאר ברור בזכרוני כתבתי וחתמתי וקיים:
שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן עג

נשאלתי מהחכם השלם עטרת זקנים זקן ונשוא פנים וכבוד ה' מלא כהה"ר יעיש אלגראבלי וחד דעמיה ברוך מבנים שפתותיו שושנים לפני כל יודעי דת ודין כהה"ר יעקב אדרעי יש"ץ כי"ר במי שמת בלא בנים והניח אשתו מעוברת שטבלה בד' באייר ולא פירש בעלה ממנה אחר טבילתה ומאותה טבילה שוב לא ראתה והיא דנה בדעתה שמאותה טבילה נתעברה כיון שהגיע זמנה לראות ולא ראתה ומת הבעל אחר ט"ב והיא ילדה בת בי"ב בטבת שנכנסה בח' התשיעי ח' ימים וביום ט' ללידתה נולד לה חולי בטבורה ומתה הבת שנולדה וניכר שגמרו שערותיה וצפרניה ויונקת כשאר בריאים באותן ט' ימים אם אותה הבת פוטרת אמה מן החליצה או לא ואת"ל דצריכה חליצה אם כופים ליבם לחלוץ לה ולילך עמה למקום דבקיאי בחליצה או אם יכול לדחותה עד יגדל אחיו הקטן לחלוץ לה שהוא היום כבן י"א שנים מ"מ: תשובה דע דמדאורייתא כל שיצא הולד חי פוטר את אמו מהחליצה כשגמרו שערו וצפרניו אבל מדברי סופרים אינו פוטר את אמו אלא בחדא מתרתי או בידוע שכלו לו חודשיו ונולד לט' חדשים שלימים כגון שבעל פעם א' ופירש ממנה אחר טבילתה ולא קרב אליה אחרי כן וכשאין ידוע שכלו חדשיו כגון שלא פירש ממנה אחר טבילתה בעינן שיחיה הולד ל' יום שלימים ואז פוטר את אמו ואם מת בתוך ל' לא שנא מת מחמת חולי לא שנא נפל מן הגג או אכלו אריה ומת עדיין לא יצא מספק נפל וצריכה אמו חליצה מד"ס כן הוא הסכמת הפוסקים וכ"פ מר"ן הקדוש בסי' קנ"ו ס"ד וע"ש בב"י ולבוש:
ולפ"ז בנ"ד שאין ידוע שכלו לבת חדשיה הן מחמת שלא פירש בעלה ממנה אחר טבילתה דחיישי' שמא לא נתעברה בלילה א' אלא שהתה כמה לילות ואז נתעברה ובנ"ד אפי' אם פירש ממנה אחר טבילתה ולא קרב אליה אח"ך מ"מ לא יש בין ליל טבילה ליום לידה זולת ח' חדשים וח' ימים ואנן בעינן לדעת מר"ן ולדעת הראשונים ט' חדשים גמורים מיום ליום ואע"ג דאיתא לסברת הרשב"ש שהביא מר"ן הב"י דסובר דנשתנו הדורות וליתיה להאי כללא דכיילי חכמי הגמ' דיולדת לט' אינה יולדת למקוטעים משום

דעינינו רואות והחוש מכחיש זה דרוב היולדות בני קיימא יולדות תוך חדש הט' יע"ש מ"מ אין לנו אלא פסק מר"ן וכ"ש דלא פירש בעלה ממנה אחר ביאה א' דלכ"ע אין ידוע שכלו חדשיה ובעינן שתחיה ל' יום גמורים וכל שמתה תוך ל' אפי' ביום ל' עצמו לא נפקי מידי ספיקא וחולצת ולא מתייבמת ותדע שהרב מוהרשד"ם בסי' צ"ג ובסי' קנ"ח סובר דכיון דקי"ל בזו חולצת ולא מתיבמת והו"ל חליצה פסולה וקי"ל חליצה פסולה צריכה לחזר על כל האחין שיחלצו לה דחושש לסברת רש"י דכל שאינו יכול ליבם חשיב חליצה פסולה יע"ש, והאחרונים דחו דבריו ובפרט הרב חכם צבי בתשובותיו סי' ק"ח בראיות ברורות דממ"נ בהאי ספיקא אם יבוא אליהו ויאמר בר קיימא הוא אפי' בין יומו פוטר ואינה צריכה חליצה כלל, ואם יאמר דהוי נפל גמור הרי היא עולה ליבום וכיון דעולה ליבום הו"ל חליצה כשרה ואינה נקראת חליצה פסולה לחזר על כל האחין יע"ש שהאריך וכן הוא בדברי ריבות סי' קס"ג יע"ש ונקטינן כוותייהו דבתראי נינהו ורבים וכ"ש דהוי פלוגתא במידי דרבנן ואזלינן בה לקולא כדכתב הרדב"ז בח"א סי' צ"ג בשניים יע"ש:

והשתא דנ"ד בת חליצה היא ולא מצי ליבם כופין אותו לחלוץ שאין העיכוב בדידה ליבם ואיסורא הוא דרביע עליה לכן כופין אותו לחלוץ שלא לעגנה כדכ' מר"ן בתשו' בהל' יבום סי' ה' בהסכמת מהרימ"ט ומהר"ר ישראל בר מאיר ומהר"ר אליעזר יע"ש, וכ"כ הרב נחלת שבעה בדיני חליצה סי' ג' יע"ש. ומינה נמי דצריך לילך למקום הועד לחלוץ לה דהא קי"ל היבמה הולכת אחר היבם היינו כשהיא ממקום אחד והוא ממקום אחר ויש ב"ד בעירו בקיאי בחליצה אבל בנ"ד ששניהם ממקום אחד והם צריכים לילך למקום הועד כופין אותו לילך עמה לחלוץ לה וכמ"ש מור"ם בסי' קס"ו ס"א בהגה יע"ש. הרי דחשו שלא לעגנה והכריחוהו ללכת אחריה למקום הועד כ"ש שאינו רשאי לדחותה אצל אחיו הקטן שתמתין עד שיגדל ואז יחלוץ לה דאין לך עיגון גדול כזה וכ"ש דלא אמרינן לחזר על האחין אלא כשאינו רוצה ליבם במקום דבת יבומי היא אז מחזרין על האחין דרך גדילתן דביאת קטן עדיפא מחליצת גדול וכשאינם רוצים ליבם חוזרין על הגדול ואומרים לו עליך המצוה וכופין אותו לחלוץ כמו שפסק מר"ן בסי' קס"א ס"ד יע"ש: קנצי למלין דאשה זו צריכה לחלוץ וכופין האח הגדול לחלוץ וללכת אחריה למקום הועד ולא מצי לדחותה עד שיגדיל אחיו הקטן וצויי"מ החותם פה צפרו היום י"ד בניסן משנתנו ש' התקנ"א:

ע"ה שאול ישועה אביטבול נר"ו:

סימן עד

טופס מטופס שקצרה יריעתו מהכיל מלין ע"ג מלין וז"ן או"ב תב"ת, טופס שט"מ שרצו בעליו להעתיקו לשולחו למדינה אחרת וז"ן יציבא מלתא שהי' יחייא בר יונה עטייא יש לו המחצית בב' הבתים והם הא' לימין הנכנס לחצר הידועה לה"ר משה ן' יתאח והא' לשמאל הנכנס ועוד יש לו משכונה על ב' שלישי המחצית האחר כמשו"ח בידו ובכן הע"ע בקש"מ ובש"ח יחייא הנז' וההה"ג שנטו"ק מאת החה"ש כהה"ר אלישע ן' עטייא סך מאה אוקיות מכט"ק ובעדם משכן בידו כל הזכות שיש לו בב' הבתים הנז' גוף ומשכונה הכל משכן בידו מש"ג מהיום ועד חדש תוך הזמן לא יפדה ואח"כ יפדה וא"ל תמשך המש' ובניכוי ב' פרוטות בכ"ח כמשכנתא דסורא ומעכשיו רשאי בע"ה הנז' לדור ולהשכיר וליהנות מפירות הנז' עד כדי ב' אוקיות וחצי האוקיא מכ"ט בכ"ח ועל הממשכן לסלק כל עורר וכו' ס"ג לאחריותו בהונו ואונו ובאמ"ק נקוש"ח הי' לוי בר שמעון הלוי ונכנס ע"ק בעד הדרים בבתים הנז' לפרוע לכהר"א הנז' הסך ב"ם ד"ת הנז' בכ"ח מהיום וכימ"ה והעה"ך שטר וכו' באחריות וכו' ונ"ה בקוש"ח מיד הממשכן ומיד הערב הנז' ביום ו' ר"ח תמוז ש' לדר"ש לפ"ק ושריר וקיים ע"כ, וחתום החה"ש כהה"ר שלמה טאפיירו ז"ל וה"ר יהודה לכרייף ונתקיימו חתי':

וע"ג נמ"ך אחר שנלב"ע יחייא הנז' הוציאו יורשיו השטר הנ"ב וטענה אל' יחייא הנ"ב שהבתים הנז' מנכסי נדוניית ואין רשות לבעלה למשכנם, גם טענה שזה כמה שנים שלא נהנו יורשי כהר"א עטייא מהבתים ופסקנו שאין בטענותיה כדאי לסתור שטר כו""ח דלטענה הא' כיון שהבתים הנז' הם נצ"ב ויש לבעל פירות יכול להשכיר ולמשכן בלי רשותה אלא ברוצה לשעבד גוף הבית להשתלם מגוף אבל לענין הפירות יכול למשכן בלי רשותה כשם שיכול להשכיר כך יכול למשכן דמ"ש שכירות בפחות היא ודוקא בנ"מ לפעמים לא יוכל למכור הפירות כנז' בטא"ה סי' פ"ה יע"ש, גם מה שטענה שזה כמה וכו' אין לחוש לזה דלא מהניא חזקה אלא בטוען על גוף הקרקע לא במי שאין לו כ"א שעבוד בעלמא וכן פסקו ב"ד שלפנינו כמה פעמים על פרט זה והוא פשוט ולפי שאמרו יורשי יחייא שהבית נמכרה לגוים תשאר המש' על החזקות של הבתים עד שיפדו ולראיה חת"פ וקיים, וחתום כמהר"ר רפאל בירדוגו נר"ו ונתקיימה חתי':

וס"ל נמ"ך מכת"י הנז' ועיין סי' צ' בב"ש סס"ק מ"ז כן להדיא, וס"ל נמ"ך הדין הנז"ל דין אמת הוא וכן אנו דנים והולכים משנים קדמונים ואין אומרים למי שלא ראה החדש יבא ויעיד. ומה שטענו יורשי יחייא שהבית נמכרה לגוים צריכים להביא ראיה:

ומי מכרה לגוים אם הם או מורישם שאם מכרוה הם חייבים הם לשלם מה שיפחת ממכר החזקות וח"פ וקיים וחתו' כמהה"ר יקותיאל בירדוגו נר"ו: וע"ג הטופס נמ"ך וז"ן כתב מר"ן א"ה סי' צ' סי"ג וכן בעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין בין נ"מ לא עשה כלום ע"כ, וכתב הריב"ש שם ס"ק מ"ז וכן הבעל שמכר וכו' הנה בנ"מ וכו' וקרקע של נצ"ב לדעת הרי"ף ור"י וכו' ואם מכר הקרקע של נצ"ב עם הפירות המכירה בטלה אפי' אם רוצה הלוקח להחזיק רק הפירות כיון דהמכירה בטלה בגוף כן בטל לענין הפירות ואם מכר הקרקע לפירות לדעת הר"ן פח"ה המכירה קיימת וכן כתב ה"ר פ' ל' מהל' מכירה והנ"י פ' אלמנה לכ"ג כתב דאפילו לפירות אינו יכול למכור הגוף כדי שלא ישתקע ביד הלוקח וכו' אבל הפירות לבד משמע לכ"ע יכול למכור אפי' לכמה שנים ואינה יכולה לערער משום ריוח ביתא וכל הדינים המבוארים בסי' פ"ה איירי דוקא בנ"מ עכ"ד. הנך רואה מבואר שאם מכר הבעל קרקע לפירותיו לס' ה"ר והר"ן המכירה קיימת וודאי דהלכתא כן שהם רבים לגבי הנ"י ואם מכר לפירות דוקא אפי' לכמה שנים המכירה קיימת לכ"ע, והאי משכנתא היינו מכירת פירות לכמה שנים וממכר הבעל קיים אליבא דכ"ע ואפי' תחשוב אותה כמכירת גוף לפירות הנה לס' הר"ן וה"ר שהם רבים לגבי הנ"י המכירה קיימת אין האשה יכולה לערער ולבטל אלא אם מכר הגוף והפירות אבל במשכונה שהיא מכירת פירות בעלמא אינה יכולה לבטל כמ"ש הרב"ש ז"ל כמ"ש והיינו ראיה למה שאנו דנים והולכים זה כמה שנים ולדעתי אין בזה ספק כלל ולראיה ח"פ בכ"ד לאייר ש' תקנ"ה וקיים, וחתום כמוהה"ר יקותיאל בירדוגו נר"ו ונתקיימה חתימתו, ובדף החוברת נמ"ך וז"ן יגיעת בשר להאריך בדבר פשוט ופשט המנהג מזה למשכן הבעל נצ"ב של אשתו ואין מערער בדבר, ומה גם עתה בנד"ז שנלב"ע הבעל שאז חל החיוב על הנכסים הן חובות הבעל הן חובות האשה להשתלם אפי' מנצ"ב ואפי' מנ"מ כמבואר בתקנות שכל החלוקות תהיינה אחר פריעת כל החובות ואפי' אם היתה משכונה זו חוב בעלמא על הבעל יכול ליפרע אפילו מנ"מ ואפי' חוב בעל פה אם היתה לזמן יכול להפרע אפי' מנ"מ כמבואר כל זה בתקנות ובפסקי דינים לא' זלה"ה ולהפקת רצון השואל ח"פ שנית על דבר פשוט וקיים וחתום כמה"ר רפאל בירדוגו נר"ו ונתקיימה חתימתו: דברי החכמים הנ"ב נכונים בטעמם דערעורי האשה הנ"ב מהבל ימעטו ואין לה על המלוה כלום ואע"ג שהבתים הללו הם מנכסי נדונייתה ומשכנם בעלה בלתי רשותה לא יפסיד המלוה כלום דמאי דקנו לו לבעל לגמרי דהיינו פירות הוא דאקני למלוה שהרי בתים הללו שהכניסה לבעל בנדוניא הם נצ"ב וקי"ל בסי' פ"ה הואיל וחייב באחריותן אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו והפירות שלו לגמרי

תדע דבמוכר קרקע נצ"ב עצמו מן הדין הוה אמינא זביניה זביני מטעם דהואיל וחייב באחריותן כדידיה דמו אלא שחכמים אמרו שאינו רשאי למכור בנצ"ב משום שבח בית אביה שאם יגרשנה הדין עמה ונוטלתן לכבוד ולתפארת לאביה שנתן לה נכסים כאלו בנדונייתה כדאיתא ביבמות דס"ו ופסקה מר"ן בסי' פ"ח ס"ג וא"כ במוכר קרקע נצ"ב לפירות ולא מכר הגוף דליתיה להאי טעמא דאכתי יכולה ליטול הגוף שהכניסה אם יגרשנה אמינא ודאי זביניה זביני ומשו"ה לא הוצרך מר"ן להביא דין המוכר לפירות בנצ"ב דנלמד הוא מדין הגוף ולא דמי למוכר קרקע נ"מ לפירות דאיתא בסי' פ"ה סי"ז דלא עשה ולא כלום דהתם היינו טעמא שהפירות הוו שלה וכי תקינו רבנן לבעל פירות בנ"מ משום רווח ביתא הוא דתקינו ליה כדאיתא בכתובות דף פ' ופרש"י משום רווח ביתא שיכניס הפירות לביתו ויהא מזון הבית מצוי וייטב לה ולכן לא מצי מזבין קרקע נ"מ לפירות בהיכא דליכא רווח ביתא אבל בנצ"ב שהפירות שלו לגמרי מכח שנצ"ב הם באחריותו כנ"ל זביניה זביני אפי' בהיכא דליכא רווחא דביתא וכמו שכ"כ הה"מ פ' ל' מהל' מכירה ה' ג' וז"ל ובמה שכתבנו שמקחו בטל כתב הרשב"א ומיהו אם מכרו הבעל לפירות בלבד הרשות בידו דשלו הן הפירות לגמרי עכ"ל. וקצת משמע מלשון זה דלכתחילה נמי מצי הבעל למכור בפירות מדנקט בסיפא הרשות בידו אלא שמצאתי להרשב"א עצמו בשיטתו על בתרא דמ"ט מהגמרא בד"ה הא אתמר עלה וכו' שכתב וז"ל ואע"פ שאם מכרן לפירות מה שעשה עשוי התם הוא דכיון דלא מכר אלא לפירות אם באה לגבות כתובתה נוטלתן ואין מעכב על ידה עכ"ל, מלשון זה משמע דדוקא מכרן בדיעבד מה שעשה עשוי ואפשר לומר דלכתחילה לא מצי למכור אפי' לפירות וכן הוא ג"כ משמעות דברי הר"ן [זה הוא לפי ספרי הרי"ף הישנים שמציין על פי' הבבות בראש הדפים שהוא מהר"ן וכבר הוכיחו האחרונים בראיות שפי' הבבות הוא מהנ"י וכמו שציין בספרי הרי"ף החדשים על דפי פי' הבבות שהוא מהנ"י ולפ"ז שהכל דברי הנ"י יהיו דבריו סותרין זא"ז אלא ודאי דאזלינן בתר דקדוק לשונו דבפח"ה מיירי בדיעבד להכי מה שעשה עשוי ובפ' אלמנה מיירי דלכתחילה מונעין מלמכור מטעם שהוא ישתקע ודו"ק]. פ' חזקת הבתים וז"ל ומיהו אם מכר הבעל שדות אלו לפירות מכרו קיים כיון שהפירות שלו עכ"ל, מש' דוקא דיעבד. ומהשתא אמינא ולא מסתפינא שגם הנ"י שנר' לכאורה חולק בדבר קושטא דמלתא הוא דגם הוא מודה דבמוכר לפירות מכרו קיים שכך משמע מלשונו שכתב בפרק אלמנה ניזונית משם הריטב"א וז"ל הלכתא דבנצ"ב המכר בטל לאלתר משום שבח בית אביה ואפי' לפירות נמי אינו יכול למכור הגוף כדי שלא ישתקע ביד הלוקח לדעת רבינו הגדול ז"ל עכ"ל, מדנקט אינו יכול למכור

משמע דלכתחלה הוא דמונעים אותו מטעם שלא ישתקע ביד הלוקח אבל אם מכר כבר בדיעבד נימא ודאי דמכרו קיים כדברי הרשב"א והר"ן ותדע הוא דלכתחלה הוא דחוששין לטעם שלא ישתקע שהרי בנ"מ בהיכא דאיכא רווחא דביתא אמרי' זביניה זביני כגון עושה סחורה בדמים דאיתא בסי' פ"ה דאיכא רווח בפירות הסחורה יע"ש ואם איתיה להאי טעמא דשלא ישתקע ביד הלוקח אפי' בדיעבד הוה אמינא אפי' בנ"מ במקום דאיכא רווחא לא מצי למכור לפירות מטעם שלא ישתקע אלא ודאי דלכתחלה הוא דחוששין להאי טעמא ואם מכר בדיעבד מה שעשה עשוי. וא"כ לכ"ע בנ"ד שכבר משכן מה שעשה עשוי ואע"ג שאם היה מגרשה נוטלת הקרקע ההוא בכתו' הכא שמת הבעל וכפי התקנה נשתעבדו כל הנכסים הנמצאים לו ולה לבע"ח אינה נוטלת הקרקע אא"כ נותנת דמי המשכונה למלוה או לב"ך, וזאת מצאתי בליקוטין המועתקין אצלי מפסקי הראשונים זלה"ה וז"ן. שאלה ראובן שהכניסה לו אשתו קרקע בנדונייתה ומשכנו הבעל בלא רשותה ומת הבעל ובאה האשה וערערה על המשכונה באמור שלא ברשותה היתה יורינו מורינו מה יהיה משפטו. תשובה דאין לאשה על המלוה כלום דהגע עצמך שיחזור הקרקע לאשה מאחר שלא היתה המשכו' ברשותה ובהסכמתה יחזור ויגבה אותו בחובו כפי התקנה דקי"ל נכסים הנמצאים לו ולה משועבדים לב"ח וב"ח קודמין לכתובת אשה. איברא אם ערערה האשה בחיי הבעל ודאי דמהני אבל לאחר מיתת הבעל לא ויש מי שרצה לומר דתטול האשה חצי הקרקע ההוא ויפול יד המלוה בחצי החוב משום דקי"ל כפי התקנה נכסים הנמצאים לו ולה יחלוקו ולא היא כמ"ש עכ"ל הרי מבואר כמאי דכתיבנא, וצוויי"מ הח"פ צפרו בתמוז תקנ"ה וקים:
שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן עה

רחימא דנפשאי רחימו דאורייתא מלא צנא דדובשא, שואל כענין. הדברים על בוריין. לא יהיב מר שבש'א, דרך גידולו מן הארש וה'ן לו שפי'ר ק'ן קס'ת מפרש'ת פרש'ה קבל שכר על הדרישה. ויקבל שכר על הפרישה ידידינו הח' השלם דיין ובר אוריין כההה"ר מרדכי אסבאג נר"ו יאיר ויזהיר כזיהרא דשמשא כי"ר:
אחדש"ך וכל אשר לך שלם השקפתי על שאלתך והגיתי בכל פעליה. ובתשוב'ה שלימ'ה שעליה מפועלי אמת שפעולתם אמת ודינם דין אמת, ואני אבוא אחריהם ומלאתי את דבריהם, הלא תדע כי משנה שלימה שנינו (גמ' יבמות דכ"ד ע"ב) הנטען מן השפחה ונשתחררה מן הנכרית ונתגיירה הרי זה לא יכנוס ואם כנס אין מוציאין מידו הנטען

מאשת איש והוציאה מתחת ידו אע"פ שכנס יוציא, ומפ' בגמ' אע"ג דגיורת מעלייתא היא ומותרת היא לו אפ"ה לא יכנוס שאם יבוא לכונסה אחר שנתגיירה הוא מחזיק הלעז שטוענין עליו ממנה בגיותה שיאמרו איגלאי מלתא למפרע שאמת הוא הקול הראשון וכתיב הסר ממך עקשות פה ולזות שפתים הרחק ממך יע"ש, ולפ"ז בנ"ד שזה האיש הנחשד מבעל האשה והוא טהור בעיניו איך מלאו לבו לגשת לקחת הנחשדת לו לאשה. והלא בזה הוא מחזק ומאמץ ומאמת את החשד שהוא אמת וכי התמו הנערות שבחר לו הנחשדת ממנו. וכן כתב הרשב"א בתשובה סי' תקצ"ז שנשאל בנחשד באשת איש ונפטר בעל האשה ובקש הנחשד לישא אותה והשיב אע"פ שאין שם לא עידי טומאה ולא עידי כיעור לא יכנוס שאם עמד וכנס הרי חזק את הקול ומעשיו של עכשיו מוכיחים על מה שעבר והוא הקול אשר נשמע עליו וסיים שאין לך לזות שפתים גדול מזה ושנינו הנטען מן השפחה וכו' וכתב עוד שיש מהגדולים ז"ל שאמרו בכל כיוצא בזה אפי' כנס מוציא לפי שזה חזק את הקול כשנשא ואין לך עידי דבר מכוער יותר מזה שעמד וכנס יע"ש ולפ"ז בנ"ד אפי' אם עבר וכנס מוציאין מידו לסברא זו ואפי' לסברא קמייתא דמדמה לה לנטען מן השפחה ומן הנכרית דאמרי' דאם כנס אין מוציאין מידו הכא בנ"ד מוציאין מידו משום שקדמה לו התראה בב"ד שאסרו לו לכנוס ואם יעבור על דבריהם ויכנוס מוציאין מידו כדפ' מר"ן בא"ה סי' י"א ס"ח וז"ל כל היכא דהתרו בו ועבר וכנס לא מקרי דיעבד ומפקינן ליה מיניה ע"כ, ועוד שנ"ד עדיף מנדון הרשב"א שנדון הרשב"א לא נחשד מבעל האשה אלא מאחרים שרננו אחריו והבעל לא חש להם ודבק באשתו עד שנלב"ע ובנ"ד הרי נחשד מבעל האשה עצמו שיודע צדיק נפש בהמתו ובודאי דלא עבר עליו רוח קנאה ונצנצה בו רוח טהרה להוציא רשעה מביתו אלא מחמת שמצא בה ערות דבר ודבר מכוער ומה גם שמעשה גדול עשה שגרשה מחמת זה החשד ופירש דבריו לפני ב"ד שאינו מגרשה אלא משום ריח רע זה אמינא ודאי שאם לא היה מאמין הוא שזינתה לא היה מוציאה, וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' אלף קפ"ז דכל המוציא את אשתו משום ש"ר אם לא היה מאמין הוא שזינתה לא היה מוציאה יע"ש ואפשר דלכ"ע אם כנס יוציא וא"ת הרי גבי בעל עצמו דתנן המוציא את אשתו משום ש"ר לא יחזיר ומסיק בגמרא שם דכ"ה ע"א דאם כנס אל יוציא ואיך נאמר גבי נחשד דאם כנס אל יוציא וי"ל כמו דמשני התם בגמ' דהתם בנטען בשכנס אלומי אלומיה לקול הראשון שאמת היה הלעז ההוא אבל הכא גבי בעל כשהחזירה אמרינן מדהחזירה קם ביה בקלא וליתיה שחזר ובדק בקול א' של ש"ר ומצא שאינו ובטליה:

ובר מן דין אשכחן שהחמירו בהנחשד יותר מהבעל דמוציאין ממנו בעידי כיעור וקלא דלא פסיק ואלו גבי בעל אין מוציאין ממנו אלא בעידי טומאה או ע"י קינוי וסתירה כמו שפסק מר"ן בסי' קע"ח וכמו שהביא הב"י בסי' י"א שזה דעת הגאונים וג' עמודי הוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וגדולי המורים יע"ש:

ומ"ש להתיר מב"י סי' י"א נראה שכוונת למה שכתב בדף ל"ד סוף עמוד ג' וז"ל מ"כ על מי ששאל על בתו שהיתה נשואה לראובן וחשדה משמעון ונתגרשה מראובן מרצונו ונשתדכה לשמעון ואומרים שאסורה לו כדתנן הנטען מן האשה וכו' אע"פ שכנס יוציא ונ"ל ולכל חבירי בדבר שאין זה נטען וכו', דע שאין הנדון דומה לראיה דהתם מיירי שגרשה מרצונו ולא מחמת החשד והוי דומיא דמת משא"כ בנ"ד שצווח ככרוכיא שמפני החשד הלז הוא שמוציאה. וכ"ש דאפי' במגרש מרצונו או מת ולא חש לחשדא אמרינן לעיל משם הרשב"א דאפי' כנס יוציא לסברת יש מהגדולים ואפי' לדברי המיקל לכתחלה מיהא לא יכנוס משום לזות שפתים, וכ"כ הח"מ שם בסק"ד והב"ש בסק"ז דאפי' משום לעז בעלמא לא יכנוס משום לזות שפתים, ובפי' כתב הב"ש בסק"י דה"ה מת או גרש מעצמו ודלא כמ"כ שהביא הב"י יע"ש, הרי שדחה דברי המ"כ מהלכה אפי' בגירש מעצמו וכ"ש בנ"ד שגירש מחמת החשד ופי' דבריו לפני ב"ד שאינו מגרשה אלא מסיבת האי חשדא דאפי' המ"כ יודה. והיינו שכתב מור"ם בהגה בסי' קל"ז ס"א וז"ל ואם חשדה מאדם יאמר לב"ד והם ימחו בידם שלא ישאו זה את זה עכ"ל:

ומ"ש שהרב נחלת צבי פי' דבריו וכתב ואם חושדה פי' בעוד שהיתה תחתיו היה חושדה שמא זינתה עם אדם זה וכך מבואר להדיא מדברי המרדכי פ' המגרש עכ"ל, ואתה מפרש דבריו שכתב בעוד שהיתה תחתיו היינו קודם שיעמדו לגירושין ולא בעת נתינת הגט ואין כן דעתו של הרב שהרי כל זמן שלא קבלה הגט ממנו עודה תחתיו קרינן ביה ואדרבא בעת נתינת הגט הוא שצריך לפרש דבריו שמחמת שחושדה עם אדם זה הוא מגרשה וכמ"ש לעיל אלא שכוונת הרב שלא יתן גט עד שיפרש דבריו שמפני החשד הוא מוציאה ולא אחר נתינת הגט שכבר יצאה מתחתיו והוא מה שסיים בדבריו וכן מבואר להדיא מדברי המרדכי ריש פ' המגרש והרי לך לשון המרדכי תב"ת המקנה לאשתו ורוצה לגרשה והוא חושד אותה על שום אדם כיצד יעשה אם ת"ל יאמר לה חוץ אי נמי על מנת נמצא גט בטל ובניה ממזרים אלא אומר לב"ד והן מוחין בידיהם שלא ישאו זא"ז לעולם ואח"כ נותן לה גט ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם עכ"ל, הרי מבואר כמ"ש ודו"ק ותשכח ומשום דחזינא לכת"ר מהפך בזכותא דהאי איתתא למצוא לה פתח להשיאה לזה יהודה אע"פ שהוא חשוד בעיני הבעל, אמרתי אגלה אזניך

לאמר שאין שום תרופה להתירה אא"כ יבוא הבעל ויאמר שאינו חושדה מיהודה אלא מהשנים האחרים ומחמת איזה כעס שהכעיסו יהודה צרפו מכלל הנחשדים ובהדי הוצא דהנחשדים לקי כרבא דיהודה דלא חשיד דאז אמרינן ודאי להתירה כמ"ש מר"ן בא"ה סי' קע"ח ס"י יע"ש. דאע"ג דאמרי' לעיל משם הרשב"א דכל מי שמוציא אשתו משום ש"ר שאם לא היה מאמין שזינתה לא היה מוציאה הכא דאיכא אחריני למתלי בהו הקלקלה נאמר שלא הוציאה אלא מחמת שהיה מאמין שזינתה עם השנים הנחשדים ולא עם יהודה השלישי אם הוא טהור בעיניו ואם עדיין עומד בדיבורו שחושדה גם מיהודה הנז' אין תרופה להנשא לנחשד, וצוויי"מ וימ"ן הח"פ צפרו בח' כסלו בשנת זאת תורת הקנא"ת לפ"ק:
נאם שאול ישועה ס"ט:

סימן עו

הובא לידי השטר שנתחייב סאעוד אלברגא'ז בקש"מ בדל"ב ובחומר השבועה והוהו"ג וחיי"ע חו"ג לפרוע ולתת לה"ר מסעוד אלבאז וחבירו שש מאות רייאליס ופרעון הסך עז"ה דהיינו שיפרע להם סך שלשים ככרים דיעל'ך אטל'ח בסך י"ב רייאליס לכל ככר ואם הותר עד כדי י"ג רייאליס יפרע הנשאר במעות וזמן הפרעון לסוף אלול וכעת נתעצמו בריבם המלוה והלוה הנז' זה רוצה לפרעם בהאלעל'ך ואלו רוצים ליפרע במעות מחמת שהוזל האלעל'ך הנז' ועמד על ששה רייאליס לככר ועל זה כתבו חכמי מראק'ס י"ץ בב"ד של חמש שהדין עם המלוים ליפרע במעות ולא לקבל הפרעון בסחורה הנז' שהוזלה מטעם דלא היתה הסחורה הנז' ברשות הלוה בזמן שנתחייב לו וקי"ל בסי' ר"ט ס"ה דמוכר דבר שאינו ברשותו יכול לחזור וכתבו שעם היות שבנד"ז הגם שהלוה אינו יכול לחזור בו אם נתייקר מחמת שכתוב בשטר וחיי"ע חו"ג לפרוע וכו' וקי"ל בסי' ס' ס"ו דבלשון חיוב חייב מ"מ המלוה במה נתחייב לקחתם הן הוזלו וכו' ודבריהם אמת ודינם דין אמת אלא שאנכי הרואה דאין כאן מקח כל עיקר ושניהם יכולים לחזור המוכר אם נתייקר והקונה אם הוזל, שהרי מאי דכתב בשטר הנז' וחיי"ע חו"ג לפרוע ולתת לא קאי על חיוב הפרעון בסחורה הנז' אלא על עיקר החוב שנתחייב הלוה לתו"ל להם סך שש מאות רייאליס והיא מלתא דצריכה לגופה לחייבו בפרעון הסך הנז' כי לא פורש מהיכא נתחייב בהסך הנז' אי בהלואה הי"ל לפרש הסופר לפרוע לפ' סך כו"ך הלואת חן ואם מחמת שמכר לו איזה סחורה היה צריך לפרש מחמת שמכר לו כו"ך, אבל בסתם כנ"ד אם לא היה כותב לשון חיוב רק והודה בהו"ג בכח הקנין וחו"ה לפרוע ולתת סך

כו"ך הוה אמינא דמצי הלוה טעין שלא היו בידו המעות שנתחייב לתת ומה גם שהם מטבע ואינו נקנה בחליפין ודייניו ליה כפסק מר"ן שם בסוף סעיף ו' מסי' ס' וז"ל ראובן שהוציא שטר בקנין על שמעון וכתוב בו מחמת שנתתי לו ק' זהובים ושעבדתי כל נכסי לגבותם מהם [אבל לא שעבד עצמו להתחייב] וטען שמעון שבשעה שכתבו על עצמו לא היה בידו וכו' ואם הם מטבע אינו נקנה בחליפין יע"ש, ועדיף נ"ד שכתוב בו לתת מנדון מר"ן שכתוב בו נתתי דבנתתי איכא פלוגתא דרבוותא דסברי דכל האומר נתתי לפ' כו"ך אין מדקדקין כיצד נתן מאחר שהודה אבל בנ"ד שכתוב לתת כ"ע מודו דמצי הדר ביה וכמ"ש באה"ג משם ב"ח אם מר אני נותן לא קנה יע"ש לכך הוצרך הסופר למיכתב לשון חיוב וחיי"ע חו"ג דהשתא נשתעבד גופו להתחייב וכמו שהגיה מור"ם שם תוך דברי מר"ן דמשמע דוקא בלא שעבד עצמו הא שעבד עצמו להתחייב חייב ועיין הרא"ש ריש פ' אע"פ ושם בתוס' ועיין סמ"ע סקי"ח. ואחר שלשון זה של חיוב אצטריך לגופיה לחייבו מהיכא תיתי לומר שלקיים המקח של הסחורה נכתב החיוב דא"כ הי"ל לכתוב החיוב גם גבי פרעון הסחורה ולומר וחיי"ע לפרוע סחורה פ' ואפי' אם פי' החיוב גבי פרעון הסחורה יועיל לשעבד גוף הלוה לפרוע הסחורה אפי' הוקרה ולא לשעבד גוף המלוה לקבל הסחורה אם הוזלה וכמ"ש החכמים דהמחייב עצמו הוא דאינו יכול לחזור ולא המלוה שלא נתחייב:

והנה הובא לידי פסק שסידר החולק על החכמים הנז' ולא נודע שם מחברו ועמדתי על דבריו ואין בהם שום ראיה לסתור דברי החכמים הנז' חדא דכל חיליה מלשון חיוב שכתוב בשטר הנז' שהוא לקיים המכר וכבר כתבתי דלא קאי על מכר הסחורה כלל והוסיף לומר דכל שנתחייב המוכר נתחייב הלוקח ונראה דלמד מדין קנין חליפין שכתב מר"ן בסי' קצ"ה ס"א כיון שקבל המקנה קנין חליפין אע"פ שלא החזיק הקונה ולא נתן הכסף ולא משך ואין א' מהם יכול לחזור ורוצה לדמות כל הקנייניים אהדדי ולא היא דהתם מדין חליפין נגעו בה מכיון שתפס זה החפץ שמקנין בו נתחייב זה בחליפיו כדאי' בסי' ר"ג ס"ג גבי חליפין יע"ש אבל גבי חיוב שהוא שעבוד הגוף אם נשתעבד גוף המוכר במה נשתעבד גוף הלוקח והוא דבר פשוט והביא ראיה לדעתו מההיא דסי' ר"ח במקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת מעות או שפסק קודם שיצא השער ולא היה לו למוכר ונתקיים בקנין או בא' מדרכי ההקנאות המקח קיים ויתן כשער של היתר ואין א' מהם יכול לבטל המקח ע"כ וכתב על דין זה החכם הפוסק וז"ל והיינו מוכר דבר שאינו ברשותו כיון דאין לו למוכר והיכי משכחת שיתקיים המקח בקנין אם לא שהקנה לו בלשון חיוב כההיא דסי' ס' וקאמר שהמקח קיים ואין שום א'

מהם יכול לבטל המקח ואפי' הלוקח עכ"ל ואין לדברים הללו שום קיום שהרי סיים מרן וכתב ומיהו הלוקח יכול לחזור שלא ליתן כשער היוקר ומ"ש ברישא ואין שום א' מהם יכול לחזור כבר כתב הסמ"ע דארישא קאי שהוסיף בשווי המקח וכו' אבל בפוסק קודם שיצא השער יכול לחזור בו הלוקח שהרי עיקר דין זה להשמיענו דאינו יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור והם דברי הרא"ש שהביא הטור וכתב מר"ן ב"י מה שכתב הרא"ש ואינו יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור לא קאי אלא אמוכר שהוא רוצה לבטל המקח ושלא לתת יותר ובא לבטלו לגמרי מטעם שנעשה באיסור ועליה קאמר דאין יכול לבטלו ועל כרחך יתן כשער של היתר אבל הלוקח אם ירצה לחזור בו כיון שאינו נוטל כמו שהתנה והוא פסקיה דמר"ן כאן שהלוקח יכול לחזור אף שנעשה בקנין דאמרי' קנין בטעות הוא משום שאינו נוטל כמו שהתנה משא"כ במוכר כיון שנתקיים המקח בקנין או בא' מדרכי ההקנאות לא מצי הדר לבטל המקח ובשאין קנין אלא מעות לבד לא קנה ואין לזה על זה כלום ואפי' מי שפרע א"צ כיון שנעשה מעשה באיסור כדאי' בהגה' סי' ר"ט ס"ו ועי' סמ"ע כאן ס"ק ה', ומ"ש הח' הפוסק מדנפשיה דקנין שכתב מר"ן היינו שהקנהו בלשון חיוב מכח דמקשי היכי משכחת שיתקיים בקנין והוא מוכר דבר שאינו ברשותו ואין כאן קושייא דדבר הנמכר בשוק הוי כאלו הוא ברשותו וסגי ליה בקנין לחוד וכמו שכתב בהדייא מרן הקדוש עצמו בכסף משנה על דברי הרמב"ם פ' כ"ב מהל' מכירה הלכה ג' שכתב אבל הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק ואם חזר מקבל מי שפרע וכתב הכ"מ וא"ת והא כיון שאינו ברשותו לא קני שכך כתב רבינו בסמוך שאין אדם מקני דבר שאינו ברשותו וי"ל דכיון שזה דבר הנמכר בשוק הו"ל כאלו ברשותו וזהו שכתב הפוסק על שער שבשוק דמשמע שהוא דבר הנמכר בשוק בכל שעה ומר"ן פסק לדין זה בסי' ר"ט ס"ו סמוך ונראה לדין מוכר דבר שאינו ברשותו לומר דדין זה דפוסק על שער שבשוק חשיב ישנו ברשותו מאחר שנמכר בשוק וכ"כ הסמ"ע בס"ק כ"ג יע"ש ומה שנסתייע מדברי הפרישה שהביא סיוע לדבריו דבעינן לישנא דחיובא עם הקנין התם מיירי בדבר שאינו נמכר בשוק או שאינו מצוי בשוק וכדמשמע מלשון הסמ"ע הנז' וראיתי שהרגיש הוא שסוף דברי מר"ן סתירה לדבריו ויעש בריחים ורקועי פחים ויפקדם בטלאים וממאי דכתיבנא יראה הרואה דאין להם העמדה ולבסוף הוסיף ענין אחר לחזק המקח מה שלא נזכר בשטר ודן בזה דין חליפין שהחליפו סחורה בסחורה שזה משך סחורת המשי ליתן להם סחורת אלעל"ך וזה דבר שאין לו שחר דלו יהיה שיודו שלקח מהם המשי מ"מ כיון שנעשה דמים וזקף עליו הדמים כבר נגמר מקח

המשי ואין כאן חליפין אלא מקח וממכר ועייל ונפיק אזוזי דלא קנה וכתב מור"ם דאם זקף עליו הנשאר במלוה אע"פ שיוציא ונכנס אחר הדמים קנה וכתב הסמ"ע דהמקח כבר נגמר ונתקיים והרי הוא כאלו הלוהו מעות לשלם לזמן פ' ואינו משלם לו יע"ש: קנצי למלין שחייב הלוה לפרוע להמלוים הנז' מעות בעין ולא סחורה דאין כאן שום קנין לאותה סחורה כדכתיבנא ועם היות שכתוב בשטר בקש"מ בדל"ב ובחומר השבועה אין שבועה זו כלום דנימא יתקיים המקח מחמת השבועה שהרי מבואר בפוסקים שלא באה שבועה זו אלא לקיים הקנין וכיון דקנין אין כאן שבועה אין כאן ומהאי טעמא כותבים אנחנו בקש"מ בדל"ב ושח"ך כ"א למש"י לומר שאין השבועה תלויה בקנין אלא כל א' נדרש לעצמו הקנין למ"ש והשבועה באנפי נפשה למה שתועיל ובנ"ד אף אם היתה השבועה באנפי נפשה לקיים המקח הנשבע הוא שיתחייב לקיים שבועתו ולא שכנגדו תדע שהוא עצמו אם התיר שבועתו מצי הדר ודברים ברורים הם וצור ישראל יצילנו משגיאות הח"פ צפרו בשלהי מרחשון ש' גם זקנת"י לפ"ק וקיים: שאול ישועה ס"ט:

סימן עז

הובא לידי מה שפסק כהה"ר פתחיה בנדון אשת כהה"ר דוד עטייא שהעניק לה אביה נדונייא ואחר פטירת אביה מופלג תבעה מיורשיו מחצית הבית הידוע לאביה שזוכה מכח ירושת אמה כפי התקנה במחיצתו ולא נמצא ביד היורשים שום סלוק שסלקה עצמה בהסכמת ב"ד או הארוס יען קטנה היתה בעת נשואיה וכתב לזכותה דהדרא ארעא והדרי פירי וזה מה שכתבתי אני, דברים ברורים הם שזכתה אשת הרד"ע במחצית הבית שכבר זכתה בו בפטירת אמה כפי התקנה והדרא ארעא והדרי פירי מיומא קמא ואף שהעניק לה אביה נדונייא קטנה או גדולה אין לנו לומר שבעד הנדונייא סלקה עצמה מהבית הנז' והקנית חלקה לאביה אחר שלא נמצא השטר סלוק לא בשולי הכתובה ולא בפנקס הנדונייא שעיקר התקנה שנתקנה בשנת בנשא"י ידי אל דביר קדשך היא אפי' העניק לה אביה נדונייא לא תועיל מחילתה אפי' באומרת התקבלתי כל הסך הראוי לי בירושתי אין מחילתה כלום כל שלא היתה בהסכמת ב"ד של שלש או בהסכמת הארוס או אם היתה בוגרת שאז מהנייא מחילתה גרידא בלא הסכמת ב"ד ובלא הסכמת הארוס והטילו תנאי שיכתוב הסופר והעד בשטר המחילה שהיו מצויים שם החכמים הדיינים פ' ופ' ופ' וא"כ בנ"ד שהיתה הבת קטנה בעת נשואיה אפי' העניק לה אביה נדוניא גדולה כיון שלא הוציאו יורשי אביה הסילוק כתיקונו עדיין הנכסים בחזקתה ומה שטוענים יורשי אביה שהם מוחזקים וטוענים ליורש וכו' אין בטענתם כלום דבמה החזיקו והרי

הם שותפים ואין מחזיקים זע"ז דכי היכי דחזקת אביהם אינה כלום משום דהוי שותף ה"נ יורשיו שקמו תחתיו וירשו חלק אביהם הרי הם כאביהם ושותפין נינהו עם אחותם הנז' ואין להם חזקה ואע"ג דאיתא בריש סי' קנ"ב כל אלו שאין להם חזקה בניהם יש להם חזקה אפי' נימא דגם השותפים בכלל מדנקט לשון כולל מ"מ הרי סיים בה אבל אם טען שהיא ירושה לו מאביו שאכלה שני חזקה אין לו חזקה וכתב הסמ"ע ואפי' אם גם הבן אכלה שני חזקה לא מהני ובנ"ד הרי הם באים בטענה דאבוהון שהכל שלו והם ירשוהו באמרם שבעת הנישואין נסתלקה וכיון שאין להם חזקה כאביהם דבריהם מהבל ימעטו. ומה גם שבדברי הטור שממנו לקח מר"ן דין זה אע"פ שכלל תחלה כל אלו שאין להם חזקה וכו' חזר ופרט אומן ואריס וגזלן ולא הזכיר שותף משום דקם בנו תחתיו והרי הוא כאביו וכדכתיבנא. וכן הלבוש העתיק דברי הטור בכללן ופרטן אלא שמר"ן קיצר וסמך על המעיין גם במקור הדין דאיתיה בפ' חזקה דמ"ז לא הזכיר שותף דא"ר יוחנן אומן אין לו חזקה בן אומן יש לו אריס אין לו וכו' בן אריס יש לו גזלן ובן גזלן אין להם בן בנו יש לו הרי דלא הזכיר אלא אומן אריס וגזלן ובר מן דין אחר שהמערערת היא אשת איש וקי"ל אין מחזיקין בנכסי א"א כדאיתא בסי' קמ"ט סי"א ובא"ה סי' פ"ז ס"ב יע"ש, וא"כ אפי' אי הוה אמרינן דיש להם חזקה מצד השיתוף הרי אין להם חזקה מצד שהיא א"א ואין מחזיקין בנכסיה ועדותו של משה הנז' שמעיד שאביה נמלך בהרב מהרי"ק ואמ"ל כיון שנטלה יותר מחלקה שוב אין צריך דבר אין עדות זו כלום דמי פתי יאמין שהרב זלה"ה יאמר לו שא"צ סילוק ואפי' אם נאמין אותו שכך אמ"ל הרב אנו אומרים שראה הרב וידע שלא נתן לה חלקה והשיאו לדבר אחר כדי שיצא הדין לאמיתו ומכ"ש למאי דאשכח הח' הפוסק הני אומדני תקיפי דמוכח מינייהו שלא נטלה כל חלקה באותה נדוניא שהעניק לה אביה אמרינן בודאי משו"ה לא פנה אביה לכתוב סילוק שלא לגזלה לסלקה גם מחלקה בקרקע וא"כ קם דינא שזכאית הבת אשת הרד"ע במחצית הבית ובפירותיו הח"פ צפרו בטבת שנת אשורינ"ו לפ"ק וקיים:
שאול ישועה ס"ט:

סימן עח

עמדו לפני לדין יורשי הכבודה חנה אל' מרדכי בן רבוח תובעים לכהה"ר ישועה אזולאי נר"ו שיתן להם נכסי מורישתם הנז' שהם אצלו לתתם בעסקאות ושכירות כנהוג פה בנכסי האלמנות והשיבם שבחייה כתבה לו שטר מתנה והמציא אותו לפני וז"ן הע"י ע"ע בקושח"ך כ"א למש"י הכבו' חנה אל' ה"ר מרדכי ן' רבוח ובכח הקוש"ח הודית

בהו"ג וכו' ונתנה ד' אמות קרקע לכהה"ר ישועה אזולאי ואגבן נתנה לו כל הנכסים שימצאו אתה שיזכה בהם שעה אחת קודם מותה זכייה גמו' והוא יטפל בה בעשיית תכריכין וצרכי קבורה ושמן לנר נשמה ופקידת החדש והשנה וכו' ומה שישאר מנכסיה יעשה בהם חפצו דבר שהוא למנוחת נפשה אחרי מותה ומתנה זו מתנת בריא מתנת פרהסיא וכן אמרה מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' באופן הנאות וכו' ובכח הקוש"ח קע"ע האשה הנז' והאמינה להחכם הנז' ולב"ך עליה ועב"ך כשע"ך שיהא נאמן בדיבורו הקל הוא וב"ך את כל אשר יאמר כי הוא זה וג"כ קבלה עליה בכח הקוש"ח ונתנה הג' חלקים משמונה שיש לה בגוף וחזקה של העליה העמוסה על הבית הנכחי לנכנס לחצר הנק' ע"ש בן ג'ת אנאס שאחוריה כלפי בית המטבחים ליקר דוד ן' אברהם ן' שטרית שיזכה במתנתו הנז' שעה א' קודם מותה זכייה גמו' מתנת בריא מתנת פרהסיא וכו' והוכחנוה דלא תיהוי באעבורי אחסנתא והשיבה שזה הוא לה נחת רוח שאין שום א' מקרוביה משגיח עליה ומטפל בה זולת אחותה אסתר אמו של דוד הנז' והחכם הנז' ולא יטלו יורשיה זולת חמשה אוקיות לכל א' מהם ומה שישאר יעשה בו החכם הנז' ככל האמור והודת שטר מתנה מוחזק וכו' ונ"ה בקושח"ך באנפי נפשה למען תוסיף תת כחה לחזק בדקי המתנות הנז' ולראיה ח"פ והי"ז באדר א' משי"ה א"ו ותקנ"ט ליצי' וקיים:

וח"ע החכמים הש' כהה"ר יעקב אדהאן וכהה"ר אברהם אציני והכרנו חתי' כדחזי:

והתבוננתי היטב בהשטר מתנה הנז' ואמינא דחספא בעלמא הוא ולא יועיל ולא יציל לסלק היורשים מירושתם לגבי מה שנתנה לכהר"י:

חדא שהרי כהר"א אציני שהוא א' מעידי חתימת השטר מתנה הנז' קרוב הוא לא' מן היורשים שמכלוף בן אחותה הוא בעל אחותו של כהר"א הנז' וקי"ל בסי' נ"א ס"ג שטר שחתומים בו ב' עדים בלבד ונמצא עד א' מהם קרוב או פסול אע"פ שיש שם עידי מסירה הרי הוא כחרם וי"א שדינו כשטר שאין חתום בו אלא עד א' וסיים מור"ם בהגה והיינו דוקא בדרך שלא נתבטל כל העדות וכמו שיתבאר בסמוך עכ"ל, וכתבו הסמ"ע והט"ז דלדעה קמייתא שהביא מר"ן בסתם סובר דכשהם שנים בלבד מסתמא ישבו יחד להעיד ומשו"ה חשיב כחרס וא"צ אפי' שבועה נגד הכשר משא"כ כשחתומים עליו מרובים שבסעיף שאח"ז מסתמא אמרי' רווחא שבקי הכשרים והפסול חתם שלא מדעתם והיש אומרים ס"ל שאפי' בשנים אמרינן מסתמא רווחא שבק הכשר וחתם הפסול שלא מדעתו אבל היכא דאיכא הוכחה שישבו יחד להעיד אפי' הי"א מודים שנתבטל כל העדות והיינו דסיים מור"ם והיינו דוקא בדרך שלא נתבטל וכו' יע"ש ואנן בדידן קי"ל כסברא קמייתא שהביא מר"ן בסתם דכשהם שנים מסתמא ישבו יחד להעיד ונתבטל

כל העדות, ובנ"ד דאיכא הוכחה מלשון השטר שנזדמנו יחד להעיד מדכתב בתחילתו העידתנו ע"ע משמע דשניהם נזדמנו להעיד יחד וא"כ אפי' לסברת הי"א נתבטל כל העדות ונפסל השטר לכ"ע, ואחר שנפסל מחמת קורבת עד א' מהחתומים בו לא' מן היורשים אע"ג דרחוק הוא לגבי שאר יורשים נפסל לכולהו משום שהיא עדות א' ובטלה מקצתה בטלה כולה כדאיתא התם בסי' נ"א ס"ו וז"ל הכותב כל נכסיו לב' בני אדם בעדות א' והעדים קרובים לא' ממקבלי המתנה ורחוקים מהשני הרי השטר פסול מפני שהיא עדות א' יע"ש, ה"נ בנ"ד דמכח האי שטרא הוא מסלק היורשים כולם מירושתם עדות א' חשיבא ובטלה לגבי כל היורשים ואע"ג דלגבי הנותנת עצמה והזוכים ממנה אין להם שום קורבה עם עידי השטר מ"מ אחר שכבר מתה ונכסי קמי יורשי רמו כשמתה ונמצא א' מהיורשים קרוב לא' מעידי השטר נתבטל השטר וזכו היורשים בירושתם, והכי איתא בסי' ל"ג סי"ד וז"ל ש"מ שצוה בפני עדים קרובים לו ורחוקים מבניו אין הצוואה כלום כיון שהיו קרובים בשעה שנמסר להם העדות ויש מי שמכשיר וכתב הרב המאסף דפשוט הוא שאם הדבר בהיפך שיהיו העדים רחוקים לש"מ המצווה וקרובים ליורשים אף היש מי שמכשיר מודה דפסולים דכיון דמת המצווה נכסי קמי יתמי שהם קרובים רמו ופסולים להעיד להם עכ"ל, הרי בהדיא דאע"ג דאין לו שום קורבה עם המוריש המצווה והוי תחילתן בכשרות מ"מ כיון דלגבי יורשים יש להם קורבה הוי סופן בפסלות כדאיתא בהטור בהדיא בענין זה שכל שתחילתו בכשרות וסופו בפסלות פסול יע"ש, ואין לומר דהכא שאני בש"מ דאין למקבל המתנה ממנו שום זכייה מחיים דמתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה ומשו"ה הו"ל סופו בפסלות בשעת זכייה ואז שפיר אמרינן אע"ג דתחילתו היתה בכשרות בשעת מסירת העדות מ"מ כיון דבשעת זכייה הו"ל סופו בפסלות מחמת דנכסי קמי ירתי רמו והם פסולים להעיד להם, אבל בנ"ד שכתוב בשטר שיזכה בנכסים שעה א' קודם מותה אית לן למימר כיון דאכתי לא רמו נכסי קמי ירתי דאין ליורשים שום זכייה בחיי המוריש ומקבל המתנה כבר זכה בנכסים מחיים שעה א' קודם מותה והו"ל שעת מסירת העדות ושעת זכייה בכשרות דכלהו מחיים והו"ל תחילתו וסופו בכשרות וכשר, מ"מ לגבי כהר"י הנז' הא נמי ליתא דאע"ג דכתבו שיזכה הר"י הנז' בנכסים ש"א קודם מותה קא חזינן דאין לו לעצמו שום זכייה של כלום ועיקר זכייתו הוא לעשות לה לאחר מותה דבר שהוא למ"ן כמו שמפורש בהדיא בשטר המתנה וז"ל ומה שישאר מנכסיה יעשה בהם דבר שהוא למ"ן אחרי מותה ע"כ, הרי דלשון השטר קרי בחיל דעיקר הזכייה הוא לאחר מותה לעשות לה דבר שהוא

למ"ן כגון הקדיש לעניים או לת"ח, וכיון שאין הזכייה לעניים או לת"ח אלא אחרי מותה וכבר רמו נכסי קמי יתמי חשיב סופו בפסלות ופסלינן ליה:

ויש לנו מופת חותך בשטר המתנה שאין לכהר"י הנז' שום זכייה לעצמו מדהוצרך שתאמינו לו ולב"ך עוב"ך ואם זכה במתנה הנז' לעצמו מה לו בנאמנות זו אלא ודאי דלעצמו אין לו שום זכייה אפי' בדבר שהוא למ"ן רק שהוא אמצעי לעשות הקדשות וצדקות לעניים או איזה ספרים שילמדו בהם ת"ח וכל אלו העניינים יש להם תובעים גזברים ופרנסי העיר שידקדקו עמו על כל פרט ויש לאל ידם להשביעו משום הכי הוצרך לנאמנות, ולפי הנחה זו מתנתו של דוד הנז' שהיא לעצמו אמינא ודאי דכבר זכה במתנתו מחיים שעה א' קודם מותה והו"ל שעת מסירת העדות ושעת הזכייה בכשרות דאכתי לא רמו נכסי קמי ירתי שהם קרובים לעידי המתנה וכיון דתחילתו בכשרות וסופו בכשרות השטר כשר לגבי מתנתו של דוד הנז', ואין לומר סו"ס הרי נפסל השטר לגבי מתנת כהר"י שאין לו שום זכייה מחיים ונימא כיון דנפסל לגבי כהר"י הנז' יפסל נמי לגבי מתנתו של דוד כיון דכלהו מתנות בשטר א' כתיבי, הא נמי ליתא שהרי כתב מר"ן בסי' נ"א ס"ו וז"ל אבל אם כתב בשטר א' שנתתי לראובן חצר פ' ושנתתי לשמעון חצר פ' ונמצאו העדים קרובים לזה ורחוקים מזה זה שהם רחוקים ממנו מתנתו קיימת שאלו ב' עדויות הם אע"פ שהם בשטר א' עכ"ל הרי מבואר דאע"ג דשניהם בשטר א' כל א' נדרש לעצמו ואם נתבטל השטר לגבי האי לגבי האי לא נתבטל ומה גם דידענו נאמנה דמקרבה דעתה אצל דוד הנז' דמקטנותו גדלתו כאם ויהי לה לבן כל כמה דמצינן לאוקומי מתנתא בידיה מוקמינן אבל לגבי כהר"י הנז' שנפסל השטר נפל כל בניינו ורשאים גם להשביעו ולא אהניא ליה מידי מה שהאמינתו בהשטר הנז' ואף למאי דנהוג שלא להשביע הת"ח המתעסקים בנכסי יתומים הכא שאני שאפשר שיורה היתר לעצמו, ועוד דשניא אלמנה מהיתו' ועם היות שהמציא לפני מזכרת מכתב יד אברהם אזנאתי שבתשרי תקנ"ט הודית לפניו שטר מתנה כעין זה ובנאמנות כנז' בזה אינו כלום דלצרופיה עם העד הכשר שבשטר הנז' הא אסיקנא דבטלה כל העדות ועוד מדחזרו וכתבו שטר אחר בענין זה באדר הרי ביטלו הראשון שקדמו בתשרי:

ובר מן דין אפי' אם היה השטר הנז' חתום בב' עדים כשרים הרי שטרא ריעא ודחוי מעיקרו הוא שהרי עיקר נכסיה הם השטרות שהיה נושה כהה"ר ישועה הנז' לזולת בעיסקאות מנכסיה וכותבם על שמה והיה צריך לכתוב בשטר מתנה הנז' אופן קניית השטרות קני אינהו וכל וכו' וכשלא כתב כן לא קנה השטרות וכמ"ש מר"ן בסי' רמ"ח סי"ג וז"ל הנותן לחבירו כל נכסיו מטלטלי אגב מקרקעי ולא שייר ליורשיו אלא חמשה

זהובים והיו לו בביתו שטרי חובות אם מתנת שכ"מ היתה קנה דשטרות בכלל נכסים אבל אם היתה מתנת בריא לא קנה כיון דלא כתב ליה קני אינהו וכל וכו' לא קנה כלום בשטרות ויזכו בהם היורשים יע"ש, וא"כ בנ"ד דמתנת בריא ולא כתב קני אינהו וכו' לא קנה בשטרות כלום והם העיקר בנכסיה דשאר נכסים הנמצאים אצלה טלטל וחפצים הוי דבר מועט שלא יספיק לתכריכה ולצרכי קבורתה וכיוצא, ועל ראיה זו השיב כהר"א אציני נר"ו כמלמד זכות על מעשה ידיו באומרו דמר"ן איירי כשהשטרות בבית הנותן ובנ"ד ישנם בבית כהר"י הנז' מקבל המתנה, ונומיתי לו שלא הבין אפי' פשט דברי מר"ן שהרי מר"ן איירי בנותן כל נכסיו מקרקעי ומטלטלי וזכה מקבל המתנה במקרקעי ובמטלטלי וא"כ השטרות הם בביתו של מקבל המתנה שכבר קנה הבית שהשטרות בתוכו ואפי"ה לא קנה והוא עצמו לשון הטור בסי' ס"ו ס"ג וז"ל בראובן שנתן לשמעון כל נכסיו במתנת בריא מטלטלי אגב מקרקעי בקנין ואע"ג דשטרי בכלל נכסי אינון לא קנאם אע"פ שהיו השטרות בבית ראובן והקנה לשמעון כל נכסיו ונמצא שקנה הבית שהשטרות בתוכו ויש כאן כתיבה וחצירו דהוי כמסירה אפ"ה לא קנה השטרות כיון שלא כתב לו קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה. עוד לימד זכות ממ"ש מר"ן בסי' ס"ו ס"ז שטר חוב על המשכון של מטלטלין כיון שמכר לו החוב ומסר לו המטלטלין קנה החוב שעליו במסירת המשכון אע"פ שלא מסר לו השטר ולא כתב לו שום דבר עכ"ל, ורצה לומר שבנ"ד שהמשכונות ישנם בבית כהר"י הנז' מקבל המתנה כנמסרו לו דמי ובמסירתן קנה השטרות אע"פ שלא כתב לו דבר, ואמינא ליה דהתם מכר החוב בפירוש ומסר המשכונות המשועבדים להחוב הנז' מה שא"כ בנ"ד שלא הוזכרו השטרות בשטר מתנה כלל ולא הזכיר מקניית המשכו' ואם באנו לדקדק לשון השטר מתנה הנז' שכתוב בה שנתנה דא"ק להר"י הנז' ואגבן נתנה לו כל הנכסים שימצאו אתה שיזכה בהם וכו' משמע מהאי לישנא שלא הקנית לו אלא הנכסים שימצאו אתה בביתה ולא הנכסים שימצאו לה אצל אחרים ונמצא שלא נכללו השטרות שביד כהר"י הנז' בכלל המתנה הנז' ועלה סך הנכסים שנמצאו אתה לסך ק"ם מ"ם ח"ם ד"ת ולא הספיקו לצרכי קבורתה והפקידות אם לא יצמצמו בהם ואע"ג שכתבה ולא יטלו יורשיה כ"א ה' אוקיות נמצא שסילקתן מכל הנכסים מ"מ מקבל המתנה לא זכה בהם והוה אמינא שהניחה השטרות לעצמה עד שתראה מה לעשות בהם וביני ביני נלב"ע וזכו היורשים וק"ל מדקדקין לשון הדיוט וכ"ש מי שמוטל עליו להבין ולהורות ועוד נומיתי לו דמ"ש מר"ן אע"פ שלא מסר השטר ולא כתב לו שום דבר הכוונה היא על הכתיבה לא כתב אבל צריך שיאמר לו על פה קני לך הוא וכל שעבודא כמ"ש מר"ן שם סעי' י' ודו"ק:

עוד לימד זכות ממה שמצא בגליון ש"ע שלי שכתבתי משם כנה"ג בהגה"ט אות ב' שאף אם לא הקנה בכתיבה ומסירה אם נשבע חייב לקיים שבועתו. ונומיתי לו דאיירי בשהנשבע קיים אבל יורשיו פטורים מלקיים כדאיתא בסי' ר"ט ס"ז וריב"ב ס"ז ורנ"ב ס"ב בהגה:

ועוד יש טעם לזכות היורשים הנז' מדלא פירשה מה לעשות מנכסיה וסתמא דבריה ואמרה לעשות דבר שהוא למ"ן אמרינן אין טוב למ"ן יותר מלהקים שם המת על נחלתו ועדיף טפי אפי' מן ההקדשות וכמ"ש מור"ב בסס"י רפ"ב וז"ל מי שצוה לעשות בנכסיו הטוב שאפשר לעשות יתנוהו ליורשיו כי אין טוב מזה ע"כ' וכתב הסמ"ע דבמרדכי מסיק ואפי' להקדישן זה עדיף והטעם דהרי זכתה לה התורה בפ' נחלות דיקומו היורשים תחת מורישיהם בנחלתן וירושתן עכ"ל, הרי תלתא טעמי לזכות היורשים שכל אחת מהראיות הנז' יש בה כדאי לבטל המתנה ההיא וכ"ש בהצמדם יחד הח"פ צפרו בטבת משנת והחוט המשולש לא במהרה ינת"ק וקיים:

שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול סלי"ט:

סימן עט

הדבר ברור שהשטר מכירה הנ"ל שטרא מעליא הוא דאע"ג דא' מן העדים אינו מכיר בכתיבת השטר הרי תיקן במה שהעיד דאקרי למאי דידעי למיקרי שפ' מר"ן בסי' מ"ה ס"ה דסמכינן עלייהו ואע"ג דבסעיף ב' כתב עד שיקרא העד דמשמע דלא סגי שיקראו לפניו. כבר תירץ הש"ך דלכתחילה הוא דלא אבל בדיעבד תסגי לן באקרו לפניו ומ"ש בסמ"ע סקי"א משם הב"י דמיירי דאמרו כן מעצמן קודם ששאלו הדיינים להם עכ"ל:

ודברי הרב נפלאו ממנו דאם כוונתו כבעל העיטור שהביא הרא"ש דאי מיקרי להו לתרי דידעי למיקרי במסיח לפי תומו חותם כדאמרי' בשטרא פרסאי הרי כתב עליו הרא"ש ולא נהירא דלא בעינן לפי תומו אלא בנכרי משום דאי הוה ידע דסמכינן עליה הוה משקר אבל בי תרי ישראל לא חשידי לשקר עכ"ל. ומה שייחס סברא זה למר"ן ב"י דברי הב"י נאמרו על דברי העיטור שכתב ואי קים לן בהו דלא ידעי למיקרי וכו' דייקינן בסהדותייהו ע"פ אי מכוונא אשטרא מקיימנא ליה ואי אמרי אקריון למאן דידעי למיקרי סמכינן עלייהו וע"ז כתב הב"י וז"ל ענינו שאם באו לפנינו ושאלנו את פיהם וכוונו לשטר השטר כשר ואם קודם שנשאל להם דבר אמרו אקריון ליה שוב אין אנו צריכין לשואלן דבר עכ"ל, נראה כוונת מר"ן דכיון דקים לן בהו דלא ידעי למיקרי יש לנו תיקון לכתחילה לשאול את פיהם ואי מכוונו לשטר מקיימינן ליה אבל אין שואלין

להם לכתחלה אי אקריון למאן דידעי כיון דתיקון זה אינו אלא בדיעבד ואם קדמו הם מעצמן ואמרו אקריון ליה די בהכי דבדיעבד מיהא הוי תיקון, וא"צ תיקון אחר לשואלן אם כוונו לשטר:

ושוב מצאתי להרב בית אברהם שכתב על דברי הפרישה הללו אחר המחילה כוונת מר"ן ברורה דאם באו לפנינו ולא אמרו שום דבר ואנו מסופקים בהם אי אקריוה או לא ושאלנו את פיהם וכוונו לעדות השטר כשר אפילו אם לא אמרו אקריוה ואם קודם שנדקדק בעדותם לראות אם כוונו עדותם אמרו הם מעצמם אקריוה שוב אין אנו צריכין לשאול להם ולמידק בסהדותייהו אם מכוונים עדותם למה שכתוב בשטר יע"ש ושוב כתב הרב כוונה אחרת בדברי הגאונים והוא דאע"ג דשאלו להם בע"פ ולא מכווני אשטרא אפי"ה כי אמרי אקרינן למאן דידע למיקרי סמכינן עלייהו וכ"ש היכא דקודם שנשאל להם שום דבר אמרו אקרינן למאן דידע דפשיטא דסמכינן עלייהו. אמנם אנן לא שיילינן להו אי אקריון למאן דידע למיקרי דאכתי אפשר דלא הוו ידעי בשעה שחתמו דין זה שצריך שיקראו אחרים לפניהם ולא אקריוה לשום אדם וחתמו והשתא דחזו דשיילינן להו אי אקריוה אחריני משקרי ואמרי דאקריוה למאן דידע כדי שלא יראו בעיניהם עדי שקר ולא סמכינן עלייהו אבל אי ממילא אמרי דאקריוה למאן דידע למקרי סמכינן עלייהו דקושטא קא אמרי דכיון דהשתא ידעי דין זה שצריך שיקראו אחרים לפניהם אמרינן חזקה דגם בשעה שחתמו ידעו דין זה דצריך שיקראו אחרים לפניהם עכ"ל ודברי הרב נאמנו מאד דלכתחילה יש לנו לחוש דלמא משקרי ואי שיילינן להו ואמרו אקריון מקבלינן מינייהו ולא מחזיקנן להו בשקרי. ומהשתא גם דברי הסמ"ע אינן אלא לכתחילה ודבר ברור הוא דאשכחן גבי עדות שנתקבלה בב"ד שלא בפני בע"ד דכתב הרמ"ה דלא מצי מיהדר לאסהודי באפיה משום דעבדי לאחזוקי שקרייהו ונדחו דבריו ממה שכתב הר"ן משם הרשב"א בנוטל שכר להעיד שאם החזיר השכר לבעלים יכולים לחזור ולהעיד ולקיים מה שהעידו בתחילה וכן לענין האשה שאמרה גירשני בעלי אע"פ דלא מהימנא שלא בפני בעלה דכתב הרשב"א בסי' אלף רנ"ג אם בא בעלה וחזרה ואמרה גרשתני בפניו נאמנה ולא אמרינן עבידא לאחזוקי שקרא עיין מהרימ"ט סי' ל"ז בחא"ה מה שהאריך בזה ומר"ן הקדוש בב"י סי' כ"ח אות י"א משם ה"ר מנחם הארוך עדות שנתקבלה שלא בבע"ד חוזרים ומקבלים אותה בפני בע"ד ואי כוונו עדותם עם הראשונה עדותן קיימת ולא אמרינן נוגעים בעדותן הם כיון שנשבעו בעדות ראשונה דלא מחזיקי נפשייהו ברשיעי יע"ש וכ"כ משם הריב"ש ופסקה מור"ם בהגה סי' כ"ח סט"ו יע"ש. הרי דלכתחילה הוא דנזהרים משום לאחזוקי שקרייהו אבל

בדיעבד לא מחזקינן להו בשקרי וכדברי הרא"ש הנ"ל אלא דחזינא ליה להט"ז בריש סי' מ"ה שכתב וז"ל נ"ל במקום שההכשיר תלו בדקרו לפניהם לא מהני השאלה לשאול אותם אם הקרו כי יש לחוש שמא מתוך דברי הב"ד ילמדו לשקר ולומר שהקרו לפניהם אלא שאם אומרים מעצמם כן מהני ואם לא אמרו כן מעצמם אינו מועיל עד שיכוונו עדותם ואז אין צריכין שאלה אם הקרו לפניהם דמסתמא אמרינן שהקרו לפניהם וכו' ואם ברור לנו שלא הקרו פסול בכל גוונא עכ"ל ודברים תמוהים הם דנהי דלכתחילה אנו נזהרים שלא לשאול שמא מתוך דברי השאלה ילמדו לשקר מאין הרגלים לומר דאם עברו ושאלו דאינו מועיל להחזיקם בודאי שקרו וזה היפך מאי דכתיבנא במקבלי עדות שלא בפני בע"ד ובנוטל שכר להעיד ובאשה האומרת גרשתני דבדיעבד לא מחזקינן להו בשקרי ועוד אי בדיעבד לא מהני מה מועיל שיכוונו עדותם אח"ך כיון דמחזקינן להו בשקרי הו"ל כאלו לא הקרו והרי סיים הרב דאם ברור לנו שלא הקרו פסול בכל גוונא באופן שדברי הרב תמוהים ובנ"ד הרי יש תיקון לדבריו נמי במה שהעידו על המכר כדברי השטר וכיון דכוונו עדותם מועיל אפילו לדברי הרב ועדות זו אינה צריכה בפני בע"ד דלקיומי שטר מכר הוא דאתו. ובהדיא כתב מר"ן הב"י משם בעל העיטור גבי היה הוא חולה או עידיו חולין וכו' כתב וה"ה לעדים שאין יודעים לחתום וכו' וכן דעת הגאונים יע"ש, וכתב הרב המאסף בסי' כ"ח בהגהב"י אות פ' דטעמא הוי כיון שקנו מיד הבע"ד ויש עליהם לכתוב שטר דמה שאין יודעין לחתום הוי אונס כהיו עידיו חולים וכו' יע"ש ומה גם דהכא בנ"ד הוי לפטור דמקבלין שלא בפני בע"ד כדאיתא התם בסעיף ט"ו ומשמע אפי' בקרקע מדלא חילק ומבואר הדבר בדברי הרא"ש פ' חזקה דל"ב ע"ב בעובדא דרבה בר שרשום בארעא דיתמי שכתב דלהחזיק מה שבידו מקבלין אפי' ביתומים קטנים דהוי כמו שלא בפני בע"ד יעש"ב:

והביאו הב"י סי' קמ"ט אות כ"ה והוא פסק מר"ן שם ס"ך וז"ל ואם צריך להביא עדים על חזקתו מביא ומקבלין עדותן אע"פ שהמערער קטן גם הסמ"ע סי' ק"י סקי"ב חילק בין להחזיק בין להוציא בקרקע יע"ש גם בסי' קמ"ט סקל"א ודברי הט"ז בסי' ק"מ סיו"ד שכתב וז"ל וי"ל דכאן קרקע בחזקת הבעלים כיון שהיתה לו עדות שהיתה שלו ממילא קרוי המחזיק תובע וע"כ צריך לברר חזקתו עכ"ל, אין הכוונה שהוא מחלק בין קרקע לטלטל דא"כ הי"ל לומר כאן מיירי בקרקע והתם בטלטל ומדקאמר כאן קרקע בחזקת בעלים כיון שיש לו עדות משמע דההיא דסי' כ"ח נמי איירי בקרקע אלא דשניא דא כיון שיש לו עדות שהיתה שלו ממילא קרוי המחזיק תובע וכל זה להוציא מההיא דכתב מהרימ"ט חח"מ סי' ל"ב דחילק בין קרקע לטלטל וראיתי קצת חכמים שפסקו כדבריו

ולא היא דלית מאן דחש להא דמהרימ"ט נגד הרא"ש ומר"ן וכן היו דנין רבותינו נ"ן כמו שיש בידי כמה פס"ד בענין זה וכבר כתבתי בזה באורך בכמה פסקים באופן ששטר מכירה הנז' שריר וקיים בל יסע יתידותיו לנצח וכל חבליו בל ינתקו:

ומה גם דהיה משכירם לאחד המיוחד שבאחיו כמו שראינו שטר שכירות כוח"ך שנה אחר שנה ועוד היום בחזקתו עומד המקח מי זה ערב אל לבו לגשת להוציאו מחזקתו בטענות חלושים ודברים ברורים הם הח"פ צפרו בחדש אב משׁ' כי אחזת עולם הוא ליצי':

שאול ישועה ס"ט:

סימן פ

זאת תהיה לעד'ה ברורה כי נמצאו בתולים לנערה, פריחא בת הי' יהודה אסולין שנשאת להי' יעקב בהי' ישראל ה"ן שעייא שעדיה בכתמיה זכין לה בסימני טהרה כפי דת ודין אמיתה של תורה. שהובאו לפני אח"מ עדיה ע"י שלוחי הבעל. ועליהם ג' כתמים שכל א' מהני כזוזא ואסתירא. אלא שהבעל הנז' לרוב פחזותו נצנצה בו רוח עועים להוציא ש"ר ולדבר סרה. והנה הוא שם עלילות דברים בטענות ואמתלאות כוזבות בנין נערים סתירה, ההוא אמר פתח פתוח מצאתי ונשוי אני ובקי בכך, ודבריו מהבל ימעטו. שאשתו זאת כבר היא בוגרת זה כמה, וקי"ל בא"ה סי' ס"ח ס"ב דטענת פתח פתוח אינה טענה בבוגרת ומה גם שהמפה קיימת ודמה בתוכה היה דלסברת הי"א שהביא מר"ן שם ס"ו אפי' לא בגרה אינו יכול לטעון טענת פתח פתוח אם מצא דם ועוד דבהטיה ובעילה שלא בנחת אינו מרגיש בדוחק כנז' שם חזר וטען שאותן כתמים שנמצאו במפה אינם דם בתולים דקים ליה במראה דם בתולים שמצא לראשונה שהוא בתכלית האודם וזה נוטה ללבנונית. ועוד דהתם מרובה והכא דבר מועט וגם זה הבל דמשנה שלימה שנינו סו"פ ט' דנדה נשים בבתוליהן כגפנים יש גפן שיינה אדום ויש גפן שיינה שחור יש גפן שיינה מרובה ויש גפן שיינה מועט ומקרא מלא הוא אשתך כגפן פוריה ואפי' בהזאה כל דהו סגי ליה ולא בעי טבילה ומה גם דבגורת היא, ולא מיבעיא להרי"ף וסיעתו דסוברים דאין לבוגרת טענת דמים דאמרי' בתולה היא אלא שכלו דמיה אלא אפי' לרמב"ם וסיעתו דכוותייהו פסק מר"ן דיש לבוגרת טענת דמים מודים הם שכלו בתוליה אלא שלא כלו לגמרי וישנן במקצת, וז"ל ריא"ז אשר סביבות הרי"ף הבוגרת יש עליה טענת דמים אע"פ שכלו בתוליה יש לה מקצת דמים ומה שטוען לפוסלו מחמת שנוטה ללבנונית אינה טענה שאדום הוא אלא שלבנונית הזרע גבר עליו. ואדרבא בירושלמי דנדה פרק בנות

כותים איתא דם נדה אדום דם בתולים אינו אדום דם נדה זהום דם בתולים אינו זהום דם נדה מן המקור דם בתולים אינו מן המקור אלא מן הצד ע"כ משמע מהכא דהא דתנן יש גפן שיינה אדום לא בתכלית האודם קאמר אלא נוטה ללבן קצת ובזה מתיישבין משנתינו והירוש' ודו"ק: חזר וטען דכבר בא עליה ולא מצא כלום וכתמים אלו נמצאו אחר ששנה כסיל באולתו במקום שהיה לו לפרוש שמא ראתה טפת דם כחרדל וחיפהו שכבת זרע כדאיתא בי"ד סי' קצ"ג ובא"ה סי' ס"ג ואם איתא דדם בתולים הוא למה לא יצא בביאה ראשונה ואין זה כלום חדא דהיינו דאשמועינן שמואל יכול אני לבעול כמה בתולות בלא דם מביקיאותו בהטייה וגם זה אפשר דאיתרמי שבעל בהטייה דלא מפקא דמא ובאחרונה שבעל בלא הטייה הוציא הדם, וכ"ש שאין אנו צריכין לזו דאשה זו בוגרת היא ופתחה פתוח וכתב הלבוש בסי' הנז' שכבר נתרפו איבריה ונתרווח רחמה וכן הוא לשון רש"י כתובות ד' ט' וז"ל אבל משבגרה אין רחמה צר כבתחילה ודומה לו כאלו פתח פתוח יע"ש וכבר כתבנו לעיל בשם הירוש' דדם בתולים אינו מן המקור אלא מן הצד וא"כ כל כמה דלא דחק האבר לצד מן הצדדים אין הדם יוציא כיון דאית ליה לאבר רווחא לצאת ולבא כדאמרי' בעלמא דפרצא דחוקא היא ומסיר בה צרורות וכשאינה דחוקה אינו מסיר צרורות ולפ"ז נאמר דבבעילה ראשונה לא דחק לצד אחד מן הצדדים ולכן לא יצא דם ובשנייה דחק לאיזה צד ויצא דם באופן דעל חנם חשד הבעל הנז' בכשירה גן נעול ומעין תחום. שם האחת שפרה במערבא אמרי מצא זו מצה שמורה. ועל העבר בעי כפרה. ועל העתיד אם יוסיף עוד לדבר בדבר הזה ענוש יענש ונדון בחמורה. ולראית האמת לבל תהיה האמת נעדרת וכדי שיסכר פי דוברי שקר ומוצאי קול הברה. בזאת חקת התורה, כי נמצאו בתולים לנערה, שמרה בטהרה וחק לא הפירה, ח"פ בחדש סיון המוכתר בכתרה של תורה שנת כי חת"ן דמי"ם ליצירה וקיים: ע"ה שאול ישועה אביטבול ס"ט:

סימן פא

טופס מטופס שומא ועליה פס"ד וז"ן מוע"ן, נדרשנו אנחנו החתומים פה בהיותינו כאחד לשום החצר שהיה כעין בה"ך שמלמד בה תשב"ר כהה"ר יוסף מונסוניגו והיא נכחית לפתח המבוי הנק' ע"ש הנגיד הר"מ ן' עטר ואחר ההתבוננות במהות החצר הנז' ובעליה קטנה שבה ובחדר א' שיש בה עלתה הסכמתנו לשום לה לפ"ה והזמן שהקרקעות ביוקר סך ארבע מאות ועשרים מתקאלים מכ"ט וזה לפי שאינה ראויה עכשיו לדירה כמות שהיא ואינה ראויה רק ללמוד בה תשב"ר או לאוצר חטים ושעורים וכיוצא ומ"מ מפני

שהיא בנויה ומשוכללת בבנין מפואר ראוי לשום לה הסך הנז' ולא יותר' וגם צריכה כמה תיקונים הן בחצר הן בעליה הנז' הן בחדר הנז' שאין לו תקרה ולראיה שכך עלתה הסכמתינו אנחנו כולנו הח"פ ח"פ בשלשה ימים לשבט ש' נפלאות לפ"ק וקיים וצ"ל שהשומא הנז' היתה במאמר בדי"ץ ובהסכמת שני הכתות שהם כהה"ר דוד עטייא נ"ר וכה"ר יוסף מונסונייגו. ולחומר הענין הוספנו ששומא הנז' סך חמשים אוקיות מכ"ט דבצ"ה הו"ל סך ארבע מאות וחמשה ועשרים מתקאלים מכ"ט ולראיה ח"פ וק"ש ע"כ נמ"ך וחתו' הח' הש' הותיק כהה"ר יעקב בירדונו נ"ר והחה"ש כהה"ר משה ן' שלוש נר"ו והחכם הש' הותיק כהה"ר מימון בירדוגו נר"ו והח' הותיק כהה"ר יהודה אבן צור נר"ו והחכם כהה"ר שאול שמואל טולידאנו נר"ו ונתקיי' חתי' כראוי באחד מדרכי הקיום:

וס"ל נמ"ך מוע"ן וז"ן השומא הנז' היתה בהסכמת שני הכתות והלכו מלפני שניהם ועשו השומא הנז' ולכן היא הקיימת ואף שהלך הר"י מונסונייגו ועשה שומא אחרת לאו כל כמיניה כמ"ש בסי' ק"ג ס"ג אם שמוה שלשה ואמר הלוה ישומו אותה ג' שמאים אחרים הבקיאים בשומא אין שומעין לו עד דא"כ אין לדבר סוף ולכן השומא הנז' היא עיקר וכ"ש שנעשית בהסכמת ב' הכתות ולראיה ח"פ בזמן הנ"ל וקיים ע"כ נמ"ך. וחתום החה"ש הדו"מ הרב הכולל כמוהה"ר רפאל בירדוגו נר"ו והחה"ש הדו"מ כהה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו נר"ו ונתקיי' לנו חתי' כראוי בא' מדרכי הקיום:

וס"ל נמ"ך וז"ן מוע"ן השומא הנז' היתה לצורך מקרה שקרה כי כהרד"ע הנז' מכר שני שלישי החצר הנז' להרי"מ הנז' קודם לכת כהרד"ע הנז' לא"י בש' קס"ת בביטול טענת מוכר לעלות לא"י כמשו"ח ביד הרי"מ הנז' והן עתה כשחזר הרד"ע הנז' מעליית א"י מחמת דלא איתדר ליה בא בטענה כי המציא לפנינו שטר מתנה קודם למכירה הנז' כמו ב' שנים שקרוב לזכייתו שזכה בחצר הנז' מאת בעלה הא' הוא ה"ר מסעוד עראמא נתנה לאשתו במת"ג להיות כדין נ"מ שהבעל אוכל פירות כמשו"ח בידה שטר מתנה כראוי שיועיל בד"ת שתת' ולזה תבע לפנינו להר"י הנז' בכח אשתו להחזיר לה ב' שלישי החצר שמכר, ונפסק הדין ביניהם כי צריך להחזיר המכר לאשה הנז' ככתוב על ספר סי' צ' סי"ג וכן הבעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין נצ"ב בין נכ"מ לא עשה ולא כלום, וי"א שאפילו הוא עצמו יכול לערער על המכר ע"כ וכתבו הח"מ והב"ש דבנ"מ כ"ע יודו שהמכר בטל מיד וכו' ע"ש' ולפי שהלוקח הנז' לא ידע במתנה הנז' ולא הודיעו המוכר בזה ודאי שחייב המוכר באחריות המקח הנז' כמ"ש בשטר המקנה וקע"ע וכו' עמליהון ושבחיהון ולזה צריך לשום המקח הנז' לפי זמן החזרה ויפרע כהרד"ע הנז' וכן היה שהלכו שמאי ב"ד החתו' למעלה ועם היות שדי בשלשה להפיס דעת הלוקח הוספנו

עוד שנים לתועלת הלוקח ולפי השומא הנז' צריך כהרד"ע הנז' לפרוע להרי"מ הנז' ב' שלישי השומא הנז' שהוא סך ש' מתקאלים מכ"ט נכי ט"ז מתקאלים ויזכה בשלו. ולראיה בידו ע"ד אמת ח"פ בשבט הנ"ל והשו"ב וקיים ע"כ נמ"ך וחתו' הרב כמוהה"ר רפאל בירדוגו י"ץ ונתקי' לנו חתי' כראוי:

וס"ל נמ"ך מוע"ן וז"ן הדין דין אמת שהמתנה הנז' קיימת והמכר שחזר ומכר הבעל, המכר בטל ויש רשות למקבלת המתנה להוציא את שלה מיד הלוקח והלוקח חוזר על הבעל המוכר וגובה ממנו קרנא ושבחא ע"פ השומא ולא בעי הכרזה, דאפי' במלוה הבא לגבות את חובו איכא מאן דס"ל דלא בעי הכרזה והיא דעת התוס' בפ' שום היתומים והביאה הב"י בסי' ק"ג ס"ה: ואף דאנן כדעת בה"ת וסיעתו קי"ל ומטעינן הכרזה מ"מ לא אמרו אלא במלוה הבא לגבות מהלוה ולתועלת הלוה שמא יש מי שצריך לה ויוסיף על שווייה:

לזה הצריכו הכרזה שאז הלוה נהנה ומלוה אינו חסר שסוף סוף הרי נפרע בחובו. אבל בנ"ד שאין להרי"מ על כהרד"ע הנז' כ"א חוב השבח דוקא אינו בדין להכריז דנמצא גובה ממנו מה שאינו חייב שיש מי שצריך לה ומעלה אותה בכפלים יותר משווייה ואין לבטל המתנה הנז' ממאי דאשכחן לרבנן קשישי ב"ד הגדול שלפני פנינו נ"ן שביטלו אפי' מתנה במקצת כל שניכרים הדברים שלהבריח או להערים נתכוון הנותן ודייקי לה מסוף תשו' הרא"ש ותנתן דת בטוליטולא וכו' ומלשון התקנה קי נינגונה מתנה וכו' דבנ"ד אדרבא ניכרים הדברים לאידך גיסא שלמתנה גמורה נתכוון אם שסמוך לקנייתו נתנה לאשתו ואשתו אומרת שמנכסי נדונייתה קנאה ומפני כך נתנה לה סמוך ומיד אם שמזמן המתנה עד זמן המכר היה זמן רב כשתי שנים ועוד. ובזמן המתנה עדיין לא נתעורר לא עלה במחשבה לא הוא ולא סיעתו לעלות לא"י ולמכור ועיין מהר"י סי' צ"ט סוף ס"ו דאם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמו' קנה המקבל אע"ג שהיתה כוונתו להבריח וכו' ע"ש. וכ"ש הוא לנ"ד שנראין הדברים שלמתנה גמו' כוון ולא היתה כוונתו להבריח וכמ"ש. גם אין לומר דמוכחא מלתא דלהערמה איכוון ממה שהיה מחזיק בקרקע הנז' גם מאחרי המתנה ונהנה ממנו ואוכל פירותיו ודמיא להיא דסי' ס"ט ס"ז דהמתנה בטלה דליתא דלא אמרו אלא בנותן לאיש זר דבנותן לזר איכא אומדנא מעלייא דלהערים איכוון שאל"כ המקבל לא יניחהו להחזיק בנכסים לישא וליתן בהם משא"כ בנותן לאשתו שאף בנכסיה הוא המוציא והוא המביא ודרכו לאיש לקדם והכא תרגמו כל כבודה וכו' וכן ראיתי למוהריב"ץ זלה"ה בפס"ד שחילק חילוק זה והוא ברור, ועוד זאת ליכא אומדנא אלא באיש תככים כי עני הוא ואין בידו לשלם

האחריות מה שאין לומר בגברא דאמיד בנכסי שסוף כל סוף משלם הוא קרנא ושבחא מדין האחריות שוב בא לידי שטר המתנה הנז' וראיתי ששייר הנותן הפירות לעצמו לצורך פרנסת ביתו דוקא כדין נ"מ ובזה אין אנו צריכין להנך טעמי דבלא"ה חזקתו במתנה הוא מפני הפירות ששייר לעצמו הן עתה אלצני המדבר בעד מקבלת המתנה לחוות דעי בדבר השומא הנ"ב אם צריך שומא אחרת לפי שיש שמאים אחרים ביד הלוקח שהעלו בשומתה הרבה ואף שכתבתי ביד הלוקח שעצה טובה להיות נקיים מה' ומישראל הוא שיעשו שומא ג' זה בורר לו א' וכו' ובזה קולות הרינון יחדלון. מ"מ המדבר הנז' צווח דינא קא בעינא. ולכן הנלע"ד דודאי אין אחר שומא הראשונה כלום וכמ"ש בסי' ק"ג כנ"ב וכדאמרי' בסוף ע"ז ממאי דהני קים להו טפי דלמא הני קים להו טפי וכתב הב"י בסי' כ"ו דאפי' האחרונים בקיאי טפי בשומא לא צייתינן ליה ע"ש וכ"ש בנ"ד שלפי הנראה הראשונים החתו' בפנים בקיאי טפי שאין אחר שומתם כלום. אך אם ירצו לצאת ידי הבריות יחדשו שומא אחרת כאמור ואם יעכב שום אחד מהם הדין יקוב את ההר. סוף דבר המתנה הנז' חזקה ובריאה ואפי' כל הרוחות שבעולם נושבות בה אין מזיזין אותה ממקומה והדרא ארעא למרה ולוקח חוזר וגובה מהמוכר קרנא ושבחא ע"פ השומא הראשונה דוקא וכדאמרן ועד"ח ח"פ וקיים ע"כ וחתו' החה"ש הדו"מ כהה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו ונתקיימה לנו חתימתו כראוי: וס"ל נמ"ך וז"ן מוע"ן שם נמצאתי ושם הייתי אני הח"מ בשומא הראשונה הנ"ב ואל אלהים יודע שלא היתה בשומא הנז' שום נטייה לשום צד כי כל א' עשה שומא לבדו ואח"ך שלשנו השומות ואחר מו"מ הסכמנו לסך הנז' ואין להביא ראיה מאיזה יחיד שקנה איזה בית ביותר ויותר משומתה כי הדבר ידוע שאיזה יחיד יש לו חשק באיזה בית לשום סיבה ובע"ה אינו עשוי למכור וצריך להוסיף לו על דמיה הרבה לפתותו שימכרנה והשומא האמיתית היו לרוב העולם ולרוב המוכרים והקונים ואיזה יחיד שהוסיף באיזה פעם יבטל במיעוטו ואני תמיה על השמאים האחרונים שהעלו בדמיה הרבה שאפשר שדימו לאיזה יחיד שקנה בית יותר משיוויה הרבה ועליה העריכו, וכבר כתבנו שהיחיד בטל במיעוטו ואין לשום אלא לפי רוב המוכרים והקונים, או אפשר שהשמאים הנז' רצו לקנוס למוכר על שלא הודיע לקונה שכבר נתנה במתנה לאשתו והבליעו הקנס בתוך השומא. וסוף כל סוף כבר נפסק הדין שהשומא ראשונה עיקר כמ"ש מר"ן ק"ג ככתוב בפנים. ועל ענין ההכרזה נראה שאפילו להפוסקים שמצריכים בגביית מלוה מודים בנד"ז שמכר שאינו שלו ובא בעל הקרקע להוציא קרקעו מיד הלוקח ונתחייב המוכר מכח האחריות לשלם לקונה קרנא ושבחא שאין מכריזין וטעמא רבא איכא דבשלמא גבי מלוה הצריכו הכרזה לטובת

הלוה שאע"פ ששמוה שמאים בסך מה מכריזין כי אפשר שאיזה יחיד יש לו חשק בה ויוסיף ויעלה בדמיה יותר ממה ששמוה ואינו סותר דברי השמאים כי השמאים שמו לפי רוב העולם ואם איזה יחיד יש לו חשק בה יוסיף יותר ולא חיישינן לקנוניא שיעמיד הלוה א' מקרוביו או מיודעיו להוסיף בה הרבה כי שם הרשות ביד המלוה אם ירצה יקחנה בסך שהוסיף ואם לא ירצה יקח המעות מאת זה שהוסיף וחייב ליתנם לו כיון שהוסיף בהכרזה וא"כ ליכא שום קנוניא ולא יוסיף כי אם באמת כיון שצריך לשלם אם לא ירצה המלוה לקחתה, אבל בנד"ז שמכר שאינו שלו ובא בעל הקרקע להוציא קרקעו מיד הלוקח והמוכר נתחייב לשלם דמיו ללוקח מכח האחריות ודאי דלאחר השומא אין להכריז דחיישינן לקנוניא שיעמיד הלוקח א' מקרוביו או מיודעיו ויוסיפו הרבה על שומתה כי אין להם הפסד בזה כי בעל הקרקע נוטל קרקעו והלוקח נהנה בתוספת זה והוא אינו חסר ודאי חיישינן לקנוניא ואין להכריז ואפי' יקבל חרם שלא עשה קנוניא מ"מ אין לחייב ע"פ א' והוא בידו ג' שמאים ואין דבריו של א' במקום ב' וכ"ש במקום ג', ועל עיקר המתנה שנתן המוכר קודם לאשתו ודאי שהמתנה קיימת כיון שנעשית קודם המכר קרוב לשתי שנים ואין כאן שום הברחה כלל והמתנה קיימת וזכתה האשה בקרקעה ואין ללוקח אלא דמים כפי מה ששמוה השמאים הראשונים כמ"ש בפנים ואין אחריה כלום וקיים ע"כ נמ"ך וחתו' החה"ש כהה"ר יעקב ברדוגו נר"ו ונתקיי' לנו חתי' כראוי בא' מדרכי הקיום ובדקנו התורף פנים ואחור ולא נמ"ך בו יותר ולראיה ח"פ תמ"ת בעשרה ימים לשבט הנ"ל וקיים עכ"ל, וחתו' כהה"ר אברהם הרוש וכהה"ר עזריה אסבאג:

וס"ל נמ"ך בתר דחתי' צ"ל שתי' לצורך פרנסת ביתו דוקא כדין נ"מ הכתובים למעלה משי' אחד עשר שבדף הסמוך ביריעה החוברת ביני שיטי נכתבו אחר הקיום שכן ראינו כ"ז בשטר המתנה כוח"ך לשון זה ששייר הנותן פירות לעצמו לצורך פרנסת ביתו דוקא כדין נ"מ וכו' ע"כ הוספנו תי' אלו בכאן שיש בהם תועלת הנותן והשו"ב וקיים ע"כ, וחתו' כהה"ר אברהם ן' הרוש וכהה"ר עזריה אסבאג הנ"ל:

וע"ג טופס הפס"ד הנזכ"ה נמ"ך וז"ן דברים פשוטים הם שהמתנה הנ"ב היא קיימת וכמ"ש החכמים יש"ץ ויכול לחזור על הלוקח ואע"ג שכתבנו תחי' לזכות הלוקח שישאר הקרקע בידו לגבי הפירות לפי שהמוכר שייר לעצמו הפירות ויכול למוכרם ולא מצי הדר ביה מהפירות אע"ג שיכול לחזור בגוף הקרקע וכההיא דסי' רנ"ז ס"י אע"פ שכתב ה"ה בשם הרשב"א והביאו מר"ן הב"י בא"ה סי' צ' וז"ל שאם מכר הבעל לפירות הרשות בידו דשלו הם לגמרי, אבל במכר גוף ופירות אפילו אמר הלוקח הניחו לי ואוכל פירות

אין שומעין לו שהבעל לא מכר אלא גוף ופירות ומקח א' הוא וכיון שמקחו בטל לגבי גוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל ואפי' פירות אינו אוכל יע"ש כבר חילק הרב מ"ל בפי"ב מהל' זכיה ה' י"ג דהרשב"א מיירי בלוקח שרוצה לקיים לקיחת הפירות כפי שוויים ולא בכל הדמים שנתן ולפיכך אמרי' כיון שהמכר בטל לגבי הגוף בטל גם לגבי הפירות אבל ההיא דסי' רנ"ז מיירי בלוקח הרוצה לקיים המקח בפירות בכל הדמים שנתן יע"ש, ובנד"ז היה הלוקח צווח שרוצה לקיים המקח בפירות בכל הדמים שנתן זה כתבנו קודם שנודע לנו שהמוכר שייר הפירו' כדין נ"מ, אבל השתא שנודע שהמוכר שייר הפירות כדין נ"מ א"כ פשוט הוא שהכל בטל שהרי אין הבעל יכול למכור פירות משום ריוח ביתא, ולענין השומא הנז' נמי עם היות שכתבנו תחילה שהשומא הא' בטלה, זה היה לפי מה שהביא הלוקח בידו שהכל הם מרננים על השומא ואומרים שהשמאים הא' טעו ואע"ג שקבלו אותם עליהם חוזר הדין וראייתינו מההיא דכתב הש"ך סי' כ"ה סק"ט אות ב' דאם טעה הדיין בדבר שהוא פשוט לכל דינו כטועה בדבר משנה ואפי' אם קבלו אותו בעלי הדין אין מעשיו כלום אחר שהטעות הוא בדבר הידוע לכל, וכמו שהאריך והרחיב הביאור בכלל העולה בסי' זה ס"א יע"ש: אבל ודאי אם נתברר שלא היו העם מרננים עליהם פשוט הוא שלדבריהם שומעים דמי יאמר שהא' טעו דלמא האחרונים הם שטעו וכההיא דסי' ק"ג ועם היות שלא היתה הכרזה בנד"ז אפ"ה לא בעי הכרזה בנד"ז יען שאין המוכר חייב להחזיר כ"א השבח שהשביח הקרקע לפי שומת הבקיאים וא"צ ליתן לו כפי מה שיבוא שום אדם ויעלה אותה וכמ"ש החכם הפוסק וטעמו ונימוקו עמו, ובר מן דין כבר נפסק הדין בבי דינא רבא הרב יעב"ץ ז"ל ובית דינו דהאידנא לא נפקא לן מדי בהכרזה ואינה מועלת אלא לגבי כרוז דוקא, ולראית האמת ח"פ פאס יע"א בשבט שנת תקס"ח לפ"ק וקיים וחתו' החכמים הש' הדו"מ כהה"ר יהודה אבן עטר וכהה"ר יהושע סירירו וכהה"ר חיים סירירו וכהה"ר שמואל אבן זמרא יש"ץ והכרנו חתי' כדחזי ולראיה חת"פ בשבט הנז' וקיים:

יוסף אשרקי סי"ט חיים אברהם הצרפתי ס"ט ובנייר אחר נמ"ך וז"ן נדרשנו אנחנו הח"פ לחוות דעתינו בפס"ד הנ"ב וראינו שהדין דין אמת כדברי החכמים עליונים למעלה שהמתנה שנתן כהרד"ע הנ"ב לאשתו קיימת וטעמם ונימוקם עמם שלא היה בה חשש הברחה כלל לפי שסמוך לקנייתו למקום ההוא נתנו מיד לאשתו:

ונתן טעם לדבריו מפני שמכר לה מנכסי נדונייתה כדי להשלים דמי המקח לכך נתנו לה במתנה בעצת זקנתה ובאותו זמן לא היה בדעתו ולא בדעת שום א' לעלות לא"י ואח"כ כמו שתי שנים ועוד אחר עבור זמן המגפה לתפ"ץ נצנצה רוח בבני אדם הרבה

למכור נכסיהם ולעלות לא"י וגם הוא מכללם נצנצה בו רוח טהרה והכריח את אשתו לעלות עמו ונשארה המתנה הנז' אצל זקנתה לענין שאם לא איתדר להו שתחזור על קרקעה בכח המתנה הנז' וא"כ לו יהי שראתה אותו מוכר ושתקה לא אבדה זכותה שהרי היתה סומכת על המתנה שתחת ידה וכל עוד שלא קנו מידה לא אבדה זכותה ומה שלא ערערה על המכר בשעת המכר הוא מפני שלא היה בדעתה לחזור ולכן הדבר פשוט שהמתנה הנז' קיימת והמכר ההוא בטל גם לגבי הפירות שהרי כתוב בלשון המתנה ששייר הפירות לעצמו לפרנסת ביתו דוקא כדין נ"מ ר"ל ששיירם לריוח ביתא כדין נ"מ, ומבואר בא"ה ובח"מ ובב"ש סי' צ' דכיון שהמכר בטל לגבי הגוף בטל גם לגבי הפירות ואפילו הוא עצמו יכול לערער ואין עליו כ"א לפרוע האחריות עפ"י השומא הראשונה שנעשית בהסכמת שני הכתות ובהסכמת בדי"ץ שזה בירר לו ב' וזה בירר לו ב' והם הוסיפו עוד ב' אחרים עמהם ונכנסו לשום החצר הנ"ב והוציאו כל אדם לחוץ ונשאו ונתנו בדבר היטב עד שעשו השומא הנ"ב וכתבו וחתמו עליה והיא עיקר. אבל השומא האחרת שעשה אח"ך הר"י מונסונייגו והעלו בדמיה אין בה ממש, שאפי' אם הם היו בקיאים יותר מהראשונים מ"מ לאו כל כמיניהו כמבואר בב"י לדעת הרמב"ם והטור וכ"כ הב"ח ז"ל ע"ע, כ"ש בנד"ז אין אנו צריכים לכ"ז דמי יוכל לברר שהאחרונים בקיאי טפי דאדרבא הראשונים הם מצויים ורגילים בשומא והאחרונים רובם אינם מצויים. ומה גם שהדבר פשוט שהנאת המקום ההוא לפי מה שהוא הלואי ישכירוהו ללימוד תשב"ר או לאוצר בסך כ"ם ה"ם בכ"ח ע"צ המרבה, ואם לעשותו בה"ך לבית התפלה זה דבר דלא אפשר שכבר יש לנו הסכמה בחרם חמור ע"ד שלש ארצות שלא יוכל שום אדם לעשות בהכ"ן וחתו' עליה בדי"ץ וכל הת"ח וכל יחידי הקהל וגם יש חרם שלא להתירה, א"כ איפה מי הוא שיוכל ליתן בה יותר מהסך הנז"ב ואם יש איזה יחיד שנותן יותר ומעלה בדמיה יותר משיווייה בטל במיעוטו ובטלה דעתו אצל כל אדם, גם לענין ההכרזה הדבר פשוט וברור דלא שייך כאן הכרזה שהרי אין [כאן מי שימכור דלא אמרו הכרזה אלא כשמורידין מלוה לנכסי לוה וכיוצא בזה תקנו חז"ל הכרזה לתועלת הלוה שיוכל למוכרה למי שיתן בה יותר משיווייה דזה נהנה וזה אינו חסר קרינן ביה. אבל בנ"ד שאינה עומדת למכירה אפילו יבוא איזה יחיד ויתן בה יותר משיווייה אין משגיחין בו וגם אין מאמינים בו עד שיהיה מוכר ויהיה קונה שיפרע הסך הנז' הלא"ה הו"ל כשומא בעלמא:

וכבר כתבנו שהשומא הא' היא עיקר ודברים אלו נראין פשוטין וברורים ומה גם שכבר נפסק הדין לפני בדי"א ונעשה מעשה מי הוא זה אשר יבוא אחרי המלך וכו' ומכ"ש דבי דינא אחר בי דינא לא דייקי כי יוצא מזה כמה תקלות וח"ה ב"מ:

כללא דמלתא שהדין דין אמת כמ"ש עליונים למעלה אין בהם נפתל ועקש שהמתנה הנז' קיימת והמכר בטל ועל המוכר לשלם האחריות כפי השומא הא' הנ"ב דוקא ויטול את שלו ולראיה כוח"פ כיהודה ועוד לקרא וקיים, וחתו' החה"ש כהה"ר מימון בירדוגו וכהה"ר שמואל ן' מלכא ישצ"ו זהו מה שנמ"ך אין חסר ואין יתר:

מהודעני אהח"מ שזה כמה משהובא אצלי פסק המזכים להר"י מונסונייגו על ידי חתני ואור עיני הח' הש' הדו"מ כהה"ר יהודה אלבאז נר"ו שנשלח לו ע"י כהה"ר אהרן מונסונייגו נר"ו והתבוננתי בדבריהם ולא הסכימה דעתי לדעתם והודעתי לחתני הנז' ונמלך במשלחו אם אכתוב דעתי והשיבו שב ואל תעשה עדיף והחזירו כמות שהוא. והשתא נדרשתי לחוות דעתי אמינא ודאי דאותה מתנה אלימתא היא ועוקרת המכר מעיקרו ולית כאן לתא דהברחה כלל לא מן הדין ולא מן התקנה אם מן הדין לא שייכא הברחה אלא במי שחייב לחבירו ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו כדאיתא בסי' צ"ט ס"ו ולא במי שאינו חייב ומבריח מב"ח שילוה אח"ך וכמ"ש שם הב"י בשם הרשב"א בס"ד מסעיפי הב"י וז"ל וכן הכותב נכסיו לאחרים כדי להבריחם מב"ח שילוה לאחר מכאן קנה אותו שמכרם או נתנם לו וכן דעת ר"ת עכ"ל, וא"כ בנ"ד שקדמה המתנה ההיא למכר שאח"ך אין כאן הברחה והמתנה מוחזקת ביד האשה ומבטלת המכר שלאחר מכאן ודמי נ"ד להההוא עובדא דפרדסא דאיתא במציעא דע"ב ע"א דאזל אקנייה לבנו קטן [פרש"י אזל בעל הכרם אקנייה במתנה בעדים לבנו הקטן כדי שלא תהיה מכירתו מכירה שכשיוציא זה שטר מכירתו יוציא זה שטר מתנתו] והדר זבנה ואמרי' ביניה ודאי לא הוה ביני זוזי דקבל אם הוו כמלוה ע"פ וכו' ופשטה רבא כמלוה ע"פ דמו ולא גבי ממשעבדי מ"ט משום דלא ניתן ליכתב [פירש"י לא ניתן ליכתב מאחר שנתנו כבר במתנה] הרי מבואר דאע"ג דאדעתא דהכי הוא דאקנייה לבנו קטן כי היכי דלא ליהוי ביניה ביני ואפ"ה כיון דליכא שום הפקעת חוב קדום בזה אלא לבטל המכר שיעשה לאחר מכאן דקנה המקבל ומבטל המכר שלאחר כן ויחזיר הדמים לבעליהן וא"כ בנ"ד המתנה קיימת אפילו אם היתה קרובה למכר ונעשית אדעתא דהכי דמרחיקא טפי ולא נעשית אדעתא דהכי וההיא דסי' ס"ט ס"ז הכותב כל נכסיו וכו' והכל רואין שעדיין הוא מחזיק בהם וכו' ולא נתכוון אלא להבריח מב"ח שלא ימצאו ממה לגבות ויאכל ממון אחרים יע"ש. התם הוא דחזינן דלא יצאו מרשותו מעולם שעדיין הוא מחזיק בהם

כבתחילה משא"כ בנ"ד דליכא שום הוכחה ממה שעדיין מחזיק וכו' דעכ"פ הבעל הוא המחזיק בנכסי אשתו ובפרט בקרקע שיש בו פירות מאי דמחזיק הוא לאכול פירות ומן התקנה נמי לא שייכא הברחה בנ"ד דאע"ג דבאה התקנה להוסיף על דינו של הרא"ש דהוי הברחה אפי' במתנה במקצת עכ"ז בענין קדימת המתנה לחוב כדקיימא קיימא וכמו שאינה הברחה מן הדין כך מן התקנה שהרי מפורש בתקנה וז"ל הואיל וחב לאחרים לא יחרוך רמיה צידו יע"ש דמשמע כל שלא חב לאחרים תחילה אינה הברחה כמו שכך הוא מן הדין. ומהשתא דמתנת האשה הנז' מתנתא אלימתא היא ונוסף שנתנה לה כדין נ"מ שהבעל אוכל פירות וקי"ל בא"ה סי' צ' סי"ג הבעל שמכר בנ"מ אשתו לא עשה ולא כלום יע"ש ודברי מר"ן הם דברי הרמב"ם פכ"ב מהל' אישות ה' ט"ו וכתב הה"מ מפורש בגמ' פ' חזקה דף נ' דמקחו בטל כנז' פ' ל' מהל' מכירה ופי' מקחו בטל מיד וזהו דעת הרבה מן המפרשים ז"ל יע"ש, ואחר שהמכר בטל מעיקרו ואפי' הוא עצמו יכול לבטלו ולא אמרי' כאן שלא יהא הוא המוכר והוא המוציא וטעמא דמלתא כתב הב"י בשם הרא"ש ור"ח דתקנו רבנן שלא יתקיים המקח בדבר זה כלל אלא שבנ"ד אתי עליה הלוקח מכח האחריות שקבל המוכר בשטר המכר כאלו שטרא מעליא הוא וניתן ליכתב ליטול השבח יתר על הפירות שאכל משום דלא היכר באותה מתנה ונתקבלו דבריו והועמדו שמאים לשום השבח שנתייקרה ברצון ב' הכתות ובהסכמת ב"ד ועכ"ז בעי קרנא להעמיד שמאים אחרים שהוסיפו בשומא ולא זו דלא הועיל כלום דדבר ברור הוא דלדברי השמאים הא' שומעין דקי"ל סוף ע"ז דף ע"ב ע"א כרב הונא בריה דרב יהושע דאמר ממאי דהני קים להו טפי דלמא הני קים להו טפי והוא פסקיה דמר"ן בסי' ק"ג ס"ג כ"ש שנתרצו להם ב' הכתות ובהסכמת ב"ד נוסף היות השמאים הראשונים כלם חכמים רשומים וידועים לשבטיהם ניכרין בשמן ובמקומן ומעשיהם ומי הוא זה שיבוא להרהר אחריהם אלא דאני בצדק אחזה דלא זו דלא יטול מאי דבעי אלא אפי' אודנין דהוו ליה גזו מיניה ולא יטול רק הדמים שנתן וכמשמעות הסוגיא דפרדסא הנז' דהא קי"ל דכל היכא דמקחו בטל מעיקרו דהדרא ארעא ומחזיר הפירות שאכל משום רבית כדאיתא פ' הרבית דס"ו ע"ב וס"ז ע"א דאמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי ומסיק דרבינא עבד עובדא וחשיב ואפיק פירי ופי' הרי"ף והרמב"ם דמאי דחשיב ואפיק פירי משום דסבר רבית קצוצה היא ויוצאה בדיינים וכ"פ מר"ן בסי' ר"ז סעיף יו"ד וז"ל כל היכא דלא קנה השדה משום דהוי אסמכתא מנכה כל הפירות מפני שהם רבית של תורה והוא ל' הרמב"ם פ"ו מהל' מלוה הלכה א' וסיים

שם הרמב"ם וז"ל וה"ה לכל מי שלא קנה קנין גמור מתחלה שהוא מחזיר הפירות מפני שאם אכל הפירות הרי זו רבית של תורה עכ"ל:

ולפ"ז בנ"ד שהמכר בטל מעיקרו לאלתר מטעם דתקון רבנן שלא יתקיים המקח בדבר זה כלל, וכיון דאין כאן מקח ולא קנה מתחלה חזרו דמי המקח הלואה וכ"כ בהדיא הב"ש בסי' צ' סקמ"ז וז"ל ומעות שקבל פשיטא דהוו כהלואה ממש יע"ש, וא"כ הפירות שאכל בעמוד והחזיר קאי ולא יטול שום שבחא דאתי ממילא משום דהוו רבית. גביה ולא מהדר אלא זוזי דקבל אחר ניכוי פירות שאכל, וא"ת מאי שנא מהא דפסק הרמב"ם עצמו פ"ט דגזלה הל' ח' וז"ל הגוזל שדה ומכרה ואכל הלוקח פירותיה מחשבין עליו כל הפירות שאכל ומשלם לבעל השדה וחוזר וגובה אותן מן הגזלן מנכסי ב"ח ואם הכיר בה שגזולה היא אין לו פירות ואינו גובה מן הגזלן אלא הקרן בלבד עכ"ל, ופסקה מר"ן בסי' שע"ג ס"א יע"ש. דהא הכא גבי גזלן נמי מכרו בטל וקרקע בחזקת בעליה עומדת והדרא ארעא והדרי פירי ואעפ"כ חוזר וגובה שבח ופירי מן הגזלן כבר הקשה קושיא זו מהר"ם אלשיך בתשו' סי' נ"ג והוא מפרק לה דגזלן שאני דקי"ל אם אח"כ קנאה הגזלן מן הנגזל נתקיימה ביד הלוקח דא"ר (מציעא דט"ו סוף ע"ב) מה מכר א' לב' כל זכות שתבוא לידו [פי' רש"י כשלקחה לא לקחה אלא כדי שתהיה מקויימת ביד הלוקח] ופסקה מר"ן סי' שע"ד ס"א וטעמא מפרש התם אי משום דניחא ליה דלא ליקרייה גזלנא אי משום דניח"ל דליקו בהימנותא יע"ש ופריך התם האי לוקח במאי קני להאי ארעא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא א"ל רבא תהא במאמינו בההיא הנאה דלא קאמר ליה מידי וקא סמיך עליה טרח ומייתי ליה גמר ומקני ליה [ופי' הרא"ש תהא במאמינו פי' מחמת שהאמינו מעיקרא טרח לעמוד בנאמנותו וקנה השדה מן הנגזל וזוכה לו וגם זה יודע הנגזל ונתכוון לזכות ללוקח] הרי דבגזלן יש בו צד קניה מתחילה ועשו שאינו זוכה כזוכה משום דסמכא דעת הלוקח במאמינו ודעת המוכר כי היכי דליקו בהימנותיה וכיון דסמכא דעת שניהם בקיום המקח הוי כאלו המכר קיים משא"כ בקונה באסמכתא ושאר גווני שלא קנה קנין גמור מתחילה ודייק לישנא דרמב"ם דכתב וה"ה שלא קנה קנין גמור מתחילה דמאי דקאמר מתחילה לא איצטריך אלא ודאי דבא לומר דוקא למי שלא קנה מתחילה קנין גמור אבל מי שמתחילה קנה מציאות קנין בלוקח מן הגזלן הו"ל שטר מכר מעליא וגובה את השבח ואת הפירות יע"ש, ותירוצו של מהר"ם אלשיך גמ' ערוכה היא במציעא דע"ב דקאמר רבא דלא ניתן ליכתב דאייתינן לעיל ופריך הגמ' מדין לוקח מן הגזלן דגובה את הקרן מנכסים משועבדים ואת השבח מנכסים בני חורין נימא לא ניתן ליכתב [פירש"י נימא לא ניתן ליכתב שטר מכירה זו שהרי גזולה היתה ובטל

השטר ואחריות שבו] ומשני הכי השתא התם אי למ"ד דלא ליקרייה גזלנא אי למ"ד ניחא ליה דליקו בהימנותא מפייס ליה למריה ומוקים ליה לשטריה הכא לאברוחי מיניה קא מכוין שטרא מקיים ליה [ופרש"י הכא לאברוחי שהקנה לבנו קטן להבריח מזה, שטרא מקיים ליה בתמיהא אין דעתו להחזיק בידו הלכך לא ניתן ליכתב הוא] וא"כ בנ"ד דלא קנה כלום מתחילה והמכר בטל מעיקרו הו"ל האי שטרא חספא בעלמא הוא, וה"נ בנ"ד לאברוחי מיניה קא מכוין שהרי לא זבין ליה האי ארעא אלא אדעתא למיסק וכו' והי"ל פתח מן הדין דאי לא איתדר ליה וחזר המכר בטל וחוזר המוכר לאחוזתו וזה נעל בפניו כראוי במה שהתנה עליו לקיים המקח עולמית אע"ג דלא איתדר ליה גם הוא הניח פתח פתוח מכח המתנה שקדמה לאברוחי האי שטר מכר ולבטלו לשוב לאחוזתו וכאלו לא נכתב שטר מכר ובטלה האחריות אף שכתב לו אנא איקו ואשפי וכו' ועמליהון וכו' כיון דאתינא עלה מכח רבית הוי כמתנה עליו לתת לו רבית על מעותיו דתנאו בטל ואינו נוטל אלא זוזי דיהיב דוקא ולא צריכנא לא לשומא. קמייתא ולא לשומא בתרייתא:

ובענין אי מצי הלוקח לקיים המקח בפירות לא מבעיא נ"ד דיהיב להאי מתנתא דין נ"מ דפשיטא דלא מצי לזבוני אפי' פירות לחוד משום ריוח ביתא אלא אפילו במניח פירות לעצמו דמצי לזבונינהו בהיכא דמכר גוף ופירות במקח א' בטל מקצתו בטל כולו כדברי הרשב"א שהביא הה"מ פ' נ' מהל' מכירה הביאו מר"ן ב"י בא"ה סי' צ"ד דהמוכר גוף ופירות במקח א' הכל בטל ואין לנו לחלק כמו שחילק הרב מ"ל פי"ב מהל' זכיה ומתנה אם ירצה לוקח מקיים המקח בפירות בכל הדמים מחמת דאסיק אדעתיה דסתרן אהדדי דברי הרשב"א הנז' עם דברי נ"י שהביא מר"ן ב"י בסי' מ"ז בדין כותב נכסיו לבנו גוף וכו' דאי עבר האב ומכר הפירות מכורים וכתב נ"י פי' אם ירצה הלוקח וכו' יע"ש, ואסיק וצ"ע, וא"כ אם הרב עצמו לא קיבל חילוק זה וכתב עליו וצ"ע איך אנן נדון ע"פ חילוק זה הלכה למעשה: ועוד דאין חילוק זה במשמעות דבריהם. דנר' פשוט דהנ"י פ' יש נוחלין אמתניתין דהכותב נכסיו לבנו מיירי במוכר סתם ויש חילוק דעות בין המוכר ובין הלוקח שהמוכר דעתו שלא מכר אלא זכות שיש לו דהיינו פירות ואית לן לסיועיה משום דסתם מוכר זכותו מוכר והלוקח בדעתו כיון שמכר לו סתם גוף ופירות משמע ליה דהא לא ידע שאין לו אלא פירות וע"ז הוא דקאמר הנ"י פי' אם ירצה לוקח אא"כ ידע וכוונתו לומר אף דאית לן למימר סתם מוכר זכותו מוכר הני מילי אם ידע הלוקח שאין לו אלא הפירות אבל היכא דלא ידע מצי הדר ונדון הרשב"א מיירי דמכר לו גוף ופירות בפירוש במקח א' דכיון דבטל לגבי גוף שאינו שלו בטל גם לגבי פירות שצירף עמו במכר דבטל מקצתו בטל כולו ודברים ברורים הם להלכה ולמעשה:

קנצי למלין שהמכר שמכר הרד"ע בטל הוא מעיקרו ומחזיר הדמים שקבל ומנכה ללוקח פירות שאכל ואצ"ל שלא יטול את השבח הח"פ צפרו באדר מש' ז"ו קני"ת ליצי' וקיים: שאול ישועה ס"ט:

סימן פב

ראיתי מ"ש על דברינו כמוה"ר חיים נר"ו וכל תעצומו להחזיק באיסור הוא מפני ההתראה שהתרה בו הח' כהה"ר יהושע נר"ו קודם הקידושין, והנה כל הרואה ההתראה ההיא לבבו יבין דלית בה ממשא כמבו' בכתב ק"ע שבאותו יום שגירש הבעל הלך אליו הנטען הנז' וא"ל שישתדל עמו בשידוכי האשה הנז' והשיבו שהיא אסורה עליו וכל כי הא לענ"ד לאו התראה היא דסבר מלתא בעלמא הוא דא"ל דעד דמעיינו רבנן בדיניה ואז יקום דבר על נכון וכל עוד שלא הוברר הדין אינו נותן לב לדברי אקראי ועראי וההתראה היא שאחר שנתברר לו הדין ישלח אחריו אדעתא דהתראה ויתרה בו דאז נכנסים הדברים באזניו ומתפעל מהם ולא בבא מאיליו להמלך עמו ולחש לו באזניו שהיא אסורה לו שאינו מתפעל מדברי עראי כאלה ולכל הפחות היה לו להזמין עדים ולהתרות בו בפניהם כדי שלא יכחישנו למחר וגם שבהזמנת עדים היה מתפעל וחושש לעצמו, ועוד נראה קצת למדקדק בתשו' הרא"ש בכלל ל"ב סי' ג' והביאה הטור והב"י בסי' קמ"א סע"ז מסעיפי הטור שממנה הוכיחו ההתראה אפי' בא' הויא התראה מוכח דדוקא שהתרה בה חכם שכל בני מדינתו כפופים להוראתו ובלעדיו לא ירים איש את ידו ואת רגלו וכמ"ש שם וז"ל שהדבר ידוע שאין בשביליי"א ובפרונבצייי"א אדם שיחלוק על הוראתך אף אם היית אתה מיקל והם מחמירין וכו' ובר מן דין הרי הנטען מכחישו שלא התרה בו והבא לכופו להוציא עליו לברר ההתראה ולכן בצירוף הריעותות הללו שבאו בהתראה ההיא עם דעת הב"ש המיקל בשניהם וכמ"ש בראשונה נלע"ד ברור שאין לחוש להתראה ההיא וכ"ע לודו שאין בה שום ממש אף אם היתה כ"ש שבע"ד מכחישו ואין עדים לברר וכמ"ש:

ועל דברת שעבר וקידש בתוך צ' יום דעבר אדינא ולתקנתא דרבותינו המגורשים נ"ן קצת נר' שכיון שאין אנו מטעינין אותו לגרש תו לא מצי להחזיר הוי דיניה ככהן דאפי' עבר וקידש במזיד לא כייפינן ליה לגרש וכמסקנת הב"ש בסי' י"ג סקי"ז ע"ש, ואם אמרו במזיד כ"ש בנד"ז דשוגג הוא שאינו יודע לא מן הדין ולא מן התקנה זהו מה שנר' בזה להלכה ולא למעשה עד שיסכימו מורי הוראה יושבי כסאות למשפט יש"ץ וגם אני אסכים עמהם, כ"ד החו' פה מכנאסא יע"א ובכל זה ראינו שלא להחמיר כל כך

בדבר מפני הנראה שיצא מהדבר פרצה גדולה וצוויי"מ כי"ר וחתום . כהה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו:

וס"ל נמ"ך אמר שבענין ההתראה הדבר ברור שאין זה מקרייא התראה דאינה כי אם שיחה בעלמא והודעה לפי מה שנר' לחכם המתרה בו האמת שאם היתה ההתראה לא מהני לן דעת הב"ש דלא כ"כ הב"ח אלא בנטען ע"י השפחה שאין בו חשש איסור דא' לבעל וא' לבועל אלא משום לזות שפתים ולא בנטען על א"א. אלא שלפי האמת אין זה מקריא התראה אלא שעמד לנגדנו שהקידושין שקידש מלבד שהיו בתוך צ' יום לגירושיה וידועים דברי מר"ן והגה סי' י"ג ס"י אלא אף גם זאת עבר על התקנה שהמקדש בלא עשרה ובלא חכם מפורסם צריך לגרש וגזרו זאת בנח"ש וכיון שצריך לגרש הו"ל כאלו לא קידש וצריך להוציא אף אם קדם וכנס והדמיון לכהן הרבה יש לפקפק בו כמ"ש במ"א ולכן לא אוכל להתיר זולת אם יסכימו ג' ממורי הוראה להתיר גם אני הקטן לא אפקפק כי גם לסתום הפתח בפניו חוששין אנו מפרצה גדולה שלא תצא מזה ב"מ, ולכן מורי הוראה יגידו דעתם מה שיורום מן השמים וצוויי"מ:

וכבר יש ביד השואל פסקי האוסרין והמתירין באופן שיוכל כל חכם לב לדעת הדעות שנאמרו בענין זה והוא יבחר ויקרב וח"פ בשבט תקס"ח לפ"ק וקיים וח' כמוה"ר רפאל בירדוגו נר"ו:

התבוננתי בדברי חכמים האמורים בנד"ז ואחזה אנכי שעם היות דהתראה בחד חשיבא התראה הכא שאני שבע"ד מכחיש בדבר ואמר להד"מ וקי"ל בחומ"ש סימן כ"ג דאין הדיין נאמן לבדו רק כל זמן שבע"ד עומדים לפניו וכו' וא"כ אפי' נעשית ההתראה בדרך התראה גמורה אין כאן התראה אלא שעומדים לנגדנו כחומות ברזל חדא דקידש תוך זמן ההבחנה ועוד דקידש בלא עשרה וכפי התקנה מצריכין אותו לגרש ואי פלטי לן מחדא דהבחנה משום דאין לנו אלא פסק מר"ן שפסק בסי' י"ג ס"י דהמקדש תוך צ' יום מנדין אותו וכו' והם דברי הרמב"ם בפי"א מהל' גירו' הלכה ד' וכתב עליו הה"מ דלדברי רבינו אין מכריחין אותו לגרש אלא מנדין אותו מפני שעבר על גזירת חכמים ואם ברח הועיל לו להצילו מן הנידוי והטעם הוא משום שלא הזכירו בגמ' יוציא בגט אלא בנשא מעוברת ומינקת חבירו שיש שם סכנת הולד יע"ש, ואפי' המצריכין גט הקילו בכהן משום דלא מצי להחזיר ככתוב שם בהגה ובדברי ב"ש יע"ש והשתא נשארה נגדנו חומה גבוהה תקנת קדמונינו ש"ש וצויתי את ברכתי לכם בשנ"ה ליצי' שכל מי שיקדש אשה צריך מציאות חכם ועשרה מישראל וכל מי שיקדש אשה שלא כפי התקנה יפרע קנס וכו' וישאר בבית האסורים עד שיתן גט למקודשת ואפי' אם ירצה אביה ואמה לתתה

לו לא ישאנה עד שיגרשנה גירושין גמורים ואח"ך אם ירצה לעשות נישואין מחדש הרשות בידם וכ"ז בגזירת נח"ש ככתוב בס' התקנות יע"ש, גם ע"ז יש לנו לומר דלא פירשו לנו חכמי התקנה דין כהן אם גם הוא מחייבים אותו ליתן גט אע"ג דמפסדינן לה מיניה כמ"ש השאלתות גבי מי שקידש מעוברת חבירו ופסקה מר"ן סי' י"ג סי"ב דלא באו לסתום אלא לפרש וכיון שלא פירשו דין כהן נעמיד דינו על ד"ת ונאמר שלא הצריכו חכמים להוציא רק במעוברת חבירו מפני סכנת הולד וחמירא סכנתא מאיסו' אבל העובר על תקנת חכמים די לו בעונש קנס ואף המצריכין להוציא למקדש בזמן הבחנה היא עצמה חמירא מצד עצמה דאיכא מ"ד [הרדב"ז סי' רס"ד] דהבחנת הזרע באשה הראויה ליולד הוי מן התורה מקרא דלהיות לך לאלהים ולזרעך אחריך ושאר הנשים הוא דהוו גזירה דרבנן ולכן הצריכוהו להוציא משא"כ בנ"ד דאין כאן לא איסורא דאורייתא ולא סכנה רק שעבר על תקנת חכמים די לו בעונש קנס. וכ"ש דנר' מלשון התקנה דאינה אלא בשאינו כהן רק בישראל דלא מפסדינן לה מיניה מדכתבו אם ירצו לעשות נישואין מחדש הרשות בידם וזה לא שייך אלא בישראל דיכול לעשות נישואין אחר שיגרשנה ולא בכהן דלא מצי לישאנה אחר שלוחיה וכן דמן התקנה מפקינן כהן משום דלא מצי להחזיר נ"ד דכוותיה אם יגרש לא מצי להחזיר. ועוד דאפי' כפי התקנה אין בידינו לעשות לו שום דבר שיגרש רק ישאר בבית האסורים עד שיתן גט מרצונו ואם בעלי השררה יוציאוהו מבית האסורים אנן מה נענה בתרייהו ודי לנו אי ציית דינא ליתן קנס אשר ישיתו עליו ב"ד במקום שירצה לישאנה, וכעת הדבר נחוץ ואין פנאי לחפש בפסקי הראשונים רק זה מצאתי תשובה מהרבנים המובהקים כמוהר"ר יהודה בן עטר זלה"ה וכמוהר"ר שמואל הצרפתי זלה"ה וכמוהר"ר אברהם ן' דנאן זלה"ה וכמוהר"ר יעקב אבן צור זלה"ה שהשיבו לחכמי דבדו על א' שנשא על אשתו שלא כדין וקידש בלא מציאות חכם ועשרה מישראל וכנסה תוך ז' ימי חימוד וכתבו להם בענין שנשא שלא כדין יפרע לאשתו כל מה שהחזיק וכו' ויפטור וכו' ועכ"ז צריך לפרוע קנס שעבר על גזירת נח"ש שגזרתם שלא לקדש אלא ביו"ד ולפרוע קנס אשר כנסה בתוך ז' נקיים דחימוד ואז תתירו לו הגזירת נח"ש שעבר עליה וכו', וסיימו בדבריהם כל זה כתבנו לענין דינא ואם יראו מעכ"ת שאם יעמידו הדבר על ד"ת איכא למיחש דלמא נפקא מינה חורבא אזי ישתדלו כת"ר לתווך שלום ביניהם כטוב וכישר בעיניהם ואם יטה שכמו לסבול ולקבל עליו את הדין עה"ד שביארנו ושב ורפא לו וחתמו הרבנים הנ"ל ומה יעשו איזובי קיר כמוני אם לא לרדוף שלום גם נכבדי עיר התהלה מבקשים לרדוף שלום כמו

שבאו דבריהם בחותמן באופן כשהסכימו החכמים הנ"ל אף ידי תכון עמהם הח"פ צפרו בר"ח אדר מש' עם ז"ו קני"ת:
שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן פג

טופס והעתקת מעשה שאירע בכפר תאפילאלת וז"ן מעשה שהיה כך היה ראובן עמד ונשא א"א על אשתו והיא היתה בבית אביה בכפר אחר ולאחר ששהה עם האשה הב' קצת ימים כמו ב"ח הלך הבעל עם אנשים של צורה לפייס לאשתו הא' כדי שתחזור לביתו ויתקן לה מדור לבדה לפי כבודה ויזון ויפרנס וכו' ולא נתרצית לו ולאח"ז הרשית לאביה הרשאה גמורה בקש"מ וכו' נגד בעלה כדי שיתן לה גיטה שלא יכלה לסבול צרתה והלך עוד בעלה הנז' כמה פעמים פעם אחר פעם והוליך עמו ת"ח וטובי העיר כדי לפייסה ולא נתרצית ובעלה לא רצה לגרשה מפני שחשדה שנתנה עינה באיש אחר והיא עדיין ברשותו לפי שאמר ששמע מאיזה נשים שבשכונתה ששמעון אמר לה גרש את בעליך כיון שנשא עליך אשה אחרת ואני אקח אותך לי לאשה לאחר שתתגרש בגט כשר וכיון ששמע הבעל כך חרה לו עד מות על שמעון ולא רצה לגרשה עד שנתפשרה עמו בסכי כתובתה ואע"פ שנתפשרה עמו בסכי כתובתה לא נתרצה לגרשה עד שהתנה עם אביה בפני הסופר ועידי הגט ע"מ ובתנאי שלא תנשאי לשמעון וכיון שקע"ע האב הנז' התנאי הנז' בקש"מ בפני בתו ובפני הסופר ועידי הגט עמד הבעל וגרשה והתנאי הנז' היה קודם כתיבת הגט ועד לאחר כתיבתו כמה פעמים וכפל דבריו בתנאי הנז' וכו' ונעשה כעין שגגה ונכתב הגט וניתן ולאחר שעברו כמו ז' חדשים ויותר עמד הנחשד ורצה לישא האשה הנז' ועמד הבעל הנז' וקבל בפני בדי"ץ שלא תנשאי לנחשד הנז' מחמת התנאי הנז' והביא עדים כשרים על התנאי הנז' וגם עידי הגט העידו על התנאי הנז' שהיה בפניהם קודם כתיבת הגט ועד לאחר כתיבתו כמה פעמים וכיון שהגיעו הדברים לפני בדי"ץ חקרו ודרשו בדבר ואסרוה על שמעון הנחשד והצריכוה גט אחר מספק כדי שתנשאי לאחר בהיתר גמור ולראית האמו"ץ חש"פ היום יום ד' י"ט לחדש שבט ש' ומבשר"ך לא תתעלם, הרחמן הוא יצילנו משגיאות ומנסתרות ינקנו אכי"ר וקיים ע"כ נמ"ך. וח"ע חכמי העיר הנז' הלא המה כהה"ר יעקב ן' מכלוף ה"ן מלכא וכהה"ר מסעוד ן' אברהם ה"ן חיון וה"ר מסעוד ן' אברהם אביחצירא וכהה"ר דוד ן' יעקב אביחצירא וכהה"ר יעקב בן יצחק ה"ן סמחון וכהה"ר משה ן' יעקב ה"ן ילוז:

וס"ל נמ"ך וז"ן אחד הרואה ואחד השומע גבובי דברים הנאמרים מחכמי העיר ומנהיגיה כל אשר בתוכו יתמה דמתחלה כתבו שקע"ע אביה בקש"מ במעמד בתו ע"מ שלא תנשאי לשמעון וכיון שקע"ע וכו' עמד וגרשה בגט ולא פירשו מה אמר לה בשעת נתינת הגט אם אמר לה חוץ מפלוני או אפי' נתן לה הגט סתם שא"ל ה"ז גיטך ולא א"ל הרי את מותרת לכל אדם דאמרינן על דעת אותו תנאי קבלה הגט והו"ל שיור בגט ואין זה כריתות דהגט בטל ובניה ממזרים כדאיתא בסי' קל"ז ומאי קאמרי אח"ך ונעשה כעין שגגה ונכתב הגט וניתן מה שגגה היא זאת והם פקו פליליה להתיר אשת איש לעלמא והוסיפו לומר והצריכוה גט מספק מאי ספיקא איכא בדבר זה דבודאי הגט בטל אם אמר חוץ או אפי' סתם שלא פירש לה והרי את מותרת לכל אדם ואם מתחילה היה התנאי עם אביה בפני בתו וחזר בו בעת נתינת הגט ואמ"ל הרי את מותרת לכ"א א"כ בטל תנאו והתירה לכל אדם דלא עדיף תנאי זה ממי שנתן בידה גט ואמ"ל חוץ דכשחוזר ונוטלו הימנה ונותנו לה ואומר הרי את מותרת וכו' הרי ביטל נתינה ראשונה ואם כוונתם לחלק בין שאמר חוץ לאומר ע"מ שלא תנשאי לפלוני כמו שחילק מר"ן בריש סי' קל"ז וז"ל אבל אם אמר ע"מ הרי הוא כשאר תנאי הגט בין אמ"ל ע"מ שלא תנשאי וכו' ויש מחמירין אפילו באומר ע"מ ויש להחמיר לכתחילה וכו' ומשו"ה כתבו כעין שגגה וכו' והצריכוה גט מספק גם בזה פקו פליליה דלא אמרינן ע"מ שלא תנשאי הרי הוא כשאר תנאי הגט אלא באומר לה ע"מ שלא תנשאי לפ' עד עשרה שנים שקצב להם זמן אבל אם אמר לה סתם ע"מ שלא תנשאי לפ' ולא קבע זמן הוי שיור בגט ואין זה כריתות ואם לא פירש דבריו כאן הרי פירש בסי' קמ"ג סכ"ב וז"ל אמ"ל ע"מ שלא תנשאי לפ' ולא קבע זמן אינו גט שאין זה כריתות יע"ש, ובדבריהם מפורש שלא תנשאי לשמעון בלא קביעות זמן וא"כ הוי שיור בגט והגט בטל בין כך ובין כך כשאמר בשעת נתינה חוץ או ע"מ או אפי' סתם כדאמרינן לעיל אבל אם בשעת נתינה אמ"ל הרי את מותרת לכ"א הרי בטל תנאי ע"מ שלא תנשאי והתירה לכל אדם ואפי' לשמעון ואם ככה היו הדברים ויעידו עידי מסירה וחזר ואמר לה בשעת נתינה הרי את מותרת לכל אדם תהיה מותרת גם לשמעון ואפי' ב"ד לא ימחו בידם שלא ישאו זה את זה דלא אמרו שם בהגה בריש סי' קל"ז יאמר לב"ד והם ימחו בידם שלא ישאו זא"ז אלא בחשודה מאדם ומקור הגה זו מהמרדכי בריש פ' המגרש וז"ל המקנא לאשה ורוצה לגרשה והוא חושד אותה על שום אדם כיצד יעשה את"ל יאמר לה חוץ א"נ ע"מ נמצא גט בטל ובניה ממזרים אלא אומר לב"ד והם מוחים בידיהם שלא ישאו זה את זה לעולם ואח"כ נותן לה גט ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם עכ"ל נראה מדבריו דאין ב"ד מוחים בידיהם אלא בהיכא דאיכא חשד ערוה

דאיכא איסור תורה דכשם שאסורה לבעל אסורה לבועל אבל החשד הנ"ל ששמע מן הנשים שאמר ה שמעון גרש את בעליך כיון שנשא עליך ואני לוקח אותך מה ממשות יש בשיחת נשים לאסור אותה ע"ז והי"ל לשתקו בנזיפה שלא יחוש לאלו ההבלים ויתירה היתר גמור' סו"ד טרחתי לדונם לכף זכות ולא מצאתי ואוי לו לדור שמנהיגיו מעידים ע"ע בחתימת ידם שאין להם ידיעה בטיב גיטין וקידושין והם מתעסקים בהם וקשים לעולם יותר מדור המבול דהוי מעוות לא יוכל לתקון דמרבו ממזרים ואף שבדור המבול כולם מנאפים לא מחזקינן להו בממזרות דרוב בעילות בבעל משא"כ המתיר אשת איש לעלמא שהוא הבעל הוא הבועל הרי כל זרעו ממזרים כדמתרגם רב יוסף מולידין בנין מנשי חבריהון כדאיתא בקידושין די"ג והוא האמור בסוטה כל אדם שיש בו גסות הרוח לבסוף נכשל באשת איש שעל ידי שלבו גס בהוראה מתוך כך נכשל בהוראתו להתיר א"א לעלמא ונתפס במצודה רעה להרבות ממזרים בישראל רח"ל וה' יכפר בעד מה שעבר ומהיום הזה והלאה לא יתעסק בגיטין כ"א הבא אצל יודעין וילמוד לפני דיני גיטין עד שיהיו סדורים בפיו כשלחן הערוך ומוכן לאכול לפני האדם:

קנצי למלין אם יעידו עידי מסירה שאמ"ל בשעת נתינה הרי את מותרת לכל אדם הרי ביטל תנאו הראשון והתירה אכ"ע ומותרת גם לשמעון ואם אמר חוץ מפ' או אפי' סתם ה"ז גיטך הרי הגט בטל וצריכה גט אחר ויתירנה היתר גמור ותנשא לכל מי שתרצה הח"פ צפרו באדר משנת תהיינ"ה אזני"ך קשובות לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט:

סימן פד

אחר שגירש יעקב ן' סמחון את אשתו אורו בת אברהם ן' עילי בי"א במרחשון התקס"ח מחמת שיצא עליה ש"ר בעידי כיעור שהעידו שנתייחדה בלילה עם בחור אחד בהגפת דלתות בליל התרת נדרים ובשעת קבלת הגט אמרה שהיא מעוברת כמשלש חדשים ומחמת כן נמנע מלישא אשה ונלאו קרוביו עמו אחר שדבר נמנע הוא להחזיר גרושתו דקי"ל המוציא אשתו משום ש"ר לא יחזיר למה הוא מתעכב בלא אשה ובקשו ומצאו אשה ההוגנת לו והוא משיב כי איש עני הוא ולא יכיל למיקם בסיפוקי האשה עם שכר הנקת העובר כשתלד ובקשו קרוביו ומצאו אשה מינקת שתינק לו את העובר חנם אין כסף ואז עמדו לפני ובקשו ממני שורת הדין אם יש מנוס ומפלט משכר הנקה אז ישא אשה וההוא אמר שבפאס יע"א אירע מעשה ובשעת לדתה נכנסה אם הבעל ונטלה הבן. ונומיתי לו אפשר זה היה ברצון האשה ועכ"ז נומיתי לו שאנכי הרואה אם ימצא

מינקת בזמן לידתה דיכול לומר לה או תן לי את בני ואתנהו למינקת חנם או הניקהו לי חנם דלא חייבוהו בשכר הנקה בסי' פ"ב אלא בהיכא דהכירה דאיכא סכנת הולד להפרישו ממנה אבל בהיכא דלא הכירה כי היכי דיכולה האשה להשליך לו את בנו גם הוא יכול להפרישו ממנה כשלא הכירה ואע"ג דבסי' פ"ב ס"ב בא"ה כתב היא אומרת אני אניק את בני והוא אינו רוצה כדי שלא תתנוול שומעין לה משום צערא לדעת רש"י שהחלב מצער אותה ולדעת הרמב"ם דצער הוא לה לפרוש מבנה בין כך ובין כך היא שיש לה צער תניקהו חנם ולא אמרו דשומעין לה והוא יתן שכר כמו שאמרו במכירה וא"כ כשמצא הבעל מי שתניק לו חנם והיא רוצה שתניק משום צערא דידה דיינו לומר שומעין לה שתדחה המניקת מפניה אבל לחייבו ליתן שכר על צערא דידה לא יעלה על הדעת והכי דיינינן לה ולכל פריצתא דכוותה וזה נראה ברור הח"פ צפרו בחדש זו שנת נת"ן בני"ו פליטים לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט:

סימן פה

טופס קב"ע ופס"ד נדרשנו להעתיקם מפני שרצו הבעלים לשלחם למקומות אחרים אצל הרבנים לפסוק להם הדין וז"ן בלי תו"מ בתלת כחדא הוינא ואסהידו קדמנא ב' עדים כשרים אחר האיום כדחזי בתע"ג וברורה בזה"ל באיין ביום שני בשבת כ"ט יום לח' אב יה"ל משנת התקס"ח ליצי' כאנו הומא חאצ'רין קדאם אלקאייד חמאד מול אתאי צאחב למלך יר"ה עלא סי עיטא דייאלהום והומאן חאצ'רין חתא ג'א ה"ר מכלוף בה"ר משה ה"ן סמחון וה"ר משה בנו וה"ר עיוש בה"ר מכלוף ה"ן עטייא שלשתן יחד וקאלולו לקאייד חמאד ע"א הנז' בזה"ל אוחק פצ'ל אלאה עלא סידי אילא מנאיין ג"א אברהם ן' קיבא מקבוד לענד סי' יר"ה נזול ענד וואחד ליהודי איסמו יום טוב בן בקיש יהודי סי' חמאן אסרידי ע"א תנאיין ועסרין צרא דדהב וסי רטול דזוהר ומנאיין מאת בן קיבא בקאוו ענדו וקאם ביהום אלדאבא ומנאיין מסא יום טוב הנז' אלעמאלא די צ'רא מעא סי' חמאן אסרידי ע"א צלא עבא מן מתאע סי' יר"ה סייט מן כמסתאם אלקנטאר דלמאל ודאך ליהודי מסעוד כוה די סאפד סידי לתאפילאלת יזיב מתאע בן קיבא עבא מנו יכון אנוץ וג'אב לסידי יר"ה אנוץ ולדאבא תעלם סידי בכבארהום וקול לסידי יר"ה וואחד ליהודי ן' עלו קרקור ראה ג'א להנא לפאס יעלם סידי בהאד ליהוד בסאיין עבבאוו וצאפד אוראה דאך יום טוב בלחילא לצפרו סי' חמאן אסרידי ועטאה לעצא חתא מסא ימות בלאמא יכאבר סידי בהאדסי די עבבאוו, וברורו בעדותם העדים הנז' באיין בה שעתא דכל לקאייד

חמאד ע"א לאענד למלך יר"ה וכאברו וכר'ג וקאללהום ראני כאברת סידי בכולסי וקאלי סידי נסאפד נקבדהום ופדיך אסאעא נקבאד מסעוד הנז' וסאפדו לקאייד חמאד ע"א הנז' אלחבס ותסמיר עליה כבל וסאפד פארם לצפרו יג'יב יום טוב הנז' ולמחרת יום ב' הנ"ל די הווא יום ג' בשבת כלט יום טוב הנז' מן צפרו מקבוד בלכבל וסאפדו למלך יר"ה אלחבס מעא כאה וברו בעדותם ג"כ באיין בקאוו מקבודין חתא ליום א' די ר"ה ועאד נטלקו ומא נטלקו חתא הטיל עליהום למלך יר"ה עסרין מייא דרייאל דהיינו יו"ט הנז' כמסתאס למייא ומסעוד הנז' כמס מייא ודמנוהום במאמר המלך יר"ה ק"ק קהל פאס יע"א פסך הנז' ועאד נטלקו ביום א' דר"ה הנז' ש"ש תקס"ט לפ"ק וברו בעדותם העדים הנז' באיין לבגל די עלאס ג'א יו"ט הנז' מקבוד מן צפרו מסרי בסך תש"ם נ"ם עבאהולו לקאייד חמאד הנז' ודכלו לרווא דלמלך יר"ה עוד היום. ומלבד זה אחד מן העדים הנז' בירר בעדותו באיין יו"ט הנז' לזמתו תלת מייאת מתקאל דסכארי ואחד אמר מא ענדו לעלם גיר בסך מייאתאיין מתקאל דסכארי עכס"ע העדים הנז' ולראיה שכך היה בפנינו כוח"פ תמ"ת בעי' אמצעי לח' חשון משנת התקס"ט ליצי' פה פאס יע"א והשו"ב וקיים וחתו' החה"ש הדו"מ כהה"ר שמואל ן' זמרה וכהה"ר מכלוף ן' זכרי ישצ"ו ונתקיי' לנו חתי' כדחזי וחתי' הכא תמ"ת ושו"ב ונהיר וקיים:

תשובה נדרשתי אח"מ לפתוח יד בתשובה באמירה כתיבה יהיבא מה יהיה משפט המוסרים הללו אשר רדפו את אחיהם עד חובה. וידליקום באש להבה. על לא חמס בכפם בפתע בלא איבה, ואמינא ודאי דהלכה רווחת בישראל לחייב המוסר לשלם במיטבא כל מה שגרם בהרגל לשונו מדינא דגרמי שגרם לו הפסד ממונו דקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי ודינו כשאר מזיק לכל דבריו שכיון דדינא הוא ולא קנסא חייבו גם בניו אחריו וכמו שפסק מר"ן בשלחנו הטהור בחומ"ש סי' שפ"ח ס"ב וז"ל המוסר ממון בידי אנס בין אנס גוי בין אנס ישראל חייב לשלם מהיפה שבנכסיו כל מה שלקח האנס אע"פ שלא נשא המוסר ולא נתן בידו אלא הרגיל בלשונו בלבד ואם מת גובה מיורשיו כשאר כל המזיקים ע"כ, ובנ"ד הרי יש כאן עדות שלימה שע"י הרגל לשונם של המוסרים נתפסו האחין ביד השררה תפיסת הגוף ואין לך מסירות גדולה מזו שדברו עליהם להשר העומד לפני המלך דברים הגורמים לחייב ראשם למלך באמרם ששלחו יד וגנבו מממון המלך ותכף נתפס המצוי בעיר בכבלי ברזל ושלחו והביאו את אחיו גם הוא תפוס בכבלי ברזל כאחיו ונשארו תפוסים עד שוב חמת המלך להתיר מאסרם והטיל עליהם לתת ב' אלפים רייאלי"ס אלף ות"ק להרי"ט ות"ק לאחיו והעמידו ערבים ע"פ המלך על ככה וברו עוד העדים שלקח השר הפרד של הרי"ט שקנוי בסך תש"ם נ"ם והכניסו לארוות

פרדי המלך ועוד מעידים שבידיעת שניהם נתן הרי"ט למשרתי המלך ר' מתקאלים וא' מהעדים מעיד שנתן עוד מאה מתקאלים ורואה אני שחייבים המוסרים בדינא לפרוע כל הסכום הנז' ואפי' סך מאה מתקאלים שאין עליה כ"א עד א' ואע"ג שפ' מר"ן שם סוף סעיף ז' שאין מוציאין מן המוסר אלא בראיה ברורה והוה אמינא לפי"ז אין חיוב על המוסרים אלא בידי' שניהם ותשאר המאה מתקאלים שאין מעיד עליה אלא ע"א תלויה ועומדת עד ימצאו מקום הנמסרים לתפוס מנכסי המוסרים ואז נשבעין ונוטלין ממה שתפסו ואם לא תפסו אין מוציאין מהמוסרים ע"פ עד אחד מ"מ בנ"ד אין הדבר כן שלא דבר מר"ן אלא בשאינן תפוסים תפיסת הגוף רק נתנו ממון ע"פ מסירת המוסרים אבל בנ"ד שגרמו להם תפיסת הגוף הא קי"ל שם בהגה דכל שמסר גופו או גרם לו תפיסה ישבע ויטול כל מה שהפסיד יע"ש:

ואע"ג שהש"ך גמגם בדין זה והעלה בפלפולו הפך דין זה מ"מ אין לנו אלא פסק מור"ם, וכ"ש שהש"ך בעצמו כתב שכך פסק מהרי"ל ומהרש"ל ומהר"ם לובלין ושאר אחרו' יע"ש:

וא"כ לא אמר דבריו אלא להלכה ולא למעשה נגד אבות העולם הנז', וכן היו רבותינו דנין והולכים. ולפ"ז בנ"ד דגרמו המוסרים תפיסה להנתפסים שדינם הוא לישבע וליטול יש להם ליטול המאה מתקאלים שיש עליה עד א' בלתי שום שבו' דקי"ל דע"א פוטר משבועה אפי' בנשבע ונוטל כדכ' מור"ם בסי' פ"ז ס"ו משם תשו' המיימוני והביאה מר"ן הב"י בסי' ע"ה במחו' ז' וכ"כ הש"ך משם הרבה פוסקים וסיים בה וכן עיקר. הרי דזוכים הנמסרים מן הדין ליטול אפי' המאה מתקאלים שמעיד עליה ע"א ועל כל השוחדות ומתן בסתר שאין עליהם עדות כלל אפי' דעד א' ישבע מה שהוציא ויטול כדין הנתפס תפיסת הגוף שנשבע ונוטל, ואין לגמגם בעדות זו מאחר שלא הזכירו מקבלי העדות את שמותם דמשנה שאינה צריכה היא בנ"ד ואין שום נפקותא בזכירת שמותם דקי"ל בסי' הנז' סי"ד דמוסר מקבלין עדות שלא בפניו וא"כ לא מצו המוסרים למימר הודיעונו העדים שיעידו בפנינו דכיון דמדינא לא צריך להעיד בפניהם אפי' יבואו ויגידו בפניהם הפך ממה שהעידו אינו כלום דקרינן בהו כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ודנין ע"פ עדותן הראשונה:

איברא דאם יביאו המוסרים עדים להעיד לזכותם צריכין להגיד בפני הנמסרים וכל שלא הגידו בפניהם חוזרים ומגידים בפני הנמסרים והולכים אחר עדותם הב' ולא חשבינן עדים המעידים לזכותם להחזיק שהרי כל עדות שמביאים הוא להפקיע זכות המוסרים שדינם ברור להשתלם מהמוסרים ובענין אם כל א' מהמוסרים ישלם חלקו או יהיה

נתפס גם על חלק חבירו אם אין לו ממה לשלם, הנה לס' הרמב"ם שהוא היש מי שאומר שהביא מר"ן בסי' ת"י סל"ז דסובר דשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא אלא שהאחד ברח או שאין לו ממה לשלם משתלם מן האחר יע"ש, מ"מ הרי סיים מר"ן דיש חולקין והם ה"ר חזקיה והטור דדוקא היכא דחבירו לאו בר תשלומין הוא דאמרי' בהיכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי, אבל אם השותף בר תשלומין אלא שאין לו ממה לשלם למה יפרע הוא בשבילו יע"ש בב"י:

והנה מר"ן בב"י כתב על דברי הרמ"א וכ"כ בהגהמ"י פי"ב מהל' נזקי ממון בשם תשו' מהר"ם וסיים שאח"כ כתב תשו' מהר"ם עצמו הפך הרמ"א מ"מ מאן לימא מי קדם בתשובות ולכן בשלחנו הטהור שנאה לס' מהרמ"א בלשון יחיד לומר דסברא יחידאה היא וכ"ש דב' תשובות מהר"ם אינם סותרים אלא ילמד סתום מן המפורש כמ"ש באורך במקום אחר:

מ"מ חזינא פס"ד מהרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ שפסק בשנים שמסרו שיש להם דין ערבים זה לזה וכשאין לא' ממה לשלם ישתלם מחבירו והביא ראיה מדברי מהריק"ש בסי' שפ"ח שפסק כן. ואחר שהרב הגדול פסק כן הכי נקטינן הח"פ צפרו בכסלו שנת אב"ד עצו"ת המה לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט:

סימן פו

טופס והעתקת פס"ד וז"ן. לבל תהיה האמת נעדרת אצטריכנא לאודועי שהקנס שגבה הנגיד כה"ר ישראל נר"ו מנכסי יוסף בה"ר שמואל ה"ן מלכא היה ברשותינו לפי שבאו לפנינו עדים שיוסף בן מלכא הנז' הוא שעשה את המעשה הרע ההוא הידוע לנו ועלתה הסכמתינו עם הסכמת יחידי הקהל ישצ"ו לקונסו ולראיה ביד הנגיד הנז' שברשותינו גבה הקנס ההוא ח"פ בסיון ש' תקס"ט לפ"ק ועיין בשו"ת זרע יעקב סי' כ"ט שהעלה להלכה דאפי' בנתפס בעד חבירו דקי"ל פטור ה"מ היכא דזה הנתפס עליו אין בידו עון אשר חטא אבל אם אותו שנתפס עליו הוא מאנשי בליעל שיש בידו עון אשר חטא שהוא מלסטם את הבריות לא יחרוך רמיה צדו וכל מקום אשר דבר המלך ודתו ותורתו מגיע חייבים להוציא בלעו מפיו ולא יהיה חוטא נשכר וכו' וסיים והני רשיעי נמי אם באת להחזיק בידם ולהפך בזכותם נתת יד לפושעים ויוסיפו להרשיע וכשתוציא בלעם מפיהם יחזו דלא אהנו מעשייהו ולא ישובו לכסלה עוד יע"ש, ובנ"ד זה האנס בקש לקעקע ביצתן של ישראל במעשה הרע ההוא שעשה לולא ה' שהיה לנו וראוי

הוא לקונסו ולייסרו בכל מיני יסורין ועונשין וכל ישראל ישמעו ויראו ולא יזידון עוד ולראי' ח"פ וקיים וחתומים החה"ש הדו"מ כמה"ר יהודה ן' עטר נר"ו וכמה"ר חיים סירירו נר"ו ונתקי' לנו חתי' כדחזי וחתימנא הכא תמ"ת ושריר וקיים: שאול ישועה ס"ט ישראל יעקב עולייל סי"ט עליונים למעלה הניפו ידם בחרב לטושה לחיובו של רשע על צ'ער בת רבים חזות קשה אמרי לה להאי גיסא. ולא אמרי לה להאי גיסא. הם אמרו הוא רשע בעונו ענוש יענש קנסינן ליה קנסא. ולא יהבי דעתייהו להנתפס ברשתו אשר טמן בעשותו דבר דברי בהיזקא ויש בו כדי תפיס' דהוא חטא וזה מינגד והיה לבז ולמשסה ונמצא חוטא נשכר וצדיק נמכר ולא כך היא דרכה של תורה אשר דרכיה דרכי נועם יהיבה כתיבה נאמנים אמריה בנעימה קדושה, גם הרב זרע יעקב שהביאו לעזרתם לחייבו בקנס לא דיבר בקנס העניים רק חייבו לשלם להנתפס בעדו כל מה שהפסיד באותה תפיסה מטעם דלא אמרו הנתפס בעד חבירו פטור מלשלם אלא בהיכא דחבירו אין בידו עון אשר חטא בדבר אבל היכא דפעל ועשה וגרם תפיסה לחבירו חייב לשלם ובנ"ד נראה אם יש בידו יכולת לפרו"ע פרעו"ת לזה ולזה יש לנו לקונסו גם לעניים למיגדר מלתא כי רודף הוא להזיק את הרבים לולא ה' וכו' אבל לעשות הטפל עיקר והעיקר טפל אין הדעת סובלו:

ואני הרואה דודאי חייב פועל הרע הנז' לשלם להנתפס בגרמתו כל מה שהפסיד בתפיסה זו מדינא דגרמי דאנן סהדי דלא נתפס זה אלא על פעולה רעה שעשה זה וקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי ומאן דלא דאין דינא דגרמי לאו דיינא הוא ולא מבעיא לדעת הרי"ף והרמב"ם ור"ח וסיעתייהו דסברי דאין חילוק בין גרמא בניזקין לדינא דגרמי וכל הגורם נזק לחבירו חייב לשלם וכתב הרי"ף בפ' הגוזל עצים דבכל הני דפטר רבא מטעם גרמא בניזקין מיחייבו אינהו כגון דוחף מטבע חבירו לים ופוחת מטבע חבירו בהעברת צורתו ושורף ש"ח של חבירו וזורק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכו' משום דרבא ס"ל דלא דיינינן דינא דגרמי ואנן דקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי מחייבינן בכל הני והוא פסק מר"ן בסי' שפ"ו יע"ש, דלדידהו אע"ג דלא ברי היזקא בגרמתו ואין ההיזק מצוי ורגיל לבוא אלא כל שבא לו הפסד בגרמת חבירו חייב לשלם לו, אלא אפי' להרא"ש וסיעתו דמחלקין דלא חשיב דינא דגרמי רק בברי היזקא ודבר המצוי וכיוצא הכא בנ"ד כולהו איתנהו דברי היזקא ומצוי ורגיל דמי לא ידע דעושה אלה לא ימלט וגורם רעה לעצמו ולכל ישראל דמרד גדול הוא זה ליהודי לשאת אל גוי חרב דכפי התם הותר בזה דמם של ישראל והיינו דאמרי אינשי לגרא'ב אידי'א כאלאפ'א וכו', וסייעתא דשמיא היא שנתפס זה שהוא איש תם יושב אהלים ולא האמינו מלכי ארץ כי איש

כזה יעשה פעולה כזו ולאו בר הכי הוא אבל אם נתפס מריה דעובדא דהכל יודעין דבר הכי הוא אז היו מאמינים בדבר וחמירא סכנתא ועיין הרמב"ם פ"ז מהל' חובל ומזיק הלכה ז' ובדברי הה"מ ועיין שו"ת מהר"ם אלשיך סי' קל"ד ושו"ת הרב בעי חיי סי' רכ"ז ובעמדי בענין זה ומדי דברי בו אורו עיני בתשובת שאלה מהרב מטה אהרן בח"ב סי' מ"ב כנ"ד ממש שנשאל בענין א' מן השרים שנתן איזה מטבעות ליהודים להחליפם בזהובים והחליף ראובן מה שהחליף וכשהחליף שמעון גם הוא היה שם ראובן וראה בתוכם רבים מזוייפים ואמר ללוי שהיה אצלו שיאמר לשמעון יוציא קצת מהם ולא אבה שמוע ויהי בנסוע השר למקום תחנותו של הפאש'א וכאשר מצא הפאש'א בתוך הזהובים הזהובים המזויפים חרה אפו וכו' ושלח משלחת מלאכי רעים ונתפסו ראובן ושמעון וחייב לשמעון לפרוע כל ההפסד מדינא דגרמי אפי' לס' הרא"ש משום דברי היזקא להמיר תמורת טוב ברע דודאי ימלא חמה עליהם הפאש'א לתתם בבית הסוהר בכבלי ברזל ובמצור ובמצוק ובסכנת מות דמי לא ידע שהשר יגיעם אל הפאש'א ויציגם לפני הבקיאים לבחור בין טוב לרע וכתב אפילו לדעת ריצב"א דסובר דאינו אלא מטעם קנסא בנדון זה ראוי לקנוס כדי שלא יהא כל א' הולך ומזיק והוי דבר הרגיל והווה שכל אחד מפריצי הדור משתדלים לתת בחיובם מעות רעות ולכן ראוי הוא לקנוס אותם כל שיש הפסד לחבריהם לשלם ההפסד הבא מחמתם וכל השוחדות והפיזורים יעש"ב, וכ' דדין נתפס על חבירו אינו ענין לנד"ז יע"ש וכן אנו דנים והולכים ומעשים בכל יום כשמביא איזה גוי כסף סיגים ומעליל על סייג א' לאמר אתה עשית ונודע מי הוא בעל הפעולה רמינן עליה כל ההפסד, וכן העושים בדפוס החפצים שעושים חבריהם לגוים להמיר טוב ברע והגוי כשרואה הכלי משונה חוזר למי שעשאו ושואלים ודורשים על היהודים שעברו במקום תחנות הגוי ומתברר המחליף שהוא משלם כל ההפסד והכל מדינא דגרמי כאמור. ומה גם בנ"ד שנודע להשר בעל הפעולה ושלח להביאו ומצאו שהרחיק נדוד ואלו נתפס היה השר מתיר מאסרו של זה אלא משום שזה ברח וזה מסור תחת ידו אי אפשר לפוטרו בלא כלום כתוא מכמר שאין מרחמין עליו ואין ללמוד בנ"ד ממשל הדיוט שאומרים למינ'א ובמ'ן נחל'ת דזה יצא להם משותפין שחלקו ונתפס א' מהם בעלילה שאומרים משל זה או אפי' לא חלקו ונתפס א' מהם בעלילה שלא מחמת השותפות דחטאו ישא האיש הנתפס ולא ללמוד ממשל הדיוט לכל העניינים כאלו היא הלכה פסוקה ואפי' אם היה נ"ד ענין לנתפס על חבירו מחייבין אותו כדברי הרב זרע יעקב וכ"ש דמדינא נמי מחייבין אותו שהרי דין נתפס על חבירו דלמדו מהירושלמי איירי בנתפס בשביל חוב חבירו [וכן מפורש בהג"א סוף כתובות בפי' דברי הירושלמי

וכו' דלא שייך אלא בב"ח ולא בגזלן דוחק כי אינו מתפיס בפטומי מילי כ"א ברצי כסף כתוא מכמר ע"ש] דאינו אלא מבריח ארי וכו' שכן פי' פני משה מפרש הירושלמי וכן הוא לשון הטור בסי' שפ"ח ראובן שהיה חייב מעות לגוי ואנס הגוי את שמעון עד שפרעם בשביל ראובן אין ראובן חייב לשמעון מה שלקח האנס ממנו וכו' וכיון דבפורע חוב איירי הוי טעמא נמי כדאי' פ' אין בין המודר דל"ג דחשיב ליה כמבריח ארי מנכסי חבירו ומצינו בתוס' והרא"ש פ' הכונס דהא דפטרינן בעל העדר כשזה מבריח לו ארי מעדרו היינו כשאין הדבר ברור שיבא לידי הפסד כגון שהארי רחוק ואין ידוע אם יבא לכאן או לאו ואינו מצילו אלא מן הדאגה ומן הפחד שדואג שמא יבוא אבל אם הדבר ברור וקרוב לודאי שיבוא לידי הפסד אז ודאי נוטל שכרו ואם הוציא ממנו והציל הכל יפרע בעל הנכסים ופורע חובו נמי לאו מידי יהיב ליה אלא מצילו מצער בעלמא וכו' כדמפרש בירושלמי מפייס הוינא ליה ומחיל לי עכ"ל, וא"כ בנ"ד שהדבר ברור שיבוא לידי הפסד לא פטרינן בעל החיוב שזה נתפס בעדו וכ"ש למאי דחדית לן מהר"ם בתשובותיו בקובץ קטן דפוס קרימונה סי' ס"ג בראובן שלקח ממנו הגוי בשביל שמעון שאמר ששמעון חייב לו אם שמעון כופר שלא היה חייב לגוי כלום לכאורה היה נראה דלא איבעי ליה לשמעון אפי' לאישתבועי דאין נשבעין בטענת שמא אלא דהכא משתבע ע"י גלגול דאפי' על טענת ספק מגלגלין ואם יודה שמעון שהגוי העביטו כדין ישלם לחבירו מה שחייב לגוי מדר' נתן מק"ו השתא ומה ממון ישראל אנו מוציאין מזה ונותנים לזה מדר' נתן ממונו של זה לכ"ש עכ"ל:

[הגהה וכן הם ד' הלבוש ובחנם השיגו הסמ"ע סי' קכ"ח סק"ו שהרי דברי הלבוש ממקום גבוה קא אתו מלתא בטעמא ודו"ק]:

וכן פי' חי' אנשי שם אשר סביב הגהות מרד' דב"ב בפסקא המת' שייך לפרק קמא בדף שאחריה הביא לשון הירושלמי דאין לך נתפס על חבירו וכו' וכתב על זה וכתב מהר"מ בתשו' סי' ש"ג והוא שאין החוב ידוע לנו עכ"ל. נלמד דהיכא דהלוה חייב בדין ישלם להנתפס בעדו, ולפי דבריהם אין דברי הירושלמי אמורים אלא בנתפס על חבירו וחבירו אינו חייב כלום אבל בהיכא דחייב לשלם ונראה הטעם דלא שייך מפייס הוינא ליה בגוי אנס וכמ"ש לעיל בשם הג"א וא"כ בנ"ד שזה נתפס על חבירו שהכה וחבירו ודאי הכה שלם ישלם אפי' לדין זה אלא דלא צריכנא לכל זה ודאי הוא חייב מדינא דגרמי בלי שום פקפוק ועיין דברי ריבות שאלה פ"ד שכתב בהיכא דחייב ראובן בחוב גמור מחוק מלכות ושמעון פרע בשבילו חייב ראובן לפורעו כיון שמחוייב מחק המלכות ומביא ראיה מדברי ה"ה פ"ח מה' חובל ומזיק הלכה ו' שכתב וז"ל ואפשר לומר שכיון שהם

חקי המלך וזה פרעם חייב לשלם לו אפי' לקחם המלך מזה שלא כדין, וא"כ בנ"ד שמחק מלכות לענוש עושה אלה אפי' אם העונש שלא כדין מחייבין אותו לשלם לנתפס בעדו וכ"ש דבדין מעניש המלך עושי רשעה כנ"ד:

העולה ממאי דכתיבנא דחייב המכה לשלם לנתפס כל ההפסדים וההוצאות והשוחדות שנתן בענין זה וצור ישראל ינחנו בדרך אמת הח"פ צפרו בתמוז שנת והוציא את האב"ן הראש"ה לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט בטופס פסק זה שהגיע למקנאס יע"א כתב עליו החה"ש הדו"מ כמה"ר פתחיה בירדוגו וז"ל כל זה איננו שוה לי עיין בתשו' דשייכי לספר קנין סי' ב' ובד"מ סי' קכ"א סק"ג וק"ל עכ"ל וחתם שמו ונתקי' לנו חתי' כדחזי וקיים:

מבין ריסי שרשי כתבי דנא די רשים ניכר ברשומו ויהי כמשיב ידו לבנות דייק ופח יוקשים. לקעקע בניינים נכספים אשורי'ם ולטוסי'ם, עשויים באמת וישר אמרי יושר נמרצים בנויים בנין חזק כראי מוצק בנוי לתלפיו'ת הפוסקים המפורסמים בעלי חצים: מיוסד על אדני פז במועצות ודעת קדושים:

והוא עבר לפניהם ויבן לו דייק מדברי הרב מהר"ם מגן הוא לכל החוסים במה שדימה בדעתו נדון שדבר בו הרב לנ"ד בגזרה שוה דמכה מכה מבלי משים בין נדון לנדון כמה הפרשים והוא שמהר"ם בתשובתו הרמת'ה דבר בענין שליח המלך שהעביר הדרך על איזה יהודים ומתוך כך השיבוהו עזות ובקש להורגם והם תפסו אותו שלא יהרגם והמלך העליל על שאר יהודים בלא דינא דמלכותא לא עליהם ולא על כל שאר יהודים והוסיף על הנדון וכתב ואפי' אם היהודי הכה את הגוי שלא כדין ומתוך כך תפס המלך שאר יהודים אין לחייבו לשלם להם דשלא כדין העליל המלך טוביא חטא וזיגוד מינגד ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיתפוס שאר היהודים והלכך לאו דינא דגרמי הוא כמו מסור דחייב דהתם ברי היזקא ובדיבוריה דאחוי אחויי חשיב כאלו עביד מעשה בידים דבדיבורא דידיה עביד מעשה ומראה על ממון חבירו. אבל הכא לא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיתפוס שאר היהודים עכ"ל, וז"ל מור"ם בד"מ סק"ג כתב בתשובות שבס' קנין בא' שהכה לגוי שלוחו של שר והשר העליל להורגם והם תפסו אותם שלא להורגם אינו ענין לנ"ד כלל דהתם לאו מידי עבוד דלהציל עצמן תפסו בו ואין כאן אפי' גרמא בנזקין כמ"ש הרב בתשו' הנז' אבל במה שהוסיף הרב על הנדון ביהודי שהכה הגוי שלא כדין ומתוך כך תפס המלך שאר יהודים דאין לחייב הגורם משום דשלא כדין העליל המלך לתפוס שאר היהודים ולא ברי היזקא וכו' וסיים הלכך לאו דינא דגרמי הוא בזה יש מקום לטעות לדמותו לנ"ד ולפטור המכה גם בנ"ד דרך כלל מה שאינו מדרכי ההוראה

לדון הדברים דרך כלל אם אינם צודקים בכל חלקיהם וכההיא דיבמות דק"ט ע"ב דקרי תוקע עצמו לדבר הלכה דיינא דאתי דינא לקמיה דגמר הלכה ומדמי מלתא למלתא ופסקה מר"ן סי' יו"ד. ואחד הרואה וא' השומע נדון מהר"ם בלבבו יבין דתנא דמסייע לנ"ד הוא לדון דין זה בדינא דגרמי ולאו בדין נתפס על חבירו ואם הרב פטר המכה ובנ"ד חייבנוהו משום דרב המרחק בין נדון לנדון ואפי' אם היה דומה בדומה ממש, יש להרב טעם לפטור ולנו יש טעם לחיוב משום דאזיל לשיטתיה והיא שי' הרא"ש תלמידו דיש חילוק בין גרמא בניזקין דפטור לדינא דגרמי דחייב וחדא מינייהו דאין לחייב בדינא דגרמי אלא היכא דברי היזקא ובנדון דידיה כתב דלא ברי היזקא הלכך דן לפטור, ואנן בדידן קי"ל כהרי"ף והרמב"ם דלא בעינן ברי היזקא ובכל גרמא מחייבין הגורם כדכתבנו לעיל דכן התקינו אבהתא בתק' ש"ש יג"ן לפ"ק כשחולקים על הרא"ש ב' מעמודי הוראה הרי"ף והרמב"ם נקטינן כוותייהו ובמקום שלא דברו נקטינן כהרא"ש ומהאי טעמא קבלו דורות האחרונים פסק מר"ן אפילו נגד אלף פוסקים משום דאזיל בשיטת קדמונינו לפסוק כתרי מגו תלת עמודי הוראה וכדבריהם פסק בסי' שפ"ו לחייב בדברים שהם משום גרמא בנזקין ומור"ם הוא שהביא סברת הרא"ש וסיעתו בשם י"א ואנו אין לנו אלא פסק מר"ן אלא דלצאת ידי כל הדעות כתבנו דנ"ד ברי היזקא אין צריך לכפול הדברים ושאני נ"ד מנדון הרב לחייב בנ"ד אפי' לדעת הרא"ש דבאתריה דמר לא ברי היזקא מפני שהם תחת אדום ואין מקפידין זה על זה אם הגוי מכה היהודי גם היהודי מכהו ואם מקלל גם היהודי מקלל ולא ברי היזקא משא"כ באתרין דאנן תחת ישמעאל וישראל המכה את הגוי בפני עדים או מקלל יש סכנת מות ובנדון הרב היתה התפיסה שלא בדינא דמלכותא ובנ"ד לא תפס השר הנתפס הנז' אלא בדינא דמלכותא מחמת שהגוי המוכה היה דמו שותת ודימ"א עלי"ה שהוא הכהו ובדיניהם אין צריך עדים שדמו מעיד עליו במקום עדים וכשנתברר לשר ולמוכה מי הוא המכה שלח אחריו שלוחו לעיר מקנאס ומצא אותו שברח ואלו נתפס היה מוציא את זה הנתפס חנם אין כסף ותופס המכה וכשלא השיג השליח את המכה ומצא שברח וזה הנתפס כבר הוא תפוס בידו כתוא מכמר שאין מרחמין עליו וא"א לפוטרו בלא כלום ואין כאן עלילה שלא כדין דבדינא דמלכותא תפסיה להאי ובדינא דמלכותא לא פיטרו כיון שלא השיג המכה עצמו לפ"ז הרב עצמו יודה בנ"ד לחייב הגורם דרב המרחק בין נדון הרב ולא ראי זה כראי זה דנדון הרב דלא ברי היזקא פטריה ובנ"ד דברי היזקא יחייבנו, הרי מדינא נתחייב החייב ואיך תבקש צד זכות לזכות את החייב ומי זה ערב אל לבו לגשת בארש"ת להפך בזכות רשע עריץ ובזכות סיעתו שהלכו עמו ונמנו על הגניבה לשדד גאון גוים

לגנוב במקשה של גוי כלסטים מזויין שודדי לילה ואם גניבת גוי בעלמא אסורה מה נאמר בגניבה כזאת דעל עסקי נפשות הלכו להרוג או ליהרג דגורמין רעה לעצמן ולכל ישראל ואיך לא נחוש להנתפס שעם תפיסתו לא הסיר תומתו ממנו תדע שמן הדין היה רשאי לומר לגוים אלה עשו ואני לא עשיתי כמ"ש מהר"ם מרזבורך בנימוקים שבסוף תשו' הרשב"א סי' ס"ד וז"ל ואפי' יחיד שבא מחמת כן כבר לידי עלילה שסבורים הגוים שהוא עשה מותר לומר לגוים פ' עשה ולא אני עכ"ל, ולא הנתפס בעלילה לבד רשאי לומר כן אלא מצוה לכל אדם להגיד בעדו דמוטב שימות החייב ולא ימות זכאי וכמ"ש בנימוקי הרב הנז' סי' הנז' גבי מכה חבירו דקי"ל דמותר למוכה לקבול לפני הגוים כתב הרב וז"ל ולאו דוקא המוכה אלא מצוה לכל אדם להגיד לשופט פ' הכה פ' ועוד הולכים בכעסם תעשה כך שלא יוסיף עוד ואם יעליל השופט עליו ויקח כל אשר לו פטור המגיד דאל"כ אין לך אדם מציל את חבירו מיד מכהו ודאי אם יכול להצילו בא' מאיבריו יעשה כרב הונא דקץ ידא או שמא יותר טוב שיגיד לשופט ויפסיד ממון מלחסרו א' מאיבריו והא רפיא עכ"ל, והביא דבריו הש"ך בסי' שפ"ח סקמ"ג יע"ש, ואם במכה חבירו כך במכה גוי שגורם סכנה לכל ישראל עאכ"ו שמצוה עלינו לספר מעשה שהיה להציל הזכאי ולחייב החייב כ"ש שלא לבקש צד זכות לזכותו. ואנא נפשאי תיתי לי דלא מנחנא רישא אבי סדיא דלא מהפכנא בטובתיה, וכל זה איננו שוה לי בכל עת אשר אני רואה את מרדכ'י היהודי יושב בשער המלך לשאת ולתת בהלכה ויורד לעומקא דדינא לזכות את הזכאי ולחייב את החייב וכאן הפריז על המדה לדחות בקש דברים הנאמרים באמת מפי סופרים ומפי ספרים ומי שחותמו אתת ינחנו בדרך אמת הח"פ צפרו יע"א בח' אב שנת עיני"ו יחז"ו עפעפי"ו יבחנ"ו לפ"ק וקיים:

שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן פז

טופס פס"ד שרצו בעליו להעתיקו וז"ן או"ב תב"ת, הבה"ך הי"ג הידו' לכמה"ר יוסף בהתית זלה"ה היא היום בחזקת המחזיקים בה שזכו בה במקנת כסף מאת כהה"ר אברהם לעג'ימי נר"ו כמשו"ח בידם גם כתוב בידם זכיית כהר"א הנז' שזכה בה מאת יורשי כמה"ר יוסף בהתית הנז' ושטר הזכיה כתוב ע"ש כהרא"ל הנז'. והן עתה תבע יוסף לעג'ימי בנו של ר' שלום לדודו רא"ל הנז' והמציא שטר שכתוב בו שהודה רא"ל לבן אחיו יוסף הנז' בעת נישואיו עם בתו שיש ליוסף שליש בכל הקרקעות שיש לו ובבה"ג הי"ג הנז' וכו' עכ"ל, ולזה תבע למחזיקים בבה"ך הנז' מכח רא"ל הנז' ורא"ל הנז' השיב

כי מחצית בה"ך הנז' מכרוהו הוא ובן אחיו כמשו"ח בשטר שביד המחזיקים בו והמציא השטר לפנינו ולזה טוען כי בשעה שהודה שיש ליוסף שליש בכל הקרקעות וגם בבה"ך לא היה לו אז בבה"ך הנז' כ"א ג' חלקים כי הרביע לא זכו בו כ"א בש' משח"ר וההודאה היתה בש' שמר"ה וסייע דבריו מהמשכונה הנז' שלא נפדית עד ש' תקנ"א והזכיה היתה קודם לו בשלש שנים, ולבאר הדברים אמרתי לו שימצא שטרי זכיות בה"ך הי"ג ונמצאו כולם כתובים לזכותו אך זמן זכייתם מחולק כי לא קנאה בזמן א' וזמן הג' רבעים הם מחיי אחיו שנלב"ע בש' קדמ"ת לפ"ק וזכיית הרביע הרביעי אירכס ליה בבלשת לתפ"ץ ומפני כן לא נודע זמן זכייתו אך כתבו העדים בשנת תקנ"א לראיה ביד רא"ל הנז' כי זכה בו רא"ל הנז' ופדאו מיד בעליו שהיה ממושכן בידם מש' תבענ"ה לפ"ק כנראה שתכף שקנאו פדאו מיד מי שהיה ממושכן בידו ולא יהא שהוא ספק אם כבר זכה בו שזמן ההודאה או אח"ך אף שיש מחלוקת מכיוצא בזה בס"ס קי"ב מ"מ היכא שיודעים אנחנו שקנאו וא"א לו שהיה של אבותיו מעולם צריך הזוכה להביא ראיה שהיה אז בחזקתו ואם אין ראיה דחינן מקבל המתנה יע"ש וא"כ בנד"ז אף שהודה ששליש בה"ך הוא של יוסף ודאי לא היתה כוונתו אלא על שליש מה שבידו כהודאת שטר הקרקעות שהודה שיש לו שליש בכל הקרקעות שיש לו וגם שליש בבה"ך פירו' מה שבידו ממנה וא"כ אין ליוסף אלא רביע בבה"ך שהוא שליש הג' רבעים וכיון שמכרו יוסף ורא"ל הנז' המחצית מסתמא כל אחד מכר מחצית המחצית דכי היכי דאמרי' בנותן מתנה לשני כתות אפי' א' כלל וא' פרט חולקין בשוה כדדרשינן ע"פ והיה לאהרן ולבניו מחצה לאהרן ומחצה לבניו סי' רמ"ה ס"ה וא"כ בנד"ז אף שהודה שיש לו שליש בכל הקרקעות שיש לו וגם שליש בבה"ך] ה"נ כשכותבין שמכרו שניהם מסתמא מש' שכל אחד מכר מחצה נמצא שבמכירת שמכרו שניהם נסתלק יוסף ולא נשאר לו כלום והרביע הנשאר הוא של רא"ל לבדו וכ"ש הרביע שזכו בו אחר פטירת שני אחיו שהוא שלו לבדו:

ועל דבר טענת יוסף בן אפרים שגם הוא י"ל שליש בבה"ך הנז' מכח הודאת הרא"ל הנז' ליוסף בר כהר"ש הנז' שיש לו שליש משמע שר"ל שהיו שלשה אחים ומתחלקת הבה"ך הנז' לג' גם מקב"ע שיש בידו שהיו עיסה א' וכההיא דסי' ס"ב א' מאחי' שהיה נושה וכו' ולזה יש להשיב לטענה זו השניה וממילא אזדא לה הטענה הא', והוא שלטענה זו יש להשיב כי הנה ידוע ומפורסם שהר"א הנז' בחיי אחיו הי"ל ממון מיוחד הן ממה שהכניסה לו אשתו בנדוניתה הן מהסבלו' שעשתה לו אמו שהיו ממון רב לערך קנין בה"ך שהיה סך מועט לערך מה שהיה לו מיוחד וכבר יש בידו כתי עדים שיודעים זה וגם אני החותם יודע כל זה נאמנה שהיה לו נדוניא רבה ותכשיטין ומלבושים

חשובים שהיתה אמו מלבישתו יותר מכל אחיו כי אביו לא היה מוחזק בנכסים רק מכלל הבנוניים וכשמת לא הניח לבניו שום דבר חשוב רק מעט קרקע וכל האחים היו מסתפקים בעניות ומחסורם ע"י אמם שהיתה כאניות סוחר בבתי השרים והמלכים והצליחה במשאה ובמתנה עד לאחר זמן שהצליחו גם האחים במשאם ובמתנם ועכ"ז יותר היתה האם משגחת על בנה הקטן רא"ל הנז' כי היה לו בן זקונים ולא היה לו עסק רק ללמוד באופן שהיה לו ממון מיוחד הרבה וגם מחזקת בידו היא אמו:

וכבר כתב בסי' הנז' דאם היו אפי' חלוקין בעיסתן אימר מעיסתו קמץ וכתב הטור דאפי' אם סך השטרות גדול וא"א לומר שקמץ כ"כ מ"מ אמרינן שמא עסק בההוא פורתא עד שעשה טובא וכו' עכ"ל, כ"ש בנד"ז שהממון המיוחד יותר על חד עשר מקנין חלקת קרקע בסך תק"ם ועוד, וכתב הבהה"ג סי' הנז' סקי"ט וז"ל אם הכניסה לו אשתו ממון או שנתמנה על מכס המלך על האחין להביא ראיה עכ"ל, והכא בנ"ד תרתי איתנהו שהכניסה לו אשתו ממון וגם י"ל הנאה מאמו שהיתה מרווחת רווחים גדולים ונותנת לו: ועוד אעיקרא דדינא פירכא דלא כתבו הפוסקים אלא בא' מן האחין שנושא בתוך הבית שכל משא ומתן אינו אלא בא' והאחים יושבים ובטלים ולכן כל השטרות היוצאין ע"ש אותו שהוא נושא ונותן בעדם אבל אם כלם נושאים ונו' כל הנמצא בידו שטר כתוב לזכותו שלו הוא, וזה ברור ומדוקדק מלשון הפוסקים והט"ז שכתב וז"ל וכן אחד מהאחים שנו"נ בתוך הבית וכו' וכ"כ בפשיטות מהר"ם אלשיך בתשובה סי' כ"ה וז"ל ועוד דמאי דמצריכינן התם לטעמא דחלוקין בעיסתן אינו אלא היכא דא' מהם בלבד היה הנושא והנותן בתוך הבית דמן הסתם אע"פ דיוצאין שטרות על שמו הם מן האמצע אבל אם שניהם נושאים ונותנים כאחד ודאי שכל שטר היוצא ע"ש א' מהם שהוא שלו לבדו אע"ג דאין חלוקין בעיסתם עכ"ל, והביאו הרב בכה"ג סי' ס"ב יע"ש וה"נ בנ"ד שכולם היו נושאים ונותנים ומה גם דאדרבא האח הקטן שהוא הרא"ל לא הי"ל עסק כ"כ כשני אחיו הגדולים ובשעת קניית בה"ך לא היה לו שום משא ומתן והמשא והמתן היה ע"י אחיו הגדולים וסניף לו אפרים אחיו הנז' וא"כ פשיטא דפשיטא שכל שטר שיצא ע"ש הרא"ל שהוא שלו לבדו כי לא היה לו לבדו מממון השותפות כלום ואם אפשר היו מאכילים אותו הוא מפני האחוה שהיה ביניהם והיה לומד ספר לא היו מדקדקים עמו וממילא אין טענה מההודאה שהודה ליוסף שי"ל שליש דבמה שהודה הודה ובמה שלא הודה לא הודה ועוד אפשר דכיון שבה"ך היא עשויה לת"ח אפשר שתף עמו רא"ל לכהר"ש שהוא אחיו הגדול ות"ח אבל אפרים שאין לו שייכות בבה"ך לא שתפו עמו ולא היה לו זכות בבה"ך כלל כמו שמפורסם מאז ועד עתה וכן העידו שאפרים כשהיה

מתפלל בבה"ך הנז' היה פורע רינט'א ככל דיני בה"ך. כללא דמלתא שאין ליוסף בר אפרים הנז' שום דו"ד על הבהכנ"ס הנז' זהו הנלע"ד וצוויי"מ כי"ר וח"פ באלול המרו' ש' תקס"ח לפ"ק וקיים וחתו' מורינו הרב הגדול כמוהה"ר רפאל בירדוגו נר"ו והכרנו חתי' וח"פ תמ"ת בחדש הנז' שנה הנז' וקיים, ע"כ נמ"ך וחתו' על הטופס הנז' כהה"ר חיים טולידאנו וכהה"ר מימון ה"ן מלכא:

וס"ל נמ"ך וז"ן הובא לידי פסק המזכים לה"ר יוסף בן אפרים הנז' וכל חילייהו מההיא דסי' מ"ב אחד מן האחין וכו' וסברו דלאו דוקא הוא לבדו נושא ונותן אלא אפי' כולם נושאים ונותנים יחד איתיה להאי דינא ולא כן הוא שלא נאמרו הדברים אלא בהיכא דהא' מן האחין הוא לבדו ונושא ונותן ודייק לישנא דגמ' א' מן האחין שהיה נו"ן תוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים ע"ש משמע דהוא לבדו הנושא והנותן דאל"כ הי"ל האחין השותפין שהיו נושאין וכו' והיו אונות ושטרות יוצאין ע"ש א' מהם אלא ודאי דדוקא נקט אחד מן האחין וכו' דמשום דהוא לבדו נושא ונותן כותב ע"ש ואין מונע וכן פירשו מפרשי הגמ' הרשב"ם והנ"י אחד מן האחין גדול האחין המתעסק בממון אביו וסיים רשב"ם דכיון שהוא לבדו נושא ונותן בנכסים שנכתבו ע"ש אין לתלות וכו' אלא בממון האב יע"ש, ועוד דסיים בברייתא וכן האשה שנושאת ונותנת וכו' ופריך מאי וכן ומשני מהו דתימא אשה כיון דשכיחא לה מלתא דאמרי קא טרחא וכו' הרי דדוקא בנושאת וכו' מיירי ודכוותה א' מן האחין דרישא בנו"ן דוקא וכ"כ מור"ם בהדיא גבי אשה וז"ל לא היתה נושאת ונותנת תוך הבית והיו השטרות כתובים על שמה הם שלה ומינה דבא' מן האחין לא מיירי אלא בנושא ונותן וכ"כ הש"ך בהדיא ושכ"כ מהר"ם אלשיך יע"ש ודברים ברורים הם וגם הח' הפוסק נר"ו הרגיש בטעות וכתב על גבי שטרי ק"ע שביד יוסף הנז' וז"ל כבר כתבתי לזכות יוסף הנ"ל ועכשיו עמד לנגדי דברי מהר"ם אלשיך בתשו' סי' כ"ה והדבר ברור שבצירוף כל העדויות על אלו שמבררין עדותן שמקח בה"ך היה לזכות כל האחין דלית דינא שזכה יוסף הנ"ל עכ"ל ובחנם השיגוהו חכמי פאס בפרט זה כי הוא השיג את עצמו אלא שסמך על עדות אליסף וצירף עמה עדות יוסף אביסדיד ואין כאן עדות שעדות אליסף כשבא להגיד בפני הר"א חזר בעדותו שמפי השמועה למד זה ולא שראה וידע מעצמו כמו שבא כתוב בכת"י החכם הפוסק ובחותמו הטהור וצירף עדות יוסף אביסדיד אינה ענין דאם מעיד שמחיי אמם היו עיסה אחת מאן לימא לן דאמם ג"כ היתה בשיתוף עמהם עיסה אחת דנימא מה שעשתה לו מתפיסת הבית עשתה דאם הם היו בשיתוף איהי חלוקה בעיסתה והרי איכא ב' עדים עזוז דאנינו וה"ר מס' אטובי שמעידים שהעניקה לו אמו וכל זה אם היסוד קיים אכן בנפול היסוד

יפול הבנין דכיון שהיו כולם נושאים וכו' מה שכתוב ע"ש הוא שלו' ועוד שכבר יש ביד הר"א ק"ע מב' עדים שהעידו שיודעים שבה"ך של הר"א הנז' לבדו ותופס גבייתה לבדו ושה"ר אפרים אבי יוסף הנז' היה נותן רינט'א ונדבות ור"ח וכיון שיש בידו עדות זו אפי' יביא שכנגדו מאה עדים מאה כתרי ואוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה שהרי אפי' בהיכא דא' מן האחין הוא לבדו נושא ונותן ה"ה דעליו להביא ראיה היכא דמת על האחין להביא ראיה וכתב הרא"ש דאע"ג דלא מצי אבוהון למיטען טענינן להו מטעם דכיון דהשטרות יוצאין על שמו מסתבר לאוקומי בחזקתייהו באופן דהכתובין ע"ש הוא המחזיק וכ"ש דליתיה להאי דינא בנ"ד דלא היה נו"נ לבדו דכל שכתוב ע"ש הוא בחזקתו ואפי' אם לא היו לו עדים אלו די לנו בעידי השטר שמעידין שהוא הקונה ואיך יבואו מבחוץ עדים שלא נזדמנו ולא ראו להכחיש עידי השטר שנזדמנו וראו וידעו, וגם עדות ראובן אסבאג שסמכו עליה חכמי פאס קודם שראו העדויות שביד הר"א כבר כתב עליה כמוה"ר פתחיה החכם הפוסק נר"ו שעדות בטלה היא ולא חזיא מידי כי ראובן הנז' מסוג שהביא מר"ן בסי' ל"ה ס"י הפתאים וכו' והמשתגעים ביותר וכו' ועוד יש בו דברים אחרים א"צ לפרסמן עכ"ל. וא"כ לא נשאר ליוסף הנז' שום זכות הן מצד שעדיו כשלו ונפלו הן מצד דעידי השטר עיקר ואפי' יביא עדים אחרים שיעידו בהפך ואפי' הם עצמם אינם חוזרים ומגידים לסתור דבריהם הרא' וכ"ש שלא יצטרכו עידי הא' להעיד בפני שכנגדו דלפטור מקבלין שלא בפניו ואינם חוזרים ומגידים ואפי' בקרקע כמ"ש ע"ז באורך מדברי הרא"ש אההיא דרבה בר שרשום פ' חזקה דל"ב שכתב (דף קצ"ג ע"א) דלהחזיק מה שבידו מקבלין עדות בפני היתומים יע"ש והביאו מר"ן ב"י סי' קמ"ט אות כ"ה והוא פסק מר"ן שם סעיף ך' וכ"כ סמ"ע סי' ק"י ובסי' קמ"ט סקל"א ודברי הט"ז בסי' ק"מ ס"י דכתב וי"ל דכאן קרקע בחזקת בעלים כיון שיש לו עדות שהיתה שלו ממילא קרוי המחזיק תובע וע"כ צריך לברר חזקתו עכ"ל אין הכוונה שהוא מחלק בין קרקע לטלטל כסברת מהרימ"ט דא"כ הו"ל כאן מיירי בקרקע והתם בטלטל ומדקאמר כאן קרקע בחזקת בעלים כיון שיש לו עדות קרוי תובע משמע דאין חילוק יע"ש, ומה גם שכבר סילק עצמו יוסף הנז' ולא נשאר לו שום דו"ד מכל צד שבעולם הן בקרקע החצר הן בכל הקרקעות שמכר וכו' עכ"ל, וכתבו החכמים המזכים דאין סילוק זה כלום דכיון דלא מכר אלא חצי ב"ה מצי אמר חלקי עדיין משוחרר וכו'. ולא היא דאע"ג דקי"ל בריש פ' הכותב האומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו וידי מסולקות הימנה לא אמר כלום ומסקינן דאי קנו מידו מגופה דארעא קנו מידו ופרש"י שזכה קונה את הסודר ומקנה לו חפץ המכר, וא"כ בנ"ד אם הניח לו חלקו מה הקנה לו חלף קנין הסודר אלא ודאי הקנה

לו כל הקרקעות שמכר שלא שייר לעצמו בהם שום זכות וכ"ש דלקושטא דמלתא דלא צריך לשום סילוק כיון שכתובים ע"ש והוא לא היה נו"נ לבדו שלו הם באין אומר ואין דברים הח"פ צפרו באלול שנת תהיינ"ה אזני"ך קשובות לפ"ק וקיים:
ע"כ נמ"ך וחתום עליו מרנא ורבנא הרב המופלא כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול נר"ו והכרנו חתימתו:

סימן פח

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין יהודה ב"ח של ראובן שבא לטרוף מאת לוי החצר שהיתה תחלה של ראובן ונתגלגלה ובאה ליד שמעון בתורת מקנה ונטלה המלך משמעון מכלל כל קרקעותיו בהחוב שהיה המלך נושה בו והמלך הטיל הקרקעות ההמה על הצבור והצבור אחר שקנו מאת המלך כל אותן הקרקעות מכרו אותן ללוי ומכללם חצר ראובן והשתא עמד יהודה ב"ח של ראובן מכח קדימת חובו לטרוף החצר הנז' מיד לוי באומרו דכיון דחזרה ליד ישראל חזר השעבוד שיש לו עליה כבראשונה ולוי טוען דאנא אתינא מכח גברא דלא מצית לאישתעויי דינא בהדיה:
תשובה אף אם היה לוי בא מכח גוי דעלמא כיון שאין דין טירפא בדיניהם לא מצי יהודה לאישתעויי דינא בהדיה שהרי לוי קאי במקום גוי וכי היכי דלא מצי לאישתעויי דינא בהדי גוי ה"נ לא מצי לגבי לוי הבא מכחו ואע"ג דדבר זה שנוי במחלוקת הפוסקים אי אמרינן הבא מכח גוי כגוי אפי' למעליותא או דוקא לגריעותא כמו שהובא במרדכי פ' חזק"ה ובתשו' המיימוני דס' משפטים סימן ע' ובתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' ט"ז מ"מ גדול כח המוחזק ויכול לומר קים לי כמ"ד אפי' למעליותא כדפסק בסי' מ"ה סי"ז וסי' ס"ו סכ"ה וסי' ס"ז סי"ז דבכולהו משמע אפילו למעליותא ומה שפסק בסי' קנ"ד סי"ח דלא קאי ישראל במקום גוי אלא לגריעותא כבר תירץ מוהר"ם רבק"ש בבאה"ג דהתם טעמא משום דאיירי בהיזק ראיה דאית ביה איסורא ומצי אמר ליה אם לא היה הגוי חושש בכך אתה שאתה ישראל ראוי לך לחוש בדבר שאסור עליך להזיקני בראייתך אבל לענין ממונא קאי ישראל במקום גוי אפי' למעליותא ומצי אמר מכי מכרה ישראל לגוי פקע שעבודך מינה ואני באתי מחמתי ועיין סמ"ע סקל"ח בסי' מ"ה והן עתה בעמדי בענין זה ומדי דברי בו אורו עיני וראיתי למוהרדב"ז שנדפס מחדש בסי' ת"ק שנשאל על נדון זה עצמו וז"ל שאלה ראובן יש עליו כתובת אשה וב"ח ומכר קרקע שהיה לו לגוי ואותו גוי מכר הקרקע ההוא לשמעון ובאים אשה וב"ח לטרוף הקרקע משמ'

וטוען שמעון אנא מכח הגוי קא אתינא ואין לכם כח לדון עם הגוי לפי שאין דין טרפא בערכאותיהם וישראל הבא מכח גוי הרי הוא כגוי יורנו רבינו מו"ץ הדין עם מי ושכמ"ה: תשובה הדין עם שמעון דמצי למימר להו אי שתקיתו שתקיתו ואי לא מהדרנא שטרא למריה ולא מציתו לאישתעויי דינא בהדיה והכי איתא בההיא דאבדה לו דרך שדהו (כתובות דק"ט ע"ב) ותו דמה יועיל שנוציא משמעון והרי שמעון חוזר על הגוי והגוי חוזר ולוקח הבית ואפוכי מטרתא ל"ל הלכך יעמוד שמעון בשלו וליכא למימר בנ"ד עד שיעשו פשרה שהרי הגוי לא ירצה לעשות פשרה כיון שהגוי מעמיד לו קרקעו ולא דמי למאי דשאילו מקמי מר מתתיה הכתובה במרדכי פ' חזקת הבתים דדלמא לא ירצה הגוי להחזיר המקח ולא לבנות לסתום החלונות. אבל בנ"ד שהישראל חוזר הגוי ליקח מעותיו הדבר ברור שיחזור הגוי ויקח את ביתו אלא אדרבא דמיא להך שאלה אשר הסכימו עליה כל גדולי צרפת משום דינא דמלכותא יע"ש ואין הדעת סובלת שנכוף אותו בכח חרם שלא יחזור על הגוי ויפסיד מעותיו ואפי' לדעת ראבי"ה דלא אמרי' ישראל הבא מכח גוי הרי הוא כגוי אלא היכא דהורע כחו אבל ליפות כחו לא אמרינן ה"מ היכא דהחזיק הגוי שלא כדין אבל בנ"ד שקנה כדין והחזיק בו כדין לא אמרה ריב"ה וק"ל עכ"ל הרדב"ז, ופוק חזי מ"ש מהרי"ט בחח"מ סי' ל"ח על תשובה זו בזיו נוגה ברק חניתו ועשה לה סמוכות מראיות בנויות לתלפיות ותלה לה כיפי וקבעה הלכה למעשה יע"ש. גם הרב המאסף בח"מ סי' קי"א בהגה"ט אות ד' הביא דברי שניהם להלכה יע"ש, הרי מבואר דכל שהיתה יד גוי באמצע פקע שעבוד הב"ח ולא מצי טריף אפי' חזרה ליד ישראל וכ"ש בנ"ד שהיתה יד המלך באמצע באשר דבר מלך שלטון ומי יבוא אחרי המלך את אשר כבר עשוהו:

איברא אם לא היתה יד המלך באמצע היה מקום ליהודה הנז' לטרוף החזקה שאינה נכנסת לרשות הגוי והשתא שהיתה יד המלך באמצע דאינו משייר בקניינו כלום וכל שנלקחו נכסיו למלך בדינא דמלכותא איבד חזקתו והבא מכח המלך זכה בכל וכמו שראינו כמה פסקים מקדמונינו וכ"כ מהריק"ש ח"מ בהל' חזקות סי' קנ"ו אות רכ"ב וז"ל נהגו שמוכר המולקי' נשאר לו זכות החזקה וכשמכרה למלך נ"ל שאין לדון כן לפי שהמלך אינו רוצה לשייר בקניינו כלום ודי' דמלכותא דינא גם כי לא ראינו מי שנהג כן כשמוכרים למלכות עכ"ל, וכ"כ הרב המאסף סי' ק"מ אות פ"ו יע"ש:

קם דינא דלא מצי יהודה ב"ח של ראובן לאשתעו' דינא בהדי לוי לא בגוף הקרקע ולא בחזקה ולראיה ח"פ צפרו יע"א בחדש סיון משנת מהם תקנ"ו לפ"ק וקיים:

שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן פט

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין ראובן שמכר חצירו לגוי דקי"ל כפי התקנה שנשארה לו בה החזקה וחזר הגוי ומכר גוף החצר הנז' לשמעון ואחר שהוחלט גוף החצר ביד שמעון מאחר שעברה שנה מיום שמכרה הגוי לשמ' חזר שמעון ומכרה לגוי אחר וב"ח של ראובן לקח החזקה הנז' בחובו ושאל השואל מה זכות נשארה ביד שמעון כשחזר ומכר החצר לגוי:

תשובה שורש דבר זה תלוי בידיעת ענייני החזקות כפי המנהג והתקנה והוא שבתקנה ש"ש ב"ן אי"ש חי תקנו שכל מוכר קרקע שלו לגוי תשאר לו החזקה אולי יחנן ה' ויחזור גם הקרקע לבעליו והוסיפו לחדש בה שתהיה הבחירה ביד המוכר או לתת דמי המכר ללוקח ויחזיר לו קרקעו בתוך שנה או להוציאו ולתת לו שכירות כמו שהיה זכותו בו לענין שכירותו בעודו ביד הגוי ונחתמה בש' תשובו. איש א"ל אחוזת"ו מהרבנים מוהר"ר וידאל הצרפתי זצוק"ל ומוהר"ר מנחם סירירו זצוק"ל והם עצמם כתבו במקום אחר שתקנה זו מעיקרא היא בנויה ומיוסדת על דין סקריקון שבסי' רל"ו ויש לה דין קרקע לחזקה זו ולא כחזקת ישוב דמספקא להו אם דין טלטל יש לה או דין קרקע והרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ הוסיף לנו לקח טוב כפי מה שקבל מהרבנים הנז' ככתוב בס' הפסקים שביד נכדו סי' קל"ז וקל"ח שאפילו הוחלטה ביד הקונה מהגוי מחמת שעברה שנה מיום שקנאה מהגוי כל זמן שירצה בעל החזקה להוציאו הדין עמו להוציאו ומעלה לו שכירות כפי מה שהיה נוטל הגוי או כפי מה שישומו הבנאים שהיה יכול לתת לגוי אלו היתה נשארת בידו דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה ואם ירצה בעל החזקה להניחו לדור יפרע לבעל החזקה כרצונו שאם הבית שוה י' אוקיות והגוי היה נוטל ג' אוקיות הרי בעל החזקה נוטל ז' אוקיות ולא אמרו שבעל החזקה נוטל רביע אלא בהיכא שהיה הגוי משכירו בשיוויו וכל הפוחת לו כלום מהדרך אשר ביארנו הרי זה גזלן וחמסן ושאם ירצה הקונה מהגו למכור לא ימכור כ"א ג' רבעים וכל אימת שיתבע ממנוי בעל החזקה לכתוב לו בעש"ג עקד אלקי'דאר שזה יש לו רביע בקרקע ההוא חייב לכתוב לו ואינו רשאי הקונה מן הגוי לרדת לדינא דגוד או איגוד עם בעל החזקה יע"ש לשונו הטהור באורך וברוחב. ומהשתא נחזי אנן בנדון שחזר הקונה מן הגוי ומכר לגוי אחר היכי לדייניה להאי דינא ואמינא ודאי שאם שמעון כשמכר לגוי הב' מכר בסתם כל החצר ולא פירש לו שאינו מוכר לו אלא ג' רבעים ודאי הוא שנתרוקן כחו של שמעון שהרי מכר לגוי בסתם כל החצר והרביע שאנו מחסרין לגוי מקניינו הוא הרביע שנוטל ראובן המוכר הא' ומה נשאר לשמעון ליטול דאין כאן יתר על הג' רבעים שראוי ליטול הגוי

הב' בקניינו ואם פירש שמעון המוכר הב' להגוי שאינו מוכל לו אלא ג' רבעים וכגון שכתב לראובן בעל החזקה עק"ד אלק'ידאר כנ"ל שיש לו רביע בגוף הקרקע ונשאר בידו ג' רבעים ופירש לגוי שאינו מוכר אלא הג' רבעים שנשארו לזכותו אז יש מקום לומר שתשאר לו החזקה של הג' רבעים וכמו שאנו אומרים במוכר החזקה לגוי שתשאר לו חזקה דחזקה ה"נ נימא במוכר הג' רבעים שתשאר לו החזקה שהוא הרביע בהג' רבעים שמכר לגוי אלא שחזקה זו פורחת באויר שעכ"פ לא יגרע כלום ממה שהיה נוטל המוכר הא' בחזקתו שאם היה נוטל בחזקתו ז' אוקיות והגוי היה נוטל ג' אוקיות אין לשמעון המוכר הב' ליטול כלום ממה שהיה נוטל ראובן המוכר הא' דהיינו ז' אוקיות אלא שאם יש במציאות שהגוי הב' אינו נוטל כל הג' אוקיות שהיה נוטל הגוי הא' אז יש לשמעון ליטול הנשאר מהג' אוקיות לעצמו ואם הגוי הב' נוטל גם הוא ג' אוקיות לא יטול שמעון כלום דלא הניח לו הגוי מה ליטול מחלקו וזה אינו אלא בהיכא שפירש לגוי שאינו מוכר לו אלא ג' רבעים אבל במוכר סתם כל החצר נתרוקן כחו לגמרי ואין כאן חזקה זולת חזקת ראובן המוכר הראשון והגוי הב' הקונה משמעון קאי במקום הגוי הא' ואם היה נוח מהראשון ואינו נוטל בשכירות כמו הראשון מזלו גרם ואם היה קשה מן הא' ונוטל בשכירות יותר מהראשון ג"כ מזלו גרם ובלבד שלא יפחות לו מהרביע דלהכי שיערו חכמים החזקה בהרביע דאין לפחות מרביע אבל למעלה אין לה שיעור וכל מאי דמוזיל הגוי בשכירות הג' רבעים שהם כח הגוי יטלנו בעל החזקה, ודברים ברורים הם הח"פ צפרו בסיון מש' עושה משפט לעשוקי"ם לפ"ק:
נאם החותם שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן צ

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין החצר הנקראת ע"ש אזנזון שקנאה ה"ר מסעוד לערבי בהיותה חרבה תל עפר מהגוים בעלי החורבה בהאלגז'א הנוהג באיזה חורבה או בקעה שתהיה דהיינו שקונה אדם מהבעלים שי"ל חורבה או בקעה לבנות עליה בניינים כחפצו כאדם העושה בשלו בעד מה שקוצב עם הבעלים לתת להם סך מה בכל שנה ושנה עוד כל ימי הארץ ובזה הוחלט הקרקע ההוא ביד הקונה אותו לדורותיו ואף בהיכא דנפלו הבניינים שבנה לא נתרוקן כחו מהקרקע ההוא וחוזר ובונה בו כחפצו ויתן מה שקצב לתת לבעלים או ימכור זכותו לאחר והאחר יתן הקצבה ההיא ומסעוד הנז' אחר שקנה החורבה הנז' באופן הנז' המתין מחמת בעלי החזקה עד שעבר יותר משנה ועמד ובנה שם שני בתים ולאחר כן עמד ומכר האלגז'א שבידו והבניינים שבנה לגוי אחר והגוי

שקנה ממנו הוא משכיר גוף הקרקע של הבתים הנז' מה שהוא כח הגוי וגובה שכירותו ובעלי החזקה גובים שכירות החזקה כנהוג בכל הקרקעות של הגוים שיש לישראל בהם חזקה ולשאול הגיע מסעוד הנז' ותובע מה ששוהד"ן אם האלגז'א הנז' יש לו דין מכר וקנה הקרקע ההוא בהאלגז'א קנין הגוף וכשחזר ומכר הקרקע ההוא לגוי אחר אם תשאר לו החזקה במה שמכר לגוי דהיינו בהשלשה רבעים כמו שכן הוא במוכר קרקעו לגוי שנשארת לו החזקה:

ואמינא ודאי דדבר פשוט הוא שהאלגז'א הנז' דין מכר יש לו ולא דין שכירות שהרי ממכר עולם הוא בדיניהם שהקונה קרקע בהאלגז'א קונה אותו לדורותיו לעשות בו חפצו ורצונו יבנה ויסתור יתן וימכור יוריש ויחסין באין אומר ואין דברים והמוכר לו מסתלק מהקרקע הקרקע ההוא לגמרי ואין לו אלא זכות הקצבה שנתחייב הקונה לתת לו מדי שנה בשנה ואחר שכן הוא הקונה קרקע בהאלגז'א ולא סלקו בעל החזקה תוך שנה מיום שקנה תו לא מצי לסלוקיה כדין הקונה קרקע מהגוי דאין כח לבעל החזקה לסלקו מכח התקנה אלא תוך שנה מזמן המקנה ולא במלאת לו שנה תמימה שאז קם הבית לקונה אותו לדורותיו ולא דיינינן להקונה בהאלגז'א דין שוכר בעלמא דמצי בעל החזקה להוציאו בכל זמן שירצה דאין זה אופן השכירות דאין לשוכר אלא דירה בעלמא שידור כל זמן השכירות ואינו רשאי לשנות צורת הבנין ולא יבנה ולא יהרוס ואפי' להביא קרוביו לדור עמו או להשכיר למי שיש לו סיעה גדולה אינו רשאי ואם נפל אזדא ליה ואם מת השוכר בטלה השכירות עיין סי' רי"ב ושי"ב ושי"ו ושל"ד משא"כ בהאלגז'א שרשאי בכל אלה לעשות כחפצו וממכרו הוא ממכר עולם ומה לי אם דמי המכר קצובין לפרוע לאלתר או קוצב לתת סך מה בכל שנה ושנה עוד כל ימי הארץ, ועם היותו דבר פשוט לא אמנע מלהביא ראיות מדברי הפוסקים דקנין הגוף מקרי שכן מצינו להר"ן בנדרים פ' השותפין דמ"ו אמתניתין דתנן המודר הנאה מחבירו ויש לו מרחץ ובית הבד מושכרים בעיר ואין לו בהם תפיסת יד מותר ומוקי אביי בגמ' היכי דמי דשרי דמקבל בעיסקא, וכ' הר"ן משם הראשונים דמקבל בטיסקא לאו היינו שכירות אלא הקרקע הוא של מחזיק לעולם ומורישו לבניו אלא שנותן דבר ידוע בכל שנה לבעלים הראשונים וכל כהאי גוונא קנין הגוף מיקרי ולא שעבוד בלבד שיפקיענו קונם והאי דנקט מושכרים במתניתין משום דטיסקא זו כעין שכירות היא שאם אינו פורע המוטל עליו שנה שנה הדרא ארעא למרה דמלכא אמר דיהיב טיסקא ליכול ארעא ואפ"ה כיון דכל אימת דבעי למפרע לא מצי מסלק ליה אידך קנין הגוף הוא דיש לו בקרקע ומשו"ה לא מצי אסר אבל בשכירות מצי אסר עכ"ל הר"ן והביאו הריב"ש סי' שנ"ה הרי מבואר דמקבל

בטיסקא שדומה למקבל בהאלגז'א קנין הגוף הוא ועדיף מקבל בהאלגז'א שבנה בנין בחורבה או הבקעה ההיא ואפי' בהיכא דלא פרע המוטל עליו לא הדרא ארעא אלא תובעו כשאר חוב, ועוד יש ראיה מדין מצרנות שכתב הטור בסי' קע"ה וז"ל קרקע שיש בו בנין והקרקע של אחד והבנין של אחד אם בעל הבנין יש לו כח בקרקע להיות בו בניינו עד עולם שאף אם יפול לחזור ויבננו אז כל א' וא' הוא מצרן על חבירו לפיכך איזה מהם שמכר חלקו לאחר חבירו מסלק הלוקח יע"ש והקשה הב"י לדעה זו דאית ליה זכותא בארעא עולמית ואפי' אם יפול בנין זה בונה אחר במקומו הרי בעל הקרקע לא נשאר לו זכות בקרקע ומה ימכור. ותירץ דהכא במאי עסקינן דלעולם הוא פורע שכירות כעין טיסקא לבעל הקרקע דהשתא אע"פ שי"ל כח לקיים שם בנין זה עד עולם ואפי' יפול בונה אחר במקומו אין הקרקע שלו לגמרי דלעולם הוא פורע טיסקא עכ"ל, והוא ממש מציאות האלגז'א שפעמים שבעל הקרקע שלוקח אלגז'א מוכר זכותו לאחר ועומד האחר במקומו לגבות האלגז'א ופעמים שהמקבל בהאלגז'א מוכר זכותו לאחר שיזכה בהקרקע ההוא ויתן האלגז'א: עוד מצינו להאחרונים שמזכירין מציאות האלגז'א ממש אלא שמזכירין אותה בשם מוקטע'א כמ"ש כנה"ג סי' ק"מ בהגה"ט אות מ"ו משם מהריב"ל וז"ל ארעא דמוקטע'א לית ביה דינא דבר מצרא אבל אחר שנבנו הבתים על הקרקע אית ליה לבעל המוקטע'א דינא דבר מצרא בהבתים הסמוכים למוקטע'א עכ"ל. ופירש בעל מסגרת השלחן בדיני החזקות שהביא בסי' ק"מ אות י"ז שהאלמוקטע'א הוא ארעא דשייך למלך או לכותי וישראל קנה אותה באופן שמעלה ממנה מס פרטי למלך או לכותי דשייך לו אותו ארעא ויש רשות ליהודי לבנות עליה ולעשות כבשלו וזהו חק ולא יעבור שאין המלך או הכותי יכולים להוציאו ליהודי ממנה עולמית כשיתן המס מדי שנה שנה בשנה כמו שקצבו לו ליתן יע"ש באורך, הרי מבואר שהאלגזא ממכר עולם היא ודין מכר יש לה ולא דין שכירות ואחר שדינה כמכר כל ששהה ביד הקונה אותו שנה תמימה תו לא מצי בעל החזקה לסלקו כדין שאר ממכר ואף אם לא היה הדבר ברור שהוא מכר גמור כדאמרן אלא היינו מסופקים אם דין מכר י"ל או דין שכירות הקונה הוא מוחזק והבא להוציא מידו מכח התק' עליו הראיה:

[הגהה הכי איתא להדיא בשו"ת מהר"י מטראני ח"א שאלה נ"ט שהמוקטאעקא דמכירה לשנים היא וזכה בקרקע בדיני האומות ובדין התורה ויש לו קנין בגוף הקרקע והביא ראיות ברורות גם הביא ההיא דהביא מר אבא נר"ו דהמודר הנאה מחבי' ויש לו מרחץ וכו' יע"ש]:

הקטן רפאל:

ומינה נמי השתא דחזר מסעוד הנז' ומכר זכותו לגוי אחר דיינינן ליה כדין מוכר קרקעו לגוי דנשארה לו החזקה במאי דמכר לגוי דהיינו הג' רבעים שהם כח הגוי כמו שמצינו בפסקי מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שהמוכר חזקה לגוי נשארת לו חזקה דחזקה שהיא א' מט"ז במדור ה"נ נשארת לו החזקה בהג' רבעים שהיא ג' חלקים מט"ז במדור ובלבד שלא יפחות כלום ממה שנוטל בעל החזקה הראשונה ולפעמים חזקה זו פורחת באויר שאם במשל היה הקרקע נשכר ביו"ד אוקיות והיה הגוי נוטל ג' אוקיות ובעל החזקה היה נוטל ז' אוקיות אין לבעל החזקה הב' ליטול כלום מהז' אוקיות אלא שאם יש במציאות שהגוי הב' אינו נוטל כל הג' אוקיות אזי יטול מה שנשאר מהג' אוקיות ואם גם הגוי הב' היה נוטל ג' אוקיות לא נשאר לו מה ליטול, ואין לומר דלא יטול בעל החזקה הראשונה כ"א הרביע דהיינו ב"ם ד"ת כיון שכבר היה נוטל ז' אוקיות ולא שיערו חכמים חזקה בהרביע אלא לענין דאין לפחות מרביע אבל למעלה אין לה שיעור דכל מאי דמוזיל הגוי הראשון בשכירות הגוף שהוא כח הגוי יטלנו בעל החזקה הראשונה כמו שמפורש בפסקי הרב הנז', בעל החזקה השניה לא יטול אלא מאי דמוזיל גביה הגוי הב' וכבר כתבתי בענין זה באורך בשאלה ותשובה שבאה לידי ממכנאס יע"א שכתבו בתשובתם שלא יטול בעל החזקה הא' זולת הרביע וכל מאי דמוזיל הגוי בשכירות יטלנו בעל החזקה הב', ולא יכולתי להלום דבריהם אם לא שבעל החזקה הא' היה נוטל רביע עם הגוי הא' אזי נאמר דמאי דמוזיל הגוי הב' הוא לבעל החזקה השנית ודברים ברורים הם וצוויי"מ הח"פ צפרו בשבט משנת נטעתי"ך שורק לפ"ק וקיים:

שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה ה"ן אביטבול ס"ט דברי החכם הפוסק נר"ו הם אמת וצדק אין בהם נפתל ועקש בכל פרטיו דמ"ש החכם דבעל החזקה לא יסלק למס' הנז' הקונה הקרקע תוך שנה וכיון שלא סלקו בתוך שנה זכה במקחו הקונה הנז' ותו לא מצי לסלוקיה הדין עמו דודאי לא מצי בעל החזקה לסלק הקונה הקונה מהגוי אחר שעברה שנה מיום המקנה וא"כ זכה מסעוד הקונה מהגוי בקרקע הנז' לבנות בו בניינים כחפצו ורצונו ויתן סך הקצבה לגוי מדי שנה בשנה כמנהג הקונה בהאלגז'א דדין מכר י"ל ולא דין שכירות שהרי ממכר עולם הוא בדיניהם שהקונה בהאלגז'א נחלט הקרקע בידו לצמיתות לקונה אותו לדורותיו ואפי' אם יפול הבנין ההוא יכול הוא לחזור ולבנותו פעם ב' כאשר תאוה נפשו ואין דובר אליו דבר אלא שיתן הסך הקצוב לגוי כמו שהתנה עמו בשעת הקנין אם מעט ואם הרבה עוד כל ימי הארץ וכיון שכן ברור הוא דדין מכר יש לו וכמו שהביא הח' הפוסק ראיות ברורות ונכוחות למבין מדברי הר"ן מציאות זו דומה בדומה ממש. ומדברי הטור ג"כ בסי' קע"ה לפי פי' הרב"י ז"ל וכמו שהביא ג"כ

מדברי האחרונים ז"ל שקורין לענין זה בשם מוקטע'א יע"ש, א"כ איפה זכה מסעוד הנז' בג' רבעים מכח הגוי כנ"ל. והשתא דחזר מסעוד הנז' ומכר הג' רבעים שלו לגוי אחר נשאר לו בהם חזקה שנית שהם ג' חלקים מט"ז כידוע דחזקה ראשונה היא רביע בגוף הקרקע וחזקה שנית היא ג' מט"ז: והשתא נחזי אנן דאם היה הקרקע נשכר ביו"ד אוקיות והיה הגוי נוטל בשכירות ג' אוקיות ובעל חזקה היה נוטל ז' אוקיות, ברור הדבר דאין יכול בעל החזקה הב' לפחות לבעל חזקה ראשונה וליטול ממנו כלום כיון שהיה נוטל כל השבעה אוקיות והגוי נוטל ג' אוקיות, א"כ לא נשאר לו לבעל חזקה שנית מה ליטול, דלא אמרו דבעל חזקה ראשונה נוטל רביע אלא לענין שאין לפחות לו מרביע אבל למעלה אין לו שיעור כמו שראה כ"ז החכם הפוסק כתוב ומפורש בכתבי מוהר"ר, וא"כ לא נשאר לבעל חזקה ב' מה ליטול כיון שבעל חזקה ראשונה נוטל ז' אוקיות והגוי נוטל ג' אוקיות. אכן אם הגוי הב' מוזיל גביה שאינו נוטל אלא ב' אוקיות אזי המותר יטלנו בעל חזקה ב' אבל בעל חזקה א' לעולם עומד בשלו מה שהיה נוטל מעיקרא יטלנו גם עתה ולא יהיה נגרע משלו כלום. באופן דדברי הח' הפוסק צדקו יחדיו ולראית האמת ח"פ פאס יע"א באלול תקנ"ט לפ"ק וקיים: אליהו הצרפתי סי"ט הדין דין אמת שזכה מסעוד הנ"ב בחזקת ג' רבעי החורבה שהוא ג' חלקים מט"ז בכל החורבה דהיינו שבעל החזקה ראשונה יטול רביע השכירות של כל החורבה ומסעוד הנז' יטול רביע בג' רבעים הנשארים יובן ששכירות החזקה יתחלק ביניהם לז' חלקים בעל חזקה א' יטול ד' חלקים ובעל חזקה ב' יטול ג' חלקים, ולא אמרו שכל מה שהוא יותר על השכירות שנוטל הגוי בעל גוף קהרקע יטלנו בעל החזקה אלא בשוכר מהגוי בעוד גוף הקרקע בחזקת הגוי לפי שהגוי אינו מודה בחזקה ולפעמים סוגר החצר ומפקיע יד ישראל בעל החזקה לגמרי ולכן תקנו לו לישראל שכל אשר תמצא ידו לעשות בכחו יעשה אפי' ליטול כל השכירות. אבל כשמכר הגוי גוף הקרקע לישראל שהוא מודה בחזקה ועושה דין עם בעל החזקה בזה לא תקנו לו כ"א הרביע שהוא סתם החזקה וישראל הבא מכח הגוי נוטל השאר ולכן בנד"ז שזכה מסעוד הנז' בג' רבעים כנז' לא יתן לבעל החזקה כ"א הרביע והשאר יזכה בו מסעוד הנז' וכיון שמכר לגוי נשארה חזקת שלשת רבעים בחזקת מסעוד הנז' אלא שיד בעל החזקה הראשונה על העליונה שאם הגוי משכיר ביוקר בענין שלא נשאר כ"א רביע השכירות או פחות יטלנו בעל החזקה ראשונה כי הוא הקודם לכל דבר ואם יש שם יותר על הרביע יטלנו בעל החזקה השנית עד תשלום רביע בג' רבעים הנשארים ואם הגוי מוזיל השכירות יותר מדאי בענין שנשאר לבעלי החזקה יותר מז' חלקים מט"ז יתחלק בין בעלי החזקות לז' חלקים ומ"ש הרב הגדול זלה"ה שלעולם

נוטל הישראל בעל החזקה מה שהיה נוטל עם הגוי אפי' כשבא הקרקע ליד ישראל לא הודו לו חביריו כל בתי דינין שבמערב ועוד שאין זה דבר קצוב שהשכירות שנוטל הישראל היא עולה ויורדת ולכן תקנו הרביע שהוא דבר קצוב' וגם הוא ז"ל לא אמרה להלכה למעשה שהרי ראינו לרבותינו ואבותינו אשר יצקו מים ע"י הרב הנז' זלה"ה כך היו דנים והולכים מעשים בכל יום ואפי' בעוד הקרקע ביד הגוי אם הוא מודה בחזקה ומקבל עליו לדון בדיני ישראל פוסקים לו שלא יתן לישראל בעד החזקה כ"א רביע השכירות והישראל פורע רביע ההוצאות כדינו עם ישראל ואם הלכה רופפת בידך הלך אחר המנהג ופוק חזי מאי עמא דבר, ולראיה ביד מסעוד הנז' ח"פ פאס יע"א בזמן הנ"ב ושו"ב וקיים:

איש צעיר שאול סירירו סלי"ט הדין דין אמת ורואה אני את דברי החכם כמה"ר שאול סירירו נר"ו ויש להוסיף נופך אלא שהמוביל נחוץ: הקטן פתחיה מרדכי בירדוגו סי"ט יציבא מלתא שמסעוד הנ"ב יש לו חזקה בהג' רבעים שקנה מהגוי וחזר ומכרם והשוכר מהגוי לא ישכור ממנו רק כשיעור זה דהיינו שאם שכירות החצר יו"ד אוקיות הוא שיווייה דהו"ל לבעל החזקה הא' רביע הסך הנז' שהוא עשרה מעות ונשאר להג' רבעים ז' אוקיות וחצי יהיה הרביע שלהם למסעוד הנז' בעד חזקתם שהוא ע' מעות וי"ב פרוטות וישאר לגוי כ"ב מעות וי"ב פרוטות ועד"ז ישכור מהגוי לא יוסיף לו ול"ו יגרע כי לא יוכל השוכר מהגוי למעט חזקת ישראל לא בעל החזקה הא' ולא בעל החזקה הב' ואם לא יעשה כן וירבה לגוי עה"ד והערך הנז' על השוכר ליהדר לשלם מכיסו ואם לא ירצה הגוי להשכיר לו בסך הנז' דהיינו לערך ה"ם ד"ת א"ת לא ישכור ממנו דעל השוכר רמי חיובא דחזקה זהו הנראה לקוצ"ד וה' ינחנו בדרך אמת כי"ר וקיים:

הקטן שמואל ן' וואעיש סי"ט:

ראיתי מ"ש בפנים והדין ד"א שזכאי מסעוד הנז' בחזקה במאי דמכר לגוי שהוא ג' רבעים אלא שצריך לבאר שאם החורבה הנז' נשארה חריבה ג' שנים עד שאינה ראויה לדירה אין לבעל החזקה כלום מאחר שאינה חזקת סקריקון דהיינו שבעליה הראשונים הם ישראלים אלא שמכרוה לגוי ונשארה לבעליה החזקה אלא נד"ז היא חזקת יישוב דהיינו שבעלי החורבה הם גוים אלא שישראל בנאה וזכה בחזקה מכח הבנין או שכרה הוא תחלה מן הגוי בעליה או סייע הוא תחלה בבניינה כדי להחזיק בה והיא הנק' חזקת יישוב כתבו האחרונים וכן דנו אבותינו ורבותינו שאם נפלה עד שאינה ראויה לדירה ונשארה בחורבנה ג"ש ובא אחר ובנאה הוא זוכה בחזקתה ואין לראשונים כלום. וכן אם הגוי בעליה בנאה ובא אחר והחזיק בה הוא תחלה הוא יזכה בחזקתה דמסתמא כשעברו

ג"ש מייאש לבד אם ג"ד בכל ג"ש שאינו מתייאש ממנה, ולענין כמה יטול בשכירות המחזיק השני בג' רבעים. אמת אלו קנה המחזיק הב' הזה החלקים הנז' בהחצר והיא בנויה על תלה לא יפחות הקונה הזה שהוא המחזיק הב' למחזיק הא' ממה שהיה נוטל מתחלה וכמ"ש מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה והיתה חזקת הב' פורחת באויר היכא דלא נשתייר לו כלום אבל הכא שהמחזיק הב' קנאה חורבה והוא בנאה ושכללה סברא הוא שהמחזיק הא' שלא עמל בה ולא גדלה לא יטול כ"א הרביע שלו בחזקת כל החורבה והמחזיק הב' יטול בג' רבעים מאחר שהרב הגדול עצמו לא כתב שיטול המחזיק הא' כל מה שהיה נוטל מתחלה אלא דרך קנס כדי שלא יבוא אחר וישיג גבולו לקנות מן הגוי ועכשיו שקנאה חורבה אין כ"כ השגת גבול כי אדרבא טובתו היא שבנאה לו כדי ליהנות מפירותיה ולכך המחזיק הא' לא יטול כ"א רביע בחזקת כל החורבה והמחזיק הב' יטול רביע בג' רבעים ואם הי"ל שום נותר יתחלק ביניהם לפי ערך זה אלא שיד בעל החזקה הא' על העליונה שאם לא נשאר משכירות הגוי כ"א רביע או פחות יטלנו המחזיק הא' ובזה צדקו דברי הרב הגדול זלה"ה והודו לו חביריו על זה הקנס וכן הורו ב"ד שלפנינו וכן אנו דנים והולכים וכן יצדקו דברי הב"ד שלאחריו בנדון כזה ולרח"פ באב רחמן תקס"ה לפ"ק וקיים:
ברוך טולידאנו ס"ט:

סימן צא

נדרשתי אח"מ לפתוח יד בתשוב"ה בדין האשה אסתר בת משה ארוימי הנק' בושיב'א שבגד בה בעלה מס' ן' יוסף ן' דוד וחיון והרחיק נדוד והניחה היינו עזובה היינו שכוחה זה כמה שנים ונתעלם מן העין ולא נודע מה אירע לו עד היום שנמצאו עדים על מיתתו ואז הותרה מכבלי העיגון ככתוב בידה מבתי דינין יש"ץ ומיום שהלך בעלה והניחה בחוסר כל עמדה אסתר לבקש על עצמה וחגרה בעז מתניה לשרת בחצר בית המלכות ובית השרים ועשתה והצליחה היתה כאניות סוחר להחיות נפשה ואת נפש בנה ותאכל ותשבע ותותר אחריה ברכה מרובה, ועתה לשאו'ל הגיעה אם יש חלק לבנה במה שהרויחה משום דקי"ל באלמנה מעשה ידיה ליורשים כדאיתא בסי' צ"ה: ואחר ההתבוננות בדין זה אנכי הרואה דאין זכות לבן הנז' במה שהרויחה אמו ולעצמה הרויחה שהרי אפי' לגבי האב עצמו קי"ל בפ' אע"פ דנ"ח ע"ב כהא דא"ר הונא א"ר יכולה אשה לומר לבעלה איני ניזונית ואיני עושה קסבר כי תקינו רבנן מזוני עיקר ומעשה ידיה משום איבה ופרש"י מזוני עיקר תחילת תקנתא לטובתה תקנוה משום דזמנין דלא

ספקא במ"י למזונות ותקנו תחילה עיקר תקנתא שיזון איש את אשתו והדר תקון לה מ"י משום איבה וכיון דעיקר תקנתם לטובתה ומשום דידה הואי כי אמרה לא ניחא לי בהאי טיבותא שומעין לה ופסקה הרמב"ם בפי"ב מהל' אישות הלכה ד' ומר"ן בא"ה סי' ס"ט ס"ד ואפי' לא אמרה בפירוש איני ניזונית רק שתקה ולא תבעה מזונות הכל שלה כדפסק מור"ם בסי' פ' ס' ח' וז"ל אשה ששתקה ולא תבעה מזונות ולא מעה כסף מן הסתם מ"י עם המותר שלה ולא אמרי' שמחלה מ"י ופי' הרב ח"מ ולא אמרי' שמחלה מ"י כלומר לא אמרי' מאחר ששתקה ולא אמרה בפי' איני נזונית ואיני נוטלת מעה כסף ואני אעשה הכל לעצמי דה"א דוותרה לבעל המעה כסף והמזונות רק רוצה לצמצם ולסגף עצמה וליתן הכל לבעל ולא תקח ממ"י רק כדי חיותה אלא אדרבא מסתמא אדעתא דנפשה עבדא והכל לעצמה עד שיתן לה הבעל מזונות בעד מ"י ומעה כסף בעד המותר וכן הוא בר"ן פ' אע"פ בשם הרמב"ן עכ"ל, הרי אפי' היכא דבעלה עמה רק שלא השגיח לתת לה מזונות שבעד מ"י ולא המעה כסף שבעד המותר וגם היא שתקה ולא תבעה מזונות ולא מעה כסף שהכל שלה כ"ש היכא דהרחיק נדוד והניחה בחוסר כל והיא הלכה ועשתה והצליחה שהכל שלה וכמו שכן פסק מר"ן בהדיא באה"ע סי' ע' סי"א וז"ל הרי שלא תבעה ולא לותה ולא מכרה אלא דחקה עצמה ביום ובלילה ואם עשתה והותירה הכל שלה והוא פסק הרמב"ם בפי"ב מה"א הל' כ"ב וכתב הה"מ שכן דעת רמב"ן ורשב"א וכתב הטעם שכל שאין הבעל נותן לה מזונות זכתה היא במ"י אפי' דרך שתיקה יע"ש, וכ"כ הר"ן בפ' שני דייני גזירות בשמם וכתב שכך היא תשובת הרי"ף יע"ש, הרי אפילו אם הבעל עודנו חי אין לו זכייה של כלום במ"י כיון שלא היה נותן לה מזונות והניחה בחוסר כל ואפי' אם היו לו נכסים כיון שלא תבעה בב"ד לפסוק לה מזונות ולא לותה ולא מכרה כל שעשתה והותירה הכל שלה וכ"ש השתא דמת דאין ליורשיו כלום במ"י שאין זכות ליורשי' במ"י אא"כ מעלין לה מזונות וזה הבן היורש אדרבא היא היתה זנה אותו הרי מדינא אין שום זכייה להבן הנז' עם אמו:

ומן התקנה נמי אין לו זכייה דאע"ג דכפי דין התקנה מחוייבת לחלוק עם יורשיו כל הנכסים הנמצאים לו ולה ואפי' נכסי מלוג הני מילי היכא דיש נכסי הבעל מעורבין עם נכסיה ובהדין עירוב'א דחולקת עמהם בנכסי מורישם חולקת גם בנכסיה אבל היכא דליתנהו לנכסי הבעל כלל ואין כאן זולת נכסיה בזה לא דברה התקנה והדרינן לד"ת שאין להם שום שליטה על נכסיה כי התקנה מחודשת היא ופרטות לגבי דין תורה הכולל ואין לה בה אלא חידושא הבא מפורש בה ודבר שאינו מפורש בה נעמידנו על ד"ת [עיין הרא"ש כלל נ"ו שכתב שאין למדין מלשון התקנה אפי' דבר שהוא מק"ו ועיין

מהר"ם אלשיך סי' פ"ד] כמ"ש מר"ן בא"ה סי' קי"ח ס"ו וטעמא דמלתא דחזינן דלא באה התקנה להוציא מד"ת רק בדבר שראו מתקני התקנה דאיכא עגמת נפש כשנעמיד הדבר על ד"ת דבהיכא שנפטרה האשה בחיי בעלה שהדין נותן שהבעל יורש את אשתו המה ראו דאיכא עגמת נפש לקרובי האשה בראותם מי שאין לו קורבה טורף ואוכל ממון שהעניקו לקרובתם לעיניהם ונתקיים בהם שורך טבוח לעיניך ולא תאכל ממנו. וכן בהיכא דנפטר הבעל בחיי אשתו שהדין נותן שלא יטלו היורשים כלום אלא אחר שתגבה כל כתובתה נוסף על מזונות ופרנסה כל ימי מיגר אלמנותה עם כל נ"מ שלה ומשכחת לה שלא ישאר ליורשים כלום ואיכא עגמת נפש שרואים כל נכסי אביהם נתונים לעם אחר זו אשת האב גם אם היא אמם ותרחם עליהם מנכסיה הוי כמאן דאכיל דלאו דידיה וכו' וא"כ בנ"ד שהבעל לית ליה מגרמיה כלל ואין כאן אלא נכסי האשה אשר מן הדין אין לו שום שליטה עליהם מהיכא תיתי להוציא נד"ז מד"ת ולהכניסו בדין התקנה מאחר שאין כאן שום עגמת נפש ליורשים לרשת משכנות לא להם בממון שלא עמל בו ולא גדלו מורישם ואדרבא עלבון גדול ועגמת נפש לאשה זו אם נדין אותה בדין התקנה בראותה זרים אוכלים כל עמלה וממונה מכח מורישם והוא לא הניח כלום ולא באה התקנה לסתום אלא לפרש והשתא דלא פירשו אמרינן היכא דגלי גלי והיכא דלא גלי אדין תורה סמיך ולא ילמד סתום מן המפורש וכבר הובא דין זה לפני בשנת תקל"א כנד"ז שנלב"ע מסעוד בן אהרן כשנשא אחות כהה"ר סלימאן בן רבוח ולית ליה לבעל מגרמיה כלום ובאו היורשים לחלוק עמה ובא לכאן ה"ר מנשה מגירש נ"ע לפרוע לו חוב שנושה בהבעל הנז' ודנתי ביניהם שאין ליורשים ולא לב"ח ליטול כלום מנכסיה והלך מנשה הנז' וקבל לפני הרבנים ב"ד של ארבע חב"ח ולא הועיל כלום שאמרו לו כך הוא הדין, וגם בשנת תקנ"א דן משי"ח דין זה כשנלב"ע אברהם ן' חמו שהיה נשוי עם חנה בת מכלוף אמסלם שלא יטלו כלום מנכסיה לא יורשיו ולא בעלי חובותיו וחתם עמו כמוה"ר משה מונסונייגו זלה"ה וגם אנכי נעשיתי סניף למשי"ח זלה"ה וחתמתי על הדין דין אמת ולראית האמת חתמתי בכסלו שנת אחז"ת עול"ם הו"א ליצי' וקיים:
שאול ישועה ס"ט:

סימן צב

טופס שטר מודעא הוזקקנו להעתיקו כדי לשולחו למדינה אחרת וז"ן. לפנינו אח"מ עמד החה"ש כהה"ר אליהו מאנסאנו יש"ץ ואמר לנו הן אתם כלכם חזיתם את כל אשר עשו לי כה"ר חיים מאנסאנו דודי וה"ר נתן בנו ירדו עמו עד לחיי באו עד נפש הם אמרו

דידי ודידהון דידהון הוא הרי זה מדת סדום ולא יש בנינו מוכיח לשית ידו על שנינו לדון דין אמת לאמיתו כי מי יוכל לדון למי שתקיף ממנו כי כולם עזי נפש לא ישובו מפני כל ואין מעצור לרוחם לרדף אמרים ולהתריס נגד גדולים וטובים מהם וכל האומר להם האמת אתכם רוחם נוחה הימנו ולכן כל בעלי הוראה נסתלקו מדינם כדי לפרוק מהם איבת הבריות ובין חיתא למחכלתא אבד כרא דעלובתא ולכן נועצו לב יחדיו ליילך למקום שאין מכירין אותנו ה"ה ב"ד הצדק שבמתא טיטואן יע"א ועליהם לקבל ככל הדברים אשר יצאו מפיהם כב"ד הגדול שבירושלם אפי' יאמרו על ימין שהוא שמאל, וכראותי צרת נפשי אמרתי עת לעשות להוציא מאתים על מנה ללכת עמהם כדי לשפות שלום וקנו מידינו בקוש"ח על כל האמור והלכתי עמהם להתם ותלי"ת משפטי ה' אמת צדקו יחדיו תורה אחת ומשפט אחד ויצאתי זכאי בדיני כאשר בתחלה אבל נתחייבתי שבו' היסת על טענה אחת אחר שיקבל חרם הר"ח הנז' והר"ח נתחייב ג"כ לישבע בס"ת על כמה תביעות ומלבד זה הדרא ארעא והדרי פירי כמו שכו"ח כל זה בפס"ד של חכמי טיטואן והסכימו עמהם כל חכמי המערב וכראותם כי קוו לאור והנה חשך עולם בעדם ונהפכה שלייתם על פניהם חזרו לאיתנם לתוקפם ועזותם ולא צייתי לדינא הנז' ובאו עלי בכח הזרוע ותלו בטחונם בנצחונו של בשר ודם בכח השררה ופערו עלי פיהם בדברי מסירות ומלשינות בדברים עתיקים מה שאין הפה יכול לספר ואין האוזן יכולה לשמוע והפסידוני בסך מה לשררה והכוני פצעוני לקחו את ממוני לתת את שאלתם ולעשות את בקשתם ולמפורסמות אין צריך ראיה כי יודע כל שער עמנו כל המאורע אשר עשו לי וכאשר עיניכם הרואות ועוד ידם נטויה עלי להכריחני לעשות רצונם ככל אשר תאוה נפשם ואביט ואין עוזר ואשתומם ואין סומך ואותי יום יום ידרושון לעשות כרצון איש ואיש ומפחידים אותי בדבר שיכולין לעשות דגזמי ועבדי כאשר עשו לי בתחלה שמסרו אותי וככחם אז כחם עתם לכן אמרתי אגלה אזנכם לאמר להקדים רפואה למכה אמסור מודעה רבתי לפניכם אחרי כן אבטל רצוני מפני רצונם, ובכן עדים אתם היום הריני מוסר מו' לפניכם אתם עדי ואומר לכם שכל אופן שאעשה עם הר"ח ובנו הנז' הן בדרך מתנה או בדרך מחילה או בדרך מכר או בדרך פשרה שאתפשר בזה האופן שמחמת השבועה שנתחייבתי זכיתי להם חלק בגוף כל הקרקעות שיש לי כפי אשר תגזור דעתם ובפירותיהן הן על מה שעבר הן על מה שמכאן ולהבא ואתן רשות לסופרים לכתוב על כל שטרי זכיותי שיש לי שכבר זכה הר"ח ובנו הנז' בחלק אחד בכל הקרקעות שיש לי וגם זכיתי להם גם חלק בכל ספרי הקדש שיש לי ובס"ת ובתכשיטיהן שיש לי בבה"ך ובשררת בה"ך הי"ג וגם מחלתי להם בכל התביעות שי"ל עליהם ויהיה

הכל כוח"ך בשטר הפשרה באופן המועיל ושברצון נפשי והשלמת דעתי בלי זכר שום אונס וכפיה כלל עשיתי דבר זה הן יהיה הדבר באופן הזה או באופן אחר שיתחדש להם מפי חכם ותיק ומפי סופרים וספרים הן דאסיקית אדעתאי עכשיו הן דלא אסיקית אדעתאי ויהיה הכל מתוקן בכמה תיקונים ובכל אופן המועיל כפי אשר יבקש להם חכם חרש ויהיה הכל בקש"מ בדל"ב ובש"ח ובהשית"ך ובכל מיני חומרי ואופני השבועה ואפי' בחרם ונדוי ושמתא ואמר וכו' ויהיה הכל ע"ד הב"ה וע"ד כל הנשבעים בשמו הגדול באמת וע"ד בדי"א דעו לכם שהכל בטל כי לא מלבי ומרצוני אני עושה כי אני אנוס במעשי אונס הניכר לכם אונס עצום ורב ומוכרח אני במעשי לעשות רצונם ככל אשר תאוה נפשם ואם אבטל רצונם יש בידם יכולת לאבדני ולהשחית את נחלתו בגופי ובממוני כאשר עיניכם רואות, ומעתה כל מה שאעשה עמהם אין פי ולבי שוין כ"א מן השפה ולחוץ לבד ותכף אני מבטל את הכל בלבי ואומר היום אם לא אנח תפלין וכיוצא מזה כפי הדין ואפי' אבטל להם כל מיני מודעי ומו' דמו' ודנפקי מגו מודעי עד עולם ואפסול עדיהן ועדי עדיהן מראשן לסופן ומסופן לראשן עסכ"ה אליבא דהרשב"א וסייעתיה זלה"ה וגם אאסור הנאותיהן על עצמי כזבח וכקרבן וכל דבר הנדור מד"ת והקדוש בקדושת הפה ואפי' אקע"ע נזירות שמשון ואפי' אתן רשות לבדי"א אשר תצא מו' זו לפניהם להפקיע ולהפקיר כל זכות שיש לי בשום מודעה מכח הפקר ב"ד הפקר ולכתוב ביטולה ע"ג מפי סופרים וספרים או לכתוב שאין לשום דיין ליזקק לה כלל או לקורעה קב"ד תכף כצאתה לפניהם ולהשליכה לאיבוד או שאעשה הסופרים שלוחים גמורים לכתוב ביטול מודעה מספיק כפי הדין ולא תגמר שליחותם עד עולם כל ימי חייהם ושכל אימת שיהיה חוזר וניעור שום כח לקיום המו' איגלאי מלתא דאכתי לא נגמרה שליחותם ורשאים הם לכתוב ולחזור ולכתוב עד אלף פעמים ויותר מהמה אחר החתום ואחר צאתה לפני בדי"א עד יצא כנוגה משפט הביטול וכיוצא באלו הדברים הכל בטל והכל הבל ורעות רוח ואדרבא ונהפוך הוא שכל הדברים יגעים אשר ימצאון כתובים בשטר תיווך הנז' הגורמים שום הורעת כח למודעה רבא דא ואישתמי' לכתוב הכא ביטולם עכ"ז יהיו חשובים ככתובין כאן ושוברם בצדן וכל מין שבועות שאשבע להם תכף אני מבטל אותם וכל הדברים הפוכים כמו רגע וכללו של דבר כל מה שיכול סופר ותיק ומובהק להמציא אופן מחודש ממה שהדעת מקפת וממה שבחק האפשרי או מפי סופרים וספרים או בנתינת רשות לב"ד להפקיע ולהפקיר זכותי מכח הבד"ה מגמתי אליו ועליו אני מכוין במסירת מודעא זאת והגם שנודה שמסרתי מודעא רבתי בדעות וחוזר לתהות על הראשונות דרך כלל או שנהיה פורטה דורשה ומכירה ואומר

בפרוטרוט שמסרתי מודעא על פרט זה וחוזרים לבאר שאם גם ע"ז פקחתי עין למ"מ הרי אני מתחרט ממנו ונוסיף עוד לבאר שאם על ביאור זה מ"מ וכו' וכן עזה"ד אין מספר עם הודאה כוללת שדברים האחרוני' עיקר והראשונים כלא היו ודברים כאלה המורם מהם כיוצא בהם אינו אלא להג הרבה ויגיעת בשר וכקורא שמע למפרע והרי אתם עדים היום ושלוחים שלא תגמר ושלא תפסק שליחותכם ע"ע לכתוב ולחתום פא"פ שטר מודעא המספיק להקים מזימתי ועצתי ישלים אפי' אחר צאתה והתקיימה לפני ב"ד וכל כמה שחוזר שטר הביטול להתעורר איגלאי מלתא דאכתי לא נגמרה שליחותכם ומכח מינוי זה אין צורך להאריך עוד ולעת הצורך ידינו נטויה לכתוב פעמים רבות מחול ירבון שטר מודעא חזק תקיף ואלים כראי מוצק דלית נגר ובר נגר דיפרקיניה ולהוסיף בה מילין ע"ג מילין אפילו אחר צאתה והתקיימה לפני ב"ד ולחזקה במסמרים בל תמוט עולם ועד וכל הבא אחרי זאת כנטול דמי ליהוי בטיל וחשיב כעפרא דארעא ואינו אלא כאומר הפוך בה וכו' וסיב ובלה בה ומינה לא תזוע וגם שאודה שטר הקנאה ומסירה להם או לזולתם מכל שטרי זכיות ופס"ד ומודעות ומחאות וג"ד שיש לי נגדם על הכל אני אומר שהכל הבל ורעות כח ואפי' אקע"ע בקש"מ ובש"ח וכו' שכל מה שזכיתי בדין לגבות מהם שלא אגבה מהם הכל בבת אחת רק ת' בכל שנה וכיוצא באלה הדברים הכל בטל ועל הכל יגדל כח מודעא זו וכל הבא אחריה אין לה מקום חלות כלל והמוקדם לא יושג כי כל הבא אחריה אני עושה אותו מדעתי ורצוני רק על צד ההכרח והאונס הניכר לכם ועל מודעא זו אני סומך לעשות כרצון איש ואיש להעביר השעה וכאשר אמצא שעת הכושר שסוף בעלי זרוע ליפול אשיבה ידי עליהם בכח מודעא זו וליפות כח מודעא זו נשבע הרא"ם הנ"ב ש"ח בת"כ ובהשית"ך שלא לבטל מודעא זו כלל ועיקר ושלא לבטל שליחותינו ושלא לקבל שום פתח וחרטה והתרה לשבועתו זאת כלל ועיקר ואין לו שום התרה עד שיתירוהו ג' חכמים מתושבי ארץ הקדושה תוב"ב ואין למוד' זו שום ביטול רק עד שיוציאנה ויקרענה לפני בד"ן או עד שיגבה כל מה שזכה בדין נגדם ולא יורע כח שט"ז מחמת לישנא יתיר או חסיר או חליף או היולי אלא הכל יהיה נדרש לתועלתו וסוף דבר כל מה שיעשה עמהם אחר שטר זה לא שרירן ולא קיימין שהכל הוא מחמת האונס הניכר שידענו בו אנחנו החותמים ידיעה נאמנה שהוא אנוס בדבר אונס עצום ורב ולראיה שכך ג"ד בפנינו במאמר בדי"א והכרנו באונסו ח"פ והי"ז בעישור אמצעי לחדש אדר ב' ש' התקמ"ח ליצי' פה פאס יע"א והשו"ב וקיים עכ"ל. וחתו' שני חכמים והכרנו חתי' כדחזי תי' במאמר בדי"א נכת' ע"ה וד"ק מוגה על נכון בלי תו"מ ולראיה ח"פ וקיים:

חסאן ן' לחסין סי"ט ראובן אוחנא סי"ט טופס מ"ש חכמי טיטואן יע"א וז"ן. ע"פ מה שהעידו העדים החתומים לעיל שהכירו באונס כהרא"ם הנז' שהיה אנוס בדבר אונס עצום ורב והמודעא נעשית במבדי"א מעתה הרי היא חזקה כראי מוצק תקיפא ואלימא ולית מאן דיפריקינה ולעת שיעבור האונס ידו נטויה עליו לעמוד עמו לפני העדה למשפט ועשו ע"פ הדבר אשר הגידו להם ולהפקת רצון כהרא"ם הנז' חתימנא הכא טיטואן יע"א בחדש סיון המבת"ש בשנת תקמ"ט לפ"ק וקיים עכ"ל, וחתומים החכמים השלימים הדה"מ כהה"ר שלמה אבודרהם נר"ו וכהה"ר אברהם מונסונייגו נר"ו והכרנו חתי' כדחזי מוגה על נכון בלי תוספת ומגרעת ולראיה ח"פ וקיים:

חסאן ן' לחסין סי"ט ראובן אוחנא סי"ט טופס מ"ש חכמי מקנאס וז"ן, המו' הנז"ב חזקה כראי מוצק ועל חנם שפכו כמה דיו"ר שאחר שהיה הכרת אונס ומבדי"א סגי לבטל כל הבא אחריה ואין לו שום קיום ואפי' ג"ד לחוד היה מספיק לפי הצעת השאלה אלא כיון שאין פסק הזכות שבו זכה בדינו הרא"ם הנז' לפנינו לא החלטנו המא' בזה אך מ"מ כיון שיש הכרת אונס לית דין ולית דיין שהמודעא קיימת וכל הנעשה אחריה בטל ויחזור הדבר לסיני לעשות ככל הכתוב בפסק ב"ד יש"ק. וכגו"ד ג"ל שהשבועת היסת שנתחייב הרא"ם אין להם להשביעו עד שיחזירו לו כל מה שנטלו ממנו מכח הפשרה שאחר מודעא זו ואחר שיקבלו ח"ח אז חל עליו שבועת היסת כמו שפסקו להם הב"ד י"ץ ולרח"פ בחדש זיו משנת משבי"ר לפ"ק וקיים עכ"ל וחתומים החה"ש הדו"מ כהה"ר יקותיאל בירדוגו וכהה"ר רפאל אחיו וכהה"ר ברוך טולידאנו יצ"ו והכרנו חתי' ולרח"פ וקיים:

חסאן ן' לחסין סי"ט ראובן אוחנא סי"ט עוד נמ"ך במודעא וז"ן. מש"ל שהכרנו באונסו אונס עצום ורב הוא מצד איש אחד הידוע לנו שהיה מתאלם עליו במסירות ומלשינות מה שאין הפה יכולה לספר וגזים ועביד ואף בשעת הפשרה שנתפשר כהרא"ם הנז' עם בעל ריבו היה האונס קיים ועדיין בתוקפו וגבורתו האיש הנז' כבתחלה ולראיה ח"פ אני אחד מעידי המוד' וקיים עכ"ל וחתום אחד מעידי המו' והכרנו חתי' כדחזי ולרח"פ וקיים: יהודה ן' אמוזיג ס"ט דוד משה קדוש סי"ט טופס שטר פשרה שהוזקקו בעליו להעתיקו לשלחו למדינה אחרת וז"ן אב"א אחר שעבר ריב ומדון בין החה"ש כהה"ר חיים מאנסאנו י"א ובין כהה"ר אליהו י"א בן אחיו של כהר"ח הנז' אודות עזבון מורישיהם ועד האלהים בא דבר שניהם אלו הדיינים חכמי ודייני ק"ק טיטואן יע"א ויצא כהר"א הנז' חייב בדינו לישבע על טענותיו של כהר"ח דודו הנז' כמו שכתוב פס"ד כוח"ך מחכמי תיטוואן יע"א והן היום שעמד כהר"ח הנז' ותבע לכהר"א הנז' כדי לישבע

לו על טענותיו עמדו קצת מת"ח ועמהם א' מבדי"א ופשרו ביניהם עזה"ד שנזכור להלן בע"ה והוא שהע"ע בקש"מ בדל"ב ובש"ח כ"א לדינו ולתועלתו למ"ש כהה"ר אליהו הנז' בהו"ג ברצון נפשו והש"ד שבעד השבועה שנתחייב לישבע בדין על טענות כהר"ח דודו הנז' גמר וזיכה והקנה לדודו הנז' רביע מבה"ך הי"ג הידו' לאביו ז"ל ובכל תכשיטיה והנאותיה ותשמישיה עם רביע בכל ס"ת שתת' שהם מקנת כספו של אביו ז"ל ועם חומש בחצר הידו' לאביו ז"ל הלא היא החצר הסמוכה מצד אחד לחצר הנק' ע"ש ה"ר חיים מגירץ ומצד הב' לחצר הנק' מקדם ע"ש כהה"ר יוסף ן' אדהאן וחומש ג"כ בכל הקרקעות שהם מקנת כספו של אביו ז"ל הקנאה גמורה שו"ק כדו"ך באופן הנאות והמועיל ואגב הקרקע הנז' הקנה לו ג"כ חומש בכל כתבי הקדש שהם מקנת כספו של אביו ז"ל קנין גמור עם כל שט"ח ומשכונות הכתובים ע"ש אביו ז"ל לשיזכה בהם ובמ"ש בתוכם לגבי החומש מהסך הכתוב בהן וכן א"ל קני לך כל שט"ח ומשכונות הכתובים ע"ש אבי ז"ל כל היכא דאיתנהו אינהו גופייהו וכ"ז ושעבודא דאית לי בהו ודכתי' בגווייהו לגבי החומש כאמור גם בכח הקוש"ח הנז' הוהו"ג כהר"א הנז' והקנה וזיכה לכהר"ח דודו הנז' כחו"ז שיש לו בחנות השלישית שבסדר החנויות שלצד שמאל הנכנס לחצר הנק' בפ"ה צ'אר סלילם הקנאה גמו' בלי שום שיור זכות כלל לעצמו ולא לב"ך ואפי' נעיצת יתד ומסמר. גם בכהקוש"ח הנז' הודה כהר"א הנז' והקנה לכהר"ח הנז' בנכסים הידועים להם מזקנם קרקע וס"ת וכתבי הקדש ושט"ח ומשכונות עד תשלום החומש בכל הנכסים הנז' דהיינו שכהר"ח הנז' יש לו שתות בהם והוא הקנה לו ע"ת החומש כל דבר ודבר כפי דינו הראוי לו מה שהוא קנין הגוף מעתה בכהקוש"ח הנז' הקנה וזיכה אותו לו ק"ג ואגב הקנין הנז' הקנה לו ג"כ מחלקו בס"ת ובכתבי הקדש ובשט"ח ומשכונות עד תשלום החומש וכך א"ל קני לך אגב הקרקע הנז' הס"ת וכתבי הק' ומשכונות כל היכא דאיתנהו אינהו גופייהו וכ"ז ושעבו' דאית לי בהו ודכתי' בגווייהו לגבי החלק מה שבין השתות לחומש ומעתה רשאי ושליט כהר"ח הנז' וב"ך לעשות במקחו הנז' כל ישעו וחפצו לדור ולהשכיר ולמשכן ולמכור ולא איתי דימחא בידיה ויימר ליה מה עבדת ועל כהר"א הנז' וב"ך לסלק ולהפיץ ולהדיח כל עורר וטוען ומקטרג מעל המקח הנז' כולו או מקצתו ס"ג להוצאתם והשתדלותם באונם והונם עד שישאר המקח הנז' ביד כהר"ח הנז' וב"ך מנוקה מכל תגר ושטנה שבעולם ב"ב ושאב"ב ולהיות שכבר מכר כהר"א הנז' חמשה חלקים בחצר הנק' ע"ש ה"ר שלמה ה"ן דנאן שהששה חלקים ירשו אותם מזקנם לכן פשרו ביניהם הפשרנים הנז' בפנינו שלא יטול כהר"ח הנז' בחלק שבין השתות לחומש כ"א דמיו ולפי ערך דמי המכר של החמשה חלקים הנז' ותו לא גם הודה

כהר"א הנז' בכהקוש"ח הנז' ומחל לכהר"ח דודו הנז' ולכהה"ר יהונתן בנו בכל דין ותבי' שיש לו נגד שום א' מהם הן תביעת ממון הן תביעת שבועה ק"ו וג"ש ואפי' חר"ם ולא נשאר לו נגד שום א' מהם שום דין וקול ודברים כלל מיום שנברא העולם ועד היום הזה מחילה דלא להעדאה מינה לעלמין ודלא להשנאה לדרי דרין דלעלמין לא תתחבל בדלא למימר שוגג או אנוס או מוטעה ולא ידעתי במה מחלתי כי מעתה הכל אסוק אדעתיה וידע ומחל והכל בביטול כל מיני מודעי וכו' ובפיסול עידיהן וכו' ואין צריך להאריך באופני ביטול כל מיני מודעי דלא נפקא לן מידי כי הדבר מובן מעצמו ולא חיילא שום מודעא על הפשרה הנז' והודה עה"ך שטמ"ו ככ"ח סבדי"ץ בתפי' ובמאסר וכו' ובאח"ג וכו' כתחז"ל דלא כאס' וכטו"ד ונ"ה בקש"מ בדל"ב ושח"ך כ"א לדינו ולתועלתו למ"ש עכמדו"ל באור ששי בשבת שבעה ימים לח' מרחשון ש' ה"א ותקמ"ט ליצי' פה פאס יע"א והשו"ב וקיים ע"כ נמ"ך וחתו' החה"ש הדו"מ כהה"ר ידידיה משה מונסונייגו והחה"ש כהה"ר יקותיאל משה הכהן י"ץ ונתקיי' לנו חתימו' כראוי בא' מדרכי הקיום ובדקנו התורף פנים ואחור ולא נמ"ך בו זולת מ"ש וח"פ תמ"ת וקיים: דוד עטייא סי"ט אלעזר ן' לחדיב ס"ט טופס פס"ד נדרשנו מבעליו להעתיקו יען שרצו לשולחו למדינה אחרת, עם היות שכבר כתבנו ביד הרא"ם שהמודעא קיימת והפשרה בטלה היה זה ע"פ המובן מדברי החכמים ב"ד של מתא מקנאס יצ"ו שהיה כהרא"ם הנז' אנוס על גוף הפשרה ואז היה הדין ברור כמ"ש החכמים הפוסקים הנז' שהפשרה בטלה דאף שדינה כמכר ואמרי' דאגב אונסא גמר ומקני מ"מ כשמסר מודעא בהכרת אונס על גוף הפשרה קי"ל שהפשרה בטלה כדין המכר' אך עתה לפי מה שנתברר לנו מכתבי זכיותיו של כהרח"ם וכהר"י בנו יצ"ו מכמה עדויות של ת"ח שהמציא לפנינו כהר"י הנז' ומפסקי דינים של החכמים שעמדו לפניהם לדין פעם א' וב' וג' שלא היה שום אונס בפשרה עצמה ולא היה מה שקורים אונס שאנסו לכהרא"ם אלא כדי לקבל עליו את הדין ע"פ מה שפסקו לו ב"ד של מתא תיטוואן שקבלום עליהם שאחר שהזמינוהו לדין בפני ב"ד שמצויים בעיר וסירב מלבוא ואחר כמה התראות שהתרו בו ע"י ב"ד ההוא ושלוחיהם כדי לבוא לפניהם לדין וסירב מלבוא אז הכריחוהו והביאוהו ע"י השררה כדי לבוא ולקבל עליו את הדין כפי מה שפסקו ב"ד הרא' בדין א' שנידונו עליהם שם ועל תביעות אחרים שהיו ביניהם כפי מה שיפסקו עליהם ב"ד שבעירם ואחר כמה ימים כשעמדו על השבועות נכנסו ביניהם מתווכי שלום ת"ח במעמד א' מב"ד ופשרו ביניהם בעד השבועות בלי שום זכר אונס וכפיה כלל וקבלו ע"ע הפשרה בקוש"ח ברצונם הפשוט כמו שמבואר כ"ז בשטרי ק"ע שיש בידם מכמה עדים ת"ח ומא' מבדי"ץ ומשטר הפשרה

ומפסקי דינים של החכמים ישצ"ו. שנמצא לפ"ז שלא היה שם אונס בפשרה כלל א"כ מעתה הדר דינא שהמודעא בטלה והפשרה קיימת שרירא וקיימא כראי מוצק ולית נגר ובר נגר דיפרקינה לפמ"ש הפוסקים ומר"ן בסי' ר"ה דפשרה דינה כמכר ובעיא מודעא בהכרת אונס לבטלה, אבל גילוי דעת גרידא לא מהני בה לבטלה כי היכי דלא מהני לבטל המכר וה"נ בנ"ד לא היה אפי' מה שקורין אונס בפשרה אלא כדי להבריחו לד"ת ופשוט שמה שהכריחוהו לעשות מה שישראל אומרים לו שלא הכריחוהו על הפשרה אלא דאיהו מנפשיה עביד פשרה אפי' היה זה בזמן א' ובמעמד השררה ומכ"ש לפי מה שנת' שאין שייכות לפשרה עם אונס השררה שמה שהכריחו' והביאוהו לדין ע"י השררה היה באדר של שנת מש"חר והפשרה היתה בחשון ש"ש תקמ"ט ולא היה שם זכר אונס וכפיה כלל אלא שת"ח במעמד א' מב"ד פשרו ביניהם בדברי אהבה ואחוה על דבר השבועה וקע"ע הפשרה וא"כ מה שייכות יש לאונס שבשנת תקמ"ח לפשרה שנעשית בש' תקמ"ט וכ"ז הוא אפי' נניח דזה מקרי אונס ולפי האמת לא מקרי אונס כלל מה שהכריחוהו לבוא לדין ולקבל עליו מה שהב"ד אומרים לו שכך חובתינו וכך נאה לנו לקבל עלינו את הדין בספ"י ואשר הוא יהודי ישא עול משפט התורה על שכמו ויענדנו עטרות וישמח בהפסדו ע"פ התורה מאלפי זהב וכסף ומדבי דינא שקיל גלימא ליזמר וליזיל באורחא וכיון שכך מה שהכריחוהו לעשות מה שהוא חייב לעשותו מעצמו לא מקרי אונס והרי שאין כאן לתא דאונס ועיין באה"ע סקי"ח סי"ז שאם בדין עשה ליגרש ולישא אשה אחרת שאין זה טענת אונס כיון שבדין עשה יע"ש. ומה שטוען הרא"ם שמה שלא רצה לעמוד עמהם בדין בפאס הוא מחמת שכבר נידונו בב"ד של טיטואן יצ"ו שקבלום עליהם ואינו מחוייב לחזור ולידון פעם אחרת וא"כ מה שאנסוהו לעמוד בדין בפאס הוא שלא כדין ויש לו טענת אונס אינה טענה לפי מה שהעידו העדים הנז"ל שהרח"ם והב"ד לא הכריחוהו לעשות אלא כפי מה שפסקו להם הב"ד של תיטוואן כי היו צריכין לעמוד עוד בב"ד להוציא הדין שפסקו להם לפועל שיביא עד שני של מחאה שלא העיד בב"ד של תיטוואן ולהכריחו לישבע השבועה שפסקו להם חכמי תיטוואן ישצ"ו גם היו צריכים לעמוד בדין על הודאת הרח"ם שחוץ לב"ד אי חשיבא הודאה ועל תביעות אחרים שלא נידונו עליהם בב"ד של תיטוואן כמבואר כ"ז בכתבי זכיותיו כנז' שמכ"ז ברור שאין אונס להרא"ם לא בדין ולא בפשרה גם מכתבי זכיות הרא"ם ומפס"ד החכמים שזיכו אותו מוכח וברור מתוכם שלא היה שום אונס וכפיה להרא"ם זולת מה שהכריחוהו בע"כ לבוא ולעמוד עמהם בדין בב"ד שבעירם שכבר ביארנו דזה לא מיקרי אונס כלל לא בדין ולא בפשרה ואפי' לפי דעת החושבים דאקרי אונס בדין ע"כ יודו

ויורו שאין ענין אונס זה נוגע לגבי הפשרה ביען שלא הכריחוהו להתפשר אלא לעשות מה שהדין נותן ואיהו מנפשיה עביד פשרה ואפי' אם היתה הפשרה במעמד הדין וכ"ש לפי מה שנת' שהיה ביניהם מרחק רב יותר מו' חדשים וביום הפשרה לא נזכר ולא נרמז שום זכר אונס וכפיה כלל כמו שהעידו עדי הפשרה שהם החכמים השלימים כהה"ר ידידיה מונסונייגו וכהה"ר יקותיאל משה הכהן יצ"ו שלא זזה ידם מתוך ידם מתחי' וע"ס עד שנתפשרו ולכן הדין פשוט וברור כשמש בצהרים שהפשרה קיימת והמודעא בטלה ואין לה על מה תחול כיון שאין כאן הכרת אונס לא אונס רבא ולא אונס זוטא ואנן קי"ל דפשרה דינה כמכר ובעיא מו' בהכרת אונס לבטלה ומה שכתבו חכמי מקנאס יצ"ו דפשרה זו אינה אלא כמחילה ומתנה דגילוי דעת לחוד מהני בה לבטלה כיון שלא נעשית אלא בעד שבועת היסת דלית בה דררא דממונא לא נתחוורו דבריהם אצלנו וכבר כתבנו ביד הרא"ם שלא נראו דבריהם אצלנו בזה וקושטא דמלתא הוא אף שלא נתפשר אלא בעד שבועת היסת שנתחייב כדי לינצל מעונשה פשרה גמורה הויא ומקריא לענין דהויא כמכר דלא מהני בה ג"ד גרידא ובעי מודעא בהכרת אונס גמור לבטל והבאנו ראיה ע"ז מדברי הפוסקים ומרן גם מה שכתבו החכמים הפוסקים לבטל הפשרה מפני שקע"ע ב' הכתות דינם של חכמי טיטואן בקוש"ח לבלתי נטות מדבריהם ימין ושמאל והם פסקו לפטור להרא"ם אפי' משבועת היסת וא"כ הדר דינא להוות כמתנה ומחילה שג"ד לחוד מהני לבטלה אע"פ שהסכמנו אח"מ על דבריהם בטעם זה כמשו"ח ביד הרא"ם היה זה לפי מה שהציעו לנו החכמים שהדין שפסקו להם חכמי טיטואן לפוטרו משבו' היה בהחלט ועוד שהיה המובן מדבריהם שעל דין זה עצמו שפטרו להרא"ם משבועה היתה קבלתם לבלתי נטות מדבריהם וכו' ומפני זה נראו דבריהם לפנינו וסמכנו ידינו עליהם, הן עתה שהמציא לפנינו כהר"י הנז' כתבי זכיותיו ופס"ד של חכמי טיטואן עצמו שמשם בארה שלא החליטו חכמי טיטואן לפוטרו משבועה אלא שאחר שצידדו לפוטרו לפי ההודאה שהודה חוץ לב"ד חזרו בסוף הפסק וכתבו שאם יסכימו עמהם ב"ד לחייבו שבועה שהם ג"כ מסכימים לחייבו עמהם וכן היה שהסכימו וחייבוהו שבועה ב' מב"ד של מכנאס וגם אני הצעיר החותם כאן א' בפסק שכתבתי להרא"ם בשנה ההיא כתבתי לחייבו שבועה מה"ד ואז יזכה בחלקי הקרקעות לפי שאין דבריו שחוץ לב"ד בדרך שיחה מקרי הודאה לפטור שכנגדו משבועה והבאתי כמה ראיות ע"ז מדברי הפוסקים ומר"ן וגם יש ביד הר"י פס"ד מהחה"ש הדו"מ כהה"ר שאול ישועה אביטבול שמחייבו שבועה להרא"ם מה"ד מה"ט:

גם לפי מה שנתברר לנו עתה מכתבי הרי"ו ומפס"ד של חכמי טיטואן שלא על דין זה של הודאת הרח"ם שפטרו להרא"ם משבועה היתה קבלת ב' הכתות לכל אשר יגזרו עליהם חכמי טיטואן ביען שעדיין לא נודע להרא"ם באותו זמן הודאה זו ולא היו נידונים עליה ואדרבא בשעת קבלתם פסקו להם חכמי טיטואן בפשיטות שישבע הרא"ם שלא מכר הרח"ם כשיביא עדי מחאה ויזכה בחלקי הקרקעות שהיו נידונים עליהם אלא שאחר שהלכו לעירם מצא הרא"ם עדים שהעידו לו שאמר הרח"ם חוץ לב"ד שאם לא הועילו לו טענותיו שיטעון שקנה מהרא"ם ואח"ך שלח ק"ע מהודאה זו לפני חכמי טיטואן וכתבו פסק אחר שבו צדדו לפוטרו משבועה לפי הודאה זו והעלו בסוף דבריהם שאם יסכימו ב"ד לחייבו שבועה גם הם יסכימו עמהם כמו שמבואר כ"ז באר היטב בפס"ד של חכמי טיטואן. נמצא לפ"ז שלא על דין זה הוא שקבלו עליהם פס"ד של חכמי טיטואן אלא שנתחדש אחר הליכתם לעירם עפ"י עדי הודאה שמצא הרא"ם שלא היו נידונים עליה בהיותם בטיטואן בעת הקבלה ולא על דין זה של הודאת הרח"ם היתה קבלתם וא"כ אפי' היו מחליטים חכמי טיטואן הדין לפטור להרא"ם משבועה אינו מוכרח להם מחמת קבלתם דליזיל בתרייהו ולישבוק שאר בתי דינין שחייבוהו שבועה כי לא קבלו אותם על דין זה שנתחדש אח"כ גם אם היתה קבלתם על דין זה עצמו כיון שלפי האמת חכמי טיטואן יצ"ו לא החליטו לפוטרו משבועה אלא אם לא ימצאו הסכמה מב"ד אחר לחייבו שבועה אבל אם יסכימו ב"ד לחייבו שבועה יסכימו גם הם עמהם ומצינו שהסכימו עמהם בתי דינין אחרים לחייבו שבועה מה"ד א"כ חלה על הרא"ם חיוב שבו' לדברי כולם וכשנתפשר אח"ך בעד השבועה א"כ הדר דינא ולא נשאר שום ספק בפשרה זו דיש לה דין פשרה שהיא כמכר ובעיא מודעא בהכרת אונס לבטלה וכ"ש דאיכא תרתי לטיבותא לקיים הפשרה שלא קבלו עליהם חכמי טיטואן בדין זה שפיטרו להרא"ם משבועה וגם חכמי טיטואן עצמם לא החליטו לפוטרו משבועה אלא אם לא יסכימו והרי הסכימו ב"ד לחייבו דודאי הדר דינא לומר דמה שנתפשרו בעד השבועה שנתחייב בכמה בתי דינים וגם בב"ד של טיטואן דהויא פשרה גמורה קיימת ומוחזקת ואין כח במודעה ההיא שמסר הרא"ם מבלי אונס הניכר לבטל הפשרה שהיא כמכר. ובדבר הזה מצאנו ראינו טוב טעם ודעת והתנצלות גמורה להרח"ם והר"י בנו במה שהביאו להרא"ם ע"י השררה והכריחוהו בע"כ לחזור ולידון בפני ב"ד אחר אחר שקדמו וקבלו עליהם ב"ד של טיטואן שע"ז קראו עליהם תגר חכמי טיטואן וחכמי מקנאס והטילו עליהם אשמה גדולה שעברו על שבועתם וקבלתם, גם נמשך מזה שינוי הדין ועיוות הדין ולימוד טענת שקר כמבואר בדבריהם ולפי מה שבאו הדברים סתומים ודאי שכך היה נראה

שעשו שלא כהוגן וכשורה, אך עתה לפי מה שהוברר מתוך העדויות שבידם וכנז"ל הוברר הדבר שאין עליהם אשמת דבר כי הוצרכו לכך לכמה דברים, הא' כדי להכריח להרא"ם לישבע השבועה שהטילו עליו חכמי טיטואן כי אע"פ שפסקו לו החכמים את הדין עדיין לא הוציאו לפועל, ועוד שנית בשביל עד שני של מחאה שלא העיד בפני ב"ד של טיטואן שכך פסקו להם לכשיביא עד ב' של מחאה ישבע ויזכה בחלקי הקרקעות שהיו נידונים עליהם, ועוד ג' שיצאו לידון בדבר חדש במה שנתחדש אח"כ על עידי הודאה שלא נידונו עליהם בב"ד שקבלום עליהם ומחמת שלא עמדו לפני החכמים שני הכתות ב' ולא ראו כתבי זכיותיהם וק"ע שיש בידם לכך האשימו הרח"ם ובנו ועשו אותם כעברו על הרא"ם את הדרך וכן מבואר בדבריהם שלא כתבו מה שכתבו אלא ע"פ המגידים שהם מפאת הרא"ם שהם ראו כתבי זכיות של הכת שכנגדו לא היו מטילים עליהם אשמת דבר שהלא עדיהן בחיתומיו זכין להם שהם א' מהב"ד וסופרי ב"ד ועידי ההתראה ועידי הפשרה שלפניהם נגלו ענייניהם מתחילה וע"ס כולם מעידים ואומרים שלא פעלו עולה ולא העבירו על הרא"ם את הדרך, וא"כ לפי האמת על חנם חרדו עליהם החכמים החרדה הזאת כי לא עשו שום דבר חוץ מן השורה ושלא כהוגן ולא היה להם לעשות שום דבר חוץ ממה שעשו. ומה גם לפי דבריהם שלא קבלו עליהם ב"ד של טיטואן אלא בהיות עמהם החה"ש הדו"מ כמהר"י קורייאט זלה"ה וכשנסתלק החכם מן הדין ההוא ולא רצה לחתום עמהם בדין ממילא נתבטלה קבלתם, גם לפי מה שאמר כהר"י בנו של כהרח"ם שהוא לא קבל עליו ב"ד ההוא שלפ"ז אין עליהם שום תלונה ולא תרעומת דברים, ויותר יש לתמוה על חכמי מקנאס בפעם הזאת עד הפלא ופלא שהאמינו לכל דברי הרא"ם שהעדים ת"ח שהיו מצויים עמהם מכחישים אותו עד שנעלו דלת בפני הרח"ם ובנו וכתבו שכל דיין שיזדקק לדינם אינו אלא מן המתמיהים ולימוד טענות שקר ומשפיל דגל התורה וכו', ושהרא"ם אין לו עוזר וסומך כי הוא לבדו דר ואין לו על מי להשען וכו' והירא וחרד ה' יתרחק מן הדין הזה והמחזיק ביד הרא"ם וילבש קנאת ה' צבאות להקים דגל התורה תעב"ט ושכמ"ה וכאלה רבות שבזה הם נועלים דלת בפני כל ב"ד שלא לראות זכות להרח"ם ובנו אלא להחזיק ביד הרא"ם שאז יזכו לעוה"ב ולא כך היא המדה ולא כן שנו רבותינו אלא שיהיו בעלי הדין שוים בכל דבר ושלא להעדיף ולהאמין א' מהם על חבירו וכ"ש ששני הכתות האלו שממקום א' באו ושורש א' לכולם ומפני מה יהיה הרא"ם לבדו דר ואין לו עוזר וסומך יותר מהרח"ם דודו אין אלו אלא דברים של תימא, וגם בזה הם מטילים דברים של חשד בכל בתי דינים שבישׂ' שיש להם חילוק ומשנים הדין למי שיש לו עוזר וסומך למי שאין לו כי מה יתן ומה

יוסיף בענין הדין מי שיש לו עוזר וסומך למי שאין לו וכי משוא פנים יש בדבר חלילה והלא לא נחשדו חכמי ודייני ישראל להיות מחניפים בדין. גם במה שכתבו בפסק אחר ולפי דעת התועים מדרך השכל שאין להם לא דעת ולא תבונה שאומרים שזה פשרה וכו' אבל האמת ליודעי דעת ומביני מדע שהמודעא קיימת ואינה אלא מחילה וכו' הם דברי פלא וכמעט אין להאמין לחכמים שכמותם שיצאו דברים אלה וכיוצא בהם כי אחר שהחכמים טרחו בעשר אצבעותיהם בטלאי ע"ג טלאי להחזיר הפשרה מחילה מי זה אמר ותהי שמי שהולך בדרך ישרה ויסבור שהיא פשרה שיקרא תועה מדרך השכל לפי שלא הלך בדרך עקומה, ומלבד האמור שהיא פשרה גמורה כמ"ש למעלה מה יענו החכמים על אותם השבועות שנתחייב הרא"ם מלבד השבועה שיש בה הודאת הרח"ם וצדדו חכמי טיטואן לפטור הרא"ם ממנה אבל כל אותם השבועות שבשטר השבועה שנשבע הרא"ם והג' שבועות אחרים שהיה חייב ולא נשבע עליהם כמו שהעידו העדים שאלו לא נכנסו בדינא ודייני לפטור או לחיוב שודאי נתחייב עליהם שבועה כמו שנשבע אח"ך וכיון שנתפשר בעד כולם למה לא תקרא פשרה והלא באלו לא פיטרו אותו ב"ד של טיטואן מהם ולא עמדו בפניהם לדין וא"כ למה לא תקרא פשרה בעד השבועות הללו ותצטרך מודעא בהכרת אונס גם במה שכתבו שמעולם לא ראו מה שנתענה דינו כמו רא"ם הם דברים תמוהים והפוכים ממה שכתבו והעידו חכמי עירו שהם מבפנים שלפניהם נגלו כל תעלומיהם והעידו מה שראו בעיניהם ואנו אין לנו לקרות עינוי הדין אלא מי שנתענה דינו מחמת הב"ד שלא מיהרו לפסוק דינו או מחמת הבע"ד שלו שלא רצה לקבל עליו את הדין וזה לא יצדק בהרא"ם שלא נתענה דינו בא' מב' סיבות אלא בהרח"ם ובנו שנתחייב להם הרא"ם שבועה אחר שיביא עידי מחאה ולא רצה לקבל עליו את הדין עד שהכריחוהו ע"י השררה ואח"כ נתפשרו עמו בקוש"ח ולא רצה לקבל עליו את הפשרה עד שעמדו לדין פעם א' וב' שקבל עליו עוד בקוש"ח שאם לא ישבע כל פרטי השבו' שנתחייב שחל עליו קיום הפשרה לעשותה ושוב חזר בו ולא רצה לקיימה שלפ"ז הדבר ברור להיפך שאין לך מי שנתענה דינו כמו הרח"ם ובנו שעבר עליהם הדרך הרא"ם ולא רצה לקבל עליו את הדין ולא הפשרה פעם א' וב' וג':

ומה שהיה סומך על המודעה כבר נתב' שהמודעא בטלה כיון שאינה בהכרת אונס כמו שהעידו חכמי הפשרה שנזדמנו להשביעו שביום הפשרה לא היה שום אונס לא אונס זוטא ולא אונס רבא מתחי' וע"ס וכאמור, וגם אם היה במציאות שהיה אנוס על הפשרה עצמה מה שאינו כן לפי האמת נתקיימה הפשרה אח"כ כשקבעו לו זמן לישבע על כל הפרטים שנתחייב עליהם שבועה וקע"ע בקוש"ח שאם יעבור המועד ולא נשבע ע"כ

הפרטים שנתחייב לקיים הפשרה ועבר המועד ולא נשבע ע"כ הפרטים כולם שנשארו ג' פרטים שלא נשבע עליהם כמבואר בעדות העדים שלשה שא' מהם מב"ד שעמדו לפניו לדין דהשתא ודאי לית ליה שום אונסא אלא שברצונו הפשוט השמיט הג' פרטים ולא נשבע עליהם אפשר שהיה יודע בהם שהדין עם שכנגדו ולא היה יכול לישבע עליהם וכבר קע"ע בקוש"ח שאם לא נשבע על כולם בזמן שקבעו שנתחייב לקיים הפשרה וכיון שעבר המועד ולא נשבע על כולם אף שנשבע על מקצת חל עליו החיוב שנתחייב כמבואר בסי' כ"א ואפילו לדעת הסמ"ע שם דהיכא דאיכא אפקועי ממונא בעינן ב"ד חשוב ובמעכשיו ור"ל או ב"ד חשוב או מעכשיו כמבואר בסי' כ"ז בדברי מר"ן והסמ"ע אבל היכא דאיכא שבועה חמורה ודאי דלא בעי לא ב"ד חשוב ולא מעכשיו כדקי"ל בסימן ר"ז סי"ט דנדר ושבועה מהני אפי' באסמכתא וכ"ש לפי מה שבירר א' מהעדים בעדותו שקנו בקוש"ח ובמעכשיו דודאי מהני לבטל האסמכתא מה"ד ואין צורך ליכנס אי מקרי ב"ד חשוב או לאו כי בזה די והותיר לבטל האסמכתא גם אין צורך להאריך בקיום הפשרה מצד זה כי כבר איחוור וקם דינא שהפשרה קיימת בזמנה כי לא היה אונס בפשרה עצמה מתחי' וע"ס ואונס הדין לא הוי אונס והפשרה היא פשרה גמורה ככל משפטיה וחוקותיה וזכה כהרח"ם וכהר"י בנו בחלקי הקרקעות שזיכה להם כהרא"ם בפשרה וליתיה בחזרה כלל זהו הנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן וינחנו בדרך אמת הח"פ בחדש טבת ש' ראשו"ן הוא לכם לפ"ק ארבאט יע"א וח"ע החכמים הש' הדו"מ כההה"ר יוסף אלמאליח נר"ו וכההה"ר משה די אבילה נר"ו וכההה"ר שמואל די אבילה נר"ו:

וס"ל נמ"ך גם במה שחזרו וכתבו לזכות הרא"ם שאינו בדין לתת להרח"ם טופס מהמו' ומהפס"ד שנכתבו עליה כי כבר נראית לפניהם ולפני ב"ד שבמערב וחזקוה ואמצוה ולפני זה כתבו להרח"ם ובנו שחייב לתת לו טופס מהמודעא ומפס"ד שנכתבו עליה, לדבריהם הרא' אנו שומעין שחייב לתת לו טופס מהם לדקדק בהמודעא ובהכרת אונסיה כי לפו דבריהם לא היה אונס בדבר כלל והו"ל כטענת אונס שנתבאר בסס"י ט"ז בדברי מר"ן דלכ"ע חייב לתת לו הטפסה מהשטר כדי לדקדק בו אלא שאין אנו צריכים לזה שכבר נתבאר שאפי' לפי טענות הרא"ם ודברי המזכים אותה הפשרה קיימת והמודעא בטלה באיזה אופן שתהיה והשו"ק. וחתו' החהש"ו הדו"מ כההה"ר יוסף אלמאליח נר"ו והכרנו חתי' והיתה העתקתו ביום ה' בשבת ז' ימים לחדש טבת שנת ראשו"ן לציון הנה הנם לפ"ק פה ארבאט וקיים:

אברהם בלא"א שלום זלה"ה ה"ן אביטבול סיל"ט יוסף אבן צור ס"ט טופס פס"ד וז"ן. דברי החכמים אמת ודינם דין אמת שהפשרה קיימת וכבר כתבנו בזה באורך לקיים

הפשרה בראיות ברורות ביד כהרח"ם והר"י בנו הנז' והשתא חזינא כמה טעמי שהוסיפו החכמים הנז' למעלה שכולם כנים ואמתיים לקיים הפשרה הנז' והמודעא בטלה ומבוטלת שהוציא הרא"ם על הפשרה הנז' באופן שהסכימה דעתנו לדעת כל החכמים הנז"ל ולראיה ח"פ באדר משנת והוכיח במישו"ר לפ"ק וקיים נתאחרה החתי' עד ניסן וחתום הרב הגדול משי"ח כמוהר"ר אליהו הצרפתי והחה"ש הדו"מ כמהר"ר שאול ישועה אביטבול יש"ץ והכרנו חתי' ולרח"פ וקיים:

יוסף אשרקי ס"ט רפאל אהרן מונסונייגו ס"ט דבר פשוט וברור כמו שפסקו חכמי רבאט וכמו שהסכימו עליהם החכמים החתומים לעיל והם אמת ודבריהם אמת בראיות נכוחות וברורות ולרח"פ אדר א' שנת מבש"ר טו"ב לפ"ק וקיים:

יצחק חרוש סלי"ט אברהם פינטו ס"ט שלמה אסבאג ס"ט משפטי ה' אמת צדקו יחדיו והפשרה הנז' קיימת ואין שום חלות לשום מודעא לבטלה כמ"ש הרבנים הנז' ולעת כזאת אין הפנאי מסכים להוסיף על דבריהם ולראיה ח"פ קטן עושים אותו צניף זנב לאריות:

הצעיר אברהם בלא"א יעקב ן' אציני ס"ט באשר דבר מלך שלטון והוא פקד עלי אני החותם א' ע"י משרתו לדון בין החה"ש כההר"י מאנסאנו נר"ו ובין דודו החה"ש כההר"א מאנסאנו נר"ו על ריב שנתעצם ביניהם בענין בה"ך וקרקעות מורישיהם ומחמת שבקש ממני הרא"ם שיהיה נחתך דינו במעמד חכמי ודייני עירם י"ץ ואפי' הקרובים לזה או לזה. בכן נדרשתי לבקשתו ואמרתי למשרת המלך להעשות כן ושלח את משרתו וקבץ החכמים השלימים הדו"מ החו"פ ואז עמדו לפנינו הב' כתות וכל א' כלי זיינו בידו והוא שטען כהר"י הנז' בעדו ובעד אביו שיקיים להם הרא"ם הפשרה שנפפשרו בענין בה"ך וקרקעות מורישיהם שזיכה להם הרא"ם הרביע בבה"ך והחומש בכל הקרקעות והמציא לפנינו השטר פשרה כוח"ך בכת"י חז"ל בז' במרחשון תקמ"ט והרא"ם טען לבטל הפשרה במה שהמציא לפנינו טופס מודעא שמסר בעישור אמצעי לח' אדר ב' ש' תקמ"ח וכתוב בה והכרנו באונסו ואחר סיום המו' כתבו המטפיסים וח"ע ב' חכמים והכרנו חתי' וחתמו על הטופס ומכח מודעא זו רוצה הוא לבטל הפשרה שהרי יש כאן מודעא בהכרת אונס שקדמה לפשרה וקודם שישיב כהר"י הנז' על מודעא זו אנן חזינן בה תיוהא במה שלא הזכירו המטפיסים שמות החותמים בהמודעא דאפשר שעידי המודעא קרובים זה לזה והמטפיסים לא ידעו מקורבתן מחמת שהם ממתא מקנאסא יע"א, ועוד שהמודעא רחוקה הרבה מהפשרה שזו באדר תקמ"ח וזו במרחשון תקמ"ט ואיכא למימר דהאונס שהיה בזמן המודעא אזדא ליה בזמן הפשרה והותר האונס ועשה

פשרה מרצונו וכמו שכתוב בשטר הפשרה ברצון נפשם וכו' ואין כאן סתירה מעידי המודעא לעידי הפשרה אלא שטוען הרא"ם שאותו האונס שהיה בזמן המודעא היה עדיין קיים בזמן הפשרה ונסתייע ממ"ש בטופס המודעא הנז' וז"ל עוד נמ"ך במודעא הנז' וז"ן מש"ל שהכרנו באונסו וכו' הוא מצד איש א' הידוע לנו שהיה מתאלם עליו במסירות ומלשינות וכו' ואף בשעת הפשרה שנתפשר כהרא"ם הנז' עם בעל ריבו היה האונס קיים ועדיין הוא בתוקפו וגבורתו האיש הנז' כבתחילה ולראיה חתמתי אני א' מעידי המודעה עכ"ל, וחתמו על זה עידי הטופס ואין זה כלום דאפילו אם ב' עידי המודע' יעידון על זה אינו יכול להוציא בזה מהמוחזק בפשרה משום דבאנו למחלוקת שהביא מוהריק"ו בשורש ס"ג דיש מי שסובר סברא זו דכל שביד האנס לחזור ולאנסו עדיין אונס הראשון קיים וכל הנעשה מהמשך זה נעשה באונס ואיכא מאן דסובר דאע"ג דאונס הא' עדיין קיים כיון שעכשיו לא אנסו לא חשיב נעשה באונס וכיון דתליא בפלוגתא המוחזק בפשרה יאמר קים לי וכו' ועוד שהנראה מלשון מודעה זו וממה שפי' א' מעידיה שלא היה כאן אונס הכאה ולא אונס תלייה רק אונס דהגזמה והפחדה ואע"ג דמר"ן בסי' ר"ה ס"ז השוה אונס דהגזמה לאונס דתלייה והכאה מ"מ אין דבריו אמורים אלא בהיכא דבעל דבר (דהאנס) עצמו גזים דאז אמרי' דגזים ועביד משום דבהול על ממונו אבל הכא דהגזמה היתה מאיש אחר כנז"ל שהיה מגזים עליו במסירות ומלשינות ודאי אמרי' דגזים איניש ולא עביד דאין אדם חוטא ולא לו כי איך יחטא חטא חמור כזה כדי שיזכה חבירו ולשון מר"ן דבסי' ר"ה גם בסי' י"ב סי"א לא איירי אלא בבעל דבר עצמו ובעוד שהיינו נושאין ונותנין בדבר המציא לפנינו כהר"י הנז' ק"ע מב' חכמים החה"ש הדו"מ כהה"ר ידידיה מונסונייגו והחה"ש כהה"ר יקותיאל משה הכהן שהעידו עדות ברורה שלא היה שום אונס בפשרה ההיא כלל שמתחילה עמדו לפניהם ב' הכתות כדי לישבע השבועות שנתחייבו מחכמי טיטואן והטילו גורלות מי ישבע תחלה ונפל הגורל על הרא"ם לישבע תחילה ומחמת שבועה זו פשרו ביניהם במעמד א' מבדי"ץ בדברי פיוסים לשני הכתות ולא זוה יד העדים מיד ב' הכתות מתחילת התביעה שנתבעו לשבועה עד שנגמרה הפשרה ולא היה שום אונס כלל ועיקר בפשרה ההיא רק בדברי אהבה ואחוה שלום וריעות ואחר שיש כאן עדות שלימה שלא היה שום אונס כלל על הפשרה רק באהבה ואחוה וא"כ נימא בודאי דאזדא ליה אונס קמא אם איתיה. אכן לקושטא דמלתא לא היה שום אונס לא בתחילה ולא בסוף במה שאירע ביניהם והוא שבאדר תקמ"ח הנז' הושיבו ב"ד כהר"ח מאנסאנו וכהר"י בנו לדון בינם ובין הרא"ם להוציא לפועל מה שדנו ביניהם חכמי טיטואן שבררו להם בקוש"ח לדון ביניהם ושלחו לו הב"ד לבא לדון

עמהם על ככה וסירב מלבוא עמהם לדין פעמים שלש ואז קבלו האב ובנו הנז' לפני הר"ש צבע והלך והביא משרתי השררה והכריחוהו לבוא לדון עמהם ואני החותם כאן א' הייתי א' מהג' דיינים שנמנו לדון ביניהם ונידונו לפנינו להוציא לפועל מה שכבר דנו ביניהם חכמי טיטואן ומי זה יאמר שדבר זה יחשב אונס וכך היא חובתינו לכוף המסרב לדין עפ"י השררה לאמר עשה מה שדייני ישראל אומרים לך ועל זה הוציא הרא"ם פס"ד מחכמי מקנאסא שחשבו לזה אונס מחמת שאינו חייב לירד עמהם לדין שכבר נידונו לפני חכמי טיטואן שקבלו דינם עליהם בקוש"ח ולא נראו דבריהם ודחויים הם מעיקרן שלא היתה עמידתן לדין על מה שכבר דנו להם חכמי טיטואן רק להוציא לפועל מה שדנו להם ועל איזה תביעות שנתחדשו ביניהם שלא דנו עליהם חכמי טיטואן והוסיפו לחזק ידו וכתבו דפשרה זו אינה אלא מחילה ומתנה כיון שלא נעשית. אלא בעד שבועת היסת. ועוד הוסיפו לומר דאפילו שבועת היסת אין כאן מחמת ק"ע שהמציא לפניהם הרא"ם שהעידו ב' עדים שאמר להם הר"ח הנז' אני רוצה לטעון טענת שקר על הרא"ם הנז' ולומר לו ממך קניתי וגם בזה לא נראו דבריהם דמבואר בדברי הפוסקים דאפי' בעד שבועת היסת הויא פשרה גמורה דעושה פשרה מחומר השבועה ועונשה ומה שרצו לפוטרו מהשבועה מחמת אותה שיחה בטלה שחוץ לב"ד אינו כלום דקי"ל בסי' פ' ס"א דכל מי שטוען חוץ לב"ד וכו' וגמרא ערוכה היא פ' חזקת הבתים דף ל"א דכל דאשתעו מילי אבראי יע"ש, וסיים הרא"ש דעביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא בב"ד כדי שלא יחשוב שכנגדו תשובה על דבריו ובמזיד טוען טענות אחרות להטעותם יע"ש. ולא זו בלבד אלא שהפריזו על המדה וכתבו שאין לשום דיין ליזקק לדינם משום שהאמינו לכל דברי הרא"ם:

ומהתימא עליהם הפלא ופלא שנעלו דלת בפני הר"ח ובנו ועדיין לא ראו דבריהם ולא עמדו לפניהם לדין ואלו חכמי עירם שלפניהם נגלו כל תעלומותיהם יישר וראוי להם ולא למי שלא ראה את החדש. באופן דלא חזינן בפסק חכמי מקנאסא שום ראיה דחזיא לכתופי עליה לבטל הפשרה הנז' וגם המציא לפנינו כהר"י הנז' פס"ד מחכמי סאלי וחכמי מראקיש שדחו דברי חכמי מקנאס בראיות ברורות בכל הסעפים והפארות שכתבו חכמי מקנאס לזכות הרא"ם באופן שעמדנו על כל ענייניהם ועלתה הסכמתינו שהמודעא בטלה והפשרה קיימת והדרא ארעא והדרי פירי מזמן הפשרה והלאה ומלך שהשלום שלו ישפות להם שלום ואיש על מקומו יבא בשלום:

הח"פ צפרו יע"א בזמן הנז' וקיים:

שאול ישועה ס"ט בתלת הוינא ואסהידו קדמנא החה"ש כהה"ר ידידיה משה מונסונייגו וכהה"ר יקותיאל משה הכהן בתע"ג וברוו בעדותם שביום שנתפשרו כההר"א מאנסאנו וכהה"ר חיים דודו וכהה"ר יהונתן בנו מתחילה מא זאוו שלשתם לענד החכמים העדים הנז' רק כדי לישבע השבועות שנתחייבו בדין מחכמי טיטואן יע"א לישבע והטילו גורלות ביניהם מלישבע ראשונה ויפול הגורל על כהר"א הנז' לישבע תחילה וכראות כן החכמים הנז' בקשו מהם להתפשר ביניהם מחמת חומר השבועה והקשו את ערפם ב' הכתות והיו החכמים הנז' מרצים אותם בכמה פיוסים והיה מצוי עמהם החה"ש הדו"מ כמה"ר שאול סירירו נר"ו וה"ר שמעון צבע והרבה כרכורים בדברי פיוסים לב' הכתות ומעולם לא היה שם שום נדנוד אונס כלל ולא שום הטלת אימה על שום א' כל היום ההוא ובפרט הר"ש הנז' לא יצא מפיו שום הטלת אימה על כהר"א הנז' ואדרבא היה מחבקו ומנשקו ומפייסו הרבה להתפשר כדי שלא ישבע מחמת כי קרובים הם ואינו מהל' ד"א להשביע זל"ז ולהיות שונאים זא"ז ואחר כמה פיוסים הרבה שפייסו החכמים הנז' והחכם כהרש"ס הנז' והרש"ץ הנז' אזי נאותו להתפשר ונתפשרו כמשו"ח ביד כהר"ח ובנו הנז' ולא זזה יד החכמים העדים הנז' מיד ב' הכתות מתחילת התביעה ע"ס הפשרה ומעולם לא היה שם שום זכר אונס ולא שום קללה ולא שום הטלת אימה כלל רק דברי אהבה ואחוה ושלום וריעות וכהר"א היה מקשה את ערפו לישבע ונשארו בענין זה עד קרוב לשעה א' מהלילה ואז שפתו שלום ביניהם עכס"ע ולרח"פ תמ"ת בח' שבט משנת תקנ"ו לפ"ק והשו"ב וקיים:

שלמה ן' שמחון ס"ט דניאל ן' צולטאן ס"ט בתלת הוינא כד אסהיד קדמנא החה"ש הדו"מ כהה"ר רפאל אבן עטר נר"ו שביום ב' בשבת ג' ימים לח' אדר ב' שנת משח"ר לפ"ק זא החה"ש כהה"ר חיים מאנסאנו וכהה"ר יהונתן בנו לענדו באס ידעיוו כהה"ר אליהו מאנסאנו לד"ת שתת' לאיין כאנו יקבדוה באס ינפ'ד ד"ת שתת' די כתבולהום חכמי טיטואן יע"א וסאפד החכם הנז' שליח בדי"ץ לענד כהר"א באס ייזי יעמל משהד"ן כפי מה שפסקו להם חכמי טיטואן יע"א וכאן כהר"א הנז' משתמיט ולא חבשי ייזי וצאפדו פעם ב' אחריו יכון מתרה בו באס ייזי ולא אבה שמוע וסאפדלו פעם ג' מעא שליח אכור יכון מתרה בו באס ייזי ולא אבה וכשראה כן כהר"י הנז' מסא סכא להר"ש צבע וזא הר"ש הנז' והביאו בכח הזרוע לד"ת שתת' ובפי' ברר החכם הנז' באיין הר"ש הנז' לא כפה להר"א הנז' על שום דבר רק לעשות מה שהדין נותן כפי מה שיאמרו ב"ד דוקא והר"ש הנז' הביא משרתי השררה באס יוקפו עליהום חתא יכונו מכריחין להר"א הנז' לעשות מה ששוהד"ן דוקא ותול"מ זהו האונס שהיה בפניהם ואין זולתו והשלוחים

שעל ידם התרה החכם הנז' בכהר"א הנז' הם סי' יוסף בן עבו שליח ב"ד וכהה"ר יעקב בן סמחון אך לא נשאר בזכרוני כיצד היה לשון ההתראה שהתרה בו וברר בעדותו שמה שפסק להם בדין הח' הנז' והחה"ש הדו"מ כמוה"ר שאול ישועה אביטבול נר"ו הוא ע"פ טענותיהם כפי מה שהורום מה"ש ומה שכתוב ביד כהר"א הנז' באיין מא שחתם היה באונס לא היו דברים אלו מעולם ומה שדנו וחתמו היה הכל עפה"ד כפי סידור טענותי' רק אם היה אומר שבאונס חתם כוונתו היתה שאלו נשאר הדבר לרצונו לא היה נזקק לדינם ואף אם היה נזקק לדינם לא היה כותב וחותם אפי' על דבר אמת מפני סלע המחלוקת אלא שבע"כ הזקיקוהו לדונם ולחתום מה שיראה בעיניהם כפי הדין וכן עשו שכיון שירדו לדין דקדקו בטענותיהם ופסקו להם כפי מה שהורום מה"ש וכתבו וחתמו פסק דינם עכס"ע ולרח"פ תמ"ת בחדש שבט ש' תקנ"ו לפ"ק ושו"ב וקיים ואחר שכתבנו ק"ע זו הראינו אותה להחכם העד הנז' עד שקרא אותה מראש וע"ס ואמר שהכל אמת ויציב ושו"ב וק"ש:

יקותיאל משה הכהן סי"ט רפאל אהרן מונסוניגו ויהי ה' את יוסף ויהי איש מצליח, י'לפן ו'לא ס'לפן פ'קחן א'ינו ל'קחן מ'רצן אי'נו ל'חצן י'תרן ח'לף ח'סרן ז'רחן ק'דחן ולא רתחן, צדקן ולא סדקן, נחתן ולא צרתן ענוותן ולא גוותן, ותרן ולא קנתרן רחימו דנפשין רחימו דאורייתא הח' הש' בתורתו, הדו"מ באדרתו, עצום ורב בתוכחתו כמוה"ר יוסף אלמאליח נר"ו:

אחדש"ך לא בעבור כבודי באתי דופק על שעריך בידים עסקניות בכתיבה תמה כי אם בעבור שמאד מאד צר לי עליך אחי ומרחמי מה זה מהרת לבנות דייק לקעקע בירה גדולה אשר לא עברת בה ולא ידעת את מוצאיה ומובאיה על מה אדניה הוטבעו או מי ירה אבן פנתה והיא בנויה על הדין ועל האמת על ידי אומנים גדולים שכת"ר א' מהם ואתה החלות להשיב על פסק החה"ש הדו"מ כמוה"ר רפאל בירדוגו שכתב לזכות הרא"ם והרסת כל בנייניו בתשובה נצחת ואת כל ונוכחת ונלוו אליך חכמי ארבאט וחכמי מראקס גם הרב רישא דכל רישין הרב תנא דבי אליהו חתם לעזרתיך ואיך חזרת להודות על השקר ותשליך אמת ארצה ולא חששת לבעל הבירה אשר הסיתוך בו לבלעו חנם כי יציץ עליך בחניתך וכלי זיינך אשר בידו שמצא הכל מועתק אצלי עם פסקים אחרים שנכתבו לזכותו, גם מה שכתבת לי ביחוד נושא ונותן על מה שכתבתי אני לקיים הפשרה מטעם דאית בה ביטול מודעא בכולל עם פיסול עדים ומה שהשיבותיך בטוב טעם ודעת להסיר תלונותיך מעלי, הכל נמצא אצלי מועתק בעדים ולבלר, אחי ראה לכמה חרטות הביאה אותה מהירות זו דלצד הפחות הי"ל לכת"ר להמתין עד עת בא

דברו שכתב ראשונה ויראה בעיניו ולבבו יבין אם יחזיר אם לאו והיה מקיים בעצמו מק"ש לא יטיפון לאלה ולא יסיג כלימות כי יראה הרואה בהעריך דבריו אלה לנוכח אלה הוי מאן דסני ליה כמעיד עדות שקר בעצמו נוסף אעיקרא דמלתא דבר מבהיל הוא לחכם שכמותו לדון על דברי הכת האחת בלתי ראות דברי הכת שכנגדה הלא תראה לשון הזוהר ריש פ' וישב כל דיינא דקבל מבר נש מלה עד לא ייתי חבריה כאלו מקבל עליה טעוון אחרא וכו' וכבר ידעת שקבלו חרם ב' הכתות להוציא כל זכיותיהם ונתנום בהאח מבוערת והרא"ם פירש בשבועתו שעדיין יש לו העתק במדינה אחרת ומושבע ועומד לכשיבוא ישרפנו והוא לא כן עשה ועבר על החרם ובמקום שישרפנו הרעיש בו את העולם והנה החכמים שדנו ביניהם ראו כל זכיות ב' הכתות קודם שריפה ודנו עליהם את הדין אכן כת"ר שלא ראה את החדש ולא ידע מכתבי הכת האחת לחושבו שכבר נשרפו איך יבוא ויעיד ויחלוק על שראו בעיניהם זכיות ב' הכתות וכל המהרהר אחריהם כמהרהר אחר השכינה. ולא זו בלבד שהסיתוהו המסיתים והדיחוהו מדרך השכל להטות את הדין אלא שהפכו למשחית הודו שלא השיב ידו מבלע כבלע את הקדש בלשון השלוח לרצונו בלי רסן לבלום עדיום בדברי קנטור מסה ומריבה לפרוץ גדר המוסר והחכמה ויוציא את כלי זעמו ומפצו בידו להתיהר ולהתגדל נגד רבני ישראל הנודעים בשערים המצויינים בהלכה ובבתי דינים הקבועים וניכרים בשמן ובמקומן ובמעשי' ופער פיו לבלי חק לאמר עליהם שדנו דין שקר והעידו עדות שקר מוכחשת לומר על עמוד של אבן שהוא של זהב ושגו ברואה פקו פליליה ולא פחדו מה' ומישראל שיסכימו על עושק וחמס וחרב מונחת על ירכם וגיהנם פתוחה תחתם ומרוב החמדה והתאוה מתי יבוא לידם כדי לחייבו במה שאינו חייב ולא השגיחו על כתביו והזניחו טענותיו ודינם מיוסד על דברי השוא והשקר וחלפו חק תורת מרע"ה והלכו אחרי שרירות לבם ולא נמנו כ"א על העושק והמרוצה וב"ד שמסכימין על העושק ועל המרוצה אינן ב"ד ולא עוד אלא שצירף עמהם כל אנשי המקום וכתב שאפי' בסדום ועמורה לא נעשה עלבון גדול כזה ועול וחמס כזה וסיים רק אין יראת אלהים במקום הזה, הדור אתם ראו הנמצא ב"ד חצוף כזה אשר חרף מערכות אלהים חיים וחוצפא יסגא להיות מלעיב ומלעיג במלאכי האלהים ולא חשש לעונשו עד עלות חמת ה' עד אין מרפא, ואף כי לקושטא דמלתא לא חיסר מכבודם אפי' כמלא נימא כמריח באתרוג ואין דבריו פוגמין ולא יעשו רושם באנשים מפורסמים מ"מ כאיבנא ליקרא דידיה שאם חכמי ישראל בעיניו כחגבים הוא היה בעיניהם כמלאך האלהים נטע שורק כלו זרע אמת ולא אמידנא ליה בהכי ולא יהיה פחות מבהמה דאמדא נפשה וממקום גבוה אינה

קופצת והוא הפיל עצמו מאיגרא רמא לבירא עמיקתא על ידי כתבו זה שממנו נבדק קנקנו ונשבר כשבר נבל יוצרים ונכנס בסוג כי דבר ה' בזה ואם לדידי צייתת תשור על אנשים ותשים לדרך פעמיך דרך מתא מקנאס יע"א לבקש מחילה וסליחה על מה שהתרסת נגדם בפסק המצרנות ומשם למתא פאס יע"א להתנפל לפני רגלי הרב הגדול משי"ח ודעימיה ואנכי איש צעיר בשומעי את כבודך במתא פאס יע"א אני אבוא אחריך ומלאתי את דבריך ותהיה לך הנאה בביאתך לחקור על האמת מגדולים וקטנים לדעת מי הוא הנעלב ומי הוא העולב וגם תראה יקר תפארת עדה השלימה והנבחרת נקיה מן הגזל נקיה מן העריות ומי כמוה בדרך ארץ אשר גם עליה שלחת יד לשונך וקראת אותם אנשי סדום ורק אין יראת אלהים במקום הזה וכאשר תבוא תבקש מחילה מכל העדה כולם קדושים ותאמר חטאתי לה' אלהי ישראל ולכם ועוד זאת ראינו האגרת ששלחת לנכבדי פאס וחשוביה ותגזר אומר שיעמדו להעמיד דבריך ולא ידעת שעם בני דעה דברת שיודעים האמת והצדק ואדרבא הגבהתיך היא השפלתיך שהכירו ערכך ונודעה להם פחיזותך שאז חללת יצועי החכמה וקלקלת צנורי המזימה וכבר יודעים דבר הרב האזובי בשירו ויש אדם אשר שלח כתבו וערוה בכתב גילה ועירה. ולמה לא נתביישת לשלוח להם ואתמול כתבת עליהם שהם אנשי סדום ורק אין יראת אלהים במקום הזה וכיוצא מלבד מה שזלזלת בכבוד מוריהם. ע"כ נמ"ך מכת"י רבינו המחבר זיע"א וחע"ד:

סימן צג

הנה בחדש ניסן שעבר עברו דברי ריבות בין כהה"ר חיים מאנסאנו ובנו ובין כהה"ר אליהו מאנסאנו אודות כמה תביעות שהיה תובע כהר"ח הנז' להר"א הנז' ותעל שועתם אל האלהים מעינוי דינם עד שנזקקנו לדינם אני החו' כאן והחכם כהה"ר יהודה ן' עטר י"א בהסכמת ב' הכתות וטובי העיר יש"ץ ובכן תבע כהר"ח הנז' ובנו להר"א הנז' לאשר ולקיים עליו מה שנתחייב בדין זה ימים והוא שזה כמה שנים משעמדו ב' הכתות לפני בדי"ץ של מתא טיטואן יע"א על ענין ירושת אביהם הזקן שאמר כהר"ח הנז' שכל נכסי זקינו עדיין הם ביד מורישו של הר"א הנז' והר"א הנז' היה משיב שכבר חלקו אבותיהם ירושת אביהם הזקן ושטר חלוקה היה לו ואבד. וגם כהר"א הנז' טען על הר"ח הנז' שגנב לו ג' כיסים מלאים והחזירם לו ריקנים עוד תבעו בחולק יתיר שהיה נוטל הר"ח הנז' יותר על חלקו בפירות הקרקעות שירשו מאביהם והוא שלפי משפטי חלוקתם עולה לכהר"ח שתות בנכסי הזקן והוא היה נוטל רביע הפירות, וגם תבעו במה שהיה נוטל מפירות הקרקעות שהיו כתובים ע"ש אביו של כהר"א הנז' לבדו ולזה השיב הר"ח הנז'

ממך קניתי מלבד תביעות אחרים שהיו תובעים זל"ז, ואחר עמדם למשפט בפני בדי"א של מתא טיטואן יע"א חייבו לכהר"א הנז' לישבע שלא מכר לו כלום אחר שהמציא לפניהם עידי מחאה ושטר מודעא שמסר נגד הר"ח הנז' ונגד דודו החהש"ו כההה"ר אברהם מאנסאנו זלה"ה וגם חייבו לכהר"ח הנז' לישבע על הכיסים הנז' שלא נטל כלום ויכלול בשבועתו שאר התביעות כמו שכ"ז כוח"ך בידי אחר זמן מה תבע כהר"ח הנז' לכהר"א הנז' לישבע כ"א מהם כמו שפסקו להם חכמי טיטואן יע"א ונכנסו קצת אנשים ממכיריהם ומנכבדי ארץ והפצירו בהם עד בוש להתפשר ביניהם כי אנשים אחים הם ולא ישביעו זל"ז וכת השלום עשתה והצליחה ונתפשרו עזה"ד והוא שכל הקרקעות הן הכתובים ע"ש אביהם הזקן הן הכתובין ע"ש אביו של הר"א לבדו הכ"ל יתחלק ביניהם לחמשה חלקים חלק א' להר"ח הנז' וד"ח לכהר"א הנז' ובה"ך הי"ג הידו' להם יטול הר"ח הנז' רביע וג"ח להר"א הנז' ומהם יתן הר"א הנז' ליורשי דודו חלקם המגיע להם ונקוש"ח כראוי ב' הכתות ע"ז בביטול כל מיני מודעי ובפיסול עידיהן פיסול גמור בכל אופן המועיל כמו שיראה הרואה בשטר הפשרה שבידם, אח"ך עברו ימים ושנים ותבע הר"ח ובנו להר"א הנז' ליתן לו החומש של הקרקעות ופירות הרביע של בה"ך הי"ג הנז' של כמה שנים ונידונו לפני החה"ש הדו"מ כההה"ר רפאל דוד אבן עטר י"א ע"ז ואז הוציא הר"א הנז' שטר מודעא שמסר נגד הפשרה ההיא וכתוב בה שהכירו באונסו ועפ"ז פסק להם החכם הנז' שהפשרה בטלה וחזר הדין לסיני שישבעו כ"א כפי מה שנתחייב ואז תבע הר"ח הנז' להר"א הנז' לישבע השבועה שחייבו אותו חכמי טיטואן יע"א וגם תבעו לפני הח' הנז' בקצת תביעות אחרות שנתחייב בדין לישבע עליהם ג"כ ולפי שהיה הר"א משתמיט מלישבע בכן תבעו בדין לקבוע זמן לשבועה ואם לא ישבע בזמן ההוא יחייב עצמו לקיים הפשרה וכן היה שקבע לעצמו זמן לשבועה ונקוש"ח בשית"ך וקע"ע לישבע על כל הפרטים שהיה תובעו כהר"ח הנז' להר"א הנז' בזמן הנז' ושאם יעבור הזמן ההוא ולא ישבע על שום פרט מהפרטים ההם הרי הפשרה קיימת והמודעא בטלה ונתנו כהר"ח הנז' ובנו פנקס השבועה בכללותיה ופרטותיה כו"ח בשני סופרי הדיינים ביד הסופרים המשביעים אותו וכשהגיע הזמן נשבע על קצתם וקצת מהם לא נשבע עליהם ועפ"ז פסק להם הח' כההה"ר רפאל דוד בן עטר י"א שהפשרה קיימת והמודעא בטלה כמשו"ח ביד הר"ח הנז' הפס"ד הנז' ובכן תבע לפנינו כהר"ח ובנו הנז' להר"א הנז' בפירות הקרקעות שמאז ועד עתה אחר שנתקיימה הפשרה כפי הדין, והר"א הנז' השיב ע"ז שכל הפרטים שהיו כתובים בפנקס עליהם והכחיש הפס"ד שפסק להם הח' הנז' ובכן חייבנוהו לישבע להכחיש להח' הנז' אחר עבור יום או יומים פשפש כהר"ח הנז'

ומצא ב' עדים אחרים והם החה"ש כהה"ר יוסף אשרקי וכהה"ר יצחק בן עבו שהעידו שניהם שהם ראו שטר הקשר שבו נקוש"ח הרא"ם הנז' שאם יעבור הזמן ולא ישבע על איזה פרט מהפרטים הכתובים בפנקס מעתה ומעכשיו קע"ע בכח הקוש"ח לקיים הפשרה ההיא בלי לנטות ממנה ימין ושמאל וגם ראו פנקס השבועה עם שטר השבועה ומצאו שדלג איזה פרטים ולא נשבע עליהם אך כהר"י אשרקי אמר שאינו זוכר אם הפנקס היה חתום או לא וכהר"י ן' עבו ברר בעדותו שהפנקס היה כו"ח בו כהר"י הנז' וכהה"ר סעדיה ן' דאנאן וע"ז פסקנו לו שחייב הר"א הנז' לאשר ולקיים הפשרה הנז' ונכתב ונחתם כ"ז מידינו וניתן ביד כהר"ח הנז' ובנו הנז' אח"ך חזר בו כהריב"ע נר"ו ואמר שכיון שהח' כהה"ר רפאל אחיו לא העיד בפני בעל דבר מהות הענין לפי שאינו זוכרו אין כאן עדות ונמצא שלא נשאר ביד הר"ח הנז' כ"א עדות עד א' שהיא עדות כהר"י אשרקי נר"ו ואין מוציאין ממון ע"פ ע"א וגם עדות כהר"י בן עבו נר"ו אין לסמוך עליה לפי שבשטר השבועה כתוב שנשבע ע"כ הפרטים ועוד שהסופר האחר שהיה מצוי בשבועה שנשבע כהר"א הנז' אומר שאינו זוכר אם הפנקס של סדר השבועה חתום או לא וקרוב לודאי אצלו שלא היה חתום וכפי זה אפשר שהר"ח ובנו הנז' הוסיפו אחר השבועה בפנקס השבועה דברים אחרים אשר לא נזכרו מקודם כדי לקיים הפשרה, כ"ז כתב כהריב"ע נר"ו בפס"ד הנז' ושלח כעין פסק מזה למתא מקנאס יע"א ואזלו בשיטתיה חכמי מקנאס יע"א וזיכו להר"א הנז' בדינו ובנו בניינים על ד' יסודות היסוד הא' אמרו שהקנין שקנו מיד כהר"א הנז' שאם לא ישבע בזמן ההוא שהפשרה קיימת לא מהני מידי דבעינן ב"ד חשוב וליכא יסוד ב' הוא שהמודעא שהוציא הנז' לפני החכם כהה"ר רפאל י"א בעומדם לדין לפניו מהניא לבטל הקנין שקנו אח"ך מידו לקיים הפשרה, יסוד ג' דמה שנתחייב בקנין לקיים הפשרה אם לא ישבע היינו בחושבו שחייב כפי הדין לישבע אך אח"ך מצא עדים הר"א הנז' שהיה אומר להם הר"ח הנז' קודם עומדם לדין לפני חכמי טיטואן יע"א שהוא רוצה לטעון שקר על הר"א הנז' שקנה ממנו ולכן אפי' שבועה לא רמיא עליה והויא פשרה בטעות, יסוד ד' שבאה עדות החכם שפסק את דינם בכתב ואינו זוכר עכשיו העדות וקי"ל מפיהם ולא מפי כתבם ועדות כהר"י בן עבו אין לסמוך עליה שאיך נניח עדות הסופר האחר שהעיד שקרוב לודאי אצלו שהפנקס לא היה חתום והוא איש ישר ונאמן מתהלך בתומו ונסמוך על עדות כהר"י הנז' ועוד שהרי בשטר השבועה כתוב שנשבע על כל הפרטים אלו דבריהם כפי מה ששמעתי ממי שקרא פסק דינם, והגם שקע"ע שלא נכנס עוד בענין דינם מחמת ריבוי המחלוקת כיון שראיתי הא דאיתא בסנהדרין ב' שבאו לפניך א' רך וא' קשה עד שלא תשמע דבריהם

או משתשמע דבריהם ואין אתה יודע להיכן הדין נוטה אתה רשאי לומר איני נזקק לכם שנא' לא תגורו מפני איש כי המשפט וכו' ופסקה בחומ"ש ריש סי' י"ב לכן באתי להשיב ע"כ פרטי הפסקים ההם על א' א' ועל אחרון אחרון. הנה בפס"ד הא' שכתב הח' כההר"ף נר"ו כתוב לאמר שהפשרה שעשו תחילה נתבטלה מכח המודעא שהוציא כהר"א הנז', ואני בעוניי לא ראיתי דבר מספיק לבטל הפשרה שהרי בשטר הפשרה כתוב שפסל עידי המודעא שמסר על ענין זה וא"כ מאחר שפסל עידי המודעא תו לא חזיא למידי ונתבטלה המודעא והפשרה קיימת וכ"כ ה"ה בשם הרשב"א ז"ל בפיו"ד מהל' מכירה וז"ל ומסתברא דתקנת הביטול הוא שיפסול עידי המודעא ויאמר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא על מכר זה שהרי שם אותם לגבי נפשיה כעדים פסולים וכענין שאמרו בנאמנות וכן כתבו אחרים עכ"ל הרשב"א ז"ל וטעמא דהרשב"א ז"ל הוא דהגם דקי"ל שאם מסר מודעא על הביטול מהני לבטל המכר מ"מ שאני מוסר מודעא על הביטול ממי שמסר מודעא על הפיסול דבשלמא אם מסר מודעא על הביטול לא מהני הביטול שיבטל אח"ך משום דהא איכא עדים שהם עידי המודעא עצמם דכשרים הם להעיד והם מעידים שמסר מודעא על הביטול משא"כ כשמסר מו' על הפיסול ואח"ך פוסל עידי המו' א"כ מאן מסהיד ליה שמסר מו' על הפיסול אם תאמר עידי המודעא הרי פסלם לגבי דידיה וא"כ הו"ל כמי שלא מסר מודעא לעולם שהרי אין כאן עדים על המודעא כיון שהמודעא פסולה מחמת עידיה וכוותיה נקטינן:

והנה הר"ן ז"ל אחר שהביא הרשב"א ז"ל כתב אח"ך וז"ל והרנב"ר ז"ל כתב שאם מסר מודעא אף על פיסול עדים אכתי לא מהני דאף פיסול זה מחמת אונסו הוא שפוסל אותם וכבר קדם ומסר מודעא ע"ז ולפיכך נ"ל דכל היכא דידעינן באונסיה ומסר מו' על המכר ואף על פיסול עדים וכו' הרי המכר בטל ואין לו תקנה. מוכח מדבריו שהרנב"ר חולק על ס' הרשב"א ז"ל ורבים תמהו על ס' הר"ן ז"ל דמאי מהני מסירת מודעא על הפיסול מ"מ כיון שפוסלם מיהת מאן מסהיד שמסר מו' והנ"ל נכון ביישוב דברי הר"ן ז"ל דמיירי כשמסר מודעא בפני שנים על המכר ואח"ך מסר מו' בפני ב' אחרים על הפיסול שיפסול עידי המודעא דאז אפי' אם יפסול עידי המודעא הרי עדים אחרים מעידים שנמסר מו' על הפיסול והמוכר לא פיסל כ"א מו' המכר ולא עידי מו' הפיסול וכפ"ז בנ"ד שפוסל עידי המו' שוב אין לו תקנה דמאן מסהיד שמסר מוד' אליבא דהר"ן ז"ל ותשובת הרשב"א ז"ל הביאה הרב משל"ל בפיו"ד מהל' מכר והביא שם דברי הרב ל"ר סי' קע"ז שכתב וז"ל ותיקון זה מהני אף במתנה אם מסר מו' וכתוב בה שהכירו באונסו וכיון שהעדים פסולים אין כאן עידי אונס עכ"ל. כ"ז כתבתי לפי שיטת העדים שהאונס שעשה כהר"ח

ובנו הנז' להר"א הנז' שהביאו משרתי השררה מיקרי אונס, אבל לפי האמת לא היה שם אונס בדבר שהרי הר"ח ובנו הנז' שלחו להר"א הנז' לקיים את כל הרשום בכתב חכמי טיטואן יע"א ואגב גררא יעשו עמו משפט על איזה תביעות אחרים שהיו אומרים לפי דבריהם שצריכים לעמוד למשפט עליהם והר"א הנז' לא קיבל עליו לבוא עמהם לד"ת שתת' והתרו בו במאמר בדי"ץ שאם לא יבא הרי הם מוכנים ומזומנים להביא לו משרתי השררה להכריחו לבא לדין כמשו"ח בשטר ק"ע שביד הר"ח הנז' ובנו ולא שת לבו גם לזאת כל היום ההוא ואז הבקר אור ובנו של כהר"ח הנז' הביא עמו אילי הארץ שהביאוהו לבית הועד ושם תבעו לישבע לו כמו שפסקו לו חכמי טיטואן יע"א וביני ביני נתפשרו ביניהם ומה מקום לאונס בזה אחר שהתרו בו ב"ד לבא ולא בא אדרבא מדינא כופין אותו ע"י גוים לקבל עליו את הדין וכמ"ש הטור בסי' ב' ואם הוא אלם תובעין אותו ע"י גוים ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך ודעדיפא מינה כתב הסמ"ע סק"ז שדקדק מדברי מר"ן שלא הביא סיומא דמלתא שסיים הטור ואומרים לו עשה וכו' דס"ל דגם גמר דין יכול לעשות ע"י גוים כ"ש וק"ו בנ"ד דכשסרב לבא לב"ד הכריחוהו ע"י משרתי השררה לבא לב"ד לעשות ולקיים גזר דינם ולא היה שם שום חבטה ולא שום דבר אחר זולת שתפסו בו והביאוהו למקום הועד וגם כשבא לב"ד לא הכריחוהו רק לישבע כמו שנפסק הדין ביניהם או לשלם רק שהסופרים כשראו משרתי השר שתפסו בו והיו מוליכין אותו למקום הועד ובנו שהר"ח הוא שהביאם מכח זה כתבו והכרנו באונסו, ושרי להו דלפי דבריהם אין לך אדם מישראל שיטה שכמו לקבל עליו את הדין שאלמלא מורא השררה איש את רעהו חיים בלעו רק כשרואים את עצמם שאם לא יקבלו עליהם דברי הדיין אזי הרשות ביד שכנגדו להענישו ע"י השררה ואז מיראה זו מקבל עליו את הדין ומה גם שלא תבעו מעולם להתפשר עמו רק לישבע לו ומכח שתקעו עצמם הר"ח ובנו הנז' לשבועה אז נתפשרו כמ"ש כ"ז באורך בשטר הפשרה, וא"כ מי זה אמר ותהי ליחשב דבר כזה אונס, והדיין עצמו שנתן לסופרים רשות לכתוב שטר המו' בהכרת אונס הוא עצמו כתב בכתב ידו אופן האונס שהוא שהביא הר"ח ובנו משרתי השררה להר"א הנז' להכריחו לדין והוא עצמו סבר לה דמלתא כהאי הויא אונס מה שאינו כן כפי הדין, גם מ"ש חכמי מקנאס יע"א דפשרה בטעות היא שרי להו מרייהו ששכחו מה שכתבו והוא שבשנת תקמ"ח לפ"ק שלח לטיטואן יע"א כהר"א הנז' שטר ק"ע מב' עדים שהעידו שאמר להם הר"ח הנז' אני רוצה לטעון טענת שקר על הר"א הנז' ולומר לו ממך קניתי ועפ"ז כתבו פס"ד שפטור הר"א משבועה כיון שהודה הר"ח הנז' ששקר טוען וסיימו בסוף דבריהם שאע"פ שהוא פטור משבועה כפי

הדין ראינו לחייבו שבועה אם יסכימו עמנו ב"ד אחר וגם ב' מחכמי מקנאס יע"א כתבו וחתמו שאין זה הדרך פוטרתו להר"א הנז' משבועה כיון שהר"ח הנז' היה אומר דרך שיחה אלא שחייב לישבע הר"א הנז' על טענת הר"ח הנז' וזמן הפס"ד הנז' בש' תקמ"ח לפ"ק ואח"ך בחדש חשון ש"ש תקמ"ט לפ"ק תבעו הר"ח לישבע ונתפשרו בעד השבועה הפשרה הנז' אלא שהר"א הנז' הניח הדבר שמור ומונח עד ששכחו החכמים הנז' מה שכתבו כבר ושלח להם מחדש השטר של ק"ע וכתבו לו שכפי זה הוא פטור משבועה ולא זכרו דברות קדשם אשר כתבו בראשונה לחייבו שבועה אפי' אחר העדאת העדים ובודאי שלדבריהם הראשונים שומעין שהיה קרוב לזמן מחלוקתם ופסקו להם כפי ראות עיניהם וכפי מהות עניינם שהיה הכל ערוך לפניהם ופסקו להם מה שפסקו כפי אומד דעתם בזמן ההוא אלא שהר"א הנז' רימה ב' בתי דינין ב"ד של טיטואן יע"א וב"ד של מקנאס יע"א שהסתיר פס"ד הראשון מהם שבו חייבוהו שבו' אפי' אחר העדאת העדים עד שנתיישן הדבר ושכחו מ"ש כבר וחזר ושאל מהם השאלה ההיא עצמה, ובר מן דין הרי כתוב בשטר הפשרה עצמה שנקוש"ח על הפשרה ההיא בלי למימר שוגג הייתי או אנוס הייתי או מוטעה וכו' הרי שקבל ע"ע בש"ח שלא לטעון טענת מוטעה ולא טענת שוגג וכו' וא"כ היאך יכול לטעון טענות אלו אחר שנשבע שלא לטעון אותם והגם שגילה דעתו מקודם על הפשרה והמו' היתה בש"ח מ"מ לא מהניא רק לגבי הפשרה עצמה אבל לגבי מה שנשבע שלא לטעון טענות אלו ע"ז לא גילה דעתו וא"כ היאך יעבור על שבועתו לטעון טענות אלו. ומה שטען הר"א הנז' שמ"ש חכמי טיטואן יע"א שדעתם מסכמת לחייבו שבועה אז יסכימו ב"ד אחר כוונתם היה על חכמי ודייני פאס יע"א. טענה זו מהבל תמעט לפי שלא הלכו מתחילה לטיטואן לדון שם רק מפני שהיו ב"ד שבעיר קרובים לב' הכתות קורבה הפוסלת דאל"כ כל א' וא' מהם היה כופה חבירו לדון בעירו ולא יוציאו ר' על מנה ושאר הדיינים שהיו בעיר עדיין לא ניסו ללכת באלה כי בו בפרק נסמכו ועדיין לא היה להם יד ושם בדיני ממונות וכשעמדו פעם א' לפניהם לדין אח"ך חייבו להר"א הנז' ממון לא שבועה ובודאי שלא כוונו בדבריהם אלא על חכמי עיר אחרת והם הם חכמי מקנאס יע"א דבהסכמתם סגי. ועוד אפי' נודה לדבריו שכוונתם על חכמי פאס הרי שם נמצאו ושם היו בזמן התביעה והיה לו להראות להם הפס"ד ההוא לראות אם יסכימו או לא. ועוד שבשטר הפשרה כתוב שהיה מצוי עמהם החה"ש הדו"מ כהה"ר שאול סירירו נר"ו והוא היה מכלל הפשרנים ואם איתא שלא הסכים על השבועה לא הי"ל לפשר עמהם כיון שאין כאן עסק שבועה כלל באופן שלא ראיתי

לטענה זו לא שורש ולא ענף ויש מקום להאריך בביטולה מכמה אופנים אלא במ"ש יש בו די והותר:

ומעתה נבא להשיב על דברי כהריב"ע הנז' דמ"ש על הפס"ד של אחיו שכיון שאינו זוכר הענין אין כאן עדות ישתקע הדבר ולא יאמר אטו בתורת עדות קאמר לה פסקא דדינא הוא דכתב וז"ל ומה גם שלא נשבע ע"כ הפרטים שנתן בידו בו ביום ולהאי לחודיה הו"ל לא קיים שבועתו והפשרה קיימת ע"כ, ולא ידעתי מה שצריך להעיד אם יעיד שכך פסק הדין א"כ כל פס"ד שיבא לפנינו צריכים אנו להביא החכם שפסק כן להעיד בפני החייב ומעולם לא עלה על לב אדם סברא כזו אחר דדינא קאמר ולא עדות לפי מה שנתברר לו בעת ההיא' גם מ"ש כהריב"ע שבפנקס השבועה כתוב שנשבע על כל הפרטים דבר זה נאמר לקרות משטר השבועה ונייתי שטר השבועה ונחמיניה וז"ל אוב"א קדמנא נשבע שבו' היסת החכם כהה"ר אליהו מאנסאנו אחר האיום וכו' עלא אתביעות שבינו ובין החכם כהה"ר חיים מאנסאנו וכהה"ר יהונתן בנו בענין ירושת אבותיהם בבתים ובחצירות ובבה"כ הי"ג ובחנויות ובס"ת שתתעלה ובכתבי הקדש ומטלטלין והאדא הווא סדר השבועה אוול נשבע וכו' עכ"ל והנה הר"ח הנז' טען שתביעות אחרים היה תובעו מלבד תביעת הירושה התביעה הא' שתבעו לישבע לו שאינו יודע מהב' חנויות הנשענים על כותל חומת החצר הנק' צ'אר אסלילים שכהר"ח הנז' בנאם משלו ואחיו כהרע"ם כתב השטר על שמו של כהרע"ם לפי שכל ענייניו היו ע"י אחיו כהרע"ם והיו מאמינים זל"ז ולא היו מקפידין בכתיבת השטר אם יהיה כתוב ע"ש א' מהם וטענו טענת ודאי שבפני הר"א הנז' היה אומר כהרע"ם שהחנויות ההם של כהר"ח רק אני כתבתי אותם על שמי שאני גדול ובן דעת ואשכירם על ידי ביוקר ולא ימצא הוא מקום לא להשכיר ולא למכור ולא למשכן ואמר הר"ח הנז' שדבר זה אמרו כהרע"ם ז"ל לפני בנו הר"א לא פעם ולא ב' ולא ג' והיה הר"א שומע טענה ב' שתבעו בשבועת השות' בענין הקרקעות המשותף ביניהם שישבע שהיה נותן לדודו חלקו מושלם, ועוד אמר תביעות אחרות: וא"כ מה דקדק מלשון שטר השבועה שבשטר השבועה לא נמצא רק שנשבע על התביעות שהיו בענין הירושה ולא על התביעות שאינם מענין הירושה, והתימא מכהריב"ע הנז' שהוא עצמו חזר והגיד בפס"ד שכתבנו ביד כהר"א הנז' וז"ל יובן תביעות אחרים הם שהיה תובע הר"ח להר"א ואותם התביעות הם שלא נשבע עליהם וחתמנו בו אנחנו שנינו והיאך יכחיש עצמו, וגם בענין מה שטען הר"ח הנז' על הר"א הנז' ממך קניתי שינה ענין השבועה לפי שהר"א היה טוען על הר"ח שאין לו בקרקעות כ"א שתות והוא היה נוטל רביע ולזה טען הר"ח שההפרש שבין שתות לרביע שהוא חלק מי"ב

ממך קניתי וכשנשבע הר"א הנז' נשבע בזה"ל וכלל בשבועתו באיין מא באעשי לכהר"ח הנז' רביע בקרקעות ולא רביע בה"ך ולזה צווח הר"ח ככרוכיא ואמר אטו אני טענתי שמכר לי הרביע אני לא טענתי רק שמכר לי תשלום הרביע והוא שנשבע ברמאות שלא מכר לי הרביע שבועתו זאת אמת היא שהרביע שלם לא מכר לי לפי ששתות נפל לי בירושה אבל חלק מי"ב הוא שמכר לי: ובר מן דין מ"ש עלא אתביעות שבינו ובין כהר"ח בענין הירושה לאו למימרא שנשבע על כלם דאטו כל התביעות קאמר התביעות דוקא קאמר שר"ל שנשבע על תביעות אלו שבינו ובין כהר"ח ויש אחרים ג"כ שביניהם בענין הירושה ודעדיפא מינה קאמר התלמוד דאפי' היכא דקתני כל אמרי' תנא ושייר כ"ש בלשון הדיוט, ומה גם שעדים מעידים בהדיא ששייר איזה פרטים שלא נשבע עליהם ולא עדיפא כתיבת שטר מהעדאת עדים דהשטר עצמו אמרינן ביה עדים החתו' בשטר אמרי' כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי אבל להעדיפו על העדאת עדים שנחקרה עדותן בב"ד ולהכחישם מדקדוקי שטרות זו לא שמענו. ומ"ש שהסופר האחר שהוא כהה"ר סעדיה בן דנאן אמר שקרוב לודאי אצלו שהפנקס לא היה חתום לא ידעתי מה תועיל אמירתו קרוב לודאי אטו בספק שהוא קרוב לודאי נוציא ממון הרי מ"מ מידי ספק לא יצא, ועור כבר שאלו להר"ח הנז' אם אמר כדבר הזה ואמר שמעולם לא יצא דבר זה מפיו והספק אצלו לב' הצדדין בשוה והכחיש את כהריב"ע בזה, גם מ"ש שמא הר"ח הנז' הוסיף בפנקס מה שלא נתחייב לישבע עליו כבר העיד הסופר שהיה הפנקס חתום בחתימת ידם ועד א' מהני להוציאנו מידי ספק אלא שבלא"ה פשפש הר"ח הנז' ומצא עד א' ת"ח המעיד ככל דברי הר"י ן' עבו ויש לו ג"כ עדים אחרים רק שנמנעים להעיד מפני המחלוקת וכ"ע ידעי להו ואומרים בפומבי שיש להם עדות מזה ולא יעידו כי תגדל המחלוקת ביניהם ובין עוזרי הר"א הנז':

גם מ"ש חכמי מקנאס יע"א שהקנין שקנו מהר"א הנז' שאם לא ישבע ע"כ הפרטים שהוא מחוייב לקיים הפשרה וכתבו דבעינן קנין בב"ד חשוב וליכא. אחר המחילה הקנין ההוא נעשה ע"י אדם גדול בתורה שהוא החה"ש כהה"ר נחמיה יהודה הכהן דבקי בדיני אסמכתא ועוד לו לן בעומקה של הלכה וכל ישעו בש"ס מבקר לערב ומוציא יקר מזולל כידוע לכל ואין לך ב"ד חשוב יותר ממנו וכבר פסק מור"ם סי' ר"ז דמי שבקי בדיני אסמכתא מיקרי ב"ד חשוב וגם לסברת י"א שהביא שם וז"ל וי"א דבעי' ב"ד חשוב שבעיר או מומחה לרבים ולא ידעתי מה הם מבינים במלת ב"ד חשוב שבעיר שאם הכוונה לומר ב"ד שיהיה מיוחס א"כ אין לך מיוחס ככהנים ולויים. ואם הכוונה שיהיה לבני עירו בחזקת חכם רשום גם מדה זאת יש בו, וגם מ"ש או מומחה שבעיר לכי תידוק בדורנו זה

לא שייך שזה מומחה לרבים וזה אינו מומחה דבשלמא דורות הראשונים לא היו ממנים כ"א מי שהוא חכם בדורו ואין כמותו בעיר בחכמה ובמנין ולא היו ממנים רק היודע לישא וליתן בש"ס ובפוסקים ולהוציא הדין לאמיתו אבל בדורנו זה כל מי שהוא חכם וראוי למנותו על הצבור הוא נחבא אל הכלים ונשאר הדבר תלוי ברצון הדיינים וטובי העיר שלפעמים מפני אהבתם לאיש א' ממנים אותו אע"פ שאינו ראוי לכך וא"כ ודאי הוא שכל מי שהגיע להוראה עדיף טפי ממומחה לרבים דכל כוונת המרדכי במ"ש או מומחה לרבים משום דמסתמא ההוא מומחה אין כמותו בעיר בחכמה ובסברא ובכל מידי אבל אי חזינן דעדיף טפי מיניה וכ"ש אם המומחה אינו בקי הדבר פשוט דחכם טפי עדיף וליכא דין מומחה בזה"ז רק לענין אם טעה כדאיתא בסי' כ"ה, וכ"ז לא כתבתי אלא לפי מה שחשבו הם שדבר זה נעשה בקנין לבד אבל לפי האמת הדבר נעשה בקנין ובחומר השבועה ואין אחר שבועה כלום:

היסוד הב' שכתבו שהמודעא תספיק לבטל כל הנעשה אחריה הגם שכבר כתבתי ביטול המודעא עוד זאת אשיב אפלה מדבריהם שאחר שהר"א הנז' הוציא שטר המודעא בפני החכם ובכחו ביטל הפשרה ונקוש"ח לישבע ושאם לא ישבע הפשרה קיימת מה נשאר מקום לאותה המו' והרי עליה היו דנים תחילת דינם ועליה קע"ע שאם לא ישבע שיקיים הפשרה וא"כ הו"ל כאומר אם לא אשבע הריני מבטל מו' זו הגע עצמך המוציא שטר מודעא בפני ב"ד ובטלה האם נאמר שלא יועיל ביטולו א"כ אין לדבר סוף. הן אמת שכל עוד שלא הוציאה יכול לגלות דעתו על הביטול אבל כשמוציאה בב"ד ומבטלה הו"ל כמבטל כל אופנים הגורמים קיומה והמו' בטלה והפשרה קיימת ושאר הדברים שעליו יסוד הפסק ההוא כבר באה סתירתם בתוך דברינו א"צ לכפול הדברים, באופן לא האמנתי שחכמים שכמותם יכתבו כדברים האלה וחלילה לי להאמין כן עליהם כי אנשים חכמים וידועים הם, ואם אמת שכתבו כן הרי תשובה מוצאת לכל דבריהם:

כללא דמלתא הפשרה שנתפשרו כבר קיימת והמו' בטלה מכל הני דכתיבנא וחייב הר"א הנז' לדקדק חשבונו עם הר"ח ובנו הנז' בחלקו בפירות מיום הודאת הפשרה עד היום הזה. וה' אלהים אמת ישים בלב חכמי ישראל להסכים ע"ד אמת וינחנו בדרך אמת ולראית האמת ח"פ פאס יע"א וקיים עכ"ל, וחתום עליו החה"ש כהה"ר בנימין לכרייף י"ץ:

וס"ל נמ"ך וז"ן הנה עין הרואה, עין בעין יראה, כי לדון משפט זה לאשורו צריך לעמוד על שטר הפשרה ושטר המו' להתבונן בהם ולדקדק בלשונם להוציא הדין לאמיתו ועל צד ההכרח אמרתי אחוה דעי ע"פ הכתוב לעיל:

ותחילה וראש ארדה נא ואראה במ"ש החכם הפו' לבטל המו' ולקיים הפשרה מחמת שכתוב בשטר הפשרה שפסל עידי המודעא א"כ מאן מסהיד שמסר מו' על הפיסול זהו תורף דבריו והם כחזון הסתום, דנהי דפיסול עידי המו' הם תקנת ביטול המו' להרשב"א דסובר דכיון שהוא פוסל עידי המו' ושוויינהו לנפשיה כעדים הפסולים תו לא אשכח מאן מסהיד ליה אמסירת מודעא ואפי' אם קדם ומסר מו' אף על פיסול עדים כיון שפסל עדים שיעידו שמסר מודעא מי יימר שמסר מו' ומי יימר דמחמת אונס היה והביא ראיה לדבריו בחידושיו פ' השולח יע"ש מ"מ הרי הר"ן דהוא בתראה שדי בה נרנא באותה ראיה שהביא הרשב"א כמו שהאריך בביאורו על הרי"ף פ' השולח ובתשובה סי' מ"ח ומשמעות דבריו שאם מסר מו' אף על פיסול עדים אכתי לא מהני מה שפוסל עידי המו' שאף פיסול זה מחמת אונס הוא שפוסל אותם וכבר קדם ומסר מודעא על זה וכיון דהר"ן חולק בדבר מי יאמר דנקטינן כהרשב"א בלתי שום ראיה ואדרבא אשכחן למהרימ"ט בחח"מ סי' מ"ג והרב מעשה חייא בסי' כ"ו דמטו לומר דלא פליגי הר"ן והרשב"א בדבר דהרשב"א עצמו מיירי היכא דלא מסר מו' על פיסול עדים ולא תקן אלא לשעתו דאכתי לא אסיקו אדעתייהו דאינשי בפיסול עדים כדי שימסרו תחילה מו' על זה אבל בהיכא דחזינא דמסר מו' על פיסול עדים יודה הרשב"א דלא מהני פיסול עדים יע"ש, ועם היות שהרב אמרות טהורות בא"ה סי' קל"ד הוכח דודאי פליגי שהרי הר"ן בתשו' הנז' אחר שכתב מה שיש לו לדון על ראית הרשב"א כתב וידעתי שלא הודו לו כל סיעתו ואף חכמי הדור שלפנינו לא סמכו עליו עכ"ל והביאה מר"ן ב"י בסי' קל"ד בא"ה ואם איתא דהרשב"א איירי היכא דלא מסר מו' אף על פיסול עדים במה חלקו עליו חכמי הדור יע"ש, מ"מ אפי' כשנאמר דקושטא הוא דפליגי מאן ספין ומאן רקיע למעבד עובדא כהרשב"א במקום שלא הודו לו כל סיעתו:

איברא דלענין דינא אנא אמינא דהיכא דעביד תרתי בשטר הפשרה דהיינו ביטול המו' בלשון כולל מו' ומו"ד וכו' עד עולם והוסיף גם פיסול עידי המו' אז אמרי' דהמו' בטלה והפשרה קיימת אפי' מסר מו' על שניהם דממ"נ אי כהרשב"א סבירא לן דתקנת הביטול היא פיסול עידי המודעא הרי כאן פיסול העדים ואי כהר"ן ס"ל דלא מהני פיסול העדים היכא דמסר מו' גם על הפיסול מ"מ סובר הוא דכל שביטל המודעא בלשון כולל נתבטלו כל דבריו הראשונים שמסר בשטר המו' תדע לך שכן הוא שהרי דבריו של הרשב"א נאמרו על דברי הרמב"ם שכתב בפיו"ד מהל' מכירה הל' ח' ובפ"ו דגירושין הל' י"ט דמסירת מו' על ביטול מו' מבטלת ביטול מודעא כתב שם שתקנת דבר זה שיאמרו לו העדים קודם נתינת הגט אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת שגורמין כשיתקיימו אותן

הדברים לבטל גט זה הרי הם בטלים יע"ש, וע"ז כתב הרשב"א בשיטתו פ' השולח וז"ל ול"נ שאם מסירת מו' על ביטול מו' מבטלת הביטול מו', גם רש"י אמר לשון זה מה הועיל דדלמא מסר מודעא אף על ביטול כזה ומכח קושיא זו כתב דתקנת הביטול שיפסול עידי המודעא ויאמר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא על מכר זה שהרי שם אותם לגבי נפשיה כעדים פסולים יע"ש וע"ז כתב הר"ן בפ' השולח בביאורו על הרי"ף להשיב על דברי הרשב"א ועל ראיותיו ולבסוף כתב לתרץ קושיית הרשב"א על הרמב"ם דמה שהזכיר הרמב"ם נראה שהוא מספיק לכל המודעות וכו' ולפיכך כתב שיאמרו לו אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת וכו' לפי שאם לא אמר אלא שהוא מבטל המודעא סתם הרי עדיין לא ביטל מודעת הביטול ואפי' ביטל ג"כ מודעת הביטול שמא מסר מו' על ביטול הביטול ואין לדבר סוף ולפיכך תקן הרמב"ם שיאמר בלשון כולל הדברים שמסרתי וכו' שעכשיו אין ספק שבטל כל מה שאמר שיהיה גורם פיסול לגט זה ובדיבור זה האחרון נתבטלו דבריו הראשונים שמסר בשטר מודעא דקי"ל אתי דיבור ומבטל דיבור ובהכי סגי יע"ש, הרי דסובר הר"ן דכל שאמר לשון כולל בביטול המו' סגי בהכי לבטל כל דבריו הראשונים שמסר בשטר המו' ונהי דסובר דתקנת הביטול להרשב"א לא מהניא מידי הרי הוא סובר דתקנת הרמב"ם דבלשון כולל מהניא וכיון דהכא בנ"ד איכא תרתי בשטר הפשרה ביטול בלשון כולל מו' ומו"ד וכו' והוסיף גם פיסול העדים נתבטלה המודעא לדברי הכל להרשב"א מחמת פיסול עידי המו' ולהר"ן מחמת שהביטול בלשון כולל נתבטלו כל דבריו הראשונים שמסר בשטר המו', גם הרא"ש בפסקיו בפ' השולח הביא דברי הרמב"ם הנז' והקשה כקושיית הרשב"א דשמא מתחלה מסר מו' למו' וכתב דכשאומרים אמור לפנינו כל הדברים שמסרת שגורמים וכו' אז ביטל כל מו' ומו"ד דכל שביטל מו' ומו"ד ע"ס כל מו' הכל בטל שכשם שביטולו מועיל על מו' א' כדאיתא בערכין גם מועיל על כמה מו' יע"ש, גם הה"מ בפ"ו דגירושין כתב דקושיית הרשב"א אינה מוכרחת ולא מכרעת לפי שאחר דיבורו האחרון אנו הולכין יע"ש, גם הריב"ש בסימן תפ"ב ובסי' קכ"ז כ"כ יע"ש כל דבריו:

ומה גם שהרשב"א עצמו לא סמך על תקנתו לחודה רק בצירוף תקנת הרמב"ם שהרי כתב בחידושיו פ' השולח וז"ל להוציא מכל ספק שיבטל כל מו' ושיפסול כל עד שיעיד שמסר מו' בפניו עכ"ל. וכ"כ הר"ן בתשו' הנז' שהרשב"א לא בא להקל אלא להוסיף על תקנת הביטול להרמב"ם יע"ש, גם בתיקון גט אשה להרשב"א שהביא הר"ן בסוף מס' גיטין שתקן לומר הריני מבטל כל מו' שמסרתי על גט זה וכן אני מבטל כל דבר שגורם כשיתקיימו אותם דברים ביטול לגט זה וכו' והריני פוסל וכו' יע"ש והביאו מר"ן ב"י

בסי' הנז' ופסקו להלכה בשלחנו הטהור בא"ה סי' קל"ד ס"ב יע"ש. נמצינו למדין דבין להרשב"א בין להר"ן כל דעביד תרתי ביטול בלשון כולל כתקנת הרמב"ם ופיסול עדים כהרשב"א דמודעא בטלה:

והנה לכאורה נראין דברי הר"ן כסותרין זה א"ז דממאי דכתיבנא משמע דסובר הר"ן דאפי' מסר מודעא על כל הביטולים וגם על פיסול עדים יש תקנה שיבטל בלשון כולל כסברת הרמב"ם. והנ"י כתב משמו בהיפך וז"ל והרנב"ר ז"ל כתב שאם מסר מו' אף על פיסול עדים אכתי לא מהני שאף פיסול זה מחמת אונסו הוא שפוסל אותם וכבר קדם ומסר מו' על זה ולפיכך נ"ל דכל היכא דידענו באונסיה ומסר מו' על המכר ועל כל הביטולים שיעשה ואף על פיסול עדים הרי המכר בטל ואין לו תקנה עכ"ל והרי זה היפך מדבריו דכתיבנא והוו דבריו סותרין זא"ז, ואין ליישב דבריו ולומר דחדא במכר וחדא בגירושין דהכי אשכחן להרמב"ם דבפיו"ד מה' מכירה לא כתב זאת התקנה ובפ"ו דגירושין כתבה שהרי כתב מהריב"ל בח"ג סי' כ"ח דגם במכר מהניא תק' הרמב"ם וסמך בהל' מכירה עמ"ש בהל' גירושין וכ"כ מהר"י אדרבי בשו"ת דברי ריבות סי' רל"ז שהדברים ק"ו דאם לענין גט להתיר אשת איש שהוא דבר חמור איתא לתקנה זו ושרינן א"א לעלמא כ"ש לענין ממונא דאיתא לתקנתא שהמודעות בטלות והמכר קיים יע"ש ודברים ברורים הם:

ומה שקרוב לשמוע כד דייקינן שפיר בלשון הנ"י דהאי סיומא דמסיים הנ"י ולפיכך נ"ל דכל היכא דידענו באונסיה וכו' הרי המכר בטל ואין לו תקנה אינו מלשון הר"ן אלא דברי הנ"י עצמו שאמר מסברא דנפשיה שנראה לו לומר ממה דחזא להרשב"א שדי נרגא בתקנת הרשב"א א"כ כל היכא דמסר מודעא על הביטולים והפיסול הרי המכר בטל ואין לו תקנה ודייק לישניה שכתב ולפיכך נ"ל ואלו מהר"ן יצאו הדברים וסיום דברי הר"ן הם לא הי"ל אלא ולפיכך כל היכא דידענו ודו"ק, אלא ודאי דברי הנ"י הם דסובר דקושיית הרשב"א על תקנת הרמב"ם וקושיית הר"ן על הרשב"א אינו מן היישוב כלל ותצא דינ"ה לדעתו דאין תקנה אפי' במכר דמידי דממונא וכ"ש בגט דמלתא דאיסורא, אבל לדידן דקו"ל דמהניא תקנתא בגט כ"ש במכר:

ודע שהרב המוסמך מהריט"ץ בסי' קפ"ט כתב שדברי הרשב"א נכונים בטעמם ולא חלק עליו הר"ן בהיכא דעידי המו' עצמן הם עידי האונס דכיון דפסלם אין כאן עידי אונס ודברי הר"ן אינם אלא בהיכא דאנן בי דינא ידעינן באונסיה שמחמת האונס פסל העדים ואין אנו צריכין לעדות העדים שפסל ודייק מהאי לישנא שכתב הנ"י ולפיכך נ"ל דכל

היכא דידעינן באונסיה ומסר מו' וכו' משמע דאנן בי דינא הוא דידעינן באונסיה ולא עידי המו' דא"צ לעדותם יע"ש:
והשתא דאתינא להכי מה טוב ומה נעים לומר שהם דברי הנ"י עצמו כדכתיבנא ונאמר שהטיל כעין פשרה בין הרשב"א להר"ן ולא שהר"ן והרשב"א מודים אהדדי דהא הוכחנו לעיל דודאי פליגי כדמוכח מתשו' הר"ן הנז"ל יע"ש:
והרב לחם רב בסי' קע"ז כתב וז"ל זאת ועוד עידי האונס היכן הם אם תאמר עידי המודעא שאמרו שהכירו באונסו הרי פסלם ע"ע ולדעת הרשב"א וסיעתו דעדים אלו פסולים הם ואין כאן עדים מעידים על האונס ויכול המוחזק לומר קים לי כהרשב"א וסיעתו עכ"ל ולפ"ז סיוע דאית לן מדברי הרב ל"ר הוא לומר דיכול המוחזק לומר קי"ל כהרשב"א וא"כ המוחזק בפשרה יאמר כן אלא דאין אנו צריכים לזה בנ"ד דאיכא תרתי דמהני לדברי הכל וכדכתיבנא ולא ידענא מאי סייעתא מביא הח' הפוסק מדברי הרב ל"ר שהביא מ"ל בקיצור שהרי לא כ' דאין כאן עידי אונס אלא לס' הרשב"א ודו"ק: ומהשתא קם דינא שהפשרה קיימת והמודעא בטלה ואין אנו צריכין לכל אותם הסעיפים והפארות שהביא החכם הפוסק שהם כאומר אם תמצי לומר אלא משום דטרח ביו"ד אצבעותיו להשיב ע"כ הפרטים אזלינן בתריה. ומ"ש דלפי האמת לא היה שם אונס, הם דברים של טעם דאם הכריחוהו לעשות מה שישראל אומרים לו להיות ציית דינא לא הכריחוהו על הפשרה ומנפשיה עביד פשרה, גם מ"ש לתמוה על חכמי מקנאס דסתרי דבריהם אהדדי אמינא ודאי שדבריהם הראשונים עיקר עפ"י הדין דקי"ל בסי' פ' ס"א דכל מי שטוען חוץ לב"ד יכול לטעון אפילו לסתור טענתו הראשונה וגמ' ערוכה היא בפ' חזקת הבתים ד' ל"א אמאי דאתמר התם נהרדעי אמרי דאינו חוזר וטוען אומר התלמוד אומר נהרדעי היכא דאישתעי מילי אבראי ולא טען ואתא לבי טען וטען דטוען וחוזר וטוען מ"ט עבוד איניש דלא מגלי טענתיה אלא בבי דינא ועיין פרשב"ם וז"ל הרא"ש והיכא דאישתעי מילי אבראי וכו' דחוזר וטוען אפילו סותר כל דבריו הראשונים מ"ט עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא בב"ד כדי שלא יחשוב שכנגדו תשובה על דבריו ובמזיד טוען טענות אחרות להטעותם. אבל אם הודה לפני עדים ואמר הלא אתם עדי ושתק לאו כל כמיניה לסתור הודאתו שלא הי"ל לשתוק כשאמר שכנגדו אתם עדי אלא הי"ל להשיב לא נתכוונתי אלא להשטות בך הרי מבואר דכל הודאה שמודה חוץ לב"ד ולא אמר הלה אתם עדי והוא שתק דאין ממש באותה הודאה אפי' כשטוען בב"ד הפך הודאתו ואדרבא להטעות שכנגדו אומר במזיד דברים אשר לא כן להטעותו ולשטות בו ואפילו אינו טוען משטה אלא להד"מ אינו כלום כדקי"ל בסימן פ"א אפי' לא טען משטה

אלא להד"מ פטור דמילי דכדי לא דכירי אינשי יע"ש ומאין לומר דאפי' שבועה לא רמיא עליה דהר"א מכל שהיה אומר הר"ח דרוצה לטעון שקר כיון שאין כאן אלא סיפור דברים חוץ לב"ד בלא אתם עדי דודאי אמרי' להטעותו ולהשטות בו אמר כן. ועל מ"ש על דברי חזרת הריב"ע שאמר שאין אחיו זוכר וכו' היא מלתא דלא צריכה כיון שיש בידו ק"ע משלשה עדים אחרים לבד מעדות אחיו מה מקום נשאר למתעקש להתעקש בזה, וצור ישראל ישים בלב חכמי ישראל להסיר מכשול מדרך עמם דקי"ל בסי' ב' דב"ד מכים ועונשים שלא מה"ד ולהפקיר ממון לצורך פרצות הדור ואיך רבני פאס יע"א העלימו כ"כ עין מנדון זה מחמת קורבה והניחו דין זה נע ונד בארש ערבה ושוחה ונפקי מיניה כמה קלקולים מעינוי הדין ועוות הדין והרי כל העולם מימיהם הם שותים ומי יבוא אחרי המלך משי"ח באשר כבר עשהו הוא וב"ד הצדק לגזור עליהם שכך יעשו וכשל עוזר ונפל עזור ולא מצא הקב"ה כלי מחזיק ברכה לישראל אלא השלום הח"פ צפרו יע"א בח' אב הרחמן ש' עושה משפט לעשוקי"ם לפ"ק וקיים:
שאול ישועה ס"ט:

סימן צד

עוד ע"ע הפשרה שאם באנו לקיימה מחמת שכתוב בשטר הפשרה בביטול כל מודעי וכו' ובפיסול עידיהן וכו' לדעת הרשב"א דס"ל דתקנת הביטול הוא פיסול העדים וכמ"ש החכמים הפוסקים יצ"ו והיא סברת הסמ"ע בסי' ר"ה סקכ"ז שכתב שגם לס' קמייתא שהיא ס' הרמב"ם שהביא מר"ן מהני פיסול העדים אע"פ שמסר מודעא על הביטולים אבל זהו אם לא מסר מו' על פיסול העדים אבל אם מסר מו' על ביטול העדים כבר כתב הר"ן על דברי הרשב"א בפ' חזק"ה והביאו מר"ן הב"י בח"מ סי' ר"ה ובא"ה סי' קל"ד וז"ל ולפיכך נ"ל דכל היכא דידענא באונסא ומסר מו' על המכר ועל כל הביטולים שיעשה ואף על פיסול העדים הרי המכר בטל ואין לו תקנה כלל עכ"ל ולכן היה צריך לעמוד על שטר המו' לראות אם מסר מו' על הכל אם לאו אם באנו לקיים הפשרה מצד זה, ומה שרצה הח' הפוסק כהה"ר שאול ישועה אביטבול ישצ"ו לומר דהיכא דאיכא תרתי בפשרה ביטול כולל ופיסול עדים דהמודעא בטלה והפשרה קיימת אפי' מסר מו' על שניהם ממ"נ אי כהרשב"א אי כהר"ן וכו', אחר המחילה מכת"ר נעלם ממנו דברי הר"ן במקומם בפ' חזקת שהעתקנו ודברי הב"י שהביאם בשני הטורים בשם הר"ן וכתב עליהם שכ"כ הנ"י שאם מסר מו' על הכל שהמכר בטל ואין לו תקנה ומה שנדחק הח' בדברי הר"ן דפ' השולח והוציא מהם דס"ל להר"ן שהתקנת ביטול בלשון כולל דגט

מועיל ג"כ במכר ושביטול כל מודעי וכו' הויא כתקנת הביטול שכתב הרמב"ם בגט שהוא שכל הדברים שמסרתי שגורמין כשיתקיימו אותם הדברים לבטל גט זה הרי הם בטלים וכו' שתי תשובות בדבר חדא דרוב הפוסקים האחרונים ס"ל דתקנת הביטול דהרמב"ם בגט לא מהניא במכר ומוכרח שגם הר"ן שגילה דעתו להדיא במכר ס"ל דלא מהניא ביה תקנה לבטל המו' דס"ל כוותייהו לחלק בין גט למכר וכמו שנבאר להלן ועוד דאפי' את"ל דס"ל להר"ן דאין לחלק בין גט למכר כדעת מהריב"ל שהביא הח' הפוסק מה שאינו כן לפי האמת לדעת הר"ן מ"מ הרי דברי הר"ן דפ' השולח ברור מללו דלא חשיב הר"ן ביטול כלל אלא תקנת הביטול שהזכיר הרמב"ם בגט אבל ביטול מודעי דמו' לא חשיב ביטול כלל שכתב וז"ל לפי שאם לא אמר אלא שהוא מבטל המו' סתם הרי עדיין לא ביטל מודעת הביטול ואפילו ביטל ג"כ מודעת הביטול שמא מסר מו' על ביטול הביטול ואין לדבר סוף ולפיכך תיקן הרמב"ם שיאמר בלשון כולל כל הדברים שמסרתי וכו' שעכשיו אין ספק שביטל כל מה שאמר שיהא גורם פיסול לגט זה וכו' ע"כ, הרי להדיא דס"ל להר"ן דלא חשיב ביטול כלל אלא בלשון כל הדברים שמסרתם וכו' אבל בביטול כל מו' וכו' לא חשיב ליה ביטול כלל משום דאפשר שמסר מו' על כל המודעות ואין לדבר סוף והחילוק שבין גט למכר כתבוהו רוב האחרונים הרב הב"ח כתבו לדעת רב האי ובעל העיטור שהביא רבינו הטור דס"ל דלא מהני שום ביטול במודעא אע"פ שלא מסר מו' על הביטול דדוקא בגט מהני הביטול אפי' ידוע דאנסוהו נמי בביטול המודעא משום דגט מעושה בישראל כשר אבל בזביני לא מהני ביטול באונס ידוע ע"כ. גם הרב בדרישה כתב על דברי הרב המגיד שהביא ראיה להרמב"ם שכתב דמהני ביטול מו' באונס אם לא מסר מוד' על הביטול מגט כתב להשיג עליו שאין ראיה מגט דשם מהני גט מעושה דכופין אותו לגרש יע"ש, גם הרב מהרי"ט סימן ע"ו לפי מה שפסק דלא מהני ביטול במודעא בזביני כתב וז"ל וכת' הא דאמרי' בערכין וכן אתה מוציא בגטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ומפרש בגמרא עד דמבטל למודעתיה הא לא דמי מכר לגט מעושה בישראל דהתם בדין כופין אותו שיגרש ואם מסר מו' כופין אותו שיבטלנה אבל מוכר באונס וכו' נהי דכי לא מסר מו' אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני היכא דגלי דעתיה ומסר מו' אין ממכרו ממכר ואין ביטולו ביטול דשלא כדין כופין אותו וכו'. ומאי דמייתי ראיה מהא דערכין דכי ביטל מו' אבטיליה ליה הכי מייתי דבמעושה כדין כי מבטל ליה מחמת אונסו אבטלה אף זביני דשלא כדין כי מבטל למודעא מסתמא אבטיליה דאמרינן גמר ומבטלו עד שגילה דעתו במודעא להדיא הוו יודעים וכו' שכל קנין וכו' עכ"ל והרב הדרישה לא ניחא ליה למילף אונס דזביני מאונס דגט אפי' כי

מבטל למו' מסתמא לא גילה דעתו ע"כ קנין ולהכי קשיא ליה על ה"ה והוצרך לתרץ אליבא דס"ל דבערכין איירי בכל גטין ע"ש, אבל כשמסר מו' על כל ביטול כולהו ס"ל אליבא דהרמב"ם וה"ה דלא מהני שום ביטול ולא ילפינן מגט מעושה גם הרב כנה"ג בהגה"ט אות פ"ב אע"פ שכתב בשם מהריב"ל והרדב"ז ומהר"י אדרבי דמהני במכר התקנה שכתב הרמב"ם בגט הרי כתב מטעם דצ"ע למה לא כתב הרמב"ם תקנה זו במכר וכתב עוד הרב הנז' אבל הרלנ"ח סי' ל"ד וחד דעימיה ומהר"י בירב חולקים וסוברים דאפי' לדעת הרמב"ם לא מהני במכר בגט ונתן טעם לדבר ולזה נוטה דעת מהרש"ך ומהר"מ מטראני והרשד"ם וכן הכריע מהר"מ אלשיך י"ג עכ"ל, הרי שרוב האחרונים סוברים דל"מ תקנת הגט במכר ואפי' לדעת הני תלתא רבוותא שכתבו דלא מהני אם היה נגלה להם הטעם שכתבו הנך רבוותא לחלק בין גט למכר ודאי שהיו מודים להם שהרי לפי דעתי הוקשה להם והניחו בצ"ע למה לא כתב הרמ"ה תקנת הגט במכר ואפי' לפי דעתם לא נאמרו הדברים אלא בתקנת הגט עצמה אבל בביטול מו' וכו' ודאי דלא מהני לכ"ע במכר וכמו שהוכחנו למעלה מדברי הר"ן עצמו:

ובר מן דין אפי' את"ל דהר"ן ס"ל דמהני ביטול מו' במכר אפי' מסר מו' ע"כ הביטולים מה שאינו כן לפי האמת תמיהא לי מלתא על הח' הפוסק נר"ו איך נטה בדעתו לפסוק הלכה כן וכן מר"ן פסק כהרמב"ם שכתב וז"ל ואם אמר לעידי המוד' הוו יודעים שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעה שהכל בטל וכו' הרי המכר בטל ואע"פ שקנו מידו לבטל המו' עכ"ל וממשמעות הלשון מורה שאם כתב כן שוב אין שום ביטול מועיל וכן מורה דברי מור"ם שהביא סב' הרא"ש שאם ביטל עוד כל הביטולים דמהני מש' דלס' קמייתא לא מהני, גם מדברי הסמ"ע שכתב מיהו גם לס' קמייתא אם פיסל העדים מהני מש' דביטול מו' דמו' ודאי לא מהני ס' קמייתא ומוכרח הדבר מעצמו משום דאלת"ה במאי פליגי הרא"ש עם הרמב"ם שהביא רבינו הטור במחלוקתם בביאור, ועוד דמצינו להטור שהשוו ס' הרמב"ם עם ס' רבינו האי ובעל העיטור שכתבו בפי' דלא מהני שום ביטול במכר ונהי שאם לא מסר מודעא על הביטול אינה שוה דעת הרמב"ם לדעת רב האי ובהע"ט דס"ל דגם בזה לא מהני שום ביטול הרי כתב שם הב"י דלא השוה הטור דעת הרמב"ם לרב האי ובעל העיטור אלא כשמסר מודעא על הביטול ושמעת מינה דכשמסר מוד' על הביטול מיהא שוי דעתו לדעתם דלא מהני שום ביטול והיינו כדעת הר"ן לפי האמת שכתב שאם מסר מודעא על הביטולים ואף על ביטול העדים המכר בטל ואין לו תקנה, נמצינו למדין דלדידן דאזלינן בתר פסק מר"ן לא מהני שום ביטול במודעת המכר אם מסר מו' ע"פ הביטולים ואפי' לדברי הרא"ש כ' הכנה"ג אות צ"א שצריך שיעידו

העדים בפי' שביטל המו' לא שיאמר סתם בביטול מודעי וכו' ע"ש, ועוד כתב הרב אות צ"ב שאפי' לדעת הרא"ש שהתנה במודעא שלא יבטל אא"כ נקרעה המו' קב"ד אין המו' בטלה ע"כ, וכיון דסופרי דידן רגילין לכתוב כן במו' היה צריך לראות המו' באיזה אופן נכתבה אם יש בה כח לבטל הפשרה, ויש מקום להאריך בפרט זה אלא שאין הפנאי מסכים ואין אנו צריכים לזה בנ"ד אלא כדי ללמוד למקום אחר אבל בנ"ד כבר יש די והותר במ"ש לקיים הפשרה ולבטל המו' מכל הני טעמי אלימי שכתבנו, ולראית האמת ח"פ ארבאט בחדש טבת ראשו"ן לפ"ק וחתום כהה"ר יוסף אלמאליח:

וזה מה שהשבתי על דבריו לסתור כל בניניו כפי מה שעלתה מצודתי. עמדתי על הבנין הדברים על בורין. מאח מעין בר אבהן ובר אוריין רב חביבא אשר בנה עלי ויקיף באמירה נעימה כתיבה יהיבא, ואני בתומי השקפתי השקפה לטובה, בעד אשנבי האהבה, ואהיה שעשועים מתעלס באהבים, בדברי דודיו העריבים אם לדין יש תשובה, ואמרתי ארדוף אשיג להוציא הדין לאמיתו לא לקנטר ולא לאהבת הנצוח אני בא ואשיבה ידי עליך ואצרוף כבור שגי'ך ואסירה כל בדיליך כמשחל בניתא מחלבא. בראי"ש אמי'ר מה שכתב כת"ר שנעלם ממני דברי הר"ן במקומם בפ' חזקת ודברי הב"י בב' הטורים עכ"ל, באמת העלמה זו איני יודע מה היא שהרי זה הלשון עצמו שכתב כת"ר משם הר"ן הוא הלשון עצמו שהובא תוך דברי וכתבתיו בשם הנ"י שהוא אשר כתב לשון זה בפ' חזק"ה בשם הרנב"ר וגם הח' הפוסק אשר קדמני הביא לשון זה וכתבו בשם הר"ן כדבריך. ואיך כתב כת"ר שנעלם ממני לשון זה ואדרבא עלומינ'ו למאור פניך שנעלם מכת"ר מה שכתבו האחרונים שקבלו שהפי' אשר סביבות הרי"ף בתלת בבי הוא מהנ"י וכתבו שמה שציין עליו בדפוס שהוא מר"ן שקר ענה בעל הדפוס שאינו אלא מהנ"י כמו שזה ברור למורגל בדברי הנ"י ובדברי הר"ן. וראיה לזה שהנ"י מביא בפירוש זה דברי הר"ן ומזכירו בשם הרנב"ר כי הר"ן בר ראובן הוא גם בס' הרי"ף שנדפסו מחדש הגיהו וכתבו על פירוש הבבות הרב הנ"י עיין שו"ת הגאון מוהר"ר צבי אשכנזי סי' פ"ב ועיין יד מלאכי בכללי הר"ן סי' י"ב ועיין שם הגדולים להרב המפו' מוהר"ר בכור אזולאי יזיי"א דף ט"ל, וכתבו עוד שדרכו של מר"ן הקדוש בב"י פעמים מזכירו בשם הנ"י ופעמים נמשך אחר טעות המדפיס וכתבו בשם הר"ן מטעם שיד כל אדם ממשמשת בספרי הדפוס וימצאו מבוקשם יע"ש, ובהאי שמעתא דידן שכתבה מר"ן בב"י בשם הר"ן בא"ה סי' קל"ד ובחו"מ סי' ר"ה אפשר לנו לומר דמה שהזכירה בשם הר"ן משום שהנ"י עצמו הביאה משם הר"ן ולהורות שאין זה לשון הר"ן עצמו סיים בחו"מ סי' ר"ה וז"ל ודברים אלו כתבן הנ"י בפ' הנז' עכ"ל, מורה באצבע שהדברים אלו אינם מלשון הר"ן

עצמו רק שהנ"י כתבן בשמו וכן בא"ה סי' קל"ד אחר שסיים דברי הר"ן כתב כ"כ הנ"י בשמו עכ"ל, וט"ס נפל בספרים שכתוב בהן וכ"כ הנ"י בוא"ו ודו"ק, ותדע שבאותו דף עצמו כתב בשם הנ"י מה שהוא מוזכר בפי' הבבות פ' חזקת וז"ל ונ"י כתב בפ' חזקת כתב ה"ר יונה וכו' וזה הלשון בעצמו ישנו בפי' בפ' חזקת דף קע"ד ע"א א"כ אמינא ודאי שגלוי למר"ן שפי' הבבות הוא מהנ"י ואיך באותו דף עצמו חוזר וכותב מפירוש פ' חזקת בשם הר"ן אלא ודאי כדאמרן דמשום דהר"ן הוא מרה דהאי שמעתא כתבה בשמו ולבל תטעה שהוא לשון הר"ן עצמו סיים בדבריו כ"כ הנ"י בשמו ודו"ק וכל אלו הדברים אינם אלא לעמוד על האמת מה שהוא אמת ולומר דבר בשם אומרו אבל לאותובי דברי הר"ן אהדדי נאמן הוא הנ"י עלינו שהר"ן כתב כן ושפיר מותבינן מיניה אמאי דכתב הר"ן עצמו בפ' השו' ובתשו' סי' מ"ח דיש תקנה בביטול כללי ע"ש, אלא דאנא זעירא דלינא חספא ומשכחנא מרגינתא דמי הכריחנו לומר שכל אותו הלשון הוא לשון הר"ן כדי לאותובי דבריו אהדדי כיון דאפשר לנו לומר דהאי סיומא דמסיים לפיכך נ"ל וכו' שיש בו סתירה לדברי הר"ן אינו לשון הר"ן אלא הנ"י דידיה אמר לפיכך נ"ל וכו' ואיש על מקומו יבוא בשלום תדע שכן הוא שהרי הנ"י תחילה כתב מדנפשיה וז"ל ומיהו אם מסר מודעא על כל הביטולים שיבטל אין כל אותם הביטולים כלום לפי שמסר מודעא על כולם וא"א לבטל מודעתו הלכך כל שמסר מו' על כל הביטולים וידעינן באונסיה לא הוו זביני וכ"כ הרמב"ם בפיו"ד מהל' מכירה עכ"ל: הרי שלל בדבריו דבמכר לא מהניא תקנת הביטול והביא ראיה שכ"כ הרמב"ם וכוונתו מדלא כתב הרמב"ם שום תקנה במכר אמינא דאין תקנת הביטול מועיל במכר וכסברת הרלב"ח וסיעתו דחלוק מכר מגט ומשום די"ל דפיסול עדים מיהא מועיל כסברת הרשב"א הוצרך להביא דברי הרשב"א ודברי הר"ן דשדי בהו נרגא שלא להניח פתח תקוה במכר לא תקנת ביטול להרמב"ם ולא תקנת פיסול להרשב"א ואז מצא מקום לסיים סיום כללי וכתב ולפיכך נ"ל דכל היכא דידעינן באונסיה ומסר מודעא על המכר ועל כל הביטולים שיעשה ואף על פיסול העדים הרי המכר בטל ואין לו תקנה ע"כ, ואתי שפיר מה שכלל בהאי סיומא ביטול ופיסול דשניהם הוזכרו בדברי הנ"י אבל כשנאמר שהכל דברי הר"ן שכתב כן על הרשב"א הו"ל לסיים בפיסול לבד דמיירי ביה הרשב"א ולא בביטול שלא נזכר בדברי הרשב"א אלא ודאי דברי הנ"י הם שסיים מדנפשיה ואין כאן סתירה לדברי הר"ן ותירוץ נכון הוא למודה על האמת וא"כ זכינו מן הדין דדברי הר"ן בפ' השולח ובתשובה סי' מ"ח עמד טעמם בם וריחם לא נמר דכל שעשה ביטול כללי המודעא בטלה והפשרה קיימת, ואפי' את"ל שזה הלשון כולו הוא לשון הר"ן ודברי הר"ן ודאי פליגן אהדדי ומוקמת

חדא בגט וחדא במכר מ"מ לא יורע כח בעל הפשרה משום דתירוץ זה אינו אלא לשיטת הרלב"ח וסיעתו שאומרים שהגט חלוק ממכר אבל לסברת מהריב"ל וסיעתו דגט חמיר וכ"ש מכר אין תירוץ זה כלום ומצי המוחזק בפשרה לומר קים לי כמהריב"ל וסיעתו דאין חילוק בין מכר לגט ואף אם ישארו דברי הר"ן סותרין זא"ז מצי המוחזק למימר הביא ראיה דסברא זו דאין ביטול מועיל נאמרה באחרונה והדר ביה הר"ן מקמייתא וכשאינו מוציא ראיה ממילא יעמוד בפשרה שלו:

ומ"ש ב' תשובות בדבר חדא דרוב הפוסקים האחרונים ס"ל דתקנת הביטול דהרמב"ם בגט לא מהניא במכר וכו' אחר המחילה הפרזת על המדה דמי עלה שמים וירד למנין הפוסקים להכריע ולומר כי רבים הם בעלי סברא זו מבעלי סברא זו ומי יודע איזה סברא מינייהו דקיימא ברוב בנין אע"ג דליתה ברוב מנין ויקחה לנו וישמיענו אותה ונעשנה ועוד דאטו זוטרתי היא הכת המחזקת בסברא זו דביטול מועיל במכר כמו בגט מק"ו וראש הממשלה בסברא זו הוא הה"מ נאמן ביתו של הרמב"ם אשר נכנס בחדרי ספריו וגילה כל סתריו שכתב בסוף פיו"ד מהל' מכירה על הדין שכתב הרמב"ם שם הלכה ח' דמהני ביטול למודעא דמכר שהוציא הרמב"ם דין זה מההיא דערכין דכ"א ס"פ האומר דכי בטל להמודעא איבטלה לה אפי' בגט וכ"ש במכר וכ"כ כל המפרשים עכ"ל קרי בחיל דילפינן מכר מגט מק"ו ומר"ן הק' שהביא דבריו בב"י לגלות על מקור דין זה ודאי דסובר כן דילפינן מכר מגט וכי היכי דלמד הרמב"ם דין ביטול מודעא דמכר שלא נזכר בגמ' מדין ביטול מו' דגט שנזכר בגמ' אנן נמי נחזיק בשיטתו ונלמד דין ביטול מודעת הביטול דמכר שלא הזכיר בהל' מכירה מביטול מו' הביטול דגט שהזכיר בהל' גירושין ונאמר בפה מלא שסמך בהל' מכירה על מ"ש בהל' גירושין ומה גם שכתבו הפוסקים שדרכו של הרמב"ם לסתום דבריו במקום א' וסומך על מ"ש במקום אחר וכתבו שאין להוציא דין ממה שהרמב"ם מביא דין א' במקום זה ולא הביאו במקום אחר עיין יד מלאכי בכללי הרמב"ם סי' ה' ו' יע"ש, ובזה צדקו דברי מהריב"ל וסיעתו דקיימי בשיטת הרמב"ם עצמו למילף מכר מגט מק"ו וכמה אנהרינהו לעיינין הרב הגדול מוהרדב"ז בישנות סי' נ"ד להחזיק בסברא זו וכתב על החכם שרצה ללמוד מדברי הרמב"ם דחלוק מכר מגט וז"ל וזה מבואר הטעות שהרי גבי גיטין א"צ מסירת מו' וגבי מכר צריך מסירת מו' משמע דגט חמיר ממכר ואפ"ה יש דברים בגט שמבטלין המודעא אם מסר מו' כ"ש לגבי מכר שהמו' היא הכרחית ואם לא מסרה המכר קיים שיועילו הדברים שמועילים בגט וזה ברור לבעלי העינים עכ"ל יע"ש שהאריך בראיות וגם הוא מילדי ביתו של הרמב"ם שכתב הרב בעל שם הגדולים שחיבר פירוש על הרמב"ם בכל מקום

שלא פירש הר"מ יע"ש ואם על רוב מנין תדרוש הרי יש עמהם אגודה של חכמים ושל סופרים מהריב"ל בח"ג סי' כ"ח ומהר"י אדרבי סי' רל"ז גם הרב מהר"א די בוטון בלחם רב סי' קע"ח הכריע עמהם גם הרב דרכי נועם בחח"מ סי' ט"ז כ"כ בפשיטות ונתן טעם למה לא כתבה הרמב"ם לתקנה זו בהל' מכירה יע"ש, ואחרון הכביד הרב מטה אהרן חלק ב' שאלה ס"ב הכריע למינקט בסברא זו עיקר וז"ל ואע"פ שהרב מהרל"ח בסי' ל"ד נראה שדעתו לומר דהאי תיקון דהרמב"ם לא מהני אלא לענין גט ולא לענין מכר מ"מ אחר שהכרעת מהריב"ל ומהר"י אדרבי וגם מוהרדב"ז בסי' נ"ד הסכים דכל מה שכתב הרמב"ם בגט ה"ה במכר גם הרב מהר"א די ביטון בסי' קע"ח הכריע כן עמהם ראוי להסכים והכי נקטינן וכ"ש דהוא לאוקומי ממונא עכ"ל, הרי מפורש בדברי הפוסקים דאדרבא נקטינן כדעת מהריב"ל וסיעתיה דאין חילוק בין מכר לגט ובטלה דעתינו אצל דעתם הרחבה:

ובר מן דין אפי' אם באו דברי הר"ן מפורשין בשבעים לשון דחלוק מכר מגט ולא מהני תיקון הביטול למכר מ"מ הרי גדולי המורים הרשב"א והרא"ש ורשב"ם ורבינו יונה ורבותיו סוברים דמהני ביטול, וכבר למדונו רבותינו בעלי התקנות דלכל מקום אשר יפנה הרא"ש אחריו אנו הולכים אי לא פליגי עליה הרי"ף והרמב"ם והכא דפליג עליה הרי"ף לחודיה ובדברי הרמב"ם אין הכרע כוותיה דהרא"ש נקטינן ומה גם דיש עם יד גדולה וחזקה מגדולי המורים, והטוב והישר להשוות גם דעת הרמב"ם עמהם כדעת מהריב"ל דמהני ביטול במכר כמו בגט אפי' במוסר מודעא על הביטול אבל להשוות הרמב"ם עם הרי"ף ורב האי הוא בלתי אפשר כמ"ש מר"ן ב"י דלדעת הרי"ף ורב האי אעפ"י שביטל מוד' המכר אינו כלום, והרמב"ם כתב בפירוש העידו עליו עידי המכר שביטל המו' הרי המו' בטלה יע"ש, ולעשות הרמב"ם דעת שלישית אפושי פלוגתא לא מפשינן:

ומ"ש ועוד אפי' את"ל דס"ל להר"ן דאין לחלק בין גט למכר וכו' מ"מ הרי דברי הר"ן ברור מללו דלא חשיב הר"ן ביטול כולל אלא תקנת הביטול שזכר הרמב"ם בגט אבל ביטול מודעא ומו"ד לא חשיב ביטול כלל וכלל: ואנא אמינא גם זה מן התוכחות דאיך לא שלטה עינו עין הבדולח אפי' בספרים שיד כל אדם ממשמשת בהם שהרי כתב הרב ב"ש בסי' קל"ח סק"ד והביאו הבאה"ט סקי"ב דאין חילוק בין אם יאמר אני מבטל מו' ומו"ד וכו' לבין שאמר אני מבטל כל דבר שגורם ביטול וכן משמע מהרא"ש וכ"כ הב"י וד"מ יע"ש. והראיה שהביא כת"ר מלשון הר"ן אינה אלא ראיה לסתור שמשמעות דברי הר"ן בבירור הוא דאין חילוק בין הלשונות וכך הוא דבריו מ"ש לפי שאם לא אמר אלא

שהוא מבטל המו' סתם [פי' שאמר בביטול מודעי לבד] הרי לא ביטל עדיין מודעת הביטול ואפי' ביטל ג"כ מודעת הביטול [פי' שביטל ג"כ מו' דמו'] שמא מסר מוד' על ביטול הביטול ואין לדבר סוף [פי' וא"כ אפי' ביטל מו' דמו' נימא דלא ביטל אלא מו' הביטול ועדיין מו' שמסר על ביטול הביטול קיימת] ולפיכך תקן הרמב"ם שיאמר בלשון כולל כל הדברים שמסרתי שגורמים וכו' שעכשיו אין ספק שביטל כל מה שאמר שיהא גורם פיסול לגט זה ע"כ, נמצינו למדין דלכ"ע לא סגי לן בביטול מו' ומו"ד לחוד דאיכא למיחש שמא מסר מו' על ביטול הביטול וכו' וצריך תיקון לזה והרמב"ם תיקן לשון כולל כל דבר שגורם וכו' והרא"ש תיקן להוסיף כל מו' דמו' ע"ס כל מודעי לצאת ידי חששא זו, והר"ן עצמו בפ' הכותב תיקן לצאת ידי חששא זו ומודעי דמודעי עד עולם ואין כאן מחלוקת אלא דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי הצד השוה שבג' לשונות כוללו לכלול כל הביטולים שמסר מוד' עליהם ודו"ק, וכ"כ בהדיא הרב אמרות טהורות בפי' על אה"ע סי' קל"ד דף ר"ט ע"ד וז"ל ומדברי הר"ן בפ' השולח נראה דסובר דמ"ש הרמב"ם שיאמר כל הדברים וכו' לאו דוקא דה"ה אם מבטל כל מו"ד ע"ם כל המו' דמהני למתבונן בדברי הר"ן עכ"ל:

ומ"ש וז"ל והחילוק שבין גט למכר כתבוהו רוב האחרונים וכו' דדוקא בגט מהני ביטול אפי' ידוע שאנסוהו נמי בביטול המו' משום דגט מעושה בישראל כשר עכ"ל, אחר המחילה טעם זה אינו אלא לאומרים דלא מהני שום ביטול מודעא במכר ואפי' מו' המכר וכ"ש מודעת הביטול אבל להרמב"ם דכתב בהדיא העידו עליו עידי המכר שביטל המו' הרי המו' בטלה על כרחין לומר דלא חילק בכך ואדרבא משם למד ביטול מו' דמכר כמ"ש ה"ה יע"ש. וטעמו של הרלב"ח וסיעתו דחילקו בין מכר לגט בביטול מודעת הביטול מפורש בדבריהם משום דגבי גט לא בעינן שיכירו באונסו אבל גבי מכר דבעינן שיכירו באונסו כיון דקפיד כולי האי ומסר מו' על ביטול המו' הרי גילה דעתו שאינו רוצה להקנות בשום פנים ואפי' אם יאמר בסוף שכל הדברים שמסר שגורמים ביטול וכו' אפ"ה אמרינן דמחמת האונס ביטל עכ"ל, ועל טעם זה עצמו פקפק הרב אמרות טהורות וז"ל דהתינח בגט שלא הכרנו באונסו אלא מפיו אנו חיין דודאי כי אמר לבסוף שמבטל כל דברות הראשונות אשר דבר אתי דבורו האחרון ומבטל דבריו הראשונים אך כאשר יהיה האופן בגט שידעו העדים באונסו והכירוהו לפ"ז לא מהני תיקון הרמב"ם דהרי זה דומה לזביני דאמרי' דמחמת האונס ביטל ומסתמיות דברי הרמב"ם מורה באצבע דלענין גט מיהא בין ידענו באונסו בין לא ידענו מהני תיקונו של הרמב"ם עכ"ל, ומכאן תברא למ"ש כת"ר וז"ל ואפי' לדעת הני תלתא רבוותא שכתבו דמהני תקנה במכר אם היה

נגלה להם הטעם שכתבו הנך רבוותא לחלק בין גט למכר ודאי שהיו מודים להם עכ"ל דודאי נגלה להם טעם שהביא כת"ר דבגט מעושה בישראל כשר ולא שייך אלא לסברת הרי"ף ורב האי כדכתיבנא. וגם טעם שכתב מהרלב"ח פקפקו בו זולתם וטעם שחידש מהרשד"ם בחלק אה"ע סי' ס"ג דטעמא דחלוק גט ממכר היינו משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש אינו אלא לסברת הרי"ף ורב האי וכ"ש דבדברי רב האי מפורש בטעמו הוא משום דאי נמי אנסוהו לבטל המו' הו"ל כדין גט מעושה בישראל וכשר וכן מפו' בתשו' הרי"ף כ"י שיש אצלי וז"ל אבל אם כפאוהו ב"ד לבטל מו' דגיטא ה"ז ביטול והטעם בזה שכדרך שכופין אותו לגרש כדין כך כופין אותו לבטל מו' שמסר עכ"ל וצא ולמד מדברי הרדב"ז סי' נ"ד שכתבתי לעיל שחלק בפירוש על בעלי אותה סברא וכתב עליהם וזה מבאר הטעות וכו' עוד סיים כת"ר בתמיהא וז"ל תמיהא לי מלתא על הח' הפוסק נר"ו איך עלה בדעתו לפסוק הלכה כן והרי פסק מר"ן כהרמב"ם שכתב וז"ל ואם אמר לעידי המו' וכו' הרי המכר בטל אע"פ שקנו מידו לבטל המו' עכ"ל ואני אומר אדרבא משם תברא לדברי כת"ר שמר"ן הביא דברי רמב"ם ככתבם וכלשונם וכל מה שאנו מפרשים בלשון הרמב"ם אנו מפרשים בדבריו דהכי למדונו בעלי הכללים שדרכו של מר"ן להעתיק לשון הפו' אות באות ואע"פ שיש קושיא או פירוש בדברי הפוסק ההוא מעתיק דבריו לבד ואח"ך כל א' יפרש כפי עיונו. עיין יד מלאכי בכללי ש"ע סי' י"ב דף רצ"ג ע"א ולפ"ז כל מה שפירשנו בדברי הרמב"ם אנו מפרשים בדברי מר"ן ונימא שסמך כאן עמ"ש גבי גט באה"ע סי' קל"ד:

ומ"ש כת"ר וכן מורין דברי מור"ם שהביא סברת הרא"ש שאם ביטל כל הביטולים וכו' משמע דלס' קמייתא לא מהני עכ"ל, אני אומר שאינו כן דאם כדבריך הי"ל וי"א דאם חזר וביטל וכו' ומדקאמר מיהו אם חזר וביטל כל הביטו' וכו' נודע שבא לפרש על דברי מר"ן והוא שמר"ן סתם דבריו כדברי הרמב"ם וסיים אע"פ שקנו מידו לבטל המוד' משמע דלא קנו מידו אלא על ביטול המו' ולא על מודעא דמודעא לכך סיים מור"ם מיהו אם חזר וביטל כל הביטולים שעשה בתחילה דהיינו ביטול מודעי דמודעי ע"ס כל מו' וכו' י"א דמהני והוא הרא"ש וסיעתו לאפוקי הרי"ף וסיעתו ולעולם דנוכל להשוות סברת הרמב"ם לס' הרא"ש ודו"ק כדכתיבנא: ומ"ש כת"ר וז"ל ועוד מצינו להטור שהשוה ס' הרמב"ם עם סברת רב האי וכו' ע"כ. דעי לך אחי שרבינו הטור נמשך אחר תחילת דברי הרא"ש שכתב ודלא כהרמב"ם דמשמע דסברתו חלוקה מס' הרמב"ם וכבר תמהו על דברי רבינו הטור שהביא תחילת דברי הרא"ש שכתב ודלא כהרמב"ם ולא זכר כלל מה שכתב הרא"ש באחרונה להסכים דברי רמב"ם עם דבריו ותירץ הרב מכתב מאליהו

הביא דבריו אמרות טהורות בסי' קל"ד דנראה בעיני רבינו הטור דוחק להוציא דברי הרמב"ם ממשמעותם ואף הרא"ש שאמרה בדרך אולי' אמרה עכ"ל. ומכאן תבין דמה שכתב הב"י דלא השוה הטור דעת הרמב"ם לרב האי אלא כשמסר מו' על הביטול ע"כ, אין הכוונה לחלק בין גט למכר דלא מהני ביטול במכר כמו שהבין כת"ר אלא הכוונה דלפי מה שהבין הטור במשמעות דברי הרמב"ם דאין ביטול מועיל כלל בין בגט בין במכר כשמסר מו' על הביטול לכן השוה דעת הרמב"ם לרב האי ודו"ק:

ובעמדי בענין זה ומדי דברי בו אורו עיני בתשו' שהביא הרדב"ז שנדפס מחדש בסי' ת"ד דברים מכוונים למה שכתבנו שכתב לדעת הרמב"ם והרשב"א ורוב הפוסקים אם פסל עידי המו' לבסוף הרי המו' בטלה והקשה דברי הר"ן אהדדי וכתב אפי' את"ל פליגן אהדדי לא ידעינן איזו אמר בתחילה ואם תאמר דלא פליגן ומוקמת חדא במכר וחדא, בגירושין מ"מ הא מצי למימר תביא ראיה שאין זו סברת הר"ן וטול יעש"ב וינעם לך. סוף דבר את והב בסופה וצור ישראל יצילנו משגיאות ויעמידנו על אמיתת משפטיו הישרים החותם פה צפרו יע"א בחדש אהוב למעלה ונחמד למטה מש' אהב א"ת יוס"ף לפ"ק וקיים:

ע"ה שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן צה

טופס והעתקת פס"ד בענין ב"ד שמכרו קרקע בלא הכרזה בעד החוב שהיה חייב המוריש לקהל ולצורך שעה מכרו בלא הכרזה וז"ן. לפי ששמענו שיש מי שערער בדבר מחמת שלא הוכרזו הקרקעות ההם כראוי רק שנעשית שומא והורדה לבד לכן הוזקקנו לסתור סברתו כדי שלא תהיה זאת לפוקה להטעות בה ח"ו חכמי ישראל:

הנה האנשים ההם בעלי אסאק'א היו תפוסים בשביל חוב המלך מהם מי שהיו עדיין בחיים ומהם אשר סעו למנוחות והניחו יורשיהם וכיון שהמכר היה בשביל חוב המלך אינו צריך הכרזה ודעדיפא מינה פסק מר"ן סי' ק"ט ס"ג דאע"ג דבעי' הכרזה בנכסי יתומים אם מכרו ליתן מס המלך אינו צריך הכרזה ואם ליתן מנת המלך אינו צריך הכרזה כ"ש וק"ו לפרוע חוב המלך שהיו חיים בעלי הקרקע ועוד דטעמא מאי בעו הכרזה הוא משום שמא יבוא שום א' ויוסיף בה יותר מדמי השומא ובנד"ז כבר היו כל אנשי העיר למגדול ועד קטן תפוסים בעד חוב המלך והיו מצויים באותו ועד רוב אנשי העיר ואין לך אדם שלא שמע ענין זה ואם ברצונם להוסיף בדמי המקח היו מוסיפין ומה הכרזה יש יותר מזה ואדרבא הא עדיפא דבהכרזה איכא מיהת מאן דלא שמע אבל

בנד"ז כל אנשים שבעיר שמעה אזנם הכל ואעפ"כ לא אשכחן מאן דמוסיף ועוד שכל יושבי העיר היו תפוסים בעד בעלי אסאק'א ועינינו הרואות שבעידן ריתחא כהאי כל א' נחבא אל הכלים ונתקיים בהם מק"ש מתרוששו והון רב' ומי זה יערב אל לבו בימים ההם ובזמן ההוא לקנות קרקע ולהורות כי רב הונו:

ועוד שהרי באותו זמן הטילו הקרקעות ההם על האלמנות וכולם היו צועקים ואינם נענים ואלו היה מצוי קונה לא היו צריכים להטילו. ועוד שגם אחר כן כל אחת מהם היתה מבקשת למי תמכור מה שנפל בגורלה בפחות מדמי הקניה ולא היתה מוצאת ואין לך הכרזה גדולה מזו ועוד שכ"ע ידעי שאחר כמה שנים לא הוקר הקרקע כלום מיום ההורדה עד קרוב לזמן הזה ואדרבא היה הולך ופוחת ועמא דארע'א אזלא ומדלדלא ומה תוסיף תת כחה ההכרזה וגם בעלי דבר עצמם לא נתעוררו לזה רק זה ימים מקרוב כשראו כי זה שנתים ימים משעלה השער של הקרקעות לכן בקשו זאת להחזיר הדמים כדי שישאר להם דבר מה אך מקודם לזה לא עלתה על לבם טענה זו כי לא ראו בה ממש מחמת זול הקרקעות, ועוד שעל בעלי הקרקע מוטל ליטפל בזה ולתבוע ההכרזה וכיון שלא תבעו אינהו אפסידו אנפשייהו. סו"ד לא ראיתי לטענה זו לא שורש ולא ענף כי הכל היה לעינינו ובהסכמתינו באותו זמן וקרוב הדבר אצלי שכתבנו וחתמנו ע"ע ההכרזה שמחמת שהשעה היתה דחוקה לקהל ביותר לא הוצרכנו להכריז כי מה תועיל באותה שעה ואלו היו תובעים בעלי הקרקע אחר שיצאו הקהל לרווחה להכריז היו מכריזין אלא ששתקו ולא תבעו מאחר שנמכר באותה שעה יותר משומתו ובהסכמת ב"ד אלא שבהיום הזה שנשכח הדבר מעיני העדה והקרקע הוקר ביותר עמדו לערער בטענה זו שודאי לא נעלמה מהב"ד ואעפ"כ הסכימו למכור בלא הכרזה לפי צורך השעה שהיו תפוסים בחוב המלך ויותר ממנת המלך ושום אונאה אין כאן מאותו זמן וח"פ וקיים עכ"ל וח"ע החה"ש הדו"מ כמוה"ר יקותיאל בירדוגו ונתקיי' לנו חתי':

וס"ל נמ"ך וז"ן הדין דין אמת כמ"ש הח' הפו' נר"ו שאין לבטל המכר שמכרו ב"ד מחמת שלא נעשית הכרזה שמאחר שנעשה הדבר ע"י ב"ד של ד' מהם שהלכו לארצות החיים חב"ח ומהם אשר המה חיים עדנה אל יחסר המזג אין לתלות בהם הקלקלה ח"ו לומר שטעו בדבר משנה דחזקת חבר שאין יוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן ובודאי המה ראו שהשעה צריכה לכך למכור בלא הכרזה ואין להרהר אחריהם שהרי אם נראה לב"ד לתקן שלא להכריז הרשות בידם אע"פ שאם לא הכריזו נק' טועים בדבר משנה מ"מ אם נוהגין בכך רשאין הם וכדאמר רב בש"ס מעולם לא עשו אגרת בקורת בנהרדעא משום דקרו להו בני דאכלי מנכסי דאכרזתא וכמ"ש הרב ב"י בסי' ק"ג בשם בעל התרומות ז"ל

ומסתברא דאי נהיגי למזבן בלא אכרזתא כלל אע"פ שאמרנו למעלה שנקרא טועה בדבר משנה ומתבטלת מכירתן אעפ"י שעשו אותה כראוי ובשומתה אפ"ה פסקינן בכתובות בפ' אלמנה ואמרינן כאן במקום שמכריזין וכו' עכ"ל, ואם אמרו שיכולין לתקן שלא להכריז כלל כ"ש אם נראה להם לשעה שלא להכריז שמכרן קיים וכמה פעמים ראינו לב"ד הצדק שלפנינו חב"ח שהיו מוכרים בלי הכרזה כפי צורך השעה ולראיה ע"ד אמת שאין לבטל המכר מחמת ההכרזה כתבנו וחתמנו פה פאס יע"א שלהי חדש אב יה"ל מש' מישו"ר לפ"ק וקיים עכ"ל, וח"ע החה"ש הדו"מ כמוה"ר שאול סירירו וכמוה"ר יהודה בן עטר וכמוה"ר רפאל בן עטר י"א ונתקיי' לנו חתי' כדחזי:

וס"ל נמ"ך וז"ן ונמ"ך משם הרב הגדול הרמ"ז מוהר"ר יעב"ץ ז"ל דהאידנא נהוג למכור בלא הכרזה אפי' בנכסי יתומים דלא נ"מ מידי אלא לגביני כרוז וקיים וח"ע החה"ש הדו"מ כמוהר"ר שאול סירירו:

וס"ל נמ"ך וז"ן דברים ברורים הם שאין אחר מעשה ב"ד כלום ויש לנו לדון שכל מה שעשו עשוי דאפי' במקום שנהגו למכור בהכרזה וראו ב"ד למכור בלא הכרזה מחמת שהשעה דחוקה מכרן קיים וההיא שכתב מר"ן בסי' ק"ט ס"ג דב"ד שמכרו שלא בהכרזה נעשו כמי שטעו בדבר משנה וחוזרים ומוכרים בהכרזה ע"כ התם איירי בהיכא דטעו בדין וסברי דלא בעי הכרזה מן הדין אבל בהיכא דגמירי להאי דינא ולא נעלם מעיני כבודם אלא שראו שהשעה צריכה לכך למכור בלא הכרזה פשיטא דמה שעשו עשוי ואין להרהר אחריהם וכ"כ בהדיא הרב המאסף בסי' ק"ט הגהב"י אות י"ג משם מהר"ש יפה וז"ל וה"ה דאף במקום שנהגו להכריז אם ב"ד או אפוטרופוס ראו שלא להכריז לפי שהיו יראים שמא יחזור בו הראשון הרשות בידם עכ"ל הרי מבואר דאף מחשש שמא יחזור הקונה רשאים שלא להכריז וכ"ש כשהשעה צריכה לכך באשר דבר מלך נחוץ במשפט חרוץ לגבות את חובו ונתפסו כל הקהל על ככה דודאי השהי'ה פוסלת ומפגלת בזה וכל הזריז למכור בלא הכרזה ה"ז משובח ועדיף נ"ד ממוכר לתת למנת המלך דלא בעי הכרזה דסעיף ג' ומה גם אם בשעת המכר היו היורשים ההמה מבני י"ג שנה ולמעלה דלא תקנו רבנן הכרזה אלא ביתומים קטנים פחות מי"ג שנה כמ"ש הרב המאסף שם בהגה"ט אות ב' משם מהרימ"ט סי' קכ"ב והביאו הבאה"ט שם סק"א יע"ש, אבל כל שבאו לכלל י"ג שנה לא בעינן הכרזה בנכסיהם שלשים יום וסגי בהכרזה כל דהו כפי ראות ב"ד עד שיפסקו המוסיפין כדאי' בסי' ק"ג צ"א ובסי' צ"ח ס"ט ובנ"ד שהיה המכר במעמד הקהל לעיניהם סגי בהכי דכל דבעי להוסיף יוסיף וכיון שלא הוסיפו

הרי פסקו המוסיפין וכ"ז באתרא דנהיגי להכריז אבל באתרא דנהיגי למכור בלא הכרזה אפי' מכרו בלא שום דוחק מה שעשו עשוי וקיים:
ע"ה שאול ישועה ס"ט:

סימן צו

טופס מטופס הוזקקנו להעתיק ממנו מה שיש בו זכות לזולת במאמר א' מבדי"א וז"ן. ראה ראינו אנחנו החותמים שט"ח כו"ח ומקויים כראוי לזכות בני קהלינו נגד ה"ר שלמה עטייא בר יונה וה"ר אברהם ביטון וה"ר ראובן אנזאר וה"ר אלעזר פאריינטי מסך ששת אלפים מתקאלים מכ"ט וזמנו בששה לאדר ב' ש' תק"ס לפ"ק והחוב הנז' הוא מפאת דמי אסאק'א של יר"ה שמכרו הקהל לאנשים הנז' ופרעו מהסך הנז' האנשים הנז' סך אלפים ושלש מאות מתקאלים ותשעה וששים מתקאלים מכ"ט, והן היום שלח המלך יר"ה אחר ממון אסאק'א לבני קהלינו ותבעו הקהל את אברהם הנז' ואת יורשי הר"ש הנז' ושותפיהן לפרוע דמי אסאק'א הנז' ולא נמצא אתם במה לפרוע זולת הקרקעות הידועים להם וחובות שנושים בזולת שמכללם הוא שט"ח מסך גדול נגד ה"ר שלמה ן' שטרית בכהה"ר מכלוף ז"ל ונכנסו שמאי בדי"ץ לקרקעו' ההם כמו שראינו שטר שומה והורדה כו"ח ומקויים כראוי ותוכו רצוף שטר הפקעת ב"ד לקרקעות ההם ולכל שט"ח שיצא נגד האנשים הנז' שזמנו קדום לשטר הקהל י"ץ, גם ראינו שטר הסכמת הר"א ביטון על ההורדה שהורידו בדי"ץ לקרקעותיו גם ראינו שטר מכר שבו מכר הר"א ביטון הנז' כל קרקעותיו לבני קהלינו י"ץ, גם ראינו פס"ד שפסקו בדי"ץ לחייב לקונים האלסאק'א הנז' בדמי האלסאק'א, והגם שכתוב ביד יורשי הר"ש עטייא הנז' פס"ד לזכותם לפוטרם הם ושותפיהם מדמי האלסאק'א נשאו ונתנו בדבר בדי"ץ ופסקו להם לחיוב כמו שראינו כ"ז כו"ח ומקויים כראוי ביד בני קהלינו:
וס"ל נמ"ך לימים שעברו כתבנו פסק כעין שאלה ביד יורשי ה"ר שלמה עטייא ואברהם ביטון ושותפיהן שקנו האלסאק'א די טאבא ש"ש תק"ם מאת בני קהלינו בסך ששת אלפים מתקאלים וחמש מאות מתקאלים ופטרנו אותם מלפרוע החיוב רק כי יתנו לקהל מה שגבו וישבעו שבועת בן בית והיו יסודות הפסק ההוא מב' טעמים. א' מפני שנתמוטטה בידם האלסאק'א מחסרון מושל ונתרבו המוכרים שהיו מוכרים טאבא ולכיף וכו' והם לא קנו אלא ע"ד שלא ימכור שום אדם זולתם ובלעדם לא ירים איש את ידו ואת רגלו למכור החקים הנז' וכיון שלא קנו מאת המלך אלא מאת הקהל א"כ כשנתמוטט' נתמוטטה לאחריות הקהל ויש לנו ראיות ע"ז והרחבנו הדברים שם

כמשו"ח בידם. והטעם הב' מפני שהתנו עמהם הקונים שאם תצא האלסאק'א מידם בתוך זמן קנייתם שהמכר בטל מעכשיו ותשאר לזכות הקהל ויתנו לקהל חשבון כל מה שגבו אחר שישבעו בנק"ח וכתבנו שם שהתנאי הנז' לא נתקיים לפי שעכב עליהם השר שהיה בימים ההם שלא להוציא טאבא למקומות אחרים והו"ל כאלו יצאה מידם. על ב' טעמים אלו סמכנו בפסק ההוא וכ"ז כתבנו שלא במעמד הקהל לדין עם הקונים הנז' וגם אנחנו לא החלטנו הדבר לפוטרם רק כעין משו' בד"ת קודם מעשה לקיים הוו מתונים בדין ויהי כי באו ימי הפקודה ימי השילום ששלח אדונינו המלך רח"א לגבות ממון האלסאק'א ונתפסו כל הקהל גדולים וקטנים אנשים ונשים גם לרבות ת"ח ויתומים ואלמנות ותהי צעקה גדולה במח"ז כי נעשה בכל הקהל משפט חרוץ על כך ורצו הקונים להפטר מכח הפס"ד הנז' ויפרעו בעדם בכללות הקהל אשר לא שמעו ואשר לא ראו עמדנו במותב ב"ד של ד' ודקדקנו בפס"ד הנז' וראינו לחייבם מכמה טעמים כנרמז בפנים וכתבנו וחתמנו ביד הקהל שאין לסמוך על אותו פס"ד וטעם לדבר ממה שנשאר בזכרונינו עתה קצת הוא זה שאפי' יהיה דברי הפסק הנז' אמת מ"מ מה שפרעו לקהל וגבו מהם באותו זמן הוא על קו הדין יען כי באותו זמן היה נראה לנו באומדנא דמוכח טובא לנו ולכל יחידי הקהל כי באמת היה עדיין נשאר אצלם אפי' ממה שגבו כפלי כפלים ממה שנתנו רק כי לא מצאו ממה לגבות ואם היו מושיבים ברורים על גביית אסאק'א היו מבררין לפי העת ולפי הזמן ולפי הגבייה הנהוגה לבעלי אלסאק'א שעדיין יש בידם כפלי כפלים ולא היו נפטרים משבועה על דבר גלוי ומפורסם שיעידו עליו עדים בידיעה נאמנה כי המה נתעסקו בכל האלסאק'א ע"ת שנה תמימה בסך ששת אלפים מתקאלים ות"ק מתקאלים ופרעו ממנה סך אלפים מתקאלים וארבע מאות מתקאלים נשאר בידם ד' אלפים מתקאלים ומאה מתקאלים ושערנו הדבר באומד חזק בצירוף כמה דעות להוציא הדין לאמיתו ועלה בידינו שעכ"פ מחוייבים עוד לפרוע כפלי כפלים ממה שנתנו ואין עליו שום שבועה ולזה לא פנינו אל הפס"ד שבידם ולא סמכנו עליו יען ראינו כי לא מצאו הקהל לגבות אפי' מה שברור שחייבים ואין בו ספק להיות נדון בשבועה כפי הפס"ד שבידם כי עדיין לא הגענו לחצי שיעור מה שחייבים ודאי עד שנכנס בפס"ד לראות בשעת מעשה אם הוא חזק לעשות בו מעשה או לא, עוד זאת צ"ל שאע"פ שהפסק שפסקנו להם בראשונה חתמו עמנו ב"ד אחרים מהם הלכו למנוחות ומהם חיים עדנה אל יחסר המזג הם סמכו על דברינו ועכשיו נתבוננו וראינו שיש בפסק ההוא כמה תיוהי א' שעכשיו האיר ה' עינינו וראינו ודקדקנו בשטר המכר שבידם שלא היה מצוי בידינו בעת שכתבנו להם הפסק ההוא ובו כתוב לאמר שמכרו

להם הקהל כל כח וזכות שבידם עכ"ל, ולשון זה מוכיח שלא מכרו להם אלא הכח והזכות שבידם ואף שנתמוטטה בידם מחמת חסרון מושל לא נתמוטטה כ"כ כי עדיין שליטים בה ואין זולתם וסו"ס מזל הקונים גרם ונסתחפה שדה שלהם שלא מכרו להם הקהל כ"א כח וזכות שבידם וע"ד כן נכנסו הקונים תחתיהם. וגם התנאי האחרון שאם תצא מידם אפי' בסוף השנה שלא יפרעו הלוקחים כ"א מה שגבו וישבעו בנק"ח ע"ז השיבו בני קהלינו שמעולם לא יצאה מידם ומה שעיכב על ידם השר לא זוהי יציאה כי היו עדיין נושאים ונותנים כבתחילה רק שהשר להנאת עצמו היה דורש שבמלאת השנה שתכנס בידו תהיה הכנסה מרובה:

באופן שמג' טעמים אלו נראה שחייבים הקונים ולפחות דפחות מה שכבר גבו גבו ואין עליהם שום חזרה הא' ממה שנתברר לנו בירור גמור בשעת מעשה שעדיין יש בידם מממון האלסאק'א אפי' נדון אותם ע"פ הפסק ההוא כמ"ש, ב' שגם הפסק ההוא לפי מה שנתברר לנו משטר המכר שכתוב בו בפי' שמכרו להם כל כח וזכות שבידם מש' שהכניסום במקומם ותו לא, והו"ל זה כעין הפסד וכמו שהפסד לאחריותם כך התמוטטות לאחריותם והגם שכתוב בשטר פיטומי מילי שלא ירים איש את ידו וכו' זהו ביאור לבד מה שקנו הוא זה ולא תנאי שיתבטל המכר בכך ואין על הקהל שום אחריות של התמוטטות. גם התנאי שאם תצא מידם וכו' ידענו נאמנה שלא יצתה כלל מידם ומה שעיכב השר על ידם אינו אלא סכסוך ומניעת ריוח ולא ע"ז כוונו הקהל והיציאה היא אם יגזור המלך שתצא מידם לגמרי וירשו בה אחרים כמנהג המלך שאם יהיה מי שמוסיף על הא' מוכר לו וחוזר מהא' משא"כ בנד"ז שלא יצתה כלל מידם ועדיין היו נושאים ונותנים בה כמנהגם אלא שבזמן מועט כמו חדש ימים או פחות היה השר מעכב על ידם שלא יוציאו טאבא ולכיף למקומות אחרים אך בשווקים של המדינה עצמה וכפרים הסמוכים הם היו נו"נ ואין זולתם. כללא דמלתא שההורדה שהורדוה הקהל לקרקעות הקונים הנז' ההורדה הנז' קיימת וחזקה כראי מוצק כיון שמשנה ראשונה זזה ממקומה שהוא הפסק הא', וגם אדרבא חייבים הנשארים חיים לפרוע הנשאר משט"ח של הו' אלף ות"ק מתקאלים אם תשיג ידם וע"צ החמלה ימחלו להם בני קהלינו על המרבה בשליש מהשטר ויפרעו ב' שלישים כי מן הדין הגמור חייבים בכל השטר ולראיה ע"ד אמת ח"פ שלהי סיון תקנ"ו לפ"ק והשו"ב וקיים:

הואלנו לבאר מ"ש העדים בפנים בשטר המכר שנשאו ונתנו ב"ד בדבר ופסקו להם לחיוב לא נשאר בזכרונינו היטב כיצד היה החיוב וקרוב לודאי שהוא מפני כמה דברים והוכחות שבררו בפנינו הקהל ע"י עדויות סתירת דברי הקונים אסאק'א ובפרט שהיה

הדבר קרוב והיו יכולין להביא עדים ע"כ פרט ופרט גם על מה שגבו מהאלסאק'א וכיוצא ולזה י"ל דמיד זה ודאי זכו הקהל דכבר נודע מאי דאי' בגמ' ס"פ יש נוחלין הלכתא לא חיישינן לב"ד טועין דבי דינא בתר בי דינא לא דייקי, ואחר שהפסק הא' לא היה אלא כעין שאלה ושלא בידיעת הקהל רק בגניבה מהם והספק שבשעת מעשה הוא העיקר וז"ל הרמב"ם ולעולם אין ב"ד בודקין אחר ב"ד אלא מחזיקין אותם בחזקת בקיאין שלא יטעו עכ"ל, והובא בטור סי' מ"ו יע"ש, וז"ל הרא"ש הובא בב"י סי' י"ב וז"ל למה שאלתם לפסוק פעם אחרת דין שכבר נפסק בי דינא בתר בי דינא לא דייקי ומה שטען שפסק הדיינים בטל וכו' דברי הבאי כי כיון שבאו בע"ד לפניהם קבלום ולא יתכן לי לכתוב פסק אחר על דין שפסקו כבר עכ"ל, ועוד שם כתוב בתשובה שבס' חז"ה ראובן ושמעון שבאו לדין ויצא א' מהם זכאי ושוב חזר בעל דינו ותבעו בפני ב"ד אחר אינו זקוק לו לירד עמו לדין ולא להשיב על טענותיו וגם אין ב"ד רשאי לשמוע טענותיו אחר שיצא זכאי מב"ד הא' עכ"ל, ובסי' כ"ב כתב הב"ח כתב הרא"ש כלל נ"ו מי שקבל עליו דיין א' ונגמר הדין אין שניהם יכולים לחזור בהם אע"פ מתרצין עכ"ל ופי' הב"ח ז"ל וז"ל שאע"פ ששני הבע"ד מתרצין לדון בפני ב"ד אחר אין רשאין לעשות כך דחוששין לכבוד הדיין הא' וכן פי' הב"י ותו אשמועינן הרא"ש שאע"פ שעברו הבע"ד והלכו לפני ב"ד אחר אין שום ב"ד רשאי להזקק להם וסיים ואע"פ שבפ' חזקת אסיקנא דלכ"ע לא חיישינן לזילותא דבי דינא דהיינו דוקא כשאותו ב"ד עצמו סתר דבריו אבל ב"ד אחר לא דאיכא זילותא טפי עכ"ל, ובסי' כ"ג כתב מהריק"ש ז"ל אהא דאמרי' כ"ז שבע"ד עומדין לפניו נאמן לומר לזה זכיתי כתב וז"ל הילך לשון הריטב"א פ"י יוחסין וכתב ל"ל לאוקומה בשודא דדייני נימא דחיישינן לחלופי טענתא שיחזור וכו' ואפשר דהב"ע דשטרי טענתא קיימין ביד סופרי הדיינים בסתמא דמלתא דליכא למיחש להכי והיינו דאקשי' ונהדר ונדונייהו ופרקי' דקרעי' וכוותה הא אלו קרעי' טענתא אפילו בדינא דלאו שודא ליכא למימר דנהדר ונדונייהו אלא הדיין נאמן כ"ז שבע"ד עומדין לפניו או אח"ך אם הם ב' מקובלין או ג' שהם ב"ד ע"ש. הרי להדיא דכל היכא דנאבדו הטענות נאמן אפי' דיין א' לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי אם הם לפניו או שנים אפי' אח"ך וכ"ש וק"ו בזה שכתבו עידי השטר בשעת מעשה מה שהיה לפניהם דודאי שאין לדקדק כלל וכ"ש שכתבו פס"ד סותר הראשון וחתומים בו ב"ד של ד' וזכו הקהל אלא שנאבד מכלל כל כתבי זכיות הקהל בשלילת העיר ולכן מצאו ידיהם ורגליהם להוציא הפסק הא' שכתבנו להם כעין שאלה כדי לדון עליו אחר שנתבטל ולא סמכנו עליו כלל בשעת מעשה:

ויהי מה אפי' פס"ד בקצרה יועיל דלאו בתר רוב דברים ואורך הצעות אזלינן והרי כתב הב"ח אהא דכ' הטור אם אין בידו פס"ד כתב דאי' לפ' כגון שכתב בפס"ד קרקע פ' שלך והספק ביד א' מהם הרי דל"ג תיבות קרי פס"ד ואין אחריו כלום וכ"ש בתר דקם דינא זה י"ב שנים והקונים מוחזקים במקחם ואין פוצה פה מי הוא שיוכל לסתור פס"ד בהבל פיו ובמילי דכדי ולו יהא שנאמר שהרבים לא הסכימו לפס"ד מ"מ כל היכא דליכא לברורי טענתא קם דינא אפילו ביחיד נגד רבים וכמ"ש הרב המאסף בהגה"ט סי' כ"ה וז"ל בדבר שאין בו מחלוקת ולא סוגיא דעלמא באידך ולא הוזכר אותו הדין בפי' ופסק הדיין מס' ונחלקו עליו חכמים אחרים מה שעשה עשוי ואין כאן טעות. ובאות ז' כתב אם טעה במה שאמר נד"ז ל"ד לנדון פ' אע"פ שרבים חלוקין עליו קם דינא וכ"כ אות כ"ה דכל מלתא התלויה בספק ופסק הדיין מה שפסק פסק אפי' יחלקו עליו וכדבריו להדיא פ"א דיני ממונות בעובדא דר"ש ב"ר עם ר' חייא אם אדם עשוי שלא להשביע בנו כתב הרי"ף שם דבמלתא דתליא בס' אף שהסכימו רבים לדעת א' מה שפסק היפך פסק ואין להחזיר וכ"ש וק"ו בזה שאפי' השתא יש כמה פנים לזכות הקהל כמ"ש בפנים א"צ לכפול אם מטעם דעכ"פ אפי' לפי הפסק הא' צריך ליתן מה שגבו ולא שיאכלו הם וימלאו כריסם משוד עניים והאומללים יפרעו בעדם ואף אם יש עדים בכמה גבו מ"מ יכולין לדון בזה לפי ראות עיני הב"ד לפי הנהוג שזהו כמו עדות גמורה וכיוצא בזה כתב הרא"ש והביאו מור"ם בסי' י"ד בסרבן שהוצרך להוציא עליו הוצאות כתב או ישומו לו ב"ד הוצאות וכזה ישלם דכל דהדבר ברור שהוציא או בנד"ז שגבו ודאי שהרי הולכים וגובים כל השנה ומוכרים שוה מנה במאתים בשביל האלסאק'א ועדים מעידים שעולם כמנהגו נוהג ודאי שמין לו בפחות שבשערים ומשלם וכה"ג בסי' קנ"ז ס"ח שאם אמר לו שומו לי בפחות שבשערים שומעין לו וכ"ש שיש לבטל טענותיהם ולחזק השט"ח שביד הקהל מכמה פנים כמ"ש בפנים והיורשים טוענים שיש בידם התראה שהתרו בקהל שאם לא יעזרום לקבול לפני המלך הרי אלסאק'א באחריותם ואין אנו יודעים מה טיבה של התראה זו והקהל לא חשו להשיבם כי הם ישתדלו בזה ודוגמת ענין זה הובא בהריב"ש סי' תכ"ו על יחידים שקנו העזר מהקהל כנהוג ושוב גזר המלך שיצאו כל מי שאינו תושב מהעיר ועי"כ נתמעט גביית העזר ופסק הרב ז"ל דמזלם גרם יע"ש שהאריך. וה"נ בנד"ז שידענו נאמנה שנשארה אלסאק'א בידם ע"ת שנתם בשווקים וברחובות ובמקומות הקבועים למכירתם אלא שמפני שהתחילו חצי רעב היו קצת מהגוים מוכרים בצינעא הדברים ההם והשר היה מעלים עין מהם ואין זה בכלל האחריות ובסוף השנה מה שיצאה מידם הוא דרך רחמנות מהמלך ולא שהוסיף עליהם שום אדם וגם השר אמר שישלימו שנתם

אלא כשהיו רוצים להוציא טאבא למדינות אחרות להרויח בעל אלסאק'א היה מעכב על ידם באו' שהיא כעין גניבה שהיא מוכנת לצאת בזמנו והם מוציאין אותה בזמן שבידם ללא צורך ויש ריח לדבריו אף שבדינינו כל מה שיוכל להוציא הלוקח בזמנו מוציא מ"מ כ"ז הוא סכסוך ומניעת ריוח ולא מקרי כלל יציאה מידם:

כללא דמלתא דמכל צד נראה שחייבים היורשים וכ"ש במה שכבר נפסק הדין וגבו גבו שאין לבטל פסק הדיינים הקבועים בעירם ובמקומם וקם דינא זה כמה שנים לא מד"ת ולא מה' ד"א ועיין בס' מעשה חייא סי' ט"ו שהאריך והסכים לכל מ"ש וסיים ז"ל ואם הורה הדיין הב' אין הוראתו כלום וכדכתב הר"ן שם ולאו אינו רשאי לחוד קאמרינן אלא אפילו עבר ועשה כן לא עשה ולא כלום אלא אם טעה הא' בדבר משנה וכ"ש בנ"ד שלא הוברר לחכמי הדור דטעה הא' ובנ"ד אפי' טעה בדבר משנה קם דינא אחר שקבלוהו עליהם וכו' ונגמר הדין דאין החייב יכול לחזור בו כ"ש לדיין להכריח וכדכתב הרמב"ם וכו' ע"ע וכ"ז מלבד המנהג הפשוט בעירינו זאת שכל דיינים המתמנים מקבלים אותם הקהל עליהם בין לדין בין לטעות אפי' אם ח"ו יטעו דינם מקובל ומרוצה כל עוד שלא חזרו בהם הם עצמם ונר' לדעתם שכך הוא הדין והאמת כדבריהם יש לפסוק אפי' אם לא נר' הפסק ההוא לדיינים אחרים שבמקום אחר והמנהג מיוסד על אדני פז דברי הש"ע סי' כ"ב ס"ה בהגה ע"ש בסמ"ע וש"ך ולרח"פ והשו"ב ויציב ונכון וקיים: וחתו' החה"ש הדה"מ כמוה"ר יקותיאל בירדוגו נר"ו וכמוהה"ר רפאל בירדוגו נר"ו ונתקיי' לנו חתי' כראוי ולרח"פ ואמת ויציב וקיים: ובאלול התקנ"ו הובא לידי פסק הנ"ל ע"י כתב החה"ש הדו"מ כהה"ר שאול סירירו נר"ו ונדרשתי ממנו לחוות דעתי ע"ע מכירת ב"ד שלא בהכרזה הבא באחרונה וכתבתי ע"ז דכל שראו ב"ד צורך שעה למכור בלא הכרזה מה שעשו עשוי ונסמכתי על דברי הרב המאסף בסימן ק"ט הגהב"י אות י"ג שכתב משם מהר"ש יפה דאפי' במקום שנהגו להכריז אם ב"ד או אפוטרופוס ראו שלא להכריז וכו' הרשות בידם יע"ש:

ולא כתבתי מעין הראשון שלא נדרשתי עליו ועכ"ז רמזתיו בתחילת דברי שכתבתי דברים ברורים הם שאין אחר מעשה ב"ד כלום ויש לנו לדון שכל מה שעשו עשוי ע"כ, ואז נכנסתי בענין ההכרזה וממאי דחזינא נמי לב"ד אשר קדמוני וסמכו ידיהם על הפסק ההוא שלא הזכירו מענין הראשון כלל סובר הייתי שלרוב פשיטות הענין לא ניתן ליכתב דודאי דבריהם האחרונים עיקר והראשונים יפלו כי אין לדיין אלא מה שעיניו רואות והמה ראו מרוח מבינתם לבטל הפסק הא' אשר נסדר ע"פ הכת האחת מחמת שבאה הכת שכנגדם וחקרום בטענות ובראיות מחודשים כשעמדו לפניהם לדין

ב' הכתות וסתרו הדין הראשון וחזרו וחייבו הקונים לפרוע דמי שטר מכר האלסאק'א במושלם ועשו מעשה בשומא והורדה לקרקעותיהם ונמכרו הקרקעות ע"פ ב"ד כמו שמפורש בהצעת שטר מכר הנ"ל ויש לנו לדון שכל מה שעשו ב"ד עשוי ומשנה שלימה שנינו בר"ה פ"ב דכ"ה ע"ב אם באין אנו לדון אחר בית דינו של רבן גמליאל צריכין אנו לדון אחר כל ב"ד וב"ד שעמד מימות משה ועד עכשיו שנא' ויעל משה ואהרן ושבעים זקנים מזקני ישראל ולמה לא נתפרשו שמותם של זקנים אלא ללמד שכל ג' וג' שעמדו ב"ד על ישראל הרי הוא כבית דינו של משה ומסיק בברייתא שקל הכתוב ג' קלי עולם ירבעם בדן יפתח לג' חמורי עולם משה ואהרן ושמואל לומר ירבעם בדורו כמשה בדורו בדן בדורו כאהרן בדורו יפתח בדורו כשמואל בדורו ואין לך אלא שופט שבימיך יע"ש, ובפרק יש נוחלין דף קל"ח איפסקא הלכתא דאין חוששין לב"ד טועין ובי דינא בתר בי דינא לא דייקי וכן בפ' מצות חליצה דק"ו ופסקה הרמב"ם פ"ו מהל' עדות הלכה ה' יע"ש:

ובנ"ד שעידי השטר מעידים מה שראו בעיניהם שב"ד נשאו ונתנו בדבר וסתרו הפסק הראשון וחזרו וחייבו הקונים וכתבו החיוב על ספר חוקה אמינא ודאי דאלמלא לא הביאו הזוכים ראיות ברורות וטענות מחודשות לפני ב"ד לא היו סותרים דבריהם הראשונים ומה עשו הזוכים אם לא נזהרו לשמור הפסק ההוא שנכתב לזכותם כיון שעברו זה כמה שנים ובפרט שנכנסה בלשת לעיר ומה גם שלא השבית ה' להם גואל שיש די והותר בדברי העדים בהצעה הנז' שמעידים על מעשה ב"ד שסתרו פסק פיטור הקונים וחזרו וחייבום ועשו מעשה בשומא והורדה לקרקעותיהם ונמכרו הקרקעות ע"פ ב"ד ומי זה ערב אל לבו לגשת להוציא הלוקחים מחזקתם ואפי' הב"ד עצמן שסתרו פסק הפיטור וחייבום אינם יכולים היום לחזור לקיימו אחרי נפלו כיון שזה כמה שנים משנאבד הפסק הב' שכתבו לסתור הא' בטענות וראיות שנתחדשו לפניהם באותו הזמן ואי אפשר שישאר בזכרונם בדקדוק הראיות והטענות שנתחדשו לפניהם ואין נביא שיתנבא שכך היו הראיות והטענות לדון עליהם מחדש ומקיימין הקרקעות ביד המחזיקים בהם וכמ"ש הרב המאסף בסימן כ"ג בהגה ט' אות י"ב עמ"ש הטור דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי כשעומדים לפניו בדין התלוי בשודא דדייני אבל דין התלוי בטענות לא שייך בו נאמנות שלפי הטענות יזכה הזוכה ובלבד שלא יסתור טענות הראשונות וע"ז כתב הרב המאסף וז"ל והיינו ודאי דשטרי טענתא קיימין הלא"ה ולא ידעינן טענתייהו המע"ה וחוזר הדין וכ"כ הריטב"א בפ' יו"ד יוחסין יע"ש:

הרי מבואר דכל דלא ידעינן טענותייהו מוקמינן ארעא ביד המוחזק ואמרינן לשני המע"ה. ומהשתא דאפי' הב"ד עצמן שדנו ביניהם אינם יכולין לסתור הדין האחרון איך יבואו בי דינא אחרינא לדקדק אחר ב"ד שדנו את הדין וחייבו את החייב וזיכו את הזכאי במקום שאינו יודע הטענות והראיות שנתחדשו לב"ד עד שסתרו דבריהם הראשונים מאחר שנאבד הפסק שהיו בו הטענות והראיות שנתחדשו ויש ביד הלוקחים העדאת עדים שמעידים על מעשה ב"ד שזיכו את הזכאי וחייבו את החייב דיש די והותר בזה להעמיד הלוקחים במקחן אפי' אם לא אכלוהו שני חזקה וכ"ש השתא שהחזיקו במקחן כמה שנים וגדול כח המוחזק מי מוציאן מחזקתן, וצוויי"מ הח"פ צפרו יע"א במרחשון משנת וכ"ל אש"ר יעשה יצליח לפ"ק:

שאול ישועה ס"ט:

סימן צז

מה שכתבתי פס"ד שפסק משי"ח מוהר"א הצרפתי נר"ו למשה ן' אברהם ן' נאיים מעיר דובדו על דברת צנור המקלח מחצירו לר"ה מבית שהוסיף מחדש בחצירו ועכב עליו א' מבני רה"ר וזיכהו בדינו מחמת שרה"ר רחבה ואינו חוסם העוברים וזה מה שכתבתי:

עמדתי על פסקי דינים הנאמרים בענין זה ואמינא ודאי דפשוט הוא דכל היכא דחזינן שאין המים היורדים מגגו של משה הנז' חוסמין את העוברין דאין בני רה"ר יכולין לעכב עליו ולא כתב הרשב"א דיכולים לעכב אלא בהיכא דחוסמין ובר מן דין אני אומר דבנ"ד שהמים היורדים מגגו של משה הנז' הם מי גשמים שהם יורדין מאליהן ולא מכחו אלא מן השמים הם יורדין לגגו ומגגו לרה"ר אפילו נימא שחוסמין את העוברין אין מחייבין את המזיק לסלק את נזקו ועל בני רה"ר להרחיק את עצמן ולתקן שלא יוזקו דקי"ל ב"ב י"ח כר' יוסי דאין מחייבין למזיק לסלק הזיקו זולת בגירי דידיה שההיזק בא מכחו ובשעת מעשה אבל כל שאין ההיזק בא מכחו ובשעת מעשה אלא שהנזק בא מאיליו או שהנזק בא אח"ך ולא בשעת מעשה אין מחייבין למזיק ועל הניזק להרחיק את עצמו וכההיא דפסק מר"ן בסי' קנ"ה ס"ד וז"ל היו מימי העליון יורדין על התחתון ומזיקין אותו אם אין שם מעזיבה בענין כששופך מימיו מיד יורדין לתחתון ומזיקין אותו חייב לסלק היזקו, ואם יש מעזיבה שהמים נבלעין בה ואינם יורדין מיד אלא לאחר מכאן יורדין ומזיקין אינו חייב לסלק היזקו יע"ש ובסט"ו וסי"ו וסל"ב המורם מהם דבנ"ד שהמים היורדים מגגו הם מי גשמים לא חשיבי גירי דידיה מחמת שבאו מאיליהן ולא מכחו וכמו שכן מפורש בהריב"ש סי' תקי"ז באורך והביאו מור"ם בהגה בס"ד הנ"ל ומינה

דההיא דהרשב"א דפסק מר"ן בסי' קנ"ג ס"ט לא איירי במי גשמים אלא בשאר שופכין שבאין מכחו ומחמת תשמישו ולא בימי גשמים היורדין מאיליהן ושותתין מגגו לרה"ר ואפילו בהיכא דעשה מסגרת לגגו וקבע בה צנור שהמים מתאספים שם ומקלחין דרך הצנור ונימא דקלוח זה בא מכחו ומזיק לבני רה"ר ובההיא דסעיף כ' בראובן שחפר גומא בחצירו שמי גשמים יקלחו לתוכה וכשרבו המים עוברים ובוקעים דרך מרתף שמעון דחייב ראובן לסלק היזקו התם הוא דברי היזקא לשמעון בעל המרתף ואי אפשר לו לסלק את עצמו דאין דירה בלא מרתף דמהני טעמי הוא שחייבו הרא"ש לראובן לסלק היזקו כמבואר בטור. משא"כ בנ"ד בצנור המקלח דלא ברי היזקא דיכולים בני רה"ר להטות עצמן מהקלוח ולעבור כמו שהם מטין עצמן מכמה צנורות המקלחין לרה"ר והי"ז כאחד מהם:

ומה גם דבנ"ד לא בנה איזה חצר מחודשת שאין לה שעבוד על בני רה"ר לקבל מימיה שהרי בתוך חצירו הוא שבנה בית זה וקי"ל בסי' שע"ה ס"ז החצירות הרי הם ראוים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות יע"ש, וא"כ דרשאי להוסיף בחצירו וכבר נשתעבדו בני רה"ר לקבל מי גשמים היורדין מגגות שאר דיורין מכללם יקבלו מי גשמים היורדין מגג בית זה וכההיא דסי' קנ"ג סעיף יו"ד דכל שהוחזקו מימיו לירד למקום אחר שרשאי לקבצם למקום א' או לסלקם לכמה מקומות יע"ש:

באופן דלא חזינא טעמא לבני רה"ר לעכב על משה הנז' ואין זה כ"א רוע לב ומדת סדום דכופין עליה הח"פ פאס יע"א בכסלו מש' וכ"ל אש"ר הוא עושה ה' בידו:

שאול ישועה ס"ט:

סימן צח

מה שכתבתי על המתנה שנתנה ריינה אל' יצחק לוי לנכדתה קלארא אשת שלמה בוסידאן שכתוב בשולי המתנה וצ"ל שבפירוש אמ"ל הנותנת שבשביל תביעות שיש לבנה אביה של קלארא הנז' עליה שיודעת שיש בידה משל בנה ונתנה מתנה זו לבתו בעד התביעות אולי תתרצה ואכפר בעד מה שנשאר בידי משל אביה ועוד כתוב וצ"ל שאם הוצרכה ריינה הנז' לצורך מזונותיה ופרנסתה שתמכור החנות הנז' להסתפק ממנה שכך אמרה לנו בפירוש ע"כ, וזה מה שכתבתי:

נדרשתי לחוות דעתי בענין המתנה הנ"ב והמכר הבא אחריה ונראה בעיני פשוט שהמתנה קיימת והמכר הבא אחריה בטל שעיקר התנאי שעליו אדני המכר הוטבעו הכתוב בסוף שטר המתנה שאם הוצרכה וכו' אינו כלום ודחוי מעיקרו הוא דאין זה דרך

תנאי כלל דהו"ל לפרוט מתחילה בשעת מעשה שעמ"כ הוא עושה וכל שנעשה הדבר בסתם ואחר מעשה הטיל תנאי אינו כלום עיין ש"ך סי' כ"א סק"ג ואפי' אם היה תנאי זה בשעת מעשה כיון שלא נעשה כמשפטי התנאים התנאי בטל והמתנה קיימת וכמ"ש מר"ן סי' רמ"א ס"ט וסי' י"ב ובנ"ד אין גם אחד ממשפטי התנאים הנז' בא"ה סי' ל"ח וא"כ התנאי בטל והמתנה קיימת והמכר הבא אחריה בטל דהו"ל כמוכר דבר שאינו שלו דלא עשה ולא כלום:

ומה גם דאיכא הודאתה וגילוי דעתה דמלוה ישנה היא גבה משל אביה של מקבלת המתנה ולהחזיר הגזילה היא שנתנה לה מתנה זו ומשלה נתנה לה ולאו מידי יהבה לה משל עצמה ואין זה אלא מכר גמור והעד מה שהוסיפה לקבל אחריות דמהאי טעמא דיינינן ליה מתנה שהיא באחריות כמכר כדאי' בסי' קע"ה סי"ח וסי' נ"ד וסי' ר"ה ס"ג ובסמ"ע שם סק"י ובענין הלוקח אם נוטל מנכסי המוכרת הקרן לבד אם ידע במתנה וכ"ש לפי טענת בעלה של מקבלת מתנה שטוען עליו שקרא השטר מתנה קודם המכר והוא יודע ספר שעיניו יחזו שהתנאי הנז' אינו כלום, תו לא מצי למימר דסמך על הסכמת ב"ד דלא אשכחן בכה"ג שיהא כח ב"ד יפה להוציא מזה ולתת לזה והרי הוא עצמו כשהשגיח בשעת המתנה חזר בו מאותה הסכמה והשתא שטוען הלוקח שלא ידע מאותה מתנה ישבע שאין לו ידיעה כיון שטוען עליו ודאי דאע"ג דקי"ל בסי' שע"ג ס"ג דעל המוכר להביא ראיה וכו' לאו למימרא שאם לא הביא ראיה נוטל השבח בלא שבועה דכללא הוא בכל מקום שאנו אומרים המע"ה אם לא הביא ראיה ישבע שכנגדו ועומד במאי דמחזיקינן לה בההיא דסי' פ"ט ס"ד וקל"ח ס"ח וקנ"ה מ"ג מ"ד ורכ"ב ס"ד ורכ"ג ס"ג ושי"ב סט"ז ושי"ז ס"א ושצ"ט ס"ג ות' ס"א וא"כ בנ"ד שמחזיקין הלוקח מכח שטר האחריות שבידו וזה בא בטענה להוציא אותו מחזקתו עליו להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע הלוקח וכו' ואי לאו טעמא דחזקה הוא דלא שדי אינש זוזי בכדי לא הוה מחזיקינן בגביית האחריות והוה אמינא על הלוקח להביא ראיה להוציא מעות מיד המוכר והשתא מכחה אם טעמא אמרינן שהמוכר מוחזק ע"פ כתב האחריות הח"פ פאס בכסלו משנת וכ"ל אש"ר תתן לי לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט:

סימן צט

מרנא ורבנא ריש מתא וריש מתיבתא החה"ש הרב הדו"מ סוה"ר אוריין ובר אבהן כמוהה"ר שאול ישועה אביטבול נר"ו לא יכבה ותורתו לעד תרבה כי"ר:

אחדש"ו מאחר עלות כמה שאלות צריכים אנו לקיים מ"ש והדבר אשר יקשה מכם וכו' וזו היא השאלה ראובן שמכר חמור א' לשמעון ושמעון לקח החמור והוליכו בדרך מרחוק ולא היו ימים מועטים עד שמת החמור וכשמת החמור אמרו הגוים לשמעון זה החמור מת בחולי הנק' בלערבי אלגו'ס ועמד שמעון וקרע החמור מן הבטן ומצא תולעים בהמסס ואמרו הגוים לשמעון אלו הם התולעים הממיתים את הבהמות ועמד שמעון והביא שע"ך והעמיד אותם על החמור הנז' עד שראו התולעים והכירום וראובן שמכר החמור לשמעון הנז' ג"כ החמור היה ממשכנו ביד לוי שהיה לוי נושה בראובן הנז' והיה החמור ביד לוי בתורת משכון וכשמכר ראובן את החמור לשמעון מיד לוי מכרו והחזיר ראובן את לוי עם שמעון בשומת החמור ויצא עמו במעמד ג' וכשמת החמור חזר לוי על ראובן בשומת החמור גם החמור הנז' כשהיה ממושכן ביד לוי היה חוטב עליו עצים ומשכירו לאחרים, ועתה יורינו מורינו וישיב אותנו דבר מי שהוא חייב לשלם ולמי נאבד זכות החמור והתשובה תהא על א' א' ועל אחרון אחרון ותברר לנו הקמח מן הסולת בסדר את כל אשר צוה ה' אליכם ביד משה ולכת"ר החיים והשלום:

תשובה הדבר פשוט שכל שמשך הלוקח החמור יצא מרשות מוכר ונכנס לרשות לוקח וכאשר מת החמור אחר משיכה ברשות לוקח מת ומזלו גרם ועליו מוטל ההפסד ולא על המוכר כדאי' בחומ"ש סי' רכ"ד ס"א יע"ש. וכ"ש בנ"ד שנשתמש בו והוליכו בדרך מרחוק תלינן מיתתו ביגיעת הדרך או שהוסיף על משאו שרגילה בו או שהוחמה מחמימות הדרך או שהסיר לה המרדעת בעודה בחמימותה או הניחה לשתות תכף לביאתה מן הדרך וכיוצא בזה מדברים הגורמים מיתה שנזכרו בסי' ש"ט:

ומה שאמרו לו הגוים שמחמת חולי הנק' אלגו'ס וכוונתו לומר שברשות המוכר נולד חולי זה והוי מקחו מקח טעות אין ממש בטענה זו ודבר זה אין לו שורש ועיקר בדינינו כלל אלא כל שמתה ברשות לוקח ההפסד עליו ולא מצינו לרז"ל לתלות ברשות מוכר זולת בקונה בהמה לטבחה ונמצאת טריפה שניקבו בית הכוסות והוגלד פי המכה דקים להו לרבנן דבפחות משלשה ימים אי אפשר לפי המכה שתגלד יע"ש בסי' רכ"ד ס"ד וסי' רל"ב סי"א וסיים שם כשיש ספק אם ברשות לוקח ניקב או לא על הלוקח להביא ראיה והכי הוא בסי' רכ"ד כל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה ומה ראיה יביא הלוקח שברשות מוכר נולד חולי זה וע"י חולי זה הוא שמתה וצריך נביא שיתנבא ברשות מי נולדו התולעים בקיבתה ושמחמת התולעים מתה ואין לסמוך בזה על עדות בקיאי אומני האומות האומרים על חולי זה שממית במשך ששה חדשים ופעמים במשך יב"ח ופעמים אינו ממית ותולין הדבר בהשתנות גווני התולעים והוא כל שגופן אדום וראשן

שחור על ששה חדשים ממיתים וכל שראשן שחור ואמצע גופן אדום וסוף הגוף לבן על יב"ח ושכל גופן אדום אינם ממיתין ואומרים שכן נמצאת ברוב הבהמות בקיבתן שכל זה אינו תלוי בבקיאותן אלא דברי נביאות ואומדנות דלא מוכחי כי מי פתח להם קיבת הבהמה כשנולדו בה התולעים ומנו לה י"ב חדש ואז מתה ואין לנו לסמוך עליהם בזה ואף כשיש אומנים ישראל שאומרים כן אין לנו להאמינם בנבואות שקרים וכ"ש לפי הנשמע מאומנים אשר פה צפרו יע"א שכבר יצא דבר מלכות מאדונינו המלך יר"ה שאין לאומנים לדון עוד בדבר הזה רק כל מי שיקנה בהמה יניח דמיה אצל נאמנים ויעכבה אצלו ג' ימים לבקרה ממומין ואם לא ישרה בעיניו יחזירנה לבעליה ויטול מעותיו ואם לא החזירה תוך ג' ימים שוב אין לו עליו שום טענת חזרה כלל ודינה דמלכותא דינא וא"כ בנ"ד קם דינא שההפסד על הלוקח:

ומה שכתבת שלוי היה החמור ממושכן אצלו והיה חוטב עליו עצים. דבר זה אסור לעשותו מחמת איסור רבית זולת אם משכנו אותו בנכייתא כדין משכנתא דסורא כמבואר בי"ד סי' קס"ו וקע"ב ובחו"מ סי' ע"ב. ע"כ נמ"ך:

סימן ק

החכמים השלימים הדיינים המצויינים הרבנים שופטי תבל בצדק מחזיקי כל בדק ה' עליהם יחיו דשנים ורעננים יהיו נותנים לרעב לחם ולצמא ישקו מים נרם יאיר ויזהיר כשמש בתוקפו מודענא לכון רבותינו כתרי ראשינו שעמדו לפנינו בעה"ח הנ"ב והמתחייב הנ"ב לדת"ת והוציא בעה"ח הנז' שטר הנ"ב על המתחייב הנז' לגבות בו החוב מסך הנ"ב וכשרצה בעה"ח לגבות את חובו ותבע את המתחייב הנז' בשטר הנז' לפרוע החוב הנז' עמד המתחייב הנז' ואמר לבעה"ח הנז' אין אתה נושה בי בשטר זה כי פרוע הוא מקדמת דנא והשיבו בעה"ח הנז' למתחייב הנז' אילולא פרעתני בשט"ז יהיה פרעונו כע"ג או קרוע קב"ד י"ץ והשיבו המתחייב הנז' לבעה"ח הנז' כבר פרעתיך בזה"ש ומה שלא נמצא פרעונו כע"ג ואינו קרוע קב"ד מאחר שאתה תקיף או שמא מחמת הקטטה והמריבה שנפלה ביני לבינך לכך הוצאת עלי שט"ז ומה שטען המתחייב הנז' שפרע החוב הנז' אין עדים בדבר ולא ראיה ע"כ דברי בעה"ח והמתחייב, ועתה יורינו מורינו איזה דרך ישכון אור נאם הח"פ העירה אוטאט יע"א תמ"ת:

תשובה טענת הלוה מסעוד ן' ראובן שטוען שהשטר שהוציא עליו דוד ן' יעקב הנז' שטרא פריעא הוא אלא מחמת אלמותו של דוד הנז' לא נתן לו השטר כשפרעו היא טענה הנשמעת וכבר הוגד לי מיודעיו ומכיריו של דוד הנז' כי הוא גברא אלמא ומשהה

שטרות פרועים אצלו ומוחזק בכך: ואחר שכן דיינינן ליה ולכל אלמי דכוותיה שכל שטרותיו בחזקת פרועים וחוזר ותובע מהם לפורעם שנית ואחר שכן חזרה תביעתו שתובע למסעוד הנז' תביעה ע"פ וצריך דוד הנז' לקבל חרם שעדיין נושה בו הסך הנז' וישבע מסעוד שבועת היסת שלא נשאר אצלו כלום מהחוב ונפטר ואם לא רצה דוד הנז' לקבל חרם גם מסעוד הנז' לא יתחייב שבועה ואם ירצה דוד להטיל חרם על מסעוד הנז' שלא נשאר אצלו כלום מהחוב רשאי ויקרע השטר שהוציא נגדו. ולא בשטר זה בלבד הדין כך אלא כל שטרות שיוציא נגד כל איש ישראלי הכי דיינינן ליה ואע"פ שהיה מוחזק בעיני לאיש תם וישר אתרע חזקתיה שהוגד לי מפי נאמנים שזה דרכו כסל לו הוי מרבה לא לו ע"כ נמ"ך:

סימן קא

החנות האחרונה שבשורה השמאלית לעולה משוק האושכפין להאלגזארין וסמוכה ממש לחנויות אלגזארין מצד אחד ומצד אחד לחנות יוסף ן' יעקב ן' שרביט ועמד בעל החנות והשכירה תחלה ליוסף ן' מימון צרפתי והיה דר בחנות הנז' באופן שזכה כפי התקנה בחזקת ישוב החנות הנז' וכמ"ש בצד הקב"ע פס"ד ממני אהח"מ שזכה בחזקת ישוב החנות הנז' ושוב מכרה לבנו הי' יצחק צרפתי נ"ע כמ"ש בידו שטר מכר וכשרצה יצחק הנז' לעלות לא"י הוא ואנשי ביתו מכר החנות הנז' להי' מסעוד בן סיסו מכירה גמורה והתנה עליו שאם יחזור מללכת לא"י ויחזור פה צפרו יחזיר לו המכר הנז' ואירע מלתא שבהיות יצחק בדרך נלב"ע במתא תלמסאן ואלמנתו ובן ובת שי"ל ממנו חזרו פה צפרו ונדרשתי ממסעוד הנז' מה יהיה משפטו בתנאי הנז' אם יש כח ביד יורשיו לבטל המכר מכח התנאי כמו שהיה כח ביד אביהם לבטלו אם יחזור או דוקא אם חזר הוא עצמו אז היה בטל המכר ולא יתבטל בחזרת יורשיו שלא הזכיר בתנאי אלא הוא עצמו ולא הזכיר יורשיו ונראה דדבר זה תלוי בפלוגתא דרשב"ג ורבנן בפ' מי שאחזו דף ע"ד בע"מ שתתני לי מאתים זוז דרבנן סברי לי ולי ליורשי ורשב"ג סבר לי ואפי' ליורשי ופסק הרמב"ם בפ"ח מהל' גירושין הלכה כ"ב כרבנן דלי ולא ליורשי וכ"פ מר"ן בא"ה סי' קמ"ג ס"ג שאם תתן ליורשיו אינו כלום דלי ולא ליורשי הכא נמי נימא דלי ולא ליורשי דלרוחא דנפשיה קא מיכוין כשיחזור ימצא מקום לעשות מלאכתו ולא לרווחא דיורשין דא"כ הו"ל לפרש ואפי' ליורשי ולראי' האמת חתמתי בג' אב התקס"ב ליצירה וקיים: שאול ישועה ס"ט ועוד שהוא עצמו אם חזר ושתק עידן ועידנין ולא החזיר החזקה הנז' אמרינן מדשתק מחל וא"כ גבי יורשיו נמי שזה שנתים משחזרו ושתקה האלמנה מדשתקה כולי

האי מחלה וכ"ש דלגבי האלמנה לא שייך דמאי דשייר הבעל לדידיה היינו לעשות בה מלאכתו ולא למוכרה לאחרים ואתתא לא חזיא לה ולגבי היתום שעדיין הוא קטן מוטל בעריסה השתא מיהא לא חזיא ליה וכשיגדיל אמינא כיון דבעת חזרתו לא חזיא ליה השתא נמי לא חזיא ליה ואנן נמי לא הסכמנו לפדות מנכסי היתום ולהניחה עד שיגדיל דטפי אית ליה הנאה מזוזי יותר מהחזקה הנז' אפי' אם היה זוכה בדין לפדות וקיים:

שאול ישועה ס"ט דעתינו נוטה ומסכמת כמ"ש החכם הפוסק נר"ו דלא יחזיר הלוקח ליורשי המוכר הנז' וטממא דודאי לא התנה עמו התנאי הנז' כ"א להנאתו ולטובתו ואדעתא דנפשיה עביד דכשיחזור הוא יחזור לאיתנו לעשות מלאכתו בחנות הנז' ולגבי היתום הנז' טפי אית ליה הנאה במעות יותר מהקרקע הנז' כידוע ולכן דינא הוא כמ"ש הח' הפו' נר"ו מהטעם שכתבנו וזה ברור ולאמו"ץ ח"פ פאס יע"א בח' אב הרחמן יה"ל משנת תקס"ב ליצירה לפ"ק וקיים:

אליהו הצרפתי ס"ט שאול סירירו ס"ט יהודה אבן עטר ס"ט רפאל אבן צור ס"ט הדין דין אמת כמ"ש הח' הפוסק נר"ו ולראית האמו"ץ ח"פ פאס יע"א בזמן הנז"ל ושו"ב וקיים:

נחמיה יהודה הכהן ס"ט:

סימן קב

בהיות שכאשר עמדו יוסף ן' משה ן' חיון וה"ר מימון הכהן ובנו ושכללו החצר הנק' ע"ש אזרוד ותבע אותם שלום ן' אברהם אלקובי שיפרעו לו מה שיעלה להם בהכותל אשר בין החצר הנז' ובין החצר שבנה שלום הנז' הנק' ע"ש אסיך מוסא ונתרצו ביניהם עזה"ד והוא שהע"י ע"ע בקש"מ בדל"ב יוסף ומימון הנז' ובכח הקנין הוהו"ג שבעד מה שראוי להם ליתן לשלום הנז' בהכותל הנז' גמרו והרשוהו שיעביר מי הגג שלו על הגג שלהם מעתה וע"ע בלי שימנעוהו בשום אופן ובשום זמן והודו שטר מוחזק בחסובדי"א והי"ז באייר התקל"א ליצירה ושו"ב וקיים:

ע"ה ישועה אביטבול יצ"ו ע"ה אברהם בן יעקב ה"ן אציני ס"ט כאשר נפלו הדיורים הסמוכים לכותל ה"ר שלום הנז' ונשארו מי גגו נוטפים על החורבה ועמד משה חיון לבנות העליה העמוסה על הבית הימני לנכנס לחצר הנז' ורצה להגביה העליה הנז' ותבע אותו לדין ה"ר שלם אלקובי שלא להגביהה כדי שתקבל מי גגו כאמור לעיל וטען עליו משה הנז' דלא שעבדנו לך אלא הבנין הראשון וכיון דנפל הבנין אזדא ליה שעבודא ולכאורה נראה דדינא קא תבע משה הנז' וטענתו טענה כההיא דכתב מר"ן בסוס"י קנ"ג גבי ראובן שהחזיק בנעיצת קורות בכותל הידוע לחבירו ונפל אותו כותל ובנאו אין לו

לנעוץ על אותו כותל חדש והיא תשובת הרשב"א במחודשים ז' וסיים הרשב"א הטעם שלא נתן לו זכות בסמיכת קורותיו אלא בכותל זה בלבד ואם נפל אזדא ליה וכותל זה שחזר ובנה פנים חדשות באו לכאן יע"ש: ה"נ דכוותה וכמ"ש הרשב"א עצמו במחודשים סי' א' כמו שאין השעבוד לנעיצת קורה ה"נ לא נשתעבד לשפיכת מים של אותו מרזב יעש"ב: אבל כד דייקינן שפיר בלשון השטר הנ"ל שכתב גמרו והרשוהו שיעביר מי הגג שלו על הגג שלהם מעתה וע"ע בלי שימנעוהו בשום אופן ובשום זמן האי לישנא קרי בחיל שזכה הר"ש הנז' שיהיו מימיו נגרים על גג זה לעולם אפי' נפל ובאו פנים חדשות דכל הני לישני יתירי נינהו ולטפויי אתו לכל זמן שיפול ויבנו בנין חדש שלא יסתלק שעבוד זה מעליהם עד עולם וזכה הר"ש בדינו ולא הניח ה"ר משה הנו' להגביה עלייתו כדי לקבל מי גגו של שלום הנז', ומה גם דאיתא בהרב המאסף בסי' קנ"ג בהגהב"י אות מ"ו גבי נעיצת קורות דדוקא כשסמך שלא ברשות חבירו ואח"ך ידע ושתק אבל אם קנה במעות לנעוץ שם הקורות ונפל יחזור לבנות הכותל וינעוץ בו קורותיו. והכא בנ"ד מקנת כספו הוא ולראיה חתמתי: שאול ישועה ס"ט:

סימן קג

עמדו לפני לדין ה"ר משה אלבאז ואשת דוד ן' משה הרוש תובעים משלמה ן' עזראן לסלק מעליהם מי גגו המזחילים על כותל עליית דוד הנז' ועל כותל הבית שתחתיה שהוא לזכות הר"מ אלבאז והיינו שמתחילה כשבנה האלסרי'ף סי' תמו העליה הנז' במקום האלסטיחא שהיתה בחצר הנק' ע"ש ישראל ן' שרביט והיו מי גגה יורדים לתוך החצר הנז' הנק' ע"ש ישראל ואח"כ הורידם האלסרי'ף הנז' על גג עליית דוד הנז' בהיותה עדיין ברשות הגוי בעליה הא' וכשקנה שלמה הנז' העליה מהאלסרי'ף הנז' והחזקה מבעל החזקה היו המים עוברים על עליית דוד הנז' גם בזמן שזכה בו דוד הנז' ולא מיחה בו אדם והחזיק להוריד מי גגו על גג עליית דוד הנז', וכעת נפלה עליית דוד הנז' על בית משה הנז' והנם תל עפר והמקום שממנו היו יורדים המים מגג שלמה לגג דוד עדיין פרוץ והמים יורדים על הכותל שבין עליית דוד לעליית שלמה ותבעוהו לסלק הזיקו מעל הכותל והשיב שיעשה מרזב להרחיק המים מהכותל ויהיו יורדים על עפר המפולת והשיבוהו שלא יקבלו מימיו כל עיקר שהגג שנשתעבד לו אזדא ליה ולא נשאר לו להוריד עוד מימיו עליהם ודנתי ביניהם שמחוייב לסלקו והלך והחזירו לרדת לתוך החצר הנק' ע"ש ישראל וגם הם צעקו נגדו שכבר סלק שעבודו מעליהם והלך אצל ה"ר משה צבע שיש לו גג סמוך לגגו לרצותו להעביר המים עליו ונתרצה משה הנז' ששלמה

יעשה רצפה להגג של משה בחול וסיד ויניחנו להעביר המים על גגו אלא שמחמת שהעליה משותפת בין משה הנז' ובין הרמ"ץ בין אחיו הניחו הדבר עד שיבוא הרמ"ץ, וכעת עמדו לפני שלמה הנז' תובע לדוד הנז' כשבנה גגו להעביר עליו מי גגו כבראשונה והוא מלומד מאיזה ת"ח שהיו משיאין לו עצה ונומיתי לו שכבר נסתלק שעבודו שהי"ל על הגג שנפל ואזדא ליה שעבודיה בנפילת הגג הראשון כההיא דסס"י קנ"ג והיא תשו' הרשב"א במחו' ז' גבי נעיצת קורות והכא נמי דכוותה ובפירוש איתא בתשו' הרשב"א במחו' א' גבי נטיפת מי גגו על גג חבירו דדין א' להם כמו שאין השעבוד לנעיצת קורה ה"נ לא נשתעבד לשפיכת מים יע"ש, ואחר שיצא מחוייב בדין בא לפני ת"ח א' להראותו מוצא דין זה משום שראה הגה בסי' קנ"ג סי"ב ראובן שמימיו יורדין על גגו של שמעון וכו' ובא שמעון להגביה גגו דצריך לכנוס וכו' ונומיתי לו דלא דמי דהתם הגג עדיין בתוקפו אלא שרוצה להגביהו והכא עסקינן שנפל מאיליו דאזדא ליה שעבודא מאיליו וחזר להקשות מההיא הגה דסעי' ו' אבל אם נפל הכותל וכו' ונומיתי לו דאיירי בכותל של בעל המים שמקלח לחצר חבירו שאפי' נפל וחזר ובנה אותו חוזר להעביר מימיו כבראשונה יען שהמקום המשועבד דהיינו חצר חבירו עדיין קיים, והוא הבין שכותל זה היה מפסיק בין השני בתים שעליהם ב' גגות והמים עוברים מגג ראובן לגג שמעון וכשנפל הכותל נפלו ב' הגגות המוסמכים עליו ואפ"ה כשנבנה הכותל ונבנו הגגות עדיין שעבוד המים קיים והראיתי לו מקור הגה זו מהרשב"א שהביא מר"ן במחודשין א' שכתב בפירוש דמיירי בכותל ראובן מכוסה ברעפים והמים היורדים עליו נגרים על חצר שמעון ונפל וחזר ראובן ובנה אותו ויורש שמעון מעכב והשיב הרשב"א כל שעבוד שיש לאדם על חצר חבירו שאין חסרון קרקע כפתיחת חלונות ושפיכת מימות וכו' ואם נפל לא איבד זכותו כל שגוף הדבר שנשתעבד ישנו בעולם לא נסתלק השעבוד וכו' ומי שיש לו שעבוד על כותל חבירו לנעיצת קורה ונשברה הקורה כיון שהכותל שנשתעבד קיים יחזור ויעשה קורה אחרת וכשנפל הכותל שוב אין לו לנעוץ קורה בו כאמור לעיל, ע"כ נמ"ך מכת"י המחבר וחע"ד:

סימן קד

נדרשתי לחוות דעתי אם היבם חייב במצות עונה ליבמתו כשאר נשים או אם יש לו צד פיטור מהירושלמי שהביאו התוס' בשבת דקי"ח ע"ב בד"ה אימא ה' בעילות יע"ש, והשבתי בפשיטות דודאי חייב בשארה כסותה ועונתה מדאורייתא כשאר נשים ומשנה שלימה שנינו בפ' החולץ דף ל"ח ונשנית בכתובות דף פ' כנסה הרי היא כאשתו לכל

דבר ובלבד שתהא כתובתה על נכסי בעלה הראשון, הרי דלכל דבר היא כאשתו לבד הכתובה שאינה על נכסיו כמו כתובת אשתו אלא על נכסי בעלה הראשון ומדהוציא רק הכתובה ש"מ דשאר דברים שחייב לאשתו חייב גם ליבמתו, ומאי דפריך בגמרא למאי הלכתא וכו' הכי פירושה דפשיטא דכונס יבמתו כאשתו לכל דבר ולאיזה ענין אצטריך למתנייה ומשני רבי יוסי ב"ח דאצטריך לענין שמגרשה בגט ולא בחליצה ופריך הא נמי פשיטא ומשני מהו דתימא ויבמה אמר רחמנא ועדיין יבומין הא' עליה אע"פ שלקחה דהכי כתיב ולקחה ויבמה ולא תסגי ליה בגט אלא בחליצה נמי קמ"ל ואצטריך עוד לענין שאם רצה להחזירה מחזירה כשאר אשה:

ופריך פשיטא ומשני מהו דתימא מצוה דרמא רחמנא עליה עברה והשתא תיקום עליה באיסור אשת אח קמ"ל והדר פריך ואימא הכי נמי אמר קרא ולקחה לו לאשה כיון שלקחה נעשית כאשתו ופרש"י ולקחה לו ויבמה מצי למיכתב למה לי דכתב לאשה ש"מ הרי היא כאשתו ויבמה לאיסור צרות ועריות כרבי או בעל כרחה לרבנן ע"כ:

הרי דלענין שארה כסותה ועונתה לא אצטריך תנא לאשמועינן דודאי נתחייב משכנסה ולא אצטריך תנא לומר הרי היא כאשתו לכל דבר אלא לענין שמגרשה בגט ומחזירה משוד דס"ד היפך זה ולא בא לומר דלא הוי כאשתו אלא לענין הני תרי מילי שמגרשה בגט וכו' דא"כ לכל דבר מאי היא. ואפי' ביעוד אמה העבריה חייבה תורה שארה כסותה ועונתה וכ"ש זו שכבר היה אחיו מחוייב בהם וזה קם תחתיו לכל דבר ולהכי תקינו רבנן בכתובת יבמין לכתוב בה כשאר נשים ומזוניכי וכסותיכי וספוקיכי ומיעל לותיכי כאורח כל ארעא ככתוב בטופס כתו' יבמין שהביא הטור בסי' קס"ו. והשתא דאתינא להכי אצטריכנא לפרש דברי הירושלמי שממנו נמשכה להם הטעות בזה והוא דהתם בגמ' דשבת דקי"ח ע"ב קאמר רבי יוסי ה' בעילות בעלתי ונטעתי ה' נטיעות [ארזים] בישראל וכו' ופריך תלמודא למימרא דר' יוסי מצות עונה לא קיים ומשני אלא ה' בעילות בעלתי ושניתי ופירש"י כדי שיהיו זכרים דאמר מר הרוצה שיהיו בניו זכרים יבעול וישנה יע"ש, וע"ז כתבו התוספות דבירושלמי משני לקושיא זו דיבמות היו ולא רצה לקיים בהם מצות עונה אלא רק כדי לקיים מצות יבום דהיינו ביאה א' עכ"ל כוונת הירושלמי פשוטה דנפלו לר' יוסי ה' יבמות וכל א' קיים בה מצות יבום וגרשה וכל א' נתעברה מביאת יבום שאם היתה כוונת הירושלמי לומר דיבם פטור ממצות עונה למאי הלכתא מתרץ לה בה' יבמות תסגי ליה בחדא יבמה שבא עליה זולת ה' בעילות ונטע וכו' ואם תיקשי ליה למימרא דר' יוסי מצות עונה לא קיים נימא יבמה הואי ולא מיחייב במצות עונה ומדמוקי לה בה' יבמות ש"מ דגירש כל א' אחר ביאה ראשונה

דאם לא גירשה יהיה חייב במצות עונה כל ימי עיבורה והם דברים פשוטים, ועוד לפי טעותם שהבינו שפטור היבם ממצות עונה לפי הירושלמי היכי שבקי גמ' דידן דמשני באופן אחר ותפסי כהירושלמי ודברים ברורים הם לא ניתנו ליכתב אלא להוציא מלב הטועים אשר הישרה יעקשו הח"פ צפרו בכ"א בח' זו מש' אשר עשה שם בראשונ"ה לפ"ק וקיים:

שאול ישועה ס"ט הדין דין אמת כמ"ש הח' הפוסק ומ"ש התוס' בשם הירוש' דיבמות היו ולא רצה לקיים בהם מצות עונה אלא רק כדי לקיים מצות יבום דהיינו ביאה ראשונה, חפשתי בירושלמי ומצאתיו בריש פ"ק דיבמות וז"ל דתנא אבא שאול או' הכונס את יבמתו לשם נוי או לשם דברים אחרים הרי זה בעילת זנות וכו', מה דאמר אבא שאול ביבמתו אתיא כר' יוסי ב"ח דר' יוסי בר חלפתא ייבם את אשת אחיו חמש חרישות חרש וחמש נטיעות נטע ודרך סדין בעל עכ"ל וכתב שם הרב פני משה וז"ל אתיא הא דאבא שאול כר' יוסי וכו' ובתלמוד בבלי אר"י ה' בעילות בעלתי וכו' ומתמה שם למימרא דר"י מצות עונה לא קיים אלא אימא ה' בעילות בעלתי ושניתי וכתבו התוס' דבירושלמי משני דיבמות היו ולא רצה לקיים בהם וכו' וצ"ל לפ"ז דגרסינן הכא וייבם את נשי אחיו א"נ דחדא מינייהו נקט ובאמת כולן יבמות היו וטעמא דס"ל כאבא שאול ואפי' לאחר שכבר בא עליה ויבמה לא אמרינן דנעשית כאשתו לענין זה ולפיכך לא רצה לקיים בהם מצות עונה עכ"ל, ומדברי הרב אלו נראה שלא גירשם אלא שלא רצה לקיים בהם מצות עונה שאם איתא כמ"ש הח' הפוסק בפנים דגירשם לא היה להם לתוס' ולהרב פני משה לומר שלא רצה לקיים בהן מצות עונה אלא שלא רצה לקיימם ומה הלשון אומרת שלא רצה לקיים בהן מצות עונה. גם מ"ש וז"ל שאם היתה כוונת הירוש' לומר דיבם פטור ממצות עונה למאי הלכתא מתרץ לה בחמש יבמות תיסגי ליה בחדא יבמה שבא עליה זולת ה' בעילות ונטע וכו' עכ"ל, גרם לו זה מפני שלא ראה לשון הירושלמי במקורו שהרי בירושלמי לא יש לא קושיא ולא תי' רק שסיפר מעשה שעשה ריב"ח שה' יבמות היו לו ולא קיים בהם מצות עונה משום דאית ליה כאבא שאול ואיך יאמר שיבמה אחת היתה הפך האמת, ועוד איך נוכל לומר שיבמה א' היתה ובא עליה ה' בעילות שהרי לשון התוס' מפורש שלא רצה לקיים בהם אלא מצות יבום דהיינו ביאה א' ואיך יבא עליה ה' בעילות ומ"מ הגם שמדברי התוס' ופני משה נראה שלר"י ב"ח יבם פטור ממצות עונה ולפיכך לא רצה לקיים בהן מצות עונה היינו טעמא משום דאית ליה כאבא שאול ואנן לא קי"ל כוותיה, ולענין דינא נראה ודאי דחייב במצות עונה היבם כהלכת גוברין יהודאין ואדרבא מצינו דעונת שאר נשים מיבמה ילפינן להו כדאיתא בפ' החולץ דף

מ"ד ע"א וז"ל ד' אחין נשואין ד' נשים ומתו אם רצה הגדול שבהם ליבם את כולם הרשות בידו ופריך בגמ' ושבקי ליה והתניא וקראו לו זקני עירו וכו' ודברו אליו מלמד שמשיאין לו עצה ההוגנת לו שאם היה הוא ילד והיא זקנה הוא זקן והיא ילדה אומרים לו מה לך אצל ילדה מה לך אצל זקנה כלך אצל שכמותך ואל תשים קטטה בביתך לא צריכא דאפשר ליה אי הכי אפי' טובא נמי עצה טובה קמ"ל ד' אין טפי לא כי היכי דנמטייה עונה בחדש ע"כ ופסקה הרי"ף והרא"ש שם בפ' החולץ והרמב"ם פ"א מהל' יבום ופי"ד מהל' אישות ואין לטעות ולומר דהתם עצה טובה דוקא קמ"ל אבל לא לענין דינא שהרי הרמב"ם בפי"ד מהל' אישות כתב וז"ל ציוו חכמים שלא ישא אדם יותר על ד' נשים אע"פ שיש לו ממון הרבה כדי שתגיע להם עונה פעם א' בחדש ע"כ, וכ"כ מר"ן בסי' ע"ו ס"ז וציין עליו הה"מ וז"ל ציוו חכמים וכו' בהחולץ עצה טובה קמ"ל כי היכי דלמטינהו עונה א' בחדש ע"כ הרי בהדייא דלחיובא אתמר שתהיה להם עונה א' בחדש, וראיתי להנימוקי יוסף שכתב וז"ל עונה בחדש עונה של ת"ח מע"ש לע"ש וזהו אשר פריו יתן בעתו ואע"ג דמתני' סתמא בכל אדם מיירי ולא סגי לכל חדא וחדא עונה בחדש הכא ביבמה שאני שאשה הקנו לו מן השמים ואפילו בפחות מזה סגי לה אלא דמשום עצה טובה אמרי' דלית ליה לגרועי מעונה בחדש לכל חדא אבל בנושא נשים דעלמא חייב לעשות עם כל א' כדין המפורש בפ' אע"פ עכ"ל, ודבריו אלה לקוחים מהריטב"א בחי' יבמות על דף מ"ד יע"ש והב"ש בסי' א' סקי"ט ובסי' ע"ו סקי"ד חלק עליו וכתב דשאר נשים שוו ליבמה דלכולהו בעונה א' בחדש סגי והנ"י כתב דשאר נשים עונה א' בשבוע ומ"מ אף לדברי הנ"י לית ליה לגרועי לה ליבמה מיהת מעונה בחדש ועיין בתי"ט שם בפ' החולץ מ"ש ע"ז זהו הנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן ולרח"פ בזמן הנז' וקיים:
שלמה אביטבול ס"ט:

סימן קה

טופס מה שכתבו במקנאס בענין המוכר גוף הקרקע לגוי והחזקה של זולתו אם גם זה יש לו חזקה וז"ן:
שאלה ראובן מכר חצירו לגוי שנשארה לו בה חזקה לפי תקנת קדמונינו נ"ן ושעבד החזקה בחוב שזקף עליו בתורת אפותיקי ואח"ך עמד שמעון וקנאה מהגוי ושהתה בידו יב"ח ולא פדה מידו ראובן שלפי התקנה אחר עבור שנה נחלטה ביד שמ' אך יתן לראובן רביע ושוב מכרה שמעון לגוי א' ועמד ב"ח של ראובן וטרף החזקה מידו מהו שיטול שמעון ומהו שיטול ב"ח של ראובן: תשובה הדבר פשוט שראובן בעת שקנה שמעון ולא

פדה מידו חזרה חזקה שלו גוף דהיינו רביע בגוף החצר גוף וחזקה ואין לו שייכות כלל בחזקת החצר וכשמכר שמעון לגוי נשארת לו החזקה של כל החצר אך יתן לראובן רביע מכל החצר גוף וחזקה והשאר יטלנו הוא שהוא הוא המוכר לגוי ונשארה לו החזקה. והא דמיא לשני שותפין בחצר אחת א' יש לו ג' חלקים וא' יש לו חלק א' ועמד בעל הג"ח ומכר כל החצר לגוים ונשארה החזקה יטול בעל הרביע רביע שלו מושלם מכל החצר כמות שהיה בתחילה שלא יגיע לו שום נזק והשאר לבעל החזקה ונ"מ אם החצר נשכרת ביו"ד אוקיות כולה גוף וחזקה והגוי נועל בשכירות הגוף ה' אוקיות נשארו ה' אוקיות יטול בעל הרביע שהוא בעל החזקה הא' רביע של כל החצר גוף וחזקה שהוא ב' אוקיות ומחצה ובעל החזקה האמיתית יטול ב' אוקיות ומחצה באופן שאין לבעל החזקה הא' כ"א רביע החצר כולה וכשיפרע לו בעל החזקה השניה מה שהיה נוטל מקודם לא נשאר לו עליו כלום ומעתה גם ב"ח שטרף החזקה הא' אין לו כ"א רביע החצר בכללה דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה זה נראה פשוט ומבואר, וגם בהוצאות שיוציא הגוי בעל הגוף צריך בעל החזקה הא' לפרוע רביע שלו מושלם וכל ההטעאות שמטעה בעל החזקה השניה לגוי אין שייכות בהם לבעל החזקה הא' כי הוא נשאר כבתחלה כמות שהיה בתחילה בהיותו שותף עם הישראל לא יגרע ולא יוסיף לא יחסר ולא יעדיף כי הוא אין לו כ"א רביע בחצר כולה ותו לא מידי, כ"ז נראה ברור כמים הפנים לפנים וחתום ע"ז החה"ש הדה"מ כהה"ר רפאל בירדוגו נר"ו וזה מ"ש אח"מ: הנה שורש דבר זה תלוי בידיעת ענייני החזקות כפי המנהג והתקנה. והוא שבתקנה ש"ש בן איש חי תקנו שכל מוכר קרקע שלו לגוי תשאר לו החזקה אולי יחנן ה' ויחזור גם הקרקע לבעליו והוסיפו לחדש בה שתהיה הבחירה ביד המוכר או לתת דמי המכר ללוקח ויחזיר לו קרקעו בתוך שנה או להוציאו ולתת לו שכירות כמו שהיה זכותו בו לענין שכירותו בעודו ביד הגוי ונחתמה בש' תשובו איש אל אחזתו מהרבנים מוהר"ר וידאל הצרפתי זצוק"ל ומוהר"ר מנחם סירירו זצוק"ל והם עצמם כתבו במקום אחר שתקנה זו מעיקרא היא בנויה ומיוסדת על דין סקריקון שבסי' רל"ו ויש לה דין קרקע לחזקה זו ולא כחזקת ישוב דמספקא להו אי דין טלטל יש לה או דין קרקע והרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ הוסיף לנו לקח טוב כפי מה שקבל מהרבנים הנז' ככתוב בס' הפסקים שביד נכדו סי' קל"ז וקל"ח שאפילו הוחלטה ביד הקונה מהגוי מחמת שעברה שנה מיום שקנאה מהגוי כל זמן שירצה בעל החזקה להוציאו הדין עמו להוציאו ומעלה לו שכירות כפי מה שהיה נוטל הגוי או כפי מה שישומו הבנאים שהיה יכול לתת לגוי אלו היתה נשארת בידו דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה ואם ירצה בעל החזקה להניחו לדור יפרע לבעל החזקה

כרצונו שאם הבית שוה י' אוקיות והגוי היה נוטל ג' אוקיות הרי בעל החזקה נוטל ז' אוקיות ולא אמרו שבעל החזקה נוטל רביע אלא בהיכא שהיה הגוי משכירו בשיוויו וכל הפוחת לו כלום מהדרך אשר ביארנו הרי זה גזלן וחמסן ושאם ירצה הקונה מהגוי למכור לא ימכור כ"א ג' רבעים וכל אימת שיתבע ממנו בעל החזקה לכתוב לו בעש"ג עק'ד אלק'ידאר שזה יש לו רביע בקרקע ההוא חייב לכתוב לו ואינו רשאי הקונה מן הגוי לרדת לדינא דגוד או איגוד עם בעל החזקה יע"ש לשונו הטהור באורך וברוחב, ומהשתא נחזי אנן בנדון שחזר הקונה מן הגוי ומכר לגוי אחר היכי לדייניה להאי דינא ואמינא ודאי שאם שמעון כשמכר לגוי הב' מכר בסתם כל החצר ולא פירש לו שאינו מוכר לו אלא ג' רבעים ודאי הוא שנתרוקן כחו של שמעון שהרי מכר לגוי בסתם כל החצר והרביע שאנו מחסרין לגוי מקניינו הוא הרביע שנוטל ראובן המוכר הא' ומה נשאר לשמעון ליטול דאין כאן יתר על הג' רבעים שראוי ליטול הגוי הב' בקניינו ואם פירש שמעון המוכר הב' להגוי שאינו מוכר לו אלא ג' רבעים וכגון שכתב לראובן בעל החזקה עקד אלק'ידאר כנ"ל שיש לו רביע בגוף הקרקע ונשאר בידו ג' רבעים ופירש לגוי שאינו מוכר אלא הג' רבעים שנשארו לזכותו אז יש מקום לומר שתשאר לו החזקה של הג' רבעים וכמו שאנו אומרים במוכר החזקה לגוי שתשאר לו חזקה דחזקה ה"נ נימא במוכר הג' רבעים שתשאר לו החזקה שהוא הרביע בהג' רבעים שמכר לגוי אלא שחזקה זו פורחת באויר שעכ"פ לא יגרע כלום ממה שהיה נוטל המוכר הא' בחזקתו שאם היה נוטל בחזקתו ז' אוקיות והגוי היה נוטל ג' אוקיות אין לשמעון המוכר הב' ליטול כלום ממה שהיה נוטל ראובן המוכר הא' דהיינו ז' אוקיות אלא שאם יש במציאות שהגוי הב' אינו נוטל כל הג' אוקיות שהיה נוטל הגוי הא' אז יש לשמעון ליטול הנשאר מהג' אוקיות לעצמו ואם הגוי הב' נוטל גם הוא ג' אוקיות לא יטול שמעון כלום דלא הניח לו הגוי מה ליטול מחלקו וזה אינו אלא בהיכא שפירש לגוי שאינו מוכר לו אלא ג' רבעים אבל במוכר סתם כל החצר נתרוקן כחו לגמרי ואין כאן חזקה זולת חזקת ראובן המוכר הראשון והגוי הב' הקונה משמעון קאי במקום הגוי הא' ואם היה נוח מהראשון ואינו נוטל בשכירות כמו הראשון מזלו גרם ואם היה קשה מן הא' ונוטל בשכירות יותר מהראשון ג"כ מזלו גרם ובלבד שלא יפחות לו מהרביע דלהכי שיערו חכמים החזקה בהרביע דאין לפחות מרביע אבל למעלה אין לה שיעור וכל מאי דמוזיל הגוי בשכירות הג' רבעים שהם כח הגוי יטלנו בעל החזקה, ודברים ברורים הם הח"פ צפרו בסיון מש' עושה משפט לעשוקי"ם לפ"ק:

נאם החותם שאול ישועה אביטבול סי"ט:

סימן קו

בשלהי ניסן התקנ"ג הובא לידי ענין בחור משה הכהן שרצה להשתדך עם יתומת אח כהרשב"ח והיא אחות אם אמו של הבחור הנז' ונתתי אל לבי לתור ולחפש בספרי הפוסקים אם יש בזה שום צד סרך איסור ערוה. וראיתי למר"ן הקדוש בא"ה סי' ט"ו סי"ח שמנאה להיתר עם אשת אחי אבי אביו מן האב ואחות אבי האב, ולבסוף כתב ויש מי שאוסר באלו יע"ש ועם היות שכפי הכלל המסור בידינו שדעת מר"ן להכריע כסברא קמייתא שהביא בסתם להתיר עכ"ז אשית לבי אי איכא למיחש לסברת היש מי שאוסר שהביא מר"ן או לא, והשקפתי על דברי רבינו הטור ומר"ן ב"י וראיתי את כל היד החזקה שהביא מר"ן מגדולי המורים להתיר והם השאלתות ור"ח ור"ת ושכן דעת הרי"ף והרמב"ם מדלא כתבו לאיסור ושהרא"ש לא הכריע אע"ג שהביא שתי הסברות והביא סברת ר"י לבסוף וחלק להדיא על הטור שכתב וכן מסקנת א"א הרא"ש כר"י מדהביא דברי ר"י לבסוף ולא זו בלבד אלא בכל מקום שסומך רבינו הטור על כלל זה להכריע ס' הרא"ש אחר הסברא שמביא לבסוף לא שתק מר"ן מלחלוק עליו כההיא די"ד סי' קכ"ד גבי הכניס גוי ידו לחבית של יין שכתב כן הטור וכתב עליו הב"י אבל לפי האמת אין זה כדאי להכריע סברת הרא"ש יע"ש, וכ"כ שם בסי' רצ"ז גבי קרון שמוליכין אותו ב' מינים שכתב הטור כן וכתב עליו הב"י אבל אין זה הכריע דיסבור הרא"ש כהרי"ף שהביא דבריו לבסוף דלוקה דאדרבא בפ"ק דמציעא פסק כשמואל דרכוב לא קני וכ"ש לגבי כלאים דלא ילקה יע"ש, ועיין בא"ה סי' קל"ח וחו"מ סי' שצ"א ובכמה דוכתי, ולפ"ז דעת מר"ן דאין מי שאוסר באלו אלא ר"י הזקן בלבד שהביא התוס' יבמות דכ"א ע"ב שפסק דלא כאמימר יע"ש:

עוד ראיתי שגם הגאון בה"ג בהל' עריות דנ"ג סוף ע"א מתיר באלו בהדיא וז"ל מותר אדם באחות אם אמו ובאחות אם אביו וכו' גם הרב סמ"ג דעתו להתיר מדלא כ' לאיסור יע"ש דבריו בלאוין סי' ק"י דל"ה ע"ב. גם הרשב"א בשיטתו על יבמות פסק דהלכתא כאמימר וכתב וכן פסק ר"ח וכן נראה דעת הרב אלפסי שלא כתבו לאיסור עכ"ל, ולא הזכיר סברת ר"י כל עיקר, גם הנ"י פסק כאמימר וכתב שכן פסק הריטב"א וכ"פ ר"ח וכן דעת רב אלפס שלא כתבו לאיסור עכ"ל, גם רבינו ירוחם חלק חוה ח"ב תלמיד הרא"ש פסק כן להתיר וז"ל ומותר באשת בן חמיו ובאשת אחי אבי אביו ובאחות אבי אביו בין מן האב בין האם דהלכתא כאמימר דמכשר באשת אחי אבי אביו ובאחות אבי אביו וכן הסכימו רוב הפוסקים וכ"כ הרמ"ה ור"י הזקן כתב דלא כאמימר ואסורות ופי' ר"ח כאמימר וכן בשאלתות עכ"ל, והב"ש כתב על סברת המתירין שכ"כ כל הפוסקים

והטור שכתב שהרא"ש ס"ל לאיסור אינו מוכרח וגם רי"ו כתב דמותרות עכ"ל, וכוונתו במה שהביא דברי רי"ו דמתיר להוכיח דהרא"ש לא קאי בשיטת האוסרים דא"כ לא היה תלמידו מחיר הפך ס' רבו ולחזק ס' מר"ן שסובר דלא כרבינו הטור:

אתה הראית לדעת שסברת המתירין רבתי בדעות ברוב בנין ורוב מנין מקמאי ובתראי המה בה"ג והשאלתות ור"ח והרי"ף והרמב"ם והרמ"ה ור"ת והסמ"ג והרשב"א והריטב"א והנ"י ורי"ו והכרעת מר"ן הקדוש ומאן ספין ומאן רקיע להחמיר במידי דרבנן כסברת יחיד נגד גדולים ורבים דאפי' במחלוקת שקולה קי"ל בדרבנן הלך אחר המיקל, ופוק חזי מ"ש הרשב"ץ בח"א סי' ק"ל באחד מתלמידי הרשב"א שהיה רוצה לסמוך על הסמ"ג להחמיר במקדש בעד א' וכתב לו הרשב"א מי סנו ה"ג והרי"ף והרמב"ם וכל הגאונים וכל חכמי האחרונים שאתה מראה עצמך כאיש אמת ומחמיר מכל אלו עכ"ל. והביאו מר"ן ב"י בא"ה סי' מ"ב יע"ש, הרי אפי' באיסור ערוה דאורייתא לא הניחו להחמיר וכ"ש בנ"ד באיסור ערוה דרבנן דאין להחמיר כסברת היחיד: ואין לומר דלהכי כתב מר"ן ויש מי שאוסר לאורויי לן שנחוש לדברי היחיד לכתחילה דזה אינו מדרכו של מר"ן שהרי מצינו בכמה דוכתי בשלחנו הטהור שכתב ויש מי שאוסר וראוי לחוש לדבריו לכתחילה כדאי' בי"ד סי' כ"ג ס"ה ובסי' כ"ד ס"ח וס"ט וס"י וסי"ב. ואם היה דעת מר"ן במ"ש ויש מי שאוסר כוונתו לחוש לדבריו לכחחילה למה הוצרך לפרש בכל הני דוכתי ויש לחוש לדבריו לכתחילה. אלא ודאי היכא דגלי לן לחוש לדברי היחיד חוששין והיכא דלא גלי אין חוששין:

ועוד מה נדבר ומה נצטדק בהיכא דכותב מר"ן ויש מי שמתיר מה חששא שייכא בהיתר וכ"ת א"כ למה כותב דברי היחיד כל עיקר והו"ל לסתום כדרכו בכמה דוכתי לסתום כדברי המרובים ואינו מזכיר לסברת היחיד כלל בשלחנו הטהור כבר עמד ע"ז הרה"ג מהרמ"ע מפאנו בסי' ס"ז הביא דבריו הרב המאסף בחו"מ סי' כ"ה בכלל הקים לי אות נ"ד דמה שכותב תחילה בסתם הוא פסק גמור ומוחלט לפי סברתו ולא זכר הסברא השנית אלא לחלוק כבוד לבעליה, שוב ראיתי בפסקי הקדמונים שבידי מ"ש הרב מוהר"ר שמואל אבן דנאן זצוק"ל על מ"ש מר"ן בא"ה סי' י"ג סי"ד שפסק כיש מי שאומר קמא משום דמר"ן בב"י כתב שלא למחות במורים כהרשב"א שהוא יש מי שאומר קמא וכתב דמה שכתב בש"ע י"א וי"א להעיר לב הלומדים להבין הענין על אמיתתו בחיבור הגדול ושאם יש מקומות הנוהגים עפ"י דעת הי"א שיש להם ע"מ שיסמוכו ע"כ יע"ש כמה תשובות בדבר זה בשם ש"ך ודברי הש"ך הנם בי"ד סי' רמ"ב בכללי הוראות איסור והיתר יע"ש ואף שהש"ך מכלל תשובותיו כתב או אפשר לענין שבעל נפש יחמיר לעצמו

כדברי היחיד באיסור תורה יע"ש. מ"מ להורות לאחרים הס כי לא להזכיר אפי' באיסור תורה וכ"ש במידי דרבנן כנ"ד:

והשתא דאתינא להכי אפשר לן למימר דגם ר"י הזקן יודה בנ"ד באחות אם האם דמותרת שהרי הרא"ש והתו' ורי"ו והמרדכי לא כתבו שאסר ר"י הזקן אלא באשת אחי אבי אביו מן האב ואחות אבי האב דלא כאמימר דמכשיר בהו ולא הזכירו שאסר ר"י הזקן דאחות אם האם ואית לן למימר דבהני תרתי דוקא הוא דאסר דקורבה דאב נינהו ולא שנאסור כנגדן בקורבה דאם דקי"ל כזעירי דלא יליף קורבה דאם מקורבה דאב משום דאדם רגיל ושכיח דאזיל למשפחת אביו ויודע שיש שם קורבה משא"כ בקורבה דאם דלא חשיבא בעיניו קורבה תדע דבין לרב בין לזעירי אשת אחי האב מן האם יש לה הפסק כלומר שאשת אחי אבי האב מן האם מותרת [כמו שפסק מר"ן סי' ט"ו סי"ח] ואסר ר"י הזקן מה שכנגדה בקורבה דאב דהיינו אשת אחי אבי אביו מן האב, וא"כ בנ"ד נמי נימא דאע"ג דאסר ר"י הזקן באחות אבי האב לא נילף מינה מה שכנגדה בקורבה דאם לאסור באחות אם האם ומורינן בה התירא דאל"כ על מי סמכו כל הני רבוותא שלא כתבוה לאיסור כיון דאיכא טעמא שלא לדמות קורבה דאם לקורבה דאב. והגם שהתוס' כתבו אהך בעיא דרב משרשיא דנקט הני תרתי וה"ה לאחות אם האם. וגם הרשב"א בשיטתו כתב דנקט רב משרשיא הני תרתי וה"ה לאחות אבי האם ואחות אם האם יע"ש אפשר לומר דאליבא דרב דיליף הקורבות מהדדי אמרוה למילתייהו ואנן קי"ל כזעירי. וא"ת ולדידן מי ניחא דאע"ג דלא ילפינן הקורבות מהדדי תיקשי לן מאי שנא התם באחות אבי האב דלמטה דידה ערוה שהיא אחות האב וגזרינן באחות אבי האב והכא באחות אם האם דלמטה דידה נמי ערוה שהיא אחות האם ולא גזרינן באחות אם האם, התירוץ מבואר בדברי הה"מ פ"א מה"א הל' ד' שאיסור עריות הוא בגזירה ודבר שאין לו טעם בכל פרטיו והנה תראה שאם חמותו בסקילה ואם אמו מד"ס בלבד ונדה ישראלית בכרת ובגויה מד"ס עכ"ל. ובהלכה ו' כתב לתרץ קושיית רמב"ן על הרמב"ם דהיאך אפשר שכלת בן בן בנו תהיה מותרת משום דאין איסור העריות ע"פ הסברא ואף בשניות יש כן עכ"ל וראה תראה מ"ש רבותינו בעלי התקנות נ"ן בתקנה ש"ש יג"ן עלינו בענין אשת חמיו שאסרוה כמה גדולים מהירושלמי בה"ג ור"ח ור"ת והרא"ש ואעפ"כ כתבו שם וז"ל ועם היות שכפי היסוד המונח בידינו שהלכה כהרי"ף והרמב"ם ולית הלכתא כהרא"ש לגבייהו ומה גם עתה שהריטב"א והרמב"ן ז"ל קיימי כוותייהו עכ"ז כבר נהגו מימות עולם כדעת הרא"ש עכ"ל הנך רואה בעיניך דאי לאו דכבר נהגו מימות עולם כדעת הרא"ש לא היו מחמירין לאיסור נגד פסק הרי"ף והרמב"ם אפי' באשת חמיו שכמה גדולים ועצומים

החמירו בה כדברי הירושלמי וכ"ש בנ"ד דכמעט כל הפוסקים הסכימו להתיר זולת ר"י הזקן ומה גם שבדברי ר"י עצמו לא נזכרה אחות אם אמו בפירוש כמו שצדדנו מדברי הרא"ש והמרדכי ורי"ו והתו' ולא לחלוק על רבינו הטור דמחתינהו בחדא מחתא דחשיב להו שתים שהן ארבע דבלא"ה הדין דין אמת ואחרי רבים להטות. ומה גם דאיכא תוספת טובא דאתיא ככ"ע למאן דמנח שתים כהלכתן וצויי"מ וימ"ן הח"פ צפרו בס' והתחזקתם ולקחתם מפרי האר"ש:

ע"ה שאול ישועה ס"ט ועיין עוד במהר"ם אלשיך שאלה צ"ה מבואר היטב כדכתיבנא:

ע"ה שאול ישועה ס"ט יפה הורה הח' הפו' נר"ו והדין פשוט דקי"ל כסתמא דדינא כנז"ל ואף שמקובל בידינו דיש לחוש במלתא דאיסורא ולסברת יש מי שאוסר לכתחילה. זהו במלתא דיש בה לתא דאיסורא דאוריית' דהיינו שהאוסר אוסר מה"ת אבל כשהאוסר עצמו אינו אלא מדרבנן אז הדרינן לכללין הלכה כסתמא דדינא אף לכתחלה דלהכי שקדו בעלי התקנות לתקן באשת חמיו לאסור כסברת הרא"ש ור"ת ואלולי התקוה היינו סומכין על סתמא דדינא ואין ללמוד מאותה תקנה דהיכא דתקון תקון ושאני התם דכמה פוסקים ס"ל לאסור כמ"ש בפנים א"צ לכפול הדברים, באופן שהוראתו להתיר נכונה, ועל חנם טרח והכניס ראשו בנקיקי הסלעים לחלוק על הטור והתוספות והרשב"א ואף שצדד להשוות דעת התוס' והרשב"א לדעתו שהם סבירא להו כרב ואנן דקי"ל כזעירי וכו' כמש"ל סתירה זה מבוארת שכולם פסקו כזעירי, ועוד מנ"ל דר"י הזקן ז"ל פוסק כרב עד שכתבו עליו שה"ה לאחות אם האם ואעיקרא פירכא דלא שייך לחלק בין קורבה דאב לקורבה דאם אלא כההיא דזעירי דמוסיף אף אשת אבי אמו שיש לה הפסק וקא' רב דאין לה הפסק משום דלזעירי כיון שבאותן דורות ליכא אישות דאורייתא יש לה הפסק ולא מיחלפא באשת אבי אביו דאיכא אישות דאורייתא ולרב כיון דדמיא לאשת אבי האב דאית בה איסור דאורייתא מיחלפא בה והיא ג"כ אין לה הפסק דדמיא לאשת אבי אביו וקאמ' זעירי דלא דמיא ואין לאסור קורבה דאם משום קורבה דאב דידיע דיש חי' ביניהם אבל באחות אם האם דיש לאסור משום דלמטה ערוה דאחות האם אסורה מה"ת מה שייך לומר שלא לדמות קורבה דאב וכו' אטו משום קורבה דאב רצינו לאסור אלא שהם ז"ל כתבו כיון דר"י פוסק דלא כאמימר באשת אחי אבי האב משום דלמטה דידה ערוה וכן אסר באחות אבי האב מהך טעמא גופיה א"כ מהך טעמא נמי יש לאסור באחות אם האם דלמטה דידה ערוה [כן אסר באחות אבי האב] ומה טעם וריח יש לחלק דאין לדמות הקורבות להדדי, זה תימה. ובאמת ששגגה גלויה היא זו ביד הח' הפו' נר"ו ושקליה למטרפסיה שרצה לחלוק על עמודי עולם שאפי' לפי דעתו חולק על רבינו הטור

ומר"ן השו"ע ולקושטא דמלתא חולק גם על התוס' והרשב"א ז"ל ובה"ג בטענה של הבל שרי ליה מאריה. וכן לא יעשה אפי' לסניף בעלמא:
ולא כן דרך הפוסקים ובעלי תשובות לחלוק על הראשונים כגון אלו. רק להקשות ולתרץ בדבריהם ולהבין דבריהם ואיך שיהיה הוראת החכם הפו' נר"ו נכונה היא וכך דעתינו להתיר בנד"ז הלכה למעשה מכל הני טעמי שפירי הא' דכתב וכו' ואפי' בההיא דאשת חמיו מצאנו למהריק"ש ז"ל שכתב בשם הרדב"ז ז"ל להתיר אלא שאנחנו אחרי התקנה הולכים ומ"מ בזו יש להתיר כאמור וצוויי"מ וימ"ן כי"ר וקיים:
יקותיאל בירדוגו סי"ט, רפאל בירדוגו סלי"ט כך נראה לפק"ד שאף לכתחלה מותרת לדעת מר"ן כיון שלא אמר ויש לחוש לדבריו וקיים:
ברוך טולידאנו ס"ט:

סימן קז

עטרת ראשי החכם השלם הדיין המצויין הרב המופלג המובהק כמוהר"ר מתתיה סירירו נר"ו:
אחר נשיקת ארץ עפר רגלי אדוני האותיות ישאלו מאדוני כיצד נכתב שם עישא, כי נמ"ך בשמות המועתקים מכ"י כמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה עיישא ולזה נסתפק עבדך כי עיישא עכ"פ מפיק יו"ד כשקורא עיישא וכאלו היו"ד הא' נקודה חירי"ק וזה לא שייך בשמות בזמנינו זה כי לא מפקי יו"ד כלל והיו"ד יחידית שכותבין היא במקום חירי"ק שהעי"ן נקודה בחירי"ק בת"ג. או אי' שהרב זלה"ה לא דבר בשם עישא כלל וכתב עיישא להודיע שא"צ לכתוב אל"ף אחר הע"ין וכן מצאתי כתוב במהריט"ץ סי' רל"ב ז"ל וכן תמצא בשמות הכתובים בילקוט לנשי ישמעאל עיישא פטמה בלא אל"ף אחר העי"ן ואע"ג דגי' הילקוט שבידינו אינו כן. סמכינן אהימנותיה דמהריט"ץ ז"ל, גם לענין שהרב כתב עיישא באל"ף לבסוף ומהריט"ץ בה"א נראה דודאי באל"ף לכתחילה צ"ל, את הכל ישיבני אדוני חיש קל מהר ע"ג זו יתיר ספיקותי ויוריני דרך הרב. ולאדוני החיים והשלם מאדון השלם ומע"ה אני עבד משי"ח יהושע בלא"א אהרן אבן זכרי ס"ט תשובה ודאי שצריכה ליכתב בשני יודי"ן ואל"ף בסופה כמ"ש כמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ומה שנהגו עכשיו דלא מפקי יו"ד היינו משום שאינם מדקדקים בשמות לקרותם כתקנם אבל לענין גיטין צריך לכתבה בב' יודי"ן וא' בסופה וזה נראה פשוט וברור:
נאם מתתיה דה ס"ט ת"ו חלק ראשון ש"ל ב"ע פס"ד להרה"ג. מעו"מ. סוה"ר. בנש"ק כקש"ת מוהר"ר ישועה שמעון חיים עובדיה יחשל"א:

סימן קח

ה"ר יהודה ה"ן מלכא נתן כל נכסיו לב' בניו במת' בריא וסלק שאר הבנים בדבר מועט, וז"ן שטר המתנה הנז' בקיצור. ה"ר יהודה בה"ר שמעון ה"ן מלכא הוא כעת זקן בא בימים לכן רצה לחלק נכסיו בחייו ליורשיו כפי רצונו ולברר לכ"א מהם מה שיטול מנכסיו אחר מותו:

וכך היו דבריו שסוליקא וג'והרא נכדותיו הנשואות בנות רפאל בנו יטולו וכו' ואיסטיריילייא ושרה נכדותיו הבתולות יטולו וכו' וה"ר שמעון בנו של יהודה הנז' יטול וכו' ושאר נכסיו קו"ט וכמד"ן יזכו בהם אחר מותו שני בניו אהרן ומאיר. ותנאי גמור כתנאי בני גוב"ר התנה יהודה הנז' על אהרן ומאיר בניו הנז' באו"ה כפי דתש"ת שכאשר תלד תמר אשת רפאל הנז' [שהיא כעת מעוברת מרפאל בעלה הנז'] זכר או נקבה ויגדל הולד ויגיע לנישואין שיתן לו אהרן ומאיר הנז' מנכסי יהודה הנז' סך חמשים צ'ורוס עאזיזיין בעת הנישואין לצורך הנישואין וע"מ כן נתן וזיכה ה"ר יהודה הנז' כל נכסיו הנז' כנז' לאהרן ומאיר בניו הנז', ובכן העי' ע"ע וכו' ה"ר יהודה הנז' והוה"ג וזיכה והקנה מנכסיו מהיום ושע"א קודם מותו לכאו"א ממקבלי המתנות הנז' מה שנתן לו כמפורש לעיל זכייה גמו' וכו' מתנת בריא וכו' וחיי"ע יהודה הנז' חיוב גמור וכו' לכאו"א ממקבלי המתנות הנז' כפי התנאי הנז' וכמפו' לעיל וכו' ושעבד יהודה הנז' כל נכסיו וכו' לכאו"א וכו' ושייר יהודה הנז' לעצמו וכו' שיהיה רשאי בחייו למכור וכו' ולאכול כולן או מקצתן וכו' והנשאר מכל נכסיו קו"ט וכמד"ן שע"א קודם מותו יטול כ"א ממקבלי המתנות הנז' מה שנתן לו כנז' ועל אהרן ומאיר הנז' לקיים התנאי הנז' שהתנה עליהם יהודה אביהם הנז' כמפו' לעיל וכו' ונ"ה בקוש"ח וכו' באו"ה כפי דת"ת וכו' וזמן הודאתו בחשון התרס"ו ליצי' וחתו' הרב כמוהרש"א זלה"ה וח"ד: זהו תמצית שטר המתנה הנז':

מודעת זאת שה"ר רפאל הנז"ל נלב"ע בחיי אביו הנז"ל והניח אשתו מעוברת כנז"ל ובזה מצאו האחים הנז"ל את ידיהם המה ואביהם ויפתוהו בפיהם להדיח את העובר הנז' מנחלת אבותיו, וכאשר נלב"ע ה"ר יהודה הנז' הניח אחריו ברכה קרקעות ומטלטלין, והאחים הנז' אספו את כל הרכוש והיו זנים לאמם אלמנת יהודה [ע"פ מה שקע"ע ה"ר יהודה בעלה כמשו"ח בידה] וכאשר נלב"ע האלמנה הנז' לא נתנו להעובר הנז' גם חלקו המגיעו בכתו' זקנתו הנז' אשר לא נגעה ולא פגעה בשטר המת' הנז', והאשה תמר הנז' ילדה והמליטה זכר בחיי הזקן ויגדל הילד ויהי לאיש בחור וטוב עם אלהים ועם אנשים ובהגיע תור ימי חופתו בימים האלה עברו דברי ריבות בינו ובין ה"ר מאיר דודו והבנים בניו של אהרן הנז"ל שכבר נלב"ע וחלי"ש אודות הן צ'ורום הנז' שהתנה הזקן על בניו

הנז' לתתם לו בעת ובעונה הזאת כמ"ש בשטר המת' הנז', הם אמרו שלא יתנו לו מאומה עד שיכתוב להם שובר אודות הירושה הנז' שלא נשאר לו נגדם שום דיו"ת. והמדברים בעד היתום הנז' טענו שיתנו לו הן' צ'ורוס הנז' שהוא דבר ברור בכדי לקיים תנאם ואם באולי ימצא איזה ריעותא בשטר המתנה הנז' הדין יקוב את ההר ומי תלה זב"ז והקריבו משפטן לפני ה' חבר עיר הי"ו ופסק להם שהדין עם היתו' הנז' בטענתו, וכבר יש בידו פס"ד כוח"ך מאת ה' חבר עיר הי"ו. ועוד זאת שסמוך ליום החופה שלחו ב' עדים והתרו בא' ממקבלי המת' הנז' לתת מה שמוטל עליהם שאם לא עכשיו אימתי, ובכל זאת הקשו את ערפם ולא נתנו לו כלום ע"ע היום הזה שכבר עברו ימי החופה אז אמרתי אני אל לבי אולי מאת ה' היתה זאת להם בשביל אעבורי אחסנתא שעשה הזקן דלא ניחא קמי שמיא. לכן יצאתי לחופשי בדברי הפוס' וללקט פניני אמריהם הנוגעים לנד"ז, ויהיו דברי אלה להלכה ולא למעשה בשביל שאני נוגע בדבר כי חתני הוא היתום הנז' ולא באתי אלא להפך בזכותו ועד האלהים יבוא דבר שניהם וכאשר יגזרו כן יקום ועמהם בדבר המשפט וזה החלי בעזה"י:

כתב מר"ן ז"ל בחו"מ סי' ר"ז ס"א המקנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאים שאפשר לקיימן וכו' אם נתקיים התנאי נקנה הדבר שהוקנה ואם לא נתקיי' התנאי' לא קנה וכו', ובס"ה כ' וז"ל מי שהקנה לחבירו והתנה עליוע"מ שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני אם נתנו או מכרו לאותו פ' קנה ואם לא קיים התנאי וכו' או שלא מכרו ולא נתנו בזמן שקבע לו לא קנה וכו' עכ"ל ובסי' רמ"א ס"ט כתב וז"ל כל הנותן מתנה ע"ת וכו' והחזיק המקבל וזכה בה אם נתקיים התנאי נתקיימה המתנה ואם לא נתקיים התנאי בטלה המתנה ויחזיר הפי' שאכל וכו' עכ"ל וע"ע שם ס"ו שכ' וז"ל והוא שמחזירה לנותן בזמן הקצוב וכו' אבל וכו' יע"ש. וכ"כ באה"ע ס' ל"ח ס"א לענין קידושין ע"ת ובסי' קמ"ג לענין גירושין ע"ת ומבואר בדברי הפוס' שם הטעם דכל מת' ע"ת אינה חלה ולא זכה בה המקבל כ"א בקיום התנאי שאז זכה למפרע משעת המתנה אבל כשלא נתקיים התנאי אפי' החזיק במת' ואכל פירותיה ל"ק והדרא ארעא והדרי פירי ויותר מבואר באה"ע סי' ו' סוס"א לענין ריח הגט שפוסל לכהונה אף אם נמצא הגט בטל ועכ"ז כ' שם בשו"ע וז"ל אבל אם נתגרשה ע"ת ולא נתקיי' התנאי אינו כלום ואינו פוסל וכו' יעו"ש וכ"כ בסי' קמ"ג ס"א הרי מבואר דהתנאי עוקר הדבר מעיקרו וכאילו לא נתגרשה מעולם ואף ריח גט לא עדת בה, באופן דהכא בנ"ד שלא רצו המקבלים לקיים תנאם בזמן שקבע להם הנותן בטלה המתנה וכמש"ל, וכן מצינו להרב מט"ש בסי' רמ"א הגה"ט אות נ"ב שכ' וז"ל מי שנתן מחילה לאלמנה . ע"מ שתתן לבת פ' כו"כ לנישואיה ולא רצתה לתת

באותו זמן ועכשיו באים לתבוע ממנה טענה שמחלו לה כבר והיא טוענת שהיא רוצה לתת עכשיו המעשה לא מקרי קיום נחלה ליהושע סי' כ"א עכ"ל והיינו ממש נ"ד שאף אם ירצו עכשיו לקיים התנאי לא מקרי קיום והדרא ארעא והדרי פירי וכמ"ש:

ומה שטענו מקבלי המתנה שלא יתנו לו כלום עד שיכתוב להם שובר כמש"ב כבר השיבו המדברים בעד היתום הנז' תשו' נצחת דמה ענין זל"ז הרי מחוייבים הם לקיים תנאם בכדי שתתקיים זכותם והוא מוכן לקבל מידם, ואם באולי ימצא היתום הנז' איזה ריעותא בשטר המתנה הנז' מאן מפיק לה מידיה ומי יכריחנו להפסיד לעצמו ולתקן לאחרים, ומי מפיס לעקל החוב הברור בשביל החוב המסופק בפרט שכבר קרבו ויאתיון לפני הרב חבר עיר הי"ו ופסק להם כן כמשו"ח בחותמו הטהור ביד היתום הנז', ועוד זאת שהוסיפו להתרות באחד ממקבלי המת' הנז' כמש"ל ולא הועילו כלום וא"כ פשי' דנתבטלה המת' הנז' מעיק' הבל ואין בה מועיל:

וגדולה מזו מצינו להרב מהר"י אדרבי ז"ל ה"ד ה' פחד יצחק אות מ' מתנה ד' רל"ו ע"ב וז"ל מתנה ע"ת ונתקיים התנאי עם איזה שינוי נתבטלה המתנה דברי ריבות סי' קכ"ט וש"ט עכ"ל. ועי"ש בתשו' הנז' שהביא ראיות לדבריו וא' מהנה היא תשו' הרא"ש ז"ל שהביא רבינו הטור בחו"מ סי' רנ"ג ופסקו מר"ן ז"ל בשו"ע שם סכ"ח עי"ש שהאריך וסיים ע"ז וכ' בסי' ש"ט וז"ל הרי כיון שלא נתקיים התנאי בלי שום שינוי אעפ"י שנר' קצת שהמציאות דומה לתנאי וכו' מ"מ כיון שיש קצת שינוי לא מהני ונתבטלה המת' ואוקמינן לה בחזקת היורשים עכ"ל, וא"כ כ"ש בנ"ד שרצו להטיל על היתום הנז' מה שאינו מן הדין ולא קיימו תנאם כל עיקר דודאי דבטלה המתנה ומוקמינן לה בחזקת היורש:

עוד טענו מקבלי המתנה הנז' שבו בפרק כאשר לא רצה היתום הנז' לכתוב להם שובר ולא רצה לקבל מידם בתנאי זה מסרו המעות ליד שליש בפני הרב חבר עיר הי"ו ועודם תח"י ע"ע היום הזה, ואני אומר שכמה תשובות בדבר שמלבד שאין בידם לעקלם ביד שליש אחר שכבר פסק להם הרב חבר עיר הי"ו שהדין נותן לתתם בידו בעת ובעונה הזאת כדי לקיים תנאם וכמש"ל די והותר לבטל טענה זו, עוד בה שהרי מצינו מבואר בדברי הפוס' דאף אם מסרום ביד הב"ד גופיה לא עשו כלום בקיום התנאי כמו שאבאר. והוא שמצינו למור"ם ז"ל בסי' ר"ז ס"ה שכ' וז"ל ואם נתן לו בע"כ אי מקרי נתינה ונתקיים התנאי עי"ל סי' ק"ך עכ"ל, ובד"מ שם אות א' כ' דתלייה בפלוגתת הפוס' אי נתינה בע"כ הויא נתינה או לא ומס' מעמידין הקרקע בחזקת בעלים הראשונים והוא של המוכר יעו"ש, וכן מבואר בדברי הה"מ פ"ח' מהלכות גירושין הכ"א דלדעת הסו' דהוי ספיקא

דדינא גם בממון מעמידין הקרקע בחזקת מאריה קמא יעו"ש, ועי' בב"י סי' ק"ך בשם תשו' הרמב"ן דלענין פירעון חוב לכ"ע נתינה בע"כ שמה נתינה ולא פליגי אלא בקיום התנאי אי מיקרי קיום או לא יעו"ש וע"ע להרב נתיבות המשפט סי' נ"ז במשה"א סק"ז שכ' ג"כ דבפי' חוב לכ"ע הוי נתינה ובקיום התנאי תליא בפלוגתא שהביא הטור ומר"ן ז"ל באה"ע סי' קמ"ג יעו"ש:

ובאה"ע סי' קמ"ג כ' רבינו הטור וז"ל ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי ר' זוז ולא רצה לקבלם ונתנה לו בע"כ כ' רב האיי דהוי גט והרמב"ם כ' דהויא ס' מגורשת וכן מסקנת א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל, ועי"ש בב"י דפלוגתייהו תליא בתרי לישני דאיתא בש"ס פ' מי שאחזו דרב האיי ז"ל פסק כלישנא בתרא דנתינה בע"כ הויא נתינה:

והרמב"ם והרא"ש ז"ל מספקא להו בהכי לכן פסקו דהויא ס' מגורשת אלא שכ' שם הרב"י ז"ל דלגירסת הס' שבידינו בהרמב"ם ז"ל אינו כן שלא כ' אלא ה"ז גט פסול דהיינו מדרבנן וכן העתיק בש"ע שם ס"ד וכ' שם הכנה"ג בהגה"ט אות נ"ו דאיכא מאן דפסק דלא הויא נתינה וכן פסקו הרבה מן המפרשים יעו"ש:

והשתא הכא בנ"ד ל"מ לדעת הסוברים דנתינה בע"כ לא הויא נתינה בקיום התנאי כ"ש דל"מ מה שמסרום לב"ד ואף למאן דס"ל דהויא ספיקא דדינא הרי כ' הד"מ וההמ"ז ז"ל [וכ"כ הרשב"א בחי'] דמעידין הקרקע בחזקת מאריה קמא וכמש"ל, אלא אפי' לרב האיי ז"ל ודעימיה דס"ל דהוי נתינה הא אשכחן להכנה"ג שם בהגה"ט אות נ"ה שכ' וז"ל כ' רב האיי דהוי גט וכו' נ"ב ודוקא שהוליכה היא המעות או שלוחה ולא רצה לקבלם אבל אם לא הוליכה היא המעות או שלוחה ולא רצה לקבלם אפי' נתנם ביד ב"ד לא שמה נתינה רלנ"ח סי' קל"ד עכ"ל עוד כ' בהגהב"י אות י"ח וז"ל למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה אפי' קבל בפועל לא הויא נתינה עד שיקבלם מדעתו מהר"ם אלשקר סי' ל"א עכ"ל, ומינה דלדעת הסוברים דהויא נתינה היינו כשקבלם בפועל מיהת אפי' קבלם בע"כ אבל כשלא באו לידו כלל וכנ"ד ודאי דל"מ מה שמסרום לב"ד וכדברי מהרלנ"ח ז"ל. וכ"כ הרב"ש שם סק"ז [והובא בבאה"ט שם סק"ב] וז"ל וכשהוא אינו בכאן ונתנה ליד הב"ד עיין בתשו' הרשב"א בב"י חו"מ רי"ס ע"ג עכ"ל, ובתשו' הנז' איירי בנשבע לפרוע לחבירו ליום נועד והגיע הזמן והמלוה אינו בעיר וכ' שם וז"ל ולעשות ב"ד ולמסור בידם ג"כ אינו צריך ואם עשה לא עשה ולא כלום וכו' עכל"ה, הא קמן דגם בפי' החוב דלכ"ע פי' בע"כ הוי פירעון והו"א דה"ה דמהני למוסרם לב"ד ועכ"ז כ' דל"מ ול"מ ק"ו בקיום התנאי דל"מ מסי' לב"ד ועוד דגם הרב"ש ז"ל לא איטפל תנא לאשמועינן דל"מ

מסי' לב"ד אלא כשאינו בעיר אבל כשהוא בעיר וכנ"ד לא איצטריך למימר דל"מ מסירה לב"ד, וכ"ש במוסרם ע"ד לעקלם כנ"ד והדברים ברורים והאריכות בזה אך למותר:
ובפרט דהכא לא מסרו לב"ד אלא לשליש מאן דהו, והרב חבר עיר הי"ו שרצו להשלישם בידו לא רצה לקבלם באומרו שאינו בדין לעקלם בטענה של הבל, ואינהו לא צייתי דינא ונתנום ביד שליש שהיה עומד אצלם שלא בפני היתום הנז', עיין באה"ט אה"ע סי' קמ"ג סק"ב, ועוד הרי יש עד א' שמעיד שבלילה שקודם החופה בא א' ממקבלי המתנה הנז' ולקח מעותיו מיד השליש הנז' וכן הודה השליש הנז' לפני ת"ח סופרי מתא אלא שאמר שלמחר החזירם לו ולא רצה לקבלם והפציר בו להצניעם בידו לבל יוציאם בהוצאה, ועוד שגם בשעת השלישות לא מסרו בידו אלא מקצת המעות ובקשו ממנו להלוות להם השאר לכשירצה הלה לכתוב להם השובר אשר הם מבקשים ובכל יום היו מביאים לו מעט מעט ועד היום לא סיימינהו קמיה, וא"כ מי זה אמר ותהי שבזה קיימו תנאם:
הס כי לא להזכיר, ומה גם שהתנאי, דנ"ד קרי, בחיל ע"מ שיתנו לו בעת הנישואין לצורך הנישואין שר"ל להוציאם בהוצאות החופה והם לא כן עשו ועקלום ביד השליש שכ"ד עד היום שכבר עברו ימי החופה ויותר מהמה באופן שלא נתקיים התנאי אפי' במקצת ואיפכא שמעינן מדברי הפוס' הנז"ל דבעינן שיתקיים התנאי הדק היטב לבל יפול מדברי הנותן אפי' כמלא נימא וכמש"ל, ובזה נתבטלו טענות מקבלי המתנה הנז' כעפרא דארעא לא נשאר בהם עד אחד:
והנה לגבי בניו של אהרן הנז' שכבר נלב"ע אביהם ואיננו לקיים התנאי היה מקום לומר שאף אם היו רוצים לקיים תנאם דאבוהון ל"מ ול"מ דקי"ל כרבנן דפליגי ארשב"ג בפ' מי שאחזו דבתנאים הוי קפידא לי ולא ליורשי כמ"ש הרמב"ם פ"ח מהל' גירושין והרב"י בח"מ סי' ר"ז ועי"ש דה"ה דדרשינן אתה ולא יורשיך וא"כ ה"נ בנ"ד שהתנה הנותן שיתן אהרן ומאיר וכו' הוי קפידא ול"מ בניו לעמוד במקום אביהם וממילא נתבטלה המתנה כמובן, אלא שמצינו להרשב"א ז"ל הביאו הרב"י בסי' ר"ז ופסקו מור"ם ז"ל בהגה סי' רמ"א ס"ז וז"ל האומר לחבירו שדה נתונה לך במתנה ע"מ שתתן לי ר' זוז ומת [פי' המקבל] בניו נותנים לו והמתנה קיימת, אע"ג דהאומר ע"מ שתתן לי לי ולא ליורשי קאמר שאני הכא דלא כיון אלא שיתן לו והרי נתנו. באופן שהבנים באתרא דאבוהון קיימי והיו יכולין לקיים התנאי במועדו והשתא שלא רצו לקיים תנאם נתבטלה המתנה וכמ"ש: פש גבן לברורי אם התנאי דנ"ד עשוי כהלכתו ע"פ מ"ש מר"ן באה"ע סי' ל"ח ס"ב דאל"כ התנאי בטל והמעשה קיים והנה א' הרואה בשטר המתנה הנז' עיניו יחזו שהרב המסדרו שכל את ידיו וכ' תלתא לישני שפירי שכ"א מהם כחו במתניו לחזק התנאי

הנז' לפום דינא כ"ש בהצמדם יחד במותב תלתא כחדא וכמו שיתבאר תחילה כ' וז"ל ותנאי גמו' כתנאי בגוב"ר וכו' והוא המנהג הפשוט בכל התנאים שבמכירות ובמתנות וגם בשטרי כתובות כותבין ותנאי זה מוח' ומקוים עליו כתנאי בני גוב"ר, והמנהג מיוסד ע"פ פסק מור"ם ז"ל בהגה [דקי"ל כוותיה במקום שלא דבר מר"ן ז"ל] באה"ע סי' ל"ח ס"ג בשם י"א בלי שום חולק והוא מה"ג הו"ד בד"מ שם וכ' שם דאע"ג דהג"מ לא החליט הדבר' וכתב' יכול להיות דמהני הנה הטור חו"מ סי' רמ"א כ"כ בפשיטות בשם תשו' הרא"ש ז"ל יעו"ש בד"מ ור"ל דלא שבקינן פשיטותיה דהרא"ש ז"ל מקמי ספק של הג"מ ז"ל אשע"כ פסק כן בהגה כדעת הרא"ש ז"ל וגם מר"ן ז"ל בב"י סי' רמ"א קבל בשתיקה לתשו' הרא"ש ז"ל ע"ש, וכ"כ הרב"ש שם סק"ה דע"פ תשו' הרא"ש הנ"ל פסק הרמ"א כן וכמ"ש בד"מ יעו"ש וכ"כ בס' בית הלל שם אחר שהעתיק ל' הד"מ הנ"ל כ' וז"ל לכן כ' כאן וסתם בשו"ע דודאי מהני וכו' ומ"מ כבר נהגו כל הסופרים וכותבי שטרות שכותבין סתם כתנאי בני גוב"ר ומהני להו לבעלי השטרות עכ"ל, וכ"כ ה' נתיבות המשפט בחו"מ סימן ר"ז סק"א בשם העטרת צבי דעכשיו נוהגין וכו' ובקרקעות כותבין כתנאי בגוב"ר יעו"ש:

הא קמן שהמנהג הוא מיוסד על אדני פז ולית מלכו דתזעזעניה:

ואני בעניי לא אוכל להתאפק מלכתוב מה שנלע"ד לחלק בין נדון הרא"ש לנדון הגה"מ ז"ל והוא שלא נסתפק הגה"מ ז"ל אלא בנדון דידיה דמיירי להדיא באדם המתנה על חבירו בל' זה כתנאי בגוב"ר ולא מיירי כלל בלישנא דסהדי ובזה הוא דמספק"ל למ"ר דאיכא למימר דבעינן שיפרש משפטי התנאים להדיא דמה יושיענו זה שאמר כבני גוב"ר ועינינו הרואות שלא נעשה כמוהו. וגם איכא למימר דכיון דגלי דעתיה דלתנאי גמור איכוין בהכי סגי, משא"כ הרא"ש ז"ל דמיירי להדיא בלישנא דסהדי סמכינן עלייהו דעבדי הכי בפועל ובזה ליכא מאן דפליג וזה נ"ל ברור. ומהתימא על הגדולים הנ"ל דלא נחתי לחלק בהכי ודו"ק:

שו"ר להכנה"ג בסי' רמ"א הגה"ט אות ע"ה שכתב וז"ל וז"ל. שטר שכ' ע"פ ראיית חכם [פי' שכ"כ בשטר שיהיה ע"פ ראיית ת"ח שלא יסכים אלא על התנאי העשוי כהלכתו יעו"ש בתשו'] ולבסוף כ' מכירה גמו' עם התנאים הנז' אעפ"י שאין התנאי כמשפטי התנאים התנאי קיים והמעשה בטל הרשד"ם ז"ל חח"מ סי' רס"ב אבל מהר"ר חייא רופא בתשו' סי' ט' כ' דאין כוונת הרא"ש לומר דאעפ"י שאין התנאי כהלכתו מהני אלא כיון שכ"כ בשטר הוי הוכחה שנעשה כהלכתו עכ"ל, הרי דמהרשד"ם ז"ל ס"ל כס' הגדולים הנ"ל דלא שני להו בין לישנא דסהדי ללישנא דבעל התנאי דבתרווייהו ס"ל להרא"ש

דמהני ומהר"ח הרופא ז"ל ס"ל כמ"ש בעניותין. באופן דנ"ד דהוא לישנא דסהדי ליכא מאן דפליג דמהני וכמ"ש:

עוד כ' בשטר המתנה הנז' ותנאי גמור וכו' באו"ה כפי דתש"ת הרי שהעידו שהתנאי נעשה ע"פ או"ה כפה"ד דהיינו שבאו בו כל משפטי התנאים בפועל, ודידן עדיפא ממ"ש מר"ן ז"ל בסי' רמ"א סי"א וי"ב דאם כ' בסוף השטר שנעשה כחומר התנאים וכו' כתחז"ל בהכי סגי וגדולה מזו ההיא דמהרשד"ם ז"ל דגם באומר ע"פ ראיית ת"ח מהני וגם מהר"ח הרופא ז"ל יודה בנ"ד דהוא לישנא דסהדי וכמש"ל:

עוד כ' בל' התנאי הנז' וע"מ כן נתן וזיכה יהודה הנז' כל נכסיו הנז' וכו' וכבר סתם לן מר"ן ז"ל באה"ע סי' ל"ח ס"ג סוגיא בדוכתה כדעת הרמב"ם ז"ל פ"י מהל' אישות דהאומר מעכשיו או ע"מ א"ץ לכפול תנאו ולא להקדים תנאי למעשה וכו' יעו"ש, וכ' שם הה"מ ז"ל שזה דעת כל הגאונים וכו' ושכן עיקר עי"ש וכן דעת הרי"ף ז"ל כמ"ש הטור ח"מ סי' רמ"א וכ' שם הכנה"ג אות ע"ג שזהו דעת הרשב"א ז"ל בכמה תשובות. וכ"פ הרה"ג כמוהר"ר אד"א ז"ל בספר באר מים חיים די"ב וכ' שם דאע"ג דמל' מר"ן ז"ל בחו"מ סי' רמ"א סי"א וסי"ב משמע דגם בע"מ צריך משפטי התנאים לא בא אלא לשלול שלא תטעה לומר דגם בלא ע"מ דינא הכי דמאי שנא לזה כתב בד"א וכו' עה"ד שנתבאר באה"ע וכו':

כלומר דשם נתבארו כל משפטי התנאים וגם נתבאר שם דע"מ לחוד מהני ר"ל וגם ה"נ בעינן כל משפטי התנאים או ע"מ לחוד ובל"ז ל"מ כ"נ כוונת דבריו ז"ל יעו"ש, באופן שאין סתירה בדברי מר"ן ז"ל מניה וביה, ובנ"ד הרי יש כאן מהיום וע"ע ויש כאן קנין וזמן דהוו כמעכשיו כמ"ש הרב"י בסי' ר"ז בשם הרשב"א ז"ל ע"ש:

כ"ז לא כתבנו רק לרווחא דמלתא וכדי להתלמד למ"א אבל בנ"ד אין אנו צריכין לכ"ז דכבר היה אפשר להעמיס בהני לישני שפירי כל הארבעה דברים שהצריך מר"ן באה"ע שם ס"ב שהם תנאי כפול והן קודם ללאו, ותנאי קודם למעשה ואפשר לקיימו לתנאי שהרי מתחילה כתב ותנאי גמור וכו' שכאשר תלד וכו' ויגדל הולד וכו' שיתן לו אהרן ומאיר וכו' שר"ל שבזה תתקיים מתנתם והיינו הן קודם הלאו, ואח"כ כ' וע"מ כן נתן וזיכה יהודה הנז' וכו' שכל עיקרו לא בא אלא לומר שעמ"כ נתן ובאם לא יקיימו התנאי לא נתן להם כלום כמובן והרי לאו אחר הן. תדע שהרי מצינו להכנה"ג בסי' ר"ז הגב"י אות כ"ד שכ' וז"ל הא דבעינן תנאי כפול ה"ד כשהדבר אינו נשמע כפי מה שנכתב אם לא מכלל הן אתה שומע לאו. אבל כשהדבר נשמע זולת פי' הו"ל כאלו פי' ונכפל משפטי שמואל סי' ס' עכ"ל מבואר כוונתו דרבי מאיר דקי"ל כוותיה דל"א מכלל הן אתה שומע

לאו דמה"ט בעי תנאי כפול לא בא לשלול אלא אם הלאו אינו נשמע אלא מכלל ההן והיינו כשלא נכ' אלא הן גרידא או לאו גרידא ומכללו של זה אתה שומע הפכו, אבל כשהלאו מובן זולת ההן הו"ל כאלו פי' ונכפל, כ"ש בנ"ד שכמעט הוא מבואר להדיא שלא בא אלא בשביל הלאו וכפילת התנאי, וא"כ הרי יש כאן תנאי כפול והן קודם ללאו ואפשר לקיים התנאי וגם יש כאן תנאי קודם למעשה שכ' תחלה ותנאי גמור וכו' ואח"ך כתב שעמ"כ נתן וכו' והיינו המעשה, וגם לפי' הרמב"ם ז"ל עי"ש בב"ש שפי' המעשה היינו מעשה בפועל יש כאן שהרי אחר, שסידר דבריו בלתי שום קנין והטיל עליהם גודא דתנאה נטל קנין ועשה המעשה בפועל דהיינו המתנה והכל מתוקן בע"ה באופן שלענ"ד המתנה הנז' נתבטלה מעיקרה ותחזור ליורשים והיתום הנז' ירש גם הוא כאחיו ואל אחוזת אבותיו ישוב:

וכגו"ד צ"ל שה"ר שמעון בנו של הנותן הנז' המוזכר בשטר המתנה הנז' כבר קדם וסלקו במה שנתן לו קרקע א' מקרקעותיו ועדיין הוא מוחזק ביד בניו וגם בנות רפאל בנו הבתולות אין להם חלק ונחלה בנכסי זקינם שנלב"ע אחרי מות אביהם כידוע. זה מה שהשיגה ידי להפך בזכות היתום הנז' ומינייהו מלכי רבנן היושבים כסאות למשפט תסתיים שמעתתא, וצור ישראל יאיר עינינו, ונפלאות מתורתו יראינו, ואל יציל מפינו דבר אמת אכי"ר:

פי המדבר בלעגי שפה הח"פ צפרו יע"א בחדש טבת דהאי שתא תצ"ר חיי לפ"ק והוא איש צ'עיר ע"ה ישמ"ח עובדיה הי"ו בכמוה"ר מסעוד זלה"ה: ======