שו״ת · אחרונים · אבני שיש

אבני שיש חלק ב

רבי שאול ישועה אביטבול

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבני שיש חלק ב

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-ב/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 9
סימן ג 9
סימן ד 12
סימן ה 12
סימן ו 13
סימן ז 15
סימן ח 23
סימן ט 40
סימן י 44
סימן יא 54
סימן יב 57
סימן יג 60
סימן יד 62
סימן טו 65
סימן טז 68
סימן יז 68
סימן יח 70
סימן יט 74
סימן כ 75
סימן כא 76
סימן כב 81
סימן כג 85
סימן כד 90
סימן כה 103
סימן כו 111
סימן כז 113
סימן כח 115
סימן כט 116
סימן ל 118
סימן לא 119
סימן לב 120
סימן לג 121
סימן לד 122
סימן לה 124
סימן לו 126
סימן לז 133
סימן לח 135
סימן לט 137
סימן מ 139
סימן מא 142
סימן מב 146
סימן מג 148
סימן מד 153
סימן מה 158
סימן מו 164
סימן מז 166
סימן מח 169
סימן מט 176
סימן נ 179
סימן נא 187
סימן נב 188
סימן נג 190
סימן נד 191
סימן נה 195
סימן נו 198
סימן נז 199
סימן נח 202
סימן נט 210
סימן ס 217
סימן סא 222
סימן סב 225

סימן סג 236
סימן סד 238
סימן סה 240
סימן סו 243
סימן סז 245
סימן סח 245
סימן סט 248
סימן ע 249
סימן עא 250
סימן עב 251
סימן עג 254
סימן עד 257
סימן עה 260
סימן עו 262
סימן עז 265
סימן עח 265
סימן עט 267
סימן פ 273
סימן פא 276
סימן פב 278
סימן פג 299
סימן פד 301
סימן פה 305
סימן פו 307
סימן פז 308
סימן פח 309
סימן פט 311
סימן צ 321
סימן צא 330
סימן צב 334
סימן צג 334
סימן צד 336
סימן צה 340
סימן צו 345
סימן צז 353
סימן צח 361
סימן צט 363
סימן ק 369
סימן קא 373
סימן קב 375
סימן קג 376
סימן קד 380
סימן קה 387
סימן קו 388
סימן קז 391
סימן קח 401
סימן קט 403
סימן קי 405
סימן קיא 408
סימן קיב 410
סימן קיג 413
סימן קיד 414
סימן קטו 414
סימן קטז 417
סימן קיז 418
סימן קיח 419

ספר אבני שי"ש
חלק שני

סימן א

במותב ג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא יוסף ן' מכלוף בן סאלם ן' חמו והגיד בתורת עדות גמורה אן הווא הזמין את משה ן' יחייא סיסו לעליית יצחק בטאן והכמין לו שם עדים והתחיל לדבר עמו מענין לענין חתא דכ'ל מעאה פלענין דסריקא די נסרקת להי' מרדכי אלבאז והבטיחו העד הזה להיות עמו בחברתו ואת פושעים ימנה וכיס א' יהיה לכלם, קאלו משה הנז' מא תקדר עלאש וואזב העד הנז' גם עשה אעשה וגם יכול אוכל, ועתה שמע בקולי איעצך נתזחמו נדרבו עלא משה בנו של מרדכי הנז' לשלול שלל ולבוז בז, קאלו משה הנז' ליום אנא כא יחדיווני חית מתהום מא יצלאחלי שאי והעד ענהו בזה"ל האדי תברד עלא האדיך וכרתו ברית שניהם וכל אחד פנה לדרכו, ויהי ממחרת חזר והזמינו לעלייתו של העד הנז' והכמין לו גם כן העדים שהכמין לו בראשונה המה הר' יחייא צבע והר' יוסף ן' משה אצאייג והתחיל לדבר עמו בהבאת שלם בינו ובין אשתו שעומדין לגרושין וכה אמר לו העד הנז' קאלת מראתך מא תרזע אג'יר אידא תעטיהא אלערב דלמזונות וואנא מא נכון ערב אגיר אידא תעטיני מא נסרדר עליכא מן שאיין עבית פהאד אסריקא, קאלו אנא לא איפשר נמוד ידי נכרז מן האד אסריקא אגיר חיתא יברד האדשי מן הנא לוואחד תלת צהור קאלו העד הנז' אנא ליום מחדאז יאסיר פלבנין די כא נבני מא זברת מא נצרף נחב מנך תשלפלי מא נצרף וואזבו משה הנז' האדשו דבר דלא איפשר מא משאשי להאד ליהוד ג'הד די עלאש יסביר מא הייאשי שתין אוקייא אוו עשרה דלמתאקל אסכ'ט האדא די מסאלו קאלו העד הנז' תקולי ג'הדאש וואזבו משה הנז' קאלו זאתני וואחד ליהודייא פחאל די תשול מני סי הדרא וקאלתלי מסאת להאד ליהודי שת מייא וכא יפתיש יעטי מנהא מייא דלבסארא וקאלו בחשאי בזה"ל וכולסי מייא הייא ושאל ממנו העד הנז' אידא פיהום סי מטבוע די קאלו וואזבו גם כן בחשאי פיהום וואחד אלמטבוע בדוקא אח"כ קאלו משה הנז' האד אצ'רבא מא כאנתשי לילו גיר מצאדפ'א זאתו והעד השיבו קבד מן ארזק מא שהל וחדי רוחך לא ידהרשי עליך קאלו משה הנז"ל כלליה יזיווני מוואלין אדין נסבג ידייא בג'וג' ולא נדהרשי מן האדשי פלס ולוכאן ג'ברת יבריוולי עמי וכותי אנא מן ג'יהתי מא הייאשי האדי אלווליוא ולא תאנייא גאזת פיידי אמא גווזת מן האדשי ואנא הווא די כאנדרבהום שמש עכ"ם עדותו העד הנז' וקבלנוה כדחזי, עוד בג' הוינא באותו מצב ואסהידו קדמנא הר' יחייא הנז'

והר' יוסף הנז' שהם העדים שהכמין לו העד הנז' והגידו בתורת עדות על כל האמור לעיל שכך היו הדברים הנאמרים באמת בלי תוספת ומגרעת זולת הדברים שנאמרו ליוסף הנז' בחשאי לא נשמעו להם דהיינו סאין קאלו העד הנז' בזה"ל וכולשי מייא הייא ושאיין קאלו פיהום וואחד למטבע בדוקא עכ"ם עדותם וקבלנוה כדחזי וחתימנא הכא על הכל תמ"ת בששי בשבת חמשה ימים לאב רחמן משנת אם המצא תמצ"א בידו הגניבה לפ"ק ושריר וקיים. תי' וקאלו בחשאי בזה"ל ב"ש וד"ק וק"ש:

יוסף בן כה"ר משה בן אדהאן ס"ט משה בן אברהם נחמני ס"ט

קרבו ויאתיון לפני לדין הי' מרדכי הנז"ב הנגנב עם משה הנז"ב ותבע ממנו הר' מרדכי הנז' להשיב את הגניבה אשר גנב יען שהדברים הנז"ב ממשמשים ובאים והן מורים באצבע שמשה הנז' הוא אשר גנב את הגניבה ומשה הנז' טוען שמעולם לא דבר עם העד הנז' בענין זה, ועם שקריתי ושניתי עליו דברי הק"ע הנז"ב עם דברי עדי הכמנא עם כל זה לא שינה את טענתו ועדיין טוען להד"מ והרביתי את אותותי ואת מופתי בדברי תוכחות ומוצא שפתיו לא שינה, ואומר אני שאין למשה הנז' מנוס ומפלט מהגניבה הנז' ושלם ישלם באין אומר ואין דברים שהרי איכא עדי הכמנא שראו שהודה להעד הנז' ובמה נחשב הוא להכחישן והתורה אמרה עפ"י שנים עדים יומת המת. ועם היות דקיי"ל דעידי הכמנא אין עדותם עדות כדכתב מר"ן בסי' פ"א ס' י"א החביא לו עדים אחורי הגדר וכו' והעדים שומעים לו כל זה פטור וסיים הרמב"ם בין שטען ואמר משטה אני בך בין שאמר להד"ם הא קי"ל בסעיף י"ב כל שראו ההלואה אפי' בהכמנא מעידין עליה והכא בנ"ד נמי הוו מעידין על מה שראו שהרי ראו שהודה להעד הנז' ובהיכי דבראית הלוה עדותן עדות ה"נ בראיית הודאה עדותן עדות דכהדדי נינהו וכדכתב הטור בסי' פ"א ס' י"ג והביאו מר"ן בסעיף ט' הודה בפני עדים הו"ג וחזו ליה סהדי אחריני אע"ג דליתנהו לעדי הודאה כי אתו עדי ראיה ומסהדי דאודי קמי הנך חייב וסיים הטור בטעמא דמילתא דהודאה כהלואה דמייא וכי היכי דגבי הלואה לא בעינן עד דמקבל להו להני סהדי אנפשיה אלא מכי חזו ליה מהימני לאסהודי עליה, גבי הודאה נמי אע"ג דלא מקבל לאחריני עליה מהימני דמשעת הודאה איחייב ליה והני גלוי מילתא בעלמא נינהו עכ"ל. הרי דהודאה. והלואה כהדדי נינהו ושקולים הם ויבואו שניהם, ואע"ג דבנדון דידן הוייא הודאה בחד והתם הודה בפני עדים קתני הא קי"ל בסעיף יו"ד דהודאה בפני עד א' הוייא הודאה בין לישבע על פיו אם כפר בין לפרוע אם הודה שהודה לפניו ולא מצי למימר כיון דלא הוו שנים לא חששתי ומלי דכדי נינהו שזו סברת בעל המאור היא ואדחייא לה מהלכה כמבואר בב"י בסי' הנז' וכיון דהודאה בחד הויא הודאה לא גרע

חד דאיתיה בנ"ד קמן או ליתיה קמן משנים דילתנהו דאע"ג דהוו שנים הא ליתנהו וא"כ הכא בנ"ד אעפ"י שכפר ולא הודה שהודה לפני העד הנז' כיון דחזו ליה עידי הכמנה שהודה לפניו אין לו פה להשיב דלאו כל כמיניה שיכחיש את העדים שראו שהודה לפניו, והאי דכתב מר"ן דהודאה בפני עד א' הוייא הודאה בין לישבע עפ"י אם כפר וכו' נראה דאיירי באופן דלא מצי למיטען טענת משטה דאי במצי למיטען טענת משטה הרי מחייבו שבועה אם כפר הרי הטוען להד"ם כטוען משטה כדכתב מר"ן בריש סי' פ"א ומשום דמלי דכדי. לא דכרי אינשי יע"ש, וגם כשהודה שהודה לפני העד למה יתחייב לפרוע הרי מצי למיטען משטה אלא ודאי בדלא מצי למיטען משטה ומשכחת לה בנדון דידן שהעד עצמו תבעו ולא הבעל דבר ולא שייך טענת השטאה אלא כשבעל דבר תובעו דמצי אמר כמו שהשטית בי לשאול ממני דבר שלא היה לך בידי כן השטיתי אני בך להודות לך בדבר שלא היה לך בידי אבל כשאחר תובעו איך שייך טענת השטאה שהרי הבעל דבר לא היה תובעו בכלום ולא היה משטה בו כדי שישטה בו גם הוא בהודאתו. וכדכתב בעה"ת בשער מ"ב הביא דבריו מר"ן בסעיף כ"ד יע"ש. ומעתה קם דינא דבנ"ד דלא היתה התביעה ע"י הבעל דבר לא שייכא טענת השטאה ובין שטוען משטה או להד"ם אינו כלום והשתא דאתינא להכי גם בעדי הכמנא דמטעם השטאה נגעו בה וכדכתבו הפוסקים בטעמא דמילתא דכיון דלא הו"ל להנתבע לאסוקי דעתיה שיש שם עדים יכול לומר להשטות אמרתי כן הרי דמטעם השטאה נגעו בו והשטאה אינה אלא כשבע"ד תובעו משא"כ בנ"ד שהעד עצמו גלגל עמו בדברים וסייעתא דשמייא הואי דאדם עובר עבירה בסתר והב"ה מכריז עליו בגלוי ולהוד'ות נתן בלבו וחזו ליה עדי סכמנא עדותן עדות. וצור ישראל יצילינו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות:

הצעיר ישועה אביטבול בכמוהר"ר יצחק זלה"ה

כן נראה לי שכך הוא הדין שזה משה ן' יחייא ן' סיסו נתחייב ע"פ העד ועדי הכמנא ששמעו מפיו שהגנבה שנגנבה להר' מרדכי ה"ן אלבאז שהוא גנבה שכן מתלקט מתוך עדותם שכן שמעו מפיו ובלי ספק ששיחתו זו הקלה שהיא דרך שאלה ותשובה בדרישה וחקירה דרך תחבולה הויא הודאה גמורה ועדיף מאתם עדי וכמ"ש מר"ן בסעיף ח' ואמר כן דרך הודאה וכו' אע"פ שלא אמר אתם עידי ולא אמרינן טענת משטה אלא במשיב הן ותו לא לשון קצר ומצי אמר בתמיהה נתכוונתי ודכוותה ג"כ גבי עדי הכמנא דסי"א וי"ב דלא מהני משום דאמר לשון הן פעם אחת והרי גילה דעתו דנתכוון להשטות בו ואין הכי נמי התם בהודאה היוצאת מסיפור דרך ארוכה ומשיב לשאלה כמו הכא שאמר לו הלויני מהגנבה והשיבו איני יכול לשלוח:

יד בה עתה עד עבור זמן מה וחזר הוא ואמר מא משתלוש ס"ם אוקייא וכו' וחזר ואמר לו מא תוורישי עלא רוחך והשיבו על זה וכהנה רבות שכל הסיפור דבר יוצא מדבר ודאי דמהני בעידי הכמנא דזיל בתר טעמא דעידי הכמנא משום. דמצי אמר משטה וזה לא שייך אלא באומר הן ותו לא דשייך השטאה ודייק לשון מרן שהזכיר לשם וא"ל הן וכן בס"א א' ובכל סימן ל"ו דוקא באומר הן אבל אם יהיה בסיפור ארוך ודרך שאלה ותשובה ותשובותיו סובבים ומודיעים. שגנב מהני אף בעדי הכמנא ומה גם דלא שייך השטאה משום דלא הוי ע"י תביעת תובע וגם לא שייך השבעה כי מי הוא זה דבשביל לא להשביע משים עצמו רשע לפני המקום אפי' שעה אחת ולא עוד אלא דמי למ"ש מור"ם בס' י"ד ב"ד שהכריזו וכו' דה"נ דלא להשביע ל"מ טען שהיתה קצת תביעה ע"פ העד שרוצה להוציא מה שבלבו משטה דלא היתה תביעה מבעל דבר עצמו, עוד נ"ל דשאני הכמנא דהודאה דהלואה דלא מהני משום דכוונת הלוה בהודאתו להתחייב לבעל דבר בהודאתו ואהני, חזקה אין אדם אומר אמת אלא באתם עדי משא"כ בהודאת הגנב דלא היתה כוונת העד לחייבו ואדרבה היה מראה לו שיפה עשה ושגם הוא לא היתה כוונתו להתחייב אלא שגילה לו מסתוריו שהוא בעל הגנבה ונתן סימן במנינא ומהו הדבר שגנב אטו לא יאמין כי יסופר. אתמהה, ומה גם שהכל יודעים שהגונב עבירה היא בידו וחרפה היא לו בזה ובבא וא"כ מה לו לשקר ולומר שגנב ומשים עצמו רשע לפני המקום ב"ה ומבאיש. את ריחו לפני הבריות על לא חמס בכפו ואף אם יהיה שוטה לא יעשה זאת ומה גם דאין אדם חוטא ולא לו ואין אדם משים עצמו רשע וא"כ ברור הדבר מאין ספק שמשה הנז' חייב להחזיר הגנבה לבעליה כל מה שגנב לו במושלם הלא היא כמוסה עמדו חתומה באוצרותיו ולראית האמת והצדק. חתמתי פה פאס יע"א בחמשה עשר באב יה"ל מש' התק"ל ליצירה וקיים:

אליהו הצרפתי ס"ס

מילתא דפשיטא היא שהיקר משה הנז"ל נתפש בגנב. ממש וחייב לשלם ע"פ הודאתו שהודה לפני העד הנז"ל ואע"ג דליכא אלא עד אחד בהודאה מ"מ הא, איכא תרי סהדי אחריני ששמעו בהודאתו שהודה לפני העד ואינו יכול להכחישו בשבועה גם שלא לטעון משטה שהרי לאו בעל דברים דידיה היה תובעו וטענת שלא להשביע לא שייכא בנדון זה כלל ואין צורך להאריך ולכפול הדברים. שכבר נכתבו ולראיה חותם פה פאס יע"א.

הצעיר מתתיה סירירו ס"ט

סימן ב

נדרשתי להשיב מהו הדין במוכר לחבירו כסף מזוקק הנק' ארח'א וכששברה מצא בתוכה עופרת והחזירה לכור ונחסר ממנה שיעור העופרת אבל אין בו כדי הונאה, ואמינא ודאי אפי' אין בו שיעור אונאה משלם דמי העופרת כסף דעד כאן לא קאמר מור"ם בהגה סוף סי' רל"ג המקח קיים ומחזיר לו האונאה דמשמע בשאין שיעור אונאה אינו חוזר היינו סוגי כסף המעורבים בכסף דשדו תיכלא בכל הכסף והוא הכסף הנק' אלעמ'ל ואם על ידי רבוי הסגוי נתאנה לוקח בעינן כדי אונאה אכן המוכר לחבירו ארח'א שנזדקקה מכל סיג על ידי העופרת והאלכוז'א שנבלעו כל הסיגים בהאלכוז'א ונשאר הכסף מזוקק והעופרת הנמצא בהם אינו אלא מעשה רמיה שעושה הצורף שאחרי שרואה שנזדקק הכסף מהסיגים הוא נותן עופרת וממהר לכבותו במים ונשאר העופרת בתוך הכסף מונח ומובדל מהכסף וכשמשבר הכסף ניכר העופרת בזה הוא דאפי' אין בו שיעור אונאה מחזיר לו שיעור העופרת כסף דכסף קנה ולא עופרת, וכן אנו דנין והולכים וההיא דריש סי' רל"ב אינו ענין לנד"ז ולראיה חתמתי פה פאם יע"א בתמוז התקס"ז וקיים.
שאול ישועה ס"ט

סימן ג

בהיות אמת שבחדש אדר שני התקמ"ח ליצירה עמדו לפני הר' משה אסולין תובע ליהודה בן אברהם אביטבול דמתקרי סחראווי תביעה בשטר ורצה יהודה הנז' לפורעו בשומא שישומו לו ששה עורות שיש בידו וחשש משה הנז' על העורות הנז' פן מחר ומחרתו ימצאו להם בעלים ויאמרו הנה סחורתינו בעין והשיב יהודה הנז' שקנאם מהר' דוד הכהן בהקפה עד ערב חג הסכות הר"ל ותשעה היו וכבר שלח יד בשלשה וחתכם ועשה אותם טלאי למנעלים ונומיתי להם כיון שקנויים הם אצלו לזמן ועדין לא הגיע הזמן ונותנם מרצונו מה לי הם מה לי דמיהם ואחר שנשומו בסך צ"ם הוסיף משה על השומא עד סך צ"ם ה"ם ומחל לו בסך ח"ם ד"ת שנשארו מהשטר וקרע לו השטר והלך כל א' לדרכו ובחדש זו משנה הנז' עמד הדרך ותבע ליהודה הנז' ניתן לו העורות באמרו שהעורות הם של הגוים והיו מופקדים אצלו והיה רוצה לסרסר בינו ובין הגוים במכירתן ופסק עמו הדמים ונתנם לו ליבשם פן יפסידו והמכירה היתה על תנאי אם יתרצו הבעלים, ויהודה השיבו אתה מכרת לי וקבלת אחריות הגוים ותבע דוד למשה הנז' ואמר לו שלא ישלח ידו בהעורות עד שיודע מה יעשה עם הגוים ונתחייב יהודה

הנז' שבועה שכדבריו כן הוא ובאו הגוים ואמרו שהעורות כבר מכרו אותם לאברהם אדהאן והוא הפקידם אצל דוד הנז' ודוד השיב שאברהם הנז' הפציר בו להחזירם לגוי הנז' ולא נתרצה להחזירם והיה רוצה למוכרם לשים שלם בין אברהם ובין הגוים אם תהיה המכירה באופן שימלט אברהם מידם ותהיה תביעתם על זולתו ולא מכר ליהודה הנז', אלא ע"מ שיתרצו וכשמעו שיהודה שלח יד בשלשה מהם התרה בו שלא יוסיף ידו לבלע הנשארים, ורציתי להחמיץ דינם עד שיבא אברהם ונדע מה נעשה ולעת ערב הביא הרד"ך הנז' ליהודה הנז' והודה שכל מה שאמר למשה הנז' לפני וכל טענות שטוען היום הכל שקר שהאמת עם דוד שהמכר היה בתנאי שיתרצו הבעלים, ונומיתי לו שאין הודאתו כדאי לחוב לאחרים אלא שהגוים עושים עיקר מהודאתו ולמחר בבוא אברהם שאומרים שקנה מהם ויאמר להם עדין לא לקחתי העורות והנחתי אותם ביד דוד שהיו מונחים אצלו כבר תנו לי העורות ואתן דמים אז יוציאו העורות מיד משה בדיניהם שהם לא מכרו כלום ותבע משה הנז' לדוד הנז' ואמר לו ירא אני פן מחר יפסידו העורות והגוים יכריחוני לשלם הפסדם ועתה הנה העורות בידך וישומו השמאים דמיהם והשבעה לי שהודאת יהודה לא היתה דרך קנונייא יען שגם יהודה הנז' כשראה שהודאתו לא חייבה אלא את עצמו חזר ואמר שפתהו דוד על ככה והבטיחו לתת המשא על משה הנז' ויוציאו נקי באופן שהדין עם משה הנז' להשביע לדוד הנז' שלא מכר העורות בהחלט ליהודה הנז' לזמן ושלא לימד ליהודה על ככה וטען עליו דוד הנז' שאפשר שהודאתו הראשונה שהודה שמכר לו דוד בהחלט היתה ע"י פתויו של משה וקבל חרם משה שלא למדו ולא פתהו על ככה אלא לפי תומו אמר לו הדברים לפני כאמור לעיל, וטען דוד שאפשר שימצא עדים שהיו בשעת המכר והיה על תנאי ונתתי לו זמן שלשים יום לבקש על העדים המצוים פה ועל יהודה צרפתי שבאלעליל שישלח לשם ויבוא דבריו של העד, ולראיה ח"פ היום ט"ו בחדש זו שנה הנ"ל וקיים:

שאול ישועה ס"ט

עפ"י האמור דמשה הנז' יש לו ידיעה שהעורות הם של הרד"ך ולא יהיה אלא כדבריו הא' שמשה קנה אותם בהקפה מאת הרד"ך ומשה הנז' פרע חובו בהם ליהודה הנז' מ"מ מאחר שהסחורה שהיא העורות הם בעין ולא לקחם יהודה הנז' מאת משה הנז' בדרך מקח וממכר אלא לפרעון חובו שהיה נושא בו מקודם בדין הוא שיחזור הרד"ך על יהודה הנז' ויקח את שלו דהמוכר סחורה לחבירו שאין כונתו אלא להתעסק בהם ולהעמיד לו דמי סחורתו ולא למשתי בהו שכרא או לפרוע בהם הקפותיו ודינו כדין המתעסק דאיתא בי"ד קע"ז ל"ב נתן המתעסק מתנה מהמט' של העסק לאחרים והביא

בעל העסק וכו' מוציא מידם וכתב שם הש"ך דוקא נתן אבל לא מכר דהא כל עיסקא ניתן לימכר וברשות קנה ע"כ, הרי דאינו מוציא מידו אלא דוקא שמכר וקבל דמים דאדעתא דהכי יהיב ליה למכור ולהחליף זה בזה כדי שיעמדו מעות העסק דמה לי הן מה לי דמיהן ואפי' אם אח"ך הוציא המתעסק המעות ביציאותיו או פרע בהם הקפותיו אין לבעל העסק על הקונה כלום דאדעתא דלמכור ולקבל מעות נתן לו. לא כן בנותן מהעסק עצמו בתורת מתנה לא היה לו לקבל מאחר שיודע שאינו שלו ואם כך אמרו בנותן דדמי קצת למקח דאם אי לאו דאית ליה הנאה מניה לא יהיב ליה וכההיא דאמרינן לגבי מוכר ונותן דעשו בהם תקנת השוק משום דמתנה כמכר כמבואר בח"מ קי"ג בסופו כ"ש בפורע חובו והקפותיו דמוציא הוא מידם ודין מוכר סחורה עדיף מדין עסק דאלו העיס' פלגא מלוה מיהא אית בה ואפי' פלגא מלוה מוציא מידו כמ"ש הלבוש וכן העלה הרב דברי ריבות סי' ש"א יע"ש והלא דברים ק"ו דאפי' מלוה דלהוצאה ניתנה מוציא מידו כ"ש מוכר סחורה דלאו להוצאה ניתנה לו אלא למוכרה יד ליד ויעמיד לו מעותיו והגם דפלגא מלוה נמי בעיס' אינו רשאי להוציאו בהוצאותיו כמבו' שם ל' מ"מ מוכר סחורה כדין עסק הוא בפלגא פקדון דלאו להוצאה מכר לו סחורתו אלא להסתחר בה ולהעמיד לו מעותיו וכן ראיתי לראשונים זלה"ה שפסקו ע"ע כזה והביאו ראיה לדבריהם מדין אשה שלותה ואח"ך נשאת דאין ב"ח גובה מבעלה ואם המעות בעין שלותה ממנו ועדין הם קיימים חייב הבעל לשלם כמבואר בא"ה צ"א ד' והרי רשות בעל כרשות לוקח דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי ואפ"ה אם הם בעין מוציא מידו ב"ח דלא עשו תקנת השוק לגבי בעל דלא מידי חסריה כ"ש לגבי זה שפרע בהם הקפותיו דב"ח הנפרע בחובו לא עשו בו תקנת השוק כדקי"ל דב"ח לא עשו בו ת"ה וטורף המוקדם מב"ח המאוחר מטלטלין המוקדמין כמבו' ח"מ קי"ג ואם כך אמרו אפי' בהלואה דלהוצאה ניתנו דאם הם בעין מוציא מיד הבעל אע"ג דלוקח הוי כ"ש בב"ח זה שאינו לוקח אלא נפרע בחובו הוא ואם עדין בעין וגם כבר תפסם הרד"ך תחת ידו דבדין הוא שיטול את שלו ולא יתקיים בו שורו טבוח לפניו ואין עליו שום עסק שבועה כלל ולראיה וזכות ביד הרד"ך כו"ח פה פאס יע"א בחדש תמוז תקמ"ח לפ"ק, וקים:

שמואל אבן צור ס"ט ועיין בבא"ה ח"מ סי' צ"ו ס"ו וקיים. שאול סירירו ס"ט (א"ה תשלום פס"ד זה כבר נדפם בחלק ראשון סי' כ"ז דף כ"א ע"א)

סימן ד

נדרשתי מהחכם כהה"ר שלמה נר"ו בכמוה"ר ישועה ז"ל ה"ן מלכא לחוות דעתי בענין הקנס שקבל על עצמו בעד בנו במה ששידך לו בת מכלוף אלחדאד וקבל על עצמו בהן במקום שבועה ליתן קנס אם יחזור בנו מהשדוכין. וכעת לא נתרצה הבן באותן השידוכין מאחר שעקר דירתו משם מרוב עול משא כבד האדונים והרבה אביו להפציר בו לחזור למקומו ולא נתרצה ושאל החכם אם יתחייב לתת הקנס שקבל בעדו בהן במקום שבועה או לא, ואמינא ודאי דפטור הוא מן הקנס כמו שכתב הרשב"א סי' תשע"א בנדון כזה הביאו מרן בית יוסף סי' נ' ומור"ם בהגה סי' נ' ס"ו מטעם שזה אונס גמור הוא כיון שלא נתרצה הבן דמה הוה ליה למעבד ואין לך אונס גדול מזה דסבור שיתרצה בנו ואונסא דלא שכיח הוא דכל הבנים מתרצים למי שירצה האב ונדון הרשב"א פוטרו אפי' מהשבועה משום אומדנא דלא נשבע אלא על דעת שמסתמא יתרצה בנו למעשיו והשתא דחזר בו הבן ולא נתרצה הוא פטור אפי' מהשבועה, וכ"ש בנדון דידן שלא היתה שם שבועה גמורה אלא בהן במקום שבועה דפטור ופשוט הוא, ולראיה חתמתי בחדש אהוב ל'מעלה ו'נחמד למטה משנת תקנ"ה לפ"ק וקיים.
שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול סיל"ט

סימן ה

בהיות אמת שכאשר רצה הר' מסעוד ן' שלוש לישא אשה אחרת על אשתו במדינה אחרת ולא זכה בדין לישא אשה עליה במקום אחר עד שפייסה במה שנתן לה מתנה מהטלטל שיש לה בביתה דהיינו מלבושיה וכלי תשמיש הבית מתנה גמורה אגב ד' אמות קרקע ככתוב בידה בארוכה ואחר שנגמר הענין ביניהם בדבר זה עמדה האשה ובקשה ממנו להוסיף לה דבר והוא שיתחייב לה אם עשה לצרתה כתובה יותר מכתובתה שישלים לה גם כן כתובה כשל צרתה, ולעת עתה עמדו שניהם לדין לפני שרצה הבעל לגרשה ולפרוע לה כתובה גם מהנכסים שנתן לה במתנה שיש בכתובתה או"ו ממט' מלכות פאם שעומדת על סך תק"ם נ"ם ה"ם מ"מ אף היא תשיב אמריה לכפול לה הכתובה מחמת שנתחייב לצרתה כתובה מסך בו"ו מלבד המתנה שנתן לה שלא כתב לה המתנה עד שנתנה לו רשות לישא במקום אחר, ופסקתי ביניהם שהדין עמה שתטול כתובתה נוסף על המתנה דלא אמרו אבדה כתובתה אלא בכותב לה כל נכסיו ולא במשייר כדאיתא בא"ה סי' ק"ז ס"ג ואפי' ליש מי שאומר שבסעיף ד' דבעינן כתב לה סך מסויים הרי בנ"ד הסך מסויים מלבושיה וכלי תשמישה ולענין תוספת

הכתובה שנתחייב להוסיף לה עד כדי כתובת צרתה הרי יש בידו כתב שתכף שנתחייב לה אמר לסופרי המתנה שאינו מתרצה בחיוב זה שכבר נגמר ענין הרשות שנתנה לו על ידי מתנה הראשונה וזאת התוספת מגרעת היא ממה שחזר תכף ומיד בעוד עסוקים באותו ענין דמהני דבר זה במכר כדאיתא סי' קצ"ה דנתנו לו חכמים שעה להתבונן וכו' וכ"ש במחייב עצמו בדבר שאינו חייב אבל ממתנה הראשונה שלא חזר בה תכף שאם חזר גם היא לא תתן לו רשות היא קיימת וגובה כתובתה ומתנתה כדאיתא בסי' צ"ט ס"ב שאעפ"י שמגרשה שלא מדעתו כגון שסרחה מתנתו שלה דדוקא בבגדים ותכשיטין שעושין להתנאות בהן האשה אין דעתו למתנה גמורה אלא אדעתא למיקם קמיה דאדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה אבל לא במתנת קרקע וטלטל היא מתנה גמורה וגובה מתנתה כל זמן שלא מרדה בבעלה ועיין חלקת מחוקק ס"ק ז' ודין מורדת בסי' ע"ז ס"ב שאינה נוטלת מתנה שנתן לה, בעלה ולראיה חתמתי בחדש זו שנת וינת"ן לך לפ"ק וקיים.
שאול ישועה ס"ט

סימן ו

קול התי'ר נשמע בארצנו בקלא דלא פסיק מהבאים מהאל- סחרא שבמתא דרא נהרג יצחק ן' אלבטאחי שהיה נשוי עם העלובה הלזו הנשמה מסעודא בת יוסף אתר'מאן גם שלחו אחיו ובית אביו אשר בקציר אשוק אגרות נחומים להכא לנחם אשתו ובתו ולשלוח להתם מי יעמוד להביא ממונו שהניח לבתו כי אין לו בנים וחזרה נחלתו לבתו. ואין לנו מכיר לקיים האגרות הנז' ושלחנו להחכם כהה"ר אברהם ן' אלעסרי, אשר בקציר אשוק אגרת לחקור ולדרוש בזה עם הר' חיים גן כשהלך לשם מהכא בשליחות הח' הש' כהה"ר אברהם ברכאת שליח עה"ק ירושלים תובב"א ובחזרתו בא לפנינו והעיד בתורת עדות גמורה ששם היה ושם נמצא לפני החכם כהה"ר אברהם ן' אלעסרי הנז' ועמד עליהם איש אחד שבא ממתא דרא הנז' וחקרו ודרשו אותו היטב והגיד לפניהם בתע"ג על הריגת יצחק הנז' ושהוא עמד עד שקברוהו במתא דרא הנז' הי"ן ועפ"י הדברים האלה נראה בעיני פשוט אם יראה בעיני מורי ורבותי עמודי ההוראה הע"י כי"ר שאשה זאת מותרת ורשאה ושלטאה למהך להתנסבא לכל גבר דתצביין ולראיה חתמתי, העלה נבול:
ישועה בכמוהר"ר יצחק זלה"ה אביטבול סיל"ט

לפי מה שכתבת שהעיד לפניכם עד אחד ששמע מפי עד א' שיצחק ן' לבטאחי נהרג הרי אשתו הנז' מותרת לינשא לשוק דבעיגונא הקילו חז"ל עד מפי עד ואע"ג דלא הזכיר אלא שמו ושם משפחתו שהיא במקום שם אביו ולא הזכיר שם עירו מ"מ הואיל והעד הנז' הוא השליח ששלחתם אתם לתור ולדרוש על יצחק ן' לבטאחי שנשא האשה הנז' ודר במח"ק ובא והעיד שדרש וחקר במעמד חכם העיר הר"א ן' לעסרי לעד שהעיד בפניהם שיצחק ן' לבטאחי נהרג ונקבר מבואר שעל יצחק ן' לבטאחי שנעשה עליו שליח הוא שהעיד וכן כתבת שהעיד על יצחק הנז' וא"כ כאלו הזכיר שם עירו בהדי שמו ושם משפחתו, ודמי למ"ש מרן סי' י"ז סי"ח בא א' ואמר לנו אמרו לנו ב"ד כשתלך למקום פלוני אמור להם שמת יצחק בן מיכאל ובא השליח ואמר לנו והשליח אינו יודע מה הוא הואיל ואנו יודעים פלוני הידוע בשם זה הרי אשתו מותרת וא"א שמא יצחק ן' מיכאל אחר הוא שמת, והוא שלא הוחזקו שם ב' יצחק ן' מיכאל וכו' ע"כ מבואר דאע"ג דלא הזכיר שם עירו מ"מ הואיל ואמרו לו כשתלך למקום פלוני ובא והעיד אנו אומרים על אותו יצחק ן' מיכאל הוא שהעיד וכאלו הזכיר שם עירו ויעויין בב"ש שכתב לדעת מר"ן בעינן ג' כחדא שמו ושם אביו ושם עירו ובאומרו כשתלך למקום פלוני מהני במקום שם עירו ולדיעה קמייתא דבעל המפה שהיא דעת המחמירין ל"מ כשתלך למקום פלוני ובעי שיזכיר שם העיר בפירוש. ומ"מ עדות זו שהעיד יצחק ן' אלבטאחי נהרג עדיף טפי מההיא דיצחק ן' מיכאל ומספקת היא להתיר אף לדעת המחמירין ואתיא ככ"ע דשאני התם דהשליח לא היה יודע מי הוא ואינו אלא שליח ב"ד שאמרו לו כשתלך למקום פלוני אבל הכא העד שהעיד לפניכם הוא השליח ששלחתם אתם לידע ולהודע אם נהרג יצחק ן' לבטאחי הדר במח"ק וכשבא והעיד שנהרג הרי מבואר בעצמו שאומר יצחק ן' לבטאחי שהיה דר במחניכם הוא שנהרג, א"כ הואיל ולא הוחזקו במחניכם שני יצחק ן' לבטאחי נראה ברור שהאשה הנז' מותרת לינשא, גם ממה ששלחו אגרת ניחומים אחיו ובית אביו לנחם אשתו הנז' ובתו של יצחק ן' לבטאחי ולשלוח להתם להביא ממונו משם ראיה שהאשה הנז' מותרת לינשא ולא הייתם צריכים לשלוח השליח הנז' לבקש עדות להתירה דמה שכתבת ואין לנו מכיר לקיים האגרות אין זה אלא לחושבך דבעי הקיום, והא ליתא דהאמת הוא דלא בעי קיום כמ"ש מר"ן י"ז י"א וז"ל מצאו כתוב בשטר מת איש פלוני או נהרג תנשא אשתו אפי' אינו מקויים ע"כ ומשום דקיום שטרות דרבנן לא העמידו דבריהם במקום עיגון ודעדיפא מינה אמרו ז"ל להקל במקום עיגון דלא אמרי' בעדות אשה מפיהם ולא מפי כתבם כמבואר בפוסקים ומה שסיים מר"ן ולהרמב"ם צריך שידעו שהוא כתב ישראל לאו למימרא דחולק וס"ל דבעי קיום דהא פי' הב"י בשם

המ"מ דכוונת הרמב"ם למעוטי אם היה כתב גוי לפי שלא הוכשר גוי אלא במסל"ת אבל לא כתבו לפיכך צריך שיודע שהוא כתב ישראל אבל אין צריך שיתקיים שא"כ היה צריך רבינו לו' והוא שיתקיים או נודע מי כתבו עכ"ל והרב בית שמואל כתב שכן היא דעת מר"ן במה שסיים ולהרמב"ם וכו' דמה שנראה חולק הרמב"ם על דיעה קמייתא היינו דלא מהני כתב גוי במסל"ת ולדיעה קמייתא מהני ומ"ש מצאו כתב בשטר היינו אפי' כתב גוי אבל קיום לא בעי גם לדעת הרמב"ם מיהו כתבו הפוסקים דבעי' ע"א חתום באגרת. והכא בנדון זה הא איכא חתימות דאחיו ובית אביו החתומים באגרת ניחומים ואף לדעת הרשב"א שסובר דלדעת הרמב"ם בעי קיום מ"מ הוא הסכים לדעת האומרים דלא בעינן כמ"ש המ"מ פרק י"ג מה"ג וכן הוא בב"י גם לדעת המחמירים דבעו קיום כתבו כתב הבא ממרחקים ואינו מקויים מקילין להתיר במקום עיגון יע"ש בב"ש, וא"כ אשה זו מותרת לינשא גם מאגרת ניחומים ששלחו אחיו ובית אביו והיתר זה עדיף טפי דמוכח מאגרת ניחומים שיצחק ן' לבטאחי שנהרג הוא בעלה של האשה הנז' ששמה מסעודא בת יוסף אתורג'מאן היא אשתו שיש לה בת ממנו וזה ברור ולראית האמת ח"פ פאם יע"א בחדש סיון משנת חמשת אלפים וחמש מאות ועשרים וארבע ליצירה וקיים.

שאול אבן דאנן ס"ט רפאל עובד אבן צור סי"ט אליהו הצרפתי ס"ט

דברי הרבנים צדקו יחדיו דלא בעינן קיום אלא דלא שייך בנדון זה דבשלמא אם אחיו ובית אביו היו עמו במקום שנהרג או קרובים אליו אמינא דנתברר להם אלא כיון שהנהרג נהרג במקום רחוק מהם וממנו אמינא כמו שהקול נשמע בארצנו כן נשמע לשם ובכן שלחו אגרת ניחומים ודוק, ויש להאריך בזה אלא שאין הפנאי מסכים, ולענין האשה כבר הותרה כאמור וקיים:

ישועה ס"ט

סימן ז

זה טופס שטר המכר הע"י ע"ע בקוש"ח כל א' למ"ש הר' יש' יעקב ן' חמו ובכח הקוש"ח הודה שבעד סך אלף אוקיות כ"ט שקבל מאת החכם השלם כהה"ר רפאל אביטבול ובעד סך בו"ו קק"ם נ"ם שיתן בפדיון המשכונה ליד מי שממושכנת בידו החצר הנז' לקמן גמר ומכר לו החצר הידועה לו פה צפרו יע"א הנק' ע"ש אביו הנז' מכירה גמורה במוצאיה וכו' גם לרבות התעלה של מים העוברת בה וכו' וכל הנאותיה וכו' כל החצר בכללותיה גוף וחזקה בלי שום שיור וכו' שכבר סלק עצמו וכו' ועצם וכו' כל ב"ך וכו' והקנה וזכה וכו' לחלוטין וכו' ביד הקונה הנז' לדורותיו ומעתה יזכה ויחזיק הקונה הנז'

במקחו הנז' זכות גמור וחזקה גמורה לבנות וכו' ולהשכיר ולדור וכו' ועל המוכר הנז' לסלק וכו' כל עורר וכו' ב"ב ושאב"ב מעל המקח הנז' וכו' וכן אמר לו זיל חזק וכו' ואנא בס"ד איקו אבתרך ואשפי וכו' אינון ועמליהון וכו' וצבי הקונה וקבל וכו' והחזיק וכו' והודה שטר מו' וכו' ובאחריות וכו' ונ"ה בקוש"ח וכו' והיה זה בחמשה אבא התקס"ב ליצי' וקים וחתום כראוי:

וזה טופס ההטבה שעשה הקונה למוכר הנז' במקח הנז' להיות שהר' ישראל יעקב ן' חמו מכר החצר הידועה לו הנק' ע"ש אביו בכללותה להח' הש' כהה"ר רפאל אביטבול י"א ככתוב בידו בארוכה והן עתה בא החכם הנז' לפנינו והע"י ע"ע בקושח"ך כל א' למ"ש הח' הש' הנז' ובכח הקוש"ח הודה הו"ג שהגדיל חסדו עם הי' ישראל הנז' כשיזמין לו מעותיו שקבל ממנו דהיינו אלף אוקיות וסך בו"ו קק"ם נ"ם שבו ממושכנת ביד הזולת אם פדאה הח' הנז' מידם שיחזיר לו המכר שמכר לו החצר הנז' בכללותה כמות שמכרה לו וכן הגדיל חסדו החכם הנז' בכח הקוש"ח הנז' עם זרעו של הר' יש' הנז' ועם זרע זרעו עד סוף כל הדורות שאם לא הזמין הרי"ש הנז' המעות הנז' שבכל זמן שיזמינו הם המעות שיחזיר להם המכר כמו שקנאו והזרע הנז' בין זכרים בין נקבות הגדיל החסד עמהם להחזיר להם המכר הנז' בכל עת שירצו והודה שטר הטבה מוחזק וכו' והי"ז י"ט לאב התקס"ב ליצי' וקים.

בהיות אמת שלא פדה הקונה הגז' החצר מיד מי שהיא ממושכנת בידו רק היה מעלה לו שכירות סך ק"ם ב"ם בכל טינפוראדא שכך היתה הקצבה בין המוכר הנז' ובין הממשכן ממנו מיום הוסד המשכונה הנז' שהיה מעמיד לו שוכר שיפרע לו הסך הנז' שנה אחר שנה והקונה הנז' היה פורע לו הסך הנז' מזמן שקנאה והשאר היה נוטלו לעצמו כמו שהיה המוכר הנז' נוטלו מקודם וגם אחר שנלב"ע הקונה זלה"ה שהיה פורע לממשכן העמדנו שוכר להממשכן הנז' שנתחייב לו סך קק"ם מ"ם שכירות שנה תמימה ומשם ואילך כמו שנה אחרת לא ביקש הממשכן שוכר ונשאר הדבר על שכירות הראשונה כיון שלא תבע לחדש שכירות אחרת ולהיות שאחר שמכר המוכר הנז' החצר הנז' נשאר דר בהעליה שהיה דר בה מקודם ומעלה שכירות לקונה כפי מה שהושוו ביניהם והיתה דירתו שם למוקש שלא נתפרסם לגויים שמכר חצרו או משכנה ומחמת כן מצא מקום ומכרה לגוי א' בסך או"ו ביע וויקאלה והלך לו לערי אדום וכאשר בא הגוי לגבות השכירות מהדרים בה ואמרו לו שמעלים שכר להקונה מבעל החצר והלך הגוי וסגר הבתים עפ"י הערכאו' ואלמלא שנמצא אצלינו עק"ד אש'רא בערכאות ומבואר בו שקבל המוכר מהקונה אי"ו ויפרע לבעל המשכונה בו"ו קק"ם נ"ם לא מצאנו ידינו ורגלינו עם

הגוי הנז' לא אנחנו ולא בעל המשכונה וכאשר חזר המוכר הנז' מערי אדום ונומינו לו מה המעשה הרע הזה ואמר למכור הסחורות שהביא ויפרע לגוי לסלקי מעלינו ולא זה שלא פדה מהגוי ובקושי פרע לו השכירות אלא שהוסיף על חטאתו פשע שהיה שומט ואוכל השכירות מהדרים שם והם עניים מרודים ולא מצינו לתובעם שיפרעו שנית ואז הודעתי להממשכן שהוא בעיר אחרת להשתדל הוא משם ואנחנו מכאן להוציאו מלדור עוד בחצר הנז' שכל עוד שהוא דר בחצר הנז' הופקעה השכירות שלו ושל היתומים ואמינא ליה שאז אני אתחייב לו בשכירות שהיה נוטל או לפדות המשכונה מידו וכאשר שלח הממשכן מעשה ב"ד ליחידי הקהל להוציאו בא אלי עם איזה תלמיד חכם לבקש על זאת יהודעתיו את כל מעשיו המקולקלים שקלקל והיזק לכולנו באותה דירה שנשאר דר ואמר שרוצה למכור החצר ולתת דמי המקח ליתומי הקונה זלה"ה מכח ההטבה הנז', ונומיתי לו שאין כח בהטבה ההיא שלא נזכרו בה ב"ך הקונה להוציא בה מיד היתומים, ושלחתי להממשכן לבל יפול ברשתו הוא או אחר לקנות ממנו כי אין כח בהטבה להוציא מהיתומים שהקונה ממנו הניח מעותיו על קרן הצבי והלך המוכר הנז' אצל הממשכן הנז' ובמקום שיחוש הממשכן להתראה הנז' לא כן עשה אלא הוא עצמו קנה ממנו עפ"י הוראת הח' הש' הדו"מ כהה"ר חיים סירירו נר"ו שהורה להם שההטבה מועלת גם לגבי היתומים. ושלח דמי המקח עם שלוחו הר' י"ט בן סעדון סך או"ו וכאשר מצא המוכר עזר כנגדו פער פיו לבלי חק בדברי מסירות וכיוצא, ואביט ואין עוזר ואשתומם ואין סומך כי כשלה ברחוב אמת ורבו כמו רבו עורכי הדיינים המתעבים משפט ואת כל הישרה יעקשו אף על היתומים יפלו מטה עולם, בלי נשמע קולם ואעידה לי עדים שראו והכירו האונס מכל צדדיו ומסרתי מודעא בעד היתומים ועשיתי כרצונם לקבל דמי המקח והוסיפו והעמיסו עלי לקבל קנין שהחזרתי להם המכר ונשענתי על המודעא לעשות אשר פצו שפתותיהם ודברי פיהם בצ"ר לי:

ובעיקר הדין עם היות שהבנים בני ואין אבא מזכי ברא לא נמנעתי מלשאת ולתת בדין זה דרך משא ומתן ויעלה ויבא לפני כל יודעי דת ודין ועמהם בדבר המשפט לדון משפט זה לאשורו כי כל ב"ד אביהם של יתומים ומה גם שכבר דנתי על הטבה כיוצא בזה וסמכו ידיהם רבני מכנאס דאמרינן לי ולא ליורשי. ולעת כזאת שראיתי הוראת חכם דלא חש לדקדק לשון ההטבה הוצרכתי להעלות הדברים לפני בתי דינין בתוספת ביאור להוציא הדין לאמיתו:

וזה החלי הלכה רווחת בסי' ס"א סעיף ט"ו מדקדקין לשון השטר ודנין עפ"י אותו דקדוק וכו' והכא כשנדקדק לשון ההטבה הנ"ל מוכח דאין על היתומים שום חיוב להחזיר

המקח הנז' שהרי מתחלה כתוב שהגדיל חסדו הקונה עם המוכר שכשיזמין לו מעותיו שקבל ממנו דמשמע לו ולא לב"ך וסיים שיחזיר לו המכר שמכר לו דמשמע נמי שלא יחזיר אלא לו ולא לב"ך. והדר תני וכן הגדיל חסדו הקונה עם זרעו של המוכר ועם זרע זרעו עד סוף כל הדורות שכל זמן שיזמינו הם המעות שיחזיר להם המכר כמו שקנאו, הרי דהוצרך לפרש זרע המוכר כמוהו שאם הזמין הוא או זרעו וכו' שיחזיר להם המכר כמו שקנאו דמשמע שהוא יחזיר המכר כמו שקנאו ולא יורשיו דאל"כ היה לו לפרש גם בקונה הוא וזרעו כמו שפירש גבי מוכר ומדלא פירש גבי קונה אמרינן דאין החיוב אלא על הקונה עצמו ולא על יורשיו:

ונראה דיש ללמוד להאי מלתא מהא דתניא (גטין דע"ד) הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ומת, נתנה [פי' לפני מותו] אינה זקוקה ליבם, לא נתנה זקוקה ליבם, רשב"ג אומר נותנת לאביו, ומסיק דטעם פלוגתייהו דת"ק סבר לי ולא ליורשי ורשב"ג סבר לי ואפילו ליורשי ואפסיקא הלכתא כת"ק ופסקה מר"ן באבן העזר סי' קמ"ג סעיף ג' יע"ש, ואם אמרו לו ולא ליורשיו באסורא דאשת אח כל שכן לענין ממונא נימא הכי ושפיר דייקינן לישנא דהטבה כשיזמין לו מעותיו שיחזיר לו ולא ליורשיו ויחזיר הוא ולא יורשיו וכיון שנלב"ע הקונה זלה"ה נתקיים המכר ביד יורשיו ואין עליהם שום חיוב חזרה כלל. ואשכחן נמי גבי ממונא בהאי גוונא בפרק המוכר את הבית דס"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 ואמר ר"ל זאת אומרת המוכר בית לחבירו וא"ל ע"מ שדיוטא העליונא שלי דיוטא העליונא שלו ופי' רשב"ם בשניהם אם מת אינו מוריש זכותו לבניו דלא אהני יתורא אלא למאי דפירש דהיינו לעצמו יע"ש, ועם היות שהרב נ"י כ' 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 עי"ש. וכן כתב הרמב"ן הביא דבריהם מר"ן ב"י בסי' רי"ד סוף אות י"א ועד כאן לא פליגי אלא בדיוטא דהוי שיור בקרקע אבל בדבר שאינו שיור אלא תנאה מודים דלי ולא ליורשי, וכן פסק מר"ן חו"מ סי' ר"ט סעיף ז' במוכר שדה לחבירו ושייר מפירותיו וכו' ואם מת מוכר א' אין לבניו כלום אא"כ פירש לי וליורשי עכ"ל, וגבי דיוטא בסי' רי"ב ס"ג ובסי' רי"ד ס"ח דלא חילק בכך משום דפסק כהרב נ"י והרמב"ן וכמ"ש בהדיא בב"י שם בסי' רי"ד וז"ל וכן נראה דעת כל הפוסקים שלא חילקו בכך בינו ליורשיו בדין דיוטא יע"ש, וטעמא משום דהויא דיוטא שיורא בקרקע אבל גבי תנאה דליכא שיור אמרינן לי ולא ליורשי, וכך הם דברי הרמ"ה שהביא ב"י בח"מ סי' ר"ז אות י"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 ועד ג' שנים הרי היא שלי שלא נתקיים התנאי אא"כ. מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח מדקאמר "אתה ולי" דלי ולא ליורשי משמע אתה ולא יורשיך עכ"ל, וסיים וכן כתב רבינו ירוחם בשם הרשב"א והביא לשונו שם אות כ"ז וז"ל וכתב עוד בנתיב כ"ז ס"ג מתנה ע"מ שתתן לי כך וכך עד זמן פלוני ומת המקבל תוך הזמן אינו נפטר אעפ"י שיתן ליורשיו כי לי ולא ליורשי כדאמרינן בפ' מי שאחזו וכן אתה תתן ומת קודם שנתן לא קיים התנאי, דאתה תתן משמע ולא היורשים עכ"ל, וכ"כ התוס' פ' איזהו נשך דף ס"ה ע"ב ד"ה לכשיהיו לי מעות וכו' ולא דמי למשכנתא וכו' לפדות הוא או יורשיו אבל כאן נהי דהוא יכול לפדות יורשיו אין יכולים לפדות יע"ש.

ואע"ג דמרן הקדוש בס' בדק הבית גבי הלוהו על שדהו וכו' אם לא תפרעני וכו' כתב 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 כשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו עכ"ל נראה דלא חלקו על הרמ"ה אלא בדין זה דהלוהו על שדהו וכו' מטעם שהוא דרך מכר כמי שקונס עצמו אבל בעלמא אמרינן לי ולא ליורשי וכ"ש בנ"ד דהקונה מדעתיה יהיב והגדיל חסדו עם המוכר ודאי אמרינן לי ולא ליורשי אפילו נימא דפליגי בעלמא, ומה גם דמצינו בכללים דמר"ן חיבר ש"ע אחר שחיבר בדק הבית עיין יד מלאכי כללי הש"ע סי' ט"ו וכיון דבש"ע סי' ר"ט ס"ז פסק דבעלמא אמרינן לי ולא ליורשי כדכתיבנא לעיל, הכי נקטינן שהוא אחרון, אפי' נימא דפליגי בעלמא, גם מור"ם בהגה שם הביא בשם רמב"ן באמר ע"מ שדיוטא וכו' וכתב עליו הסמ"ע דבכה"ג לא נכנסה הדיוטא בכלל המכר כלל ונשארה לו וליורשיו לדורות עולם יע"ש, משמע דסובר מור"ם בהיכא דליכא שיור אלא תנאה דאמינא לי ולא ליורשי וכ"כ עוד מור"ם בהגה בסי' רמ"א ס"ז וז"ל האומר לחבירו שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי ר' זוז ומת בניו נותנים לו והמתנה קיימת אע"ג דהאומר ע"מ שתתן לי ולא ליורשי קאמר שאני הכא דלא כוון אלא שיתנו וכו' פירש הסמ"ע ס"ק י"ח וז"ל אע"ג דהאומר על מנת שתתני לי וכו' ר"נ דבעלמא אמרינן כן וכמ"ש באבן העזר סי' קמ"ג וגם לעיל ר"ט סעיף ז' וכו' והוא מהגמרא והוה אמינא וכו' קמ"ל דשאני הכא וכו' עכ"ל, וכן פסק להדיא הרב אלדרבי בתשובה צ"ז בס' דברי ריבות גבי הטבה כנ"ד דאמרינן לי ולא ליורשי וכן פסק הרב מהרש"ך ח"ב סי' ל"ב גבי הטבה כנ"ד דלא חל החיוב אא"כ יהיו שניהם בחיים וכל שנפקד א' מהם אין כאן חיוב יע"ש, ועוד הוסיף לנו לקח טוב דאפי' לא פי' בהדיא כל זמן שיביא לו מעותיו אפ"ה כל זמן שלא פירש בהדיא

בין לו בין ליורשיו אין מקום לחייב את היורשים מכח החיוב שנתחייב האב יע"ש וכתב עליו הרב מטה אהרן אע"ג דמהראיה שהביא לדבריו מדברי הרמ"ה אינה אלא מדקדוק את'א ול'י ואיך כתב דאפילו בסתם כל שלא פירש בהדיא וכו' ותירץ דבההיא דהלוהו על שדהו שכתב הרמ"ה וכו' כיון שלא קנה עדיין המוריש כי אם בשלא יביא המעות אבל אם יביא אין כאן קניה לפיכך אם פירש לי דייקינן ולא ליורשי ואם לא פירש נכנסו היורשים משום דאין כאן חיוב ליורשים שאין הקרקע עדיין של מורישם אבל בנדון מהרש"ך הוא מחייב ממש ליורשיו משום שכבר קנה המקח המוריש ואם יביא המעות יחזור למוכרו לו נמצא שהיורשים הם המוכרים אם יביא להם המעות אחרי מות הלוקח ואם כן אין לחייב יורשיו אלא בהיכא דנתפרשו בפירוש ואם לאו לא מחייבינן להו יע"ש ונדון דידן כנדון מהרש"ך ובעינן שיפרש היורשים בהדיא והכא מלבד שלא פירש היורשים בהדיא אלא דאפקינהו מדיוקא כשיזמין לו מעותיו שקבל ממנ'ו יחזיר דמשמע לו ולא ליורשיו ממנו ולא מיורשיו יחזיר הוא ולא יורשיו וכן גבי יורשיו כתב שיחזיר להם המכר כמו שקנאו דמשמע הוא יחזיר שקנאו ולא יורשיו.

ועוד הביא שם הרב מטה אהרן בסי' ז' ובסי' ח' דברי הרבנים מוהר"ש גאון ומוהר"ר חסדאי הכהן כלם מסכימים לדעת אחת דכל שלא פירש ב"ך אמרינן לי ולא ליורשי וכן פסק הרב מהרימ"ט בח"ב חלק ח"מ סי' מ' וחלק י"ד סי' ה' וח"א סי' כ"ג וכן פסק הריב"ש בסי' רנ"ז וכן פסק בתשובות הרשב"ש סי' רע"ו גם הרב המבי"ט בסי' רי"ח כן דעתו דאע"ג דכתב דבהטבות הנהוגות עכשיו חייב להחזיר בין הוא בין יורשיו הביא דבריו באר היטב סי' ר"ו ס"ק ב' מדקדוק דבריו נראה דלאו בכל הטבות איירי אלא בהטבות הנהוגות בזמנו ואף שאין בידינו תשובותיו נלמד מדברי הרב מהרימ"ט בנו בח"א סי' כ"ג שכתב ההטבות הנהוגות בזמנינו זה בין בבתים בין במשכונות זהב וכסף שהדבר ידוע שאימתי שירצה הלוה יחזיר את מעותיו ולוקח את שלו שלא נעשה המכר בהחלט אלא לצורך המעות שנוטל ט"ו למאה או ך' למאה ועושה מכר זה להתיר את הרבית שקוצב לו מה לי הוא מה לי יורשיו, ושוב בעמדי בענין זה אורו עיני וראיתי להרב המאסף בס' בעי חיי תשובה קפ"ח בחלק י"ד שכתב כן יע"ש, וראיתי להרב בית יהודה בחלק ח"מ סי' י"ד דף צ"ח פסיק ותני דאמרינן לי ולא ליורשי הפי' בהטבות הנהוגות וכתב שחילוק הרב המבי"ט אינו ברור וכן נוהגים בשטרי הטבות לפרש הוא או ב"ך ואם כתב סתם דוקא הוא ולא יורשיו עכ"ל, איברא דחזי הוית להרדב"ז הנדפס מחדש בח"א סי' תקל"ב שאינו מחלק בין המוכר ובין יורשיו וז"ל וליכא למימר דלמוכר רצה לעשות טובה זו ולא לבניו, דהגע עצמך שנתחייב בקנין לשמעון במנה ומת שמעון מי לא

יגבו יורשיו מנה זה הילכך הדבר ברור שכמו שהיה שמעון יכול לכוף את ראובן מכח הקנין שיחזיר לו הקרקע כן יעשה עם בניו שיחזיר להם הקרקע ויקח המעות כפי מה שכתוב בשטר של אביהם עכ"ל משמע דסובר לי ואפילו ליורשי. והגם דיש מקום לחלק דאין דברי הרב אמורים אלא בהיכא שהמטיב קיים וכמו שנתחייב להטיב לו כך יתחייב להטיב לבניו אבל בהיכא דמת המטיב אין מקום לחייב לבניו מכח החיוב שנתחייב אביהם להטיב וכמ"ש לעיל סברא זו משם מהרש"ך ואפי' נימא דפליג בכל הצדדין בין היכא דמת המטיב בין היכא דהוא קיים מ"מ הוייא סברתו יחידאה נגד כל הני רבוותא ומה גם לדידן דאזלינן אחר פסקיה דמר"ן ומור"ם דקיימם בשיטתם כדכתיבנא לעיל הכי נקטינן ואין פוצה פה ומצפצף, גם חזינא להרב המאסף באותה תשובה הנ"ל בס' בעי חיי שבשר ורקד והעלה להלכה דבכל גוונא אמרינן לי ולא ליורשי ואפילו בהטבות הנהוגות בין במכר קרקע והתנה המוכר בין במכר קרקע והתנה הלוקח בין בהלוהו על שדהו אין מוציאין הקרקע מיד הקונה דאע"ג דאיכא רבוותא דס"ל דחייב להחזיר הקרקע בחזקת הקונה קאי ויכול לומר קים לי כמהר"י אדרבי ומהרש"ך דס"ל דאפילו בהטבות הנהוגות אינו חייב להחזיר מלבד הרדב"ז ז"ל ואע"ג דבכל דוכתא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא הכא שאני שהלוקח בדין ירד והמוכר החזיקו אלא שטוען המוכר שתנאי היו הדברים ארעא בחזקת הקונה קיימא כמ"ש הרשב"א וכמ"ש למעלה עכ"ל, עוד דקדק מדברי הריב"ש ומדברי מהר"י אדרבי דיש צד לומר דבהיכא דגבי מוכר פי' לו ולב"ך ובקונה לא פי' הוא וב"ך כנ"ד יש לדון דדוקא למוכר היטב לו ולב"ך אבל הקונה לא היטב אלא הוא ולא ב"ך דבזה יודו החולקים דהואיל וכאן התנה וכאן לא התנה דעתו דבהיכא דגלי גלי ובהיכא דלא גלי אין זכות ליורשיו יע"ש ואני בשמעי הוראת החכם הנז' דלא כהלכתא שלחתי לו ע"י החה"ש כהה"ר יוסף אשרקי כל האי שקלא וטריא לשאת ולתת עמו בדין זה אולי יחזור ברוחו ויאמר מה עשיתי וכשלא מצא מענה על כל הדברים הנאמרים באמת לקח לו דרך לא עבר בה איש להעמיד דבריו ממ"ש בהטבה הנז"ל גבי מוכר עם זרעו ועם זרע זרעו ע"ס כל הדורות וכי איפשר שיחיה הקונה ע"ס כל הדורות אלא ודאי גם יורשיו בכלל, וזה דבר שאין לו שחר לדרוש לישנא דשטרא באם אינו ענין למוכר תנהו ענין ללוקח דהיכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר, ואי קשיא ליה ע"ם כל הדורות למה לי, יש לו להשיב לשופרא דשטרא או דרך גוזמא בעלמא כדרך סופרי שטרות במלצותיהם, אלא שגם בזה לא אמנע מלהביא ראיות מש"ס ופוסקים. חדא דאיתא בפ' הכותב דף פ"ג ע"ב אמתני' דקתני עד שיכתוב לה דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהם ובפרי פירותיהם ע"ע דבעי תלמודא אי פרי פירות דוקא או

דילמא ע"ע דוקא, או דילמא תרוויהו דוקא ומסיק באת"ל אכולהו צדדי ובאת"ל תרוויהו דוקא מקשי תרתי למה לי צריכא דאי כתב לה פרי פירות ולא כתב לה עד עולם הוה אמינא פרי פירות הוא דלא אכול אבל פרי דפרי פירות אכול להכי אצטריך עד עולם ואי כתב עד עולם ולא כתב פרי פירות הו"א לעולם אפירות קאי להכי אצטריך פרי פירות ה"נ בנ"ד נימא אי כתב זרע זרעו ולא כתיב ע"ם כל הדורות הו"א דזרע זרע זרעו לא היטב עמו להכי כתב ע"ם כה"ד להוסיף גם זרע זרע זרעי ואם האריך ימים הקונה לראות זרע זרע זרעו כמו שראה זרע זרעו ייטיב גם לזרע זרע זרעו ואם מת נפסק החבל ועיין תמורה ריש פ' אלו קדשים דתני וולדן וולד ולדן ע"ם כל העולם וכן בריש יבמות צרותיהן וצרות צרותיהם ע"ס כל העולם יע"ש:

ועוד ראיה אחרת גבי נרצע שאינו עובד את הבן דכתב הרמב"ם בפ"ג מה' עבדים הלכה ז' אעפ"י שהניח בן אין הנרצע עובד את הבן מפי השמועה למדו ועבדו לו ולא לבנו לעולם לעולמו של יובל ע"כ, הרי דכיון דאימעיט בן מועבדו לו ולא לבנו לא שבקינן האי דיוקא מקמי מאי דקאמר אח"כ לעולם לעולמו של יובל ואינו עובד את הבן בתוך עולמו של יובל ה"נ בנ"ד דדייקינן הוא ולא בניו תו לא משגחינן בעד סוף כל הדורות דעל האב נאמר ולא על הבן.

ועוד ראיה אחרת מלשון הרמב"ם פ' ו' מה' מעשר הלכה י"ט וז"ל כהן שמכר שדה לישראל וא"ל ע"מ שמעשר א' שלי לעולם הרי הוא שלו ואם מת הרי בנו כשאר כהנים וכו' הרי דאף בהיכא דכתב לעולם ואי איפשר לו לחיות לעולם לא אמרינן לרבות בניו אחריו אלא הוא דוקא ולא בניו.

ועוד ראיה אחרת מתשובת חזה התנופה שהביא הב"י סי' ר"ז אות י"ז והביאו הטור בסי' רמ"ח אות י"ד וכן הוא בכללי הרא"ש כלל פ"א סי' ב' ראובן נתן לשמעון חדר בבית שידור בו אע"פ שכתוב בשטר שישתמש שמעון ואשתו בחצר ובבור ובב"ה מעכשיו ועד עולם אם מת שמעון לא יירשו בניו זכותו אחריו מדהוצרך להזכיר בשטר שמעון ואשתו נראה שבא למעט בניהם אחריהם ע"כ, הרי דלא הועילה תיבת עד עולם להביא בניהם אחריהם מדנקט תחי' שמעון ואשתו דמשמע למעט בניהם, כל זה אני דן לפני כל יודעי דת ודין והם בבחירתם יקרבו אשר יבחרו ואשר יכשר בעיניהם להוציא דין יתומים לאמתו ושכומ"ה החותם פה צפרו בחדש אהוב למעלה ונחמד למטה שנת כי הובאו בי"ת יוס"ף לפ"ק וקיים.

שאול ישועה ס"ט

סימן ח

קרבו ויאתיון לדין לפני יחד ראשי ק"ק קהלינו ישצ"ו נתבעים והר' מאיר צבע תובע אודות מעשה שהיה כך היה שהי' מסעוד אלקובי היה נגיד קצת חדשים משנה שעברה והוליכו הוא והר' מאיר צבע תשורה בעד הק"ק להאלשריף מולאי למאמון עז"א ובעת ההיא א"ל אחיו מולאי רשיד עז"א דרשו נא לי ככר בורית שאקנהו, ענה מסעוד הנז' וא"ל הבורית אינו מצוי כעת בעיר הלזו, ענהו האלשריף וא"ל הנה משרתי ילך עמכם יחפש חצרי הבורית שבעיר הלזו ואם לא ימצא מה בידי לעשות, אז הלך המשרת הנז' ואמר להר' מסעוד הנז' הודיעני והוריני בעלי החצרות והבתים הנז' היה לפניו הר' מאיר צבע הנז' וא"ל מסעוד זה אחד מהם אז הלך עמו המשרת הנז' וחפש חיפוש מחיפוש ולא מצא בורית גילה המשרת את פי חבית א' ומצאה מלאה שמן זית ולקח ממנה שמן מחיר שנים ועשרים אוקיות ומחצית האוקיא והלך להאשריף הנז' וא"ל ידוע תדע כי עשר אוקיות אני אתנם לך ועשר אוקיות האחרות יתנום בעלי חצרי הבורית, סוף דבר עלה וירד הר"מ הנז' לקחת מיד האלשריף העשר אוקיות ולא עלה בידו, וכעת תבע הר"מ הנז' ליחידי עם סגולה הנז' לאמר שעל כל הק"ק רמי הסך הנז' לתתו יען שבשליחותם הפסד ואלולא שליחותם לא היה נראה לעיני העמים והוה מוקים קרא בנפשיה חבי כמעט וכו' זאת ועוד שהדברים מוכיחים שמאחר שלא נתנו לו דורון כמו שנתנו לאחיו לכך לקח ממנו וא"כ כל הקהל חייבים לו יען שבגללם נתפס דהא בר מתא אבר מתא וכו' ובה שעתא תבע בעלי החצרות הנז' לקיים מאמר האלשריף ויחידי הקהל השיבו דמזלו גרם ונתפס במצודה ואין לו לתובעם אפי' היה נתפס בעבורם, ובעלי החצרות טענו דלא מפי האלשריף הם חיין ואינו אלא דוחהו ובתחלה רצונו לפשר ביניהם ולא רצו ואמרו להעמיד הדבר ע"פ הדין, ופסקתי ביניהם שהק"ק ישצ"ו גם לרבות בעלי החצרות פטורים מהא דכתב מר"ן בחומ"ש סי' קכ"ח סעיף ב' מי שנתפס בעד חבירו וכו' אין חבירו חייב לשלם וכו' ואפי' החולקים שם בהגה בפורע חוב לכותי הכא מודו כדכתב הסמ"ע שם סק"ו ושנאה מר"ן ג"כ סי' שפ"ח ס"ו, ומ"ש שבשליחותם הוזק מהא נמי פטורים מהא דכתב מר"ן שם קפ"ח מי שהגיע לו הזיק בממונו מחמת שלוחו או שהעלילו עליו וכו', ומ"ש שיתנו בעלי החצרות ודאי אחר דלאו מלכא הוא ולאו שר שליט בעיר אינם חייבים לקיים גזירתו ואין להאריך, הנראה לקצ"ד כתבתי וצור ישראל יצילני משגיאה כי דעת ממני פליאה.

הצעיר יהושע בן לא"א אהרן אבן זכרי ס"ט

טרח בכדי ויעש בריחי'ם לשלמ'י צבור מההיא דנתפס על חבירו שהביא מר"ן בסימן קכ"ח סעיף ב' ולא דמיא אפי' כאוכלא לדנא וחוששני לזה שאין מוח בקדקדו דמה ראה על ככה ומה הגיע אליו דחשיב ליה נתפס על הצבור כאלו מקרה קרהו ונתפס בעדם והלא המה הכריחוהו ושלחו אותו לפקח עליהם לפני אותם אריות וגוריהם שהשעה משחקת להם שקולים הם ויבואו שניהם והאחד מהם חותן המלך ול"ו רבות במחיריהם. והנה עמא דבר לשלוח לפני חורים וסגנים כיוצא בהם איש אחד איש אחד להשלים מאוים ולהיות נדרש לכל חפציהם והוא עומד עליהם ויש לו דין צבור לפניהם ומה שרוצים לתבוע מהצבור תובעים מזה העומד בחריקייהו כמוהו כמוהם אדעתא דהכי שולחים אותו לעיניהם וא"כ בנדון דידן שהלך בשליחותם עם פקיד החדש לתועלת הכולל לאברוחי אותם אריות מעליהם במנחה ההולכת לפני הגדול שבהם, וירא האחד ויצר לו כי הוא יצא נקי מנכסיהם, שאל חלקו וארוחתו בפיו ויתנכל אליהם לאמר תיתי חדא מתרתי בורית או שמן זית איזה מהם ויש לו דין קדימה לבורית ואמטו להכי שלח משרתו עמהם, לחפש כליהם, ויחפש ולא מצא את הבורית, ויקח לו את השמן הנמצא בבית הר"מ הנז', בלא כסף ובלא מחיר, כאשר גילה סופו על תחלתו סר ש'לם מעליהם, ואחר שכן מה מקום לט'פלה זו דחשיב ליה נתפס על הצבור, והוא לבדו ישא טרחיהם ומשאיהם. על כן יאמרו המושלים במשל הדיוט ישט'ח וויג'רם.

והנה עיקרא דהאי מלתא ומוצאיה ומובאיה מההיא דפורע חובו של חבירו שהביא מר"ן בריש הסי' ומקור הדין ומוצאו בפ' ב' דייני גזירות דף ק"ז וק"ח ובפ' אין בין המודר ד' ל"ג והתם בנדרים חשיב ליה מבריח ארי מנכסי חבירו יע"ש ובההיא דהמבריח ארי קי"ל בפ' הכונס ד' נ"ח דדוקא מדעתו ולא שהכריחוהו חביריו, דהכי איתא התם אמתני' דנפלה לגינה ונהנית משלמת מה שנהנית ואמר רב בנחבטה [כגון שהציליה העשבים שתחתיה שלא הוזקה] ומסיק שם דל"מ קאמר, לא מבעיא אכלה דמשלמת מה שנהנית אבל נחבטה אימא האי בעל השדה מבריח ארי מנכסי חבירו הוא שהציל את הבהמה שלא תחבט בקרקע ומה שנהנית נמי לא משלמת, קמ"ל. ואימא ה"נ מבריח ארי מנכסי חבירו מדעתו, האי לאו מדעתו, א"נ מבריח ארי מנכסי חבירו לית ליה פסידא האי אית ליה פסידא, והקשו התוס' והרא"ש מההיא דחשבינן בפ' אין בין המודר ד' ל"ג פורע חובו של חבירו מבריח ארי אע"ג דאית ליה פסידא, והכא אמרינן דמבריח ארי הוא דלית ליה פסידא, ופירשו דהני תרי לשני מישך שייכי אהדדי דמדעתו אע"ג דאית ליה פסידא חשיב מבריח ארי, א"נ לית ליה פסידא אע"ג דהוי שלא מדעתו אלא חבירו מכריחו להבריח ארי מעדרו חשיב נמי מבריח ארי, והיכא דאיכא תרתי שלא מדעתו

ואית ליה פסידא לא חשיב מבריח ארי ומשלמין לו מה שהפסיד ע"ש, הרי בהדיא דהיכא דהבריח ארי שלא מדעתו ואית ליה פסידא משלמין לו, ולכאורה יש להקשות על זה מההיא דנתפס על חבירו שהביא מר"ן בס' ב' והם דברי הירושלמי אמתניתין דפ' שני דייני גזירות והביאו הרא"ש שם להלכה וז"ל הירושלמי דאמר ריב"ל אין לך נתפס על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנונא ובגולגולתא יע"ש, ואיירי בראובן שהיה חייב מעות לגוי ואנס הגוי את שמעון עד שפרעם בשביל ראובן, אין ראובן חייב לשלם לשמעון מה שלקח ממנו האנס בשבילו. אלא א"כ היה החוב שהיה לאנס על ראובן מן המס שזהו לשון הטור בסי' שפ"ח יע"ש, הרי דשלא מדעתו הבריח ארי מנכסי חבירו שפרע בשבילו והיינו אית ליה פסידא וקאמר דאין ראובן חייב לשלם, וכד דייקינן שפיר נראה דאין כאן קושיא, דלכך דקדקו בלשונם התו' והרא"ש וכתבו דשלא מדעתו היינו שחבירו מכריחו להבריח ארי מעדרו, נלמד מדבריהם דדוקא כשבעל העדר עצמו מכריחו להבריח ארי מעדרו הוא דאמרינן דבהיכא דאית ליה פסידא משלם לו בעל העדר, משא"כ התם שהגוי אנסו לפרוע החוב בשביל ראובן וראובן לא אמר ליה ולא מידי יש לנו לומר זה הוא לשון הסמ"ע בסי' שפ"ח ס"ק י"ז דרוע מזלו גרים ליה שיהא נתפס עבורו אף שנפטר חבירו ע"י כך מחובו יכול לומר מפייס הוינא ליה עד דפוטריני בלא דמים, וכמ"ש מר"ן בריש סי' קכ"ח בההיא דפורע חובו יע"ש, וא"כ בנ"ד שהקהל שהם בעלי העדר הכריחוהו ושלחו אותו לאברוחי ארי מעדרם ואית ליה פסידא משלמין ליה מה שהפסיד, ומה גם למ"ש התוס' והרא"ש שם דהא דפטרינן בעל העדר כשזה מבריח לו ארי מעדרו היינו כשאין הדבר ברור שיבוא לידי הפסד, כגון שהארי רחוק ואין ידוע אם יבוא 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 ממונו והציל הכל יפרע לו בעל הנכסים. וכו' ופורע חובו נמי לאו מידי יהיב ליה אלא מצילו מצער בעלמא וכו' כדמפרש טעמא בירושלמי מפייס הוינא ליה ומחיל לי עכ"ל יע"ש.

וא"כ בנ"ד שהדבר ברור וקרוב לודאי שיבואו לידי הפסד אם לא היו מקדמים פני שניהם חותן המלך ואחיו הנז' ברצי כסף והלך איזה יחיד מהצבור בשבילם להבריחם מעליהם אפי' בלתי רשותם משלמין לו וכ"ש הכא שהלך ברשות.

ועוד איכא טעמא לחייבם לשלם להר"מ הנז' אפי' אם הלך מדעתו בלי רשותם ולא חשיב מבריח ארי כיון שהוא מהמיוחדים שבעדר שעל פיהם יסעו וע"פ יחנו כל עם הקהל הו"ל כאפוטרופוס וממונה דלית דין ולית דיין דמשלמין לו, וכדכתב הרשב"א בתשובה הביאה מר"ן ב"י בסי' קס"ג ובסי' קכ"ח וז"ל ואינו יכול לפטור עצמו מדין מבריח ארי

מנכסי חבירו לפי שהפרנסים כאפוטרופוסים או ממונים הם עכ"ל, והביאה מור"ם בהגה בסי' קכ"ח יע"ש, ועוד דכיון דכל עם הקהל חשיבי כשותפים בעניינים אלו וכיוצא בהם [וזהו הטעם דבארנונא וגולגולתא חייב לשלם לו משום דהם כשותפים ודו"ק] אם עמד א' והוציא הוצאות לאברוחי ארי מעליהם פשיטא דמשלמים לו וכדכתב מר"ן בשם תשובת הרשב"א שם וז"ל נאמני הקהל לוו מגוי אלף דינרים והגוי משכן בהמות היהודים ובעלי הבהמות פחדו שלא ימותו ופדו אותם והקהל טוענים שאינם חייבין לשלם. תשובה אין זה כפורע חובו של חבירו שזה מוכרח לפרוע מחמתו ומחמת כל הקהל דכשותפים הם ומחמת כלם לוו וכלם חייבים לשלם, עכ"ל, הרי דאע"ג דנתפסו ונתמשכנו בעלי הבהמות ופרעו בשביל הקהל לא איבדו מעותם מטעם דחשיבי כשותפים.

וא"כ בנ"ד אף אי הוה חשבינן ליה כדין נתפס על חבירו כיון שהוא כשותף עמהם ופרע בשבילם לא איבד מעותיו אפי' אם היה פורע לרצונו וכ"ש היכא דנתפס כדמשמע מלשון התשובה הנז' דמיירי כשהגוי משכן בהמות היהודים שאינם מנאמני הקהל שלוו ממנו דאלולי לא משכן הבהמות לא היו פורעים מדעתם ובר מן דין אפי' אם היה הר"מ הנז' חייב בדין יש לנו לפוטרו מטעם שאם אתה אומר כן אין דורש ואין מבקש בצרכי צבור ודמיא להיא דכתב מר"ן בסי' ש"פ ס"ג במי שרדף אחר הרודף להציל את הנרדף ושיבר כלים בין של רודף בין של כל אדם דפטור כדי שלא יבואו לימנע מלהציל את הנרדף הגם שהיה חייב בדין ומזה מצא מקום פטור הרב מטה אהרן בסי' קי"ח לנדון קרוב לזה יע"ש, וכן מצינו לרבותינו בעלי התוס' בפ' ב' דייני גזירות דף ק"ז וק"ח בד"ה חנן אומר וכו' שכתבו בהיא והביאה מר"ן בסי' ש"פ סעיף א' דרועה שקדם ברועים ובמקלות בשכר דחוזר ונוטל שכר מב"ה דאע"ג דאברוחי ארי בעלמא הוא ומן הדין היה פטור ב"ה והרועה איבד מעותיו אפ"ה חייבוהו לב"ה לשלם לו כדי שיעסוק להבריח את הארי ותקנת חכמים היא יע"ש. וכ"ש הכא בנ"ד דיש לפוטרו משום דאיכא תרתי כדי שיעסוק להבריח ארי ועוד מטעם שאם אתה אומר כן נמצאת מכשילן לעתיד לבוא ואין לך אדם שיעסוק עם הצבור לתועלת הכולל ולאו כרוכלא אנא דליחשוב וליזיל כל חלקי הסותר ראיותיו כי כבר מתוך מ"ש יראה כי המה כרעו ונפלו ונמסו כהמס דונג מפני אש דלאו נתפס על חבירו מקרי ולאו שליח שהוזק מחמת השליחות מקרי ובההיא דשליח שהוזק מחמת השליחות נראה דוקא כשהגיעו ההיזק ממקום אחר אלא שהשליחות גרמא לו ראית פנים שנראה בעליל והעלילו עליו ממקום אחר, אבל אם היתה העלילה בגוף השליחות עצמה כי הכא פשיטא דחייב המשלח, ומהתימה על היחידים העומדים על הפקודים איך נועצו לב יחדיו לנעול דלת בפני העוסקים עם הצבור ואם מנהיגן של

אלו הוא רעיא חגירא למה יהיו הם כעזי רהטן, ומה גם בזמן הזה שהיו שריה כאילים ראשו של זה בצד זנבו של זה ואין דורש ומבקש בצרכי צבור.

והאדם יראה לעינים שלא בא אלא לספר אלא מעשה שהיה, ועכ"ז אי הואי מילתא שנראית בעיניו נגד ראיותיו שהביא בעודה בכפו יבלענה, יכחדנה תחת לשונו ולא הוצרכנו להביא השמטותיו דאפי' לפי דבריו זכאי הר"מ בדינו כאמור, ובההוא פרט שאמר האלשריף שבעלי חצרות הבורית יתנו וכו' אין צריך להאריך בו כי נודע הדבר שלא מעצמו אמרה אלא ע"י בקשת הזולת, ולראית האמת לבל תהא נעדרת חתמתי שנת ישלם לבעליו לפ"ק

אברהם **(הוא תלמיד אחד מתלמידי הגאון המחבר זצוק"ל.)** בן לא"א יעקב אציני ס"ט

הדברים מוכיחים שהשמן שנטל הגוי ממאיר צבע הוא חליפי ותמורת התשורה שהיתה ראויה לו ממנו מכללות הצבור והם פשעו ממה שהקבילו פני אחד מהשנים היושבים במסיבה אחת שזה פשיעה רבתי וחסרון גדול להאחר אשר לא הקבילו פניו בתשורה כמו שהקבילו פני האחיו אשר לא כדת מנימוסי המלכות וכדי שלא יהיה שואל חלקו בפיו עשה דרך כבוד ודרך תחבולה עד שלקח משלוחם הסך השמן בעד התשורה הראויה לו מכללות הצבור, ולכן חייבים הצבור לפרוע למאיר הנז' מה שנטל ממנו הגוי בעד התשורה הראויה ורמיא עליהם, וא"כ זה הר' יהושע שהביא ראיה מס"ב דסי' קכ"ח מי שנתפס על חבירו וכו' אין חבירו חייב לשלם לו פקח שבהם אומר לו שטיא שפיל לסיפיה דדינא אין לך מי שנתפס על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם חוץ וכו' או הנתפס על התשורה וכו' ע"כ שהרי ברור הדבר לפקחים שבגלל התשורה לקח ממנו מה שלקח, וזה שכתבנו אינו לשיטתו דאחשיביה לנדון זה נתפס על חבירו, ולכך כתבנו אפי' לשיטותו צריכים הצבור לפרוע למאיר הנז' משל צבור אבל לקושטא דמילתא דמיונא כאריה דמאחר דבשליחותם הלך והם פשעו במה שלא נתנו לו שתי תשורות שע"י כך הטילו קנאה ותחרות ולא נח רוגזיה עד שנטל ממאיר מה שנטל נמצא דע"י הוזק דלא הוו אלא גירי דידהו וחייבים לשלם לו היזקו והפסדו מדינא דגרמי וההיא דסי' קכ"ח ס"ב אין לה דמיון ושייכות לנדון זה דהתם לא היה ההיזק נמשך מחמת פשיעת המשלח דלא נמשך לו ההיזק אלא מחמת השליחות ושכן מבואר להדיא בב"י בשם תשובת הרמב"ן דלא היה היזק נמשך מחמת פשיעת המשלח אלא מחמת השליחות והוא דפטור ושכן דקדוק הדין שכתב וז"ל מחמת שליחות שולחו ע"כ דאלו מחמת פשיעת שולחו כנ"ד חייב, ומה שכתב הר' יהושע דבסי' קפ"ח כתב מר"ן מי שהגיע לו היזק מחמת שולחו זה שקר ואינו אלא טועה מחסרון ידיעה שאינה ניכרת לו לגודל חשבון ערכו

בעיניו וכמדומה שרצה להגיה דברי מר"ן לרוב חסרון ידיעתו ולגודל גבהות לבו בעיניו שהרי לשון מר"ן הוא מחמת שליחות שולחו, ומה גם דנתפס על חבירו ופורע חובו של חבירו דאין חבירו חייב לשלם לו, ומשום טעמא דמבריח ארי מנכסי חבירו אינו אלא משום דלא הוי מדעת הבעלים אבל אי הוה מדעת הבעלים השתא דאית ליה פסידא חייב לשלם לו דחשיב ליה למאיר הנז' מדעת בעלים, אם משום שבהסכמתם הלך ואם משום שהוא מיחידי הקהל ומזט"ה וכמו שהוכיח כל זה בראיות ברורות החכם כהה"ר ישועה נר"ו בכתבו בפנים שהחתים עליו אחד מהתלמידים, ואין צורך לכפול האמור יע"ש שכל דבריו כנים ואמתיים יפה אמר יפה דבר ויפה דן, שחייבים הקהל שלהם לפרוע למאיר כל הפסידו ודבריו של הר' יהושע מהבל ימעטו, ולית בהו ממשא לא הוזקקנו לחתום פה אלא להציל עשוק ושלא תהיה האמת נעדרת ולראיה ח"פ בשבט משנת ואיש תבונות יחרי"ש לפ"ק בפאם יע"א:

שמואל שאול אבן דנאן ס"ט רפאל עובר אבן צור ס"ט אליהו הצרפתי ס"ט

בתלת הוינא כד אסהיד קדמנא הי' מסעוד אלקובי בתע"ג והגיד שהוא היה נגיד בעיר הלזו קצת:

חדשים משנה שעברה ובאותו זמן בא לעיר הלזו האלשריף מולאי למאמון עז"א ואחיו מו' רשיד עז"א וביום בואם לעת ערב הוליך האלשריף הנז' ולאחיו הנז' תשורה כמנהג, תרנגולים. ולעת הבקר אור הוליך עוד הוא והר' מאיר צבע והי' מסעוד ן' חיון סך מעות למולאי למאמון הנז' תשורה מפני שנעשה חתן המלך יר"ה ובגמרם נתינת התשורה אמר גוי א' למולאי רשיד הנז' אדוני קנה לי בורית משא בהמתי ואז אמר מולאי רשיד למסעוד הנז' דרוש נא לי ככר בורית שאקנהו א"ל מסעוד הנז' הבורית אינינו מצוי בעיר הלזו א"ל מולאי רשיד הנז' הנה משרתי ילך עמך לחפש חצירי הבורית ואם לא מצא אז כי האמת אתך ואז הלכו כל אחד לדרכי, והר' מאיר הנז' שב למקומו והלך לו לעצמו, ומסעוד אלקובי הנז' נשאר עומד עם המשרת הנז' ואז דחקו המשרת הנז' ויאמר לו קיים גזירת האלשריף ולך נא הראיני את מבוא החצירות הנז', עודם עסוקים והנה הר' מאיר הנז' עובר לפניהם פצה פיו מסעוד הנז' וא"ל זה אחד מבעלי החצירות והלך המשרת עם הר' מאיר הנז' לחפש הבורית ובאותה הליכה לקח המשרת הנז' שמן שעליו מדיינים הק"ק עם הר' מאיר הנז' ע"כ סתם עדותו וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בסיון שנת כשח"ר נכון מוצאו והכל קיים.

עוד בתלת הוינא כד אסהיד קדמנא הי' מסעוד ן' חיון בתע"ג והגיד ככל האמור לעיל בלי תו"מ וברר בעדותו שהר' מאיר הנז'. הלך למקומו ובשעה שעבר עליהם שחזר היה

הולך לחצר הבורית שלו ומפתחות החצר הנז' בידו, ע"כ סתם עדותו וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בחדש הנז' שנה הנז' והכל שריר ובריר וקיים.

מסעוד בר מכלוף ה"ן הרוש שלום ן' מאמאן

האמת דפורע חוב חבירו מדעת חבירו דחייב חבירו לפורעו, וכ"מ מל' רש"י ז"ל שהביאו מר"ן בב"י ריש סי' קכ"ח וז"ל וה"ה נמי לכל חוב שעליו ועמד חבירו ופרעו, וזה לא אמר לו הלויני אינו חייב לו כלום, וכן הוא שם בלשון הרי"פ ז"ל רבא בר ממל הפורע שט"ח של חבירו שלא מדעתו, וכן הוא לשון הרמב"ם ז"ל פכ"ו ממלוה ולוה ז"ל הפורע שטר חובו של חבירו שלא מדעתו, וכן מפורש באר הטב במהר"ם מטראני סי' רכ"א הובאו דבריו בכה"ג בהגהות הטור אות י"ב סי' קכ"ח ז"ל דוקא שפרעו שלא מדעתו הלוה פטור, אבל מדעת הלוה חייב. ואפי' אם פרע שלא מדעתו כתב מהרי"ו סי' קס"ו ז"ל ואל תשיביני שמקצת רבותינו פסקו הפורע חוב חבירו דפטור מלשלם לו היינו משום שלא היה ביד הפורע כלום משל הלוה מסתמא אמרו רבותינו דדעתו לפוטרו. אבל הכא בנ"ד כיון שהיה ביד לאה משל רחל סתמא דמלתא דדעתה לפרוע ממה שבידה ממון רחל, והביא דבריו אלו מור"ם בהגה קכ"ח וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק ה' וכ"כ הרב בכה"ג סי' הנז' אות ד' והביא סברת כמה פוסקים שהניחו יד הסכמתם על סברא זו. והביא גם. סברת מר"ן שהביא הסמ"ע שם דסי' ק"ה ע"ש.

וגדולה מזו מצינו שכתב הרשד"ם בא"ה סי' ל"ו הובאו דבריו בכה"ג סי' הנז' אות יו"ד ז"ל אם פרע חוב חבירו בפניו איפשר שחייב לשלם.

כ"ש וק"ו היכא שהכריחו חבירו לפרוע בעדו דודאי חייב לשלם דהא ברשותיה קא עבוד ובשליחותיה קא עסיק, וכ"מ בתשובה להרא"ש ז"ל כלל ע"ד ה' הביאה מר"ן בביתו סי' ע"ז מחו' ב' ז"ל שנים שלוו ונעשו אחראין וערבנין והא' פרע כל החוב ונתן המלוה השטר ביד הפורע אם נאמר שהפסיד מעותיו כדין כל הפורע שט"ח של חבירו, תשובה הא מילתא דפשיטא היא כיון שמן הדין יכול המלוה לגבות ממנו כל חובו שחבירו חייב לפרוע לו חלקו, דהא דאמרינן הפורע חובו של חבירו הפסיד מעותיו היינו היכא דמדעתו קם ופרע ולא היה מוכרח לכך דהוי כמו מבריח ארי וכו' עכ"ל, וכ"נ מתשובת מהריט"ץ סי' ק"ן עש"ד, הרי מבואר דהיכא דפרע מדעתו או אם היה בידו משלו או שהוכרח דחייב לשלם.

כ"ש וק"ו היכא דנקבצו נאספו נתחברו דהוכרח ומדעתו מי הוא זה ואיזהו אשר ימלאנו לבו לומר דפטור. אלא בנד"ד נעדרו נעתמו ספו תמו כל הדרכים הללו ואין אחת מהם בנ"ד. דהרי מאיר הנז' לא היה עוסק עדיין בשליחותם וכבר נפסקה השליחות והלך לו

הי' מאיר הנז' למקומו ככתוב בקב"ע הנ"ב וא"כ מהיכא תיתי לחייב הקהל אחרי שכבר שב למקומו, ואפי' אם היה כדברו שהכריחוהו הקהל ישצ"ו ומדעתם הלך הרי נפסקה השליחות וחזר למקומו ככתוב בפנים (נ"ב כיון שהגיד בפסקו הא' הנה משרתי ילך עמכם בלשון רבים אז הלך וכו'. והיה לפניו הר"מ הנז' וכו' היאך חוזר ומגיד שנפסקה השליחות ואם נפסקה השליחות למה דן בו דין מי שהגיע לו היזק מחמת שולחו יע"ש].

ועתה אביא להשיב על דברי המשיג עלי אשר לא כדת והטיח עלי על לא חמס בכפי לא כן אנכי עמדי חלילה לי להשיב דברים קשים, ומדברי העדים יתברר האמת ואם הכחדתי שום דבר תחת לשוני הלא דברי העדים כתובים ומהם יתודע האמת והצדק.

והנה במ"ש שנפסקה השליחות והלך לו הדין ברור שהדין עם הקהל ישצ"ו ופטורים הם אלא שרציתי לחזור על כל הצדדין שכתב. הנה מ"ש דהיכא שהיה הדבר ברור שיבואו לידי הפסד וכו' והלך איזה יחיד וכו' האמת והצדק אלו היה כדבר האמור דהיה בריא היזקא וכל רואיו יכירוהו והלך איזה יחיד מדעתו כ"ש שהוכרח לכך ודאי דלאו זו דמשלמין לו אלא אף זו שמחזיקין לו טובה ולא מקרי פורע חוב חבירו כדכת' הגמ"י בפ"ג מנזקי ממון ז"ל ולפ"ז הפודה שבויים אפי' שלא מדעתם כגון שאין יכול לבוא אליהם ולשאול להם אם יש לפדותם חוזר וגובה מהם ולא חשיב מבריח ארי כיון דבריא היזיקא, וכ"נ ממ"ש בפ"ח מחובל ומזיק ז"ל יש מדקדקין מכאן דפודה חבירו וכו' מיד שבאין וזה לא בקש ממנו דהניח מעותיו על קה"ץ והרב אמר דוקא עמד ופרנס וכו' אלא ש"מ דלא שייך אלא בב"ח ולא בגזלן דוחק כי אינו מתפייס [ברצי כסף] בפטומי מילי כי אם ברצי כסף [היינו בריא היזקא] וכ"נ מתשו' מהר"ם סיי"ז והביאה הש"ך קכ"ח ס"ק ז"ל ואותם שאומרים ששמעון לא יתן כלום מדמי פדיונו דדמי לפורע חובו של חבירו ומבריח ארי וכו' הא ליתא דמבריח ארי לא שייך אלא היכא דמצילו מהצער ולא מן ההפסד אבל היכא שהצילו מן ההפסד [היינו היכא דבריא היזקא כנדון דידיה דפדה שבוי מדעתו ולא נתפס] לא הוי מבריח ארי ומשלם לו עש"ד וכ"כ מהר"י וייל ז"ל סי' קמ"ח על מי שפדה אשת חבירו והבעל לא רצה לתת פדיון כי טען שפדה שלא ברשות ועוד דפדה ביותר מהראוי והאריך להשיב דחייב לשלם ובסי' קמ"ט האריך לחזק דבריו במסמרות תקועים ואדרבא ראוי להחזיק לו טובה. וכ"פ מור"ם בי"ד ס"ס רנ"ב וכנה"ג בקא"ח בב"י אות ל"ו כתב דעת קצת פוסקים דסבירא להו כן יעש"ד.

ואדרבא אם היה כדבריו חיובא רמי עליה היכא דראה חבירו רדוף להצילו דגרסי' פ' בן סורר דף ע"ג ע"א ז"ל מנין לרואה את חבירו שהוא טובע בנהר וכו' או ליסטים באין עליו שהוא חייב להצילו ת"ל והשיבותו לו וכו' אי מהתם הו"א ה"מ בנפשו אבל מיטרח

ומיגר אגורי לא קמ"ל והביאה הרי"פ ז"ל והרא"ש כתב ז"ל והניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא דאין אדם מחוייב להציל נפש חבירו בממונו היכא דאית ליה ממונא לניצול כדאמר לקמן נרדף ששבר את הכלים וכו' של כל אדם חייב ואם היה מחוייב להציל את הנרדף בממונו א"כ יפטר משבירת הכלים שהרי ממון חבירו מחוייב להציל וכו', ורבינו בעל הטורים כתבה לפסק הלכה סי' תכ"ו ומרן אסברה שם בביתו וכתבה בשולחנו הטהור לפסק הלכה אלא דהשמיטו ההיא דהניצול חייב לפרוע וכו' והסמ"ע שם ס"ק א' תמה עליו ז"ל ומהתימא שהשמיטו המחבר ומורם והש"ך שם כתב דכתבו מורם בי"ד רנ"ג, ומהרי"ו בתשו' הנז' דסי' קמ"ח וקמ"ט הביא בריתא זו ודברי האשרי עליה.

הרי הדבר ברור דהיכא שהיה ההפסד ברור והלך איזה יחיד מדעתו כ"ש שהוכרח מאת חבירו דמה שעשה עשוי ולא ישלם מביתו ויישר חיליה וחיובא רמי רחמנא עליה, אלא שבנ"ד לא היה ההפסד ברור ואי משום מה שכתבו הרבנים מאורי הגולה דמנימוסי המלכות צריכים תשורה לשניהם, זה הוא במקום שלא נתנו להם תשורה כוללת לשניהם משא"כ דהתשורה הנוהגת לתת להאלשרפא עז"א [נ"ב זה שקר גמור שהתרנגולים מוליכין אותן לכל שהוא שרי'ף תיכף לביאתו לצורך מאכלו וביום מוליכין לו תשורה לראוי לתשורה] היא התרנגולים הרי הוליכום מבערב ככתוב במסכת עדויות ותשורת המעות אינה אלא מפני שנעשה חותן המלך יר"ה ככתוב שם בק"ע.

עוד כתב שהוא מהמיוחדים שבעדר וכו' הו"ל כאפוטרופוס וממונה וכו' כדכתב הרשב"א וכו' הביאה מר"ן וכו' קכ"ח וקס"ג ואינו יכול לפטור עצמו מדין מבריח ארי וכו' לפי שהפרנסים כאפוטרופוסים וממונים הם עכ"ל, תמהתי עליו איך בלע בנעימה התשובה דכתב מרן בשם הרשב"א ז"ל למעלה מזו ז"ל אי נמי בשעשו אותה הוצאה זט"ה ולא שיהיו אותם חשובי הקהל לבד אלא שמינו אותם בני העיר סתם על עסקי צבור כמו שמפורש בירוש' פ' בני העיר עכ"ל, ולישנא דההיא תשובה קרי בחיל ואמר לפי שהפרנסים כאפוטרופוסים הרי לך דקאמר פרנסים ור"ל שנתמנו מהצבור כאותה שאמרו פרנס שנתמנה על הצבור כ"ש שהתשו' הכתובה בסי' קכ"ח כתב הכנה"ג בהגהת ב"י אות ח' שהיא בהרשב"א בסי' תרמ"ד ושם בסי' תרמ"ד מבואר ז"ל שנשאל על מי שפטרו המלך בחותמו ממסים שאם עשו הקהל הוצאה בצרכי צבור וכו' והוא טוען שהוא פטור דהוא כמבריח ארי מנכסי' ובתשובתו ז"ל ז"ל וכן אינן יכולין ליפטר מדין מבריח ארי מנכסי חבירו ופורע חובו של חבירו דבכלל דברים אלו כצבור הן והרי הן כשאר בני העיר ואין יכולין לומר לפרנסי הקהל אין אנו חייבין מפני שאתם מבריחין ארי מנכסינו אתם פרעתם חובינו לפי שהפרנסין ממונין וכאפוטרופוסים הם:

[כ"כ כה"ג קכ"ח ל"א. כ"ז באחר אבל בממונה הקהל הו"ל כשליח וכאלו תבעו הבעלים מ"ץ כ"ב].

וכ"מ דבעינן נתמנו מהצבור ככתב מר"ן בב"י א"ח קנ"ג דף צ"ד ד"ה וכתב הר"ן וכו' והביא הירושלמי ז"ל ג' מב"ה כב"ה ז' מבני העיר כעיר במה הן קיימין אם בשקבלו עליהם אפי' אחד ואי בשלא קבלו עליהם אפי' כמה כי אנן קיימין בסתם וה"פ ג' מב"ה וכו' וכן ז' מבני העיר שמכרו רחוב וכו' דבכל הני מכירתן מכירה אלא דבעינן עלוייא ובתר הק' מה הן קיימין אם בשקבלו עליהם בני העיר כל מה שיעשו הז' במכר זה אפי' א' ואם בשלא קבלו עליהם כלל ממכרן בזה אפי' היו כמה שמכרו אין ממכרן מכר והעמידוה בסתם כלו' שהעמידו עליהם סתם ז' ט"ה לפקח על עסקי צבור הילכך אעפ"י שלא קבלו עליהם בפי' מכר דברים אלו אפ"ה ממכרן מכר וכ"נ מד"ה ובמרדכי וכו' וכ"נ ממ"ש המ"א שם ס"ק ל"ז [הרי מבואר דבעינן זט"ה שימני אותם לפקח]. וכ"נ ממ"ש בנימוקי מהרמ"ם ז"ל דין אם בררו טובי העיר מתחי' להנהיג קהלם בכל דבר ואפי' יחיד מה שעשה עשוי ויפתח וכו', ור"י בספרו בחלק אדם נתיב י"ד ח"ב הביא ירושלמי זה ופי' כפי' הנז' וז"ל והדין הוא כך אם העמידום על דבר ידוע מן הצבור אפי' א' כל מה שעשה עשוי וכו' ואם העמידום או מנום בסתם לפקח על כל ענייני הצבור או ע"ע אותו ב"ה וכו' אין וכו' ומה שיעשו קיים עד שיהיו ג' מב"ה או ז' מן הצבור ופחות וכו' אין יכולין למנותם בסתם וכו' כדאמרי' בירושלמי וכו' אלא אנן קיימין בסתם לפקח על כל ענייני הצבור וכ"כ דבריו אלו בקיצור בחלק א' מנתיב ג' ז"ל ופי' וז' ט"ה מיירי שנתנו להם רשות הקהל בסתם על עסקי הקהל:

גם הרב מהר"י אלדרבי ז"ל סי' ס"ג האריך בענין זט"ה לענין המסים והביא ירושלמי זה עש"ד, וכ"נ ממ"ש הטור ס"ב ז"ל ש"מ דקנסינן בכה"ג אפי' בח"ל ודוקא גדול הדור כמו ר"ן וכו' או טובי העיר שהמחום רבים עליהם והביאה מר"ן בשולחנו הטהור אלא שכתב במקום רבים ב"ד והסמ"ע אסברה שם ס"ק ט' דר"ל שהמחום הצבור לב"ד והרב כנה"ג כתב וז"ל או טובי שהמחום רבים עליהם ר"י ז"ל, ויראה שמפרש בב"ח ודוקא גדול הדור אעפ"י שלא המחוהו וכו' או טובי העיר שהמחום וכו' ואין כאן הכרח דדילמא קאי אתרויהו ע"ש. הרי מבואר דבעינן טובי העיר שנתמנו מהצבור וא"כ תשובת הרשב"א מיירי בדהמחום רבים עליהם כ"ש שהוא רמז לירושלמי זה ככתוב בתשו' הנז"ל א"כ בנדון דידן אפי' נימא כדבריו כן הוא מ"מ מינוי בעי' [משנה את הידוע שהוא א' מטובי העיר שעל ידם נעשה ונגמר כל ענייני הצבור ומנהג פשוט הוא בכל המקומות שמי

שנראה בעליל ורצוי לעסוק שולחים היחידים שבעיר להושיבו עמהם בכל קיבוץ שיהיה וזהו מנויו] וכ"ת ששליחותו היא מינויו הרי נפסקה ככתוב בקב"ע והרי עבר ממינויו. **ואפי'** נאמר דאין צריך מינוי או דשליחותו שלא מפי בני העיר כולם או רובם היא מינויו [ובשליחות היה עוסק] אפ"ה אין מתשו' הרשב"א ז"ל שום ראיה כלל ואדרבה משם נראה לחייבו דהרשב"א ז"ל מיירי היכא דהיו זט"ה ולמיעוט היו שם שנים דכך דייק לשונו הפרנסים ומיעוט רבים שנים ואפי' לסברת הרא"ם שהביא הבה"ט בא"ח קנ"ג ס"ק י"ח ז"ל זט"ה אינו ר"ל היותר חכמים שבעיר או היותר זקנים אלא היותר משתדלים בצרכי צבור הרי משתדלים קאמר. ואפי' הנבררים שנבררו מהקהל אם עשו מקצתם ולא כולן אין מעשיהם מעשה כדכתב מהר"י אלדרבי סי' נ"ד ע"ש דבעי שיהיו כולן א"כ בנ"ד נימא אפי' לדבריו דבשליחותן נתמנו שלשתן וא"כ מה שעשה הוא לבדו לאו כלום הוא ומ"ש ועוד דכל עם הקהל חשיבי כשותפים בעניינים אלו וכו' וכדכתב מר"ן וכו' ולצדדין קתני וזהו הטעם דבארנונא וכו' ודו"ק. טעם זה אין לו יסוד ועיקר כלל דהא כתב המ"מ בפ"ח בהלכות חובל ומזיק ז"ל מי שנתפס וכו' ירושלמי ריב"ל אין אדם נתפס על חבירו וחייב ליתן לו וכו' ופסק כריב"ל ונ"ל דטעם אלו מפני שמחוקי המלך למשכן מחמת דברים אלו איש על חבירו, וא"כ אינו בדין שיפסיד עכ"ל ומרן בב"י סי' קכ"ח הביא דברים אלו ככתבן וכלשונן ולא הוסיף ע"ז וא"כ לא מטעם שותפות נגעו בה אלא שמחוקי המלכות למשכן ע"ע אלו כנז'.

ומ"ש שהם שותפים בעניינים אלו וכו' הנה הרשב"א ז"ל עצמו כתב בתשובה הביאה מר"ן בחושן משפט ע"ב מחודש י"ג ז"ל כתב הרשב"א אמרת שנסתפקת במי שנתמשכן ע"י נאמני הקהל וכו' אם נחשוב הנאמן כש"ש תשובה הא פשי' שהקהל מיהא פטורים שהרי אין פורעי המס חייבין זה לזה כלום שנחשוב הקהל כממשכנים על חובם אלא כל יחיד ויחיד לפרוע לשלטון או לב"ח שלוה מחמתו, ובעלילה כתב סי' קס"ג תשובה הכתובה לעיל אח"כ נשתתפו הקהל גם לכל עניינים כאלו אפי' מה שבא על איש או אנשים ידועים מצד מלך או שר או הגמון ואפי' בטעות עלילה מה שלא ראינו שיתוף כזה באחד מהמקומות עכ"ל וכ"כ בתשו' מיימוני א' דס' קנין זה לשונו ע"ע יחיד עם הקהל וה"מ למסים הם שותפים אבל עלילות וארנוניות אינם שותפים בזה ואם השר מעליל על קצת הקהל שלא כדין לא יתנו אחרים וראיה וכו' והובאו תשו' אלו במהר"י אלדרבי סי' שי"ג עש"ד. היוצא מהמחובר דהרשב"א סובר שאין שותפות לקהל כ"ש בעלילות וא"ת מההיא תשובה שהובאה בסי' קכ"ח דנאמני הקהל דחשיב להו שותפין [ואין אנו יכולין לומר שחזר בו כא' מהן שהרי כתב הכנה"ג בסי' ע"ב אות ל"ד בהגהת

ב"י ז"ל כתב משה מלך וז"ל כתב הרשב"א אמרת שנסתפקת וכו' נ"ב תשובה זו אינה סותרת לתשובה שהביא הב"י בסי' קכ"ח כתב הרשב"א שאלת נאמני הקהל וכו'] אלא ודאי שאני התם דנאמני הקהל הם שלוו לצורך הקהל [ומיירי בשמינום הקהל כנז"ל] והרי כאלו לוו הקהל כלם בשותפות ואעפ"י שאין לקהל שותפות כלל שאני התם דנעשה ע"י נאמני הקהל.

ואפי' יהיה כדבריו שהם שותפים הרי כתב הכנה"ג סי' קכ"ח בהגהת הטור אות ט"ז ז"ל א"צ לשלם וכו' מסתמא זה הדין ג"כ בשותפין וכ"ש שהעלילו עליו ולקחו שלא כדין מהר"ם מינץ. אמר המאסף אבל הרא"ש בתשו' כלל ע"ד סי' ה' הביאה הב"י בסי' ע"ז מחו' ורמזה בסי' זה כתב דבשותפין שמתחי' נעשו אחראין וערבאין זל"ז אין דין הפורע חוב של חבירו אמור וצריך לשלם וכ"כ בסה"ת והרשד"ם סי' קע"ו ומהר"א ששון סי' קע"ב אמנם נראה מדברי הרא"ש דדוקא כשהוא חוב מן הדין אבל בעלילה שהעלילו עליו אם פרעו שלא מדעת חבירו אינו חייב לפרוע וכן דעת הרשב"א שהביא רב"י וכ"כ הרשד"ם קע"ו ועיין במהר"י אלדרבי סי' שכ"ד. וכ"כ בפשיטות בלי שום חולק סי' ע"ז אות ט"ל ז"ל הפורע בשביל חבירו ושותפו עלילה שהעלילו עליו אינו חייב לפרוע מהרשד"ם קע"ו וכ"מ במהר"י אלדרבי הנז' סי' שכ"ד הנז' שנשאל על ראובן ושמעון קנו מתוגר סכום צמר כו"ך ופרעו קצת ומת התוגר ובא בנו ותבע משמעון כל מעות הצמר ונתפשו וכו' ותבע ראובן משמעון חצי המעות והשיב ראובן אנו לא היינו חייבין אלא כו"ך ואם התוגר מעליל עליך או שהיה לך וכו' עם אביו והשיב הרב ז"ל שהדין עם ראובן ואינו חייב לשלם כי אם הסך שנשאר חייב באמת שהרי בגדולה מזו כתב הרמב"ם מי שנתפס בעד חבירו וכו' הרי לך שאפי' היתה התביעה על ראובן לבדו לא היה חייב ראובן לשלם לשמעון מה שהוציא בשבילו, כ"ש בנ"ד שהיתה התביעה על שמעון דפשיטא ופשי' שאין חייב ראובן כלל כלל לסייעו וכ"פ הטור סי' קכ"ח ושפ"ח ראובן חייב וכו' הרי שאפי' שהחוב שתובע האנס הוא אמת ותובעו בשביל ראובן מ"מ אינו חייב ראובן לפרוע לשמעון, כ"ש בנ"ד שהתביעה היא עלילה ולא תבע בשביל ראובן לא כ"ש שפטור ראובן מכללם עכ"ל והאריך שם עש"ד, הרי מבואר דאפי' בשותפין לא נאמר דין העלילה ואין ללמוד ממ"ש מהריט"ץ ז"ל סי' רנ"ה [ולומר, דס"ל דאף בשותף הדבר אמור] שנשאל על ראובן שלח לשמעון לקנות סחורה ביניהם וקנה הסחורה והניחה אצלו וכשנשמע הדבר במקום ראובן נתפס ראובן והעלילו עליו על מכס הסחורה וכו' ושמעון השיב אם העלילו עליך מזלך גרם והשיב הרב לכאורה נראה דשמעון פטור דהא נקטינן הנתפס על חבירו וכו' אמנם כד עיינינן שפיר נשכח דהיינו הנתפס על חבירו דאינו שותף אבל

אם הוא שותף חייב וכו' שהרי הרב כייל ותני וז"ל הרי הדבר מפורש דכל הפסד הנמשך מסחורת השותפות אעפ"י שלא נתפס אלא ראובן כיון שנתפס על עסקי השותפות הוי בין שניהם דלא פטר הרא"ש ז"ל אלא אם נשבה שהיא הפסיד גופו אבל הפסיד ממון השותפים חייבים גם שניהם וזה פשוט אין להאריך בראיות זהו בכל שני שותפים עכ"ל וא"כ לא דבר הרב אלא כשיש סחורות השות' כמבואר שם:

ומ"ש הרבנים ז"ל שפיל לסיפא דדינא אין לך מי שנתפס וכו' או הנתפס על התשורה, אחרי שאילת המחילה והסליחה מרבותינו הרי סיפא דסיפא שנותן כל איש למלך בעוברו עליהם הוא או חיילותיו ואם יחשבו אלו מחיילותיו צריכין לומר בגלל פ' ופ' וזה פי' שבעלי החצרות הם שיתנו, ומ"ש דרוצה אני להגיה חלילה לי כי מה אני שאכניס ראשי בין ההרים הרמים ופשטיה דקרא לא ידענא כ"ש להגיה ומי' שליחות נשמטה מתחת הקולמוס וכבר אדונינו דוד הע"ה אמר שגיאות מי יבין ומ"ש דבשליחות' הלך הרי נתבאר בק"ע שנפסקה שליחותו ומ"ש אני בתחי' בטענת הר"מ הנז' ז"ל יען שבשליחותם הפסיד ונולי שליחותם לא היה נראה לעיני העמים וכו' ר"ל אמ"ל הוא אלולי שליחותכם היה מתחבא כל היום כלו ולא יצא אפי' אחר שליחותם החוצה וע"י השליחות יצא ואעפ"י שבשעה שנתפס לא היה עוסק בשליחותם כמבו' בקב"ע ומ"ש שלקח בתורת תחבולה הרי כתוב בקב"ע שבהיותם עומדים שם בא אליו גוי וא"ל אדוני קנה לי משא בהמתי בורית, ומ"ש שהם חייבים מדינא דגרמי כבר מבואר דנפסקה השליחות והלך לו למקומו ואפי' אם נעשה לו זה והוא עדיין עסוק בשליחותם לא הוה בריא הזיקא כשהלך עמו ועיין מ"ש הסמ"ע ס"ק א' שפ"ו ותמצא דלא הוי נ"ד גרמי, אחלה את פני צורי יסייעני להיות כל ימי ושני מן הנעלבים ולא מן העולבים ויעמידני על האמת ויצילני משגיאות.

נאם הצעיר ע"ה ב"ה יהושע ל בלא"א אהרן אבן זכרי סיל"ט

ולענין העדים שהעידו הכתובים לעיל אעפ"י שהם מבני העיר ופורעי המס עיין ס"ס ל"ז ואין צורך להאריך.

גם אלה דברי הצעיר יהושע

נדרשתי לחוות דעתי בפס"ד הראשון שכתב ופסק החכם כהה"ר יהושע בן זכרי נר"ו ואחר שהשקפתי על דבריו ועל הראיות שהביא והעדויות שהועדו על ענין זה וסדר המעשה איך היה וגם על דברי כהה"ר ישועה בוטבול נר"ו החולק עליו ושלשה מב"ד שבפאם יע"א המסייעים לדברי כהה"ר יהושע הנז' ועמדתי על כל דבריהם החל וגמור ראיתי שדברי הה"ר יהושע הנז' צדקו יחדיו ויקש דבריו מדבריהם ולפי ענ"ד פטורים

הקהל ישצ"ו גם בעלי החצירות מתביעת ר' מאיר צבע הנז' מהשמן זית הנז' שנטל השרי"ף הנז' וכיון שהיא עלילה כמו שאבאר מזלו גרם וקי"ל דהקהל שותפים במסים וכו' ולא בעלילות ולכן אין אחד מהם נתפס על הקהל ואם נתפס הוא ישא משאו לבדו ומזלו גרם. ונדון זה אינו נכנס אפי' בגדר אין אדם נתפס על חבירו שהיא החלוקה הראשונה בסי' שפ"ח ו' וסי' קכ"ח ס"ב שז"ל ס"ב מי שנתפס על חבירו ולקחו גוים ממנו ממון בגלל חבירו אין חבירו חייב לשלם וכו' עכ"ל דהתם לקחו ממון בשביל חבירו אלא טעם הפיטור התם הוא משום שאינו מס הקצוב ולא תשורה וכו' אבל הוא כעלילה אבל בנ"ד מעולם לא נתפס כלל בשביל הקהל כדי שיכנס נ"ד זה בגדר נתפס על חבירו כדי לפוטרו בשביל שהיא עלילה שהרי סדר הענין כך היה שהוא הוליך התשורה עם שנים אחרים מהקהל וקבלה ולא אמר כלום על התשורה ונגמרה שליחותו כיון שקבל התשורה אלא שאח"ך רצה לחדש עלילה אחרת ונסתבך בככר של בורית שימכרו לו כדי למלאות משא בהמתו לחבירו ששאל אותה ובקש בקשה זו ממנו וע"ז השיבו הנגיד שאין הבורית מצוי כעת בעיר הלזו והשיבם הוא שילך חבירו לצ'ייאר אש'בון לחפש אחר הבורית הנז' אולי ימצא כלום והלך חבירו וחפש ולא מצא כלום ונגמרה העלילה השנית, ויהי בהיותם בדרך קודם חפשם פגעו את מאיר צבע שהוא א' מבעלי הצ'ייאר אש'בון ואמר הנגיד למשרת הנז' זה א' מבעלי הצ'ייאר אש'בון ועל היראה זו אין על הנגיד אשמה בדבר שהרי נאנס להורות והורה וכיון שלא נשא ונתן ביד פטור, אך אחר שהלכו וחפשו ולא מצאו בורית מצא המשרת שמן זית ונטלו זו היא עלילה שלישית ומזלו של מאיר גרם שמצא שמן זית במה להסתבך ואע"פ שאחר שנטלו השארי"ף הנז' אמר שיתנו בעלי חצירות די ש'בון להר' מאיר הנז' אפ"ה אינם חייבים לפרוע לו כלום ולא מפיו אנו חיין מאחר שאינו. לא שר ולא שופט בעיר שדינו כמלך כמו שכתב הרשב"א בתשו' הביאה הריב"ש בסי' רע"א וגם הרב בהגה בסי' רל"ו הביא דברים אלו ובאר הגולה שם בסי' הנז' הביא דברי הרב המגיד שכתב דוקא בדין החקוק ר"ל שהוא חקוק לכל ולא לא' לבדו שאם הוא חקוק לכל הוא דינא דמלכותא דינא, אבל אם אינו חקוק לכל הוא חמסנותא וכו', והוא מדברי הרמב"ם והעתיקו הרב מר"ן בסי' שס"ט ס"ח, באופן שאין הק"ק חייבים לשמוע ולקבל דבריו כיון שאינו מלך ולא שר ושלטון בעיר, לפי שהמלך יצא טבעו בעיר והסכימו עמו כל בני הארצות וכן ג"כ השר והשלטון, ואף גם זאת אפי' יהיה מלך או שר או שלטון בעיר בעינן דבר שיהיה חקוק לכל ולא לא' בלבד כדאמרן, ואלו השורפ'א אין להם לא דרך מלך ולא דין שר ושלטון וכו' לפי שאינם קבועים בעיר אלא מדי עברם דרך עראי הם שוללים ממון היהודים ולכך הם

באים לשלול שלל ולבוז בז מממון היהודים כדכתיב אכלי עמי אכלו לחם, באופן שכל מה שהם גוזלים ונוטלים יש לו דין עלילה בעלמא ובעלילות אין הקהל שותפים ולכן אין אדם נתפס על חבירו ודון מינה ומינה שהתשורה שמובילים להאלשורפ'א העוברים דרך ארצם אין לה דין תשורה הנז' בסי' קכ"ח ס"ב שאדם נתפס עליה שדינה כמס הקצוב דדוקא התשורה שמובילים למלך או לשופט העיר הקבוע או לחיילות שמוביל עמו המלך לכבוש את המקומות וכיוצא אבל התשורות של השורפ'א שאין להם לא דין מלך ולא דין שר ושופט וכיוצא אין לה אלא עלילה לבד ולכן אין אדם נתפס בהם על חבירו כלל, ומעתה נשאר לנו לבאר אם עלילה זו תקרי נמשכה מהשליחות או לאו, וכפי מה שאמרנו לעיל שכבר נגמרה השליחות משעה שנטל השארי'ף התשורה וקבלה ולא אמר כלום ואח"ך העליל על הבורית וגם היא נגמרה ואח"ך העליל על השמן זית א"כ עלילה זו לא נמשכה מהשליחות ואפילו מי שיתעקש ויאמר שנמשכה מהשליחות אפ"ה אין לו אפילו דין גרמא דפטור עליה אלא היא דין גרמא דגרמא ועוד אפי' יהיה במציאות קיים שנמשכה מהשליחות פטור עליה, ואתאן למה שפ' מר"ן בסס"י קפ"ח וז"ל מי שהגיע לו היזק בממונו מחמת שליחות שולחו או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון אין המשלח חייב לשלם לו נזקו עכ"ל, הרי דסברת הרב בין אם בא לו ההיזק מחמת שליחות שולחו בין אם בא לו ההיזק מחמת השליחות פטור המשלח הנז' אבל הרב המבי"ט בסי' קכ"ג חולק ע"ז ומחלק ואומר דדוקא אם בא לו ההיזק מחמת השליחות הוא פטור אבל אם בא לו ההיזק מחמת שולחו הוא דחייב שכן כתב וז"ל דהיינו שהגיע לו ההיזק מחמת השליחות לא מחמת השולח עצמו שהוא חייב להם דבר או שהעלילו עליו דבר ותבעוהו מזה שהוא שלוחו שזה ודאי חייב המשלח, וחיליה וראייתו היא מדין ערב שהוא שלוחו של לוה ופסק מרן בסי' קל"א ס"ז וכן פסק הרב בהגה שם שכל מה שיפסיד הערב בשביל זה או כל מה שיעלילו עליו הכל חייב בו הלוה לפורעהו לו עספ"א והיינו קודם שנפטר מהערבות אבל לאחר שנפטר הערב מהערבות פטור הלוה אעפ"י שבאה לו העלילה מחמת המשלח פטור הלוה כנז' וז"ל מר"ן שמעון יצא ערב בשביל ראובן והלך לו ראובן והוצרך שמעון לפרוע בשבילו כשבא ראובן תבעו שמעון ואמר לו לא היה לך לפורעו כי כבר פרעתיו ויש לי שטר פרעון ממנו אמר לו שמעון הוצרכתי לפרוע כל זמן שלא הנחת בידי שטר הפרעון והנחת שטר החוב ביד הגוי הדין עם שמעון וחייב ראובן לשלם כל מה שיברר שנתן לגוי אע"פ שהגוי תבע ממנו הממון שלא כדין ואנסו ליתן לו והבירור יהיה ע"י עדים וכו' עכ"ל, וסיים בהגה וז"ל וה"ה בכל ערב לגוי בשביל ישראל חבירו אפי' העליל הגוי על הערב מכח הערבות חייב הלוה לסלקו ודוקא

וכו' עכ"ל. נקטינן מהכא שהערב שהוא שלוחו של לוה כל מה שיפסיד מחמת הערבות והחוב הנז' חייב הלוה לשלם לו ואפי' עלילה, הרי שכל נזק דאתי מחמתיה דהלוה שהוא המשלח לערב שהוא השליח ואפי' עלילה חייב המשלח הנז' לפורעו ולכן פסק הרב המבי"ט דכל מאי דאתי מחמת המשלח הן חוב הן עלילה לשליח חייב המשלח לפורעו לו אבל מחמת השליחות לבד הוא פטור והיא תשובת מהר"מ וממילא ההיא דערב תקשה לסברת מר"ן בסי' קפ"ח הנז' דפוטר לשניהם דהיינו אפי' מאי דאתי מחמת המשלח פטור ואילו בדין הערב כתב שחייב וי"ל דסבר הרב מר"ן דשאני גבי ערב כיון דבא לו ההפסד והעלילה מחמת החוב שהוא ערב בו ע"י בקשתו של לוה התם הוא דחייב הלוה לפרוע לו הזיקו כיון דשכיח הזיקא שיולדו עלילות מחמת החוב ולכך חייב הלוה שהוא המשלח ומשעביד נפשיה לזה כיון דידע שההפסד מצוי' לא כן גבי ההיא דסי' קפ"ח דלא היה חוב ידוע על המשלח רק אח"ך הוא שחידש עליו תביעה מחדש חוב או מחמת עלילה משום הכי פטור המשלח מאחר שלא היה ידוע החוב מעיקרא לא שעבד נפשיה המשלח באופן דלס'

מרן מיהא שקבלנו עלינו סברתו הרי פטור משניהם המשלח הן דאתי ההיזק לשליח מחמת שליחות המשלח הן מחמת השליחות א"כ בנ"ד אפי' תחשוב שמחמת המשלח שהם הקהל יצ"ו בא לו ההיזק של השמן זית הרי אמרנו:

דלס' מרן פטור לעולם בין בא לו ההיזק מחמת המשלח בין בא לו ההיזק מחמת השליח וכ"ש שכפי האמת עלילת השמן זית לא באה לא מחמת המשלח ולא מחמת השליחות שהרי שליחות התשורה כבר נפסקה ונגמרה בקבלת התשורה ושליחות עלילת הבורית כבר נגמרה מאחר שלא מצא וא"כ עלילת השמן זית אינה כי אם גרמא דגרמא ופנים חדשות באו לכאן שמחמת שמצא השמן זית חדש העלילה בהיסח:

הדעת ובזה יצאנו ידי חובת פס"ד זה שמכחו יצאו הק"ק, פטורים בדומים ובזה די והותר ושוב אין אנו צריכים להטפל ולהשיב על דברי כהה"ר ישועה בוטבול וב"ד של שלש יצ"ו שבפאם יע"א שהסכימו עמו לפי שכל דבריהם וראיותיהם בנויים על יסוד נופל לפרקים פרקים. והוא שהם חשבו שהעלילה של השמן זית יצתה מפי מלך או כאילו לא. יצתה מפיו שהוא הטיל אותה על נאמני הקהל שבאו בשליחות הקהל בעדם ובעד כל הקהל ולזה המציאו ראיות רבות המקבלים ליסוד זה לחייב הקהל ואם היה כן מי לא ידע בכל אלה שהיו הקהל חייבים לפי שהם שלוחי הקהל בעדם ובעד כל הקהל ולא היו צריכים לכל כראיות הנז' שהם פשוטים אבל האמת אינו אלא העלילה של שמן זית לא:

הוטלה אקרקפתא דגברי כלל רק על השמן זית והשרי'ף גם הוא לא דימה אותה ולא עלתה על לבו כלל ולא פצו שפתיו להזכיר שמן זית כלל וכבר נתפייס בתשורה שהביאו לו אם מעט ואם הרבה ולא הקפיד עליה כלל ונגמרה שליחו' ההולכים לגמרי אלא שהמשרת שלו הלך לבקש על הבורית ולא מצא אלא בהיסח הדעת מצא השמן זית ונתחדשה לו עלילתו ומזלו גרם ואין לו על הקהל ולא על הנאמנים גם לרבות. בעלי החצירות כלום. באופן שכל דבריהם בנויים ועומדים על יסוד רעוע ובהנפול היסוד שהוא על קו תוהו יפול הבנין כולו וכל הראיות שהביאו אינם אפי' כאוכלא לדנא ולא דמו כלל ויו"ד קר' קא חזינא הכא ומה שהטעימו דבריהם ואמרו שהשרי'ף דרך תחבולה עשה בראותו שהתשורה מיעטת ולא רוית צמאונו אז נחרץ ואמר להם שימכרו לו הבורית ולגלויי הבורית אמר להם כן שאחר שיתגלה יטלנה להשלים תשורתו ואם לא מצא מהבורית ימצא סחורה אחרת ומצא שמן זית ונטלו ולכך חשבו דכאילו הטיל העלילה על הבורית ועל השמן בפי' ולכן חייבו בזה את הקהל, ליתא, דאין אלו אלא דברי נביאות ואין אנו נביאים לידע מה שבלבו ואפילו נדע הוו להו דברים שבלב ואינם דברים כלל עד שיוציא אותם בפי' בשפתיו בשעת הבאת התשורה והוא לא דבר כלום. ועוד שמסדר הענין הבאה בקבלת עדויות נר' בהדיא שהוא לא כן ידמה ולבבו לא כן יחשוב שא"כ מיד כשהביאו לו התשורה ולא רוית צמאונו מיד היה לו לומר להם ולעשות תחבולה אם יש לכם שום בורית לקנות כדי לגלויי הסחורה והוא לא כן עשה רק קבל התשורה ושתק ואפילו פנים זועפות לא הראה רק משרתו הוא שחדש ובדה מציאות קנית הבורית באופן שההטעמה שהטעימו דבריהם אלו אינם אלא דברי נערות ואינם כלום ומה שהביאו ראיה עוד בא' שהלך להציל את הנרדף מיד הרודף ובהליכתו שבר את הכלים דפטור שאני התם דתקנת חז"ל היא ולא מן הדין ומשום השבת אבידה דכתיב והשבותו לו מאחר שהיה כי כפשע בינו לבין המות והמהרות היא מוכרחת כדי להצילו מהמיתה ואם ישהה ימות ולכן משום פיקוח נפש פטרוהו חז"ל ועוד דהתם פטור אמר אבל לא להוציא ממון אבל הכא בנ"ד לא להפטר לבד הוא אלא להוציא ממון מהקהל ואם אמרו לפטור יאמרו להוציא. גם מה שהביאו ראיה שכדי שלא להכשילם לעתיד לבא וכו' גם זו אינה מהטעם הנז' ונר' דדוקא אם יהיה בו כל הדברים הללו כשר ונאמן ומשתדל בצרכי הקהל וכיוצא ולא ימצאו אחר להחליפו בו כמותו אבל אם ימצאו אחר להחליפו בו לא וכההיא דאמרינן גבי אפוטרופוס בסי' ר"ץ שצריך לישבע שאם אומר שלא ירצה להיות אפוטרופוס עד שיפטרוהו מהשבועה אם הוא כשר ונאמן וכיוצא ולא ימצאו אחר כמותו יש להם רשות לפוטרו וכן הוא בנ"ד, ועוד לאהבת הערב

והמועיל של השררה וחמדתה לא יסוגו אחור ולא ימנעו מליכנס לה מחמת אם נחייבם בשום הפסד ואפי' בבריא הזיקא לא ישובו מפני כך וכ"ש אם הוא ספק, כלל העולה שכל דברי הה"ר יהושע הנז' דין ומשפט יתמוכו ודברי הה"ר ישועה והמסייעים אותו שהם ג' מב"ד פאם יע"א אין להם על מה שיסמוכו, ואשוב אתפלא על הה"ר ישועה הנז' והעוזרים אותו שהלכו בשיטתו ולא נהגו מנהג דרך ארץ בהה"ר יהושע הנז' על לא חמס בכפיו ודברו עמו דרך בזיון והתחיל ר' ישועה לומר עליו שאין לו מוח בקדקדו ודברי נגודים ובזיונות אחרים הבאים בדבריו ובאו הג' מב"ד אחרים ומלאו את דבריו וקראוהו שוטה ושקרן וגבוה לבב וכיוצא ואין זה דרכן של ת"ח ולא אוכל להתעלם על בזיון תורה וחלול השם וכבר אמרו בגמ' דההוא דביזה צורבא מרבנן ונפל קניא מטללא ובזע אמוחיה ועוד הוכיחו שם בגמ' דקב"ה תבע ביקריהו דת"ח ומעשה דר"א ב"ש יוכיח ג"כ שלא מיחה כידוע ומוטל עלינו לקיים מצות הוכח תוכיח את עמיתך וכו' וטובה תוכחת מגולה מאהבה ולכן ישובו מהדרך הלזו כי אינה דרך כבושה ומה גם שהתנהגו בלשונם בקנטורייא ואהבת הנצוח ולא בזה בחר ה' ופה עלה אומר כלפי סנאייהו דשלא לשמה ומתכוין לקנטר נעשית לו סם המות ואמרו בזוהר הקדוש קל ודיבור דנפיק מפומיה בלא דחילו ורחימו עליו נאמר וישמע ה' ויחר אפו ותבער וכו' כי כל דברי ר' ישועה הנז' כלם כקוצים בעיני שכנגדו וארא כי ראשי קהל העיר עליהם מוטל דבר זה להסיר המכשלה הזאת ולדבר תחלה רכות לר' ישועה שישוב מדרך זה שהוא עולב להה"ר יהושע חנם ומחזיקנא טיבותא רבה לר' יהושע הנז' שאע"פ שנעלב כמה עלבונות מהה"ר ישועה ומחכמי פאס כבש את יצרו אעפ"י שעדיין הוא רך בשנים ודמו רותח ולא הוציא מפיו דבר מגונה אלא דבר עמהם בדרך כבוד ועליו אני קורא הנעלבים וכו' עושים מאהבה וכו' וה' יחזירנו ויחזירם בתשובה שלמה מלפניו יתברך אכי"ר ולראיה ח"פ באחד בשבת תשעה עשר יום לח' חשון שנת אש אשחר"ך לפ"ק. ע"ה יעקב ן' מלכא ס"ט

יפה דן החכם ויפה זיכה לקהל ולבעלי חצרות הבורית ויפה חייב לר' מאיר שודאי עלילה היא זו והוא לבדו יסבול ואין לאחרים וכמ"ש החכם ולראית האמת ח"פ בחדש ובשנה הנז':

נאם אפרים מונסונייגו סיל"ט

סימן ט

טופס והעתקת שטר קבלת עדויות נדרשנו אח"מ להעתיקם במאמר בדי"ץ לצורך מודעה שיבוא זכרונה לקמן וז"ן אב"א תב"ת בלי תו"מ במותב ג' כחדא הוינא ואסהידו

קדמנא הנגיד ומעולה הר' אהרן הכהן והר' יוסף ן' מאמאן בתע"ג שעל ידם הוציא הר' מסעוד ן' אברהם ן' כלפון על התפיסה שהיה תפוס בשביל מה שהעליל עליו ראובן צבע באומרו שתפס בו והניעו והוכבד עליו חוליו ואם ימות מחולי זה יחשבנו להורג ומחמת כן הוצרך לתת על ידם אחר כמה הפצרות להשר שמונים אוקיות וללקאייד חמד אלגמר'י ולמסכרי'ן ומול לחב'ס שנים עשר אוקיות ועוד נתן בידם עשרה אוקיות לתתם להאלכאתיב סי' לחסין בצירוף הכל הוי ק"ם כ"ם ואז יצא מבית האסורין עכ"ם עדותן וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא עה"ך תמ"ת בשמנה במרחשון התקס"ד ליצי' ושריר וקיים ע"כ נמ"ך וחתומים עליו החה"ש הדו"מ כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול וכהה"ר מאיר ה"ן צבע והכרנו חתימת ידייהו כדחזי. וס"ל נמ"ך בג' כחדא הוינא ואסהידו קדמנא כהה"ר מאיר צבע והנגיד הר' אהרן הכהן אן יום ש"ק שעבר צאפיד לקאייד ע"א ללחכם נר"ו טלא סבת אטראד די אצ'ארב מסעוד פוני מעא ראובן צבע באם ירא אסכון הווא אצ'אלים ומסא אלחכם נר"ו וכה"ר מאיר הנז' והנגיד הנז' לאענד ראובן הנז' לגרפתו ובקאוו יהדרו וקאללהום ראובן הנז' אנא סי מה בללגת לקאייד עז"א קאללו הנגיד הנז' ודאבא אם כא תקול כאן תסמחלו אוו לא. קאלו ראובן הנז' אידא אנא ברית סמחתלו ואידא מא בריתשי וג' וג'ראליסו אלקאתיל אלא'ה ומסעוד פוני הנז' די מנאיין שמעו דאך סי צאחב אלקאיוד די כאן תמא והנגיד הנז' קאלו ללמסכרין עביוו ליהודי ללחבס חתא נראוו כיף יכרז האדסי עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת והיה זה באחד עשר יום למרחשון הנז' שנה הנ"ל והכל שו"ב וקים ע"כ נמ"ך וחתומים עליו הח' הש' כהה"ר ישראל יעקב עולייל נר"ו ואני החותם כאן ראשון ונתקיימו החתימות כדחזי. וס"ל נמ"ך בג' כחדא הוינא ואסהידו קדמנא כהה"ר ישראל יעקב עולייל וכהה"ר מאיר צבע אן מנאין כאן מסעוד פוני פלחבס עלא סבת האד אטראד הנ"ל מסאוו הומא וסי ת"ח ירגבו ראובן הנז' באם יסמח למסעוד הנז' אולי יכרז מן לחבם וקאלהום אידא הווא ברא יסמחלו ווילא מא בראסי לא איפשר יסמחלו טכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת ואח"כ ג'אוו לעדול וקאל קדאמהום האגדא כנז"ל דהיינו קאלהום כאן מתמאר'ץ ומנאיין שנשלו אג'אד עליה למר'ץ ווידא מאת הווא די קתלו עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת והיה זה בי"ד למרחשון שנה הנ"ל וקיים ע"כ נמ"ך וחתומים עליו אני ע"ה החותם כאן ראשון וכהה"ר שמעון אזולאי החותם כאן ב' ונתקיימו החתימות כדחזי וקיים:

שלמה בלא"א יהושע בן חותא ס"ט שמעון רפאל חי אזולאי סלי"ט

לפנינו אח"מ בא הר' מסעוד הנ"ל וספר דברים וכן אמר הלא תדעו הלא תשמעו שע"פ דבריו של ראובן הנז' נמסרתי ביד השר והפסדתי מה שהפסדתי כנזכר לעיל בדברי העדים הנ"ל וכתבתי קב"ע הנז' כדי לדון עם ראובן הנז' בהפסד הנז' והן היום שמעתי באומרים לי שראובן הנז' רוצה להרבות עלי ריעים להפציר בי ולמחול לו בהפסד הנז' אם יתחייב בו בדין ומוכרח אני לתת לו גם הקב"ע שכתבתי ולכן יעצוני רעיוני להעתיק הקב"ע הנז' ולכתוב עליהם ג"ד כדי לעמוד עמו אח"כ בדין ובכן ג"ד לפנינו מסעוד הנז' ואמר. שכל פשרה וויתור ומחילה שאעשה עם ראובן הנז' הכל הוא מן השפה ולחוץ ולא ידון עליו הדין וכל מה שאעשה עמו הכל הוא מעשה תעתועים שמפני הבושה שאיני יכול להשיב פני אנשים של צורה שיבואו אצלי אני עושה כל אשר פצו שפתיו ולעת הכושר אשיבה ידי עליו לידון עמו בב"ד ולהוציא בלעו מפיו אם יתחייב לי בדין, ואף שתהיה המחילה או הפשרה בקוש"ח קנין ושבועה דידי כמאן דליתנהו דמו כי אין פי ולבי שווין בכל מה שאני עושה עמו שעל ג"ד זה אני סומך ועליה תמכו אשורי ואעפ"י שאתן רשות לבדי"א להפקיע ולהפקיר כל זכותי ולבטל כל מודעי ומודעי וכו' אין דברי האחרונים עיקר אלא הראשונים ותפו"ק לשון אחרון ונקוש"ח מסעוד הנז' ועשה אותנו שלוחים ועדיין לא נגמרה שליחותינו עד יצא לאור משפטו כפי מה שיחייב הדין ולראיה ח"פ במאמר בדי"א והיה זה בחמשה עשר יום לח' כסלו שנת חמשת אלפים וה' מאות ושש ים וארבע ליצירה ושריר ובריר וקיים.

ישראל יעקב בלא"א מרדכי ה"ן עולייל סי"ט שלמה א"א יהושע ה"ן חותא סי"ט

עמדו לפני לדין הר' מסעוד ן' כלפין הנ"ל תובע להר' ראובן צבע הנ"ל וטען עליו לשלם כל ההפסד הנ"ל שהפסיד על ידי מסירתו שמסרו על חנם שאפילו מה שאמר ראובן הנז' לפנינו ולפני משרת השר הנ"ל שתפס בו והניעו וע"י זה הוכבד עליו חיליו מכחישו בזה מסעוד הנז' באומרו לא הניעותיך כלל רק אחזתי בכנף בגדיך כשתבעתיך לדין ולא רצית ללכת עמי לדון ואמרתי לך לא ארפה לך עד שתלך עמי לדין וכשסרבת ולא רצית ללכת הנחתי לך והרפיתי ידי מלאחוז בך ולא זו שלא הניעותיך ואמרת שהניעותיך אלא שחשבתני לרוצח ודברת לפני הערכאות אם מתי מחולי זה מסעוד ן' כלפון הוא שהרגני ואלו הגיע קצך למות כמעט הייתי בכל רע כהורג נפש. וראובן משיב אני לא הגעתי הדברים להשר ואחר שהוגד לו על ידי אחר ושלח לו הגדתי לו דברים כהוויתן ומסעוד משיב כל מה שהגדת הוא שקר ואלו אמרת דברים כהוויתן שאחזתיך בכנף בגדיך בלתי שום תנועה לגופך לא הייתי נתפס כלל ושעל כן שלח השר להנגיד וחכם העיר לראות אם יש בי עון אשר חטא עפ"י עדים וכשחשבתני להורג לא מצאו מענה ופסקתי ביניהם

שישבע מסעוד הנז' היסת שלא היתה שום הכאה ולא תנועה המכאבת הגוף רק תפיסה בכנף בגדו אחר שיקבל ראובן הנז' חרם שטוען אמת ואז יפרע ראובן למסעוד הנז' כל מה שהפסיד עפ"י עדים הנ"ל, ועל מה שטוען הוסיף בשוחדות שלא ראוהו עדים ישבע ויטול שהרי היה תפוס תפיסת הגוף ולא אמרו שרשאי המוכר לקבל לפני השררה ופטור רק בהיכא דאיכא עדים על ההכאה או שבעל דין מודה בה, ושוב נומיתי להם אם ירצה מסעוד שלא ישבע אפי' נאמין לראובן שהניעהו אינו נפטר מהכל שעכ"פ מה שחשב אותו להורג הגדיל עליו המדורה שאם על ההכאה לחוד היה הנגיד מפשר לו עם השר בדבר מועט ודבר זה יכול להתברר עפ"י הנגיד הנז' ועפ"י הר' אברהם אלבאז שהם שפשרו בינו ובין השר כמה ראוי ליתן על ההנעה וכמה הוסיף על שחשבו להורג על חנם באומרו שבהנעה שהניעהו חזר לחוליו דמי פתי יאמן לזה ובפרט שההנעה היתה בזמן מנחה שהיה ראובן הנז' בשוק לעשות צרכיו בבית הכסא שבשוק וחזר לביתו ואחר שעלה המדריגות שבחצירו פגעו זה בזה וזה היה תובע את זה וזה תובע את זה ולדבריו הניעו ולדברי האחר תפסו בבגדו ולפי דבריו שהניעו לא אירע לו דבר בשעת ההנעה כלל שהרי אחר ערבית שנפלה מריבה בין אשת ראובן הנז' עם מסעוד הנז' ועלתה צעקתם לפני מחמת שאשת מסעוד יולדת ויש סכנה לולד מחמת הקטטות ומריבית וראובן הנז' בא לעזרת אשתו אחרי ערבית מופלג עד לביתי מתחזק כבריא בעלה כעסו וזעמו על מסעוד הנז' עד שבאו עדים והעידו שהיתה אשתו מטגנת דגים מלוחים ועלה מסעוד הנז' ואמר לה שריח הטיגון ממית הולד כמו שכך אירע לו בולדות אחרים והשיבתו אם ימות ימות והוא לקח המחבת מעל האש והניחה לארץ ועמדה האשה הנז' ודחפה למסעוד הנז' בכח וחזר הוא ודחפה ובראותי דנפיק הזיקה לולד מחמת הקטטות נדיתי והחרמתי למי שיוסיף לדבר בדבר הזה עוד. ובחצות הלילה חזרה אשת ראובן הנז' לדפוק על פתח החצר שלנו ואמרו לה מה לך ואמרה שבעלה חזר לחוליו והם גרמא ואני הולכת להביא הערכאות שיעיד לפניהם וידמ"י רו"ח עלא מסעוד הנז' ואנכי השיבותיה ואמרתי לה אין שום פחד מזה שזה דרך הקדחת החמה שבעוד החמימות עליו מדבר כמשתגע ובבוא אליו הזיעה החמה יעמוד על עומדו ולבקר הלכתי אצלו ומצאתי שנתישב בדעתו בבוא עליו זיעה וכך היה מנהגו כל ימי חוליו באופן שההנעה לא עשתה לו כלום אם מחמת שאחריה היה מתחזק כבריא אם מחמת שדרך החולי שיש לו כך וא"כ כל מה שהוסיף מסעוד הנז' על האלתדמיי"ה עליו לשלם אפי' לא ישבע שלא הניעו דאף אם הניעו לא יחשוב אותו להורג. ושוב חזרו לפני ואמר לו מסעוד הנז' איני מניח לך פש"ן ממה שהפסדתי ותקבל חרם על טענתך ואני אשבע לך היסת שלא הניעותך כלל בגופך

רק תפיסה בעלמא תפסתי בכנף בגדיך כדי שתלך אחרי לדין וכשסרבת ללכת הנחתי לך והשיב בעזות פנים שיש לו מי שפטרו ומקלויגיד לו ונודע לי הדבר שאדעתא דהכי נכנס כההר"ש אביט' כשבאו לידון לפני ואנחנו לומדים למוד הישיבה וכשגמרנו והתחילו לדון לפני דחק ונכנס ועם שלא נתרצה מסעוד הנז' שהוא התובע לידון לפניו אמרו לו הרי הוא יושב כאחד מת"ח היושבים ואחז דרכו כסל לו שכך דרכו לסכסך להחזיק ביד פועלי און ואמרו ת"ח שהיו יושבים שאעפ"י שהיה יושב ודומם בשעת המשפט בצאתו אמר להם שדעתו לפטור והיו נושאים ונותנים עמו להחזירו אל האמת ולא קבל ולראיה ביד מסעוד הנז' חתמתי והוצרכתי לכתוב דברים פשוטים שאפי' דרדקי דבי רב ידונו דין זה לאשורו וקיים בטבת התקס"ד ליצירה ושריר וברירו וקיים.
שאול ישועה ע"ט

סימן י

טופס והעתקת שטר ג"ד נדרשנו להעתיקו וז"ן בלי תו"מ ביום ג' למרחשון שנת כאש"ר עשה כן יעשה לו ג"ד לפנינו הר' שמואל בר הה"ר יעקב ה"ן חמו בעדו ובעד הקהל והי' אברהם בר הר' מאיר די אבילה בעדו ובעד הי' אהרן בן יוסף ה"ן גיגי, ואמ"ל מהודעני ליכו כי הי' שלם אלערבי והי' מכלוף ן' דוד ה"ן הרוש הזיקו להי' אהרן הנז' בהאלמכזי'ן בעד אברהם בן יעקב ה"ן עילי וידיע לוטאטי שהיה הוא ואהרן הנז' מתנצחים זה עם זה לראות מי נוצח דרך שחוק ואירע מקרא שנצח אהרן הנז' והפילו לארץ ובהפילו נעשו חבורות בראשו של אברהם הנז' וג"כ הכהו אחי אמו על לחיו שתי הכאות ובהיות הדם בראשו אחזוהו מזיקין עד שחנן השי"ת ונתרפא מהמזיקין ולכן אנו מג"ד בפניכם שכל מה שנעשה עם שלם הנז' ומכלוף הנז' וקרובי אברהם הנז' ומה שנקבל עלינו בעדינו ובעד הקהל הכל הוא מהשפה ולחוץ ונשיבה ידינו עליהם למשפט לד"ת שתת' ולא נמחול להם ולא נוותר להם ממה שהדין נותן אפי' בפש"ן וגם שיהיה הדבר בקש"מ בדל"ב ובש"ח אפי' בס"ת שתת הכל הוא מהשפה ונחוץ ושבועתינו לענין זה כחי פרעה ואפי' נבטל מודעה זו ונפסול עידיה מראשה לסופה ומו' דמו' ודנפקי וכו' ביטולנו אינו ביטול, והגם שנדור להם הנאת מודעא זו כזבח ובקרבן הן בלשון נדר או בלשון איסור הכל בטל ומבוטל כחרם הנשבר שאין בו ממש ואתם עדינו ואתם שלוחנו לכתוב ולחתום מודעות לאלפים ולרבבות ולעשות שלוחים על ידייכו, ומפני פקוח נפש אהרן הנז' החבוש בבית הסוהר או אם יביאו אלינו מאילי הארץ או ירבו עלינו ריעים נקבל עלינו כל מה שיגזרו עלינו ונשיבה עליהם ידינו למשפט ולא נמחול להם אפילו בפרוטה

של נחושת, כללו של דבר כל מה שנעשה עמהם אינו אלא לפי שעה עמהם או עם שלוחם הכל בטל ומבוטל כחרם הנשבר שאין בו ממש וביטילנו אינו ביטול ושבועתינו לענין זה אינה שבועה ונדרינו אינם נדר, ולראיה שכן ג"ד בפנינו כתבנו וחת"פ במאמר החכם השלם הדו"מ כמוהה"ר אהרן ן' זכרי הנ"ל וקים. וחתומים החכם השלם כהה"ר יצחק בכה"ר ישועה אביטבול ס"ט והר' אלעזר מרעילי ונתקיימו לנא חתימותיהם כדחזי וחתי' הכא תמ"ת:

ועוד נמ"ך וז"ן נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין המודעה הנז' בפנים אם נתפשר הר' אהרן הנז' שהיה תפיס עם המוסרים אותו או שמחל להם אם מהניא מסירת מודעה שמסר הר' אברהם הנז"ב בעדו ובעד אהרן הנז' לבטל הפשרה או המחילה שעשה אהרן הנז' עמהם:

ונראה פשוט דמהניא כאלו מסרה הוא עצמו דבכל דבר קי"ל שלוחו של אדם כמותו כדאיתא בסי'

קפ"ב ס"א ואע"ג דליכא עדים שעשאו אהרן הנז' שליח אלא שמפיו אנו חיין שאמר לעדים שהוא מג"ד בעדו ובעד אהרן הנז' אעפ"כ מעשיו קיימים דקי"ל התם אין העושה שליח צריך קנין ולא עדים אלא באמירה בעלמא בינו לבין חבירו וכו' וכ"ש שיש נגיעה להר' אברהם הנז' שנכוה בחמי חמין מאותה מסירות ולקח האלמכז"ן כל אשר לו מפני שהוא בעל אמו של אהרן הנז' והוי כשני שותפין באיזה ענין דבנ"ד א' מהן סגי ואם היה הדבר בתורת מחילה אין צריכין לכל זה שכיון שיש לו עדים שמסרוהו מסירת הגוף הן הן עדי האונס ובמחילה סגי באונס גרידא או בג"ד גרידא וא"כ אם היה הדבר בדרך מחילה אף אם לא היתה זאת המודעא תתבטל המחילה מחמת האונס והשתא דאמינא שמודעא זו קיימת וכאלו מסרה הוא עצמו אף שאין כתוב בה והכרנו באונסו ולא היו לו עידי האונס כיון שהיה הדבר בדרך מחילה תסגי ליה בג"ד לבד ואף אם נעשה הדבר בדרך פשרה דקי"ל דינה כמכר ונאמר דבעינן תרתי הכרת אונס ומסירת המודעה הרי בנ"ד איכא תרתי מסירת מודעה הנז' ועידי האונס שמעידים על תפיסתו ואע"ג דכתב מר"ן בסי' ר"ה ס"א וכל מודעה שאין כתוב בה והכרנו באונסו אינה מודעה מיירי כשאין כאן עידי אונס כלל אבל היכא דאיכא מודעה בלא הכרת אונס והביא אח"כ ראיה דאנוס הוא המודעה קיימת וכמ"ש מורם בשם הב"י שם ס"ה, ול"מ לדעת הרשב"א שהביא הב"י שם שסובר דלכתחילה נמי כתבינן מודעא אע"ג דלא ידעינן באונסיה וכשיביא ראיה שאנוס הוא המודעא קיימת, אלא אפי' לסברת רבינו יונה שהביא מר"ן בס"ה דאין כותבין לכתחילה עד דידעינן משום דחיישינן לב"ד טועים שיאמרו חזקה לא חתמו אלא

א"כ ידעו באונסו מודה שאם כבר כתבוה והביא ראיה שאנוס הוא חשבינן לה מודעא גמורה וא"כ בנ"ד דכבר נכתבה המודעא ואיכא עדי אונס הפשרה בטלה וחזר הדין לאיתנו דכיון שיש עדים לאהרן הנז' שמסרוהו מסירות הגוף ישבע כמה הפסיד וישלמו במיטבה כדאיתא בסי' שפ"ח ס"ז בהגה. הנלע"ד. כתבתי בר"ח מרחשון משנת מורשה קהל"ת יעקב לפ"ק וחתום עליו הח' השלם הדיין המצוין כמוהרי"א יש"ץ ונתקיימה לנו חתימתו כדחזי וחתי' הכא עליה תמ"ת:

וס"ל נמ"ך וז"ן מדי עברי פה צפרו יע"א נשאתי ונתתי בענין המודעה הנז"ב ואת אשר נגזר עליה מידי"ן הח' הנז' וראיתי כי הכל היה באמת והדין פשוט בודאי דלכל דבר יכול אדם לעשות שליח ושנוחו של אדם כמותו חוץ מלדבר עבירה, ובנ"ד שהשליח והמשלח מודים השליחות קיימת ולא איברו סהדי אלא לשקרי ואף אם לא עשה שום מודעא עם הר' אהרן הנז' הפשרה בטלה כיון דאיכא עדי אונס שמסרוהו מסירות הגוף, והא דכתב מר"ן דפשרה דינה כמכר דוקא לענין שצריכים לידע שהוא אנוס אבל אי ידעינן באונסיה אפי' לא מסר מודעא נתבטלה הפשרה דהוי כמי שאנסוהו ליתן כמ"ש מר"ן הב"י בסי' י"ב מחו' סי"ג בתשובה ג' מהרשב"א יע"ש, וכ"ש דאיכא תרתי מסירת מודעא ועידי אונס הדין נותן שהפשרה בטלה וכל מה שהפסיד הר' אהרן הנז' או עפ"י עדים או עפ"י שבועה צריכים לשלם לו במידי דמיטב כמו בנזקין דהוי תפיסת הגוף כמ"ש מר"ן בסי' שפ"ח. וצור יש' יצילנו משגיאות, כה דברי הקטן חותם לכבוד התורה וחתום ע"ז החכם השלם הדו"מ כמהר"ר משה הלוי יש"ץ ונתקיימה לנא חתי' כדחזי וחתי' הכא תמ"ת:

וס"ל נמ"ך וז"ן ע"פ ק"ע מהעדאת שני עדים שהמציא לפני אהרן הנז"ל שהפסיד ע"י המוסרים הנז"ל אין פחות משבעים מתקאלים [דהיינו ג' העידו שע"י מסירות הנז' נקש כל אשר לו ובעל אמו משכן ביתו והכל הפסידו אהרן בשביל מסירות הנז' ועד א' מהג' חזר ופירש אין פחות משבעים מתקאלים ועד א' מסייע לזה כשהיה אהרן חבוש ובעל אמו ושאר העומדים על תשלום ההפסדים לשררה העיד הנז' שהיו מדקדקים החשבון לידע כמה הפסידו בזמן שעבר מהתפיסה ועפ"י מיצוי חשבונם מצאו שכבר הפסיד אהרן שבעים מתקאלים, לכן נ"ל שעדויות אלו בהצטרפם מהנו לפטור אהרן הנמסר משבועה לגבי השבעים מתקאלים] וברור שחייבים לשלם לאהרן הנז' הסך הנז' משפר ארג ואין על הסך הנז' שום פשרה כדי שיצטרך אהרן הנז' להביא עדי אונס בשעת הפשרה דאפילו נימא שדברי הטוען אמת שכבר נתפשר א' מהמוסרים בעדו ובעד חבירו עם חמיו של אהרן הנ"ב בדבר מועט זה הדבר אין עליו שום פשרה ואפי' אם יהיה

הדבר בקנין אינו אלא מחילה וויתור ומחילה זו לא מקריא מחילה משום דאיכא מודעא כנ"ב וכל מה שעשו בטל ומבוטל וצריכים לשלם הסך הנז"ב כלו במושלם, אבל אם טוען אהרן שהפסיד יותר מהסך הנז' דינו הוא שישבע ויטול משום דהויא ליה תפיסת הגוף דענו בכבל רגלו ברזל באה נפשו ואז לגבי זה העודף הויא פשרה אם דברי הטוען אמת, והן אמת נראה דבעי הכרת אונס בשעת הפשרה כההיא דסי' ר"ה ס"א אבל צריך לומר דאונס קמא דעבדי ליה המוסרים שמסרוהו והזיקוהו בגופו ובממונו מהני ליה גם לשעת הפשרה דאנן סהדי דמיראתו מהם שלא ימסרוהו עוד נתפשר עמהם בדבר מועט ואכתי אונסא קמא רביע עליה. ומה גם שהוגד לי שאחר סמוך הרבה עליו ריעים שלאחר צאתו מבית האסורין הרבו עליו ריעים כדי להתפשר עמהם, ול"ד לההיא דסי' ר"ה ס"א דבעי' הכרת אונס בשעת המכר, דמוסר שאני דזה הדבר נמשך ממסירות שכבר מסרו ואנסו ומיראת האונס עבד מאי דעבד, משא"כ מוכר מחמת אונסו שלא אנסו מקודם ומשל הדיוט אומרים מן לבל'א יוכא'ף וזה ברור למביני מדע, וא"כ גם אם יטעון אהרן הנמסר יתר על הסך הנז"ב ישבע ויטול דהא איכא נמי הכרת אונס, והנה ראיתי ק"ע אחת מעד א' ביד שלם אלערבי והעד הוא יעקב ן' חכנאן שהעיד שבשנים קדמוניות נתפשר שלם עם אהרן הנז' לפני החכם השלם הדיין המצוין כהה"ר מתתיה סירירו נר"ו ולא היה תובע אהרן הנז' לשלם הנז' וחבירו כי אם בדבר מועט מסך קכ"ם או מסך קס"ם ומקודם שאלו להח' הנז' נר"ו ואמר אין בזכרוני מזה כלום וכוונת זכותו הוא כדי שתהיה עדותו עדות כשיצטרף אחר עמו שיעיד כמותו מכחשת למעידים שהפסיד הסך המרובה, והא ליתא ואין זה אלא בורכא דהיאך יכחישו לעדים שראו ההפסד והם לא ראו אלא שמעו מפי התובע דהו"ל כאומר לא ראינו דאינה ראיה, ומה גם שהרי דאיכא כתים שמעידים שמכר בהפסד הנז' כליו ובגדיו וטלטל ונדונית אשתו ומשכן חמיו בעדו בעד ההפסד את ביתו שיש לו בעיר צפרו יע"א ולאומדנות יהיה זה כשיעור מה שהעידו העדים הנז"ב או יותר וא"ת מ"מ מחל בעודף הא אית ליה מודעא וסמך על המודעא, [והטעם שלא תבע למוסרים כי אם בהפסד מועט יהיה לאיזה סיבה נודעת לו ואין עדות זו הויא עדות מכחשת לעדות שראו שמכר כל אשר לו] וא"כ אף אם לא תבע אלא דבר מועט עתה יתבענו במרובה מכח המודעה ונמצאת עדות זו חספא בעלמא וקם דינא שחייבים המוסרים לפרוע הסך הנ"ב עפ"י העדים הנז"ב והעודף עפ"י טענת אהרן הנז"ב ישבע ויטול כל מה שיטעון עוד בשבועה, ולראית האמת חת"פ פאס יע"א בחדש טבת משנת התקל"ה ליצירה וקיים. וחתום החכם השלם הדיין המצוין הרב המובהק

כמוהר"ר אליהו הצרפתי יש"ץ ונתקיימה לנא חתימתו כדחזי וחתי' הכא עה"ך תמ"ת והכל שרירו וקיים:

שלמה בלא"א מימון נ"ע אביטבול ס"ט אברהם בלא"א יעקב אציני ס"ט

למשפט קרבו ויאתיון לפני הר' אהרן ן' גיגי הנז"ל תובע להי' שלם אלערבי הנז"ל וטען עליו אהרן הנז' לפרוע פרעות כל ההפסד שהפסיד ע"י מסירות זו הנז"ל שמסרוהו שלם הנז' ומכלוף ן' דוד ן' הרוש והמציא לפני אהרן הנז' ק"ע משלשה עדים כשרים שהגידו נאמנה שמכלוף ושלם הנז' הם שמסרוהו ונתפס על ידם ביד האלמכזין תפיסת הגוף וניקש לכל אשר לו ולא הספיק והגיעה הדליקה לבעל אמו הר"א די אבילה והוצרך למשכן הבית שיש לו פה צפרו ביד גוי אחד וכל אשר יש לו נתן באותה תפיסה והמציא עוד לפני ק"ע מעד א' (לא הוצרכתי להזכיר שמותם דליכא שום נפקותא יען דקי"ל בסי' שפ"ח סי"ד מוסר מקבלין עדות שלא בפניו וא"כ תו לא מצו המוסרים למימר להודיעם העדים שיגידו בפניהם כיון דלא צריך אף אם יגידו בפניהם בהפך קרינן בהו כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד משא"כ בהעדים שמביאים המוסרים לזכותם צריכים להגיד בפני הנמסר הנז' וכל שלא העידו בפניו כשחוזרין ומגידין בפניו הולכין אחר עדותן השנית שהרי כל עדות שמביאין הוא להפקיע הזכיות והפסד שיש ביד אהרן הנז') שפירש סך ההפסד שלא היה פחות משבע מאות אוקיות. וגם המציא לפני ק"ע מעד א' מסייע לזה שהיו העומדים לפקח על אהרן הנז' מדקדקין חשבון מה שכבר יצא והוא עדיין תפוס והעד הנז' עומד עליהם ועלה חשבון מה שכבר יצא לסך שבע מאות אוקיות, ומכח אלו העדויות הוא תובע משלם הנז' לפרוע לו השבע מאות אוקיות שיש עליה עדים וטוען עליו עוד שהפסיד סך חמש מאות אוקיות מכמ"ק באותה תפיסה שלא מצא עליה עדים: ושלם הנז' השיבו שהאמת ששניהם מסרוהו אבל לא היה שם אלא הפסד מועט ק"ם כ"ם מ"מ וכבר עמדו עמו לדין ע"ז ונתחייבו בהסך הנז' ופרעוהו מושלם והמציא לפני ק"ע מעד א' הר' יעקב ן' חכנאן שהעיד ששלם ומכלוף הנז' מסרו לאהרן הנז' אלקאייד קאסם אסרידי והפסיד על ידם מסך ק"ם ועד סך קנ"ם ותו לא וסיים בעדותו שעמדו לדין לפני החכם השלם הדיין המצויין הרב המובהק כמוהר"ר מתתיה סירירו יזיי"א ונתחייבו בדין בהסך הנז' ונכתב:

עליהם שט"ח וניתן ביד שליש כה"ר אברהם הלוי וכו'. ועוד המציא לפני ק"ע מעד א' הר' ראובן צבע שהעיד שע"י היה ההפסד שהפסיד אהרן הנז' ללקאיוד קאסם ואלקאייד אלבאב ואלכ'יל די זאבוה ולא היה ההפסד פחות מק"ם סל ולא יתר על קכ"ם וסיים בעדותו שלא נתן כלום לזולת הנזכרים שתיכף שנתפשרו עם הנז' שלחו אותו למקומו

ושנכתב בהסך הנז' בשטר וניתן ביד שליש הרא"ה הנז' ועוד המציא לפני ק"ע מעד א' הרא"ה הנז"ל שהעיד שהיה מצוי עמהם כשעמדו לדין על ההפסד שהפסדוהו המוסרים הנז' לאהרן הנז' אצל אלקאייד קאסם הנז' וסחאבו ונתחייבו בדין לפרוע לו כל מה שהפסיד ודקדקו חשבון כל מה שהפסיד ולא היה פחות מקכ"ם ולא יותר על קל"ם ה"ם ונכתב עליהם שטר מהסך הנז' והונח אצלו בתורת שלישות עד שנאמר לו מאהרן הנז' וקרוביו שפרעוהו והשליך השטר לאיבוד. ועל אלו העדויות סמך עצמו שלם הנז' ויסד טענתו שלא הפסיד אהרן הנז' זולת ההפסד מועט הנז' וכו פרעוהו לאהרן נז' והשיבו אהרן הנז' כשומעו:

את דברי העדויות הנז' רואה אני שעיקר ההפסד חסר מהעדויות שבידך שלא נזכר בהם עיקר התפיסה שחזרה ונשנית ע"י מולאי דריש והמציא לפני ק"ע מב' עדים כשרים שהעידו שהיו מצויים בפאס יע"א בזמן שהיה תפוס אהרן הנז' על אותה מסירות שמסרוהו המוסרים ביד אלקאייד קאסם הנז' ובעודו תפוס בבית הסוהר אסור בכבלי ברזל הוציאו קול המוסרים הנז' שנהרג אברהם ן' עילי המוכה שהיו אומרים שאהרן הנז' הכהו והיו צועקים ברחובות קריה הכזה יהיה משפט הרוצח והיו עוברים ושבים משרתי מולאי דרים ותכף הגיע הדבר למולאי דרים ושלח משרתיו והוציאוהו ויסרו אותו והלקוהו במכות חדרי בטן עד שהגיע לשערי מות רח"ל ונשאר תפוס גם ע"י מולאי דריס. ועל זה השיבו שלם הנז' שהתפיסה שנשנית ע"י מולאי דריס לא היתה על ידם שהם לא מסרוהו אלא לקאייד קאסם הנז' ולא דברו הם מאומה אלמולאי דרים ואם נשמע הקול אלמולאי דרים ותפסו מה עשו הם בזה שיתחיבו לשלם לו, ואחר התבוננות הטיב בדברי הבע"ד הנז' ובמסכת עדויות שבידם שהמציאו לפני ראיתי שחייבים המוסרים הנז' לשלם במיטבא לאהרן הנז' כל מה שהפסידוהו ולא לבד השבע מאות אוקיות הנז' שעפ"י עדים אלא גם החמש מאות אוקיות שטועין שהפסיד ואין לו עליה עדים חייבים הם לשלם לו ע"פ שבועתו שישבע ויטול משום שהיה תפוס תפיסת הגוף כדכתב מורם בהגה בסימן שפ"ח ס"ז יעו"ש ואותה טענה שטען שלם הנז' שהתפיסה שנשנית ביד מולאי דריש לא היתה עפ"י דבורם למולאי דריש ולא יתחייבו לו מה שהפסיד באותה תפיסה כי מזלו גרם ומן השמים היתה לו שנשמע הדבר למולאי דרים ותפסו זו אינה טענה שאפילו אם היו מבררין שמוסר אחר הגיד הדבר למולאי דריס הוה פטור המוסר האחרון כמו שכתב מור"ם שם בשם תשובת מהר"ם במרדכי פרק הפרה וז"ל ואם בזה אחר זה האחרון פטור שכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון ע"כ וא"כ בנדון דידן שהיה תפוס בבית הסוהר אסור בכבלי ברזל לעיני כל עובר עפ"י

מסירותם כבר בריא הזיקא כתוא מכמר וכל מי שיש בידו ליטול יבוא ויטול ומי שלא ידע יודיעוהו הגוים העוברים ושבים ושמחים לאד ישראל וא"כ אפילו גם היתה יד מוסר אחר באמצע לא מידי עבד וקמחא טחינא טחן, דמיקלא קלויה כבר המוסרים הראשונים וכ"ש דע"י צעקתם והמייתם בשוקים וברחובות לעיני הגויים ולעיני משרתי מולאי דריס עצמן שהיו צועקים ואומרים הכזה יהיה משפט הרוצח ומשרתיו שומעין בודאי הוא שיגידו לאדוניהם למצוא חן בעיניו וליהנות גם הם בהאלסכרא שלוקחין והרי הכל גירי דידהו דמה לו הגידו להשר עצמו או למשרתיו הכל א' וחייבים המוסרים הללו בכל מה שהפסיד לכל אותן אריות וגורהן, ומה שטוען שלם הנז' שלא היה ההפסד כי אם דבר מועט ונסתייע מהעדויות הנז' שבידו הוי סיוע שאין בו ממש משום דליכא הכחשה בין עדותם שהעידו על דבר מועט לעידי אהרן הנז' שהעידו על המרובה, שהרי עידי המוסרים לא העידו אלא על הפסיד התפיסה הראשונה שהיתה ע"י אלקאייד קאסם הנז' וסחאבו ואפשר שבאותה תפיסה לא נתן כי אם הסך מועט שאמרו הם אבל מה שחזרה תפיסתו ונשנית על ידי מולאי דריש לא ראו ולא ידעו ממנה כל עיקר ולכן צדקו עדי אהרן שהעידו על הפסד מרובה משום דידעו מתפיסת מולאי דריס וידוע שדריסתו דריסת אריה ואת אסיריו לא פתח אלא ע"י שפיכות דמים מרובים. ואין לומר דמתוך סגנון לשון עידי המוסרים הנז' נראה שמכחישים לעידי אהרן הנז' אף על פי שלא הזכירו תפיסת מולאי דריס בפירוש שהרי הם מעידים על השעה שעמד אהרן הנז' עם המוסרים הנז' לדין ובודאי שלא עמד עמהם בדין עד שנעשה בן חורין מכל התפיסות ולא היה תובע מהם כי אם ההפסד מועט הנז' ואם איתא שהיה שם הפסד מרובה למה תבעם בדבר מועט בפני ב"ד די"ל דלאו כ"ע דינא גמירי ואהרן הנז' טוען שהיה סובר גם הוא כסברת המוסרים הנז' שלא יתחייבו לו אלא הפסד תפיסת אלקאייד קאסם שהיתה עפ"י דבורם ולא תפיסת מולאי דריס שלא היתה עפ"י דבורם ולכן לא תבעם אלא בהפסד תפיסה ראשונה. והשתא שנתעורר מתנומתו ושאל באורים ותומים הוא תובעם בכל, ועוד איפשר לומר דמה שתבעם בתחילה בדבר מועט היה מחמת יראה כי ירא לתובעם במרובה שמה יהיו בועטים ויחזרו למוסרו פעם אחרת ולכן נתחכם ותבעם תחילה בדבר מועט וסמך עצמו על המודעה דלעת הכושר יתבעם במרובה ומעתה גם מה שסיים הרא"ה בעדותו הנז"ל בזה"ל ודקדקו אלחשבון די כל מהו כ'סארא די כ'סר ותוסאב אין פחות מסך קכ"ם ולא יותר על קל"ם ה"ם דמשמע דכלל כל ההפסד דמטא ליה מכל התפיסות, זה אינו, שהרי אינו מעיד אלא שכך היתה תביעת אהרן שכלל כל ההפסדים כגון דלקאייד אלבאב ולכיל די זאבוה כמפורש בעדותו של ראובן הנז' ולעולם שהוא חוץ

מתפיסת מולאי דריס ואבזרה וכמבואר לעיל, וגם מה שסיים ראובן הנז' בעדותו בזה"ל וכתר מן האדסי מה כ'סר שאי חתא אלחד אכור לאיין דגייא כיף תפאסל מעא אלקאייד קאסם צאייפדנאה משא פחאלו עכ"ל משמע מלשון זה שלא היתה שום תפיסה זולת דלקאייד קאסם הנז' שהרי מאותה תפיסה דלקאייד קאסם שלחוהו למקומו וידוע שאחר שחזר למקומו מהתם לא היתה שום תפיסה אחרת, גם זה אינו ולא הוי אלה כלא ראינו דאינה ראיה והיאך יכחיש לעדים שראו שהיתה תפיסת מולאי דריס והוא לא ראה אלא תפיסת אלקאייד קאסם ופשרתו עמו ומתפיסת מולאי דריס לא ידע כל עיקר. ודברים נכוחים משיב אהרן הנז' שאף שבתפיסה קדמה תפיסת אלקאייד קאסם בפשרה קדמה פשרת מולאי דריס שבעודו תפוס ביד אלקאיד קאסם שטפו נהר דינור תפיסת מולאי דריס ונתפשר עמו ונשאר תפוס עד שנתפשר עם אלקאייד קאסם ואחר פשרת אלקאייד קאסם תיכף שלחוהו למקומו ואחר שהלך למקומו לא היתה שום תפיסה אחרת, הרי דליכא שום הכחשה בין עדות זו לעדי אהרן הנז' משום דתפיסת מולאי דריס היתה ביני ביני ומהשתא ליכא שום הכחשה ושום סתירה בין עידי המוסרים הנז' לעדי אהרן הנז' וכל דבריהם מתורצים במשמעות קרוב וכך היא חובותינו לתרץ דברי העדים שנראין מכחשים אלו את אלו אפילו בביאור משמעות הרחוקה כמו שכתב מרן והסמ"ע בשם הריב"ש בסי' כ"ט ס"א, וכ"ש בנ"ד שבקל דבריהם מכוונים למביני מדע ולכן חייבים המוסרים לשלם לאהרן הנז' כל מה שהפסיד דהיינו השבע מאות אוקיות שיש עליה עדים יטול בלא שום שבועה (ואע"ג שהעד הב' אינו מעיד שראה או ידע ההפסד של הסך הנז' אלא מכח שכך דקדקו החשבון לפניו אפ"ה הוייא עדות ולא חשבינן ליה כעד מפי עד שהרי אינו מעיד שכך אמרו לו אלא שכך מעיד מה שראה אותם מדקדקים ועל סכום החשבון להסך הנז' ושפיר קרינן ביה או ראה או ידע וגם ליכא למיחש דדרך תחבולה עשה לדקדק החשבון לפניו והראו בעצמן כאלו עלה סכום החשבון להסך הנז' חדא דלא נחשדו ישראל על כך ואין אדם חוטא ולא לו ועוד שהרי לא הזמנוהו הם לדקדק החשבון לפניו אלא שהוא מעצמו עבר לפניהם והם מדקדקין החשבון לתומם בודאי הוא דחשבון אמתי היו מדקדקין וא"כ עדות זו הויא סיוע שיש בו ממש להעד הא' שמעיד שיודע נאמנה שהפסיד הסך הנז' וכ"ש דבנ"ד שדינו הוא לישבע וליטול אפי' לא היה אלא העד הא' סגי דקי"ל דעד א' פוטרו משבועה אפילו בנשבע ונוטל כדכתב מור"ם בס' פ"ז ס"ו בשם תשובת המיימוני והביאה מר"ן הב"י בסי' ע"ה במחודשין ז' וכ"כ הש"ך ששם הרבה פוסקים וסיים וכן עיקר יעו"ש) והחמש מאות אוקיות שאין עליה עדים ישבע ויטול.

ועפ"י עדותו של הרא"ה הנז"ל שהעיד שנפרע אהרן הנז' מהמוסרים אין פחות מקכ"ם צריך אהרן הנז' לנכות להם הסך הנז' מסך ההפסד, שהרי בעדותו של יעקב הנז' ובעדותו של ראובן הנז' מעידין שהושלש השטר ביד הרא"ה והרי הרא"ה מעיד דשטרא פריעא הוא וקי"ל בסי' נ"ו ס"א שהשליש נאמן כשני עדים בזמן ששלישותו בידו וכתב מר"ן הב"י בתחי' סי' נ"ה בשם המרדכי דאפי' אין שלישותו בידו נמי נאמן אמאי דעבד כבר בעוד שלישותו בידו יע"ש. ומה שטען אהרן הנז' ששלם שלם הכל והוא יתבע לחבירו יען שאינו רוצה ליטפל עם מכלוף הנז' כי קשה עורף וממרה הוא ולכן תובע הכל משלם ושלם יטפל עם חבירו להכריחו שיהא ציית לדינא, לכאורה נראה שיש ממש בטענה זו אי הוה קי"ל כהרמ"א שהוא היש מי שאומר שהביא מר"ן בסי' ת"י סל"ז וז"ל וה"ה שנים שהזיקו ושניהם בני חיובא אלא שהא' ברח או שאין לו מה לשלם משתלם מן האחר ע"כ:

ואע"ג דבנ"ד מכלוף הנז' יש לו לשלם מ"מ כיון דהרמ"ה משוה דין שנים שהזיקו לדין ערב סתם וקי"ל גבי ערב בסי' קכ"ט ס"י שאם הלוה גברא אלמא דלא ציית דינא אז יתבע את הערב דכמאן דלית ללוה נכסי דמי הכי נמי נימא גבי שנים שהזיקו, וא"כ בנ"ד שמכלוף הנז' מוחזק בסרבנות וקשיות עורף והוא מסבות מתהפך בתחבולותיו ולא ציית דינא הו"ל כמאן דלית ליה נכסי ויגבה הכל משלם הנז', אבל כד דייקנא שפיר נראה דאין ממש בטענה זו חדא משום דלא קי"ל כהרמ"א שהרי חלקו עליו הטור והר' חזקיה שהם היש חולקין שהביא מר"ן שם שהוא סובר דהאי דאמרינן לר' נתן [ב"ק דף נ"ג] גבי שור שדחף את חבירו לבור שניהם חייבים וכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי היינו בכל אופן שלא מצא לאישתלומי מהאי כגון מחמת עוני או שברח משתלם מהאיך וחלקו עליו דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאישתלומי מאידך אלא היכא דחבירו לאו בר תשלומין דפטור מדינא כמו בור ושור פסולי המוקדשין שנגחו ושור תם שדחף חבירו לבור כדמשמע כל הסוגיא וטעמא כיון שהתורה פטרה אותו שעמו והוא עשה כל הנזק צריך לשלם אבל אם שותפו לאו בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם למה יפרע הוא בשבילו:

ואע"ג דכתב מרן הב"י על דברי הרמ"ה וכן כתב בהגמי"י פי"ב מה' נזקי ממון בשם תשיבת מהר"ם הרי סיים שאח"ך כתב תשובת מהר"ם עצמו בהיפך ע"כ וא"כ ליכא הכרעה לומר דסובר מהר"ם כהרמ"ה כיון דאיכא תשובתו בהיפך דמאן לימא לן דתשובה המנגדת להרמ"א נאמרה תחילה והדר ביה מינה וסידר תשובה המסייעת להרמ"א דדילמא איפכא. ולכן מרן בשולחנו הטהור שנאה בל' יחיד בשם יש מי שאמר

לומר דסברא יחידאה היא וכ"ש דאם נבוא לעיין היטב בלשון השתי תשובות מהר"ם שהביא הגמ"י יראה לפי' קצ"ד דליכא שום סתירה מחדא לחברתה ומשתיהן תצא תורה דלא כהרמ"א שהרי לא הוזכר בדברי מהר"ם הראשונים כלל דליכא לאישתלומי מהאי הוא בכל אופן ואפי' מחמת עוני או שברח ולא הביא אלא דברי רבי נתן בדמותם וצלמם ראי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי, ומאי דחדית לן הוא דכי היכי דאמרינן גבי נזקין דשור ובור לר' נתן דאי ליכא לאישתלומי מהאי וכו' ה"ה גבי שנים שמסרו אמרינן הכי משלמין שניהם ואי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי דהוה אמינא דדוקא גבי בור הוא דאמרה למלתיה משום דאיכא טעמא דתוראי בבירך אשכחתיה קמ"ל מלתא בטעמא דבכל גוונא אמרינן כל היכא דליכא לאישתלומי אף במקום דלא שייך טעמא דתוראי בבירך וכו', אבל עדיין לא ידענא מהאי תשובה היכי נפרש להההיא דרבי נתן דאי ליכא לישתלומי וכו' או בכל גוונא אפילו מחמת עוני או שברח, או דלמא דוקא היכא דהאי לאו בר תשלומין מדינא, ולכן סיים הגמ"י ובתשובה אחרת משלו מצאתי דאפי' ר' נתן לא אמר היכא דלית לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אלא היכא דהאי לאו בר תשלומין מדינא כלל אבל אם שניהם בני תשלומין אלא שא' עני לא ישלם חבירו יותר בשביל עניותו של זה ע"כ. וא"כ אף שדברי מהר"ם עניים במקום אחד שהביא לישנא דר' נתן ולא פירש בו מדי הרי עשירים הם במקום אחר שפירש דלא אמר ר"ן אלא היכא דהאי לאו בר תשלומין מדינא וילמד סתום מן המפורש דהא דאמר מהר"ם שה"ה גבי שנים שמסרו אמרינן כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי הוא באופן דחד מנייהו פטור מדינא וכמו שפי' דבריו בהמרדכי פ' הפרה כגון שהשנים שמסרו היה א' מהם הוא המוכה דפטור מדינא משום דאין אדם נתפס על צערו אז אמרינן דמשתלם מהאיך ודו"ק הרי דמהר"ם בשיטת הטור והר' חזקיה קאי ולא שבקינן סברתייהו ועבדינן כסברת הרמ"א. וכ"ש למה דחדית לן הרב חידושי אנשי שם אשר סביבות המרדכי בפ' הפרה דלא אמרה הרמ"א למלתיה אלא בענין הזיק שא' לא היה יכול בלא השני וא"כ נעשו חברים ושותפין לכן יש לשלם בעד שותפו אבל בענין מסירות שכל א' יכול לעשות זה ההזיק במסירתו בלא חבירו והשני חייב החצי למה ישלם הוא. ומשום הכי כתב דהרמ"א לא פליג אמהר"ם יעו"ש והשתא דאתינא להכי הרוחנו טעם למור"ם בהג"ה סי' שפ"ח ס"ז שהביא סברת מוהר"ם סתם בלי חולק וז"ל שנים שמסרו ביחד כל א' משלם החצי וסיים באר הגולה וביאר שם שאם הא' עני מ"מ לא יפרע העשיר כי אם החצי ע"כ משום דגבי מסירות אתיא ככ"ע ודו"ק, וא"כ קם דינא בנ"ד דשניהם בני חיובא

כל א' משלם החצי ולא ישלם בעד חבירו אפילו הוא גברא אלמא ואפילו העני ואין לו ממה לשלם.

ועוד המציא לפני שלם הנז' ק"ע מעד א' כה"ר מסעוד בן הרוש שהעיד בזה הלשון אן הווא קרא לכתבא דלפ'צאל די באם תפאצל שלם הנז' מעא אהרן הנז' ולא בקא חתא פצאל בין שלם לאהרן ע"כ, ממשמעות דברים אלו נראה שהיה הדבר דרך פשרה או מחילה שבלשון בני אדם קורין להם אלפצאל, וא"כ הוי הפך טענתו של שלם הנז' שטוען שלא היתה שום פשרה או מחילה אלא שההפסיד היה מועט, ופרעוהו מושלם וכבר כתבנו לעיל דמודעה רבה איכא בדבר שיש בה כדי לבער אפילו אם נעשה הדבר דרך פשרה וא"כ אף אם המצא ימצא עד אחר שיצטרף עם זה לאו כלום הוא וכ"ש דטענת בעל דין היא היפך מעדות זו ולא שוייא מדי אף אם היתה בשנים, וכ"ש שהיא סותרת דברי עדים הנז' שמעידים בטענתו של שלם הנז' ושאלתי את פי העד עצמו הר"מ הנז' מה כוונתו בלשון זה ואמר שלא נתאמת אצלו אם פשרה אם מחילה ולכן נקט לשון דכולל תרוייהו הרי דעדות זו שהביא שלם הנז' לזכות אדרבה חובה היא לו.

זאת תורת העולה מכל מה דכתיבנא שהמוסרים הנז' חייבים שניהם לשלם לאהרן הנז' כל א' החצי משפר ארג נכסי והשם יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות החותם פה צפרו באדר משנת מורשה קהל"ת יעקב.

איש צעיר ישועה אביטבול סיל"ט. בכמוה"ר יצחק זלה"ה

אחר שכתבתי כל זה הראני ידיד רוחי החכם השלם דו"מ כהה"ר שמואל אבן צור פסק דין מהרב הגדול סבא דמשפטים זקינו כמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שפסק בשנים שמסרו שיש להם דין ערבים זה לזה והביא ראיה ממהריק"ש בסי' שפ"ח שכתב שכן נ"ל להכריע בדין זה ששנים שמסרו יהיה להם דין ערבים וכשאין לא' ממה לשלם ישתלם מחבירו וכראותי דברי הרב נרתעתי לאחור בפרט זה שכבר הורה זקן. ולראיה ח"פ.

ישועה בכמה"ר יצחק זלה"ה

סימן יא

שאלה ראובן נלב"ע והלך חנוך בנו לארץ מרחק ונכסי אביו נשארו ביד אמו האלמנה והלכה והיתה לאיש אחר והיתה דרה עם בעלה השני ואף כי אחר מותו בהבית שהניח לה בעלה הא' כמה שנים שנה אחר שנה בחלקה וחלק בנה חנוך והלך שמעון לארץ מרחק וקנה מחנוך החלק המגיעו מירושת אביו והביא השטר מכר שנכתב בארץ מרחק ונתקיים ג"כ בארץ מרחק ולא מצא מכיר בכאן לא חתימות עדי המכר ולא עדי הקיום

ומשום שהיה אומר שיחזור לקיים שטרו במקום שמכירין החתימות ממקום למקום עמד בנה שמאיש אחר ונתפשר עמו בחלק ירושת חנוך אחיו מאמו ואחר שנתפשר בזה בא לתבוע בירושת אחות ראובן שהיא דודתו של חנוך מכח מה שקנה מחנוך הנז' כל חלק וזכות המגיעו מירושת אביו וטען עליו בן דודו של חנוך תחלה קיים שטרך וניחות עמך לדינא דהגם שיש עליו קיום ערבך ערבא צריך דאין מכיר בכאן לא מדו השטר ולא עידי הקיום וקי"ל בסי' מ"ו סעיף ז' אעפ"י שהוא מקום צריך שיכירו חתימת ב' עדים או ב' הדיינים יע"ש ואפילו לאחר שתקיים שטרך וניחות עמך לדינא הרי לא מכר לך חנוך רק הזכות המגעתו מירושת אביו ואין ירושת דודתו נכללת בירושת אביו שאומר אני שאחרי מות ראובן אביו הוא שנלב"ע דודתו עד שתביא ראיה שאחות ראובן דודתו של חנוך הנז' נלב"ע בחיי ראובן אחיה וזכה בחייו בירושתה אז היא נכללת מכלל זכות ירושת אביו והשתא דאיכא למימר שראובן אחיה הוא שנלב"ע בחייה מצי חנוך למימר דזכות ירושת אבי הוא שמכרתי ולא במה שזכיתי מירושת דודתי שהמוכר צריך לפרש כל מה שמכר כדאיתא בסי' רי"ד ושמעון טוען אף גם נאמר שאחרי מות ראובן הוא שנלב"ע דודתו הנז' מ"מ שפיר קרינן לה ירושת אביו דמכח אביו הוא יורש דודתו שאביו ירש את אחותו בקבר והוריש לחנוך בנו ובן דודו משיב שחנוך הוא היורש לדודתו שירושת הקבר אינה ירושה לחוב לחנוך דקי"ל בן שמכר מה שירש מאביו ומת הבן תחילה ואח"כ מת האב בן הבן מוציא מיד הלקוחות דמצי אמר אנא מאבוה דאבא יריתנא ואפילו שטר שהיה מחוייב אביו לזקנו הוא יורש השטר מכח זקנו ומוציא מן הלקוחות שמכר להם אביו נכסיו כדאיתא בסי' רי"א סעיף ג' וסעיף ד' ואם אין זכיה לבן אלא מכח ירושת הקבר שאביו הוא הזוכה בקבר ומוריש לבנו היכי מצי הבן להוציא מיד הלקוחות שקנו מאביו ירושת זקנו והיכי מצי לטרוף מלקוחות אביו בשטר שחייב אביו לזקנו והלא אביו הוא הזוכה בקבר בשטר זה אלא ודאי כדאמרן, ויהי לתקופות הימים נועדו יחדיו יורשי בעל דודתו הנז' עם בן דודו של חנוך להתפשר בירושת דודתו אחר שנתעצמו בריבם אלו עם אלו שבעל דודתו הנז' היה לו בן הללו מביאים ראיה לדבריהם שהבן נפטר בחיי אמו ויזכו יורשי האשה והללו מביאים שנפטר אחרי מות אמו ואביו זכה בכל הירושה להוריש ליורשיו ונחלקו בתי דינין בדבר הללו מזכים ליורשי האשה והללו מזכים ליורשי הבעל וכללות הירושה אינה אלא איזה חזקות של אשה חורבות ועמדו הגויים בעלי גוף הקרקע לבנות החרבות ועמד בן דודו ונתן באיזה חזקות החלק המגיעו בבנין בהחזקות להגויים וגם יורשי הבעל נתנו באיזה חזקות אחרות מה שעולה להם בהבנין להגויים ובהתעצמם ברובם נשארו החזקות ביניהם כנכסי רטושין שדרו

בהם איזה אלמנות ומי שאין להם ממה לפרוע השכירות וכראות הב' כתות שאבדה שכירות החזקות של כמה שנים נתרצו לפשרה ומשום דחנוך עדיין הוא בארץ מרחק העמידו לשמעון הקונה ממנו ירושת אביו להתפשר עמהם בחריקיה אדעתא שיביא הכל מפורש לזכות גם בירושת דודתו וביני ביני עמד אחיו של חנוך מאמו ושלח והודיע לאחיו ששמעון הקונה נטל מה שנטל בעד ירושת אביו וחוזר לתבוע ירושת דודתו ושלח לו חנוך כתב על ידי ת"ח אחד שאפילו בירושת אביו לא מכר לו כי אם מחצית הבית דוקא ואפילו לגבות מאמו שכירות ממה שדרה כבר לא עלה על לבו אלא משום ששמעון יודע ספר רימה להעדים להיותם הדיוטות וכתבו לו כל זכות המגעת לו מירושת אביו ושאם לא יודה שמעון האמת ישלח משם קבלת עדות מהעדים שהיו עמהם במעמד המכר וכראות שמעון האגרת חזר לאחוריו כבושת גנב כי ימצא ונשארו כל החזקות שעלו לחלק יורשי דודתו ביד בן דודו של חנוך והיום אחר עברו כמה שנים חזר וניעור שמעון הנז' לתבוע חלק חנוך בהחזקות הנז' ובפירותיהם ובן דודו של חנוך משיב לו כל הטענות הנ"ל ועל הפירות השיב לו אפילו חנוך בן דודי לא יזכה בפירות עד יתן חלקו בהוצאת הבנין ואנא פרענא ההוצאות בעד חלקי וחלק בן דודי ואהנה מהפירות עד שיתן לי יציאותי ע"כ תורף השאלה להשקיט ריב בשעה שמס"ה ומרור מונחים לפניך בעשות לה ציצים ופרחים בשבת אחים שהם מומחים ונוחים כתפוחים מוצלחים שהכל מריחים ריח נחוחים יין משובח בכוסות משובחים המה ב' אחים פקחים שרי צבאות ישראל בעליות מרווחים זה הוא מקומן של ש' ש'בתים ה' עליהם יחיו ששים ושמחים כי"ר כה אמר שואל באורי"ם ותומי"ם מן דרחים לאחים:

ע"ה שאול ישועה ס"ט

לא ראינו שום זכות לשמעון בטענותיו מכח תשובת הנז"ל שלא קיים שטרו שלא ברר שזכה מורישו של חנוך בירושת אחותו, ופשוט הוא שאינו נכלל בל' מירושת אביו אלא מה שזכה אביו בחייו והיורשים מוחזקים והלוקח מוציא ועליו הראיה, ואין כאן מקום להאריך כי הדבר פשוט ולראיה ח"פ וקיים:

יקותיאל ברדוגו ס"ט רפאל ברדונו סלי"ט

הגם שכבר כתבתי לזכות שמעון הלוקח הנ"ל גם במה שמגיע לחנוך המוכר הנז' מירושת דודתו מכח דקדוק לשון שטר מכר וכדקי"ל מדקדקין לשון השטר ודנין על פיו כמשו"ח ביד שמעון הנז"ל, שבתי וראה שאין כח בדקדוק הלשון ההוא להוציא מיד הבעלים הראשונים ואינו אלא לשון מסופק ואוקי ארעא בחזקת מרה קמא וחזקת הלוקח הנז' לא מהניא ליה דהיו ליה נכסי רטושין ובורח מחמת סכנת נפשות כידוע

לכל דלא מהניא בהו חזקה וכמ"ש מר"ן סימן קמ"ג יע"ש. ולראיה ע"ד אמת ח"פ פאס יע"א וקיים:

איש צעיר שאול סרירו ס"ט

עם היות שפשרנו בין הטוען בעד חנוך ובין שמעון הקונה דהיינו שיטול שמעון הקונה מחצית מכל חלק וזכות המגיע לחנוך בירושת דודתו לא מפני שדעתנו היה מסופק בלשון השטר דודאי לשון השטר לדעתנו אינו מורה כי אם מה שירש מאביו דוקא לא מה שירש מדודתו אלא לפי שראינו להרב המורה תנא דבי אליהו שפסק להם שאף מה שירש מדודתו נכלל בכלל ירושת אביו לכן פשרנו ביניהם ובטלנא דעתינו מפני דעתו הרחבה אבל לקושטא דמלתא דעתינו היא שאין מה שירש מדודתו בכלל דאין לשמעון שום צד זכות בהם כלל ולראיה ח"פ:

חיים דוד סירירו יס"ט

בפנינו אח"מ גילה דעתו כהריס"ן שהוא א' מהברורים כמשו"ח ביד החכם כמהר"ר שאול ישועה אביטבול נר"ו שדעתו היא בענין הדין הנז' היא שאין לשמעון הנז' שום זכות בירושה הנז' כלל כמ"ש כמהרח"י אחיו הנ"ל ולראיה שפך גילה דעתו לפנינו אח"מ ח"פ וקיים.

סעדיה ן' סעדון ס"ט סעדיה בא"א אברהם אבן דנאן סלי"ט כי"ר

סימן יב

בהיות שהאלפוקי אשר למעלה מחצר הבורית הידועה להר' דוד הכהן היה גם הוא בחזקת הרד"ך הנז' ובו היו שלשה עליות והיו מימי העליה הראשונה לשמאל הנכנס להאלפוקי הנז' עוברים דרך גג העליה הסמוכה לה הב' לשמאל הנכנס להאלפוקי הנז' ומשם יורדים להמקוה שתקנו בהאלפוקי הנז' לצורך טבילת נשים ולהשתמש במימיו שהיה בנוי בקרן זוית סמוך לכותל עליה זו השנית ולכותל הנכחי נכנס להאלפוקי הנז' העשוי למחיצה לשמירת האלפוקי הנז' ומהמקוה הנז' יורדים המים ועוברים דרך ביב א' בהכותל הנז' וצנור קבוע בו שממנו מקליחין המים לחוץ למבוי האלמעסרא ועמד הר' דוד הכהן בשנת תקמ"ז ומכר העליה הא' לשמאל הנכנס כמות שהיא להר' יהודה אסולין נ"ע עם כל תשמישיה והנאותיה עם שמוש וזכות בגג ובית שער אכסדרה ובמקוה המים שכך מפורש בשטר המקנה והיה הר' יהודה הנז' דר בעלייתו הנז' ומשתמש במקוה הנז' ומימי גגו עוברים דרך גג העליה השנית הנז' ומשם להמקוה ומהמקוה לביב הנז' ובין מימי גשמים היורדים על אכסדרת עליה זו הראשונה עוברים דרך אכסדרת העליה הא'

לימין הנכנס להאלפוקי הנז' ומשם להביב הנז' לקלח לחוץ וכשנלב"ע הר' יהודה הנז' וזכה הרב אברהם בנו בהעליה הנז' היה גם הוא דר ומשתמש בהעליה ותשמישיה כאביו זה כשמנה שנים מ"מ משנלב"ע אביו הנז' ובימות החורף של שנתינו נפלה העליה הב' שעליה היו עוברים מי עלייתו של אברהם הנז' והוצרך להעמיד פראווא מראש הגג ועד האכסדרה של עלייתו שיורדים בה מי גגו מהגג להאכסדרה ומשם עוברים דרך אכסדרת העליה הראשונה לימין הנכנס להאלפוקי הנז' עד הביב הנז' ושופכים לחוץ ובעישור א' לחדש ניסן כאשר בנה הרד"ך כותלי חצר הבורית שנפלו והתחיל לבנות בהעליה הב' הנז' ובכותל מחיצה הנז' רצה להגביה כותל המחיצה להשוותו לכותלי העליה הימני' הראשונה והעליה השמאלית הנז' כי מחמת שרצה לעשות קרוי על ב' עליותיו הנז' הנכחות זו לזו ועל כותל המחיצה רצה להוסיף תלוויח לדירה ועכב עליו אברהם הנז' ועמדו שניהם לפני לדין על ככה וטען עליו הר' אברהם הנז' על עשיית האלתלוויח חדא שמרבה עליו את הדרך ברבוי השכנים ושלא יעשה קרוי לעליותיו מחמת שמאפיל קצת, ועוד שבעשית האלתלוויח מבטל תשמיש המקוה ותשמיש הביב שיש זכות בהם לאברהם הנז' וגם דוד טען על אברהם הנז' שלא לקבל ממי גגו של אברהם הנז' על גג עלייתו כבראשונה שהגג שנשתעבד לו להעביר עליו ממיו נפל ואזדא ליה שעבודיה וגג זה שיבנה מחדש פנים חדשות באו לכאן וטען עליו עוד להסיר האלפראווא שעשה להוריד מימי גגו להאכסדרה שאין רוצה להעבירו דרך עלייתו הימנית ופסקתי ביניהם שאין דוד רשאי להוסיף האלתלווית לבית דירה אף אם היה כלו שלו מחמת שמרבה הדרך על אברהם הנז' כדאיתא בסי' קנ"ד סעיף א' ומה גם שיש חלק לאברהם הנז' במקום ההוא. דמקוה מצד א' והביב מצד א' ומה שטען למונעו מן הקרוי אינה טענה שזה תקון הכריחי לעשות קרוי על האכסדרה ולהניח האלחלקא להכניס האור ואם הוא אינו רוצה לעשות קרוי להאכסדרה שלו רשאי ועל מה שרוצה דוד הנז' להגביה כותל המחיצה להשוות הקרוי לשלש רוחות לא מעכב עליו אברהם הנז' רק שטוען עליו שאינו מסייעו בבנין הכותל ההוא המוטל על שלשה דיורים הנז' כי אם עד המקום אשר עמד שם בראשונה שיש בו די והותר למחסה ולמסתור להאלפוקי הנז' והדין עמו שאין לו תועלת בנוסף ובענין המקוה מן הדין כופין זה את זה וכל מדור יתן השליש להחזירו לקדמותו כבראשונה ומקום הביב ישאיר במקומו. שעדיין מקומו קיים שלא נפל מקום קביעותו ובמה שטען דוד הנז' שלא לקבל מי גגו של אברהם:

על עלייתו הדין עמו כההיא דסוף סי' קנ"ג גבי נעיצת קורה והכא נמי דכוותה ומה גם שבפירוש איתא בתשובת הרשב"א במחודשים סי' א' דדין נעיצת קורות והעברת המים

על גג חדש שוין שנשאל על כותל ראובן מכוסה ברעפים והמים יורדים עליו נגרים על חצר שמעון ונפל אותו הכותל וחזר ראובן ובנה אותו כותל ועכב עליו שמעון שלא לקבל המים הנגרים על חצירו והשיב אף אם נפל הכותל מעצמו או שסתר הוא כותלו ע"מ לבנותו לא איבד זכותו וכל שגוף הדבר שנשתעבד ישנו בעולם לא נסתלק השעבוד שאלו מי שיש לו שעבוד על כותל חבירו לנעיצת קורה אעפ"י שנשברה אותה קורה לא נסתלק השעבוד יע"ש הרי מפורש גבי מים הנגרים דדוקא היכא שגוף הדבר שנשתעבד ישנו בעולם כגון האי דחצר שמעון שנשתעבדה לקבל המים הנגרים עדיין קיימת וכן בכותל שנשברה הקורה ועדיין הכותל שנשתעבד:

קיים השעבוד במקומו עומד אבל היכא שגוף הדבר שנשתעבד אינו בעולם כגון הכא שנסתלק הגג המשועבד להעביר המים או שנפל הכותל המשועבד לקורה אזדא ליה שעבודה ותשובה זו הוא שהביא מורם בהגהה סי' קנ"ג ס"ו וז"ל אבל אם נפל הכותל וכו' היינו שנפל הכותל שמימיו נגרים על החצר המשעובדת שעדיין קיימת אבל היכא דנפל המקום המשועבד אזדא ליה שעבודיה וזה ברור אלא שהפריז על המדה דוד הנז' שטוען להסיר האלפראווא שעשה בהאכסדרה שלו ובשלמא אם אינו מונעו להעביר עלי גגו מימיו הוה אמינא שעשה האלפראווא עראי עד יבנה דוד גגו אבל השתא דמנעו מלהעביר על גגו וקבע מקום אחר אפילו אם היה ברשותו של דוד ובמקומו כיון שלא מיחה בו החזיק מיד כדאיתא בסי' קנ"ג ס"ו וכ"ש שלא קבעו אלא במקומו ושופך אל הביב שיש לו זכות בו מכלל מי גשמים היורדים:

על אכסדרה ההיא ואע"ג שעובר דרך אכסדרת העליה הימנית מה בכך כיון שמוכרח להעביר מי גשמים היורדים על האכסדרה יעבור אלו בכללן כההיא דסעיף י"ב דמחזיק למ' כביסה א' ממחין בידו לחמש כביסות והמחזיק למי גשמים לא ישפוך שם מי כביסה משמע דלמי גשמים מיהא החזיק בין מועטין בין מרובין וכ"ש שברשותו הוא שופך והמים עוברים מכלל מי גשמים העוברים וכ"כ הלבוש שם וז"ל כיון שנשתעבד הביב וכו' לקלח שם אין חילוק במעט או הרבה שכן דרכם שכולם נבלעים או מקלחין דרך שם יע"ש ומה גם שמימי הגג הוא עצמו היו עוברים אל הביב הנז' מהמקוה הנז' כלל גם עכב אברהם הנז' על דוד הנז' מלשנות האלחלקא של חצר הבורית הנז' שממנה עולה עשן מחצר הבורית בשעת בישול הבורית והדין עמו שאם יקרבנה לעליית אברהם הנז' ירבה עליו נזק העשן, וצור ישראל יצילנו משגיאות הח"פ צפרו בניסן ש' תהיינ"ה אזני"ך ליצי' וקיים:

שאול ישועה ס"ט

סימן יג

הסילוק מועיל כפי הדין מאחר שהיה בהסכמת הארוס ואף שהיתה הבת קטנה בעת הסילוק ומה גם שהגיעה ליותר מעשרים ולא מיחו אלא שהבעל בא בטענת שהיתה אנוסה ועוד שהסילוק נעשה בטעות מחמת נכסים שלא היו ידועים לאב בשעת הסילוק והדבר מסור לבית דינם לעמוד על אמתת הדברים או אם היו יורשים אחרים לאשה ואם הדבר ספק אוקי ממונא בחזקת הבעל שהוא יורש דאורייתא ולראיה ח"פ וקיים.

שאול סירירו ס"ט

השקפתי על הסילוק הנ"ב שסלקה עצמה הבת הנז' מירושת אמה הנז' שקבלה מאביה והסכים על ידה האנוס כמ"ש בפנים וראיתי אחרי רואי שהסילוק הנז' והסכים ע"י הארוס הוא חזק וקיים כראי מוצק שכך מבואר בתקנה שס"ג לפ"ק שתקנו שהיתומה שעשתה מחילה הן לאביה הן לאמה וכו' בלי הסכמות ב"ד של שלש שהמחילה הנז' בטלה וכו' זולת אם תהיה המחילה בהסכמת הארוס שאז היא קימה שודאי לא הסכים הארוס במחילה עד שהיתה מחילה גמורה בלתי טעות ע"כ. הרי להדיא דהסכמת הארוס עדיפא דליכא למיחש לה למידי א"כ איפא בנד"ז דהסכים הארוס ודאי דלא הסכים במחילה עד שהיתה מחילה גמורה בלי טעות ובודאי דהסכמתו חזקה ויש בה תועלת יותר מסילוק הבת דהא סילוק הבת לא נגמר כי אם ע"י הסכמת הארוס דהוא עיקר בזה וא"כ מהי תיתי לומר דלא ידע בה שעתא כמה היו הנכסים כדי שנאמר שהסכמת הארוס היתה בטעות והרי מתקני התקנה אמרו דלא הסכים הארוס עד שהיתה מחילה גמורה בלי טעות ובודאי דידע הכל ומחל והסכמתו קימת ואפי' לדברי האומרים שסילוק הבת היה באונס שאנסה אביה וכו' אפי' אם המצא ימצא שבאונס נעשה הסי' הבת ע"י ברורים אין בדבריהם ממש דמה יתן ומה יוסיף מעשה הבת וסילוקה הרי היא תלויה בהסכמת הארוס וכיון שקדשה וזכה בנכסיה הוא העיקר בזה אם לקיים מעשה אשתו אם לערער ולבטל דברי אשתו וכיון שהסכים למעשיה באופן המועיל אפי' אם נאמר דהיא היתה אנוסה מ"מ הבעל לא היה לו שום אונס והיה יכול לערער אפי' אם היה מעשה אשתו ברצון ולא באונס וכ"ש לפי עדות העדים שסלק עצמו בר"ן דכ"ע מודו דהשתא דסלק עצמו והסכים על מעשיה דבתר דידיה אזלינן והסכמתו קיימת וחזקה והמערער על זה דבריו מהבל ימעטו וזה פשוט לכל מבין ולרא' אמת ח"פ פאם יע"א בסיון מש' כי ישרי"ם דרכי ה' לפ"ק והשתא דדינא אתברר לא שייך לעשות פשרה בזה דמה חלות יש לפשרה נגד האמת לנתקו ממקומו ולהכניס הפכו בהדומו דהאמת עד לעצמו וזה ברור וקיים.

אליהו הצרפתי ס"ט

דברים פשוטים ולרוב פשיטותו לא ניתן ליכתב דבודאי זכה האב בחלק בתו שמכרה לו חלקה בירושתה מכי' גמו' ואע"ג דהתחיל בלשון סילוק דהוא לישנא גריעא בקרקע דקי"ל בפ' הכותב דפ"ג האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדם זו וכו' לא אמר כלום מ"מ הא אסיק התם דבקנו מידו אמינא מגופא דארעא קנו מידו וכפי' רש"י והרא"ש שם יע"ש, ובנ"ד אף שהתחיל בל' סילוק הרי סיים בכמה לישני דמכר יזכה יחזיק וכו' ובמכר א"צ לא מציאות חכם ולא הסכמת הארוס דלא אמרו בתקנה ש"ש בנשא"י ידי אל דביר וכו' דצריך מציאות חכם או הסכמת הארוס אלא במוחלת לאביה מה שירשה מאמה או לאמה מה שירשה מאביה שחששו לטענת אונס שלפעמים היא כאנוסה מאביה או מאמה וכן חששו למחילה בטעות ולכן הצריכו מציאות חכם או הסכמת הארוס בהיותה מחי' גמו' בלא טעות וגבי מוחלת לבעלה נכסים שנפלו לה בירושה או במתנה נתנו טעם למציאות:

חכם שלפעמים היא כאנוסה מבעלה למחול ולבטל זכותה אבל גבי מוכרת א"צ לא מציאות חכם או הסכמת הארוס דלא שייך לא טענת אונס ולא טענת מכירה בטעות דטענת אונס גרידא אינה כלום דתליוה וזבין זביניה זביני ובעינן מסירת מודעא עם הכרת אונס וליכא וגבי טענת בטעות אינה אלא במוכר במדה ובמשקל ובמנין דקי"ל בסי' רל"ב דנקנה המקח ומחזיר הטעות אבל בנד"ן שמכרה סתם כל החלק העולה לה בירושתה ולא פירשו בפרטות הקרקעות אמינא ודאי שמכרה הכל קו"ט גלויות ונסתרות מדלא פירשה מה מכרה ומסתמא נמי ידעה מה מכרה והארוס נמי מסתמא ידע על מה הסכים ואם היתה פחותה מבת כ' כשמכרה הרי לא מיחתה מיד כשגדלה אבל בנד"ן שאין בידו שום ראיה לדבריו רק בהבל פה אמר שאנוסה היתה אשתו ושהטעה אותה אביה אין לנו לשתקו אלא בנזיפה ומהתימה על חכמי עירם שלא שתקוהו בנזיפה ולא להטריח זקן זה מעיר לעיר, קנצי למלין אפי' אם לא היה הסילוק חתום בחכם עיר ולא הסכים הארוס כיון שהוא מכר גמור אין מזיזין אותו ממקומו כל הרוחות שבעולם וכ"ש בהצמדם יחד, וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות כי"ר החו"פ צפרו יע"א בחדש סיון המבת"ש ש' ישרי"ם בלבותם:

שאול ישועה אביטבול ס"ט

סימן יד

במותב תלתא כחדא הוינא ואסהיד קדמנא כהיר יעקב אסודרי בתע"ג ששם נמצא ושם היה בבית הכנסת הגדולה הי"ג אשר פה צפרו ביום ה' י"ח בשבט התקכ"ט ודכלת דונא בת הי' עמור ה"ן יתאח וקאלת להר' משה אדהאן בזה"ל קאלתלך ימא עטיני מוזונא די כא תסאלך נסריוו לכרשוף ג'בד מוזונא ועטאהאלהא והייא עטאתהא לה"ר שלמה אביטבול ראג'ל כתהא יקלבהא וואם מליחא ומאג'אלא למוזונא פייד הר"ש הנז' כא יקלבהא והר' משה הנו' קאל לדונא הנז' בזה"ל האדיך למוזונא דלקדושין ואסאעא די כרג' האד לכלאם מן פמו תכף נפקע פיה העד הנז' הווא והר"ש הנז' ואזבהום הר' משה הנז' וקאל אנא ג'איר כא נתמלג' מעאהא ולמוזונא רדהא הר"ש הנז' לדונא הנז' ולא נשאר בזכרונו של העד הנז' אידא רדהאלא אחר מא נפקעו פיה אוו קבל ועבאתהא ומסאת עכס"ע וקבלנוה כדחזי בפני הר' משה הנז' ובפני החכם השלם הדו"מ כמוה"ר ישועה אביטבול י"א וחתי' הכא תמ"ת והיה זה כ"ג בשבת שבעה לאדר ראשון שנה הנזכרת לעיל והכל שריר וברייר וקיים.

משה בן אברהם נחמני ס"ט אברהם בן יעקב אציני ס"ט

על של עתה באתי לפתוח פתחה של תשובה הדק היטב בטיב קדושין לשואלין ודורשין אי איכא למיחש חוששין והן קדם חקרתי ודרשתי אם היה שם באותו מעמד מי שראוי להעיד להצטרף עם העד הנז"ל והנה איננו ואבקשהו ולא נמצא גם חקרתי אחר התלמידים שהיו באותו מעמד ולא נמצא בהם מי שהגיע לכלל שנים והגדול שבהם לא השלים עדיין שנת י"ב והר"ש אביטבול בעל אחותה שהיה שם כמאן דליתיה דמי כי קרוב הוא ופסול משום קורבה:

ואחר שכן הוו קדושין בעד א' דשוו כל הפוסקים דאין חוששין להם וכמ"ש מרן בסי' מ"ב ס"ב וז"ל המקדש שלא בעדים ואפי' בעד א' אינם קדושין ואפי' שניהם מודים יע"ש לבד הסמ"ג שחוכך להחמיר להצריכה גט והוא היש מחמירים שהביא מורם שם בהגה.

והנה מרן בדברות קדשו לא חש להזכיר לסברת הסמ"ג כל עיקר והביא בב"י בשם הרשב"א שכתב לא' מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על סמ"ג בזה מי סנו ה"ג והרי"פ והרמב"ם וכל הגאונים וכל האחרונים שאתה מחמיר על עצמך יותר מכל אלו עכ"ל. ונראה דאף מאן דחש לה לסברת סמ"ג ביו"ד בנ"ד שהבתולה הנז' משודכת לכהן ואם נבוא לחוש לסברת סמ"ג להצריכה גט שוב לא מצי המשודך הנז' לישאנה והויא חומרא דאתייא לידי קולא וקלקולא להפרידה מבעל נעוריה והוי בכלל ונרגן מפריד אלוף ומי

יקל את ראשו להחמיר נגד עמודי עולם אשר הבית בית ישראל נשען עליהם בהיכא דשכיח הזיקא ונפיק מנה חורבא.

והשתא דאתינא להכי נראה דאף הסמ"ג עצמו יודה בנ"ד שהרי כתב הרשב"ץ בתשובה הביאה מרן ב"י ומורם בהגה דלא חשש הסמ"ג אלא בששניהם מודים אבל אם יש הכחשה ביניהם לא כמ"ש הרשב"א באשה טוענת משטה היתה עכ"ל, וממה שסיים בדבריו כמ"ש הרשב"א באשה טוענת דמשטה היתה נראה דלאו דוקא נקט לשון הכחשה דמשמע שהא' מכחיש ואמר להד"מ אלא אפי' אומר שהיו הקדושין אלא שכוונתו היתה להשטאה א"נ לשחוק והיתול בעלמא שפיר קרינן ביה אינו מודה לדברי העד וכ"כ הב"ח בפירוש הביא דבריו הרב נחלת צבי יע"ש.

ובנ"ד הרי מבואר בק"ע שכאשר גערו בו חבריו ואמ"ל מה המעשה הזה השיב ואמר הלא משחק אני וגם שלחתי לשאול את פי הנערה מה היה בדעתה שקבלה המעה והלכה לה ובתשובה אמרה שבדעתה היה דדרך שחוק והיתול בעלמא היה הדבר שכן דרכו לשחוק עמה כפעם בפעם הרי דלדברי שניהם לא נתכונו כלל לקידושין אלא שיחוק והיתול בעלמא והוי נ"ד ככ"ע דליכא למיחש למידי. עוד זאת אדרש דבנ"ד הוו קדושי הבל ואין בם מועיל ממה שראינו בענין שבאה הבתולה בשליחות מאת אמה לתבוע ממנו המעה שהיתה נושה בו ואחר שנטלתה ממנו בתורת חוב ונתנתה לבעל אחותה לראות הטובה היא אם רעה מה יועיל שחזר ואמ"ל לשם קדושין ולא מבעייא היכא דקבלתה ושתקה דאז אפי' אמר לה כן בשעת מתן מעות קודם שתטלנה ונטלתה מידו יכולה היא לומר אין שקלי ודידי שקלי ולא הוייא שתיקתה כהודאה אלא אפי' אם רצתה בקדושין ואמרה הן בפירוש כיון דמעיקרא קבלתה כתובה כי הדר אמר לה לשם קדושין לאו מידי יהיב לה משלו ובמה תתקדש וכמ"ש מרן בסי' כ"ח ס"ג וז"ל וכן אם החזיר לה חוב שהיה לה אצלו ואמ"ל כנסי סלע זו שאני חייב ליכי והרי את מקודשת לי בו קודם שתטלנו ונטלתו ושתקה וכו' אינם קדושין עד שתאמר הן אבל אם לאחר שנתנו בידה וכו' אפי' אמרה הן אינה מקודשת וכו' עכ"ל ואף גם זאת שהלשון שאמר האדיך אלמוזונא דלקדושין אין בו ממש שהרי כתב מרן בסי' כ"ז ס"ד אמר לה הרי את מקודשת ולא אמר לי אינה מקודשת ואף להיש מי שאומר שהביא מרן בס"ה דאם אמר הריני נותנו לך בתורת קדושין הוי כאומר לי הרי כתב הבאר היטב בשם מהרי"ט דדוקא אם אמר בתורת קדושין אבל אם אמר אני נותנו לך לקדושין אין כאן חשש קדושין כלל ואף דהרשב"א חולק בזה בהיכא דאמר אני נותן לך לקדושין דהוי כאומר לי מ"מ מודה הוא היכא דאמר קח זה לקדושין דאינו כלום והלשון דנ"ד גרע טפי מכל הנך לישני דלא

משתמע מניה מידי מי הוא המקדש ולא למי מקדש ונראה דאף היש מחמירין שהביא מור"ם יודו בנ"ד דאין כאן ידים מוכיחות ועוד דבעינן שיאמר לה לשון המוכח להבא כמ"ש מור"ם שם ולשון זה לא משתמע כלל להבא והוי כאומר הן קדושין לחוד דאינו כלום מכל מה שכתבנו נראה דאפי' אם היתה הבתולה הנז' בוגרת שהיא ברשות עצמה אין כאן בית מיחוש לאותן קדושין וכמאן דליתנהו דמי ולרווחא דמילתא חקרתי אחר הבתולה הנז' אם הגיעה לכלל בגרות ועפ"י קרובים ואומדנא דמוכחי נודע שעדיין לא הגיעה לכלל שנים שלא השלימה עדיין י"ב שנים גמורות שתגיע אפי' לכלל נערות ולא סמכתי על זה עד ששלחתי נשים בקיאות לבודקה אם הביאה ב' שערות כמו שהביא מר"ן בסי' קנ"ה סט"ו וסי"ו לענין מיאון ובאו ואמרו שלא מצאו לה שום סימן כלל דנערות ואצ"ל דבגרות וא"כ אפי' אם יתברר אחיך עפ"י עדים שהגיעה לכלל שנים כיון שלא הביאה סימנים חשובה כקטנה וכמ"ש מר"ן בסי' הנז' סי"ג.

ומעתה אף אם היו קדושין גמורים הוייא קטנה שקדשה עצמה בלא דעת אביה דאינו כלום אפי' שדכה אביה תחילה ואפי' נתרצה האב בפירוש אחר הקדושין כמ"ש מר"ן בסי' ל"ז סי"א ואף לסברת היש אומרים שהביא מר"ן דבדבריהם משמע לשון הסוגיא כמ"ש בב"י דסוברים דאם נתרצה האב כששמע הוו קדושין הרי סיימו דבריהם דאם מיחתה היא או אביה קודם שנתרצה לא הוו קדושין אפי' נתרצה האב אח"ך ובנ"ד הרי מיחתה היא וא"כ אפי' אם יבוא אח"ך אביה ממקום שהוא היום שם ויתרצה אינו כלום כיון שמיחתה היא והוי ככ"ע.

ועוד שהרי אביה גלה דעתו שהוא חפץ במשודך שלה שהוא יוסף בן מסעוד הכהן ממה שכבר שרו הצמוקים במים לעשות מהם מים שרופים לצורכי החופה ובודאי דכל זולתו קרינן ביה קדשה עצמה למי שאין לאביה חפץ בו דלית ביהו משאש אליבא דכ"ע ומעתה אין אנו צריכין למה שנסתפק העד הנז' על חזרת המעה שהחזיר לה הר"ש אי הוייא קודם גערה או אחר גערה דאפי' אי נימא קודם. גערה אינו כלום ולהיות הדברים ברורים כשמלה דליכא שום חלות לאותן קדושין וכתותי מכתת שעורייהו תזרם ורוח תשאם וסערה תפיץ אותם אמטו להכי לא הטלנו שום קנס להמקדש הנז' כיון דלא אהנו מעשיו מדי ואדרבה אם באנו לקונסו אנו עושים רגלים לדבר ופתח פתוח לללייצני הדור המצפצפים והמהגים להטיל מים בקדשים כי יאמרו אי לאו דאהנו מעשיו לא היו קונסין אותו ופרושים התירו את הדבר בדוחק וכסו את עין השמש בכברה והשתא דשבקינן ליה ולא ענשינן ליה יסכר פי דוברי שקר וקולם לא ישמע עוד כי יאמרו בדקו ולא מצאו ממש באותן קדושין נוסף היות האיש משה עני מאד ושגגה היא שיצאה מלפניו זה מה

שנראה לקוצר ידיעתי וחלישות דעתי אם יראה בעיני בעלי הוראה החותם פה צפרו אור שמנה באדר א' משנת ויוס"ף הו"א השלי"ט על האר"ץ לפ"ק:
ישועה אביטבול סל"ט בכמוה"ר יצחק זצ"ל
דברים ברורים ומחוורים דאין כאן שום מיחוש לאותן קדושין מד' טעמי שכל א' מהם הוי טעם כעיקר לאותם קדושין שאינם קדושין כלל משום דאין עדים בקדושין דאין חוששין לקדושין ומטעם דבא לידה בתורת חוב דלא מהני אח"ך אם חוזר ואומר לשם קידושין אפי' אמרה הן ומטעם דלא אמר לי ולשון זה מיגרע גרע דאין בו משמעות שהוא המקדש ולמי מקדש ומה גם דלא היתה בידה המעה בשעת אמירתו דאף לדעת המחמיר דאף דלא אמר לי דמקודשת דוקא דאמר הרי את מקודשת ונתן מידו לידה אבל בנדון זה שהיתה המעה ביד בעל אחותה ובאותה שעה אמר לשון זה האמור בפנים איכא למימר דמקודשת לבעל אחותה אמר דהוו קדושין שלא נמסרו לביאה מודים המחמירים בזה דאין כאן מיחוש לקדושין ומטעם הד' דעדיין קטנה דאף אם היו קדושין בעדים ולא הוי מלוה באותם קדושין ונאמר לשון קדושין נוסח שלם מ"מ. ע"כ נמ"ך וחבל על דאבדין:

סימן טו

עמדו לפני לדין ה"ר ראובן בן אברהם ה"ן עלי תובע מיעקב אחיו הגדול לתת לו חלקו בהעליה שהניח להם אביהם בהאלפוקי שלמעלה מבהכ"ן הגדולה היא העליה הא' לימין העולה להאלפוקי הנז' ויעקב השיבו שכולה שלי שבעד החובות שפרעתי בעד אבי החלטתם אותה בידי אתה ואמי וטוען שאכלה יותר משני חזקה והביא את אמו והודית שיעקב בנה פרע החובות שהיו על אביו מסך תק"ם ופדה המשכונה מיד יהודה עובדיה בסך תתק"ם בצירוף הכל הוי או"ו ק"ם ובעד הסך הנז' החליטה היא וראובן בנה הנז' העליה הנז' ביד יעקב בנה הנז' וראובן השיבו שלא פרע כלום מכיסו אלא מנכסי שניהם היה פורע החובות שהניח אביו והמשכונה נפדית בחיי אביהם ונתנו דמי הפדיון מאמצע השותפות שהיתה בינינו ובין אבינו ונחשב פדיונה על אבינו ואחרי מות אביהם בשנת הדבר נשתתפו שניהם וכל עסקי ראובן היה ביד אחיו הגדול יעקב הנז' כי הוא היה המוציא והמביא בכל מה שנכנס ביניהם והיה יעקב הנז' משתפו עם הזולת ומה שהיה מרויח ראובן היה מגיעו ליד אחיו ומתחת ידו היה נותן לראובן הנז' העולה לו לצורך פרנסתו אחר פריעת החובות מהרוחים שהיו ביניהם שלא היו חולקים לצורך פרנסתם רק הנשאר אחר פריעת החובות מהאמצע, גם הביא יעקב הר' אברהם אלבאז שהוא א' מבע"ח שהעיד שהיה מקבל הפרעון מיעקב ולא ידע אם משל עצמו

הוא פורע או מנכסי שניהם, חזר וטען יעקב על אחיו להודות לו מיהא על המשכונה שפדה מיד יהודה עובדיה שמכר קטיפ'א וקמיז'א בפדיונה משל אשתו והשיבו ראובן שהאלקטיפ'א מכרה בסך ק"ם צ"ם והניחם בקופסא עד שקנה אחרת טובה ממנה בסך קק"ם ל"ם והאלקמיז'א לא מכר כלל, והשיבו יעקב דהא ראיה שאני הוא שפדיתי המשכונה שאני אוכל פירותיה לבדי, והשיבו ראובן שאני הייתי סבור שהשכירות שהיתה גובה היא מכלל הרוחים שהיה הכל תחת ידך ומהדין עירוב'א היית פורע החובות וחולק עמי במותר ועכשיו שאתה מודה שאתה היית נוטל כל השכירות לבדך תתן לו חלקי מיום פטירת אבינו בשנת הדבר לתפ"ץ שבחיי אבינו נפדית המשכונה, גם אמו הודית שבחיי אביהם נפדית המשכונה, גם הר' יהודה עובדיה שמידו נפדית העיד שבחיי אביהם נפדית ע"י יעקב הנז' ואחרי התבוננות בדברי שניהם פסקתי שזכאי ראובן הקטן במחצית העליה דקי"ל בסי' קמ"ט דשותפין אין להם חזקה זה על זה וישבע ראובן היסת שלא מכר ושכדבריו כן הוא ויעמוד בשלו. ומה שטען יעקב שהיה אוכל פירות לבדו הרי השיבו כהוגן דכיון שהוא המוציא והמביא בכל ענייניהם הרי השכירות בכלל ואם לא נתן יתן ולא מבעיא לסברת הרשב"ם שכתב אמתניתין דהשותפין אין להם חזקה וז"ל שותפין שלקחו קרקע בשותפות והחזיק א' מהם בחלק חבירו ואכל כל הפירות שלש שנים אינה חזקה שכן דרך שותפין לאכול זה פירות ג"ש או ד"ש ואח"ך יאכל זה כמו כן עכ"ל, שהנראה מפשט דבריו דבכל קרקע איירי הן שדה הן בתים שבין בשדה בין בבית אפילו אכל פירות כל הקרקע לבדו אפי' בשותפים דעלמא אין אכילת פירות חזקה מטעם שכן דרך השותפין שמניח א' לחבירו לאכול כו"ך שנים ואח"ך יאכל הוא כמו כן אלא אפי' לסברת מהרימ"ט בסי' כ"ו דחשיב לאכילת פירות דבתים חזקה יודה בנ"ד שכל עסקי האח הקטון ביד אחיו הגדול ובודאי אינו מקפיד למחות בו אפילו ידע שאוכל פירות לבדו וכ"ש שטוען שסבור הוא שהיה מכניסם מכלל הרוחים תדע שהריב"ש סי' רצ"ב כתב משם הרשב"א דהא דתנן אין חזקה לאב בנכסי הבן וכו' ה"ה בנכסי הבת וכן נמי אח ואחות וכו' אם יראה בעיני ב"ד יע"ש והביא הב"י בסי' קמ"ט ומור"ם שם ס"ו וכתב עליו הט"ז וז"ל הכל לפי ראות הדיינים נראה דבכלל זה אב ושאר קרובים שזכר כאן שנסתלקו משולחן אביהן מ"מ כיון שרואים שזה סומך על זה בעסקי נכסיו אין שם חזקה עכ"ל הרי מבואר אפי' חלוקים בעיסתם כל שאנו רואים שזה סומך על זה בעסקי נכסיו אין שם חזקה וא"כ בנ"ד שכל עסקי הקטן היו ע"י אחיו הגדול מיום פטירת אביהם אין שם חזקה ומ"ש מר"ן שם סעיף ז' האחים שאוכלים על שלחן א' וכיס א' לכלם יש מי שאומר שאין להם חזקה דמשמע כל שאין אוכלים על שלחן א' יש להם

חזקה עיין סמ"ע שכתב דמיירי כאן להחזיק בדבר של א' מהם לבדו שאם אוכלים על שלחן א' אין להם חזקה אבל במה שירשו מאביהם יחד הן כשותפין בו ואין מחזיקין זע"ז אפי' אין כיס א' לכלם יע"ש ובזה אתי שפיר מאי דמייתי מרן סברה זו בשם יש מי שאומר שהוא הרב הברצלוני שהביא הטור סוף סי' זה והלא נראה ממה שכתב הב"י דברי הריב"ש בתחלת סי' זה גם שהרשב"א והרמב"ן סוברין כן דה"ה לאח ואחות אלא ודאי דהרב הברצלוני איירי בענין אחד וכמ"ש הסמ"ע והרשב"א והרמב"ן דברו בכל ענין וכמ"ש הט"ז והיינו מה שסיימו בדבריהם מ"מ לפעמים אין להם אם יראה בעיני ב"ד שזה סמך על אח זה בעסקי נכסיו ובכיוצא בזה הכל תלוי בעיני ב"ד לפי מה שהוא ענין עכ"ל הרי דמיירי בכל ענין כשיראה לב"ד שזה סמך וכו' ולא בעינן אוכלים על ש"א וכיס א' לכלם ומשום הכי הוצרך מור"ם להביא דברי הרשב"א והרמב"ן אעפ"י שהביא מרן דברי הרב הברצלוני ודלא כבאר הגולה שציין על יש מי שאומר שהביא מר"ן דברי כלם כאלו הם סברה אחת ודו"ק.

זה מ"ש כשהביא ק"ע יעקב הנז' לזכותו אחר שנידונו לפני האחין הנז' וזכה ראובן בדינו במחצית העליה אחר שישבע היסת שלא מכר וכו' ככתוב ביד ראובן בארוכה הכל היה מחמת שלא נמצאת ראיה ביד יעקב הנז' שמכר לו ראובן אחיו ושותפין אין להם חזקה זע"ז כמבואר בהפס"ד "ד שכתבתי ביד ראובן והשתא שהשיב יעקב ראיה על המכר חזר הדין להעמיד יעקב בשלו שהרי הח' הש' הדו"מ נר"ו העיד בדבר ברור שראה שטר מכר כו"ח ככל שטרי מכר העשויים באופן המועיל וכדאי הוא לסמוך עליו להעמיד הקרקע ביד הקונה. יעקב הנז' בצירוף החזקה שהחזיק והיה נוטל השכירות לבדו ודברי אמו שהגידה בדברים האלה אלא דלא אצטירכנא להני אומדני שהרי גם העד הב' העיד בדבר ברור שראה שטר המכר והו"ל תרי סהדי מסהדי על המכר דלית דין ולית דיין שיזכה הקונה במקחו ומה גם בצירוף העד הג' שהעיד גם הוא שזכה. יעקב לבדו בהעליה ולא נשאר לאמו ולאחיו ולאחותו שום זכות הרי שגם הוא העיד בדבר ברור ולא מכח חזקה ולא נצרכה עדותו אלא לפרסומי מילתא לברר האמת מה שהוא אמת וכן עדות השוכרים הגם שמתחילה אתו עלה מכח שהיה גובה השכירות לבדו לבסוף העיד בדבר ברור שזכה יעקב לבדו בהעליה ואין לאמו ולאחיו ולאחותו שום זכות בה. קם דינא איחוור דינא להעמיד יעקב הנז' בשלו ואין פוצה פה ואין מצפצף, החו"ף צפרו יע"א (הזמן נרקב) וקיים.

שאול ישועה ס"ט

סימן טז

על מאי דנהוג עלמא משכונה ושכירות בנכסי יתומים אנו **מצטערים** אפי' בהיות המשכונה קיימת על מי יחולו השכירות משום דאיכא תיוהא רבתי דמעיקרא קוצבין ת' לכל מתקאל לפי ערך המעות וכמו שקרא תגר על זה הרב הגדול מוהר"ר יהודה בן עטאר זלה"ה ככתוב אצלי באורך בכתבו וחתמו הקדוש אלא שנבוא להוסיף עליהם גם בהיכא דליתא למשכונה כל עיקר ומאין יתן השוכר השכירות כיון דאזדא לה המשכונה ומה שיתן ליתומים אינו כי אם 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 כפי הזמן שדר בו אלא שבזה י"א שצריך ליתן לו כל שכרו כדאיתא בתשובות דשייכי לס' משפטים סי' כ"ז ומיהו אם נשרף כל העיר דהוי מכת מדינא מודו הי"א שמנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא כמ"ש מור"ם בהגה שם ע"פ הגהת הסמ"ע דאל"כ מה חידוש היה בנשרף כל העיר לסברא א' דנשרף דינו כנפל וכן הוא הדין בנפל דמשלם מה שדר דוקא אלא ודאי לא קאי אלא אסברא שצריך ליתן לו כל שכרו וכמבואר בלשון התשובה הנז' והא דנ"ד עדיפא דאפי' קרקע עולם נאבד ועל מי יחולו השכירות וכמ"ש משי"ח ברוח מבינתו ודבריו דברי תורה לאפרושי מאיסורא והחי יתן אל לבו שלא ירד ממונם של ישראל לטמיון אלא בעון הנשך אי לזאת יחרד לבי ויתר ממקומו דכל המתעסק ומסייע במקום דאיכא לתא דרבית אינו עומד בת"ה ומי לא ירא ולא יחת שלא לאבד חיי עולם בשביל חיי שעה ולמוכיחים ינעם ועליהם תבא ברכת טוב החותם פה צפרו באדר הא' שנת השמר"ו לכם לפ"ק. שאול ישועה סי"ט

סימן יז

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין הר' שלמה בן משה איררובין שמכר להי' יחייא בן דוד ה"ן אלישע המחצית בחצרו ולא קנו לו מיד הנשים לסלק שעבוד כתובתן ואחר עבור כמה שנים עמד הקונה ואמר למוכר כיון שלא סלקו הנשים שלך שעבוד כתובתן מעל המכר נעשה אותה משכונה לד' שנים ונתרצו על הדבר וגם הנשים של המוכר כיון ששמעו שתחזור להם מחצית החצר שלהם לאחר ד' שנים שמחו וקע"ע בש"ח בשי"ת שסלקו שעבודם מעל המשכונה וגם נתנו כלי נדונייתן לבעל המשכונה בשביל שאם לא יפדה המוכר המשכונה ימכרו כלי נדונייתן ויפדו אותה עמד המוכר ואמר לקונה תן לי שטר המכר ואקרעהו לפני החכם הכותב שטר המשכונה מה עשה הקונה הוציא

שטר מכירה מזויף ונתן ביד החכם וקרע אותו קב"ד והתיר להם כמה התרות על שבועת המכר וכיון שהרגיש המוכר ששטר מזוייף הוא דיהיב ליה צעק לפני ב"ד שיתן לו שטר המכר האמתי והקונה לא רצה להחזיר לא שטר המכר ולא כל הנדונייא אלא, א"כ יסלקו הנשים שעבוד כתובתן מעל המכר ואז יחזיר להם כלי נדונייתן ועוד זאת שבעת המכר התנה המוכר על הקונה שלא לחלוק החצר הנז' אף שיש בה דין חלוקה ועתה רוצה הקונה לחלוק ע"כ לשון השאלה חתומה בחכמי מתא אגלמימאן יע"א.

תשובה דבר פשוט הוא שאין שעבוד האשה מסתלק מקרקע שמכר בעלה אלא א"כ קנו מיד האשה תחלה שאין לה שעבוד על מקום זה ואח"ך מכר אותו הבעל אבל בהיכא שקדם הבעל ומכר קרקע שוב אין מועיל סילוק האשה אפילו בקנין שיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי וטורפת הקרקע ההוא מיד הלוקח ההוא בגירושין או במיתת הבעל כמ"ש מרן הקדוש באה"ע סי' צ' סי"ז יע"ש וא"כ בנ"ד שקדם הבעל ומכר ליחייא הנז' מה מועיל לו סילוק הנשים כיון שקדמה מכירת הבעל לסילוקן והו"ל מעות לא יוכל לתקון שאפי' יכתבו לו הנשים שטר סילוק בקנין גמור לא מהני ליה ולא מידי ויכולין לטרוף הקרקע הנז' ממנו בגירושין או במיתת הבעל ומה שחשב לתקן להחזיר המכר למשכונה הנה צריך תחלה להחזיר המכר לבעליו בקש"מ בדל"ב אבל בדברים אינו מועיל דהא קיי"ל בסי' קפ"ט בחמ"ש בהגה שצריך לחזור ולהקנות כדי להחזיר המכר לבעליו וע"ש ואין הדבר תלוי בקריעת השטר שאפי' אם קרעו שטר מכר האמתי עדיין המכר קיים ביד הלוקח מאחר שלא קנו מידו שהחזיר המכר לבעליו ומה שבא בשאלה שהתיר להם החכם כמה התרות על שבועת המכר אין זה כלום דאטו בהתרת השבועה נתבטל המכר שאפי' לא היתה השבועה היה המכר מתקיים בקנין ובחזקה ואחר שהמכר קיים ביד הלוקח כשירצה להחזירו למוכר היה צריך להקנותו לו מחדש בקנין וא"כ בנ"ד שהמכר קיים מאחר שלא קנו מיד הלוקח להחזיר המכר לבעליו לפ"ז המשכונה בטלה וחייב להחזיר לנשים חפצי נדונייתן ואין חיוב על הנשים לסלק שעבודן ואפי' יסלקו שעבודן בקש"מ לא יועיל כלום ואם ירצה לקיים המשכונה יחזיר המכר לבעליו בקש"מ בדל"ב ואחר שיהיה הקרקע קיים ביד בעניו הנז' וירצה לעשות לו משכונה יקנו מיד הנשים תחלה שסלקו שעבוד כתובתן מעל המשכונה שעושה הבעל ויסכימו למעשיו ואז יקנו מיד הבעל שמשכן ליחייא הנז' הקרקע הנז' כפי מה שיתרצו ביניהם ואם לא נתרצו למשכונה ישאר המכר ביד יחייא הנז' כמו שהוא על פי התנאים שהתנו ביניהם שלא יעשו שום חלוקה וישתמש כל א' בחצר כמות שהיה שכל תנאי שבממון קיים ולראית

האמת חתמתי פה צפרו בחדש א'הוב ל'מעלה ונחמד ל'מטה מש' יושי"ע לבנ"י אביו"ן לפ"ק וקיים.
שאול ישועה אביטבול סי"ט

סימן יח

טופס פס"ד שרצו בעליו להעתיקו כדי לשולחו למ"א וז"ן כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ח סי' ג' תורות אמת וחוקים טובים וישרים נתן הב"ה לעמו ישראל ע"י מרע"ה דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום צדיקים ילכו בם ופושעים המתנכלים לעקש הישרה להגדיל שקר במאזני מרמה חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבתם וע"ז נאמר צדק צדק תרדוף ואמרו חכמים דין אמת לאמיתו לאפוקי דין מרומה והאריך למעניתו הרב ז"ל לפי רוחב ועומק שכלו להוכיח כי בדיני ממונות האומדנא בהם עיקר ושורש גדול מההיא דמכרחת ומההיא דמתנת ש"מ בכולה ומההיא דשמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים. ומההיא דזבין אדעתא למיסק לא"י וכיוצא אין מספר ומההיא דר' בנאה זילו חבוטו אקברא דאבוכון וגם אדון החכמים אמר תנו לה את הילוד החי מאומד הדעת יען ראה אותה כי נכמרו רחמיה על בנה וע"ע בתשובת הרב מהר"מ אלשקר האריך בזה עד בלי די וכתב הסמ"ע והש"ך בסי' ט"ו ס"ה וז"ל וכתב מהרי"ף בשורש ק"ח דאף בזמן הזה מוטל על הדיין לדון עפ"י האמת שנתאמת לו ולא עפ"י הטענות אם הם מכחשות האמת וכ"כ רשב"א בתשובה עכ"ל וכתב הרב המאסף שם בסי' ט"ו אות י"ח מהגב"י משם הרדב"ז ז"ל דאפילו דמאן דלא דאזיל בתר אומדנא בממונא ה"מ להוציא אבל לאוקומי אזלינן בתר האומדנא עכ"ל ולפיכך במעשה זה הבא לפני באשה מוחה בתו של הר' ישועה בוטבול שסלקה אביה באדר תקל"ז מעזבון אמה בעד מה שזכו לה שמינית חזקת החצר הנק' ע"ש מורישו חיים בוטבול ואחרי מות אביה עמד אחיה מרדכי והשיאה לאיש ונדנה ועשה לה כל צורכי חופתה ככל הצורך וסמוך לנשואיה באייר תקמ"ה הביא מרדכי הנז' שני סופרי הדיינים לסלק לאחותו מכל עזבון מורישיה א' אביה וא' אמה בעד הנדונייא הנז' ולפי שמרדכי הנז' עם אבני השדה בריתו לא ידע בין אבא דיהיב מיטרא לאבא דלא יהיב מיטרא אמר לסופרים הנז' כי הוא רוצה לסלק לאחותו בעד מה שנדנה מכל העולה לה סתם והסופרים קרואים והולכים לתומם לחושבם את הכל כאשר לכל אשר לה הוא מעזבון אביה וכתבו שטר הסילוק שבעד מה שנדנה אחיה גמרה וסלקה עצמה מעזבון אביה וזכותה אותו למרדכי אחיה ומחמת סילוק וזכייה זו עמד מרדכי הנז' והחזיק בשמינית חזקת החצר הנז' אוכל פרותיו בשופי

ואין מערער ד' שנים עד לאייר התקמ"ט עמד ומכר השמינית הנז' בפומבי ובפרסום להר' חסאן בוטבול בן דודו של מרדכי הנז' וחסאן הנז' עודנו מחזיק בו מאז ועד עתה זה שבע עשרה שנה ואין דובר אליו דבר עד לעת כזאת שעוררו את מוחה הנז' לומר לחזור על הקרקע הנז' כי היא לא זכתה לאחיה אלא חלקה המגיעה בעזבון אביה אבל חלקה המגיעה בחלק אמה שהוא השמינית הנז' עדיין היא בחזקתה והדרא ארעא והדרי פירי וכראות חסאן הנז' את כל זה עמד והביא לפני את פנקס העזבון של ישועה הנז' ושבועות אלמנתו היא אשתו הב' ולא נמצא בו כי אם סך-קלם-הם-יפרעו בעלי חובות בסך סנ ג"ם ישאר משוחרר קכם בם-תטול אלמ' המחצית ישאר סם-אם-עישור נכסי לבת יעלה ששה אוקיות ועשרה פרוטות וע"ז צוח חסאן הנז' ככרוכיא מאריה דאברהם מי פתי יסור הנה שבעד סך-וס-עמד עמד אחיה לנדנה לכל הפחות שבשערים בסך תקם מלבד צורכי החופה ולהרעיש את העולם להביא סופרי הדיינים לכתוב בחרט אנוש שטר הסילוק כל כהאי למה ליה והלא הסך וס-העולים לה לא ספיקו לו לשכר הסופרים והא ודאי שמכל וכל סלקה עצמה גם משמינית חזקת החצר הנז' שהוא עיקר אלא שטפשותו של מרדכי אחיה הנז' גרמה לו יען הוא איש שדה מלפרש לסופרים ולהזהירם לבאר אופן הסילוק שגם משמינית החזקה הנז' סלקה עצמה. וכשומעי את דברי חסאן הנז' נענעתי לו בראשי והודיתי לדבריו וכל אמת אמת תפסיה והדין דין אמת של תורתינו הקדושה שבצרוף כל האומדנות שמרדכי הנז' הוא איש שדה ועסק אין לו בישובו של עולם וגם ששתקה מוחה הנז' היא ובעלה זה כ' שנה והזוכים הנז' אוכלים פרותיה בשופי וגם שעמד אחיה ומכר בעליל לארץ כאדם העושה בשלו וגם שכל חלקה בעזבון אביה אינו אלא סך וס-כמ"ש שהדבר פשוט שעל השמינית של החזקה היתה כל מגמת הסילוק. וא"ל במה יזכה אחיה הרי בשעת הקנין לא סלקה עצמה כי אם מעזבון אביה וי"ל דאנן סהדי שמכל וכל סלקה עצמה אם לא זכה מכח הק"ס זוכה בחזקה וכמאן דא"ל זיל חזק וקני הוי והרי אנו רואים שמרצון נפשה החזיק זה כמה ואין פוצה פה וזנלקוצ"ד דין אמת לאמיתו לעשות רצון אבינו שבשמים וכל אשר רוח חיים באפיו ונשמת שדי תבינהו יורה יורה ידין ידין להפיץ ולהדיח טענות המלומדות של האשה ובעלה הנז' ומה גם דהוי אוקמי ממונא וכמ"ש משם הרדב"ז והכנה"ג דאייתינן וצור ישראל ינחינו בדרך אמת אמן.

עוד טענו שאעפ"י שהיתה בוגרת בשעת הסילוק כיון שלא היתה בהסכמת הארוס וב"ד לא מהני וכמו שמוכח לשון התקנה של שנת בנשא"י שלא נזכר כי אם הסכמת הארוס וב"ד ואעפ"י שבשולי התקנה אחר שנכתבה נמ"ך מהר"ש סירירו זלה"ה מפרש

לשון התקנה דלא הצריכו הסכמת הארוס וב"ד אלא קודם שתבגור אבל אם היא גדולה מחילתה מחילה וכו' לא נהגו כמותה אלא כמו שהיה בגוף התקנה וע"ז אני אומר הדבר פשוט ומפורסם להיפך ומעשים בכל יום שהבוגרת אינה צריכה לא הסכמת ב"ד ולא הסכמת הארוס וכן סיים הרב ז"ל וכן המנה"ג ולא לנו להקל ראש נגד הרב ז"ל וכמו שהועד בס' התשב"ץ שהרב מוהר"ש סירירו זלה"ה יחיד בדורו היה ע"ש, ומה שרצו לדון שכיון שהיתה פחותה מבת כ' אין מכירתה מכירה אני אומר שאף לפי דבריהם לפי ידיעתי בשעת נשואיה היתה גדולה מאד ועליו לברר שהיתה פחותה מבת כ' וזה אמרתי לפי דבריהם אבל לפי האמת הדבר פשוט טפי מביעתא בכותחא ולרוב פשיטותו לא ניתן ליכתב דכל שהיא בוגרת אמרו חכמים התקנה דסלוקה סילוק משמע אפי' פחותה מכ' דאי בת כ' בעינן לא הו"ל למישתק בכי הא כיון שהוא עיקר ושורש הדין ודבר שמרה וכבד תלוין בו א"צ להאריך בזה, ונראה דאסמכיה לסלק עצמה אפילו היא פחותה מבת כ' מידי דהוה דמתנתו קיימת כדי שיהיו דבריו נשמעים עיין סימן רל"ב ס"ו ואם כדי שיהיו דבריו נשמעים קיימו דבריו כ"ש לבנות לה בית לאסוף חרפתה ומה"ט נמי הפקיעו בעלי התקנה ז"ל שאפילו תהיה קטנה אם יהיה בהסכמת הארוס מהני דבעל במקום אשתו עומד וכיון שהוא גדול אפילו עדיין פחות מבן כ' דבריו קיימים משום הנאה גדולה כזו של נישואין וכ"ש לדעת הרשב"א ז"ל הביאה המגיד בפכ"ט מהל' מכירה דלא הפקיעו מכירה פחות מבן כ' אלא בבן היורש את אביו ולא בבת היורשת את אביה דשפיר מצאו רבותינו בעלי התקנה ז"ל לסמוך על דעת הרשב"א ולתקן לצורך נשואין מיהת דמהני בסילוק הבוגרת או הארוס העומד במקום אשתו ואפילו פחותים מבן עשרים, ועיין עוד במ"ש התשב"ץ חלק ג' סי' רע"ו שאם הבן העתיק דירתו מאותו מקום ששם קרקעותיו שממכרו מכר דטעמא מאי אפקיעו רבנן זביניה הוא משום דלא נתיישבה דעתו בדרכי העולם ושמא ימכור בזול ובעוקר דירתו ליכא האי טעמא שאינו מוכר אלא כדי שלא ישארו קרקעותיו הפקר וזה יוכיח כי בישוב הדעת עושה כן ובעצת אוהביו וקרוביו להציל נכסיו שלא יהיו הפקר יע"ש. ואם הדברים אמורים בזה כל שכן במסלקת עצמה מנכסי מורישיה ועצת אוהביה וקרוביה ובעצת כל העולם כדי לינשא לבן זוגה ולפרות ולרבות ולא להיות שוממה ועטופה באבלה בירכתי ביתה דפשיטא דצורך גדול הוא וישוב הדעת עשתה כן ובכי הא לא תקון ונמצא תקנת רבותינו בעלי התקנה על כן האמת בנויה דזה נמי איכא למימר הכי זהו הנראה לע"ד בזה ועל דבר אמת וענוה צדק ח"פ וקיים עכ"ן מע"ן וחתום ה"ה הדיין ומציין כהה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו נר"ו:

דברי החכם הפוסק אמת ודינו דין אמת לאמתו ושפט בצדק באומדנות חזקות נכוחות דמוכחי טובא גלויות ידועות לכל חכמי ליבא דאפילו בזמן הזה דנין על פיהם ועם היות שכל הפוסקים נמשכו אחר דעת גאון שהביא הרי"ף בפ' הכותב בהנהו עובדי דאיתא התם דרבא דאפיך שבועה מההיא דאחייבא שבועה אשכנגדה משום דאמרה ליה בת רב חסדא ידענא בה דחשודא אשבועתא ודרב פפא דאמר כגון אבא מר ברי דקים לי בגוויה מרענא שטרא אפומיה וע"ז כתב הרי"ף בשם גאון דהאידנא א"א לדיין לומר קים לי בגוויה דלא בריר לן קים לי בגוויה היכי היא הלכך לית לן לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה ואף על פי כן בעדות אדם נאמן מחמצין את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו עכ"ל והביא הרא"ש בפ' הנז' יע"ש יש לנו לומר דאין דברי גאון אמורים אלא לאורועי שטרא ולאפוכי שבועה משום קים לי בגוויה ולא בענין אחר שהרי הרי"ף הביא שם ההיא דר' מיאשה וכתב עלה הלכה רווחת היא משמע דליתא בכלל דברי גאון וכן הרא"ש הביאה ג"כ אלא שהרמב"ם בפ' כ"ד מהלכות סנהדרין נעל בפנינו כראוי וז"ל כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו ב"ד שאינם הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני"ש שלא והפכו שבועה אלא בראיה ברורה ולא יפגימו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינים ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת ע"ז וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה ולא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען ואעפ"י כן אם העיד אדם נאמן ונטתה דעת הדיין שאמת הוא ממתין בדין וכו' או יסתלק מן הדין עכ"ל ודקדקו על הרמב"ם אם הרי"ף לא שנאה הרמב"ם ז"ל מנין ליה שהוסיף על דברי גאון ומהרימ"ט הניח הדבר בתימה ומרן ב"י בכסף משנה תירץ דהרמב"ם אזיל בתר טעמא דגאון דלא בריר לן האידנא קים ליה וכו' מההוא טעמא אית לן למימר דאין מוציאין מהיתומים אלא בראיה וכו' יע"ש וקרוב לשמוע דמאי דהוסיף הרמב"ם על דברי גאון מחמת שכך הסכימו רוב בתי דיני ישראל להוסיף דאין מוציאין מ"מ אף לדעת הרמב"ם לא אמרה למילתיה אלא בדבר שאין לו הוכחה אלא מאומדן דעתו של דיין שדעתו נוטה שדבר זה אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך וכיון שכן איתיה השתא לטעמא דכתב כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה ודעתי סומכת על זה אבל דבר שאינו תלוי באומדן דעתו של דיין זה בלבד אלא הדבר מוכח לכל העולם ולא נפיק מניה חורבא שיאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה שדברים שבלבו אינם דברים אלא שיהיו מוכיחים וברורים לכל העולם יע"ש והוא טעמו של הרא"ש דאזיל בתר אומדנא דמוכח לכל כמו שהאריך בזה הרב מהרימ"ט

בסי' קי"ב בח"א יע"ש ועיין מהר"ם אלשיך בסי' מ' שגם הוא האריך בפרט זה והעלה ככל האמור ומרן שפסק בסי' ט"ו ס"ה כהרמב"ם לא איירי גם הוא אלא באומדנא דלא מוכח כי אם לדיין ולא באומדנא דמוכחא לכל וא"כ בנ"ד דאיכא כמה אומדני תקיפי ואלימי ומוכחי טובה לכל אשר רוח חיים באפיו יש לנו ללכת אחר האומדנות לדון דין אמת לאמיתו ובר מן דין הא קי"ל דטוענין ללוקח וליורש כדאיתא בסי' קמ"ו ס"י כל שדר בה המוכר אפי' יום א' והחזיק הקונה ג"ש מחזיקין אותה בידו וכ"ש בנ"ד שהחזיק המוכר ד' שנים והלוקח י"ז שנה דטוענין ללוקח שמלבד השטר סלוק שנמצא מעזבון האב עוד הי"ל שטר אחר שבו קנה מאחותו הקרקע הנז' בתורת מקח או בעד הנדונייא ואבד דמן לימא לן דלא היה כי אם שטר סילוק זה הנמצא ומכחו החזיק דנימא בטל השטר בטלה החזקה דאפשר דשטר מקח אחר הי"ל ואבד ואפי' יבא ויגיד המוכר היום לא מהימנן ליה כמו שסיים שם בהגה"ה ואין המוכר או הלוה נאמנים לומר שהקרקע לא היתה שלהם יע"ש באופן שהדין עם הלוקח ואין משגיחין באשה הנז' ובכל טענותיה כי הבל המה מעשה תעתועים ודברים ברורים הם ולראיה האמת חתמתי היום ט"ו בסיון שנת דרשונ"י וחיו ליצירה וקיים ובענין מכירתה פחות מך' נמצא בפסקי מוהר"ר יעב"ץ דכל שיש ש"ח בדבר המכר קיים ומדינא כל שלא מיחתה עד שעבר עליה ך' שנה הרי מחלה כדאיתא בסי' רל"ה סי"ד יע"ש.

ע"ה שאול ישועה

סימן יט

כשעמדו לפני לדין כהר"ר שלמה. אלבאז תובע להר' יעקב אביטבול דידיע אסחראווי על עסקי שיר שחברה אשת יעקב הנז' משירי הנשים להוציא דבה על אחיו כה"ר ישועה אלבאז שגרש את בתה ונתפשט בין הנשים עד שהגיע לבעל דבר ויעקב משיב שלא דברה אשתו בשירה הרע עד ששמעה אשת יהודה הרוש שהוציאו שם רע על ביתו והיו אומרים אותו הבנות כמתלמדות אצל אשת יעקב הכהן שכנתה ושלחנו לאשת יעקב ובאה לפנינו והגידה לפנינו אחר כמה איומין שאותו שיר שהיו אומרים הבנות היא חברתו על בתו של משה אמלאל שהיתה מרקדת לפניהם ושדברי השיר מקבילים על בתו של משה הנז' אלא שאשתו של יהודה הנז' דנה בדעתה שעל בתו של יעקב הנז' נאמר וכאשר נתברר האמת עמד יעקב הנז' וחילה פני כהר"ש הנז' ומחל לו על עלבון אחיו הנז' וחזר ותבע מיעקב הנז' למנוע לביתו מלבוא במבוי שדר בו כהה"ר ישועה אחיו שמנחת שתי נהרות שבמבוי שלה והולכת בתדירות להנהר שבמבוי אחיו הנז'

יוצא ונתקל בה נכנס ונתקל בה ועל זה תבעו שורת הדין ונומיתי להם שהדין עם הבעל והיא נדחית מפניו כדאיתא בא"ה סי' קי"ט סעיף י"א ולאו דוקא חצר אלא אפילו מבוי ושכונה דמאי דפסק מרן שם ס"ז מי שגרש את אשתו לא תדור עמו בחצר אינו אלא במי שעדיין לא נשאת לאחר שאין כאן אלא איסור פנויה וכמו שמפורש בב"י סי' זה דשלש הדרגות בדבר דבעודה פנויה ולא נשאת לאחר די בהרחקה בחצר ובאשת כהן דאיכא איסור לאו דגרושה הוסיפו הרחקה יתירה אף במבוי אבל בנשאת לאחר דאיכא איסור אשת איש הוסיפו הרחקה יתירה מכל השכונה שהיא עדיפא ממבוי ואם גרשה האחר דפקע מינה איסור א"א וקיימא בלאו דלא יוכל בעלה וכו' הדר דינה כאשת כהן דסגי בהרחקה דמבוי ובהכי מיירי מור"ם שכתב ואם נשאת לאחר אפי' בישר' לא תדור עמו במבוי היינו בנתגרשה אח"כ עיין ב"ש אבל בעודה א"א לא סגי אפילו בהרחקה דמבוי, וא"כ בנ"ד שנשאת לאחר וקיימא באיסור אשת איש עבדינן הרחקה יתירה דעדיפא ממבוי וכ"ש מבוי וא"כ אינו בדין שתלך לאותו מבוי של הבעל שגרשה בשביל הנהר שבמבוי ההוא שהרי יש לה במבוי שלה ג' נהרות, איברא דלגבי בית הטבילה שהולכת בין הנשים באקראי ליכא איסורא, והוצרכתי לכתוב דברים פשוטים מפני הערכיים ששלחו בעלה לדון עוד בטענה מחודשת שלא נאסר מבוי אלא באשת כהן ושאל לכתוב מהיכן דנתי אותו, ע"כ נמ"ך.

סימן כ

ביען שכמוה"ר רפאל ברדוגו כתב בהוצאות המשכונה שישומו השמאים כל דבר ודבר לפי זמן ההוצאות הכל חדשים כעת שהיו ואח"כ ישומו כמה פחתו כל הדברים הנז' למחצה לשליש ולרביע ואח"כ ישומו השכירות כמה שוה הקרקע הממושכן בכל זמן משך המשכונה מחמת שהשכירות מתרבה ורצונו שהרבוי יהיה לזכות בעל הקרקע וכתב עליו כמוה"ר פתחיה בן אחיו לסתור דבריו בטוב טעם ודעת והביא כתב זקנם הרב המשבי"ר וז"ל מה שמתקן בעה"מ לא יחשב על הלוה רק אם דבר של קיימא כגון בנין הכותל או דלת מעשה אומן או רצפת אבנים אבל ארק'יז אם בעודו חדש יצא מתחת ידו צריך הלוה ליתן דמיו ואם נשתמש בו המלוה ימים רבים ופדאו הלוה ועדיין הוא טוב מפשרים ביניהם כפי הזמן שנהנה המלוה אם רב ואם מעט וכתב עליו מהריב"ע זלה"ה וז"ל דבריך טובים אך אם הלוה משכנו ביד המלוה טוב והפסידו מלוה בתשמישו אף אם תקנו ואח"ך פדאו הלוה לא יתחשב עליו עכ"ל, והשיבו על השכירות והסכימו על זה חכמי פאם כמוה"ר שאול סירירו וכמוה"ר יהודה בן עטר וחלקו בין משכונת ע"י

בעל הבית למשכונת ב"ד דבמשכונת ב"ד אחר שב"ד משכנו בעד ההוצאות והרי אין כאן הוצאה למה המלוה ישלם מכיסו עכ"ל.

וזה מה שכתבתי אני אין לנו אלא מה שקבלנו עפ"י קדמונינו זלה"ה ככתוב אצלנו בכ"י הקדש הרב המובהק מוה"ר יעב"ץ זלה"ה שכל תיקון בנין שיעשה מי שהקרקע ממושכן אצלו שהוא הכרחי ויעשה דבר המתקיים מעשה ידי אומן יתוסף על דמי המשכונה על בעל הקרקע, ותמיה אני אם דברים אלו יצאו מפי קדוש כמוה"ר רפאל נר"ו ויש בידי פסק כוננו ידיו כדברי קדמוננו ודבריו אמורים על משכונה בב"ד שכל שהוא הכרחי ומעשה ידי אומן יחשב על בעל הקרקע אפילו אם נפל וכן דעתי נוטה שלא לחלק בין משכונת ב"ד למשכונת בעלים דאל"כ מה כח ב"ד יפה, ובלבד שיהיה הבנין כאורח כל ארעא לאפוקי אם פשע ובנה בנין שאינו מתקיים ונפל הפסיד לעצמו כי פשיעתו גרמא לו וכל שבנה ותקן בניינו כדרך כל הארץ בלתי שום פשיעה ועשו לו ב"ד משכונה ואירע ונפל מה שנפל יחשב בעל הקרקע ובענין השכירות הוא דבר מבהיל לנכות מהפירות למי שהמשכונה אצלו שכל זמן שלא פדו הבעלים הוא דר ומשתמש ואוכל כל הפירות שאין המשכונה נפדית לחצאין ואפ"ה אין הבעלים נהנים כלום מפירות עד שיפדו הכל ומי שהמשכונה אצלו אוכל כל הפירות וזה ברור ולראיה חתמתי וקים:

שאול ישועה ס"ט

סימן כא

עמדו לפני לדין הר' מימון בן יהודה ה"ן יתאח תובע להר' יעקב בן שלמה אלמסעלי אודות חזקת חצר הבורית שדר בה יעקב הנז' בכפר איגלוואן הידועה למולאי בוזייאן מזי ואחיו מולאי מחמד פבוזמלאן וטען עליו שאביו הנז' והר' יהודה עלאל הם שנכנסו לדור תחילה בהחצר הנז' וזכו בחזקת ישוב קודם חרבנה והמציא ק"ע משלשה עדים שהעידו שקודם חרבנה היה בה בית א' נכחי לנכנס לה שמתחילתו היה פתוח לחצר הבעלים הנז' וכשבאו השותפין הנז' לדור בו סתם את פתחו שהיה פתוח לחצר הבעלים הנז' ופתח לו פתח מבחוץ והקיף עליו מסביב כעין חצר והיו דרין בו השותפין 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 שמא אביו הנז' וצדקו דברי יעקב הנז' דאע"ג שזה כמה שנים שהלך אביו לארץ מרחק ואין ידוע להיכן הלך קיימא לן סי' רפ"ה ס"ד במי שיצא לדעתו והניח נכסיו ואין ידוע להיכן הלך ולא מה אירע לו אין מורידין קרוב לנכסיו ואם ירד מסלקין אותו ומעמידים הנכסים ביד מי שהם

תחת ידו יעו"ש, עוד טען הבן הנז' שאביו מחוייב לו סך גדול שפרע בעדו אל הגויים וגם זו הבל דאפי' יביא עדים שהעידו כדבריו אין זקוק לו עד שיביא שטר כתו"ח נגד אביו ויורידוהו ב"ד לגבות מנכסי אביו ואז יזקיק לירד עמו לדין לברר אם יש בידו מנכסי אביו עוד טען עליו להניח שכירות מה שדר בהחזקה הנז' ביד ב"ד או ביד שליש עד שיביא ראיה ויטול [והתרה בו שאם ידור בהחזקה הנז' מכאן ואילך שיפרע בשכירות החזקה סך עשרה אוקיות בכל יום] וכל זה הבל ורעות רוח חדא דאפילו בקרקע מבורר של אביו שהניחו בנוי ומשוכלל בחצר דקיימא לאגרא עם כל זה אין לוקחין ממנו שכירות עד שיבא ויתבע את שלו כמבואר בסעיף הנ"ל ועוד דאפילו אם אביו הוא התובע כיון שנחרבה החצר הנז' תו לא קיימא לאגרא כלל בחרבנה ואין לבעלים ממנה שום הנאה של כלום בעודה חרבה ואין על הדר בה ליתן לבעלים בשכירות החורבה דמאי איכפת ליה לבעל החורבה בהנאתו של זה כיון שלא חסרו כלום. והו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור וכמו שמבואר בפרק כיצד הרגל דף כ' ודף כ"א יע"ש ופסקה מרן בסי' שס"ג ס"ו גבי דר בחצר חבירו שלא מדעתו שאינה עשויה לשכר דאין צריך להעלות לו שכר יע"ש וכ"ש חורבה דלא חזיא לשום הנאה, ואע"ג דגבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו כתב מרן שם ס"ז בשם יש אומרים דאם חסרו אפילו 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 השכירות הראויה לאותה חורבה אלא בחורבה שהסוחרים נוטים שם אהלים לסחורתם ונותנים לו דבר מועט לשכירות וזה חסרו אותה שכירות ע"ו שבנה שם בנין דאז 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 כמו שכך כתב הלבוש בסי' שס"ג ס"ז הנ"ל ודבריו לקוחין מלשון הרא"ש אמאי דאיתא התם בגמרא בההוא גברא דבנה אפדנא אקקולתא דיתמי יע"ש וכן הוא לשון רבינו ירוחם בס' מישרים נתיב ל"א הביאו מר"ן ב"י בסי' שמ"א ולכן בחורבה דלא היה לבעלים ממנה שום הנאה בחרבנה דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר פטור מכלום ואותה התראה שמתרה בו שאם תחזקנה ידיו ויביא ראיה שיפרע לו עשרה אוקיות בכל יום אינה כלום ואפילו הבעלים עצמן אם היו מתרין בדר בחצירם שלא מדעתם לצאת ולא יצא אין להם ליטול ממנו אלא כל השכר הראוי לאותה חצר וכל היתר כנטול דמי וכן מצאתי שכך פסק הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בפסקיו שיש בידי דף מ' ובחותמו הקדוש וז"ל אבל כשאמר לו צא אפי' לא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר חייב ליתן לו כל שכרו

כדאיתא 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 אפילו התרה כן בפירוש אבל לחייבו ליתן שכרה הראוי ע"פ ג' בקיאים משאמר לו צא חייב עכ"ל ואם ראיתי חכמים מתרין בכיוצא בזה אינו אלא הגזמה להוציא הדין לאמיתו ובבוא הדבר לידי גובייגא אין מחייבין אלא שכרו [הרי מבואר שאפי' הבעלים עצמן אם היו מתרים בהדר בחצרם שלא מדעתם לצאת ולא יצא שאין לו לפרוע עפ"י התראתם אלא השכר הראוי לאותו מדור ותו לא וכ"ש בנ"ד דלאו בעל דברים דידיה שאין בהתראתו כלום ואפילו שכר הראוי אינו מתחייב בהתראתו של זה מהאי טעמא דלאו דידיה הוא הקרקע שדר בו זה ואחר שיביא ראיה שמת אביו אז משם ואילך אם אמר לו צא ולא יצא שיתחייב ליתן לו שכרו] ומה גם שיעקב הנז' היה מסייע בבנין החצר הנז' סיוע שיש בו ממש וגם בנה בה האלבור'ג והאלקטאר'א מכיסו שהם עיקר לחצר הבורית כמו שהוגד לי ממגידי אמת ואני בתוך הגולה בהכפר הנז' בחדש אלול שעבר וגם יש בידו ק"ע שמתחילה קודם שנחרבה לא היה בה זולת הבית הנכחי ומקצת מתרבץ החצר סביבו וכשחדשו בנינה הרחיבוה והוסיפו מן המעבר בית אחד לימין הנכנס ובהיותי בהכפר הנז' והראני הק"ע הנז' חקרתי מהעדים שהעידו והגידו לי שהאלקטאר'א גם כן עשאה במקום נוסף שטרח טרחא יתירה בהאלזר'ף שמצד שמאל החצר והסיר ממנו הרבה ובנה האלקטאר'א במקום שממנו עקר האלרז'ף וגם האלבור'ג רובו בנאו במקום שהוסיפו הגוים תוספת על הבנין הראשון מהמעבר ומועט מן המועט ממנו הוא שנכנס בתחום הבנין הראשון והראוני עד היכן היה מגיע הבנין הראשון שעדיין רשומו ניכר והוו כשותפין בחזקת החצר הנז', ולפי זה הוא הזוכה בחזקת ישוב כל מה שנתחדש וישב עד שיתנו לו יציאותיו ואין מנכין לו כלום בשכירות מה שדר שם ולא מבעיא בהיכא דלא חיסר כלום לבעלי החורבה דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור כדלעיל אלא אפילו היה במציאות שהיה איזה חסרון לבעלי החורבה הוא פטור מהשכי' משום דבנה בחורבה העשויה לבנות דחשבינן ליה כיורד ברשות כדקי"ל בסי' שע"ה ס"ז דסתם חצרות ראויות לבנין והבונה בחצר חבירו כיורד ברשות ומשמע מדברי הראב"ד שהביא הטור שם דהיורד ברשות ישב בתוכה עד שיתן לו יציאותיו ע"כ.

ומה גם שיש ליעקב הנז' דין שותף בהחצר הנז' והוא הזוכה בהבית שהוסיפו מהמעבר ובמה שהרחיבו בתרבץ החצר ודומיהן דהו"ל יורד ברשות גמור משום דלהשביח חלקו הוא יורד ואין חלקו מבורר צריך להשביח הכל מדפסק מרן סע"ה ס"ה דפשיטא דאינו מעלה לשותפו שום שכירות וכדמשמע נמי מדין בית ועליה של שנים שבעל העליה

בונה את הבית ודר בו עד שיתן לו יציאותיו כדאיתא בסי' קס"ד ס"ה ובגמרא דייק מהאי לישנא יציאותיו הוא דמחייב ליה בע"ה הא שכרו לא ופרש"י שאינו מנכה לו שכר מה שעמד בבית יע"ש ומה גם שיש טענה בפי יעקב הנז נגד השותפין שדרו תחילה בהבית הנז' דאע"ג שדרו תחילה שנה או שנתים והלכו להם ושוב לא חזרו ולא היו גובים כלום מהנכנסים אחריהם שנה אחר שנה לדור שם קודם חרבנה כמו שהוגד לי מהדרים שם בהכפר הנז' א"כ הרי נתייאשו מהחזקה ונתרוקנה זכותם ממנה ומה גם אביו של מימון הנז' שהלך לארץ מרחק זה כמה שנים איבד חזקתו כדכתב מורם בהגה סוף סי' קנ"ו וז"ל נהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר י"ב חודש וגילה בדעתו שאין דעתו לחזור איבד חזקתו אבל לא גילה דעתו בכך לא איבד עד ג' שנים יע"ש וכ"ש זה שהלך לארץ מרחק ומעשיו מוכיחים עליו שאין דעתו לחזור שאיבד חזקתו והנה מתחילה הייתי אומר אני החותם א' דאע"ג דתקנת חזקת ישוב נוהגת בינותינו אפשר מנהג זה שאיבד חזקתו אחר ג' שנים אינו נוהג בינותינו עד שמצאתי בפסקי הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ בס' הפסקים שביד נכדו בסי' קכ"ג וז"ל ותשאר לו החזקה ואעפ"י שכתבו האחרונים ובפרט מהר"י אדרבי סי' ע"ה ושצ"ז דכל שקרקע ראוי ליהנות ממנו ולא נהנה ממנו בעל החזקה ג' שנים רצופות איבד חזקתו היינו בחזקת יישוב שהקרקע מעיקרו של גוי ואין לישראל בו חזקה אלא מפני ששכרו ממנו תחילה שבזו 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' כמה שנים שהתה בלא מחאה לא איבדוה הבעלים עכ"ל, נשמע מדבריו דלדידן נמי בחזקת יישוב פוסלת שהיית ג' שנים כדברי מורם ומהר"י אדרבי דמכי קבלו אבותינו לדון בחזקת יישוב לכל ענייניה קבלוה וא"כ בנ"ד לפי דברי יעקב הנז' שקודם חורבנה לא היו נהנים ממנה כמה שנים אבדו חזקתם וכשנחרבה וחזרו הגוים וחדשו בנינה ודר בה יעקב תחילה הוא הזוכה בחזקת ישוב החצר הנז' בכללותה, ולראיה ביד יעקב הנז' חתמנו בכסלו בשנת אלהים עמך בכ"ל אש"ר אתה עושה בסדר וישב יעקב בארץ מגור"י אבי"ו וקיים.

שאול ישועה ס"ט בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול

הדין דין אמת שהי' יעקב הנז' פטור ומותר משכירות החצר הנז"ל שדר בה מזמן שחזר הגוי וחידש בנינה ודר בה יעקב הנז' עד היום הזה ואינו חייב להעלות לבעלים הראשונים שום שכירות כלל דכיון שנחרבה החצר הנ"ל והמציא לפנינו ק"ע על ככה שנחרבה החצר הנז' וחזר הגוי בעל החצר ובנאה ודר בה יעקב הנז' הוא עצמו ולא השכירה לאחרים דכיון שנחרבה תו לא קיימא לאגרא כלל ואין לבעלים הראשונים

ממנה שום הנאה בעודה חרבה א"כ הו"ל זה נהנה וזה אינו חסר ופטור מן השכי' כמ"ש מרן בסי' שס"ג ס"ז גבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר יע"ש, אבל שכירות שמכאן ולהבא צריך להעלותה לבעלים שהרי התרה בו לצאת ואם ידור בה שיפרע לו מכאן ולהבא בשכירותה עשרה אוקיות בכ"ח א"כ מאחר שנודע דחצר הנז' קיימא לאגרא ויש שוכרים הרבה שרוצים לדור בה בשכירות חייב לפרוע לבעלים הנז' שכירות החצר הנז' שמכאן ואילך דה"ל זה נהנה וזה חסרו שהרי גילה את אזנו דחצר הנז' קיימא לאגרא וכ"ש לגבי חלק היתום יהודה נכדו של הי' יהודה הנז' דאין טענינן ליה ומה שהתרה בו לתת עשרה אוקיות בכ"ח הכל הבל ורעות רוח דאינו אלה הגזמה ואינו חייב ליתן אלא השכי' הראוי לחצר הנז' כמו שפסק משי"ח הרב הנז' ומה שהוסיף וחדש יעקב הנז' בבנין החצר הנז' ודאי הוא הזוכה בחזקת ישוב כל מה שנתחדש ואינו חייב ליתן אלא השכירות של המקום שהיה מקודם [חסר איזה תיבות] בחצר הנז' וסייע בבנינו יעקב הנז' זכו בשלו ומה שטען יעקב הנז' נגד [חסר איזה תיבות] תחילה שוב אחרי כן הלכו להם ולא חזרו ולא היו גובים כלום מהנכנסים [חסר איזה תיבות] אחר שנה קודם חרבנה הרי נתייאשו מהחזקה הנז' ונתרוקנה זכותן ממנה [חסר איזה תיבות] הנז' שכדבריו כן הוא שבני אדם שנכנסו לדור בחצר הנז' קודם חרבנה [חסר איזה תיבות] אז ודאי אמרינן נתייאשו ואיבדו חזקתן לגמרי ויעקב הנז' שדר בה תחילה אחר גמר תיקונה הוא הזוכה בחזקת ישוב החצר הנז' בכלולותיה ולראיה חת"פ בזמן הנ"ל וקיים.

שלמה בלא"א מימון נ"ע אביטבול ס"ט דברי משיח צדקו אברהם בלא"א יעקב אציני סיי"ט

ומה שכתב כמוהר"ש בענין התראה שהתרה הבחור מימון הנז' בן הי' יהודה ה"ן יתאח הנז' שהמחאה שמיחה בהם יעקב הנז' קיימת הנה ממה שכתב מורם בהגה סי' קמ"ו ס"ד יראה שדברי המתרה הנז' מהבל ימעטו וז"ל מורם ולא מהני אלא מחאת המערער שידוע שהקרקע שלו וכו' וזה המתרה אין בדבריו שום ממש שהרי עכשיו אין לו רשות בנכסי האב וליכא ברירא אפילו באביו עצמו יש להסתפק אם יזכה בחזקה הנז' או לא כמ"ש משי"ח שאם יברר בעדים שנתייאשו הבעלים הראשונים ולא יהיו תובעים להדרים בחצר הנז' בשכירות החצר הנז' בזמן שיהיו מצוים בכאן שלש שנים כל הקודם בה אח"ך זכה אבל אחר שיצא אין מחזיקין בנכסיו כדאיתא סוף סי' קמ"ג ואעפ"י שכתב משי"ח שזה מקרי יוצא לדעת ובי"ב חדש איבד זכותו ממשמעות הלשון לא ירדתי לעומק דעת משי"ח דזה מקרי יוצא לדעת כל שלא גילה דעתו ומ"ש משי"ח שיש להי'

יעקב הנז' דין שותפות נראה ממה שכתב מר"ן בסי' קע"ה ס"א משמע דלא מקרי שותף אלא בבאין כאחד או שזכה מבעל הקרקע עצמו אבל בכה"ג לא מקרי שותף כלל בזמן הבנין ועם כת"ר הסליחה לבל יחשוב אדוני לי עון בזה כי שותיה דמר לא ידענא. נאם עבדך הצעיר, ע"כ נמ"ך.

סימן כב

עמדו לפנינו לדין הי' ישועה ן' אהרן אסולין תובע להי' מסעוד ה"ן סיסו על אודות בתו שהיתה נשואה להי' ברוך אחיו של ישועה הנז' ונלב"ע הי' ברוך הנז' ונשארה בתו של מסעוד הנז' יבמה וברוך הנז' יש לו ארבעה אחים והגדול שבהם הוא ישועה הנז' ואחד מהאחים הנז' הוא עדיין בחור ורצה ישועה הנז' לייבם את היבמה ואביה השיבו שבתו לא רצתה להתייבם לו מאחר דאיכא אחיו בחור היא רוצה להתייבם לו ועוד שישועה הנז' יש לו בנים ובני בנים והוא קב רשו ולא יכיל למיקם בסיפוקייהו ועוד שהיא ילדה והוא זקן ותש כחו ופסקנו ביניהם שהדין עם האשה הנז' שלא תנשא לגדול מאחר דאיכא בחור ועדיין לא קיים מצות פרו"ר וכמ"ש הריטב"א הביא דבריו הרב בית יוסף בסי' קס"ה וז"ל מי שיש לו אשה ובנים וכו' אלא דכל שיש יבם אחר שאין לו אשה בו המצוה יותר ובו משיאין עצה ומבקשין אעפ"י שאינו גדול עכ"ל משמע מדבריו שאם יש יבם שאין לו אשה הוא קודם לגדול ועוד שטענתה האחרת מספקת דלא יכיל למיקם בספוקייהו ועוד שהיא ילדה והוא זקן ותש כחו ואין לה דין מורדת וכמ"ש מר"ן בסי' קס"ה ס"א וז"ל מצות יבום קודמת למצות חליצה ואם אינה רוצה להתייבם לשום אחד מהאחים או לגדול כשרוצה לייבם בלי טענה מספקת דינה כמורדת ע"כ משמע דאם אינה רוצה להתייבם לגדול נקראת מורדת אבל דוקא היכא דאין לה טענה מספקת אבל בנד"ז שיש לה טענה מספקת דלא יכיל למיקם וכו' ועוד שהוא זקן והיא ילדה ורוצה להתייבם לאחד מן האחים לא הוייא מורדת ונ"מ דאם לא רצה הבחור לייבם יכולה להתייבם לאחיו דוד ומשיאין להם עצה ע"ז מחמת ב' סיבות האחת מאחר שאין לו בנים ורשאי לישא אשה אחרת לקיים מצות. פו"ר שכבר עברו עשר שנים כפי התקנה ולא רמיא עליה שבועה דלא ישא וכו' ועוד שיכיל למיקם בספוקייהו ולכן רשאי דוד הנז' לייבם היבמה הנז' בלי שום דין ודברים וכבר באו לידינו פס"ד של חכמי פאס יש"ץ שהובא לפניהם נדון כזה ופסקו הלכה למעשה שרשאי הבחור לייבם אעפ"י שיש גדול ממנו ואמרו שכן ראו בפסקי הראשונים נ"ן וצור ישראל יצילנו משגיאות. נאם החותמים פה באב יה"ל שנת תפלטנ"י מריבי עם לפ"ק והכל שו"ב וקיים.

ע"ה שלמה אביטבול ס"ט הצעיר מסעוד ה"ן יתאח ס"ט ע"ה יהושע ישראל יעקב עולייל ס"ט

ראיתי מ"ש עליונים למעלה ועיקר יסוד פס"ד בנוי על תלתא טעמי חדא שהיבמה לא רצתה להתייבם לישועה הגדול מאחר דאיכא אחיו בחור היא רוצה להתייבם לו ועוד שישועה הנז' יש לו אשה ובנים והוא קב רשו ולא יכיל למיקם בספוקייהו ועוד שהיא ילדה והוא זקן ותש כחו כמפורש בדבריהם הנז"ל ועין רואה דבצרוף הני תלתא טעמי ולא חדא בהו דחזי לכתופי ולמסמך עלה למעבד עובדא, ואשיב על ראשון ראשון לטעמא קמא שכתבו שהיבמה לא רצתה להתייבם לגדול שהוא נשוי מאחר דאיכא אחיו בחיר היא רוצה להתייבם לו. טענתה מהבל תמעט ומי הוא זה אשר יטה אוזן לשמוע כדברים האלה אשר אין בהם לא טעם ולא ריח שמאחר שהגדול רוצה לייבם כפי ד"ת שתת' ואית ליה דין קדימה לכל האחין דעליה רמא רחמנא המצוה דכתב והיה הבכור לאו כל כמינה למימר בבחור אני רוצה דלא משגיחין עלה דלאו בד דה תליא מילתא לברורי דטבא לה וכמ"ש הריב"ש ז"ל בשאלה א' וז"ל בקיצור לדידן דאית לן מי"ק למ"ח לעולם חוזרין ליבום על כל האחין אלא שכל שנסתלק הגדול האחרים שוין ביבום ויכולה היא שתאמר לשני כשלישי אני חפצה יותר ממך כיון שאין לך דין קדימא שהרי נסתלק הגדול ואין דנין אותה כדין מורדת עד שנדע אם השלישי רוצה בה ואם אין השלישי חפץ בה אומרים לה הרי אין כאן מי שחפץ ביבום אלא זה או תתייבם לו או תצא בלא כתובה כדין מורדת כמו שבאר זה הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות יבו"ח ע"כ משמע דלא מציא היבמה למימר בזה אני רוצה דוקא כשנסתלק הגדול יכולה לומר בשאר האחין בזה אני רוצה אבל במקום גדול שהוא רוצה ליבם ודאי שדבריה מהבל ימעטו ואינה יכולה לומר איני רוצה בגדול אלא בבחור וכ"ש לדעת מרן ז"ל בא"ה סי' קס"ה ס"ד שלא פסק כן שכתב שאם לא רצה הגדול ליבם חוזרין על כל האחים זה אחר זה דרך גדילתן וכו' וכתב עליו הב"ש כ"כ התוספות ושאר פוסקים ולא כהרמב"ם פ"ב דס"ל אחר שלא רצה הגדול הרי כולן שוים פשיטא דלית לה ברירא דאפילו אם יסתלק הגדול מאיזה סיבה שתהיה יחזרו למה שלמטה ממנו על דרך גדילתן ולטעם השני שכתבו שישועה הנז' קב רשו ויש לו אשה ובנים ולא מצי למיקם בספוקייהו אף גם זאת אין בה מועיל לסלוקי לגדול מהיבום בעל כרחו דאשה הקנו לו מן השמים זולת אם יהיה הדבר ברצונו שכן פסק הלכה למעשה הרב יכין ובועז ח"ב שאלה נ"ג שנשאל הרב על יבם הגדול שרצה ליבם והיבמה אינה רוצה בו ולא באחיו הקטן אלא שעל צד ההכרה הוא רוצה בקטן והעלה הרב במסקנת דבריו וז"ל אף שידענא שהגדול אין לאל ידו ולא קים ליה בסיפוק שתי

נשים שאם בסיפוק אשתו הראשונה הוא בצער כל שכן בהצטרף לו אשה אחרת ועל כן כל מה שתשתדלו בזה שכר הוא לכם אבל יהיה ברצון על כן תעשו יכולתכם על דרך רצוי ואם הוא רוצה ליבם אין לפוטרה מידו מטענה הזאת עין רואה שטענת סיפוק אינה מספקת ועיין עוד בדברי הרב בח"א שאלה קכ"ד ולטעם שלישי שהיבמה היא ילדה והוא זקן ותש כחו גם לזה יש תשובה דאם אמרו רז"ל בפ' החולץ דמשיאין לו עצה ההוגנת לו ואומרים לו מה לך אצל ילדה לך אל שכמותך ומה לך ולצרה האת אם באחת לא מצית למיקם כ"ש בתרי משיאין לו עצה איתמר אם ישמע לעצתנו אבל לא להכרחו על כך ולדחותו מלייבם בעל כרחו שלא בטובתו ולמונעו מירושת אחיו דזכי ליה רחמנא ולמסור היבום ביד הקטן דדוקא היכא שהגדול רוצה לחלוץ בזה אמרו ביאת קטן וחליצת גדול ביאת קטן עדיפא אבל היכא שהגדול חפץ ביבום כ"ע יודו שהוא קודם לכל האחין ואע"ג דאיכא למימר דבנד"ז ניכר וידוע לעין כל שאין רצון ישועה ביבום אלא בשביל שנתן עיניו בממון ואין דעתו לקיים המצוה אפ"ה אין כח בידינו למונעו מליבם וכמו שפסק בחוט המשולש חלק א' שאלה כ"ה וז"ל שאפילו נתנה האלמנה אמתלא לדבריה למה אינה חפיצה ביבום כגון שאמרה שהיבם הוא נער ובער ושאינו יכול לזון וכיוצא בדברים אלו שאין לנו לכופו לחלוץ אלא אם היבם הוא מאותם שנזכרו במשנה שכופין אותם לגרש שהם מוכה שחין והבורסקי וכו' ואולם על טענות אחרים אין כופין לחלוץ ואפילו אם טענה שהיבם אינו רוצה לייבם לקיים המצוה אלא למלאת תאותו וחפצו וכן הוא נראה ממנו עם כל זה אין כופין אותו לחלוץ דהא לית הלכתא כאבא שאול דאמר אין מיבמין לשם נוי ולשם דבר אחר אלא הלכתא כחכמים דאמרי יבמה יבא עליה מ"מ אפי' לשם נוי וכו' וטעמייהו משום דמצות יבום קודמת למצות חליצה וכן פסקו הלכתא כחכמים הרי"ף והרמב"ם והרשב"א והרמב"ן ז"ל וגדולי הרבנים ז"ל ולפ"ז דהיבם הזה הוא רוצה לייבם תהיה מה שתהיה כונתו אין לכופו לחלוץ והיבמה שאינה רוצה בו יש לה דימו"ר עכ"ל ומה שנסתייעו מדברי הריטב"א ז"ל שהביא הב"י ז"ל אין ראיה מהתם דמשיאין איתמר ומבקשין אם ישמע לנו הגדול שכן הוא סיום דבריו אבל דכופין בכך לא מצינן יעש"ב, ומה שנסתייעו מדברי מר"ן ז"ל סי' קס"ה ס"א המה דנו בדעתם שטענה מספקת שכתב הרב שתראה להם כפי דעתם שהיא מספקת והאמת מכחיש אותם בזה שטענה מספקת שכתב הרב היינו דוגמא למוכה שחין ובורסקי שנזכרו במשנה וכן כתב הרב הלבוש להדיא יע"ש לא כטענות האלה דמגרמייהו נפלי כדכתיבנא ועיין עוד מה שכתב מהר"י אדרבי ז"ל בשאלה י"ג בסוף השאלה ההוא אמר ואני מעיד עלי שמים וארץ מעשה שהיה כך היה אדם אחד נשוי אשה ובנים היו לו ונפלה לפניו זקוקתו ורצה

ליבמה והיא לא רצתה אלא לחלוץ ועוד היום היא עגונה זה כמה שנים וכמה גדולי עולם היו ועברו מאז היתה ולא כפאוהו ולא נידוהו שיחלוץ וסיים בדבריו ואמר לכן גזרתי אומר כי הירא את דבר ה' ירחיק עצמו מן הכפייה וידבק עצמו בהרבות עליו ריעים ובדברי פיוסין ע"כ, סוף דבר איני רואה שום טענה מספקת שתמנע היבם מלייבם זולת אם ישתדלו עמו עד שיהיה הדבר ברצונו ועיין בדרכי נועם חלק א"ה שאלה מ"ב שכל דבריו מסכימים הולכים עם מה שכתבנו וצור ישראל יצילנו משגיאות אכי"ר החותם בזמן הנז"ל פה צפרו יע"א:

הצעיר יהודה אלבאז סי"ט

שוב חזרתי וכתבתי לזכות היבמה וזה מ"ש הנה עיקרא דמלתא דמצינן למדחי הגדול שבאחים מלייבם אינו אלא משום טעמא שהוא נשוי אשה ובנים היו לו ולא מצי למיקם בספוקייהו וכמ"ש הריב"ש ז"ל בשאלה א' וז"ל דוקא אם אפשר לו לפרנס שתיהן לפי כבודו וכבודן שאם לא כן לא שבקינן ליה אלא משיאין לו עצה ההוגנת לו כדאמרי' בפ' החולץ ע"כ, וכתב עוד בשאלה ש"ב וז"ל ואפילו לדברי הגאונים ז"ל שפוסקים שמצות יב"ק בנד"ז שהיבם הוא נשוי לכ"ע מח"ק דהא קי"ל שנותנים לו עצה ההוגנת לו שאם הוא ילד והוא זקנה או הוא זקן והיא ילדה אומרים לו מה לך אצל ילדה מה לך אצל זקנה כלך אצל שכמותך ואל תכניס קטטה בתוך ביתך ובודאי שבכגון זה מח"ק שאם היתה מצות יב"ק אפילו בכגון זה איך ישיאו לו ב"ד עצה לבטל מצות יבום הקודמת אלא ודאי כל שיכנס קטטה בתוך ביתו אם היה מייבם מח"ק וכו' שאין לך מכניס קטטה לתוך ביתו כמו נושא אשה על אשתו וא"ת יגרש אשתו הראשונה וייבם את זו הרי קשים גרושין כמ"ש ז"ל בסנהדרין פ' כ"ג בא וראה כמה קשין גרושין וכו' כ"ש באשתו הראשונה שאפילו מזבח מוריד עליו דמעות ואע"ג שהרב כתב שמפני טענה זו אין כופין אותו מ"מ אהני לן דנימא דבכה"ג לא אמרינן מצות יבום קודמת אלא לכ"ע מצות חליצה קודמת ואע"ג שהרב יכין ובועז ח"ב שאלה נ"ג כתב דאע"ג דלא מצי למיקם בספוקייכו אין לפוטרה מידו מטענה הזאת וכ"כ הרב חוט המשולש ח"א שאלה כ"ה יע"ש באו"ב, מ"מ אחר האחרון אני בא הרב מריה דארעא דישראל בחיבורו מזבח אדמה שכתב בליקוטי חא"ה על סי' קס"ה וז"ל הנה כשהיבם רוצה לכונסה וכמ"ש מרן ז"ל דמצות יבום קודמת והיבמה טוענת כיון שהוא נשוי שאינה רוצה להכניס הקטטה בביתה גם דבאשה אחת לא מצי למיקם בסיפוקה כ"ש בשתים ושואלת היבמה אם יכולין לכוף היבם לחלוץ וכו' והשיב הרב ז"ל עיין בספר אורים גדולים להרב הגדול ז"ל דלדידן דמצות יבום קודמת אפילו נשוי בעינן ריעותא דאין לו פרנסה, אמנם ריעותא דאין לו פרנסה לחוד

סגי לומר דכופין וכל דברי הרה"ג הנז' מפורסם וגדול שמו בישראל כמשרע"ה, ועוד הביא הרב מזבח אדמה לעזרתו כמו עשרה רבנים גדולים ועצומים שכולם עלו בהסכמה אחת דכשהיבם לא יכיל למיקם בספוקייהו שכופין אותו לחלוץ באופן שבנ"ד שהיבם נשוי אשה ובנים היו לו ואפילו בחדא לא מצי למיקם רק בדוחק ובצער וכ"ש בתרי דינא הוא שכופין אותו לחלוץ. ומה גם דבנ"ד איכא דעדיפא שהיבמה תתיבם לשאר אחי המת ואפילו לקטן שבהם אם לא ירצו הגדולים ממנו דמאחר שהוכחנו מדברי הפוסקים דבהיכא דגדול לא מצי למיקם וכו' דכופין אותו לחלוץ כבר ידוע מה דאמור רבנן דחליצת גדול וביאת קטן ביאת קטן עדיפא מחליצת גדול ולכן דינא הוא דדחינן גדול מלייבם והיבמה תתיבם לשאר אחי המת דלית בהו ריעותא וצור ישראל יצילנו משגיאות וימ"ן אכי"ר החותם בחדש א'הוב ל'מעלה ו'נחמד ל'מטה משנה הנז' וקיים:
הצעיר ע"ה יהודה אלבאז סי"ט

סימן כג

בתלת כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הי' יעקב בה"ר אברהם אביטבול וידי"ן בן נאני בתע"ג אין פסוכה שעברה הווא פבני עלאהם והומא ראחו לענדו סי גוים מן בן יאזגא מכפר מלאחא ובאתו ענדו בכפר מדיונא וגלסו יהדרו קאם יעקב הנז' קאלהום עלאם כא תזיבו למלח חתא להנא ולא כא תעביוו סי למלח לצפרו די קריב לענדכום קאם וואחד לגוי מנהום קאללו יאנא מא כא נסווקסי צפרו קאללו יעקב הנז' עלאם מא כא תסווקסי קאללו יא וולדי כתאב עלייא וכוננא קתלנא משה ן' מסולד ן' תמאיוסת ויאנא מערוף ענד ליהוד באיין יאנא מצ'רת פקתילו וכופת אנקבאד פיה עליהא מא כא נסווקסי קאללו יעקב כיף אבן לפאעל אתארך תקתל ליהודי קאללו יאנא מא קתלתסי גיר בלחאק חצ'רת מעא האדוך די קתלוה ובקא ליהודי מסייב ומנאיין פטנו האדוך די קתלוה באיין כא יפתשו עליה ויבשרו עליה מסאוו ורמאווה פסיך צאריווא קאללו נעטיווך קק'ם ווריהולנא קאללו מא באקילוסי יצ'הר מנאיין רמאווה הנאך עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת והיה זה שבעה ימים לחדש שבט שנת ה' אלפים וחמש מאות ושמנים וחמש ליצירה ושו"ב וקיים.
יהושע ישראל יעקב ה"ן עולייל סי"ט רפאל ה"ן יתאח ס"ט

בדבר ערוה החמורה, אתר דזקוקין דנורא, מחוות דעי זחלתי ואירא, אכן סעיפי ישיבונו דרוש נא כיום מפי סופרים ומפי ספרים זאת חקת התורה לחקור ולדרוש על הדין עלובתה זו מותרת או אסורה, ולהלכה אני אומר אבל למעשה הא איכא רבנן תקיפי

להם זרוע עם גבורה שמהם הוראה יוצאה לדעת מה יעשה ישראל כדת וכשורה וזה החלי בעזרת צור מחוללי אל גדול ונורא.

ואבוא היום לברורי הני ספקי דאיכא לספוקי בהאי סהדותא דהדין עלובתא ותחילה וראש ארדה ט נא ואראה אי הוי עדות זה הגוי מסיח לפי תומו או לא מאחר שהיתה ע"י שאלת השואל ולא פתח הגוי תחילה להגיד מה שראה ואמינא דמילתא דפשיטא היא דהוי זה הגוי בעדות זו מסל"ת שהרי מצינו ראינו לרבינו הרב בית יוסף בסי"ז שכתב משם רבו מהר"י בי רב זלה"ה וז"ל מעשה בא לפניו באחד שהעיד שיהודי זימן ישמעאלים לסעוד אצלו ושאל היהודי לחבירו שמעת מה נעשה מפ' ופ' והשיבו הישמעאלים אנו מכירין מי הרגן והתיר נשותיהם עכ"ל וכן כתב הריב"ש בתשובתו סי' שע"ז וז"ל ואם שמע הגוי שהיו מספרים בפלוני וסיפר. גם הוא בתוכם זה מסל"ת נקרא ועיין מ"ש מורם ז"ל בסי' הנז"ל סט"ו בהגהה ומ"ש עליו הב"ש ס"ק מ"ה ומעתה אדם דן ק"ו מעצמו דהשתא ומה בכה"ג ששאל היהודי לחבירו בפי' על פ' ופ' והשיבוהו הישמעאלים אנו מכירין וכו' חשבינן להו מסל"ת כ"ש בנד"ז שלא היתה עיקר השאלה מיהודי לגוי כי אם על המלח למה הם מטפלין להביאו למקום רחוק מהם ויש לפניהם מקום קרוב דהיינו לצפרו ומזה נמשך הגוי בתשובתו לאמר שהוא ירא לנפשו ממה שאירע לו שהיה מצוי בשעת הריגת פב"פ ברור הוא דהוי מסל"ת ומה גם שלא הוציאו חז"ל מכלל מסל"ת אלא במתכוין להתיר האשה או להעיד וזה יתגלה כששאלוהו על עיקר הדבר אם פ' חי הוא או מת וכשמשיב להם שמת הו"ל מתכוין להעיד אבל בנד"ז לא שאל אותו העד הנז' כלל על פלוני אם הוא מת אלא עיקר שאלתו היתה על המלח וממילא נפקא הודעת הנהרג ושפיר הוי מסל"ת.

ואע"ג דבנדון זה לא אמר הגוי וקברתיו והנראה מדברי הרמב"ם פ' בתרא מהל' גירושין דבעינן דלימא וקברתיו וכן הבין הרשב"א ז"ל בדברי הרמב"ם דכל גוי מסל"ת בעי דלימא וקברתיו ופסקה מרן בסי' י"ז סי"ז כבר כתב הר"ן והריב"ש והרב המגיד חילוק נאה ומתקבל בדברי הרמב"ם דשאני גוי שאינו מזכיר את שמו של מת מכשמזכיר את שמו דכשמזכיר את שמו כי ההוא דאמר מאן איכא בי חסא וכל הנהו עובדי לא בעינן וקברתיו אבל כשאין מזכיר שמו כי הנהו עובדי דמייתי בגמרא וגם הרמב"ם הביאם חבל על קולר בני אדם וכו' וכל הנהו עובדי שאין מזכיר שמותם בעי דלימא וקברתיו ובהכי מתיישבין דברי הרמב"ם דלא תקשי דידיה אדידיה עיין מהריט"ץ שאלה כ"ד ומינה נשמע בנד"ז שהגוי הזכיר שם המת לא בעינן דלימא וקברתיו ומה גם לפי מה שכתב מהריב"ל ח"ב סי' י"ב וזה לשונו הרמב"ם מצריך בגוי שאין מזכיר שם היהודי שיאמר קברתיו ואין

לחוש לדבריו מאחר דכל הפוסקים חולקים עליו דלא מצריכין קברתיו אלא דוקא במים ומלחמה ושום פוסק לא הזכיר חלוק זה בין הזכיר הגוי שמו או לא וכן כתב בחלק ג' סימן ב' וז"ל אין לחוש לדברי המרדכי המצריך קברתיו בגוי מסל"ת שנהרג ע"כ וראיתי במהר"ם אלשקאר שאלה קי"א שהרמב"ם גופיה מרה דשמעתא לא הצריך קברתיו שהרי כתב בתשובתו בענין יהודי שהלך לישא וליתן כמנהג בכפרים של עכו והלך ולא חזר ולימים הלכו יהודים מבני עכו דרך הכפר שיצא משם אמרה להם גויה אחת ואנה אתם הולכים אמרו לכפר פלוני אמרה להם לא תלכו מכאן לכו וחזרו לבתיכם שמא יארע לכם מה שאירע ליהודי אחד שאלו אותה מה אירע לו אמרה להם יצא מעיר פלונית ללכת לעיר פלונית יצאו אחריו והרגוהו ושאלו אותה מאין תדעי זה האיש אמרה להם שהוא היה מודעתנו כשהיה בעכו ועשה מלאכותינו וספרה להם דמותו ובאו העדים השומעים לב"ד שבעכו והשיאו את האשה ויש אצלנו מי שממחה בדבר ומביא ראיות והם יגיעו אל שער בית דינו של אדונינו יורנו רבינו ויקבל שכרו מהשי"ת ע"כ והשיב זאת האשה מותרת היא לינשא דמסל"ת היא אעפ"י שחזרו ושאלו אותה כמעשה דצוער עיר התמרים ואעפ"י שלא הזכירה שמו ולא ידעה אותו בשמו כמעשה דצידן ואנטוכיא וכל אלו הדברים חוזרין לעיקר אחד והוא שאין מדקדקין בעדות אשה עגונה וכל המחמיר ודורש וחוקר בדברים אלו לא יפה הוא עושה ואין רוח חכמים נוחה הימנו שעיקר תקנתם בעגונה הקילו משום עגונה דאיתתא וחתם שמו משה בר מימון זצ"ל ע"כ הנך רואה בעיניך אם הוצרך בכאן לקברתיו או לזולתה ואם נפשך לומר דדוקא בכה"ג לא הקפיד הרמב"ם על שלא אמרה קברתיו מאחר שהגויה המעידה לא היתה מצויה בעת הריגת הנהרג לאפוקי בנד"ז שהגוי המעיד היה מצוי בשעת הריגת הנהרג אכתי למאי דבעי למימר קברתיו מ"מ בנד"ז אף לדעת המחמירים דמצריכי דלימא קברתיו יש לנו לסמוך על סברת הר"ן והריב"ש וה"ה דאמרו דהיכא דנזכר שמו תו לא בעינן קברתיו וכ"ש לדעת מהריב"ל דלא חייש לקברתיו כלל כאמור לעיל ואף אם לא היתה הזכרת שמו יש מקום להקיל לפי מה שכתב מהר"א מזרחי סי' ט"ל וז"ל עכו"ם שאומר קברתיו אינו מוציא רק מחשש שמא לא מת ונדמה לו שמת ובנד"ז שהגוי מסל"ת ואומר שהרוצחים כשידעו שקרובי המת היו מחפשים אחריו חזרו ונטלוהו ממקום שהיה מושלך והשליכוהו במקום שאי אפשר להעלותו משם ודאי גמור הוא שאין קבורה גדולה מזו ובזה יצאנו, אף ידי סברת הרב נ"י הביא דבריו הב"י וז"ל אע"ג דהרמב"ם מצריך בגוי קברתיו ונחלקו בפי' דבריו המגיד משנה והנ"י לדעת המ"מ כשמזכיר שמו אין צריך לומר קברתיו ולדעת הנ"י אף בהזכרת שמו צריך קברתיו מ"מ בנד"ז אף לדעת

הנ"י אתי שפיר דמאחר שהשליכוהו הרוצחים במקום עמוק שאי אפשר להעלותו משם אין קבורה גדולה מזו ולא בעי למימר קברתיו וכן כתב בק"ע ס"ק ט"ז משם מהרא"י ז"ל וזה לשונו מאחר שהרוצחים הגידו שהשליכוהו באחד הבורות אף שלא כסוהו בעפר הוי כמו קברתיו דהלשון משמע שאחר ההריגה השליכוהו הבורה ואם היה נודד כנף היו גומרים הריגתו וכעין שכתב הר"ן והריב"ש בתשובותיהם דטלטול והזזה הוי כמו קברתיו ובנד"ז איכא תרתי הזכרת שמו והשלכה למקום עמוק ואתי שפיר אליבא דכ"ע ויצאנו ידי כל הסברות, ומה שלא נזכר שם עירו ורבים ועצומים בתו' אמרו דלא סגי בלא הני תלתא שמו ושם אביו ושם עירו להא נמי אמינא דבנד"ז הוי כאלו הזכיר שם עירו, תדע לך שכן הוא שהרי כתב הב"י סי' ג' הביא דבריו הב"ש בק"ע ס"ק קמ"ה וז"ל כיון שהנשים שאלו ליהודים הידעתם דבר משלמה כרו"ב ולא השיבו על מי אתם שואלים כמה שלמה כרו"ב איכא בשוקא ש"מ שהיו יודעים על מי הן שואלות כי לא היה שלמה כרו"ב אחר באותו מקום זולת אותו שהנשים היו שואלות עליו ועליו השיבו האנשים שנהרג והוי כמי שהזכירו שם מקומו עכ"ל, ומינה נשמע לנד"ז דכיון שהגוי בתשובתו שהשיב ליהודי ואמר לו שהוא ירא לנפשו לבא לעיר צפרו לשוק פן יתפס על שהיה מצוי בהריגת פב"פ ולא השיב היהודי לגוי לומר מי הוא זה ואיזה הוא משה שאתה אומר שנהרג ש"מ שלא היה משה ן' מסעוד בן תמאיוסת אחר בעיר צפרו זולתי הנהרג לבדו והוי כמו הזכרת מקומו ומה גם שהזכרת עירו הוזכרה בדברי הגוי בכח המאמר אף דלא אתמר בפירוש שבאומרו שהוא ירא ללכת לעיר צפרו לשוק מפני הריגת פב"פ ש"מ שההרוג משם הוא ולכן הוא נמנע ללכת לשם, ובר מן דין אף אם לא נזכר שם מקומו כלל אפילו ברמז אפ"ה יש להתיר האשה הנז' מכבלי עיגונה והוא במה שראיתי להרב אמ"ח זלה"ה בפסקיו כתוב למ"ר והאריך בענין זה והביא שלש דעות בדבר ומה שצריך לנד"ז הוא שאעתיק וז"ל ויש עוד כת שלישית רבתי בדעות ברוב בנין ורוב מנין מקמאי ובתראי דבתרי מגו תלת לעולם סגי או שמו ושם אביו או שמו ושם עירו והביא האי סברא מוהריק"ו עצמו בשורש קע"ה ולמד כן מלשון הרמב"ם פי"ג מהל' גירושין הלכה כ"ח וז"ל מצאו כתוב בשטר מת איש פב"פ או נהרג איש פב"פ ונודע שזה כתב ישראל הרי זה תנשא אשתו וכן מי שנשתתק ובדקו אותו כדרך שבודקין לגיטין ונמצאת דעתו מכוונת וכתב שמת פב"פ סומכין לכתיבתו ותנשא אשתו עכ"ל והביאו מרן 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 בהלכה כ"ז שצריך שיזכיר שם עירו היינו היכא דלא הזכיר שם אביו הרי דמתרי לשני דהרמב"ם משמע דששמו ושם אביו או

בשמו ושם עירו סגי יע"ש ועיין למרן ב"י ובכ"מ מ"ש ליישב שתי תשובות מהריק"ו שסותרות זו את זו שכתב דספוקי מספקא ליה למהריק"ו כוונת רבינו יע"ש והרואה עיניו יחזו עפעפיו יבחנו דהאי סברא דבתרי מנייהו סגי נלמדת היטב מדברי הרמב"ם ודייקי שפיר לישני דהרמב"ם להאי סברא שבמקום שהזכיר שם עירו לא הצריך הזכרת שם אביו ובמקום שהזכיר שם אביו לא הצריך הזכרת שם עירו ובפירוש איתא לשון רבינו בהלכה, כ"ג מכריע בין שתי הלשונות הנז' וסובב סובב על כוונה זו לפי גירסת כל הספרים שבידינו ושכך היא גירסת מרן הקדוש בשלחנו הטהור סעיף כ"ג וכן היא גירסת הלבוש וז"ל ראו אחד עומד מרחוק ואמר שהוא פב"פ או פלוני ממקום פלוני והרי נשכו נחש והרי הוא מת והלכו ומצאהו שנשתנה ולא הכירוהו הרי אלו משיאין את אשתו עכ"ל ולפי גירסא זו הוייא שפיר ראיה גמורה להאי סברא דבתרי מגו תלת לעולם סגי או שיזכיר שמו ושם אביו או שיזכיר 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 היה לשון רבינו מבואר בההיא דיצחק בן מיכאל דבעי שלשתם איכא למימר סמי חדא מקמי כל הני כ"ש דהאי לישנא גופיה דייק שפיר להאי סברא טפי דמ"ש כשתלך למקום פלוני וכו' לא שיש קפידא בדבר אלא דמראים מקום הם לו וכ"ש שהרא"ש שהוא אחד מעמודי ההוראה הביא ראיה מלשון זה דבשמו ושם אביו סגי ומוכרח שכך הבין בלשון רבינו דמראים מקום הם לו כמ"ש בכלליו כלל נ"ב סי' א' יע"ש ואף לגירסת מוהריק"ו דגריס בלשון רבינו ואמר שהוא פב"פ ממקום פלוני הרי כתב שאינו מנגד להאי סברא דהתם שאני דאיכא ריעותא דנשתנה הוא דבעי שלשתם יע"ש ואפשר דמהאי גירסא שנזדמנה למיהריק"ו בלשון רבינו הוא שהיה מסופק בלשון רבינו ואלו ראה גירסתנו היה מכריע שפיר כוונת הרמב"ם להאי סברא דיפה נלמדת מדברי הרמב"ם ובאו דבריו על נכון בלי שום דוחק ומשמייא אנהירינהו לעייניו וחזינא לשון התוספתא פי"ד דיבמות הנדפסת בספר הרי"ף אחר כל מסכתא ד' ס"ב שהגירסא הוא כך אין מעידין עליו עד שיהיו מזכירין שמו ושם אביו שמו ושם עירו ע"כ וא"כ יפה כיון מוהרשד"ם בשאלה ל"ה שכתב דלמעשה סמכינן אשמו ושם אביו או שמו ושם עירו שכך נראה בעיני שהיה דין מורי הרב הגדול מהר"י טאיטצאק ז"ל וכן מצאתי לשונו הביאו הב"י בטור א"ה יע"ש ובשאלה מ"ג כתב האמת שכבר נהגו בתי דינין שבשאלוניקי להסמיך על שמו ושם אביו או שמו ושם עירו וכמו שקבלתי ממורי מהר"י טאיטצאק ז"ל עכ"ל הרב אמ"ח זלה"ה וכפי זה זכינו לדין בנד"ז שאף שלא נזכר שם עירו

מאחר שנזכר שמו ושם אביו סגי, שוב ראיתי במוהר"מ אלשיך שאלה קי"ח שהאריך הרב ז"ל למעניתו ברוח מבינתו לישב שפיר שתי תשובות מוהריק"ו שנראה סותרות זו לזו ישב ג"כ לשונות הרמב"ם שנראים דקשיין אהדדי בטוב טעם ודעת והמורם מדברי קדשו הוא דדוקא במי שבא להעיד מה שראה הוא דמצריכינן הזכרת עירו משא"כ במי שמעיד מה ששמע מפי אחרים לא צריכין לאהדורי אחר שם עירו יע"ש מילתא בטעמא טעם מתוק מדבש ומינה בנד"ז שהעד מעיד על מה ששמע מפי אחרים ליכא קפידא אם לא אמר שם עירו והשתא נתחוורו והוברו כולהו ספיקי דאיכא לספוקי בסהדותא דהדין עלובתא ושריא האי איתתא למיהך להתנסבא לכל גבר דתצביין אם יסכימו רבני אלפין מארי חכמתא זהו מה שנלע"ד דעתא קלישתא ורחמין למבעי מן קדם מארי שמייא גלי עמיקתא ומסתרתא לינהר עיינין באורייתא קדישתא וליצלן מכל טעותא ושבשתא אמן כן יהי רצון החותם פה צפרו יע"א.
הצעיר יהודה בלא"א משה אלבאז ס"ט

סימן כד

שאלה לאה אל' ראובן נשאת לשמעון והתנו תנאים ביניהם ואחד מהתנאים הוא שאם מתה האשה בחיי בעלה יטלו יורשיה מה שהכניסה תחילה ויחלוקו עם הבעל בנכסיו זולת אם היה לה זרע ממנו וממנה אז יכנסו נכסיה עם נכסיו ויחלוקו הכל כפי המנהג והתקנה ונ"ה בקוש"ח וסמוך לפטירתה בכמו שני חדשים עמדה ונתנה לאחיה חלק שמיני בכל נכסיה הנמצאים לאחר מותה מתנה מעכשיו מתנת בריא מוחזקת ומקויימת ככל שטרי מתנות הנעשים באופן המועיל כפ"ה יורונו רבותינו יושבי כסאות למשפט אם המתנה קיימת והנשאר מנכסיה הוא שיתחלק בין יורשיה או המתנה בטלה ויורשיה הם הזוכים בכל ויבא שכמ"ה:
ולדעתי דעת הדיוט אחר ההתבוננות נראה שמתנה זו בטלה היא מעיקרא ואין לאחיה שום זכות בה ויורשיה הם הזוכים בכל נכסיה וכמו שכן פסק הרב מהר"י אדרבי ז"ל בתשובה שאלה רצ"ג וזה מה ששייך לענייננו כתב הרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל נ"ו שאין ביד האשה לשנות לתת לא לבעלה ולא לאחר ואם נתנה אין מתנתה כלום אלא הראוי לירש יירש והטעם משום שיראה מלשון התקנה שכוונו שלא תסוב הנחלה מקרובי האשה לבעל לכך תקנו שהחצי מהנחלה תשאר ביד יורשיה ועקרו הנחלה מהבעל הראוי לירש מן התורה ונתנוה ליורשיה אחרי מות האשה אבל בחייה לא השליטוה בחצי הנכסים ליתנם לכל מי שתרצה כי זה אינו מוכח מלשון התקנה וכו' עד ואלו היה

כח ביד האשה לתת לכל מי שתרצה לא הועילו כלום בתקנתם כי הבעל היה מפציר בה כל ימיו לתתם לו מאחרי מותה ומתוך שאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת היתה נשמעת לו יותר מלכל קרוביה וכו' כלל העולה שאין לאשה כח ליתן מאומה לשום אדם עכ"ל, והביאו הטור סי' קי"ח ופסקו מר"ן בשלחנו הטהור סי' זה ס"ח ואף שכתב מור"ם בהגה שאם היא בעצמה נותנת הנדוניא יכולה למחול לבעלה או להתנות ליתן לאחר כפי מה שתחפוץ וכו' יע"ש ובנ"ד האשה עצמה היא המכנסת נדונייא לבעלה וא"כ יכולה למחול ולתת לכל מי שתרצה אין מזה סתירה לדברינו שהרי כתב הרב ב"ש בסי' הנז' ס"ק ח' וז"ל ואיפשר אפילו היא נותנת הנדונייא משלה דאז יכולה למחול מה שתרצה מ"מ אם נכתב בתנאים אם תמות יחזור ליורשיה תו אינה יכולה למחול אם נעשה בקנין יע"ש ובנ"ד מפורש היטב בשטר התנאים שהתנו ביניהם האשה והבעל שאם תמות האשה בחיי בעלה בלי זרע ממנו וממנה שיטלו יורשיה מה שהכניסה תחילה ויחלוקו עם הבעל בנכסיו וכיון שכן בודאי שאין מתנתה מתנה וכחילוק הרב ב"ש כן חילק הרב מהר"י אדרבי ז"ל בתשובה הנז' הרי מצד התקנה בטלה המתנה ועוד הוכיח הרב הנז' מצד הדין שהמתנה בטלה מהא דתנן בכתובות פרק הכותב כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותיך אינו אוכל פירות בחייה ואם מתה אינו יורשה ואוקימנא למתניתין בכותב לה בעודה ארוסה ולכך מועיל כדרב כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא ירשנה כלומר שעכשיו בשעה שמסתלק ממנה אינו ראוי ליורשה כירושת הבעל קודם נשואין אדם מתנה עליה שלא ירשנה אבל אחר שנשאה תנאו בטל וייירשנה וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ב מהלכות אישות נמצא שתנאי שכתב הירושלמי אלין דכתבין לנשיהון אי מתה בלי בני כל מאי דלא תהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקיים לא משכחת לה אלא בכותב לה בעודה ארוסה ומאותה שעה נסתלק הבעל מחלק ירושתו ומאותה שעה מסרה האשה ליד בעלה הנכסים על תנאי שיזכו בהם יורשיה אחרי מותה נמצא שמאותה שעה זכו היורשים בנכסים ושוב אין כח ביד האשה לבטל תנאה הראשון ולתת הנכסים לאחר או למחול שכבר יצאו מרשותה ונכנסו ביד בעלה על תנאי זה שיזכו בנכסים יורשיה וכמו שפסק הרמב"ם ז"ל הלכות זכייה ומתנה פ"ד וז"ל המזכה לחבירו מתנה על ידי אחר כיון שהחזיק בה אחר כגון שמשך המטלטלין או הגיע שטר קרקע לידו או החזיק בקרקע זכה חבירו אעפ"י שלא הגיעה המתנה לידו ואין הנותן יכול לחזור בו עכ"ל והכא נמי כיון שבאו הנכסים ליד הבעל בתנאי שירשו יורשי האשה הנכסים שלה ויחלוקו עם הבעל בנכסיו ונתחייב הבעל על זה בקנין מאותה שעה זכו היורשים בנכסים ושוב

אין כח ביד האשה לחזור בה ולבטל תנאה וכן ראיתי לראשונים זלה"ה שנשאלה שאלה כעין זה מלפניהם וז"ן בתו של ראובן היתה נשואה לשמעון וכשהיתה נוטה למות נתנה לראובן אביה סך מה יובן שסלקה ליורשיה בסך מאה אוקיות והשאר העולה לה כפי התקנה נתנה אותו במתנה לאביה יורינו רבינו מה דינו ובתשובתם הרמתה בטלו המתנה מכמה טעמי ובכלל טעמי הביטול אמרו שכפי הדין אין האשה נותנת שום מתנה בחיי בעלה וכו' וחתומים עליה הרבנים הגדולים כמוהה"ר חיים טולידאנו זלה"ה וכמוהה"ר דניאל טולידאנו זלה"ה והסכימו רבני פאס יע"א על תשובתם וז"ל דין אמת דנו החכמים ונדרשנו לחתום ולהסכים עמהם ולראיה ח"פ וחתומים הרבנים הגדולים כמוהה"ר סעדיא אבן דאנאן זלה"ה וכמוהה"ר יהודה עוזיאל זלה"ה והכי חזינא להרב הגדול כמוהה"ר יעב"ץ זלה"ה וז"ל בתשובתו הרמתה עוד שאלתם על אשת איש שחלתה וצותה מחמת מיתה לתת לבת אחיה קצת חפצים מנדונייתה ובעלה לא היה אז בעיר ומתה האשה ואח"ך מת הבעל ושאלתם אם תזכה היתומה בת אחיה באותם חפצים אם, לאו תשובה מתנת ש"מ ומצוה מחמת מיתה לא אמרו רבותינו זכרם לברכה שתועיל אלא בנותן נכסי עצמו ממש כגון האיש, או אשה אלמנה או אשה גרושה שגבתה נכסים בכתובתה או שנפלו לה בירושה אבל אשת איש לא וכ"ש בנדונייתה שהרי אחריות נדונייתה על הבעל אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ואם נגנבו או אבדו לו ונמצא שהם שלו לחלוטים אלא שיש לאשה קצת שעבוד עליהן שאין הבעל יכול למוכרם או למשכנם אלא ברשותה כי לא נקנו לו אלא להשתמש בהם ותו לא משום שבח בית אביה ואם הבעל עצמו שהם באחריותו וזקפם עליו בשטר הכתובה אינו יכול למוכרם או ליתנם במתנה לזולת כ"ש האשה שלא נשאר לה בהם זולת אותו שעבוד בעלמא שאין בו ממש דודאי אין מתנתה כלום ולא זכתה בת אחיה בכלום כי נתנה דבר שאינו שלה ואם האשה הנז' כתובתה כדת הרי כשמתה הבעל יורש את אשתו וכשמת הוא אח"כ יורשים עומדים במקומו ליטול הכל ואם כתובתה כמנהג קאשטילייא הרי כשמתה היה צריך הבעל לחלוק עם יורשיה ואם עדיין לא חלקו יחלוקו עכשיו ובת אחיה הנז' אם היא מכלל יורשי האשה תטול חלקה עמהם ולא מחמת מתנתה אלא מחמת ירושתה ואם אינה ראויה לירש לא תטול כלום עכ"ל, נמצא שאין שום זכות למקבלי המתנה ולא יזכו בנכסים כי אם היורשים לא זולת. ואעפ"י שלפי תשובת הרב הקדוש כמוהה"ר שמעון מימי זלה"ה משמע שאם נתנה האשה בחייה במתנת בריא וזכה המקבל במה שנתנה לו מתנתה קיימת וזה תורף דבריו בקצור נמרץ דוקא כשנותנת האשה מתנה לאחר מיתה אז עוקרת התקנה ומתנתה בטלה אבל אם נותנת מעכשיו

מתנתה קיימת לפי שאינה עוקרת התקנה מפני שכונת מתקני התקנה היתה להעביר הירושה מהבעל ונתנוה ליורשי האשה והבעל אין לו דין ירושה בנכסי אשתו אלא כשהניחה נכסים לאחר מיתתה ואז העבירו הירושה ממנו ונתנוה ליורשי האשה ואם מתנתה שנתנה אחר מיתתה קיימת אז היתה עוקרת התקנה לגמרי שהנכסים שנתנו ליורשיה וזכו בהם בגמר מיתה העבירה אותם מהיורשים במתנתה שנתנה לאחר מיתה וזו היא עקירה גמורה ולפיכך אמרו שהמתנה בטלה אבל כשנתנה מחנה מעכשיו שזכה מקבל מתנה בנכסיו קודם שתבוא הירושה לבעל מדין תורה וקודם שזכו היורשים מדין התקנה המתנה קיימת לפי שאין זה עקירת התקנה יע"ש בדבריו שהאריך וא"כ בנ"ד שכתוב בשטר המתנה מעכשיו שזכה המקבל במתנתו קודם שיפלו הנכסים לפני היורשים דלא עקרא לתקנה נאמר שמתנתה קיימת וזכה מקבל המתנה, כד דיקינן שפיר אמינא שגם לזאת יש תשובה והוא דלא אמרה הרב הנז' למילתיה דוקא בהיכא שלא היה תנאי ביניהם בשעת הנשואין אבל בנ"ד שהיה תנאי גמור ביניהם בשעת הנישואין שאם מתה האשה יטלו יורשיה נכסיה תחלה ויחלוקו עם הבעל בנכסיו שמאותה שעה שנמסרו הנכסים ליד הבעל זכו בהם היורשים ושוב אינה יכולה לחזור ולבטל תנאה וכדכתיבנא משמיה דהרב מהר"י אדרבי ז"ל ונכון הדבר לחלק חילוק זה כי היכי דלא לאפושי פלוגתא ולומר שתשובת הרב הק' ז"ל חולקת עם תשובת מהר"י אדרבי ז"ל ואם ירצה המתעקש להתעקש ולומר דבכל גוונא אמרה הרב הקדוש למילתיה אפילו בהיכא שהיה תנאי ביניהם מה דלא משמע כן מדבריו אפ"ה מאחר שראינו תשובת הרב הגדול סבא דמשפטים כמהר"ר יעב"ץ זלה"ה שבודאי לא נעלם מעיני כבודו תשובת הקדוש זלה"ה ואפ"ה בפסק דינו דין אמת לא אסברה לן מטעמיה דהרב הקדוש זלה"ה אלא מטעמא אחרינא משום שאין אדם יכול לתת דבר שאינו שלו והני נשי במאי זכיין זולת בשעבוד בעלמא שאין בו ממש וכמפורש בדבריו הקדושים האמורים לעיל וא"כ בודאי שראה תשובת הקדוש ז"ל ולא סמך עליה ומי יבוא אחר המלך את אשר כבר עשוהו הנלע"ד מכל מאי דכתיבנא שאין שום זכות למקבל המתנה והיורשים הם הזוכים בכל הנכסים אם יראה בעיני יושבי על מדין ישצ"ו ועיין עוד במהר"י אדרבי ז"ל שאלה קנ"א ובחוט המשולש בתשובת הרב כמוהר"ר שלמה צרור זלה"ה שאלה כ"ז ובית יהודה ח"ב שאלה ס"ז ולראיה ביד היורשים לבל תהיה האמת נעדרת כתבתי.

הצעיר ע"ה יהודה אלבאז ס"ט

דברים פשוטים וברורים הם שאין כח ביד האשה לתת שום מתנה בחיי בעלה לא מתנת שכ"מ ולא מתנת בריא וכבר נכתבו כמה פס"ד ע"ז באורך וזה ימים מקרוב נכתב פס"ד

ע"ע זה בשאלה שבאה מעיר ססוון יע"א ואין זה ענין להההיא דכתב מור"ם בהג"ה דלא כתב מור"ם אלא להתנות ליתן לאחר כפי מה שתחפוץ אבל האשה עצמה אין יכולה לתת בלי רשות הבעל שאין לה שום שליטה לתת לזולת בחיי הבעל כלל ונ"ד אינו דומה לתשובת הרב הקדוש דשם היה נדון שנתנה לבעלה ולהכי במתנת בריא כתב שמתנתה קיימת אבל אם נתנה לזולת אין חילוק בין מתנת שכיב מרע למתנת בריא ואין מתנתה כלום דאין לה רשות לתת בלי רשות הבעל כלל וזה פשוט ולראיה ח"פ בקצרה וקיים.

יהודה בן עטר יס"ט חיים דוד יס"ט

אלו הן דברים הנמשכים ביני ובין רב אחא"י הי"ו וזה מש"ל

תחלה ההוא אמר וז"ל שאין נדון דידן דומה למ"ש מהרי"א כלל דקושטא הוא שחכמים העבירו הירושה מהבעל וזיכו אותה ליורשים ולכן אין האשה יכולה להפקיע יד היורשים ולתת לזולת דהיורשים משלחן גבוה קא זכו מאת הבעל שהירושה היתה שלו, אך כל זה הוא אם היה ראוי הבעל לירש אמרינן דחכמים עקרו הנחלה מן הבעל ונתנו אותה ליורשים וממילא אין כח ביד האשה לשנות אבל אם הבעל עצמו לא היה ראוי לירש מכח התנאי שהתנית עליו א"כ נשארו הנכסים לזכותה ויכולה לתת לכל מי שתרצה, ועה היות שכתב הב"ש שאם נכתב בתנאי אם תמות יחזור ליורשיה תו אינה יכולה למחול אם נעשה בקנין יע"ש, ה"מ היכא דקנו מיד האשה או מיד הבעל שיתנו ליורשיה אז אמרינן דמאותה שעה זכו יורשיה ושוב אינה יכולה לחזור ולמחול זהו דעת הב"ש דבעי עכ"פ קנין מיד האשה ולדעת מהרי"א לא בעי קנין אלא היכא דכותב אם מתה בלא בנים יחזור ליורשיה מאותה שעה נסתלק הבעל ומאותה שעה מסרה האשה ליד בעלה הנכסים ע"ת דיזכו בהם יורשיה אחרי מותה ומאותה שעה זכו היורשים בנכסים ושוב אין כח ביד האשה לבטל תנאי הא' אך כ"ז הוא בסתם שכתב אם מתה יחזור ליורשיה אבל בנ"ד שכתב וזה וז"ן שהבעל סלק עצמו מהנכסים וכו' שישאר לזכותה בין בחיים בין במות נמצא שהאשה הנז' לא נתכוונה לתת מאותה שעה ליורשים כלל שהרי מפורש ועומד שנשארו לזכותה וא"כ אחר שנשארו לזכותה ולא זכה בהם הבעל גם יורשיה אין להם בהם שום זכייה דאם הבעל לא זכה גם היורשים הבאים מכחו לא יזכו ויכולה לתת למי שתרצה ודברי מהר"ש מימי הם מיוסדים על אדני פז דודאי דיכולה האשה לתת מתנת בריא דלא עקרא התקנה אך לא קאמר מהרש"ם אלא לבעלה דוקא יכולה לתת מתנת בריא אבל לא לזולת דהאשה בחיי בעלה אין לה רשות לתת שום דבר לזולת במתנה בריא מעכשיו דבחייה אין לה כלום מה לתת דרשות אחרים עליה ואם תתן לאחר מיתה הרי עוקרת התקנה לכן לזולת אין לה לתת כלל לא

מתנת בריא ולא מתנת שכ"מ דבחייה אין לה מה ליתן דנכסיה משועבדים לבעל ואם תתן לאחר מיתה קא עקרא התק' אבל לבעלה יכולה לתת מתנת בריא מעכשיו דאין מי שיעכב ע"י ודברי מהר"ש מימי הם דברי מרן הב"י עצמו סי' קי"ח ס"ח שכתב אם נתנה האשה שיזכה לאחר מותה אינו כלום אבל אם מחלה לבעלה מעכשיו מחילתה מחילה הרי דוקא דלבעל ובמעכשיו דוקא מהני ולא סגי בלאו הכי אבל לא לזולת ובזה אין סתירה לדברי הרבנים לדברי מהר"ש מימי זלה"ה דלזולת אפילו מהר"ש מימי מודה דאין יכולה לתת לזולת דמתנת בריא אינה יכולה לתת דאין לה מה ליתן ולאחר מיתה קא עקרא התקנה ואם יש מלין השיבני כי תורה היא ולא"ץ עכ"ל.

וזאת תשובתי אליו נר"ו

ואבא להשיב מפני הכבוד אמר מר שאין נד"ד דומה למ"ש מהרי"א כלל, דקושטא הוא שחכמים העבירו הירושה מהבעל וזכו אותה ליורשים ולכן אין האשה יכולה להפקיע יד היורשים ולתת לזולת דהיורשים משלחן גבוה קא זכו מאת הבעל שהירושה היתה שלו אך כל זה הוא אם היה ראוי הבעל לירש אמרינן דחכמים עקרו הנחלה מן הבעל ונתנו אותה ליורשים וממילא אין כח ביד האשה לשנות אבל אם הבעל עצמו לא היה ראוי לירש מכח התנאי שהתנית עליו א"כ נשארו הנכסים לזכותה ויכולה לתת לכל מי שתרצה עכ"ד.

ואנא אמינא אחר המחילה דאדרבא נ"ד אתי בק"ו מההיא דמהרי"א למדקדק יפה דהשתא ומה אם במקום הבעל שהוא יורש מד"ת עקרו הירושה ממנו ונתנוה ליורשים כי היכי דלא לקיים בהו שורך טבוח וכו' במקום שאין הבעל יורש שנשארה הירושה ליורשים כאורח כל ארעא ונעשה תנאי מפורש ביניהם שיטלו נכסיה היורשים א"ד שאינה יכולה לזכותם ולתתם לזולת הא ודאי מילתא דפשיטא היא ואינה צריכה לפנים ולא מבעיא לדעת מהרי"א ולדעת הרדב"ז החדש בשניות שאלה ר"ה דכולהו אזלי ומודי דבכתיבה לחוד סגי דמשעה שנכתב התנאי בכתובה אפילו בלא קנין מאותה שעה זכו היורשים ולהיות שחששתי שמא הרדב"ז אינו מצוי אצלך הא לך לשונו הטהור בקיצור אבל אחר שנכתב התנאי בכתובה זכו היורשים משעת כתיבה ושוב אינה יכולה לבטלו ולא למוחלו לבעלה לדעת הרא"ש לאחר מיתה ולדעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א שעליהם יש לסמוך אפילו מחיים אין מחילתה בהם מחילה שכיון שנכתב קבלו עליהם התקנה ודעת בעלי התקנה שלא יתקיים בהם שוכך טבוח וכו' עכ"ל ואם הדברים אמורים לגבי הבעל דאית ליה זכייה מדאורייתא כ"ש וק"ו הוא לגבי אחרים דלית להו זכייה שאנה יכולה לבטל תנאה הראשון להפקיע זכות יורשיה הגמורים לפי שזהו רצון

מתקני התקנה אלא שאפילו לדברי הב"ש דמצריך קנין בדבר ובכתיבה לחוד לא סגי בנ"ד הא איכא קנין שהרי קנו מיד הבעל ומיד האשה על זה ודברינו חיים וקיימים אליבא דכולהו ומה שרצה כת"ר להבין בדברי הב"ש דדוקא היכא דקנו מיד האשה או מיד הבעל שיתנו ליורשיה וכו' אנא דאמרי דאי איתא שכן הוא האמת בפי' דברי הרב לא היה מקצר הרב בלשונו כ"כ ויכתוב הדבר סתום דהו"ל לפרושי בזה הלשון אם נעשה בקנין מיד האשה או מיד הבעל ואז הו"א כדקאמרת אבל השתא שכתב סתם אם נעשה בקנין כוונתו הרצויה היא אם היה התנאי ביניהם בקנין לאפוקי אם היה התנאי בהודאה בעלמא דלא סגי בהכי זהו הנראה מפשט דבריו תו לא מידי ובנ"ד אחר שהיה התנאי בקנין א"כ זכו היורשים מאותה שעה, עוד כתבת שכ"ז הוא בסתם שכתב אם מתה יחזור ליורשיה אבל בנ"ד שכתב שהבעל סלק עצמו מהנכסים וכו' שישארו לזכותה בין בחיים בין במות נמצא שהאשה הנז' לא נתכוונה לתת מאותה שעה ליורשים כלל שהרי מפורש ועומד שנשארו לזכותה וא"ך אחר שנשארו לזכותה ולא זכה בהם הבעל גם יורשיה אין להם בהם שום זכייה דאם הבעל לא זכה גם היורשים הבאים מכחו לא יזכו ויכולה לתת לכל מי שתרצה עכ"ד ובעיני יפלא אך לא דייק כת"ר בלשון התנאי דבשלמא אי הוה כתוב בלשון התנאי כך שישארו הנכסים לזכותה בין במות בין בחיים ואם תפטר האשה הוה אמינא כדקאמרת דשפיר איכא למשמע מלשון התנאי שישארו הנכסים לזכותה בין במות בין בחיים דהיינו שיכולה לעשות בהם כל מה שתרצה ושוב התנית תנאי אחר שאם תפטר האשה בחיי בעלה וכו' אבל השתא שכתוב התנאי כלשון הזה שאני מעתיק לך וז"ן וקוש"ח הבעל שסלק עצמו מהנכסים וכו' שישארו לזכותה בין במות בין בחיים והוא שאם תפטר האשה בחיי בעלה שיטלו יורשיה תחילה נכסיה ויחלוקו עם הבעל בנכסיו וכו' נמצא שהכל תנאי אחד הוא ותני והדר מפרש דמאי דאמרינן שישארו הנכסים לזכותה הכוונה היא שאם תפטר יטלו יורשיה נכסיה תחילה לאפוקי שיחלוק בהם הבעל כפי התקנה והכל תנאי א' הוא וליכא למשמע מניה שום משמעות אחרת כמו דס"ד דליתא וא"כ הדרינן לדוכתין דמאחר שהנכסים שהכניסה האשה לבעל שעליהם היה התנאי נזקפו על הבעל בכתובה. ונכתב בה התנאי מפורש שיטלו יורשיה נכסיה זכו היורשים משעת כתיבה ושוב אין להב"ח לבטל התנאי דאם במקום הבעל שאין זכייה ליורשים מד"ת בעלי התקנה יפו כח היורשים ועשו שאינם זוכים כזוכים במקום שיש להם זכייה גמורה בנ"ד אינו דין שיש לנו ליפות כחם ולהעמידם בזכייתם ומ"ש כת"ר שאין סתירה מדברי הרבנים לדברי מהר"ש מימי מודים אנחנו לך ולא כתבתי מה שכתבתי אלא להוציא מלב הטועים שרצו להשוות הזולת לבעל והיו סוברים שכלם

שוים בדינם ואין חילוק ביניהם מה שאין כן האמת ואם יש מלין השיבני כי רצוני הוא להשתעשע בדברות קדשו ולעמוד על האמת ודוק:

עוד הוסיף שנית ידו ובא עלי ממקום אחר וזה תורף דבריו. **עם** היות שהפירוש המובן הוא כדברי כת"ר וגם אנכי ידעתי כי כן מ"מ אחר שהלשון מורה כפי הנהוג אצלינו יכולה היא לשנות את הידוע שהלשון יתפרש לשני פנים ויד בעל השטר על התחתונה ולאפס פנאי לא התבוננתי בענין אך הדבר היה אצלי חידוש נפלא וכבר ג"ד באותו כתב שלעת מצוא אשנה פרק זה בארוכה וכן עתה אשוב אתפלא עוד והוא שאם באנו לומר כסברת הרא"ש ומהרי"א והרדב"ז א"כ יש תימא גדולה במ"ש חכמי התקנה שתקנו בשנת ס"ג וז"ל בראותינו א"ה חו"פ שהרבה נשים הנשואות לבעליהן למנהג ותקנת הקהלות ובתנאם מעין התקנה שמכחם יש זכות ליורשים וכו' הפירו ברית האחוה וכו' למחול ולבטל התנאים וכו' לכן יהיה הדבר בהסכמת ב"ד של ג' ובתקנה אחרת כתוב וז"ל לאו כל כמינה לבטל ולמחול הזכות ההוא שיש בו זכות לזולת אם לא ימצא שם חכם אחד וכו' ואם כדברי הרבנים ז"ל הרי כפ"ה הברור אין יכולה האשה להפקיע יד יורשיה לאחר מיתה כלל שהיא עוקרת התקנה וגם אין יכולה למחול התנאים שנכתבו מקודם שמשעת כתיבה זכו היורשים ולמה הוצרכו לתקן ועוד מה הועילו בתקנתם שימצא שם חכם והרי כפי התקנה אפילו אם ימצאו שם עשרה לא תוכל לשנות ולמחול התנאים הכתובים דאין סברא לומר שהוצרכו לתקן לאותם שלא היו כותבים התנאים אבל אם היו כותבים אינה יכולה לשנות דא"כ למה הוצרכו לתקן ולכתוב שאותו פלוני העניק לה ע"מ כו"ך ובזה יעמוד התנאי והרי אין צריך כ"א לכתוב התנאים לחוד ולא יזכיר שם ישר' המעניק ע"ת, ועוד אה כדברי הרא"ש אם כן אין שום אשה יכולה לעשות שום חידוש תנאים לאחר מיתה כלל בשום אופן והחוש מכחיש זה שכמה רבנים בטלו תנאים הראשונים וכתבו אחרים והרב יעב"ץ סמוך למיתת אשתו בטלה תנאי כתובתה ולא נטלו יורשיה כי אם סך נ"ם דוקא ומעשים בכל יום כאלה רבות לכן מוכרחין אנו לומר שלא כתבו הרבנים הנז' כן אלא לפי תקנת טוליטולא דאלים כחה ומתקני התקנה ההיא עקרו הירושה מהבעל ונתנו אותה ליורשים וע"כ אין יכולה האשה להפקיע יד היורשים כלל וכן נמי אם נכתבו התנאים זכו היורשים משעת כתיבה ואין יכולה לשנות אבל אנן לא קבלנו עלינו תקנת טוליטולא אלא התקנה שתקנו המגורשים בשנת ש"ה ששם ביארו משפט החלוקה והתקנה ההיא לא אלמוה כתקנת טוליטולא אלא אעפ"י שתקנו שהבעל יחלוק עם יורשי אשתו היה הרשות ביד האשה לבטל התנאים או התקנה וכראותם שפעמים שתהיה האשה אנוסה מהבעל תקנו מציאות חכם וחידוש כתובה משום דאסור

לשהות וכו' ולפ"ז נראה דהרשות ביד האשה לבטל התקנה או התנאים הכתובים שלא כתבו הרבנים כן אלא לפי תקנת טוליטולא אבל לא לדידן שאעפ"י שנכתבו התנאים אין כוונתה בכתיבה אלא לחייב הבעל לקיימן אם לא תחזור היא ברוחה אבל היא עצמה יכולה לבטל אם תרצה כמבואר מלשון התקנה שכתבנו לעיל ובמ"ש ניחא מנהגו של עולם שהאשה עושה רצון בעלה ומוחלת לו בתנאי הכתובה שלא יטלו יורשיה לאחר מיתה כ"א סך מועט וגם מוחלת התנאים הכתובים דיכולה היא למחול אך להשקיט ריב הצריכוה מציאות חכם מפני חשש אונס וסגי בהכי וא"כ בנ"ד יכולה האשה לשנות ולבטל התנאי שלא נכתב התנאי אלא לחייב הבעל שלא יכפור ויערער אבל איהי גופה יכולה לשנות ולא זכו היורשים משעת כתיבה כס' הרבנים ז"ל, זהו מה שנראה וצריך להתיישב בדבר וכת"ר ברוח מבינתו ישקיף בחמלתו להשיב אמרים אמת לנאמן אהבתו שש על אמרתו עכ"ד.

וזאת היתה תשובתי אליו

עתה באתי לברר שחיתי על מה אדניהם הוטבעו דבר דבור על אופניו ותחלה צריכים אנו לעמוד עמ"ש הטור בא"ה סי' קי"ח שהביא תשובת הרא"ש ז"ל על תקנת טוליטולא שתקנו שכל שתמות האשה ולא תניח זש"ק שיחלוק הבעל וכל הקודם בירושתה כל נכסי עזבונה חלק כחלק ונשאל הרא"ש אם האשה יכולה לתת בחייה לבעלה או לאחר מי שתרצה שיזכה אחרי מותה באותו החצי שראוי לירש זרעה או אחר היורש אותה והאריך הרבה והיוצא מכלל דבריו שאין בידה לשנות כלל לתת אותו לבעלה ולא לאחר ואם נתנה אין מתנתה כלום וכו' וכתב מהרי"ק ז"ל וז"ל ומבואר שם בתחילת הכלל שלא כתב כן אלא לפי לשון תקנת טולי' וכו' וכתב הרשב"ש ז"ל מקומות שיש להם תקנה שאם תמות האשה בחיי בעלה יחזיר מקצת הכתובה ליורשיה אם אותו מקצת האשה רוצה למחול אותו לבעלה והוציא הבעל שטר מחילה. מזה היא קיימת דכל טצדקי שאנו יכולים לעשות להעמיד הנחלה במקומה אנו עושים עכ"ל וסיים בה מהרי"ק ז"ל מיהו היכא שכתוב בתנאי שע"מ כן נתן לה הנותן נדונייא אין בידה לשנות התנאי וכתב מוהר"ש צרור ז"ל וז"ל הנה משפט דברי הרא"ש נראה ברור שאין האשה יכולה ליתן לבעלה ולא לאחר ממה שיחזיר הבעל ליורשיה ואם עשתה אין במעשיה כלום וממה שכתב מהרי"ק ז"ל שם נראה שהרשב"ש אינו חולק על הרא"ש שהרי כתב בתחילה ומבואר מן הכלל הנז' שלא כתב כן אלא לפי לשון תקנת טוליטולא וע"ז כתב וכן כתב הרשב"ש ז"ל נראה ששאר מקומות לשון תקנתם אינו כלשון תקנת טוליטולא אמנם אם היה לשון תקנתם כלשון תקנת טילי' לא פליג הרשב"ש ז"ל ואפשר שמהרי"ק דייק לשון

הרשב"ש שכתב מקומות שיש להם תקנה וכו' דאם איתא שיש להם תקנת טוליטולא הול"ל מקומות שיש להם תקנת טוליטולא אלא ודאי שסגנון אחר יש להם וסיים בה הר"ב מוהר"ש צרור דאי מהאי לא אריא שהרי אנו רואים בעינינו שאין שום שנוי לשון בין לשון תקנת טיליטולא ובין לשון תקנות אחרות בחלוקה זו של החזרת חצי הנדונייא ליורשיה שהרי בהעתיק שהעתיק הטור ז"ל שם לשון התקנה כתב ואם לא תניח זש"ק וכו' יהיה כל מה שבארנו מענייני עזבונה המצויים בעין בין הבעל ובין הראוי ליורשה וכו' ובלשון שכתב הרשב"ש ז"ל כתב מקומות שיש להם תקנה שאם תמות האשה בחיי בעלה יחזיר מקצת הכתיבה ליורשיה וכו' הרי שלשון הרא"ש ז"ל ולשון הרשב"ש ז"ל אעפ"י שחלוקים הם במטא שוים הם בענין כוונתם ואין ביניהם שום חילוק רק שבתקנת טוליטולא יחזיר החצי ובלשון הרשב"ש כתב מקצת הכתובה אבל לענין החזרה שוים הם בדין שיחזיר הבעל ליורשיה ואעפ"י שכתב הרשב"ש מקומות שיש להם תקנה שאם תמות האשה בחיי בעלה וכו' ולא כתב תקנת טולי' אפשר על פרטים אחרים שיש בתקנת טולי' או לפי שתקנת טולי' יחזיר המחצית ושאר מקומות ומעלין ומורידין למחצה לשליש ולרביע ונמצא שהרשב"ש ז"ל חולק על הרא"ש שלדעת הרא"ש אינה יכולה לשנות במה שנוגע ליורשיה לתת אותו לא לבעלה ולא לאחר ולדעת הרשב"ש יכולה לשנות ולמחול לבעל דוקא בדקדוק לשונו ע"כ, וכן כתב מוהר"ם אלשיך בתשו' סי' סי' ט"ו שנשאל על אשה שנתנה לאחר חצי נדונייתה וכו' וכתב בתוך התשובה עד כאן לא קאמר הרשב"ש אלא בבעל דוקא שאליו משפט הירושה מן הדין וכל טצדקי שאנו יכולין לעשות להעמיד הנחלה במקומה אנו עושים אבל לגבי אחר כנ"ד מודה שאין מתנתה כלום ע"כ הנך רואה שבמוחלת לבעלה במחלוקת היא שנוייא ובמתנה לאחר כ"ע מודו שאינה יכולה לתת.

ובזה נבוא להשתעשע בדברות קדשו תחילה כתב וז"ל והן עתה אשוב אתפלא עוד והוא שאם באנו לומר כס' הרא"ש ומהרי"א והרדב"ז א"כ יש תמיה גדולה במ"ש חכמי התקנה וכו' ואני אומר הפלאה זו איני יודע מה היא שהרבנים הנז' לא דברו כי אם בנותנת לאחר שע"ז נשאלו ובהאי מילתא כ"ע מודו שאין מתנתה כלום אבל במוחלת לבעלה הרי כתב הרשב"ש דיכולה למחול דכל טלדקי וכו' מה גם לפי מה שראיתי בתשובה להרא"ש שהאשה יכולה למחול לבעלה ואפילו לפי תקנת טולי' יכולה למחול וכתבו הפוסקים ז"ל שאין תשובה זו סותרת להההיא שהביא הטור סי' קי"ח דהתם איירי שנותנת בלשון מתנה ובמתנה לא שאני לן בין בעל לאחר ותשובה זו היינו כשכותבת לבעלה בלשון מחילה להכי מהנייא וכפ"ז יוצא לנו שהרא"ש והרשב"ש לא פליגי אלא דמר א"ח ומר

א"ח ובמוחלת כ"ע מודו דמהנייא בבעל ובנותנת לאחר כ"ע מודו שאין מתנתה כלום וחכמי התקנה כשראו דאיכא אונאה ליורשי האשה עמדו ותקנו מה שתקנו ומה שתמה עוד כת"ר ממעשה רב של כמוהריב"ץ ז"ל בביטול תנאי כתובת אשתו וכו' קושטא קאי דאית ליה תיוהא רבתא על כת"ר אחרי שמאורי עיני כבודו המה ראו תשובתו של הרב הנז' שאין האשה יכולה לתת בחיי בעלה שום מתנה וכו' ולפי דבריך דבריו סתראי נינהו אלא מוכרחים אנו לחלק בין מתנה למחילה וכדאמרן ואם הדברים אמורים בכותבת שטר מחילה לבעלה שמעשיה קיימים אעפ"י ששטר כתובתה ותנאיה עדיין קיימים מטעמא דאמרן דכל טצדקי וכו' כ"ש כשיהיה תוספת טובה ביטול כתובה וחידוש כתובה אחרת ודאי שמה שעשתה עשיו ובזה כל דברי כת"ר מתורצים על נכון וליכא שום קושי כלל דו"ק ותשכח כי לא יכולתי להאריך יותר מחמת טרדותי ע"כ.

עוד ידו נטויה וחוזר ונאו"ר לחזק את דבריו ויאמר שלישו וזה נוסח אמרתו בקיצור: **ואני** אומר אכתי קושייתי במקומה עומדת והוא דאפילו אם נניח כמ"ש מהר"ש צרור דבמוחלת פליגי הרשב"ש עם הרא"ש דלס' הרשב"ש יכולה למחול ולס' הרא"ש אינה יכולה למחול אפ"ה מאחר שדבר ידוע לכל שקודם שלא זרחה שמשו של מרן הב"י היו נוהגים לדון כסברת הרא"ש ז"ל והיו אומרים בפה מלא אל המקום אשר יפנה הרא"ש אחריו ילכו כדאיתא בת"ק א"כ היאך מצאו ידיהם אותם הנשים למחול לבעליהן ומחמת שראו חכמי התקנה שנתאנו הקרובים תקנו מציאות חכם והרי כפ"ה הברור אינם יכולין למחול כדעת הרא"ש ולא היו צריכים שום תקנה כלל ומה גם לפי סברת הב"י אשר מימיו אנו שותים דס"ל דלא פליג הרשב"ש עם הרא"ש ולסברת שניהם אינה יכולה למחול וא"כ תגדל הקושיא היאך מצאו הנשים למחול ועם היות שמהר"ם אלשיך כתב דאפילו הרא"ש ס"ל דיכולה למחול מ"מ יחידאה הוא בדבר זה ואין לנו אלא דברי מרן הב"י דס"ל שלדעת הרא"ש אינה יכולה למחול אלא אי מחלה במעכשיו שהיא מתנת בריא כדאי' בסי' קי"ח ומה גם דחבל נביאים הכי ס"ל כדעת הרא"ש וגדול שבכלם יחיד בדורו הרדב"ז שכ' בשניות שאלה ר"ה וז"ל אחר שנכתב התנאי אין יכולה לבטלו ולא למוחלו לבעל לדעת הרא"ש יע"ש הרי בפירוש דלדעת הרא"ש אינה יכולה למחול והדרא קושייא לדוכתה ועוד שהרי מצינו בב"ש ועמו להקת נביאים שכתבו שאם נכתב התנאי אם תמות האשה יחזור ליורשים אינה יכולה למחול וכ"כ הרדב"ז דזכו היורשים משעת כתיבה ואינה יכולה למחול כלל ולזה הקשיתי לשאול דא"כ היאך מצאו ידיהם הנשים שהיו בזמן חכמי התקנה למחול תנאים הכתובים ונתאנו קרובים ועלתה צעקתם אל האלהים אלו הדיינים ועשו להם תקנה והרי מן הדין הברור אין מחילתה מחילה

והוספת להקשות עוד ע"ז כמבואר במכתב הראשון ומכח זה אמרתי שאין כל הדברים אמורים אלא להנוהגים כתקנת טוליטולא אבל אנחנו לא קבלנו עלינו תקנת טוליטולא כמבואר במכתב הא' והן עתה ראיתי בספר פנים חדשות שהביא משם שו"ת מרן הב"י כדבריו ת"ל וז"ל כל תקנה שאינה בסגנון תקנת טוליטולא המתנהו שתתן האשה לבעלה מתנה בכל גוונא אפי' כשנתן לה אביה לנדונייא יע"ש ועם היות שהרב בית יהודה כתב שאם מרן ראה תקנת הרשב"ץ לא היה מחלק בין תקנת טולי' לשאר תקנות היינו דוקא לתק' הרשב"ץ שהיא דומה ממש לתקנת טיליטולא וכמ"ש מהר"ש צרור דב' התקנות שוים בכוונתם אבל תקנת המגורשים לא נכללה בענין זה דאי כוונתם א' היא מה באו חכמי התקנה לתקן מחדש והו"ל לכתוב בקיצור מכאן והלאה קבלנו עלינו תקנת טוליטולא אלא ודאי תקנת טולי' לא קבלנו עלינו כלל וכמ"ש פעמים שלש ע"כ ת"ד בקיצור מה שצריך לענייניו ע"כ וזה תשובתי אליו ביד אלוה הטובה עלי בעזרתו ית"ש.

ראיתי אחרי רואי כל מ"ש כת"ר ורצונו וחפצו לעמוד על משמרתו ולחזק קושייתו ואוהב לטעון ושונה לפרוק ולא כן אנכי עמדי הנה בשמים עדי ואם כת"ר חפץ להטריח עצמו ואחרים עמו על לא דבר אעפ"כ אני לא אברח לזאת שוב אשוב אליך לבאר הכל באר היטב בעז"ה הטוב והמטיב תחלת דברי פיהו חכמה וזה ת"ד בקיצור נמרץ והכי קא קשייא ליה למר שכפ"ה הברור אין הנשים יכולות למחול כדעת הרא"ש ולא היו חכמי התקנה צריכים לשום תקנה ומה גם לפי סברת הב"י אשר מימיו אנו שותים דס"ל דלא פליג הרשב"ש עם הרא"ש ולס' שניהם אינה יכולה למחול וא"כ תגדל הקושייא וכו' ועם היות שמוהר"ם אלשיך כתב וכו' מ"מ יחידאה הוא בזה עכ"ד ואני אומר שדברי מוהר"ם אלשיך הם מוסכמים להלכה ות"ל שזכיתי ועיני ראו שכדבריו ממש הובאו בכללי הרא"ש כלל נ"ו סי' ג' וזה לשון השאלה ילמדנו ר' לאה אשת ראובן מחלה לבטלה בשטר מקויים כל מה שקבל על עצמו בשטר כתובה התוספת והמתנה והנדונייא והשאירה לעצמה עיקר כתובה וכו' תשובה מד"ת יכולה למחול לבעלה כל חובות שהחזיק לה ע"ע תוספת ומתנה ונדונייא וגם לפי תקנת קהל טולי' יכולה למחול כי איני זוכר שכתבתי בענין התקנה אלא בענין זה שאם היתה האשה יכולה להפקיע התקנה וליתן לבעלה כל הנכסים לאחר מותה זה היה כנגד התקנה אבל מה שמוחלת מעכשיו לבעלה אין דבר זה נוגע בתקנה כלום ומחילתה מחילה ע"כ, שבתי ואראה שגם הרב מוהר"ש צרור בתוך תשובתו הביא תשובה זו ותמה על מהרמ"א דלמה לא הוכיח לנדונו מתשובה זו שהיא מפורשת והוא דייק לה מתשובה אחרת יע"ש מה שיישב בעד הרב הרי שלך לפניך דברי הרא"ש מפורשים ונדרשים ומ"ש כת"ר על מר"ן הב"י שהוא מסכים הולך

שאין האשה יכולה למחול אחר המחילה איך ס"ד לומר כן שהרי דבריו מפורשים להפך שקבע להלכה דברי הרשב"ש בשולחנו הטהור ובב"י כתב וז"ל כתב הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל מקומות שיש להם תקנה שאם תמות האשה בחיי בעלה יחזיר מקצת הכתובה ליורשיה אם אותו מקצת האשה רוצה למחול אותו לבעלה והוציא הבעל שטר מחילה מזה היא קיימת וכו' דו"ק ותשכח וגם הרדב"ז לא אמרה למילתיה דוקא במוחלת לאחר מיתה אבל במחלה מעכשיו מודה כסברת הרא"ש שכן מבואר בדבריו וז"ל אבל לאחר שנכתב התנאי בכתובה זכו היורשים משעת כתיבה ושוב אינה יכולה לבטלו ולא למוחלו לבעלה לדעת הרא"ש לאחרי מותה וכו' דוק בדבריו הא מחיים יכולה למחול וכמפורש בדברי הרא"ש הנאמרים באמת בתשו' סי' ג' הרי ששני המאורות שעליהם נסמכת לחזק קושייתך אדרבה ותהי להפך ששני המלכים לדעת אחת נתכוונו שהאשה יכולה למחול ולזה כשראו חכמי התקנה שיכולה האשה למחול ולאבד זכות קרוביה עמדו ותקנו מה שתקנו להשקיט אש המחלוקת הנמשכת אחרי מות ומ"ש כ"ת שאין הדברים אמורים אלא להנוהגים כתק' טולי' אבל אנחנו לא קבלנו עלינו תק' טולי' וכו' מאריה דאברהם איך עלה על דעתך לו' כן שמי יתן דעתי מה חילוק יש בדבר החזרת נכסי האשה ליורשים בין תק' טולי' ובין תק' חכמי קאשטי' דכל שיש לו עינים לראות ישר יחזו פנימו שכלם שוים בדבר זה ואין ביניהם שום הפרש אפי' כחודה של מחט שהרי לשון תק' טוליטולא שהעתיק הטור כך היא נוסחתה ואם לא תניח זרע של קיימא וכו' יהיה כל מה שבארנו מענייני עזבונה המצויים בעין בין הבעל ובין הראוי ליורשה וכו' ובתקנה של שנת ש"ה כתוב לאמר ואם לא תניח זש"ק ממנו וממנה אז יחלוק הבעל מחצה במחצה אחר שיטול בלאות מלבושיו של חול עם זרעה וכו' הרי ששתי התקנות שוים הם בדין החזרת היורשים ומה שלא כתבו חכמי התק' בל' קצר קבלנו עלינו תק' טולי' אפשר בשביל פרטים אחרים שיש בתק' טולי' שלא רצו לקבלם עליהם וכמ"ש מוהר"ש צרור לדרכו ויפה דייק הרב בית יהודה בדבריו שכתב שאם ראה מרן תק' הרשב"ץ לא היה מחלק בין תקנת טוליטולא לשאר תקנות ורצה כת"ר לו' היינו דוקא לתקנת הרשב"ץ וכו' באמת יש לתמוה מהיכא תיסק אדעתין לומר כן אחר שלשון כל התקנות שוים הם בענין זה ומה גם דדייק הרב בית יהודה וכתב לשאר תקנות ולא כתב לתק' הרשב"ץ אלא ודאי כל שהלשון שוה דין א' יש להם, ומ"ש כת"ר משם הרב פנ"ח שהביא משו"ת של מר"ן ז"ל וכו' דע לך שבספר התשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב תקנה ג' שתקנו שאם הניחה האשה זרע שיקח זרעה חצי נדוניתה אמרו שאם נתנה לאחרים מתנתה בטלה וכתב שם בפירוש התקנה דלבעלה יכולה למחול להפקיע זכות בעלה

יעוין שם, וגזר אומר הרב בית יהודה ז"ל בסימן ס"ז וז"ל ועל כל פנים יראה דמר"ן ב"י לא ראה כי אם בתשובות הרשב"ש ז"ל אבל בתקנות שתקן אביו הרשב"ץ ז"ל לא באו לידו דאם היה רואה אותם לא היה מחלק בין תקנת טוליטולא לשאר תקנות יע"ע דוק בכל מה שכתבנו שהכל יפה ומתוקן כראוי ותו לא מידי.

ע"ה יהודה אלבאז ס"ט

וז"ן הודאתו אשר שלח אלי אח"כ וז"ל

תנוח דעתך שהנחת את דעתינו בדברים עריבים על אדני פז מיוסדים ומרגלית טובה היתה לי בידך ובקשת לאבדה ממני ראית ותשמח אשכחת מרגניתא כ"' האיר עינינו במאור תורתו יזכה לראות באור החיים אכי"ר וחתם שמו יצ"ו.

סימן כה

להיות שראובן ן' יתאח גירש את אשתו בתו של שלמה בוסידאן ונתחייב לה בכל סכי כתובתה ואחר שסידר נכסיו ולא הספיקו לגביית כתובתה חזרה האשה לטרוף מהלקוחות שמכר בעלה ומכללם רצתה לטרוף משכונה א' שהיתה ממושכנת ביד בעלה מאת בתו של חיים ן' מזור ומסרה בעלה לזולת ואח"ך נמסרה ליד האשה סרירא וכשראתה סרירא הנז' שרוצים לטרוף המשכנתא מידה עמדה האשה הנז' ומחלה. בשטר המשכנתא הנז' לבעלת הקרקע הנז' היא בתו של חיים הנז' ונפקע שעבודו ונתבטל ואח"ך חזרה וחדשה לה שטר משכנתא אחר על שמה וכל זה כדי שלא יהיה יכולת לגרושה הנז' לטרוף מידה והנה הוזקקתי לחוות דעתי אי אהניא במעשיה או לא. **ולכן** תחילה נבאר אם היתה הגרושה יכולה לטרוף מידה קודם שנתבטל השטר או לא דלכאורה מאחר שאין הקרקע של המשכנתא של בעלה ולא היה לו עליו אלא שעבוד והרי נפקע השעבוד במסירת השטר שמסרו בעלה לזולת וא"כ אין לאשה לטרוף ממנו אבל כד דייקת לאו:

מלתא היא דדוקא במטלטלין אמרינן אע"ג ששעבד לו מטלטלין אגב קרקע אפ"ה אינו טורף אותם המלוה מיד:

הלוקח משום תקנת השוק כמ"ש מר"ן בסי' ס' ס"א יע"ש, א"כ ודאי אם נשאר השטר קיים היתה הגרושה יכולה לטורפו אבל השתא דנקרע השטר ופקע שעבודו יש להסתפק אם יש לסרירא הנז' דין מזיק שעבודו של חבירו או לא, ולזה נביא מ"ש מר"ן בסי' ק"ז ס"ד וז"ל יורש שמכר כל נכסי אביו ואין ב"ח יכול לטרוף מהלקוחות כגון שמכרה לגוים וכיוצא י"א שגובה מהדמים שביד היתומים וי"א שאינו גובה וכתב הסמ"ע דבמטלטלין

כ"ע לא פליגי דאין. הב"ח גובה מהדמים כמ"ש הטעם שם ובקרקעות העלה דיש חילוק בין יורשים לב"ח דביורשים לא מיקרי מזיק דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה משעת טרפא ואילך ומה שמכרו שלהם מכרו אבל ב"ח מאוחר שקדם ומכר הקרקע לגוים מקרי מזיק כיון שאין לו עליה אלא שעבוד בעלמא וחייב לשלם מה שגבה למוקדם ובזה ל"ק ההיא דסי' ק"ד עם ההיא דסי' ק"ז אלמא כל היכא דאיכא למימר ששלו מכר אין לו דין מזיק ואע"ג דאיכא ב"ח שנושה בו מה שגבה גבה לעצמו ואינו חייב ליתן לב"ח כלום וא"כ האשה שלקחה השט"ח מאת הזולת דין לוקח יש לה והגע עצמך לוקח שלקח קרקע מהלוה ומכרו לגוי ואח"ך בא בעל:

חוב מוקדם ומצאו שמכרו האם יכול לטרוף מהמעות שקבל דזה ודאי דומה ליורש ממש דאמרינן ששלו הוא מוכר ולא מקרי מזיק שעבודו של חבירו ה"נ בנד"ז שלה היא מוחלת ואין לה דין מזיק כלל ואדרבא אמרינן כל טצדקי שיכולה לעשות כדי להציל עצמה מההפסד הרשות בידה דהפסד, גופה עדיף וחי אחיך עמך כ' חייך קודמין ולא מקריא: מזיק ואדרבא היא עדיפא מיורש דאפי' אם יש מי שחולק:

ביורש כמש"נ מדברי הש"ך בזה יודה דהתם ביורש בא ומכר נכסים שאין לו בהם כלום שהם משועבדים למלוה וגבה דמיהם לכך אפשר לדמותו למזיק דהא קא משתרשי ליה שנטל מעות שאין לו בהם כלום לכך אפשר לדמותו. קצת למזיק אבל בנד"ז שכל מה שעשתה אינה אלא להציל את עצמה ולא קא משתרשא איכא למימר ודאי דלכ"ע לא מקריא מזיק וזה פשוט, ואף שהרב ש"ך נראה שמודה לתשו' הרא"ש שהביא הסמ"ע שכתב בסוף דבריו ונ"ל דוקא בשעבוד קאמר הרא"ש בתשו' וכו' איכא למימר דס"ל כוותיה וכן מצאנו הרב רמ"א בא"ה סי' קי"ב סי"ד פסק. כדברי הרא"ש ולא הביא דברי רב האי כלל יע"ש, הכלל העולה שמחילת סרירא הנז' קיימת ואין לה דין מזיק ואדרבא דוגמא לזה מצאנו בש"ס שאמרו יכול לומר לו אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למאריה אלמא כל היכא דאית ליה היזקא יכול להחזיר השטר למאריה קמא אלא שאם למדוה אחרים לעשות כן קורא אני עליהם ואשר לא טוב עשה בעמיו ולא דמי למשיב אבידה ולמבריח ארי וכו' דשאני הכא שהוא חב לאחרים ועוד נ"ל שאף אם ימצא שכבר עשו הורדה בב"ד לזכות הגרושה באותו שטר אינה כלום כ"ז שהשטר עדיין ביד סרירא לפי דקי"ל אין אותיות נקנין אלא בכתיבה ומסירה והורדת ב"ד שמורידין המלוה לנכסי הלוה עכ"פ צריך להיות עמה אופני הקניה עכ"פ דהיינו החזקה שיחזיק בקרקע וההורדה אינה אלא נתינת רשות להחזיק בה אפי' בע"כ של הלוה אבל אופני הקניה עכ"פ צריכים להיות בג' ובנד"ז אופני קנית השטר צריך מסירת השטר דהיינו שיכופו

ב"ד להחזיר השט' למלוה ובמקום הכתיבה יעשו ב"ד ההורדה בע"כ אבל אם השט' עדיין ביד בעליו לא תועיל ההורדה כלום ויכולה למחול כ"ז שהשטר בידה ומההיא דסי' פ"ו ס"ה אין ראיה דשמעון כבר מכר זכותו לזולת ולא שייך בו דינא דר"ן כמ"ש באורך במקום אחר זהו מ"ש לקצ"ד אם יסכימו מורי הוראה ולראיה ח"פ י"א לתמוז חפצ"ת לפ"ק.

ע"ה מרדכי אלבאז סי"ט

כבר כתבנו בזה במ"א דאין שום זכות לגרושה הנז"ל ויש שעלה על דעתו לומר דיש לחייב לסרירא שמחלה לבעלת הקרקע בשטר שהיה בידה מאת ראובן בעל הגרושה מטעם מזיק שעבודו של חבירו מלבד מ"ש הח' נר"ו מדברי הסמ"ע שחילק בין יורש דסי' ק"ז לב"ח מאוחר שגבה וכו' עוד נראה דלא מקרי מזיק שש"ח אלא ביושב לבטח והזיק שש"ח אבל בנד"ז שראה עצמו שוקע בתהום רבה ודאי שיכול להציל עצמו בכל מה שיכול ולא אמרו מזיק שעבודו אלא בשלא היה לו שום הפסיד כגון הא דמוכר שטרו וחזר ומחלו שזה מזיק גמור בלי שהיה מגיע לו שום הזיק וכן ב"ח מאוחר שמכר קרקע שהיה משועבד ביד ב"ח מוקדם שגם זה לא היה לו שום הפסיד והזיק שש"ח ולקח דמים שהיו ראויים לחבירו אבל בנד"ז שלא נתכוונה כלל להזיק רק להציל עצמה לא מקרייא מזיק כלל ואין עליה שום אשמה וכן מבואר להדיא בסי' שפ"ח ס"ב בהגה מי שרואה נזק בא עליו מותר להציל עצמו אעפ"י שע"י זה בא הזיק לאחר עכ"ל, הרי דכל המזיק שעשה להציל לעצמו לא מקרי מזיק ומותר אף לכתחילה והרי זה דומה ממש למ"ש מר"ן דסי' ס"ו סכ"ג המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול מאי תקנתיה יפיים ללוה שיעשה לו שטר על שמו וכו' ושוב לא יוכל למחול עכ"ל, משמע דאם יעשה זה אין לו שום חיוב אע"ג דשט' זה מכח השטר הא' אפ"ה אינו יכול למחול והגע עצמך בשטר זה אם היה למוכר חובות עליו שהיו יכולים לטרוף אותו ועשה תקנה זו שפייס הלוה ועשה לו שט' עצמו האם יכולים בע"ח שלו לטורפו כמו שהיו תחלה זה לא יאמר אותו אדם בעולם והוא נד"ז עצמו ואין לנד"ז ענין להההיא דמוציאין מזה ונותנים לזה מדר"ן דסי' פ"ו דהנהו בחיובין שחייב זל"ז וזל"ז כדילפינן מונתן לאשר אשם לו אבל כאן סרירא אינה חייבת לראובן אדרבא הוא חייב לה ואם תמחול לראובן מי יעכב על ידה אין ריח דמיון לזה עם דינא דר"ן ואין כאן אלא טירפא וכיון שנקרע השטר שהי"ל לטרוף בו אין כאן מה לטרוף באופן שהדין דין אמת ופשוט שאין לגרושה שום זכות, ולראיה ע"ד אמת ח"פ שנית וקיים.

רפאל בירדוגו יס"ט

עוד נתבוננתי בענין זה וצדדתי לזכות הגרושה ולא מצאתי ונרחיב הענין וקודם יש לשאול אם עמדה בת בן מזור ופרעה לסרירא משכונה שלה והלכה לה האם תוכל הגרושה לומר לסרירא תן לי מה שקבלת זה לא יעלה בלב איש לעולם ומעשים בכל יום שיש על האדם חובות ויש לו חובות ופורעים בידו האם יוכל בע"ח שלו לחזור על הפורעים לומר כי אם היו בידכם הייתי אני נוטלן זה לא יעלה בלב איש כי השטר שנפרע כאילו לא היה בעולם וה"נ השטר שנקרע של סרירא כפרעון ונפקע זכות הגרושה ואם אח"ך משכנה בת בן מזור לסרירא הו"ל כאלו משכנה לאדם דעלמא שאין לגרושה דין ודברים עמו ומה לי אם משכנה לאדם דעלמא או משכנה לסרירא והרי סרירא במש' זו השניה כאלו היא נכרית באה מארץ מרחק ואין לגרושה דין ודברים עמה ומי שחשב לסרירא דין מזיק שש"ח הוא בלוה מתכוין כי המזיק שעבודו ש"ח הוא בעושה מעשה שבו נזוק חבירו אבל בנפרע מבע"ח שלו אין לו ריח מזיק כי הוא נפרע מחבירו ומה לי אם הוזק חבירו או לא ואין מעשיו אלא להועיל לעצמו והגע עצמך אם ב' בני אדם נושים בשמעון מנה לכל א' וקדם א' ותפס המנה וממילא ניזוק חבירו מה לו בנזקו ה"נ סרירא היתה נושה מנה והגרושה מנה וקדמה סרירא ותפסה פשיטא שאין לסרירא דין מזיק כלל הגם שבגרמתה ניזוקה הגרושה גרמא דגרמא בנזקין ופטורה וע"ד אמת ח"פ.

רפאל בירדוגו יס"ט בתו של חיים ן' מזור משכנה משכונה בחצר הידועה למורישה ביד ראובן ן' חיים ן' יתאח וראובן מסרה ביד יוסף בר יעקב ן' הרוש ויוסף ביד סדירא בת משה פרץ הן עתה עמדה ביודא בת שלמה בוסידאן גרושת ראובן הנז' לדין לפני לטרוף המש' מיד סרירא בחוב כתובתה הקדומה למש' הנז' אחר שסדר נכסיו ראובן לגרושתו הנז' ונשבע לה שבועת הגאונים וזכתה בדינה שוב עמדו איזה עורכי הדיינים ולמדו לסרירא למחול לבעלת הקרקע הנז' בדמי המשכו' ולחזור ולזקוף עליה שטר מש' אחר על שמה של סרירא הנז' הם אמרו כי בזה נפקע שעבוד הגרושה מעל המשכו' הנז' וכזה אירע לגרושה הנז' עם אחרים ה"ה מרדכי וואענונו ויצחק ן' אידאייא שעל כלם עבר כוס עורכי הדיינים הנז' ועשו כמעשה סרירא הנז' באופן שבעצתם הנז' בקשו לאבד הגרושה הנז' ולהוציאה נקייה מכל סכי כתובתה:

ונראה שמלבד שזו עצת יועצי רשע וחובה על דייני ישראל להפר עצתם ולא יחרוך רמיה צידם כאשר הדבר גלוי ומפורסם ששטר זה החדש נתחדש מכח השטר הא' ולא נפקע שם שעבודו של א' כלל. עוד זאת הדבר ברור דבשטרות לא עשו תק"ה ואם הוא בשעבוד מטלטלי אג"ק הוא טורף משטרות שמכר הלוה כדין טרפת קרקע לכל דבריו וכמ"ש ברס"י ס' וכן מהשטרות שמכרו לוים של לוים עד עולם כדינו של קרקע וכמ"ש בסי'

קי"א סכ"ב והיינו משום שלא עשו בהם תק"ה דכיון ששעברם לו אג"ק דינם כקרקע ומינה דה"ה מכר לוה שט"ח לאחר ואחר לאחר עד עולם דבא א' וטריף ליה ואע"ג שכתב הסמ"ע עוד טעמא אחרינא דהא דמצי טריף ליה מלוה א' משום שלא יצא הש"ח מרשות ראובן לגמרי שעדיין נשאר בידו כח למחול השט' הלכך חשיב שפיר ממונו לגבות ממנו בעלי חוביו עכ"ל לא תידוק מינה לנ"ד שהוא שטר משכונה שכיון שאין המוכר יכול למחול וכמ"ש בסי' ס"ו ס"ל לא מצי גבי מניה דא"כ אתמהא דכיון דשטרות דינם כקרקע לכל דבריו כי לא מצי מוכר מחיל מאי הוי והרי במוכר קרקע אף דנסתלק ממנו לגמרי ולא מצי זבין ליה וכ"ש למחול אף עפ"כ אתי בע"ח דמוכר וטריף ליה ועוד תיקשי הכא הא תינח במכר שמעון שטרו שעל לוי שפיר מצי טריף ליה ראובן מלוה דשמעון דכיון דשמעון נשאר לו כח בשטר דמצי מחיל ליה ממונו הוא וגובהו ראובן אבל אם מכרו שטרותיהן ב"ח דשמעון אמאי ראובן גבי מנייהו הא אין שמעון יכול למחול דלאו דידיה הוא הא ודאי דמילתא בעלמא קאמר סניף לטעם הא' דשטרות דינם כקרקע ולא עשו בהם תק"ה שהוא עיקר הטעם אלא כיון דהאי טעמא אחרינא נמי שייך מיהת למכר לוה לבד קתני ליה אע"ג דלא שייך באחריני ודו"ק, ויש מי שרצה לומר דהא דמצי מלוה א' טריף דוקא בדאיתיה לשטר בעיניה אבל בכגון זה שנקרע לא ומדמי לה להיא דסי' ק"ז ס"ד יורש שמכר כל נכסי אביו ואין ב"ח יכול לטרוף מהלקוחות כגון שמכרם לגויים יש מי שאומר שגובה מהדמים שביד היתומים [היא דעת רב האי] ויש אומרים שאינו גובה [היה דעת הרא"ש] וכתב הסמ"ע דלא תיקשי דהכא מייתי לה בפלוגתא ולעיל ריש סי' ק"ד סתם לה כדעת רב האי דב"ח מאוחר שקדם ומכר לגויים קרקע המשועבדת למוקדם דצריך לשלם דשאני הכא יורשים בשעה שמכרו שלהם מכרו דב"ח מכאן ואילך הוא גובה ושאין לו לב"ח אלא משעת טירפא ואילך משא"כ ב"ח מאוחר ההיא דריש סי' ק"ד דלא היה לו על השדה שמכר כי אם שעבוד והרי כבר הוא משועבד ועומד למוקדם עכ"ל, ומזה למדו דה"ה ללוקח שטר ועמד ומחלו וקרעו דלא הוי מזיק שיעבוד ששלו מחל דוגמת יורש שמכר לגויים.

וע"ז אומר אני מלבד שאין קריעת השטר מזיק בזה שאינו אלא לראיה ואם נקרע השט' עדיין השעבוד קיים וכמ"ש הסמ"ע בסי' ס"ו סק"ז דדעת הקונה הוא על החוב ועל השעבוד עי"ש ואיכא למימר בנ"ד שלא נפקע שעבוד הגרושה לא במחילת סרירא וכמ"ש בסי' פ"ו ס"ה וכמ"ש לקמן ולא בקריעת השטר וכמ"ש ועיין בס' בית אברהם בסי' ק"ד ס"ו בראובן שנושא בשמעון מנה בשטר ומכרו ללוי ובא יהודה בע"ח דראובן להוציא מלוי העלה. הרב דאעפ"י שלוי כבר נפרע משמעון וקרע השטר אפ"ה יהודה מוציא

מלוי מה שגבה משמעון יע"ש עוד זאת אף אם נניח כדבריהם חבילות תשובות בדבר דדוקא יורש שהוא בעלים ממש לקרקע זה הוא דאמרינן שלו מכר ולא בזה שאין לסרירא אלא שעבוד דהוי ממש דומיא דההיא דרס"י ק"ד דהוי מזיק גמור וחייבת מדינא דגרמי ומאין לנו להוציא חילוקים מדעתינו מה שלא נזכר בדברי הפוס' ומה גם שהם חילוקים היוצאים מגדר ההקש וכמ"ש ולהדיא בסי' ס"ו סל"ב דמוכר שטר ומחלו מזיק גמור ומשלם דמי שטרא מעלייא והיא הלכה מוסכמת ולהדיא בדברי הרב המאסף דלוקח שטר המשועבד לאחרים ומכרו לגוי שא"א להוציא מידו חייב משום מזיק ונביא קצת לשונו בסמוך:

ב) **הרי** לפנינו הכרעת הש"ך ז"ל כי"א קמא שהיא דעת הרב האיי וכל ראיותיו ז"ל ע"ז כגחלי אש ושכן מוכיחים להדיא דברי הטור ז"ל רק מפני כבוד אביו הרא"ש ז"ל לא רצה להשיב על דבריו וכבר ידוע דאע"ג בנהוג עלמא לפסוק כי"א בתרא היינו כשלא הכריעו האחרונים הלכה כמאן אבל בנד"ז שהכריע הרב ז"ל בטעמו ונימוקו כי"א קמא ודאי דכוותיה נקטינן ומה גם דהא דנהוג עלמא לפסוק כי"א בתרא אינו מוסכם וכמ"ש הרב יד מלאכי בכללי הש"ע משם אמבוהא דרבוותא ומכללם הרב כנה"ג דסברי דמר"ן בהביאו דברי י"א וי"א היינו משום דלא מוכרעא ליה מילתא ומאן דעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבד ולפ"ז כ"ש הוא לנד"ז שהכריע הרב הש"ך כי"א קמא שאם ח"ו נשתכחה תורה מישראל מהדר לה מפלפוליה דפשיטא טפי מביעתא בכותתא דכוותיה נקטינן נגד הכלל הרעוט בידינו וזו א"צ לפנים ופשוט לדרדקי שאין הסמ"ע חולק בזה על הכרעת הש"ך דהסמ"ע לא בא אלא ליישב מאי דאיכא לאתמוהי על פסקי מר"ן דהכא מייתי לה בפלוגתא ולעיל בסי' ק"ד סתם לה סתומי כי"א קמא אבל בהכרעת הדין לא מיירי כלל ולכן כיון שהכריע הרב ש"ך אין לזוז מהכרעתו וזה פשוט וברור ובהכרעת הש"ך כתב הרב מהריק"ש יע"ש והא לך לשון הכנה"ג שם בסי' ק"ז אות כ"א מהגה"ט מי שקנה מטלטלין המשועבדים לאחר ומכרן לגוי או למי שאינו ידוע וא"א להוציא ממנו חייב לשלם מדינא דגרמי לפי שהזיק שעבודו ש"ח מהרימ"ט וכו' ומוקי לה במכירת שטרות ובנד"ז שקנתה סרירא שטר שעבוד הגרושה והלכה ומחלתו וקרעה השטר דפשיטא דחייבת לשלם מדינא דגרמי.

ג) **ממ"ש** הש"ך שם וכללא כייל דכל היכא שכתבו הפוס' חייב לשלם מדינא דגרמי היינו אפי' לא נטל המוכר הדמים אבל אם נטל בלא"ה חייב משום דקא משתרשי ליה וכו' ע"ש שהביא ראיות לדבר, ובנד"ז הדבר גלוי ומפורסם שמעשה קוף בעלמא היתה

מחילתה שהרי סמוך ומיד בתוך כ"ד חזרה וחדשה שטר מש' אחר על שמה ואין לך משתרשי לה כזה ועליה לשלם באין אומר.

הכלל העולה שמצד זה חייבת היא סרירא בתשלומי השטר מכל מאי דכתיבנא ויש מקום להאריך לחייב לבת ן' מזור בעלת הקרקע בפרעון לגרושה מההיא דסי' פ"ו ס"ה בראובן שנושא בשמעון ושמעון בלוי דמוציאין מזה ונותנים לזה מדר"ן ומבואר שם בס"ה שאין שמעון יכול למחול ולא להרויח לו זמן שהרי פקע השעבוד שיש לשמעון על לוי ונשתעבד לראובן ע"ש ואם אמרו אפי' במלוה ע"פ כ"ש בנד"ז שיש לגרושה שעבוד מטלטלי אג"ק דודאי שמשחל שעבודה על מש' זו שוב אין סרירא יכולה למחול ואין לפקפק ולו' דדוקא אמרו ראובן עשה בשמעון ושמעון בלוי משא"כ נד"ז שהגרושה עשה בראובן בעלה ואין ראובן עשה בסרירא הא ליתא דלאו לעכובא הוא והעיקר הוא שמשחל שעבוד ב"ח מוקדם על חוב זה שוב אין המאוחר יכול למוחלו וה"נ שמשחל שעבוד הגרושה על מש' זו שוב אין סרירא יכולה למחול וגדולה מזה יש לומר שכיון שעמדו בדין אפי' נפרעה חייבת בת ן' מזור לפרוע פעם אחרת וכמבואר שם ולמה שביאר הש"ך שם אפי' לא עמדה בדין כל שנודע ללוי מחוב ראובן חייב בפרעון פעם אחרת ע"ש.

קנצי למלין אחר שלאיזה טעמים שכתבנו יש לחייב סרירא בפרעון ולאיזה טעמים יש לחייב בת מזור וידוע שהדבר נעשה בעורמה ובמרמה ודאי הוא שכל המעשה הבל ורעות רוח וכמאן דליתיה דמי ויחזור הדין לשורשו כבראשונה מקודם למעשה הרע לגבות הגרושה דמי המשכונה וסרירא תחזור על המוכר לה זהו הנ"ל בכל זה במרוצה לאפס הפנאי וצויי"מ אמן החותם בתמוז הן אמת חפצ"ת לפ"ק, ואודיע שאחר שמשכנה בת מזור לה באחרונה לשמה של סרירא בא בעלה של בת מזור הוא מסעוד ן' מחפודא וערער לפני שמש' סרירא זו אינה כלום כי לא היתה בהסכמתו ואין האשה יכולה למכור ולמשכן בנכסי צ"ב ונומיתי לו שהדין עמו וכמבואר בסי' ץ' סי"ג וא"כ זכתה הגרושה הנז' שאז חוזר הדין לשורשו וטורפתו הגרושה וכמ"ש ולראיה ע"ה ח"פ וקיים.

פתחיה מרדכי בירדוגו סי"ט

מאחר שהדבר נעשה ברמאות גלויה ומפורסמת לעין כל שסמוך ונראה למחילת סרירא בשטר המשכונה לבעלת הקרקע חזרה מיד וחדשה שטר מש' אחר על שמה מכח השטר הא' פשוט הוא דלאו כל כמינה להפקיע יד הגרושה אחר שכבר עמדה בדין וזכתה הגרושה בדינה לטרוף המש' בחוב כתובתה הקדומה ואעפ"י שהאשה סרירא הנז' להנאת עצמה עשתה מה שעשתה אלא דממילא נמשך ההזיק לגרושה ואיכא למימר

דבכה"ג שפיר דמי למיעבד הכי ולא מקרי מזיק שעבודו ש"ח כמ"ש מורם ז"ל בסי' שפ"ח ס"ב בהגה היה רואה נזק בא עליו מותר להציל עצמו אעפ"י שעי"ז בא הנזק לאחר מ"מ בנ"ד ליכא למימר הכי דאין ה"נ אלו עשתה סרירא מה שעשתה קודם עמידה בדין שפיר מצינן למימר הכי אבל אחר שעמדה בדין ונתחייבה שוב אינה יכולה למחול ולעשות מעשה רע כזה להפקיע יד הגרושה במה שזכתה כפי הדין כמבואר להדיא בסמ"ע סי' הנז' סק"י וז"ל היה רואה נזק וכו' בנ"י סיים וכתב דאם כבר בא עליו אסור לסלקו ממנו כשגורם בזה הזיק לחבירו וה"נ בנ"ד, אחר שנתחייבה בדין וכבר מטי עלה הזיקה אינו בדין לסלקו כדי להזיק ולהפקיע יד הגרושה וכי דמא דידיה סומק טפי וקרוב לנד"ז ראיתי להרדב"ז ז"ל ח"א ש' קל"ד וז"ל שאלת ממני אודיעך דעתי בראובן שמכר בית לשמעון ומת והלך שמעון ומכר הבית לגוי וכשבאת האשה לגבות כתובתה לא היו שם נכסים והיה דינה לטרוף הבית אלו לא מכרה שמעון לגוי אם חייב שמעון לפדות הבית מהגוי ותטרוף אותו האשה בכתובתה ונמצא שמעון מפסיד או לא והרב ז"ל האריך למעניתו בתשובתו הרמתה והעלה לפטור ראובן מכמה טעמי והעיקר שבהם הוא מאחר שמכרו קודם שבאת האשה לגבות כתובתה וכללא כייל לן מר בסוף התשו' וז"ל הכלל העולה שאם באת האשה לגבות כתו' מקרקע זה ואח"ך מכרה לגוי משמתינן ליה עד דמסלק יד הגוי אבל אם מכרה קודם שבאת האשה מצי למימר אין מכרתי ודידי מכרתי והביא ראיה לזה ממאי דאיתא בפ' הגוזל בתרא ההוא שותא דהוו מנצי עלה בי תרי האי אמר דידי היא והאי אמר דידי היא קם חד מנייהו מסרה לפרגמונא דמלכא אמר אביי יכיל למימר ליה אין מסרי ודידי מסרי א"ל רבא לאו כל כמיניה אלא משמתינן ליה עד דמייתי לה וקיימי תרוויהו בדינא ש"מ דמשום דהוו מנצי עלה וכל חד קאמר דידי היא להכי פליג רבא עליה דאביי וקאמר דמשמתינן ליה עד דמייתי לה לאפוקי מקודם דהוו מנצי אי קדים ההוא דהות בידיה ומסרה כ"ע מודו דלא משמתינן ליה דיכיל למימר אין מסרי ודידי מסרי ונד"ז אתי במכ"ש דמאחר דהוו הני נשי מנצי אמשכנתא וכל חדא אמרה דידי היא ולא עוד שעמדו לדין וזכתה הגרושה בדינא דינא הוא אף שאח"ך עשתה האשה סרירא מה שעשתה לריק יגעה ולא הועילה בתקנתה כלום וחוזר הדין כאשר בתחי' ואין צורך להאריך יותר שכבר כתב הרב הפוסק נר"ו באורך וברוחב די השיב על קוץ וקוץ תשובות חזקות יסודתם בהררי קודש שבעתיים מזוקקות המה דברי דודים עריבים מדבש לפי מתוקות למי שיש לו חיך לטעום ורעיוניו באמת דבוקות ולראית האמת והצדק ח"פ באלול מש' הן אמת חפצ"ת ושו"ב וקיים.

ע"ה יהודה אלבאז ס"ט

סימן כו

מה שכתבתי על שטר צוואה שצוה כהר"ש לעגימי שלא ירשו בניו הגדולים זולת מ"ם והנשאר יטלוהו בניו הקטנים בן ובת שיש לו ושוב כשגדלה הבת השיאה א' מבניו הגדולים והעניק לה תש"ם וקע"ע בקיש"ח שבעד מה שהעניק לה סלקה וכתב שם ובפירוש ידעה הבת הנז' ידיעה גמו' וברורה שחלקה בעזבון אביה ואמה אינו מגיע אפי' לשליש ולרביע מהסך הנז' ומה גם שכל חלקה בעזבון הנז' הלואי יספיק למזונותיה וכסותה שהיתה נזונת ומתפרנסת משל אחיה כהרי"ל וקע"ע שאפי' אם יתברר שיש ביד אחיה משלה עד סך אלף אוקיות עה"ך ידעה ומחלה וכו' וס"ל כתוב הסכמת ב"ד אנחנו ב"ד החתו' גמרנו והסכמנו על מעשה הבתולה וסלקנו ידה מכל העזבון וכו' כי ידענו נאמנה שכל חלקה בעזבון מורישיה אינו מגיע אפילו לשליש ולרביע מהנדונייא שהעניק לה אחיה וכו' וחתמו כמוהר"ש טולידאנו וכמוה"ר יקותיאל ברדוגו זלה"ה וכמוה"ר רפאל ברדוגו. ונכתב ע"ז פסק מכמוה"ר פתחיה ברדוגו לקיים הצוואה הנז' ולבטל השט' סלוק והסכימו עמו כהר"ש וואעיש וכה"ר ברוך טולידאנו.

וזה מה שכתבתי אני

וצריך לאודועי ששמו השמאים הקרקע מה ששוה בזמן ההענקה ועלה לסך זו"ו. עמדתי על הצואה הנ"ל וראיתי שהיא קיימת ואין כאן מתנה על מה שכתוב בתורה דאע"ג שהתחיל בה בלשון לא יירשו בניו הגדולים דהא כמעמש"ב מ"מ כיון שסיים בה והנשאר יטלוהו בניו הקטנים זכו בניו הקטנים דהא דתנן פ' יש נוחלין ד' קכ"ו איש פ' בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום פירשוה ה"ה פ"ו מה' נחלות והרב נ"י אשר סביבות הרי"ף דמיירי שלא אמר יותר אבל היכא דסיים ואמר ושאר אחיו יירשו הכל זכו וסיים בה הה"מ ואין צ"ל אם אמר בל' מתנה כ"כ הרשב"א ע"כ. ועם היות שנראה שזה היפך סברת הרמ"ה שהביא הטור סי' רפ"א ז"ל וכן היכא דתליא לירושה דראובן בלא יירש דשמעון כגון שאמר לא יירש שמעון אלא ראובן לאו כלום הוא ע"כ הרי אע"ג דסיים בה אלא ראובן כתב עלה דלאו כלום היא כבר יישב הרב מהרימ"ט בחלק ח"מ סי' צ"ז דהרמ"ה איירי באומר לא יירש שמעון אלא ראובן שלא הנחילו אביו מעצמו כלום אלא שחלק שמעון רצה שתהא עוברת לראובן דאמר לא יירש שמעון אלא ראובן והה"מ איירי במסיים ושאר אחיו ירשו הכל ש"ד דירש מכחו קאמר והתורה נתנה רשות לאב להנחיל לאיזה מבניו שירצה דקי"ל כר' יוחנן בן ברוקא דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין ובגמ' מפרש טעמא דר"י ב"ב דאמר קרא והיה ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה יע"ש ונסתייע מדברי מרן ב"י בסי' הנז' שאחר שכתב

דברי הרמ"ה כתב עליהם דברים נכונים הם ונמוקם עמם וקצת דברים אלו כתבן הה"מ בפ"ו מה' נחלות וז"ל ובפשוט אם אמר לא ירש עם אחיו ושאר אחיו ירשו הכל זכו ואצ"ל אם אמר בלשון מתנה כמו שיתבאר כ"כ הרשב"א עכ"ל, הא ודאי דמר"ן הקדוש סובר דדברי הה"מ אינם היפך דעת הרמ"ה וכ"כ הרב מטה אהרן בח"א סי' ס"ז וסיים בה שכן דעת מורם בהגה שאחר שהזכיר מרן סברת הרמ"ה כתב הוא וכן אם אמר לא ירש שמעון וראובן יירש הכל דבריו קיימין ולא קאמר וי"א משמע שאין חולקין איברא דיש לגמגם קצת במה שסיים הה"מ כ"כ הרשב"א ואלו מהרימ"ט הביא שמ"כ בחי' הרשב"א והר"ן שכתבו ודוקא כשאמר כן ושתק אבל אם אמר איש פלוני בני לא ירש עם אחיו אלא אני נותן כל שאר הנכסים לשאר בני דבריו קיימין עכ"ל, הרי דהרשב"א לא אמרה אלא כשאמר בלו מתנה ולא בל' ירושה ונראה דמ"ש הה"מ כ"כ הרשב"א קאי אסוף דבריו דוקא שכתב ואצ"ל אם אמר בל' מתנה ועלה סיים כ"כ הרשב"א דבל' מתנה מהני מ"מ לדינא כיון שמר"ן ומורם פסקו כהנ"י והה"מ הכי נקטינן אפי' בל' ירושה ונ"ד אתי ככ"ע דלא נקט בסיום דבריו ל' ירושה אלא ל' מתנה דקאמר והנשאר יטלוהו בניו הקטנים דהוא לישנא דמתנה דקי"ל כרב ששת בתרא ד' קמ"ח ע"ב דקאמר יעול ויחזיק ויזכה ויקנה כלם ל' מתנה הם ופירש רשב"ם שזה שאמר יטול פ' מנכסי יזכה פ' וכו' בכלם ל' מתנה הם ע"ש ופסקה מר"ן סי' רנ"ג ס"ב ומה שהתקשה הר"ר וואעיש בדברי מור"ם ובדברי הה"מ משום שלא נרגש בטעות שיש טעות בדברי הה"מ וכך הם דברי הה"מ בנוסחא מדוייקת פי' כגון שלא אמר יותר אבל אם אמר בבכור אבל אני נותן כל שאר נכסי לאחיו זכו אלו וכשאמר בל' מתנה וכמו שנתבאר בסמוך ובפשוט אם אמר לא יירש עם אחיו ושאר אחיו יירשו זכו ואצ"ל אם אמר בל' מתנה כמו שכת' כ"כ הרשב"א עכ"ל מוגה על נכון. ומעתה לא תיקשי רישא אסיפא דרישא איירי בבכור בעינן ל' מתנה דוקא דכתי' לא יוכל לבכר אבל גבי פשוט אין חילוק בין ל' מתנה ללשון ירושה ודו"ק והסילוק שכתבה לאחיה הוא סילוק בטעות מדקאמר שיש לה ידיעה שחלקה בעזבון אביה ואמה אינו מגיע אפי' לשליש ולרביע מהסך הנז' שהעניק לה אחיה ומה גם שכל חלקה וכו' הלואי יספיק למזונותיה וקבע"ע וכו' ואפי' יתברר עד כדי אלף אוקיות עה"ך ידעה ומחלה מדקאמר חלקה בעזבון אביה ואמה קרי בחיל דאין לה עדיפות עליהם ומכח הצוואה לא יטלו כי אם כ"ם לכל א' זולת היא ואחיה הקטון יטלו הכל גם ב"ד לא הסכימו אלא בהנחה זו שקדמה להם ידיעה שכל חלקה בעזבון אינו מגיע לשליש ולרביע מסנדונייא שהעניק לה אחיה והשתא דנתברר עפ"י השמאים ששמו הקרקע בסך זו"ו הוי סך גדול יש לה מכח הצוואה בכפלי כפלי כפלים ממה שהעניק לה אחיה

אדעתא דהכי לא הסכימו ומה שהעיד כמוה"ר רפאל שהוא א' מב"ד שהסכימו שהיתה להם ידיעה מהצואה ואעפ"י כן הסכימו ואין כאן עדות שכבר הגיד בשעת הסילוק שידועתם היתה שאין מגיע חלקה אפי' לשליש וכו' שוב אינו חוזר ומגיד שידעו מסך גדול והסכימו להפסידה ואפילו יתברר כדבריו מפי עדים אחרים אין זה כלום דאין כח ביד ב"ד להפסיד היתומים בידים רק בדברים שנראה שטוב להם וכמ"ש מורם בסוף סימן ק"י יע"ש ועדות הר"י אינה כלום כיון שחזר והגיד שוב אין עדותו שבכתב כלום.
העולה ממאי דכתיבנא דיורשי הרי"ל בעמוד והחזר קיימי ומכל מה שזכתה מאביה ואמה הדרא ארעא והדרי פירי מיומא קמא, ותמיה אני אם יש חולק ומתעקש בדבר ברור כזה ודברי כהה"ר פתחיה אמת ודינו דין אמת ולראיה חתמתי ך' בתמוז ש' אשר עשה שם בראשונ"ה לפ"ק וקיים.
שאול ישועה בכמוה"ר יצחק זלה"ה אביטבול סל"ט

סימן כז

ה"ן עתה באתי מן המודיעי"ם להודיע שהובא לידי שטר צוואה שצוה כהר"מ לעג'ימי שלא יירשו בניו הגדולים זולת מ"ם והנשאר יטלוהו בניו הקטנים בן ובת שיש לו וראיתי מה שכתבו עליו הח' הש' דו"מ יש"ץ ואחריהם נמשכתי וכתבתי לקיים שטר הצוואה דאגב דהתחיל בה בלשון לא יירשו בניו הגדולים דהוי כמתנה עמ"ש בתורה מ"מ כיון דסיים בה והנשאר יטלוהו בניו הקטנים זכו בניו הקטנים ולא הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה דהא דתנן פ' יש נוחלין ד' קכ"ו איש פ' בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום פירשה הה"מ בפ"ו מה' נחלות והרב נ"י אשר סביבות הרי"ף דמיירי שלא אמר יותר אבל היכא דסיים ואמר ושאר אחיו יירשו הכל זכו. וסיים בה הה"מ ואין צ"ל אם אמר בלשון מתנה וכן פסק מור"ם סי' רפ"א ס"ג בהגה ועם היות שנראה לכאורה שאין זו דעת מר"ן שפסק כהרמ"ה שהביא הטור שם וז"ל וכן דתלייה לירושה דראובן בלא יירש דשמעון כגון שאמר לא יירש שמעון אלא ראובן לאו כלום הוא ע"ש כבר יישב מהרימ"ט בחלק ח"מ סי' צ"ו דהרמ"ה איירי באומר לא יירש שמעון אלא ראובן שלא הנחילו אביו מעצמו כלום אלא שחלק שמעון בירושה רצה שתהא עוברת לראובן והה"מ איירי במסיים ושאר אחיו יירשו הכל דיירשו מכחו קאמר והתורה נתנה רשות לאב להנחיל לאיזה מבניו שירצה דכתיב והיה ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות וכו' וכתב שכך דעת מר"ן בב"י שהביא דברי הרמ"ה וכתב עליהם דברים נכונים הם וסיים וקצת דברים אלו כתבן הה"מ בפ"ו מה' נחלות הרי סובר דדברי הה"מ אינם היפך דברי הרמ"ה וכ"כ מטה

אהרן ח"א סי' ס"ז להשוות הסברות וכתב שכן דעת מור"ם בהגה שאחר שהזכיר מר"ן סברת הרמ"ה כתב הוא וכן אם אמר וכו' ולא קאמר וי"א משמע דלא פליגי הרי דאפי' בל' ירושה נקטינן כדעת הה"מ וכ"ש בנ"ד דלא נקט ל' ירושה אלא לשון מתנה דקאמר והנשאר יטלוהו בניו הקטנים דל' יטול לישנא דמתנה הוא דקיי"ל כרב ששת בתרא ד' קמ"ז ע"ב דקאמר יטול ויזכה וכו' כלם י ל' מתנה הם ופסקה מר"ן סי' רנ"ג ס"ב וראיתי להרש"י שנתקשה בדברי הה"מ הנז' דקשיא ליה רישא אסיפא משום דלא נרגש בטעות שיש בדברי הה"מ בכל הנוסחאות שבידינו וצריך להגיה בדברי הה"מ כך פי' כגון שלא אמר יותר אבל אם אמר בבכור אבל אני נותן כל שאר נכסי לאחיו זכו אלו וכשאמר בל' מתנה ובפשוט אם אמר לא יירש עם אחיו ושאר אחיו יירשו זכו ואצ"ל אם אמר בל' מתנה כמו שכתב כ"כ הרשב"א עכ"ל מוגה על נכון למעיין בדבריו ולא תיקשי רישא אסיפא דרישא דאיירי בבכור בעינן ל' מתנה דוקא דכתי' לא יוכל לבכר אבל גבי פשוט אין חלוק בין ל' מתנה ללשון ירושה ודו"ק, ובענין הסילוק אמינא מדקא' שיש לה ידיעה שחלקה בעזבון אביה ואמה אינו מגיע אפי' לשליש ולרביע מהסך שהעניק לה אחיה וכו' משמע דאין לה שום עדיפות עליהם אלא חלקה המגיעה באמה ועישור נכסי העולה לה מאביה ומכח הצוואה אין לאחיה שום זכות בירושת אביהם זולת דבר קצוב כ"ם לכל א' זולת היא ואחיה יטלו הכל גם מדברי ב"ד שהסכימו לא הסכימו אלא בהנחה זו שקדמה להם ידיעה שכל חלקה בעזבון אינו מגיע לשליש ולרביע מהנדונייא וא"כ השתא דחזינא שומת השמאים ששמו בזמן ההענקה שבע מאות מתקאלים הוי סך גדול הזה בכפלי כפלי כפליים ממה שהעניק לה אחיה אדעתא דהכי לא הסכימו ואף אם נאמר שידעו מזה אעפ"י כן הסכימו אין כאן הסכמה דאין כח ביד ב"ד להפסיד היתומים בידים רק בדבר שנראה שטוב להם וכמ"ש מור"ם בסוף סי' ק"י ע"ש והשתא דחזינא הדברים הנאמרים באמת מפי קדוש כמוה"ר רפאל נר"ו דשדי נרגא בשומת השמאים הנז' אם מחמת שהיו הבתים חורי עפר וכיפים ואחיה כהרי"ל הוא שבנאם ושכללם ושהיו ממושכנים ביד הזולת יותר מכדי דמיהם והיו ברשות הגוים והוא פדאם ובאותה שנה היה הקרקע בזול מאד אמינא ודאי דלא הסכימו עד שחקרו בדבר וראו שההענקה יותר מחלקה דאפי' עם הצוואה אין כאן אלא דבר מועט ומה גם דחזינא הכא שכבר עמד בעלה הנז' עם אחיה לדין לפני הרב מוהר"ר יקותיאל ז"ל שנת תקנ"ז וזכה אחיה בדין והוא מב"ד שהסכימו וכתב שידעו נאמנה וכו' ומי יודע דלפי אותו העת הלואי שיעלה לו הסך הנז' אף אחר הצוואה ואחר שכבר נידונו לפני מורה אין להרהר אחריו כי כל דבריו אמת וצדק דודאי לא נעלם דבר מבית דין שהסכימו וכ"ש דהעידו עדים שהיתה

בוגרת באותו הזמן ומכרה לאחיה בעד מה שהעניק לה ובעד מזונותיה אין אומרים בטעות סלקה עצמה אם לא בראיה ברורה והרי מחלה עד כדי אלף אוקיות שיש ביד אחיה מנכסיה אפי' ימצא טעות כדי כל הסך באופן שהדין דין אמת שזכה אחיה הנז' ומה גם לגבי יורשים דב"ד אביהם של יתומים ולראיה חתמתי פה צפרו יע"א בטבת תקס"ה לפ"ק וקיים.
שאול ישועה סי"ט

סימן כח

עמדו לפני לדין הר' אהרן בן הר' משה נ"ע ה"ן אזולאי וחמיו ה"ר יצחק בן הר' יהודה נ"ע ה"ן אלג'ייני על עסקי מרד שמרדה חנה בת יצחק הנז' בבעלה הר' אהרן הנז' ולא רצתה ליכנס עמו לבית כלל וכשיחזרוה ביום מכי ינטו צללי ערב ברוח תברח, ולהיות שבזמן כניסתן לחופה התנה אביה על הבעל הנז' שיגלגל עמה בענין התשמיש עד שתגיע לי"ב שנה ויום א' שאפילו תמאן בבעלה תוך זמן זה לא ידון בה דין מורדת, ובדקנו בשנים ונתברר עפ"י עדים שעברה פרקה הנז' וטען אביה שמא נעשה לה איזה כישוף וביקש זמן להשתדל ברפואתה, ועשיתי להם זמן ב"ד שלשים יום שאם תעמוד במרדה אחר זמן זה אז נדון בה דין מורדת, ואחר עבור שלשים יום ואני הייתי בפאס יע"א ובא אצלי בעלה תובע מה ששורת הדין נותנת ונומיתי לו להמתין עוד עד שנחזור למקומנו אולי יחנן ה' ותחזור ממרדה, ובחזרתו לא נמצא אביה כאן והמתין עד שבא אביה ממקום שעושה שם עסקיו ועשה אביה כל טצדקי להחזירה ולא עלתה בידו ובקש מבעלה להוסיף לו זמן ל' יום אחרים ונתקשרו שניהם בקוש"ת שאם עבר זמן זה ולא נתרצית להתיישב עם בעלה שלא נשאר זה על כלום שכל א' יעמוד בשלו הבעל יטול נכסיו שעשה לה משלו והיא תטול חפצי נדונייתה ואיש על מקומו יבא בשלם, והגיע הזמן ברביעי בשבת שלשה ועשרים בשבט של שנתינו זאת התקס"ה ליצירה ולא נמצא אביה כאן והלכתי אני החותם והר' משה אלבאז בעל דודתה והחזרנוה ביום ד' הנז' לבית כהה"ר אליהו משה הכהן מחמת שאמרה שאין רצונה לחזור עם אמו ובחרה בהעליה הסמוכה לעליית כהר"א הנז' ויהי בעלות המנחה ברחה לה בראותה שהכינו סעודה ומטה ושלחן בהעליה שבחרה והלכה דודתה אשת משה הנז' ובעלה והחזירוה בעל כרחה ותכף ברחה והיא צועקת שלא תחזור ולמחרת ביום ה' נלאו להחזירה ולא יכולו וביום ששי בא אביה ולא עלה בידו להחזירה ובא' בשבת בא בעלה הנז' ותובע שורת הדין ושלחתי לאביה והיה מתנצל בדברים של הבל שאין בם מועיל ונומיתי לו שזה

די והותר מעינוי דינו של אהרן הנז' אם תחזור מיטב ואם לא תחזור דין מורדת יש לה שאפילו אם לא עבר התנאי שהתנה עליו אביה אינו בדין שלא תכנס לדור עמו בכפיפה אחת לגלגל עמה באיזה תחבולה לבא אליה כדרך כל הארץ ואם לא מצאה ידו לא ידון עמה על שממאנת בו ומונעתו מתשמיש אבל כשאינה רוצה לדור בבית בעלה דין מורדת יש לה, והשתא מכל צד יש לה דין מורדת שכבר עבר הזמן שהתנה עליו אביה ושאינה רוצה לשוב לבית בעלה אין לך מורדת גדולה מזו ואם הבעל רוצה ילך וישא אשה אחרת ולא יתן לה גט ותשב עד שתלבין ראשה ומה שהוא רוצה ליתן לה גט אינו אלא מחמת שגבר חסדו עליה, ואחר שפסקתי ביניהם כאמור נכנסו רודפי שלום כה"ר משה אלבאז הנז' וכה"ר שלמה בן מאמאן ובקשו מבעלה להמתין עוד ע"ו ימים אחרים ואמרו עד שנקרא לנערה ונראה להיכן דעתה נוטה ואז נעשה קשר והלכו ודברו על לב הנערה וחקרו עד מקום שידם מגעת וראו שבחנם יעשו זמן שנמנע האפשרות שתחזור מקושי רוחה ואימוץ לבבה ואז בא אביה ונטל חפצי נדונייתה והבעל נטל את שלו ונכתב הגט באותו היום ונתן בידה ולא נשאר לזה על זה כלום שום תביעה של כלום ובפרט בענין כתובתה שמן הדין הפסידה כתובתה וחספא בעלמא היא וכל הנוגע בה קורעה לי"ב קרעים ולא ידון הדין הימנה כלום ובטלה ומבוטלת היא כחרס הנשבר שאין בה ממש ולראיה ביד הבעל הנז' חתמתי באחד בשבת הנ"ל וקיים.
שאול ישועה ס"ט

סימן כט

פעמים רבות עלתה לפני אנקת הבתולה עיישא בת יעקב ן' עטייא שהיה דר בכפר תאנבראמת די בני ווארייין הכצעקתה הבאה אלי ע"י יהודה הכהן אודות הקול שיצא עליה בכפר אוטאט די וולאד לחאז שקבל אביה קדושיה מאברהם בן אהרן מרעילי דמכפר אוטאט הנז' והגיד לו גופא דעובדא היכי הוה כפי מה שהגידה לו הבתולה הנז' ואמה והוא שבכפר בני ווארייין לא היו דרים שם יהודים כי אם אביה הנז' ודוד בן אדהאן דמת' קרילא ומכלוף בנו איש וביתו ובא לשם אברהם הנז' ונתאכסן אצלה ויהי הם אוכלים ושותין יין ועמד אברהם הנז' ונתן לאבי הנערה הנז' מעה אחת לקדושיה בפני האב ובנו הנז' והבתולה נתעגנה בעבור קול זה ובאלול שעבר של שנת תקס"ב עברו עלינו יחידי קהל אוטאט הנז' שבאו לקבול לפני המלך להסיע דירתם מהכפר ההוא וחקרתי ודרשתי מהם לומר מהיכן יצא קול זה אצלם והשיבו שאברהם המקדש שדר אצלם היא עצמו הוציא את הקול שקדש הבתולה הנז' לפני האב ובנו הנז' והואילו

לבאר שהאב ובנו הנז' אין בהם שום לחלוחית יהדות כלל ובעיניהם הוי אותן הקדושין כאלו נעשו. בפני גוים ושיודעים נאמנה שאין שום יהודי דר בהכפר הנז' זולת אביה והאב ובנו הנז', והיום נזדמן פה אברהם המקדש הנז' והעמידו לדין לפני אני החותם א' מסרפה הר' יהודה הנז' והוכחתיו על מעשה זר כזה לזלזל בדבר ערוה החמורה וסדר לפנינו גופא דעובדא היכי הוה שהיה יושב במסיבה אחת בכפר בני וואריין הוא ואבי הבתולה הנז' והאב ובנו הנז' ולא יותר ומתוך שכרות נטל מעה אחת ונתנה לאביה וקודם נתינה אמר לאביה בזה"ל הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל וחקרתי אם הוא יודע פי' המלות מה שמוציא מפיו ואמר שאינו יודיע כלום רק מצות אנשים מלומדה שכך הוא שומע המלות הללו וכך הם סגורים בפיו, ואחזה אנכי אשית לבי בטיב אותן הקדושין אם יש לחוש לאותו הקול להצריכה גט או לא ואחר המשא ומתן בדין זה העליתי שקדושין הללו הבל המה מעשה תעתועים ואותו הקול בטיל מעיקרו ואינו כלום חדא דקי"ל בא"ה סימן ס"א שכל קול שלא הוחזק בב"ד אין חוששין לו ובשני הכפרים הנז' אין שם ב"ד כלל שיחזיקו קול ועוד דבכפר בני וואראיין שבו היו הקדושין אין שם שום יהודי להוציא הקול והקול שיצא בכפר אוטאט לא מקרי קול דקי"ל כל שאמרו נתקדשה בעיר אחרת לא מקרי קול כמ"ש מור"ם שם בהגה וגמרא ערוכה היא ברייתא בסוף גטין בעיר אחרת אין חוששין לה ופירש"י בעיר אחרת יצא כאן קול פלונית נתקדשה היום במקום פ' יע"ש ועוד דהוי קול זה קול ושוברו עמו שהרי בני כפר אוטאט שיצא הקול ביניהם אומרים שכך יצא מתחילה פ' קדש פ' לפני האב ובנו הנז' וקי"ל בא"ה סי' מ"ב סעיף ב' המקדש שלא בעדים ואפי' בעד א' אינם קדושים ואפי' שניהם מודים יע"ש ואין אנו חוששין לסברת סמ"ג והוא היש מחמירים שהביא מור"ם שם ממה שכתב הב"י משם הרשב"ץ שהביא משם הרשב"א שכתב לאחד מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על סמ"ג בזה להחמיר מי סנו הג' והרי"ף והרמב"ם וכל הגאונים וכל חכמי האחרונים שאתה מראה עצמך כאיש אמת ומחמיר מכל אלו עכ"ל יע"ש ומה גם שכתב מרן הקדוש בתשובותיו סי' ב' דלא החמיר הסמ"ג אלא בעד א' לבד אבל בשנים ונמצא א' מהם פסול אין כאן עדות יע"ש וכ"ש בנ"ד שנזדמנו האב ובנו לעדות שעדותן בטילה ואין כאן אפי' עדות עד א' כדאיתא בחו"מ סי' ל"ו ס"א יע"ש, והשתא דאתינא להכי לא מבעיא לסברת הרמ"א וסיעתו שהביא מור"ם בסברא קמייתא בסי' מ"ו ס"ד בהגה דסברי מבטלין קלא, אלא אפי' לסברת האומרים דלא מבטלין קלא והוא הי"א שהביא שם מור"ם בנ"ד כ"ע יודו אם מטעם שקול זה שלא הוחזק בב"ד כאלו אינו אם מטעם שיצא הקול במקום שלא היו הקדושין שם דלא מקרי קול כלל וכ"ש

לסברא בתרייתא דהוי קול ושוברו עמו דבטל הוא מעיקרו כדאמרן והשתא אין אנו צריכים לעדות העדים שהעידו שאין בהאב ובנו לחלוחית יהדות דאף אם היו מתנהגים עפ"י התורה ויהודים גמורים התורה פסלתן מחמת קורבה ומה גם למה שאמר המקדש לפנינו שהושיט המעה לאביה ואמ"ל הרי את מקודשת לי בטבעת זו וכו' דנהי דמה שהושיט המעה ואמר בטבעת זו אינו מעכב דכיון שהמקדש והמקבל ראו שהיא מעה בעיניהם אין מזיק שנוי לשון דקרי לה טבעת כיון שאינם מכירים בלה"ק או אעפ"י שנאמר שאביה היה מכיר בלה"ק מ"מ הנותן קדושין סבר דטבעת היינו מעה ואף אם היה יודע אמרינן טעה במה שאמר והעיקר מה שראו בעיניהם כההיא דסי' ל"ח סכ"ד באמר התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש שהיה מכוסה ולא הכירה בו משמע הא אם הכירה בו שהוא של דבש מקודשת אף שאמר של יין וכן משמע סי' כ"ט ס"ז בנמצא דינר של נחשת ולא הכירה בו יע"ש אכן במה שאמר לאביה הרי את מקודשת לי ולא אמר הרי בתך מקודשת לי אינו כלום דבעינן ידים מוכיחות כדאיתא בסי' כ"ז ס"ו היכא דגייז מלת לי וכ"ש הכא שהפך הקערה על פיה דמשמע מלשונו דלאביה מקדש ופשוט הוא העולה ממאי דכתיבנא דקדושין הללו שביתין ושביקין לא שרירין ולא קימין ורשאה. ושלטאה הבתולה לינשא לאשר תחפוץ ולראיה חתמנו באלול משנת א"ז תנק"ה לפ"ק וקיים.

שאול ישועה ס"ט יעקב עולייל ס"ט

סימן ל

הן היום עמדתי על ריב שבין הזקן רבי יצחק בן יוסף הכהן ובין הר' דוד בן יעקב הכהן בענין המכר שמכר הר' דוד הנז' המחצית בחצירו להר' יצחק הנז' בעד החוב שנושא בו מסך או"ו תש"ם וראיתי שחכמי דובדו חולקים במציאות התנאי שהתנו ביניהם שמדברי הח' הש' הדו"מ כה"ר יוסף הכהן נראה שכך היה התנאי שהמוכר התנה על הלוקח שאם ימצא מי שיוסיף במכר הנז' שיתבטל המכר וימכור למי שהוסיף תוך ח' ימים ובמשך הזמן מצא מי שהוסיף לו שם ומכר לו והביא מעותיו לפרוע חובו של יצחק הנז' ואמ"ל כהה"ר יוסף הנז' לעקל הדמים ביד השליש שלא יהיו מעותיו מונחים על קרן הצבי מחמת שכבר ממושכן ביד דוד בנו של יצחק הנז' ומוחזק במשכונה ולא יפנה דירתו ממנו כי אם בקבלת דמי המשכונה והגם דחוב הר' יצחק קדום יכול לדחותו בעל המשכונה בטענת הנחתי לך מקום יותר מכדי מעותיך בבני חרי יען שמחצית האחר של החצר הנז' ממושכן ביד גוי אחד במשכונה הנקרא בדיניהם ביע ואיקאלא בסך תש"ם

ושוה היום בו"ו תק"ם צא מהם תש"ם ישאר סך או"ו תת"ם יותר מחוב יצחק הנז' והשתא לפי הנחה זו משעה שמצא מי שיוסיף לו נתבטל המכר הא' והשני קיים ועכוב המעות אינו לא מצד המוכר ולא מצד הקונה אלא מצד שהדין כך לתתם לבעלי המשכונה שהוא הזוכה בהם בדין ולא נשאר ליצחק אלא תביעת חובו והרי יש לו ממה ליפרע מבני חרי מהמותר על משכונת הגוי אכן לפי דברי שאר החכמים שכך היה מציאות התנאי שהמכר היה בהחלט ביד יצחק הנז' אלא שהגדיל חסדו עם המוכר ועשה לו הטבה שאם יביא לו מעותיו לזמן פ' שיבטל לו המקח ואם לא יביא בזמן הנז' אין כאן הטבה שעליו היה מוטל לטרוח להביא המעות מאיזה אופן שיהיה או למכור מטלטליו או ללוות מאחרים או למכור המקח עצמו ויביא מעותיו וכיון שהלוקח עקלם לתועלתו מה לו ללוקח א' בתועלת לוקח ב' כיון שתנאי הוא שיביא לו מעו' מזומנים המוכר ואלו המעות נתעקלו מצד המוכר עצמו והרי לא הביא כלום וטענת אונס שיטעון שהבאתי המעות ונאנסתי שלא רצה הקונה הב' לתתם בידי מחמת בעלי המשכונה חדא דמזלו גרם שנאנס כדי שיתקיים המכר ביד לוקח א' דא"כ דיש טענת אונס בכל הטבה לזמן יטעון נאנסתי במה שלא הבאתי בתוך הזמן ועוד דאונס זה בא מחמתו שמכר ללוקח ב' מה שהוא ממושכן ביד אחרים באופן שהדין משתנה עפ"י מציאות התנאי אי כמר או כמר אלא דממה שהמציא לפנינו המדבר בעד יצחק הנז' שטר מכר א' וראינו שעדיו הם כהה"ר חיים הכהן וכהה"ר אברהם בן שושן והם שכתבו מציאות התנאי שהיה לפניהם שהלוקח הוא שהגדיל חסדו עם המוכר ועשה לו הטבה לזמן שאם יביא לו מעות בתוך הזמן יחזיר לו המקח ולפי דבריהם הדין עם לוקח א' כאמור ולהם שומעין שכך היה התנאי לפניהם ולא למי שלא ראה את החדש ולא נזדמן לעדות החי' פה צפרו באדר שנת ובמישו"ר לפ"ק וקיים.
שאול יש ישועה

סימן לא

באחד בשבת י"ב בכסליו התקס"ח עמדו לפני לדין הכבודה אסתר אלמנת המנוח הרב יוסף אצאיג וחתנה יהודה לוי וטענה עליו שהכה אותה מכות חדרי בטן והראתה לפנינו מכותיה שבגלוי ולנשים הראתה מכותיה שבסתר ומעשה שהיה כך היה שבערב שבת אמרה לחתנה הנז' מאחר שאתה לן עם החתן בלילות שעברו ואפשר שיכרחו אותך ללון ליל א' ולכן אם תלין עמו ליל א' לא תלין עמנו בליל שבת כי מנהגנו שלא להוציא ליל א' ואמר לה לא אלין עמהם ליל א' ולן בביתו ליל שבת ובליל א' חזר בו ואמר ללון בבית

החתן ואמרה לו זה הדבר קשה לנו ואמ"ל עשיתי עם השושבינים אם לא אלין עמהם אתן קנס י"ם ואמרה לו לא תעשה לי סיבה ואני אתן מכיסי אותו הקנס ולא נתרצה והתחילו בדברי ריבות ותפס ראש חמותו הנז' והניחה בין ברכיו והיה מכה בכל כחו והגידה בפניהם אשת הח' השלם כהה"ר ישראל עולייל שכינתה שכאשר שמעה דברי ריבות פתחה עלייתה לדעת מה זה ועל מה זה וראתה כשתפס ראש חמותו בין ברכיו והכה אותה מכות חדרי בטן. והשיב הוא שהיא גם היא הכתה אותו והגידה האשה הנז' שאחר שהכה אותה הגביהה ידה והכתה אותו גם טען שאשתו קללתו והגידה האשה שכאשר היה מכה את אמה עמדה אשתו ואמרה תרד'ח בברנוצי'ו, ושוב אמרו שהיה שם יצחק אפרייאט ומשה בן יהודה ן' שקרון ובאו לפני ולא רצו להעיד ונומיתי להם אם לא יגיד וכו' והשיבו שהיו שכורין ולא הבחינו המה מן המוכה, וגזרתי עליהם שלא ידורו הוא וחמותו בבית א' ואמרה לו חמותו טול חלקי בסך ז"ם-ד"ת שכירות או אטול חלקך בזה הסך והלך לימלך ונכנסו המסכסכים לסכסך ולראיה ח"פ קודם תפי' וקים.
שאול ישועה ס"ט

סימן לב

עמד לפנינו מרדכי ן' מסעוד ן' עטייא צווח ככרוכיא על העלבון שעשה לו חמיו, שהניח אשתו מיושבת בביתה וחמיו שלח את בנו מאהלי קדר והוליכה לשם עם אביה וחקרנו שמא לא הניח לה די סיפוקה והגידו השכנים שלא חיסר לה כלום ואדרבא מספיק לה יותר מדי ספוקה ואופה ומבשלת כשיעור שעושים בעלי טפול כמו שכתוב ביד הבעל, ועל זה שלחתי אני החותם ראשון התראה בב"ד כתובה וחתומה לאביה הנז' להחזיר האשה לבעלה ולא השגיח ולא אבה שמוע, ואחר שעמדנו על כל הנז' ראינו שאין לה עליו תביעת מזונות כלל ואם אכלה משל אביה הניח מעותיו על קרן הצבי שלא יתחייב הבעל הנז' לתת לה כלום ואנו ממתינים לה שמה תחזור ברוחה ותבא אצל בעלה ואם עמדה במרדה אז נדון אותה בדין מורדת ולתת לו רשות לישא אשה אחרת עליה ולהפסידה כתובתה ולראי' ח"פ בשני בשבת ששה ימים לחדש אדר הראשון שנת ואנכי נטעתי"ך שורק ואיך נהפכת לי סורי הגפן נכריה לפ"ק וקים.
שאול ישועה אביטבול ס"ט שלמה אביטבול ס"ט אברהם אציני ס"ט

סימן לג

עמדו לדין הנגיד ומעולה הר' יוסף ן' מכלוף ה"ן חמו תובע לראובן בן יעקב אודות מה שנשאר אצלו מפנקסי ההערכה מההטלות שהטיל עלינו המלך יר"ה כמו שנתנו כל בני העיר עפ"י הערכת הפנקסים ההם, והוא השיב שכל פנקסי ההערכות נעשו שלא כדין באומרו שלא הסכים על המעריכים שהעריכו הפנקסים הנז' והר' יוסף הנז' השיבו אם על הפנקס הראשון שנעשה בבית שהיו יחידי הקהל תפוסים אצל השר והוא לא היה עמהם שם שברח לבתי האלצרפ'א עז"א ואם לא הסכים הוא הסכימו כל היחידים שהיו שם וחכם העיר שהיה עמהם שם וכ"ש שאיני צריך להסכמת שום א' מהם שכבר נתנו לי רשות ויכולת מספיק כשהיינו בפאס לעשות כפי ראות עיני הן לגבות הן לקצוב הן למחול הן לפשר הכל עשוי ורצוי ומקובל עליהם ועל כללות הצבור וכו' ואשר ימרה את פי אתפסנו בכח השררה כרצוני והכ"ן בקוש"ח ככתוב בידי והמציא הכתב כו"ח כראוי ואם על הפנקס הב' עם שנעשו ב' פנקסים של ההערכה מי הם המעריכים ובחרתי בפנקס הכתוב בכתב ידך שבו בחרת המעריכים ואיך שכחת תלמודך לומר שלא הסכמתי גם המציא הר' יוסף הנז' שטר ק"ע כוח"ך איך גזר אומר השר שלא יתנו בהטלת האלפים מתקאלים כי אם אותם שהיו תפוסים ושנכתבו בפנקס וראובן הנז' השיב שהוא לא היה תפוס מפני שברח והשיבו הר' יוסף שבפירוש הזכיר השר ועוד שנכתב בפנקס ואם הוא ברח תפס את אשתו במקומו עד שבא הוא עצמו והעמיד ערב להאלשריף שהיה בביתו לפרוע הקצבה שקצבו עליו, ואחר ההתבוננות היטב בדברי ב' הכתות ראיתי שחייב ראובן הנז' לפרוע הנשאר בידו מהקצבה שקצבו עליו בשני פנקסים הנז' [אף אם היתה הקצבה עשויה שלא כדין מחמת שיצא דבר המלך נחוץ ואין הפנאי מסכים להעמיד משפטי הדת על תלם] כמו שכבר פרעו כל בני העיר לדבריו של ראובן שאמר שלא כדין אף שדבריו מהבל ימעט דכדין וכשורה נעשה שכפי הדין נעשה. ע"פ המעריכים וע"פ הנגיד כמש"ל מ"מ דומה לאומרם ז"ל לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה דיניהם דייקא כמו בנ"ד שכל בני העיר פרעו עפ"י הפנקסים ההם בין נעשו עפ"י הדין או לא והאנשים האלה אשר כביר מצאה ידם רצו להעמיד דיניהם על ד"ת שאותם הפנקסים נעשו עפ"י הדין והצדק וכיון שנתנו יכולת מספיק ביד הנגיד הנז' בקוש"ח לקצוב ולמחול ולפשר לרצונו אחרי דבריו לא ישנו ובענין הפנקס הראשון אם לא היה תפוס עמהם הרי היתה אשתו תפוסה במקומו ואין לך תפיסה גדולה מזו וכ"ש שהיה כתוב בפנקס ההערכה אכן שאר בני העיר שלא נתפסו ושלא נכתבו בפנקס ההערכה וכ"ש אותם שהיו אצל השר ולא הניחם

השר לתופסם ופיטרם יען שבפירוש אמר השר שעיקר גזירת האלפים מתקאלים לא היתה כי אם על העשירים יען שהמדבר למלך כך היו דבריו למלך שהחמשת אלפים מתקאלים שהטיל המלך ראשונה לא נתנו בהם העשירים כפי עשרם ולכך הטיל עליהם האלפים מתקאלים ומה שטען ראובן שאביו לא יתן כלים מפני זקנותו אינו מן הדין שכל אחד נותן כפי עושרו לא כפי בריאות גופו ולא פיטרו הראשונים את הזקן אלא ממשא עבודת המלך והטורח שטורחים מעיר לעיר להוליך תשורה ומנחה למלך ואסמיכוה אקרא ומבן חמשים שנה ישוב מצבא העבודה אבל לענין הממון ושרת את אחיו כתיב כמו שכך קבלתי ממשי"ח תנא דבי אליהו וכן היה מנהגינו בעיר הזאת מימי קדם שלא פוטרים כי אם זקן ועני שאין לו ממה ליתן ומה שהיו פוטרים אותו מקודם לאביו הנז' מהמם הקצוב לא היה ע"פ הדין אלא כשקצבו הקהל על שמעון בנו ליתן מס כשאר העם ולא רצה ליתן מה שקצבו עליו ועמדו אחיו לפוטרו בכח הזרוע ונומיתי להם שאם יפטרוהו עכשו יתן לאח"ז וכאשר ראו כן בקשו מיחידי הקהל לפטור אביהם כדי שיהיה מסייע לשמעון ופיטרוהו לפנים עם שהיה שלא לרצונם כמו שהיו מתרעמים לפני פעם אחר פעם ובמם הגדול הזה דלא אסיקו אדעתייהו פשוט דלא ניתן לימחל ומה שגם שבמם הגדול הזה נתנו בו ת"ח ועניים מרודים ויתומים ואלמנות ובחורים וזקנים יחדו ותלמידי דבי רב עפ"י גזירת ראובן הנז' וסיעתו ההולכים אחרי רוע עצתו ומי זה אמר ותהי שאביו יפטר מניתנת המס הגדול הזה ולראיה ח"פ באלול המרוצה שנת נרפא הנת"ק ליצירה וקיים.
שאול ישועה ס"ט

סימן לד

מנהג קצר אשוק וסביבותיה בענין פירעון הכתובה כפי מה ששלחו חכמי עירם מהתם להכא להשיב שואלם דבר להחכם השלם כמוהר"ר יוסף בן עטייא זלה"ה וזה תשובתם נדרשנו להשיב על מנהג ק"ק קצר אשוק יע"א והוא מנהג קבוע על פי הראשונים ז"ל שהאשה שהכניסה לבעלה ע"ד משל שנים עשר מתקאלים מוסיף לה הבעל ששה מתקאלים מכח המנהג וכשבאין לידי פרעון ובאין להגבותה כתובתה ונמצאו הבגדים שהכניסה קימים או אפי' נתבלו קצת ועדין עושין מעין מלאכתם נוטלת אותם בשומת י"ב מתקאלים כמו שהכניסתן והששה מתקאלים של התוספת מנכין מהם הרביע דהיינו מתקאל וחצי ונשארו ארבעה מתקאלים וחצי ועוד מנכין מהם שליש נשארו שלשים אוקיות שהוא מחצית הששה מתקאלים של התוספת ואם אבדו הנכסים או נתבלו

לגמרי כבלויי הסחבות ואבדה צורתן עד שאינם ראויים לעשות מעין מלאכתן כנז' הרי הם כאלו אינם וחייב הבעל לפרוע הי"ב מתקאלים אלים אחר שמנכים מהם רביע הסך דהיינו שלשה מתקאלים ויפרע הבעל תשעה מתקאלים במושלם עספ"א ואתאן לנ"ד יצחק בן עמור כשדקדקו סך הכתובה של גרושתו עלה לסך חמשה ועשרים מתקאלים תוספת ונדונייא. ואבד הכל מתגרת נוגש ויוקר השער לתפ"ץ מנכים מהחמשה ועשרים מתקאלים רביע הסך דוקא ונשאר תשעה עשר מתקאלים נכי עשרה מעין השליש מהם של התוספת דהיינו ששה מתקאלים ועשרה מעין מנכין עוד ממנו השליש דהיינו ב' מתקאלים ושלשה עשר מעין וח' פש"ן ונשאר ארבעה מתקאלים וששה אוקיות וחצי וי"ו פש"ן עם סך שנים עשר מתקאלים וחצי שנשארו אחר צאת השליש של התוספת שאין מנכין מהם כלום הוי ס"ה שבעה עשר מתקאלים וששה מעין עד כה סופא דמלתא והיה זה בשבוע ג' לספירה שנת כי עלה השח"ר ליצירה וקיים וחתום החכם השלם הזקן כהה"ר אברהם ן' אלעסרי וכהר"ר דוד ן' יוסף אלפלאץ וכהה"ר אברהם בן שלוחא.

במרחשון תקמ"ד בא לפני דין כתובה שנכתבה בכפר תולאל דגרירי בתר קצר אשוק וכתוב בה בין עיקר ותוספת ומתנה ונדונייא מאתים ושבעים דינר זהב ונסתפקתי בשומת הדינרי זהב ודקדקתי מתוך הכתובה שכל דינר זהב עורך לחמשה מעין ממה שמצאתי כתוב על גבי הכתובה שומת החפצים שהכניסה פרט פרט ועלה סך החפצים לסך ק"ם ע"ם-ר"ס-מכט"ק- ולבסוף כתב שעולה סך החפצים למאה וארבעים דינרי זהב שלפי חשבון זה עולה ערך כל דינר-א"ם-ת-וכן פירש בתוך הכתובה שהוסיף על עיקר כתובה ק"ם-כ"ם-ו"ם-ועיקר הכתובה הוא ל"ם- ז"ם-ד"נ הוי בצירוף הכל ק"ם-ם"ם-ג"ם-ד"ת נמצא לערך א"ם-ת'-לכל דינר הוי מאה ושלשים דינרים עם מאה וארבעים הנז' הוי סך הכל מאתים ושבעים וכאן נמצא כה"ר ישראל בכהה"ר סעדיה ה"ן שעיא והעיד שבכל משאם ומתנם בדינרי זהב ומעריכין לכל דינר א"ם ת' ועל פי זה דנתי שעולה סך הכתובה מכט"ק לסך-ש"ם ל"ם ז"ם ד"ת- ומנכין מהתוספת רביע ושליש כאמור ומהנדונייא רביע דוקא והגידו לפני כה"ר שלם ן' מאמאן וכה"ר ישראל הנז' שמנהגם בכתובה הוא כדת שבמיתת הבעל נוטלת כתובתה והשאר יתחלק בין היורשים וכן דנתי ולראיה עה"ך חתמתי.

שאול ישועה ס"ט

סימן לה

מעשה שהיה כך היה שכאשר גירש הר' אברהם ה"ן חמו אשתו הראשונה חנה בת הר' יצחק הן הרוש וידי' בן סמאון עמד ונשא אשה אחרת חנה בת הר' מכלוף ה"ן אמשלם נ"ע ושהה עמה שנה אחת מ"מ ונלב"ע והניח בת אחת ממנו ומהאשה השניה שנשא וכשנלב"ע באה גרושתו לפני קודם צאתינו מהאלמלאח לתפ"ץ והביאה לפני שטר כתובתה והיא אמרה שתגבה המותר מכתובתה בלי פורעין מאלמנתו חנה בת מכלוף הנז'. ונומיתי לה שאין לה לגבות ממנה אפי' פש"ן עפ"י הדין יען שהדבר ידוע שהר' אברהם בן חמו היה קב רשו ולית ליה מגרמיה כלום ואשתו חנה הנז' בת מכלוף ה הנז' היא היתה זונה ומפרנסת אותו בחיים חייתו ואף אחר מותו הקיפוה בעלי חובות דידיה. ב"ב ושאינם ב"ב כעכנא ולא מצאה ידיה ורגליה עמם והוצרכה לפורעם משלה א"כ איפה מהיכא תיתי לחייבה שתפרע לה הנשאר מכתובתה ואח"ך באה לפני חנה בת מכלוף הנז' גם היא כשתבעוה ב"ח הנז' ואמרה לי שהגרושה הנז' תובעת אותה כנ"ל ונומיתי לה שכבר באה לפני ואמרתי לה שלא תטול כלום כפי הדין מהטעמים הנז' ובקשה ממני לכתוב לה מה ששוה"ד נותנת והיה בדעתי לכתוב לה אלא שנטרדה השעה ולא כתבתי לה פס"ד עד היום הזה שבאה לפני פעם שנית אז אמרתי לכתוב פס"ד והמעשה שהיה לפני כנ"ל מאחר שכבר באו לפני וידעתי שפרעה חנה בת מכלוף הנז' כמה חובות שהיו על אברהם הנז' ולכן פסקתי שאין לגרושה הנז' לגבות. מהאלמנה הנז' אפי פש"ן מאחר שלא היה לו לבעל כלום כשנשא אותה ולא הניח ג"כ במצב פטירתו מנכסיו כלום שכן כ' בתקנות קדמונינו נ"ן שיחלוקו הנכסים הנמצאים לו ולה במצב פטירתו דמוכח מזה דדוקא אם היו לו נכסים במצב פטירתו ולה ג"כ נכסים אזי יחלוקו אחר פריעת החובות אבל בכה"ג שלא היו לו שום נכסים כלל אלא אדרבא היא היתה זנה ומפרנסת אותו משלה וגם פרעה עליו כמה ב"ח ב"ב ושאינם ב"ב דינא הוא שאין לגרושה הנז' ולא לשום יורש לגבות ממנה אפי' פשע"ן הן מקרקע שלה הן מהטלטל הנמצא אתה ולראית האמת לבל תהי נעדרת ח"פ פאם יע"א בחשון מש' ראשו"ן הוא לכם לפ"ק וקיים.

אליהו הצרפתי ס"ט הצעיר ידידיה משה מונסונייגו ס"ט

דברי הרב משי"ח נכונים בטעמם ומספר כתובתה נלמוד שכך היו הראשונים כותבים בכתובה שכל הנכסים שימצאו לו ולה קרקע וטלטל בעולם וכל מאי דמיתקרי נכסי תחלוק עם יורשי הבעל אלא שהאחרונים קצרו הלשון וכתבו דהכל כפי המנהג והתקנה שהוא לשון כולל הכל וסגי בהיכא דכתב האי לישנא כאלו כתב בפירוש כמו שכן כתוב

אצלי בכתב כמהר"ר סעדיה אבן דאנאן זלה"ה ובחותמו הקדוש ומאחר דמתקני התקנה נחתי לומר שכל הנכסים שימצאו לו ולה אמינא ודאי דבהיכא דנמצאו לה ולא לו אין כאן דין חלוקה כלל ונוקמה לדין תורה שאין ליורשים ולא לב"ח שליטה על נכסיה כמו שכתב מרן בחו"מ סי' צ"ז ס' כ"ו והביאו מור"ם בא"ה סי' ק"ב ס"ה כי התקנה היא מחודשת ופרטת לגבי ד"ת הכולל ואין לך בה אלא חדושה הבא מפורש בה ודבר שאינו מפורש בה נעמידנו על ד"ת כמו שכתב מרן בא"ה קי"ח ו' וטעמא דמילתא 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 קרובה טורף ואוכל ממון שיעניקו לקרובתם לעיניהם ואתקיים בהם שורך טבוח לעיניך ולא תאכל ממנו וכן בהיכא דנפטר הבעל בחיי אשתו שהדין נותן שלא יטלו היורשים כלום אלא אחר שתגבה האשה כתובתה ומשכחת לה שלא נשאר להם כלום ואיכא עגמת נפש ליורשים שרואים כל נכסי אביהם נתונים לעם אחר זו אשת האב גם בהיכא דאיכא ב"ח של הבעל איכא עגמת נפש ונעילת דלת בפני לווים בראותם כל הנכסים טרופים ונתונים לאשה מצד קדימת כתובתה שזוכה ליטול הכל מן הדין לפרעון כתובתה ואם יצאו נקיים מנכסיהם אשר נושים בהבעל וגם לתקנת חכמי טוליטולא שתקנו לב"ח לגבות מחלק היורשים ראו חכמי התקנות שיש צד אונאה ליורשים כשנפרעים ב"ח מחלקם ולפעמים יקחו כל חלק היורשים לפרעון חובם לכן תקנו שהחובות יהיו נפרעים מהאמצע ויחלוקו בנשאר שאז ליכא עגמת נפש לשום כת מהם וא"כ בנ"ד שהבעל לית ליה מגרמיה כלום ואין כאן אלא נכסי האשה אשר מן הדין אין לב"ח ולא ליורשים שליטא עליהם מהיכא תיתי להוציא נד"ז מדין תורה ולהכניסו בדין התקנה מאחר שאין כאן שום עגמת נפש לא ליורש ולא למלוה כשאינם נוטלים כלום מנכסי האשה כי מה להם לרשת משכנות לא להם בממון שלא עמל בו ולא גדלו המורש והלוה שלהם ואדרבה עלבון גדול ועגמת נפש לאשה אם נדין אותה בדין התקנה בראותה זרים אוכלים אותה שיעמדו היורשים לחלוק עמה בשלהם וגם הב"ח יהיו נפרעים משלה ולא אמרו מתקני התקנה להיורשים לחלוק ולב"ח ליפרע רק במילתא דשכיחא דיש נכסים לבעל מעורבים בנכסיה ובהדין עירובא אשר תקנו לחלוק בנכסים הנמצאים לו ולה מייתבא דעתא ואינה מקפדת אם יטלו מנכסיה היורשים וב"ח כיון שגם היא נוטלת מנכסי הבעל שהמה באו מכחו אבל בנ"ד שאין כאן מנכסי הבעל כלום וכל הנכסים הנמצאים הם לה ולא לו אם איתא שהוא בכלל החידוש שחדשו בעלי התקנה לגבי ד"ת למה לא פירשו בהדיא נד"ז כי לא באו

לסתום אלא לפרש והשתא דלא פירשו אמרינן היכא דגלי גלי והיכא דלא גלי אדין תורה סמיך ולא ילמד סתום מן המפורש דהתם איכא טעמא דעגמת נפש אם לא ידונו בדין התקנה והכא אדרבה איכא עגמת נפש אם לא ידונו בדין תורה וכבר הובא לפני דין זה יותר מעשרים שנה בנדון כזה שנלב"ע מסעוד ן' אהרן בן חמו כשנשא לאחות הר' סלימאן בן רבוח ולא הניח כלום מנכסיו ובא הר' מנשה מגירץ שהיה נושא בו חוב ליפרע מנכסי האשה ודנתי בדיניהם שאין לב"ח ליטול כלום מהיכא דלא הניח הבעל נכסים והכל של האשה ושמעתי שהלך וקבל לפני ב"ד הגדול הרבנים המובהקים ב"ד של ארבע ששלשה מהם חלקם בחיים וחיי שבקי למשי"ח רגל רבעי שבמרכבה הקדושה ואמרו לו שכך הוא הדין ולראיה חתמתי בשלהי מרחשון משנת ערוכה בכל ושמור"ה לפ"ק.
שאול ישועה

סימן לו

שאלה בענין מי שהיה נשוי ב' נשים ונפטרה אחת מהן בחייו ונסתפקתי בחלוקתם היאך יחלוקו ושאלתי מרבני פאם יע"א לדעת מה יעשה ישראל וז"ן העמודים והמכונות אשר הבית בית ישראל נשען עליהם עטרו"ת וועז"ר יראה להם וגובה להם החכמים השלימים רבנים ועצומים משי"ח מוהר"ר אליהו הצרפתי ומוהר"ר מתתיה סירירו יצו ה' את הברכ"ה ושמחת עולם על ראש"ם ונחמ"ת שדי ממרומים כי"ר.
אותות הגרדי"ן ה"ן מספדין האי גריד והאי גריד באגרות שום בעל בכ"י במקום שמר"ה תלויה לבי לבי אינו אלא שר"ף כי נשבה ארון הקדש ואס"ף איש טהור לדורו אבד אוי לדור שכך עלתה בימיו בשנת היובל הזאת נאספ"ו שמה ההדרי"ם שני שרי צבאות ישראל מרוב עונינו אבדנום רבותינו בעל הנחמות ינחם אתכם בז' דנחמתא ואורך ימים ושנות חיים ושלום יוסיפו למכת"ר למען ירבו ימיכם וימי בניכם כי"ר.
ועל של עתה באתי למבעא בעו מאי סברי מרנן בחלוקת מי שהיה נשוי ב' נשים ונפטרה אחת מהן בחייו דנראה דאין למדין נדון זה מאותה תקנה שנתקנה בשנת ברוך תהי"ה דאיכא למימר דלא תקנו חלוקת העשרה חלקים ד' לראשונה וג' לשניה וג' ליורשי הבעל אלא בהיכא דנפטר הבעל בחייהן דאז חלה תורת החלוקה על כלם שהגיע פרעון הב' כתובות בבת אחת אבל בהיכא דנפטרה אחת מהן בחייו ונתחייב הבעל לחלוק עם יורשיה כל הנכסים הנמצאים לו ולה במצב פטירתה היאך אנן ניקו ונכניס אותה שנשארה בחיים לחלוק עמהם שעדיין לא הגיע זמן פירעון כתובתה דלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים ועוד דמתקני התקנה לא באו לסתום אלא לפרש והו"ל לפרש דלא שאני

לן בין היכא דנפטר הבעל בחייהן להיכא דנפטרה אחת מהן בחייו כיון דאיכא סברא לחלק ביניהם ולא הוי נדון זה דבר הלמד מענייננו של בעל וכיון שלא פירשו נדון זה ולא הוציאוהו מתורת חלוקת התקנה של שנת ש"ה שעל פיה מתחייב הבעל לחלוק עם יורשי אשתו שנפטרה לחצאין כל הנכסים הנמצאים לו ולה אמינא ודאי דנדון זה נשאר בדינא קמא שיחלוקו יורשי הנפטרת עם הבעל לחצאין ואין להוציא זולת נדוניית הנשארת בחיים דאינם בכלל נכסיו אבל שאר הנכסים שאין להנשארת בחיים שום שליטא עליהם בחייו ונכסיו מקרו כלם נכנסים ליחלק עם יורשי הנפטרת עם נכסיה ועוד שבתקנה שלא נחתמה שהיתה באדר משנת ליהודים הית"ה אורה פירשו בהדיא וז"ל וכן אם תפטר שום אחת מהן בחיי הבעל יש לבעל לחלוק עם יורשיה עה"ד הנז' ויותן ליורשיה מהנכסים מה שהיה ראוי לה ליטול אם היה נפטר לב"ע בחייה עה"ד הנז' עכ"ל הרי דהוצרכו לפרש נדון זה בהדיא וא"כ לה הוי דבר הלמד מענייננו של בעל והא כדאיתא והא כדאיתא ולפי זה כשחזרו באייר של אותה שנה עצמה ותקנו חלוקת העשרה חלקים ולא השוו אשה לאיש בהדיא כמו שהשוו בתקנה שלא נחתמה אמינא ודאי שחזרו בהם גם מזה והניחו נדון זה במלתיה קמייתא לידון ע"פ התקנה של שנת ש"ה.

וזה לי ימים משהייתי נושא ונותן בנדון זה והרשיתי הדברים לפני הרב מוהר"ר שאול אבן דנאן זלה"ה ויהי כמשיב דדעתו דעת עליון דהשוה הכתוב אשה לאיש והדבר הסתום בתקנה שנחתמה ילמד מן המפורש בתקנה שלא נחתמה והראני כתוב בכתב ידו יד הקדש בגליון ספר התקנות שלו שכתב דה"ה כשנפטרה אחת מהן בחיי הבעל וילמד סתום מן המפורש בתקנה שלא נחתמה ע"כ תורף דבריו אם אינו לשונו ממש ואירע שהלכתי למכנאם והמתקתי סוד עם חכמי מכנאם בנדון זה והראני החכם השלם הדו"מ כהה"ר שלמה טולידאנו נר"ו תשובת שאלה מהרב המובהק כמוהר"ר יהודה ן' עטאר זלה"ה והעתקתיה ממנו וז"ן שאלה ראובן היה נשוי עם שרה ורבקה בכתובה כמנהג ק"ק המגורשים ולעת כזאת נלב"ע אשתו השניה רבקה בלי זש"ק איך תהיה החלוקה עם יורשים ומה יהיה משפט הנדוניא הראשונה והנדונייא שקנה הבעל לבתו שמאשתו הראשונה העומדת לנשואין עם בן זוגה.

תשובה הנה בתקנת קדמונינו נ"נ נמ"ך במי שהיה נשוי ב' נשים למנהג הקהלות ונפטרה אחת מהן בחייו שאותה הנשארת בחיים לא תכנס נדונייתה בכלל חלוקה ומה שהם נכסי הבעל אם הנשארת בחיים כתובתה קדומה, אז יחלוקו כל נכסי הבעל עם נדוניית הנפטרת על זה האופן שמה שהוא נדוניית הנפטרת יחלקו יורשיה המתאבלים לחצאין

עם הבעל ואם אין מתאבלים לא יטולו כי אם שליש ומה שהם נכסי הבעל יחלוקו על זה האופן מחצית הנכסים לשם כתובת הראשונה הקדומה והמחצית האחר יחלוק אותו הבעל עם יורשי הנפטרת עזה"ד הנז' בנדונייתה זהו המובן מאותה תקנה ואינה חתומה אך כשעמדו דורות האחרונים ותקנו תקנה חדשה במי שהיה נשוי ב' נשים למנהג ק"ק ומת בחייהן שיחלקו כל העזבון לעשרה חלקים ד' תטול הא' וג"ח תטול הב' וג"ח יטלו יורשיו חזר המנהג ג"כ במי שמתה אחת מהן בחייו לחלק כל העזבון לי' חלקים ד"ח לשם האשה הקדומה וג"ח לבעל וג"ח ליורשי האשה שמתה אם הם מתאבלים ואם לאו יטול הבעל ד"ח והיורשים ב"ח בכל מה שהוא עזבון הן נכסי הבעל הן נדוניית הנפטרת הן נדוניית הראשונה זה נראה ואולי כן הוא המנהג כי המנהג שבתקנה הראשונה הנ"ל לא נראה ולא נשמע בימינו כי אם חלוקה זו של י' חלקים וחתום הרב הנז' ועדיין היה לבי נוקפי ממה שסיים הרב ואולי כן המנהג משמע שהרב עצמו מספקא ליה מילתא והן קדם בהיותי נושא ונותן בענין והרשתי הדברים לפני משי"ח הרב מוהר"ר אליהו נר"ו השיבני דנ"ד לחוד ולא הוי דבר הלמד מענייננו של בעל שמת כלל וכשבאתי ממכנאס יע"א והראיתי לו תשובת הרב הנז' עכ"ז נשאר עומד בסברתו ואמר לי שראה הדבר מפורש בדברות קדשו של הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ואחרי דבריו לא ישנו ומי כמוהו מורה ובקי בכל חדרי התקנות וכ"ש שהרב מוהריב"ע זלה"ה בדרך אפשר אמרה למילתיה וגם הרב מוהרש"ש זלה"ה אף כי שמח לאותה תשובה שכיון לדעת קדוש עכ"ז כשאמרתי לו דברי משי"ח שהדבר מפורש בפסקי מוהר"ר יעב"ץ אמר שבודאי אם המצא ימצא הדבר מפורש בדברי הרב זלה"ה לא דינא ולא דיינא דהכי עבדינן כי מי יבא אחרי המלך אשר כבר עשהו.

ועתה אין ועתה אלא תשובה שבא לידי מעשה שנפטרה אשתו הראשונה של הר' יהושע בן חותא ונשארה עמו אשה שניה בחיים ועמדו לפני הוא ובניו שמאשתו ראשונה ולשאול הגיעו מה יהיה משפט חלוקתם ובכן חזרתי על הראשונות והוזקקתי לשאול באורים ותומים שמאירים דבריהם ומשלימים דבריהם בתשובתם הרמתה את הדרך נלך בה ואת המעשה אשר נעשה ואחלי יכונו לפני משי"ח לחפש חיפוש מחיפוש להביא הדבר לידי גמר ושכמ"ה החותם פה צפרו בסיון משנת אז יבקע כשח"ר אורי"ך לפרט האלף הששי. עתה באתי לידון בדבר חדש בידים שניות מדברי סופרים מן המודיעות ולפנים להודיע למכת"ר שעוד מצאתי בליקוטי אורות קדשים שדברו בזה הראשונים זלה"ה שנשאל על זה הרב הגדול מהר"ם. סירירו מהרב מוהר"ר משה אבן חמו זלה"ה וכתוב אצלי בכתב ידיהם של צדיקים הללו ובחותמם הקדוש וזה נוסח השאלה בחייה

דמר השיבני על השאלה הזאת כי רציתי שאהיה בטוח במה שאפסוק בע"ה שאלה ראובן נשא אשה ראשונה והאריך עמה זמן ולא נבנה ממנה וחזר ונשא אשה שניה והאריך זמן ג"כ ולא נבנה כלל ומתה האשה ראשונה זה יותר מעשרים שנה ואחר מיתת הראשונה בכמו ה' שנים נשא אשה אחרת על אשתו שניה ולא נבנה ג"כ כי בודאי אומרים עקר רח"ל ובאלה הימים מתה האשה השניה לראשונה הנז' והבעל עודנו חי ואשתו השלישית עודנה עמו בחיים וכתובת שלשתם למנהג הקהלות מה הוא משפט חלוקתו עם יורשי זו האשה השניה שנפטרה באלו הימים ויורשיה מתאבלים עליה כי הניחה בן שהיה לה מבעלה הראשון והוא חורגו של זה ראובן ואחר שתשיבני על חלוקה זו תשיב לי ג"כ כי היום קמו קרובי הראשונה שמתה זה עשרים שנה ויותר לא עשינו עמך חלוקה ולא נטלנו כלום כי היינו גולים ונדחים וראובן השיב אותם קרובים שבזמן שמיתה היה לה אחיה ועשיתי עמו חלוקה ומחילה ובאריכות הזמן נאבדו הראיות ואתם אין בידכם כתובה וטוענים שקר והם אומרים חננא באללה ובשרע לא היה זה ולהד"מ כת"ר ישיב ושכמ"ה ולית דין צריך בשש וחתום הרב מוהר"ם אבן חמו זלה"ה.

תשובה נראה שהשניה לראשונה שמתה בחייו והניחה בן מאיש אחר שיחלקו הבעל כל הנכסים שימצאו לו ולה בעולם באותו מצב שכך כותבים. בתנאים שאם תפטר האשה ולא תניח זרע ש"ק ממנו וממנה שיחלוק הבעל והאשה עם יורשיה שמבית אביה לחצאין אך נדוניית השלישית וכל מה שאין ביד בעל חוב ליפרע ממנו גם הוא לא יטול ולעניין טענת קרובי האשה הראשונה שמתה ואמרו שלא עשה עמהם חלוקה נראה שאין להם טענת ודאי הואיל ואחיה היה קיים שודאי עשה עמי חלוקה דלא שתיק איניש כולי האי עשרים שנה ואין להם עליו אלא חרם סתם נ"ל ושלם וחתם הרב מוהר"ר מנחם סירירו זלה"ה, עוד מצאתי בכתב מוהר"ר מאיר די אבילה זלה"ה וז"ל עוד שלח הרב מוהר"ר מנחם סירירו למורי ורבי הרמב"ם אבן חמו זכרם לחיי עולם וז"ל ולענין מי שהיה נשוי ג' נשים ומתה א' בחיים ואח"ך מת ונשארו ב' נשים נראה שבני הא' שמתה בחייו יטלו חלוקת אמם כפי מה שנמצא לו באותו מצב זולת נדוניית הב' נשים אחרות שאין לו בהם יכולת שהרי אינו יכול למכור ולא לשעבד ואין ב"ח נוטל מהם ואח"ך יחלוקו לפי התקנה של ששה חלקים וארבעה כידוע לאדון ע"כ לשון הרב זלה"ה ולפי זה נראה לדון כהאי סברא ואמינא ודאי אלמלא ראה הרב מוהריב"ע דברי רבו מוהר"ם זלה"ה היה שותה בצמא את דבריו ולא יטה אשוריו מדרך רבו ימין ושמאל החותם פה צפרו. ע"ה ישא"ב סי"ט.

ובראותי כי בושש רכבו של משי"ח ואחרו פעמי קן קולמוסו ובעלי הריב לא נתנוני השיב רוחי פשרתי ביניהם וחלקתי להם ההפרש שבין החלוקות. נאם ישא"ב ס"ט

ובשנת תקל"ג אירע מעשה בפאס יע"א ועמדו הרבנים על עמדם ובדקו עד מקום שידם מגעת וזה מה שהעלו הלכה למעשה וז"ן אנחנו ב"ד ראינו לבאר מה יהיה משפט חלוקת מי שהיו לו שתי נשים ונפטרה אחת מהם עם יורשי הנפטרת יען שהדבר הזה לא נמצא לו שורש ועיקר בתקנות קדמונינו זלה"ה שבתקנה אחרונה החתימה שתקנו רבותינו ואבותינו האיתנים מוסדי הארץ זלה"ה בחדש אייר שנת ליהודים הית"ה אורה ליצי' לא נתבאר רק היכא דמת הבעל בחיי שתיהן שיתחלק העזבון לעשרה חלקים ארבעה לראשונה ושלשה לשניה ושלשה ליורשים כמבואר שם אך אמנה בנדון דידן שמתה א' מהן בחייו לא ידענו מה יהיה משפט חלוקתו עם יורשי הנפטרת ולכאורה היה נראה דהשוה הכתוב אשה לאיש ולא שאני לן בין היכא שמת הבעל בחיי שתיהן להיכא שמתה אחת מהן בחייו ולא יטלו יורשי הנפטרת כי אם מה שהיתה ראויה ליטול אותה הנפטרת היכא שמת הבעל בחיי שתיהן דלא עדיפי מאתתא דאתי מחמתה אכן אחר החקירה נראה דדבר זה רחוק רחוק מן השכל ואין השכל מחייבו ואדרבא איפכא מסתברא דהיכא שמתה הראשונה בחייו שיטלו יורשיה מחצית מכל הנכסים הנמצאים לו ולה אפי' ממה שתחת יד השניה דשאני היכא שמת הבעל בחיי השתי נשים דאמרינן שיתחלק העזבון עה"ד הנז' הוא משום דהואיל וזמן פרעון כתובתן חל בבת אחת ושניהם באים כאחד אז אי אמרינן שתטול הראשונה מחצית הנכסים והמחצית האחר יתחלק בין השניה ובין היורשים נמצאת א' אהובה לגמרי והאחת שנואה והיה דין הבכו' לאהובה שנוטלת פי שנים על השניה לכן המה ראו לתקן התק' הנ"ל בחלוקה הנ"ל שהיא קרובה מעט אל השכל שלא העדיפו לראשונה אלא רביע מלבר שהוא שליש מלגיו ממה שנוטלת השניה ובזה אין אשה מתקנאת בחלק חברתה אבל היכא שמתה ראשונה בחייו שכתובתה קדומה ועוד שהגיע זמן פרעונה קודם דין הוא שתטול מחצית מכל הנכסים ששעבד לה בכתובתה ולא יגרע חלקה ונחלתה בשביל צרתה שכיון שכתובתה מאוחרת ועדיין לא הגיע זמן פרעינה חשבינן לה כמאן דליתה וכמי שאין לו אלא אשה אחת שיטלו יורשיה המחצית ולא חיישינן לקנאה ואדרבא איפשר ברבות הימים ותרבו הנכסים ובהגיע תור השניה ליפרע בכתובתה איפשר שתטול כראשונה או יותר ממנה והשתא מיהא לא מינכרא מילתא אם נוטלים יורשי הראשונה כמו השניה או פחות או יותר ממנה ולכן דין הוא שיטלו יורשי הא' מחצית מכל הנכסים ועוד מאחר דדבר זה היכא שמת הבעל שמתחלק העזבון לעשרה ותטול הא' ד"ח חידוש

הוא שחדשו בעלי התקנה שהרי כפי האמת כיון שבשעה שנשאת הראשונה היה הבעל לבדו דר ושעבד לה מחצית מכל נכסיו שקנה ושיקנה דין הוא שתטול המחצית מאחר שאין ידוע אם ישא אשה אחרת עליה כי מי יודע מה שיהיה ולכן אין לשניה אלא מה ששיירה ראשונה והם אמרו והפקיעו כח הראשונה מהמחצית וכיון דחידוש הוא אין לך בו אלא חדושו היכא שמת הבעל בחייהן אבל היכא שמתה ראשונה בחייו לא והבי דלא לוסיף עלה שאם כוונתם להשוות אשה לאיש בין היכא שמת הבעל ובין היכא שמתה האשה דין א' להם הו"ל לפרש כן בהדיא כמו שפירשו בתקנה של אדר שנה הנ"ל שאינה חתומה שהשוו בה אשה לאיש דשאני התם דלאו חידוש הוא שהרי אין לשניה אלא מה ששיירה הרא' ולכן הראשונה תטול מחצית והשאר יתחלק בין האשה השניה ובין היורשים לכך השוה הכתוב אשה לאיש אבל הכא דחידוש הוא אין לך וכו' וק"ו הוא ומה התם דלאו חדוש הוא הוצרכו לפרש דבריהם ולהשוות אשה לאיש הכא דחידוש הוא לא כ"ש דהו"ל לפרש דבריהם ומדלא פירשו ש"מ דהיכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר כגון היכא שמתה הראשונה בחייו לא איתמר והבו דלא לוסיף עלה ואוקמיה אתקנה דרבנן דשנת ש"ה שיטלו יורשיה המחצית, כל זה היה נראה בדרך סברא ואעפ"י כן לא רצינו לסמוך על דעתינו לאפוקי ממונא ונשאר עדיין הדבר שקול ומוטל בספק עד שהאיר ה' את עינינו וספקות נעשו ודאות שמצאנו אחד קדוש מדבר הוא ניהו מורינו הרב הגדול כמוהר"ר יהודה אבן עטר זלה"ה בתשובתו הרמתה וז"ל הח' ונבון טינרא תקיפא כהה"ר דוד בן שטרית נר"ו, אחדש"ך ושלם כל בני החברה קדושה האירו אותיותיך הטהורות ועמדתי אמאי דשאילנא מקמיה דמר על ראובן שהיה נשוי ב' נשים ונדרשתו מכת"ר האם יטלו יורשי הראשונה כפי התנאי או שליש כפי המנהג ביורשים שאין מתאבלים ואען ואומר דתנאי זה כמאן דליתיה דמי מאחר שהיה נשוי עם הראשונה כפי מנהג ק"ק ואח"כ כשרצה לישא הב' או אח"ך חידש תנאי זה עם הראשונה הי"ל לבטל כתובת הראשונה קודם ואח"ך יחדש עמה תנאים כרצונם כדי שימציאו מקום לחול התנאים השניים שעשו שיחלוק עם יורשיה בשוה והגם דהיה מבטל לאו כל כמיניה להתנות על נדוניית השניה לשיחלוק עם יורשי הראשונה גם נדוניית השניה אלא כל מה שהיה לו בעולם חוץ מנדוניית השניה הוא שהיה חולק עם יורשי הראשונה בשוה אעפ"י שאינם מתאבלים מכח התנאי אכן עכשו שלא בטל כתובה הראשונה לענין החלוקה לא מצאו מקום התנאים השניים לחול והרי הם בטלים וכמאן דליתנהו דמי ויחזור הדבר להעשות כפי התקנה שאם הם מתאבלים יטלו בירושתם מחצה מכל נכסיו קרקע וטלטל וכל מאי דמתקרי נכסי חוץ מנדוניית השני' או נכסי מלוג דידה ואם אינם

מתאבלים יטלו בירושתם שליש העזבון כנז' וזה פשוט וכך אנו נוהגים בכל כתובה שנמצאו בה תנאים מחודשים עכ"ל הצריך לענייננו. ובסיום דבריו כתב את כל זה ראיתי ונתון אל לבי ועל הכל שאלתי את פי משי"ח והסכים על כל האמור ואמר לי שגם הוא נשאל על זה ממחניכם הטהור ובלשון הזה השיב עכ"ל וחתום הרב הנ"ל, העולה מאותה תשובה דמיפשט פשיטא ליה לרב הנז' שאף שנתבטל התנאי שחדשו ביניהם מ"מ יטלו יורשיה המתאבלים מחצית מכח התקנה וכמו שהסכים גם כן רבו הרב הגדול כמוהר"ר מנחם סירירו זלה"ה כמבואר בדברי מוהריב"ע זלה"ה וכן ג"כ מצאנו שהשיב מוהרמ"ס זלה"ה הנז' להרב כמוהר"ר משה בן חמו זלה"ה פעמים שלש שאם נפטרה הראשונה בחייו שיטלו יורשיה מחצית מכל הנכסים וכן ג"כ מדוקדק מתשובת שאלה שהשיב הרב הגדול כמוהר"ר סעדיה ן' דנאן לכמוהר"ר משה הנז' ע"י כמוהר"ר מנחם הנז' בהיותו סופר קודם שיתמנה לדיין וכתבה מוהר"ר מנחם אצלו להיותה למשמרת ועיקר השאלה היה היכא שמתה האחרונה משתי נשים בחיי הבעל היאך יהיה דין חלוקתם, וזאת תשובתו וז"ן, תשובה לא נמצאת תקנה על זה ומסתברא לי שיחלוקו כמו שחולקין כשמת הבעל והניח ב' נשים שהתקינו וכו' וכן נ"ל לדון בנ"ד וטעמא כי אעפ"י שלא נתנה כתובה ליגבות מחיים מ"מ דין ב"ח מוקדם יש לה וכבר ידעת מה שפסק הש"ע ח"מ ק"ד וז"ל מי שיש עליו ב"ח הרבה כל מי שקדם זמן קנין שטרו הוא קודם לגבות וכו' ואפי' אם הגיע זמן פרעון המאוחר קודם וכו' ולזה גם שלא הגיע זמן כתובת הראשונה ליגבות לפי שלא ניתנה כתובה וכו' אין כח לשניה לגבות כתובתה לפי שהגיע זמנה והרב הנז' האריך למעניתו ולבסוף כתב ולכן נטיתי לבי לעשות כדמות פשרה שיחלקו הכל ע"ד התקנה הנ"ל, ולבסוף השאלה כתב וז"ן וזאת התשובה היתה ע"י אני הסופר וחתום כמוהר"ר מנחם הנ"ל זלה"ה, הרי שגם מוהר"ם בן דנאן זלה"ה שהוא אחד ממתקני התקנה הנ"ל הרבה להשיב אמאי לא יטלו יורשי הב' המחצית כדמשמע ממ"ש אעפ"י שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ר"ל והוה אמינא שהראשונה כמאן דליתה ויטלו יורשי השניה המחצית ותירץ משום דצרתה בצדה היא כתובת הראשונה הקדומה לכך לא יטלו יורשיה, כי אם עה"ד הנז' דוק מינה דלענין אם נפטרה הראשונה שכתובתה קדומה שיטלו יורשיה כל מה ששעבד לה בכתובה שהוא המחצית מכל הנכסים מהנהו טעמי דכתיבנא, ואחר שראינו מראות אלהים עולים מן האר"ש כלם הסכימו לדעתינו לכך ראינו להעלות דברינו אלה על ספר לדון כן ולהורות מיד ולדורות שאם נפטרה הראשונה בחיי הבעל שיטלו יורשיה מחצית מכל הנכסים אפי' ממה שתחת ידי השניה ואפי' יהיה לבעל כמה נשים לעולם יורשי הראשונה נוטלים

המחצית ולא יורע כחה מחמת הנשים שבאו בגבולה מאחר שהיא קדומה להם וכבר נשתעבד לה המחצית ואם נפטרה הב' בחיי הבעל יטלו יורשיה ג' חלקים מעשרה בכל הנכסים וכמבואר בדברי הרב מוהר"ר סעדיה זלה"ה משום דמעיקרא לא נשתעבדו לה כי אם אותם החלקים עפ"י התקנה דב' נשים מאחר שקדמה לה הראשונה וכן ג"כ מצאנו בתשובה למוהריב"ע זלה"ה דהיכא דנפטרה הב' יטלו יורשיה ז"ח מי' ואפילו יש לבעל אשה שלישית יטלו יורשי הב' ג' חלקים משום שכך נשתעבד לה מעיקרא ואע"ג דהיכא שמת הבעל ולו ג' נשים חולקים באופן אחר וכמו שבררנו היכא דמת הבעל ולו ב' נשים דגרע כח הראשונה, כללא דמלתא העיקר בידינו שכל אשה הנפטרת בחיי בעלה יטלו יורשיה כל מה ששעבד לה בכתובתה בעלה בשעת נשואיה ולראיה ח"פ פאס יע"א בחדש סיון משנת יש"א ברכ"ה ליצי' וקיים וחתומים על זה הרבנים המובהקים משי"ח מוהר"ר אליהו הצרפתי נר"ו ומוהר"ר מתתיה סירירו וכהה"ר משה בן זמרה וכהה"ר שמואל אבן צור.

סימן לז

זה מה שכתבתי שנית בפסק חסאן אביטבול

כבר כתבתי בענין זה דיש לסמוך על האומדנות דמוכחי לכל אפי' בזה"ז כדברי (חסר איזה תי') בסי' קי"ב ומהר"ם אלשיך בסי' מ' דלא אמרו דבזה"ז אין דנין באומדנא אלא באומדנא דלא מוכח כי אם לאותו דיין דשייך טעמא כדי שלא יאמר כל הדיוט דעתי נוטה לזה ולבי מאמין בזה אבל בנ"ד דאיכא כמה אומדני דמוכחי טובא לכל בעל שכל יש לנו ללכת אחריהם לאוקומי קרקע ביד המחזיק ועוד שאומדנא אחרת דאם איתא דנשאר קרקע זה לזכותה היו כותבין בכתובתה ודא נדונייא דהנעלת וכו' בין בגדים וכו' וקרקע וכשלא כתבו וקרקע במקום שדרכם לכותבו היה הוכחה שנתרוקן כחה ממנו ומכרתו לאחר וזוכה המחזיק בו ועוד הוספתי לזכות ללוקח ב' אף בלתי שום אומדנא רק מדינא משום דקיי"ל טוענין ללוקח דאעפ"י דאותו שטר סילוק אינו אלא שסלקה עצמה מעזבון אביה וקרקע זה כבר הוא שלה שהקנה אותו לה אביה בחייו בעד חלקה בירושת אמה ואין ממנו ראיה לגבי הקרקע הנז' מ"מ אנן טענינן ללוקח שמלבד שטר סילוק זה היה לו שטר מקנה שבו קנה מרדכי הנז' מאחותו ואבד והכי עבדי סופרי דווקני דכיון דידעי שהקרקע הנז' הוא שלה לא כללוהו בשטר סילוק הנז' וכתבו שטר מכר בפ"ע ואבד ולא שייך הכא מאי דאיתא בסי' קמ"ה ס"ה הביא השטר ונמצא בטל נתבטלה נמי החזקה דהתם איירי בדהביא שטר מכר שנזכר בו הקרקע שהוא מחזיק בו

ונמצא בטל מחמת שעדיו קרובים או פסולים או מזוייף כמו שפי' הסמ"ע או איזה אופן בהקנאתו כגון שהקנהו לו אג"ק או במסירה דקי"ל אין קרקע נקנה באגב ולא במסירה וכיוצא בזה משא"כ בנ"ד שלא נזכר אותו קרקע בשטר סילוק כלל אפי' יבא ויאמר מכח זה הסילוק החזיק הקונה הראשון שמכר לי משתקין אותו דאין כאן ראיה לקרקע זה כיון שלא נזכר ונשאר פורח באויר ומכח שהחזיק בקרקע הנז' אנן טענינן לה דשטר אחר היה לו למוכר לו ואבד ואע"פ דא"א היא וקי"ל דאין מחזיקין בנכסי אשת איש לא אמרינן הכי אלא היכא דהמחזיק הא' עדיין הוא בחזקתו דאז אמרינן היא סומכת על בעלה ובעלה סומך עליה אבל בנ"ד שהמחזיק הא' מכר קרקע זה לשני ולא מחו לא היא ולא בעלה עד שהחזיק השני שני חזקה הויא חזקה דאין אדם רואה קרקעו נמכר ושותק ודמיא למ"ש מר"ן בסי' קמ"ט ס' כ"ו באריס שהורידו אריסין תחת ידו יש לו חזקה שאין מורידין אריסין אחרין בנכסי אדם והוא שותק וכמ"ש בהדיא מוהר"ם במרדכי פ' חזקת דף רמ"ה ע"ד סי' תקכ"ד דכל שמכר המחזיק לאחרים דינינן ליה כחפר בורות וכו' שמקלקל הקרקע דאין אדם שותק על קלקול קרקעו והביא דבריו מור"ם בהגה להלכה קמ"ט ס"ט דכל שהזיק גופה של קרקע הוי חזקה וכן פסק מהר"ם לובלין סי' ל"ו ומה שתמה הסמ"ע על מור"ם וסובר דלא אתיא כך"ע כבר עלו ובאו לכלל ישוב דבריו הב"ח והש"ך דהרס ובנה שהביא הרמב"ם ומרן בלשונם היינו הרס ע"מ לבנות דאין זה קלקול אלא תיקון אבל חפר וכו' דהוי קלקול הויא חזקה וכדבריהם כתב הריב"ש בסי' רנ"ב יע"ש והביא דבריו הרב משנה למלך על דינו של הרמב"ם שכתב הרם ובנה וכו' מורה באצבע דבהכי איירי הרמב"ם וכתב עוד שכן א דברי הר"א די בוטון בס' לחם רב סי' קס"א יע"ש והרי"ף והרא"ש שהשמיטו אוקמתא דרבא יש לנו לומר דפשיטא להו בדוכתי טובא דבכל קלקול הוי חזקה וכההיא דכתב הטור סי' קמ"א אם אכלה ג' שנים רציפות באתר דמוברי דלהר' ישעיה כ"ש דהו"ל למחויי דלא מיתבר ארעיה שמתקלקל הקרקע ע"י הזריעה לשנים הבאות אע"ג דלא החזיק כדאחזקי אינשי כיון שדרכם להוביר והוא לא הוביר מ"מ הויא חזקה מטעם קלקול ועיין ט"ז דמותיב הכא לסברת הטור שהביא מר"ן באחרונה בסי' קמ"א ס"ד דמ"ש האי קלקול מקלקול דהכא בחופר בורות יע"ש שמעינן דבהיכא דיש קלקול הו"ל למחויי וא"כ להרי"ף והרא"ש פשוט להו דין זה דרבא וה"נ דל"פ רבא ורב יוסף בעיקר הדין רק זה מוקי בדין זה לה וזה מוקי לה בדין זה וכלם אמת ולכן אע"ג דקי"ל הלכה כרבא לגבי רב יוסף [חסר איזה תי'] דברי רב יוסף להורות שגם הוא הלכה ולכך לא הביא דברי שניהם כי היכי דלא נהדיר להלכה כרבא לגבי רב יוסף, גם רבינו הטור לא החליט לומר דטעם דהשמיטו

אוקמתא דרבא משום דאינה הלכה רק כתב לא ידעתי למה, ומ"מ אין לנו אלא הכרעת מור"ם דסתם האי סברא להלכה ומה גם דאיכא עד המעיד שהבעל ואשתו הנז' היו דרים במדור ההוא ופורעים השכירות ולראיה עה"ך חתמתי באלול תקס"א וקיים.
שאול ישועה ס"ט

סימן לח

בהיות שכבר דנתי בין הר' מכלוף בן דוד בן הרוש ובין יורשי החכם השלם הדו"מ כהה"ר יהושע בן זכרי ז"ל המה החכם הותיק כהה"ר יוסף נר"ו והר' דניאל נר"ו על עסק החנות שבשוק האושכפין החמישית שבהשורה השמאלית שהיה דר בה האלסריף סי' מו' בן עומאר וכשמת הגוי הנז' וחזרה לדירת היהודים עמדו האחין הנז' לזכות בחזקתה בטענה שהיא של אביהם הנז' ז"ל ועכב עליהם הר' מכלוף הנז' ועל זה עמדו לפני לדין והמציאו לפני האחין ק"ע משני עדים כשרים שיודעים נאמנה שחזקת החנות הנז' היתה של אביהם ונהנה היה מפירותיה כמה שנים וגם כי אחרי מותו היה אחד מהעדים שהיה אפוטרופוס על יתומיו הנז' גובה להם שכירותה ומכלוף הנז' טוען שהיא שלו מכלל החנויות שבנה וזכה בחזקת יישובן והמציא לפני ק"ע שהעידו ב' זקנים שמקום אחד שהיה פנוי בין החנות הידועה למסעוד בן חיים בן סיסו שהיא היום הראשונה באותה שורה ובין החנות הידועה לכהה"ר יהושע בן זכרי שמקודם היתה ידועה למרדכי בן עטייא לא היה שם שום חנות בהמקום הפנוי הנז' רק היה מעבר בין השתי חנויות הנז' ורבים בוקעים בו ועוד ק"ע מבע"ך שהעידו שכאשר עמדו הר' מכלוף הנז' והר' אברהם אלבאז לבנות שלשה חנויות בהמקום הפנוי היו מסייעים בבנין השלש חנויות הנז' ופירשו להעדים הנז' שמסייעים בבניינם כדי לזכות בחזקת יישובן ונומיתי לו שראיה זו אינה אלא לחובתו והיא ראיה נצחת מוכחת כדברי האחין הנז' שהרי מבואר שהחנות שבראש השורה חזקתה היתה להר' מסעוד בן סיסו והחנות החמישית היתה לזכות אביהם ז"ל והשלשה חנויות שבנו בקרקע עולם הם שזכו בחזקת יישובן המחזיקים שסייעו בבניינם הר' מכלוף הנז' והר' אברהם אלבאז באופן שזכו בדינם האחים הנז' בחזקת החנות החמישית הנ"ל והיום שהגיע זמן פרעון שכירות החנות הנז' חזר וניעור לעכב השכירות ביד הדר שם שטען עוד שהוא היה גובה שכירות החנות הנז' יותר משני חזקה קודם שמכרה הוא עצמו להגוי הנז' יען כשקנה השלש חנויות בהאלגזא קנה גם את זו עמהם ובנה אותה מחדש והיה גובה כל השכירות ולא תבעו אדם מעולם ונומיתי לו מה תועיל חזקה שאין עמה טענה שקנאה וכ"ש שאפי' יטעון קנאה אינה כלום

שקטנים היו היורשים הנז' ומה גם שלא ידעו מהחנות הנז' שהיא של אביהם שהניחם אביהם קטנים, ואפי' אם קדמה להם ידיעה שהחנות שלהם והחזיק בה שותפין אין להם חזקה זה על זה ומה גם שאומר שהוא בנה אותה מן הדין שיהיה אוכל פירות עד שיתנו לו הרביע ביציאותיו, עוד המציא לפני שטר חלוקה שבו חלק עם הר' אברהם הנז' השלש חנויות והחנות הנז' וכתוב בהצעת שטר חלוקה סמוך להעדויות הנ"ל ביען שבנו ארבע חנויות בהמקום ההוא וחלקו על זה האופן שהר' אברהם נטל השתי החנויות האמצעיים והוסיף עלוי ומכלוף הנז' נטל החנות השנית והחמישית שבהשורה הנז' וטען שמתחילה רצו לעשות בהמקום ההוא ג' חנויות ולבסוף נמלכו ועשו ארבע ושהחנות הששית היתה בנויה והוא שהיתה לזכות כהה"ר יהושע ז"ל ונומיתי לו והלא החנות הששית ידועה להר' מנחם אפרייאט כמודעת זאת בכל הארץ. והשיב מאחר שכל אותה השורה היא של האלזאמע הבונה חנות הידועה להר' מנחם הנז' הכניס וערב חנות כהה"ר יהושע עמה והא ראיה שהיא גדולה מכל החנויות ונומיתי לו שכל אלו דברים בטלים עד שיביא ראיה ברורה שכך היה ואיך יכחיש העדים שמעידים בבירור שחנות זו החמישית היא שהיתה לזכות כהה"ר יהושע ז"ל ומה שרוצה להסתייע משטר חלוקה שכתוב שבנו ד' חנויות האמת הוא שבנו ד' חנויות שלשה בקרקע עולם והרביעית היא שחזקתה לזכות כהה"ר יהושע ז"ל שקנו גוף ד' חנויות מהאלנאצ'יר בהאלגזא הנוהג בקרקעות האלזאמע וכשחלק עם חבירו היו ארבעה חנויות ואפי' יבוא היום סופר השטר חלוקה שהוא כהה"ר שלמה אביטבול ויעיד שבנו ד' חנויות בהמקום הפנוי אין בעדותו כלום שחתנו הר' יוסף הנז' הוא בעל דינו של מכלוף הנז' ואיך יעיד על חתנו בין לזכות בין לחובה באופן שלא ראיתי שום זכות למכלוף הנז' גם אם יתברר שהוא בנה החנות הנז' מחדש והיה מוטל על בעלי החזקה לפרוע לו חלקם בהבנין השתא שמכרה להגוי ועיקר הזכות שהיא לו הוא הבנין הנק' אזינא והיא שמכר לגוי זכו מההפקר ומה גם שהגוי בדירתו איבד מהם החזקה הנז' כמה שנים אף אם היה תובעם לתת חלקם בבנין הם יתבעוהו בשכירות החזקה גם בשטר החלוקה לא הזכיר שום חזקה רק זה נטל ב' חנויות וזה נטל ב' חנויות אמינא שהזכות שקנו בהאלגזא הוא שחלקו ביניהם ולא חלקו מה שאינו שלהם ואם השתי חנויות שנטל הר' אברהם יש לו בהן חזקה וזה אין לו חזקה כ"א באחת הרי הוסיף עליו הר' אברהם הנז', ומה שטוען עוד שהחנות הנז' היתה קצרה והרחיבה לו יהיה כדבריו בעל החזקה הוא הזוכה באותו תוספת כזוכה מההפקר ולראיה חתמתי בחדש זו התקס"ג ליצירה וקיים.

שאול ישועה ס"ט

סימן לט

טופס שטר וז"ן הע"י ע"ע בקש"מ ושא"ך בשי"ת הה"ר אברהם אביקציץ וה"ר מסעוד אחיו והודו שניהם בפנינו ברצון נפשם והשלמת דעתם וחייבו עצמם חו"ג בשט"ז לפרוע ולתת להר' י"ט בה"ר ישששכר ן' סעדון או לב"ך סך ב' מאות ריאליס וסך צ"ו וחמשים ריאלים הכל מרייאלים כבאר דספאנייא לתשלום ג' חדשים מהיום בלי אי"ו כלל ובלי שאלת שום זמן מבדי"א אלא מיד ולאלתר עם כל שוחדות שיוציא מוציא שט"ז בעש"ג עספ"א והקרן קיים להר' יום טוב הנז' ונכנסו האחים ע"ק וכו' ואחריות גמורה על האחים הנז' ועב"ך וי"א וכו' ובנאמנות גמורה שהאמינו האחים הלווים הנז' ולב"ך וכו' ובכל עניני שט"ז וכו' ואח"ם ולא יורע כח שט"ז וכו' עד שיקרע קב"ד או עד שיהיה כתב פרעון כתוב ע"ג וכו' ונ"ה בקוש"ח והפירעון יהיה במתא פאם שהוא מושב המלוה ביד המלוה או ב"ך והיה זה ח"ה של חג סוכות שנת מבש"ר טו"ב לפ"ק בתארודאנת וח"ע הר' שמעיה אלקאיים והר' יעקב כליפא.

וע"ג כתוב בפנינו אח"מ הודה מורשה הי"ט המלוה הר' משה ן' כסום לגבות החוב מהר"א הנז' ואחיו סך שני מאות וחמשים מתקאלים ונכנסו בידו ובענין לפירינסייא שבין ריאלים למעות אמרו הלווים הנז' שתנאי ביניהם שאם יתייקרו הרייאלים לא יפרעו כי אם מעות של יר"ה והדין נותן שישבע המלוה כדין נשבעים ונוטלים שלא היה ביניהם שום תנאי ויגבה ההפרש אחר שוחרים וכו' ולפי שכך הודה המורשה הנז' לפנינו ואמר כתבו הודאתי זאת ותנו ביד הלווים יובן בזה"ז רייאלים בסך י"ב אוקיות והחילוק שביניהם הוא חמשים מתקאלים וחתומים הר' שמואל ויזמאן והר' מכלוף אצראף ע"כ.

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין השטר הנ"ל ומה שכתבו עליו החכמים הנ"ל ואמינא ודאי שצריכים הלווים הנז' לשלם להמלוה הנז' ק"ק וא' וחמשים רייאלים בעין במתא פאם ששוה הרייאל י"ג אוקיות וחצי כמו שקבלו עליהם בשטר הנ"ב לפרוע להמלוה סך ב' מאות רייאלים ונ"א רייאלים ושנה עליו לעכב שכתב הכל מהרייאלים כבאר די ספאנייא דאע"ג דבזמן שהלוה להם הרייאלים או נתחייבו בהם היה הרייאל שוה סנ והיום נתייקרו עד סנ-גם-דת- אין בכך כלום ולא מבעיא אם היו דרך מקח וממכר דאפי' בהלואת סאה בסאה כשהוא דרך מקח וממכר שריא כמ"ש הט"ז ביו"ד סי' קס"ב סק"א אלא אפילו דרך הלואה שרי דבמטבע שרי ללוות מטבע במטבע כמ"ש מר"ן שם ס"א וההיא דהמלוה את חבירו על המטבע והוסיפו על משקלו דביור"ד סי' קס"ה אינו ענין לנ"ד דדוקא כשהוסיפו עליו אסור אבל כשהוקר המטבע עצמו מותר דאותו מטבע הלוהו וכמה דשקיל יהיב עיין באר היטב בחו"מ סי' ע"ד סקכ"א ומה שטען עליו

שתנאי היה ביניהם שאם יתייקרו לא יפרעו כי אם מעות של יר"ה דבריהם מהבל ימעטו דלא אתי עפ"י ומרע ליה לשטרא ואדרבא בכל השטרות כותבים מעות כ"ט וכאן כתב רייאליס בודאי שיש קפידא בדבר שאם יתייקרו לא יפרעו כי אם מעות של יר"ה ואם איתא לדבריהם הי"ל לכתוב בשטר סך ק"ק ונ"א מתקאלים שהרי לדבריהם כך הם חייבים ולמה איכפל הסופר לכתוב רייאלים, אלא ודאי יש קפידא בדבר שאם יתייקרו ברשותייהו איתייקרו ואין כאן לתא דשבועה כלל על דבר המפורש בשטר אפילו אם אין נאמנות בשטר וכ"ש בנ"ד שיש בשטר נאמנות מפורשת מי זה ערב אל לבו לחייבו שו"ש ואפי' ח"ס אין עליו דאע"ג שכתב מר"ן בסי' ע"א ס"ו אין הנאמנות מועיל שלא להחרים ח"ס אפי' אם פירשו בפי' הנ"מ היכא דחיוב השטר בקנין לבד אבל בהיכא שיש ש"ח כנ"ד אין עליו חיוב ח"ס ויתפלש הנשבע באפר ויקיים שבועתו וכמו שמהני נדר ושבועה באסמ' ובהקנאת דשב"ל ה"נ מהניא לפוטרו מח"ם וכמו שכך כתוב אצלנו מהרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה וכן אנו דנין והולכים והנה הח' הנז' נמשך להם הטעות מההיא דסימן פ"ב סי"ב וז"ל טען הלוה שהשטר נעשה על תנאי שאם אקיימנו אפטר וקיימתיו ומלוה אומר שלא היה תנאי בדבר אם כתוב בו שעשה בלא תנאי או בלא שום שיור בעולם אין הלוה נאמן ואם אין כתוב בו כן נשבע המלוה ונוטל ואפי' אם כתוב בו נאמנות וכו' יע"ש, ושגו ברואה, חדא דאין כאן תנאי אלא סתירת לשון השטר וכמאי דכתיבנא, ועוד אפי' אם היה בדבר דשייך בו תנאי הרי סיים אם כתוב בו שנעשה בלא שום תנאי וכו' משום דבכהאי גוונא הו"ל כסותר דברי השטר כ"ש בנ"ד שכתב לפרוע לו הרייאלים הכל רייאליס וכו' דטענת הלווים סותרת לשון השטר ואין כאן חיוב שבועה אפילו אם היה השטר בלתי נאמנות כ"ש הכא דיש בו נאמנות ואע"ג שסיים מרן ואפי' כתוב בו נאמנות הטעם מפורש בטור דטענת תנאי אינו עוקר בטענה גוף השטר והרי היא כטענת פירעון ואפי' אם יש בו נאמנות אינו מועיל שהרי הנאמנות אינה, רק כנגד הפירעון עכ"ל הני מלי היכא דלא כתב בכ"ע שט"ז אבל בנ"ד שכתב בכ"ע שט"ז כלל הכל כדאיתא סי' ע"ב סי"א.

ודע שדין זה שכתב מר"ן כאן אינו אלא לדעת הרא"ש שכתב דתנאי היו דברינו נאמנים אפי' כתב ידם יוציא ממקום אחר ואנן קי"ל כהרמב"ם נגד הרא"ש בכל דוכתא אפי' חד לגבי חד וכ"ש שהרמב"ן והראב"ד וכמה פוסקים דקיימי בשיטתיה דהרמב"ם ושכך פסק מר"ן ריש סי' כ"ט יע"ש, וכן פסק בסי' מ"ו סעיף ל"ז שאם כתב ידם יוציא ממקום אחר אין נאמנים בשום דבר שיאמרו לבטל השטר חוץ מלומר בפנינו מסר מו' יע"ש, הרי שלא הוציא מהאי כללא דכליל בריש הסעיף זו מו' היו דברינו, ואחר שפסקי מר"ן

סותרין זא"ז נחזור לכללין דקי"ל כהרמב"ם נגד הרא"ש ועיין ש"ך בסי' כ"ט סק"ב ובסי' מ"ו ס"ק קט"ז ובסימן פ"ב סקל"ד ומה שתירץ הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ק"ד הוא עצמו סיים והוא דוחק יע"ש, וטענת הלוה שהשטר נעשה ע"ת דחשיב לה טענה מטעם שאינו עוקר בטענה זו גוף השטר אינה אלא לשיטת הרא"ש וסיעתו דסוברים בעדים שאמרו תנאי היו דברינו נאמנים אפי' כ"י יוצא ממקום אחר אבל למאי דקי"ל כהרמב"ם דאין נאמנים בשכ"י יוצא ממקום אחר דלמיעקר סהדותייהו קא אתו והוא היפך דבריהם שבשטר א"כ ה"ה הכא אין צריך הלוה לישבע על טענה שהיא היפך השטר וכ"כ הש"ך בסי' פ"ז סקכ"ז.

קנצי למילין שהח' הנז' שנו ברואה וחייבים הלווים לשלם למלוה ק"ק ונ"א רייאלים בפאם יע"א שיתנו ההפרש ג"ם-ד"ת לכל רייאל ודברים ברורים הם לפני כל יודעי דת ודין ולראיה חתמתי במרחשון שנת א"ף נחל"ת שפרה עלי לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול ס"ט

סימן מ

לבל תהיה האמת נעדרת איצטריכנא לאודועי שהקנם שגבה הנגיד הר"י ישראל מנכסי יב"מ היה ברשותינו לפי שבאו לפנינו עדים שיוסף בן מלכא הנז' הוא שעשה את המעשה הרע ההוא הידוע לנו ועלתה הסכמתינו עם הסכמת יחידי הקהל יש"ץ 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 דפטור 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 מלסטס את הבריות ולא יחרוך רמיה צידו 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 בצתן של ישראל במעשה הרע ההוא שעשה לולי ה' שהיה לנו, וראוי הוא לקונסו ולייסרו בכל מיני יסורין ועונשין וכל ישראל ישמעו ויראו ולא יזידון עוד ולראיה ח"פ וקיים.

ע"ה יהודה אבן עטר יס"ט נאם חיים דוד סירירו סי"ט

עליונים למעלה הניפו ידם בחרב לטושה לחיובו של רשע על צע"ר 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 להתפש ברשתו אשר טמן בעשותו דבר דברי בהזיקא, ויש בו כדי תפיסה, דהוא חטא וזה מינגד והיה לבז ולמשיסה, ונמצא חוטא נשכר. וצדיק נמכר, על לא עשה, ולא כך היא דרכה של תורה. אשר דרכיה דרכי נועם. יהיבא כתיבא נאמנים אמריה בנעימה קדושה, גם הרב זרע יעקב שהביאו לעזרכם לחייבו בקנם, לא דבר בקנס העניים רק חייבו לשלם להנתפס בעדו כל מה שהפסיד באותה תפיסה מטעם דלא אמרו הנתפס בעד חבירו פטור אלא בהיכא דחבירו אין בידו עון אשר חטא בדבר, אבל היכא דפעל ועשה וגרם תפיסה לחבירו חייב לשלם ובנ"ד נראה נחזי אנן אם יש בידו יכולת לפרוע פרעות לזה ולזה יש לנו לקונסו גם לעניים למיגדר מילתא כי רודף הוא להזיק את הרבנים לולי ה' וכו' אבל לעשות הטפל עיקר והעיקר טפל אין הדעת סובלו, ואנכי 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 מיבעיא לדעת הרי"ף והרמב"ם ור"ח וסיעתייהו דסברי דאין חילוק בין גרמא בנזקין לדינא דגרמי, וכתב הרמב"ם פ"ז מה' חובל הלכה ז' כל הגורם להזיק וכו' וכל הגורם נזק לחבירו חייב לשלם ובכל הני דפטר הכא בפ' הגוזל דף צ"ח ע"א וע"ב מטעם גרמא בניזקין מחייבי אינהו כגון דוחף מטבע חבירו לים ופוחת מטבע חבירו בהעברת צורתו ושורף שט"ח של חבירו וזורק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכו' משום דרבא ס"ל דלא דיינינן דינא דגרמי ואנן דקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי מחייבינן בכל הני כמ"ש הרי"ף בפרק הגוזל והוא פסק מרן בסי' שפ"ו יע"ש, דלדידהו אע"ג דלא ברי היזיקא 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 בבריא היזיקא ודבר המצוי וכיוצא, הכא בנ"ד כלהו איתנהו דברי היזיקא ומצוי ורגיל, דמי לא ידע דעושה אלה לא ימלט וגורם רעה לעצמו ולכל ישראל דמרד גדול הוא זה ליהודי לשאת אל גוי חרב דכפי דתם הותר דמם של ישראל והיינו דאמרי לג'ראב אידא כאלאפ'א וכו' וסייעתא דשמייא היא שנתפס זה שהוא איש תם יושב אהלים ולא האמינו מלכי ארץ כי איש כזה יעשה פעולה כזו ולאו בר הכי הוא, אבל אילו נתפס מאריה דעובדא דהכל יודעים דבר הכי הוא אז היו מאמינים בדבר וחמירא סכנתא ומה גם שכתב מור"ם בהגה ס"ג סי' שפ"ו דבכל גרמא בנזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס יע"ש ועיין הרמב"ם פ"ז מהלכות חובל ומזיק הלכה ז'. ובדברי הרב המגיד, 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 בחלק 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 הפ'אשא וכאשר מצא הפאש'א בתוך הזהובים המזוייפים חרה אפו וכו' ושלח משלחת מלאכי רעים ונתפסו ראובן ושמעון וחייב לשמעון לפרוע כל ההפסד מדינא דגרמי אפי' לסברת הרא"ש משום דבריא היזיקא להמיר תמורת טוב ברע דודאי ימלא תמה עליהם הפאש'ה לתתם בבית הסוהר בכבלי ברזל ובמצור ובמצוק וסכנת מות דמי לא ידע שהשר יגיעם להפאש'ה ויציגם לפני הבקיאים לבחור בין טוב לרע, וכתב אפי' לדעת ריצב"א דסובר דאינו אלא מטעם קנסא בנדון זה ראוי לקנוס כדי שלא יהיה כל אחד 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 כל ההפסד הבא מחמתם וכל השוחדות והפיזורים יע"ש באורך, וכתב דדין נתפס על חבירו אינו ענין לנד"ז יע"ש, וכן אנו דנין והולכים ומעשים בכל יום כשמביא איזה גוי כסף סיגים ומעליל על סייג אחד לאמר אתה עשית ונודע מי הוא בעל הפעולה רמינן עליה כל ההפסד וכן העושים בדפוס החפצים שעושים חביריהם לגוים להמיר טוב ברע והגוי כשרואה הכלי משונה חוזר למי שעשאו ושואלים ודורשים על היהודים שעברו במקום תחנות הגוי ומתברר המחליף הוא 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 ובימ'ן נחל'ת דזה יצא להם משותפים שחלקו ונתפס אחד מהם בעלילה שאומרים משל זה, או אפילו לא חלקו ונתפס אחד מהם בעלילה שאינה 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 שהרי דין נתפס על חבירו דלמדו מהירושלמי איירי בנתפס בשביל חוב [ועיין הגהת אשר"י סוף כתובות שכתב בפירוש דלא שייך אלא בב"ח ולא בגזלן דוחק כי אינו מתפיים בפטומי מילי כי אם ברצי כסף כתוא מכמר יע"ש] חבירו 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 כדאיתא פ' אין בין המודר דף ל"ג דחשיב ליה כמבריח ארי מנכסי חבירו ומצינו בתוספות 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 יבוא לכאן או לאו ואינו מצילו אלא מן הדאגה ומן הפחד שדואג שמא יבוא אבל אם הדבר ברור וקרוב לודאי שיבא לידי הפסד אז ודאי נוטל שכרו. ואם הוציא ממונו והציל הכל יפרע בעל הנכסים ופורע חובו נמי לאו מידי יהיב ליה אלא מצילו מצער בעלמא וכו' כדמפרש טעמא בירושלמי מפייס הוינא ליה ומחיל לי עכ"ל יע"ש, וא"כ בנ"ד שהדבר ברור דברי היזקא שיבא לידי הפסד כנ"ל אינו נכנס בסוג נתפס על חבירו וחייב לשלם במיטבא אפי' אם היה נדון זה ענין לדין נתפס דאיירי בפורע חוב כדכתיבנא אלא דלא צריכנא לכל זה דודאי הוא חייב מדינא דגרמי בלא שום פקפוק החו"פ צפרו בתמוז ש' והוציא את האב"ן הראש"ה לפ"ק וקיים. שאול ישועה ס"ט

סימן מא

למשפט עמדו אביגיל אשת חיים ז' לחזאן עם בעלה הנז' כי בעלה הנז' זה כמה שנים והוא חולה עד שנקש כל אשר לו ולא יוכל להסתפק אפי' לחם לאכול ולכן תובעת גטה וכתובתה ואם אין לו רוצה לטרוף בכח כתובתה קרקע שמכר בעלה מאוחר לחיוב שטר כתובתה ונפסק הדין שהדין עמה בכתובתה על שטר חוקה סימן ע' ס"ג שאם אין לו אפי' לחם לאכול כופין אותו להוציא ותהי כתובתה עליו חוב עד שימצא ויתן ע"כ, ממילא מש' שאם יכולה לטרוף בכח כתובתה טורפת ואפילו שבועה א"צ רק שישבע בעלה שבועת הגאונים, ונד"ז מפורסם לכל וידוע עניותו וחליו מעיד עליו דלית ליה מגרמיה כלל באוכן שהיא אינה צריכה שבועה דהו"ל כחוב שיש בו זמן דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים והוא א"צ לישבע כי מפורסם לעיני השמש והירח עניותו ודלותו ואפי' אם תוותר האשה על הגט שלא לגרש מ"מ כופין אותו ליתן כתובה וכמ"ש בסוף סימן קנ"ד ובכל מקום דאיכא פלוגתא אם כופין ואם לאו אע"ג דאין כופין לגרש מ"מ כופין אותו ליתן כתובה מיד וכן הנדוניא דאנעלת ליה עכ"ל, וממילא אין לחוש בזה למ"ש בתקנות דאף הבעל המגרש אשתו ויש לקוחות מאוחרים לכתובת אשתו צריך שידירנה הנאה שלא יחזירנה עד שיפרע ללקוחות דאע"ג דמן הדין דוקא בערב דכתובה ובהקדש צריך שידירנה הנאה אבל לא בב"ח ובלקוחות משום דאינהו דאפסידו אנפשייהו בעיסקא בערכין כו' והביא בסוף סימן ק"ב ע"ש מ"מ הם ז"ל תקנו והשוו הב"ח והלקוחות לערב

הכתובה והקדש כמפורסם בתקנות מ"מ פשוט היא דדוקא שהגירושין באין מרצון הבעל ואינו מחוייב מן הדין לגרש דאז חיישינן לקנוניא אבל במחויב מן הדין לגרש אלא שאינו רוצה להדירה הנאה מה נעשה לו פשיטא דמגבין לה חובה וטורפת מהלקוחות ותשאר תלויה ועומדת עד שירצה לגרש או ירצה אותה ותשאר עמו, ומ"מ כתובה מיהא תגבה ולא חיישינן כלל דבשלמא כשהוא רוצה לגרש מעצמו ואין עליה חיוב לגרש שאז אם לא ירצה לגרש והיא תובעת הגירושין אז דינה כמורדת ואין לה כתובה וממילא לא יועילו הגירושין לטרוף מהלקוחות ולזה כשהוא רוצה לגרש חיישינן לקנוניא אבל כשמחויב מן הדין לגרש כגון נד"ז שאפילו כשיבואו הגירושין ממנה לא תקרא מורדת ואין שייכות לחשש הקנוניא.

כללא דמלתא שנראה שהדין דין אמת שיכולה לטרוף מהלקוחות המאוחרים לכתובתה הן נתגרשה הן לא נתגרשה ולראיה עד"ה ח"פ אך להיות שדין זה בקרובים לי מצד חתנות לכן לא פסקתי אותו בהחלט עד שיצא מוסכם מהרחוקים, ולכן מורה הוראה יגלו דעתם בדין זה וכו' וה' יצילנו משגיאות כי"ר. ע"ה רפאל בירדוגו ס"ט הד"א כמ"ש החכם הפוסק נר"ו וכל דבריו אמת וצדק ואינם צריכים חיזוק ולראיה חתמנו פה וקיים.

ע"ה יהודה אבן עטר ס"ט שמואל אברהם אבן זמרא סי"ט

ראוים הדברים למי שאמרן עשוים באמת וישר דבודאי מן הדין מי שאין לו במה לזון את אשתו אפי' בלחם דכופין אותו להוציא ותהא כתובתה עליו כחוב עד שתשיג ידו ותמצא ממה ליפרע והיכא דאיכא לקוחות מאוחרים לכתובה הרי יש לה ממה ליפרע וטורפת בדין מן הלקוחות דאינהו דאפסידו אנפשייהו שיודעים שכתובת האשה קדמה למכר ולא חשו לקיים מקחן ע"י שתסלק האשה שעבוד כתובה מעל המקח כמה דנהוג עלמא בכל שטרי מקח וממכר וזו עדיפא ממלוה קדומה בשטר דאית לה דין טרפא משום דבשטר אית ליה קלא ומשום דהו"ל לחקור ולדרוש בתר קלא אם נכסי המוכר משועבדים כבר וכ"ש בזו דאין צריך שום דרישה שהכל יודעים שיש שעבוד כתו' לכל אשה על נכסי בעלה דהכי איתא בפ' גט פשוט דף קע"ה ע"ב אמר עולא דבר תורה א' מלוה בשטר וא' מלוה עפ"י גובה מנכסים משועבדים מאי טעמא שעבודא דאורייתא ואלא מה טעם אמרו מלוה עפ"י אינו גובה אלא מנכסים ב"ח משום פסידא דלקוחות אי הכי מלוה בשטר נמי התם אינהו נינהו דאפסידו נפשייהו פרש"י שלא חקרו בדבר ע"כ, ופסקיה הרמב"ם פ' י"א מהלכות מלוה ולוה הלכה ד' וז"ל כל מלוה בשטר גובה אותו מן היורשים ומן הלקוחות כמו שנתבאר ומלוה עפ"י גובה מן היורשים ואינו גובה אותה מן הלקוחות לפי שאין לה קול לפיכך לא יטרוף בה אבל מלוה שבשטר קול יש לה והלוקח

הפסיד את עצמו שלא שאל עד שידע שנכסיו של זה משועבדים במלוה שעליו שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה עכ"ל הרי דטעם גביית מלוה מהמשועבדים משום שעבודא דאורייתא ואפי' הכי גבי מלוה עפ"י דלית קלא חשו לפסידא דלקוחות דאנוסים הם ומאי הו"ל למעבד כיון דלית קלא וגבי מלוה בשטר דאית לה קלא לא חשו לפסידא דלקוחות דאינהו דאפסידו אנפשייהו שלא שאלו בתר קלא אם נכסיו משועבדים כדאמרן וכ"ש גבי שעבוד כתו' המפורסם כדאמרן ומהשתא מאי דאשכחן בתקנה שנתקנה בעשור א' לשבט שנת בה"ר ציו"ן שהיא שנת שס"ג דחשו לפסידא דלקוחות גבי שעבוד כתו' והתקינו לסופרים להודיע לקונה או אל המלוה שאם האשה תסלק שעבוד מעל הנכסים של הלוה מוטב כי דע לך כתו' אשתו קודמת ואם לא תסלק מחר תפסיד חובך ונתנו טעם משום שהרבה אנשים לאו כ"ע דינא גמירי ואינם יודעים שקודמת להם כתובת אשה ומדינא כתובת אשה כחוב שוויוה רבנן ואם ימות הבעל היא קודמת וב"ח יפסיד מעותיו שכך הדין בכתו' שהיא כדת עכ"ל נראה דחשיב לשעבוד כתו' אשה דבר נעלם מעיני בני אדם דלאו דינא גמירי וזה מלתא דתמיהא שהכל יודעים כלה שנכנסה לחופה עומדים וקורים כתובתה בשעת החופה ואיך חשבי ליה דבר נעלם והוי לכאורה היפך ממאי דכתבינן ונראה ודאי דשני תקנות תקנו בו ביום תקנה שהמוכר קרקע ולא סלקה האשה שעבוד כתו' ורוצה לגרשה כדי לטרוף מהלקוחות שידירינה הנאה ותקנה זו בכתובת קאשטילייא איתא דלא הזכירו אם ימות הבעל משום דגבי מיתת הבעל ליכא פסידא לא לב"ח ולא ללקוחות דהחלוקה היא אחר פריעת החובות ולכן תקנו בענין גירושין דשייך בהו פסידא דב"ח ולקוחות ובתקנה שניה תקנו למי שכתובתה כדת דבמיתה נמי היא טורפת מהלקוחות וקודמת לב"ח ולאו כ"ע דינא גמירי לחלק בין כתובה לכתו' וסוברים דכל הכתובות שוות וכי היכי דבכתו' קאשטילייא ליכא פסי' לב"ח וללקוחות ה"נ בכתו' כדת לכך תקנו להודיע להם דמאחר שכתו' אשה קודמת יש פסידא להם במיתה שכתו' שהיא כדת טורפת מהלקוחות וקודמת לב"ח וא"כ לא נעלם מהם שיש כתובה קודמת דבודאי הכל יודעים שיש כתובה קודמת ואין צריך הודעה לזה ואפי' בלא הודעה טורפת מהלקוחות כדאמרן,

ולענין שבועה דרמיא על הטורף נראה לכאורה דאין לה מפלט ממנה דמשנה שלימה שנינו פ' הכותב דף פ"ז הפוגמת כתובתה וכו' ומנכסים משועבדים כיצד מכר נכסיו לאחרים והיא נפרעת מן הלקוחות לא תפרע אלא בשבועה ופסקה הרמב"ם בהלכות אישות פרק י"ו הלכה ך' ומר"ן בא"ה סי' צ"ו סעיף ז' וח' וט' ומשמע דמשביעין אותה כמו שמשביעין לכל טורף שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ולא מכרו לאחר כמ"ש הרמב"ם

פ' כ"ב מה' מלוה ולוה הלכה י' ומרן בחומ"ש סי' צ"ח סעי' ט' וסי' קי"ד סעי' ד' יע"ש אלא דאית לן למידק כיון דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אלא במיתה וגירושין ואית לן חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו היאך משביעין לה שלא נפרעה ובשלמא גבי אלמנה אית לה שבועה אחריתי דלא אתפיסה בעלה צררי ומגלגלין עליה שלא תפסה משלו ולא מחלה וכו' וכמ"ש הרב ח"מ בא"ה סי' צ"ו ס"ק ט' וז"ל דאע"ג דלא ניתנה כתו' לגבות מחיים ואין אדם פורע תוך זמנו באלמנה דאית לה כתו' בתנאי ב"ד רגיל להתפיסה צררי סמוך למיתה כדי שלא תתבזה אשתו בב"ד ואגב זה מגלגלין עליה שלא תפסה ולא מחלה וכו' כדכתב ס"ק י' וסיים בה אבל גבי גרושה דלא התפיסה בעלה צררי קודם גירושין שהוא תוך זמנה ג"כ אינה נשבעת שלא תפסה משלו כלום וכו' וע"כ אין על הגרושה שבו' בחיי בעלה עכ"ל יע"ש וא"כ גבי משועבדים דאמרינן לא תפרע אלא בשבועה איזה שבועה משביעין לה ובפירוש פסק הרמב"ם פ' י"ד מה' מלוה ולוה הלכה א' שאם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע מן המשועבדים שלא בשבועה ואע"ג שהביא הטור שרב האיי חולק בדבר זה וכן שנאה מר"ן במחלוקת בח"מ סי' ע"ח ס"ב מ"מ בסי' קי"ד ס"ד סתם לן כהרמב"ם וא"כ מר"ן הקדוש דסתם לן דבריו בגרושה בא"ה סי' צ"ו ס"ז וט' דמשביעין אותה צריכים אנו לדעת איזה שבועה משביעין לגרושה כיון דלא שייך בה שבו' שלא נפרעה גם הגלגולים אזדי להו ושבועה דלא אתפיסה צררי נמי לא שייכא בגרושה כדאמרן ומה גם בנ"ד שהבעל חולה ואין כל מאומה בידו להם להספיק אפי' לחם לאכול איך נחוש להתפסת צררי דחייו קודמין והגע עצמך דחששת צררי היינו דמזמן ארוך התפיסה בהיותו בריא ונפש שביעה מ"מ כשרואה עצמו מוטל ע"ע דוי עטוף ברעב חוזר ונוטלם הימנה וכמ"ש אצלי כמה פסקי דינין בענין זה אפי' באלמנה מהרב יעב"ץ ובית דינו הצדק אלא דיש לנו לומר דגרושה דמיירי בה מר"ן איירי בבאה לטרוף אחר גירושיה שכבר עבר זמן הפירעון דקי"ל בחי"מ סי' ע"ח ס"ג דאפי' ביומא דמשלם זמניה נאמן לומר פרעתיך היום דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זימניה ולכן משביעין לגרושה שלא נפרעה ומגלגלין עליה שלא מכרה ולא מחלה וכו' ולפי זה בנ"ד שעדיין לא נתגרשה דהוי ודאי תוך זמנה, דזוכה מן הדין ליפרע בכתובתה בלא גרושין אין עליה שבועה של כלום ועם היות דלסברת הרא"ש שהביא הטור בסי' ע"ח דמצי הלוה למטען פרעתי אפילו תוך הזמן א"כ גבי משועבדים אנן טענינן מה דמצי הבעל למטען ורמינן שבועה עליה שלא נפרעה וכו' מ"מ מר"ן הב"י פסק כהרי"ף והר"י בן מיגאש דכתב שכך דעת הרמב"ם דלא מצי טעין תוך זמנו כלום, ואף על גב דבשולחנו הטהור פסק בסימן פ"ד גבי פוגם שטרו בסעיף ד' דאם הוא תוך זמנו אע"פ שפגם שטרו

יפרע שלא בשבועה אא"כ טען הלוה ישבע לי עכ"ל. הרי דמצי טעין ישבע לי אפילו תוך זמן כבר הקשה זה הסמ"ע שם ס"ק ח' וש"ך ס"ק ג' וכתב סמ"ע דיש לישב דהכא שאני דאיתרע ליה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שהרי הוא עצמו מודה שפרע לו קצת תוך זמנו יע"ש גם הרב ב"ש בא"ה סי' צ"ו הביא מחלוקת הרא"ש והרי"ף בזה וכתב שכך דעת הרשב"א כהרי"ף דלא מצי טעין פרעתי תוך זמן וכן דעת ר"י ובה"ת ומסיק דהעיקר כדעת פוסקים הללו דשבועה זו תקנתא היא ובמקום פלוגתא אוקמינן אדינא יע"ש ולענין התקנה שנתקנה ג"כ בעישור רא' לשבט שנת יג"ן לפמ"ה שהיא ש' שס"ג לפ"ק שתקנו שכל שמכר הבעל קרקעותיו ולא סלקה האשה שעבוד כתובתה מעליהן וכו' צריך שידירינה הנאה אע"ג דמדינא אין צריך להדירה כמו ערב דכתובה וכיוצא המה ראו דבכל יום ויום עושים תחבולות והברחות על הלקוחות ועל ב"ח לגרש נשותיהן ואח"ך מחזירין אותם מ"מ נ"ד אינו נכנס תחת סוג התקנה דאין כאן תחבולה והברחה ומן הדין כופין אותו להוציא זולת אם מחלה האשה ההיא על גטה וגובה כתו' מן הדין אפי' מן הלקוחות כדכתיבנא ומאחר דלא דברה התקנה בכגון זו מוקמינן הכל אדין תורה כי התקנה מחודשת היא ופרטית לגבי ד"ת הכללי וכתב הרא"ש כלל נ"ו שאין למידין מהתקנה אפי' דבר שהוא ק"ו ועיין מהר"ם אלשיך סי' פ"ד שכל שלא נזכר בפירוש בתקנה נעמידינו על ד"ת כ"ש נ"ד דאינו ענין לתקנה כלל דליכא שום חשש הערמה וקנוניא כלל, העולה ממאי דכתיבנא דרשאה לטרוף האשה הנז' מהלקוחות הן קבלה גטה הן מחלה גטה ואין עליה שבועה של כלום ולראיה חתמתי פה צפרו יע"א בחדש זו שנת א"ף נחל"ת שפרה לפ"ק וקיים.
שאול ישועה ס"ט

סימן מב

שאלה ראובן היה נשוי ב' נשים וכשמת בלא בנים עמד אחיו ויבם את אשתו ונשארה א' מן הנשים אל' וראובן הנז' היתה לו שררה ליטול סך מה בכל שנה מבית המטבחים כנהוג בפאם יע"א והן עתה רצתה האלמ' אשת ראובן ליטול חלקה העולה בהנאה הנז' דהיינו שתחלוק עם היבם. ההנאה ההיא כמשפט החלוקה, והיבם השיב שהוא עומד במקום אחיו לירש הכל ואין לאלמ' הנז' ליטול כלום דבשלמא בהנאת ב"ה שתקנו הקדמונים דהאלמ' תטול מפני כבוד בעלה, היינו מחמת שיש לה אחיזה בגוף הקרקע אבל בנ"ד שהיא שררה בעלמא אין לאשה ליטול כלום, ומה גם שהאשה הנז' אינה

צריכה להנאה זו שיש לה במה להתפרנס וכשיש לה במה להתפרנס אפי' בב"ה אין לה ליטול כלום כמו שנמ"ך בפסקים:

תשובה מילתא דפשיטא שאין להאלמנה שום זכות מן הדין לא בשררת ב"ה אפי' של יחיד ולא בשום שררה מהשררות ועם היות דבב"ה של יחיד אית לה חלק בגוף הקרקע לית לה שום זכייה בשררתה כלל ואינה נוטלת אלא שכירות מקום כבית דירה דעלמא וכן דנין אנו והולכים ע"פ פסק הרבנים המובהקים מוהר"ר יהודה בן עטר זלה"ה ומוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ככתוב אצלנו וחתום בחותמם הקדוש אלא דנהגו לתת להאלמ' חלקה בהכנסת ב"ה אפי' בבה"כ של רבים שאין לה חלק בגוף הקרקע מפני הכבוד שלא תתבזה ותצטרך לבריות והבו דלא להוסיף עלה בשום שררה אחרת כלל כלל לא, ואפילו בשררת ב"ה עצמה לא הוי מנהג קבוע לכוף עליה ולומר מנהג מבטל הלכה אלא דרך כבוד בעלמא, והא לך מה שכתוב אצלנו מהרבנים המובהקים מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ומוהר"ר שלם אדרעי זלה"ה ומוהר"ר שמואל ן' אלבאז זלה"ה בחותמם הקדוש מה שפסקו בענין ב"ה של רבים אשר פה צפרו שהחזיק בשררתה הח' הש' הדו"מ כמוהר"ר שמואל בן חותא זלה"ה וכשנלב"ע החזיק בה בנו אחריו כהה"ר יצחק ז"ל ועמדו יחידי הקהל ורצו להוסיף שליח אחר עמו בטענה שגוף הקרקע של ב"ה של הקהל והם יפרנסו את אמו ממקום אחר והיתה תשו' הרבנים שאינם רשאים וכו' ויעמוד הבן בשלו לענין השררה בכל ולענין ההכנסה יטול מחצה מחמת עצמו ומחצה תטלנו אמו כל ימי חייה לצורך הספקתה ואחרי מותה גם את הכל יקח. כחו וכח אביו. אבל מה שאמרו לו הנח אמך ואנחנו ביניינו ובינה אין זו טענה אלא דחייא בעלמא כי הלואי יטפל בה בנה החייב בכבודה אבל אין לאמו כח לתת לשום אדם שהרי לענין שררה אין לה כלום אלא לענין ההכנסה יש לה קצת זכות מפני כבוד בעלה שלא תתבזה ושלא תצטרך לבריות ומה שנוטלת משל הבן היא נוטלת שהרי לפי האמת זכה בכל אלא דאריה דכבוד בעלה דהיינו כבוד אביו רביע עליה, ולפיכך הוא יטפל בה עכ"ל לענייננו מוכח מדברי קדשם שאפי' בשררת ב"ה אינה דבר שבחובה ולצורך הספקתה שלא תתבזה ותצטרך לבריות אבל לא במי שיש לה הספקה ממקום אחר ומשמע דוקא בבן שמחוייב בכבוד אביו ובכבודה אבל לא בשאר יורשיו שאינם מחוייבים לא בכבוד המת ולא בכבודה וכ"ש בשאר שררות כגון שררת השחיטה וכיוצא בה דלא אמרה אדם מעולם, ואחר שאין לאלמנה שום זכות בשררות כאמור ואין לו בן, אחיו יזכו באותם שררות וכשיש יבם יקום על שם אחיו המת ליטול חלק המת נוסף על חלקו ועם היות דקי"ל בפ' יש נוחלין דף קכ"ג ע"ב דאין היבם נוטל בראוי כבכור וגבי הזרוע והלחיים

אין הבכור נוטל פי שנים אלא בבהמה דאשתחיטא בחיי אבוהון ובמכירי כהונה אבל מאי דאשתחיט מכאן ואילך אפי' במכירי כהונה אינו נוטל בו פי שנים דלאו מוחזק איקרי ופסקה מר"ן בחו"מ סי' רע"ח ס"ח יע"ש, וא"כ הכי נמי נימא גבי יבם דאין הנאות ב"ה והנאת השחיטה מוחזקים ליטול היבם חלקו וחלק המת ויחזור חלק המת לכל האחים הא ליתא דבמכירי כהונה כשנלב"ע מכירו רשאי לתת מתנותיו לאשר יחפוץ משא"כ בהנאות השררות דירושה הם לבניו כדכתיב והכהן המשיח תחתיו מבניו וכו' וכשאין לו בן זוכים אחיו כדתניא בספרא פ' שמיני רשב"ג אומר משום ר"א ן' עזריה הרי הוא אומר ומת נדב ואביהוא וכו' ובנים לא היו להם שאלו היו להם בנים היו קודמים לאלעזר ואיתמר שכל הקודם בנחלה הוא קודם בכבוד ע"כ ופסקה הרמב"ם בה' מלכים פ' א' הלכה ז' וז"ל כשמעמידין המלך וכו' זוכה לו ולבניו עד עולם שהמלכות ירושה וכו' וכל הקודם בנחלה קודם לירושת המלוכה וכו' ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המנויים שבישראל וכו' עכ"ל. הרי דכל השררות ירושה הם וכל הקודם בנחלה כגון בן קודם לירושה וכשאין בן האח הוא הקודם וכיון דהם ירושה זוכה היבם בחלקו וחלק המת ואין לאחיו אתו בחלק אחיו החותם פה צפרו בחדש זו שנת כי אחז"ת עול"ם הו"א להם ליצירה וקיים.

שאול ס"ט

סימן מג

עמדתי ואתבונן בפסק זה אשר נטע ואשר בנה החכם הפוסק לסלק היורש מנחלתו ואנא דאמרי כל הדן דין אמת לאמתו ישפוט בצדק שזכאי הר' ימין עולייל לפדות החזקה שהניח אביו ז"ל ממושכנת ואל אחוזת אבותיו ישוב וזו היא שקשה בדיני ממונות להוציא קרקע מחזקת בעליה בלתי ראיה חותכת שהרי הלכה רווחת שהיורד לקרקע חבירו בתורת משכונה אין לו בה חזקה שהרי הוא יורד ברשות לאכול פירות מכח המשכונה וכללא הוא דכל יורד ברשות שאין לו חזקה ופסקה מר"ן בסי' ק"ן ס"א ואע"ג דבסעיף ג' מייתי פלוגתא דלי"א קמא אין לו בה חזקה לעולם אפי' אם ידוע ששלמו ימי המשכונה והחזיק בה ג' שנים אח"ך ולי"א בתרא אם אכלה ג' שנים אחר שכלו ימי המשכונה יש לו חזקה והוה אמינא דקי"ל בעלמא די"א וי"א הלכה כבתרא מ"מ הכא כיון דבסוף סי' שי"ז חזר וסתם כי"א קמא הכי נקטינן עיין יד מלאכי בכללי הש"ע סי' י"ג ומה גם דלקושטא דמילתא הני משכונות דידן דכתבינן בהו שיפדה בזמן פ' בנכוי כו"ך לשנה וכל זמן שלא פדה תמשך בניכוי הנז' כמשכנתא דסורא שהדין בה במישלם

שנייא אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף למרה א"כ לא יושלמו ימי המשכונה עד גמר דמי המשכונה בניכוי הנז' דאע"ג דהגיע הזמן שרשאי לפדות מ"מ לא נסתלק המלוה מאכילת פירות כ"ז שלא פדה הלוה והיאך יחזיק בקרקע הלוה באכילת פירות שיורד להם ברשות וקי"ל כל היורד ברשות אין לו חזקה. ומעתה אין אנו צריכים לומר דחזר וסתם בסי' שי"ז כי"א קמא דיש לנו לומר דההיא דסי' ק"ן דאתנייא בפלוגתא מיירי במשכונה בנכייתא באתרי דמסלקי שאינו רשאי עוד לאכול פירות במישלם הזמן ובזה הוא דקאמרי הרמב"ן והרא"ש והר"ן דאפי' הכי אין לו חזקה כיון דמתחילה ירד ברשות כההיא דקטן אפי' החזיקו בשלו ג' שנים אחר שהגדיל אינה חזקה עיין נ"י פ' המפקיד ופליג הרשב"א והרמ"ה ואמרי כיון שנסתלק מאכילת פירות מכי שלמו ימי המשכונה והחזיק אח"ך ג' שנים יש לו חזקה וההיא דסוף סי' שי"ז שהיא סברת המגיד משנה מיירי בכותב במישלם שנייא אלין וכו' כמשכנתא דסורא ואתיא ככ"ע ודייקי התם דברי מר"ן שכתב וז"ל ודוקא שאין עדים שהיא מושכרת או ממושכנת וכו' קתני ממושכנת דומיא דמושכרת והיינו משכנתא דסורא ומעתה עלו ובאו דברי מר"ן על נכון ושפיר מתרצא קושיית הש"ך בסי' שי"ז דמאי שנא הכא דמייתי לה סתמא ומ"ש בסימן ק"ן דאייתי לה בפלוגתא ומ"ש הש"ך שבב"י סי' ק"ן כתב שהרשב"א חולק על הרב המגיד הנה הרב בעל גידולי תרומה בשער מ"ט חלק ששי סי' י"ב תמה מה שייכות יש כאן לדברי הרב הנימוקי דבדברי הה"מ ליכא מאן דפליג ומחלוקת הר"ן והרשב"א הוא ענין אחר יע"ש, ואני אומר שדברי מר"ן ב"י אינם חוזרים על דברי הה"מ אלא על פסק הלכה דפסק מר"ן כרב יהודה ולא כרב עוירא ושכן פסק הרמב"ם ואגב הביא מ"ש הה"מ על הרמב"ם וחזר לענין ראשון שכתב הנ"י שכן כתב הר"ן דאלו לענין שאין חזקה ליורד ברשות מכח משכונה לעולם הא כבר כתבה לעיל מר"ן ב"י אלא ודאי לענין פסקא דדינא הביאה כאן ודקדק מר"ן מלשון הנ"י אחר שהביא דברי רב יהודה ופירש"י כתב וכ"כ הרנב"ר ואי לענין חזקה איתמר לא נזכר כלל עניינה לעיל למימר עלה וכן כתב הר"ן אלה ודאי דקאי אדברי רב יהודה דפסק הר"ן כוותיה והוסיף הר"ן לקח טוב דכי איתנהו לסהדי דמעיקרא ירד לה בתורת משכונה אין לו חזקה לעולם ודו"ק.

שוב מצאתי בנימוקי הרב הגדול מוהר"ר מרדכי בירדוגו זלה"ה המועתקים אצלי שכתב בענין זה וז"ל היורד בתורת משכונה אין לו חזקה ופלוגתא דרבוותא אי אית ליה חזקה אחרי ששלמו ימי המשכונה ודעת תניינא דאחר ששלמו ימי חזקה, נלע"ד פשוט שאין בכלל זה הזמן שעושים במשכנתא דסורא ותוך הזמן לא יפדה ואח"ך יפדה ונמשכת בניכוי איסר דכולה משכנתא זו כבתוך הזמן הוי שהרי עוד כל ימי הארץ אוכל פירות

עד שיכלה הקרן ואין נקרא שלמו ימי המשכונה אלא כששלמו ימי שיעור הקרן כמש' דסורא דשוב אין לו פירות למלוה וחזרו המעות חוב ודבר זה פשוט מאד אלא לפי שטעו בו רבים כתבתי זה להסיר הטעות עכ"ל, גם בפסקיו המועתקים אצלי בסי' כ"ב האריך בדבר זה בראיות ברורות גם הרב כנה"ג הביא משם כמה גדולים דהיורד בתורת משכונה אין לו חזקה עולמית וכ"ש במשכנתא דסורא וכל זה ברור כשמש, ולפי זה בנ"ד שהיתה המשכונה ההיא ממושכנת ביד גוהרא אל' דוד ן' יונם וירשה אברהם ן' יונם יורש עצר שלה והוא מכרה לאחרים אין לשום אחד מהם שום חזקה ואע"ג שאברהם הנז' מכר החזקה הנז' להר' יעקב טאווריל בתורת מכר לא מפני כך יעקר שם משכונה ממנה דמה מכר ראשון לשני זכות שבידו ולא מכר לו אלא משכונה שבידו, ואע"ג דמר"ן בסי' ס"ו ס"ח כתב שטר משכונה להר"י ן' מיגאש בעי כתיבה ומסירה פוק חזי מ"ש מהריט"ץ בסי' קס"ו דאין הדברים אמורים אלא במוכר שטר משכונה אבל המוכר גוף המשכונה מהנייא ביה מכירה דמגופא דארעא קנו מידו ויכול הממשכן למכור גוף המשכונה בלשון מכירה גם הרב הגדול מוהר"ר משה בירדוגו זלה"ה כתב בפסקיו הכתובים אצלי בחותמו הקדוש מסברא דנפשיה כדברי מהריט"ץ וחתם עמו הרב מוהר"ר משה אדהאן וכמה"ר אברהם ן' חסין, וא"כ אחר שנתברר שאין להם חזקה כי היכי דלא מצו למטען לקוחה היא בידינו ושטר היה לנו ואבד ה"נ לא מצו למימר דהורידו ב"ד לאברהם היורש הנז' והחליטוה בידו מכח הפירות שעלו במשכונה אם לא יוציאו ההורדה כוח"ך מיוסד' עפ"י הדין ומה שנסתייע החכם הפוסק מפסקיה של מוהר"ר יהודה הלוי זלה"ה אפי' אם העיד בדבר ברור שהיתה הורדה לא יסתלקו הבעלים מחזקתם בעדות עד א' אפי' הוא רב העיר עיין הרדב"ז סי' שס"ח ואותו העד החותם עמו לא חתם על הפסק רק על הפשרה וכ"ש שלא העיד שראה שום הורדה רק שטען לפניו הר"ש רופא שמכח הפירות שעלו במשכונות הורידו ב"ד ליורשי גוהרא וזכתה בחזקת החצר הנז' זכייה גמו' אחר השומא וההכרזה עכ"ל והחכם הנז' פסק להם לבטל משכונת אסתר אל' אברהם בונאן שמשכן לה הר"ש עולייל באייר תקל"א מקמי המשכונות שקדמוה שמשכן לגוהרא תחילה מחצית החזקה בניסן תקכ"ג ובחשון תקל"א משכן לה הנשאר בזכות החזקה הנז' ולא נשאר לו מה למשכן לאסתר הנז' ומחמת האומרים שהמותר שיש בשכירות על השכירות שקצב למשכונות הראשונות הוא שמשכן לאסתר הנז' לכן כתב מדנפשיה וז"ל מכיון שנשתעבד גם לשכירות העולה מיום הודאת המשכונה כימ"ה שכ"כ והודו על הכל שטר המשכונה ושכירות מוח' ומקויים עליהם דהרי נכלל הממשכן עם השוכר ונשתעבד גם לשכירות ג"כ וכבר נהגו ב"ד של העיר הלזו לדון על פי לשון זה ולחייב

הממשכן בשכירות כאלו נזקף עליו שטר שכירות ולטרוף מן המשועבדים וא"כ הרי שטר משכונה ושכירות של גוהרא קדם לשטר משכונה של אסתר ונשתעבדה כל החזקה וכל נכסי הר"ש ן' עולייל למשכונה ולפירותיה וכיון שלא הספיקא החזקה לפרוע המשכונה ופירותיה והוחלטה ביד יורשי ג'והרא ממילא פקעה המשכונה עכ"ל, הרי דאין הוכחה מדברי מהרי"ל ז"ל שהיתה שום הורדה בפועל רק שהוא דן מדעתו לחייב הלוה הממשכן גם בפירות המשכונה הנזקפים על השוכר מדר' נתן מחמת שהממשכן הוא שדר במשכו' ודן גם להוריד המלוה לנכסי הממש' להחליט בידו גוף המש' וזה דבר שאין לו שחר וישתקע הדבר ולא תעשה כזאת בישראל שיסכימו ב"ד להוריד המלוה לגוף המשכונה להחליטה בידו מכח השכירות שהיה דר במשכונה בעפ"י ולא נזקפו עליו השכירות בשטר דאע"ג שמוציאין מידו מדר"ן מחמת שהיה דר היינו כשהוא לפנינו ומודה שלא פרע השכירות כדאיתא בסי' כ"ו ס"א אכן כשאינו לפנינו טענינן ליה דילמא פרע ליד המלוה או ליד שלוחו או ליד השוכר דכיון דהשכירות גביה מלוה על פה מצי למיטען פרעתי ליד המלוה או ליד השוכר וכן כתוב אצלי בפסק הרב הגדול מוהר"ר מרדכי בירדוגו זלה"ה דאפי' נימא שהשוכר לשריותא בעלמא הוא דאתי והוי כשלוחו של הממשכן מ"מ מצי הממשכן למימר פרעתי השכירות אפי' ליד השוכר שהרי כתב מור"ם בהגה חו"מ סי' קכ"ט סעיף י"ב וז"ל טען הלוה שנתן מדמי הפירעון לערב ליתנם למלוה נשבע היסת ונפטר וכתב הסמ"ע דלא גרע משליח שעשאו בעדים יע"ש, והא התם דיד המלוה נטויה על הלוה יותר מן הערב ואפ"ה אי טען הלוה פרעתי לערב נשבע היסת ונפטר כ"ש הכא בנ"ד שלא נתחייב הלוה למלוה כלום מהשכירות רק העמיד לו שוכר לפורעו והשוכר יחזור עליו שודאי פשוט הוא שיכול לטעון פרעתי לשוכר מדין שליח כדאמרן עכ"ל, ותדע דבשאר אינשי הגם דבשניהם מלוה בשטר לא מצי ב"ח של המלוה לגבות מהלוה מדר"ן עד שיסדר נכסיו המלוה וישבע ולא ימצא אתו אלא חוב זה ואז נזקקים לו ב"ד להוציא מהלוה ולתת לב"ח של המלוה כדאיתא בסי' פ"ו ס"ב, ובנ"ד דאין השוכר בא אלא לשריותא בעלמא ולא לפרוע מכיסו היכא דאית ליה שטר לשוכר על הממשכן דלא מצי למימר פרעתי מוציאין ממנו ונותנים למלוה בלתי סדור נכסי השוכר אבל בהיכא דלא כתב השוכר שטר על הממשכן דמצי למימר פרעתי או לשוכר או למלוה אי איתיה קמן נשבע ונפטר ויפרע השוכר מכיסו דאיהו דאפסיד אנפשיה דאסר עצמו בשטר והניח הממשכן לדור בעפ"י ומבואר בתקנה שנתקנה שנת פר"י מגדי"ו שיקנו הסופרים מהאפוטרופוס בק"ס שמשכיר הקרקע ההוא לשוכר ויקנו מהשוכר שנתחייב בשכירות לפרעם ליד האפוטרופוס ויחזור וישכירנו לבעל הקרקע

בק"ס ויחזור בעל הקרקע ויתחייב לפרוע השכירות ע"כ ענין התקנה, וכאן לא עשו כלום מהתקנה והניח המשא על השוכר ישא לבדו המשא והיורשים של הממשכן טענינן ליהו דילמא פרע אבוהון ונפטרו מהשכירות והיותר קשה מה שכתב החכם ז"ל לסמוך על הלשון הכתוב בשולי השטר משכונה ושטר שכירות שנכתבו בהדי הדדי שכ"כ והודו עה"כ שטר משכונה ושכירות מו' וכו' ולמד מזה ממאי דנקט לשון רבים והודו וכו' לכלול הממשכן עם השוכר להשתעבד הממשכן גם לשכירות וזה טעות מפורסם דמאי דנקט לשון רבים הוא לכלול השני שטרות של הלוה הממשכן שנכתב תחילה עם השטר שכירות הבא אחריו שנתחייב השוכר ועל שניהם הוא אומר והודו לומר שהממשכן והשוכר הודו שטר מו' וכו' זה הודה שטר משכונה וזה הודה שטר שכירות כ"א במה שהחזיק ע"ע וכוונת הסופר לקצר שלא לכתוב בסיום שטר משכונה והודה שטר וכו' ויחזור עוד בסיום שטר שכירות ויכתוב והודה שטר וכו'. וערבינהו ותנינהו בלשון קצר והודו וכו' ואין כוונתו לא לחייב הממשכן בשכירות ולא לחייב השוכר בדמי המשכונה, ומה מאד יש להפלא במה שכתב וכבר נהגו ב"ד של העיר הלזו לדון עפ"י לשון זה ולחייב הממשכן בשכירות כאני נזקף עליו שטר שכירות ולטרוף מן המשועבדים עכ"ל. מאריה דאברהם מי שמע כזאת לפרש בדברי הסופרים מה שלא עלה על לבם ולקבוע מנהג כזה לדון על פי הלשון הפך משמעותו ומה גם שהמציא ימין הנז' ק"ע משני עדים שהעידו שהיתה גוהרא גובה השכירות ומה שנשתדל החכם הפוסק להמציא להם צד נגיעה לפוסלם בטלאי ע"ג טלאי והרבה לדקדק אחריהם ולחשוב שכירות השנים שהיה הממשכן בגולה הוא ואשתו בשנת תקל"ו וקא חשיב השכירות עד שנת תקמ"ב באופן דאין אותם הדברים כדאי להשיב עליהם כ"ש שבלי אותה הק"ע זכאי ימין הנזכר בדינו כאמור והאריכות בזה אך למותר ומ"ש בשולי השטר משכונה שנשאר מהשכירות בלי פירעון כו"ך ולא נשאר שטר זה רק לענין קדימה בלתי שום חתימה אינו כלום ואלמלא שיורשי הר"ש רופא מוחזקים במשכונה אמרינן שטרא פריעא מהאי לישנא, סוף דבר אין על ימין לפרוע אלא קק"ם נ"ם ש"ש תקכ"ו וסך נ"ם של המשכונה שנמסרה לגוהרא הנז' אחר הסרת הניכוי והמשכונה ש"ש תקל"א הנז' בדברי כמהר"י הלוי כיון שלא נמצא שטר המשכונה אין על ימין שום חיוב מצדה וענין המשכונה שמשכנה אשת כהר"ש עולייל בהסכמת ב"ד שלא נזכרה בדברי החכם הפוסק לא נזקקנו לה כי שמה ישבו כסאות למשפט לדון בין בעלי המשכונה ובין יורשי כהרש רופא נ"ע החו' פה צפרו בי"ג בשבט שנת אעל"ה אתכ"ם לפ"ק וקיים,
שאול ישועה ס"ט

סימן מד

בענין שאלה שבאה מסאלי בראובן שהוציא שטר על שמעון והעמידו לדין לפני ב"ד של שלש וחייבוהו והשביעוהו ש"ח שלא יבריח כלים מנכסיו לתתו לשום ב"ח אחר ויצא מב"ד והתיר שבועתו ונתן המטלטלין שהיו לו לב"ח אחד שנושא בו מלוה ע"פ וחזר לתבוע החזקות והשיב שעדיין לא חלק עם בניו ובאותו היום נתן במתנה לבניו כל זכות שיש לו בחזקות הנז' ושוב הוציא שטר מתחת ידו ונתנו לבניו שהוא כתוב לזכות בניו הנז' לעת נישואין עם השטר וראובן השיב שכבר נטלו הבנים כמה הענקות ומתנות יותר מחלקם בירושת אמם, וישבע כעת כמה הניחה אשתו במצב פטירתה וכמה חובות היו עליו לנכותם וטוען על הבנים לישבע על השטר כמה גבו ממנו וכמה נשאר וכו' והשיב תחילה הח' הש' הדו"מ כמוהר"ר רפאל בירדוגו שמאחר שעבר והתיר שבועתו מה שעשה עשוי ובענין החזקות חלק הבנות שנשאו ודרכן לסלקם בעת הנדונייא אף שאין בידו שטר סילוק נסתלקו דאמרינן ודאי סלקן כנהוג, אך לגבי חלק הבנים שאין מנהג לסלקם טענתם טענה וישבע אביהם על כל מה שהניחה אשתו במצב פטירתה אחר פריעת החובות ועל החוב שהוציאו בניו צריכים לישבע על כל מה שקבלו ממנו מתנות והענקות אפי' לסברא קמייתא דסי' נ"ח ס"ב מודו הכא כ"ש להכרעת מור"ם ואחריו באה תשובת שאר החכמים ומהם השיגוהו דסברת מר"ן בסי' נ"ח אין המתנות לפירעון וגם על מה שכתב בלתי סילוק מסתלקים הבנות והביא כהר"ש וואעיש פס"ד מהראשונים בנדון ראובן שהודה לבנו שט"ח מפאת חלוקת אמו ואח"ך עמד אביו ומכר הקרקעות ובקש הבן השטר ולא נמצא ורצה לטרוף מכח כתובת אמו ואביו מודה שעדין לא נפרע והשיבו דפקע שעבוד הבן באבוד השטר ושטר כתובה אין בו דבר קצוב ומסויים דנימא הי"ל ללקוחות לאזדהורי מניה ועוד ששטר הב' ביטל את הראשון וחתמו מוהר"ר מרדכי הכהן ומוהר"ר יוסף צבע ומוהר"ר יעקב ביבאס זכרם לה"ה.

וס"ל הסכמת רבני מכנאם מוהר"ר טולידאנו ומוהר"ר חביב אחיו דפקע שעבוד הבן ואביהם שמודה קנוניא בעלמא עשה וחוב הכתובה ודאי שאין להם כח לטרוף בו מן הלקוחות דגם לגבי אביהם אם טען שפרע חלוקת אמם אין להם כח לגבות בו דמעי' חוב הכתובה הוא לגבי אמם דוקא ואין בו זכות לבנים זולת רמז בעלמא שהיא למנהג המגורשים והו"ל כמלוה ע"פ דנאמן בשבועה ונאמן ג"כ בשבועה לומר שחייב לזולת כך וכך ויפרע החובות תחיל' ולא יטלו כלום והחזקות כבר נודע שהוא מחלוקת בין הפוסקים אי חשבינן להו כמטלטלי או כמקרקעי וכיון שכן אין מוציאין מיד הלקוחות, אלו דבריהם ז"ל, ולמד כהה"ר ש"ו מכאן שאין יכולים לטרוף החזקות הנז' מחמת

ששעבדן אביהם לראובן הנז' דהו"ל כמו שמכרן ואין להם ליטול אלא המותר אחר החוב הנז' אם ישנו או לתבוע אביהם והביא עוד מה שכתבו בנדון אחר וז"ל כי מסתמא כיון שהאב העניק גם הבן גם את הבת ודאי שהפקיעו את החובות שהי"ל נגד אביהם כי מי הוא זה ואיזהו חסר מוח אשר אחר תתו כ"כ ממון יניח שטר חוב עליו ומה גם דשטר חלוקה כיון שאינו אלא מכח התקנה לא אלים כחה כ"כ כיון דהורע כוחיה לגבות מכח זה עכ"ל וחילק בין נד"ז למ"ש מרן בסי' נ"ח ס"ב גבי פירעון השטר דאין מתנות לפירעון דהתם בשטר גמור דשעבודא דאורייתא והתם דאתי מכח התקנה לא אלים כוחיה וכו'.

וזה מה שכתבתי אני הצעיר על ענין זה

התבוננתי בדברי השאלה הנ"ל ומאי דאיתמר עלה מקדישי עליונים ואחזה אנכי אשית לבי דדא עקא לומר דהנשבע לתועלת חבירו כנ"ד תהני ליה התרה בדיעבד ובפרט היות השבועה ע"פ ב"ד של שלש דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה ובפרט בדור הרע הזה שרבו עבדים המתפרצים וכל הנשבע יעמיד ג' הדיוטות ויתירוהו ואין בידינו למסרם ולהוכיחם שיהיו נרתעים לאחוריהם וכמו שכן רמז החכם השואל בשאילתו שאלת חכם, ועם היות שמר"ן הקדוש ביו"ד בסי' רכ"ח פסק כר"ת דבדיעבד הויא התרה משום דנראה שכך סובר הרא"ש שהביא דבריו לכן הביא סברא זו בסתם וסברת הראב"ד והרשב"א וכמה גדולים שהביא מוהריק"ו בסי' נ"ב הביאה בשם יש אומרים וקי"ל הלכה כסתם עכ"ז אנהרינהו לעיינין הרב הגדול מוהרדב"ז בחלק א' סי' שכ"ז שכ' דלא פליג ר"ת אלא בנשבע על דעת חבירו דתהני ליה התרה בדיעבד אבל בנשבע לתועלת חבירו מודה ר"ת דאפילו בדיעבד אינו מותר וז"ל הרדב"ז לא עלה בדעת אדם לומר שיוכל להתיר שבועה שלא ישא וכו' שלא מדעתה וטעמא דמלתא כיון שהשבועה היא לתועלתה אין מתירין אותה אלא מדעתה 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 ובזה לא שמענו, והביא סעד ממעשה בא לפני הרשב"א ז"ל במי שחייב לחבירו בשבועה לפרוע לו לזמן פ' והלך ושאל על שבועתו והתירו לו והשיב ז"ל שאול הותר כלל [אמר הכותב תשובת הרשב"א הביאה מרן ב"י בסי' רכ"ח ביורה דעה וז"ל והרשב"א כתב בתשובה אם נדר או שבועה היא לתועלת מי שנשבע או נדר לו אין מתירין אלא מרצונו ואפי' התירו שלא מדעתו ורצונו אינו מותר וכו' וגם ר"ת מודה בכך עכ"ל יע"ש] והביא ראיה הרדב"ז אפי' לדבר מצוה כנדון דידיה שהיתה האשה שנשבע

לה זקנה וחדל לה ארח כנשים ורוצה הבעל להתיר לקיים מצות פ"ו אפ"ה אינו מותר וסיים בה וטעמא רבה איכא דאין אומרים לאדם תפסיד את שלך כדי שיזכה חבירך דע"כ לא פליגי אלא בנשבע לדעת חבירו אע"ג דאית ביה הנאה לחבירו כגון הנאת כבוד או קלון כמעשה נבוכדנצר או להנאת חבירו כהנאת יתרו עם משה אבל היכא דליכא דררא דממונא לכ"ע אינו מותר עכ"ל, ואף דמתשובת הריב"ש סי' קפ"ו נראה דאין חילוק בין נשבע ע"ד חבירו לנשבע לתועלת חבירו שהרי נשאל על מי שנשבע לתת דבר לחבירו או לפרוע לו לזמן והביא מחלוקת הראב"ד ור"ת ופסק כר"ת אף בנ"ד מ"מ לדברי הרדב"ז שומעין דבתראה הוא ומה גם שגם הרב דרכי נועם סובר כהרדב"ז בחלק י"ד סי' ה' והביא כמה דעות ודעת הרדב"ז בתוכם והעלה הלכה למעשה דכל שהוא לתועלת חבירו אינו מותר אפי' בדיעבד וחתמו עמו המאורות הגדולים הרב מוהר"ר דוד די מדינה והרב מוהר"ר יעקב בי רב והרב מוהר"ר שמואל ויטאל יע"ש, ועוד שהרדב"ז באותה תשובה הנ"ל כ' דהיכא דאיכא צד אחר כגון נדון הרדב"ז דנוסף על מניעת התועלת צערא דגופא אפשר שגם הריב"ש יודה יע"ש וא"כ בנ"ד נמי דיש צד יותר מזה דנשבע עפ"י ב"ד של ג' ואיכא אפקירותא וזילותא דבי דינא בהמרות על גזירתם ודאי בזה יודה הריב"ש והגם שמר"ן הקדוש פתח בסי' רכ"ח ס"ק בנודר ע"ד חבירו אם בדיעבד התירו לו בלא דעתו הויא התרה וסיים בה בלשון הריב"ש והוא שפרט הנדר וידע החכם שלתועלת חבירו נעשה משמע דאין שום חילוק בין נשבע ע"ד חבירו או לתועלתו כדברי הריב"ש שממנו הוציא דין זה כבר נתעורר הרב ש"ך בזה בס"ק מ"ח וז"ל הלשון אינו מדוקדק דהריב"ש שם מיירי כשנדר 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 כדכתיבנא ואפי' נימא שמרן קבל דעת הריב"ש היינו מחמת שלא ראה דברי הרדב"ז שהיה שותה בצמא את דבריו וכותב עליו כבר הורה זקן ומה גם שגם רבו מוהר"ר יעקב בי רב קאי בשיטה זו כנ"ל בודאי לא ידין היפך דעתם, ומעתה בעמוד והחזיר קיימי אותם שהתפיס להם החפצים שלא התפיסם אלא אדעתא שהותרה שבועתו ואין כאן תפיסה ומוציאין מידם ונותנים לבעל השטר.

עוד זאת אדרש דאף בלא זאת אין תפיסתו כלום נגד בעל השטר אף אם היתה מלוה ע"פ דידיה קודמת דאע"ג דקי"ל כרב האיי כדפסק מר"ן בחו"מ סי' ק"ד סי"ג וז"ל מלוה בשטר ומלוה על פה מוקדמת מלוה עפ"י קודמת לגבות מבני חרי שעדים מעידים שקדמה ע"כ, מ"מ אית לן לאוקומי הנכסים בחזקת בעל השטר מכמה טעמי חדא דלכתחילה הוא דאמרן מלוה עפ"י שקדמה קודמת לגבות אבל אם קדם המאוחר וגבה אפי' גם

הוא בעפ"י מה שגבה גבה וכמ"ש מור"ם בריש סי' זה בהגה ועיין סמ"ע ס"ק ג' ובנ"ד כיון שזכוהו ב"ד והשביעוהו שלא יבריח מנכסיו כלום אלא הכל לבעל השטר הו"ל כגבוי דאע"ג דקי"ל כב"ה בשטר העומד ליגבות דלאו כגבוי דמי ה"מ שלא עמד בדין אבל כשעמד בדין וזכה בב"ד לגבות בו כגבוי דמי עיין בית אברהם חלק חו"מ סי' ס"ז בהלכות שמיטה.

ועוד דבהא דאמרינן מלוה עפ"י קודמת לגבות כתב הרדב"ז בסי' שנ"ה ח"א דלא משכחת לה אלא בהיכא שבעלי השטרות עצמן מודים לב"ח שבעפ"י המוקדם שיש עדיין חוב זה עליו אבל בלא זה אפי' היא מלוה בעדים דלא חיישינן לקנונייא שעשו ביניהם כדי שלא יגבה בעל השטר מ"מ ניחוש שמא פרעו דקי"ל המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים ועתה עושה קנונייא ואומר שלא פרע כלום ואפי' דלא טענו הכי בעלי השטרות כגון האי פתח פיך לאלם הוא הלכך לא משכחת לה אלא שבעלי השטרות מודים שיש עדיין חוב זה עליו הילכך כל מי שקדם חובו זכה עכ"ל הרדב"ז וגם הלבוש מחשש קושיא זו כתב וז"ל והוא שיעידו העדים ג"כ שידוע להם שעדיין לא נפרע ואם לאו יוכל בעל השטר לטעון שמא פרעו ואפי' בשבועה לא יטול וכו' יע"ש ורחוק הוא שימצא עדים שלא זזה ידם מתוך ידו כדי שידעו ודאי שעדיין לא נפרע וי"ל דמשכחת שהעדים המעידים על ההלואה מעידים שאמר לו אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ובאים פ' ופ' ומעידים שלא פרעו בפניהם וא"כ בנ"ד דליכא שום חדא מהני אין שום קיום למלוה עפ"י נגד מלוה שבשטר.

ועוד אפי' היה במציאות שבעלי השטרות מודים שעדיין לא נפרעה מע"פ או שעדים מעידים בבירור שלא נפרעה כדכתיבנא מ"מ צריכין אנו לדעת נכסים הללו אימת זכה בהם הלוה שהרי כתב הרדב"ז באותה תשובה הנ"ל שאין הדברים אמורים אלא בנכסים שהיו ללוה בשעה שלוה מע"פ המוקדמת דאז נשתעבדו למלוה עפ"י אבל נכסים שקנה אחר שלוה אין לב"ח שבעפ"י כלום שהרי לא כתב לו דקנאי ודאקני שהרי אין שם שטר יע"ש באורך:

וא"כ בנ"ד כשלא יכול לברר בעדים שמטלטלים אלו היו בידו קודם שלוה המלוה עפ"י המוקדמת דמחזיקנן ליהו כלוה ולוה ואח"ך קנה כדאיתא בסי' ק"ד ס"ה אין לבעל המע"פ כלום דמה שקנה אח"כ לא חל עליה שעבודא דידיה כיון דלא כתב ליה דאיקנא ויטול בעל השטר דכתב ליה דאיקני וה"ה אם אמרינן לוה וקנה ואח"כ לוה בשטר דזוכה בעל השטר דכתב לו שקנה ואין זכיה לבעפ"י במה שקנה אח"ך כלום.

ובענין השט"ח שהוציאו הבנים נגד אביהם והוא היה תחת יד אביהם עד שעמד לדין עם הב"ח ונתנו להם נראה דחספא בעלמא הוא כיון שיוציא מתחת ידו חיישינן לפירעון ולקנונייא ולא מבעיא לא נכנס תחת יד בניו כלל דאית לן למימר אינו אלא הברחה לרמות את הבריות להפקיע חובם כההיא דסי' צ"ט ס"ז וסי' ר"ן סעיף כ"ה אלא אפי' יש עדים שלחוב גמור נתכוון אחר שהוא יוציא מתחת ידו אמינא אלמלא לא פרע לא היו בניו נותנים לו השטר וחיישינן ודאי לפירעון ולקנונייא ק"ו ממוציא שט"ח דאיתא בסי' ס"ה ס"ו דחיישינן לפירעון ולקנונייא מחשש שמא החזירו המלוה ללוה ונפל מיד הלוה כ"ש הכא דהרי הוא מצוי ביד הלוה אלא שנתנו לבניו לרמות בו ב"ח ולא יחרוך רמיה צדו כיון שנמצא בידו.

ובענין המתנה שנתן לבניו פשוט דהברחה היא כפי התקנה של שנת ש"ה קי נינגונה מתנה וכו' שהוא לשון כולל לכל המתנות בין בכל בין במקצת ומבואר הדבר בפסקי הראשונים. והא לך מה שכתוב אצלי בענין זה שחתמו עליו הרב הגדול מוהר"ר וידאל הצרפתי והרב הגדול מוהר"ר משה בן חמו והרב הגדול מוהר"ר יהודה בן עטר זכרם לה"ה וז"ל ואע"ג דדינא דמברחת וכל תשובות הרא"ש שהביא בדין הברחה כלהו מיירי במתנה בכל כבר תלה הרא"ש ז"ל בסוף דבריו לפי ראות ב"ד אשר יהיו בימים ההם וז"ל ותנתן דת בטוליטולא על הסופרים ועל העדים שלא יכתבו ולא יחתמו שטר על מתנת נכסים שיראו שיש בו תחבולה וכו' הרי דלא חילק בין בכל בין במקצת אלא הדבר תלוי לפי הנראה לב"ד וגם לפי התקנה שתקנו רבותינו נ"נ נראה להדיא דגם במקצת היא דאל"כ מה באו הם ז"ל לחדש בתקנה זו והא הרא"ש צווח ככרוכיא ואין חולק ודרשו מעל ס' ה' וקראו אלא ודאי הם ז"ל באו לחדש דגם במתנה במקצת שייך הברחה דייקא נמי דקאמרי נינגונא מתנה אינפוטוסא שהוא לשון כולל ונשענו על סוף דברי הרא"ש ז"ל וכדדייקינן דבריו לעיל בסמוך עכ"ל וחתמו הרבנים הנז'.

ובענין החזקות שהיו לבעל הנז' בחיי אשתו משעה שמתה אשתו זכו זרעה במחצית הנכסים מכח התקנה והרי הוא בחזקתם עד שיוציא האב סילוק הבנים או הבנות וכל זמן שלא הוציא הסילוק הרי הנכסים בחזקתם ואם מכר הן חלק הבנים או הבנות הדרא ארעא והדרי פירי כדין מוכר מה שאינו שלו וזה פשוט וכך היו דנין רבותינו וכן נמ"ך אצלי פסק בענין זה מעשה ידיהם של צדיקים הרבנים המובהקים מוהריב"ע זלה"ה ומוהריעב"ץ ומוהר"ש אדרעי זכרם לה"ה וחתום בחותמם הקדוש בנדון מסעוד ואחנון שמתה אשתו בש' תס"ו ומשכן קרקעותיו מהם משכן בש' תס"ט ומהם בשנת ע"ת וחזרו הממשכנים ומסרו המשכונות לאחרים ואחרים לאחרים ובשנת הת"ץ אחר פטירת מס'

הנז' עמדו בניו שמאשתו א' נגד המוחזקים במשכונות והעמידום לדין לפני הרבנים הנ"ל וזכו בדינם דהדרא ארעא והדרי פירי ופסקו להם למכור חלק האב לפרוע ממנו הפירות העולים לבנים מזמן המשכונות והשאר הוא מה שיטלו בעלי המשכונות ואם לא נמצא קונים כל מה שיפרעו מהפירות יתוסף תוספת על עיקר המשכונות על חלק האב והאריכו למעניתם בדקדוקי החשבונות והוא בספר פסקי הראשונים שבידי דף ק"ץ וקצ"א וגם בדף ע"ה ושאני הנדון שהביא כמוה"ר שמואל וואעיש משם הראשונים דהתם זקפו על אביהם חלקם בשטר מכלל שידיהם מסולקות מן הקרקע אלא שבאו לטרוף מכח השטר ונמצא שאבד השטר ולא זכו לטרוף גם בשטר כתובה שקדמו שכבר נתבטל כאמור שם ואין משם שום ראיה לנ"ד.

ובענין אי אמרינן חזקה כל המתנות אינן אלא פירעון חובו דעת מר"ן באמת דאינו בתורת פירעון בסי' נ"ח ס"ב אלא שרבותינו הראשונים ודאי דנהגו לפסוק כדעת הרא"ש דכתב שהאמת כהרמב"ן במה שהקשה לר"י הלוי דאדרבא טענת מתנה גריעא מטענת סטראי דאדם יותר ברצון פורע חובותיו ממה שיתן שלו במתנה יע"ש, ומלבד מה שהביא כהר"ש וואעיש משם הראשונים יש בידי פסק שפסקו הראשונים שנת בבא"ו א"ל הקדש שפסקו וז"ל חזקה שכל מה שנותן לו מן הסתם אינו אלא בתורת פירעון והאומרים שיש לומר שהכל נתן בתורת מתנה לבנו והחוב קיים לא דברו נכונה וח"ע הרבנים המובהקים כמוהר"ר יהודה עוזיאל וכמוהר"ר מנחם סירירו וכמוהר"ר שאול אבן דאנאן וכמוהר"ר מימון אפלאלו והסכימו עמהם כמוהר"ר משה טולידאנו וכמוהר"ר יוסף בהתית וכמוהר"ר אפרים אלבאז וכמוהר"ר תביב טולידאנו והסכים עמהם מוהר"ר משה ן' חמו זכר כולם לה"ה והנה הוא כמוס עמדי בחותמם הקדוש ובנ"ד אין צריכין לזה שכבר השטר בטל וכדכתיבנא וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות החותם פה צפרו בחדש זו שנת והנה אמ"ת נכו"ן הדבר לפ"ק וקים.

שאול ישועה סלי"ט

סימן מה

במותב תלתא כחדא הוינא אנן דתרי מינן ח"ל ואסהיד קדמנא הר' משה אביקציץ בתע"ג ומכוונת ובירר בעדותו באיין כאן יסמע מן פם זאכו פאכסיפיקו כמה פעמים באיין תכאלס מעא שמואל לוי נר"ו ברכ"ה שלמה נ"ע פלכלטא די ברהים ועוד בירר בעדותו באיין וואחד אנהאר ציפדו זאכו יזיבלו וואחד לקרעא די מאחיא מן ענד שמואל הלוי מנאיין כלאקלו וואחד ליסיר לזאכו ורדלו לקרעא לשמואל חתא יעטילו לכלאם ומנאיין

רדהא לזאכי סקסאה העד לזאכו עלאס מא בקית תסאלו חתא סי וקאללו זאכו מא בקית נסאללו חתא סי ובירר בעדותו העד הנז' הווא ג"כ ידע בטיב הידיעה באיין תכללס זאכו פשטר דלעסקא ולא בקאת בינאתהום לא טאלעא ולא האבדא עכ"ם עדות העד הנז' ולראית אמת שכך העיד העד הנז' כתבנו וחתמנו תמ"ת והיה זה יום ד' בשבת י"ט יום לחדש טבת שנת תקנ"ז לפ"ק פה ארבאט יע"א והשו"ב וקיים וחתום כראוי.

וס"ל נמ"ך וז"ן

במותב תלתא כחדא הוינא אנן דמ"ת ח"ל ואסהיד קדמנא הי' הר' ימין עולייל באיין כא יערף בטיב הידיעה אלא שמואל לוי לכלטא דייאלו עלא הייא האד לכמסין מתקאל די ע"י זאכו פארסיפיקו די מן זיהת מולאי ברהים ברקוק וג"כ וואחד נהאר אשבת פזמן פאס כלאק ליסיר לזאכו כא יערף אילא ציפד זאכו הנז' מעא למתעלם דייאלו די הווא משה אביקציץ הנז"ל וקאלו סיר לענד שמואל לוי יעטיך מאחיא וחלפת אומו די שמואל הנז' אידא יעטיווה פלס לאיין קאלתלו מא תסאלנאסי זיב דראהים וואזי נעטיך מאחיא ועוד כא יערף בטיב הידיעה אלא כול מררא כאן יקבד זאכו לשמואל וויקולו עטי למולאי בראהים ברקוק מן זיהת לכמסין מתקאל וכאן ידפעלו וכאן יקוללו כאבר אוכאן וכאן ידפע למולאי ברהים באמר זאכו, ועוד כא יערף נאמנה באיין שמואל לוי מא כאנת ענדו חתא כלטא אוכרא מעא זאכו זולת האד שטר עסקא די ע"י מולאי בראהים די באם טלע שמואל ללחאנות טטאר ומן נהארדי מא חבשי שמואל הנז' יעטיה מאחיא כא יערף ימין הנז' באיין מא בקאסי וסאללו, ועוד בירר בעדותו העד הנז' באיין וואחד למררא זנגהום מולאי ברהים הווא וזאכו לשמואל הנז' ולאומו עלא דמית האד דראהים ומנאיין ראוו רואהום בצער גדול משאוו זאבו סי' לחאז תג'י גדירא ועטאוולו רהונאת ועטאהום זית ובאעוה בלקרד וכלסוה והאד רפוד דזית הווא כמאלת לכלאם דשטר דנעסקא די כמסין מתקאל וסמוך להאד לפצאל פאם כלאק ליסיר לזאכו וציפדלו עלא מאחיא וחלפת ק אומו די שמואל הנז' ונפקעת עלא שליח די ציפד וקאלתלו לא אפשר נעטיוולו אגיר חתא יעטיני דראהים דייאלהא ש לאיין זהדו עמלי ולכלאם כלסנאה פדראהמו והאדסי כאן משנת תקמ"י לקדאם ומן האדיך לכלטא עמרהום מא תכאלטו כלל עכס"ע העד הנז' ולראית אמת שכך העיד העד הנז' כתבנו וחתמנו תמ"ת ביום הנז"ל שנה הנז"ל והשו"ב וקים וחתום כראוי.

וס"ל נמ"ך וז"ן

במותב תלתא כחדא הוינא אנן דמ"ת ח"ל ואסהיד קדמנא הר' יהודה ן' תאבו בתע"ג ומכוונת באיין וואחד נהאר כאן ענד זאכו פארסיפיקו פצ'אר וצקצאה עלא דיך לכלטא

די כאנת בינו בין שמואל לוי פלחאנות דלעטטארין וסקסאה העד הנז' לזאכו הנז' וקאללו אס כבארך מעא שמואל לוי דפאך אסי די כונת תשאללו וואזבו זאכו וקאלו מא נסאללוסי ובירר בעדותו באיין האדסי כאן לפחות אחר עאמאיין מן די גלס שמואל לוי פלתאנות ותכאלסו מעא זאכו ובירר העד בעדותו באיין טעם די עלאם סקסאה מן זאנב די וואחד נהאר ראה תפיכאר מעא שמואל עלא צ'ראהים וכאן יקוללו זאכו הנז' לשמואל הנז' כלתני הייא סיבה עלאם סקסאה העד הנז' וקאלו אם כבארך מעאה עכ"ס עדות העד הנז' ולראית אמת שכך העד בפנינו העיד הנז' כו"ח תמ"ת ביום הנז"ל בשנה הנז"ל והשו"ב וקיים וחתום כראוי.

וס"ל נמ"ך וז"ן

באשתקד של אשתקד הוציא הר' דוד ן' תאבת שטר עיסקא כתוב לזכות הר' יעקב פארסיפיקו מסך תק"ם שזמנו נגד הר' שמואל הלוי שנמסר לו מאת הרי"ע הנז' בכתי' ומסי' ותבע להר"ש לפרוע הסך הנז' עם הריוח, והר"ש הנז' הביא כמה. עדים שמעידים על פירעון השטר ההוא ונתקבלה עדותן ב"ג ובפני אני החותם כאן, ועוד המציא עד א' שהודה בפניו הרי"ע הנז' שהשטר הנז' פרוע ונתקבלה עדותו בפני שלשה ובפני אני החותם כאן ועפ"ז פסקתי להם ע"פ הדין לפי עדות העד שהודה בפניו הרי"ע הנז' שהשטר פרוע שהוא הר' משה אביקציץ ב"ר חיים נ"ע שצריך לישבע יעקב פארסופיקו בנק"ח להכחיש את העד, ואז יגבה השטר שאע"פ שהאמינו הלוה כשע"ך בשט"ז אין נאמנות זה מועיל אלא לגבי פירעון אבל הודאה מלתא אחריתי ולא פסל העדים לגבי הודאה כמ"ש מר"ן בסי' ע"א ס"ג ואם היו שני עדים היה השטר בטל עכשיו שיש ע"א של הודאה ישבע בנק"ח ויגבה השטר זהו מה שפסקתי להם ע"פ הדין, ועפ"י מה שנתאמת אצלי שהשטר ההוא פרוע בודאי ע"פ אומדנות המוכיחות לפי עדות העדים שהעידו עליו בבירור שהוא פרוע וידעו באופן פירעונו ואופן השטר ההוא בסימניו ובמצריו שא' מהעדים הוא מעדי השטר פסקתי שאין להזדקק לדינו שום דיין כההיא דהרא"ש שהביא מר"ן סי' ט"ו ס"ג וסי' ס"א ס"ט שהיה כותב ונותן ביד הנתבע שאין לשום דיין להשתדל בדין זה וזה פסקתי בצירוף מ"ש הש"ך סי' ע' ס"ק ט"ו וסי' ע"א ס"ק ט"ו וסי' ע"א ס"ק ג' דנאמנות נגד ב' עדים ל"מ אלא כשטוען המלוה טענת סטראי יעו"ש, וכיון שאין המלוה לפנינו לדעת אם יכחיש דברי העדים או יודה להם, או יטעון סטראי לא גבינן ביה, זהו מה שפסקתי להם בזמן ההוא, ועתה שחיפש הר"ש ומצא עד ב' של הודאת הרי"ע והוא כה"ר יהודה בן תאבו שנתקבלה עדותו ב"ג ובפני ג"כ כמ"ש בפנים שהשיבו הרי"ע אחר שאלה מא ישאלוסי להר"ש הנז' והיה זה אחר זמן הודאת השטר א"כ מעתה השטר

ההוא בטל וכל הפוגע בו קורעו תחילה דתשובתו שאומר מא ישאלוסי נכלל בה כל חוב וכל שטר כמ"ש בח"מ ס"ה שאם אמר חוב לך בידי פרוע כל שטרות שיש לו עליו פרועים ע"כ, ומעתה השטר הזה בטל וצריך לקרוע אותו מן הדין ולראיה ביד הר"ש הנז' ח"פ ארבאט בחדש טבת ש' תקנ"ז לפ"ק והשו"ב וקיים וחתום עליו הח' השלם הדו"מ כהה"ר יוסף אלמאליח ישצ"ו.

וס"ל נמ"ך וז"ן

ועוד אני אומר שאפי' עדי פרעון יהיו נאמנים עתה להכחישו כיון שהוחזק כפרן בעדי הודאה בטלה לה הנאמנות כמ"ש בסי' ע"א סי"ג וא"כ אע"פ שהאמין המלוה כשע"ך כיון שהוחזק עתה כפרן בעדי הודאה שלא האמינו לגבי דידהו בטלה הנאמנות ושוב אינו נאמן אפי' נגד עדי פירעון והוא פשוט לענ"ד וחתום עליו החכם הנז"ל וקיים.

דברי החכם הפוסק נר"ו אמת ודינו דין אמת דשטרא פריעא הוא זה ע"פ ב' עדי הודאה ואע"ג שאחד מעיד בפרעון שהודה בפניו המלוה ששט"ז פרוע והב' אינו מעיד בפרטות על שט"ז מ"מ בתשו' המלוה שהשיבו על שאלתו שאינו נושא בו כלום כולל גם שט"ז והו"ל שני עדי הודאה ששט"ז פרוע ועם היותה הודאה חוץ לב"ד ובלא אתם עדי לא מצי המלוה למימר שלא להשביע את עצמי הודיתי שאיני נושא בו שלא נאמר זה אלא גבי נתבע ולא לגבי תובע וכמ"ש הרב משנה למלך פט"ו מה' מלוה ולוה הלכה ד' על מה שכתב הרמב"ם או יעיד ע"ע שלא בפני לוה שקבל כל חוב שיש לו אצל פ' ע"כ, והקשה הרב משנה למלך דמאי איריא שלא בפני הלוה או בפני הלוה כיון שכל עצמו לא בא אלא לומר דהודאה מילתא אחריתי היא ולא נכנס בכלל הנאמנות, ותירץ דכוונת הרמב"ם דנקט שלא בפני הלוה לאשמועינן דלא אמרינן שלא להשביע את עצמו הודה כיון שהוא שלא בפני הלוה קמ"ל שלא נאמר זה אלא גבי נתבע אבל לא גבי תובע יע"ש, וא"כ בנ"ד הויא הודאה גמורה שהודה הלוה בפני אותן עדים ששט"ז פרוע וקי"ל דעדי הודאה נאמנים אע"ג דהימניה כבי תרי כמ"ש בה"ת בשם תשובת הרי"ף דדוקא בעדי פירעון הוא דלא מהני עדותן דהא אכחיש ליהו מלוה דמהימן טפי מנייהו אבל הודאה מילתא אחריתי הוא וליתא בכלל הנאמנות ושכ"כ הרמב"ם וכן הוא פסק מרן בסי' ע"א ס"א כותייהו דעמודי הוראה נינהו ודלא כהרמב"ן והרשב"א והרז"ה דלא מחלקי בין עדי הודאה לעדי פירעון וסברי דהודאה ופירעון כהדדי נינהו וכי היכי דפסלינהו לפרעון ה"נ פסלינהו להודאה ועם היות שהש"ך הכריע כותייהו אנו אין לנו אלא פסק מרן והדין דין אמת ששט"ז חספא בעלמא הוא וכמ"ש החכם הפוסק נר"ו לבד זה אשור"ה נא ואראה מה שעשה החכם הפוסק סניף לפסקיה קמא מדברי הש"ך ומפלפוליו שכתב

בסי' ע' ס"ק ט"ז וסי' ע"א ס"ק ג' וס"ק י"ב דנאמנות נגד ב' עדים לא מהני אלא כשיטעון המלוה סטראי נינהו אבל כשיטעון להד"מ אינו נאמן יע"ש, וזכרתי ימים מקדם שבשנת התקנ"ד הובא לידי פסק על ענין שטר שהוציא הר"ש וואליד נגד קהל מכנאם וחזינא לבטל הוראה שדן את הדין ע"פ הוראה זו של הש"ך וכתבתי ראשי פרקים שאין לסמוך על הוראה זו שהיא נגד מרן הקדוש חדא דכל חיליה דהש"ך בחילוק זה שחלק בין טוען טענת סטראי לטענת להד"מ אינו אלא משום דתלי זייניה בדין אחר והוא סברת יש אומרים שהביא הר"ן בפ' שבועת הדיינים ובה"ת שער כ"ה חלק ג' סי' א' והוא דלא כהלכתא וכמ"ש הר"ן שם דהעיקר כדברי ר"י בן מיגאש שסובר שחוזר ותובעו אם הודה ישלם ואם כפר ישבע שבועת היסת ונפטר ושכן כתב הרמב"ם פ' ט"ו מה' מלוה ולוה הלכה ה' והוא פסק מרן בסי' ע"א ס"ה ולפ"ז כיון שדין הי"א שהביא מרן דלא כהלכתא במאי דסברי דאחר שפרעו הלוה שנית חוזר ותובעו בעדים אלו ונפרע מן הלוה ועל יסוד זה בנה בניינו הרב ש"ך וכתב דבטוען להד"מ ומכחיש העדים מה בצע לחייבו עכשו לפרוע למלוה ולחזור ולגבות ממנו בעדים אלו דאפוכי מטרתא למה ליה והשתא דליתיה לדין זה ואדרבא משום האי טעמא דאפוכי מטרתא למה ליה הכריע הר"ן והרב המגיד דהלכתא כר"י בן מיגאש וסיעתו דפוסלין העדים לגמרי והויא תביעה עפ"י אם הודה ישלם ואם כפר ישבע וא"כ בנפיל היסוד יפול הבנין הלא תראה שהש"ך עצמו בסי' ע' ס"ק ט"ו הרגיש בזה וכתב והא דאמרינן לקמן סי' ע"א ס"ה דבנאמנות כבי תרי אין צריך לשלם היינו נמי דוקא כשטוען סטראי יע"ש, ושותיה דמר לא ידענא שהרי לשון מרן והוא לשון הרמב"ם מפורש היטב שבטוען להד"מ מיירי שהרי כתב הרי שפרעו וטען המלוה שלא נפרע וזו היא טענת להד"מ ובסיפא נמי קאמר אם כפר ולשון כפר הוא שטוען להד"מ ודו"ק. ועוד דא"כ דמוקי סברת ר"י בן מיגאש בטוען טענת סטראי בהכרח נוקי ג"כ סברת החולקים בטענת סטראי דאל"כ דנוקי לחולקים בטוען להד"מ במאי פליגי וכשנוקי להו בטענת סטראי מה שייך בטענת סטראי שחוזר ונפרע בעדים אל וכמ"ש הש"ך עצמו דבטענת סטראי לא שייך למימר הכי ודו"ק, ועוד הרי כתב הר"ן שם דהראב"ד קאי בשיטת י"א ממאי דכתב שזה שנהגו לכתוב בנאמנות ותהי נאמן עלי כשע"ך לעולם דמטעם זה כותבים לעולם שלא יהיה חוזר ונפרע בעדים אלו יע"ש, ולפ"ז בשטרי דידן שכותבין לעולם או קודם הפירעון ואחריו ליתיה להאי דינא דכיון שאינו חוזר ונפרע אין כאן אפוכי מטרתא ודו"ק. ועוד אעיקרא דדינא חילוק זה שחלק הש"ך הוא נגד פסק מר"ן וכמעט שהוא נגד כל הפוסקים הידועים אצלנו שהרי עיקר הנאמנות לא נכתב אלא כדי שלא יאמר הלוה פרעתי ויזקק להמלוה לישבע שלא נפרע

שהרי מקור דין זה נובע מהנהו עובדי דאיתא בפ' שבועת הדיינים ד' מ"ב בההוא דאמר ליה לחבריה מהימנת לי כל אימת דאמרת לא פרענא וכו' ובההוא דאמר ליה לחבריה מהימנת לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא וכו' ופרש"י ההוא לוה דאמר למלוה בשעת הלואה מהימנת לי כל זמן שתאמר לי לא פרעתי תהיה נאמן ולא אוכל לומר פרעתיך ע"כ, הרי בהדיא דעיקר הנאמנות כשהלוה טוען פרעתי והמלוה אומר לו לא פרעתני והיינו להד"מ וכן בההיא דאיתא התם ד' מ"א ע"ב בההוא דא"ל לחבריה אל תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון ואזל פרעיה באפי סהדי אחריני פירש"י ואזל פרעיה באפי סהדי אחריני וזה אומר עדי שקר הן עכ"ל, והיינו להד"מ וז"ל הרא"ש פירש"י והמלוה טוען דסהדי שקרי נינהו וקשה לאו כל כמיניה למיפסל סהדי ותירץ עפ"י דעת הרי"ף לפי שקבל עליו שכל עדים יהיו פסולין בפירעון זה חוץ מראובן ושמעון עכ"ל יע"ש. גם בה"ת שער כ"ו חלק א' סי' ב' כתב על ההוא עובדא דהמניה לחבריה כבי תרי וכו' וז"ל מכל זה למדנו שהמלוה נאמן להכחיש את העדים בין שיהיו שנים או יותר מב', וכתב עוד יקשה דנהי דהימניה כסהדי טפי מסהדי לא הימניה ולהוו תרי לגבי תרי והויא עדות מוכחשת ותירץ מדמהמניה, לא מתכחיש איהו והני סהדי דאמרי פרוע הוא אינהו נינהו דקרינן מוכחשין דכמאן דפסלינהו לכולהו סהדי דעלמא דמי יע"ש. סובב סיבב דהמלוה מכחיש לעדים בטענת להד"מ ועוד דטענת סטראי אדרבא טענה גרועה היא ואינה טענה אלא במגו דלהד"מ כדאיתא התם בגמ' דף מ"ב דכל דפריעה באפי סהדי אתרע שיטרא ולאו כל כמיניה לומר סטראי נינהו אבל היכא דפריעה בין דידיה לדידיה מגו דיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול נמי למימר סטראי נינהו והקשה הרא"ש דמה לי טעמא דסטראי ומה לי טעמא דלהד"מ דאינו נאמן לומר סטראי בלא מיגו ותירץ דטענת סטראי נינהו אינה כ"כ טענה ברורה ומחוורת דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר עליו ופרע מלוה עפ"י הילכך כשיש עמו מגו דלהד"מ טענה ברורה היא ומגבינן בהאי סטרא יע"ש, וכן הביא המרדכי בפרק הכותב בשם מהר"ם דטענת סטראי טענה גרועה היא יע"ש ולפ"ז דטענה גרועה היא ולא הויא טענה אלא במגו דלהד"מ א"כ לדברי הש"ך דליכא טענת להד"מ אהיכא חיילא טענת סטראי [והש"ך דידיה אמר דטענת סטראי מעליותא היא יע"ש ואין דבריו במקום עמודי הוראה דאמרי טענה גרועה היא]. ופוק חזי מה שנשאר מהר"י אלדרבי בשאלותיו דברי ריבות בשאלה רע"ד אי מהנייא טענת סטראי למלוה בשטר שיש בו נאמנות כשע"ך או לא והשיב כיון שהאמינו כשע"ך דבזה ודאי אפי' הביא מאה עדים שפרעו בפניהם לא היו נאמנים והיה יכול המלוה לומר להד"מ ומאחר דיכול לטעון להד"מ יהא נאמן לומר סטראי נינהו במגו

דאי בעי אמר להד"מ יע"ש וכ"כ הרב ג"ת בשער כ"ו ח"ב סי' ב' דף קי"ט יע"ש, וכן כתב הרשד"ם חח"מ סי' קי"ב וסי' נ"א והן הנה דברי הסמ"ע בסי' נ"ח ס"ק יו"ד יע"ש, גם הרב ש"ך עצמו לא יכחיש בזה שהרי הוא עצמו הביא בסי' נ"ח ס"ק י"א דברי הר"י אדרבי ובעל ג"ת יע"ש אלא שסובב סובב במשאו ומתנו בדין זה להעמיד דברי הראב"ד ולהצילו מסתירת הרב המגיד שסתר דבריו והסכים עמו מר"ן במ"ש בבית יוסף וז"ל והה"מ סתר דברי הראב"ד יע"ש ואנן בדידן לא קי"ל כהראב"ד נגד דברי הרמב"ם וכמו שפסק מרן בדין זה ובהתלויים בו דלא כהראב"ד ובריש סימן ע"א ס"א כתב מרן התנה עם הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו וכו' והיינו טענת להד"מ ועלה קאי ואם התנה שיהא נאמן כשע"ך וכו' מדנקט שיאמר שלא פרעו היינו להד"מ באופן שאין לנו בכל זה אלא פסק מרן הקדוש החי"פ צפרו בר"ח אדר משנת ווהי ה' א"ת יוס"ף ויהי איש מצליח.

נאם שאול ישועה סלי"ט

סימן מו

הגם הלום ראיתי מה שכתבו חכמי ארבאט יש"ץ ועשו עיקר מהפסק הראשון שכתבו חכמי מקנאם בשנת תקמ"א לזכות הקונים האלסאקא מהקהל ע"פ הנחת וטענות הקונים הנז' ועפ"י מציאות העדויות שנתקבלו שלא בפני הכת שכנגדם ודחו מה שפסקו חכמי מקנאם באחרונה בשנת תקנ"ו מחמת שמצאו בו דברים סותרים למ"ש בפסק הראשון עד שהגיעו לומר עליהם כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ואחר ההתבוננות היטב בדבריהם ואנכי חזון הרביתי שהפריזו על מדותיהם ועל משמרתי אני עומד שהפסק הראשון אשר נסדר ע"פ טענות הכת האחת דחוי מעיקרא הוא ואינו חוזר ונראה והעיקר הוא מה שפסקו כשעמדי לפניהם לדין שני הכתות וזכו את הזכאי וחייבו את החייב כמו שמפורש בהצעת השטר מכר שביד הקונים שמעידים מה שראו בעיניהם פס"ד שפסקו ב"ד לחייב הקונים להאלסאקא בכל הסך ונשאו ונתנו בדבר וסתרו הפסק הראשון ואמינא ודאי שבאו הכת שכנגדם וחקרום בטענות וראיות ועדויות מחודשות ואפשר שהעדויות אשר סמכו עליהם בפסק הא' אפשר חזרו בהם העדים כשהזקיקום ב"ד להגיד בפני כת האחרת דכל שלא העידו בפני בע"ד חוזרים ומגידים וכל מה שנתפרסם לב"ד לזכות הקונים חזר ונתפרסם להם לאידך גיסא לזכות הקהל ומה גם בהיותם ב"ד של ארבע כנ"ל, ולהיות שהפסק האחרון שפסקו חכמי מקנאם בש' תקנ"ו הוא אחר עידן ועידנין וכתבו מה שנשאר בזכרונם כמו שפירש בדבריהם אינו

מן התימא אם מצאו בו דברים סותרים לפסק הא' שבאורך הזמן נשכח מהם מה שהיה גלוי וצפוי לפניהם בפסק האמצעי באיזה אופן היתה סתירת הפסק הראשון שהשכחה מצויה ברוחות מיום שנשתברו הלוחות, ולא היו צריכים חכמי מקנאס לכתיבת הפסק האחרון כי יש די והותר במה שהעידו עדי שטר מכר שראו הפסק העיקרי שעמדו ב' הכתות לפניהם וזכו הקהל בדינם ועל כגון זה אמרו יפה שתיקה לחכמים שאלמלא לא כתבו הפסק הזה האחרון לא היו נותנים אצבע בין שני החולקים עליהם, ולא מצאו כל אנשי חיל ידיהם. שהרי עיקר מה שמצאו חכמי ארבאט לחלוק ואת כל חילם נאחז בסבך מציאות דברים סותרים שמצאו בין הפסק האחרון לפסק הראשון ואלמלא שתו עיני השגחתם דאיתיה לפסק האמצעי שמעידים עליו עדי שטר מכר שעמדו ב' הכתות לדין ונפסק הדין ביניהם לא הוו דייקי אחר מעשה ב"ד ולא היו משגיחין בהשני פסקים שסותרים זא"ז כיון שהאמצעי שלם ולא שלטא ביה עינא.

ומ"ש דלפי זה שנעשה הדבר ע"פ גזירת חכם שתצא האלסאקא מיד הקהל ותכנס לזכות המלך ועשה השר והצליח לקיים מאמר המלך אין לך יציאה גדולה מזו עכ"ל, ודברים הללו אין להם שחר דלדידהו מי ניחא כיון שגזירת המלך שתצא מיד הקהל למה הניחם השר לשאת ולתת בה אותו החדש שנשאר להם לתשלום שנת קנייתם אלא ודאי שאין לו רשות להוציאם תוך זמנם, ומה שאסף וקבץ השר כל הסחורה לרשותו וכן מה שעכב עליהם לשולחם למקומות אחרים אינו מחמת שיצאה מידם אלא מחשש הפסד דמטי להבאים אחריהם להסתחר בשנה הבאה שאם היה מניח הסחורה ברשותם היו מוצאים מקום להטות לבות בני אדם הרגילים לקנות מהם למכור להם הרבה ביחד מה שיספיק להם לשנים ושלשה חדשים וממילא הנכנסים אחריהם יפסידו ריוח אותם החדשים לכך נתחכם השר שלא להניח להם יותר מכדי ספוקם וכל היתר הניחו ברשותו ואין כאן שום יציאה מיד הקהל כלל, ומה גם שהדיינים החתומים על ב' הפסקים הללו קרובים זה לזה ואין כאן לא מגידים ולא חוזרים ומגידים ובחנם כתבו חכמי רבאט עליהם כיון שהגידו בפסק הא' שוב אינם חוזרים ומגידים גם מ"ש אח"כ שהכריחו שיצאה מיד הקהל לסברתם וז"ל מה ישיבו הקהל לקונים על טענה זו אם נאמר שמכחישין בזה לקונים ואומרים להד"מ א"כ הקונים נאמנים לומר שלא נתקיים התנאי כיון שיש עדים שהשטר נעשה על התנאי וכמ"ש מר"ן בסי' פ"ב סי"ב שאם הודה המלוה נשבע הלוה היסת ונפטר עכ"ל, וגם זה אינו דשאני נ"ד שהתנאים שהיו ביניהם היו כתובים בהטר החיוב ולא מפי המלוה אנו חיין ולא מפי עדים שבע"פ וכיון שהתנאי כתוב בשטר יד בעל השטר על העליונה וכשם שיכול לומר לא נפרעתי כך יכול לומר נתקיים התנאי

שבו, וכן מצאתי להרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בפסקיו וז"ל וההיא דסי' פ"ב סי"ב מיירי שאין שום תנאי כתוב בשטר אלא הלוה טוען ע"פ שתנאי היה וקיימו ולפיכך אם המלוה מכחישו ואמר שלא היה תנאי כלל הא לא קא מרע לשטריה והרי הוא ככל השטרות ונשבע ונוטל, אבל אם הודה המלוה ואמר שתנאי היה ואינו כתוב בשטר אלא שהלוה אומר קיימתי התנאי שבע"פ ומלוה אומר לא קיימת הא מרעיה לשטריה כשהודה שהיה תנאי ע"פ ולא נכתב ולפיכך נעשה כמלוה ע"פ ונשבע לוה ונפטר אבל הכא הרי התנאי כתוב בשטר אלא שהלוה אומר קיימתיו ובמאי מרעיה לשטריה המלוה שיעשה כמלוה ע"פ, הרי כשם שיש לו דין שטר לגבי החוב כך יש לו דין שטר לגבי התנאי וכשם שיכול לומר המלוה לא נפרעתי כך יכול לומר לא קיימת תנאך ודין שניהם שוה עכ"ל, וא"כ בנ"ד שהתנאי כתוב בשטר החיוב שביד הקהל כשם שיכולים לומר לא נפרענו כך יכולים לומר נתקיים התנאי שהיה בינינו ואין צורך להאריך בכל הפרטים שכתבו שאין להם קיום והעמדה בנ"ד, ולראית האמת ח"פ צפרו יע"א בחדש אדר משנת וא"ל תצ"ל מפי דבר אמת עד מאד

נאם שאול ישועה אביטבול יס"ט ע"ה שלמה אביטבול ס"ט הצעיר אברהם ן' יעקב ה"ן אציני יצ"ו

סימן מז

נדרשתי אני חחים מטה להשיב שואלי דבר בענין ראובן שהיה נגיד ומצוה וקרוב למלכות כאחד מעבדיו ושמשיו של המלך ונטל המלך קרקעותיו של ראובן מחמת איזה חוב שהיה נושה בו או מחמת שכעס עליו המלך וכיוצא בזה מדברים שהם חקי המלכות והמלך נתן הקרקע ההוא לשר וגדול מקרובי המלכות לעשות בו כרצונו, ועמד השר ההוא ונתנו לאיזה בר ישראל הרגיל עמו לשרתו לדור בו חנם או השכירו לאיזה בר ישראל לדור בו. מה יהיה משפט בר ישראל ההוא עם הבעלים הראשונים באי כחו של ראובן אם יש בידם כח לסלק השוכר ההוא מלדור בקרקע ההוא ויטלוהו לעצמן לדור בו או להשכירו למי שידור בו או אם נתנה השר חנם שלא ידור המקבל מתנה אלא יתנו לו שכירות ערך מה שראוי ליטול השר:

תשובה דין זה אינו אלא בישראל המוכר קרקעו לגוי שאין יד המלך באמצע משום שהגוי הקונה אינו זוכה אלא בגוף הקרקע ונשארה החזקה לזכות הבעלים ואז לא מצי שום א' מישראל לשכור מהגוי בלתי רשות בעל החזקה ואם עבר ושכר אינו אלא שלוחו של בעל החזקה וכשירצה בעל החזקה להניח השוכר מהגור לדור יפרע לגוי כמו שפסק עמו

ויפרע לבעל החזקה לרצונו של בעל החזקה וכשירצה בעל החזקה לדור יתן להשוכר מהגוי השכי' אשר פסק עם הגוי וידור הוא כמו שמפורש הדבר היטב בפסקי הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בפסקים שביד נכדו סי' קל"ח באורך אבל בנ"ד שהיתה יד המלך באמצע בין שנטלה מראובן בחובו בין שנטלה מחמת שכעס עליו דקי"ל בסי' שס"ט סעיף ח' דמלך שכעס על א' מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצירו אינו גזל ומותר ליהנות בה והלוקח מהמלך הרי הוא שלו ואין הבעלים מוציאין אותה מידו וסיים בה הלבוש שזה דרך המלכים כולם ליקח ממון שמשיהם כשכועסים עליהם והרי המלך הפקיע שעבודם ונעשית חצר זו או שדה זה כהפקר וכל הקונה אותה מאת המלך זכה בה עכ"ל יע"ש, הרי כל שנטלה המלך באיזה אופן שיהיה מחקי המלכות אינו גזל והופקע שעבוד הבעלים מהקרקע הוא בדינא דמלכותא וכל הקונה ממנו זכה ואין לומר שלא הופקע שעבוד הבעלים אלא לגבי גוף הקרקע שהוא כח הגוי ולא לגבי החזקה הנשארת לזכות ישראל דבר זה אינו לא מן הדין ולא מן התקנה. שהרי מן הדין גבי סקריקון דקי"ל נותן לבעלים רביע בסי' רל"ו הרי כתב מור"ם שם בסוף הסימן בהגה וז"ל וכל זה באנס שאין לו משפט עליו אבל שר ומושל שקצף על עבדיו ומשרתיו ולקח מא' מהם ביתו דינא דמלכותא דינא ואין הלוקח חייב ליתן לבעלים כלום יע"ש:

הרי דמדינא אין שום שיור לבעלים ומן התקנה נמי דתקנו גבי מוכר לגוי שנשארה לו החזקה גבי מלך אין הדין כך דכל שנלקחו נכסיו למלך בדינא דמלכותא איבד חזקתו ואין לבעלים בקרקע שלקח המלך חזקה של כלום באשר דבר המלך שלטון ואינו משייר בקניינו כלום וכמ"ש מהריק"ש חלק ח"מ בהלכות חזקות סימן קנ"ו אות רכ"ב וז"ל נהגו שהמוכר המולק'י נשאר לו זכות החזקה וכשמכרה למלך נ"ל שאין לדון כן לפי שהמלך אינו רוצה לשייר בקניינו כלום ודינא דמלכותא דינא גם כי לא ראינו מי שנהג כן כשמוכרים למלכות עכ"ל, וכ"פ הרב המאסף סי' ק"מ אות פ"ו יע"ש וכן ראינו לרבותינו דנין והולכים וכן ראינו כמה פסקים מקמאי ובתראי דכל שיד המלך באמצע לא נשאר לבעלים שום חזקה וראיה זה מצאתי בפסק הרב הגדול מוהר"ר יהודה בן עטר זלה"ה וז"ל והנה דברי התובעים בנוי לתלפיות תקנת קדמונינו נ"ן בהשארות החזקה לבעל הקרקע אמנם כי מעיינינן שפיר בלשון התקנה יראה להדיא שאין שום ממש בדברי התובעים כי הנה לדינא דגמרא הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות אין בו דין סקריקון וכמ"ש הרב"י בטח"מ סי' רל"ו בשם הרמב"ם ז"ל יע"ש ואם מפני תקנת קדמונינו ז"ל הבו דלא להוסיף עלה כי תקנת אחרונים היא ומעיקרא כאשר תקנו להשאר החזקה לבעלים אלא מטעם אולי יחנן ה' ויחזיר הקרקע לבעליו וכו' אבל כולי האי להחזיק כח הבעלים

בהיות דבר מלכות שהמלך קנאה פשיטא שלא נשארה שום חזקה לבעלים דבכה"ג ודאי לא תקנו כי בהיותה למלך ודאי נחלטה לחלוטין ולצמיתות באשר דבר מלך שלטון כי איך אפשר לישאר חזקה לבעלים אחר שנודע למלכות דבר האם בעודה ביד המלך היה באפשרות להיות דבר זה לומר שלא יקרב שום איש לקנות כדי שישאר הקרקע ביד הבעלים אולי יחנן ה' וכו' הלא זה הוא דבר שאין שום שכל עולה בדמיונותיו כי הלא משפט מות לאיש אשר יעלה דבר זה על שפתו ומעולם לא עלה על לב מתקני התקנות מציאות ענין זה כי הם לא תקנו אלא בדבר שרגיל להיות מצוי תמיד כאשר גילו ז"ל בלשון התקנה וז"ל שהרבה אנשים אשר מטה ידם והוצרכו למכור קרקעותיהם לגוים כדי שתשאר חזקת קרקע בידם ויש להם תוחלת אולי יחנן ה' ויחזור גם הקרקע לבעליו וכו' הנה מלשון זה נראה דלא נכנס נדון זה בלשון התקנה ובשלמא אם היה לוקחה איזה גוי דעלמא כבר נתפשט מנהג זה ויודעים אותו הגוים ואדעתא דהכי זבני זביני אבל כה"ג לא עלה על לב כלל עכ"ל הצריך לענינינו ודעדיפא מינה אשכחנא להרבנים המובהקים כמוהר"ר סעדיה אבן דנאן זלה"ה וכמוהר"ר עמנואל סרירו זלה"ה שהשיבו תשובה שלימה בשנת פי המשפ"ט לאלהים הו"א לכמוהר"ר יעקב אבוהב שנשאלו ממנו אודות חצירות בני נקסים במתא טיטוואן שהיו שרים ומושלים בעיר והיו שוכרים החצירות ליהודים וכל בר ישראל שהיתה לו החזקה בהחצירות הנז' היה גובה שכירות חזקתו מהיהודי הדר וכאשר מרדו השרים הנז' במלך וגברה ידו ואבדם נטל כל נכסיהם והטיל המלך החצירות שלהם על העשירים שבמתא הנז' ושאל מהרבנים הנז' אם יפסידו היהודים חזקתם והשבוהו אחר שנשאנו ונתננו בדבר ראינו שמן הדין יפסידו חזקתם מטעם דדינא דמלכותא דינא עכ"ל הצריך לענינינו ובשנת ועת"ה נתעוררו משנתם בעלי החזקות לתבוע חזקתם לפני כמוהר"ר ששון קריסיינטי ושאול שאל באורי"ם ותומי"ם הרבנים המו' כמוהר"ר יהודה ן' עטר וכמוהר"ר יעקב אבן צור זכרם לחיי עולם והשיבוהו שדברי הרבנים הנז' אינם אלא בחזקת ישוב שקורין גילסא ולכן ודאי פקעה חזקתם כשנטל המלך קרקע השר המורד בו לא נשאר כלום לבעלים בחזקתם דכטלטל חשיבא אבל אם גוף הקרקע היה מעיקרא של ישראל ובא ליד הגוי ונשארה החזקה לבעליה דדיינינן לה כקרקע לכל מילי לא אבדו חזקתם דהמלך לא כעס מעולם על היהודים בעלי החזקות ולא נטל רק מה שהוא של השר ואין זה ענין למ"ש כנה"ג סי' ק"מ אות פ"ו דהתם מיירי שהמלך כעס על היהודי עצמו ולקח נכסיו עכ"ל הצריך לענינינו, הרי מבואר דכל שכעס המלך על היהודי ולקח נכסיו אין שום שיור ליהודי ואבד חזקתו וא"כ בנ"ד השוכר מהשר אשר בא מכח המלך הוא אשר ידור ולא יתן כלום לבעל החזקה

וכ"ש בהיכא דנתן השר לאשר רגיל אצלו לשמשו דאין שיעור למה שהיהודי משמשו ואיך יעמוד בעל החזקה לסלקו כפי ערך מה ששוה ומה גם שאם יודע הדבר להשר שנתן לו לדור יש סכנה להמועט מלדור והתו' דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום.
ע"ה שאול ישועה סי"ט

סימן מח

השקפתי על דברי העדים הכתובים בפנים ולעי' וראיתי שכל דבריהם אמת וצדק, וגם אנכי החו"פ ידעתי בזה ידיעה נאמנה כמו שגלוי וידוע לפני מי שאמר והיה העולם ולעבדו ע"ה אני החו"פ ראשון שהמכר הנז' היה באונס המוחלט והמודעא שמסר הר"מ הנז' על המכר הנז' היתה כוח"ך מידי והיתה מונחת בכאן מתא פאס יע"א מיראת הרש"ס הנ"ב וכתוב בה והכרנו באונסו וכשנודע הדבר להש"ס שמסר עליו מודעא אנסו להר"מ הנז' אונסים גדולים להוציא שטר המודעא לתתו להש"ס וכן היה שנתן לו המודעא מחמת אונס הידוע לכל.
ובכן דינא הוא שיחזור מחצית החצר הנז' ליורשי הר"מ הנז' דמאחר שהיה המכר על צד האונס אינו מכר כלל והדרא ארעא והדרי פירי שאכל הרש"ס הנז' הוא והבאים מכחו מאותו זמן זה כמו שלשים שנה מ"מ עד עצם היום הזה ע"פ שומת הבקיאים שישומו הפירות של כל הזמן הנז' עד היום ויד היורשים הנז' נטויה ליפרע בפירות הנז' מקרקע הנמצא להרש"ם והם קודמים לכל אדם לב"ח דהרש"ם הנז' יען שפירות הקרקע כקרקע דמו, וכי היכי דלא מצו בע"ח דהרש"ם ליפרע מקרקע הר"מ הנז' שהרי אינו של הרש"ם ה"נ לא מצו ליפרע מהפירות אלא הרי הם של היורשים וכן אם יש במציאות איזה בע"ח נגד הר"מ אומר אני שלא יטלו הקרקע הנז' כ"א יורשי הר"מ הנז' מאחר שנתבזה עליו ונתיסר ביסורים קשים ומרים ומטעמים אחרים הכמוסים אצלו, גם מה שהפסיד הרש"ס להר"מ הנז' בשכירות החצר הנז' באותו זמן שהביא לו אדום והיו דרים שם, וכן מה שדר הרש"ס הנז' והבאים מכחו בחצר הנז' הכל כאשר לכל יתחשב על הרש"ם ויגבו אותו יורשי הר"מ מקרקע הנמצא להרש"ם, ולענין דמי המקח שצריכים היורשים להחזיר אם נאמר שקבל מורישם אפשר שאינם צריכים להחזיר דמאחר שהפירות שאכל הרש"ס של כל הזמן הנז' הם מרובים ינכו היורשים מהם דמי המקח אם נאמר שקבל מורישם ויגבו המותר כמ"ש, ואם המצא ימצא איזה שטר מכר על החצר הנז' ביד יורשי הרש"ס הנז' או ביד זולתם הנם בטלים ומבוטלים כחרס הנשבר שאין בו ממש וכל הפוגע בם קורען בתער הסופר וישליכם לאיבוד ואין לשום דיין להזקק להם ולא לדון עליהם כלל

שלא נכתבו כ"א על צד האונס המוחלט כמ"ש, ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א בחדש אב יה"ל משנת עמים מישו"ר לפ"ק וקיים.

איש צעיר אליהו הצרפתי יצ"ו סי"ט

גם אנכי ידעתי שאחר שהחזיק הר' שמואל הנז' במחצית החצר הנז' נודע הדבר שמסר מודעא נגדו הר"מ המוכר הנז' יען שהמכר היה באונס גדול והגיעו הדברים להרש"ם הנז' ואנס להר"מ הנז' עד שנתן לו שטר מודעא הנז' ובכל זאת לא שב אפו ועוד יטו נטויה לעקור ולבטל קנינו של הר"מ הנז' שקנה החצר הנז' מבעליה הראשונים להיותם יתומים קטנים ונמכרה בהסכמת ב"ד שהיו קרובים אלא שלא עלתה בידו ולא אהנו מעשיו שלא נתקבלו דבריו לפני כל יודעי דת ודין, ומעתה אחר שנתבררו הדברים ע"פ כמה כתי עדים הדרא ארעא הנז' למרה קמאי שהם יורשי הר"מ הנז' בלא דמי אחר שהמכר היה באונס ומסר מודעא ואין כאן עדים שיעידו שבפניהם מנה הלוקח הדמים לכן חייב להחזיר בלא דמים וכמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' ר"ה ס"י ע"ש, ואף אם יתברר עפ"י עדים שבפניהם מנה הדמים מ"מ נאמן לומר פרעתי לסברת הטור והרשב"א שהביא בב"י סו"ס ע' ואפי' לסברת הפוסקים שהביא הש"ך שם ולדעת הסמ"ע שאינו נאמן לומר פרעתי מאחר שעדיין הקרקע ביד הלוקח דמצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי, אפ"ה בנד"ז חייב להחזיר בלא דמים שמנכין לו מן הפירות שאכל עד כדי דמי המקח שהרי זה כמה שנים קרוב לשלשים שנה משלקח הקרקע ופירות שנים מועטות יעלה לדמי המכר והפירות שאכל הוא בחיו יתר על כסף מקנתו והפי' שאכלו יורשיו אחריו וב"ך אם הם חייבים להחזירם או לאו לענין מה שאכלו יורשיו וב"ך לא דינא ולא דיינא שחייבים להחזיר מה שאכלו שהרי הקרקע גזולה היא בידם והדרא ארעא והדרי פירי, ולענין מה שאכל מורישם בחייו יתר על דמי המכר לכאורה היה נראה שאין היורשים חייבים לשלם ממ"ש מר"ן סי' שע"ב ס"א גזל קרקע וכו' או שאכל פירותיה כשבעל השדה גובה וכו' או דמי פירות שאכל גובה מנכסים בני חורין מפני שהיא כמלוה ע"פ ע"כ, ואחר דמדמי לפירות למלוה ע"פ נראה לכאורה שאינם נגבים מהיורשים אלא דוקא בא' משלשה דרכים שכתב מר"ן סי' ק"ח אבל קושטא דמלתא ליתא דטעמא מאי אמור רבנן שאינה נגבית מהיורשים משום דטענינן להו שמא פרע מורישם ובנד"ז אנן סהדי וכל העם עונים בפיהם ואומרים שלא פרע והוה ליה כמלוה ע"פ תוך זמן שנגבית מהיורשים משום חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו וה"נ חזקה הוא שלא פרע ואוקי גברא אחזקתיה ולכן חייבים היורשים להחזיר פירות מבני תרי, עוד י"ל דלא איירי מר"ן בשם הרמב"ם ז"ל אלא בגזלן שהחזיר גוף הקרקע ובאין לדון עמו על הפירות שאכל ולכן מדמי להו למלוה

ע"פ וכמ"ש הסמ"ע שם דאעפ"י דגזלת קרקע גופה יש לה קול מ"מ הפסיד פירותיה אין לו קול וכמלוה ע"פ דמי ולכן גובה מנכסים בני חורין ולא ממשעבדי ואפשר שאינו גובה גם מהיורשים, אבל בנד"ז שעודם מחזיקים בקרקע מכח מורישם בחזקת לקוחה ונמצאת גזולה קלא איתי להו גם לפירות ובודאי שגובה מהיורשים ואפשר דלפי טעם זה דקלא איתי להו גם לפירות נראה שגובים אותם אפי' ממשועבדים, זהו מה שנלע"ד דעת הדיוט בזה וה' אלהים אמת ינחנו במעגלי צדק למען שמו ולראיה ביד יורשי הר"מ הנז' ח"פ פאס יע"א בחדש אב יה"ל משנת כי תשפוט עמים מישו"ר לפ"ק וקיים.

שאול סרירו ס"ט

אחר שמפורש בכל העדויות הנ"ל שהמכר היה באונס גמור ובעדות הר"א ביטון נתבאר שמסר המוכר מו' על המכר והוסיף לבאר שכמה היה האנס מסלסל בצערו של המוכר עד שהוציא שטר מו' ונתנו להאנס מתוך צרה גם מעדותו של החה"ש כהה"ר בנימין לכרייף מוכח שהיתה מו' ומחמת אונס הוכרח במעשיו להוציא השטר מו' ולבטלו הרי המכר בטל דהא איכא הכרת אונס ומסירת מו' ומה שהוציא המו' ונתנה לו היה ג"כ באונס גמור ולא מבטלה המודעא בהכי ואע"ג דכתב מר"ן הקדוש בכסף משנה סוף פ' יו"ד דמכירה על דברי הרב המגיד ממה שלא חילק בין היכא שאנסוהו לבטל המו' להיכא דנסתלק האונס וביטל המו' מדעתו משמע דס"ל דלדעת רבינו אם ביטל המו' אפי' מתוך האונס הוי מתבטלת וטעמו משום דלא עדיפא ביטול מו' מתוך האונס מאונס המכר עצמו דאמרינן דאגב אונסא גמר ומקני ה"נ גמר ומבטל מודעא עכ"ל ושכן כתב הרב הנימוקי פ' חזקת הבתים וז"ל מהא שמעינן דאע"ג דאמרינן תליוה וזבין זביניה זביני כל היכא דמסר מו' לא הוי זביני ומיהו אם ביטל המו' אפי' מתוך האונס מסתברא דמודעתו מבוטלת דלא עדיפא ביטול מו' מתוך האונס מאונס המכר עצמו יע"ש, די"ל דהכא שאני דלא ביטל המודעא בפירוש רק שמחמת אונסו הוציאה ונתנה להאנס וסמך על עדי המו' דלעת מצוא שעת הכושר יביא עדים שמסר מו' על המכר שהיה באונס ומבטלו וכן מוכח מדברי משי"ח דלא הזכיר בדבריו שום ביטול רק נתינת מו' וכן מוכח מדברי רב אחאי החה"ש הדו"מ כהה"ר ש"ם שלא היתה אלא נתינה בעלמא אלא שמעדותו של כהרב"ל שכתב להוציא השטר מו' ולבטלו איכא למיחש שנעשה איזה ביטול ולפ"ז לדון משפט זה לאשורו היינו צריכים להשקיף על השטר מו' ועל שטר הביטול דודאי במו נהוג עלמא למסור מו' גם על הביטול ואתאן למחלו' הרשב"א והר"ן בביטול מודעא ובפיסול עידיהן וכו' כמובא בב"י א"ה סי' קל"ד ובח"מ סי' ר"ה יע"ש ונראה לומר דבנ"ד אפי' הרשב"א דסובר דכל שפוסל עדיו אין מי יעיד על האונס

התם בדליכא אלא עדי מו' שמכירין באונסו והכא כ"ע מכירין באונסו ובפרט דבי דינא רבא הוא דמכירין באונסו כמובא בדבריהם וכן מפורש במהריט"ץ סי' קפ"ט דבהיכא דאנן בי דינא ידעינן באונסיה ואין אנו צריכים לעדות העדים שפסל שהמודעא קיימת והביטול בטל ושכן כתב מהראנ"ח ח"א סי' מ"ב יע"ש וכ"ש דאפשר דמה שהעיד להוציא השטר מו' ולבטלו היינו מה שנותנו להאנס ולא שמבטלו בפירוש ואין להאריך כעת בפרטים הללו כי דברי הרבנים עיקר דלא היתה אלא נתינה בעלמא וסמך על עדי המו' ובפרט בפרסום גדול כזה שנתגלה לכ"ע אונסו ודאי שהמכר בטל הדרא ארעא והדרא פירי וכמ"ש הרבנים וצור ישראל יצילנו משגיאות החותם פה פאס יע"א בחדש א'הוב ל'מעלה ו'נחמד ל'מטה מש' עושה משפט לעשוקי"ם לפ"ק וקיים.

שאול ישועה ס"ט

הנה נא הואלתי לבאר עוד בדין המודעא הנז' מחמת שידעתי שחששו מקצת חכמי ישראל לעדות הח' הש' כהה"ר בנימין לכרייף שהעיד שהר"מ הנז' הוכרח במעשיו להוציא השטר וכו' ולבטלו והבינו מלשון ולבטלו דשמא הר"מ הנז' ביטל המודעא וביטול המודעא אף אם יהיה באונס מהני לדעת קצת הפוסקים ואין זה אמת דמ"ש ולבטלו המדקדק בלשון הקדש יבחין דהכונה היא דאנסו לבטל אבל הוא לא ביטל דאל"כ הו"ל לכתוב ובטלו ומדכתב ולבטלו מוכח דר"ל דאנסו לבטל אבל הוא לא ביטל אלא שנתן לו השטר מודעא על צד האונס כמ"ש ולעולם היא בתוקפה וגבורתה והמכר בטל וליכא למיחש דשמא פוסל עדי המו' והמודעא בטלה ומטעם דמי יעיד על המודעא אחר שפוסל עידיה כמ"ש הרשב"א ז"ל דבנד"ז כ"ע מכירין באונסו ובי דינא מכירין באונסו, והרי איכא עדים אחרים זולת עדי המו' וא"כ אפי' נימא דפיסל עדי המודעא ולא משכחת מי שיעיד על המודעא כדעת הרשב"א ז"ל היינו דוקא היכא דליכא עדים אחרים לקיים המודעא אז אמרינן כיון שפיסל עדי המודעא כסברת הרשב"א ז"ל, אבל היכא דאיכא עדים אחרים כי הכא דבנד"ז דבי דינא מכירים ויודעים ומעידים על המודעא ואונסה אפי' הרשב"א יודה דהמודעא קיימת וליכא למיחש למידי וכמ"ש הנ"י בפ' חזקת וז"ל והיכא דידעינן באונסיה ומסר מו' על המכר וכו' אין למו' שום ביטול ע"כ:

דדייק לשון דידעינן באונסיה וכו' דפירושו דכיון דידעינן אנן בי דינא באונסיה אע"ג דפוסל עדי המודעא הא איכא בי דינא דאינון ידעי ואינון סהדי במודעא ושכן מפורש במהריט"ץ סי' קפ"ט הנז' דאם ב"ד מכירין באונסו אין למודעא שום ביטול יעו"ש, ובנד"ז הא איכא בי דינא דמסהדי אמודעא כמ"ש בפנים והמודעא קיימת והמכר בטל ומעתה הרי הקרקע בחזקת יורשי הר"מ ומורידין אותם לה מעכשיו אפי' שלא בפני

יורשי הרש"ם וכמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' ק"י ס"ה וז"ל יתומים קטנים שנמצאת קרקע שאינה שלהם אלא טען הטוען שהוא גזל ביד מורישיו וכו' ואם נמצאת גזולה מחזירין אותה לבעליה ע"כ, הכי מוכח להדיא דנזקקין לקטנים להוציא הגזלה מידם תכף ומיד ולהחזירה לבעלים. דקטן כשלא בפניו דמי ואפ"ה מוציאים הגזילה מידם וה"ן לא שנא ואפי' לדעת הרמב"ם דמצריך להעמיד להם אפוטרופוס כמ"ש מר"ן בסי' הנז' הרי כתב בכה"ג באות פ' וז"ל דיש לתרץ דברי רבינו דלא אמר דמעמידין אפוטרופוס אלא בתחלת הטענות וכו' שהיא גזולה וקודם שהביא עדיה אבל אם יצאו עדים אין צריך שוב לאפוטרופוס ע"כ. משם באר"ה דאם יצאו עדים שהיא גזולה כי האי גוונא נזקקין להם מיד ולאלתר וא"צ אפוטרופוס אפי' לדעת הרמב"ם ז"ל וה"נ בנד"ז לא שנא דגזלה שאני, כללא דמלתא דהמודעא הנ"ב היא קיימת וחזקה כראי מוצק אפי' לדעת הרשב"א אי נימא דהר"מ פוסל עידי המודעא לדעת האומרים ומשום דהאיכא עדים אחרים שהם בי דינא שהכירו באונסו וכ"ע הכירו באונסו וכ"ש הכא בנד"ז דלא חזינא שהר"מ הנז' עשה שום ביטול כלל אלא שנתן המודעא על צד האונס כמ"ש ומעתה ומעכשיו יד יורשי הר"מ נטויה להחזיק בקרקע מורישם אפי' שלא בפני יורשי הרש"ס כמ"ש בפנים ולית דין צריך בשש ולית לן למיחש לעדות הרב"ל שהעיד שהכריחו להוציא השטר ולבטלו דכונתו היא שהכריחוהו לבטלו אבל הוא לא בטל כאמור ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א משנת ראשו"ן הוא לכם וקיים.

איש צעיר אליהו הצרפתי ס"ט

עתה באתי בידים שניו'ת אחרי רואי כמה ראיות הראיו'ת בהעדויות שנתקבלו עוד בענין זה ובפרט עדותו של הח' הש' כהרי"ד דמלבד מה שהפליא והגדיל בעדותו את כל הקורות להמוכר מהפלגת רשעתו של האנס ועוצם עזותו אשר למדוד לו כמדתו לא שרי לן להפך כלל בזכותו ודיינינן ליה כדי רשעתו לבל תעשנה ידיו תושיה וידי אלמי שכמותו אלא שעוד ברר בעדותו בדבר ברור שהוא עצמו היה עד בהמודעא שמסר המוכר הנז' במכנאם נגד האנס והיא מודעא רבה נוקבת ויורדת עד התהום הכינה וגם חקרה בעצת חמיו הרב הגדול מהרי"ט זלה"ה ונתחכם על כל מיני ואופני הבטולים שלא יהיו חלים כלל וכלל כמו שמבואר בפרטות בש' ק"ע שביד יורשי המוכר הנז', גם ראיתי עדות הח' כה"ר משה מונסינייגו שהעיד גם הוא בדבר ברור שהוא עצמו עד בהמודעא שמסר המוכר בפאם יע"א וכתב וחתם מו' רבה כוללת כל אופני הבטולים אפי' ע"ד שיתחדש מסר עליו מודעא כמבואר בש' ק"ע שביד יורשי המוכר באורך.

ולפי זה אין כאן שום חשש כלל מעדותו של כהרב"ל שהזכיר בעדותו הביטול ואמינא שמא מחר ימצא הביטול ביד יורשי האנס והשתא דחזינא מה שהעידו העדים הנז' מתוקף מודעא רבא הנז' אמינא. ודאי דכל הבטולים שימצאו להוו שביתין ושביקין וכו' בין באונס בין ברצון, עוד ברר בעדות כהרי"ד הנז' שאחרי יו"ד ימים שנתגלה להאנס ענין המודעא דכפת להמוכר על העמוד והיה מכהו באכזריות חמה ע"י משרתיו רשעים וחנקו אותו עד שכמעט הוציאו נשמתו כדי להוציא המודעא ומעולם לא הודה לו המוכר שיש לו מודעא אלא שבעודו כופהו ומענישו יצא דבר מלכות להאנס שילך לפאס ושם חקר ודרש על המודעא ששמע ששם הטמינה המוכר מיראתו עד שבאה ליד האנס מבלי ידיעת המוכר ושם בעיר מכנאס הראה אותה להח' העד שחתם בה להענישו על שחתם לחובתו עד שברח מאימתו לערי המזרח גם ראיתי עדות הר"א ביטון שהעיד שמרוב צערו שלח לכהרב"ט אחי אשתו שילך לפאס ונתן לו האנס הפרדה שלו והביא המו' להאנס למכנאם ועדות זו מסייעת לעדות הרי"ד שלא נתן לו המוכר מו' מידו ואין ב' העדויות סותרות זא"ז דאיכא למימר דהרא"ב הנז' בראותו לכהרב"ט הביא המו' ונתנה להאנס סבר שבשליחות המוכר הלך וכפי האמת לא הלך בשליחותו רק בראותו צרת גיסו כי בנפשו הוא הלך והביא המו' מעצמו והיינו טעמא שנתנה ליד האנס דאם איתא שהמוכר שלחו הי"ל להביאה אל המוכר והמוכר יתננה אל האנס ועדותי של הרי"ד שהעיד שהאנס חקר על המו' בפאס עד שבאה ליד האנס דייק בלישניה שבאה ליד האנס ולא שהאנס הביאה שלא ראה מי הביאה ואמרינן בודאי כהרב"ט הביאה כדברי הרא"ב באופן שאין כאן שום סתי' בעדותם והצד השוה בעדותם דאפי' נתינה מידו לא נתנה ליד האנס ואין כאן חשש לומר שנתינתה מידו ליד האנס זהו בטולה דאין כאן נתינה מידו כלל וכבר כתבנו דלקושטא דמילתא אף אם נתנה מידו ליד האנס לא אמרינן זו בטלה שהרי סמך על עדי המו' שיכתבו אחרת שדרך המוסר מו' לעשותם שלוחים ולא תגמר שליחותם עד יצא כנוגה צדקה:

וכ"ש למאי דמשמע מדברי העדים שמסר המו' מו' במכנאם ומסר אחרת בפאס ואם נתן א' סמך על האחרת ואין כאן ביטול של כלום וכל האי שקלא וטריא בעניני המו' הנז' הוא משום דחשבינן להמוכר כדין תליוה וזבין דזביניה זביני יב אם לא מסר מודעא והשתא שפיר חזינן וילפינן מהעדויות הנז' מילתא פסיקתא דאין דינו של המוכר הנז' כדין תליוה וזבין אלא כדין תליוה ויהיב דאין צריך מסי' מו' וסגי ליה בעדי האונס שהרי בעדותו של הרי"ד הנז' בירר שמחצית החצר שמכר המוכר להאנס הנז' באונס היתה שוה בכפלי כפליים מהסך שבו מכר לו שאנסו על המכר ואנסו על הדמים שיתן האנס

כפי רצונו פחות מהשומא ששוה גם ראיתי בעדותו של הר"א ביטון שגם הוא מעיד שמכר לו מחצית החצר הנז' בפחות פחות משוויו ולפ"ז דאיכא עדות שלימה שלא נתן האנס כל שווי הקרקע שאנס אין כאן תורת מקח והוי כמי שאנסוהו ליתן שאינה מתנה ולא מיבעיא לדעת רשב"ם שכתב גבי תליוה וזבין דגמר ומקני הואיל ואיכא תרתי יסורין ומתן מעות דלא מפסיד מידי ע"כ וכתב מרן ב"י מדקאמר לא מפסיד מידי משמע שלא היה מפסיד משלו כלום וכ"כ משם הרב הנימוקי שכתב משם הריטב"א דכיון דבתר דעתיה דמוכר אזלינן ליכא לדמוייה לגמרי לאשה ולומר כי היכי דאשה מתקדשת בפרוטה [פי' דקיי"ל דתליוה ואקדישה קדושיה קדושין] ה"נ אם קיבל פרוטה משדה זו דלהוי מכירה דשאני אשה דהרי נתן לה דמים, דכל אשה מתקדשת בפרוטה אבל הכא מי איכא למימר משום פרוטה שנותנים לו מתרצה על קרקע של ק' מנה ונראה שדעת הרנב"ר נוטה לזה אע"פ שאחרים אומרים דשווים הם עכ"ל גם הריב"ש בסי' קכ"ו ד' ע"א ע"ד כתב וז"ל ועוד דאפי' בזביני הסכימו המפרשים דלא אמרינן תליוה וזבין זביניה זביני אלא כשנתנו לו כל שווי הקרקע אבל בפחות משוויו לא דאין לומר בשום פנים שאם אונסין אותו למכור קרקע שוה אלף זוז בדינר דאגב אונסי דזוזי גמר ומקני ואע"ג דתליוה ואקדישה קידושיה קידושין וכו' שאני אשה שכך דרך הנשים להתקדש בפרוטה וגם שהבעל מתחייב לה בשאר כסות ועונה וגם דאתתא בכל דהוא ניחא לה יע"ש, והרב משנה למלך דייק כן מל' הרמב"ם פ' י' מה' מכירה שכתב מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח וכו' מדקאמר דמי המקח בא למעט סברת האומרים דלא בעינן שיתן האנס כל דמי שוויו יע"ש ולפ"ז גם מרן הקדוש שהביא לשון הרמב"ם בדמותו וצלמו בסי' ר"ה ס"א סובר הכי דבפחות משוויו לא הוי זביניה אפי' בקרקע אלא אפי' לסברת ר"י שהביא הטור בסי' ר"ה, ס"א דחילק דבקרקע אפי' לא נתן כל שוויו לפי שאין אונאה לקרקעו' וכו' הרי סיים הטור וכתב ונראה לפרש דבריו כשאינו כופהו אלא על המכירה אבל בסכום המעות אין כופהו אבל אם כופהו ליתן לו בפחות משוויו אף בקרקע אין כאן תורת מקח והוי כמי שאנסוהו ליתן שאינה מתנה עכ"ל ופסקה מרן שם ס' ד' בשם יש מי שאומר ומאי דנקט יש מי שאומר הוא דוקא על דברי ר"י ומשום דמרן סובר אפי' בקרקע כל שלא נתנו לו כל שוויו לא אמרי' זביניה זביני ובנ"ד שאנסו גם על סכום המעות אתייא ככ"ע דלא הוי זביניה זביני אפי' בלא מסי' מו' והדרא ארעא והדרא פירי מיומא קמא דלפי עדותו של הרי"ד הנז' הוי המכר בניסן תקכ"ו דהוי עד היום שלשים שנה, וכמפורש לעיל בדברי הרבנים יצ"ץ וצור ישראל יצילנו משגיאות החותם פה צפרו בחדש זו משנת יושי"ע לבנ"י אביו"ן לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן מט

כאשר נדונו יוסף הלוי בן יולי והר' שלמה ביסידאן לפני בי דינא רבא משי"ח בענין החיוב שנתחייבה ריינה א"ל יצחק הלוי ליוסף הנז' בעד מזונותיה וטיפולה בחולייה סך כ"ם בכל שבוע דהיינו פ"ם בכל חדש בתנאי גמור שיתן לה מזונות כשאר החולים ושיהיה לה נר דלוק מערב עד בקר כל ימי חלייה ויקנה לה כל המצטרך לה והר"ש המציא כמה כתי עדים שלא קיים תנאו ונדונו לפני משי"ח וביטל השטר ההוא ואח"ך בא בנו של יוסף בטענה שהשטר כבר נמסר לו מאביו וכל מה שעשה אביו אינו עשוי הן במה שנתקשר לדון בפאס וביטל כל הראיות שיוציאו אח"ך הן במה שדן עם שלמה הנז' וביטל דבריו משי"ח.

וזה מה שכתבתי אני הצעיר בענין זה להוציא מלב המגמגמין בדינו של הרב משי"ח.

דברי הרב משי"ח נר"ו אמת וגזר דינו גזר דין אמת ששטר חיוב שנתחייבה ריינא הנז' ליוסף הנז' בטל מעיקרו הוא וכמאן דליתיה דמי שהרי עיקר החיוב שנתחייבה בהחוב הנז' היה על תנאי שיעשה לה מנוח אשר ייטב לה בכל ימי חלייה להטפל בה ולספק לה מזונות הראויות לה כפי חלייה וכיוצא מדברים הצריכים לה בחלייה ולא מבעיא השתא דידיע לן עפ"י עדים שלא קיים תנאו דודאי הוא דנתבטל החוב בכל אופן שיהיה התנאי, אלא אפילו בסתמא דלא ידיע לן אי קיים תנאו אם לא קיים מ"מ אחר שעיקר החוב תלוי בקיום תנאי זה ותנאי זה ישנו בקום עשה דהיינו ע"מ שיעשה לה כו"ך אמינא ודאי דאין לחוב זה דין שטר כלל ולא מצי גבי ביה אלא א"כ הביא ראיה שקיים תנאו דהכי קי"ל בכל תנאי שהום בקום עשה דחיישינן שמא לא קיים המקיים את תנאו ועליו להביא ראיה שקיים תנאו וכל שלא הביא ראיה אין לו כלום כמ"ש הר"ן בפ' מי שאחזו גבי הרי זה גיטך ע"מ שתתן ק"ק זוז וחזר ושנאה משם הרמב"ן בריש פ' המגרש גבי הרי זה גיטך ע"מ שתעלה לרקיע יע"ש מלתא בטעמא ופסקה מר"ן הקדוש בסי' רמ"א ס"י וז"ל האומר לחבירו הריני נותן לך כו"ך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אם אמ"ל ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שבטל תנאו ע"כ, הרי דיש חילוק בין היכא דהתנאי ישנו בקום עשה להיכא דישנו בשב ואל תעשה. וכל שישנו בקום עשה כנ"ד לא מצי גבי חובו מן הסתם אא"כ הביא ראיה שקיים תנאו, ולפ"ז בנ"ד שהתנאי הוא בקום עשה ומן הדין היה צריך יוסף הנז' להביא ראיה שקיים תנאו וכל שלא הביא ראיה שקיים תנאו אין כאן חוב של כלום ולא גבי ביה ולא מידי

א"כ השתא דקדם שכנגדו ואייתי ראיה בעדים שלא קיים זה תנאי דבזה נתבטל החיוב מה יועיל ליוסף הנז' להביא אח"כ ראיה בעדים שיעידו שקיים תנאו כדי להעמיד חובו דסוף סוף תרי ותרי נינהו והו"ל עדות מוכחשת דדברי שניהם בטלים כדקי"ל בכתובות דף ך' ע"א דאוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ופסקה הטור בסי' ל"א ס"א יעו"ש, וא"כ בין יביא יוסף הנז' ראיה שקיים תנאו בין לא יביא השטר בטל ולא מצי גבי ביה כלום, וכ"ש שכבר עמדו לדון ונתבטל החוב מעיקרו עפ"י הראיה שהביא שכנגדו שלא היה יוסף הנז' מקיים תנאו ואיך יחיה אחרי נפלו בעדות מוכחשת.

ואע"ג דבעלמא בהיכא דאיכא שטר ואיכא תרי ותרי כגון ב' אומרים פרע וב' אומרים לא פרע דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי שטרא אחזקתיה כדמשמע מדברי בה"ת שער כ"ו חלק א' סימן ב' גבי הימניה לוה למלוה כבי תרי ואמר המלוה לא נפרעתי והלוה הביא עדים שפרעו דהו"ל תרי ותרי ואוקי שטרא אחזקתיה וכן משמע מדברי הסמ"ע בסי' ע"א סק"ד יע"ש שאני התם דמיירי בשטרא מעליא אלא ששנים אומרים פרע ושנים אומרים לא פרע דדברי שניהם בטלים ומוקמינן לשטר אחזקתיה כמו שהיה אבל היכא דשטרא ריעא הוא כנ"ד שהוא תלוי בקיום התנאי ולא מצי גבי ביה אא"כ הביא ראיה שקיים התנאי כשנאמר בהיכא דהוו תרי ותרי דברי שניהם בטלים ונוקי שטרא אחזקתיה כמו שהיה הרי חזקתו היא דלא גבינן ביה בלא ראיה וממילא איתרע חזקתיה ומוקמינן ממונא בחזקת מריה ומה גם לסברת הש"ך דסובר הוא דגם בשנים אומרים פרע ושנים אומרים לא פרע דספק פרוע הוא ולא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה כמ"ש בסי' מ"ו ס"ק ק"א ובסי' ע"א ס"ק ב' יע"ש, א"כ בכל ענין אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה ולא בחזקת בעל השטר, ועם היות דבמקום דאמרינן לא מגבינן ביה מקרע נמי לא קרענא ליה כההיא דסי' מ"ו סעיף ל"ז ונ"מ דאי תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש רש"י כתובות דף ך' ע"א והרא"ש שם ופסקה מורם בסעיף הנז' בהגה מ"מ בנ"ד שלא הניחה ריינא הנז' אלא קרקע דלא שייכא בו תפיסה כדכתב הסמ"ע שם ס"ק צ"ח ודייק לה מדברי מורם שכתב דאם תפס מטלטלין משמע דבא לאפוקי קרקע א"כ ודאי דבנ"ד השטר בטל לגמרי וכיון שאין תקוה ממנו אפשר דמקרע נמי קרעינן ליה ודו"ק.

אסיקנא דבנ"ד שהחוב הנז' נעשה על תנאי והתנאי היה בקום עשה כל שלא הביא ראיה שקיים תנאו לא מצי גבי בשטר זה דשטרא ריעא הוא והשתא דקדם שטרא והביא ראיה שלא קיים תנאו שוב לא מהנייא ליה להמקיים ראיה שיביא שקיים תנאו ומהשתא אין אנו צריכים לאותו קשר שנתקשרו יוסף הנז' עם היורש שלמה בוסידאן שכל ראיה ועדויות שיביאו אחרי בואם למתא פאס יע"א הם בטלים דאפי' לא היה הקשר ההוא

אין שום קיום והעמדה לראיות ועדויות שיביא יוסף הנז' שקיים תנאו כיון שכבר הביא ראיה שכנגדו שלא קיים תנאו כדכתיבנא ועל חנם הוא טורח יהודה בנו לבטל הקשר ההוא באמרו דאביו לאו בעל דברים דשלמה הנז' הוא מחמת שכבר מסר לו אביו החיוב הנז' והוא ניהו בעל דברים דשלמה וא"כ הקשר שנתקשר אביו עם שלמה הנז' לאו של קיימא הוא דלו יהיה כדבריו שנתבטל הקשר ובא יבא הבן בראיות ועדויות שקיים אביו התנאי ההוא אינן כלום כיון שקדמה ראית שכנגדו שלא קיים הו"ל תרי ותרי ודברי שניהם בטלים ונשאר שטר החיוב תלוי ועומד בגוף בלא נשמה דנשמתו היא הראיה והרי פרחה לה ממנו כאמור הרי אפי' לסברתו המועטת דאביו לאו בעל דברים דשלמה הנז' הוא לא הועיל כלום בקשר להתיר.

אבל קושטא דמילתא דהוי האב בעל דברים דשלמה הנז' שהרי כתב הרי"ף בפ' הכותב דשטרות אין גופן ממון וא"א להקנותן בהקנאה גמורה אלא שחכמים תקנו להם צד מכר ולפיכך יכול בעל השטר למחול שטר שכבר מכרו לפי שלא זכה בו לוקח מן התורה ע"ש וכ"כ הרמב"ם בפ' ו' מה' מכירה הלכה י"ב וז"ל קנין שטרות בדרך הזאת מדברי סופרים אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי לפיכך המוכר שט"ח לחבירו עדיין יכול למחול ע"כ הרי מדברי שני עמודי ההוראה מוכח דבעל השטר הוא בעל דברים מן התורה ולא הלוקח ואיך מצי הלוקח להתיר הקשר שנתקשר בעל השטר שהוא בעל דברים מן התורה ולאהדורי דינא שכבר דן עמו אחד שהוא לוקח ואינו בע"ד אלא מדברי סופרים.

ומה גם לסברת יש מהמורים שהביא בה"ת בשער נ"א חלק ד' סי' ד' שהורו שצריך לכתוב המוכר שט"ח לחבירו בכתיבה ומסירה בשעת המכירה ז"ל דון והנפק לנפשך ואי לא לא מצי לאשתעויי דינא בהדיה בע"כ דלוה דאמר ליה לאו בעל דברים דידי את וכתב שכן כתב הראב"ד יע"ש הרי דבעל דברים דידיה האמתי הוא בעל השטר והלוקח לא הוי בעל דברים דידיה ואפי' מדברי סופרים ומוחלפת שטתו של הבן דעביד יציבא בארעא וגיורא בשמי שמייא ואפי' לדעת ר"ת שהביא הרא"ש והר"ן פ' הכותב דסובר מכירת שטרות דאורייתא מ"מ סובר הוא דשני שעבודים יש לו למלוה על הלוה שעבוד גופו של לוה שהוא מחוייב לפרוע והוא עיקר השעבוד ושעבוד על נכסיו מדין ערב דנכסוהי דבר איניש אינון ערבן ביה ושעבוד הגוף לאו בר מכירה הוא ואינו נמכר אלא שעבוד נכסים בלבד וכי חזר ומחלו פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסים יע"ש הרי דשעבוד הגוף שהוא העיקר ליתיה במכירה ואין הקונה השטר זוכה בו וכי היכי דלגבי מחילה בעל דברים הוא המוכר שטר ומצי מחיל ה"נ

לענין דינא בעל דברים הוא ומצי דאין ודינו דין והקשר שנתקשר עם שלמה הנז' לדון במתא פאם יע"א ובטל כל ראיות שיביאו אחרי בואם למתא פאם הוא קשר של קיימא שאין לו התרה כלל וכבר נדונו בפאם בבי דינא רבא הרב הגדול משי"ח ומי יבוא אחרי המלך את אשר כבר עשהו וכל דבריו אמת וצדק החותם פה צפרו בניסן משנת ול"א תענ"ה על ריב ליצירה וקיים.
שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן נ

שאלה אשת ראובן קנתה בית א' מאלמנת שמעון ומיורשי בעלה ובא לוי בעל המצר לערער על המקח כי לו משפט הגאולה כי הוא מצרן ויש לו דין קדימה והשיב ראובן בעל האשה דהמוכר לאשה לית בה דינא דבר מצרא. ועוד שקנתה מן האשה ואף המחצית שקנתה מן היורשים תזכה בו דכיון דזכתה בחלק האשה נעשית גם היא מצרנית וזכתה גם בחלק היורשיה שא' מן המצרנים שקדם וקנה אין האחרים יכולים לסלקו, ולוי משיב לא מבעיא בחלק היורשים דאין לה שום זכות אלא אף בחלק האשה עצמה לא תזכה מפני שהוא שותף עם האלמנה והיורשים בחצר ואף שהבתים מבוררים כיון שהם שות' באכסדרה ומרפסת ובבאר מים חיים ובבהכ"ס של כבוד הרי הם שותפין ושותף עדיף ממצרן ויכול לסלק לאשה או לקונה מן האשה כמ"ש מורם סימן קע"ז סמ"ז וראובן השיב דלא מקרי שותף אלא מי שהוא שותף בבית עצמה אבל מי שהוא שותף באמצעה של חצר ובשאר תשמישי החצר לא מקרי שותף, אלו טענותיהם.
תשובה לא מבעיא לס' קצת פוסקים דס"ל דל"א המוכר לאשה לית ביה דינא דבר מצרא אלא באלמנה או גרושה אבל נשואה לא דינא ולא דיינא דמעשה אשת ראובן לאו כלום הוא, אלא אפי' לסברת הרי"ף והרשב"א שהביא מור"ם סברתם וחילק בין אשה שיש לה נכסים ידועים לשאין לה נכסים ידועים דמכלל דבריו משמע שאף אם היא נשואה אם יש לה נכסים ידועים לית ביה דינא דבר מצרא היינו אם הוא מצרן דוקא כגון ב' שדות סמוכים אבל בנ"ד שהם שותפים בכל תשמישי החצר ודאי דדין שותף גמור יש לו ומצי לסלק לאשה ולקונה מן האשה, ואם הבתים חלוקים, תשמישיהם משותפין, דבית בלא תשמישיהם הכרחיים כמאן דליתא דמיא ותשמישים אלו כלם הם הכרחיים והם באר מים חיים ובהכ"ס של כבוד, ויש להם דרך זע"ז דכולם לא אפשר בלא"ה ואם יחסר לבית א' מאלו לא חזיא ולא מידי נמצא כאלו הם שותפין בחלק מן הבית עצמו, ואחר שהם שותפים מצי השותף לסלק לאשה ולקונה מן האשה, ודבר זה פשוט וברור, וכן נמ"ך

פסק א' לחכמי פאם זלה"ה שכתבו על מ"ש מרן סכ"ט וז"ל השוכר בית מחבירו והמצרן רוצה להוציאו מידו לשוכרו לעצמו אין שומעין לו כתבו דוקא שלא היו שות' בבית שער ותירבץ החצר ובהכ"ס ובבאר מים חיים אבל אם שותפים באחד מאלו הרי הם כשותפים והשותף מסלק לשוכר והגם דשכירות לית ביה דינא דבר מצרא מכל מקום דינא דשות' אית בה דשותף עדיף ממצרן כמ"ש בסי' הנז' בדין שנים ששכרו בית בשות' וכן בס"ס נתבאר דשותף עדיף ממצרן וא"כ ודאי דאי השכיר א' מהשותפים ביתו לאחר מצי שותף לסלקו מכח שות' ב"ש אכסדרא ומרפסת ובאר המים עיין בתשובת הרא"ש כלל א' סי' ס"ג שם נתבאר דשותף בחצר הגם דאינו שותף בבית מצי לסלק לשוכר עכ"ל, וחתומים הרבנים כמוהריב"ע ומוהריב"ץ ומוהרשב"ץ ומוהר"א אב"ד זלה"ה, הרי דמבואר באר היטב דאם הוא שותף עמו בא' מתשמישי החצר חשיב שותף גמור לסלק את השוכר אף דשכירות לית בה דינא דבר מצרא וה"נ דכוותה דמיקרי שותף לסלק הקונה מן האשה והמוכר לאשה, ושמעתי שיש מי שפירש בדברי מורם ז"ל דכתב בסי' קע"ה סמ"ז וז"ל ודוקא מצרן אינו יכול לסלק לאשה אבל שותף יכול לסלקה דלא קאי אלא אירישא דדברי מר"ן דהמוכר לאשה אבל לא אסיפא דכתב מורם הקונה מן האשה לית ביה דינא דבר מצרא וס"ל הקונה מן האשה אף אם הוא שותף אינו יכול לסלק לקונה ממנה, וזה אינו דק"ו הוא שהרי בקונה מן האשה י"א דאפילו מצרן מסלקו אבל בשוכר לאשה לכולי עלמא אין המצרן יכול לסלקו ואפ"ה בשותף יכול לסלקו ודברים פשוטים הם וכן מ"ך בגליון הש"ע של א"א זלה"ה רשם על דוקא מצרן וכו' אבל שותף יכול לסלקה ונ"ב אירישא דהמוכר לאשה קאי וכ"ש אסיפא דקונה מן האשה שהרי יש אומרים בקונה דאפילו מצרן מסלקו ע"כ, גם מה שרצה ראובן לזכות בחלק היורשים מכח חלק האשה עכשיו שנפל היסוד נפל הבנין שחלק האשה עצמה זכה בו השו' מכח שותפות וכ"ש חלק היורשים אפי' הוא מצרן לבד זכה ואף שדברים אלו לקו"ד הם דברים פשוטים כתבתי להפצרת השואל בסיון תקנ"ח וקיים

הצעיר ברוך טולידאנו סי"ט

יפה דן החכם הפוסק נר"ו שאע"פ שהבתים חלוקים שכל אחד יש לו בית מיוחד בפני עצמו כיון שהם שותפים באמצעה של החצר ובבאר ובה"כ וכניסה ויציאה קרינן ביהו שפיר שותפין ויכולין לסלק המצרן וכ"ש לאיניש דעלמא דמהאי טעמא אמרי' לגבי דינא דגוד או אגוד דבשאר חצר אמרי' גוד או אגוד זולת בד' אמות הצריכין לכל פתח או בדרך הצריך לכניסה ויציאה וכמ"ש מור"ם בחומ"ש ס' קע"ח ס"ח ומר"ן סי"ז בשם הרשב"א ומטעם שאין אדם עשוי לפרוק משאיו בדרכים לעין כל ואם אין יציאה וביאה

יצטרך לפרוח באויר ונמצא שהפסיד את ביתו ולפ"ז דוקא אם יעשו דינא דגוד א"א בד' אמות הצריכין לפתח דוקא או בכניסה ויציאה לחוד וכדיהיב טעמא שנמצא מפסיד את ביתו אבל אם יעשו דינא דגא"א גם בבתים עצמם דליכא פסידא ודאי הוא דיכולין לעשות אפי' אינם שותפין אלא בד' אמות הצריכין לפתח או בכניסה ויציאה לחוד ואם הם שותפים גם בשאר החצר יכולין לעשות דינא דגוד א"א לשאר החצר אפי' בלא בתים וכ"ש ע"י הבתים כאמור דמאחר שהם שותפין באמצעה של חצר או בכניסה ויציאה או בד' אמות הצריכים לפתח מיקרו שותפים גם בבתים ויכולין לעשות גוד א"א גם בבתים החלוקים וכמו שנמצא לרבותינו (נ"ן זלה"ה שגם בבתים החלוקים יכולין לעשות דינא דגוד א"א שכך נמנו וגמרו ועלו בהסכמה וחזרו בהם ממשנה ראשונה וזזה ממקומה הלא בספרתם וכך ראינו לאבותינו זלה"ה דנים והולכים הלכה למעשה ודוק מינה ואוקי באתרין דגם לענין מצרנות דקי"ל שותף עדיף ממצרן מיקרו שותפין ויכולין לסלק המצרן וכ"ש לאיניש דעלמא שאינו מצרן בנדון זה, ואע"ג דבנ"ד היא אשה נגד אשה וזיל הכא לגבי המוכרת ליכא דינא דב"מ וזיל הכא לגבי הלוקחת ליכא דינא דב"מ וכ"ש בעמדם יחד שניהם כא' טובים לקיים המכר ביד הלוקחת ואין המצרן יכול לסלקה מ"מ שאני שותף דעדיף ממצרן ויכול לסלקם גם בנד"ז שהיא אשה נגד אשה וכמ"ש מור"ם סי' קע"ז סמ"ז גבי מוכר לאשה דדוקא מצרן אינו יכול לסלק אשה אבל שותף יכול לסלקה דשות' עדיף ממצרן ואע"ג שלא אמרה מור"ם אלא לגבי מוכר לאשה אבל לא לגבי קונה מן האשה מ"מ אתייא במכ"ש וכמ"ש החכם הפוסק בשם הרב הגדול מור אביו זלה"ה וכ"ש דעיקר דינא דגמרא לא נאמר אלא במוכר לאשה ומינה לפי הפוסקים דה"ה לקונה מן האשה וכיון דבמוכר לאשה שותף עדיף ממצרן כ"ש בלמד שהוא הקונה מן האשה ולא שייך בזה פסידא דמוכר אלא היכא שמפסיד מן הקרן וגם היכא דאיכא פסידא לא שמענו ולא ראינו שדין השות' כדין המצרן, ומה גם שבכלל מוכר לאשה האמור בש"ס נכלל גם אשה נגד אשה וכמ"ש הרב ב"י מחו' סי"ט ז"ל וכתב המרדכי בהמקבל לאשה וליתמי ולשותפי פי' הר"ם בתשובתו אין לפרש דה"מ אשה כנגד איש אבל אשה כנגד אשה אית בה משום דינא דבר מצרא דינא היא דכל היכא דקאמר תלמודא לית בה משום דדב"מ הוי פי' בשום ענין אין המצרן יכול לסלק להא דקאי ע"ש, אלמא דהמוכר לאשה נכלל אשה נגד אשה ועל האי דינא כתב מהרי"ל בשם מהר"ם שהיא סברת מהר"ם הנ"ל דאע"ג דאשה לית בה דינא דבר מצרא דינא דבר שותפות אית לה דעדיפי ממצרן דשותף בגוף הקרקע הוא משותף וכד דייקינן בדברי מהר"ם במקומם בתשו' מיימוני השייכות לס' קנין סי' ל"ה ראינו אחר שכתב האי לישנא שהביא מור"ם כנ"ל הוסיף

עוד לומר וז"ל וכן אני אומר בכל הני דאמרי' לית בהו דדב"מ מצרן דוקא אבל שותף לא ע"ש ומור"ם לא הביא אלא עיקר הדין דאיתשיל עלה מהר"ם ואפשר לו' דמור"ם שכתב האי דינא על המוכר לאשה לא ס"ל דהקונה מן האשה לית ביה דב"מ שהרי סברא זו אינה מוסכמת מן הפוסקים וגם מר"ן לא הביאה בשולחנו הטהור ואיכא למימר דס"ל שיש בה דין בן המצר מכ"ש שותף ולכן לא כתב האי דינא אלא על המוכר לאשה כללא דמילתא שבנד"ז מוסכם מכל הפוסקים שיכול השות' לסלק האשה הקינוח מן האשה זה מה שנלע"ד בדין זה לגבי חלק האשה המוכרת ומכ"ש שזכה השותף בחלק היתום שממכרו ממכר כיון שהודיעוהו שאין קניינו קנין להיותו פחות מעשרים וגמר ומכר מכח השבועה הרי השבועה באה לחזק הקנין והו"ל קנין ושבועה בהדי הדדי ולא אמרינן קנין אין כאן שבועה אין כאן אלא בסתם לא כן בנד"ז שהודיעוהו וגמר ומכר בכח השבועה בפירוש בהדי קנין ודאי שממכרו ממכר וכן נמ"ך בכתבי הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה דבכגון דא ודאי ממכרו ממכר ובין היה נוהג הרב הנז' לכתוב בשטרי מקח קרקעות כשהמוכר פחות מן עשרים ומי יבא אחרי המלך את אשר כבר עשהו נמצא לפ"ז שזכה השות' הנז' בין בחלק האשה בין בחלק היתום ולראיה ע"ד אמת ח"פ פאס יע"א בחדש תמוז מש' במישו"ר לפ"ק וקיים.

איש צעיר שאול סירירו ס"ט נאם יהודה אבן עטר ס"ט נאם ע"ה רפאל דוד אבן עטר ס"ט **האמת** יורה דרכו דדברי כהרב"ט נר"ו הם אמת ויציב בכל פרטיו מרישא לסיפא דאמרינן בכל ענין שותף עדיף ממצרן ואע"ג דהבתים חלוקים ומבוררים ואינם שותפים אלא בתורבץ החצר ובב"ש וכו' מיקרו שותפים ואמרי' דשות' עדיף ממצרן וכמ"ש הרבנים זלה"ה שהביאו ראיה מדברי הרא"ש ז"ל הנ"ל ואנן בדידן מוסיפין על הקדש להביא ראיה ברורה להדיא מדברי מר"ן ומדברי מור"ם דאם שותפים הם בתורבץ החצר וכיוצא אעפ"י שיש להם בתים חלוקים מיקרו שותפים וז"ל מרן בסי' קע"ה סי"ז וז"ל לא נאמר דינא דגוד או אגוד בד' אמות של פירוק משא ולא במה שצריכין ליציאה וביאה ואע"פ שהבתים פתוחים מצד אחד לרה"ר מפני שאין אדם עשוי לפרוק משאיו בדרכים לעין כל עכ"ל מוכח מזה להדייא דאינם יכולים לעשות דינא דגוד או אגוד בד' אמות של יציאה וביאה ואע"ג דהבתים פתוחים למקום אחר ומשום דלא סגי בלא"ה דמוכרח דפירוק משאיו וכניסה ויציאה אי אפשר לעשותם באופן אחר כמ"ש מר"ן שאין אדם עשוי לפרוק משאיו בדרכים וג"כ ביציאה וביאה א"א לו בדרך אחר נמצא ג"כ שהם שותפים בו ומאחר שהם שותפים בו אינם יכולין לעשות דינא דגא"א וכיון שהם שותפים ביציאה וביאה מיקרו שותפים בכל החצר אע"ג דהם חלוקים בבתים ומור"ם ג"כ הכי ס"ל ממ"ש

בסי' קע"ג ס"ל וז"ל שנים שחלקו חצר ונשאר באר מ"ח בחלק אחד מהם ונשאר רשות לשני לשמש בו ונתקלקל הבאר על שניהם לתקנו ע"כ מוכח ג"כ דמאחר שהבאר בין שניהם מיקרו שותפים ועל שניהם לתקנו אע"ג דהבתים הם חלוקים ומבוררים והשתא אתאן לדינא דנד"ז דמוכר לאשה דודאי ברור הוא דשות' יכול לסלקה כמ"ש מור"ם בסי' קע"ה סמ"ז יעו"ש ומ"ש דיש מי שפי' וכו' דקאי אירישא דוקא במוכר לאשה הוא דשות' מסלקה אבל בקונה מן האשה אף שותף אינו יכול לסלקה מלבד דסברא הפוכה היא דאם ברישא דמוסכמת לכ"ע דלית בה דדב"מ אמרי' שותף מסלקה בקונה מן האשה שפסק מהרי"ו דמצי המצרן לסלקה פשיטא דמצי שותף דעדיף ממצרן ויכול לסלקה ואיך יאמר דלא מצי שות' לסלק הקונה מן האשה אין זה אלא פסקי ראשו היפך ממ"ש מהרי"ו בסי' נ"ט בספרו יע"ש ותו דהאי יש מי שפירש כוונתו להביא ראיה לנ"ד דאיכא ביה תרתי מוכר לאשה וקונה מן האשה וליתא דהואיל ויש בו מוכר לאשה אזלינן בדינא דשות' מסלקה ואפי' אי הוי קונה מן האשה לחוד בלי מוכר לאשה לא מצי לעשות הנחה זו בדברי מור"ם ממ"ש הקונה מן האשה י"א לית ביה משום דדב"מ ואם כדברי מי שפי' הי"ל לית ביה דינא דשות' עדיף ממצרן לדידיה דקים ליה בדרבה מניה ומדקאמר לית ביה משום דדב"מ שמעי' דדוקא לית ביה דינא דב"מ אבל שית' עדיף ממצרן אמרינן ויכול לסלקה ועוד זה אין לו שיעור מ"ש מרן בסי' קע"ה סוף ס"ה וז"ל וי"א שאפי' אם הוא מצרן מסלקו השות' או האחין וכתב מור"ם וכן עיקר וכן הסכימו כל הפוסקים ראשונים ואחרונים כסברא בתרייתא דשות' עדיף ממצרן והשות' מסלק אפי' למצרן ולאפוקי מסברא קמייתא דס"ל דמצרן ושו' שניהם שוים דאם נאמר דלית בהו דב"מ ה"ה דאין בה דינא דשות' ואינו יכול לסלקה אלא דקי"ל כסברא בתרייתא דשות' עדיף מיוצרן ואם נאמר דלית ביה דינא דב"מ היינו דוקא מצרן אבל שות' יכול לסלק וא"כ לדעת מר"ן ל"ש מוכר לאשה או קונה מן האשה אמרי' דשות' עדיף ממצרן ושותף יכול לסלקה שהרי מרן לא חילקו דלעולם בכל מילי אמרי' דשות' עדיף ממצרן. קצרן של דברים דדברי כהרב"ע נר"ו הם אמת וצדק הן במ"ש דאף אם הבתים חלוקים והם שותפים בתורבץ החצר ובבאר מ"ח מיקרו שותפים ושותף עדיף ממצרן כמו שהוכחנו לעיל מדברי מר"ן ומורם ז"ל הן במ"ש דאף במוכר לאשה לית בה דינא דב"מ דינא דשותף עדיף יש בה ויכול השות' לסלקה הן במ"ש דארישא קאי וכ"ש אסיפא כמו שביארנו שהעיקר הוא כסברא בתרייתא דשות' עדיף ממצרן ואין חילוק במוכר לאשה או קונה ממנה דלעולם שות' שהוא עדיף ממצרן יכול לסלקה ולראית האמת והצדק ח"פ פאם יע"א בחדש תמוז משנת רגלי עמדה במישו"ר לפ"ק מהאלף הששי ליצירה וקיים.

נאם איש צעיר אליהו הצרפתי סלי"ט כיר"א

דין זה פשוט הוא בפסקי הראשונים זלה"ה דכל דעדיין הם שותפים באמצעה של חצר אע"פ שהבתים חלוקים מיקרו שותפים והרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה לא זז מחבבה להלכה זו עד שקבעה בגליון ש"ע שלו גבי שנים ששכרו שדה בשותפות שכתב מר"ן בסי' קע"ה סס"א כתב הרב וז"ל וה"ה נמי שנים ששותפים בחצר א' אע"פ שחלקו בית נגד בית וכל א' מבורר חלקו אם רצה א' מהם להשכיר ביתו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין בן המצרן הדין עמו שאע"פ שחלקו בית נגד בית עדין הם שותפים באמצעה של חצר ובבית שער אכסדרה ומרפסת ושו' מיקרי ועדיף ממצרן ובסעיף הקודם לזה איירי שאינו שותף עכ"ל הרב ומי יבוא אחרי המלך את אשר כבר עשוהו ומאחר דשות' מיקרי מסלק לאשה אפי' בלתי נשואה וכ"ש נשואה דלא אמעיטא אשה אלא מדינא דב"מ ולא מדינא דבר שותפא דעדיף ממצרן ומקור דין זה שורשו פתיח מתשובת מהר"ם במימוני דשייכי לס' קנין סי' ל"ה, הביאו דבריו מר"ן ב"י סי' קע"ה סס"ט בשם תשובת מהרי"ל ומור"ם בהגה"ה בסי' קע"ה ס' מ"ז בלי שום חולק ואחריהם נמשכו האחרונים הלא בספרתם ועם היות שהרב מהראנ"ח כתב בתשובה י"ט שהריב"ש חלוק עליו ודקדק כן מתשובת הריב"ש סי' תפ"ג שלא חילק בין מצרן לשותף ביתום שקנה לו אפוטרופוס חצי שדה שטרפו מהלוקח שהיה לו חצי השדה וקנה החצי האחר מב"ח של אבי היתום והלוקח טען שהוא שותף ויתן ליתום מה ששוה חצי השדה ע"פ השומא וע"ז כתב הריב"ש אמנם אם הם יתומים קטנים דלית בהו דב"מ אלא ישאר הקרקע ליתומים בשיתוף עם הלוקח כאשר היה מתחילה עם ראובן והלוקח עכ"ל משמע דלית בהו ג"כ דינא דבר שותפא דבשות' אייריי התם ועל זה כתב מהראנ"ח וכיון שהוא מחלוקת הפוסקים המע"ה והביאו ש"ך קע"ה ס"ק מ"ז יע"ש. מ"מ אנו אין לנו אלא פסק מר"ן בב"י ופסק מור"ם שלא חסו להזכיר סברת הריב"ש ומה גם דאיכא למימר דאין הכרח מדברי הריב"ש דפליג אמהר"ם כמו שכתב הרב מהרימ"ט בחלק חומ"ש סי' ס"ט וז"ל דאיפשר דהריב"ש מיירי ביתום ולא באשה ולטעמיה אזיל אה שכתב בתשובה שס"ט דטעמא דיתמי לאו היינו טעמא דאשה דטעמא דיתמי משום דכי אזהר רחמנא ועשית הישר והטוב ללוקח אזהר וכשהלוקח הם יתומים קטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו אפי' אית ליהו אפוטרופוס דטרח ליהו אבל טעמא דאשה משום דלאו אורחא למיטרח הילכך נהי דדינא דב"מ לית לה מהך טעמא דינא דשותפי אית לה דעדיף לן טעמא דשותפי שיש לו חלק בגוף הקרקע מטעם טירחא באשה דכל בענין זה תטרח ותטרח אבל יתמי דלאו בני מעבד מצוה דהטוב והישר נינהו מה לי דינא דב"מ מה לי דינא

דשותפי להני יתמי לא אזהר רחמנא בעשיית הטוב והישר יע"ש הרי דבאשה הלוקחת אע"ג דלכ"ע לית בה דינא דב"מ אפ"ה דינא דבר שותפא אית בה וכ"ש אשה המוכרת דלמ"ד דלית בה דדב"מ דינא דבר שותפא מיהא אית בה וכן נראה מדברי מהראנ"ח בסי' קי"ט הביא דבריו הרב מטה אהרן וז"ל ועוד נראה דאפי' כשתמצי לומר דבאשה המוכרת ג"כ אמרו דלית בה דדב"מ מ"מ בנ"ד דעדיף כוחו של ראובן בבית זה שהוא בא לזכות מחמת שתי כוחות מכח משכנתא של הבית עצמו ומכח מצרנות איפשר דאפי' לגבי אשה אית בה דדב"מ יע"ש ודכוותה בנ"ד גבי שותף דעדיף ממצרן שכתב מהר"ם בתשובה הנז' דטעמא דשותף עדיף משום דשותף הוי שותף ומצרן ובא משתי כוחות יע"ש ואע"ג דחזינא להרב בעל נתיבות משפט דחוכך על דברי מהראנ"ח דכיון דהלוקח מהאשה בא מחמת תקנת המוכרת מה יתן ומה יוסיף אם בא המצרן מב' כוחות כדי לסלק הלוקח מהאשה כיון דסוף סוף מתורת הטוב והישר אתינן עלה וכל שיש הפסד אזדא לה הטוב והישר יע"ש וע"ז כתב הרב מטה אהרן דדעת שפתי הרב מהראנ"ח ברור מללו שכתב וז"ל ואע"ג דהקונה מן האשה אינו דוחה דדב"מ משום עדיפות כחו עד שנבוא להעדיף כח בן המצר הבא מב' כחות עליו אלא משום תקנת המוכרת נגעו בה מ"מ המדקדק בה יראה שאין לחלק וק"ל עכ"ל מהראנ"ח, וכתב הרב מטה אהרן דכוונת דבריו לומר שכיון שבמכירה כל שהיא מיד האשה אמרו חז"ל לית בה דדב"מ והטעם כיון שאין לאשה מי שיפקח בעדה וכבר מצאה למכור אין ראוי לבטל מכירתה כדי שיקפצו בני אדם לקנות מידה א"כ עד שאנו באים לטובת המצרן ראוי לחוש לטובת המוכרת ונתבטל דין המצרנות אבל כל שהמצרן בא משני כחות ויש בזה שתי טובות ודאי שאנו באים לחוש למי שיתקיים על ידו ב' טובות ממי שיתקיים ע"י רק טוב א' לבד לזה כ' המהראנ"ח והמדקדק בה יראה דאין לחלק דמה לי אם יהיה לתקנת הלוקח או לתקנת המוכר כיון שאין זה בא להוציא אלא מן הלוקח דעלי דידיה רמיא מצות ועשית הטוב והישר עכ"ל ובנ"ד אע"ג דאשה הלוקחת אתייא נמי מכח תקנת אשה המוכרת והו"ל ב' כחות מ"מ שותף עדיף דאית ליה ב' טובות בגוף אחד ומסלק אשה הלוקחת דעלי דידיה רמייא מצות ועשית הטוב והישר אע"ג דאית בה טוב א' מצד עצמה וטובת המוכרת אינה מגעת לה אלא למוכרת זיל הכא שותף עדיף דאית ביה תרתי וזיל הכא שותף עדיף דאית ביה תרתי ודו"ק, ומה גם דאיכא בנ"ד בהדי אשה המוכרת שותף בקרקע ההוא וכשהוא מפקח על חלקו הוא מפקח גם על חלקה ולא אמרינן בזו אין מי שיפקח בעדה ומאי דאמרינן דכל שיש הפסד אזדא לה הטוב והישר מדינא דב"מ ומדינא דבר שותפא מטעם שאין אומרים לאדם שיפסד כדי שיזכה חבירו נראה דלאו

בכל חשש הפסד אמרינן הכי אלא בהיכא דאיכא הפסד גמור כההיא דסעיף ל"ד היה בן המצר במדינה אחרת שיש למוכר הפסד גמור דלא מצי למכור את שלו שיאמר הקונה לאחר כמה שנים תצא מידי בזה שוין המצרן והשותף דלא מצי לסלק ללוקח כמו שכתב מהר"ם אלשקר בסי' קי"ח וכן כתב הרדב"ז בסוף שו"ת הישנות סי' ש' יעו"ש ואע"ג דגם בשאר דברים כגון כרגא ומזוני וקבורה וכיוצא יש חשש פסידא מ"מ בהפסד מרובה חששו להפסד מועט לא חששו דהשתא הגם דכללא דכייל מהר"ם בתשובה הנז' דבכל הני דאמרינן לית ליה משום, דדב"מ מצרן דוקא אבל שותף לא כולל אפי' הסוג שמעטו חכמים מדדב"מ מחשש הפסד אף שנאמר להוציא דין זה שהיה בן המצר במדינה אחרת מהאי כללא משום דחששו בו להפסד מרובה דאפי' שותף לא מצי מסלקו כדברי מהר"ם אלשקר והרדב"ז נאמר דכללא דמהר"ם אינו אלא על הנהו דבאו בתלמוד אבל האי דינא שהיה בן המצר במדינה אחרת שחדשו הגאונים מכח סברא אעפ"י שלא נזכר בתלמוד נאמר דבכל אופן דשייך האי טעמא לא מצי לסלקו ובהאי טעמא אין עדיפות לשותף על המצרן ודו"ק ודלא כהרב נתיבות המשפט דכתב לדידיה חזי דהאי כללא דמהר"ם דכייל לאו כללא לגבי הסוג שמעטו חכמים מדדב"מ מפני שיש בהם הפסד יע"ש וכן מצאתי בשו"ת בית יהודה קונטריס אחרון סי' ס"ב שכת' דבשותף איתא לטענת מצרנות באשה וההי"נ בכל הנך דאמרו לית ביהו דדב"מ כגון כרגא ומזוני וקבורה דוקא בר מצרא אבל שותף מצי מסלק יע"ש. כלל העולה דמצי לוי השו' לסלק אשה הלוקחת אפילו בחלק שלקחה מאשה המוכרת וכ"ש בחלק היתום שהוא פחות מך' דביתומים קטנים הוא דאמרו לית בהו דדב"מ ואף שהוא פחות מך' ואין ממכרו ממכר מחמת השבועה כמ"ש הקדמונים זלה"ה ואעפ"י שלא נשבע לקיים המכר אלא ללוקחת ולא למצרן לא מצי אמר לה נשבעתי אלא לזה ולא לזה דהא קי"ל בסי' קע"ה ס"ה שעדי הקנין עצמן של לוקח הם יכולים לכתוב שטר המכר בשם המצרן וא"צ קנין אחר שהלוקח הוא שלוחו של מצרן הו"ל כאלו נטלו קנין למצרן ה"נ גבי שבועה שנשבע המוכר ללוקחת כאלו נשבע למכור למצרן ודברים פשוטים הם עיין למהראנ"ח ח"ב סי' ק"ב ועיין מטה אהרן ח"א סי' נ"ג ומ"ש הש"ך בס"ק ה' במעשה שבא לפניו באחד שנשבע לחבירו למכור לו קרקעו ובא המצרן לסלקו וטען המוכר מאחר שאתה רוצה בה לא אמכרנה כלל שהרי לא נשבעתי רק לחבירי ופסקנו כיון שעדיין לא היה קנין בדבר יכול המוכר לחזור בו ויחזיר הקרקע לעצמו עכ"ל התם מיירי בנשבע למכור ועדיין לא מכר ולא זכה המצרן לסלקו עד שיגמור המכר ובנ"ד שכבר מכר ונשבע לקיים המכר כבר זכה המצרן ולא

מצי המוכר למיהדר ודברים ברורים הם וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות החו' פה צפרו בתמוז דהאי שתא הנ"ל וקיים.
שאול ישועה ס"ט

סימן נא

נדרשתי אני חו"מ לחוות דעתי בדין ראובן בן המצר שהיה במדינה אחרת ויש לו בעירו מורשה שמינהו לפקח בעדו בעניני החצר שיש לו בעירו וכשעמד שמעון שכנו ומכר בית א' מבתי החצר ההיא עמד המורשה לסלק ללוקח בעד בן המצר שהוא במדינה אחרת באומרו שכך הוא מצווה ועומד הוא מבעל החצר הנז' שהרשהו לפקח בעדו בכל אופני ועניני החצר הנז' וצוהו 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 העליתי דודאי דמצי בן המצר לסלק ללוקח מאחר שהניח המורשה וקי"ל בכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו ומה גם שצוהו בפרטות על דבר זה לסלק הלוקח שיקנה הבית ההוא והשליח עשה שליחותו והזמין ללוקח מעותיו ובא העיכוב מצד הלוקח דלא אבה להסתלק לכן לא אבד בן המצר זכותו ורשאי לסלק הלוקח בכל זמן שירצה דלמה יגרע כח בן המצר בהיותו במדינה אחרת כיון שמנה שליח בחריקיה לסלק הלוקח שהרי דין זה דקי"ל בסי' קע"ה ס' ל"ד אם היה בן המצר במדינה אחרת אינו יכול לסלק הלוקח לא הוי מילתא בלא טעמא דנימא דבר זה הוא חוק וגזירת מלך והבו דלא לוסיף 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 שיתן 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 דין תורה בדינא דגמרא 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 שהוא מצרן אם רואין ב"ד שזכות הוא לו יסלקו את הלוקח הרי דכשיש לו מי שיפקח בעדו מעתה מסלק את הלוקח וכן כתב הרב לחם משנה שהקשה דיני קטן להדדי ותירץ דהתם איירי

כשלא רצו ב"ד לסלק הלוקח וכשהגדיל הקטן רצה לסלק אז אמרינן איבד זכותו משום האי טעמא שאם אתה אומר כן וכו' יע"ש:

ועוד דבנ"ד דמכר בית מבתי החצר שותף מקרי דעדיף ממצרן שהרי פשוט הוא בפסקי הראשונים זלה"ה דכל שעדיין הם שותפים באמצעה של חצר אע"פ שחלוקים הבתים מקרי שותפים והרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ לא זז מחבבה להלכה זו עד שקבעה בגליון ש"ע שלו גבי שנים ששכרו שדה בשותפות דלקמן ס' ס"א כתב הרב וז"ל וה"ה שנים ששותפים בחצר א' אע"פ שחלקו בית נגד בית וכל א' מבורר חלקו אם רצה א' מהם להשכיר ביתו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין בן המצר הדין עמו שאע"פ שחלקו בית נגד בית עדיין הם שותפין באמצעה של חצר ובבית שער אכסדרה ומרפסת ושותף מקרי ועדיף ממצרן ובסעיף הקודם לזה איירי שאינו שותף עכ"ל ומאחר דשותף מקרי דעדיף ממצרן מסלק את הלוקח אפי' בהיותו במדינה אחרת וכמ"ש בתשובת מהר"ם במיימוני השייכי לס' קנין סי' ל"ה וז"ל דהא דאמרינן לאשה או ליתמי וכו' לית בהו משום דינא דבר מצרא ה"מ לגבי מצרן אבל שותף עדיף ואי זכין לאשה או ליתמי אתי שותף ומפיק וכן אני אומר בכל הני דאמרינן לית בהו משום דינא דבר מצרא מצרן דווקא אבל שותף לא עכ"ל הרי דכללא כייל מהר"ם דבכל מקום דלא מצי מצרן לסלק הלוקח השותף מסלקו ואף לסברת מהר"ם אלשקר בסי' קי"ח דכתב כשבן המצר במדינה אחרת שוין השותף והמצרן משום דאיכא פסידא מ"מ יודה הוא בנ"ד דליכא פסידא ולראית האמת חתמתי באדר משנת אל תמנ"ע טוב מבעליו לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן נב

נדרשתי לחוות דעתי בענין ראובן ששדך בתו אלמנה לשמעון ונתקשרו בקש"מ בקנס גדול מסך תק"ם שהחוזר מהשדוכין יתן לשכנגדו הקנס הנז' קבל אנפשיה האב בקש"מ שאף אם תסרב בתו ולא תתרצה באותן השדוכין והלכה ונשאת לאיש אשר ישר בעיניה אם יתחייב האב הנז' בהקנס הנז' מחמת שקשר עצמו בקש"מ שאף אם תסרב בתו יתן הקנס או אם יש לו מקום פיטור ומפלט מהקנס ההוא מחמת שלא בא העיכוב מצדו.

תשובה אפי' אם בא העיכוב מצד האב המתחייב עצמו אין עליו שום חיוב קנס דכל האומר אם יהיה אם לא יהיה אפי' נתחייב בקנין אסמכתא היא ולא קניא כדאיתא בחו"מ סי' ר"ז סי"ב ואפי' בענין השדוכין קי"ל כסתם דברי מרן התם בסעיף י"ו וכן פסק בא"ה ס"ו בסי' נ' יע"ש ודלא כיש אומרים שהביא מרן שם בסי' ר"ז דסוברים דקנס שעושים

בשדוכין לא הוי אסמכתא כי כדאי הוא שיתחייב בקנס לדמי הבושת בב"ד חשוב דהיינו ג' בקיאים בדיני אסמכתא כדאיתא התם בסעיף ט"ו או בש"ח כדאיתא התם בסעיף י"ט האסמכתא במקומה עומדת ולא קניא אפי' בשידוכין וכל הקשרים שאנו עושים בשדוכין אנו עושים בש"ח שזו דרך מוציאה מידי אסמכתא.

והשתא דלא בא העיכוב מצד האב המתחייב אלא מצד בתו שאינה ברשותו אפי' אם היה הקשר אמיץ בש"ח כראוי וקבל עליו בפירוש אפי' יבא העיכוב מצד בתו יתחייב בקנס ההוא רחמנא פטריה דאנוס הוא דמה הו"ל למיעבד לרצותה אטו תרקבא דדינרי בעי למיתן לה וכמו שמפו' בתשו' הרשב"א תשע"א בנדון כזה בראובן ששדך בת בתו וחייב עצמו בקנס ולא נתרצית והיתה תשובתו לפטור ראובן הנז' וז"ל שהדין עמו לפי שזה אונס גמור אם לא רצתה הבת להנשא לבן שמעון ומה הו"ל למיעבד ואין לך אונס גדול מזה ואפי' תאמר שהיה יכול לפייסה במעות אפי' התנה שאם תסרב שיפייסה וכדאמרינן בגיטין אטו תרקבא דדינרי בעי למיתן לה ואל תשיבני שמתחילה היה לו להתנות שאם תסרב הבת שיהיה פטור דלא היא דאונסא דלא שכיח הוא דכל הבנות מתרצות למה שירצה האב יע"ש הרי מבואר דאפי' היה הקשר אמיץ בש"ח דמהנייא באסמכתא מ"מ הוא פטור מצד דאנוס הוא.

והשתא דאתינא להכי אפי' לסברת הי"א שהביא מר"ן כי כדאי הוא שיתחייב בקנס לדמי הבושת כיון דחשיב אנוס קי"ל דהמבייש באונס פטור וכדכתב הרדב"ז סי' שכ"ט בראובן ששדך בנו עם בתו של שמעון וחזר בו הבן ואביו קשור בחומרות וקנסות ופטרו מחמת אונס כדברי הרשב"א וסיים בדבריו וא"ת דמי בושתה היא נוטלת טענה זו לגבי האב אינה כלום דאנוס הוא ומבייש באונס פטור דקי"ל ישן שבייש פטור יע"ש וכן כתב מהר"ם אלשיך בתשובה סי' ל' דכל דמקבל עליה לחבריה לפיוסי לפ' ואי לא מחייבנא לך כו"ך ולא אפייס אותו פ' דפטור המתחייב דאנוס הוא.

איברא שבאותו נדון שנשאל עליו דנעשה הקשר בחיוב שטרות זה לזה כמו שהיו חכמי ספרד כמ"ש מר"ן בסי' ר"ז הנז' ובא"ה סי' נ' חייב הקרוב שנתחייב אעפ"י שבא העכוב מצד הבת דדוקא בהיכא שבא להתחייב בקנס אם לא יפייס דנפטר מחמת אונס כדכתיבנא אבל בנדון דידיה שהוא חוב גמור שנתחייב מתחילה חו"ג בלי תנאי ואח"כ עושה לו הטבה למוחלו אם יעשה כו"ך שאין החוב נמחל בטענת אונס וכתב עוד דבזה נמצינו למדים טעם נכון למנהג חכמי ספרד שקונין מזה שהוא חייב לחבירו כו"ך וקונין מחבירו כשיעשה כך החוב מחול וכו' דלמה להו כולי האי דאי להוציא עידי אסמכתא

יעשו הקשר בבד"ח או בשח"ך כדכתיבנא אלא משום דהא עדיפא ליהו דלא מצי למטען טענת אונס ודו"ק.

גם הרב מהרי"ו סי' קמ"ב כתב חילוק זה וז"ל לא דמי דהתם לא היה שט"ח רק קנס בעלמא וכיון שאירע לו אונס פטור אבל הכא דאיכא שט"ח הוי כמו הלואה דלא מהני טענת אונס יע"ש ולא כהרב ב"ש דלא חילק בין קנס לש"ח יע"ש, ומורם בהגה בסי' נ' ס"ו כתב ג"כ כשאין הבת רוצה הפוסק פטור מן הקנס דזה מקרי אונס ולבסוף כתב אבל אם נתחייב בשטר וכו' ופי' אם נתחייב בשטר שעשה כל א' שט"ח על עצמו והניחוהו ביד שליש כענין חכמי ספרד דלעיל וכוונתו לחלק בין קנס לשטר חוב כדכתיבנא וכן מפורש בדברי הלבוש היטב וז"ל מי שפסק על בתו וכו' בקנס ובשבועה וכו' ואח"כ אין הבת מתרצית י"א שהפוסק פטור מן הקנס ומן השבועה שזה מיקרי אנוס וכו' וסיים ודוקא שנכתבו התנאים בפסקא בעלמא וכו' אבל אם נתחייב עצמו בשטר שעשה כל א' שט"ח על עצמו והניחוהו ביד שליש באם יעבור וכו' חייב לשלם ולא מהני טענת אונס יע"ש, העולה ממאי דכתיבנא שהאב הנז' פטור מקנס אעפ"י שקבל על עצמו אחריות לרצות את בתו כיון שלא נתרצית אין עליו שום חיוב דאדעתא דהכי לא חייב עצמו ואפי' אם נעשה הדבר בש"ח אדעתא דהכי לא נשבע וחיוב אין כאן שבועה אין כאן וכ"ש אם כדברי השאלה שלא היה אלא קש"מ לחוד דאין הקנין מוציא מידי אסמכתא ואין כאן שום חיוב אפי' אם בא העיכוב מצד האב וכדכתיבנא מילתא בטעמא ולראית האמת חתמתי בחדש א'הוב ל'מעלה ו'נחמד למטה שנת ומוסרותיהם ינת"ק לפ"ק.

שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן נג

נדרשתי לחוות דעתי אח"מ בענין שומרת יבם שמתה והיא מעוברת מה יהיה משפט יורשיה עם יורשי הבעל שיורשי הבעל אומרים לנו משפט הירושה לירש כתובתה עם נכסי אחינו מחמת שהיא זקוקה לא' ממנו ויורשי האשה אומרים שלהם משפט הירושה לירש כתובת אחותם מחמת שמתה מעוברת אינה נקראת שומרת יבם.

תשובה בדין שומרת יבם שמתה והיא אינה מעוברת הדין הוא מבואר באה"ע סי' ק"ס שיורשיה נוטלים מה שהוא נכסי מלוג דהיינו מה שירשה מקרוביה אפי' בחיי בעלה או איזה מתנה שנתנה לה מבעלה או מאחרים הכל בחזקת יורשיה אבל נצ"ב מספקא להו לרבנן אם זוכים בהם יורשיה או יורשי הבעל ודנו בו דין ממון המוטל בספק וחולקין ועיקר כתובה ותוספת אין מוציאין מיורשי הבעל מספק נמצא שאין חולקין

מן הדין זולת בנכסי נדונייתה שהם נצ"ב כל זה בשומרת יבם גמורה אבל בנ"ד שמתה והיא מעוברת שמעולם לא היתה ראויה ליבום כל זמן שלא הפילה קודם מותה ואעפ"י שהיתה שומרת ליבם שמא תפיל ותהיה ראויה להתייבם השתא דלא הפילה לא קרינן בה שומרת יבם שמתה ואפי' ספק שומרת יבם אינה מחמת שמתה והיא מעוברת ורוב נשים אינן מפילות כדאמרינן בפרק החולץ גבי יבמה שילדה ולא נתקיים ולדה ל' יום דרוב נשים ולד מעלייא ילדו והיה מן הדין להתירה לשוק בלא חליצה דרחמנא אמר ובן אין לו והרי יש לו אלא שחששו לסברת רשב"ג דכל שלא שהה ל' יום הוי ספק נפל וחולצת ולא מתייבמת ואחר שבררנו דאין לה דין שומרת יבם יורשיה יורשים כתובתה עיקר ותוספת ומתנה ונדונייא שמשעה שמת בעלה זכתה ליטול כתובתה אם היתה רוצה לחלוק והנשאר אחר כתובתה יזכו בו יורשי הבעל והשתא דמתה יורשיה יורשים כתובתה ויורשי הבעל יורשים הנשאר בנכסי אחיהם אחר פרעון כתובתה:

איברא שאם הפילה קודם מותה שאז היתה שומרת יבם גמורה לפי הנשמע שיש לכם מנהג באשה שמתה בלא זרע שחולקין יורשיה עם בעלה בנדונייתה ובנ"מ שלה ואין דנין בדין תורה שהבעל יורשת אשתו א"כ אפי' בשומרת יבם גמורה שלא היתה מעוברת ומתה יש לכם לדון בה על זה הדרך שיורשי האשה נוטלים המחצית שהיו ראויים ליטול אם מתה בחיי בעלה והמחצית האחר דמספקא להו לרבנן אם זיקת יבם כנישואין והוא יורש המחצית או לא ולכן יחלוקו המחצית הנשאר יורשי האשה והיבם באופן שיורשי האשה נוטלים ג' רבעים והיבם הרביע אבל בנ"ד שמתה והיא מעוברת שמעולם לא היתה זקוקה ליבם זיקה אין כאן נישואין אין כאן ויורשיה יורשים הכל ואפי' לדעת הר"ן בתשובה הביאה מרן ב"י שהעדיף כח היבם מהבעל וכתב שתקנת השיור אינה אלא כשמתה בחיי הבעל הכא שאני דאין כאן זיקה כלל וכ"ש דלא קי"ל כהר"ן שכבר האחרונים סתרו דבריו עיין מהרימ"ט חלק א"ה סי' מ"ו ומהרשד"ם סי' קכ"ח וסי' קע"ג והרב דרכי נועם סי' ל"ז בחלק א"ה, העולה דיורשי האשה הם יורשים כל כתובתה ואין הבעל כלום זולת בהנשאר אחר כתובתה פה צפרו בחדש א'הוב ל'מעלה ונחמד ל'מטה משנת פקודי ה' ישרים לפ"ק.

שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן נד

באחד בשבת ט"ו יום לח' סיון משנתינו זאת שנת קני"ת לפ"ק נכנסנו לבקר את החולה הוא הר' אברהם בר דוד ן' שלוש נ"ע ומצאנוהו מיושב בדעתו משיב על הן הן ועל לאו

לאו והתחיל לצוות מחמת מיתה ואמר שהוא מקדיש מנכסיו לעניי עירינו פאס יע"א סך אלף משקלים מכט"ק ואמר לו א' ממנו החותם א' שלא יוכל לעשות דבר בלתי הסכמת אשתו ותכף קרא לאשתו ולא רצתה להסכים על מעשיו אז חרה אפו ואמר לה אם תרצה להסכים מוטב ואם לאו בה שעתא יגרשנה ויפרע לה כתובתה ויעשה מה שלבו חפץ בנכסיו והרבה הפצרנו בו עד בוש שלא לעשות דבר זה כדי שלא תטרף דעתו עליו ולא אבה שמוע עד שנתרצית אשתו בקוש"ח וסלקה עצמה מנכסיו שלא תיטול כי אם שיעור כתובתה והשאר ליורשים ואז נחה דעתו עליו אלא שכיון שראינו שיש בזה. עלבון גדול לאשה הנז' אעפ"י דאיהי היא שהפסידה אנפשה אמרנו לא נכון לעשות כן ואמרנו לאשה הנז' אם תרצה להסכים על ההקדש אנו מבטלים השבועה והקנין הנז' ומה שישאר אחר ההקדש תטול בו המחצית כפי התקנה והבעל הנז' שומע ושותק ואמרה האשה אמן אמן ואז הוציא לנו כרך של שטרות שעלה סיכומם לסך חמש מאות ושלשה ועשרים משקלים ואמר הרי אלו מפאת הסך הנז' של ההקדש וקנינו מידו עליהם בכתיבה ומסירה ואז קראנו לאשה והסכימה על השטרות הנז' דוקא בקושח"ך ואז צוח הבעל הנז' ואמר שרצונו להשלים הסך אלף משקלים הנז' שכבר הקדיש ושתסכים האשה על הכל ואמרנו לו השתא מיהא הרי הסכימה על השטרות הנז' ולכשישלם הסך הנז' נראה איך יפול דבר ואנחנו נדע מה נעשה זהו מה שצוה לפנינו הבעל הנז' בו ביום הנז' ולמחרתו נלב"ע מאותו חולי ולא ניתק ממנו לחולי אחר ולראיה ח"פ פאם יע"א והשו"ב וקיים.

ע"ה שאול סירירו ס"ט ע"ה מסעוד ן' עמרם סלי"ט

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי בענין הצוואה הנז' מה יהיה משפט ההקדש עם אשת המקדיש הנז' ועם יורשיו שכ"א מהם לדרכו פנה שהאשה אומרת דדוקא בהשטרות הנ"ל שהסכימה עליהם בקנין כנ"ב לא תטול כנגדן מהנכסים אכן מה שיזכו העניים ליטול יתיר על השטרות הנ"ל לא יגרע מחלקה כלום והרי זה בכי יותן מחלק היורשים וטוענת גם על השטר שנתן המקדיש בעודו בחיים מסך או"ו יתיר על השטרות שהסכימה עליהם שאחיך שלחו בעודו בחיים ליד נגיד הקהל לזכות בו לעניים לא יגרע מחלקה והיורשים טוענים לגבי ההקדש שלא יוסיפו כלום על מה שנתן בעודו בחיים להשלים הצואה הנ"ב באמרם דמה שנתן בעודו בחיים נתן ומה שלא נתן בחיים אינו אלא חזרה שחזר מצואתו הא' וטוענים לגבי האשה שהשטר ששלח ליד נגיד הקהל שכבר זכו בו העניים בחייו יגרע מהאמצע ויעשו חלוקה בהנשאר אחר השטרות הנ"ב והמדבר בעד ההקדש טוען שישלימו, סך הצוואה הנ"ב:

תשובה בטרם כל אשורה נא ואראה בדין ש"מ שציוה להקדיש כו"ך מנכסיו בלתי הסכמת אשתו אם גובה כתובתה מההקדש כיון שלא הסכימה או לא ולדידן נמי שחולקת בנכסים עם היורשים אם יגרע הסך שהקדיש אפי' מחלקה או דוקא מחלק היורשים ונראה דמן הדין הקדישו הקדיש דאע"ג דנכסיו משועבדים לכתובתה הא קיי"ל כרבא דהקדיש מפקיע מידי שעבוד ולא מיבעייא לרמב"ם ור"ת וסיעתם דמפרשי דברי רבא דבכל הקדש איירי ואפי' הקדש בית הכנסת וס"ת והקדש עניים מפקיע מידי שעבוד אלא אפי' לרש"י והגאונים וכל האחרונים דמפרשי דברי רבא דוקא בקדשי מזבח דקדושת הגוף נינהו אבל בהקדש דקדושת דמים לא מפקיע מידי שעבור מ"מ הרי הרדב"ז בסי' של"ד צדד לומר דהקדש עניים הוי כהקדש למזבח יע"ש ונראה טעמו דקרא כתיב עשה צדקה ומשפט נבחר לה' מזבח ולא אמרו דאינו מפקיע אלא בהקדש בית הכנסת וס"ת יע"ש ואפי' לדעת מרן הקדוש בבדק הבית דחשיב הקדש עניים כהקדש דקדושת דמים ולא מפקיע מידי שעבוד מ"מ הרי מהרימ"ט בסי' נ"ד בח' יו"ד כתב דוקא במקרקעי דאית בהו שיעבוד אבל במטלטלין שהקדש אין ב"ח גובה דלא גרע מהדיוט שאם מכר או נתן מטלטלין לא' אין ב"ח גובה מהם ואפי' כתב מטלטלין אגב מקרקעי לא גבי משום תקנת השוק כדאיתא בח"מ סי' קי"ג ואע"ג דקי"ל התם ובסי' רנ"ב דאם נתנם במתנת ש"מ דמלוה גובה מהם שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה יע"ש מ"מ הא קי"ל בסי' רי"ב ס"ז דדין הקדש ודין עניים אינו כדין הדיוט בקניתו וש"מ שצוה אפי' בדבר שלא בא לעולם זכו בו העניים וכתב באר הגולה משם ב"ח דכיון דחל עליו הנדר ומצוה לקיים דבריו השעבוד חל על נכסיו שזכו בהם העניים בחיי הנודר יע"ש הרי דדין הקדש עניים שאני דזכו בו העניים בחיי הנודר ולא הוי כדין הדיוט שאינו קונה אלא לאחר מיתה ולפיכך אין ב"ח גובה ממנו הרי דאין אשה גובה כתובתה מהנכסים שהקדיש בעלה ומניה דלדידן שחולקת בנכסים פקע שעבודה מהם דקי"ל בא"ה סי' קי"ח ס"ז שכל דין שיש לאשה בגבית כתובתה כפי דין תורה יש לה בחצי הנכסים שנוטלת מכח התקנה ותחלוק עם היורשים במותר שישאר אחר ההקדש נמצינו למדים דש"מ שהקדיש נכסיו אפי' בלתי הסכמת אשתו דבריו קימים וחולקת בשאר נכסים ומתנת ש"מ להדיוט בין בקרקע בין בטלטל גובה אשה כתובתה ממנה בהיכא דלא הסכימה אבל אם הסכימה למעשיו שאמרה אין צריכה לקיים ואינה יכולה לומר שעשתה שלא לטרוף דעתו כמפו' בא"ה סוף סי' ק"ו בהגה יע"ש ומאי דמסיים שם בהגה 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 שנראה מדבריו שכל הנכסים בידה אפי' הסכימה בקנין אינו מועיל וכ"ש באומרת אין בלא קנין אבל העומד על מקור הדין בדברי הריב"ש סי' רמ"ד יראה שעיקר טעמו לזכות את האלמנה הוא מטעם שזכות כתובתה לא מחלה שזה לשון החיוב אני משעבדא נפשי בקנין להשלים מנכסי המת דהיינו חצי הנכסים שהם נכסי המת ולא חצי הנכסים שהם שלה בכתובתה יע"ש וכן כתבו הרב ב"ש והרב חלקת מחוקק יע"ש אלא שאנן בדידן לא קי"ל כדברי הגהה זו דסגי באומרת אין אלא בעינן הסכמתה בקנין גמור כמו שמצאנו בתשובה שלימה שהשיבו רבותינו הקדמונים זלה"ה המה מוהר"ר סעדיה אבן דאנאן ומוהר"ר יהודה עוזיאל זלה"ה וז"ל נדרשנו אנחנו החתומים להשיב ע"ע ש"מ שציוה מחמת מיתה לחלק נכסיו בתורת מתנה לזולת ואחר פטירתו ערערה אשתו שלא יגרע שום דבר מחלקה כי אם מחלק יורשיו ומה ששתקה בשעת הצוואה לעשות נ"ר לבעלה דתקיף ליה עלמא והתשובה על זאת מבוארת בתקנות שכל מה שיחלק הבעל ויתן מנכסיו שלא בהסכמת אשתו הנשואה לו למנהג קהלות קאשטילייא לא יתנכה מחלקה כלום אא"כ היה הדבר בהסכמתה ובקנין גמור אמנם שלא בקנין יכולה לומר נ"ר ע"ל שלא יתנכה שום דבר מחלקה אלא מחלק היורשים החו' יום ה' בשבת ו' בתשרי שנת משפט"י ה' אמת לפ"ק פה פאס יע"א וחתומים הרבנים הנז' ובהיות שאין מפורש בתקנה אלא דין הדיוט אית לן למימר דבהקדש עניים שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה ולא בעי קנין וכמו שחלקו הראשונים זלה"ה על תקנת מציאות חכם ותוכחת על אעבורי אחסנתא דליתנהו בהקדש עניים מחמת שלא הוזכר בתקנה אלא דין הדיוט ה"נ שלא הוזכר בתקנה אלא הדיוט אמינא ודאי דליתא בהקדש עניים אלא שהחכם הש' נר"ו להשקיט ריב ומדון אמר למצווה שלא יוכל עשות דבר בלתי הסכמת אשתו כדין הדיוט וכשלא רצתה להסכים רצה הבעל לפטור אותה בגט ולפרוע לה כתובתה ובזה היתה מסתלקת מהנכסים לגמרי כדאי' בא"ה סי' קי"ח ס"ב וז"ל מי שגרש את אשתו סמוך למיתתו אעפ"י שלא גרשה אלא כדי שלא תזקק ליבם דינה לענין כתובה כתקנת טוליטולה כדין גרושה ע"כ ומקור דין זה נובע מתשו' הרא"ש כלל נ' ס"י וכתב טעמא דכיון דנתן לה גט מאיזה טעם שיהיה מ"מ הרי היא מגורשת יע"ש והגם שחכמי התקנה שנת בה"ר ציו"ן תקנו שהמגורשת בגט ש"מ דדינה כדין אלמנה לענין פרעון כתובה הנה הרואה שם בל' התקנה יראה שלא חלקו על הרא"ש אלא לענין זה בלבד שאם גרשה שלא תיזקק ליבם דייניו לה כדין אלמנה מטעם שכתבו שלא נתכוון אלא לגמול חסד עמה שלא תיזקק ליבם לא כן בנד"ז דנתכוין לסלקה מהנכסים שלא תטול יותר מסך כתובתה ע"י גרושין רשאי ולא נחה דעתו עליו עד שלסיקה עצמה בקוש"ח מן הנכסים שלא תטול

יותר מסך כתובתה ועשה והצליח אלא שהח' הש' נר"ו ראה שטוב לה להסכים על הצוואה ולחלוק בשאר נכסים עם היורשים וכשנתרצה הבעל לדברי הח' הש' נר"ו ולא ערער בדבר יש לזכות במחצית הנשאר בנכסים וכשהוציא השטרות ונתנם ליד הח' לא היה צריך לא לקנות מיד הבעל דבאמירתו סגי וקנין במתנת ש"מ מגרעות נתן אם לא כתב לתוספת יפוי כח כדאי' בסי' ר"ן ס"ט או מעכשיו כדאי' בס' י"ז ובנ"ד מסירת השטרות היינו מעכשיו ולא היה צריך לקנות מיד האשה כלל דכבר היא מסולקת מהנכסים ואינה זוכה אלא למאי דאהדרה בשתיקתו ליטול המחצית בנשאר אחר הסך שציוה ונתינת השטרות אינה חזרה לומר דמאי שנתן הוא שנתן כטענת היורשים דאין זה כלום דבעינן חזרה בפי' מדבריו הראשונים וכל שלא חזר בפי' דבריו קימים ומה גם שצווח שרצונו להשלים ושתסכים האשה ואם לא תסכים תעמוד בשלה ולא תטול כי אם סך כתובתה כמו שקבלה עליה בקוש"ח שהרי לא זכתה ליטול המחצית בשאר נכסים אלא מכח צואתו ולא אהדרה אלא למחצית הנכסים שישארו אחר הצוואה ודברים ברורים הם החותם פה צפרו בשלהי אלול משנת כי ישרי"ם דרכי ה' לפ"ק וקיים.
שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן נה

האמת יורה דרכו והוא עד לעצמו שהפשרה קיימת כ ר עומדת לעד והמודעא בטלה ומבוטלת כחרס הנשבר שאין בו ממש דאיתא בבתרא פ' חזקת הבתים אמר רב הונא תליוה וזבין זביניה זביני מ"ט כל דמזבין אינישׁ אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפ"ה זביניה זביני, ותו אתמר התם אמר רבא הלכתא תליוה וזבין זביניה זביני, וכתבו התוספות ואם מסר מודעא לא הוו זביני דקי"ל כרב הונא דכתבינן מודעא אזביני והיכא דבטל מודעא אזביני מהני ביטול דאגב אונסיה גמר ומבטל כדאמרינן בפ' האומר משקלי עלי ואפי' אמר בשעת מודעא כל מה שאבטל לא יהיה ביטול אינו כלום דמ"מ לבסוף כשמבטל כל מה שאמר קודם לכן יהא בטל דאגב אונסיה גמר ומבטל וכן פסק הרא"ש ז"ל שם בפסקיו וגם בטור אה"ע סי' קל"ד ובחומ"ש סי' ר"ה וגם הרב הנמוק"י כתב בפ' ח"ה בשם רבינו יונה וז"ל ואם אנסוהו עד שבטל המודעא שמסר מכרו קיים וכן הדין בגט ומתנה ואם המוכר מסר מודעא על המכר ועל כל בטול שיבטל המודעא כיון שאנסוהו לבטל כל המודעות הרי נתבטלו בחוליו ואגב אונסו גמר בלבו ובטלם ואין כח מסירות המודעא על הביטול יתר מכח ביטול המודעות על המכר ואומרים כשמבטל המודעא מתוך האונס גמר בלבו והקנה וכן דעת רבותי עכ"ל, וכן כתב הרשב"א ז"ל סי' אלף וס"א

על מי שמסר מודעא וכתב בשטר המודעא ידענא באונסיה ובשטר מכר כתב בדלא אנוס ובטל כל מודעא הסכימו כל גדולי האחרונים ז"ל שביטול זה מועיל דכל היכי דאנסוהו וזבין זביניה זביני היכא דלא מסר מודעא ה"נ היכא דאנסוהו לבטל מודעא הויא בטלה, הרי דסברי כל הני אשלי רברבי ז"ל דכיון שבטל לבסוף כל המודעות וכל הבטולים הגורמים ביטול למכר המכר קיים, אלא שדברי הרשב"א ז"ל לכאורה סתראי נינהו דידיה אדידיה דבהאי תשובה קאמר מר דאי בדלא אניס בטל כל מודעא דמהני זה הביטול אעפ"י שלא פסל עדי המודעא, ובתשובה אחרת להרב"י הביאה ה"ה בפ"י מה' מכירה כתב וז"ל ואותם שכותבים בביטול כל מודעי ומוד' דמו' אינו כלום ומסתברא לי שתקנת הביטול שיפסול עדי המודעא ויאמר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא על מכר זה שהרי שם אותם עדים פסולים לגבי נפשיה יע"ש, הרי מבואר מתשו' זה דבעי הרב פיסול עדים ולא סגי בביטול סתמא, ונראה לומר שאותה תשובה שכתב בה דביטול סתמא מהני אף בלא פיסול עדי המודעא היינו לפי סברת כל גדולי האחרונים וליה לא סבירא ליה דהכי דייק לישניה שכתב בה הסכימו כל גדולי האחרונים שביטול זה מועיל דמשמע דלדידיה לא ס"ל הכי וגילה סברתו בתשובה אחרת שהביא ה"ה שתקנת הביטול הוא עד שיפסול עדי המודעא ויעיד ע"ז דקדוק לשון הרב שכתב בתשובה זו ומסתברא לי שתקנת הביטול וכו' דמשמע אף שכל גדולי האחרונים הסכימו דביטול סתמא מהני לדידי אינו מועיל כלום עד שיפסול עדי המודעא ואחר החיפוש ראיתי למהריט"ץ ז"ל שנרגש בזה יע"ש שאלה קמ"ה מה שיישב, איך שיהיה שמעינן מהכא שהרשב"א מצריך פיסול עדים ובזה היא תק' הביטול ולא סגי בלא"ה ומהריט"ץ ז"ל יהיב טעמא דהרשב"א וז"ל דכיון שפסל עדים שיעידו שמסר מודעא הרי שם אותם כעדים פסולים וא"כ מי יימר שמחמת אונס היה שהרי העדים המעידים על המודעא הן הן עדי האונס האומרים והכרנו באונסו וכיון שפסל אותם הרי אין מי שיעיד שהיה אנוס וזה פשוט עכ"ל וכן ראיתי להרב משל"ל בפ"י מה' מכירה אחר שהביא תשובת הרשב"א הנז' כתב הרב ז"ל ותיקון זה מהני אף במתנה אם מסר מודעא וכתוב בה שהכירו באונסו דכיון דהעדים פסולים אין כאן עדי אונס יע"ש וא"כ בנ"ד אף שנאמר שפשרה זו מאחר שנעשית על שבועת היסת אין דינה כמכר אלא כמתנה מ"מ מאחר שכתוב בשטר הפשרה שביטל כל מודעי ופיסל עידיהן, א"כ יצאנו ידי כל הסברות והפשרה קיימת והמודעה כמוץ אשר תדפנו רוח ואף דלא מטיא ליה הנאה כ"כ הרי כתב מהריק"ו בשורש קפ"ו וז"ל הנאנס לעשות דבר מה ומטי ליה הנאה מניה הוי כתליוה וזבין דזביניה זביני הגם כי ההנאה שקבל הוא דבר מועט בערך מה שנאנס לעשות והביא דבריו מרן

הב"י בסי' ר"ז יע"ש, ואף שהתנה בשטר המודע' שאין לה ביטול עולמית עד שיוציאנה ויקרענה בפני ב"ד וזולת זה אין לה ביטול, גם זה הבל שמאחר שפסל עדי המודעא אין מי שיעיד לא על המודעא ולא על התנאי שבה והרי היא כתובה בלא עדים ואינה שוה אפי' דמי הנייר, ואף שכתב הרמב"ם בפ' יו"ד מה' מכירה וז"ל ואם אמר לעדי המודעא הוו יודעים שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעא שהכל בטל ואין אני אומר כך אלא מפני האונס שאתם יודעים ואין בדעתי להקנות לזה האנס לעולם הרי המכר בטל ואעפ"י שקנו מידו לבטל המודעא עכ"ל, ופסקה מרן ז"ל בסי' ר"ה סי"א ובנ"ד הרי מסר מודעא גם על כל ביטולי המודעא באופן שלעולם תשאר המודעא קיימת מ"מ הרי סיים שם מורם ז"ל וכתב ומיהו אם חזר וביטל כל הביטולין שעשה בתחילה י"א דמהני וכן נוהגין לכתוב בשטרות לבטל כל מודעי דנפקי מגו מודעי עד עולם וכתב עליו הרב הסמ"ע ז"ל דוקא בהאי לישנא צריך לכתוב אבל לא מהני כשכתב בו שמבטל כל מודעות עד עולם דאין בכלל זה ביטול מסירת מודעא שמסר תחלה על ביטול המודעא דאח"ך. מיהו גם לסברא קמייתא מהני כשכתוב בשטר הקנין שפוסל כל העדים שיעידו שמסר לפניהם מודעא ועיין בד"מ ובא"ע סי' קל"ד עכ"ל ובנ"ד הרי כתוב בשטר הפשרה והכל בביטול כל מיני מודעי וכו' ובפיסול עידיהן וכו' וא"כ קם דינא אליבא דכלהו רבוותא שהמודעא בטלה והפשרה קיימת וכל זה שכתבנו אף שנודה שהרא"ם ז"ל היה אנוס אונס גמור וכ"ש שלפי האמת לא היה לו שום אונס כלל כמו שהעידו העדים ומה שהכריחוהו לעשות משפט כתוב לאשר ולקיים מה שפסקו להם חכמי תיטוואן דבר ברור הוא שאין זה אונס דלא מקרי אנוס מי שאונסים אותו לעשות מה שהוא חייב וכמו שפסק הרא"ש ז"ל בתשובותיו באשה שמחלה כתובתה לבעלה ושוב טענה שאנוסה היתה מפני שהיה מגזים לישא אשה אחרת עליה וכדי שלא ישא מחלה לו ואנוסה היתה והשיב ז"ל דזה לא מקרי אונס כי כדין היה עושה לקחת צו אשה אחרת לקיים מצות פ"ו וה"נ מצוה לעשות משפט ומי שלא ירצה לקבל עליו את הדין כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ומה גם שזמן הפשרה רחוק הרבה מזמן העמדה בדין ואיכא למימר שברצונו הטוב עשה אותה ולא היה לו שום אונס כלל ועיין במהר"י אדרבי ז"ל שאלה רז"ל ולראית האמת והצדק ח"פ בחדש אדר שנת המ"ה יירש"ו ארץ לפ"ק וקיים.

הצעיר יהודה אלבאז סלי"ט

סימן נו

זה מה שכתבתי על שאלה הובאה מדובדו מה"ר דוד הכהן אודות א' מבני החצר שבנה ב' בתים לצד דרום, החצר הנז' ופתח להם פתח דרך החצר הנז' והחזיק בכניסה ויציאה עד שעמדו עוררים וסלקוהו מהבתים ועמד וסתם הפתח ההוא ולא פרץ פצימיו והיום קנה חרבה לצד מערב ורצה לבנות בה ב' בתים ולעשות להם, פתח לצד מערב החצר הנז' וטענו עליו בני החצר שכבר נסתלקה שעבודו באותה סתימה והח' השואל דידיה אמר דלא נסתלק שעבודו מההיא דסי' קס"ב ס"ה דכל שלא פרץ פצימין וכו' ואחר שלא נסתלק מפתח א' מצי לעשות פתח אחר לצד מערב תמורת הראשון וסמכו את ידיו החכמים יש"ץ והאריכו למעניתם בפרט זה ונתברר להם מפי בעלי הריב ובני העיר הנז' שמציאות החצר הנז' היתה תחילה חצר א' וחלקו השותפין במחיצה וכל א' משתמש בחלקו ונשאר משותף ביניהם בית שער שפתוחים לו הב' חצירות וזה מה שכתבתי אני בקיצור נדרשתי לחוות דעתי בענין השאלה הנז' ואת אשר נגזר עליה ואחזה אנכי אשית לבי שממשמעות דברי השואל נראה שהא' מבני החצר שבנה ב' בתים בחרבה ופתח להם פתח לחצר היינו שפתח להם פתח לחצר השו' ממש דמדינא לא הוה מצי פתח עלייהו מפני שמרבה עליהם את הדרך ומשנה שלימה היא סוף פ' חזקת הבתים ופסקה מר"ן קנ"ד א' אלא שמחמת שלא מיחו בו ולא עכבו עליו בני החצר הנז' בשעה שפתח החזיק וזכה באותה פתח והיה נכנס ויוציא לבתים דרך אותו פתח ואין דובר אליו דבר ולהיות שנסתלק בדין מן הבתים עמד וסתם אותו פתח בנין עראי מעשה הדיוט ולא פרץ פצימיו ועמד היום לבנות ב' בתים אחרים לצד מערב ולפתוח להם פתח לחצר השו' ועמדו בני החצר וערערו עליו ומיחו בו בטענה שכבר נמחל שעבודו באותה סתימה שסתם הפתח שלצד דרום והשואל בתר דבעיה הדר' פשטה מההיא דסי' קס"ב ס"ה דכל שלא פרץ הפצימין לא נמחל שעבודו ומצי לפתוח פתח לב' בתים שבצד מערב וזה דבר שאין לו שחר דבשלמא אם חזרו לו הבתים שבצד דרום ורצה לפתוח הפתח שהיה מוחזק בו אז אמרינן אעפ"י שסתמו כיון שלא פרץ פצימין לא נמחל שעבודו ויחזור ויפתחנו אבל לפתוח לצד מערב פתח מחדש מי זה אמר ותהי שלא יעכבו עליו בני החצר שהרי יכולים לטעון נגדו שבצד זה יכולים להסתר ממנו ובצד זה אין יכולים וכמ"ש הלבוש בהדייא בסי' קנ"ד ס"ד והם דברי הטור והב"י בשם הרמב"ם הביא דבריהם מורם בהגה שם קנ"ד ס"ד.

אלא שממה שנתברר להחכמים שמציאות החצר הנז' חלוקה לב' חצירות במחיצות ופתוחים שניהם לבית שער א' שהוא משמש לשניהם כניסה ויציאה ומה שפתח האחד

פתח לבתים בצד דרום פתחו לתוך חצר המיוחדת לו דבכה"ג לא מצי בעל החצר האחרת לעכב עליו מלפתוח בשלו כחפצו אעפ"י שהוא שו' עמו בבית שער כמו דלא מצי השו' בחצר לעכב על הרוצה לפתוח פתח להבית שלקח בחצר אחרת לתוך ביתו כדפסק מרן קנ"ד א' כפשטא דמתני' סוף פ' ח"ה אחר שיגע ומצא דלא כהרא"ש שסובר אפי' לתוך ביתו לא מצי לפתח וכתב בבדק הבית וז"ל ולענין הלכה כיון שהרי"ף והרמב"ם והרשב"א והריטב"א מסכימים לדעת א' והתוספתא מסייעתם הכי נקטינן יע"ש.

איברא דמדבריהם למדנו דדוקא להרחיב תשמישו בהבית שפתח לתוך ביתו ולא שוכנים דיורים שאם יכניס דיורים מרבים עליו את הדרך יע"ש ודלא כסברת החולקים שהביא מורם בהגה ס"ב דשותף יכול למלאות ביתו אכסנאים ודיורים אלא כפסק מרן שם שאפי' להכניס דיורים לביתו לא מצי דחבירו מעכב עליו מפני שמרבה עליו את הדרך יע"ש, ובנ"ד שכבר החזיק בפתיחת הפתח הא' והיה מכניס דיורים כיון דלא נמחל שעבודו בסתימת הפתח ההוא משום דלא פרץ פצימין מצי להכניס דיורין בפתיחת הפתח הב' שכבר החזיק להרבות עליהם את הדרך ולא מיחו בו ובר מן דין בנ"ד שאין הדיורים עוברים על בעלי החצר אחרת ממש אלא דרך הבית שער המשותף ביניהם לא שייך הרבות עליהם את הדרך דלאו עליהם היא הדרך אלא על הבית שער ואין כאן היזק ראיה, ולראיה חתמתי בכ"א בטבת משנת אשר"י כ"ל חוכי לו וקיים.

שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן נז

הובא לידי פנקס עזבון הר"ש אלקובי שנתחלק בין אלמנתו ובין אברהם בנו וב' בנותיו הקטנות במקרקעי ובמטלטלי עפ"י הגורל במעמד הר"א אלבאז האפוטרופוס שנתמנה על היתומות וחתומים על החלוקה הר"א אציני ודעימיה, וזה מה שכתבתי עליו לקיים החלוקה הנז'.

נדרשתי אח"מ לחוות דעתי מה שהדין נותן בחלוקה זו אם היא קיימת וזכה כל א' במה שנתברר לחלקו או אם יש מקום לחזור שום א' לבטל חלוקה זו מחמת דאית בה תיוהא, חדא שהיתומות היו קטנות בשעת החלוקה והר"א אלבאז שחלק בעדן לא ידענא מי מינהו אם אבי יתומים מינהו או ב"ד מנוהו או מעצמו נתמנה להיותו קרוב. ואפי' אם דיינינן ליה דין אפוטרופוס גמור עדיין יש תיוהא בחלוקה זו מחמת שלא קנו העדים מידם לקיים החלוקה שחלקו ולסלק כל א' עצמו מחלק חבירו ואשיב על ראשון ראשון דודאי דין אפוטרופוס גמור דיינינן להר"א אלבאז שעמד על החלוקה כי קרוב הוא וגברא

חזי למנוי זה זריז ונשכר להפך בזכות היתומים ולפקח עליהם ובעינא פטיחא ואמינא ודאי שנתמנה ע"פ ב"ד או עפ"י נאבי היתומות הנז' ועדי החלוקה שמזכירין אותו בשם אפוטרופוס הן הן עידיו שנתמנה אפוטרופוס גמור והם עמדו על שטר מנויו ואם נאבד ממנו אח"כ טפי לא מזדהר ק איניש בשטריה.

עובר מן דין הרי א' מעדי החלוקה הר"א אציני הנז' הוא א' מב"ד ובידו למנות אפוטרופוס שיראה בעיניו ואף אם לא נתמנה מקודם נימא שהוא מינהו לעמוד על החלוקה דקי"ל בחו"מ סי' רפ"ט ס"א מי שהניח יתומי מקצתם גדולים ומקצתם קטנים ורצו לחלוק בנכסי אביה כדי שיטלו הגדולים חלקם מעמידים ב"ד אפוטרופוס לקטנים ובורר להם החלק היפה יע"ש, וכתב הב"י בשם הר"ן וז"ל והאי חלק היפה דקאמרינן לא שיהא יותר משובח משל גדולים אלא לומר שיהיו נזהרים שלא יגרע חלקם דלאו בני מחילה נינהו וכ"מ שיש ס' בדבר גדולים מצי מחלי אלא לאחר שישוו החלקים מטילים גורל ביניהם וחולקים על פיו, וכן דעת ר"ח ור"ת עכ"ל, וכ"כ הרא"ש פ' אלמנה נזונת דף ק' יע"ש וכן הוא לשון הטור יע"ש ועיין סמ"ע בס"ק ב' שכוונת הרמב"ם והמחבר כדעת הפוסקים הנז' ומ"ש ובורר להם החלק היפה ר"ל שיראה שיהיה להם ג"כ חלק יפה לאפוקי שיודחו מהגדולים לחלק הפחות יע"ש וכ"ת שהא' מב"ד הנז' עמד גם הוא על החלוקה כנראה מלשונו בתחילת סידור הפנקס שהזכיר תחלה ובמעמד האפוטרופוס פלוני שנתמנה על היתומות הקטנות ולבסוף כתב כל אחד נטל חלקו עפ"י השומא והגורל ונתברר ליתומות הקטנות חלק יפה דבר הראוי לכל א' וא' נראה מלשונו מדלא קאמר וברר כאפוטרו' ליתומות וקאמר ונתברר ליתומות משמע שהוא והאפו' בררו חלק יפה עפ"י השומא והגורל והיינו כדכתיבנא דבגורל שייך נמי ברירה. ומהשתא גם לגירסת הרי"ף שהביא הר"ן שגורס ובוררין להם חלק יפה כלו' ב"ד והאפוט' יע"ש בנ"ד נמי נתברר חלק יפה ע"י ב"ד וע"י האפוט' הרי מבואר דדין אפוט' גמור דייניין להר"א אלבאז הנז' ומה שעשה בעד היתומות עשוי ורצוי באין אומר ואין דברים:

אלא שעדיין יש לגמגם במאי נתקיימה חלוקה זו כיון שלא קנו העדים מידם לקיים חלוקה זאת ולסלק כל א' עצמו מחלק חבירו ולזה י"ל דלא הצריכו קנין רק בהיכא שבררו החולקים בעצמם כל א' חלקו ורצה זה במקום פ' וזה רצה במקום פ' אז צריכים קנין דלא למיהדד חד מנייהו וכמ"ש מר"ן בח"מ סי' קנ"ז ס"ב וז"ל אבל אם ברר כל א' חלקו ורצה זה ברוח פ' וזה רצה ברוח פ' וקנו מידם ע"ז אינם יכולים לחזור בהם יע"ש.

אבל בנ"ד שחלקו עפ"י הגורל הגורל עושה קנין ובריית היא בבבא בתרא ד' ק"ו ע"ב וז"ל תניא ר"י אומר האחין שחלקו כיון שעלה גורל לא' מהם קנו כולם ובגמ' מ"ט ומסיק

אמר רב אשי בההיא הנאה דצייתי להדדי גמרו ומקנו להדדי ופי' רשב"ם קנו כלם כלו' זה קנה לגמרי בגורל ולא יוכל לחזור בו ואם היו ב' זה קנה חלקו שנפל עליו הגורל וגם חבירו קנה דעל מי יפול גורל הב' כי אם על הב' והם ג' וכו' ומיהו היכא דנפל על כלם הגורל פשיטא שקנו כלם ואע"ג דלא איחזוק כל א' בשלו דכיון דמוחזקים ועומדים אין הגורל מקנה להם כלום אלא מברר לכל א' חלקו המגיעו ע"כ ובמאי דקאמר בגמ' מ"ט פי' רשב"ם במאי קנו הרי לא החזיקו כל א' בשלו עדיין דאי איחזוק מאי למימרא ומשני רב אשי בההיא הנאה וכו' פי' רשב"ם בההיא הנאה דצייתי להדדי ונשמעין זל"ז לחלוק בגורל כדי שיטול כל א' חלקו בפני עצמו דאינם חפצים עוד בשותפות הילכך אין רוצין שיהיה עוד עיכוב בדבר וגמרו ומקנו להדדי יע"ש וכן פי' הב"י אשר סביבות הרי"ף מבואר יוציא ממאי דכתיבנא מלישנא דברייתא ומדברי רשב"ם ונ"י דהגורל עושה קנין והרי"ף בהלכות והרא"ש בפסקיו הביאו ברייתא כצורתה והרמב"ם פ' ב' מה' שכינים הלכה י"א כתב וז"ל האחין שחלקו ועשו ביניהם גורל כיון שעלה גורל לא' מהם קנו כלם בהנייה שנעשית להם ששמעו זה מזה לדבר שהסכימו עליו גמר כל א' מהם ומקנה לחבירו יע"ש הרי דג' עמודי הוראה מסכימין לדעת א' דגורל עושה קנין וכן פסק הטור בס' קע"ג וז"ל ואם חלקו בגורל לאחר שעלה הגורל לא' מהם נתקיימה החלוקה לכלם ע"כ אלא דסמוך לזה, כתב שאלה לא"א הרא"ש ששאלת לאה ורחל שחלקו קרקעות בגורל בלא עדים ורצתה א' מהם לחזור הגורל אינו קונה כי אם לברר החלקים אבל אם החזיקה א' מהם בחלקה אז קיים החלוקה אעפ"י שלא היו העדים בגורל כיון שהם מודים החלוקה קיימת דלא איברי סהדי אלא לשקרי הילכך אם מודו שהטילו גורל והחזיקה א' מהם החלוקה קיימת יע"ש וע"ז כתב מר"ן בבדק הבית וז"ל וקשיא לי שדברי הרא"ש נראה שסותרים מ"ש רבינו בסמוך שאם חלקו בגורל לאחר שעלה הגורל וכו' יע"ש כנראה שהבין מר"ן דברי הרא"ש דלא מהני גורל בלא חזקה ועם היות דלענין הלכה קי"ל דהיכא שיש סתירה בדברי הרא"ש מתשובותיו לפסקיו הולכין אחר הפסקים מ"מ צריכין אנו לעמוד על הראיה שהביא לדבריו אלו בכלל ל"א סי' ב' מדתנן פ' חזקת הבתים בד"א במחזיק אבל בנותן מתנה והאחין שחלקו והמחזיק בנכסי הגר נטל ונדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה יע"ש הרי דמשנה שלימה דהאחין שחלקו צריכים חזקה ונראה פשוט שאין כאן ראיה דמתני' איירי בשלא חלקו בגורל והשתא דאתינא להכי נראה דלא הצריך הרא"ש חזקה עם גורל אלא באותו נדון שהיה הגורל בלא עדים שהיתה הא' יכולה לומר שלא היה גורל יכולה לומר משחקת הייתי בגורל זה וכההיא דפסק מורם בסי' ע"א ס"א בהיכא שהאמינו בלא עדים דמיגו דיכול לומר לא האמנתיך

יכול לומר פרעתי יע"ש הכא נמי ואמינא במה שאומרת לא נתכונתי לקנות בגורל זה אבל כשהחזיקה כל א' בחלקה גלו דעתם שגורל נעשה לקנין גמור נמצינו למידין דקנין עושה הגורל אע"ג דלא איחזוק חד מנייהו והוא פסק מר"ן בסי', קע"ג ס"ב ודלא כמור"ם שם ומה גם דבנ"ד שהלכו והחזיקו כל א' בחלקו יותר משני חזקה נוסף על שבונה וסותר בחלקו ודר ומשתמש ונהנה מפירותיו אף אם לא היה גורל רק מעצמן חלקו וברר כל א' חלקו ליקנו בחזקה וכמ"ש מר"ן בההיא דסי' קנ"ז ס"ב וז"ל וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו וזה בעצמו והחזיק בחלקו אעפ"י שלא קנו מידם אין מהם יכול לחזור בחבירו יע"ש וכ"ש בנ"ד איכא תרתי גורל וחזקה אפי' כל הרוחות שבעולם אין מזיזין חלוקה זו ממקומה ודברים ברורים הם החותם פה צפרו בשבט משנת ולאבותיך ונתנ"ה ל"ך לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול סל"ט

סימן נח

הובאה לידינו כתובת הכבודה מזל טוב מסעודה אשת כהה"ר יעקב עוליל נר"ו מופנה מצד א' שאכלוה העכברים וחסרו ממנה רצועה בהתחלת השיטין כאצבעיים מן הכתב ועיקר החסרון היה בטופס אכן התורף יכול להתברר מהשלם הנשאר ממנה שמהזמן נשאר החדש והשנה כך ה' ימים למרחשון שנת ה' אלפים וה' מאות ושלשים ושמנה לב"ע והדברים נכרים שבעישור ראשון למרחשון היה הדבר דלא אשכחן במספר הכמה לחדש ה' לבסוף אלא מג' ועד י' וגם לא שייך תיבת ימים אלא עד י' ונשארו קיימים שם האיש ושם האשה שבאיש נשאר שמו ושם זקינו ובאשה נשאר שמה ושם אביה וסכום הכתובה ג"כ יכולים להתברר מהנשאר שלם שסך העיקר ותוספת נשאר כלו קיים סך שש מאות וחמשה ועשרים אוקיות מט' מלכות פאס ומסך המתנה נשאר קיים שש מאות וחמשה ומסך הנדונייא לא נשאר כל עיקר ומהסך הכולל נשאר קיים עיקר ותוספת ומתנה ונדוניא אליו סך אלפים ותו לא אלא שממה שאנו נוהגים בכל הכתובות בחלוק סכי הכתובה שהרביע בכל הסך אנו עושים להעיקר והתוספות אנו למדין שסך כל הכתובה אלפים וחמש מאות אוקיות מהמט' הנז' וחתימות העדים נשארו קיימים במקום השלם אני החו' כאן א' וה"ר יוסף בכה"ר יחייא ן' עטיאה ונתקיימו החתימות כדחזי.

ואחר המשא ומתן בדין זה העליתי אני החו' א' שצריך לכתוב לה רכתובבלה אחרת כמבו' היטב בתשו' המיימוני דמשפטים סי' ס"ב שנשאל מוהר"ם על כתובה שאכלוה

עכברים וחסרו בה והשיב שצריך לכתוב לה כתובה אחרת אע"ג דלא נקרעה קב"ד משום דבעינן שיהא רשומן של כל האותיות ניכר וליכא ולא מכשרינן קרע שאינו קב"ד אלא בהיכא דליכא חסרון וכשמחברים הקרעים נקראים האותיות יפה יע"ש מילתא בטעמא ואע"ג שראיתי בתשובות המיוחסות להרמב"ן בסי' כ"ח שכתב על דברי התוספתא שהביא מר"ן בסוף סי' נ"ב הרקיב ונעשה ככברה וז"ל ונראה שאין הפרש בין ניקב נקבים קטנים או גדולים ואין אומרים קב"ד היה ונטל סביבותיו ועגלו עד שנראה כנקרע מעצמו יע"ש מ"מ לא ראיתי לסמוך ע"ז ומה גם במקום דאיכא חשש איסור דאסור לשהות וכו' ועוד שזה היפך דברי רב האי גאון הביאו דבריו ה"ה ובה"ת ומר"ן הב"י בסי' נ"ב וז"ל ואם אפשר שהיה קב"ד והוסיף על קריעתו כדי לעמעם הדבר חוששין עכ"ל ועוד שאין ראייתו מוכרחת לפרש התוספתא הנז' כדבריו דקתני ונעשה כבברה ומשמע נקבים קטנים כנקבי הנפה שאין החיסרון ניכר בהם ואין אנו, צריכים לפרש דאו או קתני ולומר דהרקיב היינו נקבים גדולים או נעשה ככברה דהיינו נקבים קטנים דמאי דוחקין לפרש כן וכן משמע נמי מתשו' הריב"ש סי' שפ"ג דבחסרון חיישינן שמא היה שם קב"ד והרב גדולי תרומה הוסיף חששא אחרת דלמא היה כתוב פרעון על מקום החסרון יע"ש בשער נ"ז ומתשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' כ"ה ליכא לאוכוחי היפך תשו' המיימוני הנז' שהרא"ש נשאל על שטר שאכלו עש בראש השטר בד' שורות הנה והנה עד שעיקר התורף אינו ניכר בראש השטר שם המלוה והלוה אלא שבסוף השטר החזיר מעניינו של שטר וכתב וקנינו מפ' ופ' החייבים הנז' לפ' ב"ח הנז' ועוד כתוב בו כל זמן ששט"ז שלם ביד מוציאו בלא קב"ד נאמן יהא עליו וכו' והשיב הרא"ש דלמדין התורף משיטה אחרונה יע"ש דאיכא למימר דלא מכשיר הרא"ש אלא באכלו עש הנה והנה נקבים נקבים וקמ"ל דאע"ג דאיכא נקבים בתורף כיון שהחזיר מעניינו של שטר בשיטה אחרונה למדין התורף ממנה ולעולם מיירי בהנקבים שאין החסרון ניכר בהם אבל באכילת עכברים דאיכא חסרון הניכר אמינא ודאי דמודה הוא לסב' מוהר"ם הנ"ל ומורם בהגה בסוף סי' נ"ב בח"מ שהביא תשו' הרא"ש הנז' הוסיף תיבת או עכברים ואיננה בתשו' הרא"ש שממנו מקור הדין ובציון ציין הר"מ רבק"ש חזינא עירוב פרשיות שעירב ב' התשובות יחד כאלו בסגנון א' נבאו לאידך גיסא ולא היא כמ"ש. העולה דכתובה שאכלוה עכברים וחסירוה כתובה פסולה היא וצריך לכתוב לה כתובה אחרת משום דאסור לשהות וכו' ובכן עמדו לפנינו הבעל והאשה הנ"ל וקנינא מנייהו קנין מחדש האיש במה שהחזיק והאשה היבמה במה שהחזיקה ע"ע בחידוש הכתובה הנז' בסמוך וזה עניינה ותוארה.

בשני בשבת בו' ימים לח' כסלו שנת ה' אלפים וה' מאות וארבעים וארבע לב"ע למנין שאנו מנין כאן במתא צפרו יע"א איך השה"ט החו"ן כהה"ר ישראל יעקב ס"ט ה"ן עוליל בר כבוד השה"ט מרדכי נ"ע בר כבוד השה"ט הנו"ח הר' ישועה נ"ע אתא קדמנא ואמר לנא מהודענא ליכו ארי מן קדמת דינא כד שכיב הר' ישועה אחי דמן אבא ובר וברת ירית ומחסין ומוקים שמה בישראל לא שביק ושבק הדא אתתא דשמה מזל טוב מסעודה בת כבוד השה"ט הר' דוד ס"ט ה"ן יתאח בכה"ר מוסא נ"ע וכד שכיב וחזייא לי מדאורייתא ליבמה כדכתיב בספרא דאור' דמשה יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה ויבמה ואתייבימת לי בההיא שעתא וכתבית לה כתו' כדתקון רבנן לבנת ישראל והות כתו' בידהא עד השתא דאכלוה עכברים וחסרו יתה ואפסלה לה והות כלא הות וכדו בעינא למיכתב לה כתו' אחריתי בשעבוד נכסי כבקמייתא משום דאמור רבנן אסור לאדם לשהות עם אשתו אפי' שעה א' בלא כתו' ובכן א"ל היבם הנז' ליבמה הנז' הוי לי לאנתו כדת משה וישראל כל קביל דהוית מן קדמת דנא ואנא בס"ד אפלח ואוקיר ואיזון ואפרנס ואכסי יתיכי כהלכת גוברין יהודאין דפלחין ומוקרין וזנין ומפרנסין ומכסין ית נשיהון בקושטא ויהיבנא ליכי מוהר בתוליכי כסף זוזי מאתן דאינון מזוזי כספא עשרין וחמשה דהוו כתיבי בכתו' דכתב לך אחי דאינסב יתך בתולתא וחזו ליכי מנאי ומזיניכי וכסותיכי וספוקיכי ומיעל לותיכי כאורח כל ארעא וצביאת כלתא דא ואתייבמת ליה בדיל לאוקומי לאחוה שמא בישראל כדכתי' בספרא דאו' דמרע"ה והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו המת ולא ימחה שמו מישראל וצבי איהו ואוסיף לה מדיליה תוס' על עיקר כתובה דא עד תשלום סך שש מאות וחמשה ועשרים אוקיות מכ"ט ממט' מלכות פאס יע"א דהוו כתיבי בשטר כתו' דכתב לה בעלה הא' ועוד רצה ונתן לה דא"ק ואגבן נתן לה מה שנתן לה אחיו נ"ע במתנה גמו' ע"ת סך שש מאות וחמשה ועשרים אוקיות מכ"ט מהמט' הנז' ודא נדונייא דהנעלת ליה בין בגדים ותכשיטין ושמוש ערש מה שרצה וקע"ע אחיו נ"ע בשעת נשואיה בשומת אלף ומאתים וחמשים אוקיות מכ"ט מהמט' הנז' נמצא סך כתו' דא כולה עיקר ותו' ומתנה ונדונייא אליו סך אלפים וחמש מאות אוקיות מכ"ט מהמט' הנז' ונשבע היבם ס"ט ש"ח בת"ך והזכרת שי"ת כראוי שלא יוציאנה ממתא זו למתא אחרת אלא עפו"ר ואם יעבור ויוציאנה ממתא זו למתא אחרת שלא עפו"ר שיפרע לה כל מה שהחזיק לה ע"ע ויפטור אותה בגט כשר לאלתר ותנאי זה מוחזק ומקוים עליו כתנאי ב"ג וב"ר וקע"ע החתן ס"ט אחריות חומר כתו' דא כולה עיקר ותוספת ומתנה ונדונייא על כל נכסי בעלה הא' מקרקעי ואגבן מטלטלי שקוש"י כתחז"ל דלא כאס' ודלא כטו"ד וקנינא מניה על כל דכתיב ומפו"ל קש"מ בדל"ב

והכל כפי המנהג והתקנה שנהגו ותקנו להיות נוהג ביניהם קה"ק קהלות פאס יע"א המגורשים מקאסטילייא ישמרם ינצרם יעטרם יעזרם ויפלטם וימלטם ציר רוגע הים וימהר יחישה מעשהו לקבצם מארצות שבים לנוה רבצם וארץ חפצם וארץ צבים שעמ"כ נכנסה הנדונייא לרשות החתן בתנאי מסוים והשו"ב וקיים וחתומה כראוי.

פעמים רבות עברו דברי ריבות בין היבם והיבמה הנ"ל ותעל שועתם לפני ע"ע הכתו' הנ"ל שהיבם אומר כיון שכתובת' על נכסי בעלה הא' ואין נכסי היבם משועבדים לה לא תטול אלא הנשאר קיים מנכסי בעלה הא' ומה שנמכר נמכר ומה שאבד אבד והיבמה אומרת ליטול כתובתה מושלם ממנו ועיקר טענתה מחמת שבשעת היבום כתב לה כתובה באחריות על נכסיו שקוש"י והיא הרשתו למכור בנכסי בעלה הא' כחפצו ועם היות שלפני נגלו כל תעלומותיהם בענין היבום הנז' עכ"ז הייתי מגמגם בדבר לו ולה לשפות שלום למו עד היום שעשה היבם אשר זמם ונשא אשה אחרת על יבמתו הנז' והוקלה בעיניו היבמה הנז' להוציאה באומרו טול הנשאר קיים מנכסי בעל הא' וצא.

ובכן נדרשתי היום מהיבם והיבמה הנז' לחוות דעתי מה שהדין נותן בענין זה וטרם נבוא אל הנדון אודיע קשט אמרי אמת שעברו בענין היבום הנז' והוא שהיבם הנז' כשנפלה לפניו היבמה הנז' הוא היה עדיין יתום מתגדל בבית חמי ז"ל ומשום דלית ליה מגרמיה כלום למיקם בסיפוקה היה רוצה לחלוץ לה ונתעסק בעשיית המנעל עד שבא אביה לפני ויט שכמו לסבול לזון ולפרנס היבם והיבמה הנז' משלו ג' שנים והיבמה קע"ע לבלתי תבוע היבם אחר ג' שנים למיקם בסיפוקה אלא תסתפק עמו במה שחננו ה' אם מעט ואם הרבה ולא תתבענו בדין ע"ע מזונות לאמר קום בסיפוקי או פטור אותי ועוד קבלה אנפשה והרשתו למכור בנכסי בעלה הא' כעושה בשלו ע"מ שיכתוב לה אחריות כתובתה ע"כ נכסיו שקוש"י וכן היה שלקחה לו לאשה ויבמה עפ"י התנאי' האלה ונכתבה הכתו' בחשון תקל"ח באחריות על נכסיו וקיים אביה תנאו וזן אותם ג' שנים והיא עמדה עם היבם עפ"י התנאים הנז' מזמן היבום עד כסלו תקמ"ד שאז מצאו הכתו' שאכלוה עכברים והוצרך לחדש לה כתו' הנ"ב אחר שנתרצו שניהם בקש"מ בחידוש הכתו' הנז' לעשותה בשאר כתובת יבמין על נכסי בעלה הא' ונכתבה הכתו' באחריות ע"כ נכסי בעלה הא' סתם זהו מה שעבר לפני בענין היבום הנז' ועוד היום מודים היבם והיבמה בפרש"ת העיבו"ר מתחילה וע"ס אלא שהיבם טוען כיון שנתרצו וכתבו הכתו' על נכסי בעלה הא' ולא על נכסי היבם לא תטול אלא הנשאר קיים מנכסי בעלה הא' והיא אומרת ליטול כתובתה מושלם כבראשונה שלא עלה על דעתה לגרוע מכתובת' מחמת חזרתה על נכסי בעלה הא' ואני אומר לא כדברי היבם הנז' ולא כדברי היבמה הנז' אלא

כתו' על כל נכסי בעלה הא' כמו שהיו מעיקרא ואם לא הספיקו לשיעור כתובתה מזלה גרם ולא יוסיף היבם משלו כלום:

ואבוא היום אל העין עין משפט להוציא משפט זה לאשורו והרואה יראה שכנגד מאי דאקילו רבנן על היבם מצד זה שלא יהיו נכסיו משועבדים לכתו' היבמה רק על נכסי בעלה הא' כדתנן [יבמות דל"ח וכתובות ד' פ' ע"ב] כנסה הרי היא כאשתו לכל דבר ובלבד שתהא כתו' על נכסי בעלה הא' וטעמא מפרש בגמ' דאשה הקנו לו מן השמים ופרש"י דאשה הקנו לו מן השמים ולא שעבד נכסיו לכתובתה ויכול למכרם בכל עת שירצה יע"ש הרי הקילו עליו שאין נכסיו משועבדים לכתובתה ואף שהיא כאשתו לכל דבר כדכתי' ולקחה לו לאשה לא חייבוהו לעשות לה כתו' מנכסי עצמו אפי' למ"ד כתו' דאורייתא [עי' הר"ן פ' החולץ] כנגד זה החמירו עליו ואמור רבנן דלא ליזבון מנכסי אחיו כלל דתניא [כתובות ד' פ"א ע"ב] מי שמת והניח שומרת יבם והניח נכסים במאה מנה אעפ"י שכתובתה אינה אלא מנה לא ימכור שכל נכסיו אחראין לכתובתה וא"ר יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוי זביניה זביני יע"ש והתו' שם ד' פ"א ע"א בהא דר' אבא דהרוצה למכור בנכסי אחיו אם ישראל מגרש בגט וכו' כתבו לפי שאינו רשאי למכור ומכרו בטל לאלתר אפי' קודם שתבוא לידי גבייה שהחמירו חכמים ביבמה לפי שלא כתב לה כל נכסיו אחראין לכתובתה ולכן תקינו שאינו יכול למכור כלל שלא תצטרך לחזור ולטרוח ולטרוף מן הלקוחות ואפי' ישאיר כנגד כתובתה אינו רשאי למכור השאר דחיישי שמא יאבדו או ישתדפו השדות שישאיר יע"ש וכ"כ רש"י שם והר"ן פ' החולץ ועוד תניא הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל ושאני יורש החזקתי אלא מוציאין מיבם ויקח בהם קרקע והוא אוכל פירות יע"ש.

הרי מבואר אע"ג דתקינו זאת לטובת היבם שתהא כתו' היבמה על נכסי בעלה הא' החמירו עליו שאין רשאי למכור אעפ"י שיש נכסים כפלי כפליים בכתובתה ואם מכר או נתן מכרו בטל לאלתר [וכן פסק מר"ן הק' בא"ה סי' קס"ח ס"ג] ואף מה שחייב הוא לאחיו מוציאין מידו [שם ס"ה] ושיכולה לעכב מלמכור אף אם ירצה לכתוב לה כתו' על נכסי עצמו [שם ס"ז] ואפי' הניח אחיו פירות תלושין או מטלטלין לא ישתמש בהם אלא ימכרו וילקח בהם קרקע והיא סברא קמא שהביא מר"ן שם ס' ז' כהרי"פ והרא"ש ושאר פוסקין ואפי' לס' הרמב"ם שהביא מר"ן בשם י"א דבפירות ומטלטלין ומעות משתמש בהם כמו שירצה מ"מ הרי סיים בה מר"ן שאם כתוב בכתו' מטלטלין אגב מקרקעי לדברי הכל ילקח בהם קרקע וא"כ לדידן דכותבין בכל הכתובות מטלטלי אגב מקרקעי לא מצי היבם להשתמש במטלטלי אלא ימכרו וילקח בהם קרקע אלא דחזינא להרב

הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בתשו' הרמת"ה שהשיב לכמוה"ר יעקב טולידאנו זלה"ה וז"ל ספרי דווקני כותבין הכתו' בסך כתו' הא' שהי"ל על בעלה הא' בלי תוספת ומגרעת אך כותבין באחריו' גמו' על כל נכסי בעלה הא' מקרקעי ואגמ"ט ואין כותבין שקוש"י ואז הדין הוא שאינו יכול לשלוח יד בנכסי בעלה הא' אלא ברשותה שלא יפקיע שעבודה ואז אף אם תפס נכסי אחיו או תפסתן היבמה מוציאין מידם ומה שצריך לתשמיש ומלבוש וכיוצא ישתמשו בו עד שיבלה ומה שאינו צריך נמכר וילקח בהם קרקע והוא לא אוכל פירות וכו', ואם יגרשנה יפרע לה כתובתה מנכסי אחיו ואם לא יספיקו מזלה גרם עכ"ל הצריך לענייניו ותמיהא לי טובא במאי דקאמר הרב ומה שצריך לתשמיש ומלבוש וכיוצא ישתמשו בו עד שיכלה דנראה היפך פסק מר"ן דק"א לא ישתמש בהם ואפי' להרמב"ם דסובר משתמש בהם כמו שירצה מודה הוא בהיכא דכתוב בכתו' מטלטלי אגב מקרקעי דלא ישתמש ואיפשר לומר דכלי תשמיש דקא' הרב היינו כלים שעושין בהם אוכל נפש כגון כלי חרס דלא קפדי אינשי בהכי ומלבוש דקא' היינו מלבוש של חול שעל היבמה דבהכי נמי לא קפדי אבל בגדי שבת או כלי מתכות וכיוצא למה תשמש בהם עד שיבלו ותפסיד דמיהן ומה גם בהיכא דלא יספיקו הנכסים לכתובתה היאך ניקו ונוסיף לגרוע מהם בגדי שבת וכיוצא כדי לפרוע חוב המוטל על היבם להלבישה מכיסו שכך קע"ע ואנא בס"ד איפלח ואוקיר ואיזון ואפרנס ואכסי יתיכי כהלכת גוברין דמכסין ית נשיהון בקושטא מבואר יוציא ממאי דכתיבנא דכל מה שמכר בנכסי אחיו בעמוד והחזיר קאי להעמיד כל נכסי אחיו כאשר היו מעיקרא בשעת יבום ולא עוד אלא שבנ"ד אפי' כלי תשמיש ומלבושים שנשתמש בהם ושלבשו אותם היבם או היבמה הנז' מחוייב לתת דמיהם דאע"ג דבעלמא בשאר יבמה שנתרצית ונשתמשה בכלי תשמיש ולבשה בבגדיה ותכשיטיה או נשתמש ולבש היבם ברשותה דאין על היבם כלום דאיהי היא דאפסדה אנפשה מ"מ נ"ד שאני דיש בפי היבמה הנז' טענה אלימתא שלא נתרצית בכך אלא מחמת שכך היה התנאי ביניהם שהוא נתחייב וכתב לה כתו' באחריו' על כל נכסיו שקוש"י והיא הרשתו למכור ולהשתמש בנכסי אחיו כעושה בשלו והשתא דאיתרע מילתא בכתובה קמייתא וחררואה עכברים ונתרצו שניהם לחדשה על נכסי בעלה הא' כשאר כתובות יבמין חזר הדין שכל מה שנמכר ושנשתמשו בו ובלה על היבם ליהדר אכן מה שנמכר ושנשתמשו בו ברשותה אחר חידוש כתובה איהי היא דאפסדה אנפשה.

ומה שטוען היבם דכשנתרצו שניהם בקנין בחדוש כתו' הנז' על נכסי בעלה הא' לא חדשוה אלא על הנשאר קיים מנכסי בעלה הא' בשעת חידוש כתו' ולא על מה שכבר

נמכר ואבד ואין טענתו כלום שמס' כתו' נלמוד שכתוב וקע"ע אחריות חומר כתו' דא כולה עיקר ותוס' ומתנה ונדונייא על כל נכסי בעלה הפ' מקרקעי ואגמ"ט קרי בחיל שע"כ נכסי בעלה הא' חל השעבוד כמו שהיו מעיקרא ומה גם שהוסיף וכתב שקוש"י כתחז"ל דבר שאינו שייך בכתובת יבמין בודאי דלא על חנם נכתב אלא לאורויי על מה שכבר נמכר ואבד מנכסי אחיו שחזר אחריותו עליו שקוש"י ודו"ק.

ומה שטוען שכל שמכר ברשותה מכר ומחלה לו הדמים עם היות שאין טענה זו כלום לגבי מה שנמכר קודם חידוש הכתו' כדכתיבנא מ"מ נראה דלגבי מה שנמכר אחר חידוש כתו' הוייא טענה דמה שמחלה מחלה אלא שהיא משיבתו שמעולם לא מחלה לו כלום ממה שהוא מנכסי בעלה הא' ששעבוד כתובתה עליו.

והנה לכאורה נראה אע"ג דנקיטא שטר כתובתה בידה כיון שאין בה נאמנות מזקיקין אותה לישבע שלא מחלה כי היכי דמזקיקין למלוה לישבע על שטר שאין בו נאמנות כשהלוה טוען פרעתי וכד דייקינן שפיר חזינא אלא הזקיקו למלוה לישבע על שטרו אלא בטוען פרעתי ולא בטוען מחלת לי דקי"ל כיש מי שאומר בתרא שהביא מר"ן הק' בח"מ סי' פ"ב ס' י"א והיא דעת הרמב"ם והר"י הלוי והרשב"א והה"מ ובעה"ע דטענת מחילה טענה גרועה היא כמי שטוען אמנה או רבית ולא אמרו להשביעם אלא בטענת פירעון שהשטר עומד לכך אבל לא על דבר שאין השטר עומד לכך כגון טענת אמנה או רבית וה"ה לטענת מחילה דאין סתם שטר עומד למחילה וכן פסק הב"י בהדייא כסברא זו וז"ל ולענין הלכה כיון שהרמב"ם והר"י הלוי והרשב"א והה"מ מסכימין לדעת אחת הכי נקטינן.

ובר מן דין אפי' אם היתה היבמה מודה לדבריו שמחלה לו דבר ממה ששעבוד כתובתה עליו אין מחילתה כלום כיון שעדיין נקיטא שטר כתובתה בידה דבעינן קנין וליכא וכמ"ש הרב הסמ"ע בפשיטות בסי' י"ב ס"ק כ"א וז"ל מחילה אינה צריכה קנין משום שמיד שמחל לו נסתלק ממנו המוחל והיינו דווקא בדלא נקיט המוחל עדיין ש"ח בידו דבתפוס שטרא כ"ז שאינו מחזיר לו מיד לא מהנייא ביה אפי' מחי' גמו' בלא קנין ועיין סי' רמ"א עכ"ל, וכתב עליו הרב ש"ך וז"ל וכ"כ הטור בשם הר' ישעיה וצ"ע דלקמן סי' רמ"א לא כתב מור"ם כן עכ"ל וז"ל מור"ם סי' רמ"א ס"ב בהגה וי"א אפי' הי"ל שטר ומשכון עליו אפי"ה הוי מחילתו מחילה בדברים בעלמא עכ"ל, וכתב עליו הסמ"ע שם ס"ק ז' וז"ל אפי' הי"ל שטר ומשכון פי' וצריך הנותן להחזיר למקבל השטר או המשכון אחר שמחל לו חובו עכ"ל לכאורה נראה מלשון זה שבא הסמ"ע לחזק דברי מורם ולומר כיון שמחילתו מחילה היה צריך המוחל להחזיר לו השטר או המשכון וא"כ קשה יותר

על הסמ"ע מניה וביה דלהוו דבריו סתרי אהדדי והרב דרכי נועם בתשובותיו ח"מ סי' ג' פירש דברי הסמ"ע דלא סתרי אהדדי והוא דמה שכ' הסמ"ע וצריך הנותן להחזיר השטר וכו' הוא לאוקומי דברי מורם בהכי דלא אמר מורם שתתקיים המחילה בדברים בעלמא אע"ג דנקיט שטרא אלא במחזיר לו השטר או המשכון אחר שימחול לו חובו וכל שלא החזיר לו השטר או המשכון לא נמחל החוב בדברים בעלמא וצריך קנין ובזה נתיישבו דברי הסמ"ע אהדדי ועלו ובאו דברי מור"ם עם הסמ"ע בשיטה א' יע"ש ואנן בדידן אפי' נניח דברי מור"ם כפשטן דמהנייא מחי' בדברים אפי' בדנקיט שטרא יש לנו לומר דדוקא בשאר שטרות אמרה למלתיה אבל לא בכתו' דהוי מעשה ב"ד ומשום חינא נימא דלא מהנייא בה מחילה גרידתא בהיכא דנקיטא שטר כתובתה בידה דהכי כתב מר"ן בא"ה סי' ס"ו ס"ג וז"ל אם כתב לה כתו' ונאבדה או שמחלה לו ודוקא שכתבה לו התקבלתי כתובתי צריך לכתוב אחרת בעיקר כתובה יע"ש דמשמע דבהיכא דלא כתבה התקבלתי אין מחי' כלום ומור"ם הוא שהגיה והוסיף תיבת ודוקא וכתבו הרב חלקת מחוקק והרב ב"ש דבשיטת המרדכי אמרה וגם ההיא דח"מ סי' י"ב בשיטת המרדכי אמרה וכי היכי דלא ליקשו דברי המרדכי אהדדי חלקו בין שטר חוב לכתו' באשה היושבת תחת בעלה דלא מהנייא מחילה גרידא ויכולה לומר משחקת הייתי בך ודברי הבאי אמרתי יע"ש ולדבריהם ההיא דסי' ק"ה ס"ה המוחלת כתובתה אינה צריכה לא קנין וכו' מיירי שמוחלת אחרי מות בעלה או אחר שגרשה או שגרשה מיד אחר המחילה ולדברי הסמ"ע נוקי במחזרת לו הכתו' ודו"ק.

ובר מן דין ומן דין בנ"ד אפי' מחי' בקנין גמור לא מהנייא במוחלת בנכסי בעלה הא' משום דיכולה לומר נ"ר עשיתי ליבמי כדקי"ל בסי' צ' ס' ט"ז גבי אשה עם בעלה בהיכא דמוכרת ונותנת בשדה שייחד לה בעלה בכתובתה אעפ"י שקנו מיד האשה ברצונה חוזרת בכל עת שתרצה מטעם דיכולה לומר נ"ר עשיתי בעלי וכתב רשב"ם בב"ב ד' ב' ע"א דטעמא דמלתא דאף שהוא מיוחד לכתובתה מ"מ אינו שלה לגמרי אלא של בעל ויש לה איבה אם תעכב במכירתן דדוקא בנ"מ שהם שלה לגמרי ואינה יגורה מבעלה שיהיה לו איבה עליה אם לא תמכור ולא תתן לו הוא דאמרינן מכרה קיים וא"כ גבי יבמה נמי המוכרת ונותנת ליבמה מנכסי בעלה הא' שאין הנכסים שלה אלא של היבם שהוא הזוכה בנכסי אחיו המת כדכתי' יקום ע"ש אחיו המת כדאיתא בסי' קס"ג ס"א וקס"ח ס"ח יש לה איבה אם לא תתן אף שעבוד כתובתה עליהם משום הכי יכולה לומר נ"ר עשיתי ליבמי ודין מוחלת שוה הוא לדין מוכרת ונותנת ויכולה לומר על מחילתה נ"ר עשיתי ליבמי משום דקי"ל כיש חולקין שהביא מור"ם שם בהג"ה שהיא

סב' הרשב"א והרמב"ן וכתב הה"מ שהיא סב' הרמב"ם יע"ש הרי מבואר דאפי' מחילה בקנין לא מהנייא במוחלת בנכסי בעלה הא' ולא מטעמא שהנכסים בעין ואנן קי"ל דלא שייך מחי' אלא במעות הלואה כמ"ש בח"מ סי' ע"ג ס' י"ט וסי' רמ"א ס"ב בהגה שהרי כתבנו שאין הנכסים הללו של היבמה אלא של היבם ואין ליבמה עליהם אלא שעבוד בעלמא והוה אמינא דבמחילתה עקרה השעבוד מעיקרו אפי' הכי אמרינן דאין מחילתה כלום מטעם דיכולה לומר נ"ר עשיתי ליבמי.

ומ"מ מה שטוען היבם על הנכסים שמכרתם היבמה לאחר ונתנה הדמים ליד היבם ושוב מחלה אותם ליבמה בזה יש לדמותן לדין נכסי צאן ברזל שכתב מר"ן בסי' צ' ס' ח' וז"ל נצ"ב שאבדו או נגנבו [וכתב ב"ש ה"ה מעות נדונייא אפי' כשהן בעין] ומחלה אותם לבעלה וקנו ממנה בעדים אינה יכולה לומר נ"ר עשיתי לבעלי יע"ש ה"נ ביבמה נימא דאין יכולה לומר נ"ר עשיתי ליבמי ומ"מ קנין בעיא וטעמא כתב ב"ש משום דכשהן בעין לא מהני קנין השתא דנגנבו או נאבדו ואינם בעין צריך מיהת קנין דנחתינן דרגא יע"ש וה"נ שאין הנכסים בעין ואין תובעת ממנו אלא דמיהם שאינם בעין יכולה למחול בקנין דוקא ובלא קנין לא מהני ומיהו דוקא מחילה הוא דשייכא גבי יבמה בנכסי בעלה הא' והוא דמדמינן לה לנצ"ב כאמור אבל בהיכא דאבדו או נגנבו נכסי בעלה הא' אין על היבם כלום אלא שכותב לה כתובת מנה דוקא על נכסיו כדאיתא בסי' קס"ח ס"ח וס"ט ושם בהגה יע"ש ואע"ג שכתב בכתובתה וקע"ע אחריות חומר כתובה דא עיקר וכו' על כל נכסי בעלה הא' אין הכוונה שקבל עליו אחריות נכסי בעלה הא' אם נגנבו או אבדו או בלו וכיוצא דא"כ הי"ל לכתוב וקע"ע אחריות נכסי בעלה הא' אלא הכוונה שקבל ע"ע אחריות הכתו' שכתב לה בעלה הא' על כל נכסי בעלה הא' ולא על נכסיו שלא נשתעבדו נכסיו כלל לכתובת אחיו וכמו שמבואר לעיל והוא דבר פשוט ולראית האמת ביד היבמה חתמתי בניסן התקס"ג וקיים.

שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן נט

השקפתי על השט"ח שנתחייב בקושח"ך הח' הש' כמה"ר ימין אלכרייף ז"ל בחיים חיותו הוא ואשתו פריחא בת הי' יצחק ה"ן מלכא נ"ע לפרוע לבנם שלמה לעת נשיאיו סך אלף אוקיות מכ"ט הן הגיע עת נשואיו בחייהם הן לאחר מיתת שום א' מהם יד הבן נטויה ליפרע בחובו הנז' מראש ממון וכו' ע"כ ואחר פטירת הח' הנז' באו שני בניו כה"ר משה וכה"ר אברהם אחיו מאשה א' מעיר מקנאם יע"א לחלוק עם האלמנה פריחא הנז'

אשת אביהם הנז' ועם שלמה אחיהם הנז' ונתפשרו עם האלמנה כמשו"ח ביד הבנים הנז' ובשטר הפשרה כתוב לאמר וז"ל ובעד מה שנתחייבה לפרוע לשלמה בנה הנז' סך אלף אוקיות מכט"ק מחלקה מפאת הסך שנתחייב לו אביו וכו' ואחר זמן נלב"ע שלמה הבן ובאו כהר"מ וכהר"א אחיו הנז' ורצו ליטול הסך אלף אוקיות הנז' מאת האלמנה הנז' מחמת ירושת אחיהם שלמה הנז' כי להם משפט הירושה. ואחר ההתבוננות היטב ראיתי שאין להם זכיה בסך הנז' וטעמא דאומדנא דמוכח שלא נתחייבה בסך הנז' כ"א אדעתא שיזכה הבן הנז' לנשיאין וכיון שלא זכה הבן הנז' לנשואיו ומת פקע ליה הך חיובא ונתבטל ואין להם לאחיו הנז' זכיה בסך הנז' וכמו שמבואר בלשון השט"ח הנז' שנתחייבו לפרוע לבנם שלמה לעת נשואיו הסך הנז' ומדפירשו בחיובם לעת נשואיו מוכח להדייא דכוונתם בחיוב הנז' אדעתא שיזכה הבן לנשואין והרי לא זכה והואיל ולא זכה לא זכו יורשיו בסך הנז' דאם רבי לא שנאה ר' חייא מנין לו וכן מוכח ממ"ש מר"ן באה"ע סי' נ"ב ס"ד וז"ל הפוסק מעות לחתנו בשעת הקידושין ונתנם לו קודם החופה ומתה הבת ויש לה בן יחזיר המעות לאב שכל הפוסק דעתו ע"מ לכנוס ויש מי שאומר דה"מ בפוסק לחתנו אבל מי שנותן לבתו סתם שתנשא בו ולא הזכיר שתנשא לפלוני קנתה אותה מתנה וכיון שנתקדשה אעפ"י שבטלו הקידושין כשמת הארוס אין האב יכול לחזור בו עכ"ל והיא דעת הרא"ש ז"ל בפסקיו וכתב הרב חלקת מחוקק ז"ל סק"ט וז"ל אין האב יכול לחזור בו ומ"מ אם מתה אין בנה יורשה שהרי לא נתן לה אלא ע"מ שתנשא וכן הוא בב"ח ע"כ וכ"כ הרב ב"ש סקי"ח וז"ל אין האב יכול לחזור ואם מתה כתב מהרש"ל וב"ח דלא זכו היורשים אלא יוחזר להאב דהא הוא נתן ע"מ שתנשא ולא נתקיים התנאי וסיים בדבריו אבל כאן שפוסק או נתן קודם הקידושין שתנשא אז אם נתקדשה פעם א' ומת הארוס זכתה לישא לאחר ואין חילוק בין פוסק לנותן וכללא הוא אם נותן לבתו סתם וכו' ואם פוסק על מנת שתנשא ולא אמר שתנשא לפ' אז אם נתקדשה לא' ומת ונשאת לאחר זכתה במעות אבל אם לא נשאת ומתה לא זכה בנה וכו' ע"כ מבואר יוצא מדברי הרב ב"ש והרב ח"מ ז"ל דאפי' נתן לבתו כבר שתנשא ולא נשאת ומתה לא זכו יורשיה וכ"ש הכא בנד"ז דעדיין לא נתן ומת הבן ולא זכה לנשואין לא זכו היורשים כמ"ש וכן נמי מוכח ממ"ש מר"ן בח"מ סי' רנ"ג סי"ו וז"ל אם אמר ק"ק זוז לפלונית בנדוניתה אין להם לתת עד שתנשא ותצטרך לכך ואם מתה בנתים אין ליורשיה כלום אבל האומר תנו ק"ק זוז לנדוניתה חייבים לתת לה מעכשיו ויוקרא וזולא דידה הוי ואם מתה קודם שתנשא זכו בהם יורשיה ע"כ וכתב הסמ"ע סקל"ד וז"ל לכאורה היה נראה דהחי' בין רישא לסיפא דברישא דלא אמר תנו ק"ק זוז אלא אמר

ק"ק זוז לפ' בנדונייתה משמעותו דלא יתנוהו לה עד שיגיע זמן נתינת הנדונייא משא"כ בסיפא דאמר תנו משמע שיתנו לה מיד,. ומ"ש לנדונייתה אינו אלא מראה מקום הוא שניחא ליה שישאר הנתינה בידה ויהיו לנדונייתה וכ"כ הב"י בשם הריטב"א אבל מלשון הטור לא משמע הכי וכו' ודחה האי סברא הסמ"ע יעו"ש וסיים וז"ל דבעיר שושן חילק בין אומר לנדונייתה או בנדונייתה דבנדונייתה כתב דלא זכה בה ובנדונייתה כתב דזכה בה וכתב כן משום דמצא בדברי המחבר דכתב בריש בנדונייתה ובסיפא לנדונייתה וצ"ע דלא מצאתי בשום מקום חילוק זה גם הטור שהבאתי לשונו בסמוך משמע דלא ס"ל חילוק זה עכ"ל הסמ"ע.

והנלע"ד דהאי לכאורה דכתב הסמ"ע היא קיימת דהחילוק בין רישא לסיפא הוא זה דברישא לא אמר תנו ולכן אין להם לתת עד שתנשא ואם מתה לא זכו היורשים ובסיפא דאמר תנו חייבים לתת לה מעכשיו דמ"ש לנדונייתה אינו אלא מראה מקום וכ"כ מאמר קדישין דהחילוק בין רישא לסיפא הוא בין אמר תנו ללא אמר תנו וכ"כ ג"כ הרב ש"ך והרב מסגרת השלחן יעו"ש ונמצא א"כ דלכאורה שכתב הסמ"ע היא קיימת ואין להם סתירה וכמ"ש הפוסקים הנז' א"כ איפה היכא דלא אמר תנו אין להם לתת עד שתנשא ותצטרך ואם מתה לא זכו יורשיה וה"נ בנד"ז שאמר לעת נשואיו ולא אמר תנו הו"ל כאומר ק"ק זוז לפלונית בנדונייתה דאין נותנים לה עד שיגיע זמן הנשואין ואם מתה בינתיים אין ליורשי' כלום והכא דמת הבן בינתיים ולא זכה לנשואין אין ליורשיו כלום דאין חילוק בין מתנת ש"מ בענין זה למתנת בריא בקנין כמ"ש מור"ם לשם יעו"ש.

ואע"ג דהכא איכא שט"ח בקושח"ך שנתחייבו לפרוע הסך הנז' לבן בעת נשואיו ואיכא למימר דהו"ל כמי שחייב עצמו במה שאינו חייב דאמרינן בעלמא דחייב לפרוע שאני הכא בנד"ז דגרע טפי משט"ח דעלמא ומשום דלא חייב עצמו כ"א לעת נשואיו ואומדנא דמוכח דלא חייב כ"א אדעתא שיזכה לנשואין ויהנה מהם והרי לא זכה ולא נהנה אבל בשט"ח דעלמא כיון דאיחייב ליה איחייב ושכן כתב הרב ח"מ ס"ק י"ג עמ"ש מורם באה"ע סי' נ"ב וז"ל אבל בלא זה אפי' עשה האב עליו שטר וזקפן עליו במלוה וכו' לא זכה בהן הבעל ע"כ, כתב הרב ח"מ בד"ה וזקפן עליו במלוה כ"כ בת"ה אפי' אם נתן שט"ח לא זכה הבעל והטעם הוא דאומדנא הוא שלא פסק אלא כדי שתהנה בתו ובזה ניחא דלא תיקשי דהא בשט"ח יכול להתחייב אפי' לא היה חייב כלל כמ"ש בת"ה אלא כאן גרע טפי מחמת אומדנא עכ"ל הרי מבואר דבחיובא כה"ג אפי' נתן שט"ח לא זכה דגרע טפי מחמת אומדנא וכיון שכן אפי' השט"ח הנז' הוא בקושח"ך גרע טפי דשבועה

בתר קנין גרירא וקנין אין כאן שבועה אין כאן ולא זכו היורשים דמספיקא לא מפקינן ממונא כמ"ש מורם לשם יעו"ש.

ומה שכתוב בשטר הפשרה ובעד מה שנתחייבה לפרוע מחלקה סך אלף אוקיות היינו לענין חיובא שנתחייבה לפרוע מחלקה אבל לענין הפרעון כדקאי קאי דהיינו לעת נשואיו כמבואר בלשון השטר מפאת מה שנתחייב לו אביו והחיוב שנתחייב לו אביו היינו לעת נשואיו אם יזכה הבן לנשואין כמו שהוכחנו לעי' וכיון שלא זכה הבן ומת לא יזכו היורשים בכל הסך הנז' אלא הרי הוא בין האל' והיורשים שיתחלק ביניהם והיורשים יפרעו מחלקם דמי התכריכין וצרכי הקבורה ובנין המצבה כי הם זכו בחלק הבן הנז' בירושה המגעת לו מאביו וזה ברור ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א בחדש ניסן מש' לא נפלא"ת היא לפ"ק מהאלף הששי ליצי' וקיים.

נאם אליהו הצרפתי ס"ט ע"ה נחמיה יהודה הכהן סי"ט הצעיר שמואל בן זמרא ס"ט כי"ר

הובא לידי הפס"ד הנז' והגיתי בכל פעליו ובעודי נושא ונותן בו הובא לידי פסק המזכים להיורשים בהחוב הנז' וראיתי מחלוקתם במציאות לשון השטר שבפסק זה כתוב שלשון השטר הוא שנתחייבו חו"ג לפרוע לבנם שלמה לעת נשואיו סך אלף אוקיות מכ"ט הן הגיע עת נשואיו בחייהם הן לאחר מיתת שום א' מהם יד הבן נטויה ליפרע בחובו הנז' מראש ממון עכ"ל והנה האי לישנא קרי בחיל שלא נתחייבו בסך הנז' עד עת נשואיו וכיון שלא זכה לנשואין לא זכה בחוב הנז' להורישו לאחיו אלא חוזר לתפיסת הבית ובפסק החולקים כתוב שלשון השטר הוא איך פ' ואשתו פ' נתחייבו חו"ג לפרוע לבנם הקטן שממנו וממנה אלף אוקיות וזמן הפרעון לפ' הנישואין עכ"ל ועל יסוד לשון זה בנו כל בנינם כי יש במשמעות לשון זה שנתחייבו מעכשיו אלא שהרחיבו זמן לפרעון עד פ' הנישואין וכיון שזכה הבן מעכשיו יזכו בו יורשיו ומכיון שראיתי שחולקים במציאות לשון השטר נומיתי להם שאיני נזקק לדין זה אא"כ נעמיד על האמת להביא לידי טופס השטר חוב בסופר ועד וטופס שטר הפשרה בסופר ועד והובא לידי טופס השט"ח והפשרה בסופר ועד וראיתי שהוא הלשון הכתוב בפסק זה אות באות בלי תוספת ומגרעת.

ואחר שכן הדבר ברור דלא זכה הבן הנז' בהחוב הנז' מטעם דמשמעות לשון זה שנתחייבו לפרוע לבנם לעת נשואיו סך כו"ך אינו אלא לומר דלא חל החיוב עד עת נשואיו וכיון שמת ולא הגיע לעת נשואיו לא זכה כלום וחוזר החוב לתפיסת הבית להתחלק בין האלמנה הנז' ובין היורשים הנז' מכלל נכסי מורישם ולפ"ז גם החכמים

המזכים ליורשים הנז' בכל החוב שבנו בנין תשובתם על יסוד הלשון שסדר השואל בטעות בנפול היסוד יפול הבנין.

והנה לכאורה יש מקום לומר ששטר זה דחוי מעיקרו הוא אפי' היכא דלא מת הבן ונשאר בחיים עד הגיע לעת נשואיו משום דהו"ל כמקנה לחבירו דבר בקנין סודר לאחר זמן דלא קנה מטעם שבהגיע הזמן שיש לו לקנות כבר הדר סודרא למריה כדאיתא בסי' קצ"ה ס"ה וז"ל יש אומרים שאין הקנין מועיל אא"כ מקנה לו החפץ הנמכר או הניתן מיד אבל אם אמר לו הקונה תקנה סודר זה ותקנה חפציך לי לאחר ל' יום לא קנה מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר לקונה אבל אם אמר לו ע"מ שתקנה מעכשו ולאחר ל' יום קנה וכן בסי' קצ"ז סעיף ז' יע"ש מהאי טעמא ואחר שכן הו"א דבנ"ד שלא חל החיוב עד עת נשואיו ולא כתב מעכשו נימא שאינו כלום.

אבל כד דייקינן שפיר נראה, דאע"ג דלא כתב מעכשו ככתובה דמיא דהא קי"ל בסי' רנ"ח כר' יוסי שזמנו של שטר מוכח עליו והו"ל כאומר מעכשיו ולעת נשואיו שחל הקנין מעכשו וכל אותן החולקין שהביא מור"ם שם בהגה משם הרמ"ה דלא אמרו זמנו של שטר מוכיח עליו אלא בכותב לאחר מיתה ומשם הרשב"א דדוקא שצוה הנותן לכתוב זמן יע"ש מלבד שגלה דעתו מר"ן בב"י דלא ס"ל כוותייהו צא ולמד מה שהפליא להשיב בתשובותיו בה' כתובות סי' י"א על דברי מוהר"ר יוסף צייאח זלה"ה בסי' א' שהחזיק בחלוקים הללו ודחה כל דבריו מר"ן הק' בראיות ברורות יע"ש בסי' י"א וי"ב וי"ג ולפ"ז אם נשאר הבן בחיים הגיע לעת נשואיו היה זוכה בהחוב הנז' והשתא דמת ולא הגיע לעת נשואיו לא זכה ולא כלום.

ואין לומר דה"נ נימא זמנו של שטר מוכיח עליו והו"ל כאומר מעכשו ולעת נשואיו ונימא דמעכשו קנה זה אינו דאפי' אם פירש בהדייא מעכשו ולעת נשואיו לכ"ע לא נגמר הקנין עד עת נשואיו וכל שלא הגיע עת נשואיו לא קנה כלום ומפירש בגמ' פ' האומר דבאומר מהיום ולאחר זמן פליגי רב ושמואל ורבי יוחנן דרב מספקא ליה אי תנאה הוי אי חזרה הוי ולשמואל פשיטא ליה דתנאה הוי ולר"י לא תנאה ולא חזרה הוי אלא מהיום מתחיל הקנין ולאחר זמן שקבע יגמר הקנין וא"כ בנ"ד אם נאמר חזרה הוי הרי חזר במעכשו ואוקמה אעת נשואיו ועת נשואיו לא הגיע ולא זכה כלום ואם תנאה הוי שמקנה מעכשו ע תנאי שיגיע לעת נשואיו הרי לא נתקיים התנאי שלא הגיע לעת נשואויו ולר"י שמתחיל הקנין מעכשו ולעת נשואיו יגמר הקנין כל שלא הגיע לעת נשואיו לא נגמר הקנין עיין תוס' יבמות דס"ג ד"ה קנוייה לך מעכשו וכו' ובכתובות ד' פ"ב בתוס' בד"ה הא דאמר מעכשו יע"ש.

ואשכחן עוד מילתא אחריתי לאורועי להאי שטרא מחמת שהיה הבן קטן בשעת זכייה ולא זיכה לו ע"י אחר וקי"ל בסי' רל"ה ס"ו דאין הקטן קונה אלא במשיכה אבל בקנין סודר ושכירות מקום אינו קונה שנתרבה מדין שליחות ואין שליחות לקטן אם לא שיזכה לו ע"י אחר כדאיתא בסי' רמ"ג סי"ט וז"ל יש מי שאומר שמי שנתחייב לקמן בין בשטר בין בקנין כיון שאין אותו דבר תחת ידו דקטן אינו זוכה אא"כ זכהו ע"י אחר יע"ש ועיין לבוש שם שבקטן שהגיע לכלל דעת איירי הרי ששט"ז דחוי מעיקרו מטעם היות הבן קטן ולא זכה לו ע"י אחר וא"כ אפי' אם נשאר הבן בחיים והגיע עת נשואיו אינו כלום והשתא דמת הבן ולא הגיע לעת נשואיו לית דין ולית דיין דלא זכה כלום אפי' אם זכו לו ע"י אחר כאשר מורה משמעות לשון השטר שכתב והודו הודאה גמו' ונתחייבו חו"ג לפרוע לבנם שלמה לעת נשואיו סך אלף אוקיות וכו' דאינו אלא לומר שלעת נשואיו הוא דחל החיוב כדכתיבנא ואין במשמעות לשון זה דלעת נשואיו אפירעון קאי וחיובא הואי מעכשו דא"כ הול"ל ונתחייבו חו"ג סך כו"ך ופרעון הסך לעת נשואיו ומדכתיב לשון מורדף ונתחייבו חו"ג לפרוע לבנם לעת נשואיו סך אלף אוקיות משמע דלא חל החיוב עד עת נשואיו ואפי' אם היה משתמע לתרי אנפי קי"ל יד בעל השטר על התחתונה ועם היות דמה שכתוב ונתחייבו חו"ג כיון שנעשה השטר בקנין יש לנו לפרש בו ונתחייבו חו"ג מעכשו דכל קנין מעכשו הוא כדאיתא בסי' רנ"ח ס"ב יע"ש מ"מ בלשון זה המורדף אפי' אם כתב בהדיא ונתחייבו חו"ג מעכשו לפרוע לבנם לעת נשואיו סך כו"ך אית לן לפרושי דמאי דנקט מעכשו לומר דמעכשו נשתעבדו לפרוע לעת נשואיו ויועיל שעבוד מעכשו לענין שאין יכולים לחזור בהם קודם עת נשואיו שכבר נשתעבדו מעכשו משעה א' וכן כתב הרדב"ז החדש בסי' שס"ט שנשאל על מי שקדש אשה וכתב לה כתובתה מן האירוסין ובלשון השטר כתוב וכתב לה מעכשו בתורת כתובת אירוסין, סך כו"ך וגרשה מן האירוסין ורצתה לגבות כל מה שכתב לה והשיב אם לא הוה כתיב מעכשו הדבר ברור דאזלינן בתר אומדנא שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה אבל השתא דכתב מעכשו איכא לעיוני אם גובה הכל או לא ואיכא למימר דלא גבייא דאומדנא דמוכח הוא שלא כתב הסכום הגדול הזה מעכשו אם יגרשנה אלא כך היתה כוונתו מעכשו הוא משתעבד אם יכניסנה לחופה ויועיל לשון זה מעכשו שאם יכניסנה וירצה לחזור בו ממתנה זו לא יוכל שכבר נשתעבד משעה א' ופי' זה קרוב מאוד בלשון ואפי' תימא דמשמע נמי דמעכשו הוא משתעבד לה אפי' יגרשנה מן האירוסין הוי לישנא דמשתמע לתרי אנפי ויד בעל השטר על התחתונה יע"ש:

ומה גם דכתב לעת נישואיו בכנוי דיש במשמעותו לצורך נישואיו וא"כ אף אם פי' בשטר שנתחייבו מעכשו וזמן הפרעון לעת נישואיו נימא דלצורך נישואיו קאמר והרי לא הגיע לכלל נישואין ולא זכה כלום ועוד דאומדנא דמוכח הוא דלא חייבו עצמם אלא לעזור ולהועיל לבנם לעת נישואיו שמוטל עליהם להשיאו אשה ולא להעשיר לאחרים דהיינו יורשיו דלגבי אמו אחרים נינהו ואפי' לגבי אביו אם היה בחיים היה חוזר דקי"ל בשטר מברחת אפי' לגבי ברתה נפשה עדיפא לה והשתא דמת עדיין האומדנא במקומה וחוזר החוב לתפיסת הבית ויחלוקו וכדאשכחן להרדב"ז דפוס ישן סי' קצ"ב בענין ראובן שנתפשר עם יתומה להשיאה לנערו ופסק לתת לה מעות לקנות נדונייא לצורך נישואיה ונתן המעות ליד אמה וקנתה בהם תכשיטין כנהוג וסמוך לחופה מיתה הכלה ואחותה תפסה הכל לרשת אחותה והשיב עם היות דקי"ל מותר המת ליורשיו וכ"ש שכבר הגיעה המתנה ליד הכלה ותזכה אחותה מכחה הכא שאני מכמה טעמי חדא דהכא פי' לצורך נישואיה והרי לא הגיע לכלל נישואין ולא זכתה ותו דאפי' לא פי' בהדייא אלא דאיכא גלוי דעת סגי בהכי וחוזר כי ההיא דרב זוטרא בר טוביא דבעיא לאינסובי לרב זביד וכתבא נכסיה לרב זוטרא וגרשה רב זביד וסיים אפי' למ"ד מברחת קני ה"מ היכא דלא גלתה דעתה אבל הכא גלתה דעתה דמשום דזיין לה רב זביד וכו' והשתא ומה אם לגבי בנה בג"ד לבד סגי לבטל המתנה כ"ש לגבי אחריני דבג"ד כל דהוא סגי והכא איכא ג"ד טובא חדא שלא נתן לה אלא כדי שתשא לנערו וכו' ותו דפי' לצורך נישואיה ולא הספיקה לינשא ותו דאומדן דעת הוא מלא נתן אלא להשיא יתומה עניה ולא להעשיר אחותה הנשואה יע"ש שהאריך ומנדון הרדב"ז יש ללמוד לנ"ד בכל פרטיו דאיכא ג"ד דלצורך נישואין ואיכא אומדן דעת כאמור ועדיף נ"ד דלא חל החיוב עד עת נשואין כדכתיבנא וכן מוכח מדברי הרא"ש פ' מציאת האשה אמתני' דהפוסק מעות לחתנו וכו' והביא דבריו הטור בא"ה סי' נ"ג שכתב על דברי רב האי גאון שחלק בין חתנו לבתו וכתב דספוק לבתו קנתה הבת וכתב עליו הרא"ש ודוקא לענין קנין יבם וכו' אבל בודאי לא פסק לה אלא ע"מ שתנשא בהם ואם לא נשאת ומתה והי"ל בן לא יורש הבן אותו הממון יע"ש, ועם היות שבנ"ד כבר קרעו השטר הא' וזקפו שטר מחודש על האלמנה לזמן ד' שנים ולא נזכר בו עת נשואיו מ"מ כיון שעיקר הויותו נמשכת מהשטר הא' כמבואר בשטר הפשרה שהובא לידי בסופר ועד וז"ל שבעד מה שהקנית וזכתה להם וכו' ובעד מה שנתחייבה לפרוע לשלמה בנה הנז' סך אלף אוקיות מכ"ט מפאת החוב שנתחייב לו אביו ובעד מה שנתחייבה לזון בנה הנז' עפ"י התנאים שיש לה עליו וכו' כמשו"ח בידינו אח"מ וכו' עכ"ל. מוכח מדבריהם שהשטר שזקפו על האלמנה מסך

אלף אוקיות הוא מפאת החוב שנתחייב לו אביו דהיינו השטר הא' וכיון שנתבטל הא' נתבטל גם הב' דאתי מחמתיה דאם המקור מושחת מאין ימצא מים במורד ומה שעשו זמן בב' ד' שנים לא בא לעקור עת נשואיו שבא' אלא משום שרצו שבמלאת ד' שנים יגיע עת נשואיו או שנתכוונו לתועלת שאפי' יתאחר עת נשואיו יותר מד' שנים לא יתאחר הפירעון יותר מד' שנים ונ"מ ליהנות מהם ביני ביני עד עת נשואיו וכשלא יזכה לנשואין בעמוד והחזר קאי או נתכוונו לתועלת האלמנה היכא דקדם ונשא קודם ב' שנים שלא תתחייב בפרעון אלא במלאת ד' שנים דאם איתא דכוונתם לעקור השט' הא' מעיקרו לא הי"ל לסתום אלא לפרש שבטלו השטר הא' מעיקרו וחדשו הב' בין אם הגיע עת נשואיו או לא הגיע אבל השתא דכתבו סתם על דעת השטר הא' נעשה ובהבטל הסבה יבטל המסובב וטענת היורשים שטענו דאם איתא שלא בטלו הא' הי"ל לצוות לסופרים לכתוב ע"ג שהאלמנה תפרע כל השטר מחלקה מחמת שנמצא אצלה החלק המוטל על היורשים וזו אינה טענה דאם היו כותבים כך כשלא ימצא אצל האשה שיעור כל החוב יתבע הבן את היורשים בחלקם ונמצא עיקר קריעת השטר הא' לתועלת היורשים בצד זה ולא באו לבטל את הא' התלוי בעת נשואיו. וכן מה שטענו מדהתנית בשטר המזונות שאינה מוחלת זולת אם יזכה לנישואין ובשטר החיוב לא התנית נימא היכא דגלי גלי וכו' גם זו אינה טענה שהרי מבואר בשטר הפשרה מפאת החוב שנתחייב לו אביו וכי היכי דבחוב שנתחייב לו אביו אינו אלא בהיכא דזכה לנשואין כך חוב זה שנתחייבה לו אמו ומש"ה בחדא מחתא מחתניהו בשטר הפשרה בעד מה שנתחייבה וכו' ובעד מה שנתחייבה לזון את בנה עפ"י התנאים שיש לה עליו דבזה אם לא התנית מפסדת מה שזנה אותו אפי' לא יחיה לכך הוצרכה להתנות אבל במה שנתחייבה לפרוע שהוא מפאת חוב אביו אינה צריכה להתנות שידעה שלא נתחייב לו אביו רק אם יחיה ויזכה וכו' ודברים ברורים הם ומה שטענו לחלק בין חוב למתנה חוב זה מתנה הוא דחייבו עצמם במה שאינם חייבים ודין מתנה יש לו וצור ישראל יצילנו משגיאות החותם פה צפרו בחדש אב מש' וישרי"ם למוצאי דעת ליצירה וקיים.
שאול ישועה אביטבול סל"ט

סימן ס

מה שכתבתי בענין מוכר קרקעו לגוי ונשארה לו החזקה וחזר ומכר החזקה לישראל ואחר ימים ושנים נאבד הגוי ורצה בעל הקרקע לזכות בקרקעו ובעל החזקה רוצה לזכות מכח החזקה וחזר וטען בעל הקרקע שלא מכר הגוף לגוי ונתלה במ"ש מר"ן

בסי' קמ"ד סי"ד וסט"ו שהגוי אין לו חזקה וכן הבא מכחו והמציא בעל החזקה כמה כתי עידים שהעידו שמכר קרקע הנז' לגוי וכתבו חכמי מקנאס וחכמי פאס לזכות בעל החזקה וזה מה שכתבתי ע"ז. מן הדין הוא שישראל המוכר קרקעו לגוי הוחלט הקרקע ביד הגוי בלי שום שיור זכות כלל לישראל המוכר וכשאבד זכר הגוי הקונה ונשאר אותו קרקע מופקר ועומד אין אומרים שיזכה בו הישראל המוכר להקדימו לכל אדם לזכות בו מההפקר אלא יד כל אדם שוה בו והקודם לזכות מההפקר הוא הזוכה ולא הישראלי המוכר שכבר נתרוקן כחו מאותו הקרקע מן הדין והרי הוא כאיניש דעלמא אלא שקדמונינו ברוח מבינתם המה ראו לעשות תקנה להמתמוטטים ומצטרכים למכור קרקעותיהם לבל ישחיתו נחלתם שכל בר ישראל שמוכר קרקעו לוי תשאר לו חזקת הקרקע ההוא ואז יש להם תוחלת אולי יחנן ה' ויחזור גם הקרקע לבעליו כמפורש בס' התקנות ומכח אותה חזקה שהוא מוחזק באותו קרקע ומסלק השוכרים מהגוי והקונים הקרקע ההוא מהגוי גם כשיהיה מופקר ועומד הוא יזכה בו מדין הפקר שהרי מדי יום יום הולך ומתמעט שכירות חלק הגוי ולוקח הכל בעל החזקה לעצמו הכא נמי משעה שנסתלק הגוי מהכל זוכה בעל החזקה בכל הקרקע ההוא וכ"כ הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בפסקיו וז"ל חזקת ישראל היא העיקר ולא מיבעיא כשהיה הקרקע של ישראל ונמכר לגוי ומשייר לעצמו הישראל החזקה דאז ודאי כל המשייר לעצמו בעין יפה משייר וכאלו הכל שלו והקנאתו לגוי כמאן דליתיה דמייא ואינה אלא למראית העין אלא אפילו כשהקרקע מעיקרו של גוי ובא ישראל והחזיק ע"י שסייע בבנין או שכר תחי' מהגוי מ"מ כשהחזיק הישראל החזיק בכל ושדי תיכלא בכוליה שהרי ידוע שנכסי נכרי הרי הם כמדבר ואם יארע שום דבר אין בן אדם אחר יכול לבוא להחזיק בנכסי הגוי אלא בעל החזקה זוכה בהם למפרע מכח חזקתו וכבר משעה א' שהחזיק זכה בכל אלא אריה רביע עליה ופי מכה הוא דכאיב ליה ולא יכול למלולי וכשיחלש כח הגוי מאיזו סיבה מיד חוזר וניעור כח ישראל המחזיק וגם את הכל יקח עכ"ל הרי מפורש דבעל החזקה הוא הזוכה בקרקעו באבדן הגוי הוא ולא אחר ופשוט הוא, ומה שטוען שלא מכר החצר הנז' לגויה המחזקת בה וגזולה היתה בידה וקי"ל סי' קמ"ט סי"ד וסט"ו דגוי שאכל כמה שנים קרקע הידוע לישראל אין אכילתו ראיה וישראל הקונה ממנו כמוהו יע"ש אין טענה זו טענה ודחויה היא מכמה אנפי חדא שהרי מרן הקדוש סיים בה ואם לא הביא שטר תחזור השדה לבעלים משמע דאם הביא שטר לא תחזור לבעלים ומוקמינן לה בחזקת הגוי ולא אמרו אין חזקתו כלום אלא בחזקה גרידא ועל כרחין האי שטר אפי' שטר הערכאות קאמר שכן דרך הגוי הקונה קרקע מישראל לכתוב

שטר בערכאות ולא משכחת גוי שיכתוב שטר מכר בעידי ישראל וכ"כ בהדייא מהר"י אלדרבי סי' שכ"א וז"ל ואע"ג דקי"ל שהגוי אפי' אכלה כמה שנים אין אכילתו ראיה וישראל הבא מחמתו כמוהו י"ל דה"מ דאיכא אכילה גרידא בלא שטר אבל בנ"ד איכא שטרא שכתב הגוי חוגי"ט שלקח מראובן החצר אז ודאי מהני אכילה עכ"ל ואחר שכן הכא בנ"ד נהי דאזלת יד המחזיק מלהביא שטר הערכאות שביד הקונה הרי מצאה ידו כמה כתי עידים שמעידים על המכר דעדיפי משטר הערכאות והכי איתא בסי' קנ"א ס"א וז"ל כל אלו שאין אכילתם ראיה אם הביאו העדים שמכרו להם הבעלים ראיתן ראיה ואע"ג דסיים בה חוץ מגזלן הרי פי' בסעי' ג' דאיירי בהוחזק גזלן על שדה זו יע"ש משא"כ הכא בנ"ד דלא הוחזקה הגויה גזלנית על החצר ההיא הוו עידי המכר ראיה ותיקו ארעא בחזקתה ואבידתה חוזרת לבעל החזקה שקנאה מהבעלים.

ועוד אפי' לא היו עידי מכר הרי איכא אומדנא דמוכח דמכורה היא ביד הגוי ולא גזולה דאיך אפשר תהיה חצר גזולה ברחוב היהודים ותהיה גזילתם טמירתה כל כך עד שלא ידע בה שום בר ישראל מהשוכנים ברחוב ההוא והיא מילתא דתמיהא וקלא אית לה וקול הקריה הומה יהמו יחמרו על ככה ולא תשכח מפי זרעם וקי"ל מאן דזבין בפרהסייא זבין דלכך מצאה ידם כמה כתי עדים שהעידו על המכר וכ"ש מאן דגזל דודאי בפרהסייא גזל ומור"א לא יעלה על ראשו ובודאי אם היתה גזולה היו מוצאים כמה כתי עידים שיעידו על הגזילה ועוד שאפי' לפי טענתו שהגויה גזלה מהם הג' רבעים שהם כח הגוי והחזקה הנשארת לו נמכרה לישראל איך היה מניח להקונה החזקה לאכול דלאו דיליה משכירות הג' רבעים שנגזלו לו יותר על שכירות החזקה הי"ל לתובעו בדיני ישראל להוציא בולעו מפיו ומדשתק והניח לבעל החזקה לאכול משכירות הג' רבעים אמרינן ודאי נתיאש וחזקת המחזיק באכילת אותן פירות חזקה וחזקת יורשיו אחריו או נימא מדשתק מכור הוא ביד הגויה ואף אם נאמר דמאי דשתק ולא מיחה מחשש גלוי שיתגלה הדבר דקי"ל סוף מחאה להשמע ובהתגלע הריב בינו ובין הקונה החזקה יתגלה הדבר לגויה ולכן נימא שאף בזה אין אכילתן ראיה די"ל דנהי דלגבי מה שהחזיק קונה החזקה עצמו דינא הכי מ"מ לגבי מה שהחזיקו יורשיו אחריו באכילת פירות הג' רבעים דקי"ל טוענים ליורשים כל מה דהוה אבוהון מצי למיטען וטוענים להם שמא לא החזיק מורישם עד שראה שטר אצל הגויה או בפניו לקחה הגויה כמ"ש מור"ם שם בהגה גבי לוקח שני מטעם דקי"ל טוענים ללוקח ה"נ נימא הא קי"ל טוענים ליורש דשוין הן.

ונוסף עוד דהאידנא שיש שופטים בארץ שיכול להציל עשוק מיד עושקו אפי' נתברר לנו שנגזל מכל מקום כשלא הלך לקבול ודאי נתיאש כמו שכתב מור"ם שם ומר"ן

בסי' רל"ו ס"ט יע"ש ועם היות שהמחזקת היא עצמה בעלת השררה שהיא אשת המלך ומתירא לקבול מ"מ דבר נמנע הוא וגנאי הוא לה לגזול וכשם שהוא מתירא לקבול כך היא מתיראה שמא יקבול ולא תעשה נבלה כזאת לגזול חצר ברחוב היהודים ליהנות מפירותיה.

איברא בהיכא דהיתה לה איזה טענה על ישראל מחמת שגרם לה היזק או הפסד ממון או היה לה חוב עליו היתה עושה דין לעצמה ויורדת בזרוע לקרקעותיו ונוטלתן בחובה או בטענתה ואם כך היה שלקחו בטענת אמת אכילתה ראיה כדקי"ל בסי' רל"ו ס"ז וז"ל גוי בעל זרוע שאנס נכסי ישראל וירד לתוך שדהו מחמת שהי"ל חוב על בעל השדה או מחמת שיש לו נזק ביד זה הישראל או מחמת שהפסיד ממונו ואחר שתקף את השדה מכרה לישראל אחר אין הבעלים יכולים להוציאה מיד הלוקח דאמרינן ודאי הקנהו לו בעד חובו או בעד טענתו ה"נ בנ"ד שזכה בעל החזקה מדין הפקר אין הבעלים יכולים להוציא מידו.

והנה בפסק שהבאתי לעיל מהרב הגדול יעב"ץ סיים בו וז"ל גם כשהקרקע היה של ישראל מתחילה ונמכר לגוי מלבד שכתבתי בעין יפה הוא משייר הא קי"ל דגוי אינו קונה אלא בשטר עם נתינת הכסף ובזמן הזה אין ישראל מוכר לגוי על הרוב אלא בעד חוב קדום ואינו קנין וגם לגבי ישראל אינו מועיל אלא בק"ס וגבי גוי לא שייך קנין סודר ונמצא שכל מה שקונים מישראל אינו קנין כלל והמכר שמוכר ישראל לגוי אינו אלא למראית העין לבד, כללו של דבר שלעולם הכל של בעל החזקה ואין כח של נכרי כלום וממילא יכול הישראל בעל החזקה ליאסור על אחרים ואין לטעות לדמות זה לדין ב' שותפים בחצר דדבר זה אינו תלוי בחכמה אלא בידיעת עניני החזקה יע"ש פשוט הוא שדבר זה לא אמרו הרב אלא לסניף בעלמא לנדון דידיה שהיה קוריטו"ר משמש להגוי בעל גוף החצר ונהנה ממנו ולא רצה ליתן שכירות לבעל החזקה ועמד בעל החזקה ואסר עליו כל אופני הנאה ותועלת דתמטייה לקוריטו"ר הנ"ז בהחצר הנ"ז והקוריטו"ר לא השגיח באמרו לחלק הגוי אני נכנס כההיא דאיתא בי"ד סי' רכ"ו בחצר השותפין שאין בה דין חלוקה דלא חל הנדר [דהוי כאוסר על חבירו כיון דיש לחבירו דריסת רגל בכל החצר] ומותרין ליכנס בו בין אם הדירו זל"ז או שהדיר א' מהם לא' מן השוק וכו' והוא נכנס לצורך השות' יע"ש והרב כתב לאיסור על הקוריטו"ר מטעם שבעלי החזקה עיקר וכאלו הכל שלו מטעם דנכסי נכרי הרי הם כמדבר ובעל החזקה הוא הזוכה כמ"ש לעיל והוסיף גם את זו לסניף דמעיקרא אין קנין הגוי כלום ועדיין הוא ברשות המוכר מטעם דרוב קניינם מחמת חוב.

אבל קושטא דמילתא קי"ל דינא דמלכותא דינא ולא בעינן שיהא תחילת דינא מפי המלך אלא אפי' כל משפטי דיניהם שיסדו פקחים שבהם הואיל ומשפט חרוץ הוא ודרך המלך שמתנהג בנימוס זה אמרינן בו דד"ד כמ"ש מהרימ"ט בחלק חו"מ סי' ל"ח וסיים בה וכיון שהגוי זכה מדינא דמלכותא גם ישראל הבא מכחו זכה יע"ש ובדיניהם בהודאה שמודה בערכאות שמכר קרקע פ' סגי בהכי ובענין דמי המקח אם ראו בעיניהם שמנה לפניהם ונתן דמים כותבים מועייאנאתין ושוב אין המוכר יכול לטעון שעדיין לא קבל המעות אבל כשהודה המוכר שקבל כותבים עאתיראפי"ן ואז יכול לטעון שהודה שקבל ועדיין לא קבל אבל כשהמוכר יש עליו חוב ובעד החוב מכר הוא בכלל מועייאנאתי"ן שאינו יכול לטעון שעדיין לא קבל ועיין הרדב"ז שנדפס מחדש סי' ס"ז שהאריך וכתב אעפ"י שאינם עשויים בלשון ישראל כיון שעשויים בלשון שטרי הגויים שאין קונים אלא באמירה לבד כשרים יע"ש גם הרב המאסף בסי' ס"ח בהגה"ט אות ג' כתב דשטר ערבות היוצא בערכאות אפי' לא היה ערב בשעת מתן מעות ואפי' לא קנו מניה וליכא ב"ד חשוב כבר נהגו לדון עפ"י שטרותיהם אעפ"י שאין בהם כל התנאים שהזכירו רז"ל והטעם דדינא דמלכותא דינא והמלך ממנה שופטים ועדים שיעידו לכל העולם גם כי ידם תקיפא ואנו מוכרחים לדון עפ"י שטרותיהם וכל מי שהולך לפניהם ע"מ כן הוא הולך וסבר וקבל עכ"ל וסיים משם הרדב"ז יע"ש.

גם מרן הקדוש במקום שהביא דין זה בסי' קצ"ד ס"א דגוי אינו קונה אלא בשטר עם נתינת כסף סיים בה בסעיף ב' בד"א במקום שאין משפט ידוע למלך אבל אם דין אותו המלך או משפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או נותן דמים וכיוצא בדברים אלו עושין כפי משפט המלך עכ"ל והוא ל' הרמב"ם פ"א מה' זכיה ה' ק"ו יע"ש ודברים ברורים הם תדע שבתקנת החזקה שתקנו בשנת בי"ן אי"ש חי שאם ימכר איזה קרקע של ישראל במאמר ערכאותיהם של גוים מחמת איזה חוב שנושא בו איזה גוי ויקנה הקרקע הנז' שום יהודי או גוי עדין החזקה ביד הישראלי בעליו וכו' וסיים בה ומה שהזכרנו בתקנה הנז' שבעל הקרקע תשאר לו החזקה בקרקעו שנמכר לגוי אפי' אחר שקנהו בן ברית מיד הגוי עה"ד הנז' יובן שתהיה בחירה ביד המוכר לתת לו דמי המקח ויחזור לו קרקעו וכו' הרי אפי' בגוי הקונה מחמת חוב זוכה ישראל הקונה ממנו בדין אלא שתקנו שיש כח ביד בעליו לפדותו תוך שנה ודו"ק ואין להאריך בפרט זה כי פשוט הוא ואם אמת שחתמתי בפסק המזכים לבעל הקרקע הנז' בדבר נחוץ היינו עפ"י הצעת השואל ובא רעהו וחקרו גם התבוננתי בענין היטב והאמת יורה דרכו במאי דכתיבנא הכא החו' פה צפרו ש' אמצתי"ך לפ"ק וקיים.

שאול ישועה סל"ט

סימן סא

בענין יורש שבא לחלוק עם הבעל בנכסים שהוא אח לאשה שנלב"ע ואחר שנשבע הבעל שבועת אלמון חזר היורש לערער עליו מחמת שברר בשבועתו חובות הרבה יותר ויותר מעזבון קרקע וטלטל טען עליו שיטול חלקו בעזבון וכשיבואו ב"ח הוא יפרע חלקו ופסק ביניהם הרב מהרי"ק ברדוגו ז"ל שאין ליורש בעזבון רק אחר נכוי החובות ויטול הבעל כדי החובות ונסתייע מתשובת הרא"ש כלל נ"ה ס"ו והסכימו עמו הרב"ט והר' בנימן לכרייף ועמד הבעל ומכר הקרקע והקונה החזיק בקרקע י"ב שנים וחזר וניעור היורש וטען שלא נעשה הורדה לקרקע והדרא ארעא והדרי פירי וינכה חובותיו כשער של עכשיו וע"ז כתב כהר"ר פתחיה ברדוגו וכההר"ר יעקב ברדוגו וכההר"ר ברוך טולידאנו וכההר"ר שאול סירירו וכההר"ר יהודה ן' עטר וכההר"ר נחמיה הכהן וכההר"ר שמואל בן זמרא שמשעה שנשבע עפ"י ב"ד שזיכוהו בקרקעות היא עצמה הורדה. וזה מה שכתבתי אני ע"ה. הדבר פשוט דדברי היורשים מהבל ימעטו ומשתיקין אותם בנזיפה שכבר הורה זקן ויש לנו לדון שכל מה שנעשה עשוי ומשנה שלימה שנינו ר"ה ד' כ"ה אם באנו לדון אחר בית דינו של ר"ג יש לנו לדון וכו' ואין לך אלא שופט שבימיך יע"ש ובפ' יש נוחלים ד' קל"ח אפסיקא הלכתא דאין חוששין לב"ד טועים וכי דינא בתר בי דינא לא דייקי וכן הוא בפ' מצות חליצה ד' ק"ו ופסקה הרמב"ם פ"ו מה' עדות הלכה ה' וא"כ אחר שכבר נתבטל היורש בפה צח איך יהיה חוזר אחר י"ב שנים משנגמר דינו והחזיק הבעל בשלו ומכר לאחר זה י"ב שנים והוא נהנה ואוכל פירות בשופי מי הוא זה שיהיה נזקק לדברי היורש והבליו אחר שכבר הורה זקן ומה גם שדברי הרב מהרי"ק אמת וגזר דינו גזר דין אמת דלא מצי היורש ליטול חלקו בעזבון וכשיבואו ב"ח יפרע חלקו דלהכי משביעין הבעל שבועת אלמון על כל החובות אשר יאמר כי הוא זה בין בשטר בין בעפ"י ואפי' לא נמצא להם כלל טלטל אלא קרקע יפרע מהקרקע וכמו שכך פי' הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ בלשון התקנה דקתני וכל החלוקות תהיינה אחר פריעת כל החובות וז"ל כל החובות פי' בין בשטר בין בעפ"י ואפי' לא נמצא להם טלטל כלל אלא קרקע יפרעו החובות אפי' שבעפ"י מן הקרקע עפ"י שבועתו עכ"ל ודברי הרב נאמנו מאד ומי כמוהו בקי בחדרי התקנות וכוונת הרב להוציא מדין הרא"ש כלל נ"ה סי' ו' ומדברי מורם בהגה סי' קי"ח ס"ח שכתבו שנאמן הבעל לומר כמה חייב מגו דאי בעי היה כופר ואומר שלא הניחה כ"כ וסיים הרב חלקת מחוקק וז"ל ולפ"ז אם אין לבעל מגו

וכו' צריך הבעל לברר יע"ש שדברי הרא"ש אמורים במקום שיש תקנה לחלוק הבעל עם יורשי האשה ואין מפורש בתקנה מה יהיה משפט החובות שעליו ונסתפק השואל בענין זה שהבעל אומר לפרוע חובותיו מראש ממון והמותר יחלוק כפי התקנה והיורש אומר שיחלוק כל הממון הנמצא בשעת מיתה והוא יפרע חובותיו והשיב הרא"ש שלא יחלוק הבעל עם יורשי האשה אלא ממון שימצא לבעל אחר שיפרע כל חובותיו שהוא חייב בין בשטר בין בעפ"י מטעם שאם לא ינכו לו מה שהוא חייב יצא נקי מנכסיו ולא באו מתקני התקנה ליפות כח חלק יורשי האשה מכח חלק הנשאר לבעל שהוא יורש אשתו מן התורה יע"ש וסיים בה אלא ודאי כך היתה עיקר התקנה שישבע כמה יש לו וינכה באותה שבועה כמה הוא חייב במגו דאי בעי וכו' הרי שלך לפניך שבתקנה לא פורש מה יהיה מהחיבות אלא שהרא"ש דן את הדין לפרוע החובות מראש ממון וא"כ לדידן דפירשו מתקני התקנה להוציא החובות מראש ממון לטפויי אתו אפי' בהיכא דליכא מגו כגון בקרקע הבעל נאמן בשבועתו אפי' בהיכא דלית ליה מגו דהיינו בקרקע אפי' מלוה ע"פ ודו"ק.

ומה גם דאיכא למימר דגם בדין שדן הרא"ש אינו מוכרח לומר שאם אין לבעל מגו דאינו נאמן כמו שסיים בה הרב חלקת מחוקק דהיכא דליכא מגו לא מהימן דאית לן למימר בדברי הרא"ש דלאו דוקא דה"ה בהיכא דליכא מגו ומטעמא קמא שכתב הרא"ש שאם לא ינכו לו חובותיו יצא נקי מנכסיו וכו' ולא כתב טעמא בתרא דנאמן במגו אלא לצניף בעלמא דבאותו נדון איכא נמי מגו וה"ה בהיכא דליתיה למגו ודו"ק.

והשתא דאתינא להכי נימא דהורדה נמי לא בעי דכבר הורדוהו מן השמים וזכוהו בירושת אשתו אלא דאריה דתקנתא הוא דרביע עליה ליתן ליורשיה המחצית במה שימצא לו ולה והתקנה אמרה שאין להם שליטה אלא אחר פריעת החובות וכל דהחובות יתירים על העזבון נתפרדה חבילה ולא נשאר להם מה לחלוק והבעל עומד בשלו במה שזכתה לו תורה וכ"ש שכבר עמד בדין היורש עם הבעל ותבע ממנו ירושת אחותו לחלוק עמו כפי התקנה וטען שיש עליו חובות יותר וסדר פנקס העזבון ונשבע ואחרי כן חזר וניעור היורש לתבוע שיתן לו חלקו בעזבון וכשיבואו ב"ח יפרע חלקו ובזה לא זכה בדינו לפני הרב הנז' ולא השליט אלא לבעל על העזבון קרקע וטלטל וא"כ אין לך הורדה גדולה מזו שעפ"י ב"ד ירד והחזיק הקונה י"ב שנים מה נשאר עוד ליורש לערער ושתיקתו יפה מדבורו וצור ישראל יצילינו משגיאות החו"פ צפרו באור ליום א' ה' לאדר הא' שנת אש"ר אנ"י אחזה לי לפ"ק וקיים

שאול ישועה סל"ט

וראיתי להר"פ שהביא דברי הרב חזה התנופה דאפי' כשאין כל חובותיו מבוררים ע"י עדים ויש לו קרקעות גלויים לכל דליכא מגו אפ"ה הבעל נאמן ויהיב טעמא למילתא דאל"כ לפעמים ישאר הבעל שהוא יורש העיקרי מן התורה ערום מכל והיורשים מלאים מכל הנכסים עכ"ל, וא"כ לפי דברים הללו כך הוא מפרש הרב חזה התנופה בלשון הרא"ש שהוא א' מתלמידיו וקצור תשובותיו כמ"ש הרב אזולאי בכלליו יע"ש.

שוב הובא לידי פסק המזכים להיורש הנז' ושם נאמר שלא עשה אברהם הלוי הנז' שומא ע"י שמאים אלא ע"י עצמו שעשה שומא לטלטל גו"ו ולקרקע דו"ו והוסיף בשביל חומר השבועה או"ו בצירוף הכל הוי חו"ו ונשבע שיש לו חובות שעולים לסך טו"ו וכתבו כיון דלא היתה שומא ולא הורדה במאי קנה אברהם הלוי חלק היורש והוי מכירתו לזולת כמו' מה שאינו שלו ונסתייעו מדברי מר"ן בסי' ק"ג ס' ח' אם ירד מלוה לנכסי לוה בלא ברשות ב"ד אינו כלום וכל הפירות שאכל מנכין לו מחובו וכתב הבאר היטב וה"ה אם מכר לאחר מנכין לו הפירות שאכל הלוקח ולא דמי אפי' כאוכלא לדנא דהכא ירד המלוה לקנות מחדש קרקע שאין לו בו זכיה ולא שום חלק אבל הכא שכבר קרקע זה בחזקת הבעל והיורש אלא שצריכים לפרוע החובות מכיון שנסתלק היורש שלא לפרוע החובות זכה הלה בחלק היורש בחזקה כההיא דכתב מר"ן בסי' קנ"ז ס"ב וז"ל וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו וכו' אעפ"י שלא קנו מידם אין א' מהם יכול לחזור והוא לשון הרמב"ם פ' ב' מה' שכינים ופי' בו הה"מ במ"ש בעצמו שלא אמר א' לחבירו לך חזק וקני וגם החזיקו זה שלא בפני זה אפ"ה מהני החזקה אעפ"י דלא מהני במכר דעלמא שאני הכא דאין כאן אלא בירור חלקים לבד וע"ש בסמ"ע וכתב הלבוש וז"ל אעפ"י שנשאר קנין קרקע בחזקה צריך שיאמר לו לך חזק וקני ובפניו ה"מ בדבר שאין לו חלק בו אלא בקנין זה שצריך זה להקנותו לו מדעתו לכך צריך שיהיה בפניו ומדעתו שיאמר לו לך חזק וקני אבל הכא שכבר קרקע זה היא בחזקת שניהם מועלת חזקה מדעתו שלא בפניו ואפי' לא אמר לו לך חזק וקני רק שנתרצה כבר קנה יע"ש ה"נ בנ"ד שנתרצה באותה שומא ששם הבעל עצמו שהרי כשלא זכה בדין ליטול כלום מהעזבון רק הבעל יפרע החובות ולא טען בב"ד שלא נתרצה באותה שומא אלא יעמיד שמאים וכו' אמינא ודאי נתרצה בשומת הבעל והלך הבעל בעצמו והחזיק בקרקעות ובטלטל לצורך פירעון החובות דקנה בחזקה זו ומה גם בהצטרף עמה מה שמכר לזולת וראה היורש ושתק דזה ודאי הוכחה שסלק עצמו מאותו קרקע וכמ"ש מורם בסי' קמ"ו ס"י בהגה וז"ל אבל מי שלקח קרקע מן האשה ומכרה בפרסים מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח דאלו לא הוי

הקרקעות של האשה לא היו מניחים היורשים לאשה למכרם בחזקה בפרסום וכן כל כיוצא בזה יע"ש ע"כ נמ"ך.

סימן סב

בהיות אמת שכבר נדונו כה"ר אהרן אפרייאט והר' אהרן הכהן לפני החכם השלם הדו"מ רב רחומאי כמוה"ר שאול סירירו י"א אודות גוף השתי עליות בהאלפוקי אשר בחצר הנק' ע"ש כסוס שאחת עמוסה על הבית הא' לשמאל הנכנס לחצר הנז' וא' עמוסה על האלסטוואן שעם היות שכללות האלפוקי הנז' קנאו. אהרן הכהן מהגויים בעלי החצר הנז' בלתי בנוי והוא עמד ובנה ושכלל עליותיו זה יותר משבע שנים והוא נהנה מפירותיו עכ"ז זכהו החכם הנז' לכהר"א הנז' בגוף השתי עליות הנז' מחמת שהוציא ב' שטרי ק"ע הא' טופס מק"ע וז"ן טופס והעתקת שטר ק"ע שרצו הבעלים להוליכו למדינה אחרת ומחשש סכנת דרכים הוצרכו להעתיקו וז"ן בלי תו"מ במותב תלת כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הי' ע' מכלוף ן' אברהם נ"ע ה"ן שטרית בתע"ג בל"ע אן אלגורפא אלכבירא די פצ'אר הנק ציאר כסוס הרואה פני צפון העמוסה על הבית השמאל הנכנס לתרבץ החצר הנז' הראשון ומקצתה עמוס על האלסטוואן אשר בפתח שער החצר יערפהא כא יסכן פיהא הר' אהרן ן' שלוש וויערפהא עמוסה על הבית הראשון השמאלי הנז' ועל האלסטוואן הנז' בידיעה נאמנה מחוורת כשמלה עכס"ע, וקבלנוה כדחזי וחתומים הכא תמ"ת בי"ב לסיון המעוטר מש' טו"ב וישר"ר לפ"ק וקיים וחתו' הח' הש' כהה"ר אברהם אציני וכהה"ר יוסף בכה"ר יחייא ן עטייא ונתקיימו לנו חתי' כדחזי וקיים. וס"ל נמ"ך וז"ן עוד בתלת הוינא ואסהיד קדמנא הי' ע' דוד ן' מסעוד אצאייג בתע"ג בל"ע אן אלגרפא לכבירא די פצ'אר כסוס הרואה פני צפון ועמוסה על הבית השמאלי כנ"ל יודע בידיעה נאמנה שהיא של הי' אהרן ן' שלוש ויודע נאמנה באיין אלגורפא יערפהא עמוסה על הבית הנז' ועל האלסטוואן עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתימנא הכא בעישור א' לחדש סיון שנת טו"ב וישר"ר לפ"ק וחתומים החכמים החתומים לעיל ונתקיימו לנו חתי' כדחזי ושו"ב וקיים וחתומים כה"ר שלמה אזנאתי וכה"ר מסעוד בן יתאח.

ועוד הוציא לפנינו תורף שטר ק"ע שלא חשש להעתיקו מפני ס"ד וז"ן במותב ג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הישי' ע' מסעוד ן' יוסף עוליל בתע"ג שיודע בידיעה נאמנה ברורה ונכונה שהעליה שע"ג האלסטוואן שלפני שער החצר הנק' צ'אר כסוס היא של הי' ע' אהרן ן' שלוש ובירר בעדותו שהר' אהרן הנז' הניח ב' בנים ובת א' שמה עיישא היא אמו של הר' מנחם אפרייאט והבנים הנז' מתו ולא הניחו אחריהם זש"ק ונשארה עיישא הנז'

אחותם אחריהם עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת והיה זה בעישור ראשון לסיון התקל"ט ליצי' וקיים וחתו' כה"ר יעקב עוליל והר' יוסף הכהן. וס"ל נמ"ך וז"ן בג' הוינא ואסהיד קדמנא הי' ע' מסעוד ן' נסים ן' הרוש בתע"ג שיודע בידיעה נאמנה שהעליה הנז' היו דרים בה הבנים הנ"ל ואמם עד יום מותם וברר בעדותו שהבנים בני אהרן הנז' לא הניחו אחריהם זש"ק ונשארה עיישא אחותם הנז' אחריהם עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' תמ"ת בזמן הנז' וקיים.

ועפ"י העדויות הללו דן החכם הנז' להוציא גוף העליות הנז' מאהרן הכהן הקונה מהגוי כמבואר בפס"ד שביד אהרן הנז' שנתן לו כהר"א כשנתפשר עמו ומכר לו גוף הב' עליות מחדש ועם היות שהיה אהרן הכהן הולך ובא לפני קובל ומתרעם שהוא בא מכח הגוי אשר בדיניהם כל הראיות הבאות בעידי ישראל בטלים הם כל שלא הביא ראיות בערכאות עכ"ז לא ראיתי ליזקק לדינם שאין דרכי ליזקק לדין שנדונו בעליו לפני מורה ומה גם דחזינא ביד כהר"א עקד בערכאות של גויים על הב' עליות ועליה אחרת שהם לזכות אהרן ן' שלוש הנז' אמינא ודאי אם יקיימוהו הערכאות ובו יתחייב אהרן הכהן הבא מכח גוי גם הוא יחזור על הגוי המוכר לו ובזה היה מקבל תנחומין אהרן הכהן והיה תובע האלעקד מכהר"א הנז' והוא דוחהו מיום ליום וקבל לפני החכם הפוסק על זה ובאה אלי אגרת מהחכם הפוסק להכריח לכהר"א לתת האלעקד לאהרן הכהן ואמר שהוא מופקד בפאם ביד כמהרי"ץ ושלח עם כהה"ר שלמה אביטבול שיביא אותו וכאשר הביא כהר"ש הנז' האלעקד תבע לאהרן הכהן לקבל עליו בכתב היזק דימטי ליה מהאלעקד הנז' ואז יתנו לו ועל זה צווח לפני אהרן הנז' ככרוכיא איך פורשים רשת לרגליו להתפס על האלעקד הנז' וגילה סופו על תחילתו דמזוייף דאם לא כן מהו ההיזק דלמטי מניה ושלחתי לכהר"ש לדעת מה זה והוציא כתב מכתב יד הקדש החכם הפוסק שגזר כן והיה מפרש לי כהר"ש דבריו דלא על היזק הזיוף משתעי רק כשיעמוד אהרן הכהן בדין עם הגוי אפשר יוצא הוצאות ואמינא ליה זה פשוט שלא יתבענו בהוצאות וכשעלתה צעקתם לפני הלך אהרן הכהן להביא זכויותיו לפני שאומר שע"מ שיתן לו האלקעד [נ"א נתפשר] קנה ממנו והלך ופשפש זכיותיו ע"י ת"ח א' ובהזכיות שנתן בידו כהר"א כשנתפשר עמו ויצא העגל הזה שהכיר זיוף בתורף הק"ע שעשה ממנה טופס כהר"א הנז' שניכר בה שלא העיד העד דוד אצאייג הנז' אלא על החזקה והסופר שכתב הק"ע שגג תחילה והשמיט תי' אלחזקה וכתב סתם אן דלגורפא לכבירא וכו' יתוקן ביני שיטי וכתב אלחזקה כדי לקרות אן אלחזקה דלגורפא וחזר וקיימה למטה בסיום הק"ע שכתב שתי' אלחזקה נכתבה ב"ש וכן האמת וק"ש ואז חתמו העדים והמזייף

גרר תי' לחזקה מביני שיטי וניכר מקום הגרר והדל"ת שבתי' דלגורפא עשה אותה אלף כדי לקרות אן אלגורפא ומפר מחשבות ערומים שכל עצתו והניח מה שכתוב למטה תי' לחזקה נכתבה ב"ש וכו' שממנה נודע מה שהיה כתוב ב"ש במקום הגרד והעדים שחתמו על הטופס טח מראות עיניהם מהשכיל לבותם ובאו עידיה ויחפרו והשמטוה מהטופס וכראות אהרן הכהן את זאת נתמלא חימה ובא לפני עם הת"ח הנז' צווח ככרוכיא על ככה ורצה להגיע הדבר אל השררה ואנכי הרבתי להשיב אפו בדברי כבושין ואיומין לבל יתחלל ש"ש בין הגוים לאמר עם ה' אלה ומארש'ו יצאו עד שנתישבה דעתו לירד עמו לדין ושלחתי לכהר"א הנז' ועמד שניהם לפני לדין ונומיתי לכהר"א אם יש בידו עוד עדויות אחרים והשיב שאין לו כי אם העדויות הנ"ל ועליהם נפסק הדין ככתוב בפס"ד שנתן מהחכם הפוסק והראיתני לו אופן הזיוף ולא מצא מענה כבושת גנב כן ימצא ועדיין היה טוען שאם נפלה עדות זו נשארו בידי ג' עדויות עדותו של מכלוף ן' אברהם ן' שטרית שמעיד באיין לגורפא הרואה פני צפון ועמוסה על הבית השמאלי יערפהא כא יסכן פיהא אהרן ן' שלוש ומחמת שמעיד העד ההוא יערפהא עמוסה על הבית הנז' ועל האסטוואן וגם ע' דוד אצאייג שהעיד על החזקה מעיד שהיתה עמוסה על הבית ועל אסטוואן א"כ גם הב' עדים שמעידים על העליה העמוסה על אסטוואן מצטרפת עם אלו דנימא כולהו על עליה אחת מעידים אלא שהראשונים סיימו כל אורך העליה וכת ב' לא הזכירו אלא מקצת ממנה העמוס על האלסטוואן ונומיתי לו גם לפי הנחה זו הכוזבת אין כאן אלא עדות עד א' על הגוף והיא עדותו של ע' מסעוד ן' יוסף עוליל שמעיד שהעליה שע"ג אסטוואן היא של אהרן ן' שלוש אבל עדותו של מסעוד ן' נסים הרוש שמעיד שהעליה הנז' היו דרים בה הבנים הנ"ל ואמם עד יום מותם אינה כלום להחזק בה בני אהרן ן' שלוש הנז' [וז"ל הרא"ש כלל נ"ט סי' א' וז"ל ואם לא העיד אלא על הדירה איפשר שהיה דר בה בשאלה או בשכירות יע"ש] שהיה צריך לפרש שדרו בה שני חזקה ולא מיחה בהם אדם ולא תבע מהם שכירות ומ"ש עד יום מותם ניחא שדרו בה שנה או שנתיים ואח"ך מתו ואין כאן עדות חזקה ומינה נמי שעדותו של מכלוף ן' שטרות הנז' שמעיד שדר בה אהרן ן' שלוש אינה כלום שלא פירש שדר בה שני חזקה דלא מיחה בו אדם וכו' ואין כאן על הגוף אלא עד א' ואינו כלום הרי אפי' נניח בהנחה שכל העדים מעידים על עליה א' אין כאן עדות אבל לקושטא דמילתא שתי עליות היו מעיקרא שכן מבואר בשטרי זכיות חזקות החצר הנז' שביד כהר"ש חותא שהזכיר בהחליט שהחליטו ב"ד כל חזקות החצר הנז' שהיו לזכות הר' יוסף ן' שטרית אביו של כמוה"ר דוד ן' שטרית ביד זקינו של הר"ש חותא הנז' וביד מסעוד ן' אצאייג בשנת

התפ"ה וחתומה בב"ד כמוהר"ש ן' חותא וכמוהר"ר ישועה ן' חמו זלה"ה הזכיר העליה העמוסה על אסטוואן בפני עצמה וכתב שהיתה ידועה מקודם לבן שלוש ואם כוונת העדים שהעידו שהיתה עליה א' עמוסה על הבית השמאלי ועל האלסטוואן ומעולם לא היו ב' עליות נפרדות אלא שאהרן הנז' שינה את תפקידן וחלקה לב' עליות אין דבריהם כלום נגד דברי ב"ד שמעידים שבשנת התפ"ה היו חלוקות וא"כ אחר שמעיקרא היו חלוקות איך נאמר שהעדים שהעידו על העליה העמוסה על אסטוואן מעידים על העליה הרואה פני צפון וזו בפני עצמה וזו בפ"ע וכן מוכח נמי משטרי זכיות החזקה הרואה פני צפון שנתן כהר"א הנז' לאהרן הכהן כשנתפשרו ששם נאמר שהיתה חזקה הנז' ביד אהרן ן' שלוש ומכרה למאיר ן' יוסף ן' הרוש וז"ל לענייניו העי' וכו' אהרן ן' שלוש שקבל מיד מאיר ן' הרוס בסך פ"ם ה"ם ובהם מכר לו חזקת העליה הידועה לו פצ'אר כסוס העליה הרואה פני צפון הסמוכה מאחוריה לחצר הידועה מקודם ליורשי ע' מימון ן' חמו נ"ע והי"ז בר"ח כסלו של שנת תס"ו לפ"ק וחתומים כהה"ר מסעוד אצאייג וה"ר ברוך אביטבול, ובנייר אחר כתבו העדים הנז' ההטבה שנתחסד הקונה עם בחור יוסף בנו של המוכר ב' בכסלו תס"ו שכל זמן שיביא לו דמי המכר יחזיר לו המכר, ובנייר אחר כתוב שטר מכר, שמכרו יורשי הקונה לעיישא בת אהרן הנז' וז"ל לענייניו העי' וכו' מסעוד בן יוסף ן' הרוש וכו' שקבלו מיד עיישא בת אהרן ן' שלוש פ"ם ה"ם ובהם מכרו לה חזקת העליה הרואה פני צפון שע"ג הבית הא' לשמואל הנכנס לחצר הנק' צא'ר כסוס בר"ח חשון הת"ץ ליצי' וחתומים כהר"ר יוסף ן' הרוש וה"ר שמואל ן' הרוס והמכתב של הג' שטרות הללו כלם בכתב יד הקדוש כמוהר"ר ישועה ן' חמו זלה"ה וקי"ל מדקדקין לשון הדיוט וכ"ש בי דינא רבה כותב השטרות הללו שמדבריהם למדנו ציון החזקה של העליה הנז' כמו שהיא היום רואה פני צפון וסמוכה מאחוריה לחצר יורשי' ע' מימון ן' חמו ועמוסה על הבית הא' לשמאל הנכנס כמו שהיא היום ואם איתא לדברי העדים הנז' שהיה מקצתה עמוס על האסטוואן הי"ל על הבית ועל הסטוואן וגם במה שציין שאחוריה כלפי חצר יורשי ה"ר מימון ן' חמו אם יהיה מקצתה עמוס על הסטוואן יהיה אחוריו כלפי המבוי ולא כלפי חצר הר' מימון הרי גם מדברי שטרי זכיות שבידו שתים זו שמענו ולא עליה אחת והחכם הפוסק אחי נוע"ם שסמך בהנחה זו מחמת שלא ראה השטרי זכיות שביד הר"ש חותא וסמך על דברי כהר"א שהיה אומר שאהרן הכהן הוא שחלקם וליתא כדכתיבנא.

ובר מן דין הרי יש בפי אהרן הכהן טענה אלימתא שכשעמד לבנות העליה הרואה פני צפון לא השיגה ידו במה לבנותה ומשכנה ביד משה אתורגמאן ועידי המשכונה הוא

כהר"א הנז' וכה"ר חיים יוסף הכהן וכמו שכך העיד לפני הר' משה הנז' והר' חיים יוסף הנז' בעדות גמורה שכהר"א הנז' הוא הסופר שכתב שטר משכונה הנז' וחתם עליו וקי"ל בסי' קמ"ז שהעד שחתם על השטר מכר ובא לערער עליה אבד זכותו ואין משגיחין על הראיות שיבא מפורש, יוצא מזה ממאי דכתיבנא שאין זכות לכהר"א הנז' אלא בחזקת העליה הרואה פני צפון ולא מכח העדיות שכבר כתבנו דעדויות חלוקות הם ועל מאי דמסהד האי לא מסהד האי וזיל הכא ליכא שעורא וזיל הכא ליכא שיעורא כדכתיבנא אכן מכח השטר מקנה הנז' שזכתה זקנתו עיישא הנז' קא אתי לזכות בחזקת העליה הרואה פני צפון לבד ועדיין יש מקום להפך בזכות כהר"א הנז' שיזכה גם בחזקת העליה העמוסה על האלסטוואן כשנדחוק עצמנו לתרץ העדויות הנז' עם מעשה הב"ד לבל יהיו סותרים זא"ז משום דקי"ל כל היכא דאיכא לתרוצי העדויות לבל יהיו סותרים זא"ז אפי' במשמעות רחוק מתריצינן וכאן יש לנו לומר דאפשר קודם שנת תס"ו היו עליה א' ולבסוף לקחו מעליה החלק העמוס על מקצת האסטוואן עם המקום הפנוי שבין האלמקדם של העליה ההיא יבין אלגארב של העליה העמוסה על הבית הא' לימין הנכנס לחצר הנז' ועשו מהכל עליה בפ"ע העמוסה על כל האסטוואן ויש סמך לזה מדברי העד הר' דוד אצאייג הנ"ל שהעיד בזה"ל מנאיין חב יזווז בנו קצמהא עלא זוז ועמל אטרף די עלא אסטוואן גריפא זגירא פאין יסכן בנו והגם שאין חתום על עדות זו אלא עד א' גלוי מלתא בעלמא הוא לתרץ העדויות לבל יהיו סותרים זא"ז וכשנצרף עדות דוד אצאייג שמעיד שהיתה העליה מגעת עד האסטוואן ויודע שחזקתה של אהרן ן' שלוש עם העד שמעיד אחר שנחלקה שהיתה של אהרן ן' שלוש הנז' אמינא ממ"נ חזקת עליה זו לזכותו היא והיא היתה כוונת כהר"א הנז' בעדויות הנז' שמתחילה כתב אותה עדות שמגעת להיות על האסטוואן והיה רוצה לקנות הגוף מהגוי לעשותו עליה א' וכאשר נודע משטרי זכיות שביד הר"ש חותא שהיתה עליה בפ"ע עמוסה על האסטוואן השתדל בהעדות הב' שהיתה עליה זו לזכות מורישו הנז' כדי לזכות בחזקתה וכאשר לא השיגה ידו לקנות ועמד אהרן הכהן הנז' וקנה מהגויים מעולם לא הזכיר כלום שיש לו זכות בגוף הקרקע ומה שהיה מפורסם אצלו היא חזקת העליה הרואה פני צפין אבל העליה העמוסה על האסטוואן היה מקום לסלקו ממנו ממה שנמצא בשטרי זכיות כהרש"ח שהרביע של העליה העמוסה על האסטוואן שהוא מכלל החזקות שהחליטו ב"ד ביד זקינו ושותפו הנ"ל וכתבו הידועה מקודם לבן שלוש מכלל שלא נשארה לזכותו והראיה שהרביע ממנה הוא לזכות בעל חזקות החצר והשתא דאתינן לתרוצי נאמר שאהרן שלוש הנז' לקח מהעליה שלו מה שהוא עמוס על האסטוואן ובעל החצר הוסיף המקום

הפנוי שבין כותל האלמקדם של עלייתו ובין האלגארב של העליה שעל הבית הא' לימין כנ"ל ומחמת כן זכה בהרביע בחזקת העליה ההיא ומה שכתבו הידועה מקודם לבן שלוש שמשמע שיצאה מחמת ידו איפשר לתרץ בדוחק שמכרה בשנת תס"ו כשמכר העליה הרואה פני צפון בהטבה גם זו מכרה בהטבה וחזרה לבניו כדברי העד שמעיד שיודע שהיא של אהרן גם העד שהעיד שהיו בניו ואמם דרים בה עד יום מותם כל זה אפשר לתרץ בדוחק לזכות לכהר"א הנז' גם בחזקה זו שאין לאהרן הכהן שום זכות בחזקה זו זולת מה שמשכונה בב"ד היא בידו ובמלאת עשר שנים זמן המשכונה יפדה ממנו כהר"א הנז' ולא יפדה מידו גזבר העניים שרוצה לפדות מיד אהרן הנז' כל החזקות שלא נודעו בעליהן כנהוג בקרקע שלא נודעו בעליו שזוכים בו העניים וכאן עדיף טפי לזכות כהר"א הנז' שיש לו קצת ראיה שהיא של מורישו מלזכות לעניים שאין זוכים אלא במה שלא נודעו בעליה כל עיקר אבל בגוף קרקע הב' עליות הנז' לא עלתה על דעתו של כהר"א הנז' לזכות בו כלל אלא שמקרוב בא אצלי ואמר שמצא עקד אחד בערכאות שיש לזקינו הנז' גוף ג' עליות והביא האלעקד לידי והלכתי אני בעצמי אצל הפלילי אם יש מקום לקיים האלעקד הנז' והשיב הוא וכל הערכאות היושבים לפניו דאין כאן מי שיקיימו שהערכאות החתומים עליו הם ממתא פאס יע"א וצריך להוליכו לשם אולי ימצא לקיימו ושלחתי אני לאח"י נוע"ם החכם הפו' נר"ו להשתדל עמו לשלוח מי שיש לו שייכות עם הערכאות אולי ימצא מקום לקיימו ואז יש מקום לזכותו גם בגוף ואהרן הכהן יחזור על הגוי שמכר לו ואיש על מקומו יבא בשלום. העולה ממאי דכתיבנא דאין צד זכות כלל לכהר"א בגוף הקרקע מכח העדויות הנז' וגם אח"י נוע"ם החכם הפוסק יודה דבנפול היסוד יפול הבנין שלא כתב מה שכתב אלא בהיות עדות שלימה ביד כהר"א הנז' והשתא דנפלה ולא תוסיף קום לא יזכה כהר"א בגוף:

איברא דלא כן אנכי עמדי דאפי' אם היתה ביד כהר"א עדות שלימה או שטר מכר מבורר שהעליות הנז' הם שלו גוף וחזקה כיון שאהרן הכהן אתי מכח הגוי שמכר לו בערכאות כיון שלא יועילו כל הראיות שבעדי ישראל לכהר"א עם הגוי כך לא יועילו ולא יצילו עם אהרן הכהן הבא מכח הגוי וכמו שמפורש היטב בהגה בסוף סי' שס"ט וז"ל ישראל שהיה חייב לגוי והגוי מכר השטר לישראל וכו' 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 גויים שהוא דינא דמלכותא ע"כ וכן הוא בסי' מ"ה ס' י"ז וסי' ס"ו סכ"ה וסי' ס"ז ס' י"א דבכלהו משמע דהבא מכח הגוי הרי הוא כמוהו אפי' למעליותא ומה שפסק בסי' קנ"ה ס' י"ח דלא קאי ישראל במקום גוי אלא לגריעותא

כבר תירץ באה"ג דהתם איסורא איכא הילכך לא קאי במקום גוי להזיק חבירו בראותו ולגבי ממונא קאי ישראל במקום גוי אפי' למעליותא דדינא דמלכותא דינא יע"ש ועיין סמ"ע בסי' מ"ה ס"ק ל"ח ועם היות שדבר זה שרוי במחלוקת אי אמרינן הבא מכח הגוי הרי הוא כגוי אפי' למעליותא או דוקא לגריעותא כדאיתא במרדכי פ' חזקת הבתים ובתשובה המיימוני דס' משפטים ס' ע' ובתשו' המיוחסת להרמב"ן סי' י"ו מ"מ אין לנו אלא פסק מרן דהכריע דבממונא הבא מכח הגוי הרי הוא כגוי אפי' למעליותא אלא שבנ"ד בזה יודו כ"ע אפי' מאן דסובר דדוקא לגריעותא הכא שאני שעכ"פ הקונה מהגוי חוזר על הגוי והגוי חוזר ולוקח הבית מהישראל המוציא מהישראל ואפוכי מטרתא למה לי וא"כ מעיקרא נמי אין לנו לחייב הישראל הבא מכח הגוי משום דמצי אמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למאריה ולא מצית לאשתעויי דינא בהדיה כדאיתא בכתובות ד' קי"ג ע"ב בההוא דאבדה לו דרך שדהו יע"ש והכי אשכחן להדייא למוהרדב"ז בסי' ת"ק ומהרימ"ט חלק ח"מ סי' ל"ח גם הרב המאסף בח"מ סי' קי"א בהגה"ט אות ד' הביא דברי שניהם להלכה יע"ש.

והיא דסי' ס"ח סעיף א' דלא מכשירינן שטרי מקח העשויים בגופן של הגוים כי אם בהעדאת עידי ישראל עליהם שאינם ידועים בהקבלת שוחד וכו' ואם חסרו דבר מכל אלו הרי הם כחרם יע"ש התם איירי בשטרות שבין ישראל לחבירו שכתבו המכר בגופן של גוים דלא שייך טעמא דאי שתקת וכו' דאין כאן יד הגוי באמצע אבל הכא שהישראל קנה מגוי בגופן של גויים כשנוציא מידו בעדי ישראל יחזור על הגוי והגוי חוזר ולוקח הבית מהמוציא מהקונה ממנו ומחזירו לו ואפוכי מטרתא ל"ל וכמ"ש הרדב"ז באותה תשו' יע"ש והנה הרב משי"ח והחכמים שחתומים עם אח"י נוע"ם בפסק דינו הנז' לזכות כהר"א לא הודו לו גם הם בפרט זה שנעל בפני אהרן הכהן כראוי וכתבו שאם יוצא שטר כתוב בערכאות שקנה מהגוי הרי הוא זוכה בגוף הקרקע ואין לכהר"א זכות אלא בחזקות.

ובענין שהצריכו לאהרן הכהן להוציא משכונה בב"ד על מה שיש זכות לכהר"א אם בגוף אם בחזקות ושאם לא הוציא משכונה בב"ד יחשב עמו מה שאכל מהפירות וינכה אותם מההוצאות עם היות שכבר מצא כדי גאולתו והוציא משכונה בב"ד על החזקות שלא נודעו בעליהם למשך עשר שנים ולאשר נודעו בעליהן כ"ז שירצו הבעלים לפדות ועל גוף הקרקעות עם היותה משנה שאינה צריכה כלל להפקת רצונו משכנתי גם הגוף בידו למשך עשר שנים מיום שבנאם וא"כ אפי' לדבריהם אין כאן פירות.

אבל מ"מ לענין דינא. לא אעלים עיני דאנא אמינא דמה שנהגו הקדמונים לעשות משכונה בב"ד ליורד לחרבתו של חבירו ובנאה או לבונה את שלו וחושש שתצא מתחת ידו ויתבעוהו בפירות אין כוונתם בזה להודיע שכל מי שלא עשה משכונה בב"ד מנכין לו מה שאכל מהפירות דאין הדין כך דקי"ל כל שזה נהנה וזה אינו חסר דפטור דמצי אמר ליה מאי חסרתיך וסתם חרבה אין לבעליה שום הנאה בעודה חרבה ואחר שבנאה הבונה אעפ"י שהוא נהנה מקרקעות החרבה בהצטרף בניינן והכותלים והתקרה מ"מ לא חסר כלום לבעל החרבה כיון שלא היתה לו שום הנאה ממנה אכן בהיכא דהיה לבעלים איזה הנאה מהחורבה כגון שהיו הסוחרים נוטים שם אהלים לסחורתם ונותנים להם דבר מועט וחסרם זה שבנאה מאותו שכר מועט מגלגלין עליו ליתן לבעלים כפי מה שנהנה דהיינו כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליה בנין כזה אף שהוא יותר ממה שהיו נותנים להם הסוחרים כדאיתא בפ' כיצד הרגל דף כ"א בההוא דבנה אפדנא אקקולתא דיתמי כמו שפירשה הרא"ש יע"ש וכ"כ כתב רבינו ירוחם בס' משרים נתיב ל"א ח"ב דף צ"ה הביאו מר"ן ב"י בסוף סי' שע"א וכ"כ הלבוש בסי' שס"ג ס"ז יע"ש.

ודעדיפא כתב הנ"י בפ' הנז' משם הרמ"א שלא חייבו רב נחמן ליתן ליתומים בעלי החרבה יותר ממה דהוו יהבי ליהו קרמונאי אע"ג שיש לבונה הנאה מהחרבה מאי איכפת ליה בהנאתו כיון דלא מפסידי מדי ממאי דיהבו ליהו קרמונאי יע"ש הרי מדינא הבונה חרבתו של חבירו שלא ברשות כנ"ד דלא הות קיימא לשום אגרא בחרבנה דאין על הבונה כלום ליתן לבעל החרבה וגם מה שכתב מור"ם בהגה סי' שע"א סעיף ז' דאם השכירה הבונה לאחר וקבל שכר מנכין לו מיציאותיו אע"ג דלא עביד למיגר והיא דעת הרשב"א שהביא נ"י פ' השואל מדרבי יוסי דאמר כצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו היינו נמי מה שראוי ליתן בקרקעית החרבה לבנות עליה בנין כזה אבל לא שכר כל המדור בצירוף מה שבנה הבונה שהוא פרת עצמו וגם זה אינה אלא לסברת הרשב"א כמבואר בנ"י שם ודעת מרן כדעת כל הפוסקים ממה שכתב בסי' שס"ג סעיף ט' דאע"ג דנתן השכר לזה ששכרו ממנו צריך להחזירו לו ולא לבעלים יע"ש ואם איתא הי"ל להחזירו לבעלים יע"ש במקור הדין קמ"א דף כ"א ובדברי הפוסקים באורך וכבר הארכתי במקום אחר ומרן ב"י כתב בסי' שס"ג גבי תוקף ספינתו של חבירו שכתב הטור בשם הרמ"ה שאם שכרה הגזלן לאחר צריך להחזיר השכר לבעלים [הביאו מורם בהגה שס"ג ס"ה] וכתב עליו מרן הב"י דמה לי עשה בה מלאכה בעצמו או השכירה לאחר יע"ש ה"נ נימא הכי.

וגם מורם לא אמרה אלא ביורד לחרבתו של חבירו ובנאה אבל מי שיש לו שיתוף בחרבה דקי"ל שותף כיורד ברשות ואוכל פירות עד שיתן לי יציאותיו כדמוכח בסי' קס"ד גבי בית ועליה שבעל העליה בונה בית שתחת העליה ודר בו עד שיתן לו יציאותיו משום דחשיב שותף משום דביתא לעליה משתעבד כ"ש בשיתוף גמור כנ"ד וכבר כתבתי מענין זה באורך וסמך ידו הרב משי"ח עליו וג' מבית דינו הצדק באופן דבלא משכונת ב"ד ליתנהו לפירות ולא נצרכה משכונה בב"ד אלא להרחיב לו זמן לאכול פירות כ"ז שקצבו לו ב"ד שלא יהיה יגיעו לריק לסלקו לאלתר דמדינא כשיתן לו יציאותיו מסתלק אלא שהמה ראו ברוח מבינתם לעשות נ"ר להבינים כדי שיתעסקו לבנות משום ישוב העולם ואנא נפשאי החולה כתבתי לו משכונה בב"ד על החזקות שלא נודעו בעליהם למשך עשר שנים וכשבא לפני מלומד לעשות לו גם ע"ז משכונה והיא מילתא דלא צריכה וכל הפטור מן הדבר ועושהו ה"ז וכו' מ"מ להפקת רצונו כתבתי ולא כתבתי עד שגליתי דעתי במה שהוא הדין ולהפקת רצונו הוא דעבדית מילתא דלא צריכה כאשר יראה הקורא במשכונה ההיא פסקי פסקי.

קנצי למלין שאין לכהר"א הנז' בגוף הקרקע כלום ואם המכר נעשה דרך פשרה הויא פשרה בטעות ואינה כלום גם מה שעשה עמו בכאן אחר שנדונו לפני מחמת שהלכו כמה מת"ח לביתו ומתושבי וחשובי פאם יע"א ולא יכול להשיב פניהם ריקם ושלח אלי שלחו וג"ד לפני שאין עושה כלום אלא מחמת אונס הבאים שאין יכול להשיב פניהם וגם ג"ד בפני כה"ר אליהו משה הכהן וכאלו לא עשה כלום גם בזה דאנוס הוא אלא שאהרן הכהן רוצה בקיום המכר ויתנכה מה שיצא דהיינו הג' רבעים של הגוף ויתן הרביע בדמי החזקות ואם דרך פשרה נעשה המכר אין טענתו זו כלום ואין להאריך בפרט זה ולראיה חתמתי בתמוז שנת אש"ר אנ"י אחזה לי לפ"ק היא ש' תקס"ב לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול שי"ט

מדבר הייתי לשעבר להר"א הכהן ומזכה אני במקומי שאם יביא הר"א הכהן האלעקד בעש"ג שבו קנה מהגוי אזי אין להר"א אפרייאט כ"א החזקה ולא גוף ומה שהצרכנו שיביא האלעקד שהגוי קנה ממורישיו של הר"א אפרייאט היינו לפי המונח שהקב"ע שהיו בידו הם אמתיים ועכשו שנתגלה קלונם בנפול היסוד נפל הבנין ההוא ומעתה שזכיתי הר"א הכהן בגוף הקרקע ההוא וידקדק חשבוניו עה הר"א התובע במה שעולה לו בהוצאה ואז יזכה בחזקה ול"מ השתא שיש משכו' בב"ד אלא אף אם לא נמצאת לו משכו' בב"ד וזה כמה שנים שכתבתי מענין זה שלא נתקנה משכו' בב"ד בכגון זה אלא בשביל שלא יגע לריק שאחר שישכלל הבנין ההיא יבואו הבעלים ויסלקוהו וממילא

ימנע וחפצים היו מתקני התקנה בישוב העולם אף שהיא ח"ל וכמ"ש כ"ז בארוכה ביד החכם הפוסק נר"ו קצרן של דברים שזכאי הר"א הכהן בדינו ואין להר"א התובע אלא החזקה בלא גוף אחר שיביא עדים כי פרעו אהרן התובע במה שעולה לחלקו בהוצאות ולראיה ח"פ בא' בש' כ"ה לתמוז מהשנה הנ"ב והשו"ב וקיים.

נחמיה יהודה הכהן יס"ט

אמת ויציב הוא אחר שנתפרסם הדבר שאירע באותו הטופס דברים שלא ניתנו ליכתב וליאמר שאין לכהר"א שום זכות בגוף הקרקע כלל שאין כאן אלא עד א' ולאו כלום הוא דעפ"י ב' עדים אמרה ת"ו וזכה אהרן הנז' בגוף הקרקע ולגבי החזקה לא יזכה בה כ"א עד אחר שידקדק עם אהרן הנז' דקדוק נכון ויפרע לו כל יציאותיו העולים לו ואז יזכה בחזקה אחר שהוא שות' בחצר וקי"ל שותף כיורד ברשות דמי כמ"ש הח' הפו' נר"ו וכ"ש דאיכא תרתי שות' ומשכו' בב"ד שכתב לו מאריה דאתרא נר"ו ולראיה חת"פ בח' ושנה הנז"ל והשו"ב וקיים.

שאול אברהם אבן זמרא סי"ט

לנחיצת המוביל אשיב בקצרה כפי מה שהורוני מ"ה והוא שודאי דעת מר"ן ז"ל דלא אמרינן הבא מכח גוי כמוהו אלא לגריעותא וכמו שבא בדברי קדשו באר היטב בסי' קנ"ד סי"ח ומור"ם בסי' שס"ט וס"ז י"ז לשיטתו אזיל דס"ל כהר"ש דבכל מילי אמרינן הבא מכח גוי הרי הוא כמוהו וכדמסיק עלה בסי' קנ"ד י"ח וכנ"ל להורות ומההיא דכי' מ"ה סי"ז לא תיקשי למר"ן דהתם ג"כ לגריעותא וכדמסיק הסמ"ע שם ס"ק ל"ח וכן מוכיחים להדיא דברי הרשב"א בתשו' שהביא רבינו ב"י שם בסי' מ"ה מחו' י"ז יע"ש וההיא דסי' כ"ה בשם יש מי שאומר מייתי לה ולא שבקי' סתמיה דסי' קנ"ד מקמי יחידאה דסי' ס"ו א"כ יש לישב בעד מר"ן דא"נ מודה להההיא דסי' כ"ה וס"ז י"ז ושס"ט י"ל כמ"ש הט"ז בסי' קנ"ד סי"ח דשאני במחייב עצמו לגוי דלא מפקע חוב שלו בכל מילי וכו' ע"ש ובין למר ובין למר ההיא דסי' קמ"ט י"ד ט"ו הויא ככ"ע דאף למ"ד דהבא מכח גוי הרי הוא כמוהו אף למעליותא מודה דכ"ש לגריעותא וכיון דסתם גוים גוזלי קרקע נינהו ואילו ידינו תקיפא עליהם אין להם להחזיק בקרקע ישראל בלא שט"ר ומפקינן מינייהו ה"נ בישראל הלוקח ממנו ובא מכחו הרי הוא כמוהו ואין לו' למעליותא אלא כגון הנך דמ"ה וס"ו וס"ז ושס"ט שידוע שהדבר אמת אלא דבדיני ישר' לא נצח משא"כ כשאנו תולים בגזלנותא אף דבדידהו נצח גזלנותא דמלכי הוי ולאו כלום הוא וכ"ש לדברי הט"ז דדוקא במחייב עצמו לגוי הוא דלא פקע בהגוי משא"כ בקונה קרקע מגוי שאין חיוב לא על הקונה ולא על המערער דלא אמרי' הרי הוא כמוהו למעליו' אלא לגריעי' וכפסק מר"ן

להדיא בסי' קנ"ד וגם בחתימתו בסי' קמ"ט ואין להביא עצות מרחוק לגרור מעל ספר ההיא דסי' קמ"ט י"ד וט"ו.

ומעתה נבוא לנ"ד שכתי עדים מעידים שהעליה ידועה למורישו של כהר"א אפרייאט עדותם עדות ואף שא' מהם לא העיד כ"א על החזקה דל מהכא לסהדותיה אכתי בידן ג' והם יספיקו לעדות עדותם עדות להעמיד קרקע בחזקתו ותימה רבא על הח' הפו' הנ"ב נר"ו ששמש בכהונה גדולה ימים ושנים ישמט ממנו דין א' בה' חזקת הקרקעות שאפי' הביא המערער עדים אלא שדר בה מורישו אפי' יום א' מעמידים אותה בחזקתו ועל המחזיק להביא ראיה יע"ש גם מ"ש שצריך לברר שמורישו לא היה דר בה לשכי' הוא תמוה עד למאד דכל שעדים מעידים שראו אותו דר ומחזיק בה כאדם העושה משלו תו אין להסתפק שמא בשכי' דר בה וזה פשוט עד למאד) ולתוס' ביאור יעיין בסי' סי"ז ס"ד וכיון דאוקימנא דעדות הנך תלת עדות לכאורה נראה דזכה כהר"א בגוף בחזקת העליה עד שיברר הלוקח שקנה הגוי מיש' אך כד דייקינן יש לזכות הלוקח בגוף מהא דכ' מור"ם שם בסי' קמ"ט ט"ו וכל מקום שיכולין לכוף הגוי בדיניהם אם בא להחזיק בשל ישר' שלא כדין יש לישראל הבא מכחו חזקה עכ"ל כלו' שאם החזיק בו הישראל ב' שני חזקה אפי' הגוי לא החזיק בה אלא יום א' כגון דגוי אינו יכול להחזיק בשל ישראל בזרוע הו"ל כישראל וכה"ג בלוקח מיש' שהחזיק אפי' יום א' ויש' הבא מכחו החזיק ג"ש או איפכא שהמו' החזיק ג"ש טענינן ללוקח שהמו' קנאה מהמערער וכדאי' בסי' קמ"ו ס"י ע"ש, ובנ"ד הדבר ידוע ומפורסם שאין הגוים יכולים להחזיק בשל ישראל ובפרט בשכונת היהודים וכיון שהחזיק ישר' זה מכחו שני חזקה ויותר טענינן להו שהגוי לקחה מהבעלים ואין לו' כיון שאויר בעלמא הוא הרי לא החזיק הגוי מימיו דליתא דכל ששמו עליו ויכול הוא לעשות בו כחפצו למשטח חרמים וכיוצא ואין דובר אליו דבר הרי הוא בחזקתו ולא יבצר שעשה בו מעשה אפי' יום א' וה"ה בשלו וישר' שהחזי' מחמתו ג"ש ויותר זוכה בו בטענה שהגוי לקחה מהבעלים וכמ"ש ובכה"ג דהוי חזקת המחזיק חזקה לא בעי' מיגו ועיין הש"ך סי' קמ"ו סי"ג.

ועוד יש לזכותו מהא דמוהריב"ץ ז"ל דלא אמרו אלא בימיהם שלא היו יש' מוכרים לגוים משא"כ בזמנינו זה דמשתכרין בדבר לישאר להם חזקה והיא בקנין הגוף תלינן שמכר ומעתה זכאי הוא הר"א הכהן בגוף ואין לו לכהר"א אפרייאט ולשאר יורשי בית אביו כ"א החזקה.

ובענין אם יש להר"א אפריאט לנכות לו מהוצאו' חלקו בבנין החזקה פירות שאכל הר"א הכהן בזה יש להשיב בקיצור גדול והוא דהדר בחצר חבירו ולא קיימא לאגרא פסק

מר"ן בסי' שס"ג דאינו חייב להעלות לו שכר ואם מחסרו דבר מועט וכגון שהיה הבית חדש דאיכא שחרוריתא דאשיתא מגלגל עליו הכל ואם לא היה הבית חדש דלא מחסרו מדי אפי' אם עמד אחר ושכרה לאחרים וקבל שכר מחזיר השכר לשו' ואם היתה חרבה ועמד א' ובנאה אם שכרה לאחרים והיא קיימא לאגרא אחר שכלולה כתב הנ"י משם הרשב"א בפ' השואל דחייב ליתן השכר לבעלים ואנו רואים כאלו השכר שכר מהבעלים ואע"ג דמעי' הות חורבה ולא הוה לבעלים ממנה שום הנאה ולא שום שכר אפ"ה מעלה שכר שקבל לבעלים משום דר"י דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו ש"ח ומחשבין לו כל השכר שקבל במושלם ונתנו לבעליו ומייתי לה מור"ם בסי' שמ"ה ס"ו ומוסיף בה דאע"ג דבעלים לא עבידי למיגר ע"ש והיינו ממ"ש דכיצד הלה עושה וכו' מיהו אם דר בה הבונה בזה מצאנו מחלוקת בין הרשב"א והרא"ש דלדעת הרשב"א שהביא הנ"י בפ' השואל פטור מכלום כיון דמעיקרא לא הות קיימא לאגרא אע"ג דהשתא אחר שכלולה. קיימא לאגרא פטור ומצי א"ל מאי חסרתיך ודעת הרא"ש פ' כיצד הרגל דכ"א דאף דמעיקרא חורבא הוא ולא הות קיימא לאגרא מ"מ כיון דחדשה היא ואיכא שחרוריתא דאשיתא לו יהיה אלא בחצר דלא קיימא לאגרא שאם מחסרו דבר מועט מגלגל עליו את הכל והיינו ששמין כמה אדם רוצה ליתן בשכר חורבה זו כדי לבנות עליו בית וכדעת הרא"ש הכריע מור"ם סי' שע"ה ע"ש אי משום דבתראה הוא לגבי הרשב"א אי משום דהוה א' מעמודי הוראה נ"ל.

ולפיכך בנ"ד שסתם בתים דאידנא קיימי לאגרא וכמ"ש מור"ם בסי' שס"ג מסי' ס"ו אם השכיר העליות הר"א הכהן לאחרים יש לו לנכות להר"א כל מה שקבל בשכירו' החזקות ואם דר בהם יש לו לנכות כפי מה שנהנה וכדאמרינן ומה שעשה לו הח' מש' בב"ד אינה כ"א בע"א ולכל הפחות היו צריכים שנים להעיד על המש' וגם ריעותא גדולה שאין בה זמן ולא כלום היא זהו הנ"ל בזה וצור יש' יצילנו משגיאות החו' בנחיצה רבה לרגל המוביל הנמהר ובהול לומר למדני תורה על רגל אחד.

הצעיר פתחיה מרדכי ברדוגו סל"ט

סימן סג

עמדו לפני לדין הר' יעקב ן' יוסף אביטבול דמת' עכו יסו שבא בשליחות מימון ן' משה ן' הרוש תובע להר' משה ן' משה אלחייאני דמת' ן' חפי אודות החצר של יוסף אחיו שמכרה משה הנז' למימון הנז' מחמת שהוא אפוטרופוס היתום שהניח אחיו הנז' וטען יעקב הנז' על משה הנז' שיעמיד המקח ביד הקונה הנז' מחמת שקבל עליו בשטר המכר

שהמציא לפנינו יעקב הנז' לסלק כל עורר והנה יוסף ן' אברהם אביטבול דמת' יסו הנו בא לערער על המקח באומרו שלא מכר החצר הנז' ליוסף הנז' אלא משכנה בידו ועכשו רוצה לפדותה ולטענה זו הוציא משה הנז' שטר קב"ע שהעידו ב' עדים כשרים שיודעים בידיעה נאמנה שמכר יוסף אביטבול הנז' החצר הידועה לו ולאביו בסך קק"ם כ"ם ועשו לו הטבה שאם חזרו יוסף ואביו הנז' לדור באוטאט ערב פסח ה"ר יחזיר לו המכר ואם לא חזר בזמן הנז' הרי היא מכורה עולמית וא"כ טענת יוסף אביטבול בטלה ומבוטלת שכבר מכר חזר וטען יעקב הנז' שיוסף אביטבול הנז' טוען שצריך להזכיר שם העדים בקב"ע הנז' ואמינא להו כיון שהעידו בפני החכמים וידעו שאין להם קורבה תו לא צריך ומה גם שהיה בכאן איש א' מבני העיר הנז' והגיד בתע"ג לפני כדברי העדים הנז' ואמר שמודעת זאת בכל הארץ אלא מחמת שנזכר באותה ק"ע שהחצר הידועה לו ולאביו שלחנו לאביו לראות מה טענה יש בפיו ובא לפנינו אברהם ן' נאני אביו וטען שהחצר הנז' שלו היא ואין לבנו יוסף הנז' בה זכות והוא הניחה כמות שהיא ביד יוסף אלחייאני בכל חפצים שהיו בה כגון אטנזיר ואלקום די צאר אצאבון ואם. מכר יוסף בני מכר מה שאינו שלו והנה לענין החפצים שטען שהניח פקדון אצל יוסף אלחייאני העיד לפני העד הנ"ל שיודע נאמנה שיוסף בנו הוא שמכר כל החפצים ובענין החצר שטוען שיוסף בנו מכר מה שאינו שלו אינה טענה לגבי היורשים ולגבי הלוקח דקי"ל טוענים ליורש וטוענים ללוקח ואנן טענינן דלא מכר יוסף הנז' אלא ברשות אביו הנז' או שקנאה מאביו וחזר ומכרה או שחזר יוסף אלחייאני וקנאה גם מאברהם ן' נאני הנז' ומה גם שכבר החזיק יוסף אלחייאני בחצר הנז' יותר מג' שנים ואעפ"י שלא החזיק בפני אברהם הנז' קי"ל בסי' קמ"ג ס"א דהויא חזקה מחמת שהשיירות מצויות מהתם להכא ואע"ג דקי"ל בסי' קמ"ו ס"ט דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ובענין שיטעון המחזיק לקחתי מבעליה מ"מ הכא שאין הקונה בעולם כי אם יורשיו הרי מפורש שם בסעיף י' שהבא מחמת ירושה אין צריך טענה אחרת וחזקתו חזקה אפי' בלא טענה והיה לו לאברהם ן' נאני לעשות מחאה כדאיתא בסי' זה ס"א בכל פחות מג"ש שאם עבר בין מחאה למחאה ג' שנים גמורות אינה. מחאה ואחר שלא נמצאת מחאה ביד אברהם ן' נאני לא נתבטלה חזקת יוסף אלחייאני והויא חזקה גמורה וזכה מימון הלוקח בחצר הנז' באין אומר ואין דברים ולראיה חתמתי במרחשון ש' ה' אלפים וה' מאות ששים ושלש ליצי' וקיים.

שאול ישועה אביטבול ס"ט

הן היום עמדו לפני לדי"ן הר' משה אלחייאני הנז"ל תובע להר' אברהם ן' נאני הנ"ל ולהר' יוסף בנו מחמת שבא מימון הקונה הנ"ל ותבע ממנו להפיץ ולהדיח מעליו ערעורי

האב ובנו הנז' באמרו ששלחו אליו לבא לעמוד עמהם בדין על ענין החצר הנ"ל מכח האחריות שקבל עליו משה האפוטרופוס הנז' לסלק כל עורר וכו' ובכן שלח מעשה ב"ד להאב ובנו הנז' לכפר תאמזאזית ובאו ועמדו לפני לדין וחזר יוסף הנז' לטעון טענתו הנ"ל להראות לו העדים שהעידו על המכר הנז' שמא ימצא להם צד קורבא לפוסלם ונומיתי לו כיון שפירשו חכמי העיר מקבלי עדות העדים הנז' שאין להם קורבא חזר וטען שמא יהיו חוזרים בעדותן ונומיתי לו מה תועלת בחזרתן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ובשלמא אם לא היתה עדותן להחזיק דצריכים להעיד בפני בע"ד יש תועלת בחזרתם דקי"ל במעיד שלא בפני בע"ד דחוזר ומגיד בפניו אבל הכא בנ"ד שהעידו להחזיק היורשים במה שהוחזק ביד מורישם דקי"ל בסי' כ"ח ס' י"ח דלא אמרו אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד אלא בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל המביא עדים לפטור את עצמו מקבלין יע"ש וא"כ בנ"ד דלפטור עצמן וקבלו שלא בפני בע"ד א"צ לחזור ולהעיד בפניו וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועוד יש טענה הנשמעת בפי משה הנז' שאין העדים יכולים להגיד בפני יוסף הנז' כההיא דכתב מורם שם בהגה סעיף ט"ו שכל שהעדים יריאים להגיד בפניו מקבלין שלא בפניו אלא שאין אנו צריכים לטענה זו דכיון דלפטור מסהדי מקבלין שלא בפניו אפי' אינם יראים והר' אברהם אביו טען דאף אם יתקיים המכר שמוכר בנו הנז' הוי כמוכר דבר שאינו שלו ונומיתי לו שכבר נתחייב שאין לו חזרה על היורשים דטענינן להו כנז"ל ואם יש לו תביעה עם בנו יתבענו וטען עוד שיש לו עדים שהוא הרשה ליוסף הנז' להשכיר לו החצר הנז' וגם יש לו עדי מחאה ונומיתי לו לכשיביא העדים אז נראה מה שיחייב הדין ע"פ עדותם ולראיה ביד משה הנז' חתמתי בט"ו באדר התקס"ג ליצי' וקיים.

שאול ישועה אביטבול ס"ט

סימן סד

בענין ראובן דמכר נכסיו לעלות לא"י ונמנע ממנו הדרך וחזר למקומו וישב ב' שנים ויותר ולא דבר מאומה ואדרבה ב' עדים העידו שהערוהו להחזיר ואמר שאינו חפץ שכבר קנה במקום אחר ויש שלמדו מתשו' רשב"א שהביא מרן בב"י במסכ"ג דאפי' לזמן מרובה חוזר והשיגום אחרים בטוב טעם, וזה מה שכתבתי אני.

דברים ברורים הם דשתיקה כזה הויא מחילה דבחזרתו למקומו ולא תבע להחזיר קרקעו בודאי אחליה לתנאיה ונשאר הקרקע ביד הלוקח מכור בלא תנאי דקי"ל דהמוכר כדי לעלות לא"י אם נמנע ולא עלה או לא נסתייע לעלות הרי המכר בטל משום דהוי כמוכר

על תנאי דבחזרתו ישוב לאחוזתו כדפסק הרמב"ם פ' י"א והש"ע ס' ר"ז ומזה למדו הפוסקים דהשתא דחשבינן ליה כמוכר על תנאי וקי"ל בסי' קע"ה המוכר על תנאי אין בעל המצר יכול לסלקו ה"נ במוכר לעלות לא"י דהוי כמוכר על תנאי דלית ביה דבר"מ עד שיגיע למחוז חפצו ויתישב שם ולא נשאר מונע אז בא בעל המצר ומסלק ללוקח עיין גינת ורדים חלק ח"מ כלל ו' סי' ח' וא"כ בנ"ד דלא תבע בחזרתו שהוא הזמן שרשאי להחזיר את שלו ושתק ולא החזיר הרי אחליה לתנאיה וכענין ההטבה שעושים לזמן קצוב שהגיע הזמן ולא החזיר את שלו שוב אינו מחזיר וההיא דהרשב"א לאו בהכי מיירי אחר חזרה אלא לענין אם נתעכב מללכת ועדיין טורח ומבקש ללכת והא לך לשון הרשב"א בשלימות בתשובות שנדפסו בלוורנו שנת זי"ת רענ"ן סי' קפ"ו וז"ל מה שאמרו בפ' אלמנה נזונת והלכתא זבין ולא אצטריכו ליה זוזי הדר זביני עד כמה הדרי הלעולם או אותו יום המכר או עד יומא דשוקא.

תשובה דבר זה כבר ידעת שהוא דוקא במגלה דעתו בשעת המכר שהוא מוכר מפני שהוא צריך למעות לענין כן וכן להכין לו צדה לדרך שהוא רוצה לעלות לא"י או לספק בהם צרכי רפואתו כשהוא חולה וכיוצא בזה ואעפ"י שלא התנה הרי הוא כאלו התנה שעל תנאי כן הוא מוכר וכדאיתא בקידושין פ' האיש מקדש והילכך לא יום א' ולא יומים אלא כל שעבר אותו הענין ולא נזדמן לו לעשותו או שלא הוצרכו לו לכך אפי' לשנה או לשנתים חוזר בו שהרי גלוי דעתו כאן בתנאי גמור וכל שבתנאי גמור חוזר בגילוי דעתי נמי חוזר שהרי אמרו שם ההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל סליק ולא איתדר ליה אמר רבא כל דסליק אדעתא למיתדר הוא והא איתדר אלמא אפי' לזמן מרובה הוא לפי מה שהוא הענין וזה ברור עכ"ל, הרי דהשאלה היתה אם לעולם הדרי או אותו יום המכר או עד דיומא דשוקא דהיינו שלא קנה הדבר שבשבילו מכר אם נאמר לעולם חוזר או יום המכר וכו' ודכוותה גבי העולה לא"י כ"ז שהוא טורח לעלות ודברים ברורים הם והאריכות בהם יגיעת בשר ומה גם דאיכא עדים שהעירוהו להחזיר ואמר שאין רצונו להחזיר הרי מחל בפי' ועיין מהרימ"ט סי' ק"ל וקי"ד וסי' מ"ה בענין שתיקה דהויא כמחילה בכמה אנפי וכ"ש בנ"ד שהקונה ממנו הוא הר"ד בן דו"ח וכשבא הודיעו אם רצונו לפדות וכשלא חפץ לפדות אז מכר לזולת ומה יענה על מעשה כזה דבראותו מוכר לזולת ולא מיחה אין לך מחילה גדולה מזו החו' פה צפרו יע"א בז' במרחשון שנת וק"ם הבית אשר לא חומה לצמיתות לקונה אותו לדורותיו וקיים.

שאול ישועה אביטבול סל"ט

סימן סה

בענין ריב שבין הר' בנימין בן סמחון ובין אלמנת כהר"ר בנימין לכרייף במה שמכרה מחצית החצר הנק' ע"ש אסיך מימון וטען עליה על הבית שדרה בו שתתן חצי השכירות כפי מה ששוה הבית והיא אמרה התניתי עליך שאהא דרה בבית הזה לעולם ואתה תטול שכירות הבית שכנגדו אע"פ שאין שכירותם שוה ופסק להם מוהרש"ם נר"ו שאין בדבריה כלום מההיא דסי' פ"ב סי"ב דהיכא דכתב בשטר בלי שום שיור אין הלוה נאמן וחזר וטען עליה שלא לעשות אומנות הרגילה לעשות בהבית הנז' שמרבה עליו הנכנסים והיוצאים והשיבה שגם זה התנית עליו ועוד כיון שהיתה רגילה לעשות שם מלאכה קודם שמכרה לו והוא לקח ממנה סתמא אדעתא דהכי לקח וסבר וקבל וגם ע"ז סתר טענתה מההיא דסי' קנ"ד סכ"ח ראובן שנתן או מכר וכו' רשאי לבנות לפני החלונות. הרי אף שהיו לו החלונות בשעה שמכר לו לא מצי אמר אדעתא דהכי קנית ממני ומההיא דסי' קע"ג וכתב דמההיא דסי' רי"ד ס"ד בהגה ראובן שמכר וכו' דלא מכר לו שיפסיד ביתו וכו' משום דכתב עלה הט"ז היכא דא"א בענין אחר יע"ש.

וזה מה שכתבתי על דבריו לפי דברי האלמנה שטוענת שהתנית על הקונה הנז' שתטול לעצמה בית דירה הבחיר"ה ולהניח לקונה דפחיתא מינה נמצאת סותרת לשטר המקנה שכתוב בו שזכה הקונה במחצית החצר לדור ולהשכיר וכו' בלתי שום עדיפות להמוכרת הנז' ומאין הרגלים לומר שהתנית עליו ליטול חלק יתיר בשכירות ואפי' אם טענה תנאי שאינו סותר השטר כיון שכתוב בשטר בלי שום שיור זכות כלל לא מצית לטעון שום תנאי וכמ"ש רב רחומא"י הח' הפוסק נר"ו בדברי קדשו. ובר מן דין אפי' יודה הקונה לדבריה שהיה תנאי זה קודם המכר כיון שלא נזכר בשעת המכר אמרינן חזרו מהתנאי וסתמו השטר בלי תנאי וכמו שפסק מר"ן בסי' ר"ז סעיף ד' וז"ל ואעפ"י שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כ"וך כיון שבשעת המכירה לא אמר אינו חוזר יע"ש וז"ל הרשב"א בחידושיו ואפי' הודיע ללוקח עצמו בתחי' המקח וג"ד שמוכרה אדעתא למיסק אפ"ה כיון שבשעת גמר המקח לא התנה איפשר שחזר בו אחר כך וגמר והקנה עכ"ל הרי שכל שלא הזכיר התנאי בשעת הקנין אמרינן חזר בו וגמר והקנה בלי שום תנאי ומ"ש מורם שם ס"א בהגה וז"ל וכן אם התנו תנאי ואח"ך כתבו השטר סתם ודאי על תנאי הראשון כתבוהו עכ"ל לכאורה נראה היפך דעת מרן ס"ד הנ"ל וכד דייקינן במקור הדין שממנו הוציא מורם דין זה ומבואר בד"מ שהוציא דין זה מהריב"ש סי' ק"ב ודברי הריב"ש אמורים במי שנתחייב לאשתו צ צ'דאק בערכאות והיא קטנה ע"י אביה והתנה קודם שיודה לה הצד'אק על אביה שלא תתבע האצ'דאק לגבות מחיים

וכאשר גדלה הבת ואביה נלב"ע תבעה לבעלה לפרוע לה האצ'דאק בדיניהם ועל זה השיב הריב"ש כיון שהיתה קטנה והאב זכאי בביתו בידו להתנות עם הבעל כחפצו ולא נתחייב הבעל בהאצ'דאק אלא ע"ד התנאי ההוא ואעפ"י שכשקיים התנאי בפני הערכאות קיים סתם אין בזה חשש וכתב עוד וז"ל ולא דמי להההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל ובעידנא דזבין לא אמר דאמרינן בפ' האיש מקדש דהוו ליה דברים שבלב ואינן דברים והמכר קיים אע"ג דלא סליק דהתם לא התנו בזה מתחי' אלא שגלה בדעתו שכדי לעלות הוא מוכרם וכיון שלא אמר כן בשעת המכירה הוו להו דברים שבלב אבל זה שהתנה בפי' עם האב שהוא בעל דבר בזה שיעשה לה האצ'דאק כדרך שהערכאות עושים שאין כותבין שם תנאין אלא כותבין סתם אבל יהיה תנאי שלא יבוקש אלא בעת גביית הכתובה אין ספק שהתנאי קיים ועל דעת התנאי ההוא נתקיים הצ'דאק ולא בזולתו עכ"ל הנה בתחי' השיב דהתם שלא אמר כן בשעת המכירה אלא ג"ד מתחי' הוו להו דברים שבלב וכאן תנאי גמור ומשום דיש להשיב הניחא כשגלה דעתו לבד אבל אם אמר בפי' ללוקח בתחי' המקח דהשתא לא הוו דברים שבלב אפ"ה אמרינן כיון שבשעת הקנין לא אמר נימא שחזר בו מתנאי הא' וגמר והקנה לכך הוצרך הריב"ש להאריך דהכא שאני שהערכאות אין כותבין שום תנאי אלא סתם מוכרח היה במעשיו לעשות התנאי מקודם שע"ד כן הוא מתחייב סתם ולא שייך בזה שחזרו מן התנאי הא' וכתבו סתם ודו"ק כי נכון הוא.

ומה שטוען עליה הקונה שלא תעשה מלאכה לפי שמרבה עליו הנכנסים והיוצאים והשיבה בטענה שנית אחר שהיתה רגילה לעשות שם מלאכתה קודם שמכרה לו אדעתא דהכי לקח ממנה נראה שטענה זו טענא אלימתא היא ומילתא דסברא היא שאין הקונה מונעה מלעשות מלאכתה כימי קדם שהרי כבר היכר וידע בשעת הקנין שהיתה עושה שם מלאכתה ברבוי הנכנסים והיוצאים וכיון דידע והיכר בזה מסתמא אדעתא דהכי נכנס וקנה ואיך יעכב היום עליה דדוקא היכא דעמד א' משותפי החצר ונעשה אומן מחדש והחזיק באומנתו מחמת שלא מיחו בו שעם היות שאינם יכולים למונעו מאומנותו מחמת שהחזיק מ"מ לגבי הנכנסים והיוצאים אעפ"י שהחזיק אין חזקתו כלום ויש להם בכל עת לעכב עליו ולומר אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים והיוצאים משום דהחזיק זה כמו העשן והאבק שאין להם חזקה מחמת שאין הדעת סובלתן ואפי' החזיק כמה שנים יכולים בני החצר לומר סבורים היינו שיכולים אנו לקבל ועכשו אין אנו יכולים לקבל כמו שפסק מר"ן בסי' קנ"ו ס"א וס"ב וס"ד וע"ש בסמ"ע מ"מ אין הדברים אמורים אלא בהיכא שנעשה אומן מחדש כדמשמע מס"א שבקש לעשות אומן

ובס"ב דנקט חנות שבחצר הרי סיים בה מאחר שהחזיק לעשות כן ובס"ד שנעשה א' מהם אומן מבואר שמחמת שתיקתן הוא דזכי באומנותו ולא זכי בהנכנסים והיוצאים בטענה שסבורים היינו וכו' אבל בנ"ד דלאו מכח שתיקתו קא זכיא אלא מכח קדימתה שקדמה והיתה עושה מלאכתה שם עם הנכנסים והיוצאים והקונה הכיר וידע ואדעתא דהכי קנה שהרי לא התנה עליה לבטל מלאכתה משם תו לא מצי למונעה בטענה דסבור הייתי דטענה זו מהנייא על השתיקה אבל בנ"ד כשיאמר סבור הייתי שיכול אני לקבל ולכן קניתי ועכשו איני יכול לקבל א"כ המקח בטל לפי טענתו.

ומה גם דטענה זו דמרבה עליהם הנכנסים והיוצאים ואין יכול לישן וכו' בזמנינו היא טענה גרועה דאין אדם ישן ביום דנימא יבלבלהו קול הנכנסים והיוצאים ולא יכול לישן ובלילה שהוא עידן שינה לכל אין שם נכנסים ויוצאים וההיא דפסק מרן בסי' קנ"ד סעיף כ"ח שרשאי אותו שקנה החצר לבנות כנגד החלונות הפתוחים מהבית שהניח המוכר לעצמו אעפ"י שמאפיל עליו אינה ראיה לנ"ד דהתם היינו טעמא משום דקי"ל המוכר בעין יפה מוכר וכשמכר לזה החצר לעשות בה כל חפציו מכרה לו ואינו יכול למונעו מלבנות בשלו נגד חלונות הבית אעפ"י שמאפיל עליו משום דהוי כמו שקבל עליו בשעת מכירה שיאפיל עליו הואיל ולא פירש לו שירחיק מחלונותיו שיעור הרחקה כדאיתא בטור וב"י ודעת החולקים שהביא מורם דאין יכול לבנות בלא הרחקה ס"ל דאע"ג דמוכר בעין יפה מוכר אין סברא שימכור באופן שיזיק לו במה ששייר לעצמו המוכר ובין למר ובין למר נהי שסובר שאין המוכר יכול לעכבו מלבנות נגד חלונותיו מיהו לכ"ע אין הלוקח יכול לומר למוכר סתום חלונותיך אעפ"י שיש בהם היזק ראיה כמבוא' בב"י וכתב בדק הבית שזה דעת כל הפוסקים דאין צריך המוכר לסתום חלונותיו זולת הרא"ש לבדו ופירש דברי הרמב"ם לסברא זו כדעת הפוסקים יע"ש באורך ובנ"ד שלא מכרה לו מקום מסויים רק מכרה לו מחצית החצר כמות שהיא לא שייך למימר לבנות בשלו כדי למנעה מהנכנסים והיוצאים וכ"ש דלא שייך למונעה ממלאכתה שבשבילה מתרבים הנכנסים והיוצאים דלכל הפוסקים אין הלוקח יכול לומר למוכר סלק נזקך כנ"ל וזה כמה שנים משדנתי בין כהה"ר מסעוד בכהה"ר י"ט בן הרוש שמכר בית א' בחצירו למכלוף בן חמו והיה מוכר האלעט'ר בבית ששייר לעצמו לכל בני העיר ב"ב ושאב"ב ועכ"ז זכה בדינו ולא יכול הקונה לעכב עליו והסכימו הרבנים חלקם בחיים ומשיי"ח נר"ו ומצאת כי תדרשנו אצל מסעוד נכדו הדר בפאס יע"א החותם פה צפרו יע"א במרחשון שנת תקדמ"ך לפ"ק וקיים.

שאול ישועה ס"ט

סימן סו

שאלה ראובן היתה לו חצר א' כולה שלו והיה עושה בה מלאכתו ואח"ך מכר מחציתה לשמעון ונשאר ראובן עושה שם מלאכתו בבית כאשר בתחילה ועכשו עמד שמעון לעכב עליו מצד רבוי הנכנסים והיוצאים וראובן משיב אני לא מכרתי לך מתחילה רק אדעתא דהכי שהרי קודם המקח ידעת כל זה ואדעתא דהכי קנית ואם לאו הרי המכר בטל ואחזיר לך דמי המקח יורינו מ"צ הדין עם מי?

תשובה שבוע שעבר נשאלתי על זה בחצר אפרים בן ישששכר והשבתי דאינו יכול לעכב עליו דהו"ל כזוכה מן ההפקר סי' קנ"ה בהגה ס' ל"ו שהקודם זכה אף אבק ועשן שדומה להם הנכנסים והיוצאים וכ"ש זה שזכה בשלו והשני כשקנה ע"ד כן קנה ומעשים בכל יום בקונה בית בחצר שיש בה ב"ה הי"ג האם יכול לעכב שלא יכנסו בני בה"כ וא"צ לומר לו הרי המכר בטל דבע"כ צריך לקבל כיון שידע תחילה ונ"ל זה פשוט ונדרשתי לחתום עליו וח"פ בכסלו ח"ן לפמ"ה ושו"ב וקיים.

רפאל ברדוגו ס"ט

הדין דין אמת דלא מצי הלוקח לעכב בנזק שהחזיק בו המוכר וכעין ראי' בסי' קע"ג סס"ג ונ"ל שזה פשוט.

הצעיר יקותיאל ברדוגו סי"ט

דבר פשוט וברור שאין הקונה יכול לעכב על המוכר לעשות מה שהיה עושה בחצר קודם מכירה ואדעתא דהכי נחית וקנה דאל"כ הי"ל להתנות עליו בשעת הקנין שלא יעשה מלאכה ומעשים בכל יום כיוצא בזה ולית דימחו ביד המוכר ויימר ליה מה עבדת בשלהי תשרי תקס"ד לפ"ק וקיים.

ע"ה יהודה בן עטר ס"ט נאם שמואל בן זמרה ס"ט

וזה מה שכתבתי אנא זעירא מילתא דסברא היא שהדין עם ראובן לעשות מלאכתו בביתו מדין קדימה שקדם והיה עושה שם מלאכתו בהיות כל החצר שלו ולא היה אדם מוחה דבשלו הוא עושה דין הוא שאין כח לשמעון הקונה ממנו למונעו שהרי כבר הוכר וידע בשעה שקנה שראובן עושה שם מלאכתו עם רבוי הנכנסים והיוצאים וכיון דאמרינן מסתמא אדעתא דהכי נכנס וקנה תו לא מצי לעכב על המוכר מלעשות מלאכתו דדוקא היכא דעמד א' משותפי החצר ונעשה אומן מחדש והחזיק באומנותו מחמת ששתקו ולא מיחו בו בזה הוא דאמרינן דמאומנותו אינם יכולים למונעו אפי' יש בה קול הפטיש וכו' אבל לגבי הנכנסים והיוצאים אפי' שתקו ולא מיחו בו יכולים לעכב עליו ולומר אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים וכו' משום דהזיק זה כמו העשן והאבק שאין להם

חזקה דיכולים להשיב על שתיקתם סבורים היינו שיכולים אנו לקבל ועכשו אין אנו יכולים לקבל כמו שפסק מר"ן בסי' קנ"ו ס"א וס"ב וס"ד ועיין שם בסמ"ע מ"מ אין הדברים אמורים אלא בהיכא שנעשה אומן כדמשמע מס"א שכתב שבקש לעשות אומן וכו' ובס"ב דנקט סתם חנות שבחצר הרי סיים מאחר שהחזיק לעשות כן ובס"ד כתב שנעשה אומן מבואר שמכח שתיקתן הוא שהחזיק ויכולים למונעו מהנכנסים והיוצאים בטענה שסבורים אנו שיכולים לקבל וכו' אבל בנ"ד דלא מכח שתיקתן קא זכי אלא מכח קדימה שקדמה להם אומנותו עם הנכנסים והיוצאים והמה ראו וידעו והכירו בזה ובאו וקנו ממנו מסתמא אדעתא דהכי קנו ותו לא מצי למונעו בשום טענה דטענת סבורים היינו מהנייא על השתיקה אבל הכא בנ"ד אם טוענים סבורים היינו שיכולים אנו לקבל ולכך קנינו ועכשו אין יכולים לקבל א"כ בטלו המקח מעיקרו בטענתם ומה גם שטענת אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים לא שייכא בזמנינו זה במקומות מושבותינו דאין שום אדם ישן ביום דנימא דאינו יכול לישן מקול הנכנסים ביום, ובלילה שהוא עידן שינה אין שם נכנסים ויוצאים והראיה שהביא מוהר"ר רפאל ברדוגו מסי' קנ"ה סל"ו בהג"ה שכתב מיהו אם זכו שניהם מן ההפקר כל הקודם זכה אינה ראיה דהפקר שאני וכמו שחילק הריב"ש שהוא מרה דהאי שמעתא בין מכר להפקר משום דמוכר בעין יפה מוכר וההיא דהריב"ש פסקה מרן סוף סי' קנ"ד ובסי' קנ"ד סעיף כ"ח פסק דרשאי אותו שזכה. בחצר לבנות בפני החלונות הפתוחים מהבית ששייר המוכר לעצמו מטעם דמוכר בעין יפה מוכר וכשמכר לזה. החצר הוי כמוכרו לו לעשות בו כל חפציו ואינו יכול למונעו מלבנות נגד חלונותיו אעפ"י שמאפיל עליו וכי היכי דלא תיקשי לן דברי מרן אהדדי מוכרחים לחלק כמו שחילק הריב"ש ונוקי חדא במכר וחדא בהפקר ומ"מ בנ"ד אף במכר מהנייא קדימתו דאיתא בב"י דאע"ג שאין המוכר יכול לעכבו מלבנות נגד חלונותיו מ"מ אינו יכול לומר למוכר סתום חלונותיך אעפ"י שיש בהם היזק ראיה וכתב מרן הקדוש בבדק הבית שזה דעת כל הפוסקים דאין צריך המוכר לסתום חלונותיו זולת הרא"ש לבדו ופי' גם דברי הרמב"ם כדעת הפוסקים יע"ש באורך. ובנ"ד שלא מכר ראובן לשמעון מקום מסויים בחצירו רק מכר לו מחצית החצר כמות שהיא לא שייך לבנות בשלו כדי למנוע חבירו מלעשות שם מלאכתו ברבוי הנכנסים וכו' דאין חלקו מבורר לבנות בשלו לסלק נזקו דלכל הפוסקים אינו יכול לומר למוכר סלק נזקך כנ"ל, **איברא** דכשיבואו לחלוק החצר ולברר כל א' חלקו דקי"ל הרי הם כלקוחות זה מזה כדאיתא בסי' קע"ג ס"ג דכיון דחלקו לא נשאר לא' מהם זכות בחלק חבירו אעפ"י שהיה מקודם יע"ש והיא הראיה שהביא אחיו הגדול מוהר"ר יקותיאל ז"ל דמשמע דאינם

יכולים לעכב עליו קודם חלוקה כדכתי' ואחר שחלקו מצי ראובן להתנות על שמעון להניחו לעשות מלאכתו ולא ימנענו ודברים ברורים הם וזה כמה שנים שדנתי בין כהה"ר מסעוד בה"ר י"ט בן הרוש שמכר בית א' בחצירו להר' מכלוף בן חמו והיה מוכר בהבית ששייר לעצמו האלטע"ר, לכל בני העיר ב"ב ושאב"ב ועכ"ז זכה בדינו מכח קדימה והסכימו בזה הרבנים המובהקים חלקם בחיים ומשי"ח ומצאת כי תדרשנו אצל נכדו הר' מסעוד הדר היום בפאם יע"א החותם פה צפרו ט"ו במרחשון שנת תפלתי תקדמ"ך לפ"ק וקיים.
שאול ישועה אביטבול סל"ט

סימן סז

נדרשתי לחוות דעתי בענין לאה ודינה בתה שמתו במגפה ולא נודע איזו מהנה מתה תחילה קרובי הבת אומרים האם מתה תחילה והבת יורשת את אמה להנחיל לקרוביה ואחיה של האם אומר שהבת מתה תחילה ואח"ך מתה האם ולו מגעת ירושת אחותו.
והשבתי שהדין עם אחיה לרשת הכל דמדינא מעמידין הנכסים בהיכא דהוו קיימי בחזקת האם והוא יורשה ודאי משא"כ יורשי הבת מי יימר שזכתה בנכסי האם שיבואו לירש אותן ואחר שהדבר ספק אין מוציאין מספק מחזקתן שהיו בחזקת האם בחייה כדפסק מר"ן בסי' ר"פ סעיף י' יע"ש והוא פשוט והפשרה שעשו בשביל שחכמי אותו הכפר לא פסקו להם את הדין הוייא פשרה בטעות ומה גם שהוציאו מודעה על הפשרה ועל ביטול המודעה ועוד יש טעות אחרת שקרובי הבת הראו לאחיה נכסים מועטים ועל כן נתפשר ואחר הפשרה נתגלה שהנכסים מרובים ודאי דאין כאן חלות לאותה פשרה מכל צד ולראיה חתמתי במרחשון משנת הארץ וכ"ל אש"ר ב"ה לפ"ק וקיים.
שאול ישועה אביטבול סל"ט

סימן סח

מה שכתבתי בענין שוכר שהעמיד בעל הקרקע לממשכן כדי שישאר דר בביתו ומת השוכר וחייב מוהר"א מונסונייגו בנו אחריו ורבני פאס מוהר"ר אליהו הצרפתי ומוהר"ר מתתיה סירירו פטרוהו משום דלהתירא בעלמא הוקם וכמ"ש בפסק הרבנים מוהר"ר יעב"ץ ומוהר"ר שב"א וכתבו שמן התקנה כל שהעמיד השוכר יותר משווי המדור שנתבטל וכו' ותמהו עליהם שמן התקנה הפקיעו היתר על שווי המדור. וזה מה שכתבתי.

הרב מוהר"ר אפרים מונסונייגו שפסק לחייב כהה"ר סעדיה הנז' אלמלא ראה דברי רבותיו מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ומוהר"ר שב"א זלה"ה היה שותה בצמא את דבריהם ולא היה מורה נגד סברתם לחייב השוכר עצמו וכ"ש בנו אחריו ואע"ג דלטעם דיהיב הלבוש בהתיר אפסקה אחר הוא משום שבעל הבית פורע ביד השוכר והשוכר פורע להממשכן דהו"ל כאומר הילך ד' זוזי ואוזפיה מנה לראובן שלא בא מיד לוה למלוה כבר השיגו הט"ז בסי' קע"ב ס"ק ז' דדין זה אינו אלא בשאר משכונות דאין כאן שום רבית דאפי' בהלואה גמו' שרי לומר הילך ד' זוזי ואוזפיה וכו' ונראה הטעם כמ"ש הב"י סי' קס"ד דכיון דאפסקה אחר תו לא מוכחא מילתא דאדעתא דהכי אוזפיה ולפי טעם זה איכא למימר דמצי בעל הבית לפרוע ביד הממשכן עצמו והפסקת השוכר אינה אלא לסברת האוסרים במשכנתא דסורא שיחזור המלוה להשכירה לשוכר מטעם שכתב הב"י שם בשם הרשב"א ובשם הנ"י משום דאיגלאי מילתא למפרע שע"ד כן הלוהו יע"ש והיכא דאפסיקה אחר תו לא מוכחא מילתא אבל ליש מתירין מתירין אפי' בלא הפסיקה אחר כמ"ש מר"ן בסי' קע"ב ס"ב ואחר שכן אפי' נימא דאין שום חיוב על השוכר ועיקר חיובא על הב"ה לפרוע ליד המלוה אין כאן לתא דרבית דהפסקה אינה אלא לאוכוחי שלא ע"ד כן הלוהו ודו"ק.

ובענין התקנה שכתבו רבני פאם יע"א דאשתמיטתיה למוהר"ר אפרים ז"ל אינה התקנה ש"ש שכ"ל טו"ב ולא ש"ש מגדי"ו שהעתיקו חכמי מקנאס יע"א דההיא אינה אלא להפקיע הנוסף על שווי הקרקע אלא תקנה אחרת היתה כשקרא תגר הרב הגדול מוהריב"ע זלה"ה על משכונות הבעלי בתים ושלח לחכמי המדינות והסכימו עמו רבני מקנאם מוהר"ר משה טולידאנו זלה"ה ומוהר"ר חביב אחיו זלה"ה ומוהר"ר משה ברדוגו זלה"ה ושוב שלח עוד לרבני מקנאס יע"א הסכמת מוהר"ר חסדאי אלמושנינו זלה"ה וז"ל קבלתי תשו' ה"ה הדו"מ כמוהר"ר חסדאי אלמושנינו וגם ראיתי את הלח"ש וארשת שפתיו ילכו ולא ייעפו והנה היא כרוכה תוך זו וחזרו ושלחו לו רבני מקנאם הנז' וז"ל אשע"ך כל אשר תמצא ידך בכחך לעשות הננו גם אנחנו מחזיקים בסברתיה דמר כי היא הנכונה והישרה מצות השם ב"ה ובכן אם יראה בעיני מעכ"ת לתקן המעוות ולהסיר המכשול יכתוב ויחתום הסכמה בנויה על קו היושר ואנחנו נבא אחר כת"ר ומלאנו את דבריו ונסיר מעל צוארינו אשמה ונשלוח ספרים ליד חכמי הקהלות והשומע ישמע והחדל יחדל כי כאשר נעשה מה שמוטל עלינו לא תשאר עלינו אשמה וההסכמה תהיה על העתיד ולא על מה שעבר כתקנת קדמונינו נ"ן. וזה מה שכתבו חכמי צפרו יע"א זלה"ה, בהיות אמת באלו השנים שעברו מקרוב בזמן שנתנו ב"ד של פאם יע"א וב"ד

של מקנאם יע"א מוזרות בענייני המש' ושכירותם ותקנו מה שתקנו עשינו אנחנו פה על פי אותה תקנה וכל מי שהיתה בידו שום משכונה ושוכר פטרנו השוכרים ונשארו המלוים נהנים ע"י עצמם במש' ברב או במעט או דרים בהם מלבד מש' יתומים ועד כען נוהג אותו ענין הנז' ולראית האמת ח"פ שנת התפ"ב ליצי' וקיים וחתמו חתימתם.

גם ראינו מה ששלח מוהר"ר ישועה ן' חמו זלה"ה וז"ל שמאותו זמן שכתבו ב"ד שבמקנאם יע"א עם בית דינכם הצדק מוזרות כלבנה בענין המשכונות ותקנתם מה שתקנתם ושלחתי אחר נוסח התקנה והרי הוא אצלי כלל דבריהם מיד האדון ונוסחא כולה מיד מוה"ר חביב זלה"ה מאותו זמן בטלנו מי שהיה לו שיכר אלא המלוה ישכור על ידו ברב או במעט או ידור בשלו והרבה מהם החליטו המכר כדי שיוכלו להשכיר מהקונה שלא רצו לצאת מדירתם והשיב הרב וז"ל ולזה אני אומר אמת דמטעם מה שיצא מבינינו בימי החכם זצ"ל כמוהר"ר חביב לית דין ולית דיין דהשכירות נעקר ובטל מן העולם אחר שעמדו על זה רבו חכמי התקנות ועוד דכבר נעשה מעשה פה פאם ומקנאם ומח"ק וגם נתייאשו מזה בעלי המשכונות והשכירו מקומם על ידם אין לזוז ממנו אעפ"י שהמציאו ראיות על זה כפי הדין להחזיק ידי בעל המשכונה. ע"כ וחתום על זה הרב המובהק מוהריב"ע זלה"ה ומוהר"ר אברהם אבן דנאן זלה"ה ועוד מצינו ששלח מוהר"ר ישועה הנז' זלה"ה לרבני פאם יע"א בענין זה וז"ל ועוד שמענו שתקנו כת"ר עם חכמי מקנאם יע"א בענין המש' ששום איש או אשה שימשכנו שום קרקע שיטפל בעל המש' בשלו ולא ישאר בעל הקרקע דר ע"י שוכר מלבד היתו' ע"כ. והשיבוהו וז"ל ולענין המשכונות של בעלי בתים הכתובות מקדמת דנא במש' ושוכר מה שכבר גבו גבו ומה שעדיין לא גבו כשבאים לתבוע בב"ד אנו מפשרים ביניהם ויוותרו מסך השכירות כפי ראות עיני הדיינים ומכאן ואילך יפנה דירתו בעל הקרקע ויפטר השוכר ויבא בעל המש' וידור בה או ישכירנה למי שידור בה ממש ואחר שידור בה שנה או שנתים אם יחזור וישכירנה לבעלים בהעמדת שוכר לית קפידא זהו מה שעלתה הסכמתינו במש' בעלי בתים החו' פה פאם שנת התע"ג וקיים וחתום הרב הגדול מוהריב"ע זלה"ה והרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה הוצרכתי להאריך להודיע שהרבנים רבני פאס יע"א על זאת התקנה האחרונה הוא דכתבו בדבריהם וז"ל והעלו בדבריהם דמה שגבה גבה ומה שלא גבה יחזור על הקרקע להשכירו לזולת ועל זה הוא שכתבו ואין אתנו לעת כזאת ס' התקנות להעתיק פה לשון התקנה היינו ס' שכתובה בו תקנה זו דאלו ספר התקנות הידוע שיש בו תקנה ש"ש שכ"ל טו"ב עם תקנת שנת מגדי"ו אינו זז מלפניהם ובחנם

השיגום חכמי מקנאם וחכמי תיטוואן מתקנת שכ"ל טו"ב וכו' דלא משמע מנייהו אלא הפקרת העודף על שווי המדור.

ומ"מ הן פשטה התקנה אצלם הן לא פשטה מ"מ מדינא אין חיוב על השוכר כפסק הרבנים הנ"ל וכ"ש על בנו אחריו ומה גם שנראה מדברי מוהריב"ע זלה"ה שמוהר"ר חסדאי אלמושנינו מאריה דאתרא תיטוואן עומד בסברתם לשרש אחר השוכר במשכונת בעלי בתים משום לתא דרבית כמבואר בדבריהם ואם מקומות שלא חתמו עמהם קיימו עליהם התקנה כשתקנוה תיטוואן שנתן הרב שלהם חתימתו לשוות השכירות הבאה ע"י שוכר חתיכה דאיסורא היאך לא יתנהגו באתריה כוותיה ואם כן בין מן הדין. בין מן התקנה חייבים להחזיר מה שנטלו מהה"ר סעדיה קרקע או טלטל כמ"ש רבני פאס יע"א כי כל דבריהם אמת וצדק מן הדין ומן התקנה והדין שפסקו הרבנים הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ ומוהר"ר שב"א זלה"ה הנה הוא אמור בדבריהם דאין חיוב על השוכר משום דלשריותא בעלמא הוא דאתי וכן אנו דנין והולכין מכח הפסק ההוא המועתק אצלינו בתוך הפסקים המועתקים אצלי מהר"ם ברדוגו זלה"ה דף כ"ה ואין אומר ואין דברים נאום החותם פה צפרו בחדש טבת בשנת בשלם ובמישו"ר לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול סי"ט

סימן סט

מה שכתבתי בדין תביעת שד"ר כמוה"ר חיים גדליה לכהרי"ט בהפקדון שהיה מונח אצל הר"ש אנהורי מנכסי חברון וכאשר שלח איזה עורות עם כה"ר יעקב טולידאנו למכרם בלוורנו וצוהו לתת מדמיהן סך הפקדון לממונה על נכסי א"י שם ולא נתן וחזר לעירו ורצה לעכבם לעצמו והרש"א הנז' עכב לו איזה סחורה ולא רצה ליתנה לו עד שנתן המעות וכשירדו לחשבונו נשאר רש"א חייב לכהרי"ט סך גדול ונדונו במתא ארבאט ופסקו פטור הרי"ט הנז' וכן במקנאם פטרוהו וזה מה שכתבתי על דבריהם.

הדבר ברור דאין כאן מקום לחייב להרי"ט הן פקע שם פקדון מנייהו או לא פקע דהא דאמרי' תן כזכי או הולך כזכי דוקא כשמוסר לו עתה החפץ או המנה ואומר הולך או תן מנה זה לפ' כמ"ש התוס' והרא"ש בפ"ק דגיטין וכ"כ הרמ"ה הביאו הטור וז"ל ומיהו דוקא אם נותן לו החפץ עתה בידו כדי ליתנו לו מיד שבא לידו זכה בו המקבל אבל אם מתחילה לא בא לידו על דעת לזכות לזה ואח"ך אמ"ל תנהו לפ' לא קנה אלא במעמד שלשתן ואפי' הוא תופס החפץ בידו בשעה שאמר לו תן כיון שלא בא לידו מתחילה לשם כך וה"מ שא"ל תן אבל אם א"ל זכי זכה לו בעוד שהחפץ בידו זכה לו אעפ"י שלא

בא לידו מתחילה לשם כך או אפי' לא היה בידו בשעה שא"ל זכי ע"כ. וא"כ בנ"ד שלא אמר בל' זכי אף אם אמר תן או הולך לא מהני כיון שמתחילה נתן בידו הטורות למכרם בליוורנו וליתן סך מהדמים ביד ריקאנטי הממונה על מעות א"י והיינו טעמא דחכמי ארבאט דתלו הדבר בדלא אמר לשון זכיה משום דלא מהני בכה"ג זולת לשון זכיה ואפי' אם אמר לשון זכיה כיון שעכבן לעצמו קנה לעצמו כמ"ש. ע"כ נמ"ך וחע"ד.

סימן ע

דברים פשוטים הם ולרוב פשיטותן לא נתנו ליכתב דבודאי הוא שזכה האב בחלק בתו הנז' שמכרה לו חלקה ברשותה מכירה גמו' ואע"ג דהתחיל בל' סילוק דהוא לישנא גרועה. בקרקע דקי"ל בפ' הכותב ד' פ"ג האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום מ"מ הא אסיק התם דבקנו מידו אמינא דמגופא דארעא קנו מידו וכפי' רש"י והרא"ש שם דהא בעיא קאי אברייתא דדין ודברים אין לי על שדה זו וכו' וכשאומר לשותפו אין לי עסק וכו' בקנין מהני יע"ש ובנ"ד אף שהתחיל בל' סילוק הרי סיים בכמה לישנא דמכר וכי יחזיק וכו' ולא שירא וכו' ובמכר אין צריך לא מציאות חכם ולא הסכמת הארוס דלא אמרו בתקנה ש"ש בנשא"י ידי אל דבר קדשיך דצריך מציאות חכם או הסכמת הארוס אלא במוחלת לאביה מה שירשה מאמה או לאמה מה שירשה מאביה שחששו לטענת אונס שלפעמים היא כאנוסה מאביה או מאמה וכן חששו לטענת מחילה בטעות לכן הצריכו מתקני התקנה מציאות חכם או הסכמת הארוס דלא יסכימו אלא בהיותה מחילה גמו' בלא טעות וכמו שמפו' בטעם התקנה שם. וגבי מוחלת לבעלה נכסים שנפלו לה בירושה או במתנה נתנו טעם למציאות חכם שלפעמים היא כאנוסה מבעלה למחול ולבטל זכותה ובהמצא שם החכם אפשר שיש תקון בדבר יע"ש ה"נ נימא גבי בת דבהמצא החכם או הארוס יש תקון להונם אבל גבי מוכרת לא שייכי לה טענת אונס ולא טענת מכירה בטעות דטענת אונס גרידא במכר אינה כלום דתליוה וזבין זבי' זביני ובעינין מסירת מו' עם הכרת אונס וליכא וגם טענת מכירה בטעות אינה אלא במוכר במדה במשקל ובמנין דקי"ל בסי' רל"ב דנקנה המקח ומחזיר הטעות אבל בנ"ד שמכרה סתם כל חלק העולה לה בירושתה ולא פירשו בפרטות הקרקעות והטלטל שמכרה לו אמינא ודאי שמכרה הכל קרקע וטלטל גלויות ונסתרות מדלא פירשה מה מכרה אם דוקא בנגלה ומסתמא נמי ידעה מה שמכרה והארוס נמי מסתמא ידע על מה הסכים ומה מקום לטענת של הבל אחר עידן ועדנין ואם היתה פחותה מבת עשרים כשמכרה הרי לא מחית מיד כשגדלה. כל זה כשכתבנו

יוצדק אם היה מביא עדים שאנסה ושהטעה אותה אז ראוי ליזקק לו ולהשיבו על דבריו כמ"ש אבל בנ"ד שאין בידו שום ראיה לדבריו רק בהבל פה אמר שאנוסה היתה אשתו ושהטעה אותה אביה אין לנו אלא לשתקו בנזיפה ומהתימה על חכמי עירם שלא שתקו אותו בנזיפה ולא להטריח זקן זה מעיר לעיר ולא זו אף בהגיע כתב הרבנים הנז"ל עוד ידם נטויה לסרב עד שהוצרך לטרוח פעם שנית.

קנצי למלין אפי' אם לא היה הסילוק חתום בחכם העיר ולא הסכים הארוס כיון שהוא מכר גמור אין מזיזין אותו ממקומו כל הרוחות שבעולם אפי' אם היה מביא ראיה לטענותיו ואפי' אם היתה אלא מחילה הרי איתא ממציאות חכם החותם ועוד הסכמת הארוס דבחדא מנייהו הוה סגי וכל שכן בהצמדם יחד ולראיה חתמנו בתמוז בשנת עצ"ת ה' לעולם תעמוד וקיים.

נאם שאול ישועה סי"ט

סימן עא

מה שכתבתי על ענין המתנה שנתן דוד ן' יעקב ן' חיים הכהן סקלי ואשתו מרים בת יהודה ן' מכלוף הקרקעות הידועים להם בדובדו יע"א חצירות וגנות ושדה הלבן ובתי כנסיות לבניהם חיים ויוסף. חיים הבכור יטול חלק וחצי ויוסף חלק א' ותנאי היה במתנה הנז' שאם נולד להם עוד בנים זכרים אחרים לא יטלו להם מקבלי המתנה כי אם חלקם המגיעם עם אחיהם אך הבכור יטול חלק וחצי עם שאר אחיו, וכהה"ר יוסף ן' שמעיה דן על מתנה זו בין האחין הנז' ובין אח קטן שנולד אחר מיתת האב ולא היתה אמו מעוברת בו בשעת המתנה וביטל מתנת הבן קטן משום דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם וקיים. מתנת ב' בניו הנז' בשני חלקים וחצי וחלק הבן שלא זכה בו חזר חלקו לכח האב והוי כמציאה שמצא האב לאח"ך שיתחלק אותו חלק מחצה להאלמנה הנז' ומחצה להג' בנים הנז' בהחלק הנז' והסכימו עמו כמוהר"ר שאול סירירו וכהה"ר יהודה ן' עטר:

וזה מה שכתבתי אני: להוציא הטעות שטעו בדין זה השקפתי על דברי הח' הפו' וראיתי דלא סלקא ליה שמעתתא אליבא דהלכתא דהא קי"ל סי' ר"ט ס"ח דאע"ג דאין אדם מקנה דשב"ל אדם מתנה בדבר שלא בא לעולם וה"ה דמתנה למי שלא בא לעולם וכיון דמכח תנאי קאתי ודאי מהני דעל הב' בנים הנמצאים מוטל לתת חלק לאשר לא בא לעולם כדי שתתקיים להם המתנה שאם לא יקיימו התנאי המתנה מתבטלת, וא"כ יקיימו הנמצאים המתנה לגרוע מחלקם. ולתת חלקם לאחיהם שלא בא לעולם ותתקיים מתנתם, ואם

היה הנותן תולה התנאי בעצמו כגון על תנאי שאם יהיו לו בנים יהיה להם חלק או נותן להם חלק או יטלו או יזכו או יחזקו שכלם לשון מתנה הם דמשמע דעכשו מזכה להם שיזכו מכח מתנת הנותן ולפ"ז כיון שהנותן הוא המזכה לבנים דליתנהו בעולם גם הבנים דאיתנהו בעולם אינם זוכים דעל תנאי אותה זכייה של בנים דליתנהו היתה מתנת אלו הבנים דאיתנהו וכיון דזו בטילה מן הדין גם זו בטילה, וכמו שהאריך הרב מטה אהרן ח"ב סי' ט' יע"ש בנידון כזה, וא"כ בנ"ד שכתב בלשון זה עוד תנאי אחר היה במתנה הנז' שאם נולדו להם עוד בנים זכרים אחרים. לא יטלו להם מקבלי המתנה כי אם חלקם המגיעם עם אחיהם אך הבכור הנז' יטול חלק וחצי חלק עם שאר אחיו עכ"ל. משמע דהבנים הזוכים לא יטלו לעצמם כי אם חלקם לתת חלק לאחיהם עמהם והויא זכייתייהו מכח התנאי ולא מכח הנותן דהו"ל למימר שאם נולדו להם בנים זכרים יטלו עמהם חלקם בשוה ואם יש להסתפק בלשון זה מדלא פירש בהדיא שלא יטלו להם מקבלי המתנה כי אם חלקם ויתנו להנולדים חלק שוה עמהם אלא שמכח הלאו דלא יטלו כי אם חלקם אנו שומעין הן אלא יתנו לנולדים חלק שוה וכו' ואיכא למימר נמי שלא יטלו מקבלי המתנה כי אם חלקם והשאר אני נותן לנולדים ונאמר שאין ל' זה מוכרע להאי גיסא או להאי גיסא וכיון דנימא שהוא לשון ספק על מקבלי המת' להביא ראיה ואם לא הביאו לא יזכו והמת' בטילה מעיקרא ויחזור הדבר לשורשו לחלוק כפי התקנה. מחצה לאשה ומחצה להבנים שלשתם הצעיר כצעירתו והבכור כבכורתו וכ"ש אם נבא לאורועי מתנה זו בכללותה מדברי הח' הפו' שע"י נעשה הכל שהוא מחליט לאידך גיסא לתלות מתנת הנולדים בהאב הנותן ולא במקבלי המתנה שכך כתב אין לו בחלקו שום זכייה אלא חזר חלקו לכח האב נמצא דפשיטא ליה דמכח האב זוכים הנולדים וא"כ בטלה המתנה לגבי הנמצאים כאמור אלא דאנכי הרואה מדקדוק ל' המתנה דטפי משתמע מלשון לא יטלו מקבלי המתנה כי אם חלקם ודייקינן מינה שהשאר יתנוהו לנולדים חלק עמהם ועלינו לתקן לשון השטר דלא ליהוי הנותן מוציא דבריו לבטלה דקי"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה אלא שהסופרים קצרו בישובו. ע"כ נמ"ך וחע"ד.

סימן עב

בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא הר' יחייא אסולין בתע"ג אין דאך לעאם די פאס כאן יסכן הר' מרדכי נ"ע בה"ר משה ה"ן אלבאז פלג'רפא אסגירא הא' לימין העולה להאלפוקי די פצ'אר אזעים גא יחייא הנז' וק'רא ענד הרמש"י הנז' אלג'ורפא ורפא לכבירא די פאס כא תסכן ליום אל' הר'. מרדכי הנז' ודי מנאיין חב ירחל לענדהא סאפד

מראתו תבייצ'הא הייא משאת וגברת הר' מרדכי הנז' כא ירחל קסו מן אלג'ורפא אסגירא וידכלו לג'ורפא לכבירא די ק'רא יחייא די מנאיין ראת מראת יחייא האדסי מסאת לענד ראג'להא יחייא הנז' קאלתלו וואס מא קולת ק'רית לגורפא ראה מרדכי אלבאז כא ירחל קסו לענדהא גא יחייא הנז' ומסא לענד הר' משה הנז' קאללו כיף תק'ריל לגורפא ודאבא מרדוך בנך כא ודכל לענדהא קאללו הר' משה הנז' אנא ק'ריתלך מא נכרגסי עליך טריק סיר רמילו קסו לברא וסכן נתין קאמת גהרא אשת הר' משה הנז' קאלתלו מא יליקסי ראהי אלגרפא אסגירא ידכללהא יחייא ומרדוך ירזע לכבירא קאם משה הנז' נפקע קאלהא מא יסכן סי מא יסכן גיר יחייא וצאפדו קאללו שיר רמ'ילו קסו משא יחייא למרדוך קאללו יא כאי אנא מא ק'רות גיר האד לגרפא ודאבא בוך קאללי תכווילי קאללו ביני ובין בוי לק'רא די תעטילו נתין נעטיהאלו אנא ונתין דכל לסגירא קאללו יחייא אנא מא ק'רית גיר עלא דמת אתאסיע נזבר פאיין נעמל אסלעא דלחנות קאלו די דייאק עליך וואשע עלייא לחאזא די מה תגבר פאיין תעמלהא נזלהאלך ענדי ורגב מרדוך יחייא הנז' ורצ'א ומסא לענד הר' משה הנז' קאלו כלאם מרדוך רגבני קאללו לא, סיר סייבלו חוואייזו לדאבא אנא מה נכרגסי עליך גא יחייא חסם ומסא פחאלו וכלא מרדוך סכן פיהא והווא רזע לסג'ירא ירא עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בי"ח לחודש תמוז שנת התקס"ג ליצי' וקיים.

ישראל יעקב עולייל סי"ט מאיר צבע סי"ט

באה לפני האל' הנז' והודית לכל דברי העד הנז"ב אלא שטוענת שאחר שנתרצה יחייא הנז' להניחו לדור ונתרצה גם אביו להניחו לדור לא נתרצית לדור היא במקום שאינו שלה ואמרה לבעלה דיינו מה שדרנו בהעליה הקטנה הנ"ב חנם אין כסף לא נוסיף לדור בזה כי אם תהיה שלנו דאז אף אם יעברו דברים בינינו לא ימצא מקים להוציאנו כמו שכבר הוציא ממנה גיסו הר' אברהם אסודרי והלך בעלה וחזר ואמר לה הנה עושה רצונך שכבר נתן לי אבי במתנה העליה הנז' ואין זו טענה של כלום דאמינא ודאי להפקת רצונה א"ל כן ולא נתן לו אביו כלום ואם איתא שנתן קלא אית לה למתנה וטענת חזקה אינה כלום דאע"ג דקי"ל בסי' קמ"ט ס' ג' וד' דלא אמרו אין חזקה לבן בנכסי האב ולא האב בנכסי הבן אלא בסומך על שלחן אביו אבל נסתלק מעל שלחנו מחזיקין הכא שאני שהרי היא מודה שאעפ"י שחלקו עיסתם ממנו מ"מ בענין הדירה היו דרים בקרקעו חנם בהעליה הקטנה הרי ידעינן דבדירה לא קפיד עליה וכ"ש לדברי העד שאמר דבלא המלכה התחיל לפנות דירתו לעליה הנז' ואביו לא הקפיד אלא מחמת שהשכיר ליחייא וכשריצה הבן הנז' ליחייא שוב לא הקפיד אביו על הדירה שידור בנו בקרקעו ומה

גם שיודעים אנחנו נאמנה שלא הקפיד גם על מזונותיהם לסלקם מעל שלחנו כי אם הבן הוא שרצה להסתלק מחמת רצון אשתו והוי דינו כמי שלא נסתלק דאין לו חזקה בנכסי אביו ומה גם למ"ש מורם דאפי' בשאר קרובים שאין מקפידין זע"ז לפי ראות עיני הדיינים ובנ"ד עינינו הרואות שאין הר"מ הנז' מקפיד על בניו לא במזונות ולא בדירה אלא שמי שרוצה להסתלק לרצונו מניחו משום דיש קפידא לנשים דידור זאב עם כבש וכו' ועם היות שמסתלקים עינינו הרואות שעדיין מהנה אותם ובפרט בשמחת בניהם הוא המשתדל ומוציא הוצאות וכיוצא בזה ומה גם לפי עדות הר' שלמה אדהאן שמעיד כשנועדו ללכת לא"י והיו ממתיקים סוד זע"ז שהיה עכוב לשלמה מחמת מכירת קרקעו וא"ל הר"מ שמה שיש לו הוא תחת ידו ואין לו קרקע למכור ועדות הר' יעקב אביטבול שא"ל מרדכי נ"ע לקנות השתי העליות הנז' גדולה וקטנה וכשא"ל יעקב הלא של אביך הם א"ל שגם אביו רוצה ללכת ובעד אביו הוא מוכר וכן מעדות יוסף ן' מאמאן שהבן הנז' אומר להחזיק טובה לאביו שנתן לו דירת העליה חנם אין כסף מכולם משמע דלא ירד הבן הנז' להעליה הנז' אלא בתורת חסד לדור בה ועוד דהו"ל חזקה שאין עמה טענה דלא אמרו יש לבן חזקה כשאינו סמוך על שלחן אביו אלא בטוען הבן עצמו מכרת לי או נתת לי אבל בנ"ד שהאל' אומרת אמר לי בעלי וכו' אינו כלום שלא אמרה בפני נתנה לו אינו מועיל בנ"ד דלית לה מגו שהרי לא החזיקה היא עצמה ג' שנים תמימות שנאמר שהיתה יכולה לומר ממך לקחתיה עיין סי' ק"ו סי"ד ובענין שבאה האל' לכאן ורוצה להכריחו וחו לבוא לדון עמה בכאן בפאס יע"א אינו חייב לבוא מחמת שכבר נדונו לפני הדיין כהר"ש נר"ו בצפרו יע"א על כל הפרקים וענין זה נזכר בעמדם לדין אלא שלא נגמר דינם בזה כי תלוי בק"ע והשתא דאיתנהו להעדויות הנז' כבר זכה בדינו גם בזה ואינו חייב לבוא לדון עמה פה פאס ולאפס הפנאי ומתוך צערי לא הארכתי ולראיה חתמתי היום ך' בתמוז התקס"ג וקיים.

שאול ישועה אביטבול סל"ט

הדין דין אמת כמש' הח' הפו' נר"ו שאין להאשה הנז' שום זכות כלל בבית הנז' מחמת שבעלה הודה שאין לו זכות בבית הנז' אלא בתורת חסד אביו מגדיל חסדו עמו לדור בה ומה שאמר לאשתו שאביו נתנה לו במתנה אינו אלא להפיס דעתה להשקיט ריב ומדון ומה גם לפי מ"ש הח' הפו' נר"ו שהוא יודע ידיעה נאמנה שהאב הנז' הוא מגדיל חסדו עם בניו ונותן להם מקום לדור דאז לא שייך לו' שהבן החזיק בבית הנז' וכמ"ש הח' הפוסק ולראית האמת והצדק ח"פ פאם יע"א וצור ישראל יצילנו משגיאות וקיים.

שאול סירירו סל"ט יהודה בן עטר יס"ט רפאל אבן צור יס"ט

דברי החכם הפוסק נר"ו צדקו יחדיו בכל פרטיהם ואינם צריכים חיזוק כי טעמו ונמוקו עמו ולראיה חתמתי פה בזמן הנז' וקיים.
שמואל אברהם בן זמרא ס"ט כי"ר

סימן עג

אמר המשתדל ישצ"ו זהו מה שנמצא כתוב מפס"ד וחע"ד ותול"מ **ועמד** היבם הנז' ואמר לה שתתן לו המעות והוא יקנה לזכותו וימשכן לה הקרקע הנז' ויהיו מעותיה בטוחים ואז נתרצית וכן היה שנתנה לו המעות וקנה המחצית בשני הדיורים הגדולים בסך קק"ם נ"ם והמדור הקטון לקחו אהרן הנז' לבדו יען שלא נמצא אצלה במזומן זולת הסך הנז' וחזר המחצית של אהרן בשני הדיורים ליעקב בן שעיא ועמד עם שם טוב הנז' ושמו בית כנגד בית ועלה לחלק שם טוב גוף הבית הנז' ושכנגדו נטל הבית האחר באופן שמה שקנה שם טוב לזכותו מיורשי השר היינו ג' רבעים בגוף הבית ההוא וכבר זכתה היבמה בהרביע במכר הא' שמכרה להשר בהבית הנז' כאמור ונשאר לזכותה האלהווא שעל גבו ועמד שם טוב הנז' ובנה עליה בהאלהווא שע"ג הבית ההוא באופן שאין לו בו אלא ההוצאה ולהיות שכבר שמו השמאים ההוצאה של העליה שבנה לגבי בעל החזקה שלפי דבריו שמו השמאים בסך תש"ם מ"מ וגוף הבית בלא חזקה קמייתא שוה תק"ם מ"מ צא מהם ק"ם כ"ם ה"ם של הרביע הנשאר לזכות היבמה נשאר לזכות שם טוב הנז' ש"ם ע"ם ה"ם עם סך תש"ם שהוציא הוי או"ו-ע"ם ה"ם והסך שנשאר חייב לה הוא סך או"ו כ"ם נ"ם ולכך לא נתרצית כעת לקנות ממנו הזכות הנז' יותר משוויו עד יום ג' בבקר בטרם יכיר איש את רעהו עמדו לפני ונתרצית על הדבר ומכר לה כל הזכות שיש לו בהחצר הנז' בעד מה שנשאר אצלו מנכסי בעלה הא' ואחר תפילת שחרית מתה אשתו א' ואחר ימים כשנודע לבנותיה שכתב לאשתו סברו דמתנה הוא דיהיב לה ובאו לפני והרשיתי הדברים לפניהם שאדרבא היא וותרה מחלקה והרי השבועה מוטלת על אביכם על אמתות הפנקסים והלכו ולא אמרו דבר ואדרבה היו הולכים ושבים אצלי לעשות חלוקה בנכסי אמם שהוא תחת ידם עד שעמדו הערכנים עורכי הדיינים, ולמדום עניינים, מינים ממינים שונים. וחזרו לפני ואמרו שרצונם לחלוק עם אביהם בכל כמי שיש לו ב' נשים שיחלוקו על עשרה חלקים וכו' ואמינא להו דשנייא יבמה כיון שנתבררו נכסי בעלה הא' תטלם אם מעט ואם הרבה ולא נכנסו דברי באזניהם מחמת אר"ס של עכנא שהכניסו הערכנים באזניהם וכשמוע היבמה הנז' היטב חרה לה במה שכבר וותרה ובאה לידון על הפירות המשכונה שיתחייב לה בעלה בהם שהרי

כתוב בשטר המש' שרצאה לדור ולהשכיר וכו' ולעשות חפצה ורצונה וכו' וגם הוציאה כתב יד הקדש הרב הגדול משי"ח שזכה לה פירות המש' לצורך כסותה ואמינא ודאי דטענתה טענה דקי"ל בעל שנתן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות א"ה פ"ה סעיף ז' וכ"ש הכא שכתב לה בפי' והשליטה על הפירות לדור ולהשכיר וכו' ואם יאמר האומר כיון שלא השכירתו לזולת ובחרה לדור בו מסתמא דירה עם בעלה ואיך תגבה ממנו השכירות, הכא שאני שכבר העמידתו בדין על הפירות לפני הרב הגדול כאמור אם לא קבל לתת לה שכירות לפני הרב היתה מוציאה אותו מהבית ומשכירתו לזולת אלא שהייתי רוצה להשקיט ריב להעמיס עליה לוותר ליורשי אשה א' בפרט זה אלא שהבנות בנותיו עם קשה עורף הם שהעמידו מורשה ראובן צבע לדון עם אביהן ואמר לדון לפני ג' והביא לפני כהר"ש אביטבול וכהר"א אציני תחילה וכשאמרנו לו להראות ההרשאה לפנינו אמר שעדיין לא נכתבה והלך לכתוב ההרשאה מהבנות ובעליהן ולא נמצא א' מהבעלים ונתפרדה חבילה ולעתותי ערב הביא ההרשאה וביקש לכהר"ש אביט' ולא מצאו והביא לפני כהה"ר בנימין לכרייף וכהר"א אצינו הנז' וסדר כל טענותיו לפנינו וטען תחילה על החפצים שבלו שתטול בלאותיה וגם החפצים שלא נזכרו בפנקס לא יזכרו ולא יפקדו ועל אלה אמינא ליה אם על החפצים שבלו הרי הבעל הודה שעמ"כ נשתמש בהם שהפחת לעצמו, איברא אם היתה כפירה בינה ובין הבעל והיה טוען מחלת לי יש עליה שבועה שמחששא זו הוצרכו להשביעו בקוש"ח בשולי הכתובה שכל מתנה ומחילה שתודה ליבם הנז' בלא המלכת אביה בטילה עד שתגדיל ותהיה יודעת בטיב המתנה או המחילה] והחפצים שלא נזכרו בפנקס הרי הודה שנכנסו לרשותו ונמכרו ולקח דמיהן ולחששת קנוניא הא רמינן שבועה עליה על אמיתות הפנקס הנז' ועוד כיון שבשטר המכר כתוב שבעד מה שנשאר אצלו מנכסי יבמתו וכו' אפי' אי שקלת כל הני יגמר המכר בעד הנשאר וטען עוד על עיקר המכר דלהבריח נתכוון כיון שהוא סמוך למיתתה ואמינא ליה הרי נתברר להחותם כאן א' שאין כאן הברחה ואדרבה לא נתרצית בזה עד שהפציר בה וכנ"ל אין צורך לכפול הדברים,

ואפי' אם לא קדמו אותן הדברים אלא שעמד ומכר ליבמתו הנז' או לזולתה מקרקעותיו המכר קיים כל שהיה שעה א' קודם מותה דאין היורשים זוכים רק לאחר מותה וא"כ מדין תורה זוכה הקונה ממנו יהיה מה שיהיה ודין הברחה אינו אלא במתנה כמו שמפורש בתקנה נינגונא מתנה וכו' וכאן לאו מידי יהיב לה ואדרבא מכר לה ביותר משוויו כנ"ל, ועתה העמדנו עוד שמאים לשום הזכות שיש ליבם הנז' ושמוהו השמאים בסך תק"ם נ"ם כשתוסיף סך נ"ם [אחר נכוי הרביע שהוא סנ ד"ת] שהוסיפו השמאים

על או"ו ע"ם ה"ם הנ"ל הוי סך או"ו ק"ם כ"ם ד"ת סוף סוף הוי יותר משוויו ולאו מדי יהיב ומה גם שאפי' אם היה הדבר הנוסף בדרך מתנה במתנת בריא בקוש"ח דמעשיו קימים וכמו שראיתי פסק כתוב לזכות משה ן' דוד ויוסף שחתום עליו הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ ובית דינו הצדק ב"ד של ארבע שכתבו וז"ל ובר מן דין הרי חייב עצמו בקוש"ח ונתן לבנו הנז' המותר במתנת בריא וכו' כנז"ל והרי המת' הנז' חזקה כראי מוצק ולית נגר, ובר נגר דיפרקינה מאחר שקדמה מתנת הבן הנז' לשליטת האשה על נכסי בעלה יען שאינה גובה מהם אלא לאחר מיתה הורע כחה וצריכה מן התקנה לתת דין קדימת פרעון החוב הנז' מראש ממון יע"ש באורך, הרי מבואר דבמתנת בריא דניכר שלא לשם הברחה דמהני וכל תשובו' הרא"ש האמורים בענין ההברחה כלם כא' במתנת ש"מ דשייך בה הברחה יע"ש, ואין הפנאי מסכים להאריך בפרטי פרטים כי אלו ידעתי שיכנסו הערכנים בדבר בדין זה לא הייתי זקוק לו כי דיו לאבל שיעמוד באבלו וה' ישלם לעושי רעה כרעתם ולא ניתן למחילה כל מה דמצערי לן החותמים פה צפרו יע"א באלול המרוצה שנת נטעתי"ך שורק לפ"ק וקיים.

שאול ישועה ס"ט אברהם אציני ס"ט

הדין דין אמת כמ"ש הח' הרב הפו' נר"ו בד"ה דאין לנו לנטות מדבריו ימין ושמאל שאף הבגדים שבלו ושנאבדו לרחמא יבמתו חייב לשלם לה דמיהם מחמת שהודה דאדעתא דהכי התחיל בראשונה להשתמש בהם שאם פחתו או נאבדו לגמרי שחייב לשלם לה דמיהם וישבע שכן היו הדברים בלי תו"מ דהו"ל כשאר חובות שיאמר שנושים בו וישבע ויטול מן האמצע דמיהם.

אמנם על דברת פירות המש' כבר גליתי דעתי לפני הרב הפוסק נר"ו שאין דעתי כך שאני סובר דהבעל אוכל פירות המש' בכל אופן שיהיה ואף שכתב לה בשטר מש' שרשאה לדור ולהשכיר ולעשות ח"ור אפ"ה כל מה שתגבה מן הפירות הם לבעל דכן הוא הל' הנהוג לכתוב בשטרי משכונות וכ"ש שהיא עצמה היא שדרה במש' כל ימי המש' עד היום הזה, גם אני מסתפק במכי' ההיא שמכר הרש"ט ליבמתו הקרקע הנז' אם נאמר דינו כמתנה דלהבריח נתכוון מחמת שהוא סמוך למיתתה או דילמא במתנה דוקא כלשון התקנה וכמ"ש הרב הפוסק נר"ו ומסתפק ושואל שפיר יודע קרינן ביה וצור ישראל יצילנו משגיאות נאום החותם באלול המרוצה בזמן הנז' וקיים. שלמה אביטבול עיין תשו' הרא"ש בכלל נ"ה דאין למדין מל' התקנה אפי' דבר שהוא מק"ו ונעמידנו על דין תורה ועיין מהר"ם אלשיך פ"ד וכ"ש בנ"ד דנילף מכר חמור ממתנה דקילא לגבי מכר, והא ראיה דאפילו סמוך למיתה מצי עביד מאי דעביד אפי' להפקיע הזוכים מכח התקנה

ממאי דכתב הרא"ש בתשו' הביאו מר"ן סי' קי"ח בא"ה סעיף ב' מי שגרש את אשתו סמוך למיתתו אעפ"י שלא גירשה אלא כדי שלא תזקק ליבם דינה לענין כתובתה בתקנת טוליטולא כדין גרושה יע"ש, ומפו' בתשו' הרא"ש שטענת היורשים היתה שאומרים לה שלא נתן לה הגט ע"מ שתגבה כתובתה, אלא כדי שלא תזקק ליבם יע"ש אבל אם היו הגרושים סתם לית דין ולית דיין אף שעושה סמוך למיתתה ונתכוין להפקיע כתובתה ומעשים בכל יום כשהאשה מוטלת על ערש דוי שאומר לה האיש אם לא תעשה לי נ"ר עם יורשיך אתן לך גט דאשה מתגרשת בעל כרחה.

ואע"ג שרבותינו בעלי התקנות כתבו בתקנה ש"ש בה"ר ציו"ן דהמגורשת שלא תזקק ליבם תחלוק בנכסים דלא כהרא"ש היינו במגרשה שלא תזקק ליבם אבל בסתם מודים דמצי עביד ודין גרושה יש לה ולא תחלוק בנכסים ואפי' בדבר שהוא ספק הבעל מוחזק שמן התורה הבעל יורש את אשתו וכמ"ש הרב מוהר"ר יעב"ץ דאחר פריעת החובות אפי' בעפ"י ונתן טעם שכיון שהוא מוחזק נשבע ועומד בשלו ופורע ואין להאריך.

כה דבר שאול

סימן עד

שאלה שותף שחלה ונאנס ולא עסק בשותפות והשו' אומר כי לא בדין הוא שיהיה טורח טירחא ויגיעת בשר והלה יאכל וחדי ולא נשתתף עמו אלא אדעתא דיגיעת שניהם שעושה פירות מרובין ומזלא דבי תרי עדיף אכן עתה שהוא חולה ולא יוכל ללכת באלה לעשות מלאכתו אשר הוא עושה מה מקום לשאול הריוח והוא אינו טורח ועושה, ובשלמא אלו היה שהניח לו סך מה להתעסק בו יחד אזי אף אם הוא בטל ממלאכתו הרי מעותיו עושים פירות ושכר מעותיו הוא נוטל אכן חולה זה לא הניח שום עסק ולא שום מלאי לכיס השותפות זולת אוקייא א' כדי שתחול השותפות עליה וא"כ למה יתן מעמלו לאשר לא עמל בו והשותף אומר לו היה לך להודיעני או להודיע לב"ד שהרי את לעצמך ומאחר שלא הודעתני הרי השות' עדיין קיימת.

תשובה דבר פשוט הוא שאין השותף חולק בריוח עם החולה וכמ"ש מור"ם קע"ו י"ט וז"ל שותף שחלה או נאנס ולא עסק בשותפות אין הדין שהא' ירויח ויתן לו וכו' והנה דברי הגהה לקוחים מתשובה להרשב"ץ סי' ל"ה כי שם מקורה, אבל מה שציין מהר"מ ריבק"ש שהיא מדברי ר"י בקשתיהו ולא מצאתיהו ולא הביא אלא ההיא דמת א' מהשו' בטלה השות' שכתב הרמב"ם סוף פ"ה משותפים שהביא ראיה לדבריו יעו"ש.

ולכאורה היה המקום לו' דצריך להודיעו או להודיע לב"ד שלעצמו הוא מתעסק אף דחלה א' משות' שבטלה השות' דלא גרע מההיא דקבעו זמן השות' ונשלם ובא א' לחלוק שלא מדעת חבירו חולק בפני ב' וכו' כדאי' בסי' ך' והרי שם דהגיע זמן דבטלה השו' אפ"ה צריך המלכה וחלוקה בפני ב"ד וכ"ז שלא הודיעו עדיין השו' קיימת וה"נ אעפ"י שחלה ובטלה השו' לא גרע ממי שקבעו זמן ולעת קץ בא זמן ובטלה השות' דאמרינן צריך חלוקה וה"נ בנ"ד היה צריך הודעה וחלוקה ואם נפשך לו' דש"ה מאחר ששניהם מתעסקים ואין כח לזה יותר מזה גמרי ומקנו אהדדי כאשר היו בתחילה, וכ"ז שלא חלק ולא הודיע את חבירו מסתמא לאמצע מתעסקים דמזלא דבי תרי ושיתוף עדיף ליהו לא כן בחלה את חליו ודאי אמדינן דעתיה דלעצמו מתעסק ובשלו הוא טורח שאינו בדין שיהיה זה יושב ובטל וזה לעמל יצא לפעלו ויהיה טורח ונותן לו על עסקי חנם לכך לא בעי לא המלכה ולא הודעה שהרי אומדנא דמוכח דבשלו הוא טורח הא ליתא שהרי אי' בסי' קע"ז ב' חלה א' מהם כגון שהלך בשלג וכו' ואם חלה באונס אפי' יש לה קצבה מתרפא מהאמצע וקודם שנתרפא יכולים לו' חלוק עמנו ע"כ והרי שם שחלה את חוליו ואפ"ה אמרינן דמתרפא מאמצע זולת אם הודיעו לחלוק עמו אלמא אפי' בחלה ומסתמא לא גמר ומחיל ליה אפ"ה צריך להודיעו,

והנה יש מי שרצה לדון דההיא שהביא מור"ם בשו' שחלה אינו בדין שירויח ויתן לו לאו מתרצתא היא דלא סבר לה מר"ן שהרי כתב שאם חלה באונס מתרפא מאמצע ואם חלה בפשיעה מתרפא בשל עצמו ואם ס"ל כדברי מיר"ם ששו' שחלה בטלה השותפות א"כ תקשי לן לחלוקה שחלה בפשיעה דמתרפא משל עצמו דפשיטא היא דאם אין ריוח לו רפואה מנין לו ולחלוקת חלה בפשיעה דמתרפא מאמצע תיקשי קושית הסתירה דהרי כבר בטלה השו' ואינו נוטל בריוח ואיך יתרפא מאמצע והרי כבר בטלה אלא ודאי סברת מרן השו' שחלה שחולק בריוח ולכך מחלק ברפואה אם מתרפא מאמצע כאשר חולק בריוח האי כדיניה בפשיעה אעפ"י שנוטל הריוח אינו נוטל הרפואה ובאונס כשם שנוטל בריוח כך נוטל הרפואות וכן מדייקי לה ממה שמסיים מרן שם אבל ב' שו' שמתעסקים יחד אם חלה א' מהם מתרפא משלו דהא פשי' שהרי בטלה השו' ואם אין לו חלק בריוח כ"ש בעסקי רפואה ואני שמעתי ולא אבין דאף אם כדבריהם דדעת מור"ם בשותף שחלה שבטלה השות' לגמרי ולא כן אנכי עמדי כאשר אבאר בע"ה אין מכאן שום דמדומי ראיה שהרי מור"ם דייק בלישניה וכתב ששו' שחלה ונאנס ולא נתעסק במלאכתו והיה לו לקצר ולו' ששותף. שחלה אין הדין שיטול בריוח חבירו ותו לא מדי, אכן כוונתו הוא לרמוז לנו דשניא הא מההיא דסי' קע"ז דהכא איירי בשו' שאינו מתעסק

ובטל ממלאכה לכן אינו בדין שיטול בריוח וההיא דסי' קע"ז איירי בחולה שעדיין מתעסק במלאכתו ולא בטל ממנה דומיא דחלה בשלג שהוא חולה הקרירות דדרכם לקום להתהלך בארץ ולעשות מלאכה אבל עכ"פ צריכים תרופה ולכן מאחר שחלה את חוליו אשר עושה בו מלאכה ולא בטל ממנה ונוטל חלקו בריוח לכך פסיק ותני דיני רפואתו אם נוטל מאמצע או משלו אבל ודאי אם הוא חולה שאינו מתעסק במלאכה, ודאי דס"ל למר"ן דאין לו חלק בריוח כסברת מור"ם.

אכן לעמוד על שרשן של דברים תמן תנינן חלה ונתרפא נתרפא משל עצמו ובש"ס שלח רבין ל"ש אלא שחלה בפשיעה אבל חלה באונס מתרפא מאמצע וכתבו התוס' וז"ל ותניא בתוס' במה דברים אמורים ברפואה שיש לה קצבה אבל רפואה שאין לה קצבה הרי היא כמזונות ומתרפא מאמצע יע"ש והר"ן, ג"כ הביא הדין תוס' ומסיים בה וטעמא משום דרפואה שאין לה קצבה כמזונות דמיא וכבר פירשתי דמזונות נזונים מאמצע עכ"ל. והביא דבריו הרב ב"י בקצרה הרי מבואר יוציא הא דאמרינן מתרפא מאמצע או משל עצמו איירי בשות' שהן נזונים מכיס השו' וכגון אחים שהם שות' דנזונים מתפיסת הבית או שות' דעלמא והתנו ביניהם שיזונו מהאמצע וכך אוקמה מהרשד"ם קס"א ולכן אם האי רפואה שאין לה קצבה חשיבא כמזונות ומתרפא דהא לא קפדי אהדדי במזונות א' המרבה וא' הממעיט וכמ"ש הר"ן וגם הוצאת הרפואה כאחד המרבה כמזונות היא ומתרפא מאמצע, וא"כ אף אם נימא דחלה א' מהשות' בטלה השות' הוא דוקא דאין לו חלק במה שמרויח חבירו וטעמא הוא כדי שלא יהיה זה יושב ובטל וזה טורח ונותן לתוך פה חבירו ואינו בדין שתלקה מה"ד כנגדו לא כן לגבי מזונות שניזונין מאמצע ויד שניהם שוה שניזונין בין שניהם גם יתרפא מאמצע ממה שהרויחו שניהם יחד קודם שחלה את חוליו אין שום א' ניזוק בדבר שהרי שניהם יחד ניזונין מהאמצע והרפואה בכלל המזונות היא וכאלו הרבה בהוצאות ומשכחת לה דזה החולה אינו מרובה באוכלוסין ואף כשתצטרף רפואתו עם מזונותיו הלואי ששוה המדה ביניהם בחשבון ההוצאה ואיפשר דאדרבא מזונות השו' המתעסק רבו למעלה על מזונו' ורפואות החולה וא"כ בדין הוא כ"ז דלא קפדי וחלקו השות' מתרפא מאמצע מכח מזונות ויד שניהם שוה במזונות ואין לנו סברה לחלק השות' מאחר שכחם שוה לא כן לגבי העסק שהוא מתעסק והחולה בטל ממלאכתו סברא הוא דלגרמיה טרח ומה שהרויח לעצמו לבדו הוא וא"כ אף נימא דהכא בסי' קע"ז מיירי ג"כ בחולה שבטל ממלאכה איירי, אפ"ה לגבי רפואה היכא דחשיבא כמזונות מתרפא מאמצע כמ"ש ובעסקי רפואה איירי, אבל לגבי הריוח כל מה שמרויח לעצמו הריוח ואין לו בו כלום ומה שמתרפא הוא ממה שיש

להם בכיס השותפות שעשו ב' יחד קודם שחלה את חוליו אבל כד דייקינן שפיר נראה דחלה א' מהשותפות לא בטלה השותפות ביניהם לגמרי אלא לגבי מה שטורח השותף לבדו ומרויח אמרינן בדידיה קא טרח אבל השות' עדיין קיימת היא לגבי כי הדר בריא וכן לגבי שאר תנאים כגון אם התנו שהמזונות או פריעת מסים מאמצע ובההיא תשו' הרא"ש שהביא הטור בסי' קע"ו כשהתנו שהמזונות מאמצע יע"ש דודאי אפי' בתוך ימי חוליו ניזונים ופורעים מכיס השות' במה שהרויחו שניהם יחד מאחר שיד שניהם שוה ואין יתרון זע"ז והוא במה שיש לדקדק קודם כל למה זה האריך בלשונו שות' שחלה ולא עסק וכו' ולימא סתמא שות' שחלה אין לו חלק בריוח או לימא שות' שחלה בטלה השותפות כדנקט בלישניה הרמב"ם שות' שמת בטלה השות' או לפחות הי"ל למר"ן ומור"ם שהביאו ל' הרמב"ם דמת א' מהשות' וכו' הי"ל לסיים וה"ה אם חלה א' מהשות' גם על הרמב"ם יקשה לו למה. ע"כ נמ"ך וחע"ד.

סימן עה

עמדתי מתבונן בדין זה ואחזה אנכי אשית לבי דאין ליורשי הא' שום זכות בקרקע הנז' המוחזק ביד יורשי הבעל וביד הלוקחים מהם וכל טענותיהם בזה דחויים הם מעיקרן ואין להם על מה שיסמוכו ותשובת כהה"ר מ אברהם הנז' וטענותיו דין ומשפט יתמוכו תחילת דברי א פיהו שכלו"ת פתח בחכמה בטענה הנשמעת שהחובות היו מרובים על הנכסים ופירשו מאליהן בראותם פרוץ מרובה על העומד ונסתלקו מכל וכל ואילו לא טען הוא טענה זו ב"ד היו טוענים אותה דקיי"ל טוענים ליורשים כל מאי דמצי אבוהון למיטען [ק"ח ס"ד ור"ץ סי"ב] ואלו היה אביהם קיים היה נאמן בטענתו על כל החובות אשר יאמר כי הוא זה בין בשטר בין בעפ"י ואפי' בהיכא דליכא טלטל אלא קרקע נפרעין מן הקרקע וכמו שכך פי' הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ בל' התקנה של שנת ש"ה שכתוב בה וכל החלוקות תהיינה אחר פריעת כל החובות וז"ל כל החובות פי' בין בשטר בין בעפ"י ואפי' לא נמצא להם טלטל כלל אלא קרקע יפרעו אפי' החובות שבעפ"י מן הקרקע עפ"י שבועתו עכ"ל, והוצרך הרב לפרש כן להוציא מדין הרא"ש כלל נ"ה סי' ו' הביאו מור"ם בא"ה בהג"ה סי' קי"ח ס"ח במקום שיש תקנה וכו' יפרעו כל החובות שהבעל חייב ונאמן הבעל לו' כמה חייב במגו דאי בעי הוה כופר וכו' וכתב הרב חלקת מחוקק בס"ק ט' אם אין לבעל מיגו צריך לברר כמה חייב וכו' ולכן הוצרך הרב לפרש דלדידן דפירשו בעלי התק' להוציא החובות אפי' דעפ"י שאינם מבוררים עפ"י עדים ואפי' בקרקע דלא שייך מגו דאל"כ מה באו להוסיף על תק' טוליטולא שלא הזכירו מה יהיה משפט החובו'

ואפ"ה השיב הרא"ש שלא יחלוק אלא ממון הנמצא אחר פריעת חובותיו בין בשטר בין בעפ"י מטעם שאם לא ינכו לו מה שהוא חייב יצא נקי מנכסיו ולא באו מתקני התק' ליפות כח יורשי האשה מכח הבעל שהוא יורש מן התו' אלא ודאי כך היתה עיקר התק' שישבע ויגבה מה שהוא חייב במיגו דאי בעי הוה כופר יע"ש, ומה גם שהרב חזה התנופה תלמידו בקיצור תשובותיו כתב וז"ל אעפ"י שאין חובותיו מבוררים ע"י עדים ויש לו קרקעות גלויים לכל דליכא מיגו אפ"ה הבעל נאמן מטעם שלא ישאר הבעל שהוא יורש העיקרי מן התו' ערום מכל והיורשים מליאים מכל הנכסים עכ"ל, מזה נלמד דטעמא דמיגו דכ' הרא"ש אינו עיקר דאפי' בלא מיגו הבעל נאמן מטעם הא' אלא משום דבאותו דין שנשאל עליו שייך טעמא דמיגו כתביה לתוספת טובא בעלמא ודלא כהרב ח"מ באופן שדברי הרב יעב"ץ נאמנו מאד ומי כמוהו מורה בקי בחדרי התקנות דמצי הבעל למיטען שהיו החובות מרובין ויזכה בטענתו אפי' בקרקע לשיזכה בו לבדו וכיון דהוא מצי למיטען כן אנן טענינן כן ליורשיו לסלק מעליהם ערעור יורשי האשה שמתה בחייו אפי' בלתי סילוק יורשיה מעל הנכסים דלקושטא דמילתא א"צ הבעל לשום זכיה לזכות בקרקעותיו היכא דהחובות מרובין על הנכסים שהרי לא הפקיעו חכמי התק' מהבעל ירושת אשתו הראויה לו מן התו' לתתה ליורשיה אלא בהיכא דיש מותר אחר פריעת החובות שיחלוקו במותר אבל בהיכא שאין מותר אין שום זכיה ליורשיה וממילא הוא עומד בשלו בלא שומא והורדה ובלא שום זכיה שכבר השליטוהו מן השמים וזכוהו בירושת אשתו ואריה דתקנתא דהוה רביע עליה הבריחוהו החובות מעליו ועמד בשלו ולא אמרו בסי' ק"ג ס"ח אם ירד מלוה לנכסי לוה בלא רשות ב"ד דאינו כלום ומנכין לו כל הפירות שאכל אלא בהיכא שבא לקנות בחובו קרקע שאין לו בו שום זכיה ובא לזכות מחדש הוא דצריך ב"ד אבל הכא שהקרקע הוא בחזקתו ולזכותו אלא שחכמי התק' הוא שהפקיעו זכותו לתתה ליורשיה ובמקום שהחובו' מרובין אין כאן שום זכיה ליורשיה וארעא כדקיימא תיקום בחזקת הבעל הרי דבטענה זו לבד סגי לסלק ערעור יורשי האשה שמתה בלתי שום ראיה וכ"ש דאיתנהו לכמה ראיות דמוכח מנייהו שכבר נסתלקו יורשי האשה ובפרט הראיה הכתובה בכתב בי דינא רבא ובחותמו הקדיש מי זה ערב אל לבו לגשת לחלל בקדש ולו' שנכתבה אותה הצעה עפ"י בעלי דבר חלילה להאמין כן וניכרים דברי אמת דלא שתקי כולי האי זמן מרובה אם לא נסתלקו ומה גם שהר"א הנז' גם אשתו היא א' מיורשי האשה וידע האמת ואז קנה מאשתו הב' חלקה במונח שיד יורשי האשה מסולקות מאותו קרקע מחמת היות החובו' מרובים מהנכסים דכל היכא שהחובו' מרובים אזדא לה זכות יורשי האשה ועמד הבעל בשלו ואין כאן

שום שיתוף ליורשי האשה עם יורשי הבעל באותו קרקע דנימא שותפים אין להם חזקה וכו' ולא נכסי א"א מיקרו דאין מחזיקין בנכסיה:

ואפילו אם היה במציאות שאין החובו' מרובים ויש מותר אחר פריעת החובו' באותו קרקע יש חזקה ליורשי הבעל דלא אמרינן שותפין אין מחזיקין וכו' ואין מחזיקין בנכסי א"א אלא בהיכא דהמחזיק הא' עדיין הוא בחזקתו אבל בהיכא שהמחזיק הא' מכר קרקע זה לב' ולא מיחו עד שהחזיק הב' שני חזקה הויא חזקה דאין אדם רואה קרקעו נמכר ושותק ודמיא למ"ש מרן בסי' קמ"ט סכ"ו באריס שהוריד אריסין תחת ידו יש לו חזקה שאין מורידין אריסין בנכסי אדם ושותק וכ"כ בהדיא מוהר"ם במרדכי פ' חזקה דף רמ"ה ע"ג סי' תקס"ז שאלה המתחלת באלמנת סרח בת אשר וכו' דכל שמכר לאחרים יש להם חזקה ודייניו ליה כחפר בורות שמקלקל וכו' דאין אדם שותק על קלקול קרקעו ה"נ אין אדם שותק על מכירת קרקעו וכבר כתבתי באורך בפסקים אחרים ובנ"ד הבעל שהוא המחזיק הא' הוריש ליורשיו וחלקו יורשיו בפרסום ומכרו מיורשיו לאחרים ועברו כמה שנים ומה גם שהב' בנותיו שמיורשי הא' נתאלמנו ונשבעו שבועת אלמנה לחלוק עם בניהם ולא הזכירו בשבועתן שיש להם זכות בקרקע הנז' ודעדיפא שהחלוקה נעשית בב"ד ובודאי לא חלקו לב' ויורשיה לבדן עד שידעו שנסתלקו יורשי הא' ודברים ברורים הם החותם פה צפרו יע"א שנת נת"ן בני"ו פליטים לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול ס"ט הדין דין אמת. ע"ה שלמה אביטבול ס"ט

סימן עו

זה מה שכתבתי על מתנה שנתן ראובן אטובי לבתו שמאשתו א' ד' חנויות ומדור א' ומשכונה א' בש' תקנ"ב ובעת נישואיה העניק לה או"ו תק"ם וחזקת חנות א' וסלקה עצמה היא וארוסה ונשבע ש"ח שלא הניחה לו אמה במצב פטירתה זולת תק"ס ע"צ המרבה ושהחנויות מכרן אלגוים בחיי אמה והטלטל נשלל בבלשת וכתב כהה"ר פתחיה ברדוגו לקיים המתנה. וזה מה שכתבתי עליה.

עמדתי על ענין המתנה הנז' ואשר נגזר עליה דפח"ח בקיום המתנה וביטול החששות הבאים לאורועי מתנה זו ואנכי הרואה דמתנה זו קיימת מן הדין ומן התקנה ואין כל אותם החששות עונש לבטלה דחששת להבריח נתכוון לא תעלה על לב לעולם דעכ"פ מחויב הוא לחלוק עם בתו המקבלת כל הנכסים הנמצאים לו במצב פטי' אמה מחצה במחצה והרי יש לה. מחצה בהחנויות והדיורים שנתן לה והמחצית העולה לחלקו הוא שנתן לה ואמרינן ודאי שאמד בדעתו שיעלה לה שיעור המתנה שנתן לה ונטל כנגדה

מעות או טלטל או קרקע אחר ואפשר שעדיין מחלקה אצלו או ויתר לה מחלקו ואף כשיברר שויתר לה דבר מחלקו מי זה ערב אל לבו לגשת בארשת שפתיו לו' להבריח נתכוון בהיכא דיש מקום לו' לפרוע חובו נתכוון.

ומה גם היותה בכמה יפוי כח מתנה גמורה וכו' למיהדר וכו' וכתב הב"י בשם הרשב"א אם כתוב בשטר המתנה מ"ג אין דנין אותו בשט' הברחה וכ"ד מור"ם שם בסי' צ"ט ס"ו בהגה יע"ש, וכן מצאתי בתשו' שאלה מהרבנים המו' כמהר"ר וידאל צרפתי זלה"ה וכמוהר"ר משה ן' חמו זלה"ה וכמוהר"ר יהודה בן עטר זלה"ה בראובן שנתן מתנה לאשתו שניה ואחריה לבניו שממנה ונתן לבנו שמאשתו א' איזה קרקע במתנת בריא בכל מיני יפוי כח והשיבו דלא זכתה האשה במתנה ההיא דהכל נחשב נ"מ בכלל העזבון וגם אחריה לא יזכו בניו דכל שלא זכה א' גם הב' לא יזכה ובענין מתנת הבן שמאשתו א' שרירא היא וקיימא דלא כוון להבריח שהרי לכל כת נתן ומה גם היותה בכל מין יפוי כח וכתב מור"ם סי' צ"ט דאם היה יפוי כח במתנה המתנה קיימת, ועיין בתשובת הרב הקדוש מוהר"ר שמעון מימי הי"ן בס' התקנות ואין לומר מאחר דלא נתקיימה המתנה שנתן לאשתו ולבניה אחריה לא תתקיים גם זו דאמדינן דעתיה שאלו היה יודע שאין במתנת האשה ממש לא היה נותן כלום לבן ואיכא למימר משום דשלא פרעו כל הצורך בעד חלוקת אמו משום הכי נתן לו המת' הנז' עכ"ל הרבנים השייכי' לענינינו דיפוי כח מבטל טענת הברחה וכן הנותן למי שיש לו עמו דין חלוקת ירושת אמו אפי' בהיכא דנתן לו חלקו ושוב נתן לו במתנה אמרינן משום דלא פרעו כל הצורך בעד חלוקת אמו נתן לו מתנה זו ולא הברחה כ"ש בנ"ד דלא נתן לו כלום בעד חלוקת אמה והא ראיה מדהוצרך סילוק בשעת נשואיה.

איברא דכפי התקנה בהיכא דשייכא טענת מברחת אין חילוק בין בכל או במקצת וכמ"ש הרבנים הנז"ל שלשתם בענין ביטול מתנה אחרת שנשאר הנותן מחזיק בה כבראשונה ובטלוה דלהבריח נתכוון וכתבו דאע"ג דדינא דמברחת בכל תשו' הרא"ש שהביא בדין הברחה כלהו מיירי במתנה בכל כבר תלה הרא"ש ז"ל בסוף דבריו לפי ראות ב"ד וז"ל ותנתן דת בטוליטולא על הסופרים וכו' שלא יכתבו שטר על מתנת נכסים שיראו שיש בו תחבולה וכו' אם לא שיסיעו הדבר לפני גדולי העיר וכו' הרי דלא חילק בין בכל בין במקצת ותלה בב"ד לפי התקנה שתקנו נ"נ נראה דגם במקצת דאל"כ מה באו לחדש וכו' אלא בודאי גם במקצת שייך הברחה דייקא נמי דקאמרי נינגונא מת אינפינטושא שהוא לשון כולל ונשענו על סוף דברי הרא"ש כדדייקינן מדברים עכ"ל הרבנים.

ובענין חשש שלא הגיע שטר המתנה לידי המקבל מה בכך כיון שהנותן עדיין בעולם והרי הגיעה היום בחיים חיותו ולא שייך לומר אין שטר לאחר מיתה מלבד כל מה שהאריך למעניתו החכם הפוסק בדברי הפוסקים ראינו מ"ש הרב הקדוש מוהר"ר שמעון מימי הי"ן בתשובתו הרמתה וז"ל השייך לענייניו, עוד טען ר"י הנז' שהמתנה בטלה מפני שלא הגיע השטר מתנה ליד המקבל בחיה ואין שטר לאחר מיתה וכו' ה"מ היכא שכוונת הנותן להקנות לו לאחר מיתה בשטר או בקנין אבל היכא שהקנה לו מעכשו ובמתנת בריא קני ואעפ"י שלא הגיע השטר ליד המקבל וכו' דמשעת קנין שעבד נפשיה אע"ג דלא מטא שטרא לידיה מחיים עכ"ל וכ"ש בנ"ד שעדיין הנותן חי, ומה גם שיש עד המעיד שראה השטר מתנה תוך שטרי זכיות המקבל שזכה לבתו ע"י ואף לדברי העד המסופק כיון שהניירות שנתנו לו מבית הנותן אין בהם ממש אלא למכור בהם סחורה ודאי אלמלא ראו שם שטר כתוב וחתום לא היו נותנים ובודאי משטרי זכיות המקבל הנז' שנתנו בידו שטרי זכיותיו הוא ומ"ש בשטר סילוק שנשבע ש"ח בח"ך שלא הי"ל במצב פטי' אמה זולת תק"ם ע"צ המרבה ושהמטלטלין שהניח נשללו בשעת הבלשת ושהחנויות מכרן לגויים בחיי אמה ולא נשאר לו בהם זולת החזקות בודאי נשבע לשקר שהרי אחר מיתת אמה הוא שנתן לה ד' החנויות והדיורים ומדנקט חנויות ודיורים סתם ולא נקט חזקת החנויות והדיורים מוכח שעדיין היה גם גוף החנויות והדיורים בחזקתו ונתנם להבת הנז' ומינה נמי שגם מה שנשבע שלא הי"ל זולת תק"ם הבל גם היא שהרי החנויות והדיורים הנז' שוים בכפלי כפלי כפלים ואם כונתו לרמותה בשבועתו שאין לו זולת תק"ם וכוונתו על המעות מלבד הקרקע מ"מ לגבי מה שנשבע שמכר הגוף בחיי אשתו הוא שקר גמור שעידי המתנה מכחישין שבועתו שמעידין שנתן החנויות והדיורים בשלימות גוף וחזקה ובתו הנז' שהאמינה לשבועתו בשעת הסילוק מחמת שאין להם שום ידיעה במתנה הנז' כי קטנה היתה מדהוצרך לזכות לה המתנה ע"י אחר וא"כ הסילוק הנז' הוי בטעות והסך שהעניק לה חשבינן לה מפירות החנויות והדיורים שמזמן המתנה שנת תקנ"ב עד היום הדרא ארעא והדרי פירי מיומא קמא ויורדין ב"ד לנכסיו לפדות לה החנויות שמכר לגוים והשתא דנתברר שלא מכר גוף החנויות והדיורים בחיי אמה אף אם לא היתה המתנה רק מה שנתברר ממנה שעודינו מחזיק בגוף בחיי אמה אמינא ודאי שכיון שגזל ומכר כל החזקות תזכה בהם בתורת רביע והרביע הנשאר לו עם הפירות נוציא אותו במה שהעניק לה כ"ש בנ"ד שהמתנה קיימת כאמור שתטול חזקת החנויות ותטול המדור גוף וחזקה וכל המשכונות הנעשות

אחר מתנה זו בטילות ומבוטלות דמשכן מה שאינו שלו החו' פה צפרו יע"א י"ד בשבט שנת בשלם ובמישו"ר לפ"ק וקיים.
שאול ישועה סלי"ט

סימן עז

נדרשתי לחוות דעתי על איזה קרקע שנמצא להנותן הנז' שלא נזכר בשטר המתנה הנ"ל ועמד ומכרו לאחר והקונה רוצה לבטל המכר בטענה שמכר לו מה שאינו שלו שהרי כתוב בשטר מתנ' זו שנתן כל הקרקעות שיש לו ואנא אמינא ודאי מיהא לא אירייא דאע"ג דתני תחילה בלשון כולל כל הקרקעות שיש לו הרי הדר מפרש ואלו הן הקרקעות שנתן לכלם בשם יקרא ובכה"ג אמרינן אין בכלל אלא מה שבפרט וכל שלא נזכר בפרטים שפרט שלו הוא וממכרו קיים והרי כל דתני ברישא לא בא לכלול אלא הקרקעות שפרט ולא זולתן ומה גם דשנה עליהם הכותב וחימש לעכב דבכל מקום דמזכיר המתנה מסיים בה הנזכרת דקאמר מתנה גמו' וכו' במוצאי קרקעות הנז' והוסיף והמתנה הנז' יטלו ג' בניו והוסיף עוד והמתנה הנז' שנתן לג' בניו והוסיף עוד ותנאי הטיל במתנה הנז' והוסיף עוד ידו נטויה על המתנה הנז' הרי דדייק ותני הנז' בכל פרט לאפוקי קרקעות שלא נזכרו דליתנהו בכלל מתנה ואף אם יתעקש המתעקש לפרש ולהבין מאי קאמר ברישא כל הקרקעות שיש לו הוא כולל כל קרקעותיו שיש לו תחת כפת המרום מ"מ בעל כרחו יודה דמסיפא אין במשמע אלא אלו שפרט ולא זולתן והוו דברי השטר סותרים זא"ז ואנן קי"ל כל היכא דסתרי דברי השטר אהדדי הולכין אחר התחתון ומשנה שלמה שנינו בפ' גט פשוט ד' קס"ה ע"ב כתוב בו למעלה מנה ומלמטה מאתים מלמעלה מאתים ומלמטה מנה הכל הולך אחר התחתון אפי' בהיכא דמשוינן יד בעל השטר על העליונה כגון שלמעלה מנה ולמטה מאתים וטעמא כתבו הפוסקים משום דאיכא למימר דודאי חזרה היא שחזר מן העליון ודברים ברורים הם החותם פה צפרו יט"א בטבת תקס"ה לפ"ק וקיים.
שאול ישועה סלי"ט

סימן עח

עמדו לפני לדין יעקב ן' שלמה ן' שמחון וחמיו הר' יהודה ן' עטייא אודות קלקול אשתו שטען על חתנו שנתקלקלה בבית אביה והיה מקחו מקח טעות והמציא קב"ע מהנשים שבאו לעשות לה טבילה מבעילת בתולים ומצאו הבגדים לבנים שהלבישוה

מלאים דמים ואמרו לה הנשים מאין הדמים הללו ואמרה להם שהם דם ראייתה ובטלו אותה טבילה והתחילה לספור עד שהגיע זמן טבילתה והטבילוה ומשם ואילך בהגיע זמן טבילתה היא מתקלקלת פעם אחר פעם עוד היום ואביה השיבו שלא נתקלקלה בביתו והדמים שנמצאו בבגדיה כשבאו הנשים להטבילה הם תחילת ראייתה בבית הבעל וטבלה לאותם דמים כדרך כל הארץ ולמחרת יום הטבילה נתקלקלה ובתוך ימי הקלקול לקטו לה שבעה נקיים וטבלה וליום המחרת נתקלקלה וכן פעם שלישית ואחר שהתחלת הקלקול בבית הבעל נספחה שדהו והבעל טוען שלא ראה מאורות מימיו והיא הוכחה שהקלקול בבית אביה שאף ביאה ראשונה שבא עליה ויצא דם מי יאמר שהוא דם בתולים ודילמא דם הקלקול הוא ומשם ואילך אעפ"י שטבלה ג' פעמים לא בא עליה כלל בשום פעם אם מחמת מאונה ומיראתו לבוא עליה בחזקה פן תוסיף להתקלקל יותר והוציא אביה ק"ע משני עדים שהעידו שהיה מגיד להם שבאותם הזמנים שטבלה היה בא עליה כדרך כל הארץ בלא הוצאת בתוליה וטען הבעל שיגידו בפניו ובאו והגידו בפניו כדברים האלה ופסקתי להם כיון שהקלקול נמצא והיא תחתיו נימא כאן נמצא וכאן היה ועליו להביא ראיה שבעודה בבית אביה היה הקלקול כדפסק מר"ן בא"ה סי' קי"ז סעיף ח' היו בה מומין וכו' אם נמצאו בה אחר שכנסה לבית הבעל על הבעל להביא ראיה וכו' ע"ש ומה שטען שאף בביאה ראשונה שיצא דם מי יאמר שהוא דם בתולים נומיתי לו כל שקשה לה תשמיש ויש לה צער ניכר שהוא דם בתולים ועם היות שהרב ח"מ והרב ב"ש בסי' הנז' סק"ד כתבו שיש לספק שמא גם בביאה א' בתוך דם בתולים היה דם נדה לא אמרו אלא בשמשה אח"ך ג"פ וראתה דם בכל תשמיש בלא צער דאז יש לספק דגם בביאה א' היה דם נדה בתוך דם בתולים ונידון בה דין אשה שרואה דם מחמת תשמיש הנז' בריש סי' זה דאסורה לבעלה ותצא בלא כתובה כיון שמבעילה א' ראתה דם ע"ש.

א"כ בנ"ד שאומר שלא בא עליה כלל אחר ביאה א' שיצא דם אמינא ודאי שזה דם בתולים הוא שלא הוחזקה לראות דם מחמת תשמיש אחריו ואחר שכן שאין הקלקול מחמת תשמיש רק מקולקלת בראיות תכופות עליו להביא ראיה שקלקול הראיות היה לה בבית אביה ומה גם שיש עדים שהגיד להם שבאותן זמנים שטבלה היה בא עליה כדרך כל הארץ בלא דם חזר וטען שישבע לו אביה שלא היה הקלקול בביתו ונומיתי לו שאין טענתו טענה ודאית אלא טענת שמא נתקלקלה בבית אביה דאם ידע בה שהיתה מקולקלת בבית אביה ונשאה הרי ידע במומה וסבר וקבל כדאי' שם ס"ה וא"כ אין כאן אלא טענת שמא נתקלקלה בבית אביה ואין כאן חיוב שבועה רק אם ירצה להחרים

סתם על אביה שלא ידע שהיא מקולקלת והשיאה לו ויטה שכמו לסבול מה שנסתחפה שדהו ואם ירצה לגרשה יפרע לה כתובתה ויוציאנה.
איברא דרשאי הוא לישא אשה אחרת עליה דלא תהו בראה וכו' לקיים מצות פריה ורביה וזו תשב תחתיו עד ירחמו עליה מן השמים והשבועה שנשבע שלא ישא וכו' לא נשבע אלא כפי התקנות וזו מן התקנה האחרונה שתיקנו כשיראו ב"ד שיש אונס רשאי לישא ופי' הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ משם הרב מוהר"ר יעקב ן' דנאן זלה"ה כגון חולי המונע לידה או חולי המונע תשמיש שמתקלקלת בתמידות ולכן רשאי הוא לישא אשה אחרת עליה כאמור החותם פה צפרו בעשרים בחדש זו שנת בשלם ובמישו"ר לפ"ק וקיים.
נאם שאול ישועה סל"ט

סימן עט

טופס פס"ד שהוצרכו בעליו להעתיקו לשולחו למדינה אחרת לדון עליו וז"ן, הן היום עמדו יורשי אברהם בוחזיזא וערערו על המחזיקים בחזקת הבית וחזקת החנות הנז' גם המחזיקים עמדו וקנו גוף הבית וגוף החנות מאת הגוים בדמים מועטים אך לא המציאו שטר הקניה בעש"ג רק כי כן טוענים ותחלה יש לפסוק דין החזקות ואח"ך דין הגופות.
בדין החזקות נראה שלא היה מן הראוי להוריד לממשכן הנז' בחזקות הנז' יען כי לא היה לו כ"א שטר משכונה על הבית וכשעמדו הממשכנים ומכרו הבית לגוים לא נתחייבו מדין מזיק שעבודו של חבירו ונחזי אנן אם היה הממשכן בחיים מה היה מתחייב למלוה שהרי ידוע שהחזקה נשארת בידו של המלוה ולפעמים נוטל יותר מחצי שכירות אף שהיא נחשבת ברביע ולכן נראה ששמין לפי העת והזמן כמה יתן אדם למשכן חזקת בית זה לפי ערך השכירות ולפי מהות הגוי וקושיו ורבותו ואותו הסך מהמש' ישאר מש' על החזקה והשאר יפרענו בדמים ולא יתחייב לפרוע מפאת השטר מש' כי השטר פקע שעבודו במכירת הגוי וההיזק נשאר מלוה על פה דוקא וכמ"ש מרן בסי' ס"ו סל"ה המוחל מזיק הוא וכו' וסיים בטור דהו"ל כמוכר בית ושרפו וכ"כ בסי' קי"ז ס"ה בעשה עבדו אפותיקי מפורש ושחררו יצא לחירות וב"ח גובה חובו מהלוה וכותב עליו שטר וטורף מזמן זה השטר ע"כ, וכתב הסמ"ע פי' ולא מזמן ההלואה הא' שאותו שטר חשבינן ליה דפרוע כאפותיקי של עבד אלא שנתחייב לו הלוה מחדש באשר הזיקו בשחרורו והפקיע שעבודו והו"ל כאלו הזיקו אדם דעלמא ונתחייב לו מעשה מזמן הזיקו ודומה לזה בסי' ס"ו עכ"ל הנה כי כן ממש נאמר בנד"ז שמשכונה דסורא הסכימו כל בתי

דינין שלפנינו דדמיא לאפותיקי מפו' ועל כן תקנו ופשטה תקנתם שמש' שנפלה אין לו לחזור על הלוה כלל רק יטול הנשאר מהמשכונה קרקע ועצים ואבנים מעתה נר' דאם מת הלוה אין גובין מיורשיו דהו"ל כמלוה על פה דאינה נגבית מהיורשים כ"א בא' מג' דרכים דטענינן ליתמי שמא אביהם פרע וה"נ בנד"ז לטעון שמא אביהם פרע ההזיק או שמא נתרצה המלוה להחזיק המש' על חזקת הבית לבד ויהנה בפירות החזקה וזה יקרה פעמים רבות בשיש מש' לראובן נגד שמעון ומוכר שמעון ביתו לגוים מתרצים ביניהם להניח המש' על החזקה כי אין לו נזק כ"כ כי רואה כי פירות החזקה לבד יהיו עורכים להנאת דמי המש' וכיון שעומדת לפדות אינו מקפיד בזה וכ"ש וק"ו בנד"ז שיש עד א' שמעיד שלא היתה המש' פשוטה ליהנות בכל פירות הבית רק ע"י קצבה שעשו ביניהם שיהנה כו"ך בחדש שלפי זה פשוט הוא שיש לטעון שאיפשר שפירות החזקה לבד היו מספיקים לקצבה שעשו ביניהם ליטול שכירות כו"ך דהשתא אפי' לכתחילה היה יכול למכור לגוי אחר שהקצבה שעשו תוליד החזקה וכ"ש עוד להעדאת העדים שביד המערערים שהיה הר"ש ן' מזור שהוא שותף מנחם במש' או עומד בעד מנחם הוא והגויה נפרעים מאת אברהם בשכירות הבית אלמא דידעו הממשכנים שהבית נמכרה לגוי ועכ"ז נתרצו והיו גובים השכירות מאת אברהם כל א' כראוי לו זה עדות שנתרצו שניהם להניח המש' על החזקה ומחל בקצת היזק שיוציא לו ממכירת הגוף לגויה באופן ששטר מש' הנז' הוא כשטר מכירת פירות ואינו דומה כל לשט"ח לגבות משאר נכסים וההיזק שהזיקו אברהם את"ל שהיה שום היזק הויא כמלוה ע"פ ואינו נגבה כלל מהיורשים ומעתה דינא הוא שלא נשאר ביד מנחם כ"א שעבוד שטר המש' על החזקה של הבית לבד וגוף חזקת הבית וחזקת החנות היא של היורשים.

חזרו עוד היורשים וטענו לזכות גם בגוף הבית וגוף החנות יען כי כיון שהם הזוכים בחזקה אינו יכול שום אדם לקנות מהגוי הגוף כ"א בעל החזקה ואף שהן היום עברו עידן ועידנין ולפי התקנה כיון שעברו י"ב חדש נחלטו ג' רבעים ביד הקונה ונשאר רביע לבעל החזקה טוענים היורשים שהיו אנוסים שלא ידעו שיש להם זכות בחזקה מעין מ"ש בש"ע סי' קע"ה סל"ב היה אנוס וכו' וכן אם שתק מכח טעות וכו' ע"כ וכו' ולזה אני אומר כי שמעתי שדנים בפשיטות שאפי' שתק מכח טעות או אונס כיון שעברו י"ב חדש אבד זכותו ושאני מצרנות שאין קצבה לסלוק וכן השיבו ב"ד הא' שבפאם יע"א וסיימו דאף אם יהיה הדבר ספק כל ספק שיש בתקנה העמידהו על ד"ת באופן שאפי' לא היה להם זכות בחזקה זכו בג' רבעים של הגוי.

אכן היורשים טוענים דלו יהי שיזכו בג' רבעים בגוף הבית מ"מ בגוף החנות יש להם דין ודברים מי יאמר שהיתה קנויה ביד הגויה כל עיקר ואת"ל שהיתה מכורה ביד הגויה מי יאמר שלקחו מן הגוי ודלמא הגוי נסתלק מאליו שנתייאש כי אין להם עדים שלקחו מן הגוי אך לספק השני הזה נר' דאם יתברר שודאי היתה מכורה ביד הגוי אף שיש ספק בלקיחה הו"ל היורשים ספק והלקיחה ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי ועדיפא מזה בש"ע סי' קמ"ו סכ"ב ב' שהיו עוררים על השדה וכו' ואין לא' מהם ראיה וכו' תשאר ביד המחזיק וכו' ע"ש וזה ודאי יועיל למחזיקים לגבי הבית שיש בידם עדים שהיתה מכורה ביד הגוי אך בחנות המציאו היורשים ק"ע משני עדים שיודעים נאמנה שלא היתה החנות כלל מכורה לגוים ויודעים שהיתה בחזקת אברהם בוחזיזא ומלבד זה אפי' לא היו עדים ודאי שעל המחזיקים להביא ראיה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכל שלא הביאו המחזיקים ראיה בשע"ך שהיתה מכורה ביד הגויה תחזור הקרקע לבעליה שיש להם חזקת אבות אלא שאני מסופק קצת בעדות שהעידו השמאים כמסיחים לפי תומם מפי כתבם שאמרו ששמו לחזקת הבית עם חזקת חורבת החנות וכו' משמע דפסיקא להו שהחנות מכורה לגוים אם נאמר דזה הוי עדות מועלת למחזיקים שהרי עדות שהיתה מכו' לגוים או. נאמר דעדים לאו אכולה מילתא מסהדי ולאו להכי איתשלו ובמלאכתם הם עוסקים לשום חזקת החנות וסמכו על דברי הטורף שא"ל שאין לאברהם בוחזיזא כ"א חזקה וגם הטורף טעה בדמיונו וחשב שאין שם כ"א חזקה כי אותו הזמן היתה חריבה לא נודעו לה בעלים ומלבד שאין לבם סומך כלל על שומת אותם השמאים כי היא תמוהה מאוד שישומו חזקת חנות באותו סך אפי' יהיבנא ליהו טענתייהו שהיה הגוף של גויה אדרבה כיון שהגוף של הגויה והיא תוציא עליו ההוצאות א"כ בנקל יזכו בעליה בחזקתה להשכירה לפחות בסך ב"ם ד"ת ויותר ואיך ן' אוקיות תוציא ב"ם ד"ת באותו זמן אפי' שלא נעריך לפי זמן זה שלפחות תשוה החזקה חמשים מתקאלים וכל כי האי נלע"ד שאותה השומא היתה בטעות גדול וחוזרת כי נתאנו היתומים שהיו כמעט מוטלים בעריסה אונאה גדולה וכל זה לרוחא דמילתא שאין צורך לכל זה דנלע"ד שלא תועיל עדותם להודיע שהיתה קנויה ביד הגוי ממה שהעידו מפי כתבם ונזרק מקולמוסם חזקת חנות דלאו להכי איתשלו אלא לשום החזקה ויותר יש לנו לסמוך על דברי העדים שיודעים נאמנה שהיתה בחזקת אברהם בוחזיזא קודם שנת הרעב שהוא סמוך לפטירתו כי הוא נלב"ע אחר פסח תקמ"ה לתפ"ץ וכבר כתבנו שאפי' אין עדים ליורשים על המחזיקים להביא ראיה ואם לאו תחזור הקרקע לבעליה.

כללא דמילתא שהדין בזה לענ"ד כי חזקת הבית שהוא רביע וחזקת החנות שהוא רביע ג"כ הם בחזקת היורשים והדרא ארעא והדרי פרי יובן פירות רביע החנות אבל פירות רביע הבית זכו בהם המחזיקים מכח המש' הא' אך בזאת שישלמו היורשים סך ק"ם ל"ם דמי המש' וגם כל ההוצאות שהוציאו על הבית יפרעו בהם רביע וגם יפרעו בההוצאות שעל רביע החנות שהוציאו המחזיקים בשכלולה ותיקונה וגם אם יסכימו מורי הוראה גם כל החנות תחזור ליורשים היא ופירותיה ולהיות שיש בזה דין יתומים לב' הצדדים איני מחליט לפסוק הדין בכל מ"ש עד יסכימו מורי הוראה אם לכל מ"ש אם למקצתו ויפסק הדין במרובים ועל מורי הוראה לכתוב בזה מה שיורום מה"ש לחיוב או לפטור או לפשר אחר ההתבוננות בעיקר הדין ושכרם כפול מה"ש וצור ישראל יצילנו משגיאות ע"כ נמ"ך בכ"י החה"ש הדו"מ רפאל ברדוגו נר"ו. וס"ל נמ"ך וז"ן

ראיתי מ"ש החה"ש כהרר"פ אחי נר"ו לסתור ההורדה שעשינו מההיא דסי' ס"ו וסי' קי"ז ואני תמיה עליו תחת שהי"ל לטרוח לקיים דברינו משום זילותא דבי דינא בפני ע"ה הוא עושה עצמו וכו' כדי להתגדל ולהתפאר לאמר שב"ד של אותה שעה לא היה בקי, ואומר שהאמת שקושיא אלימתא הקשה עלינו מהדינין הנ"ל שאיך ולמה נעשה הורדה כזו אם מצד הבית הממושכן לא היה לנו להורידו אליה במכר אלא תשאר החזקה ממושכנה בכדי שיעור שאדם יכול למשכנה באותו זמן אם מצד מה שנשאר מדמי המש' והוא מה שהזיקו אברהם המוכר הנ"ל מע"פ מזמן ההיזק והלאה ואינה נגבית מהיורשים דטענינן להו דלמא אבוהון פרע שגם אביהם בחייו היה יכול לטעון פרעתי דהשטר מש' חשבינן ליה כפרוע וטעני' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען וא"כ שלא כדין ושלא כשורה הורדנו בע"ה לחזקת החנות.

גם טען הרר"פ אחי על החנות דדילמא לא היתה מכורה ביד הגוים ומה שטוענים שלקחו מהגויה אינה טענה בלא ראיה שהיתה מכורה ביד הגויה ואחר שקרקע בחזקת בעליה עומדת על הלוקחים להביא ראיה.

גם ספיקות רבות נסתבך להפיל ולבטל ההורדה שנעשית זה כמה שנים במה שאיפשר לטעון שעל הכל השקיפו ב"ד שבאותו זמן במה שנתברר להם בירור גמור.

ואני אומר שעדיין במקומינו אנו עומדים לחזק ההורדה שמ"ש מרן ופירשו הסמ"ע דהשטר חשבי' ליה כפרוע היינו לענין לטרוף בו מלקוחות שקדמו למכירת העבד שהמזיק לא נתחייב אלא מזמן ההיזק והלאה ואם יטרוף בזה השטר הו"ל שטר מוקדם שהוא לא חל עליו החיוב אלא מכאן והלאה ולגבי לקוחות והלאה הו"ל זה השטר כשטר מוקדם אבל לגבי בני חרי ודאי שגובה בזה השטר ואינו נאמן לומר עליו פרעתי וכמ"ש

מר"ן ז"ל בסי' מ"ג לגבי שטרי חוב המוקדמים שאם לא הקדימו העדים הזמן בכוונה כתב וז"ל ואם יטעון הלוה פרעתי דינו כטען כן בשאר שטרות ואם טען להד"מ הוחזק כפרן ע"כ ה"נ בנדון דסי' קי"ז אין אתה פוסלו רק מדין שט"ח המוקדמים א"כ דוקא לענין טירפא אבל מבני חרי ה"ז גובה בו ואינו נאמן הלוה לו' פרעתי כמו בשאר שטרות ממילא גובה בו מהיורשים מבני חרי שהניח אביהם דהא לא טענ' ליתמי רק מאי דמצי אבוהון למטען וכיון דאבוהון לא מצי למיטען פרעתי גם ליורשים לא טענינן וכיון שכן זה אברהם שמכר והזיק שעבודו של חבירו אם היה תובעו בחייו היה מחייבו לפרוע כל דמי המש' דא"ל בית שלם משכנתא או השכרת לי ולא חצי בית וכ"ש כשהיא ביד הגוים שלפעמים סוגרים הבית לגמרי עד יתן שכירות שרוצים וכיון שהוא כן גם ליורשיו יתבעם לפרוע דמי המש' או יפרע מנכסים בני חורין שהניח והם חזקת הבית וחזקת החנות וכיון שלא נמצא בידם במה לפרוע מב' עמד לפנינו והורדנוהו לחזקת הבית וחזקת החנות שהיו כולם בני חרי ואין כאן משעבדי ושום טענה לא היתה מועלת לו לא לאברהם ולא ליורשיו כל עוד ששטר מש' בידו ואין כתוב ע"ג שום תווך דא"ל לגבי בני חרי שטרך בידי מאי בעי וגם את"ל דלגבי חזקת הבית לא היה ראוי להוריד אלא תשאר מש' על החזקה כמו ששמו אותה מ"מ לגבי חזקת החנות כדין הורדנו ע"כ נמ"ך.

עמדתי על ההורדה הנ"ל מעשה ידיהם של צדיקים זלה"ה ואחזה אנכי אשית לבי כי כל דרכיה דרכי נועם בטוב טעם, וכל נתיבותיה נתיבות משפט, אלא שהח' הש' הד"מ כהר"ר רפאל ברדוגו הפריז על המדה, ופנה אליה עורף ולא פנים, עמד וימודד אר"ש, אוהב לטעון ושונא לפרוק ראה ויתיר, בכל חלקי הסותר, וקשר חבל בחבל, נימא בנימא, לבנות עליה דייק ולנטוע, לשנות את הידוע, ולא חש לכבוד עושיה, ושוינהו כב"ד טועים מה שאין ראוי לאיש אשר כמוהו לפרוץ גדר המוסר, במקום שהי"ל לדון שכל מה שעשו ב"ד עשוי באמת וישר, ומשנה שלימה שנינו בר"ה ד' כ"ה ע"א אם באין אנו לדון אחר בית דינו של ר"ג צריכין אנו לדון אחר כל ב"ד וב"ד שעמדו מימות משה ועד עכשו, ובפ' יש נוחלים ד' קל"ח אפסקה הלכתא דאין חוששין לב"ד טועים, וכי דינא בתר בי דינא לא דייקי, וכן הוא בפ' מצות חליצה ד' ק"ו ופסקה הרמב"ם פ"ז מה' עדות הלכה ה' יע"ש ומה לו ולצרה הזאת להכניס עצמו בעובי הקורה אף אם היתה לו תשובה נצחת בצד"י, וכ"ש שתשובתו עליהם נסחת בסמ"ך, ואגב שטפיה לא דק, ולא חש לקמחיה, דמ"ש וגזר אומר שהשטר משכונה פקע שעבודו במכירת הגוי וההיזק נשאר מלוה עפ"י לא ידענא במאי פקע השטר משכונה אטו משם שעשה זה שלא כהוגן ושקע גוף המש' ביד הגוי נוסיף על מכתו להפקיע גם השטר ואי מההיא דסי' ס"ו סל"ה וההיא דסי' קי"ז ס"ו

שהביא לעזרתו לא דמו אפי' כאוכלא לדנא דהנהו מדינא נמחל שעבור השטר גבי מוכר שטר חוב לחבירו קי"ל דאם חזר ומחלו מחול וגבי עבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו קי"ל שחרור מפקיע מידי שעבוד והו"ל כנפרע השטר זה ע"י שמחלו וזה ע"י שחרור אלא שאנו מחייבין המוחל מדינא דגרמי שאעפ"י שאין גוף השטר ממון הרי גרם לאבד ממון כדאיתא בסי' שפ"ו ס"א וב' משא"כ הכא דמאבד ממון חברו בידים הוא ששקע גוף המשכונה ביד הגוי ובעמוד והחזיר קאי לפדותה מיד הגוי או להעמיד לו משכונה אחרת כמותה כמו שפסק מרן גבי שוכר בית בסי' שי"ב ס"ב שאם חזר אחר שהשכירו לזה והשכירו או מכרו לגוי או אנס שהפקיע שכירות הא' הרי זה חייב להשכיר לו בית אחר כמותו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ומשכנתא דסורא שכירות היא אלא שאחרי זמן שקצבו למשכונה שיכול לפדותה אם ירצה השתא דשקעה ביד הגוי מחייבין אותו לתת מעותיו ויחזיר לו שטר משכנתא שאין כאן טעם לימחל שעבודו וכדקאי קאי ומשום דשטרא מעליא הוא יש לנו לומר שגובה בו אף ממשעבדי כיון דנקיט שטרא בידיה וכן מצאתי בפסקי הראשונים הכתובים אצלי בדף רט"ו ובדף ע"ב שפסקו חכמי מכנאם יע"א כמוהר"ר משה טולידאנו זלה"ה וכמוהר"ר יוסף ן' בהתית זלה"ה וכמוהר"ר חביב טולידאנו זלה"ה בנדון דומה לזה שפסקו שגובה ממשעבדי וכמוהר"ר שמואל הצרפתי סמך ידו על דבריהם. והביא ראיה מדברי הסמ"ע סי' שע"ב סק"ב דגזלת קרקע גופה יש לה קול ע"ש וכיון דאית לה קלא שפיר גבי ממשעבדי ע"כ אלא שהרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ לא הודה להם בפרט זה והאריך למעניתם וכתב דלא גבי ממשעבדי כפשט דברי הש"ע ועם היות שיש לחלק דשאני גוזל קרקע דלא נקט הנגזל שטרא בידיה כל היכא דלא העמידו בדין משא"כ בנ"ד דנקיט בידיה שטרא מעלייא אלא שאין אנו צריכים לזה דבנ"ד אין כאן משעבדי אלא שירדו ב"ד לנכסיו משוחררים אחר שנלב"ע כדין כל מזיק דקי"ל סי' תי"ט ס"ג מת המזיק קודם שיפרע מגבין לניזק מהמטלטלין של יתומים שמעת מינה תרתי שמעת מינה. דגובין מיורשיו ושמעת מינה אפי' הם קטנים דקי"ל מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אלא דרבנן תקנו לגבות מהם שלא לנעול דלת בפני לווין וקמ"ל דה"ה לניזקין משתעבדי וגם מדין מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו שהביא לסיועיה דדין מזיק אית ליה ולא גבי ממשעבדי הוסיף מדעתו למימר גם מיורשים אינו גובה דהו"ל כמלוה עפ"י דאינה נגבית מהיורשים כי אם בא' מג' דרכים עכ"ל, ולא זכר שר מ"ש לעיל מניה סל"ב שכתב ואם מת ישלימו יורשיו נמצא דמ"ש בסל"ה דאינו גובה ממשעבדי דוקא ממשעבדי אבל גובה מהיורשים כמפורש בסל"ב ובזה יש לנו לתרץ מה שדקדקו המפרשים בדברי מר"ן סי' שע"ב ס"א גבי גזלן דנקט גובה מנכסים בני חורין

מפני שהיה כמלוה עפ"י בכ"ף הדמיון די"ל דבא לאשמועינן שהוא כמלוה ע"פ ולא מלוה עפ"י ממש למימרא דלגבי משתעבדי חשבינן לה מלוה עפ"י אבל לגבות מהיורשים מגבינן ולא חשבינן לה מלוה עפ"י ועוד דשט"ח לחוד ושטר משכונה לחוד דאיתא התם בס' ל' במשכונה מוחזקת לא מצי מחיל וטעמא כתב ב"י דשטר לאו לגוביינא קאי אלא לראיה לזכרון דברים בעלמא וגוף המשכונה מכר וכמאן דמטא ממונא לידיה דמי ולא מצי מחיל א"כ הכא בגוף המשכונא לשקועה ביד גוי נשאר השטר בתוקפו לראיה, ועוד דמצינו שהרב אחיו הגדול היה עודנו בחיים והשיב על דבריו בטוב טעם ודעת ואחר שא' מהדיינים שדנו דין זה לא חזר והחזיק במעוזו מה נשאר עוד לבע"ד לחלוק ועוד דחזינא מענותנותיה דאחיו הגדול חשש לדבריו והסכים עמו לפשר בין ב' הכתות והסכימו ב' על הפשרה ומה כחם של הכת המנגדת ההורדה שהם היורשים לחזור וניעור ואם מכח איזה מודעא אפי' תהיה כתקנה בהכרת אונס מי יזקק להם אחר שקבלו בחרם חמור שאין להם מודעא ואם נזקק לעבריינים אינה אלא לתועלת שכנגדם שהרי ההורדה קיימת ויחזור הדבר לכמות שהיה ואם אין להם מודעא במה רוצים לחזור אין חזרתם כלום ואדרבא אם הכת שכנגדם יוציאו מודעא שכל מה שעשו אינו אלא מחמת שכתבו עליהם שטנה דכיון דאין ממש בדבריהם חוזר הדין והדרא ארעא והדרי פירי מזמן הפשרה החותם פה צפרו מש' ואשי"ם דבר"י בפיך לפ"ק וקיים,
שאול ישועה אביטבול סלי"ט

סימן פ

הן היום שעמדתי על דברי ב' הכתות ראיתי אחרי רואה שהדין עם הרד"א לסלק הלוקח מדינא דבר מצרא והשהיה בזה אינה פוסלת ומבטלת המצרנות שהרי התנצלות גמו' יש לשהייתו מחמת שלא נתגלית לו שומא האמתית עד היום ומה שכבר חתמנו לזכות הלוקח אינו אלא מחמת שסמכו על עדות החכם הפוסק נר"ו שאחר שדחה התנצלות זה לפי דעתו ודן את הדין דלא מצי המצרן הנז' לסלוקי ללוקח כתב וז"ל ובנד"ז א"צ לזה שכבר ידע השומא של מאה מזה כמה ימים וערער ואח"ך שתק כמה חדשים ואדרבא בא לפני ולפני כמה בני אדם והתרה בלוקח שיזמין לו דמי המקח לגוי עכ"ל והשתא שנתברר שהחכם הפוסק קרוב הוא להמצרן קורבא הפוסלת מדינא סמי מכאן כל מאי דאתי מכח עדותו שעליה סמכנו ונשאר עיקר דינו שדן הוא שדחה התנצלות המצרן משום דהו"ל לבא לב"ד מתחילה לחקור על שומת המכר ולהשביע הלוקח ואין זו טענה של כלום שהרי נודע שבשטר כתוב או"ו ש"ם ומה נשאר לו לחקור יותר ממה שכתוב

בשטר שקבל כו"ך וקי"ל בסי' קע"ה ס"ט ואם היו עדים שנתן ק"ק והוא יודע בודאי שלא לקחו ממנו אלא במנה וכו' משביעו וכו' משמע דדוקא בטוען ברי אבל בטענת שמא אין כאן אלא חרם ומה בכך אם לא הטיל עליו חרם אותו יום והמתין עד ימצא רגלים לדבר להשביעו או ימצא גלוי לערמתו וכבר כתבתי באורך ביד הלוקח על דינו של הח' הפוסק ודחיתי באמת הבנין כל ראיותיו שכתב בפסקו השני א' שדימה דין מוכר כדי לעלות לא"י לדין מוכר למנת המלך שאין כן דעת הפוסקים שכתבו בהדיא דאית ביה דדב"מ אלא שכתבו דהוי כמוכר על תנאי דאין המצרן מסלקו עד שיוחלט המכר והיינו אחר שיגיעו למחוז חפצם ויתיישבו שם ולא נשאר מונע אז יבא בן המצר ויסלק ללוקח עיין בהרב גנת וורדים חלק ח"מ כלל ו' סי' ח' וכפסק מר"ן קע"ה ס"ד גבי תנאי יע"ש ובסי' ר"ז ס"ג חשיב למוכר כדי לעלות לא"י כמוכר על תנאי יע"ש ואדרבא מכאן יש התנצלות אחרת למצרן על שתיקתו עידן ועידנין עד יתקיים המקח ביד הלוקח אפי' אם היה במציאות שידע אמתות מי המקח מזמן המכר ולדעת הח' הפוסק שדימהו למוכר למנת המלך הי"ל לתת אל לבו שלא נאמרו הדברים אלא במצרן ולא בשותף דעדיף ממצרן וכמ"ש מהר"ם בתשובותיו במיימוני דשייכי לס' קנין סי' ל"ה הביא דבריו מר"ן בב"י סי' קע"ה בס' י"ט בשם תשו' מהרי"ל בלי שום חולק יע"ש ועיין מהרי"ט ח' חו"מ סי' ס"ט מה שכתב על מהראנ"ח שדקדק מתשו' הריב"ש שחולק בדבר פי' דברי הריב"ש באופן שאינו חולק ומטעם זה נדחו גם הב' ראיות שהביא החכם הפוסק לבטל המצרנות מההיא דס' מ"ב המוכר שדה רע וממה שלמד הש"ך לדין א' שעקר דירתו וכו' וכן מה שלמד מהג"ה דס' מ"ט אם הלוקח לית ליה ארעא וכו' דאין הדברים אמורים אלא במצרן ולא בשותף דעדיף ממצרן וכמו שכלל מהר"ם דבכל הני דאמרינן לית בהו דדב"מ מצרן דוקא ולא שותף יע"ש, וכמו שהארכנו במה שכתבנו ביד הלוקח ולענין קבלת החכם הפוסק לדון אעפ"י שהוא קרוב מן הדין בעי קבלה בקנין ואז לא היה יכול הקרוב לחזור בו אפילו קודם גמר דין כדאיתא בסי' כ"ב ס"א ובלא קנין לאחר גמר דין להכרעת הש"ך לא מהני רק כשקבלו בב"ד אבל חוץ לב"ד אינה קבלה ומצי הדר ביה, ומ"ש הט"ז בסי' ג' בהבאים לדון בפני יחיד סתם הוה כקבלוהו עליהם בפירוש י"ל דהתם גבי יחיד מדאורייתא בחד סגי ומד"ס הוא דבעינן ג' משא"כ בקרוב דמדאורייתא אין דינו דין דכמו דדרשינן לא יומתו אבות על בנים בעדות בנים כך דרשינן לא יומתו בדין בנים נימא דבעינן קבלה בפירוש ולסברת הש"ך ליבעי קבלה בב"ד והעיקר מה שחזרו ודנו לפני החה"ש הדו"מ כמוהר"ר ברוך טולידאנו נר"ו שאין לו צד קורבה וכ"ש דמה שעמדו שנית לדין בטלו העמדה ראשונה.

ומעתה גם העדויות שביד הלוקח עדות כהה"ר משה די פאס והר' דוד ן' חיון שהעידו על הפשרה שעשו לפני הח' הפו' שאם יזמין לו דמי מקנת מחצית גוף הקרקע לט"ו יום מחל המצרנות ואם לא הזמין יזכה דוד בג' חלקים של הגוף מלבד שאין קיום לאותה פשרה שלא קנו מיד המצרן וקי"ל פשרה צריכה קנין אלא אם נעשה הדבר הזה בקשר של קיימא בקושח"ך אינו כלום שהרי פירשו דבריהם שאחר שנדונו המצרן והלוקח לפני הח' הפוסק ואמר למצרן אין הדין עמך מתוך כך נתפשרו כאמור דלו יהיה כדבריהם שהיתה פשרה הו"ל פשרה בטעות שלא נתפשר אלא מחמת שאמר לו הח' הפו' אין הדין עמך וכמ"ש מר"ן בסי' כ"ה ס"ה וכתב הבאה"ט שם ס"ק ג' משם מהר"ם אלשיך סי' י"ד ותשובות רמ"א סי' ע"ד דמי שעשה פשרה בשביל שאמר לו א' מן החכמים שאין הדין עמו הוי פשרה בטעות יע"ש ובלאו הכי הרי יש ב' עדים המכחישים אותם שהעידו שלא היתה שום פשרה כלל אלא שהח' הפו' דן את הדין וחייב להרד"א וא"ל א"כ יתן לי דמי המחצית בגוף שקניתי מהגוי וחלו פניו העומדים שם לתת לו, זמן ט"ו יום ולא היתה שום פשרה כלל ויש לנו לומר כיון שהעדים שביד הלוקח באו להוציא המצרן ממצרנותו באמרם שנתפשר או מחל מצרנותו נוקי הקרקע בחזקת המצרן שהוא ודאי וכל תרי ותרי בפשרה או מחי' הו"ל הפשרה והמחילה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ואע"ג שכ' מר"ן בס' מ"ה אפי' היה בדבר ספק אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה יע"ש הרי הש"ך ס"ק מ"ב פירש דדוקא כדמפרש ואזיל שטוען שמא אריס אתה שזכות המצרן בעצמו הוא בספק אם הוא שלו משא"כ בטוען שמא מפני המס מכר לי שהמצרן הוא ודאי רק שבא עליו מצד אחר יע"ש ה"נ דכוותה שזכות המצרן הוא ודאי והפשרה ספק משום דאיכא תרי ותרי ואין ספק מוציא מידי ודאי ולא כדברי הח' הפו' שהפריז על המדה וכתב בנד"ז ספק אם נרתע מפני הסך או מפני שלא היה חפץ בה ואוקמה בחזקת הלוקח דלדידיה בטל מצרנות מעיקרא שבכל מצרנות נטיל כמה ספיקות אפי' על מה שבלבו ולא חש לומר דברים שבלב אינם דברים. גם ראיתי מ"ש הח' הפו' להסביר אופן הפשרה הנ"ל שהמצרן מחל מצרנותו והלוקח מחל לו זכות י"ב חדש של התקנה שיש לבעל החזקה עם הקונה מן הגוי ולא כן אנכי עמדי דלא תקנו מתקני התקנה זמן י"ב חדש רק להזר הקרב להסיג גבול בעל החזקה ולקנות הגוף מהגוי יפוי כח לבעל החזקה לגאול תוך יב"ח אבל בנ"ד ששניהם שותפים בהחזקה הוי דבר שאינו מפורש בתקנה ונעמידנו על ד"ת דקי"ל שאם קדם א' מהשותפים וקנה קנה לעצמו ומה גם שהקונה מן הגוי לית ביה משום דדב"מ ונראה דה"ה שותף דמידי הוא טעמא משום דא"ל ארי אברחת ממצרך בשותף נמי לימא אריה אברחת מחלקך וכששניהם עומדים

כנ"ד שהתרה הנגיד בשניהם חייבים לפרוע אותיום ומי שלא פרע אותיום יש לחבירו להתרות בו שאם לא יתן לפרוע לגוי יפרע הוא הכל ויטול הכל לעצמו.
קנצי למלין שהמצרן מסלק הלוקח אפי' שהה כמה שנים מחמת ההתנצלות שלא נודע לו השומא האמתית עד היום ואפי' אם יתברר שנודע לו מקודם עוד יש לו התנצלות אחרת עד שיתחזק המקח ביד הלוקח ולפי ק"ע שיש ביד המצרן שעדיין המוכר תובע לבטל המכר מחמת שב"ד חלוקים בדבר אם חוזר אם אינו חוזר ואעפ"י שנתפשר אם ימצא עוזרים יכול לטעון לא נתפשרתי אלא מחמת שנתחייבתי עפ"י הרוב באופן שכל עוד שעדיין לא נתקיים המקח ביד הלוקח אין שהיית המצרן פוסלת ואם ירצה לסלקו היום רשאי ואוכל פירות משעה שהתרה בהלוקח שמעות המקח מונחים ולא ירצה הלוקח לקבלם החו"פ צפרו בר"ח אדר שנת לדוד באמונת"ך לפ"ק וקים.
ע"ה שאול ישועה אביטבול סל"ט בכמוהר"ר יצחק זלה"ה

סימן פא

הובא לידי שטר קב"ע שהעידו ב' חכמים כהה"ר דוד בוטבול וכהה"ר יהושע סירירו שבפניהם השכיר הגוי החצר שמכר משה ן' חיון לגוי הנז' למרדכי ן' אהרן אסולין סמוך למקנת החצר ותיכף כדי לזכות בחזקה הלכו עמו להחצר ותקע מסמר א' בא' מכותלי החצר לפניהם וק"ע מב' עדים שא' העיד שכמה שנים היה גובה מרדכי הנז' מחצית החזקה ומחצית למשה וע"א מעיד שראה אותו גובה מהשכירות ולא ידע כמה ובשולי ק"ע הא' כתוב כבר יצא מזה טופס לגבי המחצית שזכה בו הי' משה הנז' כמשו"ח מיד שנינו אהח"פ וק"ש וחתומי' הח' הנז"ל וכתבו חכמי מקנאם לזכות מרדכי הנז' מחמת העדות שהיה מחזיק כמה שנים מחמת טענה שטוען נתפשרתי עם משה הנז' מחמת שהגוי רצה שיהיה המכר ע"י שלא תשאר חזקה למשה ושוב נתפשרתי עם משה לחלוק החזקה ויהיה קניינא בינו ובין הגוי שיסלק עצמו לגוי הנז' מהחזקה וכתבו על השכירות שעשו החכמים והמסמר שתקע שאינם כלום. וזה מה שכתבתי אני ח"מ על הפסק הנז' וז"ן
משרבו מגלי מסתורי היהודים לגויים נתגלו להם מסתורי החזקות והיהודי אשר יצטרך למכור חצירו לגוי מתחכם הגוי ומברר מקחו שקונה ממנו גם החזקה ויש מתחכמים יותר להוסיף לברר שקונה ממנו גם חזקה דחזקה באופן שמסתלקת יד המוכר מחצירו לגמרי וקופץ איזה יהודי שיש לו קרוב דעת עם הגוי ההוא ושוכר ממנו החצר ההיא לזכות בחזקת יישוב אותה החצר ובנ"ד נכרים דברי אמת שמשה המוכר נסתלק מחצירו

באופן זה ונזדרז מרדכי הנז' לזכות בחזקת יישוב החצר הנז' והעמיד החכמים הנז' ונדרשו לבקשתו והלכו עמו ונתייחדו לעדות להעיד שבפניהם השכיר הגוי החצר הנז' למרדכי הנז' כדי לזכות בחזקת יישוב החצר ההיא והמה חכמים מחוכמים ורשומים להבין ולהורות ובקיאין בענייני החזקות ואם לא נסתלקה יד המוכר הנז' מהחצר הנז' מכל וכל מהגוף ומהחזקה לא היו נדרשים לבקשתו והיו דוחין אותו באמת הבנין לאמר למה תעשה כה ועדיין החזקה בחזקת המוכר ומי בער ולא ידע שהמוכר קרקע סתם לגוי נשארה לו החזקה אלא ודאי מדחזינן שהח' הנז' נדרשו לבקשתו אנו יודעים בבירור שלא נשאר שום זכות למו' לא בגוף ולא בחזקה ומה גם שפירשו דבריהם וכתבו שהשכירות היתה סמוך למקנת החצר כשקנאה הגוי ממשה הנז' והוסיפו תוספת טובה וכתבו וז"ל ותיכף ומיד כדי לזכות בחזקה ממרדכי השו' הנז' הלכו עמו הח' הנז' להחצר הנז' ותקע מסמר בא' מכותלי החצר הנז' לפניהם אדעתא דהכי כדי לזכות בחזקה הלזו מרדכי הנז' כאמור ע"כ הרי שעשו כל היכולת כדי שיזכה השו' הנז' בחזקת יישוב החצר הנז' משום דחשיבי להחצר הנז' קרקעו של גוי בלי שיתוף שום בר ישר' דהו"ל כנכסי הפקר וכל הקודם לשכיר ממנו א' זוכה בחזקה כפי התקנה ולא הצריכו מתקני התקנה לעשות מעשה בגוף הקרקע כדין חזקת הזוכה מההפקר ובנכסי הגר אלא בשכירות גרידא קני וכן אם היה הגוי בונה איזה מדור ועמד היהודי לסייעו בהושטת אבנים וחומר ומעיד עדים שעושה כדי לזכות בהחזקה הוא זוכה דחזקת יישוב נקנית בחזקה כל דהו כמו שכתוב ומפורש אצלינו בפסקי הרבנים זלה"ה באה"ט ולא היו צריכים הח' הנז' ללכת עמו ולטרוח כדי לתקוע מסמר שזה מעשה בגוף הקרקע שיועיל לתלות בו בגדיו וכיוצא אלא לתוספת טובה עשו זאת לבל יקדמנו אחר קודם שיזכה בשכירות הנז' להחזיק באיזה אופן שיהיה והנה הח' הנז' הם עצמם שכתבו וחתמו בשולי השטר ק"ע הנז' זה הלשון וז"ן כבר יצא מזה טופס לגבי המחצית שזכה בו הר' משה המו' הנז' כמשו"ח מיד שנינו אנחנו החתו' פה וק"ש עכ"ל, הלשון מורה שנתעצמו בריבם המוכר הנ"ל והמחזיק הנ"ל ופישרו ביניהם מחצה לזה ומחצה לזה בחזקת החצר הנז' ויש לדון בזה דין שטר שהרי כתבו בקצרה מה שכתבו בארוכה בשטר הזכיה ולא חשיב מפי כתבן וממנו אנן דנין שיש מחצה לזה ומחצה לזה בחזקת החצר הנז' ומה גם דאיכא עדים שמעידים שהיה מרדכי גובה שכירות מהחצר הנז' לדברי עד אחד מחצה כל הכתוב ולדברי עד א' לא ידע כמה היה גובה, מ"מ הצד השוה שבהן שיש לו זכות בהחצר הנז' ומשום דדייניין שעשו פשרה סתמו כפירושו מחצה לזה ומחצה לזה שהדיין מצוה שלא להטות בפשרה כמו שמצוה שלא להטות משפט נראה ודאי דמחצה לזה ומחצה לזה

דודאי היה גובה מחצה וכדמוכח מל' השטר הנז' ודברים נכונים הם ועל יורשי המוכר המערערים להביא ראיה אם תובעים יותר ממחצית החזקה הנז' וכל זמן שלא הוציאו ראיה אין להם לזכות אלא במחצית החזקה ולראיה חתמתי פה בכסלו ש' נפלאו"ת לפ"ק וקיים.
שאול ישועה סי"ט

סימן פב

שאלה לרבותינו בעלי ההוראה שמהם תורה יוצאה, לתת לכל שואל די מחסורו ברוח מבינתם ודעתם הרחבה והמלאה ינטירנהו מלכא עילאה, וישזבינהו מכל עקא ותלאה כי"ר יורונו מורי צדק מה יהיה משפט ראובן שהיתה לו חזקת עליה א' פה צפרו יע"א וגוף העליה של האלמכזן והיתה חריבה ומנהג המקום הוא שלא יוכל שום אדם זולת בעל החזקה לירד בכח האלמכזן לבנות קרקע אלמכזן ולאכול פרותיו כי אם דוקא בעל החזקה שגם בדיניהם אין נותנים רשות לשום אדם לירד לקרקע ההוא זולת לבעל החזקה דוקא והאלמכזן עצמו אין ספק בידו להוציא הוצאות על הקרקע החרב ועוד כדי שלא להוציא הרבה ולהכניס קמעא וגם אינו מכריח לבעל החזק' לבנות אלא כשרוצה בעל החזקה לבנות כדי שלא תאבד חזקתו הוא מוציא הכל משלו חלקו וחלק האלמכזן וגובה כל השכי' ונותן להאלמכזן בעד גוף הקרקע הנק' אצלם לבקעא סך קבוע בכ"ח יובן דבר מועט לפי רוב השנים או מיעוטן אשר ישתוה עמם ובמלאת הימים ההם יחדש עמו עוד עקדא אחרת בין רב למעט לפי העת והזמן עולים ויורדים בו והוא הנק' אצלם גז'א ולא יקרב איש זר אשר לא לו החזק' לשכור מהם אלבקעא הנז' וליכנס בגבול בעל החזק' ועמד שמעון שהוא לבדו דיין קבוע בעיר וירד לעליה הנז' והוציא עליה הוצאו' מכיסו עד ששכללה להיות ראויה לדירה ההוא אמר ששר העיר הכריחו לבנות הבית שתחתיה שחזקתו שלו וגופו של האלמכזן כדי שלא תתבטל הנאת אלמכזן ואגב הבית הכריחו לבנות גם העליה הנז' שעליו ולהיותו מוכרח במעשיו עמד ובנה הבית והעליה והותווך עם אלמכזן כמה יתן לו בהאלגזא בכ"ח לשנים קצובות והיה אוכל פירות העליה והביא השמאים מהקבועים בעיר ושמו לו הוצאו' העליה הנז' והעלה אותם על ספר יובן כל ההוצאו' הנוגעים לגוף ולחזקה אבל לא שמו אותם בפחות שבשערים כמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' ס"ח כי אמרו דלא גמירי האי דינא וטעו במילתא דעביד איניש למיטעי ושמעון לא הודיעם שאינו רואה חובה לעצמו והיה אוכל פי' העליה הנז' כמו ד' שנים ושוב חשש לו שמא היום או למחר יקומו בעלי העליה הנז' וינכו לו הפי' שאכל

מההוצאה הנז' ויתנו לו מותר ההוצאה ויסלקוהו או יניחוהו עד שיאכל שיעור ההוצאה ויצא חנם אין כסף ולכן נמלך בדעתו והביא קצת מת"ח שבעיר והודו לו שטר משכו' בבדי"א על חזקת העליה הנז' בעד מה שנוגע לה מההוצאה הנז' מזמן שירד לה לאכול פירות וחתמו תמ"ת ואיהו גופיה שמעון הנז' פעם אחרת כשהוציא הוצאו' על קרקע אחר ובקש למשכנו בידו בעד ההוצאה בא לו לבדי"א שבפאס יע"א והודו לו שכר משכו' והת"ח הנז' יהבי טעמא למשכו' הנז' משום שהיה מוכרח במעשיו ע"פ השר כאמור והן הן עדיו על ההכרח הנז' שהכריחו לבנות וא' מב' היה קרוב לו בשעה שירד לבנות ולאכול פירו' ובשעה שהודו לו מש' הנז' כבר נתרחק הקרוב הנז' והן היום עמד ראובן בעל הח' ויהי כי ארכו לו שם הימים לשמעון הנז' והוא אוכל פירות העליה הנז' נפלו עוד קצת מכתלי העליה ובנה אותם מחדש ושם אותם בדמים ע"פ השמאים לשיתוסף לו סך השומא על עיקר המשכו' והן היום עמד ראובן בעל החזק' תובע לשמעון הנז' ובידו מלא לאמר תשובות כחבלי זמורות הן בענין השומא שנעשית בטעות ההוא אמר דשומא הדרא לפחות שבשערים ואע"ג דכ' מר"ן בח"מ סי' ק"ג ס"ג שמיה ג' ואומר המלוה ישומו אותה ג' אחרים וכו' אין שומעין לו שאני התם שלא נתברר שטעו אבל בנד"ז דודאי טעו שומא הדרא ועוד נלע"ד לחלק ביניהם אפי' היכא דלא טעו דשאני ההיא דסי' ק"ג אין השמאים הם המחוייבים ללוה שכבר הוא מחוייב ועומד ואינם באים אלא להגבותו לכן אם כבר שמיה ג' לא הדרא אבל בנד"ז שאין ידוע החיוב כי אם ע"פ השמאים איפשר לו' שאם רצה בעל הקרקע לבטל השומא שומעין לו אלא שאין אנו צריכין לזה שהרי הוברר הדבר שטעו כאמור גם בענין מה שנפל מכתלי העליה וחזר וחדשו ושם אותו בדמים ורצה שמעון הנ"ב לגבות ההוצאה פעמים טען ראובן שכיון שנפל הכותל אזדא לה ההוצאה הא' ואינו גובה כ"א הוצאה ב' שאפי' לדידן שמנהגנו שאפי' נפלה המש' לא פקע זכות המלוה ממנה ה"מ היכא שמשכן לו בעל הקרקע עצמו שנשאר שעבודו על גוף הקרקע אבל היכא שמשכנוה ב"ד בעד ההוצאה ונפלה ההוצאה פקע זכות המלוה גם בענין המש' שנעשית ע"ו ת"ח שאינם ב"ד ההוא אמר שכיון שלא קבלום הצבור עליהם לדיינים אינם יכולים להוריד המלוה לנכסי הלוה והו"ל כיורד שלא ברשות ב"ד שמנכין לו כל הפירות שאכל כמ"ש מר"ן סי' הנ"ב ס"ח ואף את"ל שאפי' אינם ב"ד קבועים יכולים להוריד המלוה לנכסי הלוה היינו דוקא כשהורידוהו קודם אכילת פירות אבל אחר שאכל פירו' ד"ש במה כחם יפה להורידו מזמן שהוציא עליה הוצאו' למפרע ואפי' אם לא אכל שיעור ההוצא' מ"מ מנכין לו מה שאכל קודם המש' ואפי' נימא שיש כח בידם למשכן בידו מזמן שירד לה יש להסתפק הואיל וא'

מהם היה קרוב בה שעתא לשמעון אע"ג שבשעת המש' כבר נתרחק הו"ל כאלו הורידו בתחילה בהיותו קרוב והואיל והוא קרוב ולא קבלוהו עליהם אין משכונתו משכו' ואפי' נימא דבתר השתא אזלינן ולא בתר מעיקרא וכבר נתרחק מ"מ אפי' ב"ד גמורים אינם ממשכנים בלי טעם ובנד"ז יהבי טעמא למלתייהו הואיל והוכרח במעשיו ע"פ השר הן הן דייני המש' הן הן עדי האונס ונמצא שקרוב ונתרחק מעיד על מה שראה בהיותו קרוב ועדותו בטלה וכיון שבטל הטעם בטלה המש' שבנפול היסוד יפול הבנין ועוד שבעל החזקה היה מצוי בעיר והי"ל להודיעו ועוד רבים האומרים שאין האלמכזן מכריח אפי' לבעל החזקה לבנות וכ"ש לזולתו ובין אם נאמר שהמשכונה בטלה או קיימת לגבי החזק' עדיין מקום יש בראש לגבי חלק האלמכזן שירד לו שמעון והוציא עליו הוצאו' ונותן להאלמכזן סך קצוב בכ"ח בעד שכי' הגוף והוא הנק' גזא כנ"ב זה כמה אם יש לדונו כמכר וכיון שעברו יב"ח אין כח ביד בעל החזקה לסלקו וישאר כח האלמכזן לשמעון או דילמא כיון שלא הוחלט הגוף בידו ונותן שכירות בפ"ח ע"ת האלעקדא ומחדשים עקדא אחרת א' המרבה וא' הממעיט הו"ל כשכירות ויכול לסלקו אחר כמה שנים גם אם יש לדונה כשכירות ויכול לסלקו מכאן ואילך עדיין יש להסתפק במה שאכל כבר מחלק האלמכזן הואיל ואין שום אדם יכול לירד לחלק האלמכזן זולת בעל החזקה מי חשבינן ליה כשלוחו של בעל החזקה וכל מה שהוציא הוא לזכות בעל החזקה ומנכין לו מההוצאה גם מה שאכל מחלק האלמכזן ויחזור הכל לבעל החזקה או נימא כל מה שהציל הציל לעצמו ולא הוי כשלוחו ומה שאכל אכל ומכאן ולהלן חושבנא, וכל זה אם נאמר שמשכונת החזקה בטלה אכן אם היא קיימת אין מקום לספק זה שכל מה שאכל מחלק האלמכזן הוא בכח החזקה הממושכנת בידו וזכה במה שאכל על הכל אענותנותיהו דמורי קא סמיכנא ישגיחו על כל פרט ופרט לבררו וללבנו בעין שכלם הזך והטהור להוציא דין אמת לאמתו כי לא נמצא בכתבי הא' זלה"ה שהיו בעיר הזאת כיצד היו נוהגים בהאלגזא הנוהג אצלם אם כמכר או כשכירות ולא מפיו של שמעון אנו חיים שאמר שהיו דנים אותה כמכר כיון דמורה ואתי אחר מעשה אין שומעין לו ועל כת"ר המלאכה לגמור להשקיט ריב ומדון וקמי שמייא גלייא שכל טצדקי דמצינא למיעבד להפך בזכות צורבא מרבנן עבידנא גם בעינא להסתלק מהאי דינא ולא יכילנא ונלאיתי לפשר בין ב' הכתות להסיר עקצות פה ולזות שפתים וחלול ה' ולא עלתה בידי כי כלם צווחו ככרוכייא הם אמרו דינא קא בעינן ולכן הנה ערכתי דבריהם לפני כת"ר ויוכיחו האמת לאהבת האמת וצור ישר' יעזרנו על דבר כבוד שמו למען שמו, נאם הח"פ צפרו

יע"א בח' אייר מ"ש ראשי המטו"ת לבנ"י ישראל מהאלף הששי ליצי' איש צעיר המו"ן נא"ה דורש טוב ודובר שלום.

שאול סירירו כיל"ט

עם היות דלפי מה שנכתוב בסמוך אין נפקותא בתשובתינו על טענת ראובן הא' וגם אין הפנאי מסכים להאריך מ"מ לעשות רצון הח' השואל ומצותו אשר צוה להשיב על כל פרט נאריך קצת ובקצרה, והוא דמה שטען ראובן שלא עשו השומא פחות שבשערים לא טען כלום בזה דכיון שנעשית השומא עפ"י הבקיאים הקבועים בעיר מסתמא עשו כמנהגם בכל השומות דלמה ישנו לזה ועכ"פ השומא הנהוגה בכל המשכונות בב"ד היא בפחות שבשערים וע"פ הדין הוקבעה כו"ך למדה וכיוצא והתימה מהח' השואל נר"ו שהסכים ע"י ראובן בטענתו זאת ולמה לא ערער על כל השומות שנעשו בעיר מיום היותה שהרי כלם צריכים להיות בפחות שבשערים דכל היורד לשדה חבי' בין ברשות בין שלא ברשות צריך לישבע בנק"ח או לשום בפחות שבשערים ובודאי שלא הוקבעה השומא אלא בפחו' וכו' וגם זו כא' מהם, ומה שטען ראובן בענין הכותל שנפל בזה הדין עמו דמה שנפל נפל לאחריות שמעון ואין לו לשום כ"א הכותל החדש ואפי' המשכונה שנעשית מיד הלוה אם תיקן המלוה שום תיקון וחזר ונפל ובנאו אין ללוה לפרוע כ"א עיקר המש' והבנין האחרון וכן המנהג פשוט, ומה שטען על שלא נעשית המש' בב"ד אין לחוש לזה דכיון דאין דיינים קבועים בעיר זולת המלוה לא יפסיד מעותיו ויכולים ג' מהת"ח לעשות לו מש' דאדעתא דהמנהג סמיך, ומה שטען על המש' דלשעבר בזה הדין עמו ותמיהה גדולה על הת"ח המשכנים איך עלה בדעתם לעשות ממש זה כזה למשכן מה שעבר ומשל הדיוט העבר אין, ויותר יש לתמוה על המחזיק שהוא חכם קבוע בעיר ויסכים על זה ובודאי שכל הזמן שעבר קודם למש' צריך לנכות מפירותיו כמש' דעלמא וכמ"ש בסמוך, גם מה שטען שהיה מצוי בעיר ועל חנם עשו לו המש' גם בזה הדין עמו דלא פשט המנהג לעשות משכו' בב"ד אלא כשאין בעל הקרקע בעיר משום ישוב הארץ דאמדינן דעתיה דבעל הקרקע דניחא ליה בהכי, ומה שטען שהיה מוכרח ע"פ האלמכזן לבנות מלבד שהכחישוהו העדים שאמרו שלעולם אין האלמכזן מכריח לבעל החזקה גם ניכרים הדברים שהכריח זה טפל מבלי מלח דאיך יכריחנו לבנות מקום אחר שאין לו בו כלום והי"ל להודיע לבעליו ויסתלק גם לו יהיה שהיה מוכרח אין לו להציל עצמו בממון חבירו ואם הכריחו והוא מוכרח מזלו גרם ויבנה וינכה מהפירות ולמה יעשו לו משכונה בב"ד, כ"ז כתבנו במש' דעלמא אבל לפי הצעת השאלה שהמנהג הוא שהישראל בונה ומשכלל ונותן לגוי שכירות הקרקע הנק' גזא נר' דזו היא

חזקת ישוב מפרע מינה וכבר הסכימו כל האחרונים דחזקת ישוב דינה כמטלטלין לכל דבר כמבואר בכה"ג סי' קס"ה ומהריק"ש ז"ל ובמטלטלין קי"ל בסי' שס"ג בגוזל בהמה ונשא עליה וכו' אינו חייב לשלם כלום שהרי לא הפסידה וכו' וא"כ נראה ה"ה בגוזל חזקת ישוב ודר בה ע"י שנתן שכי' לגוי אין לבעליה חזרה עליו שאין לו זכות ממש בגוף הקרקע רק רשות בעלמא ואם קדם א' וגזל אותה החזקה ודר בה ברשות הגוי אינו חייב לשלם לו כלום כדין המטלט' ונר' דחזקת ישוב גרע אפי' ממטלטלין דמטלטלין יש לו בהם מיהת זכות בגופם משא"ך בזה שאין לו כ"א שליטה ורשות בעלמא מחמת המנהג ואינו מן הדין וזה בחזקת ישוב בעלמא שהבניינים של הגוי וכ"ש וק"ו בחזקה זו שנתבאר עניינה בשאלה שכל הבנינים הם של יש' דאין לגוי כ"א הקרקע ויש' נותן לו שכי' הקרקע שאין לבעל החזקה כלום שהרי מבואר בפוסקים שכל בונה חורבת חבירו ודר בה או משכירה שמנכין לו הפירו' שאכל כמ"ש בסי' שע"ה בהגה ובסי' שס"ג ס"ז דאם דר בה וחיסרו דבר מועט או השכירו לאחרים מנכין לו כל הפי' שאכל אע"ג דלא עביד למיגר עכ"ד, מ"מ יש חילוק בין דר בחצר חבירו הבנויה לבונה חורבת חבירו דדר בחצר חבירו המשוכללת אע"ג דלא עביד וכו' אם השכיר לאחרים או השחיר הכתלים חייב לשלם שכירותה מושלם אבל הבונה חורבת חבי' שהבנינים הם של הבונה אף שחייב לתת שכי' מושלם כמ"ש בהג"ה ס"ז ביאר הרא"ש וז"ל ואגבי לאפדניה עד שיתן ליתומים שכר הראוי ליתן מחורבה אחת לבנות עליו בית עכ"ל, וכ"כ הב"י בס"ס שע"ה בשם רבינו ירוחם ז"ל ע"ש וא"ך בנד"ז אלו היה הקרקע של ישר' היינו מחייבים לבונה ליתן שכי' הקרקע לבנות עליו בית אך כיון שהקרקע של הגוי והבנינים של המחזיק אין לבעל החזקה כלום שהרי השכי' שצריך ליתן לבעל הקרקע נתנו לגוי שהוא בעל הקרקע. כללא דמלתא שהדין בנד"ז שישומו השמאים כל ההוצאות החדשים שיתברר בעדים ברורים שבנאם המחזיק ויפרע בעל הקרקע ויזכה בשלו שאין כאן מכר ליכנס בתקנה של יב"ח שאז היה צריך לנו לחקור במי שיש לו חזקת ישוב אם יכול לסלק הלוקח מן הגוי ועד כמה שכל זה לא ביארו בתקנה אלא על חזקת רביע וחזקת ישוב לא נזכרה כלל בתק' רק מנהג בעלמא ואיך שיהיה בנד"ז שאין כאן מכר ולא ריח מכר בעל החזקה חוזר למקומו כשיפרע כל ההוצאות שיתבררו עפ"י עדים וצ"ל שבעל הריב התובע אומר שכל הבנינים עם הקרקע של היש' וכפי דבריו ישתנה הדין דודאי צריך לנכות כל הפירו' שאכל או כפי' מ"ש הרא"ש דהיינו שכר חורבה לבנות עליה בית אלא שלא עשינו עיקר מדבריו כ"א מדברי הח' הפוסק נר"ו ועליו לגמור הדבר, כללא דמלתא שהמשכונה בטלה וההוצאות אם לפי הצעת השאלה יפרעם כלם ויחזור למקומו ואע"ג

דבכל חזקת ישוב א' ממנו החו' א' מפקפק בדבר בחזקה זו שהבנינים הם של המחזיק אין לנכות כלום שהרי נותן שכי' לבעל הקרקע והיא שכי' חורבה לבנות עליה בית ולפי מ"ש התובע לפנינו בע"פ ינכו שכר חורבה לבנות בית זהו הנ"ל בדין זה ועם שהיה מקום להאריך השואל נחוץ ולזה כתבנו בקצרה וצויי"מ כי דעת ממנו פליאה הח"פ מכנאם יע"א בשלהי אייר מש' משבי"ר לפ"ק וקיים.

יקותיאל ברדוגו ס"ט רפאל ברדוגו סי"ט

מכל הני מלי דמשנ"ו רבנן דלעילא המש' בטלה והדרא ארעא ופרי לבעליה הא' ועוד שהאונס הנ"ב אינו אונס שהיה לו להודיעו לאנס הרי בעליו בעיר והת"ח שעשו לו המשכונה היה להם להודיעו מקודם והו"ל כיורד שלא ברשות ולאפס פנאי קצרנו נאם החו"פ בפאם יע"א בזמן הנ"ל.

יהודה בן עטר סלי"ט רפאל דוד בן עטר סלי"ט

ראיתי את כל הרשום בכתב אמת בדברי החכמים השלמים ישצ"ו הם אמרו שכיון שנעשית השומא עפ"י השמאים הקבועים בעיר סתמם כפירושם שכיונו להלכה לשום בפחות שבשערים עפ"י הדין כו"ך למדה וכי דבר קבוע הוא זה ויש לו קצבה כו"ך למדה והרי השומא עולה ויורדת לפי העת והזמן הן חסר הן יתר בטל מדה בחבל דור דור ודורשיו דור ודור ומנהיגיו ואם הראשונים קבעוה עפ"י הדין הרי האחרונים מעידים בפיהם ואומרים דלא גמירי האי דינא ואיך אנו מחזיקים אותם כסתם כל השמאים שהם בקיאים שאין זה סתם כמפרש אלא כמפרש לאידך גיסא ויש להם על מה שיסמוכו דטעו במלתא דעביד איניש למטעי ואינם סותרים דבריהם אלא שאומרים שהשומא נעשית בטעות והוא היה עומד על גביהם להורותם הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון להנאתו ולטובתו אשר לא ראו אבותינו ואבות אבותינו ודאי דשומא כזה הדרא לחזור ולשום בפחות כאמור, ומה שתמהו כת"ר עלי על כל המשכונות שנעשו מאז ועד עתה למה לא ערערתי עליהם איני נדרש ללא שאלו וכשיבאו לידי ויערערו עליהם בעליהם שלא נעשו כהלכה ויודו להם השמאים אבטלינהו, ומה שכתבו כת"ר שיכולים ג' ת"ח שבעיר להודות משכונה למלוה דאדעתא דמנהג סמיך לא ידעתי באיזה מקום הוקבע מנהג זה שהרי איהו גופיה כשבקש לעשות משכונה על קרקע אחר בא לו לב"ד שבפאם יע"א להודות לו משכונה ובנד"ז דאית בה תיוהא הרבה מכמה אנפי וחשש שמא לא יודו לו משכונה על זה כסה השמש בכברה והירח בקערה ועשאה עפ"י ת"ח שבעירו דמיכף כייפי ליה כידוע לכל, איך שיהיה הרי לא אהנו מעשיו כמו שכתבו כת"ר מטעמא אחרינא גם מה שכתבו כת"ר שלפי הצעת השואל נראה דאיירי בחזקת

ישוב לא ידעתי מהיכן מצאו, כת"ר מקום בדברי לספק בחזקת ישוב שסתם חזקה היא חזקת הגוף שהיה הקרקע של ישראל מעיקרו ונמכר לגוי, ואם ממ"ש בדברי והגוף הוא של האלמכזן היה לכת"ר להכריע ממה שנסתפקתי אם יש להאלגזא דין מכר שאינו יכול לסלקו אחר שנים עשר חדש או דין שכירות שיכול לסלקו לעולם ש"מ שבחזקת הגוף איירי שדברו בה מתקני התקנה נ"ן, וכיון שהיא חזקת הגוף והמשכונה בטלה כאמור אם כן מחשבין כל הפירות שאכל מחלק בעל החזקה ומנכין מהם ההוצאה המגעת לבעל החזקה שהוא רביע ההוצאה כסתם כל החזקות ואת העודף בעמוד והחזר לבעל החזקה קאי ואע"ג דבההוא עובדא דאיתא בבבא קמא דף כ"א ע"א בההוא גברא דבנה אפדנא אקולקלתא דיתמי אגבייה רב נחמן לאפדניה מניה כתב הרא"ש ז"ל וז"ל ואגבייה לאפדניה עד שנתנו ליתומים שכר הראוי ליתן מחורבה אחת לבנות עליה בית ע"ש והביאו הב"י בשם רבינו ירוחם סוף סי' שע"ה ובעל הלבושים סי' שס"ג ס"ז ע"ש, התם איירי דדר בה הבונה עצמו ואז אינו חייב להעלות לו שכר כי אם כפי מה שנהנה דהיינו כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליה בית אבל אם היה משכירה לאחר מחשבין לו כל מה שקבל משכירות הבתים מדרבי יוסי שאמר כיצד הלה עושה סחורה בפנתו של חבירו וכ"כ הרב ב"י סוף סי' שע"ה בשם נמוקי יוסף לחלק בין דר למשכיר והן הנה דברי מור"ם בהגה סי' הנז' סעיף ז' ונמצאו דברי הרא"ש והנמוקי יוסף עולים בקנה אחד עם שיש לחלק ביניהם ולייישבם באופן אחר או לומר דפליגי האמת יורה דרכו דלא פליגי וכן נראה מדברי בעל הלבושים שהביא בסתם שתי הסברות משמע דלא פליגי אלא דהרא"ש איירי שהבונה עצמו דר בחורבה ולכן משלם לפי ההנאה שנותן אדם אחר בחורבה כזאת לבנות עליה בית אבל אם משכירה לזולת יודה לדברי הנמוקי יוסף שמחשבין עליו כל הפירות שקבל מדרבי יוסי כאמור וא"כ בנד"ז שהיה משכירה לזולת דינא הוא שמחשבין עליו כל הפירות שאכל מיום הוסדה ועד עתה ומנכין לו מהם שיעור ההוצאה הנוגעת לבעל החזקה וישלם המותר מביתו כאמור, וכן ראיתי לרבותינו ואבותינו שהיו דנים במי שירד לחורבת חבירו ובנאה ולא הודו לו בדי"א שטר משכונה בעד ההוצאה שמחשבין עליו כל הפירות שאכל, ולענין מה שחכל מחלק הגוי עם היות שיש מקום לומר שכיון שנכנס בגבול בעל החזקה הו"ל כשליח דידיה ומנכין לו מה שאכל הקרוב אלי לומר כיון שירד לה מכח שכירות ששכר מהגוי הנק' אלגז'א אע"ג שהסיג גבול בעל החזקה הו"ל כשוכר מהגוי קרקע הבנוי ומשוכלל שחזקתו של ישראל שכל זמן שהוא מושכר בידו רשאי לאכול פירותיו עד שיסלקנו בעל החזקה, ה"נ בנד"ז ששכר כח הגוי בגוף הקרקע ומכח השכירות ירד להוציא הוצאות שכל מה שאכל כל

זמן שהוא מושכר בידו ולא סלקו בעל החזקה הוא לעצמו וכשירצה בעל החזקה לסלקו מהשכירות הרשות בידו ויתן לו יציאותיו יובן מה שמגיע מההוצאה לחלק הגוי ויזכה בעל החזקה בכל העליה, עוד טען בעל החזקה שכשירד הבונה הנז' לחורבה הנז' שמא נשתיירו שם עצים ואבנים מנפילה הראשונה ונטלם הבונה הנז' וחייב הדין שיחרים עליו שלא נטל כלים מעצים ואבנים ועפר שנשתיירו מנפילה ראשונה, כך נלע"ד דעת הדיוט לפסוק בדין זה אלא שקודם גמר דין טרחתי ויגעתי לפשר ביניהם ולא עלתה בידי מחמת שני הכתות שלא רצו לקבל הפשרה ולכן כתבתי מה שנלע"ד וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות. ולראיה ח"פ צפרו יע"א בסיון מש' תקנ"ב לפ"ק וקיים. שאול סירירו סל"ט

אנא נפשאי כתבית יהבית, הגם דעל עלבוני לא חשתי ולא איחוש, ולא עבידנא דינא לנפשאי כי במה שהקל וזלזל בכבודי, לא חיסר ממני כמריח באתרוג, ואם היפך בחובתי שש ומתפאר ליקרא מפיק ממונא מדיינא העלה בידו חרס לאמר דלאו דיינא הוא דמפיק בלא דינא ואם דחק ונכנס לדון דין זה במקום דאיכא נר המערב רישא דכל רישין לחשבו שזה הגבהתו בעיני ההמון אינה אלא השפלתו בעיני מביני מדע ומ"מ לא אוכל להתעלם מלהשיב על עלבונה של תורה ומלהוכיח במישור במאי דעוית בדת יהודית פן יהיה חכם בעיניו ולמשכוני נפשאי אחזקת חבר שאינו יוצא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן בערוך משפטי לפני כל יודעי דת ודין.

והנה בתחילת דינו דן לבטל השומא הא' ולא ידע לאהדורי סברא איך נניח השמאים שעמדו לשום בזמן הבנין וראו וידעו מה היתה שומת הסיד והחול וכל צרכי הבנין ונעמיד שמאים אחרים היום שעברו כמה שנים מזמן הבנין לעשות שומא לבנין כפי שומת זמן הבנין ואיך נאמר למי שלא ראו את החדש יבואו ויעידו ומן הדין שאפילו אם היו אלו ואלו עומדים בזמן הבנין וכולם יודעים בשומת צרכי הבנין אם כבר שמו ג' שמאים וטען בע"ד ישומו לי שלשה שמאים הבקיאים יותר בשומא אין שומעין לו שכך פסק מר"ן בסי' ק"ג ס"ג ולא מסתייה דלא גמיר האי דינא ולא סביר האי סברא אלא שכדי להעמיד טעותו נעשה שואל שלא כענין ולא כהלכה דמה ששאל לא מן השמאים הא' אי גמיר דין שמין בפחות שבשערים שהביא מר"ן בסי' שע"ה ס"ח והטעהו בפירוש דין זה במה שפי' לו דפחות שבשערים דנקט מר"ן היינו שצריכים השמאים לחזר אחר איזה יחיד שיהיה זריז וחריף מאד בזביני שאפשר לו לקנות בפחות פחות מהשערים הידועים שבשוק וכשהשיבו זה לא ידענו ולא עלתה על לבנו שנצטרך לחזר אחר איזה חריף ועכ"פ אנו יודעים שיש ב' שערים לכל דבר לקונה בפרוטרוט יש שער גבוה ולקונה

הרבה ביחד יש שער פחות כגון מי שקונה סיד מן השוק במשא קונה ביוקר ואם יתחבר לבעל חצר הבורית שקונים הרבה ביחד בכו"ך למאה משאות קונה בפחות וכן בחול ואבנים הקונה מן השוק קונה בשער הגבוה והשוכר פועלים ובהמות ע"י עצמו קונה בשער הפחות וכשאנו שמין מניחין השער הגבוה ושמין בשער הפחות ועפ"י דעתו ופירושו המשובש גזר אומר וביטל השומא הא' ודן בה דין שומא בטעות עפ"י טעותו.

ומי יאמר כמוהו לבטל שומת השמאים אפי' בהיכא דלא הוו כולם בקיאי בדיני השומא האמתיים כי יש לנו די והותר כשיהיו בקיאים בשומת הבנין המוטל עליהם לדעת דמי כל דבר וערכו ואתכא דבי דינא סמכי לגלות אזנם בכל שומא כיצד ישומו ובאיזה אופן ישימו וכ"ש הכא שהג' שמאים הא' כולם ת"ח ובקיאים בדיני שומא ובהלכות דיינים יותר ממנו והוא הפך הקערה על פיה במה שהעמיד שמאים אעפ"י שבקיאים בשומא אינם ת"ח ואין להם ידיעה בדיני שומא וצריכים להתנבא על זמן הבנין מה היתה שומת צרכי הבנין באותו זמן בכל זאת לא שב אפו ועוד ידו נטויה לאהדורי אצד חובה במה שמצא בשטרי השומא שהשומא הא' היתה באלול התקל"ח ותשלום הנוסף לתיקון העליה היה בסיון תקמ"ב וסמוך למשכונה השניה כתוב מש' בב"ד בעד ההוצאות שנעשית ע"י ג' ת"ח היותר רשומים בעיר הזאת ושם נאמר שמשכנו החזקה מזמן הנז' לה' שנים ופירש לפי דעתו שמה שכתבו בשטר המש' מזמן הנז' קאי אזמן שומא שניה והוו השנים שבנתים בלתי מש' וצריך לנכות שכי' השנים האלה מהשומא. וזה דבר שאין לו שחר דאפי' לסברתו המוטעית דמחייב הבונה בכל שכירות המדור שבנה כשלא עשה מש' בב"ד הו"ל למיפק למחזי מאי עמא דבר דאין באים לב"ד על עסקי המש' עד גמר מה שבדעתם לתקן בהמדור וכשבאים לב"ד כותבין להם בהמש' מיום הוסד הבנין ועד מלאת כו"כ שנים וזו היא הדרך שאחזו הת"ח הנז' אלא שכתבו במקום מיום הוסד הבנין מזמן הנז' ועד מלאת כו"ך ואזמן דשומא קמא דנעשית בתחילת הבנין קיימי וכמי שהם עצמם מפרשים שכך היתה כוונתם.

וכל זה לפי דעתו שסובר דבלא משכונה מנכין להבונה כל שכירות המדור כמו שהוא בנוי ומשוכלל ומפריח באויר כל הבנינים שבנה הבונה כאילו כל השכירות נתנה בעד אויר העליה שיש לבעליה ואם קרא לא שנה ואם שנה לא פירשו לו.

ואבוא היום אל העין עין משפט לברר דין היורד לסתם חורבה של חבירו ובנאה שלא ברשות ואין לו בה שיתוף ולא משכונת ב"ד מה דינו לענין שכירות ואז נבוא לנ"ד דבונה עליה תוך חצר ואית ליה שיתוף בהעליה ומשכונת ב"ד מאי אהנו והנה מקור דין זה נובע מסוגיית הגמ' פ' כיצד הרגל ד' כ"א דאיבעיא להו הדר בחצר חבירו שלא מדעתו

בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מאי מצי א"ל מאי חסרתיך [פרש"י הא בלא"ה לא מוגרת לה] או דילמא מצי א"ל הא אתהנית [פרש"י דאי לאו חצר דידי הוה אוגר אחריתי] ואיפשר בעיין דכל דזה אינו חצר אע"ג דזה נהנה פטור והדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא קיימא לאגרא אע"ג דאיהי עביד למיגר אין צריך להעלות לו שכר דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור ופסקה מרן בסי' שס"ג ס"ו יע"ש וההיא דקאמר התם אמר ר' סחורה אמר ר' הונא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר משום שנ' ושאיה יוכת שער ע"כ דמשמע דדוקא משום דבעל החצר נהנה במקצת שמצילו משאיה הא לאו הכי לא כבר כתב הרא"ש וז"ל מייתי מהך קרא אסמכתא וסעד לדבריו לא מבעייא שהוא פטור משום דהו"ל זה נהנה וזה לא חסר אלא אפי' טובה נמי עושה עמו שמנע ביתו מליסתר עכ"ל, הרי דלהרא"ש אין טעם שאיה עיקר ולרבותא הוא דנקטיה ועיקר טעם הפטור משום דזה נהנה וזה אינו חסר פטיר וכ"כ הרשב"א בשיטתו על קמא דעיקר הטעם משום זה נהנה וזה אינו חסר פטור ועל מאי דנקט טעמא דשאיה כתב וז"ל ושמא נאמר שעכ"פ יש קצת הפסד בבתים מחמת דריסת הרגל הדיורין אלא שהריוח שמצילין אותו משאיה עולה כנגד הפסד זה ע"כ ואעפ"י שאין הפסד זה כדאי ליקרא על ידו בע"ה חסר כמ"ש לעיל מזה וז"ל ואין הפסד דריסת הרגל מחסרת בבתים שא"כ ל"ל משום שחרוריתא דאשיתא תיפוק לי משום הפסד דריסת הרגל אלא ודאי כדקאמרן יע"ש ועם היות שהרב נ"י משוי ליהו לב' טעמים עיקר לדינא דהיכא דלא חסר כלום לבעל הקרקע הוי פטורו משום זה נהנה וזה אינו חסר והיכא דחסרו בהשחרת כותלי הבית כנגד אותו הפסד המועט עביד ליה תועלת שהישוב מועיל לבית יע"ש מ"מ הרא"ש והרשב"א לא ניחא ליהו להוציא הפסד השחרוריתא דאשיתא בשכר שמצילו משאיה דלטעמייהו אזלי דסברי דכל דמחסרו בשחרוריתא דאישתא דצריך לפרוע כל הנאתו כמפורש בדבריהם יבוא לקמן בע"ה ושכך פסק מרן בסי' שס"ג סעיף ז' יע"ש ודעת הנמוקי יוסף כיש חולקים שהביא מורם שם,

הרי מבואר מדינא דגמרא דכל דלא עביד פסידא וחסרון לבעל הקרקע אע"ג דנהנה הוא מאותו קרקע פטור משום זה נהנה וזה אינו חסר.

ומינה דביורד לסתם חרבה של חבירו ובנאה שלא ברשות אין על הבונה ליתן לבעלים בשכירות החרבה כלום אעפ"י שהוא נהנה מקרקעית החרבה בהצטרפות בניינו דמאי איכפת ליה לבעל החרבה בהנאתו של זה כיון שלא חסרו כלום דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור מטעם דמצי א"ל מאי חסרתיך אבל בהיכא דהיה לבעלים מהחרבה איזה הנאה בחרבנה דהו"ל זה נהנה וזה חסר ולא מצי למימר מאי חסרתיך דהא חסרו אותה

הנאה מועטת שהיתה לו ממנה ובשביל כך מגלגלין עליו ליתן כל מה שנהנה כדכתב מור"ם סי' שע"ה ס"ז בהגה וז"ל ואם דר בה הבונה אם חסר לבעל הקרקע דבר מועט צריך ליתן לו כל מה שנהנה כמו שנתבאר לעיל סי' שס"ג עכ"ל ופי' כל מה שנהנה דנקט מורם היינו לומר כל מה שנהנה מקרקעית החרבה שהיא זכות בעלי החרבה שרואין כמה ראוי ליתן בחרבה זאת לבנות עליה בנין זה אבל לא עלה ולא יעלה על לב לומר דצריך ליתן לו שכי' כל הבית כמו שהוא בנוי ומשוכלל בשש קצוות בשביל א' מהקצוות שיש לבעלים דהיינו קרקעית החרבה דלא חזיא לדירה אלא בהצטרפות בנין הכותלים והתקרה שהם עיקר לדירה להסתופף הדר בצלם וכמו שמפורש הדבר היטב במקור דין זה והיינו דאיתא התם בגמ' הנז' ד' כ"א ההוא גברא דבנה אפדנא אקקולתא דיתמי [פי' נ"י שהיה ליתומים קרקע עשוי אשפה ובא זה ובנה בירה על גבה] אגבייה רב נחמן לאפדניה מניה ואקשינן לימא קסבר ר"נ הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר [כלו' ואפי' בחצר דלא קיימא לאגרא דהא אקקולתא סתמא לא קיימא לאגרא] ומשנינן ההוא מעיקרא קרמנאי הוו דיירי בה ויהבו ליהו ליתמי דבר מועט א"ל ר"נ זיל פייסינהו ליתמי ולא אשגח אגבייה ר"נ לאפדניה מניה ע"כ וכתבו התו' וז"ל והוו יהבי ליתמי דבר מועט ומחמת כן חייב לשלם מה שנהנה אעפ"י שלא חסר כ"כ ע"כ ואם דברי התו' ג"כ סתומים כדברי מורים הרי הרא"ש שדבריו מיוסדים עפ"י שיטתם השלים חסרונם וז"ל והוו יהבי ליתמי דבר מועט כי לא היה שם דירה ממש אלא אהלים לסחורה היו נוטים שם והלך זה ובנה בית על חרבת היתומים ולא הי"ל לפרוע דמי בניינו וא"ל ר"נ שיפייס היתו' במידי דאפייסו ולא חשו לדבריו ואגבי לאפדנייהו עד שנתנו ליתי' שכר הראוי ליתן מחרבה אחת לבנות עליה בית והוא יותר ממה שהיו נותנים להם קרמונאי כיון שהיו חסרים בו דבר מועט צריך הנהנה לפרוע כל הנאתו וכן הדר בבית חדש כיון שמחסרו שחרוריתא דאשיתא דצריך לפרוע כל הנאתו עכ"ל וכן הוא לשון רבינו ירוחם והביאו מור"ם בד"מ סי' שע"ה [יממה שציין בש"ע על אותה הנה מישרים נתיב ל"א ח"ב נראה שמקור ההגה זו מר"י] וז"ל מחסר חבירו בדבר מועט ונהנה ממנו אינו משלם לו מה שחסרו לבד אלא כל מה שנהנה כגון אדם שיש לו בית כמו חרבה וסוחרים נוטים שם אהל לסחורתן ונותנים לו דבר מועט משכירותה ובא אחר ובנה שם בית ואין יד בעל החרבה לפרוע לו בניינו אין אומרים יתן לו מה שהיו נותנים הסוחרים שכן חסרו אלא כל מה שנהנה ושמין כמה שיתן אדם אחר בחרבה כזאת לבנות עליה בית עכ"ל. הרי מבואר במקור הדין דאין מגלגלין עליו ליתן אלא השכירות הראויה לקרקעית החרבה ולא יותר וכן הוא לשון הלבוש בסי' שס"ג ס"ז וז"ל והא דאמרינן כשאין חצר עומדת לשכר שאין

צריך להעלות לו שכר ה"מ שלא חסרו כלום אבל אם חסרו אפי' דבר מועט כגון שהיה הבית חדש ולבן וזה השחירו וחסרו במה שהשאירו אע"פ שאין הפסד אותו שחרוריתא לא דבר מועט מגלגלין על ידו לשלם את כל השכר כפי מה שנהנה לפיכך א' שיש לו בית כמו חרבה והסוחרים. נוטים שם אהלים לסחורתן ונותנים לו דבר מועט לשכירות ובא אחר ובנה שם בנין ואין יד בעל החרבה משגת לפרוע לו בניינו אין אומרים שיתן לו מה שהיו נותנים לו הסוחרים שכן חסרו אלא צריך ליתן לו כל מה שנהנה דהיינו כמה יתן אדם אחר בחרבה כזאת לבנות עליה עכ"ל הרי שהרב הלבוש נקט כלשון רבו הרמ"א צריך ליתן לו כל מה שנהנה וביאר דברי רבו דהיינו כמה יתן אדם אחר וכו' נמצא דקמאי ובתראי בהסכמה עלו דאפי' בהיכא דחסר לבעל הקרקע איזה הנאה שהיתה לו בחרבה אין מגלגלין עליו ליתן אלא שכירות הראויה לקרקעית החרבה ודבר זה עצמו חידוש הוא לפרוע כל השכירות הראויה לקרקעית החרבה (ודבר זה עצמו חידוש הוא לפרוע כל השכירות הראויה לקרקעות החרבה) מאחר דלא הפסידו אלא דבר מועט דיהבי קרמנאי והוה אמינא דאינו חייב לפרוע לו אלא כשיעור שהפסידו אבל טפי לא ושכך היא סברת הרמ"ה הביא דבריו הנ"י פ' הנז' דלא חייביה רב נחמן להההוא דבנא אפדנא ליתן ליתו' יותר ממה דהוו יהבי ליהו קרמנאי ופי' דבריו מהר"ם אשר סביב הרי"ף דהא דאגבייה ר"נ לאפדניה פי' תפיסא תפס אפדניה עד שיתן ליתו' שכר הראוי להם כפי תחילת הדין דא"ל זיל פייסינהו דהיינו דבר מועט דלמה ישתנה כאן סוף הדין מתחילת הדין במה דלא אשגח ביה וכי כל מאן דלא אשגח בדיינא וקנסוהו לשלם יותר ממה שחייב וסיים הרמ"ה ואע"ג שיש הנאה מרובה מאי איכפת ליהו בהנאתו של זה כיון דלא מפסדי מידי ממאי דיהבי ליהו קרמנאי ע"כ, ומשמעות דברי הפוסקים הנ"ל לא באו אלא לאפוקי מהרמ"ה דסובר דלא משלם טפי ממה שהפסידו ובאו להשמיענו דאע"ג דהפסדו דבר מועט מגלגלין עליו כל מה שנהנה מחרבתו ולא בהצטרפות בניינו של זה וזו היא מילתא מציעתא בין דבר מועט דיהבי לקרמנאי ובין שכירות כל הבית כשהוא בנוי ודיינו למינקט מילתא מציעתא ולא גבוהה גבוהה לו' שישלם כל שכירות הבית אשר לא עמל בו ולא גדלו וכן יש לנו לפרש דברי הרשב"א בשיטתו על קמא שהביא מרן ב"י בסי' שס"ג וז"ל וכיון שהם חסרים אפי' דבר מועט מחייבין אותו ליתן שכרן משלם ע"כ שהכוונה שכרן משלם של קרקעית החרבה ולא יותר והאי דנקט שכרן משלם לאפוקי מסברת הרמ"ה דסובר דלא יהבינן בשכרן אלא דבר מועט דיהבי קרמנאי כאמור וכן יתפרש לשון הרשב"א שהביא מרן הב"י בסי' שע"ה שהעתיק באר הגולה וז"ל ואם מעיקרא הוה קיימא לאגרא אפי' לשכר מועט צריך להעלות לו שכר בדמים של

עכשו וכו' פי' בדמים של עכשו הראויים לקרקעית החרבה וכן נראה מדברי מרן הב"י שאחר שסיים לשון הרשב"א הנז' בסי' שס"ג כתב עליו וכן כתבו התוס' והרא"ש הרי דמרן משוה דעת הרשב"א לדעת הרא"ש דקיימי בשיטה אחת ואף אם יתעקש המתעקש לפרש דברי רשב"א חולק על הרא"ש אף אתה אמור לו דתקנת קדמונינו האמורה בשנת ש"ה ופירשוה בתקנה של שנת יג"ן לפ"ק דבמקום שלא דברו שני עמודי הוראה וראינו דעת הרא"ש יש לנו ללכת בעקבותיו וזו היא דרכו של מרן הקדוש בפסקיו דהיכא דג"ד א' מעמודי הוראה והשנים אינם חולקים עליו ולא ג"ד דראוי לפסוק כמותו נגד דעת הפוסקים המפורסמים כמו שפירש בהקדמתו הביאו יד מלאכי בכללי הריב"א ומהריק"א סי' ל"ח ובפי' כתב הרדב"ז בח"א סי' קכ"ו וז"ל ואע"ג דלישנא דמתני' דייקא כוותיה דרשב"א מ"מ מסתברא לי לפסוק דהרא"ש דבתראה הוא והביאו ג"כ יד מלאכי בכללי התוס' והרא"ש סי' ל"ו יע"ש.

קם דינא איחוור דינא אתבריר דינא להלכה ולמעשה שהיורד לחרבת חבירו ובנאה אפי' בסתם חרבה דאינה עשויה לבנות דאין על הבונה ליתן כלום לבעל החרבה זולת אם היה לבעל החרבה איזה הנאה וחסרו ממנה מגלגלין עליו ליתן מה שראוי לשכי' החרבה דוקא ולא שכירות כל הבית והכא גבי חרבה לא שייך שחרוריתא דאשיתא [מש"ה הוצרך הרא"ש ודעמיה לומר דמחסרו שכר שהיו נותנים לו הסוחרים לפרוש שם אהלים ודו"ק] דאפי' אם לבן הכותלים בבניינו והושחרו לא מקרי מחסר בזה לבעל החרבה דכי אישחיר כתליו הוא דאשחיר וכ"ת הרי כשנותן לו כל יצאותיו מושלם ואינו מנכה חסרון השחרוריתא הו"ל הפסד לבעל החרבה זה אינו דאין הליבון בסיד נכלל בהשומא כלל וכמו שנראה מדברי מורם בהגה הנ"ל וז"ל אבל אין צריך ליתן לו מה שסיידו יע"ש ומה גם לדידן דהדר בבית הוא שסד אותו בסיד ולא הבונה וכ"ש דלא משכחת שחרוריתא דאשיתא בארצות המערב ועצלניות שבנשים מסיידין הבית בסיד ג' פעמים בשנה והרי הבית לבן כמו בתחילת הבנין ולא יצטרך בעל הקרקע לתת כלום בסיד דחובת הדר הוא עפ"י המנהג.

ומהשתא גם מה שכתב מור"ם שם באותה הג"ה סי' שע"ה ס"ז דאם השכירה הבונה לאחרים וקבל שכר מנכין לו מהוצאותיו אע"ג דלא עביד למיגר והיא סברת הרשב"א מדר' יוסי דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו [הביא לשונו מר"ן ב"י בסי' שע"ה כמו שהזכירו הנ"י בפ' השואל יע"ש אמתני' דהמוכר זתיו לעצים] מ"מ מילתא דפשיטא היא דמה שמנכין לו מהוצאותיו היינו דוקא בשיעור הנאתו מקרקעית החרבה שהיא פרתו של חבירו אבל לא הנוסף בשביל הכתלים והתקרה שהם פרת עצמו ומה גם

דאפי' לגבי שכירות החרבה עצמה אין דין זה ברור לחלק בין דר בה הוא עצמו להשכירה לאחר כיון דסוף סוף זה לא חסר דסתם חרבה אינה עשויה לשכר ולא היו מעלין ממנה שכר לבעלים בחרבנה וקי"ל זה נהנה וזה אינו חסר פטור והעומד על מקור הדין בלבבו יבין ובעניו יראה דסברא יחידאה היא שהרי גבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו דלא קיימא לאגרא הסכמת הפוסקים והרשב"א בהדייהו דאם השכירה לאחר פטרינן לשוכר ואינו מעלה שכר לא לזה שהשכירה לו ולא לבעלים ואפי' אם כבר נתן השכירות לזה שהשכיר לו או לבעלים צריכין להחזיר לשוכר כיון דבטעות יהביה נהלייהו וזה הסכמת הפוס' ופסקה מר"ן בסי' שס"ג ס"ט וז"ל א' דהא דאמרינן וכו' אין צריך לעלות לו שכר וכו' אעפ"י שנכנס על דעת ליתן לו שכר ואפי' אם נתנו לזה ששכרו ממנו צריך להחזירו ואם נתן לו השכר [פי' אפי' אם נתן לבעל החצר] כיון שהוא ברור שבטעות יהיב ליה חייב להחזירו ע"כ זולת הרשב"א לפי מ"ש הנ"י משמו שם דמחלק בין דר בה הוא עצמו להשכירה לאחר.

והנה עיקרא דהאי מילתא למדוה הפוסקים מההיא דאמר רבה ב"ר הונא משמיה דרב הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר והשוכר בית מראובן ונמצא הבית של שמעון מעלה שכר לשמעון ופריך תלמודא תרתי [פרש"י תרתי בתמיה כלו' תרתי מלי קאמרת דסתרן אהדדי דהאי דשכר בית מראובן הו"ל דר בחצר שמעון שלא מדעת שמעון וקאמר צריך להעלות לו שכר ורישא קאמר א"צ] ומשני הא דקיימא לאגרא [פרש"י מעלה שכר לשמעון דהו"ל זה נהנה וזה חסר] הא דלא קיימא לאגרא ע"כ ואם איתא להאי סברא לחלק בין דר בה הוא עצמו להשכירה לאחר מאי פריך תלמודא דהוו תרתי דסתרן והלא רישא איירי בדר בה הוא עצמו וסיפא איירי בהשכירה לאחר ומדהוצרך תלמודא לאוקומי האי דשכר בית שמעון מראובן בחצר דקיימא לאגרא ומש"ה מעלה שכר לשמעון שהרי חסרו ש"מ בדלא קיימא לאגרא אינו מעלה לו כלום ודו"ק וכן מבואר בהנ"י וז"ל וכתב הרמ"ה מדקא משנינן הכי ולא משנינן הא דנחית אדעתא דאגרא הא דלא נחית אדעתא דאגרא שמעינן דכל היכא דלא קיימא לאגרא גבי בעלים אע"ג דנחית זה אדעתא למיתב אגרא לאיניש אחרינא לא מחייב ולא מידי דכי היכי דגבי משכיר מקח טעות הוא ולא מחייב למיהב ליה מידי שהרי נתברר שאינו שלו לגבי שוכר נמי מקח טעות הוא וכמאן דלא אוגר דמי כיון דכי אגר לאו ממאן דאית ליה זכותא בגויה אגר לא משעבד מכח האי שכירות לחד מנייהו ואם נתן לו השכר כיון שהוא ברור דבטעות יהיב ליה חייב להחזירו וכו' וכן הסכימו הרא"ה והריטב"ה עכ"ל והוא פסק מר"ן הנ"ל בדיוק בסי' שס"ג ס"ט כנ"ל וכן כתב הרשב"א עצמו בשיטתו על

קמא הביאו מר"ן הב"י בסי' שס"ג וז"ל נמצא בית לשמעון מעלה שכר לשמעון ואוקימנא דוקא בדקיימא לאגרא ומכאן שמענו שאעפ"י שזה ירד לתוכה על דעת שכירות כיון שלא שכרה מן הבעלים הרי חזר דינו לדין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו וזה נהנה וזה לא חסר פטור ע"כ בזה שוה הוא הרשב"א לשאר פוסקים אבל בהיכא דכבר נתן השוכר שכירותו לראובן שהשכירו לו או לשמעון בעליו דפשיטא ליהו להפוסקים הנ"ל דצריך להחזיר לשוכר כל חד מנייהו בזה מספקא ליה להרשב"א כמו שסיים בלשונו הנ"ל וז"ל והיכא דנתן כבר שכירותו לראובן לעולם מוציאין אותו ממנו שהרי השכיר מה שאינו שלו ואיפשר דנותנים לשמעון [בעליו] דהיאך עושה סחורה בביתו של זה ואעפ"י שאינה עומדת לשכר כיון שירד לה בתורת שכירות ופרעו כבר זכה בו ראובן לשמעון ואיפשר שמוציאין מראובן ומחזירין לשוכר ולא לשמעון בעליו שיכול לומר מה חסרתיך עכ"ל, הרי דהרשב"א עצמו מרה דהאי שמעתא דהביא מורם ז"ל בהגה לא הכריע בחדושיו שבידנו לומר דמחזירין לבעלים וספוקי מספקא ליה להאי גיסא או להאי גיסא ואיך נניח פשטותייהו דרבים מקמי ספיקא דהרשב"א, ומה גם דמצינו להר"ן שהביא דבריו הנ"י בפ' השואל אמתני' דהמוכר זתיו לעצים שלמד מיסוד הרשב"א וז"ל ובדלא קיימא לאגרא נמי דאין צריך להעלות שכר לבעלים אם יהביה למשכיר מפיק מניה דהא ארעא לאו דידיה הוא ומיהו אפילו למארי ארעא לא מחייב עכ"ל. הרי משמע מדברי הר"ן דפשטיה הרשב"א לספיקיה כסברת הפוסקים הנ"ל אלא שאח"ך סיים הנ"י **(דברי הנ"י פשוטים ולא סתרי אהדדי דהא דשוכר פטור לגמרי בין מבעלים בין ממשכיר מיירי בדלא קיימא לאגר' אף אחר הבנין הלכך ממשכיר פטור כיון דלאו דידיה ומבעלים נמי כיון דלא קיימא לאגרא אבל הא דסיים בסוף דבריו דמחשבין לו כל מה שקבל משום דהיאך הלה עושה סחורה וכו' מיירי בדקיימי לאגרא אחר הבנין ולזה כתב דאם קבל הבונה שכירות מחשבין לו כל מה שקבל מדר"י ולפי"ז זה שפיר אייתה מור"ם דהשמטה שלא בכוונה היא ממרן דדברי מרן אמורים במשכיר בית בנויה ומשוכללת לאחרים בדלא קיימא לאגרא ולזה פטור וכמ"ש הרשב"א בתחילת דבריו אבל דמור"ם לא הזכיר וחדש הרשב"א ז"ל בסוף דברי הנ"י ואע"ג דמעיקרא החרבה לא הות קיימא לאגרא מיהו כיון שאחר הבנין עומדת ישכר ההנאה לבעל החצר ואם קבלה משכיר מנכון אותה לו מיציאותיו ודו"ק. נאם פתחיה ס"ט)** שם בעוד לחלוחית הדיו קיימת כתב איפכא דפשטיה לאידך גיסא וז"ל עוד כתב הרשב"א בחידושיו ומיהו מסתברא דאפילו לא היתה החורבה עשויה לשכר ולא היו מעלין ממנה שכר מעיקרא כלל אם עמד זה ובנאה והשכירה אצל אחרים מחשבין לו כל מה שקבל בשכירות הבתים מדר"י דאמר כיצד

הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ואנו רואים הדר בו בשכר כאילו הוא שוכר של בעל החצר עכ"ל. [והוא הלשון שהביא מור"ם בהגה הנ"ל] נשמע מלשון זה דאדרבא פשטיה הרשב"א לספיקיה לאידך גיסא היפך דעת הפוסקים דהבעלים הם הזוכים בשכירות כשכבר נתנה ליד המשכיר ואעפ"י שלא נמצא לשון זה בחידושי הרשב"א שבידינו נאמן הוא הנ"י עלינו דאפשר באיזה מהדורא כתביה הרשב"א או אם פירש הרב על מציעא אפשר בחי' מציעא כתביה. ואפשר לומר דמחידושי הרשב"א שבידינו למד הנ"י דין זה דכיון דמספקא ליה להרשב"א אם מחזירין לשוכר או לבעלים והוה אמינא דלא מפקינן מיד המשכיר דתפוס דאתו בעלים דחי להו ואתי שוכר ומדחי ליה לכן כתב מיהו מסתברא דמחשבין לו כל מה שקבל בשכירות הבית וכוונתו לומר נהי דלא מצו הבעלים להוציא מיד המשכיר כשכבר קבל השכירות מ"מ בהיכא דבא המשכיר להוציא הוצאות הבנין מהבעלים יכולים הבעלים לעכב אצלם מההוצאות נגד מה שקבל המשכיר מהשכירות דהשתא הבעלים הוא דהיו תפוסים ולא מפקינן מנייהו וד"וק.

ומ"מ בין כך ובין כך לענין הלכה ודאי דהלכה כרבים דאין הבעלים זוכים אלא השוכר ואפי' בשכבר נתן מהדרינן ליה וכמו שכך פסק הטור ומר"ן הקדוש סי' שס"ג ס"ט כנז"ל והווייא הגה זה היפך דעת מר"ן ולכן בכוונה השמיט מרן דברי הרשב"א הללו ולא העלה אותו על שלחנו הטהור [ועיין שס"ג ס"ה בקצר ומ"ש באה"ג תמיהת מר"ן גבי דמה לי דר בה או השכירה] דאף אם נאמר פשטיה הרשב"א לספיקיה נגד דברי הפוסקים הוי סברא יחידאה וכ"ש דמדי ספיקא לא יצאנו בדברי הרשב"א ולעולם דבריו בספיקא קיימי שהרי אם מדברי הנ"י נשמע דפשטיה לספיקיה לאידך גיסא נגד הפוסקים מדברי הר"ן שהביא הוא עצמו נשמע דפשטיה לספיקיה להאי גיסא כסברת הפוסקים ומי מפיס ונשאר הספק במקומו עומד.

העולה ממאי דכתיבנא ביורד לסתם חברה של חבירו ובנאה בין דר בה הוא עצמו או השכירה לאחר אינו מעלה לבעלים כלום בשכרה זולת אם חסרו איזה הנאה שהיתה לו ממנה בחרבנה מגלגלין עליו ליתן כל הנאה הראויה בשכירות החרבה דוקא אפי' היא יותר מההנאה שהיתה לו בחרבנה ואין כל הדברים אמורים אלא בסתם חרבה דקי"ל דסתם חרבה אינה עומדת לבנות כמו שנראה מדברי הרמב"ם פ"י מה' גזילה וכמ"ש ב"י בשם תלמידי הרשב"א הביאו מורם בהגה שע"ה ס"ו הילכך הו"ל כשדה שאינה עשויה ליטע וכל הדרכים האלו בה.

אבל הבונה בית או עליה תוך חצר אעפ"י שירד שלא מדעת בעלים חשיב כיורד לדעתם שהרי בנה במקום העשוי לבנות וידו על העליונה כנוטע שדה העשויה ליטע כדקי"ל

בסי' שע"ה ס"ז החצרות הרי הם ראוים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות לפיכך הבונה בחצר חבירו ה"ז כנוטע שדה העשויה ליטע ע"כ ואעפ"י שלא ירד מדעת בעלים כתב בשיטה מקובצת פ' השואל ד' ק"א דכיון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו ודאי ניחא ליהו במאי דעבד וכאלו ירד מדעתם דמי ע"כ, וכיון דחשיב כיורד ברשות בעלים ודאי דפטור הוא מהשכירות אפי' באופן שזה נהנה וזה חסר דאלו בזה נהנה וזה אינו חסר מאי איריא יורד ברשות אפי' שלא ברשות נמי פטור ותדע שכן הוא שהרי הראב"ד דאית ליה בסתם חרבה נמי אמרינן סתמא עומדת לבנות כדכתב הטור בשמו סי' שע"ה סיים בה וז"ל וזה ישב בתוכה עד שיתן לו יצאותיו ע"כ ואע"ג דבסתם חרבה לא קי"ל כוותיה לומר דסתמא עומדת לבנות מ מממנלמד מדבריו במאי דקי"ל סתמא עומדת לבנות כגון בית תוך חצר דישב בתוכו עד שיתן לו יציאותיו וכן נראה מתשובת הרא"ש שהביא הטור סי' שע"א בהדר בחצר חבירו שלא מדעתו וראה הבתים רעועים וכו' דכיון שהיה רעוע וקרוב ליפול אין בעליו יכול להוציאו עד שיתן לו כל יציאותיו שהוציא לחזק הבית ולהצילו מנפילה. ע"כ הביאו מור"ם בהגה שע"ז ס"ז הרי בהיכא דעומד לבנות אין יכול להוציאו עד שיתן לו יציאותיו ומדנקטי הני רבוותא במלתייהו עד שיתן לו יציאותיו כלישנא דמתני' דהבית והעליה שנפלו וכו' הרי בעל העליה בונה את הבית ודר בו עד שיתן לו יציאותיו ודייקינן בגמ' פרק כיצד הרגל ד' ב' ע"ב יציאותיו הוא דמחייב ליה בעל הבית הא שכרו לא [ופרש"י מדיהיב ליה כל יציאותיו ואינו מנכה שכר מה שעמד בבית] ה"נ דייקינן בלישנא דהני רבוותא דאין הבונה נותן כלום במה שדר ונהנה מן המדור כשבנה במקום העשוי לבנות.

הרי דבבונה בית תוך חצר חבירו דהוי כנוטע שדה העשויה ליטע סלקינן דרגא לפוטרו מהשכירות אפי' בזה נהנה וזה חסר [בחורבה] ואעפ"י שירד שלא לדעתי חשיב כיורד לדעתו מאחר שבנה במקום העשוי לבנות ועדיף מניה מאן דאית ליה שותפות בהמדור שבנה אפי' אם בנאו במקום שאינו עשוי לבנות הו"ל כיורד ברשות כדקי"ל בסי' קע"א ס"ג ובסי' שע"ה ס"ה דשותף הוי כיורד ברשות דמי שנוטל בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע וטעמא דהוי שותף כיורד ברשות אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע כתבו הרא"ש בכלל צ"א סי' א' משום דלהשביח חלקו הוא יורד ואין חלקו מבורר צריך להשביח הכל ע"כ, הרי דיש עדיפות בשותף דיכול לבנות אפי' במקום שאין עשוי לבנות וכ' בהגה"מ שם בפ' י' מה' גזלה דבזה אם שותפו מוחה בו שלא לשנות יכול לו' לו טול עציך וכו' ואם הוא דבר העשוי לבנות צריך חבירו ליתן לו חלקו אפי' אם מיחה והביאו מורם בסי' קע"ח בהגה יע"ש נמצינו למדין דבמקום שאינו עשוי לבנות כשלא מיחה בו

שותפו או במקום שעשוי לבנות אפי' שותפו עומד וצווח רשאי לבנות ואין מכניס שותפו לחלקו עד שיתן לו יציאותיו ואינו מנכה כלום בשכר מה שדר או נהנה מחלק חבירו אפי' באופן שזה נהנה וזה חסר וכמו שמבואר נמי בדין הבית והעליה של שנים שנפלו הנ"ל ופסקו מר"ן בסי' קס"ד ס"ה דבעל העליה בונה הבית ודר בו עד שיתן לו יציאותיו מטעם דאיתא בגמ' הנז' דביתא לעליה משתעבד פרש"י שעל הבית לסבול העליה ע"כ ומחמת האי שעבודא מפסיד עליה בבית תלתא הילכך יש לבעל העליה בבית שליש כמבו' פ' הבית והעליה קי"ז ע"ב ומרן שם ואם אמרו בשיתוף דמחמת שעבודא כ"ש בשיתוף גמור שדר עד שיתן לו יציאותיו ולא שכרו כדדייקינן לעיל והיינו אפי' באופן דזה נהנה וזה חסר שהרי טעם זה נאמר בגמ' למאי דס"ד זה נהנה וזה אינו חסר חייב אפי' הכי פטרינן ליה מהאי טעמא והשתא דאיפשיטא בעיין דזה נהנה וזה אינו חסר פטור לא נצרך טעם זה אלא לזה נהנה וזה חסר דחייב שיש לפטרו מהאי טעמא ודו"ק. **והאי** דנקט בונה את הבית ודר בו לא בא למעט אם השכירו לאחרים ולא מבעיא לשאר פוסקים הנ"ל דלא מחלטי בין דר בה הוא עצמו להשכירה לאחר גבי יורד שלא ברשות כנ"ל אלא אפי' להנ"י שהביא חלוק זה בשם הרשב"א הכא שאני דאין כאן עושה סחורה בפרתו של חבירו דבפרת עצמו הוא דעושה סחורה אלא משום דאין חלקו מבורר צריך להשביח הכל ומאי דנקט דר בו אורחא דמילתא נקט שאין אדם טורח בבנין אלא לצורך דירתו ולאו כל אדם עשוי לבזבז נכסיו ולהתעסק בבנינים משום הנאת שכירות כדאמרינן ביבמות שפוץ ולא תיבני שכל העוסק בבנין מתמסכן ויצא שכרו בהפסדו ואפוכי בעיסקא טב מניה ולפי מאי דכתיבנא בנ"ד כלהו פטורי איתנהו ביה למעליותא חדא דלא היה לבעלי החזקה הנאה ממנה בחרבנה והו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דפטור בכל אופן שיהיה אפי' ביורד שלא ברשות לבנות בחרבה שאינה עשויה לבנות ועוד דבנה עליה תוך חצר דהוי כיורד ברשות ונוסף דאית ליה שיתוף בהעליה עצמה שקנה ג' רבעים שהם כח האלמכזין ודטבא ליה עביד שהבריח לו אריה דהוה רביע אמצריה שהרי פעמים שהאלמכזין בא פתאום ושואל להדרים על השכי' כמה נותנים ונוטל את הכל ועוד דמשונה נ"ד מכל האופנים הנז' דהתם אית ליה לבעל החרבה קרקעית החרבה ואיפשר לפרוש שם אהלים או ליקרא החרבה פרתו של חבירו ובנ"ד שהבית שתחת העליה הוא של הבונה והוא עשה קרוי לבית ומעזיבה ורצפה היש מקום לבעל העליה לבא לקבוע שם איזה תשמיש לעשות היזק לבעל הבית מזרם מטר וכיוצא ולא מבעיא להפוס' שעל בעל העליה מוטל לעשות קרוי לבית כמו שהביא מור"ם בהג"ה סי' קס"ד ס"א שאין לבעל העליה כלום אלא אפי' לסברת מר"ן דבעל הבית מתקן התקרה

והעליון משתמש בה משום שמתקן גגו שהגג משועבד לבעל הבית שאם ירדו גשמים על התקרה יעברו גם לבית אבל בהיכא דעדיין בעל העליה לא תיקן את גגו ובעל הבית הוא שתיקן לעצמו למחסה ולמסתור מזרם וממטר היאך נאמר שיש מקום להשתמש שם בעל העליה או להחשיבה פרתו של בעל העליה ולא לחנם קרו אינשי להעליה בלתי בנויה אלהוו"א כי אין לו עכשו כשלא בנאה רק האויר.

וא"כ לא היינו צריכים לעשות משכו' בב"ד אלא לחשש ב"ד טועים כמוהו או לבלתי יהיה לריק יגיע הבונה כשיבואו הבעלים לפדות לאלתר והוו כל הצדדים שצידד למישכח צד חובה הבל בין על השנים שבין השומא הא' לשניה הן על מה שחידש גזירתו לו' שמש' זו שנעשית ע"י ג' ת"ח כיון דלא הוו קבועין לדון כמוהו לא הוייא אלא כנעשית ע"י הדיוטות דהרי בנ"ד הוי משנה שאינה צריכה כלל ובעלמא כל ג' קרויים ב"ד אפי' הדיוטות דא"א דלית ביהו חד דגמיר וכו' כדאי' סי' ג' ס"א וכ"ש כאן ששלשתן גמירי וכבר נהוג כאן דבמקום דיש מניעה לח' העיר מלהסכים מעמיד ג' ת"ח אלא שאין צורך להאריך בזה.

ולא זו בלבד אלא שבקש לעקור את הכל במה שדן בדינו שבעל החזקה מסלק להבונה אפי' מגוף הקרקע שקנה מהאלמכזין בהאלגזא הקצוב ליתן מידי שנה בשנה אף שעברו כמה שנים מזמן המקנה במה שדן בהאלגזא דין שכירות בעלמא שבעל החזקה מסלק השוכר ששכר מהגוי ומוציאו מהמדור ע"י שיוציא השוכר מיד הגוי מחיוב השכי' שעליו ויכנס הוא במקומו ולא ידע לחלק אם אמרו מתקני התקנה בשכי' שאינו אלא ממכר ליומיה יאמרו בהאלגזא שממכרו ממכר עולם ביד הקונה אותו לדורותיו שהרי מציאות האלגזא הוא שקונה מהבעלים קרקעית הבית או העליה לבנות עליו בניינים ואופנים כחפצו ככל אדם העושה בשלו בעד הקצבה שקוצב עמו ליתן לו מידי שנה בשנה חלף הקרקע ההוא ומעולם אין כחו של הקונה מתרוקן מהקרקע ההוא שאף אם יפול הוא יחזור ויבנהו ואין לך מכר גדול מזה דמה לי אם דמי המכר קצובים לפרוע לאלתר או קצוב לו ליתן כו"ך בכל שנה עוד כל ימי הארץ ועם היותו דבר פשוט שמכר גמור הוא בפי הכל ב"ב ושאב"ב כי הוא דבר מצוי בעיר הזאת עכ"ז לא אמנע מלהביא ראיות ברורות מדברי הפוסקים דקנין הגוף מקרי דתנן בנדרים פ' השותפים ד' מ"ו המודר הנאה מחבירו ויש לו מרחץ ובית הבד מושכרים בעיר אם יש לו בהם תפיסת יד אסור אין לו בהם תפיסת וד מותר ומוקי אביי בגמ' ה"ד דשרי דמקבל בטיסקא ופרש"י שקבלו השוכר לתת ממנו מס בכל שנה בשנה דהאי לא הוי תפיסת יד כלל והר"ן פי' שנותן לו שכר דבר קצוב לשנה ואינו נוטל חלק ידוע בריוח המרחץ ע"כ. והקשה

הר"ן דאפי' בשכירות כה"ג מי שרי דהא מ"מ גוף המרחץ של משכיר הוא ויכול לאסור אותו על השוכר עצמו וכו' ותירץ משם אחרים דהאי מושכרים דקתני לאו כעין שכירות דעלמא שהוא שעבוד לבד דהא אמרינן בגמ' היכי דמי דשרי דמקבל בטיסקא לאו היינו שכירות, אלא הקרקע הרי הוא של מחזיק לעולם ומורישו לבניו אלא שנותן דבר ידוע בכל שנה לבעלים הראשונים וכל כה"ג קנין הגוף מקרי 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 כדאמרי' בעלמא ארעא לעסקא משתעבדא ומלכא אמר דיהיב טסקא ליבול ארעא ואפ"ה כיון דכל אימת דבעי למפרע לא מצי מסלק ליה אידך קנין הגוף יש לו בקרקע ומש"ה לא מצי אסר אבל בשכירות דעלמא מצי אסר עכ"ל הר"ן והביאו הריב"ש סי' שנ"ה יע"ש הרי מבואר דמקבל בטסקא קנין הגוף הוא אעפ"י שלא בנה ולא עמל בו ולא גדלו ומכ"ש האלגזא שיש בו כל הדרכים הנז' ונוסף שהבנין של מחזיק אין לך מכר גדול מזה. ועוד יש ראיה ברורה מדין מצרנות דאיתא בפרק המקבל ד' ק"ח ע"ב ארעא דחד ובתי דחד מארי ארעא מעכב אמרי בתי מארי בתי לא מעכב אמרי ארעא [ופרש"י בתי דחד בנין שעליה מארי ארעא מעכב אמרי בתי שלא למכור הבנין לאחר דהואיל והוא למוכרה בא וזה צריך לה טוב שיהיה בניינו בקרקע שלו ואיכא הישר והטוב, אמרי בתי לא מעכב אמרי ארעא שהוא אינו חשוב שכן דלכשיגעו שניו עומד להסתלק ממנה] משמע מדברי רש"י דכל שאינו עומד להסתלק ממנה שוה הוא למרי ארעא וכן כתב הרי"ף וז"ל ומפרשי רבנן דהני מלי היכא דלית ליה למרי ביתא זכותא בארעא ומש"ה אית ליה למרי ארעא לעכובי עליה ולית ליה לזבוני אלא למאן דבעי או דשקיל ליה לנפשיה דאי לא אומר לו עקור בניינך וזיל אבל היכא דאית ליה למרי ביתא זכותא בההיא ארעא למיקבע ביה הנך בתי אית ליה לעכובי אחבריה וכל חד מנהון אית ליה דינא דבר מיצרא בזביני דחבריה ע"כ, וכן הוא ל' הרמב"ם פי"ב מה' שכנים הלכה י"ו והביאו מר"ן בסי' קע"ה ס' נ"א וז"ל היה הקרקע של א' והבנין של א' אם יש לבעל הבנין זכות בקרקע כל א' מהם בן המצר של חבירו לפיכך אם מכר א' מהם חלקו חבירו מסלק הלוקח [אפי' הלוקח הוא מצרן] אבל אם אין לבעל אילנות או לבעל הבנין זכות בקרקע אלא כל זמן שירצה אומר לו הרוס בניינך ומכר בעל הקרקע זכה הלוקח ואין בעל הבנין מסלק אותו ואם מכר בעל הבנין הרי בעל הקרקע מסלק אותו עכ"ל מדנקט כל זמן שירצה דקדק הב"י דאם יש לו זמן לעמוד שם בניינו כיון דאינו יכול לומר תוך הזמן הרוס בניינך גם הוא נחשב כשותף לסלק מי שבא לקנות באותו זמן.

אבל הרא"ש והטור לא כתבו כן וז"ל הטור קרקע שיש בו בנין והקרקע של א' והבנין של א' אם בעל הבנין יש לו כח בקרקע להיות בו עד עולם שאף אם יפול יחזור ויבננו אז כל א' וא' הוא מצרן של חבירו לפיכך איזה מהם שמכר חלקו לאחר חבירו מסלק הלוקח ונראה שאפי' אם יבא המצרן שאצל זה הקרקע לקנות א' מאלו מסלקו דחשיב כמו שותף דעדיף ממצרן אבל אם אין לו בה בקרקע להיות בניינו בו אלא עד זמן ידוע או אם נפל שלא יוכל לחזור ולבנותו אז אם מכר בעל הקרקע זכה הלוקח ואין בעל הבנין יכול לסלקו ע"כ ודעת הרי"ף לא מכרעא והרא"ש מפרש דעת הרי"ף כוותיה והקשה הב"י לדיעה זו דאית ליה זכותא בארעא עולמית ואפי' אם יפול בנין זה בונה אחר במקומו היכי קאמר דכל חד מעכב אחבריה הרי בעל הקרקע לא נשאר לו זכות בקרקע ומה ימכור לכך נ"ל דהכא במאי עסקינן דלעולם הוא פורע שכירות כעין טסקא לבעל הקרקע דהשתא אעפ"י שיש לו כח לקיים שם בנין זה עד עולם ואפי' יפול בונה אחר במקומו אין הקרקע שלו לגמרי דלעולם הוא פורע טיסקא יע"ש. הרי דאפי' להרא"ש וסייעתו דלא חשיב דאית ליה זכותא בארעא אא"כ יש לו כח להיות שם עולמית ואפי' יפול חוזר ובונהו ה"נ בהאלגזא יש לו כח להעמיד בניינו באותו קרקע עולמית ואפי' יפול יחזור ויבנה בנין אחר בקרקע ההוא א"כ הו"ל קנין הגוף בקרקע ההוא לענין דדב"מ ולמדנו מדברי מרן ב"י דעסקינן דלעולם הוא פורע טיסקא והוא ממש מציאות האלגזא,

ודע שהאלגזא הנוהג בנותינו הוא עצמו מוזכר בדברי האחרונים בשם מוקטעא כמו שהביא הכנה"ג בסי' ק"מ בהגה"ט אות מ"ו משם מהריב"ל ח"ב סי' מ"א לענין דינא דבר מצרא נמי וז"ל ארעא דמוקטע'א לית בה דינא דבר מצרא אבל אחר שנבנו הבתים על הקרקע אית ליה לבעל המוקטע'א דינא דבר מצרא על הבתים הסמיכים למוקטע'א עכ"ל, הביא דבריו הרב העל מסגרת השלחן בסי' ק"מ בדיני חזקות סעיף י"ז וז"ל ופרשו לי שמוקטעא הוא ארעא ששייך למלך או לכותי וישראל קנה אותו באופן שמעלה ממנו מס פרטי למלך או לאותו כותי ששייך לו אותו ארעא ויש רשות ליהודי לבנות עליה ולעשות עליה כבשלו וזה הוא חק ולא יעבור שאין המלך או הכותי יכול להוציא ליהודי ממנו עולמית כשהיהודי נותן לו המס מידי שנה בשנה כפי מה שקצב עמו והכי פרושו דדין זה אף שקנה יהודי אותו קרקע באופן הנ"ל כל זמן שלא בנה עליה לא יוכל לטעון בר מיצרא על הבתים או קרקעות הסמוכים לה מאחר דגוף השדה שייך למלך או לכותי והוא מעלה מס ממנו אבל כשכבר בנה עליה הבתים אזי מיחשב כשלו לגמרי ויש לו לטעון בר מיצרא לבתים ולקרקעות הסמוכים לה עכ"ל ועיין עוד בהגהת הטור סי' הנז' אות ב' הרי מבואר דהאלגזא מכר גמור ומקרי קנין הגוף לכל מילי ולא מצי בעל החזקה

לסלקו אחר שנה בשום אופן וכל דיניו שדן בנדון זה היפך דת משה וישראל ולראיה חתמתי בחדש זו משנת הפח נשב"ר ואנחנו נמלטנו לפ"ק.
נאם שאול ישועה סלי"ט בכמוהר"ר יצחק אביטבול זלה"ה אמר המשתדל עיין ח"א סי' נ"ב וסי' צ' מענין אלגז"א באורך

סימן פג

נדרשתי לחוות דעתי בענין ראובן ששדך בתו אלמנה לשמעון ונתקשרו בקש"מ בקנס גדול מסך תק"ם שהוחזר בו מהשדוכין יתן לכשנגדו הקנס הנז' וקבל אנפשיה האב הנז' בקש"מ שאף אם תסרב בתו ולא תתרצה באותן השידוכין שיתן הוא הקנס הנז' ואח"ך לא נתרצית בתו בשידוכין והלכה ונשאת לאיש אשר ישר בעיניה אם יתחייב האב הנז' בהקנס הנז' מחמת שקשר עצמו בקש"מ שאף אם תסרב בתו יתן הקנס או אם יש לו מקום פטור ומפלט מהקנס הנז' מחמת שלא בא העכוב מצדו.
תשובה אפי' אם בא העכוב מצד האב המתחייב עצמו אין עליו שום חיוב קנס דכל האומר אם יהיה אם לא יהיה אפי' נתחייב בקנין אסמכתא היא ולא קניא כדאיתא בח"מ סי' ר"ז סעי' נ"ב ואפי' בענין השידוכין קי"ל כסתם דברי מרן התם בסעי' י"ו וכן פסק באה"ע ס"ו בסי' ג' יע"ש, ודלא כי"א שהביא מרן שם בסי' ר"ז דסוברים דקנס שעושים בשידוכין לא הוי אסמכ' כי כדאי הוא שיתחייב בקנס לדמי הבושת שבייש חבירו וסגי להו בקנין לחוד דאין לנו אלא סתם דברי מרן ופטור האב מכלום דכל שלא נעשה הקשר בקנין בב"ד חשוב דהיינו ג' בקיאין בדיני אסמכ' כדאיתא התם בסעי' ט"ו או בש"ח כדאיתא התם בס' י"ט האסמכ' במקומה עומדת ולא קניא אפי' בשידוכין וכל הקשרים שאנו עושים בשידוכין אנו עושין בש"ח שזו דרך מוציאו מידי אסמכ'.
והשתא דלא בא העכוב מצד האב המתחייב אלא מצד בתי שאינה ברשותו אפי' אם היה הקשר אמיץ בשח"ך וק"ע בפי' אפי' יבוא העכוב מצד בתו יתחייב בקנס ההוא רחמנא פטריה דאנוס הוא דמה הו"ל למעבד לרצותה אטו תרקבא דדינרי בעי למיתן לה וכמו שמפורש בתשו' הרשב"א סי' תשע"א בנדון כזה בראובן ששידך בת בתו וחייב עצמו בש"ח בקנס ולא נתרצית הבת והיתה תשובתו לפטור ראובן הנז' וז"ל שהדין עמו לפי שזה אונס גמור אם לא רצתה הבת להנשא לבן שמעון ומה הו"ל למיעבד ואין לך אונס גדול מזה ואפילו תאמר שהיה יכול לפייסה בממון אפי' התנה שאם תסרב שיפייסנה וכדאמרינן בגיטין אטו תרקבא דדינרי בעי למיתן לה ואל תשיבני שהי"ל מתחילה להתנות שאם תסרב הבת שיהיה פטור. דלא היא דאונסא דלא שכיח הוא

דכל הבנות מתרצות למי שירצה האב יע"ש הרי מבואר דאפי' היה הקשר אמיץ בש"ח דמהנייא באסמכ' מ"מ הוא פטור מצד דאנוס הוא, והשתא דאתינא להכי אפי' לסברת הי"א שהביא מרן כי כדאי הוא שיתחייב בקנס לדמי הבושת כיון דחשיב אנוס קי"ל דהמבייש באונס פטור וכדכתב הרדב"ז סי' שכ"ט בראובן ששדך את בנו עם בתו של שמעון וחזר בו הבן ואביו קשור בחומרות וקנסות ופטרו מחמת אונס כדברי הרשב"א וסיים בדבריו וא"ת דמי בושתה היא נוטלת טענה זו לגבי האב אינה כלום דאנוס הוא והמבייש באונס פטור דקי"ל ישן שבייש פטור יע"ש. וכן כתב מהר"ם אלשיך בתשו' סי' ל' דכל דמקבל עליה לחבריה לפיוסי לפ' ואי לא מחייבנא לך מעכשיו כו"ך ולא איפייס אותו פ' דפטור המתחייב דאנוס הוא, איברא שבאותו נדון שנשאל עליו דנעשה הקשר בחיוב שטרות זל"ז כמו שהיו עושים חכמי ספרד כמ"ש מרן בסי' ר"ז הנז' ובא"ה סי' נ' חייב הקרוב שנתחייב אע"פ שבא העכוב מצד הבת דדוקא בהיכא שבא להתחייב בקנס אם לא יפייס דמיפטר מחמת אונס כדכתיבנא אבל בנדון דידיה שהוא חוב גמור שנתחייב מתחי' חו"ג בלי תנאי ואח"ך עושה לו הטבה למוחלו אם יעשה כו"ך שאין החוב נמחל בטענת אונס וכתב עוד דבזה נמצינו למדין טעם נכון למנהג חכמי ספרד שקונין מזה שהוא חייב לחבירו כו"ך וקונין מחבירו כשיעשה כך החוב מחול וכו' דלמה להו כולי האי דאי להוציא מידי אסמכ' יעשו הקשר בבד"ח או בשח"ך כדכתי' אלא משום דהא עדיפא להו דלא מצי למיטען טענת אונס ודו"ק. גם הרב מהרי"ו בסי' קמ"ב כתב חילוק זה וז"ל לא דמי דהתם לא היה שט"ח רק קנס בעלמא וכיון שאירע לו אונס פטור אבל הכא דאיכא שט"ח הוי כמו הלואה דלא מהני טענת אונס יע"ש ודלא כהרב ב"ש דלא חילק בין קנס לשט"ח יע"ש, ומורם בהגה בסי' נ' ס"ו כתב ג"כ כשאין הבת רוצה הפוסק פטור מהקנס דזה מיקרי אונס ולבסוף כתב אבל אם נתחייב בשטר שעשה כ"א שט"ח על עצמו והניחוהו ביד שליש כענין חכמי ספרד דלעיל וכוונתו לחלק בין קנס לשט"ח כדכתיבנא וכן מפורש בדברי הלבוש היטב וז"ל מי שפסק על בתו בקנס ובשבועה וכו' ואח"ך אין הבת מתרצית י"א שהפוסק פטור מן הקנס ומן השבועה שזה מיקרי אונס וכו' וסיים ודוקא כשכתבו התנאים בפסיקא בעלמא וכו' אבל אם נתחייב עצמו בשטר שעשה כ"א שט"ח על עצמו והניחוהו ביד שליש באם יעבור וכו' חייב לשלם ולא מהני טענת אונס יע"ש, העולה ממאי דכתיבנא שהאב הנז' פטור מהקנס אע"פ שקיבל עליו אחריות לרצות את בתו כיון שלא נתרצית אין עליו שום חיוב דאדעתא דהכי לא חייב עצמו ואפי' אם נעשה הדבר בש"ח, אדעתא דהכי לא נשבע וחיוב אין כאן שבועה אין כאן וכ"ש אם בדברי השאלה שלא היה אלא קש"מ לחוד דאין הקנין מוציא

מידי אסמכת' ואין כאן שום חיוב אפי' אם בא העכוב מצד האב וכדכתיבנא מילתא בטעמא ולראית האמת ח"פ בחדש אלול ש' ומוסרותיהם ינת"ק לפ"ק.
שאול ישועה אביטבול י"ץ
הד"א כמ"ש החכם הפוסק הנז' נר"ו שהאב פטור מן הקנס ההוא ואפי' אם נעשה הדבר בשח"ך מחמת דאנוס הוא ואדעתא דהכי לא נשבע דסבור הוא שתתרצה בתו לדבריו וחיוב אין כאן שבועה אין כאן וכ"ש שלא היה הדבר אלא בקש"מ דהויא אסמכ' ולא קניא וכמו שהביא החכם הפוסק ראיות ברורות כדרבונות וכמסמרות נטועים באורך ככתוב לעיל ולראית האמת ח"פ צפרו יע"א בזמן הנ"ל.
ע"ה שלמה עי' מ"ש הרדב"ז בשאלות הנדפסות בס' הון יוסף סי' צ"א ומ"ש מוהרשד"ם ח' אה"ע ומהרמ"ך ח' ג' וערך השולחן סי' נ"א.

סימן פד

המציא לפנינו הר' דוד ן' משה אזולאי שטר משכונה שכתוב בו שמשה ן' מימון ן' יתאח ואשתו שמחה משכנו ביד הר' משה ן' יצחק אצאייג העליה הקטנה של לווחי הארז שבחצר הידועה להם הנק' צ'אר משה דוד ן' מימון וזמנו שנת ית"ן לפ"ק וע"ג כתוב שמשה ואשתו הנז' משכנו עוד למשה ן' יצחק אצאייג הבית הידוע להם בחצר הנז' ורואה פני מזרח וזמנו ש' תס"ב לפ"ק וס"ל כתוב שהוסיף עוד משה אצאייג הנז' להממשכנים הנז' מעות תוספת על המשכונה באדר תע"ו והמציא לפנינו עקד אשרא ישן נושן כתוב בערכאות ידועים שמשה ן' מימון ן' יתאח אלגול וואזוזיתו שמחה בנת חיים ן' מימון ובנו מימון באעו למשה ן' יצחק אצאייג הנק' ן' עדי אלגרפ'א אסגירא די בתלוויח ומחמולא עלא מגאז אצ'אר והייא פ'צ'אר אדמי וידאל ומזאוורא אלג'רפ'ת אדמי וידאל למדכור עאם תשעתו עשר וומאה וואל'פ וע"ז יסד טענתו דוד אזולאי הנז' ותבע מיעקב ן' אברהם ן' הרוש אשר בידו הבית הנז' והאלתלוויח הנז' שבחצר הנק' היום בפי ההמון צ'אר אברהם ן' הרוש ובשטרי זכיותיה כותבין צ'אר וידאל אלפוקייא ואע"ג שבשטר משכונה כתוב צ'אר דוד ן' מימון כיון שבכתב הערכאות כתוב צ'אר אדמי וידאל וניכרים דברי אמת שעל האלתלוויח שמדבר בשטר המשכונה הוא האלתלוויח הנז' בכתבי הערכאות שהמוכרים הנז' בזה הם הנז' בזה שמכרו להקונה הנז' והזמן שכתוב בכתב הערכאות שנת י"ט להמאה השנית לחשבונם הוא מכוון לזמן חידוש המשכונה בהתוספת שנת תס"ו שעד היום שמונין תקנ"ו הוי תשעים שנה ומשנת י"ט לחשבונם עד היום שמונין אלף ומאתים ועשר הוי שנים ותשעים שנים לערך ז' חדשי

העיבור בכל מחזור י"ט וכבר ידוע מנהג הראשונים שהיו כותבים המשכונה בסופרי ישראל ועקד אשרא בערכאות ככתוב בהתקנה שנתקנה שנת כגש"ם והמציא עוד שטר מסירה שנמסרו המשכונות הנז' להר' מסעוד אזולאי [חסר איזה תיבות] הר' משה ן' יצחק אצאייג הנז' ה' בשנת תע"ו לפ"ק והוא זקנו של דוד הממציא לפנינו השטרות הנז' והמציא עוד עקד אשרא כתוב בערכאות סמוך לכתב הערכאות הנ"ל שבו קנה מסעוד אזולאי זקנו של דוד התובע הנז' מהר' משה אצאיג ן' עדי הנז' עאם תמנייא ועשרין ומאה ואלף והוא מכוון לזמן המסירה שהיה בכסלו התע"ו והמציא לפנינו עוד שטר מכר הדיורים שנגמר מאת שמחה הנ"ל אל' משה ן' יתאח הממשכן הנ"ל ומימון בנה והבתולה מרים בתה למסעוד אזולאי הנ"ל ותבע דוד הנז' ליעקב הנז' להוציא שטרי זכיות הדיורין הללו והוציא שטר המקנה שתחילה מכרה זהרא אשת מסעוד אזולאי הנז' זקנו של דוד הנז' חזקת הבית הרואה פני מזרח והאלתלוויח הבלתי בנוי העמום על האסטוואן לאחיה כהה"ר שלמה אביטבול בעד מה שיעשה לה תכריכין וצרכי קבורה ותפקידות וקנה עוד הר"ש גוף הבית מהגוי מולאי ע' ארחמאן וחזר כהר"ש ומכר הכל ליעקב הנז' בסך ק"ם ובאחריות עד כדי זוזי דקבל דוקא והיה זה בש' תקמ"א שהיא שנת הרעב לתפ"ץ וטען עליו דוד הנז' שמכאן נמי הויא הוכחה שהן הנה הדיורים המצויינים בשטרי משכונה הנז"ל בשם חצר דוד ן' מימון שהעליה של לווחי הארז איתה בחצר זו והבית הרואה פני מזרח איתיה שם ועוד שיצאו הדיורים מתחת יד זקינתו הנז' בודאי אמרינן ששם הראשו' שהיתה נקר' צ'אר דוד ן' מימון נשתקע וחזרה ונקר' צ'אר וידאל כשדר בו וידאל והיום נקר' צ'אר אברהם ן' הרוש כשדר בה אברהם ן' הרוש וזכה דוד הנז' בדין ליטול המחצית בהחזקה והמחצית בהאלתלוויח הבלתי בנוי דכיון דנתברר שהדיורין הנז' לזכות מסעוד זקנו כשנלב"ע והניח זהרא אלמנתו הנז' ומשה בנו חולקין לחצאין אכן גוף הבית שקנה כהר"ש מהגוי אין לדוד זכות בו וישאר לזכות יעקב הנז' הקונה מהר"ש ותבע ממנו דוד הנז' שכירות מחצית החזקה דהדרא ארעא והדרי פירי וכפי ערך שהעריכו השמאים השכירות פרע יעקב לדוד אחר נכוי חלקו בההוצאות שהוציא יעקב הנז' בהבית הנז' וקבל חרם דוד הנז' שלא מצא שטר בין, שטרות שהניח אביו שום זכות ליעקב הנז' ושלא צוהו שהחזקה הנז' זכתה בה זהרא לבדה ונטל אביו כנגדה ממקום אחר ומתחילה היה אומר לו יעקב הנז' והר"ש הנז' לדוד הנז' שיש בית אחר ידוע לזקנו הנז' בחצר הנק' ע"ש יחייא אזולאי, ואיפשר שנטל הבית אביו וזקנתו זכתה בהדיורין הללו נגד הבית שבחצר יחייא אזילאי ובכן הוציא דוד הנז' מהמחזיקים בהבית שבחצר יחייא אזולאי ושם מבואר ששניהם מכרו בשוה

הבית הנז' זקנתו ואביו כפי חלוקתן מחצה לזה ומחצה לזה ותבע הר' יעקב הנז' להר"ע המוכר לו מכח האחריות שקבל עד כדי הסך ושמו השמאים מחצית החזקה של הבית שיצא מתחת ידו של יעקב הנז' עם מחצית האלתלוויח בסך כ"ם-ה"ם לערך ק"ם סנ לגוף הבית וחזקתו והאלתלוויח ונתן כהר"ש ליעקב הנז' סך כ"ם ה"ם הנזכרים ואיש על מקומו יבא בשלום אלא שהערכים למדוהו לטעון שקר ולערער על מה שכבר נדון באמרו שהיתה האלמנה דרה עם בעלה השני כה"ר מסעוד הכהן וממנו זכתה בהחזקה הנז' ולקול המייתו נתעוררו יורשי הבעל השני ובאו לתבוע שורת הדין שהם יטלו מחצית החזקה ונומיתי להם כבר נתברר שהבית היה בחזקת הבעל הראשון כאמור ולא הכניסה להבעל השני כי אם מחציתו [חסר] בהבית שותפין אין להם חזקה זע"ז ומה גם שאנו יודעים ם שגם משה אבי דוד הנז' [חסר] האשה השניה פנתה לו מקום אמו הנז' ודר שם הוא ואשתו ואחר שכן אין ליורשי הבעל [חסר] מחלק דוד כלום זולת מחלק יעקב הנז' יטול מחציתו ויחזור עוד על הר"ש לפרוע לו דמי הרביע וישאר בידו הרביע שהוא זכות האלמנה המוכרת וגוף הקרקע שקנה הר"ש מהגוי. ולראיה חתמתי וה"ז בר"ח אייר שהוא חדש זו שנת תקנ"ו לפ"ק וקיים.

שאול ישועה ס"ט בכמוהר"ר יצחק אביטבול זלה"ה

יפה דן החכם הפוסק נר"ו בחזקת הבית והאלתלוויח שמכרה זהרא אשת הי' מסעוד ה"ן אזולאי לכהה"ר שלמה אביטבול אחיה והר"ש הנז' מכרה ליעקב בר אברהם ה"ן הרוש הנ"ב שבדין הוא שמכרה דבר שאינו שלה וחייב יעקב הנז' להחזיר מחצית החזקה לדוד אזולאי שהוא יורש אביו משה בן האשה המוכרת הנז' ולא זכה יעקב הנז' כי אם במחצית העולה לחלקה ומה שהוכיח מהאלעקיד דשרא הנ"ב שהדיורין הנז' בהאלעקיד הן הנה בעצמם הדיורין שמכרה האשה הנז' הם דברים כנים ואמתיים ועם היות שהחזקה היא בתורת משכונה ביד מהעוד הנז' כמ"ש בפנים ואין הגוף שלהם כדי שיוכלו למוכרו כאדם המוכר דבר הקנוי בידו לא דקדקתי בזה דאיפשר שהוחלטה בידו אח"ך בתורת מכר או משום שהוסיף תוספת על המש' ונתיקרה יותר מכדי שוויה. או משום שהוציא עליה הוצאות מרובים וכיוצא בזה ובודאי דלא נעלם דבר מעיני החכם הפוסק נר"ו ומידע ידע ודייק דהוחלטה בתורת מכר. [מבואר הוא בדברי החכם הפוסק נ"י שאחר שנמסרו לו המש' הנז' למסעוד הנז' חזר וקנה מאת הבעלים הראשונים ודו"ק וקיים שאול ס"ט]. ולכן מצאה יד האשה למכור ומכרה כנז' ומ"ש החכם הפוסק נר"ו אלא שהערכים למדוהו לטעון שקר ולערער על מה שכבר נדון. באמרו שהיתה האלמנה דרה עם בעלה השני הר' מסעוד הכהן וממנו זכתה בהחזקה הנז' ולקול המייתו נתעוררו

יורשי הבעל השני ובאו לתבוע שורת הדין שהם יטלו מחצית החזקה ונומיתי להם כבר נתברר שהבית היה בחזקת הבעל הראשון כאמור ולא הכניסה לבעל השני כי אם מחציתו ע"כ. וראה מסגנון לשון זה דמה שמכרה האשה הנז' הוא אחר מיתת הבעל השני. ולכן פסק דיורשי בעל השני יטלו רביע מיעקב הנז' ויעקב יזכה ברביע העולה לחלקה דכך הוא האמת, אבל אם נאמר שמכרה קודם שתנשא לבעל השני ברור הוא דלא הכניסתו לבעל דכיון שמכרה קודם שנשאת לבעל השני דייקא ומדכרא ואין לה מה להכניס עוד וממילא אין ליורשי בעל הב' כלום אלא ודאי שהמכר הנז' היה אחר שנתאלמנה מבעל הב' דהכניסה אותו לבעל שני וכשנלב"ע הבעל דינא הוא שהמחצית שהכניסה לו יטלו בו יורשיו רביע דמכרה דבר שאינו שלה, והרביע העולה לחלקה יזכה בו יעקב הנז' מכח כסף מקנתו וא"כ גם בזה דינו דין אמת כמ"ש ולראית האמת ח"פ פאם יע"א בחדש הנ"ל שנה הנז"ל והכל קיים.

אליהו הצרפתי ס"ט שאול סרירו סי"ט

ראיתי את כל הרשום בכתב אמת מעשה ידיהם של הרבנים הנז' וכל דבריהם אמת וצדק ומי הוא זה שיבא אחרי המלך מה שכבר עשוהו ולראיה חת"פ. קטן עושין אותו צניף זנב לאריות.

אברהם אציני ס"ט

אחר כל הכתוב חזרתי על כל האמור וראיתי שיש, בזה שגגת תלמוד שאין להוציא הקרקע מיד המוחזק וו באומדנות וידים מוכיחות אלה בראיה ברורה וכיון שאין הדבר ברור שזכה מסעוד אזולאי בחזקת הבית שבחצר הנק' לי צ'אר וידאל אע"פ שאלמנתו היא שמכרה החזקה מאחר שאין ידוע בעדים שזכה בה בעלה הנז' איכא למימר שהאלמ' הנז' זכתה בחזקה הנז' אחרי מות בעלה הראשון גם השני ואין ליורשי הבעלים חלק בה שהרי קי"ל טוענין ללוקח וכ"ש בנד"ז שחזר לוקח ראשון אחר שהחזיק בה כמה שנים ומכרה לאלמנת אברהם ן' הרוש והחזיקה בה כמה וכמה שנים דודאי טענינן לה ככל האמור ואף אם ידוע בעדים שזכה בה בעלה הראשון או השני אפ"ה כיון שמכרה אלמנת מסעוד הנז' ללוקח ראשון והחזיק בה הוא והלוקחת ממנו כמה וכמה שנים כמו שמבואר בשטרי זכיותיהם טענינן לה שגם יורשי הבעלים הסכימו במכר הנז' אלא שאין אנו צריכין לזה שהרי אלמנת מסעוד הנז' מכרה אחרי מות בעלה השני ואין ידוע בעדים אם זכתה בחיי בעלה אם לאו וכיון שאין כאן ראיה ברורה אין להוציא מיד הלוקחים כאמור ולכן הדרי בי ואם שגיתי אתי תלין משוגתי ואחר אחרון אני בא שזכתה אלמנ'

אברהם ן' הרוש הנז' בחזקה הנז' ולראיה על דבר אמת ח"פ פאם יע"א בחדש אייר משנת במישו"ר מהאלף הששי ליצירה וקיים.
איש צעיר שאול סרירו סלי"ט
הד"א שאין להוציא מיד המוחזק כי אם בראיה ברורה שאין לך דבר עומד בפני החזקה שאפי' לא החזיק לוקח רא' כי אם יום אחד ולוקח ב' ג' שנים טוענין לו כמ"ש סי' רל"ו ס"ה ולראיה ח"פ בזמן הנז' בפאס יע"א וקיים.
ע"ה יהודה ן' עטר ס"ט רפאל דוד ן' עטר ס"ט
האומדנות הנ"ב חזקים הם מאד גם מצד החזקה יש דברים ובפרט שכבר נפסק הדין ונעשה מעשה אין להחזיר הדין אלא בדברים הניכרים מאד והיה מקום להאריך בזה ולהיות שהמוביל נח"ץ עלי דרך ואין הפנאי מסכים. כתבנו לו מה שהסכימה דעתינו בקצרה כי הטוב והישר בזה היא הפשרה ויבצעו תמימים מחצה למערער ומחצה למחזיק. גם צריך להשקיף על גוף הבית שנמכר לגוים וקנהו הר"ש מאת אסריף מו' עבד ארחמן מי מכרו לגוי הנז' ומאין זכה בו הגוי אולי ימצא שמשה בנה של זהרא אשת מסעוד אזולאי זקנו של דוד המערער הנה משה אבי דוד מכר גוף הבית לגוים ונשארה חזקתה לאמו זהרא וכפ"ז אדרבא אמו ויתרה לו על הכל צריך לחפש ולבדוק בהלעקד שלקחו מהגוי מי הוא המוכר לגוי כדי להעמיד דין אמת לאמתו ולראיה ח"פ בירח זיו שנת במישו"ר לפ"ק וקיים.
יקותיאל סי"ט רפאל בירדוגו ס"ט ברוך טולידאנו ס"ט

סימן פה

שאלה יורינו מורי צדק קטן פחות מבן עשרים שזיכה קרקע שירש ממורישיו לזולת וקודם שזיכה הקרקע ההוא ג"ד בפני עדים שלא ברצונו הוא עושה כן ואין רצונו להוציא את שלו מרשותו ויאכלו אחרים נחלת אבותיו ועכשיו הוציא השטר ג"ד ובא להוציא הקרקע ופירותיו מיד הלוקחים והלוקחים טוענים שכיון שלא מיחה אחר עשרים מעשיו קיימים כדאיתא בחומ"ש סי' רל"ה סי"ד ואם משום שנ"ד הרי כמכר בעינן הכרת אונס וליכא והבן טוען מה נפשך אי זכייה זו נחשבת כמתנה א"כ בג"ד בעלמא סגי ואי חשבינן לה מכר אין לך מחאה גדולה מזו שג"ד אפי' בהיותו קטן שאין רצונו רק לעמוד בשלו יורו המורים הדין עם מי ויבא שכמ"ה.
תשובה לדון משפט זה לאשורו צריך לעמוד על השטר שבו זיכה הקטן קרקעות שירש ממורישיו לזולת ועל שטר ג"ד שג"ד ע"ז להתבונן בהם להוציא הדין לאמתו ומאשר

יקרו בעיני דברי אחי הידיד השואל והוא פקד עלי לג"ד ולא יכולתי להשיב פניו ריקם אמרתי אודיעה דברי ודעתי הקצרה עפ"י הבא כתוב בשאלה והנראה בעיני אם הזיכוי שזיכה לזולת הוא בלא דמים אלא שנקש"מ שזיכה קרקע פלוני לפלוני סתם אמינא ודאי ההוא לישנא לישנא דמתנה הוא כההיא דרב ששת [בתרא קמ"ח ע"ב] יטול ויזכה ויחזיק ויקנה כלם לשון מתנה הם ופירש רשב"ם ש"מ שאמר יזכה פלוני בנכסי או יטול וכו' כלם לשון מתנה הם וקנה דלשון מתנה בעינן בש"מ כדאמרינן לעיל ידור פלוני בבית זה לא אמר כלום עד שיאמר תנו לפ' בית זה שידור בו יע"ש. ודעת הרא"ש דלשון מתנה הם בש"מ וכ"ש בבריא שיש עמו קנין עכ"ל, וז"ל הנ"י שם אמר רב ששת אצטריך רב ששת לאשמועינן דבלשונות אלו הם לשון מתנה אף בש"מ דלא תימא כיון שיש שם משיכה ולא קנין לא מהני אלא לשון מתנה והיינו טעמא דהני אחריני יעמוד יקנה ישען עמדה בתיקו ולא קני בהו ואלו בבריא לשון זכייה הם שהקנין מוכיח כיון שהוא אומר ישען עליהם בקנין זה וכל כה"ג לא הוי קנין דברים כדאמרינן דבלשון דין ודברים מהני בשקנו מידו עכ"ל, וכן דעת הרמב"ן הביא לשונו מר"ן הב"י בסי' רנ"ג ב' ודעת הרא"ש ודעמיה הם הי"א קמא שהביא מר"ן סי' רנ"ג ס"ג ודעת הרמ"ה והר"י בן מיגאש והם הי"א בתרא שהביא מר"ן שם וה"מ בש"מ אבל בבריא לא מהני הני לישני הביאם הטור בסי' הנז' וכתב מרן הב"י שכן סברת הרמב"ם דבדווקא נקט ש"מ בפ' ט' הלכה ג' מהל' זכייה ומתנה והוא פסק מרן בסי' רנ"ג שהביא לשון הרמב"ם בדמותו אלא שמלשון הה"מ ולשון הרמב"ן שהביא מרן הב"י שם משמע דלאו לכל מילי ליתיה לדין זה בבריא שהרי ההכרח שיש להם דהרמב"ם סובר דלא מהני בבריא הוא מדכתב בפ"ב מהל' מכירה הל' ח' הביאו מרן קצ"ז ס"ו האומר לחבירו משוך ותקנה וכו' לא קנה שמשמע תקנה להבא וכו' יע"ש הרי דסובר הרמב"ם דלישנא דיזכה יחזיק דמשמעותם להבא אבל לא מהנו בבריא ודוקא בש"מ שמדבר לאחר מיתה הוא דמהני לישנא דלהבא ולא בבריא אבל בעיקר הני לישני אם הם לשון מתנה גם בבריא אין הוכחה מדברי הרמב"ם ואיכא למימר דחלוק הבריא מש"מ בזה והטעם כמ"ש הסמ"ע והלבוש שם דדוקא בש"מ דאין דעתו מיושבת לדבר בלשון מבורר הקילו שלא תטרוף דעתו יע"ש וכו' והיינו דסיים הרמב"ן בסוף לשונו ומיהו שמעינן מיהא בבריא שאמר טול וזכי וחזק וקני כלם לשון מתנה הם עכ"ל איפשר דכוונתו דבהני לישני דמשתמע מנייהו עכשיו כמו טול וזכי וכו' הוי לשון מתנה בבריא אפי' להרמב"ם והיינו טעמא דמרן דבההיא דסי' קצ"ז ס"ו סתם לן סתומי בלי חולק הגם שהרא"ש והראב"ד והרמב"ן חולקים ובההיא דסי' רנ"ג ס"ג כתב יש ויש ודו"ק.

וא"כ בנ"ד דעסקינן בבריא אין באותה זכייה כלום דלדעת הרא"ש ודעמיה דסברי דלישנא דזכייה לישנא דמתנה היא אפי' בבריא הרי בנ"ד איכא ג"ד דמבטלת המתנה ואי לדעת הרמ"ה ודעמיה דסברי דלא הוייא זכייה לישנא דמתנה כ"ש דלא הוייא לישנא דמכר דודאי לישנא דזכייה קרובה יותר ללשון מתנה שהרי בחדא מחתא מחתינהו הרמב"ם הלכות זכייה ומתנה ולא עשה כן בהלכות מכירה לומר זכייה ומכירה, א"כ לסברתם לישנא דזכייה לא מהני בבריא כלל לא בתורת מתנה ולא בתורת מכר ומה גם דקי"ל כיש בתרא הרי זה מוציא מידם בלא ג"ד ואין חזקתו שהחזיק בה כלום דנמצא השטר בטל נתבטלה החזקה כמ"ש מרן ק"מ ה' ובר מן דין אפי' יוציאו הלוקחים שטר מכירה גמור אין טענתם כלום שטוענים שכיון שלא מיחה אחר עשרים מעשיו קיימים ואי משום שג"ד הרי במכר בעינן הכרת אונס עכ"ל, שהרי פחות מבן עשרים שמכר בנכסי מורישיו אין ממכרו ממכר וכשנעשה בן כ' ולא מיחה דאמרינן מעשיו קיימין הוא מטעם דשתיקתו הוייא כהודאה וכששתק ולא מחה מיד מחל וכמ"ש הלבוש בהדיא בסימן הנז' וא"כ דמשום מחילה נגעו בה בג"ד בעלמא מהני במחילה כמו במתנה וכ"ש דאין לך מחאה גדולה מזו דמשעת מכירה ג"ד שאינו חפץ במכירה זו לגרשו מהסתפח בנחלת אבותיו ועליה תמכו אשוריו שלא למחות עד שגדל דאז בודאי אין שתיקתו הודאה כיון שג"ד שאפי' ישתוק אין שתיקתו כלום וכ"ש אם פירש עידן ועידנין כנהוג בשטרי ג"ד ע"כ נמ"ך.

סימן פו

עמדו לפני לדין יחייא לערבי תובע ליחייא אזולאי וטען עליו יחייא לערבי שפרע בעד יחייא אזולאי לשלמה ישראל סך מאה אוקיות שהיה ערב בעדו והמציא לפני שיבר איך הודה שלמה הנז' שהשטר שהיה לו נגד יחייא אזולאי הנז' וזמנו בתשרי תקל"ח שנכנס בו יחייא אלערבי ערב ליחייא אזולאי פרוע הוא כי פרעה יחייא אלערבי הנז' ואמר שהשטר אבד ממנו ולזה נומיתי לו כיון שאין בידו גוף השטר ויחיא אזולאי אומר שפרעה אין עליו אלא שבועה, עוד הוציא ש"ח נגד יחייא אזולאי איך נושא בו יחייא אלערבי הנז' סך מאה אוקיות בתשרי תקל"ט ולזה השיבו יחייא אזולאי שזה השטר כתבו עליו יחייא אלערבי הנז' כדי שילך ויהיה ערב בעדו בסך קם שהיה חייב לשלמה ישראל ואחת היא שפרע ולא נשאר עליו שום חיוב לא מצד יחייא אלערבי ולא מצד שלמה ישראל בהחובות הנז' ואחר ההתבוננות הדק היטב בדבריהם חייבתי ליחייא אזולאי שישבע בנק"ח שלא נשאר אצלו כלום מהחובות הנז' ושכדבריו כן הוא שהשטר

הנז' שהוציא עליו יחייא אלערבי לזכותו הוא מחמת הערבות הנז' ונפטר מהכל כי כן דינו הוברר בדברי מרן שפסק כהרמב"ם בסי' צד"י בי"ת בס"ט יע"ש ולראיה שכך דנתי ביניהם הפציר בי יחייא אלערבי לכתוב ולתת בידו מה שפסקתי ביניהם וילך לשוטט אצל בתי דינין יש"ץ חת"פ בכסלו משנת ה' אלהים נת"ן ל"י לשון למודים לפ"ק וקיים. שאול ישועה אביטבול ס"ט

סימן פז

בתלת הוינא ואסהידו קדמנא אברהם ן' זאזון ויעקב ן' עבו בתע"ג אחר הטלת חרם שמעולם לא ראו בהי' שלמה צבע דבר מגונה כלל ולא שום דבר של כיעור עם גוהרא גרושת שלמה הסבעוני ומעולם לא היה נכנס כלל לחצר שלה זולת פ"א או שתים שהפציר בו [הכותב כתב שהפציר בשי'ן וכתבתי עליו שצ"ל בצד'י כמו ויפצר בם מאד, ויפצרו באיש בלוט, ויפצר בו ויקח] א' מן העדים כמה הפצרות והביאו אצלו בביתו בחצר שהיתה דרה בה האשה הנז' וכן פ"א הפציר בו בעלה של האשה והוליכו לביתו ומעולם לא נכנס אצלה. ובאמ"ץ עמד שלמה צבע הנז' לפנינו ונשבע שבועה בס"ת שמעולם לא דיבר עם האשה דבר מכוער ולא נגע בה ולא פגע בה כלל, ובאמ"ץ הגיד ג"כ הר"ש ן' עטר כדברי העדים אין חסר ואין יתר וברר בעדותו הוא ויעקב הנז' שזה דרכו של שלמה הסבעוני שחושד אשתו עם כל אדם ולראית האמת חתמנו תמ"ת והיה זה בפני א' מב"ד ג' במרחשון שנת בישרו"ן לפ"ק וקיים וס"ל הגידו לפנינו במותב ג' הר' יעקב ן' עבו והר' אברהם פרגי בתע"ג ששלמה הסבעוני הנ"ל היה מבקש מהם להעיד לו על משה לוי ועל שלמה ן' עטר שזנתה עמהם ויתן שכרן והם לא רצו להעיד שקר וכשלא הועיל עמהם חזר להסיתן להעיד לו על שלמה צבע שיאמרו שזנהה עם אשתו כדי להפסידה כתובתה ולא שמעו להסתתו וקיים. ד' במרחשון הנז'.

נדרשתי הח"מ לחוות דעתי אם אשה זו שחשדה בעלה עם זה וגרשה אם נאסרה על הנחשד ואמינא ודאי דאין אשה נאסרת על הנחשד עמה אא"כ קינה לה בעלה בפני ב' וא"ל אל תסתרי עם איש פלוני והלכה ונסתרה בפני עדים עם אותו פ' שקינה לה בעלה ושהתה עמו כדי טומאה אזי נאסרה על בעלה ועל זה שנתיחדה עמו כדאיתא סי' קע"ח סי"ז וסי' י"א ס"א ודוקא שאמר לה אל תסתרי עם איש פ' אבל אמר לה בפני ב' אל תדברי עם איש פ' אין זה קנוי שם ס"ו וכתב מהרי"ו סי' ח' שכל ששינה הלשון כגון אל תדברי וכו' ואל יהיה לך עסק עם פ' אינו קנוי הביאו מור"ם סי' קט"ו ס"ח, ואם נסתרה בפני ב' ושהתה כדי טומאה אין אוסרין על היחוד אא"כ קינה לה תחילה בפני

ב' והיכא דלא קדם קנוי ובאו עדים שנסתרה עם איש זה ובאו ומצאו דבר מכוער כגון שנכנסו אחריו וכו' או שנכנסו זה אחר זה והגיפו הדלתות במנעול וכיוצא לא תנשא לנטען ואם נשאת לא תצא ואם יצא הקול שזנתה ורננו העיר וכו' ולא היו להם אויבים לא תצא כשיש לה בנים כמבואר סי' י"א ס"א אבל בנ"ד דאין כאן לא קנוי וסתירה ולא סתירה עם דבר מכוער ולא הגפת דלתות אפי' אם העידו שהיה נכנס לביתה אינו כלום ומה גם שהשכנים מעידים שמעולם לא ראו אותו נכנס לביתה ולא ראו שום דבר מכוער מהיכא תיתי למונעו מלישאנה מחמת שבעלה חושדה כדי להפסידה כתובתה והיה מחזר לשכור עדים שיעידו על החשד של פ' ופ' וחזר גם על זה נשכור עדים עליו ודאי דאין בדבריו ממש ואפי' לזות שפתים ליכא ומה גם שנשבע בס"ת שמעולם לא דבר וכו' הרי ניקה עצמו מחשד וההיא דסי' קל"ז ס"א בהגה אינו ענין לנ"ד שהיה בעלה מחזר להעמיד עדי שקר שהורה שהחשד שקר ומה גם שהעידו שזה דרכו כסל לו לחשוד אשתו עם כ"א ודבריו מהבל ימעטו החותם בחשון ס' ירדו במצול"ת כמו אבן.
נאם שאול ישועה ס"ט

סימן פח

שאלה יורו המורי"ם. צדק ומשפט ומישרים, בענין עיר אחת מאחת הערים, שנתמנה בה דיין אחד לבדו דבר ולא שני דברים, ותהי ראשית ממלכתו ומנייו מפי סופרים המאירים לארץ ולדרים, וגם במכתב לאמר דברים ברורים, שקבלוהו עליהם בני קהלו מיד ולדורי דורים, לשמוע בקול דברו ולא יסורו מכל הדברים. וכן היה שמלך מלך והשכיל לצאת ולבוא לפניהם נדרש לכל חפציהם וכל ענייני העיר על פיו נגזרים. למכור ולמשכן בנכסי יתומים ולמנות להם אפוטרופוסים וגזברים. ולעשות משכונה בב"ד ולהפקיע המודעות במקום דחזי וכיוצא מאלה הדברים. ונהג נשיאותו כמה שנים כמו חמשים שנה ספורים. ויהי אחרי כן מינה שנים מתלמידיו לדון ולהורות משפטים ישרים. והוא נשאר כדקאי קאי אב ב"ד וכל העניינים שנזכרו על ידו נעשים ונזכרים, אם אמור נאמר דוקא בהיותו לבדו מהנייא חתימתו ועכשיו שמנה תלמידיו צריך לחתימתם או נימא דהם צריכים להסכמתו והוא אינו צריך להסכמתם דלמה יגרע ויורע כחו חלילה דאטו בשביל שהוא זכה יפסיד ח"ו והרי כיון שנתמנה וכבר עלה לא יגרע כחו בשום אופן ומשעה שנתמנה יחיד הרי הוא כאביר באבירים:
וכמ"ש הסמ"ע סי' ב' ס"ק יו"ד משם ר"ג הביאו המרדכי דכל מי שנתמנה על הציבור הוא כאביר באבירים, ויפתח בדורו וכו' וכל מה שעשה עשוי וכ"כ הרשב"א יע"ש לכן נפש

השואל לשאו"ל הגיעה לשאול בתומים ואורים. שמשלימים דבריהם ומאירים, ויבוא שכומ"ה אל אדיר אדירים כי"ר, ע"כ נמ"ך מכת"י הגאון המחבר זצוק"ל.

תשובה דינא הוא דמשכונה בב"ד החתומה בדיין אחד משכונה מעלייתא היא והכי נהוג מימות החכמים הא' ז"ל ומעשה היה במשכונה שבאה ממכנאס יע"א והיו חתומים עליה הרבנים כמוהר"ר יעקב טולידאנו וכמהר"ר חיים אחיו ז"ל ובאה השאלה לכאן מתא פאס יע"א אם היא משכונה מעלייתא אחר שאין שם ב"ד של שלש, והשיבו החכמים שהיו בכאן שמשכו' מעלייתא היא. וכן נמ"ך בפסקי הרב יעב"ץ ז"ל דכמה מדינות לא היה להם כ"א דיין אחד והיה ממשכן קרקעות. והיה בא מעשה לפני הרבנים הא' ולא גמגמו בדבר, וטעמא דמלתא דכל ב"ד העומד בזמן הזה הוא נעשה בהסכמת החכמים והקהל והו"ל כמו שקבלוהו עליהם. וה"ט שהם דנים ביחיד אע"ג דמצות חכמים היא להושיב עמו אחרים אע"פ שהוא מומחה לרבים וכמ"ש בסי' ג' ס"ג, מ"מ אחר דקבלוהו עליהם מותר הוא לכתחילה לדון יחידי וכמ"ש הרב הט"ז סי' זה וא"כ אחר שקבלוהו עליהם רשאי הוא לענוש ולקנוס ולמכור ולמשכן אפי' במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, דהו"ל כמו אפוטרופוס שיכול למכור ולמשכן. ועיין בסי' ל"ז סכ"ב דהאידנא נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם וכו' וכשרים אפי' לקרוביהם כיון שקבלום עליהם. וגם הכי אנן נהיגי בהודאה וכפירה דמי שהודה בפני דיין א' כמו שהודה בפני ג' וכפירה בפני אחד ככופר בפני ג' ואע"פ שסברא זאת היא נגד סברת הרמב"ם שהביא הטור ס"ב מ"מ אנן עבדינן כן מטעם האמור דאדעתא דהכי קבלוהו בתחילה לדון יחידי ליפות כחו כב"ד של שלש לכל דבר, וכל זה מדינא, אכן אנן יתמי דיתמי דאנן לסברא כאצבעיתא בבירא. ואין כח בידינו לסמוך על דעתינו ראוי והגון לנו למנוע עצמינו מדבר זה לקיים והייתם נקיים מה' ומישראל, וכך חובותינו וכך יפה לנו לצרף חכמים עמנו באיזה משכונה וכיוצא כי היכי דלמטייאן שיבה מכשורה, וצור ישראל יצילינו משגיאות ולראיה ח"פ וקים איש צעיר שאול סרירו סיל"ט

יהודה ן' עטר יס"ט

אמת נכון הדבר דיחיד שקבלוהו עליהם ההודאה בפניו הוי כב"ד של ג' ועיין בב"י סי' כ"ב מחו' ד' בשם תשובת הרשב"א יחיד שקבלוהו עליהם אין יכולין לשנות הטענות ועיין בהריק"ש סי' י"ב וז"ל כיון שקבלו עליהם חכם לדיין כל מה שטענו והודו בפניו קיים ואינו יכול לחזור ולטעון מחיוב לפיטור וכן במודה מעין כפירתו כגון האומר לא לויתי דהוי כאומר לא פרעתי אם באו עדים והכחישו אינו יכול לחזור בו ע"ש ועיין עוד מה שרמז הרב בס' ג' ולפי מ"ש הסמ"ע בס' ג' ס"ק ו' ליישב דברי רמ"א דמ"ש מומחה

לרבים ר"ל שהמחום רבים עליהם דכה"ג מהני ע"ש מבואר דאף לשיטת הרמב"ם שאם המחו רבים לאחד להיות רב עליהם וקבלוהו הוי כב"ד של שלש ועיין ש"ך ס"ק ס' ואף לשיטת הש"ך דגם בנדון זה לא הוי כב"ד של ג' לשיטת הרמב"ם ומרן. הרי הרב הגדול מוהריב"ץ ז"ל כתב דעכשיו נהגו דהוי כב"ד של ג' אחר שקבלוהו וכמה מקומות זמן זמנים אין להם כ"א דיין א' או ב' ועוף לא צפצף ואדם לא ערער על זה מעולם ולראיה ח"פ וקיים

רפאל אבן צור סי"ט הדין אמת שמואל אברהם ן' זמרא

אמת לאמיתו שכיון שקבלוהו עליהם ביחידות לדיין כל מה שיעשה עשוי ומקובל עליהם. אלא דלדידי לא צריכנא להאי דכל עי' לא הצריכו משכונה בב"ד כ"א כדי שלא יבוא בעל דבר ויאמר טול מעותיך ונמצא טרח ויגע לחנם ולכן ממשכנים אותה בידו לזמן ידוע אבל אנה"ן אם ליתה משכונה כל עי' אין הפירות נחשבים לרבית ויתנכו מההוצאה ובנ"ד שהמשכונה היתה ביחיד מומחה בעירו ודאי אין לשום חולק לחלוק ע"ז ומה שעשה עשוי כאמור ולראיה ח"פ באלול תקס"ב והשו"ב ונכון וקיים.

נחמיה יהודה הכהן ס"ט

סימן פט

טופס והעתקת שטר צוואה נדרשנו להעתיקו במאמר אחד מבדי"א וז"ן אב"א תב"ת בלי תו"מ אח"מ נכנסנו אצל הכ' מרים בת הרי"ח אסולין גרושת הרי"ץ אלבאז ומצאנוה מועע"ד מיושבת בדעתה משיבה על הן הן ועל לאו לאו כמשפט הבריאות ובכן צוותה מחמת מיתה ונתנה לאחיה לשלשתם בשוה המה הר' משה והר' מרדכי והבחור יחייא שנקרא ע"ש אביו העליה הידועה לה בחצר הנק' ע"ש הר' מכלוף בן דוד ה"ן הרוש גוף וחזקה ואגבה זיכתה להם כל הטלטל הנמצא לה וכל מאי דמתקרי נכסי ושטר משכונת הדיורים שמשכן בידה בעלה הרי"ץ הנז' כשרצה לגרשה שיזכו האחים הנז' במתנה הנז' זכות גמור מהיום ולשעה אחת קודם מותה כ"א כדינו וכמשפטו כפי הדין הברור באו"ה ויתנו מהמתנה הנז' להבן שיש לה מהרי"ץ הנז' סך עשרים אוקיות כ"ט ובזה הפסיקה אותו מהירושה והוכחנוה משום אעבורי אחסנתא ובפי' אמרנו לה שהבן הנז' הוא היורשה מד"ת ונתנה כמה אמתלאות לדבריה יש מהם ידועות לנו ויש שאינם ידועות ואמרה דניחא לה היא דעבדא ועוד אמרה שהיא מתנה על המתנה הנז' שאם יזכה הבן הנז' לחופה שיתנו לו אחיה מהמתנה הנז' המחצית בכל המתנה דהיינו שישלימו לו על סך עשרים אוקיות הנז' המחצית במתנה הנז' ואם לא יזכה הבן לחופה ונלב"ע

קודם החופה יזכו הם בכל המתנה שלהם ויתנו ליורשי הבן סך עשרים אוקיות כנ"ל וביארה בצוואתה שהמחצית שיתנו אחיה להבן הנז' יהיה מונח ביד אמה הכ' חנה בת הר' אברהם בן כלפון לתת אותו בעיסקאות ע"י חכם אחד כנהוג בנכסי יתומים פה צפרו יע"א ותקבץ הריוחים עם הקרן עד שיזכה הבן לחיפה ויתנום לו ואם נלב"ע קודם החופה יחזרו האחים ויטולו שלהם קרן וריוח ויתנו מהם ליורשי הבן הסך עשרים אוקיות כנ"ל וחזרנו והוכחנוה ואמרה שבזה הוא נחת רוחה וזה חפצה ורצונה מכמה סיבות וקודם כל יעשו לה תכריכין ופקידות ושמן לנ"ן והשאר יזכו בו אחיה על אופן הנ"ל והאמינה לאמה הכ' חנה הנ"ל נא"ג כשע"ך על כל אשר תאמר כי הוא זה שהניחה אצלה בתה הנז' ופיטרתה מכל מיני שבועות לבלתי ישביעוה בניה הנז' או הבן הנז' כשיגדל ויזכה לחופה שום שבועה ק"ו וג"ש וחרס"ל ובפי' הרשות אותנו לכתוב ולחזור ולכתוב צוואה אחר צוואה עד שנכתוב אופן המועיל כפי הדין הברור בכל מיני ייפוי כח לאשר ולקיים ולחזק מתנה זו ביד אחיה הנז' על הדרך הנ"ל בל תמוט עולם ועד וידענו נאמנה שמאותו חולי מתה ונלב"ע ולא ניתקה ממנו לחולי אחר ולראיה ח"ף והיה זה ביום ד' בשבת שנים ועשרים יום לחדש אב הרחמן יה"ל שנת שפר"ה עלי ליצי' שהוא היום שצוותה בו והיא נלב"ע ביום שני בשבת שבעה ועשרים יום לחדש הנז' והכל שריר וברור וקיים וחתומים החכם השלם הדיין המצויין כהה"ר

יהושע ישראל יעקב עולייל וכהה"ר שלמה חותא

ונתקיימו לנא חתי' כדחזי, כן היה נוסח הצוואה ביום שעמד הרי"ץ עם אחד ממקבלי המתנה לפני בדי"ץ לקחת טופס ממנה ואחר עבור ימים שמעו עדי הצוואה דאית מאן דשדי נרגא בצוואה הנז' מפני שכתוב בה מהיום וצוואת שכיב מרע דכתוב בה מהיום הויא כמתנת בריא וצריכא קנין זולת אם כתוב בה בסוף כל זה צוותה מ"מ דאז הכל הולך אחר התחתון וכמ"ש מהרש"ך סי' ץ' ובכן חזרו עדי הצוואה והוסיפו בין מי' ולראיה למי' ח"פ תי' אלו שכן צוותה מחמת מיתה וסמכו על מה שכתוב בצוואה שהרשית אותם לכתוב ולחזור ולכתוב צוואה אחר צוואה עד שיכתב את הכל ולראיה ע"ה ח"פ והיה זה שבעה עשר יום לאלול המרוצה ש"ש חמשת אלפים וחמש מאות ושמנים ליצי' הנ"ב וקיים.

עמור אביטבול סי"ט עמרם אלבאז סי"ט

נדרשתי לחוות דעתי המעט הוא במתנה הלזו אם יש לה קיום והעמדה כפי הדין אם לאו. ואחזה אנכי אשית לבי לכל פרטי הצוואה ולדקדק בלשונה כראוי והנה אין לה שום קיום ובטילה היא ותבטל כפי הדין הברור דאי דיינינן לה כמתנת ש"מ מאחר

שכתוב בה ובכן צוותה מחמת מיתה מ"מ נהי דלעניין מתנת הקרקע שנתנה לאחיה קיימת לגבי הטלטל ושטר משכונת הדיורים מתנתה בטילה ומבוטלת והיינו טעמא לפי שלא נתנה להם כל הנז' אלא בתורת אגב כמ"ש בשטר צוואתה ונתנה לאחיה לשלשתם בשוה וכו' העליה וכו' ואגבה וכו' כל הטלטל וכו' ושטר משכונת וכו' וכתב מר"ן ב"י ח"מ סי' נ"ר וז"ל כתוב בתשובת הרשב"א ז"ל בש"מ שנתן קרקעותיו ואגבן כל נכסיו שלא זכה במטלטלין ובשטרות מפני שלא קנה קרקעות לאחר גמר מיתה והרי זה כמקנה מטלטלין אגב קרקעות של עצמו שלא קנה ואפי' אמר במטלטלין והרי אני נותן לו מטלטלי אגמ"ק אינו כמייפה כוחו אא"כ יאמר והריני נותן לו מטלטלי ואף אגמ"ק שהדבר נראה שהוא נותן לו מטלטלי במתנת ש"מ ועוד מוסיף לו אג"ק ולכשאתה אומר שקניית האגב בטילה יקנה מצד מתנת ש"מ עכ"ל, ואיידי דחביב ליה לרבינו ב"י דין זה חזר ושנאו באותו פרק באותו מקום וז"ל כתב רבי' ירוחם בנכ"ד משם הרשב"א דמתנת ש"מ דכתיב אגב לא קנה דמאחר שאינה קונה אלא לאחר מיתה אז הקרקע אינו שלו ונמצא מקנה ע"ג קרקע שאינה שלו עכ"ל וחזר ושלשו בסוף הסימן משם הרשב"א ג"כ וכן פסק מורם סי' הנז' סי"ז ועיין מה שפי' סמ"ע בדברי הרשב"א. ומלשון רבינו ירוחם שהבאתי מוכח כמו שמפרש מור"ם לדברי הרשב"א ולא כמ"ש הסמ"ע ודברי הרשב"א ורבינו ירוחם היו בהעלם אחד לשר וגדול מוהרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תשמ"ז ח"ב וזה טופם דבריו שאלת על ש"מ שנתן מתנה מקרקעי ואגבן מטלטלי איך יקנה מקבל המתנה שאין קונה אלא לאחר מיתה ואחר מיתה אין הקרקע של הנותן ואיך יכול להקנות אג"ק שאינו שלו ואף שדבריו ככתובים וכמסורים דמי מ"מ הוא לא רצה להקנות אלא באגב ואין לנו להוסיף על דברי ש"מ. תשובה אין כאן תוספת בדברי הש"מ שהרי לאלומה למתנה כתב לו מטלטלי אגב מקרקעי וה"ק תקנה באגב או בדרך מתנת ש"מ ועוד אני סובר דקנה בתורת אגב דקניית הקרקע והמטלטלין באין כאחת מיד בגמר מיתה ואע"ג דלא אמר הריני נותן מטלטלי ואף אגמ"ק דהשתא הוי מייפה כוחו אפ"ה אני סובר דקנה דבשלמא היכא דאמר קנה מקרקעי ואגבן מטלטלי התם ודאי משמע שצריך להוסיף לשון כדי לייפות את כוחו אבל אם אמר קנה מטלטלי אגמ"ק אין צריך להוסיף לשון דשפיר משמע קנה מטלטלי וגם תקנה אותם אגב עכ"ל. עיניך הרואות דהרשב"א לא שני ליה בין כתב לו מטלטלי אג"ק ואין צ"ל מקרקעי ואגבן מטלטלי תרוויהו לא קנה וכמו שמפורש יוציא בדבריו שכתב בש"מ שנתן כל קרקעותיו ואגבן כל נכסיו שלא זכה וכו' וכתב עוד ואפי' אמר והריני נותן לו מטלטלי אגמ"ק אינו כמייפה כוחו דכוונתו לומר לא מבעיא היכא דהקנה לו מקרקעי ואגבן מטלטלי דלא קנה אלא אפי' אמר והריני

נותן לו מטלטלי אגמ"ק דאיכא למימר דה"ק קנה מטלטלי במתנת ש"מ ואף בתורת אגב אפ"ה אינו כמייפה כוחו אא"כ אמר בפי' קנה מטלטלי ואף אגמ"ק ולהרדב"ז ע"כ לא קאמר דצריך תוספת לשון ליפוי כח אלא אם כתב לו מקרקעי ואגבן מטלטלי אבל אם כתב לו קנה מטלטלי אגמ"ק אין צריך להוסיף לשון לייפוי כח וזה הפך דברי הרשב"א ובדברי הרדב"ז הב"ן שואל דלפי מה שכתב דקניית הקרקע והמטלטלין באין כאחת למה הוצרך לחלק בין אם כתב לו מטלטלי אגמ"ק למקרקעי ואגבן מטלטלי דכשנאמר דקנין שניהם חל כאחד א"כ שניהם שוים ואיך שיהיה בנ"ד אף הרדב"ז יודה שהרי הקנין היה מקרקעי ואגבן מטלטלי ואין להקשות שהרי כתב מר"ן סי' רמ"ח סי"ג הנותן לחבירו כל נכסיו מטלטלי אגב מקרקעי ולא שייר ליורשיו אלא ה' זהובים וכו' אם מתנת ש"מ היתה קנה וכו' אלמא דלדעת מר"ן אם כתב לו מטלטלי אגמ"ק קנה ואף שיש לומר דמר"ן ס"ל כדעת הרדב"ז ואמטו להכי הכא דנתן מטלטלי אגמ"ק קאמר דקנה מ"מ זה אינו מבואר בנ"י ועוד דהי"ל למורם להגיה דעת הרשב"א ולומר וי"א דלא קנה יקישטא קאי דלקול"מ דמ"ש אם מתנת ש"מ היתה קנה לא קאי אמי שנתן נכסיו מטלטלי אגמ"ק דהא לאו להכי איתשיל אלא קאי אשטרות והכי קאמר אם מתנת השטרות היתה מתנת ש"מ קנה דשטרות בכלל נכסי ואף דלא כתב ליה קנה לך אינהו וכו' וכמו שהוא מבואר בטור וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ראובן נתן לדינה אשתו כל נכסיו במתנת בריא מטלטלי אגמ"ק ולא שייר ליורשיו אלא ה' זהובים והיו לו בביתו שטרי חובות וכו' ודאי שטרות בכלל נכסים הן מיהו ה"מ בש"מ שא"צ קנין וכו' הרי שדין זה ענין בפ"ע הוא ולא קאי אמי שנתן מטלטלי אגמ"ק דמאחר דבבריא איירי ובקנין כמ"ש סי' ס"ו סעיף ג' הא פשיטא דקנה ומעתה נראה לקוצ"ד דלא קשה מה שהקשה הרב שפתי כהן וז"ל דברי המחבר תמוהין דכיון דשייר ליורשיו ה' זהובים לא הוי מתנת ש"מ וכו' דליתא דמר"ן כתב מעשה שהיה דבבריא איירי וכמו שהוא מבואר בטור ומ"ש אם מתנת ש"מ היתה קנה ה"ק אם מתנת השטרות היתה בתורת מתנת ש"מ קנה דשטרות בכלל נכסי אינן וק"ל ואין זה ענין לתשובת הרשב"א שהביא מר"ן ב"י סי' רמ"ח וז"ל שאלת ראובן נתן לשמעון כל מה שיש לו וז"ל השטר נתן לו ארבע אמות קרקע ואגבן כל מטלטלי שיש לו בכל העולם בין זהב וכסף וכו' תשובה לא קנה קרקעות ולא עבדים וכו' יע"ש הרי דלא הוציא אלא קרקעות ועבדים וס"ת אבל מטלטלי קנה וכמ"ש הרב ע"ש וז"ל קנה הכל חוץ וכו' והרי הרשב"א מר הוא דאמר דבאגב לא אקנו המטלטלין וכמ"ש לעיל דפשוט ליישב דהתם איירי בבריא והכא בש"מ כ"ז אם נניח הנחה סוברת דדין מתנה זו כמתנת ש"מ אבל האמת יורה דרכו דדין מתנת בריא יש לה כמ"ש בשטר הצוואה שיזכו

האחים זכות גמור מהיום ולשעה א' קודם מותה וקי"ל צוואת ש"מ שכתוב בה מהיום הרי היא כמתנת בריא וצריכה קנין וכמ"ש מר"ן סי' נ"ר ס"ט וז"ל וכן אם כתב כל נכסיו ומפרש שנותן הכל מעכשו ומקנה לו מחיים הרי היא כשאר מתנת בריא שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן קנה הכל וכ' מור"ם וז"ל וי"א דה"ה מתנת ש"מ שכתוב בה מהיום הוי כמתנת בריא וצריכה קנין ולכן וכו' ואם לא היה בה קנין המת' בטלה עכ"ל וכ' הסמ"ע דהפ"י המחבר איירי כששמענו מפי הש"מ ובא מור"ם להוסיף דאף לא שמענו כן מפיו אלא שנמצא כתוב כן בהצוואה הבאה לפנינו ולא אמרי' דט"ס הוא וכו' וא"כ מתנה זו מאחר שכתוב בה מהיום ואין בה קנין ולא הגיעה ליד המקבלים בחייה לא שרירא ולא קיימא ואף שכ' בסמ"ע עמ"ש מור"ם ולא אמרינן בזה שט"ס וכו' כ"כ לאפוקי ממ"ש ב"י בתשובתו והביאו ד"מ וז"ל ואם כתוב בהצוואה דנותן לו במת' בריא יש לו דין מתנת בריא והוא פשוט לדעתי, ולא כתבתי כן רק שראיתי תשו' הרב בעל ב"י שכתב שקנה בה בכה"ג משום דתלינן בט"ס ואני השבתי לו בזה ובאו דברי שנינו לפני מוהר"מ מפדאווא ז"ל והסכים לדברי דלא קנה וא"כ ה"נ דלא שמענו כן מפי המצוה יש לתלות בט"ס כדעת מר"ן הב"י בתשובתו מ"מ כתב הרב פרי האדמה ח"ב הלכות זכיה דף ס' וז"ל הנה מור"ם ז"ל האריך הרחיב להשיב בתשובה סי' מ"ח ומהר"ם מפדאווה הסכים עמו ועיין מ"ש כנה"ג וכו' אפי' בדבר שמתבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ולא אמרינן ט"ס ועיין כל מה שכתב מור"ם ז"ל אפי' לעניין צדקה לעניי א"י וכו' והרבה להשיב על סברת מר"ן ז"ל בקושיות חזקות וברורות וא"כ מי יקיל על ראשו להוציא מיד היורשים וכו' ועיין תשובת הריטב"א הביאה מר"ן ב"י סי' ר"נ וז"ל מתוך הצוואה הזאת אני דן וכו' ועיין תשובת הרשד"ם סי' שי"ו שכתב דתשובה זו קיים כל דברינו דכל שכתוב מעכשיו הוי מתנת בריא ואי ליכא קניין לא מהני וכתב בס' בני שמואל וכו' דמתנה מעכשיו לא תתקיים אלא בקנין והכי נקטינן עפ"י הסכמת רובא דרובא דרבוותא וא"כ אין להוציא מיד היורשים נגד כל חכמי ישראל במקום שמצאנו למרן ז"ל עצמו הפך אותה תשובה כנראה מתשובת הריטב"א שהביא בב"י וכו' יעוש"ב הרי מבואר דלית מאן דחש לסברת מר"ן ז"ל בזה כ"ש לפי מ"ש הוא עצמו בב"י משם הריטב"א גם מצאנו לרבותינו הראשונים נ"ן שדנו כזה בפשיטות ולא חשו לזה וז"ל שאלה בתו של ראובן היתה נשואה לשמעון וכשהיתה נוטה למות נתנה לו לראובן אביה סך מה יובן שסלקה יורשיה בסך מאה אוקיות והשאר העולה לה כפי התקנה נתנה אותו לאביה יורינו רבינו מה דינה. תשובה מתנה זו בטילה מכמה טעמי חדא שהמתנה היא מתנת ש"מ ומצינו כתוב בשטר המתנה שהיא מקנה לאביה

המתנה הנז' מהיום ולאחר מיתה וכפי הדין מתנה שכתוב בה מהיום הרי היא כמתנת בריא ומתנת בריא צריכה קנין והמתנה הנז' היא כתובה בלא קנין ועוד וכו' וחתומים הרבנים כמוהר"ר חיים טולידאנו וכמוהר"ר דניאל טולידאנו וכתבו רבני פאס דין אמת דנו החכמים ונדרשנו לחתום ולהסכים עמהם ולראיה ח"פ וחתומים הרבנים כמוהר"ר סעדיה אבן דאנאן וכמוהר"ר יהודה עוזיאל זלה"ה. הרי דהרבנים הנז' סמכו על מה שכתוב בשטר כמ"ש ומצינו כתוב בשטר הצואה וכו' ולא תלו הדבר בט"ס ודכוותה בנ"ד, ואף שכתב בס' בעי חיי סי' קפ"ח דאם ידעינן בבירור שהיה ש"מ אפי' שיכתוב בה לשנות המורים שהיה בריא מילי דכדי נינהו ולא אמרו דדין מתנת בריא יש לה אלא כשהן חלוקים אם היה בריא או ש"מ ואם כן יאמר האומר בנד"ז דליכא ספיקא ואיכא בירור ע"י עדים שהיתה חולה אף שכתבו לשון מהיום המורה על מתנת בריא מילי דכדי נינהו ליתא, דכבר המאור הגדול רב אדא ז"ל הביא דברי הרב החביב ז"ל משם ס' בני חיי וכתב וז"ל פי' דבריו דאע"ג דבאומר מהיום המתנה בטילה אפי' יודעים שהיה ש"מ הכא שאומר בגוף בריא המתנה קיימת דבשלמא התם אע"ג דידעינן שהיה ש"מ מ"מ עביד איניש שיתן כדין מתנת בריא בין כשהוא ש"מ בין כשהוא בריא ולכך אפי' ידעינן שהיה ש"מ מאי הוי הרי אינו רוצה ליתן אלא כדין מתנת בריא משא"כ כשאומר שהיה בגוף בריא ואנו יודעין שהיה ש"מ ע"כ דמילי דכדי נינהו ואינה ענין כלל לאומר מהיום שזה גילה דעתו שהוא נותן כדין מתנת בריא וכו' יע"ש וכ"ש לסברת הרב מהר"י ן' מלכא ז"ל שכתב שדברי ס' בני חיי בטילים פשיטא דליכא תברא מינה לנ"ד אלא שרב אדא השיג ישיג להרב מהריב"ם והציל יציל לס' בני חיי וכתב ואני אומר שאם ביטל לא מהני עד שיבדוק ופירשם לדברי הרב החביב כמ"ש לעיל יעויין בס' באר מיים חיים דף ל"ב ע"ד ועיין להרב מהר"י אדרבי ז"ל סי' ר"ס שבטל שטר צוואה כנד"ז ממ"ש וכתב בסוף דבריו וז"ל באופן דכל אפין שוין בין דחשיבא מתנה זו מתנת בריא בין דחשיבא מתנת ש"מ לית בה משששא, אי חשיבא מת"ב לית בה משששא משום דלית בה קנין וכדכתיבנא, ואי חשיבא מתנת ש"מ לית בה משששא משום דהקנה מטלטלין אלו אג"ק עיין עליו באורך. **ואחד** המיוחד מעידי הצואה רצה ללמד זכות על מעשה ידיו ההוא אמר כי האשה הזאת ביום צוותה לא אמרה מילת מהיום אלא נתנה היא ואמר הוא לחושבו שזה ליפוי כח ומי ישמע אליו לדבר הזה שהרי כתב מהרש"ך בתשובה סי' צ' וז"ל ועוד כתב לקיים הצוואה וז"ל וגם. נראה בנ"ד שכתבו החכמים המעולים שחקרו ודרשו את העדים אם אמרה מילת מעכשיו ואמרו שהיא לא אמרה מילת מעכשו אלא שהם ליפוי כח כתבו כן מה אעשה וכו' רק לבטל מ"ש שיכולים העדים לחזור ולומר שלא כתבו מילת מעכשיו

אלא לשופרא דשטרי ורצה לדמותיה להההיא דנאמנות [טור סי' ע"א] ועתה יאמר נא ישראל מה מקום נד"ז להההיא דנאמנות דבשלמא בההיא דנאמנות כיון שהוא דבר שאפשר לומר שנכתב לשופרא דשטרי כמו שרגילים הסופרים לכתוב בכל השטרות דין הוא שנאמין לדברי הלוה הטוען כך ואעפ"י שיהיה כתוב בשטר וקנינא מיניה על כל מאי דכתיב ומפורש לעיל אפ"ה אין סומכין הנאמנות דאיכא למימר אשאר מילי דשטר חתימי והנאמנות העדים כתבוהו מעצמם כיון שרגילים לכותבו לשופרא דשטרי ונכון הדבר לומר כך וכו' אמנם בנ"ד דליכא טעמא לומר שנכתב לשון מעכשיו לשופרא דשטרי דאדרבא הוא גריעותא דשטרא שכבר הוסכם מפי סופרים ומפי ספרים דכל שכתוב בו לשון מעכשיו היא מתנת בריא וכיון דלא קנו מיד הנותן לא קנה המקבל וא"כ לשון מעכשיו גבי מתנת ש"מ היא גריעותא דשטרא ועוד דהכא באנו להוציא מיד היורשים שהם מוחזקים בנכסים בכל מקום שהם דנכסים בחזקת יורשים קיימי וא"כ אינם נאמנים העדים בעדותם זאת עכ"ל מהרש"ך וכ"כ הרשב"ש סי' שכ"ז וכתב דאפילו יבואו מאה ויכחישום הוה ליה מאה כתרי ותרי כמאה ואוקי ממונא בחזקת היורשים עיין עליו וא"כ הנ"מ בנדון דידן אין העדים נאמנים בחזרתם.

עוד יש להוכיח שדין מתנה זו כמתנת בריא וצריכא קנין מלשון השטר שכתוב בו ואגבה זיכתה להם כל הטלטל הנמצא לה וכו' שיזכו האחים כל אחד כדינו וכמשפטו כפה"ה באו"ה דממ"ש כל אחד כדינו וכמשפטו משמע דהקנאת קרקע כדינו וטלטל כדינו ושטרות כדינם כמ"ש סי' רמ"א וסי' ק"ץ והלאה ומה צורך לכל זה הרי דברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמי וכמ"ש הסמ"ע ריש סי' ר"ן ס"ק ג' אלא ודאי דלא כוונה להקנות אלא כדין הבריא וכמ"ש סמ"ע סי' ר"ן ס"ק נ' וז"ל טעם הדבר שחז"ל תקינו דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמי וזה שלא רצה ליתן כי אם בקנין סודר או בשטר או באחד משאר דרכי הקנאות הבריא גילה בדעתו שאינו סומך במתנה אתקנת חז"ל אלא שיהיה כשאר קניינים משום הכי לא מקני וכו' וא"כ מאחר שצוותה להקנות כל אחד כדינו וכמשפטו ולא נעשה שום קניין לא קנו. עוד סמכו עידי הצוואה על מה שנתנה להם האשה רשות לכתוב ולחזור ולכתוב שטר צוואה עד שיצא מקוים כראוי כפי הדין ונשענו על כך לגרוע מהשטר צוואה כל דבר המבטלו ולהוסיף בו דברים המקיימים אותו אפי' עד מאה פעמים, והאמת שאין זו סמיכה שאף שנתנה להם רשות לכתוב ולחזור ולכתוב מ"מ נתבטלה אותה הרשות במיתתה וכמ"ש הראב"ד הביאו מר"ן ב"י סי' נ"ר שהעדים שלוחים הם וכיון שהשולח מת מעשה השליחות בטל וכן כתב רש"י בגטין דף ט' וז"ל אין שטר לאחר מיתה דהא פקעא ליה רשותיה דנותן ולא עוד אלא כד

דייקינן פורתא רשות זו שחשבו ליפוי כח היא העוקרת מתנה זו וכל דבריה כרעו ונפלו שהרי כתב הרשב"א וז"ל שאלת ש"מ שצוה שיושמו הדברים בצואתו ע"י פ' ופ' שיועיל בלשון עברי ולאטי'ן מהו שישימו אותם פ' ופ' בצוואתו אחר פטירתו מי אמרינן אותם פ' ופ' שלוחי הש"מ ואין שליחות לאחר מיתה או נאמר זה אינו אלא כמוסר דעתו להם והם יעשו כל זמן שירצו ואפי' לאחר מיתה, והשיב דברים ברורים הם דלאחר מיתה אין יכולים להוסיף ולא לגרוע עמ"ש ואפי' עודינו חי אא"כ עמד הוא על אותו לשון וצוה כן אלא שיכולים לכתוב בשטר ולחתום ואפי' מאה ואפי' לאחר מיתה ובלבד שיאמר בפי' א"פ כתבו וחתמו והבו ליה הא לאו הכי חוששין שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וכ"ש זה שצוה שיושמו הדברים בשטר בלשון שיועיל אלמא כוונתו היתה על השטר ונ"ל שאלו דברים פשוטים הם לפני כל יודעי דת ודין עכ"ל, עיין סי' תש"ד באורך הביאה ב"י סי' ר"ן בקצור קצת ותשובה זו שמעת מינה תרתי שמעת מינה דלאחר מיתה אין יכולים לגרוע ולהוסיף ולא כמו שעשו עידי הצוואה שהוסיפו כאשר עם לבבם כאלו הם הנותנים ושמעת מינה דכל שצווה שיושמו הדברים בצוואתו בלשון שיועיל כוונתו להקנות בשטר ואין שטר לאחר מיתה וא"כ מאחר שצוותה לכתוב ולחזור ולכתוב צוואה אחר צוואה עד שיכתבו אופן המועיל אלמא כוונתה על השטר וא"ש לאח"מ וכ"כ הרשב"ש סי' מ"ג וז"ל אין בדבריו כלום לפי שיש הפריש בין מייפה כוחו או כתב לו בכל יפוי כח שמה שנזכר בג' ליפות את כחו הוא שהמתנה עומדת היא בלא קנין והוא אומר קנו לו מוסיף על מתנה זו וכו' אבל מה שאמר קנו ממני בכל ייפוי כח או כתבו בכל יפוי כח לא גמר להקנות אלא באותו קנין או באותה כתיבה אלא שרוצה שיהיה כוחו יפה וכיון שלא גמר להקנות אלא באותו קנין או באותה כתיבה אין בדבריו כלום שאין קנין ולא שטר לאחר מיתה וכן כתב הרשב"א בתשובה עכ"ל גם מוהריק"ו שורש צ"ד ענף ז' כתב שכל שצוותה לכתוב כדי לקיים דבריה כוונתה להקנות בשטר ואי"ש לא"מ וז"ל הנה דקדקתי בלשון הצוואה וכתוב בה וז"ל וכדי לקיים אמריה הנ"ל צוותני מרת חנה הנ"ל לחתום שמי, הרי לך בהדיא שלקיים הצוואה צוותה לו לחתום שמו וא"כ איכא למימר שמא לא גמרה להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וא"כ בנ"ד שכתוב בשטר הצוואה הרשית אותנו לכתוב צוואה אחר צוואה עד שנכתוב אופן המועיל בכל מיני יפוי כח לאשר ולקיים ולחזק מתנה זו ביד אחיה הרי שעיקר הכתיבה לא לראיה אלא לאשר ולקיים המתנה ביד אחיה ודמייא לנדון מהרי"ק אשר כתבתי קצרן של דברים דלפי קוצר דעתי ומיעוט השגתי מתנה זו בטילה ומבוטלת אם יסכימו יושבי כסאות למשפט שמורי"ם לכל בני ישראל ולראיה ח"פ ר"ח מרחשון

ש"ש לא יירש"ך זה כי א"ם אשר יצא ממעיך לפ"ק וקיים, כה דברי הצעיר קטן שאין בו דעת להשאל יתר הבז
עמרם אלבאז יש"ץ ס"ט בכמוהר"ר יהודה זלה"ה עדינו העצני מנה בן מנה חכם עדיף ישר חיליה כי"ר.
דבר זה סובל אריכות וישוב הדעת ומה לנו לעלות במקום שאין היד שולטת בו מחסרון הדעת וחסרון הספרים ונהי בעינינו כחגבים לא הגענו לפרק נגמר הדין אך מפני כבוד תורתו אני אמרתי בחפזי אגרא דפרקא ריהטא, ואען ואומר דהעיקר אצלינו הוא שאמרינן דקניית הקר' והטלטל באים כא' וכמו שיראה כת"ר בדברי הסמ"ע בסי' ר"ן ס"ק נ"ד שהקשה על סברת הרשב"א בפשיטות דלמה לא נא' שקניית קו"ט באים כא' בשעת גמר נשמה ומפיק לה מקרא דויתן להם אביהם יע"ש הרי שסברא זו היא אצלו עיקר ותמה על הרשב"א דפליג ע"ז יען דזה היא סברת רוב הפוסקים אלא דהרשב"א הוא דפליג ע"ז והצריך לעשות יפוי כח וכן היא סברת מר"ן בסי' רמ"ח סי"ב באו' הנותן לחבירו ה' זהובים וכו' אם מתנת ש"מ וכו' דסתם דבריו ולא הביא לשון הטור דכתב בבריא משמע דלא שני ליה דאפי' בשכ"מ אם כתב אגב קני וכן הבין הרב ש"ך והרב מס"ה בדברי מרן דקאי אשכ"מ ואדרבא עשה פירוש זה עיקר והקשה ע"ז דכיון ששייר הוי ליה מתנת בריא יע"ש וכן סיים ועיין בסי' ר"ן סי"ב דכוונתו לו ששם מור"ם חלק יען שהרב הש"ך לאו קטיל קני באגמא הוא ולשון הטור היה סגור בפיו ע"פ, ואפ"ה סבר דמדסתם מר"ן ס"ל דקאי אשכ"מ והקשה עליו והוצרך ליישב הרי דסב' מר"ן אם כתב אגב קנה דאמרינן קניין ב' חל כא' וכן היא ג"ך סברת הרדב"ז והיינו טעמא דמר"ן אף שס' הרשב"א ראה ויספרה פעמים שלש בב"י לא העלה אותה על שלחנו הטהור והניחה בבי"ת ולא העלה אותה על השלחן לפי דלא ס"ל הכי, וטעמו של מור"ם דלא הביא סברת הרשב"א סמוך להההיא דהנותן לחבירו וי"א ויש חולקין כמנהגו לפי שמר"ן לא הזכיר בפי' הש"מ אלא סתם דבריו ואדרבא עיקרן של דברים נאמרו בבריא כמ"ש הטור לכן לא סמך לומר דהרשב"א חולק דהרי לא נתבאר בדברי מר"ן בפי' דקאי אשכ"מ כדי שי"א וי"א חולקין נמצא שהש"ך והסמ"ע והרדב"ז ס"ל דחל קנין ב' כאחד וא"ץ יפוי כח. והנה השואל ששאל להרדב"ז היה ס"ל כהרשב"א ושאל איך יקנה וכו' וחשש שמא י"א האומר דכוונתו לו' תקנה באגב או כדרך מתנה כתשובת הרדב"ז לכן אמר בשאלתו שאין לנו להוסיף על דברי הש"מ לו' תקנה בזה או בזה, והשיב הרדב"ז אין כאן תוספת דמאחר דלאלומה נתכוון הוי כאלו פי' תקנה בזה או בזה, וכתב כן לדעת השואל ואח"ך הביא סברתו ואמר דאני סובר דקנין ב' חל כא' וזה עיקר סברתו ומה שחזר ואמר

דבשלמא דאמר קנה קו"ט וכו' הכוונה בזה הוא לפי דעת השואל וכאילו לדידי א"צ לכל זה כלל אבל לס' דאתי מצריך להוסיף בשלמא קו"ט יש להסתפק ולו' דבעי הוספה מכח המשמעות אבל לגבי קו"ט אודו לי מהת שא"ק הוספה דשפיר משמע קני מט' וגם תקנה אותם אגב, זה היא כוונת הרדב"ז ובזה נסתלקה תמיהת כת"ר על הרדב"ז למה הוצרך לחלק יע"ש. עלה בידינו דלדידן אמרינן קנין ב' חל כא' וקני באגב וס' הרשב"א היא סברא יחידית הפך דעת מרן ובר מן דין אני או' אחר שבנ"ד כתב באו"ה כנראה מלשון הצואה אפי' כתב אגב קני אף לסברת הרשב"א וכההיא דסעיף י"ז בהגה דאם כתב ששטר זה יהיה באו"ה הוה ליה כיפוי כח וכתב הסמ"ע וז"ל דהו"ל כאלו כתב לו שקנין זה הוא נוסף וא"ך ה"ה בנ"ד אחר שכתב באו"ה הוי ליה כאלו כתב לו שאגב זה הוא נוסף ודברי השכ"מ ככתובים וכמסורים דמו וקנה ואף שכתבו קרקע כדינו וכוליה אחר שכתב באו"ה הו"ל כאלו כתב שדבר זה הוא נוסף:

שוב הוסיף ידו כת"ר לבטל המת' מכח שכתוב בה מהיום ועם היות דמר"ן בתשו' כתב דזה ט"ס כת"ר טרח ואסף וקבץ דברי הפוסקים שחלקו על מר"ן ואני שמעתי ולא אבין שהרי קבלנו עלינו דברי מר"ן כנגד אלף פוסקים ואם הרב פרי האדמה פסק להפך מי ישמע לו לדבר הזה והרי הוא כהרב ש"ך ופר"ח שחולקים על מר"ן ולא נקטינן כוותיהו ומה שהביא ראיה מפס"ד של מכנאם גם בזה אני או' שהרבנים בזמנם לא נתפשט הסמ"ע ולא התשובות ואם היו רואים דבריו היו חוזרים וכה"ג כתב הרב יעב"ץ כמה פעמים בפסקיו יע"ש כל שכן דבנ"ד לבי ולבך ידעי והדבר מוכח כשמש וכירח דט"ס הוא יען אנו מכירים בדבר שלא נתנה האשה מתנת בריא כלל שהיתה בדעתה אם עמדה תחזור על שלה ולא נתנה כ"א מתנת שכ"מ שיכולה לחזור בה אלא שהסופרים מחסרון ידיעה טעו וסברו שיכתבו מהיום הוא לשון מתנה גמורה דמועיל ובכה"ג אף החולקים על מרן יודו:

ואף שהב"י הביא סברת הריטב"א שהיא נגד סברתו מ"מ אין משם הוכחה שחזר בו מפסק הלכה שפסק למעשה וזה דרכו כמה פעמים לקבץ הנדחים דלא סבירא ליה כוותיהו כ"ש שהרואה י"א דרב המרחק ביניהם ואף הרב ב"י יודה לס' הריטב"א דשאני נדון הריטב"א שהעדים העידו על עצמם שקנו מידו בקנין גמור מעכשיו נמצא שהעידו על הדבר שנעשה ולא שייך בזה לו' ט"ס והכי נמי בנ"ד אם היו כותבים העדים אמרה לנו פ' וז"ל הריני מצוה וכו' מהיום וכו' לא היינו יכולים לו' דט"ס היא אחר שהם מעדים שכך אמרה להם אבל עתה שלא כתבו העדים א"ל פ' אלא הם מספרים המעשה שכ' ציותה לתת לפ' כו"ך כנ"ב עם היות שכתבו מהיום אנו אומ' תי' מהיום היא תוס'

שהוסיפו העדים מעצמם לפי שראו אותה נתנה המתנה בנפש חפיצה הוסיפו הם לשון שהיה נראה להם אותה שעה שהוא יפוי כח והוא ט"ס ממש שטעו הסופרים ולא בעל דבר. ואיפשר שגם בנדון חכמי מכנאס יע"א היה כתוב א"ל פלוני וז"ל ולהכי לא תלי בט"ס זהו מה שהיה נראה לכאורה:

אך כפי האמת כ"ז לא יספיק להוציא מיד היורש דאורייתא יען שהראשונים ע"ה לא עמדו על זה אם קבלנו דברי הרב"י גם בתשובות או דוקא מ"ש בב"י וזכורני שהרב יעב"ץ פסק בפשיטות שלא קבלו עליהם כ"א מ"ש בב"י ולא מ"ש בבדק הבית יע"ש וא"ך היורש יוכל לומר קים לי כהנך רבוותא שחולקים ועם היות שכתבנו שבנ"ד הסברה נותנת שהוא ט"ס מ"מ לא אזלינן בתר אומדנות כ"א להחזיק ליורש ולא להוציא כמבו' בס"ס רפ"א כדברי הסמ"ע ואך המתנה בטילה ויזכה היורש זהו מה שנראה להשיב בקצרה לנחיצת השואל וצור יש' יצלינו משגיאות וקיים.

נאם רפאל אהרן מונסונייגו סי"ט

המתנה הנז' לא שרירא ולא קיימת מכמה טעמי הן מטעם שכתב החכם הפוסק נר"ו הן מטעם שכתב החכם הנשאל על המתנה הנז' והרבה בראיות ברורות ונכוחות למבין שהמתנה הנז' בטילה ואין לה קיום והעמדה מהטעמים שכתב בראיות ברורות מכמה רבנים ע"ה אשר מימיהם אנו שותים ומי הוא זה שיכול להכניס ראשו ביניהם אשר קוטנם עבה ממותנינו והאמת יורה דרכו וכל טצדיקי דמצינן למיעבד להחזיק ליורש עבדינן שהוא יורש דאורייי' ולפועלא טבא אמרינן יישר חיליה לאורייתא ומעתה ילך היורש ויחזיק במתנה שנתנה האשה הנז' לאחיה הנז' כאדם המחזיק בשלו ואין דובר אליו דבר ולראיה ח"פ לנחיצת השואל ביום ה' כ"ט לשבט ש"ש זאת ית"ן ל"ך כלבב"ך לפ"ק וקיים.

שמואל אברהם ן' זמרה ס"ט

סימן צ

שבוע שעבר הובא לידינו טופס משטר המתנה הנ"ב עם שטר מו' שמסרה הנותנת קודם הרבה למתנה הנ"ב על כל מתנה שתתן לאהרן בנה שהיא בטלה ורצה המדבר בעד יתומי מרדכי הנ"ב לבטל המתנה הנ"ב מכח המו' הנז' לגבי חלק אהרן הנז' וכתבנו שאין במו' הנז' כח לבטל המתנה מהטעמים שנתבארו בפס"ד הנז' תבקשם ותמצאם:

אך כתבנו עוד שמטעם אחר המתנה הנז' בטלה מצד עצמה וזה מה שכתוב בה שלא יהיה שום זכות למקבלים. כ"א לשעה אחת קודם מותה וכל ימי חייה יכולה למכור

ולמש' כו' ודמייא להההיא דסוס"י קצ"ז וסי' קצ"ה ס"ה ולאפס פנאי קצרנו באותה שעה במקום שאמרו להאריך ועתה הוצרכנו להאריך ולהרחיב הדברים, דבסוס"י קצ"ז כתב הטור ומר"ן האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום ומשך לא קנה ומבואר בסי' קצ"ה ס"ה דה"ה לקנין חליפין ואפי' לא אמר בל' שלילה ולא תקנה אלא לאחר וכו' אלא בלשון זכייה והקנאה כגון שאמר הקונה קני סודר זה ותקנה חפצך לי לאחר ל' יום אע"פ שלא אמר בל' שלילה ולא תקנה לי אלא לאחר ל' יום דאיכא למימר דתקנה לי מעכשיו ולאחר ל' יום קאמר עכ"ז לא מהני כיון דלא אמר מעכשיו להדיא, ועוד מבואר שם בב"י וסמ"ע דאפי' באומר מעכשיו להדייא לא סגי לר' יוחנן דאמר בגמרא דמעכשיו הוי שיור בקנין וכי אמר מעכשיו ולאחר ל' יום ה"ק מעכשיו יתחיל הקנין ולא יהיה נגמר עד לאחר ל' יום וכיון דבשעת הגמר הדר סודרא למריה לא קנה עד שיאמר בל' על מנת דהוי לשון תנאי ולא שיור דאז שפיר מפרישינן למילתיה קני מעכשיו אלא שאני מתנה שלא תקחנו אלא עד לאחר ל' יום וכל זה הוא מדברי התוס' בפ' האומר ד' ס"ג ועוד כתבו שם שטוב לו' ע"מ מעכשיו ופירשו כוונתם בב"י וסמ"ע דאע"ג דבע"מ לחוד סגי אפי' לר' יוחנן מ"מ תקנו לו' עוד מעכשיו לפרסם הדבר שמקנה לו מיד דע"מ אינו ל' מפורסם דמקנה לו מעכשיו ובזה יישב הב"י וסמ"ע מ"ש הטור בסיפא דההיא דסי' קצ"ה והעתיקו מר"ן בש"ע ג"כ אבל אם אמר לו ע"מ שתקנה לי מעכשיו ולאחר ל' יום ע"כ דתרוויהו צריכי ע"מ ומעכשיו וכמ"ש ואע"פ שדברי הטור מיירי באמירת קונה שאומר קנה סודר זה ע"מ שתקנה לי בו והך ע"מ קאי אקנין סודר שמקנה לו הקונה ולא על הקנאת החפץ שמקנה המקנה לקונה וא"כ שפיר איצטריך הטור לו' שניהם דע"מ בלא מעכשיו לא מהני הכא שא"כ נשאר הקנאת המקנה לאחר ל' יום לבד ולא מעכשיו ולר' יוחנן דמעכשיו הוי שיור לא מהני הכא אפי' באמירת מעכשיו כיון דליכא בהדה ע"מ דע"מ דקאמר קונה אסודר קאי שמפני זה תמה הש"ך על דברי הב"י וסמ"ע בסק"ח ע"ש מ"מ נראה דהרב"י וסמ"ע משמע להו דאפי' באמירת מקנה ס"ל לטור ז"ל דבעי ע"מ ומעכשיו לצאת ידי דעת ר"י בגמ' דס"ל דמעכשיו לחוד הוי שיור וכדעת התוס' בגמ' ומש"ה הזכיר באמירת קונה ע"מ ומעכשיו כי היכי דתיהוי ע"מ נדרשת לקנין דסודר ולהקנאת החפץ דלא משמע להו להרב"י וסמ"ע לדחוקי ולמימר דע"מ דנקט הטור סירכא דלישנא בעלמא הוא וכמ"ש הש"ך. שמעינן מדברי הרב"י וסמ"ע דלדעת הטור תרווייהו צריכי לקנאת החפץ ע"מ ומעכשיו בין באמירת קונה בין באמירת מקנה וכדברי התוס' בגמ' ולפ"ד מ"ש הטור בס' קצ"ז ואם אמר קנה מעכשיו ולאחר ל' יום קנה היינו למ"ד דמעכשיו לא הוי שיור אבל לר' יוחנן דמעכשיו הוי שיור

בעי למימר קנה ע"מ מעכשיו ולאחר ל' יום אבל מעכשיו לחוד לא מהני, ולכן בנד"ז שלא נזכר כלום שהקנית האשה למקבלים לא בל' ע"מ ולא במעכשיו ולשעה אחת קודם מיתה ולא עוד אלא שכתבו בל' שלילה שלא יקנו עד שעת מיתה ומה גם שהוסיפו לפרש שלא יהיה להם שום זכות כלל עד שעת מותה וכל ימי חייה יכולה למכור ולמשכן פשיטא דלא קנו המקבלים כלום דבשעת הקנייה שהוא לשעה אחת קודם מיתה הדר סודרא למריה, ויותר נראה דברי הא שמפ' הנותן בפי' שלא יהיה שום זכות למקבל כלל עד שעת מיתה אפי' אם הוא או' קנה ע"מ מעכשיו ולשעת מיתה אך לא יהיה לך שום זכות עד שעת מיתה לא זכה המקבל כלום שהרי עיקר הטעם לשיועיל באומרו ע"מ מעכשיו ולאחר ל' יום הוא שאנו אומרים שמעכשיו הקנה לו לגמרי אלא שהוא מתנה שלא יקחנו המקבל להחזיק בו עד לאחר ל' יום וה"ז כאומר גוף מהיום ופירות לאחר ל' יום שגם בתוך ל' הגוף של המקבל אבל אם הוא מפרש להדיא שלא יהיה שום זכות למקבל לא בגוף ולא בפירות עד נאחר ל' יום היאך נפרש דבריו שמקנה לו מעכשיו והוא מפרש להדיא שאינו מקנה לו מעכשיו כלום ואפי' נאמר שכיון שאמר תחילה ע"מ תנאה הוי ולא שיור מ"מ הרי חזר ופי' שהתנאי עוקר המעשה לגמרי ומיהדר הדר ביה ולא קנה כלום דבשעת הקנין שגמר להקנות הדר סודרא למריה וזה אפי' אם אמר תחילה בל' הקנאה קנה ע"מ מעכשיו ולשעת מיתה דכיון שחזר ופי' שמעכשיו אינו קונה כלום הרי חזר בו וכ"ש אם לא כתב תחילה בל' הקנאה כלל אלא קנה ע"מ שלא יהיה לך שום זכות עד שעת מיתה דפשיטא דלא קנה כלום והא גרע מרישא דדינא באומר משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום דהתם אינו מפרש להדיא שלא יקנה מעכשיו כלום דאיכא למימר ולא תקנה אלא מעכשיו ולאחר ל' יום קאמר משא"ך בזה שכותב להדיא ע"מ שלא יהיה לך שום זכות עד שעת מיתה דכיון דע"מ מעכשיו הוא הרי הוא כאומר מעכשיו לא יהיה לך שום זכות עד שעת מיתה ומה גם שפירש אח"ך שכל ימי חייה יכולה למכור ולמשכ' ולהשכיר שמזה מפורש דלא הקנית להם מעכשיו כלום לא בגוף ולא בפירות.

ומעתה מה שחזר אהרן הנ"ב וטען שטופס המתנה שבא לידינו חיסרו בו המעתיקים מלשון התורף תיבת ע"מ והביא לידינו תורף המתנה שכתוב בו בזה"ל מתנה ע"מ ובתנאי שלא יהיה בה שום זכות לשום אחד מבניה הנז' במה שנתנה לו אלא לשעה אחת קודם מיתתה וכל עוד שהיא בחיים אם תרצה למכור או למשכן או לשכור איזה קרקע מהקרקע שנתנה לבניה הנ"ל וליהנות בו הרשות בידה שע"מ כן נתנה להם מה

שנתנה ולא תהיה שום זכות לשום א' מבניה הנ"ל במה שנתנה לו אלא לשעה אחת קודם מותה ותו לא עכ"ל התורף הנז'.

ומזה רצה אהרן הנז' לקיים המתנה הנז' באומרו שהרי נז' בה ע"מ דהוי כמעשיו לא ראינו שום ממש בדבריו שכבר ביארנו דאפי' בכותב בל' זכייה קני ע"מ מעכשיו ילאחר ל' יום לא קנה המקבל אלא אם אנו יכולין לפ' כוונתו שהוא מקנה לו הגוף מעכשיו אלא שמתנה שלא יקחנו המקבל להחזיק בו עד לאחר ל' יום אבל אם חזר ופי' שלא יהיה למקבל שום זכות בין בגוף בין בפירות מעכשיו כ"א לאחר ל' יום, א"א לפרש שדעתו להקנות לו מעכשיו אלא שמתנה שהרי חזר ופי' שאינו מקנה לו כלום מעכשיו וע"כ מ"ש תחלה מעכשיו שיור הוא ולא תנאי ואפי' אם נאמר שהוא תנאי הרי חזר בו וסתר דבריו הראשונים שאינו רוצה להקנות מעכשיו כלום וכ"ש בנד"ז שלשון ע"מ שכתבה הנותנת אינו בל' זכייה והקנאה כלל אלא אדרבא לשלול הזכייה שכתבה ע"מ שלא יהיה שום זכות למקבלים אלא לשעה א' קודם מיתה וא"כ אדרבא ל' ע"מ בכאן מיגרע גרע וה"ז כאומר מעכשיו לא יהיה לך שום זכות עד לאחר ל' יום דפשיטא דלא קנה כלום דאפי' באומר ולא תקנה אלא לאחר ל' יום לא קנה וכ"ש באומר בפי' ע"מ שלא תקנה מעכשיו כלום כ"א לאחר ל' יום דל' ע"מ נהי דכאומר מעכשיו הוא מ"מ הרי הוא נדרש אחר ל' התנאי שאם התנאי הוא בל' הקנאה יתפרש מעכשיו לא תקנה, ואפי' ידחה הדוחה דנפסיקיה ללישנא בסכינא חריפא ונפרש כך מתנה ע"מ כלומר שמעכשיו יתנו ובתנאי שלא יהיה להם שום זכות עד שעת מיתה מ"מ הרי התנאי סותר המעשה שהרי חזרה בה ממה שאמרה תחלה שיקנו מעכשיו ופירשה שלא יקנו מעכשיו כלום אלא עד שעת מיתה שכל ימי חייה אין להם זכות לא בגוף ולא בפירות וא"כ לא קנו מעכשיו כלום ול"ד להההיא דסי' רנ"ז ס"ז כתב לו מהיום אם לא אחזור בי עד שעת מיתה וכו' יכול לחזור אף מהגוף. דמ"ש דאם לא חזר קנה לאחר מיתה דהתם מקני ליה הגוף מיהא בל' זכייה מהיום כל זמן שלא חזר בו משא"כ כאן שפי' להדייא שלא הקנה לו כלום מעכשיו עד שעת מיתה ובשעת מיתה הדר סודרא למריה והל' שהיה מועיל בזה הוא לכתוב כך מתנה ע"מ שיזכו בה המקבלים מהיום ולאחר מיתה אם נשארו בידה שע"מ כן נתנה להם שכל ימי חייה יכולה למכור ולמשכן ואין זכות למקבלים אלא מהיום ולאחר מיתה אם נשארו בידה ואין לתקן הל' כן ולתלות בט"ס שלא ידע לתקן הל' דקי"ל מדקדקין ל' השטר ודנין על פיו ועוד דא"כ גם בנדון מר"ן נתקן כן [אי משום הא לא אירייא דמרן לא איירי בשטר עמ"א] ואמאי לא קנה ועיין בהגה סי' ר"ן ס"ט בצוואת שכ"מ שכתוב בה מעכשיו שהיא בטילה ולא אמרי' ט"ס הוא ופשוט אצלי דהאי ע"מ

שכתבו הסופרים אסיפא קאי וכלו' ע"מ שכל ימי חייה יכולה למכור ולמש' ולא יזכו המקבלים עד שעת מיתה ואהא דלא יזכו לא קאי ע"מ כלל וכן נר' ממה שסיימו אחר אומרם הרשות בידה שע"מ כן נתנה להם מה שנתנה וסיימו ולא תהיה שום זכות לשום א' מבניה וממה שכתבו ולא תהיה בוא'ו ולא שלא תהיה מבואר להדייא דהאי ע"מ אתנאה דהרשות בידה למכור קאי ונשאר התנאי דולא תהיה שום זכות מוכרת לעצמו בלא ע"מ ובלא מעכשיו ולא כלום זהו הנלע"ד וציי"מ ויראנו מתורתו נפלאות אכי"ר הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בכ"ו לטבת שנת חפצ"תי לפ"ק וקיים.

מרדכי בירדוגו סי"ט יעקב בירדוגו סי"ט

תנינא להא דתנו רבנן בבטול המתנה הנז' ואחזה אנכי אשית לבי כי לפי קוצר דעתי יש להשיב על כל דבריהם לאחר המחילה מכבודם, תחילה כתבו ואפי' לא אמר בל' שלילה ולא תקנה אלא לאחר וכו' אלא בלשון זכייה והקנאה וכו' בזה היה מקום לומר דלא הצריך מר"ן לומר מעכשיו אלא בההיא דמשוך פרה ולא תקנה שהוא ל' שלילה אבל באומר ל' זכייה והקנאה וכההיא דסי' קצ"ה אין צורך למעכשיו ואף שכתב בשם י"א דצריך ליה לא ס"ל ומנא אמינא לה ממ"ש רבינו הטור בי"ד סי' רכ"ג וז"ל כתב הרמב"ם אסר בנו מהנאתו ואמר אם יהיה בן בני ת"ח וכו' וא"א ז"ל כתב שלא קנה בן הבן כיון וכו' וכשיהיה ת"ח הדר סודרא למריה ונתבטל הקנין ומ"מ בן הבן מותר ליהנות מהם וכו' וכתב מרן ב"י וז"ל אבל הרמב"ם פוסק גם בזו כרב נחמן וכתב הר"ן ז"ל וכו' ומ"ש ומ"מ בן הבן מותר ליהנות מהם אע"פ שלא קנהו פשוט הוא ואיני יודע מה מלמדנו עכ"ל ב"י, וכוותיה דהרמב"ם פסק מר"ן בשלחנו הטהור י"ד סי' הנז' וז"ל אסר בנו מהנאתו וכו' ובן הבן מותר בהם וכתב באר הגולה דהאי מותר ר"ל קנה וכן מבואר בכ"מ פ"ה מה' נדרים ה"ז וז"ל וצריך לדחוק ולומר שמ"ש רבינו אם יהיה ת"ח כמו שהתנה לאו למימרא שאם לא יהיה ת"ח יהיה אסור בהם אלא היינו לומר שאם יהיה ת"ח יזכה בהם הוא ולא יוכל אביו לתתם לאחיו וכו' והוי כאלו אמר ובן הבן זכה בהם אם יהיה ת"ח כמו שהתנה אלא דאגב דנקט גבי בן אסור בהם נקט גבי בן הבן מותר בהם ולאו דוקא אלא הוי כאלו אמר ובן הבן זוכה בהם עכ"ל הרי מבואר דלהרמב"ם ז"ל לית ליה הא דהדר סודרא למריה היכא דהל' הוא בל' זכייה והקנאה וכדבעינן למימר לקמן. וא"כ מאחר דמרן ז"ל מפרש בדברי הרמב"ם דהאי מותר קנה ופסק כוותיה על השלחן הטהור מוכרח לומר דהכי ס"ל ומה שיתפרש בדברי הרמב"ם יתפרש בדבריו דאלת"ה תקשי ליה לדידיה מה שהקשה לרבינו הטור ואיני יודע מה מלמדנו ובהא אתי שפיר הא דכתב מר"ן בסי' קצ"ה דעת הרא"ש והר"ן בשם י"א משום דלדידיה לא ס"ל אלא כהרמב"ם כדסתם בי"ד

סי' רכ"ג וכ"ת א"כ תקשי פסקי הרמב"ם ומר"ן ז"ל אהדדי דבי"ד פסק כרב נחמן דלא אמרינן הדר סודרא למריה אע"ג דלא אמר מעכשיו ובסוף סי' קצ"ז פסק האומר לחבירו משוך פרה זו וכו' והצריך מעכשיו והיינו טעמא משום דבעת שיחול שקנין הדר סודרא למריה כלומר כלתה המשיכה הא לא קשייא שהרי כתב הר"ן ומביאו ב"י סי' קצ"ה וז"ל ורב נחמן נהי דמודה במקנה לאחר שלשים יום דלא קנה דהוא גופיה אמר בפ' האשה שנפלו דהאומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה. עד אחר ל' יום דלא קנה בעומדת באגם הוה ס"ד דר"ן דהכא כיון דלא אמר בהדיה דלא לקני עד דהוי צ"מ כמאן דאמר מעכשיו ולכי הוי דמי עכ"ל וא"כ מה שנאמר ליישב דברי רב נחמן אהדדי יספיק ליישב דברי הרמב"ם ומר"ן אהדדי וא"כ היה נראה לומר דכשאמר בל' זכייה והקנאה לדעת מר"ן אין צריך מעכשיו אלא שלא ראיתי לשום א' מהמפרשים המצויים אצלנו שהעיר בזה ואיך שיהיה בנ"ד אין נפקותא בזה כי הל' הוא דרך שלילה ומ"ש החכמים ישצ"ו ולפ"ז מ"ש הטור בסי' קצ"ז ואם אמר קנה מעכשיו וכו' אבל לר' יוחנן דמעכשיו הוי שיור בקנין בעי למימר קנה ע"מ מעכשיו ולאחר ל' יום אבל מעכשיו לחוד לא מהני עכ"ל לדבר הזה יסלחו הצדיקים דהא אתייא שפיר אף לר' יוחנן ובמעכשיו לחוד סגי דמשום הכי בעינן שתהא עומדת באגם ולא בר"ה וכ"ש ברשות מקנה וז"ל התוס' בכתובות דפ"ב ד"ה הא דאמר מעכשיו וא"ת ור' יוחנן דהכא מאי קא סבר אי חזרה הוי אמאי קנה דכיון דחזר בו הא ביטל מעכשיו ואי תנאה הוי אמאי בעינן שתהא עומדת באגם וכו' וי"ל ר' יוחנן לטעמיה דלית ליה הנאה הוי ולא חזרה הוי אלא מעכשיו מתחיל הקנין ואינו נגמר עד לאחר ל' יום וכו' ולהכי צריך שתהא בסוף שלשים באגם שהוא מקום הראוי למשיכה עכ"ל, וכ"כ בפ' האומר שהביאו החכמים י"ץ וכ"כ סמ"ע סוס"י קצ"ז ס"ק י"ז וז"ל ומ"מ בעינן שיעמוד באגם ולא בר"ה וכ"ש ברשות מוכר דא"כ לא סגי ליה מעכשיו אלא הוה צריכין שיתנה בע"מ וכמ"ש הטור והמחבר בס"ס קצ"ה עכ"ל. ובאמת פליאה נשגבה על חכמים שכמותם איך עשו עין מעלתם כאלו אינה רואה דברי הסמ"ע סמוכים ונראים ודברי התו' פ' האומ' שהביאו הם בכבודם ובעצמם וסבלו דוחק זה לומר שרבינו הטור ומרן פוסחים על שתי הסעיפים מסימן קצ"ה לסי' קצ"ז ומ"ש דבנ"ד אף דאיכא ע"מ ואף אם היתה גם מילת מעכשיו כיון דלשון התנאי הוא שלא יהיה שום זכות לשום אחד מבניה אלא לש"א קודם מותה הוי כאלו אמרה מעכשיו לא יהיה לך שום זכות עד שעת מיתה, ואף אם נאמר שכיון שאמרה תחי' ע"מ תנאה הוי ולא שיור מ"מ הרי חזר ופי' שהתנאי עוקר המעשה לגמרי ומיהדר הדר ביה ומה גם שפירשה אח"ך שכל ימי חייה יכולה למכור ולמשכן וכו' לזה יש להשיב שהרי ל' מר"ן בסי' קצ"ה ס"ה כך הוא אבל אם

אמר לו ע"מ שתקנה לי מעכשיו ולאחר ל' יום קנה וכתב סמ"ע דהוי כאלו אמר מעכשיו קנהו בסודר זה רק שאני מתנה שלא תקחנו עד לאחר ל' יום עכ"ל וא"כ ה"נ מאחר דאיכא ע"מ דבהכי סגי לאפוקי מכל ספיקא וכמ"ש מר"ן בב"י ונמצא דע"מ משרתת לשני עניינים כאלו אמר מעכשיו ובתנאי כדי שלא נאמר דהוי שיור בקנין ולא הצריכו מעכשיו ובהדי ע"מ אלא לפרסם הדבר כמבואר בב"י וסמ"ע ובודאי דלא מעכבא מאחר דאינה אלא לפרסם וכדדייקי דברי התו' שכתבו ולכך טוב לומר ע"מ מעכשיו וכ"ש לפי מה שפירש הט"ז לדברי התו' וז"ל דמאחר שע"מ הוא במקום מעכשיו וכדאמרי' בעלמא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי היאך ישתמש עוד בל' ע"מ ל' תנאי דהא פשיטא שצריך ג"כ תנאי ולא שיור במקח ע"כ טוב שנכתוב בפי' מעכשיו ונמצא שישתמש ע"מ לתנאי לחוד עכ"ל, וא"כ בנ"ד הרי כתוב מתנה ע"מ ובתנאי שלא וכו' א"כ יצאנו ידי כל הסברות דע"מ במקום מעכשיו ובתנאי במקום ע"מ ור"ל מתנה מעכשיו כי היכי דלא ליהדר סודרא למריה ובתנאי שלא יהיה להם שום זכות דהיינו למכור ולמשכן ולהשכיר אלא לש"א קודם מותה והיינו שום זכות דקאמרה שהרי בנותן נכסיו מהיום ולאחר מיתה דאמרינן קנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה מה זכות יש לו בגוף הרי אינו יכול למכור ואף אם עבר ומכר אינו מכור עד שימות האב ומ"ש ומה גם שפירשה אח"ך שכל ימי חייה יכולה למכור וכו' אדרבא היא הנותנת ומכרחת למה שפירשנו שהרי כתב מר"ן סי' נז"ר ס"ה הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו הרי הגוף וכו' האב אינו יכול למכור וכו' וכתב בס"ג עבר האב ומכר וכו' דאלמא לכתחילה אינו יכול למכור וא"כ בשלמא אם נפרש ל' המתנה כמו שפירשנו דהמתנה מעכשיו ובתנאי שלא יהיה להם שום זכות דהיינו למכור ולמשכן וכו' אמטו להכי הוצרכה להתנות דהא אינה יכולה למכור לכתחילה ומכח התנאי תוכל למכור לכתחילה א"ל תנאה לטפויי אתא שיכולה למכור הגוף אם הוצרכ' ולא קרקע לפירותיו כדאמרינן גבי הכותב נכסיו מכורים הפירות עד שימות אלא לדעת החכמים ישצ"ו שרצו לומר שאין חלות למתנה אלא לש"א קודם מותה מה צורך לתנאי זה ומי מעכב על ידה ומי יאמר לה מה תעשה עד שהוצרכה להתנות הא ודאי מורה באצבע דהקנין מעכשיו היה אלא שהטילה תנאי בדבר ועיין סי' ס"ה סעי' ט"ז כתב מר"ן ז"ל יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבירו אין הולכין אחר ל' הכתוב אלא אחר הכוונה ע"כ, וכאן אומדנא דמוכח מאחר ששיירה לעצמה למכור ולמשכן למה לה תקנה להם כי אם לש"א קודם מותה דוקא בלי טעם ואם יאמר האומר דכל זה דוחק לפרש המתנה כמ"ש אף אתה אמור לו אי אתה מודה מאחר שכתוב במתנה ע"מ ובתנאי דהוי כאומר מעכשיו ובתנאי וא"כ אם נאמר כמ"ש החכמים צריך לומר דמיהדר

קא הדרא בה וזה א"א לשווייה הדרנא תוך כ"ד דכל כמה דמצינו לפרושי לישנא כדי שלא לסתור קצתו אל קצתו אף בלשונות מרוחקים וכ"ש בתרי לישני דסמיכי ואפילו בדוחק וכמ"ש סמ"ע סי' מ"ב ס"ק יו"ד מפרשינן וכמ"ש בתשובות מהר"ם דשייכי לס' משפטים סי' ס"ט וז"ל נ"ל שהמתנה שנתן האב לבנו בראשונה קיימת שהרי נתן לו הבית במתנת בריא דלא להשנאה ודלא למיהדר בה ואע"ג דאמרינן פ' גט פשוט כתב בו מלמעלה מנה ומלמטה מאתים הכל הולך אחר התחתון וכו' והכא הרי כתב כל ימי חיינו יש לנו כח בנכסינו לעשות כל חפצינו להשכיר ולהחליף ולהשכין ולמכור וליתן וכו' בהא מילתא לא משוינן ליה הדרנא ממאי דאיכתיב ברישא דבכל דוכתא דמצינן לפרושי מילי דשטרא לעשות אחד עבדינן דדוקא כתב מלמעלה מנה ומלמטה מאתים עבדינן דלית נגר בר נגר שיעשה אחד אמרינן הכל הולך אחר התחתון אבל הכא דאיכא לפרושי ודאי דלא סתר למאי דכתב מעיקרא ובנכסינו דקאמר היינו במטלטלים וספרים ולא קרקע שלא כתבם לשום אדם בחייו מעכשיו דהא נכסינו קאמר ומה שכבר הקנה בקנין ועדים לבנו לא מקרי נכסינו ואפי' באותו קרקע שנתן יש לו זכות עדיין שהפירות שלו כל ימי חייו דאם מכרם או נתנם במתנה פי' הבית לפירותיו מכורים ונתונים עד שימות ועדיין היה לו זכות יותר שאם ירד מנכסיו לגמרי היה לו כח למכור וליתן כמבואר בשטר המתנה וכו' אבל לחזור בו לגמרי מן המתנה איכא למימר דלא עלה על דעתו לשווייי נפשיה הדרנא תכ"ד עכ"ל, הנך רואה כמה נדחק הרב כדי לקיים תרי לישני דסתרי, כ"ש בנ"ד דליכא שום דוחק וכן פסק מר"ן סי' מ"ב ס"ה וע"ש בסמ"ע ובש"ך.

ובר מן דין אפי' לפי מה שהחליטו לומר שאין חלות למתנה אלא לש"א קודם מותה וכבר הדר סודרא למריה נר' לקוצר דעתי דהיינו דוקא אי לא היה כ"א קנין בלא שטר אבל כיון דאיכא שטרא יקנו בשטר וכמ"ש מור"ם סוס"י קצ"א וז"ל מכר לו קרקע בשטר או במעות לאחר ל' יום ונקרע השטר או נאבדו המעות אי אמר לו קנה לך מעכשיו ולאחר ל' יום קנה וכו' דאלמא אם השטר קיים אין צריך מעכשיו ואף דדברי מור"ם איירי בשטרי אקנייתא שכתוב בהם שדה מכורה לך שדה נתונה לך מ"מ ה"ה לשטרי דידן דשטרי קנין נינהו וכמ"ש מר"ן בסי' הנז' ס"ג וכתב מור"ם ואם כתב לו בפי' שלא מכר לו בשטר ואינו אלא ראיה אין הקרקע נקנה על ידן עכ"ל, מבואר יוצא מדבריו ז"ל דשטרי דידן שטרי קנין נינהו מן הסתם אא"כ פי' שלא מכר לו בשטר ואינו אלא לראיה הא ל"ה שטרי קנין נינהו ועיין בתשובת הרשב"א שהביא רבינו ב"י סוס"י קצ"א. קנצי למלין כי לקוצר דעתי דעת הדיוט המתנה הנז' מוחזקת ומקויימת ביד מקבלי המתנה

כל אחד במה שנתנה לו וכל זה אם יסכימו אריוותא דבי עילאי יושבי כסאות למשפט וכאשר יגזרו כן יקום, כ"ד הקטן שאין בו דעת ואין ידיעתו מכרעת הלא הוא כמו"ץ יתר הבז עמרם אלבאז ס"ט

עם היות שזה ימים מקרוב חתמנו עם חכמי מכנאם יע"א שהמתנה בטילה הן היום נראה בעליל לפנינו נוסח המת' האמתי שחתום בו עדים, ולכאורה יש בו מן התי' ממ"נ אי האשה אמרה לעדים שנתנה מתנה גמו' מעכשיו גוף מהיום ופירות לש"א קודם מיתה והמתנה הי' ראינו שכתוב בה תי' מעכשיו [ז"ל הרשב"ץ בתשוב' סי' ש"א בקנין גמור מעכשיו צריך שיאמר מעכשיו שבק"ס אי אין בו מעכשיו ואינו מקנה. אלא לאחר זמן הקנין בטל כדאיתא בנדרים פרק השותפין וכו' יע"ש. עמ"א ס"ט] בתחי' השטר ובסופו ובשח"ך וכתוב בה דלא למהדר בה א"כ איך חזרה בה בתוך כדי דיבור ואמרה שאם רצתה לחזור ולמכור הרשות בידה ואיך הסופרים לא השגיחו על דבריה שסותרים זא"ז והרי אפי' דרדקי דבי רב אם היו שומעים אותה היו משתקים אותה בנזיפה שנשבעה שח"ך שלא לחזור מהמת' ותכף ומיד אמרה אם תרצה למכור הרשות בידה ואיך הסופרים שיודעים לפתוח ספר העלימו עין מזה, ואי לא אמרה להם לתת גוף ופירות כ"א לשעה א' קודם מיתה שטעתה שכסבורה שענין זה יועיל ולא ידעה דבאותה שעה הדר סודר למריה וכמ"ש ע"מ ובתנאי שלא יהיה בה שום זכות לא' מבניה אלא לש"א קודם מיתה א"ך איך הסופרים העידו עדות שקר וכתבו בתחי' השטר ובסופו מעכשיו והרי לא נתנה כ"א לשעה א' קודם מיתה ואיך כתבו בתחי' השטר ובסופו תי' מעכשיו, ולכן מכח זה צריכים אנו לפרש ל' השטר עד"ז והוא אחר שנדקדק ל' השטר שכתוב בו אם תרצה למכור איזה קרקע מהקרקעות דמה הלשון אומרת איזה קרקע היל"ל וכ"ז שהיא בחיים תעשה בשלה מה שתרצה, אלא הכוונה בזה שהאשה הי' נתנה גוף מהיום ופירות ש"א קודם מיתה וכמו שקע"ע בתחי' בקש"מ ונשח"ך לקיים המת' דלא מצית לבטלה כולה, אך לפי שנתנה למקבלים הי' ד' או ה' מקומות התנית שאם רצתה לחזור באיזה קרקע דייקא יכולה למכור, אבל לבטל כל המת' כולה, א"א וטעם דנקטי הסופרים בלשונם שלא יהיה בה שום זכות דמשמע לא בגוף ולא בפירות עם היות שגם חכמי מר"ן פירשו שיכולים לפרש דאפירות קאי ולא עמד לנגדם כ"א מ"ש ואם תרצה למכור, לפי מ"ש יעלה קצת מן הישוב לפי שהאשה התנית שאם רצתה למכור איזה קרקע דהיינו מקצת המת' שהרשות בידה לחזור גם מהגוף לכן כתבו לשון שום זכות יען שכל ימי חיי האשה המקבלים בספיקא יתבי שכל אחד מהם יאמר עלי תחזור לכן כתבו לשון שום זכות, ועם היות שפי' זה יש בו קצת דוחק כל מקום שנוכל לעשות דברי

השטר א' ולא יסתור א' דברי חבירו מפרשינן אפי' ע"ק הדוחק, וכמ"ש החכם הפוסק נ"י מההיא תשו' דשייכי לס' משפטים יע"ש, ואף אי לא היינו יכולים לפרש השטר אפי' ע"ק הדוחק וישאר הדבר בספק זכה מקבל המת' שהמוציא מחבירו עליו הראיה וכמו שהאריך בזה הרב הגהות מיימוניות בפ' י"ט מהל' עדות בשטר שי"ל מוקדם וי"ל מאוחר כה"ג לא מחזיקינן ריעותא בשטרא ולא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא מחזיקינן בעדי השטר שמאוחר הוא וכשר והבא לפסול השטר עליו הראיה, ובסוף כתב שאין חוששין לומר שהסופרים טעו דודאי ידעו ובקיאין יע"ש והדברים ק"ו אם בספק הנופל בשטר אמרינן יד המלוה על העליונה אף להוציא כ"ש בנ"ד שהוא להחזיק מה שבידו ועם היות דאי' בסי' רמ"ו סעי' ה' דכל היכא דאיכא לספוקי בלשון המתנה על המקבל להביא ראיה, בנ"ד אחר שכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא ודלא כטו"ד יד המקבל על העליונה וכדאיתא בסי' מ"ב סי"א.

סוף דבר לפי דעתינו השטר הנז' הוא קיים וכ"ש לפי מ"ש החכם הפוסק מטעם דשטרי דידן שטרי קנין יע"ש וכבר ג"ד בטלו אותו חכמי מקנאס ונימוקם עמם וזה כתבנו בנחיצה רבה דהשואל קאי אחד כרעא וצור ישראל יצילנו משגיאות וקיים.

יהונתן סירירו סי"ט רפאל אהרן מונסוגינו סליט"א יעקב סירירו סי"ט

סימן צא

טופס והעתקת שטרי ק"ע שרצו הבעלים לכלול עמהם זכיות אחרים וז"ן בתלת הוינא ואסהיד קדמנא יקר יהודה בר יצחק ה"ן הרוש בתע"ג ובירר בעדותו ואמר שהוא יודע בטיב הידיעה שחזקת הבית הנכחי לפתח החצר הנק' ע"ש אברהם ן' כלילו הרואה פני מזרח מכורה ביד הי' מסעוד ן' חיים ה"ן סיסו ודר בבית הנזכר כמה שנים והיה גובה ג"כ מהדרים בבית הנז' שכירות חזקת הבית הנז' מסעוד הנז' אח"כ מכר מסעוד הנז' חזקת הבית הנז' לכמוהר"ר יוסף גבאי זלה"ה בחוב שהיה נושה החכם הנז' למסעוד הנז', עוד בירר יהודה הנז' בעדותו ואמר שהי' מכלוף ן' כלילו נטל עסקא מכמוה"ר אהרן ן' זכרי זלה"ה והיה מכלוף הנז' אורג בעליה הרואה פני צפון שבחצר הנק' ע"ש יסאן בגדים והיה מוכר מכלוף הנז' ליהודה הנז' הבגדים שהיה אורג ונותן דמיהן לכמוהר"ר אהרן מהעסק שהיה ביניהם. עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתימנא תמ"ת והיה זה בג' בשבת י"ג באדר התקכ"ה ליצירה וקיים וחתומים עליו כה"ר נסים ן' הרוש וכה"ר יעקב אסודרי ונתקיימו לנא חתי' כדחזי.

ובנייר אחר נמ"ך וז"ן

בתלת הוינא כד אסהיד קדמנא הי' מסעוד בן דוד ה"ן אפרייאט בתע"ג וביאר בעדותו באר היטב ואמר שהיה דר בבית הרואה פני מזרח שבחצר הנק' אברהם ן' כלילו והיה נותן שכירות חזקת הבית הנז' שבחצר הנז' לכמוהר"ר יוסף גבאי זלה"ה עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' תמ"ת והיה זה בשליש אמצעי לאדר התקכ"ה ליצירה וקיים וחתומים העדים הנז' לעיל ולראיה עה"ך ח"פ תמ"ת וקיים.

ישועה בכמה"ר יצחק סי"ט יעקב בכה"ר יוסף בן אדהאן ס"ט

בתלת הוינא ואסהיד קדמנא הר' יהודה ן' סוסאן והגיד בתורת עדות גמורה שהוא יודע בידיעה נאמנה שחזקת הבית הנכחי לנכנס לחצר הנקרא צ'אר כלילו אלפוקייא וידועה היום לסי' אלחאג אלוורדיגי היא של מסעוד ן' חיים ן' סיסו והיה, דר ומשתמש בה ונהנה מפירותיה בשופי באין שטן ואין פגע רע ובירר בעדותו שהוא יודע נאמנה שהיתה בחזקתו קרוב לשנת הרעב של שנת ח"ץ לתפ"ץ עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ח והיה זה בתשרי תקכ"ח ליצירה בפני המערער משה ן' מסעוד אזולאי והכל שריר וברור וקיים.

ישועה בכמה"ר יצחק סי"ט אברהם א"א יעקב אציני ס"ט

בג' הוינא ואסהיד קדמנא כה"ר יחייא בכמוהר"ר יוסף ו' עטייא זלה"ה והעיד בתורת עדות גמורה וברורה שמיום שבנה הגוי סי' אלחא'ג אלוורדיגי הבית הנכחי לנכנס לחצר הנק' צ'אר כלילו אלפוקייא ועוד היום הזה בחזקתו של כהה"ר מאיר בכמוהר"ר יוסף גבאי זלה"ה שהיה דר ומשתמש בה כחפצו באין שטן ואין פגע רע כמו ששה חדשים מיום שבנאו הגוי הנז', ואחר ששה חדשים היה משכיר חזקת הבית הנז' לזולת ואוכל פירותיה בשופי ולא ערער עליו אדם מעולם יותר ויותר משני חזקה עד היום שעמד לערער משה אזולאי הנז"ל עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתי' הכא תמ"ת בכ"ו בכסלו שנה הנז"ל ושריר וקיים.

ישועה בכמה"ר יצחק סי"ט יעקב בכה"ר יוסף ה"ן אדהאן סי"ט

בג' הוינא ואסהיד קדמנא כה"ר משה אדהאן כדבר האמור לעיל בסמוך בלי תוספת ומגרעת וקבלנו עדותו כדחזי וחתי' הכא תמ"ת והיה זה בכ"ז בכסלו שנה הנז"ל וקיים.

ישועה בכמוה"ר יצחק סי"ט אברהם א"א יעקב אציני ס"ט

בג' הוינא ואסהיד קדמנא הי' יהודה ן' יצחק ן' הרוש העד הראשון הנז"ב והעיד לפנינו בתורת עדות גמורה כאמור בפנים שהוא יודע בידיעה נאמנה שהחזקה הנז"ב לקוחה היא ביד מסעוד ן' סיסו הנז"ב והיה דר ומשתמש בה ונהנה מפירותיה כמה שנים כנז"ב וחזר ומכרה לכמוהר"י גבאי הנז"ב בעד החוב שהיה נושה בו ובירר בעדותו יהודה הנז'

ואמר שהוא יודע נאמנה שהיתה החזקה הנז' בחזקתו של מסעוד ן' סיסו הנז' קרוב לשנת הרעב של שנת ח"ץ לתפ"ץ עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתימנא הכא תמ"ת בר"ח שבט התקכ"ח ליצירה ושריר וקיים.

ישועה בכמה"ר יצחק סי"ט אברהם אצבאן סלי"ט

עמד משה ן' מסעוד אזולאי וערער על החזקה הנז' והמציא שטר מכר איך מכר מכלוף ן' אברהם אצאייג דמתקרי ן' כלילו ומקנין אשתו לג'הרה בת הי' אברהם צבע בסך ששים אוקיות ומזה הסך תפדה החזקה מיד מי שממושכנת מידו וזמנו בי"ט בטבת התצ"ה ליצירה ומכחו בא לערער משה הנז' יען שאחיה הי' ברוך צבע הוא יורש עצר שלה ובתו של ברוך הנז' נשואה עם משה הנז' ועמדו לפני שני הכתות בתשרי של שנתינו התקכ"ח ליצירה ואחר ההתבוננות בדבריהם ראיתי שהר"מ הנז' הוא השליט על הארץ אחר שהחזיק בה בשופי כדברי העדים הנז"ב ומודעת זאת בכל הארץ והרי בא בטענת ירושה ומשנה שלימה שנינו שהבא מחמת ירושה א"צ טענה אחרת ומפרש בגמרא טענה הוא דלא צריך הא ראיה צריך לאתויי שדר בה מורישו אפי' יום א' ופסקה מרן בסי' קמ"ו ס"י והרי הביא ראיה שהיא מספקת אפי' אם לא היה מחזיק בה וכ"ש בהצמדם יחד שהרי העד הא' מעיד שהיא לקוחה ביד מסעוד ן' סיסו והחזיק בה כראוי ומכרה לכמוהר"י גבאי והעד השני מעיד שהיה פורע השכירות לכמוהר"י הנז' ואע"ג דקי"ל דשוכר לא מהניא עדותו אלא בזמן שהשכירות עדיין בידו התם מיירי בשכבר בא המערער, ונ"ד באותו זמן שהעיד העד הנז' עדיין לא נתעורר מתנומתו משה הנז' כמבואר בדברי העדים הנז"ב שלא ערער אדם מעולם על הר"מ הנז' עד היום שעמד וערער משה הנז' ודמי למה שכתב מרן בסי' קמ"ו ס"י. ועוד שבנ"ד אין המערער יודע שדר בה העד הנז' אלא עפ"י העד ומגו דאי בעי אמר לא דרתי בה מעולם נאמן לומר דרתי ופרעתי וכדכתב מרן בסעי' י"א ואע"ג דזה העד לא העיד כמה דר בבית הנז' ואין ברירה שדר בחזקה הנז' שני חזקה עכ"ז כיון דאיכא ב' עדים שהיא לקוחה ביד מסעוד ן' סיסו הנז' האחד הוא העד הראשון הנז"ל והאחד הוא העד הג' שהעיד שיודע נאמנה שהיא של מסעוד הנז' שהיה דר בה ונהנה מפירותיה ואע"ג שלא פירש שדר בה שני חזקה כיון שמעיד שיודע נאמנה שהיא שלו תו לא צריכנא לחזקה. ויש ללמוד זה מההיא דסי' קנ"א באותן שאין אכילה ראיה שאם הביאו עידי המכר וכו' דמהני וכ"ש בנדון זה וא"כ הרי כאן עדות מספקת שהיא בחזקת מסעוד הנז' ומדברי העד הראשון למדנו שמכרה לכמהר"י גבאי כנז' והעד השני הוי מסייע שיש בו ממש וכ"ש בהצטרף עמהם דברי עד אחד שהעיד שנמצא בשעה שהיה מצווה מסעוד הנז' מחמת מיתה וכך אמר בצואתו שהחזקה הנז'

היתה שלו ומכרה לכמוהר"י הנז' וגם אלמנת מסעוד הנז' אומרת כן והנה משה הנז' טוען שמה שלא מיחה בהר"מ הנז' יען שלא היה השטר בידו אלא ביד אחרים היה ולא נתנוהו לו עד היום ועם היות שלא מפיו אנו חיים וצריך להביא ראיה שכדבריו כן הוא עכ"ז אף שנאמר שכדבריו כן הוא אין זו טענה מספקת שהיה לו למחות בעפ"י וכאשר ימצא השטר יוציא בלעו מפיו, ואף אם נאמר שלא היה יודע מזה כל עיקר כדי שימחה עכ"ז אין זה מספיק להוציא הר"מ הנז' מחזקתו ויש להביא ראיה מההיא דכתב מרן גבי קטן בסי' קמ"ט סי"ט אין מחזיקין בנכסי קטן וכו' עד שיחזיק אחר שיגדיל וכתב מורם וי"א דאינה חזקה דהואיל וירד לשדה כשהיה קטן לא ידע שהיתה שלו שימחה נלמד מזה שסברת מרן אע"ג דלא הוה ידע שהיתה שלו והחזיק שכנגדו דמהניא חזקתו, והכא בנ"ד אין אנו צריכים לכל זה דאפי' לא החזיק הר"מ הנז' הרי יש כאן עדות מספקת שהיא של מורישיו כדברי העד הא' מבואר שהיתה בחזקת מסעוד הנז' קרוב לשנת ח"ץ וכן העיד הג' מעיד כן וזמן השטר שהמציא משה הנז' מטבת התצ"ה ומשנת התצ"ה לשנת ח"ץ טובא הוי וכ"ש למאי דקי"ל דעביד איניש דמשכח רווחא ומזבין ביומיה ואחר שכן טענינן ליה שקנאה מסעוד הנז' מאת זהרה הנז' הנלע"ד כתבתי אם יראה בעיני מורי ורבותי הע"י החותם בשבט משנת וישי"ר הו"א לפ"ק.

ישועה בכמה"ר יצחק אביטבול ס"ט

כך הוא הדין וכן האמת שזכאי הר"מ הנז' וערעור משה הנז' ואשתו הבאה מכח אביה הר' ברוך הנז' שהוריש להם מה שירש מאחותו שנמצא שטר מכר של חזקה הנז' כתוב לזכותה ערעורו אינו ערעור שהרי נתברר שיצתה מידה במה שנתברר שהיא מכורה ביד מסעוד הנז' שבא מכחו החכם השלם כהה"ר יוסף זלה"ה כמו שהעידו ב' עדים שהיא מכורה בידו ושהיא שלו ואחר שכן אין מקום לטענתו שטען שהטעם שלא מיחה מפני שלא ידע שיש שטר זכות למורישה דכפי האמת אין זכות למורישה שכבר מכרה החזקה ולא הניחה לו מה לירש ומה מועלת מחאתו בדבר שאינו שלו ואין לו זכות בו ואין אנו צריכים לחזקתו של הר"מ דבלאו הכי זכאי הר"מ בחזקה הנז' ומה גם שעוד שהחזיק הר"מ בפניהם בשופי וטענתו הנז' מהבל תמעט כאמור למעלה ולראית האמת ח"פ בעי"ת פאם יע"א בחדש שבט משנת התקכ"ח ליצירה וקיים.

שמואל שאול אבן דנאן ס"ט רפאל עובד אבן צור יס"ט אליהו הצרפתי סלי"ט

סימן צב

עמדו לפני לדין הר' יעקב ן' סיסו והר' יהושע ן' חותא אודות חזקת הבית השני לנכנס לחצר הנק' ע"ש כסוס מצד ימין שמקרוב בנה אותה הגוי סי' עלי אג'בלי דרוצים לברר מי הוא הזוכה בחזקה לפרוע ההוצאה שנותן בעל החזקה לגוי בעל הקרקע, והמציא לפני יעקב הנז' ק"ע מב' עדים כשרים הר' משה ג'ייני והר' יוסף ה"ן מגיראץ שהעידו שחזקת הבית הנז' היא של דוד ן' יצחק ן' הרוש ורוצה הוא לזכות בה מכח חוב שיש לו נגד דוד הנז', ועל זה השיבו הר' יהושע הנז' שבעינן עדות בפני בע"ד והרי הוא עומד ומערער ע"ז וטוען שהיא של אביו מכלל כמה חזקות שיש להם בחצר הנז' ובכן שלחנו אחר העד הא' הר' משה אג'ייני שעודנו בחיים וחזר והגיד שאין לו שום ידיעה מזה כלל אלא לשמע אזן היה שומע, וחזר הר' יעקב הנז' והביא הר' יעקב ן' משה אציני והעיד בפני המערער הנז' בתע"ג שיודע נאמנה שחזקת הבית הנז' היא של דוד הנז' ונשארה בחזקתו כמה שנים עד זמן הגלות שהיה בביאת סי' מוחמד ן' עריבא ר"א שכל אחד פנה לדרכו ומשם והלאה לא ידע מזה, וזכיתי להר' יעקב הנז' בדינו שהוא יזכה בחזקה הנז' מכח דוד הנז' בשומא והורדה ע"ג שטרו שהרי יהושע הנז' אין בידו שום ראיה ולא שום חזקה על הבית הנז' ואע"ג דעדותו של הר' יוסף הנז' נתקבלה שלא בפני בע"ד וקי"ל דאפילו בדיעבד אין דנין עליה כדאיתא בסימן כ"ח התם מיירי דבשעת ק"ע היה המערער או המחזיק ידוע לכך בעינן בפניו אבל הכא דבשעת ק"ע עדיין לא אתבריר מי מערער וביני ביני מת העד שהרי העדות הנז' נתקבלה בתמוז של שנת תקב"ל ובשנת תקל"ה הוא שקנה הגוי הנז' החצר הנז' כמות שהיא חרבה ובנה בה הבית הנז' מכלל הבתים, נראה בודאי דמהניא אלא שהעד שעודנו בחיים כיון שבא והגיד שנית וחזר בו מעדותו א' חזרתו חזרה והרי מלא את מקומו העד הג' שהעיד בפני יהושע הנז' ונמצא שיש ביד יעקב הנז' עדות מספקת שהחזקה הנז' היא של דוד ן' יצחק ן' הרוש, ולראיה ביד יעקב הנז' חתמתי פה צפרו בתמוז משנת ה' אלפים וה' מאות ושלשים ושש ליצירה ושריר וקיים.

ישועה אביטבול סי"ט בכמוהר"ר יצחק זלה"ה

סימן צג

בהיות שהמציא לפני הר' יעקב ן' סיסו הנז"ב שטר חוב נגד דוד ן' יצחק ן' הרוש הנ"ב מסך מאה וחמשים אוקיות מכ"ט ובנאמנות מפורשת שהאמינו הלוה הנז' ולב"ך עליו ועב"ך כשע"ך וזמנו ששה ימים לתשרי מש' התצ"ח ליצירה ועדיו כהה"ר יצחק ו' חותא

והי' יהודה ן' סוסאן ונתקיימו חתימותם לעידי הקיים וחתמו תמ"ת באופן שהשטר מקוים כדחזי, ואחר שעמדתי על שומת השמאים. ששלחתי לשום החזקה הנ"ב כמו שהיא חרבה תל עולם ששמו אותה בהך ארבעים אוקיות כמ"ש ביד יעקב הנז' מיד השמאים, ובדקתי בשטר החוב והנה כתוב ע"ג בזה"ל בכתב ידו של המלוה הר' יעקב הנז"ב וז"ל ביעת אלחזקה דלחנות די פלכרראג'ין למרדכי ן' רבוח -סנ- ונומיתי לו מלשון הזה משמע שהוא בעצמו ירד בלא רשות ב"ד וקי"ל בסי' ק"ג ס"ח שמנכין לו מחובו כל פירות שאכל, וכתב מהרשד"ם בחלק ח"מ סי' ר"ן דה"ה אם מכר לאחר מנכין לו כל הפירות שאכל הלוקח, והשיבני שעפ"י ב"ד ירד וכתבו לו שטר החלט ונאבד ממנו ושלחתי אחר מי שבידו החזקה והמציא לפני שטר מכר החזקה הלזו ותוכו רצוף שמכר יעקב הנז' למרדכי ן' רבוח חזקת החנות הידועה לדוד ן' יצחק ן' הרוש בשוק האושכפין וזכה בה יעקב הנז' כמ"ש בידו עכ"ל, מלשון זה איכא סיוע לדבריו של יעקב הנז' דע"פ ב"ד זכה דאי מעצמו ירד לה מכח השטר לא מקרי זכה דאכתי מה שאוכל פירותיה הוי אוכל דבר שאינו שלו.

אלא שאין אנו צריכים לזה שכבר הביא לפני עדים שהעידו שבזמן שמכרה למרדכי הנז' היתה חרבה תל עולם וכאשר עמד הגוי בעל גוף החנות הנז' ובנאה מרדכי הנז' הוא שסייעו בבנין ונתן מה שנותן בעל החזקה לבעל הגוף באופן דלפי זה רואה אני שאין מנכין לו כלום מפירות שאכל הלוקח שהרי מה שתפס הוא היה דמי החרבה ואינה ראויה לפירות ולא נראתה לאכול. פירותיה עד שבנאה הגוי בעל הגוף ומרדכי בעל החזקה ומאחר שמתחילה לא היתה עושה שום פירות הרי מרדכי הנז' שבנאה ודר בה פטור מהפירות אפי' אם ירד ובנאה שלא ברשות כדאיתא בגמרא קמא דף כ"א ע"א בההוא גברא דבנה אפדנא אקקולתא דיתמי ואגבייה רב נחמן לאפדניה מיניה בעד הפירות וסיים בגמ' משום דהוו קרמונאי דיירי בה ויהבי ליהו ליתמי דבר מועט ולכן מגלגלין עליו את הכל אבל כל שלא היתה ראויה לשכר ולא היה מי שמעלה שכר לבעלים בעודה חרבה הוי פטור מן הכל שהרי לא חיסר לבעל הקרקע כלום ועיין הגה בסי' שע"ה ס"ז, הרי שאף היורד שלא ברשות כיון שלא חסר כלום פטור מלהעלות שכר כל זמן שדר בה איהו וכ"ש בנ"ד שהגוי שהוא השותף בקרקע ירד ובנה את שלו ולקח ממרדכי הנז' מה שלקח בעד החזקה פשוט דאין כאן חיוב פירות כלל, ובכן שלחתי שמאים ושמו חזקת החנות הנז' מה ששוה והיא חרבה ושמו אותה בסך עשרה אוקיות ובכן החלטתי בידו החזקה הנז' בעד העשרה אוקיות וביד כל באי כחו ככל החלט העשוי עפ"י ב"ד.

ואחר שעמדתי על כל זה החלטתי החזקה הנז' שבחצר הנק' ע"ש כסוס ביד יעקב הנז' בעד הארבעים אוקיות של השומא ולא הזקקתיהו לישבע על שטרו מאחר שיש בו נאמנות גם על באו כחו של הלוה וקי"ל בסי' ק"ה ס"ד דיורשיו בכלל ב"ך וא"צ שום שבועה. ומעתה ומעכשיו הרשות והורמנא נתונה ממני אני ח"מ ליעקב הנז' ולבכ"א לדור ולהשכיר ולאכול פירות ולמשכן ולמכור ולתת וכו' לעשות בה כחפצו ורצונו ולא איתי מאן דימחא בידיה ומעתה ומעכשיו הקניתי וזכיתי ליעקב הנז' ולבכ"א החזקה הנז' והחלטתיה בידו לצמיתות ולחלוטין ולראיה ולזכות בידו ח"פ צפרו באב משנת התקל"ו ליצירה ושריר ובריר וקיים.
ישועה אביטבול סי"ט בכמוה"ר יצחק זלה"ה

סימן צד

בהיות שהר' משה ן' מסעוד אזולאי נרבה רוחו אותו ותדבק נפשו וחשקה נשמתו לעלות ולראות הסתופף בבית ה' בחצרות אלהינו ורצה שתעלה גם אשתו עמו ותמאן בדברו לאמר שאין רצונה לעקור דירתה מאצל קרוביה, ועמדו לפני לדין המדבר בעד האשה והבעל הנז', וטען המדבר בעד האשה שאם הוא עכ"פ ירצה לעלות לא"י יפרע לה כל סכי כתובתה מושלם ויפטור אותה בגט וילך לו לשלום ומה גם שכל הדרכים בחזקת סכנה, והבעל משיב שהוא רוצה בקיומה ורוצה שתלך עמו ואם היא לא רצתה לעלות תפסיד כתובתה. ופסקתי ביניהם שהדין עם הבעל ומשנה שלימה היא בפ"ב דכתובות דף ק"י הכל מעלין לא"י וכו' ופסקה מר"ן באה"ע סי' ע"ה ס"ד וז"ל אמר האיש לעלות לא"י והיא אינה רוצה תצא בלא כתובה וסיים מורם שנוטלת נ"מ ונציב שלה הקיימין יע"ש. [עיין להרב קול יהודה בתשובותיו לכוזרי במאמר ב' סי' כ"ב] והאי טענה שטען שכל הדרכים בחזקת סכנה אינה טענה דאם איתא דחיישינן לסכנת דרכים ליתיה להאי דינא כל עיקר דכל הבא לכפות אשתו לעלות עמו לא"י אמרינן ליה כל הדרכים בחזקת סכנה ולא נאמר דין זה לבעלי שם לבד שעושין קפיצת הדרך אלא לכל ישראל איתמר ואיך אפשר להעלותה לא"י בלי שיעבור בדרכים ותדע שכן הוא שהרי כלל זה דכל הדרכים וכו' פשוט הוא בדברי הפוסקים, ואפ"ה כתבו להאי דינא דכופין לעלות ולא חשו לחשש ס"ד כלל ואע"ג דיש מקום לומר דחמירא סכנתא מאיסורא ולמה לא ניחוש לחשש ס"ד. טעמא רבה איכא דקי"ל במקום מצוה שומר מצוה לא ידע דבר רע ושלוחי מצוה אינן ניזוקין כדאמרינן גבי בדיקת חמץ דרבנן דכל זמן שהוא עוסק במצוה לא חלי ולא מרגיש מסכנת עקרב המצויים בגלים יע"ש וכ"ש במצות ישיבת א"י שהיא מצוה

מן התורה וכמו שמנאה הרמב"ן במנין המצות מדכתיב וירשתם אותה וישבתם בה אפי' בזה"ז, ואמרינן בכתובות ד' קי"א המהלך ד"א בא"י מובטח לו שהוא בן העוה"ב והקבור בא"י כקבור תחת המזבח. ומתיה חיים ויציצו מעיר כעשב הארץ ולא כן מתי ח"ל וכמה מלי מעלייתא נאמרו בה עד שאמרו ששקולה היא ככל המצות וא"כ בודאי הוא דאגוני מגינה מכל מיני חשש ס"ד שהרי בלכת דמצוה הוא דהולך וקרינן ביה עידנא דעסיק בה ואין שופ"ר.

איברא דחזי הוית איפכא ממאי דכתיבנא בדיבור תוספות פ' בתרא דכתובות דק"י וז"ל הוא אומר לעלות וכו' אינו נוהג בזה"ז דאיכא ס"ד והיה אומר רבי חיים דעכשיו אין מצוה לדור בא"י כי יש כמה מצוות התלויות בארץ וכמה עונשים דאין אנו יכולים ליזהר בהם ולעמוד עליהם עכ"ל, הנלמד מדבריהם דמלי מלי קתני דלטעמא קמא אין כופין בזה"ז משום חשש ס"ד ולטעמא בתרא משום דאין מצוה לדור וכיון דאין מצוה אין כופין אפילו אי ליכא חשש ס"ד.

וא"כ לדידן אף דקי"ל דמצוה לדור בא"י ולית דחש להא דר"ח כמ"ש מהר"י מטראני בשיטתו על כתובות יע"ש מ"מ נימא דמטעמא קמא דחשש ס"ד לא יהא דין זה נוהג בזה"ז, ומדברי הפוסקים נראה דאין חלוק בזמנים שכתבו דין זה סתם ולא חלקו בזמנים וגם רבינו הרא"ש שתמיד הוא שותה בצמא דברי התוספות הביא דין זה סתם ולא חילק כלום בדין זה וקשיא לי עוד בדבריהם דכיון דעיקר טעמא מחשש ס"ד למה תלו הדבר בזמנים והיה להם לומר דבקום דאיכא חשש סכנה אין כופין.

והנראה נכון בעיני שהתרי טעמי שהביאו התוספות חדא מכלל חבירתה איתמר ואלמלא הא לא קיימא הא והוא שהתוספות כתבו תחילה דאין דין זה נוהג בזה"ז דאיכא ס"ד וקשיא ליהו ואי איכא חשש ס"ד. מאי הוי הרי קי"ל שומר מצוה לא ידע דבר רע ואגוני מגינה ולכן כתבו ואומר ר"ח דעכשיו אין מצוה לדור וכיון דליכא מצוה יש לחוש לסכנה ומשום דהאי דאין מצוה לדור הוא בזה"ז דאין יכולים ליזהר וכו' א"כ גם טעמא דחשש ס"ד התלוי בו הוא דוקא בזה"ז דאין מצוה אבל בזמן דיכולים ליזהר ויש מצוה שומר מצוה לא ידע דבר רע ואין לומר שהתוספות כתבו ב' סברות חלוקות ומי ששנה זו לא שנה זו שהרי מבואר בהמרדכי בהגהות סוף כתובות דטעמ' קמא דס"ד שהביאו התוס' סתם הם דברי רבי חיים עצמו וז"ל הוא אומר לעלות כתב ר' חיים כהן בתשובה: דה"מ בימיהם שהיה שלם בדרכים אבל עכשו שהדרכים משובשים אינו יכול להוליכה דהו"ל כמו חפץ להוליכה למקום גדודי חיה ולסטים ואף אם יעמיד לה ערבים מגוף וממון ערבך ערבא בעי עכ"ל, הרי דרישא וסיפא רועה א' אמרן וא"כ עדיף טפי למימר

דחד טעמא הוא ולטעמיה אזיל דסובר דאין מצוה לדור וכיון דליכא מצוה איכא למיחש לס"ד ונפקא מינה דלדידן דקי"ל מצוה לדור ליתיה להאי דינא ולא חיישינן לסכנה משום דשומר מצוה לא ידע דבר רע וכן יש לישב לשון המרדכי ודוק.

האמנם דמודינא בהיכא דברי הזיקא ושכיחא סכנתא דאין כופין כדאמרינן גבי חור שבין יהודי לגוי דאע"ג דשלוחי מצוה אינן נזוקין היכא דשכיח היזקא שאני יע"ש, והשתא דאתינא להכי נימא שזו היא סברת היש מי שאומר שהביא מרן שם ס"ה שהיא סברת הרשב"ש וז"ל דהא דכופין לעלות לא"י היינו בדאפשר בלא סכנה וסיים בב"י בלשונו דאי איכא סכנה אסור לסכן עצמו עכ"ל ומשמעות דבריו הם בהיכא דאיכא סכנה ודאית וברי הזיקא בזה הוא דאין כופין אבל לחשש סכנה לבד אין חוששין וכופין לעלות ובהכי מדוקדק לשונו הזך שכתב דהא דכופין לעלות היינו בדאפשר ליה בלא סכנה שלא החליט הדבר לומר דכופין לעלות במקום דליכא חשש סכנה דמשמע דכל דאיכא חשש ס"ד אין כופין אלא כתב בלשון אפשר והיינו כל דאפשר לו בלא סכנה דהיינו שיש עובר ונמלט ויש נמי עובר ונתקל כסתם דרכים בזה הוא דכופין אבל בהיכא דאיכא סכנה ודאית בזה אין כופין ואסור לסכן בעצמו דלא סמכינן אהגנה דמצוה במקום דשכיח הזיקא והיינו דמסיים בב"י דאי איכא סכנה אסור לסכן וכו' והיינו סכנה ודאית דבזה ודאי איסורא נמי איכא כיון דברי הזיקא.

ובזה הרווחנו טעמא להסיר תלונה מעל מרן שהביא סברא זו בשם יש מי שאומר כאלו לא אמר דבר זה זולת הרשב"ש ואם איתא דקאי הרשב"ש בשיטת התוספו' והמרדכי ואוסר בסתם דרכים דאית בהו חשש סכנה הו"ל למרן להביא סברא זו בשם התוספות והמרדכי ולא משמא דיחידאה אלא ודאי דסברת הרשב"ש לחוד וסברת התוס' לחוד, וכמ"ש ודוק.

ועיין מהרשד"ם בחלק א"ה סי' רט"ו וסיים ואחר שזה מחלוקת אני דן שיפרע הנדונייא לבד יע"ש ומכאן תשובה לדברי הבאה"ט סי' ע"ה ס"ק י"ט שכתב וכיון דאיכא פלוגתא מי יוכל לכפות וכו' וחייב ליתן לה כתובה והוא דבר תמוה להוציא מיד הבעל במקום דאיכא רבוותא דטופרין ודוק. ועיין פנים חדשות ד' נ"ד ע"ג שכתב משם מהר"ם גאלנטי דכופין.

ויש להביא ראיה לחילוק זה דמחלקינן בין סתם דרכים דאמרינן בחזקת סכנה להיכא דברי הזיקא וליכא סכנה ודאית ממה שהביא הרא"ש בפ' הרואה והטור בסי' רי"ט בענין ברכת הגומל שבאשכנז וצרפת אין מברכין כשהולכים מעיר לעיר שלא חייבו אלא בהולכי מדברות דשכיחי בהם חיות רעות ולסטים והא דאיתא בירושלמי כל הדרכים

בחזקת סכנה לא נאמרו אלא לענין תפי' הדרך שבכל הדרכים צריך אדם לבקש על עצמו אבל ברכת הגומל במקום תודה נתקנה עכ"ל הרי דאע"ג דמודים הם חכמי צרפת שכל הדרכים בחזקת סכנה לא חייבו ברכת הגומל משום דאינו אלא חשש סכנה אבל במדברות דאיכא סכנה ודאית דשכיחי חיות וכו' חייבוהו לברך א"כ בנ"ד נמי כסתם דרכים כופין דאינו אלא חשש סכנה, אבל במקום דברי הזיקא ושכיחא סכנתא וחי בהם אמר רחמנא.

ובר מן דין נראה דבנ"ד כ"ע מודו דכופין להוציא משום דבעיר איכא חשש סכנה יותר מן הדרך בעיר הזאת שהקיפוה לגיונים ובכל יום עומדים עלינו לכלותינו ויתובי יתבינן במצור ובמצוק ארם מקדם ופלשתים מאחור נוסף על חצי רעב דאייקור חטי ואינם בנמצא בעיר הזאת ואייקור זוזי רח"ל אפי' בלא טענת א"י מי יאמר שלא יכפה הבעל את אשתו לצאת מהסכנה אשר בעונותינו נתקיים בנו קורות שתים שהן ארבע השוד והשבר והרעב והחרב וכבר ארז"ל ברעב פזר רגליך וכ"ש דאיכא כל הני.

ואחר שיצא המורשה המדבר בעדה חייב באה האשה עצמה עם הבעל וטענה דאערומי קא מערים כדי להפסידה כתובתה ולא"י לא ילך, ונומיתי לה דהשתא מיהא נדר גדול נדר לאלהי ישראל וכאשר יודע שקבע דירתו בחו"ל צריך לשלם הכתובה מושלם כמ"ש מור"ם בהגה שם יע"ש.

אלא שהבעל הנז' אחז לו דרך כבושה וצלולה ורצה להפסידה כתובתה מכח תקנה והוא שיש לו תקנה מקדמונינו בעיר הזאת שכל אשה שתעשה גדידה ושריטה בבשרה על מת שיתן בעלה קנס חמשה אוקיות ויתנכה מכתובתה מחצה בכל פעם ולא יחזיר לה בעלה כתובתה ואין שום סופר יכול לכתוב זה ע"ג כתובתה עכ"ל התקנה, והנה אשתו זאת פניה יעידו עליה שפשטה ידיה בגדו"ד עד שנעשה פניה חבורות חבורות חדשים גם ישנים שהוגלד פי החבורה ושעדיין לא הוגלד, והשיבה האשה האמת שעשתה גדידה ושריטות בפניה זה פעמים א' ביום שמועה שנהרג אחיה וא' ביום פקידת חדשו עד שפוך דם עליה ועיניה ראו כמה נשים עשו כמעשיה ולא ידעה מזה כלל שתפסיד כתובתה בשביל שריטות וגדידה, ונומיתי לה אף אם אמת היה הדבר הזה שלא ידעה כיון שהוא דבר המפורש בתקנה, אינה יכולה לטעון שאין לה ידיעה דאע"ג שלא היתה לה ידיעה הרי המקדש על דעת המנהג והתקנה מקדש וכ"ש שכל אשר עבר על בעלה רוח קנאה והריחו ביראת ה' הוא בא ועומד להפסידה כתובתה בשביל זה, ואחר שכן הפסידה כתובתה ואם ירצה לקיימה יכתוב לה כתובה קטנה מנה מאתים כדי שתהא קלה בעיניו להוציא העוברת על דת של תורה בפרהסיא בדמי חמור ובזה יוסרו כל הנשים אשר

פשטו ידיהם בגדו"ד ולהיות כל איש שורר בביתו לבלתי יניחנה לעשות זר מעשיה ואמרו אשתו זאת וכל העם ישמעו ויראו ולא יזידון עוד. החותם באלול המרוצה משנת איפה לקט"ת היום לפ"ק וקיים.
שאול ישועה אביטבול ס"ט בכמוהר"ר יצחק זלה"ה

סימן צה

כאשר נשארה עדתינו כצאן אשר אין להם רועה אשר יצא לפניהם לפקח בעניני הצבור ולהיות נדרש לכל חפציהם ונמנו וגמרו למנות הר' מכלוף בהי' דוד ן' הרוש לנגיד עליהם. ובקשו מאת השר אשר ישנו פה עמנו בעיר הזאת והסכים עמהם, וגם השר הגדול שבמכנאס יע"א הסכים ונתן חותמו ומאמרו על מנויו של הר' מכלוף הנז' ובכן נועדו יחדו לפנינו אח"מ ולפני ב"ד זט"ה והנמצאים עמהם מפורעי המס להודות לו שטר מנוי בתנאים נאים המפורשים ונדרשים בשטרי מנוי הנגידים אשר קדמוהו והעידונו ע"ע בקש"מ בדל"ב ונשח"ך כ"א למש"י הזט"ה והנמצאים עמהם מפורעי המס ובכח הקוש"ח הודו ברצון נפשם והשלמת דעתם וקבלוהו עליהם לנגיד על הכללות לעמוד לשרת ולפקח בכל ענייניהם עפ"י ראות עיניו בענינים הנהוגים אכן בעניני ההטלות והשוחדות והתשורות אשר יצטרך לתת להשר או משרתיו או לשום אחד מאילי הארץ או לאיזה גדול העובר ושב וכיוצא מאלו הדברים הבלתי נהוגים יעשה עפ"י המלכת אחד משנים כרובים זהב המיוחדים שבעדה המה כה"ר שמואל ן' תמו וכה"ר משה אלבאז ולא יצטרך לקבץ כל היחידים אא"כ הצריכוהו בעלי המלכתו לקבץ כלם באיזה דבר גדול ועפ"ז חייבו עצמם חיוב ושעבוד גמור בכח הש"ח הנז"ל דלא כאס' בעדם ובעד כללות הצבור שכל הפסד ודררא דממונא דתמטייה מחמת הצבור על הצבור ליהדר לשלם במיטבא ובתנאי וע"מ שיכלכל דבריו במשפט ע"פ ב"ד בכל ענייניו ולא יעשה דבר אשר לא כדת וגם האמינוהו בכח הש"ח הנז' נאמנות גמורה ומפורשת כשע"ך בעדם ובעד כללות הקהל במה שמכניס ומוציא משל צבור אחר שירדו עמו לחשבון שנים מיחידי הקהל מדי חדש בחדשו שאין אחר חשבונם כלום בלי לחייבו שו"ש ק"ו וג"ש וח"ס בשום פנים ואופן בעולם והודו שטר מנוי מוחזק ומקוים בחסובדי"א בתפיצה וכו' ובאחריות גמורה וכו' שקו"ש כתחז"ל דלא כאס' ודלא כטו"ד ונה"ך בקש"מ בדל"ב ושח"ך באנפי נפשא למ"ש למען תוסיף תת כמה לקיים כל דבר האמור לעיל בקימה שיש בה הידור ולהעמידו בעמידה שיש עמה סמיכה ויסדו לתת לו חלף עבודתו הנז' סך שלשים אוקיות מכט"ק והיינו שיעשה ככל אשר היו עושים הנגידים שקדמוהו והוא

מוסיף עליהם שיעמוד לגבות המס ויטול סך אוקייא א' לכל פנקס מלבד שכר משרת השר שעומד עמו על הגבייה שיעמוד לגבות המס והמפנקס לו ולראיה ביד מכלוף הנז' חת"פ והיה זה בר"ח אלול המרוצה משנת שמ"ר מצותי וחיה לפ"ק וקיים.

גם אנכי ח"מ מסכים הולך על מנוי הנגיד הנז' ואעשה לו עזר כנגדו ומבלעדיו לא ירים איש את ידו, ובאתי מן המודיעית שמהיום אשר בקש הר' עזוז הכהן לצאת מהנגידות ועלתה בידו, אבדה עצה מבנים ונוקשו ונלכדו, כי נועצו לב יחדיו לגדור הפרצה הזאת בהרבות נשיאים במספר ירחים אחד בכל חדש איש על ידו, ואין זה בנין אלא סתירה ואין רבוי אחר רבוי אלא למעט ממונם של ישראל ולהאבידו ואוכלי עמי בראותם פנים חדשות מתחדשי' כחידוש הלבנה אוכלים וחוזרים ואוכלים מן הבא לידו, והנשיאים גם המה בחרו למצא חן בעיניהם נותנים וחוזרים ונותנים איש כמתנת ידו, כל אחד לפי כבודו, ובטרם תבא אליהם המילדת וילדו, ואיש הישר בעיניו יעשה כעם ככהן כעובד אלהים כאשר לא עבדו, ואין אומר השב מהנשיאים ודנו בעצמם דינא דשמור לי היום ואשמור לך למחר ונימנים זה לזה והחשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו, וקרוביו מרחוק עמדו, וידל ישראל כצאן אשר אין להם רועה עומד על עמדו, וכי יתפוש איש אחיו לאמר שמלה לך והיית לנו לעינים ישא ביום ההוא לאמר לא אהיה חובש עבד נרצע לעם הזה במרצע ועבדו, מבלי יכולת לשאת טורח ומשא עם ה' אלה טרחנים סרבנים לא יקבלו מרות כל איש מצליח ומשגיח ומפקח לו יש בינינו מוכיח ישית ידו, ויראו כל העדה כי טוב היות האדם לבדו, דבר אחד לדור ואת ישרים סודו, ונתנו עיניהם בה' מכלוף הנז' כי הוא גברא דחזי וכל אשר הוא עושה ה' מצליח בידו. וכבר נודעה הנהגתו ישרה בהיותו נגיד ופקיד על חברת גומלי חסדים רב אדם וקרא איש חסדו, זריז ונשכר ועומד בפרץ בכל עניני הצבור ומשגיח ומפקח עליהם בעינא פקיחא ומאן דלביש מדא ילבש מדא אלבושיה יקרא כמדו, ועוד יש תועלת לצבור במנויו מצד שעסקיו מועטים וכל היום פנוי הוא לעסוק בצרכי צבור בעצמו ובכבודו, ופטור ועומד הוא מן המס מזמן היותו נגיד על חברת ג"ח וליכא פסידא לצבור במנויו כזולתו שצריכים לפוטרו מן המס וכל נשען על ידו, ומכל צד ראוי והגון הוא אין עוד מלבדו. אלא שראינו הסכמה מהראשונים וז"ל בהסכמתינו אנחנו ק"ק מתא צפרו יע"א וכו' ומתקנים תקנה הגונה וישרה לתועלת וזכות הקהל יש"ץ שמהיום והלאה ועוד כל ימי עולם לא יהיה לנגיד עלינו במתא צפרו יע"א שום אחד ממשפחת בן הרוש בשום אופן בעולם וכל הפורץ גדר זה וירצה להרוס תקנה זו מבינינו בן ע"י בין ע"י אחרים ממנו' אנחנו ובנינו או הבאים אחרינו ומזרע זרעינו עד עולם הרי הוא מנודה לשמים ב"מ וליטריקיה חוייא דרבנן דלית ליה אסוותא

רק את אשר יבחרו בו הקהל יש"ץ כל הימים לדור דורים ולנצח נצחים הוא יקריבו אליהם להיות לנגיד עליהם ומבלעדיו לא ירים איש את ידו ואת רגלו לחזר ולבקש כדי להשתרר עליהם וכו' ועלינו הדבר מוטל חובה לסלק ס"ג בהשתדלותינו בגופינו וממונינו ככל אשר תשיג ידינו את כל הפורץ גדר ואת כל הבא בחזקה ובזרוע נטויה ורמה להשתרר עלינו גם השתרר מבני המשפחה הנ"ל וע"ד שכך קבלנו ח"פ מכנאסא ביום ו' עשרה בחדש סיון משנת עטרת פ"ז לפמ"ה וקיים עכ"ל התקנה, והיא כתובה בכתב יד הקדש כמוהר"ר משה ברדוגו ובלתי חתומה משום א' מקהל צפרו יע"א, אלא שהונח מקום פנוי לחתימות, וע"ג כתוב הסכמת ב"ד שבמכנאס וז"ל בפנינו אחב"ד החתומי' באו מוסכמים כל ראשי ק"ק דמתא צפרו יע"א והגידו את כל הקורות אותם עם הר' יהודה ן' הרוש הנז"ב וכו' וע"כ נמנו בחבורה של מצוה ותקנו התקנה הנז"ב לתועלת הק"ק יש"ץ וראינו דבריהם נכונים וכו' ושמנו ידינו עמהם בענין מה שהסכימו לגזור נדוי על הרוצה לבטל דבר מהסכמתם ולפרוץ גדרה ככל המבואר בפנים וכו' וחתמנו בזמן הנז"ב וחתומים הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה והר' המשבי"ר זלה"ה ועוד ראינו שדבריהם שנוים במעשה ב"ד ששלחו להתרות בהר' יהודה ן' הרוש וז"ל השייך לעניין הסכמה הנז' אחדש"ו באו לפנינו קהל עדתכם מתרעמים וקובלים בדין אודות הר' יהודה ן' הרוש אשר לא השיב ידו וכו' ונסתלק מהנגידות ועדיין רודף אחריה והק"ק אינם בוחרים בו וזה אחר התרו בו בב"ד פעמים שלש ולא הטה אזן וזו גדולה על כולם שאחר שהיתה הסכמה בב"ד הצדק יש"ץ דמתא פאם יע"א כתובה וחתומה כראוי ששום אחד ממשפחתו לא יהיה לנגיד עליהם. עמד בחזקה ותפסה מידם וקרעה [וז"ן התקנה שעמד וקרעה הנעשית במתא פאם יע"א ז"ל במעמד הק"ק קהל צפרו ובמעמד ק"ק קהל פאם יע"א הסכימו קהל צפרו הסכמה גמורה ע"ד רבים שמהיום הזה והלאה לא יתמנה עליהם נגיד ומצוה לא יצחק ן' הרוש ולא שום א' ממשפחת ן' הרוש ולא זולתם כי אם י"ב אנשים וכו' יהיו פקידים עליהם שנים בכל חדש ככל דרך הנגיד לצאת ולבא לפני העם וכו' וסדר הנהגתם זוג זוג ע"פ הגורל וסברו וקבלו עליהם הסכמה זאת דלא להשנייא כל זמן שיראה בעיניהם לנהוג אותה ומנה האנשים שהסכימו וסיים בכ"ד בניסן ההפ"ג ליצירה וקיים. וחתם הרב הגדול כמוהר"ר יהודה ן' עטר זלה"ה] וכן לא יעשה אשר על כן אנו חוזרים ומתרים בו בב"ד התראה גמו' שאם לא יסלק עצמו מלרדוף אחר השררה שמעכשיו הרשות נתונה בידם להוציא וכו' לאחריותו לשלם במיטבא ואף גם זאת מעתה אנו מחדשים התקנה ההיא בב"ד ישצ"ו ששום אחד ממשפחתו כל הנק' בשם ן' הרוש לא יקבלוהו ולא יהיה לנגיד עליהם עוד כל ימי עולם רק את אשר ירצו

ויבחרו בו הקהל יקריבו אליהם ומבלעדיו לא ירים איש את ידו ואת רגלו והפורץ גדר מהם ומהבאים אחריהם ישכנו נחש חוייא דרבנן וכו' ככתוב וחתום שטר התקנה בידם לתועלת הקהל וכו' והאיש אשר יעשה בזדון לבא בחזקה ולפרוץ גדר התקנה הנז' על הק"ק הדבר מוטל חובה לסלקו ס"ג את כל הדברים האלה הגידו הק"ק והתרו בפנינו בעי"ת מכנאסא יע"א ביום ששי בשבת עשרה ימים לחדש סיון מש' כתם פ"ז לפמ"ה וחתומים הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה והרב המשבי"ר זלה"ה.

וס"ל נכתב הסכמת הרב הגדול כמוהר"ר יהודה ן' עטר וחתימתו.

הנה לכאורה אחד הרואה ואחד השומע כדברים האלה הוא פורש ובורח כבורח מן הארי שלא יזדמן למנוי שום א' מהמשפחה ההיא כי היכי דלא ליטריקיה חויא דרבנן דלית ליה אסוותא ב"מ.

אבל כד דייקינן שפיר ביסוד התקנות על מה נתקנו ובדקדוק לשונם דקי"ל מדקדקין לשון הדיוט, וכ"ש לישנא דהני אריוותא דאורייתא וגם ממה שהוגד לנו מהיותר זקנים שבדורינו שהיו מפורעי המס באותו הדור שאחרי מות המסר"א מופלג חזרו והעמידו הקהל יצחק ן' הרוש לנגיד עליהם במלכות המער"א וזהו עצמו אשר הוזכר בשמו בתקנה הראשונה שנתקנה בפאס יע"א כנ"ל ומיתת המסר"א היתה ש' פ"ז כידוע וא"כ מתקני התקנה עצמם איך העמידוהו נגד התקנה אלא ודאי עיקר התקנה היתה שלא יבא א' מהמשפחה הנז' למלוך ולהשתרר עליהם ביד רמה ובזרוע נטייה בלתי רשותם ובחירתם אכן אם המה בחרו בא' מבני המשפחה ההיא ומנוהו לנגיד עליהם שפיר דמי ומש"ה כשבחרו הם עצמם ביצחק ן' הרוש הנז' מנוהו לנגיד עליהם הרי דמתקני התקנה עצמה אשר עמדו בסודה ידעו דאדעתא דהכי נתקנה ואדעתא דהכי לא נתקנה והיא מלתא דטעמא ולא הויא חק וגזירה בלי טעם ולא תקנוה מעיקרא אלא בשביל הר' יהודה ן' הרוש אשר המה לא בחרו בו ורצה למלוך עליהם בחזקה ובחמה שפוכה כאשר מבואר במעשה ידיהם של צדיקים הנז"ל וא"כ אשר לא יבא בחזקה אלא שהקהל בוחרים לקרבו אליהם שומעין להם, ודייק שפיר לשון התקנות הנז' לשיטה זו והוא שבהתקנה הא' שנתקנה בפאס יע"א כתוב וז"ל לא יתמנה עליהם לא יצחק ן' הרוש ולא שום א' ממשפחת ן' הרוש ולא זולתם עכ"ל, ובתקנה שנתקנה בפאם יע"א כתוב וז"ל לא יהיה לנגיד עליהם שום א' ממשפחת ן' הרוש וכו' רק אשר יבחרו בו הק"ק וכו' הוא יקריבו אליהם להיות לנגיד עליהם ומבלעדיו לא ירים איש את ידו לחזר ולבקש כדי להשתרר עליהם עכ"ל, הרי דבכולן תלו הדבר בהנגיד שלא יבא ויתמנה עליהם ולא יהיה לנגיד עליהם משמע דקפידתם על המולך מעצמו מדלא קאמרי שלא

ימנו עליהם דמשמע שאפי' לרצונם אינם יכולים למנותו, אלא ודאי דלא קפדי על הבא למלוך עליהם בחזקה ולהכי סיים בלשון התקנה השנית רק אשר יבחרו בו הק"ק הוא יקריבו אליהם וכו' קרא בחיל דאם יבחרו הק"ק בא' מהמשפחה הנז' יקריבוהו אליהם וסיימו בדבריהם וז"ל ומבלעדיו וכו' לחזר ולבקש להשתרר עליהם הרי דלא קפדי אלא על הרודף אחר השררה להשתרר עליהם בחזקה שמבריחין אותה ממנו, וכמו שמבורר היטב בסוף התקנה ההיא וז"ל ועלינו הדבר מוטל לסלק וכו' בגופינו וכו' את כל הבא בחזקה ובזרוע נטויה ורמה להשתרר עלינו גם השתרר מבני המשפחה הנז' עכ"ל, וכן נמי מבורר היטב מלשון המעשה ב"ד הנז"ל שעיקרה נתקנה בשביל יהודה הנז' שהיה רודף אחר השררה ובו היו מתרין והוא שקרע ההסכמה הראשונה והודיעוהו מהתק' שנעשית על ידם בקיצור ששום א' ממשפחתו לא יקבלוהו ולא יהיה לנגיד וכו' רק אשר ירצו ויבחרו בו הקהל הוא יקריבו אליהם עכ"ל, מכל הני ליתני שפירי משמע דביד הקהל תלוי לרחק המקורבים בזרוע ולקרב ברצונם אף המרוחקים מהמשפחה הנז' וכ"ש דבתקנה הא' שנתקנה בפאס יע"א כתוב ממשפחת ן' הרוש ולא זולתם, הרי דכלל כל משפחות ישראל ואיך אנו ממנים נגידים תדיר בלי הפסק עד היום אלא ודאי כדאמרן. ומה גם דסיים בה כל זמן שיראה בעיניהם לנהוג אותה כאמור לעיל.

וא"כ מעולם לא היתה כוונת מתקני התקנה לרחק ולהבדיל משפחה זו ממשפחות ישראל וכולנו בני איש אחד נחנו משפחה ומשפחה כל משפחות ישראל ומצווים על האחדות ומוזהרים על פירוד לבבות רח"ל שהוא גרמא לכל הקורות אותנו ותמצא דפעם אחר פעם הלא מזכיר בלשון התקנות ובלשון המעב"ד לתועלת הקהל, א"כ כל היכא דאיכא תועלת במינוי א' מהמשפחה ההיא כנ"ד דכל מילי אשכחן ביה למעליותא כנז"ל ובחרו בו כל העדה אליו אנו מקריבין לצאת ולבוא לפני העם נגיד ומצוה ועבדינן יומא טבא היום בהתאסף ראשי עם יחד שבטי ישראל שהותרו זה בזה והיו לאחדים ה' עז לעמו יתן ה' יברך את עמו בשלום, ובכן עלתה הסכמתם על מינוי הר' מכלוף הנז' וגם הסכמתי עם הזט"ה בכל מה שעשו ליפות כחו גם במה שנתחייבו בכל הפסד דלימטייה מדעת הצבור ואע"ג שיש תקנה בידינו מש' התפ"ו שלא יכתב לשום אדם שיתמנה שמה שיפסיד והוא בנגידות יתנוהו הקהל וגזרו על זה בגזירת נחש. התם בהפסד שלא מחמת הצבור אכן בהפסד הבא אליו מחמת הצבור מי זה יאמר שלא יתנוהו כיון דאתי מחמתייהו והוא עומד עליהם, ואם זאת יעשו לא ימצאו מי שיעסוק בצרכי צבור להתמנות לנגיד ותהיה עדת ה' כצאן וכו' ואפי' מי שיתמנה יהיה מושך ידו מלעמוד בהצלתם פן יתפש ברשתם ויתן משלו, ובר מן דין כבר תקננו אנחנו בש' התקל"ז תקנה

הגונה וישרה שכל איש אשר יעמוד בצרכי צבור ויגיע לו איזה הפסד מאותה עמידה באיזה עלילה שתהיה על כללות הצבור ליהדר וכל חיובם מהכא הרי מחוייבים הם מכח התקנה השנית כי לא נופל הוא מהכללות ולראיה ביד מכלוף הנז' חתמתי בזמן הנז"ב וקיים.
שאול ישועה אביטבול סי"ט

סימן צו

טופס שטר מכירת חזקה לגוי וז"ן בהיות אמת שנתחייב הי' יעקב ן' אברהם ה"ן שרביט להגוי סי' לחאז בועזזא למכודי בסך מאה אוקיות מכט"ק מחמת שמכר לו ככר משמן זית וכתב עליו האלעק'ד בערכאות בזמן פ' והיום תפסו הגוי בערכאות לפרוע פרעות האלעק'ד הנז' יען הגיע זמן פרעונו ויחפש אחר נכסיו ולא מצא אתו ממה לפרוע וישם פניו אל החזקות שיש ליעקב הנז' בחצר הנק' צ'אר ישראל הן הנה חזקת העליה הסמוכה להמדרגות להעולה להאלפוקי וחזקת העליה הרואה פני מזרח וחזקת העליה הסמוכה לה הרואה פני צפון וחזקת הבית שתחתיה ויבוקש הדבר וימצא שהחזקות הנז' הם ממושכנים ביד הזולת ואחר כמה כרכורי דברים הוצרך יעקב הנז' למכור החזקות האלה להגוי הנז' בסך פ"ם מהחוב הנז' והודה לפנינו ולפני הערכאות במכירה הנז' ונכתב המכר בערכאות ובאמ"ץ חזר הגוי הנז' לאיתנו לתנאו הראשון לערער על העשרים אוקיות שנשארו לו מהחוב הנז' ויפן כה וכה ויאמר אכן נודע הדבר כי אתם היהודים נוהגים כאשר ימכור היהודי החזקה לגוי עוד ישאר ביד היהודי רביע החזקה שהוא חלק מי"ו בהבית, וכראות יעקב הנז' כי נתגלו להגוי הנז' מסתורי החזקות הוצרך למכור לו גם החזקה הקטנה שהיא חזקה דחזקה בסך עשרים אוקיות הנשארים והודה ג"כ בזה לפנינו ולפני הערכאות ונכתב המכר בערכאות, ובאמ"ץ העי' ע"ע בקושח"ך כ"א למש"י הי' יעקב הנז' ובכח הקוש"ח הנז' הודה הודאה גמורה שבעד סך מאה אוקיות מכ"ט הנז' גמר ומכר להגוי הנז' החזקות הנז' חזקה וחזקה דחזקה מכירה גמורה שרירא וקיימא כדת וכהלכה אינהו ואבזרייהו עומקא ורומא בלי שום שיור זכות כלל להמוכר הנז' בחזקת הד' דיורין הנז' ובחזקה דחזקה שכבר סלק עצמו ורשותו וזכותו וכחו ושעבודו ועצם ורשות וזכות וכח ושעבוד כל ב"ך מעל המקח הנז' והקנה הכל לחלוטין ולצמיתות להגוי הנז' ומעתה רשאי הגוי הנז' לעשות במקחו הנז' חו"ר ככל אשר תאוה נפשו לבנות ולסתור ולמכור ולמשכן ולתת ולהחליף וכל מה שלבו חפץ ואין דובר אליו דבר ועל המוכר הנז' לסלק כל עורר וטוען ומשטין ומקטרג ומלגלג מעל המקח

הנז' להוצאתו בהשתדלותו בהונו ואונו עד שישאר מנוקה ומשופה מכל ערעור וקטרוג ושטנה שבעולם וצריך לאודועי שעל הגוי הנז' מוטל לפדות החזקות הממושכנים ביד הזולת והודה שטר מוחזק וכו' כתחז"ל דלא כאס' ודלא כטו"ד ונגמר הכל בקושח"ך ולראיה עה"ך חת"פ והיה זה בחוה"מ של פסח ש' התקכ"ז ליצי' וקים. עד כאן נמצא כתוב. ומכר הגוי ליוסף בנו של יעקב הנז' החזקות הנז'.

הנה יש לחקור אי קני הגוי בחובו, כתב מר"ן סי' קצ"ט ב' וז"ל וכן ראובן שמכר מטלטלי לשמעון במנה וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב לראובן בדמים ואח"ך היה לשמעון מטלטלים אחרים למכור וא"ל ראובן מכור אותם בדמים שיש לי בידך מדמי המכר וא"ל הן נקנו אותם המטלטלין וכו' שגם זה דבר שאינו מצוי ולא גזרו ביה רבנן וכו' אבל אם היה עליו חוב שלא מחמת המכר וא"ל מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך ונתרצו שניהם לא קנה, ואסברה הסמ"ע שם ס"ק ד' בשם המ"מ [הביאו מר"ן בב"י] וז"ל הטעם דשאר חובות מחמת הלואה הוא שכיח וגזרו בו משא"כ חוב הבא מחמת מכר וא"ת אעפ"כ במה יקנה כיון דעתה אין המעות בעין, וי"ל דעשאו חז"ל כאלו המכר הא' הוא בעין והחליפו עם הדבר שמוכר לו עתה עכ"ל, וכ"כ רבינו בעה"ט סי' ר"ד ז"ל וכתב הרמב"ם ז"ל אבל אם היה לו חוב עליו וא"ל מכור לי בחוב שיש לי עליך ונתרצה מוכר ה"ז כמו שנתן דמים עתה והחוזר בו עומד במי שפרע, ובקרקע בכה"ג קונה לגמרי אבל א"א כתב שלא קנה אפי' המעות עדיין ביד הלוה דמלוה להוצאה ניתנה ואינו נותן לו עתה כלום. אבל אם א"ל יקנה לי שדה שלך בהנאת מחילת מלוה קנה וכו' ומר"ן ז"ל שם בב"י כתב עוד שנית טעם הרמב"ם בקיצור וכתב שדעת המפרשים שבכל דינים אלו דעת הרי"ף שוה לדעת הרמב"ם זולת הרמב"ן שנראה מדבריו שסובר דמלוה שאינה מחמת מכר אינו קונה כלל, אבל א"א כתב וכו'. כבר כתבתי בסי' קצ"ט שדעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א והר"ן כדעת הרא"ש עכ"ל, וכן פסק בשלחנו הטהור ג"כ סי' ר"ד ס"י ז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו וא"ל מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר י"א שה"ז כמי שנתן דמים וכל החוזר בו מקבל מי שפרע ויש חולקים, ואסברה עוד הסמ"ע ס"ק י"ד דע"כ לא פליגי אלא בבא מחמת חוב משא"כ הבא מחמת מכר כולהו מודו ע"ש, וכן הוא בירושלמי הביאו מר"ן בב"י סי' קצ"ט ומ"מ ז"ל ר"ח בר"י קדושי מלוה לחומרא ובקרקעות לא קנה ובמטל' וכו', הרי מבואר דבבא מחמת חוב לא קני, וכן הוא מבואר במהרשד"ם ז"ל בתשובת שאלה סי' שנ"ב ז"ל שנשאל על ראובן שהיתה לו חזקת חנות א' ומשכנה לתיגר ח' בעד סך א' וכו' אח"ך עשה לו שטר מכירה כדין וכהלכה אך היה ביניהם תנאי וכו' ובתשובתו זיכה לראובן והטעם דתניא בפ' הגוזל

ומאכיל ישראל וגוי שבאו לפניך לדין אם אתה יכול לזכותו בדין ישראל זכהו ואמור לו כך דינינו, בדיני אומות העולם זכהו ואמור לו כך דינכם והביאה הרי"ף בהלכות וכן הרא"ש בפסקיו וכן הרמב"ם פ"י ממלכים וכו', ובר מן דין נראה שכפי הנחת השאלה יש מחלוקת וכו' כתב הרב"י כתב הרמב"ם ואם היה לו חוב עליו וא"ל מכור לי בחוב שיש לי עליך ונתרצה המוכר ה"ז כמי שנותן דמים ובקרקע כה"ג קונה לגמרי אבל א"א כתב דלא קנה אפי' המעות עדיין בעין, ונראה שדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל להסכים לדעת הרא"ש ז"ל ולא עוד אלא דסברי דגם הרי"ף דעתו כן אע"ג דלא הביאו סמך על ההיא דאין אשה מתקדשת במלוה וכ"כ המ"מ בפ"ז ממכירה ירושלמי דאמר הקונה קרקעות במלוה לא קנה ע"כ, נמצא דלדעת אותם דסברי דחזקה דין מטלטלי יש לה לכ"ע אפי' לדעת הרמב"ם ז"ל הקונה במלוה לא קנה ואם נדון אותה כקרקע כמו שכן דעתי כמ"ש בפעמים אחרות הוי פלוגתא דרבוותא וא"כ זכה ראובן דאית לן למימר קרקע בחזקת בעליה עומדת וכו' עכ"ל הצריך לענייננו. א"כ זאת תורת העולה דישראל לא קני בחובו וכ"ש נכרי, א"כ בשטר הכתוב בפנים נראה פשוט דחוב הוא ואין לומר דמחמת שמכר לו השמן זית הוא החוב וא"כ מחמת מכר הוא דהא בימים ההם בזמן ההוא מעולם לא עלה שער השמן למאה אוקיות וא"כ מוכח שמה שעשה הגוי כן [ראה כמה מהדר הא לאורועי שטרא בדברי נביאות מתנבא מה שלא שמע] לאערומי ברבית קא עביד ולא תעשינה ידיו חושיה כ"ש ששם בארה שזקפו עליו במלוה בערכאות של גוים וקבע לו זמן לפירעון א"כ פקע שם מכר מיניה ונעקר וחלף הלך לו וקרי ותני בשינוי השם ואין כאן תורת חליפין כלל דהוא הטעם ככתוב.

וכ"ז נראה דבישראל מיירי אבל בנכרי בעינן דיתן המעות מידו ויכתוב השטר ואז יועיל דכתב הרמב"ם ז"ל פ"ח ממכירה ז"ל הכותי אינו קונה בחזקה אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף וישראל הבא מחמת כותי הרי הוא ככותי ואינו קונה אלא בשטר. ופי' מר"ן שם בכ"מ וז"ל ואפשר לומר שדקדק רבינו שכתב אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף לומר דלא קני דשטר וכסף שניהם יחד צריך.

וג"**כ** צריך שיקדים כתיבת השטר לנתינת הכסף וזהו הפירוש בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף כלומר עם נתינת הכסף שאחר כתיבת השטר הא אם נתן הכסף ואח"ך כתב לו השטר לא קני וכמ"ש הנ"י בשם המפרשים פ' חזקת גבי נכסי גר הרי הם כמדבר ומ"ש תחילה נראה יותר הא קמן מבואר דלפי' קמא בעינן נתינת הכסף בשעת המכר מ"מ ולא רוב שאפי' מחמת מכר, ולפי' ב' בעינן קודם ואע"ג דכתב דפי' הראשון נראה יותר מ"מ תרווייהו בעינן דנראה יותר קאמר ולא נראה סתם, ובנ"ד לא נמצא בו גם

הראשון גם השני כמבואר בשטר הנז"ב דלא נתן כסף ואדרבא לאונסו בערכאותיהם מכר ולא קדם השטר כמבואר שם.

וכד דייקינן שפיר מצאנו ראינו בשטר הנ"ב ריעותא אחרינא דכתיב ביה בקוש"ח והא לך לשון הטור ח"מ סי' קכ"ג ז"ל ר"ת היה נוהג לשלוח הרשאה ביד גוי מדקאמר מכסף מקנתי הוא נקנה ואינו נקנה בתורת תבואות וכלים ומאי ניהו חליפין למדנו שבשאר דברים מועילים חליפין לגוי וצריך ליזהר שלא יכתבו בהרשאה שביד הגוי וקנינא מיניה דאין שליחות וזכיה לגוי אלא יכתבו וקנה הגוי עכ"ל, ומר"ן בביתו שם ציין בתוס' וכו' ולבסוף כתב וכ"כ המרדכי בפ' מרובה [ומהרשד"ם נ"ט כתב דהא דר"ת סברת יחיד היא] והרב סמ"ע סמך ידו על סברת ר"ת שם ס"ק כ"א והביאה הכנה"ג בהגהות הטור אות ל', והרב ש"ך פליג בעיקר הדין דגוי לא קני בחליפין כלל והביא דברי מהר"י מינץ דס"ל כוותיה עש"ב, א"כ אחר דבשטר זה איכא קנין לא קני הגוי וברשות מרה קמא קיימא לענין שיד ב"ח של יעקב ן' שרביט הנ"ב נטויה לטרוף מהחזקות הנז' ואע"ג דבשטר נתבאר דהיה עם הקנין ש"ח כרוכים זו בזו אחר דנפל ליה הקנין אזלא לה השבועה דשבועה אין בה כח להקנות דקנין אין כאן שבועה אין כאן מדנפל הקנין דאין קנין לגוי א"כ השבועה שהיא לאשר ולקיים הקנין נפלה דאדעתא דהקנין קיים נשבע ש"ח ובנפול הקנין נפלה לא תוסיף קום השבועה הנז' עמה ודמי הא להההיא דכתב רבינו בעל הטורים סי' כ"ה וז"ל כתב הרמב"ם דיין שטעה וכו' ועשה פשרה עם בע"ד כדי שלא ישבע ואח"ך ידע שאינו בר שבועה אעפ"י שקנו מידו על הפשרה אינו כלום וכו' והרב כנה"ג סי' הנז' בהגהות אות פ"א ולמחילה בטעות אפי' נשבע שבועה על המחילה קנין אין כאן שבועה אין כאן מהרי"ק ז"ל סימן קי"א תומת ישרים סי' ק"י הרשד"ם סי' מ"ד וע"ד ות"ה הר"ש הלוי ח"מ סי' ג', הרי דבנפול הקנין מעיקרו כנ"ד גם השבועה לא תוסיף תת כחה, ואפילו אם היה הקנין נעשה ע"י הגוי עצמו לא מהני כדכתב הרב כנה"ג בהגהת ב"י משם הרב בד"ה אות ך' בסי' ס"ח.

ות"ל מצאתי כ"ז מפורש להרב המוסמך המובהק ס"ד כמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בפס"ד א' שכתב על ענין חזקות וז"ל הצריך לענינינו בקיצור, חזקת ישראל היא העיקר ולא מבעיא כשהיה הקרקע של ישראל ונמכר לגוי ומשייר לעצמו הישראל החזקה דאז ודאי כל המשייר לעצמו בעין יפה וכו' אלא אפי' כשהקרקע מעיקרו של גוי ובא ישראל והחזיק וכו' גם כשהקרקע היה של ישראל מתחילה ונמכר לגוי מלבד מה שכתבתי דבעין יפה הוא משייר הא קי"ל דגוי אינו קונה אלא בכסף וגם נתינת השטר ובזמן הזה אין ישראל מודה לגוי על הרוב אלא בעד חוב קדום ואינו קנין וגם לגבי ישראל אינו מועיל אלא

ק"ם וגבי גוי לא שייך ק"ם ונמצא שכל מה שקונין הגוים מישראל אינו קנין כלל והמכר שמכר הישראל לגוי אינו אלא למראית העין לבד עכ"ל לשון הזהב.

ובר מן דין אפי' היה המכר באופן המועיל היה מקום לומר דיש לטרוף מיד ישראל הקונה מהכותי דהא כתב רבינו בעל הטורים ז"ל סי' קנ"ד בשם גאון דלא אשכחן דקאי ישראל במקום גוי אלא לגריעותא מהגוי וכו' ומר"ן פסק כוותיה בסי' הנז' י"ח והרב המאסף לכל מחנות הפוסקים הביא סברת כמה וכמה פוסקים שהניחו יד הסכמתם על סברת הגאון יע"ש בסי' הנז' בהגהת הטור אות ס"ת ולכאורה נ"ד הוא דבר מפורש דכתב מר"ן בב"י סוס"י מ"ה וז"ל כתב הרשב"א בתשובה אמרת שטען שמעון שהשטר פסול לפי שהרחיק הסופר חותם ידו יותר משיטה אחת הדין עם ראובן. חדא שכבר האמינו ופרעו, ועוד שהבא מכח גוי הרי הוא כגוי, ואילו בא ראובן לגבות חובו מהגוי ומאותו קרקע שקנה ממנו שמעון גובה מאותו שטר שכן נהגו אף הוא גובה מאותו קרקע משמעון הבא מחמת הגוי עכ"ל, והרב סמ"ע סימן הנז' ס"ק ל"ז פירש בתחלה דהמלוה גוי וכו' ולבסוף הביא משם מור"ם בד"מ וז"ל שוב ראיתי שבד"מ ס"ח שהביא לדברי הרשב"א כתב די"ל אכותי לוה שמכר שדהו לישראל והמלוה ישראל בא לגבות מלוקח ישראל מכח הכותי וכו' וא"כ לק"מ דבכה"ג הוי לגריעותא דלוקח מכותי דחייב לשלם וכו' ונראה דאיישר ואתקיים בעיני הרב בסמ"ע פי' זה מדהביאו לבסוף, והרב כנה"ג סי' הנז' בהגהת ב"י אות כ"א כתב ז"ל ועוד שהבא מכח גוי הרי הוא כגוי וכו', נ"ב יראה דמירי בכותי לוה שמכר שדהו לישראל והמלוה ישראל בא לגבות מלוקח ישראל מכח הכותי דבכה"ג הוי לגריעותא דלוקח ככותי וכ"כ הסמ"ע בשם ד"מ שהביא תשובת הרשב"א, ואל יקשה בעיניך למה הוצרך הרב בעל המפה ז"ל לאוקומי תשובת הרשב"א ז"ל בלוה כותי ולא במלוה מאחר שהוא ז"ל בסי' קנ"ד פסק כמהר"ם והרא"ש ז"ל דס"ל דהבא מכח וכו' ואפילו למעליותא דהוצרך ז"ל לאוקומי בכותי לוה, משום דהרשב"א ז"ל גופיה ס"ל כדעת הגאון ז"ל שהביא רבינו בעהט"ו ז"ל סי' כ"ט כדמוכח בתשובותיו שהביא רבינו המחבר ז"ל סי' הנז' מחו' י"א כמ"ש הרב מהר"ר בצלאל ז"ל בתשובה סי' ט"ל ולשון אחר כתב בסמ"ע דיש לפרשה אפילו במלוה וכו' ועיין וכו' עכ"ל, הרי מפורש דטריף מיד ישראל הבא מכח כותי.

ולא יקשה לן ממ"ש מר"ן בב"י סי' ס"ו מחו' י"ח ז"ל וגוי שמכר ש"ח לישראל כיון שבדיניהם כל זכותו מכר לו כדיניהם דיינינן ליה שאם חזר ומחלו אינו מחול וכן כל שנתן בדיניהם אפילו בלא כתיבה ומסירה משלם וישראל שמכר לגוי דינו כאילו מכר לישראל, וכן פסק בשלחנו הטהור סי' הנז' כ"ה והנראה משם דהקונה מהגוי קאי

בחריקיה אפי' למעליותא וכ"נ ממ"ש ב"י סימן ס"ז מחו' י"ג כתב הרשב"א בתשו' וז"ל שאלת שמעון לוה מעות מגוי וראובן נעשה לו קבלן ועשה לו שמעון שטר בגופן של גוים שישמרנו מנזק והוצרך ראובן לפרוע וכו' מי נימא שתשמטנו שביעית וכו', תשובה מסתברא שאם נתן לוה גוי רשותו בשטר כדרך שעושים הגוים לכל ערב הפורע ומוסרים לו הש"ח אינו משמט שזה אינו בא מכח קבלנותו אלא מכח שטר של גוי שמכרו לו ואין הגוים בתורת שביעית והבא מכח גוי דינו כגוי, וכ"כ מור"ם שם בסימן הנז' יע"ש, מהכא נמי נראה דקאי בחריקיה אפי' למעליותא הא ודאי לא נימא דהא הרב בסמ"ע סי' מ"ה תריצינהו ואוקמינהו אהדדי וכ"כ סי' הנז' ס"ק ל"ב ז"ל הבא מכח כותי וכו' ואע"ג דהוא למעליותא וכ"פ מור"ם לקמן סימן קנ"ד וכו' מיהו י"ל דאפי' המחבר דפסק שם דלא אמרינן הבא וכו' אלא לגריעותא מודי בהא כיון דבשטרותיהן גובין מדינא דמלכותא וכמ"ש סי' מ"ה סי"ז וכו', וכ"כ הרב בכנה"ג סי' ס"ו בהגהות ב"י אות ס"ט ז"ל אמר המאסף לכאורה נראה שדעת הרב הנמק"י דהבא וכו' אפי' למעליו' ושלא כדעת הגאון וכו' דסי' קנ"ד וכו' אבל א"א לומר כן שהרי רבינו המחבר ז"ל בספרו הקצר קנ"ד פסק כגאון ובסי' זה סכ"ח פסק כדברי נ"י וראיתו בסי' מ"ה [אי' שצ"ל בסמ"ע] סי' ל"ז כתב הדין נ"י איתיה לדעת גאון וחלק ביניהם וכו' וכן נראה מסיום לשונו בסי' מ"ה אות כ"א המובא לעיל ז"ל ועי' בטור זה בב"י סי' ס"ו מחודש י"ח ובתשובת הרשב"א סי' תתס"ט הביאו רבינו המחבר מחודש כ"ה ועיין בסמ"ע אות ל"ב, הרי דקשה לו מהנהו מקומות ותי' תירוץ הסמ"ע ע"ש, וביאר הדבר בירור יותר בסי' ס"ז בהגהת ב"י אות ט"ל ז"ל כתב הרשב"א בתשו' סי' נז' דישראל שלקח ש"ח מגוי וכו' נ"ב תימא דמתשובה זו ומהאחרת שהביא רבינו המחבר ז"ל סמוך לזה נראה דס"ל דהבא מכח וכו' אפי' למעליותא וכו' ואלו הוא ז"ל בתשובה סי' אלף קכ"ט הביאה רבינו קנ"ד וכו' כתב דלא אמרינן ישראל הבא וכו' אלא לגריעותא והסמ"ע בסי' זה ובסי' מ"ה אות ל"ז דכיון דבשטרותיהן גובין מד"ד הרי הוא ככותי ואפי' למעליותא מכח ד"ד ולי א"צ לזה דהרי הרשב"א ז"ל נתן טעם שכל חוב שאינו בר השמטה מתחילה שוב אינו משמט, איברא דמתשו' הרשב"א ז"ל שהביא רבי' המחבר בסוס"י הנז' מוכיח דהטעם הוא משום דהבא מכח וכו' הרי נתבאר דלא קאי ישראל הבא מכח כותי אלא לגריעותא, א"כ מכל מ"ש מוכח דטריף מיד ישראל הקונה מיד כותי הקונה מישראל החייב וא"כ נ"ד לא נופל הוא מההוא נדון דעליו נשאל הרשב"א ז"ל דכתב מר"ן ז"ל סי' ע"ה דמה לי טורף ממי שקונה מיד הכותי החייב לדטריף מיד הקונה מגוי הקונה מישראל החייב סוף סוף קרקע הבא לידו גרוע הוא מעיקרו.

אלא שנמ"ך למנהר"ר הרדב"ז זלה"ה בת"א סי' ת"ק ז"ל שאלה ראובן יש עליו כתובת אשה וב"ח ומכר קרקע שהיה לו לגוי ואותו גוי מכר הקרקע ההוא לשמעון באים אשה וב"ח לטרוף הקרקע משמעון וטוען שמעון אנא מכח הגוי קא אתינא ואין לכם כח לדון עם הגוי לפי שאין דין טירפא בערכאותיהם. וישראל הבא מכח הגוי הרי הוא כגוי יורנו רבינו מורה צדק הדין עם מי ושכמ"ה. תשובה הדין עם שמעון משום דמצי למימר ליהו אי שתקיתו שתקיתי ואי לא מהדרנא שטרא למאריה ולא מציתו לאשתעויי דינא בהדיה, והכי איתא בההיא דאבדה לו דרך שדהו, ותו דמה יועיל שנוציא משמעון והרי שמעון חוזר על הגוי והגוי חוזר ולוקח הבית ואפוכי מטרתא למה לי הלכך יעמוד שמעון בשלי, 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 פרק חזקת הבתים דדילמא לא ירצה הגוי להחזיר המקח ולא לבנות לסתום החלונות אבל בנ"ד שהישראל 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 יחזיר על הגוי ויפסיד מעותיו ואפי' לדעת ראבי"ה דלא אמרינן ישראל הבא מכח גוי הרי הוא כגוי אלא היכא דהורע כחו אבל ליפות כחי 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, ולכאורה נראה דיש להקשות ע"ז מכמה אנפי ובפרט דנראה מלשונו הטהור שהוא ז"ל ס"ל דהקונה מהכותי קאי באתריה למעליותא הפך ממ"ש מר"ן ז"ל דדוקא לגריעותא.

אלא שמצאתי ראיתי להרב המאסף לכל מחנות הפוסקים הרב ועצום בעל כנה"ג סי' ק"א בהגהת הטור אות ד' הביא ז"ל תשובה זו ולא פקפק עליה ולא הביא שום חולק כלל ואדרבא הביא תנא דמסייע וז"ל מכר הלוה קרקע שהיה לו לכותי והכותי מכר הקרקע לראובן אין ב"ח של הלוה גובין ממקרקעי שביד ראובן הרדב"ז ח"ב סימן קס"ה מורי הרב בתשובה חח"מ סי' ל"ח ויראה שחוזרים על הלקוחות שקדמו למכר זה וכ"כ בג"ת דף מ"ג עכ"ל, וכן מ"ך מועתק מכ"י מופת הדור הרב המופלג כמוהר"ר ריב"ע זלה"ה ז"ל לענייניו וגם בענין הב"ח אם יש לו דין נגד הקונה כבר פסק מהר"י מטראני בשם הרדב"ז ז"ל שאין שום זכות נגד הלוקח אי מטעם תקנתא אי מטעם ד"ד יע"ש עכ"ל, הרי מוכח דקבעוה להלכה וחזקוה במסמרים א"כ מוכח מהכא דלא טריף הב"ח מיד הקונה הנז' ואע"ג שיש לומר דבנדון דהרדב"ז ז"ל ק קרקע ובנ"ד חזקה וקצת מטעמיו לא שייכי בחזקה, מ"מ לא ראינו שום גדול ז"ל שחילק בזה.

אמנם בנ"ד נראה דיודה הרדב"ז ז"ל דב"ח גובה דהא בסיום תשו' כתב דדוקא שקנה הגוי כדין והחזיק כדין, ובנ"ד הרי נתבאר דשלא כדין היה קנינו, ותהלות לאל יתברך שמצאתי כתוב חילוק זה מועתק מכ"י הרב המופלג כמוהה"ריב"ע זלה"ה שנשאל על ראובן שהשכיר לגזברי מקום לזמן וכו' וחייב עצמו וכו' בקו"ש שאם ימכרנו תוך הזמן לגוי וכו' שמעכשיו הוא מכור לגזברים וכו' ובתוך הזמן מכרו לגוי וחזר הגוי ומכרו לשמעון וטוענים הגזברים שראובן מכר דבר שאינו שלו וכו' ושמעון משיב שבא מחמת גוי והרי וכו' ותשובתו ז"ל דהניח מעותיו על קרן הצבי דאע"ג דאמרינן מי שאבדה לו וכו' אי שתקיתו וכו' דלפים דיהטא נראה דהכא נמי יטעון שמעון כך ואז לא מצו לאשתעויי דינא בהדי גוי, נדון זה ודאי לא נגע וכו' וגם אין הנדון דומה למה שהובא בשאלות מהר"י מטראני סי' ל"ח בראובן שמכר ביתו לגוי ושוב מכרה הגוי לשמעון ועכשיו בא ב"ח לראובן לטרוף מיד שמעון וכו' וטוען שמעון וכו' מכח הגוי וכו' ושהשאלה הזאת נשאלה ג"כ מהרדב"ז ז"ל והשיב שאין לראובן על שמעון כלום כדאמרינן אי שתקיתו וכו' ול"ד וכו' וכדפריש מהר"י מטראני ז"ל דברי הרדב"ז וכו' בזה אינו ענין לזה כלל דשאני הכא דמכר ראובן דבר שאינו שלו וכו' אבל התם הטעם הוא כמ"ש מהר"י מטראני ז"ל בעשותו סמוכות לדברי הרדב"ז ז"ל משא"כ כאן דהגוי לא היה זוכה כלל אין לשמעון הבא מכחי ולא כלום וכו', ואף לדעת קצת פוסקים שפסקו דבא מכח גוי הרי הוא כגוי ואפילו למעליותא הכא מודו וכל אפיא שוין דאין במכר שמכר לגוי שום ממשות וכן במה שמכר הגוי לשמעון וכאמור וכ"ש לפי רוב הפוסקים שפסקו דדוקא לגריעותא וכמו שפסק הרב המשבי"ר עכ"ל לשון הזהב. הרי מבואר דבמקום דלא קני הגוי כנ"ד הבא מכחו הרי הוא כמוהו ולא קני ויד ב"ח של בעל החזקה נטויה לגבות מהחזקות הנז' ככתוב [ולענין חזקה דחזקה אי מהני בה מכר לגוי הדבר תלוי ביד רבותינו מאורי הגולה והם יורינו אי מהני אי לא], כ"ש בנ"ד שאומר הב"ח שהקונה מהגוי הנז' הוא בנו של המוכר הנז' והבן הנז' היה ערב לגוי הנז' בחוב הנז' ובהגיע עת הפורעין בראות האב כי חייב הבן לגוי נכמרו רחמיו על בנו והערימו ביניהם ועשו כל הכתוב בשטר בערמה, לפי טענה זו אם יתברר הדבר א"צ לכל מה שכתבנו דבמקום ערמה לא תקון רבנן, וכן מ"ך בסיום הפס"ד הא' הנז"ל משם הרב כמוהה"ריב"ע זצוק"ל ז"ל וכ"ז אם לא תמצא שום קנוניא והערמה להפקיע יד הב"ח אבל אם יש איזה קנוניא והערמה בזה או אם כבר החליטו ב"ד את החזקה וכו' והשליטו לב"ח עליה אין לנו להרהר אחר מה שעשו עכ"ל, זהו הנראה לקוצר דעתי וצור ישראל ינחני במעגלי צדק למען שמו ויצילני משגיאות ויאר עיני במאור תורתו ויפרוס על עמו ישראל סוכת שלומו.

נאם הצעיר ע"ה ב"ה יהושע ן' זכרי ס"ט בלא"א אהרן ן' זכרי זלה"ה
בחנם הטריח עצמו בדברים הדברים שלא נגע ולא פגע בנדון שעליו בונה בנינים שהם סתירה, חדא דלא נתן לבו לכל אותה הצעה שהציע הסופר תחילה שהמכר נעשה בגופן של גוים שבהודאה לבד שמודה לפניהם נגמר המכר ואפי' יהיה מחמת חוב וכיוצא מאותן דחיות שדוחה וקי"ל בכמה דוכתי דשטר העשוי בגופן של גוים שטר הוא משום דדינא דמלכותא דינא עיין תשובת הרשב"א הביאה מר"ן ב"י סי' ס"ו מחו' כ"ב ועיין סי' ס"ח ופשוט בכמה מקומות וא"כ כבר נגמר המכר ע"פ הערכאות, ולחשש דמשקרי ליכא שהרי דייק ותני הסופר לפנינו ולפני הערכאות ולתוספת טובא הוא דנכתב השטר מכר ואף אם לא היה נגמר הדבר עפ"י הערכאות היה הדבר נגמר עפ"י השטר מכר הנז' ואף אם היה חוב גמור ומלוה גמורה דל כסף מהכא ישאר השטר והחליפין כדכתב מר"ן הב"י בסי' ס"א י"ו ד"ה ראובן שלוה וכו' אבל עכשיו בדין זה שהיה בקנין ובשטר נסתלק מכאן כל ספק שיש לנו לומר דל זוזי מהכא וליקני בקנין ובשטר יע"ש. א"כ גם בנ"ד נימא הכי דדל זוזי ישאר הקנין והשטר כ"ש דאינה מלוה וכמו שכתב הוא עצמו אלא שרצה לכסות עין השמש בכברה בדברי נביאות ומלי דכדי, ומה שרצה לדחותו משום שנעשה בקוש"ח והביא סברת הש"ך דאין הגוי קונה בחליפין יו"ד אקרקפתא קא חזינא הכא איך מלאו לבו לפסוק כדעת הש"ך נגד ר"ת וקבלו דבריו הטור ומר"ן וכמה פוסקים וכ"ש שהש"ך להלכה אמרה ולא למעשה שהוא עצמו למעשה אינו יכול לחלוק על ר"ת שכבר הורה גדול, ובאמת אם הקנין נעשה ע"י עדים אינו קנין משום דאין שליחות וכו', והדבר סתום ויכול להתפרש שנעשה הקנין ע"י גוי והש"ח ע"י עדים ואפי' אם נעשה ע"י העדים דל קנין מהכא יתקיים המכר מחמת הש"ח ואין ממש בדחיות שכתב לדחות השבועה שהוא לא הבין מה רוצים לומר במה שכותבים כ"א למ"ש שכוונתינו דלא נימא דבאה השבועה לחזק הקנין וכיון דאין קנין אין שבועה אלא כל אחד נדרש לעצמו למה שיועיל, ואין צורך להאריך לדחות דברים דחויים מעיקרן, וכבר הגיע השטר הנז' ליד הרבנים המובהקים רבני פאם יע"א ויחזקוהו במסמרים לא ימוט. וכן חכמי מכנאם סמכו ידיהם עליו דאין ב"ח טורף מיד הקונה מהגוי משום אי שתקת וכו' ולראיה חתמתי.
ישועה אביטבול ס"ט

סימן צז

אחר שעמדו בדין הר' ישראל יעקב בן חמו והר' דוד הכהן עם משה בן ראובן אלכסלאסי שהיה רוצה להחזיק בחזקת הבית הימני להנכנס בהאלדווירא שבחצר הנק' ע"ש בן

ערפא מכח מה שהוציא שטר צוואה בעד א' שאביו צוה לפני מותו שהחזקה הנז' קנאה משכירות משה הנז' לזכותו של משה הנז' וזכו בדינם הב"ח וסלקו למשה הנז' מעל החזקה הנז' ונשארה לזכות אביו הנז' והמה הוציאו שטרי חובות נגד ראובן לזכות בהחזקה הנז' והוא שהר' ישראל הוציא שטר לזכות אביו כהרשב"ח ז"ל ופסקי דינים שנשאר בו בלי פרעון סך תק"ס ס"ם ג"ם וזמן השטר בחשון התקכ"ב ובנאמנות מפורשת וכו' עוב"ך ודוד הוציא ב' שטרות האחד מסך ארבעים אוקיות וזמנו באייר התקנ"ה בנאמנות מפורשת וכו' עוב"ך, ואחד מסך כ"ם ו"ת משותף בינו ובין הר' מסעוד אלקובי וזמנו בניסן התק"ם ובנאמנות מפורשת עוב"ך ועם היות ששטרו של הר"ש הנז' קדם טען עליו דוד לישבע על שטרו כמו שכל זה כתוב בידם באורך בפס"ד שבו נדונו עם משה הנז' ועם היורשים וזכו בדינם אלא שהרי"ש הנז' לא רצה לישבע בשביל דבר מועט שיטול דוד הנז', ובכן העמדנו שמאים ושמו החזקה הנז' בסך מאתים וחמשים אוקיות מכ"ט כמ"ש בשטר השומא כתוב וחתום כראוי מיד השמאים ולכן בעד הסך הנז' עפ"י השומא הנז' הורדנו לה"ר ישראל הנז' להחזקה הנז' בעד הסך הנז' שיתנכה מהחוב וכתבנו פרעון הסך הנז' ע"ג השטר שבידו והחלטנו החזקה הנז' בידו החלט גמור ומעתה רשאי ושליט הר' ישראל הנז' לעשות בהחזקה הנז' חפצו ורצונו לדור ולהשכיר ולמשכן ולמכור ולהרוס, ולבנות ולעשות ככל אשר תאוה נפשו בהחזקה הנז' ואין דובר אליו דבר שכבר רקננו זכות וכח הלוה הנז' ויורשיו מהחזקה הנז' וזכנוהו להמלוה הנז' ולבאי כחו בלי שום שיור זכות כלל ליורשים הנז' והכל באחריות על נכסי הלוה מקרקעי ואגבן מטלטלי כתקנת חכמים זכרם לברכה ונגמר הכל בחומר כל שטרי הורדה העשויים באמת וישר באופן המועיל כדת וכהלכה ובחוזק ותוקף כל מעשה ב"ד יפה היום עשרים בחדש כסלו משנת התקצ"ב ליצירה ושריר וקים.

שאול ישועה אביטבול ס"ט בכמוהר"ר יצחק זלה"ה

גם אנחנו חתומי מטה הסכמנו על ההורדה הנז' וקים. ישראל יעקב עולייל ס"ט מאיר צבע סליט"א

אצטריכנא לאודועי דהכרזה בענין זה היא מלתא דלא צריכה, חדא דלא אמרו בסי' ק"ט שצריך הכרזה בנכסי יתומים אלא כשהם קטנים פחותים מי"ג שנה אבל בגדולים י"ג שנה ויום א' לא בעי הכרזה היינו שלשים יום אך הכרזה מיהא בעי סי' ק"ג א'] וכמ"ש הרב המאסף בסי' זה הגה"ט אות ב' משם מהר"ם מטראני והביאו הבאה"ט שם ס"ק א' והכא הקטן שביורשים הנז' שהוא משה הנז' אין שנותיו פחות מעשרים שנה, ועוד דבמקום שנהגו שלא להכריז אין מכריזין כמבואר בב"י שם ומדברי מר"ן בש"ע שם

ס"ג, ואני חזיתי בכתב הקדש מרחימא דנפשאי הח' הש' הדו"מ כמוהר"ר שאול סרירו שכתב בפס"ד הובא ממכנאס יע"א וז"ל נמ"ך משם הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה דהאידנא נהוג למכור בלא הכרזה עכ"ל, גם בנוסח ההורדה שהעתקתי מעט סופר של הרב הנז' לא נזכר בה הכרזה, ועוד שאעפ"י ששמו השמאים החזקה הנז' בסך קק"ם נ"ם כנ"ב בשטר ההורדה וכתבנו ע"ג השטר שהוציא ישראל הנז' פרעון מהסך הנז' והוא הוסיף ונתן לדוד הנ"ב סך חמשים אוקיות לפרעון שטרותיו מכיסו דהוי לקח החזקה מסך ש"ם שניכה להיורשים משטרו קק"ם נ"ם ופרע בעדים שטרי הר' דוד הנז' בסך נ"ם וברור דבהכרזה לא יגיעו אפי' לשומת השמאים וכ"ש בתוספת נ"ם על שומת השמאים ולהיות שהר' ישראל הנז' צריך למעות והוצרך למכור החזקה הנז' הודעתי להיורשים הנז' כשבאו לפני באור ליום א' ר"ח טבת ובקשו ממני לפשר ביניהם ודחיתי אותם באמת הבנין דאסור לבצוע אחר שכבר נגמר הדין אעפ"י שלא נכתב פס"ד, ומה גם הכא שכבר נגמר הדין ונכתב ואדרבא מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם ונומיתי להם שאעפ"י שזכה הר' ישראל הנז' בהחזקה הנז' עפ"י ההורדה הנ"ל וקי"ל שומא הדרא ואעפ"י שהוא נטלה בסך ש"ם לא יתנו לו כי אם קק"ם נ"ם ויפרע הנ"ם שפרע להם חוב דוד הנז' מכיסו ולא נתרצו לזה ועמד הר' ישראל הנז' ביום ר"ח ומכר החזקה להרד"ך הנז' בסך קק"ם נ"ם וניכה לו מדמי המכר סך נ"ם דמי שטרותיו ונתן בידו קק"ם ונגמר המכר ביניהם כמשו"ח ביד דוד הנז', וביום ג' חזרו על בקשתם הנז' והוליכו בידם איזה חכמים בעיניהם לבית הר' ישראל הנז' שיחזיר עוד להם מסך קק"ם שנטל איזה סך ומפני שבושתו מרובה אמר להם למחר בע"ה אעשה רצונכם אם אמצא והוכחתי אותם לת"ח על ככה שאין זה אלא גזלנות גמורה ולא אמרו דאחר שאינו דיין רשאי לפשר רק בהיכא דנגמר הדין ולא כנ"ד שנגמר הדין ונכתב ונחתם ונכתבה ההורדה ומכר הקרקע מה מקום לפשרה אחר שכבר גבה ונתרצה לוותר להם איזה סך מה שנשאר בחוב אביהם אבל ליתן ממה שכבר גבה והוציא בצורך הוצאותיו וחובותיו איך יעמיסו על עני בן טובים כזה להוציא ממנו ויצטרך להקיף כדי ליתן לאחרים:

עוד הגידו לי שהגזימו עליו בהגזמות שיש שטר מאוחר שנתחייב ראובן הנז' ליתומת דניאל בנו ועם היות שידענא דשטרא פריעא הוא שהיה זן ליתומה הנז' מחמת החוב הנז' וגם סייעה בנדוניא מ"מ אפי' אם היה שטר גמור והוא מאוחר איך יוציא מיד המוקדם ואפי' שבועה לא בעי דלא אמרו מאוחר משביע למוקדם אלא קודם גבייה אבל אחר שגבה המוקדם אין מזקיקו לשבועה ודבר ברור הוא.

נאם שאול ישועה סי"ט

דין אמת דן החכם הפוסק נר"ו שיכולין בע"ח של ראובן ליטול חזקת הבית הנז' דלפי האמת של ראובן היא ואין למשה בנו שום זכות כ"א העולה לו בירושה כאחד מאחיו ובע"ח של אביהם קודמין כו אף שתהיה הצוואה וההודאה בשני עדים אין בהם הכרח שהקניה היתה לזכות משה בנו רק אומר שקנאה משכירות משה בנו. והנה המדקדק בלשון הצואה גם בלשון ההודאה שע"ג ימצא שינויים רבים בין תורף הצואה וההודאה עצמם ובין ההעתקה שהעתיק החכם המסתפק בפסק החכם הפוסק שהנה בצואה כתוב וז"ל ושחזקת הבית אשר הוא דר בו היא כתובה לזכות בתו המעות שבהם קנו החזקה ונכתב השטר לזכות בתו ההוא אמר שאין לבתו בהם כלום שדמי המקנה של החזקה נתנם בנו הבחור משה ממה שהיה משכיר עצמו לזולת ונוטל שכירותו עכ"ל, הנה מלשון הצואה נראה שלא בא כלל להפריש בינו לבין בנו לומר של בנו ולא שלו, רק בא לרחק בתו שלא יעלה בלב איש לומר כי היא של בתו בא לומר שאינו כן אלא שלו, ושפרע מדמי שכירות בנו לפי הדין שהם שלו כי סמוך על שלחנו ומעשה ידיו לאביו, וזה לפי המנהג שהיה נוהג עם בנו כמנהג העולם שנוטלים שכירות בניהם וכ"ש בנו הקטן ששכירותו הלואי יגיע לחלק עשירי ממזונותיו, זהו המכוון מצואתו. ואין לחוש להעתק שהעתיק החכם המסתפק שסיים מה שלא היה וז"ל שהחזקה קנאה מדמי שכירותו "ולזכותו קנאה" עכ"ל, וב' תיבות אלו לא נזכרו כלל בצואה ואין זה שגגה מהחכם המסתפק כי ראיתי גם בדברי החכם הפוסק כתב כן בפסק הא' אך גם הוא כתב זה בשגגה שלא זכר לשון הצואה כי לא היתה לפניו ועכ"פ שגגה הם כי איך יאמר המצווה שלזכותו קנאה והוא לא קנה כלום כי בתו היא שקנתה, ובתו לא עלתה על דעתה כלל לקנות כ"א לזכות אביה כי מה לה לקנות לזכות הבן הקטן שהיה תחת יד אביו. וכל כוונתה שלא יצא אביה מהמדור שהיה בו.

ואמת כי רמאות נהגה לדחות הלוקח שלא כדין, ולפי האמת היא של הלוקח ומ"מ כיון שנדחה נדחה אם ידע בכל זה ושתק. וזכה בה ראובן וגם בהודאה הכתובה ע"ג הצוואה מוכח כן שכתוב בה וז"ל שהודה הלוה ואשתו שהמעות שבהם סלקו הלוקח הם של אביה שתפס משכירות משה בנו ולזכותו קנו החזקה והם לא היו כ"א שלוחים בדבר, ואין להם זכות בחזקה עכ"ל, מבואר נגלה שכל כוונתם כ"א לשלול עצמם שלא היו כ"א שלוחים והיינו לראובן כמו שסיימו ולזכותו קנו החזקה דהיינו לזכות ראובן שנזכר מתחילה שהמעות שלו ומה להם ולמשה, וכ"כ בהעתק וז"ל שקנאוה לזכות ראובן ומנכסיו קנו אותה והם לא היו כ"א שלוחים בדבר עכ"ל. אלא שסיים וראובן אמר לפנינו שמנכסי משה בנו קנאה לזכותו משכירות שהיה גובה וכו' עכ"ל, והסיום הזה

אינו בהודאה, וגם הוא תמוה דאיך יאמר ראובן שלזכות משה בנו קנאה והוא לא קנה כלום כ"א בתו היא שקנתה והיא ודאי לא קנתה כ"א לזכות אביה כדי שלא יצא מן הבית באופן שבין בצוואה בין בהודאה שע"ג אפי' אם היתה בב' עדים לא מוכח כלל שלזכות משה היתה הקניה וכ"ש עכשיו שאין בה כ"א עד אחד וכ"ש שאפי' היתה בב' עדים אינה כ"א זכיה מחדש ובע"ח הקודמין הם קודמין, וכ"ז מוכח משני קבלת עדויות א' ביד כבע"ח שכתוב בה שהיה ראובן אומר מא נעטי האד לחזקה גיר למשה בני מן זאנב די הווא סגיר וכו' וכן בק"ע שביד היורשים שהיתה אשת ראובן קובלת על בעלה על מה שנושה בו בנה והשיבה שייחד לו החזקה, כ"ז מוכח שבתורת מתנה רוצה ליתן לו פרעון על מה שהוא נושה בו.

וכיון שהחזיק ראובן במקחו כמה שנים הרי היא שלו ואין למשה בנו בה כלום כי אין לו אלא מה ששייר אביו וחזקה שהחזיק משה אינה כלום כי נודע שהחזיק שלא כדין ובלא"ה הוא שותף עם אחיו בירושת אביו ושות' אין להם חזקה זע"ז, ולכן הדין דין אמת שבע"ח קודמין ואינם צריכין שבועה כיון שהוא בני חרי ביד היורשים.

והכרזה היתה צריכה כמ"ש בסי' ק"ג ואם נראה לב"ד בזה שלא להכריז כגון שיוסיפו קצת על שומת השמאים סגי בהכי שהכל תלוי בראיית ב"ד אם נראה להם שלא להכריז מאיזה טעם, יכולין להוריד בלא הכרזה, וכן נמצא בהורדה שעשו הרבנים מהריב"ץ ז"ל והרב המשבי"ר ז"ל ומהר"ם אדהאן ז"ל שכתבו שנ"ל שא"צ הכרזה והורידו ב"ח בלא הכרזה אך צריך הורדה בג' והי"ל להחכם מאריה דאתרא לצרף עמו שני ת"ח אחרים שלא ישאר מקום לבע"ד לחלוק וכתורה יעשה, וזה אינו מזיק וגם עכשיו יכול לעשות כן וכ"ש אם היו עמו כבר ועדיין לא חתמו שיחתמו עכשיו והכל מתוקן, באופן שהדין דין אמת כדברי החכם הפוסק נר"ו ותול"מ, ונראיה על דבר אמת ח"פ בטבת תקס"ב לפ"ק ושו"ב וקים.

הקטן מו"ן רפאל בירדוגו סלי"ט

הנשמע מכתבי ב' הכתות הוא שמרים אשת שלם ן' שלוחא בתו של ראובן הנז' קנתה לזכות אביה הנז' אלא שאביה הנז' הודה בזמן שהודית לו הבת הנז' שלזכותו היה המקנה וגם בעת צוואתו שמנכסי משה בנו קנה ולזכותו. ולזה הנלע"ד שאם יהודה עולייל וב"ד לא:

נודע להם שמה שזכתה מרים ובעלה הנז' מדין מצרנות ונכתב השטר על שמם היה שלא כדין שלא היה יהודה שליח במקנתו אלא למצרן וכיון שהמצרן הודה בהודאה גמו' שלא היה המקח לזכותו אלא לזכות אחרים לא נעשה יהודה שליח לאחרים והקרקע

ברשותו עומד [ועוד שקנה מן האשה וכמ"ש מור"ם והביאו הב"י בלי חולק] אלא שאם ידע מזה ושתק איבד זכותו ואם לאו מחזיר הדמים ומחזיק במקנתו והדרא ארעא והדרי פירי יעוין בסי' קע"ה סמ"ו, ומ"מ אם נחזיק שיהודה הנז' מחל בקניינו ללוקחים וזכה ראובן הנז' במקחו מ"מ לאו כל כמיניה דראובן לחוב לב"ח בהודאתו שהודה שהמקח הנז' היה לזכות בנו וכמבואר בסימן מ"ז ופ"ו ס"ה וצ"ט ס"א שאף אם מעות השכירות עדיין הם בידו אינו נאמן לומר עליהם שהם של משה בנו דאע"ג דאית ליה מגו דאי בעי להחזירם לו מ"מ הו"ל מגו במקום חזקה דחזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו וכמ"ש מור"ם שם בסי' צ"ט, ומה גם בנ"ד שאף שיתברר שהיו ביד ראובן נכסי שכירות משה בנו ליכא למימר מהימן במגו דאי בעי יהבה ליה וכההיא דכתב מור"ם לבסוף דבנד"ד שהודאתו היתה לאחר המקח כי נמי הדר יהבה ליה במתנה גמורה אתו בע"ח וטרפי לה כדין כל הטורפים ולא מהני מידי. ואף אם יתברר בירור גמור שמנכסי משה בנו קנאה לאו כלום הוא שכיון שמשה בנו הנז' הוא סמוך על שלחנו מעשה ידיו של אביו ומכי תפסם אביו הרי הם שלו אף להורישם לכל יורשיו לאחר מותו, וההיא דכתב מור"ם בסי' ע"ר דאם מת אינו מורישׁ מלאכת בן אחר וכו' מיירי בשעדיין לא תפס האב ועדיין הם ביד הבן. וכמדוקדק מל' הסמ"ע שם סק"א שכתב ולא תבעו אביו בחייו וכו' וכ"ה בפשיטות בתשובה שהביא הרב"י בסוס"י קע"ז יע"ש אבל אם תבעו האב ונכנסו בידו לית דינא דשל אב הן וכיון שכן שזכה בהן וקנה בהן קרקע לית דינא שאינו נאמן בהודאתו להפקיע ב"ח ולומר דלזכות הבן קנה ודין ההברחה דאיתא בסי' צ"ט אינו ענין לכאן.

וא"כ הוא ההחזקה הנז' עדיין היא ביד ראובן וביד כללות כל יורשיו ומה שהחזיק בה משה אח"ך אינה חזקה כי אין לאחין ולשותפין חזקה זע"ז וזכו ב"ח לגבותה בלא שבועה. ובענין ההכרזה שכתבו משם מוהריב"ץ וסיעתו ז"ל אם קבלה נקבל ואם לדין יש תשובה כי שמא לא כתבו הרבנים ז"ל אלא בזמנם שהיה עול משא מלך ושרים וכל בעלי כיסין נחבאים אל הכלים לבלתי הראות על עצמן שום דבר של השבעת עין אבל בזמנינו זה שה' הניח לעמו מסביב והקרקעות עולים למעלה ראש ומצויה התוספת בבירור ע"י ההכרזה אפשר שלא דברו והכרי' לדינא דבעו הכרזה אף בבא ליפרע מנכסים בני חורין שלא מדעת בעלים אלא דבבני חרי לא בעי ל' יום כשל יתומים וסגי בעד שיפסקו המוסיפין לדעת הרמב"ם וכדאיתא בסי' צ"ח ט' וק"ג א'. אבל לדעת הטור גם בבני חרי בעי הכרזה כשל יתומים וסיים שאם טעו ומכרו בלא הכרזה שמכרן בטל יע"ש בסי' ק"ג

ומ"מ אם יסכימו בעלי הוראה שלא להצריך הכרזה אין להרהר אחר דבריהם, זהו הנ"ל וצור ישראל יצילנו משגיאות אכי"ר, החו"פ מכנאם יע"א איש צעיר מר ממות.
פתחיה מרדכי בירדוגו סי"ט

שוב ראיתי מ"ש הר"מ רבק"ש ז"ל בסוס"י קל"ט וז"ל ראובן החזיק בקרקע ג"ש יותר כראוי ומת וקודם מיתתו הודה שהקרקע היא של שמעון וב"ח של ראובן בא לגבות מהקרקע שהחזיק ראובן פסק מהרש"ל בתשובה סימן י"א שהדין עם שמעון עכ"ל, ולכאורה הדברים תמוהים שהם נגד ההלכה שחזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו ואינו נאמן לחוב בהודאתו לב"ח וכדאיתיה לעיל ולקמן בסימן קמ"ו ס"י כתב מור"ם בשם תשו' הרא"ש וז"ל ואין המוכר או הלוה נאמנים לומר שהקרקע לא היתה שלהם עכ"ל, וסיים שם בתשו' להרא"ש ז"ל דאטו אם יאמר ראובן שדה שמכרתי לשמעון גזלתיו מלוי יוציא השדה מיד שמעון פשיטא דלא, דאדם יכול לחוב בטענתו לעצמו ולא לאחרים ויחזיר דמי השדה ללוי והשדה תשאר ביד שמעון עכ"ל, הרי לפנינו היפך תשובת מהרש"ל ז"ל, ובאמת אחר המחילה מכבוד הר"מ רבק"ש ז"ל קיצר מאד במקום שהיה לו להאריך לבלתי נתון מקום לטעות, והוא דאופן המעשה שם בתשובה לרש"ל סי' א' הכי הוה שיעקב הניח מקום בה"ך לשלשה בניו ראובן שמעון ולוי והיה לוי יושב במקום ההוא ברשיון אחיו כי אחיו פנו דירתם לעיר אחרת ובשעת מיתת לוי הודה שהמקום ההוא עדיין הוא לכללות האחים ואחרי כן עמדה אשתו לגבות כתובתה מהמקום ההוא באומרה שבעלה החזיק בו כמה שנים ושלו הוא, והשיב הרב דזכו האחין במקומן ואין לאלמנת לוי בו אלא חלק בעלה אם מפני שאין לאחין חזקה זע"ז בדבר שאין בו דין חלוקה אם מפני שאין ללוי חזקה בזה המקום אלא בחזקה שיש עמה טענה והכא ליכא טענה שהרי לוי מודה שאינו שלו ועדיין הוא לכללות האחין יע"ש. ומן הענין יראה לי לחלק הדבר לג' ענפים, הא' הוא נדון מהרש"ל ז"ל דבכה"ג מה ראית שלא להאמינו כדי שלא לחוב לאשה נאמינו שלא לחוב להאחין שהדבר ידוע שהמקום של אביהם וחזקת אחיהם לוי היתה בחזקה שאין עמה טענה, הגע עצמך במי שמערער על שדה בעדים שהיא שלו ושל אבותיו והמחזיק מודה שאינה שלו האם מפני ב"ח של המחזיק שלא לחוב להם ניקו אנן לשלוחי גלימיה דמערער ודינא הוא שאין לב"ח דמחזיק על המערער כ"א חר"ם ויטול המערער את שלו, הב' המוכר או הלוה שהחזיקו ג"ש ואח"כ מכר המוכר והגבה הלוה לב"ח שוב אינן נאמנים לומר שהשדה אינה שלהם אע"ג דחבין למערער דכיון שכבר מכרו בחזקת שהיא שלהם הו"ל חזקה שיש עמה טענה ושוב אינם נאמנים לומר דמערער היא ולחוב ללקוחות והיינו נדון תשו' הרא"ש דאייתי

מור' בסי' קמ"ו, הג' אם אין עליה מערער וכנ"ד והרי היא בחזקת ראובן אלא שמאליו ומעצמו מודה שהיא של שמעון במקום שיש עליו ב"ח בזה ג"כ אינו נאמן בהודאתו לחוב ולהפקיע יד ב"ח והיינו הך דסי' מ"ז ופ"ו וצ"ט דאייתי' וק"ש.

פתחיה ס"ט

הד"א כמ"ש החכם הפוסק נר"ו והסכימו על דבריו חכמי מכנאם ישצ"ו בראיות ברורות שזכו ב"ח של ראובן הנ"ב בחזקה הנ"ב בלי שום שו"ש ולראיה ח"פ פאס יע"א בזמן הנ"ב וקים.

איש צעיר שאול סרירו סל"ט

עם היות שכבר כתבתי לזכות משה ן' ראובן הנ"ב שזכה בחזקה ואינה הברחה זה היה מחמת שלא ראיתי הפס"ד שביד הר' ישראל ב"ח הנ"ב וקב"ע כמ"ש בפנים והן היום שהגיתי בכל פעולו של החכם הפוסק הנ"ב י"ץ ושפתיו ברור מללו א"כ הדין עם הר' ישראל הנ"ב ויזכה בחזקה מפאת החוב וההורדה הנ"ב היא חזקה כראי מוצק ולראיה ח"פ בששי בשבת ך' יום לטבת שנה הנ"ל.

נאם יהודה ן' עטר יס"ט

מאחר שהודו הבת ובעלה בקנין שלזכות אביה היה הקנין הנ"ב וכן ראיתי שטר משכונה שבו היתה ממושכנת החזקה הנז' ביד האלמנה ואח"כ הודית האלמנה שטר מסירה ע"ג לראובן אבי הבת ומצאת כי תדרשנו ביד הר"י הנז' א"כ מה שהודה האב ומה שציוה שהחזקה היא של בנו ומשלו נתנו לו דמי שכירותו הויא הודאתו חוב לאחרים ואינו נאמן כמו שפסקו החכמים יש"ץ והוי כמי שמכר קרקע או נתנו במתנה שב"ח נשבע וטורף מיד הלוקח או מקבל המתנה, וגם בנדון זה דעתי נוטה דעכ"פ צריך לישבע הרי"ש כדין טורף דלא גרע מאלו נתנו לו במתנה בלתי הטעם שמשכירותו קנאה לשמו כ"א מרצונו בלי שום סיבה, זה הנראה בקצרה בעיקר הדין הגם שהיה מקום להעיר בקצרה מדברי החכמים יש"ץ לענין דינא לנחיצת השואל קצרתי ולראיה ח"פ בזמן הנ"ב וקים.

רפאל אבן צור ס"ט

אחר שראיתי דברי החכם הפוסק נר"ו שעמדו לדין לפניו וזיכה לב"ח של ראובן הנז' והוכיח בראיות ברורות שלהבריח נתכוון כדי להפקיע יד ב"ח והסכימו עמו בעלי הוראה גם אנכי איש צעיר ידי תכון עמו עם החכם הפוסק נר"ו עם היות שכבר חתמתי לזכות משה הנז' הדרי בי ואומר קושטא קאי שזכו ב"ח בחזקה הנז' בלי שי"ש כמ"ש החכמים הנ"ל וקים ולראיה ח"פ בזמן הנ"ל.

שמואל אברהם בן זמרה ס"ט

סימן צח

בהיות אמת שהמבוי המפולש מפתח שער האלמלאח ועד הפתח המוציא לרשות הגוים ולהאלפורני התחתון אין כתליו ביושר אלא שהכותל החולק בין המבוי ההוא ובין השלשה חצרות צ'אר אלאקדי וצ'אר שלאל וצ'אר ר' מימון אספלייא שהוא מחצית המבוי הפונה לצד האלפורני הנז' יוצא לצד המבוי ושאר כותל המבוי ההוא הפונה לצד פתח שער העיר החולק בין המבוי ובין השתי חצרות צ'אר בן בוראך וצ'אר שנטובא נכנס לצד החצרות ההמה באופן שנשארה קרן זוית בין יציאת והכנסת כותל המבוי הנז' ויש כותל מחבר בין כותל היוצא לכותל הנכנס ושם באותו כותל המחבר בין הכותלים היה פתוח פתח שער החצר הנק' ע"ש ר' מימון הנ"ל ונפל כותל המחבר בין הכותלים ורוב כותל היוצא למבוי כל מה שהוא נגד החצר הנז' ועמד הר' מכלוף ן' דוד ן' הרוש לחדש בנייני הכותלים ההמה והחזיר פתח שער החצר הנז' בסוף הכותל היוצא למבוי וסתם הפתח שהיה נגד הקרן זוית שבין הכותלים אדעתא שיעשה שם חנות באותו קרן זוית ולא עכב עליו אדם מעולם בהחזרת הפתח נגד המבוי דליכא שום חשש היזק בפתיחתו שאין שם חצר פתוחה נגד אותו פתח דנימא לחוש להיזק ראיה בכניסה ויציאה ובני רשות הרבים העוברים במבוי ההוא אין להם שום גרעון בפתיחתו, וכאשר עמד לבנות החנות הנז' בהקרן זוית הנז' עמדו מיחידי הקהל לערער עליו ועלתה צעקתם לפני זה כמה ופסקתי ביניהם שרשאי לעשות החנות הנז' בהקרן זוית הנז' שהיתה דרך לחצירו ומקום פירוק משא לבני החצר ושם היתה אשפה מיוחדת להשליך בה זבל בני החצר הנז' וגם כי אחרי שהחזיר הפתח לרוח אחרת לא זזו בני החצר מלהשתמש במקום ההוא להשליך זבלים ועפר וכיוצא. אלא שצריך להעמידה כשיעור שלא יגרע כלום מרוחב המבוי שמצד שער העיר באופן שהמשא הבא דרך השער לעבור במבוי ההוא לא תעכבנו ולא תדחקנו החנות הנז' ואז הו"ל זה נהנה וזה אינו חסר דקי"ל כופין על מדת סדום, ועם היות שזכה בדינו עכ"ז מפני המחלוקת ישב לו בשב ואל תעשה ולא זז מהתרעם עליהם יום יום עד היום שלא מצאה ידו די השג לשכור החנות שהיה שוכר בהרחבה והוסיפו עליו והוציאוהו ממנה וכמעט פסקה מחייתו ואנו מצווים והחזקת בו לכן נכמרו רחמי ודחקתי עצמי עם היותי כעת מדוכה ביסירין רופא חנם ישלח דברו וירפאני כי"ר וכתבתי בידו שורות אלה בקצרה אך לא באריכות כי הדבר פשוט לכל יודע ספר ולראיה חתמתי בתמוז שנת ולהעלת"ו לפ"ק.

נאם שאול ישועה ס"ט בכמוה"ר יצחק אביטבול זלה"ה

דעתי נוטה ומסכמת כמ"ש החכם הפוסק נר"ו דרשאי הר"מ הנז' לעשות החנות הנז' בהקרן זוית הנז' כמ"ש מלתא בטעמא שהיתה דרך לחצרו ומקום פירוק משא לבני החצר וכו', ועוד זה אין לו שיעור שהמציא לפני הר"מ הנז' קבלת עדויות מת"ח רשומים שבעירם כמו שלשה או ארבעה ת"ח ושם נאמר שבעת שבנה הר"מ הנז' הכותל מחדש ביושר כנ"ל הכניס הכותל לחלל חצרו ונשאר המקום רחב ובמקום ההוא בנה החנות ולא נגרע כלום מרוחב המבוי, א"כ איפוא מאחר שהכניס הכותל לחלל חצרו ולא נטל כלום מרוחב המבוי ואין להם שום היזק בבנין החנות הנז' דינא הוא דרשאי לבנות החנות הנז' דהמקום ההוא שלו הוא ולא גזל לשום נברא, וכיון דהמקום ההוא שלו הוא כאמור יכול הוא לעשות בו חפצו ורצונו לבנות החנות הנז' דבשלו הוא בונה, וגם אין כאן שום היזק לבני המבוי כמ"ש החכם הפוסק נר"ו ודינא הוא דיכול לבנות החנות ואין דובר אליו דבר והמערער נגדו יחיד או רבים דבריהם מהבל ימעטו לא שרירין ולא קיימין ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א בח' אב רחמן יה"ל ש' במישו"ר לפ"ק וקים.

ע"ה אליהו הצרפתי יס"ט הד"א יהודה ן' עטר יס"ט הד"א רפאל דוד אבן עטר ס"ט

אציטריכנא לאודועי ששמענו באומרים שיש ביד המערערי' על הר"מ הנז' קב"ע מב' עדים שפתח החצר הנז' שנתחדש בסוף הכותל כנ"ב בעת שהחזירו הר"מ הנז' ובנה החנות, כך היה הפתח משנים קדמוניות וכבר הכחישו אותם ת"ח שהעידו שהם יודעים שפתח החצר היה בקרן זוית וכן ביאר בדבריו החכם הפוסק נר"ו ובודאי לדברי החכמים שומעין שאמרו כהלכה, ואפילו נימא דלא שני לן בין עדות ת"ח לעדות שאר העם. מ"מ הר"מ הנז' הוא מוחזק זה כמה בחנות הנז' וקי"ל אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא וכו' והקרקע בחזקת בעליה ומאחר דיש ביד הר"מ הנז' עדים ת"ח וחזקה, א"כ העדות שיש ביד המערערים כמאן דליתה דמיא והרי היא כחרס הנשבר שב"מ ואין לשום דיין להזקק לה ולא לדון עליה ולראית האמת ח"פ עוד בזמן הנ"ל וקיים.

אליהו הצרפתי יס"ט יהודה ן' עטר יס"ט רפאל דוד אבן עטר ס"ט

יציבא מלתא שזכאי הר"מ הנז' בדינו מאחר שיש לו עדים ת"ח וחזקה שזה קרוב לי"א שנים מ"מ והוא משתמש בחנות כמות שהיא עתה בנויה ודאי דברי המערערים נגדו מהבל ימעטו והאמת עד לעצמו ודברי הרב אמ"ו אינם צריכים חיזוק שהם כמסורים מסיני ולא שבקינן עדות ת"ח ולקיים עדות עדים שאינם יודעים בטיב עדות שקר וכבר הרב נר"ו הכה על קדקדם ואמר אוקי תרי וכו' ולראיה וזכות ביד הר"מ ח"פ כיהודה ועוד לקרא וקים.

ידידיה משה מונסונייגו סילט"א בה"ר מנחם נ"ע

הדין דין אמת כמ"ש משי"ח החכם השלם הדיין המצוין כמוהר"ר שאול ישועה הנז"ב ולראיה וזכות ביד הר' מכלוף הנז' ח"פ וקים.
אברהם בלא"א יעקב אציני נ"ע ס"ט
לפי עדות החכמים הנ"ב מארי דאתרא כי החנות הנז' בנה אותה מכלוף הנ"ב במקומו שכנס לתוך שלו ויותר מבואר בשטרי הק"ע מת"ח אחרים כי כן, וגם מבואר בפסק הנ"ב שלא נטל כלום מרוחב המבוי והחזיק בחנות זה כמה ודאי שאין יכולין יחידי הקהל לסלקו כי בשלו הוא רשאי ואין דובר אליו דבר. וכדומה שבא לפנינו כתב מחאה על החנות הנז' ולפי ההצעה שעשו שם כי באלמות עשה מכלוף מה שעשה וכי בנה ברה"ר בחזקה כתבנו שאין לו חזקה, ואם החנות הזה היא שעליה כתבנו ודאי כיון שהעידו החכמים יש"ץ כי בשלו בנה אין לשום אדם לערער עליו כלל וח"פ בשמנה לטבת שנת בראשו"ן לפ"ק והכל שריר וקים.
יקותיאל סי"ט רפאל בירדוגו סלי"ט ברוך טולידאנו ס"ט

סימן צט

טופס מטופס עדות א' וז"ן
טופס ק"ע הוצרכנו להעתיקו לכתוב ע"ג פס"ד וז"ן במו' ג' כחדא הוינא יתבין אנן בי דינא דחתימי לתתא ואתו קדמנא המ' הר' ראובן ה"ן כסוס והבחור יעקב בכמוה"ר משה ה"ן אביטבול והעידו בתע"ג בל"ע אין הומאן כאנו קאעדין פשוק וג'א וואחד לגוי קאלהום וואש מא הנא סי יהוד מן לגרב קאלולו כאיינין והומא ברוחהום די כא יתכללמו מעאך מן לגרב, קאלהום אס מן מוצ'ע פלגרב קאלו סי מן פאם וסי מן מקנאם וסי מן ארבאט קאללהום אנא מא חאג'תי אניר מן די הווא מן פאס ודי הווא מן ארבאט לאיין קאללהום הגוי הווא כאן פלח'ג ומנאיין רג'ע מן לח'ג רגבוה סי יהוד מן קצמטינא באם יעטיווה סי בראוואת ילחקהום לפאס ולרבאט קאלהום לגוי הנז' מן סבבת אלי ג'א מן לח'ג מא ירפדסו לבראוואת די ליהוד ורגבוה וקאלולו מנאיין תתלאקא מעא סי יהוד מן פאס אוו מן רבאט תקוללהום וואיין ג'וג' ליהוד מן לגרב כאנו ענדהום פקצמטינא וואחד מן פאס וואחד מן רבאט וקאל קבל ימותו וואיין ענדהום אנשא פלגרב וקאם לגוי וכתב ייסם ליהוד בכתב ידו פזמאם די באס יביע וישרי ועבבאהום לגוי הנז' וג'בד אזמאם די כתב בידו והאדא די מכתוב פיה אשאעא די קראה קדאמהום עיוש בן אברהם בן אסוויסייא דמן ארבאט די מראתו יסמהא עלו קאלולו ליהוד וואיין מאת פקצמטינא, וג"כ מסעוד בן יוסף די מן פאס נסיב משה בושיבא מאת פקצמטינא והאד אסי כללו קאלו לגוי

הנז' וליהוד העדים הנז' מא סקסאווה ולא תכללמו מעאה כלל אלא לגוי מסל"ת על כל הדברים הנז' וחתי' הכא אנן בי דינא דחתימי לתתא והיה בא' בשבת ר"ח אייר חדש זו שלשים לניסן שנת התקס"ב וח"ע הח' הש' הדו"מ כהה"ר אברהם אציני והח' כהה"ר יהודה צ'רמון וכהה"ר דוד עטייא והכרנו חתי' הר"א והר"ד כדחזי.

וס"ל נמ"ך

הנפק שטרא דנא קדמנא אנן ב"ד ומדאתבריר לנא בחתי' ידייהו דדיינא דהיא היא אשרנוהי וקיימנוהי כדחזי ואתקיים וחתו' הח' השלם הדו"מ כהר"ר נתן ג'ייאן וכהה"ר שמואל ויצאל ונתקיימו לנו חתי' ולראיה ח"פ במאמר ב"ד וחתום הח' הש' כהה"ר יוסף אשרקי והח' השלם כהה"ר רפאל אביטבול זלה"ה ונתקיימו לנו חתי' כדחזי וחתימנא הכא תמ"ת ואתקיים.

וזה טופס עדות שנתקבלה באדר תקס"ח וז"ן

במותב תלתא כחדא הוינא יתבין אתו קדמנא הח' הש' כהה"ר יצחק ן' סאלם ארווימי והיק' עזוז בר ימין אצראף בתע"ג וקאלו אין הומא כא יערפו הי' מסעוד בר דוד וחיון בידיעה ברורה כא יקולולו בני אדם בעיר פאס אצ'ריווי שנלב"ע ענדנא פקסבת זטאת יע"א, וג"כ הר"י העיד באיין כאן נאזל ענדו חתא נלב"ע עכ"ד העדים וקבלנו עדותם כדחזי ד' באדר שנת ויהי בישורו"ן לפ"ק וקים וח"ע כהה"ר מרדכי נהון וכהה"ר מסעוד אזולאי ונתקיימו לנו חתי' וחתום כהה"ר רפאל מונסונייגו וקים.

נדרשתי אח"מ לפתוח יד בתשוב"ה. בשריותא דהדין עלובה, איכה ישבה, ימים ושנים של צער למעציבה, היתה כאלמנה יושבת למקוצעות בכבלי עגונה, היינו שכוחה היינו עזובה, ומן המודיעי"ת באתי שזה כמה שנים מאשר הובאה לפני ק"ע הראשונה שנתקבלה באייר תקס"ב הנ"ל ולא חזינא בה הכרעה באותה שעה לכף זכות יותר מכף חובה, דאע"ג שהעידו העדים שלא שאלוהו ולא דברו עמו כלל אלא שהגוי היה מסל"ת הא קא חזינא דאין כאן דין מסל"ת ברור מחמת שמצווה ועומד הוא מהיהודים שיבוא ויגיד לבני עירו שמת פ' והו"ל כדין נתכוון להעיד ולהודיע מיתתו ומשנה שלימה שנינו (יבמות קכ"א ע"ב) ובנכרי אם היה מתכוין אין עדותו עדות. ועם היות שבגמ' אמר שמואל לא שנו אלא שנתכוון להתיר אבל נתכוון להעיד עדותו עדות מ"מ מסקנא דגמ' כר' יוחנן דלא שנא מתכוין להתיר ל"ש מתכוין להעיד אין עדותו עדות ומפרש רב יוסף בא לב"ד ואמר איש פ' מת השיאו את אשתו זהו מתכוין להתיר, מת סתם זהו מתכוין להעיד, ובעי בגמרא אלא מתני' דקתני ובנכרי אם היה מתכוין אין עדותו עדות היכי משכחת לה כלומר היכי משכחת לה דלא נתכוון להעיד ולא להתיר, ומשני במסל"ת

כההוא דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חיואי מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי ואנסיבה רב יוסף לדביתהו וכו' ובפירוש סוגיא זו הוא דפליגי הר"ן וסיעתו והר"י טאיטצאק וסיעתו ונראה דלכולהו נ"ד לא חשיב מסיח לפי תומו, אם לסברת הר"ן וסיעתו דסוברים דמאי דמפרש רב יוסף בא לבית דין ואמר איש פ' מת וכו' דלאו דוקא בא לפני בית דין אלא אפילו בא לפני אנשים או איש אחד ואמר מת סתם מתכוין להעיד הוא ואין זה מסיח לפי תומו כיון שבכוונה בא להגיד ענין מיתתו, ולא מיקרי מסיח לפי תומו אלא במתכוין לספור דברים בעלמא כגון שאינו אומר אותו דבר לבדו אלא בקשר ענין לפניו או לאחריו, והביאו סיוע לדבריהם מלשון הרמב"ם פי"ג מהל' גירושין הלכה י"א וז"ל כבר אמרנו שהגוי שהסל"ת משיאין על פיו. כיצד היה הגוי מסיח לפי תומו ואמר אוי לו לפ' שמת כמה היה נאה וכמה וכו' וכיוצא מדברים הללו שהם מראין שאין כונתו להעיד הרי זה נאמן עכ"ל, [והביאו מר"ן סי' י"ז סי"ד] וכן ממאי דאיתא בגמ' חבל על פ' וכו' מ"מ נ"ד מתכוין להעיד הוא דאע"ג שיש קישור דברים ועניינים לפניו ולאחריו הא חזינן דמתכוין להגיד מה שנצטוה ממשלתיו ומה גם באומרו בעדותו שאמרו לו משלחיו שהיהודים הנפטרים קודם פטירתם אמרו שיש להם נשים במערב יש צד לומר שכונתו לומר שיש להם נשים וינשאו בעדות זו והו"ל כמתכוין להתיר נמי, וגם לסברת מהריט"א וסיעתו שחולקין על סברא זו ואומרים דלא הוי מתכוין להעיד אלא בבא לבית דין וכפשט הסוגיא וכל שבא לפני ישראל ואמר פ' מת אפילו בלתי קישור דברים משיאין את אשתו דזהו מסיח לפי תומו כיון שאמר דבריו חוץ לב"ד ולא חשיב כוונתו להעיד. וכתבו על ראיות הר"ן שהן חלושות ואפשר לומר בכולן מעשה שהיה כך היה ושאין צריך להזכיר בדבריו כל אותן דברים שהזכיר הרמב"ם ז"ל שהוא לא הביאם אלא לרווחא דמלתא עיין הריב"ש סימן שע"ז וכתב מר"ן ב"י שכתב לו מהריט"א שבכל בתי דינין שהיו בשלוניקי בימי איתני וגדולי עולם שהיו בה פשט המנהג להתיר באומר איש פ' מת בלא קישור דברים ובלבד שלא יתכוין לא להתיר ולא להעיד עכ"ל. הרי אפילו לסברא זו הטיל תנאי ובלבד שלא יתכוין לא להתיר ולא להעיד לומר שאפילו חוץ לב"ד אם ראינו שמתכוין להתיר או להעיד אין עדותו עדות. ובנ"ד הרי אמרינן דלהעיד הוא דאתא להגיד הנאמר לו ממשלחיו דאדעתא דהכי שלחוהו ולו יהיה דאיכא צדדין למשווייה מסיח לפי תומו הרי כתב מור"ם בהגה באה"ע סי' י"ז סט"ו דכל שיש להסתפק בסיפורו אם הוא מסיח לפי תומו הרי זה ספיקא דאורייתא ולחומרא ודי לנו בהיתר מסיח לפי תומו כשיהיה ברור לנו שהוא מסל"ת יע"ש והם דברי הריב"ש בסי' ש"פ יע"ש.

ועל של עתה באתי שבתי וראה שהגוי הנז' לא נתכוון לא להתיר ולא להעיד אלא מסיח לפי תומו הוא מה שאירע לו בעוברו דרך קצמטינא שנתנו לו האגרות ולא רצה לקבלן ושמו אלה הדברים בפיו, ואם הם נתכוונו בשליחות זו להתיר או להעיד הוא לא נתכוון אלא לספר מה שאירע לו ואעפ"י שהזכיר הנשים בעדותו כאמור אין אומרים להתיר נתכוון אלא להודיעם מיתת בעליהן שיתאבלו עליהם וכיוצא בזה, ומה גם שאין הגוי בקי בדיני ישראל לומר שלא ינשאו נשי הנעלמים רק בעדות מיתתן שהרי בדיניהם אפילו בהיכא שהבעל חי בודאי היכא דהרחיק נדוד ונתעכב אפילו רק ג' או ד' חדשים הולכת אשתו לפליל והפליל מתירה לינשא לאחר, וא"כ לא עלה על לבו להתיר בעדותו כי לדעתו יש לה היתר עפ"י הפליל אפילו עודנו חי גם לא חשיב מתכוון להעיד אפילו להר"ן כיון שמספר מה שאירע לו לפי תומו בקישור דברים וענינים לפניו ולאחריו ומה גם להחולקים על הר"ן דקי"ל כוותייהו דכל שלא בא לב"ד אפילו בלא קישור דברים מיקרי מסיח לפי תומו, וכ"ש בנ"ד דאיכא תרתי קישור דברים וחוץ לב"ד, ומינה אמינא לה דלא אזלינן בתר כוונת משלחיו אלא בתר כוונתו ממה שכתב הרמב"ם ז"ל פי"ג מהל' גירושין הלכה כ"ד בא אחד ואמר אמרו לי ב"ד או אנשים כשתלך למקום פלוני אמור להם שמת יצחק בן מיכאל ובא השליח ואמר לנו וכו' הרי אשתו מותרת עכ"ל [הביאו מר"ן סי' י"ז סי"ח] מדקאמר סתם בא אחד יש במשמע אפי' גוי אם יבוא ויאמר אמרו לו כשתלך למקום פ' אמור להם שמת פ' תהיה אשתו מותרת, הרי אע"ג דמשלחיו נתכוונו להתיר לא אזלינן בתר כוונתם אלא בתר כוונתו וכל שמסיח לפי תומו מתירין תדע שהרמב"ם ז"ל עצמו בהלכה כ"ז הביאו מר"ן שם סי"ט כתב ישראל שאמר. מת איש יהודי ממנו וכו' וכאן נקט בא אחד ואמר ולא אמר בא ישראל משמע דלא שנא בין גוי בין ישראל, וכן משמע בקונטרס עגונות סי' רכ"ז וז"ל יהודי שהיה בספינה ונשברה והשליך עצמו לים והיה שט בים ונתיגע בדרך והיה גוי שט לפניו וקרא לו שימתין לו ולא רצה ואמר לגוי כשתגיע למקום פלוני תאמר להם כי יהודי שבמקום פ' ויש לו שם אשה ובן ובת נטבע לפניך והפך הגוי ערפו לראותו ולא ראהו עוד וכו', וכתב הרב שהוא מסיח לפי תומו ואם נשאת האשה לא תצא כדין מים שאין להם סוף יע"ש, הרי בפירוש שהגוי שלוח להגיד על מיתת פ' וחשיב ליה מסיח לפי תומו אע"ג דמשלחו שלחו להגיד לא חשיב נתכוון להעיד ולא להתיר אעפ"י שמשלחו נתכוון לכך ובעדות זו הזכיר שמו ושם אביו ושם עירו דקאמר מסעוד ן' יוסף דמן פאס והוסיף סי' בתוך סימן נסיב משה בושיבא, וא"כ מעדות זו הראשונה לחוד נראה להתיר אם יסכימו בעלי הוראה.

ומה גם בהצטרף עדות השניה שנתקבלה מקרוב בעדים ברורים שמעידים על מיתתו ומידי ספיקא לא נפקא שהרי לא הזכירו העדים שם אביו ושם עירו, והמעיין בספרי הפוסקים יראה אגודה של חכמים ושל סופרים אחזי שער סגרו ואין פותח דלא סגי בלא הני תלתא שמו ושם אביו ושם עירו והביאו ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל בפי"ג מהל' גירושין הלכה כ"ד שכתב וז"ל בא אחד ואמר אמרו לי ב"ד וכו' כשתלך למקום פ' אמור להם שמת יצחק בן מיכאל וכו' ודקדק מוהריק"ו שורש קפ"ה מלשון זה מדקאמר כשתלך למקום פ' משמע דאיכא קפידא בידיעת שם עירו עם מה שהזכיר שמו ושם אביו יע"ש, ויש כת אחרת גדולה וחזקה מקמאי ובתראי דסגי בשמו ושם עירו בלא הזכרת שם אביו. ולמדו כן מלשון הרמב"ם הלכה כ"ז ישראל שאמר מת איש יהודי עמנו במקום פ' כו"ך צורתו וכו' אין אומרים באומד הדעת פ' הוא עד שיעיד העד שהוא פ' ויכיר שמו ושם עירו ע"כ,. וכתב הה"מ שדברי הרמב"ם לקוחים מהתוספתא וז"ל אין מעידין עד שיהיו מכירין שמו ושם עירו עכ"ל, הרי דמדוקדקין לשון הרמב"ם ולשון התוספתא דבשמו ושם עירו סגי ועיין מהר"ם לובלין סימן קל"ג.

ויש עוד כת שלישית רבתי בדעות ברוב בנין ורוב מנין מקמאי ובתראי דבתרי מגו תלת סגי או שמו ושם אביו או שמו ושם עירו, ומוהריק"ו עצמו הביא זו בשורש קע"ו ולמד כן מלשון הרמב"ם שם הלכה כ"ח וז"ל מצאו כתוב בשטר מת איש פ' ב"פ וכו' ונודע שזה הכתב של ישראל הרי זו תנשא אשתו הביאו מר"ן שם סעיף י"א ומוהריק"ו דקדק מדלא הזכיר שם העיר מאחר שהזכיר שם האב ש"מ דבשם אביו לחוד סגי, וכתב דמ"ש הרמב"ם בהלכה כ"ז שצריך שיזכיר שם עירו היינו היכא דלא הזכיר שם אביו, הרי דמתרי לישני דהרמב"ם משמע דבשמו ושם אביו או שמו ושם עירו סגי יע"ש, ועיין למר"ן ב"י ובכ"מ מ"ש ליישב ב' תשובות מוהריק"ו אהדדי שסותרות זא"ז דספוקי מספקא ליה למוהריק"ו כונת רבינו יע"ש.

והנה עין הרואה עיניו יחזו דהאי סברא דבתרי מנייהו סגי ללמדת היטב מדברי הרמב"ם ודייקי שפיר לישני דהרמב"ם דבמקום שהזכיר שם עירו לא הצריך הזכרת שם אביו ובמקום שהזכיר ש אביו לא הצריך הזכרת שם עירו ואשכחן הכרעה מפורשת בלשון רבינו הלכה כ"ג לפי גרסת כל הספרים שבידינו ושכך היא גירסת מר"ן הקדוש בשלחנו הטהור סעיף כ"ג 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 גירסא זו הויא שפיר ראיה גמורה להאי סברא דבתרי מגו תלת סגי, והדברים ק"ו אם במקום דאיכא ריעותא שנשתנית צורתו ולא הכירוהו [הרי אלו משיאין

את אשתו] סגי בהזכרת שמו ושם אביו או שמו ושם עירו כ"ש במקום דליכא ריעותא, וההיא דיצחק בן מיכאל דקאמרי כשתלך למקום פ' אית לן למימר דלא שיש קפידא בדבר אלא דמראים מקום הם לו, ומה גם שהרא"ש שהוא א' מעמודי הוראה בכלליו כלל נ"ב סי' א' הביא ראיה מלשון זה דבשמו ושם אביו סגי ומוכרח שכך הבין בלשון רבינו דמראים מקום הם לו, ואף לגירסת מוהריק"ו דגריס בלשון רבינו ואמר שהוא פ' דממקום פ' הרי כתב שאינו מנגד לסברא זו דהתם שאני דאיכא ריעותא דנשתנה הוא דבעי שלשתם יע"ש.

ואפשר דמהאי גירסא דנזדמנה למוהריק"ו בלשון רבינו הוא שהיה מסופק בכוונת רבינו ואילו ראה גרסתינו לא היה מסתפק בההיא דיצחק בן מיכאל והיה מכריע שפיר כוונת הרמב"ם להאי סברא, גם לשון התוספתא שהביא הרב המגיד לעיל עד שיזכיר שמו ושם עירו דמשמע דקפיד אשם עירו משמיא אנהירינהו לעיינין וחזינא לשון התוספתא פי"ד דיבמות בתוספתא הנדפסת בספר הרי"ף אחר כל מסכתא דף ס"ב דגריס כך אין מעידין עליו עד שיהיו מזכירין שמו ושם אביו שמו ושם עירו ע"כ, ואשכחן למהרשד"ם נמי בשאלה ל"ה בחלק אה"ע שכתב דלמעשה סמכינן אשמו ושם אביו או שמו ושם עירו ושכך היה דן רבו מהר"י טאיטצאק הביא לשונו מר"ן ב"י בטור אה"ע סי' הנז', ובשאלה מ"ג כתב האמת שכבר נהגו בתי דינין שבשלוניקי להסמיך על שמו ושם אביו או שמו ושם עירו וכמו שקבלתי ממורי מהריט"א, וגדולה מזו כתב מר"ן ב"י בסי' הנז' בשם תשובת הר"ן דכל שמעיד בדבר ברור שאי אפשר לספק באחר משיאין את אשתו אף על פי שלא הזכיר שמו, וכ"כ מהרשד"ם בתשובה פ' והסביר הענין שהרי מה שצריך להזכיר שמו ושם אביו או שמו ושם עירו או שלשתם יחד פשיטא דלאו מלתא בלא טעמא הוא דעמא דבר זה הוא חק וגזירת מלך והבו דלא לוסיף 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 בכך ומשיאין את אשתו, וא"כ נראה שאין הכוונה רק שנכיר על איזה איש מדבר ונמשך אחריו דרכי נועם בשאלה כ"ט יע"ש.

ועפ"י סברא זו עלתה ארוכה מעלייתא בשריותא דהאי אתתא גם מעדות זו דאע"ג דלא הזכיר שם אביו הרי הזכיר כנויו שעומד במקום הזכרת שם אביו כמבואר בקונטרס עיגונא דאתתא ק"ב וק"ה ו שז ושס"ו משם כמה גדולים ומהם כתבו דעדיף משם אביו ואפילו לא הזכיר שם אביו ושם כנויו מדקאמר כא יקולולו כנוי אחר בעיר פאס אצ'ריווי כאלו אמרו שזה עירו והו"ל כמזכיר גם שם עירו, ואפי' נימא שלא נתכוונו בזה לשם עירו

מ"מ הא איכא כנויו דהוא כשם אביו וסגי בהכי כדכתיבנא, ומ"מ אם יתברר שבעיר פאם היה נקרא אצ'ריווי ולא זולתו אין לך הוכחה גדולה מזו וכדברי הר"ן ז"ל.
הרי דהותרה האשה העגונה מכבלי עיגונה בין לעדות א' בין לעדות זו האחרונה למהך להתנסבא כחפצה וצור ישראל יצילנו משגיאות החותם פה צפרו בתשרי משנת יו"ם בשור"ה הוא לפ"ק וקים.
שאול ישועה אביטבול ס"ט

סימן ק

טופס שאלה וז"ן ע"ן
שאלה לאה אשת ראובן שיצא עליה שם רע זה היום כמו שלש שנים מ"מ שהיתה נחשדת עם שמעון ובעל האשה הנז' עמה בעיר והיה השם רע הולך וגדל עד כי גדל הכאב קלא דלא פסיק עד גדר שהוכרח אבי הבעל הנז' להזמין לבנו לפני לדין תורה ולגלות רעתו בקהל להוכיחו על לא טובה השמועה ואמר לו כי הוא איש עני דלית ליה מגרמיה כלום ומנין הי"ל להוציא הוצאות על חד"ד באכילות ושתיות ומרחצאות שחוק וקלות ראש בביתו זו אשתו עם שמעון והוא אינו מקפיד ע"ז להסיר המכשול ולהדריך את אשתו בדרך ישרה, וכראותי הלעז הגדול בעיר שלחתי להתרות בהאשה הנז' שאם מהיום ההוא והלאה יוסיף עוד שמעון ליכנס לביתה כאשר בראשונה שתצא מבעלה בלא כתובה, ויהי כאשר ארכו הימים שהלך בעלה למדינת הים זה היום קרוב לשתי שנים מ"מ יצא עוד לעז בעיר מפי אנשים ונשים גדולים וקטנים איך האשה הנז' הרה לזנונים מו' או ז' חדשים ושהיא עסוקה ברפואות והקזות וסממנים להפיל הולד ושהאשה שהיתה עושה לה קצת רפואות נתנה לה שוחד כדי שתעלים העין, ושלחתי אחר האשה שהיתה עושה לה הרפואות לראות מה בפיה ואמרה שלא היתה סבורה שהיא מעוברת אלא שהיתה אומרת אליה שתהא ממשמשת במעיה כי היה לה איזה רוח במעיה הן אמת שכשהיתה ממשמשת במעיה מרגשת תחת ידיה כמו תפוח בעוגל מתגלגלת במעיה תחת ידיה אבל לא נתנה דעתה לחשוב שהיה עובר יען שלא היה בעלה בכאן לא נחשדה בעיניה על כך, וגם שלחתי אחר האומן המקיז דם ואמר ששלשה פעמים הקיז לה מן הידים ומן הרגלים, כשמעו את קול ד דבריהם שכולם כא' פתחו לחובה שלחתי לומר למילדות ללכת לראות האשה הנז' אם אמת הדבר, והלכו המילדות ובדקו אותה ונשמע הקול בעיר שהמילדות אמרו שאין לה שום עובר במעיה, למחר אותיום חזר הקול לכחו הא' ויותר בכפלי כפלים ממה שהיה עד גדר שהיו מדברים

בזה בפומבי ובפרהסיא סיא לקרובי האשה הנז' איך הפילה האשה הנז' ולד אחד והיו מסמנים אותו בסימניו ושהיה לו שער בראשו ובכלי פ' שמו אותו ושבאת אשה א' בכלי מלא מים חמין והוריקה אותו על הילד ומת וחקרנו אח"ז מהיכן יצאו הדברים. והוגד הוגד לנו עפ"י מגידי אמת שזה יצא מפי בתולה אחת שהיתה רגילה אצל הנחשדת והיתה מסיחה לפי תומה בחצר בב"א והיא מצטערת על מיתת הילד באותה מיתה, ושאלנו את בני החצר הנז' והודו לכל האמור שכך שמעו מפי הבתולה הנז' ובראותי שחזר הקול לכמות שהיה יותר ויותר שלחתי אחר המילדות שהלכו אותו יום לראותה לראות מה בפיהן יען שאותו יום שהלכו לראותה לא השיבו דבר, באופן שבאו המילדות ואמרו שכשראו אותה לא היתה מעוברת אבל היו בה סימנים מובהקים הידועים אצלן שהפילה ובכללן סימני חלב בדדיה, גם בררו בעדותם שכריסה היתה שחורה מחמת אש הבינטוזא'ש שהיתה עושה בכריסה, עוד העיד עד א' ואשה א' איך אמת ויציב שקודם שנתפרסם זה הקול נכנס אחי אם הנחשדת הנז' לבית האשה הנז' שהעידה בפחד גדול ושאלה לו האשה הנז' למה הוא מפחד והשיבה שתשבע לו בציציות שלא תגלה זה לשום אדם ויגלה לה מה שבלבו. וכן היה שנשבעה האשה כנז' ואח"ך אמר דוד הנחשדת הנז' לאשה הנז' ולעד הנז' שבת אחותו הנז' היא מעוברת והוא ירא לנפשו פן ישמע הדבר לשר העיר ויפסיד איזה ממון והביא לה איזה כלים וחפצים שתחבא אותם אצלה ושהוא הולך למרחקים למקום שאין מכירין אותו בשביל זה וכן היה שהלך עד עיר ארזילא לא עברו ד' או ה' ימים וחזר, זהו מה שהעידו העד והאשה הנז' אח"ז נשמעו הדברים לשר העיר איך האשה הנז' הרה לזנונים ונתפסה האשה הנז' ומיד ולאלתר פייסו לשר בסך עצום בסתר ויצתה וכשמוע בני קהלינו אלו השמועות רעות וכל העם רואים את הקולות מיקל'א קל'י איסורא שלא פסקו מיום שנשאת עד היום הזה נתקבצו אצלו בבה"ך לשאת ולתת איך יתברר האמת לאמתו כי גדל כאב הקולות מב"ב ושאב"ב ושלחנו אחר דוד הנחשדת להוכיחו על השם רע שהוציא על בת אחותו או אם הם כנים הדברים שיביא ראיה לדבריו. והשיב שמעולם לא הוציא שם רע כלל ולא דיבר הדברים הנז' ושלחנו אחר העד והאשה הנז' שיעידו כל מה ששמעו מפיו בפניו ובאו העד והאשה הנז' והעידו בפניו כל הנז"ל מראש וע"ם, אז השיב דוד הנחשדת הנז' שכנים הדברים שאמר הכל כאשר לכל לעד ולאשה הנז' אך מה ששמע מפי בני אדם אמר להם, ותשובתי היתה אליו שדבריו מהבל ימעטו מתרי טעמי, חדא דאינו במנהג העולם שאדם ששמע איזה שם רע על קרובתו לילך ולספר אותו לזולת ולעד דא"א כדבריו שמה ששמע מאחרים אמר להם למה השביעה בציציות שלא תגלה שום דבר וגם לא היה לו להחביא נכסיו

ולפשוט לו את הרגל לילך למרחקים מפני השמעת קול בעלמא אם לא שהיה יודע בטיב הענין יען שהוא דר עמה בחצר, גם שאלנו את פיו אם הוא קנה סממנים הנז' חנתית וכרכום וכיוצא או אם היה מחפש אחריהם לקנותם בשבוע שלפני הילוכו לעיר ארזילא יען שהיו מרננים אחריו בעיר שהוא היה קונה לה סממנים ומחזר אחריהם לקנותם להפיל הולד. והשיב שלא היו דברים מעולם שלא קנה שום דבר ולא היה מחזר אחריהם כלל ותכף ומיד באו שני עדים כשרים והעידו בפניו בתורת עדות גמורה שאפרים הנז' הלך לחנות אחד מהם ושאל לו על חנתית וכרכום ואיזה סממנים אחרים לקנות מהם שהיו נמצאים אצלו מכרם לו ומהם לא היו נמצאים אצלו, עוד העידו שני עדים כשרים שהם נכנסו לבית האשה הנחשדת לאיזה צורך וראו אותה שכריסה מלאה והכירו בה שהיתה מעוברת וא' מהם בהליכתו לביתו אמר לאשתו יודע לך שפ' היא מעוברת ונראו בה סימני מעוברת ואמרה לו אשתו ששתיקתו יפה מדיבורו, עוד העיד לפנינו עד א' איך אמת שהוא היה שכן עם האשה הנחשדת ופעם אחת בבואו לערב בביתו נכנס לבית האשה הנחשדת ומצא שם לבעל הנחשדת שכור ישן בזוית אחת מן הבית והאשה הנז' הנחשדת עם שמעון הנחשד יושבים על המטה בזוית האחר ובראות כך העד הנז' הלך לו לחדרו שהיה נגד חדר האשה הנז' ומבין סדקי דלתי חדרו הנז' ראה שקם שמעון וכבה הנר והלך לו למטה ונשארו כך כמו רביע שעה ואז קם אחד מהם והדליק הנר ויצא הנחשד והלך לו והלכה הנחשדת וסגרה הדלת אחריו. ע"כ מה שהעיד העד הנז' שאירע אחר שהתריתי בה, באופן דמכמה אומדני דמוכחי ומבין ריסי אפרים הנז' היה ניכר ודבריו מוכיחים עליו שכל הדברים כנים ואמתיים אלא שאפרים הנז' היה מעלים ומכחיד האמת תחת לשונו, אז אמרנו לו שאם יאמר האמת מה טוב ואם לאו אנו מלקין ומכין אותו עד שיאמר האמת, ולא באו להכות אותו ב' או ג' מכות עד שצעקה אשתו שהיתה מצויה אצלו בבה"ך ואמרה לו שמה לו ולצרה הזאת שיאמר האמת ולא יארע לו שום דבר, ואז אמרה אשת אפרים הנז' שכל הענין אמת ויציב וכשהיתה מעוברת שאלו לה מה טיבו של עובר זה ואמרה להם שפעם א' היתה הולכת לבית חמיה באשמורת הבוקר כשהיה מעוטף באבלו מילד א' שמת לו בחדש אלול שעבר ופגע בה גוי אחד ותפסה והכניסה לדרא'ז א' ובא עליה ונתעברה ממנו ותכף ביציאת האשה אשת אפרים הנז' מבה"ך אמרה לנשים הדרות בחצר בה"ך שמעת לידתה ולהלן נתפרסם פרסום גדול בכל המדינה כאלו היו כולם מצוים שם בעת הלידה, ותכף באמ"ך באת האשה הנחשדת לבה"ך מאליה ומעצמה ואמרו לה הק"ק שתלך לביתה ולא רצתה ואמרה שרצונה להיות מצויה שם באותו מעמד ופערה פיה לבלי חק על הק"ק יצ"ו בדברי ליצנות מה שאין

הפה יכולה לספר ואמרה שאם ישאלו ממנה ממי נתעברה תאמר מפלוני וכשאמרו לה דזה דבר דלא אפשר אמרה מפ', ואז אמרנו לה שאם תאמר האמת ממי נתעברה מה טוב ואם לאו שיהיו מוסריו אותה עד שתאמר האמת, ואז מתחו ידיה על העמוד והלקו אותה איזה הכאות ברצועה שמכין בה תשב"ר ואז הודית הנחשדת הנז' ואמרה כדברי אשת דודה הנז' מראש ועד סוף ולא עוד אלא שהוסיפה לתת סימנים על הדרא"ז הנז' באיזה מקום הוא:

ולהיות שלא נכנסו דבריה אלה באזננו שזה היה באונס מכמה אומדני דמוכחי והיה בדעתינו להוסיף לחקור ולדרוש בענין הזה אלא שנטרפה השעה, זהו מה שעבר בענין המעשה הרע הזה אפס קצהו תראו, ולכן יורונו מורי הצדק היושבים על כסא ההוראה מה יהיה משפט האשה הנחשדת הנז' אם היא אסורה לבעלה או לא, ותשובת מעכ"ת הרמת'ה מהרה תצמיח ושכמ"ה ע"כ:

וחתום כמוה"ר

אברהם טולידאנו נר"ו

עמדתי על דברי השאלה הנז' והגיתי בכל פעליה ואשר נגזר עליה מחכמי פאס יע"א ומהחכם הפוסק נר"ו ואחזה אנכי אשית לבי שאין אותן האומדנות כדאין לאסור אשה על בעלה אם לא בדבר ברור שאם באנו לאוסרה בקינוי וסתירה קינוי אין כאן סתירה אין כאן דמה ששלח החכם הנז' להתרות בה שאם מהיום ההוא והלאה יוסיף עוד שמעון ליכנס לביתה כבראשונה שתצא מבעלה בלא כתובה, אין התראה זו חשיבא קינוי, חדא שאין זו לשון קינוי דבעי' שיאמר בלשון קינוי אל תסתרי עם איש פלוני וכל ששינה הלשון כגון אל תדברי עם איש פ' או לא יהיה לך עסק עם פ' אינו קינוי כמ"ש מהרי"ו שאלה ח' הביאו מור"ם סי' קט"ו ס"ח וכמו שמבואר בסימן קע"ח, ומה גם שלא תלה הדבר בה אלא בשמעון שאם יוסיף ליכנס וכו', ועוד שבעלה מצוי עמה ואינו חושדה עם שמעון ובכגון זו לא אמרו שב"ד מקנין לה כדאיתא סימן קע"ח סי"ח ובהרמב"ם פ"א מהל' סוטה הלכה יו"ד יע"ש.

ועוד אפילו אם היה קינוי גמור מה יועיל קינוי בלא עדי סתירה ואפילו העד שהעיד שהיה בעלה שכור ישן בזוית אחת והאשה ושמעון בזוית אחרת וכו' לא מקרייא עדות סתירה כיון שבעלה עמה בבית אולי ישן הוא ויקץ, הרי אין כאן אפי' עד א' בסתירה, ודברי דודה לא מעלין ולא מורידין אפי' אם היה מעיד בדבר ברור דפסול להעיד בין לזכות בין לחובה, והודאתה שע"י יסורין אינה הודאה אפי' אם הודית שנבעלה ברצון ואם אומרת שנבעלה באונס אפי' היתה הודאתה שלא ע"י יסורין נאמנת במגו דלא היו

דברים מעולם כמ"ש מור"ם סי' קע"ח ס"ב ואפי' להי"א אבדה מגו שלה וכו' היינו מחמת שנתיחדה ברצון משא"כ זו שתפסה הגוי והכניסה להאלדרא'ז ואפילו בעיר מקרייא אנוסה דאף דנימא דפתח האלדרא'ז שכיחי עוברים ושבים. ודאי לא תפסה עד שראה שבאותה שעה לא היו עוברים ושבים ובפרט באשמורת הבקר, ומה שלא צעקה נימא דשלף חרבו ואמר לה אם תצעקי וכו' כדכתב הרמב"ם פ"א מהל' נערה בתולה הלכה ב' ועיין תשובת חכם צבי סי' קמ"ו בראיות ברורות דמשכחת אנוסה אפי' לא צעקה בעיר, באופן שכל אותם אומדנות אינן כדאין לאוסרה, ופוק חזי להרב מהריט"ץ בסי' קצ"ב בדבר מכוער יותר באשה שיצא עליה שם רע שהיא מזנה 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 כמה אומדנות וכמה צדדין צדד להחמיר בנד"ז ולבסוף כתב אמנם לבי נוקפי לאסור אשה על בעלה אם לא בדבר ברור יע"ש, ואף העדים שהעידו שראו כריסה מלאה והכירו בה שהיא מעוברת, אין כאן דבר ברור דאפשר מדבר אחר היתה מלאה, אכן בהצטרף לעדות זו עדים שיעידו שראו חלב יוציא מדדיה אמרינן ודאי שאותו מילוי שהיתה כריסה מלאה שהיתה הרה לזנונים שהחלב היוצא מדדיה מוכח שילדה דאם לא ילדה מהיכן בא החלב לדדיה, ודבר זה יכול להתברר ע"פ עדים ולא ע"פ נשים בלבד אלא שהנשים ידחקו דדיה להוציא החלב והעדים רואים ואז תאסר על בעלה ותפסיד כתובתה ולא לסמוך על הנשים שיאמרו ראינו חלב בדדיה.

אכן אם הבעל מאמין לאותן הנשים היכא דאין כאן אלא עדות נשים כיון שדעתו סומכת על הנשים ומהימני ליה יוציא ויתן כתובה כדאיתא בסימן קע"ח וקט"ו ז' ולראית האמת חתמתי בערב חג השבועות שנת ומי כעמך כישרא"ל לפ"ק וקים.

שאול ישועה אביטבול ס"ט

סימן קא

דברי הרב משי"ח אמת, ודינו דין אמת. שזכאי כהר"ש הנז' בדינו לגבות לעצמו השטר הנ"ל מהלוה הנז' דאע"ג דכתב בו נתחייב לפרוע להנגיד כהר"ש לזכות המלך לא מצי הלוה למימר ממונא דמלכא הוא לאפקועי שעבודא מיניה דקושטא קאי דממונא של כהר"ש הוא דהוא ניהו דיהיב זוזי ללוה והשטר יוצא מתחת ידו. ומ"ש בו לזכות המלך ברור הוא דלא כתב כן אלא לפנחי'א בעלמא להטיל אימת מלכות על הלוה ולזרזו לפרוע החוב בהשתדלות נמרץ כמ"ש משי"ח בטעם זה ברוב מבינתו והיא גמרה ערוכה בפ'

הגוזל דף ק"ב ע"ב גבי הלוקח שדה מחבירו בשם ריש גלותא ופירש"י שאמר לו למוכר לצורך ריש גלותא אני לוקחה ונתכוון להטיל אימה שלא יצאו עליה עסיקין וכתב לו המוכר שטר מכירה בשם ריש גלותא אין כופין אותו ריש גלותא לחזור ולכתוב שטר מכירה שהוא מכרה ללוקח דמצי אמר אנא לא יקרייכו בעינא שעשיתם אותי ראש להטיל אימה ולא זילותייכו בעינא שאתם באים לעשות אותי למכור שדות, אבל מיקנא מיהא קני הלוקח אע"ג דכתב שטרא בשם ריש גלותא דמצי אמר הלוקח אנא לנפשאי שקילנא ופנחי'א בעלמא הוא דקא בעינא. הרי אע"ג דכתב כוליה שטרא בשם ריש גלותא כיון דאיכא טעמא דלפנחי'א בעלמא להטיל אימה לא זכי בה ריש גלותא, ולהרא"ש דלא גריס במסקנא ריש גלותא רק בשם חבירו איכא טעמא שלא להשביע את עצמו, וכ"ש בנ"ד דכל השטר בשם המלוה דודאי מ"ש לזכות המלך אינו אלא להטיל אימה ולזרז על הפרעון כאמור. וההיא דסימן ס' ס"ט אינו ענין לנ"ד דהתם שאני שכך היה מנהג הקהל לכתוב ע"ש היחיד כמ"ש סמ"ע, אי נמי דאין דרך היחיד לתלות מעותיו בקהל משום כדי שלא להשביע, משא"כ בנ"ד דשייך טעמא דהטלת אימה וטעם שלא להשביע וכמ"ש משי"ח ומודעת זאת בכל הארץ שכל שיש לו נגיעה במלכות או עם איזה שר כותב בשטרותיו לזכות המלך או לזכות השר להטיל אימה ולזרז על הפרעון ודברים פשוטים הם ולא הוצרך משי"ח להאריך בדבר פשוט אלא להוציא מלב מי שמדמה נ"ד להההיא דסי' ס' והחשיבו ממון המלך להפקיע שעבוד הלוה דלקושטא דמלתא אין מקום פיטור ללוה הנז' מלפרוע השטר ממ"נ אי ממונו של מלוה הוא אפי' אי כתב השטר כולו בשם המלך וכתב בפירוש שזיכהו למלך לא קני ליה המלך דקי"ל בפ' איזהו נשך דף ע"ב דזכיה מתורת שליחות איתרבאי וגוי דלא אתי לכלל שליחות לית ליה זכיה אפי' מדרבנן יע"ש, ופסקה מר"ן בסי' רמ"ג סי"ד ואי ממון המלך הוא ומעותיו והמלך עשאו שליח לכהר"ש להלוותם ללוה הנז' הא קי"ל בסי' קפ"ח דאין ישראל נעשה שליח לגוי וכיון דמלכא ליתיה בכלל שליחות ואין כהר"ש הנז' נעשה שלוחו לזכות בקבלתו לישראל חבירו ולעצמו הוא דקנה אותה הלואה וכי הדר והלוה המעות להלוה הנז' משלו הוא דהלוהו דמטעם זה גבי רבית חשבינן כהאי גוונא כאלו הם מעותיו והוא ניהו דקא שקיל רביתא כדאיתא בפרק איזהו נשך ופסקה מר"ן ביו"ד סי' קס"ט יע"ש.

וגדולה מזו כתב מהר"ם אלשיך שאלה א' והביאו הש"ך בסי' ע"ד ס"ק קס"ג בראובן שלוה מעות מתוגר ומצאו שמעון ואמ"ל תנם לי ואני אעלה לתוגר הנז' רבית כדרך שאתה מעלה לו וכן עשה והיה שמעון נותן הרבית ליד התוגר בחושבו שהוא שליח ראובן וכשמת התוגר נחלקו ראובן ושמעון מי יזכה במעות הנז', והשיב כיון דלענין

רבית אסור כהאי גוונא דהו"ל כלוה מישראל א"כ זכה ראובן במעות הנז' וצריך שמעון להחזיר לו הקרן יע"ש וא"כ אף בנ"ד אפילו אם יברר בעדים ובראיות ברורות הלוה הנז' שהמעות הם של מלך כיון שבאו לידו מיד כהר"ש הנז' הו"ל כמעותיו של כהר"ש וכאלו משלו הלוהו וחייב לפרוע החוב ליד כהר"ש. ולראית האמת ח"פ צפרו באדר של שנת התקנ"ג וקים.
שאול ישועה אביטבול סי"ט

סימן קב

עמדתי על כל הכתוב וראיתי שהדין עם רחל לזכות בחלקה והדרא לה ארעה והדרי פירי ועדות שנתקבלה שלא בפניה כמאן דליתה דמיא שהרי יצחק בא להוציא לרחל מחלקה שהשתי בנות הנז' הם יורשות הקרקע הנז' בשוה ואין להם חזקה זע"ז דשותפין נינהו וכל מי שיבא לגרוע דבר מחלק חבירו חשיב להוציא דהגם דיצחק מחזיק בכל אין חזקת שותף כלים וכמאן דלא החזיק דמי, ומה גם בנכסי א"א דאין מחזיקין בנכסיה. ויש בידם פסק מהרבנים ב"ד של ארבע אשר מימיהן אנו שותין שדנו בקרקע דלפטור מקבלין בדין שעבר בין יורשי האשה עם יורשי הבעל שיורשי האשה טוענים שהבן שהיה לבעל הנז' מת בחיי אמו ואח"ך מתה אמו ולהם מגעת ירושתו, ויורשי הבעל אומרים שהאשה מתה תחלה וירשה בנה וכשמת הבן ירשו אביו ולנו מגעת הירושה, והמציאו ק"ע שנתקבלה שלא בפני יורשי האשה ופסקו להם כיון שהבעל יורש מן התו' ויורשי האשה מן התקנה מחזיקים הנכסים בחזקת יורשי הבעל וחשיב לפטור ומקבלין עדות שלא בפני התובעין להוציאם מחזקתם, אבל בנ"ד שכולם יורשים מן התורה ואין חזקה זע"ז אין כאן לפטור דכל א' חשיב מוציא מחבירו אבל לחלק בין קרקע לטלטל ולאוקומי דברי הר"ן בתביעת ממון ולא בתביעת קרקע היפך פשט דברי הר"ן ודברי מר"ן שלא חילקו בכך.
ומה גם שמפורש בהרא"ש שהוא א' מעמודי הוראה בפ' חזקה דף ל"ב ע"ב ברבה בר שרשוי וכו' שכתב דלהחזיק מה שבידו מקבלין עדות בפני יתומים קטנים דהוי כמי שלא בפני בע"ד יעו"ש באורך והביא דבריו הב"י בסימן קמ"ט אות כ"ה והוא פסק מר"ן שם סעיף ך', גם הסמ"ע סימן ק"י ס"ק י"ב חילק בין להחזיק בין להוציא בקרקע ובסי' קמ"ט ס"ק ל"א, ודברי הט"ז בסי' ק"מ סעיף יו"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 הכונה שהוא מחלק בין קרקע לטלטל כדברי מהרימ"ט דא"כ היל"ל כאן מיירי בקרקע והתם בטלטל, ומדקאמר כאן קרקע בחזקת בעלים כיון שיש לו עדות משמע

דההיא דסימן כ"ח נמי מיירי בקרקע אלא דשניא דא כיון שיש לו עדות וכו', באופן שיש אריכות דברים אצלי בזה ואין להאריך כאן דנ"ד ודאי חשיב להוציא וכדכתיבנא, באופן שהדין דין אמת לזכות רחל הנז' בכל הפרטים שכתבו החכמים המזכים, החותם פה פאם יע"א בשלהי אדר שנת ז"ו קני"ת ליצירה וקים.
שאול ישועה אביטבול סי"ט

סימן קג

עמדו לפנינו לדין כה"ר אליהו אפריאט י"א מדבר בעדו ובעד אחיו היתומים הקטנים ובעד אמו, לכהה"ר יוסף בכמוה"ר שאול אביטבול ז"ל על אודות חזקת העליה הנכחית לעולה להאלפוקי שבחצר הר"מ אלבאז ורביע בחזקת העליה הקטנה הראשונה לעולה להאלפוקי שבחצר הנק' ע"ש כמוה"ר מאיר די אבילה ז"ל שרוצה למוכרם או ליהנות בהם לצורך אחיו היתומים. וכההר"י הנז' משיבו שבשעה שקבלו עליהם בקוש"ח לחכמי פאס יע"א לפשר ביניהם על אודות החזקות שירשו מפאת הר' יצחק ה"ן פאפו כמו"ש בידים ופשרו ביניהם ועלה בחלק כההה"ר אהרן ז"ל אביו של כהר"א הנז' שיזכה בהם ויתן בעד ההוצאות שהוציא כמוהרשי"א ז"ל בעדם סך ששים אוקיות מכ"ט לפי שמשכנו בדי"ץ כל החזקות כולם בידו בעד ההוצאות שאמר החכם הנז' ז"ל שהוציא עליהם ופשרו ביניהם שיתן כהרא"ה ז"ל סך ס"ם ואמ"ל כההר"י הנז' לכהר"א הנז' אם רצית למכור החזקות הנז' או ליהנות מהם תן לי סך ס"ם הנז' של הפשרה וטול את שלך. וכהר"א הנז' השיבו שאביו כהרא"ה הנז' מת בחיי כמוהרשי"א ז"ל ואח"ך מת כמוהרשי"א וכבר נתחייב שבועה לגבות מן היורשים כמוהרשי"א הנז' שלא פרעו כהרא"ה הנז' אבי היתומים וכיון שלא נשבע אין אדם מוריש שבועה לבניו ולא תטול כלום, וכההר"י הנז' השיבו בזה הלשון טוען אני עליכם בודאי שאתם יודעים בבירור שלא פרע אביכם נאבי כלום ותשבע לי אתה ואמך על זה שבועת היסת, והר"א הנז' השיבו שאבינו מת בכפר אעליל הרוג ע"י לסטים בלילה ולא מת על מטתו בעירו כדי שיצוה אותנו שום צואה ע"ז, אלו הם סדר טענותיהם.
ומה שנראה לנו בדין זה הוא שכהר"א הנז' טענותיו אמת וצדק שכן כתב מר"ן בחומ"ש סי' ק"ח סי"א וז"ל דאם מת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת המלוה אין היורשים נוטלים כלום אפילו בשבועה שהרי כבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוה וכו' ואין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה עכ"ל. ואפילו אם נאמר שסך ס"ם שפישרו ביניהם ליתן לו בעד הרוצאית דין שטר משכונה יש להם מחמת שבדי"ץ

משכנו כל החזקית שבידו בעד ההוצאות מ"מ הרי כתב מר"ן סי"ב וז"ל ואם היה השטר משכונה והיה אביהם מוחזק בה גובה בלא שבועה לפיכך אם מת גם היורשים גובים ע"כ, דמשמע דדוקא אם היה מוחזק בה אבל אם לא הוחזק הויא כשאר מלוה וכן מבואר בסי' ס"ו ס"ח וז"ל ודוקא במשכונה מוחזקת אבל אם אינה מוחזקת הויא כשאר מלוה ע"כ וא"כ בנד"ז שחזקה שבחצר הר"מ אלבאז לא היתה מוחזקת ביד אביהם כלל כ"ע מודו שיש להם דין מלוה ואין אדם מוריש שבועה לבניו, אבל לגבי הרביע של החזקה של העליה הקטנה הנז' שהיתה מוחזקת ביד אביהם ועולה בהוצאות שלה סך עשרה אוקיות מכ"ט מ"מ גובים היורשים של המלוה הנז', וכתב הסמ"ע שם ס"ק מ"א גובים יורשי המלוה מיורשי הלוה בשבועה דשלא פקדנו אבא יע"ש, אבל טען כהר"א הנז' מאחר שהיה שותף אביו ז"ל עם המלוה בחזקה הנ"ב א"כ לא מיקרי חזקה דהשותפין אין להם חזקה זע"ז וא"כ פטור אף מהעשרה אוקיות שנוטלים בהוצאה שלה, אבל אין אנו צריכים לכל זה שהרי המציא לפנינו כהר"א הנז' פס"ד מחכמי פאס יע"א כשנדונו לפניהם על אודות החזקות וההוצאות הנז' וז"ל מה שצריך לענייניו אלא שטען הר"א הנז' שלא הוציא כהרשי"א הנז' שום הוצאות משלו בעד החזקות הנז' והשומא שהוציא לפני בהוצאות לא נתן משלו כלום אלא שהביא השמאים ואמר להם שישומו ושמו לו כדבריו אבל לא ידעו אם הוציא כהרשי"א הנז' ההוצאות משלו אם לאו.

ויש סעד לדברי הר"א מאיזה קבלת עדות שהמציא לפני אשר על כן ראיתי אחרי רואי דדינא הוא שחייב כהרשי"א הנז' לברר בעדים בעיר צפרו יע"א שהוציא ההוצאות ששמו השמאים מכיסו וממנו ואז המשכונה שבידו קיימת וחזקה כראי מוצק ואין להר"א הנז' שום תביעה כנגד כהרשי"א הנז' בפירות שאכל מעת שהוציא ההוצאות כמ"ש בשטר המשכונה, ואם לא יברר בעדים כהרשי"א הנז' בעיר הנז' ההוצאות הנז' שהוציאם משלו א"כ גם המשכונה הנז' אין לה חלות כלל ועיקר ולא שום קיום והעמדה וכל הפירות שאכל כהרשי"א הנז' מזמן הודאת שטר מכר עד עצם היום הזה ועד בכלל הכל בעמוד והחזר קאי ליד הר"א הנז' עספ"א אחר דקדוק החשבון הדק היטב ולראית האמת והצדק ח"פ ע"כ, וחתום הרב הגדול כמוהה"ר אליהו הצרפתי זלה"ה וחתום עמו כמוה"ר יהודה אבן עטר יש"ץ.

ומחמת שלא בירר כמיהרשי"א ז"ל בעדים שההוצאות הנז' הוציאם משלו א"כ המשכונה הנז' אין לה חלות כלל ועיקר והויא הפשרה שפשרו ביניהם שיתן כהרא"ה הנז' סך ס"ם כדין מלוה ואין אדם מוריש שמועה לבניו, ומה שטען כהר"י הנז' שטוען עליהם טענת ודאי שיודעים בבירור שלא פרע אביהם לאביו כלום וצריכים לישבע

שבועת היסת. ודאי טענה גרועה הוא שסובר בדעתו מ"ש רז"ל שהטוען על חבירו טענת ודאי ישבע היסת ר"ל שיאמר בפיו אני טוען עליכם טענת ודאי, ואין הדבר כן אלא שהב"ד הם שרואים אם טענתו ודאי או ספק כגון אם טוען הלויתיך או הפקדתי אצלך השאלתיך פרעתיך וכדומה אלו הם טענות ודאי וחוץ מאלו הם טענות ספק ומחרימין עליהם דוקא, ובנד"ז שטוען הר"י הנז' שהם ידעו בבירור שלא פרע אביהם כלום מהיכא ידע שהם יודעים בבירור שלא פרע את"ל שהיה מצוי שם בשעה שאמר להם אביהם שלא פרע חיישינן שמא אח"ך כשהלך משם פרע.

וגדולה מזו כתב מר"ן שם סי"א היכא דמת לוה בחיי מלוה וז"ל ואפי' נשבע המלוה כבר לא מהני אם יש לחוש שנפרע אחר השבועה ע"כ, ועוד שהרי מת בעיר אחרת ושמא עודנו בחיים שלח הפרעון ביד אחר, ואם ר"ל שכוונתו לומר ששלח להם אגרת ביום שמת שלא פרע א"כ הרי זו ספק בעלמא שמא היה הדבר הזה או לא וע"כ אמרנו לו שמחרימין דוקא שאין להם ידיעה אם פרע אביהן או לא פרע, זהו מה שנלע"ד בדין זה וצור ישראל יצילנו משגיאות, נאם החותם פה צפרו יע"א בכסלו התק"ע ליצירה וקים.

ועוד נלע"ד דהמשכונה דאיירי בו מר"ן היינו דמשכן אותה בעל הקרקע בידו ושעבדה לו בקיש"ח אבל משכונות בדי"ץ לא מקריא משכונה כלל לענין זה דלא משכנו אותה בידו אלא כדי להפטר מן הפירות בעד ההוצאה שנתן. ויש לי הוכחות ע"ז אלא שאין הפנאי מסכים, ובנד"ז אין אנו צריכין לזה דכיון שלא בירר בעדים שנתן ההוצאות משלו ומממונו לא מקרייא משכונת בדי"ץ כלל דאין לה חלות ולא שום קיום והעמדה כלל ואפילו דין שטר מלוה אין לה מחמת שלא נתן שום מעות משלו כלל אלא מה שבנו הגוים בעלי הקרקע הביא השמאים ושמוהו כנ"ב וק"ש ע"כ נמ"ך וחתום עליו החכם השלם הדיין ומצוין כהה"ר

שלמה אביטבול

עת לחשו"ת ולדבר על מ"ש החכם הפוסק נר"ו להפקיע ולבטל זכות הרב זלה"ה וזיכה לשכנגדם ולפי דעתי המעט הוא אמינא דאם לדין יש תשובה ואחוה דעתי אולי יישר בעיני יושבי כסאות למשפט ויסמכו את ידיהם והנה עדי בשמים שכל כוונתי רק להעמיד האמת לא זולת, ואשיב על ראשון ראשון דמה שהביא מההיא דסי' ק"ח סי"א דאם מת לוה בחיי מלוה דבר זה לא ניתן להשבו"ן דאינו לענייניו כלל, אבל מה שהביא מסי' הנז' סי"ב אם השטר משכונה וכו' שהוא נ"ד ודייק לישנא והיה אביהם מוחזק בה הא לאו הכי לא וגמר אומר שהרב לא החזיק בחזקת העליה שבחצר הר"מ הנז' כלל והדר דינה כמלוה, והביא סמוכות מההיא דסי' ס"ו ס"ח. כל אלה הדברים

לא כתבם אלא מאפס חקירה ודרישה בדבר היטב שאילו חקר ודרש עיניו יחזו כמה וכמה כתי עדים שמעידים ואומרים שהרב ז"ל היה נהנה מפירות חזקת העליה הנז' ואין לזרים אתו וכל אותם שדרו בהעליה הנז' שנה אחר שנה העידו והגידו שלא היו פורעים שכירות החזקה הנז' כי אם ביד הרב ז"ל כמ"ש כל זה ביד היתומים וא"כ אין לך חזקה גדולה מזו, ואם כוונתו לומר שאחר שנפלה העליה הנז' ועמד בעל הקרקע ובנאה משלו אזדא לה החזקה אף שאין הלשון שכתב סובל כן אעפ"כ אמינא שיגבו היתומים חובם מרביע החזקה שבחצר כמהר"מ די אבילה ז"ל שהיא ג"כ ממושכנת ומוחזקת בידם עד עתה ואם לא תספיק לפרעון חובם ידם נטויה לגבות משאר נכסי הלוה מאחר שהמשכונה היתה סתם ופסקה מר"ן בחומ"ש סי' קי"ז ס"ב וז"ל משכונה אם משכנה לו סתם דינה כאפותיקי סתם וכו' יע"ש, ומה גם דאיכא אחריות הלא היא כתובה בשטר המשכונה עליו ועי"א ועל כ"ן, ומ"ש מההיא דהשותפין אין להם חזקה זה על זה לא הבנתי דבריו דהתם מיירי בשותף שטוען שהקרקע שלו מכח שני חזקה דבהא ודאי אמרינן שותפין אין להם חזקה זה על זה, אבל בנ"ד שיתומי הרב ז"ל אזלי ומודי ליתומים של כהרא"ה שהאמת הוא שהחזקה שלהם אלא שטוענים עליהם שממושכנת בידם בעד ההוצאות נראה פשוט שיגבו יתומי הרב חובם ואח"ך יזכו יתומי הרא"ה בחזקה, וכן מבואר להדיא בתשובת הרשב"א ז"ל הביאה מר"ן ב"י ז"ל בסי' ק"ח מחו' ב' וז"ל שנשאל על ראובן שהחזיק במקום בה"ך שני חזקה ושמעון טוענו מקום זה שלי הוא וראובן אומר שלך הוא אלא שמשכנת לי במנה ושמעון אומר לא היו דברים מעולם ומת ראובן ושמעון תובע את יורשיו, והשיב שהדין עם יורשי ראובן, וא"ת האב לא היה נאמן בלא שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו, דע שלא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא להוציא וכאן כיון שמקום זה בחזקתו של ראובן ויורשיו אין מוציאין מידם עכ"ל, ועוד הביא תשובה זו מר"ן הבי"י בסי' ק"מ וסיים בה ואמר וגובים בני ראובן המנה קודם שיחזור המקום ליורש שמעון ובלבד שישבעו בני ראובן שבועת היורשים וכו' יע"ש וכתב הרב ז"ל בהגהת ב"י אות מ"ה על תשובה זו שכן כתב מהר"י בי רב בתשובה כ"י ועיין בהריב"ש סימן ע"ח ובהרדב"ז ח"א סי' קמ"ח ובב"ח ובס' ג"ת דף פ"ז וכבר נתבאר לעיל באות ל"ג שזה דעת כל הפוסקים יע"ש, א"כ בנ"ד שהחזקות הנז' היו מוחזקות ביד הרב הנז' ואוכל פירותיהם כמה שנים מכח שממושכנות בידו בכח ב"ד יפה של שלש כמשו"ח ביד היורשים דינא הוא דגובים חובם עספ"א דלא יהיה המוחזק בקרקע ואוכל פירותיו כמה שנים גרוע מאם קדמו יורשי המלוה ותפסו דאין מוציאים מידם אעפ"י שאביהם לא היה נוטל אלא בשבועה כמ"ש מר"ן בסי' ק"ח סי"א ונראה דאף משבועת

היורשים פטורים כיון ששטר המשכונה שבידם כתוב בנאמנות ואביהם ז"ל היה נפרע שלא בשבועה גם יורשיו אחריו פטורים מן השבועה, ומה שהוכיח בדבריו מפסק חכמי פאם שלא הוציא הוצאות ולא נתן משלו כלום אלא שהביא שמאים ושמו לו כדבריו תמיהא לי טובא שמאחר שלא חקר ודרש לדעת טענותיהם ולחפש בשטרי זכיותיהם איך מלאו לבו לכתוב מה שנראה לפי דעתו, והא איכא עדים כשרים שמעידים ואומרים שכההרי"ץ אביו של הרב ז"ל הוא שהוציא ההוצאות על החזקות מכיסו ומממונו והוא נתפשר עם הגוי בעל הקרקע כמ"ש כל זה בידם, ומ"ש לחלק בין אם משכן בעל הקרקע עצמו למשכונה הנעשית בבדי"א שאינה אלא כדי ליפטר מהפירות שאוכל בעד ההוצאות שהוציא עליה ולא מקרייא משכונה כלל לענין זה לדעתי לא היא שהקרוב לשמוע דיש לה דין משכונה גמורה מאחר שכתוב לאמר בשטר משכונה הנז' והכל ככל חוזק ותוקף הכתוב בכל שטרי משכונות הנעשים בקרב ישראל באופן הנאות והמועיל פשיטא דהוי כאלו משכנה בעל הקרקע בעצמו שבזה כח ב"ד יפה, ומה גם שזה כמה שנים משנעשית המשכונה הנז' וידע בה כהרא"ה ז"ל הו"ל כאלו משכנה הוא בעצמו, זהו מה שנראה לי כפי קוצר דעתי ואף דידענא בנפשאי שאיני כדאי ליכנס לפנים ממחיצתי שאיני מאנשיה וגם אבותי לא דרכו עליה מ"מ אהבת האמת גברה עלי, ונוסף עוד להפך בזכות היתומים הנז' אשר לא מצאו משען ומשענה לכן כתבתי מה שהורוני מן השמים בהאי דינא אם יראה וירצה בעיני יושבי על מדין בעלי השכל והתבונה, נאם החותם בחדש כסלו משנת ה' אלהינו אתה ענית"ם לפ"ק, והוא הצעיר המו"ן
יהודה אלבאז סי"ט

סימן קד

הרב הגדול משי"ח נר"ו ובית דינו הצדק העי"א
אחד"ש מכת"ר, יוואזב כת"ר על שאלה זו באר היטב בלשון שיבינו המון העם ושכמ"ה, על ריב בעלי החצר הנק' ע"ש אריכא עם כללות הקהל על עסקי הנהר העובר בתוך החצר הנז' והוא שבעלי החצר עמלו אלבאב לצ'אר אלמדכורא וקאמו עליהום מיחידי הקהל וזוולוהא בכח הזרוע בטענה באיין אלוואד די פצ'אר הנז' הווא דלקהל והחזיקו בו כמה שנים לשאוב ממנו כל בנות העיר ביום ובלילה ואיפשר תחדאז סי מרא תסקי פנץ אליל ותזברהא מסדודא ואידא תעטל פברא חתא תדוק עלא מוואלין אצא"ר באם יחלולהא יזראלהא סי מקרה רע פלמשך די יקומו יחלולהא ובפרט שזה כמה שנים והייא בלא באב תבקא בלא באב ועמלו קבלת עדות מכמה עדים מנהום ופיהום די סהדו

באיין יערפוהא בלא באב ובתוכם זקן א' שמעיד באיין יערפהא בלא באב מן אייאם מולאי סמעאל ר"א:

ובני החצר כא יוואזבוהום מה לנו ולכם תמנעונא מא נעמלוסי אלבאב אלצ'ארנא נזאיית אלכיר די כא נכליווכום תסקיוו מן לוואד דייאלנא כירייא בטענה רעועה לאייכון תקום די תמלא אלמא פנץ אליל די הייא מלתא דלא שכיחא, וחנא כלליה עמלנא אלבאב לא עלה על לבנו למנוע חסד לעכב עליהם מא יסקיווסי אידא פליל מא עוולנא נסדדוהא עד שתכלה רגל השואבות ואידא פלפזר די כיף כא נחלולהום אלבאב דלוואד די עשויה מכמה שנים נחלולהום חתא באב אצ'אר ומא תועלת ענדהום די תבקא באב אצאר מחלולא ובאב אלוואד מסדודא ולעדים די סהדולכום באיין כאנת בלא באב כא יסהדו אגיר מזמן חרבנה שנחרבה בשנת ח"ץ ובנאוואהא אלגויים בלתי שום תיקון בבנין רעוע ועניים מרודים כאנו יסכנו פיהא וליום די דכלת פיידנא ועמלנאלהא בנין מחדש מתוקן ומשוכלל כראוי וסכנו פיהא גיר ת"ח ואנשים של צורה בהכרח יעמלו אשמירה לאיין פרצה קוראה לגנב ומן זאנב להיזק די כא ידכלולהא לחמיר חמ"ה די מטלוקין פלמללאח פליל וכא ירדוהא פחאל ארווא וזמעא די פאתת סבח פיהא חמאר מיית וקבדהום לגוי מולאה חלפהום אנשים ונשים ולוכאן כאן לגוי אלם לוכאן גרמוה דון סראע ונית ענדהום היזק אכור בכל לילי שבת בהטמנת חמין אידא יעמלו אתבשילין פווסט אצ'אר והייא בלא באב איכא חשש איסור בשר שנתעלם מן העין ואיכא חשש סכנה פן יכנס איזה שונא וישליך סם המות בקדירות וכשמכניסין החמין בבית יש להם צער גדול ובפרט בימות החמה ונית ענדהום היזק אכור די כלליה כא יקומו באשמורת ת"ח די תמא להסיך רגליהם בצניעות בהנהר הנז' כא ידכלו עליהום נשים די כא יקומו מן דאך אלווקת וממילא נמנעו וכא ימסיוו למקום הידוע לבלתי צנועים וסמחו פמוצעהום ודי כא יסהד לעד די הווא זקן באיין מן אייאם מולאי סמעאל סהד שלא בפנינו ומנאיין סהד בפנינו חזר בו כמו שיראה כת"ר חזרתו ואדרבא העדים היותר זקנים סהדולנא בבירור באיין יערפוהא בבאב אצא'ר וכן העידו כמה זקנות וכלליה מא סהדוסי בפני העדים המערערים סהדו קדאם וואחד או ב' מהמון העם וואעסאך בררו בעדותם באיין היחידים מנעו אותם מלהעיד ואיימו עליהם שלא להעיד וכ"ש שהיחידים המערערים זה להם דור ראשון בעיר הזאת ואין להם זכות לא מצד הקהל ולא מצד בעלי החצר, והשתא דאתינא להכי ותחת טובתינו גמלתונו רעה היינו דאמרי אינשי טב לביש לא תעביד וביש לא ימטי לך מהיום הזה והלאה מא ידכלנא חד ללוואד דייאלנא והראיה באיין לוואד דייאלנא ופחוזנא הווא די מדכור פכל מא הייא כחבא די סרא די פיידניא

מכלל הנאות המדור מכתוב לרבות תעלת המים העוברת בחצר הנז', וראיה אוכרא הא לכם פסק הקדמונים נ"ן על ריב שהיה בין הקהל הקדמונים ובין בעלי החצרות שעובר עליהם הנהר בכללותם שלא הניחו בעלי החצרות לנשי הקהל לטבול מטומאתן בהנהרות העוברים בתוך החצרות שבהאלמללאח וטענו הקהל שקודם שנבנו החצרות כאנו יטבלו נשים פהאדיך אסאקיא והייא מזרבא בזרב וכאנו יטלקו אלחוייאך וויטבלו תחתהום ועטאווהום ב"ד רשות יטבלו פכל צ'אר די וואלאת כמו שעיני כת"ר תחזינה מישרים ואידא ענדהום האד לוואד מיוחד יש בו די והותר לבית הטבילה ועלאם ימסיוו לדייאר שלא יילהום אלא ודאי לווידאן כלהום בשוה די מוואלין אצ'יאר וכאנת ענדהום פיהום האד אלחזקה די טבילה דוקא ומנאיין [חסר כאן איזה תיבות] הר' משה ן' עדי אחד מבעלי החצרות ועטאהום [חסר כאן איזה תיבות] באותן החצרות, ועוד ראיה אחרת נג'בארת פייד יורשי הח' כהה"ר מסעוד בן הרוש די כאן ענדהום בית אחד בחצר הנז' ומנאיין באעוה סרטו עלא די סראה יכלליהום יסקיוו מן אלוואד די פצ'אר ואם איתא באיין הווא דלקהל למה יגרע חתא חדאז יעמל אתנאי. ובר מן דין כא יקולו בעלי החצר חנא מוואלין אצ'אר ומסתמא אלוואד מכלל אצ'אר ונתום די כא תקילו דייאלכום המוציא מחבירו עליו הראיה והאד לחזקה די ענדכום באם כא תסקיוו מננו אינה חזקה לאיין לקהל אין מחזיקין בנכסי אחרים ולא אחרים בנכסי קהל כדאיתא בסי' קמ"ט סעיף ל"א בהגה ואע"ג שמר"ן ב"י כתב על סברא זו ולא נהירא לענ"ד עכ"ל, הרי כתב הכנה"ג אות י"ג בהגהת ב"י בשם הר"א ששון שאין לדחות דברי האגודה מפני זה שהרי לא כתב שום טעם לדחות דבריהם והגם שהסמ"ע כתב שטעם דחייתו של מר"ן לדברי האגודה מפני סברת הרא"ש שסובר דוקא דבי ריש גלותא, הרי כתב הכנה"ג בהגה"ט אות ל"ב דהריטב"א והרא"ה רבו חלקו על הרא"ש וס"ל כספר אגודה ולענין הלכה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא עכ"ל.

ועוד דאיכא לבעלי החצר היזק ראיה שכל בנות העיר עוברות בכל שעה ורגע עליהם וקי"ל דבהיזק מבורר הניזק הוא המוחזק כדכתב הכנה"ג בסי' קנ"ג בהגה"ט אות כ"א ואות כ"ד יע"ש, וכתב מור"ם בסי' קנ"ד בהגה דהיזק ראיה אין לו חזקה יע"ש, ומה גם דאיכא בהדיא היזק ראיה מהפרוצות והעזות שבהם שמעבירים עליהם גרף של רעי חמ"ה שאין לו חזקה לכ"ע כדכתב מר"ן סי' קנ"ה סעיף ל"ו יע"ש, ואידא חדשו טענות אחרות אוו אידא ענדהום סי ראיה הא הומאן קאדמין לאענד מכת"ר ושמעת מה ידברו ואחר תחזקנה ידי מכת"ר, ולמכת"ר החיים והשלם.

נאם עבדך שאול ישועה

אחר ההתבוננות היטב בדברי השאלה הכתובה בפנים ובדברי וטענות האומרים שלא יעשו לחצר הנ"ב דלת קבועה ומנעול כי הם החזיקו בנהר העובר בתוכה שבנות העיר יוצאות לשאוב מים מן הנהר ההוא ביום ובלילה, ועוד אומרים שיש להם עדים שהעידו שהם יודעים החצר הנז' בלתי דלת קבועה כמ"ש בפנים.

באנו להשיב להוציא דין אמת לאמתו, דמ"ש שהעידו העדים שהיתה בלתי דלתות. אינה עדות, דלא נתנו טעם לדבר מחמת שהיו אנשי העיר ובנות העיר יוצאות לשאוב מים א"כ איפוא אין תועלת בעדותם. והאמת יורה דרכו דהדין עם אנשי החצר וטעמם ונימוקם עמם דמחמת שהיתה חריבה ואנשיה היו עניים מרודים לכן לא השגיחו בתקונה לקבוע לה הדלת בפתח החצר עד לעת כזאת אשר זכו בהחצר הנז' אנשים של צורה ודרים בה הת"ח, הדין עמהם לקבוע לה דלת כשאר החצרות ויכולים הם למנוע אנשי העיר מלשאב מים מן הנהר שבחצר הנ"ל לא ביום ולא בלילה, ואף אם לא היה נהר אחר בעיר ולא מעינות זולת הנהר של החצר הנז', אפי"ה לא היו יכולין אנשי העיר לשאב מים מן הנהר ההוא כי אם עד שירצו את אנשי החצר ברצי כסף ומימיהם בכסף ישתו, וכ"ש שהעיר הנז' ארץ נחלי מים עיינות ותהומות יוצאים בבקעה ובהר ומה להם לאנשי העיר ללכת לשתות מי נהר החצר ולרדוף אחריהם כאשר ירדוף הקורא אחר שהמה ראו ולרש אין כל כי אם עיין קבצ'ה אחת קטנה והם נקבצו באו שמה לשאוב מים מהם בכח הזרוע, ועוד זאת שנית שהעדים שהעידו שהיתה החצר בלתי דלת קבועה הם נוגעים בדבר ופסולים מאחר שכל בני העיר הם רוצים לשאב מים משם ומאחר דיש להם הנאה בעדותם הם פסולים כמ"ש מר"ן ריש סי' ל"ז יעו"ש, ודברי אנשי העיר שאומרים שהנהר ההוא הוא משועבד בידם, מהבל ימעטו, דהיאך אפשר שיהיה משועבד בידם לצאת ולבא כתות כתות ממשמשין ובאין אנשים ונשים וטף כל היום וכל הלילה והמה רואין את בני החצר מה מעשיהם בכל עת ורגע ובפרט בשבתות וימים טובים נכנסין ונתקלין בהם יוצאין ונתקלין בהם ועיניהם רואות וכלות, זה לא יעלה על לב, דאין לך היזק ראיה גדולה מזה, ועין רעה עולה על גביהן, ומצינו לחז"ל שהזהירו על היזק ראיה דהוא היזק הניכר ונמשך ממנו ארבע אבית נזיקין ותולדותיהם כיוצא בהם, ומה גם שעושין תבשילין והטמנת חמין בערבי שבתות באולם החצר ויש לחוש בהן לסכנת נפשות שמא יעשו בהם סם הממית, וגדולה מזו חוששני להם מחטאת פריצי בני עמנו ומאומות העולם ג"כ שהם רואין ומסתכלין בנשי בני החצר כשהן מקושטות ובאים לידי עבירה כשימצאו פרצה קוראה לגנב החצר פתוחה בלתי דלתות ביום ובלילה ומי יאמר להם מה תעשו, ומה גם שיהיו למקרה ופגע אנשי החצר מחמת שיכנסו להם כלבים

וחמורים חמ"ה ושעירים ירקדו שם ובאו בה פריצים וחללוה, וא"כ מי הוא זה ואיזה הוא אשר בעיניו יראה ובאזניו ישמע כל הנזקין הללו דשכיחי וישעבד להם הנהר לשאב ממנו, הא ודאי בורכא היא, ואף גם זאת שיש ביד אנשי החצר קב"ע כוח"ך מכמה כתי עדים זקנים וזקנות שהם יודעים ומכירים החצר הנז' שהיתה לה דלת קבועה בפתח החצר הנז' מימות מסיר"א, זאת ועוד שאחד מהעדים שהעיד שהחצר הנז' היתה בלתי דלת חזר בעדותו וכן אמר שמה שהעיד שהיתה החצר בלתי דלת קבועה, אינו כן, אלא הוא היה פועל אצל אומן א' שהיה דר בחצר הנז' וכשהיה נכנס ויוצא לשם היה מוציא פתח פתוח ולא ידע אם היתה שם דלת קבועה או לאו, כמו שזה כוח"ך בקב"ע, ולא העיד שלא היתה שם דלת קבועה ואף אם לא היה שום עדות אפי"ה אוקי ארעא בחזקת מרה קמא, כ"ש דאיכא תרתי, דקרקע בחזקת בעליה עומדת כמ"ש מר"ן בסי' ק"מ, ועוד דאיכא עדים דהיתה לה דלת קבועה דהדלת היא אחת מצרכי החצר שבני החצר כופין זה את זה לעשות דלת לחצר כמ"ש בסי' קס"א, ואם כן אוקמה אחזקתה קמא שהיתה בדלת קבועה ומנעול כמשפט החצרות. ומה שאומרים שהם החזיקו בנהר זה יותר מג"ש שבנות אנשי העיר יוצאות לשאוב מים, הא ליתא, דבעינן חזקה שיש עמה טענה, כגון שיאמרו החזיקו בטענה שהם זכו בו בתורת מקנה או ניתן להם במתנה כמ"ש מר"ן בסי' קמ"ו ס"ט, והכא לא שייך דנודע דהיא בחזקת מרה קמא, וכ"כ הסמ"ע בהדיא בסי' ק"מ ס"ד גבי מ"ש מר"ן אבל אם ישנן לעדים לא תועיל לו חזקתו וצריך שיביאו העדים היכא דאית ליה שטר מקנה וא"א לקיימו כגון שמתו העדים דאותו שטר שלא נתקיים ואיכא עדים כמאן דליתיה דמי ולהכי אין חזקתו מועלת אא"כ אומר שטר היה לי ואבדתיו והרי יש בידו שטר, וז"ל הסמ"ע ולא דמי למ"ש המחבר בסי' ע' ס"ב [פי' דהתם כתב מר"ן היכא דאמר הלוה פרעתיך בפני פ' ופ' אומרים לו הביאם והפטר לא באו ואפי' באו והכחישוהו ואמרו להד"מ ישבע ויפטר ולא אמרינן דמאחר שהוכחש לא תועיל לו טענתו וחייב לשלם כמו דאמרינן הכא דלא תועיל לו חזקתו מאחר דאיכא שטר ולא נתקיים] דשאני התם דהפורע א"צ לפרוע בעדים אלא לכתחלה אומרים לו לברר דבריו כדי שלא יצטרך לישבע ומה"ט פסק המחבר שם כמ"ד דאפילו אם באו והכחישוהו פטור בהיסת דאמרינן דכל מילי דכדי לאו אדעתיה, משא"כ בחזקה דאינה מועלת אא"כ אמר שטר היה לי ואבדתיהו והרי יש בידו שטר, ומשו"ה צריך לקיימו עכ"ל, וכ"כ מאמר קדישין בשמו. ונד"ז שהחזיקו בלא טענת שטר היה לי ואבדתיהו לא מקריא חזקה, ודומה ממש נד"ז להכא דכי היכי דלא מצי למטען הכא שטר היה לי ואבדתיהו דהרי יש בידו שטר וא"א לקיימו הכא נמי לא מצי למטען דלא שייך וכמש"ל.

וממה שכתב מור"ם בהגה בסי' קס"ב וז"ל בני מבוי שהיה להם שכונה בחצר אחת ובו בה"ך והמקוה והחצר סגור בדלתות וכו' מיניה שמעינן שאף שהחצר יש בה בה"ך ומקוה שהם צרכי צבור והוא משועבד לקהל, עכ"ז אינם יכולין למנוע לבני החצר לבנתי עשות דלתים ובריח לחצר, והוא ממה שסיים מור"ם שם בהגה והמבוי פתוח לרשות עכו"ם ובמקום אחר דרים ישראלים שיש להם דרך על זה המבוי לילך לחצר ההוא לצורך טבילה או תפלה ובני המבוי רוצים להעמיד דלתות בחצי המבוי כדי לשמור עצמן מן העכו"ם הנכנסים הישראלים האחרים יכולים למחות בידם אעפ"י שרוצים להסיר הדלת מן החצר ולקבעה בראש המבוי ע"כ, וכתב הב"י בשם הרשב"א וז"ל יכולין למחות ואע"ג שיש לבני החצר שבה בהכ"ן ומקוה דלתים ובריח, מ"מ יכולין הם לעכב מפני שגורמים להם טרחא יתירה שאינו דומה עיכוב פתח א' לעיכוב ב' פתחים ע"כ, ואם איתא דמקום שהוא משועבד לרבים כגון נד"ז שיש בו בה"ך ומקוה אינו בדין שיהיה סגור בדלתים ובריח מפני שהם נכנסים לחצר בכל עת ורגע ונשתעבד להם, א"כ היה לו למור"ם לומר שהחצר תשאר בלתי דלתות מחמת שהיא משועבדת לרבים ויקבעו הדלת בראש המבוי דהשתא ליכא אלא עיכוב פתח אי, ומדקאמר מור"ם שבני המבוי יכולים לעכב שלא יקבעו דלת בראש המבוי משום דאיכא עיכוב וטרחא יתירה דב' פתחים ש"מ דהחצר עכ"פ צריכה להיות בדלתים ובריח מחמת היזק הנכנסים ויוצאים וכמש"ל, הגם שיש בה בית הכנסת ומקוה המשועבדים לרבים אלא שבראש המבוי יש להם לעכב עליהם לבלתי עשות ג"כ דלת בראש המבוי משום דאיכא עיכובא דשני פתחים כאמור ודו"ק.

קצרן של דברים הדין עם אנשי החצר לעשות דלת קבועה בפתח החצר הנז' ומנעול מבפנים ולא מבחוץ וידם נטויה למנוע לאנשי העיר מלשאוב מים מן הנהר שבחצר זולת בתורת חסד לצנועות אם ירצו אנשי החצר ברצונם הפשוט ואם לא ירצו הדין עמהם לעכב עליהם שלא ישאבו מן הנהר ההוא מכמה טעמי, הן מצד שאין להם חזקה דחזקה שאין עמה טענה לא מקריא חזקה ואיכא למימר שהיו שואבות בתורת חסד הן מצד העדים שהעידו לזכותם דאין עדותן עדות דהם נוגעין ופסולין לעדות, הן מצד העדים הנז' עצמן דמלבד שהם נוגעין אלא שהעידו שהם יודעים החצר בלתי דלת קבועה ולא אמרו טעמא מפני שהיו אנשי העיר שואבים, ואיכא למימר דהם מעידין בזמן חורבנה, הן מצד שהזקן שהעיד שהיתה בלתי דלת, חזר בעדותו כנז' ואנשי החצר זכוותא נפיש להו. הן מצד דאוקי קרקע בחזקת מרה קמא שהיתה בדלת ומנעול כשאר כחצרות, הן מצד דאית להו כמה כתי עדים זקנים וזקנות יש מהן שהעידו מימות המלך מסיר"א היתה בדלת קבועה, ויש מהן שהעידו מזמן קדמון היתה בדלת ומנעול עד שעת חורבנה

שסר צלה מעליה ונשארה גלמודה מבלי מחזיק בדקה, והעולה על גביהן היזק ראיה שנכנסים להם ובידם גרף ושופכין בכל עת ועונה, אשר מזה נמשכין ארבע אבות נזיקין רח"ל, ומי שיעמוד לערער נגד הדבר הזה מלבד שהוא נקרא עבריין אלא שהוא עתיד ליתן דין וחשבון ביום הגדול והנורא ולשומעים ינעם ועליהם תבא ברכת טוב. ולראית האמת והצדק ח"פ פאם יע"א והיה זה בחדש טבת משנת אשר החזקתי"ך מקצו'ת הארץ לפ"ק וקים.

אליהו הצרפתי סי"ט

הן עוד היום המציאו לפנינו בעלי החצר הנז' קב"ע שנים מזקני העיר ההיא הם אמרו שיודעים נאמנה שהחצר הנז' היתה קבועה בה דלת בפתחה ומנעול מיום היותם על האדמה עד שנות הרעב שהיה בשנת ח"ץ לתפ"ץ שנחרבה העיר ונשסו הבתים כמשו"ח בידם, ולכן עפ"י העדות הנז' שמעולם ומשנים קדמוניות היתה קבועה בה דלת עד שעת חורבנה נמצא שמעולם לא החזיקו בה בני העיר לצאת ולבא בלי שום דלת כי אם בשעת חורבנה דוקא, ומה שהחזיקו מיום הוסדה מקרוב ועד עתה בלי קביעות שום דלת היינו משום שאומרים שעדיין לא נגמר שכלולה ולא נבנתה החצר על תלה כאשר בתחילה ולכן לא קבעו לה דלת עד לעת כזאת שרצו לקבוע בה הדלת בעוד שלא נגמר שכלולה גם עתה ועכבו עליהם בני העיר, וכפי האמת מאחר שלא החזיקו בה בלי דלת בהיותה בישובה כי אם בשעת חורבנה ובעוד שלא נגמר שכלולה ונבנתה על תלה אין חזקתם חזקה ורשאים בני החצר לקבוע בה דלת כאשר בתחילה ואם יבררו העדים שהיתה ננעלת גם הם ינעלו אותה. אך אמנה אינם יכולים לעכב עליהם מלשאוב מים משם אלא עולם כמנהגו נוהג כאשר בתחלה בהיות הדלת. הן אמת אלו החזיקו בה בלי דלת אפי' שעה אחת בגמר שכלולה הויא חזקה דחזקת השעבודים היא ומהניא לאלתר ולא בעיא ג"ש כמבואר בדברי מר"ן, ועם שיש ביד בני העיר עדות שלא היתה לה דלת מעולם אינה עדות קיימת שהרי כל בני העיר הם נוגעים בדבר ואין עדותם עדות, אבל העדים הללו שהעידו לחובה נאמנים להעיד על חבריהם ועדותם קיימת כמ"ש מר"ן בסי' ל"ז ס"ו ע"ש, ולראיה ביד בעלי החצר ח"פ פאס יע"א בחדש שבט מהשנה הנז"ל ואמת ויציב וקים.

שלמה שמואל אבן צור סי"ט שאול סירירו סיל"ט יהודה אבן עטר ס"ט בכמוה"ר עובד זלה"ה

מ"ש שמעולם וכו' עד עולם כמנהגו נוהג, אינו אלא דברי בורות ומעורב בו דברי נגוד וקנטור ומיעוט יראת שמים כי הנפקותא האמתית היוצאת ממ"ש שהחצר היתה בדלת

ומנעול היא לענין שאינן יכולין לשאוב כלל לא בשעת שכלולה ולא בעת חרבנה. והם עקמו את הדרך וכתבו היפך כוונת האמת שאין מי שיעכב עליהם מלשאוב מים משם, ושקר ענו דבאומרם שהיה שם דלת, ומנעול כשאר החצרות בקב"ע כמשוח"ך משם מודעא רבתי שמה שהיו שואבים היה לפי רצון בעלי החצר. ואם היו רוצים היו מעכבין עליהם מלשאב מים כפה"ד הברור, ומ"ש שאם יבררו וכו' שאם היתה ננעלת וכו' גם בזה שגו ברואה, דמאחר שהעידו העדים בפירוש שהיתה החצר בדלת ומנעול כשאר החצרות, למאי איצטריך בירור, דהא כשהעידו שהיתה הדלת במנעול פשיטא שהיו נועלין בו כשאר החצרות והיינו טעמא שהוסיפו העדים לבאר בעדותם כשאר החצרות בלישנא יתירה שהרי כבר אמרו בעדותם בדלת ומנעול ומסתמא המנעול הוא לנעול כשאר החצרות, ואעפ"כ הוסיפו לבאר כשאר החצרות לאפוקי מי שאין לו דעת וחסרון בינה שלא יטעה לומר מ"ש בדלת ומנעול היינו המנעול לאיזה שעה שירצו יהיו נועלין אותה, אך אמנה להרים מכשול וטעות מי שהוא מבתי החסרי"ם לכן הוסיפו לבאר כשאר החצרות הגם שאין צורך לה שכבר פשוט הדבר ממ"ש בדלת ומנעול הכוונה שאם יש מי שיעלה בדעתו שום טעות אמרו בעדותם בביאור כשאר החצרות ומשם בארה"ז אף לדרדקי' דהכונה אם ירצו בעלי החצר להניחם לשאוב מים הנה מה טוב ואם יעכבו עליכם בעלי החצר הרשות בידם. ומ"ש דחזקת השעבודים היא וכו' כמבואר בדברי מר"ן, לא הזכירו באיזה מקום ובאיזה סי' כתב מר"ן כן. דממנו נדע אם כדבריהם כן הוא אם לאו, ואם הוא דומה בדומה או לא מי כלל כידוע. ולראית האמת והצדק ח"פ בחדש שבט משנה הנ"ל ושו"ב וקים.
אליהו סי"ט

סימן קה

עמדו לפני לדין הר' יעקב אלמסעאלי תובע, ומסעוד אביטבול בן יצחק סעוד נתבע על מעשה שהיה ביניהם שגוי א' הפקיד ביד יעקב הנז' קנטאר דזית והמחהו עם מסעוד הנז' לתת לו השמן הנז' ונתנו לו. והיום בא הגוי ליפרע ממסעוד הנז' בסך קק"ם-מ"ם דמי השמן ההוא וכאשר תובעו לפני גוים משיבו להד"מ ונתרצה הגוי לדון עמו בדיני ישראל ועמדו לדין לפני החכם השלם הדיין ומצוין כהה"ר שלמה אביטבול, וכאשר טען הגוי לפרוע לו דמי השמן. השיבו מסעוד הנז' פרעתיך וחייב שבועה להסעוד הנז' שפרע וכתב פס"ד ונתנו ביד הגוי וחזר הגוי ותבע מיעקב הנז' ואמר לו תן לו השמן שהפקדתי אצלך והשיבו כבר המחיתני עם מסעוד הנז' ונתתי לו והעמידו בדין לפני הערכאות

ונתחייב לתת השמן והגוי ישבע שלא המחהו ותכף נשבע הגוי ותפס ליעקב הנז' בבית האסורין עד שפרע ועכשיו טוען על מסעוד הנז' לפרוע לו מה שנתן לגוי ומסעוד הנז' משיב שלא המחהו הגוי עם יעקב הנז' רק שהגוי לקח השמן מיעקב הנז' ונתנו למסעוד הנז' ולאביו ואחיו שהיו משותפין ואפילו אם תמצי לומר שיעקב הנז' נתן השמן ביד מסעוד הנז' ושותפיו איהו ניהו דאפסיד אנפשיה שהודה לגוי הנז' שהפקיד בידו משום שבדיניהם אין להם הפה שאסר הוא הפה שהתיר ומשעה שמודה שהופקד בידו אם יטעון החזרתי תו לא מהימן. ועל שתיהן השיב יעקב הנז' על הראשונה טען שנתן השמן בידו של מסעוד הנז' וביד אביו ושני אחיו עפ"י המחאת הגוי, ועל השניה טען שלא רצה לכפור בהגוי הנז' שעכ"פ יתחייב שבועה שלא הפקיד בידו ואיך ישבע על שקר לפטור עצמו מהגוי, ועוד רוצה דליקו בהימנותיה עם הגוי הנז' לבל יצא עליו שם רע שכופר וירחקוהו כל בני הכפר שדר בו הגוי הנז' ולא יוסיפו להפקיד אצל יעקב ולא יאמינוהו עוד ויפסיקיה לחיותיה שבכפר ההוא, ופסקתי ביניהם שאם יעמוד מסעוד הנז' בטענתו הראשונה ישבע היסת שלא המחהו הגוי הנז' עם יעקב הנז' אלא שהגוי הנז' לקח השמן מיעקב ונתנו למסעוד הנז' ולשותפיו ואז נפטר מיעקב הנז' בין פרע לגוי בין לא פרע דמאי איכפת ליה ליעקב הנז' בזה כיון שלא נתן הוא ליד מסעוד הנז' ואם חזר מטענתו זו והודה כאת"ל שנתן השמן בידו חייב לשלם ליעקב הנז' דפושע הוא שפרע לגוי בלא עדי גוים ואין טענתו כלום שטען שלא היה לו ליעקב הנז' להודות על האמת דשפיר השיבו יעקב הנז' שעכ"פ יחייב אותו שבועה, ועוד דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב, ומה גם שהגוי הנז' בא לפני אחר שנדונו לפני לתבוע מיצחק אבי מסעוד הנז' לישבע לו מה שפרע לו מה שתובע אותו והיה לפני הר' מסעוד עולייל ואמר לגוי מה שלקחת מיעקב הנז' גזל גמור הוא ואתה מתרחק מן הגזל, והשיבו לא אני גזלתיו אלא מסעוד הנז' הוא שגזלו שלקח השמן מידו ולא פרע אותי ומה אעשה שכפר מסעוד הנז' ואומר שלא לקח מאומה מוכרח שנשאר השמן אצל יעקב ואם היה מודה מסעוד שלקח מידו השמן לא הייתי מדבר עם יעקב הנז' ע"כ נמצא כתוב.

סימן קו

מה שכתבתי בפס"ד למתא גריס

הובא לידי אח"מ שטר א' מחכמי איגלמימן שנכתב על יעקב ן' דוד ן' אלישע לזכות הר' יוסף דודו אביו של יעקב הנז' מסך שש מאות ושלשים מתקאלים בתורת עסקא ב' שלישים למקבל ושליש לנותן בריוח וכן להיפך וחתום ע"ז השטר הח' הש' כהה"ר

אברהם איררוכאן יצ"ו וסמוך לחתימה בכ"י כתב צ"ל דוד ן' אברהם אסולין ונתברר שהחכם החותם קרוב ליעקב המקבל א' בשני יען שיעקב הנז' נשוי עם בת אחיו של הח' הנז' וכאשר נלב"ע יעקב המקבל והניח יתומים קטנים עמד יוסף הנותן הנז' והוציא השטר הנז' לגבות בו מהיתומים, ונדרשתי תחילה לחוות דעתי אם יש ממש באותו שטר לגבות בו מהיתומים ואמינא ודאי דחספא בעלמא הוא וכמאן דליתיה דמי, הן מצד שהחכם החותם בו קרוב היה ליה שטר פסול ובטל ומבוטל, הן מצד שאפילו אם היה כשר לעדות השטר בטל דאין עדות העד הב' כלום כיון שלא חתם הוא עצמו אלא שהעד הא' כתב צ"ל פ'. ואחר שהשטר בטל הו"ל מלוה עפ"י ואפילו יבואו עדים כשרים ויעידו בה אינה כלום דאנן טענינן להו שמא פרע אביהם, וזה ברור, והדן הפך זה הרי זה בור, אלא שחכמי תאפילאלת הפריזו על המדה וטח מראות עיניהם כשהעמיד לפניהם הנותן הנז' לדין להר' יחייא אחיו של המקבל הנז' שהוא אפוטרופוס יתומי אחיו המקבל הנז' ובמקום שיהיו טוענים בעד היתומים שאין מוציאין מיד היתומים אלא בראיה ברורה טעו בעצ'רם מעושר וממשפט לוקח ופשרו שיתן האפוטרופוס מחצית החוב הנז' שהוא גו"ו - ק"ם - נ"ם ונכתב השטר על האפוטרופוס בד' במרחשון תקס"ד שיפרע מחצית הסך בר"ח כסלו הסמוך ומחצית הסך במלאת לו שנה תמימה ואם העביר המועד יפרע הכל, ונדרשתי ג"כ לחוות דעתי אם יש קיום לאותה פשרה ואמינא דהלכה רווחת בישראל דפשרה בטעות חוזרת דאלו ידע האפוטרופוס דאין על היתומים חיוב של כלום לא היה מתפשר דמאי אכפת ליה למעבד פשרה לאפסודי ממון רב ליתומים ואנן סהדי דמסתמא הכי אסיק אדעתיה וכ"ש דאפילו ידע ואסיק אדעתיה דאין שטר זה כלום ואפילו הכי עשה פשרה אין אותה פשרה כלום דלעצמו רשאי ולא להפסיד היתומים ועיין מוהריק"ו שורש קי"א ומהר"ם אלשיך סי' י"ד שדנו פשרה בטעות כענין זה מההיא דפ' חזקה דף מ"א גבי רב ענן דשקיל בדקא בארעיה [ופרשב"ם שטף מים נכנס בשדהו ונטל המחיצות ולא נודע מקומן] אזל הדר גודא בארעיה דחבריה [פרשב"ם עשה כותל חדש בינו לבין שכנו והרחיב קרקע שלו ועשה הכותל בשדה חבירו] אתא לקמיה דר"ן אמ"ל זיל הדר וכו' אמ"ל והא אחיל דאתא וסייע בגודא בהדאי [פרשב"ם דהא יש לי טענה ודאית שהקנה לי קרקע ויש לי עדים שראו שהיה מסייע לי לבנות הכותל וכמאן דא"ל זיל חזק וקני דמי]. אמ"ל מחילה בטעות היתה את גופך אי הוה ידעת לא עבדת כי היכי דאת לא הוה ידעת הוא נמי לא הוה ידע יעש"ב, הרי מבואר דאע"ג דהיא מלתא דלא עבידי אינשי למטעי דמסתמא הוה ליה לידע מקום הכותל הישן ואפילו הכי חייבו להחזיר מטעם דכי היכי את לא ידעת איהו נמי לא הוה ידע.

ומה גם שהגידו לפני החכם השלם כהה"ר שלמה אלבאז והר' דוד בן מאמאן ששם היו ושם נמצאו בתפילאלת והמה ראו שחכמי תאפילאלת חייבו לאפוט' בכל אלא שהר"ש הנז' קרא ערער עליהם דשטר פסול ובטל הוא ומשום שהיה הנגיד אשר שם הר' אברהם כלפון בעזרת הנותן לא עצר כח למונעם מן הפשרה. וא"כ אין לך פשרה בטעות גדולה מזה דכיון שחייבוהו בכל החוב נתרצה להתפשר במחציתו כסבור דטבא להו ליתומים עביד, והשתא דנתברר שאין כאן חיוב אין פשרתו כלום.

עוד הגידו לי העדים הנז' שהיו אומרים כיון שהמתחייב הוא הקרוב להחכם החותם ומעיד לחובתו דבריו קיימים ולא ידעו הבין דגזרת הכתוב היא בין לזכות בין לחובה כמ"ש מר"ן סי' ל"ג ס"י גם זו מן התוכחות שהיו מחייבין להאפוטרופוס שבועת התורה שאינו יודע שהחוב אמת דכלום יש אח מעיד על בן אחיו דאפילו אם יאמר ידענא בחוב זה שהוא אמת אין מוציאין מהיתומים בעדות הקרוב, באופן דכל בניינם סתירה ואין שום חיוב על היתו' לא מצד השטר הפסול ולא מצד הפשרה הנבלות על יסוד רעוע דבנפול היסוד וכו', אלא שעוד ידם במעל שהגיד לי הר' יחייא הנז' שנתגלה הדבר לבי דינא רבה רבני פאם יע"א וכתבו לו שטר להחזיר הדין והוא כבר פרע בזמנים שקצבו לו כי ירא לעכב פן יתחייב בכל וכאשר בא לתבוע מה שלקחו ממנו כפרו ואמרו לא לקחנו כלום ואמר לו א' מן החכמים אין לך עליו אלא שבועה והוא צוות ככרוכיא היאומן כי יסופר כי כשבאו עליו בשטרא ריעא לא הניחוהו השיב רוחו וכ"ש בהיות בידם חרב וחנית השטר פשרה מהיכא תיתי לפוטרם חנם אין כסף והא ראיה שנמצא בידו השטר פ' קרוע ומסתמא אמרינן אילימא לא פרעו לא נתנוהו בידו.

ועוד יש בידו אגרת ששלח כהה"ר אברהם איררוכאן הנ"ל אגרת לאחיו של הנותן הר' שלמה בן דוד שבנו יעקב הוא שבא בהרשאת דודו להשתרר על יחייא הנז' וז"ל כיף יזרא פיכום תלמוני בלעיב מן שאעא די קאלי נכתב אשטר קולת מא נגוזסי עליכום קאלי מא נחדאזו כתבא גיר תפגידא וכו' ויחייא יום כ"ב בחשון ג'אב תמנייאת או"ו וחלהום ענדי ע"כ, הרי שקודם הזמן היה משתדל בפרעון והניח הסך הנז' ביד ב"ד שבעירו ואין לומר מצד חיוב אחר דסגנון הלשון מוכח על ענין זה, ואחרי שכן שהשטר יצא מתחת יד יחייא הנז' אנן סהדי שפרע ובעמוד והחזר קיימי וכ"ש בהצטרף דבר האגרת הנז', גם ע"ג שטר הפשרה כתוב הפרעון פסקי פסקי דבר בעתו וע"ג שטר הפסול כתוב מחל במחצית ופרע מחצית ניכרים דברי אמת שפרע וחייבים להחזיר לו, החותם פה צפרו בחדש זו ה' בו שנת וקנאת"י לציון לפ"ק וקים.

נאם שאול ישועה ס"ט

סימן קז

העי' ע"ע בקש"מ בדל"ב ונשח"ך כ"א למש"י הדו"מ כמוהה"ר שאול ישועה אביטבול ובכח הקוש"ח הוהו"ג שבעד סך מאה ושבעים מתקאלים שקבל מאת הי' אברהם אלעלוף גמר ומכר לו כל חלק וזכות שיש ליתומים נכדיו בני המנוח החכם הש' כהה"ר רפאל אביטבול ז"ל בהחזקה שיש להם במתא תיטוואן יע"א היא חזקת האלפוקיזוט'ו ותחתיתו שבחצר שיש בה בית הכנסת הנק' בשם די קרודו וכו' מכירה גמורה וכו' כדת וכהלכה בלי שום שיור זכות כלל להיתומים הנז' שכבר סלק זקנם הנז' האפוטרופוס שלהם כל עצם ורשות וזכות שיש להם בהחזקה הנז' והקנה וזיכה ורקן הכל לחלוטין ולצמיתות ביד הקונה הנז' ומעתה יזכה ויחזיק הקונה הנז' במקחו הנז' זכות גמור וחזקה גמורה, וצריך לאודועי שהחזקה הנז' ירשוה מכלל הירושה שירשו מזקנם הר' ראובן בוסידאן נ"ע שנלב"ע בחיי אביהם זלה"ה שזוכים הם במחצית הירושה מכח אמם שנלב"ע בחיי אביהם הנז' וחולקים עם אחותה אשת אביהם הנז' במחצית האחר מכח התקנה באופן שהיתומים נוטלים שלשה רבעים בירושת זקנם ואשת אביהם הרביע והחזקה הנז' נתונה היא לזקנם מאשתו ג'אמילא שבתיטוואן יע"א כמו שראינו שטר מתנה כתוב וחתום בכל מיני חזוקין לשכון ולהשכיר למשכן ולשעבד ולמכור יבנה ויסתור ויחדש יוריש וינחיל ויחסין וכו' אלא שעדיין לא נתברר לזקנם הנז' מה למכור מחשש החובות ששמע שיצאו על ראובן הנז' והירושה אחר פריעת החובות גם היתומים יש להם שטר נגד זקנם שנתחייב לאביהם מנדוניית אמם וגם יש להם שטר שנמסר לאביהם משמעון צבע ושלח החכם זקנם מעשה ב"ד לרבני תיטוואן יע"א לדעת מה זה ועל מה זה ולא באה לו עדיין תשובתם לכן לא נתרצה למכור עד יעמוד על חלק היתומים אלא משום שהקונה הנז' כתת רגליו עד פה צפרו ולא רצה להחזירו ריקם מכר לו הזכות שתמצא ליתומים בהחזקה הנז' המעט הוא אם רב וקבל אנפשיה הקונה הנז' אחריות הבע"ח לפצותם מכיסו וגם לפצות ג'אמילא אלמנת ראובן הנז' וכל המערערים על החזקה הנז' ולא קביל עליו החכם המוכר הנז' זולת אחריות היתומים ודאתי מחמתייהו ומכר על זה האופן והודה שטר מוחזק בחסובדי"א ובאחריות היתומים ודאתי מחמתייהו על היתו' ועי"א ועכ"ן מקו"מ שקו"ש וכו' דלא וכו' ונ"ה בקוש"ח ולראיה ח"פ והיה זה כ"ה בטבת תקס"ו לפ"ק וצריך לאודועי שהחזקה הנז' ממושכנת ביד הזולת ועל הקונה הנז' לפדותה מכיסו מלבד הסך שבו קנה וקיים, וח"ע כהה"ר ישראל יעקב עולייל וכה"ר אהרן נ' מאמאן.

וזה טופס השטר מתנה שבו נתנה ג'אמילא הנ"ל לבעלה ראובן הנ"ל הקרקע הנ"ל וז"ן או"ב.

העידתנו ע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למש"י הכבודה ג'אמילא מב"ת אשת הנכבד וחשוב הר' ראובן בוסידאן נר"ו ובכה"ק והש"ח הודית הו"ג ונתחו"ג ונתנה במתנה גמו' לבעלה ראובן הנז' כל חזקת האלפוקיזיט'ו ותחתיתו שבחצר שיש בה בהכ"ן הי"ג הנק' בשם די קרוד'ו וידועה ונק' ע"ש אנהורי ופימ"ל מתנה גמורה שרירא וקיימא כדת וכהלכה מתנה מו' ומקויימת בכל מיני חיזוקין וקיומין שכתז"ל בכל שטרי מתנות הנהוגות בקרב ישראל בכל אופן המועיל והנאות כפ"ה מתנה דלא למיהדר בה ודלא להעדאה ולהשנאה מינה לעלמין ולדרי דרין בלב טוב ובנפש צהלה ושמחה בלי שום שיור ואפי' נעיצת יתד ומסמר גוף מהיום ופירות שעה אחת קודם מותה מתנת בריא וחלים גלויה ומפורסמת וכך אמרה לנו הנותנת הנז' האי מתנה כתבוה בשוקא וחתמוה בברא כי היכי דלא תהוי כמתנה טמירתא וכמתנת ש"מ דהדרא כד מתפח ממרעיה אלא מתנת בריא גלויה לעין כל ומהיום ולשעה אחת קודם פטירת אשתו מן העולם רשאי וזכאי לשכון ולהשכיר ולמשכן ולשעבד ולמכור יבנה ויסתור ויחדש יורישׁ וינחיל ויחסין וכו' ויעשה במתנה הנז' כל חו"ר כאדם העושה בשלו ולית דימחי בידיה ויימר ליה מה עבדת והודית עה"ך שט"ז מו"מ עליה בחסובדי"א בתפי' וכו' וצ"ל שבעת שנשאת ג'אמילא הנז' עם הר' ראובן הנז' כתבה לו ונתנה לו כל חזקת האלפוקיזיט'ו ותחתיתו הנז' ככל תוקף כל הנ"ל וכשנכנסה בלשת למדינה זו לתפ"ץ נשללה המתנה הנז' והן היום חזרה ג'אמילא הנז' וחדשה לו המתנה הנז' ונ"ה בקושח"ך וכו' בא' בשבת ד' ימים לח' שבט מש' תק"ח לך לפ"ק בטיטואן יע"א והשו"ב וקים, וחתו' הח' הש' כהה"ר ימין אזראד וכהה"ר משה ן' אסוסי.

נדרשנו אח"מ לחוות דעתינו להשיב על ריב שנולד בין הקונה ובין החכם האפוטרופוס שמכר לו חלק היתומים נכדיו שטוען הקונה שלא קנה אלא על סמך שאמ"ל החכם המוכר שמתנת החזקה הנז' שנתנה ג'אמילא הנז' לבעלה הנז' כנ"ל זוכים בה היתומים הנז' ואשת אביהם ז"ל לבדם כמשפט חלוקתם בנכסי זקנם ראובן הנז' ג' רבעים ליתומים והרביע לאשת אביהם ואין לג'אמילא הנז' לחזור וליטול כלום בהמתנה הנז' והוא קנה זכות היתומים לחושבו ג' רבעים קנה. והשתא שבאה תשובת חכמי טיטואן שהשיבו להחכם הנז' על מה שכבר שלח להם כנז' בשטר מכר הם אמרו שחוזרת האלמנה הנותנת ונוטלת במתנה ההיא אחר פטירת בעלה כפי התקנה המחצית לה והמחצית הוא שיתחלק בין היתומים ואשת אביהם ולכן תובע להחזיר לו דמי מחצית המקח

שלא נתקיים בידו או לבטל המכר מעיקרו ונסתייע מק"ע שני עדי השטר מכר שהעידו שלא בפני החכם שבשעת המקנה היה בחזקת שהמתנה קיימת ושאין לאלמנה בה כלום והחכם האפוטרופוס משיב דמעיקרא לא נתרצה למכור לו עד יעמוד על תשובת חכמי טיטואן אשר להם דבר המשפט לדעת מהו חלק היתומים ששלח להם לחקור על החובות וגם על דבר המתנה להיכן דעתם נוטה כדי לדעת מה שימכור כמבואר בהצעת השטר מכר אלא שהקונה לרוב חשקו במקח לא נתרצה להמתין וקבל עליו שהוא קונה הזכות שתמצא ליתומים אם מעט ואם הרבה וכמו שמפורש היטב בתורף השטר מכר שכתב תחלה גמר ומכר לו כל חלק וזכות שיש ליתומים נכדיו ולא פירש כמה ולבסוף שנה עליו הכתוב לעכב שלא נתרצה למכור לו אלא הזכות שתמצא ליתומים בהחזקה הנז' המעט הוא אם רב ומשולש בכתובים שלא קיבל עליו שום אחריות זולת דנפשייהו דיתמי ודאתי מחמתייהו ולתוספת טובא חזר ופירש בהדיא שקבל עליו הקונה אחריות הב"ח לפצותם מכיסו וגם לפצות ג'אמילא אלמנת ראובן הנז' וכל המערערים על החזקה, הרי מפורש היטב שאין לקונה שום חזרה אם מחמת שמכר לו מה שימצא ליתומים דוקא אם מחמת שלא קבל עליו שום אחריות דעלמא אם מחמת שקבל ע"ע הקונה אחריות הב"ח לפצותם ולפצות לג'אמילא המערערת וכל המערערים ובחדא מהני סגי לדחות טענת הלוקח וכ"ש בהצמדם יחד דמדכתב בשטר כל חלק וזכות המעט וכו' נדחו דברי עדי השטר שחזרו והגידו שהיה המכר בחזקת שהמתנה קיימת ואפילו אם היו דבריהם מפורשים בשטר שמכר לו בחזקת שהמתנה קיימת ועולה ליתומים בה ג' רבעים כיון שפירש בשטר שלא קבל עליו שום אחריות זולת אחריות נפשייהו דיתמי ודאתי מחמתייהו אפי' בא מי שערער על החזקה הנז' ונטלה ממנו כולה אין לו שום חזרה על המוכר דכיון שלא קבל אלא אחריות דנפשייהו ודאתי מחמתייהו הרי מיעט אחריות דעלמא וכמ"ש רב האי גאון דג' מיני אחריות הן אחריות דנפשיה וכו' כההיא דפ' מי שהיה נשוי דף צ"א ואחריות כגון דבעל חוב דידיה ואחריות דעלמא כגון נמצאת שדה שאינה שלו ולפיכך אם פירש לו אחריות דנפשיה הרי הוא כאלו מיעט אותו דמחמתיה ודעלמא שהם למעלה ממנו ואם פירש דמחמתיה הרי מיעט דעלמא שהוא למעלה ממנו וכו' אלו דברי גאון ז"ל הביא דבריו הנ"י בפ"ק דמציעא ומר"ן ב"י ריש סי' רכ"ה ומור"ם בד"מ ריש סי' קי"א ס"ב ובאר הגולה רכ"ה ס"ק ב' והסמ"ע סי' רכ"ה ס"ק א' וש"ך סוף סימן רכ"ה ובסי' רכ"ו ס"ק ב' והרדב"ז בסי' תקמ"ט כולם הביאו דברי גאון להלכה **(ומה שיש לדקדק על דברי גאון הביאו רבינו בצלאל בשיטה מקו' מציעא במה ששייך לדף ט"ו מדפי הגמ' בשם שיטה וכ' ועיין נ"י בלשון הר"ן והיינו שכ' הנ"י בשם הרנב"ר

שביאר דברי גאון ליישבן ולהלמן יעו"ש, וכל הפוסקים הנז' לא חשו להאי קושיא ומאי דנקט רב זביד דאפי' נמצאת שאינה שלו אינו חוזר דמשמע דהא עדיפא היינו בערך רב פפא ודו"ק ודברי מר"ן בסי' רכ"ה ס"ה נמשך אחר דברי רב זביד דאיפסיקא הלכה כוותיה ודו"ק.)** ומה גם שהוסיף הלוקח וקבל אנפשיה לפצות לג'אמילא וכל המערערים הרי בפי' אימעיטא אחריות ערעורי הגזילה. ועוד אפילו לדברי העדים הנ"ל שמעידים שבשעת המקנה היה בחזקת שהמתנה קיימת אין כאן תנאי כדפסק מר"ן בסי' ר"ז ס"ג וד' מי שמכר ופירש וכו' אינו חוזר שהרי לא פירש ואעפ"י שקודם המכירה אמר שהוא מוכר ע"ד וכו' כיון שבשעת המכירה לא אמר אינו חוזר יע"ש, כ"ש בנ"ד שלא פי' כלום לא קודם מכירה ולא בשעת מכירה שמפני כך הוא קונה דאינו כלום ולא זו אלא אפילו אם היו מעידים בפי' שתנאי היה הדבר וכו' אינו כלום דקי"ל בסי' מ"ו סל"ז דכל שכתב ידם יוציא ממקום אחר ואמרו תנאי היו דברינו אינם נאמנים יע"ש.

ומה גם שהם עצמן שלחו ליד הח' בחתימת ידם שכל התנאים המפורשים בשטרי מכר שביד הקונה כולם כא' ביארנו לו בלשון ערב'י אחת לאחת ורצה וקבל עליו את הכל ובפרט שקע"ע שאם יזכו היורשים בחלקם מכח השטר של שמעון צבע יעלה לו בהחזקה הנז' כו"כ חלקים ואם יזכו מכח המתנה שנתנה ג'אמילא אשת ראובן בוסידאן וכו' יעלה לו כו"כ אלא שלא נשאר בזכרונו כמה חלקים וקבל עליו הר' אברהם את כל הכתוב אחר שביארנו לו בלשון ערבי באר היטב ולראיה ח"פ וחתמו. הרי סותרים להעדות שהעידו שביד אברהם הנז' שלא בפני החכם ואינה סותרת לדברי השטר דמוכח דספוקי הוה מספקא להו אם המתנה גומרת או אם השטר גומר.

ועוד שהדמים מודיעים דנכנס על הספק שהרי הוא עצמו קנה הרביע שעולה לאשת אביהם בסך אוו - ש"ם נ"ם וג' רבעים של היתומים בסך או"ו - תש"ם ואפילו חזר על אשת אביהם מכח שקבלה אחריות הרביע ונמצא חצי הרביע יהיו חצי דמים סך תתק"ם - ע"ם - ה"ם ולערך זה יעלה במחצית חלק היתומים סך בו"ו - כ"ם - ה"ם ולפי זה עדיין מתבקש אצלו לפי ערך זה ועכ"ז בא בעקיפין על היתומים לעוות עליהם את הדין וגואלם חזק הוא יריב אם ריבם, וחתמו לזכות הח' האפוטרופוס המוכר הנז' החכם השלם הדו"מ כהה"ר שלמה אביטבול נר"ו וסמכו ידיהם החכמים השלמים הדו"מ כמוה"ר יהודה ן' עטר וכמוה"ר שמואל ן' זמרא יש"ץ.

זה טופס הפס"ד שהביא לעזרתו הלוקח המערער הנז' ומה שהשיב אפוטרופוס (הוא הגאון המחבר ז"ל ודבריו באו בתוך שני חצאי לבנה) היתומים על דבריו וזה נוסחו.

אחר המכירה שמכר החכם אפוטרופוס נכדיו ג' רבעים מהחצר הנז' כי הרביע זכתה בו אלמנת בנו (אחר המחילה לא נזכר במכר לא שליש ולא רביע רק כתוב תחלה שמכר לו כל חלק וזכית ושנה עליו לעכב באמצע השטר מכר לו הזכות שתמצא ליתומים בהחזקה הנז' המעט הוא אם רב ומשולש שלא קבל עליו שום אחריות זולת דנפשייהו דיתמי ודאתי מחמתייהו ונוסף עוד שקבל הקונה בפירוש אחריות האלמנה הנותנת לפצותה וכל המערערים) כמפורש בשטר המכר (מ"ש בשטר המכר שנוטלים היתומים שלשה רבעים בירושת זקנם אין הוכחה שמכר להם בהחזקה הנז' ג' רבעים שלא נזכר זה אצל החזקה זולת בירושה והכונה אם זכו בכל המתנה יש להם בה ג' רבעים ואם יזכו במחציתה יש לה במחציתה ג' רבעים כמשפט ירושתם בנכסי זקנם) כי מפטירת אשתו הא' של בנו שנלב"ע בחייו זכו יתומיה במחצית החצר וכשנלב"ע ר' רפאל בחיי אשתו הב' יתחלק המחצית שנטל הבעל הנז' בין האלמנה ובין היתומים נמצא ליתומים שלשה חלקים ולאלמנה חלק רביעי (לא זכה בקרקע זה בחיי אשתו א' שנאמר מכח זה קא אתו אלא כשנלב"ע זקנם בחיי אביהם זכו במחצית ירושתו מכח אמם שנלב"ע והמחצית זכתה בו אחותה אשת אביהם וכשנלב"ע אביהם ז"ל חוזרים וחולקים עמה בחלקה) ולזה מכר הח' שלשה חלקים והאלמנה מכרה חלק רביעי שלה וכל המכירות היו ע"ד שאלמנת ראובן אין לה כלום בחצר כי אם הפירות כי נמצא שטר מתנה בין שטרות הבעל כי אלמנת ראובן זכתה לבעלה החצר הנז' גוף מהיום ופירות לאחר מיתה באופן שהיה בדעת החכם ואלמנת בנו שכל החצר שלהם מכח המתנה ולזה מכרו כולם כאדם המוכר בשלו, (דבר זה אפי' תשב"ר יודעים אותו ועיקר יסודתו של דבר זה אצלי הוא כתוב שנשאל הרב הגדול כמוהר"ר סעדיה אבן דנאן מהרב הגדול כמוהר"ר משה בן חמו זכרם לה"ה בש' ומלאך פניו הושיע"ם והשיב ממה שכותבין בשולי הכתובה שכל הנכסים הנמצאים לו ולה וכו' תחלוק עם היורשים במתנה ההיא וכו' וחתם בחותמו הקדוש. גם כתוב אצלי. פס"ד מהרבנים המובהקים כמוהר"ר וידאל הצרפתי וכמוהר"ר משה בן חמו וכמוהר"ר יהודה בן עטר שפסקו שתחלוק במתנה אע"ג דשניא מנכסי מלוג דהא בעל שנתן מתנה לאשתו אין לו פירות ומנכסי מלוג יש לו פירות מ"מ לא באו לסתום אלא לפרש וכיון שלא פירשו אין חילוק בינייהו גם כתובים אצלי כמה פס"ד מהרב הגדול כמוהר"ר יעב"ץ בענין זה ואיך עלה על לבו לומר שדבר זה נעלם ממני וכל ההעתקים שהועתקו הועתקו מהתורף שיש בידי כתוב וחתום בחותמם הקדוש אלא דממה שהוסיף באותה מתנה לישנא יתירא להנחיל ולהוריש עלה בדעתי לומר לטפויי אתא דבהיכא דנפטר הבעל בחייה יורישנה ליורשיו ולא תטול הוא בהם

כלום ולא סמכתי על דעתי, גם לא ידעתי מה יענו עדי שטר מתנה ולכן שלחתי להם דעתי בזה ולשאול לעדי המתנה מה כוונתם ובינו ביני קודם בא תשובתם הפציר בי הקונה הנז' וקע"ע כל התנאים שאין עלי שום אחריות וקנה מה שימצא לזכות היתומים המעט הוא אם רב וכו' וקבל בפי' אחריות האלמנה הנז' וכשהייתי אשתקד במקנאם בא והתנפל לפני להפציר בהחכם כמוה"ר רפאל לשלוח להם על מה שדנו שתטול האלמנה מחצית המתנה מהיכן דנו כדי לראות אם מה להשיב על דבריהם, ועודנו שם הגיעה תשובתם ששאלו העדים ואמרו שלא נשאר בזכרונם מזה ובדקדוק השטר אמרו שנראה להם מההיא דסימן רנ"ג דלשופרא דשטרא הוי האי לישנא יתירה וחזרתי ושלחתי להם תשובת הר"ן שהביא הרדב"ז סי' פ"ז לתת כלל באיזה אופן אמרינן לישנא יתירה לטפויי ובאיזה אופן אמרינן לשופרא דשטרי יע"ש).

והן עתה כשנגלה שטר מתנה נראה לנו כי לא יורע כח האלמנה מכחו ותטול חלקה מושלם שהוא המחצית מנכסי הבעל כפי התקנה שהאלמנה נוטלת המחצית בנכסי הבעל בעד כתובתה ומבואר בתקנה שאפילו אם נפלו וכו' וא"כ הגם שבחייו זכה הבעל במתנה בכל החצר מ"מ כיון שנלב"ע המתנה בכלל עזבונו ותכנס לכלל החלוקה ואם כן המכירה שמכר החכם היתה בטעות שצריכין להחזיר להאל' המחצית מכל מה שמכרו וכבר חזר הלוקח על אלמנת בנו והחזירה לו המחצית מדמי המכר ותבע להחכם המוכר להחזיר לו ג"כ המחצית מדמי המכר כמו שהחזירה לו האלמנה (מי תלה זה בזה. האלמנה קבלה אחריות והתכם מלבד שלא קבל על עצמו שום אחריות דעלמא עוד הוסיף וחייב הלוקח וקבל על עצמו בפירוש אחריות הנותנת) ותחלה השיב החכם שאולי המתנה שנתנה אלמנת ראובן היתה בפירוש שלא תכנס בכלל חלוקה ולזה בקש מאתי החכם אני החותם פה לשלוח לחכמי טיטואן ששם עדי המתנה לחקור בעדי המתנה אם יש עדות מזה, (הדברים. כמו שכתבתי למעלה לראות מהיכן דנו דלאו לטפויי ההוא לישנא יתירה או אם יש בפי עדים מה כוונתם בהאי לישנא יתירה ומכאן התחיל לגבב עלי שלפניו תבע ממני והייתי משיבו ולהד"מ ועל זאת תאבל הארץ היאך החי יכול להכחיש את החי ולומר שעמדתי לפניו לדין וזה טוען וזה טוען וכמו שפירש בסוף הפסק וז"ל כך נפסק הדין בעמדם לדין החכם עם אברהם וה' הטוב יכפר בעד) וגם לראות מה בפי האלמנה אל' ראובן והיתה תשובתם כי עדי השטר לא נשאר בזכרונם רק שהיתה המתנה סתם כמ"ש וחתום בידם וגם כתבו ששלחו לשאול להאלמנה והשיבו שהמתנה, סתם ותו לא, ותעשה מש"ה ואדרבא התרעמה על המתנה שהיתה שלא מדעתה רק בעלה פיתה אותה וכו' (איך שייך פתוי קודם שישאנה שהמתנה קודם

הנישואין ולא נתרצה לישא זקנה שאינה בת בנים אלא מחמת אותם מתנה והיא שפתתה אותו לישאנה בשביל אותה המתנה כמבואר בשטר המתנה).

באופן שקם דינא שהמתנה תכנס לאמצע וכן פסקו גם הב"ד כמ"ש כ"ז ביד הלוקח, וכראות החכם כל האמור השיא הענין לדבר אחר וחזר וטען שכבר הגיד זה ללוקח וסבר וקבל (להד"מ ומה צריך לומר לו והוא מפורש בשטר שאין עלי שום אחריות והוא הוא שקבל לפצות להאלמנה הנז' ולכל המערערים) יובן שאמר לו זה בדרך סתם כמ"ש הסופרים הן רב הן מעט ושיש בידו לברר זה ע"י עדי השטר (מאריה דאברהם מה צורך בזה לברר ע"י עדים והוא כתוב ושנוי ומשולש, ומה ששלחתי לעדים הוא שאברהם הנז' היה מתרעם עלי לפני ת"ח ואומר לי אתה כתבת שטר המכר לבדך ולא ידעתי מה כתבת ועכשיו אני רואה שסגרת בעדי בכל זה, וע"ז הוצרכתי לשלוח לעדים להוציא נפשי מידי חשד ושלחו הסופרים שכל התנאים המפורשים שם בשטר שבידו כולם כאחד בארנו לו בלשון ערבי אחת לאחת ורצה וקבל על עצמו את הכל) ושלח אברהם לעדי השטר והגידו כי בשעת המקנה היה בחזקת שהמתנה קיימת ושאין לאלמנה בה כלום מפורש בכתב ידם וחותמם ששלחו לי שקע"ע אם ירצו היורשים מכח השטר של שמעון צבע יעלה כו"כ הרי דמספקא להו אם המתנה גומרת או השטר ודבריהם סותרים והעיקר היא עדות שבשטר שכמו שנחקרה בב"ד ושוב אינם חוזרים וכו' והכל גבובי מילי אפילו יגידו בפני, ואין מוציאין מהיתומים אלא בראיה ברורה ועיין סמ"ע סי' מ"ו ס"ק ק"ה שהביא בשם הרא"ש על שטר משכנתא שלא היו כותבין בו המחיצות אם איתא דלא הוו המחיצות בכלל הו"ל לפרש ואף אם אומרים העדים דלא היה בכלל אין נאמנים הואיל וסותרים מ"ש בשטר יע"ש, וכ"ש בנד"ז דמיקרי סותרין) ולמפורסמות א"צ ראיה וכו' שגם החכם לא אסיק אדעתיה כלל שהמתנה יש בה שום פקפוק (א"צ לכפול הדברים דאם בעיניו דבר חדש הוא שחולקת במתנה לכ"ע פשוט הוא אפילו לדרדקי דבי רב) ואף שכתבו בשטר כל חלק וזכות המעט הוא אם רב אין ללמוד הימנו כלל מה שלא עלה בדעת הלוקח והמוכר ואינו אלא פטומי מילי (זו קשה מן הכל דמי שמע כזאת שתורף השטר יהיה פטומי מילי ולעשות עיקר מהדברים התלוים בשערה באומדני דלא מוכחי כלל) ודעדיפא מזה כתב מר"ן רל"ב ז' לגבי מומין (מה ענין שמיטה אצל הר סיני) ואפי' אם יהיה בדבר שום ממש לא עדיף מהא דתנן אם אמר הן חסר הן יתר אפילו פחות רובע ופסקה בסי' רי"ח אמ"ל בית כור עפר זה אני מוכר לך (לא דמיא אפי' כאוכלא לדנא דהתם פי' בית כור עפר והכא כל חלק וזכות אשר תמצא ליתומים המעט הוא וכו') וכ"ש נ"ד שהפחת הוא מחצית דבר הנמכר וכ"ש בנ"ד שאעפ"י שבתחילה סתם

וכתב כל חלק וזכות הרי חזר וביאר כמה חלקים יש ליתו' גם ביאר בשטר שזכה ראובן בכל החצר מפאת המתנה שנתנה לו אשתו (אין צריך לכפול הדברים דבמתנה לא נזכר כלום ובירושה הוצרכנו לבאר כמה יעלה להם במה שתעלה בידו מהמתנה) מבואר נגלה שהכל ע"ד שהמתנה קיימת והשתא דאיגלאי מלתא שהאלמנה תטול המחצית צריך המוכר להחזיר דמי המחצית (אפילו אם פירש כמה חלקים מכר אינו חייב להחזיר כלום כי לא קבל המוכר אחריות דעלמא כנ"ל והלוקח הוא שקבל אחריותה בפירוש וכ"ש שלא פירש כמה ובלא אחריות).

איברא שגם אם ירצה המוכר לבטל המכירה יכול הוא שגם הוא יש לו טענה נצחת לא מכרתי אלא לחושבי שאין ליתומים הנאה בחצר עד מות האלמנה כמו שהתנו במתנה שהיא תטול פירות כל ימי חייה והשתא שנשתנה הענין והיתומים יטלו חלקם בפירות זה לא מכרתי באופן שיד המוכר על העליונה וכו', ועוד יש לבטל מכר זה מכל וכל שקרקע היתומים לא יוכל להמכר כ"א להאכיל ליתומים ואפילו לעשות להם סגולה ליתומים בדמיו אין כח ביד האפוטרופוס למכור כי אם ברשות ב"ד כמבואר בסי' ר"ץ סי"א (מהתימא שיסתור ויחלוק על הרב הגדול אביו זלה"ה שבפסקיו המועתקים אצלי סי' יו"ד מבואר שכל שהוא לתועלת היתומים להרויח ולא להניח כלהאכיל דמי יעש"ב וכבר כתוב אצלי ע"ז ראיות כדברי הרב אביו זלה"ה) שאינו רשאי למכור אפילו שדה רעה וסיים בהגה שברשות עביד ואף שהחכם מאריה דאתרא מ"מ בעינן ב"ד של שלש (גם זה אינו דיש בידינו כמה פסקי דינים מהרב יעב"ץ זלה"ה דלא בעינן ב"ד של שלש וסגי בחד ומדברי הרמב"ם פכ"ד מהלכות סנהדרין הלכה ו' ראיה גמורה לדברי הרב שכתב הלכה ו' יש לדיין תמיד להפקיר וכו' ולא נקט יש לב"ד כמ"ש שם בסמוך הלכה ד' וכו' לומר דבהפקר ב"ד לא בעינן ג' ויש לי אריכות דברים בזה אלא שאין להאריך בדבר פשוט) ואף שלא נזכרה שומא והכרזה כי אם לגביית ב"ח כ"ש כשמוכרין לסיבת מה (כבר כתב הרב יעב"ץ זלה"ה שהאידנא נהוג למכור בלא הכרזה אפילו בנכסי יתומים דלא נפקא לן מידי אלא לגביני כרוז וכן פשט המנהג בפאס וסביבותיה, והרב המאסף בסי' ק"ט בהגהת ב"י אות י"ג כתב משם מוהר"ש יפה דאף במקום שנהגו להכריז אם ב"ד או אפוטרופוס ראו שלא להכריז לפי שהיו יראים שמא יחזור בו הראשון הרשות בידם יע"ש) גם מה שרצה החכם לחזק המכר מכח הש"ח שנמסר לאבי היתומים ואומר שיזכה בכח השט"ח וממילא אין לאלמנה כלום. מלבד שהשטר הוא שטרא ריעא ואין בו ממש לפי מהות הענין ממה שנודע לנו כי ן' צבע משהה שטרות פרועים וכ"ש שקרוב לודאי אצלנו כי היו עדים על השטר שפרוע מעת שנתפס ן' צבע בתפיסה גדולה

ונוקש כל החובות שהיה נושה ולזה כל ימי ן' צבע לא דיבר עם המתחייב בשטר מפאת האלסאק'א רק אחר מותו הוציאו בנו שמעון, ואמת אגידה שמשעה שהוציא לפנינו היה בדעתינו לפסוק עליו שהוא בטל כחרס אלא שגם שמעון כשהוציאו היה בעיני עצמו כמתעתע וע"ז לפני התגלע הריב פשרנו ביניהם בדבר מועט להשקיט ריב ומדון וזבין דיניה הר"פ בדבר מועט, ומלבד זה הלכה רווחת דאף שיש בו נאמנות לא יוכל לטרוף מיד האלמנה כי אם בשבועה שאלמנה כב"ח ואף שהיורשים בכלל ב"ך האלמנה אינה בכלל וצריך הב"ח לישבע על שטרו וכאן אין מי שישבע כי שמעון המוציא השטר לא מכר שוה אלף מנה בדינר אלא ע"ד שלא לישבע וגם שבועתו אינה כלום וגם הוא יורש בין היורשים (לא נפקא לן מדי אם השטר כשר או פסול שלא נתתי טופס ממנו לאברהם הנז' אלא להראותו לב"ד אם יאמרו שחולקת במתנה יראה לו הטופס שיש שטר כדי שתשמע ותשתוק ולא כתבנו עליו שום מסירה לגבות בו כלל וכאשר נבוא לגבות בו יש בידינו להכשירו כמו שהוכשרו כל שטרותיו וגבה בהם כשטרא מעליא וגם כת"ר מהמכשירים תחילה לטרוף בו ממשעבדי עד שהוצרך בני זלה"ה לקנות ממנו ע"י כמה הפצרות ששלחנו מכאן אגרת הרב משי"ח זלה"ה וכמה הפצרות מהרב אחיך זלה"ה שחתם על המסירה ואם מכר שוה אלף בדינר אין אונאה לשטרות וכ"ש שלא מכר בזול כ"א עד שראה שנלב"ע ראובן ואין לו ממה לגבות כלום. והלכה רווחת שהאלמנה מכלל היורשים לפי התקנה ולא אמרו גבי ב"ח שצריך לישבע אלא בבעל חוב מוקדם ובא השני גם הוא לטרוף ולא מצא מכח קדימת הראשון שמשביע את הראשון ואז הראשון טורף, לא כן לגבי האלמנה אין קדימתה כלום לגבי ב"ח ומחוייבת כפי התקנה שלא תטול כלום מכתובתה רק אחר פריעת החובות אפילו מאוחרין ומה הפרש בינה ובין היורשים כפי התקנה ויש בזה אריכות דברים וכן היו רבותינו דנין ואנו אחריהם ואין אומרים למי שלא ראה את החדש וכו' וכל השטרות חזרו לזכות שמעון ואין לשאר יורשים כלום בהם ככתוב בארוכה ולא נזכר שמסר אדעתא שלא לישבע ואם היה צריך לישבע שבועתו שבועה דאנוס הוא) באופן שלא יורע כח האלמנה מפאת השטר והרי הוא כחרם וכו'.

כללא חייב החכם להחזיר מחצית דמי המכר וכך נפסק הדין בעומדם לדין הח' עם אברהם הנז' ולראיה ח"פ וחתום הח' הנז' וג' חכמי מכנאם עמו חתמו לפי הצעתו.

(**הדור** אתם ראו דמלתא דקיימא באפיה הכחידנה תחת לשונו שלא הזכיר שלא קבל החכם המוכר אחריות דעלמא ושקבל הלוקח אחריות החובות ואחריות ג'אמילא וכל המערערים שכל בניניו נופלין מחמת שלא קבל אחריות דעלמא דל'א יהיה כדבריו

שמכר אדעתא שהחזקה שלימה מכרה ונלקחה כולה מידו אינו חוזר ואין להאריך שי"ש ס"ט)

טופס קב"ע וז"ן אות באות תיבה בתיבה

בתלת כחדא הוינא ואסהידו קדמנא כהה"ר יעקב בירדוגו נר"ו וה"ר דוד אדהאן נר"ו בתע"ג וברורה שבאב של אשתקד ביום של שלמחרתו שם לדרך פעמיו הח' כמוה"ר שאול ישועה אביטבול למחוז חפנו היה הח' הנז' נושא ונותן בדין שיש לו עם אברהם לעלוף לפני הח' כמוה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו נר"ו ואחר כמה כרכורי דברים נתרצו לפני הח' הנז' עזה"ד שגמר דינם יהיה עפ"י הרוב מבתי דינין של ג' מדינות אלו מכנאס ופאס וצפרו דוקא שמה שיפסקו עליהם הרוב מב"ד הנז' כן יקום ודינם מקובל ומרוצה על שניהם בלי לנטות ממנו ימין ושמאל, ובאמ"ץ נקש"מ בדל"ב כה"ר אברהם בנו של הח' כמהרשי"א הנז' ונכנס מ"ק בעד אביו הנז' שכל מה שיתחייב בדין אביו הנז' עפ"י הרוב מחכמי המדינות הנז' עליו לפרוע לאברהם לעלוף הנ"ל עספ"א באין אומר ואין דברים עכ"ם עדותם העדים הנז' ולראיה ח"פ תמ"ת בתמוז תקס"ז לפ"ק והשו"ב וקיים וחתום הח' כהה"ר משה בן שלוש יצ"ו וכהה"ר עזריה אסבאג ונתקיימו לנו חתי' כראוי.

וזה טופס פס"ד שפסק כמוה"ר פתחיה מרדכי בירדוגו נר"ו בחזרתו שחזר ממה שחתם לזכות הקונה וז"ן

הגם שכבר כתבנו וחתמנו לזכות אברהם לעלוף הנ"ב וסמכנו על מ"ש הח' הפוסק הנ"ב שבנו וראינו כי לא כן הוא כלל כי עיקר שעליו סמך הח' הפוסק הנ"ב הוא מההיא דסי' רי"ח בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר וכו' ובע"ז רואים אנו שמלבד שאין כתוב בשטר אלא שמוכר לו כל חלק וזכות שתמצא ליתומים המעט הוא אם רב. ולא דמי לההיא דבית כור וכו' שאמר לו בפירוש בית כור אני מוכר לך וכו' עוד זאת אף אם אמ"ל בפירוש ג' רבעי החזקה אני מוכר לך הן חסר הן יתר בלי אחריות אפילו אם נמצא כולו גזול ויצא מתחת יד לוקח אין לו לחזור על המוכר דדוקא בההיא דבית כור שמכר לו בית כור והרי הוא חסר לפנינו ואין לו קרקע להשלימו הוא דמצי הלוקח למיהדר א"נ בשאינו לפנינו ומכר לו באחריות אבל כשהוא לפנינו ומכר לו בלא אחריות וכנ"ד אעפ"י שנמצא גזול כולו ביד המוכר הגיעו דמצי אמ"ל חייתא דקטרי סברת וקבילת וכמ"ש בסי' רכ"ה ס"ה וזה ברור, גם בענין ההכרזה והמכירה שלא בב"ד מלבד שכל דברי הח' כההרשי"א בהשגותיו בפנים רובם דברי טעם עוד זאת פשוט הוא שאין לבעל המכירה מחסרון ההכרזה והסכמת ב"ד אלא כשמערערים היתומים ורוצים לבטל המכירה אבל אם היתומים רוצים במכירה והדברים נראים שהנאה להם במכירה פשיטא דלא בטל

המקח שלטובת היתומים הטעינו רז"ל ההכרזה וההסכמה מב"ד ולא לרעתם אבל לוקח שסבר וקבל המקח בלא הכרזה ובלא הסכמת ב"ד פשיטא ופשוט דלא הדר וזה ברור, וגם החכם הפוסק בפנים מסכים הולך לזה כמדוקדק מדבריו זהו הנ"ל בזה וצוויי"מ אמן וחתום הח' הנז' כמוה"ר פתחיה נר"ו.

וס"ל גמ"ך וז"ן

עם היות שכבר כתבתי לזכות אברהם לעלוף לפי הצעת החכם הפוסק וראיתי אחרי רואי כמה שינוים בין דברי החכם הפוסק לדברי החכם הנתבע כמש"ל ולא ידעתי לאן אפנה, אשר על כן לא אכנס בסלע המחלוקת ובחילוקים שביניהם כי לא ידעתי איזה יכשר הזה או זה ואבוא בדרך קצרה בענין האחריות שלא נזכרה כלל בדברי החכם הפוסק איך היתה וצריכין אנו לבאר מה היא אחריות דנפשיה ודאתי מחמתיה ודאתי מעלמא. כתב בדרישה סימן רכ"ה ס"ה וז"ל ג' מיני אחריות הן. אחריות דנפשיה, אחריות דאתי מחמתיה, אחריות דאתי מעלמא. אחריות דנפשיה כגון שיצאו עליה עוררין, אחריות דאתי מחמתיה כגון שטרפה בעל חוב דידיה, אחריות דעלמא כגון שנמצאת שדה שאינה שלו, ובנד"ז שבפירוש לא קבל עליו אחריות דעלמא ונמצאת שאינה שלו אין המוכר חייב באחריותה שהרי לא קבל עליו אחריות דעלמא, ובענין שומא והכרזה לא תקנו חז"ל הכרזה אלא לטובת היתומים ולא לרעתם וכמ"ש הח' לעיל וקיים וחתום כמוה"ר ברוך טולידאנו ישצ"ו

סימן קח

עתה באתי בידים שניות לברר דין זה מוצאיו ומובאיו להוציאו לאמתו ואמינא שמקור דין זה מהש"ס גטין דף יו"ד ע"ב דתנן כל השטרות העולים בערכאות של גוים אעפ"י שחותמיהן גוים כשרים. ובגמרא קא פסיק ותני לא שנא מכר לא שנא מתנה, בשלמא מכר מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה ושטרא ראיה בעלמא הוא ואי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא הוו מרעי נפשייהו וכתבינן ליה שטרא אלא מתנה במאי קני לה בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא, אמר שמואל דינא דמלכותא דונא ואי בעית אימא תני חוץ מכגטי נשים ועם היות שהרא"ש כתב דהני תרי לישני לא פליגי אהדדי דהיכא דאיכא דינא דמלכותא איירי מתניתין בכל השטרות אפילו במתנות ואם לא הנהיג המלך וליכא הורמנא דמלכא אערכאות אלא עמדו מאליהן אי לא מכשירינן אלא שטרי מכר ודומיהן ומתרצא מתניתין תני חוץ מכגטי נשים כגון שטרי מכר וכיוצא בהם יע"ש, ושכן דעת הרמב"ן והרשב"א יע"ש מ"מ דעת הרמב"ם כתב הרב המגיד דפסק כלישנא

בתרא דדוקא שטרי מכר וכיוצא בהם ובנ"ד שבשטרי מכר קיימינן ליכא מאן דפליג דכשרין אלא דהרי"ף כתב ודוקא בערכאות דלא מקבלי שוחדא וכתב עליו הרא"ש ולא ידענא פירושא דמלתא אי נחית לפרש טעמא דערכאות משום דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא אבל כנופיא דארמאי חיישינן דלמא מקבלי שוחדא וסהדי שקרא, או בעי למימר דוקא ערכאות דידיע לן ביהו דלא מקבלי שוחדא וסיים דמסתבר דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא יע"ש, והרמב"ם כתב וכן צריכין שיעידו עדי ישראל על אלו הנכרים שהם עדי השטר ועל זה השופט שקיים עדותם שאינם ידועים בקבלת שוחד, וכתב הטור שכן כתב הרמ"ה וז"ל והוא דמתחזקי במהימנותא דלא מצלי דינא ולא מחנפי לכר נש ולא מקבלי שוחדא ואף לא מקבלי סהדי אא"כ איתחזק ליהו במהימנותא והך חזקה הוא דאיתחזקו בה כגון דהוו דייני ואזלי ולא אשתכח עלייהו ריעותא דלא יכילנא לאפוקינהו מחזקת מקבלי שוחדא אלא בראיה עכ"ל, וכתב הרא"ש על דברי הרמב"ם ולא נהירא לי דא"כ נפל פיתא בבירא דמי יעיד עליהם בזה דסתם גוים מקבלי שוחדא כדאשכחן בפ' כל כתבי בעובדא דר"ג ואמא שלם אחתיה בההוא שופט שלקח שוחד שרגא דדהבא וחמרא לובא יע"ש, וכתב מר"ן ב"י דלפי האמת אין זו קושיא לא לדברי הרמב"ם ולא לדברי הרמ"ה דאיכא למימר אין הכי נמי דסתם גוים מקבלי שוחדא מיהו היכא דהוו דייני ואזלי ולא אשתכח עלייהו ריעותא לא מפקינן להו מחזקת כשרות אלא בראיה עכ"ל, הרי דמר"ן הקדוש מפרש בדברי הרמב"ם דמסתמא ערכאות לא מקבלי שוחדא אמנם אי נפיק עלייהו קלא דמקבלי שוחדא להטות את הדין דהשתא ליכא למימר סתם ערכאות לא מקבלי שוחדא דהא איתרע חזקתייהו דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא ואז פסלינן שטרא העשוי באותן הערכאות וכתב הרא"ש דאע"ג דנפיק עלייהו קלא דמקבלי שוחדא לאצלויי דינא מ"מ לעדות שקר לא מרעי נפשייהו ולפי"ז אחר שמר"ן הביא בשלחנו הטהור דברי הרמב"ם ככתבם וכלשונם צריכין אנו לפרש בדבריו כמו שפירש הוא עצמו בדברי הרמב"ם, וכן ראיתי להרשב"ץ ח"א שאלה י"ב שהביא דברי הרמב"ם וכתב עליהם ובודאי שהפריז על מדותיו דא"כ נפל פיתא בבירא וכו' כמ"ש הרא"ש וסיים אבל סתם ערכאות אינם מקבלי שוחדא כדעת הרא"ש אבל מ"מ אם הוחזקו בקבלת שוחד פסול אפילו בערכאות ושמא לזה נתכוון הרמב"ם עכ"ל. הרי דדעת הרשב"ץ להשוות דעת הרמב"ם לדעת הרא"ש בדעת מר"ן ז"ל דכל דלא נפיק קלא עלייהו דמקבלי שוחדא אמרינן סתמייהו דלא מקבלי שוחדא ומכשירינן כל השטרות העשוים בערכאות ולא מפקינן שום אחד מהערכאות מחזקת כשרות אלא בראיה ברורה אפילו לאצלויי דינא וכ"ש לגבי סהדותא דכתב הרא"ש דלעדות שקר לא מרעי נפשייהו

אפילו קבלו שוחד לאצלויי דינא, ומה גם לסברת הרב קרבן נתנאל הביא דבריו הרב בית אברהם במאמר המלך וז"ל דלפי גרסתו בספרי הרמב"ם תיובתא דמותיב הרא"ש ליתה, דהרמב"ם אינו מצריך שיעידו עליהם שלא קבלו שוחד אלא שלא יהיו מפורסמים בקבלת שוחד עכ"ל יע"ש, הרי דפשט דברי הרמב"ם ומר"ן שהעתיק לשונו וכתבו שאינם ידועים בקבלת שוחד היינו שאינם מפורסמים בקבלת שוחד אבל סתמייהו להכשיר דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא ולכן כתב מר"ן לשון הרמב"ם ככתבו ולא הוצרך להוסיף בביאור דבריו כמש"ל דהשתא המדייק בלשון הרמב"ם יורה יורה שכך פשט לשונו דאינו פוסל אלא ערכאות דמפורסמים בקבלת שוחד וכל שאינם מפורסמים מכשירין השטרות העשוים על ידם ומהשתא לכ"ע אמרינן דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא ולא תקשי לן מאי דאמרינן בגמרא חזקה דלא מרעי נפשייהו דמשמע דאנן סהדי דלא מרעי נפשייהו ואיך נאמר שיעידו עדים על כשרותן אלא ודאי דמסתמא אנן סהדי דלא מרעי נפשייהו וכי אשתכח עלייהו שום ביש ונפיק עלייהו קלא דמקבלי שוחדא אמרינן איתרע חזקייהו שלא להכשיר שטרות העשוים בגופן ומה גם האידנא שבודקים אחריהם ואי אשתכח עלייהו שום ביש מענישן המלך עונש גדול לכן הם נשמרים ולא מרעי נפשייהו, החותם בחדש כסלו משנת יושי"ע לבנ"י אביו"ן לפ"ק.
שאול ישועה ס"ט

סימן קט

נוסח שטר צוואה מעיר ג'יבאלטאר שצוה יצחק אביטבול דמתקרי איזאק'י לפני מותו בלשון לעז והועתקה ללה"ק במתא טיטואן
והוא שצוה לפני ב' עדים קרובים זה לזה שכל אשר יניח הכל לסול אשתו ויורשיו ב"ה (חסר) ואחריה הכל לעניים והובאה בכמה נוסחאות נוסחא א' חתומים עליה העדים הקרובים, ונוסחא ב' שביד שופט העיר כמנהגם חתומים בה העדים הנז' וחתם גם המצוה עמהם ונוסחא אחת חתומים עליה הקרובים ויש בה תוספת דברים שבא אחר ואמר לו לא תועיל הצואה ואמר להם הכל לעניים והנוסחאות בזמן אחד.
וזה מה שכתבתי. התבוננתי בענין הצואה הנז' ואשר נגזר עליה מחכמי טיטואן וראיתי שדבריהם אמת וגזר דינם דין אמת שאין ממש באותה צואה לכל הנוסחאות ולא מבעיא בנוסחאות שחתומים בהם הקרובים זל"ז דאינם כלום. אלא אפילו לאותה נוסחא שחתם בה גם המצווה בטלה היא ולא זכו העניים זכיה גמורה מן הדין, שהרי מ"ש בצואה שכל אשר יניח הוא הכל לסול אשתו הוי לשון מתנה כדאיתא בסי' רנ"ג ס"ב וז"ל ואם אמר

אני מניח לפלוני הוי לשון מתנה יע"ש והוי נותן מתנה לאשתו ואחריה לעניים וכיון שמתה ולא זכתה במתנה ההיא דקי"ל דאין מתנת שכיב מרע קונה רק לאחר מיתה וכיון שמתה היא בחיי בעלה הנז' ולא זכתה היא גם העניים הבאים, מכחה לא יזכו, ועוד כיון שנתברר שנוהגים מנהג המגורשים וכפי התקנה שצריך מציאות חכם וליכא כמבואר בתקנות הכתובים בל' לע"ז שנת הרנ"ד ליצירה וז"ל ק"יל ק'ואל ק'ייארא פרישונא ק'י ק'ישיירי פ'אג'יר מתנה או צוואה בין איש ואשה ק'ישו פאגא בפני חכם העיר או דיין העיר אי פאזיינדושי אין אוטרא מנירה ק'י לה טאל מתנה או צוואה נון באלגא ע"כ, ובתקנה שנת ועתה מלכים השכיל"ו ליצי' חדשו בה שאין לכתוב שום צוואה זולת לפני המצווה ולפני החכם שימצא לשם ומשם לא יצא הסופר והעד עד שיחתמו בפני החכם ובפני המצוה ויוכיח החכם על אעבורי אחסנתא ויכתוב החכם הוכיח למצווה יע"ש, וא"כ בנ"ד שאין כאן מציאות חכם ולא תוכחת אין צוואתו כלום. ובר מן דין כפי התקנה אפי' אם היתה מתנת בריא ובעדים כשרים וזכתה בה האשה היא חולקת בה עם היורשים ומשטר כתובתה נלמוד שכותבין שכל נכסים שימצאו לו ולה בעולם קרקע וטלטל וכל מאי דמתקרי נכסי תחלוק עם יורשי הבעל וכיון שמחווייבת לחלוק בנכסיה מתנה זו מכלל נכסיה וכן כתוב אצלי תשובת הרב הגדול מוהר"ר סעדיה אבן דנאן בכתב ידו ובחותמו הקדוש שנשאל על מתנה שנותן הבעל לאשתו אם חולקת עם היורשים מאת הרב הגדול מוהר"ר משה בן חמו זלה"ה והשיב שחולקת מהאי טעמא וסיים בה וגם אם לא ימצא כתוב התנאי הנז' בשולי הכתובה עכ"ז לא הפסיד והרי הוא כאלו נכתב ובמה שכותבין והכל כפי המנהג והתקנה סגי.

ועוד נמצא אצלי פס"ד מהרבנים המובהקים הרב הגדול מוהר"ר וידאל הצרפתי והרב הגדול משה בן חמו זלה"ה והרב הגדול מוהר"ר יהודה בן עטר זלה"ה שדנו בענין ראובן שנתן חלק מקרקעותיו לאשתו ב' ואחריה לבנו שממנה ונתן לבנו שמאשתו ראשונה חלק אחר ודנו לקיים מתנת הבן שמאשתו ראשונה שהרי נתכוון למתנה גמורה ולא להבריח מדנתן לכל כת, אכן המתנה שנתן לאשתו חולקת עם היורשים מכלל שחולקת כפי התקנה בנכסי מלוג וכיון דלא זכתה היא גם אחריה לא יזכה דכל שלא זכה הא' גם הב' לא יזכה יע"ש. וא"כ בנ"ד שלא זכתה במתנה ההיא לעצמה מהאי טעמא גם העניים שזוכים אחריה לא יזכו ועדותו של הר"מ ששמע מיצחק המצווה דרך סיפור כשמתה אשתו בין מיתה לקבורה והיה מספר א' מקרובי אשת הר"מ הנז' ושאל ממנו יצחק הנז' מה מדבר לך א"ל שמתלחש לזכות בירושת קרובתו והשיבו כבר נתתי הכל לעניים ע"י העדים הנז', רואה אני שאין ממש בעדותו דאין שני להעיד עמו ועוד שדרך סיפור אמרה

למילתיה ולא דרך צוואה, ולצרף עדותו עם א' מהעדים הקרובים ז"ל בנוסחא א' לא מהני ול"מ לדעת הרמב"ם שהביא מר"ן בסברא קמייתא בסי' ל"ו ס"א דבכוונו לראות בהלואה וראו בבת אחת סגי לפסול, אלא אפי' לסברת הרא"ש שהביא בשם י"א דבעינן כוון לראות ובא לב"ד והעיד בנ"ד איכא תרתי שנתכוונו לראות הצוואה בבת אחת וכתבו עדותן בשטר דקי"ל כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי והו"ל ראיה והגדה ועם היות שכתב מר"ן בסי' נ"א ס"ה צוואה שנמצא אחד מעידיה קרוב או פסול וכו' העד שאינו קרוב יבוא לב"ד ויעיד ואם יש עד אחר ששמע מצטרף עמו יע"ש, הרי כתב הש"ך ס"ק ו' דאיירי שהעד שאינו קרוב לא היה עם הקרוב בשעת מעשה דאם היו יחד בשעת מעשה הצואה אם כן נצטרפו יחד ותו לא מהני כשיעידו עפ"י וכ"כ בסי' מ"ה ס"ק כ"ד באורך וכ"כ בסי' ל"ו ס"ק י"ב יע"ש.

והשתא דאתינא להכי נימא דהנוסחאות כיון דסותרות זה את זה חדא מינייהו אינה כלום כיון שכולם ביום א' ולא פי' באחת מהם שחזר בו מהצוואה הא' וחזר וציוה שניה אמינא שלא היתה אלא צוואה אחת וכתבו שחתמו בא' וכמו שנחקרה עדותן וכו' שוב אינם חוזרים ומגידים באופן דסותרות ומה גם שהאחת שנמצאת ביד שופט העיר שחתום עליה המצווה אין זכיה לעניים רק אחר האשה אמינא שהיא העיקר וכבר נפלה ולא תוסיף קום, ויש מקום לומר שגם בנכתבה לזכות העניים בעינן מציאות חכם ותוכחת על אעבורי אחסנתא שהרי אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה איכא אעבורי אחסנתא כדאיתא סי' רפ"ב וכתב הסמ"ע משם המרדכי דעדיף טפי לאוקומי הירושה ואפילו להקדישן זה עדיף, ומכאן תוכחת מגולה, לפרנסי וגזברי עיר תהלה. שמשתדלין לזכות העניים ולהוציא היורשים מנחלתן שזכתה להם התורה, יקומו תחת מורישיהן לנחלה, והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע דברי התורה, ונותן כתף סוררת מלשמוע דברי חכמים לטריקיה חויא דרבנן דלית ליה אסוותא, ורבצה בו כל האלה, ושומע לנו י"ב מעלה ע"ג מעלה, ועליו תב"ט טובה כפולה, החו"פ צפרו באדר מש' ועצ"ת ה' היא תקום לפ"ק וקים.

שאול ישועה ס"ט

סימן קי

עמדו לפני לדין הר' מימון צרפתי תובע להר' יהודה בן שקרון על עסקי חזקת הבית שיש לו בכפר בן יאזגא הנק' אלמנזל שהיא מושכרת ביד יהודה הנז' וטען עליו שבשבט הר"ל יושלמו ימי שכירות החזקה והרי הוא מודיעו מהיום לפנות חפציו ושלא להכביד

בקנית אפר וכיוצא כדי שימצא מקום הוא לדור בהחזקה הנז', ויהודה משיבו שכבר הכביד באפר וחביות וצרכי חצר הבורית המרובים ואמר לו שבהגיע זמן השכירות ירד עמו לדינא דגוד או איגוד בחזקה הנז' עם ג' חזקות או יותר שיש ליהודה הנז' ולאמו ולאחיו בהחצר הנז', ומימון השיב שאין דין גוד או איגוד בחזקת ישוב ונומיתי לו דאפילו בטלטל כל דבר שאין בו דין חלוקה יש בו דינא דגוד או איגוד כדאיתא בח"מ סי' קע"א ובסי' קע"ו יע"ש. וא"כ אפילו נימא דחזקת ישוב דינה כטלטל הרי דינא דגוד או איגוד בטלטל, איברא דבהיכא שיש לזה גוף הקרקע ולזה החזקה אין בעל הגוף דאתי מכח גוי להוריד לבעל החזקה לדינא דגוד או איגוד אבל בחזקה נגד חזקה אמרינן גוד או איגוד. חזר מימון והוציא מודעא שזמנה בטבת תקנ"ד שג"ד לפני עדים על השכירות שישכיר ליהודה שרשאי לבטל השכירות בכל זמן שירצה, ועם היות דשכירות ממכר ליומיה הוא ובעינן הכרת אונס כדין מודעא במכר ומודעא זו ליכא הכרת אונס, עוד זאת שהוציא הר' יהודה הנז' שטר פשרה שמפורש בו שיהודה הנז' מקודם היתה החזקה הנז' מושכרת בידו בסך ד"ת ב"ח ומחמת פסקי דינין שהיו ביניהם על השכירות הנז' ומחמת המודעא פישרו ביניהם והשכיר לו חמש שנים בסך א"ם - ב"ח וביטל כל המודעא ופסקי דינים ככתוב בידו וח"ע כמוה"ר יעקב הצרפתי וכהה"ר יעקב בן דוד וחיון, וגם הוציא ק"ע שמימון הנז' יש לו חזקה אחרת לדירתו וזו טפילה לו ולתוספת טובא הוצרך לק"ע זו דמדינא המשכיר לחבירו בית לזמן קצוב אינו יכול להוציאו תוך זמנו אפילו נפל ביתו של משכיר ואין לו מקום לדור כדאיתא סי' שי"ב ס"א וכ"ש זה שיש לו מקום לדור דודאי השכירות קיימת, והמציא עדים כשרים שהעידו ששכירות הראשונה השכירה לו לי"ב שנים ובשנה זו נשלמו הי"ב שנים באופן ששכירות ראשונה קדמה למודעא והשכירות השניה שחידשו בהשנים הנשארים מי"ב שנים מסך א"ם – ב"ח שקדמה לה מודעא הרי בטלוה בפירוש וכ"ש דבטלה היא מן הדין מחמת דלית בה הכרת אונס וקי"ל כל מודעא שאין כתוב בה והכרנו באונסו אינה מודעא ואע"ג שבמודעא זו באמצעיתה כתוב שכל מה שיעשה עמו הוא מחמת האונס הניכר כיון שלא אמר הניכר לנו אין כאן הכרת אונס רק מטעים דברי המוסר מודעא שאומר שמחמת אונסו עשה כל זה ודבריו מהבל ימעטו דלא מפיו אנו חיין.

עוד הוציא יהודה פסק מה שנדונו לפני בתשרי תק"ם שטען עליו יהודה שלא יתן בשכירות ט' חדשים שעברו מחמש שנים שחדשו השכירות בסך א"ם זולת ד"ם - ד"ת יען שלא נתחייב לו בסך א"ם אלא מחמת טענה שטען שיש לו מודעא על השכירות הראשונה והודה לדבריו מימון ונתן לו זמן להביא המודעא בחנוכה הבאה ראשונה

שיביא המודעא באומרו שהיא מונחת אצל כמוה"ר יעקב הצרפתי וכשלא יביאנה בזמן הנז' לא יותן זולת ד"ת - ב"ח ככתוב באורך בהפס"ד שביד יהודה הנז', וא"כ אם על מודעא זו סומך היא מאוחרת לשכירות הראשונים דאין מודעא מבטלת מה שקדם לה וחוששני לו שיחזיר מה שגבה יותר מסך ד"ת - ב"ח, ולראית האמת חתמתי ביום אחר אסרו חג הסוכות משנת הארץ וכ"ל אש"ר ב"ה לפ"ק וקיים.

שאול ישועה אביטבול סיל"ט בכמוה"ר יצחק זלה"ה

הד"א כמ"ש החכם הפוסק נר"ו בכל פרטיו, והמודעא שבידו הבל ואין בה מועיל מטעם שאין בה הכרת אונס כנז', ולעת שיכלה זמן השכירות יכול לירד עמו לדינא דגוד או איגוד ועם היות דאיכא פלוגתא דקמאי בענין חזקת ישוב אם דינה כטלטל או כקרקע, מ"מ הכא בין למר ובין למר יכול לירד עמו לדינא דגוד או איגוד, ואף שהבתים חלוקים יכולים לכוף זה את זה וכמו שיש בידינו פס"ד מהרבנים הא' זלה"ה וכל זה הוא פשוט ולראיה חתמנו פה בזמן הנ"ל וקים.

איש צעיר שאול סירירו סיל"ט יהודה בן עטר יס"ט

אמת נכון הדבר דיכול לרדת עמו לדינא דגוד או איגוד והגם דרבותינו ז"ל פסקו דאין בעל הגוף יכול לו' לבעל החזקה גוד או איגוד הרי יהבי טעמא במלתא שכוונת רבותינו מתקני תקנת החזקה לתת שארית ותקנה לבעל הקרקע ואיש בנחלתו ידבקו בני ישראל ואם אתה אומר שהקונה מהגוי יכול לרדת עמו לדינא דגוד או איגוד נמצא העני עומד בחוץ ובעל הבית בפנים נכנס בתחומו של חבירו לכן פסקו ז"ל שאינו יכול וממילא שמעת מינה דבעלי החזקה אהדדי יכולים לומר זה לזה גוד או איגוד שאין לזה על זה שום יתרון ויד כולם שוה מכח החזקה, והגם שלגבי חזקת ישוב, איכא פלוגתא דרבוותא אי דיינינן לה כקרקע או כטלטל דינא דגוד או איגוד שייך בהו אליבא דכ"ע, חדא דהא גם בטלטל שייך דינא דגוד או איגוד כמבואר בסי' קע"א ו' יע"ש, ומה גם שהרב הגדול מוהריב"ץ זלה"ה כתב וז"ל שאפילו אותם הפוסקים שכתבו שדינם כטלטל יהבי טעמא למלתייהו כי בארצותם לא נהגו לכתוב שטר מכירה במכירתם וא"כ אנן דנהיגינן לכתוב עליהם שטרי משכונות ומכירות ככל גוף הקרקע ובאחריות ודאי דין קרקע אית להו לכל מילי וא"כ יכול לרדת עמו לדינא דגוד או איגוד בין בחזקה בין בשכירות לעת תשלום זמן שכירותו, ולענין המודעא אחר שלא כתבו העדים בתורת עדות והכרנו באונסו כמאן דליתה דמיא כאשר פסק החכם הפוסק נר"ו עליון למעלה ולראיה ח"פ בזמן הנ"ל וקיים.

רפאל אבן צור סי"ט

אפילו למאן דס"ל דחזקת ישוב דינה כטלטל יכול לירד עמו לדינא דגוד או איגוד דהא אפילו במטלטלים דבר שאין בו דין חלוקה יכול לירד עמו לדינא דגוד או איגוד, ומה גם לסברת מוהריב"ץ זלה"ה דס"ל דאפילו לס' החולקים הוא במקומם שלא נהגו לכתוב בארצותם שטר מכירה במכירתם, אבל אנן דנהגינן לכתוב שטרי משכונות וכו' אף הם יודו דדינה כקרקע, וטענת המודעא אינה טענה אחר שלא כתבו והכרנו באונסו וזה פשוט ולרח"פ וקיים.

שמואל אברהם נ' זמרה יס"ט

סימן קיא

הנה עין הרואה עין בעין יראה כי לדון משפט זה לאשורו צריך לעמוד על שני הכתות ועל ראיותיהם ועל הכחשות שביניהם כדי להוציא דין לאמתו אלא שעל צד ההכרח שלא יכולתי להשיב פני יחידי קהלינו אשר אלצוני והפצירו בי להודיע דעתי עפ"י הדברים הללו ונעתרתי לבקשתם, והוא דלענין דינא עפ"י מה שכתוב בדברי קדשו של החכם הפוסק ועפ"י האמור בקב"ע שאחר שידע הרד"א במכר הנז' ושומתו האמתית שתק עידן ועידנין ולא תבע זכותו ואדרבא בקחתו הגוף מהגוי לקח ממנו מחצית דמי המקנה פשוט הוא שאיבד זכותו.

איברא אלו היתה שתיקתו קודם שידע שומת המכר האמתית אמרינן ודאי דשתיקה בטעות היתה דלא שתק אלא לחושבו שהמכר היה בסך או"ו - ש"ם ושכן כתב בשטר המכר ועל שומא זו הוא דשתק משום דלא נתרצה לקנות בשומא זו ואחר שנודעה השומא האמתית שקנוניא וערמה עשו המוכר והקונה להוסיף בשטר מכר על השומא האמתית אפילו כמה שנים בה שעתא שנודעה הוא זמן המצרנות אלא שאם אח"כ נתרשל ושהה ולא תבע המצרנות אחר שנודע לו האמת איהו דאפסיד אנפשיה ושתיקתו הויא מחילה ודין זה דהוי כמי שלא נתגלה לו המכר עד עידן ועידנין דלא איבד זכותו עד שיתפרסם המכר וישהה אח"ך מלתובעו בדין כפסק מר"ן קע"ה סעיף ל"ב אחר שיגע ומצא דלא כהרשב"א ועיין מהרי"ט שאלה ס"ח דהוכיח מדברי הרשב"א עצמו כפסק מר"ן ועיין מטה אהרן ח"א שאלה נ"ג ד' ק"ה ע"א ועיין בשיטה מקובצת מציעא סוף דף ק"ח מדפי הגמרא תשובת מהר"י ן' מיגאש מועתקת מלשון ערבי שכל שלא נתפרסם הדבר אין לנו לדון את המצרן שכבר ידע מבלי ראיה ומופת לזה יע"ש, הרי דכל שיש התנצלות לבן המצר על שתיקתו אפילו אחר כמה שנים לא איבד זכותו ומ"ש החכם הפוסק נר"ו מדלא בא לב"ד לחקור על המכר בכמה ודאי מחל אינה טענה של כלום

שהרי נודע שבשטר כתוב או"ו - ש"ם ומה נשאר לו לחקור יותר, ואם מחמת שלא הטיל חרם על הלוקח מה בכך אם הוא נאמן בעיניו ולא רצה להשביעו חנם וכ"ש שלא עלתה על לבו שהמוכר יוסיף להזיק את עצמו שהרי מכר כדי לעלות לא"י והו"ל לחוש שמא יחזור מללכת ויטול ממנו הלוקח יותר ממה שקבל לכך לא חש להשביעו ואדרבא תבא עליו ברכת טוב שנמנע מלהשביעו, ואעפ"י שהוא דבר ברור מצינו דוגמתו בשיטה מקובצת באותה תשובה של ר"י ן' מיגאש שנשאל על א' שקנה מחבירו וכתב המכר ע"ש בתו ואחר שתי שנים נתגלה שבמרמה עשה ופסק דיש לו התנצלות לשתיקתו שתי שנים בזה ולא ביטל דין בן המצר יע"ש, הרי דהתם נמי בכותב ע"ש בתו היה רשאי בן המצר להטיל עליו חרם שלא הערים ואעפ"כ לא אמרינן כיון שלא חקר בדבר תכף איבד זכותו. ומה שדימה החכם הפוסק נר"ו דין מוכר כדי לעלות לא"י לדין מוכר למנת המלך אין כן דעת הפוסקים שכתבו בהדיא דאית דינא דבר מצרא אלא שכתבו דהוי כמוכר על תנאי דאינו מסלקו עד שיוחלט המכר והיינו אחר שיגיעו למחוז חפצם ויתיישבו שם ולא נשאר מונע אז יבא בן המצר ויסלק ללוקח עיין בהרב גנת ורדים חלק חשן משפט כלל ו' סימן ח' ובפסק מר"ן קע"ה ס"ד גבי תנאי יע"ש, ובסי' ר"ז ס"ג חשיב למוכר לעלות לא"י כמוכר על תנאי יע"ש וכ"ש שלא נאמרו הדברים במנת המלך עצמה אלו במצרן ולא בשותף דעדיף ממצרן וכמו שמפורש בתשובת מהר"ם במיימוני בתשובות דשייכי לס' קנין סי' ל"ה הביא דבריו מר"ן ב"י סי' קע"ה בס"ט בשם תשובת מהרי"ל יע"ש בלי שום חולק, ועם היות שהרב מהראנ"ח כתב בתשובה י"ט שהריב"ש חולק בדבר בסי' תפ"ג שלא חילק בין מצרן לשותף ביתום שקנה לו אפוטרופוס חצי שדה שטרפו מהלוקח שהיה לו חצי שדה וקנה החצי האחר מב"ח של אבי היתום והלוקח טען שהוא שותף ויתן ליתום מה ששוה חצי השדה וע"ז כתב הריב"ש אמנם אם הם יתומים קטנים לית בהו דינא דבר מצרא אלא ישאר הקרקע בשיתוף הלוקח יע"ש. משמע דלית בהו דינא דבר שותפא, מ"מ מר"ן לא חש להזכיר סברא זו ומה גם שמהרי"ט בחלק ח"מ סי' ס"ט כתב דאינו חולק דאפשר דהריב"ש מיירי ביתום ולא באשה וכו' ולטעמיה אזיל דטעמא דיתמי לאו בני מיעבד מצות ועשית הטוב והישר נינהו יע"ש, ולפי זה גם השתי ראיות שהביא מההיא דסעיף מ"ב המוכר שדה רע וכו' ומההיא דהגה סעיף מ"ט אם הלוקח לית ליה ארעא וכו' אין הדברים אמורים אלא בבן המצר ולא בשותף דעדיף מיניה וכמו שכלל מהר"ם דבכל הני דאמרינן לית בהו משום דינא דבר מצרא מצרן דוקא ולא שותף יע"ש, והוא שהיה בן המצר במדינה אחרת שכתב מהר"מ אלשקר דגם מדינא דבר שותפא אימעיט משום פסידא דמוכר דלא מצי למכור את שלו בהא דוקא השוה

אותם וכן הרדב"ז בסוף שאלות הישנות סי' ש' משום הפסד ואע"ג דבכולהו יש חשש הפסד להפסד מועט לא חששו.

ומה גם דיש לומר דלא דבר מהר"ם אלא באותן שנזכרו בתלמוד ולא דבר בזו שחדשו הגאונים מכח סברא אף על פי שלא נזכר בתלמוד אותה סברא שייכא בכולהו לכך לא חלקו בין מצרן לשותף דכל אותן שהזכירו בתלמוד דלית בהו דינא דבר מצרא דינא דבר שותפא אית בהו. באופן דמדינא אין כאן דבר המבטלו מלסלק הלוקח זולת מה ששהה מלתבוע אחר שנודע לו האמת דאיהו ניהו דמחיל זכותו, וצור ישראל יצילנו משגיאות החותם פה צפרו בשבט שנת וק"ם הבי"ת לפ"ק וקיים.

שאול ישועה ס"ט

סימן קיב

שאלה זו נשאלה לי אנכי איש צעיר אודות יורשי כה"ר שלמה עטייא נ"ע שנמכרו קרקעותיהם לפירעון דמי האלסאק'א שמכרו להם הקהל ונפסק הדין מרוב חכמי המערב י"ץ שהמקח בטל כמשו"ח ביד היורשים הנז' ובכלל המכר שנמכרו קרקעותיהם לפירעון דמי האלסאק'א שמכרו להם הקהל נמכרו קצת חזקות וגוף הקרקע היה של הגוים והקונים שזכו בחזקות קנו הגוף מיד הגוים ועכשיו טענו היורשים שאחר שזכו בדינם בחזקות יתנו לקונים ההם דמי מקח הגוף בשומא שבו קנו מאת הגוים שאעפ"י שכפה"ד אין הקונה צריך להחזיר הגוף רק בתוך שנה מיום המקח כמ"ש בסי' רל"ו היינו דוקא אם היתה החזקה מיהת ביד הבעלים דאז כיון שלא תבעו לקונים בתוך שנה אבדו זכותם אבל בנד"ז אדרבא בחזקת היורשים היו חזקות הללו עד עכשיו שנתגלה הדבר שבטעות היה המכר וא"כ מנינא להו ליורשים מיום שהחזירו להם קרקעותיהם ומאותה שעה עד סוף שנה תהיה הבחירה בידם לזכות הם בגוף וליתן לקונה דמיו שנתן כדקי"ל בדינא דבר מצרא שהנגזל שבא הקרקע עתה לידו ומקודם לא היה יכול לסלק ללוקח דמצי לסלוקיה השתא משום דינא דבר מצרא אפילו לאחר כמה שנים משום דלא היה יכול לסלקו באותו זמן וכמ"ש בסי' קע"ה סמ"ו וה"ה בנד"ז ולהיות דין זה דיחיד ורבים משכתי ידי מלכתוב להם דעתי מפני המחלוקת לכן יורו המורי'ם דעתם בזה ויבא שכמ"ה.

בנימין לכרייף ס"ט

תשובה הדבר ברור דמנינן להו ליורשים הנ"ל מיום שנודע ונתגלה להם עפ"י רוב חכמי המערב י"ץ שהמכר שמכרו הקהל הקרקעות הוא בטעות ושלא כדין דהשתא אז הוי

הקרקעות והחזקות שלהם ויכולים בעלי החזקות לסלק הקונים הגוף מן הגוים שהרי לא נודע להם שהחזקות שלהם עד עתה ומיום שנודע להם הוא דמחשבין להם השנה, וכן מבואר בתקנה הא' וז"ל ומה שזכרנו בתקנה הנז' שבעל הקרקע תשאר לו חזקה בקרקעו שנמכר לגוי אפי' אחר שיקנהו ב"ב מן הגוי עה"ד הנז' יובן שתהיה בחירה ביד המוכר או לתת דמי המכר ללוקח ויחזיר לו קרקעו בתוך שנה מיום שימכרנה לו הגוי ע"כ הרי מוכח להדיא דחשבינן להשנה להבעלים מיום שימכרנה הגוי לישראל אחר ובתוך השנה יתן המעות ללוקח ויחזיר לו קרקעו, וה"נ דכוותה שלא נודע לבעלים אם הקרקע שלהם דהיו סבורים דעפ"י הדין נמכרו ואין להם כח במה לסלקם אבל השתא דנתגלה ונודע להם בבירור עפ"י חכמי המערב דהמכר ההוא שלא כדין דאז הוי הקרקע שלהם מנינא להו השנה מיום שנודע להם ויכולים לסלק ללוקחים אם עדיין הם תוך שנה מיום שנתגלה להם הענין דהמכר הוא בטעות ושלא כדין, ואפילו נימא שכבר עברה השנה מיום שנודע להם אפי"ה יכולים הם לסלק הקונים מהגוי אפילו אחר כמה שנים וטעמא דהוי נד"ז דומיא למ"ש מר"ן בח"מ סימן רל"ז ס"ג וז"ל אם קנאה מגוי תוך י"ב חדש אם ירצו הבעלים צריך להחזיר להם ויתן לו כמו שקנאה מגוי וכו' ע"כ, וכתב הבאה"ט ס"ק ד' בשם הסמ"ע וז"ל נראה דאף לאחר כמה שנים הרשות ביד הבעלים לסלק ללוקח כיון שקנייתו מתחילה תוך יב"ח היה באיסור ע"כ, וה"נ בנד"ז כיון שקניית הלוקחים מאת הגוים היה בטעות ושלא כדין יכולים הבעלים הם או ב"ך לסלק הלוקחים אפי' לאחר כמה שנים.

וכל זה לפי התקנה הא' אכל לפי תקנה האחרונה יכולים הבעלים לסלק הקונים מן הגוי אפילו לאחר כמה שנים שהרי אין לה ביטול עולמית כמ"ש בלשונם הטהור שתהא נוהגת בינינו אנו ובנינו ובני בנינו עד כי יבא שילה אלא הטעם שמשכו ידיהם הרבנים מתקני התק' מלדון עליה בה שעתא משום דלא רצו בעלי זרוע הקונים מהגוי דניחא להו שתשאר בידם, ועוד דחששו ב"ד שמא ילכו ויגידו לגוים ואיכא סכנה ב"מ לב"ד והיכא דשכיח הזיקא שאני אבל כשיכלו בעלי זרוע שעתידין ליפול ברור הדבר שהתקנה ההיא בל תמוט עולם ועד ועל ב"ד הבאים אחריהם לקיימה בל תמוט עולם ועד, וכמו שדקדקו בלשונם הטהור עד כי יבא שילה דכוונתם בזה לומר דאם לא נתקיימה שעתא מחמת בעלי זרוע ומחמת הגוים המתעוללים עלילות ברשע תהיה מתקיימת אח"ך ועל ב"ד הבאים אחריהם לקיימה כ"ש שאינם יכולים לבטלה דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד וכו' אא"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין ומי הוא בזמן הזה שיהיה גדול מהרבנים מתקני התקנה, א"כ איפה אין לתקנה האחרונה ביטול עולמית ועלינו לקיימה, ותדע שהרי הן

עוד היום אנו למדין ממנה לענין מסירת מודעא מוכח מזה דצריכין לקיימה ואין לה שום ביטול כלל ח"ו ושכן כתב מוהר"ר יעב"ץ ז"ל בפסקיו וז"ל לענייניו וכבר בדור שלפנינו כשראו ב"ד זלה"ה שבני אדם פורצים גדר והולכים וקונים מן הגוים חצרות וקרקעות שיש לו לישראל בהם חזקה שלא ברצון הבעלים עמדו ותקנו תקנה אחרונה שקצבת השנה שכתבו הראשונים בטלה וכל אימת שירצו בעל החזקה יתן לו מעותיו ויסתלק ואין ללוקח זכות במה שקנה מהגוי אלא כעין מש' בעלמא והתחילו לנהוג תקנה זו אלא שפעם אחת בא גוי אחד להעליל עלינו ופסקנו שלא לדון עליה מחמת פחד לבד אך לא במלנוה ח"ו ואין אנו יכולים לבטלה כי אין כאן ב"ד גדול מאותו ב"ד שיבטל דבריהם ואדרבא בדור שרבו פורצי גדר חייבים אנו להוסיף ולתקן תקנות אחרות לקיים כוונתם של רבותינו נ"נ שכל מגמתם היתה אולי תיהדר ארעא למרה וכל המחזיק ביד פורצי גדר עתיד ליתן את הדין ואדרבא חובה עלינו להפר עצתם וממילא תתקיים כוונת רבותינו מתקני התקנה על מכונה עכ"ל.

קצרן של דברים דמכל צד חייבים הלוקחים מהגוי להחזיר לבעלים או לב"ך הקרקע שקנו מאת הגוי אפילו אחר כמה שנים דהחזקות שלהם ויתנו להם הבעלים או יורשיהם דמי המקח במה שקנו מאת הגוי וצור ישראל יצילנו משגיאות ולראיה חתמתי פה פאס יע"א בח' שבט מש' במישו"ר לפ"ק וקים.

אליהו הצרפתי יס"ט

הדין דין אמת שרשאין בעלי החזקות לסלק הלוקחים מאת הגוים תוך שנה משעה שזכו בדינם בחזקות הנז' שהרי חכמים נתנו להם שנה א' משעה שקנו הלוקחים גוף הקרקע מאת הגוים לתועלת בעלי החזקות אולי יחנן ה' ושבו בנים לגבולם. ולכן בנד"ז שלא נודע להם שהם זכאים בדינם עד זה ימים מקרוב מנינן להו השנה משעה שזכו בדינם דחשבינן להו כאלו אותה שעה שזכו בדינם אז קנו הלוקחים מאת הגוים ויכולים בעלי החזקות לסלקם תוך שנה מזמן הנז' ולראיה ח"פ פאס יע"א בזמן הנ"ל וקיים.

שאול סירירו סיל"ט יהודה בן עטר יס"ט רפאל דוד בן עטר ס"ט

דברי הרב משי"ח ובית דינו הצדק אמת ודינם דין אמת שרשאים בעלי החזקות לסלק הלוקחים מהגוים אפילו אחר כמה שנים מאחר שלא היתה להם ידיעה שהחזקה נוגעת להם. ודכוותה גבי מצרנות כתב מר"ן בסימן קע"ה סל"ב וז"ל וכן אם שתק מכח טעות כגון שהיה סבור וכו' ואח"ך שנודע לו וכו' בא לסלק הלוקח הדין עמו ה"נ אפי' לתקנה הא' דאחר שנה לא מצי מסלק הכא דלא נודע לו עד היום מונין לו משעה שנודע לו ולראית האמת חתמתי.

שאול ישועה ס"ט

סימן קיג

טופס והעתקת שטר פס"ד ושטר פשרה וז"ן בלי תו"מ:

מאחר עלות על לב הר' יוסך בן מכלוף בן סאלם בן חמו לגרש את אשתו ווטאן בת שמחון בן הרוש ועמד לפני אני החותם א' ורצה לפרוע לה כתו' במזומנים ולפטור אותה בגט מחמת שאינו יכול לסבול מה שהיא מתנוונת והולכת זה כמה שנים והיום גדל כאבה עד שאינה יכולה לעסוק בצרכי הבית ושמירת הבית והדין עמו כפסק מר"ן באה"ע סוס"י ע"ט וז"ל אם ראה הבעל שהחולי ארוך יכול לומר לה הרי כתובתך מונחת או רפאי את עצמך מכתובתך או הריני מגרשך ונותן כתובה, ואע"ג דסיים ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ הכא לא מפני שאינו רוצה לרפאתה משל עצמו רצה לגרשה אלא מחשש מיתה שיצטרך לחלוק כל נכסיו עם בנו ובידו לפטור עצמו היום בגירושין וכתובה ואין כאן משום דא"ר בכה"ג דאית ליה היזקא וכן מוכח מסימן קי"ח ס"ב וז"ל מי שגרש אשתו סמוך למיתתו וכו' דינה לענין כתובה בתקנת טוליטולא כדין גרושה וכן בסעיף י"ז אשה שמחלה וכו' מפני שהיה מגזים עליה לגרשה וכו' אין זה טענת אונס וסיים בה הרא"ש משום דכדין עשה שרוצה לגרשה וכו' יע"ש, והגם שחכמי התקנה שנתקנה שנת בה"ר ציו"ן תקנו שהמגורשת בגט שמו דינה כדין אלמנה לענין פרעון כתובתה הפך דברי הרא"ש שהביא מר"ן קי"ח ב'. הנה הרואה שם בלשון התקנה יראה שלא חלקו על הרא"ש אלא לענין זה בלבד שאם גרשה כדי שלא תהיה זקוקה ליבם הוא דדיינינן לה כדין אלמנה מטעם שכתבו שלא נתכוון אלא לגמול חסד עמה שלא תזקק ליבם לא כן בנ"ד שרצה לסלקה מעל פניו כדי שלא תטול סך רב וגדול יותר מכתובתה ודאי דלא תקנו בזה חכמי התקנה שהרי זה ודאי לא נתכוון אלא כדי שלא תטול בנכסיו יותר מכתובתה וגירושיה גירושין גמורים ותו לא הוי דינה כאלמנה ואחר שזכה בדינו דרשאי לפרוע כתובתה ולפטור אותה בגט בעמדם לפני לדין נכנסו רודפי שלום שיניחנה בביתו לאכול ולשחות ולהתרפאות והיא תסלק יד יורשיה שלא יטלו זולת כתובתה והעמסנו עליו להוסיף על כתובתה לתשלום בו"ו ככתוב בידו בארוכה וחתום הרב הגדול כמוהר"ר שאול ישועה אביטבול י"א ונתקיימה לנו חתימתו ושאלנו אנו החתומים פה הרב הנז' נר"ו מה רצונו במ"ש לעיל לפרוע לה כתובתה במזומנים אם הזמין לה סך כתובתה בידו, והשיב שלא נתן בידה כלום רק כשנכנסו אצלה והיא מוטלת על ערש דוי והיו דנין לפניו וטען לפרוע לה כתובתה במעות מזומנים ואם נתרצית לזה

אמר שהיה מוציא לה מעותיו ונותן לה וכשנתפשרו איש על מקומו בא בשלום ולראיה ח"פ וקיים.
ישראל יעקב עולייל ס"ט יוסף בן זכרי ס"ט

סימן קיד

בענין הפקר ב"ד הפקר אע"ג דליכא תלתא, מדכתב הרמב"ם פכ"ד מהל' סנהדרין הלכה ו' יש לדיין העיר להפקיר וכו' ולא נקט יש לב"ד כמו שכתוב שם הלכה ד' והלכה ה' לומר דבהפקר לא בעינן ג' וכן יש לדקדק מדברי מר"ן סי' ב' ס"א ודוקא גדול הדור וכו' ע"ש, ובשו"ת הרמב"ן ס' רנ"ו כתב דאפקעתא דמלכא הוא דהפקר ב"ד הפקר דאורייתא הוא כדילפינן מאלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות ואמרינן בפרק הנזקין מה ענין ראשים אצל האבות לומר לך מה אבות מנחלין את בניהם מה שירצו אף ראשים ינחלו את העם מה שירצו.
והה'מ ציין למ"ש הרמב"ם יש לדיין וכו' מההיא דפרק השולח דף ל"ו ע"ב דר"י מייתי מהאי קרא שכתב רבינו ור"א אמר מהכא אלה הנחלות אשר ינחלו וכו' ועיין לב אהרן יהושע י"ט שהביא דברי רש"י בחומש שפירש כל נשיא ונשיא אפוטרופוס לשבטו ומחלק נחלת השבט למשפחות ולגברים יע"ש, (ע"כ נמ"ך מכ"י הרב המחבר זצוק"ל).

סימן קטו

הובא לידי פס"ד מכהה"ר שמואל ן' וואעיש ועמו כהה"ר ברוך טולידאנו.
וענין הפסק להוציא מיתומי כהה"ר שלם בן מימון בן הרוש חצי חזקת החצר ן' קמאנה ששטר המקנה כתוב ע"ש אביהם הנז' מחמת איזה עדויות שמתוכם דנו באמדן דעתן ששל אביו היא אלא שנכתבה ע"ש הבן הר"ש הנז' לאיזה סיבה, והוא שהשותף שקנה המחצית האחר העיד שהוא והר' מימון היו קונים ובשעת ההודאה היה הבן עומד וכתב על שמו ואמד בדעתו שאין זה אלא מאמנה שביניהם והעיד על ההוצאות שהיו מוציאין לצורך בניינה מימון היה המוציא והר"ש בנו עומד על הבנין והיה מכיר מדברי הר"ש שהיא של אביו והוא היה עומד על נכסי אביו גם עדות מס' ן' חמו א' מהפועלים שהעיד שהר"ש היה עומד על הבנין הוא ואברהם אחיו ופורעים השכירות ובפי' הגיד לו הר"ש שהיא של אביו, גם עדות הר' חיים בר נפתלי אביטבול שמימון היה הולך עמו לשווקים לקנות קורות לצורך הבנין והיה רואה הר"ש עומד על הבנין ושאל לו אם יש לו חלק בה והשיב שאין לו חלק ושכיר הוא בא בשכרו תקציצא דלמל'ף, גם עדות הר' ישראל

ן' עולו שהעיד שרצה הר"ש הנז' למכור לוח א' מהאליקאמ'א ויגער בו אביו ויאמר מי הרשה אותך לשלוח יד בשלי, גם עדות הר' יהודה בן עמראן שהוא היה נותן למימון הנז' משל מימון לצורך הוצאות הבנין מן צ'אר אסיכקא. גם עדות עד א' שנכנס לחצר הנז' להיות נפנה שם ונכנס מימון הנז' ויגער בבנו הנז' שלא שמר כראוי באומרו שאתה מפסיד אותי להניח המקום הפקר והיה מימון נכנס איזה פעם לראות הבנין ולא הנאו הבנין וגער בבנו שלא עמד כראוי ואמ"ל אתה מפסיד אותי היום ואין רצוני לבנות היום לאט לאט אני אבנה, גם עדות הר' זרח פאריינטי שהעיד שבזמן קנין החזקה הנז' יודע נאמנה שלא היה להר"ש הנז' כלום במה לקנות ומימון אביו הוא שקנאה ומפני הנוגשים הבריחה וכתבה לשם שלם בנו, גם עדות הר' יוסף מראג'ו שהוסיף לברר בעדותו הנ"ל שיודע שמימון הוא שקנה עמו מכח מצרנות שאמר לו שיש לו זכות בגוף הקרקע והיו אומרים לתת תקציצ'א דלמליף להר"ש שכר טורח עמידתו וכמה פעמים שמע ממנו שהוא עומד בחריקי אביו ופעם אחת נכנס מימון וראה שהר"ש בנו שינה ממה שאמר לו יעשו הפועלים וכעס עליו עד שהלך ועיניו דומעות. ובאה אמו והוכיחה לאביו לבכיתו ושאמר לו הר"ש שאביו ממהר לבנות החצר הנז' מפני שהוא סמוך על שלחנו ובכל מקום שהולך לדור מוליך לו לשם מידי דמיכל וטריחא ליה מלתא ואינה קרובה לחצרו. **ועל** עדויות הללו סמך כההר"ש וואעיש לאורועי האי שטרא שכתוב לזכות כההה"ר שלם ולהוציא מיתומיו באומדני דאמדי העדים וסמכה דעתו על אומדנות העדים הנז' להוציא מהיתומים ולאורועי שטרא, וזה היפך מן הדין דקי"ל בסימן ט"ו ס"ה ובסימן רצ"ז בסופו דהאידנא לא מרעינן שטרא מאומדנא דמוכח ואין מוציאין מהיתו' אלא בראיה ברורה כפסק הרמב"ם בפרק כ"ד מסנהדרין יע"ש, והנה החכם הפוסק טרח להעמיד להר"ש הנז' בחזקת נושא ונותן בנכסי אביו ממה שהעידו לו עדים שהיה אביו נותן ביד בנו עסק משאו ומתנו והיה מוציא ומביא ומעלה בספר חוקה הכנסה והוצאה עכ"ל וזה אינו דאע"ג דמדמינן בן:

הנושא ונותן בנכסי אביו לדין אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית דאיתא בסי' ס"ב ס"א עיין מהר"ם אלשיך סימן י"ט עכ"ז אינו נקרא נושא ונותן אלא אם כן מסר לו אביו כל נכסיו לשאת ולתת בהם כחפצו לקנות קרקע או טלטל ולמכור ולהוציא הוצאות הצריכים לכל בית אביו ואז יקרא נושא ונותן, וזה שהיה נותן ביד בנו עסק משאו ומתנו והבן מכניס ומוציא בפנקס אין כאן נושא ונותן בנכסי אביו שאביו הוא הנושא והנותן והוא אינו עושה אלא מעשה קוף בעלמא לסדר הכנסותיו ויציאותיו בפנקס ואפילו אם גם הוא היה נושא ונותן עם אביו הרי כתב הש"ך בס"ק י"ד דאם שניהם נושאין ונותנין

בתוך הבית ודאי שכל שטר היוצא על שם א' מהם שהוא שלו לבדו אע"ג דאין חלוקין בעיסתן יע"ש, גם לא שייך שאביו מאמינו ומפקיד את אשר יש לו בידו דאיתא בסמ"ע סק"ו כיון שהכל בכתב לתת חשבון לאביו, ומה גם דדברי העדים סותרים לזה בקניית קרקע זה שאביו הוא הקונה אלא שכתבו על שם בנו מפני החובות וכיוצא מאותן אומדנות וכ"ש דאפילו אי חשבינן ליה נושא ונותן בנכסי אביו כיון שמת מחזיקין ביד יורשיו מה שכתוב ע"ש כדאיתא בסי' ס"ב, והטעם דדוקא בחייו דאם איתא דשלו הם היה מברר דבריו אבל ביורשיו אמרינן אלו היה חי היה מברר דבריו וכיון שהשטרות נכתבו ע"ש מוכחא מלתא דשלו הן עיין סמ"ע סק"ח וש"ך ס"ק י"ז, ומה שסיים בה הח' הפוסק דנד"ז הו"ל כידוע שהוא של אביו ממה שידוע לכל העדים שהיא של מימון ונסתייע מדברי מור"ם שכתב ודוקא בדבר שאינו ידוע שהוא של אחין אבל בדבר ידוע על היתומים להביא ראיה, אין דברי מור"ם אמורים בדבר ידוע מאומדנא אלא בדבר ידוע בעדים או בראיה ברורה. שדברי מור"ם לקוחים מהמרדכי ריש ח"ה וז"ל ואע"ג דאמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה י"ל דלא דמי דהתם דוקא שלא היה הדבר ברור שהיו הנכסים הכתובים בשמו של אבי יתומים אלא שאנו מדמין מאומד הדעת לו' כן אבל הכא דידוע דהני קרקעות היו של יעקב אפילו לאחר מיתתה על בנה להביא ראיה יע"ש:

הרי מבואר דדוקא בדבר ברור ולא מאומדנא ותשובתו לשואליו שהחזקה הנז' של אביו היא אינה כלום דשלא להשביע את עצמו אמר כן, ומ"ש הח' הפוסק דכיון שלא היה מודה מעצמו רק להשיב לשואליו לא יפרש בטענת שלא להשביע זה טעות מפורסם דמ"ש מר"ן לא תבעו אדם מעולם אלא שמעצמו הודה אין הכונה שמעצמו הודה לאפוקי משיב לשואלו אלא לאפוקי שלא תבעו אדם אבל המשיב לשואלו כ"ש דשייך טענת השבעה, תדע שכתב מר"ן ס"ה לא מהנייא טענת השטאה אלא כשתבעו והודה אבל אם לא תבעו והוא הודה מעצמו אינו יכול לטעון משטה הייתי בך וכתב מור"ם ועיין סימן זה סי"ד והוא ואע"ג דלא שייך טענת השטאה כשאין תובע דדוקא כשיש תובע שייך לומר משטה הייתי בך להורות במה שאינו כמו ששטית בי לתבוע ממני מה שאינו אכן כשאין תובע לא שייך טענת השטאה ובסעיף י"ד חדית לן דאע"ג דלא שייך טענת השטאה מ"מ שייך טענת השבעה במאי דלא שייך השטאה והיכא דשאלוהו דלא שייכא טענת השטאה שייכא מיהא טענת השבעה, ובפירוש איתמר בסעיף כ"ד דבשואל שייכא השבעה מדכתב ראובן שאמר לשמעון חייב אתה מנה ללוי ואמר שמעון כן ואמר ראובן אתם עדי הוי הודאה ולא יכול לטעון טענת השטאה והשבעה, הרי משמע דוקא אמר

אתם עדי הוא דאינו יכול לטעון הא בלא אמר אתם עדי יכול לטעון השבעה וכמו שסיים מר"ן ולא עוד אלא אפי' לא אמר ראובן אתם עדי אינו יכול לומר ללוי משטה אני בך משמע דהשטאה לא שייכא אבל השבעה שייכא, וכן כתב הש"ך בס"ק ס"ב בהדייא וז"ל דדוקא כשהיה התובע עצמו שם מטעם שכתבתי דאיך יעשה שלא יחזיקוהו בעשיר ויודה לפני זה שידע באמת שאינו כן שחייב לו וא"כ עשיר הוא אלא ודאי הודאתו באמת היה משא"כ כשהודה לאחר דאדרבא ומסתבר טפי שזה שאלו חייב אתה מנה ללוי ולא רצה שיחזיקהו השואל בעשיר כשיאמר לא לכך השיב הן יעו"ש, עוד ראיתי שכתב הח' הפי' לא שייך טענת השבעה דאפי' יהיה לו ממון רב אין העין שולטת בו ואין לוחץ יציר לו עכ"ל, יצא ידעתי מהיכן יצא לי חילוק זה דבפ' זה בורר דף כ"ט פרש"י דאדם עשוי לומר לבריות חייב אני מעות נפליני להתרחק מעין הרע ומצינו דעין הרע שלטה בלוחות הקדש שניתנו בקולי קולות. ואם הבין שלא להשביע את עצמו היינו שיראה עשיר ויתבעוהו במס בשער גבוה וזה לא שייך בת"ח צריך סעד לתומכו שיפרש כן. סוף דבר הקרקע הנז' בחזקת היתומים והמוציא מידם אינו אלא עושקם וגוזלם במקום שיהפך בזכותם וכ"ש דאין כאן אומדנא דמוכח דמה שהעידו שמנכסי אביו היה מוציא הוצאות אפשר בהלואה נתנם לו יפרע או נתנם לו במתנה כיון שהוא בעל תורה, וכן מה שטרח לקנות הוא עצמו הקורות מן השווקים דרך האב לטרוח בעד בנו וכל אותם האומדנות לא מוכחי כלום, ע"כ נמ"ך.

סימן קטז

חזר א' מעדי האונס שלא היה אונס ושג"ד היתה על השליש שעשאו שליח הרש"ס לקנותו וכבר נדחו דברי המזכים ליורשי הרש"ם מכח אותה חזרה.

וזה מה שכתבתי אני

עמדתי אני חו"מ על תשו' כמוה"ר פתחיה נר"ו דפתח לה פיתחא דפח"ח דשביק פרצה דחוקה ועייל בפתחא רווחא. ודבר ה' בפיהו בתשו' נצחה:

וראיה דמוכחא שרוח חכמים נוחה, דעדות א' עיקר משום דלא בעינן בפני בע"ד שהם במקום רחוק ואיכא למיחש להפסיד העדות כמ"ש מור"ם סי' כ"ח סי"ו ועיין מ"ש בדק הבית בזה דכל שהבע"ד במקום אחר מקבלין, ומה גם במודעא דתקנת חכמים היא שתהיה חשיבא עדות אפילו מפי כתבם ושלא בפני בע"ד להציל הנאנס וכמ"ש תו' בתרא דף ט"ל סוע"ב ד"ה מחאה בפני יע"ש, וכיון שעדות הא' נתקבלה כפי הדין שוב אינם חוזרים ומגידים. ועדות כהר"ש בן וואעיש שהעיד שהרש"ם שלח להרש"א

לקנות לו השליש של הרמ"ם עראמה יחידאה היא ואפי' אם היתה עדות שלימה כיון שנכתב המכר לזכות הרש"א נתבעלה שליחות של הרש"ס וכמו שהאריך למעניתם הח' הפו' נר"ו ואף אם היה הרש"ס הוא הקונה מהרמ"ע היה הרש"א מסלקו מכח שהוא שותף באותו קרקע דעדיף ממצרן, וא"כ מן הדין הרש"א הוא הזוכה בחלק חבירו ונאנס ומכרו להרש"ם ואית ליה מודעא רבה נוקבת ויורדת עד התהום והדרא ארעא והדרי פירי כמו שמפורש בפסקים הא' שביד יורשי הרש"א, ומהתי' על חכמי מראקים וחכם א' מחכמי ארבאט המזכים ליורשי הרש"ם שהכניסו עצמן בכמה דוחקי, וקשרו חבל בחבל נימא בנימא כדי להפך בזכות הגזלן הפך חובתינו להפך בזכות הנגזל להציל עשוק מיד עושקו, והאריכות בזה אך למותר וא"ץ לכפול הדברים שכבר השיב עליהם הח' הפוסק בטוב טעם ודעת הח"פ פאם יע"א באדר הא' משנת אש הקס"ת במתניו לפ"ק וקים.
שאול ישועה ס"ט

סימן קיז

מן הדין כל שצוה לתת נכסיו לאחרים ולהניח יורשיו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו משום אעבורי אחסנתא ומשנה שלמה היא במסכת בתרא דף קל"ג ופסקה מר"ן בסי' רפ"ב ונראה דלא אמרו ליה תהוי באעבורי אחסנתא אלא בנותן להדיוט אבל לגבוה כנ"ד שהקדיש נכסיו לס"ת ולצורך פרנסת אמו העניה שאין צדקה גדולה מזו דענייך קודמין תבא עליו ברכת טוב, ומה גם שקיים מצות נחלה במקצת בתת עשרה אוקיות לכל א' שהרי אעפ"י שאמרו המבזבז אל יבזבז יותר מחומש הרי אמרו ה"מ מחיים שמא יעני אבל בשעת מיתה יבזבז כרצונו כדאיתא כתובות דף ס"ז והביאו מור"ם ביו"ד סי' רמ"ט הרי דלא קפדי אלא עלי דידיה שמא יעני בהיותו בחיים אבל בשעת מיתה דרמו נכסי קמי ירתי לא קפדי ובפירוש סיים הלבוש שם וז"ל וא"צ לחוש ליורשים. גם רבינו בצלאל בשיטה מקובצת כתובות בשם תלמידי ר"י כתב וז"ל בשעת מיתה יכול לבזבז ולעשות כרצונו כדחזינן בעובדא דמר עוקבא וכו' ובזבזינהו לכולהו נכסיה, ואעפ"י שיכול לבזבז יותר מחומש מ"מ אין לי לבזבז הכל לגמרי אלא שיניח קצת ליורשיו עכ"ל, ולפי"ז בעיקר התקנה שתקנו בשנת ועתה מלכים השכיל"ו שבכל צוואה צריך תוכחת ומציאות חכם נראה דהא בהא תליא דמציאות חכם כדי להוכיח על אעבורי אחסנתא ולכן בצורך גבוה כנ"ד דלית ביה משום אעבורי אחסנתא אין צריך גם מציאות חכם, ומה גם שהחכמים הקבועים לא היו בעיר סגי במציאות ת"ח מאן דהוא

שיהיה מצוי בעיר וכאשר הוכיח במישור הח' הפו' נר"ו. ע"כ נמ"ך. [א"ה עיין לעיל בסוף סימן ק"ט דף פ"א ע"ד שפסק הרב המחבר הפך זה יע"ש].

בית השמשי

פס"ד להרה"ג. מעו"מ סוח"ר. בנש"ק כן כקש"ת ת מוהר"ר שמעון חיים עובדיה יחשל"א פס"ד בענין זמן בין השמשות אשר בעזהי"ת אני אספתי מעט מהרבה ספרי הפוסקים ראשונים ואחרונים בקצ'ר אמי'ץ וסדר נכון למען ירוץ הקורא להבין ההלכה והמנהג לענין מצות מילה דוקא וקראתיו בשם "בית השמש" מוקטר מוגש לשם ה' צור קדושי.

סימן קיח

ראיתי לעמוד ע"ע זמן ביה"ש עפ"י דין תוה"ק, יען כי רבו בו הדעות והמבוכות יותר מדאי, וכל המרבה לתור ולחפש בס' הפוס' יוסיף מבוכה על מבוכתו, ולא יבא עד חקר תבונתו, ולא בלבד לענין דינא, אבל גם לענין המנהג מצינו הפרש בדברי הפוס', י"א שמנהג העולם כס' הגאונים דמתחילת השקיעה מתחיל תכף זמן ביה"ש, וי"א שמנהג העולם כס' ר"ת שאין זמן ביה"ש מתחיל אלא סמוך לצה"כ בכדי ג' רבעי מיל וכפסק מר"ן ז"ל בש"ע או"ח סי' רס"א כמו שיתבאר, ואם אמנם שלענין פרישות מהמלאכה נוכל להחמיר לצאת ידי כלם וכן ראוי לנהוג כמו שיתבאר, מ"מ לענין מצות מילה לתינוק שנולד אחר שקי' החמה בין בחול בין בשבת לא יגהה מזור להחמיר ולדחות מילה בזמנה דהוי חומרא דאתיא לידי קולא כמ"ש מהר"מ אלשקר בתשו' סי' צ"ו והרב מ"כ בקונטרס מבו"ה מאמר א' פ"ו יע"ש, הנה כי כן נכספה גם כלתה נפשי לעמוד ע"ע זה ולברר ההלכה והמנהג מפי סופרים ומפי ספרים עד מקום שידי מגעת, והאל החונן לאדם דעת יחוננו דעה בינה והשכל ואל יציל מפי דבר אמת אכי"ר.

וטרם אחלה לדבר נבאר תחילה מהות השקיעה הפשוטה הנק' בפי חז"ל בשם שקיעת החמה והוא משתשקע עגולת השמש תחת האופק ולא יראה ממנה כלום ליושבי חלד שאז אין זריחתה נכרת גם בראש המקומות הגבוהים, וכל עוד שהאדם יראה לעינים אפי' ניצוץ קטן מהעגולה וכל עוד שזריחתה נכרת אפי' רק בראשי ההרים הוי יום גמור לכ"ע [מלבד סברת הר"א מימיץ בס' יראים ולית דחש לה וכמ"ש לקמן] שע"ז אמרו במתני' פ"ק דשבת וכלן ב"ה מתירין עם השמש, וכן מבואר בפ' במה מדליקין דף ל"ה דא"ל רבה לאריסיה אתון דלא קים ליכון בשיעורא דרבנן אדאיכא שמשא בריש דקלי אדליקו שרגא וכו' מבואר שגם שאין השמש נראית אלא בראש הדקלים הגבוהים הוי יום גמור בלי ספק גם להבלתי יודעים בשעורין והוי דומיא דהנץ החמה דבזריחת ניצוץ הא' ממנה

הוי יום גמור לכל הדברים שמצותן ביום כנודע, וכן פירש להדיא רבינו אברהם בנו של הרמב"ם ז"ל בתשו' הובאה בתשו' מהר"מ אלשקר הנ"ל ובקונט' מבוא השמש מאמר א' פ"א וז"ל וביה"ש יש בו מן היום ויש בו מן הלילה והוא משתערוב השמש ועד שיראו ג' ככבים בינוניים לא ככבים הנראים ביום ולא ככבים שא"א שיראו עד לב הלילה וקודם שתערוב השמש הרי הוא יום ודאי ויכולים לעשות בו מלאכה יום ששי והעושה בו מלאכה בסוף יום השבת חייב סקילה ואפילו ששקע רוב עגולת השמש באופק ולא נשאר ממנה כ"א דבר מועט כל עוד שלא נשקע כל העגולה בכללה ותערוב השמש תחת עגולת האופק הרי הוא יום ומשפטו כמשפט חצי היום וכשיראו ג' ככבים בינוניים אחר ערובת השמש הוא ודאי לילה, והזמן שיש בין ערובת השמש לראיית הככבים הבינוניים הוא ספק אם הוא מן היום או מן הלילה והוא זמן ביה"ש ודינו להחמיר מהעיקר שיש בידינו ספיקא דאורייתא לחומרא וכו' עד וצריך ליזהר ולפרוש מעשיית המלאכה קודם ערובת השמש דבר מועט כמו שנזהרים ונמנעים מאכילת חמץ בשעה ששית וכו', וזהו אומרם ז"ל מוסיפין מחול על הקדש עכ"ל, הרי מבואר כמ"ש, אלא שיש להעיר על מ"ש בדב"ק שמוסיפין מחול עה"ק וזה הפך ס' מר אביו ז"ל דס"ל דלא נאמרו הדברים דמוסיפין מחול וכו' אלא בעיוה"ך ולענין אכילה ושתיה דוקא כמ"ש הרב"י ז"ל בסי' רס"א ובסי' תר"ח דו"ק ותשכח.

מעתה נבאר זמן ביה"ש לכל מר כדאית ליה, וז"ל מר"ן ב"י בסי' רס"א על מ"ש רבינו הטור וז"ל וזמנו משתשקע החמה ואילך כ' וז"ל שם בסוף הפרק איפליגו תנאי במלתא ואפסיקא הלכתא בגמ' כר' יהודה דאמר איזהו ביה"ש משתשקע החמה וכ"ז שפני מזרח מאדימין הכסיף התחתון ולא הכסיף העליון ביה"ש הכסיף העליון והשוה לתחתון לילה ופירש"י וכו' ואע"ג דאפליגו אמוראי בפירוש דברי ר"י כבר פסקו הרי"ף והרמב"ם בפ"ה דהלכה כרבה דהק' איזהו ביה"ש משתשקע החמה כ"ז שפני מזרח מאדימין, והכסיף התחתון ולא הכסיף העליון נמי ביה"ש הכסיף העליון והשוה לתחתון לילה [ומפרש בגמ' דלדידיה הוי שיעור ביה"ש תלתא רבעי מיל שהם י"ג דקים ומחצה ולדעת רב יוסף שיעורו תרי תלתי מיל שהם י"ב דקין] וזהו שכתב רבינו בסי' תר"ח וזמן ביה"ש אלף ות"ק אמה קודם הלילה והתו' הקשו ע"ז מדתניא בפ' מי שהיה טמא ר"י אומר משקיעת החמה עד צה"כ ד' מילין [שהם שעה וחומש] ואומר ר"ת דהתם קאמר מתחילת השקיעה והכא קאמר מסוף השקיעה והר"ן כ' דברים אלו יותר מבוארים וז"ל תי' ר"ת דשתי שקיעות הן דמשתשקע החמה דמתני' דשמעתין היינו מסוף שקיעת החמה כלו' משעה שנשקעת ברקיע והיא עדיין כנגד חלונה ולפי שלא עברה חלונה ועדיין אינה

מהלכת אחורי כיפה פני רקיע מאדימין כנגד מקומה ומשקיעת החמה דפ' מי שהיה טמא היינו מתחי' שקיעת החמה שהתחילה ליכנס ברקיע, נמצא שמתחי' השקיעה עד ביה"ש שהוא סוף השקיעה ג' מילין ורביע והכי איתא בירושלמי עכ"ל וכו' וכ"כ הה"מ בפ"ה בשם ר"ת והרמב"ן וכ' שכן הדברים נראים עכ"ל הרב"י ז"ל וכ"ע שם שכן דעת הרא"ש בפ"ק דתענית [ובתשו' הרדב"ז שנביא לקמן כתב ג"כ שהרא"ש בתוספותיו העלה כר"ת] וכ"פ בשו"ע שם, הנה נתבאר דעת ר"ת דג' רבעי מיל שהם י"ג דקים ומחצה קודם צה"כ הוא זמן ביה"ש וקודם לכן הוא יום גמור לכל מילי.

והרב מהר"מ אלשקר סי' צ"ו הנז"ל סתר ס' רבינו תם מכל וכל ודחאה מהלכה והביא ס' הגאונים רב שרירא ורב האי ורבינו נסים בתשובה כ"י וכן היא סברת רבינו אברהם הנז"ל דזמן ביה"ש מתחיל תכף מתחי' שקיעת החמה שאינה נראית על הארץ [ולא פורש בדב"ק מהו סוף זמן ביה"ש כמו שנכתוב לקמן בע"ה] וכ' שם שכן הוא דעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל, ועיקר יסודו בסתירת ס' ר"ת ז"ל הוא מהכחשת המציאות שלפי האמת אין החמה מהלכת בלילה על כיפת הרקיע אלא מתחת לארץ [ולקמן יתבאר שאין זה מן התימה] וכדעת חכמי אומ"ה שחזרו חכמ"י והודו לדבריהם כמ"ש בפסחים שם, ולפי"ז אין כאן לא חלון ולא עובי הרקיע, ואין כאן אלא שקיעה א', זהו תוכן כונתו בקצרה. וכן הקשה הרב לח"מ בפ"ה מהל' שבת ה"ד וכ' בס' ארץ החיים סי' רס"א שכן פסק מהריק"ש והרב גו"ר בתשו' מהר"י פאראגי והגר"א ז"ל והגאון ר"ז בעל ס' התניא בסידור תפלה שלו [ולקמן נביא דבריו בש"ע שלו שפסק להדיא כר"ת] והגאון מהר"י חבר מטקטין דבין השמשות מתחיל תכף מתחילת שקיעת החמה וכו' עכ"ל.

והנה אנכי הרואה שיש מבוכה גדולה בהבנת ד' הגאונים ז"ל דמפשט לשונם בתשו' כ"ו הנז"ל מפורש יוצא דמתחילת השקיעה עד צה"כ הוא הזמן הנק' ביה"ש שכ"כ שם הרב מהר"מ אלשקר בהדיא ומבואר יותר בתשו' רב נסים גאון שהביא שם שכ' וז"ל ואמנם מה שאמרה המשנה תפלת המנחה עד הערב ששאלת עליו, התשובה גבול עד הערב עד שתפול העגולה של השמש והוא שקיעת החמה ומשקיעת החמה עד צה"כ ביה"ש וכו' עכ"ל, הרי שכ' להדיא דמשק"ה עד צה"כ הוי ביה"ש וכן מבואר מדברי רבי' אברהם ז"ל הניתנים למעלה, וזה דבר תמוה מאד מתרי טעמי, חדא שהחוש מכחיש שלא יהיה מתחי' השקיעה עד צה"כ רק ג' רבעי מיל לרבה, או תרי תלתי לרב יוסף שהם רק י"ב דקים או י"ג וחצי, ועוד שהרי רבי יהודה גופיה בפסחים שם הוא דקאמר דמשקיעת החמה עד צה"כ ד' מילין והיא קו' התו' הנז"ל דלא מתרצא אלא לשיטת ר"ת דב' שקיעות יש כנ"ל, והרב מהר"מ אלשקר ז"ל שם חתר ליישב הקו' הזאת השנית וכ' שר' יהודה

חזר בו מההיא דפסחים וכו' וחזר והודה לחכמי אומ"ה וכו' ואין בין השקיעה לצה"כ אלא ג' רבעי מיל למר או תרי תלתי למר יעו"ש, והרב מ"ך בקונט' הנז' מאמר א' פ"ח סתר כל דבריו אחת לאחת וזל"ה האחת שא"א שנאמר שחזר בו ר"י וכו', השנית כי אף שנודה שחזר בו ר"י וכו' עדיין לא יצאנו מן הקושיא כי איך אפשר שיסבור ר"י שמן השקיעה וכו' לא יש אלא שיעור ג' רבעי מיל וכו' שהרי נר' לחוש שיש יותר ויותר מזה השיעור יע"ש ובפ' א' שהאריך בזה ובפ"ח שם רצה לפרש דברי הגאונים וליישב גם הקו' הנ"ל וז"ל שאמת הוא שלדעת ר"י משקיעת החמה עד צה"כ יש שיעור ד' מילין כמ"ש בפסחים וכמו שנר' לחוש אבל עכ"ז סובר שזמן ביה"ש א"א ג' רבעי מיל אחר השקיעה והזמן הנשאר עד צה"כ שהוא שלשה מילין ורביע סובר שהוא לילה גמור וכו' עכל"ה, וכן הבינו בדברי הגאונים רבותינו האחרונים שהביא הרב ויאמר יצחק בפס"ד שבסוף חיב והרב פקודת אלעזר בסי' רס"א יעו"ש שכתבו כן להדיא וכל זה איננו שוה מכמה טעמי וכמ"ש הרב מבו"ה גופיה בפ' ט' באורך. ואני בעניי מוסיף על דבריו שמדברי הגאונים עצמם ומשטחיות לשונם מובן להדיא שכל הזמן שמן השקיעה עד צה"כ נק' ביה"ש כמש"ל וכן מפורש בתשו' רבינו אברהם הנז"ל באופן שדעת הגאונים ז"ל [לפי מה שהבין בדבריהם מהר"מ אלשקר ודעמיה] שגבה ממנו' ומה גם שאנכי הרואה שס' הגאונים ז"ל נעלמה מעיני רבותינו הראשונים ז"ל ה"ה הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן וההי"מ וגם מר"ן ז"ל והב"ח והמ"א והט"ז והרדב"ז [שנביא דבריו לקמן] יחד כלם לא העלו סברא זו על דל שפתם [אלא שהב"ח הזכיר ס' זו בסי' רס"א בשם ראב"ן] ולא מצינו שנזכרה ס' הגאונים ז"ל אלא בתשו' מהר"מ אלשקר ז"ל ואחריו כל ישרי לב רבותינו האחרונים שאבו מימיו הקדושים והביאו ס' זו בשמו ופרסמו אותה בראש הומיות, ונשתפכו עליה כמה דיות, וזה באמת דבר רחוק שנעלמו דברי הגאונים מעיני קדשם של רבותינו גדולי המורים שהיו שותים בצמא את דבריהם כנודע ובפרט הרדב"ז ז"ל שכל תשובותיו ממולאים ומשובצים בדברי הגאונים ז"ל כידוע ובתשובתו שנביא לקמן בענין זה לא הזכיר מדבריהם כלום אחר שפשפש ולא מצא אשר מכ"ז נלע"ד דהיינו מ"ש הרבנים שהביא הברכ"י ז"ל באו"ח סי' רס"א וז"ל שם והרב מהר"י פארג'י מהמה בתשו' כ"י סי' נ"א השיב על הרב הנז' הוא הרב גו"ר שהביא שם שהגאונים ס"ל כר"ת ורב האי גאון והרי"ף והרמב"ם ז"ל ס"ל כר"ת וכו' והרב המוסמך מהר"ח אבולעאפיא הזקן וכו' אמר דבתלמוד מוכח ופשוט כר"ת אין בו ספק אלא דדשו בו רבים היפך ר"ת ויפה שתיקה לחכמים עכ"ל, הנראה מדבריהם ז"ל שהם מפרשים כונת הגאונים ז"ל וגם הרי"ף והרמב"ם ז"ל שכתבו ג"כ כלשונם דמיירי בשקיעה השנית כדברי ר"ת ולזה כתבו

סתם דמהשקיעה עד צה"כ [שהוא באמת ג' רבעי מיל לכ"ע] הוא הזמן הנק' ביה"ש, וכן יש להעמיס בכונת רבי' אברהם ז"ל דמ"ש משתערוב השמש ועד שיראו גכ"ב וכו' וכן מ"ש כ"ע שלא נשקע כל העגולה בכללה ותערוב השמש כוונתו שתשקע כל העגולה תחת האופק וגם תערוב ותחשך השמש והאור אחר השקיעה ואל תתמה על החפץ שהרי גם הרמב"ם ז"ל כ' בפ"ה כלשון הגאונים ועכ"ז מצינו להרדב"ז ז"ל בתשו' סי' רפ"ב ובלשונות הרמב"ם סי' ו' [שנביא דבריו לקמן בע"ה] ושאר מפרשים, וכן נראה מדברי הה"מ ז"ל שפירשו דעת הרמב"ם ז"ל כדעת ר"ת, באופן שדעת הרבנים הנז' שס' הנז' המיוחסת לגאונים ז"ל איננה במציאות שגם הם כדעת ר"ת ס"ל, ובזה יבוא הכל על נכון ותשקוט הארץ אלא שרבים וכן שלימים לא דרכו בדרך זו ובדעת הרי"ף והרמב"ם זה מושך לכאן וזה מושך לכאן, ולענין דינא אין נפקותא בזה דכבר עלתה הסכמת הפוס' ראשונים ואחרונים רוב ככל כדעת ר"ת וכמ"ש לקמן ומה גם דרובא דאיתיה קמן יחסו ס' זו גם להרי"ף והרמב"ם, והרא"ש פסק כן להדיא כמש"ל.

ומן האמור יש להעיר על הרב ויאי"ץ ז"ל בפס"ד הנז' שכ' שם וז"ל ואף לדעת מר"ן שפסק כר"ת הרי כתב בסי' רס"א ס"ג וז"ל מי שאינו בקי בשיעור זה ידליק בעוד שהשמש בראש האילנות וכו' נמצא דחשש לס' הגאונים למי שאינו בקי לשער שיעור דר"ת וכו' עכ"ל, ולפי האמור א"א לו' דמר"ן ז"ל חשש לס' הגאונים אשר לא ראה ולא ידע ולא עלתה על לבו, ועוד שדברי מר"ן ז"ל הם תלמוד ערוך מההיא דא"ל רבא לאריסיה כמש"ל דאתיא ודאי גם לר"ת ז"ל והיינו מצד החומרא שהחמיר עליהם לגדר וסייג ונתן להם זמן רשום ומוגבל שלא ישנה את תפקידו הגם שהוא זמן מופלג לדעת ר"ת כיון דא"א בלא"ה והשעה צריכה לכך וגם מר"ן ז"ל לא כ"כ אלא לשאינו בקי משום גדר וסייג וזה פשוט, ונלע"ד דאדרבא משם ראיה לר"ת דמדקאמר אתון דלא קים ליכו וכו' מוכח דלמי שהוא בקי עדיין יכול להמתין שלא להדליק אז ולס' הגאונים ז"ל אם לא עכשיו אימתי שהרי צריך להוסיף מחול עה"ק והיינו ודאי בעוד השמש בראש האילנות דאח"ך מתחיל תכף זמן ביה"ש לדעתם ז"ל, אם לא שנאמר דס"ל לגאונים ז"ל כדעת הרמב"ם דאין צריך להוסיף מחול עה"ק אלא ביוה"ך וכמש"ל ודו"ק, ואפשר לו' דכונת הרב ויאי"ץ ז"ל לומר דכיון דמר"ן ז"ל חשש לשאינו בקי הרי הכל אינם בקיאים ובע"כ לנהוג כס' הגאונים.

[**אחז"ר** שכתבתי זה הראני ידידי כמהר"י ן' נאיים הי"ו קונטרס לרב אשכנזי מעיה"ק צפת ת"ו הנקרא רכב על דבר אמת חלק גבולי שבת וראיתי לו שם שכ' על ההיא דא"ל רבא לאריסיה וכו' הנז"ל וז"ל וכתב הרמב"ן דמזה ראיה גמורה דה"א למאן דבקי בשיעורא דרבנן אפי' נסתלקה מראש האילנות יום הוא וכו' ע"כ הרי ממש כדברינו

תלי"ת, עוד האריך שם לסתור דברי מהר"מ אלשקר ז"ל מדברי הגאונים עצמם וז"ל הצ"ל, והנה מה שמביא בשם. המצאתי כתוב בשם הגאונים הנה הבעה"מ בריש ברכות הביא בשם הגאונים גירסא בגמ' עי"ש ומשמע שם בהפך:

דאחר השקיעה של השמש עדיין יום הוא ולא לילה רק אחר שנסתלק האור מחללו של עולם וכן הרשב"א בחידושיו על דברי ר"א שאמר בברייתא משעה שקדש היום בערבי שבתות הביא בשם רב האי ע"ז וכ' נמצינו למידין לדברי רב האי שאין הפי' משעה שקדש היום דהיינו בביה"ש כפרש"י רק משעה שראוי ליקדש משום תוספת שבת וכו' וכ"כ הב"י בסי' רמ"ט שהה"מ הביא בשם הראב"ד לענין תענית בע"ש שאין להשלים רק עד שקיעת החמה שאז מתחיל זמן תוספת שבת וכ' שם הד"מ באות א' דהיינו תחילת השקיעה והם הם דברי רב האי וכדברי הרמב"ן שהביא המחבר בסימן:

רס"א כדברי ר"ת, הרי להדיא דרב האי סובר כדברי הרמב"ן וכשיטת ר"ת ודלא כמו שהביא מהר"ם אלשקר בשמו ומי כמוהם בקיאים בדברי הגאונים וכו' עכל"ה, עוד כתב שם דהרב מ"ך בשער מבו"ה מפלפל בדברי הרי"ף והרמב"ם ומסיים שדעתם כר"ת וכן הרלב"ח בהל' קדה"ח כ' שיותר נוח לפרש דברי הרמב"ם כר"ת ע"כ, והרי הרמב"ם אדרבא בפי' המשניות פ"ב דשבת כ' בפי' שאחר תחילת השקיעה הוא יום ואפי' נראה כוכב א' וכו' וכן בפ' ראוהו ב"ד כ"כ וכ"כ בהל' קד"ה וכן הרי"ף מביא מימרת א"ר יהודה א"ש כוכב א' יום וכו' וכן הביא סתמא דגמרא בריש פסחים והא קי"ל דעד צה"כ יממא הוא וגם ההיא דאמר רבא לאריסיה וכו' וכ' הרמב"ן וכו' כמש"ל עכ"ל, עוד כתב שם שהפר"ח בקונט' בי שמשי אחר שהביא כל השיטות וכו' וסיים ומחוורתא כר"ת, וגם הרב פני יהושע בפ' ב"מ כתב דסוגיית הש"ס בבלי כר"ת וכן מהר"ח אבולעאפייא הרעיש העולם בזה ועשה כמה תקנות בזה באיזמיר ובטבריא וכן מהר"י פירדא מהספרדים כ' כר"ת וכן נושאי כלי הש"ע הא"ר והתוס' שבת והפרמ"ג ובעל דרך החיים וכדומה לא נדדו כנף לחלוק בזה נגד סתמת הש"ע עכ"ל, עוד כ' שם:

וז"ל והנה הש"ך בהלכות מילה סי' רס"א כ' בל' זה עיין בדברי מהר"ם אלשקר שהאריך בענין תנוק הנולד וכו' ולא סיים לבאר דעתו בזה וכו' ואדרבא בסק"ט כתב דככבים הבינוניים הם הנראים סמוך לחשיכה וגם בס"ק א' כתב דשיעורא דר' יוסי סמוך לחשיכה ממש, מזה נר' שאין דברי מהר"מ אלשקר נראים בעיניו להלכה אפי' להחמיר עכ"ל עוד כתב שם לשון בעל העיטור שער השני חלק ג' שאחר שהביא סוגית הגמ' בפ' ב"מ וכו' והרב אלפסי וסיים ועבדינן לחומרא ככולהו תנאי ואמוראי וכו' כמו שהביא לשונו המחבר בהל' מילה סי' רס"ו ס"ט, אחר זה כתב וז"ל ופי' ה"ר שמשון בשם ה"ר

יעקב [הוא ר"ת ז"ל] דמשתשקע החמה לא ביאת שמשו הוא שאינה נראית ברקיע דהא משתשקע החמה עד צה"כ הוא ד' מילין וביה"ש לא הוי רק ג' רבעי מיל, אלא משתשקע החמה היינו ביאת אורו והוא סמוך ללילה וכו' וכהא דאמרי בחנוכה משתשקע החמה ביאת אורו הוא והיינו הוא דקתני משתשקע החמה משמע שכבר שקעה והתם דקתני משקיעת החמה מתחי' שקיעתה עכ"ל בעה"ע והם הם דברי ר"ת וכו' ע"כ, עוד כ' שם בהשגותיו על הגאון בעל התניא בסידורו שכ' שם שהרב"י חזר בו ביו"ד הל' מילה וע"ז כתב וז"ל בודאי כוון למ"ש המחבר בסימן רס"ו לשון בעה"ע וכו' וכתב דנקטינן ככלהו תנאי ואמוראי וכו' והלכך תנוק הנולד משתשקע החמה וכו' והבין שכונתו מתחילת השקיעה, אבל האמת אינו כן דהרי המג"א בסי' של"א סק"ב מביא זה וכותב דכונתו מסוף שקיעה וכמ"ש בסי' ר ס"א כשיטת ר"ת וכו', ע"כ דברי הקונטרס הנז' אשר ראיתי נחוץ להעתיק פה סיוע לדברינו].

והרב חיד"א ז"ל בברכ"י ובמחב"ר סי' של"א כ' בשם הרב ב"ד או"ח סי' קכ"ו וז"ל כל שנראה שמש אפי' בראש הדבר הגבוה יותר שבעיר מונין אותו יום וכשאין נר' כלל בשום דבר מונין להבא וכן נתפשט המנהג בעיר ירושלים ת"ו ובעיר עז לנו חברון ת"ו מזמן גאוני הדורות שלפני דורנו עכ"ל, וזה נמשך לשיטת הגאונים וכתב הרב זל"א וז"ל ואף למנהג הרב"ד וכו' גם הוא מסיק דמנהג זה א"א חומרא בעלמא עכ"ל, והבי"ד ה' פקודת אלעזר דפ"ט והטעם דאילו הרב"ד גופיה ס"ל בהל' פסח סי' רי"ט בפשיטות כר"ת ולקמן נעתיק דבריו בע"ה. האמנם מה שהיה קשה עלי למאד על דברי הרב"ד דבשלמא בחלוקה א' דבעוד השמש בראש הדבר הגבוה מונים לאותו יום ניחא דבודאי יום הוא כמש"ל, אכן מ"ש בחלוקה שניה דכשאין נר' כלל מונין להבא הוא דבר שאין לו שחר דלפ"ז תנוק הנולד לאחר שקי' החמה מראש האילנות מונים להבא ונימול בש' ויו"ט וזה דלא כמאן דאף לשיטת הגאונים זהו תחילת ביה"ש ונדחה ליום א' ואיך כ' דמונים להבא, והיום זכיתי דאתאי לידי ס' פקודת אלעזר וראיתי לו שהק' כן בסגנון אחר וז"ל דלפ"ז דין ביה"ש פרח באויר דזה משנה וגמ' וכל הפוס' דביה"ש של חול נימול לט' ושל שבת נימול ליו"ד ולפי' הנז' אם יש שמש אפי' כל שהוא נימול ביום ו' וכשלא יש נימול בשבת א"כ היכן הוא זמן ביה"ש וספיקו דנימול ליו"ד יעו"ש, והאריך בזה והעתיק תשו' הרב"ד גופה אשר מתוך דבריו נלמוד שלא כ"כ אלא לנולד בחול שהרי כתב שם וז"ל בשביל כך נהגו שכל שיש שמש בעולם דנין אותו להבא שאז בחול נימול לט' ואין נימול לח' כ"א הנולד כל שעדיין שמש בעולם כנז' וזהו מנהג מצד חומרא לא מן הדין עכ"ל הרב"ד ז"ל הצ"ל, וסיים ע"ז הרב הנז' וז"ל ומזה יתבאר דין נולד ע"ש אחר תחילת

השקיעה שלא יש תכף שמש כלל שע"פ המנהג להחמיר הנז' אין למולו עד יום א' שהוא יו"ד וכו' כמ"ש הרב"ד להדיא שאם ימולו אותו בשבת אין קולא גדולה מזו כנלע"ד פשוט בדעת הרב"ד ז"ל. וא"כ מ"ש הברכ"י בקיצור בסי' של"א הנז' אין כונתו למולו בשבת ממש כשנולד תכף כשאין שמש וכו' אלא כונתו ע"ד הנז' וקיצר בדבר שהוא פשוט בש"ס ופוס' דנולד ביה"ש דערב שבת נימול ליו"ד דוקא עכל"ה, וע"ע שם שכ' שחקר לנשים העומדות על זה ומצא שהיו נכשלים בזה יע"ש שהאריך להסיר המכשלה הזאת ודפח"ח.

באופן שלענין זמן ביה"ש הדבר שנוי במחלוקת מערכה לקראת מערכה ומאן ספין ומאן רקיע, ומי הוא זה יוכל להכריע וכבר דשו בו רבים וכתבו כמה תשו' וכמה קונט' מחכמי הדורות דור אחר דור מאין ספורות וכל הוגה בם יתבלבל דעתו, ולא יבין לאחריתו, לכן הטוב והישר ללכת בעקבותיהם של רבינו הטור ומר"ן ומור"ם ז"ל אשר מפיהם אנו חיים בכל דיני התורה כקוליהון וכחומריהון שפסקו להדיא כס' ר"ת, ואף גם זאת שכן עלתה הסכמת רוב הפוס' קמאי ובתראי וגם כל נושאי כליו של הש"ע פסקו כן לדבר פשוט [ואין גם אחד שהזכיר ס' הגאונים ז"ל כמש"ל] וכמו שנעתיק דבריהם בע"ה והרווחנו בזה ללכת בדרך ישרה ויצאנו מן המבוכות שיש בהבנת דברי הגאונים כמש"ל.

וז"ל מר"ן ז"ל בש"ע או"ח סי' רס"א ושיעור זמן ביה"ש הוא ג' רבעי מיל שהם מהלך אלף ות"ק אמות קודם הלילה וכתב המג"א שם סק"ט שהוא כמו רביע שעה קודם צה"כ, וכ"כ בסי' של"א סק"ב וז"ל והוא לערך רביעית שעה קודם צה"כ ואם נולד קודם לכן מונים ביום ו' דהא אפי' לענין מלאכה דהוי איסור סקילה פסקינן הכי כמש"ל, וכ"פ המ"כ במבו"ה מאמר ב' פ"ה וכו' אבל במדינותינו לפעמים אין מקבלים שבת עד סמוך לרביעית שעה קודם צה"כ כמ"ש סי' רס"א, א"כ ה"ה לענין מילה יש למולו בשבת:

דהא כל גדולי הפוס' סוברים כן עכ"ל, וכן פסק הלבוש כאן בסי' רס"א וביו"ד סי' רס"ו ס"ט כ' וז"ל דקודם ג' רבעי מיל הוא יום ונימול אפי' בשבת עכ"ל, וכ"פ כל מפרשי הש"ע הא"ר ותוס' שבת ושאר מפרשים, וכ"פ מפרשי המשנה הרע"ב והתפא"ו בפ' ב"מ על דברי המשנה ספק חשכה וכו', וכ"פ בש"ע של הגאון רו"ש בעל ס' התניא [אעפ"י שבסידורו פ' כס' הגאונים כמש"ל] בסי' רס"א ס"א וס"ד שזמן ביה"ש הוא כדי מהלך ג' רבעי מיל קודם צה"כ ובסי' של"א כתב כדברי הנז' שבמדינות אלו אין מקבלין שבת לפעמים ועושין ל המלאכות עד רביעית שעה קודם צה"כ וכו' וכ"פ הב"ח ביו"ד סי' רס"ו ובתשו' סי' קנ"ד וז"ל בתשו' שם וכבר נחלקו גדולי המפרשים ר"ת והר"א מימיץ

בס' יראים סי' ק"ב [הו"ד במג"א סי' רס"א ס"ט] וכו' ולענין הלכה רוב המחברים תפסו פירושו של ר"ת ז"ל, וכ"פ הב"י בהל' שבת וכן מנהג כל ישראל דאלו לפי' הרא"ם וכו' [עיני הקורא תחזינה שלא בא לשלול רק ס' הרא"ם אבל ס' הגאונים לא עלתה על לבו וכן כל הפוס' שפסקו כר"ת היינו לאפוקי ס' הרא"ם אבל ס' הגאונים לא נזכרה אלא בדברי האחרונים שנמשכו אחרי מהר"ם אלשקר ז"ל וכמש"ל] וא"כ לפ"ז בנ"ד אם בבירור נולד לפחות שליש שעה [חשש לס' הרמב"ם דשיעור מיל ב' חומשי שעה שהם כ"ד דקים וא"כ ג' רבעי מיל הם י"ח דקים ועם ביה"ש דר' יוסי וכו' הו"ל קרוב לשליש וכו' כ"כ הרב פקודת אלעזר סי' רס"א] קודם שנראו ג' ככבים בינוניים כאשר הרקיע מזהיר ולא נתקשר בעבים בודאי אין דוחים ליום העשירי וכו' יעו"ש, וכ' הרב פקודת אלעזר שם על דבריו וז"ל מ"ש הב"ח באו"ח דלדעתו ס' הרא"ם עיקר היינו להחמיר שלא במקום ביטול מצוה אבל לענין מילה עמ"ש בסי' של"א וכו' וביו"ד סי' רס"ו כ' וז"ל ומה שהביא ב"י בשם בעל העיטור בדין שיעור בה"ש הוא מגומגם וביארתי דבריו בתשו' והמסקנא הלכה למעשה בינוקא דאתייליד בסמוך לשקיעת החמה אין להקל וכו' אא"כ בדאיכא עדיין ג' רבעי מיל קודם התחלת צה"כ דר' יהודה ואיכא נמי שיעור בה"ש דר' יוסי שהוא מתאחר אחר בה"ש דר' יהודה וכו' ואם נולד קודם הזמן הזה נימול לח' הלא"ה תדחה המילה עכ"ל, וכ"פ הרדב"ז בחדשות סי' רפ"ב וז"ל אם הדבר ודאי שנולד בין תחילת שקיעה לסוף שקיעה הדבר פשוט דנימול לח' דאכתי יום הוא וכ"כ התו' בשבת ובפסחים וכ"כ בתו' רבי' חזקיה ור"ת והמרדכי והרמב"ן והרא"ש ז"ל בתוספותיו והריטב"א והר"ן ורבינו ירוחם והסמ"ג ובעל מגיד משנה וכו' וכולם העלו דב' שקיעות הוו ולא הוי בין השמשות עד סוף השקיעה כתלתא רבעי מיל כרבא דקי"ל כוותיה וכו' ואני לא ראיתי בכל הפוס' והמפרשים הנמצאים אצלנו מי שחולק בדין זה אלא הרא"ם וכו' יע"ש שהכריח מדברי הרי"ף והרמב"ם דהכי ס"ל, ובסו"ד כ' וז"ל הילכך זה התינוק אם הדבר ודאי שנולד בין תחי' השקיעה לסופה נימול לח' דהיינו ליום ו' דאכתי יום הוא לכל דבר אלא שאם רצו לעשותו תוס' לשבת עושה ובזה אין להסתפק עכל"ה, אחד הרואה אמרי קדוש ההוא אמר שפשפש ולא מצא חולק על ר"ת זולת הרא"ם ז"ל ולא הגאונים ז"ל הגם דשמעתתייהו בפומיה כמש"ל, וכ"פ הרב ב"ד בהל' פסח סי' רי"ט [ה"ד ה' פקוד"א שם] וז"ל וביאור הענין כי בעוד השמש בעולם הוא ודאי יום וכן אחר השקיעה ג"כ עד ג' מילין ורביע ואח"ך מתחיל זמן בה"ש ונמשך עד ג' רבעי מיל, והענין דאיתא בשבת וכו' והנה כ"ז לפי דין חכמי ישראל שאומרים ביום מהלכת החמה תחת הכיפה ובלילה ע"ג הכיפה ואף עפ"י שמהר"מ אלשקר סי' צ"ו האריך מענהו עד בוש לדחות ס'

ר"ת מהלכה,. נר' שדברי ר"ת עיקר דחזינן למר"ן ז"ל בב"י דלא חש להביא רק דברי ר"ת ונר' דטעמא משום דרבי הוא דקאמר התם שנראין דברי חכמי או"ה ולא קי"ל כוותיה נגד חכמי ישראל כי לא מצינו שחזרו חכמי ישראל והודו לחכמי או"ה, גם מצינו שתקנו ביוצר שבת האל הפותח בכל יום דלתות שערי מזרח ובוקע חלוני רקיע מוציא חמה ממקומה וכו' דמשמע בהדיא שבלילה מהלכת ע"ג הכיפה עכ"ל, וכ"כ החת"ס בתשו' חא"ח סי' פ' וז"ל ולהיות מצותו עוברת עלי וכו' לחוות דעתי וכאשר קבלתי גם מרבותי כי ההלכה רווחת בזה בלי שום פקפוק כדעת המג"א ריש סי' של"א וכל האחרונים הסכימו כן יע"ש בא"ר ותוספת שבת שתפסו במוחלט שיעור ביה"ש אינו כ"א ג' רבעי מיל קודם צה"כ והוא מסוף שקיעת החמה לתחת האופק וכו' ובסו"ד כ' וז"ל אמנם מר כי אתריה בשידוע לו שהיה יותר מרחק צה"כ הנהוג לעת כזאת כשהשמים בהירים יותר מג' רבעי מיל וכו' אזי הלא גם דעתי נוטה להקל עכל"ה, וכ"פ הגאון האבר"ך ז"ל בס' שלחנו של אברהם א"ח סי' רס"א דין ב' שעמש"ש מר"ן ז"ל ס"ב ג' מילין ורביע כ' וז"ל סתם כס' ר"ת פרק ב"מ דשני שקיעות יש, וכן הסכים ב"ם מבו"ה והפר"ח בקונט' בי שמשי וכו' והרב"ד הל' פסח סי' רי"ט דלא כמהר"ם אלשקר סי' צ"ו והרב בית יהודה במנהגים בדיני מילה בשם רבו כ' מעת שקיעת החמה עד צה"כ בכלל ביה"ש ועפ"ז כ' דחצי שעה קודם קריאת הקורא אלמגרב וחצי שעה לאחריו נכנס בגדר ביה"ש עי"ש, ואזיל בשיטת הגאונים [נ"ל דאזיל גם בשיטת ר"ת ומזה נמשך לו חצי שעה קודם וחצי שעה אחר] אבל לדעת מר"ן והנמשכים אחריו ליתנהו להני מילי, שו"ר להרב ב"י ח"ב סימן נ"ז שהמנהג שנהגו הוא לחומרא לבד אבל לדינא ודאי דהעיקר כפסק מר"ן עכ"ל הרב שש"א ז"ל, וז"ל הרב"י בתשו' ח"ב הנז' ודע דזה שמקובל בידינו דזמן אלמגרב הוא זמן חצי ביה"ש וחצי שעה קודם לו וחצי שעה אחריו הוא שיעור ביה"ש נר' דהוא שלא בדקדוק דבסי' רס"א מבואר דג' רבעי מיל הוא שיעור ביה"ש ואינו מגיע לשיעור רביעית שעה וכו' ולא נהגו הראשונים שיעור זה המוזכר בהאלמגרב אלא לחומרא לענין מילה שאינו נימול אלא בתשיעי ואינו נימול בשבת אבל לשאר מילי אוקמוה אדיניה וכדכתי' בס"ד עכ"ל, והנה היה מקום לו' שלא חזר בו אלא מההיא דחצי שעה קודם וחצי שעה אחר כיון דבה"ש אינו אלא ג' רבעי מיל אבל לענין אי ס"ל כר"ת וכמו שהבין בדבריו הרב שש"א ז"ל הנז' זה אינו מבואר בדבריו אכן בתשו' ח"א סי' כ"ח מוכח דס"ל כר"ת שהרי כ' שם וז"ל דהא ביה"ש ג' רבעי מיל והתם לא שייך תוס' אלא בשקיעה א' שהוא ג' מילין ורביע כמבואר סי' רס"א עכ"ל, באופן שהרב ז"ל משלנו הוא לענין דינא כס' ר"ת ז"ל ומ"מ יש להעיר על דבריו בתשו' הנז' שכתב דלא החמירו אלא לענין מילה אבל

לא לשאר מילי וכו', ונהפוך הוא דלענין מילה אין להחמיר דהוי חומרא דאתיא לידי קולא כמ"ש מהר"ם אלשקר והמ"כ בקונט' הנז' וכ"נ מדברי הב"ח כמש"ל, וכ"פ בס' מאמ"ר סי' של"א סק"ד דמנהג פשוט הוא דאפי' לא נולד אלא רביע שעה קודם צה"כ ודאי נימול לח' וכו' ולכן נקטינן כס' ר"ת ורוב הפוס' וכמו שנהגו העולם עכ"ל. וכ"פ הרב חס"ל תאומים סי' כ"ב [ה"ד הרב פקוד"א שם] ואחר שהעלה כס' ר"ת ז"ל סיים ע"ז וכ' וז"ל וכן הסכימו רוב הראשונים ז"ל וכו' ולכן תקע הב"י את עצמו לקבוע הלכה כר"ת וכ"כ בשו"ת ב"ח סי' קנ"ד דהכי קבעי רבנן קשישאי להלכה ולמעשה כשי' ר"ת וא"כ זמן בה"ש כשיעור ג' רבעי מיל קודם צה"כ וכ"ז יהיה נחשב לפי שיעור היום שהוא יום בינוני לפי מה ששיערו חז"ל מהלך אדם בינוני וכו' ובימי הקיץ שהיום גדול צריך לחשוב שעות זמניות לפי גודל היום וע"ז צריך להוסיף מחול עה"ק וכו' עכל"ה, וע"ע להרב ארץ החיים בסי' רס"א שכ' שכן פסקו ה' מהר"י פארג'י סי' מ"ז והרב מהר"ח אלפאנדרי והרב פתח הבית האריכו מאד לקיים שיטת ר"ת וכ' מהר"י פארג'י הנז' ששמע מהגאון מהר"ח אבולעאפיא שהדבר פשוט וברור כשיטת ר"ת אלא שלא נהגו כן יע"ש.

אחרי כתבי נדפס ס' משפטים צדיקים לרבני טיטואן הא' זיע"א וראיתי שם בסי' קל"ב פס"ד להרה"ג כמוהר"ר מנחם נהון זלה"ה תנא דמסייע לן וז"ל שם לדידן דקי"ל ע"פ מה שפסק מר"ן בא"ח שבה"ש הוא אלף ות"ק אמה עולה וכו' לפי השיעור שלנו י"ג מינוטין וחצי ואם נולד ילד קודם י"ג מינוטין וחצי עד צה"כ נחשב יום ונימול לח' ימים עם אותו יום ואם היה בעש"ק נימול ביום ו' ולדידן דנוהגים לקרות הקורא שלהם אלמגרב אם נולד ב' מינוטין קודם אלמגרב נימול ביום ו' לפי שנתברר לי שמשעה שקורא הגוי אלמגרב עד צה"כ הוא י"ג מינוטין למיעוט ושני מינוטין קודם הוא ט"ו נמצא שנולד קודם בה"ש והוא יום וזה פשוט מצד עצמו ועיין בר"ן פ' יוה"ך ובמ"א סי' של"א ובהרדב"ז סי' רפ"ב ובש"ך יו"ד סי' רס"ו וב"ח סי' קנ"ד, הן אמת דלס' הב"ח דכ' שליש שעה צריך שיהיה נולד ז' מינוטין קודם אנן אין לנו אלא מ"ש האחרונים ע"פ ס' הב"י ומור"ם סי' רס"א דבה"ש הוא כמו רביע שעה ואף שכתב מהר"י עייאש במנהגי ארזיל ששעה אחת קודם צה"כ הוא בה"ש וכו' אנן לא קי"ל הכי שהרי אף לענין מלאכה שהיא באיסור סקילה אין לנו אלא דברי ב"י שפסק בסי' רס"א כנ"ל כ"ש לענין מילה שנחשב יום כל שנולד קודם י"ג מינוטין וחצי לצה"כ דהיינו ג' ככבים בינוניים וכל שנולד ב' מינוטין קודם האלמגרב הדבר פשוט שנימול ביום ו' עכ"ל.

מעתה אסיים בכי טוב מסקנא דהלכתא שכ' בקונטרס מבו"ה מאמר ב' פ"א אחר שכבר פסק בפרקים הקודמים כס' ר"ת כ' וז"ל הנה לפ"מ שהוכחנו וכו' שדעת ר"ת הוא העיקר

בענין זמן ביה"ש ושעדיין אחר השקיעה שיעור ג' מילין ורביע הוא יום גמור לכל דבר, נר' שאם נולד תינוק באותה שעה קודם זמן בה"ש שמונין לו מאותו היום ונימול לח' שהרי כשנולד היה יום בודאי כפי תורתינו ולא בלבד אם נולד בחול אלא אפי' בע"ש אחר שקיעה"ח ואפי' אחר שקבלו הקהל שבת הר"ז נימול לח' אם נולד קודם זמן בה"ש ואין קבלת שבת או תפלת ערבית מעלה ולא מורדת לענין זה עכל"ה, עו"כ שם וז"ל והנה צ"ע אם נולד תינוק בסוף יום השבת אחר שקיע"ה אם נימול לשבת הבאה או לאו כיון שיש שם ס' איסור סקילה בחילול שבת במילה שלא בזמנה לדעת הגאונים וכו', ונ"ל שגם תינוק שנולד בסוף יום השבת קודם זמן ביה"ש אפי' נולד אחר שקיע"ה שנימול לשבת הבאה דאכתי יום גמור הוא כפי תורתינו ובתנאי שלא יראו ב' ככבים מאיזה גודל שיהיו שאין אנו בקיאים בגודל הככבים הבינוניים וגם שיהיה שם בקי בשיעור זמן בה"ש שידע שנולד התינוק בתוך מהלך ג' מילין ורביע אחר השקיעה וכו' והנה מהרי"ק פסק בא"ח סי' רס"א כדעת ר"ת והתיר לעשות מלאכה בע"ש אחר שקיע"ה קודם זמן ביה"ש אעפ"י שיש שם איסור סקילה על עשיית מלאכה בשבת לדעת הגאונים וגם שאין שם קיום מצוה שיש בענין מילה דחביבה מצוה בשעתה כנ"ל לענין הלכה אבל לא למעשה אא"כ יסכימו בזה רוב חכמ"י עכל"ה, והמג"א בסי' של"א סק"ב כתב על דבריו וז"ל ומשמע מדבריו דספק שלו לפי שנהגו כל ישראל במקומו לקבל שבת משתשקע החמה א"כ ה"ה לענין מוצ"ש. אבל במדינותינו לפעמים אין מקבלין שבת עד סמוך לרביעית שעה לצה"כ וכו' ה"ה לענין מילה יש לסמוך ע"ז למולו בשבת וכו' והבאתי דבריו לעיל יע"ש. ואנן בדידן כבר קבלנו הוראות מר"ן בכל דיני התורה בין להקל בין להחמיר ודיני שבת בכלל, וגם לפי מ"ש מריש ועד כען נתברר שדעת רוב חכמ"י וכל גדולי המורים קמאי ובתראי כס' ר"ת אלא שצריך זהירות גדולה וכל ערום יעשה בדעת לבל יכשל באיסור שבת החמורה וכמ"ש.

ומה שהקשו מהר"ם אלשקר והלח"מ על ס' זו של ר"ת ז"ל מהכחשת המציאות שלפ"מ שחזרו חכמ"י והודו לחכמי או"ה אין כאן לא חלון ולא עובי הרקיע לא יער ולא זאבים, הנה כתבנו בשם הרב"ד ז"ל דלא הודה לחכמי או"ה אלא רבי וכו' ונסתייע ממה שקבעו ביוצר של שבת וכו' כמש"ל, עוד זאת מצינו תירוץ מרווח ונכון יותר שתירץ הרדב"ז ז"ל בתשו' הנז"ל וז"ל והוי יודע שאעפ"י שחזרו חכמ"י להודות שהחמה זורחת בלילה תחת כדור הארץ ואינה נכנסת בחלונה אחורי הכיפה כמו שהיו אומרים תחילה דודאי השתא קים לן דככב קבוע וגלגל חוזר [ר"ל דבזה תליא מחלוקת חכמ"י וחכמי או"ה דלא יצדק לומר חלון ועובי רקיע אלא לשיטת האומרים גלגל קבוע וככב חוזר דכיון שהככב

מתנועע מעצמו אז יצדק לו' שנכנס בטובי הרקיע ועולה על הכיפה משא"כ לשיטת האומרים ככב קבוע וגלגל חוזר שאז הככב אינו מתנועע מעצמו אלא נגרר אחר תנועת הגלגל אל אשר יהיה שמה רוחו ללכת ולא שייך לומר שנכנס בעובי הרקיע ועולה על הכיפה כיון שהוא קבוע בגלגל ואין בידו ללכת אנה ואנה] לא נפקא מינה מידי לשיעור ביה"ש דבין הכי ובין הכי שיעורו הוא תלתא רבעי מיל דמשעה שמסתלקת החמה מעל הארץ הוי תחילת ביה"ש נ"ל שצ"ל תחילת השקיעה] וכשנשקעת במערב ועדיין לא נראו ג' ככבים הוי ביה"ש ובציור השקיעה היה המחלוקת לא בשיעורה, תדע שהרי כל המפרשים לא הזכירו דבר מזה בהלכות שבת והרי הם היו בקיאים במהלך השמש ויודעים שחזרו חכמ"י והודו לחכמי או"ה, ואם איתא דאיכא נפקותא וכו' הו"ל לפרש אלא ודאי לא נ"מ מידי וכו' וזה ברור בעיני עכ"ל, וכן תירץ בקונט' מבו"ה שם בפיו"ד בביאור רחב ובסו"ד כ' וז"ל ואף שלפי האמת אין השמש נכנס בעובי הרקיע ואין שם שקיעה שנית מ"מ דינו של ר"י הוא אמת ונקטינן כוותיה לעשות זמן ביה"ש ג' רבעי מיל קודם שעת יציאת ג' ככבים בינוניים והזמן הנשאר עד אחר השקיעה נחשוב ליום גמור דהיינו שיעור ג' מילין ורביע וזהו הכלל העולה מפי' ר"ת בין שהשמש יכנס בעובי הרקיע או ישקע תחת הארץ ואין זה מעלה ומוריד לענין זה הדין וכו' י"עש בדב"ק כי נעים כי תשמרם בבטנך.

הראת לדעת אמבוהא דרבנן דור אחר דור מרבני אשכנז וספרד כלם עלו בהסכמה כדעת מר"ן ז"ל שפ' כר"ת ז"ל ודעימיה. וגם יקר סהדותייהו שכן הוא המנהג הפשוט בכל גלילות ישראל כמש"ל, זולת רבני מצרים שנהגו כס' הגאונים עפ"י הוראת מארי דאתרא מהר"ם אלשקר ומהריק"ש והגור כמש"ל [ואפשר שנשתנה מנהגם מימי הרדב"ז ז"ל שהוא מארי קמא דארעא דמצרים כמ"ש הברכ"י סי' רס"א] וגם רבני א"י ת"ו נהגו כן וכתבו דהכי אזלא סוגיא דעלמא וכמו שתראה בפס"ד להרב ויאי"ץ הנז"ל שהביא דבריהם בקצרה, ואנן בני מערבא אית לן יקר סהדותיה של הרב מוהר"ם נהון הנז"ל שהמנהג כס' ר"ת ז"ל וכן הוא האמת לפי מה שראו עינינו ואבותינו ספרו לנו וזה שאם אנו נוהגים כס' ר"ת ז"ל היה לנו לפרוש מהמלאכה ולקבל שבת בעוד השמש על הארץ כאשר נוהגים באמת בעלי סברא זו כמ"ש לקמן בשם מהר"י נבון ז"ל שהרי לסברא זו מתחילת השקיעה שאין השמש על הארץ מתחיל זמן ביה"ש וא"כ יתחייב מזה שיהיה תוספת מחול עה"ק זמן מועט קודם השקיעה והיינו בעוד השמש זורחת בראש ההרים והאילנות וכדא"ל רבא לאריסיה כנז"ל והא קא חזינן שכל העם מקצה האנשים והנשים עוסקים בתבשילין ובצרכי הבית עד סמוך מעט לקריאת הקורא אלמגר'ב שכבר שקעה

החמה כמנהג ארצות אשכנז שכ' הפוס' הנז"ל, גם אין מקבלין שבת ולא מתפללין ערבית כ"א אחר קריאת הקורא כמעשהו בחול, ובמוצש"ק נהגו לאחר תפילת ערבית רחוק יותר מקריאת הקורא ומאריכין בזמירות ובפטום הקטורת עד שתחשך והכל יודעים ואומרים בפיהם שכן צריך לפום דינא מה שלא יצדק כ"ז לס' הגאונים, אין זה אלא שנהגו כס' ר"ת, תדע שהרי כ' מהר"י נבון ז"ל בס' גט מקושר והו"ד בפס"ד להרב ויאי"ץ הנז"ל וז"ל ונר' שמנהג העולם נתייסד ע"פ ס' הגאונים ז"ל שאמרו וכו' ולפ"ז התוספת צריך להוסיף קודם שקיע"ה בכניסה וכן נוהגים לקבל שבת מבעו"י והשמש על הארץ ובמו"ש כל ששוהין שיעור מיל אחר שקיע"ה יוצאים י"ח ספק ביה"ש ותוס' מחול עה"ק וכו' עכ"ל, הנה שפתיו ברור מללו שמ"ש רבני א"י ת"ו שנהגו כס' הגאונים היינו לדידהו שנהגו לקבל שבת בעוד השמש על הארץ שזה ודאי הוא עד ממהר שהמנהג כס' הגאונים ז"ל משא"כ למנהגינו בערי המערב שאין מקבלין שבת כ"א לאחר שקיע"ה כמש"ל והרי המג"א והגאון רז"ש ז"ל שהבאנו דבריהם למעלה כ' להדיא דלענין מילה מיהת הדבר תלוי במנהג המקום בקבלת שבת שהרי כ' אבל במדינותינו וכו' א"כ ה"ה לענין מילה וכו' כמש"ל בשמם, וז"ל החת"ס בתשו' הנז"ל והנה אנחנו במדינות אלו עושים במלאכה עש"ק עד קרוב לשעה או ג' רבעי שעה קודם צה"כ נמצא אנו תופסים במוחלט כשיטת ר"ת ואיך אח"ך בהגיע יום השבת ויהי מוטל עליו למול בנו ביום ח' ללידתו יאמר ויחוש לדעת הסוברים [הוא הרא"ם שהזכיר שם אך ס' הגאונים לא זכר שר בתשו' הנז'] שכבר היה לילה אז ונמצא עביד תרתי קולי דסתרי אהדדי מלאכה עד סמוך לג' רביעית מיל (מזה נראה שמ"ש בתחי' דבריו קרוב לשעה או וכו' הוא ט"ס וצ"ל קרוב למיל או ג' רבעי מיל] ומתעצל במצות עשה וביום השמיני ימול וגו' כאילו אותו זמן היה לילה ויהי מן המתמיהים עכ"ל הזהב דו"ק ותשכח שכל דבריו הק' שייכי נמי לנ"ד וכמ"ש.

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת אימא אנא אנא בלחודאי, אעפ"י שלהכריע איני כדאי, שמצד אחר נכון יותר לתפוס ס' ר"ת משום דנפיק מינה חומרא באפוקי יומא דהכי עדיף טפי מלתפוס ס' הגאונים דנפיק מינה קולא באפוקי יומא שהרי מצינו להמג"א בסי' שמ"ב שעלה ונסתפק אם גם בביה"ש דאפוקי יומא לא גזרו משום שבות דשאני אפוקי יומא מעיולי יומא דמספיקא לא פקעה קדושה וכו' והניח בצ"ע והגאון האבר"ך בס' מצות כהונה [הנדפס בסו"ס שלחנו ש"א] סי' ל"ה הוכיח מדברי הש"ס ומדברי התו' בכמה דוכתי דבבה"ש דאפוקי יומא החמירו וגזרו גם על השבות כיון שהיום קודש אוקמיה אחזקתיה ואכתי יום הוא, וכתב דמטעם זה אין אנו תוקעין שופר בביה"ש דאפוקי יומא דר"ה שחל להיות בשבת וגם אין נוטלין לולב בו אעפ"י שלא

גזרו על השבות בביה"ש יע"ש שהאריך, א"כ אנן נמי נימא הכא בנ"ד דעד סמוך לצה"כ אכתי יום הוא ולא פקע קדושתיה וכדעת ר"ת משא"כ לשיטת הגאונים ז"ל דאחר ג' רבעי מיל מהשקיעה הא' הוי לילה גמור כמש"ל ואע"ג דלדידהו נמי נפיק חומרא בעיולי יומא טפי עדיף להחמיר באפוקי יומא מעיולי יומא וכמ"ש ואע"ג דלענין מילה נפיק מיניה קולא גם לר"ת דהנולד אז מלין אותו בשבת כמש"ל מ"מ לענין מלאכה מיהת נפיק חומרא דודאי טפי לתפוס חומרא במלאכה וקולא במילה מלתפוס חומרא במילה וקולא במלאכה כיון דא"א בלא"ה ודו"ק.

מעתה הבוא נבוא לבאר איזה פרטים דשייכי לענין זה, כתב הרב ארץ החיים שם וז"ל וכ' המ"כ הנז"ל מאמר ב' פ"ה וז"ל וראוי לשער זמן ביה"ש לערך רביעית שעה דהגם דג' רבעי מיל אינם אלא י"ג דקים וחצי כנז"ל מ"מ הא כ' הטור והב"י לקמן סי' רצ"ג ובש"ע יו"ד סי' רס"ו ס"ט שצריך להשלים ביה"ש דר' יוסי דהיינו שיעור מ"ט אמה אחר השלמת שיעור ג' רבעי מיל וכו' וזהו קרוב לרביע שעה עי"ש גם המג"א סי' זה סק"ט ובסי' של"א סק"ב ולעיל סי' קל"ג סק"ג והרב בתי כהונה הנז"ל והמח"ב בקונט' אחרון הנז"ל נקטו בלשונם שיעור רביעית שעה בשיעור ביה"ש עכ"ל. עוד צריך ליזהר בראיית ג' ככבים בינוניים יען שמצינו לתלמידי רבינו יונה פ"ק דברכות שכ' וז"ל ואמרו עלה לא ככבים בינוניים הנראים ביום ולא ככבים קטנים הנראים בלילה וכו' ואין הכל בקיאים בין גדולים לקטנים וצריך ליזהר עד שיראו הקטנים וכו' עכ"ל והיינו באפוקי יומא לענין שבת אבל בע"ש איפכא מסתברא דכל שנראו ג' ככבים מספקינן להו בבינוניים לחומרא וכ"כ הרב החוקר מהר"י סוואראס בס' דברי יוסף [ה"ד בס' פקוד"א שם] וז"ל ועתה לענין מלאכה במוצש"ק ודינים כאלה יש להחמיר וכו' שלא נשער כ"א בככבים הקטנים וכו' ומטעם זה גם מר"ן בש"ע או"ח סי' רל"א ובסי' רצ"ג שאינו לילה עד שיראו ג' ככבים קטנים והוא מטעם שכ' הר"י הנז"ל אבל בסי' תקס"ב כ' הרמ"א כיון שנראו ג' ככבים בינוניים הוא לילה לענין תענית והטעם כי מה שאנחנו מאחרים בתענית עד צה"כ הוא דוקא מנהג אבותינו להחמיר כי מדיני הש"ס מותר לאכול תכף אחר השקיעה וכו' א"כ די לנו אם מחמירים עד צה"כ הבינוניים וכו'.

ודע שיש עוד סברא אחרת בענין זמן ביה"ש והיא ס' הרא"ם בס' יראים סי' ק"ב והוא דמתחילת השקיעה הא' הוא לילה גמור וג' רבעי מיל קודם הוא זמן ביה"ש והיא ס' דחויה מכל הפוס' רא' ואחרונים ולית דחש לה אלא חסידים ואנשי מעשה כמ"ש המג"א סי' רס"א סק"ט וכ"כ בס' ארץ החיים בשם הרב"ד או"ח סי' קכ"ו דאין לחוש לשיטת הר"א מימיץ וכו' יע"ש ובקונט' מבו"ה באורך

העולה מן המקובץ שהרוצה לעמוד על זמן ביה"ש כפי. דין תוה"ק ישא עיניו להביט אל השמים בהיות הרקיע מזהיר כמ"ש הב"ח והח"ס הנז"ל וכאשר יראו עיניו ג' ככבים הרא' הנר' ברקיע [דלחומרא מספקינן להו בבינונים] אחר שקיע"ה יחשוב כדי רביעית שעה לאחור [ובמוצ"ש עד שיראו ג' ככבים קטנים כמש"ל] והוא זמן ביה"ש האמתי אלא שבימות הקיץ שהימים ארוכים יש לחשוב הרביע שעה הנז' משעות זמניות לחומרא כמ"ש ה' חס"ל כנז"ל ואפשר דה"ט דהב"ח בתשו' הנ"ל שכ' שליש שעה ונקט מלתא פסיקתא.

כ"ז לא כתבנו רק לענין דינא דוקא ונ"מ לענין מצות מילה בזמנה כמש"ל, אכן לענין דבר הרשות כגון לאפרושי ממלאכה ראוי להחמיר ולהנהיג בעיולי שבתא כס' הגאונים ובאפוקי שבתא כס' ר"ת כיון שהשבת מסורה לכל ואין הכל בקיאין בזה ועל נקלה יבואו להכשל באיסור סקילה שכ"כ להדיא רבינו ירוחם ז"ל ה"ד הרדב"ז ז"ל בתשו' הנ"ל [הגם שהוא מכת הסוברים כר"ת כמ"ש הרדב"ז בשמו כנז"ל] וז"ל ואנן יש לנו להחמיר ואסור לעשות מלאכה מתחילת שקיעה עכ"ל וכ"כ בקונט' מבו"ה הנז"ל מאמר א' פ"ו וז"ל האמנם לענין עשיית מלאכה בע"ש אחר השקיעה נ"ל שראוי להחמיר בזה ולפרוש ממלאכה משקיעת החמה ואילך כדעת הגאונים אפי' מי שסובר לענין הלכה כר"ת ל"מ מי שאינו בקי וכו' שודאי צריך לפרוש ממלאכה משיסתלק אור השמש מראש האילנות, וכדאמר רבא לאריסיה וכו' הביאו הטור ומהריק"א בסי' רס"א וכו' עכ"ל, וכ"כ בהגהת ש"ע להגאון רז"ש בסי' רס"א וז"ל להודיע ולהזהר ללא יודעים הלכה פסוקה בש"ע והוא תלמוד ערוך בש"ס א"ל רבא לאריסיה אתון דלא קים ליכו וכו' ופירש"י ל'הדליק נר של שבת בעוד שהשמש זורח בראשי הדקלים וכו' דהיינו זמן מועט קודם שתשקע החמה תחת הארץ ולפרוש מכל מלאכה עפ"י ש"ס וש"ע לדידן דלא קים לן בשיעורא דרבנן בעוה"ר אין אתנו יודע עד מה במקומותינו לומר קים לי ובפרט דשבת לכל מסורה ליודעים ולשאינם יודעים ולמדים זה מזה להקל שלא כדת ע"כ מי בכם ירא ה' שומע בקול עבדיו וידידיו חז"ל יהיה נזהר בנפשו ולהזהיר לבני ביתו זו אשתו בדברים האלה עכ"ל. וכ"כ הרב חס"ל הנ"ל וז"ל ואולם הירא את דבר ה' וחרד אל דברו נכון להחמיר כשיטת הגאונים ז"ל האומרים דשיעור ביה"ש היא שעה וחומש שעה זמניות קודם צה"כ [ר"ל דמתחי' ביה"ש עד צה"כ הוא שעה וחומש שעה] א"נ שהבין דברי הגאונים כפי' קמא הנז"ל, וכן ראוי לכל ת"ח בעירו להחזיק זה למנהג קבוע יען כי הדבר נוגע באיסור סקילה, ואחרי שהעם נגררים אחרי שיטת ר"ת שהוא שיעור קטן קודם צה"כ כמו רביע שעה עי"ז באין להקל יותר באופן שמדליקין נרות

בשעת ביה"ש לכל הדעות והמקום יכפר בעד' עכ"ל, ישמע חכם ויוסיף לקח דברים היוצאים מן הלב אשרי אדם שומע, והמזהיר יזהיר כזוהר הרקיע ויזכה לעולם שכלו שבת ומנוחה, וישג ששון ושמחה, אכי"ר, זה מה שהשיגה ידי יד כהה ללקט אורות מספרן ש"ץ והיו למאורות החו"פ צפרו יע"א בשנת מבוא השמש לפ"ג וה' יראנו נפלאות מתורתו ויטע בלבנו אהבתו ויראתו אכי"ר אנכי איש צעיר.

ע"ה ישועה שמעון עובדיה הי"ו בלאאמו"ר כמוהר"ר מסעוד זלה"ה או לאו כיון שיש שם ס' איסור סקילה בחילול שבת במילה שלא בזמנה לדעת הגאונים וכו', ונ"ל שגם תינוק שנולד בסוף יום השבת קודם זמן ביה"ש אפי' נולד אחר שקיע"ה שנימול לשבת הבאה דאכתי יום גמור הוא כפי תורתינו ובתנאי שלא יראו ב' ככבים מאיזה גודל שיהיו שאין אנו בקיאים בגודל הככבים הבינוניים וגם שיהיה שם בקי בשיעור זמן בה"ש שידע שנולד התינוק בתוך מהלך ג' מילין ורביע אחר השקיעה וכו' והנה מהרי"ק פסק בא"ח סי' רס"א כדעת ר"ת והתיר לעשות מלאכה בע"ש אחר שקיע"ה קודם זמן ביה"ש אעפ"י שיש שם איסור סקילה על עשיית מלאכה בשבת לדעת הגאונים וגם שאין שם קיום מצוה שיש בענין מילה דחביבה מצוה בשעתה כנ"ל לענין הלכה אבל לא למעשה אא"כ יסכימו בזה רוב חכמ"י עכל"ה, והמג"א בסי' של"א סק"ב כתב על דבריו וז"ל ומשמע מדבריו דספק שלו לפי שנהגו כל ישראל במקומו לקבל שבת משתשקע החמה א"כ ה"ה לענין מוצ"ש, אבל במדינותינו לפעמים אין מקבלין שבת עד סמוך לרביעית שעה לצה"כ וכו' ה"ה לענין מילה יש לסמוך ע"ז למולו בשבת וכו' והבאתי דבריו לעיל יע"ש. ואנן בדידן כבר קבלנו הוראות מר"ן בכל דיני התורה בין להקל בין להחמיר ודיני שבת בכלל, וגם לפי מ"ש מריש ועד כען נתברר שדעת רוב חכמ"י וכל גדולי המורים קמאי ובתראי כס' ר"ת אלא שצריך זהירות גדולה וכל ערום יעשה בדעת לבל יכשל באיסור שבת החמורה וכמ"ש.

ומה שהקשו מהר"ם אלשקר והלח"מ על ס' זו של ר"ת ז"ל מהכחשת המציאות שלפ"מ שחזרו חכמ"י והודו לחכמי או"ה אין כאן לא חלון ולא עובי הרקיע לא יער ולא זאבים, הנה כתבנו בשם הרב"ד ז"ל דלא הודה לחכמי או"ה אלא רבי וכו' ונסתייע ממה שקבעו ביוצר של שבת וכו' כמש"ל, עוד זאת מצינו תירוץ מרווח ונכון יותר שתירץ הרדב"ז ז"ל בתשו' הנז"ל וז"ל והוי יודע שאעפ"י שחזרו חכמ"י להודות שהחמה זורחת בלילה תחת כדור הארץ ואינה נכנסת בחלונה אחורי הכיפה כמו שהיו אומרים תחילה דודאי השתא קים לן דככב קבוע וגלגל חוזר [ר"ל דבזה תליא מחלוקת חכמ"י וחכמי או"ה דלא יצדק לומר חלון ועובי רקיע אלא לשיטת האומרים גלגל קבוע וככב חוזר דכיון שהככב

מתנועע מעצמו אז יצדק לו' שנכנס בטובי הרקיע ועולה על הכיפה משא"כ לשיטת האומרים ככב קבוע וגלגל חוזר שאז הככב אינו מתנועע מעצמו אלא נגרר אחר תנועת הגלגל אל אשר יהיה שמה רוחו ללכת ולא שייך לומר שנכנס בעובי הרקיע ועולה על הכיפה כיון שהוא קבוע בגלגל ואין בידו ללכת אנה ואנה] לא נפקא מינה מידי לשיעור ביה"ש דבין הכי ובין הכי שיעורו הוא תלתא רבעי מיל דמשעה שמסתלקת החמה מעל הארץ הוי תחילת ביה"ש [נ"ל שצ"ל תחילת השקיעה] וכשנשקעת במערב ועדיין לא נראו ג' ככבים הוי ביה"ש ובציור השקיעה היה המחלוקת לא בשיעורה, תדע שהרי כל המפרשים לא הזכירו דבר מזה בהלכות שבת והרי הם היו בקיאים במהלך השמש ויודעים שחזרו חכמ"י והודו לחכמי או"ה. ואם איתא דאיכא נפקותא וכו' הו"ל לפרש אלא ודאי לא נ"מ מידי וכו' וזה ברור בעיני עכ"ל, וכן תירץ בקונט' מבו"ה שם בפיו"ד בביאור רחב ובסו"ד כ' וז"ל ואף שלפי האמת אין השמש נכנס בעובי הרקיע ואין שם שקיעה שנית מ"מ דינו של ר"י הוא אמת ונקטינן כוותיה לעשות זמן ביה"ש ג' רבעי מיל קודם שעת יציאת ג' ככבים בינוניים והזמן הנשאר עד אחר השקיעה נחשוב ליום גמור דהיינו שיעור ג' מילין ורביע וזהו הכלל העולה מפי' ר"ת בין שהשמש יכנס בעובי הרקיע או ישקע תחת הארץ ואין זה מעלה ומוריד לענין זה הדין וכו' יע"ש בדב"ק כי נעים כי תשמרם בבטנך.

הראת לדעת אמבוהא דרבנן דור אחר דור מרבני אשכנז וספרד כלם עלו בהסכמה כדעת מר"ן ז"ל שפ' כר"ת ז"ל ודעימיה, וגם יקר סהדותייהו שכן הוא המנהג הפשוט בכל גלילות ישראל כמש"ל, זולת רבני מצרים שנהגו כס' הגאונים עפ"י הוראת מארי דאתרא מהר"ם אלשקר ומהריק"ש והגור כמש"ל [ואפשר שנשתנה מנהגם מימי הרדב"ז ז"ל שהוא מארי קמא דארעא דמצרים כמ"ש הברכ"י סי' רס"א] וגם רבני א"י ת"ו נהגו כן וכתבו דהכי אזלא סוגיא דעלמא וכמו שתראה בפס"ד להרב ויאי"ץ הנז"ל שהביא דבריהם בקצרה, ואנן בני מערבא אית לן יקר סהדותיה של הרב מוהר"ם נהון הנז"ל שהמנהג כס' ר"ת ז"ל וכן הוא האמת לפי מה שראו עינינו ואבותינו ספרו לנו וזה שאם אנו נוהגים כס' ר"ת ז"ל היה לנו לפרוש מהמלאכה ולקבל שבת בעוד השמש על הארץ כאשר נוהגים באמת בעלי סברא זו כמ"ש לקמן בשם מהר"י נבון ז"ל שהרי לסברא זו מתחילת השקיעה שאין השמש על הארץ מתחיל זמן ביה"ש וא"כ יתחייב מזה שיהיה תוספת מחול עה"ק זמן מועט קודם השקיעה והיינו בעוד השמש זורחת בראש ההרים והאילנות וכדא"ל רבא לאריסיה כנז"ל והא קא חזינן שכל העם מקצה האנשים והנשים עוסקים בתבשילין ובצרכי הבית עד סמוך מעט לקריאת הקורא אלמגר'ב שכבר שקעה

החמה כמנהג ארצות אשכנז שכ' הפוס' הנז"ל, גם אין מקבלין שבת ולא מתפללין ערבית כ"א אחר קריאת הקורא כמעשהו בחול, ובמוצש"ק נהגו לאחר תפילת ערבית רחוק יותר מקריאת הקורא ומאריכין בזמירות ובפטום הקטורת עד שתחשך והכל יודעים ואומרים בפיהם שכן צריך לפום דינא מה שלא יצדק כ"ז לס' הגאונים, אין זה אלא שנהגו כס' ר"ת. תדע שהרי כ' מהר"י נבון ז"ל בס' גט מקושר והו"ד בפס"ד להרב ויאי"ץ הנז"ל וז"ל ונר' שמנהג העולם נתייסד ע"פ ס' הגאונים ז"ל שאמרו וכו' ולפ"ז התוספת צריך להוסיף קודם שקיע"ה בכניסה וכן נוהגים לקבל שבת מבעו"י והשמש על הארץ ובמו"ש כל ששוהין שיעור מיל אחר שקיע"ה יוצאים י"ח ספק ביה"ש ותוס' מחול עה"ק וכו' עכ"ל, הנה שפתיו ברור מללו שמ"ש רבני א"ו ת"ו שנהגו כס' הגאונים היינו לדידהו שנהגו לקבל שבת בעוד השמש על הארץ שזה ודאי הוא עד ממהר שהמנהג כס' הגאונים ז"ל משא"כ למנהגינו בערי המערב שאין מקבלין שבת כ"א לאחר שקיע"ה כמש"ל והרי המג"א והגאון רז"ש ז"ל שהבאנו דבריהם למעלה כ' להדיא דלענין מילה מיהת הדבר תלוי במנהג המקום בקבלת שבת שהרי כ' אבל במדינותינו וכו' א"כ ה"ה לענין מילה וכו' כמש"ל בשמם, וז"ל החת"ס בתשו' הנז"ל והנה אנחנו במדינות אלו עושים במלאכה עש"ק עד קרוב לשעה או ג' רבעי שעה קודם צה"כ נמצא אנו תופסים במוחלט כשיטת ר"ת ואיך אח"ך בהגיע יום השבת ויהי מוטל עליו למול בנו ביום ח' ללידתו יאמר ויחוש לדעת הסוברים [הוא הרא"ם שהזכיר שם אך ס' הגאונים לא זכר שר בתשו' הנז'] שכבר היה לילה אז ונמצא עביד תרתי קולי דסתרי אהדדי מלאכה עד סמוך לג' רביעית מיל [מזה נראה שמ"ש בתחי' דבריו קרוב לשעה או וכו' הוא ט"ס וצ"ל קרוב למיל או ג' רבעי מיל] ומתעצל במצות עשה וביום השמיני ימול וגו' כאילו אותו זמן היה לילה ויהי מן המתמיהים עכ"ל הזהב דו"ק ותשכח שכל דבריו הק' שייכי נמי לנ"ד וכמ"ש.

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת אימא אנא אנא בלחודאי. אעפ"י שלהכריע איני כדאי, שמצד אחר נכון יותר לתפוס ס' ר"ת משום דנפיק מינה חומרא באפוקי יומא דהכי עדיף טפי מלתפוס ס' הגאונים דנפיק מינה קולא באפוקי יומא שהרי מצינו להמג"א בסי' שמ"ב שעלה ונסתפק אם גם בביה"ש דאפוקי יומא לא גזרו משום שבות דשאני אפוקי יומא מעיולי יומא דמספיקא לא פקעה קדושה וכו' והניח בצ"ע והגאון האבר"ך בס' מצות כהונה [הנדפס בסו"ס שלחנו ש"א] סי' ל"ה הוכיח מדברי הש"ס ומדברי התו' בכמה דוכתי דבבה"ש דאפוקי יומא החמירו וגזרו גם על השבות כיון שהיום קודש אוקמיה אחזקתיה ואכתי יום הוא. וכתב דמטעם זה אין אנו תוקעין שופר בביה"ש דאפוקי יומא דר"ה שחל להיות בשבת וגם אין נוטלין לולב בו אעפ"י שלא

גזרו על השבות בביה"ש יע"ש שהאריך, א"כ אנן נמי נימא הכא בנ"ד דעד סמוך לצה"כ אכתי יום הוא ולא פקע קדושתיה וכדעת ר"ת משא"כ לשיטת הגאונים ז"ל דאחר ג' רבעי מיל מהשקיעה הא' הוי לילה גמור כמש"ל ואע"ג דלדידהו נמי נפיק חומרא בעיולי יומא טפי עדיף להחמיר באפוקי יומא מעיולי יומא וכמ"ש ואע"ג דלענין מילה נפיק מיניה קולא גם לר"ת דהנולד אז מלין אותו בשבת כמש"ל מ"מ לענין מלאכה מיהת נפיק חומרא דודאי טפי לתפוס חומרא במלאכה וקולא במילה שלתפוס חומרא במילה וקולא במלאכה כיון דא"א בלא"ה ודו"ק.

מעתה הבוא נבוא לבאר איזה פרטים דשייכי לענין זה, כתב הרב ארץ החיים שם וז"ל וכ' המ"כ הנז"ל מאמר ב' פ"ה וז"ל וראוי לשער זמן ביה"ש לערך רביעית שעה דהגם דג' רבעי מיל אינם אלא י"ג דקים וחצי כנז"ל מ"מ הא כ' הטור והב"י לקמן סי' רצ"ג ובש"ע יו"ד סי' רס"ו ס"ט שצריך להשלים ביה"ש דר' יוסי דהיינו שיעור מ"ט אמה אחר השלמת שיעור ג' רבעי מיל וכו' וזהו קרוב לרביע שעה עי"ש גם המג"א סי' זה סק"ט ובסי' של"א סק"ב ולעיל סי' קל"ג סק"ג והרב בתי כהונה הנז"ל והמח"ב בקונט' אחרון הנז"ל נקטו בלשונם שיעור רביעית שעה בשיעור ביה"ש עכ"ל. עוד צריך ליזהר בראיית ג' ככבים בינוניים יען שמצינו לתלמידי רבינו יונה פ"ק דברכות שכ' וז"ל ואמרו עלה לא ככבים בינוניים הנראים ביום ולא ככבים קטנים הנראים בלילה וכו' ואין הכל בקיאים בין גדולים לקטנים וצריך ליזהר עד שיראו הקטנים וכו' עכ"ל והיינו באפוקי יומא לענין שבת אבל בע"ש איפכא מסתברא דכל שנראו ג' ככבים מספקינן להו בבינוניים לחומרא וכ"כ הרב החוקר מהר"י סווארם בס' דברי יוסף [ה"ד בס' פקוד"א שם] וז"ל ועתה לענין מלאכה במוצש"ק ודינים כאלה יש להחמיר וכו' שלא נשער כ"א בככבים הקטנים וכו' ומטעם זה גם מר"ן בש"ע או"ח סי' רל"א ובסי' רצ"ג שאינו לילה עד שיראו ג' ככבים קטנים והוא מטעם שכ' הר"י הנז"ל אבל בסי' תקס"ב כ' הרמ"א כיון שנראו ג' ככבים בינוניים הוא לילה לענין תענית והטעם כי מה שאנחנו מאחרים בתענית עד צה"כ הוא דוקא מנהג אבותינו להחמיר כי מדיני הש"ס מותר לאכול תכף אחר השקיעה וכו' א"כ די לנו אם מחמירים עד צה"כ הבינוניים וכו'.

ודע שיש עוד סברא אחרת בענין זמן ביה"ש והיא ס' הרא"ם בס' יראים סי' ק"ב והוא דמתחילת השקיעה הא' הוא לילה גמור וג' רבעי מיל קודם הוא זמן ביה"ש והיא ס' דחויה מכל הפוס' רא' ואחרונים ולית דחש לה אלא חסידים ואנשי מעשה כמ"ש המג"א סי' רס"א סק"ט וכ"כ בס' ארץ החיים בשם הרב"ד או"ח סי' קכ"ו דאין לחוש לשיטת הר"א מימיץ וכו' יע"ש ובקונט' מבו"ה באורך.

העולה מן המקובץ שהרוצה לעמוד על זמן ביה"ש כפי דין תוה"ק ישא עיניו להביט אל השמים בהיות הרקיע מזהיר כמ"ש הב"ח והח"ס הנז"ל וכאשר יראו עיניו ג' ככבים הרא' הנר' ברקיע [דלחומרא מספקינן להו בבינונים] אחר שקיע"ה יחשוב כדי רביעית שעה לאחור [ובמוצ"ש עד שיראו ג' ככבים קטנים כמש"ל] והוא זמן ביה"ש האמתי אלא שבימות הקיץ שהימים ארוכים יש לחשוב הרביע שעה הנז' משעות זמניות לחומרא כמ"ש ה' חס"ל כנז"ל ואפשר דה"ט דהב"ח בתשו' הנ"ל שכ' שליש שעה ונקט מלתא פסיקתא.

כ"ז לא כתבנו רק לענין דינא דוקא ונ"מ לענין מצות מילה בזמנה כמש"ל, אכן לענין דבר הרשות כגון לאפרושי ממלאכה ראוי להחמיר ולהנהיג בעיולי שבתא כס' הגאונים ובאפוקי שבתא כס' ר"ת כיון שהשבת מסורה לכל ואין הכל בקיאין בזה ועל נקלה יבואו להכשל באיסור סקילה שכ"כ להדיא רבינו ירוחם ז"ל ה"ד הרדב"ז ז"ל בתשו' הנ"ל [הגם שהוא מכת הסוברים כר"ת כמ"ש הרדב"ז בשמו כנז"ל] וז"ל ואנן יש לנו להחמיר ואסור לעשות מלאכה מתחילת שקיעה עכ"ל, וכ"כ בקונט' מבו"ה הנז"ל מאמר א' פ"ו וז"ל האמנם לענין עשיית מלאכה בע"ש אחר השקיעה נ"ל שראוי להחמיר בזה ולפרוש ממלאכה משקיעת החמה ואילך כדעת הגאונים אפי' מי שסובר לענין הלכה כר"ת ל"מ מי שאינו בקי וכו' שודאי צריך לפרוש ממלאכה משיסתלק אור השמש מראש האילנות, וכדאמר רבא לאריסיה וכו' הביאו הטור:

ומהריק"א בסי' רס"א וכו' עכ"ל, וכ"כ בהגהת ש"ע להגאון להגאון רז"ש בסי' רס"א וז"ל להודיע ולהזהר ללא יודעים, הלכה פסוקה בש"ע והוא תלמוד ערוך בש"ס א"ל רבא לאריסיה אתון דלא קים ליכו וכו' ופירש"י ל'הדליק נר של שבת בעוד שהשמש זורח בראשי הדקלים וכו דהיינו זמן מועט קודם שתשקע החמה תחת הארץ ולפרוש מכל מלאכה עפ"י ש"ס וש"ע לדידן דלא קים לן בשיעורא דרבנן בעוה"ר אין אתנו יודע עד מה במקומותינו לומר קים לי ובפרט דשבת לכל מסורה ליודעים ולשאינם יודעים ולמדים זה מזה להקל שלא כדת ע"כ מי בכם ירא ה' שומע בקול עבדיו וידידיו חז"ל יהיה נזהר בנפשו ולהזהיר לבני ביתו זו אשתו בדברים האלה עכ"ל. וכ"כ הרב חס"ל הנ"ל וז"ל ואולם הירא את דבר ה' וחרד אל דברו נכון להחמיר כשיטת הגאונים ז"ל האומרים דשיעור ביה"ש היא שעה וחומש שעה זמניות קודם צה"כ [ר"ל דמתחי' ביה"ש עד צה"כ הוא שעה וחומש שעה] א"נ שהבין דברי הגאונים כפי' קמא הנז"ל, וכן ראוי לכל ת"ח בעירו להחזיק זה למנהג קבוע יען כי הדבר נוגע באיסור סקילה, ואחרי שהעם נגררים אחרי שיטת ר"ת שהוא שיעור קטן קודם צה"כ כמו רביע שעה עי"ז באין להקל יותר

באופן שמדליקין נרות בשעת ביה"ש לכל הדעות והמקום יכפר בעד עכ"ל, ישמע חכם ויוסיף לקח דברים היוצאים מן הלב אשרי אדם שומע, והמזהיר יזהיר כזוהר הרקיע, ויזכה לעולם שכלו שבת ומנוחה, וישג ששון ושמחה, אכי"ר, זה מה שהשיגה ידי יד כהה ללקט אורות מספרן ש"ץ והיו למאורות החו"פ צפרו יע"א בשנת מבוא השמש לפ"ג וה' יראנו נפלאות מתורתו ויטע בלבנו אהבתו ויראתו אכי"ר אנכי איש צעיר.
ע"ה ישועה שמעון עובדיה הי"ו בלאאמו"ר כמוהר"ר מסעוד זלה"ה